



جمهورية العراق

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة بابل / كلية القانون

أحكام اليد في القانون المدني

(دراسة مقارنة)

أطروحة مقدمة إلى مجلس

كلية القانون – جامعة بابل

وهي جزء من متطلبات نيل درجة الدكتوراه في فلسفة القانون الخاص

من قبل الطالب

علي صباح خضير عباس

أشرف الاستاذ المساعد الدكتور

محمد جعفر هادي الخفاجي

استاذ القانون المدني

٢٠٢٢م

١٤٤٤هـ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا
وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾

صدق الله العظيم

((سورة النساء / ٥٨))

الإهداء

..إلى وطني..

أعتدت ضماد جراحك

بظموح أبنائك في صنع غدٍ يليق بك

إلى من أحمل أسمه بكل فخر و اعتزاز. إلى من علمني الحكمة

والأدب...إلى حافز المثابرة والنجاح..

أبي الغالي أطل الله عمره.

إلى من وعيت على الدنيا وهي أمامي إلى من زرعت في قلبي الحب و

أعانتني على صعوبات الحياة...إلى جنة الله في الأرض..

أمي الغالية..

إلى القلوب الطاهرة... سندي في الحياة...

أخوتي وأخواتي

الباحث

شكر و عرفان

وأنا أضع اللمسات الأخيرة لأطروحتي هذه أسجد لله شاكرًا فضله وحامدًا إياه على ما يسر لي من عمل وأنتهى إليه من الجهد.

وأنطلاقاً من قول الرسول الكريم محمد (ص) (لا يَشْكُرُ الله مَنْ لا يَشْكُرُ النَّاسَ)، وبلسان عاجز عن الشكر ومعتز بالفضل والعرفان، اتقدم بكلمة شكر وتقدير لمن عليّ في حقهم واجب التقدير و الأمتان، مبتدئاً بأستاذي الفاضل... (الاستاذ المساعد الدكتور محمد جعفر هادي) الذي كان له الدور الكبير في إتمام هذا العمل فله مني كل التقدير والاحترام.

والشكر موصول إلى عمادة كلية القانون جامعة بابل المتمثلة بالسيد عميد كلية القانون والسادة معاونين الأكارم.

كما أتقدم بخالص الشكر والتقدير إلى جميع أساتذة كلية القانون في جامعة بابل لما أبدوه من نصح ودعم خلال مسيرتي الدراسية، وإلى الزميلة الفاضلة (سلمى جاسم خليف) التدريسية في كلية القانون - الجامعة الاسلامية، لما أبدته من مساعدة.

ولا يفوتني أن أشكر جميع منتسبي مكتبة كلية القانون في جامعة بابل والمكتبة المركزية في جامعة بابل وكلية القانون في جامعة كربلاء، وكلية القانون في جامعة الكوفة، وكلية القانون جامعة بغداد، وكلية الحقوق جامعة النهرين، وكلية القانون جامعة المستنصرية، وكلية القانون جامعة الموصل، ومكتبة القانون المقارن في بغداد، ومكتبة المعهد القضائي.

كما أشكر السادة القضاة وبعض الزملاء في محاكم العراق المختلفة لما أبدوه من تعاون لإنجاز هذه الأطروحة و مساعدتنا في الحصول على القرارات القضائية الحديثة، فلهم منا فائق الشكر وعظيم الود.

وفي الختام لا يسعني إلا أن أقدم الشكر والعرفان إلى أساتذتي الموقرين في لجنة المناقشة رئاسة وأعضاء لتفضلهم بقبول مناقشة هذه الأطروحة، فهم أهل لسد خللها والإبانة عــــــن مــــــواطن القصـــــور فيها.

المستخلص

تعد أحكام وضع اليد بصورة عامة من الموضوعات ذات الأهمية، وذلك نظراً لمساسها المباشر بمصالح الأفراد وحياتهم اليومية، وما يتطلبه ذلك من مواكبة تشريعية واجتهاد قضائي، ولوضع دور مهم في التملك عبّر عنه الفقهاء المسلمون بـ (قاعدة اليد)، وهي تعمل في مجال العقار والمنقول، فعلى صعيد العقار أن للترابط الوثيق بين وضع اليد على العقار من جهة، ومرور مدة التقادم من جهة أخرى، أهمية كبيرة بحيث يتوقف ترتيب الآثار القانونية على ذلك، وقد نظم المشرع العراقي دور وضع اليد في تملك العقار في القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١) المعدل النافذ، ثم أصدر المشرع العراقي قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة (١٩٧١) المعدل النافذ، و أورد فيه نظاماً يقوم على الأسس نفسها التي تطلبها القانون المدني، وهو ما يسمى بنظام (التسجيل المجدد) للعقارات غير المسجلة أو بحكم غير المسجلة، حيث جاءت أحكامه معدّلة لأحكام القانون المدني في هذا الشأن، سواء كان ذلك من الناحية الموضوعية أو من الناحية الإجرائية.

وللبد دورٌ متميزٌ في تملك المنقول، إذ كثيراً ما يقع الخلط بين أحوال متعددة لوضع اليد على المنقول وذلك نظراً لتشابهها وتداخلها، ولا تخرج في مجملها عن أربعة أحوال، وأفضل تصنيف لها هو وضعها تحت سببين من أسباب كسب ملكية المنقول، أولهما الاستيلاء، ويشمل كل من (الاستيلاء ابتداءً، واللقطة)، وثانيهما الحيازة وتشمل (حيازة المنقول بحسن نية، وحيازة المنقول بسوء نية).

كما ان للبد دوراً في الضمان ويصف الفقهاء المسلمون ذلك بـ (قاعدة على اليد) فاليد التي توضع على ملك الغير توصف بأنها يد أمانة أو يد ضمان، وقد بيّن الفقهاء المسلمون مفهوم وأحكام كل منهما، موضحين متى تتحول صفة اليد بين الامانة والضمان، وقد أخذ القانون المدني العراقي ذلك التقسيم من الفقه الاسلامي ونظمه في المواد (٤٢٥-٤٢٨) مع إيراد لبعض التطبيقات المتناثرة في ثنايا القانون، متميزاً في ذلك عن موقف القانونين المصري والفرنسي في عدم تنظيمهم لتلك القاعدة.

المحتويات

الموضوع	الصفحة
الآية	أ
الإهداء	ب
شكر وعرفان	ت
المستخلص	ث
المحتويات	ج - د
المقدمة	١-٧
الباب الأول / دور وضع اليد في التملك	٨-١٧٣
الفصل الأول / دور وضع اليد في تملك العقار	١١-٩٩
المبحث الأول / مفهوم التسجيل المجدد	١٢-٦٦
المطلب الأول / التعريف بالتسجيل المجدد	١٣-٢٧
الفرع الأول / تعريف التسجيل المجدد	١٣-٢١
الفرع الثاني / نطاق التسجيل المجدد	٢٢-٢٧
المطلب الثاني / شروط التسجيل المجدد	٢٧-٦٦
الفرع الأول / الشروط الواجب توافرها في الحق محل التسجيل	٢٨-٤٦
الفرع الثاني / الشروط الواجب توافرها في حيازة طالب التسجيل	٤٧-٦٦
المبحث الثاني / أحكام التسجيل المجدد	٦٧-٩٩
المطلب الأول / إجراءات التسجيل المجدد	٦٨-٨٠
الفرع الأول / إجراءات دائرة التسجيل العقاري	٦٨-٧٢
الفرع الثاني / إجراءات لجنة تثبيت الملكية	٧٣-٨٠
المطلب الثاني / قرار التسجيل المجدد	٨١-٩٩

٩١-٨٢	الفرع الأول / صدور قرار التسجيل المجدد
٩٩-٩١	الفرع الثاني / موقف محاكم الأستئناف من قرار التسجيل المجدد
١٧٣-١٠٠	الفصل الثاني / دور وضع اليد في تملك المنقول
١٣٩-١٠١	المبحث الأول / تملك المنقول بالاستيلاء
١٢٠-١٠٢	المطلب الأول / الاستيلاء ابتداءً
١٠٦-١٠٢	الفرع الأول / التعريف بالاستيلاء ابتداءً
١٢٠-١٠٧	الفرع الثاني / تطبيقات الاستيلاء ابتداءً
١٣٩-١٢٠	المطلب الثاني / اللقطة
١٢٧- ١٢٠	الفرع الأول / التعريف باللقطة
١٣٩-١٢٨	الفرع الثاني / أحكام اللقطة
١٧٣-١٤٠	المبحث الثاني / تملك المنقول بالحيازة
١٥٣- ١٤٠	المطلب الأول / الحيازة بسوء نية
١٤٥-١٤١	الفرع الأول / مفهوم الحيازة بسوء نية
١٥٣-١٤٥	الفرع الثاني / آثار الحيازة بسوء نية
١٧٣-١٥٤	المطلب الثاني / الحيازة بحسن نية
١٦٥-١٥٤	الفرع الأول / مفهوم الحيازة بحسن نية
١٧٣-١٦٥	الفرع الثاني / آثار الحيازة بحسن نية
٤٠٢-١٧٤	الباب الثاني / دور وضع اليد في الضمان
٢٨٨-١٧٧	الفصل الأول / يد الأمانة
٢٢٢-١٧٨	المبحث الأول / مفهوم يد الأمانة
١٨٦-١٧٨	المطلب الأول / التعريف بيد الأمانة
١٨٣-١٧٩	الفرع الأول / يد الأمانة في الفقه الإسلامي
١٨٦-١٨٣	الفرع الثاني / يد الأمانة في القانون المدني
٢٠٨-١٨٧	المطلب الثاني / التصرف القانوني مصدراً ليد الأمانة

٢٠١-١٨٩	الفرع الأول / عقود الأمانة
٢٠٨-٢٠٢	الفرع الثاني / المقبوض على السوم
٢٢٢-٢٠٩	المطلب الثالث / الواقعة القانونية مصدراً ليد الأمانة
٢١١-٢١٠	الفرع الأول / الواقعة القانونية المجردة
٢٢٢-٢١٢	الفرع الثاني / الواقعة القانونية المقترنة بالإرادة
٢٨٨-٢٢٣	المبحث الثاني / أحكام يد الأمانة
٢٣٧-٢٢٣	المطلب الأول / تحول يد الأمانة
٢٢٦-٢٢٤	الفرع الأول / تحول يد الأمانة إلى يد ملك
٢٣٧-٢٢٧	الفرع الثاني / تحول يد الأمانة إلى يد ضمان
٢٧١-٢٣٨	المطلب الثاني / التزامات الأمين
٢٥٤-٢٣٨	الفرع الأول / التزام الأمين بالحفظ
٢٧١-٢٥٥	الفرع الثاني / التزام الأمين بالرد
٢٨٨-٢٧٢	المطلب الثالث / مسؤولية الأمين
٢٨٣-٢٧٣	الفرع الأول / عدم ضمان الأمين
٢٨٨-٢٨٤	الفرع الثاني / أثر الشرط على ضمان الأمين
٤٠٢-٢٨٩	الفصل الثاني / يد الضمان
٣٤٥-٢٩٠	المبحث الأول / مفهوم يد الضمان
٣٠٠-٢٩٠	المطلب الأول / التعريف بيد الضمان
٢٩٦-٢٩١	الفرع الأول / يد الضمان في الفقه الإسلامي
٣٠٠-٢٩٧	الفرع الثاني / يد الضمان في القانون المدني
٣٢٥-٣٠٠	المطلب الثاني / التصرف القانوني مصدراً ليد الضمان
٣١٣-٣٠١	الفرع الأول / الضمان في العقد الصحيح
٣٢٥-٣١٣	الفرع الثاني / الضمان في العقد الباطل
٣٤٥-٣٢٥	المطلب الثالث / الواقعة القانونية مصدراً ليد الضمان

٣٣١-٣٢٦	الفرع الأول / يد الحائز سيء النية
٣٤٥-٣٣٢	الفرع الثاني / يد الغاصب
٤٠٢-٣٤٦	المبحث الثاني / أحكام يد الضمان
٣٦٢-٣٤٦	المطلب الأول / تحول يد الضمان
٣٥٢-٣٤٧	الفرع الأول / تحول يد الضمان إلى يد ملك
٣٦٢-٣٥٣	الفرع الثاني / تحول يد الضمان إلى يد أمانة
٣٩١-٣٦٣	المطلب الثاني / التزامات الضامن
٣٦٩-٣٦٣	الفرع الأول / الالتزام بالرد
٣٩١-٣٦٩	الفرع الثاني / الالتزام بالضمان
٤٠٢-٣٩٢	المطلب الثالث / دور الضمان في كسب الملكية
٣٩٥-٣٩٢	الفرع الأول / الاتجاه المخالف لكسب الملكية بالضمان
٤٠٢-٣٩٥	الفرع الثاني / الاتجاه المؤيد لكسب الملكية بالضمان
٤١١-٤٠٣	الخاتمة
٤٤٠-٤١٢	المصادر
A	المستخلص الانكليزي

المقدمة

أولاً / موضوع الدراسة

أرست الشريعة الإسلامية الغراء والقوانين الوضعية المبادئ العامة وشرعت الأحكام الفقهية الكفيلة بحفظ أموال الناس وصيانتها من أي اعتداء حتى جعلت حفظ المال من المقاصد الأصلية، كما عدت الشريعة كل من يعتدي على مال الغير أثماً لكونه قد ألحق الضرر بغيره، وألزمته بالضمان سواء برد الحق لصاحبه عيناً أن كان موجوداً، أو بتعويضه عنه تعويضاً عادلاً جبراً للضرر عند عدم وجوده.

وبين الفقهاء المسلمون أحكام اليد من خلال قاعدتين فقهيتين، تتمثل الأولى بـ (قاعدة اليد) هي من القواعد التي يعتمد عليها الفقيه في المعاملات والقضاء للحكم من خلالها بالملكية فمن له الاستيلاء على شيء بحيث كان الشيء واقعاً في حوزته، وبعد من توابعه فذلك الاستيلاء يكون أمانة على الملكية (أي حجة عليها)، فمن كان حائزاً لعقار يتصرف فيه تصرف المالك له، أو له سيارة أو كتاب أو دار وأشباه ذلك ويتصرف في ذلك تصرف المالك، فذلك يعد أمانة على ملكيته لذلك الشيء، إلا أن تقوم بينة ونحوها على خلاف ذلك فتسقط أمانة اليد عن الاعتبار، وسميت بقاعدة اليد كناية عن الاستيلاء وكون الشيء تحت تصرف الشخص وفي حوزته، ولعل المناسبة في الاستعانة باليد للتعبير عن ذلك هي ان التصرف والاستيلاء يقع عادة باليد، وإن المنشأ الأول للملكية هي الحيازة، والحيازة تقع عادة باليد لذا عبر باليد كناية على الاستيلاء سواء وقع على عقار أو على منقول.

وقد نظمت التشريعات المدنية قاعدة اليد وبيّنت دورها في التملك سواء في العقار أو المنقول، فعلى صعيد العقار، أن للترابط الوثيق بين وضع اليد على العقار من جهة، ومرور الزمان من جهة أخرى، أهمية كبيرة بحيث يتوقف ترتيب الآثار القانونية على ذلك، إذ أن وضع اليد لوحده لا يكفي لترتيب الآثار ما لم يقترن بمرور مدة زمنية معينة يتم من خلالها الاطمئنان على استقرار اليد وعدم وجود منازعة بشأنها، أما على صعيد المنقول فإن لوضع اليد كذلك دوراً متميزاً في تملك المنقول، إذ كثيراً ما يقع الخلط بين أحوال متعددة لوضع اليد على المنقول وبعد سبباً لتملكه سواء كان مباحاً أم مملوكاً وذلك إما عن طرق الاستيلاء أو الحيازة.

أما القاعدة الفقهية الثانية فهي المعروفة بـ (قاعدة على اليد) ويقصد بها إن كل من أستولى على مال غيره ووقع تحت يده كان ضامناً له ابتداءً وإن لم يتلف أو تلف عند غيره، وهي من أهم القواعد التي تداولها

الفقهاء في باب الضمان من قبيل ان من اتلف مال الغير فهو ضامن، او على اليد ما اخذت حتى تؤديه، وهي من القواعد المشهورة ويتداول ذكرها في مجالات عدة، ففي مجال الغصب نجد أنَّ الغاصب وكل من تعاقبت يده على المغصوب ضامن له على وفق هذه القاعدة، وفي مجال المقبوض بالعقد الفاسد على اعتبار أنَّ المقبوض باقٍ على ملك مالكة السابق فكل من تعاقبت يده عليه يكون ضامناً له على وفق هذه القاعدة ايضاً، كما يحصل تداولها في حالة تعاقب الايدي وعند التعرض لقاعدة ما يضمن بصحيحة يضمن بفساده وما لا يضمن بصحيحة لا يضمن بفساده، بل يمتد نطاق تطبيقها حتى في مجال العقود او التصرفات القانونية الصحيحة. ويعد القانون المدني العراقي المدونة الوحيدة التي قننت قاعدة ما على اليد، سواء أكانت يد امانة ام يد ضمان، مستقيماً احكامها من الفقه الاسلامي، ويتضح الفارق بين قاعدة اليد وقاعدة على اليد، أنَّ الأولى يراد جعلها إمارة على الملك بينما الثانية يراد بها جعل اليد سبباً للضمان.

ثانياً / اهمية الدراسة

أنَّ لوضع اليد دوراً متميزاً سواء على مستوى التملك او على مستوى الضمان، فلا يخفى على احد لما للحيازة من دور بارز في التشريعات المدنية سواء أكانت حيازة العقار أو حيازة المنقول، وتكمن أهمية البحث في التملك من خلال ابراز القواعد القانونية المطبقة من جانب التشريعات محل المقارنة بشأن تملك العقارات غير المملوكة أو غير المسجلة في الدائرة المختصة، خصوصاً في التشريع العراقي الذي نظم وضع اليد على العقار ابتداءً في القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١) المعدل النافذ، ثم أصدر المشرع العراقي قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة (١٩٧١) المعدل النافذ، و أورد فيه نظاماً يقوم على الأسس نفسها التي تطلبها القانون المدني، وهو ما يسمى بنظام (التسجيل المجدد) للعقارات غير المسجلة أو بحكم غير المسجلة، حيث جاءت أحكامه معدّله لأحكام القانون المدني في هذا الشأن، سواء كان ذلك من الناحية الموضوعية أو من الناحية الإجرائية، وبصدور هذا القانون فقد اصبح مجال تطبيقه يتعلق بتملك العقارات غير المسجلة بشرط ان تمضي مدة محددة على ذلك وان تقترن الحيازة بحسن النية والسبب الصحيح، في حين اضحت قواعد الحيازة في القانون المدني تطبق على المنقولات دون العقارات، وتملك المنقولات على هذا النحو قد يكون بناءً على الحيازة بسوء نية بعد توافر شروط عدة أهمها أنَّ تمضي مدة التقادم المانع من سماع الدعوى وأن يقع الدفع بالإنكار، وقد يكون على وفق حيازة بحسن نية ومقتربة بسبب صحيح مما يترتب عليها تملك المنقول في الحال، هذا على فرض أنَّ للمنقول مالاً، أما إذا كان المنقول مباحاً، أو ما في حكم

المباح كالشيء المتروك فيصح تملكه على الفور من دون قيد أو شرط، غير أنَّ المنقول الضائع (اللقطة) لا يخضع للقواعد المذكورة وإنما تطبق بشأنه أحكام الفقه الإسلامي وذلك في ظل عدم وجود قانون خاص أو عام يتولى تنظيمه رغم أهمية ذلك في الحياة اليومية لأفراد المجتمع إذ كثيراً ما يحصل أن يفقد الشخص مالاً بضاياعه بالصدفة رغم ما له من قيمة مادية أو معنوية.

وتقسم اليد من حيث وضعها على الشيء إلى ثلاثة أقسام، يد الملك، ويد الأمانة، ويد الضمان، فيكون لصاحب يد الملك حرية التصرف في ملكه بالبيع أو الرهن وغيرهما مادام لم يتعلق به حق للغير، فإذا تلف هذا الشيء أو نقصت قيمته بدون اعتداء من أحد يكون ضمانه على صاحبه. غير أنَّ الأهمية تكمن في حالة ما إذا انتقل المال إلى يد غير مالكة، فهنا توصف اليد بأنها يد أمانة أو يد ضمان، وقد بين الفقهاء المسلمون مفهوم وأحكام كل منهما، وأخذ المشرع العراقي في القانون المدني رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١) ذلك التقسيم من الفقه الإسلامي ونظمه بقواعد خاصة مع وجود العديد من التطبيقات التشريعية المتناثرة في ثنايا البحث، مخالفاً في ذلك موقف المشرعين المصري والفرنسي في عدم إيرادهم لتلك القاعدة التي يصفها الفقهاء المسلمون بقاعدة على اليد.

ثالثاً / اشكالية الدراسة

بالرغم من تنظيم المشرع العراقي لقاعدة اليد في القانون المدني سواء تمثلت بوضع اليد على العقار أو على المنقول، إلاَّ إنه لم يكتف بذلك بل نظم بعض أحكامها في أكثر من قانون و أغفل تشريع قوانين كان من المفترض تشريعها منذ مدة طويلة، فعلى صعيد العقار نظم المشرع آلية كسب الحقوق العينية العقارية في القانون المدني ابتداءً ثم عاد ونظمها ذلك في قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة (١٩٧١) المعدل النافذ مع وجود العديد من القوانين الخاصة الأخرى كقانون الإصلاح الزراعي رقم (١١٧) لسنة (١٩٧٠) وقانون توحيد أصناف أراضي الدولة رقم (٥٣) لسنة (١٩٧٦) النافذ، مع بعض قرارات مجلس قيادة الثورة (المنحل)، مما خلق نوعاً من الإرباك لدى الأفراد والمختصين وذلك في ظل عدم وجود قانون يحوي تلك القواعد قدر الإمكان بالرغم من أنها تنصب حول موضوع واحد. أما على مستوى المنقولات فتعدد أحوال وضع اليد عليها وتتداخل شروط تملكها، فبعضاً منها يشوبه القصور، فبالرغم من أهمية اللقطة في الحياة اليومية للأفراد وبالرغم من نص المشرع العراقي على ضرورة تشريع قانون ينظم أحكامها إلاَّ أنه لم يصدر لغاية الآن، كما لم يواكب المشرع العراقي التشريعات المقارنة في العديد من الموضوعات التي سنتطرق إليها في ثنايا البحث.

كما أنفرد المشرع العراقي بتنظيم قاعدة على اليد، والأصل أن يكون المال في حيازة صاحبه بحيث يستطيع أجراء كافة أنواع التصرفات الجائزة قانوناً سواء كانت تصرفات مادية أم قانونية، وإذا تعرض هذا المال إلى الهلاك أو التلف من دون تعد من أحد فإن المالك هو الذي يتحمل تبعه ذلك، لكن قد تنتقل حيازة هذا المال إلى يد غير المالك عن طريق مصادر عدة، تتمثل أما بالتصرف القانوني أو الواقعة القانونية، ورغم تنظيم المشرع العراقي لقاعدة على اليد إلا أنه لم يستوعبها على شكل نظرية متكاملة متبعاً في ذلك مسلك الفقه الاسلامي، حيث لم يضع معياراً منضبطاً للتمييز بين يد الأمانة ويد الضمان، كما لم يبين حالات تحول صفة اليد بين الأمانة والضمان، وما يترتب على هذا التحول من آثار. وبناءً على ما تقدم سنطرح بعض التساؤلات الهامة هنا ونترك بعضها الآخر أثناء البحث في سبيل إيجاد الحلول المناسبة بشأنها:-

- ١- هل أن تملك العقارات غير المسجلة لازال خاضعاً لقواعد الحيازة الواردة في القانون المدني العراقي، أم أصبحت محكومة بقواعد التسجيل المجدد بعد صدور قانون التسجيل العقاري ؟.
- ٢- هل لا زالت قواعد التسجيل المجدد سارية المفعول أم أنهى العمل بها بعد مرور مدة السنة الواردة في المادة (٤٣/ مكررة) من القانون التسجيل العقاري ؟
- ٣- هل يُعد قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم (٥٢٩) لسنة (١٩٨٢) النافذ هو المعول عليه في تحديد مصير العقارات غير المسجلة أو ما في حكمها، ومن ثم يعد قيداً على قواعد القانونين السابقين المدني والتسجيل العقاري ؟.
- ٤- هل أن أختلاف المبادئ القضائية الصادرة عن محاكم الاستئناف بصفاتها التمييزية ناتج عن تعدد التشريعات التي تحكم الموضوع نفسه المتمثل بتملك العقارات غير المسجلة أم بسبب الاختلاف في تفسير القانون، وما هو السبيل لمعالجة ذلك ؟.
- ٥- هل أن قواعد الحيازة في القانون المدني أصبحت مقتصرة على تملك المنقولات دون العقارات خصوصاً بعد صدور قانون التسجيل العقاري ؟.
- ٦- لماذا لم يلتفت المشرع العراقي إلى إصدار قانون خاص ينظم أحكام اللقطة استناداً للمادة (١١٠٣) من القانون المدني، بالرغم من أن المشرع قد دعى إلى إصداره منذ زمن بعيد إلا أنه لم يصدر لغاية الآن ؟، مع ملاحظة أهمية الموضوعات التي من المفترض أن ينظمها.
- ٧- ما هو معيار التمييز بين يد الأمانة ويد الضمان ؟.

٨- ما هي حالات تحوّل صفة اليد من الأمانة الى الضمان وبالعكس، وما هو الأثر المترتب على هذا التحول ؟.

٩- ما الذي دعى المشرع إلى تعريف يد الأمانة وبيان مصادرها ضمن النصوص الخاصة بعقد الإيداع وبالتحديد في المادة (٩٥٠) من القانون المدني، بالرغم من أنّ المشرع قد نظم قاعدة على اليد في المواد (٤٢٥-٤٢٨) ضمن الفرع الخاص (باستحالة التنفيذ) من القانون ذاته ؟.

رابعاً / منهجية الدراسة

تقتضي طبيعة موضوع الدراسة الاعتماد على أكثر من منهج علمي بحيث يكمل أحدهما الآخر بهدف اغناء البحث ومحاولة الالمام بجميع جزئياته، ولأجل تحقيق هذا الغاية فقد اتبعنا ما يأتي:-

١- **المنهج المقارن** / اذ نتبع في دراستنا هذه المقارنة بين التشريعات المدنية المتمثلة بالقانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١) المعدل النافذ، والقانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة (١٩٤٨) المعدل النافذ، والقانون المدني الفرنسي لسنة (١٨٠٤) المعدل بالمرسوم رقم (١٣١) لسنة (٢٠١٦)، وكذلك قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة (١٩٧١) المعدل النافذ، بقدر تعلق الأمر بالموضوعات التي تناولها والتي لها علاقة مباشرة في موضوع بحثنا، كما لم نغفل الإشارة الى التشريعات الخاصة الاخرى وقرارات مجلس قيادة الثورة (المنحل) ذات الصلة، كما نشير الى آراء الفقه الإسلامي بمذاهبه المختلفة خصوصاً في الموضوعات التي يعد الفقه الإسلامي مصدرها المباشر كقاعدة على اليد (باب الضمان) أو تلك التي أغفل المشرع العراقي تنظيمها كاللقطة.

٢- **المنهج التحليلي** / حيث سنعتمد من خلال هذا المنهج دراسة النصوص القانونية واستعراض آراء الفقه القانوني والإسلامي وتحليلها وترجيح بعضها على الآخر كلما تطلب الأمر ذلك، أنّ موضوع الدراسة يعالج مسألة عملية تتمثل بوضع اليد على العقارات والمنقولات وبيان دورها في التملك أو الضمان، لذا لا بد من عرض كل فكرة وتدعيمها بالتطبيقات القضائية الحديثة التي تؤيدها وتساهم في زيادة إيضاحها قدر الإمكان.

خامساً / هيكلية الدراسة

لغرض بيان الموضوعات الداخلة في نطاق البحث والاحاطة بجميع جوانبه، ارتأينا تقسيم عنوان الأطروحة الموسوم بـ (أحكام اليد في القانون المدني / دراسة مقارنة) على بابين مبتدئين بمقدمة، ثم الباب الأول بعنوان دور وضع اليد في التملك، والذي يقسم على فصلين يتعلق الفصل الأول بدور وضع اليد في تملك العقار، والذي يقسم بدوره على مبحثين نبين في الأول مفهوم التسجيل المجدد، بينما نخصص الثاني لأحكام التسجيل المجدد، ويتعلق الفصل الثاني بدور وضع اليد في تملك المنقول، والذي يقسم بدوره هو الآخر على مبحثين، نبين في المبحث الأول تملك المنقول بالأس蒂لاء، بينما نخصص المبحث الثاني لتمكن المنقول بالحيازة.

أما الباب الثاني فهو بعنوان دور وضع اليد بالضمان، والذي يقسم على فصلين كذلك، يتعلق الفصل الأول بيد الأمانة، والذي يقسم على مبحثين، نبين في المبحث الأول مفهوم يد الأمانة، بينما نخصص المبحث الثاني لأحكام يد الأمانة، ويتعلق الفصل الثاني بيد الضمان، والذي يقسم بدوره على مبحثين، نبين في المبحث الأول مفهوم يد الضمان، في حين نخصص المبحث الثاني لأحكام يد الضمان. وسننهى الدراسة بخاتمة تتضمن أهم الاستنتاجات والمقترحات.

المقدمة

الباب الأول

دور وضع اليد في التملك

الباب الاول

دور وضع اليد في التملك

يُعد وضع اليد بصورة عامة من الموضوعات الهامة، التي مهما بحث فيها ستكون هذه البحوث أو الكتابات قاصرة في استيعابها، وذلك نظراً لمساسها المباشر بمصالح الأفراد و حياتهم اليومية، وما يتطلبه ذلك من مواكبة تشريعية و أجتهد قضائي، فوضع اليد - قاعدة اليد - كانت في قديم الزمان هي الوسيلة المهمة بل و الرئيسة التي تكسب الملكية بها ابتداءً في الأحوال التي لم يملكها أحد من قبل، وبها نشأت الملكية سواء كان ذلك في العقار أم في المنقول.

فعلى صعيد العقار، أن للترابط الوثيق بين وضع اليد على العقار من جهة، ومرور مدة التقادم من جهة أخرى، أهمية كبيرة بحيث يتوقف ترتيب الآثار القانونية على ذلك، إذ أن وضع اليد لوحده لا يكفي لترتيب الآثار مالم يقترن بمرور مدة زمنية معينة يتم من خلالها الاطمئنان على استقرار اليد وعدم وجود منازعة بشأنها. وقد نظم المشرع العراقي دور وضع اليد في تملك العقار في القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١) المعدل النافذ، و أختلفت نظرتيه لوضع اليد من حيث قيامها على حسن النية والسبب الصحيح من عدمها، فأشترط وفقاً لذلك أن تقترن الحيازة بالتقادم الطويل ومدته - خمس عشرة سنة - في موضع، وأن تقترن بالتقادم القصير ومدته - خمس سنوات - وفقاً لشروط معينة في موضع آخر.

ثم أصدر المشرع العراقي قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة (١٩٧١) المعدل النافذ، و أورد فيه نظاماً يقوم على الأسس نفسها التي تطلبها القانون المدني، وهو ما يسمى بنظام (التسجيل المجدد) للعقارات غير المسجلة أو بحكم غير المسجلة، حيث جاءت أحكامه معدّلة لأحكام القانون المدني في هذا الشأن، سواء كان ذلك من الناحية الموضوعية أو من الناحية الإجرائية، بل ويمكن القول أن نظام التسجيل المجدد هو التطبيق الحقيقي والعملي لدور وضع اليد في كسب الملكية العقارية والحقوق العينية الأصلية المتفرعة عنها، كما سنرى، لذا سنجعل منه محوراً لدراستنا في الفصل الأول من هذا الباب.

أما على صعيد المنقول فأن لوضع اليد دوراً متميزاً في تملك المنقول، إذ كثيراً ما يقع الخلط بين أحوال متعددة لوضع اليد على المنقول وذلك نظراً لتشابهها وتداخلها، ولا تخرج في مجملها

عن أربعة أحوال، وهي (الاستيلاء ابتداءً، واللقطة، وحيازة المنقول بحسن نية، وحيازة المنقول بسوء نية). وأفضل تصنيف لهذه الأحوال هو وضعها تحت سببين من أسباب كسب ملكية المنقول، أولهما الاستيلاء، ويشمل كل من (الاستيلاء ابتداءً، واللقطة) وهذا ما سيكون محور دراستنا في المبحث الأول من الفصل الثاني من هذا الباب، وثانيهما الحيازة وتشمل (حيازة المنقول بحسن نية، وحيازة المنقول بسوء نية) وهذا هو محور دراستنا في المبحث الثاني من الفصل الثاني من هذا الباب.

فالاستيلاء يتحدد مداه بوضع اليد على منقول مباح لا مالك له بنية تملكه على الفور، في حين أن اللقطة تتمثل بمال منقول مملوك غير أنّ مالكة فقد حيازته بضياعه، وبالرغم من أهمية هذه الحالة إلا أن المشرع لم ينظمها بشكل دقيق إنما أشار إليها ضمن النصوص المتعلقة في الاستيلاء وأحال أمر تنظيمها إلى قانون خاص غير أنه لم يصدر لغاية الآن، مما يتطلب منا الرجوع إلى التشريعات المقارنة والفقه الإسلامي لمعرفة أحكامها.

أما الحيازة بسوء نية فتتمثل بوضع اليد على منقول مملوك للغير تمهيداً لكسب ملكيته بمرور مدة زمنية معينة حددها القانون، بينما يكسب الحائز حسن النية ملكية المنقول المملوك للغير على الفور إذا اقترنت حيازته بسبب صحيح، مع مراعاة الاستثناءات الواردة على ذلك. وتأسيساً على ما تقدم سنقسم هذا الباب على فصلين، نبين في الفصل الأول دور وضع اليد في تملك العقار، في حين نخصص الفصل الثاني لدور وضع اليد في تملك المنقول.

الفصل الأول / دور وضع اليد في تملك العقار

الفصل الأول

دور وضع اليد في تملك العقار

تعمل النظم القانونية بصورة عامة على تنظيم العلاقات القانونية وبالشكل الذي يحقق العدالة من جهة، و أَسْتَقْرَار المراكز القانونية من جهة أخرى، وعلى أساس ذلك قررت هذه النظم القانونية وضع الحد الزمني اللازم لحماية الحقوق ومنها الحقوق العينية التي تتأثر بمضي المدة بحيث لا تسمع دعوى المطالبة بالحق العيني ليكون ذلك سبباً في كسبه.

وقد نظمت التشريعات محل المقارنة بصورة عامة والقانون العراقي بصورة خاصة آلية اكتساب ملكية عقار غير مسجل، حيث نظم المشرع العراقي ذلك ابتداءً في القانون المدني الذي وضع من خلاله نظاماً قانونياً مزج في قواعده بين الفقه الإسلامي والفقه الغربي متمثلاً بقواعد القانون المدني الفرنسي، وميّز بين التقادم الطويل الوارد على العقار والمنقول من جهة، والتقادم القصير الوارد على الحقوق العينية العقارية - مع توافر شروط معينة - من جهة أخرى، ثم أصدر المشرع العراقي قانون التسجيل العقاري الذي نظم من خلاله كل ما يتعلق باكتساب الحقوق العينية الأصلية غير المسجلة أو في حكم غير المسجلة، سواء من حيث مفهومها وشروطها و الإجراءات الواجب اتباعها بشأنها من لحظة تقديم الطلب مروراً بما يجب على الجهات المختصة القيام به، سواء تمثلت تلك الجهات بدائرة التسجيل العقاري أو لجنة تثبيت الملكية التي أوجدها القانون لهذا الغرض، وصولاً إلى صدور الحكم القاضي بتثبيت بأسم واضع اليد أو رفض طلبه، ومن ثم الآلية المتبعة للطعن به.

ويبدو أنّ المشرع العراقي أوجد نظام (التسجيل المجدد) ضمن قانون التسجيل العقاري، وذلك بعد أن أيقن أنّ هنالك جانباً كبيراً من الإشكالات والمنازعات لم تحل، وإنما هي مستمرة طالما توجد عقارات غير مسجلة في دائرة التسجيل العقاري. لذا يُعد التسجيل المجدد من المسائل الهامة كونه يتعلق بمعالجة مشكلة واقعية بالنسبة للعقارات غير المسجلة، أو التي تُعد في حكم غير المسجلة نتيجة لفقدان سجلاتها أو سنداتها، أو بسبب الظروف الأمنية والتحويلات المتلاحقة التي مر بها البلد في فترات مختلفة.

وبما أن أحكام التسجيل المجدد هي المطبقة في الواقع من الناحيتين النظرية والعملية، كونها قواعد خاصة وأكثر تفصيلاً من جهة، ولاحقة في صدورها على قواعد القانون المدني من جهة أخرى، فسنتقتصر عليها ونجعلها محوراً لدراستنا في هذا الفصل، و الأستعانة بقواعد القانون المدني - كلما تطلب الأمر -

الفصل الأول / دور وضع اليد في تملك العقار

بالقدر الذي لا يتعارض مع قانون التسجيل العقاري، من دون إغفال الإشارة إلى قرارات مجلس قيادة الثورة المنحل ذات الصلة.

وتأسيساً على ما تقدم سنقسم هذا الفصل على مبحثين، نبين في المبحث الأول مفهوم التسجيل المجدد، في حين سنخصص المبحث الثاني لأحكام التسجيل المجدد.

المبحث الأول

مفهوم التسجيل المجدد

لقد جاء المشرع العراقي - ابتداءً - متأثراً بأحكام الفقه الإسلامي الذي عدّ مرور الزمان مانعاً من سماع الدعوى، وجاء هذا التأثير نتيجة لتفكير بعض الفقهاء في وضع نظام قانوني لا يتعارض وأحكام الشريعة الإسلامية القاضي بعدم سقوط الحق بمرور الزمان، فأقروا مبدأ مرور الزمان لا كمكسب للحق أو مسقط له وإنما كمانع من سماع الدعوى ليستفيد منه واضع اليد، في حين ذهبت بعض القوانين المدنية الغربية إلى عدّ مرور الزمان سبباً من أسباب كسب الملكية، ومنها القانون المدني الفرنسي وسار على نهجه القانون المدني المصري. وبصدور قانون التسجيل العقاري فقد عدّ صراحةً ودون أي غموض، مرور الزمان المقترن بالحيازة الصحيحة سبباً من أسباب كسب الحقوق العينية الأصلية لا كمانع من سماع الدعوى فحسب، وذلك في القسم الثاني من الفصل الثاني من هذا القانون، وتحت عنوان (التسجيل المجدد).

كما أورد هذا القانون شروطاً جديدة تختلف عن تلك التي أوردها القانون المدني، إذ يتعلق بعضها في الحق محل التسجيل المجدد من حيث كون العقار غير مسجل سابقاً أو في حكم غير المسجل، في حين يتعلق بعضها الآخر في طالب التسجيل المجدد سواء من حيث ضرورة توافر حسن النية والسبب الصحيح في جانبه أو بمدة حيازته التي حددها القانون لكسب الحق، ومدى إمكانية ضم هذه الحيازة إلى حيازة سلفه لإكمال تلك المدة.

وعليه سنقسم هذا المبحث على مطلبين، نخصص المطلب الأول للتعريف بالتسجيل المجدد، في حين نبين في المطلب الثاني الشروط الواجب توافرها للتسجيل المجدد.

الفصل الأول / دور وضع اليد في تملك العقار

المطلب الأول

التعريف بالتسجيل المجدد

توجد هناك عقارات غير مسجلة لا بأسم الأفراد ولا بأسم أي جهة أخرى، وذلك يعود أما لأسباب تاريخيه تتعلق بقيد العقارات لأول مرة في دوائر التسجيل العقاري وما في حكمها، أو نتيجة خطأ أو سهو من قبل الجهات القائمة بالقيد، نظراً لإختلاف الحدود وتداخلها من جهة، ولصدور تشريعات عدة تنظم هذه العملية من جهة أخرى، مما يتطلب ضرورة تسجيلها حالياً بناءً على طلب واضع اليد، وأن عملية التسجيل هذه تخضع لنطاق محدد بموجب القوانين النافذة لا يمكن تجاوزه في أي حال من الأحوال، لذا سنتولى تقسيم هذا المطلب على فرعين، نعتد الفرع الأول منه لتعريف التسجيل المجدد، بينما نخصص الفرع الثاني لنطاقه.

الفرع الأول

تعريف التسجيل المجدد

كثيراً ما يختلط نظام التسجيل المجدد مع حالة أخرى أوردها قانون التسجيل العقاري ضمن أنواع التسجيل يطلق عليها ((التأييد))، لذا سنقسم هذا الفرع على فترتين، نبين المقصود بالتسجيل المجدد في الفقرة الأولى، في حين سنخصص الفقرة الثانية لتمييزه عن التأييد.

أولاً / المقصود بالتسجيل المجدد

قبل الخوض في بيان المقصود بالتسجيل المجدد، نود الإشارة إلى وجود نظامين لقيد العقارات بصورة عامة، أولهما نظام التسجيل الشخصي المتبع في كل من مصر وفرنسا، ومفاده أن التسجيل فيه يتم طبقاً لأسماء الأشخاص الملاك وأصحاب الحقوق العينية الأخرى، وليس طبقاً للعقار ذاته، فالعقارات في هذا النظام لا تُعرف بمواقعها وأرقامها وأنما بأسماء مالكيها أو أصحاب الحقوق العينية عليها، وثانيهما نظام التسجيل العيني المتبع في العراق، وبمقتضاه يتم تسجيل الحقوق العقارية وفقاً للعقار في ذاته وليس وفقاً لأسماء مالكيها أو أصحاب الحقوق العينية عليها كما يحصل في نظام التسجيل الشخصي، فوفقاً لهذا النظام يكون لكل عقار صحيفة في السجل العقاري يسجل فيها جميع ما يقع على هذا العقار من تصرفات، وتُعرف هذه الصحيفة بأسم الصحيفة العينية، إذ تحمل رقم العقار وتتضمن موقعه وماهيته ومساحته و أسم مالكه^(١)، ويُعد نظام التسجيل العيني أفضل من نظام التسجيل الشخصي

(١) ينظر/ د. شروق عباس فاضل، فائق يونس حسين، التقادم المكسب للملكية العقارية في ظل نظام التسجيل الشخصي، بحث منشور في مجلة طبنة للدراسات العلمية الاكاديمية، المجلد (٤)، العدد (١)، ٢٠٢١، ص ٤٨٣ وما بعدها.

الفصل الأول / دور وضع اليد في تملك العقار

كونه يتسم في اليسر في تطبيقه من خلال تبسيط عملية القيد و الإعلان وتمكين المتعاملين من إتمام الإجراءات بسرعة ودقة، لأن القيد في السجل العيني لا يتطلب إلا إجراء القيد في الصحيفة المخصصة في السجل، كما يتسم بالوضوح لأن الصحيفة العقارية تتضمن كافة البيانات المتعلقة بالوحدة العقارية^(١). والمعزى من وراء ذلك أن القيد في السجل يمنع سريان التقادم ضد الحقوق المقيدة فيه، حيث لا يُعد وضع اليد وسيلة من وسائل كسب الحقوق العينية العقارية، إذ يُعد من قُيد الحق بأسمه في مأمن من ادعاءات الغير في حيازته، فلا يجوز لواضع اليد الاستناد إلى الحيازة لكسب الحق العيني لأن القول بغير ذلك أمر يتناقض مع القوة المطلقة للقيد^(٢). مما يعني أن دور وضع اليد ينعدم ولا يُعد سبباً من أسباب كسب الملكية والحقوق العينية الأخرى بعد قيدها في السجل، وذلك لأفضلية القيد من الناحية القانونية على وضع اليد أو الحيازة من الناحية الواقعية، ومع ذلك فهناك الكثير من العقارات غير المقيدة في السجل أو مقيدة في سجلات غير معتبرة (كما سنرى لاحقاً) والتي من الممكن تملكها بوضع اليد عليها إذا ما توافرت الشروط التي حددتها القوانين النافذة، وبذلك نكون أمام كسب الملكية أو الحق العيني على عقار غير مسجل.

وعوداً على بدء، فعلى الرغم من تنظيم القانون المدني للأحكام العامة في وضع اليد ودورها في التملك إلا أنه لم يبيّن المقصود بكسب ملكية عقار غير مسجل أو ما في حكمه، فجاء قانون التسجيل العقاري ليبيّن ذلك من خلال نظام ((التسجيل المجدد)) والذي يُعرّف بموجب نص المادة (١/٤٣) على أنه (يقصد بالتسجيل المجدد تثبيت حق الملكية وتسجيله بأسم صاحبه الحقيقي في السجل العقاري و إصدار السند به وفق أحكام هذا القانون). ويتضح من خلال هذا التعريف أن أهداف التسجيل المجدد هي :-

- ١- تثبيت حق الملكية.
- ٢- تسجيل الحق بأسم صاحبه الحقيقي.
- ٣- إصدار السند وفق أحكام هذا القانون.

(١) القاضي حسين عبد اللطيف حمدان، نظام التسجيل العقاري، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٥، ص ٢٣ وما بعدها.

(٢) د. ياسين محمد يحيى، نظام السجل العيني وأثره على مصادر الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، بدون سنة طبع، ص ٥٢.

الفصل الأول / دور وضع اليد في تملك العقار

ويبدو من خلال الهدف الأول أنّ المشرع قد ذكر عبارة ((تثبيت حق الملكية)) من دون أن يتطرق إلى الحقوق العينية الأصلية الأخرى الواردة في المادة (١/٦٨)^(١) من القانون المدني العراقي كحق التصرف وحق العقر.... الخ، لذا فالسؤال الذي يمكن أن يُثار هنا، هل أنّ قواعد التسجيل المجدد في قانون التسجيل العقاري ودورها في كسب الحق قاصرة على حق الملكية أم يمكن أن تنسحب على الحقوق العينية الأخرى؟.

إن حق الملكية ليس حقاً عينياً فحسب، بل هو أهم الحقوق العينية وأوسعها نطاقاً، وهو الأصل الذي تنفرع عنه أو تشتق منه باقي الحقوق العينية، وقد خصص له المشرع العراقي الباب الأول من الكتاب الثالث المواد من (١٠٤٨ - ١١٦٨)، في حين خصص الباب الثاني المواد من (١١٦٩ - ١٢٨٤) إلى الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية، وبذلك فإن التسجيل المجدد يشمل جميع الحقوق العينية الأصلية، وأن ذكر المشرع لحق الملكية يتبعه ضمناً بقية الحقوق العينية، مما جعله يكفي بالإشارة إلى الأصل دون ما تفرع عنه من حقوق^(٢).

أما الهدف الثاني المتمثل بتسجيل الحق باسم صاحبه، فيؤخذ على المشرع وصفه لصاحب الحق ((بالحقيقي))، لأن هذا الوصف لم يكن سليماً، لأن التشريع العراقي أعتمد التسجيل العيني، وفيه لا يجوز الطعن فيما يثبت في السجل، إذ يُعد هو الصورة الحقيقية والصادقة للوضع المادي والقانوني للعقار، فلا يتصور معه وجود صاحب أو مالك للحق غير حقيقي إلا في نظام التسجيل الشخصي، حيث يحتمل وجود مالك ظاهر وآخر حقيقي. ولعل المشرع قد قصد بصاحب الحق الحائز أو واضع اليد، لأن في الحيازة يوجد حائز حقيقي وآخر غير حقيقي يحوز العقار حيازة عرضية^(٣).

ويمكن لنا أن نتلمس مدى دقة هذا الرأي، وذلك من خلال تتبع القرارات القضائية المتعلقة بهذا الشأن، حيث أصدرت محكمة أستاذتاف النجف الاتحادية قراراً لها عام (٢٠١٨) جاء فيه (...أن الحيازة لا تقوم على عمل يأتيه الشخص على أنه مجرد إباحة أو عمل يتحمله الغير على سبيل التسامح أو

(١) حيث نصت المادة (١/٦٨) من القانون المدني العراقي على أنه (١- الحقوق العينية الأصلية هي حق الملكية وحق التصرف وحق العقر وحقوق المنفعة و الاستعمال والسكنى و المساطحة وحقوق الارتفاق وحق الوقف وحق الأجرة الطويلة).

(٢) مصطفى مجيد عزيز، شرح قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١، ج ١، العاتك لصناعة الكتاب، مصر، القاهرة، ٢٠٠٨، ص ٣٣٠.

(٣) عبد الله غزالي سلمان الغزوي، إجراءات التسجيل العقاري (دراسة تطبيقية في أحكام قانون التسجيل العقاري)، ط ٣، مكتبة القانون والقضاء، ٢٠١٤، ص ٢٨.

الفصل الأول / دور وضع اليد في تملك العقار

مستند في حيازته على عقد إيجار، فهو بهذا المعنى لا يُعد حائزاً حقيقياً وإنما حائز عرضي، وليس له في هذه الحالة أن يتمسك بالتسجيل المجدد في مواجهة الحائز القانوني الحقيقي "صاحب الحق العيني" (...)^(١).

أما على صعيد الفقه، فقد عُرف التسجيل المجدد بتعريفات مختلفة، أنها وأن تباينت في الألفاظ إلا أنها متفقة من حيث المضمون، مع ضيق بعضها واتساع البعض الآخر، فقد عُرف بأنه (عبارة عن مجموعة من الإجراءات القانونية التي تتخذ من قبل دائرة التسجيل العقاري بناءً على طلب لتثبيت حق الملكية وتسجيله بأسم صاحبه الحقيقي في السجل العقاري و إصدار السند به وفق أحكام قانون التسجيل العقاري)^(٢). كما عُرف من جانب آخر بأنه (تثبيت الحقوق العينية الأصلية للعقارات غير المسجلة أو بحكم الغير مسجلة وتسجيلها بأسم حائزها العراقي الحسن النية وتسجيلها في دائرة التسجيل العقاري)^(٣).

في حين هنالك من أورد تعريفاً للتسجيل المجدد يُعد أوسع وأشمل من ذلك الذي وضعه المشرع في قانون التسجيل العقاري، حيث عَرفه بأنه (تثبيت حق الملكية أو الحقوق العينية الأصلية الأخرى لأول مرة للعقارات غير المسجلة في دائرة التسجيل العقاري أو التي هي بحكم غير المسجلة، أستناداً إلى الحيازة بسبب صحيح وبحسن النية مع توفر مدة التقادم المكسب للملكية)^(٤). ويبدو من هذا التعريف أنه قد ذكر صراحةً شمول التسجيل المجدد لحق الملكية و الحقوق العينية الأصلية الأخرى المتفرعة عنه، كما ذكر الشروط الواجب توافرها لصحة التسجيل المجدد ومنها أن يكون العقار غير مسجل أو بحكم غير المسجل كما لو كان سجله أو سنده مفقود أو ممزق أو مقيد في سجل من السجلات غير المعتبرة قانوناً، كما تطلب التعريف توافر شروط أخرى كتوافر حسن النية والسبب الصحيح مع استمرار الحيازة طيلة المدة التي حددها قانون التسجيل العقاري، وستكون هذه الشروط جميعاً محلاً للبحث والتفصيل مع بيان توافرها أو اختلافها مع ما أورده القانون المدني من شروط، وذلك في المطلب الثاني من هذا المبحث.

(١) قرار محكمة النجف الاتحادية / بصفتها التمييزية / بالعدد ٢١٨ / ت / متفرقة ٢٠١٨، في ٢٧ / ١١ / ٢٠١٨.

(٢) د. علي محمد إبراهيم الكرياسي، موسوعة التشريعات العقارية، ج ١، بغداد، العراق، ١٩٨٦، ص ٢٥.

(٣) القاضي لقمان ثابت عبد الرزاق، محاضرات في قانون التسجيل العقاري وتعديلاته، أُلقيت على طلبة المعهد القضائي،

بغداد، للعام الدراسي ٢٠١٩ - ٢٠٢٠، ص ١٣.

(٤) مصطفى مجيد عزيز، شرح قانون التسجيل العقاري، ج ١، مصدر سابق، ص ٣٢٨.

الفصل الأول / دور وضع اليد في تملك العقار

أما بخصوص تسمية المشرع العراقي ((التسجيل المجدد)) بهذا الأسم، فيبدو للوهلة الأولى أن هنالك في العراق نظامين لتسجيل الملكية العقارية، أحدهما نظام التسجيل لأول مرة، وثانيهما نظام التسجيل المجدد، الذي هو عبارة عن إعادة تسجيل لما سُجل بموجب التسجيل الأول، هذا ما يفهم عموماً من عبارة التسجيل المجدد، إلا أن المشرع أراد عكس ذلك وقصد منه في بعض الأحيان تسجيل العقارات غير المسجلة مسبقاً بأسم الحائز أو واضع اليد عند توافر شروط معينة. مما دفع البعض إلى انتقاد موقف المشرع العراقي ويرى من المستحسن تسمية هذا التسجيل ((بالقيد الأول))، لأن التسجيل المجدد لا يعني أن حق الملكية أو الحقوق العينية الأصلية الأخرى مسجلة سابقاً، ويتم تجديد هذا التسجيل بموجب معاملة التسجيل المجدد، وإنما المقصود به تسجيل تلك الحقوق في السجل العقاري لأول مرة، ليصبح هذا السجل مستنداً للتسجيلات التي تلي هذا القيد الأول^(١).

ومن جهتنا نتفق مع الرأي المتقدم في جانب ونختلف معه في جانب آخر، والسبب في ذلك يعود إلى أن المادة (٢/٤٣)^(٢) من قانون التسجيل العقاري قد بينت الحالات المشمولة بالتسجيل المجدد، ويتضح أنها على نوعين، يتمثل النوع الأول منها بالعقارات غير المسجلة سابقاً في سجلات دائرة التسجيل العقاري، وهذه يمكن أن نطلق على عملية تملكها بوضع اليد أو تسجيلها ((بالقيد الأول))، أما النوع الثاني فهو خاص بالعقارات التي تُعد بحكم غير المسجلة أي أنها مسجلة في السجلات العقارية سابقاً ولكن نتيجة لفقدان سجلاتها وسنداتها أو أصبحت ممزقة أو معيبة بشكل لا يمكن الاعتداد به، أو مسجلة في أحد السجلات التي لا تعتمد أساساً لأثبات الملكية والحقوق العينية الأخرى، فقد عُدّت بحكم غير المسجلة، ومن ثم يصح أن نطلق على هذا النوع ((الثاني)) ما أطلقه المشرع من تسمية ((التسجيل المجدد)).

ثانياً / تمييز التسجيل المجدد عن التأيد

قد يحصل فقدان للسجل المثبت لحق الملكية أو الحقوق العينية الأخرى الأصلية منها والتبعية، أو قد يتعيب أو يتلف كلياً، ولم يبقَ بيد المالك أو صاحب الحق العيني إلا سنداً لا سجل له في دائرة التسجيل

(١) مصطفى مجيد عزيز، شرح قانون التسجيل العقاري، ج ١، مصدر سابق، ص ٣٢٨.

- د. علي شاکر عبد القادر، مجلة أهل البيت عليهم السلام، العدد ٨، ٢٠١٠، ص ٣٤٨.

(٢) ستكون المادة (٢/٤٣) موضوع بحثنا في الفرع الأول من المطلب القادم، ضمن الشروط الواجب توافرها في الحق محل التسجيل لذا أثّرنا عدم ذكرها هنا منعاً للتكرار.

الفصل الأول / دور وضع اليد في تملك العقار

العقاري، وعندها لا يمكن الركون إلى السند لأجراء أي معاملة تصرفيه مالم يتم أتباع الخطوات التي بينها القانون لتأييده.

ويُعرف التأييد بأنه مجموعة من الإجراءات القانونية التي تتخذ من قبل دائرة التسجيل العقاري بناءً على طلب لتسجيل الحقوق العينية الأصلية أو التبعية التي كان سجلها المثبت لتلك الحقوق مفقوداً أو به عيب أو تلف كلي، وذلك بالاستناد إلى السند أو صورة السجل المصدقة وفق القانون^(١).

وقد عالج المشرع العراقي موضوع التأييد في المواد (٥٨-٦٣) من قانون التسجيل العقاري، وبين في المادة (١/٥٨) بأنه (تسجل الحقوق العينية الأصلية أو التبعية تأييداً إذا كان سجلها المثبت لتلك الحقوق مفقوداً أو به عيب أو تلف كلي وذلك بالاستناد إلى السند أو صورة السجل المصدقة وفق القانون). ثم عاد المشرع وأستثنى السندات الصادرة عن دائرة الوقف في فترة زمنية معينة، وأخضعها لمراسيم التأييد بالرغم من وجود سجلاتها، وذلك في المادة (٢/٥٨) التي تنص على أنه (تخضع السندات الصادرة من دائرة الوقف قبل (٩ ربيع الأول ١٢٩٣) لمراسيم التأييد ولو كان سجلها موجوداً).

وهناك من يعلل موقف المشرع بإخضاع السجلات المنظمة من قبل دوائر الأوقاف لمراسيم التأييد المقررة قانوناً، هو للتأكد من بقاء حكم هذه السجلات وعدم نقلها إلى سجلات أخرى، ولا يمكن التحقق من ذلك إلا بأتباع تلك المراسيم، لأن السجلات المذكورة منظمة من قبل دوائر الأوقاف التي لم تكن مختصة بتسجيل التصرفات العقارية، ولم تكن تتبع الإجراءات الأصولية في التسجيل وتأشير المناقلة في حالة نقل حكم السجل إلى سجل آخر كما كانت متبعة في دوائر التسجيل العقاري^(٢).

أما عن الشروط الواجب توافرها لتسجيل الحقوق العينية الأصلية فقد بينتها المادة (٥٩) من قانون التسجيل العقاري التي نصت على أنه (يشترط في التأييد للحقوق العينية الأصلية ما يأتي :

- ١- أن يكون المالك واضع اليد على الحق العيني المثبت في السند أو صورة السجل.
- ٢- أن يكون السند أو صورة السجل سليماً ومحتوياً على جميع الحقوق والأوصاف الخاصة بالعقار فأن كان ممزقاً أو معيباً أو مختلط الكتابة بحيث يتعذر معرفة أوصاف العقار أو حقوقه فلا يجوز إجراء معاملة التأييد.

- ٣- أن لا يكون في بطاقة العقار سند يتعارض مع السند أو صورة السجل المراد تأييده).

(١) علي محمد إبراهيم، مصدر سابق، ص ٤١.

(٢) مصطفى مجيد عزيز، ج ١، مصدر سابق، ص ٤٨٧.

الفصل الأول / دور وضع اليد في تملك العقار

ويؤكد القضاء العراقي على ضرورة توافر شروط (التسجيل بطريق التأييد) وتمييزها عن شروط (التسجيل المجدد) نظراً لتشابه النظامين وتداخلهما، وذلك في معرض تأييد محكمة الأستئناف بصفقتها التمييزية لقرار محكمة البداية القاضي برد طلب التسجيل المجدد من قبل واضع اليد، كون العقار خاضع لمراسيم التأييد وليس التسجيل المجدد، حيث جاء في قرار محكمة أستئناف بغداد / الرصافة الأتحادية بصفقتها التمييزية الصادر عام (٢٠١٩) بأنه (...أن القرار المميز جاء صحيحاً ومنسجماً مع أحكام المادة (٥٩/١ و ٣) من قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة (١٩٧١) المعدل التي نصت على (١) - أن يكون المالك واضع اليد على الحق العيني المثبت في السند أو صورة السجل. ٣- أن لا يكون في بطاقة العقار سند يتعارض مع السند أو صورة السجل المراد تأييده). مما يكون طلب طالبي التسجيل المجدد واجب الرد وهذا ما قضت به المحكمة...، مع التنويه بإمكان طالبي التسجيل المجدد طلب تأييد التسجيل بأسم مورثهم المدعو ع.ع. (...)^(١).

أما إذا كان الحق المراد تأييده من الحقوق العينية التبعية، فيحصل ذلك بالإستناد إلى سند الرهن، ويكتفي بتوافر الشرطان (الثاني والثالث) من الشروط الواردة في المادة (٥٩) كون الشرط (الأول) منها خاص بالحقوق العينية الأصلية، ويتضح ذلك جلياً من خلال نص المادة (٦٠) التي تنص على أنه (إذا كان التأييد منصّباً على الرهن التأميني أو حق الأمتياز فيكتفي بتوافر الشروط المبينة بالفقرتين (٢) و (٣) من المادة المنقمة).

ويلحظ أن سند الرهن يقتصر على تأييد حق الرهن ولا يكون بديلاً عن السند الدائمي للملكية في حالة فقدانه، وبعبارة أخرى لا يجوز تأييد حقوق الملكية بالإستناد إلى سند الرهن^(٢).
بعد أن أوضحنا المقصود بالتأييد وشروطه، أصبح من اليسير علينا أن نبين أوجه الشبه و الاختلاف بينه وبين التسجيل المجدد و كما يأتي :-

١ - أوجه الشبه :-

أ- من حيث الهدف / يرمي كل من التأييد والتسجيل المجدد إلى تحقيق هدف واحد يتمثل بتثبيت حق الملكية أو الحقوق العينية الأخرى، بعد أن أصبح هذا الحق ضعيفاً لأسباب مختلفة يتعلق بعضها بعدم

(١) قرار محكمة أستئناف بغداد / الرصافة الأتحادية / الهيئة التمييزية المدنية / بالعدد ٧٣٩ / م / ٢٠١٩، في

٢٠١٩/١١/١١.

(٢) عبدالله غزاي سلمان الغزاوي، إجراءات التسجيل العقاري، مصدر سابق، ص ٧٠.

الفصل الأول / دور وضع اليد في تملك العقار

تسجيل الحق أصلاً، أو مسجل في سجلات غير معتبرة قانوناً، أو أن سجله أو سنده مفقود أو معيب إلى درجة لا يمكن الاعتماد بها.

ب - من حيث الإجراءات / تتشابه إجراءات التأييد مع إجراءات التسجيل المجدد، حيث تتولى لجنة تثبيت الملكية مهمة الكشف على العقار، والتأكد من شخص واطع اليد، وصولاً إلى إصدار قرارها بالتأييد أو الرفض، ويتضح ذلك من خلال الإحالة من النصوص المنظمة للتأييد على النصوص المنظمة للتسجيل المجدد^(١).

ج - من حيث الجهة المختصة بالطعن / يجوز الطعن بالقرار الصادر عن لجنة تثبيت الملكية سواء تعلق بالتأييد أو بالتسجيل المجدد، أمام الجهة نفسها المنصوص عليها في المادة (٥٠) من قانون التسجيل العقاري^(٢)، إلا هي محكمة أستاناف المنطقة بصفتها التمييزية، ونكتفي بالإشارة إليها هنا كونها ستكون محلاً للبحث والتفصيل في المبحث الثاني من هذا الفصل.

٢ - أوجه الاختلاف :-

أ - من حيث السبب / أن السبب وراء طلب التأييد هو أن يكون السجل المثبت للحق مفقوداً أو به عيب أو تلف كلي^(٣). بينما يُعد السبب الرئيس وراء طلب التسجيل المجدد هو أن العقار غير مسجل أو بحكم غير المسجل^(٤).

ب - من حيث النطاق / يشمل التأييد جميع الحقوق العينية الأصلية أو التبعية^(٥)، بينما يقتصر التسجيل المجدد على الحقوق العينية الأصلية^(٦).

^(١) حيث نصت المادة (٦١) من قانون التسجيل العقاري على أنه (تقوم لجنة تثبيت الملكية بالكشف على العقار وتطبيق الأوصاف المبينة في السند أو صورة السجل موقعاً والتثبت من واطع اليد ان اقتضى ذلك وبيان أوصافه والحقوق التي له أو عليه ان وجدت وتنظم محضراً بذلك حسب الفقرة (٣) من المادة (٤٧) من هذا القانون).

- كما نصت المادة (٦٢) على أنه (يصدر رئيس لجنة تثبيت الملكية قراره بالتأييد ورفض التسجيل، إستناداً إلى محضر لجنة تثبيت الملكية).

- في حين نصت المادة (١/٦٣) على أنه (يعلن القرار بالطريقة المبينة في الفقرة (٣) من المادة (٤٥) من هذا القانون).

^(٢) حيث نصت المادة (٢/٦٣) من قانون التسجيل العقاري على أنه (يجوز الطعن بقرار التأييد أو رفض التسجيل بالطريقة المبينة في المادة (٥٠) من هذا القانون).

^(٣) المادة (٥٨) من قانون التسجيل العقاري، سابق الإشارة إليها.

^(٤) المادة (٢/٤٣) من قانون التسجيل العقاري، والتي ستكون محلاً لبحثنا في المطلب الثاني من هذا المبحث.

^(٥) المادة (١/٥٨) من قانون التسجيل العقاري، سابق الإشارة إليها.

^(٦) المادة (١/٤٣) من قانون التسجيل العقاري.

الفصل الأول / دور وضع اليد في تملك العقار

ج- من حيث الحيازة / لم يشترط القانون على طالب التأييد أن يكون حائزاً لمدة معينة، بينما أشرط على طالب التسجيل المجدد أن يكون حائزاً لمدة لا تقل عن (١٥) خمس عشرة سنة^(١).

ومن التطبيقات القضائية التي وجدناها تبرهن لجانب من الاختلاف بين التأييد من جهة والتسجيل المجدد من جهة أخرى، قرار محكمة أستاذة بغداد الرصافة الاتحادية بصفتها التمييزية الصادر عام (٢٠٠٧) والذي جاء فيه (...أن التسجيل المجدد وكما قصده الفقرة (١) من المادة (٤٣) من القانون المذكور - التسجيل العقاري - هو تثبيت حق الملكية وتسجيله بأسم صاحبه الحقيقي في السجل العقاري وإصدار السند به وفق أحكام القانون، ووفقاً للشروط المبينة في الفقرة (٢) من المادة المذكورة ومن بينها أن يكون العقار غير مسجل سابقاً في سجلات دائرة التسجيل العقاري، بخلاف طلب تأييد تسجيل العقار الذي ينبغي أن يقدم إلى دائرة التسجيل العقاري المختصة لأنه يتعلق بتسجيل الحقوق الأصلية أو التبعية تأييداً إذا كان سجلها المثبت لتلك الحقوق مفقوداً أو به عيب أو تلف كلي بالإستناد إلى السند أو صورة السجل المصدقة على وفق القانون...)^(٢).

(١) المادة (١/٤٤) من قانون التسجيل العقاري، والتي ستكون جزءاً من بحثنا في المطلب الثاني من هذا المبحث.

(٢) قرار محكمة أستاذة بغداد / الرصافة الاتحادية / بصفتها التمييزية، بالعدد ٤١٧ / م / ٢٠٠٧، في ١١/١١/٢٠٠٧. نقلاً عن / القاضي موفق علي العبدلي، المختار من قضاء محكمة أستاذة بغداد / الرصافة الاتحادية / بصفتها التمييزية، بغداد، ٢٠١٠، ص ٤٧.

الفصل الأول / دور وضع اليد في تملك العقار

الفرع الثاني

نطاق التسجيل المجدد

إنَّ تحديد العقارات غير المسجلة في دائرة التسجيل العقاري، التي من الممكن أن تكون محلاً صالحاً لتملكها أو كسب حق من الحقوق العينية الأصلية عليها، يُعد عملية معقدة، كون ذلك يرتبط في العديد من القوانين الملغية منها والنافذة، والنصوص المعطّلة ضمن قوانين نافذة، فضلاً عن بعض قرارات مجلس قيادة الثورة (المنحل)، والتي طالما تنازعت في مجملها تنظيم هذا الموضوع.

كانت مشكلة الأراضي في العراق من أعقد المشاكل منذ زمن الدولة العثمانية، ثم أستمريت هذه المشاكل في أيام الاحتلال البريطاني، وأبان الحكم الوطني، حيث كانت الأرض محل خلاف ونزاع مستمر مما خلق الإرباك في وضع تلك الأرض التي لم يكن أغلبها مسجلاً في السجلات العقارية، مما يحتم على الحكومة وضع قوانين لتنظيم الأراضي وتحديد عائداتها، وذلك من أجل استقرار الحالة الزراعية والعمرانية في البلاد^(١).

ولغرض إزالة ذلك الإرباك والتشعب في أحكام الملكية، فقد حاولت الحكومة آنذاك وضع أسس موحدة تحكم التصرف في الأراضي سواء كانت مملوكة للأفراد أم للدولة أم ما كان موقوفاً أو متروكاً وتسجيلها في السجلات العقارية، وقد استدعت لذلك خبير الأراضي الإنكليزي (السر أرسنت داوسن) وذلك في عام (١٩٢٩) لدراسة أحوال التصرف في الأراضي و أسباب المشاكل وكيفية معالجتها بما يؤمن تحقيق الاستقرار، وقدم الخبير تقريره في شهر كانون الأول لسنة (١٩٣١)، وعلى ضوءه وضعت الحكومة قانون تسوية حقوق الأراضي المؤرخ رقم (٥٠) لسنة (١٩٣٢)، وقانون اللزمة رقم (٥١) لسنة (١٩٣٢)، ولقصور أحكام القانون الأول من خلال التطبيق فقد شرع القانون رقم (٢٩) لسنة (١٩٣٨)^(٢).

(١) شاكِر ناصر حيدر، أحكام الأراضي والأموال غير المنقولة، ط٢، مطبعة المعارف، بغداد، العراق، ١٩٤٤، ص ٦٨٦.
(٢) وقد نشر في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (١٦٢٥) في ١١/٤/١٩٣٨، وقد جرى تعديله عدة مرات إلى أن ألغي بقانون الإصلاح الزراعي رقم (٣٠) لسنة (١٩٥٨) والذي ألغي هو الآخر بصور قانون الإصلاح الزراعي رقم (١١٧) لسنة (١٩٧٠) النافذ.

- للمزيد عن ذلك ينظر / خليل أبراهيم الخالد و مهدي محمد الأزري، تاريخ الأراضي في العراق، دار الرشيد للنشر، بغداد، ١٩٨٠، ص ٥٢ وما بعدها.

الفصل الأول / دور وضع اليد في تملك العقار

ويلاحظ أن نطاق تطبيق قانون التسوية كان يقتصر في الغالب على الأراضي الزراعية و البساتين الواقعة خارج حدود المدن والقرى والقصبات لأنها في الغالب أملاك أميرية وخالية من البناء، ويترتب على ذلك أن العقارات الواقعة داخل حدود المدن والقرى والقصبات مستثناة من أحكام قانون التسوية، وتخضع جميع المنازعات والخلافات التي تقع بين حائزي تلك العقارات الواقعة خارج حدود المدن إلى اختصاص لجان التسوية دون أن ينازعها في ذلك جهة أخرى، وتُعد وزارة المالية هي الجهة المختصة بتطبيق قانون تسوية حقوق الأراضي آنذاك، وأنشئت دوائر لهذا الغرض سميت بدوائر التسوية ترتبط إدارياً بها، ونتيجة للتأثيرات التي مارسها الوزارة على هذه اللجان كونها طرفاً ذا علاقة بالأراضي الأميرية، فقد تم فصل دائرة التسوية من وزارة المالية وألحقت بوزارة العدل وربطها بمديرية الطابو العامة، ونتيجة للتأثير المعنوي والأدبي من قبل مدير الطابو على رؤساء التسوية كونه الرئيس الأعلى لهم، فقد تقرر فك ارتباط التسوية من مديرية الطابو وجعلها مديرية عامة مستقلة ترتبط بوزارة العدل مباشرة^(١).

ثم صدر قانون الإصلاح الزراعي رقم (١١٧) لسنة (١٩٧٠) النافذ^(٢)، الذي ألغي بموجبه قانون التسوية، و أنتقلت جميع الأضابير والسجلات إلى مديرية التسجيل العقاري، وأُنيط عمل لجان التسوية بدوائر الإصلاح الزراعي، حيث حلت لجان الأراضي والاستيلاء محل لجان التسوية في تحديد وتثبيت الحقوق في الأراضي الزراعية والبساتين^(٣)

وبناءً على ذلك صدر قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم (٧٠٢) لسنة (١٩٧٣)^(٤)، وأبرز ما جاء به:-

١- تتولى لجان الأراضي والاستيلاء المشكلة بموجب قانون الإصلاح الزراعي رقم (١١٧) لسنة (١٩٧٠) تثبيت الحقوق في الأراضي الزراعية والبساتين الواقعة ضمن حدود أمانة العاصمة أو البلديات

(١) للمزيد ينظر / علاء الدين البياتي، شرح قانون تسوية حقوق الارضي رقم (٢٩) لسنة ١٩٣٨ وتعديلاته، مطبعة التقيض، بغداد، ١٩٥٠، ص ١١ وما بعدها

(٢) نُشر في الوقائع العراقية بالعدد (١٨٨٤) في (١٩٧٠/٥/٣٠).

(٣) حيث نصت المادة (١٥) من قانون الإصلاح الزراعي رقم (١١٧) لسنة (١٩٧٠) النافذ على أنه (تشكل بقرارات من وزير الإصلاح الزراعي لجان للأراضي والاستيلاء والتوزيع والتقدير وحصر الأراضي وتجميعها لتحقيق الوحدة الزراعية الاقتصادية الكبيرة ولجان أخرى لتنفيذ مهمات هذا القانون حسب الاقتضاء على ضوء التعليمات التي يصدرها المجلس بهذا الخصوص).

(٤) نُشر في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (٢٢٧١) في (١٩٧٣/٨/٢١).

الفصل الأول / دور وضع اليد في تملك العقار

المستثناة من التسوية أو التي لم تتم تسويتها في ظل أحكام قانون تسوية حقوق الأراضي رقم (٢٩) لسنة (١٩٣٨) الملغي، وتطبق بشأنها أحكام قانون الإصلاح الزراعي والتعليمات الصادرة بموجبه.

٢- تختص اللجان المذكورة في الفقرة (١) من هذا القرار بتقرير أنتفاء الصفة الزراعية من الأراضي المستثناة من التسوية أو التي لم تتم تسويتها الكائنة ضمن حدود أمانة العاصمة أو البلديات إذا كانت سجلاتها السابقة تشير إلى أنها كانت من الأراضي الزراعية أو البساتين وقد تحولت قبل نفاذ قانون الإصلاح الزراعي رقم (١١٧) لسنة (١٩٧٠) إلى أراضي عقارية.

ويتضح من هذا القرار أنه جاء لمعالجة وتثبيت الحقوق في الأراضي الزراعية والبساتين الواقعة ضمن حدود أمانة العاصمة بغداد والبلديات، والتي كانت قد استثيت أو لم يتم تسويتها في ظل قانون التسوية الملغي، فإذا ثبت للجنة أن العقار أرض زراعية أو بستان وتم تثبيت عائديته على هذا الأساس، فتقوم دائرة التسجيل العقاري المختصة بتسجيل هذا العقار ("مجدداً") كونه غير مسجل مسبقاً، لكن من دون المرور بإجراءات التسجيل المجدد المنصوص عليها في قانون التسجيل العقاري، وبعبارة أخرى أن تسجيل هذا النوع من العقارات يخرج عن اختصاص دوائر التسجيل العقاري ويدخل ضمن اختصاص لجان الأراضي والاستيلاء، وعلى دوائر التسجيل العقاري إيفام ذوي العلاقة عند مراجعتهم لها بوجوب مراجعة اللجان المختصة تبعاً لموقع العقار، وأن دورها يقتصر فقط على التسجيل مجدداً بناءً على القرار الصادر عن اللجان المختصة.

ثم ألغي قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم (٧٠٢) لسنة (١٩٧٣)، بموجب قانون تثبيت الملكية في الأراضي الزراعية والبساتين المستثناة من التسوية المرقم (٤٩) لسنة (٢٠١٥)^(١)، وقد جاء في الأسباب الموجبة لهذا القانون أنه قد شرع (لغرض معالجة ملكية الأراضي الزراعية والبساتين المستثناة من أعمال التسوية أو التي لم تتم تسويتها داخل حدود أمانة بغداد أو البلدية وخارجها، ونظراً للتطور العمراني الذي طرأ على الكثير من الأراضي الزراعية وإحاطتها بالعقارات، وما أحدثه هذا التطور من تغيرات على واقع تلك الأراضي بحيث أصبحت لا تصلح للاستغلال الزراعي)^(٢).

(١) نُشر في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (٤٣٩٣) في (٤/١/٢٠١٦).

(٢) حيث جاء في نص القانون ما يأتي :- المادة -١- تتولى لجان الأراضي والاستيلاء المشكلة بموجب المادة (الخامسة عشرة) من قانون الإصلاح الزراعي رقم ١١٧ لسنة ١٩٧٠ ما يأتي :

الفصل الأول / دور وضع اليد في تملك العقار

نخلص لغاية الآن، إلى أن الأراضي الزراعية والبساتين التي تقع خارج حدود المدن تخضع إلى لجان الاستيلاء والتسوية، ويقتصر دور دوائر التسجيل العقاري على تسجيل تلك الأراضي مجدداً استناداً إلى القرار الصادر عن اللجان المختصة بإعتباره عقاراً غير مسجل، من دون المرور بإجراءات التسجيل المجدد التي رسمها قانون التسجيل العقاري، أما الأراضي الزراعية والبساتين الواقعة داخل حدود أمانة بغداد والبلديات فتخضع إلى إجراءات التسجيل المجدد عن طريق لجنة تثبيت الملكية بشرط أن يتم تقرير أنتقاء الصفة الزراعية عنها من قبل اللجان المختصة، على أن تشير سجلاتها السابقة إلى أنها كانت من الأراضي الزراعية أو البساتين وقد تحولت قبل تاريخ الكشف عليها بـ (١٥) سنة إلى أراضي عقارية^(١).

أما عن العقارات غير المسجلة الواقعة داخل حدود المدن، فلم يرد نص في القانون المدني العراقي يحدد نطاق سريانه على العقارات غير المسجلة بالرغم من تنظيمه الدقيق لهذا الموضوع، وبالرجوع إلى قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة (١٩٧١) النافذ، وتعديله الأول بالقانون رقم (٨١) لسنة (١٩٨٠)^(٢)، فلم نجد نصاً صريحاً يحدد بموجبه نطاق تطبيق نظام التسجيل المجدد على العقارات غير المسجلة، وإنما أكتفى ببيان مفهومه وشروطه وأحكامه، ثم صدرت بعد ذلك تعليمات التسجيل الإلزامي للعقارات غير المسجلة بالرقم (١) لسنة (١٩٨٦)^(٣)، ولدى الاطلاع عليها نجدها قد حددت نطاق التسجيل المجدد وذلك في البند (رابعاً) منها والذي جاء فيه :-

اولا - تثبيت الحقوق في الاراضي الزراعية و البساتين الواقعة داخل و خارج حدود امانة بغداد و البلديات المستثناة من اعمال التسوية او التي لم يتم تسويتها في ظل احكام قانون تسوية حقوق الاراضي رقم ٢٩ لسنة ١٩٣٨ (الملغى) و تطبق في شأنها احكام قانون اصلاح الزراعي رقم ١١٧ لسنة ١٩٧٠ و التعليمات الصادرة بموجبه.

ثانيا - تقرير انتقاء الصفة الزراعية من الاراضي المستثناة من اعمال التسوية او التي لم تتم تسويتها الكائنة ضمن حدود امانة بغداد و البلديات و بما لا يتعارض مع التصميم الاساسي للمدينة اذا كانت سجلاتها السابقة تشير الى انها كانت من الاراضي الزراعية او البساتين و قد تحولت قبل تاريخ الكشف عليها بـ(١٥) خمسة عشر سنة الى اراضي عقارية.

المادة ٢- تسري احكام الفقرتين (١) و (٤) من المادة (السابعة و العشرين) من قانون اصلاح الزراعي رقم ١١٧ لسنة ١٩٧٠ على القرارات الصادرة وفقا للبند (ثانيا) من المادة (١) من هذا القانون، و تؤول قضايا تثبيت الحقوق في الاراضي المتعلقة بها بعد اكتساب القرار الدرجة القطعية الى دوائر التسجيل العقاري و تطبق في شأنها احكام قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ و التعليمات الصادرة بموجبه.

المادة-٣- يلغى قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم (٧٠٢) في ١٤/٨/١٩٧٣.

(١) ينظر : المواد (٣-١) من قانون تثبيت الملكية في الأراضي الزراعية والبساتين المستثناة من أعمال التسوية رقم (٤٩) لسنة (٢٠١٥).

(٢) نُشر في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (٢٠٨٣) في ١٧/١١/١٩٨٠.

(٣) نُشرت في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (٣٠٨٢) في ٢٧/١/١٩٨٦.

الفصل الأول / دور وضع اليد في تملك العقار

(تسري قواعد التسجيل المجدد على العقارات المخصصة للأغراض العمرانية داخل حدود المدن من مسققات وأراضٍ خالية ومرافق عامة ويراعى في ذلك ما يأتي :-

١- إنّ المقصود بحدود المدن هو الحدود البلدية للمدن والتي تخضع للتنظيم البلدي والحدود التي تعينها الجهة الإدارية المختصة في المحافظة للمدن التي لا يوجد فيها تنظيم بلدي.

٢- إنّ الأراضي الزراعية والبساتين داخل حدود المدن غير المسجلة سابقاً تخضع لأجراءات تثبيت الملكية من قبل لجان الأراضي و الاستيلاء في وزارة الزراعة و الإصلاح الزراعي وفقاً لما يقضي بذلك قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) المرقم (٧٠٢) لسنة (١٩٧٣)^(١)، ويتخذ قرار اللجنة بعد اكتسابه درجة البتات أساساً للتسجيل في دائرة التسجيل العقاري المختصة.

٣- إنّ قرار نفي الصفة الزراعية عن الأراضي الزراعية والبساتين الذي تتخذه لجنة الأراضي المشكلة بموجب قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) أعلاه بعد اكتسابه درجة البتات، يجعل العقار خاضعاً للتسجيل المجدد وفق أحكام قانون التسجيل العقاري^(٢).

خلاصة القول، إنّ الأراضي الزراعية والبساتين التي تقع داخل وخارج حدود امانة بغداد والبلديات والمستثناة من أعمال التسوية أو التي لم يتم تسويتها وفقاً للقانون تسوية حقوق الاراضي رقم (٢٩) لسنة (١٩٣٨) (الملغي)، فتخضع إلى لجان الأراضي والاستيلاء فهي من تتولى تثبيت العائدية بموجب قانون الإصلاح الزراعي رقم (١١٧) لسنة (١٩٧٠) والتعليمات الصادرة بشأنه، وذلك على وفق ما نصت المادة (١/أولاً) من قانون تثبيت الملكية في الاراضي الزراعية والبساتين المستثناة من التسوية رقم (٤٩) لسنة (٢٠١٥)؛

إما عن العقارات التي يمكن أن تخضع لأحكام التسجيل المجدد الواردة في قانون التسجيل العقاري كونه قانون خاص يقيد أحكام القانون المدني فهي على نوعين: **يتمثل النوع الأول** بالأراضي الزراعية والبساتين الواقعة داخل حدود امانة بغداد والبلديات بعد أن يتم تقرير نفي الصفة الزراعية عنها عن طريق اللجان

^(١) الذي ألغي كما بيّننا سابقاً، وحل محله قانون تثبيت الملكية في الأراضي الزراعية والبساتين المستثناة من أعمال التسوية رقم (٤٩) لسنة (٢٠١٥) سابق الإشارة إليه.

^(٢) نص البند خامساً من هذه التعليمات (تعليمات التسجيل الإلزامي للعقارات غير المسجلة رقم (١) لسنة (١٩٨٦) على (أن المناطق العقارية التي تعتبر من مناطق التمليك وفقاً لقانون أو قرار صادر من مجلس قيادة الثورة لا تخضع لإجراءات التسجيل المجدد وفق أحكام قانون التسجيل العقاري، ويجري التسجيل فيها بالاستناد إلى قرارات التمليك الصادرة من الجهة المخولة قانوناً بذلك).

الفصل الأول / دور وضع اليد في تملك العقار

المختصة وذلك استناداً للمادة (رابعاً/٣) من تعليمات التسجيل الإلزامي للعقارات غير المسجلة رقم (١) لسنة (١٩٨٦) من جهة، والمادة (١/ ثانياً) من قانون تثبيت الملكية في الأراضي الزراعية والبساتين المستثناة من أعمال التسوية رقم (٤٩) لسنة (٢٠١٥) من جهة أخرى، في حين يتمثل النوع الثاني بالعقارات المخصصة للأغراض العمرانية داخل حدود امانة بغداد والبلديات من مسققات وأراضٍ خالية ومرافق عامة.

المطلب الثاني

شروط التسجيل المجدد

نظمت التشريعات المدنية محل المقارنة دور وضع اليد في كسب الملكية العقارية والحقوق العينية المنفردة عنها، و اشترطت لذلك عدة شروط أبرزها أن يكون الحق العيني المراد كسبه غير مسجل في دائرة التسجيل العقاري، لأن القول بخلاف ذلك يؤدي إلى زعزعة الثقة في القيود العقارية، كما اشترطت أن تكون هنالك حيازة صحيحة وهادئة تتوافر عناصرها، وأن الحيازة لوحدها لا تكفي لكسب الحق بل يجب أن تقتنن بالمدة التي حددها القانون، وهي تختلف بطبيعة الحال في كل من القانون المدني والمصري والفرنسي، خصوصاً بعد صدور القانون رقم (٥٦١) لسنة (٢٠٠٨) الرامي إلى إصلاح نظام التقادم في القانون المدني الفرنسي، وتختلف هذه التشريعات كذلك من حيث طبيعة هذا النظام، فقد تأثر القانون المدني العراقي بالفقه الإسلامي وجعل مرور الزمان مانعاً من سماع الدعوى وليس مكسباً للحق، على خلاف القانون المدني المصري والفرنسي، إذ يُعد مرور الزمان مكسباً للحق، لذلك وجد المشرع العراقي أن هنالك جانباً كبيراً من الإشكالات لم تحل وإنما هي مستمرة، فعمل على سد النقص الموجود في القانون المدني من خلال إيجاد نظام التسجيل المجدد ضمن نصوص قانون التسجيل العقاري.

وبذلك فقد جاء قانون التسجيل العقاري بأحكام جديدة تختلف عن تلك التي أوردها القانون المدني العراقي سواء من حيث مدة الحيازة أو من حيث طبيعة التقادم إذ جعله مكسباً للحق وليس دافعاً للدعوى، مسائراً في ذلك القانون المدني المصري، حيث وردت تلك الشروط في المواد (٤٣-٤٤) من قانون التسجيل العقاري التي تُعد أحكامها خاصة و لاحقة في صدورهما لأحكام القانون المدني ومن ثم فهي مقيدة لها، وهنالك الكثير من القرارات القضائية الحديثة التي تؤيد ذلك وسنشير إليها في ثنايا البحث، وعليه سنتولى بيان تلك الشروط ومقارنتها بتلك الواردة في القانون المدني من خلال تقسيم هذا المطلب على فرعين، إذ نبين في الفرع الأول الشروط الواجب توافرها في الحق محل التسجيل، في حين نخصص الفرع الثاني للشروط الواجب توافرها في حيازة الشخص طالب التسجيل.

الفصل الأول / دور وضع اليد في تملك العقار

الفرع الأول

الشروط الواجب توافرها في الحق محل التسجيل

يشترط قانون التسجيل العقاري لوضع اليد على العقار تمهيداً لكسب الحق العيني شرطاً واحداً للمحل، وهو أن يكون العقار غير مسجل سابقاً أو في حكم غير المسجل في دائرة التسجيل العقاري، فقد أوردت المادة (٢/٤٣)^(١) من قانون التسجيل العقاري - ضمن أحكام التسجيل المجدد - ما أسمته بـ ((الشروط)) المتعلقة بالحق محل التسجيل، ولدى التدقيق فيها نجدها خمسة شروط، تنقسم في مجملها على قسمين، يشتمل القسم الأول منها على الشرط الأول فقط، وهو أن يكون الحق موضوع التسجيل غير مسجل سابقاً في سجلات دائرة التسجيل العقاري، في حين يشتمل القسم الثاني منها على الشروط الأربعة الأخرى، التي تُعد العقار بحكم غير المسجل، كونه في الحقيقة مسجل سابقاً غير أن سجله أو سنده مفقود أو ممزق أو معيب لدرجة لا يمكن الاعتداد به أو مسجل في إحدى السجلات التي لا تعتمد أساساً لأثبات الملكية والحقوق العينية.

ويُنقَد جانب من الفقه هذه المادة، كون المشرع بدأها بكلمة ((يشترط)) في حين يفترض أن يذكر ((يجب)) بدلاً عنها، لأن النص في حقيقة الأمر لا يتكلم عن شروط يجب توافرها بل عن حالات منفصلة عن بعضها، وهذه الحالات - الخمس - وعلى وفق الصياغة الحالية للنص قد يتبادر للذهن توافرها جميعاً، لأن المشرع لم يفصلها عن بعضها بعطفها بعبارته ((أو)) لكي يستقيم المعنى الذي قصده المشرع حقيقة^(٢).

وبناءً على ما تقدم سنقسم هذا الفرع على فئتين، نبيّن في الفقرة الأولى حالة كون العقار غير مسجل سابقاً، في حين نخصص الفقرة الثانية لحالات كون العقار في حكم غير المسجل سابقاً.

(١) حيث نصت هذه المادة - (٢/٤٣) على أنه (يشترط أن يكون الحق موضوع التسجيل :-

أ- غير مسجل سابقاً في سجلات دائرة التسجيل العقاري.

ب - مسجلاً سابقاً وقد فقد سجله وسنده.

ج- مسجلاً سابقاً وسنده مفقود وسجله موجود إلا أنه ممزق أو معيب بدرجة لا يمكن الاعتداد به.

د- مسجلاً سابقاً وسجله مفقود وكل من السند وصورته ممزق أو معيب أو غير مصدق من جهة مختصة.

هـ - مسجلاً في أحد السجلات التي لا تعتمد أساساً لأثبات الملكية والحقوق العينية).

(٢) د. عبد المجيد الحكيم، دراسة في قانون التسجيل العقاري العراقي مع المقارنة بقوانين البلاد العربية التي تتبع نظام التسجيل العقاري، ج ١، السجل العقاري، معهد البحوث والدراسات العربية، بلا سنة طبع، ص ١٨٧.

الفصل الأول / دور وضع اليد في تملك العقار

أولاً / أن يكون الحق العيني غير مسجل سابقاً

أخرج القانون المدني العراقي ابتداءً العقارات المسجلة في دوائر التسجيل العقاري من أن تكون محلاً صالحاً يقبل التملك بالتقادم، حيث نصت المادة (١٥٨/١) منه على أنه (من حاز منقولاً أو عقاراً غير مسجل في دائرة التسجيل العقاري بإعتباره ملكاً أو حاز حقاً عينياً على منقول أو حقاً عينياً غير مسجل و أستمرت حيازته...) ^(١). كما نصت المادة (١٥٨/٢) على أنه (إذا وقعت الحيازة على عقار، أو حق عيني عقاري، وكان غير مسجل في دائرة التسجيل العقاري، و اقترنت الحيازة بحسن النية...) ^(٢).

في حين نصت المادة (٢٢٦٦) ^(٣) من القانون المدني الفرنسي بعد تعديلها بموجب القانون رقم (٥٦١) في ١٧/حزيران/٢٠٠٨ على أنه (١- أن الشخص الذي يحوز شيئاً سنداً لملكية غيره، لا يكتسب أبداً ملكية هذا الشيء مهما طاللت مدة حيازته. ٢- وهكذا، لا يمكن لا للمستأجر، ولا للوديع، ولا للمنتفع ولا أي شخص يضع يده عرضاً على مال أو حق يمتلكه غيره أن يكتسب هذا المال أو الحق). ويفهم من هذا النص أنه يشترط أن لا يكون العقار محل الحيازة داخلاً في ملك أحد.

وبالرجوع إلى أحكام التسجيل المجدد في قانون التسجيل العقاري، نجد هذا الشرط المتمثل بكون الحق موضوع التسجيل غير مسجل سابقاً في سجلات التسجيل العقاري، وذلك في المادة (٤٣/٢) التي تنص على أنه (يشترط أن يكون الحق موضوع التسجيل :- أ- غير مسجل سابقاً في سجلات دائرة التسجيل العقاري) ^(٤).

^(١) وتقابلها المادة (٩٦٨) من القانون المدني المصري التي تنص على أنه (من حاز منقولاً أو عقاراً دون أن يكون مالكاً له، أو حاز حقاً عينياً على منقول أو عقار دون أن يكون هذا الحق خاصاً به، كان له أن يكسب ملكية الشيء أو الحق العيني إذا أستمرت حيازته دون أنقطاع خمس عشرة سنة).

^(٢) وتقابلها المادة (٩٦٩/١) من القانون المدني المصري التي تنص على أنه (١- إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عيني عقاري وكانت مقترنة بحسن النية ومستندة في الوقت ذاته إلى سبب صحيح، فأن مدة التقادم المكسب تكون خمس سنوات).

^(٣) 2266- LOI n°2008-561 du 17 juin 2008 - art. 2

Ceux qui possèdent pour autrui ne prescrivent jamais par quelque laps de temps que ce soit, Ainsi, le locataire, le dépositaire, l'usufruitier et tous autres qui, détiennent précairement le bien ou le droit du propriétaire ne peuvent le prescrire.

^(٤) وقد أشارت إلى تلك السجلات المعتمدة المادة (٩) من قانون التسجيل العقاري التي تنص على أنه (السجلات الخاصة بالحقوق العقارية وهي :

١- السجلات العقارية وهي السجل العقاري وسجل الأجمال والسجل الخاص بمعاملات تسليف المصارف والجهات التي تنص قوانينها الخاصة على اعتبار إشارة الحجز الموضوعية من قبلها بحكم الرهن.

الفصل الأول / دور وضع اليد في تملك العقار

ومن التطبيقات القضائية لهذا الشرط، قرار محكمة أستاناف بغداد / الرصافة الاتحادية بصفتها التمييزية الصادر عام (٢٠١٨)، وجاء فيه (...وعند عطف النظر على القرار المميز وجد أنه صحيح وموافق للقانون للأسباب التي أستاذ إليها لعدم تحقق شروط التسجيل المجدد ولا سيما أن كتاب الهيئة العامة للضرائب بالعدد (٢٩٦٢) في (٢٦/١٢/٢٠١٧) أشار بأن العقار المرقم (١٢/٥٩٣) باب الشيخ مسجل باسم ورثة (م.ز) لذا قرر تصديق القرار المميز ورد الطعن التمييزي المقدم بشأنه...^(١)). ويتضح من مضمون هذا القرار أن محكمة الاستئناف المختصة قد صدقت قرار لجنة تثبيت الملكية القاضي برد طلب طالب التسجيل المجدد لعدم توافر شرط أن يكون القرار غير مسجل، بعد أن ثبت لها أنه مسجل باسم ورثة (م.ز) بحسب ما ورد في متن القرار.

كما يجب أن لا يكون هذا المحل - العقار - من الأموال العامة أو المخصصة لمصلحة عامة، لأن هذه الأموال محاطة بقيود ثلاثة لحمايتها^(٢)، وهي عدم جواز التصرف فيها، وعدم جواز الحجز عليها، وعدم جواز تملكها بالتقادم^(٣).

٢- سجلات الأساس

٣- السجلات الشخصية

٤- السجلات اليومية

- كما نصت المادة (١٠) على أنه (١) - تعتمد السجلات العقارية وصورها المصدقة وسنداتها أساساً لأثبات حق الملكية والحقوق العقارية الأخرى وتعتبر حجة على الناس كافة بما دون فيها مالم يطعن فيها بالتزوير، ولا يقبل الطعن بالصورية في التصرفات المسجلة فيها. ٢- يكون السجل العقاري للعقار هو المعول عليه عند حصول الاختلاف بينه وبين سجل الأجمال. ٣- تعتبر السجلات الصادرة بمقتضاها السندات من دوائر الأوقاف قبل ٩ ربيع الأول ١٢٩٣ هـ إذا كانت منظمة تنظيمياً صحيحاً ولم تنقل إلى قيود أخرى بحكم السجلات الدائمة بعد إخضاعها لمراسيم التأييد المنصوص عليها قانوناً. ٤- لا يستند على سجلات الأساس لأثبات الحقوق المدرجة فيها وإنما تعتبر قرينة على ذلك).

^(١) قرار محكمة أستاناف بغداد / الرصافة الاتحادية / بصفتها التمييزية، بالعدد (٢١٥ / م / ٢٠١٨) في ٢٢/٤/٢٠١٨.

^(٢) ينظر/ د. شروق عباس فاضل، فاتن يونس حسين، الضرورات العملية للجمع بين نظام الحيابة ونظام التسجيل العيني، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، المجلد (٢٤)، العدد (١)، ٢٠٢٢، ص ١٧٦ وما بعدها.

^(٣) نصت المادة (٧١) من القانون المدني العراقي على أنه (١) - تعتبر أموالاً عامة العقارات والمنقولات التي للدولة أو للأشخاص المعنوية والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون. ٢- هذه الأموال لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم). وتقابلها المادة (٨٧) من القانون المدني المصري التي نصت على أنه (١) - تعتبر أموالاً عامة، العقارات والمنقولات التي للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة، والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم أو قرار من الوزير المختص. ٢- وهذه الأموال لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم).

الفصل الأول / دور وضع اليد في تملك العقار

وتفقد الأموال العامة صفتها بآنتهاء تخصيصها للمنفعة العامة، وينتهي التخصيص بمقتضى القانون أو بالفعل أو بآنتهاء الغرض الذي من أجله خصصت تلك الأموال للمنفعة العامة^(١)، وبعد ذلك تصبح هذه الأموال قابلة للتصرف فيها أو تملكها بالتقادم أو الحجز عليها^(٢).

ومن التطبيقات القضائية على ذلك، قرار محكمة النقض المصرية الصادر عام (٢٠٢٠) الذي جاء فيه (المقرر في قضاء محكمة النقض، أنه إعمالاً للمادة (٨٧) من القانون المدني إن وضع اليد على الأموال العامة مهما طال مدتة لا يُكسب الملكية، إلا أن النص في المادة (٨٨) من القانون ذاته على أن "تفقد الأموال العامة صفتها العامة بآنتهاء تخصيصها للمنفعة العامة، وينتهي التخصيص بمقتضى قانون أو مرسوم أو قرار من الوزير المختص أو بالفعل أو بآنتهاء الغرض الذي من أجله خصصت تلك الأموال للمنفعة العامة"، يدل على أن الأموال العامة تفقد صفتها بآنتهاء تخصيصها للمنفعة العامة، وهذا الآنتهاء كما يثبت بصدر قانون أو قرار من الجهة المختصة، فإنه يتحقق بآنتهاء الغرض الذي من أجله خُصصت تلك الأموال للمنفعة العامة، أي ينقطع بالفعل وعلى وجه مستمر أستعمالها لهذا الغرض، وتزول معالم تخصيصها للمنفعة العامة بصورة واضحة لا تحتمل اللبس، ومتى تحقق آنتهاء التخصيص على هذا النحو فإنّ العقار الذي أنتهى تخصيصه للنفع العام يدخل في عداد الملك الخاص للدولة، وبالتالي يجوز للأفراد أكتساب ملكيته بوضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية قبل نفاذ القانون رقم (١٤٧) لسنة (١٩٥٧) في (١٣/٧/١٩٥٧) والذي أضاف نص المادة (٩٧٠) من القانون المدني حكماً جديداً يقضي بعدم جواز تملك الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو كسب أي حق عليها بالتقادم^(٣).

^(١) ينظر المادة (٧٢) من القانون المدني العراقي، وتقابلها المادة (٨٨) من القانون المدني المصري.

^(٢) قرار محكمة أستئناف بغداد / الرصافة الأتحادية / بصفتها التمييزية، بالعدد (٣٨٤ / م / ٢٠١٥)، في (٢٦/٧/٢٠١٥)، مجلة التشريع والقضاء، السنة السابعة، العدد الثاني، ٢٠١٥، ص ٢٣٠.

حيث جاء فيه بأنه (لدى عطف النظر على القرار المميز وجد أنه صحيح وموافق للقانون من حيث النتيجة، لأن أموال الدولة التي لا يجوز حجزها هي الأموال العامة التي عرفتها المادة (٧١) من القانون المدني العراقي، إلا أن هذه الأموال تفقد صفتها بآنتهاء تخصيصها للمنفعة العامة ومنع الحجز على المال العام مرتبط ببقاء هذا المال مخصص لمنفعة عامة فإذا أنتهى التخصيص فقد المال العام صفته العامة وأصبح مالا خاصاً للدولة أو الشخص المعنوي العام فيجوز والحالة هذه إيقاع الحجز التنفيذي عليها...).

^(٣) قرار محكمة النقض المصرية، بالعدد (٥١٣٤ / ٨٤) في ٢٦ / ١٢ / ٢٠٢٠، منشور على موقع محكمة النقض المصرية WWW.cc.gov.eg.

الفصل الأول / دور وضع اليد في تملك العقار

أما عن الحقوق العينية الأصلية الأخرى ومدى جواز كسبها بوضع اليد طيلة المدة التي حددها القانون، فنقول بشأنها ابتداءً أن هنالك العديد من النصوص التي تضمنها القانون المدني أصبحت معطلة أو ملغاة حكماً، وذلك بسبب صدور قوانين لاحقة عليها، كقانون الإصلاح الزراعي رقم (١١٧) لسنة (١٩٧٠) وقانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة (١٩٧١)، والعديد من قرارات مجلس قيادة الثورة (المنحل) ذات الصلة، مما يستلزم تدخل المشرع لمعالجة هذه المسائل لمنع التضارب في التطبيق والتعارض في النتائج، وتتمثل الحقوق العينية المنقرعة عن حق الملكية بحق التصرف، وحق العقر، وحقوق المنفعة والاستعمال والسكنى والمساحة، وحق الارتفاق، وحق الوقف، وحق الإجارة الطويلة^(١). نظم المشرع العراقي حق التصرف في المواد (١١٦٩ - ١٢٤٨) من القانون المدني، حيث نصت المادة (١/١٨٤) منه على (إذا حاز أحد أرضاً أميرية بأعتبره متصرفاً فيها وزرعها عشر سنوات متوالية من غير منازع ثبت له حق القرار عليها سواء وجد بيده سند أو لم يوجد، ويعطى الحائز في هذه الحالة سنداً بحق التصرف في هذه الأرض دون بدل، بعد تسجيل هذا الحق في دائرة التسجيل العقاري). ويسمى هذا الحق بـ (حق القرار) وهو أحد أسباب كسب حق التصرف، حيث أشرط القانون أن تكون الحيازة على أرض أميرية وأن يكون الحائز متصرفاً فيها بالزراعة أو الغرس لمدة عشر سنوات متوالية دون أي منازعة، وبالرغم من تحديد القانون مدة معينة لكسب هذا الحق، إلا أنها لا تُعد من قبيل حالات مرور الزمان المانع من سماع الدعوى، لأنها جاءت ضمن أسباب كسب حق التصرف ابتداءً وهو سبب مستقل عن مرور الزمان (التقادم) والذي أفرد له القانون نصوصاً مستقلة، كما أن حق القرار يطبق فقط على المناطق التي لم يتم تسويتها، والأراضي الأميرية المحلولة، دون الأراضي الأميرية الصرفة أو المفوضة^(٢). وقد تعطل العمل بحق القرار كأحد أسباب كسب حق التصرف بصدور قانون بيع وتصحيح صنف الأراضي الأميرية رقم (٥١) لسنة (١٩٥٩)، والذي ألغي هو الآخر بصدور قانون توحيد أصناف أراضي الدولة رقم (٥٣) لسنة (١٩٧٦)^(٣).

(١) ينظر المادة (١/٦٨) من القانون المدني العراقي.

(٢) للمزيد عن ذلك ينظر/ شاكور ناصر حيدر، شرح القانون المدني الجديد، الحقوق العينية العقارية، ج ١، ط ١، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٥٢، ص ٢٤٢.

(٣) حيث نصت المادة (١) من هذا القانون على أنه (أولاً - تعتبر جميع الأراضي الأميرية الصرفة، والمفوضة بالطابو، والممنوحة باللزعة، والموقوفة وقفاً غير صحيح، والأراضي المتروكة، من صنف الأراضي المملوكة للدولة، وتسجل باسم وزارة المالية، وتعُد سجلاتها وسنداتها في دوائر التسجيل العقاري على هذا الأساس تلقائياً، دون أي إجراءات أخرى).

الفصل الأول / دور وضع اليد في تملك العقار

كما نصت المادة (١/١٢١٨) من القانون المدني على أنه (إذا حاز أحد أرضاً أميرية غير مسجلة في دائرة التسجيل العقاري بإعتباره متصرفاً فيها، فلا تسمع عليه عند الإنكار دعوى حق التصرف من شخص آخر إذا أنقضت عشر سنوات متواليات على حيازة المدعى عليه ولم يكن لدى المدعي عذر شرعي يمنعه من رفع الدعوى)^(١)

ويلاحظ على هذا النص أنه أشرط أن يكون المدعى عليه متصرفاً بالأرض وتحقق المدة الكاملة مع إنكاره لدعوى المدعي للقول بمرور الزمان المانع من سماع الدعوى، ويصدر قانون الإصلاح الزراعي رقم (١١٧) لسنة (١٩٧٠) وقانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة (١٩٧١)، أصبح حكم المادة (١٢١٨) معطلاً بموجب حكم المادة (١١)^(٢) من قانون الإصلاح الزراعي، وذلك بقدر تعلق الأمر

ثانياً- يبقى لأصحاب الحقوق التصرفية في الأراضي المذكورة في البند (أولاً) من هذه المادة حق التصرف بالأرض حسب التعامل السابق ويؤشر هذا الحق في سجلاتها وسنداتنا الخاصة، وينتقل حق العقر إلى هذا الحق، وتتبع بشأن انتقاله أحكام القوانين المرعية).

(١) كما نصت المادة (١٢١٩) من نفس القانون على أنه (١- إذا حاز أحد أرضاً بإعتباره مالكاً لها، فلا تسمع عليه عند الإنكار دعوى الرقبة من الحكومة، على أساس أن الأرض أميرية، إذا أنقضت ست وثلاثون سنة متوالية على حيازة المدعى عليه. ٢- وتطبق أحكام التقادم المنصوص عليها في حق الملكية مع عدم الأخلاص بأحكام الفقرة السابقة).

(٢) حيث نصت المادة (١١) من قانون الإصلاح الزراعي على أنه (١- كل من أدعى بحق التصرف في أرض أميرية وثبت تصرفه فيها وفق التعامل الزراعي المحلي مدة السنوات (الخمس) السابقة لنفاذ هذا القانون تسجل بأسمه المساحة التي كانت تحت تصرفه مفوضة بالطابو على أن لا تتجاوز :

(٣٠٠) ثلاثمائة دونم في الأراضي التي تسقى ديماً، (١٥٠) مائة وخمسين دونماً في الأراضي التي تزرع حنطة أو شعيراً أو حاصلات شتوية أخرى وتسقى سيجاً أو بالواسطة.

(٥٠) خمسين دونماً في الأرض التي تزرع شلباً أو تبغاً أو حاصلات صيفية أخرى. وعند الجمع بين نوعين أو أكثر يعادل بينها بنسب المساحات المذكورة.

٢- لا يستحق التفويض بموجب هذه المادة :

أ- من كانت له أرض زراعية مملوكة أو مفوضة بالطابو أو ممنوحة باللزمة تبلغ مساحتها الحد المبين في الفقرة (١) من هذه المادة وإذا كان ما لديه أقل تفويض له من الأرض التي يثبت تصرفه فيها المساحة التي يبلغ بها الحد المذكور.

ب - من كانت له أرض زراعية آلت إليه عن طريق التوزيع بموجب قانون الإصلاح الزراعي أو قانون إعمار و أستثمار الأراضي للأميرية الصرفة (الملغى).

٣- يراعى عند التفويض عدم تعارضه مع مصلحة الإصلاح الزراعي، وإلا فتفوض له أرض معادلة لها في نفس المنطقة.

٤- يعتبر ورثة المتصرف بمثابة شخص واحد).

الفصل الأول / دور وضع اليد في تملك العقار

باكتساب حق التصرف بمرور الزمان، حيث جعلت كل ما يتعلق بتثبيت حق التصرف على الأراضي الأميرية من مهام اللجان الخاصة في الإصلاح الزراعي ^(١).

أما عن حق العقر، فيعرف بأنه إدارة أعمال الأراضي الخراجية و أستغلالها بعد أن أهملها أصحابها من قبل الحكومة على أن يترك لأصحابها ٢٠/١ أو ٢٥/١ أو ٣٠/١ من الحاصل يطلق عليه العقر، ولم تتضمن التشريعات (العربية أو الأجنبية) التابعة للدولة العثمانية ما يدل على تنظيمها لحق العقر، مما يدل أن هذا النظام طبق في العراق فقط في عهد الوالي (مدحت باشا) لذلك سمي (الفرمان) المؤرخ في (١٦/ كانون الثاني/ ١٨٦٨م) الصادر بتطبيقه ب (فرمان مدحت باشا) ^(٢).

وقد نصت المادة (١٢٤٢) من القانون المدني العراقي على أنه (١- تبقى حقوق العقر بأيدي أصحابها إذا كان تصرفهم فيها ثابتاً بسندات معتبرة قانوناً. ٢- ومن لم يكن بيده سند، وتحقق تصرفه في حق العقر مدة أربعين سنة، يعامل معاملة المتصرف بسند معتبر قانوناً).

ثم أصدر المشرع قانون إطفاء حق العقر رقم (١٥٠) لسنة (١٩٦٧)، ثم صدر قانون الإصلاح الزراعي رقم (١١٧) لسنة (١٩٧٠)، حيث أكد في المادة (٤٩) منه على اعتبار حق العقر ملغياً باستثناء حق العقر على العقار الموقوف ^(٣)، ثم صدر بعد ذلك قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة (١٩٧١) المعدل النافذ، والذي تولى تنظيم أحكام حق العقر في المواد (٢٢٤-٢٢٨)، ثم صدر أخيراً قانون (تصفية حق العقر) رقم (١٧) لسنة (١٩٨٠) ^(٤)، والذي ألغى صراحة قانون إطفاء حق العقر السابق رقم (١٥٠)

(١) مصطفى مجيد عزيز، مصدر سابق، ١٣٤ وما بعدها.

(٢) مصطفى مجيد عزيز، المصدر السابق، ص ٨٠ وما بعدها.

(٣) حيث نصت المادة (٢/٤٩) من قانون الإصلاح الزراعي على أنه (يعتبر حق العقر في أراضي الإصلاح الزراعي ملغياً و لا تسترد مبالغ التعويض المدفوعة عنه قبل نفاذ هذا القانون).

- كما نصت المادة (٣/٤٩) على أنه (يستثنى حق العقر الموقوف من أحكام الفقرة (الثانية) من هذه المادة وتطبق بشأنه الأحكام الواردة في قانون إطفاء حق العقر رقم (١٥٠) لسنة ١٩٦٧ المعدل على أن يجري التقدير والتعويض عنه وفق أحكام هذا القانون).

(٤) نشر في الوقائع العراقية بالعدد (٢٧٥٥) في ١٩٨٠/٢/٤.

الفصل الأول / دور وضع اليد في تملك العقار

لسنة (١٩٦٧)^(١)، حيث نصت المادة (١) منه على أنه (تصفى الحقوق العقارية في كافة العقارات الزراعية وغير الزراعية، وفقاً لأحكام هذا القانون، ولا يجوز أحيائها بعد تصفيتها)^(٢).

ويتضح مما تقدم حجم النصوص المنظمة لحق العقر في قوانين نافذة غير أنها في الحقيقة نصوص معطلة أو ملغاة صراحة أو ضمناً، بموجب نصوص لاحقة لها في تاريخ صدورهما، مما يتطلب تدخلاً تشريعياً لترشيق بعض التشريعات من النصوص التي تنقلها من دون جدوى، إذ أن وجودها يُعد مدعاة للتشتت و الإرباك لدى الطلبة والمختصين.

كما يُعد حق المنفعة من الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن حق الملكية ويخضع في كسبة لنظرية مرور الزمان المانع من سماع الدعوى، حيث نصت المادة (١٢٥٠) من القانون المدني على أنه (يكسب حق المنفعة بالعقد و بالوصية، ويجوز كذلك أن يحتج الحائز لهذا الحق بالتقادم)^(٣). ويُعد كلاً من حق الاستعمال والسكنى صورتين خاصتين من حق المنفعة، حيث نصت المادة (١٢٦١) من ذات القانون على أنه (يصح أن يكون تملك المنفعة قاصراً على الاستعمال أو على السكنى). لذا تسري بشأنهما الأحكام الخاصة بحق المنفعة وبالقدر الذي لا يتعارض مع طبيعة هذين الحقين^(٤).

(١) حيث نصت المادة (١٠) من هذا القانون - تصفية حق العقر رقم (١٧) لسنة (١٩٨٠) على أنه (أولاً- يلغى قانون إطفاء حق العقر رقم (١٥٠) لسنة ١٩٦٧ وتعديلاته، وتبقى أحكامه سارية على القرارات غير المكتسبة الدرجة القطعية الصادرة بموجبه. ثانياً- لا يعمل بأي نص يتعارض مع أحكام هذا القانون).

(٢) حيث جاء في الأسباب الموجبة لصدور هذا القانون أنه (أنطلاقاً من الأهداف العامة لقانون إصلاح النظام القانوني رقم (٣٥) لسنة ١٩٧٧، ولما كان حق العقر قد ترتب على الأراضي الزراعية في العهد العثماني في ظروف استثنائية، وحيث أن أصحاب هذا الحق لم تعد تربطهم بالأرض المعقورة أية علاقة زراعية، سوى استيفاء حصة معينة من حاصلاتها الزراعية، دون تحمل أية أعباء أو تكاليف عن عملية الإنتاج الزراعي، فقد شرعت عدة قوانين استهدفت إطفاء هذا الحق تدريجياً كان آخرها قانون إطفاء حق العقر رقم (١٥٠) لسنة ١٩٦٧ المعدل، إلا أنه بالرغم من مرور مدة طويلة على تشريع القوانين المتعاقبة المذكورة، فإن هذا الحق الضعيف لازال قائماً في مساحات شاسعة من الأراضي الزراعية والبساتين، حتى بعد فقدان بعضها صفته الزراعية، وإقامة منشآت غير زراعية عليها، الأمر الذي أستوجب وضع صيغة جديدة لأنهائة وتحرير الأرض و زارعها منه، وذلك بتحديد مدة (سنتين) لتصفيته رضاءً أو قضاءً والنص على إلغائه و أنقضائه بدون تعويض، في حالة عدم اتخاذ الإجراءات القانونية لتصفيته خلال المدة المذكورة، مع تبسيط إجراءات دعوى التصفية، بما يؤمن تحقيق هذا الهدف بأقصر وقت، ومن أجل ذلك فقد شرع هذا القانون).

(٣) وتقابلها المادة (١/٩٨٥) من القانون المدني المصري التي تنص على أنه (١- حق الانتفاع يكسب بعمل قانوني أو بالتقادم).

(٤) المادة (١٢٦٥) من القانون المدني العراقي، وتقابلها المادة (٩٩٨) من القانون المدني المصري.

الفصل الأول / دور وضع اليد في تملك العقار

أما حق الارتفاق فقد نظمته المشرع العراقي في المواد (١٢٧١-١٢٨٤) من القانون المدني، فيجوز كسب حقوق الارتفاق الظاهرة، وبما أن حق الارتفاق تابع للعقار فلا يجوز كسبه مستقلاً عن حق الملكية، فإذا كان العقارين المرتفق والمرتفق به غير مسجلين في دائرة التسجيل العقاري، فيتم تسجيلهما في آن واحد. وقد بين القانون المدني العراقي إمكانية كسب حقوق الارتفاق الظاهرة، وذلك في (٢/١٢٧٢) منه التي تنص على أنه (ويحتج بالتقادم في حق المرور وحق المجرى وحق المسيل وغيرها من حقوق الارتفاق الظاهرة)^(١).

كما نصت على ذلك المادة (٢/١٠١٦) من القانون المدني المصري بأنه (ولا يكسب بالتقادم إلا الارتفاقات الظاهرة بما فيها حق المرور). وبما أن حق الارتفاق هو حقاً عينياً متفرعاً عن حق الملكية و أجاز القانون كسبه بالتقادم فإنه يخضع للقواعد العامة بشأن المدة المقررة قانوناً والتي يجب أن لا تقل عن خمس عشرة سنة^(٢).

ومن التطبيقات القضائية على أكتساب حق الارتفاق بوضع اليد طيلة المدة التي حددها القانون، ما أصدرته محكمة النقض المصرية في قرار حديث لها صادر عام (٢٠٢٠) جاء فيه (أن مفاد نص المادة (٨١٩) من القانون المدني أن المطل إذا كان مفتوحاً على مسافة أقل من متر وظل على هذا النحو مدة خمس عشرة سنة وكانت حيازة مستوفية لشرائطها، فإن صاحب المطل يكسب حق الارتفاق بالمطل بالتقادم ويكون له استبقاء مطله مفتوحاً على أقل من المسافة القانونية كما هو، وليس لصاحب العقار المجاور أن يعترض)^(٣).

(١) ثم قُيدت قواعد القانون المدني بهذا الشأن، بصدر قانون التسجيل العقاري، حيث نظم أحكام حق الارتفاق في المواد (٢٣٩-٢٤٣). ولم تجعل المادة (٢٣٩) التقادم سبباً لكسب هذا الحق حيث نصت على أنه (تسجل حقوق الارتفاق بين العقارات المسجلة كحق المرور وحق المجرى وحق المسيل الناشئة بالعقد أو الوصية أو بتخصيص المالك الأصلي كما تسجل بموجب حكم قضائي حائز درجة البتات أو قرار قانوني له قوة الحكم).

(٢) د. رضا عبد الحليم عبد المجيد عبد الباري، الوجيز في الملكية والحقوق العينية التبعية، بدون مكان طبع، ٢٠٠٩، ص ٢١.

(٣) قرار محكمة النقض المصرية بالعدد (١٤٦٥١ / ٨٩ / قضائية) في ٢٠٢٠/٢/١٨، منشور على موقع المحكمة:

WWW.Cc.gov.eg .

تاريخ الزيارة (١١-١٠-٢٠٢١).

الفصل الأول / دور وضع اليد في تملك العقار

كما قضت المحكمة في قرار آخر صادر عنها عام (٢٠٢٠) بأنه (إذا كان الثابت بالأوراق أن الطاعنين تمسكوا أمام محكمة الموضوع بحيازتهم لعين التداعي حيازة هادئة مستقرة منذ أكثر من خمس عشرة سنة مما يكسبهم حق ارتفاق بالتقادم عملاً بالمادة (٨١٩) من القانون المدني)^(١).

أما عن حق المساطحة والأجرة الطويلة، فقد عدّهما المشرع العراقي من الحقوق العينية الأصلية بموجب المادة (١/٦٨) من القانون المدني، ثم نظم أحكام المساطحة في المواد (١٢٦٦-١٢٧٠) من ذات القانون، وجعل العقد مصدره الوحيد، لذا فلا يجوز كسبه بوضع اليد عليه وفقاً لنظرية مرور الزمان المانع من سماع الدعوى^(٢). ولم يُشر بعدها إلى حق الأجرة الطويلة لا من قريب ولا من بعيد.

ثم نظم الحقيين معاً وقيدت أحكامهما بموجب قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة (١٩٧١) المعدل النافذ، وذلك في المواد (٢٢٩-٢٣٤)، وأكد المشرع على عدم خضوعهما لنظرية وضع اليد المانع من سماع الدعوى، وذلك بعد أن حدد مصدر كسبهما في العقد دون غيره^(٣).

ونرى من المفيد أن نُشر هنا إلى أن المشرع العراقي جعل من الأجرة الطويلة حقاً عينياً بنص قانوني صريح (م/١/٦٨)، فالمفهوم المخالف هو أن الأجرة القصيرة لا تدخل ضمن الحق العيني لأن الحق العيني ورد في القانون على سبيل الحصر فلا يمكن إضافة حق آخر إليه، كما لا يمكن إضفاء صفة الحق الشخصي على حق المستأجر في الأجرة الطويلة لأنه حق عيني بحكم القانون، لذا فالمشرع قد سبب تناقضاً في حقيقة الأمر، فهو من جهة، أشار إلى أن حق المستأجر في الأجرة الطويلة حق

(١) قرار محكمة النقض المصرية بالعدد (٦٢٥٧ / ٨٩ / قضائية) في ٢٠٢٠/٦/٦، منشور على موقع المحكمة:-

WWW.Cc.gov.eg

تاريخ الزيارة (٢٠٢١/١٠/١٥)

(٢) حيث نصت المادة (١/١٢٦٦) من هذا القانون على أنه (١- حق المساطحة حق عيني يخول صاحبه أن يقيم بناء أو منشآت أخرى غير الغراس على أرض الغير و بمقتضى اتفاق بينه وبين صاحب الأرض، ويحدد هذا الاتفاق حقوق المساطح و التزاماته).

(٣) حيث نصت المادة (٢٢٩) من قانون التسجيل العقاري على أنه (١- ينشأ حق المساطحة على الارض المملوكة او الموقوفة وفقاً صحيحاً بتسجيل اتفاق صاحب الارض والمساطح في السجل العقاري. ٢- يسجل عقد الاجارة الطويلة الذي يخول فيه صاحب الارض المستأجر ان يقيم بناء او منشآت اخرى غير الغراس حسب الشروط المتعاقد عليها ويخضع التسجيل والمدة وحق التصرف والارث لأحكام حق المساطحة. ٣- يتخذ عقد المساطحة او الاجارة الطويلة المصدق من الكاتب العدل او المثبت بحجة شرعية قبل نفاذ هذا القانون اساساً للتسجيل في السجل العقاري بدون حاجة الى اقرار صاحب الارض بالموافقة الا اذا اشترط ذلك في العقد او الحجة).

الفصل الأول / دور وضع اليد في تملك العقار

عيني، ومن جهة أخرى، عدّ ضمناً حق المستأجر في الإجارة القصيرة حقاً شخصياً، بالرغم من عدم اختلاف جوهر الحقيقتين^(١).

كما عدّ المشرع العراقي الوقف حقاً عينياً أصلياً بموجب المادة (١/٦٨) من القانون المدني، من دون تنظيم أحكامه، بينما توالى التشريعات الخاصة على بيان مفهوم الوقف وكيفية إدارة و استثمار أمواله وتحديد مسؤولية المتولين وغير ذلك، من دون الإشارة إلى مدى جواز كسب حق الوقف عن طريق وضع اليد طيلة مدة معينة^(٢).

(١) إذ لا إشكال في ما ذهبت إليه المادة (٦٨) من القانون المدني العراقي عندما أعتبرت في الفقرة الأولى، حق المستأجر في الإجارة الطويلة حقاً عينياً ولكن الإشكال في مفهوم المخالفة لهذه المادة وهو عدم اعتبار الإجارة القصيرة حقاً عينياً؛ فماهي مدة الإجارة الطويلة؟ ومن أي مدة تبدأ؟ الفقه مستقر على أن مدة الإجارة الطويلة هي (٣) سنوات فما فوق، إذن الإجارة القصيرة هي التي أقل من هذه المدة، فالإشكالية هنا هو لماذا لم تعتبر الإجارة القصيرة من الحقوق العينية؟ مع أن جوهرهما واحد ولا فرق بينهما إلا من حيث طول المدة؟ في حين أن الفرق بين الحقين الشخصي والعيني كبير فالحق الشخصي لم يرد على سبيل الحصر لكن الحق العيني ورد على سبيل الحصر فلماذا يعتبر حق المستأجر في الإجارة القصيرة حقاً شخصياً في حين أن حقه في الإجارة الطويلة أعتبر حقاً عينياً؛ فلو بلغت مدة الإجارة (٣) سنوات ناقصة يوم واحد فأنها، بحسب المادة (٦٩) من القانون المدني العراقي، تنشئ حقاً شخصياً أما لو بلغت مدة الإجارة (٣) سنوات فأكثر فأنها تنشئ حقاً عينياً للمستأجر، في الحقيقة لا بد من نقد هذا الاتجاه فلا مبرر علمي لهذا التمييز بين الإجارة القصيرة والإجارة الطويلة من حيث تكيف حق المستأجر في كل منهما وطول المدة ليس من جوهر عقد الإيجار فالإجارة هي إجارة سواء قصرت مدتها أو طالعت فطول وقصر المدة لا يعني شيئاً كثيراً بالنسبة لتحديد وتكييف حق المستأجر. فلماذا إذن هذا الاختلاف في التكيف بناءً على طول المدة وقصرها؟ فلا يوجد تبرير لما ذهب إليه المشرع العراقي إذ أن الإجارة قصيرها وطويلها تنشئ حقاً عينياً ضعيفاً للمستأجر على المأجور. والرأي الراجح هو أن حق الإجارة حق عيني ضعيف وكان على المشرع أن لا يميز بين وصف هذا الحق أو يصنفه على أساس طول المدة وقصرها، فالمدة لا تؤثر على جوهر وتكيف الحق فالمكونات والعناصر في الإجاريتين (القصيرة والطويلة) هي واحدة ومتماثلة ولا يغيرها طول المدة أو قصرها. ينظر/ د. سعدي أسماعيل البرزنجي، ملاحظات نقدية في القانون المدني، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١٠، ص ١١-١٨.

(٢) ومن التشريعات النافذة التي عالجت موضوع الوقف مرتبة بحسب تاريخ صدورها ما يأتي :

- قانون ديوان الوقف السني رقم (٥٦) لسنة ٢٠١٢.
- قانون ديوان الوقف الشيعي رقم (٥٧) لسنة ٢٠١٢.
- قانون ديوان أوقاف الديانات المسيحية والأيزيدية والصابئة المندائية رقم (٥٨) لسنة ٢٠١٢.
- قانون إدارة العتبات المقدسة والمزارات الشيعية الشريفة رقم (١٩) لسنة ٢٠٠٥.
- قانون رعاية وإدارة دور العبادة الإسلامية رقم (٦٢) لسنة ٢٠٠٠.
- قانون هيئة إدارة و استثمار أموال الأوقاف رقم (١٨) لسنة ١٩٩٣.
- قانون إدارة الطائفة الآشورية في العراق رقم (٧٨) لسنة ١٩٧١.
- نظام المتولين رقم (٤٦) لسنة ١٩٧٠.

الفصل الأول / دور وضع اليد في تملك العقار

في حين يرى جانب من الفقه أن الراجح هو خضوع دعوى أصل الوقف لنظرية مرور الزمان (التقادم) وتكون المدة (٣٦) ست وثلاثون سنة، وحجتهم في ذلك ما ورد في المادة (١٣٨١)^(١) من القانون المدني العراقي، حيث ألغت هذه المادة العمل بمجلة الأحكام العدلية باستثناء الكتاب الرابع عشر في الدعوى، والكتاب السادس عشر في القضاء، ويدخل ضمن ذلك نص المادة (١٦٦١) من المجلة التي جعلت مدة سماع الدعوى في حق الوقف ستاً وثلاثين سنة، مع الإشارة إلى ما أكدته المادة (٤٢٩) من القانون المدني كونها القاعدة العامة لمرور الزمان - بوجوب مراعاة ما ورد من أحكام خاصة^(٢).

وبصدور قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة (١٩٧١)، نجده قد أشار إلى بعض أحكام الوقف وذلك في المواد (٢٥٦-٢٦٠)، أما عن مدى إمكانية كسب حق الوقف بوضع اليد مدة معينة، فنجد أن المشرع قد نظمه ضمن أحكام (التسجيل المجدد) وذلك في المادتين (٥٦-٥٧) حيث أجاز تسجيل العقار الموقوف مجدداً إذا كان غير مسجل سابقاً في دائرة التسجيل العقاري وذلك بالاستناد إلى الحجج أو الأحكام الشرعية، إذ نصت المادة (٥٦) على أنه (١- يسجل مجدداً العقار الموقوف غير المسجل استناداً إلى الحجج أو الأحكام الشرعية الحائزة درجة البتات بأسم الجهة الواقفة والموقوف عليها إذا لم يكن من الأوقاف المضبوطة، و بأسم دائرة الأوقاف أن كان من الأوقاف المضبوطة. ٢- تسجل مجدداً المساجد والمؤسسات الدينية والخيرية والعقارات غير المسجلة الموقوفة على جهة خيرية بأسم الجهة الواقفة والموقوف عليها أو بأسم دائرة الوقف أن لم تكن تلك الجهة معلومة. ٣- يجري تسجيل وقف

- نظام المزايدات والمناقصات الخاصة بالأوقاف رقم (٤٥) لسنة ١٩٦٩.

- قانون إدارة الأوقاف رقم (٦٤) لسنة ١٩٦٦ وتعديلاته.

- قانون إدارة طائفة الأرمن الأرثوذكس رقم (٨٧) لسنة ١٩٦٣.

- قانون إدارة الطائفة الموسوية رقم (١٦٧) لسنة ١٩٦٣.

- مرسوم جواز تصفية الوقف الذري رقم (١) لسنة ١٩٥٥ المعدل بالقانون رقم (٤١) لسنة ٢٠١٦.

- قانون تنظيم المحاكم الدينية للطوائف المسيحية والموسوية رقم (٣٢) لسنة ١٩٤٧.

ينظر / علي صباح خضير و علي عبد الستار، مجموعة قوانين الأوقاف والطوائف الدينية في العراق، ط١، مؤسسة دار الصادق الثقافية، بابل، العراق، ٢٠١٨، ص٦.

^(١) حيث نصت المادة (١/١٣٨١) من القانون المدني العراقي على أنه (١- من وقت نفاذ هذا القانون، لا يعمل بالنصوص التي تشتمل عليها مجلة الأحكام العدلية فيما عدا الكتاب الرابع عشر في الدعوى والكتاب السادس عشر في القضاء إلا إذا تعارض نص من النصوص التي يشتمل عليها هذان الكتابان صراحة أو دلالة مع أحكام هذا القانون).

^(٢) د. محمد عبيد عبدالله الكبيسي، أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية، مطبعة الرشاد، بغداد، ١٩٧٧، ص٣١٥.

- محمد شفيق العاني، أحكام الأوقاف، ط٣، مطبعة الأمانة، بغداد، ١٩٦٥، ص١٠٦.

الفصل الأول / دور وضع اليد في تملك العقار

الطائفة غير المسجل مجدداً بأسم الطائفة المعترف بها قانوناً. ٤- إذا كان على الأرض الموقوفة وفقاً صحيحاً محدثات أو مغروسات مملوكة لأشخاص بمسوخ قانوني فيتم تسجيل الأرض مجدداً، وتثبت في السجل عائديه المحدثات والمغروسات مع الحقوق التي أنشأتها^(١).

مع الإشارة إلى أن تسجيل حق الوقف مجدداً وفقاً لما تقدم بيانه يخضع لأحكام التسجيل المجدد، ومنها المادة (٤٣) التي أوجبت أن يكون العقار الموقوف غير المسجل سابقاً في سجلات دائرة التسجيل العقاري المعترف بها رسمياً، والمادة (٤٤) التي اشترطت أن يكون طالب التسجيل المجدد حائزاً بحسن نية وبصفة المالك لمدة لا تقل عن (١٥) خمس عشرة سنة بدون انقطاع، وهذا ما سيكون محلاً لدراستنا في الفرع القادم ضمن الشروط الواجب توافرها في طالب التسجيل.

مع العرض إلى أن جميع الحقوق العقارية المتقدم ذكرها، يمكن تسجيلها مجدداً كونها غير مسجلة سابقاً، وذلك بالاستناد إلى حكم قضائي بات من دون المرور بإجراءات التسجيل المجدد التي رسمها هذا القانون، حيث نصت على ذلك المادة (٥١) من قانون التسجيل العقاري بأنه (يجري تسجيل الحقوق العقارية مجدداً بالاستناد إلى حكم قضائي بالملكية حائز درجة البتات دون القيام بالمراسيم المنصوص عليها في هذا القانون).

وبذلك فإن هناك حقوقاً عينية متعددة لا يمكن تسجيلها مجدداً لأي سبب كان، ومنها تسجيل حق التصرف على الاراضي الأميرية وتسجيل الاوقاف غير صحيحة وحقوق الحكر والعقر، فمثلاً يستحيل تسجيل حق العقر في العراق مجدداً بعد نفاذ قانون تصفية حق العقر رقم (١٧) لسنة ١٩٨٠، كما لا يمكن تصور تسجيل حق الإجارة الطويلة والمساحة تسجيلاً مجدداً، وذلك لان حق المساحة لا يكتسب بالتقادم المكسب وإنما ينشأ بالاتفاق^(٢).

كما أخذ القانون المدني الفرنسي بالتقادم كسبب لكسب الملكية، وخاصة وفقاً للتنظيم الجديد بموجب القانون رقم (٥٦١) لسنة (٢٠٠٨)، إذ عدّ الحيازة وبشروط معينة سبباً لكسب الملكية العقارية، حيث

(١) كما نصت المادة (٥٧) من قانون التسجيل العقاري على أنه (تسجل مجدداً المقابر المتخذة فعلاً لدفن الموتى وفق العرف المحلي باسم احدى الجهات الآتية: ١- دائرة الاوقاف اذا كانت من المقابر العامة وتسجل وفقاً مضبوطاً. ٢- العائلة او الجهة التي خصصت المقبرة لدفن موتاهها اذا كانت من المقابر الخاصة وتقع ضمن حدود المدن والقرى والقصبات وتسجل وفقاً ملحقاً. ٣ - مقابر الاجانب تسجل وفقاً للاتفاقيات الخاصة المصدقة).

(٢) د. أكرم فاضل سعيد قصير، التسجيل المجدد بين الواقع والطموح، الطبعة الأولى، مكتبة القانون المقارن، بغداد، ٢٠٢٢، ص ٨٧ وما بعدها.

الفصل الأول / دور وضع اليد في تملك العقار

يشترط أن يقترن وضع اليد بمضي المدة التي حددها القانون بثلاثين سنة للتقادم الطويل وعشر سنوات إذا كان وضع اليد بحسن نية ويستند إلى سبب صحيح^(١)، وجرى تنظيم التقادم المكسب بصورة مستقلة عن التقادم المسقط في محاولة من المشرع الفرنسي لمعالجة الانتقادات التي وجهت له قبل التعديل الأخير لسنة (٢٠٠٨)، وتناول هذا النوع (المكسب) للملكية العقارية في المواد (٢٢٥٥ - ٢٢٧٥) مما يعني أن لوضع اليد دوراً في كسب الملكية في القانون المدني الفرنسي.

أما بالنسبة للحقوق المتفرعة عن حق الملكية كحق المنفعة و الاستعمال والسكنى وحقوق الارتفاق، فلم يجعل المشرع من بين أسباب نشوء هذه الحقوق وضع اليد عليها طيلة مدة معينة خاصة، وأن القانون قد حدد سبب نشوء هذه الحقوق بالاتفاق أو بنص القانون^(٢)، وأستثنى من ذلك كسب حقوق الارتفاق

(١) سنتولى بيان ذلك في الفرع القادم عند بحث الشروط الواجب توافرها في طالب التسجيل (الحائز).

(٢) حيث نصت المادة (٥٧٩) من القانون المدني الفرنسي المعدل على أنه (ينشأ حق الانتفاع إما بالقانون أو بإرادة الإنسان).

(579)L'usufruit est établi par la loi, ou par la volonté de l'homme.

- كما ينشأ حق الاستعمال وحق السكنى بذات الطريقة التي ينشأ فيها حق الانتفاع، وذلك بموجب المادة (٦٢٥) التي تنص على أنه (ينشأ حق الاستعمال وحق السكن وينتهيان بذات الطريقة كحق الانتفاع).

(625) Les droits d'usage et d'habitation s'établissent et se perdent de la même manière que l'usufruit.

- وينشأ حق الارتفاق أما بنص القانون وذلك بموجب المادتين (٦٤٠ و ٦٤٩)، حيث تنص المادة (٦٤٠) على أنه (أن الأراضي الواطئة مسخرة، تجاه الأراضي التي تعلوها، لتلقي المياه التي تسيل منها سيلاناً طبيعياً دون أن تكون ليد الإنسان مساهمة في ذلك).

ولا يجوز لصاحب الأرض الواطئة أن يقيم سداً يمنع هذا السيلان.

ولا يجوز لصاحب الأرض العالية أن يقوم بما يزيد عبء الارتفاق على الأرض الواطئة).

(640)-Les fonds inférieurs sont assujettis envers ceux qui sont plus élevés à recevoir les eaux qui en découlent naturellement sans que la main de l'homme y ait contribué. Le propriétaire inférieur ne peut point élever de digue qui empêche cet écoulement. Le propriétaire supérieur ne peut rien faire qui aggrave la servitude du fonds inférieur.

بينما تنص المادة (٦٤٩) على أنه (تهدف الارتفاقات، المنشأة بموجب القانون إلى تحقيق منفعة عامة أو منفعة بلدية أو منفعة للأفراد).

(649)-Les servitudes établies par la loi ont pour objet l'utilité publique ou communale, ou l'utilité des particuliers

- أو بالاتفاق بموجب المادة (٦٨٦) التي تنص على أنه (يحق للمالكين أن ينشؤوا على عقاراتهم أو لصالحها الارتفاقات التي يرتوونها، لكن شرط ألا تفرض الخدمات المنشأة على الشخص أو لصالحه، لكن فقط على عقار ولصالح عقار آخر. وشرط ألا تضمن هذه الخدمات أي شيء مخالف للنظام العام).

الفصل الأول / دور وضع اليد في تملك العقار

المستمرة والظاهرة من خلال حيازتها مدة (ثلاثين سنة)، حيث نصت المادة (٦٩٠)^(١) على أنه (تكتسب الأرتفاقات المستمرة والظاهرة بموجب سند أو بالحيازة مدة ثلاثين سنة). ويتضح من هذا النص أن القانون المدني الفرنسي أخذ بنوع واحد من التقادم - لكسب الأرتفاقات المستمرة والظاهرة - وهو التقادم الطويل، دون أن يفرق فيما إذا اقترنت الحيازة بحسن النية والسبب الصحيح من عدمه، وبذلك يخرج عن نطاق وضع اليد المكسب للارتفاق كلاً من الأرتفاقات المستمرة وغير المستمرة، أو الأرتفاقات غير المستمرة والظاهرة وغير الظاهرة، إذ أنها لا تنشأ إلا بموجب اتفاق يبرم بين مالكي العقارين المرتفق والمرتفق به^(٢)، وهذا مانصت عليه المادة (٦٩١)^(٣) من القانون المدني الفرنسي بأنه (لا يمكن للأرتفاقات المستمرة وغير الظاهرة، و الأرتفاقات غير المستمرة والظاهرة وغير الظاهرة أن تنشأ إلا بموجب سندات، لا تكفي الحيازة لأنشاء هذه الأرتفاقات وأن رجعت إلى عهد بعيد...).

ثانياً / أن يكون الحق العيني في حكم غير المسجل

أشارت تعليمات التسجيل الألزامي الشامل للعقارات غير المسجلة رقم (١) لسنة (١٩٨٦) إلى أنه (العقار غير المسجل هو العقار الذي لم يسبق تسجيله في أحد السجلات الدائمة، أو كان مسجلاً وفقد سجله وسنده أو كانا ممزقين أو أصابهما عيب بدرجة لا يمكن الاعتداد بحقوق الملكية العقارية المسجلة فيهما...)^(٤). كما أشارت المادة (٢/٤٣) من قانون التسجيل العقاري إلى حالات تُعد في حكم غير

ينظم استعمال الأرتفاقات المنشأة على هذا النحو ومداهها بموجب السند المتضمن إنشاءها، وفي حال أنتفاء السند فبموجب القواعد التالية).

(686) Il est permis aux propriétaires d'établir sur leurs propriétés, ou en faveur de leurs propriétés, telles servitudes, que bon leur semble, pourvu néanmoins que les services établis ne soient imposés ni à la personne, ni en faveur de la personne, mais seulement à un fonds et pour un fonds, et pourvu que ces services n'aient d'ailleurs rien de contraire à l'ordre public L'usage et l'étendue des servitudes ainsi établies se règlent par le titre qui les constitue ; à défaut de titre, par les règles ci-après

(^١) 690-Les servitudes continues et apparentes s'acquièrent par titre ou par la possession de trente ans.

(^٢) د. أكرم محمود حسين البدو، أكتساب و أنقضاء الحقوق العينية الأصلية والتبعية بمضي المدة، مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة (٢)، المجلد (٢)، العدد ١، الجزء ٢، ٢٠١٧، ص ١٦٩-١٧١.

(^٣) 691- Les servitudes continues non apparentes, et les servitudes discontinues apparentes ou non apparentes, ne peuvent s'établir que par titres. La possession même immémoriale ne suffit pas pour les établir, sans cependant qu'on puisse attaquer, aujourd'hui les servitudes de cette nature déjà acquises par la possession, dans les pays où elles pouvaient s'acquérir de cette manière.

(^٤) البند (ثالثاً) من تعليمات التسجيل الألزامي الشامل للعقارات غير المسجلة رقم (١) لسنة (١٩٨٦).

الفصل الأول / دور وضع اليد في تملك العقار

المسجلة، ويفهم من ذلك أن الحق موضوع التسجيل المجدد لا يقتصر على العقار غير المسجل، أما يتسع ليشمل حالات أخرى عدّها المشرع بحكم غير المسجلة.

وقبل أن نوضح هذه الحالات، لابد من الإشارة إلى أن المشرع لم يوردها من فراغ، بل هي حالات واقعية فعلية، مردّها أسباب تاريخية سبقت انفصال العراق عن الدولة العثمانية، ففي أواخر عمر الدولة العثمانية كانت دوائر التسجيل العقاري (الطابو)^(١) على درجة كبيرة من الإرباك، سواء من حيث آلية تسجيل العقارات والجهات القائمة بها أو السجلات المعتمدة، مما أدى إلى ظهور هذه الحالات^(٢)، كما يمكن الاستفادة من هذه الحالات في معالجة الوثائق العقارية التي أصابها التلف نتيجة الأحداث التي مرّ بها العراق في أعقاب عامي (١٩٩١ - ٢٠٠٣) بشرط خضوعها للفحص والتدقيق وعدم توافر صورة أخرى لتلك الوثائق، وهذه الحالات كما حددها المادة (٢/٤٣) هي :-

١- نصت المادة (٢/٤٣) ب) يشترط أن يكون الحق موضوع التسجيل (مسجلاً سابقاً وقد فقد سجله وسنده).

على وفق هذه الحالة فإن العقار أو الحق العيني العقاري مسجلاً سابقاً في دائرة التسجيل العقاري، غير أنه فقد سجله وسنده معاً، ويمكن لواضع اليد أن يستند إلى استنشاء صادر عن دائرة التسجيل العقاري يؤيد هذا الفقدان، ليتسنى له بعد ذلك تقديم طلب التسجيل المجدد والسير في الإجراءات التي رسمها القانون - والتي سنبينها في المبحث الثاني من هذا الفصل، أما إذا وجدت نسخة ثانية من السجل التي هي طبق الأصل للسجل، بغض النظر عن مكان وجودها، سواء تلك المحفوظة في المديرية العامة للتسجيل العقاري في بغداد، أو لدى الحكومة التركية في الخارج، حيث كان العراق تابعاً للدولة العثمانية، وتم استحصال تلك النسخ بطرق مشروعة ومصدقة من الجهات المختصة، فإن ذلك يُعد سبباً لفقدان الشرط الرئيس للتسجيل المجدد^(٣).

مع ملاحظة أن تطبيق هذه الحالة يتطلب التأكد من فقدان السجل والسند معاً، أما إذا فقد السجل دون السند، فهنا يخضع العقار إلى إجراءات ((التأييد))^(٤) وليس التسجيل المجدد.

(١) حيث نصت المادة (٣٣٢) من قانون التسجيل العقاري على أنه (تحل عبارة "التسجيل العقاري" محل (الطابو) وتحل العبارات المستعملة لأغراض التسجيل في هذا القانون محل العبارات المقابلة له أينما وردت في القوانين والأنظمة النافذة).

(٢) د. عبد المجيد الحكيم، دراسة في قانون التسجيل العقاري، مصدر سابق، ص ١٨٧.

(٣) مصطفى مجيد عزيز، ج ١، مصدر سابق، ص ٣٤٤ - ٣٤٥.

(٤) سبق وأن بيّنا الفرق بين التأييد والتسجيل المجدد في الفرع الأول من المطلب الأول من هذا المبحث.

الفصل الأول / دور وضع اليد في تملك العقار

٢- نصت المادة (٤٣/٢/ج) يشترط أن يكون الحق موضوع التسجيل : (مسجلاً سابقاً، وسنده مفقود وسجله موجود، إلا أنه ممزق أو معيب بدرجة لا يمكن الاعتداد به).

على وفق هذه الحالة، يشترط لتمسك واضع اليد بطلب التسجيل المجدد والسير في إجراءاته، أن يكون الحق العيني مسجلاً سابقاً في دائرة التسجيل العقاري وفق السجلات المعتمدة، غير أن سنده مفقود، وسجله - الذي يعتمد أساساً لأثبات الحق - موجود في دائرة السجل العقاري المختصة، غير أنه ممزق أو معيب لدرجة لا يمكن الاعتداد به، كأن يكون أسم المالك أو الموقع أو الأوصاف الأخرى للعقار غير واضحة المعالم أو غير مذكورة بصورة نهائية أو يصعب قراءتها، أو غير ذلك من الأسباب^(١)، ويجب أن لا يقتصر ذلك على السجل العقاري الأصلي بل يمتد حتى إلى نسخته الموجودة في المديرية العامة، ليكون الحق العيني موضوع التسجيل بحكم غير المسجل ومن ثم خاضع لأحكام التسجيل المجدد.

مع ملاحظة أن وجود النسخ الثواني من السجلات العثمانية يعتدّ به، ويفقد التسجيل المجدد شرطه الأساس، وعلى مدعي ذلك أن يتكفل بجلب الوثائق من الأستانة (إسطنبول حالياً) حيث تحفظ هناك، وبالطرق التي حددتها القوانين النافذة، ومن حقه أن يطلب من لجنة تثبيت الملكية التريث في إجراءات معاملة التسجيل المجدد و إفساح المجال له لغرض تقديم تلك الوثائق خلال فترة معينة.

٣- نصت المادة (٤٣/٢/د) يشترط أن يكون الحق موضوع التسجيل : (مسجلاً سابقاً، وسجله مفقود، وكل من السند وصورته ممزق أو معيب أو غير مصدق من جهة مختصة).

تفترض هذه الحالة - كسابقاتها - أن الحق العيني مسجلاً سابقاً في دائرة التسجيل العقاري، غير أن سجله مفقود، أما السند وصورته فهو لا يخرج عن فرضيتين، الأولى، أن يكون ممزقاً أو معيباً بدرجة لا يمكن الاعتداد به، كأن يكون أسم المالك أو الموقع أو الأوصاف الأخرى للعقار ممزقاً ومختلط الكتابة، وتصعب قراءة محتوياته بجلاء، والثانية، إذا كان السند أو صورته غير مصدقة من جهة مختصة، وهي دائرة التسجيل العقاري، أو أيه جهة مخولة بتصديق المستندات الرسمية قانوناً، ففي هذه الحالة يُعد الحق

- حيث تنص المادة (١/٥٨) من قانون التسجيل العقاري على أنه (١- تسجل الحقوق العينية الأصلية والتبعية تأييداً إذا كان سجلها المثبت لتلك الحقوق مفقوداً أو به عيب أو تلف كلي وذلك بالاستناد إلى السند أو صورة السجل المصدقة وفق القانون).

(١) د. سعيد عبد الكريم مبارك، موجز أحكام قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١، طبع على نفقة جامعة بغداد، دار الحكمة، بغداد ١٩٩٠، ص ٥٦.

الفصل الأول / دور وضع اليد في تملك العقار

العيني موضوع التسجيل غير مسجل أيضاً ويمكن تسجيله مجدداً^(١)، مع مراعاة ما تمت الإشارة إليه في الحالات السابقة أعلاه (٣/٤٣/ب) و (٣/٤٣/ج) بشأن السجلات والوثائق العثمانية الموجودة في الخارج.

٤ - نصت المادة (٣/٤٣/هـ) يشترط أن يكون الحق موضوع التسجيل : (مسجلاً في أحد السجلات التي لا تُعتمد أساساً لأثبات الملكية والحقوق العينية)^(٢).

يُعد العقار بحكم غير المسجل ومن ثم يخضع لأحكام التسجيل المجدد إذا ما سجل في أحد السجلات التي لا تُعتمد أساساً لأثبات الحقوق المدرجة فيها، والتي تسمى بـ (سجلات الأساس)، وهي ثلاث سجلات لا يستند إليها لأثبات الحقوق وإنما تُعد قرينة على ذلك، حيث نصت المادة (٣/١٠) من قانون التسجيل العقاري على أنه (لا يستند على سجلات الأساس لأثبات الحقوق المدرجة فيها وإنما يُعتبر قرينة على ذلك).

وقد أوضحت المادة (١٤) من هذا القانون إلى أن سجلات الأساس هي التي نظمت أو تنظم أستانداً إلى تحقیقات (محلية مبدئية) بشأن عائديه الحقوق العينية الأصلية للعقارات التي لم يسبق تسجيلها وهي تتكون من السجلات الثلاث الآتية :-

أ- سجل التحرير التمهيدي (سجل الأساس) : هو السجل الذي ينظم عند إجراء التحرير التمهيدي فيما يختص بمنطقة أعمال كل دائرة تسجيل عقاري، ويجري تنظيمه على أساس فتح سجل خاص لكل محلة، تعطى للعقارات الكائنة فيها أرقام متسلسلة (تسلسل العقار) مع تعيين أوصافها ووضعها وقت قيدها في السجل^(٣)، وتُعد هذه المرحلة تمهيدية الغرض منها حصر العقارات ودرج أسماء حائزيها بالأستاند إلى إفادتهم وإفادة المختار، دون أن يجري بشأن الملكية أي تحقيق وتحري.

ب- سجل التفتيش (يوقلمة أو يوقلمة أساس) : هو سجل التحرير التمهيدي المنظم في العهد العثماني الذي سجلت فيه العقارات و عائديتها ضمن مناطق معينة لم يسبق تسجيلها، لإعطاء سندات خاصة لكل عقار واقع ضمنها^(٤).

(١) مصطفى مجيد عزيز، ج ١، مصدر سابق، ص ٣٤٧-٣٤٨.

(٢) ورد في هذه الفقرة عبارة (... لا تُعتمد أساساً لأثبات الملكية والحقوق العينية) في حين أن الملكية هي جزء من الحقوق العينية بحسب ما نصت عليه المادة (١/٦٨) من القانون المدني، لذا كان من الأفضل على المشرع أن يذكر أما عبارة الملكية والحقوق العينية لأخرى، أو الحقوق العينية فقط، بحيث يستدل أنها تمثل حق الملكية والحقوق العينية الأخرى.

(٣) المادة (١/١٤) من قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة (١٩٧١) المعدل النافذ.

(٤) المادة (٢/١٤) من قانون التسجيل العقاري المعدل النافذ.

الفصل الأول / دور وضع اليد في تملك العقار

ج- سجل اليوقلمة تحصيل : هو السجل القديم المنظم في العهد العثماني المنقول من سجل التفتيش (يوقلمة تحقيق أو يوقلمة أساس) وذلك بعد دفع الرسوم القانونية عنها، والذي أستاذ إليه إصدار سندات اليوقلمة تحصيل^(١).

ويرجع السبب في عدم اعتماد هذه السجلات لأثبات الحقوق المدونة فيها، إلى كونها نُظمت وفق إجراءات بسيطة وتحقيقات أولية محلية، بالأسناد إلى الإفادات وخاصة إفادة مختار المحلة (الأختيارية) وبحضور موظف في دائرة الدفتر (الخاقاني) وعضو أهلي من مجلس الإدارة المحلية ومأمور التحرير، وتصدر سندات التملك العثمانية بناءً على ذلك، فهي تُعد مرحلة تمهيدية لا تتصف بالحسم لذلك أعتبرها قانون التسجيل العقاري قرائن بسيطة يستفاد منها في التسجيل المجدد للعقارات عند البحث عن الحائز^(٢).

وقد أكدت تعليمات التسجيل الأُلزامي الشامل للعقارات غير المسجلة رقم (١) لسنة (١٩٨٦) أن الحقوق المدونة في هذه السجلات تخضع للتسجيل المجدد و لا تُعد دليل أثبات وإنما مجرد قرينة على ما دون فيها، حيث نص البند (ثالثاً / ١) من هذه التعليمات على (أنّ العقار المربوط بأحد سجلات التفتيش القديمة (اليوقلمة - أساس) و(اليوقلمة - تحصيل) يخضع للتسجيل المجدد و يكون هذا السجل قرينة على حقوق الملكية المحررة فيه).

كما جاء في الفقرة اللاحقة (ثالثاً / ٢) منها على (أنّ صورة السند الدائمي القديم المنظمة من قبل هيئة التحرير التمهيدية والمحفوظة في إضبارة العقار لا تكون بديلاً عن السند في حالة فقدانه ويكتفي بها كقرينة على حق الملكية المسجل فيه، ويكون العقار المربوط بصورة السند خاضعاً للتسجيل المجدد).

ومن التطبيقات القضائية التي تُعد هذه السجلات مجرد قرينة بسيطة يستفاد منها في إثبات الحقوق المدونة، ولا تمنع من السير في إجراءات التسجيل المجدد، قرار محكمة أستاذناف كربلاء الاتحادية بصفتها التمييزية الصادر عام (٢٠١٣)، حيث جاء فيه : (...أن لجنة تثبيت الملكية قد أتبع القرار الصادر من هذه الهيئة... وأجرت تحقيقاتها بشأن سند ((اليوقلمة)) الذي أبرزه طالب التسجيل المجدد، وأجرت الكشف على العقار بالمحضر المؤرخ في (٢٠١٣/٣/٥) وتحققت عن الحدود المثبتة في السند، و تأيد لها بأن العقار مسجل بالسند المذكور بأسم (ع.ع.ع) وأبرز طالب التسجيل القسم الشرعي...)^(٣).

(١) المادة (٣/١٤) من قانون التسجيل العقاري المعدل النافذ.

(٢) عبدالله غزاي سلمان العزاوي، إجراءات التسجيل العقاري، مصدر سابق، ص ٣١.

(٣) قرار محكمة أستاذناف كربلاء الاتحادية / بصفتها التمييزية، بالعدد (١١٥) / ت/ متفرقة / تسجيل مجد / (٢٠١٣)، في (٢٠١٣/٨/٢٥).

الفصل الأول / دور وضع اليد في تملك العقار

الفرع الثاني

الشروط الواجب توافرها في حيازة طالب التسجيل

بالأصل نظمت التشريعات المدنية محل المقارنة ^(١) الشروط الواجب توافرها في واضع اليد لكسب حق الملكية والحقوق العينية الأصلية والمتفرعة عنه، حيث بينت المادة (١/١١٥٨) من القانون المدني العراقي أن من شروط عدم سماع الدعوى ضد الحائر، هي حيازته الصحيحة لعقار أو حقاً عينياً على عقار غير مسجل، و أ استمرار هذه الحيازة لمدة (١٥) خمس عشرة سنة، ثم جاءت الفقرة الثانية - (٢/١١٥٨) - لتقلص المدة إلى خمس سنوات فقط بشرط أن تقتن الحيازة بحسن نية وسبب صحيح.

وبصدور قانون التسجيل العقاري، فقد جاء بأحكام ((التسجيل المجدد)) التي تُعد معطلة لتلك التي أوردها القانون المدني، ومن ثم فهي واجبة التطبيق عملياً ونظرياً كونها قواعد خاصة من جهة، ولاحقة في تاريخ صدورهما لقواعد القانون المدني من جهة أخرى، وهذا ما لمسناه أيضاً في الواقع العملي من خلال التطبيقات القضائية الحديثة الصادرة في هذا الشأن، التي سنتطرق إليها في ثنايا البحث. حيث نصت المادة (١/٤٤) من قانون التسجيل العقاري على أنه (يشترط في طالب تسجيل حق الملكية مجدداً أن يكون حائزاً له، بحسن نية، وبصفة مالك، لمدة لا تقل عن خمس عشرة سنة بدون انقطاع)^(٢).

ويتضح من هذا النص أن قانون التسجيل العقاري قد جاء بأحكام موحدة، فهو لم يميز بين تقادم طويل وتقدم قصير الأمد، وما يترتب على ذلك من حيث وجوب توافر حسن النية و السبب الصحيح من عدمه، ويُستخلص من خلال نص المادة (١/٤٤) أن الشروط الواجب توافرها في واضع اليد - طالب التسجيل المجدد - هي ثلاثة شروط، يتمثل الأول، بحيازة صحيحة تتوافر شروطها وعناصرها، والثاني، وجوب توافر حسن النية، أما الشرط الثالث، فهو مضي مدة لا تقل عن خمس عشرة سنة. وبناءً على ذلك سنقسم هذا الفرع على ثلاث فقرات وكما يأتي :-

^(١) ينظر : المواد (٩٦٨-٩٧٥) من القانون المدني المصري

- والمواد (٢٢٦٠ - ٢٢٧٥) من القانون المدني الفرنسي.

- والتي سنتطرق إليها خلال البحث و كلاً بحسب موقعه.

^(٢) في حين نصت المادة (٢/٤٤) على أنه (لا يسجل العقار مجدداً بأسم الأجنبي إلا بالاستناد إلى قرار قضائي حائز درجة البتات).

الفصل الأول / دور وضع اليد في تملك العقار

أولاً / الحياة الصحيحة

لكي تكون الحياة صحيحة منتجة لآثارها، لا بد من توافر عنصرها المادي والمعنوي، وأن تمتاز بخصائصها التي حددها القانون أي أن تكون مستمرة وهادئة وظاهرة و واضحة خالية من اللبس والغموض، إذ يتولى القضاء التحقق من ذلك ثم يقرر هل الحياة صحيحة أم لا، ولغرض تبسيط دراسة الحياة الصحيحة بجوانبها النظرية والعملية، سنتولى تقسيم هذه الفقرة على عدة نقاط، نخصص الأولى للتعريف بالحياة، والثانية لعناصرها، والثالثة لشروطها، وكما يأتي :-

١ - التعريف بالحياة

عرف المشرع العراقي الحياة في المادة (١/١١٤٥) من القانون المدني بنصها على أنّ (الحياة وضع مادي به يسيطر الشخص بنفسه أو بالواسطة سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه أو يستعمل بالفعل حقاً من الحقوق)^(١).

وعرفها الفقه على أنها (سلطة واقعية يمارسها الحائز على شيء بحيث تتفق في مظهرها الخارجي وفي قصد الحائز، مع مزاولة حق الملكية أو أي حق عيني آخر، وأن لم تستند هذه السلطة إلى حق يعترف به القانون)^(٢). كما عرفها الفقه المصري على أنها (عبارة عن سلطة فعلية يباشرها الشخص على شيء من الأشياء، يستعمله بصفته مالكا له أو صاحب حق عيني عليه، سواء أاستند في حيازته على حق أو لم يستند)^(٣).

ويتضح من خلال المادة (١/١١٤٥) من القانون المدني العراقي، أن المشرع تطلب السيطرة الفعلية للحائز، التي قد يباشرها بنفسه أو بواسطة شخص آخر لكن لحساب الحائز سواء كان نائب قانوني عنه أو مستأجر، وقد طبق القضاء العراقي ذلك بشأن حيازة طالب التسجيل المجدد، حيث عدّ حيازته

(١) ولم يرد في القانون المدني المصري ما يشير إلى تعريفه للحياة، في حين عرفها المشرع الفرنسي في المادة (٢٢٥٥) بعد تعديله بالقانون (٥٦١) لسنة (٢٠٠٨) على أنها (الحياة هي وضع اليد على الشيء أو التمتع به أو على حق يكونان بيدنا أو نمارس حقوقنا المتعلقة بهما إما شخصياً وإما بواسطة شخص آخر يكونان بيده أو يمارس الحقوق المتعلقة بهما باسمنا).

2 - art. 2255) LOI n°2008-561 du 17 juin 2008

La possession est la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous-mêmes, ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom.

(٢) د. محمد طه البشير و د. غني حسون طه، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، ج ١، دار السنهوري للنشر، بيروت، ٢٠١٦، ص ١٩٩.

(٣) د. رمضان جمال كامل، الحماية القانونية للحياة، ط ٢، المركز القومي للإصدارات القانونية، ٢٠٠٥، ص ٢.

الفصل الأول / دور وضع اليد في تملك العقار

صحيحة على الرغم من تأجير العقار لشخص آخر، كون ذلك يدخل ضمن السلطة التي يتمتع بها الحائز، إذ جاء في قرار محكمة أستاناف الرصافة الاتحادية بصفتها التمييزية الصادر عام (٢٠١٥) على (... أن تأجير طالب التسجيل المجدد للعقار موضوع الطلب تكون معه الحيابة متوفرة، وأن هذا التصرف بحكم السلطة التي يتمتع بها، بوصفه المالك للعقار، ويستقيم مع مفهوم الحيابة المنصوص عليه في المادة (١١٤٥) مدني، وحيث إن القرار المميز قد سار بخلاف وجهة النظر القانونية المتقدمة مما أدخل بصحته، لذا قرر نقضه وإعادة الإضبارة إلى جهتها لأتباع ما تقدم...^(١).

وأختلف الفقه بشأن الطبيعة القانونية للحيابة على عدة اتجاهات، أبرزها اتجاهان، إذ يرى أصحاب الاتجاه الأول، أن الحيابة حق يحتج به نحو الكافة، فهو كغيره من الحقوق، كحق الأنفاق و الارتفاق، وهذا الحق متولد من السلطة التي يمنحها القانون للشخص، لأن الحق هو المصلحة التي يحميها القانون، فطالما هناك مصلحة من الحيابة فلا بد من وسيلة لحمايتها، لأن للحق عنصرين، أحدهما مادي والتمثل بالمصلحة، والآخر شكلي والتمثل بحماية القانون لتلك المصلحة، ومن ثم لا يمكن لأحد أن ينزع من الحائز حيابته جبراً، إلا بالطرق التي حددها القانون^(٢).

بينما يرى أصحاب الاتجاه الثاني، أن الحيابة واقعة مادية، فهي وضع مادي ينجم عن سيطرة الشخص الفعلية على شيء من الأشياء التي يجوز التعامل فيها، وهي بهذا المعنى تُعدّ قرينة على الملكية حتى يقوم الدليل على عكس ذلك، والقانون قد وفر الحماية للحيابة بدعاوى اليد التي تختلف عن دعاوى حماية الحق، وبحسب أنصار هذا الاتجاه أن الحيابة ليست بحق عيني أو حق شخصي، وليست هي بحق أصلاً، بل أنها سبب من أسباب كسب الملكية، تركز على واقعة مادية وتحدث آثاراً قانونية^(٣). ويتفق

(١) قرار محكمة أستاناف الرصافة الاتحادية / بصفتها التمييزية، بالعدد (٦٠٩ / م / ٢٠١٥) في (٢٠١٥/٦/٢١) منشور في مجلة التشريع والقضاء، السنة السابعة، العدد الثاني، ٢٠١٥، ص ٢٢٥-٢٢٦.

(٢) د. محمد منصور حمزة، الحماية الشرعية والقانونية للحيابة العرضية، المكتب العربي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٠، ص ١٦.

- و أحمد حميد الأيوبي، القانون المدني اللبناني للأموال، ج ١، ط ١، شركة المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، ٢٠٠٧، ص ٢٦.

(٣) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٩، أسباب كسب الملكية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، بدون سنة طبع، ص ٧٨٥.

- و د. حامد مصطفى، الملكية العقارية في العراق، مع مقارنة بالقانون المدني العربي والمصري و السوري، ج ١، الحقوق العينية الأصلية، جامعة الدول العربية - معهد الدراسات العربية العالمية، ١٩٦٤، ص ٣٠٧.

الفصل الأول / دور وضع اليد في تملك العقار

هذا الرأي مع تعريف المشرع العراقي للحيازة على أنها وضع مادي يسيطر به الشخص بنفسه أو بالواسطة سيطرة فعلية على الشيء المحوز، وحمايتها بدعاوى الحيازة، ومن ثم أكتساب الحق إذا ما استمرت طيلة المدة التي حددها القانون.

٢- عناصر الحيازة

تقوم الحيازة الصحيحة على عنصرين، أحدهما مادي والآخر معنوي، ويتكون العنصر المادي للحيازة من مجموع الأعمال المادية التي يباشرها عادة صاحب الحق العيني، وهذه الأعمال المادية يجب أن تتفق في مظهرها الخارجي مع ممارسة الحق موضوع الحيازة، فإذا كان هذا الحق حق ملكية وجب أن يباشر الحائز الأعمال التي يباشرها المالك عادةً. والأعمال المادية التي يتحقق بها العنصر المادي هي استعمال الشيء و أستغلاله أو تغييره وذلك طبقاً لما تسمح به طبيعة الشيء، فحيازة الأرض الزراعية بزراعتها، والمنازل بسكناء، والأرض الفضاء بالبناء عليها^(١).

ومباشرة الأعمال المادية لا تقتصر على من يحوز الشيء بنية تملكه، بل تمتد إلى الحقوق العينية الأخرى التي أجاز القانون كسبها بوضع اليد عليها، فإذا كان الحائز يعدّ نفسه صاحب حق ارتفاق، فإن العنصر المادي للحيازة يتوافر إذا كان الحائز يباشر الأعمال المادية في موضوع معين من الأرض، وفي الأوقات التي يحتاج فيها إلى ذلك^(٢). وعليه فإذا لم يتوافر العنصر المادي لدى مدعي الملكية، فلا حاجة إلى الانتقال لبحث توافر العنصر المعنوي من عدمه، إذ السيطرة الفعلية تُعدّ قوام الحيازة، ومن ثم تنتقل لجنة تثبيت الملكية للتحقق من عنصرها الآخر، وباقي شروطها، ومن التطبيقات القضائية التي تحت على تحري ذلك، ما جاء في قرار محكمة أستاناف ميسان الاتحادية بصفتها التمييزية الصادر عام (٢٠١٨) بأنه (...على لجنة تثبيت العائدية التحقق من الحيازة الفعلية المباشرة والهادئة من قبل طالب التسجيل المجدد طبقاً لنص المادة (١/٤٤) من قانون التسجيل العقاري...)^(٣).

والحيازة يجب أن لا تقوم على عمل يأتيه الشخص على مجرد إباحة لغيره، وإلا فلا يتحقق الركن المادي لأنشاء قصد التعدي، حيث نصت المادة (٢/١١٤٥) من القانون المدني العراقي على أنه (ولا

(١) د. محمد طه البشير و د. غني حسون طه، مصدر سابق، ص ٢٠٢- ص ٢٠٣.

(٢) د. رمضان جمال كامل، مصدر سابق، ص ٤٢.

(٣) قرار محكمة أستاناف ميسان الاتحادية / بصفتها التمييزية، بالعدد (٢٥/ مجدد/ ت/ ٢٠١٨) في (٢٠١٨/ ٦/ ٥).

الفصل الأول / دور وضع اليد في تملك العقار

تقوم الحيازة على عمل يأتيه الشخص على أنه مجرد إباحة، أو عمل يتحملة الغير على سبيل التسامح...^(١).

ومن التطبيقات القضائية على ذلك، قرار محكمة أستاذات المثلث الاتحادية بصفتها التمييزية الصادر عام (٢٠١٥) إذ جاء فيه (... أن الشروط التي نصت عليها المادة (١/٤٤) من قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة (١٩٧١) المعدل غير متوفرة في طالب التسجيل، ومنها الحيازة بحسن نية وبصفة المالك لمدة خمس عشرة سنة، حيث أن ما ورد بأقوال والدته طالب التسجيل المجدد في المحضر المؤرخ في (٢٠١٥/٣/٥) بأنها أباحت لطالب التسجيل فقط بناء محل في القطعة دون بقية المساحة... وبما أن الحيازة لا تقوم على عمل يأتيه الشخص لمجرد الإباحة أو على عمل ويتحملة الغير على سبيل التسامح منه، أستاذات لنص المادة (٢/١١٤٥) من القانون المدني رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١) المعدل، وبذلك تكون حيازة طالب التسجيل المجدد / المميز لم تكن مقترنة بحسن نية ولم تستند لسبب صحيح...^(٢).

أما العنصر المعنوي في الحيازة فهو يقوم على نية أستعمال حق من الحقوق بمعنى أن يكون الحائز واضعاً اليد على الشيء المحوز بقصد تملكه أو بقصد ادعاء أي حق من الحقوق العينية المتفرعة عن الملكية كحق الانتفاع و الارتفاق وغيرها^(٣). ويشترط لتوافر العنصر المعنوي أن يكون الحائز متمتعاً بالأهلية القانونية لأن النية التي قوامها قصد التملك أن تكون الإرادة صحيحة، وهذه الإرادة لا تتوفر لدى ناقصي أو عديمي الأهلية كالصبي غير المميز والمجنون^(٤). وقد ذكر المشرع المصري في المادة (٩٥٠) من القانون المدني التي تنص على أنه (ويجوز لغير المميز أن يكسب الحيازة عن طريق من

^(١) وتقابها المادة (١/٩٤٩) من القانون المدني المصري التي تنص على أنه (١- لا تقوم الحيازة على عمل يأتيه شخص على أنه مجرد رخصة من المباحات أو عمل يتحملة الغير على سبيل التسامح).
- والمادة (٢٢٦٢) من القانون المدني الفرنسي بعد تعديله بقانون (٥٦١) لسنة (٢٠٠٨) التي تنص على أنه (لا يمكن أن تُسند إلى أعمال الخيار وأعمال التسامح لا الحيازة ولا التقادم).

(2262)LOI n°2008-561 du 17 juin 2008 - art. 2

Les actes de pure faculté et ceux de simple tolérance ne peuvent fonder ni possession ni prescription.

^(٢) قرار محكمة أستاذات المثلث الاتحادية / بصفتها التمييزية، بالعدد (٢٥/ متفرقة / ٢٠١٥) في (٢٠١٥/٨/٣٠)

^(٣) ينظر بشأن العنصر المعنوي في النظريتين الشخصية والموضوعية، د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج ٩، مصدر سابق، ص ٨٠٣ وما بعدها.

^(٤) القاضي حيدر مهدي صبر، الحيازة والدعاوى المتعلقة بها، بحث مقدم إلى المعهد القضائي لنيل درجة الدبلوم العالي في العلوم القضائية، ٢٠١٤، ص ١٥.

الفصل الأول / دور وضع اليد في تملك العقار

ينوب عنه نيابة قانونية). ولا مقابل لهذا النص في القانون المدني العراقي، فهو أكتفى بما ورد في المادة (١/١٤٥) بأن الحيازة أما مباشرة عن طريق الحائز بنفسه أو بالواسطة، التي يفهم منها الحيازة نيابة عن الصغير أو من في حكمه.

والعنصر المعنوي هو الذي يميز الحيازة القانونية - الحقيقية - عن الحيازة العرضية، لأن نية الحائز الحقيقي هي تملك الشيء أو كسب حق عيني آخر عليه^(١)، والحيازة القانونية هي التي يتوفر لها عناصرها - ركناتها - المادي والمعنوي، أما الحيازة العرضية فهي حيازة الشيء لحساب الغير أي ينقصها العنصر المعنوي، لهذا فهي لا تُعدّ حيازة حقيقية، حيث يتوافر فيها العنصر المادي دون المعنوي، ومن أجل ذلك فهي لا تؤدي إلى كسب الحق بالتقادم مهما طال مدتها^(٢).

ومن التطبيقات القضائية الحديثة التي تؤثر بان وضع اليد لا يصلح أساساً للتقادم ما لم يقترن بنية التملك، ومن ثم ضرورة توافر الحيازة بعنصريها المادي والمعنوي، قرار محكمة النقض المصرية الصادر عام (٢٠٢٠) الذي جاء فيه : (المقرر في قضاء محكمة النقض أنه يشترط في التقادم المكسب وفقاً لما تقضي به المادتين (٩٦٨ - ٩٦٩) من القانون المدني، أن تتوافر لدى الحائز الحيازة بعنصريها المادي والمعنوي حتى تكون قانونية صحيحة، ومن ثم فإن وضع اليد لا ينهض بمجرده سبباً للتملك ولا يصلح أساساً للتقادم إلا إذا كان مقروناً بنية التملك)^(٣).

كما قضت المحكمة في قرار حديث صدر عنها عام (٢٠٢١) على (أنه يشترط في التقادم المكسب للملكية وفقاً لما تقضي به المادتان (٩٦٨ - ٩٦٩) من التقنين المدني، أن تتوافر للحائز الحيازة بعنصريها - المادي والمعنوي - حتى تكون حيازة قانونية صحيحة)^(٤).

(١) القاضي حيدر مهدي صبر، المصدر السابق، ص ١٥.

(٢) د. محمد طه البشير و د. غني حسون طه، مصدر سابق، ص ٢٠٦.

(٣) قرار محكمة النقض المصرية، بالعدد (٤٩٠٢ / ٨٤ / قضائية) في (٢٠٢٠/٩/٢٦). منشور على موقع محكمة النقض:

WWW.CC.gov.eg.

تاريخ الزيارة (٢٠٢١/١١/٣)

(٤) قرار محكمة النقض المصرية، بالعدد (١٤٠٨٣ / ٧٦ / قضائية) في (٢٠٢١/٦/٢٨). منشور على موقع محكمة النقض:

WWW.CC.gov.eg.

تاريخ الزيارة (٢٠٢١/١١/٣)

الفصل الأول / دور وضع اليد في تملك العقار

٣- شروط الحيابة

نظراً للآثار الخطيرة التي يترتبها القانون على الحيابة، بوصفها تمثل مظهر الحق والوسيلة الفعالة لممارسته، فمن الواجب أن تكون هذه الحيابة قائمة على نحو يتفق مع هذا المظهر، وإلا كانت الحيابة معيبة غير جديرة بحماية القانون لها، ومن ثم لا يترتب عليها أي أثر. ويشترط في الحيابة لكي تكون سبباً في طلب تثبيت الملكية أو تسجيل العقار محل الحيابة تسجيلاً مجدداً ما يأتي^(١) :-

أ- أن تكون الحيابة مستمرة بدون انقطاع

ب- أن تكون الحيابة هادئة

ج- أن تكون الحيابة ظاهرة غير خفية

د- أن لا تكون الحيابة غامضة

وقد نصت المادة (١١٤٦) من القانون المدني على أنه (إذا اقترنت الحيابة بإكراه أو حصلت خفية أو كان فيها لبس، فلا يكون لها أثر تجاه من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحيابة أو ألتبس عليه أمرها، إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب)^(٢).

ويراد بالحيابة الهادئة، هو أن يتمكن الحائز من الانتفاع بالشيء المحوز أنتفاعاً في غير عنف أو قوة، أما من يسعى إلى كسب الحيابة أو توطيدها بطريق الغصب أو الإكراه، فأن حيازته معيبة. وتُعد الحيابة

(١) القاضي حيدر عودة كاظم، مدد التقادم والسقوط في القوانين النافذة، مكتبة القانون المقارن، بغداد، ٢٠٢٠، ص ٤٣٢.

(٢) وتقابلها المادة (٢/٩٤٩) من القانون المدني المصري التي تنص على أنه (وإذا اقترنت بإكراه أو حصلت خفية أو كان فيها لبس لا يكون لها أثر قبل من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحيابة أو ألتبس عليه أمرها، إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب).

- والمادة (٢٢٦١) من القانون المدني الفرنسي المعدلة بقانون (٥٦١) لسنة (٢٠٠٨) التي تنص على أنه (لكي تكسب الحيابة الملكية، يجب أن تكون الحيابة مستمرة، غير منقطعة، هادئة، علنية، خالية من الالتباس وعلى سبيل الملكية).

(2261) LOI n°2008-561 du 17 juin 2008 - art. 2

Pour pouvoir prescrire, il faut une possession continue et non interrompue, paisible publique, non équivoque, et à titre de propriétaire.

- ويتضح من خلال النص الفرنسي أنه قد أضاف شرطاً رابعاً للحيابة إضافة إلى الشروط الثلاث التي أوردها المشرع العراقي والمصري (عدم الإكراه، والخفاء واللبس أو الغموض)، ألا وهو شرط الاستمرار أي أن تكون الحيابة مستمرة غير منقطعة، ويبدو أن المشرع العراقي قد عالج هذا الشرط ضمن المادة (٢/١١٤٥) من القانون المدني، عندما أورد عبارة (ولا تقوم الحيابة على عمل يأتيه الشخص أنه مجرد إباحة... وكذلك لا تقوم على أعمال منقطعة). ويتضح من عبارة لا تقوم على أعمال منقطعة، أنها تقابل العبارة الفرنسية "مستمرة غير منقطعة".

الفصل الأول / دور وضع اليد في تملك العقار

معيبة غير هادئة إذا بدأت بالإكراه، وتبقى كذلك إذا بقي الإكراه موجوداً، كما لو أغتصب شخص أرضاً من آخر بالقوة، وكلما حاول استردادها أستعمل القوة ضده^(١).

ويستطيع حائز العقار إذا أنتزعت منه الحيازة أن يطلب من المحكمة المختصة خلال سنة من تاريخ الأنتراع ردها إليه، فإذا كان أنتزاع الحيازة خفية بدأ سريان المدة من وقت أن ينكشف ذلك، ويجوز أيضاً أن يسترد الحيازة من كان حائزاً بالنيابة عن غيره^(٢).

ومن التطبيقات القضائية التي عدّت الحيازة الهادئة شرطاً لكسب الحائز ملكية العقار، قرار محكمة أستئناف ديالى الاتحادية بصفتها التمييزية الصادر عام (٢٠١٧) حيث جاء فيه (...ولدى عطف النظر على القرار المميز وجد أنه غير صحيح ومخالف للقانون، إذ أن اللجنة - لجنة تثبيت الملكية - ورغم التحقيقات التي أجرتها إلا أنها توصلت إلى نتيجة غير صحيحة، إذ أن طالب التسجيل المجدد لم تتوافر فيه الحيازة الهادئة وشروطها وفق ما تتطلبه المادة (١/٤٤) من قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة (١٩٧١) المعدل، عليه قرر نقض القرار المميز...)^(٣).

وفي قرار آخر، رفضت لجنة تثبيت الملكية طلب التسجيل المجدد المقدم إليها بحجة أن حيازة طالب التسجيل غير مستقرة وغير هادئة، وقد صدقت محكمة أستئناف القادسية بصفتها التمييزية ذلك في قرارها الصادر عام (٢٠٢١)، حيث جاء فيه (لدى التدقيق والمداولة... فقد لوحظ أن القرار المميز صحيح وموافق للقانون، ذلك أن حيازة طالب التسجيل مجدداً حيازة غير مستقرة وغير هادئة بل أنه غير حائز أصلاً حالياً للعقار المطلوب تسجيله مجدداً...)^(٤).

أما عن معنى الحيازة الظاهرة، فهو أن يباشرها واضع اليد على مشهد ومرأى من الناس أو على الأقل على مشهد ومرأى من المالك أو صاحب الحق الذي يستعمله، فلا تقوم الحيازة على أعمال تكون مشوبة بعيب الخفاء أو عدم العلانية، فهذا العيب ينصب على العنصر المادي للحيازة، لأن من يحوز حقاً يجب أن يستعمله كما لو كان هو صاحب هذا الحق، فصاحب الحق لا يستعمله خفية بل يستعمله علناً، ومن ثم كانت الحيازة مشوبة بعيب الخفاء أو عدم العلانية غير صالحة لترتيب أثراً قانونياً^(٥).

(١) القاضي سعد سامي جمعة العبيدي، الحماية القانونية للحيازة، بحث مقدم إلى المعهد القضائي، ٢٠١٤، ص ٣٤.

(٢) المادة (١١٥٠) من القانون المدني العراقي.

(٣) قرار محكمة أستئناف ديالى الاتحادية / بصفتها التمييزية، بالعدد (٦٩ / هـ / حقوقية / ٢٠١٧) في (٢٠١٧/٤/١٨).

(٤) قرار محكمة أستئناف القادسية / بصفتها التمييزية، بالعدد (٤٥ / ت / ح / مجدد / ٢٠٢١)، في (٢٠٢١/٣/٧).

(٥) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج ٩، مصدر سابق، ص ٨٤٨.

الفصل الأول / دور وضع اليد في تملك العقار

وعيب الخفاء يتحقق عادة في المنقولات لسهولة إخفائها، بخلاف الحال في العقارات، ولكن مع هذا بالإمكان تصور إخفاء حيازة العقار، كما لو تعدد الجار المرور في الأرض المجاورة في أوقات لا يراه فيها مالكيها، أو أستحوذ الجار أثناء حرثه لأرضه على جزء من أرض جاره بطريقة تدريجية غير محسوسة، فتكون الحيازة في الحالتين خفية لا تصلح أن يحتج بها على الجار عن طريق الاحتماء بدعاوى الحيازة ولا عن طريق تملكها بالتقادم^(١).

وشرط عدم الخفاء مرتبط ارتباطاً وثيقاً بشرط الهدوء، فلا تُعد الحيازة هادئة إذا كانت خفية، لأنها لو كانت ظاهرة يمكن أن تكون قد حصلت بالعنف أو شابها عيب الإكراه، فالحيازة الظاهرة هي وحدها التي تكفل القانون بحمايتها، ومن ثم قبول ترتيب الآثار القانونية عليها^(٢).

وتعقيباً على الارتباط الوثيق بين شرطي الهدوء وعدم الخفاء، نجد أن القرارات القضائية الصادرة بهذا الشأن غالباً ما تُقرن الحيازة الهادئة بالظاهرة المستمرة، ونذكر من ذلك قرار محكمة النقض المصرية الصادر عام (٢٠٢١) والذي جاء فيه (... ويتعين على المحكمة عند بحث النزاع القائم حول التملك بوضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية، أن تتحرى توافر الشروط اللازمة لكسب الملكية بهذا الطريق، وهي أن يكون وضع اليد مقترناً بنية التملك، ومستمراً وهادئاً وظاهراً، وتتبين بما فيه الكفاية الوقائع التي تؤدي إلى توافرها...)^(٣).

وبقي لدينا شرط الوضوح في الحيازة، إذ لا خلاف في الفقه في أن اللبس أو الغموض عيب معروف يشوب العنصر المعنوي للحيازة على خلاف العييين السابقين - الإكراه، والخفاء - اللذين يشوبان العنصر المادي لها، والغموض في العنصر المعنوي يجعل منه ذا معنيين، معنى أن الحائز يحوز لحساب نفسه، ومعنى أن يحوز لحساب غيره أو لحساب نفسه ولحساب غيره معاً، ومن الأمثلة الشائعة على عيب الغموض في العنصر المعنوي - القصد - حالة الشركاء في الشيوخ، فهذه الحالة تجعل من الممكن أن يقوم أحد الشركاء بالأعمال المادية المكونة للعنصر المادي للحيازة الخاصة به هو، ولكنها يمكن أن

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص ٨٤٩.

(٢) القاضي سعد سامي جمعة العبيدي، مصدر سابق، ص ٣٧.

(٣) قرار محكمة النقض المصرية، بالعدد (١٧٩٣ / ٨٥ / قضائية) في (٢٠٢١/٣/١٥) منشور على موقع محكمة النقض.

WWW.CC.gov.eg .

تاريخ الزيارة (٢٠٢١/١١/٦).

الفصل الأول / دور وضع اليد في تملك العقار

تلتبس بحصة بقية الشركاء، ولا يكون من السهل تمييزها إذا كانت حيازة خاصة بحصته هو، أم بحصته وحصص بقية الشركاء، ومن ثم يكون العنصر المعنوي هنا معيياً باللبس أو الغموض^(١).

وقد تطرقت محكمة النقض المصرية إلى هذا المثال، إذ عدت حيازة الشريك لحصة شركائه الآخرين في العقار الشائع على سبيل التملك ليس عيباً في ذاته بل فيما قد ينشأ عن ذلك من لبس أو غموض، فإذا أستطاع الشريك أن يحوز بشكل لا يترك مجالاً لشبهة اللبس أو الغموض، فإنه يكسب الملكية بالتقادم. حيث جاء في قرار صادر عنها عام (٢٠١٢) بأنه (المقرر في قضاء محكمة النقض أن الحصة الشائعة يصح أن تكون محلاً لأن يحوزها حائز على وجه التخصيص و الانفراد بنية تملكها، ولا يحول دون ذلك أن تجتمع يد الحائز مع يد مالك العقار بما يؤدي إلى المخالطة بينهما، إذ أن هذه المخالطة ليست عيباً في ذاتها بل فيما قد ينشأ عنها من غموض وإيهام، فإذا أستطاع الشريك في العقار الشائع أن يحوز حصة باقي شركائه المشتاعين حيازة تقوم على معارضة حق الملاك لها على نحو لا يترك محلاً لشبهة الغموض والخفاء أو مظنة التسامح، و أستمرت هذه الحيازة دون أنقطاع خمس عشرة سنة، فإنه يكتسب ملكيتها بالتقادم)^(٢).

كما قضت في قرار آخر صادر عام (٢٠١٨) جاء فيه (مفاد النص في الفقرة الثانية من المادة (٩٤٩) من التقنين المدني يدل على أن الحيازة يشوبها الغموض أو اللبس هي الحيازة التي لا تكشف بوضوح وجلاء عما إذا كان الحائز يحوز لحساب نفسه أو لحساب غيره، والغموض أو اللبس وفقاً لصريح نص الفقرة الثانية من المادة (٩٤٩) سالفة البيان، هو عيب نسبي ليس له أثر إلا قبل من ألتبس عليه أمر الحيازة من حيث القصد، فهو وحده الذي يجوز له أن يحتج بهذا العيب، ولا يترتب على الحيازة المعيبة أي بالنسبة إليه، في حين أنها تكون منتجة بالنسبة إلى غيره...)^(٣).

(١) د. عبد الأمير جفات كروان، القصد في الحيازة، بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد ٢٥، العدد ٦، ٢٠١٧، ص ٣١٨٠.

(٢) قرار محكمة النقض المصرية، بالعدد (٢٣٠٠ / ٧١ / قضائية) في (٢٠١٢/٢/١٥) منشور على موقع محكمة النقض. تاريخ الزيارة (٢٠٢١/١١/٧).

(٣) قرار محكمة النقض المصرية، بالعدد (١٦٣٦٠ / ٧٩ / قضائية) في (٢٠١٨/٢/٥) منشور على موقع محكمة النقض. تاريخ الزيارة (٢٠٢١/١١/٨).

الفصل الأول / دور وضع اليد في تملك العقار

ثانياً / حسن النية

لا يكفي لتسجيل العقار غير المسجل بأسم طالب التسجيل المجدد توافر الحيابة القانونية بعنصريها المادي والمعنوي، كما لا يكفي أن تكون تلك الحيابة صحيحة هادئة ظاهرة خالية من اللبس والغموض، بل أشرت قانون التسجيل العقاري بالإضافة إلى ذلك، أن يكون واضع اليد حسن النية، حيث نصت المادة (١/٤٤) من قانون التسجيل العقاري على أنه (يشترط في طالب تسجيل حق الملكية مجدداً، أن يكون حائزاً له بحسن نية...).

وفي ظل عدم بيان قانون التسجيل العقاري لأحكام حسن النية، لا بد من الرجوع إلى القانون المدني لمعرفتها، حيث نصت المادة (١١٤٨) من القانون المدني العراقي على أنه (١- يُعد حسن النية من يحوز الشيء وهو يجهل أنه يتعدى على حق الغير، وحسن النية يفترض دائماً، ما لم يقدّم الدليل على خلاف ذلك)^(١). ولا تزال صفة حسن النية لدى الحائز، إلا من الوقت الذي يصبح فيه عالماً أن حيازته اعتداء على الغير، ويُعد كذلك ساء النية من أعتصب الحيابة من غيره بالإكراه، ولو أعتد أن له حقاً في الحيابة^(٢). وتبقى الحيابة محتفظة بالصفة التي بدأت وقت كسبها، ما لم يقدّم الدليل على خلاف ذلك)^(٣).

ويتضح مما تقدم أن الحائز حسن النية هو من يحوز العقار أو الحق العيني العقاري وهو يجهل أنه يتعدى على حق الغير، ويصبح ساء النية من الوقت الذي يعلم فيه أن حيازته تشكل اعتداءً على حق الغير، كما يُعد ساء النية من أعتصب الحيابة ابتداءً من غيره بالإكراه، ولو كان يعتقد أن له حقاً فيها، إذ كان عليه أن يسلك الطرق التي حددها القانون لأستعادة حقه أن وجد، وكون الحائز حسن أو ساء النية مسألة واقعية دقيقة تخضع لتقدير قاضي الموضوع، يستخلصها من كل حالة على انفراد.

(١) تقابها المادة (١/٩٦٥) من القانون المدني المصري التي تنص على أنه (١- يعد حسن النية من يحوز الحق وهو يجهل أنه يعتدي على حق الغير، إلا إذا كان هذا الحق ناشئاً عن خطأ جسيم).
- وكذلك المادة (٣/٩٦٥) من القانون المدني المصري التي تنص على أنه (وحسن النية يفترض دائماً ما لم يقدّم الدليل على العكس).

(٢) تقابلها المادة (٩٦٦) من القانون المدني المصري التي تنص على أنه (١- لا تزال صفة حسن النية لدى الحائز إلا من الوقت الذي يصبح فيه عالماً أن حيازته اعتداءً على حق الغير. ٢- ويزول حسن النية من وقت إعلان الحائز بعيوب حيازته في صحيفة الدعوى، ويعد ساء النية من أعتصب بالإكراه الحيابة من غيره).

(٣) وتقابلها المادة (٩٦٧) من القانون المدني المصري التي تنص على أنه (تبقى الحيابة محتفظة بالصفة التي بدأت بها وقت كسبها، ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك).

الفصل الأول / دور وضع اليد في تملك العقار

ومن التطبيقات القضائية التي تركز مفهوم حسن النية هذا، ودوره في كسب الحقوق العينية عن طريق التسجيل المجدد، قرار محكمة أستئناف البصرة الاتحادية بصفتها التمييزية، الذي جاء فيه (...ولدى عطف النظر على القرار المميز وجد أنه غير صحيح ومخالف للقانون... ذلك أن المادة (١/٤٤) من قانون التسجيل العقاري اشترطت في طالب تسجيل حق الملكية مجدداً أن يكون حائزاً له بحسن نية وبصفة المالك لمدة خمس عشرة سنة بدون انقطاع، وأن حسن النية يعني اعتقاد الحائز أن حيازته للحق المطلوب تسجيله مجدداً لا تتطوي على اعتداء على حق الغير، وأنه يعتبر نفسه أنه المالك، وعلى هذا الأساس يعتبر واضع اليد سيء النية إذا كان يعلم أن شخصاً آخر هو المالك الحقيقي...)^(١).

كما تطرقت محكمة النقض المصرية إلى مفهوم حسن النية و دوره في تملك العقار بوضع اليد عليه طيلة المدة التي حددها القانون، وذلك في العديد من قراراتها ومنها القرار الصادر عام (٢٠١٢) الذي جاء فيه : (المقرر في قضاء محكمة النقض أن شرط تملك العقار بالتقادم الخمسي المنصوص عليه بالمادة (٩٦٩) من القانون المدني هو وضع اليد عليه مدة خمس سنوات متتالية متى كانت الحيازة مقترنة بحسن نية ومستندة في ذات الوقت إلى سبب صحيح، وهو العقد الصادر من غير مالك بشرط أن يكون مسجلاً، وحسن النية الذي يقتضيه التملك الخمسي، هو اعتقاد المتصرف إليه اعتقاداً سليماً تاماً حين التصرف أن المتصرف مالك لما يتصرف فيه، بحيث إذا شاب الاعتقاد ثمة شك أنتفى حسن النية)^(٢).

وحسن النية مفترض دائماً وفقاً لنصوص القانون المدني العراقي والمصري^(٣) مالم يقدّم الدليل على خلاف ذلك، بينما نصت المادة (٢٢٧٤)^(٤) من القانون المدني الفرنسي بعد تعديله بقانون (٥٦١) لسنة

(١) ثم أستطرد القرار، وحيث أن العقار مسجل في سجل الأساس لمحلة الرشيديّة بأسم ورثة (ع) وذكرت طالبة التسجيل المجدد في أقوالها المدونة بتاريخ ٢٠١٣/١٢/١٠ أن أقاربها المدعو (ج ، ع ، ع) المتوفى حالياً هو الذي أباح لها سكن العقار منذ عام ١٩٨٦ وأن الأباحة على فرض حصولها لا تبيح لها الحق في طلب العقار مجدداً باسمها كما وأن أجور الماء والكهرباء بأسم (ع ، خ) وأن المعارض دفع بأنه كان يستلم أجرة العقار من زوج طالبة التسجيل المجدد (ط ، م ، ي) لغاية عام ١٩٩٩ وأن مختار المحلة ذكر أن العقار يعود إلى (أ ، ع ، د) وحسب سجل جرد العقار في المنطقة يشير إلى أن العقار مستأجر لذا ولعدم تحقق الشروط الواجب توافرها في طالبة تسجيل الملكية المجدد كان على اللجنة رفض طلب التسجيل، عليه قرر نقضه وإعادة الإضبارة إلى مرجعها لأتباع ما تقدم على أن يبقى... قرار محكمة أستئناف البصرة الاتحادية / بصفتها التمييزية، بالعدد (٧٢ / ت/ب/ ٢٠١٤) في (٢٠١٤/٢/٢٣).

(٢) قرار محكمة النقض المصرية، بالعدد (١٣٠٧ / ٧٢ / قضائية) في (٢٠١٢ / ١١ / ٢١) منشور على موقع محكمة النقض. تاريخ الزيارة (٢٠٢١/١١/٨) WWW.CC.gov.eg

(٣) المادة (١/١١٤٨) من القانون المدني العراقي، والمادة (٣/٩٦٥) من القانون المدني المصري، سابق الإشارة إليهما.
(٤) 2274- La bonne foi est toujours présumée, et c'est à celui qui allègue la mauvaise foi à la prouver.

الفصل الأول / دور وضع اليد في تملك العقار

(٢٠٠٨) الرامي إلى إصلاح نظام التقادم إلى أنه (لا يُفترض دائماً حسن النية، ويقع على عاتق من يدعي سوء النية أن يثبت ذلك).

وشرط حسن النية لا يقتصر على الشخص الطبيعي، بل يتعداه إلى الشخص المعنوي، والعبرة بنية من يمثله قانوناً، وهذا ما أشار إليه القانون المدني المصري في معرض تنظيمه لأحكام حسن النية، حيث نصت المادة (٢/٩٦٥) منه على أنه (إذا كان الحائز شخصاً معنوياً فالعبرة بنية من يمثله). ولم نجد مقابل لهذا النص في القانون المدني العراقي، إلا أن القضاء العراقي يطبقه ضمناً، حيث يشترط توافر حسن النية حتى إذا كان طالب التسجيل المجدد شخصاً معنوياً.

ومن التطبيقات القضائية على ضرورة توافر شرط حسن النية في الأشخاص المعنوية، قرار محكمة أستئناف البصرة الاتحادية بصفتها التمييزية الصادر عام (٢٠١٨) حيث جاء فيه (...ولدى عطف النظر على القرار المميز وجد أنه صحيح وموافق للقانون، ذلك لأن العقار تسلسل (٦٨٣/ الشمال) غير مسجل سابقاً في سجلات التسجيل العقاري، و تأييد أن طالب التسجيل - شركة توزيع المنتجات النفطية - حائز له بحسن نية وبصفة مالك مدة تزيد على خمس عشرة سنة بدون أنقطاع، مشيداً عليه محطة تعبئة وقود المربد، مما يقضي تسجيله مجدداً بأسمه...)(^١).

ثالثاً / مضي المدة

ينبغي إلى جانب حسن نية الحائز، وحيازته الصحيحة، أن تستمر هذه الحيازة طيلة المدة التي حددها القانون، وتختلف هذه المدة في القانون العراقي بين قانون التسجيل العقاري من جهة، والقانون المدني من جهة أخرى، إذ حددتها المادة (١/٤٤) من قانون التسجيل العقاري بـ (١٥) خمس عشرة سنة، عندما نصت على أنه (يشترط في طالب تسجيل حق الملكية مجدداً أن يكون حائزاً له بحسن نية، وبصفة مالك لمدة لا تقل عن خمس عشرة سنة بدون أنقطاع).

أما القانون المدني العراقي فقد تضمن مدتين للتقادم المكسب - المانع من سماع الدعوى - في نطاق الحقوق العينية، أولهما التقادم الطويل ومدته (١٥) خمس عشرة سنة ولا يشترط فيه توفر حسن النية لدى الحائز ولا أستناده إلى سبب صحيح، وثانيهما التقادم القصير ومدته (٥) خمس سنوات بشرط أن يكون الحائز حسن النية ومستنداً في حيازته إلى سبب صحيح. وهذا ما أشارت إليه المادة (١١٥٨)

(^١) قرار محكمة أستئناف البصرة الاتحادية / بصفتها التمييزية، بالعدد (٦٨/ ت/ ب/ ٢٠١٨) في ٢٠١٨/٣/٦. منشور في مجلة حمورابي، العدد الثاني، ٢٠١٩، ص ٢٥٩-٢٦٠.

الفصل الأول / دور وضع اليد في تملك العقار

من القانون المدني العراقي التي تنص على أنه :- (١) - من حاز منقولاً أو عقاراً غير مسجل في دائرة التسجيل العقاري بإعتباره مالكاً أو حاز حقاً عينياً على منقول أو حقاً عينياً غير مسجل على عقار و أستمريت حيازته دون أنقطاع خمس عشرة سنة، فلا تسمع عليه عند الإنكار دعوى الملك أو دعوى الحق العيني من أحد ليس بذى عذر شرعي. ٢- وإذا وقعت الحيازة على عقار أو حق عيني عقاري، وكان غير مسجل في دائرة التسجيل العقاري، و اقترنت الحيازة بحسن النية و استتدت في الوقت ذاته إلى سبب صحيح، فإن المدة تمنع من سماع الدعوى تكون خمس سنوات، ولا يشترط توافر حسن النية، إلا وقت تلقي الحق).

والسؤال هنا، هل نأخذ بالمدد المنصوص عليها في القانون المدني، أم تلك التي أوردها قانون التسجيل العقاري ؟ للأجابة عن ذلك نقول أن المدة واجبة التطبيق هي تلك التي أوردها قانون التسجيل العقاري وحددها ب (١٥) خمس عشرة سنة، كونها وردت ضمن قانون خاص، والخاص يقيد العام، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن قانون التسجيل العقاري لاحق في صدوره على تاريخ صدور القانون المدني، واللاحق ينسخ السابق، بقدر تعلق الأمر بالموضوعات التي نظمها القانون اللاحق.

وقد طبق القضاء العراقي ذلك في قراراته - سبق الإشارة إلى بعض منها - إذ أشتراط لكسب الملكية أو الحقوق العينية الأصلية الأخرى، أن تمضي على وضع اليد مدة (١٥) خمس عشرة سنة المنصوص عليها في المادة (١/٤٤) من قانون التسجيل العقاري، ومن التطبيقات الحديثة بهذا الخصوص، قرار محكمة أستئناف القادسية الاتحادية بصفتها التمييزية الصادر عام (٢٠٢٠) الذي جاء فيه: (... ولدى تدقيق الإضبارة فقد لوحظ أن القرار المميز صحيح وموافق للقانون... حيث أن اللجنة أجرت الكشف على العقار وتم تنظيم محضر ثبت فيه نتيجة التحقيق في الملكية، وكذلك أوصاف العقار ومشيدياته ودرجة عمرانه، وأن البيئة الشخصية المستمع إليها قد أثبتت حيازة العقار لمدة تزيد على خمس عشرة سنة حيازة هادئة ولم يثبت وجود أي معارضة له في حيازة العقار خلال تلك الفترة، وبالتالي تكون الشروط الواجب توفرها في المواد (٤٣/ مكرر ١/ و ٤٤ و ٤٥ و ٤٦ و ٤٧ و ٤٨ و ٤٩) من قانون التسجيل العقاري متحققة في الطلب، عليه قرر تصديق القرار المميز مع رد الطعن التمييزي الصادر...)^(١).

(١) قرار محكمة أستئناف القادسية / بصفتها التمييزية، بالعدد (٧١/ ت / ح/ مجدد /٢٠٢٠) في (١١/١/٢٠٢٠).

الفصل الأول / دور وضع اليد في تملك العقار

ولا يختلف القانون المدني المصري عن القانون المدني العراقي، فقد تضمن مدتين للتقادم المكسب أيضاً، أولهما التقادم الطويل، نظمتها المادة (٩٦٨)^(١) ومدته (١٥) خمس عشرة سنة، ولا يشترط فيه توفر حسن النية لدى الحائز ولا أستناده إلى سبب صحيح، وثانيهما التقادم القصير، نظمتها المادة (٩٦٩/١)^(٢) ومدته (٥) خمس سنوات، بشرط أن يكون الحائز حسن النية ومستنداً إلى سبب صحيح^(٣).

ومن التطبيقات القضائية لمحكمة النقض المصرية في هذا الشأن، قرارها الصادر عام (٢٠١٢) إذ جاء فيه (المقرر في قضاء محكمة النقض أن شرط تملك العقار بالتقادم الخمسي المنصوص عليه في المادة (٩٦٩) من القانون المدني وهو وضع اليد مدة خمس سنوات متتالية متى كانت الحيازة مقترنة بحسن نية ومستندة في ذات الوقت إلى سبب صحيح وهو العقد الصادر من غير مالك بشرط أن يكون مسجلاً)^(٤).

كما قضت المحكمة نفسها بشأن التقادم الطويل، وذلك في قرارها الصادر عام (٢٠٢٠) الذي جاء فيه (المقرر في قضاء محكمة النقض، - طبقاً لنص المادة (٩٦٨) من القانون المدني- أن وضع اليد المدة الطويلة (خمس عشرة سنة) إذا توافرت فيه الشروط القانونية، يعد بذاته سبباً لكسب الملكية مستقلاً عن غيره من أسباب اكتسابها، ويعفى واضع اليد الذي يتمسك به من تقديم الدليل على مصدر ملكيته وصحة سندها)^(٥).

مع ملاحظة أن المشرع المصري قد ادخل تعديلاً على قانون الشهر العقاري (١٠٤) لسنة (١٩٤٦)، وذلك من خلال القانون رقم (٩) لسنة (٢٠٢٢) الذي قدم العديد من التسهيلات، أبرزها توسيع دائرة

(١) المادة (٩٦٨) مدني مصري، تقابل المادة (١/١١٥٨) مدني عراقي، وتتص على أنه (من حاز منقولاً أو عقاراً دون أن يكون مالكا له، أو حاز حقاً عينياً على منقول أو عقار دون أن يكون هذا الحق خاصاً به، كان له أن يكسب الشيء أو الحق العيني إذا أستمرت حيازته دون أنقطاع خمس عشرة سنة).

(٢) المادة (٩٦٩/١) مدني مصري، تقابل المادة (٢/١١٥٨) مدني عراقي، و تتص على أنه (١- إذا وقعت الحيازة على عقار أو حق عيني عقاري وكانت مقترنة بحسن النية ومستندة في الوقت ذاته إلى سبب صحيح، فإن مدة التقادم المكسب تكون خمس سنوات).

(٣) وجاءت المادة (١/٩٧٠) مدني مصري بمدة ثلاثة لا مقابل لها في القانون المدني العراقي، حيث نصت على أنه (١- في جميع الأحوال لا تكسب حقوق الأثر بالتقادم إلا إذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة).

(٤) قرار محكمة النقض المصرية، بالعدد (٣٨٦ / ٧١ / قضائية) في (٢٠١٢/٦/٦) منشور على موقع محكمة النقض.

WWW.CC.gov.eg.

تاريخ الزيارة (٢٠٢١/١١/٣).

(٥) قرار محكمة النقض المصرية، بالعدد (٤٥٣٠ / ٨٤ / قضائية) في (٢٠٢٠ / ١١/٢٨) منشور على موقع محكمة النقض. تاريخ الزيارة (٢٠٢١/١١ / ٢٠).

الفصل الأول / دور وضع اليد في تملك العقار

تسجيل واقعة التقادم القصير، وفتح باب التسجيل لأصحاب العقود العرفية المقترنة بمدة حيازة لا تقل عن خمس سنوات، بذلك فإن التقادم الطويل سيكون باباً مطروحاً من قبل الحائزين سبباً النية الذين لا يستندون في حيازتهم إلى أي سند قانوني، إما التقادم الذي استحدثه القانون رقم (٩) لسنة (٢٠٢٢) الذي يمكن أن يطلق عليه مصطلح (التقادم الخمسي الميسر) فإنه يستخدم من جانب اصحاب العقود العرفية كوسيلة للتغلب على العقبات التي كانت تعترض تسجيل عقودهم^(١).

مع الإشارة إلى أن القانون المدني الفرنسي وبعد تعديله بالقانون (٥٦١) لسنة (٢٠٠٨) قد جاء - من حيث المدة - بحكم مختلف عما هو عليه الحال في كل من القانون المدني العراقي والمصري، حيث جعل مدة التقادم الطويل (٣٠) ثلاثون سنة، بينما مدة التقادم القصير هي (١٠) سنوات بشرط توافر حسن النية والسند الصحيح، وهذا ما بينته المادة (٢٢٧٢)^(٢) مدني فرنسي التي تنص على (١- أن مهلة التقادم المطلوبة لاكتساب ملكية عقارية هي ثلاثون سنة. ٢- غير أنه، يمكن للذي يكتسب عقاراً عن حسن نية ولسند صحيح أن يملكه بالتقادم بمرور عشر سنوات).

بعد أن بيّنا الأحكام الخاصة بمدة وضع اليد و دورها في التملك، لا بد من الإشارة إلى مسألة غاية في الأهمية، إلا وهي ((ضم الحيازة)) والسؤال الذي يطرح هنا، هل بالإمكان ضم حيازة السلف إلى الخلف سواء كان الخلف خاصاً أم عاماً، وهل يختلف القانون المدني عن قانون التسجيل العقاري في هذا الشأن؟.

للإجابة عن ذلك، نقول إلى أن القانون المدني العراقي أجاز للخلف عاماً كان أو خاصاً أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه، وهذا ما أشارت إليه المادة (١١٤٩/١) التي تنص على أنه (ويجوز للخلف، عاماً كان أو خاصاً أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه في كل ما يرتبه القانون من أثر).

ويُعد هذا النص في حكم المعطل وذلك بموجب أحكام التسجيل المجدد، إذ أن قانون التسجيل العقاري يفرق بين حالتين بهذا الخصوص، ففي الحالة الأولى إذ كان طالب التسجيل المجدد يستند في طلبه إلى

^(١) ينظر/ حسام الدين كامل الإهواني، طارق جمعة السيد راشد، جابر محبوب علي، دور التسجيل في اكتساب الملكية العقارية عن طريق التقادم في القانون المصري (دراسة تحليلية بين القانونين رقم (١١٤) لسنة ١٩٤٦ و رقم (٩) لسنة (٢٠٢٢)، المجلة الدولية للعقد والقضاء والتشريع، المجلد (٣)، العدد (٣)، ٢٠٢٢، ص ٦٤٨.

^(٢) 2272-LOI n°2008-561 du 17 juin 2008 - art. 2

Le délai de prescription requis pour acquérir la propriété immobilière est de trente ans Toutefois, celui qui acquiert de bonne foi et par juste titre un immeuble en prescrit la propriété par dix ans.

الفصل الأول / دور وضع اليد في تملك العقار

الأرث أو الانتقال، فيجوز أن تُضاف مدة حيازة المورث إلى ورثته، وهذا ما بينته المادة (٥٢) من القانون المذكور^(١).

ومن التطبيقات القضائية على هذه الحالة، قرار محكمة أستاناف النجف الاتحادية بصفتها التمييزية الصادر عام (٢٠١٩) حيث جاء فيه (...وجد أنه صحيحاً وموافقاً للقانون ذلك لأن التحقيقات التي أجرتها لجنة تثبيت الملكية في النجف ثبت من خلالها حيازة طالب التسجيل للعقار... وأن مدة حيازته تزيد عن خمس عشرة سنة، وهي أمتداد لحيازة مورثه، وأن ورثة مورثه حضروا أمام اللجنة وأبدوا عدم ممانعتهم من تسجيل العقار بأسم طالب التسجيل المجدد...)^(٢).

أما الحالة الثانية، تتعلق بالخلف الخاص الذي يستند في انتقال حيازته إلى عقد ناقل للملكية، فيجب أن يكون عقده مصداقاً من جهة رسمية، وإلا فلا يُعْتَد به، وهذا ما بينته المادة (٥٣) من القانون المذكور^(٣)، والتي يُعد حكمها مقيداً لحكم المادة (١/١٤٩) من القانون المدني.

ومن التطبيقات القضائية على هذه الحالة، قرار محكمة أستاناف ديالى الاتحادية بصفتها التمييزية الصادر عام (٢٠٢٠) الذي جاء فيه (...ولدى عطف النظر على القرار المميز وجد أنه غير صحيح ومخالف للقانون... حيث أن المادة (١/٤٤) من قانون التسجيل العقاري اشترطت في طالب تسجيل العقار مجدداً أن يكون حائزاً له بحسن نية وبصفة مالك مدة لا تقل عن خمس عشرة سنة بدون انقطاع، وأنه طلب ضم مدة الحائز السابق إلى مدة حيازته الحالية، مستنداً إلى أحكام المادة (٢/١٤٩) من القانون المدني التي أجازت للخلف أن يضم حيازته إلى حيازة سلفه في كل ما يرتبه القانون من أثر، إلا أن المادة (٥٣) من قانون التسجيل العقاري اشترطت لضم حيازة الخلف الخاص إلى مدة حيازة من تلقى الحق منه إذا استند إلى عقد مصدق من جهة رسمية، وحيث أن المادة المذكورة -٥٣- تُقيد الأحكام الواردة في القانون المدني بإعتبارها واردة في قانون خاص ولاحق في صدورهما، والمقتضى تكليف طالب

^(١) حيث نصت المادة (٥٢) من قانون التسجيل العقاري على أنه (إذا كان طالب التسجيل المجدد يستند في طلبه إلى الأرث أو الانتقال فيجب أن يتم التسجيل بأسماء الورثة أو أصحاب حق الانتقال وتضاف مدة حيازة المورث إلى مدة حيازتهم ولا يجوز التسجيل بأسماء بعضهم مالم يقتزن ذلك بموافقة الآخرين أو أن تكون لدى طالب التسجيل مستندات أو وثائق تؤيد حقه في التسجيل على وجه الاستقلال).

^(٢) قرار محكمة أستاناف النجف الاتحادية / بصفتها التمييزية، بالعدد (١٣٠ / ١٣١ / ت / متفرقة / ٢٠١٩)، في (٢٠١٩/٥/٢٩).

^(٣) حيث نصت المادة (٥٣) من قانون التسجيل العقاري على أنه (إذا كان طالب التسجيل يستند إلى عقد مصدق من جهة رسمية فتضم مدة حيازة الخلف الخاص إلى مدة حيازة من تلقى الحق عنه).

الفصل الأول / دور وضع اليد في تملك العقار

التسجيل المجدد بإثبات انتقال حيازة سلفه إلى حيازته بمستند رسمي وفقاً لما نصت عليه المادة (٢١/أولاً) من قانون الأثبات رقم (١٠٧) لسنة (١٩٧٩)... عليه قرر نقض القرار المميز...^(١).

ويسمح كل من القانون المدني المصري في المادة (٩٥٥)^(٢) منه، والقانون المدني الفرنسي في المادة (٢٢٦٥)^(٣) منه، بضم الحيازة، بغض النظر عما إذا كان الخلف عاماً أو خاصاً. ومن تطبيقات محكمة النقض المصرية لنص المادة (٩٥٥)، قرارها الصادر عام (٢٠٢٠)، والذي جاء فيه (المقرر في قضاء محكمة النقض أن مؤدى نص الفقرة الثانية من المادة (٩٥٥) من القانون المدني، أنه يجوز للخلف الخاص وفي جميع الأحوال، بأعتبره خلفاً للبائع، ضم حيازة سلفه إلى مدة حيازته بحسب امتدادها ليكسب ملكية العقار بالتقادم)^(٤).

وقبل الانتهاء من دراسة هذا المطلب المتعلق بشروط التسجيل المجدد، لا بد من التساؤل عن ((السبب الصحيح)) ومدى دوره في كسب الحقوق العينية غير المسجلة أو في حكم غير المسجلة وفقاً لنظام التسجيل المجدد، في الحقيقة أن قانون التسجيل العقاري وفي المادة (٤٤) منه لم يشترط السبب الصحيح لكسب الحق موضوع التسجيل، وإنما أكتفى بالشروط الثلاث سابق الإشارة إليها - وهي كل من، الحيازة الصحيحة، وحسن النية، ومضي مدة لا تقل عن خمس عشرة سنة.

وبالرجوع إلى القانون المدني العراقي، نجد أن المادة (٢/١١٥٨) منه نصت على السبب الصحيح كشرط من شروط التقادم الخمسي (القصير)، ولا يمكن الاعتماد على هذا النص لتبرير وجود السبب الصحيح وتطبيقه ضمن أحكام التسجيل المجدد، كون قانون التسجيل العقاري قانون خاص يقيد القانون العام بقدر

^(١) قرار محكمة استئناف ديالى الاتحادية / بصفتها التمييزية، بالعدد (١٧ / هـ / حقوقية / ٢٠٢٠) في (٢٧/١/٢٠٢٠).

^(٢) حيث تنص المادة (٩٥٥) مدني مصري على أنه (١) - تنتقل الحيازة للخلف العام بصفاتها، على أنه إذا كان السلف سيء النية وأثبت الخلف أنه كان في حيازته حسن النية جاز له أن يتمسك بحسن نيته. ٢- ويجوز للخلف الخاص أن يضم إلى حيازته سلفه في كل ما يرتب القانون على الحيازة من أثر).

^(٣) حيث نصت المادة (٢٢٦٥) مدني فرنسي على أنه (من أجل إكمال التقادم، يمكن الشخص أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه، مهما كانت الوسيلة التي حل محلها بموجبها، أما على وجه العموم أو بوجه خاص إما عن طريق الريح أو لقاء عوض).

2265-LOI n°2008-561 du 17 juin 2008 - art. 2

Pour compléter la prescription, on peut joindre à sa possession celle de son auteur, de quelque manière qu'on, lui ait succédé, soit à titre universel ou particulier, soit à titre lucratif ou onéreux.

^(٤) قرار محكمة النقض المصرية، بالعدد (١٩٥٧٣ / ٨٤ / قضائية) في (٧/٧/٢٠٢٠) منشور على موقع محكمة النقض.

WWW.CC.gov.eg.

تاريخ الزيارة (٢٠٢١/١١/٢١).

الفصل الأول / دور وضع اليد في تملك العقار

تعلق الأمر بالموضوعات التي نظمها هذا القانون الخاص. كما يبدو أن حكمه مشرع القانون المدني من اشتراط السبب الصحيح هو لتقليص مدة التقادم إلى (٥) خمس سنوات فقط، والدليل على ذلك هو عدم اشتراطه ضمن التقادم الطويل الذي مدته (١٥) خمس عشرة سنة، وهذا بدوره يفسر عدم اشتراط قانون التسجيل العقاري للسبب الصحيح ضمن المادة (٤٤) منه، كون أن مدة التقادم فيه هي أصلاً لا تقل عن خمس عشرة سنة، ولو أراد غير ذلك لنص عليه صراحة.

ومع ذلك نجد أن تعليمات التسجيل الأُلزامي الشامل للعقارات غير المسجلة رقم (١) لسنة (١٩٨٦)، قد أشارت ضمناً إلى السبب الصحيح، وذلك عندما ألزمت لجنة تثبيت الملكية بالقيام ببعض الأعمال ومنها ما ورد في البند (الرابع عشر/٢) من هذه التعليمات حيث جاء فيه (تثبيت الملكية بأسم مدعي الملكية الحائز للعقار مدة مرور الزمان البالغ خمس عشرة عاماً، والذي يستند في إثبات حيازته للعقار إلى أحد الأسباب القانونية للملكية وهي البيع أو الهبة أو الوصية أو المبادلة أو القسمة أو الأثر، وتضاف مدة حيازة المورث والحائز السلف في البيع والهبة إلى الحيازة الحالية، كما يعتبر بدء الحيازة في المبادلة والقسمة ابتداء من التاريخ الذي يثبت فيه إجراء المبادلة أو القسمة).

ويستخلص من هذه التعليمات أن ما تم ذكره من أسباب يجب على لجنة تثبيت الملكية التثبت منها، ما هي إلا تطبيقات للسبب الصحيح والذي يجب على طالب التسجيل المجدد أن يستند إليها في إثبات حيازته للعقار أو الحق العيني العقاري موضوع التسجيل، بحسب ما جاء في هذه التعليمات.

لذلك جاءت قرارات القضاء متباينة بهذا الخصوص، إذ أن أغلب القرارات القضائية التي أطلعنا عليها لم تذكر السبب الصحيح ضمن الشروط الواجب توافرها لتسجيل العقار مجدداً، في حين أن بعضاً منها ذكره ضمناً، ومنها قرار محكمة أستاناف القادسية بصفتها التمييزية الصادر عام (٢٠١٩) والذي جاء فيه (...لدى التدقيق الإضبارة فقد لوحظ أن القرار المميز غير صحيح ومخالف للقانون ذلك أن لجنة تثبيت الملكية لم تشكل وفق ما هو منصوص عليه قانوناً... كما لم تقم اللجنة بالتحقيق موقعياً عن الحائز ومدة الحيازة وسببها و الاستماع إلى البيانات الشخصية و الاستماع إلى المجاورين...)^(١).

(١) قرار محكمة أستاناف القادسية/ بصفتها التمييزية، بالعدد (٨٨ / ت/ ح/ مجدد/ ٢٠١٩) في (٢٢/٥/٢٠١٩).

الفصل الأول / دور وضع اليد في تملك العقار

كما جاء في قرار محكمة أستاناف بابل الاتحادية بصفتها التمييزية الصادر عام (٢٠١٩) بأنه (...ووجد أنه غير صحيح ومخالف للقانون ذلك أنه كان على لجنة تثبيت الملكية إجراء التحقيقات اللازمة في سبب حيازة طالب التسجيل المجدد في ضوء أحكام المادة (٢/٤٧) من قانون التسجيل العقاري...)^(١). وبالرجوع إلى المادة (٢/٤٧) المشار إليها في القرار أعلاه، نجدها تنص على أنه (تقوم لجنة تثبيت الملكية بالتحقيق موقعياً عن الحائز ومدة الحيازة وسببها و الاستماع إلى البيانات وتدقيق جميع المستندات المبرزة من قبل طالب التسجيل المجدد والمعتزض أيضاً إن وُجد، و الاستماع إلى المجاورين إذا أقتضت الحاجة).

^(١) قرار محكمة أستاناف بابل الاتحادية / بصفتها التمييزية، بالعدد (٧٤ / ت / ٢٠١٩) في (٢٣ / ٤ / ٢٠١٩).

الفصل الأول / دور وضع اليد في تملك العقار

المبحث الثاني

أحكام التسجيل المجدد

وضع اليد على عقار أو حق عيني عقاري من قبل الشخص - طبيعياً كان أو معنوياً - و أستيفاء الشروط التي نص عليها القانون من حيازة صحيحة وحسن نية مع مرور المدة التي حددها قانون التسجيل العقاري، لا يكفي في حد ذاته لكسب الملكية أو الحقوق العينية الأصلية، بل أن الأمر يتطلب القيام بإجراءات معينة، وهذه الإجراءات تبدأ بتقديم طلب من قبل واطع اليد ثم تستمر بعد ذلك على خطوتين، الأولى من اختصاص دائرة التسجيل العقاري، والثانية من اختصاص لجنة تثبيت الملكية التي أوجدها القانون لهذا الغرض، وبعد إتمام جميع الإجراءات لا بد من صدور قرار من هذه اللجنة يقضي أما بقبول طلب التسجيل المجدد وتثبيت الحق بأسم الحائز أو رفض الطلب، ومن أجل ضمان حقوق الأشخاص من الحائزين والمعتريين فقد وضع المشرع آلية معينة للطعن بهذا القرار أمام محكمة أستئناف المنطقة.

وقرارات محكمة الأستئناف تقضي أما بتصديق قرار لجنة تثبيت الملكية أو رفضه، غير أن هذا التصديق أو الرفض قد لا يكون دائماً نتيجة للتحقق من توافر أو عدم توافر شروط التسجيل المجدد في الإضبارة محل الطعن، وإنما بعض محاكم الأستئناف في العراق ترى أن قانون التسجيل العقاري بعد تعديله بقانون رقم (١٨١) لسنة (١٩٨٠) قد حدد مدة معينة - سنة - من تاريخ نفاذه، أعطى خلالها الحق لحائزي العقارات غير المسجلة مراجعة الجهات المختصة وإتباع الإجراءات التي رسمها القانون لتسجيلها، و بانتهاء تلك السنة لا يسمح لهم بإتباع طريق التسجيل المجدد، ومن ثم فإن محاكم الأستئناف هذه ترفض قرارات لجنة تثبيت الملكية بحجة عدم إمكانية العمل بنظام التسجيل المجدد بالنسبة للأشخاص، ويجب تسجيل العقارات غير المسجلة بأسم الدولة أستناداً لأحكام قانون التسجيل العقاري - بعد تعديله - وقرارات مجلس قيادة الثورة ذات الصلة. ونتيجة لذلك تباينت قرارات محاكم الأستئناف بحسب ما أطلعنا عليه بين من يصدّق وبين من ينقض قرار لجنة تثبيت الملكية، ولكل منها مبرراته الخاصة.

بناءً على ما تقدم سنقسم هذا المبحث على مطلبين، نبين في المطلب الأول إجراءات التسجيل المجدد، في حين نخصص المطلب الثاني لقرار التسجيل المجدد.

الفصل الأول / دور وضع اليد في تملك العقار

المطلب الأول

إجراءات التسجيل المجدد

تتنوع إجراءات التسجيل المجدد و ذلك بحسب الجهة القائمة بها، فهي على خطوتين، تبدأ الأولى أمام دائرة التسجيل العقاري المختصة بناءً على طلب واضع اليد، يهدف من ورائه تسجيل العقار أو الحق المحوز بأسمه بعد أن يقدم من الوثائق والمستندات ما يؤيد أدعائه، ثم تستكمل الخطوة الثانية بنقل معاملة التسجيل المجدد من دائرة التسجيل العقاري إلى قاضي محكمة بداءة المنطقة كونه رئيساً للجنة تثبيت الملكية التي تباشر أعمالها تمهيداً لصدور القرار القاضي بتثبيت الملكية بأسم طالب التسجيل أو رفض طلبه. ولغرض إيضاح ذلك سنقسم هذا المطلب على فرعين، نبين في الفرع الأول إجراءات دائرة التسجيل العقاري، بينما نخصص الفرع الثاني لإجراءات لجنة تثبيت الملكية.

الفرع الأول

إجراءات دائرة التسجيل العقاري

حددت المادة (٤٥) من قانون التسجيل العقاري ثلاث خطوات واجبة الأتباع، حيث تبدأ الخطوة الأولى من هذه الإجراءات بتقديم واضع اليد طلباً إلى دائرة التسجيل العقاري المختصة، وتكمن الخطوة الثانية بقيام هذه الدائرة بفحص الطلب والتأكد من توفر الشروط التي أوجبها القانون، أما الخطوة الثالثة فتتمثل بالإعلان عن طلب التسجيل المجدد في الصحف، وذلك لدعوة كل من له علاقة وحقوق على العقار بتقديم ما لديه من بينات تثبت ذلك، وسنبين هذه الخطوات الثلاث وكما يأتي :-

أولاً / تقديم الطلب

نصت المادة (١/٤٥) من قانون التسجيل العقاري بأن يتبع في طلب التسجيل المجدد ما يلي : (تقديم أستمارة التسجيل من قبل طالبه مرفقه بالمستمسكات القانونية التي يستند إليها).

فيقدم طلب التسجيل المجدد من قبل طالب التسجيل أو من يمثله قانوناً، باستمارة خاصة أعدتها المديرية العامة للتسجيل العقاري وفق ما يدعى بـ (نموذج رقم ٥٩)، ويرفق بالطلب الوثائق والمستندات التي تؤيد طلبه سواء كانت تتعلق بطالب التسجيل أو بالحق محل التسجيل (العقار)، ويتكون نموذج الاستمارة هذا من صفحتين، يدرج في الصفحة الأولى من الطلب الأوصاف المادية للعقار المثبتة على غلاف الإضبارة، وخارطة القسبة كالمحافظة والقضاء والناحية، والتسلسل إن وجد، بينما يدرج في الصفحة الثانية من طلب التسجيل - في الحقل المخصص لماهية التسجيل - ما يفيد نوع التسجيل، فعلى سبيل

الفصل الأول / دور وضع اليد في تملك العقار

المثال ((كوني حائز للعقار تسلسل... محله... حيازة هادئة ومستمرة بصفة مالك لمدة تزيد عن خمس عشرة سنة دون منازع أو معارض ولغرض تسجيل العقار مجدداً قدمت هذا الطلب)) ويعزز ذلك بتوقيعه^(١).

ثانياً / أعمال الفحص والتدقيق

نصت المادة (٢/٤٥) من قانون التسجيل العقاري بشأن طلب التسجيل المجدد المقدم إلى دائرة التسجيل العقاري بأنه (على دائرة التسجيل العقاري أن تتأكد ابتداءً من توفر الشروط المبينة في الفقرة (٢) من المادة (٤٣) من هذا القانون في حق الملكية المطلوب تسجيله مجدداً).

يفهم من هذا النص أنّ على دائرة التسجيل العقاري وعند تقديم واطع اليد طلباً إليها يروم فيه تسجيل العقار مجدداً، أن تراعي شروط الحق محل التسجيل الواردة في المادة (٢/٤٣) وهي أن يكون العقار أو الحق العيني العقاري غير مسجل سابقاً في سجلات دائرة التسجيل العقاري فأن كان مسجلاً فلا يقبل طلب تسجيله مرة أخرى لتعلقه بحق الغير، أو أن يكون الحق في حكم غير المسجل، كما لو كان مسجلاً سابقاً وقد فقد سجله وسنده أو ممزق أو معيب أو مسجلاً في إحدى السجلات التي لا تعتمد أساساً لأثبات الملكية والحقوق العينية الأخرى، ففي كل هذه الحالات يقبل طلب التسجيل وبخلافه يرفض لسبق تسجيله^(٢).

ثم جاءت تعليمات التسجيل الألفامي الشامل للعقارات غير المسجلة رقم (١) لسنة (١٩٨٦) لتبين ما يجب على دائرة التسجيل العقاري القيام به من أعمال الفحص بالنسبة للعقار وذلك في سجل أساس المحلة والإضبارة وخلاصة السجلات العقارية القديمة بقصد التثبت من شموله بإجراءات التسجيل المجدد من عدمه ويتبع بهذا الشأن ما يلي^(٣) :-

١ - يتخذ رقم التسلسل المختص للعقار في سجل الأساس وخارطة القسبة أساساً لإجراءات الفحص.

(١) عبدالله غزاي سلمان، مصدر سابق، ص ٤١-٤٢.

(٢) وقد سبق أن تطرقنا إلى هذه الحالات الواردة في المادة (٢/٤٣) من قانون التسجيل العقاري عند شرح الشروط الواجب توافرها في الحق محل التسجيل، وذلك في الفرع الأول من المطلب الثاني من المبحث الأول من هذا الفصل.

(٣) المادة (سابعاً) من تعليمات التسجيل الألفامي الشامل للعقارات غير المسجلة رقم (١) لسنة ١٩٨٦.

الفصل الأول / دور وضع اليد في تملك العقار

٢- إذا تبين أن العقار لم يخصص له رقم تسلسل خاص فينظم مخططاً يحدد موقعه وشكله وأبعاده ويخصص له رقم تسلسل من آخر سجل أساس المحلة^(١).

٣- إذا تبين وجود تسلسل واحد لأكثر من وحدة عقارية يخصص هذا التسلسل لأحداها ويعطى للوحدات العقارية الأخرى تسلسل من آخر سجل الأساس.

٤- في حالة وجود تداخل بين المناطق العقارية المشمولة بأعمال التسوية والمناطق المستثناة من أعمال التسوية التي تخضع للتسجيل المجدد، يتم تحديد المناطق المستثناة من أعمال التسوية ((يكشف مشترك)) بين الدائرة المركزية والهيئة العامة للأراضي الزراعية، ويتخذ المخطط الذي ينظم بموجب ذلك أساساً في شمول العقارات الداخلة ضمنه لإجراءات التسجيل المجدد^(٢).

ثالثاً / الإعلان عن الطلب

نصت المادة (٣/٤٥) من قانون التسجيل العقاري على أنه (يعلن طلب التسجيل المجدد مرة واحدة في صحيفتين محليتين أن وجدت وإلا ففي الصحف التي تصدر بالأماكن القريبة أو التي تصدر في العاصمة، ويطلب فيه ممن له علاقة أو حقوق تقديم ما لديه من بيانات إلى دائرة التسجيل العقاري المختصة وذلك خلال ثلاثين يوماً، والحضور في موقع العقار في الساعة العاشرة صباحاً من اليوم التالي لانتهاء مدة الإعلان، ويجب إلصاق نسخ من الإعلان في موقع العقار وفي لوحة الإعلانات وتزود دوائر المالية والأوقاف والبلديات بنسخة منه).

^(١) وسجل أساس المحلة هو السجل الذي ينظم عند إجراء التحرير التمهيدي، ويثبت فيه تسلسلات العقارات الخاصة بمحلة معينة، ابتداءً بالرقم (١) و انتهاءً بأخر عقار في هذه المحلة، ويدون فيه أمام تسلسل العقار رقم الباب والشارع مع تعيين أوصاف العقار.

^(٢) كما جاء في المادة (ثامناً) من هذه التعليمات بأنه :-

١- إذا كان سجل الأساس الخاص بالمحلة واضبارة العقار تشير إلى أحد السجلات الدائمة القديمة، ينبغي التأكد من انطباق حدوده من ثلاث جهات على الأقل بموجب كشف اصولي من قبل اللجنة المنصوص عليها في المادة (٦٦) من قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ المعدل لغرض اجراء معاملة تبديل السجل الخاص به وفي حالة عدم انطباق الحدود يكون العقار خاضعاً لإجراءات التسجيل المجدد وينطبق الحكم نفسه في حالة وجود السند دون السجل. ٢- في حالة وجود عقارات مستثناة من اعمال التسوية منظمة بها خرائط كادسترو يتم تنظيم خارطة بحدود واشكال العقارات في كل منطقة عقارية لأغراض التحرير التمهيدي ويتبع بشأنها اجراءات التسجيل المجدد. ٣- الاعلان الاول للتسجيل المجدد).

الفصل الأول / دور وضع اليد في تملك العقار

بعد الانتهاء من المرحلة الثانية - الفحص والتدقيق - يتم إعلان طلب التسجيل المجدد وفق نموذج خاص لهذا الغرض ^(١)، وبالرجوع إلى تعليمات التسجيل الإلزامي الشامل للعقارات غير المسجلة نجدها تفرق بين نوعين من النماذج، الأول بالرقم (٢٨/ أ تسجيل عقاري) وهو خاص بالمناطق العقارية المشمولة بإجراءات التسجيل الإلزامي الشامل ^(٢)، أما النموذج الثاني بالرقم (٣٠ تسجيل عقاري) ^(٣) فهو خاص في المدن غير المشمولة بعد بإجراءات التسجيل الإلزامي الشامل ^(٤).

ويجوز أن يشتمل إعلان طلبات التسجيل المجدد على أكثر من عقار لطالب التسجيل ^(٥)، ويجب أن يذكر في الإعلان اسم طالب التسجيل إلى جانب رقم التسلسل الخاص بالعقار ورقم الأبواب الحالي ورقم الأبواب المعتمد في الترقيم الحديث إن وجد مع الوصف المادي للعقار والمشتملات والبيانات المحررة في سجل الأساس ^(٦).

أما عن الأخطاء التي قد تصيب الإعلان، فإن كانت مادية أو بسيطة غير مؤثرة فيمكن تجاوزها، أما إذا كانت تلك الأخطاء جوهرية فيترتب على ذلك ضرورة تصحيح الإعلان بإعلان لاحق يتضمن تصحيح الخطأ ويعتبر التاريخ المعول عليه لاحتساب المدة هو تاريخ نشر الإعلان اللاحق ^(٧).

وبالعودة إلى أحكام المادة (٣/٤٥) من قانون التسجيل العقاري، سابق الإشارة إليها، نجدها تشير إلى أن الإعلان يكون لمرة واحدة وفي صحيفتين محليتين أن وجدت في المنطقة وإلا ففي الصحف التي تصدر

(١) علي شاكر عبد القادر، مصدر سابق، ص ٣٥٨.

(٢) ينظر المادة (تاسعاً / ١) من تعليمات التسجيل الإلزامي الشامل للعقارات غير المسجلة رقم (١) لسنة ١٩٨٦.

(٣) ينظر المادة (عاشراً / ١) من تعليمات التسجيل الإلزامي الشامل للعقارات غير المسجلة رقم (١) لسنة ١٩٨٦.

(٤) مع الإشارة إلى أن التسجيل الإلزامي لم يبدأ لغاية الآن، إذ كان من المفترض أن يبدأ من محافظة بغداد في عام (١٩٨٥) ثم ينتقل إلى المحافظات الأخرى، إلا أن واقع الحال يؤشر عكس ذلك، حيث نصت المادة (أولاً) من تعليمات التسجيل الإلزامي الشامل للعقارات غير المسجلة رقم (١) لسنة ١٩٨٦ على أنه (١- يجري التسجيل المجدد للعقارات غير المسجلة اعتباراً من العام ١٩٨٥ بصورة الزامية شاملة بدءاً بمحافظة بغداد ثم في المحافظات الأخرى بموجب امر اداري تصدره دائرة التسجيل العقاري بالنسبة لكل محافظة. ٢- لا تقبل طلبات التسجيل الاختياري من قبل المواطنين للوحدات العقارية غير المسجلة في محافظة بغداد، ويكتفى بحفظ الطلب في اضبارة العقار وافهام مقدم الطلب بذلك. ٣- تقبل طلبات التسجيل الاختياري للوحدات العقارية غير المسجلة الكائنة في المحافظات الأخرى لحين البدء بإجراءات التسجيل الإلزامي الشامل فيها).

(٥) المادة (عاشراً / ٢) من تعليمات التسجيل الإلزامي الشامل للعقارات غير المسجلة رقم (١) لسنة ١٩٨٦.

(٦) المادة (عاشراً / ٣) من تعليمات التسجيل الإلزامي الشامل للعقارات غير المسجلة رقم (١) لسنة ١٩٨٦.

(٧) المادة (عاشراً / ٤) من تعليمات التسجيل الإلزامي الشامل للعقارات غير المسجلة رقم (١) لسنة ١٩٨٦.

الفصل الأول / دور وضع اليد في تملك العقار

بالأماكن القريبة أو التي تصدر في العاصمة، والغرض من ذلك هو دعوة كل شخص له علاقة أو حقوق على العقار محل الإعلان أن يقدم ما لديه من بيانات إلى دائرة التسجيل العقاري خلال مدة الإعلان البالغة (٣٠) ثلاثين يوماً، والحضور في موقع العقار في الساعة العاشرة صباحاً من اليوم التالي لانتهاؤ مدة الإعلان، ومدة الثلاثين يوماً تبدأ من اليوم التالي لنشر الإعلان ويترتب على عدم مراعاتها نقض قرار لجنة تثبيت الملكية لمخالفته أحكام القانون.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة أستئناف بابل الاتحادية بصفتها التمييزية بنقض قرار لجنة تثبيت الملكية في ناحية الكفل لمخالفته أصول نشر الإعلان الواردة في المادة (٣/٤٥)، حيث جاء في القرار التمييزي الصادر عام (٢٠١٦) بأنه (ولدى عطف النظر على القرار المميز وجد أنه غير صحيح ومخالف للقانون ذلك أن أجراء النشر في... بينما الكشف جرى في (٢٠١٥/٧/٢) وهذا مخالف لأحكام المادة (٣/٤٥) من قانون التسجيل العقاري التي حددت مدة ثلاثين يوماً من اليوم التالي لانتهاؤ مدة الإعلان لذا يفترض أن يكون الكشف يوم (٢٠١٥/٧/٣) هذا من جهة...^(١).

كما أوجبت المادة (٣/٤٥) إلصاق نسخ من الإعلان في موقع العقار وفي لوحة الإعلانات، وتزود دوائر المالية و الأوقاف و البلديات بنسخة منه، وبخلاف ذلك يجعل من القرار عرضة للنقض بسبب عدم صحة الإجراءات، وهذا ما قضت به محكمة أستئناف القادسية بصفتها التمييزية في قرارها الصادر عام (٢٠١٩) حيث جاء فيه (...ولدى تدقيق الإضبارة فقد لوحظ أن القرار المميز غير صحيح ومخالف للقانون ذلك أن لجنة تثبيت الملكية... كما لم نجد ما يشير إلى إلصاق نسخة من الإعلان في موقع العقار وفي لوحة الإعلانات وتزويد دوائر المالية و الأوقاف والبلدية بنسخة منه طبقاً لنص المادة (٣/٤٥) من قانون التسجيل العقاري...^(٢).

وخلال مدة الإعلان يتم مسح العقار المشمول بإجراءات التسجيل المجدد وإعداد خارطة له من قبل أحد موظفي هندسة المساحة في دائرة التسجيل العقاري المختصة^(٣)، وبعد الأنتهاء من الإجراءات السابقة السابقة أمام دائرة التسجيل العقاري لابد من نقل الإضبارة إلى قاضي محكمة البداء بوصفه رئيساً للجنة تثبيت الملكية لتتولى مباشرة الإجراءات الخاصة بها تمهيداً لأصدار القرار، وهذا ما سيكون محلاً لبحثنا في الفرع الثاني.

^(١) قرار محكمة أستئناف بابل الاتحادية بصفتها التمييزية، بالعدد (١٦٦ / ت / متفرقة / ٢٠١٦)، في (٢٠١٦/١٢/١٩).

^(٢) قرار محكمة أستئناف القادسية بصفتها التمييزية، بالعدد (٨٨ / ت / ح/مجدد / ٢٠١٩) في (٢٠١٩/٥/٢٢)

^(٣) المادة (الحادي عشر) من تعليمات التسجيل الألزامي الشامل للعقارات غير المسجلة رقم (١) لسنة ١٩٨٦.

الفصل الأول / دور وضع اليد في تملك العقار

الفرع الثاني

إجراءات لجنة تثبيت الملكية

بعد انتهاء إجراءات دائرة التسجيل العقاري، تبدأ لجنة تثبيت الملكية إجراءاتها بحضور أعضائها، لتقوم بالكشف على العقار وتدقق الوثائق والمستندات المبرزة من طالبي التسجيل والمعتريين، ثم تنظم محضراً يتضمن ما أُتخذ من إجراءات وما قُدم من وثائق مع إفادات ذوي العلاقة والمجاورين والشهود. ونظراً لاعتمادنا المباشر على نصوص قانون التسجيل العقاري والتعليمات الصادرة بموجبه، معززة بالتطبيقات القضائية، لدراسة هذا الفرع، ولغرض تبسيط موضوعاته وإيضاحها، سنتولى تقسيمه على فقرتين، نبين في الفقرة الأولى تشكيل لجنة تثبيت الملكية، بينما نخصص الفقرة الثانية لأعمال لجنة تثبيت الملكية.

أولاً / تشكيل لجنة تثبيت الملكية

نصت المادة (٢/٤٦) من قانون التسجيل العقاري على أنه (تؤلف لجنة تثبيت الملكية، برئاسة قاضي بداءة المنطقة التي يقع العقار أو الأسهم غير المسجلة ضمن منطقة أعمالها، وعضوية رئيس دائرة التسجيل العقاري المختصة و أحد موظفيها الفنيين، وممثل عن وزارة المالية، وممثل عن أمانة العاصمة أو البلدية إذا كان العقار واقعاً داخل حدودها، وكذلك مختار المحلة أو القرية).

ويتضح من هذا النص أن رئيس لجنة تثبيت الملكية هو قاضي البداءة المختص أي في المنطقة التي يقع العقار غير المسجل ضمن نطاقها، إذ كان رئيس اللجنة قبل التعديل الأول لقانون التسجيل العقاري هو رئيس دائرة التسجيل العقاري، وحسباً فعل المشرع عندما أناط رئاسة اللجنة إلى القضاء إذ هو الأقدر والأقرب إلى تطبيق القانون من جهة، ولزيادة الضمانات المقدمة للأفراد من جهة أخرى^(١).

ولم يبين القانون فيما إذا كان يتطلب حضور جميع أعضاء اللجنة أم بالإمكان غياب أحدهم أو بعض منهم، لذلك جاءت تعليمات التسجيل الإلزامي الشامل للعقارات غير المسجلة رقم (١) لسنة (١٩٨٦) لتشير إلى ضرورة اجتماع اللجنة بنصاب كامل برئاسة قاضي محكمة البداءة، وعضوية كل من رئيس

(١) إذ كانت المادة (٢/٤٦) من قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة (١٩٧١) قبل تعديلها بالقانون رقم (١٨١) لسنة (١٩٨٠) تنص على أنه (تؤلف لجنة تثبيت الملكية برئاسة رئيس دائرة التسجيل العقاري، وأحد موظفيها الفنيين، وممثل عن وزارة المالية، وممثل عن البلدية إذا كان داخل حدود البلدية، ومختار المحلة أو القرية).

الفصل الأول / دور وضع اليد في تملك العقار

دائرة التسجيل العقاري المختصة (المدير أو الملاحظ)، وممثل عن وزارة المالية، وممثل عن أمانة العاصمة أو البلدية إن كان العقار داخل حدودها، ومختار المحلة أو القرية^(١).

وبناءً على ذلك فإنّ عدم حضور أحد أعضاء اللجنة أو بعضاً منهم يوجب تأجيل موعد الكشف إلى تاريخ آخر، وعند عدم اكتمال النصاب في الموعد الجديد يؤجل إلى موعد آخر وهكذا إلى حين تحقق النصاب، وتطبيقاً لذلك فقد جاء في قرار لجنة تثبيت الملكية في محكمة بداءة الكفل الصادر عام (٢٠٢١) بأنه (...وأُتباعاً له حددت المحكمة مواعيد متكررة ولم يتم إجراء الكشف من قبل اللجنة لعدم اكتمال النصاب القانوني، وتم إعادة إضبارة العقار المرقم (٩٢/كفل) إلى مديرية التسجيل العقاري في بابل لإعادة النشر، وقد وردت الإضبارة بموجب كتاب مديرية التسجيل العقاري في بابل بالعدد (١٤٠٦٢) في (٢٠٢١/٧/٥) بعد إعادة النشر بصحيفتي العراق الإخبارية وصحيفة الشرق بتاريخ (٢٠٢١/٦/٢٨)، وحددت اللجنة موعد (٢٠٢١/٧/٢٩) موعداً للكشف ولم يتم أجرأه لعدم اكتمال النصاب القانوني، وقامت اللجنة بتاريخ (٢٠٢١ / ١١/ ٢٥) بإجراء الكشف، وحضر طالبي التسجيل المجدد إضافة للتركة وأُطلعت اللجنة...)^(٢).

ومن التطبيقات القضائية التي تتطلب تشكيل لجنة تثبيت الملكية على وفق المادة (٢/٤٦) من قانون التسجيل العقاري وبخلافه يُعد قرارها مخالفاً للقانون، قرار محكمة أستئناف القادسية الاتحادية بصفتها التمييزية الصادر عام (٢٠١٩) حيث جاء فيه (... ولدى تدقيق الإضبارة فقد لوحظ أن القرار المميز غير صحيح ومخالف للقانون ذلك أن لجنة تثبيت الملكية لم تشكل وفق ماهو منصوص عليه قانوناً في المادة (٢/٤٦) من قانون التسجيل العقاري، حيث لم يتم تثبيت حضور أحد موظفي دائرة التسجيل العقاري الفنيين (المساح) حيث لم يتم تثبيت أسم المساح الحاضر وهل هو تابع إلى مديرية التسجيل العقاري من عدمه، كذلك عدم حضور مختار المنطقة رغم كونه أحد أعضاء لجنة تثبيت الملكية، في حين تم أحضار ممثل عن دائرة الوقف الشيعي رغم أن لجنة تثبيت الملكية لا تتضمن من بين أعضائها ممثلاً عن الوقف، في حين يكتفي بمفاتحة دائرة الوقف لبيان رأيهم بخصوص طلب تسجيل العقار مجدداً...)^(٣).

(١) المادة (ثاني عشر/٢) من تعليمات التسجيل الألزامي الشامل للعقارات غير المسجلة رقم (١) لسنة ١٩٨٦.

(٢) قرار لجنة تثبيت الملكية في محكمة بداءة الكفل، بالعدد (١١/مجدد/ ٢٠١٤) في (٢٠٢١/١١/٢٥).

(٣) قرار محكمة أستئناف القادسية الاتحادية / بصفتها التمييزية، سابق الإشارة إليه، بالعدد (٨٨/ت/ ح/ مجد / ٢٠١٩). في (٢٠١٩/٥/٢٢).

الفصل الأول / دور وضع اليد في تملك العقار

ولضمان العدل وتوافر حياد أعضاء لجنة تثبيت الملكية أشتراط القانون أن لا يكون رئيس اللجنة أو أحد أعضائها من أقارب أو أصهار طالب التسجيل أو المعارضين حتى الدرجة الرابعة، وهذا مانصت عليه المادة (٣/٤٦) من قانون التسجيل العقاري بأنه (يشترط أن لا يكون رئيس لجنة تثبيت الملكية أو أحد أعضائها من أقارب أو أصهار طالب التسجيل أو المعارضين حتى الدرجة الرابعة، وإذا كانت القرابة تتعلق بأحد موظفي دائرة التسجيل العقاري فيعين بدله بقرار من المدير العام).

والغاية من وراء هذا الحكم هو لتمكين اللجنة من إنجاز أعمالها بحياد تام وبعبدة عن التأثيرات العاطفية أو عوامل الضغينة والبغض، ولما كان الإنسان بطبيعته معرضاً للانفعالات النفسية والعاطفية والأهواء التي تثيرها في النفس عوامل المحبة والبغض والمنفعة، كان من أهم الأمور أن يضع القانون طريقة تضمن وقاية الحقوق ويؤمن معها الجري على سنن العدالة، وحيث إن القرابة أو المصاهرة هي أما أن تكون مصدر ودّ وثيق أو بغض عميق، فكلتا العاطفتين تخرجان الإنسان عن حياده وتدفعانه إلى الإنحراف عن جادة العدل والتحيز إلى جانب معين^(١).

وبناءً على ما تقدم إذا كان رئيس لجنة تثبيت الملكية أو أحد أعضائها من أقارب أو أصهار طالب التسجيل المجدد أو المعارضين من الدرجة الرابعة، فيجب استبدالهم بعضو آخر تتوفر فيه صفة الحياد، لأن القرابة أو المصاهرة تُعد من الأسباب التي تدعو إلى الشك في نتائج التحقيق عن الملكية بغير ميل أو تحيز، وقد يُفسر وجود مثل هذا العضو بين أعضاء اللجنة بأنه من أجل دفع مغرم أو أجر مغنم أي (دفع المضرة أو جلب المنفعة) لأقاربه، والتأثير على اللجنة لتحريفها عن النهج السليم^(٢).

ثانياً / أعمال لجنة تثبيت الملكية

حددت المواد (٤٦ - ٤٧) من قانون التسجيل العقاري أعمال لجنة تثبيت الملكية، ولغرض تبسيط دراستها سنتولى تقسيمها على أربعة نقاط، و كما يأتي :-

١ - الكشف على العقار

تبدأ أعمال لجنة تثبيت الملكية فعلياً من خلال الكشف الموقعي على العقار على وفق الموعد المبين في المادة (٣/٤٥) من قانون التسجيل العقاري، وهذا ما أشارت إليه المادة (١/٤٦) من ذات القانون

(١) مصطفى مجيد عزيز، مصدر سابق، ص ٤١٥.

(٢) مصطفى مجيد عزيز، المصدر السابق، ص ٤١٨.

الفصل الأول / دور وضع اليد في تملك العقار

عندما نصت على أنه (يكشف على العقار في الموعد المعين في الفقرة (٣) من المادة السابقة من قبل لجنة تثبيت الملكية).

ويجري الكشف بحضور جميع أعضاء اللجنة لغرض الاستماع إلى البيّنات الشخصية وأقوال المجاورين، في الساعة العاشرة صباحاً من اليوم التالي لانتهاء مدة الإعلان البالغة ثلاثين يوماً، فإذا صادف هذا اليوم عطلة رسمية يؤجل إلى اليوم الذي يليه على وفق القواعد العامة في قانون المرافعات^(١)، وفي حالة عدم إجراء الكشف في موعده المبيّن أنفاً لأي سبب كان، كعدم حضور أحد أو بعض أعضاء اللجنة، أو بسبب ظروف قاهرة، فيجب تنظيم محضر يؤجل فيه الموعد الحالي إلى موعد جديد مع بيان سبب التأجيل، ويُبَلِّغ بالموعد الجديد أعضاء اللجنة وذوي العلاقة جميعاً، وبخلافه سيكون قرار اللجنة معرضاً للنقض إذا ما طعن به أمام محكمة أستاناف المنطقة.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة أستاناف بابل الاتحادية بصفتها التمييزية بنقض قرار لجنة تثبيت الملكية في الحلة القاضي بتثبيت عائديه العقار بأسم طالب التسجيل المجدد، حيث جاء في قرار محكمة الأستاناف الصادر عام (٢٠١٩) بأنه (...ولدى عطف النظر على القرار المميز وجد أنه غير صحيح ومخالف للقانون ذلك أنه تبين من خلال تدقيق الإضبارة أن آخر نشر بخصوص طلب التسجيل المجدد كان في (٢٧/٩/٢٠١٧) ولم يتم إجراء الكشف من قبل اللجنة بكامل أعضائها بعد أنتهاء المدة المحددة في المادة (٤٥/٣) من قانون التسجيل العقاري النافذ أو تنظيم محضر أصولي من قبلها في حالة عدم إجراء الكشف في ذلك الموعد، وبيان سبب ذلك، وتأجيله إلى موعد آخر يبلغ به جميع أطراف العلاقة هذا من جهة، ومن جهة أخرى كان على اللجنة أستماع البيّنات الشخصية المعتبرة قانوناً من الذين لديهم علم ودراية بالحائز الفعلي للعقار وبشكل دقيق وواضح، و الأستماع لأقوال المجاورين لزيادة قناعة اللجنة إن أقتضى ذلك...)^(٢).

^(١) حيث نصت المادة (٢٥) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة (١٩٦٩) المعدل النافذ على أنه (١- تحسب المدد المحددة بالشهور من يوم ابتدائها إلى اليوم الذي يقابله من الشهور التالية، ولا يدخل اليوم والساعة اللذان يكونان مبدأ للمدة في حسابها، أما اليوم والساعة اللذان تنتهي بهما المدة فيدخلان في حسابها. ٢- إذا أنتهت المدد في يوم عطلة رسمية تمدد إلى أول يوم يليه من أيام العمل).

^(٢) قرار محكمة أستاناف بابل الاتحادية / بصفتها التمييزية / بالعدد (١٤٦/ ت / متفرقة / تسجيل مجدد / ٢٠١٩)، في (٢٠١٩/٩/٢٠).

الفصل الأول / دور وضع اليد في تملك العقار

٢- مسح العقار وتنظيم خارطة

نصت المادة (١/٤٧) من قانون التسجيل العقاري على أنه (يُمسح العقار موقعياً وتنظم خارطة به أن لم يسبق تنظيم خارطة معتبرة له).

بما أن التسجيل المجدد يُعد من المعاملات التي بواسطتها يتم تثبيت الملكية العقارية فيجب أن يستند إلى خارطة صحيحة، وعليه إذا لم يسبق تنظيم خارطة للعقار المطلوب تسجيله من قبل دائرة التسجيل العقاري يجب على الموظف الفني المختص (عضو لجنة تثبيت الملكية) القيام بمسح العقار موقعياً بحضور باقي أعضاء اللجنة وطالب التسجيل والمعتريين أن وجدوا، ويجوز للموظف المذكور القيام بمسح العقار وتنظيم خارطة له قبل موعد الكشف، على أن لا تصدق الخارطة بصورة نهائية ما لم تطبق على العقار موقعياً من قبل لجنة تثبيت الملكية، ويؤيد صحتها بمحضر تثبيت الملكية، وإذا وجدت اللجنة أن الخارطة غير مطابقة على العقار المطلوب تسجيله أو فيها أخطاء ونواقص، فيجب على الموظف الفني المختص تعديلها حسب الموقع، مع ملاحظة أن تنظيم الخارطة للعقار قبل موعد الكشف من شأنه تسهيل مهمة لجنة تثبيت الملكية من ناحية التسريع في إنجاز أعمالها ودرج المعلومات الفنية في محضر تثبيت الملكية، وما إلى ذلك من الأعمال التمهيدية، وأنّ هذا المسح التمهيدي لا يحتاج إلى تنظيم محضر كشف مستقل لأنه لا تستوفي الخارطة المستندة إليه شكلها النهائي إلا بعد تعزيزها بمحضر تثبيت الملكية وتأبيدها من قبل لجنة تثبيت الملكية^(١).

٣- أجراء التحقيقات موقعياً

نصت المادة (٢/٤٧) من قانون التسجيل العقاري على أنه (تقوم لجنة تثبيت الملكية بالتحقيق موقعياً عن الحائز ومدة حيازته وسببها، و الاستماع إلى البيّنات وتدقيق جميع المستندات المبرزة من قبل طالب التسجيل والمعتري أيضاً أن وجد، و الاستماع إلى المجاورين إذا اقتضت الحاجة). ويتضح من هذا النص أن على لجنة تثبيت الملكية إجراء التحقيقات موقعياً عن الحائز ومدة حيازته وسببها^(٢)، إذ يجب أن تتوافر الشروط القانونية التي حددتها المادة (٤٤) من قانون التسجيل العقاري، وهي أن تكون حيازة طالب التسجيل صحيحة وهادئة وظاهرة غير خفية، مع تمتع الحائز بحسن النية، وأن تكون مدتها لا تقل عن (١٥) خمس عشرة سنة متصلة، مع التأكد من مسألة ضم حيازة السلف إلى

(١) مصطفى مجيد عزيز، مصدر سابق، ص ٤٢٣ - ٤٢٤.

(٢) سبق وأن بيّنا بشكل مفصل الشروط الواجب توافرها في طالب التسجيل المجدد، وذلك في الفرع الثاني من المطلب الثاني من المبحث الأول من هذا الفصل، وإليه نحيل منعاً للتكرار.

الفصل الأول / دور وضع اليد في تملك العقار

الخلف بحسب ما يتطلبه القانون، وأن يستند غالباً إلى أحد الأسباب كالبيع والهبة والميراث، وهذا بالفعل ما تسير عليه لجنة تثبيت الملكية عند إصدار قرارها.

وتطبيقاً لذلك نذكر قرار لجنة تثبيت الملكية في قضاء المسيب الصادر عام (٢٠١٨) حيث جاء فيه (بناءً على ما جاء في محضر تثبيت الملكية المؤرخ في (٢٣/٥/٢٠١٨) والمنظم بشأن العقار المرقم (٢٥٦/ أم الصخول) والمستغل من قبل طالبة التسجيل المجدد (ف، م، ح) والبالغ مساحته (٢١ و ٧٠ م^٢)، ونتائج التحقيق المبينة فيه والذي ثبت من خلاله أن الشروط القانونية في طلب طالبة التسجيل المجدد، حيث تبين من خلال الاستماع للبيّنة الشخصية التي أحضرتها طالبة التسجيل المجدد أن حيازة طالبة التسجيل المجدد للعقار المرقم (٢٥٦/ أم الصخول) حيازة هادئة ومستمرة وغير منقطعة، إضافة إلى أنها حيازة ظاهرة وغير خفية ولم تحصل لها معارضة، وقد بينّ الشهود ومختار المنطقة أن طالبة التسجيل المجدد تستغل العقار موضوع طلب التسجيل المجدد مدة تزيد عن أربعين سنة، عليه... قررت تثبيت عائدة العقار...^(١)).

كما يجب على لجنة تثبيت الملكية التأكد من كون طالب التسجيل المجدد عراقي الجنسية، لأن المادة (٢/٤٤) من قانون التسجيل العقاري نصت على عدم جواز تسجيل العقار مجدداً بأسم أجنبي إلا بالاستناد إلى قرار قضائي حائز درجة البتات^(٢).

(١) قرار لجنة تثبيت الملكية في قضاء المسيب، بالعدد (٢ / تسجيل مجدّد / ٢٠١٨) في (٢٤ / ٥ / ٢٠١٨).

(٢) ثم جاءت تعليمات التسجيل الإلزامي الشامل للعقارات غير المسجلة رقم (١) لسنة ١٩٨٦ لتبيّن آلية تسجيل العقار مجدداً بأسم الأجنبي وكما يأتي :-

- المادة (أحدي وعشرون) جاء فيها : (١- اذا تبين لدى لجنة تثبيت الملكية ان مدعي الملكية الحائز للعقار من رعايا دولة اجنبية تمهله اللجنة مدة شهر واحد لغرض إقامة الدعوى لدى محكمة بداءة موقع العقار على وزير المالية وفقاً لما تقضي بذلك المادة (٦) من قانون تملك الاجنبي العقار في العراق رقم ٣٨ لسنة ١٩٦١ المعدل والمادة (٤٤) من قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ المعدل ٢٠ - يتم إعلان الحكم الصادر من محكمة البداءة وفق ما تقضي بذلك المادة (٤٩) من قانون التسجيل العقاري اعلاه وبموجب نموذج التسجيل العقاري رقم (٢٦ تسجيل عقاري) ويخضع لطرق الطعن الاعتيادية في قانون المرافعات).

- كما نصت المادة (اثنتان وعشرون) على أنه (اذا لم يرد اشعار الى دائرة التسجيل العقاري المختصة خلال المهلة المبينة في المادة احدى وعشرون من هذه التعليمات يعتبر مدعي الملكية عاجزا عن اثبات ملكيته للعقار وتنظم لجنة تثبيت الملكية محضرا بذلك وبموجبه يصدر رئيس اللجنة قرارا بالتسجيل بأسم أمانة العاصمة او باسم وزارة المالية حسب موقع العقار).

الفصل الأول / دور وضع اليد في تملك العقار

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة أستاناف ميسان الاتحادية بصفتها التمييزية في قرارها الصادر عام (٢٠١٦) بأنه (...ولدى عطف النظر على القرار المميز وجد أنه غير صحيح ومخالف للقانون، حيث أن من شروط تطبيق أحكام التسجيل المجدد أن يكون طالب التسجيل المجدد أو الحائز عراقي الجنسية، ويستفاد ذلك من المفهوم المخالف لنص الفقرة (٢) من المادة (٤٤) من قانون التسجيل العقاري...) (١).

وتوجب المادة (٢/٤٧) على لجنة تثبيت الملكية تبليغ المعارضين بالحضور وسماع ما لديهم من بيانات بخصوص اعتراضهم من أجل الوصول إلى القرار السليم، وبخلاف ذلك فإن قرارها سيكون عرضة للنقض متى ما طعن به لدى المحكمة المختصة.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة أستاناف بابل الاتحادية بصفتها التمييزية في قرارها الصادر عام (٢٠٢٢) بنقض قرار لجنة تثبيت الملكية في الكفل، حيث جاء فيه (...ولدى عطف النظر على القرار المميز وجد أنه لا زال غير صحيح ومخالف للقانون ذلك أن لجنة تثبيت الملكية لم تتبع ما ورد بالقرار التمييزي... حيث أنها باشرت بإجراءات التسجيل المجدد بعد قرار النقض دون تبليغ المعارضين وسماع ما لديهم من بيانات بخصوص اعتراضهم، سيما وأن بيّنت طالب التسجيل وفي محضر الكشف أشارت إلى موضوع سكن مورثي المعارضين في العقار سابقاً...) (٢).

٤ - تنظيم المحضر

نصت المادة (٣/٤٧) من قانون التسجيل العقاري على أنه (تنظم اللجنة محضراً يثبت فيه نتيجة التحقيق بالملكية مع أوصاف العقار والحقوق له أو عليه وتأشيرها على الخارطة وتقدير قيمته، ويوقع المحضر في موقع الكشف من قبل أعضاء اللجنة وللعضو المخالف تثبيت مخالفته وعند تساوي الآراء يرجح الجانب الذي فيه الرئيس).

بعد الانتهاء من الإجراءات السابقة والتأكد من توافر الشروط التي تطلبها القانون من حيث كون العقار مسجل أو في حكم غير المسجل، وتوافر الحيابة الصحيحة و اكتمال مدتها، وبعد الاطلاع على المستندات والبيانات، تنظم اللجنة محضراً بالنتائج التي توصلت إليها، مع أوصاف العقار وما له وما عليه من حقوق وتأشير ذلك على الخارطة، والقيام بتقدير قيمة العقار، ويوقع المحضر من قبل أعضاء اللجنة

(١) قرار محكمة أستاناف ميسان الاتحادية / بصفتها التمييزية / بالعدد (١٩ / مجد / ت / ٢٠١٦). في (٢٠١٦/٥/٢).
(٢) قرار محكمة أستاناف بابل الاتحادية / بصفتها التمييزية، بالعدد (٢/١ / ت / سجيل مجد / ٢٠٢٢). في (١٦ / ٢٠٢٢/١).

الفصل الأول / دور وضع اليد في تملك العقار

عند موقع الكشف على العقار، وعلى العضو المخالف تثبيت مخالفته في المحضر، وفي حالة تساوي الآراء بشأن قبول طلب التسجيل أو رفضه يرجح الجانب الذي فيه رئيس اللجنة^(١).

ويحق لكل واحد من أعضاء لجنة تثبيت الملكية تدوين ما لديه من الملاحظات في محضر تثبيت الملكية بصورة واضحة، وإذا أمتنع أحد الأعضاء عن توقيع المحضر أو عن تدوين شرح المخالفة - إذا كان مخالفاً -، يجب تدوين الواقعة في المحضر من قبل رئيس اللجنة، ويُعد العضو المذكور موقعاً على المحضر حكماً بصفة مخالف، أما إذا كان لكل عضو رأي يخالف رأي الأعضاء الآخرين، ولم تتمكن اللجنة من الاتفاق فيما بينها على تنظيم وتوقيع المحضر بالأكثرية، فيجب تأجيل الكشف وتثبيت هذه الواقعة في محضر خاص لعرضه على مدير التسجيل العقاري للمساهمة في إيجاد الحلول المناسبة، على أن يبلغ طالب التسجيل والمعترضين بموعد الكشف الجديد من دون حاجة إلى نشر إعلان طلب التسجيل مجدداً^(٢).

ولا يجوز إجراء أي تغيير أو تعديل في محضر تثبيت الملكية بعد توقيعه من قبل اللجنة باستثناء الأخطاء المادية كتعديل أرقام وتواريخ بعض المستندات إذا كانت قد ثبتت فيه بصورة مغلوطة، أو غير ذلك من الأخطاء المادية التي لا تتعلق بالحيازة ومدتها، كما لا يجوز الاعتراض على المعلومات المدونة في المحضر بعد صدوره وتوقيعه، غير أنه يجوز لطالب التسجيل الاعتراض على القيمة المقدرة دون المعلومات الأخرى وذلك قبل دفع الرسم، وينظر في اعتراضه هذا وفقاً لأحكام المادة (٩٥)^(٣)، من قانون التسجيل العقاري^(٤).

(١) د. عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ص ٢٠٠ - ٢٠١.

(٢) مصطفى مجيد عزيز، مصدر سابق، ص ٤٢٧.

(٣) وبالرجوع إلى المادة (٩٥) من قانون التسجيل العقاري نجدها تنص على أنه: (١- يحق لدائرة التسجيل العقاري ولطالب التسجيل أو المتعاقدين أو غيرهم من أصحاب الحقوق العينية الأصلية في العقار الاعتراض على المعلومات الواردة في محضر الكشف قبل تسجيل المعاملة. ٢- يجوز إعادة الكشف بموافقة مدير دائرة التسجيل العقاري من قبل لجنة خاصة تؤلف برئاسته أو من يخوله على أن لا يكون رئيس اللجنة عضواً في الكشف المعترض عليه وعضوية ممثل عن وزارة المالية وممثل عن المعترض ويعتبر قرارها نهائياً).

(٤) مصطفى مجيد عزيز، مصدر سابق، ص ٤٢٧-٤٢٨.

الفصل الأول / دور وضع اليد في تملك العقار

المطلب الثاني

قرار التسجيل المجدد

لا يصدر القرار بتثبيت الملكية بأسم طالب التسجيل المجدد أو رفض طلبه، إلا بعد أستيفاء جميع الإجراءات السابقة سواء تلك التي تُعد من اختصاص دائرة التسجيل العقاري أو لجنة تثبيت الملكية، مع ضرورة توافر الشروط التي تطلبها القانون، ويتولى إصدار القرار قاضي محكمة البداء بوصفه رئيساً للجنة تثبيت الملكية، غير أن صدور القرار لا يعني أنه أصبح باتاً بل نص القانون على إمكانية الطعن به أمام محكمة استئناف المنطقة بصفتها التمييزية.

وإذا كان الأصل أن ينصب اهتمام أو عمل المحكمة المختصة على تدقيق القرار والتأكد من مدى مطابقته الشروط التي تطلبها القانون من عدمها، إلا أن بعضاً من هذه المحاكم ترفض أي قرار يصدر بالتسجيل المجدد الاختياري سواء كان مطابقاً للشروط القانونية أو مخالفاً لها، بحجة أن التسجيل المجدد الاختياري للعقارات غير المسجلة أنتهى العمل به في حينه، وذلك بعد مرور مدة السنة التي حددها قانون التعديل الأول لقانون التسجيل العقاري رقم (١٨١) لسنة (١٩٨٠)، وما أعقبه من صدور لقرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم (٥٢٩) لسنة (١٩٨٢) النافذ حالياً، وبذلك ساد القضاء العراقي اتجاهين في هذا الشأن، أحدهما يقبل بقرارات التسجيل المجدد ويبحث في مدى مطابقتها للشروط، والآخر يرفضها رفضاً قاطعاً، ولكل منهم مبرراته القانونية.

وبناءً على ما تقدم سنقسم هذا المطلب على فرعين، نخصص الفرع الأول لصدور قرار التسجيل المجدد، في حين نبين في الفرع الثاني موقف محاكم الاستئناف بصفتها التمييزية من قرار التسجيل المجدد.

الفصل الأول / دور وضع اليد في تملك العقار

الفرع الأول

صدور قرار التسجيل المجدد

نظمت المواد (٤٨ - ٤٩ - ٥٠) من قانون التسجيل العقاري، كيفية صدور قرار التسجيل المجدد، و إعلان هذا القرار بعد صدوره، ثم الطعن به، كما لا بد لنا أن نبين كيفية تنفيذ هذا القرار أو تسجيله، وعليه ولغرض تبسيط دراسة هذا الفرع وإيضاح مضمونه على أفضل وجه سنتولى تقسيمه على أربع فقرات، نخصص الفقرة الأولى لكيفية صدور القرار، والثانية لإعلان هذا القرار، أما الثالثة فتكون للطعن به، في حين نخصص الفقرة الرابعة لتنفيذ القرار أو تسجيله.

أولاً / كيفية صدور القرار

نصت المادة (٤٨) من قانون التسجيل العقاري على أنه (يصدر رئيس لجنة تثبيت الملكية قراره بتثبيت العائدية أو رفض طلب التسجيل بالاستناد إلى محضر تثبيت الملكية).

ومن خلال الاطلاع على الواقع العملي والزيارات الميدانية^(١) وجدنا أن معاملة التسجيل المجدد بما فيها محضر تثبيت الملكية تصبح في حوزة رئيس اللجنة عند انتهاء الكشف وتنظيم المحضر، ورئيس اللجنة هو قاضي بداءة المنطقة التي يقع العقار أو الأسهم غير المسجلة ضمن منطقة أعمالها^(٢)، ويتولى إصدار قراره في أحد الأمرين، أما بتثبيت العائدية بأسم طالب التسجيل المجدد أو رفض طلبه، وذلك كله بالاستناد إلى محضر تثبيت الملكية بما يحويه من أدلة ومستندات وبيانات سواء من جهة طالب التسجيل أو المعارضين.

فإذا تأيد لرئيس اللجنة - قاضي البداءة - توافر الشروط التي تطلبها القانون ومنها كون العقار غير مسجل أو في حكم غير المسجل في دائرة التسجيل العقاري، مع حيالة قانونية صحيحة مقترنة بحسن النية ومدة لا تقل عن خمس عشرة سنة، فعندها يصدر قراره بتثبيت العائدية بأسم طالب التسجيل المجدد. وتطبيقاً لذلك نذكر قرار قاضي محكمة بداءة الكفل الصادر عام (٢٠٢٠) وفق إستمارة معدة من قبل مديرية التسجيل العقاري (نموذج رقم ٢٠)، الذي نصه ما يأتي : (أستناداً إلى محضر كشف تثبيت الملكية المؤرخ في (٢٧/٣/٢٠٢٠) الخاص بالعقار المرقم (٢٣٦ الكفل) ونتائج التحقيق المبينة فيه و أستناداً للصلاحيات المخولة لي بموجب المادة (٤٨) من قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة

(١) سواء زيارتنا لمحاكم البداءة أو دوائر التسجيل العقاري.

(٢) المادة (٢/٤٦) من قانون التسجيل العقاري، سابق الإشارة إليها.

الفصل الأول / دور وضع اليد في تملك العقار

(١٩٧١) المعدل، قررت تثبيت تمام عائدة العقار أعلاه بأسم (ح. ج. ع) و إعلان هذا القرار لمدة ثلاثين يوماً وفقاً لأحكام المادة (٤٩) من القانون المذكور^(١).

أما إذا ثبت تخلف أحد الشروط أو بعضاً منها، يقرر رئيس اللجنة رفض طلب التسجيل المجدد، ونذكر تطبيقاً لذلك قرار قاضي محكمة بداءة كربلاء الصادر عام (٢٠١٦) حيث جاء فيه (...فقد لاحظت اللجنة من خلال تحقيقاتها وسؤالها لأصحاب العقارات المجاورة من كبار السن بأن طالب التسجيل غير حائز للعقار وغير ساكن فيه، وبالتالي فقد أنعدم أهم ركن من أركان التسجيل، وتأسيساً على ما تقدم فإن طلب التسجيل للعقار لا يستند إلى أساس قانوني سليم كونه غير حائز حيازة قانونية سليمة، أي أن طالب التسجيل قد فقد الحيازة بسبب صحيح، والسبب الصحيح هو (الأرث والوصية والعقد، الهبة، البيع / م ١١٥٨ مدني)، كون الغاية من التسجيل المجدد هو إثبات حق الملكية بأسم صاحبه الحقيقي في السجل العقاري و إصدار السند له وفق أحكام المادة (٤٣/١) من قانون التسجيل العقاري، لكون حق الملكية من أهم الحقوق العينية وأوسعها نطاقاً وهي الأصل وباقي الحقوق متفرعة عنها أو مشتقة منها (م ٦٨ مدني)، وبالتالي يحتاج إلى إثباتها أدلة يقينية وقطعية وجازمة وليس أدلة ضعيفة أو أدعاء مجرد، عليه و تأسيساً لما تقدم و أستناداً للصلاحيات المخولة لنا بموجب أحكام المادة (٤٨) من قانون التسجيل العقاري، قررت رفض طلب التسجيل المجدد، لطالب التسجيل (أ، ع، ل، م)، لعدم وجود حيازة فعلية، وقد شابها الغموض وعدم الوضوح (م ١١٤٦ مدني)، وسارت على غير المسار الذي رسمه المشرع، وصدر القرار أستناداً لأحكام المواد (٤٣ - ٤٤ - ٤٦ - ٤٨) من قانون التسجيل العقاري، والمواد (٦٨ - ١١٤٥ - ١١٤٦ - ٣/١١٥٨) من القانون المدني^(٢).

ثانياً / إعلان القرار

نصت المادة (٤٩) من قانون التسجيل العقاري على أنه (يعلن القرار لمدة ثلاثين يوماً بالطريقة نفسها المبينة في الفقرة (٣) من المادة (٤٥) وتبلغ وزارة المالية والوحدة الإدارية (البلدية) بنسخة منه). بعد صدور القرار من قبل رئيس لجنة تثبيت الملكية على وفق المادة (٤٨)، سابق الإشارة إليها، سواء بتثبيت العائدية بأسم طالب التسجيل أو برفض طلبه بعد التحقق من توافر الشروط من عدمها، لابد من إعلان هذا القرار على وفق ما نصت عليه المادة (٤٩) و بالطريقة نفسها المبينة في المادة (٣/٤٥) من

^(١) قرار رئيس لجنة تثبيت الملكية في محكمة بداءة الكفل، بالعدد (٥/ مجدد / ٢٠١٨). في (٢٠٢٠/٢/٢٦)

^(٢) قرار لجنة تثبيت الملكية في كربلاء المقدسة بشأن العقار تسلسل (١٢١٢/ عباسية)، في ٢٠١٦/٣/٦.

الفصل الأول / دور وضع اليد في تملك العقار

القانون نفسه - قانون التسجيل العقاري - أي أن يكون الإعلان في صحيفتين محليتين إن وجدت وإلا ففي الصحف التي تصدر بالأماكن القريبة أو التي تصدر في العاصمة^(١)، وعلى الرغم من أن مدة الإعلان واحدة في الحالتين وهي (٣٠) ثلاثين يوماً، إلا أن الغاية مختلفة، حيث أن غاية الإعلان الأول هي دعوة كل من له علاقة أو حقوق على العقار محل التسجيل تقديم ما لديه من بيانات إلى دائرة التسجيل العقاري، أما غاية الإعلان الثاني فهي لغرض الطعن في القرار الصادر عن رئيس لجنة تثبيت الملكية القاضي بتثبيت الملكية أو رفض الطلب. كما يجب تبليغ وزارة المالية والوحدة الإدارية (البلدية) بنسخة من القرار المعلن.

وتطبيقاً لذلك أصدر قاضي محكمة بداءة المسيب بوصفه رئيساً للجنة تثبيت الملكية قراره في عام (٢٠٢٠) والذي جاء فيه (بناءً على ما جاء في محضر تثبيت الملكية المؤرخ (١٥/١٢/٢٠٢) والمنظم بشأن العقار المرقم (١٩٨/ البو حمدان) والمستغل من قبل طالب التسجيل المجدد (ح، م، أ) والبالغ مساحته (أولك وخمسة وثلاثون متر مربع وخمسون سنتمتر)، ونتائج التحقيق المبينة فيه والذي ثبت من خلاله أن الشروط القانونية في طلب طالبة التسجيل المجدد متوفرة، حيث تبين ومن خلال الاستماع للبيّنة الشخصية التي أحضرها طالب التسجيل المجدد، أن حيازة طالب التسجيل المجدد للعقار (١٩٨/ البو حمدان) حيازة هادئة ومستمرة وغير منقطعة فضلاً عن أنها حيازة ظاهرة وغير خفية ولم تحصل لها معارضة، وقد بينّ الشهود ومختار المنطقة أن طالب التسجيل المجدد يسكن العقار موضوع طلب التسجيل المجدد مدة تزيد على خمس وعشرين سنة، عليه و أستناداً إلى الصلاحية المخولة لنا بمقتضى المادة (٤٨) من قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة (١٩٧١) المعدل، عليه قررت تثبيت عائدة العقار المشار إليه أعلاه لطالب التسجيل المجدد (ح، م، أ)، و إعلان هذا القرار في صحيفتين محليتين و لمدة ثلاثين يوم تبدأ من اليوم التالي لنشر الإعلان، وتبليغ مديرية عقارات الدولة في بابل و الأوقاف والبلدية ومديرية التسجيل العقاري في المسيب بنسخة منه، قراراً قابلاً للطعن أمام محكمة أستاناف بابل

^(١) حيث نصت المادة (٣/٤٥) من قانون التسجيل العقاري على أنه (يعلن طلب التسجيل المجدد مرة واحدة في صحيفتين محليتين ان وجدت والا ففي الصحف التي تصدر بالأماكن القريبة او التي تصدر في العاصمة يطلب فيه ممن له علاقة او حقوق تقديم ما لديه من بيانات الى دائرة التسجيل العقاري المختصة وذلك خلال ثلاثين يوماً والحضور في موقع العقار في الساعة العاشرة صباحاً من اليوم التالي لانتهاؤ مدة الاعلان ويجب الصاق نسخ من الاعلان في موقع العقار وفي لوحة الاعلانات وتزود دوائر المالية والاوقاف والبلديات بنسخة منه).

الفصل الأول / دور وضع اليد في تملك العقار

الاتحادية خلال مدة الإعلان، وصدر القرار وفق المواد (٤٩ - ٥٠) من القانون أعلاه وأفهم علناً في (٢٠٢٠/١٢/١٦)^(١).

وإذا لم تُراعِ لجنة تثبيت الملكية حكم المادة (٤٩) من قانون التسجيل العقاري فأن حكمها سيكون عرضة للنقض إذا ما طعن به أمام محكمة الاستئناف، وهذا ما قضت به محكمة أَسْتئناف القادسية الاتحادية بصفتها التمييزية في قرار لها صادر عام (٢٠٢١) حيث جاء فيه (...كان القرار المميز قد صدر بتاريخ (٢٠٢١/٥/٣٠) ونشر في صحيفتين محليتين يوميتين بتاريخ (٢٠٢١/٦/١) وأن الطعن التمييزي قدم بتاريخ (٢٠٢١/٦/٢٤) وبالتالي يكون الطعن مقدماً ضمن المدة القانونية، ولدى تدقيق القرار المميز فقد لوحظ أنه غير صحيح، ومخالف للقانون... كما لوحظ عدم تبليغ وزارة المالية والوحدة الإدارية بنسخة من الإعلان طبقاً لنص المادة (٤٩) تسجيل عقاري...)^(٢).

ثالثاً / الطعن في القرار

نصت المادة (٥٠) من قانون التسجيل العقاري على أنه (يجوز الطعن بقرار تثبيت العائدية أو رفض طلب التسجيل لدى محكمة أَسْتئناف المنطقة خلال مدة إعلان القرار، ويعتبر قرار المحكمة بهذا الشأن قطعياً).

يفهم من هذا النص أن قرار لجنة تثبيت الملكية القاضي بتثبيت العائدية بأسم طالب التسجيل أو رفض طلبه، قابلاً للطعن به أمام محكمة أَسْتئناف المنطقة بصفتها التمييزية، وأن قرارها بهذا الشأن يكون قطعياً، ومن ثم لا يجوز الطعن فيه بطريق تصحيح القرار التمييزي، ويكتسب قرار لجنة تثبيت الملكية الدرجة القطعية بإحدى الطريقتين، الأولى بمرور مدة الطعن القانونية التي حددتها المادة (٤٩) من قانون التسجيل العقاري - سابق الإشارة إليها - وهي مرور ثلاثين يوماً من اليوم التالي لتاريخ نشر الإعلان (بعد صدور قرار اللجنة) في الصحف من دون أن يطعن به أحد، أما الطريقة الثانية فهي بتصديق القرار تمييزاً إذا ما طعن به أمام محكمة أَسْتئناف المنطقة بصفتها التمييزية.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة أَسْتئناف بغداد / الرصافة الاتحادية بصفتها التمييزية في قرارها الصادر عام (٢٠١٨) الذي جاء فيه (...أن الطعن التمييزي يتعلق بالقرار الصادر بتاريخ (٢٠١٦/٦/٥) وقد طعن به بالعريضة المؤرخة في (٢٠١٨/٥/٣)، وبذلك يكون الطعن التمييزي مقدماً بعد فوات المدة

(١) قرار لجنة تثبيت الملكية في قضاء المسيب، بالعدد (١/ تسجيل مجدد / ٢٠٢٠) في (٢٠٢٠/١٢/١٦).

(٢) قرار محكمة أَسْتئناف القادسية الاتحادية / بصفتها التمييزية، بالعدد (١٠٥ / ح / مجدد / ٢٠٢١). في (٢٠٢١/٧/١٢).

الفصل الأول / دور وضع اليد في تملك العقار

القانونية البالغة (٣٠) ثلاثين يوماً أستاذاً لأحكام المادة (٥٠) من قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة (١٩٧١) المعدل، وحيث إنَّ مدد الطعن حتمية يترتب على عدم مراعاتها وتجاوزها سقوط الحق بالطعن...^(١).

وبما أن القانون لا يسمح أن يقدم الطعن أمام المحكمة المختصة بعد فوات مدته، فإنه لا يسمح كذلك بأن يقدم قبل بدء سريان تلك المدة، التي حُدَّت بثلاثين يوماً من اليوم التالي لنشر أو إعلان القرار المطعون فيه، وعدَّ ذلك مخالفاً لما أوجبه القانون، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة أَسْتِنَاف البصرة الاتحادية بصفتها التمييزية في قرارها الصادر عام (٢٠١٥) بأنه (...وحيث أن الطعن بقرار تثبيت العائدية أو رفض طلب التسجيل المجدد يكون خلال مدة إعلان القرار أستاذاً لأحكام المواد (٤٩ و ٥٠) من قانون التسجيل العقاري، وحيث إنَّ القرار صدر بتاريخ (٢٠١٤/١١/٣) ونشر الإعلان في صحيفتين محليتين بتاريخ (٢٠١٤/١٢/٢١) وأن الطعن التمييزي قدم بتاريخ (٢٠١٤/١٢/٤) أي أنه قدم قبل الإعلان بالنشر خلافاً لما أوجبه القانون، عليه قرر رد الطعن التمييزي شكلاً...^(٢).

كما أكد القضاء على إنَّ الطعن في قرار لجنة تثبيت الملكية يقتصر على محكمة الأَسْتِنَاف بصفتها التمييزية، ومن ثم لا يجوز الطعن بتصحيح القرار التمييزي أستاذاً لنص المادة (٥٠) من قانون التسجيل العقاري، وهذا ما قضت به محكمة أَسْتِنَاف بابل الاتحادية بصفتها التمييزية في قرارها الصادر عام (٢٠٠٦) الذي جاء فيه (لدى التدقيق والمداولة وجد أن أحكام المادة (٥٠) من قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة (١٩٧١) المعدل أجازت الطعن بقرار تثبيت العائدية أو رفض طلب التسجيل لدى محكمة الأَسْتِنَاف بصفتها التمييزية ويعتبر قرارها قطعياً، لذا قرر رد طلب التصحيح وقيد التأمينات إيراداً للخزينة...^(٣).

رابعاً / تنفيذ القرار أو تسجيله

بعد اكتساب قرار لجنة تثبيت الملكية لدرجة البتات، سواء بمضي مدة الطعن التي حددها القانون بثلاثين يوماً دون أن يطعن به أحد، أو بتصديقه من قبل محكمة أَسْتِنَاف المنطقة بصفتها التمييزية عند

^(١) قرار محكمة أَسْتِنَاف بغداد / الرصافة الاتحادية / بصفتها التمييزية، بالعدد (٤٦٩ / م / ٢٠١٨)، في (٢٠١٨/٧/٣).

^(٢) قرار محكمة أَسْتِنَاف البصرة الاتحادية / بصفتها التمييزية، بالعدد (٥٩ / مرفعات / ٢٠١٥) في (٢٠١٥/٢/١٠).

منشور على الموقع الإلكتروني لمحكمة التمييز الاتحادية. تاريخ الزيارة (٢٠٢١/١١/٢٤) WWW.hjc.ig

^(٣) قرار محكمة أَسْتِنَاف بابل الاتحادية / بصفتها التمييزية، بالعدد (١٣٤ / ت / متفرقة / تصحيح / ٢٠٠٦)، في (٢٠٠٦/١٠/٣).

الفصل الأول / دور وضع اليد في تملك العقار

الطعن به، لا بد من تنفيذ هذا القرار، وتنفيذه يكون بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري المختصة، وذلك بعد إرسال كتاب من قبل قاضي محكمة البداية المختصة بوصفه رئيساً للجنة تثبيت الملكية، إلى تلك الدائرة - التسجيل العقاري - مرفقاً به إضارة العقار ومحضر الكشف وصحيفتين محليتين وقرار تثبيت العائدية مكتسب درجة البتات يقضي بتسجيل العقار بأسم طالب التسجيل المجدد.

وتطبيقاً لذلك نذكر هنا كتاب محكمة بداءة المسيب الصادر عام (٢٠٢١) والموجه إلى مديرية التسجيل العقاري في المسيب لغرض تسجيل العقار بأسم طالب التسجيل المجدد، حيث جاء فيه (كتابكم المرقم (٣٧٣٣) في (٢٠٢٠/١١/١٦) نرفق لكم طياً إضارة العقار المرقم (١٩٨ / البو حمدان) بكافة محتوياتها، مع قرار تثبيت العائدية بالعدد (١/ تسجيل مجد / ٢٠٢٠) المؤرخ (٢٠٢٠/١٢/١٦) المتضمن تثبيت عائدية العقار المرقم (١٩٨ / البو حمدان) بأسم طالب التسجيل المجدد (ح، م، أ) والمنشور في صحيفة الشرق بالعدد (٣٤٥٢) في (٢٠٢١/٢/١) وصحيفة العراق الإخبارية بالعدد (١٣٣٦) في (٢٠٢١/٢/١)، و لأكتساب القرار الدرجة القطعية، عليه قرر تسجيل العقار المرقم (١٩٨ / البو حمدان) البالغة مساحته أولك وخمسة وثلاثون متر وخمسون سم^٢ بأسم طالب التسجيل المجدد (ح، م، أ) وفق التفاصيل أعلاه، لأتخاذ ما يلزم وأعلامنا مع التقدير^(١).

وقد بينت تعليمات التسجيل الأُلزامي الشامل للعقارات غير المسجلة رقم (١) لسنة (١٩٨٦)، كيفية تسجيل العقار بأسم طالب التسجيل عند أنتهاء الإجراءات، وفرت بين فيما إذا كان عراقياً أم عربياً أم أجنبياً، وهل يثبت ذلك بالاستناد إلى قرار لجنة تثبيت الملكية المكتسب درجة البتات بعد المرور بإجراءات التسجيل المجدد، أم بإقامة دعوى مباشرة أمام محكمة البداية و الحصول على حكم مكتسب درجة البتات، حيث نصت المادة (الثلاثة والعشرون) من هذه التعليمات على أنه :- (١) - يستند في التسجيل المجدد بأسم العراقي أو بأسم رعايا الدول العربية إلى قرار تثبيت الملكية المكتسب درجة البتات^(٢). ٢ - يستند في

(١) كتاب محكمة بداءة المسيب، بالعدد (١ / تسجيل مجد / ٢٠٢٠)، في (٢٠٢١/٣/٨).

(٢) مع ملاحظة أن إجراءات تسجيل العقار مجدداً بأسم ((رعايا الدول العربية)) تختلف عن تلك المشار إليها سابقاً بشأن العراقي، كما تختلف عن تلك التي سنشير إليها لاحقاً بشأن الأجنبي ;

- حيث نصت المادة (التاسعة عشر) من تعليمات رقم (١) لسنة (١٩٨٦) على أنه (تستحصل الموافقات التالية بشأن التسجيل المجدد بأسم العربي : ١- موافقة وزارة الداخلية ومصادقة وزارة العدل على التسجيل بالنسبة للمقيم اقامة دائمة في العراق وفق احكام القانون رقم ٧٢ لسنة ١٩٧٨ وتعليمات وزارة الداخلية رقم ١ لسنة ١٩٥٩ دون حاجة لتوفر مبدأ المقابلة بالمثّل. ٢- موافقة وزارة الداخلية ومصادقة وزارة العدل لمن لا يتوفر فيهم شرط الإقامة الدائمة وفقاً لاحكام القانون رقم ٥

الفصل الأول / دور وضع اليد في تملك العقار

التسجيل المجدد بأسم الأجنبي إلى الحكم الصادر من محكمة البداية في موقع العقار المكتسب درجة البتات^(١). مع ملاحظة أن جواز تملك الاجنبي للعقار بصورة عامة قد وقف العمل به في العراق بموجب قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم (٢٣) لسنة ١٩٩٤.

وبعد ورود إضبارة التسجيل المجدد إلى دائرة التسجيل العقاري المختصة، مرفقة بقرار لجنة تثبيت الملكية المكتسب درجة البتات لغرض تسجيل العقار بأسم طالب التسجيل، لا بد من إحالة المعاملة قبل التسجيل إلى^(٢) :

١ - لجنة الكشف والتقدير:- وهي اللجنة المشكلة بموجب قانون تقدير قيمة العقار ومنافعه رقم (٨٥) لسنة (١٩٧٨)، لغرض تقدير القيمة الحقيقية للعقار ويجري احتساب رسم التسجيل البالغ (٢,٥%) من قيمة العقار المقدرة.

٢ - ضريبة العقار:- لا بد من إرسال المعاملة قبل التسجيل إلى دائرة ضريبة العقار لغرض تصديق المعاملة وفقاً لأحكام قوانين الضرائب.

٣ - أمانة بغداد أو البلدية :- كذلك لابد من تصديق المعاملة من قبل البلدية أو أمانة بغداد، تبعاً لموقع العقار، لأن العقار غالباً ما يكون مديناً لهذه الجهة بأجور معينة.

لسنة ١٩٥٥ وتعليمات وزارة العدل المبلغة بكتاب ديوان التدوين القانوني المرقم / ٥/٧٦ في ١٩٦٣/٧/٢٣ وبشروط توفر مبدأ المقابلة بالمثل.٣- يستثنى رعايا دولة الكويت من الاجراءات المنصوص عليها في الفقرتين (١ و ٢) (أعلاه).

- كما نصت المادة (العشرون) من ذات التعليمات على أنه (يصدر قرار تثبيت الملكية العائدية باسم العربي استناداً لمحضر تثبيت الملكية وبناء على موافقة الجهات المختصة على التسجيل بموجب المادة (تاسع عشر) من هذه التعليمات).

^(١) وقد بينت المادتان (الحادية والعشرون - و الثانية والعشرون) من هذه التعليمات رقم (١) لسنة (١٩٨٦) - إجراءات

تسجيل العقار بأسم ((الأجنبي))، حيث نصت المادة (الحادية والعشرون) على أنه : (١- اذا تبين لدى لجنة تثبيت

الملكية ان مدعي الملكية الحائز للعقار من رعايا دولة اجنبية تمهله اللجنة مدة شهر واحد لغرض إقامة الدعوى لدى

محكمة بداءة موقع العقار على وزير المالية وفقاً لما تقضي بذلك المادة (٦) من قانون تملك الاجنبي العقار في العراق رقم

٣٨ لسنة ١٩٦١ المعدل والمادة (٤٤) من قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ المعدل.٢- يتم إعلان الحكم

الصادر من محكمة البداية وفق ما تقضي بذلك المادة (٤٩) من قانون التسجيل العقاري اعلاه وبموجب نموذج التسجيل

العقاري رقم (٢٦) تسجيل عقاري) ويخضع لطرق الطعن الاعتيادية في قانون المرافعات).

- كما نصت المادة (الثانية والعشرون) على أنه (اذا لم يرد اشعار الى دائرة التسجيل العقاري المختصة خلال المهلة

المبينة في المادة الحادية والعشرون من هذه التعليمات يعتبر مدعي الملكية عاجزاً عن إثبات ملكيته للعقار وتتظم لجنة

تثبيت الملكية محضراً بذلك وبموجبه يصدر رئيس اللجنة قراراً بالتسجيل باسم أمانة العاصمة او باسم وزارة المالية حسب

موقع العقار).

^(٢) عبدالله غزاي سلمان الغزاوي، مصدر سابق، ص ٤٨.

الفصل الأول / دور وضع اليد في تملك العقار

وإذا ما تمت جميع الإجراءات السابقة، فعلى دائرة التسجيل العقاري أن تزود طالب التسجيل بالسند، لكن إذا كان طالب التسجيل يستند في حيازته إلى الأثر فهل سيسجل كامل العقار بأسمه ويصدر السند بناءً على ذلك أم يسجل بأسم جميع الورثة ؟ لقد أجابت عن هذا التساؤل المادة (٥٢)^(١) من قانون التسجيل العقاري، ثم جاءت تعليمات رقم (١) لسنة (١٩٨٦) لتبين لنا تفاصيل ذلك في المادة (السادسة عشر) منها التي تنص على أنه :-

(١) - إذا كان الحائز الحالي للعقار يستند في ملكيته إلى الأثر فإن حيازة أي من الورثة للعقار تكون لحساب جميع الورثة، ولا يجوز تثبيت الملكية لقسم منهم إلا إذا تنازل الورثة الآخرون لمصلحتهم لدى لجنة تثبيت الملكية. ٢- إذا تعذر على الورثة إبراز القسام الشرعي لمورثهم، فسيجري تثبيت الملكية بأسم الورثة جملة، ويتم التسجيل بهذه الكيفية في السجل العقاري، على أن لا يجري أي تسجيل لاحق على العقار إلا إذا تم إيداع القسام الشرعي إلى دائرة التسجيل العقاري ويسجل العقار بأسم الورثة).

أما إذا ثبت أن العقار غير المسجل مقسوم بين عدة شركاء قسمة فعلية وكان كل متقاسم يتصرف في القسم الذي أصابه مدة التقادم، فيسجل كل قسم من العقار بصورة مستقلة بأسمه على أن لا يتعارض ذلك مع التشريعات الخاصة بالتنظيمات البلدية، وإلا فيسجل عموم العقار مشاعاً بين الشركاء^(٢).

مع ملاحظة أنه إذا أقيمت دعوى أستيلاك بشأن العقار الخاضع لإجراءات التسجيل المجدد، فإنه يتم نزع ملكية العقار - المستملك - أستاناداً لأحكام قانون الأستيلاك رقم (١٢) لسنة (١٩٨١) المعدل النافذ، وإيداع مبلغ الأستيلاك في صندوق المحكمة ولا يجوز صرفه إلا بعد ثبوت عائدة العقار إلى المالك الحقيقي وفقاً لأحكام التسجيل المجدد، مع الأشعار إلى دائرة التسجيل العقاري لتنفيذ الحكم وتسجيل العقار بأسم المستملك بعد أكتسابه درجة البتات.

وهذا ما أشارت إليه المادة (١٧/ ثانياً) من قانون الأستيلاك التي تنص على أنه (إذا كان العقار المستملك غير مسجل، أو خاضعاً لمراسيم التأييد، فلا يجوز صرف بدل استملاكه إلى مدعي الملكية، إلا بعد ثبوت عائديته له، وفق القانون). كما نصت المادة (٢٧٠) من قانون التسجيل العقاري على أنه (١-)

^(١) حيث نصت المادة (٥٢) من قانون التسجيل العقاري على أنه (إذا كان طالب التسجيل المجدد يستند في طلبه إلى الإرث أو الانتقال فيجب أن يتم التسجيل بأسماء الورثة أو أصحاب حق الانتقال وتضاف مدة حيازة المورث إلى مدة حيازتهم ولا يجوز التسجيل بأسماء بعضهم ما لم يقرن ذلك بموافقة الآخرين أو أن تكون لدى طالب التسجيل مستندات أو وثائق تؤيد حقه في التسجيل على وجه الاستقلال).

^(٢) المادة (٥٤) من قانون التسجيل العقاري.

الفصل الأول / دور وضع اليد في تملك العقار

يجوز تسجيل الأستملاك للعقارات غير المسجلة أو الخاضعة لمراسيم التأييد على أن لا يصرف بدل استملاكها إلا بعد ثبوت عائديتها بموجب أحكام القانون ٢٠-٢. إذا أنصب الأستملاك على قسم من عقار غير مسجل فإن التسجيل ينحصر بالقسم المستملك ويؤجل تسجيل القسم الباقي بأسم من تثبت عائدية تمام العقار له).

وهذا ما قضت به محكمة بداءة كربلاء في قرارها الصادر عام (٢٠٢٢) الذي جاء فيه (...وتأسيس على ما تقدم وبالمطلب قررت المحكمة الحكم بنزع ملكية العقار المرقم (١٢٩٠/ باب النجف) أرضاً ومشيدات وتسجيله ملكاً صرفاً بأسم المستملك (العتبة الحسينية المقدسة)، لقاء بدل الأستملاك البالغ مقداره (سبعمئة وأثنان وستون مليون و أربعمائة وأثنى عشر ألف دينار)، يودع من قبل المستملك في صندوق المحكمة ولا يجوز صرفه إلى المستملك منه إلا بعد ثبوت عائدية العقار إلى المالك الحقيقي وفقاً للقانون، كونه خاضع لإجراءات التسجيل المجدد، والإشعار إلى دائرة التسجيل العقاري بتسجيل وتنفيذ الحكم بعد إيداع بدل الأستملاك و اكتساب الحكم درجة البتات، وتحميل المستملك الرسوم والمصاريف...^(١)).

وبقي لنا أن نتسأل هنا، ماذا لو تمت جميع الإجراءات وسجلت ملكية العقار أو الحق العيني الأصلي بأسم طالب التسجيل المجدد أستاذاً إلى قرار أو حكم قضائي بات، فهل سيكسب الحق من وقت التسجيل أم بأثر رجعي يترد إلى وقت بدء الحياة؟

للإجابة عن ذلك نشير بأنه لم يرد في قانون التسجيل العقاري نص يعالج هذه المسألة، مما يستدعي الرجوع إلى أحكام القواعد العامة وآراء الفقهاء، إذ يرى فقهاء القانون المدني أن كسب الحائز للحق يتم بأثر رجعي يستند إلى وقت بدء سريان التقادم لا إلى مجرد وقت تمامه، فيُعد الحائز مالاً للشئ المحوز من يوم بدء التقادم وليس فقط من يوم أكتمال مدته، ويترتب على ذلك ما يأتي^(٢) :-

١ - يمتلك الحائز جميع الثمار التي أنتجها الشئ خلال سريان التقادم بأعتبره مالاً لا بأعتبره حائزاً، ويترتب على ذلك أنه يكسب هذه الثمار سواء تلك التي تم قبضها أو التي لم يتم قبضها، وسواء كان حسن النية أم سيئها حين قبضها ن ولو لا هذه الملكية المستندة إلى الماضي لما كسب الثمار إلا بإعتبره حائزاً، والحائز لا يكسب من الثمار إلا ما تم قبضه وهو حسن النية.

^(١) قرار محكمة بداءة كربلاء، بالعدد (٢٧ / ب س / ٢٠٢٢). في (٢٦ / ٥ / ٢٠٢٢).

^(٢) د. محمد طه البشير و د. غني حسون طه، الحقوق العينية، ج ١، مصدر سابق، ص ٢٤٥.

الفصل الأول / دور وضع اليد في تملك العقار

٢- تبقى الحقوق العينية التي رتبها الحائز على الشيء أثناء مدة التقادم صحيحة بأعتبارها صادرة من مالك، على العكس من ذلك فإنّ الحقوق العينية التي كان المالك الحقيقي قد رتبها خلال تلك الفترة تسقط ولا يمكن الاحتجاج بها في مواجهة الحائز، بأعتبارها صادرة من غير مالك.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بفكرة الأثر الرجعي في العديد من قراراتها ومنها قرارها الصادر عام (٢٠٢٠) الذي جاء فيه (أنه إذا كسب الحائز ملكية عين بالتقادم فإنّ هذه الملكية تنتقل إليه لا من وقت أكتمال التقادم فحسب بل تنتقل إليه بأثر رجعي منذ بدء الحيازة التي أدت إلى التقادم فيعتبر مالكا لها طوال مدة التقادم، بحيث لو رتب المالك الأصلي خلال هذه المدة أو ترتب ضده خلالها حقوق عينية على العين، فإنّ هذه الحقوق متى أكتملت مدة التقادم لا تسري في حق الحائز)^(١).

الفرع الثاني

موقف محاكم الاستئناف من قرار التسجيل المجدد

بيّنا في الفرع السابق آلية صدور قرار التسجيل المجدد، وتطرقنا إلى إمكانية الطعن به أمام الجهة المختصة ألا وهي محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية، ويفترض أن يتحدد نطاق عمل هذه المحكمة بالتأكد من مدى ملائمة قرار لجنة تثبيت الملكية (المطعون به) للشروط التي تطلبها القانون من عدمها، لكن نجد بعضاً من محاكم الاستئناف ترفض القرار ابتداءً من دون الخوض في تفاصيله، وتكرر على الأفراد إمكانية تقديم طلبات التسجيل المجدد، وهذا الرفض يقابله موقف آخر لبعض محاكم الاستئناف يدعو لجان تثبيت الملكية إلى تقبل طلبات التسجيل المجدد وحسمها ثم تقضي محاكم الاستئناف تلك بتصديقها أو نقضها وفقاً للقانون، وهذه المواقف المتباينة لم تأت من فراغ وإنما بسبب الاختلاف في تفسير بعض من نصوص قانون التسجيل العقاري بعد تعديله بالقانون رقم (١٨١) لسنة (١٩٨٠)، وما أعقبه من صدور لقرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم (٥٢٩) لسنة (١٩٨٢) النافذ. ومن خلال الإطلاع على قرارات محاكم الاستئناف المختلفة أتضح لنا أن الاختلاف في تفسير النصوص يمثل مورد الاختلاف الحقيقي، لذا سنبين هذه النصوص أولاً، ثم نشير إلى التطبيقات المتباينة في ضوءها ثانياً.

^(١) قرار محكمة النقض المصرية، بالعدد (١٤٨٧٣ / ٨٩ / قضائية). في (٢٠٢٠/٢/١). منشور على موقع محكمة النقض. تاريخ الزيارة (٢٠٢١/١١/٢٧)

الفصل الأول / دور وضع اليد في تملك العقار

أولاً / أسباب الخلاف

جاء القانون رقم (١٨١) لسنة (١٩٨٠)^(١) قانون التعديل الأول لقانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة (١٩٧١) النافذ، بالعديد من التعديلات الهامة^(٢)، وبقدر تعلق الأمر بموضوع الفرع مدار البحث لابد من الإشارة إلى المادتين (٤٣ مكررة و ٥٠ مكررة) من هذا التعديل .

حيث نصت المادة (٤٣ / مكررة) على أنه :-

١- على كل شخص حاز على عقار غير مسجل أو سهم (في عقار) غير مسجلة في سجلات التسجيل العقاري، مراجعة دائرة التسجيل العقاري المختصة لطلب التسجيل المجدد خلال سنة واحدة إعتباراً من تاريخ نفاذ هذا القانون.

٢- تتولى دائرة التسجيل العقاري المختصة النظر في طلبات التسجيل وفقاً لإجراءات التسجيل المجدد المنصوص عليها في هذا القانون، مع مراعاة القوانين الأخرى ذات العلاقة.

٣- تسري المدة المنصوص عليها في الفقرة (١) من هذه المادة بالنسبة للعقارات التي تقرر لجان الأراضي والأستيلاء أنتفاء الصفة الزراعية عنها، ويصبح إثبات العائدية فيها من اختصاص دوائر التسجيل العقاري، إعتباراً من تاريخ أكتساب قرار اللجنة الدرجة النهائية.

٤- تعفى من رسوم التسجيل ورسم الطابع، معاملات تسجيل العقارات والأسهم التي تثبت عائديتها للأشخاص الذين يراجعون لتسجيلها خلال المدة المنصوص عليها في الفقرة (١) من هذه المادة.

ويتضح من خلال نص الفقرة (١) من هذه المادة أنه قد حدد مدة (سنة واحدة) تبدأ من تاريخ نفاذ هذا القانون، إذ يستطيع خلالها حائزو العقارات أو الأسهم غير المسجلة مراجعة دائرة التسجيل العقاري المختصة لغرض تسجيلها بعد التحقق من توافر الشروط التي تطلبها القانون والإجراءات التي رسمها، ولغرض تشجيع حائزي تلك العقارات والأسهم على ضرورة الأسراع في تقديم طلباتهم إلى الجهات المختصة، و بغية التقليل من أعداد العقارات والأسهم غير المسجلة، فقد بادر المشرع بموجب الفقرة (٤) من هذه المادة إلى إعفاء معاملات التسجيل المجدد من رسوم التسجيل ورسم الطابع إذا ما راجع أصحابها خلال مدة (السنة) المنصوص عليها في الفقرة (١) من هذه المادة.

كما نصت المادة (٥٠ / مكررة) من ذات القانون على أنه :-

(١) نشر هذا القانون في جريدة الوقائع بالعدد (٢٨٠٣) في (١٧ / ١١ / ١٩٨٠) على أن يصبح نافذاً بعد مرور ثلاثين يوماً من تاريخ نشره.

(٢) وقد شمل هذا التعديل المواد (٤٣ مكررة / ٤٦ / ٤٨ / ٢ / ٥٠ / ٥٠ مكررة / ٦٢ / ٦٣).

الفصل الأول / دور وضع اليد في تملك العقار

١- إذا أنتهت المدة المنصوص عليها في هذا القانون وبقيت عقارات أو أسهم غير مسجلة، تتولى دائرة التسجيل العقاري التحقق من العائدية والمباشرة بإجراءات تسجيلها مجدداً، وفقاً لأحكام هذا القانون والتعليمات التي يصدرها مدير التسجيل العقاري العام لهذا الغرض.

٢- تخضع معاملات تسجيل العقارات والأسهم التي تثبت عائديتها وفق الفقرة (١) من هذه المادة للرسوم المقررة قانوناً، وتستوفى من المصاريف والأجور الخاصة بإثبات العائدية ممن تثبت له.

٣- تسجل باسم الدولة، العقارات والأسهم التي لا تثبت عائديتها إلى شخص معين بنتيجة الإجراءات المنصوص عليها في الفقرة (١) من هذه المادة.

ويبدو من خلال الفقرة (١) من هذه المادة أنها تشير إلى (مدة السنة) المنصوص عليها في المادة (٤٣/ مكررة)^(١)، إذ بانتهائها تبدأ مرحلة جديدة للتسجيل المجدد يمكن وصفها بالإلزامية، حيث تنطأ بدوائر التسجيل العقاري مهمة التحقق من عائديه العقارات غير المسجلة والمباشرة بإجراءات بأسم أصحابها (حائزين أو معترضين) بشكل إلزامي من دون الاعتماد على طلبات تقدم من قبلهم، بشرط أن يثبت للجنة تثبيت الملكية توافر جميع الشروط على وفق القانون والتعليمات التي تصدر بهذا الشأن^(٢).

وأخضعت الفقرة (٢) من هذه المادة جميع معاملات التسجيل المجدد للرسوم المقررة قانوناً بانتهاء مدة الإعفاء (السنة) المنصوص عليها في هذا القانون، على أن تستوفى تلك الرسوم مع الأجور ومصاريف التسجيل الأخرى ممن تثبت له الملكية نتيجة التحقق والإجراءات^(٣). في حين عالجت الفقرة (٣) من هذه

(١) سبق الإشارة إليها، التي أعطت حائزي العقارات والأسهم غير المسجلة مدة سنة لمراجعة دائرة التسجيل العقاري المختصة لغرض تسجيلها بأسمائهم، مع الإعفاء من الرسوم المقررة قانوناً.

(٢) وبالفعل صدرت تعليمات رقم (١٨) لسنة ١٩٨١. ثم ألغيت بصدور تعليمات التسجيل الإلزامي الشامل للعقارات غير المسجلة رقم (١) لسنة (١٩٨٦)، حيث جاءت المادة (أولاً) منها لتبين لنا مفهوم التسجيل الإلزامي ومتى يبدأ بحسب المناطق المشمولة به، إذ نصت على أنه : (١) - يجري التسجيل المجدد للعقارات غير المسجلة اعتباراً من العام ١٩٨٥ بصورة الزامية شاملة بدءاً بمحافظة بغداد ثم في المحافظات الأخرى بموجب امر اداري تصدره دائرة التسجيل العقاري بالنسبة لكل محافظة. ٢- لا تقبل طلبات التسجيل الاختياري من قبل المواطنين للوحدات العقارية غير المسجلة في محافظة بغداد، ويكتفى بحفظ الطلب في اضرابة العقار وافهام مقدم الطلب بذلك. ٣- تقبل طلبات التسجيل الاختياري للوحدات العقارية غير المسجلة الكائنة في المحافظات الأخرى لحين البدء بإجراءات التسجيل الإلزامي الشامل فيها).

(٣) وقد نصت المادة (الحادية والثلاثون) من التعليمات رقم (١) لسنة ١٩٨٦ على أنه (يجري التسجيل المجدد دون حاجة لدفع رسوم التسجيل ويتم حجز العقار المسجل لقاء الاجور والمصاريف والرسوم المتحققة عليه، عن اجراءات التسجيل الإلزامي الشامل. ويتم استحصال هذه المبالغ من مالك العقار من قبل دائرة المنفذ العدل وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في قانون التنفيذ رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠).

الفصل الأول / دور وضع اليد في تملك العقار

المادة حالة عدم ثبوت الملكية أو العائدية لأحد نتيجة الإجراءات (الإلزامية) التي أتبعها دوائر التسجيل العقاري المختصة بموجب الفقرة (١) من هذه المادة، وقضت بتسجيلها بأسم الدولة.

ثم صدر بعد ذلك قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم (٥٢٩) لسنة (١٩٨٢) النافذ، ونص على أنه (تسجل بأسم البلدية المختصة العقارات غير المسجلة في السجل العقاري الواقعة ضمن التصاميم الأساسية المصدقة للبلديات إذا أنتهت مدة السنة المنصوص عليها في المادة (٤٣/ مكررة) من قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة (١٩٧١) المعدل، ولم يدع أحد بعائديتها أو تثبت عائديتها إلى شخص معين)^(١).

يفهم من هذا القرار أن المشرع أراد به أن يكون مكماً لما ورد في المادتين (٤٣/ مكررة - ٥٠/ مكررة) من قانون التعديل الأول رقم (١٨١) لسنة (١٩٨٠)، فوفقاً لنص القرار إذا مضت مدة السنة المنصوص عليها في هذا القانون وبقيت عقارات أو أسهم غير مسجلة بعد الانتهاء من عمليات التحقق والتحري التي قامت بها دوائر التسجيل العقاري المختصة، نتيجة عدم أدعاء أحد بعائديتها أو حصل الادعاء لكن لم تثبت العائدية لعدم توافر الشروط التي تطلبها القانون، فيجب أن تسجل تلك العقارات والأسهم بأسم دائرة البلدية المختصة.

وبناءً على ما ورد في النصوص المذكورة آنفاً بما فيها قرار مجلس قيادة الثورة، فقد ظهر أوجهان قضائيان لمحاكم الاستئناف بصفتها التمييزية، الأول رافض لطلبات التسجيل المجدد نظراً لتقديمها بعد مرور مدة السنة، ويرى بضرورة رفض الطلبات والبدء بعمليات التسجيل المجدد الإلزامي عن طريق دوائر التسجيل العقاري وعند عدم ثبوت العائدية لأحد نتيجة تلك الإجراءات تسجل العقارات بأسم البلدية المختصة. في حين يؤيد الاتجاه الآخر قبول طلبات التسجيل المجدد وحسمها وفقاً للقانون بعد التحقق من توافر الشروط، أما عن مدة السنة فهذا الاتجاه يُعدها مدة تنظيمية وليس مدة سقوط الغاية منها حيث حائزي العقارات على ضرورة الأسراع بتقديم طلبات التسجيل المجدد، بغية التقليل من العقارات غير المسجلة، كما يقتصر أثرها على أعفاء معاملات التسجيل من الرسوم المقررة قانوناً إذا ما قدمت خلال تلك المدة، في حين تخضع تلك المعاملات للرسوم إذا ما قدمت بعد انتهائها.

(١) منشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (٢٨٨٣) في (١٠/٥/١٩٨٢).

الفصل الأول / دور وضع اليد في تملك العقار

ثانياً / الاتجاهات القضائية المتباينة

سنقسم هذه الفقرة على نقطتين، نخصص الأولى للاتجاه الرافض لطلبات التسجيل المجدد، في حين نبين في النقطة الثانية الاتجاه المؤيد لطلبات التسجيل المجدد، وكما يأتي :-

١ - الاتجاه الرافض لطلبات التسجيل المجدد

هنالك العديد من القرارات الصادرة من محاكم الاستئناف بصفتها التمييزية، ترفض أي طلب بالتسجيل المجدد يقدم إلى دائرة التسجيل العقاري المختصة بعد مرور مدة السنة المنصوص عليها في المادة (٤٣/ مكررة) وتعدّها قيماً يجب احترامه، كما يجب مراعاة مضمون قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم (٥٢٩) لسنة (١٩٨٢) القاضي بتسجيل العقارات غير المسجلة بأسم البلدية.

ونذكر من ذلك قرار محكمة استئناف كركوك الاتحادية بصفتها التمييزية الصادر عام (٢٠١٦) الذي جاء فيه (...ولدى عطف النظر على القرار المميز الصادر عن لجنة تثبيت الملكية بالإضبارة (١١ / تثبيت ملكية / ٢٠١٥) في (٢٠١٦ / ٥ / ١٠)، بتثبيت ملكية العقار المرقم (١٣٣٧ / ليلان) بأسم طالب التسجيل (ع، ج، أ، و)، وجد أنه غير صحيح ومخالف لأحكام القانون، إذ إنه بإنتهاء السنة المنصوص عليها في المادة (٤٣ / ١ / مكررة) من قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة (١٩٧١) المعدل، التي اعتبرت نافذه بتاريخ (١٩٨٠ / ١٢ / ١٧)، وكذلك بصدر قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (٥٢٩) في (١٩٨٢ / ٤ / ١) الذي يعتبر نافذاً حالياً، تصبح المطالبة من أي شخص بتسجيل أي عقار تسجيلاً مجدداً أمر غير مقبول قانوناً، لمضي المدة التي حددها القانون لغرض تقديم طلبات التسجيل، لذا قرر نقضه وإعادة الإضبارة إلى محكماتها للسير فيها وفق ما تقدم...^(١).

وفي قرار آخر للمحكمة ذاتها صادر عام (٢٠١٧) حيث جاء فيه (...ولدى عطف النظر على القرار المميز الصادر عن لجنة تثبيت العائدية في دافوق بالإضبارة (٣ / تسجيل مجدد / ٢٠١٧) في (٢٠١٧ / ٥ / ٢)، بتثبيت عائديه العقار المرقم (٦١٧ / دافوق) بأسم طالب التسجيل (أ، ش، أ)، والإشعار بذلك إلى دائرة التسجيل العقاري المختصة بعد أكتساب القرار الدرجة القطعية، وجد أنه غير صحيح ومخالف للقانون، حيث كان على اللجنة مراعاة أحكام المادة (٤٣ / مكررة) من قانون التسجيل العقاري التي أوجبت على طالب التسجيل مراجعة دائرة التسجيل العقاري المختصة لطلب التسجيل المجدد خلال سنة واحدة اعتباراً من تاريخ نفاذها في (١٧ / ١٢ / ١٩٨٠)، وملاحظة القرار المرقم (٥٢٩) لسنة

^(١) قرار محكمة استئناف كركوك الاتحادية / بصفتها التمييزية، بالعدد (١٣٩ / مدنية / ٢٠١٦). في (٢٠١٦ / ٦ / ١٢).

الفصل الأول / دور وضع اليد في تملك العقار

(١٩٨٢) الذي نص على أن تسجل بأسم البلدية المختصة بالعقارات غير المسجلة في السجل العقاري ضمن التصاميم الأساسية المصدقة للبلديات إذا أنتهت مدة السنة المنصوص عليها في المادة (٤٣/مكررة) من القانون أعلاه، ولم يدع أحد بعائديتها أو لم تثبت عائديتها لشخص معين، وحيث إن القرار المميز قضى بخلاف ذلك مما أخل بصحته، لذا تقرر نقضه وإعادة الإضبارة إلى محكمتها للسير فيها وفق ما تقدم...^(١).

كما قضت محكمة أستاذناف بغداد الرصافة بصفتها التمييزية في ذات الاتجاه بموجب قرارها الصادر عام (٢٠١٨) حيث جاء فيه (...ولدى عطف النظر على القرار المميز... وجد أنه صحيح وموافق للقانون لعدم توفر شروط التسجيل المجدد في طلب المميزتين، لأن المادة (٤٣/مكررة) من قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة (١٩٧١) المعدل التي أضيفت بموجب التعديل الأول للقانون المذكور المرقم (١٨١) لسنة (١٩٨٠)، أوجبت على كل شخص حائز على عقار غير مسجل أو أسهم في عقار غير مسجل في سجلات التسجيل العقاري مراجعة دائرة التسجيل العقاري المختصة لطلب التسجيل المجدد خلال سنة واحدة اعتباراً من تاريخ نفاذ التعديل المذكور، وبذلك أصبح ما تضمنته المادة (٤٣/مكررة) قيداً على تسجيل العقارات غير المسجلة سابقاً...^(٢).

واستمراراً لموقف الاتجاه الرافض لطلبات التسجيل المجدد، وبالرغم من عدم حصولنا على تطبيقات قضائية من محكمة أستاذناف نينوى في هذا الشأن، إلا إن مقالاً منشوراً بعنوان ((حرمان مواطني سهل نينوى من التسجيل المجدد))، تناول شروط التسجيل المجدد الواردة في قانون التسجيل العقاري و أكد أنطباقها على العقارات غير المسجلة الواقعة ضمن سهل نينوى، وانتقد دوائر التسجيل العقاري المختصة كونها لا تقوم بعملية التسجيل المجدد، ويدعو الجهات ذات العلاقة بشمول تلك المناطق بأعمال التسجيل المجدد أسوة بالعديد من الوحدات الإدارية في المحافظة^(٣).

(١) قرار محكمة أستاذناف كركوك الاتحادية / بصفتها التمييزية، بالعدد (١٠٥ / مدنية / ٢٠١٧). في (٢٠١٧ / ٥ / ٣١).

(٢) قرار محكمة أستاذناف بغداد / الرصافة الاتحادية / بصفتها التمييزية، بالعدد (٢٨٣ / م / ٢٠١٨). في (٢٠١٨ / ٤ / ٢٩).

(٣) ماهر سعيد متي، حرمان مواطني سهل نينوى من التسجيل المجدد، مقال منشور على موقع منظمة حمورابي لحقوق الإنسان. تاريخ الزيارة (٢٠٢٢ / ١ / ٤) WWW.hhro.org

الفصل الأول / دور وضع اليد في تملك العقار

٢ - الاتجاه المؤيد لطلبات التسجيل المجدد

بالرغم من أن جميع القرارات التي أشرنا إليها في هذا الفصل^(١) تُعد من القرارات المؤيدة لقبول طلبات التسجيل المجدد، وتدعو إلى حسمها على وفق القانون، إلا أننا سنقتصر هنا على ذكر بعض القرارات التي فيها إشارة صريحة إلى المادة (٤٣/ مكررة) أو القرار (٥٢٩) لسنة (١٩٨٢) والتي تُعد نقطة الخلاف الرئيس كما أوضحنا سابقاً.

ونذكر من ذلك قرار محكمة أستئناف البصرة الاتحادية بصفقتها التمييزية الصادر عام (٢٠١٥)، حيث جاء فيه (...ولدى عطف النظر على القرار المميز وجد أنه صحيح وموافق للقانون، ذلك لأن العقار المرقم (٣٨٩/ مقاطعة ٢٤ / الهوير) غير مسجل سابقاً في سجلات التسجيل العقاري، وقد ثبت أن طالب التسجيل (م) حائزاً له بحسن نية وبصفة مالك مدة تزيد على خمس عشرة سنة دون انقطاع مما يقضي تسجيله مجدداً بأسمه، أما بالنسبة للمادة (٤٣ / مكررة) من قانون التسجيل العقاري فقد أُنقضى قضاء هذه الهيئة على أنها وردت ضمن نص تنظيمي لا يفسر بمعزل عن الفقرة (١) من المادة (٥٠ / مكررة) التي أناطت بدوائر التسجيل العقاري عند انتهاء المدة المذكورة صلاحية التحقق من العائدية والمباشرة بإجراءات تسجيل العقارات مجدداً، لذلك فإنَّ انتهاء المدة المذكورة لا يقف حائلاً دون طلب الحائز تسجيل العقار بأسمه إذا توافرت الشروط القانونية، وحيث إن القرار المميز أنتهى إلى تسجيل العقار بأسم طالب التسجيل المجدد عليه قرر تصديقه و رد الطعون التمييزية...)^(٢).

وذهبت إلى الاتجاه ذاته محكمة أستئناف ميسان الاتحادية بصفقتها التمييزية في قرارها الصادر عام (٢٠١٨)، الذي جاء فيه (...ولدى عطف النظر على القرار المميز وجد أنه صحيح وموافق للقانون، ذلك لتحقيق شروط الحياة الهادئة المستمرة وبصفة مالك و دون منازع بالنسبة لطالب التسجيل المجدد (ك، ل، ز)، بعد أن ثبت من محضر تثبيت العائدية والبيانات الشخصية المستمعة موقعاً بسكن طالب التسجيل المجدد للعقار أكثر من خمس عشرة سنة ولديه حياة للعقار بصورة مستمرة، وبالتالي فإنَّ اعتراضات المميز لا تتال من سلامة القرار كون أن محل أنطباق القرار (٥٢٩) لسنة (١٩٨٢) يكون بالنسبة للعقارات التي لم يدع أحد بعائديتها، عليه قرر تصديق القرار المميز و رد الطعن التمييزي...)^(٣).

(١) باستثناء تلك التي أشرنا إليها في هذا الفرع ضمن فقرة "الاتجاه الراض لطلبات التسجيل المجدد".

(٢) قرار محكمة أستئناف البصرة الاتحادية / بصفقتها التمييزية، بالعدد (١٤/ مدني / ٢٠١٥) في (١٣ / ١ / ٢٠١٥).

منشور على الموقع الإلكتروني لمحكمة التمييز الاتحادية. تاريخ الزيارة (١/٥ / ٢٠٢٢) WWW.hjc.ig

(٣) قرار محكمة أستئناف ميسان الاتحادية بصفقتها التمييزية، بالعدد (٣٠ / مجد / ٢٠١٨) في (٢٩ / ٥ / ٢٠١٨).

الفصل الأول / دور وضع اليد في تملك العقار

ونرى أن تباين محاكم الاستئناف في قراراتها على الوجه المتقدم أمر لا يمكن أن يستمر، إذ من غير المنطقي أن يستطيع بعض الأشخاص ضمن منطقة استثنائية معينة سلوك طريق التسجيل المجدد في حين يُحرم أشخاص آخرون من هذا الحق لوقوعهم ضمن منطقة استثنائية أخرى، مع أن القانون المطبق هو واحد في الحالتين. ولمعالجة هذه الحالة لا بد من تدخل تشريعي من شأنه أن يتدارك الإرباك الحاصل في النصوص القانونية المنظمة للفقرة مدار البحث، أو جعل الطعن في القرار الصادر عن لجنة تثبيت الملكية يكون أمام محكمة التمييز الاتحادية بدلاً من محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية، بغية توحيد المبادئ القضائية في جميع المناطق الاستثنائية.

وفي سياق الاتجاه المؤيد لقبول طلبات التسجيل المجدد، لا بد من الإشارة إلى قرار مجلس شورى الدولة (مجلس الدولة حالياً) الصادر عام (٢٠١٣)، والذي جاء بناءً على الطلب المقدم من الدائرة القانونية للأمانة العامة لمجلس الوزراء، حيث أرسى هذا القرار مبدأ مفاده (يجوز قبول طلب تسجيل العقار غير المسجل والأسهم غير المسجلة بعد انتهاء المدة المنصوص عليها في المادة (٤٣ / مكررة) من قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة (١٩٧١) و قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم (٥٢٩) لسنة (١٩٨٢) ^(١).

^(١) قرار مجلس شورى الدولة (مجلس الدولة) بالعدد (٤٣ / ٢٠١٣)، في (١٤ / ٥ / ٢٠١٣).

-إذ جاء في حيثيات القرار بأنه تطلب الأمانة العامة لمجلس الوزراء / الدائرة القانونية، بكتابها المرقم (ق / ٢ / ٢٠٣٦)، في (٢٧ / ٨ / ٢٠١٢) الرأي من مجلس شورى الدولة استناداً إلى أحكام البند (أولاً) من المادة (٦) من قانون مجلس شورى الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ في شأن تسجيل العقارات بأسم الدولة التي مضى عليها مدة سنة ولم تسجل في سجلات التسجيل العقاري بعد صدور القانون رقم (١٨١) لسنة ١٩٨٠ وقرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم (٥٢٩) لسنة ١٩٨٢.

ترى الدائرة القانونية في الأمانة العامة لمجلس الوزراء بكتابها المذكور أنفاً أن القرار المذكور لم يُجز تسجيل العقارات بأسم البلدية في حال ثبوت عانديتها أو الأدعاء بملكيته.

وبرى مجلس القضاء الأعلى - رئاسة هيئة الإشراف القضائي بكتابها المرقم (٤٧٦٩) في ٨ / ١٠ / ٢٠١٢، جواز قبول طلب المواطن بتسجيل العقار غير المسجل وفق إجراءات دائرة التسجيل المجدد بعد انتهاء المدة المنصوص عليها في المادة (٤٣ / مكررة) من قانون رقم (١٨١) لسنة ١٩٨٠ قانون تعديل قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١. وترى دائرة التسجيل العقاري من خلال ممثلها أن من حق مدعي الملكية الذي تنطبق عليه شروط التسجيل المجدد تقديم طلب بعد انتهاء المدة الواردة بقرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم (٥٢٩) لسنة ١٩٨٢.

حيث أن قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم (٥٢٩) لسنة ١٩٨٢، قد نص في البند (١) تسجل بأسم البلدية المختصة العقارات غير المسجلة في السجل العقاري الواقعة ضمن التصاميم الأساسية المصدقة للبلديات إذا أنتهت مدة السنة المنصوص عليها في المادة (٤٣) مكررة من قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١ المعدل ولم يدع أحداً

الفصل الأول / دور وضع اليد في تملك العقار

بعائديتها إلى شخص معين. وحيث أن المادة (٤٣/ مكررة) من قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١ قضت بأن على كل شخص حائز على عقار غير مسجل أو أسهم غير مسجلة مراجعة دائرة التسجيل العقاري المختصة لطلب التسجيل المجدد خلال سنة واحدة من تاريخ نفاذ هذا القانون رقم (١٨١) لسنة ١٩٨٠. وتعفى من رسوم التسجيل العقاري و رسم الطابع، معاملات التسجيل للأشخاص الذين يراجعون لتسجيلها خلال تلك المدة.

وحيث أن الفقرة (١) من المادة (٥٠ مكررة) من قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١ نصت (إذا أنتهت المدة المنصوص عليها في هذا القانون وبقيت عقارات أو أسهم غير مسجلة تتولى دوائر التسجيل العقاري التحقق من العائدية والمباشرة بإجراءات تسجيلها مجدداً، وفقاً لأحكام هذا القانون...). وحيث أن الفقرة (٢) من المادة المذكورة قضت بأن تخضع المعاملات وفق الفقرة (١) المذكورة أنفاً للرسم المقرر قانوناً.

وحيث أن الفقرة (٣) من المادة المذكورة قضت بأن تسجل بأسم الدولة العقارات والأسهم التي لا تثبت عائديتها إلى شخص معين نتيجة الإجراءات المنصوص عليها في الفقرة (١) وحيث أن التسجيل المجدد يرد على العقارات أو الأسهم غير المسجلة.

وحيث أن التسجيل يكون بعد ثبوت العائدية من لجان تثبيت الملكية و اكتساب قراراتها الدرجة القطعية سواء صدرت قبل أو بعد أنتهاء المدة المنصوص عليها في المادة (٤٣/ مكررة) المذكورة أنفاً. وحيث أن العقارات أو الأسهم غير المسجلة التي لم تصدر في شأنها قرارات من لجان تثبيت الملكية تبقى مشمولة بإجراءات التسجيل المجدد وفق أحكام قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١

وتأسيساً على ما تقدم من أسباب، يرى المجلس : يجوز قبول طلب تسجيل العقار غير المسجل والأسهم غير المسجلة بعد أنتهاء المدة المنصوص عليها في المادة (٤٣ / مكررة) من قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١ و قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم (٥٢٩) لسنة ١٩٨٢.

الفصل الثاني

دور وضع اليد في تملك المنقول

إن لوضع اليد دوراً متميزاً في التملك بصورة عامة وملك المنقول بصورة خاصة، سواء كان ذلك بشكل فوري أو بمرور مدة زمنية معينة، وعلى الرغم من تعدد أحوال وضع اليد على المنقول المفضية إلى تملكه واختلاف مفهوم كل منها إلا أنه غالباً ما تتداخل تلك الأحوال وتختلط شروطها مما يصعب التمييز بينها نظرياً وعملياً، ولا تخرج في مجملها عن أربعة أحوال وهي كل من الأستيلاء ابتداءً و اللقطة وحيازة المنقول بحسن نية وحيازته بسوء نية.

فالاستيلاء يتحدد مداه بوضع اليد على منقول لا مالك له في حينها بنية تملكه على الفور من دون حاجة إلى مرور مدة زمنية معينة كالسك في الماء والطير غير المملوك في الهواء ونحو ذلك، في حين أن اللقطة هي منقول مملوك لشخص ما غير أن مالكه قد فقدَ حيازته بضياعه، وبالرغم من أن المشرع أشار إلى اللقطة ضمن النصوص المنظمة للاستيلاء إلا أنه ترك أمر تنظيمها وتوضيح أحكامها إلى قانون خاص يتولى ذلك، وأن عدم تشريع هذا القانون لغاية الآن يتوجب علينا الرجوع إلى الفقه الإسلامي بمذاهبه المختلفة لمعرفة ماهيتها وبيان أحكامها.

أما الحيازة بحسن نية فهي تقضي إلى كسب ملكية منقول مملوك للغير على الفور إذا ما اقترنت تلك الحيازة بسبب صحيح، ومن ثم يجب أن نكون أمام تصرفاً صادراً من غير المالك إلى الحائز حسن النية، وهذا ما سنتولى تفصيله في حينها، بينما الحيازة بسوء نية تتطلب مرور مدة زمنية معينة لكسب ملكية المنقول المملوك للغير، من دون الاشتراط أن يكون واضع اليد حسن النية، كما لا يُطالب ببيان سبب حيازته.

وتأسيساً على ما تقدم سنقسم هذا الفصل على بحثين، نبين في المبحث الأول تملك المنقول بالأستيلاء، ويشمل (الأستيلاء ابتداءً واللقطة)، في حين سنخصص المبحث الثاني لملك المنقول بالحيازة ويشمل (الحيازة بحسن نية والحيازة بسوء نية).

المبحث الأول

تملك المنقول بالاستيلاء

نظم المشرع العراقي الاستيلاء كسبب مستقل من أسباب كسب الملكية وذلك في المواد (١٠٩٨-١١٠٥) من القانون المدني، كما نظمه المشرع المصري في المواد (٨٧٠-٨٧٣) من القانون المدني، أما المشرع الفرنسي فقد أورد أسباب كسب الملكية على سبيل الحصر وذلك في المادتين (٧١١-٧١٢)^(١) من القانون المدني ولم يكن الاستيلاء من بينها، غير أنه أورد بعض النصوص ضمن ((الأحكام العامة)) وذلك في المواد (٧١٣-٧١٧)، ولدى التدقيق فيها نجد أنها تقابل تلك المشار إليها في القانونين العراقي والمصري والمنظمة لموضوع الاستيلاء على منقول مباح غير مملوك أو في حكم غير مملوك، وسنتولى بيانها في ثانيا البحث. مع ملاحظة أن كل من المشرعين العراقي والمصري قد أشارا إلى موضوع ((اللقطة)) ضمن النصوص المنظمة لموضوع الاستيلاء على المنقول على الرغم من أن اللقطة لا تكون محلاً صالحاً للاستيلاء لكن عُولجت ضمن نصوصه لأن لها مالك إلا أنه غير معروف، لذلك تقترب من المنقول الذي ليس له مالك.

(١) حيث نصت المادة (٧١١) من القانون المدني الفرنسي على أنه (تكتسب ملكية الأموال وتنقل بالأرث، والهبة بين الأحياء أو الوصية، بأثار الإلزامات).

711- La propriété des biens s'acquiert et se transmet par succession, par donation entre vifs ou testamentaire, et par l'effet des obligations.

- كما نصت المادة (٧١٢) على أنه (وتكتسب الملكية أيضاً، بالإلحاق أو الضم وبالنقادم).

712-La propriété s'acquiert aussi par accession ou incorporation, et par prescription.

- في حين نصت المادة (٧١٣) على أنه (تعود ملكية الأموال التي لا مالك لها إلى البلدية التي توجد على أرضها. غير أن ملكية هذه الأموال تنتقل حكماً إلى الدولة إذا تنازلت البلدية عن ممارسة حقوقها عليها).

713- Les biens qui n'ont pas de maître appartiennent à la commune sur le territoire de laquelle ils sont situés, Par délibération du conseil municipal, la commune peut renoncer à exercer ses droits, sur tout ou partie.

ولغرض إزالة اللبس وللتمييز بين الأستيلاء واللقطة، فقد وجدنا من المناسب تقسيم هذا المبحث على مطلبين، نسمي المطلب الأول بـ (الأستيلاء ابتداءً) بحيث يشمل كل منقول غير مملوك أو في حكم غير المملوك، في حين نخصص المطلب الثاني إلى (اللقطة).

المطلب الأول

الأستيلاء ابتداءً

الأصل أنّ الأستيلاء ابتداءً ينصب على حيازة منقول مباح لا مالك له بنية تملكه كالكلاً و الاحتطاب من الأشجار المباحة والحيوانات الأليفة غير المملوكة، لكن قد يحصل أن بعض المنقولات كانت مملوكة ثم تركها أصحابها بنية النزول عنها لذا فهي تأخذ حكم المنقول غير المملوك. ولغرض الإلمام بالأستيلاء ابتداءً سنتولى تقسيم هذا المطلب على فرعين، نبين في الفرع الأول التعريف بالأستيلاء ابتداءً، في حين نخصص الفرع الثاني لتطبيقات الإستيلاء ابتداءً.

الفرع الأول

التعريف بالأستيلاء ابتداءً

كسب الملكية بالأستيلاء ابتداءً، سبب قديم من أسباب التملك عرفته البشرية منذ القدم، وقد كانت له أهمية خاصة عند الشعوب البدائية، كما عرفت القوانين القديمة الحرب والغزو سبباً من أسباب الأستيلاء على أموال العدو، أما التملك بالأستيلاء في القوانين الحديثة فلا يتم عن طريق القوة أو الغلبة، ولا يرد على شيء مملوك للغير، ولهذا فإنّ مصطلح «الأستيلاء» الذي يشيع استعماله ليس بالمصطلح الدقيق، و أولى منه أن يقال «الأحراز» أو «وضع اليد»^(١).

ويفترض أن الشيء الذي تكسب ملكيته ليس له مالك وقت الأستيلاء، إذ أن الأستيلاء لا يرد إلا على الأشياء، فلا يرد على الأموال، فإذا كان وقت الأستيلاء لا مالك له فهو شيء لا مال،

(١) د. محمد طه البشير، ود. غني حسون طه، الحقوق العينية الأصلية، ج ١، مصدر سابق، ص ١٥٨.

ويصبح مالاً بالأستيلاء^(١). ويبدو أن هذا الرأي يفرق بين الشيء والمال، فما ليس مملوكاً ملكية عامة أو خاصة يُعدّ شيئاً، وكل ما هو مملوك يُعدّ مالاً^(٢).

ويُعرف الأستيلاء من جانب الفقه بأنه «وضع شخص يده على شيء لا مالك له بنية تملكه»^(٣). كما يُعرف بأنه «حيازة الشيء الذي لا مالك له بنية تملكه»^(٤). وفي نطاق الأستيلاء نكون أمام واقعة مختلطة، حيث تختلط الحيازة المادية وهي عنصر مادي، بإرادة المستولي في أن يملك في الحال وهي عنصر إرادي، ولكن العنصر المادي هنا هو المتغلب^(٥).

أما على صعيد القانون فقد نصت المادة (١/١٠٩٨) من القانون المدني العراقي على أنه (كل من أحرز بقصد التملك منقولاً مباحاً لا مالك له ملكه). كما نصت المادة (٨٧٠) من القانون المدني المصري على أنه (من وضع يده على منقول لا مالك له بنية تملكه ملكه).

ويتضح من خلال ما تقدم أنه يشترط لكسب ملكية المنقول بالأستيلاء إبتداءً توافر أركان ثلاثة إذا اجتمعت تحقق الأستيلاء وهي :-

أولاً / أن يكون الشيء منقولاً مباحاً

المباح هو المال الذي لم يدخل في ملك شخص ولا يوجد مانع شرعي من تملكه كصيد الأسماك في البحر وجني الفواكه في الأشجار غير المملوكة، الخ^(٦). وهو كل ما خلقه الله ينتفع به

(١) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٩، أسباب كسب الملكية، دار أحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ١٩٦٨، ص ١٢.

(٢) ويُعد القانون المدني العراقي الشيء محلاً للحقوق المالية، والمال هو كل حق له قيمة مالية، حيث نصت المادة (٦١) منه على أنه (١- كل شيء لا يخرج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح ان يكون محلاً للحقوق المالية. ٢- و الأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع احد ان يستأثر بحيازتها، و الأشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون هي التي لا يجيز القانون ان تكون محلاً للحقوق المالية).

- كما نصت المادة (٦٥) منه على أنه (المال هو كل حق له قيمة مادية).

(٣) د. محمد طه البشير، و د. غني حسون طه، الحقوق العينية الأصلية، ج ١، مصدر سابق، ص ١٥٨.

(٤) د. لاشين محمد يونس، أسباب كسب الملكية في القانون المدني المصري، بدون مكان طبع، بدون سنة طبع، ص ٣.

(٥) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ١، نظرية الألتزام بوجه عام، دار أحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ١٩٦٨، ص ١٣٣.

(٦) محمد علي الأنصاري، الموسوعة الفقهية الميسرة، نشر مجمع الفقه الإسلامي، إيران، ٢٠٠٨، ص ٥٤.

الناس على وجه معتاد وليس في حيازة أحد، فحق لكل أنسان تملكه، سواء أكان حيواناً أم نباتاً أم جماداً، وهذا التملك لا يستقر إلا عند الأستيلاء الحقيقي، الذي ضبطوه بالأستيلاء الفعلي أو وضع اليد على الشيء المباح^(١).

ومن أجل أن يصح الأستيلاء لا بد أن يقع على منقول^(٢) مباح أي لا مالك له، كالماء والكأ والنباتات والحيوانات البرية والبحرية غير المملوكة، والأشياء المشتركة التي يفيد منها كافة ولا يستطيع أحد أن يستأثر بها بمجموعها كمياه الأنهار والبحار أو الهواء، فمن يستحوذ على قدر محدد منها فإنه يملكه بالإحراز، وكذلك المياه الجارية على سطح الأرض أو مياه العيون والآبار غير المملوكة تكون مباحة كذلك، أما مياه المساقى والقنوات الخاصة فهي ملك لأصحابها^(٣). أما المنقولات المتروكة وهي التي كانت مملوكة ثم تولى عنها أصحابها بنية النزول عنها، فإنها تصح أن تكون محلاً للأستيلاء^(٤).

(١) د. أنور فرحان الحلوسى، و د. تكليف لطيف النمراوى، صور الأستيلاء غير المشروع على أموال الآخرين - رؤية فقهية، بحث منشور في مجلة العلوم الإسلامية، العدد ١٩، ٢٠١٨، ص ٤٠٥.

(٢) عندما نظم المشرع العراقي ((الأستيلاء)) كسبب مستقل من أسباب كسب الملكية في المواد (١٠٩٨-١١٠٥) من القانون المدني، فإنه قد قصد منه الأستيلاء على ((المنقول)) وهذا واضح من خلال ما جاء في المادة (١/١٠٩٨) (كل من أحرز بقصد التملك منقولاً مباحاً...)، إلا أنه يلاحظ أن المشرع قد خصص المادة (١١٠٥) للحديث عن ردم جزء من البحر وهذا يتعلق بطبيعة الحال بالعقار وليس المنقول، ومن خلال الأطلاع على مضمون هذه المادة نجد أنها تقترب كثيراً من موضوع الألتصاق الذي يُعد بدوره سبباً من أسباب كسب الملكية، لذا نعتقد أن المكان الصحيح لهذه المادة هو ضمن المواد (١١١٧-١١٢٤) المنظمة لموضوع الألتصاق بالعقار بفعل الإنسان، حيث لا جدوى من بقائها مع النصوص الخاصة بالأستيلاء.

- حيث نصت المادة (١١٠٥) على أنه (١ - إذا ردم عراقي جزءاً من البحر بإذن الحكومة ملك الجزء المردوم، لكن إذا حصل على الاذن ولم يتم الردم خلال ثلاث سنوات بطل الاذن ويجوز لغيره ان يردم بعد ان يحصل على اذن لنفسه. ٢ - وإذا كان الردم بغير اذن المحكمة صار الجزء المردوم ملكاً خاضعاً للدولة، ويبيع الردم ببذل المثل، فان لم يقبل بيع لمن ترسو عليه المزايدة، وإذا كان الرادم قد انشأ أبنية في الجزء المردوم، فانه لا يطالب الا ببذل مثل الارض دون الابنية وإذا بيع العقار بالمزايدة اخذت الحكومة من ثمنه قيمة الارض واعطت الباقي للزاد).

(٣) د. محمد طه البشير، و د. غني حسون طه، الحقوق العينية الأصلية، ج ١، مصدر سابق، ص ١٥٩.

(٤) وسنتولى بيان المنقولات المتروكة مع تطبيقات الأستيلاء ابتداءً في الفرع الثاني من هذا المطلب.

ثانياً / وضع اليد

يمثل وضع اليد على المنقول العنصر المادي للأستيلاء، فيجب حتى يتحقق الأستيلاء أن يستحوذ من يريد تملك المنقول عليه، فيصبح في قبضته ويستأثر به دون سائر الناس^(١). ووضع اليد قد يكون حقيقة كما في حصد الكأ أو مسك الطير، وقد يكون حكماً بتهيئة سبب ذلك كوضع إناء لجمع ماء المطر، وقد بيّنت ذلك المادة (٢/١٠٩٨) من القانون المدني العراقي عندما نصت على أنه (والإحراز يكون حقيقياً بوضع اليد حقيقة على الشيء كحصد الكأ والاحتطاب من أشجار الجبال، ويكون حكماً بتهيئة سبب الأحراز كوضع إناء لجمع ماء المطر أو نصب شبكة للصيد).

والأستيلاء بوضع اليد سبب لكسب ملكية الأشياء المادية فقط، بخلاف الأشياء المعنوية فإنها لا تكتسب بالأستيلاء، وبناءً على ذلك لو مزق المؤلف كتابة أو القصة التي ألفها أو مزق الرسام اللوحة التي رسمها، فأن من يستولي على أوراق القصة أو المؤلف أو حطام اللوحة لا يكسب بالأستيلاء سوى الأوراق وحطام اللوحة فقط أما الحق المعنوي للمؤلف أو الكاتب أو الفنان فإنه يظل ملكاً له، ومن ثم فلا يجوز لمن أستولى على حطام الشيء أن يعرضه أو يقوم بنشره دون إذن صاحبه^(٢).

ثالثاً / نية التملك

تمثل نية التملك العنصر المعنوي للأستيلاء، فيجب أن يكون وضع اليد على المنقول بنية أن يملكه الحائز، وهي صفة لا تتوفر في غير المميز فلا عبرة بحيازته المنقول الذي لا مالك له، كما أن وضع اليد في الأستيلاء يعتبر قرينة بسيطة على نية التملك^(٣). فمن يريد تملك المنقول فوراً بالأستيلاء عليه أن يجمع بين عنصري الحيازة المادي والمعنوي، فيصبح حائزاً للمنقول وهذه الحيازة هي عين الأستيلاء، ولما كانت نية التملك واجبة فإن عديم

(١) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج ٩، مصدر سابق، ص ١٦.

(٢) د. لاشين محمد يونس، مصدر سابق، ص ٤.

(٣) د ليوح مفتاح، الأستيلاء كسبب من أسباب كسب الملكية في القانون الجزائري والفقہ الإسلامي، بحث منشور في مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد ١٥، العدد ٢، ٢٠٢٢، ص ١٨٥.

التمييز كالصبي غير المميز والمجنون لا يستطيع أن يملك منقولاً بالاستيلاء لأنعدام نية التملك المترتب على أنعدام التمييز، فالحياسة وحدها هنا غير مقترنة بأية واقعة أخرى تكفي للتملك، ويرجع ذلك إلى أن الشيء الذي يرد عليه الاستيلاء هو منقول لا مالك له فتملكه لا يتضمن سلباً لملكية الغير ولذلك كانت الحياسة وحدها كافية، أما إذا كان المنقول مملوكاً لشخص غير الحائز فالحياسة وحدها لا تكفي بل يجب أن يقترن بها السبب الصحيح وحسن النية^(١). وعليه فمن ينصب شبابه لأغراض الصيد في البحر فتقع فيها سمكة أو في البر فيقع فيها طائر، فيُعد مالكاً له أما من ينشر الشبكة لأجل التجفيف ويقع فيها صيد فلا يكون له^(٢).

ويتميز الاستيلاء عن باقي أسباب كسب الملكية من عدة نواح أبرزها^(٣) :-

- ١ - أنه سبب منشئ للملكية على شيء لم يكن مملوكاً لأحد، أما بقية أسباب الملكية الأخرى (العقد والميراث ونحوهما) فإن الملكية الحادثة مسبوقة بملكية أخرى.
- ٢ - أنه سبب فعلي لا قول، يتحقق بالفعل أو وضع اليد، فيصح من كل شخص ولو كان ناقص الأهلية.

ومن ثم يشترط للتملك عن طريق الاستيلاء ابتداءً شرطان أساسيان، أولهما ألا يسبق إلى أحراره شخص آخر، وذلك لقوله (ص) «من سبق إلى مالم يسبقه إليه مسلم فهو له»، وثانيهما قصد التملك، فلو دخل الشيء في حياة إنسان دون قصد منه لا يملكه، كما لو وقع طائر في حجر إنسان، لا يملكه لأن «الأمر بمقاصدها».

(١) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج ٩، مصدر سابق، ص ١٦-١٧.

(٢) د. كمال قاسم ثروت، شرح أحكام عقد البيع، ط ٢، مطبعة الرصافي، بغداد، ١٩٧٦، ص ١٤٠.

(٣) د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط ٢، ج ٤، النظريات الفقهية والعقود، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، دمشق، سوريا، ١٩٨٥، ص ١٩-٢٠.

الفرع الثاني

تطبيقات الأستيلاء ابتداءً

أوردت التشريعات المدنية محل المقارنة تطبيقات مختلفة للأستيلاء ابتداءً وهي في مجملها على قسمين، الأول يتعلق بالمنقول الذي ليس له مالك منذ البداية ويشمل الأشياء المشتركة من ماء وكلاً ونحو ذلك، كما يشمل صيد البر والبحر للحيوانات غير المملوكة، أما القسم الثاني فيتعلق بالمنقول الذي كان له مالك ثم أصبح بغير مالك ويشمل الأشياء المتروكة التي تخلى عنها أصحابها بإرادتهم، وكذلك الكنز المدفون قبل أن يُعرف صاحبه، كما سنتطرق إلى الآثار والمعادن ومدى جواز تملكها بالأستيلاء. وعليه سنقسم هذا الفرع على عدة فقرات وكما يأتي :-

أولاً / الأشياء المشتركة

هناك أشياء مشتركة النفع لجميع الناس كالهواء والشمس ومياه البحار، وهي غير قابلة للتعامل فيها لأستحالة هذا التعامل، ولكن قد يصبح التعامل في هذه الأشياء ممكناً من بعض النواحي ويجوز تملكها بالأستيلاء، فأشعة الشمس يمكن أن يحصرها الفوتوغرافي، والهواء يمكن أن يستعمله الكيميائي في أغراضه، والبحر يمكن أن يؤخذ من مائه ما يصلح أن يكون محلاً للتملك، فكل من الكيميائي والفوتوغرافي ومغتترف الماء من البحر يملك بالأستيلاء ما أحرزه من كل ذلك بنية تملكه^(١).

وقد أشار المشرع العراقي إلى الأشياء المشتركة، وهي أشياء ثلاثة تشترك فيها كل الناس، وتُعدّ شيئاً عاماً أو شيئاً مباحاً وذكر الكلاً والماء والنار، ثم ذكر أمثلة عن حكم تلك الأشياء، حيث نصت المادة (١٠٩٩) من القانون المدني العراقي على أنه :-

١ - الماء والكلاً والنار مباحة والناس في هذه الثلاثة شركاء، فيجوز لهم الانتفاع بها وإحراز الماء والكلاً بشرط عدم الضرر.

٢ - ويعتبر مباحاً الكلاً النابت في ملك شخص بغير قصده، ولكن للمالك أن يمنع الغير من الدخول في ملكه.

(١) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج٩، مصدر سابق، ص ١٧-١٨.

٣- و للإنسان والحيوان حق الشَّفة^(١) في الماء الذي لم يحرز وفي المساقى والقنوات المملوكة للغير بشرط عدم الضرر.

كما أشارت المادة (١١٠٠) من القانون المدني العراقي إلى بعض الأشياء المباحة التي يجوز تملكها بوضع اليد عليها، كاقطاع الأحطاب والأشجار والأحجار من الجبال المباحة، وجعلت رعي المواشي في المراعي العامة مباحة^(٢).

وبالمقابل فقد نصت المادة (٧١٤) من القانون المدني الفرنسي على أنه (هناك أشياء لا تخص أحد والتي يشترك الجميع في استخدامها، تنظم قوانين الشرطة طريقة التمتع بها)^(٣).

ويعرف الكلأ بأنه الحشيش الذي ينبت في الأرض بغير زرع لرعي البهائم، بينما تسمى الأشجار الكثيفة التي تنبت في الغابات أو الأرض غير المملوكة بـ«الآجام»^(٤).

وحكم الكلأ أنه مباح إذا نبت في محل لا صاحب له، ويستطيع كل شخص أن يطعم حيوانه ويأخذ ويحرز منه بقدر ما يريد^(٥)، أما الكلأ النابت من تلقاء نفسه في ملك أحد، فإنه وأن كان مباحاً إلا أن لصاحب الملك منع الغير من الدخول في ملكه^(٦)، أما حكم الآجام، فيستطيع كل شخص أن يحتطب من الجبال المباحة، وإذا ترك الحطب وأستولى عليه غيره فمن حق المحتطب

(١) ولتوضيح معنى الشَّفة تُشير إلى ما نصت عليه المادة (١٢٦٣) من مجلة الأحكام العدلية التي جاء فيها (حق الشَّفة هو حق شرب الماء).

(٢) حيث نصت المادة (١١٠٠) من القانون المدني العراقي على أنه (١ - يجوز لكل شخص أن يقطع من الجبال المباحة، إذا لم تكن من المحاطب والغابات المختصة من قديم بأهل القرى والقصبات، اشجاراً واحطاباً واحجاراً و غير ذلك من المواد التي يحتاج إليها في البناء والوقود وصنع الآلات الزراعية و غيرها من حاجاته. ٢ - وإذا وجد داخل حدود قرية مرعى من غير المراعي المختصة من قديم بأهل القرى والقصبات، فيجوز لأهل هذه القرية ان يرعوا فيه مواشيهم وان ينتفعوا بنباتاته من غير ان يؤدوا شيئاً من الرسوم، ويجوز لغير اهل هذه القرية ان لم يكن مضرراً بأهلها ان يرعوا مواشيهم في هذه المراعي وان ينتفعوا بنباتاته وفق ما يجيزه القانون).

(٣) 714- Il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous Des lois de police règlent la manière d'en jouir.

(٤) د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مصدر سابق، ص ٧٢.

(٥) المادة (١٢٥٦) من مجلة الأحكام العدلية التي تنص على أنه (لكل أحد أن يطعم حيوانه الكلأ الثابت في المحال التي لا صاحب لها ويأخذ ويحرز منه قدر ما يريد).

(٦) المادة (١٢٥٧) من مجلة الأحكام العدلية التي تنص على أنه (الكلأ الثابت من نفسه في ملك أحد أي بدون تسببه وأن يكن مباحاً إلا أن لصاحبه منع الغير من الدخول إلى ملكه).

إسترداده لأنه أصبح مالكا له بالأستيلاء ابتداءً^(١)، كما يستطيع أي شخص أن يقطف من فاكهة الأشجار التي في الجبال والأودية والمراعي التي لا صاحب لها^(٢).
وتُعد النار من الأشياء المشتركة، فمن أوقدها في أرض أو صحراء ليست في ملك أحد فيستطيع الجميع الانتفاع بها، أما إذا أوقدها في أرضه فله أن يمنع الآخرين من الدخول في ملكه و الانتفاع بها^(٣). كما يستطيع كل شخص الانتفاع بالماء والضياء والهواء مالم تحرز، أما بعد أحرارها فتصبح ملكاً لمن أحرزها وله وحده حق الانتفاع بها^(٤).

(١) المادة (١٢٥٨) من مجلة الأحكام العدلية التي تنص على أنه (إذا أخذ أحد الحطب الذي أحتطبه آخر من الجبال المباحة وتركه فيها للمحتطب أسترداده).

(٢) المادة (١٢٥٩) من مجلة الأحكام العدلية التي تنص على أنه (لأي أحد كان أن يقطف فاكهة الأشجار التي في الجبال المباحة وفي الأودية والمراعي التي لا صاحب لها).

(٣) المادة (١٢٦١) من مجلة الأحكام العدلية التي تنص على أنه (إذا أوقد أحد ناراً في ملكه فله أن يمنع الآخرين من الدخول إلى ملكه و الانتفاع بها أما إذا أوقد أحد ناراً في صحراء ليست بملك أحد فلسائر الناس أن ينتفعوا بها وذلك بالتدفئة وخياطة شيء على نورها وإشعال القنديل منها وليس لصاحب النار أن يمنع ذلك ولكن ليس لأحد أن يأخذ منها جمرًا بدون إذن صاحبها).

(٤) المادة (١٢٦٤) من مجلة الأحكام العدلية التي تنص على أنه (كما ينتفع كل أحد بالهواء والضياء فله أيضاً أن ينتفع بالبحار والبحيرات الكبيرة).

- المادة (١٢٦٥) من مجلة الأحكام العدلية التي تنص على أنه (لكل أحد أن يسقي أراضيهِ من الأنهر الغير المملوكة وله أن يشق جدولاً ومجرى لسقي أراضيهِ ولأنشاء طاحون لكن يشترط عدم المضرة بالآخرين فلذلك إذا أفاض الماء وأضر بالخلق أو أنقطعت مياه النهر بالكلية أو أنعدم سير الفلك فيمنع).

- المادة (١٢٦٦) من مجلة الأحكام العدلية التي تنص على أنه (الجميع الناس والحيوانات حق الشفّة في الماء الذي لم يحرز).

- المادة (١٢٦٧) من مجلة الأحكام العدلية التي تنص على أنه (حق الشرب في الأنهار المملوكة أي في المياه الداخلة في المجاري المملوكة هو لأصحابها وللآخرين فيها حق الشفّة فعليه لا يسوغ لأحد أن يسقي أراضيهِ من نهر مخصص بجماعة أو جدول أو قناة أو بئر بلا أنهم لكن يسوغ له شرب الماء بسبب حق شفته وله أيضاً أن يورد حيواناته ويسقيها إذا لم يخش من تخريب النهر أو الجدول أو القناة بسبب كثرة الحيوانات وكذلك له أخذ الماء منها إلى داره وجنينته بالجرة والبرميل).

ثانياً / صيد البر والبحر

وسيلة الأستيلاء على الحيوان هي الصيد، وهو حيازة الحيوان المباح غير المملوك لأحد بالقوة أو بالحيلة، أستيلاءً فعلياً بالقبض عليه أو حكماً بحصول الصيد في الشبكة أو الفخ ونحو ذلك^(١). ويُعدّ اصطياداً كل فعل من شأنه أن يخرج الحيوان عن صفة الأمتناع وعدم القدرة عليه^(٢).

ويشترط لأثبات ملكية الصائد لما يصيده ومن ثم أنتفاء صفة المباح عنه، شرطان، أولهما أن تتجه نية الصائد إلى الصيد، فأن وقع الصيد في شبكة من ينشرها لتجفّ كان مالاّ مباحاً لمن سبق، وثانيهما أن تُمكن آلة الصيد الصائد من السيطرة على الصيد من غير أن يفلت لأنه أن أنفلت قبل إحكام السيطرة عليه رجع مالاّ مباحاً وأمكن للغير تملكه بالأستيلاء، وهذان الشرطان لازمان للصيد الحكمي أي ما تم بوسيلة من وسائل الصيد المعروفة، وأما الصيد الحقيقي أي إمساك الصائد لصيده أو السيطرة عليه سيطرة فعلية، فلا يتوجّب فيه نية التملك أو الصيد، لغلبة عدم تمكنه من الآفات^(٣)، ومن ثم لا تثار مسألة أن يزاحمه فيه غيره.

وقد أشارت إلى هذا التطبيق من تطبيقات الأستيلاء أبتداءً المادة (١١٠٢) من القانون المدني العراقي التي تنص على أنه : (١- الصيد مباح براً وبحراً ويجوز اتّخاذه حرفة. ٢- وشرط الصيد أن يمتنع الحيوان عن الإنسان بقدرته على الفرار، ثم يحرزه الصائد بعمله قاصداً صيده). ثم بيّنت المادة (١١٠٣) أن صيد البر والبحر تنظمه القوانين الخاصة.

وأصدر المشرع العراقي قانون تنظيم الصيد وأستغلال الأحياء المائية وحمايتها رقم (٤٨) لسنة (١٩٧٦) المعدل^(٤)، ثم صدر بعد ذلك قانون حماية الحيوانات البرية العراقي رقم (١٧) لسنة

(١) دليوح مفتاح، مصدر سابق، ص ١٨٧.

(٢) أحمد حسن فراج، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، دون سنة نشر، ص ١٣٧.

(٣) دليوح مفتاح، المصدر السابق، ص ١٨٧.

(٤) حيث عدّل قانون تنظيم الصيد وأستغلال الأحياء المائية وحمايتها رقم (٤٨) لسنة (١٩٧٦) بالقانون رقم (١٠) لسنة (١٩٨١).

(٢٠١٠)^(١)، وبيّنت المادة (١) منه (يهدف هذا القانون إلى حماية الحيوانات البرية بأعتبارها ثروة وطنية، وتنظم مناطق صيدها، والإجراءات الخاصة بها بمنح إجازة الصيد، وتحديد أنواع الحيوانات المسموح بصيدها والمحرم صيدها، ومواسم الصيد)^(٢).

وبالمقابل بيّنت المادة (٨٧٣) من القانون المدني المصري أن الحق في صيد البحر والبر تنظمه لوائح خاصة. في حين نصت المادة (٧١٥) من القانون المدني الفرنسي على (الحق في صيد الحيوانات البرية والبحرية هو منظم أيضاً بموجب قوانين خاصة)^(٣).

^(١) نُشر قانون حماية الحيوانات البرية العراقي رقم (١٧) لسنة (٢٠١٠) في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (٤١٤٨) في (٢٠١٠/٣/١٥).

^(٢) ثم نصت المادة (٢) من هذا القانون على أنه (أولاً: تعد الحيوانات البرية ثروة وطنية وعلى المواطنين والجهات الرسمية حمايتها وتجنب إيذائها أو الاعتداء عليها ولا يجوز صيدها إلا لأغراض التجارب العلمية بعد الحصول على الموافقات الأصولية وفق أحكام هذا القانون. ثانياً: يقصد بالحيوانات البرية المنصوص عليها في هذا القانون اللبائن والطيور البرية غير الأليفة وفقاً للقائمة المرفقة بهذا القانون).

- كما نصت المادة (٤) منه على أنه (أولاً: يمنع استعمال الوسائل التالية في صيد الحيوانات البرية: أ- وسائل الإبادة الجماعية في صيد الحيوانات البرية مثل الشباك والفخاخ والمصائد الحديدية والسموم.

ب- مطاردة الحيوانات والطيور البرية بالطائرات والسيارات ووسائل النقل الأخرى.

ج- البنادق الأوتوماتيكية والرشاشات وبنادق الصيد (الكسرية) التي يقل طول إطلاقها (السبطانة) عن (٤٠٠) ملمتراً.

د- إيذاء الحيوانات البرية أو إلحاق الضرر بها بأي شكل من الأشكال.

هـ- جمع بيض الطيور البرية أو تخريب أعشاشها.

ثانياً: يمنع صيد الحيوانات والطيور المحرم صيدها).

- في حين نصت المادة (٧) منه على أنه (لوزير الزراعة بالتنسيق مع وزير التعليم العالي والبحث العلمي و وزير البيئة إصدار تعليمات تتضمن ما يأتي :

أولاً- أنواع الحيوانات والطيور البرية المحرم صيدها.

ثانياً- أنواع الحيوانات والطيور البرية المسموح بصيدها.

ثالثاً - المناطق المحرم الصيد فيها بصورة دائمة أو مؤقتة.

رابعاً- المواسم المحرم الصيد خلالها.

خامساً - الحد الأعلى لحجم الصيد.

سادساً- أدوات وعدد الصيد وقياساتها وأنواعها.

سابعاً- الشروط و الإجراءات الخاصة بمنح إجازة صيد الحيوانات البرية على سبيل الهواية).

⁽³⁾715-La faculté de chasser ou de pêcher est également réglée par des lois particulières.

وهناك من يشترط لأعتبار الحيوان محلاً للاستيلاء أن يكون وحشياً غير أليف حتى لو كان من صغار الحيوان أو فراخه، ويرى بأن الحيوانات الداجنة أو المستأنسة لا تصلح لذلك (للاستيلاء) لأن الغالب أن يكون لهذه الحيوانات مالك^(١).

ولا نتفق مع الرأي المتقدم فيما ذهب إليه لأن القانون لم يشترط أن يكون الحيوان متوحشاً لملكه بالاستيلاء ابتداءً، هذا من جانب، ومن جانب آخر، هنالك الكثير من الحيوانات غير الأليفة كالأسود والقطط ونحوها مملوكة ملكية خاصة وصالحة لتربيتها في المنازل أو داخل الحدائق العامة، ومن ثم لا يمكن تملكها من الغير لأن ليس كل حيوان غير أليف يصح أن يكون محلاً صالحاً للاستيلاء، وبالمقابل هنالك الكثير من الحيوانات الأليفة لكنها غير مملوكة لأحد ومن ثم يمكن تملكها بالاستيلاء عليها كالطيور. وعليه فالمعيار الفاصل بين كون الحيوان (برياً كان أم بحرياً) صالحاً لأن يكون محلاً للاستيلاء عليه وتملكه من عدمه، هو كونه مملوكاً للغير أم لا، فأن كان مملوكاً ملكية عامة أم خاصة فلا يصح الاستيلاء عليه، إلا إذا كان صاحبه قد تخلى عنه بإرادته، وإلا سيخضع لحكم الأموال الضائعة ((اللقطة))^(٢)، أما إذا كان مباحاً غير مملوكاً لأحد فهو محل صالح للاستيلاء بصرف النظر عن كونه أليفاً أو متوحشاً.

ثالثاً/ الأشياء المتروكة

يقصد بالأشياء المتروكة هي تلك المنقولات التي تركها أصحابها وتخلوا عن ملكيتها زهداً فيها أو تخلصاً منها، وذلك كالأوراق والزجاجات الفارغة والأشياء التي يستغنى عنها فتلقى في سلة المهملات ومخلفات المنازل وما يقصد الإنسان أن يتخلص منه فيلقيه على قارعة الطريق، وتسمى هذه الأشياء بالأشياء المتروكة لأن صاحبها يتركها بنية التخلي عنها، فالترك إذن يتكون من عنصرين، أحدهما مادي وهو التجرد عن حيازة الشيء، والآخر معنوي وهو نية التخلي عن ملكية الشيء وتركه ليستولي عليه أول شخص يعثر عليه فيحوزه^(٣).

(١) د. محمد طه البشير، و د. غني حسون طه، الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق، ص ١٦٣.

(٢) حيث يكون موضوع اللقطة محلاً للدراسة في المطلب الثاني من هذا المبحث.

(٣) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج ٩، مصدر سابق، ص ٢٥.

وقد أشار القانون المدني العراقي إلى الأشياء المتروكة التي تصبح مباحة ويستطيع كل شخص أن يملكها بالاستيلاء عليها وذلك في المادة (١١٠٤) منه التي تنص على أنه (يصبح المنقول مباحاً إذا تخلّى عنه مالكه بقصد النزول عن ملكيته).

كما نصت المادة (٨٧١) من القانون المدني المصري على أنه (١- يصبح المنقول لا مالك له إذا تخلّى عنه مالكه بقصد النزول عن ملكيته. ٢- تعتبر الحيوانات غير الأليفة لا مالك لها مادامت طليقة، وإذا أعتقل حيوان منها ثم أطلق عاد لا مالك له إذا لم يتتبعه المالك فوراً أو إذا كف عن تتبعه، وما روض من الحيوانات و ألف الرجوع إلى المكان المخصص له ثم فقد هذه العادة يرجع لا مالك له). ويتضح من هذه المادة أن المشرع المصري قد أورد في الفقرة الأولى منها قاعدة عامة أن كل منقول تخلّى عنه صاحبه بقصد النزول عنه يصبح مباحاً ومن ثم محلاً صالحاً لملكه بالاستيلاء، ثم مثّل لذلك في الفقرة الثانية عندما اعتبر أن الحيوانات غير الأليفة إذا كانت مملوكة ثم أطلقها مالكوها ولم يتبعها فوراً أو ترك تتبعها عادت بحكم غير المملوكة ويستطيع كل شخص الاستيلاء عليها بنية تملكها.

في حين نصت المادة (٧١٧) من القانون المدني الفرنسي على أنه (١- أن الحقوق المتعلقة بالأشياء المرمية في البحر والمواد التي يقذفها البحر، مهما كانت طبيعتها، والمزروعات والأعشاب التي تنبت على شاطئ البحر، هي أيضاً منظمة بقوانين خاصة. ٢- ويكون الأمر كذلك بالنسبة إلى الأشياء المفقودة التي لا يسأل عنها صاحبها)^(١).

ويجب التمييز بين الأشياء المتروكة التي نحن بصددّها، والأشياء التي ليس لها مالك منذ البداية، فالأولى كانت مملوكة ثم تخلّى عنها مالكوها بإرادته بنية النزول عنها، أما الثانية فلم يكن لها مالك ابتداءً كالسمك في الماء والطير في الهواء وكل شيء غير مملوك على الوجه الذي بيّناه في الفقرات السابقة، ولكن الأشياء المتروكة وتلك التي ليس لها مالك منذ البداية كلاهما يُعد محلاً

^(١) 717- Les droits sur les effets jetés à la mer, sur les objets que la mer rejette, de quelque nature qu'ils puissent être sur les plantes et herbages qui croissent sur les rivages de la mer, sont aussi réglés, par des lois particulières. , 2-Il en est de même des choses perdues dont le maître ne se représente pas.

صالحاً للاستيلاء، لأنه وقت أن يتم أحراره لا يكون له مالك أما لأن مالكه قد تركه فأصبح مباحاً أو لأنه لم يجد له مالك أصلاً.

ومن الضروري التمييز بين المنقولات المتروكة والمنقولات الضائعة، حيث أن الأولى يتخلى عنها صاحبها بقصد النزول عن ملكيتها فيجوز الاستيلاء عليها وتملكها، أما الثانية فأنها باقية على ملكية صاحبها لأنه لم يتخل عنها، ويترتب على ذلك أنه لو عثر عليها أحد الأشخاص وجب عليه أن يردها إلى مالكها، وإن استولى عليها بنية تملكها أعتبر سارقاً، لأن الأشياء الضائعة هي التي يفقدها صاحبها دون أن تتوفر لديه نية التخلي عن ملكيتها، ومن ثم فأنها تبقى على ملكية صاحبها ولا تُعد منقولة مباحاً أي لا يجوز تملكها بالاستيلاء عليها^(١).

وبذلك فإن الشيء المتروك هو الذي يستغني صاحبه عنه بأسقاط حيازته وبنية إنهاء مكان له من ملكية عليه، فيعدو بذلك لا مالك له فإذا استولى عليه أحد فلا يُعد سارقاً ولا جريمة في الاستيلاء على الشيء لأنه أصبح غير مملوك لأحد، والعبرة في ذلك بواقع الأمر من جهة التخلي وهذا الواقع يدخل تحريره و استقصاء حقيقته في سلطة قاضي الموضوع الذي له أن يبحث في الظروف التي يستفاد منها أن الشيء متروك أو مفقود^(٢)، فمثلاً للقضاء أن يعتبر أن قطعة الذهب التي وجدت في سلة المهملات مفقودة ومن ثم لا يجوز تملكها بالاستيلاء بحجة أنها من الأشياء المتروكة، في حين له أن يعتبر الملابس القديمة وفضلات الطعام والأشياء قليلة القيمة بحكم المتروكة ومن ثم يجوز الاستيلاء عليها وتملكها.

رابعاً / الكنز

الكنز هو ما يدفنه الإنسان تحت الأرض من النقود أو الحلي أو السبائك الذهبية، والتي تختلف عن معادن باطن الأرض التي هي من أصل الخلق والطبيعة للأرض، وهو لا يُعد جزء من

(١) د. لاشين محمد يونس، مصدر سابق، ص ٧.

(٢) د. معوض عبد التواب، المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني، ط ٧، المجلد التاسع، المركز القومي للإصدارات القانونية، مكتبة عالم الفكر والقانون للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠٠٤، ص ١٦٩ - ١٧٠.

الأرض التي دفن فيها بفعل الإنسان أو على أثر حادث معين، وحتى تنطبق بشأنه أحكام الكنز لابد أن يكون منقولاً مدفوناً أو مخبئاً وإلا تعود ملكيته إلى أحد^(١).

وعالجت التشريعات المدنية محل المقارنة موضوع الكنز، وخصصت له مادة واحدة بيّنت من خلالها مفهومه وحكمه، حيث نصت المادة (١١٠١) من القانون المدني العراقي على أنه (الكنز المدفون أو المخبوء الذي لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته يكون لمالك العقار أن كانت الأرض مملوكة، وللدولة أن كانت أميرية، ولجهة الوقف أن كانت الأرض موقوفة وفقاً صحيحاً).

كما نصت المادة (٨٧٢) من القانون المدني المصري على أنه (١- الكنز المدفون أو المخبوء الذي لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له، يكون لمالك العقار الذي وجد فيه الكنز أو لمالك رقبته، ٢- والكنز الذي يُعثر عليه في عين موقوفة يكون ملكاً خالصاً للواقف و لورثته).

في حين نصت المادة (٧١٦) من القانون المدني الفرنسي على أنه (١- تعود ملكية الكنز إلى من يجده في عقاره، وإذا وجد الكنز في عقار الغير، فتعود ملكيته مناصفة إلى من وجده وإلى مالك العقار. ٢- الكنز هو كل شيء مخبأ أو مطمور لا يمكن لأحد أن يثبت ملكيته له، ويكتشف بمجرد الصدفة)^(٢).

وبناءً على تلك النصوص لا بد من الإشارة إلى شروط الكنز أولاً ثم حكمه ثانياً، فيجب أن يتوافر في الكنز شرطان هما^(٣):-

١- أن يكون منقولاً مدفوناً أو مخبوءاً، فهو مال منقول لأن العقار المدفون يكون عادةً أثراً من الآثار القديمة تسري عليه الأحكام المتعلقة بالآثار لا الأحكام المتعلقة بالكنز، ومادام مدفوناً أو مخبوءاً فإنه يكون متميزاً عن الأرض لأن ما يوجد من معادن وأحجار ونفط في باطن الأرض لا يكون كنزاً لأنه جزء من باطن الأرض وليس مدفوناً أو مخبوءاً فيها، وإذا لم يكن المنقول مدفوناً بل

(١) د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني، عقد البيع، مطبعة الرابعة، بغداد، ١٩٩٣، ص ١٥٢.

(٢) 716- La propriété d'un trésor appartient à celui qui le trouve dans son propre fonds ; si le trésor est trouvé dans le fonds d'autrui, il appartient pour moitié à celui qui l'a découvert, et pour l'autre moitié au propriétaire du fonds Le trésor est toute chose cachée ou enfouie sur laquelle personne ne peut justifier sa propriété, et qui est découverte par le pur effet du hasard.

(٣) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج ٩، مصدر سابق، ص ٢٧.

كذلك ينظر / د. محمد طه البشير، و د. غني حسن طه، الحقوق العينية الأصلية، ج ١، مصدر سابق، ص ١٦١-١٦٢.

كان ملقى على سطح الأرض فهو ليس بكنز ويعتبر شيئاً ضائعاً وتسري بشأنه أحكام اللقطة^(١). وليس من الضروري أن يكون الكنز في باطن الأرض، فقد يكون مخبئاً في حائط لبناء قائم، بل يجوز أن يكون مخبوءاً في منقول آخر يحتويه، كما لو عثر على مجوهرات أو ذهب أو نقود في درج سري من أدراج مكتب، أو على أوراق مالية أو سندات مخبوءة ضمن صفحات كتاب أو سجل قديم.

٢- ألا تثبت ملكيته لأحد، فيجب لأعتبار المنقول المدفون كنزاً ومن ثم محلاً صالحاً لوضع اليد عليه وتملكه بالاستيلاء، ألا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته، فإذا أستطاع شخص أن يثبت ملكيته للمنقول، وأنه كان قد دفنه في باطن الأرض أو خبأه في مكان سري خوفاً عليه من المصادرة أو السطو أو للطمأنينة على بقائه محفوظاً، فإنه لا يُعد كنزاً ويجوز للمالك أن يسترده.

أما عن حكم الكنز، فالأصل على وفق المادة (١١٠١) من القانون المدني العراقي أن الكنز لمالكه إذا أستطاع أحد أن يثبت ملكيته، أما إذا لم تثبت ملكيته لأحد فهو لمالك العقار الذي وجد مدفوناً أو مخبوءاً فيه، فيكون من حق مالك العقار أن كانت ملكيته خاصة، وللدولة أن كانت الأرض أميرية، ولجهة الوقف أن كانت الأرض موقوفة وفقاً صحيحاً.

مع ملاحظة أن المشرع العراقي نظم (أنواع العقارات) في المواد (٥-٨) من قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة (١٩٧١) المعدل، وقسمها إلى العقارات المملوكة^(٢)، والعقارات الموقوفة، وهي على نوعين صحيحة وغير صحيحة^(٣)، والأراضي الأميرية سواء كانت صرفة أو مفوضة بالطابو أو ممنوحة باللزمة^(٤)، وأخيراً الأراضي المتروكة^(١).

(١) وسنبيّن مفهوم اللقطة وأحكامها في المطلب الثاني من هذا المبحث.

(٢) نصت المادة (٥) من قانون التسجيل العقاري على أنه (العقارات المملوكة هي التي تعود رقيبتها وحقوقها إلى مالكيها وفق أحكام هذا القانون).

(٣) نصت المادة (٦) من قانون التسجيل العقاري على أنه (العقارات الموقوفة : تقسم إلى قسمين :

أ- الأوقاف الصحيحة هي التي كانت مملوكة ثم أوقفت إلى جهة من الجهات بمسوغات شرعية

ب - الأوقاف غير الصحيحة هي ما كانت رقيبتها أميرية وحقوق التصرف فيها أو رسومها أو أعشارها أو جميعها موقوفة تخصيصاً لجهة من الجهات).

(٤) نصت المادة (٧) من قانون التسجيل العقاري على أنه (الأراضي الأميرية هي التي تعود رقيبتها للدولة وتكون على ثلاثة أنواع :

ثم صدر قانون توحيد أصناف أراضي الدولة رقم (٥٣) لسنة (١٩٧٦)، وبيّنت في المادة الأولى منه، أن جميع الأراضي الصرفة، والمفوضة بالطابو، والممنوحة باللزمة، والموقوفة وقفاً غير صحيح، والأراضي المتروكة، تُعد من صنف الأراضي المملوكة للدولة وتسجل باسم وزارة المالية، وتعُد سجلاتها وسنداتها في دوائر التسجيل العقاري على هذا الأساس تلقائياً^(٢).

كما بيّنت المادة (٨٧٢) من القانون المدني المصري، وهي تتفق مع القانون العراقي في أن الكنز إذا لم تثبت ملكيته لأحد، فهو لمالك العقار الذي وجد فيه الكنز أو لمالك الرقبة، أي أن الكنز إذا عُثر عليه في أرض مقرر عليها حق تصرف أو انتفاع فأن ملكيته تعود لمالك الرقبة. لكن يختلف حكم القانون المصري عن العراقي فيما لو عُثر على الكنز في أرض موقوفة، فالأول يجعله ملكاً خالصاً للواقف وورثته على اعتبار أن الواقف قد أوقف العقار فقط دون الكنز المدفون أو المخبوء فيه، في حين يجعله الثاني (القانون العراقي) ملكاً لجهة الوقف أن كانت الأرض موقوفة وقفاً صحيحاً وليس للواقف كما بيّنه القانون المصري.

في حين جاء القانون المدني الفرنسي مختلفاً بشأن حكم الكنز، حيث بيّنت المادة (٧١٦) منه أن الكنز تعود ملكيته إلى من يجده في عقاره مطلقاً أي أن يعثر عليه مالك العقار في عقاره فيتملكه، أما إذا عُثر عليه شخص في عقار غيره، فيقسم الكنز مناصفة بين مالك العقار الذي وجد فيه الكنز وبين من عُثر على هذا الكنز. وبذلك فقد خصص المشرع الفرنسي حصة من الكنز لمن

أ- الأراضي الأميرية الصرفة: هي التي تعود رقبته وجميع حقوقها إلى الدولة.

ب- الأراضي الأميرية المفوضة بالطابو : وهي الأراضي التي فوض حق التصرف فيها إلى الأشخاص وفق أحكام القوانين، وتعتبر الأراضي الموقوفة وقفاً غير صحيح التي يقتصر وقفها على الرسوم أو الأعشار أو كليهما بحكم الأراضي الأميرية المفوضة بالطابو.

ج- الأراضي الأميرية الممنوحة باللزمة : هي الأراضي التي منح حق التصرف فيها إلى الأشخاص حسب أحكام قانوني التسوية واللزمة).

^(١) نصت المادة (٨) من قانون التسجيل العقاري على أنه (الأراضي المتروكة : هي العقارات العائدة للدولة والمخصصة لأغراض المنفعة العامة أو لمنفعة أهالي قرية أو قسبة معينة).

^(٢) حيث نصت المادة (١/ أولاً) من قانون توحيد أصناف أراضي الدولة على أنه (تعتبر جميع الأراضي الأميرية الصرفة، والمفوضة بالطابو، والممنوحة باللزمة، والموقوفة وقفاً غير صحيح، والأراضي المتروكة، من صنف الأراضي المملوكة للدولة، وتسجل باسم وزارة المالية، وتعُد سجلاتها وسنداتها في دوائر التسجيل العقاري على هذا الأساس تلقائياً، دون أي إجراءات أخرى).

يعثر عليه، وحسناً فعل ذلك لما فيه من تشجيع للبحث عن الكنز المفقود، وحثاً من يعثر عليه على تسليمه إلى صاحبه أو الجهات المختصة وعدم إخفائه، وذلك نظراً لضمان حصته فيه على وفق القانون، في حين أغفل كل من المشرع العراقي والمصري هذا الحكم.

ويرى الفقهاء المسلمون أن الكنز هو ما دفنه الناس، سواء في الجاهلية أم في الإسلام، وهو على نوعين، إسلامي وجاهلي، فالإسلامي ما وجد به علامة أو كتابة تدل على أنه دفن بعد ظهور الإسلام مثل كلمة الشهادة أو المصحف، أو آية قرآنية أو أسم خليفة مسلم، أما الجاهلي فهو ما وجد عليه كتابة أو علامة تدل على أنه دفن قبل الإسلام كنقش أو صنم أو وثن أو أسم ملك جاهلي ونحو ذلك^(١).

وحكمها أن الكنز الإسلامي يبقى على ملك صاحبه فلا يملكه واجده، بل يُعد كاللقطة يجب تعريفه والإعلان عنه، فإن وجد صاحبه سلم إليه وإلا تصدق به على الفقراء، ويحل للفقير الانتفاع به، وهذا هو رأي الحنفية^(٢)، في حين أجاز جانب من الفقهاء المسلمون تملكه و الانتفاع به ولكن أن ظهر صاحبه بعدئذ وجب ضمانه^(٣). أما الكنز الجاهلي، فأن خمسه لبيت المال (خزانة الدولة)، وأما باقيه وهو الأربعة أخماس ففيها اختلاف، فقيل أنها للواجد مطلقاً سواء وجدها في أرض مملوكة أم لا، وقيل أنها للواجد في أرض غير مملوكة، فأن كان في أرض مملوكة فهي لأول مالك لها أو لورثته أن عرفوا، وإلا فهي لبيت المال^(٤).

والسؤال الذي يمكن أن يُثار هنا، هل يستطيع مالك العقار الذي وجد فيه الكنز أن يملكه أستناداً لقاعدة " الحيازة في المنقول سند الملكية "، أم انه يُعد في حكم المفقود ومن ثم يستطيع صاحبه أن يسترده خلال ثلاث سنوات من وقت فقده أي من وقت حيازة مالك العقار له ؟؛

للإجابة عن ذلك نشير إلى أن مالك العقار الذي حاز الكنز لا يمكن أن تكون حيازته بحسن نية لأنه يعلم أو ينبغي أن يعلم أن للكنز مالكاً من حقه أن يسترده، كما أنه لم يستند في ذلك إلى

(١) د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج٤، مصدر سابق، ص٧٤.

(٢) علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، ص٢٠٢.

(٣) الإمام أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج٢، القاهرة، ١٩٧٥، ص٢٧٦.

(٤) د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج٤، المصدر السابق، ص٧٥.

سبب صحيح، ومن ثم يكون لمالك الكنز أن يسترده من مالك العقار في أي وقت لا في خلال ثلاث سنوات فقط، هذا مالم يملكه مالك العقار بالتقادم الطويل، أما إذا باع مالك العقار الكنز لمشتري حسن النية فأن المشتري يملكه بالحيازة، ولا يستطيع مالك الكنز أن يسترده حتى خلال مدة الثلاث سنوات لأن الكنز لا يُعد مفقوداً ولا مسروقاً^(١).

وبعد أن بيّنا مفهوم الكنز وحكمه، نلاحظ أن الكنز بهذا التحديد ليس من الدقة أن يقال إنّه منقول لا مالك له، لأنه مر بنا من خلال التطبيقات السابقة للاستيلاء ابتداءً أن الشيء المباح أما أن يكون غير مملوك لأحد منذ البداية أو كان مملوكاً غير أن مالكه تولى عنه بإرادته، والكنز ليس كذلك بطبيعة الحال، فهو له مالك ابتداءً ولم يُثبت أن مالكه قد تولى عنه بإرادته، وإنما دفعه من أجل المحافظة عليه أو طمرته عوامل خارجه عن إرادته، لذلك يتضح أن الكنز لا يُعد محلاً صالحاً للاستيلاء ابتداءً، ويبدو أن المشرع عالجه ضمن مسائل الاستيلاء لأنه يقترب من المنقول الذي ليس له مالك بحكم أن مالكه غير معروف، ومن ثم أعطى الحق لمالك العقار أن يضع يده عليه وتملكه مالم يُثبت أحد ملكيته له.

وأخيراً لا بدّ من الإشارة إلى أن المادة (١١٠٣) من القانون المدني العراقي، بيّنت أن الحق في الأشياء الأثرية تنظمه القوانين الخاصة، وقد نظم المشرع أحكام الآثار من خلال قوانين عدة كان آخرها قانون الآثار والتراث رقم (٥٥) لسنة (٢٠٠٢) النافذ^(٢)، حيث عرفت المادة (٤/ سابعاً) منه الآثار بأنها (الأموال المنقولة وغير المنقولة التي بناها أو صنعها أو نحتها أو أنتجها أو كتبها أو رسمها أو صورها الإنسان ولا يقل عمرها عن (٢٠٠) مئتي سنة، كذلك الهياكل البشرية والحيوانية والنباتية)^(٣).

(١) أستاذنا الدكتور سلام عبد الزهرة الفتلاوي، و د. محمد عدنان باقر، أثر حسن النية في اكتساب الملكية والحقوق المتفرعة عنها، بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد (٣٠)، العدد (١)، ٢٠٢٢، ص ١٠٣-١٠٤.

(٢) المنشور في الوقائع العراقية بالعدد (٣٩٥٧) في (٢٠٠٢/١١/١٨).

(٣) بينما تعرف المواد التراثية بموجب المادة (٤/ ثامناً) من هذا القانون بأنها (الأموال المنقولة والأموال التي يقل عمرها عن (٢٠٠) مئتي سنة ولها قيمة تاريخية أو وطنية أو قومية أو دينية أو فنية، يعلن عنها بقرار من الوزير).

في حين منعت المادة (٣) من ذات القانون أكتساب ملكية الآثار بالأستيلاء عليها، وذلك عندما نصت على أنه (أولاً- يمنع التصرف بالآثار والتراث والمواقع التاريخية إلا وفق أحكام هذا القانون. ثانياً- يمنع مالك الأرض التي يوجد فيها الأثر و التراث والموقع التاريخي من التصرف المادي بها أو إجراء الحفر فيها أو تخريبها أو تغيير معالمها).

المطلب الثاني

اللقطة

جاءت الشريعة الإسلامية بجملة من الأحكام التي من شأنها عدم التعدي على أموال الآخرين سواء كانت بيد أصحابها أو عند العثور عليها في حالة ضياعها، حيث نظمت أحكام اللقطة التي هي عبارة عن مال منقول ضائع ألقطه شخص ما، وبغض النظر عن طبيعة هذا المنقول وقيمه، فإنّ هنالك التزامات تقع على عاتق الملتقط أهمها المحافظة على اللقطة و الإعلان عنها أو تسليمها إلى الجهة المختصة لتتولى ذلك، وبالمقابل فعلى مالك اللقطة أو صاحب الحق فيها مراجعة الجهة المختصة للبحث عنها وإعطاء الوصف الدقيق لها، كما يلتزم ببعض الأمور المالية تتمثل بدفع بعض النفقات وتسلم اللقطة في حالة العثور عليها، وبالرغم من عدم تنظيم المشرع العراقي لأحكام اللقطة إلا أنها تكتسب أهمية كبيرة، إذ كثيراً ما يحصل في الحياة اليومية أن يفقد أو يُضيّع شخص بعض الأشياء سواء كانت مبلغ من النقود أو حقيبة شخصية أو بعض الحيوانات المنزلية وغير ذلك، ولغرض الألمان باللقطة وفي ظل عدم وجود تنظيم تشريعي متكامل لها، لا بدّ من الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي، وتقسيم هذا المطلب على فرعين، نبين في الفرع الأول التعريف باللقطة، في حين نخصص الفرع الثاني لأحكام اللقطة.

الفرع الأول

التعريف باللقطة

لغرض التعريف باللقطة لا بدّ من بيان المقصود بها سواء في الفقه الإسلامي أو القانون المدني، ثم البحث عن أساس مشروعيتها، والتطرق إلى طبيعتها القانونية، وعليه سنقسم هذا الفرع

على ثلاث فقرات، نبين في الأولى المقصود باللقطة، ونخصص الثانية لمدى مشروعيتها، في حين نعد الثالثة لتحديد طبيعتها القانونية، وكما يأتي :-

أولاً / المقصود باللقطة

وضعت السنة النبوية الشريفة نظام متكامل للقطعة يتناول جميع جوانبها وذلك نظراً لأهميتها في الحياة اليومية لأفراد المجتمع، حيث أورد الفقهاء المسلمون تعريفات عدة للقطعة، فعرفها الشافعية بأنها ((ما وجد في موضع غير مملوك من مال، أو مختص ضائع من مالكه، بسقوط أو غفلة أو نحوهما لغير حربي، ليس بمحرز ولا ممتنع بقوته، ولا يعرف الواجد مكانه))^(١).

وعرفها الحنابلة بأنها ((المال الضائع من ربه يلتقطه غيره))^(٢)، وعرفوها أيضاً بأنها ((كل مال أو متاع متروك أو مرمي في أرض لا يحفظ مثله في مثلها في غير حرز))^(٣).

كما عرفها الأمامية بأنها ((هي المال الضائع عن صاحبه يلتقطه غيره))^(٤)، في حين عرفها أحد فقهاء المالكية بأنها ((مال معصوم عرض للضياع))^(٥)، وعرفها آخر أيضاً بأنها ((مال وجد بغير حرز محترماً، ليس حيواناً ناطقاً ولا نعماً، فيخرج الركاز وما في دار الحرب))^(٦).

(١) شمس الدين محمد بن الخطيب المعروف بـ(الشرييني)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ، ط ١، ج ٣، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، بدون سنة طبع، ص ٥٧٦.

(٢) موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد المعروف بـ (أبن قدامة)، المغني، ط ١، ج ٦، مطبعة المنار، مصر، ١٣٤٧هـ، ص ٣١٨.

(٣) منصور يونس بن صلاح الدين بن حسن أديس المعروف بـ (البهوتي)، الروض المربع شرح زاد المستتقع، دار المؤيد، مؤسسة الرسالة، بدون سنة طبع، ص ٢٨٨.

(٤) أبو جعفر محمد بن الحسن بن علي المعروف بـ (الطوسي)، المكتبة الرضوية لأحياء الآثار الجعفرية، ج ٣، ص ٣١٨.

(٥) محمد بن أحمد بن عرفة المعروف بـ (الدسوقي)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لأبي البركات أحمد الدردير، ج ٤، دار إحياء الكتب العربية، بدون سنة طبع، ص ١١٧.

(٦) محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي المعروف بـ (المواق)، التاج والإكليل لمختصر خليل، ط ١، ج ٦، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٩٩٤، ص ٦٩.

وأخيراً عرفها الحنفية بأنها ((المال الساقط لا يعرف مالكة))^(١)، أو هي ((رفع شيء ضائع للحفظ على الغير لا للتمليك))^(٢).

ويلحظ على التعريفات المذكورة أنها وأن اختلفت في ألفاظها إلا أنها تشير في عمومها إلى أن اللقطة هي عبارة عن منقول مملوك أضاعه مالكة أو صاحب الحق فيه وألنقطه آخر.

أما على صعيد القانون فلم نجد تعريفاً للقطة في التشريعات محل المقارنة، على الرغم من أن المادة (١١٠٣) من القانون المدني العراقي أشارت إلى اللقطة ضمن النصوص المنظمة للاستيلاء، إلا أنها تخلو من إيراد تعريف لها، كما أن هذه المادة قد أحالت تنظيم أحكام اللقطة إلى قانون خاص إلا أنه لم يصدر لغاية الآن، ومن هذا المنطلق ندعو المشرع العراقي إلى ضرورة إصدار هكذا قانون ينظم كل ما يتعلق باللقطة من أحكام وذلك نظراً لأهميتها ومساسها المباشر في الحياة اليومية للأفراد.

ومع ذلك يمكن عن طريق القواعد العامة في القانون المدني العراقي أن نجد سبيلاً لمعالجة أحكام اللقطة من خلال الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي بهذا الشأن من دون التقيد بمذهب معين، وذلك عن طريق المادة (٢/١) من هذا القانون التي تنص على أنه (فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين...).

وفي ظل عدم وجود تعريف تشريعي للقطة فقد حاول الفقه إيراد تعريفاً لها بأنها مال منقول ضائع لا يعرف صاحبه، فإذا ألنقطه شخص ما بنية التملك عُدَّ غاصباً، فإذا هلك في يده ضمنه ولو بغير تعدٍ منه^(٣). كما عرفها الدكتور السنهوري بأنها الشيء الضائع يفقده صاحبه ولا يعثر عليه، فيعثر عليه شخص آخر ويلنقطه^(٤). ويخرج الشيء عن نطاق السيطرة المادية لصاحبه ومن

(١) أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، مصدر سابق، ص ٢٠٠.

(٢) عبد الرحمن بن محمد بن سليمان المعروف بـ (شيخي زادة)، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ج٢، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٩٩٨، ص ٥٢٤.

(٣) د. درع حماد عبد، الحقوق العينية الأصلية - حق الملكية والحقوق المتفرعة عنها، دار السنهوري، بيروت، لبنان، ٢٠١٨، ص ٢٠٩.

(٤) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج٩، مصدر سابق، ص ٣٥.

ومن ثم يعدّ ضائعاً لأسباب كثيرة، فقد يسقط من يد صاحبه دون علمه، وقد يضعه في مكان ثم ينساه، وقد يخرج عن حيازته لسبب قاهر ولم يعثر عليه بعد ذلك.

ثانياً / مشروعية اللقطة

الأصل في مشروعية اللقطة من خلال السنة النبوية الشريفة، حيث ورد عن زيد بن خالد الجهني^(١) أنه جاء رجل إلى الرسول (ص) فسأله عن اللقطة، فقال ((أعرف عفاصها^(٢)) ووكاءها^(٣)) ثم عزّفها^(٤) سنة، فأن جاء صاحبها، وإلا فشأنك بها)) قال فضالة الغنم؟ قال ((لك أو لأخيك أو للذئب))^(٥) قال فضالة الأبل؟ قال ((ما لك ولها معها سقاؤها^(٦) وحذاؤها^(٧))، ترد الماء، الماء، وتأكّل الشجر حتى يلقاها ربها))^(٨). ويُفهم من الحديث الشريف أن اللقطة وأن مضى عليها وقت طويل وهي في يد الملتقط، عليه أن يردها إلى صاحبها عند العلم به أو يرد قيمتها أن كان قد أكلها أو أنفقها.

(١) ينظر/ خير الدين بن محمود بن محمد بن علي بن فارس المعروف بـ (الزركلي)، كتابه الأعلام، ج ٣، بدون مكان طبع، ص ٥٨.

(٢) معنى العفاص بالكسر صوت الجلد الذي يلبسه رأس القارورة. ينظر / الرازي، مختار الصحاح، ص ٢١٣.

(٣) والوكاء هو ما يشدّ به رأس القرية أو هو الخيط الذي تشدّ به الصرة أو الكيس وغيرها. ينظر / ابن حيان، صحيح ابن حيان، ج ١١، ص ٢٥٠.

(٤) أي بينّها للناس، كأن ينادي الملتقط من ضاع له شيء فيطلبه عندي. ينظر / البخاري، صحيح بخاري، ج ٣، ص ١٢٤.

(٥) أي أن حكم التقاط ((الغنم الضالة)) هو أما أن تأخذها أو يلتقطها غيرك أو يأكلها الذئب أن تركت. ينظر/ البخاري، ج ١، مصدر سابق، ص ٣٠.

(٦) يقصد بسقاؤها، أي جوفها، فحيث وردت الماء شربت ما يكفيها حتى ترد ما آخر. ينظر / ابن حيان، مصدر سابق، ص ٢٥١.

(٧) يقصد بالحذاء أخفافها، أي تقوى على السير وقطع البلاد البعيدة. ينظر / ابن حيان، مصدر سابق، ص ٢٥١.

(٨) ينظر / أبو إبراهيم أسماعيل بن يحيى المزني، السنن المأثورة للشافعي، دار المعرفة، بيروت، ١٤٠٦هـ، ص ٣٨١.

ويقصد بـ (الضالة) ما يحصل للحيوان خاصة دون سائر اللقطة، ويقال لها الهوامي والهوامل و الهوافي^(١)، وهي على نوعين ضالة الغنم و ضالة الأبل، فبالنسبة للأولى أن من وجد شاة ضالة فليأخذها، انطلاقاً من قول الرسول (ص) في ضالة الغنم ((هي لك، أو لأخيك، أو للذئب)) فهذه رخصة في أخذها، فأن لم تأخذها أنت يأخذها غيرك أو يأكلها الذئب، وحكم ضالة الغنم أنه أن وجدها في صحراء أو مهلكة فله أن يأكلها، والقيمة في ذمته لمالكها أن ظهر لها مالك، وهذا هو قول أكثر أهل العلم. أما ضالة الأبل فالمرء ممنوع من أخذها دون غيرها من سائر الضوال أستناداً لقوله (ص) فيها: ((ما لك، ولها معها سقاؤها وحذاؤها، ترد الماء، وتأكل الشجر، حتى يلقاها ربيها)) وهو رأي أكثر أهل العلم كذلك^(٢)، بينما أجاز أغلب الحنفية ألتقاط الأبل^(٣).

والسؤال الذي يمكن أن يطرح في هذا المقام، ما هو حكم ألتقاط اللقطة، وبعبارة أخرى هل أن الألتقاط واجب أم مندوب أم مستحب أم مكروه؟؛

للإجابة عن ذلك أختلف الفقهاء المسلمون بشأن حكم اللقطة، حيث يرى الحنفية بأن ألتقاط اللقطة أفضل من تركها لأنه لو تركها لم يأمن أن تصل إليها يد خائنة فيكتمها عن مالكها، فإذا أخذها عرف بها حتى يوصلها إلى مالكها^(٤)، حيث ذكر أحد الفقهاء ((يكون الألتقاط أما مندوباً أو مباحاً مباحاً أو حراماً، فحالة النذب هي أن يخاف عليها الضياع لو تركها فكأن أخذها لصاحبها إحياء لمال مسلم، وأما حالة الإباحة فهي أن لا يخاف عليها الضياع فيأخذها لصاحبها، وأما حالة الحرمة فهي أن يأخذها لنفسه لا لصاحبها فيكون بمعنى الغصب))^(٥).

(١) أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد المعروف بـ (أبن قدامة)، المغني، ج٦، مصدر سابق، ص٧٣.

(٢) محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري، التاج والإكليل، ج٨، مصدر سابق، ص٥٠.

- ينظر / الكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، مصدر سابق، ص٢٠٠.

(٣) أبن قدامة، المغني، ج٦، المصدر السابق، ص١٠٣.

(٤) شمس الدين محمد بن أحمد بن أبي سهل المعروف بـ (السرخسي)، المبسوط، ط٣، ج١١، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ١٩٧٨، ص٢.

(٥) أبي بكر الكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، المصدر السابق، ص٢٠٠.

بينما يرى الحنابلة بجواز ألتقاط اللقطة لمن وثق من نفسه الأمانة وقوى على تعريفها، والأفضل ترك التقاطها لأن في ذلك تعريضاً لنفسه لأكل الحرام^(١).

في حين يرى فقهاء الأمامية أن الألتقاط مكروهاً مطلقاً، مستثنين في ذلك إلى قول الرسول (ص) ((لا يأوي الضالة إلا ضال))، و استندوا أيضاً إلى قول الأمام الصادق (ع) في معرض سؤاله عن اللقطة فقال ((لا تمسوها))، كما استندوا إلى رواية الحسين بن أبي العلاء حين قال ((ذكرنا اللقطة للصادق عليه السلام فقال لا تعرض لها فأن الناس لو تركوها لجاء صاحبها فأخذها))^(٢).

ثالثاً / الطبيعة القانونية للقطة

يعد القانون المدني الأستيلاء سبباً من أسباب كسب الملكية، ومن خلال وضع الشخص يده على منقول غير مملوك أو بحكم غير المملوك بنية تملكه، إلا أن هنالك أشياء لا تصلح أن تكون محلاً للأستيلاء ابتداءً، رغم أنها لم تعد في حيازة مالكها، لأنه لم يتخل عنها بنية النزول عن ملكيتها وأنما فقدتها نتيجة لضياعها، وهذا هو المعنى الحقيقي للقطة.

فاللقطة تخرج من حيازة مالكها لسبب خارج عن إرادته، فقد يلتقطها شخص آخر فيستولي عليها، وهذا الأستيلاء قد يكون مصادفة عندما يقع الشيء في حيازة شخص ألتقطه بنفسه أو بواسطة غيره، وعليه فأن فعل الألتقاط يتطلب نشاطاً إيجابياً يقوم به الملتقط على الشيء الضائع، وهذا الألتقاط بدوره يتطلب أمرين، الأول أن لا يكون هنالك عملية تسليم مادية من مالك الشيء إلى من عثر عليه، كون المالك فقد السيطرة المادية بدون إرادته، والأمر الثاني هو أن الشيء الضائع الذي تم العثور عليه ليس في حيازة أحد وقت العثور عليه وأنما يوجد ضائعاً^(٣).

(١) عبد القادر بن عمر الشيباني، نيل المأرب بشرح دليل الطالب، ج١، مطبعة محمد علي صبيح وأولاده، الكويت، ١٩٥٤، ص ١٧٩.

(٢) محمد بن الحسن الحر العاملي، تفصيل وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة، ط٢، ج٢٥، مؤسسة أهل البيت عليهم السلام لأحياء التراث، بيروت، لبنان، ٢٠٠٣، ص ٤٣٩.

- كذلك ينظر / علي أكبر سيفي المازندراني، دليل تحرير الوسيلة في أحياء الموات واللقطة، ط١، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، ١٤١٥ هـ، ص ١٤٧.

(٣) د. مراد رشدي، الأختلاس في جرائم الأموال، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦، ص ٢٥٧.

فالقانون لا يعد فقدان الشيء أو ضياعه سبباً لأنقضاء ملكيته، ومن ثم يحق لمالكه استرداده، وهذا يعني أن حائز الشيء فقد العنصر المادي من حيازته للشيء لكن بقي محتفظاً بالعنصر المعنوي والذي يتمثل في اتجاه إرادته إلى إبقاء حقوقه وسلطاته على الشيء وعدم التخلي عنها للغير، فالحائز وأن كان قد فقد حيازته المادية إلا أنه لم يفقد ملكيته، لأن الوجود القانوني للحيازة يتوقف على عنصرين أحدهما مادي يتمثل بالسيطرة الفعلية أو المادية على الشيء، وثانيهما معنوي يتمثل بإرادة المالك أو صاحب الحق بالحيازة لحساب نفسه.

وأن ملتقط الشيء الضائع لا يمكن أن يستند في تملكه على الأستيلاء ابتداءً بإعتباره سبباً من أسباب كسب الملكية لأن تملك الشيء لهذا السبب ينهض عندما لا يكون له مالك أو أن مالكه قد تخلى عنه بإرادته، في حين أن الشيء الضائع لا زال على ملك صاحبه^(١).

كما لا يمكن الاستناد إلى الحيازة كسبب لكسب ملكية المنقول الضائع، لأن الحيازة تتطلب توافر حسن النية والسبب الصحيح، في حين أن ملتقط الشيء الضائع يكون سيء النية لأنه يعلم أو ينبغي أن يعلم أنه غير مملوك له وأن له مالك قد أضاعه، كما أن واقعة العثور على الشيء لا تُعد في حد ذاتها سبباً صحيحاً، وبذلك فأن يد الملتقط للشيء الضائع هي مجرد يد عارضة لا تكسبه ملكية ما ألتقط ابتداءً مالم يُعرّف باللقطة وتوفر الضوابط التي حددها الفقهاء المسلمون^(٢)، أو يملكها بالتقادم الطويل المكسب.

مع ملاحظة أن ملتقط المنقول الضائع قد يتصرف به تصرفاً ناقلاً للملكية مما يدخله في حيازة الغير حسن النية، فهل يستطيع هذا الأخير أن يملكه وفقاً لقاعدة " الحيازة في المنقول سند الملكية " على اعتبار أنه قد تلقى الحيازة من الملتقط بحسن نية ومستنداً إلى سبب صحيح ؟؛

أن الإجابة عن ذلك تكون بالنفي لأن قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية تؤدي إلى كسب الملكية فوراً إذا ما توافرت شروطها، بينما عطلت المادة (١١٦٤) من القانون المدني العراقي هذا الحق عندما أعطت لمالك المنقول الضائع أن يطالب باسترداده خلال (٣) ثلاث سنوات من وقت

(١) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج ٩، مصدر سابق، ص ٣٧.

(٢) سيتم بحث موضوع التعريف باللقطة أو الإعلان عنها، ومدى جواز تملكها، وذلك في الفرع الثاني من هذا المطلب عند دراسة أحكام اللقطة.

ضياعه، حتى وأن كان بيد حائز حسن النية، فإن مرّت تلك المدة دخل الشيء الضائع من هذه اللحظة في ملكية حائزه على وجه يمنع ماله الأصيلي أو من أضاعه حق طلب استرداده.

ولا بدّ من الإشارة هنا بإيجاز إلى مسألة تمييز اللقطة عما يختلط بها من أحوال وضع اليد على المنقول ومن ثم كسب ملكيته بالاستيلاء ابتداءً، فيجب التمييز أولاً بين اللقطة من جهة والأشياء المتروكة من جهة أخرى، فاللقطة كما أوضحنا هي عبارة عن منقول ضائع من صاحبه فهو بذلك فقد حيازتها دون أن يتخلّى عن ملكيتها ومن ثم لا تُعد محلاً صالحاً للاستيلاء ابتداءً، بينما الأشياء المتروكة تولى عنها صاحبها بنية النزول عنها ومن ثم أصبحت غير مملوكة لأحد ويستطيع أول من يضع يده عليها أن يملكها بالاستيلاء، وبذلك فإن الأشياء المتروكة تخرج عن حيازة صاحبها طوعاً وعن بينة من أمره، على خلاف الأشياء الضائعة فإنها تخرج بغير إرادته وربما لا يعلم أنه فقدّها^(١).

كذلك يجب التمييز بين اللقطة والكنز، فهما يتفقان أن كلاّ منهما لم يتخلّ صاحبه عن ملكيته، فلا يُعد شيئاً لا مالك له ولا يكون محلاً للاستيلاء ابتداءً، ويتفقان كذلك في أن كلاّ منهما ولو أن له مالكاً إلا أن هذا المالك وقت العثور على الشيء غير معروف، ولكنهما يختلفان، في أن اللقطة منقول ظاهر أمام الناس، فهو قد يكون ملقى على قارعة الطريق، أو بان للعيان فوق رف أو على درج، أو باق في مكانه الظاهر في سيارة أو في قطار أو نحو ذلك، أما الكنز فهو غير ظاهر للعيان، أما مدفون أو مخبوء، ويغلب أن يكون الكنز شيئاً ثميناً، أما اللقطة فيحتمل أن تكون محدودة القيمة ولكن يحتمل أيضاً أن تكون ذات قيمة كبيرة كمجوهرات أو مقدار كبير من النقود، ويغلب من الناحية العملية إلا يعرف المالك الحقيقي للكنز أبداً، إذ يكون قد دفن الكنز أو خبأه منذ مدة طويلة ولا يعرف ذووه مكانه، أما اللقطة فأحتمال التعرف على صاحبها أقرب، إذ يكون غالباً قد فقدّها منذ مدة قريبة ولم ينقطع عن السؤال والبحث عنها^(٢).

(١) ينظر / أستاذنا د. محمد أسماعيل، جريمة الاستيلاء على الأموال الضائعة أو استعمالها بسوء نية، بحث منشور في مجلة العلوم الإنسانية، كلية التربية، صفى الدين الحلي، المجلد (١)، العدد (٨)، ٢٠١١، ص ١٣٥-١٣٦.

(٢) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج٩، مصدر سابق، ٣٦.

الفرع الثاني

أحكام اللقطة

أهتم الفقهاء المسلمون ببيان أحكام اللقطة أهتماً كبيراً، لما في ذلك من تيسير على الناس، لأن من فقد شيئاً يملكه سواء كانت قيمته مادية أو معنوية بالنسبة له - كجهاز الهاتف النقال مثلاً - فهو بأمس الحاجة لأن يعثر عليه من خلال التعرف على مكان وجوده، وهذا يحصل عن طريق ملتقط الشيء الذي قد يساعد صاحبه في الوصول إليه وكف الأيدي الآثمة عنه، وينشأ عن أحكام اللقطة بعض الالتزامات على عاتق الملتقط من جهة، ومالك اللقطة من جهة أخرى، فيلتزم الملتقط بوجوب الإعلان عن اللقطة أو التعريف بها، وبالمقابل يلتزم مالك اللقطة بعد العثور عليها بدفع نفقات وتكاليف حفظها و الإعلان عنها طيلة مدة ضياعها، وأخيراً لا بد من مناقشة مدى جواز تملك اللقطة عند التقاطها مباشرة أو بعد أنتهاء مدة الإعلان عنها دون التعرف على مالكيها. وبناءً على ما تقدم سنقسم هذا الفرع على فقرتين، نبين في الفقرة الأولى ألتزام الملتقط بالإعلان عن اللقطة، ونخصص الفقرة الثانية لألتزام مالك اللقطة بدفع النفقات والتكاليف.

أولاً / ألتزام الملتقط بالإعلان عن اللقطة

لغرض الإلمام بألتزام الملتقط بالإعلان عن اللقطة أو التعريف بها، لا بدّ من التطرق إلى الأمور المتعلقة بوجوب الإعلان عن اللقطة، وكيفية حصول هذا الإعلان، مع الإشارة إلى مدته وزمانه ومكانه، وذلك من خلال تقسيم هذه الفقرة على نقاط عدة، وكما يأتي :-

١- وجوب الإعلان عن اللقطة

يرى جمهور الفقهاء^(١) أنّ الإعلان عن اللقطة أو التعريف بها واجب على كل ملتقط، لما في ذلك من تيسير على مالكيها في سبيل الوصول إليها، وإبراء ذمته منها قبل التصرف فيها أو التصديق بها. وأساس هذا الوجوب دل عليه أمر النبي (ص) بما رواه زيد بن خالد الجهني، أن

(١) ينظر / منصور بن يونس البهوتي، شرح منهي الإيرادات ، ج٢، ص٤٧٥. شمس الدين السرخسي، المبسوط ، مصدر سابق، ص ١١. محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، لأبي بركات أحمد الدردير ، ج٤، دار احياء الكتب العربية ، بدون سنة طبع ، ص ١٢٠.

رجلاً سأل الرسول (ص) عن اللقطة فقال ((عَرَفَهَا سَنَةً ثُمَّ أَعْرَفَ وَكَأَنَّهَا وَ عَفَاصُهَا ثُمَّ أَسْتَفَقَ بِهَا ، فَأَنَّ جَاءَ رَبِّهَا فَأَدَّاهَا إِلَيْهِ))^(١).

كما نصت المادة (٧٧٠) من مجلة الأحكام العدلية على أنه (يعلن الملتقط أنه وجد لقطه ويحفظها عنده أمانة إلى أن يظهر صاحبها فإذا ظهر شخص وأثبت أنها ماله لزمه أن يسلمه إياها)، وإذا كان الأصل هو وجوب الإعلان عن اللقطة إلا أنه يستثنى من ذلك ما يأتي :-

أ- الشيء اليسير من الطعام الذي يتسارع إليه الفساد كالزببية أو التمرة أو نحو ذلك^(٢).

ب- اللقطة اليسيرة من غير الطعام كالحبل والعصا وكل شيء يعلم أن مالكه لا يطلبه كالنواة وقشور، وما كان دون الدرهم الشرعي^(٣).

ويلزم الملتقط بتعريف اللقطة أو الإعلان عنها إذا كانت لها علامة مميزة يمكن الوصول بها إلى مالكها، وبلغت قيمتها درهماً، فما زاد عن هذا وجب على الملتقط التعريف بها^(٤)، أما إذا كانت قيمتها أقل من ذلك فلا يجب عليه تعريفها.

ج- إذا كان الملتقط يخشى على اللقطة من سلطان جائر أو سارق، فلا يجب عليه التعريف وتبقى أمانة عنده لحين إمكان التعريف وأن طال عليها الزمن بحسب رأي الشافعية^(٥)، في حين يرى الحنابلة خلاف ذلك، ويلزمون الملتقط بالتعريف مطلقاً وليس حفظها إلا إذا كان لغرض إيصالها لصاحبها، حيث ذكروا ((ولنا أن النبي (ص) أمر به زيد بن خالد وأبي بن كعب ولم يفرق، ولأن حفظها لصاحبها إنما يُعَيَّد إيصالها إليه، أما بقاؤها في يد الملتقط من غير وصولها إلى صاحبها فهو وهلاكها سيان، ولأن إمساكها من غير تعريف تضييع لها عن صاحبها فلم يجز))^(٦).

(١) أبو داود ، سنن أبي داود ، ج٢، باب التعريف باللقطة ، حديث (١٧٠٦)، ص١٣٥.

(٢) محمد بن عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج٤، مصدر سابق ، ص١٢٢.

(٣) عبد القادر بن عمر التغلبي الشيباني، نيل المآرب بشرح دليل الطالب، مصدر سابق، ص ١٧٨. أبو محمد موفق الدين ابن قدامة، المغني، ج٦، مصدر سابق، ص٣٢٣.

(٤) السيد علي الحسيني السيستاني ، منهاج الصالحين ، المعاملات ، القسم الأول ، ج٢، دار المؤرخ العربي ، بيروت ، لبنان ، ١٤٣٤هـ ، ٢٠١٣م، ص٢١٧.

(٥) شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، ج٢، مصدر سابق سابق ، ص٥٦٠.

(٦) أبو محمد موفق الدين ابن قدامة، المغني ، ج٦، المصدر السابق ، ص٧٤.

٢- كيفية الإعلان عن اللقطة

يُعد الهدف من الإعلان عن اللقطة أو التعريف بها هو تمكين مالكيها أو صاحب الحق فيها من الوصول إليها، لذلك يجب على المعرف (الملتقط) أو أية جهة أخرى تتولى التعريف أن يحتاطوا في تعريفها كي لا تقع بيد آثمة غير يد صاحبها، بحيث يذكر معرف اللقطة وصفاً عاماً لها كأن يذكر جنسها أو تاريخ النقاطها أو مكان وجودها من دون تفصيل في الأمر لما في ذلك من خطورة في إمكان وقوعها في يد غير صاحبها.

وفي هذا السياق بيّن أحد الفقهاء بأنه ((يذكر جنسها لا غير فيقول : من ضاع منه ذهب أو فضة أو دنانير أو ثياب ونحو ذلك، لقول عمر (رض) لواجد الذهب قل: الذهب بطريق الشام ولا تصفها، لأنه لو وصفها لعلم صفتها من يسمعها، فلا تبقى صفتها دليلاً على ملكها لمشاركة غير المالك في ذلك، ولأنه لا يأمن أن يدعيها بعض من سمع صفتها، ويذكر صفتها التي يجب دفعها بها فيأخذها وهو لا يملكها، فتضيع على مالكيها))^(١)، ويفضل تقييد هذه العلامات بالكتابة، بأنه النقطها من موضع كذا في وقت كذا لأنه ربما كان ذكر الزمان والمكان مما يذكره الطالب من أوصافها^(٢).

وفي ظل التطور التكنولوجي الحالي و الانتشار الواسع لشبكة الأنترنت، فقد يسرت مواقع التواصل الاجتماعي سرعة الإعلان عن اللقطة من خلال نشرها والتعريف بها، فصار من الممكن التعرف على مالكيها والوصول إليه في ساعات قليلة أحياناً، مع ضرورة توخي الحذر من السلبيات التي ترافق النشر على شبكة الأنترنت، فينبغي عدم إظهار اللقطة كاملة من خلال نشر صورة واضحة و متكاملة لها، لأن ذلك يمكن أن يؤدي إلى ادّعاء الكاذبين والمخادعين ملكيتهم لها بعد التعرف على شكل أو بعض أوصافها^(٣).

(١) أبو محمد موفق الدين (أبن قدامة)، المغني، مصدر سابق ، ص٧٦،

(٢) أبو زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي، روضة الطالبين، ط١، دار أبين حزم، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٢، ص٩٧٥.

(٣) د. عمر عبد العزيز هلال، وسائل التواصل الاجتماعي وأحكامها في الفقه الإسلامي (فيس بوك - واتس آب- تويتر -سكايب - فايبر)، دار الكتب العلمية ن بيروت، لبنان، ٢٠١٩، ص١٢١

وعليه فأن من يريد الإعلان عن اللقطة أن يستخدم وسائل التواصل الاجتماعي لهذا الغرض، بوصفه الطريق الأسرع والأكثر انتشاراً لتحقيق ذلك، مع وجوب مراعاة ما تقدم ذكره بشأن بيان أوصاف اللقطة، على اعتبار أن أغلب هذه الوسائل مرئي وربما يرى صورة اللقطة و أوصافها غير صاحبها الحقيقي ويدعي ملكيتها بغير وجه حق، مما يدفع الملتقط تسليمها إليه جهلاً بذلك، وهذا خلاف المقصود من الإعلان أو التعريف بها، لذا فالأولى بمن يريد الإعلان في وقتنا أن لا ينشر صورة أو رسم اللقطة أو نحو ذلك، وإنما يكتفي بالإعلان عنها في تلك الوسائل سواء كتابة أو صوتاً وما شابه ذلك من وصف بحيث لا يستطيع معه الوصول إلى وصفها الحقيقي إلا صاحبها الذي فقدها، وأن هذا الغموض أو الإيهام في الإعلان أو التعريف يهدف إلى تحقيق أمرين^(١):-

أ- إذاعة خبر اللقطة بين الناس للظفر بمالكها وإعادتها إليه.

ب- تفويت الفرصة على ضعاف النفوس ممن لا يتورع عن أكل أموال الناس بالباطل، فيدعي ملكية اللقطة ويصفها بعد أن شاهد وعلم أوصافها فيفوتها على مالكها. ويجب على المُعرِّف قبل التعريف أن يضبط صفات اللقطة ومقدارها أن كانت نقوداً ونوعها أو فئتها، مع ضبط موضعها الذي سقطت فيه، والزمان الذي عثر عليها فيه بالساعة واليوم، ويكتب ذلك للأحتياط، وهذه التفاصيل لا تذكر عند التعريف أو الإعلان وإنما للسؤال والتثبت ممن يدعي ملكيتها فإذا وصفها وصفاً دقيقاً عرف أنه صاحبها فتدفع إليه^(٢).

٣- مدة الإعلان عن اللقطة

أختلف الفقهاء المسلمون في شأن مدة الإعلان على اللقطة على قولين :

أ- القول الأول / ويمثله جمهور الفقهاء من الشافعية والأمامية والحنفية والظاهرية والحنابلة، حيث ذهبوا إلى أن مدة تعريف اللقطة أو الإعلان عنها حولاً كاملاً، ما لم تكن اللقطة شيئاً يسيراً تافهاً

(١) د. فراس سعدون فاضل، وسائل الاتصال الحديثة وأثرها في أحكام التعريف باللقطة - دراسة فقهية، مجلة كلية

العلوم الإسلامية، المجلد ١٠، العدد ٢/١٨، ٢٠١٨، ص ٢٨٥.

(٢) د. فراس سعدون فاضل، المصدر السابق ن ص ٢٨٥.

لا بقاء له^(١)، فذكروا بهذا الشأن ((وأجمعوا أن اللقطة مالم تكن شيئاً تافهاً يسيراً أو شيئاً لا بقاء له فإنها تعرف حولاً كاملاً))^(٢).

و أستدلوا بذلك، بما ورد عن زيد بن خالد الجهني (سبق الإشارة إليه) عن الرسول (ص) حين سأل عن اللقطة فقال ((أعرف أعفاسها و وكاءها ثم عرّفها سنة...)) حيث ذكر أحد الفقهاء في هذا الشأن ((ولنا حديث زيد بن خالد الصحيح بأن الرسول (ص) أمره بعام واحد، لأن السنة لا تتأخر عنها القوافل ن ويمضي فيها الزمان الذي تقصد فيه البلاد من الحر والبرد و الاعتدال، فصلحت قدرأ كمدة))^(٣).

ب- القول الثاني / يعتمد الرأي الثاني على بعض الروايات عن بعض الفقهاء أو أقوال أخرى لبعض المذاهب، حيث يرون أن مدة تعريف اللقطة تكون بحسب قيمتها وسرعة تلفها، فقد تكون أيام أو أسابيع أو أشهر أو حتى سنة. إذ روي عن الإمام أبي حنيفة رحمه الله قوله في هذا الشأن ((أن التعريف على قدر المال، أن كان مائة ونحوها عرّفها سنة، وأن كان عشرة ونحوها عرّفها شهراً، وأن كان ثلاثة ونحوها عرّفها جمعة أو قال عشرة، وأن كان درهماً ونحوه عرفه ثلاثة أيام))^(٤).

(١) زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي، الغرر البهية شرح البهجة الوردية، ج٣، المطبعة الميمنية، ص٣٩٨.

- أحمد بن غانم بن سالم بن مهنا شهاب الدين المعروف بـ (النفاوي)، الفواكة الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، ج٢، دار الفكر، ١٩٩٥، ص١٧٣.

- أبو جعفر حمد بن الحسن الطوسي، الخلاف، ج٣، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، إيران، ١٤٠٧هـ، ص٥٨١.

- منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن المعروف بـ (البهوتي)، كشف القناع عن متن الاقناع، ج٤، دار الكتب العلمية ن بيروت، لبنان، ص٢٢٥.

- أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، المحلى بالآثار، ج٧، دار الفكر، بيروت، لبنان، ص١١٦.

(٢) أبو عمر يوسف بن عبدالله بن محمد بن عبد البر بن عاصم المعروف بـ (القرطبي)، الاستنكار، ط١، ج٧، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٠، ص٢٤٤.

(٣) ابن قدامة، المغني، ج٦، مصدر سابق، ص٧٥.

(٤) علاء الدين أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، مصدر سابق، ص٢٠٢.

مع أن الأمامية يقدرّون قيمة اللقطة التي يجب أن تعرّف حولاً كاملاً، بدرهم فصاعداً^(١)، أما ما دون ذلك فلا تعرّف أصلاً، ليس لأنهم يميزون بين مدة تعريف اللقطة على أساس قيمتها وإنما لأنهم يعدّون كل ما هو دون الدرهم شيئاً يسيراً أو تافهاً، ومن ثم فهم مع أصحاب القول الأول بأن اللقطة تعرّف سنة مالم تكن شيئاً يسيراً أو تافهاً لا بقاء له.

٤ - وقت الإعلان عن اللقطة ومكانه

يجب أن يكون الإعلان عن اللقطة أو تعريفها بعد العثور عليها مباشرة أي على الفور، ولا يجوز تأخيرها إلى مدة غير معقولة وإلا سيُحمل على أن الملتقط لا ينوي البحث عن صاحبها. حيث ذكر أحد الفقهاء في هذا الخصوص أنه «... يلزم تعريفها على الفور لظاهر الأمر لأن مقتضاه الفور ولأن صاحبها يطلبها عقب ضياعها»^(٢).

وبذلك يجب على الملتقط أن يبادر إلى التعريف باللقطة فوراً باستعمال الوسائل المتاحة، فأن تأخر عن ذلك كان تاركاً لأداء الواجب وعاصياً لأمر الشارع، ولأن الشارع الحكيم لم ينص على عقوبة هذه المعصية، فهي متروكة لصلاحيّة القاضي في نطاق التعزير على أن يكون مقيداً بدواعي المصلحة العامة^(٣).

ويكون التعريف بالنهار لا بالليل، لأن النهار مجمع الناس وملتقاهم، ولأن عادة الناس جرت بتعريف اللقطة وطلبها بالنهار لا بالليل، ويستحب أن يُكثر من التعريف عقب أوقات الصلاة، لأن الناس يجتمعون لها فيصل الخبر إلى صاحبها، ولا يجب على الملتقط أن يستوفي السنة بالتعريف كل يوم^(٤).

أما عن مكان الإعلان عن اللقطة أو التعريف بها، فهو مكان تجمع الناس، وأهم الأماكن لتحقيق هذا الغرض هي أبواب المساجد والأسواق والجوامع في الوقت الذي يجتمعون به، كأدبار الصلوات

(١) أبي صلاح الحلبي، الكافي في الفقه، ط ١، مؤسسة آل البيت عليهم السلام لأحياء التراث، قم، إيران، ١٤١٠هـ، ص ٣٥٠.

(٢) منصور بن يونس البهوتي، كشف القناع، ج ٤، مصدر سابق، ص ٣٢٩.

(٣) علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٦، مصدر سابق، ص ٢٠٤.

(٤) محمد بن علي بن محمد بن عبدالله المعروف بـ (الشوكاني)، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، ط ١، دار أبين حزم، ص ٧٠٤.

في المساجد، لأن المقصود إشاعة ذكرها، و اظهارها ليظهر عليها صاحبها، لذلك يجب تحري مجاميع الناس^(١).

ويتضح مما تقدم أن التعريف عن اللقطة في السابق يحتاج من المُعرف جهداً كبيراً، بحيث يطوف منادياً بالأسواق والمساجد، وربما ترك عمله لأجل ذلك وهذا فيه من المشقة الكثير، أما في وقتنا الحاضر فأن المعرفة باستخدام الوسائل الحديثة لا يبذل جهداً كبيراً بل من اليسير بمكان أن يعلن عنها إعلاناً مفتوحاً على شبكة الأنترنت وما سواها أو يكلف غيره بذلك مع ذكر عنوانه أو رقم هاتفه، ثم ينتظر اتصالاً أو مراسلة أو شخصاً يراجعها، ويجعل اللقطة أمانة عنده معروفاً بها من غير مشقة وعناء، كما لا يلزم كالسابق أن يكون التعريف أو الإعلان عن اللقطة في النهار دون الليل لأن النهار مجمع الناس وملتقاهم على خلاف الليل، لأن في وقتنا الحاضر ليس لوسائل الإتصال الحديثة زمن محدد لأستخدامها، بل هي متاحة على مدار اليوم، بل قد يكون أستخدامها ليلاً أكثر منه نهاراً لانتهاء الناس من أعمالهم نهاراً و انصرافهم باتجاه هذه الوسائل ليلاً.

ثانياً / التزام المالك بدفع النفقات والتكاليف

إنّ التزام مالك اللقطة بدفع النفقات أو التكاليف لا يخرج عن أمرين، يتعلق الأول بنفقات المحافظة على اللقطة والتعريف بها أو الإعلان عنها، أما الثاني فيتعلق بأجور المكافآت التي يرصدها صاحب اللقطة من أجل حث الآخرين على البحث عنها، وعليه سنقسم هذه الفقرة على نقطتين، وكما يأتي :-

١ - نفقات المحافظة على اللقطة والتعريف بها

أختلف الفقهاء المسلمون بشأن من يتحمل نفقات التعريف باللقطة أو المحافظة عليها على اتجاهات عدة، فذهب بعض الحنفية إلى أن تلك النفقات واجب على المعرفة نفسه^(٢)، بينما يرى المالكية والشافعية إلى أن تلك النفقات على عاتق صاحب اللقطة، فهو بالخيار بين أن يدفع

(١) أبو محمد موفق الدين ابن قدامة، المغني، ج٦، مصدر سابق، ص٣٢٢.

(٢) محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار ن ج٦، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، لبنان ن ٢٠٠٠م، ص٣٤٩.

للملتقط ما أنفق وبين أن يترك اللقطة لمن ألنقطها في نفقته التي أنفقها عليها^(١)، ويستطيع الملتقط أن ينتفع باللقطة في مقابل تلك النفقات، كما يستطيع أن يؤجرها للأنفاق عليها بأجرتها بشرط أن تكون الإجارة مأمونه لا يخشى عليها من التلف، وأن تكون بالقدر اللازم للأنفاق عليها، فأن خالف ذلك وهلك ضمن قيمتها^(٢).

في حين ذهب بعض الفقهاء إلى أن المَعول عليه في هذا الشأن هو إذن القضاء، فعلى الملتقط أن يرفع الأمر إلى القضاء، فأن أمره القاضي بالتعريف باللقطة والأنفاق عليها فتكون هذه النفقات ديناً على المالك يدفعها عند حضوره، وأن أبى الدفع باع القاضي اللقطة أو جزء منها لسداد النفقات، ويستند أصحاب هذا الرأي بأن للقاضي ولاية في مال الغائب رعاية لمصالحه، والتعريف باللقطة فيه مصلحة ارجاع الحقوق لأصحابها، أما إذا أنفق الملتقط بغير إذن القضاء فهو متبرع بذلك وليس له الرجوع على المالك، لأنه لا ولاية له على ذمة المالك في أن يشغلها بالدين بدون أمره، وقد أنفق بغير إذن القاضي^(٣).

أما على صعيد القانون فلم نجد نصاً في القانون العراقي ينظم مسألة من يتحمل نفقات المحافظة على اللقطة أو الإعلان عنها، أما القانون المصري وعلى الرغم من عدم تنظيمه لأحكام اللقطة في القانون المدني إلا أنه أشار إليها في ما يسمى بالأمر العالي الصادر بتاريخ (١٨/٥/١٨٩٨) حيث أشار في المادة (٤) منه إلى أنه (ثمن الشيء أو الحيوان المبيع يبقى محفوظاً على ذمة المالك مدة ثلاث سنوات، وفي حالة الطلب يلزم تسليمه إليه بعد خصم مصروفات الحفظ والبيع). ويتضح من هذا النص أنه يجعل من تلك النفقات على المالك تخصم من ثمن الشيء قبل تسليمه إلى صاحبه.

(١) أبو بكر بن حسن الكشناوي، أسهل المدارك شرح ارشاد السالك في مذهب الأمام مالك، ط١، ج١، المكتبة العصرية، صيدا، لبنان، ٢٠٠٣، ص ٦٢.

(٢) أحمد بن محمد الخلوتي المعروف بـ (الصاوي)، بلغة السالك لأقرب المسالك، ج٣، دار المعارف، بدون مكان طبع، ص ٢٥٤.

(٣) محمد بن عبد الواحد السيواسي، شرح فتح القدير، ج٤، دار الفكر، بيروت، لبنان، ص ٤٢٨.

٢- دفع قيمة المكافأة

قد يحصل أن يعلن مالك اللقطة أو صاحب الحق فيها عن مكافئة لمن يعثر عليها ويسلمها له، ويسمي الفقهاء المسلمين ذلك جعلاً^(١)، وقد تباينت آراء بعض الفقهاء في مدى استحقاق الجعل من عدمه، إذ يرى الحنفية بأنه لا يستحق الملتقط شيئاً من الجعل عند رد اللقطة أو الضالة إلى صاحبها لأنه متبرع في الرد، أما إذا عوضه صاحبها شيئاً فهو حسن لأنه من باب أحسن إليه في إحياء ملكه و رده عليه^(٢)، نعتقد أن رأي الحنفية هذا قد ورد في سياق الحديث عن رد الملتقط اللقطة إلى صاحبها بصورة عامة ولم يخصص في نطاق ردها بناءً على وعد بجعل.

بينما يرى الحنابلة أنه إذا التقط شخص لقطة قبل الجعل ثم بلغه الجعل لم يستحقه، لأنه وجب عليه ردها بالتقاطها فلم يجز له أخذ العوض عن الواجب، وإذا التقطها بعد الجعل ولم يعلم بذلك فلم يستحقه لأنه تطوع بالالتقاط، وإن نادى غير صاحب الضالة فقال : من ردها فله دينار فردها رجل فالدينار على المنادي لأنه ضمن العوض، وأن قال في النداء : قال فلان من رد ضالتي فله دينار فردها رجل، لم يضمن المنادي لأنه لم يلتزم بالعوض^(٣).

أما على صعيد القانون، فقد نظم المشرع العراقي أحكام الإرادة المنفردة (الوعد بجعل) في المادتين (١٨٤-١٨٥)^(٤) من القانون المدني، وهي في عمومها تتعلق بوجود وعد بجعل من

(١) ينظر بشأن الجعالة في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي، الدكتور عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، المكتبة القانونية، بغداد، بدون سنة طبع، ص ٤٥٣ وما بعدها.

(٢) أحمد الطحاوي الحنفي، حاشية الطحاوي على الدر المختار، مجلد ٢، دار المعرفة، بيروت، ٢٠٠٠، ص ٥٠٠.

(٣) موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسي ن كتاب الكافي، ط ١، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ٢٠٠٣، ص ٤٥٩.

(٤) حيث نصت المادة (١٨٤) من القانون المدني على أنه (١) - لا تلزم الإرادة المنفردة صاحبه الا في الاحوال التي ينص فيها القانون على ذلك. ٢ - ويسري عليها ما يسري على العقد من الاحكام الا ما تعلق منها بضرورة وجود إرادتين متطابقتين لأنشاء الالتزام).

- في حين نصت المادة (١٨٥) على أنه (١) - من وعد بجعل يعطيه لمن يقوم بعمل معين التزم بإعطاء الجعل لمن قام بهذا العمل حتى لو قام به دون نظر الى وعد. ٢ - وإذا لم يحدد الواعد اجلاً للقيام بالعمل جاز له الرجوع في وعده على الا يؤثر ذلك في حق من قام بالعمل قبل الرجوع في الوعد. ٣ - وتسقط دعوى المطالبة بالجعل اذا لم ترفع خلال ستة أشهر من تاريخ إعلان العدول).

شخص يعطيه لآخر إذا قام بعمل معين، حتى لو قام به دون نظر إلى وعد، في حين لم نجد في هذا القانون أو غيره نصاً من شأنه أن يمنح الملتقط مكافئة أو يخصص له جزء من قيمة اللقطة في حال العثور عليها وتسليمها إلى صاحبها أو إلى جهة مختصة تمهيداً لتسليمها له.

وقد تطرق قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة (١٩٦٩) المعدل إلى موضوع اللقطة وذلك في المادة (٤٥٠) منه التي تنص على أنه (يعاقب بالحبس مدة لا تزيد عن سنة وبغرامة لا تزيد على مائة دينار أو بأحدى هاتين العقوبتين، كل من أستولى بغير حق على لقطة أو مال ضائع أو أي مال وقع في حيازته خطأ أو بطريق الصدفة أو أستعمله بسوء نية لمنفعته أو منفعة غيره، وكان في جميع هذه الأحوال يعرف مالكة أو لم يتخذ الإجراءات اللازمة الموصلة لمعرفة). ويتضح من هذا النص أنه لم يفرق بين الأنواع المختلفة من الأشياء الضائعة سواء كان حيوان أو غيره، والمهم أنه لم يُجرّم فعل الألتقاط في ذاته، وإنما ألزم الملتقط بعدم أستعمال الشيء بسوء نية لمنفعته أو منفعة غيره، كما ألزمه برده إلى مالكة أو تسليمه إلى الجهات المختصة^(١).

أما القانون المصري، فبالرغم من عدم تنظيمه لأحكام اللقطة في القانون المدني كما ذكرنا سابقاً، إلا أنه أشار إليها ضمن الأمر العالي الصادر عام (١٨٩٨)، حيث كانت المادة (١) منه تنص على أنه (كل من يعثر على شيء أو حيوان ضائع ولم يتيسر له رده إلى صاحبه في الحال، يجب عليه أن يسلمه أو يبلغ عنه إلى أقرب نقطة للشرطة في المدن أو العمد في القرى، ويجب إجراء التسليم أو التبليغ خلال ثلاثة أيام في المدن، وثمانية أيام في القرى، ومن لم يفعل ذلك يعاقب بدفع غرامة يجوز ابلاغها إلى مائة قرش، وبضياح حقه في المكافأة).

ثم أضاف المشرع المصري في قانون العقوبات رقم (٢٩) لسنة (١٩٨٢) المعدل المادة (٣٢١/ مكرر) التي تنص على أنه (من عثر على شيء أو حيوان مفقود ولم يرده إلى صاحبه متى تيسر له ذلك أو لم يسلمه إلى مقر الشرطة أو جهة الإدارة خلال ثلاثة أيام يعاقب بالحبس مع الشغل مدة لا تتجاوز سنتين إذا أحتبسه بنية تملكه، أما إذا أحتبسه بعد إنقضاء تلك الفترة بغير نية التملك فتكون العقوبة الغرامة التي لا تتجاوز مائة جنيه). ويتضح مما تقدم أن المشرع المصري يلزم الملتقط برد اللقطة إلى صاحبها أن أستطاع ذلك، أما إذا لم يستطع فهو ملزم بتسليمها إلى مقر

(١) د. محمد أسماعيل، جريمة الاستيلاء على الأموال الضائعة أو أستعمالها بسوء نية، مصدر سابق، ص ١٣٧.

الشرطة أو جهة الإدارة، وبخلاف ذلك يعتبر مرتكباً لجريمة، أما إذا حبس اللقطة بنية تملكه فعّده القانون سيء النية وشدد العقوبة بحقه. أما بشأن المكافأة التي من الممكن أن يحصل عليها الملتقط عند إعادة اللقطة إلى مالكها أو تسليمها إلى الجهات المختصة، فقد خصص المشرع المصري نسبة (١٠%) من قيمة اللقطة إلى الملتقط عند التزامه بما أوجب عليه القانون، وهذا ما نصت عليه المادة (٣) من الأمر العالي لعام (١٨٩٨) بأنه (كل شخص يسلم لمأموري الحكومة الشيء أو الحيوان الضائع يكون له حق في مكافأة قدرها عشر القيمة، وفي حال أستراد المالك للشيء الضائع يكون ملزماً بدفع قيمة المكافأة بحسب تقدير الإدارة).

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية في قرارها الصادر عام (٢٠١٤) بأنه (...النص في المادة (٣٢١/مكرراً) من قانون العقوبات، التي ألغت المادة الأولى دكريتو بشأن العثور على الأشياء الضائعة الصادر بتاريخ (١٨/٥/١٨٩٨) على " أن كل من عثر على شيء أو حيوان مفقود، ولم يردّه إلى صاحبه متى تيسر ذلك، ولم يسلمه إلى مقر الشرطة أو جهة الإدارة خلال ثلاثة أيام، يعاقب... " وأن النص في المادة الثالثة من ذات الدكريتو سالفة الذكر على أنه "كل شخص يسلم لمأموري الحكومة الشيء أو الحيوان الضائع، يكون له حق في مكافأة قدرها عشر القيمة، وفي حالة أستراد المالك للشيء الضائع، يكون ملزماً بدفع قيمة المكافأة بحسب تقدير الإدارة "، مفاد ذلك أن الأصل في من يعثر على شيء مفقود أن يردّه إلى صاحبه فإن لم يتيسر له هذا الرد وجب عليه أن يسلمه إلى مقر الشرطة أو جهة الإدارة المختصة خلال ثلاثة أيام من وقت العثور عليه، فإذا قام من عثر على الشيء بتسليمه لمأموري الحكومة فإنه يحصل لقاء ذلك على مكافأة تقدر بنسبة (١٠%) من قيمة هذا الشيء يدفعها صاحبها في حالة أستراده أو يخصم من ثمن بيعه إذا لم يسترده، وتم البيع بمعرفة جهة الإدارة،...، بما أن المطعون ضده عثر على حقيبة المشغولات الذهبية المملوكة للطاعن وقام بتسليمها إلى مركز شرطة طلخا في اليوم التالي للعثور عليها، دون أن يحتفظ بها بنية تملكها أو الأستيلاء عليها، فيحق له الحصول على المكافأة المقررة بالدكريتو المذكور، فإن هذا الحكم قد أنتهى إلى قضاء صحيح^(١).

(١) قرار محكمة النقض المصرية، بالعدد (٧٤١١/٧٦/قضائية) في (١٧/١١/٢٠١٤) منشور على موقع محكمة النقض. تاريخ الزيارة (٢٠٢٢/٣/١٢) WWW.cc.gov.eg

وقبل ختام هذا المطلب نتمنى على المشرع العراقي الإسراع في تشريع قانون خاص يعنى بتنظيم أحكام اللقطة أستاذاً للمادة (١١٠٣) من القانون المدني، وحتى في ظل عدم تشريعه فلا بدّ في الحالين من استحداث شعبة خاصة تتبع دواوين الأوقاف في بغداد والمحافظات تتولى إدارة شؤون اللقطة وتتبع تعليمات معينة تصدر لهذا الغرض، بحيث تلزم من يعثر على شيء ضائع مهما كانت قيمته تسليمه إلى تلك الشعبة ضمن المنطقة أو المحافظة التي يُعثر عليه فيها، لأنّ تقييد تسليمها في ضمن هذا النطاق المكاني فيه نوع من التيسير على الملتقط قدر الإمكان من خلال عدم قطع مسافة طويلة لما في ذلك من مشقة وتأخير في الأعمال، هذا من جهة، ومساعدة مالك اللقطة في سرعة الوصول إليها لأنّه في الغالب ما يكون من سكنة هذه المنطقة من جهة أخرى، على أن يكون تسليمها إلى الجهة المختصة في مدة أقصاها (٣) ثلاثة أيام، وبخلاف ذلك أي عند التأخر في تسليمها يُعدّ سيء النية، ويفترض أنه قد أخذها على سبيل التملك ومن ثم يُحال إلى القضاء على هذا الأساس.

كما يجب أن تتضمن التعليمات تخصيص نسبة من قيمة اللقطة لا تقل عن (١٠%) إلى الملتقط في حالة ألزامه بالتعليمات وتسليم اللقطة في المكان والزمان المعينين، لأن هذا من شأنه أن يُشجع كل من يعثر على شيء ضائع التقاطه وتسليمه إلى الجهة المختصة خيراً من أن يترك إلى الأيدي غير الآمنة، أما إذا لم يكن للشيء قيمة مادية أو كانت قيمته يمكن أن توصف بالبسيطة، كما لو كان الشيء هوية أحوال مدنية أو جواز سفر أو صور عائلية أو شريحة هاتف أو هاتف ذات قيمة يسيرة، فهنا بالإمكان تخصيص مكافئة معينة للملتقط وهو في الخيار بين الحصول على هذه المكافئة أو تلك النسبة (١٠%) أو النزول عنها لمالك اللقطة و اعتبار ذلك واجباً شرعياً.

وفي جميع الأحوال يتحمل مالك اللقطة أو صاحب الحق فيها النفقات التي قد تنشأ عن حفظها أو مصروفات بيعها تحت إشراف الجهة المختصة أن كانت معرضة للهلاك أو التلف، على أن يدفعها عند الاستلام.

المبحث الثاني

تملك المنقول بالحيازة

يُعد موضوع الحيازة بصورة عامة من الموضوعات المهمة في القانون المدني لما يترتب عليه من آثار لها خطورتها على مستوى الحياة اليومية للأفراد، وتقتصر دراستنا للحيازة في هذا المبحث على المنقول دون العقار، بل وعلى أثرها في التملك فقط بعيداً عن التوسع في جوانبها الأخرى، لأن الغرض من ذلك هو لبيان أحوال وضع اليد على المنقول المؤدية إلى التملك من خلال وضع الحدود الفاصلة بينها، فمن أهم الآثار التي تترتب على تحقق الحيازة القانونية الصحيحة للمنقول هي كسب الحق أما بمضي مدة زمنية معينة حددها القانون وهذا هو (التقادم)، أو كسبه من دون مرور مدة أي في الحال إذا ما توافرت شروط معينة. وعليه فهناك طريقتين لتملك المنقول من خلال وضع اليد، تتمثل الطريقة الأولى بالتقادم الطويل، من دون اشتراط حسن نية الحائز ومن ثم يصح أن نقول أنه سيء النية، في حين تسمى الطريقة الثانية أحياناً بالتقادم الفوري - أن صح التعبير - أي تملك المنقول في الحال إذا ما توافرت شروط معينة أساسها حسن النية، وهذه الطريقة يطلق عليها بـ(قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية).

وبناءً على ما تقدم سنقسم هذا المبحث على مطلبين، نبين في المطلب الأول الحيازة بسوء نية، في حين نخصص المطلب الثاني للحيازة بحسن نية.

المطلب الأول

الحيازة بسوء نية

تحمي التشريعات المدنية محل المقارنة الحيازة لذاتها سواء استندت إلى حق أو لم تستند، لأنها تقتض أن واضع اليد هو صاحب الحق حتى يثبت العكس، وما على الحائز (واضع اليد) إلا أن يثبت واقعة الحيازة بشروطها، حتى وأن كان سيء النية ولم يستند إلى سبب يرد حيازته إليه، وتؤدي الحيازة بسوء نية لحق الغير إذا أستمريت مدة معينة إلى كسب الملكية أو الحق العيني أو تمنع سماع الدعوى بحسب تعبير الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي، ثم يترتب على ذلك آثاراً تختلف عن تلك التي تترتب فيما لو كنا أمام حيازة بحسن نية.

وعليه ولغرض الألمام بالحيازة بسوء نية ودورها في تملك المنقول، سنقسم هذا المطلب على فرعين، نبين في الفرع الأول مفهوم الحيازة بسوء نية، في حين نخصص الفرع الثاني لآثار الحيازة بسوء نية.

الفرع الأول

مفهوم الحيازة بسوء نية

لأجل بيان مفهوم الحيازة بسوء نية و دورها في تملك المنقول، لا بدّ من الوقوف على المقصود بسوء النية، ومن ثم بيان الشروط الواجبة توافرها لهذا النوع من التملك، مع ملاحظة هل أن الحيازة في هذه الحالة تُعد سبباً مستقلاً لكسب الملكية أم مانعاً من سماع الدعوى وهل من فارق بين الأثنين ؟ وذلك من خلال تقسيم هذا الفرع على فقرتين، نبين في الفقرة الأولى المقصود بسوء النية، في حين نخصص الثانية لشروط تملك المنقول بسوء نية.

أولاً / المقصود بسوء النية

لم يضع المشرع العراقي ولا التشريعات محل المقارنة تعريفاً لمصطلح ((سيء النية)) انسجاماً مع كون التعريفات ليست من اختصاص المشرع، بل هي مجال لتدخل الفقه والقضاء، بمعنى أن محاولة التعريف بسوء النية تزداد صعوبة بسبب انعدام التعريف التشريعي، وقلة المراجع الفقهية التي تناولت هذا المفهوم^(١)، و أزاء ذلك، هنالك من تصدى لما عدّه نقصاً وعرف سوء النية بأنه ((مفهوم قانوني يفيد صفة أو مظهر للشخص الذي ينعلم فيه الأخلاص والوفاء تجاه الغير في إطار التصرفات القانونية بصفة عامة وهو نقيض لحسن النية))^(٢)، وتثبيت سوء النية يكون عن طريق القرائن والوقائع التي تفيد انعدام نقيضها.

ويُعد الحائز سيء النية أما مع وضع يده على الشيء ابتداءً أو من الوقت الذي يصبح فيه عالماً أن حيازته تمثل اعتداءً على حق الغير، حيث نصت المادة (١٤٨/٢) من القانون المدني

(١) د. آزاد شكور صالح، والقاضي نوزاد جمال محمد، البناء غير المشروع على ملك الغير، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، مجلد ٢، العدد ٧٢، السنة ٢٢، ٢٠٢٠، ص ١٤٠.

(٢) الحسن الصالحي، البناء على ملك الغير - أحكامه وحالاته، مطبعة الأمنية ومكتبة الأشاد للنشر والتوزيع، الرباط، ٢٠١٨، ص ٤٤.

العراقي على أنه (ولا تزول صفة حسن النية لدى الحائز إلا من الوقت الذي يصبح فيه عالماً أن حيازته أعتداء على حق الغير، ويُعد كذلك سيء النية من أغتصب الحيازة من غيره بالإكراه، ولو أعتقد أن له حقاً في الحيازة)، كما نصت المادة (٩٦٦) من القانون المدني المصري على أنه (١) - لا تزول صفة حسن النية لدى الحائز إلا من الوقت الذي يصبح فيه عالماً أن حيازته أعتداء على حق الغير ٢- ويزول حسن النية من وقت إعلان الحائز بعيوب حيازته في صحيفة الدعوى، ويُعد سيء النية من أغتصب بالإكراه الحيازة من غيره).

وبالتالي يُعد الحائز سيء النية في حالتين، الأولى إذا ثبت أن الحائز كان يعلم وهو يحوز الحق الذي يستعمله، أن حيازته لهذا الحق تمثل أعتداء على حق الغير، أما الحالة الثانية فهي إذا ثبت أن الحائز كان ينبغي عليه أن يعلم أن حيازته أعتداء على حق الغير، لأن الجهل بالاعتداء على حق الغير لا يُعتد به إذا كان نتيجة لخطأ جسيم، وأن الحائز في هذه الحالة يُعد في حكم من يعلم بأن حيازته أعتداءً على حق الغير، ومن ثم يُعد حائزاً سيء النية^(١).

ثانياً / شروط تملك المنقول بسوء نية

بيّنا فيما سبق أن من يحوز منقولاً لا مالك له بنية تملكه، ملكه في الحال لكن ليس عن طريق الحيازة وإنما عن طريق الاستيلاء ابتداءً^(٢)، بالمقابل فإن المنقول المملوك للغير يمكن تملكه عن طريق الحيازة لكن ليس على الفور إنما بالتقادم الطويل شأنه في ذلك شأن العقار^(٣)، ولا يشترط في ذلك أن يكون الحائز حسن النية بل تسري بحقه أحكام وضع اليد حتى مع سوء نيته، وكل ما في الأمر هو ضرورة توافر شروط معينة حددها القانون.

حيث نصت المادة (١/١٥٨) من القانون المدني العراقي على أنه (من حاز منقولاً... بإعتباره مالكاً أو حاز حقاً عينياً على منقول... و أستمريت حيازته دون أنقطاع خمس عشرة سنة فلا تسمع عليه عند الإنكار دعوى الملك أو دعوى الحق العيني من أحد ليس بذئ عذر شرعي).

(١) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج ٩، مصدر سابق، ص ٨٦٧ وما بعدها.

(٢) وقد سبق أن بيّنا ذلك بالتفصيل عند بحث موضوع الاستيلاء كسبب من أسباب كسب الملكية، وذلك في المطلب الأول من المبحث الأول من هذا الفصل.

(٣) مع ملاحظة أن قواعد القانون المدني بشأن تملك العقار أصبحت مقيدة أو معطلة بحكم القواعد الخاصة الواردة في قانون التسجيل العقاري، وقد سبق أن بيّنا ذلك أيضاً في الفصل الأول من هذا الباب.

في حين نصت المادة (٩٦٨) من القانون المدني المصري على أنه (من حاز منقولاً... دون أن يكون مالكا له أو حاز حقاً عينياً على منقول... دون أن يكون هذا الحق خاصاً به، كان له أن يكسب ملكية الشيء أو الحق العيني إذا أستمريت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة)^(١).

وبفهم من هذه النصوص أن الحقوق العينية وحدها، وعلى رأسها حق الملكية، هي التي يمكن تملكها بالتقادم المكسب الطويل، أما الحقوق الشخصية فلا يجوز تملكها بالتقادم، وليس كل حق عيني قابلاً للتملك بالتقادم بل يجب أن يكون هذا الحق قابلاً للتعامل فيه حتى يمكن كسبه بالتقادم، ويجب فوق ذلك أن يكون حقاً من الحقوق التي تقبل الخضوع للحيازة^(٢).

ويستخلص البعض من النص العراقي، أن الحيازة بسوء نية الواقعة على منقول كي تنتج أثرها لا بدّ أن تتوافر الشروط الآتية^(٣) :-

١ - حيازة بسوء نية واردة على منقول، إما إذا كانت بحسن نية فأًن الحائز لا يملك عن طريق التقادم وأنما وفقاً لقاعدة (الحيازة في المنقول سند الملكية)^(٤).

٢ - أن تكون حيازة قانونية، أي أن تكون حيازة صحيحة يتوافر فيها ركنها المادي والمعنوي، وخالية من عيوبها كالإكراه والخفاء واللبس أو الغموض.

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

٤ - إنكار الحائز لدعوى الملك أو دعوى الحق العيني من أحد ليس بذئ عذر شرعي، فإذا تحققت هذه الأمور جميعاً أمتنع على الغير مداعة الملكية على ما يحوزه الحائز.

وبقدر تعلق الأمر بالشروط الأخير من شروط التقادم الطويل (إنكار الحائز) فهو أمر مُشترط في القانون المدني العراقي متأثراً بالفقه الإسلامي، دون القانونين المصري والفرنسي، وهذا يعني لا يجوز للمحكمة أن تقضي بالتقادم من تلقاء نفسها وأنما يجب أن يتمسك الحائز بذلك، والحكمة من ذلك أن المشرع أراد أن يترك للحائز خيار التمسك بالتقادم أو التنازل عنه من أجل فسح المجال

(١) ولم نجد مقابل لذلك بشأن تملك المنقولات بالتقادم في نطاق القانون المدني الفرنسي.

(٢) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج٩، مصدر سابق، ص ٩٩٤.

(٣) د. محمد سليمان الأحمد، خواطر مدنية - أفكار و آراء في القانون المدني، مؤسسة حمدي للطباعة والنشر، من منشورات مكتبة الفكر والوعي للاتحاد الوطني الكردستاني، السليمانية، العراق، ٢٠٠٩، ص ٣١٤.

(٤) وسنأتي على بيان دور تلك القاعدة من تملك المنقول بحسن نية، وذلك في المطلب الثاني من هذا المبحث.

لقيم الشرف والأمانة لديه لتقوم بدورها فيما إذا كان الحائز غير محق، وإذا تمسك بالتقادم فإن المحكمة تمتنع عن سماع الدعوى ومن ثم يكسب الحائز الحق محل الحيابة^(١).

ومع ذلك فهناك من يعمل مقارنة بين شرط الإنكار في الفقه الإسلامي مع شرط الركن المعنوي في الحيابة في التشريعات الوضعية، حيث أن نظام التقادم المكسب في التشريعات الوضعية يشترط في الحيابة المكسبة توافر الركن المعنوي، وهو ما يستلزم وجود نية التملك لدى الحائز، وأنه يحوز لحساب نفسه لا لحساب غيره، وكذلك الإنكار في الفقه الإسلامي فالحائز عندما ينكر على المدعي دعواه في الملك ويدعي الحق لنفسه إنما يربط بذلك الحيابة المادية بركنها المعنوي المتمثل بنية التملك، وتظهر فائدة ذلك عملياً في الحالة التي يمتنع فيها الحائز عن الإنكار، إذ لن يحكم له بالحق ما لم ينكر على المدعي لأن عدم الإنكار يعني إقراراً ضمناً من الحائز بأحقية المدعي وصحة دعواه التي يطالب فيها بالحكم له بملكية الشيء^(٢).

ويترتب على تحقق شرط الإنكار في ظل نظام عدم سماع الدعوى أثران رئيسيان وآخران فرعيان^(٣) :-

١ - أما الأثران الرئيسيان فهما :

- أ - أمتناع القاضي عن سماع الدعوى للمدعي ولو زعم أن بيده بينة.
- ب - ترك المال بيد الحائز، وهو ما يعرف بقضاء الترك.
- ٢ - وأما الأثران الفرعيان اللذان يتبعان الأثرين الرئيسيين فهما :
 - أ - عدم اعتبار الترك دليلاً على الملك.
 - ب - عدم سقوط حق مدعي الملك لكن المطالبة به تمتنع، فيبقى الحائز مسؤولاً دياناً (شرعاً) وليس قضاءً، أن كان يعلم أن للمدعي حقاً في المال محل الحيابة.

(١) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج ٩، مصدر سابق، ص ٩٠٨.

(٢) د. محمد عمار تركمانية، الإنكار في التقادم المكسب في القانون المدني القطري، دراسة تحليلية في ضوء أحكام الفقه الإسلامي، بحث منشور في المجلة الدولية للقانون، المجلد ٩، العدد المنتظم الأول، تصدر عن كلية القانون وتنتشرها دار نشر جامعة قطر، ٢٠٢٠، ص ١٩٠.

(٣) د. محمد عمار تركمانية، المصدر السابق، ص ١٩٦-١٩٧.

وهذه الآثار مبنية على نظام عدم سماع الدعوى الذي عالجته جمهور الفقهاء المسلمون تحت عنوان (وضع اليد و مرور الزمان المانع من سماع الدعوى)، وهو لفظ متفق عليه يستخدمونه دون لفظ الحيازة الذي أنفرد بعض فقهاء المالكية باستخدامه، وتختلف عن تلك الآثار التي تترتب على نظام التقادم المكسب في القوانين الوضعية.

ويبدو لنا أن النظام الذي أتبعه القانون المدني العراقي في هذه المسألة هو نظام يمكن أن يوصف بأنه هجين، فلا هو مستمد بالكامل من الأحكام الفقهية في الشريعة الإسلامية، ولا هو مستمد من النظام القانوني للتقادم المكسب المأخوذ من الفقه الغربي، لأنه فعلاً مزج بين النظامين، فهو وأن كان قد أستمَد شرط الإنكار من الفقه الإسلامي كما بيّنا، إلا أنه لم ينتهِ إلى ما أنتهى إليه الفقه الإسلامي من أَعتماد قضاء الترك أي ترك المال بيد الحائز دون تملكه، بل أَعتمد قضاء الحكم لمصلحة الحائز الوارد في التشريعات الوضعية المتأثرة بالفقه الغربي، لكونه عدّ الحيازة سبباً مستقلاً من أسباب كسب الملكية.

الفرع الثاني

آثار الحيازة بسوء نية

إذا أستمَرت الحيازة التي وصفت ((بسوء نية)) طيلة المدة التي حددها القانون، مع توافر عناصرها وشروطها ، ثم حصل الدفع بالإنكار على الوجه السابق بيانه ، تترتب على الحيازة أثرها المتمثل بكسب الحق محل الحيازة ، وبأثر رجعي، غير أن هذا لا يمنع من إمكانية تخلف ألتزام طبيعي في ذمة الحائز في بعض الأحيان، لأن الذي سقط هو الدعوى التي تحمي الحق وليس الحق في ذاته، وعليه سنقسم هذا الفرع على فقرتين، نبين في الأولى مدى إمكانية كسب الحق من قبل الحائز، في حين نخصص الثانية لتخلف ألتزام طبيعي في ذمة الحائز .

أولاً / مدى إمكانية كسب الحق من قبل الحائز

هنالك اتجاهان في القوانين المدنية محل المقارنة بشأن مسألة كسب الحق من قبل الحائز من عدمه، يمثل الاتجاه الأول القانون المدني المصري متأثراً بالقانون الفرنسي الذي عدّ الحيازة سبباً خالصاً لكسب الملكية، في حين يمثل الاتجاه الثاني القانون المدني العراقي متأثراً بالفقه الإسلامي الذي عدّ الحيازة قرينة على الملكية تمنع سماع دعوى الملك من أحد ضد الحائز، وهي

أما أن تكون قرينة قانونية بسيطة أو قاطعة على الملكية ، وعليه فالحيازة هنا تلعب دورين في التملك ، فهي إما أن تكون سبباً مباشراً للملكية بحسب الاتجاه الأول، وإما أن تكون قرينة قانونية عليها على وفق الاتجاه الثاني.

فعلى صعيد الاتجاه الأول ، تُعد الحيازة على وفق هذا الاتجاه سبباً مباشراً لكسب ملكية العين من قبل الحائز نظراً لمرور المدة اللازمة لها، وليست فقط مجرد قرينة قانونية قابلة لأثبات العكس، فلو أن الحائز كان غير مالك للعين و حازها مدة خمس عشرة سنة بحسب نظام التقادم المكسب الطويل وتمسك بالتقادم ، فأن ملكية العين تنتقل من الشخص الذي كان يملكها وقت بدء الحيازة إلى الحائز ، ويصبح هذا الأخير هو المالك، وسبب انتقال الملكية إليه رغم سوء نيته هو التقادم المكسب الطويل^(١)، وهذا ما تؤكدته المادة (٩٦٨) من القانون المدني المصري، سابق الإشارة إليها، حيث تنص على أنه (...كان له أن يكسب ملكية الشيء أو الحق العيني إذا أستمريت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة).

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية في قرار حديث لها صادر عام (٢٠١٩) بأنه (المقرر في قضاء محكمة النقض، طبقاً لنص المادة (٩٦٨) من القانون المدني، أن وضع اليد المدة الطويلة إذا ما توافرت فيه الشروط القانونية يعد بذاته سبباً لكسب الملكية مستقلاً عن غيره من أسباب اكتسابها، ويعفى واضع اليد الذي يتمسك به من تقديم دليل على مصدر ملكيته وصحة سندها)^(٢).

أما على صعيد الاتجاه الثاني، فالحيازة تؤدي دورين الأول في نطاق إثبات الملكية والثاني في نطاق كسبها ، فبالنسبة للدور الأول تُعد الحيازة **قرينة قانونية بسيطة** في إثبات الملكية، حيث نصت المادة (١١٥٧) من القانون المدني العراقي على أنه (١- من حاز شيئاً اعتبر مالكاً له حتى يقوم الدليل على العكس.٢- وإذا ادعى الحائز أن حيازته منصبه على حق شخصي أو حق عيني غير الملكية ، أعتبرت الحيازة قرينة على وجود هذا الحق حتى يقوم الدليل على

(١) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج٩، مصدر سابق، ص ١٠٧٠-١٠٧١.

(٢) قرار محكمة النقض المصرية، بالعدد (٨٧/١٧٢٩/قضائية) في (٢٠١٩/٣/٢١). منشور على موقع محكمة النقض. تاريخ الزيارة (٢٠٢٢/٣/٢٢) WWW.cc.gov.eg

العكس، ولكن لا يجوز للحائز أن يحتج بهذه القرينة على من تلقى منه الحيابة). ويعني ذلك أن الحيابة أنما تكون قرينة على الملكية إذا لم تكن هنالك علاقة استخلاف بين مدعي الملكية والحائز، أما إذا كان هذا خلفاً لذلك فلا يجوز أن يحتج الخلف على السلف إلا بالاتفاق الذي أنقلت بمقتضاه الحيابة، فعلى سبيل المثال لا يستطيع المستأجر أن يتخذ من الحيابة المادية تجاه المؤجر قرينة على الحيابة القانونية، ثم من هذا قرينة على الملكية، بل أن عقد الإيجار هو الذي يحدد العلاقة بينهما بالنسبة للحيابة، فيكون المستأجر بناء على هذا العقد حائزاً لا لحق الملكية بل لحق شخصي هو حقه كمستأجر^(١).

أما الدور الثاني، وهو الأهم بالنسبة لنا في هذا السياق، فتُعد الحيابة قرينة قانونية قاطعة على التملك لمصلحة الحائز، بحيث تدفع عنه دعوى الملكية من الغير في حالة الحيابة بسوء نية، وهذا ما أكدته المادة (١/١٥٨) مدني عراقي التي تنص على أنه (... واستمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة، فلا تسمع عليه عند الإنكار دعوى الملك أو دعوى الحق العيني من أحد ليس بذئ عذر شرعي).

ويلاحظ أن المشرع العراقي يستعمل مصطلح "عدم سماع الدعوى" المعمول به في الفقه الإسلامي، لكن إذا رجعنا إلى الحقيقة ليس المقصود هو عدم سماع الدعوى بل عدم سماع أقوال أو بيّنة المدعي بعد تمسك الحائز بالإنكار، فالدعوى يجب أن تسمع في كل الأحوال ليتمكن الحائز من إنكارها، والفائدة العملية المرجوة من ذلك هو احتمال أن يُقر الحائز للمدعي بالحق فلا يُنكره عليه، فعندها يتحول القاضي إلى سماع بيّنة المدعي بعد أن سمع دعواه.

مع العرض إلى أن مجلة الأحكام العدلية نصت على نوعين من مرور الزمان المانع من سماع الدعوى^(٢):-

(١) د. محمد سليمان الأحمد، خواطر مدنية، مصدر سابق، ص ٣١٢-٣١٣.

(٢) مجلة الأحكام العدلية، التقادم في مسائل وضع اليد، ج ١، آراء الفقهاء في الملكية بالتقادم، ص ٢٨. منشور المكتبة الشاملة الحديثة على الموقع الإلكتروني: تاريخ الزيارة (٢٠٢٢/٣/٢٧). WWW.al-maktaba.org.

١- الأول ، مرور الزمن الذي حكمه اجتهادي ومدته ست وثلاثون سنة ، فالدعوى التي تترك طيلة هذه المدة بلا عذر لا تسمع مطلقاً ، لأن هذا دليل على عدم أحقيته أن تركها مع الاقتدار عليها^(١).

٢- والثاني، مرور الزمان المعين من قبل السلطان ، فإذا تحقق في دعوى مرور الزمان من هذا النوع وأمر السلطان بسماعها فتسمع ، فللحاكم أن يمنع قاضياً من سماع دعوى بسبب مرور الزمان ، كما له أن يأذن لقاضي آخر بسماع مثل هذه الدعوى^(٢).

وأخيراً لا بدّ من الإشارة إلى أن كسب الحائز الملكية على وفق هذا الطريق لا يكون من وقت التمسك بالتقادم فحسب بل تنتقل إليه الملكية بأثر رجعي من وقت بدء الحيازة ، فيُعد مالكاً للعين التي كسبها بالتقادم من وقت أن وضع يده عليها بنية تملكها ، ويستمر ذلك طوال مدة التقادم ، والهدف الذي يرمي نظام التقادم إلى تحقيقه هو حماية الأوضاع المستقرة ، وقد أخذت هذه الأوضاع تستقر منذ بدء سريان التقادم ، ومن ذلك الوقت أخذ الحائز يحوز العين ويظهر عليها بمظهر المالك ، فإذا أكتملت مدة التقادم وملك الحائز العين فلا يجوز بعد ذلك أن تناقش هذه الأوضاع التي أستقرت ومضت عليها مدة طويلة فاطمأنت إليها الناس ، ويترتب على ذلك تملك

(١) وقد أسس هذا الحكم على المادة (١٦٦١) من المجلة والتي تنص على أنه (تسمع دعوى المتولي والمرتقة في حق أصل الوقف إلى ست وثلاثين سنة ولا تسمع بعد مرور ست وثلاثين سنة مثلاً إذا تصرف أحد في عقار على وجه الملكية ستاً وثلاثين سنة ثم ادعى متولي الوقف قائلاً: أن ذلك العقار هو من مستغلات وقفي فلا تسمع دعواه).

(٢) ويعتمد هذا النوع على المادة (١٨٠١) من المجلة والتي تنص على أنه (القضاء يتقيد ويتخصص بالزمان أو المكان و أستثناء بعض الخصومات، مثلاً القاضي المأمور بالحكم مدة سنة يحكم في تلك السنة فقط وليس له أن يحكم قبل حلول تلك السنة أو بعد مرورها، وكذلك القاضي المنصوب في قضاء يحكم في جميع محلات ذلك القضاء وليس له أن يحكم في قضاء آخر، والقاضي المنصوب على أن يحكم في محكمة معينة يحكم في تلك المحكمة فقط وليس له أن يحكم في محل آخر وكذلك لو صدر أمر سلطاني بأن لا تسمع الدعوى المتعلقة بالخصوص الفلاني لملاحظة عادلة تتعلق بالمصلحة العامة ليس للقاضي أن يستمع تلك الدعوى ويحكم بها، أو كان القاضي بمحكمة مأذوناً باستماع بعض الخصومات المعينة ولم يكن مأذوناً باستماع ما عدا ذلك فله أن يسمع الخصومات التي أذن بها فقط، وأن يحكم فيها وليس له استماع ما عداها والحكم بها، وكذلك لو صدر أمر سلطاني بالعمل برأي مجتهد في خصوص لما أن رأيه بالناس أرفق ولمصلحة العصر أوفق فليس للقاضي أن يعمل برأي مجتهد آخر مُنافٍ لرأي ذلك المجتهد، وأن عمل لا ينفذ حكمه).

الحائز سيء النية للثمار التي أنتجها الشيء بإعتباره مالكا لا بإعتباره حائزا ، وبقاء جميع الحقوق التي رتبها الحائز على الشيء أثناء مدة حيازته صحيحة بإعتبارها صادرة من مالك ، وعلى العكس من ذلك تسقط تلك الحقوق التي كان المالك الحقيقي قد رتبها خلال تلك الفترة ولا تسري في حق الحائز ، بإعتبارها صادرة من غير مالك^(١).

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية في قرار حديث لها صادر عام (٢٠٢٠) مفاده (أنه إذا كسب الحائز ملكية العين بالتقادم ، فإن الملكية تنتقل إليه لا من وقت أكمال النظام فحسب بل تنتقل إليه بأثر رجعي من وقت بدء الحيازة التي أدت إلى التقادم فيعتبر مالكا طوال مدة الحيازة ، بحيث لو رتب المالك الأصلي خلال هذه المدة أو ترتب ضده خلالها حقوقاً عينية على العين فإنّ هذه الحقوق متى أكتملت مدة التقادم لا تسري في حق الحائز)^(٢).

وتوضيحاً لفكرة الأثر الرجعي ومدى دورها في تملك الثمار من قبل الحائز ((سيء النية)) ، فالمقرر قانوناً^(٣) أن الحائز سيء النية ملزم برد الثمار التي قبضها طيلة مدة الحيازة ولم يمضِ على قبضها خمس عشرة سنة ، لأنه لا يستطيع تملكها بالقبض جزاءً لسوء نيته ، وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية في قرارها الصادر عام (٢٠١٥) الذي مفاده (المقرر في قضاء محكمة النقض أن مفاد المادتين (٩٧٨-٩٧٩) من القانون المدني أنه يتعين التفرقة بين الحائز حسن النية والحائز سيء النية عند بحث تملك ثمار العين التي يضع يده عليها فإن لكل حكماً ،

(١) ينظر / محمد حسن قاسم، موجز الحقوق العينية الأصلية ، ج١، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٦، ص٣٨٤.

- د. حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية - أحكامها ومصادرها، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ١٩٩٨، ص٥١١.

(٢) قرار محكمة النقض المصرية ، بالعدد (١٢٩١٥ / ٨٤ / قضائية) ، في (٢٠٢٠/١/١٣). منشور على موقع محكمة النقض. تاريخ الزيارة (٢٠٢٢/٣/٢٨) WWW.cc.gov.eg

(٣) وذلك بموجب المواد (١١٦٦) من القانون المدني العراقي، و (٩٧٨-٩٧٩) من القانون المدني المصري، و(٥٤٩) من القانون المدني الفرنسي ، والتي سنأتي على ذكرها في المطلب الثاني (القادم) من هذا المبحث.

فالثمرة وهي الريع تكون واجبة الرد إذا كان أخذها حائزاً سيء النية ، أما إذا كان أخذها حائزاً للعين و اقترنت حيازته بحسن نية فلا رد للثمار^(١).

لكن بفضل فكرة الأثر الرجعي للتقادم يكسب الحائز سيء النية الثمار التي أنتجها الشيء خلال مدة التقادم بإعتباره مالكا لها لا بإعتباره حائزاً ، فلولا هذه الملكية المستندة إلى الماضي لما كسب الثمار ، لأن الحائز بالأصل لا يكسب من الثمار إلا ما تم قبضه وهو حسن النية.

ثانياً / تخلف التزام طبيعي في ذمة الحائز :-

الالتزام الطبيعي هو واجب أدبي يندرج في نطاق القانون ، وهذا النطاق القانوني للالتزام الطبيعي هو ما يعرف بالتنفيذ الاختياري ، حيث لا يجبر المدين بصدد الالتزام الطبيعي على التنفيذ القهري أو الجبري ، لكنه إذا بادر المدين إلى أن يؤدي للدائن ما يشعره ضميره بأدائه فإنه لا يستطيع أن يسترد ما دفعه تنفيذاً لهذا الالتزام الطبيعي ، إذ أن ما دفعه ليس هبة يجوز له الرجوع فيها، بل هو وفاء لالتزام في ذمته. وهذا كله بخلاف الالتزام المدني، فأن هذا الالتزام لا يقتصر الأمر فيه على أن المدين إذا وفاه لا يستطيع أن يسترده ، بل أيضاً إذا هو لم يوفه أجبر على الوفاء به، و الالتزام المدني يحوي عنصرين هما المديونية والمسؤولية ، بينما الالتزام الطبيعي لا يشمل إلا على عنصر المديونية ، وهكذا فالمدين بالالتزام طبيعي مدين لا في حكم الضمير فحسب بل أيضاً في حكم القانون، وبمعنى أوضح أن الالتزام الطبيعي هو مرتبة وسط بين الالتزام المدني حيث لا يرتب عليه القانون إلا بعض الآثار، وبين الواجب الطبيعي أي مجرد الالتزام الأدبي الذي لم يبلغ مرتبة الالتزام المدني، لذلك فهو التزام طبيعي يعترف به القانون فيرتفع به عن كونه واجب أدبي^(٢).

ولم ينظم المشرع العراقي الالتزام الطبيعي في نصوص خاصة، إلا أننا نرى إمكانية العمل به من خلال القواعد العامة في القانون المدني ، وخصوصاً تلك المتعلقة بالتقادم ، على اعتبار أن

(١) قرار محكمة النقض المصرية ، بالعدد (٣٩٧٠ / ٧٤ / قضائية) ، في (٢٠١٥/١٢/١٩). منشور على موقع محكمة النقض. تاريخ الزيارة (٢٠٢٢/٣/٢٩) WWW.cc.gov.eg

(٢) د. قدرى عبد الفتاح الشهاوي، الألتزام الطبيعي - المدني ، ط١، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر، ٢٠٠٦، ص٧٣.

المشرع العراقي ومن خلال تأثره بالفقه الإسلامي أخذ بنظرية مرور الزمان المانع من سماع الدعوى ، ومن ثم فإن الحق لم يسقط في ذاته وإنما يمنع سماع الدعوى التي تحميه بمرور مدة زمنية معينة ، وعليه يستطيع المدين أن يوفي ما عليه مختاراً حتى بعد كسبه للحق من الناحية القانونية ، من خلال التمسك بالتقادم بعد انتهاء مدته^(١).

في حين نظم المشرع المصري الالتزام الطبيعي من خلال نصوص صريحة وذلك تحت باب ((أثار الالتزام)) في المواد (١٩٩-٢٠٠) من القانون المدني، كما أشار إليه في المادة (١/٣٨٦) من القانون ذاته، حيث نصت المادة (١٩٩) على أنه (١- ينفذ الالتزام جبراً على المدين ٢- ومع ذلك إذا كان الالتزام طبيعياً فلا جبر في تنفيذه). وأعطت المادة (٢٠٠) من القانون ذاته القاضي سلطة النظر والتقدير فيما إذا كان هنالك التزام طبيعي من عدمه بشرط أن لا يخالف النظام العام، حيث نصت على أنه (يقدر القاضي ، عند عدم النص، ما إذا كان هناك التزام طبيعي ، وفي كل حال لا يجوز أن يقوم التزام طبيعي يخالف النظام العام).

أما عن مدى إمكانية تخلف التزام طبيعي في ذمة الحائز ، فيرى الدكتور عبد الرزاق السنهوري بأنه يتخلف التزام طبيعي عن الحق الذي يكسب بالتقادم ، فإذا ملك الحائز العين بالتقادم المكسب ولم يكن قبل التقادم مالكا لها ، فإنه بالرغم من تملكه العين بالتقادم يبقى ملتزماً بالتزاماً طبيعياً نحو المالك الحقيقي برد العين إليه، وذلك على غرار ما يحصل بالنسبة للتقادم المسقط أستاذاً لصراحة المادة (١/٣٨٦) من القانون المدني المصري التي تنص على أنه (يترتب على التقادم إنقضاء الالتزام ومع ذلك يتخلف في ذمة المدين التزام طبيعي).

(١) ينظر / المادة (٤٢٩) من القانون المدني العراقي بشأن التقادم المسقط التي تنص على أنه (الدعوى بالالتزام أياً كان سببه لا تسمع على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي خمس عشرة سنة مع مراعاة ما وردت فيه احكام خاصة).
- والمادة (٤٤٠) التي تنص على أنه (لا يسقط الحق بمرور الزمان فإذا أقر المدعى عليه بالحق أمام المحكمة أخذ بقراره مالم يوجد نص يقضي بغير ذلك).

- والمادة (١/١٥٨) بشأن التقادم المكسب (سابق الإشارة إليها) التي تنص على أنه (١ - من حاز منقولاً او عقاراً غير مسجل في دائرة التسجيل العقاري باعتباره ملكاً او حاز حقاً عينياً على منقول او حقاً عينياً غير مسجل على عقار واستمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة فلا تسمع عليه عند الانكار دعوى الملك او دعوى الحق العيني من احد ليس بذى عذر شرعي).

ومن أهم الآثار التي تترتب على تخلف التزام طبيعي في ذمة الحائز سيء النية هي^(١) :-

١- يجوز للحائز أن يوفي مختاراً بالتزامه الطبيعي، فيرد العين ، فإذا كان الحائز بعد التمسك بالتقادم وكسب الحق ، قد أستجاب لداعي ضميره فرد العين إلى مالکها الحقيقي ، كان هذا وفاء لالتزام طبيعي وليس تبرعاً ، ومن ثم لا يشترط في هذا الوفاء شكل خاص ، ولا تشترط أهلية التبرع، ولا يجوز للحائز أن يسترد العين بعد ردها للمالك الحقيقي. وهذا بالفعل ما نصت عليه المادة (٢٠١) من القانون المدني المصري بأنه (لا يسترد المدين ما أداه بأختياره ، قاصداً أن يوفي التزاماً طبيعياً).

مع بيان أن الالتزام الطبيعي لا يتخلف في ذمة الحائز إلا إذا كان هذا الأخير لا يملك العين قبل التقادم وأعتمد في تملكها على التمسك بالتقادم ، أما إذا كان يملك العين قبل التقادم وإنما لجأ إلى التمسك بالتقادم فقط لغرض التخفيف من عبء إثبات ملكيته للعين ، فلا محل هنا للقول بتخلف التزام طبيعي ، بل يملك الحائز العين بالتقادم دون أن يتخلف أي التزام طبيعي في ذمته.

٢- يجوز اتخاذ الالتزام الطبيعي المتخلف في ذمة الحائز سبباً صحيحاً لأنشاء التزام مدني ، فإذا كان الحائز بدلاً من أن يرد العين فعلاً لمالكها الحقيقي ، تعهد بأن يردّها إليه ، فإنه ينشئ بهذا التعهد التزاماً مدنياً في ذمته يجبر على الوفاء به. وهذا ما نصت عليه المادة (٢٠٢) من القانون المدني المصري بأنه (الالتزام الطبيعي يصلح سبباً لالتزام مدني). مع ملاحظة أنه يجب أن يكون الحائز قد قصد أن يلتزم برد العين التزاماً مدنياً، فلا يكفي مجرد الاعتراف بوجود التزام طبيعي في ذمته.

٣- لا تجوز كفالة الالتزام الطبيعي المتخلف في ذمة الحائز ، إذا قصد في هذه الكفالة أن يترتب في ذمة الكفيل التزام مدني يضمن الالتزام الطبيعي ، ولكن إذا كفل الكفيل هذا الالتزام الطبيعي وهو يعتقد أنه التزام مدني ، فإنّ التزامه يكون التزاماً طبيعياً مثل الالتزام الأصلي، إذ لا يصح أن يكون التزام الكفيل أشد من التزام المدين.

(١) ينظر / د. عبد الرزاق أحمد السنهاوي، الوسيط، ج٩، مصدر سابق، ص ١٠٧٦-١٠٧٧.

كذلك ينظر / د. قري عبد الفتاح الشهاوي، مصدر سابق، ص ٨٥ وما بعدها.

وتطبيقاً لفكرة الالتزام الطبيعي، قضت محكمة النقض المصرية في أحد قراراتها بأنه (الالتزام لا ينقضي بمجرد أكمال مدة التقادم، بل يظل التزاماً مدنياً واجب الوفاء إلى أن يدفع بتقادمه ، فإذا أنقضى الالتزام المدني بالتقادم تخلف عنه التزام طبيعي في ذمة المدين...^(١)).

ويبدو لنا مما تقدم ، أن تخلف التزام طبيعي في ذمة الحائز ينسجم مع صبغة الفقه الإسلامي الداعي إلى عدم سقوط الحق بمرور الزمان وإنما يكفي بعدم سماع الدعوى، ومن ثم يتخلف إلتزام طبيعي في ذمة الحائز فيبقى الأخير مسؤولاً ديانةً (شريعاً) لا قضاءً، حيث ذكر أحد الفقهاء ((أن مرور الزمن لا يثبت حقاً... فإذا رد القاضي دعوى دائن بسبب وقوع مرور الزمان فيها ، يبقى المدعى عليه مدنياً للمدعي))^(٢)، كما ينسجم مع المبدأ القانوني القاضي بأن حق الملكية لا يسقط ، وإنما تسقط بالتقادم الدعوى التي يُطلب بها هذا الحق أو تحميه.

ويمكن أن نلتمس هذه النتيجة ضمناً ، من خلال قرار محكمة النقض المصرية الصادر عام (٢٠٢١) الذي مفاده (أيّاً كانت المدة التي يخرج فيها الشيء من حيازة مالكه فإنه لا يفقد ملكيته بالتقاعس عن أستعماله ، بل يظل من حقه أن يقيم دعواه مهما طال الزمن عليها إلا إذا كسبها غيره وفقاً للقانون ، بما مؤداه أن حق الملكية باقٍ لا يزول ما بقي الشيء المملوك ، ومن ثم لا تسقط الدعوى التي تحميه بأنقضاء زمن معين سواء كان محل الملكية منقولاً أو عقاراً ، وكان لا يتصور أن يكون حق الملكية ذاته غير قابل للسقوط بالتقادم ، وتسقط مع ذلك الدعوى التي يُطلب بها هذا الحق)^(٣).

(١) قرار محكمة النقض المصرية، بالعدد (٣٤٩ / ٣٩ / قضائية)، في (١٨/٢/١٩٧٥) منشور على موقع المحكمة. تاريخ الزيارة (٢٠٢٢/٤/٢). WWW.cc.gov.eg

(٢) علي حيدر ، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، تعريب المحامي فهمي الحسيني ، م٤، دار عالم الكتب للطباعة والنشر و التوزيع ، ص٢٩٥.

(٣) قرار محكمة النقض المصرية ، بالعدد (١٨٧٩٣ / ٨٩ / قضائية) في (١٨ / ١ / ٢٠٢١). منشور على موقع المحكمة. تاريخ الزيارة (٢٠٢٢/٤/٣) WWW.cc.gov.eg

المطلب الثاني

الحياسة بحسن نية

(قاعدة الحياسة في المنقول سند الملكية)

أن الحياسة المنقول كما تحصل بسوء نية فأنها تحصل بحسن كذلك ، وهي في كلتا الحالتين لها دور في تملك المنقول، غير أن الدور الذي تلعبه الحياسة بحسن نية أخطر بكثير من الدور الذي تلعبه فيما لو كانت بسوء نية، فالأخيرة لا تهب الحائز ابتداءً حقاً عينياً أو حقاً شخصياً بل تمنحه مركزاً يوصف بأنه واقعياً ثم رتب له القانون أثراً معيناً بعد مرور مدة زمنية تُعد طويلة نسبياً، فمن لا يطالب خلالها بحقه من دون عذر مشروع يمكن أن يوصف بأنه مهملاً بحق. أما الحياسة بحسن نية، محل دراسة هذا المطلب، فأن خطورتها تكمن في كونها تسلب المالك حقه، وتكسب الحائز حقاً فورياً ، وعلى هذا الأساس يطلق عليها بـ (قاعدة الحياسة في المنقول سند الملكية أو سند الحائز)، وذلك متى توافرت شروطها التي حددها القانون و أنتفتت الاستثناءات الواردة عليها. ولغرض بيان دور الحياسة بحسن نية في تملك المنقول، سنقسم هذا المطلب على فرعين، نبين في الفرع الأول مفهوم الحياسة بحسن نية، في حين نخصص الفرع الثاني لآثار الحياسة بحسن نية.

الفرع الأول

مفهوم الحياسة بحسن نية

نظراً لسرعة التعامل في المنقول، ولغرض توطيد الأئتمان والثقة في التعاملات اليومية ، فقد أعطت التشريعات الحديثة للحياسة بحسن نية دوراً في تملك المنقول على الفور، حيث يفترض أن الحائز قد تلقى الحياسة وهو حسن النية، لا من المالك بل من غير المالك، فيكسب الحائز هنا ملكية المنقول لا بموجب التصرف القانوني الصادر من غير المالك لأن هذا التصرف لا ينقل الملكية مادام قد صدر من غير المالك، لكن بموجب الحياسة نفسها التي تُعد في هذه الحالة سبباً في كسب ملكية المنقول، وتملك المنقول بالحياسة على هذا النحو أمر يقتضيه لا سرعة التعامل في المنقول فحسب، بل أيضاً استقرار التعامل فيه، وبدون هذه القاعدة يصبح التعامل في المنقول

محفوظاً بالمخاطر ، فينبغي على وفق ذلك لمن يشتري منقولاً من غير المالك وهو يعتقد أنه المالك أن يعتبر كأنه أشتري من المالك نفسه، و إذا لم تنتقل إليه الملكية بالبيع فأنها تنتقل بالحيازة وهذا هو مقتضى تملك المنقول بالحيازة على الفور^(١).

ولتحقيق الغرض المتقدم، فقد أقرت التشريعات محل المقارنة قاعدة فرنسية المنشأ، وهي قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية مع الاختلاف في بعض أحكامها ، حيث نُظِّمَت في المادتين (١١٦٣-١١٦٤) من القانون المدني العراقي ، و (٩٧٦-٩٧٧) من القانون المدني المصري، و (٢٢٧٦-٢٢٧٧) من القانون المدني الفرنسي. وقد بيّنت تلك النصوص القاعدة العامة للحيازة في المنقول بحسن نية و دورها في تملك المنقول، ثم أوردت عليها بعض الاستثناءات، ولأجل تبسيطها والوقوف على مواطن الاختلاف بشأنها ، وعلى دورها الفاعل في تملك المنقول، سنتولى دراستها من خلال تقسيم هذا الفرع على فقرتين، نبين في الأولى القاعدة العامة، في حين نخصص الثانية للاستثناءات الواردة عليها.

أولاً / القاعدة العامة

نصت المادة (١١٦٣) من القانون المدني العراقي على القاعدة العامة للحيازة في المنقول وذلك بأنه (١- من حاز وهو حسن النية منقولاً أو سنداً لحامله مستنداً في حيازته إلى سبب صحيح، فلا تسمع عليه دعوى الملك من أحد.٢- والحيازة بذاتها قرينة على توفر حسن النية و وجود السبب الصحيح ، مالم يقدّم الدليل على خلاف ذلك).

كما نصت عليها المادة (٩٧٦) من القانون المدني المصري بأنه (١- من حاز بسبب صحيح منقولاً أو حقاً عينياً على منقول أو سنداً لحامله، فإنّه يصبح مالكاً له إذا كان حسن النية وقت حيازته.٢- فإذا كان حسن النية والسبب الصحيح قد توافر لدى الحائز في إعتبار الشيء خالياً من التكاليف و القيود العينية، فإنّه يكسب الملكية خالصاً منها.٣- والحيازة في ذاتها قرينة على وجود السبب الصحيح وحسن النية مالم يقدّم الدليل على عكس ذلك).

(١) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط ، ج٩، مصدر سابق ، ص ١١١٧-١١٢٥.

في حين جاءت المادة (١/٢٢٧٦)^(١) من القانون المدني الفرنسي بنص مقتضب بقدر تعلق الأمر بالقاعدة مفاده (في ما يتعلق بالمنقولات، الحيازة تساوي سند التملك). وسنقف على سبب هذا الإيجاز عند شرح المادة.

ويتضح من خلال هذه النصوص أن هناك شروط إذا ما توافرت وجب تطبيق حكم قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، وترتب عليها حكمها القاضي بتملك الحائز المنقول على الفور، حيث لا بدّ من أن تنصب الحيازة على منقول مادي مع ملاحظة استثناء بعض المنقولات من الخضوع لحكم القاعدة أو نطاق تطبيقها، وأن يكون الحائز حسن النية، وأن يستند في حيازته إلى سبب صحيح، وسنبيّن تلك الشروط بشيء من الإيجاز قد تعلق الأمر في هذه القاعدة، وكما يأتي:-

١- أن تنصب الحيازة على منقول مادي

اتفقت التشريعات محل المقارنة من خلال النصوص المنظمة لقاعدة الحيازة أن نطاق تطبيقها ينحصر في المنقولات المادية التي تجوز حيازتها ويمكن تداولها من يد إلى يد دون حاجة إلى إتباع إجراءات أو شكلية خاصة ، ومع ذلك يدخل في نطاقها السندات لحاملها لأن الحق مضمون السند أو الذي يعبر عنه السند يندمج فيه ويتداول معه كأنه منقول ذو قيمة مادية ، وبذلك لا تسري هذه القاعدة على الديون والسندات التي لا تنتقل ملكيتها إلا بطريق التحويل، ولا تسري على المنقولات المخصصة للنفع العام لأنها لا تصلح محلاً للحيازة، كما لا تسري على المنقولات التابعة لعقار ولو لم تكن هذه المنقولات عقاراً بالتخصيص لأنها تتبع العقار في مصيره، ويخرج عن نطاق تطبيقها بطبيعة الحال المنقولات التي يشترط القانون للتصرفات الواردة عليها استيفاء شكلية خاصة كالسفن والطائرات^(٢).

وإذا كان هذا الشرط يقتضي بأن تنصب الحيازة على منقول مادي ، فلا بدّ من استبعاد حقوق الملكية الفكرية كحق المؤلف أو المخترع بوصفها أشياء غير مادية بالرغم من اكتسابها لصفة الحق، حيث قضت محكمة النقض المصرية في قرار حديث صادر لها عام (٢٠٢١) بأنه (إذا

(١) 2277/1- Pour les meubles, la possession vaut le titre de propriété.

(٢) د. محمد طه البشير و د. غني حسون طه، الحقوق العينية الأصلية، ج ١، مصدر سابق، ٢٤٩-٢٥٠.

كان المقصود بعبارة حقوق الملكية الفكرية هو تأكيد أن حق المؤلف أو المخترع يستحق الحماية كما يستحقها المالك لأن الحقان من ثمرات الفكر و الابتكار فهو صحيح، إلا انه لتنافي طبيعة الملكية مع طبيعة الفكر فإنه ليس حق ملكية، بل هو حق عيني أصلي يستقل عن حق الملكية بمقوماته التي ترجع إلى أنه يقع على شيء غير مادي...^(١).

والمهم أن نُشير هنا إلى أن المشرع المصري أنفرد في الحكم عندما وسّع من نطاق تطبيق القاعدة بإضافة عبارة "أو حقاً عينياً على منقول" وذلك بموجب المادة (١/٩٧٦) من القانون المدني ، وبذلك فإنّ نطاق تطبيقها لا يقتصر على المنقول المادي أو السند لحامله بل يشمل أيضاً الحقوق العينية الواردة على منقول كحق الانتفاع بالمنقول وحق أستعماله، وحق الأمتياز عليه ، وحق رهنه حيازياً.

فمثلاً إذا رتب غير المالك على المنقول حق رهن حيازي لشخص تسلم المنقول على سبيل الرهن وهو حسن النية، فإنّه هذا الشخص (الحائز) يصبح دائماً مرتبهاً للمنقول، لا بموجب عقد الرهن إذ هو صادر من غير المالك ولكن بموجب الحيازة الواقعة على حق الرهن لا على حق الملكية ، والسبب الصحيح هنا هو عقد الرهن الصادر من غير المالك، ومن ثم يستطيع الحائز أن يحتج على المالك الحقيقي للمنقول، و أستقرار التعامل هو الذي يبرر هذا الحكم القاضي بكسب الحائز حق رهن الحيازة إذا صدر الرهن من غير مالك المنقول، ويسري هذا الحكم بطبيعة الحال على كسب حق الأمتياز على منقول وحق الانتفاع به و أستعماله^(٢).

٢- حسن النية

يشترط لتملك المنقول في الحال أن يكون الحائز حسن النية، وقد سبق^(٣) أن بيّنا المقصود بذلك، وسنقتصر هنا على بيان دوره في نطاق قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية ، حيث اشترطت المادة (١/١٦٣) من القانون المدني ذلك من خلال عبارة ((من حاز وهو حسن النية))،

^(١) قرار محكمة النقض المصرية، بالعدد (١٨٦٤٠ / ٨٣ / قضائية) في (٢٠٢١/١١/١٧) منشور على موقع محكمة النقض. تاريخ الزيارة (٢٠٢٢ / ٤/٤) WWW.ccgov.eg

^(٢) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج٩، مصدر سابق، ص ١١٣١-١١٣٣.

^(٣) وذلك عند بحثنا الشروط الواجب توافرها في طالب التسجيل المجدد بأعتباره شرطاً لتملك العقار غير المسجل، ضمن الفرع الثاني من المطلب الثاني من المبحث الأول من الفصل الأول من هذا الباب.

كما اشترطته المادة (١/٩٧٦) من القانون المدني المصري من خلال عبارة ((إذا كان حسن النية وقت حيازته))، في حين لم يرد لهذا الشرط من ذكر في المادة (١/٢٢٧٦) من القانون المدني الفرنسي ، لكن ورد ذكره في نص آخر يمكن اعتباره تطبيقاً للقاعدة، وذلك في المادة (١١٩٨) من القانون المدني الفرنسي بعد تعديله بالمرسوم (١٣١) لسنة (٢٠١٦) حيث نصت على أنه (إذا اكتسب شخصان على التوالي حقهما على ذات المنقول المادي من الشخص نفسه ، يفضل ذلك الذي حازه أولاً ، حتى ولو كان حقه لاحقاً ، شرط أن يكون حسن النية...)^(١).

وتقضي القواعد العامة في القانون المدني العراقي أن حسن النية مفترض دائماً ما لم يقدم الدليل على خلاف ذلك ، فيُعد حسن النية من يحوز الشيء وهو يجهل أنه يعتدي على حق الغير، وتستمر صفة حسن النية لدى الحائز إلى الوقت الذي يصبح فيه عالماً أن حيازته أعتداء على حق الغير فعندها يُعد بمثابة سيء النية^(٢). وقد طبقت المادة (٢/١١٦٣) مدني عراقي والمادة (٣/٩٧٦) مدني مصري هذا المبدأ تطبيقاً خاصاً ، وذلك عندما عدّت أن الحيازة بذاتها قرينة على توافر حسن النية ما لم يقدم الدليل على عكس ذلك.

وينبغي على وفق ما تقدم أن مشتري المنقول يجهل أنه يتلقاه من غير مالكة، ويعتقد أن المتصرف إليه هو المالك وأن يكون اعتقاده جازماً ومفترضاً في ذات الوقت ومن يدعي خلاف ذلك عليه إثباته ، أما إذا ثبت أن الحائز (المشتري) سيء النية وكان يعلم أو ينبغي أن يعلم أنه يتلقى الحق من غير مالك، فليس له أن يتمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية لأنقضاء أحد شروطها.

٣- السبب الصحيح

عدّ المشرعين العراقي في المادة (١/١١٦٣) مدني والمصري في المادة (١/٩٧٦) مدني السبب الصحيح شرطاً لأعمال قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، في حين لم ينص المشرع الفرنسي على ذلك عند تنظيمه لتلك القاعدة في المادة (١/٢٢٧٦) من القانون المدني، ومن ثم لا

(١) 1198- Si deux personnes acquièrent successivement leur droit sur le même meuble de la même personne, celui qui l'a acquis le premier est préféré, même si son droit est postérieur, pourvu qu'il soit de bonne foi.

(٢) ينظر المادة (١١٤٨) من القانون المدني العراقي، والمادة (٩٦٥) من القانون المدني المصري، ولم نجد لهم مقابل في القانون المدني الفرنسي.

يُعد السبب الصحيح شرطاً لتملك المنقول على وفق هذه القاعدة، وهو في ذلك يختلف اختلافاً واضحاً عن كل من المشرعين العراقي والمصري، ويبدو أنه يعتمد في تطبيق القاعدة على مجرد الحيازة الصحيحة من خلال وجود المنقول تحت يد الحائز حسن النية.

ومما يجب ملاحظته هنا هو أن السبب الصحيح في إطار قاعدة الحيازة في المنقول يختلف عنه في ظل التقادم المكسب، لأنه في التقادم المكسب لا يفترض وجوده بل يجب إثباته، ويقع عبء الأثبات على الحائز الذي يتمسك بالتقادم ويستطيع إثباته على وفق القواعد العامة^(١)، في حين أن السبب الصحيح في ظل قاعدة الحيازة في المنقول مُفترض وجوده، فمجرد وجود المنقول تحت يد الحائز يُعد بمثابة توافر للسبب الصحيح ومن يدعي خلاف ذلك عليه إثبات ما يدعيه^(٢).

ولا بدّ من الإشارة إلى أن مفهوم السبب الصحيح يختلف في القانون المصري عنه في القانون العراقي، حيث يعرفه الفقه المصري بأنه «كل تصرف قانوني يصدر من شخص لا يكون مالكاً للشيء أو صاحباً للحق الذي يراد كسبه بالتقادم إلى الحائز بإعتباره خلفاً خاصاً ويكون من شأنه نقل الملك أو الحق العيني لو أنه صدر من مالك أو صاحب الحق»^(٣). وهذا التعريف ينسجم تماماً مع توجه المشرع المصري في المادة (٣/٩٦٩) الذي عدّ السبب الصحيح عبارة عن تصرف أو سند كما وصفه النص.

بينما عرفه الفقه العراقي بأنه «تصرف قانوني يصدر من شخص غير صاحب الحق الذي يراد كسبه بالتقادم إلى الحائز بإعتباره خلفاً خاصاً ويكون من شأنه أن ينقل الحق لو أنه صدر من صاحبه»^(٤). وبالرغم من تقارب هذا التعريف مع ما أورده القانون والفقه المصري، إلا أنه في الحقيقة لا ينسجم مع توجه المشرع العراقي في المادة (٣/١١٥٨) الذي عدّ من خلالها السبب

(١) وقد سبق أن مر بنا ذلك عند بحث الشروط الواجب توافرها في طالب التسجيل المجدد عند تقديم طلب تملك العقار غير المسجل.

(٢) ينظر المواد (٢/١١٦٣) من القانون المدني العراقي، و(٣/٩٧٦) من القانون المدني المصري.

(٣) د. نبيل أبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠، ص ٥٣٠. كذلك ينظر / د. رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٢، ص ٣٩٧.

(٤) د. محمد طه البشير و د. غني حسون طه، الحقوق العينية الأصلية، ج ١، مصدر سابق، ص ٢٣٣.

الصحيح لا يقتصر على التصرف أو السند وإنما يشمل بعض الوقائع التي وصفها النص بـ«حادث».

حيث نصت المادة (٣/١١٥٨) مدني عراقي بأنه (والسبب الصحيح هو سند أو حادث يثبت حيازة العقار بأحدى الوسائل التالية:-

أ- الأستيلاء على الأراضي الموات

ب- أنتقال الملك بالأرث والوصية

ج- الهبة

د- البيع أو الفراغ

ومن هذه المادة يتضح أن فكرة السبب الصحيح في القانون المدني العراقي أوسع نطاقاً منها في القانون المدني المصري، فهي من ناحية، لا تقتصر كما في القانون المدني المصري على كون السبب الصحيح تصرفاً ناقلاً للملكية صادر من غير مالك إلى الحائز (المتصرف إليه) بإعتباره خلفاً خاصاً للمتصرف، فالسبب الصحيح على وفق القانون المدني العراقي يشمل إضافة للتصرفات التي قوامها الإرادة، الوقائع المادية كذلك. ومن ناحية ثانية لا يشترط أن يكون التصرف أو الواقعة التي نقلت الحيازة إلى المتصرف إليه نقلتها له بصفته خلفاً خاصاً، فالميراث يُعد سبباً صحيحاً رغم أن الوارث خلف عام وليس خلفاً خاصاً^(١).

أما عن موقف القضاء، فنجد أن محكمة النقض المصرية قد قضت بتملك المنقول على الفور على وفق قاعدة الحيازة في المنقول، إذا ما توافرت شروطها التي سبق الإشارة إليها من وجوب صدور التصرف من غير مالك إلى حائز حسن النية، حيث طبقت المحكمة ذلك في قرار حديث لها صادر عام (٢٠٢١) جاء فيه (مفاد نص المادة (١/٩٧٦) من القانون المدني، أن "من حاز منقولاً أو حقاً عينياً على منقول أو سند لحامله فإنه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته" يدل على أنه لتطبيق هذه القاعدة في المنقول يتعين أن تنتقل حيازة المنقول بسبب صحيح، وأن يكون الحائز قد تلقى الحيازة وهو حسن النية من غير مالك، إذ التصرف لا ينقل

(١) د. درع حماد عبد، فكرة السبب الصحيح كأساس لطلب التملك في التعهد بنقل ملكية عقار، بحث منشور في مجلة كلية القانون، جامعة النهريين، المجلد ٢٠، العدد ٢، ٢٠١٨، ص ٢٢.

الملكية مادام قد صدر من غير مالك لكن تنقلها الحيازة في هذه الحالة وتعتبر سبباً لكسب ملكية المنقول، أما إذا كان التصرف صادراً من مالك المنقول أمتنع تطبيق القاعدة لأن التصرف هو الذي يحكم العلاقة بين المالك والمتصرف إليه^(١).

وقبل الانتهاء من دراسة هذه الفقرة المتعلقة بـ (القاعدة العامة) للحيازة في المنقول، لابدّ من الإشارة إلى مدى التعارض بين المادة (١/١١٦٣) من القانون المدني العراقي المنظمة لهذه القاعدة من جهة، والمادة (١/١٣٤) من القانون ذاته من جهة أخرى، حيث أتضح لنا، من خلال ما سبق، أن المادة (١/١١٦٣) تقتضي أن من حاز وهو حسن النية منقولاً أو سنداً لحامله مستنداً في حيازته إلى سبب صحيح فلا تسمع عليه دعوى الملك من أحد، ومن ثم فإن حكمها العام هو عدم قدرة مالك المنقول على استرداده متى ما دخل في حيازة شخص حسن النية وبناءً على سبب صحيح؛

في حين أعطت المادة (١/١٣٤) الحق للمالك (العاقد) أن ينقض العقد ويسترد العين حيث وجدها وأن تداولتها الأيدي، وهذا يعني استردادها من يد الحائز حسن النية وأن كان مستنداً في حيازته إلى سبب صحيح، حيث نصت هذه المادة على أنه (إذا انعقد العقد موقوفاً لحجر أو إكراه أو غلط أو تغيير جاز للعاقد أن ينقض العقد بعد زوال الحجر أو ارتفاع الإكراه أو تبين الغلط و أنكشف التغير، كما أن له أن يجيزه، فإذا نقضه كان له أن ينقض تصرفات من أنتقلت إليه العين وأن يستردها حيث وجدها وأن تداولتها الأيدي، فإن هلكت العين في يد من أنتقلت إليه ضمن قيمتها).

ولغرض حلّ التعارض لابدّ من تطبيق قاعدة الخاص يقيد العام، وبما أن المادة (١٣٤) وردت ضمن القواعد العامة في نظرية الالتزام فتعدّ نصاً عاماً، بينما وردت المادة (١١٦٣) ضمن النصوص الخاصة بالحيازة وبالتحديد تلك المنظمة لتملك المنقول بحسن نية فتعدّ نصاً خاصاً، وبالتالي يُعمل بالخاص فيما ورد فيه، ويطبق العام فيما وراء ذلك.

(١) قرار محكمة النقض المصرية، بالعدد (١٠٦٥٩ / ٧٩ / قضائية)، في (٢٧/١/٢٠٢١). منشور على موقع

WWW.cc.gov.eg

محكمة النقض. تاريخ الزيارة (٢٠٢٢/٤/٥)

ثانياً / الاستثناء الوارد على القاعدة

بيّنا في الفقرة السابقة أنه إذا توافرت شروط تطبيق قاعدة الحيازة في المنقول فإنّ الحائز يملك المنقول في الحال ولا يجوز لمالكه الحقيقي استرداده من الحائز، ولكن استثناءً من أحكام القاعدة المتقدمة، أجاز القانون لمالك المنقول أو السند لحامله إذا خرج من تحت يده بضائع أو سرقة أو غصب أو خيانة أمانة أن يسترده من الحائز ولو كان حسن النية ومستنداً في حيازته إلى سبب صحيح، وذلك خلال ثلاث سنوات من تاريخ الضياع أو السرقة أو الغصب أو خيانة الأمانة، وأن مدة السنوات الثلاث ليست مدة تقادم بل هي مدة سقوط، ولهذا فهي لا تقبل الوقف أو الانقطاع، أما إذا انقضت هذه المدة فأن الحائز يستطيع أن يتمسك بقاعدة الحيازة في المنقول في مواجهة المالك الحقيقي، فيتضح من ذلك أن الاستثناء المتقدم يُعطّل تطبيق قاعدة الحيازة في المنقول تعطيلاً مؤقتاً، أي خلال السنوات الثلاث التي أعطى القانون للمالك الأصلي خلالها حق استرداد المنقول من الحائز، مع ملاحظة أن الحائز إذا كان سيء النية فلا يستطيع كسب ملكية المنقول بالحيازة حتى بعد مرور مدة السنوات الثلاث، بل لا بدّ من مرور مدة خمس عشرة سنة مع توافر الشروط الأخرى للتقادم المكسب الطويل^(١).

وقد نصت على الأحكام المذكورة المادة (١١٦٤) من القانون المدني العراقي بأنه (استثناء من أحكام المادة السابقة يجوز لمالك المنقول أو السند لحامله إذا كان قد أضاعه أو خرج من يده بسرقة أو غصب وخيانة أمانة أن يسترده ممن يكون حائزاً له بحسن نية وسبب صحيح في خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة أو الغصب أو خيانة الأمانة).

كما نصت المادة (١/٩٧٧) من القانون المدني المصري بأنه (يجوز لمالك المنقول أو السند لحامله إذا فقده أو سرق منه، أن يسترده ممن يكون حائزاً له بحسن نية وذلك خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة).

(١) د. محمد طه البشير، د. غني حسون طه، الحقوق العينية الأصلية، ج١، مصدر سابق، ص ٢٥٨-٢٥٩.

في حين نصت المادة (٢/٢٢٧٦) من القانون المدني الفرنسي بأنه (غير أنه، من أضرار شيئاً أو سرقة منه شيء، يمكنه أن يطلب استرداده من الذي يكون هذا الشيء بحيازته خلال ثلاث سنوات، اعتباراً من يوم ضياعه أو سرقته ، مع حفظ حق الحائز أن يرجع إلى الشخص الذي تلقاه منه)^(١).

ويستخلص من هذه النصوص ما يأتي :-

١- أن المشرع، من خلال الاستثناء المتقدم، قد عمل موازنة بين مصلحة المالك في استرداد المنقول من يد الحائز حسن النية، وبين مصلحة الحائز في تملك المنقول في الحال، فوجد أن مصلحة المالك هي الأولى بالرعاية، ومنحه حق استرداد المنقول من يد الحائز حسن النية خلال السنوات الثلاث.

٢- أقتصر كل من المشرع المصري والفرنسي في تطبيق الاستثناء على حالي الضياع والسرقة، بينما وسّع المشرع العراقي من ذلك بإضافة حالي الغصب وخيانة الأمانة، وربما قصد المشرع العراقي من وراء ذلك أن يحتاط أكثر ويوفر حماية لمالك المنقول، غير أنه في الحقيقة قد جعل من الاستثناء يطغى على القاعدة، فأفرغها من محتواها أو على الأقل قد ضيق من مجال تطبيقها إلى حد كبير.

٣- أعطى المشرع الفرنسي للحائز حسن النية حق الرجوع بالضمان على من تلقى المنقول منه، وذلك إذا ما نجح المالك الحقيقي في استرداد المنقول منه (الحائز)، وهذا الحكم وأن لم ينص عليه المشرع العراقي إلا أنه يمكن العمل به استناداً للقواعد العامة في ضمان الاستحقاق ومنها المادتين (٥٥٠-٥٥٣)^(٢) من القانون المدني.

(١) 2277/2-Toutefois, quiconque perd quelque chose ou lui vole quelque chose, il peut en demander la récupération à celui qui a cette chose en sa possession dans un délai de trois ans à compter du jour où elle a été perdue ou volée, tout en préservant le droit du possesseur de revenir à la personne de qui il l'a reçu.

(٢) حيث نصت المادة (٥٥٠) من القانون المدني العراقي على أنه (١- إذا استحق المبيع للغير وكان الاستحقاق وارد على ملك البائع، ضمن البائع ولو لم يشترط الضمان في العقد. ٢- أما إذا ورد الاستحقاق بأمر حادث في المبيع وهو في ملك المشتري كما لو اثبت المستحق انه ملكه بتاريخ متأخر عن الشراء، فلا حق للمشتري في الرجوع بالضمان على البائع).

ومما تجدر الإشارة إليه في هذا السياق هو مدى التعارض بين الاستثناء مدار البحث الوارد على قاعدة الحيازة في المنقول من جهة، وقاعدة التطهير من الدفع الواردة في قانون التجارة رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ المعدل النافذ من جهة أخرى، حيث أتضح لنا من خلال الاستثناء المقرر في المادة (١١٦٤) مدني عراقي، أن المشرع أجاز لمالك السند لحامله إذا كان قد أضاعه أو خرج من يده بسرقة أو غصب أو خيانة أمانة أن يسترده من الحائز ولو كان حسن النية ومستنداً في حيازته إلى سبب صحيح خلال ثلاث سنين من تاريخ الضياع أو السرقة أو الغصب أو خيانة الأمانة والحكمة التي جعلت المشرع يثبت هذا النص أن السند إذ يخرج من تحت يد مالكة بأحد الحالات السابقة يخرج كرهاً وعلى غير إرادته ولا يمكن نسبة أي تقصير أو خطأ إليه فأكثر الناس حرصاً على أمواله قد يكون عرضة لضياعها أو سرقتها أو اغتصابها أو يخون الأمين أمانته. ولهذا وجد المشرع نفسه بين شخصين لكل منهما حق التملك أولهما المالك الأصلي وثانيهما الحائز، ولهذا فضل الأول إذ يكون الحائز في أغلب الأحوال مقصراً، فهناك عوامل كثيرة ترشده إلى كون السند ضائعاً أو مسروقاً أو مختلساً أو مغتصباً، وبناء على ما تقدم أجاز المشرع للمالك الإسترداد وقيده بثلاث سنوات.

تنص المادة (٥٦) من القانون التجاري العراقي على أنه (أولاً: يعتبر حائز الحوالة حاملها القانوني متى أثبت أنه صاحب الحق فيها بتظهير غير منقطعة ولو كان آخرها تظهيراً على بياض وتعتبر التظهيرات المشطوبة في هذا الشأن كأن لم تكن، وإذا أعقب التظهير على بياض تظهير آخر أعتبر الموقع على هذا التظهير أنه هو الذي آل إليه الحق في الحوالة بالتظهير على بياض. ثانياً: إذا فقد شخص حيازة حوالة أثر حادث ما، فلا يلزم الحامل بالتخلي عنها متى أثبت حقه فيها طبقاً للفقرة (أولاً) من هذه المادة، إلا إذا كان قد حصل عليها بسوء نية أو ارتكب في سبيل الحصول عليها خطأ جسيماً). ويفهم من هذه المادة عدم إمكانية التمسك بضياع السفتجة كدفع في

- كما نصت المادة (٥٥٣) من ذات القانون على أنه (إذا استحق المبيع في يد المشتري الأخير وحكم به للمستحق، كان هذا حكماً على جميع الباعة ولكل ان يرجع على بائعه بالضمان لكن لا يرجع قبل ان يرجع عليه المشتري منه).

مواجهة الحامل الشرعي حسن النية ما دامت السفتجة قد وصلت إليه عن طريق سلسلة غير منقطعة من التظهيرات ولو كان آخرها على بياض على وفق الفقرة (أولاً) من المادة (٥٦) من القانون التجارة، فإذا توجه الحامل حسن النية إلى الموقع الذي ضاع منه السند لحامله فإن هذا الموقع لا يستطيع أن يتمسك بهذا الدفع قبل الحامل المذكور وإنما يستطيع التمسك بهذا الدفع تجاه الشخص الذي عثر على السفتجة وأطلقها في التداول عندما تؤول إليه؛

وبناءً على ما تقدم، نلاحظ التعارض بين المادة (١١٦٤) من القانون المدني العراقي التي تعطي الحق للمالك الذي فقد السند لحامله بأن يسترده من الحائز وأن كان حسن النية، وذلك عكس ما ذهب إليه المادة (٥٦) من القانون التجارة، التي تعطي حق الملكية لحائز السند لحامله إذا كان حسن النية، وتفضله على المالك الأصلي، الذي فقد السند و أعتبر الفقدان من ضمن الدفع التي يطهرها التظهير، ولا يمكن أن يتمسك بها المالك الأصلي للسند المفقود^(١).

الفرع الثاني

آثار الحيابة بحسن نية

إذا ما توافرت الشروط على الوجه السابق بيانه ، يترك الحائز حسن النية المنقول أو السند لحامله في الحال ، وبالمقابل إذا كان هذا المنقول مثقلاً بتكاليف أو قيود عينية، فإنها تسقط أو يكسب الحائز الملكية خالصة منها بحسب تعبير المشرع المصري ، كما يترتب أحياناً على الحيابة حق للحائز حسن النية في حبس المنقول إلى أن يستوفي ثمنه، وحق المالك في الرجوع بالضمان على من تصرف في المنقول للحائز. وعليه سنقسم هذا الفرع على فقرتين، نخصص الأولى لترك الحائز للمنقول في الحال، في حين نخصص الفقرة الثانية للرجوع في الضمان.

أولاً / تملك الحائز للمنقول في الحال

أن الحائز للمنقول بحسن نية وسبب صحيح يكسب ملكيته بمجرد الحيابة، ولم يكسبها بالسبب الصحيح لأنه صادر من غير مالك، وإنما كسبها بالحيابة المصحوبة بالسبب الصحيح والمقتربة بحسن النية، دون حاجة إلى مرور مدة معينة على حيازته، فإذا رفع المالك الأصلي على الحائز

(١) د. أمير صلاح نصر الأعرجي، التعارض بين قاعدة التظهير من الدفع و قاعدة الحيابة في المنقول سند الملكية، بحث منشور في مجلة كلية القانون، جامعة الكوفة، العدد ٢/٤٥، ٢٠١٩، ص ١٦٠-١٦١.

دعوى الاستحقاق كان للأخير دفع الدعوى بأنه قد تملك المنقول بالحيازة ، وإذا أعتدى الغير على الحائز فأغتصب منه المنقول أمكنه أن يسترده منه أستاذاً إلى أنه تملكه بالحيازة^(١)، ولا يقتصر الأمر في القانون المدني المصري على كسب ملكية المنقول أو السند لحامله فحسب، بل يتعداه إلى كسب الحقوق العينية الأخرى على المنقول متى ما وردت عليها الحيازة و استوفت شروطها، كحق الاستعمال و الأنتفاع والرهن وذلك على وفق المادة (١/٩٧٦)^(٢).

ويرى جانب من الفقه العراقي أن قانوننا أهمل ذكر عبارة "أو حقاً عينياً على منقول" رجوعاً إلى أصل القاعدة في القانون الفرنسي التي لم تذكر سوى المنقول، ولأن هناك خلافاً في صحة حيازة الحق العيني بالنسبة إلى المالك، ولكن النص العراقي لا يمنع هذه الحيازة لأن الحق العيني على منقول يعتبر منقولاً كذلك، مثال ذلك أنسان يرهن عند آخر منقولاً لا يملكه، فهو بهذا التصرف يجعل للدائن حسن النية حقاً عينياً على الشيء فله أن يحتج بهذا الحق ضد المالك، كما يحتج ضده بحيازة المنقول، فيكون له أن يحبس المرهون حتى يستوفي دينه، فهو في هذه الحالة يحوز حقاً عينياً^(٣).

والرأي الراجح بشأن الأساس القانوني لهذا التملك، هو أن الحيازة وحدها هي التي تكسب حائز المنقول ملكيته بحكم القانون، فالحيازة تكون على هذا الاعتبار سبباً من أسباب كسب الملكية، فالحائز إذا تملك المنقول أو حق عيني على المنقول بالحيازة فإنما يكون ذلك بحكم القانون، ويجعل القائلون بهذه النظرية تملك المنقول بالحيازة حالة من حالات تملك المنقول بحكم القانون، وهي تشبه حالة التملك بالاستيلاء، لأن القانون في كل من الحالتين يجعل الحائز يملك فوراً بالحيازة، ولكنها تخالفها في أن تملك المنقول بالحيازة يفترض أن المنقول كان مملوكاً لمالك سابق، ولذلك تشدد القانون فأشترط أن تكون الحيازة مقترنة بحسن نية ومصحوبة بالسبب الصحيح حتى تنتقل الملكية من المالك السابق إلى الحائز ، في حين أن التملك بالاستيلاء يفترض أن

(١) د. محمد طه البشير، د. غني حسون طه، الحقوق العينية الأصلية، ج ١، مصدر سابق، ص ٢٥٥-٢٥٦.

(٢) حيث تنص المادة (١/٩٧٦) مدني مصري على أنه (١- من حاز بسبب صحيح منقولاً أو حقاً عينياً على منقول أو سندا لحامله فإنه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته).

(٣) د. حامد مصطفى، الملكية العقارية في العراق، مع مقارنة بالقانون المدني المصري والسوري، الحقوق العينية الأصلية، ج ١، جامعة الدول العربية -معهد الدراسات العربية العالية، بغداد، ١٩٦٤، ص ٣٨٥ - ٣٨٦.

المنقول لم يكن قبل الاستيلاء مملوكاً لأحد فيملكه الحائز ابتداءً، ولذلك لم يشترط القانون أن تكون الحيازة مقترنة بحسن النية ولا مصحوبة بالسبب الصحيح^(١).

ونظراً لدقة الفصل بين الأحوال المتعددة لوضع اليد على المنقول و دورها في التملك، يتعين هنا عدم الخلط بين التصرف الصادر عن المالك والتصرف الصادر عن غير مالك، فالأخير وحده هو الذي يُعد سبباً صحيحاً ومن ثم شرطاً للتملك عن طريق الحيازة، أما التصرف الصادر عن المالك فهو الذي يحكم طبيعة العلاقة بينهما.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية في قرارها الصادر عام (٢٠٢١) بأنه (الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وقضى بصحة ونفاذ عقد البيع على أساس أكتساب المطعون ضده الأول ملكية هذه السيارة بالحيازة القائمة على السبب الصحيح وحسن النية، فإنه يكون بهذه المثابة قد خلط بين أساس دعوى صحة ونفاذ البيع بشرائنها القانونية وما تقتضيه من وجوب تحقق المحكمة من سند ملكية البائع وإمكانية قيامه تبعاً لذلك بنقل الملكية للمشتري استناداً للعقد، وبين دعوى ثبوت ملكية المنقول على أساس "قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية" التي لا يجوز الألتجاء إليها إلا مع التسليم بأن الحائز قد تلقى الحيازة من غير مالك، وتكون المحكمة قد غيرت من تلقاء نفسها سبب الدعوى وتجاوزت نطاقها والأساس الذي أقيمت عليه...)^(٢).

ويتعين التفرقة بين اتجاه المشرع المصري الذي أخذ بصورة صريحة بقاعدة (الحيازة في المنقول سند الملكية)، و اتجاه المشرع العراقي، إذ حمى المشرع المصري الحائز (بقاعدة موضوعية) بموجب المادة (١/٩٧٦) مدني وعدّ فيها الحائز مالكاً للمنقول الذي في حوزته، ولا يستطيع أحد أن يأتي بأي دليل يقلل من شأن هذه الحماية، بل ليس لمن ينازع الحائز فيما يحوزه، أن يطلب من المحكمة استجواب الحائز للحصول على إقرار منه أو توجيه اليمين إليه، بل ليس له إلا أن يثبت تخلف أحد شروط القاعدة كالطعن بحسن النية أو بالسبب الصحيح. بينما حمى المشرع العراقي الحائز (بقرينة قانونية قاطعة) من خلال عبارة "فلا تسمع عليه دعوى الملك من أحد" الواردة في المادة (١/١٦٣) مدني، وبذلك فهو يتمتع بحماية قانونية أقل شأناً من الحماية

(١) د. عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط، ج٩، مصدر سابق، ص ١١٤٩.

(٢) قرار محكمة النقض المصرية، سابق الإشارة إليه، بالعدد (١٠٦٥٩ / ٧٩ / قضائية) في (٢٧/١/٢٠٢١).

التي تمنحها له القاعدة الموضوعية في القانون المصري، فعلى الرغم من أن القانون العراقي يمنع على مدعي الملكية أن يثبت عكس ما تقره القرينة القانونية القاطعة، لكن هذه القرينة القانونية القاطعة يمكن دحضها بالإقرار أو بالنكول عن حلف اليمين^(١)، فإذا طلب مدعي الملكية الذي لم تسمع المحكمة أي دليل منه ضد حائز المنقول، توجيه الاستجواب إلى الحائز (المدعى عليه في الدعوى)، أو توجيه اليمين له، فلا تستطيع المحكمة أن تمنع ذلك، فإذا أقر الحائز بأنه ليس بذئ حق على ما يحوزه، أو أنكر، لكنه عندما وجهت إليه اليمين الحاسمة^(٢) نكل عن حلفها، فهذا يعد دحضاً للقرينة القانونية القاطعة التي أقرها القانون لمصلحته، وهذا هو جوهر الاختلاف بين الاتجاهين، وعليه فإن الحيازة في المنقول في القانون العراقي هي (سند الحائز وليست سند الملكية)^(٣).

ويلحق الدكتور عبد الرزاق السنهوري على اتجاه المشرع المصري بالقول "فالحيازة في المنقول قاعدة موضوعية إجبارية، لا قرينة قانونية قاطعة، فقد رأى المشرع أن يحمي حائز المنقول حسن النية بسلاح أقوى من سلاح القرينة القانونية ولو كانت قاطعة، ومن ثم أصبح من يحوز المنقول وهو حسن النية، بفضل هذه القاعدة القانونية مالكا له، وأصبحت ملكيته ثابتة مستقرة لا يززعها حتى الأقرار أو اليمين. أراد المشرع أن يستقر التعامل في المنقول، وتلك اعتبارات عليا يستقل بتقديرها ويملك زمامها، فيضع من القواعد ما يراه مناسباً لحماية الأوضاع القانونية المختلفة، تارةً يكتفي بقرينة قانونية غير قاطعة، وطرداً يجعل القرينة القانونية قاطعة، وأخرى يرتفع من نطاق القرائن وقواعد الأثبات ويرى أن الحماية المناسبة هي قاعدة موضوعية لا تقبل النقض بحال من

(١) حيث نصت المادة (١٠١) من قانون الأثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة (١٩٧٩) المعدل النافذ على أنه (يجوز قبول الاقرار واليمين في نقض القرينة القانونية القاطعة التي لا تقبل اثبات العكس في الامور التي لا تتعلق بالنظام العام).

(٢) إذ نصت المادة (١١٤) من قانون الأثبات العراقي على أنه (اولاً - لكل من الخصمين بأذن من المحكمة ان يوجه اليمين الحاسمة الى الخصم الآخر. ثانياً - اليمين الحاسمة هي اليمين التي تنتهي بها الدعوى).

(٣) د. محمد سليمان الأحمد، خواطر مدنية، مصدر سابق، ص ٣١٥ وما بعدها.

الأحوال. فهذا هو التدرج في الحماية، درجة فوق درجة، يؤتيها المشرع من يشاء كما يشاء، وهو في كل ذلك يتوخى أن يكون لكل وضع قانوني الحماية التي تناسبه^(١).

ولا يقتصر أثر الحيازة في المنقول بحسن نية على كسب ملكية المنقول، بل يتعداه إلى سقوط جميع التكاليف والقيود التي تنقل هذا المنقول، فلو كان المنقول المحاز مثقلاً بحق أنتفاع أو رهن حيازة أو غير ذلك من الحقوق، وكان الحائز يجهل ذلك فإنه يملك المنقول خالياً منها، وقد أشار القانون المدني المصري إلى هذا الأثر في المادة (٢/٩٧٦) منه التي نصت على أنه (فإذا كان حسن النية والسبب الصحيح قد توافر لدى الحائز في اعتبار الشيء خالياً من التكاليف والقيود العينية، فإنه يكسب الملكية خالصة منها).

وبالرغم من عدم وجود نص مماثل في القانون المدني العراقي، إلا أن هنالك من يرى^(٢) أن للأثر المسقط تطبيقات تشريعية متعددة منها ما ورد في المادة (١٣٦٤) التي تنص على أنه (١- لا يحتج بحق الأمتياز على من حاز المنقول بحسن نية. ٢- ويعتبر حائزاً في حكم هذه المادة مؤجر العقار بالنسبة للمنقولات الموجودة في العين المؤجرة، وصاحب الفندق بالنسبة للأمتعة التي يودعها النزلاء في فندقه).

ولا نتفق مع الرأي المتقدم فيما ذهب إليه، فلا يمكن عدّ هذا النص تطبيقاً تشريعياً لقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، وذلك لعدم توافر أهم شروطها المتمثل **(بالسبب الصحيح)** والذي يفترض أن يكون التصرف صادراً عن غير مالك إلى الحائز حسن النية، وهذا ما تتطلبه المادة (١١٦٣) من القانون المدني العراقي و(٩٧٦) من القانون المدني المصري، وما أسبق عليه قضاء محكمة النقض في العديد من قراراتها ومنها قرارها الصادر عام (٢٠٢١) الذي يقضي بأنه (...أما إذا كان التصرف صادراً من مالك المنقول أمتنع تطبيق القاعدة لأن التصرف هو الذي يحكم العلاقة بين المالك والمتصرف إليه)^(٣)؛

(١) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني - نظرية الألتزام بوجه عام، أثبات الألتزام، ج٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٨، ص ٦٢٢-٦٢٣.

(٢) د. محمد طه البشير، د. غني حسون طه، الحقوق العينية الأصلية، ج١، مصدر سابق، ص ٢٥٧.

(٣) قرار محكمة النقض المصرية، سابق الإشارة إليه، بالعدد (١٠٦٥٩ / ٧٩ / قضائية) في (٢٧ / ١ / ٢٠٢١).

في حين أن المتمتع بالأمتعة التي أوردتها المادة (١٣٦٤) المشار إليها أعلاه التي اعتبرت "مؤجر العقار" حائزاً بالنسبة للمنقولات الموجودة في العين المؤجرة، و "صاحب الفندق" حائزاً بالنسبة للأمتعة التي يودعها النزلاء في فندقه، لا نجد بالضرورة أن التصرف قد صدر إليهم من غير مالك، لا بل أن التصرف لم ينصب على هذه المنقولات أصلاً، وكل ما في الأمر أن للغير حق أمتياز عليها، فإذا ما حصل التزام بين صاحب حق الامتياز من جهة، والحائز حسن النية من جهة أخرى، يقدم الأخير على غيره من الدائنين في استيفاء حقه من ثمنها، لأن الامتياز هو أولوية في الاستيفاء لدين معين مراعاة لسبب هذا الدين^(١).

وبقي أخيراً أن نُشير هنا، إلى أن تملك الثمار لا يخضع لقاعدة الحيازة في المنقول التي نحن بصددّها، إذ لم يرد في النصوص^(٢) المنظمة لها ما يشير إلى مسألة تملك الثمار، وأنما تطبق بشأنها القواعد العامة لتمكن الثمار بالحيازة، وهذه المسألة لا تثار إذا ما نجح الحائز في كسب ملكية الشيء الذي يحوزه لأنها تُعد في هذه الحالة مسألة تبعية، بل تُثار في حالة عدم تمكن الحائز من كسب الملكية، ونجح المالك في استرداد العين من يده، فعندها يجب التفرقة فيما إذا كان الحائز حسن النية أو سيئها، فإذا كان حسن النية فإنه يملك الثمار التي قبضها خلال مدة حيازته^(٣).

حيث نصت المادة (١١٦٥) من القانون المدني العراقي على أنه (يملك الحائز حسن النية ما قبضه من زوائد وما أستوفاه من المنافع مدة حيازته). ونصت المادة (١/٩٧٨) من القانون المدني المصري على أنه (يكسب الحائز ما قبضه من ثمار مادام حسن النية). كما نصت المادة (٥٤٩) من القانون المدني الفرنسي على أنه (لا يملك الحائز العرضي البسيط الثمار إلا في الحالة التي

(١) المادة (١/١٣٦١) من القانون المدني العراقي.

(٢) المواد (١١٦٣-١١٦٤) مدني عراقي، و (٩٧٦-٩٧٧) مدني مصري، و (٢٢٧٦-٢٢٧٧) مدني فرنسي، سابق الإشارة إليها.

(٣) د. مثنى محمد عبد و د. علي كاظم جواد، الاستثناء من حكم الأحاق بالتملك في القانون الفرنسي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، العدد ١، ٢٠١٩، ص ٣١٥ وما بعدها.

يكون فيها حسن النية...). أما إذا كان الحائز سيء النية فيلزم برد الثمار التي قبضها والتي قصر في قبضها مدة حيازته^(١).

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية في قرار لها صادر عام (٢٠٢١) جاء فيه (أن تطبيق المادتين (٩٧٨-٩٧٩) من القانون المدني يقتضي حتماً التفريق بين الحائز حسن النية والحائز سيء النية عند بحث تملك ثمار العين التي يضع يده عليها فأن لكلٍ حكماً، فالثمرة وهي الريع تكون واجبة الرد إذا كان من أخذها حائزاً سيء النية، أما إذا كانت الحيازة مقترنة بحسن النية فلا رد للثمرة)^(٢). كما قضت في ذات القرار (أنه تعرف حقيقة نية واضع اليد عند البحث في تملك غلة العين الموجودة تحت يده هو من مسائل الواقع التي تخضع في تقديرها لسلطة محكمة الموضوع).

ثانياً / الرجوع بالضمان

أورد كل من المشرع المصري والفرنسي نصاً خاصاً لا وجود له في التشريع العراقي وذلك في معرض تنظيمهم لقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، حيث نصت المادة (٢/٩٧٧) من القانون المدني المصري على أنه (فإذا كان من وجد الشيء المسروق أو الضائع في حيازته قد اشتراه بحسن نية في سوق أو مزاد علني أو اشتراه ممن يتجر في مثله، فأن له أن يطلب ممن يسترد هذا الشيء أن يعجل له الثمن الذي دفعه).

^(١) حيث نصت المادة (١١٦٦) مدني عراقي على أنه (يكون الحائز سيء النية مسؤولاً من وقت ان يصبح سيء النية عن جميع الثمار التي يقبضها والتي قصر في قبضتها غير انه يجوز ان يسترد ما أنفقه في إنتاج هذه الثمار).

- ونصت المادة (٩٧٩) مدني مصري على أنه (يكون الحائز سيئ النية مسئولاً من وقت أن يصبح سيئ النية عن جميع الثمار يقبضها والتي قصر في قبضها. غير أنه يجوز أن يسترد ما أنفقه في إنتاج هذه الثمار)
- كما نص الشطر الأخير من المادة (٥٤٩) مدني فرنسي على أنه (... في حالة المعاكسة، يلزم برد المنتجات مع الشيء إلى المالك الذي يطالب بها، إذا لم تعد المنتجات المذكورة موجودة عيناً، تقدر قيمتها بتاريخ التسديد).

549- il est tenu de restituer les produits avec la chose au propriétaire qui la revendique ; si lesdits produits ne se retrouvent pas en nature, leur valeur est estimée à la date du remboursement.

^(٢) قرار محكمة النقض المصرية، بالعدد (٤٩٧٥ / ٧٢ / قضائية) في (٢٠٢١/٥/١٨). منشور على موقع المحكمة.

كما نصت على ذات الحكم المادة (١/٢٢٧٧) من القانون المدني الفرنسي بأنه (إذا كان الحائز الحالي قد أشتري الشيء المسروق أو الضائع في معرض أو سوق أو في بيع عمومي أو من تاجر يبيع أشياء مماثلة له، لا يمكن للمالك الأصلي أن يسترد هذا الشيء إلا بتسديد الحائز الثمن الذي دفعه للحصول عليه)^(١).

يفهم من هذه النصوص ابتداءً أن الحائز حسن النية إذا أشتري المنقول في ظروف معينة تحمل على الاعتقاد أنه قد تلقاه من مالكة الحقيقي، فأن القانون قد جعله في مركز يفوق مركز المالك الحقيقي، وذلك من خلال إعطائه الحق في حبس المنقول عن مالكة حتى يسترد منه الثمن الذي دفعه للحصول عليه، وقد ذكر القانون تلك الحالات على سبيل الحصر، وهي أن يكون الحائز قد أشتري المنقول من سوق أو مزاد علني أو ممن يتجر في مثله عادة، ويبدو أن هذه الظروف هي التي دفعت المشرع إلى ترجيح مصلحة الحائز حسن النية على مصلحة المالك، على اعتبار أن الحائز قد حصل على المنقول في ظروف يمكن أن توصف بأنها خالية من الشبهات^(٢).

ثم إذا عجل المالك للحائز حسن النية الثمن على النحو المذكور، فإنه يرجع بما عجله على سارق المنقول أو على من عثر على المنقول الضائع، وذلك على سبيل الضمان نتيجة الخطأ التقصيري الذي ارتكبه هذان الأخيران، وليس له أن يرجع على من تلقى المنقول من سارقه أو ممن عثر عليه أو من حائز تالٍ له، إلا إذا أثبت سوء نيته أو أثبت من جانبه خطأ، وذلك على وفق قواعد المسؤولية التقصيرية^(٣).

^(١) 2277-1 Si le possesseur actuel de la chose volée ou perdue l'a achetée dans une foire ou dans un marché, ou dans une vente publique, ou d'un marchand vendant des choses pareilles, le propriétaire originaire ne peut se la faire.

^(٢) د. عبد المجيد الزروقي، الأموال - الحقوق العينية الأصلية، ط٣، تونس، ٢٠٢٢، ص ٦٦٤ - ٦٦٥.

^(٣) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج٩، مصدر سابق، ص ١١٧١.

ونرى أن رجوع المالك على من تصرف بالمنقول إلى الحائز حسن النية، يمكن أن يخضع لقواعد الكسب دون سبب، لأن للمالك مصلحة فيما دفعه للحائز تتمثل في استرداد المنقول، كما لم يكن عنده نية التبرع^(١).

ويرى جانب من الفقه العراقي أنه في ظل عدم وجود نص في القانون العراقي مماثل لما ورد في القانونين المصري والفرنسي، فإنه لا يمكن الأخذ به في فقه القانون المدني، لأنه يُعدّ نصاً استثنائياً^(٢). حيث أن اشتراط دفع الثمن للحائز الذي أشتري الشيء بحسن نية وسبب صحيح قد يُضَيِّع على المالك الفائدة التي ينالها من حقه في رفع الدعوى، ذلك أن الشيء الذي يستعيده قد لا يقابل عند استعادته الثمن الذي يطلب منه لرده، وحتى لو كان يساويه فأن موقفه من ماله يكون موقف من أشتراه لأول مرة وبذلك يكون قد أستعاده بثمانين، ثمه الذي تكلف به عند حيازته لأول مرة و الثمن الآخر الذي يدفعه إلى الحائز، ولا يقدم المالك على تحمل هذه الحالة إلا عندما يكون الشيء يسوى (يستحق) ما يدفع فيه مرتين أو عندما يكون ذا قيمة فنية أو أدبية أو تاريخية ولو بالنسبة إليه فقط^(٣).

وندعو المشرع العراقي إلى تعديل المادة (١١٦٤) من القانون المدني، بإضافة فقرة، على غرار ما موجود في القانونين المصري والفرنسي، تعطي الحق للحائز حسن النية في أن يحبس المنقول عن مالكه الذي فقده بسبب ضياع أو سرقة أو غصب أو خيانة أمانة، إلى أن يدفع ثمنه الذي أشتراه فيه من سوق أو مزاد علني أو ممن يتجر في مثله عادة، حتى لا تغلب مصلحة المالك على مصلحة الحائز حسن النية الذي لم يتأثر تقصيراً في جانبه، خصوصاً أنه أشتري المنقول في ظروف لا تدعو إلى الشك في أنه تلقاه من غير مالكه.

(١) إذ نصت المادة (٢٣٩) من القانون المدني العراقي على أنه (إذا قضى احد دين غيره بلا امره سقط الدين عن المدين سواء قبل او لم يقبل ويعتبره الدافع متبرعاً لا رجوع له على المدين بشيء مما دفعه بلا امره الا اذا تبين من الظروف ان للدافع مصلحة في دفع الدين او انه لم يكن عنده نية التبرع).

(٢) د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، شركة الرابطة للطبع والنشر المحدودة، بغداد، ١٩٥٤، ص ٢٢٧.

(٣) د. حامد مصطفى، مصدر سابق، ص ٣٩٢.

الباب الثاني

دور وضع اليد في الضمان

الباب الثاني

دور وضع اليد في الضمان

أرست الشريعة الإسلامية الغراء والقوانين الوضعية المبادئ العامة وشرعت الأحكام الفقهية الكفيلة بحفظ أموال الناس وصيانتها من أي اعتداء حتى جعلت حفظ المال من المقاصد الأصلية، كما عدت الشريعة كل من يعتدي على مال الغير آثماً لكونه قد ألحق الضرر بغيره، وألزمته بالضمان سواء برد الحق لصاحبه عيناً أن كان موجوداً، أو بتعويضه عنه تعويضاً عادلاً جبراً للضرر عند عدم وجوده.

ورغم اختلاف الفقهاء في أسباب الضمان، إلا أن أغلبهم يرون أنها تنحصر في نوعين وهما ضمان الائتلاف وضمن اليد، ويختلف أحدهم عن الآخر، فضمن الائتلاف يتمثل بضمن المتلف قيمة ما أتلّفه سواء أكان المال المتلف في يده أم لا كمن اتلف عقار غيره أو سيارته، ونظمه المشرع العراقي في المواد (١٨٦-١٩١). في حين يتمثل ضمن اليد بضمن واضع اليد لما تحت يده، وهو إما أن يكون مصدره عقد يستوجب بطبيعته الضمان كيد البائع على المبيع قبل التسليم أو ضمن عقد امانة كعقد الوديعة، وضمن العقد هنا يقوم على ضمان مال تالف بناء على عقد اقتضى الضمان، ولا يقصد بالضمان هنا المسؤولية العقدية لأن التعويض في الأخيرة ليس تعويضاً عن مال تالف وإنما عن ضرر نشأ بسبب عدم تنفيذ المدين لألتزامه بموجب العقد، أو قد يترتب ضمان اليد بدون عقد كيد الغاصب على المال المغصوب.

ويقتصر موضوع بحثنا هنا على النوع الأخير (ضمن اليد) إذ تقسم اليد من حيث وضعها على الشيء إلى ثلاثة أقسام، يد الملك، ويد الأمانة، ويد الضمان، فيكون لصاحب يد الملك حرية التصرف في ملكه بالبيع أو الرهن وغيرهما مادام لم يتعلق به حق للغير، فإذا تلف هذا الشيء أو نقصت قيمته بدون اعتداء من أحد فيكون ضمانه على صاحبه.

أما اليد الواردة على ملك الغير فهي التي توصف بأنها يد أمانة أو يد ضمان، وقد بين الفقهاء المسلمون مفهوم وأحكام كل منهما، وقد أخذ المشرع العراقي في القانون المدني رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١) ذلك التقسيم من الفقه الإسلامي الذي أسس له بقاعدة (على اليد)،

ونظمه المشرع كقاعدة اساسية في المواد (٤٢٥_٤٢٨) مع بعض التطبيقات المتناثرة في ثنايا القانون، مخالفاً في ذلك موقف المشرع المصري والفرنسي في عدم إيرادهم لتلك القاعدة (على اليد).

ونظراً لاختلاف يد الأمانة عن يد الضمان من حيث مفهومهما وأحكامهما، كما قد تتقلب يد الأمانة إلى يد ضمان أو تتحول يد الضمان إلى يد أمانة في حالات معينة، لذا فقد أرتأينا تقسيم هذا الباب على فصلين، سنعقد الفصل الأول ليد الأمانة، في حين نخصص الفصل الثاني ليد الضمان.

الفصل الأول

يد الأمانة

الأصل أن يكون المال في حيازة صاحبه بحيث يستطيع إجراء كافة أنواع التصرفات الجائزة قانوناً سواء كانت تصرفات مادية أم قانونية، وإذا تعرض هذا المال إلى الهلاك أو التلف من دون تعد من أحد فإن المالك هو الذي يتحمل تبعه ذلك، لكن قد تنتقل حيازة هذا المال إلى يد غير المالك عن طريق مصادر عدة، تتمثل أما بالتصرف القانوني سواء كان عن طريق العقد أو عن طريق العمل الإرادي غير العقدي كما في حالة الحيازة بحسن نية أو التقاط اللقطة، أو قد يكون مصدرها الواقعة سواء كانت واقعة مادية أو نص القانون، وبذلك فإن مفهوم اليد سواء كانت يد امانة او ضمان يتحدد بناءً على مصدرها.

كما يترتب على يد الأمانة بعض الاحكام تتعلق بمسؤولية الأمين، فالأصل أن يد الأمانة لا تضمن هلاك الشيء أو تلفه ما لم تتعدى أو تقصر فيما فرضه القانون عليها من التزامات، وينبغي على ذلك أن على الأمين أن يلتزم بالمحافظة على الشيء الذي يحوزة، وأن يبذل العناية المطلوبة بحسب طبيعة الالتزام، كما يلتزم برد الشيء إلى صاحبه في الوقت المحدد، وغير ذلك من الالتزامات الملقاة على عاتقه، ومع ذلك فإن يد الأمانة قد تتقلب أما إلى يد ملك أو إلى يد ضمان عند توافر سبب من الأسباب التي ذكرها الفقهاء المسلمون أو حددها القانون المدني كالتعدي والتقصير، وإخلال الأمين بالتزاماته، و انتهاء الإباحة بالمطالبة القضائية، وغير ذلك من الأسباب.

وتأسيساً على ذلك سنقسم هذا الفصل على بحثين، نخصص المبحث الأول لبيان مفهوم يد الأمانة، في حين نبين في المبحث الثاني الاحكام المترتبة على يد الأمانة.

المبحث الأول

مفهوم يد الأمانة

أختلف الفقهاء المسلمون بشأن مفهوم يد الأمانة، بين من يرى ان الأصل في اليد على ملك الغير هي الأمانة ولا تتحول إلى الضمان إلا بمسوغ شرعي، وبين من يرى أن الأصل فيها هو الضمان ولا تتحول إلى يد أمانة إلا بمسوغ شرعي أيضاً، و وفقاً لمعايير محددة في كلتا الحالتين. كما أن ليد الأمانة مصادر مختلفة عن تلك التي تنشأ عنها يد الضمان، وهي ترجع في مجملها أما إلى التصرف القانوني، أو إلى الواقعة.

وعليه ولأجل إيضاح المقصود بيد الامانة وبيان مصادرها، سنتولى تقسيم هذا المبحث على ثلاثة مطالب، سنبين في المطلب الأول التعريف بيد الأمانة، ونعقد المطلب الثاني للتصرف القانوني كمصدر ليد الأمانة، في حين نخصص المطلب الثالث للواقعة القانونية بوصفها مصدراً ليد الأمانة أيضاً.

المطلب الأول

التعريف بيد الأمانة

قبل أن نبدأ بتعريف يد الأمانة لابد من أن نبين أن الفقهاء المسلمين يقسمون اليد من حيث (حكمها الشرعي) على قسمين ^(١) :-

أولهما : يد محقة عادلة، كما هو الحال بالنسبة ليد المالك الأصلي على الشيء، أو يد الشخص على ملك الغير بأذن من المالك الأصلي كيد المستأجر والمستعير.

ثانيهما : يد مبطللة ظالمة كما هو الحال بالنسبة لليد المعتدية على ملك الغير كيد الغاصب. في حين تنقسم اليد من حيث (سببها) إلى يد ملك، ويد عارضة، فيد الملك هي يد صاحب الشيء الأصلي الذي يضع يده على ملكه بصفة الدوام و الاستمرار، أما اليد العارضة فهي وضع اليد على شيء مملوك للغير بصفة مؤقتة سواء بأذن المالك أو من دون أذنه، وهذه اليد المؤقتة أما أن

^(١) ينظر / علاء الدين أبو بكر بن مسعود المعروف بـ (الكاساني)، بدائع الصنائع، ج٥، مصدر سابق، ص ٣٩٦٢. وكذلك ينظر/ محمد بن أبي بكر (أبن القيم)، الطرق الحكيمة، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، ١٩٥٢، ص ١١٤-١١٥.

تكون يد ضمان أو يد أمانة وهذه الأخيرة هي من تعيننا في هذا المطلب. وعليه سنوضح المقصود بها من خلال تقسيم هذا المطلب على فرعين نبين في الفرع الأول يد الامانة في الفقه الاسلامي، في حين نخصص الفرع الثاني ليد الامانة في القانون المدني.

الفرع الأول

يد الأمانة في الفقه الإسلامي

أختلف الفقهاء المسلمون في تعريفهم ليد الأمانة ولم يتفقوا على معيار موحد بشأنها، إذ عرفها بعضهم بأنها (تلك التي لا تستوجب ضمان القابض لما تحت يده)^(١)، وذكر غيرهم بأنها (ما كانت عن ولاية شرعية ولم يدل دليل على ضمان صاحبها)^(٢)، كما عرفها البعض أيضاً بأنها (اليد المسيطرة على مال الآخرين بأذن مالكها أو الشارع على وجه الأئتمان)^(٣)، في حين عرفها آخر بأنها (ما كانت عن ولاية شرعية ولم يكن الوضع لمصلحة صاحب اليد)^(٤).

ويتضح من التعريفات ان بعضها قد جعل الأصل في وضع اليد على ملك الغير بأنها يد أمانة ولا تتحول إلى يد ضمان إلا بمسوغ شرعي، أما البعض الآخر فقد ذهب الى ان الأصل ان تكون اليد ضامنة ولا تتحول إلى يد أمانة إلا بوجود مسوغ شرعي أو أذن من المالك، في حين حصر فريق ثالث يد الأمانة بالحصول على أذن من المالك وما عدا ذلك تعد اليد يد ضمان، بينما أشرت بعض الفقهاء أذن المالك و وضع اليد لمصلحة صاحبها حتى تكون يده يد أمانة.

أيضاً قد عرفها بعض المحدثين بأنها (يد الحائز الذي حاز الشيء لا بقصد تملكه، بل باعتباره نائباً عن المالك)^(٥). ويؤخذ على هذا التعريف بأنه ليس جامعاً مانعاً، إذ يتناول معياراً

(١) ينظر: برهان الدين علي بن أبي بكر المعروف بـ (المرغيناني)، الهداية شرح بداية المهتدي، ج٣، ص٢٢٠.

(٢) كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد أبن مسعود المعروف بـ (أبن الهمام)، شرح فتح القدير، ج٧، ص٩٠.

(٣) العلامة شهاب الدين أبو العباس الصنهاجي المعروف بـ (بالقرافي)، الفروق، ج٢، دار مصدر سابق، ص٢٠٧.

(٤) شمس الدين محمد بن شهاب الدين أحمد المعروف بـ (بالرملّي)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج٥، ١٩٦٧، ص١٤١.

(٥) ينظر: د. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجزائية في الفقه الإسلامي، ط٩، دار الفكر المعاصر، ٢٠١٢، ص١٧٤.

معيناً ليد الأمانة وهو حصولها بأذن المالك باعتباره نائباً وأغفل ما يكون قد حصل بولاية شرعية ابتداءً من الشارع مثل النقاط اللقطة بحسن نية، إذ إنَّ يد الملتقط لم تحصل بأذن من المالك.

كما عرفها الدكتور علي عبد الحكيم الصافي^(١) بأنها (سيطرة الشخص على مال الغير بأذن من مالكه أو الشارع على نحو الأئتمان، ومن أمثلته العارية والوديعة واللقطة ومال المضاربة). وبناءً على هذا التعريف يرى صاحبه ان الامانة قسمان:-

١ - **أمانة مالكية** : وهي ما أذن المالك أو من قام مقامه في الاستيلاء عليها بنحو الأئتمان، أو هي المال المأذون في الاستيلاء عليه من قبل المالك أو من أذن له مع الاحتفاظ بالملكية، كالعين المودعة والمستعارة والمستأجرة.

٢ - **أمانة شرعية** : وهي ما أذن الشارع لا المالك في الاستيلاء عليها على نحو الأئتمان كولاية الحاكم (القاضي) على أموال القاصرين أو الغائبين، ومثل مجهول المالك كاللقطة وكثوب اطارته الريح فوق في دار شخص آخر.

وأيضاً عرف الشيخ علي الخفيف^(٢) يد الأمانة بأنها (ما كانت عن ولاية شرعية ولم يدل دليل على ضمان صاحبها). ويبدو من هذا التعريف أنه قد أورد قيتين حتى نكون أمام يد أمانة:-

القيد الأول : ((ما كانت عن ولاية شرعية))، أي وجود الشيء تحت يد الحائز بأذن من الشارع لأن من يحوز الشيء أما أن تكون حيازته بأذن من الشارع أو بدون أذنه أي من خلال التعدي، لكن مع ذلك يؤخذ على هذا القيد أنه قد تكون اليد ضمان وليست أمانة على الرغم من وجود الولاية الشرعية كما في حالة يد البائع على المبيع قبل تسليمه إلى المشتري، فإذا هلك في يده قبل أن يسلمه إلى المشتري هلك من ماله مالم يكن الهلاك بفعل المشتري. أما **القيد الثاني** ((ولم يدل دليل على ضمان صاحبها)) الوارد في التعريف فقد تدارك ما ورد في القيد الأول، عندما أشار إلى أن اليد تعد أمانة بشرط أن لا يدل دليل على ضمان صاحبها.

وبعد الاطلاع على التعريفات المختلفة ليد الأمانة، نجد أن الفقهاء قد اختلفوا بهذا الشأن وأشاروا

^(١) ينظر: علي السيد عبد الحكيم الصافي، الضمان في الفقه الإسلامي، المجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الإسلامية، ط ١، ٢٠١٠، ص ٦٠.

^(٢) ينظر : الشيخ علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ١٠٣.

إلى معايير عدة لأعتبار اليد أمانة من عدمه، لذا سنحاول أن نستخلص تلك المعايير ومناقشتها وصولاً للأرجح منها وكما يأتي :-

١ - المعيار الأول / أذن المالك أو الشارع

إذا كان هنالك إذن من الشارع أو مالك الشيء بأن يضع شخص يده على ملك غيره كانت يد الغير هنا يد أمانة، وبذلك تُعرف يد الأمانة على وفق المعيار المتقدم بأنها (ما كانت موضوعة على الشيء المملوك للغير بناءً على إذن منه، أو بولاية شرعية)^(١). وعليه تعد يد المستعير والمستأجر والوكيل والشريك وغيرهم يد أمانة وفقاً لذلك.

لكن مع ذلك فإن المبنى مختلف لدى كل من الشافعية^(٢) والحنابلة^(٣)، على إعتبار أن يد المستعير على الشيء المعار عندهم هي يد ضمان وليست أمانة على الرغم من إعتادها على إذن الشارع والمالك، لأنهم يعتمدون معياراً آخر وينظرون إلى إنَّ المستعير يضع يده على الشيء المعار له لمصلحة نفسه، كما أنه يحصل على منفعة من دون مقابل، لذلك يشددون من مسؤوليته ويجعلون يده يد ضمان.

كما يختلف المبنى لدى الحنفية^(٤)، إذ أنهم يعتبرون يد المرتهن على المال المرهون يد ضمان على الرغم من أن وضع اليد قد حصل بأذن المالك، ويشيرون بأن ((المرهون يملك مضموناً بالدين))، وهذا على خلاف رأي جمهور الفقهاء الذين يعدونها يد أمانة^(٥). لذا فإن هذا المعيار (أذن المالك أو الشارع) لا يكفي لوحده للتمييز بين يد الأمانة ويد الضمان وأن لا بد من معايير أخرى تسنده أو تعززه.

(١) منصور بن يونس أدریس المعروف بـ (البهوتي)، كشف القناع عن متن الألفاظ، ج ٢، مصدر سابق، ص ٣٣٦.

(٢) الإمام أبو عبد الله محمد بن أدریس الشافعي، كتاب الأم، ج ٣، مطبعة دار الشعب، القاهرة، ص ٢١٧. إذ يقول (العارية كلها مضمونة)

(٣) موفق الدين أبو عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة، كتاب المغني، ج ٦، مصدر سابق، ص ٣٥٤. إذ يقول (والعارية مضمونة وأن لم يتعد المستعير).

(٤) ينظر : الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٨، مصدر سابق، ص ٣٨٥٩.

(٥) الإمام أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج ٢، مصدر سابق، ص ٢٧٦.

٢- المعيار الثاني / قصد التملك أو عدمه

إذا كان وضع اليد على ملك الغير بأذن المالك ولم يقصد تملكه كانت يده يد أمانة^(١)، ومن ثم فإن يد الأمانة على وفق هذا المعيار تعرف بأنها اليد التي يضعها صاحبها على مال غيره بإذن ماله دون قصد التملك كيد المستأجر والوكيل والشريك والمودع لديه ويد المرتهن. ومع ذلك فإنّ هذا المعيار لم يضع لنا قاعدة عامة لمعرفة يد الأمانة وذلك لسببين:-

أولهما : يرى الحنفية^(٢) أن يد المرتهن يد ضمان، على الرغم من أنه لا يضع يده على الشيء بقصد تملكه وإنما كوسيلة ضمان لغرض الوفاء بالدين، وهذا على خلاف الشافعية الذين يرون أن الدين قد تعلق بالعين المرهونة ذاتها و بالإمكان بيعها والاستيفاء من ثمنها عند عدم الوفاء بالدين.

ثانيهما : يرى الشافعية والحنابلة أن يد المستعير يد ضمان وليس يد أمانة، على الرغم من أنه يضع يده على الشيء المعار بقصد الحصول على منفعة معينة وليس بقصد التملك^(٣). ومن ثم فإن هذا المعيار لا يصلح هو الآخر لوحده للتمييز بين يد الأمانة ويد الضمان.

٣- المعيار الثالث / وضع اليد لمصلحة المالك أو واطئع اليد

يقوم هذا المعيار على فكرة المصلحة عند وضع اليد، هل هي لمصلحة المالك أم لمصلحة واطئع اليد نفسه؟، فإذا كان وضع اليد لمصلحة واطئع اليد نفسه كما في حالة الغاصب والمستعير كانت اليد يد ضمان، أما إذا كان وضع اليد لمصلحة المالك كما هو الحال في الوكيل والمستأجر كانت اليد يد أمانة^(٤).

ولكن يمكن أن يرد على المعيار المتقدم، صحيح أن السارق والغاصب كما بيّنا يضعون يدهم على الشيء لمصلحة أنفسهم وبالتالي تعد يدهم يد ضمان، إلا أن المستأجر يضع يده على المأجور لمصلحة نفسه أيضاً وليس لمصلحة المؤجر، ومع ذلك تعد يده يد أمانة، كذلك الحال بالنسبة للدائن المرتهن الذي يضع يده على المال المرهون لمصلحة نفسه وذلك لغرض ضمان

(١) ينظر/ د. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجزائية في الفقه الإسلامي، مصدر سابق، ص ١٧٤ وما بعدها.

(٢) ينظر/ الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ص ٣٧٥٩.

(٣) ينظر/ الأمام الشافعي، مصدر سابق، ص ٢١٧. وأيضاً ينظر : أبن قدامة، مصدر سابق، ص ٣٥٤.

(٤) ينظر/ البهوتي، مصدر سابق، ص ٣٣٦.

الحصول على حقه، ومع هذا تعد يده يد أمانة عند جمهور الفقهاء باستثناء الحنفية كما أشرنا سابقاً.

بعد الانتهاء من التعريفات التي وضعها الفقهاء المسلمون ليد الأمانة، تبين لنا أن معيار تحديد متى تعد اليد أمانة ليس بالأمر اليسير، وذلك بسبب اختلاف وجهات نظر الفقهاء بهذا الشأن، لكن بالإمكان تحديد السمات العامة التي من خلالها إعتبار اليد أمانة من عدمه، وهذه السمات تتمثل بالولاية الشرعية ابتداءً، أو أذن المالك، أو أنّ وضع اليد لم يكن لمصلحة الواضع أو عدم وجود دليل خاص على اعتبار اليد يد ضمان.

الفرع الثاني

يد الأمانة في القانون المدني

لم ينص القانون المدني الفرنسي ولا القانون المدني المصري والقوانين العربية التي تأثرت به، ولم يعرف تقسيماً لليد إلى يد أمانة ويد ضمان، باستثناء القانون المدني العراقي وهو في كثير من نصوصه قد تأثر بالفقه الاسلامي إلى حد كبير.

ومن مظاهر تأثر القانون المدني العراقي بالفقه الإسلامي هو تقسيمه لليد إلى يد أمانة ويد ضمان، وهو ما صرحت به المواد (٤٢٦، ٤٢٧، ٤٢٨)^(١)، والتي تمثل اساس (قاعدة على اليد) مع وجود بعض التطبيقات المتناثرة في ثنايا القانون.

ويرى الدكتور المرحوم عبد الرزاق السنهوري بأنه إلى جانب تحمل التبعة في العقد، يوجد تحمل للتبعة في الملك، ويرى أن القانون المدني العراقي قد أنفرد بالنص على تحمل التبعة في الملك، وذلك عقب النص الذي أورده في خصوص أنقضاء الألتزام لأستحالة التنفيذ بسبب أجنبي^(٢)، وذلك في المواد (٤٢٦، ٤٢٧، ٤٢٨) حيث تقتض هذه النصوص أن شيئاً قد أنتقل من يد مالكة إلى يد غير المالك، سواء أنتقل بعقد كالإيجار والوديعة، أو بغير عقد كالحيازة بحسن نية أو غصب، ثم

(١) تقابلها المواد (١٩٢، ١٩٣، ١٩٤) من قانون المواد المدنية والتجارية القطرية رقم (١٦) لسنة ١٩٧١ الملغي والمنقولة حرفياً من المواد المشار إليها أعلاه (٤٢٦، ٤٢٧، ٤٢٨) من القانون المدني العراقي، في حين لم نجد لها مقابل في القانون المدني القطري رقم (٢٢) لسنة ٢٠٠٤ النافذ.

(٢) تنص المادة (٤٢٥) مدني عراقي على أنه (ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً لسبب أجنبي لا يد له فيه).

يهلك الشيء في يد غير المالك بسبب اجنبي، فإن كانت يد غير المالك يد ضمان فإنه يتحمل (غير المالك) تبعه هلاك الشيء وأن التزامه برد الشيء إلى المالك لا ينقضي بأستحالة تنفيذه، وإنما يتحول هذا الالتزام إلى تعويض. أما إذا كانت يد غير المالك يد أمانة فإن المالك يتحمل تبعه هلاك الشيء وإن كان قد هلك في يد غيره، لأنه هلك في يد هي يد أمانة^(١).

وقد ورد مفهوم يد الأمانة في المادتين (١/٤٢٧) و(١/٩٥٠)، حيث تنص المادة (١/٤٢٧) على أنه (...، وتكون يد أمانة إذا حاز الشيء لا بقصد تملكه بل بإعتباره نائباً عن المالك)، كما نصت المادة (١/٩٥٠) على أنه (الأمانة هي المال الذي وصل إلى يد أحد بإذن من صاحبه حقيقة أو حكماً، لا على وجه التملك، وهي إما أن تكون بعقد استحقاق كالوديعة، أو ضمن عقد كالمأجور والمستعار، أو بدون عقد ولا قصد كما لو القت الريح في دار شخص مال أحد).

ويتضح من النصوص أعلاه ما يأتي:-

- ١- أن الأمانة هي مال مملوك لشخص يوضع تحت يد شخص آخر.
- ٢- يشترط لوضع يد الأمين أن يكون بأذن المالك حقيقة أو حكماً كما في حالة المستأجر والمستعير والملتقط.
- ٣- إنتفاء قصد التملك لدى الأمين، والمعروف أن القصد أو النية أمر كامن في النفس يتعذر معرفتها بسهولة مالم يتم التعبير عنها صراحةً أو ضمناً، فمثلاً يستطيع واضع اليد أن يدعي أن وضع يده لم يكن بقصد تملك الشيء أو إخفائه وإنما لغرض المحافظة عليه تمهيداً لمعرفة صاحبه ورده إليه.

وعليه فإنّ المشرع العراقي قد وضع معياراً ليد الأمانة، فهي يد غير المالك إذا حاز الشيء لا بقصد تملكه بل بأعتباره نائباً عن المالك، كما في حالة المستأجر والمستعير والمودع عنده، فهؤلاء يدهم يد أمانة فإن هلك الشيء في يدهم بسبب اجنبي هلك على مالكه و أنقضى ألتزام واضع اليد

(١) ينظر : د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٣، نظرية الألتزام بوجه عام، دار أحياء التراث العربي، لبنان، ١٩٦٨، ص ٩٩١-٩٩٢.

في الرد، وذلك لأستحالة تنفيذه بسبب أجنبي^(١). أما من حاز الشيء بقصد تملكه أو دون إذن المالك كما في حالة الغاصب فتعد يده يد ضمان ويتحمل تبعه الهلاك.

ومع ذلك ورغم وجود المعيار المتقدم ذكره، إلا أن المشرع العراقي قد أستثنى بعض الحالات وجعل اليد فيها ضامنة بالرغم من توافر شروط يد الأمانة، ومنها على سبيل المثال ما ورد في المادة (٤٢٨) مدني عراقي والتي تنص على أنه (إذا انتقلت ملكية الشيء بعقد كانت يد المالك القديم قبل التسليم يد ضمان، وتنقلب يد أمانة إذا أمتنع واجب التسليم بقيام سبب للحبس).

يتضح من النص أعلاه أن يد البائع على المبيع يد ضمان بالرغم من أنها دون قصد التملك و بأذن المشتري (المالك الجديد)، وكان من المفترض أن تكون يد (البائع) يد أمانة لا تتحمل تبعه الهلاك، غير إنَّ المشرع جعلها يد ضمان أستثناءً من المعيار الذي وضعه ليد الأمانة هذا من جانب، ومن جانب آخر نجد أن المشرع قد أستثنى بعض الحالات الأخرى وجعل اليد فيها أمانة على الرغم من توافر شروط الضمان فيها، ومثال ذلك ما ورد في المادة (٢٣٣/ف٢) مدني عراقي التي عدت يد من تسلم غير المستحق يد أمانة إذا كان حسن النية ولا يعلم أنه ملزم بالرد، بالرغم من أنه يحوز الشيء بإذن المالك ويقصد التملك، فضلاً على أن القانون قد أعطاه الحق بتملك ثمار الشيء وزوائده وفقاً للقواعد العامة مادام حسن النية.

بالإضافة إلى أن المشرع لم يكتفِ بالضابط الذي من خلاله نستدل على يد الأمانة، بل أكد على كل حالة يكون فيها الشيء تحت يد غير مالكة، ونذكر من ذلك على سبيل المثال ما ورد في المادة (٧٦٤/ف١) مدني عراقي والتي تنص على أنه (المأجور أمانة في يد المستأجر)^(٢).

كذلك ما ورد بشأن العارية في المادة (٨٥٧) مدني عراقي والتي جاء فيها (العارية أمانة في يد المستعير، فإن هلك أو ضاعت أو نقصت قيمتها بلا تعدٍ منه ولا تقصير لا يلزمه الضمان).

وفيما يتعلق بالقانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي، فعلى الرغم من أنهما لم يصرحا بالأخذ بتقسيم اليد إلى يد أمانة ويد ضمان، وسواء في العقود أو الوقائع إلا أن المستخلص

(١) ينظر : د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج٣، مصدر سابق، ص ٩٩٢-٩٩٣.

(٢) هذا النص مأخوذ عن المادة (٦٠٠) من مجلة الأحكام العدلية مع بعض الاختصار، والتي جاء فيها (المأجور أمانة في يد المستأجر أن كان عقد الأيجار صحيحاً أو لم يكن).

لنصوص تلك القوانين بشأن مسؤولية واضع اليد عن هلاك الشيء أو تلفه، نجد أن كل منهما لا يخلو من تطبيقات متناثرة تخفف تارة من مسؤولية واضع اليد وتشددها تارة أخرى، مما يعني اتفاق بعضاً من تلك التطبيقات مع أحكام يد الأمانة ويد الضمان؛

ومثال ذلك ما ورد بشأن عقد الأيجار في القانون المدني المصري وبالتحديد المادة (٥٨٤/ف١) منه والتي تنص على أنه (المستأجر مسؤول عن حريق العين المؤجرة إلا إذا أثبت أن الحريق نشأ عن سبب لا يد له فيه). مما يعني إن يد المستأجر تعد يد امانة اذا نشأ الحريق لسبب لا يد له فيه، وبخلاف ذلك تعد يد ضمان.

تقابلها المادة (١٧٣٣) من القانون المدني فرنسي لعام (١٨٠٤) المعدل، والتي جاء فيها أنه (يكون المستأجر مسؤولاً عن الحريق إلا إذا أثبت : ١- الحريق نشب بفعل حادث فجائي أو قوة قاهرة أو بسبب عيب في البناء. ٢. أو إن الحريق أُنْتُقِلَ من منزل مجاور)^(١).

ويبدو أن النصوص المتقدمة ما هي إلا تطبيقاً ليد الأمانة إذ تعد يد المستأجر على المأجور يد أمانة ولا يضمن هلاكه مادام أن الهلاك قد نشأ عن سبب لا يد له فيه، كقوة قاهرة أو حادث فجائي.

(١) 1733-Il répond de l'incendie, à moins qu'il ne prouve Que l'incendie est arrivé par cas fortuit ou force majeure, ou par vice de construction, Ou que le feu a été communiqué par une maison voisine.

المطلب الثاني

التصرف القانوني مصدراً ليد الأمانة

يمثل موضوع تقسيم مصادر الالتزام بصورة عامة واحد من الموضوعات الأساسية في نظرية الالتزام، حيث كانت مصادر الالتزام محل نقاش من قبل عدد غير قليل من فقهاء القانون المدني، كما أن القوانين المدنية قد تباينت و اختلفت فيما بينها بشأن آلية تقسيم تلك المصادر^(١)، إذ يتبنى

^(١) إذ يعتمد تقسيمنا هذا على ما أورده الدكتور عبد الرزاق السنهوري، إذ بذل المرحوم السنهوري جهداً كبيراً محاولاً إيجاد تقسيم لمصادر الالتزام قائم على أساس علمي ومنطقي، فبعد أن أنتقد التقسيم الخماسي لمصادر الالتزام، سواء تلك التي ورد في القانون المدني المصري أو القانون المدني الفرنسي، فقد قدم تقسيم ثنائي أساسه إرجاع جميع مصادر الالتزام إلى مصدرين فقط هما التصرف القانوني والواقعة القانونية، حيث تبين أن التقسيم الخماسي لمصادر الالتزام لا يرتكز على أساس منطقي وأنه طغت عليه الناحية العملية وأن التقسيم المنطقي يكمن في جميع مصادر الالتزام بل جميع مصادر الحق بوجه عام إلى التصرف القانوني والواقعة القانونية، وبما أن الواقعة القانونية تعد مصدراً لجميع الالتزامات بمعناها العام، فهي بدورها تنقسم إلى وقائع اختيارية تكون لأرادة الإنسان دوراً فيها، ووقائع طبيعة لا تكون لأرادة الأخير دور فيها، و الوقائع الاختيارية أما أن تكون أعمال مادية لا يريد الفرد الآثار القانونية المترتبة عليها ، مثل إتلاف مال الغير، وعمل الفضولي،و أما أن تكون أعمال قانونية يريد الفرد نتائجها وأثارها، مثال ذلك الأعمال الصادرة بإرادتين كالعقد، والأعمال الصادرة بإرادة منفردة كالوصية والوقف، أما الوقائع الطبيعية فهي أما أن تكون من عمل الطبيعة مثال ذلك دوران الأرض والعواصف وغيرها التي ترتب آثار قانونية، أو أن تكون صادرة عن شخص فاقد الأرادة كفعل المجنون، بإتلاف مال الغير الذي يرتب أثراً بالتعويض ، وحالتي الموت والولادة اللتين ترتبان أثراً قانونية.

ويستخلص الدكتور السنهوري مما تقدم بالقول " والقانون من وراء كل ذلك محيط، فهو الذي يحدد الآثار القانونية التي تترتب على الأعمال والوقائع، وبعد هذا التفصيل يأتي الدكتور السنهوري ليطبق هذا على مصادر الالتزام، حيث يعد الوقائع الطبيعية كالجوار والقربة مثال لمصدر الالتزامات القانونية، والأعمال المادية للفرد هي مصدر الالتزامات التي تنشأ عن العمل غير المشروع، و الالتزامات التي تنشأ عن الأثراء بلا سبب، أما الأعمال القانونية التي يقوم بها الفرد فإنها مصدر الالتزامات التي تنشأ عن العقد و الإرادة المنفردة.

ويصف الدكتور السنهوري تقسيمه الثنائي القائم على أساس إرجاع جميع الحقوق الشخصية والعينية إلى مصدرين اثنين : هما التصرف القانوني والواقعة القانونية بأنه (التأصيل المنطقي لمصادر الحق بوجه عام).

وقد سار المشرع العراقي على نهج المشرع المصري في تقسيم مصادر الألتزام، حيث حدد القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١، مصادر الألتزام بكل من العقد و الأرادة المنفردة والكسب دون سبب والقانون والعمل غير المشروع، وقد جاء في الأسباب الموجبة أن القانون قد راعى التنسيق والتوفيق بخصوص مصادر الألتزام فيما بين الفقه الإسلامي والتشريعات الغربية، حيث جاء فيها ((وعرض في هذه الأحكام لمصادر الألتزام وهي العقد و الأرادة

بعضها التقسيم القديم الذي يرد مصادر الالتزام إلى العقد وشبه العقد والجريمة وشبه الجريمة والقانون، وهذا هو حال القانون المدني الفرنسي لعام (١٨٠٤) قبل التعديل الأخير عام ٢٠١٦، في حين يرد بها البعض الآخر من التشريعات إلى العقد والإرادة المنفردة، والعمل غير المشروع، والكسب دون سبب، ونص القانون. وهذا هو موقف القانون المدني العراقي، وكذلك الحال بالنسبة للقانون المدني المصري الذي لم يجعل للإرادة المنفردة دوراً بهذا الشأن.

ومن أجل بيان مصادر يد الأمانة بصورة خاصة، فقد اتبعنا في تقسيمها ارجاعها إلى أمرين هما التصرف القانوني موضوع بحثنا في هذا المطلب، والواقعة القانونية موضوع دراستنا في المطلب القادم^(١)، والتصرف القانوني إما أن يكون بين طرفين وهذا هو العقد أو يكون صادراً عن طرف

المنفردة والقانون والكسب دون سبب والعمل غير المشروع، ونسق في هذه المصادر ما بين الفقه الإسلامي والقوانين الغربية تنسيقاً جعل الفقه الإسلامي يماشي هذه القوانين إلى حد بعيد ((. وقد بذلت جهود في ثمانينات القرن الماضي، لوضع قانون مدني عراقي جديد، وتشكلت لجنة في وزارة العدل العراقية لهذا الأمر، وكان حصيلتها هو وضع مشروع قانون مدني جديد سنة ١٩٨٤، تم إجراء تعديلات عليه سنة ١٩٨٦، وقد تبني التقسيم الثلاثي لمصادر الالتزام، من خلال وضع القانون كأول مصادر الالتزام في القانون الجديد، وتوزيع المصادر الأربعة على قسمين هما: التصرف القانوني يتضمن العقد والإرادة المنفردة، والواقعة القانونية : تشمل الكسب دون سبب والفعل الضار.

ويستخلص مما تقدم، ان العراق قد سبق فرنسا في محاولة تبني التقسيم الثلاثي لمصادر الالتزام، وأن كل الجهود التي بذلت من قبل اللجنة لوضع قانون مدني عراقي جديد، فيما يتعلق بتقسيمات المصادر عام ١٩٨٤، قد تم تبنيها مع الفارق، من قبل المشرع الفرنسي على وفق ما جاء به المرسوم رقم (١٣١) لسنة ٢٠١٦.

ينظر / د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ١، مج ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١١، ص ١٢١ وما بعدها. كذلك ينظر / د. محمد حنون جعفر، نحو تبني التقسيم الثلاثي لمصادر الالتزام في القانون المدني العراقي (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة كركوك، مج ١٠، العدد ٣٨، ٢٠٢١، ص ٥٢١ وما بعدها.

^(١) بهذا الخصوص فقد أشار القانون المدني الفرنسي بعد تعديله بالمرسوم رقم (١٣١) لسنة ٢٠١٦ إلى المقصود بالتصرف القانوني، والواقعة القانونية، والمصادر الأخرى للالتزام -

حيث نصت المادة (١١٠٠/ف ١) على أنه (التصرفات القانونية هي تعبيرات عن الإرادة تهدف إلى إحداث آثار قانونية، هذه التصرفات قد تكون اتفاقية أو من جانب واحد...).

1100-1 Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 – art. 2

واحد وهذه هي الإرادة المنفردة، و بما أننا بصدد بيان مصادر يد الأمانة فقط، لذا سنستبعد الإرادة المنفردة كون أغلب التشريعات لم تعطيها دوراً بارزاً ضمن مصادر الالتزام، وسنقتصر في بحثنا على العقد متمثلاً بعقود الأمانة، كما سنشير إلى موضوع ذي صلة بالإرادة أو التصرف القانوني يتمثل بالمقبوض على السوم (سوم الشراء وسوم النظر)، وهل أن يد القابض على المقبوض تعد يد أمانة أم يد ضمان ؟ وبناءً على ما تقدم سنقسم هذا المطلب على فرعين، سنبين في الفرع الأول عقود الأمانة، في حين نخصص الفرع الثاني للمقبوض على السوم.

الفرع الأول

عقود الأمانة

يعرف العقد وفقاً للمادة (٧٣) من القانون المدني العراقي بأنه (أرتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدین بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه)، ويبدو أن المشرع العراقي قد تأثر بالفقه الاسلامي بتعريفه للعقد وذلك من خلال المادة (٢٦٢) من مرشد الحيران، والمادة (١٠٣) من مجلة الأحكام العدلية، وقد تعرض هذا التعريف إلى انتقادات من جانب بعض

Les actes juridiques sont des manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit. Ils peuvent être conventionnels ou unilatéraux. Ils obéissent, en tant que de raison, pour leur validité et leurs effets, aux règles qui gouvernent les contrats.

- فيما نصت المادة (١١٠٠/٢) على أنه (الوقائع القانونية هي أفعال أو أحداث يترتب عليها القانون أثراً قانونية...)

1100-2 Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2

Les faits juridiques sont des agissements ou des événements auxquels la loi attache des effets de droit Les obligations qui naissent d'un fait juridique sont régies, selon le cas, par le sous titre relatif à la responsabilité extracontractuelle ou le sous-titre relatif aux autres sources d'obligations.

- في حين أن المادة (١٣٠٠/١) تحت عنوان (مصادر أخرى للالتزامات) نصت على أنه (أشباه العقود هي أفعال إرادية محضة ينتج منها التزام على عاتق المستفيد منها دون وجه حق، وأحياناً التزام على عاتق القائم بهذه الأفعال تجاه الغير).

1300-1 Les quasi-contrats sont des faits purement volontaires dont il résulte un engagement de celui qui en profite, sans y avoir droit, et parfois un engagement de leur auteur envers autrui.

- أيضاً نصت المادة (١٣٠٠/٢) على أنه (أشباه العقود التي ينظمها هذا الباب الفرعي هي الفضالة ودفع غير المستحق والأثر غير المبرر).

1300-2 Les quasi-contrats régis par le présent sous-titre sont la gestion d'affaire, le paiement de l'indu et l'enrichissement injustifié.

الفقه^(١). على اعتبار أنه لم يميز أو خلط بين (حكم العقد) كنقل ملكية المبيع في عقد البيع، وبين (حقوق العقد) أي ما يترتب عليه من التزامات كالالتزام بالضمان والالتزام بالتسليم^(٢).

في حين لم يُعرف القانون المدني المصري (العقد) وذلك على خلاف القانون المدني الفرنسي الذي تضمن تعريفاً للعقد بموجب المادة (١١٠١) منه (قبل تعديل القانون عام ٢٠١٦)، والتي جاء فيها أنه (العقد اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر تجاه آخر أو أكثر بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو بالامتناع عن عمل). ويرى البعض أن التعريف المذكور قد ميّز بين (العقد) و(الاتفاق) معتبراً أن الأخير أعم من الأول، أي أن الاتفاق نوع والعقد جنس من هذا النوع، فالاتفاق (هو توافق إرادتين على أحداث أثر قانوني قد يكون إنشاء الالتزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه)، أما

(١) ينظر / د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، دار تاراس، أبريل، ٢٠٠٦، ص ٣٦.

(٢) كما أورد البعض الآخر ملاحظات على التعريف المذكور نلخص أبرزها بالآتي :-

أ. الحقيقة أن الارتباط لا يكون بصورة ارتباط إيجاب بقبول، بل العكس ارتباط القبول بالإيجاب، لأن الإيجاب يصدر قبل القبول، فكيف يرتبط الأول بالثاني، إذ أن الكلام الأخير يرتبط بما قبله أي الأول.

ب. أن الإيجاب حقيقة يصدر من أحد العاقدين، وهو تحصيل حاصل، لا داعي لذكره.

ج. كما أن القبول يصدر عن العاقد الآخر.

د. أن أثر العقد لا يقتصر إلا على المعقود عليه والعاقدان فقط، ولا يخرج عنهما، فلماذا ذكر المشرع المعقود عليه وأهمل ذكر العاقدان ؟ فالمهم هو أن يكون هذا الأثر ذا طابع قانوني.

لذا يمكن تعريف العقد بأنه ((ارتباط إرادتين متوافقتين لأحداث أثر قانوني))، و الارتباط يحصل هنا بين إرادتين بالتعبير عنهما بقبول متوافق يصدر من العاقد الذي توجه إليه العاقد الأول بالإيجاب ، من أجل أحداث آثار قانونية، فضلاً على ذلك أن تعريف المصطلحات القانونية لا يدخل ضمن عمل المشرع، وإذا رجعنا إلى تحليل التعريف أعلاه الوارد في المادة (٧٣) مدني عراقي، نجد أن أغلبية الكلام فيه هو تحصيل حاصل ونتيجة نهائية لا داعي لذكره. لكن الجدير بالملاحظة هنا أن طرفي العقد هما الموجب والقابل، هما طرفان لا ثالث لهما، وكما أن لرابطة المديونية و الالتزام طرفان هما الدائن والمدين، وأيضاً لا ثالث لهما، لكن قد يتعدد طرفا العقد أحياناً، بتعدد طرفي الالتزام، فيكثر أشخاص العقد، لكنهم في الحقيقة يمثلون طرفين لا أكثر، ففي عقد الشركة، أشخاص العقد قد يكونون أكثر من اثنين في الغالب، لكنهم بمجموعهم، طرفين في العقد فحسب، إذ بعدما يتعدد العقد يصبحون أطرافاً متعددة في النظام الذي أنشأه العقد وهو الشركة لما لها من شخصية قانونية معترف بها، ولذا يصح القول بأن للعقد أشخاصاً لكن ليس للعقد سوى طرفين وهما اللذان يمثلان جانبي الإيجاب والقبول. ينظر / د. محمد سليمان الأحمد، خواطر مدنية، مصدر سابق، ص ٤٧-٤٨.

العقد فهو اتفاق إرادتين على إنشاء التزام، لذا فبحسب هذه التفرقة كل اتفاق ليس بالضرورة ان يكون عقداً، وإنما كل عقد هو اتفاق ^(١).

وقد تفادى القانون المدني الفرنسي النقد المتقدم، وذلك بموجب التعديل الأخير بالمرسوم رقم (١٣١-٢٠١٦)، إذ عرفت المادة (١١٠١/ بنصها الجديد) العقد بأنه (اتفاق أرادات بين شخصين أو أكثر يهدف إلى إنشاء التزامات أو تعديلها أو نقلها أو إنهاؤها) ^(٢).

إنّ ما تقدم ذكره عن العقد لا يخلو من الأهمية، كون العقد يعد المصدر الأول من مصادر يد الأمانة (مدار البحث) التي حددتها المادة (٩٥٠) مدني عراقي والتي نصت على (١- الأمانة هي المال الذي وصل إلى يد أحد بإذن من صاحبه حقيقةً أو حكماً، لا على وجه التملك، وهي أما أن تكون بعقد استحفاظ كالوديعة أو ضمن عقد كالمأجور والمستعار، أو بدون عقد ولا قصد كما لو ألفت الريح في دار شخص مال أحد. ٢- والأمانة غير مضمونة على الأمين بالهلاك، سواء كان بسبب يمكن التحرز منه أم لا، وإنما يضمنها إذا هلكت بصنعة أو بتعدي أو تقصير منه).

وفي الحقيقة نتساءل عن موقف المشرع العراقي وسبب إيراده لهذا النص ضمن المواد المنظمة (لعقد الإيداع)، إذ يتضح من النص المذكور أنه يحدد مصادر يد الأمانة، لذا كان من الأفضل إيراد مع المواد (٤٢٦-٤٢٧-٤٢٨) التي حددت مفهوم كل من يد الأمانة ويد الضمان، والحالات التي تنقلب فيها اليد من أمانة إلى ضمان وبالعكس.

وبالرجوع إلى مجلة الأحكام العدلية يتبين أن المشرع العراقي قد تأثر بها بشكل كبير عند صياغة للمادة (٩٥٠)، حيث نصت المادة (٧٦٢) من المجلة على أنه (الأمانة : هي الشيء الموجود عند الأمين سواء أجعل الأمانة بقصد الاستحفاظ كالوديعة أم كان أمانة ضمن عقد كالمأجور والمستعار، أو صار أمانة في يد شخص بدون عقد ولا قصد، كما لو ألفت الريح في دار أحد مال جاره، فحيث كان ذلك بدون عقد فلا يكون وديعة بل أمانة فقط).

^(١) ينظر / د. محمد حسن قاسم، القانون المدني، الألتزامات، العقد، مج ١، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠١٨، ص ٣٩-٤٠.

^(٢) Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2-1101

Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations.

غير أن المجلة أوردت النص المذكور (٧٦٢) تحت عنوان (في بيان الاصطلاحات الفقهية المتعلقة بالأمانات)، ثم أعقبتها ببعض العقود كالوديعة، الإعارة، وكذلك بعض أحكام اللقطة ومتى تعد اليد عليها أمانة ومتى تعد ضمان، وهذا ما يؤكد أن إيراد المشرع العراقي لنص المادة (٩٥٠) مدني ضمن المواد المتعلقة بعقد الإيداع و(بالتحديد المادة الأولى منها) لم يكن في محله.

ويقسم الفقهاء المسلمون العقود بالنظر إلى الضمان وعدمه على ثلاثة أقسام وهي^(١):

القسم الأول/ عقود الضمان

وهي التي يترتب عليها الضمان عند التلف، أي عند وجود أي من هذه العقود، وأنقل المعقود عليه من يد إلى يد أخرى، كان ذلك المحل مضموناً مطلقاً، سواء هلك بفعل الشخص القابض، أم بسبب أجنبي، وهذه العقود هي: البيع و القرض والقسمة والمخارجة و الاقالة، والصلح عن مال بمال.

القسم الثاني/ عقود الأمانة

وهي العقود التي لا يترتب عليها الضمان بالتلف بمجرد قبض المعقود عليه، أي لا يترتب عليه أي ضمان عما يصيبه من تلف بمجرد القبض، وإنما يضمن بالتعدي أو التقصير في الحفظ، وهذه العقود هي الإيداع والهبة والوكالة، و الإعارة، والشركة والعمل.

القسم الثالث/ عقود مزدوجة الأثر

وهي العقود ذات التأثير المزدوج، فهي في أصلها العام أنها تنشئ صفة الأمانة، إلا أنها من ناحية أخرى تنشئ صفة الضمان، وبالتالي فهي عقود تنشئ الأمانة من جهة والضمان من جهة أخرى، وهي تنحصر في ثلاثة، عقود الإجارة، والرهن، والصلح عن مال بمنفعة^(٢).

^(١) ينظر / د. مصطفى أحمد الزرقاء، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، المدخل الفقهي العام، ط٩، ج١، مطبعة الأديب، دمشق، ص٩٧٩ وما بعدها. وكذلك ينظر. الشيخ الكاساني، مصدر سابق، ص ٢٣٨ وما بعدها، كذلك ينظر: د. وهبة الزحيلي، مصدر سابق، ص ١٣٠ وما بعدها. وأيضاً ينظر / علي السيد عبد الحكيم الصافي، مصدر سابق، ص ١٩٠ وما بعدها.

^(٢) مثال: عن الصلح عن مال بمنفعة هو (أي كون بدل الصلح منفعة)، هو أن يكون على رجل دين مئة دينار مثلاً، فيصالح خصمه الدائن من ذلك بمنفعة بيت بأن يسكنه شهراً أو على زراعة أرض مدة معينة، وغير ذلك، فهذا الصلح بمعنى الأجارة، أي يطبق عليه حكم الأجارة، ينظر: د. وهبة الزحيلي، المصدر السابق، ص ١٥٢.

وبالرجوع إلى نصوص القانون المدني، نجد ان هنالك كثيراً من العقود تعد تطبيقاً ليد الأمانة، ومن أبرز تلك التطبيقات هي عقد الإيجار، والوديعة، والإعارة، والعمل، والوكالة، وسنقتصر هنا على بيان النصوص التي توضح هل أن وضع اليد على الشيء تجعل من يد صاحبها يد أمانة أم يد ضمان ؟ في حين سنبيين الآثار المترتبة على ذلك في موضع آخر من هذه الدراسة وكما يلي:-

أولاً / عقد الإيجار

أنفرد المشرع العراقي كما بينا سابقاً بتنظيمه صراحة لقاعدة (على اليد) سواء كانت يد أمانة أو يد ضمان، كما أنفرد هنا بالنص على اعتبار يد المستأجر على العين المؤجرة يد امانة في القانون المدني، ويتضح ذلك من خلال نص المادة (٧٦٤/ف١) والتي جاء فيها أنه (المأجور أمانة في يد المستأجر)، كما نصت الفقرة الثانية من المادة ذاتها على أنه (واستعمال المستأجر^(١) على خلاف المعتاد تعدّ فيضمن الضرر المتولد عنه).

ويبدو أن المشرع العراقي قد تأثر كثيراً بالفقه الاسلامي عند تنظيمه لهذا الموضوع كما ذكرنا سابقاً، ويتضح هذا التأثير من خلال مجلة الأحكام العدلية التي نصت في المادة (٦٠٠) منها على أنه (المأجور أمانة في يد المستأجر إن كان عقد الاجارة صحيحاً أو لم يكن).

أما القانون المدني المصري فعلى الرغم من أنه لم يورد نصاً صريحاً بشأن اعتبار يد المستأجر يد أمانة، إلا أنه بعد الاطلاع على نصوص المواد (٥٨٣-٥٨٤-٥٩١)، يتضح أن طبيعة يد المستأجر على العين المؤجرة يد أمانة في القانون المدني المصري، ويتبين ذلك من خلال أمرين هما :-

١ - حدد المشرع المصري عناية المستأجر بعناية الرجل المعتاد في المحافظة على المأجور، وهذا المعيار فيه نوع من التخفيف من المسؤولية على صاحب اليد، والذي يتفق بدوره مع أحكام يد

(١) استعمل المشرع هنا كلمة (المستأجر) فهل يقصد منها (المأجور) التي سبق وأن أستعملها في الفقرة الأولى من المادة (٧٦٤) ؟، أم يقصد شخص المستأجر ؟ لكن بعد الرجوع إلى ما يقابلها في مجلة الأحكام العدلية وبالتحديد المادة (٦٠٣) التي تنص على أنه (حركة المستأجر على خلاف المعتاد تعدّ وبضمن الضرر...)، ونجد أن المشرع العراقي يقصد (شخص المستأجر) وليست العين المستأجرة كما يبدو من ظاهر النص.

الأمانة. حيث نصت المادة (١/٥٨٣) مدني مصري على انه (يجب على المستأجر ان يبذل من العناية في استعمال العين المؤجرة وفي المحافظة عليها ما يبذله الشخص المعتاد).

٢- أن المشرع لم يجعل المستأجر مسؤولاً عما يصيب المأجور بسبب أجنبي كالقوة القاهرة، والحادث الفجائي وغير ذلك. حيث نصت المادة (١/٥٩١) مدني مصري على انه (على المستأجر ان يرد العين المؤجرة بالحالة التي تسلمها عليها، إلا ما يكون قد أصاب العين من هلاك او تلف لسبب لا يد له فيه). وهذا فيه نوع من التخفيف من المسؤولية الذي يتفق مع أحكام يد الأمانة، على خلاف صاحب يد الضمان الذي يكون مسؤولاً حتى عن السبب الأجنبي^(١).

ثانياً/ عقد الوديعة

تأتي الوديعة على رأس عقود حفظ الأمانات، فالحفظ هو الغرض الأساس والجوهري من عقد الوديعة، وان أهم ما يلتزم به الوديع هو العناية بالمحافظة على الوديعة، وقد عرف القانون المدني العراقي الإيداع بأنه (عقد به يحيل المالك أو من يقوم مقامه حفظ ماله إلى آخر ولا يتم إلا بالقبض)^(٢).

وقد عدّ المشرع العراقي الوديعة ضمن عقود الأمانة، وذلك في المادة (١/٩٥٠) التي تنص على أنه (الأمانة هي المال الذي وصل إلى يد أحد بأذن من صاحبه حقيقةً أو حكماً، لا على وجه التملك، وهي إما أن تكون بعقد استحقاق كالوديعة...). وقد جاء موقف المشرع العراقي متأثراً كعادته بموقف الفقه الاسلامي وبالتحديد مجلة الأحكام العدلية التي جاء في المادة (٧٦٢) منها على أنّ (الأمانة هي الشيء الذي يوجد عند الأمين سواء كان أمانة أو بقصد الاستحقاق كالوديعة...). والأمانة غير مضمونة على الأمين بالهلاك، سواء كان بسبب يمكن التحرز منه أم لا، وانما يضمنها إذا هلك بصناعة أو بتعدي أو تقصير منه^(٣).

(١) وبالمقابل تنص المادة (١٧٣٢) مدني فرنسي على أنه (يكون المستأجر مسؤولاً عن التعييبات أو الخسائر الحاصلة أثناء انتفاعه إلا إذا أثبت أنها حصلت بدون خطأ منه). وهذا دليل على أن يد المستأجر على المأجور في القانون المدني الفرنسي يد أمانة، فلا يضمن إلا إذا كان التعيب بخطأ منه.

1732 - Il répond des dégradations ou des pertes qui arrivent pendant sa jouissance, à moins qu'il ne prouve qu'elle ont eu lieu sans sa faute.

(٢) المادة (١/٩٥١) من القانون المدني العراقي.

(٣) المادة (٢/٩٥٠) من القانون المدني العراقي.

أما عن القانون المدني المصري فعلى الرغم من عدم وجود نص صريح بهذا الشأن، فنستطيع القول أن يد المودع لديه هي يد أمانة وذلك للأسباب الآتية :-

١- أن عقد الوديعة في القانون المدني يعد على رأس عقود الحفظ والأمانة، كما أن عقد البيع يعد على رأس العقود الناقلة للملكية، وعقد الإيجار على رأس العقود الواردة على المنفعة^(١). لذا فإن يد المودع لديه تكون أمانة على الشيء المودع.

٢- لقد سلك المشرع طريق التخفيف من مسؤولية المودع لديه وليس التشديد فيها، وذلك عندما جعل التزامه هو التزام ببذل عناية وليس التزاماً بتحقيق نتيجة أو غاية. وبالتالي فإن هذه الأحكام تتفق مع أحكام يد الأمانة سواء في الفقه الاسلامي أو القانون المدني العراقي^(٢).

كما نصت المادة (١٩٢٩) من القانون المدني الفرنسي على أنه (لا يلزم الوديع، بأي حال بالطوارئ التي تشكل قوة قاهرة، إلا إذا كان قد سبق أن أنذر برد الوديعة)^(٣). وهذا يعني في القانون المدني الفرنسي أن يد الوديع يد أمانة ولا يكون مسؤولاً عن القوة القاهرة أثناء سريان عقد الوديعة.

ثالثاً / عقد الإعارة

قبل أن نبين موقف القانون المدني من عقد الإعارة، لا بد أن نوضح أن الفقهاء المسلمين قد اختلفوا بشأن يد المستعير هل هي يد أمانة أم يد ضمان، وذلك على رأيين أثبتن وهما كما يلي :

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، (العقود الواردة على العمل)، ج٧، مج ١، دار أحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ص ٧٠١.

(٢) ينظر المادة (٩٥٢) من القانون المدني العراقي التي تنص على أنه (١- يجب على الوديع أن يعتني بحفظ الوديعة كاعتنائه كاعتنائه بحفظ ماله وأن يضعها في حرز مثلاً. ٢- وله أن يحفظها بنفسه أو بمن يأتمنه على حفظ ماله عادة، وله أن يحفظها عند غير أمينه بعذر.

وينظر أيضاً المادة (٧٢٠) من القانون المدني المصري التي تنص على (١- إذا كانت الوديعة بغير أجر وجب على المودع عنده أن يبذل من العناية في حفظ الشيء ما يبذله في حفظ ماله، دون أن يكلف في ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد. ٢- أما إذا كانت الوديعة بأجر فيجب أن يبذل في حفظ الوديعة عناية الرجل المعتاد).

كما ينظر نص المادة (١٩٢٧) من القانون المدني الفرنسي التي جاء فيها (يجب على الوديع أن يبذل في حفاظه على الوديعة ذات العناية التي يبذلها في حفاظه على أشياءه الخاصة).

(٣) 1929 -Le dépositaire n'est tenu, en aucun cas, des accidents de force majeure, à moins qu'il n'ait été mis en demeure de restituer la chose déposée.

١ - يرى أصحاب الرأي الأول، أن يد المستعير يد أمانة، بحيث لو هلك الشيء المعار في يد المستعير دون تعدٍ أو تقصير منه فلا ضمان عليه، وهذا هو رأي الحنفية^(١)، والشافعية في قول^(٢)، والظاهرية^(٣) والزيدية^(٤) والأمامية^(٥) (في عارية الذهب والفضة فقط)، أو عند عدم وجود شرط لضمان المستعير.

٢ - بينما يرى أصحاب الرأي الثاني، أن يد المستعير يد ضمان، أي يضمن هلاك الشيء سواء بفعله أو بدون فعله مطلقاً. وهذا هو رأي المالكية^(٦) فيما يغاب (أي فيما يمكن إخفاؤه)، والشافعية^(٧)، والحنابلة^(٨)، والإباضية^(٩)، والأمامية^(١٠) (في غير عارية الذهب والفضة).

أما عن موقف القانون العراقي، فقد اعتبر القانون أن يد المستعير يد أمانة وذلك بعد أن بين ذلك صراحة في المادة (٨٥٧) منه والتي تنص على أنه (العارية أمانة في يد المستعير، فإن هلكت أو ضاعت أو نقصت قيمتها بلا تعدٍ منه ولا تقصير لا يلزمه الضمان).

ويتضح من النص المذكور أعلاه أن المشرع العراقي قد تأثر برأي أصحاب الاتجاه الأول من الفقهاء المسلمين، وبالتحديد المذهب الحنفي عندما اعتبر أن يد المستعير هي يد أمانة، وما يؤكد ذلك هو نص المادة (٨١٣) من مجلة الأحكام العدلية التي جاءت مطابقة للمادة (٨٥٧) مدني

(١) ينظر: الشيخ عبد الغني الميداني، اللباب في شرح الكتاب، مطبعة دار الحديث، ص ٢٠٢.

(٢) ينظر: الأمام أبي زكريا محي الدين النووي دمشقي، روضة الطالبين، مطبعة المکتب الإسلامي، ص ٤٣١.

(٣) ينظر: محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المحلى، مطبعة دار الفكر، ص ١٦٩.

(٤) شرف الدين الحسين بن أحمد ابن الحسين الصنعاني، الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير، مطبعة دار الجيل العربي، بيروت، لبنان، ص ٣٤٣.

(٥) ينظر: الشيخ محمد حسن النجفي، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، ط ٧، دار أحياء التراث العربي، ١٩٨١، ص ١٤٦.

(٦) ينظر: الشيخ أحمد الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، المكتبة التجارية الكبرى، ص ١٩١.

(٧) ينظر: ابي أسحاق أبراهيم بن علي الفيروز أبادي الشيرازي، المذهب، مطبعة الحلبي، ص ٤٧٨.

(٨) ينظر: أبي أسحاق برهان الدين أبراهيم بن محمد الحنبلي، المبدع في شرح المقنع، مطبعة المکتب الإسلامي، ص ١٤٤.

(٩) ينظر: محمد بن يوسف بن أطفيش، شرح كتاب النيل وشفاء العليل، مطبعة مكتبة الرشاد، المملكة العربية السعودية، ص ١١٩.

(١٠) ينظر: الأستاذ محمد جواد مغنية، فقه الأمام جعفر الصادق، مطبعة دار التيار الجديد، بيروت، لبنان، ص ٢١٦.

عراقي، إذ تنص المجلة على أنه (العارية أمانة في يد المستعير، فإذا هلك أو ضاعت أو نقصت قيمتها بلا تعدٍ ولا تقصير فلا يلزم الضمان...).

أما عن القانون المدني المصري والفرنسي، فلم يصرحا بإعتبار يد المستعير يد أمانة كما فعل المشرع العراقي متأثراً بالفقه الإسلامي، غير أن هنالك بعض النصوص قد حددت العناية الواجب على المستعير أن يبذلها بشأن الوديعة، والتي يمكن من خلالها أن تحدد هل أن يده يد أمانة أم ضمان، حيث نصت المادة (٦٤١/ف١) مدني مصري على أنه (على المستعير أن يبذل في المحافظة على الشيء العناية التي يبذلها في المحافظة على ماله، دون أن ينزل في ذلك عن عناية الرجل المعتاد).

ويتضح من النص المتقدم أن المشرع قد تطلب عناية خاصة من المستعير، إذ يجب عليه أن يبذل في المحافظة على الشيء عنايته في المحافظة على ماله بشرط أن لا تقل هذه العناية عن عناية الرجل المعتاد، ويفترض هنا أن المستعير قد يكون لديه أحياناً من اليقظة والحرص التي أعتاد عليها في تصريف شؤونه الخاصة ما يفوق مستوى أو معيار الرجل المعتاد.

كما نصت المادة (٦٤١/٢) مدني مصري على انه (وفي كل حال يكون ضامناً لهلاك الشيء إذا نشأ الهلاك عن حادث مفاجئ أو قوة قاهرة، وكان في وسعه ان يتحاشاه باستعمال شيء من ملكه الخاص، أو كان بين أن ينقذ شيئاً مملوكاً له أو الشيء المعار فاختار ان ينقذ ما يملكه).

والواضح أن حكم المشرع في النص أعلاه بشأن يد المستعير فيه نوع من الخصوصية والتشدد، إذ جعل المستعير يتحمل تبعه هلاك الشيء المعار إذا حصل الهلاك عن حادث مفاجئ أو قوة قاهرة، وكان بإمكانه أن يمنع ذلك باستعمال ملكه الخاص، أو كان مخيئاً بين إنقاذ ملكه الخاص أو الشيء المعار، فأختار أنقاذ ملكه^(١). وهذا في حد ذاته كما يرى المرحوم الدكتور السنهاوي خروج عن القواعد العامة التي تنفي المسؤولية في حالة القوة القاهرة في سائر العقود.

^(١) ينظر المادة (٦٤١/ف١) مدني مصري والتي جاء فيها أنه (١). على المستعير أن يبذل في المحافظة على الشيء العناية التي يبذلها في المحافظة على ماله دون أن ينزل في ذلك عن عناية الرجل المعتاد).

وكذلك الحال في التشريع المصري، فقد شدد المشرع بشأن مسؤولية المستعير وذلك في المادة (١٦٤/١) سالف الذكر، إذ إنه قد جمع بين معيارين في هذه المادة، هما المعيار الشخصي والمادي، وأخذ المستعير بالأعلى منهما، فالمستعير يجب عليه أن يبذل في المحافظة على الشيء المعار عناية الرجل المعتاد وهذا هو المعيار المادي، أما إذا كان معروفاً بالحرص في المحافظة على ماله إلى حد يعلو عن عناية الرجل المعتاد، وجب عليه أن يرتفع إلى هذا الحد، وهذا هو المعيار الشخصي، أما إذا كان معروفاً بالإهمال والتفريط في المحافظة على ماله إلى حد يقل عن عناية الشخص المعتاد، فلم يجز له أن ينزل إلى هذا الحد، بل يجب عليه أن يلتزم بالمعيار الأعلى في هذه الحالة، وهو عناية الرجل المعتاد^(١). وهذا التشدد يمكن تفسيره على أن المشرع المصري يعد يد المستعير يد ضمان على الشيء المعار.

أما بخصوص القانون المدني الفرنسي فقد نصت المادة (١٨٨٠)^(٢) منه بعد تعديلها بالقانون رقم (٨٧٣) لسنة (٢٠١٤) على أنه (يلتزم المستعير بالعناية المعقولة في صيانة الشيء المعار والحفاظ عليه، أنه لا يستطيع استخدامه فقط للغرض الذي تحدده طبيعته أو بموجب الاتفاقية، كل ذلك تحت طائلة التعويض إذا حدث ذلك).

كما ينظر المادة (١٨٨٢) مدني فرنسي التي تنص على أنه (إذا هلك العارية بحادث فجائي وكان بإمكان المستعير أن يتلافى ذلك باستخدام الشيء المماثل الخاص، أو إذا كان لا يستطيع الحفاظ إلا على واحد من الاثنين ففضل الشيء الخاص به، فيكون مسؤولاً عن هلاك العارية)

1882-Si la chose prêtée péricule par cas fortuit dont l'emprunteur aurait pu la garantir en employant la sienne propre ou si, ne pouvant conserver que l'une des deux, il a préféré la sienne, il est tenu de la perte de l'autre.

وأيضاً ينظر المادة (٨٥٨) مدني عراقي والتي تنص على أنه (١- إذا كان في إمكان المستعير منع التلف عن العارية بأي وجه ولو بتضحية من ماله ولم يمنعه، وجب عليه الضمان، وأن أخذ العارية غاصب ولم يقدر المستعير على دفعه، فلا ضمان عليه. ٢- وإذا قصر المستعير في رفع يد الغاصب وكان ذلك ممكناً له فعليه الضمان).

^(١) ينظر / د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٦، مج ٢، مصدر سابق، ص ١٥٤٦.

^(٢) 1880- LOI n°2014-873 du 4 août 2014 - art. 26

L'emprunteur est tenu de veiller raisonnablement à la garde et à la conservation de la chose prêtée. Il ne peut s'en servir qu'à l'usage déterminé par sa nature ou par la convention ; le tout à peine de dommages-intérêts , s'il y a lieu.

نخلص مما تقدم ذكره، أن المشرع العراقي على الرغم من نصه في المادة (٨٥٧) أن يد المستعير يد أمانة ولا يضمن إلا بالتعدي أو التقصير، إلا أنه قد عاد في المادة (٨٥٨) وتأثر بالقانون المدني المصري عندما شدد من مسؤولية المستعير، إذ أوجب عليه أن يمنع تلف الشيء المعار ولو كلف الأمر التضحية بماله الخاص، وهو ما يتفق مع المادة (٢٤١/٢) مدني مصري، وبذلك يكون القانون المدني العراقي قد تأثر بالمذهب الحنفي عند إيرادها للمادة (٨٥٧)، في حين تأثر برأي جمهور الفقهاء من جهة والقانون المدني المصري من جهة أخرى عند صياغته لنص المادة (٨٥٨) مدني عراقي.

رابعاً / عقد الوكالة

تعرف الوكالة بأنها (عقد يقيم به شخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم)^(١)، وقد اعتبر المشرع العراقي أن يد الوكيل على المال الذي قبضه يد أمانة، وذلك من خلال المادة (٩٣٥) مدني التي جاء فيها أنه (المال الذي قبضه الوكيل لحساب موكله يكون أمانة في يده، فإذا تلف بدون تعد لم يلزمه الضمان، وللموكل أن يطلب إثبات الهلاك)^(٢).

أما بخصوص القانون المدني المصري والفرنسي، فلم يبيننا صراحة طبيعة يد الوكيل على المال الذي في حيازته، غير أنهما^(٣) قد بينا العناية التي يجب على الوكيل أن يبذلها في تنفيذ الوكالة، وفرق بين الوكالة بلا أجر، والوكالة بأجر، وجعل العناية في الأولى هي ما يستطيع أن يبذله الوكيل في أعماله الخاصة، في حين جعلها في الثانية (إذا كانت بأجر) عناية الرجل المعتاد دائماً^(٤).

وطبقاً للقواعد العامة فأن المدين إذا كان المطلوب منه هو المحافظة على الشيء أو إدارته أو توخي الحيلة في تنفيذ التزامه، فإنه يكون قد وفى بهذا الالتزام إذا بذل في تنفيذه ما يبذله الشخص المعتاد، حتى وأن لم يتحقق الغرض المقصود، ومع ذلك يكون قد وفى في التزامه إذا بذل من

(١) المادة (٩٢٧) مدني عراقي.

(٢) تقابلها المادة (١٤٦٣) من مجلة الأحكام العدلية.

(٣) ينظر المادة (٧٠٤) مدني مصري، والمادة (١٩٩٢) مدني فرنسي.

(٤) للمزيد ينظر / د. عماد صالح الحمام، حدود الوكالة بالنسبة للوكيل، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة ٥، العدد ٢، ج ١، ٢٠٢٠، ص ٣٥٢ وما بعدها.

العناية ما أعتاد أن يبذله في شؤونه الخاصة متى تبين من الظروف أن الطرفين قد قصدا ذلك ^(١). ومن ثم فإن يد الوكيل تعد يد أمانة مادام أنه قد بذل العناية المطلوبة منه قانوناً حتى ولو لم تتحقق النتيجة.

خامساً/ عقد العمل

يعرف عقد العمل بموجب المادة (٩٠٠) من القانون المدني العراقي بأنه (عقد يتعهد به أحد طرفيه بأن يخصص عمله لخدمة الطرف الآخر، ويكون في أدائه تحت توجيهه وإدارته مقابل أجر يتعهد به الطرف الآخر، ويكون العامل أجيراً خاصاً) ^(٢).

ويبدو من العبارة الأخيرة (ويكون العامل أجيراً خاصاً)، أن المشرع العراقي أراد أن يميزه عن (الأجير المشترك)، إذ يميز الفقهاء المسلمون بين نوعين من أجارة الأشخاص وهم ^(٣):-

١- **الأجير الخاص** :- هو الذي يقع العقد عليه في مدة معلومة يستحق المستأجر منفعة في جميعها، مثال ذلك من أستؤجر لخدمة أو رعاية أو بناء، في مدة معينة كيوم أو شهر، وسُمي أجيراً خاصاً لاختصاص المستأجر بنفعة في تلك المدة دون سائر الناس.

٢- **الأجير المشترك** :- وهو الذي يقع العقد معه على عمل معين، أو عمل مدة معينة لا يستحق جميع نفعه فيها، ومثال على ذلك الحداد والغسال والخياط، وسُمي أجيراً مشتركاً لأنه يستقبل أعمالاً لأثنين وثلاثة وأكثر في وقت واحد، ويعمل لهم جميعاً، فيشتركون في منفعته.

^(١) ينظر المادة (٢١٥) مدني عراقي، والمادة (٢١١) مدني مصري.

^(٢) نظم المشرع العراقي عقد العمل في المواد (٩٠٠-٩٢٦) من القانون المدني، ثم عاد ونظمه في قوانين خاصة أخرى قانون العمل الجديد رقم (٣٧) لسنة ٢٠١٥ النافذ، حيث بيّن فيه كل ما يتعلق بالعقد من حيث التعريفات، وكيفية الانعقاد، وحقوق والتزامات أطرافه، وكيفية أنتهائه وغير ذلك، ونعتقد أن تنظيم موضوع واحد (عقد العمل) في أكثر من قانون نافذ من شأنه أن يجعلنا أمام تضخيم للقواعد القانونية، الذي ينعكس بشكل سلبي على المختصين من الأساتذة الجامعيين والقضاة والمحامين من جهة، وأفراد المجتمع من جهة أخرى، كون ذلك يشكل أخلاً بالأمن القانوني.

^(٣) ينظر/ أبو جعفر محمد بن الحسن الطوسي، المبسوط في فقه الأمامية، مكتبة المرتضوية لأحياء الآثار الجعفرية، ص ٢٣٢ وما بعدها. كذلك ينظر/ أبين جعفر أحمد بن محمد بن سلامة، مختصر الطحاوي، ط ١، دار أحياء العلوم، بيروت، ص ١٢٩ وما بعدها. وكذلك ينظر/ أبين حزم الظاهري، المحلى، مصدر سابق، ص ٢٠١.

وأيضاً ينظر/ أسماعيل بن يحيى المزني، مختصر المزني، ط ٢، مطبعة دار المعرفة، بيروت، ص ٢٢٦ وما بعدها.

كما يُعرف عقد العمل في ظل قانون العمل الجديد رقم (٣٧) لسنة ٢٠١٥ في المادة (١/ تاسعاً) منه والتي تنص على أنه (أي اتفاق سواء كان صريحاً أو ضمناً، شفوياً أو تحريراً يقوم بموجبه العامل بالعمل أو تقديم خدمة تحت إدارة وإشراف صاحب العمل لقاء أجر أياً كان نوعه)^(١).

أما عن مدى إعتبار يد العامل هي يد أمانة أم ضمان على الأشياء التي تحت يده، فقد صرح القانون المدني العراقي على اعتبارها يد أمانة وذلك بموجب المادة (٩٠٩/د) منه والتي جاء فيها أنه (أن يحرص على حفظ الأشياء المسلمة إليه لتأدية عمله وهو أمين عليها، فلا يضمن إلا بتعديه). ومن ثم فإن أي ضرر أو هلاك يصيب تلك الأشياء بقوة قاهرة أو أي سبب أجنبي يجعل من العامل عديم المسؤولية، ولا يضمن إلا بتعدي منه.

و يتطلب تنفيذ العمل من قبل العامل الاستعانة بالأدوات الضرورية للقيام بهذا التنفيذ، والتي تعود ملكيتها لصاحب العمل، الأمر الذي يتطلب أن تكون كل هذه الأموال والمعدات والأدوات اللازمة للتنفيذ وغيرها أمانة في يد العامل، فيجب عليه أن يحافظ عليها وفقاً للعناية التي تفرضها عليه القوانين أو العقد، وعدم إلحاق الضرر بها سواء بتعدي منه أو تقصير، كما يجب عليه أن يقوم بصيانتها وفقاً للتعليمات وأعراف المهنة، ولا يستخدم هذه الأموال خلافاً لالتزامه بالأمانة^(٢).

أما فيما يتعلق بالقانون المدني المصري، فلم يرد نصاً صريحاً بشأن أعتبار يد العامل يد أمانة أم يد ضمان، غير أن المشرع قد حدد العناية المطلوبة من العامل هي عناية الشخص المعتاد عندما يضع يده على الأشياء المملوكة لرب العمل والالتزام لتأدية عمله^(٣). ومن ثم فهو لا يسأل عن هلاك هذه المواد إذا كان هلاكها بسبب أجنبي، وبناءً على ذلك نستطيع أن نستنتج أن يد العامل هي يد أمانة وليست يد ضمان.

(١) للمزيد عن عقد العمل ينظر : خالد محمد أحمد، أثر الظروف الطارئة على عقد العمل (جائحة كورونا أنموذجاً)، بحث منشور في مجلة كلية القلم الجامعة، مج ٥، العدد ٩، ٢٠٢١، ص ٩٢ وما بعدها.

(٢) ينظر/ فراس عبد الرزاق حمزة، الالتزام بالأمانة في عقد العمل الفردي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة النهدين، ٢٠٠٨، ص ١١٠.

(٣) المادة (٦٨٥) من القانون المدني المصري.

الفرع الثاني

المقبوض على السوم

إنَّ المقبوض ليس بالضرورة أن يكون مضموناً على القابض، والضمان كقاعدة عامة يكون على وفق طبيعة اليد القابضة، هل هي يد أمانة أم ضمان ؟، إذ هنالك بعض التصرفات تتدرج تحت ما يسمى بـ ((المقبوض على السوم)) سواء كان مقبوضاً على سوم الشراء أو سوم النظر، وقد اختلف الفقهاء بشأن تكييفها، إذ يكييفها بعضهم على أنها بيع بشرط الخيار، وبعضهم الآخر بيع معلق على شرط، في حين يرى آخرون أنها مجرد دعوة للتفاوض، ومهما يكن الأمر فإن الذي يعيننا في هذا المجال هو من يتحمل الضمان في جميع الأحوال سواء في حالة السبب الأجنبي أو عند التعدي والتقصير، وعليه سنقسم هذا الفرع على فقرتين، نخصص الأولى للمقبوض على سوم الشراء في حين سنبين في الثانية المقبوض على سوم النظر، وكما يأتي :-

أولاً/ المقبوض على سوم الشراء

قبل البدء بتعريف المقبوض على سوم الشراء، وبيان حكمه، لابد لنا أن نشير أن فكرة المقبوض على السوم، سواء المقبوض على سوم الشراء أو النظر هي فكرة ذات جذور إسلامية، ليست قانونية المنشأ، إذ وردت في كتب الفقه الإسلامي بالأصل، ومع ذلك لم يأخذ بها الفقهاء المسلمون على مستوى واحد، إذ نجد فقهاء المذهب الحنفي يميزون بين ما قبض على سوم الشراء وما قبض على سوم النظر، ويعطون لكل حالة حكمها الخاص بها، في حين أن الأمامية لا يميزون بين مصطلحي المقبوض على سوم الشراء والمقبوض على سوم النظر، بل يكتفون بمصطلح واحد هو ((المقبوض على السوم))^(١).

ويعرف المقبوض على سوم الشراء بأنه (ماقبضه المشتري على سوم الشراء وهو أن يأخذ المشتري من البائع مالاً على أن يشتريه مع تسمية الثمن)^(٢). وكذلك قيل (المقبوض على سوم الشراء إنما يكون مضموناً

(١) ينظر: د. طارق كاظم عجيل، المطول في شرح القانون المدني، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، ج٢، آثار العقد، ص ٢٥١.

(٢) ينظر: علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، ج١، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، ص ٢٨٣ وما بعدها.

إذا كان الثمن مسمى...، وأن قال أن رضىته اشتريته بعشرة فذهب به فهلك فإنه يضمن القيمة وعليه الفتوى^(١).

وعرفه بعض فقهاء القانون بأنه (ما يقبضه مريد الشراء من البائع بعد المساومة، وتسمية الثمن حقيقةً أو حكماً)^(٢)، كما عرفه البعض الآخر منهم قريب من ذلك بأنه (ما يقبضه مريد الشراء من البائع بعد المساومة وتسمية الثمن حقيقةً أو حكماً من الطرفين المتعاقدين)^(٣).

أما عن حكم المقبوض على سوم الشراء، فيرى بعض الفقهاء المسلمين، أن المقبوض على سوم الشراء يضمن إذا قبضه المشتري مع تسمية الثمن حقيقةً أو حكماً، ومثال ذلك أن يتفق المشتري مع البائع على ثمن سيارة مع الوعد بالشراء عند الرضا بها، أي إذا أعجبته، فتلفت قبل التسجيل وقبل دفع الثمن، فيلزمه (أي القابض) قيمتها أن كانت قيمة، أو مثلها أن كانت مثلية، وكذلك الحال بالنسبة للوكيل إذا أخذ الشيء على سوم الشراء، ليراه موكله فلم يرض به بعد الرؤية، فهلك عند الوكيل، ضمن الوكيل قيمته، ولا يرجع على الموكل إلا إذا أمره بسوم الشراء فيضمن الوكيل^(٤).

أما عند الأمامية، فنظراً لكونهم لا يميزون بين المقبوض على سوم الشراء والمقبوض على سوم النظر، فإن الحكم واحد عندهم في الحالتين، فكل من قبض مالاً لغيره بقصد الشراء، سواء تم الاتفاق على ثمنه أم لا، فهو مقبوض على السوم، ومن ثم مضموناً على القابض، وذلك تطبيقاً لقاعدة (على اليد)، لأن البائع لم يقصد في جميع الأحوال دفعه إليه على سبيل الأمانة^(٥).

وبخصوص موقف التشريعات من ذلك، فلم نجد في القانون المدني المصري ولا القانون المدني الفرنسي نصاً بهذا الخصوص، في حين أشار إليه القانون المدني العراقي جرياً وراء الفقه الاسلامي، حيث نصت المادة (٥٤٨/ف١) منه على أنه (ما يقبض على سوم الشراء مع تسمية

(١) ينظر : أبن نجيم، البحر الرائق، ج٦، ص ١٤.

(٢) د. جعفر محمد جواد الفضلي، الوجيز في عقد البيع، مطبعة زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٣، ص ١٣٣.

(٣) د. سعيد مبارك و د. طه ملا حويش و د. صاحب عبيد الفتلاوي، الموجز في العقود المسماة، ط٥، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠١١، ص ١١٣.

(٤) أبن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج٧، مصدر سابق، ص ١٢٠.

(٥) ينظر: محمد حسين كاشف الغطاء، تحرير المجلة، ج٢، ص ٢١.

الثلث إذا هلك أو ضاع في يد القابض لزمه الضمان، أما إذا لم يسم له ثمن كان أمانة في يده، فلا يضمن إذا هلك أو ضاع دون تعدٍ أو تقصير منه).

ويبدو من النص المتقدم أن المشرع العراقي قد أقتبس من مجلة الأحكام العدلية مع بعض الاختصار في الصياغة رغم وحدة المضمون، إذ تنص المادة (٢٩٨) من المجلة على أنه (ما قبضه المشتري على سوم الشراء وهو أن يأخذ المشتري من البائع مالاً على أن يشتريه مع تسمية الثمن فهلك أو ضاع في يده، فأن كان من القيميات لزمته عليه قيمته، وأن كان من المثليات لزمه أداء مثله للبائع، وأما إذا أخذه بدون أن يبين ويسمي له ثمناً كان ذلك المال أمانة في يد المشتري، فلا يضمن إذا هلك أو ضاع بلا تعدٍ، مثلاً لو قال البائع للمشتري ثمن هذه الدابة ألف قرش أذهب بها فأن أعجبتك أشتريها، فأخذها المشتري على هذه الصورة ليشتريها، فهلك الدابة في يده لزم عليه أداء قيمتها للبائع، وأما إذا لم يبين الثمن بل قال البائع للمشتري خذها فأن أعجبتك فأشتريها، وأخذها المشتري على أنه إذا أعجبتك يقول له على الثمن ويشتريها، فهذه الصورة إذا هلك في يد المشتري بلا تعدٍ لا يضمن)^(١).

وبعد الاطلاع على النص القانون المدني العراقي ومجلة الأحكام العدلية، تبين لنا ما يأتي :-

- ١- أن المشرع العراقي يُميز بين المقبوض على سوم الشراء (محل البحث) والمقبوض على سوم النظر (سنيينه لاحقاً)، وهذا يعني أنه تأثر من حيث المبدأ بالاتجاه السائد لدى المذهب الحنفي.
- ٢- كما أن المشرع لم يعط حكماً واحداً للمقبوض على سوم الشراء، بل ميز بين حالتين أيضاً، هما حالة المقبوض مع تسمية الثمن، فعندها تكون يد القابض يد ضمان، وحالة المقبوض من دون تسمية الثمن، فتكون يد القابض يد أمانة، فلا يضمن إذا هلك الشيء في يده إلا بالتعدي.

(١) أن ذكر نص المادة (٢٩٨) من المجلة كاملاً في المتن كان مقصوداً، وذلك لمقارنتها بالمادة (٥٤٨/ف١) مدني عراقي من جهة، ولغرض إيضاح المقصود من المقبوض على سوم الشراء كون مجلة الأحكام العدلية هي المصدر المباشر لذلك من خلال أيرادها للأمثلة التي لم نعر عليها في مصدر آخر، لغرض بيان المعيار المعتمد عند التمييز بين نوعين المقبوض على سوم الشراء سواء عند تسمية الثمن أو بدونه من جهة أخرى.

٣- ما هو المعيار الذي أعتّمه المشرع العراقي للتمييز بين المقبوض على سوم الشراء دون تسمية الثمن من جهة، والمقبوض على سوم النظر؟ أن الإجابة عن التساؤل المذكور ستكون بعد الانتهاء من دراسة (المقبوض على سوم النظر) وهو موضوع دراستنا في الفقرة التالية.

ثانياً / المقبوض على سوم النظر

يُعرف المقبوض على سوم النظر بأنه (ما يقبض من المال بإذن مالكه لمجرد نظرة، والتروي في أمر الإقدام على شرائه قبل التّفاق على ثمنه)، أو هو (أن يقبض شخص ما، مالا لغرض النظر إليه أو أن يريه لغيره، بغض النظر سمي له ثمناً أو لا)^(١).

كما عرفه جانب آخر من الفقه القانوني بأنه (المقبوض لأجل أن ينظره القابض أو أن يريه لآخر، سواء بين له ثمن أو لم يبين)^(٢). ويقول (أبن عابدين) في هذا الصدد (وأما السوم على وجه النظر، فصورته أن يقول هاته حتى أنظر إليه، أو أريه غيري، ولا يقول فأن رضيته أخذته، سواء ذكر الثمن أو لم يذكره، فلا يضمن حال التلف بدون تعدي، بخلاف ما لو أستمّلكه القابض فأنه يضمن قيمته)^(٣).

أما عن حكم يد القابض في المقبوض على سوم النظر، فقد بينا سابقاً أن الأمامية لا يميزون بهذا الشأن بين المقبوض على سوم الشراء والمقبوض على سوم النظر، وبالتالي فكل من قبض مالا لغيره بقصد الشراء، فسواء مع تسمية ثمنه أو بدونه فهو مقبوضاً على السوم، وتعد يد القابض يد ضمان، فهو يضمن هلاك الشيء أو تلفه سواء كان بتعدٍ منه أو تقصير أو بسبب أجنبي، وذلك لأن البائع هنا لم يقصد دفعه إليه على سبيل الوديعة أو الأمانة^(٤).

بينما يرى الحنفية أن يد القابض هنا هي يد أمانة لا يد ضمان، لأن القبض قد حصل بأذن من مالك المال نفسه، وغايته الأساس من وراء ذلك هو التروي في أمر الشراء، لغرض المساومة، وعليه أن هلك المال المقبوض دون تعدٍ أو تقصير منه فلا ضمان عليه في هذه الحالة، أما أن

(١) د. طارق كاظم عجيل، مصدر سابق، ص ٢٥٤.

(٢) ينظر / د. سعيد مبارك وآخرون، مصدر سابق، ص ١١٣.

(٣) أبن عابدين، رد المحتار، ج ٢، مصدر سابق، ص ١٢٠.

(٤) محمد حسين كاشف الغطاء، مصدر سابق، ص ٢١.

كان ما حصل بتعديده أو تقصير منه، فإنه يضمن هلاك المقبوض، فيضمن المثل إن كان المقبوض من المثليات، والقيمة إن كان المقبوض قيمياً^(١).

وقد اختلف فقهاء القانون بشأن التكييف القانوني^(٢) للمقبوض على سوم النظر، إذ يرى البعض أنه بيع بخيار الشرط أو بيع موقوف على موافقة المشتري، في حين يرى جانب آخر من

(١) ينظر : علي حيدر، درر الحكام، مصدر سابق، ص ٢٨٣ وما بعدها.

(٢) غالباً ما تتضمن الدراسات القانونية، بعد التعريف بموضوع الدراسة، التعمق أكثر لتبين أو تحدد التكييف القانوني للموضوع، أو تحدد طبيعته القانونية، لكن غالباً ما يذهب قصد الباحثين إلى إعطاء معنى التكييف القانوني للطبيعة القانونية أو بالعكس، على الرغم من وجود الفارق بينهما، حيث يظهر هذا الفرق بين النمطين في علم القانون عندما نحدد نطاق تطبيق القانون المراد تطبيقه على الواقعة في كل مراحل التطبيق، والقانون المراد تطبيقه على الواقعة هو ليس قانوناً واحداً لجنس واحد من الوقائع، بل هو يختلف باختلاف طبيعة الواقعة هل هي واقعة ذات طبيعة مدنية أو تجارية أو جنائية....الخ، أيضاً أنه أي قانون المراد تطبيقه يختلف باختلاف صنف الواقعة بالنتيجة التي آل إليها تكييف هذه الواقعة، ومن ثم فإن هذا القانون مرتبط بتكييف الواقعة وتحديد طبيعتها القانونية، **فالتكييف القانوني**: هو عمل قانوني يتم به إعطاء الوصف السليم للواقعة المعروضة على القاضي أو الفقيه، تمهيداً لتطبيق الحكم القانوني الملائم عليها، فهو عمل لا يحاكي طبيعة الواقعة بل يحاكي مفرداتها ومدى انسجامها مع القوالب القانونية التي يضعها القانون. أما **الطبيعة القانونية**: فهي أسناد الواقعة القانونية إلى القانون الذي يطبق عليها، أي تندرج هذه الواقعة تحت مجموعة من القواعد القانونية، في ما يتعلق بالعلاقة بين التكييف القانوني والطبيعة القانونية فنجد أن العلاقة هي علاقة بين الذات والتفاعل مع مفرداته، فالطبيعة القانونية للواقعة هي جواب للسؤال عن (كيف) لجوهر الذات، لكن (كيف) هنا من القانون وإليه، أما التكييف القانوني فهو عمل يقوم به شخص مختص بالقانون له أدواته القانونية في التعامل مع مفردات الذات (ذات الواقعة).

ومن خلال ذلك يمكن القول أنه :-

أ/ يختلف التكييف القانوني عن معنى الطبيعة القانونية، ففي حين يقصد بالتكييف القانوني إعطاء الوصف القانوني الصحيح للواقعة المعروضة، نجد أن الطبيعة القانونية تعني نوع الواقعة من وجهة نظر قانونية، فالتكييف يتصل بعمل يؤديه القاضي في العادة، وهو مرتبط بمقولاتي الفعل و الأنفعال في علم المنطق، أما الطبيعة القانونية فهي مرتبطة بمقولة الكيف في علم المنطق. ب/ - لتحديد الفاصل بين التكييف القانوني والطبيعة القانونية أهمية كبيرة في تحديد نطاق القانون الدولي المختص، فالطبيعة تحدد نوع القانون المطبق، (القانون بمعناه الخاص)، كما لو كان قانوناً مدنياً أو تجارياً أو قانون الأحوال الشخصية أو غير ذلك، أما التكييف فهو انطلاقة تطبيق القانون على الواقعة، إذ به (تتقنون) الواقعة، فتظهر في فرضية القاعدة القانونية ليطبق عليها بعدئذ حكم القاعدة الوارد على فرضيتها، ومن خلال هذا يمكن تقسيم التكييف إلى نوعين، تكييف توظيفي، وتكييف توصيفي.

ج/ كما أن محل كل من التكييف والطبيعة هو الواقعة بمعناها العام، إذ يقصد بالواقعة هنا " كل حدث يقع ويكون قابلاً لترتيب حكم عليه، والواقعة تكون صالحة لأن تكون محلاً لكل من التكييف والطبيعة، متى ما كانت صالحة محلاً للأثبات.

الفقه أن المقبوض على سوم النظر لا يعدو أن يكون مجرد دعوة للتفاوض لا أكثر، لأن الطرفين لا يزالان في مرحلة التفاوض، وأن عملية تسليم المبيع للمشتري في هذه الحالة يكون دعوة للتفاوض، وتقع تبعة الهلاك فيها على البائع إذا ما حصلت بسبب أجنبي، لأن يد القابض هنا يد أمانة لا يد ضمان^(١).

أما عن موقف القانون المدني من حكم المقبوض على سوم النظر، وهل هي يد أمانة أم يد ضمان، فقد أجابت عن ذلك المادة (٥٤٨/٢) مدني عراقي بنصها على أنه (وما يقبض على سوم النظر، سواء بين ثمنه أو لم يبين يكون أمانة في يد القابض، فلا يضمن إذا هلك دون تعد). كما نصت المادة (٢٩٩) من مجلة الأحكام العدلية على أنه (ما يقبض على سوم النظر، هو أن يقبض مالا لينظر إليه أو يريه لآخر، سواء أبين ثمنه أو لا، فيكون ذلك المال أمانة في يد القابض فلا يضمن إذا هلك أو ضاع بلا تعد).

ويتضح من موقف المشرع العراقي، أنه قد تأثر بالفقه الإسلامي وذلك بعد أن جاء موقفه متطابقاً مع ما جاء في مجلة الأحكام العدلية، إذ اعتبر أن يد القابض في المقبوض على سوم النظر يد أمانة وليست يد ضمان، سواء بين ثمنه أو لم يبين، ومن ثم إذا هلك المقبوض أو ضاع بلا تعد من القابض فلا ضمان عليه.

د/ القانون هو الذي يحدد الطبائع القانونية للوقائع، وعادة ما يكون لدى رجل القانون تصور عن هذه الطبائع، لكن أن ألتبس عليه الأمر، فأن عليه أن يقوم بعملية الأسناد الكاشف للطبيعة القانونية.

هـ/ أيضاً أن لكل من التكيف والطبيعة القانونية دوراً بالغاً ومهماً في القانون الدولي الخاص، في حالة وجود العلاقات القانونية الخاصة ذات العنصر الأجنبي، إذ أن قواعد الأسناد في هذا القانون تشير دوماً إلى القانون الواجب التطبيق على الواقعة، من خلال تحديدها (للقانون بالمعنى العام) في الدولة التي أشارت قواعد الأسناد إلى اختصاص قانونها، وهنا ينتحتم الرجوع إلى الأسناد الكاشف للطبيعة القانونية، وقبل هذا يجب معرفة وصف الواقعة القانونية وهذا هو دور التكيف القانوني.

ينظر/ د. محمد سليمان الاحمد، أهمية الفرق بين التكيف القانوني والطبيعة القانونية في تحديد نطاق تطبيق القانون المختص، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد ١، السنة ٩، العدد ٢٠، ٢٠٠٤، ص ٨٧ وما بعدها.

^(١) ينظر/ د. جعفر محمد الفضلي، الوجيز في عقد البيع، مصدر سابق، ص ١٣٤. وكذلك ينظر / د. عزيز كاظم الخفاجي، أحكام عقد البيع، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، الكتاب الثاني، الآثار، منشورات زين الحقوقية، لبنان، بيروت، ٢٠١٧، ص ١٠٠.

وبعد الانتهاء من دراسة هذا الفرع المتمثل (بالمقبوض على السوم) يتضح لنا أن هنالك ثلاثة

أنواع من القبض في ظل القانون المدني العراقي وهي كما يأتي :-

١ - المقبوض على سوم الشراء مع تسمية الثمن، وتكون يد القابض يد ضمان.

٢ - المقبوض على سوم الشراء من دون تسمية الثمن، وتكون يد القابض يد أمانة.

٣ - المقبوض على سوم النظر (سواء مع تسمية الثمن أو بدونه)، وتكون يد القابض يد أمانة.

وأخيراً لا بد لنا من الإجابة عن التساؤل الذي تم طرحه سابقاً^(١)، حول المعيار الذي أعتمدته المشرع العراقي للتمييز بين المقبوض على سوم الشراء مع تسمية الثمن من جهة، والمقبوض على سوم النظر من جهة أخرى، ونعتقد أن المشرع العراقي لم يعتمد معياراً محدداً و واضحاً بهذا الشأن، وكل ما هنالك هو نقل حكم مجلة الأحكام العدلية مع بعض الاختصار في الصياغة، وبالعودة إلى المادة (٢٩٨) من المجلة نجدها تركز على معيار (الأعجاب) عندما ذكرت عبارة (فأن أعجبتك...) ولأكثر من مرة، في حين ذكرت المادة (٢٩٩) عبارة (ينظر إليه أو يريه لأخر...)، وذلك عند الكلام عن المقبوض على سوم النظر، ولا نعلم ما هو الفرق الجوهرى بين العبارتين أو ما هو معيار التمييز بينهما ؟.

لذا نقترح على المشرع العراقي تعديل نص المادة (٥٤٨) مدني عراقي، وتكون على فقرتين، الأولى تتعلق بالمقبوض على سوم الشراء مع تسمية الثمن فقط، في حين تختص الفقرة الثانية بالمقبوض على سوم النظر، وعليه يكون المعيار الفاصل بين المصطلحين هو تسمية الثمن من عدمه.

(١) وذلك في ختام الفقرة الأولى من هذا الفرع.

المطلب الثالث

الواقعة القانونية مصدراً ليد الأمانة

من الواضح أن السبب الذي ينشئ علاقة قانونية أو يؤثر فيها قد يتمثل بواقعة^(١)، وهذه الواقعة قد يكون من شأنها أن تنتج أثراً قانونياً وتسمى بالواقعة القانونية، وهي إما تكون راجعة لأرادة الإنسان، وأما لا ترجع لهذه الإرادة، مثلاً انفجار البراكين، هبوب الرياح أو العواصف تعد وقائع لا ترجع لأرادة الإنسان، بل هي من عمل الطبيعة، وأما الوقائع التي ترجع لأرادة الإنسان، أكثرها أعمالاً مادية، قد يريد صاحبها أن يحدث بها أثراً في الروابط القانونية الموجودة أو لا يريد ذلك، إذ تراه يمشي ويتحدث مع الناس ويعاشرهم ويجاملهم، وهو عادة لا يريد من وراء ذلك أن يؤثر في علاقاته القانونية. لكن هذه العلاقات قد تتأثر دون أن تتجه إرادته إلى شيء من ذلك، فإذا أستهلك شيئاً لا يملكه أصبح مسؤولاً عن تعويض المالك، وإذا مشى دون حيلة فأتلف مال الغير وجب عليه الضمان^(٢).

وبقدر تعلق الأمر في موضوع بحثنا، فأنا سنتناول هذا المطلب على فرعين، الفرع الأول سنخصصه للواقعة القانونية المجردة، أما الفرع الثاني سيكون لبيان الواقعة القانونية المقترنة بالإرادة.

^(١) نصت المادة (١١٠/٢) من القانون المدني الفرنسي بعد تعديله بالمرسوم (٢٠١٦-١٣١) على أنّ (الوقائع القانونية هي أفعال أو أحداث يرتب عليها القانون أثراً قانونية، و الالتزامات التي تنشأ عن واقعة قانونية تخضع بحسب الأحوال، للقواعد الواردة بالباب الفرعي المتعلق بالمسؤولية التعاقدية، أو للقواعد الواردة بالباب الفرعي المتعلق بالمصادر الأخرى للالتزامات).

1100-2 Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2

Les faits juridiques sont des agissements ou des événements auxquels la loi attache des effets de droit. Les obligations qui naissent d'un fait juridique sont régies, selon le cas, par le sous-titre relatif à la responsabilité extracontractuelle ou le sous-titre relatif aux autres sources d'obligations.

^(٢) ينظر: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج ١، مصدر سابق، ص ١٣٠ وما بعدها.

الفرع الأول

الواقعة القانونية المجردة

بينت المادة (٩٥٠) من القانون المدني العراقي مصادر يد الأمانة بصورة عامة، سواء تمثلت بعقد من عقود الأمانة كالوديعة، أو ضمن عقد آخر كالمأجور، أو بدون عقد ولا قصد، وهذا المصدر الاخير هو الذي يعنينا هنا، حيث نصت الفقرة الأولى منها على أنه (الأمانة هي المال الذي وصل إلى يد أحد بأذن من صاحبه... أو بدون عقد ولا قصد، كما لو ألفت الريح في دار شخص مال أحد).

كما نصت المادة (٧٦٢) من مجلة الأحكام العدلية على أنه (الأمانة هي الشيء الذي يوجد عند الأمين سواء كان أمانة بقصد... أو دخل بطريق الأمانة في يد شخص بدون عقد ولا قصد، كما لو ألفت الريح في دار أحد مال جاره، فحيث كان ذلك بدون عقد فلا يكون وديعة بل أمانة فقط).

ولبيان نوع الواقعة محور البحث، لا بد لنا أن نشير بأن الفقهاء المسلمين يقسمون الواقعة على نوعين: هما الواقعة الطبيعية والواقعة الاختيارية، فالواقعة الطبيعية عندهم يترتب عليها التزامات معينة ومعلومة ترجع إلى التنظيم الاجتماعي والعدالة، مثل الوفاة والقربة، أما الواقعة الاختيارية، فهي على نوعين أيضاً، أعمال ممنوعة وأخرى مشروعة، تتمثل الممنوعة: بالأعمال التي تضر بالغير فتلزم بتعويض الضرر مثل إتلاف مال الغير والسرقه وغيرها، إذ أن المصدر المباشر لهذا الالتزام هو العمل أو الفعل المادي الضار. أما الأعمال المشروعة: فهي أن يلتزم من أغتنى على حساب غيره أن يرد إليه ما أغتنى به على حسابيه، كمن أدى دين غيره بأمره، أو اشترى شيئاً ثم أستحق من يده بعد أن ثبت ملكه للغير^(١).

ويقسم فقهاء القانون الواقعة إلى طبيعية و اختيارية، وتعرف الطبيعية: بأنها تلك التي تحدث بفعل الطبيعة دون أن يكون للإنسان دخل في حدوثها، ويرتب القانون عليها أثراً، سواء

(١) ينظر/ مصطفى أحمد الزرقاء، نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، ط١، دار القلم، دمشق، ١٩٩٩، ص١٠٢.

تمثلت هذه الآثار في اكتساب الحقوق أو في انقضاءها، كالحوادث الفجائية، كما تعد من الوقائع الطبيعية الفيضانات و الزلازل، وكذلك الوقائع التي تتصل بالإنسان كواقعة الميلاد أو الوفاة^(١).

وبذلك فإن الواقعة هنا هي مادية مجردة لا دخل للإرادة الإنسان في وجودها كالأمطار والرياح والفيضانات والزلازل، ومن ثم فإنها قد تعدّ مصدرًا من مصادر يد الأمانة إذا ما جاءت بمال من حيازة أو ملك شخص ووضعت تحت يد شخص آخر، ومن ثم تكون يده يد أمانة، فلا يضمن هلاك الشيء أو تلفه بسبب أجنبي، ويضمنه في حالة التعدي والتقصير.

ويبدو أن ما ورد في المادة (٩٥٠/ف ١) من عبارة (...كما لو ألفت الريح...) قد جاء على سبيل المثال، ومن ثم يمكن إضافة وقائع أخرى وردت ضمن نصوص متفرقة في القانون المدني، ومنها الكنز مثلاً، والذي يُعرف بأنه " ما يوجد في باطن الأرض مما أودعه الإنسان (بفعل أصحابه الأولين) من نقود أو حليٍّ أو سبائك، أو على أثر حادث من حوادث الطبيعة يؤدي إلى طمر منطقة أو بلد في باطن الأرض بما فيه من ثروات^(٢). وحكم الكنز يكون لمالك الأرض مالم يثبت ملكيته لأحد، أما إذا ثبت ملكيته لأحد، فيبقى أمانة في يد من عثر عليه طيلة تلك المدة إلى حين إعادته إلى ماله الأصلي.

كما أن هنالك من يرى^(٣) أن الوفاة تعدّ واقعة مادية ومصدرًا ليد الأمانة، فإذا توفي واضع اليد على ملك الغير، فإن يد الوارث تقوم مقام المورث ويخلفه في صفة يده سواء كانت يد أمانة أو ضمان، فمثلاً إذا توفي الوديع و وجدت الوديعة عيناً في تركته فإنها تكون أمانة في يد الوارث، وهذا ما أشارت إليه مجلة الأحكام العدلية أيضاً في المادة (٨٣٤) منها، التي جاء فيها أنه (إذا مات الوديع ووجدت الوديعة عيناً في تركته، فهي أمانة في يد الوارث وجب عليه أداؤها لصاحبها).

وقد تأثر المشرع العراقي بمجلة الأحكام العدلية، وذلك في المادة (٩٧٠) من القانون المدني التي نصت على أنه (إذا مات الوديع و وجدت الوديعة عيناً في تركته فهي أمانة في يد الوارث)^(٤).

(١) ينظر: د. محمد حسن قاسم، المدخل لدراسة القانون، (القاعدة القانونية - نظرية الحق)، ج ٢، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٨، ص ٢٨١.

(٢) ينظر: د. لاشين محمد يونس، أسباب كسب الملكية، مصدر سابق، ص ٨.

(٣) ينظر: الأستاذ علي حيدر، شرح المجلة، مصدر سابق، ص ٢٨٣.

(٤) ولم ينص القانون المدني المصري ولا الفرنسي على هذه الحالة.

الفرع الثاني

الواقعة القانونية المقترنة بالأرادة

إذا كانت الواقعة الطبيعية هي التي تحدث بفعل الطبيعة دون تدخل الإنسان، ويرتب القانون عليها آثاراً قانونية معينة، فإن الواقعة المقترنة بالإرادة أو كما تسمى بالأختيارية هي التي تحدث بإرادة الإنسان ويرتب القانون على مجرد وجودها أثراً ما، سواء تمثلت بالفعل الضار أو العمل غير المشروع الذي ينتج عنه ضرر للغير يستوجب التعويض، أو الفعل النافع أو كما يسمى بالكسب دون سبب، كما لو قبض شخصاً ما شيئاً غير مستحق له فوجب عليه رده، وغير ذلك من الوقائع المقترنة بالإرادة كما في حالة وضع اليد على شيء بحسن نية دون أن يقصد غصبه ولا تملكه. ونظراً لكثرة تلك الوقائع التي من شأنها أن تجعل يد الحائز يد أمانة، فأنا سنقتصر على أبرزها، وعليه سنقسم هذا الفرع على ثلاث فقرات، نبين في الفقرة الأولى الحيازة بحسن نية، ونعقد الفقرة الثانية لالنتقاط للقطعة، في حين نخصص الفقرة الثالثة للقبض غير المستحق، وكما يأتي :

أولاً / الحيازة بحسن نية

يُعرف الحائز حسن النية^(١)، بأنه من يحوز الشيء وهو يجهل أنه يعتدي على حق الغير، ولا تزول صفة حسن النية من الحائز إلا من الوقت الذي يصبح فيه عالماً أن حيازته تشكل اعتداء

(١) يستعمل المشرع العراقي في القانون المدني مصطلح ((النية))، كما يستعمل مصطلح ((القصد))، إذ يذكر مصطلح النية أحياناً، والقصد أحياناً أخرى، فهل يستعملهما كمترادفين أم يقصد لكل منهما معنى مختلف ؟ ومن بين تلك الاستعمالات ما يأتي :-

استعمالات القصد في القانون المدني العراقي :-

- ١- التعسف في استعمال الحق : إذ من بين حالات التعسف هو قصد الإضرار بالغير وهذا ما وضحته المادة (٢/٧) مدني عراقي، تقابلها المادة (٥) مدني مصري، ولا مقابل لها في القانون الفرنسي.
- ٢- قصد الغش الصادر من المدين للأضرار بدائنيته، أو تفضيل بعضهم على بعض دون حق وهذا ما اكدته المادة (١/٢٦٨) مدني عراقي، وتقابله المادة (١/٢٤٢) مدني مصري.
- ٣- اعتماد قصد التملك معياراً لتحديد مفهوم يد الضمان : إذ تكون اليد على ملك الغير، يد ضمان، إذا حاز صاحب اليد الشيء بقصد تملكه. وهذا ما نصت عليه المادة (١/٤٢٧) مدني عراقي، ولا تقابلها أي مادة في القوانين المقارنة، إذ يكاد يكون المشرع العراقي الوحيد الذي نظم أحكام اليد على ملك الغير.
- ٤- تحول يد الأمانة إلى يد ضمان: إذ تتقلب يد الأمانة إلى يد ضمان، إذا كان صاحب اليد ولو بغير قصد التملك قد حبس الشيء عن صاحبه دون حق أو أخذه بغير أذنه. وهذا ما نصت عليه (٢/٤٢٧) مدني عراقي.

على حق الغير، وهذا ما أشارت إليه المادة (١١٤٨) من القانون المدني العراقي التي جاء فيها أنه (١- يُعد حسن النية من يحوز الشيء وهو يجهل أنه يعتدي على حق الغير، وحسن النية

٥- رؤية المبيع بقصد الشراء : فإذا رأى شخص شيئاً بقصد شرائه ثم أشتراه بعد مدة وهو يعلم أنه الشيء الذي كان قد رآه، فلا خيار له إلا إذا وجد الشيء قد تغير عن الحال الذي رآه فيه. وهذا ما وضحته المادة (٥٢٢) مدني عراقي ولا مقابل لها في القوانين محل المقارنة.

٦- الاستيلاء على المباحات، فكل من أحرز بقصد التملك، منقولاً مباحاً لا مالك له ملكه. وهذا ملاحظ في المادة (١٠٩٨) مدني عراقي، بينما المشرع المصري أستعمل مصطلح النية بدل القصد وذلك في المادة (٨٧٠). ويقابلها أيضاً المادة (١٢٥٠) من مجلة الأحكام العدلية.

٧- تحول المال المنقول المملوك إلى مباح : إذ يصبح المنقول مباحاً إذا تخلى عنه مالكه بقصد النزول عن ملكيته. أنظر المادة (١١٠٤) مدني عراقي، والمادة (١/٨٧١) مدني مصري.

٨- تصرفات المريض مرض الموت المنعقدة بقصد التبرع، إذ إن كل تصرف ناقل للملكية يصدر من شخص في مرض الموت مقصود التبرع به والمحابة، يعتبر كله أو بقدر ما فيه من محابة تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت وتسري عليه احكام الوصية، أي كانت التسمية التي تعطى له. لاحظ المادة (١/١١٠٩) مدني عراقي وأيضاً (١/٩١٦) مدني مصري. ويأتي لفظ (القصد) الوارد في الحالات السابقة، بمعنى النية.

كما أن المشرع أورد بالمقابل استعمال لفظ " النية " وقصد بها مصطلح (القصد)، ومن بين استعمالات النية :-

١- حسن النية وسوئها في التصرفات القانونية، وفي كسب الحقوق العينية وحيازتها. أنظر المواد (١١٤٨-٩٤٨-١١٥٨-١١٦٣-١٣٦٣) مدني عراقي، والمواد (١٨٥-٩٢٥-٩٦٥-٩٦٩-٩٧٦-٩٧٨-١١٣٣) مدني مصري.

٢- نية التبرع في قضاء دين الغير : فإذا قضى أحد دين غيره بلا أمره سقط الدين عن المدين سواء قبل أو لم يقبل و يعتبر الدافع متبرعاً لا رجوع له على المدين بشيء مما دفعه بلا أمره، إلا إذا تبين من الظروف أن للدافع مصلحة في دفع الدين أو أنه لم تكن عنده نية التبرع. لاحظ المادة (٢٣٩) مدني عراقي.

٣- النية في تحول العقد : فإذا كان العقد باطلاً وتوافرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحاً بإعتباره العقد الذي توافرت أركانه، إذا تبين أن المتعاقدين كانت (نيتهم) تتصرف إلى إبرام هذا العقد، وهذا ما وضحته المادة (١٤٠) مدني عراقي والمادة (١٤٤) مدني مصري.

٤- النية المشتركة للمتعاقدين في تفسير عبارات العقد : فبموجب القانون المدني المصري فيما يتعلق بتفسير العقد، فإنه إذا كانت عبارة العقد واضحة، فلا يجوز الإنحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين، ولكن إذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للطرفين المتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي ان يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات وهذا ما أشارت له المادة (١٥٠) مدني مصري، وأما المشرع العراقي فأكتفى في نص المادة (١٥٥) بالأشارة إلى (العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني).

ينظر/ د. محمد سليمان الأحمد، النظرية العامة للقصد المدني، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان ن ٢٠٠٩، ص٤١-٤٦.

يفترض دائماً، مالم يقيم الدليل على خلاف ذلك.٢- ولا تزال صفة حسن النية لدى الحائز، إلا من الوقت الذي يصبح فيه عالمياً أن حيازته أعتداء على الغير...).

كما ونصت المادة (٩٦٥) من القانون المدني المصري على أنه (١- يعد حسن النية من يحوز الحق وهو يجهل أنه يعتدي على حق الغير، إلا إذا كان هذا الحق ناشئاً عن خطأ جسيم. ٢- فإذا كان الحائز شخصاً معنوياً فالعبرة بنية من يمثله. ٣- وحسن النية يُفترض دائماً مالم يقيم الدليل على العكس).

و لسنا هنا (في هذه الفقرة) بصدد بيان دور الحيازة بحسن نية في كسب الملكية أو الحق، بقدر ما نريد أن نبين هل ان يد الحائز حسن النية هي يد أمانة أم يد ضمان؟، وهل وضع المشرع العراقي حكماً خاصاً في ذلك أم أنها تخضع لقاعدة على اليد الواردة في المواد (٤٢٦-٤٢٨) ؟.

بالرجوع إلى نصوص القانون المدني العراقي المتعلقة بالحيازة، نجد أنها لم تبين مسؤولية الحائز حسن النية عن هلاك الشيء أو تلفه، وذلك على خلاف القانون المدني المصري الذي بين حكم ذلك في نص خاص، وجعل الحائز حسن النية غير مسؤول عن هلاك الشيء أو تلفه إلا بقدر ما عاد إليه من فائدة بسبب هذا الهلاك أو التلف، وذلك في المادة (٩٨٣) منه والتي تنص على (١- إذا كان الحائز حسن النية... ٢- ولا يكون الحائز مسؤولاً عما يصيب الشيء من هلاك أو تلف إلا بقدر ما عاد إليه من فائدة ترتبت على هذا الهلاك أو التلف). وبالتالي تعد يد الحائز حسن النية يد أمانة في القانون المدني المصري.

ويرى جانب من الفقه العراقي أن الحائز حسن النية لا يكون مسؤولاً عن هلاك الشيء ما دام أنه يستغله وفقاً لما يحسبه أنه حق له، ولو كان ذلك بتقصير منه، لكنه يلتزم (على غرار القانون المصري) بأن يرد للمالك ما عاد عليه من فائدة بسبب هذا الهلاك أو التلف كالتعويض أو مبلغ التأمين، وهذا الحكم يستفاد من القواعد العامة من جهة، ومن مفهوم المخالفة للمادة (١١٦٨) مدني عراقي، والقاضية بمسؤولية الحائز سيء النية عن هلاك الشيء أو تلفه من جهة أخرى^(١).

ومن المعروف قانوناً ووفقاً للمادة (١١٤٨) مدني عراقي، أن الحائز حسن النية يضع يده على الشيء بغير قصد التعدي على حق الغير، بل يعتقد أنه مالك له، ونعتقد أن هذا غير منسجم مع

(١) د. غني حسون طه و محمد طه البشير، الحقوق العينية الأصلية، ج١، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ص٢٦٤-٢٦٥.

الفقرة الأولى من المادة (٤٢٧) التي حددت لنا المعيار الفاصل بين يد الأمانة ويد الضمان، وبينت أن صاحب يد الأمانة يجب أن يضع يده على الشيء بأعتبره نائباً عن المالك، أما إذا قصد أو كانت لديه نية التملك فإنّ يده تعد يد ضمان، وذلك عندما نصت على أنه (تكون اليد يد ضمان إذا حاز صاحب اليد الشيء بقصد تملكه، وتكون يد أمانة إذا حاز الشيء لا بقصد تملكه بل بأعتبره نائباً عن المالك). ويتضح من هذا النص أن المشرع قد أعتمد بالدرجة الأساس معيار " قصد التملك " للتمييز بين يد الأمانة ويد الضمان.

ولا نتفق مع من يرى^(١) أن المشرع العراقي قد أعتمد هنا أكثر من معيار لقيام ضمان اليد من عدمه، ومن ثم شمول الحالة المتقدم ذكرها، ضمن ما جاء في الفقرة الثانية من المادة (٤٢٧) مدني عراقي والتي بينت أن يد الأمانة تتحول بالاعتداء إلى يد ضمان بعيداً عن معيار " قصد التملك "، وذلك عندما نصت على أنه (تتقلب يد الأمانة إلى يد ضمان إذا كان صاحب اليد ولو بغير قصد التملك قد حبس الشيء عن صاحبه دون حق أو أخذه بغير أذنه). صحيح أن النص لم يعتد بقصد التملك، إلا أنه في الوقت نفسه لم يكن معياراً آخر للتمييز بين يد الأمانة ويد الضمان، وإنما كان معياراً لتحول أو انقلاب اليد من أمانة إلى ضمان.

ومن ثم لم نجد طريقاً لأعتبار يد الحائز حسن النية يد أمانة إلا المفهوم المخالف لنص المادة (١١٦٨) مدني عراقي والتي عدّت الحائز سيء النية مسؤولاً عن هلاك الشيء أو تلفه ومن ثم يده يد ضمان. وكان الأجدر بالمشرع العراقي التوسع في معيار التمييز بين يد الأمانة ويد الضمان عند صياغته لنصوص المواد (٤٢٦-٤٢٨) مدني عراقي وجعل نص القانون أحد هذه المعايير.

ثانياً / التقاط اللقطة

تُعرف اللقطة بأنها المال الضائع من ربه يلتقطه غيره^(٢)، إذ إنّ ضياع هذا المال لا يؤدي إلى إنهاء الملكية، لأن المالك فقد العنصر المادي للحيازة دون المعنوي، والذي يعنينا هنا في هذا المجال، هل أن يد الملتقط هي يد أمانة أم يد ضمان ؟ للأجابة عن ذلك لا بد أن نبين موقف الفقهاء المسلمين أولاً، ثم موقف القانون ثانياً.

(١) شه نك محمد جميل، أثر القصد المدني، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١١، ص ١١٦.

(٢) موفق الدين أبو حمد بن عبدالله المشهور بـ (بن قدامة)، المغني، ط ١، ج ٦، مصدر سابق، ص ١٣٨.

أُتفق فقهاء المذاهب الإسلامية على أن اللقطة أمانة في يد الملتقط، إلا أنهم اختلفوا في بعض الشروط على رأيين^(١):-

١- يرى الحنفية، أن اللقطة أمانة في يد الملتقط على شرط أن يشهد أنه أخذها ليحفظها ويردها إلى صاحبها، وعليه فلا يضمنها إلا بالتعدي أو بمنع تسليمها إلى صاحبها عند الطلب. والدليل على كونها أمانة أن أخذها بنية حفظها هو قول الرسول (ص) ((من وجد لقطة فليشهد ذوي عدل))، فإذا لم يشهد عليها كان الظاهر أنه قد أخذها لنفسه، كما تُعد اللقطة أمانة أيضاً إذا تصادق صاحب اللقطة والملتقط أنه ألتقطها ليحفظها للمالك و صدقه الأخير، وبخلافه يضمنها^(٢).

٢- بينما يرى جمهور الفقهاء، أن اللقطة أمانة، ولا يشترط الأشهاد على الالتقاط، وإنما هو أمر مستحب فقط، وإذا لم يشهد الأخذ (الملتقط) فلا ضمان عليه عندهم، وعند أبي يوسف من الحنفية أيضاً، لأن اللقطة وديعة فلا ينقلها عدم الأشهاد عليها من الأمانة إلى الضمان^(٣). أما إذا أقر الملتقط أنه أخذ اللقطة لئتملكها لنفسه، لا يبرأ من الضمان إلا بردها إلى المالك، لأنه ظهر أخذها غصباً، استناداً لقول الرسول (ص) ((على اليد ما أخذت حتى تؤديه)).

أما عن موقف القانون من ذلك، فإن الأموال الضائعة تبقى مملوكة لصاحبها، وأن صفة يد الملتقط عليها تختلف بحسب نيته، فإن كان حسن النية أي يحوز اللقطة لغرض ردها إلى مالِكها فإنَّ يده تُعد يد أمانة، أما إذا حازها لغرض تملكها فإنَّ يده تُعد يد ضمان^(٤). وهذا يتفق مع ما ورد في المادة (٤٢٧/ف١) مدني عراقي التي جاء فيها أنه (... وتكون يد أمانة إذا حاز الشيء لا بقصد تملكه بل باعتباره نائباً عن المالك).

(١) للمزيد ينظر: د. وهبة الزحيلي، مصدر سابق، ص ١٦١-١٦٣

(٢) الشيخ الكاساني، مصدر سابق، ص ٢٠١.

(٣) ينظر: أبْن قدامة، المغني، المصدر السابق، ص ٦٤٧. وأيضاً/ الدريد، الشرح الكبير، ص ١٢١. و أبْن رجب، القواعد، ص ٥٣.

(٤) ينظر : أستاذتنا د. أسراء محمد علي سالم، د. منى عبد العالي موسى، طبيعة الأموال الضائعة، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية في كلية القانون، جامعة بابل، العدد ٢، السنة ٨، ٢٠١٦، ص ١٠٠ وما بعدها.

ومع ذلك فقد وجدنا أن المشرع العراقي قد خصص المادة الأخيرة من الفصل الخاص بعقد الأيداع، ليبين فيها حكم المال الضائع، إذ نصت المادة (٩٧٤) مدني على أنه (١- إذا وجد شخص شيئاً ضائعاً فأخذه على سبيل التملك، كان غاصباً ووجب عليه الضمان إذا هلك ولو بدون تعد. ٢- أما إذا أخذه على أن يرده لمالكة كان أمانة في يده ووجب تسليمه للمالك وفقاً للأجراءات التي يقرها القانون).

وبعد الرجوع إلى مجلة الأحكام العدلية تبين لنا أن المشرع العراقي قد تأثر فيها مباشرة عند إيراد المادة (٩٧٤)، إذ تنص المادة (٧٦٩) من المجلة على أنه (إذا وجد شخص شيئاً في الطريق أو في محل آخر وأخذه على سبيل التملك يكون في حكم الغاصب، وعلى هذا إذا هلك ذلك المال فقد يضمنه وأن لم يكن له فيه صنّع وتقصير، وأما إذا أخذه على أن يرده إلى صاحبه فإن كان صاحبه معلوماً فهو في يده أمانة محضة ويجب تسليمه إلى صاحبه، وأن كان صاحبه غير معلوم فهو لقطة وأمانة في يد الملتقط...).

ونرى أن نص المادة (٩٧٤) مدني عراقي زائد ويمكن الاستغناء عنه، كونه مجرد تطبيق لقاعدة على اليد الواردة في المادتين (٤٢٦-٤٢٧) مدني، واللذان بينتا أن الشيء قد ينتقل إلى غير مالكة بعقد أو بدون عقد، فإن حاز صاحب اليد الشيء بقصد التملك كانت يده يد ضمان فهو يضمن هلاك الشيء ولو بدون تعد أو تقصير، أما إذا حازه باعتباره نائباً عن المالك كانت يده يد أمانة فلا يضمن إلا بالتعد والتقصير، وهذا ينطبق بدوره على أحكام اللقطة.

إذ تنص المادة (٤٢٦) مدني على (إذا أُنقِل الشيء إلى غير صاحبه بعقد أو بغير عقد وهلك دون تعد أو تقصير فإن كانت اليد يد ضمان هلك الشيء على صاحب اليد، وأن كانت يد أمانة هلك الشيء على صاحبه). في حين نصت المادة (٤٢٧) على أنه (وتكون اليد يد ضمان إذا حاز صاحب اليد الشيء بقصد تملكه، وتكون يد أمانة إذا حاز الشيء لا بقصد تملكه بل باعتباره نائباً عن المالك).

ثالثاً/ القبض غير المستحق

نظم المشرع العراقي (الكسب دون سبب) كمصدر مستقل من مصادر الالتزام في المواد (٢٣٣-٢٤٤) مدني عراقي^(١)، ويعرف من جانب الفقه العراقي " بأنه مصدر من مصادر الالتزام يقضي بالزام من أثرى على حساب غيره دون وجه حق بأن يرد إليه قيمة الأثرء، في حدود ما أفنقر به ذلك الغير"^(٢). كما يعرف " بأنه عمل غير مشروع يصدر عن الدائن فيغني المدين دون سبب مشروع، فيلتزم المدين أن يرد للدائن ما أغتنى به على حسابه"^(٣).

ويُعد القبض غير المستحق^(٤) أو المدفوع دون حق كما يسمى في القانون المدني العراقي، من أبرز تطبيقات الكسب دون سبب، ويُعرف " بأنه أداء الدافع ما ليس واجباً عليه، دون أن تكون

(١) وتقابلها المواد (١٧٩-١٨٧) من القانون المدني المصري تحت عنوان ((الأثرء بلا سبب))، والمواد (١٣٧١-١٣٨١) من القانون المدني الفرنسي تحت عنوان ((شبه العقد)). وتعديل القانون المدني الفرنسي في عام (٢٠١٦) حلت محلها المواد (١٣٠٢ . ١٣٠٢/٣).

(٢) د. حسن علي ذنون، مصادر الألتزام، مطبعة المعارف للنشر والتوزيع، بغداد، ١٩٧٠، ص ٣١.

(٣) ينظر / د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، مع المقارنة بين نظريات الفقه الغربي وما يقابلها في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي، ج ١، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٧، ص ٥٨.

(٤) لقد عولج هذا الموضوع في باب الكسب دون سبب، لكن تحت عناوين مختلفة، منها (دفع غير المستحق) من قبل الدكتور السنهوري في كتابه الوسيط، ج ١. وكذلك (المدفوع دون حق) من قبل الدكتور حسن علي ذنون في كتابه النظرية العامة للالتزامات. أيضاً (قبض غير المستحق) من قبل الدكتور سليمان مرقس في كتابه (أصول الالتزامات)، وأدق تعبير في هذا المقام هو (القبض غير المستحق) لأوجه كثيرة منها :-

أ/ ملائمة للعنوان الرئيس وهو الأثرء بلا سبب أو الكسب دون سبب، وهما من صفات المدين كقبض غير المستحق.

ب/ الالتزام ينشأ في ذمة من قبض غير المستحق لا في ذمة من دفعه.

ج/ الدفع فعل الدائن و الالتزام صفة المدين ولا يمكن شرعاً وقانوناً وعرفاً أن يلزم الإنسان بفعل غيره (دفع غير المستحق)، وإنما يلزم بفعل نفسه (قبض غير المستحق).

د/ القبض مصدر الالتزام دون الدفع لأنه من تطبيقات الكسب دون سبب (أو الأثرء بلا سبب).

هـ / القبض غير المستحق هو التعبير المنسجم مع ما جاء في النصوص القانونية كما في المادة (١٣٧٦) مدني فرنسي : (...من قبض شيئاً لا يستحقه وجب عليه أن يرده لمن أخذه منه بدون حق...). والمادة (١٨١) مدني مصري : (كل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقاً له وجب عليه رده) وغيرهما من القوانين الأخرى.

ينظر/ د. مصطفى أبراهيم الزلمي، نظرية الالتزام برد غير المستحق " دراسة مقارنة "، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٥، ص ٥٥-٥٦.

لديه نية الوفاء بدين على غيره، ويترتب عليه حقه في استرداد ما أداه، والتزام المستلم برد ما تلقاه^(١).

ويتضح مما تقدم أن الكسب دون سبب أو الأثر بلا سبب كما يسمى في القانون المدني المصري، هو واقعة قانونية يثري عن طريقها شخص على حساب آخر دون سبب مشروع، أو يفقر من خلالها شخص لمصلحة آخر دون مبرر مشروع^(٢). وبذلك فهو يختلف عن العقد، كونه واقعة قانونية، في حين يعد العقد تصرفاً قانونياً^(٣). ورغم اتفاقه مع العمل غير المشروع في أن كلاهما يعد واقعة قانونية، إلا أنهما يختلفان من حيث أن واقعة العمل غير المشروع هي فعل ضار، أما واقعة الكسب دون سبب فهي فعل نافع^(٤).

أما بخصوص طبيعة يد القابض على الشيء المقبوض، فقد فرقت المادة (٢٣٣/ف٢) مدني عراقي بين حالتين هما : إذا كان القابض حسن النية أم سيئها إذ نصت على أنه (إذا كان من تسلم غير المستحق شيء النية وقت التسلم أو بعده، فإنه يلزم أيضاً برد كل ما أستفاده أو كان يستطيع أن يستفيده من الشيء، وذلك من يوم أن تسلم غير المستحق أو من اليوم الذي أصبح فيه شيء النية، وفي كل الأحوال يلزم برد ما أستفاده أو كان يستطيع أن يستفيده من يوم رفع الدعوى، ويلزمه الضمان من وقت أن صار شيء النية إذا هلك الشيء أو ضاع ولو بغير تعدٍ منه).

وعليه إذا كان القابض حسن النية فإن القانون بجانبه، إذ يلتزم برد ما تسلمه سواء كان المقبوض من النقود أو أشياء مثلية أو قيمة^(٥)، لكنه لا يلتزم برد فوائد النقود، كما لا يتأثر بانخفاض الأسعار أو ارتفاعها، وجزاءً لحسن نيته تعدّ يده يد أمانة فهو لا يضمن هلاك الشيء بسبب أجنبي، ويضمن بتعدي منه أو تقصيره، كما لا يلتزم برد ثمار الشيء المقبوض إنما يستهلكها، أما عن حقه باسترداد ما أنفقه من نفقات على المقبوض، فيجب التمييز بشأن ذلك بين ثلاثة أنواع

(١) د. عدنان إبراهيم السرحان و د. نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، الالتزامات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠٠٩، ص ٥٣٧.

(٢) د. سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٠، ص ٣٠١.

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج ١، مصدر سابق، ص ٩٤٨.

(٤) د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، مصدر سابق، ص ٣٨٧.

(٥) د. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٩، ص ٥١٦.

منها، وهي النفقات الضرورية ويكون من حقه استردادها، والنافعة فيستطيع استردادها إذا كانت قيمة الشيء أكبر من قيمة ما أنفقه، أما إذا كانت قيمة الشيء أقل من قيمة ما أنفقه جاز له تملك الشيء بثمن مثله، أما النفقات الكمالية فلا يستطيع المطالبة بها لكن من حقه أن يطالب بنزعها، مالم يطلب المالك تملكها مقابل دفع قيمتها مستحقة للقلع^(١).

أما إذا كان القابض سيء النية أي يعلم وقت القبض أنه إنما يقبض ما ليس له فيه حق، فتعد يده يد ضمان، فيضمن هلاك الشيء حتى بالسبب الأجنبي، ويترتب على ذلك نتائج عكسية منها، وجوب رد المقبوض سواء نقوداً أو أشياء مثلية أو قيمة، ويؤخذ بنظر الاعتبار ارتفاع الأسعار وانخفاضها، أي رد القيمة عند أعلى حد وصلت إليه، كما يلزم برد قيمة المنفعة التي حصل عليها، والثمار التي حصل عليها، والثمار التي استهلكها عند أعلى حد وصلت إليه، ويلزم كذلك بقيمة ما كان يمكن أن يستفيد الدافع من العين^(٢).

ويبدو مما تقدم أن المشرع العراقي قد أورد استثناءً في المادة (٢٣٣) مدني إذ لم يعتد (بقصد التملك) وذلك عندما عد يد القابض حسن النية يد أمانة على الرغم من أنه قد قبض الشيء بقصد تملكه، وهذا لا ينسجم مع المادة (٤٢٧) مدني، التي تشير بأن اليد تكون يد ضمان إذا حاز صاحب الشيء بقصد تملكه.

وقد خرج المشرع العراقي عن القاعدة العامة في الكسب دون سبب، وذلك في حالة ما إذا كان القابض ناقص الأهلية، فلا يلزم إلا برد ما كسب حتى لو كان سيء النية، وهذا ما نصت عليه المادة (٢٣٤/ف١) بأنه (إذا كان من تسلم الشيء غير المستحق ناقص الأهلية فلا يكون ملزماً إلا برد ما كسب حتى لو كان سيء النية). وبالتالي فهو غير ملزم برد قيمة المنفعة التي حصل

(١) د. درع حماد عبد، النظرية العامة للالتزامات، القسم الأول، مصادر الالتزام، مكتبة السنهوري، لبنان، بيروت، ٢٠١٦ ص ٤٤٢-٤٤٤.

(٢) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، شركة الطبع والنشر الأهلية بغداد، ص ٥٦١.

عليها من الشيء المقبوض، فإن لم يحصل على منفعة أو بدد ما دفع إليه فيما لا يعود عليه بالنفع أو أنفقه على ملذاته فلا يلتزم برد الشيء^(١).

وينتقد جانب من الفقه العراقي^(٢) حكم المادة (٢٣٤/ف١)، ويتساءل إذا كان ناقص الأهلية سيء النية أفلا يمكن الرجوع عليه على أساس من المسؤولية التقصيرية بدلاً عن الاكتفاء بالرجوع عليه بما كسب فقط؟، ثم يجيب بأن هذا الحكم غير عادل.

أما بشأن (الفقرة الثانية) من المادة (٢٣٤) مدني عراقي، فتنص على أنه (وكذلك إذا أبطل عقد ناقص الأهلية فلا يرد إلا ما كسبه بسبب تنفيذ العقد). فهذا النص زائد ويمكن الاستغناء عنه، والاكتفاء بالقاعدة العامة لكونه مجرد تكرار لما ورد في المادة (١٣٨/ف٣) تنص على أنه (ومع ذلك لا يلزم ناقص الأهلية إذا أبطل العقد لنقص أهليته أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد).

وفي ختام هذه الفقرة، نتفق مع من يرى^(٣) بضرورة تعديل أحكام الفصل الرابع من الباب الأول من الكتاب الأول من القانون المدني العراقي، وجعل الكسب دون سبب بمثابة الأساس القانوني للتعويض عن الكثير من الحالات التي تحصل وتؤدي إلى افتقار أحد الطرفين في مقابل إثراء الطرف الآخر، والتي لا توجد معالجات حقيقية بشأنها، ومن أبرز تلك الحالات :-

١ - **حالاتي إبطال العقد أو فسخه** : إضافة مادة قانونية إلى القواعد العامة في الكسب دون سبب، بحيث تسمح للمدعي المفقر الرجوع على المدعى عليه المثري بدعوى الكسب دون سبب، عندما يحصل الأثر على حساب الطرف الآخر من عقد تم إبطاله أو فسخه، إذ يلتزم المثري برد ما

(١) د. عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في القوانين المدنية العربية، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، ٢٠١٥، ص ٤٤٦.

(٢) ينظر بهذا الشأن / د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، المصدر السابق، ص ٦٤٤. وأيضاً ينظر / د. مصطفى أبراهيم الزلمي، نظرية الالتزام برد غير المستحق، مصدر سابق، ص ١٠٤.

(٣) ينظر / د. يونس صلاح الدين علي، شبه العقد في القانون الإنكليزي دراسة مقارنة بالمدفوع دون وجه حق في القانون المدني العراقي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، العدد ١، ٢٠٢١، ص ٦٢-٦٣.

تسلمه قبل الإبطال أو الفسخ مع تعويض الطرف الآخر عن الأضرار التي لحقت به، شريطة أن يكون المفترق قد نفذ التزامه.

٢- **حالة الوفاء للدائن الظاهر** : تخصيص نص يسمح للدائن الحقيقي الرجوع على الدائن الظاهر بدعوى الكسب دون سبب على أساس ما قبضه، إذا كان المدين قد أوفى للدائن الظاهر بسبب وقوعه في غلط معتقداً أنه الدائن الحقيقي، وقد برأت ذمة المدين بإجازة الدائن الحقيقي لهذا الوفاء.

٣- **حالة الضرورة** : في إطار المادة (٢١٣) مدني عراقي، يجب منح محدث الضرر حق الرجوع على الغير الذي وقع الضرر وقاية له (بما كسب ذلك الغير نتيجة الوقاية)، وفقاً لقواعد الكسب دون سبب، بعد أن يكون المضرور قد حصل على حقه بالتعويض من محدث الضرر على أساس قواعد المسؤولية عن عمله غير المشروع. ولتوضيح ذلك نذكر نص المادة (٢/٢١٣) التي تنص على أنه (فمن سبب ضرر للغير وقاية لنفسه أو لغيره من ضرر محقق يزيد كثيراً على الضرر الذي سببه، لا يكون ملزماً إلا بالتعويض الذي تراه المحكمة مناسباً). فمن احدث الضرر وقاية لغيره لا بد من الرجوع على هذا الغير، لأن محدث الضرر قد دفع تعويضاً مناسباً لمن وقع عليه الضرر.

٤- **استحالة تنفيذ العقد** : قد تحصل حوادث معينة لا يمكن دفعها أو توقعها تؤدي إلى استحالة تنفيذ العقد وانقضاء الالتزامات الناشئة عنه، فيجب إعطاء الطرف الذي نفذ التزامه ولم يحصل على أي شيء من الطرف الآخر، إقامة دعوى لرد غير المستحق على أساس الكسب دون سبب، وذلك لاسترداد المبالغ التي دفعها أو قيمة المنافع أو الخدمات التي قدمها إلى الطرف الآخر.

المبحث الثاني

أحكام يد الأمانة

بعد أن بينا فيما سبق مفهوم يد الأمانة سواء من حيث الوقوف على تعريفها في الفقه الاسلامي والقانون المدني، أو من حيث بيان مصادرها المختلفة المتمثلة بالتصرفات والوقائع القانونية، فلا بد من الوقوف على أحكامها، سواء تمثلت بتحول اليد من أمانة الى ضمان وبالعكس، أو بالوقوف على التزامات الأمين و مسؤوليته، إذ أن وضع اليد على ملك الغير يجعل من صاحب اليد ملتزماً بحفظ الشيء و رده.

لكن السؤال الذي يُثار هنا هو انه هل يكفي أن يلتزم واضع اليد (الأمين) ببذل عناية ام ان التزامه هو التزام بتحقيق نتيجة ؟. ثم ماهي مسؤولية الأمين في الفقه الاسلامي والقانون المدني، هل يعد غير مسؤول عن هلاك الشيء أو تلفه في جميع الأحوال، أم أن لتعدي الأمين أو تقصيره دوراً في تضمينه، وهل يعتد بالشرط من أجل التشديد على مسؤولية الأمين أم أن تلك المسؤولية ثابتة بنص الشارع والقانون؟.

وعليه سنتولى تقسيم هذا المبحث على ثلاثة مطالب، نبين في المطلب الأول تحوّل يد الامانة، اما المطلب الثاني فسيكون لالتزامات الأمين، في حين سنخصص المطلب الثاني لبيان مسؤولية الأمين.

المطلب الاول

تحوّل يد الامانة

يد الأمانة توضع على ملك الغير، ولا يعد صاحبها مسؤولاً عن هلاك العين أو تلفها ما لم يكن ذلك بتّعدٍ أو تقصير منه، وهي تتحول أما إلى يد ملك ومن ثم تخول صاحبها سلطات المالك جميعاً، أو تتحول إلى يد ضمان إذا ما توافر سبباً من أسباب التحول، كما لو تعدى الأمين على الأمانة أو فرط في حفظها، أو بتحول نية الأمين على الأمانة، فبعد أن كان يضع يده عليها بوصفه نائباً عن المالك، تحولت نيته أثناء القبض إلى نية تملك، كيد الوديعة على الأمانة فهو يحوزها بوصفه نائباً عن المودع، فإذا تحولت نيته إلى تلك الوديعة دون حق، تحولت يده إلى يد

ضمان، ومن ثم يعد مسؤولاً عن هلاك الشيء أو تلفه حتى في حالة السبب الأجنبي، وعليه سنقسم هذا المطلب على فرعين، نبين في الفرع الأول تحوّل يد الأمانة إلى يد ملك، في حين نخصص الفرع الثاني لتحوّل يد الأمانة إلى يد ضمان.

الفرع الأول

تحوّل يد الأمانة إلى يد ملك

لقد مر بنا فيما سبق^(١) أن الأمين يحوز الشيء الذي تحت يده بأعتبره نائباً عن المالك، سواء باتفاق بينهما كما في حالة عقد الوديعة والإيجار، أو بدون عقد كما في حالة اللقطة بدون نية التملك أو كما لو ألفت الريح في دار شخص مال أحد، ومن ثم ليس بمقدور صاحب يد الضمان من ممارسة سلطات المالك على الشيء إلا بأذن منه.

ومع ذلك تتحول اليد من يد أمانة إلى يد ملك في حالات مختلفة، منها في نطاق العقد، فقد يوجد الشيء تحت يد شخص غير المالك بصفته مستأجراً أو مودعاً لديه، ثم يتفق مع المالك على شراء هذا الشيء، وبذلك تتحول يده من يد أمانة إلى يد ملك، وهذا يحصل في حالة التسليم المعنوي، وهو التسليم الذي يتم بمجرد تراضي الطرفين ودون حاجة إلى استيلاء المشتري مادياً على المبيع، بل بمجرد تغيير نيته في حيازة المبيع^(٢). حيث نصت على ذلك المادة (٥٣٩) من القانون المدني العراقي بأنه (إذا كانت العين المبيعة موجودة تحت يد المشتري قبل البيع فاشتراها من المالك فلا حاجة إلى قبض جديد سواء كانت يد المشتري قبل البيع يد ضمان أو يد أمانة).

وفي نطاق الحقوق العينية، تُعد الحيازة سبباً من أسباب كسب الملكية إذا توافرت شروطها، وتُعد يد الحائز حسن النية يد أمانة أثناء مدة حيازته، فإذا تمت مدة النقاد التي حددها القانون تحولت يده من يد أمانة إلى يد ملك^(٣).

(١) وذلك عند التعريف بيد الأمانة في المطلب الأول من المبحث الأول من هذا الفصل.

(٢) د. سعيد مبارك، د. طه الملا حويش، د. صاحب عبيد الفتلاوي، الموجز في العقود المسماة، البيع - الإيجار - المقاوله، ط٤، مصدر سابق، ص ١٠١.

(٣) د. محمد وحيد الدين سدار، الحقوق العينية الأصلية، ج ٢، أسباب كسب الملكية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ١٩٩٥، ص ٢٥٠.

وكذلك الحكم في حالة إزالة الشيوخ، إذ الأصل أن كل شريك أجنبي في حصة الآخر، فإذا حاز أحد الشركاء المال الشائع كله، فهنا يُعد أصيلاً في حدود حصته ونائباً عن شركائه، ومن ثم تُعد يده يد أمانة فلا يضمن حصتهم إلا بتعديده، حيث نصت على ذلك المادة (٣/١٠٦٢) من القانون المدني العراقي بأنه (وحصة كل شريك أمانة في يد الآخر، فإذا أتلّفها بتعديده ضمن). أما إذا أزيل الشيوخ، وتملك الشريك (واضع اليد) حصص شركائه الآخرين، تحولت يده هنا من يد أمانة إلى يد ملك، ويستطيع بعدها ممارسة كافة سلطات المالك، وبالمقابل يتحمل تبعة هلاك الشيء من وقت التحول.

وهكذا بالنسبة إلى القرار القضائي الذي يكسب الملكية لمن يصدر القرار لمصلحته، فإذا كان المكتسب للملكية بالقرار القضائي حائزاً للشيء قبل ذلك، تحولت يده من يد على ملك الغير إلى يد المالك. كما يسري ذلك على من كسب الملكية بنص القانون، فإذا كان مجرد حائز للمال قبل تملكه تحولت يده على ملك الغير إلى يد المالك، مثال ذلك تملك دور الدولة لشاغلها إذا توافرت فيهم الشروط القانونية المطلوبة، عندئذ تتحول يد الشاغل إلى يد مالك بنص القانون^(١).

ويمكن أن نلتبس حالة من حالات تحول يد الأمانة إلى يد ملك من خلال قرار صادر من محكمة التمييز الاتحادية في عام (٢٠١٩) مفاده (أنّ المطالبة بأجر المثل تدور وجوداً وعدماً مع تحقق واقعة الغصب، وأن المميز / المدعى عليه/ وزير الدفاع و وزير المالية إضافة لوظيفتهم، لا يُعد غاصباً للقطع موضوع الدعوى والتي تم اطفاء حق التصرف بها لمصلحته، وأن التراخي من قبله في تسجيل العقارات (حق التصرف) بأسمه لا يفقد القرار قيمته القانونية، حيث لم يتم إلغاؤه ولا زال قائماً و بإمكان المميز عليهم/ المدعون / المطالبة بحقوقهم المتأتية عن قرار لجنة الإطفاء، وفقاً للطريق الذي رسمه قانون الاستملاك وقانون توحيد أصناف أراضي الدولة رقم (٥٣) لسنة (١٩٧٦) والتعليمات الصادرة بموجبه)^(٢).

(١) د. ليلى عبدالله الحاج سعيد، وضع اليد على ملك الغير المصدر السادس للالتزام، ط١، مطبعة الجبل العربي، الموصل، ٢٠٠١، ص ١٩٧.

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٤٠ / ٦٠ / الهيئة الموسعة المدنية / ٢٠١٩ في ٢٠١٩/٢/١٨.

كما قضت المحكمة ذاتها في قرار آخر صادر في عام (٢٠١٩) بأن (قيام المدعى عليه بوضع اليد على الأرض والتزامه باستغلالها ومباشرته بذلك تنفيذاً لأحكام القانون رقم (٤٢) لسنة (١٩٨٧) وفقاً لنظام البلوكات والذي تم إقراره بموجب قرار لجنة الأراضي والأستيلاء بهذا الشأن، لا يجعله غاصباً للأرض لأنه وضع يده بمسوخ قانوني ولا يرتد عليه عدم تصديق قرار لجنة الأراضي والأستيلاء من الجهات المختصة أو عدم إصدارها لقرار جديد)^(١).

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٤٣٠٣/ الهيئة الاستئنافية عقار / ٢٠١٩، في ٢٠١٩/٩/٣٠. حيث نص الحكم على أنه (... ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد بأنه صحيح وموافق للقانون لان المدعين قد طلبوا في عريضة دعواهم الابتدائية الحكم بإلزام المدعى عليه برفع تجاوزه في قطعة الأرض المرقمة ٣٧م/٦ الجاون والتي لهم فيها سهام شائعة مع شركاء آخرين في حق التصرف فقط وبعد اجراء الكشف الموقعي على القطعة اعلاه قدم الخبير المساح مرتسمه المؤرخ ٢٠١٨/١١/٣ والمتضمن بان المدعى عليه يشغل مساحة قدرها ٧٤،٣ دونما منها يقع على القطعة المرقمة ٢/٩ وبمساحة قدرها ٤٩،٣ دونما والجزء الاخر يقع على القطعة المجاورة ٣٧م/٦ موضوعة الدعوى وبمساحة قدرها ٢٥ دونما وان جميع المعالم والحدود تعرضت للاندثار بسبب اعمال الاستصلاح كون المقاطعة مشمولة بأحكام قانون اعادة تنظيم الملكية الزراعية في مشاريع الاستصلاح رقم ٤٢ لسنة ١٩٨٧ وتحولت الى نظام البلوكات وجاء ملحق تقرير الخبير المساح المؤرخ ٢٠١٩/١/٢٢ ليؤكد وضع المدعى عليه يده على القطعة ٥/٦ وفقاً لمخططات القانون ٤٢ لسنة ١٩٨٧ وخارطة الكاد سترو بمساحة قدرها ٢م٢٩١٢ وقد اشر باللون الاصفر وبعد ادخال وزير الزراعة اضافة لوظيفته شخصاً ثالثاً للاستيضاح منه أكد ممثله القانوني في لائحته المؤرخة ٢٠١٩/٥/١٢ بان المقاطعة ٣٧ الجاون الغربي مشمولة بأحكام القانون رقم ٤٢ لسنة ١٩٨٧ الا ان قرار لجنة الاراضي و الأستيلاء على المقاطعة اعلاه رغم صدوره الا انه لم ينفذ بسبب الظروف التي مرت على البلد واحترق القرار الأصلي الخاص بالمقاطعة وان الاستقلال الحالي من قبل المزارعين واصحاب الحقوق التصرفية هو استغلال صحيح على نظام البلوكات وفق احكام القانون رقم ٤٢ لسنة ١٩٨٧ وقرار لجنة الاستيلاء الذي يلغي كافة الخرائط القديمة المعتمدة في دوائر التسجيل العقاري ومن ثم اصدار خرائط جديدة من قبل لجان الاراضي والاستيلاء وبهذا فإن دعوى المدعين فاقدة لسندها القانوني وذلك لثبوت شمول القطعة موضوعة الدعوى المرقمة ٣٧م/٦ الجاون الغربي بأحكام القانون رقم ٤٢ لسنة ١٩٨٧ والذي نفذ من تاريخ صدوره وبهذا تعتبر اثاره القانونية والواقعية التي افرزها تنفيذه فورية ومشروعة وذلك لتعلق تنفيذه بتنظيم الملكية الزراعية لمشاريع الاراضي المستحصلة وتكون نصوص القانون اعلاه من النظام العام ولا يمكن التفريط او التساهل بتنفيذها لذل فان تقيد المدعى عليه والتزامه باستغلال الارض الزراعية التي خصصت له تنفيذا لما جاء بقرار لجنة الارض والاستيلاء وقيامه بوضع يده على جزء من القطعة موضوعة الدعوى وفقاً لنظام البلوكات تنفيذاً للقانون ٤٢ لسنة ١٩٨٧ يجعل يده على الارض موضوعة الدعوى بمسوخ قانوني وشرعي ولا يعتبر غاصباً كما لا يرتد عليه عدم قيام الجهات المختصة بعدم تصديق قرار لجنة الاراضي والاستيلاء او عدم المباشرة مجدداً بأصدار قرار جديد طالما كان وضع يده قد جاء بناء على موافقة الجهات الرسمية المختصة بتطبيق احكام القانون رقم ٤٢ لسنة ١٩٨٧ بهذا تكون دعوى المدعين واجبة الرد وهذا ما قضى به الحكم البدائي والذي تم تأييده استئنافاً بموجب الحكم المميز والذي جاء متفقاً وأحكام القانون وتأسيساً على ما تقدم قررت المحكمة تصديق الحكم المميز ورد عريضة الطعن التمييزي (...).

الفرع الثاني

تحول يد الأمانة إلى يد ضمان

تنقسم اليد إلى يد أمانة ويد ضمان، ولكل منهما معيار يحددها، وحكم يختص بها، فيد الأمانة لا تتحمل بحسب الأصل تبعة هلاك ما تحتها من الأموال مالم تتعدّ أو تفرط، ويد الضمان تضمن ما تحتها من الأموال، أيّاً كان سبب هلاكها أو تلفها بما في ذلك السبب الأجنبي. وتتحول اليد من أمانة إلى ضمان أو بالعكس، وما يعيننا في هذا السياق هو حالات تحول اليد من أمانة إلى ضمان فقط ^(١)، وقد ذكر الفقهاء المسلمون أبرز تلك الحالات المتمثلة بالتعدي والتقصير، ومخالفة الشرط، والتجهيل عند الموت، و اقتضاء المصلحة، وقيام التهمة بالأمين، و اشتراط الضمان عليه، وجود الأمانة، وجريان العرف^(٢).

كما يتضمن القانون المدني بعضاً من حالات تحول اليد من أمانة إلى ضمان، وذلك من خلال التطبيقات المنتشرة في ثنائه، ومنها تحول اليد بتحول نية صاحبها، وإخلال الأمين بالتزامه بالحفظ والرد، واعتداء الأمين على الشيء الموجود تحت يده، وأتفاقه مع صاحب الشيء، كما أن لنص القانون، والحكم القضائي دوراً في تحول اليد.

وقد وضع المشرع العراقي معياراً عاماً لتحول يد الأمانة إلى يد ضمان وذلك في المادة (٤٢٧) من القانون المدني التي تنص على أنه : (١- تكون اليد يد ضمان إذا حاز صاحب اليد الشيء بقصد تملكه، وتكون يد أمانة إذا حاز الشيء لا بقصد تملكه بل بأعتباره نائباً عن المالك. ٢- وتنقلب يد الأمانة إلى يد ضمان إذا كان صاحب اليد ولو بغير قصد التملك قد حبس الشيء عن صاحبه دون حق أو أخذه بغير إذن).

وبذلك فأن قيام الأمين بحبس الشيء عن صاحبه دون وجه حق أو أخذه بغير إذن يحول اليد من أمانة إلى ضمان، ويحوي القانون المدني العديد من التطبيقات التي تؤيد ذلك.

(١) بينما سنبحث حالات تحول يد الضمان إلى يد أمانة، ضمن احكام يد الضمان، وبالتحديد في المطلب الأول من المبحث الثاني من الفصل القادم.

(٢) ينظر / د. وهبة الزحيلي، مصدر سابق، ص ١٥٥ وما بعدها.

وبناءً على ما تقدم ولغرض تبسيط دراسة هذا الفرع و الألمان به، على مستوى الفقه الإسلامي والقانون المدني، مع الإشارة إلى التطبيقات القضائية الحديثة التي تعزز ذلك، سنقسمه على عدة فقرات، نتناول فيها أبرز حالات تحول يد الأمانة إلى يد ضمان، وكما يأتي :-

أولاً / تحول نية صاحب اليد

الأصل أن وضع الشخص يده على ملك غيره بوصفه نائباً عنه، يجعل من يده يد أمانة، وتتحول إلى يد ضمان من وقت تحول نيته إلى تملك ذلك الشيء. فالوديع يده يد أمانة على الوديعة وهو يحوزها بوصفه نائباً عن المودع، فإذا تحولت نيته إلى تملك الوديعة دون حق، تحولت يده إلى يد ضمان. وهكذا بالنسبة إلى المستعير والمستأجر والمرتهن رهناً حيازياً والمليق وغيرهم^(١). ويتضح ذلك جلياً من خلال نص المادة (٤٢٧) - سابق الإشارة إليها - التي عدت اليد أمانة إذا كان واضع اليد نائباً عن المالك، ثم تتحول إلى يد ضمان إذا حبس الشيء عن صاحبه دون حق، سواء كان ذلك بقصد التملك أو بدونه.

ثانياً / التعدي والتقصير

غالباً ما يذكر الفقهاء لفظ التعدي ملحقاً بالتقصير أو التفريط، من دون أن يفصلوا بينهما، فقد ذكروا بشأنهما : (لا يضمن إلا بتعد، وهو فعل ما لا يجوز فعله في المال، أو تفريط وهو التقصير في حفظه، وما يتم به صلاحه)^(٢)، ثم حاولوا بيان الفرق بينهما : (الفرق بينهما أن التفريط أمر عديم، وهو ترك ما يجب فعله من الحفاظ ونحوه، والتعدي أمر وجودي، وهو فعل مالا يجوز فعله، كلبس الثوب ونحوه)^(٣).

كما يقال عند التفرقة بين الإفراط والتفريط، أن الإفراط يستعمل عند تجاوز الحد من جانب الزيادة والكمال، أما التفريط فيستعمل في تجاوز الحد من جهة النقصان والتقصير^(٤). وأن تعدي الأمين

(١) د. ليلي عبدالله الحاج، مصدر سابق، ص ١٧٩.

(٢) زين الدين بن علي العاملي (الشهيد الثاني)، شرح اللمعة، ج ٤، ط ١، منشورات جامعة النجف الدينية، منشورات مكتبة الداودي، قم، مطبعة الأمير، ١٤١٠هـ، ص ٢٠٣.

(٣) زين الدين بن علي العاملي، مسالك الأفهام، ج ٥، ط ١، مصدر سابق، ص ١٠١.

(٤) علي بن محمد الشريف الجرجاني، معجم التعريفات، دار الفضيلة للنشر والتوزيع والتصدير، القاهرة، بدون سنة طبع، ص ٣٠.

موجب لضمانه، وذلك بتحول يده من يد أمانة إلى يد ضمان، كتعدي الوديع على الوديعة بإتلافها، أو الانتفاع بها دون إذن صاحبها كركوب الدابة ولبس الثوب، فإنه يصير ضامناً، حتى ولو كان التلف بسبب أجنبي. كما أن تفريط الأمين في المحافظة على الأمانة يجعله ضامناً لها، كونه قد تسبب في إتلافها أو هلاكها^(١).

ومن صور تعدي الأمين وتقصيره في القانون المدني ومن ثم تحول يده من يد أمانة إلى يد ضمان، خلط الوديعة بغيرها بحيث يتعذر تفريقها، إذ جاء في المادة (١/٩٥٥) من القانون المدني العراقي التي تنص بأنه (إذا خلط الوديع الوديعة بماله أو بمال غيره بلا إذن صاحبها بحيث يتعسر تفريق المالين، فعليه ضمانها سواء كان المال الذي خلط بها من جنسها أو من غيره، وأن خلطها خلطاً غيره يتعسر معه تفريقها، فالضمان على الخالط). كما يُعد استعمال الوديع للوديعة بدون إذن صاحبها صورة أخرى من صور التعدي عليها ومن ثم ضمانها، حيث نصت على ذلك المادة (١/٩٥٦) بأنه (ليس للوديع أن يستعمل الوديعة وينتفع بها دون إذن صاحبها، وأن استعملها بلا إذنه وهلكت فعليه ضمانها). وكذلك إذا أنكر الوديع الوديعة، يكون في حكم الغاصب، وتتحول يده من يد أمانة إلى يد ضمان، بموجب المادة (٢٠١) مدني عراقي.

كما يُعد تعدياً، قيام المستأجر بالبناء أو الغراس في المأجور عند انتهاء عقد الإيجار، بدون موافقة المؤجر أو دون علمه، ومن ثم يلزم بهدم البناء وقلع الغراس، كونه متعدياً ويده تحولت من يد أمانة إلى يد ضمان، حيث نصت المادة (١/٧٧٤) من القانون المدني العراقي بأنه (إذا أنقضت الإجارة وكان المستأجر قد بنى في المأجور بناء أو غرس فيه أشجار أو قام بتحسينات أخرى مما يزيد قيمته، وكان ذلك على الرغم من معارضة المؤجر أو دون علمه ألزم المستأجر بهدم البناء وقلع الأشجار وإزالة التحسينات، فإذا كان ذلك يضر بالمأجور جاز للمؤجر أن يمتلك ما استحدثه المستأجر بقيمته مستحقة للقلع).

وقد طبق القضاء العراقي ذلك في العديد من قراراته، ومنها قرار محكمة التمييز الاتحادية الصادر عام (٢٠١٧)، ومفاده (أن يد المستأجر هي يد أمانة وتنقلب بعد انتهاء عقد الإيجار إلى يد ضمان وغاصبة، وما يحدثه المستأجر بعد انتهاء عقد الإيجار من الترميمات والإصلاحات

(١) د. وهبة الزحيلي، مصدر سابق، ص ١٥٦.

تُعد تبرعاً لا سيما وأن المأجور هو فندق سياحي والغرض من الترميمات التي أقدم عليها المستأجر لتحقيق مصالح شخصية بغية الحصول على أكبر كسب مادي، وبذلك يكون المستأجر سيء النية وتكون دعواه بالمطالبة بقيمة الترميمات لا سند لها في القانون^(١).

ثالثاً / التجهيل

يستعمل الحنفية مصطلح " التجهيل عند الموت " ويقصدون به ألا يبين الأمين عند موته حال ما بيده من مال الغير، مع علمه أن ورثته لا يعلمون تلك الحقوق، أي لا يعرفون كونها أمانة عنده^(٢).

ولذلك فإن الأمين يضمن التجهيل، لأنه بالتجهيل يصير ممتلكاً للأمانة فتصير ديناً في تركته، ولأنه بالتجهيل سلط غرماءه و ورثته على أخذها، فينقلب ضامناً بذلك^(٣)، حيث ذكر أحد الفقهاء بأن (الأمانات تنقلب مضمونة بالموت عن تجهيل إلا في ثلاث : الناظر إذا مات مجهلاً غلات الوقف، والقاضي إذا مات مجهلاً أموال اليتامى عند من أودعها، والسلطان إذا أودع بعض الغنيمة عند الغازي ثم مات ولم يبين عند من أودعها)^(٤).

وقد قننت مجلة الأحكام العدلية آراء الفقهاء بهذا الخصوص، وبيّنت أن يد المستودع يد أمانة حال حياته وبعد وفاته ما دامت العين موجودة عيناً في تركته، غير أن يده تنقلب إلى يد ضمان إذا مات مجهلاً، ولم يبين حال الوديعة، فتستوفي من تركته. حيث نصت المادة (٨٠١) من المجلة على أنه (إذا توفي المستودع وكانت الوديعة موجودة عيناً في تركته، فيما أنها أمانة بيد وارثه أيضاً ترد لصاحبها... وإذا لم يبين المستودع حال الوديعة فيكون قد توفي مجهلاً فتستوفي من تركته مثل سائر ديونه...).

وجاء القانون المدني العراقي متأثراً بما ذهبت إليه المجلة في هذا الشأن، فنصت المادة

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية، بالعدد ٩٥٩ / الهيئة الاستئنافية عقار / ٢٠١٧ / ت ٨٥٣، في ٢٠١٧/٩/١٢.

(٢) شهاب الدين الحموي، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، ج ٣، ط ١، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٩٨٥ م، ص ١٤٧-١٤٨.

(٣) أبين الهمام، فتح القدير على الهداية، ج ٦، دار الفكر، بيروت، لبنان، بدون سنة طبع، ص ٢٤١.

(٤) الشيخ زين الدين بن أبراهيم المعروف بـ (أبن نجيم)، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٩٨٥، ص ٢٧٥.

(٩٧٠) منه على أنه: (١- إذا مات الوديع و وجدت الوديعة عيناً في تركاته فهي أمانة في يد الوارث. ٢- وإذا مات الوديع مجهلاً حال الوديعة ولم توجد في تركته ولم تعرفها الورثة تكون ديناً واجباً أدائه من تركته ويشارك المودع سائر غرماء الوديع).

رابعاً / إخلال الأمين بالتزاماته

يلتزم الأمين بالحفظ والرد^(١)، فيلتزم بالمحافظة على الأمانة و وضعها في حرز مثلها، و درء خطر الهلاك عنها، ويختلف الالتزام بالحفظ باختلاف صور الأمانة، وهل هي لمصلحة الأمين، أم لمصلحة المالك أم لمصلحتهما المشتركة، وفي جميع الأحوال إذا أخل الأمين بالتزامه بالحفظ - بحسب طبيعة العناية المطلوبة منه - تحولت يده منذ تلك اللحظة من يد أمانة إلى يد ضمان. كما يلتزم الأمين برد الأمانة إلى صاحبها، إذا توافرت شروط الرد وأنتفت موانعه، فإذا أمتنع عن ذلك أو حتى تأخر فيه دون عذر مشروع، تحولت يده إلى يد ضمان، ولا يشترط هنا لهذا التحول أن تتوافر لدى الأمين نية التملك، فقد تكون نيته باقية بوصفه نائباً عن المالك، ومع ذلك تتحول يده من يد أمانة إلى يد ضمان بالحبس دون حق^(٢).

فيد الوديع يد أمانة، ولا تتحمل تبعه الهلاك بسبب أجنبي، ولا تكون ضامنة إلا بالتعدي أو التقصير، فإذا أخل بالتزامه برد الوديعة، كأن أمتنع عن ردها دون عذر بعد أنتهاء مدة الإيداع، أو جردها بلا عذر بعد مطالبة المودع بها، انقلبت يده إلى يد ضمان وتحمل تبعه هلاكها ولو بسبب أجنبي^(٣).

ومن التطبيقات التشريعية الأخرى لتحول يد الأمانة إلى ضمان، بسبب إخلال الأمين بالتزاماته، ما ورد في المادة (٨٦٠) من القانون المدني العراقي، بمناسبة إخلال المستعير بالتزامه بالرد، حيث نصت على أنه (١- متى أنتهت الإعارة وجب على المستعير أن يرد العارية إلى

(١) سنتولى تفصيل التزامات الأمين سواء بالحفظ أو الرد في المطلب الثاني (القادم)، وسنقتصر هنا على بيان أثر الإخلال بهذه الالتزامات على تحول يد الأمين من يد أمانة إلى يد ضمان.

(٢) د. ليلي عبدالله الحاج، مصدر سابق، ص ١٧٩- ١٨٠.

(٣) د. يونس صلاح الدين علي، المسؤولية المدنية الناجمة عن إخلال الوديع بالتزامه بالمحافظة على الوديعة وردها في القانون الإنكليزي " دراسة مقارنة بالقانون المدني العراقي "، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، العدد ٢، ٢٠١٩، ص ٢٠٠-٢٠١.

المعير بنفسه أو على يد أمينه، فإن كانت من الأشياء النفيسة سلمها ليد المعير نفسه، وإلا فلمن يقضي الاتفاق أو العرف بتسليمها إليه. ٢- إذا **أخل المستعير** بالالتزام المتقدم ذكره وتلفت العارية أو نقصت قيمتها، **لزمه الضمان**).

كما يُعد إخلال المستأجر بالتزامه برد المأجور بعد أنقضاء الإجارة أو استعماله دون أن، سبباً لتحول يده من الأمانة إلى الضمان، وهذا ما بينته المادة (٧٧٣) من القانون المدني العراقي التي تنص على أنه (يبقى المأجور أمانة في يد المستأجر عند أنقضاء الإجارة كما كان أثناءها، فإذا استعمله المستأجر بعد أنقضاء الإجارة وتلف ضمن، **ومكذلك لو طلبه المؤجر عند أنقضاء الإجارة من المستأجر فأمسكه دون حق ثم تلف ضمن**).

ويبدو أن هذه النصوص ما هي إلا تطبيقاً للقاعدة الواردة في المادة (٤٢٧) من القانون المدني، التي بينت أن اليد تنقلب من أمانة إلى ضمان إذا قام صاحب اليد ولو بغير قصد التملك بحبس الشيء عن صاحبه دون حق أو أخذه بغير إذنه.

وقد طبق القضاء العراقي ذلك في العديد من قراراته، ومنها قرار محكمة أستئناف بابل بصفتها التمييزية، بشأن دعوى مقامه بين إحدى دوائر الدولة (وزارة المالية)، وأحد الموظفين الذي كان يشغل الدار بصفة مستأجر ويرفض الإخلاء بحجة أنه حائز مدة تزيد عن (ثلاثين سنة)، وقد عدته المحكمة غاصباً للدار ومن ثم تحولت يده من أمانة إلى ضمان، وذلك بعد إحالته على التقاعد والتنفيذ عليه من قبل دائرته، حيث جاء مبدأ القرار (أن الحيازة هي وضع مادي يسيطر الشخص بنفسه أو بالواسطة سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه أو يستعمل بالفعل حقاً من الحقوق أستناداً لأحكام المادة (١١٤٥) من القانون المدني، وبما أن المدعي كان يشغل الدار العائدة لدائرة المدعى عليه / وزارة المالية، بصفة مستأجر وتم إحالته على التقاعد، والتنفيذ عليه من قبل دائرته بوجوب تخلية الدار وفقاً لأحكام القرار المرقم (١٠٠) لسنة (١٩٨٧) بموجب الإضارة التنفيذية المفتوحة لدى مديرية التنفيذ، مما يجعل منه غاصباً للدار وليس له إقامة دعوى منع تعرض، إذ إنَّ الحيازة يجب أن تكون مستندة إلى أسباب مشروعة)^(١).

(١) قرار محكمة أستئناف بابل بصفتها التمييزية، بالعدد ١٠٠ / ت / حقوقية / ٢٠١٨. في ١٣ / ٧ / ٢٠١٨.

وفي مناسبة أخرى عدت محكمة التمييز الاتحادية في قرارها الصادر عام (٢٠١٨)، أن يد المطلقة على العقار المخصص لها بموجب حق السكنى، يد أمانة، وتتحول إلى يد ضمان عند انتهاء المدة التي حددها القانون، كونها قد رفضت إخلاءه دون وجه حق، أو مبرر مشروع، حيث جاء في مبدأ الحكم : (تتحول المطلقة إلى غاصبة للعقار الذي تسكنه بموجب حق السكنى، بعد انتهاء مدة (الثلاث سنوات) المحددة لها وفقاً لأحكام القانون رقم (٧٧) لسنة (١٩٨٣) المعدل، فيكون استمرار أشغالها يُعد ذلك غصباً لمنفعة العقار، وحيث أن المغصوب أن كان عقاراً يلزم الغاصب برده إلى صاحبه مع أجر مثله عملاً بأحكام المادة (١٩٧) من القانون المدني)^(١).

وأكدت محكمة التمييز الاتحادية بشكل صريح تحول يد المطلقة من أمانة إلى ضمان، وذلك في حكم آخر صدر عنها حديثاً عام (٢٠٢١) حيث جاء فيه (تختص محكمة الأحوال الشخصية التي منحت الزوجة المطلقة حق السكن في الدار أو الشقة لمدة ثلاث سنوات أستانداً للقانون رقم (٧٧) لسنة (١٩٨٣) بنظر دعوى الإخلاء التي يقيمها الزوج في حال إخلالها لشروط القانون خلال المدة القانونية الممنوحة لها والمذكورة أعلاه، أما في حال انتهاء هذه المدة وبقائها في الدار أو الشقة السكنية فأن يدها تنقلب من يد أمانة إلى يد ضمان، وتكون محكمة البداية هي المختصة نوعياً بنظر دعوى إعادة تسليم الدار أو الشقة السكنية للزوج)^(٢).

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٣٧٨ / الهيئة المدنية / ٢٠١٨، في ٢٠١٨/٢/١٨.

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٣٨٤ / الهيئة الموسعة المدنية / ٢٠٢١ في ٢٠٢١/١٢/١٥.

حيث جاء في نص القرار (لدى التدقيق والمداولة من قبل الهيئة الموسعة المدنية لمحكمة التمييز الاتحادية... وقد قررت محكمة بداءة الشامية إحالة الدعوى إلى محكمة الأحوال الشخصية في الشامية في جلسة ٢٠٢١/١٠/٢٠ حسب الاختصاص النوعي وقد قررت محكمة الأحوال الشخصية في الشامية في جلسة ٢٠٢١/١٠/٣١ برفض قرار الاحالة واعادة الدعوى إلى محكمة بداءة الشامية لنظرها حسب الاختصاص النوعي لها مبررة ذلك بان أحكام التخلية تخضع لأحكام القانون المدني وترى هذه الهيئة ان وجهة النظر هذه في غير محلها ولا سند لها من القانون لان المشرع العراقي في القانون رقم (٧٧) لسنة ١٩٨٣ المعدل قانون حق الزوجة المطلقة في السكنى قد اعطى للزوجة المطلقة حق السكن في الدار او الشقة السكنية التي كانت تسكنها مع زوجها لمدة ثلاث سنوات وبلا بدل (المادة الاولى من القانون) وتحت شروط نصت عليها المادة الثانية لذا فان اشغال الزوجة المطلقة للدار او الشقة السكنية العائدة لزوجها سابقاً فان مصدر الالتزام الذي تستند عليه هو حكم القانون وليس علاقة عقدية بينهما. ولان المادة الخامسة من القانون قد اعطت للزوج حق اقامة دعوى لأخلاء الدار أو الشقة السكنية وتسليمها له خالية من الشواغل في حالة اخلال الزوجة المطلقة بأحد الشروط المنصوص عليها في المادة الثانية من القانون ولان عدم استعمال الزوجة المطلقة للدار او الشقة السكنية التي حكمت المحكمة لها بحق السكن بها رغم مرور اكثر من ستة اشهر على

خامساً / نص القانون

يُعدّ نص القانون إحدى حالات تحول اليد من أمانة إلى ضمان، فيد الولي أو الوصي أو القيم يد أمانة على أموال المحجورين، وعليهم أن يبذلوا من العناية في المحافظة عليها وإدارتها ما يبذله الوكيل المأجور وفقاً لأحكام القانون المدني^(١)، وتتحول يدهم من أمانة إلى ضمان إذا ما تصرفوا بشكل لا يسمح به القانون. كما تُعد اليد أمانة بالنسبة للمدفع له حسن النية، وتتحول إلى يد ضمان من الوقت الذي أصبح فيه سيء النية، ولا حق له في المال الذي يقبض، وذلك وفقاً للمادة (٢٣٣) من القانون المدني العراقي^(٢).

سادساً / انتهاء الإباحة بالمطالبة القضائية

من خلال الاطلاع على نصوص القانون المدني و شروحات هذا القانون لم نجد نصاً يشير إلى موضوع الإباحة، ومع ذلك وجدنا الكثير من القرارات القضائية قد تطرقت إليه سواء بصورة مباشرة أو غير مباشرة، وهي في مضمونها تُعد الإباحة سبباً لحرمان المدعي من حقه في أجر

استلامها الدار ومن ضمن المدة القانونية البالغة ثلاث سنوات يتعارض مع الحكمة التشريعية من منحها هذا الحق التي توخاها المشرع من عدم بقائها بلا مأوى بعد الطلاق. ولأن المشرع قد عقد الاختصاص النوعي لمحكمة الاحوال الشخصية المختصة بمنح الزوجة المطلقة حق السكن في الدار او الشقة السكنية بعد طلاقها ووفقاً لمبدأ التوازن تبقى هي المحكمة =المختصة نوعياً بنظر دعوى الاخلاء التي يقيمها الزوج في حالة اخلاء الزوجة المطلقة طالما ان هذا الاخلاء من عدمه قد عالج احكامه نصوص في القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٨٣ المعدل. باستثناء حالة انتهاء المدة القانونية الممنوحة للزوجة المطلقة في حق السكن البالغة ثلاث سنوات وبقائها في الدار او الشقة السكنية، فان يدها تنقلب من يد امانة إلى يد ضمان ففي هذه الحالة تكون محكمة البداة هي المختصة نوعياً بنظر دعوى اعادة تسليم الدار او الشقة السكنية للزوج. ولان الثابت بان المدة القانونية البالغة ثلاث سنوات للمدعى عليها في حقها بالسكن بالدار موضوعة الدعوى لم تنقض وان المدعي يتمسك بعدم استعمال المدعى عليها زوجته المطلقة للدار المحكوم بها فتكون محكمة الاحوال الشخصية في الشامية هي المحكمة المختصة نوعياً بنظر الدعوى ولما كان القرار المميز قد صدر خلاف ذلك مما اخل بصحته وتأسيساً على ما تقدم قررت المحكمة نقض القرار المميز واعادة اضبارة الدعوى إلى محكمة الاحوال الشخصية في الشامية حسب الاختصاص النوعي لنظرها وحسمها وفقاً للقانون على ان يبقى رسم التمييز تابعاً للنتيجة واشعار محكمة بداءة الشامية بذلك وصدر القرار بالاتفاق في ١١/جمادي الأولى/١٤٤٣هـ الموافق ١٥/١٢/٢٠٢١م).

(١) حيث نصت المادة (٤١) من قانون رعاية القاصرين رقم (٧٨) لسنة (١٩٨٠) على أنه (على الولي أو الوصي أو القيم المحافظة على أموال القاصر وله القيام بأعمال الإدارة المعتادة على أن يبذل في كل ذلك ما يُطلب من الوكيل المأجور بذله وفقاً لأحكام القانون المدني).

(٢) د. ليلي عبدالله الحاج، مصدر سابق، ص ١٨٢.

المثل، ولا يتحمل واضع اليد المسؤولية عن هلاك الشيء أو تلفه، كما أن الإباحة تنتهي في جميع الأحوال بالمطالبة القضائية.

حيث جاء في قرار محكمة التمييز الاتحادية صادر عام (٢٠١١) بأنه (تنتهي الإباحة بالمطالبة القضائية وبعدها تصبح يد الحائز يد غاصبة)^(١).

كما بينت المحكمة ذاتها في قرار آخر صادر عام (٢٠٢٠) أن إباحة شخص لأخر الانتفاع بعقاره ولم يطالبه بأجر المثل يُعد بمثابة تبرع، إذ جاء في مبدأ القرار (أن عدم مطالبة مورثة المدعين بأجر مثل العقار حال حياتها وسكوتها عن ذلك، يُعد بمثابة تبرع أو قبول منها بواقع الحال، وما يترتب على ذلك لاحقاً بعدم جواز ورثتها المطالبة بأجر مثل العقار المصوب قبل وفاة مورثتهم للفترة من عام (٢٠٠٣ - ٢٠١٦)، وأن عدم مطالبتها بهذا الحق أثناء حياتها يترتب عليه عدم دخول التعويض عن أجر المثل بإعتباره تعويض احتمالي في تركتها)^(٢).

وهذه الإباحة على فرض صحة وجودها باتفاق صريح أو ضمني، فإنها تنتهي حتماً بالمطالبة القضائية، وهذا ما جاء به قرار محكمة التمييز الاتحادية الصادر عام (٢٠٢١) بأن (الإباحة تنقضي في جميع الأحوال بالمطالبة القضائية)^(٣).

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية، بالعدد ٢٩١٦ / إباحة / ٢٠١١. في ٢٠١١/٩/٤. منشور على الموقع الإلكتروني: WWW.hjc.ig تاريخ الزيارة (٢٠٢٢/٥/٢٢)

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية، بالعدد ١٨٩ / الهيئة الموسعة المدنية / ٢٠٢٠ في ٢٠٢٠/١٢/١٥.

(٣) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٢٩ / الهيئة الموسعة المدنية / ٢٠٢١ في ٢٠٢١/٣/٢٤.

إذ جاء في نص القرار (... وجد أنه صحيح وموافق للقانون ذلك انه جاء اتباعاً لقرار النقض الصادر عن هذه المحكمة بالعدد ١١٤٥/الهيئة الاستئنافية عقار/ ٢٠٢٠ في ٢٠٢٠/٣/٤ حيث كلفت المحكمة المدعى عليه (المميز) بأثبات دفعه بشراء الجزء موضوع النزاع من المدعيتين فعجز عن ذلك وطلب تحليف المدعيتين اليمين الحاسمة وبعد وضع صيغتها طلبت المدعيتان رد اليمين على المدعى عليه وبعد ان عدلت المحكمة صيغة اليمين في محضر ضبط جلسة ٢٠٢٠/١١/٩ تقدم المدعى عليه وادى تلك اليمين وتكون المدعيتان قد خسرتا بما توجهت به تلك اليمين حيث ان اداء تلك اليمين له تأثير في حالة مطالبة المدعى عليه بقيمة المشيدات والتي شيدت بناء على هذا البيع، ذلك ان الاستقلال وان كان بناء على الاباحة فان الاباحة تنقضي في جميع الاحوال بالمطالبة القضائية وتكون دعوى المدعيتين لها سند من القانون وواجبة الاجابة، وحيث ان المحكمة استجابت لدعوى المدعيتين الا انها اوردت في حكمها المميز عبارة الاصرار على حكمها المنقوض والذي لا موجب لذكرها كون ان النقض هو اجرائي وان المحكمة اتبعت قرار النقض فلا مبرر لذكر كلمة الاصرار. لذا فان دعوى المدعيتين لها سند من القانون وهذا ما قضى به الحكم المميز لذا قرر تصديقه ورد الطعن التمييزي (...).

وقد ذكرت المحكمة ذاتها صراحةً ان انتهاء الإباحة يُحوّل يد الشاغل للعقار من يد أمانة الى يد ضمان (غاصبة)، وذلك في قرارها الصادر حديثاً عام (٢٠٢١) حيث جاء فيه (... وحيث ان الإباحة عقد غير ملزم تنتهي بالمطالبة القضائية تتحول فيها يد الشاغل من يد أمانة الى يد غاصبة، وحيث ان المغضوب إن كان عقاراً فيلزم الغاصب برده الى صاحبه مع أجر مثله عملاً بأحكام المادة (١٩٧) مدني، وحيث ان الحكم المميز قد التزم بوجهة النظر القانونية السليمة لذا قرر تصديقه...^(١).

نخلص مما تقدم أن الإباحة تنصب على تخويل طرف لآخر الانتفاع بأمواله دون مقابل، وتكون يد المنتفع يد أمانة خلال تلك الفترة، فهو لا يضمن هلاك المال إلا بتعديه أو تقصيره، وتنتهي الإباحة بالمطالبة القضائية ويصبح واضع اليد بمثابة غاصب من هذا الوقت، ومن ثم تتحول يده من يد أمانة إلى يد ضمان.

سابعاً / كما أورد بعض الفقهاء المسلمين حالات أخرى لتحوّل اليد، كما في حالتي المصلحة والتهمة، ففيما يتعلق بالمصلحة، الأصل أن الصناع كالنجار والصباغ والخياط والخرار، مؤتمنون على ما تحت أيديهم من أموال الغير التي سلمت إليهم على سبيل صنع شيء أو إصلاحه، وأنهم غير ضامين لها مالم يحصل الهلاك بتعدّ أو تقصير منهم، لكن ذهب المالكية في المشهور عندهم وأبو يوسف إلى تضمين هؤلاء الصناع لما تحت أيديهم بناءً على المصلحة وسداً لذريعة الفساد^(٢). وهنالك من يرى أن ذهاب أصحاب هذا الرأي في تضمين الصناع يرجع إلى تأثير عملهم - أي الصناع - في عين المصنوع و ذاته، إذ أن السلعة تتغير بالصناعة ومن ثم لا يعرفها صاحبها أن بيعت في الأسواق، فضلاً عن ذلك فأن القول بعدم ضمانهم يؤدي إلى إتلاف أموال الناس، فإذا تم قبول قولهم في التلف لأدى ذلك إلى بسط أيديهم على أموال الناس ((الأعتداء عليها))^(٣).

^(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية، بالعدد (٣/ الهيئة المدنية/ ٢٠٢١) في (٥/ ١/ ٢٠٢١).

^(٢) محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الأندلسي المعروف بـ (الحفيد)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج٢، ط١، مطبعة صبيح، مصر، بلا سنة طبع، ص ٢٣١ وما بعدها.

^(٣) د. عادل شمران الشمري، قاعدة عدم ضمان الأمين في الفقه الإسلامي، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، السنة الثانية، العدد الثالث، ٢٠١٠، ص ١٣٤.

ولا نتفق مع أصحاب الرأي المتقدم، ممن يعدون ((تضمين الصناع)) حالة من حالات تحول اليد، وكل ما في الأمر أنهم يجعلون من يد الصناع يد ضمان ابتداءً، وذلك تحقيقاً لمصلحة معينة وسداً لذريعة الفساد وحماية لأموال الناس، ومن ثم فلا علاقة لهذه الحالة بتحول يد الأمانة إلى يد ضمان.

أما التهمة، فقد عدّها المالكية وأبو يوسف ومحمد من الحنفية، سبباً لتحول يد الأمانة إلى يد ضمان، والتي تعرف بأنها رجحان الظن وغلبة الاحتمال بشهادة العرف في كذب أدعاء الأمين بأن المال الذي في حيازته قد هلك بدون تعديه أو تفريطه^(١)، ومن ثم فإن رجحان كذبه بشأن هلاك الأمانة تحت يده قد حولها من يد امانة إلى يد ضمان ;

وعلى هذا الأساس فرق فقهاء المالكية عند هلاك المال في يد الأمين بين حالة ما إذا كان المال مما لا يغاب عليه من الأعيان، أي ما كان هلاكه بأمر ظاهر وليس خفي، ففي هذا الفرض لا يكون الأمين ضامناً وذلك لأن التهمة لا تلحقه في هذه الحالة، وبين ما إذا هلك المال في يد الأمين وكان مما يغاب عليه، أي ما يخفى هلاكه، كالحلي والنقود، فإن الأمين في هذا الفرض يكون ضامناً إلا إذا أقام بينة على أنّ هلاك المال لم يكن بسببه، لأن التهمة أننت عنه بقيام البينة، وسبب التفريق بين ما هو ظاهر هلاكه وما هو ليس بظاهر أن التهمة تلحق الأمين فيما يغاب عليه ولا تلحقه فيما لا يغاب عليه^(٢).

(١) شهاب الدين أحمد بن أدریس المعروف بـ (القرافي)، الفروق، ج ٢، مصدر سابق، ص ٢٠٧. وينظر أيضاً / ابن عابدين، رد المحتار، ج ٥، مصدر سابق، ص ٤٠.

(٢) د. عادل شمران الشمري، المصدر السابق، ص ٣٣.

المطلب الثاني

التزامات الأمين

يضع فقهاء المسلمون التزاماً على عاتق الأمين بحفظ الشيء الذي تحت يده و صيانته من التلف، فإن قصر في حفظه أو تعدى عليه فهلك ضمنه، وهذا ما أشار إليه القانون المدني في بعض نصوصه سواء ما تعلق منها بعقد الوديعة أو الإيجار أو العارية، كما يلتزم الأمين بوجوب رد الشيء إلى صاحبه متى طلبه وكان الأمين قادراً على تسليمه، بحيث لا يوجد مانع لرده وبخلاف ذلك يضمنه، وعليه سنتناول هذا المطلب على فرعين، نبين في الفرع الأول إلتزام الأمين بالحفظ، في حين نخصص الفرع الثاني لالتزام الأمين بالرد.

الفرع الأول

التزام الأمين بالحفظ

يلتزم صاحب يد الأمانة بحفظ الشيء الموجود تحت يده إلى أن يرده إلى صاحبه، و كقاعدة عامة فإنَّ إلتزام الأمين بالحفظ يتحدد ببذل عناية وليس تحقيق نتيجة، غير أن السؤال الذي يثار ماهو (معيار الحفظ)؟، أي ما هو الجهد الذي يجب أن يبذله الأمين ليكون قد وفى بالتزامه ومن ثم تبرأ ذمته من الضمان، هل هو (المعيار الشخصي) المتمثل بما يبذله الأمين من عناية في حفظ أمواله الخاصة، أم هو (المعيار الموضوعي) المتمثل ببذل الأمين عناية الشخص المعتاد أي المتوسط الحرص في حفظ أمواله؟؛

للإجابة عن ذلك ومن خلال الأطّلاع على آراء الفقهاء المسلمين ونصوص القانون المدني نجد أن معيار الحفظ يختلف باختلاف تطبيقات يد الأمانة، أي أن معيار الحفظ بالنسبة للوديعة يختلف عن العارية، كما يختلفان عن الإيجار وهكذا بالنسبة للتطبيقات الأخرى، لذا فهي تتحدد تبعاً لنوع الأمانة فقد تكون الأمانة لمصلحة المالك، وقد تكون لمصلحة الأمين، في حين قد تكون لمصلحة الطرفين. وعليه ومن أجل توضيح معيار الحفظ المطلوب من الأمين سنوزع هذا الفرع على ثلاث فقرات وكما يأتي :-

تعد الأمانة لمصلحة المالك إذا أنتقلت العين إلى يد غير مالكة بإذن من المالك أو الشارع أو القانون، وكانت منافعها خالصة للمالك، كالوديعة والوكالة بغير أجر واللقطة، والأمين هنا يكون ملتزماً بحفظ الأمانة كحفظه لماله، وقد أضاف الفقهاء المسلمون لذلك شرط إلا يكون مقصراً عرفاً في حفظ تلك الأموال^(١).

فمعيار الحفظ وفقاً لما تقدم يجمع بين المعيار الشخصي والمعياري الموضوعي، وذلك لأن الأمين لا يكون مسؤولاً إلا عن العناية التي يبذلها في شؤونه الخاصة أو حفظ ماله الخاص حتى ولو كانت هذه العناية أقل من عناية الشخص المعتاد، أما إذا كان الأمين حريصاً في شؤونه الخاصة بحيث يبذل من العناية أعلى مما يبذله الشخص المعتاد، فلا يكن مسؤولاً أو يطلب منه إلا عناية الشخص المعتاد^(٢).

والسبب وراء ذلك هو أن الأمين هنا يعد متبرعاً للمالك في حفظ الشيء، فأن كان حريصاً ويبذل من العناية الكثير في حفظ أمواله الخاصة، فمن غير المنطقي أن يطلب منه أن يبذل تلك العناية بشأن حفظ أموال الغير، كون العناية المطلوبة بالأساس في الألتزام بعناية هي عناية الشخص المعتاد فلا يكلف بأكثر من ذلك.

ونظراً لكون الوديعة تعد من أقوى صور الأمانة، وحكمها هو لزوم الحفظ للمالك، فالأيداع من جانب المالك استحقاق ومن جانب الوديع ألتزام بالحفظ، لذا سنتولى التركيز فيها هنا باعتبار أن الأمانة فيها لمصلحة المالك. ولتنفيذ التزام الوديع بالحفظ لا بد من وضع الوديعة في مكان حرز أمين، كما يجب التطرق إلى كيفية حفظ الوديع للوديعة بنفسه أو الاستعانة بغيره، وكذلك معيار الحفظ وشروطه، وعليه لتبسيط ذلك نتولى بيانه من خلال نقطتين وكما يأتي :-

١ - حفظ الوديع للوديعة بنفسه أو عند غيره

يرى الفقهاء المسلمون أنه بحسب الأصل يجب على الوديع أن يتولى حفظ الوديعة بنفسه كونه ملزم في ذلك بموجب عقد صحيح أساسه الحفظ، كما أتفقوا على عدم جواز حفظ الوديعة

(١) د. ليلي عبد الله الحاج سعيد، مصدر سابق، ص ١٤٣.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج ٧، مصدر سابق، ص ٧٠٤.

عند أجنبي إلا عند الضرورة أو توافر العذر المشروع، كما لو أراد الوديع السفر بشكل مفاجئ ولم يستطع رد الوديعة إلى المودع، أو وقع حريق أو ما شابه في دار الوديع بحيث يخشى معه على الوديعة من الهلاك، وبخلافه يمتنع على الوديع حفظ الوديعة عند أجنبي^(١)؛ غير أنهم اختلفوا في مدى جواز حفظها لدى عياله من زوجته أو أولاده أو من في حكمهم على ثلاث آراء وكما يلي:-

الرأي الأول :- يرى أصحاب هذا الرأي أنه يجب على الوديع أن يحافظ على الوديعة بنفسه حصراً، ولا يجوز أن يخول غيره في ذلك حتى وأن كان زوجته أو أولاده أو خادمه ومن في حكمهم، وحجتهم في ذلك أن الوديعة قد يكون مبناهما السر والخفاء فيلجأ الشخص إلى إيداع سره عند من يعتقد أنه أهلاً لذلك، كما أن المودع قد رضي بأمانة الوديع شخصياً دون غيره، وبالتالي فإن الأخير لا يملك تفويض الحفظ لغيره ممن ذكروا^(٢).

الرأي الثاني :- يستطيع الوديع أن يحافظ على الوديعة بنفسه، أو يحفظها عند عياله من زوجته أو أولاده أو من في حكمهم بشرط أن يكون قد اعتاد الإيداع عندهم، وحجتهم في ذلك أن الوديع قد أطمئن لأمانتهم وعرف مقدار حرصهم و محافظتهم لما تحت أيديهم من أموال^(٣).

الرأي الثالث :- يستطيع الوديع أن يحافظ على الوديعة بنفسه، أو يحفظها عند عياله أو من في حكمهم، أو حتى عند غيرهم ممن يأتمنهم على أمواله الخاصة كشريكه مثلاً^(٤). ويبدو مما تقدم أن أصحاب الرأي الأخير قد توسعوا في تحديدهم للأشخاص ممن يصلحوا في حفظ الوديعة دون أن يُنسب للوديع تقصير في ذلك أو إخلالاً بواجب الحفظ، سواء قام بالحفظ بنفسه، أو عند أحد من

(١) ابن قدامة، المغني، ط١، ج٦، مصدر سابق، ص٣٨٤ وما بعدها.

(٢) وهذا هو رأي الأمامية والشافعية ورأي للمالكية، ينظر/ السيد محمد جواد بن محمد الحسيني العاملي، مفتاح الكرامة، ج٦، مطبعة الفيحاء، دمشق، ١٣٣١، ص ٣٩-٤٠. كذلك ينظر/ الشيرازي، المهذب، ج١، مطبعة عيسى الحلبي، ١٣٤٣، ص٣٦١. كذلك ينظر/ الخرشي، شرح الخرشي على مختصر خليل، ط٢، ج٦، المطبعة الأميرية الكبرى، ١٣٠٠، ص١٢.

(٣) هذا هو رأي الحنابلة والمالكية، ينظر/ ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، ص٣٨٥. وكذلك ينظر/ محمد بن عبد الرحمن الحطاب، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، ط١، ج٥، مطبعة السعادة، ص٢٨٥.

(٤) هذا هو رأي الحنفية والظاهرية، ينظر/ كمال الدين محمد بن الهمام، فتح القدير، ج٧، مصدر سابق، ص٨٩. وكذلك ينظر/ ابن حزم الظاهري، المحلى، مصدر سابق، ص٢٧٦.

عياله أو خدمه أو فوض ذلك لمن يعتبره جديراً بالحفظ، من دون أن يُنسب إليه تقصير في ذلك، كون أن الحفظ بواسطة هؤلاء يدخل في العقد ضمناً.

أما عن موقف التشريعات المدنية من حفظ الوديعة، نجد أن المشرع العراقي قد توسع في ذلك عندما أناط مهمة الحفظ للوديع بنفسه أو كل شخص يَأْتَمَنُه عادة على حفظ ماله بما فيهم عياله، بل حتى لأجنبي عند توافر العذر المشروع، ويتضح ذلك من خلال المادة (٢/٩٥٢) مدني عراقي التي تنص على أنه (وله أن يحفظها بنفسه أو بمن يَأْتَمَنُه على حفظ ماله عادةً، وله أن يحفظها عند غير أمينه بعذر) ^(١). ونؤيد موقف المشرع العراقي في هذا السياق كونه في توسّعه هذا قد يَسِّر على الأمين عملية الحفظ، ولا توجد خشية من ذلك لأنه يفترض بالأمين انه قد أطمئن الى من انابه عنه في الحفظ هو نفسه من يؤتمنه على حفظ أمواله، كما رفع عنه الحرج عندما أجاز له الحفظ عند غير امينه بعذر اي عند الضرورة، ويخضع كل ذلك لتقدير القضاء.

ويبدو أن المشرع العراقي قد تأثر بما ذهب إليه (اصحاب الرأي الثالث) وهم كل من الحنفية والزيدية والظاهرية، لأن الوديع لا يعد مَخْلأً بالتزامه في الحفظ إذا أوكل حفظ الوديعة عند كل شخص يَأْتَمَنُه على حفظ ماله سواء كان ممن يعولهم الوديع أم كان أجنبياً عنه، كما أجاز القانون حفظها عند غير أمينه لكن في حالة الضرورة أو توافر العذر المشروع.

في حين كان المشرع المصري أكثر تشدداً عندما حصر مهمة الحفظ بالوديع نفسه وليس له أن يفوض غيره في ذلك إلا بإذن من المودع أو عند الضرورة الملجئة، وذلك عندما نص في المادة (٧٢١) مدني مصري على أنه (ليس للمودع عنده أن يحل غيره محله في حفظ الوديعة دون إذن صريح من المودع، إلا أن يكون مضطراً إلى ذلك بسبب ضرورة ملجئة عاجلة).

^(١) وبالمقابل فقد أجازت مجلة الأحكام العدلية للوديع أن يحفظ الوديعة بنفسه أو بواسطة أمينه، ولم تتطرق إلى إمكانية حفظها عند أجنبي في حالة الضرورة، أو العذر المشروع، وذلك بموجب المادة (٧٨٠) منها التي تنص على أنه (يحفظ المستودع الوديعة مثل ماله بالذات أو بواسطة أمينه، وإذا هلك أو فقدت عند أمينه بلا تعدٍ ولا تقصير لا يلزم الضمان على المستودع ولا على الأمين).

وبفهم من هذا النص أن المودع لديه لا يجوز له أن يُحل غيره محله في حفظ الوديعة إلا في حالتين هما:-

أ- إذا أذن له المودع في ذلك إذناً صريحاً.

ب- إذا قامت ضرورة ملجئه وعاجلة تستدعي إحلال غيره محله.

ومثال عن الضرورة الملجئة والعاجلة التي تبيح للوديع حفظ الوديعة عند غيره دون أن يكون مخلاً بالتزامه، هي الحريق الذي قد يصيب المكان المخصص لحفظ الوديعة مما يضطر الوديع من نقلها على وجه السرعة ليد أخرى تحفظها، و اضطرار الوديع إلى السفر فجأة دون أن يتمكن من رد الوديعة إلى صاحبها فأودعها عند من يأتئنه عليها، وحالة تعرض الوديع للحبس أو الاعتقال، وكذلك في حالة المرض المفاجئ، وغيرها من الأعذار الملجئة المشروعة^(١). ويبدو أن موقف المشرع المصري أقرب إلى (أصحاب الرأي الأول) والذي يمثل فقهاء الأمامية والشافعية ورأي من المالكية.

بينما لم نجد في القانون المدني الفرنسي نص مماثل لما ورد في المادتين (٢/٩٥٢) مدني عراقي، و(٧٢١) مدني مصري، ينظم أو يحدد الشخص المسؤول عن حفظ الوديعة و هل يقتصر الأمر على الوديع نفسه أم بالإمكان أن يفوض أمر الحفظ لشخص آخر ممن يأتئنه سواء من المقربين أم الأجانب، لكن من خلال الأطلاع على نصوص القانون المدني الفرنسي المتعلقة بالوديعة، نجده يفرق بين نوعين من الوديعة وهما ((الوديعة الاختيارية))، ((والوديعة الاضطرارية))، وهذا ما أشارت إليه المادة (١٩٢٠)^(٢) منه والتي نصت على أنه (تكون الوديعة إما اختيارية وإما اضطرارية)، ثم جاءت المواد (١٩٢١)^(٣) وما بعدها لتنظم الوديعة الاختيارية، والتي تنص على أنه (تتكون الوديعة الاختيارية بالرضا المتبادل بين الشخص الذي يقوم بالإيداع والشخص الذي يتلقى الوديعة).

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج٧، مصدر سابق، ص ٧١٤-٧١٦.

(٢) 1920-Le dépôt est volontaire ou nécessaire.

(٣) 1921- Le dépôt volontaire se forme par le consentement réciproque de la personne qui fait le dépôt et de celle qui le reçoit.

كما نصت المادة (١٩٢٢)^(١) على أنه (لا يمكن القيام بوديعة اختيارية على وجه صحيح إلا من قبل مالك الشيء المودع، أو برضاه الصريح أو الضمني)، في حين نظمت المواد (١٩٤٩)^(٢) وما بعدها الوديعة الأضطرارية وذلك عندما نصت على (أنّ الوديعة الأضطرارية هي التي يضطر إليها المودع عند وقوع حادث ما كالحريق والدمار والنهب والغرق أو أي حدث آخر غير متوقع).

٢- معيار حفظ الوديعة

يكتسب معيار الحفظ في الوديعة أهمية بالغة، كونه الأساس في تحديد هل أن الوديع قد قام بما هو مطلوب منه بالمحافظة على الوديعة أو لم يقم بذلك، والذي ينعكس بدوره على ضمان الوديع للوديعة من عدمه، فالوديع إذا حفظ الوديعة وفقاً للمعيار المطلوب منه فلا يضمن هلاكها بسبب لا يد له فيه، وبخلافه يضمنها في جميع الأحوال.

وقد بيّن الفقهاء المسلمون أنه يجب على الوديع أن يحفظ الوديعة كما يحفظ أمواله الخاصة، وأن لا يكون مقصراً في حفظها، ومعنى ذلك أن معيار الحفظ يختلف من شخص لآخر، لأن الناس ليسوا على درجة واحدة في حفظ أموالهم، فمنهم من هو شديد الحرص ويحتاط بصورة كبيرة، بحيث يتخذ من التدابير ما يجعله يؤمن صيانتها من الهلاك وحمايتها من الضياع، ومنهم من هو متوسط الحرص في ذلك، ومنهم المتهاون المهمل الذي يعرض أمواله للهلاك، لذلك يسمى هذا المعيار بـ (المعيار الشخصي). ويبرر الفقهاء المسلمون الحكمة من تكليف الوديع بحفظ الوديعة بقدر ما يبذله في شؤونه الخاصة فقط وليس عناية الرجل المعتاد لأنه غالباً ما يكون (متبرعاً) في الحفظ، فمن غير المنطقي أن يكلف ببذل عناية أكبر مما أعتاده في حفظ ماله، وإلا سينعكس ذلك سلباً ويؤدي إلى إحجام الناس عن قبول الوديعة^(٣).

(١) 1922- Le dépôt volontaire ne peut régulièrement être fait que par le propriétaire de la chose déposée, ou de son consentement exprès ou tacite.

(٢) 1949- Le dépôt nécessaire est celui qui a été forcé par quelque accident, tel qu'un incendie, une ruine, un pillage, un naufrage ou autre événement imprévu.

(٣) ينظر: السيد محمد الحسيني العاملي، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة، ج٧، مصدر سابق، ص ٣٤. وينظر: أبن قدامة، المغني، ج٦، مصدر سابق، ٣٨٤. وينظر: أبن حزم الظاهري، المحلى، مصدر سابق، ص ٣٧٦. كذلك ينظر: أكمل الدين محمد بن محمود البابرتي، شرح العناية على الهداية، ج٧، مطبعة مصطفى محمد، المكتبة التجارية، ص ٩٩.

ويجب على الوديع أن يحفظ الوديعة في موضع معين، وكما يسميه الفقهاء المسلمون ((حرزاً))، إذ قيل بشأنه (يقال في حد الحرز أنه ما من شأنه أن يحفظ الأموال كي يعسر أخذها، مثل الأعلاف والحظائر وما أشبهه)^(١). ويختلف الحرز باختلاف الأحوال، فيجب على الوديع وضع كل شيء في حرز مثله، لأن ما يكون حرزاً لنوع لا يكون حرزاً لبقية الأنواع، فيخفف الحرز مثلاً إذا قلت قيمة الشيء المودع كالحطب والخشب وما شابه ذلك، ويشدد إذا كثرت القيمة كالذهب والحلي، كما جرى العرف على إحراز كل نوع من الأموال في مكان معين، فالخزائن و الصناديق هي حرز للأشياء الثمينة كالمجوهرات والنقود، وساحات وقوف السيارات حرز للسيارات.

وقد أخذ المشرع العراقي بمفهوم الحرز جرياً وراء الفقه الإسلامي، وذلك في المادة (١/٩٥٢) مدني التي تنص على أنه (يجب على الوديع أن يعتني بحفظ الوديعة... وأن يضعها في حرز مثلها)، وعليه يكون الوديع مقصراً في حفظ الوديعة إذا لم يضعها في حرز مثلها. ويقترّب هذا المفهوم من المادة (٧٨٢) من مجلة الأحكام العدلية التي تنص على أنه (يلزم حفظ الوديعة مثل أمثالها. بناءً عليه حفظ الأموال كالنقود والمجوهرات في محل كالأصطبل والتبن تقصير في الحفظ ، فإذا هلك أو ضاعت لزم الضمان).

ولم يأخذ بهذا الحكم القانون المدني المصري، فلا يضمن الوديع هلاك الوديعة إذا وضعها في غير مكان حفظها، حتى وأن لم يكن ذلك المكان هو المحل المعد لحفظ الأموال المماثلة لها، فإذا هلك الشيء المودع بعد ذلك فلا يعد فعله تعدياً أو تقصيراً منه يترتب عليه الضمان^(٢).

أما عن موقف التشريعات المدنية من معيار الحفظ، وهل أن الأمين ملزم ببذل عناية الرجل المعتاد وهو ما يسمى بالمعيار الموضوعي أم يقتصر على ما يبذله في حفظ ماله وهو ما يسمى بالمعيار الشخصي؟

للإجابة عن ذلك نجد أن القوانين محل المقارنة تفرق من حيث الحكم بين الوديعة بأجرة والوديعة بدون أجرة، فإذا كانت بدون أجرة فأنها تعد خالصة ((لمصلحة المودع)) ولذا فأن ما يجب على الوديع بذله من العناية في حفظ الوديعة ما يبذله في حفظ ماله الخاص، فإذا هلك الوديعة بعد

(١) الإمام أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد (أبن رشد)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط١، مصدر سابق، ص ٣٧٣.

(٢) د. محمد كمال عبد العزيز، التقنين المدني في ضوء القضاء والفقه المصري، مكتبة القاهرة الحديثة، ص ٦٥٨.

ذلك أو ضاعت فلا يضمنها. أما إذا كانت الوديعة بأجر فأن الوديع ملزم ببذل عناية الرجل المعتاد في حفظها وإلا كان ضامناً لهلاك الوديعة.

وهذا ما أشار إليه القانون المدني العراقي في المادة (١/٩٥٢) منه والتي جاء فيها (يجب على الوديع أن يعتني بحفظ الوديعة كاعتنائه بحفظ ماله، وأن يضعها في حرز مثلها). ونصت المادة (٩٥٣) على أنه (إذا كان الأيداع بأجرة فهلك الوديعة أو ضاعت بسبب يمكن التحرز منه ضمنها الوديع). والمفهوم المخالف لذلك إذا كان الهلاك بسبب لا يمكن التحرز منه كسبب قهري من حرب أو ظروف جوية غير متوقعة ادت الى هلاك الوديعة فلا يضمنها الوديع، ويخضع ذلك لتقدير القضاء.

وبالمقابل نرى أن القانون المدني المصري أكثر وضوحاً، عندما أشار بشكل مباشر إلى تلك التفرقة في الحكم، وذلك في المادة (٧٢٠) منه التي تنص على أنه (١- إذا كانت الوديعة بغير أجر وجب على المودع عنده أن يبذل من العناية في حفظ الشيء ما يبذله في حفظ ماله، دون أن يكلف في ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد ٢- أما إذا كانت الوديعة بأجر فيجب أن يبذل في حفظ الوديعة عناية الرجل المعتاد).

وبذلك نجد أن القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري يتفقان مع الفقه الإسلامي في هذا الصدد، حيث خففا من العناية المطلوبة من الوديع المتبرع، وعدلا عن المعيار الموضوعي الذي يؤدي إلى مطالبة الوديع بعناية الرجل المعتاد إلى المعيار الشخصي الذي يترتب عليه الاكتفاء من الوديع بما يبذله عادة من عناية في حفظ أمواله الخاصة. وبالمقابل فقد أُنْفَقَ على تشديد مسؤولية الوديع إذا كانت الوديعة بأجر، إذ يجب أن يبذل في حفظها من العناية ما يبذله الشخص المعتاد، فإذا بذل هذه العناية فإنه يكون قد نفذ التزامه، حتى ولو كانت العناية أقل مما يبذله من عناية في شؤونه الخاصة^(١).

أما القانون المدني الفرنسي فقد جعل من الوديعة في الأساس عقد مجاني (بدون أجر) وذلك في المادة (١٩١٧)^(٢) منه والتي تنص على أنه (الوديعة هي في الأساس وبحصر المعنى عقد

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج٧، مصدر سابق، ص ٧٠٤-٧٠٥.

(٢) 1917 -Le dépôt proprement dit est un contrat essentiellement gratuit.

مجاني). ومن ثم يفترض أن العناية المطلوبة من الوديع هي ذات العناية التي يبذلها في شؤونه الخاصة، وهذا ما نصت عليه بالفعل المادة (١٩٢٧)^(١) من ذات القانون بأنه (يجب على الوديع أن يبذل في حفاظه على الوديعة ذات العناية التي يبذلها في حفاظه على أشياءه الخاصة). ثم عاد المشرع وشدد من مسؤولية الوديع إذا أشتراط أجراً لحفظ الوديعة، وذلك في المادة (١٩٢٨)^(٢) والتي جاء فيها (يجب التشدد في تطبيق حكم المادة السابقة : ١-... ٢- إذا أشتراط أجراً لحفظ الوديعة).

وفي نهاية هذه الفقرة نود أن نبيّن أن المشرع لم يعتمد المعيار السابق في نطاق عقد الوديعة (غير المأجورة) فحسب، وإنما أعتمده أيضاً في الوكالة (غير المأجورة)، إذ على الوكيل أن يبذل في تنفيذ الوكالة العناية التي يبذلها في أعماله الخاصة، وإذا كان الوكيل يبذل في شؤونه الخاصة أكثر من عناية الرجل المعتاد فلا يطلب منه إلا ببذل عناية الرجل المعتاد، وهذا ما نصت عليه المادة (١/٩٣٤) مدني عراقي بأنه (إذا كانت الوكالة بغير أجر وجب على الوكيل أن يبذل في تنفيذها العناية التي يبذلها في أعماله الخاصة، ومع ذلك إذا كان الوكيل يعنى بشؤونه الخاصة أكثر من عناية الرجل المعتاد فلا يطالب إلا ببذل عناية الرجل المعتاد).

خلاصة القول إنه إذا كانت الأمانة لمصلحة المالك كالوديعة بلا أجر واللقطة وما شابه ذلك، فإن المعتمد هو (الجمع بين المعيارين الشخصي والموضوعي)، وهو امرأ محموداً بالنسبة للأمين، لأن العناية المطلوب منه ان يبذلها بالأساس تعادل تلك التي يبذلها في شؤونه الخاصة، أما إذا كان الأمين على درجة عالية من الحرص بحيث يبذل في شؤونه الخاصة أكثر من الرجل المعتاد فلا يطلب منه عندها إلا عناية الرجل المعتاد.

(1) 1927- Le dépositaire doit apporter, dans la garde de la chose déposée, les mêmes soins qu'il apporte dans la garde des choses qui lui appartiennent.

(2) La disposition de l'article précédent doit être appliquée avec plus de rigueur;

1. si le dépositaire s'est offert lui-même pour recevoir le dépôt.

2. s'il a stipulé un salaire pour la garde du dépôt.

3. si le dépôt a été fait uniquement pour l'intérêt du dépositaire.

4. s'il a été convenu expressément que le dépositaire répondrait de toute espèce de faute.

ثانياً / الأمانة لمصلحة الأمين (واضع اليد)

تعد الأمانة لمصلحة الأمين إذا أنتقلت العين إلى يد غير مالئها على سبيل الأمانة بأذن المالك أو الشارع أو القانون، وكانت منافعها خالصة لمصلحة الأمين كالإعارة^(١). وسبق أن بيّنا^(٢) مدى أختلاف الفقهاء المسلمين بشأن يد المستعير على العارية، إذ ذهب الحنفية إلى أن اليد هي يد أمانة، وذهب الجمهور إلى أنها يد ضمان، وقد أخذ القانون المدني العراقي صراحة بما ذهب إليه الحنفية^(٣).

وتتسجم الإعارة كتطبيق للحالة محور البحث كونها بلا أجر، ومن ثم فهي خالصة لمصلحة الأمين (المستعير)، وهذا ما أشارت إليه المادة (٨٤٧) مدني عراقي التي تنص على أنه (الإعارة عقد به يسلم شخص لأخر شيئاً غير قابل للأستهلاك يستعمله بلا عوض...)^(٤).

بينما أفرد المشرع الفرنسي لمجانية الإعارة نصاً خاصاً، وذلك في المادة (١٨٧٦)^(٥) منه و التي تنص على أنه (العارية في الأساس مجانية)، كما يمتاز المشرع الفرنسي بتقسيمه للإعارة

(١) تشير الأعمال التحضيرية للقانون المدني العراقي، بأنه كان المشروع المقترح يستعمل مصطلح (العارية)، غير أنه أثناء المناقشات التي كانت تجريها اللجنة المختصة المشتركة لمراجعة مشروع القانون، قد أقترح العضو فيها السيد (عبد الجبار الشكرلي) أن يكون العنوان (عنوان الفصل الثاني) (الإعارة) بدلاً من (العارية) فأقر الاقتراح. ينظر/ مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١، ج٤، ص١٥٨، أما اللجنة المشتركة للأعمال التحضيرية فهم السيد حسين جميل، السيد أنطوان شماس، السيد عبد الجبار الشكرلي، السيد منير القاضي، السيد داوود السعدي، السيد حسن عبد الرحمن، والسيد كامل السامرائي.

ويستعمل القانون المدني المصري مصطلح (العارية) كعنوان للفصل الثاني، بينما يستعمل المشرع الفرنسي مصطلح (الإعارة) كعنوان للباب العاشر. ومع ذلك أننا كثيراً ما نستعمل مصطلح العارية في هذه الدراسة تماشياً مع ما أورده المشرع العراقي في الكثير من النصوص المنظمة لعقد الإعارة من جهة، ومع ما درج على أستعماله كتاب وفقهاء القانون في مؤلفاتهم من جهة أخرى.

(٢) وذلك في المبحث الأول من هذا الفصل بمناسبة تحديد مصادر يد الأمانة (الفرع الخاص بالتصرف القانوني).

(٣) وذلك في المادة (٨٥٧) مدني عراقي التي تنص على أنه (العارية أمانة في يد المستعير فإن هلكت أو ضاعت أو نقصت قيمتها بلا تعد منه ولا تقصير لا يلزمه الضمان).

(٤) تقابلها المادة (٦٣٥) مدني مصري التي تنص على أنه (العارية عقد يلتزم به المعير أن يسلم المستعير شيئاً غير قابل للأستهلاك ليستعمله بلا عوض لمدة معينة أو في غرض معين على أن يردّه بعد الأستعمال).

(٥) 1876- Ce prêt est essentiellement gratuit.

على نوعان وذلك بموجب المادة (١٨٧٤)^(١) منه والتي تشير بأن الإعارة نوعين هما، إعارة الأشياء التي يمكن أستعمالها دون تخريبها، وإعارة الأشياء التي تستهلك بمجرد أستعمالها، ويطلق على النوع الأول أسم (عارية الأستعمال)، ويطلق على النوع الثاني أسم (قرض الأستهلاك) أو فقط (القرض). وهذا يعني أن عارية الأستعمال تتطلب رد الشيء في ذاته بعد أستعماله^(٢)، بينما في قرض الأستهلاك (النوع الثاني) يملك المستعير الأشياء المعارة على أن يرد إلى صاحبها مقداراً يماثلها نوعاً وصفة^(٣).

وأفرد المشرع العراقي بالحكم عندما أعتبر الإعارة (عقداً عينياً)، بحيث لا يتم إلا بالقبض، وهذا ما أشارت إليه المادة (٨٤٧) مدني عراقي والتي جاء فيها (الإعارة عقد... ولا تتم الإعارة إلا بالقبض)^(٤). وهذا على خلاف القانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي، إذ تُعد العارية عقد رضائي يكفي لأنعقاده توافق الإيجاب والقبول بين المعير والمستعير.

(١) 1874 LOI n°2009-526 du 12 mai 2009 - art. 10

Il y a deux sortes de prêt Celui des choses dont on peut user sans les détruire ; Et celui des choses qui se consomment par l'usage qu'on en fait, La première espèce s'appelle " prêt à usage La deuxième s'appelle " prêt de consommation ", ou simplement " prêt ".

(٢) ينظر/ المادة (١٨٧٥) مدني فرنسي التي تنص على أنه (تشكل عارية الأستعمال عقداً يسلم بموجبه أحد الطرفين شيئاً إلى الطرف الآخر كي يستعمله بشرط أن يرد إليه الشيء ذاته بعد أستعماله).

(1875) LOI n°2009-526 du 12 mai 2009 - art. 10

Le prêt à usage est un contrat par lequel l'une des parties livre une chose à l'autre pour s'en servir, à la charge, par le preneur de la rendre après s'en être ser.

(٣) وهذا ما أكدته المادة (١٨٩٢) مدني فرنسي التي جاء فيها (أن قرض الأستهلاك عقد يُسلم بموجبه أحد الطرفين إلى الآخر مقداراً من الأشياء التي تستهلك بالأستعمال، بشرط أن يرد إليه المقترض مقداراً يماثلها نوعاً وصفة).

(1892) Le prêt de consommation est un contrat par lequel l'une des parties livre à l'autre une certaine quantité de choses qui se consomment par l'usage, à la charge par cette dernière de lui en rendre autant de même espèce et qualité.

(٤) ومن المفيد أن نشير هنا إلى رأي الدكتور المرحوم مصطفى إبراهيم الزلمي بشأن قاعدة (العقد العيني لا ينعقد إلا بالقبض) إذ يرى أن هذه القاعدة قد أنتشرت خطأ بين علماء القانون وبعض الفقهاء، حيث يشير أن (العقد العيني هو وسط بين العقد الشكلي والعقد الرضائي، فيشترط فيه بالإضافة إلى الإيجاب والقبول، القبض بالنسبة لانتقال الحقوق، أما الألتزامات فهي تترتب بمجرد الإيجاب والقبول).

والعقد العيني عبارة عن (هبة المنقول، الأعارة، القرض، الرهن، والوديعة)، فكل عقد من هذه العقود زعم علماء القانون وبعض فقهاء الأسلام بأنه لا ينعقد إلا بالقبض محل العقد الذي هو عين من الأعيان، لذا سمي العقد العيني.

ويلزم المستعير بحفظ العارية والإنفاق عليها، وأن يبذل في ذلك العناية المطلوبة منه قانوناً و إلا كان ملزماً بضمانها، وقد نصت المادة (١/٨٥٨) مدني عراقي بأنه (إذا كان في إمكان المستعير منع التلف عن العارية بأي وجه ولو بتضحية من ماله ولم يمنعه، وجب عليه الضمان، وأن أخذ العارية غاصب ولم يقدر المستعير على دفعه، فلا ضمان عليه).

بينما جاء القانون المدني المصري أكثر وضوحاً بشأن العناية المطلوب من المستعير بذلها للمحافظة على الشيء المعار، وذلك في المادة (١/٧٤١) منه والتي تنص على أنه (على المستعير أن يبذل في المحافظة على الشيء العناية التي يبذلها في المحافظة على ماله، دون أن ينزل في ذلك عن عناية الرجل المعتاد)^(١).

وبناءً على الزعم المذكور اعتبر قبض محل العقد ركناً من أركانه، كما ورد في المادة (٦٠٣) من القانون المدني العراقي القائم : (لا يتم هبة المنقول إلا بالقبض)، ففسر (لا يتم) في هذه المادة بـ(لا ينعقد)، وهذا ما ذهب إليه شراح القانون المدني العراقي، في حين أن المعنى الحقيقي للقاعدة هو أنه (لا يتم العقد العيني من الآثار لا من حيث العناصر)، ففي العقود المذكورة لا تترتب جميع أثارها وهي الحقوق و الالتزامات، وإنما تنشأ هذه العقود صحيحة بمجرد التراضي الذي يدل عليه الأيجاب والقبول من العاقدين، وتنشئ الالتزامات، أي التزام الواهب بتسليم الموهوب للموهوب له، والتزام المدين الراهن بتسليم المرهون إلى الدائن المرتهن، والتزام المعبر بتسليم العين المعارة إلى المستعير، و التزام المقرض بتسليم محل القرض إلى المقترض، والتزام المودع بتسليم الوديعة إلى المودع لديه.

ولكن لا تنقل هذه العقود الحقوق، أي لا تتم أثارها، فينشأ بعض منه (الالتزامات) ويتوقف البعض الآخر (الحقوق) على القبض، فليس للدائن المرتهن أن يبيع المال المرهون لأستيفاء دينه من ثمن بيع المرهون إلا بعد القبض، وكذا لا يحق للموهوب له التصرف في المال الموهوب ولا للمقترض التصرف في مبلغ القرض ولا المستعير الانتفاع بالعين المعارة إلا بعد القبض وهكذا، فقاعدة (العقد العيني لا ينعقد إلا بالقبض) أنتشرت خطأ بين علماء القانون وبعض الفقهاء فالصواب أن تعدل القاعدة بالآتي : (العقد العيني لا يتم من حيث الآثار إلا بالقبض)، أي لا تتم آثاره من الحقوق و الالتزامات جميعاً، بل تنشأ الالتزامات دون الحقوق.

ينظر / د. مصطفى أبراهيم الزلمي، إيضاح الفوائد في شرح القواعد على نمط جديد، ط١، دار أحسان للنشر والتوزيع، ايران، ٢٠١٤، ص ٢٦١-٢٦٢.

(١) وكان مشروع القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١، قبل إقراره بصيغته النهائية الحالية يحتوي على نص مماثل لنص المادة (١/٧٤١) مدني مصري، وقد تم حذفه أثناء المناقشات بناءً على مقترح أحد أعضاء اللجنة المشتركة لمراجعة المشروع وهو الأستاذ منير القاضي والذي قال (أن الفقرة التي أوجبت على المستعير الاعتناء بحفظ العين المعارة و صيانتها كاعتنائه بماله نفسه، هو أمر بديهي لا أرى لزوم النص عليه، إذ مادام المستعير ينتفع بالعين المعارة فلا يمكن أن نتصور إمكان إتلافها، لذلك أقترح طيها...). ينظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١، ج٤، مصدر سابق، ص ١٧٠.

في حين نصت المادة (١٨٨٠)^(١) مدني فرنسي على أنه (يلتزم المستعير بالعناية المعقولة في صيانة الشيء المعار والحفاظ عليه، أنه لا يستطيع استخدامه فقط للغرض الذي تحدده طبيعته أو بموجب الاتفاقية، كل ذلك تحت طائلة التعويض، إذا حدث ذلك).

وبعد أستعراض النصوص السابقة يتضح أنها تضع معيارين لقياس العناية المطلوبة من المستعير في المحافظة على الشيء المعار، أحدهما مادي والآخر شخصي، وأخذ بالأعلى منهما، فالمستعير يجب عليه أولاً أن يبذل عناية الرجل المعتاد، وهذا هو المعيار المادي، ثم إذا هو (المستعير) كان معروفاً بالحرص ((الأفراط)) في المحافظة على ماله إلى حد يفوق عناية الرجل المعتاد، وجب عليه أن يرتفع إلى هذا الحد، وهذا هو المعيار الشخصي.

أما إذا كان معروفاً بالإهمال ((التفريط)) في المحافظة على ماله إلى حد يقل عن عناية الرجل المعتاد، فلم يسمح له أن ينزل إلى هذا الحد، بل يجب عليه أن يلتزم بالمعيار الأعلى وهو عناية الرجل المعتاد. فهو إذن بين المعيارين، المادي وهو عناية الرجل المعتاد، والشخصي وهو عنايته في المحافظة على ماله، فيطبق بشأنه الأعلى منهما، والشخص المعير في ذلك ينتفع بحرص المستعير إذا كان معروفاً بالأفراط، ولا يضار من تقصيره إذا كان معروفاً بالتفريط^(٢).

وفي جميع الأحوال يستطيع المستعير استعمال الشيء المعار، وهذا هو الغرض الأساس من العقد، لكن عليه أن يتقيد بالاستعمال على الوجه المعين وبالقدر المحدد، فإذا كان المعير قد قيد المستعير بنوع الاستعمال أو وقته أو مكانه، فليس له مخالفة ذلك و استعمال الشيء في غير الوجه المبين في العقد أو في غير الوقت والمكان المحدد، فإذا لم يبين العقد ذلك وجب الرجوع

^(١) LOI n°2014-873 du 4 août 2014 - art. 26

L'emprunteur est tenu de veiller raisonnablement à la garde et à la conservation de; la chose prêtée. Il ne peut s'en servir qu'à l'usage déterminé par sa nature ou par la; convention ; le tout à peine de dommages-intérêts, s'il y a lieu.

^(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٦، مج ٢، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، (الإيجار - والعارية)، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٣، ص ٢١٣٠.

إلى طبيعة الشيء^(١)، وبالتالي فإنَّ استعمال المستعير للشيء أَسْتَعْمَالاً معتاداً وفقاً لما تقدم نوعاً من المحافظة عليه، وتنفي عنه صفة الضمان^(٢).

ولا يُجيز القانون المدني المصري للمستعير دون إذن الميعر، أن يؤجر الشيء الميعر أو يعيره أو يرهنه أو ينزل عن أَسْتَعْمَالِهِ لشخص آخر، فإنَّ خالف ذلك جاز للميعر فسخ العقد والرجوع عليه بالتعويض^(٣)، وهذا على خلاف القانون المدني العراقي، فيه يجوز للمستعير بغير إذن الميعر أن يعير من الباطن الشيء الميعر، ما لم تكن الإعارة معقودة مراعاة لشخص المستعير أو لأستعمال خاص معين يحول دون تصرفه على هذا الشكل^(٤).

ثالثاً / الأمانة لمصلحة الطرفين (الأمين والمالك معاً)

إذا كانت الأمانة التي تحت يد الأمين لمصلحة مشتركة بين الأمين والمالك معاً كالإجارة والوديعة المأجورة، فإنَّ الأمين يُعَدُّ قد أوفى بالتزامه في الحفظ إذا بذل من العناية ما يبذله الشخص المعتاد، ومن ثمَّ ينتفي عنه الضمان حتى أن هلكت الأمانة أو تعيبت بسبب أجنبي. وكانت نظرية (تدرج الخطأ) تقسم الخطأ العقدي غير العمد على ثلاثة أقسام، خطأ جسيم و خطأ يسير وخطأ تافه، كما تقسم العقود على ثلاث طوائف، عقد لمصلحة الدائن وحدة كالوديعة وفيه لا يسأل الوديع إلا عن الخطأ الجسيم، وعقد لمصلحة المتعاقدين معاً كالإيجار وفيه يسأل المستأجر عن الخطأ الجسيم، وعقد لمصلحة المدين وحده كالعارية وفيه يسأل المستعير حتى عن الخطأ التافه، أي عن جميع أنواع الخطأ، وذلك لأنَّ العقد ذات منفعة خالصة ومحض تبرع له^(٥).

بينما تقسم التشريعات المدنية الحديثة الالتزام إلى التزام بتحقيق غاية والالتزام ببذل عناية، ففي الالتزام بتحقيق غاية يكون المدين مسؤولاً إذا لم تتحقق الغاية، ولو لم يثبت خطأ في جانبه، ولا تنتفي مسؤوليته إلا بأبواب السبب الأجنبي، في حين الالتزام ببذل عناية، يكون المدين قد نفذ

(١) ينظر المادة (٨٥٢) مدني عراقي.

(٢) ينظر المواد (٨٥٩) مدني عراقي، و (٢/٦٣٩) مدني مصري، و (١٨٨١) مدني فرنسي.

(٣) ينظر المادة (١/٦٣٩) مدني مصري.

(٤) ينظر المادة (٨٥٥) مدني عراقي.

(٥) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج ١، مصدر سابق، ص ٦٦٤.

التزامه إذا هو بذل العناية التي يتطلبها القانون، والأصل في هذه العناية أن تكون عناية الرجل المعتاد، وقد تزيد أو تنقص بحسب الاتفاق أو طبقاً لنص القانون^(١).

وبما أن الأمانة لمصلحة الطرفين (المالك والأمين) معاً، فمعيار الحفظ هو المعيار الموضوعي، ويتحدد بمعيار الشخص المعتاد أي المتوسط في الحرص، وهذا ما أخذت به القوانين المدنية، ومنها القانون المدني العراقي، ومن التطبيقات التشريعية لذلك عقد الإيجار، إذ تنص المادة (٧٦٤) مدني عراقي على أنه (١-المأجور أمانة في يد المستأجر، ٢- و أستعمال المستأجر على خلاف المعتاد تعد فيضمن الضرر المتولد عنه)^(٢). ويتضمن هذا النص المعيار الموضوعي أي معيار الشخص المعتاد، لأن الأمانة جاءت لمصلحة كل من (المؤجر والمستأجر) المالك والأمين معاً.

كما أعتمد القانون المدني المصري المعيار الموضوعي بشكل أكثر صراحة، وذلك في المادة (٥٨٣) منه والتي تنص على أنه (١- يجب على المستأجر أن يبذل من العناية في استعمال العين المؤجرة وفي المحافظة عليها ما يبذله الشخص المعتاد. ٢- وهو مسؤول عما يصيب العين أثناء انتفاعه بها من تلف أو هلاك غير ناشئ عن استعمالها استعمالاً مألوفاً). في حين ألزمت المادة (١/١٧٢٨)^(٣) مدني فرنسي المستأجر بما يأتي (استخدم الشيء المؤجر بشكل معقول وفقاً للغرض الذي يحدده عقد الإيجار أو وفقاً له والتي تم افتراضها وفقاً للظروف، في حالة عدم وجود اتفاق).

(١) للمزيد ينظر / د. أسامة أحمد بدر، الالتزام ببذل عناية و الالتزام بتحقيق نتيجة بين المسؤولين الشخصية والموضوعية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١١، ص ١٤١ وما بعدها.

(٢) وتقابلها المادة (٦٠٣) من مجلة الأحكام العدلية التي تنص على أنه (حركة المستأجر على خلاف المعتاد تعد و يضمن الضرر والخسارة التي تتولد معها، مثلاً لو أستعمل الثياب التي استكراها على خلاف عادة الناس ولبيت يضمن كذلك، لو احترقت الدار المأجورة بظهور حريق فيها بسبب إشعال المستأجر النار أزيد من الناس يضمن).

(٣) 1728-1;LOI n°2014-873 du 4 août 2014 - art. 26

Le preneur est tenu de deux obligations principales : 1-D'user de la chose louée raisonnablement, et suivant la destination qui lui a été; donnée par le bail, ou suivant, celle présumée d'après les circonstances, à défaut de convention.

ويقسم القانون المدني الفرنسي الإجارة على نوعين، وذلك في المادة (١٧٠٨)^(١) منه التي تنص على أنه (عقود الإيجار على نوعين : ١- إجارة الأشياء، ٢- إجارة الصنع)^(٢). ويمتد التزام المستأجر بحفظ المأجور إلى إجراء الترميمات الطفيفة الناجمة عن الاستعمال اليومي، و الالتزام بعدم إحداث تغييرات جوهرية في المأجور دون إذن المالك، و كذلك استعمال المأجور بحسب ما أعد له، فالأصل استعمال المأجور على النحو المنفق عليه في العقد، فإذا لم يتم الاتفاق في العقد فإنه ينبغي على المستأجر استعماله وفقاً لما أعد له المأجور، أو ما يقتضيه العرف^(٣).

فضلاً عن ذلك فإن المعيار الموضوعي يطبق أيضاً بشأن (الوكالة المأجورة)، إذ يلتزم الوكيل فيها ببذل عناية الرجل المعتاد حتى يعدد أوفى بالتزامه، ومن ثم تبرأ ذمته من الضمان. وهذا ما أشارت إليه المادة (٢/٩٣٤) مدني عراقي التي جاء فيها (وأن كانت (الوكالة) بأجر وجب على الوكيل أن يبذل دائماً في تنفيذها عناية الرجل المعتاد).

كما نصت المادة (٢/٧٠٤) مدني مصري بأنه (فإن كانت بأجر وجب على الوكيل أن يبذل دائماً في تنفيذها عناية الرجل المعتاد)، وبذلك يجب على الوكيل أن يبذل عناية الرجل المعتاد في المحافظة على الأموال المسلمة إليه وتنفيذ الوكالة، أي أن المعيار هنا معياراً موضوعياً لا شخصياً، وبذل عناية الرجل المعتاد أمراً حتمياً حتى ولو كانت هذه العناية تزيد على عنايته بشؤونه الخاصة.

(١) 1708 Il y a deux sortes de contrats de louage
Celui des chose, Et celui d'ouvrage.

(٢) ثم جاءت المادة (١٧٠٩) لتبين المقصود بإجارة الأشياء عندما نصت على أنه (أن إجارة الأشياء عقد يلتزم بموجبه أحد المتعاقدين أن يولي المتعاقد الآخر حق الانتفاع بشيء لمدة معينة مقابل بدل يلتزم هذا المتعاقد أدائه إليه).

(1709)Le louage des choses est un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant uncertain temps, et moyennant uncertain prix que celle-ci s'oblige de lui payer.

وأيضاً المادة (١٧١٠) نصت على (أن إجارة الصنع عقد يلتزم به أحد المتعاقدين أن يعمل شيئاً للمتعاقد الآخر لقاء بدل يتفقان عليه).

(1710)Le louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre moyennant un prix convenu entre elles.

(٣) د. يونس صلاح الدين علي، عقد الإيجار في القانون الإنكليزي "دراسة تحليلية مقارنة بالقانون العراقي"، بحث منشور في مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، العدد ٢، مج ١١، ٢٠٢٠، ص ٢١٥.

وفي ختام هذا الفرع نود أن نبين أن التزام الأمين بالحفظ يتحدد وفق ثلاث حالات نوجزها بالآتي :-

١- إذا كانت الأمانة لمصلحة المالك / كالوديعة والوكالة بغير أجر، فإن الأمر قد يحتاج إلى الجمع بين المعيارين الشخصي والموضوعي، لأن العناية المطلوبة من الأمين هي ما يبذله في شؤونه الخاصة، أما إذا كان الأمين على درجة عالية من الحرص بحيث يبذل في شؤونه الخاصة أكثر من الرجل المعتاد فلا يطلب منه إلا عناية الرجل المعتاد.

٢- إذا كانت الأمانة لمصلحة الأمين / كالإعارة فيمكن أن نجمع بين المعيارين الشخصي والموضوعي أيضاً، لكن عكس الحالة الأولى، لأن المطلوب من الأمين هنا هو أن يبذل عناية الرجل المعتاد بالأساس، وهذا هو المعيار الموضوعي، أما إذا كان الأمين على درجة عالية من الحرص بحيث تفوق ما يبذله الرجل المعتاد، وجب عليه عندها أن يبذل من العناية أكثر من عناية الرجل المعتاد، وهذا هو المعيار الشخصي.

٣- أما إذا كانت الأمانة لمصلحة الطرفين / كالإجارة والوديعة المأجورة والوكالة بأجر، فهنا نكون أمام المعيار الموضوعي فقط، لأن ما يطلب من الأمين هو أن يبذل عناية الرجل المعتاد، سواء كانت أقل أو أكثر مما يبذله في شؤونه الخاصة.

الفرع الثاني

التزام الأمين بالرد

بيّنا فيما سبق أن الأمين ملزم بحفظ ما تحت يده، وإنّ التزامه هو ببذل عناية، إذ الأصل أن يكون المال تحت يد صاحبه، وأن وجوده تحت يد الغير هو وضع مؤقت يستلزم رده إلى صاحبه في نهاية المطاف سواء فوراً أو بعد أنقضاء مدة أو سبب وجوده تحت يد الغير، هذا كله على فرض أن الأمانة لا تزال موجودة تحت يد الأمين، أما إذا هلكت بدون تعدٍ منه أو تقصير برأت ذمته لكونه أميناً، وبخلاف ذلك يعدّ ضامناً، وفي جميع الأحوال فأن التزام الأمين بالرد يختلف بحسب ما إذا كانت الأمانة في يد الأمين دون إذن المالك، أو كانت بإذن منه أو من يقوم مقامه. وبناءً على ما تقدم سنقسم هذا الفرع على فقرتين، نخصص كل فقرة لصورة من الصورتين المتقدم ذكرهما وكما يلي :-

أولاً / الأمانة في يد الأمين دون إذن المالك

إذا وصلت الأمانة إلى يد الأمين من دون إذن المالك أو من يقوم مقامه فتسمى لدى الفقهاء المسلمين في هذه الحالة بالأمانة الشرعية ، وهي كل عين في يد غير مالئها بدون إذن صريح من المالك، ولم يقصد واضع اليد تملكها، بل وضع يده بوصفه نائباً عن صاحبها لحين تنفيذ التزامه بالرد، ومثال ذلك، كما لو ألفت الريح مال شخص في دار شخص آخر، وهذا ما أشارت إليه المادة (١/٩٥٠) مدني عراقي بنصها على أنه (الأمانة هي المال الذي وصل إلى يد أحد... أو بدون عقد ولا قصد كما لو ألفت الريح في دار شخص مال أحد).

ويتحقق ألتزام الأمين بالرد هنا إذا قام بإعلام المالك مع التخلية بينه وبين الشيء المملوك له، ويشترط على الأمين أن يقوم بتبليغ المالك فور وضع اليد أن كان معروفاً أو من يقوم مقامه من ولي أو وصي أو قيم أو وكيل أو حاكم، ولا يجوز له التأخير مع قدرته على التبليغ فإن تراخى في ذلك فإنه يكون قد أخل بالتزامه بالرد فيتحول عندها إلى ضامن، أما إذا علم المالك أو كان يعلم بوجود الأمانة تحت يد الأمين، فإن الأخير لا يلتزم بالأعلام، ويتحقق الرد حينئذ بالتخلية بين الأمانة وصاحبها إذا طلبها الأخير من الأمين^(١).

(١) د. ليلي عبد الله الحاج، مصدر سابق، ص ١٥٠-١٥١.

ومن أمثلة هذه الصورة من صور الأمانة هي اللقطة، إذ تصل إلى يد الملتقط (الأمين) من دون إذن صريح من المالك، ومن ثم يلتزم الملتقط بالمحافظة عليها من كل ما من شأنه أن يؤدي إلى الإضرار بها، فإذا أخذها بنية التملك كانت يده يد ضمان، أما إذا أخذها من أجل حفظها لمالكها و ردها إليه فيما بعد ووفقاً للإجراءات التي يحددها القانون كانت يده يد أمانة وبالتالي لا يضمن هلاكها إلا بالتعدي والتقصير^(١)، كما أشارت المادة (٧٧٠) من مجلة الأحكام العدلية إلى أن يعلن الملتقط أنه وجد لقطة ويحفظ المال في يده أمانة إلى أن يوجد صاحبه، وإذا ظهر أحد وأثبت أن تلك اللقطة ماله، لزمه تسليمها^(٢). ومن ثم فإنه ملزم بحفظ الشيء ثم رده إلى صاحبه سواء بعد الإعلان للتعرف عليه أو إذا ظهر وأثبت أن تلك اللقطة ماله.

كما تُعدّ من صورها أيضاً قبض الحاكم لأموال المحجور لسفه أو صغر أو جنون، وأموال الغائب التي لا حافظ لها، ومن التطبيقات القضائية بهذا الخصوص أعتبرت محكمة التمييز الاتحادية في العراق، في قرار حديث لها صادر بتاريخ (١٢/١٠/٢٠٢١)^(٣) أن دائرة الكاتب العدل في كربلاء المقدسة بمثابة الأمين (المودع عنده)، وأن المودع هو الشخص الدائن الذي أودع بدلات الإيجار المتراكمة بذمته لصالح المستفيد، ثم أراد المودع ردها إليه ثانية، فرفضت دائرة كاتب العدل، وهذا ما أيدته محكمة التمييز بداعي (أنه لا يجوز للمودع سحب الوديعة بعد تبليغ من أودعت لحسابه إلا بموافقة أو بحكم قضائي)^(٤).

ثانياً / الأمانة في يد الأمين بإذن من المالك

وهي كل عين تحت يد غير مالكاها بإذن من المالك أو من يقوم مقامه وتسمى بـ (الأمانة المالكية)، ويختلف الرد فيها باختلاف تطبيقاتها على ثلاثة أنواع، النوع الأول إذا كانت الأمانة

(١) ينظر المادة (٩٧٤) مدني عراقي.

(٢) د. أحمد عبيد جاسم، التأصيل الفقهي للقانون المدني، ط ١، منشورات زين الحقوقية، لبنان، ٢٠١٣، ص ٤١٩.

(٣) قرار محكمة التمييز الاتحادية، بالعدد (٦٠٣٦ / الهيئة المدنية / ٢٠٢١).

(٤) مع الإشارة إلى أن المادة (١١٧) من قانون التنفيذ رقم (٤٥) لسنة ١٩٨٠ تنص على أنه (يسقط حق المطالبة بالأمانة النقدية أو العينية المودعة لدى مديرية التنفيذ إذا لم يراجع مستحقها لتسلمها خلال ثلاث سنوات ابتداء من اليوم التالي لتاريخ تبليغه، إذا كان معلوم محل الإقامة، وإذا كان مجهول محل الإقامة فيسقط حقه بالمطالبة بمضي خمس سنوات من تاريخ تسجيل الأمانة في مديرية التنفيذ وتقييد إيراداً للخرينة).

خالصة لمصلحة الأمين، والنوع الثاني إذا كانت الأمانة خالصة لمصلحة المالك، أما النوع الثالث يتعلق بكون الأمانة لمصلحة مشتركة بين الأمين والمالك معاً، وكما يلي :-

١ - إذا كانت الأمانة لمصلحة الأمين

إذا كانت الأمانة تحت يد الأمين من أجل مصلحة خالصة له كالعارية، فإنّ التزامه بالرد يتحقق فور انتهاء سبب وجودها تحت يده وإعادتها إلى المعير أو من ينوب عنه، غير أن الفقهاء المسلمين قد اختلفوا في تفاصيل الرد، فهل يتحقق إذا ما حصل طلب رد العارية من المعير قبل انتهاء وقتها المحدد ؟، وانقسموا في ذلك على رأيين، إذ يرى أصحاب الرأي الأول^(١) وهم كل من الأمامية والحنفية والحنابلة والشافعية، إلى أن للمعير حق الرجوع في العارية متى شاء سواء كانت العارية مطلقة أو مؤقتة ما لم تلزم المعير عاريته، فإذا تأخر الرد بعد طلب المعير، ألزم المستعير بالضمان مع الأجر، و أستدلوا في ذلك بحديث الرسول (ص) ((العارية مؤداة))^(٢)، كما يرون أن منافع العارية تحدث شيئاً فشيئاً، وتملك على حسب حدوثها، فالمنافع التي لم تحدث بعد لا يتصور فيها القبض فصح الرجوع قبل القبض لأن التملك لا يكون إلا في الموجود.

بينما يرى أصحاب الرأي الثاني^(٣) وهم جانب من المالكية إلى أن العارية تكون لازمة، ولا يجبر المستعير على الرد إذا كانت مقيدة بعمل كخياطة ثوب أو حرث فدان، أو كانت مقيدة بأجل كسكن دار لمدة شهر، أما إذا لم تكن مقيدة بعمل ولا أجل فتكون واجبة الرد حال طلبها.

أما على صعيد القانون، فقد نظمت التشريعات المدنية المقارنة التزام المستعير برد الشيء المعار، وذلك بمناسبة تنظيمها لانتهاء العارية، وذلك بموجب المواد (٨٦١) مدني عراقي، و (٦٤٣) مدني مصري، و (١٨٨٨) مدني فرنسي، إذ تنص المادة (٨٦١) مدني عراقي على أنه (١) - تنتهي الإعارة بأنقضاء الأجل المتفق عليه، فإذا لم يحدد لها أجل أنتهت بأستعمال الشيء فيما أعير من أجله، فإن لم تكن الإعارة محددة بأي طريقة جاز للمعير أن يطلب إنهاءها في أي

(١) ينظر/ فقه الإمام جعفر الصادق، ج ٤، مصدر سابق، ص ٢١٣. وأيضاً ابن عابدين، حاشية رد المختار، ج ٥، مصدر سابق،

ص ٦٧٨. وينظر : شمس الدين الرملي، نهاية المحتاج، ج ٥، مصدر سابق، ص ١٣١.

(٢) أخرجه ابن داود في سننه، كتاب البيوع، باب تضمين العارية، ج ٢، ص ١٢.

(٣) الشيخ صالح عبد السميع الأزهرى، جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، ج ٢، دار أحياء الكتب العربية، مصر، ص ١٤٦.

وقت. ٢- وفي كل حال، يجوز للمستعير أن يرد الشيء المعار قبل انتهاء الإعارة غير أنه إذا كان هذا الرد يضر المعير، فلا يرغم على قبوله).

أما المادة (٦٤٣) مدني مصري نصت على أنه (١- تنتهي العارية بأنقضاء الأجل المتفق عليه، فإذا لم يعين لها أجل أنتهت باستعمال الشيء فيما أعير من أجله. ٢- فأن لم يكن هناك سبيل لتعيين مدة العارية، جاز للمعير أن يطلب إنهاءها في أي وقت، ٣- وفي كل حال يجوز للمستعير أن يرد الشيء المعار قبل انتهاء العارية، غير أنه إذا كان هذا الرد يضر المعير فلا يرغم على قبوله).

كذلك ماجاء في المادة (١٨٨٨)^(١) مدني فرنسي والتي نصت على أنه (لا يحق للمعير أن يستعيد العارية إلا بعد الاجل المتفق عليه، أو في حال غياب أي اتفاق، بعد أن يكون الشيء المستعار قد أستخدم للغاية التي أستهير من أجلها).

ويتضح من النصوص المتقدمة أنه متى أنتهت العارية وجب على المستعير أن يرد الشيء ذاته دون غيره ولو كان أكبر قيمة منه، وفي الحالة التي كان عليها وقت الرد، غير أنه إذا كان الشيء قد هلك أو تلف بتعد المستعير أو تقصيره كان ضامناً، أما إذا ضاع الشيء المعار فإن المستعير يكون مسؤولاً عن هذا الضياع إلا إذا أثبت السبب الأجنبي، وذلك لأن التزام المستعير بالرد هو التزام بتحقيق غاية بخلاف الالتزام بالحفظ وهو بذل عناية.

أما عن رجوع المعير في العارية فوفقاً للنصوص المتقدمة يجب التفريق بين فرضين، الأول، أن تكون العارية مطلقة، وذلك كما إذا لم يعين المعير وقتاً للأنتفاع بالشيء أو لم يكن الأنتفاع مقيداً باستعمال معين، فعندها يجوز للمعير أن يطلب رد الشيء المعار في أي وقت شاء بشرط ألا يكون ذلك في وقت غير لائق، أما الفرض الثاني عندما تكون العارية مقيدة بوقت أو غرض محدد، فعندها تنتهي بآنتهاء الأجل المحدد لها، فإذا لم يتفق على أجل أنتهت باستعمال الشيء فيما أعير من أجله. ويجب على المستعير أن يرد الشيء إلى المعير أو وكيله أو من يقوم مقامه،

(١) 1888- Le prêteur ne peut retirer la chose prêtée qu'après le terme convenu, ou, à défaut de convention, qu'après qu'elle a servi à l'usage pour lequel elle a été empruntée.

ويلتزم المستعير برد الشيء المعار في المكان الذي تسلمه فيه، مالم يتفق الطرفان على أن يتم الرد في مكان آخر^(١). وتكون مؤونة العارية ومصاريف حفظها وتسلمها وردها على المستعير^(٢).

ومع ذلك فهناك بعض الحالات التي أعطى فيها القانون الحق للمعير بأن يطلب في أي وقت يشاء إنهاء العارية من دون أن يتقيد بالأجل المتفق عليه لأنهاها، وقد وردت تلك الحالات في المواد (٨٦٢) مدني عراقي^(٣)، و (٦٤٤) مدني مصري^(٤)، و (١٨٨٩) مدني فرنسي^(٥)، والتي يمكن أن نوجزها بالآتي :-

أ- حاجة المعير للشيء المعار، فإذا أحتاج المعير الشيء المعار كان أولى به من المستعير، وذلك لأن المعير متبرعاً في الأساس، ونعتقد أن كون حاجة المعير عاجلة وغير متوقعة أمر يخضع لتقدير القاضي.

ب- إذا أساء المستعير استعمال الشيء أو قصر في حفظه، ويبدو أن هذه الحالة تعدّ تطبيقاً للإلغاء بإرادة منفردة.

ج- إذا أعسر المستعير بعد أن عقد العارية، أو كان معسراً قبل ذلك دون علم المعير. وينتقد جانب من الفقه العراقي الفقرة (ج) أعلاه، التي جوزت للمعير إنهاء الإعارة إذا أعسر المستعير قبل أن عقد الإعارة أو كان معسراً قبلها ولم يعلم المعير بإعساره إلا بعد الأنقصاد، إذ يقول

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج٦، مصدر سابق، ص ١٥٤٩-١٥٥٤.

(٢) المادة (٨٥٦) مدني عراقي.

(٣) يجوز للمعير ان يطلب إنهاء الأمانة في الأحوال الآتية : (١- إذا عرضت له حاجة عاجلة للشيء لم تكن متوقعة. ٢- إذا أساء المستعير استعمال الشيء أو قصر في الاحتياط الواجب للمحافظة عليه. ٣- إذا أعسر المستعير بعد أن عقد الإعارة، أو كان معسراً قبل ذلك لكن المعير لم يعلم بإعساره إلا بعد أن أنقضت الإعارة).

(٤) التي تنص على انه : يجوز للمعير أن يطلب في أي وقت إنهاء العارية في الأحوال الآتية : (أ- إذا عرضت له حاجة عاجلة للشيء لم تكن متوقعة. ب- إذا أساء المستعير استعمال الشيء أو قصر في الاحتياط الواجب للمحافظة عليه، ج- إذا أعسر المستعير بعد أن عقد العارية أو كان معسراً قبل ذلك دون علم من المعير).

(٥) (غير أنه إذا طرأت، خلال هذه المهلة أو قبل أن تنتهي حاجة المستعير، حاجة ماسة للمعير وغير متوقعة للشيء خاصته، يمكن للقاضي وفقاً للظروف أن يجبر المستعير على رده).

(1889)-Néanmoins, si, pendant ce délai, ou avant que le besoin de l'emprunteur ait cessé, il survient au prêteur un besoin pressant et imprévu de sa chose, le juge peut, suivant les circonstances obliger l'emprunteur à la lui rendre.

الأستاذ (محمد حسن كبة)، ((ولا أرى تعليلاً لذلك، فما دامت هناك إعاره شيء يعاد للمستعير بعد انتهاء الغرض المعار من أجله، فما دخل الأعسار في إنهاء الإعاره؟))، في حين يرد عليه الأستاذ (أنطوان شماس) بالقول يمكننا أن نتصور خشية المعير من المستعير المعسر، إذ ربما يبلغ من الإعسار إلى بيع الشيء المستعار أو رهنه مثلاً، الأمر الذي يحدو به إلى الأسراع في إنهاء الإعاره لهذا السبب^(١).

وقد أنفرد المشرع العراقي متأثراً بالفقه الإسلامي عندما فرق في رد العارية بين الأشياء الثمينة وغيرها، وذلك عندما بين أنه متى أنتهت الإعاره وجب على المستعير أن يرد العارية إلى المعير بنفسه أو على يد أمينة، فإن كانت من الأشياء النفيسة سلمها ليد المعير نفسه، وإلا فلمن يقضي الاتفاق أو العرف بتسليمها إليه، أما إذا أخل المستعير بالتزام المتقدم ذكره، فتلفت العارية أو نقصت قيمتها لزمه الضمان^(٢).

٢ - إذا كانت الأمانة لمصلحة المالك

إذا كانت الأمانة لمصلحة المالك خالصة، وجب عليه أن يتسلمها من الأمين بنفسه أو عن طريق من ينوب عنه، وعلى الأمين التخلية بين المالك والأمانة، أما إذا طلبها المودع ولم يستجب الوديع إلى ذلك، فحبسها مع قدرته على الرد ضمنها^(٣).

ويلتزم الوديع برد الوديعة متى ما طلبها المودع أو أنتهت مدة الإيداع إذا كان العقد محدد بمدة، كما يستطيع المودع أن يطلب استرداد الوديعة متى شاء، وبالمقابل فإن للوديع أن يردها إليه في أي وقت^(٤). ويستند كل منهما في ذلك إلى أن عقد الإيداع من العقود غير اللازمة بطبيعتها،

(١) وبعد المناقشة أقر النص كما هو، إذ كان هذا أثناء مناقشات اللجنة المشكلة لمراجعة مشروع القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١، ينظر / مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني العراقي، ج ٤، مصدر سابق، ص ١٧٩.

(٢) المادة (٨٦٠) مدني عراقي، وتقابلها المادتين (٨٢٨-٨٢٩) من مجلة الأحكام العدلية.

(٣) زين الدين بن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة، بيروت، بدون سنة طبع، ص ٢٧٥. وكذلك ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ص ٢١٠.

(٤) د. يونس صلاح الدين علي، المسؤولية المدنية الناجمة عن أخلال الوديع بالتزامه بالمحافظة على الوديعة ودورها في القانون الإنكليزي " دراسة تحليلية مقارنة بالقانون المدني العراقي مصدر سابق، ص ٢٠٠-٢٠١.

وبالتالي يستطيع الوديع كونه متبرعاً بالأساس أن يتخلى عن هذا التبرع ويرد الوديعة إلى صاحبها بشرط إلا يضر به، كما يستطيع المودع أن يسحب الوديعة متى شاء.

والرد يجب أن يكون للمودع نفسه أو من يخلفه متى طلب منه ذلك، أما إذا كان المودع ناقص الأهلية لأي سبب كان، وحصل الإيداع عن طريق النيابة كالوكيل و الوصي والولي والقيم، ثم أستعاد أهليته عند رد الوديعة فلا يجوز الرد إلا إليه، أما إذا كان لا يزال تحت الولاية أو الوصاية أو القوامة، فأن الرد يكون للولي أو الوصي أو القيم^(١).

أما عن مكان رد الوديعة، فيتحدد بحسب الاتفاق في العقد، فإذا وجد اتفاق يجب العمل على تطبيقه، وعند عدم وجود الاتفاق سيكون الرد في مكان حفظ الوديعة^(٢). ومع ذلك يستطيع الوديع أن يمتنع عن رد الوديعة إلى المودع حتى بعد انتهاء العقد، وذلك في حالات منها على سبيل المثال :-

(١) مع الإشارة إلى أن القانون المدني الفرنسي بعد تعديله بموجب المرسوم (٢٠١٦/١٣١)، (على خلاف القانون المدني العراقي) وضع نظرية عامة للنيابة في التعاقد وذلك في المواد (١١٥٣-١١٦١)، حيث نظم المشرع الفرنسي أحكام النيابة القانونية والقضائية و الاتفاقية، وذلك بموجب المادة (١١٥٣) التي تنص على أنه (لا يجوز للنائب القانوني أو القضائي أو الاتفاقي التصرف إلا ضمن حدود السلطات الممنوحة له).

(1153)- Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2

Le représentant légal, judiciaire ou conventionnel n'est fondé à agir que dans la limite des pouvoirs qui lui ont été conférés.

ثم بين في المواد اللاحقة لها مفهوم النيابة ومدى السلطات الممنوحة للنائب قدرته على تعاقد شخص النائب مع نفسه من عدمه، سواء بأعتباره نائب عن نفسه وأصيل عن الآخر، أو بأعتباره نائباً عن الطرفين وغيرها من الأحكام الأخرى. في حين نجد أحكام النيابة في القانون العراقي مبعثرة بين نصوص متفرقة سواء في ثنايا القانون المدني العراقي، أو في ثنايا القوانين الخاصة الأخرى، وندعو المشرع العراقي إلى تنظيمها أو إلى أيراد تنظيم لها وتبويبها على غرار القانون المدني الفرنسي بعده تعديله).

(٢) حيث نصت على ذلك المادة (١٩٤٢) مدني فرنسي بأنه (إذا كان عقد الوديعة يحدد المكان الذي يجب أن يتم فيه الرد، يلزم الوديع بجلب الوديعة إلى هذا المكان، وفي حال وجود نفقات نقل فأنها تقع على عاتق المودع).

(1942)- Si le contrat de dépôt désigne le lieu dans lequel la restitution doit être faite, le dépositaire est tenu d'y porter la chose déposée. S'il y a des frais de transport, ils sont à la charge du déposant.

وأيضاً المادة (١٩٤٣) من نفس القانون نصت على (إذا لم يحدد العقد مكان الرد، يجب أن يتم في المكان ذاته الذي حصل فيه الإيداع).

(1943)- Si le contrat ne désigne point le lieu de la restitution, elle doit être faite dans le lieu même du dépôt.

أ- إذا حجز على الوديعة من قبل دائني المودع وهي لا تزال تحت يد الوديع (الأمين)، وذلك لأجل إستيفاء ديونهم من ثمنها^(١).

ب- إذا ثبت حق الحبس، ويثبت للوديع حق حبس الوديعة إذا كان له في ذمة المودع دين ناشئ عن عقد الوديعة، كما لو كان له أجر في ذمة المودع أو أنفق مصروفات على الشيء المودع، فله أن يحبس الوديعة إلى أن يستوفي حقه، ولكن مع ذلك لا يجوز مطلقاً للوديع أن يمتنع عن رد الوديعة تمسكاً منه بالمقاصة بين الوديعة ودين له في ذمة المودع، ويعد هذا الحكم استثناء من القواعد العامة التي أشارت إليه المادة (٤١٠)^(٢) من القانون المدني العراقي التي تنص على أنه (إذا كان للوديع دين على صاحب الوديعة و الدين والوديعة من جنس واحد أو كان للغاصب دين على صاحب العين المغصوبة من جنسها فلا تصير الوديعة أو العين المغصوبة قصاصاً بالدين إلا إذا تقاص الطرفان بالتراضي).

ويمكن لنا أن نلتمس الأحكام المتقدم ذكرها^(٣) من خلال النصوص القانونية المنظمة لها، إذ تنص المادة (١/٩٦١) من القانون المدني العراقي على أنه (١- إلى الوديع متى أنتهى عقد الوديعة أن يرد الوديعة وما يكون قد قبضه من أثمارها إلى المودع أو من يخلفه متى طلب منه ذلك، ويكون الرد في المكان الذي كان يلزم حفظ الوديعة فيه ومصروفات الرد على المودع، كل هذا مالم يوجد اتفاق يقضي بغيره) والمادة (١/٩٦٩) من القانون ذاته التي تنص على أنه (للمودع في كل وقت أن يطلب رد الوديعة مع زوائدها، كما أن للوديع أن يطلب ردها متى شاء).

^(١) ينظر المادة (١٩٤٤) مدني فرنسي التي نصت على أنه (يجب رد الوديعة إلى المودع حالما يطالب بها، حتى ولو كان العقد قد حدد مهلة معينة للرد، إلا إذا وجد، بين يدي الوديع، حجز احتياطي أو معارضة في الرد وفي نقل الشيء المودع).

3 - art. 11-1895 du 19 décembre 2011 - Ordonnanc (1944)-

Le dépôt doit être remis au déposant aussitôt qu'il le réclame, lors même que le contrat aurait fixé un délai déterminé pour la restitution ; à moins qu'il n'existe, entre les mains du dépositaire, une saisie ou une, opposition à la restitution et au déplacement de la chose déposée.

^(٢) تقابلها المادة (٣٦٤) من القانون المدني المصري.

^(٣) وقد أنفرد المشرع العراقي متأثراً كعادته بالفقه الإسلامي، وذلك من خلال النص الذي أورده في المادة (٢/٩٦١)، وعلى الرغم من أيراده للأمتثلة، ودخوله في التفاصيل إلا أنه قد قصد من وراء ذلك تحقيق العدالة، حيث نصت المادة المذكورة على أنه (وإذا كانت الوديعة موضوعة في صندوق مغلق أو مظروف مختوم وتسلمها الوديع دون أن يدري ما فيها وأدعى صاحبها عند ردها إليه نقصان شيء منها، فلا يجب على الوديع اليمين إلا أن يدعي المودع عليه الخيانة).

كما تنص المادة (٧٢٢) مدني مصري على أنه (يجب على المودع عنده أن يسلم الشيء إلى المودع بمجرد طلبه إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع عنده، وللمودع عنده أن يلزم المودع بتسليم الشيء في أي وقت، إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع)، في حين نصت المادة (١٩٣٢)^(١) مدني فرنسي على أنه (يجب على الوديع أن يرد الوديعة عينها التي سلمت إليه)، وأيضاً المادة (١٩٣٧)^(٢) من القانون ذاته نصت على أنه (يجب على الوديع أن لا يرد الوديعة إلا إلى الذي أودعها لديه أو إلى الذي تمت بأسمه أو إلى الذي عين لاستلامها).

وقد أشار القانون المدني العراقي إلى مسألة ذات أهمية كبيرة وذلك في المادة (٩٧٠) منه تتعلق بموت الأمين، فإذا مات الوديع (الأمين) ووجدت الوديعة عيناً في تركته فهي أمانة في يد الوارث، أما إذا مات مجهلاً حال الوديعة ولم توجد في تركته ولم تعرفها الورثة، تكون ديناً واجباً أدأؤه من تركته ويشارك المودع سائر غرماء الوديع، ونعتقد أن مسألة الإثبات هنا تثير صعوبة كبيرة سواء عند طلب إعادة الوديعة بعد موت الأمين أو إذا مات مجهلاً لها، مما يتطلب تدخل القضاء وصولاً لكشف الحقيقة، وهذا ما أشارت إليه محكمة التمييز الاتحادية، في حكم حديث لها صادر عام (٢٠١٨) يتعلق بادعاء المودع أن له في ذمة الوديع بعد وفاته مبلغ من النقود وكمية من الذهب تبلغ (١٥٠) مثقال، ورفض الورثة إعادتهم إليه بحجة إنكارهم للوديعة، وقد شددت محكمة التمييز أن على محكمة الموضوع التعمق في الإجراءات وصولاً إلى كشف الحقيقة عندما قررت ما يأتي (١- أن الغاية من عقد الوديعة هي حفظ مال المودع لدى الوديع ولا يتم العقد إلا بقبض هذا المال أستاناداً لأحكام المادة (٩٥١) مدني. ٢- للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على

(١) 1932-Le dépositaire doit rendre identiquement la chose même qu'il a reçue.

(٢) 1937-Le dépositaire ne doit restituer la chose déposée qu'à celui qui la lui a; confiée, ou à celui au nom duquel le dépôt a été fait, ou à celui qui a été indiqué pour le recevoir.

طلب الخصم اتخاذ أي إجراء من إجراءات الأثبات تراه لازماً لكشف الحقيقة استناداً للمادة (١٧/أولاً) من قانون الأثبات^(١).

^(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية، بالعدد (١٨٥٢) / الهيئة المدنية / ٢٠١٨، منشور في مجلة الأحكام القضائية " مجلة قانونية دورية " من أعداد القاضي: حيدر عودة كاظم، (قاضي محكمة بداءة الحلة حالياً)، العدد ٣، ٢٠١٨، مكتبة القانون المقارن، ص ٨٠-٨٣.

وتتلخص وقائع هذه القضية بأنه (لدى التدقيق والمداولة وجد أن الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية لذا قرر قبوله شكلاً وعند عطف النظر على الحكم المميز وجد أنه غير صحيح ومخالف للقانون. ذلك أن المدعي (المميز عليه) طلب الزام المدعى عليهم (ومنهم المميزون) إضافة لتركه مورثهم بتأديتهم له مبلغ تسعة ملايين دينار وكمية من الذهب عيار (٢١) تبلغ مائة وخمسون مثقال على سبيل الأمانة كانت مودعة لدى مورث الطرفين حال حياته وأن محكمة الموضوع أصدرت حكمها المميز بالزام المدعى عليهم ومنهم المميزون بالمبلغ و المخشلات الذهبية قبل استكمال التحقيقات المقضية وصولاً لأصدار الحكم العادل فيها إذ كان المتعين عليها أن تجري استجواب الطرفين بالذات والاستيضاح من المدعي عن كيفية أيداع هذا المبلغ وكمية المخشلات الكبيرة من حيث الرقم والكمية آنذاك، سيما وأن هذه الأمور العامة المفروضة الكافة بها وعن مهنة المدعي آنذاك كونه من مواليد ١٩٧٠/٣/٦ وأنه بتاريخ تحرير الوصل كان يبلغ من العمر حوالي ٢٧ سنة وهل أنه يساكن مورث المدعى عليهم بذات الدار أم بدار مستقلة وأن مورثه وحسبما ورد بطبلته الطبية المرفقة بكتاب دائرة مدينة الطب (قسم الأمور الإدارية و المالية والقانونية - الشعبة القانونية) بالعدد ٣٧٤٩٤ في ١٩٩٧/١٢/١٩ كان قد دخل المستشفى بتاريخ ١٩٩٧/٣/١ وخرج بتاريخ ١٩٩٧/٣/٣ وأنه كان يعاني من مرض (جلطة دماغية نتج عنها أختلال عمل الدماغ) وعلى فرض صحة الادعاء بأن مورث المدعي آنذاك هو بحاجة إلى الرعاية و الأهتمام فكيف به والحالة بقبول الأمانة المدعى بها وأن الغاية من عقد الوديعة هو حفظ المال لدى الآخر ولا يتم إلا بالقبض (م ٩٥١ مدني) وهناك التزامات على الوديع وردت في أحكام الوديعة (٩٥٢ وما بعدها) فكيف يتم الأيداع إلى أنسان مريض هو بأمس الحاجة إلى رعاية و أهتمام خاص وعلى ضوء الحالة المرضية التي كان يعاني منها من جهة ومن جهة أخرى كان المتعين على محكمة الموضوع الاستماع إلى الشهود المدونة أسماؤهم في وصلي الأمانة المؤرخين في ١٥/١٠/١٩٩٧ و ٢٥/٣/١٩٩٨ عملاً بأحكام المادة (٤٥٩) من قانون الأثبات في كل ما يتعلق بطروف الأمانة وكيفية أيداعها وقبولها من قبل مورث المدعين، حيث أن للمحكمة أن من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصم اتخاذ أي إجراء من إجراءات الأثبات تراه لازماً لكشف الحقيقة (١٧/أولاً من قانون الأثبات) من جهة ومن جهة أخرى كان المتعين على محكمة الموضوع استدعاء خبراء المخطوطات والاستيضاح منهم حول شكلية السندات المبرزة من قبل المدعي وتوجيه السؤال عن الإضافات والأخبار التي دونت فيها أقوال الشاهدين وهل أن أسماؤهم مضافة بتاريخ وفترة زمنية لاحقة أم أنها دونت بأن واحد وكذلك سؤال الشهود بذلك وإن هذه قرائن قضائية يمكن من خلالها وصول محكمة الموضوع إلى حقيقة الأمر سيما وأن المدعي قد تراخى في إقامة دعواه، وحيث أن محكمة الموضوع أصدرت حكمها المميز قبل استكمال تلك التحقيقات المشار إليها أنفاً مما يكون حكمها قد جانب الصواب، قرر نقضه وإعادة أضبارة الدعوى إلى محكمتها لأتباع ما تقدم على أن يبقى رسم التمييز تابعاً للنتيجة وصدر القرار بالاتفاق في ٧/٣/٢٠١٨ م).

أما إذا كانت الوديعة (مبلغ من النقود)، فيجب التفرقة بين نوعين منها: أولهما وديعة النقود الكاملة، وثانيهما وديعة النقود الناقصة، وتعد وديعة النقود وديعة كاملة إذا أتفق على ردها في ذاتها أي غير قابلة للأستعمال ويقتصر دور الوديع على حفظها، وفي هذه الحالة لا يتقاضى المودع فوائد عنها، ولكن إذا تأخر الوديع في ردها جاز للمودع أن يطالب بتعويض بعد أعمار الوديع، ويجوز أن يكون هذا التعويض هو الفائدة القانونية للنقود من وقت الأعمار، ولا يقال هنا أن فوائد النقود لا تستحق إلا من وقت المطالبة القضائية، فإن ذلك إنما يكون إذا كانت النقود ديناً في الذمة، أما إذا كانت (وديعة كاملة) مودعة على أن تُرد في ذاتها فإنها تعتبر عيناً معينة، فلا يشترط المطالبة بالتعويض إلا الأعمار كما في سائر الأعيان^(١).

أما الوديعة الناقصة، وهي الوديعة التي تقبل الأستعمال ولا يشترط أن ترد في ذاتها (قرضاً)، فإنها تصبح ديناً في الذمة، ولا يتقاضى المودع فوائد منها إلا بموجب اتفاق أو من وقت المطالبة القضائية بهذه الفوائد، وقد أشار القانون المدني العراقي إلى ذلك في المادة (٩٧١) منه تحت عنوان (حالات خاصة في الوديعة)، والتي تنص على أنه (إذا كانت الوديعة مبلغاً من النقود أو أي شيء آخر مما يهلك بالأستعمال وكان الوديع مأذوناً في أستعماله، أعتبر العقد قرضاً مالم يقضي العرف بغير ذلك).

ومن التطبيقات القضائية بهذا الخصوص، القرار الصادر عن الهيئة الموسعة في محكمة التمييز الاتحادية^(٢)، الذي يتعلق بقيام المدعي (المودع) بإيداع مبلغ من النقود قدره (خمسة عشر

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج٧، مج ٢، مصدر سابق، ص ٧٢٦.

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (٣٨٩/٣٩١) / الهيئة الموسعة المدنية) في (٢٠١٨/١٢/١٨).

وتتلخص وقائع هذه القضية بأنه (لدى التدقيق والمداولة من قبل الهيئة الموسعة المدنية لمحكمة التمييز الاتحادية لوحظ بان الطعنين التمييزيين مقدمان في مدتهما القانونية. قرر قبولهما شكلاً، ولوحدة الموضوع قرر توحيدهما ونظرهما معاً، ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد بأنه غير صحيح ومخالف لأحكام القانون. لأن المدعي/ مدير عام صندوق الاسكان العراقي اضافة لوظيفته قد اوضح بعريضة دعواه البدائية بأنه بتاريخ ٢٠١٥/٦/٢٣ قد تعاقد مع المدعي عليه/ المدير المفوض لمصرف الاتحاد العراقي اضافة لوظيفته وذلك بقيامه بإيداع مبلغ قدره خمسة عشر مليار دينار عراقي لمدة سنة واحدة لقاء فائدة قدرها ٧% من مبلغ الوديعة وبمبلغ قدره مليار وخمسون دينار عراقي ورغم انتهاء مدة العقد الا ان المدعي عليه امتنع عن اعادة مبلغ الوديعة لذا طلب فسخ العقد واعادة مبلغ الوديعة والحكم له بالفوائد والغرامات التأخيرية في العقد من تاريخ الاستحقاق ولحين التأدية الفعلية ولأن الثابت من اوراق الدعوى بأن المدعي قد استند بالمطالبة بدعواه على عقد (ايداع مبلغ

لدى مصرف الاتحاد العراقي) المبرم مع المدعى عليه والذي تصادق الطرفان عليه والمحضر بتاريخ ٢٣/٦/٢٠١٥ المتضمن التزام المدعى على ايداع مبلغ قدره خمسة عشر مليار دينار عراقي في مصرف المدعى عليه كوديعة ثابتة لمدة سنة اعتباراً من تاريخ الايداع قابلة للتجديد باتفاق الطرفين وفعلاً نفذ المدعى التزامه وقام بإيداع المبلغ اعلاه في المصرف بتاريخ تحرير العقد. إما التزامات المدعى عليه (المصرف) فهي اعادة مبلغ الوديعة بعد انتهاء مدة العقد وتسديد مبلغ قدره مليار وخمسون مليون دينار عن قيمة الفائدة البالغة ٧% من قيمة مبلغ الوديعة وعلى شكل دفعة واحدة مقدماً في يوم الايداع كما تضمن العقد شرطاً للتمتع به المدعى عليه (المصرف) وقد جاء فيه (تفرض غرامة تأخيرية على الطرف الثاني وبمبلغ (٢,٠٠٠,٠٠٠) مليوني دينار عراقي عن كل يوم تأخير في حالة تعثر المصرف باعادة المبلغ عند انتهاء المدة البالغة سنة واحدة من تاريخ ايداع المبلغ او بعد مدة فسخ العقد وتضاعف كل عشرة ايام بشكل تراكمي). ولأن دعوى المدعى/ إضافة لوظيفته قد طلب فيها ثلاثة طلبات اولها طلب فسخ العقد المبرم مع المدعى عليه ولأن هذا العقد قد حددت مدته باتفاق الطرفين لمدة سنة واحدة وقد انتهى بمضي هذه المدة بتاريخ ٢٤/٦/٢٠١٦ أي قبل اقامة المدعى لدعواه ولم يتم تجديد هذا العقد من قبل طرفيه ولأن العقد عند انتهاء مدته لا يرد عليه الفسخ فتكون مطالبة المدعى بفسخ العقد لهذا السبب واجبة الرد، أما بخصوص مطالبة المدعى بمبلغ الوديعة البالغ خمسة عشر مليار دينار عراقي فأنها أيضاً واردة قانوناً لأنه بعد ثبوت قيامه بإيداع المبلغ اعلاه وديعة في مصرف المدعى عليه فإن المصرف ملزم بعد انتهاء مدة العقد البالغة سنة واحدة من تاريخ الايداع بإعادة المبلغ اعلاه رضاءً وفي حالة رفضه وامتناعه من ذلك يجبر قضاءً، اما بخصوص مطالبة المدعى بمبلغ الفائدة البالغة مليار وخمسون مليون دينار والفائدة القانونية ومبلغ الغرامات التأخيرية. فتجد هذه المحكمة بأن المدعى بواسطة وكيله قد اقر صراحة امام محكمة الاستئناف في محضر جلسة ٨/٨/٢٠١٧ بأنه قد استلم مبلغ الفائدة البالغ ٧% وبمبلغ قدره مليار وخمسون مليون دينار عند توقيع العقد من المدعى عليه اضافة لوظيفته وذلك بتاريخ ٢٣/٦/٢٠١٥ وبهذا تكون مطالبة المدعى بهذا المبلغ لا سند لها من القانون. أما بخصوص مطالبة المدعى بمبلغ الفائدة القانونية وفق المادة (١٧١) من القانون المدني ومبلغ الغرامات التأخيرية التي التزم المدعى عليه اضافة لوظيفته بتسديدها للمدعى البالغة مليوني دينار عن كل يوم عند تأخر المدعى عليه بإعادة مبلغ الوديعة فان هذه المحكمة ترى بأنه لا يجوز الحكم للمدعى بالفائدة القانونية ومبلغ الغرامات التأخيرية معاً لأن حقيقة التعويض عن طريق الفائدة القانونية وفلسفة الاخذ بها من قبل المشرع العراقي في المادة (١٧١) مدني تتبع من كراهية المشرع للربا مما جعله يتدخل لتحديد سعر للفوائد من خلال وضع حد أقصى لسعر الفائدة القانونية ونسبة ٤% في المسائل المدنية و ٥% في المسائل التجارية عند سكوت المتعاقدين عن تحديدها على هذا الاساس قد لا نعدو الحقيقة بأن مرجعية الفوائد القانونية ومركزها هي فائدة اتفاقية ثم تقنين نسبتها من المشرع. ولأن الثابت من العقد بان طرفي الدعوى قد اتفقا بموجبه على التزام المدعى عليه بدفع غرامة تأخيرية للمدعى. لذا فان حقيقة هذا الاتفاق يعتبر فائدة قانونية ملزم المدعى عليه بتسديدها عند تأخره عن ارجاع مبلغ الوديعة وذلك استناداً لأحكام المادة (١٧٢/١) من القانون المدني. التي نصت (يجوز للمتعاقدان ان يتفقا على سعر آخر للفوائد على الا يزيد هذا السعر على سبعة في المائة فإذا اتفق على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها الى سبعة في المائة ويتعين رد ما دفع زائداً على هذا المقدار). ومن تحليل هذا النص فإن تطبيقه والاخذ به من قبل المحكمة تنفيذاً للاتفاق الحاصل بين طرفي الدعوى والتزام المدعى عليه بتسديد غرامة تأخيرية، يحتم عليها بوجوب عدم الحكم بالفائدة القانونية المنصوص عليها في المادة (١٧١) مدني لأن المادة (١٧٢) من القانون المدني هي الواجبة التطبيق والتي منحت لإرادة الطرفين حيزاً برفع سعر الفائدة القانونية المنصوص عليها في المادة (١٧١) مدني وبما لا يتجاوز ٧% ولأن ارادة طرفي

مليار دينار عراقي) لدى الطرف الآخر (الوديعة) لمدة سنة واحدة لقاء فائدة قدرها (٧%) من مبلغ الوديعة، ورغم أنتهاء مدة العقد إلا أن المدعى عليه (الوديعة) أمتنع عن (الرد) إعادة مبلغ الوديعة، لذا طلب المودع فسخ العقد و إعادة مبلغ الوديعة والحكم له بالفوائد والغرامات التأخيرية في العقد من تاريخ الاستحقاق و لحين التأدية الفعلية. وقد قضت الهيئة الموسعة في نهاية المطاف بأنه (لا يجوز الحكم للمدعي بالفائدة القانونية المنصوص عليها في المادة (١٧١) من القانون المدني، ومبلغ الغرامات التأخيرية في المادة (١/١٧٢) من القانون المدني معاً، لأن إرادة طرفي عقد الوديعة قد اتفقت صراحة على تعويض المودع (المدعي) عند عدم التزام المدعى عليه (الوديعة) بإعادة مبلغ الوديعة المستلم من قبله في وقته المحدد وذلك عن طريق فرض غرامات تأخيرية، وهذه الغرامات تعتبر تعويضاً والفائدة القانونية هي الأخرى تعتبر تعويضاً، وبهذا لا يجوز التعويض للمدعي مرتين عن واقعة واحدة، لأن ذلك إضرار لحساب المدعي على حساب المدعى عليه بدون سند قانوني). ونرى ان قرار الهيئة الموسعة قد جاء سليماً وموافقاً لنصوص القانون على وفق الحثيات التي تضمنها والنصوص التي أستاذت اليها، كما أنه جاء موافقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ومحترماً لإرادة الاطراف المتفق عليها في العقد، وهذا من شأنه ان يعزز من مبدأ الامن القانوني والقضائي للأفراد وحماية لتوقعاتهم المشروعة.

الدعوى في العقد المبرم بينهما قد ذهبت الى تعويض المدعي عن طريق فرض غرامات تأخيرية تبدأ من تاريخ تعثر المدعى عليه بإعادة مبلغ الوديعة بعد انتهاء العقد وهذه الغرامات التأخيرية هي الوجه الاخر للفائدة القانونية المنصوص عليها في المادة (١/١٧٢) من القانون المدني ولأن الحكم بالغرامات التأخيرية المتفق عليها يعتبر تعويض للمدعي عن تأخر المدعى عليه في اعادة مبلغ الوديعة بموعدها المحدد بالعقد وبهذا لا يمكن الحكم للمدعي مرة ثانية بالفائدة القانونية المنصوص عليها في المادة (١٧١) من القانون المدني والبالغة ٥% من تاريخ المطالبة القضائية كما جاء في الحكم المميز، اذ ان المدعي في هذه الحالة قد حصل على تعويض لمرتين عن فعل واحد وهو امتناعه عن اعادة مبلغ الوديعة في وقتها المحدد بالعقد وهذا لا يجوز قانوناً لان التمييز بين الفائدة القانونية والغرامة التأخيرية على فرض صحته لا يمكن ان يفرض هذا التمييز منحهما معاً عن واقعة قانونية واحدة وهي تأخير المدعى عليه بإعادة مبلغ الوديعة والقول بخلاف ذلك يخالف المنطق القانوني السليم لانه يجمع بين فائدة قانونية وفائدة قانونية اخرى تأخذ شكل ومسمى الغرامة التأخيرية. وصفوة القول مما سلف ذكره فان المدعي اضافة لوظيفه يستحق من دعواه مبلغ الوديعة البالغ خمسة عشر مليار دينار. مع مبلغ الغرامات التأخيرية وبما لا يتجاوز ٧% وفق احكام المادة (١/١٧٢) من القانون المدني من تاريخ الاستحقاق. ولا يستحق المدعي الفائدة القانونية المنصوص عليها في المادة (١٧١) من القانون المدني. ولما كان الحكم المميز قد صدر خلاف ذلك...).

٣- إذا كانت الأمانة لمصلحة الأمين والمالك معاً

إذا كانت الأمانة لمصلحة الأمين والمالك معاً، فالأصل أن على المالك تسلمها من الأمين في مكان وجودها، وعلى الأمين الالتزام بردها إليه شخصياً أو من ينوب عنه قانوناً أو اتفاقاً أو شرعاً، ولا تكفي التخلية لتبرأ ذمة الأمين من التزام التسليم، إلا إذا وجد بينهما اتفاق على كيفية التسليم ومكانه، عندها يتم التسليم بالكيفية التي تم الاتفاق عليها من الطرفين، ومن أمثلة هذه الصورة من صور الرد، رد الحارس الشيء المعهود إليه حراسته إلى المالك أو القاضي أو من له حق فيه، و رد الوديعة الوديعة المأجورة، و رد المستأجر المأجور إلى المؤجر أو من يمثله من وصي أو ولي أو قيم^(١).

وبقدر تعلق الأمر في عقد الإيجار، فإن على المستأجر عند انتهاء عقد الإيجار أن يرد المأجور إلى صاحبه في المكان الذي تسلمه فيه ما لم يحدد الاتفاق أو العرف مكان آخر، أما إذا بقي المستأجر متمسكاً بالمأجور دون حق كان ملزماً بتعويض المؤجر، وهذا ما أشارت إليه المادة (٧٧١) من القانون المدني العراقي التي تنص على أنه (١- إذا أنقضى عقد الأيجار، وجب على المستأجر أن يخلي المأجور للمؤجر في المكان الذي تسلمه فيه، إذا لم يحدد الاتفاق أو العرف مكاناً آخر. ٢- فإذا أبقى المستأجر المأجور تحت يده دون حق، كان ملزماً أن يدفع للمؤجر تعويضاً يراعي في تقديره أجرة المثل، وما أصاب المؤجر من أضرار أخرى. ٣- أما أن بقي المستأجر تحت يده أضراراً أو بسبب لا يد له فيه، كان ملزماً أن يدفع للمؤجر أجرة المثل). وتقابلها المادة (٥٩٠) من القانون المدني المصري التي تنص على أنه (يجب على المستأجر أن يرد العين المؤجرة عند انتهاء الأيجار، فإذا أبقاها تحت يده دون حق كان ملزماً أن يدفع للمؤجر تعويضاً يراعي في تقديره القيمة الإيجارية للعين وما أصاب المؤجر من ضرر).

ومن التطبيقات القضائية بهذا الخصوص، ما أشارت إليه محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها صادر بتاريخ (٢٠١١/٧/١٨) يقضي بأنه (إذا أنهى عقد الأيجار وبقي المستأجر شاغلاً

(١) د. ليلي عبد الله الحاج، وضع اليد على ملك الغير، مصدر سابق، ص ١٥٣-١٥٤.

للمأجور لحين إجراء التخلية الجبرية، فأن تلك الفترة المحصورة بين أنتهاء عقد الأيجار وتسليم
المأجور تعد بمثابة الغصب ويكون المستأجر ملزماً بأجر المثل^(١).

ولدى التدقيق في القرار المذكور نجد أن محكمة التمييز الاتحادية تستند عند إصدارها
للقرار إلى المادة (١٩٧) مدني عراقي والمتعلقة بالغصب، ونرى من الأفضل ان تستند إلى نص
المادة (٢/٧٧١) من القانون ذاته (المشار إليها اعلاه)، كونه نص خاص بعقد الأيجار، وهو
الأكثر ملائمة و انطباقاً على وقائع الدعوى، كما أنه يحقق مصلحة المؤجر كون التعويض على
أساسه لا يقتصر على أجر المثل وإنما يتعداه إلى ما اصاب المؤجر من اضرار اخرى بحسب
تعبير النص، فإذا لم يتم تطبيقه على هكذا وقائع، فما هو مجال تطبيقه ؟.

ويجب على المستأجر أن يرد العين بالحالة التي تسلمها عليها، دون أي نقص أو تغيير، أما
إذا ردها المستأجر ناقصة أو تالفة فإنه يلتزم بتعويض المؤجر بالنفقات اللازمة لإعادة العين إلى
ما كانت عليه، مالم يقدم دليلاً أن الهلاك يعود لسبب أجنبي لا يد له فيه^(٢)، ولأجل أثبات أن
حالة العين وقت الرد هي نفس حالتها وقت التسليم، لابد أن يكون الطرفان قد حررا عند التسلم
محضراً يبين حالة العين وأوصافها وما تشتمل عليه من ملحقات، أما إذا كان تسليم المأجور

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية، ٢٤٦٨/ الهيئة الاستئنافية / عقار ٢٠١١/ ت ٣٠٩٧، منشور لدى القاضي حيدر عودة
كاظم، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية، ج ١، دار الوارث للطباعة والنشر، كربلاء، ٢٠١٦، ص ١٣-١٥.
ويتلخص القرار بأنه (لدى التدقيق والمداولة وجد أن الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلاً ولدى عطف
النظر على الحكم المميز وجد أنه صحيح وموافق للقانون للأسباب المذكورة فيه حيث أن الثابت من أضرار الدعوى بأن المميز
(المدعى عليه) كان مستأجراً لسبعة محلات مشيدة على القطعة المرقمة ١٤/٣ هيبية خاتون وأن العقد أنتهى بتاريخ
٢٠١٠/١/٣١ إلا أن المدعى عليه بقي شاغلاً للمأجور لحين إجراء التخلية الجبرية بتاريخ ٢٠١٠/١٠/٧ وبذلك تكون الفترة
المحصورة بين أنتهاء عقد الأيجار وتسليم المأجور بمثابة الغصب ويكون المدعى عليه ملزماً بأجر المثل عنها أستناداً لأحكام
المادة (١٩٧) من القانون المدني وأن المحكمة استعانت بثلاثة خبراء لتقدير ذلك الأجر وكان تقديرهم مناسباً للأسعار السائدة
للعقارات المجاورة ويصلح أن تتخذ المحكمة سبباً للحكم أستناداً لأحكام المادة (١٤٠) من قانون الأثبات بذلك تكون لدعوى
المدعين سند من القانون. قرر تصديق الحكم المميز و رد الطعن التمييزي وتحميل المميز رسم التمييز، وصدر القرار بالاتفاق
في ١٦/ شعبان ١٤٣٢/ الموافق ٢٠١٦/٧/١٨).

(٢) د. محمد فواز صباح، أثر أزمة كورونا على التزامات المستأجر، بحث منشور في مجلة كلية المعارف، مج ٣١، العدد ١،
٢٠٢٠، ص ١٩٨-١٩٩.

للمستأجر قد حصل دون وضع بيان بأوصافه، فيفترض حتى يقوم الدليل على العكس أن المستأجر قد تسلمه في حالة حسنة^(١).

فإذا أخل المستأجر بالتزامه وتأخر في رد المأجور، فأن المؤجر يستحق تعويضاً يتكون من شقين، الأول أجر المثل، عن المدة التي تأخر فيها المستأجر عن رد المأجور، وقد يكون أعلى من الأجرة الفعلية أو أدنى منها، والشق الثاني هو تعويض إضافي لما أصاب المؤجر من ضرر، كأن يثبت المؤجر أن شخصاً كان يرغب أن يستأجر العين بأجره أعلى من أجرة المثل، فيرجع المؤجر على المستأجر بما فاتته من ربح^(٢).

وإذا أنتهت الأجرة وكان المستأجر قد أحدث في المأجور بناء أو غراس أو أي تحويلات أخرى، وكان ذلك بمعارضة المؤجر أو دون علمه، فعلى المستأجر عند رد المأجور أن يلتزم بهدم البناء وإزالة جميع ما أحدثه من إضافات، فإذا كان ذلك يضر بالمأجور جاز للمؤجر أن يملك ما استحدثه المستأجر بقيمته مستحقاً للقلع^(٣).

وتطبيقاً لذلك فقد قضت محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها صادر بتاريخ (٢٧/٩/٢٠١٧) بأنه (المأجور أمانة في يد المستأجر ويكون ملزماً تجاه المؤجر بقيمة إزالة الأضرار والتحويلات التي أحدثها دون موافقته وفقاً لما قرره المادتين (٧٧٣-٧٧٤) من القانون المدني)^(٤).

(١) ينظر المواد (٧٧٢) مدني عراقي، و (٥٩١) مدني مصري، و (١٧٣٠) مدني فرنسي.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج٦، مج ١، مصدر سابق، ص ٦١٢.

(٣) ينظر المادة (٧٧٤) مدني عراقي، وتقابلها المادة (٥٩٢) مدني مصري.

(٤) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٧٣٥/ الهيئة الاستئنافية /عقار/ ٢٠١٧، منشور لدى القاضي حيدر عودة كاظم، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية، ط١، ج٢، دار الوارث للطباعة والنشر، ٢٠١٨، ص ٢٠٢-٢٠٤. ويتلخص القرار بأنه (لدى التدقيق والمداولة وجد أن الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلاً ولدى إمعان النظر في الحكم المميز تبين أنه صحيح لموافقته أحكام القانون ذلك أن الطرفين سبق وأن أبرما عقد تأهيل فندق عشتار بغداد وتحديثه وتطويره وتشغيله ولعدم التزام المميز ببند العقد تم فسخه قضاءً وأكتسب الحكم الصادر درجة البتات وقد ثبت إلى المحكمة قيام المميز إضافة لوظيفته بإجراء تحويلات في المأجور موضوع الدعوى دون أخذ موافقة المميز عليه، لذا فإن لدعوى المميز سند من القانون وفقاً لما قرره المادتين (٧٧٣-٧٧٤) من القانون المدني النافذ لأن المأجور أمانة في يد المستأجر وبالتالي يكون ملزماً بقيمة إزالة الأضرار والتحويلات التي أحدثها والتي حددها الخبراء الثلاث في أضرارتي الكشف والمرفقة بالدعوى ولم

كما قضت في حكم آخر لها صادر عام ٢٠١٧ بأنه (إذا كان المستأجر قد أحدث تحسينات في المأجور دون علم وموافقة المؤجر وكان قلعها لا يضر المأجور فيتعين على المستأجر رفعها على نفقته، وأن كان يضر بالمأجور جاز للمؤجر أن يمتلك ما أستحدثه المستأجر بقيمته مستحقاً للقلع)^(١).

وفي ختام هذا الفرع المتعلق بالتزام الأمين برد الأمانة، اتضح لنا مما تقدم أن الرد على عدة أنواع يمكن ان نوجزها بالاتي:-

أ- النوع الأول : يتحقق الرد إذا قام الأمين بإعلام المالك بوجود الأمانة تحت يده مع التخلية بينه وبين الأمانة عند طلبها منه. ومثالها، المال الذي ألقاه الريح في دار شخص آخر (الأمين).

ب- النوع الثاني : فإن الرد لا يتحقق به إلا بنقل الشيء وتسليمه إلى صاحبه، كالعارية لأن الأمانة فيها لمصلحة الأمين خالصة.

ج- النوع الثالث : يتحقق الرد من خلال التخلية بين الشيء وصاحبه كالوديعة، لأن الأمانة فيها لمصلحة المالك خالصة.

د- أما النوع الرابع : فلا يتحقق الرد إلا بتسليم الشيء إلى صاحبه في محل الشيء كالإجارة. وتطبق الأحكام المتقدمة مالم يوجد اتفاق يقضي بخلاف ذلك، فإذا أخل الأمين بالتزامه بالرد تحولت يده من يد أمانة إلى يد ضمان كما أوضحنا في المطلب السابق.

يعترض الطرفان على التقرير وفقاً لأقوالهما بجلسة المرافعة ليوم ٢٠١٧/٧/١٦ لذا قرر تصديقه و رد الطعن التمييزي وتحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق في ٢٠/ذي الحجة /١٤٣٨ الموافق ٢٠١٧/٩/١١ م).

^(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٨٦٣، الهيئة الاستئنافية، عقار، ٢٠١٧، ت ٨٢١، منشور لدى، القاضي حيدر عودة كاظم، مجلة مجموعة الأحكام القضائية، العدد ٢، ٢٠١٨، ص ٢٤-٢٥.

المطلب الثالث

مسؤولية الأمين

أن المال معرض للهلاك سواء أكان تحت يد صاحبه أو تحت يد الغير، فإذا هلك المال وهو تحت يد صاحبه دون تعد من أحد كان هلاكه عليه ولا خلاف في ذلك، أما إذا هلك تحت يد الغير، فلا بد من النظر إلى هذا الغير، هل هو صاحب يد الأمانة أم يد الضمان، لأن الفقه الإسلامي لم يأخذ بما ذهب إليه الفقه الغربي بشأن معالجة أحكام تبعة الهلاك عن طريق التمييز بين العقود الملزمة لجانب واحد والعقود الملزمة للجانبين، وإنما لجأ منذ البداية إلى تقرير قاعدة عامة بسيطة مفادها إقامة تبعة الهلاك على أساس طبيعة وضع اليد أو القبض، وعد ذلك بمثابة نقطة الانطلاق في تقرير الأحكام المتعلقة بتبعة الهلاك، وذلك استناداً لقاعدة (على اليد) وهي من أهم القواعد الفقهية التي تحكم مسألة الهلاك، و تنطبق على العقود أو الوقائع التي لا ينتقل فيها الضمان بمجرد القبض، بل تبعاً لطبيعة يد القابض هل هي يد أمانة أم ضمان.

وبما أننا هنا نبحث في مدى مسؤولية الأمين، فهل تعد يده ضامنه أم غير ضامنه، وهل عدم ضمانها مطلقاً أم توجد هنالك قيود تحده، وهل للشرط من أثر في تضمين يده الأمانة أم لا، وهل هنالك من فارق بين تلك الأحكام في الفقه الإسلامي عنها في القانون المدني، وهل هنالك من تطبيقات قضائية بهذا الشأن تبين لنا حدود مسؤولية الأمين و مدى توافقها أو اختلافها عن الأحكام المقررة في الفقه الإسلامي؟. وبناءً على ما تقدم سنقسم هذا المطلب على فرعين، نبين في الفرع الأول عدم ضمان الأمين، في حين نخصص الفرع الثاني لأثر الشرط على ضمان الأمين.

الفرع الأول

عدم ضمان الأمين

تختلف مسؤولية الأمين عن هلاك ما تحت يده باختلاف سبب الهلاك، إذ أن هلاك المال بفعل الأمين أو بتعدي منه أو تقصير، يختلف عن هلاكه بسبب أجنبي، كما تختلف تلك المسؤولية باختلاف العناية التي يبذلها الأمين فهل هي عناية منسجمة مع ما فرضه عليه الشرع أو القانون أو الاتفاق. ولغرض بيان قاعدة عدم مسؤولية او ضمان الأمين، سنتولى تقسيم هذا الفرع على فقرتين، نبين في الفقرة الأولى موقف الفقه الاسلامي من عدم ضمان الأمين، في حين نخصص الفقرة الثانية لموقف القانون المدني من عدم ضمان الأمين.

أولاً / موقف الفقه الاسلامي من عدم ضمان الأمين

الأصل يقرر الفقهاء المسلمون عدم ضمان صاحب يد الأمانة أو عدم مسؤوليته، أي أنه لا يضمن هلاك الشيء الذي تحت يده أو تلفه إلا إذا تعدى أو فرط أو قصر في حفظه، وقد صاغ الفقهاء المسلمون ذلك في قاعدة فقهية مؤداها " لا ضمان على مؤتمن"، ومعنى ذلك أن الشارع قد أفترض في واضع اليد الأمانة في هذه الحالة، لذا فهو مصدق فيما يدعيه، ومن ثم كان غير مسؤول عن الضمان من هذه الجهة، فإذا خرج عن حدود الأمانة وتعدى عليها بسوء الاستعمال أو نحوه، أو قصر أو فرط في حفظها فإنه في هذه الحالة يجب عليه الضمان^(١).

وأن قاعدة عدم ضمان الأمين تعد عامة سواء من حيث شمولها لأفرادها أو حكمها، فهي عامة بالنسبة لأفرادها فتشمل المستأجر والوديع والملتقط عند توافر شروطها وناظر الوقف وغيرها، ولا يخرج عن هذا العموم إلا المستعير والمرتهن إذ ثار بشأنهم خلاف عند بعض الفقهاء، وهي أيضاً عامة من حيث حكمها ولا يحد من عمومها إلا أمران : أولهما تعدي واضع اليد في استعمال الشيء، وثانيهما التقصير في حفظه.

وهذا ما أشار إليه الفقهاء المسلمون على أختلاف مذاهبهم، وقد ورد في شأن الوديعة (وهي أمانة فلا تضمن إلا بالتعد)^(٢)، كما ورد بشأنها أيضاً (وهي أي الوديعة بيد الوديع لا تضمن بلا تعد ولا

(١) الشيخ علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٨١-٨٢.

(٢) الحلبي، شرائع الإسلام، ج ٢، مصدر سابق، ص ١٨٧.

تفريط لأنه تعالى سماها أمانة و الضمان ينافي الأمانة^(١). وقد جاء في الأمانة (لا خلاف في أن المُستأجر أمانة في يد المستأجر كالدَّار والدابة... ونحو ذلك حتى لو هلك في يده بغير صنعه لا ضمان عليه)^(٢)، كما جاء بالنسبة للأجير (...فهو أمين فيما قبضه لا يضمن إلا لتعد أو تفريط...)^(٣).

وقد استدل الفقهاء المسلمون على هذه القاعدة من خلال ما ورد في القرآن الكريم ومن ذلك:-

١ - قوله تعالى ((فَأَنْ آمِنْ بَعْضُكُمْ بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُوتِيَ أَمَانَتَهُ وَلْيُتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ))^(٤). فهذه الآية الكريمة تفيد بأنه أن أحد ائتمن آخر على شيء فعلى المؤتمن أن يؤدي الأمانة إلى الذي ائتمنه، فالمؤتمن في الآية لفظ عام يشمل كل مؤتمن، ومؤتمن عليه، كالوديعة و الأيجار والرهن ونحوهم^(٥)، وهذه الآية وأن وردت في سياق الحديث عن الرهن إلا أن العبرة هنا بعموم اللفظ لا بخصوص السبب، وبالتالي فهي توجب على الأمين أن يؤدي أمانته و عدم التعدي عليها أو التفريط فيها.

٢ - قوله تعالى ((إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا))^(٦)، ويقول الفقهاء في ذلك أن الأمانة هي أساس المعاملات بين الناس، ويذكرون في هذا الصدد بأنه (ومن المعلوم الجلي أن بقاء النوع الإنساني قائم بالمعاملات والمعاوضات في منافع الأعمال، و روح المعاوضة والمعاملة إنما هي الأمانة، فأن فسدت الأمانة بين المتعاملين بطلت صلات المعاملة و انبثرت حبال المعاوضة، فأختل نظام المعيشة، وأفضى ذلك بنوع الإنسان إلى الفناء العاجل)^(٧).

(١) ابن قدامة ن المغني، ج٥، مصدر سابق، ص٢٢١.

(٢) فخر الدين عثمان الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج٥، دار المعرفة، ص ١١٣. وينظر كذلك / الكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، مصدر سابق، ص٢٦٤.

(٣) أحمد بن يحيى بن المرتضى، البحر الزخار الجامع لمذهب علماء الأمصار، ج٣، ١٩٤٨، ص٥٠.

(٤) الآية (٢٨٣) من سورة البقرة.

(٥) محمد رشيد بن علي رضا الحسيني، تفسير المنار، ج٣، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٩٠، ص١٠٩.

(٦) الآية (٥٣) من سورة النساء.

(٧) محمد رشيد بن علي، ج٦، المصدر السابق، ص١٤٤.

كما أستدلوا أيضاً بما ورد في السنة النبوية، ومن أبرز ما أستدلوا به :-

١ - قول الرسول (ص) ((لا ضمان على مؤتمن))^(١).

٢ - وقوله (ص) ((على اليد ما أخذت حتى تؤديه))^(٢).

ووجه الدلالة من ذلك هي نفي الضمان عن الأمين، إلا إذا خرج عن حدود الأمانة، كأن تعدى في استعمال الشيء الذي تحت يده أو فرط في حفظه، عندها يتوجب عليه الضمان.

ثانياً / موقف القانون المدني من عدم ضمان الأمين

لقد سار المشرع العراقي على ذات النهج المتبع في الفقه الإسلامي بشأن تقرير عدم مسؤولية الأمين، إذ أن الأمين وأن كان ملزماً بالحفظ والرد كما بينا سابقاً، إلا أنه غير ضامن لهلاك الأمانة، مادام أنه قد قام بحفظها وفق المعيار المطلوب منه قانوناً ولم يكن متعدياً، فتبرأ ذمته، غير أنه متى ما أخل بالتزامه فتعدى عليها أو فرط في حفظها كان ضامناً لها.

ونجد أن المشرع العراقي قد تناول عدم مسؤولية الأمين من خلال موضعين في القانون، الموضع الأول كان في القاعدة العامة التي تناولت حكم يد الأمانة، أما الموضع الثاني، فكان من خلال النصوص الخاصة بكل تطبيق من تطبيقات يد الأمانة، ونرى في ذلك أسهاب كبير، إذ كان بإمكان المشرع الأقتصار على حكم القاعدة العامة بشأن مسؤولية الأمين، والتي تنسحب بدورها على كل حالة أو تطبيق يعد من خلاله واضع اليد أميناً على ما تحت يده، كما في حالة الملتقط أو المستأجر أو المرتهن حيازياً وغير ذلك.

ففيما يتعلق بالقاعدة العامة بشأن عدم مسؤولية الأمين، نصت المادة (٤٢٦) من القانون المدني العراقي على أنه (إذا أنتقل الشيء إلى يد غير صاحبه بعقد أو بغير عقد، وهلك دون تعد أو تقصير، فإن كانت اليد يد ضمان هلك الشيء على صاحب اليد، وأن كانت يد أمانة هلك الشيء على صاحبه). كما نصت المادة (٢/٩٥٠) من ذات القانون على أنه (والأمانة غير

(١) الإمام محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار، مصدر سابق، ص ٣٧.

(٢) الإمام محمد بن أسماعيل الأمير اليمني الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، ج ٣، دار الجيل، بيروت، ١٩٨٠، ص ٨٩٨.

مضمونة على الأمين بالهلاك، سواء كان بسبب يمكن التحرز منه أم لا، وأنما يضمنها إذا هلك بصنعه أو بتعد أو تقصير منه). ويتضح من النصوص المتقدمة أن المشرع قد نفى المسؤولية عن الأمين ابتداءً، غير أنه يضمن هلاك الشيء إذا حصل بتعد أو تقصير منه.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز الاتحادية في قرارها الصادر عام (٢٠٢١) بمبدأ مفاده (أن الأمانة غير مضمونة على الأمين بالهلاك سواء كان بسبب يمكن التحرز منه أم لا، وأنما يضمنها إذا هلك بصنعه أو تعدد أو تقصير منه أستناداً للمادة ٢/٩٥٠ مدني^(١)).

ولم يكتف المشرع بتلك القاعدة العامة كما ذكرنا، بل عاد وأعطى حكم خاص لكل حالة أو تطبيق من تطبيقات يد الأمانة وقرر من خلاله نفس الحكم الوارد في القاعدة، وهو عدم مسؤولية الأمين إلا في حالة تعديه أو تقصيره، ونذكر من ذلك ما ورد في المادة (٥٤٨) مدني عراقي بشأن حكم المقبوض على السوم، التي تنص على أنه (١- ما يقبض على سوم الشراء...، أما إذا لم يسم له ثمن كان أمانة في يده فلا يضمن إذا هلك أو ضاع دون تعدد أو تقصير منه. ٢- وما يقبض على سوم النظر، سواء بين ثمنه أو لم يبين، يكون أمانة في يد القابض فلا يضمن إذا هلك دون تعدد)، وكذلك ما ورد في المادة (٧٦٤) بشأن الأيجار التي تنص على أنه (١- المأجور أمانة

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية، بالعدد (١٧٧٤/ الهيئة الاستئنافية منقول/ ٢٠٢١)، في (٢٠٢١/٦/٢١). منشور على موقع محكمة التمييز الاتحادية. تاريخ الزيارة (٢٠٢٢/٦/٣) www.hjc.iq.

ويتلخص مضمون القرار بما يأتي: (لدى التدقيق والمداولة وجد أن الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية لذا قرر قبوله شكلاً وعند عطف النظر على الحكم المميز وجد أنه غير صحيح ومخالف لاحكام القانون ذلك أن دعوى المدعي/ المميز عليه أنصبت على مطالبة المدعي عليه/ المميز بالتعويض جراء احتراق سيارته المرقمة ٢٦٢٧ قادية نوع هونداي باص فضي اللون والمحجوزة في المرأب التابع الى مديرية مرور (المتنى) وأن محكمة الموضوع أجابت الدعوى دون ملاحظة أن السيارة موضوع الدعوى تم ضبطها بموجب محضر الضبط المؤرخ في ٢٠١٤/١٢/١٠ بسبب وجود دعوى جزائية مسجلة لدى محكمة تحقيق الرميثة وفق أحكام القسم ٢٣ من قانون إدارة المرور رقم ٨٦ لسنة ٢٠٠٤ النافذ في حينه وأن أيداعها لدى المدعي عليه/ المميز بناء على قرار قضائي صادر عن قاضي محكمة تحقيق الرميثة بعد رفضه تسليم السيارة الى مالكها الشرعي / المدعي وحسب قراره المؤرخ في ٢٠١٤/١٢/١٦ وبالتالي فإن يد تابعي المدعي عليه/ المميز هي يد أمانة وحيث أن الامانة غير مضمونة على الامين بالهلاك سواء كان بسبب يمكن التحرز منه أم لا وأنما يضمنها اذا هلك بصنعه أو تعدد أو تقصر منه (المادة ٢/٩٥٠ مدني) لذا كان المتعين على محكمة الموضوع أن تقضي برد الدعوى للأسباب المشار اليها أنفا وبما أن محكمة الموضوع سارت خلافا لما تقدم لذا قرر نقض الحكم المميز وإعادة إضبارة الدعوى إلى محكمتها لاتباع ما تقدم على ان يبقى الرسم التمييزي تابعا للنتيجة وصدر القرار بالاتفاق في (٢٠٢١/٦/٢١).

في يد المستأجر. ٢- و أستعمال المستأجر على خلاف المعتاد تعدّ فيضمن الضرر المتولد عنه).

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز الاتحادية في قرارها الصادر عام (٢٠١٧) بمبدأ مفاده (إذا كان المستأجر قد أستعمل المأجور أستعمالاً غير عادي فإنه يضمن للمؤجر الضرر الحاصل، لأن المأجور أمانة بيد المستأجر استناداً لأحكام المادة ٧٦٤ مدني^(١)).

وبشأن العارية نصت المادة (٨٥٧) على أنه (العارية أمانة في يد المستعير فإن هلكت أو ضاعت أو نقصت قيمتها بلا تعدّ منه ولا تقصير لا يلزمه الضمان). كما نصت المادة (٩٣٥) بشأن الوكالة على أنّ (المال الذي قبضه الوكيل لحساب موكله يكون أمانة في يده، فإذا تلف بدون تعدّ لم يلزمه الضمان، وللموكل أن يطلب إثبات الهلاك). في حين نصت المادة (١/١٣٣٨) بشأن الرهن الحيازي على أنه (على المرتهن أن يبذل في حفظ المرهون رهنأً حيازياً وصيانته ما يبذله الشخص المعتاد... وهو مسؤول عن هلاكه كلاً أو بعضاً ما لم يثبت أن ذلك يرجع لسبب أجنبي لا يد له فيه)^(٢).

أما عن صفة متولي الوقف بالنسبة للأموال التي تحت يده، فإن يده عليها تعدّ يد أمانة، ولا يضمن هلاكها أو تلفها إلا إذا كان ذلك بتعدّ منه أو أهمال جسيم، وأنه أمين على ما أوكل إليه من مهام الإدارة والقبض والتوزيع والصرف على المستحقين، وأن المتولي يكون حكمه حكم الوكيل أثناء حياة الواقف و وصياً بعد وفاته، لذلك تطبق عليه أحكام الوكالة أثناء حياة الواقف، وأحكام ضمان الوصية بعد الوفاة، ويعتبر المشرع يد المتولي يد أمانة فيما يتعلق بوجوب إلزام ورثته بعد وفاته بإعادة الأموال التي كان قد قبضها مورثهم لحساب الوقف ولم يصرفها لحيث وفاته. وهذا ما أشارت إليه المادة (٣/١٧) من نظام المتولين رقم (٤٦) لسنة (١٩٧٠) المعدل التي تنص على

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية، بالعدد (٩٠١/الهيئة الاستئنافية/عقار/٢٠١٧)، في (٢٠١٧/٩/١٢). مشار إليه لدى القاضي حيدر عودة كاظم، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية / القسم المدني، ط١، ج٢، دار وارث للطباعة والنشر، كربلاء، ٢٠١٨، ص ١٩٧-١٩٨.

(٢) وهناك العديد من التطبيقات الأخرى ليد الأمانة، تنفي المسؤولية عن الأمين إلا في حالة التعدي أو التقصير، ومنها المادة (٢/٩٠٩) بشأن مسؤولية العامل، والمواد (٩٥٣-٩٥٦/١ - ٩٦٠-٩٦٢) بشأن مسؤولية الوديق، والمادة (٩٧٤) بشأن يد الملتقط.

أنه (على الدائرة مطالبة ورثة المتولي أو من يقوم مقامهم قانوناً إضافة إلى تركته بالمبالغ التي كان قد قبضها مورثهم لحساب الوقف ولم يصرفها لحين وفاته). كما كان قانون إدارة الأوقاف رقم (٦٤) لسنة ١٩٦٦ المعدل قد أشار إلى أن المتولي سواء كان هو الواقف ذاته أو شخص آخر فإنه بحكم الأمين على أموال الوقف على وفق ما جاء في الأسباب الموجبة لصدوره^(١).

ويبدو لنا مما تقدم أن القانون المدني حاول التخفيف من مسؤولية الأمين وذلك بعد أن جعل التزامه التزام ببذل عناية وليس التزاماً بتحقيق غاية، ثم فتح الطريق أمامه للتخلص من المسؤولية أو نفيها عنه في حالة هلاك الشيء الذي تحت يده أو تلفه، وذلك من خلال إحدى وسيلتين أو بهما معاً :-

١ - **الوسيلة الأولى /** إذا أثبت أن هلاك الشيء أو تلفه لم يكن بتعد من الأمين في استعماله أو فرط في المحافظة عليه، لكن ما هو المعيار الذي من خلاله نستطيع أن نحدد هل أن الأمين قد تعدى أو فرط في المحافظة على الشيء ؟، للأجابة عن ذلك بيننا فيما سبق أن الواجب الذي فرضه القانون على الأمين هو أن يبذل عناية الرجل المعتاد، والرجل المعتاد هو الذي لا يتصف بالحرص الشديد ولا بالأهمال المفرط، أي أنه ليس أشد الناس حرصاً ولا أكثرهم أهمالاً، وهو ما يسمى بالمعيار المادي أو الموضوعي، لكن مع ذلك قد يتطلب القانون من بعض الأمناء أن يبذلوا قدرًا من العناية يعادل ما يبذلوه في شؤونهم الخاصة، وهو ما يسمى بالمعيار الشخصي أو الذاتي، كما في حالتي الوديعة والوكالة بلا اجر، لكن اذا كان هذا النوع من الامناء حريصاً بحيث يبذل في شؤونهم الخاصة اكثر من عناية الرجل المعتاد فلا يطلب منه الا عناية الرجل المعتاد. وقد سبق تفصيل ذلك في الفرع الاول من المطلب الثاني من هذا المبحث.

ويعرف التعدي بانه " مجاوزة الحق بحسب عرف الناس وعاداتهم مما يتطلب الأقتصار عليه شرعاً "، والمراد بهذا المعنى للتعدي قيام المتعدي بما يجاوز المشروع إلى غيره أو جاوز الحد المأذون له في حقه وتعداه إلى غيره، فهو تعبير عن الظلم ومجاوزة الحقوق^(٢).

(١) القاضي سالم روضان الموسوي، أحكام التولية ومحاسبة المتولين على الوقف، مكتبة الصباح، بغداد، ٢٠١٩، ص ٢٤٠-

٢٤١.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج ١، مصدر سابق، ص ٧٧٩.

وهناك من يفرق بين التعدي من جهة، والتفريط من جهة أخرى، فالتعدي هو عدوان ومجاوزة للمشروع، بينما التقصير أو التفريط قائم على فكرة الخطأ السلبي الناشئ عن إهمال أو عدم انتباه، كما لو سلم شخص ولده إلى سباح ليعلمه السباحة، فغرق الولد كان السباح مسؤولاً، وسبب ذلك أنه تسلم الولد ليحتاط في حفظه، فغرقه دليل التقصير في المحافظة الواجبة والتفريط في الانتباه المطلوب^(١).

وتطبيقاً لذلك يمكن ان نعتبر سرقة المركبة من تحت يد الامين راجع الى اهماله وعدم اتخاذه الحيطة والحذر، خصوصاً انه يستعملها لتحقيق اغراضه الشخصية ودون تكليفه بواجب رسمي، وهذا ما قضت به محكمة التمييز الاتحادية في قرارها الصادر عام (٢٠١٣) حيث جاء فيه : (يكون المدعى عليه مسؤولاً عن تعويض قيمة المركبة التي سرقت حين كانت بحيازته إذ كانت السرقة قد تمت أثناء استخدامه المركبة لأغراضه الشخصية و دون تكليفه بواجب رسمي)^(٢).

٢- الوسيلة الثانية / أن يثبت الأمين أن هلاك الأمانة أو تلفها يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه، أي يستطيع كل من المستأجر والمستعير والوديع وناظر الوقف والمرتهن حيازياً وغيرهم، التخلص من المسؤولية إذا أثبتوا أن الهلاك أو التلف راجع إلى سبب أجنبي خارج عن إرادتهم.

(١) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز، ج١، مصدر سابق، ص٤٩٨.

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية، بالعدد (٩٦٧/ الهيئة الاستئنافية منقول/ ٢٠١٣)، في (٢٠١٣/٤/١٥). منشور على موقع محكمة التمييز الاتحادية : تاريخ الزيارة(٢٠٢٢/٦/٥) (www.hjc.iq) .

ويتلخص مضمون القرار بما يأتي : (لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلاً ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه صحيح لموافقه لاحكام القانون، وذلك لان المدعى عليه استخدم المركبة التي تعرضت للسرقة بدون تحويل او تكليف رسمي حسب اقراره المثبت في جلسة المرافعة ٢٠١٣/٢/٣ وبذلك يكون مسؤولاً عن تعويض قيمتها وحيث ان المحكمة استعانت في تقدير النتيجة على خبير قضائي يصلح تقريره سبباً للحكم لانه جاء معتدلاً ومناسباً استناداً للمادة ١٤٠/اولا من قانون الاثبات وان المحكمة قضت بتأييد الحكم البدائي المستأنف فيكون حكمها صحيحاً قرر تصديقه ورد الطعون التمييزية وتحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق في ٤/جمادي الآخر /١٤٣٤هـ الموافق ٢٠١٣/٤/١٥ م).

وقد جعل المشرع العراقي السبب الأجنبي مانعاً لمسؤولية المدين بصورة عامة، وذلك في نصوص عدة^(١)، حيث نصت المادة (١٦٨) من القانون المدني العراقي على أنه (إذا أستحال على الملتزم بالعقد أن ينفذ التزامه عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، مالم يثبت أستحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب لا يد له فيه...)، كما نصت المادة (٢١١) من ذات القانون على أنه (إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كافة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو خطأ المتضرر كان غير ملزم بالضمان مالم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك)، في حين نصت المادة (٤٢٥) تحت عنوان ((استحالة التنفيذ)) على أنه (ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً لسبب أجنبي لا يد له فيه).

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز الاتحادية في قرارها الصادر عام (٢٠١٩) بمبدأ مفاده : (إذا اثبت الشخص ان الضرر نشأ عن سبب اجنبي لا يد له فيه كافة سماوية او حادث فجائي او قوة قاهرة او فعل الغير او خطأ المتضرر كان غير ملزم بالضمان عملاً بأحكام المادة (٢١١) مدني، لذلك فان ثبوت سرقة المسدس الحكومي نشأ بفعل الغير "" تحت تهديد السلاح ""، مما يجعل من كان بذمته غير ضامن لقيمه^(٢)).

كما قضت المحكمة ذاتها في قرار اخر صادر عام (٢٠١٩) بانه (عند فقدان المركبة من قبل المدعى عليه في حادث دون وجود مقصريه من قبله ولسبب خارج عن ارادته، فلا تتحقق مسؤوليته عن فقدانها ولا ضمان عليه)^(٣).

(١) وتقابلها المواد (٢١١-٢١٥-٣٧٣) من القانون المدني المصري، والمواد (١١٣٧-١١٤٧-١١٤٨) من القانون المدني الفرنسي.

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية، بالعدد (٢٩٠٧/ الهيئة المدنية / ٢٠١٩)، في (٢٠١٩/٥/٦).

(٣) قرار محكمة التمييز الاتحادية، بالعدد (٣٦٥٥/ الهيئة الاستئنافية منقول/ ٢٠١٩)، في (٢٠١٩/١٢/٥). منشور على موقع محكمة التمييز الاتحادية. تاريخ الزيارة (٢٠٢٢/٦/١٠) (www.hjc.iq).

ويتخلص مضمون القرار بما يأتي : (...) ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه صحيح وموافق للقانون لان الثابت من خلال الاوراق التحقيقية الواردة من محكمة تحقيق الكرخ ان المركبة العائدة للمدعي المميز والتي كانت بعهد المدعي عليه - المميز عليه قد تعرضت الى حادث تسليب وقد سجلت شكوى بذلك وتم تدوين اقوال الشهود منتسبي دائرة المدعي واللذين كانوا يستقلون المركبة ساعة حصول الحادث وان الممثل القانوني لدائرة المدعي لم يطلب الشكوى ضد المدعي عليه

وتأسيساً على ما تقدم فإن السبب الأجنبي هو القوة القاهرة أو الحادث الفجائي أو فعل الغير أو خطأ المتضرر، فإذا كانت الاستحالة راجعة إلى سبب أجنبي فإن الالتزام ينقضي أصلاً. أما إذا اقتصر الامر على طروء حوادث عامة لم يكن بالوسع توقعها، وترتب على حدوثها جعل الالتزام مرهقاً وليس مستحيلاً، فهنا نكون أمام نظرية الظروف الطارئة الواردة في المادة (١٤٦/١)^(١) من

لعدم مقصريته في الحادث، وبناءً على ذلك شمل المدعى عليه بقانون العفو رقم ٢٧ لسنة ٢٠١٦ يضاف الى كل ما ذكر ان التحقيق الاداري الذي اجرته دائرة المدعي لم يتوصل الى مقصريه المدعى عليه، وبالتالي يكون فقدان المركبة موضوع الدعوى قد حصل لسبب خارج عن ارادة المدعى عليه ومعه لا تتحقق مسؤوليته ولا ضمان عليه وحيث ان الحكم المميز قد التزم بوجهة النظر القانونية المتقدمة قرر تصديقه ورد الطعن التمييزي مع تحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق في ٢٠١٩/١٢/٥ م).

^(١) تقابلها المادة (١١٩٥) من القانون المدني الفرنسي المعدل، فأخيراً بعد طول انتظار، أستجاب المشرع الفرنسي لنداءات جانب كبير من الفقه والقضاء وكرس نظرية الظروف الطارئة بنص جديد اعتبره بعض الفقه الفرنسي بمثابة ثورة في قانون العقود الفرنسي، فقد أنتهز المشرع الفرنسي فرصة تعديل القانون المدني بموجب المرسوم رقم ٣١-٢٠١٦ بتاريخ ٢٠١٦/٢/١٠ و أورد في صلب هذا القانون نصاً جديداً، وهو نص المادة (١١٩٥)، مضمناً إياه شروط أعمال هذه النظرية ومبيناً الآثار التي تترتب على توافر هذه الشروط. اذ جاء في هذا النص أنه ::

١. إذا حدث تغيير في الظروف، غير ممكن التوقع عند أبرام العقد، ترتب عليه أن صار التنفيذ، بالنسبة لأحد الأطراف، مكلفاً إلى حد مبالغ فيه، ولم يكن هذا الطرف قد قبل تحمل نتيجة هذا التغير، فيمكن لهذا الأخير أن يطلب من المتعاقد معه إعادة التفاوض بشأن العقد، على أن يستمر في تنفيذ التزاماته خلال إعادة التفاوض، ٢- في حالة رفض إعادة التفاوض، أو فشله، يمكن للأطراف الاتفاق على فسخ العقد اعتباراً من التاريخ ووفق الشروط التي يحددها، أو طلب من القاضي، أن يقوم بتطويع العقد وفي حال عدم الاتفاق خلال مدة معقولة، يمكن للقاضي، بناء على طلب أحد الأطراف تعديل العقد أو إنهائه اعتباراً من التاريخ ووفق الشروط التي يحددها).

1195- Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2

Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation, En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la, résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y, mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe.

ومن الواضح أن هذا النص جاء استلهاماً لما تضمنته مشاريع تعديل القانون المدني الفرنسي السابق بيان أحكامها في هذا الصدد، وبصفة خاصة ما تضمنه مشروع وزارة العدل الفرنسية ومشروع (TERR)، وعلى الرغم مما يثيره هذا النص الجديد من تساؤلات، فقد تضمن شروط إعمال نظرية الظروف الطارئة وأثار توافر هذه الشروط ولا يسع المجال لشرحها هنا.

ينظر/ د. محمد حسن قاسم، القانون المدني، الالتزامات، العقد، مج ٢، مصدر سابق، ص ٨٨-٨٩.

القانون المدني العراقي، ومن ثم يستطيع القاضي بعد تدخله أن يعيد التوازن بين الطرفين من خلال أنقاص التزام المدين المرهق إلى الحد المعقول^(١).

وعند بحث السبب الأجنبي ومدى علاقته بنفي المسؤولية عن الامين، تتردد عدة مصطلحات أبرزها مصطلحي " القوة القاهرة " و " الحادث الفجائي "، إذ يميز بعض الفقهاء بينها، فمنهم من يقول أن القوة القاهرة هي الحادث الذي يستحيل دفعه، أما الحادث الفجائي فهو الحادث الذي لا يمكن توقعه، فيكفي إذن أن يكون السبب عبارة عن حادث مستحيل الدفع أو أن يكون غير ممكن التوقع، ولا يلزم اجتماع الخصيصتين معاً، في حين يرى فقهاء آخرون أن كل من القوة القاهرة والحادث الفجائي حادثاً مستحيل الدفع وغير ممكن التوقع لكن القوة القاهرة تكون حادثاً خارجياً عن الشيء الذي تتحقق به المسؤولية كالعواصف و الزلازل، أما الحادث الفجائي فهو داخلي ينجم عن الشيء ذاته كانهجار إطار أو انكسار عجلة، ثم تكون القوة القاهرة وحدها هي التي تمنع من تحقق المسؤولية أما الحادث الفجائي فلا يمنع من تحققها بل يتحمل المدين تبعته، ولا يمكن التسليم بهذا الرأي لأن كلا من القوة القاهرة والحادث الفجائي تتعدم به رابطة السببية^(٢).

(١) وقد أعتبر القضاء العراقي ((تظاهرات تشريين)) ظرفاً طارئاً بسبب ما رافقها من قطع للطرق وتعطيل للدوام، وذلك في قرار حديث صادر عام (٢٠٢١)، طبق القضاء العراقي من خلاله نظرية الظروف الطارئة / (١٤٦) مدني عراقي، ويتلخص القرار بأنه (... ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد بأنه غير صحيح ومخالف لأحكام القانون فقد تأييد للمحكمة من خلال التحقيقات التي أجرتها أن المدعية / المميزة قد استأجرت من المدعى عليه / إضافة لوظيفته / المميز عليه كشك داخل بناية جامعة بابل لمدة سنة واحدة تبدأ اعتباراً من ٢٠١٩/١٠/٢٩ ولغاية ٢٠٢٠/١٠/٢٨ وببديل إيجار قدره واحد وعشرون مليون ومائة ألف دينار تم تسديدها على شكل دفعة واحدة ويسبب الظروف الاستثنائية التي مر بها البلد المتمثلة بحدوث المظاهرات وقطع الطرق و أنقطاع الدوام الرسمي للفترة من ٢٠١٩/١٠/١ ولغاية ٢٠٢٠/٢/١٦، ونتيجة لذلك فقد تعذر على المدعية الانتفاع بالمأجور خلال الفترة الزمنية التي رافقت ذلك، وأن تلك الظروف كانت غير متوقعة ولم يكن المدعي سبباً فيها مما حرّمها من الانتفاع خلافاً لأرادتها وحيث أن محكمة الاستئناف وفي حكمها المميز لم تراعى هذه الجهة مما أخل بحكمها فقررت نقضه وإعادة الإضرابة إلى محكمتها لأتباع ما تقدم على أن يبقى رسم التمييز تابعاً للنتيجة وصدر القرار بالاتفاق عملاً بأحكام المادة (٣/٢١٠) من قانون المرافعات المدنية في ٢٦/٥/٢٠٢١م). قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (٢٢٤٢) / الهيئة الاستئنافية عقار/ (٢٠٢١) في (٢٦/٥/٢٠٢١)

(٢) د. عبدالرزاق احمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي، مج ٢، ج ٥، المجمع العلمي العربي الاسلامي، منشورات محمد الدايدة، بيروت، لبنان، ص ١٢٨ . ١٢٩. نقلاً عن / د. بيرك فارس حسين الجبوري، والقاضي عواد حسين ياسين

ويرى جانب من الفقه العراقي أيضاً، أن تعبيراً " قوة قاهرة " و " حادث فجائي "، أخذهما القانون المدني العراقي عن القانون المدني الفرنسي، وهما تعبيران مختلفان يدلان على معنى واحد يقصد به أمر غير متوقع الحصول ولا ممكن الدفع، يقع فيكون السبب في حصول الضرر، ومثال القوة القاهرة نشوب حرب أو ثورة أو عصيان، ومثال الحادث الفجائي انفجار أطار أو آلة^(١).

ولم تنصب دراسة الفقهاء المسلمين لفكرة السبب الأجنبي على صياغة نظرية عامة له، بقدر ما هي منصبة في النزول على مقتضيات العدالة من خلال بحث الحلول الجزئية والتفصيلات الدقيقة مما جعل مفهوم السبب الأجنبي في الفقه الإسلامي أكثر شمولاً وأعمق اتصالاً بالقيم الأخلاقية، عما هو عليه في القانون الوضعي، حيث تناول الفقهاء المسلمون السبب الأجنبي في العقود المختلفة على شكل أمثلة تطبيقية سواء في عقد البيع أو الإجارة أو الوديعة ونحوها.

ومن خلال الاطلاع على بعض آراء الفقهاء المسلمين، ونصوص القانون المدني، نرى أن مصطلحات الآفة السماوية والجائحة بحسب تعبير الفقه الإسلامي، والقوة القاهرة والحادث الفجائي بحسب تعبير القانون الوضعي، تتضوي جميعاً تحت مصطلح عام هو ((السبب الأجنبي))، إذ يوحدان من حيث المعنى والأثر، ويرتب على حدوثها أنقضاء التزام المدين أو أنقاصه بحسب الأحوال، ومن خلال السلطة التقديرية للقاضي.

العبيدي، أنقضاء الالتزام بالسبب الأجنبي، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، العدد ١، مج ١، ٢٠١٢، ص ٨.

(١) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز، ج ١، مصدر سابق، ص ٥٣٨-٥٣٩.

الفرع الثاني

أثر الشرط على ضمان الأمين

الأصل العام كما أتضح لنا سابقاً سواء في الفقه الإسلامي أو القانون المدني، هو عدم ضمان الأمين لما تحت يده إلا بالتعدي أو التقصير، كما لا يضمن إذا ما حصل الهلاك أو التلف بسبب أجنبي لا يد له فيه، غير أن التساؤل الذي يثار هنا، هل يجوز اشتراط الضمان على الأمين، وجعله مسؤولاً عن ضمان ما تحت يده مطلقاً سواء بتعدٍ أو تقصير منه أو من دون ذلك، بل حتى في حالة السبب الأجنبي ؟، فهل يعتبر هذا الشرط صحيحاً أم باطلاً ؟؛

للأجابة عن ذلك نشير بأن موقف الفقه الإسلامي في هذا الشأن يتباين تبايناً كبيراً عن موقف القانون المدني، ولأجل إيضاح ذلك سنقسم هذا الفرع على فقرتين، نبين في الأولى موقف الفقه الإسلامي من اشتراط الضمان على الأمين، في حين نخصص الثانية لموقف القانون المدني من اشتراط الضمان على الأمين.

أولاً / موقف الفقه الإسلامي من اشتراط الضمان على الأمين

بالرغم من اتفاق الفقهاء المسلمين على عدم مسؤولية الأمين عن هلاك أو تلف ما تحت يده، إلا إذا كان ذلك ناتج عن تعدٍ منه أو تقصير، إلا أنهم قد اختلفوا في مدى جواز اشتراط الضمان على الأمين ولو لم يتعدٍ أو يقصر في ذلك على رأيين، وكما يأتي :-

الرأي الأول / لا يجوز اشتراط الضمان على الأمين، وإذا اشترط كان باطلاً، ولا يجوز العمل به إذ لا يجوز أن يتحمل الأمين المسؤولية إلا في حال تعديه أو تقصيره، وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة والمالكية والظاهرية والزيدية والإباضية^(١). وقد جاء عندهم (... و اشتراط الضمان على الأمين باطل، وبه يفتى كما في أكثر المعبرات)^(٢)، حيث قيل

(١) ينظر : أبين قدامة، المغني والشرح الكبير، ج ٥، مصدر سابق، ص ٣٥٦. أبين نجيم، البحر الرائق، ج ٧، مصدر سابق، ص ٢٧٤. أيضاً أبين حزم الظاهري، المحلى، ج ٩، مصدر سابق، ص ١٧٠. كذلك ينظر : القاضي أبي الوليد سليمان بن خلف الباجي، كتاب المنتقى شرح موطأ أبين مالك الأندلسي، ج ٥، دار الفكر الجامعي، ص ١٦٤. أيضاً الشيخ محمد بخيت المطيعي، تكملة المجموع شرح المذهب، ج ١٤، دار الفكر، ص ١٧٧. وينظر : محمد بن أطفيش، شرح كتاب النيل وشفاء العليل، ج ١٢، ص ١١٩-١٢٠.

(٢) عبد الله بن الشيخ محمد بداماد أفندي، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر، ج ٢، ص ٣٨٨.

عندهم بصدد العارية (ولو هلكت العارية بلا تعد من المستعير، فلا ضمان، ولو بشرط الضمان، فإنّه شرط باطل كما في المحيط)^(١). كما جاء عندهم أيضاً (وكل ما كان أمانة لا يصير مضموناً بشرطه، لأن مقتضى العقد كونه أمانة، فإذا شرط ضمانه فقد التزم ضمان مالم يوجد سبب ضمانه فلم يلزمه، كما لو اشترط ضمان الوديعة، أو ضمان مال في يد مالكه)^(٢)، ولم يخرج (الإباضية) عما ذهب إليه الجمهور، حيث جاء عندهم (...عدم ضمان العارية أن لم يتعد ولم يضيع، ولو كان الضمان مشروطاً بينهما أو شرط الرد بينهما... بناءً على أن أصلها غير الضمان، وما كان أصله غير الضمان لا يوجب اشتراط الضمان في ضمانه، كما أن أصل ما كان مضموناً لا يبطل ضمانه بالشرط)^(٣).

ويستدل الجمهور القائلين بعدم جواز اشتراط الضمان على الأمين بعدة أمور وردت في كتبهم المختلفة، أهمها :-

أ- أن اشتراط الضمان على الأمين يعد مخالفاً لكتاب الله عز وجل، وسنة رسوله (ص)، أما كونه مخالفاً لكتاب الله، فإنّه وفقاً لما أشرنا إليه سابقاً من أدلة تثبت عدم ضمان الأمين إلا إذا تعدى أو قصر، ومنها قوله تعالى ((قُلِيُودِ الَّذِي أُوتِمِنَ أَمَانَتَهُ))^(٤)، وقوله تعالى ((أَنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا))^(٥)، فوفقاً لهذه الآيات القرآنية وغيرها، فإن يد الأمين لا تضمن بحسب الأصل، ويستمر هذا الأصل، فإذا اشترط كان هذا الشرط مخالفاً لما ورد في كتاب الله تعالى، أما عن وصفه مخالفاً للسنة النبوية، فهو نابع من كون شرط الضمان يعد مخالفاً لما جاء في أحاديث الرسول (ص) (سابق الإشارة إليها أيضاً) التي تدل على عدم ضمان الأمين، منها قوله (ص) ((لا ضمان على مؤتمن))، وقوله ((ومن أودع وديعة فلا ضمان عليه)).

ب- أن الأمانات أساسها المعروف والأحسان بين الناس، فإذا اشترطنا الضمان على الأمناء لأدى إلى أمتناع الناس عن قبول الأمانات وأبرام العقود بشأنها تجنباً للضمان، وهذا بدوره يؤدي

(١) عبد الله بن الشيخ محمد بداماد أفندي، المصدر السابق، ص ٣٤٧.

(٢) ابن قدامة، المغني، ج ٥، مصدر سابق، ص ٣٥٦. وكذلك ينظر / البهوتي، كشف القناع، ج ٤، مصدر سابق، ص ١٦٨.

(٣) محمد بن أطفيش، شرح النيل، ج ١٢، مصدر سابق، ص ١١٩-١٢٠.

(٤) الآية (٢٨٣) من سورة البقرة.

(٥) الآية (٥٨) من سورة النساء.

إلى إلحاق الضرر بالناس و معاملاتهم اليومية، ووقوعهم في حرج شديد، وهذا ما ترفضه الشريعة الإسلامية السمحاء، لأنه قد يؤدي إلى إلزام الأمين بضمان مالم يوجد سبب لضمانه^(١).

ج- أن مقتضى عقود الأمانة هو عدم الضمان، فإذا اشترط الضمان على الأمين كان الشرط منافياً لمقتضى العقد فيكون شرطاً فاسداً. ويقال في ذلك (... وكل ما كان أمانة لا يصير مضموناً بشرط لأن مقتضى العقد كونه أمانة، فإذا شرط ضمانه فقد التزم ضمان مالم يوجد سبب ضمانه)^(٢).

الرأي الثاني / يجوز اشتراط الضمان على الأمين، ويعد شرطاً صحيحاً يجب الوفاء به، وهذا هو رأي الأمامية، حيث جاء عندهم في هذا الشأن (...العارية أمانة لا تضمن إلا بالتفريط في الحفظ أو التعدي أو اشتراط الضمان...)^(٣).

وقد استدلوا في ذلك بقول للرسول (ص) في يوم حنين حينما قال (ص) ((بل عارية مضمونة)) وذلك بعد أن أستعار أدرعاً، ويفسرون حديث الرسول (ص) على معنى اشترطنا لك ضمانها، لكن يناقش البعض هذا الدليل، ويرون أن حديث ((عارية مضمونة)) لا يفيد اشتراط ضمان العارية، بل يفيد حكمها، أي أن العارية من عقود الضمان، وغالباً ما يستدل بهذا الحديث من يرون أن العارية من عقود الضمان فعلاً وليست من الأمانات، ومن ثم فأن يد المستعير يد أمانة، كالحنابلة والشافعية^(٤).

(١) أبين قدامة المقدسي، الشرح الكبير، ج ٥، مصدر سابق، ص ٣٦٦.

(٢) أبين قدامة المقدسي، المصدر السابق، ص ٣٦٦.

(٣) الأمام الحلبي، شرائع الإسلام، ج ٢، مصدر سابق، ص ١٧٤.

(٤) ينظر : الأمام محمد اليميني الصنعاني، سبل الإسلام، ج ٣، مصدر سابق، ص ٨٩٨-٨٩٩.

ثانياً / موقف القانون المدني من اشتراط الضمان على الأمين

يجيز القانون المدني في نطاق المسؤولية التعاقدية الاتفاق بين المتعاقدين على تعديل قواعد هذه المسؤولية بالأعفاء أو التخفيف أو التشديد^(١)، ومن ثم يمكن القول بجواز اشتراط الضمان على الأمين، من خلال الاتفاق بين المالك والأمين على أن يتحمل الأخير مسؤولية هلاك الشيء أو تلفه حتى ولو كان ذلك بسبب أجنبي كقوة القاهرة أو حادث فجائي وغير ذلك.

ويتضح ذلك من خلال الأطلاع على نص المادة (٢٥٩) من القانون المدني العراقي التي تنص على أنه (١- يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث الفجائي والقوة القاهرة، ٢- وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من كل مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدية إلا التي تنشأ عن غشه أو خطأه الجسيم، ٣- ويقع باطلاً كل شرط بقضي بالأعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع)^(٢).

وتتضح الصورة أكثر بإضافة المادة (٢١١) مدني عراقي التي تنص على أنه (إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كآفة سماوية أو حادث فجائي أو قوة القاهرة أو فعل الغير أو خطأ المتضرر كان غير ملزم بالضمان مالم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك)^(٣). وبذلك يستطيع المالك أن يجعل كل من المستأجر والوديع والمستعير و المرتهن حيازياً وغيرهم مسؤولين عن هلاك ما تحت أيديهم حتى وأن كان ذلك بسبب أجنبي لا يد لهم فيه، ففي

(١) د. دلال تفكير مراد العارضي، حالات بطلان بعض اتفاقات تعديل المسؤولية العقدية، بحث منشور في مجلة آداب الكوفة، العدد ٤٥٥، ج ٢، ٢٠٢٠، ص ٣٤٤.

(٢) وهي مطابقة تماماً لنص المادة (٢١٧) مدني مصري والتي تنص على أنه (١- يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة. ٢- وكذلك يجوز الاتفاق على أعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدية، إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم، ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه. ٣- ويقع باطلاً كل شرط يقضي بالأعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع).

(٣) وهي مطابقة تماماً لنص المادة (١٦٥) مدني مصري، باستثناء استعمال المشرع المصري مصطلح (التعويض) بدلاً عن مصطلح ((الضمان)) الوارد في النص العراقي.

عقد الأيجار مثلاً، يستطيع المؤجر أن يشترط على المستأجر ما يجعله ضامناً للهلاك أو التعيب حتى في حالة السبب الأجنبي^(١).

وقد أورد المشرع العراقي نصاً خاصاً بالوديعة، أعطى من خلاله الحق للمودع الاشتراط على الوديعة (الأمين)، وعلى الأخير مراعاة الشرط والعمل به أن كان مفيداً ومراعاته ممكنة، وبخلافه يعد لغواً، وذلك بموجب المادة (٩٥٩) مدني عراقي التي تنص على أنه (إذا أشتراط في عقد الوديعة شرط على الوديعة، وكان الشرط مفيداً ومراعاته ممكنة وجب اعتباره والعمل به، وأن كان غير مفيداً أو كان مفيداً ولكن مراعاته غير ممكنة فهو لغوا لا يعمل به).

وفي ختام هذا الفرع المتمثل بأثر الشرط على ضمان الأمين، وبعد الأطلاع على آراء الفقهاء المسلمين من جهة، ونصوص القانون المدني من جهة أخرى، تبين لنا أن موقف القانون المدني يتفق مع ما ذهب إليه ((الأمامية)) حيث أجاز الاتفاق على تعديل احكام المسؤولية بما فيها تشديد مسؤولية الأمين بحيث يكون مسؤولاً عن هلاك ما تحت يده أو تلفه ولو كان ذلك ناتجاً عن سبب أجنبي لا يد له فيه. ونرى انه الرأي الراجح سواء على مستوى الفقه الاسلامي او القانون المدني لما فيه من مراعاة واحترام لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين من جهة، وعدم مخالفته لأحكام الشرع من جهة اخرى استناداً للحديث الشريف (المسلمون عند شروطهم الا شرطاً احل حراماً او حرم حلالاً)، وحيث ان اشتراط الضمان على الامين ليس من شأنه ان يحلل حراماً او يحرم حلالاً.

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج٦، مج ١، مصدر سابق، ص ٥٧٨.

الفصل الثاني

يد الضمان

الأصل أن يكون المال في حيازة صاحبه، يستطيع أن يجري عليه جميع أنواع التصرفات القانونية والمادية، ويتحمل تبعه هلاكه بفعله أو بسبب أجنبي مالم يحصل ذلك بتعد من الغير، لكن قد تنتقل حيازة هذا المال إلى يد غير مالكة عن طريق مصادر مختلفة، يندرج بعضها ضمن التصرف القانوني كيد البائع على المبيع قبل التسليم، في حين يندرج بعضها الآخر في سياق الواقعة القانونية، كيد الحائز سيء النية، ويد الغاصب إذ يُعد الغصب في الحقيقة من موجبات الضمان، فمن غصب شيئاً عليه رده إلى صاحبه مادام الشيء قائماً بعينه، أما إذا أُستحال عليه رده بسبب هلاك الشيء أو تلفه سواء بفعل الغاصب أم بسبب أجنبي فإنه يلزم بالضمان، فيضمن مثله أن كان من المثليات، وقيمته أن كان من القيميات، وهذا الحكم ينسحب بدوره على العديد من الحالات التي تُعد يد الشخص فيها يد ضمان.

وقد نظم الفقه الإسلامي حكم وضع اليد على ملك الغير، في الحالة التي يكون فيها المال تحت يد غير مالكة، كيد البائع والغاصب والسارق والملتقط وخائن الأمانة وغير ذلك من الحالات التي تجعل من صاحب اليد ضامناً لما تحت يده، وقد تأثر المشرع العراقي بما ذهب إليه الفقه الإسلامي، فنظم أحكام وضع اليد بصورة عامة ويد الضمان بصورة خاصة ضمن قاعدة على اليد ثم اردفها بتطبيقات مختلفة سواء في نطاق العقود او الوقائع القانونية.

في الحقيقة أن لوضع اليد على ملك الغير ميداناً واسعاً في الواقعين النظري والعملي، كما يترتب عليه الكثير من الآثار القانونية الهامة، سواء ما يتعلق منها بالالتزامات الملقاة على عاتق صاحب اليد أو تلك التي تتعلق بمدى مسؤوليته عن الضمان وكيفية ترتيب ذلك.

وتأسيساً على ما تقدم ولغرض الإحاطة بمتطلبات هذا الفصل موضوع الدراسة، سنتولى تقسيمه على بحثين، نبين في المبحث الأول مفهوم يد الضمان، في حين نخصص المبحث الثاني للأحكام المترتبة على يد الضمان.

المبحث الأول

مفهوم يد الضمان

أختلفت الآراء سواء على صعيد الفقه الإسلامي أو القانوني بشأن مفهوم يد الضمان، إذ يرى جانب من الفقه أن الأصل في اليد على ملك الغير هو الضمان ولا تتحول إلى يد أمانة إلا بمسوغ شرعي أو قانوني، في حين يرى بعضهم الآخر عكس ذلك، كما سيتضح معنا خلال البحث.

كما تتنوع مصادر يد الضمان وتختلف عن تلك التي تنشأ عنها يد الأمانة، وإن كان يرجع بعضها إلى التصرف القانوني، كعقد البيع، إذ تُعد يد البائع على المبيع قبل تسليمه إلى المشتري يد ضمان، كما تُعد يد القابض يد ضمان في حالتي بطلان العقد أو فسخه، في حين يرجع بعضها الآخر إلى الواقعة القانونية، إذ تُعد يد الحائز شيء النية ويد الغاصب ومن في حكمهم يد ضمان أيضاً، ومن ثم يتحمل واضع اليد مسؤولية هلاك الشيء أو تلفه سواء بتعدي أو تقصير منه أم بسبب أجنبي.

وبناءً على ما تقدم سنقسم هذا المبحث على ثلاثة مطالب، نوضح في المطلب الأول التعريف بيد الضمان، ونبيّن في المطلب الثاني التصرف القانوني كمصدر ليد الضمان، في حين نخصص المطلب الثالث للواقعة القانونية كمصدر ليد الضمان أيضاً.

المطلب الأول

التعريف بيد الضمان

أورد الفقهاء المسلمون تعريفاً ليد الضمان يتمحور حول أمرين، يتمثل الأول بتعدي صاحب اليد على ملك الغير، أما الثاني فهو القبض المأذون به لكن يد القابض تبقى يد ضمان، كما أورد القانون المدني مفهوماً ليد الضمان وإن كان غير جامع لها ويتطلب تعزيزه بمعايير أخرى كما سنبينه من خلال البحث. ومن أجل التعريف بيد الضمان في الفقه الإسلامي و القانون المدني، سنقسم هذا المطلب على فرعين، نبين في الفرع الأول تعريف يد الضمان في الفقه الإسلامي، بينما نخصص الفرع الثاني ليد الضمان في القانون المدني.

الفرع الأول

يد الضمان في الفقه الإسلامي

أختلف الفقهاء المسلمون في تعريفهم ليد الضمان تبعاً لاختلافهم في يد الأمانة، ولم يتفقوا على معيار موحد بشأنها، إذ تعرف بأنها (ما استوجبت ضمان صاحب اليد لما تحت يده)^(١)، أو هي (يد الحائز الذي حاز الشيء ظلماً بقصد تملكه أو لمصلحه نفسه)^(٢)، أو (أستيلاء الشخص على مال الغير بدون إذن من مالكة)^(٣)، كما تعرف بأنها (اليد غير المأذونة، سواء أكانت عادية أم لا، واليد المأذونة من غير أئتمان، فمن غصب مال غيره مثلاً فعليه ضمانه، وكذا من قبض مالا بالعقد الفاسد أو على نحو الاستيلاء)^(٤).

في حين عرفها البعض الآخر بأنها (اليد التي توضع على المال عيناً أو منفعة بغير ولاية مع القصد إليه)^(٥)، ووفقاً للتعريف الأخير فإن أصحابه يميزون بين اليد الضامنة لذات الشيء، واليد الضامنة للمنفعة دون الذات، كما لو قصد واضع اليد على ملك الغير الانتفاع به فقط دون قصد تملكه، فيضمن المنفعة دون الذات^(٦). أي أن صاحب اليد لا يضمن في حالة الهلاك أو التلف إلا ما توجه إليه قصد الأستيلاء عليه، فإذا قصد الأستيلاء على ذات الشيء فهو ضامن لهذا الشيء، أما إذا قصد الانتفاع به فقط دون قصد التملك فإنه يضمن مقابل تلك المنفعة.

يتضح من التعريفات السابقة، إن بعضاً منها يجعل الأصل في وضع اليد على ملك الغير هو الأمانة ولا تضمن مالم يدل دليلاً على ضمانها، ويشترط البعض الآخر لضمانها أن يحصل وضع اليد دون إذن المالك أو دون ولاية شرعية، كما يشترط غيرهم أن يكون وضع اليد لمنفعة صاحب اليد، وغير ذلك، ومن ثم لم يجمعوا على معيار معين نستطيع من خلاله أن نميز أن تلك

(١) الشيخ الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٥، مصدر سابق، ص ٢٤٨.

(٢) د. وهبة الزحيلي، مصدر سابق، ص ١٧٥.

(٣) د. أبراهيم فاضل الدبو، ضمان المنافع، ط ١، دار البيارق للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ١٩٩٧، ص ٩٩.

(٤) علي السيد عبد الحكيم الصافي، مصدر سابق، ص ٦٢.

(٥) محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي المعروف بـ (أبن جزي)، القوانين الفقهية أو قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع

الفقهية، المطبعة الفنية، القاهرة، ١٩٧٥، ص ٣١٦.

(٦) الأمام أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي المعروف بـ (الحفيد)، بداية المجتهد، ط ١، ج ٢، مصدر سابق، ص ٢٣٥.

اليد هي يد ضمان ام لا، ومع ذلك فأنهم قد تناولوا معايير مختلفة لضمان اليد وهي في مجملها لا تخرج عما يأتي:-

أولاً / الأعتداء : يتمثل الأعتداء بوضع اليد على مال الغير فيحول بينه وبين ماله أو يمنعه من الانتفاع به على الوضع الذي يريده، كما في يد الغاصب أو واضع اليد على مال الغير بدون ولاية وأن لم يكن غاصباً كالمقبوض بالعقد الباطل، فأن صاحب اليد يلزم حينئذ بالضمان لأي سبب كان، أما إذا كانت اليد نتيجة لولاية شرعية سواء أكانت بإذن من المالك كيد الوديع، أم نتيجة إذن من الشارع كيد الملتقط حسن النية، أي إذا ألتقطها بنية ردها إلى صاحبها بعد ألتخاذ الوسائل اللازمة لمعرفة، ونحو ذلك من الحالات فلا تشكل أعتداءً ولا يترتب عليها ضمان صاحب اليد لما تحت يده ؛

كما يُعدّ أعتداءً كل يد حَلَّت محل يد معتدية لأنها في هذا الحال تُعد استمراراً للأعتداء، وأن كان القائم بها شخصاً آخر وذلك كيد المشتري من الغاصب ويد المستأجر منه ويد المستعير منه ويد المرتهن منه ونحو ذلك، فأن يد جميع هؤلاء تُعد استمراراً لتلك اليد المعتدية الأولى فيضمن صاحبها من مشتر ومستعير ونحوه ما يتلف تحت يده، أما إذا حَلَّت محلها بولاية شرعية فلا تُعد يد ضمان ولا يضمن صاحبها ما استولت عليه من مال وذلك كيد الحاكم الذي ينتزع المال المغصوب من غاصبه قهراً عنه ليرده إلى صاحبه^(١).

ثانياً / حكم الشرع : إنّ معيار الدليل الشرعي هو أن اليد على مال الغير تكون ضامنة ولو قبضت بأذنه إذا دل الدليل الشرعي على تضمين صاحبها، ومن الأيدي المراد تضمينها وفقاً لهذا المعيار يد المستعير على العارية عند الحنابلة والشافعية^(٢)، ويد المرتهن على المرهون عند الحنفية^(٣) لأنهم يعدوه ضامناً على الرغم من أنه لا يضع يده على الشيء متعدياً ولا قصد تملكه وإنما كوسيلة ضمان لغرض الوفاء بالدين، وغير ذلك من الحالات التي يعد الشارع واضع اليد ضامناً بموجبها.

(١) الشيخ علي الخفيف، مصدر سابق، ص ٨٠.

(٢) ينظر: أبن قدامة، مصدر سابق، ص ٣٥٤. والأمام الشافعي، مصدر سابق، ص ٢١٧.

(٣) ينظر : الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ص ٣٧٥٩.

ثالثاً / القبض على وجه البذل : تكون اليد ضمان إذا كان المقبوض على وجه البذل، كما في المقبوض على سوم الشراء إذ إنه مقبوض لأجل دفع الثمن^(١)، والمقبوض بالعقد الفاسد^(٢).

رابعاً / اليد غير المأذونة : يرى بعض فقهاء الأمامية أن معيار التفرقة بين يد الأمانة ويد الضمان هو وجود الأذن وعدمه، فتكون اليد أمينة عند وجود الأذن من المالك أو من الشرع، بينما تُعد اليد ضامنة إذا وقعت على مال من غير إذن من المالك ولا من الشارع، سواء كان صاحب اليد متعمداً عند وضع يده على مال ذلك الغير كما في الغاصب و السارق، أو لم يتعمد كمن اشتبهت عليه محفظته بمحفظة غيره فأخذها خطأ^(٣)، و يُشكل البعض على أصحاب هذا الرأي أنهم أنفسهم يضمنون صاحب اليد في المقبوض على السوم والمقبوض في العقد الفاسد رغم وجود الأذن^(٤).

خامساً / المنفعة : أن الضابط المميز بين يد الأمانة ويد الضمان هو (المنفعة)، فإذا كان القبض لمنفعة القابض فعليه الضمان، أما إذا كان لمنفعة الدافع فلا ضمان على القابض، وإن كان لمنفعتهما معاً فينظر إلى أقواهم وأكثرهم انتفاعاً، وقد عبر أصحاب هذا الرأي عن ذلك بقولهم (ومن أخذ مال غيره فهل يضمنه أم لا ؟، يختلف ذلك باختلاف وجوه القبض، فإنه على وجوه، وذلك أن كان لمنفعة القابض فالضمان عليه، وأن كان لمنفعة الدافع فلا ضمان منه، وأن كان لمنفعتهما معاً، فينظر من أقوى منفعة فيضمن)^(٥).

وهذا ما أكده الأمام (القرافي) عندما بين معيار التفرقة بين كل من يد الأمانة ويد الضمان، وأشار إلى أنه (...المقبوضات منها ما هو أمانة محضة وضابطه ما كان المنفعة فيه للمالك كالوديعة أو

(١) ابن همام، فتح القدير، ج٦، مصدر سابق، ص ١٨٥.

(٢) عامر بن علي الشماخي، الإيضاح، وزارة التراث القومي والثقافة، ط٤، ج٣، مسقط، ١٩٩٩، ص ١٣٩-١٤٠.

(٣) ميرزا حسن الموسوي البجنوردي، القواعد الفقهية، ط١، ج٢، مطبعة الهادي، قم، ١٤١٩هـ، ص ١٠-١٣. وكذلك ينظر:

محمد جواد مغنية، فقه الأمام جعفر الصادق، ج٥، مصدر سابق، ص ١٣-١٤.

(٤) ميرزا حسن الموسوي البجنوردي، المصدر السابق، ص ١٨.

(٥) محمد بن أحمد بن جزي، القوانين الفقهية، مصدر سابق، ص ٢٢٠.

جلّ النفع له كالقرض، ومنها ما هو مضمون لا أمانة فيه، وضابطه ما كان النفع فيه للقباض كالمبيع أو تعدياً كالغصب، ومنها ما هو متردد بين القسمين كالرهن...^(١).

ويتضح مما تقدم أن يد الضمان لا تقتصر على الاعتداء على أموال الغير أو الأستيلاء عليها ابتداءً بالقوة، بل قد تكون اليد مأذونة بالقبض ومع ذلك تضمن الشيء، كما في حال إذا كانت المنفعة لمصلحة القابض أو المقبوض على السوم أو بالعقد الفاسد ونحو ذلك، وعليه تقسم يد الضمان عموماً على قسمين، يتمثل الأول في يد الضمان العادية، وهي التي تخرج عن مقررات الولاية الشرعية في حيازة العين، وتسمى في بعض الأحيان باليد غير المأذونة، بينما يتمثل القسم الثاني في يد الضمان العقدي، وهي التي تستند إلى إذن المالك في قبضها ومع ذلك تبقى ضامنة، وكما يأتي :-

القسم الأول / اليد العادية أو المعتدية

وهي اليد الحائزة للعين من دون إذن المالك أو بغير ولاية شرعية ابتداءً، فاليد التي تحوز بغير إذن أو ولاية شرعية تُعد يد عادية أو مُتعدية على حقوق الآخرين، وقد تكون يد مأذونة في حيازتها ابتداءً ثم خالفت مقتضى الأذن، فبهذه المخالفة تكون اليد قد خرجت عن حدود الأذن لتغدو غير مستندة إلى ولاية شرعية في حيازتها للعين تبعاً، إلا إذا عادت عن مخالفتها للأذن لعادت لها صفة المشروعية في القبض^(٢).

وقد اختلفت آراء الفقهاء المسلمين في تحديد معيار هذه اليد ومناطقها، فقد ذهب الحنفية^(٣) إلى أنّ معيار اليد العادية يتركب من أوصاف ثلاثة والتي تشكل بمجموعها مناط انشغال الذمة بوجوب الضمان، والوصف الأول من هذه الأوصاف هو إزالة يد المالك أو من يقوم مقامه عن العين المملوكة، وثانيهما إنّ تكون الإزالة بفعل العين المملوكة، وثالثهما إنّ يترتب على إزالة اليد المحقة ثبوت يد عادية على العين، وبناءً على ذلك وحتى تكون اليد ضامنة، يجب أن يكون المال

(١) أحمد بن أدریس القرافي، الذخيرة، ط١، ج٨، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ١٩٩٤، ص ١١٢.

(٢) د. حمد بن محمد الهاجري، القواعد والضوابط الفقهية في الضمان المالي، ط١، ج١، كنوز أشبيليا للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، الرياض، ١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨، ص ٩٤.

(٣) محمد بن أحمد العيني، البناية في شرح الهداية، ج١١، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون سنة طبع، ص ٢٣٩.

وكذلك ينظر/ الكاساني، بدائع الصنائع، ج٧، مصدر سابق، ص ١٤٣.

المضمون (المقبوض) منقولاً، لأن العقار إذا تلف قضاءً لا يضمن عند الحنفية. وفي هذا فتح لذريعة الاعتداء على العقار من دون أن يتحقق في اليد وصف الاعتداء ومن ثم ينتقي عنها الضمان.

بينما ذهب جمهور الفقهاء^(١) ومحمد بن الحسن من الحنفية^(٢) إلى أن مناط اليد العادية هو ثبوت اليد على العين من غير ولاية شرعية ابتداءً أو مع مخالفة الأذن، فاليد عندهم إذا ثبتت على العين بغير ولاية شرعية من المالك أو الشارع فهي عادية بحيازتها للعين، وكذلك الحال لو كانت اليد مؤتمنة أو مأذونة ثم خرجت عن حدود الولاية الشرعية للأذن في حيازة العين فهي عادية، كما لو رفض المستأجر رد المأجور عند انتهاء مدته أو انكر الوديع الوديعة.

وهنا لابد من طرح التساؤل الآتي : هل أن كل مخالفة للأذن الصادر من المالك من شأنها أن تُحول يد القابض (واضع اليد) من صفة الأمان إلى صفة الاعتداء؟، إنَّ الإجابة عن ذلك ستكون في صفحات قادمة من هذه الدراسة تحت عنوان (تحول صفة اليد) وذلك منعاً لتكرار.

القسم الثاني / يد الضمان العقدي

هي اليد التي تحوز العين بإذن المالك على خلفية تعاقد أو معاوضة مالية بحيث يترتب عليه ضمان العين المحازة، وأتفق الفقهاء المسلمون^(٣) على أن معيار يد الضمان العقدي هو أن تكون

(١) ينظر / ابن النجار، كشف القناع، ط ١، ج ٤، عالم الكتب، بيروت، ١٩٩٣، ص ٧٧. وأيضاً القرافي، الذخيرة، ج ٦، مصدر
مصدر سابق، ص ٢٠٠. وكذلك السيوطي، الأشباه والنظائر، مصدر سابق، ص ٤٤٦. وأيضاً، ميرزا حسن البجنوردي، القواعد
الفقهية، ج ٢، مصدر سابق، ص ١٠ وما بعدها.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٧، المصدر السابق، ص ١٤٣.

(٣) ينظر/ الرملي، نهاية المحتاج، ج ٥، مصدر سابق، ص ١٥٥.

- أبين قدامة، المغني، ج ٥، مصدر سابق، ص ٣٥٥.

- أبين الهمام، فتح القدير، ج ٦، مصدر سابق، ص ١٨٥.

- الحطاب ن مواهب الجليل، ج ٥، مصدر سابق، ص ٢٧٠.

- القرافي، الذخيرة، ج ٦، مصدر سابق، ص ٢٠٠-٢٠٢.

- الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج ٤، مصدر سابق، ص ٣٥٥.

- الأمام تاج الدين عبد الوهاب بن علي أبين عبد الكافي السبكي، الأشباه والنظائر، ط ١، ج ١، دار الكتب العلمية، لبنان،
بيروت، ١٩٩١، ص ٢٩٥.

اليَد قد حازت العين على خلفية معاوضة أو قبض للبدل، كما في حالة المقبوض على السوم، إذ يقول ((البهوتي)) أن " المقبوض على جهة السوم مضمون إذا تلف مطلقاً لأنه مقبوض على جهة البدل و العوض"^(١). أي أن القبض لم يحصل عن طريق الأعتداء وإنما نتيجة معاوضة وبأذن المالك مع ذلك فإنَّ يد القابض تُعد يد ضمان كون القبض قد حصل مقابل بدل أو على سبيل المعاوضة.

وقد أضاف الحنفية^(٢) على ذلك أن تكون اليَد قد حازت العين على جهة الاستيثاق كما في الرهن، أي أنهم اعتبروا يد الدائن المرتهن يد ضمان على الرغم من حصول القبض بإذن صاحب العين، ويبدو إنَّ سبب تضمينهم ليد المرتهن قد جاء من كون ثبوت اليَد على العين وثيقة يتوسل بها إلى تحصيل حقه في ذمة الراهن، وبالتالي كان الرهن سبيلاً للمعاوضة فأجريت مجراها، ومن ثم لو هلكت العين في يد المرتهن لهلكت من نصيبه في الدين.

ويصبح هذا المعنى في غاية الوضوح إذ علمنا أن العين إذا كانت قيمتها أكبر من مقدار الدين فهلكت في يد المرتهن كان القدر الزائد في يده أمانة، إذ تتحول يده من الضمان إلى الأمانة لحصول الأذن من المالك في القبض المعاوضة و أنقضاء المبادلة بهلاك العين المرهونة^(٣).

بينما أقام المالكية^(٤) لطبيعة العين المحازة وزناً عند توصيفها لليد الحائزة بالأمانة أو الضمان، فاعتبروا أن العين المحازة إنَّ أمكن أن تغاب عن نظر المالك بالإخفاء ببسر (كالثوب) ونحوه فاليد توصف بالضمان، لأنه يسهل على الحائز إدعاء الضياع مع قيام احتمال الأعتداء بالإخفاء، أما إذا كانت العين مما لا يمكن تغييها عن نظر المالك فتقل احتمالات الأعتداء بالإخفاء، فتكون اليَد عندها أمانة لا ضماناً.

(١) أبين النجار البهوتي، كشف القناع، ج٣، مصدر سابق، ص ٣٧٠.

(٢) الزيلعي، تبين الحقائق، ج٦، مصدر سابق، ص ٨٠.

(٣) عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، ج٣، مطبعة الحلبي، القاهرة، ١٩٣٧، ص ٦٤.

(٤) القرافي، الذخيرة، ج٦، مصدر سابق، ص ٢٠١. وينظر/ الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٣، ص ٤٣٦.

الفرع الثاني

يد الضمان في القانون المدني

لم يُنص على يد الضمان في القانون المدني المصري ولا في القانون المدني الفرنسي والقوانين العربية الأخرى التي تأثرت بهما، حيث لم يضعاً تقسيماً لليد إلى يد أمانة ويد ضمان، باستثناء القانون المدني العراقي الذي جاء متأثراً بالفقه الإسلامي في كثير من نصوصه ومن مظاهر هذا التأثير هو تقسيمه لليد إلى يد أمانة ويد ضمان^(١).

(١) وقد سمي هذا القانون بـ (ملتقى البحرين) لأنه مجمع يلتقي عنده الفقه الشرقي (الفقه الإسلامي) والفقه الغربي. فقانوننا المدني نتاج هذين الفقهاء العظميين والبحرين الزاخرين، ألف بينهما، فقام الدليل على متانة الفقه الإسلامي ومرونته وإصالته بحيث أستوعب معظم ما جاء به الفقه الغربي أو جاره أو سايره وماشاه، ودل على أن فقه الأمم ظواهر اجتماعية لا تختلف إلا قدر اختلاف البيئات، وتطورها باختلاف العوارض والأزمان.

وقد جاء هذا القانون المدني العراقي، عراقي الديباجة والأسلوب، لا يمعن في الأسباب ولا يميل إلى التعقيد، يماشي تعابيره ومعظم مصطلحاته تعابير الفقه العراقي ومصطلحاته. وجاء معتدلاً في أحكامه يتوسط بين الفرد والجماعة، فهو يحمي الفرد في مظهرين رئيسيين من مظاهر نشاطه : حريته في التعاقد، وحريته في التملك، وهو في الوقت ذاته لم يسخر الجماعة لخدمة الفرد، بل سائر التطورات الخطيرة التي اعتورت مذهب الفردية المتطرفة، وآية ذلك نراها في نطاق العقد، وفي نطاق الملكية.

وتوسط بين النظريتين : النظرية الشخصية، والنظرية المادية للالتزام، فمع استبقائه النظرية الشخصية للالتزام بإعتباره رابطة شخصية بين المدين والدائن، أخذ إلى حد ما بالمذهب المادي أيضاً، فأعترف بحالة الحق إلى جانب حوالة الدين، وأجاز الاشتراط لمصلحة الغير ولو كان هذا الغير شخصاً مستقلاً أو شخصاً غير معين، وأجاز الوعد بالجعل.

وتوسط بين الإرادتين الظاهرة والباطنة، فمع أخذه بالإرادة الباطنة لم يغفل الإرادة الظاهرة، وإقفاً في ذلك عند تقاليد الفقه الإسلامي المعروفة، فالإرادة الظاهرة، وهي المظهر الاجتماعي للإرادة، هي التي تقف عندها دليلاً على الإرادة الباطنة، وآية ذلك ما جاء في فصل تفسير العقد من القواعد والأحكام.

وتوسط بين الاستقرار والتطور، فالتطور يتمثل في المعايير المرنة، بدلاً من القواعد الجامدة، و الاستقرار يتمثل في المعايير الموضوعية بدلاً من المعايير الذاتية. وهو تقنين متخير، أستبقى الصالح للبقاء من أحكام المجلة وأضاف إليه الصالح للإضافة من القوانين الحديثة، فأصبح يماشي عصره ويساير الحضارة الحديثة.

وله مصدران : ١- المجلة، والفقه الإسلامي ٢- القانون المدني المصري الجديد. فما أتى من المصدر الأول، يرجع فيه إلى الفقه الإسلامي وإلى القضاء العراقي السابق، وذلك مثل نظرية بطلان العقد، وأحكام الأتلاف، وأحكام الغصب، وحق التصرف، ورهن الحيازة، وحوالة الدين، والدين المشترك، ونحو ذلك من القواعد والأحكام المستندة من المجلة والفقه الإسلامي وما أكثرها. وما أتى من المصدر الثاني يرجع فيه إلى الفقه القانوني المصري، وإلى قضاء مصر ولبنان والبلاد الأخرى التي تحكمها القوانين المدنية الشبيهة بقوانين هذه الأقطار، وذلك مثل نظرية السبب، و الاشتراط لمصلحة الغير، ودعوى عدم نفاذ التصرف (الدعوى البوليصية)، وكون الحيازة في المنقول سبباً للملكية والكسب دون سبب (الأثر بلا سبب).

وقد ذكر الدكتور المرحوم (عبد الرزاق السنهوري) أن مفهوم يد الضمان قد ورد في القانون المدني العراقي وحده بقوله ^(١) "والتقنين المدني العراقي وحده هو الذي أورد هذه النصوص، كما قدمنا، فلم ترد في التقنين المدني المصري، ومن ثم يجب في مصر تطبيق القواعد العامة في هذه المسائل" ^(١).

وقد أشارت المادة (٤٢٧) من القانون المدني العراقي إلى يد الضمان عندما نصت على أنه :
(١- تكون اليد يد ضمان إذا حاز صاحب اليد الشيء بقصد تملكه، وتكون يد أمانة إذا حاز الشيء لا بقصد تملكه بل بإعتباره نائباً عن المالك. ٢- وتتقلب يد الأمانة إلى يد ضمان إذا كان صاحب اليد ولو بغير قصد التملك قد حبس الشيء عن صاحبه دون حق أو أخذه بغير أذنه).

ويبدو أن المشرع العراقي قد أخذ بما ذهب إليه (الحنفية)، عندما جعل اليد ضمان إذا قامت نية التملك عند صاحب اليد، بينما تكون يد أمانة إذا أنتفت نية التملك عند صاحبها ^(٢).

ونعتقد إنَّ أشتراط المشرع العراقي لقصد التملك في المادة (١/٤٢٧) من القانون المدني، هو أمر غير كافٍ، على إعتبار أن القصد أمر خفي غير منضبط، حيث يتعذر الوقوف عليه في كثير من الأحيان، وهذا من شأنه أن يؤدي إلى إفلات صاحب اليد من ضمان ما تحت يده، وخير دليل على ذلك يد الغاصب، إذ ليس بالضرورة أن تكون نيته التملك بقدر ما تكون الانتفاع بالعين طيلة مدة الغصب، سواء كان الغصب قد نشأ بالاعتداء على العين و انتزاعها من صاحبها ابتداءً أو كانت العين تحت يد الغاصب بموجب عقد ثم تحولت يده إلى ضمان (بالغصب) بعد أنتهاء العقد، كما في حالة انكار الوديعة للوديعة أو صدور حكم على المستأجر بالتخلية غير أنه قد رفض الأخلاء أو تسليم المأجور.

وبما أن معيار قصد التملك غير كافٍ لوحده، أراد المشرع التوسع أكثر بشأن مفهوم يد الضمان وذلك عندما أشار في المادة (٢/٤٢٧) إلى إنَّ حبس الشيء عن صاحبه دون حق أو

ينظر / منير القاضي، ملتقى البحرين (شرح موجز للقانون المدني العراقي)، مج ١، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥١-١٩٥٢، ص ٤-٦.

(١) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج ٣، مصدر سابق، ص ٩٩٢.

(٢) د. حسن علي الذنون، أصول الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٠، ص ٢٧٥.

أخذه بغير أذنه من شأنه أن يحول صفة اليد من أمانة إلى ضمان ولو بغير قصد التملك، وهذا يؤكد ما أشرنا إليه أعلاه من أن قصد التملك لا يكفي لوحده معياراً لتحديد صفة اليد عموماً ويد الضمان على وجه الخصوص بل لابد من معايير أخرى تعززه، وما يعزز ذلك أيضاً هو تأكيد المشرع العراقي على يد الضمان في كل حالة تكون فيها العين تحت يد غير المالك، كالمادة (٢/٢٣٣) مدني بشأن المدفوع له شيء النية، والمادة (٢٠١) مدني بشأن الحالات المساوية للغصب، كإنكار الوديع للوديعة والسرقه وغيرها، كما أكد المشرع أيضاً على يد الضمان في الحالات التي تكون العين فيها تحت يد المالك ومع ذلك يضمن، كما هو الحال في المواد (١٧٩-١٨٠-٤٢٨)^(١).

وأراد البعض وضع تعريف جامع مانع ليده الضمان وأستتبط من خلال الأطلاع على النصوص الفقهية والقانونية بأن يد الضمان هي (ما أستوجب ضمان صاحب اليد لما تحت يده)، لأن يد الضمان لا تنهض إلا إذا وجد ما يضمنها وإلا كانت اليد أمانة بوصفها الأصل في اليد على ملك الغير، حماية لصاحب اليد حسن النية، ودعماً لحفظ الاموال وصيانتها^(٢). ويلاحظ على مضمون التعريف السابق أنه لم يبيّن المقصود بذات يد الأمانة وذات يد الضمان، بل بيّن حكم كل منهما، إذ لا يمكن تعريف الشيء بحكمه أو الآثار المترتبة عليه، لأنّ الفرد إذا لم يعرف ماهية الشيء وحقيقته فلا يستطيع أن يحكم عليه.

ويمكن لنا أن نعرف يد الضمان بأنها (كل يد أعتدت على ملك الغير ابتداءً أو استمراراً، أو نص القانون على وجوب ضمانها). ونقصد بالاعتداء ابتداءً، وضع اليد على ملك الغير بالقوة أو أنتزاع ملكه منه عنوةً، كيد السارق والغاصب ابتداءً ونحوهم.

أما الإعتداء أستمتر فنقصد به أنّ وضع اليد كان بإذن المالك ابتداءً ثم تحول إلى أعتداء فيما بعد كيد المستأجر على المأجور كانت يد أمانة بأذن المالك ثم تحولت إلى يد ضمان بعد أنتهاء عقد الإيجار أو صدور حكم بالتخلية مع تمسك المستأجر بعدم رد العين إلى مالکها، ويد الحائز

(١) وستتولى تفصيل ذلك عند بيان مصادر يد الضمان في المطلب الثاني من هذا المبحث.

(٢) د. ليلي عبدالله الحاج، مصدر سابق، ص ٣١.

حسن النية فإن يده تعد يد أمانة أبتداءً لكنها تصبح يد ضمان من الوقت الذي يصبح فيه سيء النية وهذا الوقت بالذات هو وقت بدء الإعتداء، وهكذا بالنسبة للتطبيقات الأخرى ليد الضمان. أما تلك التي نص القانون على ضمانها، فهي كيد البائع على المبيع قبل التسليم، ويد القابض على المقبوض في العقد الباطل، إذ عدّهما القانون يد ضمان.

المطلب الثاني

التصرف القانوني مصدراً ليد الضمان

يُعد التصرف القانوني من مصادر الالتزام بصورة عامة ويسمى أيضاً بالعمل القانوني، ويُعرف بأنه "أتجاه الإرادة نحو إحداث أثر قانوني" ^(١)، وهذا التصرف قد يكون تصرفاً صادراً من جانب واحد، أي إرادة منفردة، وقد يكون تصرفاً صادراً من جانبين أي عقداً، وبما أننا هنا بصدد تحديد مصادر يد الضمان، فسنبحث في عقد البيع كونه التطبيق المباشر الأوسع والأكثر انتشاراً من تطبيقات يد الضمان، فقد نظمت التشريعات محل المقارنة تنظيمًا دقيقاً، وسبقهم في ذلك الفقه الإسلامي.

وبما إنَّ عقد البيع يُعد على رأس العقود الناقلة للملكية، فهو يفترض أن يضع المشتري يده على المبيع بعد تسليمه له، لكن قد يضل البائع واضعاً يده على المبيع بعد تمام البيع دون تسليمه إلى مشتريه لأسباب مختلفة، وفي هذه الأثناء قد يهلك المبيع في يد البائع، فهل يكون هلاكه على البائع أم على المشتري؟، على اعتبار أن الملكية قد انتقلت إلى المشتري قبل التسليم، وبتعبير آخر ماحكم يد البائع في هذه الحالة، هل تعدّ يد أمانة أم يد ضمان؟.

أنَّ ما تقدم كله على فرض أننا أمام عقد بيع صحيح، ترتب عليه هلاك المبيع وهو لا يزال تحت يد البائع، أما الفرض الآخر فهو قبض المشتري للمبيع من عقد بيع باطل أو تم إبطاله فيما بعد، فهل تُعد يد القابض يد أمانة كونه مأذوناً له في القبض من قبل البائع (المتصرف)، أم تُعد يده يد ضمان قياساً بالمقبوض على سوم الشراء بعد تسمية الثمن؟. بناءً على ذلك سنقسم هذا

(١) د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج ١، مكتبة السنهوري، بيروت،

المطلب على فرعين، نبين في الفرع الأول الضمان في العقد الصحيح، في حين نخصص الفرع الثاني للضمان في العقد الباطل.

الفرع الأول

الضمان في العقد الصحيح

أختلفت آراء الفقهاء المسلمين كما اختلفت التشريعات محل المقارنة بشأن الضمان في عقد البيع الصحيح قبل القبض، هل يتحمله البائع أم المشتري؟، وعليه سنقسم هذا الفرع على فقرتين، نبين في الاولى موقف الفقه الاسلامي، في حين نخصص الثانية لموقف القانون، وكما يأتي :-

اولاً/ موقف الفقه الاسلامي

أنقسم الفقهاء المسلمون بشأن تحمل تبعة هلاك المبيع بأفة سماوية تحت يد البائع على ثلاثة آراء، إذ يرى أصحاب الرأي الأول ويمثلهم الأمامية^(١) و الحنفية^(٢) والشافعية في قول عندهم^(٣)، أن هلاك المبيع قبل القبض بأفة سماوية يوجب أنفساخ البيع و يسقط الثمن عن المشتري أن لم يكن قد دفعه، وله حق استرداده أن كان قد دفعه. أما أصحاب الرأي الثاني وهم المالكية^(٤) والحنابلة^(٥)، وان جعلوا الضمان على المشتري الا انهم فرقوا بين حالتين، فإذا كان المبيع مكياً أو موزوناً أو معدوداً وهلك يفسخ العقد فلا يلزم البائع الإتيان بمثله أي أن ضمانه على المشتري، أما ما ليس مكياً أو موزوناً أو معدوداً فضمانه عند هلاكه على المشتري دون حاجة للفسخ اصلاً بوصفه مالاً للمبيع بمجرد انعقاد العقد.

(١) المحقق الحلي، شرائع الإسلام، ج٢، مصدر سابق، ص٢٩.

(٢) زين العابدين بن نجيم، البحر الرائق، ج٦، مصدر سابق، ص١٥.

(٣) زكريا الأنصاري، الجمل على شرح المنهج، ج٣، مصدر سابق، ص١٥٨.

(٤) محمد بن جزي، قوانين الأحكام الشرعية، مصدر سابق، ص٢٦٠.

(٥) منصور بن إدريس البهوتي، الروض المربع شرح زاد المستنقع، ج١، مصدر سابق، ص٢٠٠.

في حين يرى أصحاب الرأي الثالث وهم الظاهرية^(١) أن مجرد انعقاد البيع صحيحاً يترتب عليه أن يكون المبيع في ضمان المشتري، كما يرون أن الفقهاء الذين ربطوا الهلاك بالتسليم لا سند لهم من كتاب الله ولا من سنة رسوله (ص).

ويرجح الدكتور عبد الرزاق السنهوري الرأي الأول، ويرى بأنه " إذا هلك المبيع قبل التسليم فقد أنفسخ البيع وأعتبر البائع هو المالك والحائز في وقت واحد وذلك منذ البداية فيتحمل تبعه الهلاك"^(٢).

في حين إذا هلك المبيع بفعل البائع ينفسخ البيع ويسقط الثمن عن المشتري لأن المبيع مضمون عليه بالثمن فإذا أتلّفه سقط الثمن، بينما إذا كان الهلاك بفعل المشتري قبل القبض فلا ينفسخ البيع ويلتزم المشتري بالثمن وكان كالقبض، لأن المشتري بالإتلاف صار قابضاً كل المبيع ولا يمكنه إتلافه إلا بعد إثبات يده عليه وهو معنى القبض فينقرر الثمن عليه^(٣).

ثانياً/ موقف القانون المدني

أما على صعيد القانون فتختلف التشريعات محل المقارنة في حكم ضمان هلاك المبيع قبل التسليم، إذ أن بعضها يجعل من تبعه الهلاك في عقد البيع تدور مع التسليم وجوداً وعدمياً لا مع انتقال الملكية ومن ثم يتحمل البائع تبعه هلاك المبيع بقوة قاهرة كالقانون المدني العراقي والقانون المدني المصري، بينما يجعل بعضها الآخر تبعه الهلاك قبل التسليم مرتبطة بانتقال الملكية أي يتحمل المشتري الضمان بمجرد انعقاد العقد كما هو الحال في القانون المدني الفرنسي، وسنرى ذلك مفصلاً.

ويبدو إن هذا الاختلاف نابع من وجود مبدئين يسيطران على موضوع تحمل تبعه هلاك المبيع، الأول هو مبدأ عام مفاده أن (هلاك الشيء على مالكه)، بإعتبار أن المالك (المشتري) هو الذي يغنم من ملكه بمجرد انعقاد العقد فعليه أن يتحمل تبعه هلاكه وفقاً لقاعدة (الغرم بالغنم)، أما المبدأ

(١) ابن حزم الظاهري، المحلى، ج ٩، مصدر سابق، ص ٣٤٣.

(٢) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، ط ١، ج ٦، مصدر سابق، ص ١٢٨.

(٣) د. وهبة الزحيلي، مصدر سابق، ص ١١٣٠ . ١٣١ . وكذلك ينظر / د. ياسر توفيق علوان، الضمان في عقد البيع وأثره في الفقه الإسلامي، بحث منشور في مجلة الدراسات التاريخية والحضارية، المجلد ١٢، العدد ٢/٤٧، ٢٠٢١، ص ٣١٩.

الثاني فيتعلق بالعقود الملزمة للجانبين ومفاده (أن تبعة أستيحالة تنفيذ أحد الألتزامات المتقابلة تقع على عاتق المدين)، فيتحمل البائع تبعة الهلاك كونه المدين بالتسليم، فيتعارض تطبيق المبدأين المذكورين معاً في نطاق عقد البيع، إذ أن مقتضى مبدأ هلاك الشيء على مالكه هو أن يتحمل المشتري تبعة هلاك المبيع في يد البائع، فيبقى ملزماً بدفع الثمن، ومقتضى مبدأ تحمل المدين تبعة إستحالة التنفيذ في العقود الملزمة للجانبين أن البائع هو الذي يتحمل تبعة الهلاك^(١).

كما تُمييز القوانين التي تربط تبعة الهلاك بالتسليم كالقانون المدني العراقي والمصري بين نوعين من الهلاك، هما الهلاك الكلي والهلاك الجزئي للمبيع، بينما القوانين التي تربط تبعة الهلاك بآنتقال الملكية كالقانون الفرنسي، تقتقر إلى مثل هذه التفرقة في الأحكام فهي لا تُمييز بين ما إذا كان الهلاك كلياً أم جزئياً. ولغرض تبسيط دراسة موقف التشريعات المقارنة من الضمان في عقد البيع سننولي دراستها على اتجاهين، يتمثل الاول بموقف القانون المدني العراقي والمصري، في حين يتمثل الآتجاه الثاني بموقف القانون المدني الفرنسي، وكما يأتي :-

١. موقف القانونين العراقي والمصري

عَرَفَ المشرع عقد البيع في المادة (٥٠٦) منه بأنه (مبادلة مال بمال)^(٢)، ثم نظم المشرع العراقي الضمان في عقد البيع من خلال نوعين من النصوص، ورد بعضها ضمن القواعد العامة، فيما جاء الآخر ضمن النصوص الخاصة بعقد البيع، إذ تقضي القواعد العامة وفقاً للمادة (١٧٩) بأنه :- (١- إذا هلك المعقود عليه في المعاوضات وهو في يد صاحبه أنفسخ العقد سواء كان هلاكه بفعله أو بقوة قاهرة و وجب عليه رد العوض الذي قبضه لصاحبه. ٢- فالمبيع إذا هلك في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري يكون من مال البائع ولا شيء على المشتري).

(١) د. محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد البيع، دار النهضة العربية، ١٩٦٨، ص ١٨٣ وما بعدها.

(٢) وتقابلها المادة (٤١٨) من القانون المدني المصري التي عرفت البيع بأنه (البيع عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حق مالي آخر في مقابل ثمن نقدي).

والمادة (١٥٨٢) من القانون المدني الفرنسي بأن (البيع عقد يلتزم بموجبه طرف بتسليم شيء والآخر بدفع ثمنه).

1582-La vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer, Elle peut être faite par acte authentique ou sous seing privé. .

ثم جاءت المادة (١/٥٤٧) الخاصة بعقد البيع تنص على أنه (إذا هلك المبيع في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري يهلك على البائع ولا شيء على المشتري، إلا إذا حدث الهلاك بعد إعدار المشتري لتسلم المبيع...)^(١).

ويتبين من تلك النصوص أن المشرع يحمل المدين بالتسليم تبعه هلاك المبيع، أي البائع هو الذي يتحمل الضمان إذا هلك المبيع تحت يده قبل التسليم بقوة قاهرة، كما يتبين أن القانون المدني العراقي يربط تبعه هلاك المبيع بالتسليم وليس بانتقال الملكية متأثراً في ذلك بالرأي الأول في الفقه الإسلامي الذي يقرر تحميل البائع تبعه هلاك المبيع، ويترتب على ذلك أن يفسخ العقد وتزول كل آثاره منذ إبرامه مع إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فيرد البائع الثمن أن كان قد قبضه، وبالمقابل تبرأ ذمة المشتري من تنفيذ ألتزامه المتمثل بدفع الثمن.

ويمكن القول أن تلك الأحكام ماهي إلا تطبيق لنظرية أنفساخ العقد بسبب استحالة تنفيذ البائع لألتزامه بالتسليم فينقضي تبعاً له الألتزام المقابل وهو ألتزام المشتري بدفع الثمن^(٢). ويلاحظ على النصوص المنظمة لحكم الحالة مدار البحث أن فيها تكراراً غير مبرر، إذ لا داعي للفقرة (٢) من المادة (١٧٩) لأنها تكراراً للفقرة (١) من المادة (٥٤٧)، ونرى من الأجدر عدم التمثيل لعقد البيع في الفقرة (٢/١٧٩) و الأقتصار على القاعدة العامة الواردة في الفقرة (١/١٧٩) مع التطبيق الوارد في المادة (١/٥٤٧).

وتتضح حالة التكرار بصورة جلية إذا ما علمنا أن المشرع العراقي قد عالج حكم الحالة مدار البحث وجعل يد البائع يد ضمان قبل التسليم، وذلك في معرض تنظيمه لأحكام يد الأمانة ويد الضمان (قاعدة على اليد) في المواد (٤٢٦ - ٤٢٧ - ٤٢٨)، حيث نصت المادة (٤٢٨) على أنه (إذا أنتقلت ملكية الشيء بعقد كانت يد المالك القديم قبل التسليم يد ضمان، وتقلب يد أمانة إذا أمتنع واجب التسليم بقيام سبب الحبس). وهذا التداخل بين النصوص يستلزم على المشرع التدخل لوضع تنظيم شامل لأحكام يد الأمانة ويد الضمان تحت عنوان ((ضمان اليد)) أو ((قاعدة على

^(١) تقابلها المادة (٢٩٣) من مجلة الأحكام العدلية التي تنص على أنه (المبيع إذا هلك في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري يكون من مال البائع ولا شيء على المشتري).

^(٢) د. غني حسون طه، الوجيز في العقود المسماة - عقد البيع، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٦٩-١٩٧٠، ص ٢٦٠.

اليدي^(١) هذا من جهة، و وضع حد لظاهرة ما يسمى (التضخم التشريعي) أو التناقض الداخلي لنصوص القانون المدني أن صح التعبير، من جهة أخرى^(٢).

بعد أن بيّنا الأحكام المتقدمة، يمكن لنا أن نطرح التساؤل الآتي، لماذا جعل المشرع العراقي من يد البائع قبل التسليم يد ضمان، وهل تنتقل الملكية إلى المشتري بمجرد انعقاد العقد؟، وإذا كان الأمر كذلك فلماذا لا يُحمل المشتري تبعة هلاك المبيع قبل التسليم؟؛

للإجابة عن ذلك لا بد لنا من الإشارة إلى النصوص ذات الصلة، حيث نصت المادة (٥٣١) من القانون المدني العراقي على أنه (إذا كان المبيع عيناً معينة بالذات أو كان قد بيع جزافاً نقل البيع من تلقاء نفسه ملكية المبيع، وأما إذا كان المبيع لم يعين إلا بنوعه فلا تنتقل الملكية إلا بالإفراز).

إنّ النص سالف الذكر يميز بين حالتين الأولى تتعلق بالمبيع إذا كان عيناً معينة بالذات أو بيعت جزافاً، فأن الملكية تنتقل بمجرد العقد إلى المشتري، أما إذا كان المبيع معين بالنوع فأن

(١) فهناك الكثير من النصوص جاءت من باب تحصيل حاصل أو وردت متناقضة مع غيرها أو أن بعضاً منها لم يصلح للتطبيق في وقتنا الحاضر، فعلى سبيل المثال لا الحصر، نص المادة (٦) من القانون المدني العراقي على أنه (...فمن أستعمل حقه أستعمالاً غير جائزاً لم يضمن ما ينشأ عن ذلك من ضرر). ثم نص في المادة (٧) من القانون ذاته على أنه (١- من أستعمل حقه أستعمالاً غير جائز وجب عليه الضمان، وبالتالي فلا داعي لنص المادة (٦) كونه من باب تحصيل حاصل، كما أنه المفهوم المخالف للمادة (٧)).

- كما أن المشرع أورد نصوص كثيرة، لم يعد لها تطبيق في غالبيتها، كما أنها لم تتسجم مع ما حصل من تطورات اقتصادية وأجتماعية، فلم يعد الحيوان وسيلة للنقل كما كان عند تشريع القانون المدني المأخوذ في كثير من نصوصه عن مجلة الأحكام العدلية، إذ نظم المشرع المسؤولية عن الحيوان وذلك في المواد من (٢٢١- ٢٢٦) أستخدم المشرع من خلالها أمثلة كثيرة يمكن الاستغناء عنها، كما أورد مصطلحات، كالداابة، والثور النطوح، والكلب العقور، ونذكر على سبيل المثال المادة (٢٢٤) التي تنص على أنه (لو باع مجموعاً من الموزونات التي في تبعضها ضرر وبين قدره وذكر ثمن مجموعه فقط، وحين وزنه وتسليمه ظهر ناقصاً عن القدر الذي بينه فالمشتري مخير أن شاء فسخ البيع وإن شاء أخذ القدر الموجود بجميع الثمن المسمى، وأن ظهر زائداً عن القدر الذي بينه فالزيادة للمشتري والخيار للبائع. مثلاً : لو باع فصّ ألماس على أنه خمسة قراريط بعشرين ألف قرش فإذا ظهر أربعة قراريط ونصفاً كان المشتري مخيراً إن شاء فسخ البيع وإن شاء أخذ الفصّ بعشرين ألف قرش وإذا ظهر خمسة قراريط ونصفاً أخذ المشتري بعشرين ألف قرش ولا خيار للبائع في هذه الصورة).

- بينما جاء المشرع المصري بمعالجة بسيطة متطورة لهذا الموضوع بمادة واحدة فقط، تحت عنوان (المسؤولية الناشئة عن الأشياء) حيث نصت المادة (١٧٦) على أنه (حارس الحيوان، ولو لم يكن مالكا له، مسؤول عما يحدثه الحيوان من ضرر، ولو ضل الحيوان أو تسرب، مالم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب أجنبي لا يد له فيه). وغير ذلك من الموضوعات كثير، إذ من الممكن أن نذكر بعضاً منها كلما تطلب الأمر ذلك في الصفحات القادمة.

الملكية لا تنتقل إلا بالإفراز الذي غالباً ما يختلط بالتسليم، وبالتالي فإن الملكية تنتقل للمشتري بمجرد انعقاد العقد في حالة المبيع المعين بالذات أو البيع جزافاً، لذا كان الأجدر أن يتحمل هو (المشتري) تبعه الهلاك في هذه الحالة وليس البائع كما يشير المشرع العراقي، خصوصاً أن القانون أعطى الحق للمشتري أن يتصرف بالمبيع قبل قبضه على اعتبار أنه قد أصبح مالكا له بمجرد انعقاد العقد، وذلك بموجب المادة (٥٣٢) التي تنص على أنه (للمشتري أن يتصرف في المبيع عقاراً كان أو منقولاً بمجرد انتقال الملكية ولو قبل القبض).

وما يؤكد ملكية المشتري للمبيع قبل قبضه، ما ورد في المادة (٥٣٣) التي أشارت بأنه إذا قبض البائع الثمن ثم أفلس قبل تسليم المبيع إلى المشتري، أخذ المشتري المبيع من البائع أو من ورثته دون أن يزاحمه سائر الغرماء. ويلحظ ان الهدف من هذا الحكم لا يقتصر فقط على تأكيد مسألة انتقال الملكية، وإنما خلق المشرع للمشتري ضمان او امتياز يفضل من خلاله على باقي الدائنين. لذا فإن المشرع العراقي ربط الضمان أو تحمل تبعه الهلاك بالتسليم، فيدور معه وجوداً وعدماً، وفي هذا إجحاف لحقوق البائع الذي يتحمل تبعه هلاك المبيع قبل التسليم على الرغم من انتقال الملكية إلى المشتري بمجرد العقد على الوجه الذي سبق بيانه.

ومع ذلك هنالك بعض الاستثناءات^(١) على القاعدة، حيث يقع الضمان على عاتق المشتري ومنها حالة الأعذار، إذ تقضي القواعد العامة أنه إذا كانت يد المدين يد ضمان وأنذر دائنه بوجوب تسلم الشيء ورفض هذا، فتتحول يد المدين إلى يد أمانة^(٢). وهذا ما نصت عليه المادة (١/٥٤٧) مدني عراقي بأنه (إذا هلك المبيع في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري يهلك على البائع ولا شيء على المشتري إلا إذا حدث الهلاك بعد أعذار المشتري لتسلم المبيع...)^(٣). وحالة الحبس كذلك، إذ أعطى القانون للبائع حق حبس المبيع حتى يستوفي الثمن، فإذا توافر سبب

(١) وسنقتصر هنا على الإشارة الموجزة لتلك الاستثناءات لأنها ستكون محلاً للدراسة في المطلب الاول من المبحث الثاني من هذا الفصل، تحت عنوان (تحول صفة اليد).

(٢) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج ٢، مصدر سابق، ص ٢٨.

(٣) وتقابلها المادة (٤٣٧) من القانون المدني المصري.

مشروع للحبس فأن يد البائع تتحول من يد ضمان إلى يد أمانة أستاذاً للمادتين (٤٢٨ - ٥٧٧) مدني عراقي^(١).

إنَّ الأحكام المتقدمة تطبق في حالة هلاك المبيع تحت يد المشتري بسبب أجنبي، أما إذا كان الهلاك بفعل البائع أو بفعل المشتري، فيتحمل المتعدي منهما تبعه الهلاك، وهذا ما نصت عليه المادة (٢/٥٤٧) مدني عراقي بأنه (إذا كان هلاك المبيع أو نقص قيمته قبل التسليم قد حدث بفعل المشتري أو بفعل البائع، وجب دفع الثمن كاملاً في الحالة الأولى، و إلزام البائع بالتعويض في الحالة الثانية).

اما عن موقف القانون المدني المصري، فقد نصت المادة (٤٣٧) منه على أنه (إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه، أفسخ البيع وأسترد المشتري الثمن، إلا إذا كان الهلاك بعد أضرار المشتري لتسلم المبيع). ويتضح من هذه المادة أنها تحمل المدين تبعه هلاك المبيع قبل التسليم إذا كان الهلاك بسبب الأجنبي لا يد له فيه، فإذا كان هلاك المبيع قبل التسليم فتقع تبعه الهلاك على البائع، وإذا كان الهلاك بعد التسليم فتقع تبعته على المشتري، وهذا يدل على عدم وجود علاقة بين تبعه الهلاك وانتقال الملكية وإنما تدور مع التسليم وجوداً وعدماً كما بينا، إذ يتفق القانون المدني المصري مع القانون المدني العراقي في هذه الحالة.

ويبرر الفقه المصري^(٢) هذا الحكم، ويرى أن التزام البائع بتسليم المبيع هو التزام بتحقيق غاية، لأنه ألتزام متفرع عن ألتزامه بنقل ملكية المبيع، ويترتب على إنَّ الالتزام بالتسليم ألتزام بتحقيق غاية أن تبعه هلاك المبيع قبل التسليم تكون على البائع، ولو كان المشتري قد أصبح مالكا للمبيع قبل هلاكه. كما أن الالتزام بالتسليم بصورة عامة قد يكون ألتزاماً مستقلاً، أي غير متفرع عن ألتزام الملكية كالتزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة للمستأجر وألتزام المستأجر بردها للمؤجر، وفي هذه الحالة يكون هلاك الشيء على مالكة (المؤجر) في الحالتين ولو حصل الهلاك قبل التسليم ذلك أن الأصل في الهلاك أن يكون على المالك فهو الذي يكسب الغنم وهو الذي يتحمل

^(١) وتقابلها المادة (٤٦٠) من القانون المدني المصري التي تنص على أنه (إذا هلك المبيع في يد البائع وهو حابس له كان الهلاك على المشتري ما لم يكن المبيع قد هلك بفعل البائع).

^(٢) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج٤، مصدر سابق، ص ٦٠٨ - ٦٠٩.

الغرم. وهنا يبرر هذا الانحراف هنا عن القاعدة التي تقضي بأن يكون الهلاك على المالك لأن الالتزام بالتسليم هو متفرع عن الالتزام بنقل الملكية، ليس في حقيقته إلا التزاماً مكماً للالتزام بنقل الملكية، إذ لا تخلص الملكية فعلاً للمشتري إلا بالتسليم، ومن ثم كان الهلاك على البائع وهو المدين بنقل الملكية والتسليم معاً.

ويلاحظ على الرأي المتقدم أنه حاول قدر الإمكان إيجاد تبرير لتحميل البائع تبعة الهلاك قبل التسليم وجعل يده يد ضمان وليست يد أمانة، غير أن من جملة ما ذكره عبارة ((إذ لا تخلص الملكية فعلاً للمشتري إلا بالتسليم))، وهذا في حد ذاته يتنافى مع نصوص القانون ومنها نص المادة (٥٣١) مدني عراقي والمادة (٤٢٩) مدني مصري، إذ تشير تلك النصوص صراحةً إلى انتقال الملكية مباشرةً من البائع إلى المشتري بمجرد انعقاد العقد وبقوة القانون إذا كان المبيع شيئاً معيناً بالذات أو كان البيع جزافاً، ويبقى التسليم مجرد التزام يقع على عاتق البائع، إذ أننا لسنا أمام عقد من العقود العينية التي تستوجب القبض لإتمامها حتى نقول إن الملكية لا تخلص للمشتري إلا بالتسليم، كما أن القانون يجيز للمشتري التصرف بالمبيع قبل قبضه بوصفه قد أصبح مالكا له بمجرد انعقاد العقد^(١).

إن الأحكام المتقدمة تطبق في حالة الهلاك الكلي للمبيع قبل التسليم، أما إذا كان الهلاك جزئياً، فقد نصت المادة (٤٣٨) مدني مصري على أنه (إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابة، جاز للمشتري أما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيماً بحيث لو طرأ قبل العقد لما تم البيع، وأما أن يبقى البيع مع إنقاص الثمن).

وطبقاً للنص المتقدم أن الهلاك الجزئي للمبيع لا يختلف عن الهلاك الكلي له من حيث تحديد الطرف الذي يتحمل تبعة الهلاك بسبب أجنبي قبل التسليم فهو البائع في كلتا الحالتين، لأن الالتزام بالتسليم التزام بتحقيق غاية وما لم يتم بتنفيذه البائع كان مسؤولاً عن ذلك ومن ثم فإن تبعة الهلاك الجزئي للمبيع تدور مع التسليم أيضاً لا مع انتقال الملكية، مع ملاحظة أن الفارق بين الهلاك الكلي والهلاك الجزئي هو أن العقد لا يفسخ من تلقاء نفسه كما كان في الهلاك الكلي، بل

^(١) ينظر المادة (٥٣٢) مدني عراقي التي تنص على أنه (للمشتري أن يتصرف في المبيع عقاراً كان أو منقولاً بمجرد انتقال الملكية ولو قبل القبض).

هو فسخ بحكم قضائي إذا كان الهلاك الجزئي جسيماً^(١)، و أختار الفسخ ولم يطالب بإبقاء البيع مع إنقاص الثمن، ويرجع السبب في عدم الفسخ تلقائياً في حالة الهلاك الجزئي لأنه لم يصبح مستحيلاً كله كما في الهلاك الكلي.

أما عن موقف القانون المدني العراقي من الهلاك الجزئي فقد نصت المادة (١/٥٤٧) على أنه (...وإذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه، فإنَّ المشتري مخير بين فسخ البيع وبين بقاءه مع إنقاص الثمن). ويتضح من النص أنَّه لا يختلف عن حكم النص المصري إلا في مسألة واحدة وهي أن القانون المدني العراقي لم يشترط أن يكون جسيماً كما في القانون المصري، بل ترك الخيار للمشتري بدون قيد، فله الحق أن يطلب فسخ العقد أو له أن يطلب إنقاص الثمن بما يقابل الجزء الهالك، ويتحدد معيار الجسامة بأن النقص لو طرأ قبل العقد لما تم البيع، ويخضع ذلك لتقدير القضاء.

٢. موقف القانون المدني الفرنسي

ترتبط مسألة هلاك المبيع بقوة قاهرة قبل التسليم بجذور تاريخية، ففي القانون الروماني كانت تبعه هلاك المبيع قبل تسليمه تقع على عاتق المشتري فيلزم بدفع الثمن حتى إذا أصبح تسليم المبيع له مستحيلاً لسبب أجنبي لا يد للبائع فيه، فلو بيع شيء ثم هلك قبل أن يسلم إلى المشتري، ففي هذه الحالة يتحمل المشتري مسؤولية الهلاك ويلزم بدفع الثمن، وقد أورد (جستيان) نصاً مفاده أن المشتري هو من يتحمل تبعه الهلاك أستاذاً لقاعدة (الغنم بالغرم)، حيث أن مغنم الشيء من زوائد وثمار تكون للمشتري بأعتباره مالكاً له قبل التسليم، ومن ثم عليه أن يتحمل ما يصيب الشيء المبيع من هلاك أو تلف، وبذلك فإن قاعدة تحمل المشتري لتبعه الهلاك ترجع إلى أسباب تاريخية وموجودة منذ العهود القديمة، وكانت مرادفة لقاعدة (تحمل المالك تبعه الهلاك) وذلك لأن البيع في تلك العهود كان تنتقل به ملكية المبيع إلى المشتري فوراً، ومن ثم تقع على عاتقه تبعاً لذلك خطر هلاكه أو تلفه^(٢).

(١) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج٤، مصدر سابق، ص ٦١٧.

(٢) د. صبيح مسكوني، القانون الروماني، مطبعة شفيق العاني، بغداد، ١٩٧١، ص ٢٧٣ وما بعدها.

ثم أنتقل هذا الحكم إلى القانون المدني الفرنسي لسنة (١٨٠٤) على شكل قاعدة قانونية راسخة، إذ نصت المادة (١٦٢٤)^(١) من القانون المدني الفرنسي على أنه (تُفصل مسألة معرفة ما إذا كان البائع أم الشاري يتحمل تبعه هلاك الشيء المباع أو تعيبه قبل التسليم وفقاً للقواعد المنصوص عليها في باب " العقود أو الالتزامات التعاقدية عامة").

ويتضح من النص أنه يُحيل بشأن تبعه الهلاك الى باب العقود أو الالتزامات التعاقدية، وبالرجوع إليه نجد أن المادة (١١٣٨)^(٢)، (قبل تعديلها بالمرسوم رقم ١٣١ لسنة ٢٠١٦) قد تكفلت ببيان الحكم القانوني واجب الأتباع، إذ تنص على أنه (يكون ألتزام تسليم الشيء تاماً برضاء الطرفين المتعاقدين، وهو يجعل الدائن مالكاً ويحمّله مسؤولية الشيء منذ أن توجب تسليمه، ولو لم يتم التسليم على الإطلاق، إلا إذا كان المدين قد أئذّر بوجوب التسليم، ففي هذه الحالة يتحمل هذا الأخير مخاطر الشيء). لذا فإنّ تحمل تبعه الهلاك في القانون المدني الفرنسي مرتبط بنقل الملكية وليس التسليم^(٣). ومن ثم يقع على عاتق المشتري بوصفه قد أصبح مالكاً بمجرد إبرام العقد أستاذاداً للقاعدة التي تقضي بأن خسارة الشيء على عاتق المالك (res peril domino)^(٤).

وقد اختلفت الآراء بشأن تبرير حكم القانون المدني الفرنسي القاضي بتحمل المشتري تبعه الهلاك قبل التسليم على النحو الآتي^(٥) :-

(١) 1624-La question de savoir sur lequel, du vendeur ou de l'acquéreur, doit tomber la perte ou la détérioration de la chose vendue avant la livraison, est jugée d'après les règles prescrites au titre " Des contrats ou des obligations conventionnelles en général ".

(٢) نقلاً عن/ القانون المدني الفرنسي بالعربية، طبعة دالوز (٢٠٠٩) الثامنة بعد المئة بالعربية، الطبعة الرابعة، جامعة القديس يوسف، مركز الدراسات الحقوقية للعالم العربي، بيروت، ٢٠٠٩، ص ١٠٩٦.

(٣) أنظر / جيروم هويبيه - بأشرف جاك غستان، المطول في القانون المدني، العقود الرئيسية الخاصة ، مج ١، القسم الأول، ترجمة منصور القاضي، مطبعة مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ٢٠٠٣، ص ١٨٨.

- كذلك ينظر/ آلان بينابنت، القانون المدني، العقود الخاصة مدنية وتجارية، ترجمة منصور القاضي، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ٢٠٠٤، ص ١١٥.

(٤) Philippe Malaurie et Laurent Aynès et Pierre-Yves Gautier, Droit des contrats spéciaux , 8e édition , LGDJ, Lextenso éditions , 2016 , p 181.

(٥) ينظر بشأن تلك الآراء / د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج ٤، مصدر سابق، ص ٦٠٨ - ٦٠٩. كذلك ينظر / أحمد نجيب الهلالي، حامد زكي، شرح القانون المدني - عقود البيع والحالة والمقايضة، دار النهضة العربية، ١٩٥٢، ص ٢٨٠. أيضاً ينظر / د. خميس خضر، العقود المدنية الكبيرة، دار النهضة العربية، ص ١٩٢.

١- إنَّ هذا الحكم جاء تطبيقاً لمبدأ الغنم بالغرم، فما دام أنَّ المشتري يستفيد من كل زيادة تحصل في المبيع وجب عليه بالمقابل أن يتحمل تبعه هلاكه، وينتقد هذا الرأي من قبل الفقيه (سالي) على اعتبار أن التعادل المزعوم بين الهلاك وزيادة القيمة لا يستقيم مع الواقع، نظراً لأن زيادة القيمة في حالة الغنم إنما يقابلها في حالة الغرم نقصان هذه القيمة وليس يقابلها الهلاك.

٢- أنَّ التزام البائع الرئيس هو نقل الملكية، وقد انفصل عنه الالتزام بالتسليم وأصبح ثانوياً بالنسبة إليه، فلا يصح أن يفسخ العقد لمجرد عدم تنفيذ هذا الالتزام الثانوي مادام الالتزام الأصلي بنقل الملكية قد نفذ فأصبح المشتري مالكا للمبيع، ومن ثم يتحمل تبعه هلاكه.

٣- إنَّ المدين بالتسليم (البائع) بعد أن أنتقلت منه الملكية بمجرد العقد، فلم يعد واضعاً يده على الشيء إلا بصفته أميناً عليه، والأمين لا يضمن الهلاك.

وبغض النظر عن تلك التبريرات، فإنَّ المشرع الفرنسي قد أستمّر في مسلكه وسار على نفس الحكم السابق القاضي بتحميل المشتري تبعه الهلاك وأن يد البائع تعد مجرد يد أمانة، وذلك بعد تعديل القانون المدني الفرنسي بالمرسوم (١٣١) لسنة (٢٠١٦) إذ تنص المادة (١١٩٦)^(١) منه على أنه (في العقود التي يكون محلها نقل الملكية أو حوالة أي حق آخر يتم النقل بمجرد إبرام العقد... ويتضمن نقل الملكية نقل مخاطر الشيء، ومع ذلك يتحمل المدين بالالتزام بالتسليم هذه المخاطر من وقت إعداره، طبقاً للمادة (٢/١٣٤٤)^(٢)، مع مراعاة القواعد المنصوص عليها في

(١) 1196- Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 – art;

Dans les contrats ayant pour objet l'aliénation de la propriété ou la cession d'un autre droit, le transfert s'opère lors de la conclusion du contrat. Ce transfert peut être différé par la volonté des parties, la nature des choses ou par l'effet de la loi. Le transfert de propriété emporte transfert des risques de la chose. Toutefois le débiteur de l'obligation de, délivrer en retrouve la charge à compter de sa mise en demeure, conformément à l'article 1344-2 et sous réserve, des règles prévues à l'article 1351-1.

(٢) وبالعودة إلى المادة (٢/١٣٤٤) من القانون المدني الفرنسي بعد تعديله بالمرسوم (١٣١) لسنة (٢٠١٦) نجدها تنص على أنه (الأعذار بتسليم شيء يجعل المخاطر على عاتق المدين مالم تكن على عاتقه من قبل).

1344-2 Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 3

La mise en demeure de délivrer une chose met les risques à la charge du débiteur, s'ils n'y sont déjà.

المادة (١/١٣٥١)^(١)، ويستفاد مما تقدم أنّ الإعذار ينقل تبعة الهلاك بمعنى يحول يد البائع من الامانة الى الضمان.

كما نصت المادة (١١٩٧)^(٢) من القانون ذاته على أنه (يتضمن الالتزام بتسليم شيء الالتزام بالمحافظة عليه إلى حين تسليمه، مع العناية به عناية الشخص العادي). ويلاحظ على النص الأخير أنه قد خفف من التزام المدين بالتسليم، حيث تطلب منه أن يبذل من العناية للمحافظة عليه عناية الشخص المعتاد، إذ يفهم من ذلك أن التزامه بالتسليم هو التزام ببذل عناية وليس تحقيق غاية، وهذا يتفق بدوره مع أحكام يد الأمانة بالنسبة للبائع، مع تحمل المشتري للضمان في حالة هلاك المبيع بسبب أجنبي قبل التسليم.

وبعد الانتهاء من عرض آراء الفقه الإسلامي من جهة، والتشريعات المدنية محل المقارنة من جهة أخرى، بشأن من يتحمل تبعة هلاك المبيع قبل التسليم، نستخلص ما يأتي :-

١- يتفق كل من القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري مع ما ذهب إليه الحنفية والأمامية والشافعية من الفقه الإسلامي، من أنّ تبعة هلاك المبيع قبل التسليم تقع على عاتق البائع، لأنهم ربطوا الضمان أو تبعة الهلاك بالتسليم وليس بانتقال الملكية، وهذا على خلاف ما ذهب إليه الحنابلة والمالكية والظاهرية، حيث يرون أنّ الضمان في عقد البيع الصحيح يكون بحسب الأصل على عاتق المشتري وبمجرد انعقاد العقد، وهذا يعني أنهم قد ربطوا الضمان أو تبعة الهلاك بنقل الملكية وليس التسليم.

٢- يتفق كل من القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري مع الفقه الإسلامي بأنّ هلاك المبيع بفعل أحد المتعاقدين (البائع أو المشتري) يجعله ضامناً لفعله ومن ثم يتحمل تبعة الهلاك.

^(١) بينما تنص المادة (١/١٣٥١) على أنه (إذا كانت استحالة التنفيذ ناشئة عن هلاك الشيء المستحق، تبرأ ذمة المدين، رغم سبق إعذاره، إذا أثبت أن الهلاك كان سيحصل كذلك لو نُفذ الالتزام).

Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 3 1351-1

Lorsque l'impossibilité d'exécuter résulte de la perte de la chose due, le débiteur mis en demeure est néanmoins libéré s'il prouve que la perte se serait pareillement produite si l'obligation avait été, exécutée

^(٢) 1197-Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2

L'obligation de délivrer la chose emporte obligation de la conserver jusqu'à la délivrance, en y apportant tous, les soins d'une personne raisonnable.

٣- ربط القانون المدني الفرنسي تبعة الهلاك بنقل الملكية، محملاً المشتري تبعة الهلاك بقوة قاهرة قبل التسليم، مخالفاً بذلك القاعدة القاضية بـ (ربط تبعة الهلاك بالتسليم)، ومتفقاً في الوقت ذاته مع جانب من الفقهاء المسلمين وهم ((الظاهرية)) الذين يرون أن كل بيع أنعقد صحيحاً فإنه يهلك على المشتري ويكون من ضمانه، فلا رجوع له على البائع^(١).

الفرع الثاني

الضمان في العقد الباطل

اختلفت آراء الفقهاء المسلمين بشأن من يتحمل تبعة هلاك المقبوض في العقد الباطل، كما لم يحسم القانون موقفه من ذلك بشكل صريح، لذا سنقسم هذا الفرع على فقرتين، نبين في الأولى موقف الفقه الاسلامي، في حين نخصص الثانية لموقف القانون المدني، وكما يأتي :-

أولاً/ موقف الفقه الإسلامي

العقد الباطل لا وجود له ولا ينتج أثره كعقد، فليس لأحد المتعاقدين فيه إلزام الآخر بتنفيذ ما أشتمل عليه، فالبحث عن ضمان العقد الباطل لا معنى له قبل القبض، وإنما يتجه البحث فيه بعد القبض، فقبض الشيء من قبل أحد المتعاقدين لا يمنع مالكة من المطالبة باسترداده، لأن ملكيته لم تنتقل للطرف الآخر^(٢).

إذا سلم البائع المبيع الى المشتري في عقد البيع الباطل^(٣)، فيلزم المشتري أن يرد ما تسلمه إلى البائع، لكن ماذا لو هلك المبيع قبل الرد، فمن يتحمل هلاكه هل البائع أم المشتري؟، وبعبارة أخرى

(١) ينظر / ابن حزم الظاهري، المحلى، ج ٩، مصدر سابق، ص ٣٤٣.

(٢) د. علي عبد الحكيم الصافي، مصدر سابق، ص ١٤٧.

(٣) ومما تجب الإشارة إليه هنا هو أختلاف المذهب الحنفي عن جمهور الفقهاء بشأن تقسيمهم للعقد، فالجمهور يقسمون العقد الى صحيح وباطل من دون ان يفرقوا في الحكم بين العقد الباطل والفاقد، اما الحنفية فيقسمون العقد الى صحيح وباطل وفاقد، والصحيح ما كان مشروعاً بأصله ووصفه و الباطل هو غير المشروع بأصله و وصفه اما الفاسد فهو المشروع بأصله دون وصفه. ينظر/ د. اسراء فهمي ناجي و د. عادل شمران حميد، العقد الفاسد في الفقه الاسلامي والقانون المدني، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، السنة الرابعة، عدد خاص ببحوث المؤتمر القانوني الوطني الاول، ٢٠١٢، ص ١٧٤.

هل تُعدّ يد القابض (المشتري) يد أمانة أم يد ضمان ؟، للأجابة عن ذلك نشير الى أن الفقهاء المسلمين انقسموا على اتجاهين وكما يلي :-

١ - الاتجاه الأول

يذهب جانب من الفقهاء المسلمين إلى أن يد القابض في البيع الباطل تعدّ يد أمانة لا يد ضمان، لأن البيع الباطل لا وجود شرعي له، فلا يبقى إلا واقعة القبض التي حصل بمقتضاها أنقال الشيء من يد مالكة إلى يد القابض، وبما أن القبض قد حصل بإذن المالك فأن يد القابض تُعدّ يد أمانة وفقاً لذلك، فلو هلك المقبوض بلا تعدّ منه لا يضمنه^(١).

٢ - الاتجاه الثاني

يذهب الاتجاه الغالب في الفقه الإسلامي إلى أن يد القابض هنا يد ضمان لا يد أمانة، لأن القبض كان من أجل تحقيق مصلحة القابض، ومن ثم هو يضمن إذا تلف المقبوض في يده، وإن كان من دون تعدّ ولا تقصير منه^(٢).

وقد أثبت الفقهاء الضمان في المقبوض بالعقد الباطل ببعض من القواعد الفقهية ومنها (قاعدة على اليد) المستندة إلى قول الرسول (ص) (على اليد ما أخذت حتى تؤدي)، والمقصود منها هو أن من أخذ شيئاً كان ضامناً له، ولا تبرأ ذمته منه حتى يردّه أو يضمن قيمته، وبهذه القاعدة يثبت ضمان العين المقبوضة بالعقد الباطل^(٣). كما يثبت بها ضمان المنفعة، لأن ضمان العين معناه

(١) ويمثل هذا الاتجاه، رأي الحنفية، ورأي الأمام يحيى من الزيدية، ينظر / ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج٤، مصدر سابق، ص ١١٦. وكذلك ينظر / أحمد بن يحيى بن المرتضى، البحر الزخار، ج٣، مصدر سابق، ص ٣٨٤.

(٢) وهذا هو رأي، الأمامية، والمالكية، والشافعية، والظاهرية، والحنابلة، وأحد الرأيين عند الحنفية، والقول الآخر للزيدية، ينظر / - الشيخ مرتضى الأنصاري، المكاسب، مطبعة أطلاعات، تبريز، إيران، ١٣٧٢هـ.

- المرغيناني، الهداية، ج٣، مصدر سابق، ص ٤٢.

- عبدالله مفتاح، شرح الأزهار، ط٢، ج٣، مطبعة حجازي، القاهرة، ص ١٤٢.

- منصور البهوتي، كشاف القناع، ج٣، مصدر سابق، ص ٢٤٥.

- ابن قدامة، المغني، ج٤، مصدر سابق، ص ٢٠٦.

- ابن حزم، المحلى، ج٨، مصدر سابق، ص ٤٢١.

- أبو عبدالله محمد الخطاب، مواهب الجليل، ج٤، مصدر سابق، ص ٣٨٠.

(٣) باقر الأيرواني، دروس تمهيدية في القواعد الفقهية، ج٢، مؤسسة الفقه للطباعة والنشر، ص ١٣٤ وما بعدها.

ضمانها مع منافعها، ويُستشكل في شمول القاعدة لمثل ذلك أما لأن عنوان الأخذ لا يصدق إلا بالنسبة إلى الأعيان دون المنافع والأعمال أو لأن ذيل القاعدة (... حتى تؤدي) والأداء هنا حيث لا يمكن تحقيقه بالنسبة إلى غير الأعيان فتختص القاعدة بها، لكن المناسب الرجوع إلى السيرة العقلانية دون القاعدة بألفاظها الحرفية الخاصة، وإذا رجعنا إلى السيرة فلا يبعد قضاؤها بالضمان في المنافع لأنها مال فوّت على صاحبه^(١).

كما أستدل الفقهاء بقاعدة **((ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده))**، ومفادها أن كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، وكل عقد لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده، فالعقود التي يبذل فيها مال مقابل مال عند صحته، لا يحق للمتعاقد سواء المشتري أو أمثاله أن يرى نفسه بريئاً من الضمان عند فسادها، أستاذاً إلى فساد العقد، فالعقد الفاسد هنا موجب للضمان كما أن صحيحه كان موجباً للضمان، وكذلك العكس، وبعبارة أوضح أن المقبوض بالعقد لا يذهب هدرًا بل مضمون على القابض. وتُعَد هذه القاعدة من القواعد الفقهية المطردة، والمعمول بها في المذاهب الإسلامية كافة، وتستخدم في إثبات ضمان المقبوض بالعقد الباطل^(٢).

وفي جميع الحالات يجب على القابض أن يضمن المثل إذا تلف المقبوض المثلّي، والقيمة إذا تلف المقبوض القيمي، مع ملاحظة ما قد يؤثر في هذا الحكم وهو ما يسمى بـ **((هدر كرامة المال المقبوض))** من جانب صاحبه الأصلي، وذلك نتيجة لقبوله الدخول في عقد فاسد، كما لو كان الثمن المسمى أقل من ثمن المثل، فلا يتوجب على القابض **((المشتري مثلاً))** أن يؤدي للبائع إلا الثمن المسمى، لأنه لو حكم بإعادة ثمن المثل لكان قد خسر الفارق بين الثمن المسمى وثمر المثل دون وجه حق، لأن البائع هنا هو الذي هدر كرامة ماله بإرادته فلا يكون مضموناً من القابض إلا بالثمن المسمى لا ثمن المثل^(٣).

ونخلص إلى أن الفقه الإسلامي يذهب إلى أن ما قبض من الأموال والمنافع بعقد تقرر بطلانه و انعدام حكمه الشرعي، وجب الرد من قبل القابض، لأنه لا يُعد مالاً لمحل العقد، إذ ما

(١) باقر الأيرواني، المصدر السابق، ص ١٤٢-١٤٣.

(٢) كاظم الحسيني (الحائري)، فقه العقود، ج ٢، بدون مكان طبع، بدون سنة طبع، ص ٤٣٦.

(٣) كاظم الحسيني (الحائري)، المصدر السابق، ص ٤٦٧-٤٦٨.

زال في ذمة مالكة الأول، وفي حال أمتاعه عن الرد يتحمل تبعة الهلاك وتُعد يده يد ضمان، فالبيع الباطل مثلاً حكمه عند الفقهاء المسلمين حكم المغصوب من حيث وجوب الضمان في حال عدم الرد.

ثانياً / موقف القانون المدني

قبل ان نبيّن موقف القانون من الضمان في العقد الباطل، لا بد من الإشارة الى ان المشرع العراقي لم يسلك مسلك القوانين المدنية المقارنة من تقسيم العقد الباطل إلى ما كان بطلانه مطلقاً وما كان بطلانه نسبياً، فالبطلان في القانون المدني العراقي ليس مراتب متدرجة، بل هو بطلان واحد وهو ما تسميه بعض التقنيات بالبطلان المطلق، أما نظرية البطلان النسبي فيطرحها القانون المدني العراقي لأن منطقها لا ينسجم مع صنعة الفقه الإسلامي الذي ألهم القانون العراقي في هذا المجال، وأدخلها (نظرية البطلان النسبي) في زمرة العقود الموقوفة، إذ لا معنى للنسبية في البطلان، وأن ما يسمى عقد باطل نسبياً ما هو إلا عقد له مرحلتان صحيح في إحداها وباطل في الأخرى، فهو موقوف حتى يستقر أمره، فالعقد المشوب بالتغيير مع الغبن مثلاً صحيح في أول أمره ثم أبطله المغرور فأصبح باطلاً^(١).

وللتمييز بين البطلان المطلق والبطلان النسبي **معياران**^(٢)، الأول يعتمد على التمييز بين شروط الانعقاد وشروط الصحة، والثاني يعتمد على غاية أو هدف القاعدة القانونية التي تمت مخالفتها. **ووفقاً للمعيار الأول**، يكون العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً إذا تخلف ركن من أركان العقد أو شرط من شروط ركني المحل والسبب. أما إذا توافرت للعقد ركني المحل والسبب بشروطهم، إلا أنه أختل شرط من شروط صحة التراضي، فأن العقد له وجود قانوني مرتب لآثاره بالكامل حتى يطلب من تقرر البطلان لمصلحته إبطاله، وعندها نكون أمام عقد باطل بطلاناً نسبياً أو قابل للإبطال، فإذا أبطل زال العقد بأثر رجعي، والبطلان وصِفَ بأنه نسبي لأن التمسك بالبطلان لا يتقرر إلا

(١) د. منير القاضي، ملتقى البحرين، مصدر سابق، ص ٢٢٨. وكذلك ينظر/ د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، مصدر سابق، ص ١٢١.

(٢) ينظر بشأن تلك المعايير / أستاذنا الدكتور منصور حاتم محسن، فكرة تصحيح العقد - دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٦، ص ٢٣- ٢٤.

لمصلحة أحد المتعاقدين، سواء كان ذلك عن طريق الدعوى أو عن طريق الدفع، بعكس العقد الباطل بطلاناً مطلقاً فكل ذي مصلحة التمسك بالبطلان.

أما المعيار الثاني الحديث، فيحدد مفهوم بطلان العقد استناداً إلى المصلحة التي تحميها القاعدة القانونية التي جاء العقد مخالفاً لها، فإذا كانت تلك القاعدة هدفها حماية المصلحة الخاصة، كان العقد المخالف عقداً قابلاً للأبطال أو باطلاً بطلاناً نسبياً، أما إذا كان هدف هذه القاعدة حماية المصلحة العامة، فإن مخالفتها تؤدي إلى بطلان العقد بطلاناً مطلقاً^(١).

وقد كرس القانون المدني الفرنسي بعد تعديله بالمرسوم (١٣١) لعام ٢٠١٦، صراحة المعيار الحديث في التمييز بين البطلان المطلق والبطلان النسبي، فقد نصت المادة (١١٧٩) منه على أنه (يكون البطلان مطلقاً إذا كانت القاعدة التي تمت مخالفتها مقررة من أجل حماية المصلحة العامة. ويكون نسبياً إذا كانت القاعدة التي تمت مخالفتها مقررة فقط من أجل حماية مصلحة خاصة)^(٢).

على الرغم من وضع هذا المعيار على نحو صريح في النص المذكور للتمييز بين نوعي البطلان، فإن ذلك لا ينفي صعوبة التمييز في بعض الحالات بين ما إذا كانت القاعدة التي تمت

(١) ينظر بشأن المعيار الحديث/ د. نبيل أبراهيم سعد، النظرية العامة للألتزام - مصادر الألتزام مع المستحدث في تعديلات (٢٠١٦) للتقنين المدني الفرنسي، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٢٠، ص ٢٣٤-٢٣٧.

وكذلك ينظر/ حسان علي مسلم الطائي، التقادم وأثره على العقد القابل للأبطال، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة (٣)، مجلد ٣، العدد ٢، ج ١، ٢٠١٨، ص ٣١٢-٣١٣.

(٢) ثم بينت المادتان (١١٨٠-١١٨١) مدني فرنسي أهمية التمييز بين البطلان المطلق والبطلان النسبي، وما يترتب على ذلك من آثار : - حيث نصت المادة (١١٨٠) على أنه (يجوز طلب البطلان المطلق من قبل كل شخص يُثبت أن له مصلحة في ذلك، وكذلك من قبل النيابة العامة، لا يزول البطلان المطلق بإجازة العقد).

Art - 1180-L'invalidité absolue peut être demandée par toute personne qui justifie d'un intérêt à cela, ainsi que par le ministère public. La nullité absolue ne disparaît pas avec le contrat de licence.

- في حين نصت المادة (١١٨١) على أنه (لا يجوز طلب البطلان النسبي إلا من قبل الشخص الذي يرمي القانون إلى حمايته. يزول البطلان النسبي بالإجازة إذا كانت دعوى البطلان النسبي مقررة لعدة أشخاص فإن تنازل أحدهم عنها لا يمنع الآخرين من إقامتها).

-Art 1181.- La 'invalidité relative ne peut être demandée que par la personne que la loi vise à protéger. L'invalidité relative est levée par autorisation si le cas d'invalidité relative est établi pour plusieurs personnes.

مخالفتها تتعلق بالمصلحة العامة أم الخاصة، فإن القاعدة القانونية قد تتعدد أهدافها من هذه الناحية فتجمع في ذات الوقت بين هدف حماية المصلحة الخاصة وحماية المصلحة العامة، في هذه الحالة يتعين إعلاء المصلحة العامة ليكون البطلان المطلق هو جزاء مخالفتها، وهذا ما يؤدي إلى التضيق من نطاق البطلان النسبي، ومع ذلك أن الأخذ بهذا الاتجاه الحديث لا ينفى صعوبة التمييز بينهما في حالات كثيرة، وذلك في ظل غياب معيار عام يحدد القواعد التي ترعى المصلحة العامة وتلك التي ترعى المصلحة الخاصة^(١). ونرى ان تقنين المشرع الفرنسي للاتجاه الحديث تعد خطوة بالاتجاه الصحيح لوضع حد للجدل الفقهي القائم في هذ الخصوص، كما اعطى اهمية كبيرة للقاعدة القانونية المقررة لحماية المصلحة العامة^(٢).

(١) د. محمد حسن قاسم، القانون المدني - الالتزامات - العقد، المجلد الأول، دراسة فقهية قضائية مقارنة في ضوء التوجهات التشريعية والقضائية الحديثة وقانون العقود الفرنسي الجديد (٢٠١٦)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٨، ص ٣٦٠-٣٦١.

(٢) ولم يقتصر المشرع الفرنسي على تقنين ذلك، بل استحدث الكثير من الافكار، ويقدر تعلق الامر ببطلان العقد نرى من المفيد ان نشير هنا الى فكرة طالما أثارت جدلاً في الفقه القانوني الحديث، إذ تُعد فكرة (مضمون العقد) من الأفكار المستحدثة في القانون المدني الفرنسي بعد تعديله بالمرسوم (١٣١) لسنة (٢٠١٦)، إذ نصت المادة (١١٢٨) منه على أنه: (يكون ضرورياً للعقد: ١- رضا الطرفين المتعاقدين ٢- أهليتهم للتعاقد ٣- مضمون مشروع ومؤكد). وبذلك يكون المشرع قد عدل أركان العقد في القانون المدني الفرنسي، فقد ألغى المادة (١١٠٨) القديمة، والتي كانت تؤسس العقد على أربعة أركان هي: التراضي، وأهلية التعاقد، والمحل المعين والذي يشكل موضوع التعهد، والسبب المشروع للالتزام، وأستبدلها بالمادة (١١٢٨) بعد التعديل، والتي بنت العقد على ثلاثة أركان فقط هي، التراضي، وأهلية التعاقد، والمضمون. ثم نظم المشرع تلك الفكرة بشكل متكامل تحت عنوان مستقل - **مضمون العقد** - وذلك في المواد (١١٦٢ - ١١٧١).

1128- Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2

Sont nécessaires à la validité d'un contrat 1- Le consentement des parties. 2- Leur capacité de contracter 3- Un contenu licite et certain.

ينظر بشأن فكرة مضمون العقد عموماً / منى نعيم جعار الشياحي، مضمون العقد، دراسة مقارنة مع القانونين الفرنسي والإنكليزي، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠١٩.

- د. حيدر فليح حسن، مضمون العقد، دراسة في ضوء المرسوم التشريعي الفرنسي رقم (١٣١) لسنة ٢٠١٦، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، مج (٢١)، العدد ١، ٢٠١٩.

- د. أشرف جابر، الأصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد. لمحات في بعض المستجدات، أبحاث المؤتمر السنوي الرابع، كلية القانون الكويتية العالمية، ملحق خاص، العدد ٢، ج ٢، ٢٠١٧، ص ٣٠٥.

اما عن موقف المشرع العراقي من المقبوض بالعقد الباطل وهل أن يد القابض تُعد يد أمانة أم يد ضمان ؟. للأجابة عن ذلك، هنالك من يرى^(١) أن يد القابض تُعد يد ضمان على المقبوض في حالتي بطلان العقد أو أبطاله، فإذا هلك في يده تحمل تبعه هلاكه ويستدل على ذلك من خلال نصوص القانون المدني العراقي، إذ تنص المادة (١٣٤) على أنه : (١- إذا أُنْعِدَ العقد موقوفاً لحجر أو أكره أو غلط أو تغير، جاز للعائد أن ينقض العقد...، فإذا نقضه كان له أن ينقض تصرفات من أُنْقِلت إليه العين وأن يستردها حيث وجدها وأن تداولتها الأيدي فإن هلكت العين في يد من أُنْقِلت إليه ضمن قيمتها. ٢-...، ولا ضمان على العائد المُكره أو المغرور إن قُبِضَ البذل مكرهاً أو مغروراً وهلك في يده بلا تعدد منه).

ونصت المادة (٤/١٣٥) على أنه (إذا سلم الفضولي العين المعقود عليها لمن تعاقد معه فهلك في يده بدون تعدد منه فللمالك أن يضمّن قيمتها أيهما شاء فإذا أختار تضمين أحدهما سقط حقه في تضمين الآخر)^(٢).

بينما هنالك من يرى^(٣)، أن القانون المدني العراقي لم يحدد موقفه بوضوح بالنسبة للمقبوض بالبيع الباطل، وهل يعتبر يد القابض يد أمانة أم يد ضمان، فهو يشير في المادة (٢/١٣٨) أنه (فإذا بطل العقد يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا كان هذا مستحيلاً جاز

- د. حسين عبدالله عبد الرضا الكلابي، مضمون العقد، دراسة مقارنة بين النظام القانوني الإنكليزي والقانون المدني الفرنسي المعدل بموجب المرسوم التشريعي الصادر في (١٠) شباط ٢٠١٦، بحث منشور في المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد (١٧)، العدد ١، ٢٠١٨.

François Terré et Philippe Simler et Yves Lequette et François Chénéde , Droit civil Les obligations , 12 e edition , Dalloz , 2019. p 386.

(١) د. ليلي عبد الله الحاج، مصدر سابق، ص ١٢٤.

(٢) وبالمقابل تعد اليد يد ضمان أيضاً، وذلك في حالتي فسخ العقد وتحقق الشرط الفاسخ، بموجب المادتين (١٨٠) و(٢٨٩) مدني عراقي :-

- إذ تنص المادة (١٨٠) على أنه (إذا فسخ عقد المعاوضة الوارد على الأعيان المالية أو أنفسخ سقط الالتزام الذي كان مترتباً عليه فلا يلزم تسليم البذل الذي وجب بالعقد، وأن كان قد سلم يسترد فإذا أَسْتَحَالَ رده يحكم بالضمان).

- في حين تنص المادة (١/٢٨٩) على أنه (١- العقد المعلق على شرط فاسخ يكون نافذاً غير لازم، فإذا تحقق الشرط فسخ العقد وألزم الدائن برد ما أخذه فإذا أَسْتَحَالَ رده وجب الضمان وإذا تخلف الشرط لزم العقد).

(٣) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مصدر سابق، ص ٣٠٢.

الحكم بتعويض معادل). فهو من جهة لم يجعل التعويض واجباً بل جعله جوازياً، للمحكمة أن تحكم به وأن لا تحكم به، وهو من جهة أخرى وصف التعويض بأنه عادل، ومعنى الشيء ذلك أن المحكمة غير ملزمة بالحكم بقيمة الشيء الهالك بل بما تراه هي عادلاً^(١).

ولا نتفق مع الرأي المتقدم فيما ذهب اليه، لان عبارة (جاز الحكم...) لا يفهم منها جوازية الحكم من عدمه، لان الجواز جاء في سياق ان الاصل هو اعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها، لكن اذا تعذر ذلك جَوَز القانون للمحكمة ترك الخيار الاول والذهاب للتعويض، ومن ثم فأن الجواز هو في الانتقال للتعويض لا في الحكم به او عدمه، هذا من جانب، ومن جانب اخر، فان الذي يفهم من عبارة (تعويض معادل) هو التعويض المساوي لقيمة المحل المتعذر إرجاعه، فالفرق واضح بين المعادل والعادل، فيكون بالتالي فهم المعادل بالعادل امراً لا دليل عليه بل خلاف صريح النص. مع ذلك حتى لو قلنا ان المعادل هو العادل او ان المشرع فعلاً كان قد استخدم العادل فلا يمكن القفز بالاستنتاج والقول ان العادل هو يمكن ان يكون أقل من قيمة الشيء، فلا يكون عادلاً الا اذا كان مساوياً للضرر.

ويوجه النقد إلى جانب من فقهاء القانون وشراحه^(٢)، ليس لأنهم يجعلون من الهلاك في العقد الباطل والمفسوخ على عاتق واضع اليد وأنه ملزم بالضمان مطلقاً، بل لأنهم يقيمون هذا الحكم على أساس المسؤولية التقصيرية، على الرغم من أن المسؤولية التقصيرية لا تنهض إلا باجتماع أركان ثلاثة وهي، الخطأ والضرر والعلاقة السببية، بينما ألتزام صاحب يد الضمان في الرد هو التزم بنتيجة، بمعنى أن صاحب اليد لا تبرأ ذمته ولا يعفى من الرد حتى مع انقطاع علاقة

(١) وينتقد الدكتور عبد المجيد الحكيم موقف المشرع العراقي في المادة (١٣٧) مدني، حيث يرى بوجود تكرار في فقراتها الثلاث، الفقرة الثالثة تكرر ما ورد في الفقرة الأولى، فالفقرة الأولى تنص : (العقد الباطل هو ما لا يصح أصلاً بأعتبار ذاته أو وصفاً بأعتبار بعض أوصافه الخارجية)، بينما تنص الفقرة الثالثة (ويكون باطلاً أيضاً إذا اختلفت بعض أوصافه...). وكان الأولى أن تقتصر هذه المادة على فقرتين فقط، تخصص الفقرة الأولى لذكر أسباب البطلان، والفقرة الثانية على ذكر الأمثلة. ينظر/ كتابه الموجز، المصدر السابق، ص ٣٠٣.

(٢) ومنهم، الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج ١، مصدر سابق، ص ٥٨٨.

السببية، أي يضمن وأن هلك المال بالسبب الأجنبي، ومن ثم يلزم برد مثله في المثليات وقيمه بالقيميات^(١).

وبما أننا لازلنا بصدد بيان تبعة الهلاك في المقبوض بالعقد الباطل، فنرى من الواجب أن نتطرق إلى حالة ذات صلة وكثيراً ما تقع في الحياة العملية اليومية، ألا وهي بيع العقار خارج دائرة التسجيل العقاري، وسنقتصر بطبيعة الحال هنا على بيان الطرف الذي يتحمل تبعة الهلاك، فهل هو البائع أم المشتري؟؛

طبقاً للقواعد العامة في القانون المدني - المتعلقة بتحمل تبعة الهلاك - فلا إشكال في هلاك العقار قبل التسليم وقبل التسجيل فإن هلاكه على البائع، ولا إشكال أيضاً إذا حصل الهلاك بعد التسجيل وبعد التسليم فإن هلاكه يكون على المشتري، لكن الذي يثير الإشكال هو حالة هلاك العقار بعد تسليمه إلى المشتري، وقبل تسجيله في دائرة التسجيل العقاري، فهل تُعد يد المشتري يد أمانه أم يد ضمان؟؛

للإجابة عن ذلك نشير ابتداءً إلى أن القانون المدني العراقي يعد بيع العقار عقداً شكلياً لا ينعقد إلا إذا سجل في الدائرة المختصة - دائرة التسجيل العقاري - المادة (٥٠٨)^(٢) مدني عراقي، والمادة (٢/٣) من قانون التسجيل العقاري، وبخلاف ذلك يُعد العقد باطلاً، وهذا ما يطبقه القضاء العراقي، حيث أصدرت محكمة التمييز الاتحادية العديد من القرارات ومنها قرارها الصادر عام (٢٠٠٩) الذي يقضي:- (أن بيع العقار خارج دائرة التسجيل العقاري هو عقد باطل لعدم إستيفائه الشكلية المنصوص عليها في المادة (٥٠٨) من القانون المدني العراقي لذلك يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد)^(٣). وجاء في قرار آخر للمحكمة ذاتها صادر عام (٢٠١٩) أن

(١) ينظر بشأن هذا النقذ / د. ليلي عبد الله الحاج، وضع اليد على ملك الغير، مصدر سابق، ص ٢١١.

(٢) إذ تنص المادة (٥٠٨) مدني عراقي على أنه (بيع العقار لا ينعقد إلا إذا سجل في الدائرة المختصة وأستوفى الشكل الذي نص عليه القانون).

(٣) قرار محكمة التمييز الاتحادية، الهيئة الاستئنافية / العقار المرقم (١٢٤٤) بتاريخ ١٢/٥/٢٠٠٩، منشور على الرابط :

www.m.facebook.com

تاريخ الزيارة (٢٠٢٢/٦/١٥)

- حيث جاء في نص القرار (...) ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد أنه صحيح وموافق للقانون للأسباب المذكورة فيه حيث أن الثابت من إضارة الدعوى بأن المميزين (المدعى عليهما / المستأنفين) باعا نصف سهامهما في العقار المرقم ١/٥ م

(بيع العقار خارج دائرة التسجيل العقاري المختصة لا ينعقد ولا يفيد الحكم أصلاً ولا يرتب أي أثر قانوني أو إلزام بين طرفيه باستثناء إعادة الحال إلى ما كان قبل العقد...) (١).

وكثيراً ما نجد القضاء العراقي يستند في قراراته إلى المادة (٥٠٨) من القانون المدني، وذلك بمناسبة إبطاله لعقد بيع العقار خارج دائرة التسجيل العقاري على اعتبار أن النص المذكور يجعل منه عقداً باطلاً لا ينعقد ولا يفيد الحكم أصلاً، وكان من الأجدر الاستناد إلى المادة (٢/٣) من قانون التسجيل العقاري التي تنص على أنه (لا ينعقد التصرف العقاري إلا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري). على اعتبار أن النص الأخير هو نص خاص، و ورد ضمن قانون التسجيل العقاري، ومن ثم فهو الأولى بالإشارة إليه وتطبيقه من النص العام الوارد في المادة (٥٠٨) مدني عراقي، وأن لم يختلف الحكم في الحالتين.

وبناءً على ما تقدم، وتماشياً مع وجوب إعادة الحال إلى ما كان عليه عقد البيع الباطل، فقد اختلف الفقه العراقي على رأيين بشأن من يتحمل تبعه هلاك العقار بعد تسليمه إلى المشتري وقبل التسجيل، وذلك على النحو الآتي :-

٢٦ الثمن إلى المميز عليه (المدعي / المستأنف عليه) وبموجب مقابلة بيع وشراء خارجية لقاء بدل قدره خمسة وسبعون مليون دينار ولنكول المميزين عن نقل ملكية العقار إلى المميز عليه و(لكون عقد بيع العقار خارج دائرة التسجيل العقاري عقد باطل لعدم استيفائه الشكلية المنصوص عليها قانوناً (م/٥٠٨) من القانون المدني فيعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد فيكون من حق المدعى عليه استرداد بدل المبيع...).

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية، الهيئة الموسعة المدنية، رقم القرار (٢٠١٩/٥) بتاريخ (٢٠١٩/١/٢١) حيث جاء في نص القرار (... ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه صحيح وموافق لأحكام القانون وجاء اتباعاً لقرار النقض الصادر عن هذه المحكمة بالعدد ٢١٧/موسعة مدنية/٢٠١٨ في ٢٨/٨/٢٠١٨ وقضت بفسخ الحكم البدائي المستأنف الصادر من محكمة بداءة العمارة بالعدد ١١٦٤/ب/٢٠١٧ في ١٢/١٢/٢٠١٧ والحكم برد دعوى المدعي/ المميز/ مدير بلدية العمارة اضافة لوظيفته الذي طلب فيها (الدعوى) إلزام المدعى عليه/ مدير عام المصرف الزراعي التعاوني اضافة لوظيفته بالفائدة القانونية عن المبلغ المحكوم به المدعى عليه في الدعوى المرقمة ١٣٢٤/ب/٢٠١٥، بعد ان ثبت للمحكمة بان المبلغ المحكوم هو عن بيع عقار خارج دائرة التسجيل العقاري المختصة وهذا البيع لا ينعقد ولا يفيد الحكم أصلاً ويعتبر باطلاً ولا يرتب أي أثر قانوني او التزام بين طرفيه باستثناء إعادة الحال الى ما كان عليه قبل العقد لذا فان المدعي لا يستحق الفائدة القانونية عن المبلغ المحكوم له به لانه يستند على عقد باطل مما تكون دعواه فاقدة لسندها من القانون وموجبة للرد وهذا ما قضى به الحكم المميز قرر تصديقه ورد الطعن التمييزي وتحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق في ١٥/جمادي الأولى/١٤٤٠هـ الموافق ٢٠١٩/١/٢١م).

الرأي الأول / يرى أن العدالة تقتضي أن يتحمل البائع تبعه هلاك العقار إذا هلك تحت يد المشتري من دون تعدٍ أو تقصير منه، وهذا يتفق مع القواعد العامة في القانون المدني العراقي التي تقضي بأن عقد بيع العقار من العقود الشككية التي لا تتعقد أصلاً قبل تسجيلها لدى الدائرة المختصة، ومن ثم لا يمكن أن يعدّ القابض للعقار مشترياً قبل ذلك، وعليه لا يمكن تحمل تبعه هلاكه^(١).

الرأي الثاني / يرى أن المشتري (القابض) هو الذي يتحمل تبعه هلاك العقار إذا هلك في يده قبل التسجيل لأن يده يد ضمان، غير أن مؤيدي هذا الرأي قد اختلفوا في أساس هذا الحكم على اتجاهين، إذ يرى الدكتور "غني حسون طه"، أن أساس الحكم هو قياس هذه المسألة على المقبوض على سوم الشراء مع تسمية الثمن، إذ أن يد القابض في المقبوض على سوم الشراء يد ضمان، وبما أن المشتري قد وضع يده على العقار بقصد تملكه، ولم يقصد البائع من تسليم العقار إليه أن يكون وديعة أو أمانة تحت يده^(٢).

في حين يذهب الدكتور "شاكر ناصر حيدر"، إلى أن القاعدة في الشريعة والقانون المدني أن تبعه هلاك المبيع قبل التسليم تكون على البائع، وبعد التسليم تكون على المشتري، أما إذا تعلق الأمر بعقد باطل من العقود الشككية فهو يشير إلى موقف القانون بالقول: (أما القانون المدني فلم يصرح عن حكم المقبوض من البيع الباطل كما هو الحال في المجلة، ولذلك فيرجح اعتبار المبيع في البيع غير المسجل مضموناً على المشتري القابض، لأن هذا الحكم هو الذي يستنتج من عبارة المادة (٢/١٣٨) مدني، بنصها "فإذا أبطل العقد يعاد الطرفان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض عادل". وهو الذي يتفق مع القواعد العامة في القانون المدني، كما أنه هو الذي يتفق مع الرأي الراجح عند الفقهاء بالنسبة للبيع الباطل، ومع أحكام الشريعة الإسلامية باعتبار البيع منعقداً وصحيحاً بمجرد الإيجاب والقبول ودخول المبيع في ضمان المشتري القابض، بالإضافة إلى ما تقدم فلأن المشتري قد قبض في ظرف عقد معاوضة،

(١) د. عباس حسين الصراف، شرح عقدي البيع والإيجار في القانون المدني العراقي، مطبعة الأهالي، بغداد، ١٩٥٦، ص

١٨٧-١٨٨.

(٢) د. غني حسون طه، الوجيز في العقود المسماة، مصدر سابق، ص ٢٦٩.

فجهة القبض هي جهة عقد لا جهة أمانة، والبيع الباطل وأن لم يكن له وجود قانوني، فله وجود فعلي ومادي^(١).

ونتفق من جانبنا مع الرأي الثاني الذي يجعل من يد القابض في عقد بيع العقار خارج دائرة التسجيل العقاري يد ضمان وليس يد أمانة للأسباب الآتية :-

١- إنَّ القواعد العامة في القانون المدني ومنها المادة (١/٥٤٧) تربط تبعة الهلاك بالتسليم وليس بنقل الملكية، أي أن الهلاك يدور مع التسليم وجوداً وعدماً. ومن ثم يتحمل (القابض) في عقد بيع العقار الباطل تبعة الهلاك مادام أنه قد تسلم المبيع.

٢- إنَّ المادة (١/٥٤٨) من القانون المدني نصت على أنه (ما يقبض على سوم الشراء مع تسمية الثمن إذا هلك أو ضاع في يد القابض لزمه الضمان). ومن ثم نؤيد ما ذهب إليه الدكتور غني حسون طه، إذ يمكن لنا أن نقيس تحمل تبعة هلاك العقار المبيع خارج التسجيل العقاري على المقبوض على سوم الشراء مع تسمية الثمن، وعليه يتحمل القابض تبعة الهلاك كون يده تُعد يد ضمان.

٣- إنَّ المادة (١/٤٢٧) من القانون المدني، كونها من النصوص المنظمة لقاعدة (على اليد) يمكن الاستناد إليها لتبرير هذا الحكم، كونها تنص على أنه (تكون اليد يد ضمان إذا حاز صاحب اليد الشيء بقصد تملكه، وتكون يد أمانة إذا حاز الشيء لا بقصد تملكه بل بأعتباره نائباً عن المالك). وبذلك تُعدّ يد القابض في عقد بيع العقار خارج التسجيل العقاري يد ضمان، كونه قد حاز العقار بقصد تملكه وليس بأعتباره نائباً عن المالك.

٤- أدخل المشرع العراقي تعديلاً على المنظومة التشريعية المتعلقة ببيع العقار خارج دائرة التسجيل العقاري، ويتمثل ذلك بقرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (١١٩٨) لسنة ١٩٧٨ المعدل بقرار (١٤٢٦) لسنة (١٩٨٣)، والذي أعطى الحق لمشتري العقار خارج دائرة التسجيل العقاري إقامة الدعوى على البائع أمام المحاكم المختصة و إلزامه بنقل الملكية إليه جبراً بحجة أنه قد تسلم

^(١) شاكر ناصر حيدر، شرح القانون المدني الجديد، الحقوق العينية العقارية - الملكية وحق التصرف، ط١، ج١، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٥٢، ص١٢٩-١٣٠.

العقار، وأصبح تحت حيازته وأقام عليه منشآت أو غراس، لذا فالعدالة تقتضي أن نجعل من يده (المشتري) يد ضمان، ومن ثم يتحمل تبعة هلاك العقار، وذلك استناداً لقاعدة الغرم بالغنم.

المطلب الثالث

الواقعة القانونية مصدراً ليد الضمان

الوقائع بصورة عامة هي مصدر الروابط الاجتماعية، وهي إما أن تكون طبيعية أو اختيارية، والوقائع الاختيارية إما أن تكون أعمالاً مادية أو أعمالاً قانونية^(١). ويُعد الغصب أحد الأعمال التي تشكل مصدراً ليد الضمان، وهو وثيق الصلة بالفقه الإسلامي، وقد صاغ واضعوا القانون المدني العراقي موضوع الغصب في مواد قانونية وهي في مجموعها مأخوذة من الفقه الإسلامي في مختلف مذاهبه، ويأتي هذا نتيجة لما لموضوع الغصب من أهمية خاصة، بسبب الاعتداء على أموال الناس وأخذها عنوةً عنهم بدون وجه حق.

في حين لم يشتمل القانون المدني المصري ولا القانون المدني الفرنسي على نصوص خاصة تنظم الأستيلاء على أموال الغير بطريق الغصب، وذلك يرجع في الواقع إلى بُعد الصلة بين القانون المدني المصري والفقه الإسلامي، إذ أن القانون المدني المصري هو نتاج للقانون المدني الفرنسي، هذا وإن أقرب نظير لموضوع الغصب في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي، هو موضوع الحيازة بسوء نية في القانونين المصري والفرنسي، ونظراً لأهمية هاتين الفكرتين ولبیان مدى مسؤولية واضع اليد عن الضمان في حال هلاك ما تحت يده، سنقسم هذا المطلب على فرعين، نبين في الفرع الأول صفة يد الحائز سيء النية، في حين سنخصص الفرع الثاني لصفة يد الغاصب.

(١) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج ١، مصدر سابق، ص ٤٣.

الفرع الأول

يد الحائز سيء النية

نود أن نبين أن المقصود بالحائز سيء النية هنا، هو المفهوم الواسع له - أن صح التعبير - وليس المفهوم الضيق للحائز المعروف في نطاق الحيازة كسبب من أسباب كسب الملكية، بل نقصد به كل وضع يد على ملك الغير بسوء نية، يؤدي إلى ضمان الحائز لما تحت يده، ومن الحالات التي يُعد الحائز فيها سيء النية ومن ثم تُعد يده يد ضمان ما يأتي :-

أولاً / يد المدفوع له سيء النية

والمقصود بسوء النية هنا هو علم القابض عند القبض أنه إنما يقبض ما ليس له بحق، وإذا كان القابض سيء النية فأن النتائج التي تترتب هي عكس فيما لو كان حسن النية، فإذا كان المدفوع نقوداً أو أشياء مثلية فعلى القابض ردها إذا كانت لا تزال في يده، وإذا هلكت ولو بغير خطئه فعليه رد قيمتها عند أعلى حد وصلت إليه، وكذلك الحكم إذا كان المدفوع عيناً معينة بالذات، كما عليه رد قيمة المنافع والثمار التي قبضها، لأن يده يد ضمان^(١).

وهذه الحالة من حالات الحائز سيء النية نصت عليها المادة (٢/٢٣٣)^(٢) من القانون المدني العراقي بأنه (إذا كان من تسلم غير المستحق سيء النية وقت التسلم أو بعده فإنه يلزم أيضاً برد

(١) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في العقود المسماة، ج ١، مصدر سابق، ص ٦٤٢.

(٢) وتقابلها المادة (١٨٥) من القانون المدني المصري والتي تنص على أنه (١- إذا كان من تسلم غير المستحق حسن النية فلا يلتزم أن يرد إلا ما تسلم. ٢- أما إذا كان سيء النية فإنه يلتزم أن يرد أيضاً الفوائد والأرباح التي جناها، أو التي قصر في جنيها من الشيء الذي تسلمه بغير حق، وذلك من يوم الوفاء أو من اليوم الذي أصبح فيه سيء النية. ٣- وعلى أي حال يلتزم من تسلم غير المستحق برد الفوائد والثمار من يوم رفع الدعوى).

- وتقابلها المادتين (١٣٧٨-١٣٧٩) مدني فرنسي قبل التعديل

- أما بعد التعديل بموجب المرسوم (١٣١) لسنة ٢٠١٦، فقد جرى تنظيم موضوع ((دفع غير المستحق)) في المادة (١٣٠٢ - ٣/١٣٠٢) وقد أحوالت المادة (٣/١٣٠٢) فيما يتعلق بـ ((الردود)) على المواد (١٣٥٢-١٣٥٢/٩) من ذات القانون بعد تعديله، وبالرجوع إلى تلك النصوص نجدها تعالج مسألة تحمل هلاك الشيء في يد القابض سيء النية، وكذلك مسؤولية عن الثمار والمنافع وفقاً لما يأتي :-

- حيث نصت المادة (١/١٣٥٢) على أنه (يُسأل من يرد الشيء عن التلف والهلاك الذي ينقص من قيمته، ما لم يكن حسن النية ولا يعود التلف والهلاك إلى خطئه).

كل ما أستفاده أو كان يستطيع أن يستفيده من الشيء وذلك من يوم أن تسلم غير المستحق أو من اليوم الذي أصبح فيه سيء، وفي كل الأحوال يلزم برد ما أستفاده أو كان يستطيع أن يستفيده من يوم رفع الدعوى، ويلزمه الضمان من وقت أن صار سيء النية إذا هلك الشيء أو ضاع ولو بغير تعدٍ منه). ويتضح من هذا النص أن يد القابض سيء النية يد ضمان، ويلزم بذلك حتى وأن حصل الهلاك بسبب أجنبي.

ثانياً / يد الملتقط بنية التملك

نصت على هذه الحالة المادة (٩٧٤) من القانون المدني العراقي بأنه (١) - إذا وجد شخص شيئاً ضائعاً فأخذه على سبيل التملك، كان غاصباً ووجب عليه الضمان إذا هلك ولو بدون تعدٍ. ٢- أما إذا أخذه على أن يراه لملكه كان أمانة في يده ووجب تسليمه للمالك وفقاً للإجراءات التي يقرها القانون).

وبإمعان النظر في هذا النص نجد المشرع يجعل من يد الملتقط يد أمانة أم يد ضمان يكون تبعاً لإختلاف نية الملتقط عند التقاط المال، فإذا كان أخذ الشيء بنية رده إلى مالكه الأصلي، فإن يده تكون يد أمانة في هذه الحالة ومن ثم لا يضمن الهلاك إلا بتعدٍ أو تقصير منه، أما إذا أخذه بنية الاحتفاظ به لنفسه وتملكه فهو سيء النية، وتعد يده يد ضمان، ومن ثم يضمن تبعه هلاك الشيء أيّاً كان سبب الهلاك حتى ولو بسبب أجنبي^(١).

مع ملاحظة اختلاف الفقهاء المسلمين بشأن ضمان الملتقط للقطعة بعد التصديق بها او مضي مدة معينة من وقت التقاطها، وذلك على اراء عدة هي:-

Celui qui restitue la chose répond des dégradations et détériorations qui en ont diminué la valeur, à moins qu'il ne soit de bonne foi et que celles-ci ne soient pas dues à sa faute.

- في حين نصت المادة (٧/١٣٥٢) على أنه (يجب على من تسلم بسوء نية الفوائد والثمار التي قبضها أو مقابل الانتفاع من تاريخ الوفاء. أما من تسلم بحسن نية فلا تجب عليه إلا من يوم المطالبة).

1352-7 Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 – art. 3

Celui qui a reçu de mauvaise foi doit les intérêts, les fruits qu'il a perçus ou la valeur de la jouissance à compter, du paiement. Celui qui a reçu de bonne foi ne les doit qu'à compter du jour de la demande.

(١) د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، الخطأ، ج٢، دار وائل للنشر، عمان، ٢٠٠٦، ص٣٣٠.

القول الاول / يمثل هذا الرأي الحنفية والمالكية، ان اللقطة اذا هلكت او تصدق الملتقط بها فان صاحب اللقطة بالخيار أن شاء أمضى الصدقة وله خيارها وان شاء ضمن الملتقط لانه سلم ماله لغيره بدون اذنه وان كان الشرع ولو كان ذلك بإباحة الشرع الا ان هذا لا ينافي الضمان حقاً للعبد، وان شاء ضمن المسكين اذا هلك في يده لانه قبض ماله بغير اذنه^(١)، ويشترط لضمانها انه كان قد ألتقطها بنية تملكها لانه بتلك النية صار كالغاصب فيضمنها^(٢).

القول الثاني/ ويمثل الأمامية والشافعية والزيدية، ويرون بضمان اللقطة فاذا حضر صاحبها فوجدها تالفة وجب على الملتقط ضمانها بالمثل أو القيمة^(٣).

القول الثالث / يرى الحنابلة أن الملتقط يضمن اللقطة مطلقاً وسواء قصر في حفظها أم لا، لانه مال معصوم فلا يجوز أسقاطه عن صاحبه مطلقاً^(٤).

القول الرابع / يرى الظاهرية إن لا ضمان على الملتقط إذا جاء صاحب اللقطة بعد مرور مدة سنة، وتصير اللقطة مالاً من ماله^(٥).

ثالثاً / يد الحائز سيء النية في نطاق كسب الملكية

نظم المشرع العراقي الحيازة كسبب من أسباب كسب الملكية في المواد (١١٤٥-١١٦٨)^(٦)، ولسنا هنا بصدد بحثها بوصفها من أسباب كسب الملكية، بقدر ما نريد أن نبين مسؤولية الحائز عن الهلاك وهل يده يد أمانة أم يد ضمان ؟، والحائز قد يكون حسن النية يجهل أنه يعتدي على حق الغير، أي يعتقد بأنه يتلقى الحق من صاحبه، وينبغي أن يكون اعتقاده سليماً تماماً لا يشوبه أدنى شك، وقد يكون الحائز سيء النية، إما ابتداءً أو من الوقت الذي يصبح فيه عالماً أن حيازته

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، مصدر سابق، ص٢٠٢.

(٢) محمد بن احمد بن عرفه الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٤، مصدر سابق، ص١٢٣.

(٣) شمس الدين الرملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج٥، ص٤٤٣. الخلاف في فقه الامامية، مصدر سابق، ج٢، ص٢٤٢. المرتضى، البحر الزخار، مصدر سابق، ج٤، ص٢٨٣.

(٤) ابن قدامه، المغني، مصدر سابق، ج٦، ص٤٣٩.

(٥) ابن حزم الظاهري، المحلى، مصدر سابق، ج٨، ص٢٥٧.

(٦) وتقابلها المواد (٩٤٩-٩٨٤) من القانون المدني المصري. والمواد (٢٢٥٥-٢٢٧٩) من القانون المدني الفرنسي.

تشكل أعتداء على الغير، وهذا ما نصت عليه المادة (١١٤٨)^(١)، من القانون المدني العراقي بأنه : (١- يعد حسن النية من يحوز الشيء وهو يجهل أنه يعتدي على حق الغير، وحسن النية يفترض دائماً ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك. ٢- ولا تزول صفة حسن النية لدى الحائز، إلا من الوقت الذي يصبح فيه عالماً أن حيازته أعتداء على الغير، ويُعد كذلك سيء النية من أغتصب الحيازة من غيره بالإكراه، ولو أعتقد أن له حقاً في الحيازة).

وبالتالي يُعدّ الحائز سيء النية في حالتين^(٢):-

الحالة الأولى / إذا ثبت أن الحائز كان يعلم، وهو يحوز الحق الذي يستعمله، أن حيازته لهذا الحق أعتداء على حق الغير. فالسارق يعد حائزاً سيء النية للشيء المسروق، لأنه وهو يسرقه يعلم أنه يعتدي على حق المالك. ومن وجد مالاً ضائعاً فأستولى عليه لنفسه بنية تملكه دون أن يبلغ عنه يُعد حائزاً سيء النية، لأنه يعلم أن هذا المال ليس له، وأن هناك احتمالاً أن يكون له صاحب، فهو يعلم أن حيازته لهذا المال أعتداء على حق صاحبه فيما لو ظهر أن له مالك. من أخفى شيئاً مسروقاً وهو يعلم بسرقة يُعد حائزاً سيء النية. ومن تجاوز على أرض الجار فأدخل جزءاً منها في أرضه يكون حائزاً سيء النية إذا كان يعلم أن هذا الجزء من الأرض ليس له.

الحالة الثانية / إذا ثبت أن الحائز وأن كان لا يعلم بأن حيازته أعتداء على حق الغير، كان ينبغي عليه أن يعلم ذلك، فيكون جهله بأن حيازته أعتداء على حق الغير نتيجة لخطأ جسيم، لأن الجهل بالاعتداء على حق الغير لا يعتد به إذا كان نتيجة لخطأ جسيم، وأن الحائز في هذه الحالة يُعد في حكم من يعلم بأن حيازته أعتداء على حق الغير، ومن ثم يكون حائزاً سيء النية، فمن تسلم شيئاً من شخص معروف بسوء السيرة وأنه قد آلف السرقة وكان هذا الشيء ذا قيمة كبيرة

(١) وتقابها المادتين (٩٦٥-٩٦٦) من القانون المدني المصري، حيث نصت المادة (٩٦٥) على أنه (١- يعد حسن النية من يحوز الحق وهو يجهل أنه يعتدي على حق الغير، إلا إذا كان هذا الحق ناشئاً عن خطأ جسيم. ٢- فإذا كان الحائز شخصاً معنوياً فالعبرة بنية من يملكه. ٣- وحسن النية يفترض دائماً ما لم يقم الدليل على العكس).

- في حين نصت المادة (٩٦٦) على أنه (١- لا تزول صفة حسن النية لدى الحائز إلا من الوقت الذي يصبح فيه عالماً أن حيازته أعتداء على حق الغير. ٢- ويزول حسن النية من وقت إعلان الحائز بعيوب حيازته في صحيفة الدعوى، ويُعد سيء النية من أغتصب بالإكراه الحيازة من غيره).

(٢) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج٩، مصدر سابق، ص ٨٦٧-٨٦٩.

بحيث يستبعد أن يكون مملوكاً لهذا الشخص فإنه يكون حائزاً سيء سواء أشتري الشيء أو قبله وديعة عنده، ويرجع ذلك إلى أنه وأن لم يثبت بوجه قاطع أن الحائز يعلم أن الشيء مسروق إلا أنه كان يستطيع أن يعلم أنه مسروق لو أنه بذل أقل جهد في التحري عن مصدر هذا الشيء، فيكون جهله بأنه يعتدي على حق الغير نتيجة لخطأ جسيم في جانبه.

ويُعد الحائز سيء النية مسؤولاً عن جميع الثمار التي قبضها أو تلك التي قصر في قبضها، إذ جعل المشرع يده يد ضمان وذلك جزاء لسوء نيته. وهذا ما نصت عليه المادة (١١٦٦)^(١) مدني عراقي بأنه (يكون الحائز سيء النية مسؤولاً من وقت أن يصبح سيء النية عن جميع الثمار التي قبضها والتي قصر في قبضها غير أنه يجوز أن يسترد ما أنفقه في إنتاج هذه الثمار).

كما نصت المادة (١١٦٨)^(٢) من القانون المدني العراقي على أنه (إذا كان الحائز سيء النية فإنه يكون مسؤولاً عن هلاك الشيء أو تلفه، ولو كان ذلك ناشئاً عن حادث مفاجئ^(٣))، إلا إذا أثبت أن الشيء كان يهلك أو يتلف ولو كان باقياً في يد من يستحقه). فيتضح من النص أن المشرع قد عدّ يد الحائز سيء النية على الأشياء التي يحوزها يد ضمان، فأوجب عليه الضمان في حالة الهلاك حتى لو تلفت هذه الأشياء بسبب أجنبي.

وهناك من يرى أن المشرع العراقي قد أعطى فرصة للحائز سيء النية للإفلات من الضمان، وذلك إذا أثبت أن الشيء كان مصيره الهلاك أو التلف حتى لو بقي في يد مستحقه، فإذا أستطاع إثبات ذلك برأت ذمته وتخلص من الضمان^(٤).

(١) وتقابلها المادة (٩٧٩) من القانون المدني المصري التي تنص على أنه (يكون الحائز سيء النية مسؤولاً من وقت أن يصبح سيء النية عن جميع الثمار التي يقبضها والتي قصر في قبضها. غير أنه يجوز أن يسترد ما أنفقه في إنتاج هذه الثمار).

(٢) وتقابلها المادة (٩٨٤) من القانون المدني المصري التي تنص على أنه (إذا كان الحائز سيء النية فإنه يكون مسؤولاً عن هلاك الشيء أو تلفه ولو كان ذلك ناشئاً عن حادث مفاجئ، إلا إذا ثبت أن الشيء كان يهلك أو يتلف ولو كان باقياً في يد من يستحقه).

(٣) ويلاحظ هنا أن المشرع العراقي ذكر في هذه المادة (١١٦٨) مصطلح ((حادث مفاجئ))، ونعتقد أنه كان من الأجدر ذكر مصطلح ((السبب الأجنبي))، لأن هذا الأخير أوسع من حيث مفهومه ويشمل تحته كل من الحادث المفاجئ، والقوة القاهرة، وفعل الغير، وهذا بطبيعة الحال سيوسع من مسؤولية الحائز سيء النية عن هلاك الشيء أو تلفه تحت يده، اللهم إلا إذا كان المشرع يقصد أمراً آخر.

(٤) د. ليلي عبد الله الحاج، مصدر سابق، ص ٢١٠.

وينتقد البعض حكم المادة (١١٦٨) مدني عراقي، ويرى أن الشرط الأول منها جاء مؤكداً لقاعدة ((يد الضمان ضامنة وأن لم تعتد))، ولكن الشرط الثاني قد جاء مخالفاً لهذه القاعدة، بل مخالفاً لمبادئ العدالة، فالحائز سيء النية يجب أن يكون ضامناً دوماً وأبداً لهلاك الشيء الذي تحت حيازته، في حين أن القانون المدني العراقي قد سمح له بالتخلص من المسؤولية في حالة إذا أثبت أن الشيء كان يهلك أو يتلف لو كان باقياً في يد من يستحقه^(١).

ولا نتفق مع الرأي المتقدم، ونؤيد موقف المشرع العراقي فيما ذهب إليه، لأنه لم يترك الأمر لمصلحة الحائز سيء النية كما يتصور صاحب الرأي، وإنما ألقى على عاتقه عبء الإثبات، أي على الحائز سيء النية أن يثبت أمام القضاء أن الشيء سيهلك لو بقي في يد مستحقه، وهذا ليس بالأمر اليسير، هذا من جانب، ومن جانب آخر نرى أن هذا الحكم يأتي انسجاماً مع تحقيق العدالة، لأنه يمكن لنا أن نتصور وجود حالات سيهلك فيها الشيء في كل الأحوال سواء أكان في يد مالكة أو في يد الحائز سيء النية، كما لو كان الشيء الهالك حيواناً مصاب بمرض لا يمكن شفاؤه منه وأثبت الحائز سيء النية ذلك للمحكمة، أو حيواناً سليم ثم هلك بعد سيطرة الحائز عليه بوقت قصير نتيجة تفشي وباء قضى على جميع حيوانات المنطقة من هذا النوع، وقد يكون الشيء نوعاً من المحاصيل أستولى عليه الحائز قبل أن ينضج ثم هلك بآفة سماوية، أو أرضاً زراعية غمرتها المياه نتيجة طوفان، أو أي عقارٍ آخر دُمر بزلزال أو نتيجة لقصف جوي تعرض له بسبب نشوب حرب لحظة أستلاء الحائز عليه أو بعد ذلك بوقت قصير، بحيث إن المال سيهلك في جميع الأحوال حتى لو بقي في يد مالكة، وأمر ذلك كله متروك لتقدير القضاء هو من يتحرى عن فرضية هل أن الشيء سيهلك حتى وأن بقي في يد مالكة أم لا، ومن ثم على أساسه يقرر مسؤولية الحائز سيء النية من عدمها.

(١) د. محمد سليمان الأحمد، خواطر مدنية - أفكار وآراء في القانون المدني -، مصدر سابق، ص ٣٣١-٣٣٢.

الفرع الثاني

يد الغاصب

يُعدّ الغصب من الموضوعات الهامة والأساسية، لأنه يؤدي إلى حرمان صاحب الحق من حقه، ويؤثر في زعزعة مبدأ الاستقرار في المعاملات المالية، الإضرار بحقوق الأفراد، كما يُعدّ الغصب في الحقيقة من أهم موجبات الضمان، فمن غصب شيئاً عليه رده إلى صاحبه مادام قائماً بعينه أما إذا أَسْتَحَالَ الرد بسبب هلاك المغصوب أو تلفه في يد الغاصب سواء أكان بسببه أو بسبب أجنبي لزمه الضمان.

وقد أنفرد المشرع العراقي في تنظيمه لأحكام الغصب متأثراً في ذلك بالفقه الإسلامي، حيث اختلف الفقهاء المسلمون في تعريفهم للغصب على عدة اتجاهات، مما انعكس ذلك بدوره على الأحكام المتعلقة به، وبالأخص اختلافهم في مدى ضمان زوائد المغصوب، ومنفعة، وكذلك ضمان غصب العقار من عدمه، أي ان اختلافهم في احكام الغصب نابع او مبني على اساس اختلافهم في تعريفاته.

ولغرض دراسة هذا الفرع وتبسيطه، و لإظهار أحكام الغصب في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي مع الإشارة إلى التطبيقات القضائية الحديثة التي تمس الحياة اليومية لأشخاص في المجتمع، سنتولى تقسيمه على اربع فقرات، نبين في الاولى تعريف الغصب، وفي الثانية لضمان زوائد المغصوب، اما الثالثة لضمان منافع المغصوب، في حين نخصص الرابعة للاختلاف في ضمان غصب العقار، وكما يأتي:-

أولاً / تعريف الغصب

لم يتفق الفقهاء المسلمون على مفهوم محدد لمعنى الغصب، بل اختلفت ألفاظهم، الأمر الذي أدى إلى اختلاف أحكامه والآثار المترتبة عليه. ونجد أن هنالك ثلاثة اتجاهات في تعريف الغصب :-

الاتجاه الأول / يُعرف الغصب لدى بعض الحنفية بأنه (إزالة اليد المحقة بإثبات اليد المبطلّة في مال متقوم محترم قابل للنقل بغير إذن مالكة)^(١)، كما عرفه البعض الآخر بأنه (أخذ مال متقوم محترم بلا إذن من له الإذن على وجه يزيل يده بفعل في العين)^(٢).

ويرى أحد فقهاء الحنفية^(٣)، أن هنالك اختلافاً بين فقهاء المذهب أو مؤسسيه حول تعريف الغصب، بين الأمام أبو حنيفة وتلميذه أبي يوسف من جهة، ومحمد بن الحسن الشيباني من جهة أخرى، حيث يشترط أبو حنيفة وأبو يوسف " الفعل " لتحقيق الغصب، فهو عندهما (إزالة يد المالك عن ماله المتقوم على سبيل المجاهرة والمغالبة بفعل في المال). أما عند محمد بن الحسن، فالفعل ليس بشرط في تحقق الغصب.

ولكي يتحقق الغصب عند الحنفية لا بد من توافر أمور عدة هي^(٤) :-

- ١ - إزالة اليد المحقة، سواء كانت يد المالك أو يد من ينوب عنه.
- ٢ - أن تكون الإزالة على سبيل المجاهرة والمغالبة، لا على سبيل الخفية، وفي هذا يختلف الغصب عن السرقة.
- ٣ - أن يكون المغصوب مالاً مملوكاً متقوماً محترماً يمكن نقله أو تحويله.
- ٤ - أن تتحقق الإزالة بفعل مادي يصدر عن الغاصب بحسب رأي أبي حنيفة وأبي يوسف، على خلاف محمد بن الحسن، لا يشترط الفعل لأن الغصب عنده مجرد تقويت يد المالك عن ماله مجاهرة.

الاتجاه الثاني / أما جمهور الفقهاء من الأمامية والشافعية والحنابلة والظاهرية، فقد جاءت تعريفاتهم للغصب متقاربة وتعطي مفهوماً واحداً، رغم اختلافها في بعض الألفاظ، إذ عرفه بعض

(١) الزيلعي، تبين الحقائق، ج٥، مصدر سابق، ص٢٢.

(٢) أبو محمد بن غانم بن محمد البغدادي، مجمع الضمانات في مذهب الأمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، ط١، ١٩٩٩، ص١١٧.

(٣) علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع...، ج٧، مصدر سابق، ص١٤٣.

(٤) الزيلعي، تبين الحقائق، ج٥، مصدر سابق، ص٢٢٢.

الأمامية ^(١) بأنه (الاستيلاء على مال الغير بغير حق... ولا حاجة إلى التقييد بالعدوان بل يثبت الغصب وحكمه من غير عدوان، كما لو أودع ثوباً عند إنسان ثم جاء وأخذ ثوباً للمستودع على ظن أنه ثوبه وهذا أعم...). وعرفه الشافعية ^(٢) بأنه (الاستيلاء على مال غيره بغير حق). كما عرفه الحنابلة ^(٣) بأنه (الاستيلاء على مال غيره بغير حق قهراً). فزادوا في التعريف كلمة " قهراً" ليخرجوا نحو السارق والمختلس، لكنهما في الحقيقة خرجا مسبقاً بكلمة ((الاستيلاء)) لأن الاستيلاء يبنى على القهر والغلبة. في حين عرفه الظاهرية ^(٤) بأنه (أخذ الشيء بغير حق ظلماً)، وهو يتفق في مضمونه مع تعريف الجمهور.

ويتضح من خلال عرض تعريفات الغصب لدى الفقهاء، أن الحنفية يشترطون لتحقيق الغصب إزالة يد المالك، وإثبات يد الغاصب، أما الجمهور فأنهم يكتفون بمجرد إثبات يد الغاصب على المال المغصوب ولا يشترطون إزالة يد المالك عنه.

الاتجاه الثالث / ويتمثل بتعريف المالكية للغصب بأنه (أخذ مال قهراً تعدياً لا حراًبة) ^(٥)، والمال في تعريف المالكية يقصد به الأعيان لا المنافع، لأن الاستيلاء على المنافع لا يُعد عندهم غصباً، وإنما يسمى تعدياً وكلمة ((قهراً)) في التعريف قيد قصد به إخراج نحو السرقة، إذ لا قهر فيها عند الأخذ، كما قصد به أيضاً إخراج المأخوذ على سبيل الاختيار كالعارية والهبة ونحو ذلك، وكلمة ((تعدياً)) قيد قصد به إخراج المأخوذ قهراً بحق كالدين من المدين المماطل، وأخذ الزكاة كرهاً من الممتنع، لما كانت هذه القيود تشمل الحرابة أخرجها بقوله ((بلا حرابة)) ^(٦).

(١) جمال الدين الحسن بن يوسف المعروف بالعلامة الحلي، تذكرة الفقهاء، ج١٣، منشورات المكتبة المرتضوية للأثار الجعفرية، طهران، ص١٧٢.

(٢) الملي، نهاية المحتاج، ج٥، مصدر سابق، ص١٤٣.

(٣) ابن قدامة، المغني، ج٥، مصدر سابق، ص٣٧٤.

(٤) ابن حزم الظاهري، المحلى، ج٨، مصدر سابق، ص١٤٤.

(٥) أبي البركات سيد أحمد بن محمد العدوي المالكي المعروف بالدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ص٤٤٢.

(٦) أبي البركات الدردير، المصدر السابق، ص٤٤٢.

أما على صعيد القانون، فلم نجد تعريفاً للغصب في القانون المدني العراقي ولا في التشريعات محل المقارنة^(١)، وعرفه الدكتور عبد الرزاق السنهوري بأنه (أخذ مال متقوم محترم بلا إذن من له الإذن على وجه يزيل يده بفعل في العين)^(٢). أما الدكتور مصطفى الزلمي^(٣) "رحمه الله" فيقول "ولم أجد تعريفاً قانونياً لفقهاء القانون في العالم العربي والإسلامي لبيان ماهية الغصب، فالمرحوم العلامة السنهوري (رحمه الله) نقل حرفياً ما قاله البغدادي^(٤) دون تعليق أو تعديل كما لم يتطرق لبيان عناصر وأحكام الغصب على أساس أنها من وظيفة الفقه الإسلامي فيحال القاضي إليه وقت الحاجة".

وفي السياق ذاته نؤيد ما ذهب إليه المرحوم الدكتور مصطفى الزلمي، من أن عملية الغصب تتحقق بمجرد فعل يصدر من شخص يمنع المالك قهراً من أحد خصائص ملكه وهي الاستعمال و الاستغلال والتصرف، وليس من الضروري أن ينتفع الغاصب بالمال الذي أستولى عليه أو يضعه تحت تصرفه، والمهم في عملية الغصب إلحاق الضرر بالمغصوب منه بطريقة غير مشروعة، والعملية الضارة غير المشروعة لا تتوقف دائماً على النقل والتحويل في المغصوب، لأنه ينظر إلى الأعتداء الممثل بفعل ضار غير مشروع أدى إلى توافر عناصر المسؤولية التقصيرية^(٥). ولكن نرى أنه بمجرد الغصب تتحقق المسؤولية، دون حاجة للبحث بتوافر أركان المسؤولية التقصيرية من خطأ وضرر وعلاقة سببية، بل أن فعل الغصب بحد ذاته يمثل خطأ الغاصب، أما الضرر فهو مفترض، لأن حرمان المالك من ملكه أو صاحب الحق من حقه يُعدّ ضرراً.

(١) ومن الجدير بالأشارة، أن القانون المدني اليمني رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٢ قد أنفرد بتعريفه للغصب، وذلك في المادة (١١١٩) منه التي نصت على أنه (الاستيلاء على مال الغير أو حقه عدواناً بدون سبب شرعي).

(٢) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج ١، مصدر سابق، ص ٤٢.

(٣) د. مصطفى أبراهيم الزلمي، نظرية الالتزام برد غير المستحق، مصدر سابق، ص ٢٤١-٢٤٢.

(٤) البغدادي، مجمع الضمانات، دار الكتاب الإسلامي، بدون طبعة، بدون سنة طبع، ص ١١٧.

(٥) د. مصطفى الزلمي، نظرية الالتزام برد غير المستحق، ص ٨٧. نقلاً عن/ د. سندس علي عباس، أحكام الغصب في الفقه الإسلامي من منظور الزلمي، بحث منشور في مجلة كلية القانون، جامعة صلاح الدين، أربيل، ص ٥.

ثانياً / ضمان زوائد المغصوب

أنّ ما يتولد عن المغصوب تحت يد الغاصب يسمى زوائد، وهي على نوعين، أما متصلة كالسمنة للدابة أو منفصلة كالثمار والولد ونحوها، وقد اختلف الفقهاء بشأنها، هل تعدّ أمانة في يد الغاصب أم مضمونة عليه، وذلك على اتجاهين هما :-

الاتجاه الأول / يمثله الحنفية والزيدية : يرون أن زوائد المغصوب تُعدّ أمانة لدى الغاصب، لا يضمنها إلا إذا تعدى عليها أو قصر في حفظها أو منعها من مالها عند طلبها^(١). ومن جملة ما ذكره الحنفية^(٢) هو أن ((ولد المغصوبة ونماءها وثمره البستان المغصوب أمانة في يد الغاصب، إنْ هلك فلا ضمان عليه، إلا أن يتعدى فيها أو يطلبها مالها فيمنعها أياها)).

كما ذكر الزيدية^(٣) أنه ((أما حكم فوائدها أي العين المغصوبة الأصلية والفرعية الحادثة عند الغاصب فهي أمانة في يد الغاصب كملقى الطير فلا يضمن منها إلا ما نقله لنفسه أو لهما لأنه يصير بذلك غصباً)).

ويقرر أصحاب هذا الاتجاه رأيهم في اعتبار يد الغاصب يد أمانة على زوائد المغصوب، بأنّ المالك لم يكن له يد على زوائد المغصوب قبل يد الغاصب حتى يمكن القول بأنّ يد الغاصب قد أزلتها - وهو الشرط في تحقق الغصب عند الحنفية- ومن ثم كانت أمانة في يده ولا تكون مضمونة عليه^(٤).

وعليه فزوائد المغصوب أمانة في يد الغاصب لا يضمنها إلا إذا تعدى عليها أو قصر في حفظها، ومن صور التعدي منعها عن مالها عند طلبه، فالزوائد المنفصلة إذا طلبها المالك ومنعها عنه الغاصب حتى هلك في يده ضمنها، أما الزوائد المتصلة، ففيها قولان، الأول أن منعها عن مالها يُعدّ تعدياً يستوجب الضمان، والقول الثاني، لا يُعدّ ذلك تعدياً لأن تلك الزيادة لا تتحقق منفردة ومستقلة عن الأصل، فلا يتصور ردها بدونه، ومن ثم لا تصير مضمونة عليه. فلو

(١) السرخسي، المبسوط، ج ١١، مصدر سابق، ص ٥٤. وكذلك ينظر/ المرتضى، البحر الزخار، ج ٤، مصدر سابق، ص ١٧٧.

ص ١٧٧.

(٢) برهان الدين المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدئ، ج ٤، مطبعة مصطفى الحلبي، مصر، بدون سنة طبع، ص ١٩.

(٣) القاضي أحمد بن قاسم العنسي اليماني الصنعاني، التاج المذهب لأحكام المذهب، ط ١، ج ٣، مصدر سابق، ص ٣٥٤.

(٤) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج ٥، مصدر سابق، ص ٢٣٢.

غصب دابة فسمنت تحت يده فزادت قيمتها عن قيمتها وقت غصبه إياها، ثم هلكت الدابة في يده لم يضمن إلا قيمتها وقت غصبها دون قيمة زيادتها، لأن تلك الزيادة كانت أمانة في يده، وهو لم يتعد أو يقصر في حفظها. أما إذا طلب المالك تلك الزيادة (المتصلة) فمنعها الغاصب عنه ثم تلفت تحت يده، فهناك روايتان بشأن ضمانها، الأولى لا يضمن إلا قيمتها يوم غصبها بدون الزيادة، والثانية يضمن قيمتها مع الزيادة^(١).

الاتجاه الثاني / ويمثله جمهور الفقهاء، إذ يرون أن زوائد المغصوب مغصوبة مثله، لأن الأوصاف الشرعية ومنها الضمان تسري من الأصل إلى ما يتولد عنه^(٢). حيث جاء في كتب فقهاء الأمامية^(٣) أن ((فوائد المغصوب للمالك منفصلة كانت كالولد أو متصلة كالصوف والسمن... ولا يضمن من الزيادة المتصلة ما لم تزد به القيمة كما لو سمن المغصوب وقيمته واحدة)).

وذكر الشافعية^(٤) أن ((زوائد المغصوب منفصلة كانت أو متصلة مضمونة على الغاصب وأن حصلت بفعله)). كما ذهب الظاهرية^(٥) مع هذا الاتجاه أيضاً، إذ ذكروا أن ((من غصب شيئاً أو أخذه بغير حق ففرض عليه أن يردّه، وأن يرد كل ما أغتّل منه، وكل ما تولد منه، فيرد كل ما أغتّل من الشجر ومن الماشية من لبن أو صوف أو نتاج ومن العقار الكراء)).

ولقد أخذ القانون المدني العراقي برأي الجمهور، وجعل من زوائد المغصوب مغصوبة مثله، ومن ثم ألزمه الضمان حتى وأن حصل الهلاك بسبب أجنبي، وذلك بموجب المادة (١٩٦) التي تنص على أنه (زوائد المغصوب مغصوبة مثله فإذا هلكت ولو بدون تعد من الغاصب لزمه الضمان).

(١) السرخسي، المبسوط، ج ١١، مصدر سابق، ص ٥٥ وما بعدها.

(٢) ابن قدامة، المغني، ج ٥، مصدر سابق، ص ٤٠٠.

(٣) نجم الدين أبي القاسم جعفر بن الحسن الحلبي، المختصر النافع في فقه الأمامية، مطبعة النعمان، النجف الأشرف، ١٣٨٦هـ، ص ٢٥٦.

(٤) الشيخ جمال الدين يوسف الأربيلي، الأنوار لأعمال الأبرار، مطبعة مصطفى محمد، المكتبة التجارية، مصر، ص ٣٦٤.

(٥) ابن حزم الظاهري، المحلى، ج ٨، مصدر سابق، ص ١٣٥.

ثالثاً / ضمان منافع المغصوب

يُقصد بمنافع المغصوب كل ما يستفاد من المغصوب كسكن الدار أو ركوب السيارة ونحو ذلك، وقد اختلف الفقهاء في ضمانها تبعاً لضمان أصلها المغصوب أم لا، وأساس هذا الخلاف هو اختلافهم حول معنى المال وهل تُعدّ المنافع أموالاً أم لا^(١)؟، وقد انقسموا في ذلك على اتجاهين أيضاً وهما :-

الاتجاه الأول / يرى الحنفية أن المنافع ليست أموالاً، فلا يتحقق فيها الغصب، ولا تُعدّ مضمونة على الغاصب الذي استولى على مصدرها، كما لا يطالب بمقابل تلك المنفعة طيلة مدة الغصب^(٢). لأن الإحناف يميزون بين المال المتقوم وغير المتقوم، لأن غير المتقوم غير مباح كالخمر، أما المتقوم هو ما يكون مباحاً ويمكن ادخاره في حين أن المنافع لا تُدخر^(٣). ويبرر الحنفية رأيهم، بأن الغصب عندهم عبارة عن إزالة يد المالك عن ملكه وإثبات اليد العادية عليه، وهذا لا يتصور في المنافع لأنها أعراض لا تبقى زمانين متصلين فيستحيل غصبها. ويرون أنه

(١) **يختلف الحنفية مع جمهور الفقهاء بشأن مفهوم المال،** حيث لم يكن لدى الجمهور هذا التقسيم، لكن من حيث المعنى أرادوا الشيء نفسه الذي أراده الحنفية من تقسيمهم للمال على متقوم وغير متقوم، ولكنهم أطلقوا على المال المتقوم (المالية)، وقصدوا به المالية العرفية والشرعية، بالنتيجة أنّ الاختلاف كان في التعاريف فيما يُعدّ مالاً وما لا يُعدّ مالاً، فكان المال لدى الحنفية الأعيان فقط، في حين جمهور الفقهاء لم يفرقوا في مسمى المال بين الأعيان والحقوق والمنافع، و باشتراط المالية في عقد البيع، وتوضيح معنى المالية يتبين لنا أنّ القصد من المالية هو المال المتقوم الذي يكون متمولاً بين الناس، مباح الانتفاع به شرعاً، ف (مناط مالية الشيء) أن يكون : ما فيه منفعة متعارفة لدى الناس ومباحة شرعاً، وأن يكون ما يمكن تملكه وحيازته، أما فقهاء الحنفية اشترطوا في ما يرد عليه العقد أن يكون مالاً متقوماً.

فيشترط الجمهور في المال أن يكون الانتفاع به مباحاً، فالشيء إذا لم يكن مما يباح الانتفاع به شرعاً فليس بمال، ومعنى عدم المالية، عدم ورود العقد عليه، وهذا هو المراد من كونه ليس بمال، أي ليس بمال شرعاً، وأن كان مالاً في العرف.

أما الحنفية فلا يشترطون في المالية إباحة الانتفاع، وهذا الذي دفعهم إلى تقسيم المال على متقوم وغير متقوم، ليخرجوا ما لا يحل الانتفاع به من الأموال عن أن يكون محلاً للعقد، نظراً لعدم تقوّمه، كما ذكر ابن عابدين في حاشيته : المال أعمّ من المتقوم لأن المال ما يمكن ادخاره، ولو غير مباح كالخمر، والمتقوم ما يمكن ادخاره مع الأباحة، فالخمر مال لا متقوم.

ينظر/ د. عادل عبد الستار عبد الحسين و ابتهاج رشيد حميد، أسس تقوم المال في الفقه الإسلامي، بحث منشور في مجلة الأمام الكاظم للعلوم الإسلامية، العدد الثالث، ٢٠١٨، ص ١٤٥.

(٢) الزيلعي، تبیین الحقائق، ج ٥، مصدر سابق، ص ٢٣٢ وما بعدها.

(٣) ابن عابدين، حاشية رد المحتار، ج ٤، مصدر سابق، ص ٥٠١.

لما كان لا يمكن التعويض عن المنافع لأنها لا بدل لها ولا مثل، فلا يمكن القضاء ببديلها في الدنيا، بل يؤخر ذلك إلى دار الجزاء حتى يحكم الله تعالى للمعتدى عليه بمثلها، وأن عدم القضاء في الدنيا هو للعجز لا لعدم الحق، فيكون بمنزلة لا أرش لها أو إيداء حصل له من غيره^(١).

هذا و وجدنا ان المتأخرين من فقهاء الحنفية يستثنون من عدم ضمان المنافع ثلاثة أمور ويقولون بضمان منافعها وهي^(٢) :-

أ- منفعة المُعد للاستغلال

ب - منفعة مال اليتيم

ج- منفعة الوقف

الاتجاه الثاني / ويمثل جمهور الفقهاء من الأمامية والشافعية والظاهرية والحنابلة، إذ يرون أن المنافع أموال متقومه كالأعيان، فيمكن أن يتحقق فيها الغصب، ومن ثم تكون مضمونة مع أصلها عند الغصب^(٣).

وتضمن المنافع عند الجمهور، سواء أستوفى الغاصب هذه المنافع بالاستعمال وفوتها على مالكها، أو عطلها وحبسها عن مالكها وضيع عليه فرصة الانتفاع بها، كأن تكون أرضاً فلم يزرعها ومنع صاحبها من زراعتها، أو داراً فأغلقها ولم يسكنها، فالغاصب يضمن المنفعة في هذه الصور، فالمنافع المادية كاللبن والصوف يضمنها بالمثل في المثلي وبالقائمة بالقيمي، والأعراض كركوب الدابة وسكنى الدار، يجب فيها أجره المثل^(٤).

أما على صعيد القانون، فقد أخذ القانون المدني العراقي برأي جمهور الفقهاء، حيث أعتبر المنافع أموالاً يجوز التعويض عنها ومن ثم فهي مضمونة في نطاق المسئوليتين العقدية

(١) الزيلعي، تبیین الحقائق، ج٥، المصدر السابق، ص٢٣٤.

(٢) محمود بن إسرائيل المعروف بأبن قاضي سمانوة، جامع الفصولين، ط١، ج٢، المطبعة الأزهرية، ١٣٠٠هـ، ص١٢٨.

(٣) العاملي، مفتاح الكرامة، ج٦، مصدر سابق، ص٢٠٤.

- شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني المنهاج، ج٢، مصدر سابق، ص٨٦.

- أبن حزم الظاهري، المحلى، ج٨، ص٥٧٣.

- أبن قدامة، المغني، ج٥، مصدر سابق، ص٤٢٣.

(٤) الرملي، نهاية المحتاج، ج٥، مصدر سابق، ص١٧٠.

والتقصيرية، فقد نصت المادة (١٦٩) منه على أنه (١-إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص في القانون فالمحكمة هي التي تقدره.٢- ويكون التعويض عن كل ألتزام ينشأ عن العقد سواء كان ألتزاماً بنقل ملكية أو منفعة أو أي حق عيني آخر أو ألتزاماً بعمل أو بامتناع عن عمل ويشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب...).

أما في نطاق الأحكام المشتركة للأعمال غير المشروعة، فقد نصت المادة (٢٠٧) مدني عراقي على أنه: (١- تُقدر المحكمة التعويض في جميع الأحوال بقدر ما لحق المتضرر من ضرر وما فاتته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع.٢- ويدخل في تقدير التعويض الحرمان من منافع الأعيان، ويجوز أن يشتمل الضمان على الأجر).

ومن التطبيقات القضائية التي تعدّ المنفعة مالاً ومن ثم ضمانها على الغاصب ما جاء في قرار محكمة التمييز الاتحادية الصادر عام (٢٠١٩) بأنه (...وان تلك الحيازة الهادئة منذ ما يزيد على عشر سنوات لا تعطيه الحق في طلب تثبيت حق القرار عليها، وحيث إنّ شروط المادة (١١٨٤) من القانون المدني غير متوفرة في دعوى المدعي مما يجعلها فاقدة لسندها القانوني وواجبة الرد، لان الأرض المتروكة تعود ملكيتها للدولة وتعتبر من الأموال العامة ويعد وضع اليد على الأرض المتروكة خارج حدود البلدية "غصباً لمنفعة العقار"...) (١).

وتقضي محكمة التمييز الاتحادية في العديد من قراراتها، أن المطالبة بأجر المثل يقتصر على العقارات فقط، أما المنقولات فيجب المطالبة بأداء منافعها أن كانت مغصوبة، سواء كانت معدة للاستعمال أم لا. ومن تلك القرارات ما صدر عن محكمة التمييز الاتحادية عام (٢٠١٨) بأنه (وحيث لا تصح المطالبة بأجر مثل السيارة عن فترة أستغلالها بأعتبارها مال منقول، ولأن أجر المثل يحكم به عند غصب العقار لصراحة نص المادة (١٩٧) من القانون المدني الذي جاء فيه إذا كان المغصوب عقاراً يلزم الغاصب برده إلى صاحبه مع أجر مثله... وإنما يكون لمالك السيارة المطالبة "بأداء منافعها"، إن كان لذلك مقتضى من القانون، لأنه إذا أستعمل شخص مالاً

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية، بالعدد (٤٧٨/ الهيئة المدنية /٢٠١٩)، في (٢١/٩/٢٠١٩).

بلا إذن صاحبه لزمه أداء منفعه سواء كان المال مُعداً للأستغلال أو غير مُعد له، عملاً بأحكام المادة (٢٤٠/١) من القانون المدني...^(١).

كما أكدت المحكمة ذاتها على هذا المبدأ في حكم آخر صادر عنها عام (٢٠١٨) يقضي بأنه (إذا كانت دعوى المدعي قد أنصبت على المطالبة بأجر مثل أستعمال المدعي عليه للحاصدة الزراعية الموروثة لهما، فأن طلب أجر المثل يكون غير وارد قانوناً لأن الحاصدة الزراعية تُعد من الأموال المنقولة وتصح المطالبة "بأداء منفعها" وليس أجر مثل الأستغلال أستناداً لأحكام المادة (٢٤٠) من القانون المدني)^(٢).

ويتضح من القرارين السابقين، أن محكمة التمييز الاتحادية تؤسس للفرقة بين ((المنافع)) التي تتبع المنقول، و((أجر المثل)) الذي يتبع العقار عند المطالبة بها، أستناداً للمادتين (١٩٧-٢٤٠) من القانون المدني العراقي.

غير أن السؤال الذي يمكن أن يطرح هنا، هل إنّ تلك التفرقة دقيقة من الناحية القانونية، وهل أن المادة (٢٤٠) تسري على من أستعمل مالاً منقولاً فقط دون إذن صاحبه فتلزمه منفعه، أم تسري على كل مال سواء كان عقاراً أو منقولاً ؟.

من وجهة نظرنا نرى، أن تلك التفرقة ليست دقيقة، وأن المادة (٢٤٠) تسري على كل مال سواء كان عقاراً أم منقولاً، ومن ثم كل من أستعمل مالاً دون إذن صاحبه لزمه أداء منفعه، وبالرجوع إلى المادة (٢٤٠) نجدها تنص على أنه (١- إذا أستعمل شخص مالاً بلا إذن صاحبه لزمه أداء منفعه سواء كان المال معداً للأستغلال أو غير مُعد له، وذلك دون إخلال بأحكام المادة (١١٦٥).٢- فمن سكن دار غيره من دون عقد لزمه أجر المثل...)). ويبدو من خلال هذا النص أنه جاء بقاعدة عامة دون ان يفرق بين العقار والمنقول في الحكم ثم مثّل لها، فالقاعدة وردت في (الفقرة الأولى) مفادها أنّ كل شخص أستعمل مال غيره بدون إذنه لزمه ضمان المنافع له، ثم مثّل المشرع في (الفقرة الثانية) للعقار عندما ذكر عبارة ((فمن سكن دار))، وهذا يعني سريان حكم المادة على العقار والمنقول.

^(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية، بالعدد (٢٧٧٨/ الهيئة المدنية / ٢٠١٨)، في (٢٩/٤/٢٠١٨).

^(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية، بالعدد (٢٧٧٥/ الهيئة المدنية / ٢٠١٨)، في (٢٩/٤/٢٠١٨).

والدليل على ذلك أيضاً ما ورد في المادة اللاحقة (٢٤١) التي تنص على أنه (إذا أستخدم أحد صغيراً بدون إذن وليه أستحق الصغير أجر مثل خدمته). فإنّ عبارة ((أجر مثل خدمته)) هنا لم تتعلق بعقار بل جاءت كأجره لمن أستخدم صغيراً.

والدليل الآخر على عدم صحة هذه التفرقة هو أن المادة (١/٢٤٠) ذاتها قد أحالت إلى المادة (١١٦٥) من ذات القانون، وبالرجوع إليها نجدها تنص على أنه (يملك الحائز حسن النية ما قبضه من الزوائد وما أستوفاه من المنافع مدة حيازته). فهذه المادة الأخيرة قد وردت ضمن الحياة كسبب من أسباب كسب الملكية ومن ثم فإن حكمها يسري على الأموال سواء كانت منقولات أم عقارات.

وكل ما في الأمر إنّ القضاء أقام هذه التفرقة بناءً على ما ورد في المادة (١٩٧) من عبارة ((المغصوب أن كان عقاراً يلزم الغاصب رده إلى صاحبه مع أجر مثله)) والتي سنأتي على ذكرها في الفقرة القادمة.

رابعاً / ضمان غصب العقار

من المسائل التي اختلف الفقهاء فيها تبعاً لاختلافهم في تحديد معنى الغصب، هي مسألة غصب العقار، فهل يتحقق الغصب فيه ومن ثم الضمان أم لا ؟. أنقسم الفقهاء في هذا الخصوص على اتجاهين أيضاً، وكما يأتي :-

الاتجاه الأول / يرى الإمام أبو حنيفة وأبو يوسف والزيدية، أن الغصب لا يتحقق في العقار وأنما في المنقول فقط.

ومن جملة ما ذكره الحنفية بهذا الخصوص هو ((أن العقار لا يتحقق فيه الغصب عند الشيخين خلافاً لمحمد، فإذا غصب عقاراً فهلك في يده بأن أنهدم بأفة سماوية أو جاء سيل فذهب بالبناء أو أشجار أو غلب السيل على أرض فبقيت تحت الماء لا يضمن عندها))^(١). كما ذهب الزيدية إلى ذلك وذكروا أنه ((لا يضمن غير المنقول بالغصب لقوله (ص) على اليد ما أخذت حتى ترد، وهو غير مأخوذ))^(٢).

(١) البغدادي، مجمع الضمانات، مصدر سابق، ص ١٢٦.

(٢) المرتضى، البحر الزخار، ج ٤، مصدر سابق، ص ١٧٦.

ويقرر أصحاب هذا الاتجاه رأيهم، بأن الغصب عندهم لا يتحقق إلا فيما يُنقل و يُحَوَّل، لأن الغصب هو إزالة اليد المحقة واثبات اليد المبطلّة، و الإزالة لا تكون إلا بالنقل وهو لا يتصور في العقار. وعليه إذا غصب شخص عقاراً لآخر، فهلك في يده بأفة سماوية كأن كان دار فانهدمت بسبب زلزال أو أرضاً فجرفها السيل، فإنه لا يضمن^(١).

ومع ذلك فإنّ بعض فقهاء الحنفية يقولون بضمان الغاصب للعقار في مسائل محددة منها^(٢):-

أ- إذا أنكر المودع لديه العقار المودع، كان غاصباً له ويضمن.

ب- إذا باع الغاصب العقار المغصوب وسلمه للغير.

ج- إذا كان المغصوب من العقارات الموقوفة.

الاتجاه الثاني / ويمثل جمهور الفقهاء من الشافعية والأمامية والظاهرية والمالكية والحنابلة ومحمد بن الحسن من الحنفية، ويذهبون إلى أن العقار يتحقق غصبه، ويضمن بالغصب شأنه شأن المنقول^(٣).

فذهب الشافعية^(٤) إلى أن العقار يضمن بالغصب، وذكروا ((وقهره على الدار أي منعه من التصرف فيها ولم يدخل فغاصب، ولو لم يقصد الاستيلاء عليها، شمل كلامه ما في الدار من أمتعة فيكون غاصباً لها أيضاً، وفي هذا إشارة إلى أن المنقول لا يتوقف غصبه على نقله إذا كان تابعاً وذهب إليه القاضي)).

(١) الزيلعي، تبیین الحقائق، ج ٥، مصدر سابق، ص ٢٢٤.

(٢) عبد الله بن عبد الرحمن بن الشيخ محمد بن سليمان - المعروف بـ (داماد أفندي)، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر، ج ٢، دار إحياء التراث العربي، بدون سنة، ص ٤٥٨.

- كذلك ينظر / البغدادي، مجمع الضمانات، مصدر سابق، ص ١٢٦.

(٣) د. أحمد عبيد جاسم و بهاء حميد شريدة، ترجيحات الأمام البيهقي في كتابه الخلافات المتعلقة بكتاب الغصب، بحث منشور في مجلة جامعة الأنبار للعلوم الإسلامية، العدد (٥١)، المجلد (١٣)، السنة ١٣، ٢٠٢٠، ص ٣١٠.

(٤) الرملي، نهاية المحتاج، ج ٥، مصدر سابق، ص ١٤٧.

وجاء في كتب الأمامية^(١) «يصح غصب العقار ويضمنه الغاصب ويتحقق غصبه بإثبات اليد عليه مستقلاً»، كما جاء عندهم أيضاً «يصح غصب العقار ويضمن الغصب»^(٢). كما ذهب المالكية^(٣) إلى صحة غصب العقار وضمانه بالغصب، فذكروا «أن المراد بالأخذ الاستيلاء عليه ولو لم يأخذه بالفعل، فمن استولى على مال شخص بأن منع ربه منه ولو لم ينقله على موضعه فهو غاصب».

ويحتج بعض أصحاب هذا الرأي عند تبريرهم لغصب العقار وضمانه بما يأتي^(٤) :-

أ / أن الغصب يتحقق بوصفين هما : إثبات اليد العادية، زوال اليد المحقة، لأن أثبات اليدين المتنافعتين على الشيء الواحد غير ممكن لتعذر اجتماعهما فيه، فإذا ثبتت اليد العادية زالت اليد المحقة، وهذا يتحقق في العقار كما يتحقق في المنقول، لأن اليد ليست إلا القدرة على التصرف، وعدم اليد يعني عدم القدرة على التصرف، وهذا ما يحدث عند وضع الغاصب يده على العقار، ومن ضرورة ذلك أنتفاء يد المالك وهذا ما يقتضي تضمين الغاصب للعقار كما يضمن المنقول.

ب/ قول الرسول (ص) : « من غصب شبراً من أرض طوقه الله يوم القيامة من سبع أرضين »، ووجه الدلالة من هذا الحديث أنه صريح في أن العقار يغصب كما يغصب المنقول.

ولقد أخذ القانون المدني العراقي برأي جمهور الفقهاء فيما يتعلق بغصب العقار وضمانه، فنصت المادة (١٩٧) منه على أنه (المغصوب أن كان عقاراً يلزم الغاصب رده إلى صاحبه مع أجر مثله، وإذا تلف العقار أو طرأ على قيمته نقص ولو بدون تعدٍ من الغاصب لزمه الضمان).

وطبق القضاء العراقي ذلك في العديد من قراراته، ومنها قرار محكمة التمييز الاتحادية الصادر عام (٢٠٢٠) مفاده (وحيث إنَّ المغصوب إنَّ كان عقاراً فيلزم الغاصب رده إلى صاحبه مع أجر مثله م/ ١٩٧ مدني)^(٥).

(١) المحقق الحلي، شرائع الإسلام، ج٢، مصدر سابق، ص ١٥٠.

(٢) الشيخ محمد بن حسن بن علي الطوسي، المبسوط، ج٣، أيران، ١٢٧١هـ، ص ٧٣.

(٣) أحمد الدردير، الشرح الصغير، ط١، ج٤، مطبعة المدني، القاهرة، ١٩٦٢، ص ٨٥.

(٤) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٥، مصدر سابق، ص ٢٢٤.

(٥) قرار محكمة التمييز الاتحادية، بالعدد (٧ / الهيئة الموسعة المدنية / ٢٠٢٠)، في (٢٠٢٠/١/٢١). منشور على موقع

محكمة التمييز الاتحادية (www.hjc.iq). تاريخ الزيارة (٢٠٢٢/٦/١٤).

وأكدت المحكمة ذلك في قرار صدر حديثاً عام (٢٠٢٢) مفاده (ولأن المغصوب أن كان عقاراً يلزم الغاصب رده إلى صاحبه مع أجر مثله م/ ١٩٧ مدني، وأن التقرير المنفرد الذي جاء مفصلاً يصلح سبباً للحكم أستناداً للمادة ١٤٠ / أولاً من قانون الأثبات... لذا يكون لدعوى المدعي سند قانوني بحدود المدة التي أنقضت فيها الأباحة)^(١).

^(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية، بالعدد (٤٦/الهيئة الاستئنافية/عقار/٢٠٢٢). في (٢٠٢٢/١/١٦).

المبحث الثاني

احكام يد الضمان

يُعد التزام صاحب يد الضمان ألتزاماً بنتيجة، فهو ملزم برد الشيء تحت يده إلى مالكه، وهو ملزم قبل ذلك بالمحافظة عليه، فإذا هلك أو تلف كان ملزماً بالضمان، سواء كان الهلاك بتعدٍ أو تقصير منه أو بسبب أجنبي. وإذا ما هلك فإنه يضمن قيمته أن كان قيمياً، ومثله أن كان مثلياً، لكن هل يستطيع الضامن تملك العين إذا ما هلكت تحت يده وضمنها، وهل يستطيع تملكها إذا ما أدخل عليها تغييراً كبيراً بحيث تغير ذاتها وتبدل أسمها كما لو كانت حنطة فطحنها أو زرعها أو أخشاب فعمل منها معرضاً، ومن ثم نكون أمام سببٍ جديدٍ من أسباب كسب الملكية ؟. وقبل هذا وذاك، فإنَّ يد الضمان قد تتحول من هذه الصفة إلى صفة أخرى، كما لو تحولت إلى يد ملك أو إلى يد أمانة بتوافر أسباب لهذا التحول.

وبناءً على ما تقدم سنقسم هذا المبحث على ثلاثة مطالب، نعقد الأول لتحول يد الضمان، ونبين في الثاني ألتزامات الضامن، في حين نخصص الثالث لدور الضمان في كسب الملكية.

المطلب الأول

تحول يد الضمان

تنقسم اليد من حيث وضعها على الشيء، إلى يد المالك ويد غير المالك، ويد المالك هي التي توافر بها سبب من أسباب التملك كالشراء والهبة وغير ذلك من الأسباب المشروعة التي يستدل منها على الملكية، أما يد غير المالك، فتشمل كل يد وضعت على شيء مملوك لغير واضع اليد، وهي أما يد أمانة كيد المستأجر والمستعير، أو يد ضمان كيد الغاصب و القابض من عقد باطل، ومن ثم فاليد أما أن تكون على ملك صاحبها فتكون يد ملك، أو تكون على ملك غير صاحبها فتكون يد أمانة أو يد ضمان. والذي يعيننا في هذا المقام هو مدى إمكانية تحول يد الضمان إلى يد ملك أحياناً وإلى يد أمانة في أحيان أخرى ؟، وعليه سنقسم هذا المطلب على فرعين، نبين في الأول تحول يد الضمان إلى يد ملك، في حين نخصص الثاني لتحول يد الضمان إلى يد أمانة.

الفرع الأول

تحول يد الضمان إلى يد ملك

لم ينظم المشرع العراقي حالة تحول يد الضمان إلى يد ملك ضمن النصوص المنظمة لقاعدة على اليد في المواد (٤٢٦ - ٤٢٧ - ٤٢٨)، حيث أقتصر من خلال تلك المواد على الإشارة لبعض حالات تحول يد الضمان إلى يد أمانة، وتحول يد الأمانة إلى يد ضمان.

ومع ذلك فلم يخلو القانون من حالات لتحول يد الضمان إلى يد ملك، سواء أكان ذلك بسبب العقد أو بسبب آخر خارج عن العقد، بالنسبة للعقد يحصل ذلك التحول وبالتحديد في نطاق التسليم المعنوي أو الحكمي، وهو الذي لا تنتقل فيه حيازة المبيع المادية فعلاً من البائع إلى المشتري، بل يحصل بمجرد تغيير نية المشتري في حيازة المبيع مع بقاء الحيازة المادية كما كانت، كما لو كان واضع اليد غاصباً للشيء ويده يد ضمان ثم أتفق مع مالكة أو صاحب الحق فيه على شرائه منه، وبذلك تحولت يد الغاصب من يد ضمان إلى يد ملك من دون حاجة إلى قبض جديد^(١).

وهذا ما نصت عليه المادة (٥٣٩) من القانون المدني العراقي بأنه (إذا كانت العين المبيعة موجودة تحت يد المشتري قبل البيع فاشتراها من المالك فلا حاجة إلى قبض جديد سواء كانت يد المشتري قبل البيع يد ضمان أم يد أمانة)^(٢).

(١) د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، مصدر سابق، ص ٩٣-٩٤.

(٢) وقد نظم المشرع المصري والمشرع الفرنسي التسليم المعنوي أو الحكمي من دون الإشارة بشكل صريح إلى يد الأمانة ويد الضمان كما جاء في المادة (٥٣٩) من القانون المدني العراقي.

- حيث نصت المادة (٢/٤٣٥) من القانون المدني المصري على أنه (ويجوز أن يتم التسليم بمجرد تراضي المتعاقدين إذا كان المبيع في حيازة المشتري قبل البيع أو كان البائع قد أستبقى المبيع في حيازته بعد البيع لسبب آخر غير الملكية).

- كما نصت المادة (١٦٠٦) من القانون المدني الفرنسي على أنه (يتم تسليم المنقولات :

- أما بالتسليم الفعلي - أما بتسليم مفاتيح المباني التي تحويها.

- أو حتى بمجرد قبول المتعاقدين إذا كانت عملية النقل غير ممكنة عند البيع أو كان المبيع موجوداً تحت سلطة المشتري لسبب آخر).

1606-LOI n°2009-526 du 12 mai 2009 - art. 10

La délivrance des effets mobiliers s'opère: Ou par la remise de la chose, Ou par la remise des clefs des bâtiments qui les contiennent, Ou même par le seul consentement des parties, si le transport ne peut pas s'en, faire au moment de la vente, ou , si l'acheteur les avait déjà en son pouvoir à un autre titre.

وفي السياق نفسه، وبقدر تعلق الأمر بعقد الهبة إذا كان الموهوب عقاراً وجب لانعقاد الهبة أن تسجل في الدائرة المختصة^(١)، أما هبة المنقول فلا تتم إلا بالقبض ويلزم في القبض إذن الواهب صراحة أو دلالة وفق المادة (٦٠٣) مدني عراقي^(٢)، ويلحظ أن القبض الواجب لتمام الهبة قد يكون حكماً وقد يكون حقيقياً، ويُعد من قبيل القبض إذا كان المال الموهوب موجوداً في حيازة الموهوب له وقت الهبة، ويتفق الواهب معه على أن يكون وضع يده على الموهوب بأعتبره مالاً دون حاجة إلى قبض جديد، بغض النظر عن طبيعة القبض الأول سواء كان بطريق مشروع كالوديعة أو بطريق غير مشروع كالغصب أو اللقطة بنية التملك. وبذلك يقوم القبض الأول مقام القبض الثاني في الهبة بصرف النظر عن اتحادهما في القوة أو اختلافهما فيها^(٣)، وهذا ما نصت عليه المادة (٦٠٦) من القانون المدني العراقي بأنه (إذا وهب أحد ماله لمن كان هذا المال في يده، أعتبرت الهبة مقبوضة دون الحاجة إلى قبض آخر)^(٤).

(١) ينظر/ المادة (٦٠٢) من القانون المدني العراقي.

(٢) ويختلف القانون المدني المصري عن القانون المدني العراقي بهذا الشأن، حيث نصت المادة (٤٨٨) مدني مصري على أنه (١- تكون الهبة بورقة رسمية، وإلا وقعت باطلة مالم تتم تحت ستار عقد آخر. ٢- ومع ذلك يجوز في المنقول أن تتم الهبة بالقبض، دون حاجة إلى ورقة رسمية)، فهبة المنقول إذا تم توثيقها بورقة رسمية في القانون المدني المصري، فأنها تتعقد دون الحاجة إلى أي إجراء آخر، ومن ثم لا تحتاج في انعقادها إلى القبض أي أن الورقة الرسمية هنا تفي عن إجراء القبض، وتُعد هبة المنقول هنا عقداً شكلياً، إلا أنه في الحالات التي يغفل فيها الطرفان إجراء التوثيق هذا، أجاز القانون وقوع الهبة في المنقول بالقبض فقط، أي أن هذه الهبة لا تتعقد فقط بالشكل الرسمي، بل يجوز أن تتعقد بالقبض فقط دون الرسمية، بحيث يمكن أن يغني الأول عن الثاني، فتكون هبة المنقول هنا عقداً عينياً لا شكلياً، وتسمى هذه بالهبة البديوية، وبذلك يكون القانون المدني العراقي قد ضيق من نطاق عقد الهبة وحصره في القبض، بينما نراه يتسع في القانون المدني المصري كون هبة المنقول قد تكون عقداً شكلياً إذا ما وثقت بالورقة الرسمية، وقد تكون عقداً عينياً إذا ما وقعت بالقبض دون الرسمية.

ينظر / أستاذتنا د. وسن قاسم غني، تنفيذ الهبة الباطلة، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، المجلد (٧)، العدد (١)، ٢٠١٥، ص ٢٤٠.

(٣) ينظر / سناء جواد السلامي، دعوى الهبة في القانون المدني العراقي، العقد والتطبيق، مكتب هاني، بغداد، ٢٠١٢، ص ٣٨-٣٩.

(٤) وتقابلها المادة (٨٤٦) من مجلة الأحكام العدلية التي تنص على أنه (من وهب الشيء الذي هو في يد آخر له، تتم الهبة ولا حاجة إلى القبض والتسليم مرة أخرى).

كذلك قد يكون القرار القضائي هو المصدر للتحوّل^(١)، فمن المعروف أن بيع العقار في التشريع العراقي يُعد من حيث الأصل عقداً شكلياً لا ينعقد إلا إذا سجل في دائرة التسجيل القضائي، سواء وفق المادة (٥٠٨) من القانون المدني أو المادة (٢/٣) من قانون التسجيل العقاري، وهذا ما سار عليه القضاء العراقي في العديد من قراراته ومنها قرار محكمة التمييز الاتحادية عام (٢٠١٩) مفاده (أن بيع العقار خارج مديرية التسجيل العقاري المختصة يكون فاقداً

^(١) وضع المرحوم الدكتور (سمير تناعو) في أطروحته للدكتوراه عام ١٩٦٤ (نظرية الالتزام القضائي، الحكم القضائي مصدر جديد للالتزام) ونشر مؤلفه في فرنسا عام (١٩٦٥)، الذي عد من خلاله أن الحكم القضائي مصدراً من مصادر الالتزام، ويرى أن القانون جعل لكل حق مصدراً، وكذلك جعل لكل التزام مصدراً، فإذا توافر للحق مصدره أو للالتزام مصدره فإنه ينشأ صحيحاً طبقاً للقانون ويكون له وجود في نظر القانون، ومقتضى وجود الحق أو الالتزام أن تكون له حماية قانونية تتمثل في الجزاء الذي يترتب على المساس بهذا الحق أو بهذا الالتزام، والقاضي هو الذي يحمي هذه الحقوق و الالتزامات ويوقع الجزاء على مخالفتها.

والقاضي في عمله هذا لا ينشئ الحق أو الالتزام ولكنه يكشف عنه ويقرره، ولذلك فالقول بأن حكم القاضي هو بحسب الأصل كاشف للحق غير منشئ له هو قول صحيح، ومع ذلك ففي بعض الحالات الاستثنائية لا يكون دور القاضي هو مجرد حماية الحق السابق وجوده ولكنه يتخطى ذلك بإنشاء حق أو التزام لم يكن موجوداً من قبل، والحالات التي يُنشئ فيها القاضي التزاماً جديداً فإن حكمه يكون منشئاً وليس فقط كاشفاً، ويكون هو مصدر هذا الالتزام.

و الالتزام الذي ينشأ عن حكم القاضي يسمى بالالتزام القضائي كما يسمى الالتزام الناشئ عن العقد بالالتزام العقدي، و منطوق نظرية " الالتزام القضائي " أنه في الحالات التي يقوم فيها القاضي بتعديل العقد بما له من سلطة تقديرية وبمقتضى تفويض صريح من القانون، فإنه يقوم بتجديد الالتزامات الناشئة عن هذا العقد تجديداً يترتب عليه أنقضاء هذه الالتزامات، وتنشأ التزامات جديدة محلها مصدرها حكم القاضي و الالتزامات الجديدة تختلف عن الالتزامات القديمة في مصدرها وفي محلها، ويكون حكم القاضي في هذه الحالات مجدداً ومنشئاً ومصدراً للالتزام.

والواقع أن القاضي عندما يعدل العقد فإنه لا يفسره ولا يطبقه ولكنه يخرج عليه ويقومه، والقاضي بهذا يحل إرادته محل إرادة المتعاقدين وينشئ أثراً جديدة غير تلك التي ارتضاها المتعاقدان. وإعطاء هذه السلطة للقاضي أمر خطير للغاية فهي مقرر مباشرة ضد فكرة العقد ونظامه، ولذلك فإن القاضي لا يملك القيام بتعديل العقد من تلقاء نفسه بل لا بد أن يكون مفوضاً تفويضاً صريحاً من القانون في القيام بذلك. والقانون هو المصدر غير المباشر للالتزام القضائي، كما هو الشأن بالنسبة لكل الالتزامات الأخرى، أما مصدره المباشر فهو حكم القاضي.

ينظر/ د. سمير تناعو، الالتزام القضائي - الحكم القضائي مصدر جديد للالتزام- " دراسة فنية لتعديل القاضي للعقد "، ط١، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ٢٠١٤، ص٩- ص١١.

للكيفية القانونية التي تتطلبها المادة (٢/٣) من قانون التسجيل العقاري وبالتالي فإنه يكون باطلاً لا ينعقد ولا يفيد الحكم أصلاً أستاذاً للمادة (١/١٣٨) من القانون المدني...^(١)

وعليه فإنّ التعهد الخارجي لا يكسب المتعهد إليه الحقوق التي يربتها عقد البيع بصورته العامة، فلا يلزم المتعهد بتسليمه العقار ولا يضمن له التعرض و الاستحقاق و العيوب الخفية، ولا يستطيع المتعهد إليه أن يتصرف في العقار محل التعهد، وليس بإمكانه المطالبة برفع يد غاصب العقار أو واضع اليد عليه، والأهم من هذا كله، إذا هلك العقار في يد المتعهد إليه هلك عليه سواء أكان سبب الهلاك بتعد أو تقصير منه أو بسبب أجنبي لأن يد المتعهد إليه على العقار قبل التسجيل يد ضمان وليس يد أمانة^(٢).

ويستطيع الحكم القضائي أن يُحوّل يد الضمان هذه إلى يد ملك، إذا ما لجأ المتعهد إليه إلى القضاء - محكمة البداية - وهذا ما أقره المشرع العراقي بموجب قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (١١٩٨) لسنة ١٩٧٨ المعدل النافذ، إذ أراد المشرع أن يجعل التعهد الخارجي بنقل الملكية ليس عديم الأثر، عندما أعطى الحق للمتعهد إليه المطالبة بتملك العقار أو حق التصرف فيه، وذلك في حالة سكن العقار أو أحدث أبنية أو منشآت أخرى أو مغروسات بشرط أن يكون ذلك بدون معارضة تحريرية من المتعهد. ولا يشترط أن يكون التعهد الخارجي بين الطرفين مكتوباً بل يصح أن يكون شفوياً، وهذا ما طبقه القضاء العراقي في العديد من قراراته، ومنها القرار الصادر عن محكمة أستاناف بغداد/ الكرخ الاتحادية بصفتها التمييزية في عام (٢٠٢٠) مفاده (أن قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم (١١٩٨) لسنة ١٩٧٨ المعدل، لم يشترط وجوب أن يكون التعهد بنقل الملكية محرراً (مكتوباً) وفقاً لما ذهب إلى محكمة البداية في حكمها المميز، بل يكفي لتطبيق أحكام القرار آنف الذكر وجود تعهد بنقل الملكية سواء كان تحريراً أم شفوياً)^(٣).

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية، بالعدد (٢٧٧ / الهيئة الموسعة المدنية / ٢٠١٩) في (٢٣ / ١٠ / ٢٠١٩).

(٢) ينظر / د. حبيب عبيد مرزة، التعهد بنقل الملكية أو حق التصرف في العقار، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الأول، السنة العاشرة، ٢٠١٨، ص ٣٤٦.

(٣) قرار محكمة أستاناف بغداد/ الكرخ الاتحادية بصفتها التمييزية/ الهيئة المدنية، بالعدد (٢١٦ / حقوقية / ٢٠٢٠) في (٢١ / ١٢ / ٢٠٢٠).

ويتضح مما تقدم أن يد المتعهد إليه بموجب (التعهد بنقل الملكية) كانت يد ضمان، فهو مسؤول عن هلاك العقار ولو كان بسبب أجنبي، غير أن يده تتحول إلى يد ملك بعد أن يصدر قرار من المحكمة المختصة بتملكه عند توافر الشروط المقررة بموجب القرار (١١٩٨).

ونرى أن فاعلية الحكم القضائي بتحول اليد لا تقتصر على حالة بيع العقار خارج دائرة التسجيل العقاري، بل تمتد إلى كل عقد لم يستوفي الشكلية التي تطلبها القانون، ومنها بيع المركبات خارج دائرة المرور، إذ يُعد البيع باطلاً ويد الحائز يد ضمان ما لم تتحول إلى يد ملك بعد إقامته لدعوى أمام المحكمة المختصة عملاً بالمادة (١٠/ رابعاً) من قانون المرور^(١). إذ يفهم من مضمون هذه المادة أن البيع الخارجي للمركبة لا ينقل الملكية للمشتري وفي حال حيازتها ستكون يد عليها يد ضمان، لكن مع ذلك فإن وجود العقد المروري بين الطرفين يعطي الحق للحائز (المشتري) إقامة الدعوى أمام محكمة البداية خلال ثلاثين يوماً من تاريخ توقيعه للعقد يطلب فيها نقل الملكية أو تسجيل المركبة بأسمه، وبصدور القرار و اكتسابه الدرجة القطعية تتحول يد الحائز من يد ضمان إلى يد ملك استناداً للقرار المذكور.

ومن التطبيقات القضائية على بطلان بيع المركبات خارج دائرة المرور بموجب المادة (١٠/ أولاً)، ما جاء بقرار محكمة التمييز الاتحادية الصادر عام (٢٠٢١) مفاده (لا ينعقد بيع المركبة إلا إذا سجل في دائرة تسجيل المرور المختصة عملاً بأحكام المادة (١٠/ أولاً) من قانون المرور، ويكون العقد المبرم بين الطرفين باطلاً لا ينعقد ولا يفيد الحكم أصلاً فإذا بطل العقد يُعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد)^(٢).

^(١) حيث تنص المادة (١٠/ أولاً) من قانون المرور الجديد رقم (٨) لسنة ٢٠١٩ على أنه (لا ينعقد بيع المركبة إلا إذا سجل في دائرة تسجيل المرور المختصة وفقاً للقانون).

- في حين نصت المادة (١٠/ رابعاً) على أنه (إذا تعذر إتمام نقل ملكية أو تسجيل المركبة إلى الحائز أو المشتري في دوائر التسجيل المختصة خلال (٣٠) ثلاثين يوماً من تاريخ توقيع العقد المروري الخارجي المبرم لأسباب خارجة عن إرادة المشتري، فللحائز أو المشتري إقامة الدعوى لنقل ملكيتها أو تسجيلها بأسمه أمام المحكمة المختصة).

^(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية / بالعدد (٢٩٦/ الهيئة الموسعة المدنية / ٢٠٢١) في (٢٠٢١/٩/١٣).

حيث جاء فيه: (... بأنه سبق وأن باع السيارة موضوع الدعوى إلى المدعي بموجب عقد خارج دائرة المرور واستلم كامل البديل ولا مانع لديه من إعادة الحال بين المدعي والمدعى عليه وتسليم السيارة للمدعي وإن هذا التوجه غير وارد قانوناً وفي غير

ومن التطبيقات القضائية الأخرى التي يفهم منها تحول اليد من يد ضمان إلى يد ملك، قرار محكمة التمييز الاتحادية الصادر عام (٢٠٢٠) والمتعلق بتمليك المتجاوز جزء من السهام ومن ثم تحولت يده من ضمان إلى ملك مع انتفاء واقعة الغصب، حيث جاء فيه (أن صدور حكم بتمليك المتجاوز لجزء من السهام في العقار المراد إزالة تجاوزه يمنحه حقاً مكتسباً ويصبح بموجبها شريكاً في العقار وتنتفي واقعة الغصب)^(١).

محله حيث لا ينعقد بيع المركبة الا اذا سجل في دائرة تسجيل المرور المختصة وفقاً للقانون عملاً بأحكام المادة ١٠/أولاً من قانون المرور رقم ٨ لسنة ٢٠١٩ وبناء على ذلك يكون العقد المبرم بين الطرفين باطلاً لا ينعقد ولا يفيد الحكم اصلاً فإذا بطل العقد يعاد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فإذا كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض عادل عملاً بأحكام المادة ١٣٨ من القانون المدني كما انه اذا كان العقد باطلاً جاز لكل ذي مصلحة ان يتمسك بالبطلان وللمحكمة ان تقضي به من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالإجازة (م ١٤١) من القانون المذكور اعلاه وبناء على ما تقدم يكون لدعوى المدعي (حائز السيارة) سند من القانون و من حقه طلب استرداد السيارة التي باعها الى المشتري كأثر من آثار العقد الباطل بين الطرفين حيث يحق للبائع استرداد المبيع ويحق للمشتري استرداد البديل وحيث ان الحكم المميز ذهب الى خلاف ذلك مما اخل بصحته لذا قرر نقضه واعادة الدعوى الى محكمتها لاتباع ما تقدم على ان يبقى رسم التمييز تابعاً للنتيجة وصدر القرار بالاتفاق في ٦/صفر/١٤٤٣ هـ الموافق ١٣/٩/٢٠٢١ م.

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية، بالعدد (١٦٦٦) /الهيئة الاستئنافية عقار / (٢٠٢٠) في (٢٧/٢/٢٠٢٠).

الفرع الثاني

تحول يد الضمان إلى يد أمانة

تتحول اليد من الضمان إلى الأمانة في حالات كثيرة، يمكن الاستدلال عليها من خلال نصوص القانون وما أوردناه من تطبيقات سابقة تشريعية لليد، ومن تلك التطبيقات ما يأتي :-

أولاً / قيام سبب الحبس

أشارت المادة (٤٢٨) من القانون المدني العراقي إلى أن يد الضمان تتحول إلى يد أمانة إذا زال أو أرتفع واجب التسليم لقيام سبب من أسباب الحبس، حيث نصت على أنه (إذا أنتقلت ملكية الشيء بعقد كانت يد المالك القديم قبل التسليم يد ضمان، وتقلب يد أمانة إذا أمتنع واجب التسليم بقيام سبب الحبس)، ويتضح من هذا النص أن المشرع قد قصره على انتقال الملكية بعقد، ومن ثم هل إذا كان مصدر الإلتزام هو غير العقد ينتفي حق الحبس، ولا تتحول اليد من ضمان إلى أمانة؟.

أن هذا يستلزم منا الاطلاع على النصوص المنظمة لموضوع ((الحق في الحبس للضمان)). حيث عالجه المشرع العراقي في خمس مواد هي (٢٨٠- ٢٨٤)^(١)، فبدأ كعادته، بإعطاء حكم جزئي لا مبدأ عام، حيث نص في المادة (١/٢٨٠) على أنه (للبيع أن يحبس المبيع إلى أن يؤدي المشتري جميع الثمن الحال، وللعامل أن يحبس الشيء الذي يعمل فيه إلى أن يستوفي الأجر المستحق سواء كان لعمله أثر في هذا الشيء أو لم يكن، وذلك كله وفقاً للأحكام التي قررها القانون). و ظاهر من هذا النص أنه قد أورد أمثله للحق في الحبس تتعلق في عقدي البيع والعمل.

ثم نص بعدها في المادة (٢/٢٨٠) على إمكانية التمسك بالحبس في كل معاوضة مالية وذلك بأنه (وفي كل معاوضة مالية بوجه عام لكل واحد من المتعاقدين أن يحبس المعقود عليه وهو في يده حتى يقبض البذل المستحق).

^(١) وتقابلها المواد (٢٤٦-٢٤٧-٢٤٨) من القانون المدني المصري، في حين لم ينظم المشرع الفرنسي الحق في الحبس للضمان بشكل مستقل ومتكامل كما فعل المشرعين العراقي والمصري.

ولنشوء الحق في الحبس لا بد من توفر بعض الشروط التي حددتها المادة (١/٢٨٢)^(١) من القانون المدني العراقي، وهذه الشروط ثلاثة^(٢): **أولها** ان يكون هناك دينان متقابلان، أي أن يكون هناك شخصان كل منهما دائن للآخر ومدين له، فيوقف الوفاء بما في ذمته حتى يحصل على ماله في ذمة دائنه، ولا يهتم محل الدين الأول ولا مصدره، باستثناء حالة ما إذا كان الالتزام بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع^(٣)، فلا يجوز له أن يحبس الشيء لقاء ما أنفقه من مصروفات عليه، بل يجب عليه أن يرده إلى صاحبه أولاً ثم يرجع عليه بدعوى الكسب دون سبب. **وثانيهما** ان يكون هنالك ارتباط بين الدينين، فإذا لم يكن بينهما ارتباط فلا يجوز الحبس، ومصدر الارتباط أما أن يكون عقداً ملزماً للجانبين، أو قد يكون ارتباطاً مادياً أو موضوعياً كحق الحائز في حبس العين لإسترداد ما أنفق من مصروفات^(٤). **وثالثهما** هو أن يكون الدين المحبوس فيه حالاً، فإذا لم يكن قد حل أجله بعد فلا يجوز للمدين أن يُوقف تنفيذ التزامه حتى يحصل على ماله بذمة دائنه.

والسؤال الذي يمكن أن يُثار هنا، هل أن لصفة المدين تأثير في ممارسة حق الحبس، وبعبارة أخرى هل يمكن ممارسة هذا الحق تجاه الأموال العامة؟، فهناك من يرى أن صفة المدين لا تمنع من أستعمال الحق في الحبس، ومن ثم يمكن ممارسة هذا الحق ضد الحكومة بشرط ألا يترتب على ذلك إبطال خدمة عامة^(٥). بينما هنالك من يرى أنه إذا كان محل الدين ملكاً عاماً فلا يحق للحائز حبسه ليستوفي حقه^(٦).

(١) حيث نصت المادة (١/٢٨٢) من القانون المدني العراقي على أنه (١- لكل من التزم بأداء شيء أن يتمتع عن الوفاء به مادام الدائن لم يوف بالتزام في ذمته نشأ بسبب التزام المدين وكان مرتبطاً به).

(٢) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز، ج ٢، مصدر سابق، ص ١١٨ وما بعدها.

(٣) حيث نصت المادة (٢٨١) من القانون المدني العراقي على أنه (يجوز لمن أنفق على ملك غيره وهو في يده مصروفات ضرورية أو نافعة أو أنشأ فيه بناء أو غرس فيه أشجاراً أن يتمتع عن رده حتى يستوفي ما هو مستحق له قانوناً إلا أن يكون الالتزام بالرد عن عمل غير مشروع).

(٤) ينظر / د. أحمد سمير الصوفي، حق الحبس في القانون المدني العراقي، بحث منشور في مجلة جامعة الأنبار للعلوم الإنسانية، العدد ١، ٢٠٠٩، ص ٦.

(٥) محمد حسين ياسين، الحق في الحبس، بحث مقدم إلى مجلس وزارة العدل، ١٩٨٥، ص ١٦.

(٦) د. أحمد سمير، مصدر سابق، ص ٥.

من جانبنا نرجح الرأي الثاني أستاذاً الى موقف محكمة التمييز الاتحادية، حيث قضت بقرار حديث صادر عام (٢٠١٨) بانه (لا يجوز للمدعى عليه حبس العقار العائد للدولة لأجل إستيفاء دين، ويُعد غاصباً، حيث لا يجوز حجز أموال الدولة بسبب الدين وفقاً للمادة (٦٢/ أولاً) من قانون التنفيذ رقم (٤٥) لسنة ١٩٨٠ المعدل، لذا من باب أولى لا يجوز حبسه لأجل إستيفاء الدين)^(١). ومن ثم فإن الحابس لأموال الدولة لا يستفيد من ميزة الحق في الحبس المقررة في القانون المدني، وتبقى يده يد ضمان على الاموال المحبوسة ويعدّ مسؤولاً عن هلاكها او تلفها.

كما يمكن أن نشير تساؤل آخر مفاده، هل ان الدفع بعدم التنفيذ يعدّ سبباً لتحويل اليد من الضمان الى الامانة؟، في الحقيقة ان الاجابة عن ذلك تتطلب منا معرفة هل أن الحق في الحبس للضمان والدفع بعدم التنفيذ يُعدّان نظاماً قانونياً واحداً أم يوجد فارق بينهما؟، هنالك من يرى^(٢) أن فكرة الارتباط بين الالتزامات هي التي تجمع بين الحق في الحبس والدفع بعدم التنفيذ، إضافة إلى ذلك فإن الحق في الحبس وكما في الدفع بعدم التنفيذ، يسمح للدائن برفض تنفيذ التزامه تجاه مدينه مادام هذا الأخير لم ينفذ ما تعهد به، وأن الفرق الأساس بينهما يكمن في مجال تطبيق كل منهما، فمجال أعمال الحق في الحبس أوسع نطاقاً من مجال أعمال الدفع بعدم التنفيذ وبعبارة أخرى أن الدفع بعدم التنفيذ عبارة عن صورة من صور الحق في الحبس، فنطاقه أضيق من نطاق هذا الأخير، فهو قاصر على العقود الملزمة للجانبين. أما نطاق الحق في الحبس فيشمل العقود الملزمة لجانب واحد و الملزمة للجانبين، ويشمل أيضاً حالات لا تجمع بين الطرفين فيها علاقة تعاقدية سابقة، كالحائز الذي ينفق على الشيء الذي تحت يده لحفظه وصيانته فيكون له أن يحبسه حتى يستوفي ما أنفقه^(٣).

وبذلك فإن الدفع بعدم التنفيذ هو الحالة التي يمتنع فيها الملزم في العقد الملزم للجانبين عن تنفيذ التزامه العقدي طالما لم يلتزم الطرف الآخر بتنفيذ التزامه المترتب في ذمته والناجم عن نفس العلاقة التعاقدية، في حين أن الحق في الحبس يشمل جميع الحالات التي تتحقق فيها قيام فكرة

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية، بالعدد (٤١١/ الهيئة الموسعة المدنية /٢٠١٧) في (٢٠١٧/١/١٦).

(٢) د. محمد حسن قاسم، القانون المدني، ج١، مجلد ٢، مصدر سابق، ص ٥٧٧ - ٥٧٨.

(٣) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز، ج٢، مصدر سابق، ١٢٥.

الترابط بين العين المحبوسة والدين المحبوس من أجله، أي لا يشترط في هذا الترابط أن يكون مصدره علاقة تعاقدية بين الطرفين، بل يمكن أن يوجد خارج أي علاقة تعاقدية^(١). بينما هنالك من يرى^(٢) أن الدفع بعدم التنفيذ لا يمكن أن يُعد تطبيقاً للحق في الحبس في نطاق العقود الملزمة، وأنما هو مفهوم مستقل ويختلف عن الحق في الحبس بأمور عدة من حيث النطاق والشروط والأثر والغرض^(٣).

ويلحظ البعض^(٤) أن المشرع العراقي لم يخصص لقاعدة الدفع بعدم التنفيذ نص خاص ولم يحصرها بالعقود الملزمة للجانبين، وإنما عالجها ضمن الحق في الحبس للضمان في المواد (٢٨٠) و (٢٨٢) من القانون المدني. في حين جعل المشرع المصري من هذه القاعدة قاعدة عامة تسري على جميع العقود الملزمة للجانبين، حيث نصت المادة (١٦١) من القانون المدني

(١) د. محمد حنون جعفر، فكرة الترابط بين الإلتزامات المتقابلة وأثرها في العقود الملزمة للجانبين، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد ٢، العدد ٤، ٢٠١٣، ص ٢٩.

(٢) د. لشهب حورية و زينب سالم، الطبيعة القانونية للدفع بعدم التنفيذ في القانون المدني الفرنسي " دراسة مقارنة "، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، العدد ٢، ٢٠١٨، ص ١٣ - ١٦.

(٣) فمن حيث النطاق، ينحصر نطاق الدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الملزمة للجانبين، بينما يسري الحق في الحبس على العقود الملزمة للجانبين والملزمة لجانب واحد، كما يسري على الإلتزامات غير العقدية كما في الوقائع المادية. ومن حيث الشروط، يشترط في الحق في الحبس توافر أرتباط المادي بين الشيء وبين الدين، في حين أنه يكفي لتطبيق الدفع بعدم التنفيذ توافر رابطة معنوية بين الإلتزامات المتقابلة لأن مصدر هذه الرابطة العقود الملزمة للجانبين، ولا يشترط في الحق في الحبس أن يكون الحابس حسن النية، على العكس تماماً فإنه يشترط في التمسك في الدفع أن يكون حسن النية وأن لا يتعسف في استعمال حقه.

ومن حيث الغرض، فالغرض من الدفع بعدم التنفيذ هو الضغط على إرادة المدين المتقاعس لحمله على التنفيذ، بينما هدف الحق في الحبس هو الأمتناع عن رد الشيء المحبوس من أجل تأمين وضمان حقه في ذمه المالك. أما من حيث الأثر، فالحق في الحبس لا يقبل التجزئة، في حين أن الدفع بعدم التنفيذ يقبل التجزئة إذا كانت الإلتزامات المتقابلة والمتبادلة تقبل في ذاتها التجزئة، كما أن حجية الحق في الحبس أوسع نطاقاً لأنه يتمتع بحجية مطلقة تجاه الغير وهذا هو مصدر قوته وفعاليته، في حين أن حجية الدفع بعدم التنفيذ في مواجهة الغير نسبية، فهو لا يسري في حق الغير الذي كسب حقه قبل ثبوت الحق في التمسك بالدفع.

(٤) ينظر/ أستاذنا د. ضمير حسين ناصر المعموري، علي عبد المحسن الغانمي، دور الإلتزام الثانوي في نطاق قاعدة الدفع بعدم التنفيذ، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة كلية التربية الأساسية للعلوم التربوية و الإنسانية، العدد ٥٣، المجلد ١٣، ٢٠٢١، ص ٣٩.

المصري على أنه (في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الإلتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ إلتزامه إذا لم يتم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به).

أما القانون المدني الفرنسي قبل تعديله، فلم ينظم فكرة الدفع بعدم التنفيذ، وإنما بين بعض التطبيقات المتفرقة^(١)، أما بعد تعديله بالأمر (١٣١) لسنة (٢٠١٦) فقد نظم المشرع الفرنسي فكرة الدفع بعدم التنفيذ بشكل واضح وصريح في المادتين (١٢١٩ - ١٢٢٠) تحت عنوان ((الدفع بعدم التنفيذ)). حيث نصت المادة (١٢١٩)^(٢) على أنه (يجوز لأحد الأطراف أن يرفض تنفيذ إلتزامه، على الرغم من كونه مستحقاً، إذا لم ينفذ الطرف الآخر إلتزامه وكان عدم التنفيذ على قدر كافٍ من الجسامة)، في حين نصت المادة (١٢٢٠)^(٣) على أنه (يجوز لأحد الأطراف أن يوقف تنفيذ إلتزامه إذا تبين أن المتعاقد معه لن يقوم بالتنفيذ عند أستحقاقه، وأن نتائج عدم التنفيذ ستكون على قدر كافٍ من الجسامة بالنسبة إليه، ويجب أن يتم الأخطار بهذا الوقف في أقرب وقت).

و خلاصة القول، فأن يد الحابس على الشيء المحبوس تحولت من يد ضمان إلى يد أمانة، لأن القانون منحه الحق في الحبس إذا توافرت شروطه، والأصل في هذا السياق أن الجواز الشرعي ينافي الضمان وفقاً للمادة (٦) من القانون المدني العراقي، وعليه إذا هلك الشيء المحبوس بخطأ الحابس فإنه يكون مسؤولاً عن تعويض المالك، أما إذا كان هلاكه بسبب أجنبي برأت ذمة الحابس، وإذا حصل المالك على تعويض نتيجة الهلاك أنتقل الحق في الحبس إلى مبلغ التعويض^(٤).

(١) د. يزيد أنيس نصير، توقع الأخلال المسبق في العقد، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، مجلد ٣١، العدد ٤، ٢٠٠٧، ص ٢٣٥.

(٢) 1219 Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art.

Une partie peut refuser d'exécuter son obligation, alors même que celle-ci est exigible, si l'autre n'exécute pas, la sienne et si cette inexécution est suffisamment grave.

(٣) 1220 Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art.

Une partie peut suspendre l'exécution de son obligation dès lors qu'il est manifeste que son cocontractant ne, s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont, suffisamment graves pour elle. Cette suspension doit être notifiée dans les meilleurs délais.

(٤) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز، ج ٢، مصدر سابق، ص ١٣٤.

ثانياً / الإعذار

يُعد الإعذار وسيلة من وسائل الوقاية من الضرر، فهو إجراء فرضته القوانين على أحد أطراف العلاقة القانونية إتجاه الطرف الآخر، ويُعد كذلك قيداً قانونياً على استحقاق التعويض إذ لا يمكن المطالبة به إلا بعد قيام المتضرر بتوجيه إنذار إلى الطرف الثاني ينذره بضرورة تنفيذ إلتزامه، وكل ذلك في غير الحالات التي أَسْتثْنَاهَا القانون من ضرورة توجيه الإعذار^(١).

ويطلق على الإعذار « الأخطار » أو « الإنذار » أو « التنبيه » ويقصد به (تنبيه المدين بأنه متهاون في التنفيذ عند الأجل)^(٢)، ويعرف بأنه (وضع المدين موضع المتأخر في تنفيذ ألتزامه أن لم يوفَّ به فوراً، فالتأخير في التنفيذ حالة قانونية، الأصل فيها أنه لا يكفي لقيامها مجرد التأخير الفعلي، فمجرد حلول أجل الإلتزام لا يكفي لوضع المدين في هذه الحالة بل لا بد من أعذاره)^(٣).

وعند تعلق الأمر بالإلتزام مضمونه تسليم شيء معين بالذات، فإنَّ الإعذار يؤدي إلى أنتقال تحمل تبعة المخاطر إلى الطرف الآخر^(٤). فأن كانت يد المدين يد أمانة كيد المستأجر و الوديع، وهلك الشيء بسبب أجنبي فأن الشيء يهلك على مالكة وهو الدائن - المؤجر والمودع - غير أن الدائن إذا أعذر مدينه بوجوب التسليم تحولت يده من يد أمانة إلى يد ضمان، ويتحمل عندئذ المدين بالتسليم تبعة الهلاك.

غير أن للإعذار وظيفة عكسية تتحول من خلالها يد المدين من يد ضمان إلى يد أمانة، فقد تكون يد المدين يد ضمان ابتداءً، كما في حالة أنتقال الملكية بعقد فأن يد المالك القديم قبل التسليم يد ضمان، كما بيَّنا سابقاً، لكن بالإعذار تنتقل تبعة الهلاك على عاتق الدائن، فقد نصت المادة (١/٥٤٧) على أنه (إذا هلك المبيع في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري، يهلك على البائع ولا

(١) د. رعد عداي حسين، دور المتضرر في تخفيف الضرر في نطاق المسؤولية المدنية، "دراسة مقارنة"، منشورات الحلبي، ٢٠١٧، ص ٢٥٠.

(٢) د. عصمت عبد المجيد بكر، تنفيذ الإلتزام في القوانين المدنية العربية، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٧، ص ١٢٦.

(٣) د. رمضان أبو السعود، أحكام الإلتزام، دار الجامعة الجديدة، مصر، ٢٠٠٤، ص ٧٧.

(٤) د. عبد الحق صافي، القانون المدني، ط١، ج١، بلا دار نشر، ٢٠٠٧، ص ٢٤٠.

شيء على المشتري، إلا إذا حدث الهلاك بعد إعدار المشتري لتسلم المبيع...^(١)، وبذلك فإن الإعدار كان موجه من المدين بالتسليم إلى الدائن، مما أدى إلى تحول يده (المدين) من يد ضمان ابتداءً إلى يد أمانة.

أما القانون المدني الفرنسي بعد تعديله، قد نظم ((إعدار الدائن)) في المادة (١٣٤٥)^(٢) بفقراتها المختلفة، وبقدر تعلق الأمر بتحول اليد أو تحمل مخاطر الشيء كما أسماها المشرع الفرنسي، فقد نصت تلك المادة على أنه ((إذا رفض الدائن عند الاستحقاق، دون مبرر مشروع، تلقي الوفاء المستحق له، أو حال دون الوفاء بفعل منه، يجوز للمدين أن يعذره بقبوله أو بالسماح بتنفيذه. يوقف إعدار الدائن سريان الفوائد المتوجبة على المدين ويجعل مخاطر الشيء على عاتق الدائن، ما لم تكن على عاتقه من قبل، وذلك فيما عدا حالة الخطأ الجسيم أو التدليس من قبل المدين، الإعدار لا يقطع التقادم)).

ويتضح من هذا النص أن المشرع الفرنسي قد رتب على الإعدار آثار عدة، وما يعيننا منها في هذا المجال هو أن إعدار المدين لدائنه من شأنه أن ينقل تبعة الهلاك من الأول إلى الأخير، ومن ثم تحولت يده من يد ضمان إلى يد أمانة.

وفي مجال المعلومات الإلكترونية، وهي كل ما يمكن أنشاؤه أو تحليله أو تصميمه أو معالجته أو إنتاجه من بيانات الكترونية، بواسطة برامج الكترونية، بهدف تحقيق معرفة معينة ومحددة ومشروعة وأن تصلح أن تكون محلاً للتبادل أو الاتصال أو التأويل ومرنة بحيث يمكن تجزئتها ونقلها. أنه طالما أمكن أن تكون هذه المعلومات محلاً مستقلاً بذاته للالتزام في عقد البيع، فإنه بالإمكان تطبيق القواعد العامة في حالة تعرضها للهلاك بعد البيع وقبل التسليم، ويكون هلاكها في هذه الحالة على البائع إلا إذا كان قد أعذر المشتري بالاستلام فإنه هو (المشتري) من

^(١) وتقابلها المادة (٤٣٧) من القانون المدني المصري التي تنص على أنه ((إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه، أنفسخ البيع وأسترد المشتري الثمن إلا إذا كان الهلاك بعد إعدار المشتري لتسلم المبيع)).

^(٢) 1345 Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art

Lorsque le créancier, à l'échéance et sans motif légitime, refuse de recevoir le paiement qui lui est dû ou, l'empêche par son fait, le débiteur peut le mettre en demeure d'en accepter ou d'en permettre l'exécution. La mise en demeure du créancier arrête le cours des intérêts dus par le débiteur et; met les risques de la chose, à la charge du créancier, s'ils n'y sont déjà, sauf faute lourde ou dolosive du débiteur, Elle n'interrompt pas la prescription.

يتحمل تبعه هذا الهلاك ، ومن ثم لا يوجد ما يمنع تطبيق القواعد العامة إذا كان محل الإلتزام معلومات الكترونية^(١).

ثالثاً / العرض والإيداع

الوفاء هو الطريق الطبيعي لأنقضاء الإلتزام، ولكن قد يرفض الدائن هذا الوفاء دون مسوغ قانوني، لذلك وجدت فكرة العرض والإيداع لتحقيق العدالة التي تقضي ان لا يترك المدين تحت رحمة الدائن المتعنت في رفضه الوفاء أو إذا كانت هنالك ظروف من شأنها ان تجعل الوفاء للدائن مرهقاً أو متعذراً. وقد نظم المشرع العراقي العرض والإيداع في المواد (٢٧٧- ٢٨٥) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة (١٩٦٩) المعدل النافذ، كما نظمه القانون المدني في المواد (٣٨٥-٣٨٩) ^(٢).

ويُعرف العرض بأنه: إيداع المدين استعداده بتقديم الدين إلى الدائن بواسطة الجهة المختصة خلال مدة محددة يبادر فيها الدائن إلى استيفائه. أما الإيداع فيعرف بأنه تسليم ما عرض المدين الوفاء به للدائن لدى الكاتب العدل أو في صندوق المحكمة وذلك عند رفض الدائن تسلم ما تم عرضه عليه^(٣).

ولكي ينتج العرض والإيداع النتائج التي ينص عليها القانون، هنالك إجراءات على المدين القيام بها، وهذه الإجراءات تمر بثلاث مراحل. فهي تبدأ بإنذار يوجهه المدين للدائن بوجوب أستيفاء حقه في مدة مناسبة يحددها في الإنذار، فإذا لم ينفع الإنذار في حمل الدائن على أستيفاء حقه، أنتقل المدين إلى المرحلة الثانية، وهي مرحلة العرض الحقيقي، ويتم بإيداع الشيء في مكان معين. والمرحلة الثالثة والأخيرة هي حصول المدين على قبول الدائن للإيداع أو حصوله على حكم بصحته^(٤).

(١) ينظر / استاذنا د. ميري كاظم عبيد، علاء حسين حمد، هلاك المعلومات الالكترونية والأثر المترتب عليه " دراسة مقارنة "، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الرابع، السنة الثالثة عشر، ٢٠٢١، ص ١١٧٤.

(٢) تقابلها (٣٣٤ - ٣٤٠) من القانون المدني المصري.

(٣) د. عباس زبون العبودي، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية، دراسة مقارنة و معززة بالتطبيقات القضائية، ط١، دار السنهوري، بغداد، ٢٠١٥، ص ٤١٥.

(٤) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز، ج٢، مصدر سابق، ص ٤٠٢.

ونجد هذه المراحل الثلاثة فعلياً من خلال النصوص الثلاث الآتية : حيث نصت المادة (١/٣٨٥) من القانون المدني العراقي على أنه (إذا رفض الدائن دون مبرر قبول الوفاء المعروض عليه عرضاً صحيحاً أو إذا رفض القيام بالأعمال التي لا يتم الوفاء بدونها أو إذا أعلن أنه لن يقبل الوفاء فيجوز للمدين أن ينذر الدائن بوجوب استيفاء حقه في مدة مناسبة يحددها في الإنذار)^(١). كما نصت المادة (٢/٣٨٥) بأنه (ولا يتم إعدار الدائن إلا إذا أودع الشيء على ذمة الدائن بعد انقضاء هذه المدة و أنذاره بهذا الإيداع). في حين نصت المادة (١/٣٨٦) بأنه (يقوم الإيداع مقام الوفاء إذا قبله الدائن أو صدر حكم بصحته).

ولم يعد القانون المدني العراقي الدائن في حالة إعدار، إلا بعد قيام المدين بإيداع الشيء، بينما اعتبره القانون المدني المصري في حالة إعدار بمجرد عرض المدين الشيء عليه ورفض قبول الوفاء المعروض عليه على هذا النحو، وبعد تسجيل هذا الرفض رسمياً^(٢).

ومن أهم النتائج التي تترتب على الإعدار نتيجتان هما، أنقطاع سريان الفوائد و أنتقال تبعة الهلاك. وبقدر تعلق الأمر بآنتقال تبعة الهلاك، فأن يد المدين تتحول بالإعدار من يد ضمان إلى يد أمانة، ومن ثم فهو غير مسؤول عن هلاك الشيء أو تلفه إلا إذا نجم عن تعدٍ أو تقصير منه، والمدين هنا يستطيع التخلص من تبعة الهلاك نهائياً عن طريق العرض والإيداع^(٣). وقد نصت على هذا الحكم المادة (٢/٣٨٦) مدني عراقي بأنه (وفي هذه الحالة تكون نفقات الإيداع على

^(١) وتقابلها المادة (٣٣٤) من القانون المدني المصري التي تنص على أنه (إذا رفض الدائن دون مبرر قبول الوفاء المعروض عرضاً صحيحاً، أو رفض القيام بالأعمال التي لا يتم الوفاء بدونها، أو أعلن أنه لن يقبل الوفاء، أعتبر أنه قد تم إعداره من الوقت الذي يسجل المدين عليه هذا الرفض بأعلان رسمي).

والمادة (١/١٢٥٧) من القانون المدني الفرنسي التي تنص على أنه (إذا رفض الدائن أستلام ما يدفع له، جاز للمدين أن يعرض عليه الدفع عرضاً فعلياً، فإذا رفض الدائن هذا العرض، يحق للمدين إيداع المبلغ أو الشيء موضوع العرض).
(1257/1) Si le créancier refuse de recevoir ce qui lui est payé, le débiteur peut proposer de lui payer une offre réelle.

^(٢) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز، ج٢، مصدر سابق، ص ٤٠٤.

^(٣) د. عباس زيون العبودي، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية، مصدر سابق، ص ٤١٥ و ص ٤٢٠.

الدائن وهو الذي يتحمل تبعه هلاك الشيء من وقت الإيداع، ومن هذا الوقت أيضاً يقف سريان الفوائد^(١).

رابعاً / الاتفاق

من خلال الاطلاع على مفهوم يد الضمان ومصادرها وأحكامها، يمكننا أن نُعدّ الاتفاق سبباً لتحول اليد من ضمان إلى أمانة، وهو على صورتين :-

الصورة الأولى / في نطاق التعدي أو العمل غير المشروع، قد يتفق الطرفان على تحول اليد من ضمان إلى أمانة، ومثاله أن يتفق المالك مع الحائز شيء النية أو مع الغاصب، على أن يبقى الشيء تحت يده على سبيل الأمانة و لأي سبب يتفق عليه الطرفان، فالاتفاق صحيح ويترتب عليه أثره وهو تحول اليد إلى يد أمانة بعد أن كانت يد ضمان.

الصورة الثانية / في نطاق الالتزامات العقدية، قد تكون يد المتصرف يد ضمان ابتداءً، كيد البائع على المبيع قبل التسليم، فيتفق المشتري مع البائع على أن يبقى المبيع لديه بوصفه وديعة أو على سبيل الإجارة ونحو ذلك، فيُعد الاتفاق صحيحاً أيضاً، وينتج أثره بتحول اليد إلى يد أمانة بعد أن كانت يد ضمان.

ويمكن لنا أن نتلمّس تطبيقاً لهذه الصورة (الثانية) في المادة (١/٥٤٠) من القانون المدني العراقي التي تنص على أنه (إذا أجر المشتري المبيع قبل قبضه إلى بائعه أو باعه أو وهبه إياه أو رهنه له أو تصرف له فيه أي تصرف آخر يستلزم القبض، أعتبر المشتري قابضاً للمبيع).

^(١) وتقابلها المادة (٣٣٥) من القانون المدني المصري التي تنص على أنه (إذا تم إعدام الدائن، تحمل تبعه هلاك الشيء أو تلفه، ووقف سريان الفوائد، وأصبح للمدين الحق في إيداع الشيء على نفقة الدائن والمطالبة بتعويض ما أصابه من ضرر).
والمادة (٢/١٢٥٧) من القانون المدني الفرنسي التي تنص على أنه (أن العروض الفعلية المتبوعة بالإيداع تبرئ ذمة المدين، فنقوم تجاهه مقام الإيفاء عندما تحصل وفقاً للأصول ويصبح الشيء المودع على هذا النحو على مسؤولية الدائن).

1257/2 - Les offres effectives suivies du dépôt absout le débiteur, elles tiennent donc lieu de paiement envers lui lorsqu'elles sont obtenues dans les règles et la chose ainsi déposée devient à la charge du créancier.

المطلب الثاني

التزامات الضامن

عرفنا - فيما سبق - أن فكرة يد الضمان موجودة في القانون المدني كما هي موجودة في الفقه الإسلامي، وأنه يوجد في القانون المدني تطبيقات ليد الضمان تقوم على أسس تُقارب تلك الموجودة في الفقه الإسلامي، وأهم هذه التطبيقات تتمثل في يد البائع على المبيع قبل تسليمه إلى المشتري، ويد القابض في العقد الباطل، ويد الغاصب، ويد الحائز سيء النية ومدى مسؤوليته عن هلاك الشيء محل الحيازة.

وصاحب يد الضمان يكون ملزماً برد الشيء إلى صاحبه ما دام قائماً بعينه، أما إذا أستحال عليه الرد بسبب هلاك الشيء أو تلفه أو ضياعه سواء كان ذلك بتعدٍ أو تقصير منه أو بسبب أجنبي، فيكون ملزماً بالضمان بحسب طبيعة الشيء مثلياً كان أم قيمياً. وبناءً على ما تقدم سنقسم هذا المطلب على فرعين، نبين في الفرع الأول الالتزام بالرد، في حين نخصص الفرع الثاني للالتزام بالضمان.

الفرع الأول

الالتزام بالرد

يقسم الالتزام من حيث مدى العناية التي يجب على المدين أن يبذلها في تنفيذ التزامه، فهو إما أن يكون التزاماً ببذل عناية أو التزاماً بتحقيق غاية، ففي الالتزام ببذل عناية تبرأ ذمة المدين إذا بذل في تنفيذ التزامه القدر اللازم من العناية، أما الالتزام بتحقيق غاية هو الالتزام الذي لا تبرأ ذمة المدين فيه إلا إذا حقق الغاية^(١).

إنَّ الالتزام صاحب يد الضمان هو التزام بنتيجة مفادها رد الشيء الموضوع تحت يده إلى مالكه أو إلى من يجب عليه رده إليه، فهو بذلك ملزم بالمحافظة على هذا الشيء لأن ذمته لا تبرأ إلا برده. ويستوي التزام صاحب يد الضمان سواء كان وضع اليد بطريق مشروع كيد البائع على المبيع قبل التسليم وحالة وضع اليد على أثر عقد باطل، أو كان بطريق غير مشروع كيد الغاصب ويد الحائز

(١) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز، ج١، مصدر سابق، ص ٢٠.

سوء النية، أو كانت اليد في الأصل يد أمانة وتحولت إلى يد ضمان لقيام سبب من أسباب التحول. ففي جميع هذه الصور يلتزم صاحب يد الضمان بحفظ المال الذي تحت يده ورعايته والعناية به ليتمكن من رده إلى صاحبه لأن التزامه لا ينفذ إلا بتحقيق هذه النتيجة، وهي رد المال إلى من له الحق فيه^(١).

ولا خلاف بين الفقهاء المسلمين في أن الشيء إذا كان موجوداً وقائماً بعينه تحت يد الغاصب فأن الواجب عليه في هذه الحالة رده إلى مالكة بعينه^(٢). وذلك لقول الرسول (ص) «على اليد ما أخذت حتى تؤديه» ولقوله (ص) أيضاً «لا يأخذن أحدكم متاع أخيه لاعباً ولا جاداً، وإذا أخذ أحدكم عصاً أخيه فليردها»، ولا تتحقق التأدية إلا برد الشيء المأخوذ بعينه مادام قائماً وموجوداً^(٣).

ويجب رد المغصوب إلى المكان الذي أخذه منه ولو كلفه ذلك مؤنة ومشقة عظيمة لأنه مُعتدٍ آثم، فكانت مؤنة الرد عليه بالغة ما بلغت، وفي ذلك يقول أحد الفقهاء الحنابلة «يجب على الغاصب رد المغصوب إلى محله أن قدر الغاصب عليه أي على رده ولو كان رده بأضعاف قيمته أي المغصوب»^(٤).

بينما يذكر أحد فقهاء الإمامية بانه^(٥): «إذا نقل الغاصب المغصوب إلى غير مكان الذي غصبه منه، وجب عليه رده إليه أن كان مالكة يطالب به بغير إشكال، لأن الرد مقدمة الواجب وأن أمكن

(١) د. ليلي عبدالله الحاج، مصدر سابق، ص ١٥٦-١٥٧.

(٢) ينظر: الحلي، شرائع الإسلام، ج ٢، مصدر سابق، ص ٢٣٩.

- ابن قدامة، المغني، ج ٢، مصدر سابق، ص ٢٧٦.

- الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٩، مصدر سابق، ص ٤٤١٥.

- ابن رشد، بداية المجتهد، ج ٢، مصدر سابق، ص ٣١٧.

- أبو أسحاق الشيرازي، المذهب، مصدر سابق، ص ٣٧٤.

(٣) الزيلعي، تبیین الحقائق، ج ٥، مصدر سابق، ص ٢٢٢.

- المرتضى، البحر الزخار، ج ٤، مصدر سابق، ص ١٧٨.

(٤) البهوتي، كشف القناع، ج ٤، مصدر سابق، ص ٦٥.

(٥) زين الدين بن علي بن أحمد الملقب بالعاملي، الشهيد الثاني، مسالك الأفهام في شرح شرائع الإسلام، ج ٢، مصدر سابق.

إيصاله إلى مالكه بغيره، تخير المالك بين أن يقبضه حيث يدفعه إليه وبين أن يأمره برده إلى مكانه الأول^(١).

ويترتب على رد الشيء إلى مالكه براءة الضامن من الضمان، سواء علم المالك بالرد أو لم يعلم، كأن كان الشيء طعاماً مغصوباً فقدمه الغاصب لمالكه فأكله وهو لا يعلم أنه طعامه، فإن الضامن يبرأ من الضمان عند الحنفية، وحجتهم في ذلك، أن إثبات اليد على أمر حسي لا يختلف بالعلم أو الجهل، وإذا لم يكن العلم شرطاً لتحقيق الغصب فلا يكون شرطاً لبطلانه^(٢). بينما يرى الشافعية^(٣) أنه يشترط علم المالك بأن ما يرد إليه هو ماله الذي يملكه، وحجتهم في ذلك أن الضامن قد غرّ المالك وخدعه بذلك، حيث لم يعلمه أنه ملكه، فكأنه لم يرده، لذا لا يبرأ من الضمان.

أما على صعيد القانون، فقد أشارت المادة (١٩٢) من القانون المدني العراقي إلى إلزام الضامن برد العين إلى صاحبها، وذلك عندما نصت على أنه (يلزم رد المال المغصوب عيناً وتسليمه إلى صاحبه في مكان الغصب إن كان موجوداً، وإن صادف صاحب المال الغاصب في مكان آخر وكان المال المغصوب معه فإن شاء صاحبه أسترده هناك، وإن طلب رده إلى مكان الغصب فمصاريف نقله ومؤونة رده على الغاصب، وهذا دون إخلال بالتعويض عن الأضرار الأخرى)^(٤).

كما نصت المادة (١٩٧) مدني عراقي على أنه (المغصوب أن كان عقاراً يلزم الغاصب رده إلى صاحبه مع أجر مثله...)^(٥). في حين أشارت المادة (١٩٩) من القانون ذاته إلى مسؤولية غاصب

(١) الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندي، ط٣، ج٥، دار أحياء التراث العربي، بيروت، ١٩٨٠، ص١٣٢.

(٢) الشيخ محمد الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، مصدر سابق، ص٢٧٧.

(٣) وتقابلها المادة (٨٩٠) من مجلة الأحكام العدلية التي تنص على أنه (يلزم رد المال المغصوب عيناً وتسليمه إلى صاحبه في مكان الغصب أن كان موجوداً، وأن صادف صاحب المال الغاصب في بلدة أخرى وكان المغصوب معه، فإن شاء صاحبه أسترده هناك وأن شاء طلب رده إلى مكان الغصب وتكون مصاريف نقله ومؤونة رده على الغاصب).

(٤) وتقابلها المادة (٩٠٥) من مجلة الأحكام العدلية التي تنص على أنه (المغصوب أن كان عقاراً يلزم الغاصب رده إلى صاحبه بدون تغييره وتنقيصه...).

الغاصب ومدى التزامه بالرد، وذلك عندما نصت على أنه (إذا رد غاصب الغاصب المال المغصوب إلى الغاصب بيراً وحده، وإذا رده إلى المغصوب منه بيراً هو والأول).

ويتضح أن المشرع العراقي قد ألزم الغاصب برد المغصوب عينه إلى مالكه أو من ينوب عنه أن كان باقياً، ولا يقبل منه رد غيره وأن كان أفضل منه في النوع والقيمة، ويجب أن يكون الرد فوراً سواء أكان المغصوب منقولاً أم عقاراً، لأن حق المغصوب منه متعلق بعين المغصوب فلا ينقضي التزام الغاصب ولا يبرأ ذمته إلا برد عينه، ولا يجوز للغاصب دفع القيمة عوضاً عن المغصوب مادام باقياً، لأن الأصل أن يرد عيناً^(١).

وإذا كان الشيء منقولاً وقام الغاصب بنقله إلى مكان آخر، فالواجب عليه أن يرده إلى المكان نفسه الذي أخذه منه إذا كان لحمله مؤنة، أما إذا كان المغصوب مما لا يحتاج إلى تكاليف نقل، كالأوراق التجارية والنقود فالواجب على المغصوب منه أن يستلمه من الغاصب في محل وجوده، وينطبق الحكم نفسه في حالة وجوب رد المثل إذ يجب رده إلى مكان الغصب ونفقات الرد على الغاصب أيضاً. و الحكمة من إلزام الغاصب برد المغصوب إلى مكان غصبه هي لتفاوت القيم بتفاوت الأماكن، و بمثابة العقوبة التي تفرض على الغاصب بوجوب رد المغصوب إلى مكان الغصب، وإذا كان المغصوب عقاراً وجب على الغاصب الخروج منه بنية عدم العودة إليه مع تمكين المغصوب منه^(٢).

وهناك من ينتقد^(٣) موقف المشرع العراقي في نص المادة (١٩٢) مدني، إذ لم يتطرق لشرط كون المستلم للمغصوب أهلاً للتمييز والمحافظة على المغصوب وهذا الشرط منصوص عليه في جميع المرجع الفقهية، كما اشارت اليه المادة (٨٩٦) من مجلة الأحكام العدلية^(٤). كما أتبع المشرع أسلوب الحنفية في تعويض الأضرار دون النص الصريح على "أرش النقص" وهو الفرق

(١) د. عبد القادر الفار، مصادر الالتزام، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني، مكتبة دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٤، ص ٢٠٤-٢٠٥.

(٢) د. عبد القادر الفار، مصدر سابق، ص ٢٠٤-٢٠٥.

(٣) د. مصطفى إبراهيم الزلمي، نظرية الالتزام، برد غير المستحق، مصدر سابق، ص ٢٩٣.

(٤) حيث نصت المادة (٨٩٦) على أنه (إذا كان المغصوب منه صيباً ورد الغاصب إليه المغصوب، فإن كان مميزاً وأهلاً لحفظ المال يصح الرد وإلا فلا).

بين قيمة كون الشيء سليماً وقيّمته معيباً الذي أقره جمهور فقهاء الشريعة، وكل ما في الأمر أن المشرع نقل نص المادة من المجلة دون تبديل كلمة واحدة منها.

وقد جاء موقف القضاء تطبيقاً لنصوص القانون، حيث يلزم الغاصب برد المغصوب إلى صاحبه، وهذا ما قضت به محكمة التمييز الاتحادية في العديد من قراراتها^(١)، ومنها قرارها الصادر عام (٢٠١٩) الذي يقضي بأنه (وحيث أن المغصوب أن كان عقاراً يلزم الغاصب برده إلى صاحبه مع أجر مثله تطبيقاً لنص المادة ١٩٧ مدني)^(٢).

كما قضت المحكمة ذاتها في قرار آخر صادر عام (٢٠١٨) بأنه (الأصل العام عند قيام الإدارة بوضع يدها على الملكية الخاصة دون أتباع الإجراءات اللازمة المنصوص عليها في قانون الاستملاك تعتبر غاصبة والغاصب ملزم برد العقار المغصوب إلى صاحبه وذلك استناداً لصراحة نص المادتين (١٩٧ - ١١٧٦) من القانون المدني ولا يصار إلى بدله إلا إذا تعذر إعادة الأصل لأستحالة ذلك لأعتبارات معينة ومحددة)^(٣).

ومع ذلك نلاحظ في الآونة الأخيرة إنّ محكمة التمييز الاتحادية وبقدر تعلق الامر بالتزام الضامن بالرد، قد راعت في قراراتها أموراً معينة تصبّ في المصلحة العامة، فإذا تعارضت مصلحة المغصوب منه مع فعل الغاصب (واضع اليد) وكان في فعله تحقيقاً لمصلحة عامة، فتغلب المصلحة العامة، من دون إهدار لحق المغصوب منه (المدعي) للمطالبة بالتعويض، متذرة في ذلك بالدواعي الأمنية، ومستندة إلى قواعد عامة كقاعدة الضرورات تبيح المحظورات وقاعدة الضرر الخاص يتحمل لدرء الضرر العام، مقيّدة بذلك حكم المادة (١٩٧) مدني عراقي الذي يلزم الغاصب برد المغصوب أن كان عقاراً.

حيث قضت المحكمة ذاتها في قرار لها صادر عام (٢٠١٩) مفاده (حيث أن المادة (١٩٧) مدني ألزمت الغاصب برد المغصوب إلى صاحبه مع أجر مثله، ولكن وحيث إنّ الضرورات تبيح

(١) ومنها قرارها بالعدد (٢٥ / الهيئة المدنية / ٢٠١٩) في (٢٠١٩/١/٢).

- وأيضاً قرارها بالعدد (١٥ / الهيئة المدنية / ٢٠١٩) في (٢٠١٩/١/٢).

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية، بالعدد (٤٣٦ / الهيئة المدنية / ٢٠١٩) في (٢٠١٩/١/٢١).

(٣) قرار محكمة التمييز الاتحادية، بالعدد (٥٠ / الهيئة الموسعة المدنية / ٢٠١٨) في (٢٠١٨/٨/١٦).

المحظورات ولكنها تقدر بقدرها المادة (١/٢١٢) مدني، وحيث إن الاضرار لا يبطل حق الغير إبطالاً كلياً، وحيث إن الضرر الخاص يتحمل لدرء الضرر العام، وبالتالي فأن أشغال المدعى عليه لعقار المدعين وأن كان يشكل عملاً غير مشروع إلا أن الأشغال كان لأغراض إسكان النازحين ولأسباب إنسانية محضة، ومعه تكون دعوى المدعين لرفع التجاوز واجبة الرد وبإمكانهم المطالبة بالتعويض أن كان له مقتضى^(١).

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية، بالعدد (٥٢٣٨/ الهيئة المدنية / ٢٠١٩) في (٢٨/٨/٢٠١٩)

- حيث جاء فيه أنه (... ان التحقيقات الجارية من قبل محكمة الموضوع فانه وعند قيام عصابات داعش الإرهابية باحتلال مدن محافظة صلاح الدين وجود عمليات عسكرية وقصف متبادل ما بين القوات الأمنية والعصابات الإرهابية في ضفة الساحل الايسر للموصل وقضاء الحويجة ومناطق جنوب الموصل وعدم استيعاب مخيمات بيبي وتكريت فقد تم فتح مخيم في قضاء الشرايط في بستان يدعي (بستان الشيوخ) وان الثابت من محضر انتهاء المشروع المؤرخ في ٢٠١٦/١٢/١٢ المتضمن اجراء الكشف الفني من قبل الفريق لبرنامج الامم المتحدة الانمائي واللجنة الفنية المختصة والمشكلة بالأمر الاداري المرقم ٨٨ في ٢٠١٦/١١/٣ من قبل مديرية التخطيط والمتابعة في محافظة صلاح الدين فقد تم المصادقة على اكتمال فقرات والاعمال المتعلقة بأنشاء مخيم بساتين الشيوخ للنازحين في محافظة صلاح الدين الى شركة صقر الفحل للمقاولات العامة من قبل برنامج الامم المتحدة الانمائي وحيث تبين ان ادارة المخيم تدار من قبل دائرة المدعى عليه (المميز) وان محضر الكشف والمعاينة من قبل محكمة الموضوع في ٢٠١٩/٤/٣٠ تبين انشاء المخيم للنازحين وشمل على عدد كبير من الخيم ومشغول من قبل النازحين و بإدارة كاملة من دائرة المدعى عليه (المميز) ووجود مجمع صحي للعلاج ومجمع للصحيات وللمولدات الكهربائية وان تقرير الخبير المساح يشير الى اقامة المخيم على القطع المرقمة ١/٨٨ و ٦/٨٨ و ٥/٨٨ و ٤/٨٨ و ٣/٨٨ المملوكة للدولة وان المدعين (المميز عليهم) هم اصحاب الحقوق التصرفية فيها وحيث ان المدعين طلبوا الزام المدعى عليه برفع التجاوز باعتباره ان وضع يد المدعى عليه على العقارات العائدة لهم تمت بصورة غير مشروعة وتحت فعل الغصب وان احكام المادة (١٩٧ مدني) قد ألزمت الغاصب برد المغصوب الى صاحبه مع اجر مثله واذا تلف العقار او طرا على قيمته نقض ولو بدون تعد من الغاصب لزمه الضمان الا ان القانون المدني العراقي قد نص في المواد من (٢١٤/٢١٢) على احكام مشتركة للأعمال غير المشروعة وهي ان الضرورات تبيح المحظورات ولكنها تقدر بقدرها (المادة ١/٢١٢ مدني) وان المادة ٢١٣ قد نصت الى انه يختار اهون الشرين فاذا تعارضت مفسدتان روعي اعظمها ضررا ويزال الضرر الاشد بالضرر الاخف ولكن الاضرار لا يبطل حق الغير ابطالا كلياً فمن سبب ضرراً للغير وقاية لنفسه او لغيره من ضرر محقق يزيد كثيراً على الضرر الذي سببه لا يكون ملزماً الا بالتعويض الذي تراه المحكمة مناسباً وان المادة (١/٢١٤) مدني قد نصت على انه يتحمل الضرر الخاص لدرء الضرر العام وحيث ان معاناة النازحين جراء فقد ديارهم وممتلكاتهم لازالت مستمرة وهذه من الامور العامة التي يجب علم الكافة بها وان التحقيقات التي انتهت اليها المحكمة اثبتت بما لا يقبل الشك بان المخيم لا يزال مشغولاً من قبل النازحين وان القول بالزام دائرة المدعى عليه (المميز) برفع التجاوز والغاء المخيم ورفع تعريض ارواح الساكنين من النازحين الى خطر حقيقي محقق يلحق بهم سيما وان هدف دائرة المدعى عليه (المميز) وهي منظمة اجنبية هو انساني محض وحيث ان المواد المتقدمة والمشار اليها قد غلبت حالة الاضرار ومنها حالة النزوح التي مر بها ابناء المناطق المشار اليها قد قيدت حق الفرد

ويبدو إن المحكمة أقرت بوجود التجاوز على عقار المدعي من خلال إشغال النازحين له غير أنها لم تعد ذلك غصباً ولم تستجب لطلب الرد، مراعاة للمصلحة العامة، وأستجابة لحالة الضرورة، مكثفة بإعطاء الحق للطرف الآخر (المدعي) المطالبة بالتعويض.

الفرع الثاني

الالتزام بالضمان

عرفنا فيما سبق أن تطبيقات أو صور يد الضمان في الفقه الإسلامي والقانون كثيرة، فمنها يد الغاصب على المغصوب، ويد الملتقط على مال اللقطة إذا أخذه بنية تملكه وعدم رده إلى مالكه، ويد البائع على المبيع قبل التسليم، ويد القابض في العقد الباطل، ويد الحائز بسوء نية على وجه العموم.

وصاحب يد الضمان مسؤول مسؤولية مطلقة سواء في الفقه الإسلامي أو في القانون المدني عن هلاك الشيء تحت يده حتى ولو كان هذا الهلاك راجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه، فمسؤولية صاحب يد الضمان مسؤولية مشددة، والواقع أن هذا التشديد يتفق مع السبب الذي أدى إلى وضع اليد على ملك الغير، فجعله مسؤولاً عن هلاك محل الحيازة حتى ولو كان هذا الهلاك ناشئاً عن سبب أجنبي ومن ثم ضمان مثله أو قيمته، مع الأخذ بنظر الاعتبار محاولة البعض عدّ ضمان اليد مصدراً سادساً للالتزام من خلال وضع معايير لتمييزه عن مصادر الالتزام الأخرى.

ولغرض تبسيط دراسة هذا الفرع والاحاطة بمفرداته ارتأينا تقسيمه على أربع فقرات، نعقد الأولى لمحاولة عدّ ضمان اليد مصدراً سادساً للالتزام، ونبين في الثانية التطبيقات التشريعية لضمان اليد، ونوضح في الثالثة كيفية ضمان اليد، في حين نخصص الفقرة الرابعة لرأينا بخصوص عدول محكمة التمييز الاتحادية عن مبدأ سبق وان قررته بشأن ضمان اليد، وكما يأتي..

ومنها الملكية مقابل درء الاخطار المحدقة المنصوص عليها ومنها حالة النازحين في المناطق التي تعرضت الى عدوان عصابات داعش الارهابية من كل ما تقدم كان المتعين على محكمة الموضوع ان تقضي وللاسباب المشار اليها انفا برد دعوى المدعين (المميز عليهم) مع الاحتفاظ لهم بحق اقامة دعوى المطالبة بالتعويض طبقا لنص المادة (٢١٣/٢ مدني) العجز الاخير ان كان لذلك مقتضى قانوني وبما انها سارت خلافا لما تقدم لذا قرر نقض الحكم المميز واعادة اضبارة الدعوى الى محكمتها لإتباع ما تقدم على ان يبقى الرسم التمييزي تابعا للنتيجة وصدر القرار بالاتفاق في ٢٨/٨/٢٠١٩م.

أولاً / محاولة عدّ ضمان اليد مصدراً سادساً للالتزام

قبل أن نبين كيفية ضمان اليد في الفقه الإسلامي ونصوص القانون المدني، لابد لنا من أن نشير إلى مسألة تطرق إليها البعض، ألا وهي إعتبار وضع اليد على ملك الغير وما ينشأ عنه من ضمان، مصدراً سادساً للالتزام، ومحاولة تمييز ضمان اليد عن مصادر الالتزام الخمس الأخرى، فقد يتداخل ضمان اليد مع المصادر الأخرى المنشئة للالتزام، إذ أن وضع اليد على ملك الغير قد ينشأ عن عقد كعقد العارية، أو بالإرادة المنفردة لوضع اليد كما في حالة اللقطة، أو بفعل المالك كالمدفع دون حق، أو بنص القانون كيد الوصي على مال الصغير، لذلك جاء البعض بمحاولة التمييز بينهما تلافياً لما قد يكتنف الموضوع من إبهام أو غموض. وسنقتصر هنا على حالتي العقد، والعمل غير المشروع (المسؤولية التقصيرية).

ففي نطاق العقد، فإن الأمر قد يدق في بعض الأحيان^(١)، وخاصة إذا ما تبين أن العقد كان باطلاً أو موقوفاً وأبطل، أو تم فسخه لسبب ما، أو كان معلقاً على شرط فاسخ وتحقق الشرط، ففي جميع هذه الأحوال لا يمكن رد التزامات واضع اليد على المال المملوك للأخر إلى العقد، لأن هذا الأخير لم يعد له وجود ومن ثم لا يمكن أن يسند على أساسه الالتزام.

ومن ناحية أخرى فإن الأمر يدق أيضاً في حالة انتهاء عقد من عقود المدة، كعقد الإيجار أو العارية، مع بقاء الشيء تحت يد المتعاقد الآخر، كما لو أنتهى عقد الإيجار وبقي المأجور تحت يد المستأجر، أو أنتهى عقد العارية وبقي الشيء المستعار تحت يد المستعير، فالتزام المستأجر أو المستعير في مثل هذه الأحوال لا يمكن أن يكون إلا استناداً إلى نظرية ضمان اليد، مادام العقد قد أنتهى ولم يبق له أثر في تحديد العلاقة بين ذوي الشأن.

كما أن هلاك المأجور أو العارية في مثل هذه الأحوال - بعد انتهاء مدة العقد - لا يؤدي إلى نهوض المسؤولية العقدية، إذ أن هذه المسؤولية لا تنهض إلا بوجود عقد صحيح والاخلال بالالتزام ناشئ عن هذا العقد، الأمر الذي لا يمكن تصوره بعد انتهاء مدة العقد. فقد نصت المادة (٧٧٣) من القانون المدني العراقي على أنه (يبقى المأجور أمانة عند المستأجر عند إنقضاء الأجرة كما كان أثناءها فإذا أستعمله المستأجر بعد إنقضاء الأجرة وتلف ضمن...). فهذه المادة تشير

(١) لتمييز العقد عن ضمان اليد، ينظر / د. ليلي عبدالله الحاج، مصدر سابق، ص ٨٣ وما بعدها.

صراحة إلى أنتهاء عقد الإيجار وبقاء المأجور أمانة في يد المستأجر، ومن ثم يكون المشرع قد أستبعد صراحةً تطبيق أحكام العقد في هذه الحالة، ومن ثم يقتضي الأمر تطبيق أحكام نظرية ضمان اليد، وكذلك الحال بالنسبة إلى عقد العارية فقد ألزم المشرع العراقي المستعير برد العارية إلى المعير بعد أنتهاء الإعارة^(١).

أما بصدد تمييز ضمان اليد عن المسؤولية التقصيرية، فالمسؤولية التقصيرية عبارة عن الزام من أحدث ضرراً غير مشروع بالغير بتعويض هذا الضرر، ولها أركان ثلاثة لا بد من توافرها لتنهض هذه المسؤولية، وهذه الأركان هي الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما، ويُعد الخطأ أهم أركان المسؤولية وأدقها، فإذا أنعدم فلا مسؤولية، فالقاعدة العامة في الفقه أن لا مسؤولية حيث لا خطأ، فإذا توافرت هذه الأركان ترتب على هذه المسؤولية حكمها وهو وجوب التعويض^(٢).

ويظهر الفرق بين ضمان اليد بوصفه مصدراً من مصادر الالتزام وبين المسؤولية التقصيرية بشكل كبير^(٣)، فالمسؤولية التقصيرية لا تنهض إلا بخطأ يترتب عليه الضرر، أما الالتزامات التي تنشأ عن ضمان اليد فأن سبب نشوئها هو واقعة وضع اليد على ملك شخص آخر، وفي الغالب يكون وضع اليد مشروعاً، كيد البائع على المبيع قبل التسليم ويد المقبوض في العقد الباطل والمقبوض على السوم، ومن ثم لا يكون هناك خطأ، وبعبارة أخرى أن الالتزامات الناشئة عن وضع اليد تترتب دون حاجة إلى وجود الخطأ أو الضرر أو العلاقة السببية بينهما، وهي الأركان التي لا بد من اجتماعها لقيام المسؤولية التقصيرية.

ولا يختلف الحال إذا كان وضع اليد بطريق غير مشروع، فهو يتميز أيضاً عن المسؤولية التقصيرية، ولعل أقرب مثال لتوضيح ذلك هو الغصب الذي عالجته المشرع العراقي ضمن أحكام

(١) حيث نصت المادة (٨٦٠) مدني عراقي على أنه (١- متى أنتهت الأعارة وجب على المستعير أن يرد العارية إلى المعير بنفسه أو على يد أمينة فأن كانت من الأشياء النفيسة سلمها ليد المعير نفسه، وإلا فلمن يقضي الاتفاق أو العرف تسليمها إليه).
٢- إذا أخل المستعير بالالتزام المتقدم ذكره وتلفت العارية أو نقصت قيمتها، لزمه الضمان).

(٢) وقد نظم المشرع العراقي ((العمل غير المشروع)) كمصدر من مصادر الالتزام في المواد (١٨٦-٢٣٢)، وقد أستمد القانون المدني الأحكام التي أوردها في هذا الباب من مرشد الحيران ومجلة الأحكام العدلية، ويلاحظ على هذه الأحكام أن واضعها لم يحاول أن يصوغ منها نظرية عامة تربط بينهما. ينظر/ د. عبد المجيد الحكيم، الموجز، ج ١، مصدر سابق، ص ٤٨٦-٤٨٧.

(٣) ينظر بشأن تمييز المسؤولية التقصيرية عن ضمان اليد / د. ليلي عبدالله الحاج، مصدر سابق، ص ٨٩ وما بعدها.

المسؤولية التقصيرية وكأنه صورة منها أو تطبيق من تطبيقاتها، حيث عدّ الغصب من الأعمال غير المشروعة التي ترد على الأموال إلى جانب الأتلاف فتوجب مسؤولية الغاصب، في حين أن الغصب يختص بأحكام تميزه عن المسؤولية التقصيرية، فحكم تحقق أركان المسؤولية التقصيرية هو وجوب التعويض^(١)، في حين أن الحكم المترتب على الغصب هو إلزام الغاصب برد المغصوب عيناً، إذ لا يلتزم الغاصب بالتعويض إلا إذا وجدت أضرار أخرى ناشئة عن الغصب^(٢)، فالأصل أن يلتزم الغاصب برد المغصوب عيناً أن كان قائماً بوصفه واضع يد على ملك الغير، أي أن حكم الغصب هو الرد أصلاً وليس التعويض.

ومن جهة أخرى، يلاحظ أن دعوى المسؤولية التقصيرية هي من الدعاوى الشخصية التي ترد للمطالبة بالتعويض عن حق شخصي، في حين أن الدعوى المتعلقة باسترداد المال المغصوب هي دعوى عينية - دعوى استرداد - ترد للمطالبة بحق عيني. كما أن دعوى المسؤولية لا تُسمع بعد إنقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المتضرر بالضرر، وبالشخص الذي أحدثه، ولا تُسمع في جميع الأحوال بعد مرور خمس عشرة سنة^(٣)، بينما لا يرد الأسقاط على دعوى استرداد المغصوب.

ويخضع لحكم الغصب كل وضع يد على ملك الغير بطريق غير مشروع أو بطريق مشروع إذا أخل صاحب اليد بالتزامه أو نص القانون على ضمانه، وهذا ما نصت عليه المادة (٢٠١) من القانون المدني العراقي بأنه (الحال الذي هو مساوٍ للغصب في إزالة التصرف حكمه حكم الغصب، فالوديع إذا أنكر الوديعة يكون في حكم الغاصب، وبعد الإنكار إذا تلفت الوديعة في يده بلا تعدٍ يكون ضامناً). ويؤكد نص المادة هذا على تطبيق أحكام الغصب على خيانة الوديع

(١) د. حسن علي ذنون، النظرية العامة للالتزامات، دار الحرية للطباعة والنشر، بغداد، ١٩٧٦، ص ٢٥١. نقلاً عن / د. ليلي عبدالله الحاج، مصدر سابق، ص ٩٠.

(٢) ينظر المادتين (١٩٢-١٩٣) من القانون المدني العراقي.

(٣) وهذا ما أشارت إليه المادة (٢٣٢) من القانون المدني العراقي التي تنص على أنه (لا تسمع دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بعد أنقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المتضرر بحدوث الضرر وبالشخص الذي أحدثه ولا تُسمع الدعوى في جميع الأحوال بعد أنقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع).

للوديعة، ومن المعلوم أن الوديعة عقد نظمت احكامه بموجب المادة (٩٥١) وما بعدها^(١) من القانون المدني العراقي، وإذا أردنا أن نعوض الأضرار الناشئة عن الأخلال بالتزام ناشئ عن الوديعة وجب علينا التعويض وفق أحكام المسؤولية العقدية لا التقصيرية، وعلى ذلك فإن هذا النص (٢٠١) يتعلق بحكم هلاك المال تحت يد الضامن مهما كان مصدر وضع اليد على ملك الغير، بمعنى آخر أن حكم يد الضمان لا يتغير بتغير المصدر المنشئ له.

وهناك من يوجب ويرى بوجود معيار مهم لتمييز ضمان اليد عن المسؤولية التقصيرية، مفاده أن السبب الأجنبي يقطع العلاقة السببية بين الخطأ والضرر ومن ثم يؤدي إلى عدم قيام المسؤولية التقصيرية لانتفاء احد اركانها، في حين أن وجود هذا السبب الأجنبي لا يعني أنتفاء الضمان في حالة الغصب، فالغاصب يضمن هلاك المغصوب سواء أكان الهلاك بسببه أم بسبب أجنبي. وبذلك يرى صاحب هذا الرأي أن بعض القوانين المدنية ومنها القانون المدني العراقي تنظم صورة خاصة ثلاثة للمسؤولية المدنية تتمثل بمسؤولية الغاصب (ضمان اليد)، وأن هذه المسؤولية تركز على أركان ثلاثة هي الخطأ والضرر والعلاقة السببية وأن ما يميزها عن المسؤولية التقصيرية أن ركن الخطأ فيها مفترض فرضاً قاطعاً، وأن العلاقة السببية فيها من القوة بحيث أنها لا تنقطع، فلا تنقطع بالقوة القاهرة ولا بالحادث الفجائي ولا بفعل الغير، خلافاً للمسؤولية التقصيرية^(٢).

فالسبب الأجنبي ينفي الضمان في يد الأمانة لا في يد الضمان، فيد البائع قبل التسليم ويد الغاصب ويد الحائز سيء النية يد ضمان ومن ثم التزامهم بالتزام بتحقيق غاية لا ينتفي بالسبب الأجنبي، وما دام السبب الأجنبي لا ينفي الضمان إذا كانت يد المدين يد ضمان فلا جدوى من إثباته، لأنه حتى لو ثبت لا يرفع الضمان ومن ثم لا محل للتساؤل عما يقع عليه عبء الإثبات. أما إذا كانت يد المدين يد أمانة تنتفي المسؤولية ولا يضمن إذا هلك الشيء بسبب أجنبي^(٣). وهذا يُعد تطبيقاً لنص المادة (٢١١) مدني عراقي التي تنص على أنه (إذا اثبت الشخص أن الضرر قد

(١) حيث نصت المادة (٩٥١) على أنه (الإيداع عقد به يحيل المالك أو من يقوم مقامه حفظ ماله إلى آخر ولا يتم إلا بالقبض).

(٢) د. أكرم محمود حسين البدو و د. حبيب إدريس عيسى، ضمان المغصوب - دراسة تحليلية مقارنة، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد (١٧)، العدد (٦١)، السنة (١٩)، ٢٠١٤، ص ٢٣٠-٢٣١.

(٣) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج٦، مصدر سابق، ص ١٢٨-١٢٩.

نشأ بسبب أجنبي لا يد له فيه كافة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو خطأ المتضرر كان غير ملزم بالضمان ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك).

وقد طبق القضاء العراقي ذلك في العديد من قراراته ومنها قرار محكمة التمييز الاتحادية الذي مفاده انه (إذا كانت السيارة قد فقدت أثناء عمليات النهب والسلب التي حدثت أثناء دخول قوات الاحتلال حين كانت مودعة في كراج الدائرة ولم تكن بحوزة السائق فإن الأخير غير ملزم بالضمان استناداً لأحكام المادة (٢١١) من القانون المدني)^(١).

كما قضت المحكمة ذاتها في قرار صادر عام (٢٠٢٢) يقضي بانه (يكون الضرر الذي لحق بدائرة المدعي إضافة لوظيفته كان بسبب وجود القوة القاهرة التي تمثلت بسيطرة العصابات الإرهابية على المنطقة في فترة فقدان السيارة وبذلك تنتفي مسؤولية المدعي عليه بضمان الضرر عملاً بأحكام المادة (٢١١) من القانون المدني لعدم تحقق أركان المسؤولية المدنية ضده)^(٢).

ثانياً / التطبيقات التشريعية لضمان اليد

ان التطبيقات التشريعية المتعلقة بفكرة ضمان اليد ومدى المسؤولية عن هلاك الشيء أو تلفه كثيرة، وهي في مجملها لا تخرج عما حدده المشرع العراقي في معرض تنظيمه لـ ((قاعدة على اليد)) وبالتحديد في المادة (٤٢٦) من القانون المدني التي تنص على أنه (إذا أنتقل الشيء إلى يد غير صاحبه بعقد أو بغير عقد وهلك دون تعدٍ أو تقصير فأنت اليد بضمان هلك الشيء على صاحب اليد، وأن كانت يد أمانة هلك الشيء على صاحبه).

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية، بالعدد (٨٨١ / الهيئة المدنية / منقول ٢٠١٢)، في (٢٠١٢/٦/١٠).

حيث جاء في نص القرار (... ولدى النظر في الحكم المميز فقد وجد بانه صحيح وموافق للقانون ذلك ان السيارة المرقمة ٦٤٥٤/تجارة نوع دايو باص ٤٢ راكب كانت مودعة في كراج الشركة العامة للأسواق المركزية فرع الناصرية وتعرضت لأعمال السلب بتاريخ ٢٠٠٣/٩/٤ وهي داخل كراج الشركة وان الممثل القانوني لفرع الشركة قد افاد امام قاضي تحقيق الناصرية بتاريخ ٢٠١٠/١٠/٤ بأن السيارة كانت مودعة وقت الحادث في كراج الشركة ولم تكن بحوزة المدعي عليه ثم بين بأن دائرته لا تطلب الشكوى ضد المدعي عليه وعليه يكون المدعي عليه غير ملزم بالضمان استناداً للمادة (٢١١) من القانون المدني وتكون الدعوى تقتصر للسند القانوني الصحيح. ولما تقدم قرر تصديق الحكم المميز ورد الطعن التمييزي وتحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق في ١٩/رجب/١٤٣٣ هـ الموافق ٢٠١٢/٦/١٠ م).

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (٥ / الهيئة المدنية / ٢٠٢٢) في (٢٠٢٢/١/٤).

ومن أبرز تلك التطبيقات ما ورد في المادة (١٩٣) من القانون المدني العراقي التي تنص على أنه (يضمن الغاصب إذا أستهلك المال المغصوب أو أتلّفه أو ضاع منه أو تُلّف كله أو بعضه بتعديّه أو بدون تعديّه).

كما نصت المادة (١٩٧) على أنه (المغصوب أن كان عقاراً يلزم الغاصب رده إلى صاحبه مع أجر مثله، وإذا تُلّف العقار أو طرأ على قيمته نقص ولو بدون تعدٍ من الغاصب لزمه الضمان).

ويبدو لنا أن النصين يحملان نفس الحكم من حيث تحميل الغاصب مسؤولية هلاك الشيء أو تُلّفه، وأن كان النص الأول -١٩٣- أعم وأشمل، من حيث حكمه إذ يمكن أن يطبق على تضمين غاصب العقار والمنقول معاً. ومن ثم كان بالأمكان الاستغناء عن النص الثاني -١٩٧-. أما بخصوص الشق الأول منه المتعلق برد العقار المغصوب فيمكن تعويضه بما ورد في المادة (١٩٢) مدني عراقي التي تنص على أنه (يلزم رد المال المغصوب عيناً...).

ومهما يكن من أمر فإنّ المشرع أقام قرينة الخطأ في جانب الغاصب فيكفي من الطرف الآخر أن يثبت أن المال قد أستهلكه الغاصب أو أتلّفه كله أو بعضه أو ضاع منه لأعتبار الغاصب ضامناً، سواء أكان الهلاك أو التلّف أو الضياع بتعدي أو تقصير منه أو بدون ذلك.

وكذلك الحال إذا تصرف الغاصب في المال المغصوب معاوضة أو تبرعاً، وتُلّف المغصوب كلاً أو بعضاً، كان للمغصوب منه الخيار في تضمين من شاء، فأن ضمن الغاصب صح تصرفه، وأن ضمن من تصرف له الغاصب رجع على هذا الغاصب بضمان الأستحقاق وفقاً لأحكام القانون^(١).

أما عن غاصب الغاصب فإنّ حكمه حكم الغاصب، فإذا غصب أحد من الغاصب المال المغصوب وهلك في يده فالمغصوب منه مخير أن شاء ضمنه الغاصب الأول وأن شاء ضمنه الغاصب الثاني. وكذلك الحال إذا أتلّف شخص المال الذي هو في يد الغاصب فأن المغصوب منه بالخيار أن شاء ضمنه الغاصب وهو يرجع على المتلف وأن شاء ضمنه المتلف ولا يكون له

(١) المادة (٢٠٠) من القانون المدني العراقي.

الرجوع على الغاصب^(١). وفي جميع الأحوال فإن غاصب الغاصب لا يستطيع أن يكسب حقاً على المال المغصوب، وهذا ما طبقه القضاء العراقي، حيث جاء في قرار لمحكمة التمييز الاتحادية صادر عام (٢٠١٧) مفاده (أن حيازة الطرفين للعقار غير مشروعة وبذلك فإن المدعي لا يكتسب حقاً عليه ولا يكافأ على غصبه وأن كان المدعي عليهم غاصبين أيضاً لأن الحقوق تعود للمالك " وزارة المالية")^(٢).

ومن التطبيقات التشريعية الأخرى لمسؤولية الضامن، ما ورد في سياق المدفوع دون حق، حيث نصت المادة (٢/٢٣٣) بأنه (... ويلزمه الضامن من وقت أن صار سيء النية إذا هلك الشيء أو ضاع ولو بغير تعد منه)، كذلك ما ورد في المادة (١١٦٨) من القانون المدني العراقي التي تنص على أنه (إذا كان الحائز سيء النية فإنه يكون مسؤولاً عن هلاك الشيء أو تلفه، ولو كان ذلك ناشئاً عن حادث مفاجئ، إلا إذا أثبت أن الشيء كان يهلك أو يتلف ولو كان باقياً في يد من يستحقه).

ويلحظ من خلال هذا النص أن المشرع قد شدد مسؤولية الحائز سيء النية جزاءً على سوء نيته، حيث عدّه مسؤولاً عن هلاك الشيء أو تلفه سواء أكان الهلاك أو التلف بخطأ منه أو بحادث فجائي، لأن مجرد الحيازة بسوء نية تُعد خطأ كافياً لجعله مسؤولاً عن هلاك الشيء، كما أن الخطأ الذي أفترضه المشرع يُعد افتراضاً غير قابل لأثبات العكس لأنه يُعد مسؤولاً حتى وأن حصل

(١) المادة (١٩٨) من القانون المدني العراقي والتي تنص على أنه (١- غاصب الغاصب حكمه حكم الغاصب، فإذا غصب أحد من الغاصب المال المغصوب وأتلفه أو أتلف في يده فالمغصوب منه مخير أن شاء ضمنه الغاصب الأول وأن شاء ضمنه الغاصب الثاني، وله أن يضمن مقدراً منه الأول والمقدار الآخر الثاني. فإذا ضمن الغاصب الأول، كان لهذا أن يرجع على الثاني، وإذا ضمن الثاني فليس له أن يرجع على الأول. ٢- كذلك إذا أتلف أحد المال المغصوب الذي هو في يد الغاصب فإن المغصوب منه يكون بالخيار أن شاء ضمنه الغاصب وهو يرجع على المتلف وأن شاء ضمنه المتلف ولا يكون لهذا رجوع على الغاصب).

- وتقابلها المادة (٩١٠) من مجلة الأحكام العدلية التي تنص على أنه (غاصب الغاصب حكمه حكم الغاصب فإذا غصب من الغاصب المال المغصوب شخص آخر وأتلفه أو أتلف في يده فالمغصوب منه مخير أن شاء ضمنه الغاصب الأول وأن شاء ضمنه الغاصب الثاني وله أن يضمن مقدراً منه الأول والمقدار الآخر الثاني، ويتقدير تضمينه الغاصب الأول فهو يرجع على الثاني أما إذا ضمنه الثاني فليس للثاني أن يرجع على الأول).

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية، بالعدد (٣٥ / مدني / ٢٠١٧) في (٢٨/٣/٢٠١٧).

الهلاك أو التلف بحادث فجائي ما لم يثبت أن الشيء كان سيهلك أو يتلف ولو كان باقياً في يد من يستحقه. وقد - سبق أن بينا^(١) - انه كان الأولى بالمشرع أن يستعمل مصطلح ((السبب الأجنبي)) بدلاً عن ((حادث مفاجئ)) كون الأول أعم وأشمل من الثاني، وبخلاف ذلك يعني أن هلاك الشيء أو تلفه في يد الحائز سيء النية بحالات أخرى غير الحادث المفاجئ كالقوة القاهرة سوف يعفي الحائز من الضمان. هذا كله ما لم يثبت الحائز سيء النية أن الشيء كان سيهلك أو يتلف ولو بقي في يد مستحقه، كما لو ضرب زلزال منطقة المالك والحائز معاً فلا يبقى ولا يذر^(٢).

ثالثاً / كيفية الضمان

قبل أن نبين كيفية الضمان لا بد من الإشارة ابتداءً لأدلة مشروعية الضمان، فمن الأدلة الشرعية التي تستند إليها مسؤولية صاحب يد الضمان، قوله تعالى ((ياأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ منكم))^(٣). فالآية الكريمة صريحة في النهي عن أكل أموال الناس بالباطل والنهي دليل الحرمة، وصاحب يد الضمان الذي يضع يده على مال الغير بإذنه كالمستعير أو بغير إذنه كالغاصب مطالب برد ما تحت يده لمالكة مادام باقياً في يده، أو مثله أو قيمته أن كان قد تلف تحت يده، فإن أبى ذلك كان داخلاً في النهي الوارد في الآية الكريمة، وكان أكلاً لأموال الناس بالباطل، ولا معنى لذلك إلا أنه مسؤول عن أموال الناس التي يضع يده عليها^(٤).

وقول الرسول (ص) ((على اليد ما أخذت حتى تؤديه))^(٥)، وهذا الحديث يفيد إلزام صاحب اليد برد ما أخذه إلى صاحبه وإلا ظلت ذمته مشغولة به، فأن تلف أو هلك كان مسؤولاً عن هلاكه أو تلفه، فإنه يجب عليه رد بدل ذلك المال بالمثل أن كان مثلياً أو بالقيمة أن كان قيميماً، وهذا هو حقيقة الضمان^(٦).

(١) وذلك في الفرع الأول من المطلب الثاني من المبحث الأول من هذا الفصل.

(٢) سبق أن بينا عدم دقة الانتقادات التي وجهت إلى موقف المشرع العراقي هذا، وأوضحنا أن موقفه ينسجم مع تحقيق العدالة.

(٣) الآية (٢٩)، من سورة النساء.

(٤) الشيخ محمد رشيد رضا، تفسير المنار، ج٢، مصدر سابق، ص ١٥٧-١٥٨.

(٥) وأخرجه أبو داود (٣٥٦١)، والترمذي (١٣١٢)، والنسائي في "الكبرى" (٥٧٥١) من طريق سعيد بن أبي عروبة.

(٦) حمد بن محمد البستي الخطابي، معالم السنن، ج٣، المطبعة العلمية، حلب، ١٩٣٢، ص ١٧٥.

أما عن كيفية الضمان، فالسؤال الذي ينبغي الإجابة عنه في هذا المقام، انه إذا ما ثبتت مسؤولية صاحب يد الضمان فهل يلزم بضمان مثل الشيء الهالك أم قيمته أم له الخيار بين الأمرين ؟، للإجابة عن ذلك نبدأ بموقف الفقه الإسلامي الذي أنقسم على ثلاثة اتجاهات :-

الاتجاه الأول / يرى أصحاب الاتجاه الأول أن المثلي يضمن بمثله والقيمي بقيمته، وهذا هو رأي جمهور الفقهاء من الشافعية و الأمامية والحنفية والحنابلة والمالكية ^(١). ومن جملة ما ذكره الجمهور، قول أحد فقهاء الحنفية ^(٢) «المغصوب لا يخلو أما إن يكون مما له مثل، وأما أن يكون مما لا مثل له، فإن كان مما له مثل... فعلى الغاصب مثله، لأن ضمان الغصب ضمان اعتداء و الإعتداء لم يشرع إلا بالمثل... وأن كان مما لا مثل له فعليه قيمته لتعذر المثلية...». كما ذكر أحد فقهاء الأمامية ^(٣) «فإن تلف المغصوب ضمنه الغاصب بمثله أن كان مثلياً... فإن لم يكن مثلياً ضمن قيمته».

وقد أستدل هؤلاء الفقهاء في العديد من الأدلة أبرزها قوله تعالى «وأن عاقبتهم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به» ^(٤)، وقوله تعالى «فمن أعتدى عليكم فأعتدوا عليه بمثل ما أعتدى عليكم» ^(٥).

الاتجاه الثاني / يرى أصحاب الاتجاه الثاني، إلى أن الواجب هو القضاء بالمثل في كل تالف سواء أكان مثلياً أم قيمياً، كلما كان ذلك ممكناً، وهذا هو رأي الظاهرية وبعض فقهاء الحنابلة. حيث ذكر ابن حزم الظاهري ^(٦) «...وقال أصحابنا، المثل في كل ذلك ولا بدّ، فإن انعدم المثل

(١) ينظر / أبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، المذهب، مصدر سابق، ص ٢٣٨.

- نجم الدين بن الحسن المعروف بالمحقق الحلي، المختصر النافع في فقه الأمامية مصدر سابق، ص ٢٥٦.

- شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج ١١، مصدر سابق، ص ٥٠.

- محمد بن صالح العثيمين، الشرح الممتع على زاد المستقنع، مجلد (١)، ط ١، دار أبين الجوزي، الرياض، ١٤٢٦ هـ، ص ١٧٧.

- محمد بن جزي، القوانين الفقهية، مصدر سابق، ص ٢١٦ وما بعدها.

(٢) أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٧، مصدر سابق، ص ١٥٠ وما بعدها.

(٣) الحلي، شرائع الإسلام، ج ٢، مصدر سابق، ص ١٥٢.

(٤) الآية (١٢٦)، من سورة النحل.

(٥) الآية (١٩٤)، من سورة البقرة.

(٦) ابن حزم الظاهري، المحلى، ج ٨، مصدر سابق، ص ١٤٠.

فالمضمون له مخير بين أن يمهلته حتى يوجد المثل وبين أن يأخذ القيمة، قال أبو محمد : وهذا هو الحق الذي لا يجوز خلافه، وما نعلم لمن قضى بالقيمة حجة لأصلاً)).

في حين ذكر أحد فقهاء الحنابلة^(١) أنه ((... وإذا كانت المماثلة من كل وجه متعذرة حتى في المكيل والموزون، فما كان أقرب إلى المماثلة فهو أولى بالصواب، ولا ريب إن الجنس أقرب مماثلة من الجنس إلى القيمة، فهذا هو القياس وموجب النصوص)).

الاتجاه الثالث / أنفرد أحد فقهاء الزيدية برأي مفاده إعطاء المغصوب منه الخيار بين أخذ المثل أو القيمة سواء كان المال الهالك أو التالف مثلياً أو قيمياً. ويرى أن ما ذهب إليه بعض الفقهاء بالقول : بأن المثلي يضمن بمثله والقيمي بقيمته هو مجرد رأي عمل عليه أصحابه^(٢).

أما عن وقت تقدير قيمة المال الهالك أو التالف، فهل هو وقت حصول الغصب أو الحياة بسوء نية أم وقت التلف أم الضمان على أساس أعلى القيم من وقت الغصب إلى وقت التلف ؟. للإجابة عن ذلك نقول أن هنالك أكثر من رأي في هذا الخصوص، إذ يرى البعض أن المال القيمي إذا تلف عند الغاصب فعليه قيمته يوم الغصب لأن الحكم بالضمان يضاف إلى وقت وجود السبب ولأن سبب الضمان لم يتغير^(٣). بينما يرى البعض الآخر أن الضامن يضمن قيمة التالف يوم التلف، على أساس أن يوم التلف هو اليوم الذي تعذر على الضامن رد العين، ومن ثم أنتقل فيه الضمان إلى القيمة فتقدر بذلك^(٤). في حين يرى اتجاه آخر إلى أن الضامن يضمن أعلى القيم

(١) شمس الدين أبي عبدالله محمد بن أبي بكر المشهور بأبن القيم الجوزية، أعلام الموقعين عن رب العالمين، ج٢، دار الجيل، لبنان، بيروت، بدون سنة طبع، ص ٤٤ وما بعدها.

(٢) محمد بن علي بن محمد بن عبدالله الشوكاني، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، ج٣، تحقيق محمود إبراهيم زايد، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٠٥هـ، ص ٣٦٠ وما بعدها. نقلاً عن / د. أكرم محمود حسين البدو و د. حبيب أدريس عيسى، مصدر سابق، ص ٢٣٥.

(٣) كمال الدين محمد السيواسي، شرح فتح القدير، ج٧، ط٢، دار الفكر، لبنان، بيروت، بدون سنة طبع، ص ١٥٤. وكذلك ينظر / الحلبي، شرائع الإسلام، ج٣، مصدر سابق، ص ٢٥٦.

(٤) البهوتي، كشف الفناع، ج٤، مصدر سابق، ص ٩٨.

القيم للمال التالف أو الهالك من وقت الغصب إلى وقت التلف، لأنه هو مطالب في كل وقت ومن ثم يتحمل ارتفاعه بعد التلف^(١).

لم ينظم القانون المدني العراقي كيفية الضمان كقاعدة عامة، وهل أن الضامن مسؤول عن القيمة أم عن المثل أم للمضرور الخيار بينهما، غير أن المشرع أشار في نص خاص بعقد الوديعة في حال ضمانها عند تعدي الوديع، إلى أن المثل يضمن بمثله والقيمي بقيمته حيث نصت المادة (٩٦٠) على أنه (الوديعة إذا لزم ضمانها فأنت كانت من المثليات تضمن بمثلها وأن كانت من القيميات تضمن بقيمتها يوم لزوم الضمان)^(٢). ويمكن لنا أن نعتبر المشرع العراقي من خلال هذا النص قد أخذ برأي جمهور الفقهاء - الاتجاه الأول - من الذين أقرّوا بألزام الضامن بضمان المثل أن كان المال الهالك أو التالف مثلياً وضمان القيمة أن كان قيمياً.

كما يمكننا اللجوء إلى القواعد العامة لمعرفة كيفية الضمان، وبالتحديد المادة (٢/٢٠٩) من القانون المدني العراقي التي تنص على أنه (٢- ويقدر التعويض بالنقد على أنه يجوز للمحكمة تبعاً للظروف وبناء على طلب المتضرر أن تأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه أو أن تحكم بأجراء أمر معين أو برد المثل في المثليات وذلك على سبيل التعويض). ويستدل من هذا النص على أن الضمان قد يكون نقدياً وعينياً، وهو في الحالة الثانية يبدو في ثلاث صور : أولاً في صورة الأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، كأن تحكم المحكمة بهدم حائط بناه شخص فسد على جاره الضوء والهواء، وثانيها، في صورة الحكم بأداء أمر معين، كأن يكون الضمان في صورة نشر الحكم الصادر بإدانة المدعى عليه في دعوى السب و القذف في الصحف، وثالثها، في صورة

(١) أبو زكريا يحيى بن شرف الحزامي النووي، المجموع شرح المذهب، ج ٥، دار الفكر، لبنان، بيروت، ١٩٩٧، ص ٢٥. وكذلك ينظر / محمد الشوكاني، السيل الجرار، ج ٣، المصدر السابق، ص ٣٦٠.

(٢) في حين بينت مجلة الأحكام العدلية كيفية ضمان المغصوب سواء كان قيمياً أم مثلياً وذلك في المادة (٨٩١) منها التي تنص على أنه (كما أنه يلزم أن يكون الغاصب ضامناً إذا أستهلك المال المغصوب كذلك إذا تلف أو ضاع بتعديه أو بدون تعديه يكون ضامناً أيضاً فإن كان من القيميات يلزم الغاصب قيمته في زمان الغصب ومكانه وأن كان من المثليات يلزمه إعطاء مثله).

رد المثل في المثليات، كأن يحكم على شخص غصب آخر كمية من المثليات كالحبوب برد كمية تساوي ما غصب (١).

وقد بين المشرع العراقي المقصود بالأشياء المثلية والأشياء القيمية وذلك في المادة (٦٤) من القانون المدني التي تنص على أنه (١- الأشياء المثلية هي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء، وتقدر عادة في التعامل ما بين الناس بالعدد أو المقياس أو الكيل أو الوزن. ٢- وما عدا ذلك من الأشياء فهو قيمية) (٢).

فالأشياء المثلية هي التي لها نظائر متماثلة في الأسواق فلا تتفاوت أحادها أو تتفاوت تفاوتاً يسيراً لا يُعتد به عادة، لذا أمكن أن يقوم بعضها مقام البعض في الوفاء. وقد جرى العرف على التعامل بها بالكيل كالحنطة والحليب، أو بالعدد كالنقود والبيض أو بالوزن كالذهب والتمر أو بالمقياس كالقماش والحبال.

أما الأشياء القيمية أو المعينة بالذات، هي التي ليست لها مثل في أيدي الناس والأسواق، أو يوجد لكن مع التفاوت المُعتد به في القيمة، أو ما تفاوت أفرادها فلا تقوم بعضها مقام البعض عند الوفاء، كالمنازل والأراضي والحيوانات وغير ذلك مما تتفاوت أحاده، وتختلف طريقة تعيينها باختلاف طبيعة الأشياء القيمية (٣). والأشياء المثلية تقتض بالضرورة انتماء الأشياء إلى نوع واحد، ولهذا فالأشياء المثلية تسمى كذلك بالأشياء المعينة بالنوع (٤).

(١) د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، ج ١، مصدر سابق، ص ٢٤٥.

(٢) وبالمقابل فقد نصت المادة (١١١٩) من مجلة الأحكام العدلية على أنه (المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة كالجوز والبيض كلها مثليات أما الأواني المصنوعة باليد والموزونات المتفاوتة فهي قيمية. وكذلك كل جنس مثلي خلط بخلاف جنسه في صورة لا تقبل التمييز والتفريق كالحنطة المخلوطة بالشعير هو قيمية وكذلك الذرعات قيمية. أما الذرعات كالجوخ من جنس واحد والقماش من مصنوعات المعامل التي لا يوجد تفاوت بين أفرادها ويبيع كل ذراع منها بكذا درهماً فهي مثلية والعدديات المتفاوتة التي يوجد بين أفرادها تفاوت في القيمة كالحيوانات والبطيخ الأخضر والأصفر هي قيمية وكتب الخط قيمية وكتب الطبع مثلية).

(٣) د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية (البيع، الإيجار، المقاوله)، ط ٤، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٩، ص ٦٠-٦١.

(٤) على أنه يلاحظ أن كون الشيء مثلياً أو قيمياً أمر نسبي من جهة وأن لإرادة الأفراد أحياناً دور في تعيين الصفة المثلية أو القيمية للأشياء من جهة أخرى، أما أنه أمر نسبي فذلك أن الشيء قد يكون مثلياً بالنسبة لبعض الأشياء وقيماً بالنسبة لأشياء أخرى وأن أتحدث معه في التسمية، فسيارة (التويوتا) الجديدة مثلاً شيء مثلي بالنسبة لكل سيارة (تويوتا) جديدة مثلاً تتحد

رابعاً / رأينا بخصوص عدول محكمة التمييز الاتحادية عن مبدأ سيق وإن قررته بشأن ضمان

المغصوب

الثابت في واقعة الاستيلاء على حقوق الافراد سواء في العقارات المملوكة او حق التصرف في الاراضي الزراعية، ان تجعل من واضع اليد بمثابة غاصب ومن ثم يلزم برد المغصوب مع اجر مثله استناداً لأحكام القانون، وسواء كان الغاصب من الافراد او جهة تابعة لدوائر الدولة والقطاع العام، غير انه لوحظ في الآونة الاخيرة توجه محكمة التمييز الاتحادية الى تبرير غصب حقوق الافراد العقارية من قبل بعض الاجهزة الامنية او القطاعات العسكرية بحجة تحقيق الامن والاستقرار وحماية المصلحة العامة.

ولا بد من التطرق إلى هذه المسألة كونها تعد غاية في الأهمية، وهي ذات مدلولين الأول يتعلق بموضوع تحقق واقعة الغصب من عدمها، والثاني ذات طابع إجرائي يتعلق بمخالفة قواعد الإجراءات وبالتحديد آلية العدول عن الاجتهاد القضائي^(١) في ظل المنظومة التشريعية العراقية.

معها في الموديل والطرز، وهي شيء قيمى بالنسبة لكل سيارة تويوتا تختلف عنها في الموديل والطرز وبالنسبة لكل سيارة من صنع شركة أخرى.

أما أن لإرادة الأفراد دوراً في تعيين الصفة المثلية أو القيمة للأشياء، فذلك أن هذه الإرادة قد تضفي على شيء مثلي صفة القيمة وعلى شيء كان قيمى صفة المثلية، فمثال الحالة الأولى ما لو أراد شخص نسخة من كتاب من طبعة معينة ولكنه أراد شراء النسخة التي يفتنيها المؤلف، ومثال الحالة الثانية ما تقوم به بعض الشركات الإنشائية من بناء الدور بمساحات متساوية وهندسة متماثلة على قطعة أرض واحدة، وهكذا يتبين الشيء يمكن أن يكون مثلياً أو قيمياً تبعاً لنية المتعاقدين.

ينظر / د. محمد طه البشير و د. غني حسون طه، الحقوق العينية الأصلية، ج ١، مصدر سابق، ص ٢١-٢٢.

^(١) حيث يعرف العدول في الاجتهاد القضائي بأنه: إجراء قضائي مقتضاه رجوع أو عدول المحاكم بكافة درجاتها، عن مبدأ قانوني أستقر القضاء على العمل به لفترة زمنية معينة، وذلك لأسباب قانونية قد تتعلق بعدم جدوى العمل به مستقبلاً، وقد تتعلق بتباين القرارات الصادرة عن الهيئات المتخصصة في المحكمة العليا، نتيجة لاختلاف التفسيرات القضائية الصادرة عن تلك الهيئات، أو لأسباب فنية تتعلق بوقوع الخطأ في الإجراءات أو السياقات القانونية المعتمدة.

إلا أن ما يثير الأشكال أكثر، هو التراجع عن الاجتهاد القضائي المستقر، وما يطرحه ذلك من تأثير على مبدأ الأمن القانوني والثقة المشروعة للمتناقضين بل وحتى حقوقهم المكتسبة، إذ بعد اطمئنانهم لاجتهاد قضائي ثابت ومستقر، تعاملوا في ضوءه، يتم التراجع عنه بشكل مفاجئ والأكثر من ذلك أن أثر الاجتهاد القضائي الجديد يكون بأثر رجعي.

ينظر / د. حامد شاكر محمود الطائي، دور الاجتهاد القضائي في تحقيق الأمن القانوني، بحث منشور في مجلة الحقوق، كلية القانون، الجامعة المستنصرية، المجلد ١٥، العدد ١٣، ٢٠١٧، ص ١٤ و ص ٢٨.

وأن هذا يتحقق من خلال التعقيب على بعض القرارات التي صدرت حديثاً عن محكمة التمييز الاتحادية وبالتحديد في عامي (٢٠٢١-٢٠٢٢)، غير ان الامر يتطلب منا الرجوع إلى الوراة قليلاً لمطالعة بعض القرارات الصادرة عن المحكمة ذاتها في وقت سابق وتتعلق بنفس الوقائع مع اختلاف في المبدأ التمييزي، لنرى ما الذي دفع المحكمة إلى اتباعها توجهاً جديداً تاركه التوجه القديم، وهل لذلك سند من القانون ؟.

ولأجل ايضاح هذه الفكرة وتبسيطها سنقسمها على ثلاثة فقرات، نبين في الاولى قرارات محكمة التمييز الاتحادية التي تمثل التوجه القديم لها، ونخصص الثانية للقرارات الحديثة التي تمثل التوجه الجديد، في حين نعد الفقرة الثالثة لبيان رأينا في المسألة، وكما يأتي:-

الفقرة الاولى/ التوجه القديم لمحكمة التمييز الاتحادية

إستقر قضاء محكمة التمييز الاتحادية في العديد من قراراتها، على تعويض المدعي عند إقامته لدعوى أجرة المثل مع ضرورة رد المغصوب، وذلك عند تحقق واقعة وضع اليد على عقارات الافراد من قبل القطاعات العسكرية في وزارتي الدفاع والداخلية، وإذا لم يكن الوضع العام يسمح بالرد، فإن الأمر يقتصر على اقل تقدير على الحكم بأجرة المثل عند إصدار القرار، على إعتبار أن القطاعات العسكرية تُعد بمثابة غاصبة للعقار. وهذا ما وجدناه في العديد من القرارات ومنها قرارها الصادر عام (٢٠٠٨) الذي مفاده أنّ (وضع اليد على عقار المدعي المميز من قبل الوحدات العسكرية التابعة للمدعى عليه "وزير الدفاع إضافة لوظيفته" وغصبه العقار دون سند من القانون وغير مشمول بالحصانة الجنائية والمدنية، ولأنّ حق الملكية حق كفله الدستور والقانون ولا يجوز أن يحرم أحد من ملكه إلا في الأحوال التي قررها القانون (المواد ١٠٤٨-١٠٤٩-١٠٥٠) من القانون المدني، مما يوجب التعويض)^(١).

والقرار الصادر من المحكمة ذاتها عام (٢٠٠٩) القاضي بأنه (إنّ أحكام القانون رقم (٣٧) لسنة (١٩٦٨) المعدل تنطبق على الأراضي الزراعية المشغولة لأغراض عسكرية، ولا تسري على المباني... مما يقتضي إجراء التحقيقات اللازمة عن مدة أشغال أفراد السيطرة العسكرية،... و

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية، بالعدد (١٦٧٦/ الهيئة الاستئنافية /٢٠٠٨) في (٢٠٠٨/٥/١٨).

الاستعانة بخبير أو أكثر من ذوي الاختصاص لتقدير أجر المثل على ضوء الموقع والمساحة ودرجة العمران والخدمات المتوفرة في البناء، والمنطقة...^(١).

كذلك قرارها الصادر عام (٢٠١٩) (سابق الإشارة اليه) الذي أقر بوجود تجاوز على عقار المدعي (أصحاب الحقوق التصرفية)، غير أنه ولأسباب تتعلق بالمصلحة العامة و لإسكان النازحين أجاز استمرار وضع اليد (المدعى عليه) بإشغال العقار مع إعطاء الحق للمدعي المطالبة بالتعويض وفقاً للقانون^(٢).

الفقرة الثانية/ التوجه الحديث لمحكمة التمييز الاتحادية

وقد عدلت محكمة التمييز الاتحادية عن المبدأ السابق الى مبدأ جديد، من خلال عدة قرارات صدرت عنها حديثاً في عام (٢٠٢١) متبعه في ذلك مسلكاً جديداً، يقضي بحرمان المدعي من حقه باسترداد العقار المغصوب، مع سلبه لحقه في أجر المثل، متذرعة في ذلك بالدواعي الأمنية

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية، بالعدد (٢٢١٦ / الهيئة المدنية / عقار ٢٠٠٩) في (٢٠٠٩/٩/٧).

حيث جاء في نص القرار بأنه (... وعند النظر في الحكم المميز ظهر انه غير صحيح لان احكام القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٦٨ المعدل تنطبق على الأراضي الزراعية المشغولة لأغراض عسكرية ولا تسري على المباني المشيدة مما يقتضي إجراءات التحقيقات اللازمة عن مدة إشغال أفراد السيطرة العسكرية المكلفة بواجب مراقبة الطريق العام المحاذي لقطعة الأرض موضوع الدعوى للغرف الموصوفة بتقرير الخبير المساح والاستعانة بخبير أو أكثر من ذوي الاختصاص لتقدير أجر المثل على ضوء الموقع والمساحة ودرجة العمران والخدمات المتوفرة في البناء المذكور والمنطقة والغرض المعدة له هذه الغرف وتوجيه الخبراء بضرورة الاخذ بنظر الاعتبار ان الغرف المذكورة كانت متروكة قبل تاريخ إشغالها من قبل افراد السيطرة العسكرية بسبب الظروف الامنية المعروفة وان الإشغال حصل بسبب الاضطراب والقصد منه المحافظة على الامن مما يقتضي الابتعاد عن المغالاة في التقدير الوارد في تقرير الخبير القضائي المؤرخ ١٤ / ٤ / ٢٠٠٩ الذي ابتعد عن الاسس الصحيحة وابتعد عن الموضوعية في التقدير حيث ذهب الى تقدير الوارد اليومي لكراج الغسل والتشحيم رغم ان غرفة المكائن مهدومة حسب تقرير الخبير المساح وان الكراج متروك قبل الاشغال بسبب الظروف الامنية المتدهورة وان افراد السيطرة قد انتفعوا بالغرف القريبة من الشارع العام ولم يتم تشغيل الكراج من قبلهم او تعطيل الانتفاع به او منع المميزين من التواجد في كراج الغسل والتشحيم واصلاح المكائن واستغلالها على فرض وجود مجال لهذا الاستغلال في ظل الظروف الامنية المذكورة. لذلك قرر نقض الحكم المميز واعادة اضبارة الدعوى الى محكمتها للسير فيها على ضوء ما تقدم على ان يبقى رسم التمييز تابعا للنتيجة وصدر القرار بالاتفاق في ١٧ / رمضان / ١٤٣٠ هـ الموافق ٧ / ٩ / ٢٠٠٩ م

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٥٢٣٨ / الهيئة المدنية / ٢٠١٩ في ٢٨ / ٨ / ٢٠١٩.

والظروف التي يمر بها البلد، ومن ثم نفي واقعة الغصب عن فعل واضع اليد _ وزارة الدفاع او وزارة الداخلية _، كون فعله لم يستند إلى سوء نية ولم يقصد به العدوان.

حيث جاء في قرارها الأول الصادر بتاريخ (٢٢/٣/٢٠٢١) بأنه : (ان دعوى المدعية قد انصبت على طلب اجر مثل سهامها في العقار المرقم (٢٢/٢٢٨/١١٢٨/م/٣ الدورة) وذلك لقيام المدعى عليهما وزير الداخلية و وزير الدفاع اضافة لوظيفتهما بوضع اليد على العقار عليه للفترة من (١/١/٢٠٠٥ ولغاية ٢٢/١/٢٠١٨)، ولان الثابت ان العقار اعلاه مسجل باسم المدعية والشريك...، وقد تم اشغاله من قبل لواء رئاسة الجمهورية الفوج الثالث. وبهذا يكون الاشغال لدواعي أمنية ضرورية أقتضتها ظروف المرحلة التي مر بها البلد نتيجة عدم الاستقرار الامني بسبب العمليات الارهابية التي طالت العاصمة بغداد في الفترة المطالب بها بأجر المثل وذلك ليتسنى للقوات الامنية تجفيف منابع الارهاب، لذا فإن وضع اليد وفقاً لمتطلبات المرحلة تكون خالية من قصد الاعتداء والعدوان على املاك الآخرين، ولان من شروط تحقق واقعة الغصب العنصر المادي والعنصر المعنوي وهو قصد العدوان من قبل واضع اليد ولعد تحققه من قبل المدعى عليهما إضافة لوظيفتهما فيكون الغصب قد أنتفى، وتكون مطالبة المدعية بأجر المثل للفترة أعلاه لا تركز على أساس من القانون، ولما كان الحكم المميز قد صدر خلاف ذلك مما أخل بصحته، وتأسيساً على ما تقدم قررت المحكمة نقض الحكم المميز...)^(١).

كما جاء في قرارها الثاني الصادر بتاريخ (٢٣/٥/٢٠٢١) بأنه: (أن القطعات التابعة لوزارة الدفاع قد شغلت جزء من القطعة موضوع الدعوى كون موقعها يتوسط منطقة المحمودية، وبالإمكان لهذا الأشغال السيطرة الأمنية على جميع القطعات في المنطقة التي استدعت الظروف الأمنية غير المستقرة والمتمثلة بسيطرة المجاميع الإرهابية على أجزاء من مناطق جنوب بغداد، وبهذا فأن وضع المدعى عليه / إضافة لوظيفته يده على العقار موضوع الدعوى استدعته الظروف الأمنية وينتفي معه فعل الغصب، وذلك لعدم توافر العنصر المعنوي والذي يقصد به سوء النية وقصد العدوان على ملك الغير لأن أسباب خارجية حثمت على المدعى عليه وضع يده على

^(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية/ بالعدد (٦٩٧/ ٦٩٨/ الهيئة الاستئنافية عقار / ٢٠٢١/ ت/ ١٠٦٤ / ١٠٦٥) في (٢٢/ ٣ / ٢٠٢١).

العقار وذلك لتوفير الأمن والحماية للمواطنين في تلك المنطقة من العصابات الإرهابية للفترة (من ٢٠٠٥/١/١ ولغاية ٢٠١٩/٥/١٥) تاريخ إقامة الدعوى، ولأنّ الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف، كما يتحمل الضرر الخاص لدرء الضرر العام، والضرورات تبيح المحظورات، فيكون وضع المدعى عليه/ إضافة لوظيفته يده قد جاء مستنداً على الأُلزام الدستوري الوارد في نص المادة (٧/ثانياً) من الدستور والتي ألزمت كافة المؤسسات الأمنية والعسكرية ومنها وزارة الدفاع بالدفاع عن أرض الوطن من الإرهاب وحماية المواطنين وتكون دعوى المدعي واجبة الرد^(١).

في حين جاء في قرارها الثالث الصادر بتاريخ (٢٠٢٢/١/١١)، بانه: (...ان الثابت من التحقيقات التي اجرتها المحكمة والكشف بأن العقار موضوع الدعوى يقع ضمن منطقة عسكرية مشغولة من قبل القوات الامنية، وحيث ان الاشغال المذكور ليس بقصد الاستيلاء او الغصب وانما اقتضته متطلبات الظروف الامنية التي في المنطقة نتيجة سيطرة العناصر الارهابية عليها وعدم الاستقرار الامني، وان تواجد القوات الامنية هو لحماية المواطنين والممتلكات من العصابات

^(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية، بالعدد (٢٢٢٠/٢٢١٩/الهيئة الاستئنافية عقار ٢٠٢١/ في (٢٠٢١/٥/٢٣). وكذلك قرار محكمة التمييز الاتحادية، بالعدد (١٩٦٥/ الهيئة الاستئنافية عقار ٢٠٢١/ في (٢٠٢١/٦/٦).

حيث جاء في نص القرار (لدى التدقيق والمداولة وجد ان طلب التصحيح مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلا ولدى عطف النظر على القرار التمييزي المطلوب تصحيحه بالعدد ٣٣٣٢/الهيئة الاستئنافية عقار/٢٠٢٠ في ٢٠٢٠/١٢/١٧ والذي قضى بتصديق الحكم الاستئنافي الصادر من محكمة استئناف ديايى بصفتها الاصلية بالعدد ٢٠١/س/٢٠٢٠ في ٢٠٢٠/١١/١٢، وحيث ان الثابت من التحقيقات التي اجرتها المحكمة بان جزء من القطعة موضوع الدعوى تم احاطته بسياج من (B R C) ومستغل من قبل تابعي المدعى عليه /إضافة لوظيفته وحيث ان الاستغلال المذكور كان لدواعي امنية ضرورية اقتضتها ظروف المرحلة التي مر بها البلد نتيجة عدم الاستقرار الامني بسبب العمليات الارهابية التي طالت المنطقة وانه ليس المقصود من الاستغلال هو للاستيلاء على العقار او قصد الاعتداء على املاك الاخرين وانما للضرورات الامنية وتجفيف منابع الارهاب ولان من شروط تحقق واقعة الغصب هو قصد الاستيلاء من قبل واضع اليد بقصد العدوان والذي انتفى في استغلال المدعى عليه إضافة لوظيفته وحيث ان اجر المثل يدور وجوداً وعدماً مع حالة الغصب والتي انتفت في هذه الدعوى وبالتالي تكون دعوى المدعية فاقدة لسندها القانوني وواجبة الرد وحيث ان الحكم المميز صدر خلاف ذلك مما اخل بصحته لذا قرر قبول تصحيح القرار التمييزي اعلاه ونقض الحكم المميز الصادر من محكمة استئناف ديايى بصفتها الاصلية بالعدد ٢٠١/س/٢٠٢٠ في ٢٠٢٠/١١/١٢ لاتباع ما تقدم واصدار الحكم الموافق للقانون واعادة التأمينات المدفوعة على ان يبقى رسم التمييز تابعا للنتيجة وصدر القرار بالأكثرية استنادا للمادة (٣/٢١٠) مرافعات مدنية في ٢٠٢١/٦/٢٠ م.

الارهابية، اذ يتحمل الضرر الخاص لدرء الضرر العام، وحيث ان اجر المثل يدور وجودا وعدما مع حالة الغصب والتي اتفقت في هذه الدعوى لذا فهي واجبة الرد...) (١).

الفقرة الثالثة / رأينا في الموضوع

بعد أن بينا كل من التوجه القديم والتوجه الجديد لمحكمة التمييز الاتحادية، وذلك من خلال الاطلاع على بعض من قراراتها السابقة التي كانت تعد أستيلاء القطاعات العسكرية على أراضي الأفراد بمثابة غصباً لها يستوجب رد المغصوب مع أجر مثله، وقراراتها الحالية التي تمثل التوجه الجديد، والتي لا تعد هذا الأستيلاء غصباً ومن ثم لا تقضي برد المغصوب ولا تحكم بأجر المثل عن فترة الغصب، على اعتبار إن الأستيلاء كان لدواعي أمنية وتحقيقاً لمصلحة عامة، لذا نود الإشارة إلى نقاط معينة تخص عدول محكمة التمييز الاتحادية من التوجه القديم إلى التوجه الجديد، يتعلق بعضها بالناحية الإجرائية، في حين يتعلق بعضها الآخر بالناحية الموضوعية وكما يأتي :-

* من الناحية الإجرائية

لا يجوز لأي هيئة من هيئات محكمة التمييز الاتحادية أن ترجع عن مبدأ سبق وأن أستقرت عليه المحكمة، وينحصر العدول أو الرجوع عن المبدأ في الهيئة العامة فقط أي يعد من اختصاصها، في حين أتضح لنا من القرارات التمييزية أعلاه أن العدول قد حصل من بعض هيئات المحكمة التي لا تمتلك حق العدول. حيث صدر في ٢٨/١/٢٠١٤ قانون تعديل قانون التنظيم القضائي رقم (١٦٠) لسنة (١٩٧٩) المعدل النافذ، حيث جاء في المادة (١٣) منه الآتي:-

(أ- **الهيئة العامة** : تتعقد برئاسة رئيس محكمة التمييز الاتحادية، أو أقدم نوابه عند غيابه أو وجود مانع قانوني من أشترাকে، و عضوية نوابه وقضاة المحكمة العاملين فيها كافة وتختص بالنظر فيما يأتي : ١- ما يحال عليها من إحدى الهيئات إذا رأت العدول عن مبدأ قررته أحكام سابقة). إذ حصر هذا التعديل حق العدول بالهيئة العامة كما ذكرنا، ومن ثم فإن العدول الذي

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية، بالعدد (٥/ الهيئة الاستئنافية عقار /٢٠٢٢). في (١١/١/٢٠٢٢).

مارسته بعض الهيئات برجوعها عن المبدأ القديم الى المبدأ الجديد يعد مخالفاً للقانون كما نعتقد، لانه يجب ان يعرض على الهيئة العامة وهي من تقره او لا تقره، وذلك من أجل توحيد الاجتهاد القضائي من قبل أعلى هيئة بعيداً عن التغيرات المفاجئة والمستمرة للتوجهات التمييزية المستقرة، التي من شأنها الاخلال بالأمن القانوني والتوقعات المشروعة للأفراد.

*من الناحية الموضوعية

١- أستند التوجه الجديد لمحكمة التمييز الاتحادية بموجب القرارات- سابق الإشارة إليها - إلى نص المادة (٧/ ثانياً) من دستور جمهورية العراق لعام (٢٠٠٥)، الذي يلزم المؤسسات الأمنية والعسكرية بالدفاع عن أرض الوطن وحماية المواطنين. ونقول أن هذا النص ليس له علاقة بالدعوى المنظورة أمام المحكمة وليس هو المقصود تطبيقه، كما أنه لا يبرر الاستيلاء على حق الغير دون تعويض عادل، كما أن القرار لم يراع أو أغفل الإشارة إلى نص دستوري آخر هو الأقرب للتطبيق على الدعوى المنظورة، حيث جاء في المادة (٢٣) من الدستور بأنه (أولاً: الملكية الخاصة مصونة، ويحق للمالك الانتفاع بها و أستغلالها والتصرف بها في حدود القانون. ثانياً: لا يجوز نزع الملكية إلا لأغراض المنفعة العامة مقابل تعويض عادل، وينظم ذلك بقانون).

٢- كما بررت محكمة التمييز الاتحادية حكمها، بأن ظروف خارجية حثمت على المدعى عليه - وزير الدفاع / إضافة لوظيفته - وضع يده على العقار لتوفير الأمن والحماية للمواطنين في تلك المنطقة من العصابات الإرهابية. فإذا كان الأمر كذلك، فكان من الأولى أن تطبق المحكمة النصوص الخاصة ((بالأستيلاء المؤقت)) الواردة في قانون الأستملاك رقم (١٢) لسنة (١٩٨١)، حيث نصت المادة (٢٦) على أنه (لدوائر الدولة والقطاع الاشتراكي^(١) - العام - في الحالات

(١) حل مصطلح القطاع الاشتراكي محل مصطلح القطاع العام، بموجب القانون رقم (٣٧٣) لسنة ١٩٧٧، حيث جاء فيه (١) - يحل مصطلح القطاع الاشتراكي محل مصطلح القطاع العام أينما ورد ذلك في القوانين والأنظمة والتعليمات والبيانات والأوامر والمخاطبات الرسمية).

- كما جاءت المادة (١) من القانون رقم (٥) لسنة (٢٠٠٨) بأنه تحل تسمية (قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم ١٤ لسنة ١٩٩١) محل تسمية (قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع الاشتراكي رقم ١٤ لسنة ١٩٩١). ونشر قانون التعديل في الجريدة الرسمية (الوقائع العراقية) بالعدد (٤٠٦١) في ١٤/٢/٢٠٠٨.

الاستثنائية الطارئة كالفيضان أو تفشي وباء أن تقرر الأستيلاء المؤقت على أي عقار مدة تحدد بقرار الأستيلاء على أن لا تتجاوز سنتين من تاريخ القرار).

ويتضح من النص أنه أورد أمثلة للحالات الاستثنائية كالفيضانات والأوبئة، ويمكن أن ندخل ضمنها تفشي ظاهرة الإرهاب، كما أنه حدد مدة الأستيلاء بسنتين كحد أقصى. في حين أن المدعى عليه (وزير الدفاع) كما يتضح من أحد القرارات المذكورة انفاً، قد أستولى على العقار للفترة من عام (٢٠٠٥ ولغاية ٢٠١٩) ثم أستمر بعدها، وفي هذا خرقاً واضح للقانون. كما ألزمت المادة (٢٧) من قانون الاستملاك الجهة المستولية على العقار إعادته بالحالة التي كان عليها عند الأستيلاء، أما إذا أصابه ضرر فلصاحبه حق المطالبة بالتعويض.

ثم نصت المادة (٢٨) من قانون الاستملاك على أنه (إذا دعت الضرورة إلى الأستمرار على وضع اليد على العقار مدة تزيد على سنتين، فعلى الجهة المستولية طلب استملاكه، وفي حالة امتناعها عن ذلك، يحق لصاحب العقار أن يطلب من المحكمة أسترداده أو تملكه إلى الجهة المذكورة، لقاء تعويض تقدره هيئة التقدير، وفقاً لأحكام القانون).

٣- أستند التوجه الجديد للمحكمة على عدد من القواعد ومنها قاعدة ((الضرورات تبيح المحظورات)) الواردة في المادة (٢١٢) من القانون، لكن المحكمة لم تراعى أن هذه الضرورات يجب أن ((تقدر بقدرها))، ومن ثم إذا تجاوز المعتدي القدر الضروري، كان ملزماً بتعويض تراعي فيه مقتضيات العدالة بحسب ما ورد في الفقرة الثانية من المادة (٢١٢) ذاتها. ثم أن حالة الضرورة هذه، أو تلك المشار إليها في المادة (٢١٤)، لا يمكن تطبيقها على واقعة الأستيلاء على العقار موضوع الدعوى الصادر بشأنها التوجه الجديد، كون أن واقعة الأستيلاء كانت لفترة طويلة من عام (٢٠٠٥ ولغاية ٢٠١٩) بحسب ما جاء في أحد القرارات، وهذا ينفي عنها حالة الضرورة التي قصدها القانون المدني في المادتين (٢١٢-٢١٤) بحسب تقديرنا، لأن التعكز على حالة الضرورة يجب أن يكون واقعياً لجهة أن درجة عالية من الاستقرار في هذه المناطق لا يمكن نكرانها، فإذا كانت حالة الضرورة موجودة فهي الآن مشكوك بوجودها.

٤- أن التوجه الجديد لم يراع أو خالف بعض نصوص القانون المدني ومنها المادة (١٩٧) التي تنص على أنه (المغصوب أن كان عقاراً يلزم الغاصب رده إلى صاحبه مع أجر مثله...).

والمادة (٢٠٤) التي تنص على أنه (كل تعدٍ يصيب الغير بأي ضرر آخر غير ما ذكر في المواد السابقة يستوجب التعويض). كذلك ما ورد في المادة (١٠٥٠) التي تنص على أنه (لا يجوز أن يحرم أحد من ملكه إلا في الأحوال التي قررها القانون وبالطريقة التي يرسمها، ويكون ذلك في مقابل تعويض عادل يدفع إليه مقدماً). مع الإشارة إلى أن المحكمة كانت تستند إلى النص الأخير عند إصدارها لقراراتها في ظل التوجه القديم.

٥- كما برر التوجه الجديد واقعة وضع اليد على ملك الغير، بحجة عدم توافر الركن المعنوي المتمثل بسوء النية وقصد العدوان لدى المدعى عليه/ وزير الدفاع إضافة لوظيفته، وكأن الأمر يتعلق بالحيازة كسبب من أسباب كسب الملكية التي تتطلب توافر الركنين المادي والمعنوي، في حين أن الأمر ليس كذلك، بل يتعلق بواقعة الاستيلاء على أرض الغير (الغصب) ومن ثم إقامة صاحب الحق فيها لدعوى أجر المثل على هذا الأساس، هذا من جانب، ومن جانب ثاني، فأن الغصب في الحقيقة لا يشترط سوء النية ابتداءً وإنما مجرد التعدي على حق الغير يُعد غصباً، ومن جانب ثالث، فإن سوء النية كان حاضراً لدى واضع اليد - وزير الدفاع / إضافة لوظيفته - كونه كان عالماً أنه يعتدي على حق الغير، خصوصاً أن المادة (١١٤٨) من القانون المدني العراقي نصت على أنه (يُعد حسن النية من يحوز الشيء وهو يجهل أنه يعتدي على حق الغير...). والمفهوم المخالف لهذا النص أن من يعلم أنه يعتدي على حق الغير فهو سيء النية، وسوء النية هذا كان متوافراً لدى المدعى عليه كونه عالماً أنه يضع يده على مال الغير ((عقار مملوك للغير))، وفي الحقيقة لم نجد تفسيراً لاحتجاج المحكمة بعدم توافر الركن المعنوي - سوء النية - إلا لأن القرار قد خلط بين واقعة الغصب محل الدعوى من جهة، و واقعة الحيازة كسبب من أسباب كسب الملكية من جهة أخرى.

٦- وأخيراً نعتقد أن التوجه الجديد لمحكمة التمييز الاتحادية فيه مخالفة ضمنية لـ (قانون تقدير بدل إيجار الأراضي الزراعية المشغولة للأغراض العسكرية رقم (٣٧) لسنة ١٩٦٨)^(١). حيث تسري أحكام هذا القانون على جميع الأراضي الزراعية المشغولة أو التي ستشغل للأغراض العسكرية سواء كانت ملكاً صرفاً أم مملوكة للدولة ومثقلة بحقوق تصرفيه أم موقوفة. إذ ألزم

(١) منشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (١٥٥٢) في (٤/٤/١٩٦٨).

القانون الوزير المختص بتعويض صاحب الحق في الأرض^(١)، في حين أنكر التوجه الجديد للمحكمة على صاحب الحق حقه بطلب التعويض اصلاً، بحجة أن وضع اليد كان لدواعي أمنية ولأمور تتعلق بالمصلحة العامة وحفظ الأمن وحماية الافراد ولتحقيق الاستقرار في المنطقة.

^(١) ينظر/ المواد (٩-١) من قانون بدل إيجار الأراضي الزراعية المشغولة للأغراض العسكرية رقم (٣٧) لسنة ١٩٦٨.

المطلب الثالث

دور الضمان في كسب الملكية

إنّ الأفعال غير المشروعة التي تقع على المال من غصب أو إتلاف تجعل من المسؤول عنها ضامناً تجاه المالك، وتقترن بأثر مهم يتمثل بكسب الضامن - الغاصب أو المتلف - ملكية المال المضمون، غير إنّ هذا الأثر كان محل خلاف فقهي وقانوني، فمن فقهاء المذاهب الإسلامية من قال بجواز كسب الملكية بالضمان ومنهم من لم يجوّز ذلك مطلقاً، أما على صعيد القانون كذلك نجد أن بعض التشريعات قد نصت صراحةً أو ضمناً على كسب الملكية بالضمان، في حين لم تُشر معظم التشريعات الأخرى إلى ذلك. و لإيضاح دور الضمان في كسب الملكية، سنقسم هذا المطلب على فرعين، نبين في الفرع الأول، الاتجاه المخالف لكسب الملكية بالضمان، في حين نخصص الفرع الثاني للاتجاه المؤيد لكسب الملكية بالضمان.

الفرع الأول

الاتجاه المخالف لكسب الملكية بالضمان

إنّ كسب الملكية بالضمان يحصل عندما تتغير العين كلياً ويتبدل أسمها بتغير ذاتيتها، فإنّ غير الغاصب العين المغصوبة، بحيث تفقد ذاتيتها وتبدل أسمها فإنّ الغاصب يملك العين مقابل ما يدفعه إلى المغصوب منه من ضمان، وتملك العين يأتي من كون أن الضمان هو بدل المال المغصوب يقضي به جبراً، والجبر يستدعي فوات المغصوب من يد المالك لأن الجبر يكون للغائب لا للقائم، لأن الغاصب ملزم برد مثل العين إلى مالکها إذا تغيرت ذاتيتها، فإن لم يكن الغاصب قد تملك المغصوب للزم رد العين و رد القيمة على الرغم من أن الاعتداء يقتضي برد مثله^(١).

ولتوضيح ذلك، وكيف يكون الضمان سبباً لكسب الملكية نسوق المثال الآتي: لو أن (أ) غصب قمحاً من (ب) وقام بطحنه فبالأكيد أن (أ) قام بعمل غير مشروع ألحق ضرراً بمالك القمح (ب) لذا يلزمه الضمان. والضمان هنا إما يكون عيناً بأن يدفع الغاصب (أ) إلى المالك (ب) من

(١) أبراهيم فاضل الدبو، ضمان المنافع (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي والقانون المدني)، ط٢، دار عمار للمطابع التعاونية، عمان، الأردن، ٢٠٠١، ص ٢٧٢.

نفس نوع ومقدار ما أعتصبه، وإما أن يكون نقدياً بأن يدفع الغاصب (أ) إلى المالك (ب) مبلغاً من النقود يساوي قيمة القمح مقدرة بحسب الوقت الذي يحدده القانون أو القضاء، وعندما يقبض المالك التعويض المستحق له سواء كان عيناً أو نقداً، ألا يكون الغاصب قد تملك المال المغصوب (القمح) بصورته الجديدة (الطحين) ؟. وهل يستطيع المالك أن يسترد العين المغصوبة أم أن الغاصب يحتفظ بها بحالتها الجديدة مقابل دفع قيمتها إلى المالك، ومن ثم يكون قد تملكها بالضمان جبراً ؟.

يرى جمهور الفقهاء، من الحنابلة والشافعية والظاهرية والرأي الغالب عند الأمامية، عدم تملك الغاصب للمال المغصوب، سواء دفع قيمته للمالك أم لم يدفع، سواء غيره تغييراً جوهرياً أفقده ذاتيته وأزال عنه أسمه، وسواء غيبه عن مالكه ثم ظهر بعد ذلك، فإنه يكون لمالكه في جميع الأحوال سواء أكان ناقصاً أم متغيراً، فيأخذه مع أرش نقصه، أما أن كان فيه زيادة فيأخذه بزيادته، لأن الغصب محذور فلا يمكن أن يكون للملك^(١).

وقد ذكر الحنابلة^(٢) في هذا الصدد بأنه **« وأن غصب ثوباً فقصره أو غزلاً فنسجه أو فضة أو حديداً فضربه أو إن أو خشباً فنجره باباً أو نحو... أو حباً فطحنه، ردّ ذلك بزيادته وأرش نقصه ولا شيء له »**.

وذكر الشافعية^(٣) أيضاً بأنه **« إذا غصب حنطة فطحنها، أو ثوباً فقصره أو خاطه، أو طيناً فضربه لبناً أو شاة وشواها، لم يملك حينئذ شيئاً من ذلك، بل يرده على حاله و أرش النقص أن نقص »**.

كما ذكر الأمامية^(٤) رأي بأنه **« ولا يملك العين المغصوبة بتغييرها وإخراجها عن الأسم والمنفعة سواء كان ذلك بفعل الغاصب أو فعل غيره كالحنطة تطحن والكتان يغزل وينسج »**. وذهب

(١) ينظر/ حامد عبده سعيد الفقي، أحكام الغصب في الفقه الإسلامي، ط١، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٣، ص ٢٥٠-٢٥١.

(٢) أبي النجا شرف الدين موسى الحجاوي المقدسي، الأفتاح، ج٢، المطبعة المصرية بالأزهر، بدون سنة طبع، ص ٣٤٣-٣٤٤.

(٣) أبي حامد الغزالي، الوجيز، ج٢، مطبعة الآداب، مصر، ١٣١٧هـ، ص ٢١١.

(٤) الحلبي، شرائع الإسلام، ج٢، مصدر سابق، ص ١٥٣.

الظاهرية مع أصحاب هذا الاتجاه، بأن الغاصب أن غير المغصوب فإنه يبقى على ملك مالكه وعليه الرد مع أرش النقصان^(١).

حيث ينتقد جمهور الفقهاء كل من يؤيد قاعدة كسب الملكية بالضمان، لأن من شأنها أن تشجع على غصب أموال الناس بالباطل، وتغيير ذاتيتها ليتبدل أسمها ثم تملكها، حيث قالوا^(٢) ((أنه إذا أخذنا بذلك الرأي فإنه يمكن أن يقال حينئذ لكل فاسق إذا أردت أخذ قمح يتيم أو جارك وأكل غنمه و أستملاك ثيابه وقد أمتنع من أن يبيعك شيئاً. فأغصبها... وأذبح غنمه وأطبخها وأغصب حنطته وأطحنها وكل كل ذلك حلالاً طيباً وليس عليك إلا قيمة ما أخذت...))، وهذا كما يذكر ابن حزم على خلاف القرآن ونهيه عن أكل أموال الناس بالباطل.

كما ذكروا أن تبدل الأسم بالنسبة للعين، من دون انقلاب ذاتها أو تبدل صفاتها، لم يغير، من الحقيقة شيء، وقالوا ((أن تبدل الأسم لا أثر له إنما المدار على انقلاب الذات أو تبدل الصفات، فمن غصب حنطة فطحنها فإنّ الدقيق وأن أختلف مع الحنطة بالأسم إلا أن الحقيقة واحدة، وأكثر الخواص متساوية، والمرجع في أمثال ذلك إلى زيادة القيمة ونقصها، فأن نقصت ردّ العين مع الأرش، وأن زادت أو ساوت أخذها بلا شيء، كل ذلك لأن عينه موجودة وإنما تغيرت العوارض والصفات وتغير الأسم لا يوجب تغير الحقيقة...))^(٣).

وقد نقل البعض بأن الجمهور قد وضعوا جملة من المبررات التي تؤيد قولهم، وهذه المبررات تتمثل بالآتي^(٤):-

١- قول الرسول (ص) ((على اليد ما أخذت حتى تؤديه))، وقوله (ص) ((المسلم أخو المسلم لا يحل ماله إلا عن طيب نفس منه)) فما طابت نفس صاحب المال بتغييره، فلزم رده إليه ولا شيء للغاصب.

(١) ابن حزم الظاهري، المحلى، ج٨، مصدر سابق، ص ١٤٢-١٤٣.

(٢) ابن حزم الظاهري، المحلى، ج٧، مصدر سابق، ص ١٤٢.

(٣) الشيخ محمد حسين آل كاشف الغطاء، تحرير المجلة، ج٣، باب الغصب، المطبعة الحيدرية، النجف الأشرف، العراق، ١٣٦٢هـ.

(٤) د. علي شاکر عبد القادر، سيف بسام سعد، تغير ذات العين المغصوبة بفعل الغاصب وأثره في الملكية، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، السنة ١١، العدد ٣، ٢٠١٩، ص ١٨٦-١٨٧.

٢- إنَّ العين المغصوبة المتغيرة مازالت قائمة بيد الغاصب، فلم تتلف أو تملك، وأن الحق لم ينتقل إلى التعويض، فلزمه ردها إلى مالکها، لأنها عين ماله حتى وإن تغيرت فتحوّلت إلى حالة أخرى وتبدل أسمها، فهي ما زالت قائمة فلزم ردها إلى المالك.

٣- إنَّ تملك المغصوب منه (المالك) للبذل وعدم تملك الغاصب للعين المغصوبة لا يُعدّ جمعاً للبذل والمبدل في ملك شخص واحد وهو المالك - كما يرى الحنفية -، ذلك لأن المالك مَلَكَ بدل العين ملكية مؤقتة للحيلولة بين هذا البذل وبين ما يملك لا على سبيل العوض، وعليه إذا رد الغاصب العين المغصوبة رد المالك البذل إلى الغاصب

الفرع الثاني

الاتجاه المؤيد لكسب الملكية بالضمان

تُعد قاعدة إنَّ ((الضامن يملك المال المضمون بالضمان)) حنفية المنشأ والتطبيق، والذي يدفع قيمة الشيء الهالك أو مثله، يكون مالکاً لهذا الشيء من يوم قبضه، وهذا هو معنى قول الحنفية ((إن المضمونات تملك بأداء الضمان أو اختياره مستنداً)) أي بأثر رجعي إلى وقت القبض بحسب المصطلح القانوني. وعلى هذا فمن غصب شيئاً، فأخفاه فضمنه المالك قيمته، ملكه الغاصب من وقت وجود الغصب، حتى لو أنه باعه أو وهبه أو تصدق به، نفذ تصرفه. وإذا كان للشيء المضمون غلة أو ربح كان ذلك من حق الضامن، ولو ضمن السارق قيمة المال المسروق أو مثله، ملكه من وقت الأخذ^(١).

فالضابط عند الحنفية، أنه متى تغيرت العين تغيراً زال به أسمها ومعظم منافعها، أو اختلطت بمال الفاعل بحيث لا يمكن تمييزها، أو يمكن مع الحرج، فإن ملك المالك الأصلي يزول عنها وتُعد ملكاً لمن أحدث فيها التغيير، ولكن لا يجوز له أن ينتفع بها قبل أداء الضمان إلى المالك. وحجتهم في ذلك، أن الغاصب قد أحدث في المغصوب صنعة متقومه فصار حق المالك المغصوب منه هالکاً من وجه، حيث تبدل أسم المغصوب وفاتت معظم مقاصده، أما حق الغاصب في الصنعة فقائم من كل وجه فيترجح على الأصل الذي هو فائت من وجه، ولا يجعل

(١) د. وهبة الزحيلي، مصدر سابق، ص ١٨٩ - ١٩٠.

سبباً للتملك من حيث أنه محظور، وأنما من حيث إحداث الصنعة. كما أن في إباحة الانتفاع بالمغصوب قبل أداء الضمان فتح لباب الغصب فيحرم قبل أداء الضمان وقبل رضا المالك سداً لباب الفساد^(١).

وقد ذكر أحد فقهاء الحنفية^(٢) بأنه (الفعل الغاصب إذا غصب ثوباً فقطعه ولم يخطه أو صبغه أحمر... في هذه المواضع وقع استهلاكاً للمغصوب أما صورة ومعنى أو معنى لا صورة فيزول ملك المالك عنه وتبطل ولاية الإسترداد، كما إذا أستهلكه حقيقة ودلالة تحقق الأستهلاك أن المغصوب قد تبدل وصار شيئاً آخر... ولأنه إذا حصل الأستهلاك يزول ملك المالك، لأن أي الملك لا يبقى في الهالك فتقطع ولاية الإسترداد ضرورة، لأن الأستهلاك يوجب ضمان المثل أو القيمة للمالك لوقوعه اعتداء عليه أو أضراراً به، وهذا يوجب زوال ملكه عن المغصوب، وإذا زال ملك المالك بالضمان يثبت الملك للغاصب في المضمون، لوجود سبب الثبوت في محل قابل وصور أثبات الملك على مال غير مملوك لأحد، وبه تبين أن فعله الذي هو سبب لثبوت الملك مباح لا حظر فيه فجاز أن يثبت الملك به)).

ويستخلص البعض^(٣) من خلال الأطلاع على آراء فقهاء الحنفية، أن العين قد تهلك حقيقة أو حكماً، فتهلك حقيقة كما لو كانت باباً فهلكت كأن احترقت فصارت فحماً أو كتاباً احترق فصار رماداً، فالعين هنا قد هلكت حقيقة. وقد تهلك العين حكماً، ويقصد بالهلاك الحكمي هو التغير الحاصل في العين على نحو يتبدل به أسمها إلى أسم آخر، فعندما يفصل الغاصب قطعة القماش المغصوبة إلى عدة قطع ويقوم بخياطتها إلى الألبسة ومفروشات، فأن قطعة القماش قد هلكت حكماً لعدم إمكان إرجاع الألبسة والمفروشات إلى صفة قطعة القماش، وعليه تزول ملكية العين عن صاحبها و تؤول للغاصب مقابل الضمان.

(١) ينظر / البغدادي، مجمع الضمانات، مصدر سابق، ص ١٣٥.

- المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدئ، ج ٤، مصدر سابق، ص ١١-١٢.

- الزيلعي، تبیین الحقائق، ج ٥، مصدر سابق، ص ٢٢٦ وما بعدها.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٧، مصدر سابق، ص ١٤٨.

(٣) د. علي شاکر عبد القادر، سيف بسام سعد، تغير ذات العين المغصوبة بفعل الغاصب وأثره في الملكية، مصدر سابق، ص ١٧٨-١٧٩.

فتغير العين المضمونة عند الحنفية هو بمثابة الهلاك أو الأستهلاك للعين لا حقيقة وإنما حكماً، لأن العين لم تهلك حقيقة وإنما تبدلت إلى عين أخرى، فإذا ما تغيرت العين فهي بحكم الهالكة ومن ثم تزول ملكيتها عن المالك فتصبح بلا مالك، وما زالت بيد الغاصب فهي ملك له مقابل الضمان، ومثال على هلاك العين حكماً، هو أن الحنطة قبل الطحن لها صورة مميزة، وبعد الطحن لا تبقى تلك الصورة، لأن الحنطة تكون قد تغيرت فلم تعد قابلة للزرع وغيرها من الأمور بعد أن أصبحت دقيقاً، وثبت هذا التغير بين الحنطة والدقيق، يجعل من الدقيق جنساً آخر مختلف عن الحنطة، فينقطع عنها حق المالك وتؤول ملكيتها للضامن.

وهناك من فقهاء الأمامية من يقول بتملك الغاصب للمغصوب بالضمان، إذا ما غيره تغييراً أفقده ذاتيته وبذل أسمه إلى شيء جديد، وأن لم يقر بذلك صراحة، حيث أنه يعد تغير الذات بمثابة الأتلاف للعين المغصوبة ولذلك يلزم الغاصب برد قيمتها، حيث يقول بأنه ^(١) «إذا غصب حباً فزرعه أو بيضة فاحتضنتها الدجاجة، فالزرع والفرخ للغاصب... ولدينا أن عين الغصب قد تلفت وإذا تلفت فلا يلزم غير القيمة، ومن يقول أن الفرخ هو عين البيضة وأن الزرع هو عين الحب، مكابر بل معلوم خلافه»^(٢). وقد علق على هذا القول احد شراح القانون بأنه إذا كان الغاصب يلزم برد قيمة العين التي غيرها إلى عين جديدة، ألا يعني ذلك أن الغاصب تملك العين المغصوبة بحالتها الجديدة بالضمان أي مقابل ما دفعة إلى المغصوب منه قيمة لها^(٣).

أما المالكية^(٣) فأنهم يفرقون في هذا الشأن بين أمرين، الأول ما إذا كان العمل الذي أحدثه الغاصب في الشيء المغصوب يسيراً لا ينتقل به الشيء من أسمه كالخياطة في الثوب، أما الثاني، ما إذا كان هذا العمل كبيراً ينتقل به الشيء المغصوب عن أسمه، كالقمح يطحنه والغزل ينسجه والفضة يصوغها حلياً أو دراهم، فالأمر الأول لا حق للغاصب فيه و يأخذ المغصوب منه (المالك) شئيه معمولاً (مصنوعاً)، وأما الأمر الثاني فيلزم الغاصب فيه قيمة الشيء المغصوب

(١) أبو جعفر محمد بن الحسن الطوسي، الخلاف، ج٢، مصدر سابق، ص ١٧٨.

(٢) د. سعد حسين عبد ملحم الحلوسي، كسب الملكية بالضمان، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهريين، المجلد ٩، العدد ٢، ص ٩-١٠.

(٣) مالك بن أنس الأصبجي، المدونة الكبيرة، ج٤، المجلد ٥، مطبعة السعادة، القاهرة، مصر، ١٣٢٣هـ، ص ٣٦٣ وما بعدها. وكذلك ينظر / ابن رشد، بداية المجتهد، ج٢، مصدر سابق، ص ٣١٩-٣٢٠.

يوم غصبه أو مثله أن كان له مثل، وبذلك فإن المالكية يوافقون الحنفية في حالة ما إذا كان العمل الذي أحدثه الغاصب في المغصوب عملاً كبيراً بحيث زال به أسم المال المغصوب، فيتملكه الغاصب وينقطع عنه ملك مالكة الأول في مقابل ما أخذ من بدله.

ويشير البعض^(١) إلى أن قاعدة «الضامن يملك المضمون بالضمان من وقت قبضه» قد توجي لأول وهلة بعدم وجود شرط لحكمها، على حين أن الفقه الحنفي في أقوى الآراء الواردة فيه والمؤيدة تأييداً منقطع النظير لفكرة كسب الملكية بالضمان، قد وضع شروطاً لهذه القاعدة قد تكون غير صريحة، وهي أن يكون محل الضمان قابلاً لثبوت الملك فيه، وأن يحصل تغيير في المال المضمون، ووجود المقابل، وعدم وجود مانع من موانع الضمان.

وهناك^(٢) من يضيف بحق شرطاً آخر مفاده، ألا يكون الضامن متعمداً في القيام بالعمل غير المشروع كي يتذرع بقاعدة كسب الملكية بالضمان، بعبارة أخرى، أنتفاء عنصر الغش أو التحايل على القاعدة، وأن ضرورة إضافة هذا الشرط متأتية من أن بعض الفقهاء كما لاحظنا^(٣) قد أنكر على هذه القاعدة مفعولها في كسب الملكية، والسبب وراء ذلك بحسب رأيهم، هو أن الضامن قد ينتهز الفرصة التي توفرها هذه القاعدة، فيغصب مال معين ويغيره تغييراً موجباً لضمانه بالمثل أو القيمة، مما يعني أن قاعدة كسب الملكية بالضمان بدلاً من أن تؤدي إلى استقرار المعاملات فأنها سوف تكون سبباً لاضطرابها.

أما على صعيد القانون، فهناك^(٤) من يلاحظ أن المشرع العراقي قد أخذ بالاتجاه الثاني في الفقه الإسلامي المؤيد لقاعدة كسب الملكية بالضمان، حيث أن الغاصب إذا غير الشيء المغصوب تغييراً أفقده ذاتيته وبذل أسمه إلى أسم جديد فإنه يملكه، مقابل ما يدفعه من ضمان، أي أن ملكية المغصوب منه تزول بفعل الغاصب ويعوض عن الملكية التي زالت عنه، ويكون الضمان أما بقيمة العين المغصوبة أو مثلها على حسب الأحوال، ويشير إلى رأي لأحد فقهاء

(١) د. محمد سليمان الأحمد، كسب الملكية بضرر المال " دراسة تحليلية مقارنة"، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥، ص ١٠٦-١٠٧.

(٢) د. محمد سليمان الأحمد، المصدر السابق، ص ١١٥.

(٣) وذلك في الفرع الأول من هذا المطلب، عند بحثنا للاتجاه المخالف لكسب الملكية بالضمان.

(٤) د. سعد حسين عبد ملحم، مصدر سابق، ص ١٤.

القانون في معرض تعليقه على الحكم المتقدم بالقول ^(١) «أننا بصدد حق عيني تحول إلى حق شخصي بقوة القانون وحكمه، لا باتفاق الأطراف ورضاهم» ^(٢).

وقد أخذ المشرع العراقي في هذه القاعدة، عندما أشار إلى حكم تملك الغاصب للعين المغصوبة بالضمان، وذلك في المادة (٢/١٩٤) من القانون المدني التي تنص على أنه (أما إذا غير الغاصب المال المغصوب، بحيث يتبدل اسمه كان ضامناً وبقي المال المغصوب له، فمن غصب حنطة غيره وزرعها في أرضه كان ضامناً للحنطة وبقي المحصول له). ويفهم من هذا النص بوضوح أن الغاصب إذا غير العين المغصوبة تغييراً أفقدها ذاتيتها وبدل اسمها إلى اسم جديد، فإنه يترك العين بصورتها الجديدة في مقابل يدفع إلى مالكها السابق، كما لو قام الغاصب بطحن الحنطة التي غصبها أو بذرها في الأرض، أو بنى بالطابوق حائطاً أو جعل الخشب أثاثاً، ففي هذه الأحوال وغيرها مما ذكر في كتب الفقه الإسلامي أو في الواقع العملي، تزول ملكية المالك عن العين المغصوبة بتغييرها كلياً ويتركها الغاصب بحالتها الجديدة مقابل ما يضمنه من مثله أو قيمتها على حسب ما إذا كانت الأشياء مثلية أو قيمة ^(٣).

كما يُعد الضمان سبباً لكسب الملكية حتى وأن لم يصل التغيير الذي أحدثه الغاصب إلى حد تبدل اسم المال المغصوب بل لمجرد تغيير المغصوب، فالمغصوب منه بالخيار بين أن يسترد المغصوب عيناً مع التعويض، وبين ترك المغصوب للغاصب والرجوع عليه بالضمان، حيث نصت على ذلك المادة (١/١٩٤) من القانون المدني بأنه (١- إذا تغير المغصوب عقد الغاصب فالمغصوب منه بالخيار إن شاء أسترده المغصوب عيناً مع التعويض عن الأضرار الأخرى وأن شاء ترك المغصوب ورجع على الغاصب بالضمان). وكذلك الحال إذا غير الغاصب بعض أوصاف المغصوب بزيادة شيء عليه من ماله، حيث نصت على ذلك المادة (٣/١٩٤) بأنه (وإذا غير الغاصب بعض أوصاف المغصوب بزيادة شيء عليه من ماله، فالمغصوب منه مخير أن شاء أعطى للغاصب قيمة الزيادة وأسترده المغصوب عيناً مع التعويضات الأخرى، وأن شاء ترك المغصوب ورجع على الغاصب بالضمان).

(١) د. حسن علي ذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، ج ٢، الخطأ، مصدر سابق، ص ١٤.

(٢) د. سعد حسين عبد ملحم، المصدر السابق، ص ١٤.

ولا يقتصر كسب الملكية بالضمان في القانون المدني العراقي على حالة الغصب بل يشمل أيضاً حالة الأتلاف، الذي هو إخراج الشيء عن صورته، أو معناه ومنفعته على نحو جزئي أو كلي، كذبح الحيوان وجرحه، أو تعيب السيارة، وغير ذلك. فمن أتلّف شيئاً فعليه ضمان ما أتلّف لأنه إعدام للمال حسب الظاهر^(١). إذ نصت المادة (١٨٨) على أنه (إذا قطع أحد الأشجار التي في روضة غيره بدون حق فصاحبها مخير إن شاء أخذ قيمة الأشجار قائمة مع التعويض عن الأضرار الأخرى وترك الأشجار المقطوعة للقاطع وأن شاء حط من قيمتها قائمة مقطوعة وأخذ المبلغ الباقي والأشجار المقطوعة مع التعويض عن الأضرار الأخرى)^(٢).

أما عن موقف التشريعات محل المقارنة، فكل من القانونين المصري والفرنسي، لم يُقرا قاعدة كسب الملكية بالضمان، بل أنهما لا يعرفان أصلاً هذه المبادئ التي تميز فيها فقهاء الشريعة الإسلامية، والسبب يرجع إلى أن القانون المدني المصري قد تأثر بالقانون المدني الفرنسي، ومن ثم تُعد أحكامهما من الفقه الغربي الذي لا يعرف القاعدة مدار البحث، فهي قاعدة فقهية إسلامية بحته، بل أن كلا من القانونين (المصري والفرنسي) لم ينصا على تطبيقات العمل غير المشروع (الإتلاف والغصب) إذ إنّ هذه التطبيقات منصوص عليها في القوانين التي تأثرت بمبادئ الفقه الإسلامي^(٣).

وأخيراً، إذا ما سلمنا بأن الضمان من أسباب كسب الملكية، فهل بالأمكان إدراجه تحت أي سبب من أسباب كسب الملكية المنصوص عليها في القانون، وهل أن تلك الأسباب قد وردت على سبيل المثال أم على سبيل الحصر ؟؟

(١) فوزي كاظم المياحي، القواعد الفقهية الواردة في القانون المدني العراقي، مكتب زاكي للطباعة، نشر وتوزيع مكتبة الصباح، بغداد، ٢٠٢٠، ص ٢٣٩.

(٢) وبالمقابل فقد نصت المادة (١/١٨٧) من القانون المدني العراقي على أنه (١- إذا هدم أحد عقار غيره بدون حق فصاحب العقار بالخيار أن شاء ترك أنقاضه للهادم وضمنه قيمته مبنياً مع التعويض عن الأضرار الأخرى وأن شاء حط من قيمته مبنياً قيمة الأنقاض وأخذ هو الأنقاض وضمنه القيمة الباقية مع التعويض عن الأضرار الأخرى).

(٣) وبالمقابل فإن القانون المدني الأردني قد أقر صراحةً قاعدة كسب الملكية بالضمان، وذلك في المادة (١٠٨٥) منه التي تنص على أنه (المضمونات تملك بالضمان ملكاً مستنداً إلى وقت سببه ويشترط أن يكون المحل قابلاً لثبوت الملك ابتداءً).

لقد أتبع المشرع العراقي التقسيم التقليدي لأسباب كسب الملكية وصنفها على ثلاثة أقسام وهي :-

١- كسب الملكية ابتداءً، ويشمل الاستيلاء أو أحرار المباحات.

٢- كسب الملكية بسبب الوفاة، ويشمل هذا القسم الميراث و الوصية.

٣- كسب الملكية بين الأحياء، ويشمل العقد و الالتصاق والشفعة والحيازة.

ويلاحظ أولاً أنه لا يمكن أن يكون الضمان سبباً لكسب الملكية ابتداءً كالاستيلاء، لأن الاستيلاء هو إحرار لمال مباح لا مالك له، أما الضمان فالمالك ثابت للمالك ابتداءً، وهو ينتقل للضامن بالضمان، لذا فهو من الأسباب الناقلة للملكية وليس المنشئة لها، كما لا يمكن أن يكون الضمان سبباً لكسب الملكية بسبب الوفاة كالميراث و الوصية لأنه ليست هناك وفاة، ولما كان الضمان يكسب الضامن الملكية من وقت نشوء سبب الضمان في مقابل إعطاء المثل أو رد القيمة، فإنه لا يكاد يختلف عن عقود المعاوضات التي تفيد التملك سوى أنه يمثل واقعة قانونية، وهذه العقود تصرفات قانونية تستند على أساس مشروع بعكس الضمان، لذا فإنه لا مانع من إضافة الضمان إلى عداد أسباب كسب الملكية بين الأحياء، ليصبح الفرع الخاص بكسب الملكية بين الأحياء محتوياً على خمسة أسباب وهي :-

١- الالتصاق ٢- العقد ٣- الشفعة ٤- الحيازة ٥- الضمان^(١).

وبالمقابل هنالك من يرى أن لأسباب كسب الملكية تصنيفاً آخر (التصنيف الحديث) أعتمده الدكتور عبد الرزاق السنهوري، وصنف أسباب كسب الملكية إلى الواقعة القانونية والتصرف القانوني، وبما أن الضمان واقعة قانونية، فالسؤال هنا هل نحتاج إلى تعديل النص القانوني لإضافة الضمان إلى أسباب كسب الملكية، أم لا نحتاج ذلك لأن أسباب كسب الملكية لم ترد على سبيل الحصر ؟، وبعبارة أخرى هل يمكن التسليم بالرأي^(٢) القائل أن أسباب كسب الملكية وردت على سبيل الحصر ؟. أن هذا الرأي لا يمكن التسليم به لأن الحكم القضائي الذي يقضي بتمليك العقار للمتعهد له إذا أحدث فيه أبنية أو منشآت أو سكن فيه دون معارضة تحريرية من المتعهد

(١) د. محمد سليمان الأحمد، كسب الملكية بضرر المال، مصدر سابق، ص ١٢٣-١٢٥.

(٢) د. محمد وحيد الدين سوار، الحقوق العينية الأصلية، ج ٢، مكتبة دار الثقافة، عمان، ١٩٩٤، ص ٥.

يمكن أن يُعد سبباً لكسب الملكية. كما يمكن أن يكون القانون مصدراً مباشراً لكسب الملكية أحياناً كما لو صدر قانون يملك شخص معين قطعة أرض، فسبب كسب الملكية هنا هو نص القانون^(١).
وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز الاتحادية في قرارها الصادر عام (٢٠١٩) بأنه
(تخصيص العقارات بدون بدل من قبل الدولة إلى المواطنين يُعتبر سبب من أسباب الملكية العقارية، وتسجيل العقار في سجلات التسجيل العقاري المختصة يُعتبر الشخص الذي خصص له العقار بدون بدل مالكاً وله كافة حقوق مالكي العقار المثبتة قانوناً)^(٢).

(١) د. سعد حسين عبد ملحم، مصدر سابق، ص ٢٤. و د. محمد سليمان الأحمد، كسب الملكية بضرر المال، المصدر السابق، ص ١٢٧-١٢٨.

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية، بالعدد (٢٧٣ / الهيئة المدنية الموسعة / ٢٠١٩) في (٢٣ / ١٠ / ٢٠١٩).

الخاتمة

في ختام بحثنا الموسوم بـ (أحكام اليد في القانون المدني/ دراسة مقارنة)، توصلنا إلى جملة من الاستنتاجات، وبعض المقترحات التي نأمل الأخذ بها : -

أولاً/ الاستنتاجات

١. يُعدّ نظام التسجيل المجدد من المسائل الهامة كونه يتعلق بمعالجة مشكلة واقعية بالنسبة للعقارات غير المسجلة، أو التي تُعد في حكم غير المسجلة نتيجة لفقدان سجلاتها أو سنداتهما، أو بسبب الظروف الأمنية والتحويلات المتلاحقة التي مر بها البلد في فترات مختلفة. وقد أوجد المشرع العراقي هذا النظام ضمن قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة (١٩٧١) المعدل النافذ، وذلك بعد أن أيقن أن هنالك جانباً كبيراً من الإشكالات والمنازعات لم تحل طالما توجد عقارات غير مسجلة في دائرة التسجيل العقاري، ومن ثم يمكن القول أن نظام التسجيل المجدد هو التطبيق الحقيقي والعملي لدور وضع اليد في كسب حق الملكية والحقوق العينية الأصلية المنفردة عنه، وإن احكامه تعد معدّله لأحكام القانون المدني بشأن المسائل التي تناولها.

٢. رغم التقارب بين التسجيل المجدد ونظام التأييد إلا أن الأول يختلف عن هذا الأخير من نواح عدة، أولها أن سبب التسجيل المجدد هو أن العقار غير مسجل أو هو بحكم غير المسجل بينما يعود سبب التأييد إلى فقدان السجل المثبت للحق أو أن فيه عيباً أو تلف كلي، أما ثانيها فهو أن طالب التسجيل المجدد يجب أن يكون حائزاً لمدة لا تقل عن خمس عشرة سنة بينما لم يتطلب القانون أن يكون طالب التأييد حائزاً لمدة معينة بل واضعاً يده فحسب، وثالثهما أن التسجيل المجدد يقتصر على الحقوق العينية الأصلية في حين يشمل التأييد جميع الحقوق العينية الأصلية أو التبعية.

٣. يتحدد نطاق التسجيل المجدد بالعقارات المخصصة للأغراض العمرانية داخل حدود المدن من مسققات وأراضي خالية ومرافق عامة، كما يسري على الأراضي الزراعية والبساتين الواقعة داخل حدود المدن بعد أن يتم تقرير نفي الصفة الزراعية عنها عن طريق اللجان المختصة وذلك

أستناداً لتعليمات التسجيل الأُلزامي للعقارات غير المسجلة رقم (١) لسنة (١٩٨٦) من جهة، ونصوص قانون تثبيت الملكية في الأراضي الزراعية والبساتين المستثناة من أعمال التسوية رقم (٤٩) لسنة (٢٠١٥) من جهة أخرى، اما الأراضي الزراعية والبساتين التي تقع خارج حدود المدن فتخضع إلى لجان الأراضي والأستيلاء فهي من تتولى تثبيت العائدية بموجب قانون الإصلاح الزراعي رقم (١١٧) لسنة (١٩٧٠) والتعليمات الصادرة بشأنه.

٤. وُحِدَ نظام التسجيل المجدد مدة التقادم اللازمة لكسب الحقوق العينية الاصلية الواردة على عقار بمدة لا تقل عن (١٥) خمس عشرة سنة، بعد ان كان القانون المدني العراقي يميّز، على غرار المصري، بين نوعين من التقادم، الاول الطويل ومدته (١٥) خمس عشرة سنة، والثاني القصير ومدته (٥) خمس سنوات، مع اختلاف الشروط اللازم توافرها لكل منهما. مع ملاحظة اختلاف المدة في القانون الفرنسي اذ جعلها (٣٠) ثلاثين سنة للتقادم الطويل، و (١٠) عشر سنوات للتقادم القصير.

٥. عدّ نظام التسجيل المجدد، صراحةً ودون أي غموض، مرور الزمان المقترن بالحيازة الصحيحة وحسن النية، سبباً من أسباب كسب الحقوق العينية الأصلية لا كمانع من سماع الدعوى فحسب، ويتضح ذلك جلياً من خلال نصوص القانون و التطبيقات القضائية الحديثة، على خلاف القانون المدني العراقي الذي جاء متأثراً بأحكام الفقه الإسلامي الذي عدّ مرور الزمان مانعاً من سماع الدعوى، وجاء هذا التأثير نتيجة لتفكير بعض الفقهاء في وضع نظام قانوني لا يتعارض وأحكام الشريعة الإسلامية القاضي بعدم سقوط الحق بمرور الزمان، فأقروا مبدأ مرور الزمان لا كمكسب للحق أو مسقط له وإنما كمانع من سماع الدعوى، في حين ذهبت بعض القوانين المدنية الغربية إلى عدّ مرور الزمان سبباً من أسباب كسب الملكية والحقوق العينية، ومنها القانون المدني الفرنسي وسار على نهجه القانون المدني المصري .

٦. أصبح حكم المادة (١٢١٨) مدني عراقي معطلاً بموجب حكم المادة (١١) من قانون الإصلاح الزراعي رقم (١١٧) لسنة (١٩٧٠)، وذلك بقدر تعلق الأمر باكتساب حق التصرف بمرور الزمان، حيث جعلت كل ما يتعلق بتثبيت حق التصرف على الأراضي الأميرية من مهام اللجان الخاصة في الإصلاح الزراعي. كما أصبح حكم المادة (١/١١٨٤) معطلاً ايضاً، قدر تعلق

الأمر بحق القرار كسبب من أسباب كسب حق التصرف، وذلك بعد صدور قانون توحيد أصناف أراضي الدولة رقم (٥٣) لسنة ١٩٧٦ النافذ.

٧. تتعدد أحوال وضع اليد على المنقول وتختلف شروطها وبتفاوت دورها في التملك بين كل من الأستيلاء أبتداءً، واللقطة، والحيازة بسوء نية والحيازة بحسن نية.

٨. تختلف الأشياء المباحة عن الأشياء المتروكة عند الأستيلاء عليها، فالأولى ليس لها مالك منذ البداية، بينما الثانية كان لها مالك ثم تخلى عنها بنية النزول عن ملكيتها، ويترتب على ذلك أن كلاهما يُعد محلاً صالحاً للأستيلاء، لأنه وقت الأحرار لا يكون له مالك. كما تختلف الأشياء المتروكة عن الأشياء الضائعة، فالأولى يتخلى عنها صاحبها بقصد النزول عن ملكيتها كما قدمنا، أما الأشياء الضائعة فأنها باقية على ملك صاحبها لأنه لم يقصد النزول عنها، ومن ثم فهي لا تُعد محلاً صالحاً للأستيلاء أبتداءً.

٩. لا يُعد الكنز محلاً صالحاً للأستيلاء أبتداءً، فلا يستطيع من يعثر عليه أن يتمسك بقاعدة الحيازة في المنقول، لأنه يعلم أو ينبغي أن يعلم أن للكنز مالكاً قد فقده ومن حقه أن يطالب باسترداده، وبخلاف ذلك يُعد من عثر عليه سيء النية، لكن إذا تصرف بالكنز إلى حائز حسن النية، فيستطيع هذا الأخير أن يتمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، ومن ثم يملك المنقول على الفور، وليس للمالك أن يحتج عليه بالإستثناءات الواردة في المادة (١١٦٤) لأن الكنز بالأصل ليس مالاً مسروقاً أو ضائعاً أو مغصوباً أو خرج من يد مالكة بخيانة أمانة، وذلك لإختلاف مفهوم وأحكام كل منهما، كما يصح تملك المنقول بالتقادم المكسب الطويل على وفق الشروط المبينة في متن البحث.

١٠. تصح حيازة اللقطة (المال الضائع) من الناحيتين الشرعية والقانونية، مع ألتزام الملتقط بشأنها بما يفرضه عليه الشرع والقانون من حيث المحافظة عليها و الإعلان عنها المدة المحددة. فالأصل أن اللقطة لا تملك في الحال، أما بعد أنتهاء مدة الإعلان عنها أو التعريف بها، فقد أختلف الفقهاء المسلمون بين من يرى بعدم جواز تملكها وأنما تبقى أمانة عنده أو يتصدق بها على الفقراء، في حين يرى جانب آخر بجواز تملكها بشرط أن يعيدها إلى صاحبها إذا ظهر ولو بعد حين.

١١. إذا تصرف الملتقط باللقطة إلى حائز حسن النية، فليس لهذا الأخير أن يملكها في الحال احتجاجاً بقاعدة الحيازة في المنقول، بل يستطيع مالكاها الحقيقي أن يطالب بأستردادها خلال (٣) ثلاث سنوات أستاذاً للمادة (١١٦٤) من القانون المدني العراقي

١٢. في ظل عدم وجود قانون خاص ينظم أحكام اللقطة في العراق في وقتنا الحالي، لذا يمكن اللجوء إلى آراء الفقه الإسلامي الواردة بشأنها، وذلك أستاذاً لنص المادة (٢/١) من القانون المدني العراقي، التي قضت بالرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين، وذلك عند عدم وجود نص تشريعي أو عرف يمكن تطبيقه.

١٣. وسّع المشرع العراقي من الاستثناءات على قاعدة الحيازة في المنقول الواردة في المادة (١١٦٤) مدني، إذ ذكر كل من الضياع والسرقة والغصب وخيانة الأمانة، بينما حصرها المشرعان المصري والفرنسي في حالتين فقط هما الضياع والسرقة، وفي الحقيقة أن المشرع العراقي قد جعل من الاستثناء يطغى على القاعدة الواردة في المادة (١١٦٣)، وضيق من نطاق تطبيقها.

١٤. أصبح دور الحيازة بسوء نية في القانون المدني العراقي يقتصر على تملك المنقول دون العقار خصوصاً بعد صدور قانون التسجيل العقاري، إذ أخضع نظام التسجيل المجدد تملك العقارات غير المسجلة أو ما في حكمها لشروط خاصة ومن أهمها أن يكون الحائز حسن النية وإن تمضي مدة لا تقل عن (١٥) خمس عشرة سنة.

١٥. يملك الحائز حسن النية المنقول على الفور إذا استندت حيازته إلى سبب صحيح، أي تلقى المنقول من غير مالكة، أما إذا كان التصرف صادراً من مالك المنقول أمتنع تطبيق هذه القاعدة لأن التصرف هو الذي يحكم العلاقة بين المالك والمتصرف إليه. بينما الحيازة بسوء نية تصلح سبباً لتملك المنقول لكن ليس على الفور وإنما بمرور مدة الزمان المانع من سماع الدعوى التي حددها القانون المدني بمدة لا تقل عن (١٥) خمس عشرة سنة.

١٦. بين المشرع المصري صراحة الأثر المسقط لقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، حيث يملك الحائز حسن النية المنقول خالياً من التكاليف والقيود التي تنقله، ولم يرد نصاً مماثلاً لذلك في القانون المدني العراقي.

١٧. يعد القانون المدني العراقي القانون الوحيد الذي نظم قاعدة على اليد متأثراً في ذلك بأحكام الفقه الإسلامي، إذ عدّ اليد على الشيء يد ملك، وإلا فهي يد أمانة أو ضمان.
١٨. تختلف درجة العناية التي يبذلها واضع اليد بحسب طبيعة يده ان كانت يد أمانة أو ضمان، فيتسامح القانون تجاه الاول ويتشدد حيال الثاني، على الوجه المبين في متن البحث.
١٩. يد الأمانة بحسب الأصل لا تتحمل تبعه هلاك الشيء، إلا إذا وقع بتعدٍ أو تقصير من الحائز، ومن ثم فهي لا تضمن بالسبب الاجنبي، بينما يد الضمان تتحمل تبعه هلاك الشيء او تلفه بصرف النظر عن سبب ذلك.
٢٠. المقصود بتحوّل اليد هو تغير صفتها وحالتها، فتتحول من صفة الأمانة إلى صفة الضمان وبالعكس، فالتغير هو للصفة وليس لشخص واضع اليد، وأن وقت تحوّل صفة اليد الذي يعوّل عليه في ترتيب الاثر هو وقت حدوث السبب الذي ادى الى هذا التحوّل.
٢١. تتحول يد الأمانة إلى يد ضمان من خلال حالات عدة أهمها، تحول نية واضع اليد، وبالتعدي والتقصير، وبإخلال الامين بالتزاماته، وبانتهاء الإباحة، ونص القانون، و اشتراط الضمان على الامين. كما تتحول يد الضمان إلى يد أمانة ايضاً، وذلك من خلال حالات عدة اهمها، قيام سبب للحبس، والاعذار، والعرض والايذاء، والاتفاق، كما تتحول بأشترط نفي الضمان عن واضع اليد.
٢٢. أخذ المشرع العراقي برأي جمهور الفقهاء المسلمين بشأن ضمان منافع المغصوب، وزوائده، وضمان غصب العقار، وقد طبق القضاء العراقي ذلك في العديد من قراراته، وخالف القانون بذلك رأي الحنفية وبعض الزيدية، الذين يعدّون الزوائد أمانة في يد الغاصب، ولا يجيزون ضمان المنافع لأن المنافع عندهم ليست أموالاً، فلا يمكن إدخارها لوقت الحاجة، وأن عدم ضمانها هو العجر لا لعدم الحق، فيؤخر ذلك إلى دار الجزاء، كما لا يجيزون ضمان غصب العقار على إعتبار أن الغصب عندهم لا يتحقق إلا فيما يُشغل أو يحوّل، أستناداً إلى إزالة اليد المحقة وإثبات اليد المبطلّة، وهذا لا يتصور إلا في العقار دون المنقول.

١. أقتراح على المشرع العراقي تعديل تسمية (التسجيل المجدد) الواردة كعنوان للقسم الثاني من الفصل الثاني من القسم الثاني من قانون التسجيل العقاري، وان تحل محلها عبارة (كسب الحقوق العينية العقارية بالتقادم)، إذ إنّ الخلاف الفقهي المحتدم بشأن عبارة التسجيل المجدد له ما يبرره، إذ توحى ان العقارات مسجلة سابقة وتسجل مجدداً للأسباب الواردة في القانون، في ان حالات التسجيل المجدد على نوعين يتمثل الاول منها بالعقارات التي تسجل مجدداً بعد ان كانت مسجلة سابقاً ثم فقدت سجلاتها او سنداتهما او ما شاكل ذلك، بينما يتمثل النوع الثاني بالعقارات غير المسجلة سابقاً ويتطلب تسجيلها لأول مرة، مما يترتب عليه كسب ملكيتها بالتقادم في الحالتين .

٢. ضرورة التدخل التشريعي الذي من شأنه أن يتدارك الإرباك الحاصل في النصوص القانونية المنظمة للتسجيل المجدد، وبالتحديد ما يتعلق بالمواد (٤٣/مكررة و ٥٠/مكررة) من قانون التسجيل العقاري من جهة، وقرار مجلس قيادة الثورة رقم (٥٢٩) لسنة (١٩٨٢) من جهة اخرى، من خلال بيان هل طريق التسجيل المجدد الاختياري لا يزال ساري المفعول، أم إنّ العمل به قد انتهى بعد مرور مدة (السنة) المنصوص عليها في هذا القانون ومن ثم يجب ان تسجل العقارات غير المسجلة او في حكم غير المسجلة بأسم البلدية المختصة أستاذاً لقرار مجلس قيادة الثورة المشار إليه أعلاه ؟، على وفق التفصيل المبين في متن البحث، مما يتيح للأفراد معرفة حقوقهم، ويسهل على الجهات المختصة تطبيق القانون.

٣. إزالة حق العقر من بين انواع الحقوق العينية الاصلية، وذلك من خلال تعديل نص المادة (١/٦٨) من القانون المدني العراقي، وما يترتب على ذلك من إلغاء جميع النصوص المنظمة له ومنها المواد (١٢٤٢-١٢٤٣-١٢٤٤) من القانون المدني، لكون هذا الحق قد الغي بشكل نهائي بصدور قانون تصفية حق العقر رقم (١٧) لسنة (١٩٨٠) النافذ، كما أنّه حق ضعيف لم يسبق تنظيمه في تشريعات مقارنة اخرى ووجد في حينها لمعالجة حالات معينة ثم انتهى بانتهائها.

٤. جعل الطعن في القرار الصادر عن لجنة تثبيت الملكية يتمثل باقامة دعوى تقبل الطعن امام محكمة الاستئناف بصفتها الاصلية ثم التمييز امام محكمة التمييز الاتحادية، وعدم الاقتصار على الطعن امام محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية، وذلك لغرض زيادة الضمانات الخاصة بالمقاضي من جهة، ولتوحيد المبادئ القضائية في جميع المحاكم المختصة من جهة اخرى، خصوصا بعد التباين الذي رأيناه في قرارات محاكم الاستئناف بصفتها التمييزية على الوجه المبين في متن هذه الدراسة.

٥. ضرورة تدريس موضوع التسجيل المجدد لطلبة الدراسة الاولى من خلال اضافة ملخص وافٍ عن احكام هذا الموضوع من خلال تعديل الكتاب المنهجي الخاص بمادة الحقوق العينية الاصلية، لان هذه الاحكام تعد معدلة ضمناً لقواعد الحيازة في القانون المدني العراقي.

٦. تعديل نص المادة (١/١١٤٥) من القانون المدني العراقي بحيث تشمل العنصر المعنوي للحيازة بالإضافة للعنصر المادي، وذلك من خلال إضافة عبارة (بنية التملك) أو (قاصدا الظهور بمظهر المالك).

٧. إلغاء نص المادة (١١٠٥) من القانون المدني العراقي من الأحكام الخاصة بالاستيلاء على المنقول ، وإعادة تنظيمها ضمن موضوعات الالتصاق وبالتحديد مع الالتصاق بالعقار بفعل الإنسان وذلك في المواد (١١١٧-١١٢٤).

٨. تعديل المواد الخاصة بالكنز بإضافة نص تخصص من خلاله نسبة من قيمة الكنز إلى من يعثر عليه ، وذلك على غرار ما ورد في المادة (٧١٦) من القانون المدني الفرنسي ، لأن من شأن هذا أن يشجع من عثر على الكنز تسليمه إلى مالكة مع ضمان حصوله على حصة منه.

٩. الإسراع في تشريع قانون خاص يعنى بتنظيم أحكام اللقطة على وجه حديث ومتكامل أستناداً للمادة (١١٠٣) من القانون المدني العراقي، وذلك بعيداً عن تشعب الآراء و أختلافها على مستوى الفقه الإسلامي.

١٠. إستحداث شعبة خاصة تتبع دواوين الأوقاف في بغداد والمحافظات تتولى إدارة شؤون اللقطة، وتتبع تعليمات معينة تصدر لهذا الغرض من بينها اعتماد وسائل الاتصال الحديثة للتعريف بها، حيث يُلزم من يعثر على مال ضائع بتسليمه إلى تلك الشعبة ضمن المنطقة أو

المحافظة التي يعثر عليه فيها، وذلك خلال مدة أقصاها (٣) ثلاثة أيام من تاريخ العثور عليه، وبخلافه يُعد سيء النية ومن ثم يفترض أنه قد أخذ اللقطة على سبيل التملك، ويترتب على ذلك ضمان قيمتها مدنياً، مع إمكان إحالته إلى القضاء جزائياً.

١١. تخصيص نسبة من قيمة اللقطة إلى الملتقط تشجيعاً له في حالة التزامه بالتعليمات وتسليمها إلى الجهات المختصة في المكان والزمان المعينين، أما إذا كانت قيمتها يسيرة أو معنوية بالنسبة لمالكها فبإمكان الجهات المختصة الاعلان عن مكافئة إلى من يسلمها إليها.

١٢. تعديل نص المادة (٣/١١٥٨) من خلال وضع مفهوم دقيق للسبب الصحيح وعدم حصره في حالات محددة دون غيرها، اذ لاحظنا مدى اختلاف مفهوم السبب الصحيح في القانون المدني العراقي عنه في القانون المدني المصري، اذ ان الاخير قد رهنه بالتصرفات القانونية من دون حصرها، في حين ان الاول قد حدده بحالات على سبيل الحصر وهذا من شأنه ان يحرم الحائز من الاحتجاج في كل ما يمكن عدّه سبباً صحيحاً من غير ما ورد في تلك الحالات.

١٣. تعديل نص المادة (١١٦٤) من القانون المدني العراقي وذلك بإضافة فقرة ، على غرار ما موجود في القانونين المصري والفرنسي ، تعطي الحق للحائز حسن النية في أن يحبس المنقول عن مالكة الذي فقده نتيجة ضياع أو سرقة أو غصب أو خيانة أمانة ، إلى أن يسترد ثمنه الذي أشتراه فيه من سوق أو مزاد علني أو ممن يتجر في مثله عادة ، حتى لا تغلب مصلحة المالك على مصلحة الحائز حسن النية ، خصوصاً أنه قد حصل على المنقول في ظروف لا تدعو إلى الشك في أنه يتلقاه من غير مالكة.

١٤. تعديل نص المادة (١/٥٤٧) مدني عراقي من خلال تحميل المشتري تبعة هلاك المبيع بسبب اجنبي قبل التسليم، على غرار ما منصوص عليه في المادة (١١٩٦) من القانون المدني الفرنسي المعدل بالمرسوم (١٣١) لسنة (٢٠١٦)، إذ بما إنَّ المشتري يستفيد من كل زيادة تحصل في المبيع حتى قبل التسليم فالعدالة تقتضي أن يتحمل مسؤولية هلاكه بسبب اجنبي تطبيقاً لمبدأ الغرم بالغنم.

١٥. تعديل نص المادة (٥٤٨) مدني عراقي لتكون على فقرتين ، تتعلق الأولى بالمقبوض على سوم الشراء عند تسمية الثمن فقط ، في حين تختص الفقرة الثانية بالمقبوض على سوم النظر ، وعليه يكون المعيار الفاصل بين سوم الشراء والنظر هو تسمية الثمن من عدمه.

١٦. نقل المادة (٩٥٠) مدني عراقي من الفصل الخاص (بالإيداع) الى المواد (٤٢٨.٤٢٥) المنظمة لقاعدة على اليد، على اعتبار ان هذه المادة قد بيّنت المقصود بالأمانة وحددت مصادرها.

١٧. نقترح على المشرع العراقي نقل الاحكام الخاصة بقاعدة اليد الواردة في المواد (٤٢٨.٤٢٥) من الفصل الخاص باستحالة التنفيذ الى فرع اخر يستحدثه تحت عنوان "وضع اليد"، وان يشتمل على كل ما يتعلق باليد من حيث انواعها مفهوماً واحكامها وتحولها، ويترتب على ذلك الغاء جميع النصوص المتناثرة في ثنايا القانون التي لها علاقة في قاعدة على اليد، سواء أكانت واردة في نطاق الوقائع او التصرفات القانونية واخضاعها جميعاً لنظام قانوني موحد.

١٨. ضرورة عدول محكمة التمييز عن تبني التوجه الحالي الذي يسمح للقطاعات الأمنية والعسكرية المختلفة بالسيطرة على بعض العقارات المملوكة للأفراد، بحجة أن مهام تلك القطاعات هو توفير الحماية اللازمة للمواطنين نتيجة لعدم الاستقرار الأمني، وأن الضرورات تبيح المحظورات ، حيث أن حالة الضرورة إذا كانت موجودة سابقاً فهي الآن مشكوك بوجودها ، إذ أن هذه المناطق تشهد استقراراً أمنياً وتسودها حركة العمران ، مما يحتم على القضاء أما الحكم برد المغصوب إلى مالكه أو صاحب الحق فيه أو تعويضه بأجر المثل على أقل تقدير أستاذاً للمادة (١٩٧) مدني عراقي.

المصادر

المصادر

القرآن الكريم

أولاً / معاجم اللغة

١. ابن حيان، صحيح ابن حيان، ج ١١.
٢. البخاري، صحيح بخاري، ج ٣.
٣. الرازي، مختار الصحاح.

ثانياً / كتب الفقه الإسلامي

١. إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، المهذب، ج ١، دار الفكر، لبنان، بيروت، بدون تاريخ نشر.
٢. ابن القيم محمد بن أبي بكر، الطرق الحكمية، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، ١٩٥٢.
٣. ابن النجار، كشف القناع، ط ١، ج ٤، عالم الكتب، بيروت، ١٩٩٣.
٤. ابن جعفر أحمد بن محمد بن سلامة، مختصر الطحاوي، ط ١، دار أحياء العلوم، بيروت.
٥. ابن رشد الأمام أبو الوليد محمد بن أحمد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط ١، ج ٢، مطبعة صبيح، مصر، بدون سنة طبع.
٦. ابن قدامة أبو محمد موفق الدين عبد الله المقدسي، كتاب الكافي، ط ١، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ٢٠٠٣.
٧. ابن قدامة موفق الدين أبو حمد بن عبدالله، المغني، ط ١، ج ٦، مطبعة المنار، مصر، ١٣٤٧.
٨. أبو إبراهيم أسماعيل بن يحيى المزني، السنن المأثورة للشافعي، دار المعرفة، بيروت، ١٤٠٦هـ.
٩. أبو بكر بن حسن الكشناوي، أسهل المدارك شرح ارشاد السالك في مذهب الأمام مالك، ط ١، ج ١، المكتبة العصرية، صيدا، لبنان، ٢٠٠٣.
١٠. أبو جعفر محمد بن الحسن الطوسي، الخلاف، ج ٢، دار العالم الإسلامي، بيروت، بدون سنة طبع.
١١. أبو جعفر محمد بن الحسن الطوسي، المبسوط في فقه الأمامية، مكتبة المرتضوية لأحياء الآثار الجعفرية.
١٢. أبو جعفر محمد بن الحسن بن علي المعروف بـ (الطوسي)، المكتبة الرضوية لأحياء الآثار الجعفرية، ج ٣.
١٣. أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق، سنن أبو داود (كتاب البيوع)، باب تضمين العارية، ج ٢.

١٤. أبو داوود سليمان بن الأشعث بن إسحاق ، سنن أبي داوود ، ج٢ ، باب التعريف باللقطة ، حديث (١٧٠٦).
١٥. أبو زكريا يحيى بن شرف الحزامي النووي، المجموع شرح المذهب، ج٥، دار الفكر، لبنان، بيروت، ١٩٩٧.
١٦. أبو زكريا يحيى بن شرف النووي دمشقي، روضة الطالبين، ط١، دار ابن حزم، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٢.
١٧. الامام أبو عبد الله محمد بن أدريس الشافعي، كتاب الأم، ج٣، مطبعة دار الشعب، القاهرة.
١٨. أبو عمر يوسف بن عبدالله بن محمد بن عبد البر بن عاصم المعروف بـ (القرطبي)، الاستذكار، ط١، ج٧، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٠.
١٩. أبو محمد بن غانم بن محمد البغدادي، مجمع الضمانات في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، ط١، ١٩٩٩.
٢٠. أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، المحلى بالآثار، ج٧، دار الفكر ، بيروت، لبنان.
٢١. أبي أسحاق أبراهيم بن علي الفيروز أبادي الشيرازي، المذهب، مطبعة الحلبي.
٢٢. أبي أسحاق برهان الدين أبراهيم بن محمد الحنبلي، المبدع في شرح المقنع، مطبعة المكتب الإسلامي.
٢٣. أبي البركات سيد أحمد بن محمد العدوي المالكي المعروف بالدريد، الشرح الكبير، ج٣، دار الفكر، بيروت.
٢٤. أبي النجا شرف الدين موسى الحجاوي المقدسي، الأفتاح، ج٢، المطبعة المصرية بالأزهر، بدون سنة طبع.
٢٥. القاضي أبي الوليد سليمان بن خلف الباجي، كتاب المنتقى شرح موطأ ابن مالك الأندلسي، ج٥، دار الفكر الجامعي.
٢٦. أبي حامد الغزالي، الوجيز، ج٢، مطبعة الآداب، مصر، ١٣١٧هـ.
٢٧. الشيخ أبي زكريا محي الدين النووي دمشقي، روضة الطالبين، مطبعة المكتب الإسلامي.
٢٨. أبي صلاح الحلبي، الكافي في الفقه، ط١، مؤسسة آل البيت عليهم السلام لأحياء التراث، قم، إيران، ١٤١٠هـ.

٢٩. أحمد الدردير، الشرح الصغير، ط ١، ج ٤، مطبعة المدني، القاهرة، ١٩٦٢.
٣٠. الشيخ أحمد الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، المكتبة التجارية الكبرى.
٣١. أحمد الطحاوي الحنفي، حاشية الطحاوي على الدر المختار، مجلد ٢، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ٢٠٠٠.
٣٢. أحمد بن أدريس القرافي، الذخيرة، ط ١، ج ٨، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ١٩٩٤.
٣٣. أحمد بن غانم بن سالم بن مهنا شهاب الدين المعروف بـ (النفراوي)، الفواكة الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، ج ٢، دار الفكر، ١٩٩٥.
٣٤. القاضي أحمد بن قاسم العنسي اليماني الصنعاني، التاج المذهب لأحكام المذهب، ط ١، ج ٣، مطبعة دار أحياء الكتب العربية، ١٩٤٧.
٣٥. أحمد بن محمد الخلوتي المعروف بـ (الصاوي)، بلغة السالك لأقرب المسالك، ج ٣، دار المعارف، بدون مكان طبع.
٣٦. أحمد بن محمد الهاجري، القواعد والضوابط الفقهية في الضمان المالي، ط ١، ج ١، كنوز أشبيليا للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، الرياض، ١٤٢٩ هـ - ٢٠٠٨.
٣٧. أحمد بن يحيى بن المرتضي، البحر الزخار الجامع لمذهب علماء الأمصار، ج ٣، ١٩٤٨.
٣٨. أسماعيل بن يحيى المزني، مختصر المزني، ط ٢، مطبعة دار المعرفة، بيروت.
٣٩. أكمل الدين محمد بن محمود البابرتي، شرح العناية على الهداية، ج ٧، مطبعة مصطفى محمد، المكتبة التجارية.
٤٠. باقر الأيرواني، دروس تمهيدية في القواعد الفقهية، ط ٤، ج ٢، دار الفقه للطباعة والنشر، ١٤٢٨ هـ.
٤١. برهان الدين المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدئ، ج ٤، مطبعة مصطفى الحلبي، مصر، بدون سنة طبع.
٤٢. برهان الدين علي بن أبي بكر المعروف بـ (المرغيناني)، الهداية شرح بداية المهتدي، ج ٣، مطبعة الحلبي، مصر.
٤٣. الامام تاج الدين عبد الوهاب بن علي ابن عبد الكافي السبكي، الأشباه والنظائر، ط ١، ج ١، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، ١٩٩١.
٤٤. جمال الدين الحسن بن يوسف المعروف بالعلامة الحلبي، تذكرة الفقهاء، ج ١٣، منشورات المكتبة المرتضوية للأثار الجعفرية، طهران.

٤٥. الشيخ جمال الدين يوسف الأربيلي، الأنوار لأعمال الأبرار، مطبعة مصطفى محمد، المكتبة التجارية، مصر.
٤٦. حامد عبده سعيد الفقي، أحكام الغصب في الفقه الإسلامي، ط١، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٣.
٤٧. ميرزا حسن الموسوي البجنوردي، القواعد الفقهية، ط١، ج٢، مطبعة الهادي، قم، ١٤١٩هـ.
٤٨. حمد بن محمد البستي الخطابي، معالم السنن، ج٣، المطبعة العلمية، حلب، ١٩٣٢.
٤٩. الخرشي، شرح الخرشي على مختصر خليل، ط٢، ج٦، المطبعة الأميرية الكبرى، ١٣٠٠.
٥٠. خير الدين بن محمود بن محمد بن علي بن فارس المعروف بـ (الزركلي)، كتابه الأعلام، ج٣، بدون مكان طبع، ص٥٨.
٥١. د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط٢، ج٤، النظريات الفقهية والعقود، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، دمشق، سوريا، ١٩٨٥.
٥٢. د. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجزائية في الفقه الإسلامي، ط٩، دار الفكر المعاصر، ٢٠١٢.
٥٣. زكريا الأنصاري، الجمل على شرح المنهج، ج٣، دار إحياء التراث الإسلامي.
٥٤. زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي، الغرر البهية شرح البهجة الوردية، ج٣، المطبعة الميمنية.
٥٥. زين الدين بن علي بن أحمد الملقب بالعالمي، الشهيد الثاني، مسالك الأفهام في شرح شرائع الإسلام، ج٢، بدون سنة طبع (غير مرقم).
٥٦. زين الدين بن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة، بيروت، بدون سنة طبع.
٥٧. شرف الدين الحسين بن أحمد ابن الحسين الصنعاني، الروض النظير شرح مجموع الفقه الكبير، مطبعة دار الجيل العربي، بيروت، لبنان.
٥٨. شمس الدين أبي عبدالله محمد بن أبي بكر المشهور بأبن القيم الجوزية، أعلام الموقعين عن رب العالمين، ج٢، دار الجيل، لبنان، بيروت، بدون سنة طبع.
٥٩. شمس الدين محمد بن أحمد بن أبي سهل المعروف بـ (السرخسي)، المبسوط، ط٣، ج١١، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ١٩٧٨.

٦٠. شمس الدين محمد بن الخطيب المعروف بـ (الشرييني)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظه، ط ١، ج ٣، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، بدون سنة طبع.
٦١. شمس الدين محمد بن شهاب الدين أحمد المعروف بـ (بالرملی)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج ٥، ١٩٦٧.
٦٢. شهاب الدين الحموي، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، ج ٣، ط ١، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٩٨٥ م.
٦٣. الشيرازي، المذهب، ج ١، مطبعة عيسى الحلبي، ١٣٤٣.
٦٤. الشيخ صالح عبد السميع الأزهری، جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، ج ٢، دار أحياء الكتب العربية، مصر.
٦٥. عامر بن علي الشماخي، الإيضاح، وزارة التراث القومي والثقافة، ط ٤، ج ٣، مسقط، ١٩٩٩.
٦٦. عبد الرحمن بن محمد بن سليمان المعروف بـ (شيخي زادة)، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ج ٢، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٩٩٨.
٦٧. الشيخ عبد الغني الميداني، اللباب في شرح الكتاب، مطبعة دار الحديث.
٦٨. عبد القادر بن عمر الشيباني، نيل المآرب بشرح دليل الطالب، ج ١، مطبعة محمد علي صبيح وأولاده، الكويت، ١٩٥٤.
٦٩. عبد الله بن عبد الرحمن بن الشيخ محمد بن سليمان - المعروف بـ (داماد أفندي)، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر، ج ٢، دار إحياء التراث العربي، بدون سنة.
٧٠. عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، ج ٣، مطبعة الحلبي، القاهرة، ١٩٣٧.
٧١. عبدالله مفتاح، شرح الأزهار، ط ٢، ج ٣، مطبعة حجازي، القاهرة.
٧٢. علاء الدين أبو بكر بن مسعود المعروف بـ (الكاساني)، بدائع الصنائع، ج ٥، مطبعة الأمام.
٧٣. علي أكبر سيفي المازندراني، دليل تحرير الوسيلة في أحياء الموات واللقطة، ط ١، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، ١٤١٥ هـ.
٧٤. السيد علي الحسيني السيستاني، منهاج الصالحين، المعاملات، القسم الأول، ج ٢، دار المؤرخ العربي، بيروت، لبنان، ١٤٣٤ هـ، ٢٠١٣.
٧٥. الشيخ علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٠.

٧٦. علي السيد عبد الحكيم الصافي، الضمان في الفقه الإسلامي، المجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الإسلامية، ط١، ٢٠١٠.
٧٧. فخر الدين عثمان الزيلعي، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق، ج٥، دار المعرفة.
٧٨. القرافي شهاب الدين أبو العباس الصنهاجي الفروق، ج٢، دار أحياء الكتب العربية، مصر.
٧٩. كاظم الحسيني (الحائري)، فقه العقود، ج٢، بدون مكان طبع، بدون سنة طبع.
٨٠. كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد أبين مسعود المعروف بـ (أبن الهمام)، شرح فتح القدير، ج٧، المطبعة التجارية.
٨١. مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبيرة، ج٤، المجلد ٥، مطبعة السعادة، القاهرة، مصر، ١٣٢٣هـ.
٨٢. مجلة الأحكام العدلية، التقادم في مسائل وضع اليد، ج١، آراء الفقهاء في الملكية بالتقادم، دراسة تحليلية.
٨٣. الشيخ محمد الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج٢، ١٩٥٨.
٨٤. محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج٦، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، لبنان ن ٢٠٠٠م.
٨٥. الشيخ محمد بخيت المطيعي، تكملة المجموع شرح المذهب، ج١٤، دار الفكر.
٨٦. محمد بن أحمد العيني، البناء في شرح الهداية، ج١١، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون سنة طبع.
٨٧. محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي المعروف بـ (أبن جزي)، القوانين الفقهية أو قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية، المطبعة الفنية، القاهرة، ١٩٧٥.
٨٨. محمد بن أسماعيل الأمير اليمني الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، ج٣، دار الجيل، بيروت، ١٩٨٠.
٨٩. محمد بن الحسن الحر العاملي، تفصيل وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة، ط٢، ج٢٥، مؤسسة أهل البيت عليهم السلام لأحياء التراث، بيروت، لبنان، ٢٠٠٣.
٩٠. الشيخ محمد بن حسن بن علي الطوسي، المبسوط، ج٣، أيران، ١٢٧١هـ.
٩١. محمد بن صالح العثيمين، الشرح الممتع على زاد المستنقع، المجلد (١)، ط١، دار أبين الجوزي، الرياض، ١٤٢٦هـ.
٩٢. محمد بن عبد الرحمن الخطاب، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، ط١، ج٥، مطبعة السعادة.

٩٣. الامام محمد بن علي بن محمد بن عبدالله الشوكاني، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، ج٣، تحقيق محمود أبراهيم زايد، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٠٥هـ.
٩٤. الامام محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار، ج٦، دار الجيل، بيروت، ١٩٧٣.
٩٥. محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي المعروف بـ (المواق)، التاج و الإكليل لمختصر الخليل، ط١، ج٦، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٩٩٤.
٩٦. محمد بن يوسف بن أطفيش، شرح كتاب النيل وشفاء العليل، ج١٢، مطبعة مكتبة الرشاد، المملكة العربية السعودية.
٩٧. السيد محمد جواد بن محمد الحسيني العاملي، مفتاح الكرامة، ج٦، مطبعة الفيحاء، دمشق، ١٣٣١هـ.
٩٨. محمد جواد مغنية، فقه الإمام جعفر الصادق، مطبعة دار التيار الجديد، بيروت، لبنان.
٩٩. الشيخ محمد حسن النجفي، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، ط٧، دار أحياء التراث العربي، ١٩٨١.
١٠٠. الشيخ محمد حسين آل كاشف الغطاء، تحرير المجلة، ج٣، باب الغصب، المطبعة الحيدرية، النجف الأشرف، العراق، ١٣٦٢هـ.
١٠١. محمد رشيد بن علي رضا الحسيني، تفسير المنار، ج٣، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٩٠.
١٠٢. محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، لأبي بركات أحمد الدريد، ج٤، دار أحياء الكتب العربية، بدون سنة طبع، ص ١٢٠.
١٠٣. محمد علي الأنصاري، الموسوعة الفقهية الميسرة، نشر مجمع الفقه الإسلامي، إيران، ٢٠٠٨.
١٠٤. محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المحلى، مطبعة دار الفكر، بدون سنة طبع.
١٠٥. محمود بن إسرائيل المعروف بأن قاضي سماونة، جامع الفصولين، ط١، ج٢، المطبعة الأزهرية، ١٣٠٠هـ.
١٠٦. الشيخ مرتضى الأنصاري، المكاسب، مطبعة أطلاعات، تبريز، إيران، ١٣٧٢هـ.
١٠٧. مصطفى أحمد الزرقاء، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، المدخل الفقهي العام، ط٩، ج١، مطبعة الأديب، دمشق.

١٠٨. منصور بن إدريس البهوتي، الروض المربع شرح زاد المستتقع، ج ١، المكتبة الثقافية، بيروت، لبنان.
١٠٩. منصور بن يونس أدریس المعروف بـ (البهوتي)، كشف القناع عن متن الأفتناع، ج ٢، مطبعة أنصار السنة المحمدية.
١١٠. منصور يونس بن صلاح الدين بن حسن أدریس المعروف بـ (البهوتي)، الروض المربع شرح زاد المستتقع، دار المؤيد، مؤسسة الرسالة، بدون سنة طبع، ص ٢٨٨.
١١١. نجم الدين أبي القاسم جعفر بن الحسن الحلبي، المختصر النافع في فقه الأمامية، مطبعة النعمان، النجف الأشرف، ١٣٨٦هـ.
١١٢. الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، ط ٣، ج ٥، دار أحياء التراث العربي، بيروت، ١٩٨٠.

ثانياً / الكتب القانونية

١. إبراهيم فاضل الدبو، ضمان المنافع دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي والقانون المدني، ط ٢، دار عمار للمطابع التعاونية، عمان، الأردن، ٢٠٠١.
٢. أحمد حسن فراج، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، دون سنة نشر، ص ١٣٧.
٣. أحمد حميد الأيوبي، القانون المدني اللبناني للأموال، ج ١، ط ١، شركة المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، ٢٠٠٧.
٤. د. أحمد عبيد جاسم، التأصيل الفقهي للقانون المدني، ط ١، منشورات زين الحقوقية، لبنان، ٢٠١٣.
٥. د. أحمد نجيب الهلالي، حامد زكي، شرح القانون المدني - عقود البيع والحالة والمقايضة، دار النهضة العربية، ١٩٥٢.
٦. د. أسامة أحمد بدر، الالتزام ببذل عناية و الالتزام بتحقيق نتيجة بين المسؤوليتين الشخصية والموضوعية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١١.
٧. آلان بينابنت، القانون المدني، العقود الخاصة مدنية وتجارية، ترجمة منصور القاضي، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ٢٠٠٤.
٨. د. أكرم فاضل سعيد قصير، التسجيل المجدد بين الواقع والطموح، الطبعة الأولى، مكتبة القانون المقارن، بغداد، ٢٠٢٢.

٩. أكرم محمود حسين البدو، أكتساب و أنقضاء الحقوق العينية الأصلية والتبعية بمضي المدة، مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة (٢)، المجلد (٢)، العدد ١، ج ٢، ٢٠١٧.
١٠. الحسن الصالحي، البناء على ملك الغير - أحكامه وحالاته، مطبعة الأمنية ومكتبة الأشاد للنشر والتوزيع، الرباط، ٢٠١٨.
١١. د. جعفر جواد الفضلي، الوجيز في العقود المدنية (البيع، الإيجار، المقاولة)، ط٤، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٩.
١٢. جيروم هوببيه - بأشراف جاك غستان، المطول في القانون المدني، العقود الرئيسية الخاصة ، مج ١، القسم الأول، ترجمة منصور القاضي، مطبعة مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ٢٠٠٣.
١٣. حامد عبده سعيد الفقي، أحكام الغصب في الفقه الإسلامي، ط١، دار الفكر الجامعي، الأسكندرية، مصر، ٢٠٠٣.
١٤. د. حامد مصطفى، الملكية العقارية في العراق، مع مقارنة بالقانون المدني العربي والمصري و السوري، ج١، الحقوق العينية الأصلية، جامعة الدول العربية - معهد الدراسات العربية العالمية، ١٩٦٤.
١٥. د. حسن علي الذنون، أصول الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٠.
١٦. د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، شركة الرابطة للطبع والنشر المحدودة، بغداد، ١٩٥٤.
١٧. د. حسن علي ذنون، النظرية العامة للالتزامات، دار الحرية للطباعة والنشر، بغداد، ١٩٧٦.
١٨. د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني، عقد البيع، مطبعة الرابعة، بغداد، ١٩٩٣.
١٩. د. حسن علي ذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، ج٢، الخطأ، مطبعة العزة، بغداد، ٢٠٠١.
٢٠. د. حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية - أحكامها ومصادرها، منشأة المعارف، الأسكندرية، مصر، ١٩٩٨.
٢١. القاضي حسين عبد اللطيف حمدان، نظام التسجيل العقاري، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٥.
٢٢. القاضي حيدر عودة كاظم، مدد التقادم والسقوط في القوانين النافذة، مكتبة القانون المقارن، ٢٠٢٠.

٢٣. د. خليل أبراهيم الخالد و مهدي محمد الأزري، تاريخ الأراضي في العراق، دار الرشيد للنشر، بغداد، ١٩٨٠.
٢٤. د. خميس خضر، العقود المدنية الكبيرة، دار النهضة العربية، بدون سنة طبع.
٢٥. د. درع حماد عبد، الحقوق العينية الأصلية - حق الملكية والحقوق المتفرعة عنها، دار السنهوري، بيروت، لبنان، ٢٠١٨.
٢٦. د. درع حماد عبد، النظرية العامة للالتزامات، القسم الأول، مصادر الالتزام، مكتبة السنهوري، بيروت، لبنان، ٢٠١٦.
٢٧. د. رضا عبد الحليم عبد المجيد عبد الباري، الوجيز في الملكية والحقوق العينية التبعية، بدون مكان طبع، ٢٠٠٩.
٢٨. د. رعد عداي حسين، دور المتضرر في تخفيف الضرر في نطاق المسؤولية المدنية، "دراسة مقارنة"، منشورات الحلبي، ٢٠١٧.
٢٩. د. رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة، مصر، ٢٠٠٤.
٣٠. د. رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٢.
٣١. د. رمضان جمال كامل، الحماية القانونية للحيازة، ط٢، المركز القومي للإصدارات القانونية، ٢٠٠٥.
٣٢. القاضي سالم روضان الموسوي، أحكام التولية ومحاسبة المتولين على الوقف، مكتبة الصباح، بغداد، ٢٠١٩.
٣٣. د. سعدي أسماعيل البرزنجي، ملاحظات نقدية في القانون المدني، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١٠.
٣٤. د. سعيد عبد الكريم مبارك، موجز أحكام قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة (١٩٧١)، طبع على نفقة جامعة بغداد، ١٩٩٠.
٣٥. د. سمير تناغو، الالتزام القضائي - الحكم القضائي مصدر جديد للالتزام - "دراسة فنية لتعديل القاضي للعقد"، ط١، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ٢٠١٤.
٣٦. سناء جواد السلامي، دعوى الهبة في القانون المدني العراقي، العقد والتطبيق، مكتب هاني، بغداد، ٢٠١٢.

٣٧. شاكِر ناصر حيدر، أحكام الأراضي والأموال غير المنقولة، ط٢، مطبعة المعارف، بغداد، العراق، ١٩٤٤.
٣٨. شاكِر ناصر حيدر، شرح القانون المدني الجديد، الحقوق العينية العقارية - الملكية وحق التصرف، ط١، ج١، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٥٢.
٣٩. شه نك محمد جميل، أثر القصد المدني، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١١.
٤٠. د. صبيح مسكوني، القانون الروماني، مطبعة شفيق العاني، بغداد، ١٩٧١.
٤١. د. طارق كاظم عجيل، المطول في شرح القانون المدني، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، ج٢، آثار العقد
٤٢. د. عباس حسين الصراف، شرح عقدي البيع والإيجار في القانون المدني العراقي، مطبعة الأهالي، بغداد، ١٩٥٦.
٤٣. د. عباس زبون العبودي، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية، دراسة مقارنة و معززة بالتطبيقات القضائية، ط١، دار السنهاوري، بغداد، ٢٠١٥.
٤٤. د. عبد الحق صافي، القانون المدني، ط١، ج١، بلا دار نشر، ٢٠٠٧.
٤٥. د. عبد الرزاق أحمد السنهاوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، ط١، ج٦، دار إحياء التراث العربي، ١٩٩٨.
٤٦. د. عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٩، أسباب كسب الملكية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، بدون سنة طبع.
٤٧. د. عبد الرزاق السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٥، مج ٢، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، (الإيجار -العارية)، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٣.
٤٨. د. عبد الرزاق السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، (العقود الواردة على العمل)، ج٧، مج ١، دار أحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.
٤٩. د. عبد الرزاق احمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني - نظرية الالتزام بوجه عام، أثبات الالتزام، ج٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٨.
٥٠. د. عبد الرزاق السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١، مج ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١١.

٥١. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٣، نظرية الالتزام بوجه عام، دار أحياء التراث العربي، لبنان، ١٩٦٨.
٥٢. عبد الله غزاي سلمان العزاوي، إجراءات التسجيل العقاري دراسة تطبيقية في أحكام قانون التسجيل العقاري، ط٣، مكتبة القانون والقضاء، ٢٠١٤.
٥٣. د. عبد القادر الفار، مصادر الالتزام، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني، مكتبة دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٤.
٥٤. د. عبد المجيد الحكيم، دراسة في قانون التسجيل العقاري العراقي مع المقارنة بقوانين البلاد العربية التي تتبع نظام التسجيل العقاري، ج١، السجل العقاري، معهد البحوث والدراسات العربية، بلا سنة طبع.
٥٥. د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج١، مصادر الالتزام، شركة الطبع والنشر الأهلية بغداد.
٥٦. د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج١، مكتبة السنهوري، بيروت، ٢٠١٥.
٥٧. د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، مع المقارنة بين نظريات الفقه الغربي وما يقابلها في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي، ج١، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٧.
٥٨. د. عبد المجيد الزروقي، الأموال - الحقوق العينية الأصلية، ط٣، تونس، ٢٠٢٢.
٥٩. د. عدنان إبراهيم السرحان و د. نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، الالتزامات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠٠٩.
٦٠. د. عزيز كاظم الخفاجي، أحكام عقد البيع، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، الكتاب الثاني، الآثار، منشورات زين الحقوقية، لبنان، بيروت، ٢٠١٧.
٦١. د. عصمت عبد المجيد بكر، تنفيذ الالتزام في القوانين المدنية العربية، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٧.
٦٢. د. عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في القوانين المدنية العربية، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، ٢٠١٥.
٦٣. د. علاء الدين البياتي، شرح قانون التسوية، مطبعة النقيض، بدون سنة طبع.

٦٤. علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، ج ١، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض.
٦٥. د. علي شاکر عبد القادر، مجلة أهل البيت عليهم السلام، العدد ٨، ٢٠١٠.
٦٦. علي صباح خضير و علي عبد الستار، مجموعة قوانين الأوقاف والطوائف الدينية في العراق، ط ١، مؤسسة دار الصادق الثقافية، بابل، العراق، ٢٠١٨.
٦٧. د. علي محمد أبراهيم الكرياسي، موسوعة التشريعات العقارية، ج ١، بغداد، العراق، ١٩٨٦.
٦٨. د. عمر عبد العزيز هلال، وسائل التواصل الاجتماعي وأحكامها في الفقه الإسلامي (فيس بوك - واتس آب - توتير - سكايب - فايبر)، دار الكتب العلمية ن بيروت، لبنان، ٢٠١٩.
٦٩. د. غني حسون طه، الوجيز في العقود المسماة - عقد البيع، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٦٩ - ١٩٧٠.
٧٠. فوزي كاظم المياحي، القواعد الفقهية الواردة في القانون المدني العراقي، مكتب زاكي للطباعة ، نشر وتوزيع مكتبة الصباح، بغداد، ٢٠٢٠.
٧١. د. قدري عبد الفتاح الشهاوي، الالتزام الطبيعي - المدني ، ط ١، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر، ٢٠٠٦.
٧٢. د. كمال قاسم ثروت، شرح أحكام عقد البيع، ط ٢، مطبعة الرصافي، بغداد، ١٩٧٦.
٧٣. د. لاشين محمد يونس، أسباب كسب الملكية، بدون أسم مطبعة، بدون سنة طبع.
٧٤. القاضي لقمان ثابت عبد الرزاق، محاضرات في قانون التسجيل العقاري وتعديلاته، أقيت على طلبة المعهد القضائي، بغداد، للعام الدراسي ٢٠١٩ - ٢٠٢٠.
٧٥. د. ليلى عبدالله الحاج سعيد، وضع اليد على ملك الغير المصدر السادس للالتزام، ط ١، مطبعة الجيل العربي، الموصل، ٢٠٠١.
٧٦. د. محمد حسن قاسم، القانون المدني، الالتزامات، العقد، مج ١، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠١٨.
٧٧. د. محمد حسن قاسم، المدخل لدراسة القانون، (القاعدة القانونية - نظرية الحق)، ج ٢، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٨.
٧٨. د. محمد حسن قاسم، موجز الحقوق العينية الأصلية، ج ١، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٦.

٧٩. د. محمد حسن قاسم، القانون المدني - الألتزامات - العقد، المجلد الأول، دراسة فقهية قضائية مقارنة في ضوء التوجهات التشريعية والقضائية الحديثة وقانون العقود الفرنسي الجديد (٢٠١٦)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٨.
٨٠. د. محمد سليمان الأحمد، خواطر مدنية - أفكار وآراء في القانون المدني - من منشورات مكتب الفكر والوعي للاتحاد الوطني الكردستاني، مؤسسة حمدي للطباعة والنشر، السليمانية، ٢٠٠٩.
٨١. د. محمد سليمان الأحمد، النظرية العامة للقصد المدني، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٩.
٨٢. د. محمد سليمان الأحمد، كسب الملكية بضرر المال " دراسة تحليلية مقارنة"، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥.
٨٣. د. محمد شفيق العاني، أحكام الأوقاف، ط ٣، مطبعة الأشارة، بغداد، ١٩٦٥.
٨٤. د. محمد طه البشير و د. غني حسون طه، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، ج ١، دار السنهوري للنشر، بيروت، ٢٠١٦.
٨٥. د. محمد عبيد عبدالله الكبيسي، أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية، مطبعة الرشاد، بغداد، ١٩٧٧.
٨٦. د. محمد كمال عبد العزيز، التقنين المدني في ضوء القضاء والفقه المصري، مكتبة القاهرة الحديثة.
٨٧. د. محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد البيع، دار النهضة العربية، ١٩٦٨.
٨٨. د. محمد منصور حمزة، الحماية الشرعية والقانونية للحيازة العرضية، المكتب العربي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٠.
٨٩. د. محمد وحيد الدين سوار، الحقوق العينية الأصلية، ج ٢، مكتبة دار الثقافة، عمان، ١٩٩٤.
٩٠. د. مراد رشدي، الاختلاس في جرائم الأموال، ط ٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦.
٩١. د. مصطفى أبراهيم الزلمي، إيضاح الفوائد في شرح القواعد على نمط جديد، ط ١، دار أحسان للنشر والتوزيع، ايران، ٢٠١٤.
٩٢. د. مصطفى أحمد الزرقاء، نظرية الألتزام العامة في الفقه الإسلامي، ط ١، دار القلم، دمشق، ١٩٩٩.

٩٣. مصطفى مجيد عزيز، شرح قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١، ج ١، العاتك لصناعة الكتاب، مصر، القاهرة، ٢٠٠٨.
٩٤. د. معوض عبد التواب، المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني، ط ٧، المجلد التاسع، المركز القومي للإصدارات القانونية، مكتبة عالم الفكر والقانون للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠٠٤.
٩٥. د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، دار تاراس، أربيل، ٢٠٠٦.
٩٦. منير القاضي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج ١، بدون سنة طبع.
٩٧. منير القاضي، ملتقى البحرين (شرح موجز للقانون المدني العراقي)، مج ١، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٢-١٩٥١
٩٨. د. نبيل أبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٠، ص ٥٣٠.
٩٩. د. نبيل أبراهيم سعد، النظرية العامة للألتزام - مصادر الألتزام مع المستحدث في تعديلات (٢٠١٦) للتقنين المدني الفرنسي، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٢٠.
١٠٠. د. ياسين محمد يحيى، نظام السجل العيني وأثره على مصادر الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، بدون سنة طبع.

ثالثاً / الرسائل و الأطاريح

١. د. فراس عبد الرزاق حمزة، الألتزام بالأمانة في عقد العمل الفردي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة النهرين، ٢٠٠٨.
٢. د. مصطفى أبراهيم الزلمي، نظرية الألتزام برد غير المستحق " دراسة مقارنة "، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٥.
٣. د. منصور حاتم محسن، فكرة تصحيح العقد - دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٦.
٤. د. منى نعيم جعار الشياحي، مضمون العقد، دراسة مقارنة مع القانونين الفرنسي والإنكليزي، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠١٩.

رابعاً/ البحوث والدوريات

١. د. أحمد سمير الصوفي، حق الحبس في القانون المدني العراقي، بحث منشور في مجلة جامعة الأنبار للعلوم الإنسانية، العدد ١، ٢٠٠٩.

٢. د. أحمد عبيد جاسم وبهاء حميد شريدة، ترجيحان الأمام البيهقي في كتابه الخلافيات المتعلقة بكتاب الغصب، بحث منشور في مجلة جامعة الأنبار للعلوم الإسلامية، العدد (٥١)، المجلد (١٣)، السنة ٢٠٢٠، ١٣.
٣. د. أزاد شكور صالح، والقاضي نوزاد جمال محمد، البناء غير المشروع على ملك الغير، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، مجلد ٢، العدد ٧٢، السنة ٢٢، ٢٠٢٠.
٤. د. أحمد عبيد جاسم وبهاء حميد شريدة، ترجيحان الأمام البيهقي في كتابه الخلافيات المتعلقة بكتاب الغصب، بحث منشور في مجلة جامعة الأنبار للعلوم الإسلامية، العدد (٥١)، المجلد (١٣)، السنة ٢٠٢٠، ١٣.
٥. د. اسراء فهمي ناجي و د. عادل شمران حميد، العقد الفاسد في الفقه الاسلامي والقانون المدني، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، السنة الرابعة، عدد خاص ببحوث المؤتمر القانوني الوطني الاول، ٢٠١٢.
٦. د. أسراء محمد علي سالم، د. منى عبد العالي موسى، طبيعة الأموال الضائعة، بحث منشور في مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية في كلية القانون، جامعة بابل، العدد ٢، السنة ٨، ٢٠١٦.
٧. د. أشرف جابر، الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد، صنيعة قضائية وصياغة تشريعية – لمحات في بعض المستجدات، أبحاث المؤتمر السنوي الرابع، كلية القانون الكويتية العالمية، ملحق خاص، العدد ٢، ج ٢، ٢٠١٧.
٨. د. أكرم محمود حسين البدو. و د. حبيب إدريس عيسى، ضمان المغصوب – دراسة تحليلية مقارنة – ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد (١٧)، العدد (٦١)، السنة (١٩)، ٢٠١٤.
٩. د. أمير صلاح نصر الأعرجي، التعارض بين قاعدة التطهير من الدفع و قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، بحث منشور في مجلة كلية القانون، جامعة الكوفة، العدد ٢/٤٥، ٢٠١٩.
١٠. د. أنور فرحان الحلبوسي، و د. تكليف لطيف النمراوي، صور الاستيلاء غير المشروع على أموال الآخرين – رؤية فقهية، بحث منشور في مجلة العلوم الإسلامية، العدد ١٩، ٢٠١٨.
١١. د. بيرك فارس حسين الجبوري، والقاضي عواد حسين ياسين العبيدي، إنقضاء الالتزام بالسبب الأجنبي، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، العدد ١، مج ١، ٢٠١٢.

١٢. د. حامد شاكر محمود الطائي، دور الاجتهاد القضائي في تحقيق الأمن القانوني، بحث منشور في مجلة الحقوق ، كلية القانون، الجامعة المستنصرية، المجلد ١٥، العدد ١٣، ٢٠١٧.
١٣. د. حبيب عبيد مرزة، التعهد بنقل الملكية أو حق التصرف في العقار، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الأول، السنة العاشرة، ٢٠١٨.
١٤. حسام الدين كامل الإهواني، طارق جمعة السيد راشد، جابر محبوب علي، دور التسجيل في اكتساب الملكية العقارية عن طريق التقادم في القانون المصري (دراسة تحليلية بين القانونين رقم (١١٤) لسنة ١٩٤٦ و رقم (٩) لسنة ٢٠٢٢)، المجلة الدولية للعقد والقضاء والتشريع، المجلد (٣)، العدد (٣)، ٢٠٢٢.
١٥. د. حسين عبدالله عبد الرضا الكلابي، مضمون العقد، دراسة مقارنة بين النظام القانوني الإنكليزي والقانون المدني الفرنسي المعدل بموجب المرسوم التشريعي الصادر في (١٠) شباط ٢٠١٦، بحث منشور في المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد (١٧)، العدد ١، ٢٠١٨.
١٦. د. حسان علي مسلم الطائي، التقادم وأثره على العقد القابل للأبطال، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة (٣)، مجلد ٣، العدد ٢، ج ١، ٢٠١٨.
١٧. د. حيدر فليح حسن، مضمون العقد، دراسة في ضوء المرسوم التشريعي الفرنسي رقم (١٣١) لسنة ٢٠١٦، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهريين، مج (٢١)، العدد ١، ٢٠١٩.
١٨. القاضي حيدر مهدي صبر، الحيابة والدعاوى المتعلقة بها، بحث مقدم إلى المعهد القضائي لنيل درجة الدبلوم العالي في العلوم القضائية، ٢٠١٤.
١٩. خالد محمد أحمد، أثر الظروف الطارئة على عقد العمل (جائحة كورونا أنموذجاً)، بحث منشور في مجلة كلية القلم الجامعة، مج ٥، العدد ٩، ٢٠٢١.
٢٠. د. درع حماد عبد، فكرة السبب الصحيح كأساس لطلب التملك في التعهد بنقل ملكية عقار، بحث منشور في مجلة كلية القانون، جامعة النهريين، المجلد ٢٠، العدد ٢، ٢٠١٨.
٢١. د. دلال تفكير مراد العارضي، حالات بطلان بعض اتفاقات تعديل المسؤولية العقدية، بحث منشور في مجلة أداب الكوفة، العدد ٤٥، ج ٢.
٢٢. د. ليوح مفتاح، الاستيلاء كسبب من أسباب كسب الملكية في القانون الجزائري والفقه الإسلامي، بحث منشور في مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد ١٥، العدد ٢، ٢٠٢٢.

٢٣. د. سعد حسين عبد ملحم الحلبوسي، كسب الملكية بالضمان، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهريين، المجلد ٩، العدد ٢.
٢٤. القاضي سعد سامي جمعة العبيدي، الحماية القانونية للحيازة، بحث مقدم إلى المعهد القضائي، ٢٠١٤.
٢٥. د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي، و د. محمد عدنان باقر، أثر حسن النية في اكتساب الملكية والحقوق المنقولة عنها، بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد (٣٠)، العدد (١)، ٢٠٢٢.
٢٦. د. سندس علي عباس، أحكام الغصب في الفقه الإسلامي من منظور الزلمي، بحث منشور في مجلة كلية القانون، جامعة صلاح الدين، أربيل.
٢٧. د. شروق عباس فاضل، فائق يونس حسين، التقادم المكسب للملكية العقارية في ظل نظام التسجيل الشخصي، بحث منشور في مجلة طبنة للدراسات العلمية الاكاديمية، المجلد (٤)، العدد (١)، ٢٠٢١.
٢٨. د. شروق عباس فاضل، فائق يونس حسين، الضرورات العملية للجمع بين نظام الحيازة ونظام التسجيل العيني، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهريين، المجلد (٢٤)، العدد (١)، ٢٠٢٢.
٢٩. د. ضمير حسين ناصر المعموري، علي عبد المحسن الغانمي، دور الالتزام الثانوي في نطاق قاعدة الدفع بعدم التنفيذ، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة كلية التربية الأساسية للعلوم التربوية و الإنسانية، العدد ٥٣، المجلد ١٣، ٢٠٢١.
٣٠. د. عادل شمران الشمري، قاعدة عدم ضمان الأمين في الفقه الإسلامي، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، السنة الثانية، العدد الثالث، ٢٠١٠.
٣١. د. عادل عبد الستار عبد الحسين و ابتهاج رشيد حميد، أسس تقوم المال في الفقه الإسلامي، بحث منشور في مجلة الأمام الكاظم للعلوم الإسلامية، العدد الثالث، ٢٠١٨.
٣٢. د. عبد الأمير جفات كروان، القصد في الحيازة، بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد ٢٥، العدد ٦، ٢٠١٧.
٣٣. د. علي شاكر عبد القادر، سيف بسام سعد، تغير ذات العين المغصوبة بفعل الغاصب وأثره في الملكية، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، السنة ١١، العدد ٣، ٢٠١٩.

٣٤. د. عماد صالح الحمام، حدود الوكالة بالنسبة للوكيل، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة ٥، العدد ٢، ج ١، ٢٠٢٠.
٣٥. د. فراس سعدون فاضل، وسائل الاتصال الحديثة وأثرها في أحكام التعريف باللقطة - دراسة فقهية، مجلة كلية العلوم الإسلامية، المجلد ١٠، العدد ٢/١٨، ٢٠١٨.
٣٦. د. لشهب حورية و زينب سالم، الطبيعة القانونية للدفع بعدم التنفيذ في القانون المدني الفرنسي " دراسة مقارنة"، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، العدد ٢، ٢٠١٨.
٣٧. ماهر سعيد متي، حرمان مواطني سهل نينوى من التسجيل المجدد، مقال منشور على موقع منظمة حمورابي لحقوق الإنسان على شبكة الانترنت: WWW.hhro.org
٣٨. د. مثنى محمد عبد و د. علي كاظم جواد، الاستثناء من حكم الألقاق بالتملك في القانون الفرنسي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، العدد ١، ٢٠١٩.
٣٩. د. محمد أسماعيل، جريمة الاستيلاء على الأموال الضائعة أو أستعمالها بسوء نية، بحث منشور في مجلة العلوم الإنسانية، كلية التربية، صفى الدين الحلي، المجلد (١)، العدد (٨)، ٢٠١١.
٤٠. محمد حسين ياسين، الحق في الحبس، بحث مقدم إلى مجلس وزارة العدل، ١٩٨٥.
٤١. محمد حنون جعفر، فكرة الترابط بين الإلتزامات المتقابلة وأثرها في العقود الملزمة للجانبين، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد ٢، العدد ٤، ٢٠١٣.
٤٢. د. محمد حنون جعفر، نحو تبني التقسيم الثلاثي لمصادر الألتزام في القانون المدني العراقي (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة كركوك، مج ١٠، العدد ٣٨، ٢٠٢١.
٤٣. د. محمد عمار تركمانية، الإنكار في التقادم المكسب في القانون المدني القطري، دراسة تحليلية في ضوء أحكام الفقه الإسلامي، بحث منشور في المجلة الدولية للقانون، المجلد ٩، العدد المنتظم الأول، تصدر عن كلية القانون وتنتشرها دار نشر جامعة قطر، ٢٠٢٠.
٤٤. د. محمد فواز صباح، أثر أزمة كورونا على التزامات المستأجر، بحث منشور في مجلة كلية المعارف، مج ٣١، العدد ١، ٢٠٢٠.
٤٥. د. ميري كاظم عبيد، علاء حسين حمد، هلاك المعلومات الألكترونية والأثر المترتب عليه " دراسة مقارنة"، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الرابع، السنة الثالثة عشر، ٢٠٢١.

٤٦. د. وسن قاسم غني، تنفيذ الهبة الباطلة، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، المجلد ٧، العدد ١، ٢٠١٥.
٤٧. د. ياسر توفيق علوان، الضمان في عقد البيع وأثره في الفقه الإسلامي، بحث منشور في مجلة الدراسات التاريخية والحضارية، المجلد ١٢، العدد ٢/٤٧، سنة ٢٠٢١.
٤٨. د. يزيد أنيس نصير، توقع الأخلال المسبق في العقد، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، مجلد ٣١، العدد ٤، ٢٠٠٧.
٤٩. د. يونس صلاح الدين علي، شبه العقد في القانون الإنكليزي "دراسة مقارنة"، بالمدفوع دون وجه حق في القانون المدني العراقي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، العدد ١، ٢٠٢١.
٥٠. د. يونس صلاح الدين علي، عقد الإيجار في القانون الإنكليزي "دراسة تحليلية مقارنة بالقانون العراقي"، بحث منشور في مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، العدد ٢، مج ١١، ٢٠٢٠.
٥١. د. يونس صلاح الدين علي، المسؤولية المدنية الناجمة عن أخلال الوديع بالتزامه بالمحافظة على الوديعة و ردها في القانون الإنكليزي "دراسة مقارنة بالقانون المدني العراقي"، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، العدد ٢، ٢٠١٩.

خامساً / المجموعات القضائية

١. القاضي حيدر عودة كاظم، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية، ج ١، دار الوارث للطباعة والنشر، كربلاء، ٢٠١٦.
٢. القاضي حيدر عودة كاظم، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية، ط ١، ج ٢، دار الوارث للطباعة والنشر، ٢٠١٨.
٣. القاضي حيدر عودة كاظم، مجلة مجموعة الأحكام القضائية، العدد ٢، ٢٠١٨.
٤. القاضي حيدر عودة كاظم، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية / القسم المدني، ط ١، ج ٢، دار وارث للطباعة والنشر، كربلاء، ٢٠١٨.
٥. القاضي موفق علي العبدلي، المختار من قضاء محكمة أستاذتاف بغداد / الرصافة الاتحادية / بصفتها التمييزية، بغداد، ٢٠١٠.
٦. الموسوعة العدلية، العدد ٥٩، لسنة ١٩٩٩.

أ- القوانين العراقية

١. مجلة الأحكام العدلية لسنة ١٨٧٦.
٢. القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.
٣. قانون بدل إيجار الأراضي الزراعية المشغولة لأغراض عسكرية رقم (٣٧) لسنة ١٩٦٨ .
٤. قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل.
٥. قانون العقوبات رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل.
٦. قانون الإصلاح الزراعي رقم (١١٧) لسنة ١٩٧٠.
٧. قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١ المعدل النافذ.
٨. قانون تنظيم الصيد وأستغلال الأحياء المائية وحمايتها رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٦ المعدل.
٩. قانون توحيد أصناف أراضي الدولة رقم (٥٣) لسنة ١٩٧٦
١٠. قانون الأثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل النافذ.
١١. قانون التنظيم القضائي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩ المعدل.
١٢. قانون تصفية حق العقر رقم (١٧) لسنة ١٩٨٠.
١٣. قانون التنفيذ العراقي رقم (٤٥) لسنة ١٩٨٠.
١٤. قانون الأستملاك رقم (١٢) لسنة ١٩٨١.
١٥. تعليمات التسجيل الألزامي للعقارات غير المسجلة رقم (١) لسنة ١٩٨١.
١٦. قانون التجارة رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ المعدل النافذ.
١٧. قانون الآثار والتراث رقم (٥٥) لسنة ٢٠٠٢.
١٨. دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥.
١٩. قانون حماية الحيوانات البرية رقم (١٧) لسنة ٢٠١٠.
٢٠. قانون تثبت الملكية في الأراضي الزراعية والبساتين المستنتاة من أعمال التسوية رقم (٤٩) لسنة ٢٠١٥.
٢١. قانون المرور رقم (٨) لسنة ٢٠١٩.

ب- القرارات التشريعية العراقية

١. قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم (٧٠٢) لسنة ١٩٧٣.

٢. قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم (١١٩٨) لسنة ١٩٧٨.

٣. قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم (٥٢٩) لسنة ١٩٨٢.

ج- القوانين العربية والأجنبية

١. الأمر العالي المصري الصادر عام ١٨٩٨.

٢. قانون الشهر العقاري المصري (١١٤) لسنة ١٩٤٦ المعدل بالقانون رقم (٩) لسنة ٢٠٢٢.

٣. القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ المعدل.

٤. قانون المواد المدنية والتجارية القطري رقم (١٦) لسنة ١٩٧١ الملغى.

٥. قانون العقوبات المصري رقم (٢٩) لسنة ١٩٨٢.

٦. القانون المدني القطري رقم (٢٢) لسنة ٢٠٠٤ النافذ.

٧. القانون المدني الفرنسي لعام (١٨٠٤) المعدل بمرسوم رقم (١٣١) لسنة ٢٠١٦.

سابعاً / القرارات القضائية:-

أ- القرارات القضائية العراقية:

١. قرار محكمة بداءة كربلاء، بالعدد (٢٧ / ب س / ٢٠٢٢). في (٢٦ / ٥ / ٢٠٢٢).

٢. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (٥) / الهيئة المدنية / ٢٠٢٢ في ٤ / ١ / ٢٠٢٢.

٣. قرار محكمة أستئناف بابل الاتحادية / بصفتها التمييزية، بالعدد (٢ / ١) / ت/تسجيل مجدد / ٢٠٢٢. في (١٦ / ١ / ٢٠٢٢).

٤. قرار محكمة التمييز الاتحادية، بالعدد (٤٦) / الهيئة الاستئنافية عقار / ٢٠٢٢.

٥. قرار لجنة تثبيت الملكية في محكمة بداءة الكفل، بالعدد (١١ / مجدد / ٢٠١٤) في (٢٥ / ١١ / ٢٠٢١).

٦. قرار محكمة التمييز الاتحادية / بالعدد ٢٩٦ / الهيئة الموسعة المدنية / ٢٠٢١ في ١٣ / ٩ / ٢٠٢١.

٧. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٩٦٥ / الهيئة الاستئنافية عقار / ٢٠٢١. في ٦ / ٦ / ٢٠٢١.

٨. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (٢٢٤٢ / هيئة الاستئنافية عقار / ٢٠٢١) في ٢٦ / ٥ / ٢٠٢١.

٩. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٢٢١٩ / ٢٢٢٠ / الهيئة الاستئنافية عقار / ت / ٢٠٥٥ / ٢٠٢١ / ٢٠٥٦.

١٠. كتاب محكمة بداءة المسيب، بالعدد (١ / تسجيل مجدد / ٢٠٢٠)، في (٨ / ٣ / ٢٠٢١) .
١١. قرار محكمة أستئناف القادسية الاتحادية / بصفتها التمييزية، بالعدد (١٠٥ / ح / مجدد / ٢٠٢١) . في (١٢ / ٧ / ٢٠٢١) .
١٢. قرار محكمة التمييز الاتحادية، بالعدد (٦٠٣٦ / الهيئة المدنية) / ٢٠٢١ .
١٣. قرار محكمة أستئناف القادسية / بصفتها التمييزية، بالعدد (٧١ / ت / ح / مجدد / ٢٠٢٠) في (١١ / ١ / ٢٠٢٠) .
١٤. قرار لجنة تثبيت الملكية في قضاء المسيب، بالعدد (١ / تسجيل مجدد / ٢٠٢٠) في (١٦ / ١٢ / ٢٠٢٠) .
١٥. قرار محكمة أستئناف بغداد / الكرخ الاتحادية بصفتها التمييزية / الهيئة المدنية ، بالعدد ٢١٦ / حقوقية / ٢٠٢٠ في ٢١ / ١٢ / ٢٠٢٠ .
١٦. قرار محكمة التمييز الاتحادية، بالعدد (٧) / الهيئة الموسعة المدنية / ٢٠٢٠ .
١٧. قرار محكمة أستئناف ديالى الاتحادية / بصفتها التمييزية، بالعدد (١٧ / هـ / حقوقية / ٢٠٢٠) في (٢٧ / ١ / ٢٠٢٠) .
١٨. قرار محكمة التمييز الاتحادية / بالعدد ٢٧٣ / الهيئة المدنية الموسعة / عقار، في ١٨ / ١ / ٢٠٢٠ .
١٩. قرار محكمة التمييز الاتحادية / بالعدد ١٦٦٦ / الهيئة الاستئنافية عقار / ٢٠٢٠ / ت ١٦٢٩ في ٢٧ / ٢ / ٢٠٢٠ م .
٢٠. قرار رئيس لجنة تثبيت الملكية في محكمة بداءة الكفل، بالعدد (٥ / مجدد / ٢٠١٨) . في (٢٦ / ٢ / ٢٠٢٠) .
٢١. قرار محكمة التمييز الاتحادية، بالعدد ٤٧٨ / الهيئة المدنية / ٢٠١٩ .
٢٢. قرار محكمة أستئناف القادسية بصفتها التمييزية، بالعدد (٨٨ / ت / ح / مجدد / ٢٠١٩) في (٢٢ / ٥ / ٢٠١٩) .
٢٣. قرار محكمة أستئناف النجف الاتحادية / بصفتها التمييزية، بالعدد (١٣٠ / ١٣١ / ت / متفرقة / ٢٠١٩) ، في (٢٩ / ٥ / ٢٠١٩) .
٢٤. قرار محكمة أستئناف القادسية / بصفتها التمييزية، بالعدد (٨٨ / ت / ح / مجدد / ٢٠١٩) في (٢٢ / ٥ / ٢٠١٩) .

٢٥. قرار محكمة أستئناف بابل الاتحادية / بصفتها التمييزية، بالعدد (٧٤ / ت / ٢٠١٩) في (٢٣/٤/٢٠١٩).
٢٦. قرار محكمة أستئناف بغداد / الرصافة الاتحادية / الهيئة التمييزية المدنية / بالعدد ٧٣٩ / م / ٢٠١٩، في ١١/١١/٢٠١٩.
٢٧. قرار محكمة أستئناف بابل الاتحادية / بصفتها التمييزية / بالعدد (١٤٦ / ت / متفرقة / تسجيل مجدد / ٢٠١٩)، في (٩/٩/٢٠١٩).
٢٨. قرار محكمة التمييز الاتحادية، بالعدد ٢٧٧ / الهيئة الموسعة المدنية / ٢٠١٩ في ٢٣/١٠/٢٠١٩.
٢٩. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (٥٢٣٨) / الهيئة المدنية / ٢٠١٩ في ٢٨/٨/٢٠١٩.
٣٠. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (٢٥) / الهيئة المدنية / ٢٠١٩ ت ٢٥ في ٢/١/٢٠١٩.
٣١. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (١٥) / الهيئة المدنية / ٢٠١٩ ت ١٥ في ٢/١/٢٠١٩.
٣٢. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٤٣٦ / الهيئة المدنية / ٢٠١٩ ت ٤٤١ في ٢١/١/٢٠١٩.
٣٣. قرار محكمة التمييز الاتحادية، الهيئة الموسعة المدنية، رقم القرار ٢٠١٩/٥ بتاريخ ٢١/١/٢٠١٩.
٣٤. قرار محكمة التمييز الاتحادية، بالعدد ٢٧٧٨ / الهيئة المدنية / ٢٠١٨.
٣٥. قرار محكمة التمييز الاتحادية، بالعدد (١٨٥٢) / الهيئة المدنية / ٢٠١٨.
٣٦. قرار محكمة أستئناف بغداد / الرصافة الاتحادية / وبصفتها التمييزية، بالعدد (٢١٥) / م / ٢٠١٨ في ٢٢/٤/٢٠١٨.
٣٧. قرار محكمة أستئناف البصرة الاتحادية / بصفتها التمييزية، بالعدد (٦٨ / ت / ب / ٢٠١٨) في (٦/٣/٢٠١٨).
٣٨. قرار محكمة أستئناف ميسان الاتحادية بصفتها التمييزية، بالعدد (٣٠ / مجدد / ٢٠١٨). في (٢٩/٥/٢٠١٨).
٣٩. قرار لجنة تثبيت الملكية في قضاء المسيب، بالعدد (٢ / تسجيل مجدد / ٢٠١٨) في (٢٤/٥/٢٠١٨).

٤٠. قرار محكمة أستاذتاف بغداد / الرصافة الأتحادية / بصفتها التمييزية، بالعدد (٤٦٩ / م / ٢٠١٨)، في (٢٠١٨/٧/٣).
٤١. قرار محكمة التمييز الأتحادية ، بالعدد(٥٠) / الهيئة الموسعة المدنية / ٢٠١٨ ، في ٢٠١٨/٨/١٦.
٤٢. قرار محكمة النجف الأتحادية / بصفتها التمييزية / بالعدد ٢١٨ / ت / متفرقة ٢٠١٨ ، في ٢٠١٨ / ١١ / ٢٧.
٤٣. قرار محكمة أستاذتاف بغداد / الرصافة الأتحادية / بصفتها التمييزية، بالعدد (٢٨٣ / م / ٢٠١٨). في (٢٠١٨/٤ / ٢٩).
٤٤. قرار محكمة أستاذتاف ميسان الأتحادية / بصفتها التمييزية، بالعدد (٢٥ / مجدد / ت / ٢٠١٨) في (٢٠١٨/٦/٥).
٤٥. قرار محكمة النجف الأتحادية / بصفتها التمييزية / بالعدد ٢١٨ / ت / متفرقة ٢٠١٨ ، في ٢٠١٨ / ١١ / ٢٧.
٤٦. قرار محكمة التمييز الأتحادية بالعدد ٣٨٩/٣٩١ / الهيئة الموسعة المدنية في ٢٠١٨/١٢/١.
٤٧. قرار محكمة التمييز الأتحادية بالعدد (٣٥) / مدني / ٢٠١٧ في ٢٠١٧/٣/٢٨.
٤٨. قرار محكمة التمييز الأتحادية / بالعدد ٤١١ / الهيئة الموسعة المدنية / ٢٠١٧ في ٢٠١٧/١/١٦.
٤٩. قرار محكمة أستاذتاف كركوك الأتحادية / بصفتها التمييزية، بالعدد (١٠٥ / مدنية / ٢٠١٧)، في (٢٠١٧ / ٥ / ٣١).
٥٠. قرار محكمة أستاذتاف ديالى الأتحادية / بصفتها التمييزية، بالعدد (٦٩ / هـ / حقوقية / ٢٠١٧) في (٢٠١٧/٤/١٨).
٥١. قرار محكمة التمييز الأتحادية، رقم /٩٨/ الهيئة الأستئنافية / عقار / ٢٠١٧
٥٢. قرار محكمة التمييز الأتحادية / بالرقم ٨٢٧ / الهيئة الأستئنافية / منقول / ٢٠١٧
٥٣. قرار محكمة التمييز الأتحادية بالعدد ٨٦٣ / الهيئة الأستئنافية / عقار ، ٢٠١٧.
٥٤. قرار محكمة التمييز الأتحادية بالعدد ٧٣٥ / الهيئة الأستئنافية / عقار / ٢٠١٧.
٥٥. قرار محكمة أستاذتاف بابل الأتحادية بصفتها التمييزية، بالعدد (١٦٦ / ت / متفرقة / ٢٠١٦)، في (٢٠١٦/١٢/١٩).

٥٦. قرار محكمة كركوك الاتحادية / بصفتها التمييزية، بالعدد (١٣٩ / مدنية / ٢٠١٦). في (١٢ / ٦ / ٢٠١٦).
٥٧. قرار محكمة أستاناف ميسان الاتحادية / بصفتها التمييزية / بالعدد (١٩ / مجدد / ت / ٢٠١٦). في (٢٠١٦/٥/٢).
٥٨. قرار لجنة تثبيت الملكية في كربلاء المقدسة بشأن العقار تسلسل (١٢١٢ / عباسية)، في ٢٠١٦/٣/٦.
٥٩. قرار محكمة أستاناف المثني الاتحادية / بصفتها التمييزية، بالعدد (٢٥ / متفرقة / ٢٠١٥) في (٢٠١٥/٨/٣٠).
٦٠. قرار محكمة أستاناف بغداد / الرصافة الاتحادية / بصفتها التمييزية، بالعدد (٣٨٤ / م / ٢٠١٥)، في (٢٠١٥/٧/٢٦).
٦١. قرار محكمة أستاناف الرصافة الاتحادية / بصفتها التمييزية، بالعدد (٦٠٩ / م / ٢٠١٥) في (٢٠١٥/٦/٢١).
٦٢. قرار محكمة أستاناف البصرة الاتحادية / بصفتها التمييزية، بالعدد (٥٩ / مرافعات / ٢٠١٥) في (٢٠١٥/٢/١٠).
٦٣. قرار محكمة أستاناف البصرة الاتحادية / بصفتها التمييزية، بالعدد (١٤ / مدني / ٢٠١٥) في (٢٠١٥ / ١ / ١٣).
٦٤. قرار محكمة أستاناف البصرة الاتحادية / بصفتها التمييزية، بالعدد (٧٢ / ت/ب/ ٢٠١٤) في (٢٠١٤/٢/٢٣).
٦٥. قرار محكمة أستاناف كربلاء الاتحادية / بصفتها التمييزية، بالعدد (١١٥ / ت/ متفرقة / تسجيل مجدد / ٢٠١٣)، في (٢٠١٣/٨/٢٥).
٦٦. قرار مجلس شوري الدولة (مجلس الدولة) بالعدد (٤٣ / ٢٠١٣)، في (١٤ / ٥ / ٢٠١٣).
٦٧. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (٨٨١) / الهيئة المدنية / منقول ٢٠١٢، في ٢٠١٢/٦/٥.
٦٨. قرار محكمة التمييز الاتحادية، ٢٤٦٨ / الهيئة الاستئنافية / عقار ٢٠١١.
٦٩. قرار محكمة التمييز الاتحادية، الهيئة الاستئنافية / العقار المرقم (١٢٤٤) بتاريخ ٢٠٠٩/٥/١٢.

٧٠. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٢٢١٦ / الهيئة المدنية / عقار ٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/٩/٧.
٧١. قرار محكمة أستاذانف بغداد / الرصافة الاتحادية / بصفتها التمييزية، بالعدد ٤١٧ / م / ٢٠٠٧، في ٢٠٠٧/١١/١١.
٧٢. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٦٧٦ / الهيئة الأستاذانية / ٢٠٠٨ في ٢٠٠٨/٥/١٨.
٧٣. قرار محكمة أستاذانف بابل الاتحادية / بصفتها التمييزية، بالعدد (١٣٤) / ت / متفرقة / تصحيح (٢٠٠٦ / ٢٠٠٦/١٠/٣).
٧٤. قرار محكمة التمييز العراق ٣٤٩ / موسعة أولى / ٩٩٧ / في (١٩٩٨/٧/١٢).

ب- القرارات القضائية المصرية:-

١. قرار محكمة النقض المصرية، بالعدد (١٨٦٤٠ / ٨٣ / قضائية) في (٢٠٢١/١١/١٧).
٢. قرار محكمة النقض المصرية، بالعدد (١٠٦٥٩ / ٧٩ / قضائية)، في (٢٠٢١/١/٢٧).
٣. قرار محكمة النقض المصرية، بالعدد (٤٩٧٥ / ٧٢ / قضائية) في (٢٠٢١/٥/١٨).
٤. قرار محكمة النقض المصرية، بالعدد (١٤٠٨٣ / ٧٦ / قضائية) في (٢٠٢١/٦/٢٨).
٥. قرار محكمة النقض المصرية، بالعدد (١٧٩٣ / ٨٥ / قضائية) في (٢٠٢١/٣/١٥).
٦. قرار محكمة النقض المصرية ، بالعدد (١٨٧٩٣ / ٨٩ / قضائية) في (٢٠٢١/١ / ١٨).
٧. قرار محكمة النقض المصرية، بالعدد (١٩٥٧٣ / ٨٤ / قضائية) في (٢٠٢٠/٧/٧).
٨. قرار محكمة النقض المصرية، بالعدد (٤٥٣٠ / ٨٤ / قضائية) في (٢٠٢٠ / ١١/١٨).
٩. قرار محكمة النقض المصرية، بالعدد (٤٩٠٢ / ٨٤ / قضائية) في (٢٠٢٠/٩/٢٦).
١٠. قرار محكمة النقض المصرية بالعدد (١٤٦٥١ / ٨٩ / قضائية) في (٢٠٢٠/٢/١٨).
١١. قرار محكمة النقض المصرية ، بالعدد (١٢٩١٥ / ٨٤ / قضائية) ، في (٢٠٢٠/١/١٣).
١٢. قرار محكمة النقض المصرية بالعدد (٦٢٥٧ / ٨٩ / قضائية) في (٢٠٢٠/٦/٦).
١٣. قرار محكمة النقض المصرية، بالعدد (٥١٣٤ / ٨٤) في (٢٠٢٠ / ١٢ / ٢٦).
١٤. قرار محكمة النقض المصرية، بالعدد (١٤٨٧٣ / ٨٩ / قضائية) في (٢٠٢٠/٢/١).
١٥. قرار محكمة النقض المصرية، بالعدد (١٧٢٩ / ٨٧ / قضائية) في (٢٠١٩/٣/٢١).
١٦. قرار محكمة النقض المصرية، بالعدد (١٦٣٦٠ / ٧٩ / قضائية) في (٢٠١٨/٢/٥).
١٧. قرار محكمة النقض المصرية ، بالعدد (٣٩٧٠ / ٧٤ / قضائية) ، في (٢٠١٥/١٢/١٩).
١٨. قرار محكمة النقض المصرية، بالعدد (٧٤١١ / ٧٦ / قضائية) في (٢٠١٤ / ١١ / ١٧).

١٩. قرار محكمة النقض المصرية، بالعدد (٣٨٦ / ٧١ / قضائية) في (٢٠١٢/٦/٦).
٢٠. قرار محكمة النقض المصرية، بالعدد (١٣٠٧ / ٧٢ / قضائية) في (٢٠١٢ / ١١ / ٢١).
٢١. قرار محكمة النقض المصرية، بالعدد (٢٣٠٠ / ٧١ / قضائية) في (٢٠١٢/٢/١٥).
٢٢. قرار محكمة النقض المصرية، بالعدد (٣٤٩ / ٣٩ / قضائية)، في (١٩٧٥/٢/١٨).

ثامناً / المصادر الأجنبية

- 1- François Terré et Philippe Simler et Yves Lequette et François Chénéde , Droit civil Les obligations , 12 e edition , Dalloz , 2019. 2.Philippe
- 2- Malaurie et Laurent Aynès et Pierre-Yves Gautier, Droit des spèciaux , 8e edition , LGDJ, Lextenso éditions , 2016.

تاسعاً / المواقع الإلكترونية

1. WWW.CC.gov.eg .
2. WWW.hjc.ig .
3. WWW.hhro.org .
4. www.m.facebook.com
5. WWW.al-maktaba.or

Extract

Seizure provisions are generally considered important topics, which no matter how they are discussed, these researches or writings will fall short in their comprehension, due to their direct impact on the interests of individuals and their daily lives, and what this requires of legislative support and judicial jurisprudence, and to establish an important role in ownership expressed by it. Muslim jurists refer to (the rule of hand), and it works in the field of real estate and movable property. At the level of real estate, the close interrelationship between laying hands on real estate on the one hand, and the passage of the statute of limitations on the other hand, is of great importance so that the order of legal effects depends on that, and the Iraqi legislator has organized The role of squatting in real estate ownership in the Iraqi Civil Law No. (40) for the year (1951) amended, then the Iraqi legislator issued the Real Estate Registration Law No. (43) for the year (1971) amended and effective, and included in it a system based on the same foundations required by the law The civil law, which is called the (renewed registration) system for unregistered real estate or by virtue of unregistered, as its provisions amended the provisions of the Civil Code in this regard, whether from a substantive or procedural point of view.

The hand has a distinct role in owning movables, as often there is confusion between multiple situations of taking possession of movables due to their similarity and overlap, and they do not go out in their entirety to four cases, and the best classification of them is to put them under two reasons for acquiring ownership of movables, the first of which is appropriation, and it includes all From (seizure in the beginning, and the shot), and the second is possession, which includes (possession of the movable in good faith, and possession of the movable in bad faith.

The hand also has a role in guaranteeing, and Muslim jurists describe this as “a rule on the hand.” So the hand that is placed on the property of others is described as a trust hand or a guarantee hand. The Iraqi civil law is that division of Islamic jurisprudence and organized it in Articles (425_428) with some applications scattered throughout the law, in contrast to the position of Egyptian and French legislators in their.

The Republic of Iraq

Ministry of Higher Education and Scientific Research

University of Babylon / College of Law



The provisions of the hand in civil law

(A comparative study)

Doctoral thesis submitted to the board

Faculty of Law - University of Babylon

**It is part of the requirements for obtaining a doctorate in
private law**

Student's enemies

Ali Sabah Khudair

Supervisor

Prof. Dr. Muhammad Jaafar Hadi