

الضمان بين كسب الملكية وعدمه

Guarantee: Obtaining property or not
أ.م.د. علي شاكر عبد القادر البدري^(١) Dr.Ali Shakir Al-Badry

ملخص البحث:

تنتقل الملكية بموافقة ورضا مالكة، ولا يتصور ان يكون شخصا مالكا دون سبب من أسباب كسب الملكية، فتبدل المالك رغما عنه قد تبدو للوهلة الأولى فكرة مستعصية لا يقرها القانون والفقه الاسلامي، ولكن بمزيد من التدبر والتعمق نجد لها تطبيقات في الفقه الاسلامي والقانون المدني، ففي بحثنا يتغير المالك بنص من القانون لمسوغات عديدة منها يستدعي الاستقرار في الحياة القانونية وترجيح المصلحة الأولى بالرعاية، فالضمان الذي يترتب نتيجة لتغير في العين يحدث بفعل من الغاصب أو المتلف مما يجعل العين متغيرة عما كانت قبل الغصب أو الأتلاف وها ما يؤدي إلى تغير مالك العين.

Abstract

The transferring of property depends on the agreement of its owner. It is not acceptable to imagine that a person could be as owner unless there is a reason of gaining of property. Changing the owner lack of his wish may seem at first glance intractable idea and not acceptable by Islam Jurisprudence. However, if we studied this case in depth we could find some application in both Islamic Jurisprudence and civil law

In this research, the owner could be changer according to the provisions of law for many justifications which call for stability in our legal life and the like hood of the first interest. The guarantee which result from the changing the title take place by usurper or destructive which leads to make the title also changed before the irregularity or Damage which lead to the change the title.

المقدمة

ان حق الملكية يعد من أهم الحقوق العينية وأوسعها نطاقاً ويعد هذا الحق هو الاصل الذي تفرعت عنه بقية الحقوق العينية الاصلية، فلا ينشأ حق الملكية لشخص ما من تلقاء نفسه، ومعنى أدق ان الشخص لا يصبح مالكا دون ان يكون هناك سبب من أسباب كسب الملكية، ويرى الاتجاه السائد في فقه القانون

١ - كلية القانون/ جامعة اهل البيت - كربلاء -

المدني ان اسباب كسب الملكية واردة على سبيل الحصر، بينما يذهب الاتجاه الفقهي الأخران اسباب كسب الملكية في القانون المدني واردة على سبيل المثال، ومن الاسباب التي يمكن اضافتها الضمان. وان كانت دراسة الضمان نجدها متناثرة في كتب الفقه الاسلامي فلا بد من جمع شتاتها وجمع معانيها لمعرفة معناها ونطاقها، ويكاد ان يكون هذا المعنى غير واضح المعالم من حيث معناه وأثره حتى في الفقه القانوني، ولمعرفة دور الضمان ولا سيما في الغصب والاتلاف اخترناه لبحثنا، ولعل هناك أهمية عملية تحدث من الضمان مثل لو غير الغاصب العين المغصوبة فهل يملكها بالضمان، فلو غير الغاصب الخشب المغصوب للأثاث فهل يملكها بالضمان.

ويذهب الفقه الحنفي إلى ان الضمان يكسب الملكية إذا توافرت شروط معينة واستدلوا بقولهم بحجج يعدوها دامغة، بل ان فقهاء من مذاهب أخرى يرون ما يرى المذهب الحنفي، وقد اتجهت بعض القوانين إلى ان الضمان يكسب الملكية، وذهب اتجاه في القانوني ان قانوننا المدني قد أخذ بقاعدة كسب الملكية بالضمان ضمناً وليس صراحة.

وبين الاتجاه الذي يقول ان الضمان يكسب الملكية لابد من توافر عدة شروط منها أن يكون محل الضمان قابلاً لثبوت الملك فيها ابتداءً وان تتغير العين المضمونة وان يكون هناك مقابل للضمان وان ينتفي قصد الغش لدى الضمان، وأيد هذا الاتجاه الفقهي الاسلامي اتجاه في الفقه القانوني من ان الضمان يعد من أسباب كسب الملكية ويعد من الأسباب الناقلة للملكية.

بينما ذهب اتجاه فقهي آخر إلى أن الضمان لا يكسب الملكية وقدموا أصحاب الاتجاه السابق من ان الضمان لا يكسب الملكية بتبريرات عديدة فلا يمكن ان يكسب المعتدي صفة المالك للعدوان على عين لا يملكها.

لذا بحثنا هذا الموضوع مقارنة بالفقه الإسلامي، وبحثنا في القوانين وعن موقفها من موضوعنا ولكن عدنا بذلك بقليل ووجدنا شذرات من هنا وهناك، فقد جاءت دراساتنا إلى بلورة الموضوع وإزالة أسباب الغموض فيه، فهو بحاجة إلى من ينفذ الغبار عنه، ولقد وجدنا ان من المناسب معالجة هذا الموضوع في ثلاثة مباحث، أولهما مفهوم الضمان وثانيهما كسب الملكية بالضمان والمبحث الثالث عدم كسب الملكية بالضمان. وإذا ما انتهينا من بحث ذلك سنوصله بخاتمة سندرج فيها أبرز النتائج والمقترحات وسنتخذ المنهج التحليلي والاستقرائي سبيلاً إلى غرضنا هذا والله من وراء القصد وبه المستعان وعليه التوكل.

المبحث الاول: مفهوم الضمان

للضمان عدة معان في اللغة وكذلك في الاصطلاح الفقهي، ولوجود العلاقة الوطيدة بين المعنيين، فلا بد من معرفة مدى المناسبة والمطابقة بين هذه المعاني اللغوية والمعنى الاصطلاحي وكذلك لابد من تمييز الضمان مما يشبهه به من أوضاع، وعليه يمكن تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين نعالج في المطلب الاول تحديد معنى الضمان ونكرس في المبحث الثاني تمييز الضمان مما يشبهه به.

المطلب الأول: تحديد معنى الضمان

عند البحث عن معنى الضمان اصطلاحاً لا بد من معالجته المعنى لغة، لوجود العلاقة الوطيدة بين المعنيين، والمتصفح لمعاجم اللغة يجد في طياته معان عدة للضمان، ولا بد من معرفة مدى المناسبة والمطابقة بين هذه المعاني اللغوية والمعنى الاصطلاحي، وای من المعاني اللغوية التي سنأسس عليها المعنى الاصطلاحي.

لفظ الضمان له عدة معان في اللغة منها: ضَمَّنَ الشيء الوعاء ونحوه أي جعله فيه وأودعه أياء، وضمن فلاناً الشيء: جعله يضمنه، ويقال تَضَمَّنَ الوعاء ونحوه الشيء: احتواه وأشتمل عليه هو شغل الشيء بغيره واشتماله عليه^(٦)، ويقال ضمن الشيء أضمنه ضمناً وضماناً فانا ضامن ومضمون والضامن هو الكفيل^(٧).

ويقال ضمن الشيء يأتي بمعنى الحفظ ومنه الضمان في النخل فسمي الضمان لأن أربابها ضمنوا عمارتها وحفظها^(٨)، وقالوا ضمنت الشيء بمعنى غرمته دين فلان أي غرامته، ويأتي الضمان بمعنى الالتزام فيقال ضمنت والتزمت وضمنت المال ألزمته، وضمنت المال الزمته إياه وضمان المال التزامه، ويأتي الضمان بمعنى سادس وهو الجزم، فيقال ضمن الشيء أي جزم بصلاحيته وخلوه مما يعيبه^(٩).

اما معنى الضمان اصطلاحاً لدى فقهاء المسلمين فله عدة معان منها الكفالة وهي ضم ذمة إلى ذمة في مطالبة شيء بالكفالة تعهد والتزام أي جعل الإنسان سلطنة على نفسه، وبمعنى آخر ان الكفالة تعهد ذمة لأخرى^(١٠)، وان هذا المعنى الاصطلاحي للضمان يجري مجرى المعنى اللغوي للضمان بمعنى الكفالة، وهذا المعنى أخص اطلاقات كلمة الضمان^(١١).

اما المعنى الثاني للضمان فهو الالتزام بأداء التعويض وهذا المعنى اعم من المعنى الأول وعرف بانه ((...رد مثل الهالك ان كان مثلياً أو قيمته ان كان قيمياً))^(١٢).

٢- جمال الدين ابن الفضل محمد بن مكرم (ابن منظور)، لسان العرب، الجزء السابع عشر، دار الرسالة، الكويت، 1973، ص385.

٣- المعجم الوسيط، قام بإخراجه ابراهيم مصطفى وأحمد الزيات وحامد عبد القادر ومحمد علي النجار، الجزء الاول، مطبعة مصر، 1960، ص547. محمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، الطبعة الأولى، دار الكتاب العربي، بيروت، ص348.

٤- محمد بن محمد بن عبد الرزاق المرتضى الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، الجزء التاسع، ط2، الكويت، دون ذكر سنة الطبع، ص265.

٥- أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية، ج1، ص364.

٦- ينظر محمد الحسين كاشف الغطاء، تحرير المجلة، الجزء2، الطبعة الثانية، المركز العلمي للتقريب بين المذاهب، 1432هـ، ص294. ويذهب رأي فقهي آخر إلى تعريفه بالقول (إحالة المديون دائنه على غيره) ينظر محمد حسن النجفي، جواهر الكلام، من دون ذكر المطبعة ولا مكان الطبع ج21، ص46.

٧- شمس الدين محمد بن أحمد بن ابي سهل (السرخسي) المبسوط، ج19، دار المعرفة بيروت، 1986، ص160. كمال الدين بن عبد الواحد (ابن الهمام)، البحر الرائق، شرح فتح القدير، الجزء6، دار أحياء التراث العربي، 1316 هـ، ص329. احمد (الدردير) المالكي، الشرح الصغير، ج3، المكتبة الكبرى، ص320. ابي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي (الشافعي)، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي، ج6، ط1، دار الكتب العلمية، 1994، ص430. موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد (ابن قدامة المقدسي)، المعنى، الجزء الخامس، دار الحديث، 2004، ص71. محمد بن حسن بن علي (الطوسي) المبسوط في فقه الإمامية، ج2، المكتبة الرضوية، 1387 هـ، دون ذكر مكان الطبع، ص322. ابن حزم الاندلسي، المحلى، ج8، (ص110-111). د. علي الخفيف، الضمان في الفقه الاسلامي، القسم الاول، منشورات معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، بلا سنة طبع، ص7. ويوجد تعريف آخر للضمان بمعنى الغرامة، لمزيد من التفصيل ينظر محمد بن علي الشوكاني، نيل الاوطار، الجزء الخامس، دار الكتب العلمية، بيروت، ص210.

٨- زين العابدين بن ابراهيم بن نجيم، شرح الاشباه والنظائر، الجزء الثاني، دار الكتب العلمية بيروت، ص210. ومنهم من عرفه بمثل هذا التعريف (أنه واجب رد الشيء أو بدله بالمثل أو القيمة) ينظر أبي حامد بن محمد بن أحمد الغزالي، الوجيز، ج1، مطبعة الآداب والمؤيد، مصر، ص205.

اما المعنى الثالث للضمان فهو شغل الذمة، فقد عرفه بعض الفقهاء المسلمين المحدثين بأنه ((الضمان: هو شغل الذمة بما يوجب الوفاء به من مال أو عمل والمراد بثبوته فيها ان يكون مطلوباً داؤه شرعاً عند تحقيق شرط ادائه، سواء أكان مطلوباً ادائه في الحال كالدين الحال ام في الزمن المستقبل المعين، كالدين المؤجل إلى وقت معين إذ هو مطلوب ادائه إذا ما تحقق شرط ادائه)).

وهذا التعريف^(٩)، يعد المعنى الاعم للضمان، فعد الضمان كل ما يشغل الذمة من التزام سواء كان محله مالا أو عملاً أو امتناعاً أو أياً كانت الاسباب المنشئة له.

وقد يتبادر للذهن للوهلة الاولى ان المعنى الثاني والمعنى الثالث للضمان متطابقان من حيث المغزى والمفهوم، ولكن هذا النظر غير دقيق فمعنى شغل الذمة يختلف عن معنى التعويض فمثلاً المدين يعد مشغول الذمة بالدين ولكن لا يعد ملزماً بالتعويض.

اما مجلة الاحكام العدلية فقد بينت معنى الضمان اذ نصت المادة(416) من مجلة الاحكام العدلية على أن ((الضمان هو اعطاء مثل الشيء أن كان من المثليات وقيمته أن كان من القيميات))، وهذا المعنى يوافق المعنى الثاني في الفقه الاسلامي (التعويض).

ونجد كذلك ان المشرع العراقي قد أدرج معنى (ضمان العقد) كمرادف للمسؤولية العقدية في المواد(168-176) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل، وكذلك نص على مصطلح الضمان في المادة(134/ف2) من القانون المدني العراقي على ان ((وللعائد المكروه أو المغرور الخيار ان شاء ضمن العائد الاخر وان شاء ضمن المجرر والغار. فأن ضمن المجرر أو الغار فلهما الرجوع بما ضمنه على العائد الآخر. ولا ضمان على العائد المكروه أو المغرور أن قبض البديل مكروهاً أو مغروراً وهلك في يده بلا تعد منه))، ونستدل من هذا النص ان المشرع يقصد بالضمان هو اداء التعويض من قبل المجرر أو الغار أو من قبل المتعاقدين الاخر مع المكروه أو المغرور، وكذلك نستدل بما نصت عليه المادة(186) من القانون المدني العراقي إذ بينت ان ((١-إذا أتلّف أحد مال غيره أو أنقص قيمته مباشرة أو تسبباً، يكون ضامناً، إذ اكان في أحداث هذا الضرر قد تعمد أو تعدى. ٢-واذا أجمع المباشّر والمتسبب ضمن المتعمد أو المتعدي منهما، فلو ضمنا معاً كانا متكافلين في الضمان))، وبينت لجنة القانون المدني عند بيانهم لهذه المادة ان معنى الضمان هو التعويض.^(١٠)

وقد نصت المادة(193) من القانون المدني العراقي على ان ((يضمن الغاصب اذا استهلك المال المغصوب او اتلفه او ضاع منه او اتلف كله او بعضه بتعديه او بدون تعديه)). ودار نقاش في اللجنة التحضيرية لوضع القانون المدني عن معنى الضمان في هذه المادة واستقروا أن معنى الضمان هو التعويض أي كل ما لحقه خسارة وما فاتته من كسب عند مناقشة هذه المادة وهذا المعنى يعد أعم من معنى رد القيمة للقيمي ورد المثل للمثلي^(١١)، لان التعويض قد يشمل الحرمان من المنافع وغيرها وهذا المعنى لا يتضمنه رد القيمة للقيمي اورد المثل للمثل.

٩- يلاحظ ان هذا التعريف استنبطه هذا الفقيه من خلال ملاحظته هذه التعريفات في الفقه الاسلامي، علي الخفيف، المرجع السابق، ص5.

١٠- ينظر القانون المدني مع مجموعة الأعمال التحضيرية، الجزء الثاني، مطبعة الزمان، بغداد، 2002، ص7.

١١- ينظر، المرجع نفسه، ص13.

ونجد ان المادة (187) من القانون المدني العراقي نصت على ان ((١- اذا هدم احد عقار غيره بدون حق فصاحب العقار بالخيار ان شاء ترك انقاضه للهادم وضمنه قيمته مبنياً مع التعويض عن الاضرار الاخرى وان شاء حط من قيمته مبنياً قيمة الانقاض واخذ هو الانقاض وضمنه القيمة الباقية مع التعويض عن الاضرار الاخرى ٢- ولكن إذا بناه الهادم كما كان أولاً وعوض عن الاضرار الاخرى، فإنه يبرأ من الضمان))^(١٢). ونصت المادة (201) من القانون المدني العراقي على أن ((الحال الذي هو مساو للغصب في إزالة التصرف حكمه حكم الغصب فالوديع اذا أنكر الوديعة يكون في حكم الغاصب وبعد الانكار اذا تلفت الوديعة في يده بلا تعد يكون ضامناً)).

ونجد من هذه النصوص المتقدمة ان المشرع العراقي اراد ان يبين أن معنى الضمان هو المعنى الثاني الذي قصده فقهاء المسلمين وهو اداء التعويض سواء كان في المسؤولية العقدية أو التقصيرية، ولكنه لم يقصره على رد القيمة للقيمي اورد المثل للمثلي.

وان القانون المدني الاردني ٤٣ لسنة ١٩٧٦ قد نص صراحة على قاعدة كسب الملكية بالضمان في المادة (1085) التي نصت على أنه ((المضمونات تملك بالضمان ملكاً مستنداً إلى وقت سببه وبشرط ان يكون المحل قابلاً لثبوت الملك ابتداء)). ويفهم مما تقدم ان العين المغصوبة المتغيرة تكتسب ملكيتها بأثر رجعي من وقت تحقق سببها لقاء ما يدفع الغاصب من تعويض وبشرط ان لا يكون الغاصب ممنوعاً من تملك العين وان لا تكون العين المغصوبة من الأموال العامة^(١٣)، وغاية القانون المدني الأردني من النص على كسب الملكية بالضمان هو حماية الغير واستقرار التعامل واستكمالاً للأحكام المستمدة من الفقه الإسلامي^(١٤)، وتجدد الإشارة ان الحكم الأصلي لغصب العين هي ردها ما لم تتلف او تتضرر العين وان الحكم الاستثنائي للغصب هو كسب الملكية بالضمان بشرط تغير العين^(١٥)، وتجدد الإشارة إلى ان الغصب هو من أكثر تطبيقات كسب الملكية بالضمان ولكنها ليست التطبيق الوحيد، وقد ذهب القضاء الأردني إلى ان الضمان يكون سبباً لكسب الملكية إذ جاء ((ان التزام شركة التأمين بموجب عقد التأمين الشامل بأن تدفع قيمة السيارة المؤمنة بحالتها الراهنة بتاريخ الحادث فأنها ملزمة عندئذ بدفع القيمة المصرح بها، ولشركة التأمين حق مطالبة المؤمن لها بالتنازل عن السيارة لها، وعليه وحيث ان قيمة الباص المصرح بها في عقد التأمين أقل من القيمة الفعلية للباص فإن حكم المؤمن له بالقيمة المصرح بها موافق للقانون ولشركة التأمين حق المطالبة بحطام الباص)).^(١٦)

١٢ - نصت المادة (190) من القانون المدني العراقي على ان ((١- اذا تلف احد مال غيره على زعم ان ماله ضمن ما اتلف ٢- اما اذا اتلفه بإذن مالكه فلا يضمن)). وقد نصت المادة (197) من القانون المدني العراقي على ان ((المغصوب ان كان عقاراً يلزم الغاصب رده الى صاحبه مع اجر مثله واذا تلف العقار أو طرأ على قيمته نقص ولو بدون تعد من الغاصب لزمه الضمان))، وكذلك نصت المادة (262) من القانون المدني العراقي على ما يأتي ((يعتبر الدائن في استعماله لحقوق مدينه نائباً عن هذا المدين. وكل فائدة تنتج من استعمال هذه الحقوق تدخل في أموال المدين وتكون ضمناً لجميع دائنيه)).

١٣ - علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني الحقوق العينية، ط10، دار الثقافة، عمان، 2014، ص106.

١٤ - د. يوسف محمد عبيدات، الحقوق العينية والأصلية والتبعية، ط1، دار المسيرة، 2011، ص106.

١٥ - ينظر المادة (279) من القانون المدني الأردني.

١٦ - قرارها المرقم 1045/ ٩٩ أشار اليه د. هادي العبيدي، المرجع السابق، ص 105 هامش 1.

المطلب الثاني: تمييز الضمان من غيره

سنقسم هذا المطلب إلى ثلاث فقرات نتناول في الأولى منها تمييز الضمان من المسؤولية العقدية ونكرس الثاني منها تمييز الضمان من التأمين ونخصص الثالث منها تمييز الضمان من الدين.

أولاً: تمييزه من المسؤولية العقدية

المسؤولية المدنية تنقسم على المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، ويمكن تحديد معنى المسؤولية العقدية بأنها ((الجزء الذي يرتبه القانون على إخلال المتعاقد بتنفيذ التزامه التعاقدية^(١٧)))، وقد يحتج علينا محتج بأن المسؤولية العقدية ماهي إلا مرادف للضمان ويستدل على ذلك بأن المشرع العراقي قد أدرج معنى (ضمان العقد) كمرادف للمسؤولية العقدية في المواد (168-176) من قانونه المدني، ولكن بمزيد من التمعن نجد وجود تشابه واختلاف بينهما، فالتشابه بين المسؤولية والضمان أن لقيام المسؤولية العقدية لابد من توافر عقد صحيح ووجود إخلال بهذا العقد يترتب عليه المسؤولية وكذلك في الضمان ان كان مترتباً على المسؤولية العقدية، والاختلاف بينهما أن وجود الضمان لا يكون حصراً في المسؤولية العقدية فحسب بل في المسؤولية التقصيرية أيضاً، فقد نصت المادة (198) من القانون المدني العراقي على ان ((١- غاصب الغاصب حكمه حكم الغاصب، فإذا غصب احد من الغاصب المال المغصوب واتلفه او اتلف في يده للمغصوب منه مخير ان شاء ضمنه الغاصب الاول وان شاء ضمنه الغاصب الثاني، وله ان يضمن مقداراً منه الاول والمقدار الآخر الثاني، فإذا ضمن الغاصب الاول، كان لهذا ان يرجع على الثاني، وإذا ضمن الثاني فليس له ان يرجع على الاول. ٢- كذلك اذا اتلف احد المال المغصوب الذي هو في يد الغاصب فان المغصوب منه يكون بالخيار ان شاء ضمنه الغاصب وهو يرجع على المتلف وان شاء ضمنه المتلف ولا يكون لهذا رجوع على الغاصب)). وما أشارت اليه هذه المادة من الضمان (التعويض) المترتب على الغصب، وكما لا يخفى ان الغصب يعد من تطبيقات المسؤولية التقصيرية^(١٨).

إنَّ الضمان وبالمعنى الذي اشرنا إليه فيما سبق (التعويض) ما هو الا اثرٌ يترتب حين قيام المسؤولية العقدية، أي أن قيام المسؤولية قد لا يترتب عليه ضمان (التعويض) لعدم مطالبة المتضرر به رغم توافر أركان المسؤولية من خطأ وضرر وعلاقة سببية، ولا يقال ان توافر المسؤولية يستلزم التعويض، فالمسؤولية تمكن الدائن من قهر المدين على الوفاء ان لم يقم الأخير بسداده مختاراً، فمجرد تمكين الدائن من الحصول على دينه لا يستلزم الحصول على التعويض لاحتمال عدم مطالبة الدائن بذلك^(١٩)، اما الضمان (التعويض) فأن وجد فسيلتزم توافر المسؤولية العقدية، فتكون العلاقة المنطقية بين المسؤولية العقدية والضمان ليست المساواة كما نص عليها المشرع العراقي وانما العلاقة المنطقية بين المسؤولية العقدية و الضمان عموم وخصوص من وجه.

١٧- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، دار أحياء التراث العربي، ص 779 د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني، أصول الالتزام، مطبعة المعارف بغداد، 1970، ص 13.
١٨- توجد مواد أخرى في المسؤولية التقصيرية قد نصت على الضمان، مثلاً المواد (190، 193، 197).
١٩- د. محمد سليمان الأحمد، كسب الملكية بضمان ضرر المال، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 33.

ثانياً: تمييزه من التأمين

عرف المشرع العراقي التأمين في المادة (983/ف1) من قانونه المدني ((التأمين، عقد به يلتزم المؤمن أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد مبلغاً من المال أو أيراد مرتباً أو أي عوض مالي آخر، في حالة وقوع الحادث المؤمن ضده، وذلك في مقابل أقساط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن)).

وبعد تسليط الضوء على التأمين نقول ان ثمة تشابهاً بينه وبين الضمان من حيث ان كلاهما يعدان تعويضاً والتعويض يدفع للشخص المتضرر^(٢٠)، انما تقدمت الإشارة اليه من توافق من حيث التعويض هو محل الخلاف بين التأمين والضمان حيث ان تعويض التأمين يكون للمستفيد الذي قد يكون المتضرر أو غيره، بينما الضمان يكون للمتضرر الا اذا احال المتضرر حقه في الضمان لشخص آخر، كذلك يختلف التأمين من الضمان في أن تعويض التأمين يشترط ان يؤدي المؤمن له مقدماً أقساط دورية وهو ما لا وجود له في الضمان.

ثالثاً: تمييزه من الدين

إن معنى الدين في الفقه الإسلامي مختلف قليلاً عن الفقه القانوني، فالدين في الفقه الإسلامي هو مال حكمي ثابت في الذمة بأي سبب من أسباب ثبوته، فالدين مال موصوف غير مشخص فلا يكون محله الا مبلغاً من النقود أو جملة من الأشياء المثلثة، لهذا يكون موضوع حق الدائن غير متعين بذاته، وانما بوصفه، لذا اقتضى تدخل المدين أو وساطته ليقوم بتشخيص موضوع حق الدائن اذ لا يمكن أدائه الا بتعيينه وهذا يتطلب من الدائن ان يقوم بمطالبة المدين، ويستلزم كل هذا أن يتعلق الدين بذمة المدين لعدم وجود مال بذاته يتعلق به، فالدين متعلقة بذمة المدين ويمكن وفاؤه بدفع أي عين مالية مثلية من جنس الدين المتعهد به.^(٢١)

وقد يتبادر للذهن أن معنى الدين مساوي لمعنى الضمان (التعويض) ولكن عند التمعن بالمعنيين نجد ان الدين في الفقه الإسلامي قد يكون عملاً أو امتناعاً عن عمل بينما الضمان يكون دائماً القيام بعمل. اما وفق نظرة القانون فقد عَرَف المشرع العراقي الحق الشخصي (الدين) في المادة (69/ف1) من قانونه المدني على أن ((الحق الشخصي هو رابطة ما بين شخصين دائن ومدين يطالب بمقتضاها الدائن والمدين بأن ينقل حقاً عينياً أو أن يقوم بعمل أو أن تمتنع عن عمل))، وان النص المتقدم ساوياً بين معنى الدين ومعنى الحق الشخصي^(٢٢)، وبعد تسليط الضوء على الدين في الفقه الإسلامي نقول أن ثمة تشابهاً بينه وبين

٢٠- ينظر المادة (989) من القانون المدني العراقي.

٢١- ولزيد من التفصيل ينظر علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2010، ص116 وما بعدها. الكاساني، بدائع الصنائع، ج6، المرجع السابق، ص119.

٢٢- والدين شيء والحق شيء آخر، ولكن يجب ان يبقى الحق تمييزاً عن الدين ومن المؤسف له ان هذه الحقيقة البسيطة لم يأخذ بها المشرع العراقي اذ نصت المادة (3/69) من القانون المدني العراقي على ما يأتي ((يؤدي التعبير (الالتزام) ولفظ (الدين) نفس المعنى الذي يؤديه التعبير بلفظ (الحق الشخصي))) فشخص الدائن يكون صاحب حق محتواه أنه يحق له مطالبة شخص آخر يسمى المدين بأداء معين أو امتناع معين وفي الطرف الثاني هناك مدين عليه التزام وهو ملتزم بأن يقوم بأداء معين أو تمتنع عن أداء معين ونستخلص مما تقدم ان الحق الشخصي لا يساوي الدين بل هو نقيضه، ولزيد من التفصيل ينظر د. سعدي اسماعيل البرزنجي، ملاحظات نقدية في القانون المدني دار الكتب القانونية، مصر، 2010، ص (9-10). = ويبدو ان العلاقة بين الحق الشخصي والدين من جهة العلاقة المنطقية ليس تقابل النقيضين بل هناك تقابل المتضايقين، فالتضايقان أمران وجوديان يتوقف تعقل أحدهما على تعقل الآخر ولا يجتمعان في موضع واحد من

الضمان، فالضامن تشتغل ذمته بالدين (التعويض) وكذلك المدين، ولكن يختلفان في ان المدين قد لا يطالب بالدين فيتحقق عنصر المديونية دون المسؤولية بينما في الضمان يتحقق عنصر المديونية وعنصر المسؤولية فيعد كل ضامن مدين وليس كل مدين ضامن لاحتمال ان شرط المطالبة قد لا يتحقق.

المبحث الثاني: كسب الملكية بالضمان

سنقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب نبين في المطلب الاول تحديد معنى كسب الملكية بالضمان ونكرس في المطلب الثاني شروط كسب الملكية بالضمان ونعالج في المطلب الثالث موقع الضمان من اسباب كسب الملكية.

المطلب الاول: تحديد معنى كسب الملكية بالضمان

يرى عدد من فقهاء الحنفية أن العين تكسب بالضمان^(٢٣)، فأن غيّر الغاصب العين المغصوبة تغييراً كلياً بحيث يفقد ذاتيته بشرط تبدل الأسم فأن الغاصب يملك العين المغصوبة مقابل ما يدفعه إلى المغصوب منه من ضمان (التعويض)^(٢٤)، فمثلاً من يغصب نحاس ويغيره إلى آنية فقد تغير أسم المغصوب من نحاس إلى آنية فيتملكها الغاصب بالضمان، ويسوغون سبب كسب الملكية بالضمان بعدة تسويغات منها أن الضمان هو بدل المغصوب يقضى به جبراً له، والجبران يستدعي فوات المغصوب من يد المالك لأن الجبر يكون للغائب لا للقائم، فكان القضاء بالضمان يقضي انعدام ملك المالك في عين ماله ليكون الضمان جبراً لما هو فائت وكذلك أن الغاصب يلزم برد قيمة المغصوب للمغصوب منه تعويضاً عن ملكه الذي تغير، ولو لم يكن الغاصب قد تملك المغصوب للزم رد العين ورد قيمته على الرغم من أن الاعتداء يقتضي برد مثله، اذ جاء في محكم كتابه ﴿فمن اعتدى عليكم فأعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾^(٢٥)، وان لم يملك الغاصب العين للزم اجتماع البدل والمبدل في ملك شخص واحد وهو المغصوب منه، وهذا غير جائز^(٢٦)، وما ذكرناه سلفاً من شرط تبدل الاسم لتملك الغاصب العين بالضمان يكون اما بتغير أسم العين (المعنى) دون تغير الصورة مثل تغير قطعة القماش إلى قميص فأسم المغصوب مختلف في الحالتين وان كانت قطعة القميص من أصل قطعة القماش، فاصل القميص وهي قطعة القماش موجودة وظاهرة معالمها لم تندثر أو تختفي، او يكون التغير من خلال تغير أسم العين وصورتها مثل غصب الخنطة وتحويلها بيد الغاصب إلى خبز فمعالم الخنطة قد اختفت وأسمها قد تغير، ويضيف بعض شراح فقهاء المسلمين المحدثين شرط تغير منافع العين^(٢٧)، ولكن لا

جهة واحدة ويجوز ان يرتفعاً، فكل حق شخصي في طرف الدائن يعد التزاماً من طرف المدين، وكل التزام في طرف المدين يعد حقاً شخصياً من طرف الدائن.

٢٣- للتفصيل ينظر أبو الحسن علي بن أبي بكر الرشداني المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدىء، ج 4 دار الكتب العلمية، بيروت، 1990، ص 11 وما بعدها. السرخسي، ج 11، المرجع السابق، ص 67 وما بعدها.

٢٤- ويتفق فقهاء المسلمين ان الحكم الاصيل هو رد المغصوب ان كان قائماً، وأورد هذا القول د. محمد سليمان الأحمد، المرجع السابق، ص 80.

٢٥- آية (94) من سورة البقرة.

٢٦- الرشداني، المرجع السابق، ص 13 وما بعدها. د ابراهيم فاضل الدوب، ضمان المنافع دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقانون المدني، الطبعة 2، دار عمار للمطابع التعاونية، عمان، 2001، ص 272.

٢٧- المرجع نفسه، ص 273.

نميل إلى إضافة هذا الشرط حتى نقول بكسب ملكية العين للغاصب بالضمان لان تغير الاسم يستلزم تغير منافع العين.^(٢٨)

وقد ذهب الحنفية إلى أن كسب الملكية بالضمان يكون في المنقول والعقار، فمن غصب حديد وادخله في عملية البناء فستختفي معالم الحديد داخل البناء، وهنا تغيرت العين المنقولة إلى عين عقارية.^(٢٩) وقد أثير خلاف حول وقت ثبوت الملكية للغاصب، فذهب رأي فقهي إلى أن ملكية الغاصب تكون وقت الغصب، وذهب رأي ثاني إلى أن ملكية الغاصب تكون وقت اختيار الضمان من قبل المغصوب منه.^(٣٠)

اما اذا غير الغاصب العين المغصوبة في صفاتها دون ذاتيتها، فأن حكم العين المغصوبة تبقى للمغصوب منه دون الغاصب وذلك لان العين مازالت باقية، فتغير الصفة ليس مثل تغير الذات^(٣١)، ويذهب رأي فقهي آخر أن تغير العين عند الغاصب إن كان في صفة معتبرة فيكسب الغاصب الملكية بالضمان، مثل لو كانت العين المغصوبة سبيكة ذهبية فضربها الغاصب وجعلها دراهم فيكسب الغاصب الدراهم بالضمان^(٣٢)، وهذا الرأي المتقدم لا يمكن الركون إليه لان تغير الاسم يستدل منه تغير الذات لا الصفة، فيعد التغير في المثال السابق تغيراً في الذات لا في الصفات وهو تغير معنى لا صورة.

اما اذا تغيرت العين المغصوبة عند الغاصب بفعل الطبيعة، فأن للمغصوب منه بالخيار بين استرداد العين من الغاصب بالحالة التي عليها أو يترك العين للغاصب مقابل دفع قيمتها، وهنا يكون الغاصب قد تملك العين بالضمان^(٣٣).

وذهب فقهاء المالكية إلى انتقال ملكية المغصوب للغاصب يشترط فيها حصول استهلاك العين أو اتلافاً لها وحكم على الأخير بالتعويض^(٣٤)، ولا يحصل عندهم تغير العين المغصوبة جبراً في حالة كون العين المغصوبة منقولاً فلا تتغير إلى عقار كما ذهب إليه الحنفية، لأن أسم العين المغصوبة مازال منقولاً، فاذا غصب شخص خشباً وأدخله في بناء، فعندهم أن لوح الخشب لم يتغير ومازال اسمه خشباً^(٣٥).

ويستدلون أصحاب اتجاه كسب الملكية بالضمان أن حتى من أنكر من فقهاء المذاهب الأخرى بأن الملكية تكسب بالضمان، قد أقرروا بذلك ضمناً، فيرى الشيخ الطوسي وهو من أجل فقهاء الامامية انه ان

٢٨- فتغير الحنطة إلى خبز معناه تغير الاسم وتغير معظم منافعها عندما كانت حنطة، فلم يعد يمكن زرع بذر الحنطة لتغيره إلى خبز ولا حاجة أن نقول أن من شروط الضمان إضافة لتغير الاسم تغير المنافع لأنه تحصيل حاصل، ينظر علي حيدر، المجلد الثاني، المرجع السابق، ص 530.

٢٩- ينظر الكاساني، ج 7، المرجع السابق، ص (148، 149).

٣٠- المرجع نفسه، ج 7، ص 153.

٣١- د. سعد حسين عبد الملحم، كسب الملكية بالضمان، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق - جامعة النهدين، المجلد 10، العدد 19، كانون الأول 2007، ص 33.

٣٢- الكاساني، المرجع السابق، ج 7، ص 153.

٣٣- د. إبراهيم فاضل الديوب، المرجع السابق، ص 272.

٣٤- ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد، ج 2، دار الفكر، من دون ذكر مكان الطبع، ص 239. عبد الله محمد الحزني، شرح الخرشي على مختصر خليل، بيروت، دار الصادر، من دون ذكر سنة الطبع، ص 134.

٣٥- للتفصيل ينظر سليمان بن خلف (الباجي) المنتقى شرح الموطأ، ج 5، دار الكتاب الاسلامي، دون ذكر سنة ومكان الطبع، ص 277.

قام شخص بغصب حب فزرعه، فالزرع للغاصب، وذلك بأن العين المغصوبة قد تلفت، فلا يلزم الغاصب الا بالقيمة^(٣٦).

ومما تقدم يتضح أن الغاصب قد تملك العين فعليا لقاء ما دفعه من قيمة، ويذكر أحد فقهاء الامامية ان في حالة تلف العين عند الغاصب فللمالك ان يطالب بالقيمة من الغاصب ويعد الغاصب كأنه ملك العين النالفة بالمعاوضة القهرية بين ما دفعه من القيمة وبين العين النالفة فالغاصب أصبح مالكا لهذه الانقاص فهي ملك الغاصب دون المالك^(٣٧).

أما في الفقه القانوني فنجد أن القانون المدني الاردني قد نص صراحة على قاعدة كسب الملكية بالضمان في المادة(1085) التي نصت على أنه((المضمونات تملك بالضمان ملكا مستنداً إلى وقت سببه وبشرط ان يكون المحل قابلاً لثبوت الملك ابتداء))، ويفهم مما تقدم أن الضامن يملك المضمون بأثر رجعي من وقت تحقق سبب الضمان بشرط ان يكون المحل قابلاً لثبوت الملك ابتداء.

وثمة رأي انتقد مسلك القانون المدني الاردني الذي جعل الضمان سبباً لكسب الملكية وذلك لاعتداد القانون المدني الاردني بقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز في كسب الملكية^(٣٨)، ويبدو أن هذا الانتقاد غير دقيق، فالمشرع الاردني نص في قانونه المدني في المادة(1189) على ان(١- لا تسمع دعوى الملك على من حاز منقولاً أو حقاً عينياً على منقول أو سند لحامله وكانت حيازته تستند إلى سبب صحيح وحسن نية. ٢- وتقوم الحيازة بذاتها قرينة على الملكية ما لم يثبت غير ذلك). ومن خلال ما تقدم يفهم أن الحيازة لا تعد لذاتها سبباً لكسب الملكية، انما هي قرينة على كسب الملكية على خلاف القانون المدني المصري الذي جعل الحيازة سبباً لكسب الملكية، اذ نصت المادة (٩٧٦/ف١) من القانون المدني المصري على ان((من حاز بسبب صحيح منقولاً أو حقاً عينياً على منقول أو سنداً لحامله فإنه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته)). وكذلك أن اشتراط الحيازة القانونية ورودها على منقول وبمحسن نية ومستندة إلى سبب صحيح، وهذه الشروط لم يشترطها القانون المدني الاردني لكسب الملكية بالضمان، مما جعل دور قاعدة الحيازة في المنقول في التطبيق العملي محدودة وهو منع الغير من الادعاء بملكية المال المحوز، ومما جعل نطاق تطبيق قاعدة كسب الملكية في الضمان أوسع من نطاق تطبيق قاعدة الحيازة.

وتجدر الاشارة أن ثمة رأي يذهب إلى أن القانون المدني العراقي قد أخذ بقاعدة كسب الملكية بالضمان ضمناً وليس صراحة^(٣٩)، فقد نصت المادة(194/ف2) من القانون المدني العراقي على أن((اما 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))، ويتبين مما تقدم أن الغاصب الذي يغير العين المغصوبة تغييراً يفقدها ذاتيتها ويبدل اسمها فيتملكها لقاء ما يدفع من ضمان، وبالمقابل يتملك المغصوب

٣٦- أبو جعفر محمد بن الحسن الطوسي، الخلاف، ج2، دار العالم الاسلامي، بيروت، من دون ذكر سنة الطبع، ص178.

٣٧- ينظر محمد باقر الصدر، الحوالة حقيقتها وبعض مقوماتها، بحث منشور في قراءات فقهية معاصرة في الاقتصاد الإسلامي، ج2، ط1، مطبعة الغدير، بيروت، 2004، ص92 وما بعده.

٣٨- د.محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني الاردني، الحقوق العينية الاصلية، ج2، مكتبة دار الثقافة، عمان،

1994، ص31.

٣٩- د. محمد سليمان الاحمد، المرجع السابق، ص3٤. وينظر في المقابل المادة (976) من القانون المدني المصري.

منه الضمان لقاء تخليه عن العين المغصوبة، ويذهب أحد فقهاء القانون المدني العراقي إلى القول ما يجري في تملك المغصوب منه للضمان هو تحول من حق عيني إلى حق شخصي بقوة القانون^(٤٠).

كذلك ان المشرع العراقي قد نص في (المادة ١٩٤ / ف١) من القانون المدني العراقي على أن ((إذا تغير المغصوب عند الغاصب فالمغصوب منه بالخيار ان شاء استرد المغصوب عينا مع التعويض عن الأضرار الأخرى وان شاء ترك المغصوب ورجع على الغاصب بالضمان))، ويفهم من هذا النص أن المغصوب منه له الخيار بين أن يعطي للغاصب قيمة ما أضافه و يسترد العين المغصوبة مع التعويض عن الأضرار الأخرى أو أن يترك المغصوب منه العين المغصوبة ويرجع على الغاصب بالضمان، ويلاحظ على هذه المادة ان كسب الملكية لم يكن جبراً على المغصوب منه كما في المادة (١٩٤ / ف٢) من القانون المدني العراقي بل برضا المغصوب منه وجبراً على الغاصب، ولعل الحكمة بالفرق بين حكم الحالتين أن التغير بالفقرة الثانية من المادة (١٩٤) كان بفعل الغاصب فيتحمل مسؤولية الغصب والتغير بالعين المغصوبة، اما في الفقرة الاولى من المادة (١٩٤) فالتغير بالعين المغصوبة لم يحدث بفعل الغاصب فيتحمل مسؤولية الغصب دون التغير، وبما أن الغاصب يعد، حتى في هذه الصورة متعدياً، والتعدي يجعله مسؤولاً ولكن بحكم مختلف عن حكم الفقرة الثانية، ويجدر بالذكر أن المشرع العراقي قد ضرب صفحا عن الاشارة إلى كون التغير في الفقرة الاولى من المادة (١٩٤) تقع بفعل الغاصب أو بفعل السبب الاجنبي، ويمكن القول بأن مقصود المشرع هو التغير بفعل السبب الاجنبي دون فعل الغاصب، وحجتنا لو كان التغير بفعل الغاصب، لم يكن للمغصوب منه الخيار، ويجدر بالذكر أن المشرع العراقي قد ضرب صفحا عن الاشارة إلى كون التغير في الفقرة الاولى من المادة (١٩٤) يقع بفعل الغير أو بفعل القوة القاهرة، ويمكن القول بأن مقصود المشرع هو التغير بفعل القوة القاهرة دون الغير، وحجتنا لو كان التغير بفعل الغير للزم الخيار للمغصوب منه بالرجوع على الغاصب او على من قام بالتغير لأنه بفعله يعد الغير متعدياً أيضاً، ويجدر بالذكر أن المشرع العراقي قد ضرب صفحا عن الاشارة أيضاً إلى كون التغير في الفقرة الاولى من المادة (١٩٤) تقع في الذات او الاوصاف، ولعل من يقول ان النص مطلق والمطلق يجري على اطلاقه، ولكن هذا القول لا يمكن الركون إليه فلو كان التغير يتعلق بالوصف لكان حكم الفقرة الاولى من المادة (١٩٤) يقتضي دفع المغصوب منه للغاصب الزيادة وهذا ما لا وجود له في حكم هذه الفقرة.^(٤١)

وقد نصت المادة (١٩٤/ف٣) من القانون المدني العراقي على أن ((وإذا غير الغاصب بعض أوصاف المغصوب بزيادة شيء عليه من ماله، فالمغصوب منه مخير أن شاء أعطى الغاصب قيمة الزيادة وأسترد المغصوب عينا مع التعويضات الأخرى وأن شاء ترك المغصوب ورجع على الغاصب بالضمان))، ويلاحظ على هذا النص أن التغير في الوصف وليس في الذات، فتغير العين^(٤٢)، بزيادة سواء أكانت متولدة من الاصل ومتصلة به مثل السمينة بالنسبة للحيوان أم منفصلة عنه مثل الثمرة لا يغير المالك جبراً انما للمغصوب

٤٠ - د. ليلي عبد الله الحاج سعيد، النظرية العامة لضمان اليد، ط1، مطبعة الجمهور، الموصل، 2001م، ص58 وما بعدها. ود سليمان محمد الاحمد، المرجع السابق، ص106. للتفصيل ينظر د. سعد حسين عبد الملحم، المرجع السابق، ص37.
٤١ - د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، الجزء2، الخطأ، مطبعة العزة، بغداد، 2001، ص286.
٤٢ - علي شاكر عبد القادر، التغير الجبري لمالك العين وأثره في التصرفات القانونية) دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون جامعة كربلاء، 2013، ص70.

منه بالخيار بالتخلي عن ملكهم مقابل الضمان أو استرداد ملكه مع المطالبة بالتعويض مع اعطاء قيمة الزيادة إلى الغاصب^(٤٣). ولكن السؤال الذي يثار في هذا السياق هل يتصور تملك الغاصب للعقار المغصوب بالضمان، ويتسنى لنا الإجابة على هذا السؤال المتقدم ونقول بأن القانون المدني في المادة (194) من القانون المدني العراقي يبيّن أن التغير يكون في المغصوب ولم يقيده في المنقول أو العقار، والنص المطلق يجري على إطلاقه إذا لم يقيم دليل التقييد نصاً أو دلالة، ومن ثم يمكن تصور كسب الغاصب للعقار المغصوب بالضمان، والتساؤل السابق يقودنا إلى سؤال آخر، هل يكون كسب الغاصب للملكية بالضمان نتيجة تغير الذات أو الوصف، ثمة رأي عند شراح قانوننا المدني يذهب الا أنه لا يمكن تصور كسب الغاصب للملكية للعقار نتيجة تغير الذات، فمن يغصب أرضاً ويضيف عليها بناءً أو غرساً تبقى الأرض مسمى الأرض وكل ما حصل هو إضافة بناء أو غرس عليها مما يعد زيادة متصلة في الأرض^(٤٤) وبرهان أصحاب هذا الرأي هو نص قانوننا المدني في الفقرة الأولى من المادة (563) ((زيادة شيء من مال المشتري على المبيع تمنع الرد، كصبغ الثوب أو البناء على الأرض المبيعة أو ظهور الثمر في الشجر المبيع)).

وهو ما أكدته بعض قرارات القضاء العراقي إذ جاء في قرار لمحكمة تمييز العراق ((إذا بنى الموهوب له على الأرض الموهوبة داراً فليس للوهاب الرجوع بالهبة، لأن الدار تعتبر زيادة متصلة بالأرض زادت من قيمتها فأمتنع الرجوع بالهبة حسب الفقرة (أ) من المادة (622) مدني))^(٤٥)، فأضافه البناء تعد زيادة في الوصف وليست في الذات.

وثمة رأي ثانٍ يذهب الى ان البناء في الأرض يعد تغيراً في العقار ويؤدي إلى زوال أسم الأرض ومن ثم تتغير ذاتيتها تبعاً لذلك، ومن ثم يمكن كسب الملكية بالضمان نتيجة تغير الذات^(٤٦)، ويبدو رجاحة الرأي الثاني للأسباب التي تم ذكرها ونضيف عليها أن الأرض لم تبق على هيأتها السابقة وإنما تغيرت من محض أرض خالية (عرصة) إلى أرض مبنية تسمى داراً وقد تبدل هنا أسم العين المغصوبة من عرصة إلى دار وهو ما نصت عليه المادة (279) من قانون التسجيل العقاري على ما يأتي ((يصحح جنس العقار عند إجراء التغيرات المادية فيه بإحداث الابنية والمنشآت أو الغراس أو إضافة محدثات أو مغروسات جديدة أو أي تغيير في المحدثات أو المغروسات يؤدي إلى تغير جنس العقار من حيث استغلاله أو استعماله أو عند زوال المحدثات أو المغروسات ما لم يوجد نص قانوني يقضي بغير ذلك)). فالنص المتقدم يبين صراحةً ان

٤٣ - د. عباس الصراف، شرح عقد البيع في القانون الكويتي، ط1، دار البحوث العلمية، الكويت، ص 344 وما بعدها. شاكراً ناصر حيدر، الوسيط في شرح الحقوق العينية الاصلية، ج1، مطبعة المعارف، بغداد، 1959، ص 891.

٤٤ - محمد عبد الوهاب، تغير الشيء وأثره في التصرفات والقوائم القانونية، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة بغداد كلية القانون، 2006، ص 47 وما بعدها.

٤٥ - قرارها المرقم / 408 م 2/1981 الصادر بتاريخ 21 / 4 / 1982، المنشور في مجموعة الاحكام العدلية، العدد الثاني، السنة الثالثة عشر 1982، ص 44. وان كان الموضوع لا يتعلق بالغصب ولكنه يتعلق بان اضافة البناء زيادة لا تؤثر في ذاتيتها. والحقيقة ان ليس كل زيادة تؤدي إلى تغير العين فقد تكون هناك زيادة في المقدار المتفق عليه في العقد مع ان العين باقية على حالها لم تتغير، مثل من يبيع قطعة قماش يظن انها عشرة امتار ثم يتبين ان فيها زيادة مترين وهو لا يعلم، فالعين لم تتغير انما المقدار المتفق عليه في العقد قد =تغير، وكذلك قد تكون هناك زيادة في العين ولكنها لا تؤثر في تغير مالك العين، مثل صبغ الثوب التي يعدونه زيادة متصلة غير متولدة فلا تؤثر على تغير مالك العين.

٤٦ - للتفصيل ينظر عارف العارف، مجموعة الأحكام للأموال غير المنقولة، مطبعة المعارف، بغداد، 1948، م، ص 186.

أحداث الابنية والمنشآت في الارض من شأنه تغيير جنس العقار وتغيير اسمه وتغيير الاسم يدل على تغيير العين، اما وصف الفقه والقانون واتجاه في القضاء إلى تسمية البناء على الأرض زيادة فهو رأي لا غبار عليه، فالبناء على الارض المغصوبة زيادة، وكذلك إضافة بعض المواد على الخنطة المغصوبة لتحويلها إلى خبز زيادة، أو إضافة بعض المواد على القماش المغصوب لتحويله إلى قميص زيادة، ولكن هذه الزيادة زيادة عين وليست زيادة صفة^(٤٧)، التغيير من أسم المغصوب إلى أسم آخر وهو ما اشترط لتغيير الذات لتملك الغاصب العين المغصوبة.

ولا يقتصر كسب الملكية بالضمان على حالة الغصب بل يشمل أيضاً الاتلاف، فقد نصت المادة (١٨٧/ف١) من القانون المدني العراقي على أن ((إذا هدم أحد عقار غيره بدون حق فصاحب العقار بالخيار أن شاء ترك أنقاضه للهادم وضمنه قيمته مبنياً مع التعويض عن الاضرار الأخرى وأن شاء حط من قيمته مبنياً قيمة الانقاض وأخذ هو الانقاض وضمنه القيمة الباقية مع التعويض عن الاضرار الأخرى))، فالعين التي تتلف يلتزم المتلف بالضمان ويتملك الانقاض لقاء الضمان الذي يحصل عليه صاحب العقار المهدم، وقد نصت المادة (١٨٨) من القانون المدني العراقي على أن ((إذا قطع احد الاشجار التي في روضة غيره بدون حق فصاحبها مخير أن شاء أخذ قيمة الاشجار قائمة مع التعويض عن الاضرار الأخرى وترك الاشجار المقطوعة للقاطع وأن شاء حط من قيمتها قائمة قيمتها مقطوعة وأخذ المبلغ الباقي والاشجار المقطوعة مع التعويض عن الاضرار الأخرى)). فصاحب الاشجار مخير بين ترك الاشجار المقطوعة على أن يأخذ الضمان من قبل قاطع الاشجار الذي يملكها بالضمان أو أن يأخذ صاحب الاشجار أشجاره المقطوعة ويرجع على قاطع الاشجار بالضمان^(٤٨)، بعد الحط من قيمتها قائمة قيمتها المقطوعة.

المطلب الثاني: شروط كسب الملكية بالضمان

اما شروط كسب الملكية بالضمان فهي أن يكون محل الضمان قابلاً لثبوت الملك فيه ابتداء والشرط الثاني تغيير المال المضمون والشرط الثالث وجود المقابل (الضمان) والشرط الرابع انتفاء قصد الغش لدى الضامن تجاه قاعدة الضمان، وسنبين هذا المطلب في اربعة فروع لكل شرط فرع مستقل.

الفرع الاول: - أن يكون محل الضمان قابلاً لثبوت الملك فيه ابتداء:-

ويشترط الفقه الاسلامي في العين لكي تكون قابلة للتملك أن يكون الشرع قد أباح الانتفاع بها في حالة الظروف الاعتيادية، فان لم تكن العين مباحة الانتفاع فيها في حالة الظروف الاعتيادية فلا يعد مالا فمن أكل لحم الميتة او لحم الخنزير في ظرف استثنائي كالجوع الشديد لا يعد مالا وان أباح الشارع الانتفاع بها في حالة الضرورة وبقدره، وان كان لحم الخنزير والخمر يعدان مالا عند الذميين وكذلك في نظر من يستبيحها من المسلمين الذين لا يلتزمون بأمور الشريعة، وربما يبذل الكثير من المال بازائها فهي ذات مالية

٤٧- عبد الجبار حمد شرارة، أحكام الغصب في الفقه الاسلامي، مؤسسة الأعلمي، بيروت، ١٩٧٥، ص ١٧١.

٤٨- د. حسن علي الذنون، ج ٢، المرجع السابق، ص ٢٥٢. سعد حسين، المرجع السابق، ص ٣٨.

فعلية ولكنها غير شرعية، فلذلك فلا تعد مالا في نظر المشرع الاسلامي، لان المالك الحقيقي (سبحانه وتعالى) اسقط ماليته، ومن ثم لا يمكن تصور تملكها بالضمان.^(٤٩)

والايعان التي لا منفعة فيها لا يجوز تملكها مثل الحشرات والذباب، فهذه الايعان لا يصح تملكها، ولا يترتب عليها ضمان، وتلحق بهذه الايعان حبة القمح أو قطرة الماء^(٥٠).

اما وفق نظرة القانون فتوجد أعيان تعد غير قابلة للتملك فقد نصت المادة (61) من القانون المدني العراقي على أن ((١- كل شيء لا يخرج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية. ٢- والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بجزائها، والأشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون هي التي لا يجوز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية.)) ويفهم مما تقدم أن المشرع العراقي قد اشترط شرطين في الشيء أو لهما إمكانية الاستئثار بجزائهما وثانيهما ان لا يكون المشرع قد اخرج الشيء من دائرة التعامل سواء كان بنص القانون أو بطبيعته، فالشيء الذي يكون محل للحقوق المالية هي التي يمكن ان ينتفع بها كل الناس دون ان يحول انتفاع بعضهم دون انتفاع البعض الاخر، فالماء الجاري في الأنهار والبحار والهواء المنتشر في الفضاء ليس هناك من يستطيع الاستئثار بجزائهما والانتفاع بهما، وقد يكون التعامل بما ممكنا مثل الهواء الذي يستعمله الكيميائي في أغراضه، اما الأشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون فهي التي نص القانون على عدم التعامل بها كالمخدرات، فمن يتلف مقدار من المخدرات لا يحكم على المتلف بالضمان لعدم اعتبارها مالا^(٥١).

وقد يكون عدم قابلية العين للتملك يرجع إلى الغرض الذي خصص له، كالجسور والشوارع، وأوان تكون الايعان مباح لا مالك له مثل الطيور في الهواء والسماك في الماء، ولكن أن أحرزت بقصد التملك يجعل منها محلاً للملكية^(٥٢).

الفرع الثاني: -تغير العين المضمونة

ان كانت العين باقية لم يمسها تغير، فيلزم الغاصب ارجاع العين المغصوبة للمغصوب منه، فيستلزم تغير العين حتى نقول بتوافر شروط كسب الملكية بالضمان، ونقص بالتغير ((انتقال العين من مالك الى مالك آخر))^(٥٣)، وتغير المالك يكون إما بتغير العين أو من دونه، وتغير المالك بتغير العين إما يكون بتغير الذات وشرطه تبدل الاسم كما نصت المادة (194/2) المذكورة سابقاً مثل تغير الحنطة إلى دقيق فتغير الاسم يستدل منه تغير الذات، وقد درج الفقهاء على تقييد هذا النوع من التغير بتبديل اسم الشيء^(٥٤)، بل نجدهم

٤٩- ابن عابدين (محمد أمين بن عمر)، رد المختار على الدر المختار، ج 4، دار الكتب العلمية، بدون ذكر سنة الطبع، ص 51. د. عبد السلام داود العبادي، الملكية في الشريعة الاسلامية، القسم الأول، الطبعة الأولى، مكتبة الأقصى، عمان، 1974، ص 205. ٥٠- ابن عابدين، المرجع السابق، ص 53 وما بعدها. د. مصطفى إبراهيم الزلي، نظرية الالتزام برد غير المستحق (دراسة مقارنة)، ط 2، المكتبة القانونية، بغداد، من دون ذكر سنة الطبع، ص 271 وما بعدها. ٥١- د عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، ج 1، مصادر الالتزام في المقارنة والموازنة بين الفقه الغربي والفقه الإسلامي، الطبعة 3، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، 1969، ص 171. ٥٢- د. محمد سليمان الاحمد، المرجع السابق، ص 108. ٥٣- علي شاکر عبد القادر، المرجع السابق، ص 14. ٥٤- د. سليمان مرقس، محاضرات في المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية، القسم الأول (الأحكام العامة)، معهد الدراسات العربية العالية، 1958، ص 153 حيث يقول ((أما أن يغير الغاصب المغصوب بحيث يتبدل اسمه أي بحيث تتغير ذاتيته...)).

في أحيان أخرى يستعملون مصطلح تبدل اسم الشيء للدلالة على هذا التغير^(٥٥)، وقد نجد في السند التاريخي ضاللتنا، إذ أنّ المشرع العراقي قد اقتبس هذه المادة من مجلة الأحكام العدلية^(٥٦)، وبالرجوع إلى هذه المجلة فإننا نجد أنّ شراحها يستلزمون لحصول هذا التغير تبدل اسم الشيء وبخلافه لا يُعَدُّ هذا التغير متحققاً^(٥٧)، أو يكون التغير في الصفات، وإن هذه الحالة قد يكون بالزيادة أو بالنقص، أو الخلط^(٥٨)

أو يكون تغير المالك دون تغير العين، ويمكن أن نقسم هذا التغير تقسيماً ثانياً فنقول تغيراً قانونياً أو تغيراً مادياً، والتغير القانوني كأن يغيب الغاصب العين المغصوبة ومن ثم يتصرف بها معاوضة عُدد تصرفه نافذاً ويعد الغاصب مالكا، ولكن أبو حنيفة يشترط فضلاً عن تغيب العين اختيار المغصوب منه الضمان، وهذا مالم يشترطانه محمد الشيباني وأبو يوسف الثقفي^(٥٩)، وكذلك قد يكون التصرف القانوني تبرعاً، مثل لو وهب الغاصب العين المغصوبة وتلفت العين بعد الغصب كلياً أو جزئياً، فإن تلفت العين كلياً بعدان وهب الغاصب للعين المغصوبة فليس للمالك العين إلا بالرجوع بالضمان إما على الغاصب أو من تصرف إليه العين، أما التلف الجزئي فللمالك الخيار بين استرداد العين مع المطالبة بالتعويض أو أن يترك المالك العين التالفة الجزئية مع المطالبة بالضمان وتعبير آخر يعد الغاصب مالكا^(٦٠).

الفرع الثالث: - وجود المقابل

بيننا سابقاً حتى يعد الغاصب مالكا لا بد من وجود الضمان، واستدلوا أصحاب القول أن الضمان يكسب الملكية بعدم جواز الجمع بين الضمان والمضمون، فأن لم يوجد الضمان لا يمكن القول بكسب الملكية بالضمان، بل نقول اما بوجود عقد هبة بين الطرفين أو بوجود ابراء إذا كان العين المغصوبة أصبحت ديناً في ذمة الضامن^(٦١).

وقد ينبري من يقول ما ذا لو رفض الضامن البراء، ومن خلال الرجوع للنصوص القانونية المدنية يمكننا أن نتلمس الاجابة عن هذا التساؤل فقد بينت المادة(422) من القانون المدني العراقي على أن ((لا يتوقف البراء على قبول المدين، ولكن إذا رده قبل القبول أرتد، وأن مات قبل القبول فلا يؤخذ الدين من تركته. -2- ويصح إبراء الميت من دينه))، ويتضح من هذا النص ان قبول الضامن للإبراء لا يعد شرطاً، ولكن أن رد الضامن البراء قبل القبول أرتد^(٦٢).

٥٥- د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني، العقود المسماة، الشركة الرابطة، بغداد، 1954، ص 58. د. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني الجديد، العقود المسماة، ج2، (الهبة والعارية والقرض، الدخل الدائم المترتب مدى الحياة)، ط2، مطبعة لجنة البيان العربي، 1952، ص 187.

٥٦- وهي المادة (899) التي جاء فيها ((إذا غيّر الغاصب المال المغصوب بحيث يتبدل اسمه يكون ضامناً ويبقى المال المغصوب له . مثلاً لو كان المال المغصوب حنطة وجعلها الغاصب بالطحن دقيقاً يضمن مثل الحنطة ويكون الدقيق له كما أن من غصب حنطة وزرعها في أرضه يكون ضامناً ويكون المحصول له)).

٥٧- ينظر علي حيدر، ج2، المرجع السابق، ص 488. وكذلك محمد سعيد المحاسني، شرح مجلة الأحكام العدلية، المجلد الثاني، (الكفالة والحوالة والرهن والأمانات والهبة والغصب والحجر والإكراه والشفعة)، مطبعة التزقي، دمشق، 1346 هـ، 1927 م، ص 283.

٥٨- سلمان بن عمر بن محمد (البجيرمي)، حاشية البجيرمي، ج2، ص 437 حيث يقول (ان الزيادة ثلاثة أقسام، لأنها اما متميزة كالولد والغراس او غير متميزة كخلط الحنطة بأجود منها او السمن او صفة كالطحن والقصرة...).

٥٩- السرخسي، الجزء 11، المرجع السابق، ص 68.

٦٠- د. محمد سليمان الأحمد، المرجع السابق، ص 112.

٦١- المرجع نفسه، ص 186.

٦٢- د. حسن علي ذنون، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 213.

الفرع الرابع:- انتفاء قصد الغش لدى الضامن نحو قاعدة الضمان

قد يريد الضامن كسب ملكية العين فما عليه الا ان يقوم ويتعمد بغصب العين وتغيرها ودفع المقابل لها، فلذلك جعل هذا الشرط حتى ينتفي القصد السيئ لدى الضامن إن وجد، وحرى بنا ان نبين معنى التعمد و التعدي، فالتعمد يقصد به ارادة الفعل والنتيجة المترتبة عليه مع العلم بهما، اما التعدي فهو ارادة الفعل دون نتيجة، وعليه فاذا غصب العين وكان قاصداً تغيرها وأن يكسب الملكية لقاء دفع المقابل لها، يرد قصد السيئ للغاصب عليه فلا يكسب الملكية بالضمان بل عليه إعادة العين إلى مالكيها، الا ان للمالك ان يختار بين استرداد العين مع المطالبة بالتعويض عن الاضرار أو التخلي عنها للغاصب لقاء الضمان، وبتعبير آخر يعد شرط انتفاء قصد الغش ملزماً للضامن دون المضمون له^(٦٣).

المطلب الثالث: موقع الضمان من أسباب كسب الملكية

صنف القانون المدني العراقي متأثراً بالقانون المدني المصري أسباب كسب الملكية إلى ثلاثة أقسام، القسم الاول يتعلق بكسب الملكية ابتداءً ويشمل هذا الصنف الاستيلاء، والقسم الثاني يتعلق بكسب الملكية بسبب الوفاة ويشمل هذا النوع الميراث والوصية، ويتعلق القسم الثالث بكسب الملكية بين الأحياء ويشمل هذا الصنف الالتصاق والشفعة والحيازة والعقد.

إنَّ القوانين التي أخذت بالضمان كسب لكسب الملكية عدت الضمان ضمن صنف الخلفية والتي تشمل فضلاً عن الضمان الميراث والوصية^(٦٤)، والشرح من القانون المدني العراقي الذين يرون ان الضمان يكسب الملكية في القانون المدني العراقي يتبنوا ان الضمان لا يمكن أن يعد سبباً لكسب الملكية ابتداءً كالاستيلاء، لأن الاستيلاء هو إحراز لعين مباحة لا مالك لها بنية تملكه، ولكن العين في الضمان ثابتة الملك لشخص معين ثم تنتقل بالضمان إلى الضامن، ولذلك لا يعد الضمان سبباً لكسب الملكية ابتداءً^(٦٥).

يفهم مما سبق أن الضمان لا يندرج ضمن الاسباب المنشئة للملكية، بل يعد من الاسباب الناقلة للملكية، والسؤال الذي يطرح نفسه هنا هل يعد الضمان ضمن اسباب كسب الملكية بسبب الوفاة أم بين الاحياء، ليس هناك وفاة حتى نستطيع القول ان الضمان يندرج ضمن كسب الملكية بسبب الوفاة، كذلك لا يمكن الجمع بين الميراث والوصية والضمان بالخلفية، فهذا المصطلح فضلاً عن غرابته لم يلاق استحساناً من شراح القانون المدني^(٦٦)، فلذلك يعد الضمان من الاسباب الناقلة بين الاحياء وذلك لان ملكية الضامن لا تنتقل الا من وقت نشوء سبب الضمان في مقابل التعويض الذي يدفعه، فلذلك يعد الضمان سبباً مضافاً إلى الاسباب الاخرى لنقل الملكية^(٦٧).

٦٣- د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج2، ص187.

٦٤- وهذا ما أخذ به القانون المدني الاردني، وقد توسع القانون المدني الاردني بمعنى الخلفية إذ يقصد بها خلافة شيء عن شيء لكي يتسع هذا المعنى للتضمنين. للتفصيل ينظر د. محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص528.

٦٥- د. محمد سليمان الأحمد، المرجع السابق، ص124. د. محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص80. د. سعد حسين، المرجع السابق، ص٣٤.

٦٦- د. محمد سليمان الأحمد، المرجع السابق، ص124. د. سعد حسين، المرجع السابق، ص45.

٦٧- د. سعد حسين، المرجع السابق، ص 47 وما بعدها.

ومما تجدر الإشارة إليه يوجد تصنيف فقهي للعلامة السنهاوري لأسباب كسب الملكية، وزد هذا التصنيف اما إلى التصرف القانوني أو للواقعة المادية، فالعقد والوصية يدخلان ضمن التصرف القانوني، والاستيلاء والميراث والاتصاق والشفعة والحيازة يدخلان ضمن الواقعة المادية، والسؤال الذي يطرح نفسه في أي قسم يمكن أن ندرج الضمان، ويتسنى لنا الاجابة على هذا السؤال بالقول ان لا دخل للإرادة في الضمان المترتب على الغصب أو الاتلاف لأن القانون من يحدد الآثار وبمجرد الوقوع المادي للفعل حتى ولو لم تنصرف الإرادة إلى هذا الأثر، فيندرج الضمان ضمن الواقعة المادية، والتسائل السابق يقودنا إلى تساؤل جديد وهو ان الضمان لم يذكر ضمن أسباب كسب الملكية، فهل نحتاج إلى تعديل النص القانوني بإضافة الضمان ضمن أسباب كسب الملكية، ام ان اسباب كسب الملكية لم ترد على سبيل الحصر، ولالإجابة عن ذلك ثمة رأي يذهب إلى ان اسباب كسب الملكية لم ترد على سبيل الحصر، فمن اسباب كسب الملكية النص القانوني، مثل صدور قانون يملك شخص معين قطعة أرض معينة، ومن أسباب كسب الملكية صدور قرار القضائي المنشئي، مثل تملك الدار السكنية للمتعهد له إذا سكن الدار أو إذا أحدث المتعهد له أبنية أو منشآت بدون معارضة تحريرية من قبل المالك (المتعهد)، والارادة المنفردة تعد سببا لكسب الملكية على الرغم من عدم ذكرها ضمن التصنيف الفقهي أو القانوني، فالوصية وهي من صور الارادة المنفردة تعد سبباً لكسب الملكية وكذلك كسب الملكية من قبل الشخص الموعود بالجائزة بعد أن أتم العمل الموجب للوعد، وعليه تعد أسباب كسب الملكية المذكورة في القانون المدني واردة على سبيل المثال^(٦٨)، فهناك أسباب منشئة للملكية مثل الاستيلاء وهناك اسباب ناقلة للملكية أصلاً دون ان تكون تابعة لغيرها وتشمل العقود الناقلة للملكية مثل البيع والهبة وغير ذلك من العقود الناقلة للملكية، وكذلك الحيازة والقرار القضائي المنشئي الذي بموجبه يتم نقل الملكية وغير ذلك من التصرفات والوقائع والنصوص والقرارات الداخلة ضمن هذا النوع، وكذلك أسباب ناقلة للملكية تبعاً وتشمل كل تصرف أو واقعة لم توضع لكسب الملكية أصلاً وإنما وضعت لترتيب آثار قانونية غير نقل الملكية لكن نقل الملكية يتبع ذلك التصرف أو الواقعة تبعاً، مثل الضمان الذي وضع جزاء مدني ضد من وجب عليه كالتغاصب ولم يضع كسب لكسب للملكية أصلاً، وهناك أسباب ناقلة للملكية بطريق الخلافة مثل الميراث والوصية^(٦٩).

المبحث الثالث: عدم كسب الملكية بالضمان

ويذهب هذا الاتجاه الفقهي إلى أن الضمان لا يكون سبباً لكسب الملكية فأن ظهرت العين بعد تغييرها من قبل الغاصب فالعين ما زالت ملكاً للمغصوب منه لا للغاصب وكذلك تغير العين لا ينشأ للغاصب حقاً، فمن غصب عيناً مثل الحديد وغيرٍ فيها بحيث تبدل الاسم والمنفعة إلى سكين لم يملك العين، وما زالت العين ملكاً للمغصوب منه، وللمغصوب منه مطالبة الغاصب أرش النقص حتى لو أضاف الغاصب شيئاً على العين المغصوبة في سبيل تغييرها فإنه لا يستحق أي تعويض مقابل ذلك وبصرف النظر عن زيادة قيمة

٦٨- د. محمد سليمان الأحمد، المرجع السابق، ص 130.

٦٩- د. سعد حسين، المرجع السابق، ص 47 وما بعدها.

العين المغصوبة بسبب التغيير لان الغاصب عمل في ملك غيره بدون أذنه لذا لا يستحق التعويض^(٧٠)، وبرروا ذلك بعدة تبريرات منها أن المغصوب لا يصح تملكه بالبيع، فلا يصح تملكه بالتضمين وكذلك أن تملك المغصوب منه للبدل وعدم تملك الغاصب للمغصوب ليس جمعا للبدل والمبدل، بدليل أن المغصوب منه ملك القيمة للحيلولة بينه وبين ما يملك لا على سبيل العوض، ولهذا اذا رد المغصوب إليه رد القيمة إلى الغاصب وكذلك القول بان تغير العين المغصوبة يؤدي لتملكها سيؤدي لتفشي الظلم فان اراد الغاصب تملك العين فما عليه الا تغييرها، وكذلك أن حرمة مال المؤمن تقتضي عدم تملكه بالغصب^(٧١)، ومن شراح القانون المدني من أيد هذا الاتجاه وسبب ذلك باحترام قواعد الملكية التي تقتضي عدم جعل عدوان الغاصب مبرراً للتملك، وكذلك لوان الغاصب قام بالتغيير فيا يملكه لبقيت العين له، فكذلك الحال لو فعل الغاصب بملك الغير^(٧٢).

يذهب فقهاء الجعفرية ان ما قالت به الحنفية من ان تغير الذات يستدل من تغير الاسم ومن ثم أن الملكية تكسب بالضمان لم يركن هذا الرأي إلى ركن ركين، فأن تبدل الاسم لا أثر له في تغير الذات وانما المدار على انقلاب الذات، فمن غصب حنطة وطحنها فإن الدقيق وان اختلف عن الحنطة بالاسم ولكننا في النهاية آزاء حقيقة واحدة وأكثر الخواص فيها متساوية فنحن امام تغير في الصفات لا الذوات، وان صيرورة الحب المغصوب إلى قمح ليس من باب الهلاك مثل ما قالت به الحنفية، فالهلاك يقتضي زوال المادة، والمادة هنا نمت واتسعت، وليس كما يقول به الحنفية من ان المادة عدمت ووجد الزرع من شيء آخر، فالمقام ليس مقام إيجاد وإعدام للمادة، بل تلك المادة أرتقت من حب إلى زرع، اما تغير الذوات فمثاله انقلاب الخل خمرا او انقلاب الخشب فحما، وحتى في هذين المثالين يبقى الخمر والفحم ملكاً للمغصوب منه لأنهما عينا ماله ولا يعد ملكا للغاصب فلو ان الغاصب غير فيما يملكه لم يخرج عن ملكه فكذلك في ملك الغير^(٧٣)، ولو جعلنا الغاصب مالكا للعين المغصوبة المتغيرة فأننا قد فتحنا باباً لكل من يريد عينا ان يملكها رغما عن مالكةا فما عليه الا ان يغصب العين ويغيرها لكي يملكها، وأن تغير العين المغصوبة لا يغير المالك^(٧٤).

ومما تجدر الإشارة إليه إلى أن المغصوب منه عندما يستلم البدل من الغاصب، فلا يكون البدل المستلم لقاء تملك الغاصب العين وانما يكون لقاء حيلولة العين عن المغصوب منه، وقد يرد اشكال مقتضاه ان المغصوب منه يملك البدل لقاء العين المغصوبة ولرفع على هذا الاشكال نقول بأن الغاصب

٧٠- الشيرازي، المذهب، ج1، مطبعة البابي الحلبي، 1343 هـ، ص 368-372). تقي الدين محمد بن أحمد الفتوح الحنبلي (ابن النجار الحلبي)، منتهى الارادات في جمع المقنع، ج1، مكتبة دار العروبة، القاهرة 1357 هـ، ص 512. عبد الجبار شرارة، أحكام الغصب في الفقه الإسلامي، ط1، مؤسسة الأعلمي، بيروت، 1975، ص 159.

٧١- أورد هذه التبريرات د. محمد سليمان الأحمد، كسب الملكية بضمان ضرر المال، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 80-81).

٧٢- د. محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص 29. د. ابراهيم فاضل الدبو، المرجع السابق، ص 275.

٧٣- للتفصيل ينظر، الطوسي، المبسوط، ج3، ص 72. محمد الحسين كاشف الغطاء، ج3، المرجع السابق، ص 149 وما بعدها. وكذلك ذهب المذهب الزيدي إلى ما تقدم من القول للتفصيل ينظر احمد بن يحيى بن المرتضى، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الامصار، ج4، دار الكتاب الاسلامي، القاهرة، ص ١٨٢. بينما ذهب الشهيد الثاني وهو من فقهاء الامامية إلى أن الخمر والفحم خرجت من ملك المغصوب منه لأنهما أصبح بمنزلة التلف، للتفصيل ينظر زين الدين بن علي (الشهيد الثاني)، مسالك الافهام إلى تنقيح شرائع الاسلام، ج2، مؤسسة المعارف ص 163 وما بعدها.

٧٤- ابي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم (ابن حزم الاندلسي)، المحلى، ج7، مكتبة الجمهورية، مصر 1969 م، ص 124.

يملك البديل ملكية مؤقتة مادامت العين عند الغاصب فأُن ردت العين نقول بأن المَغصوب منه البديل للغاصب^(٧٥).

وذهب الشافعية إلى أن الغاصب لا يكسب ملكية العين بالضمان وذلك لأن العين تعد قائمة ويمكن للمَغصوب منه حتى بعد استرداد العين المتغيرة المطالبة بالتعويض (أرش النقص)^(٧٦) وذهب الحنابلة أن من يغصب عَصيراً فينقلب خلاً فعلى الغاصب رد العين المَغصوبة وذلك لأن العين المَغصوب ملك المَغصوب منه لا الغاصب وتعد العين باقية لم تلتف، وعلى الغاصب دفع التعويض لقاء ما فعله^(٧٧)، ولو افترضنا جدلاً أن الملكية تكسب بالضمان لكان ذلك يعد سبباً لكسب الملكية دائماً، فالعين التي تملك أو تلتف يلتزم المهلك أو المتلف بالضمان إذا كانت يده يد ضمان، ولكنه لن يملك العين لقاء ما يدفعه من ضمان لهلاك العين أو تلفها وكل ما عليه أن يدفع قيمة العين أن كانت من القيميات أو مثله أن كانت من المثليات مع التعويض عن الأضرار الأخرى أن وجدت، ولا يقال لمن أهلك العين مالك لعدم وجود العين التي يملكها، ولنفاء المادة، والمقابل الذي يدفعه الضامن لا يجعله مالكا للعين ولا يجعل لمن استلم المقابل إلا مالكا للتعويض، ولكن قد يصدق على من استلم المقابل وصف المالك إذا تملك مثل العين المالكة أو التالفة وما يكسب الملكية هو تغير العين بفعل الغاصب، أما الضمان فيكون أثراً لفقدان المالك ملكية العين أو لأمر آخر أثر على الملكية، فالضمان لم يكن سبباً من أسباب كسب الملكية وفق القانون المدني العراقي وما جعل الغاصب مالكا هو تغير العين وما الضمان إلا تعويضاً عن الملكية أي أن الضمان هو مقابل حرمان المالك السابق (المَغصوب منه) ملكيته على العين ومنافعها، و مما يجعل الغاصب يكسب ملكية العين هي تغير العين وذلك لأن العين لم تبق على حالتها السابقة فإلتزم الغاصب بدفع القيمة.

وثمة رأي في الفقه الاسلامي يذهب إلى ما تقدم في أن التغير في المَغصوب هو الذي يكسب الملكية ويذهب الى ان الغاصب يملك المَغصوب بمجرد تغيره لأنه بمجرد التغير وتبدل الاسم ينقطع حق ملكية المالك ولا يتوقف على اداء الضمان له، وإن العين المَغصوبة، بتغيرها، لم تعد ملك المَغصوب منه، وإذا كانت العين غير مملوكة للغاصب أو المَغصوب منه يقتضي أن تكون العين بلا مالك، وهذا ما لم يقله أحد فلهذا يقتضي أن يملك الغاصب العين، أما الضمان ففائدته في حلية الانتفاع بالمَغصوب لا التمليك^(٧٨)، وثمة رأي آخر يبتني الرأي السابق و يذهب إلى أن حلية الانتفاع الغاصب للعين تكون حتى قبل الضمان ولكن الغاصب يلتزم بالضمان بعد الانتفاع^(٧٩).

وقد يُشار سؤال في المنحى نفسه هوان الضمان يكسب الملكية بشرط تصرف الغاصب بالعين المَغصوبة فقد نصت المادة(200) من القانون المدني العراقي على أن ((إذا تصرف الغاصب في المال

٧٥- ينظر الفتاوي الهندية - لجنة برئاسة نظام الدين البلخي، دار الفكر، دون ذكر سنة الطبع، ص. الباب الثامن، وعلي حيدر، المجلد الثاني، المرجع السابق، ص 531.

٧٦- أبو اسحاق ابراهيم بن علي بن يوسف (للشيرازي الشافعي)، المذهب، ج1، دار الفكر، بيروت، دون ذكر سنة الطبع، ص 377.

٧٧- د. عبد الجبار شرارة، المرجع السابق، ص 160.

٧٨- د. عبد الجبار شرارة، المرجع السابق، ص 161.

٧٩- جعفر سبحاني، رسائل فقهية، ج1، ط1، مطبعة مؤسسة الصادق، قم، 1429 هـ.ق، ص 395. الشيرازي، المذهب، ج1، المرجع السابق، ص 324.

المغصوب معاوضة او تبرعا وتلف المغصوب كلا او بعضا كان للمغصوب منه الخيار في تضمين من شاء فان ضمن الغاصب صح تصرفه وان ضمن من تصرف له الغاصب رجع هذا على الغاصب بضمان الاستحقاق وفقا لأحكام القانون^(٨٠).

ونجيب على ذلك ان الضمان لا يكسب الملكية بدليل ان للمغصوب منه الخيار ان شاء رجع على من تصرف اليه الغاصب واسترد العين اذا كانت باقية ومن ثم يرجع المتصرف له على الغاصب بضمان الاستحقاق اذا كان التصرف بيعا او هبة^(٨١) أو يرجع المغصوب منه على الغاصب بالضمان فينفذ تصرف الغاصب، والمادة المذكورة سلفاً تبين وبوضوح ان الغاصب لا يكسب الملكية لأنها اشترطت شرطين للضمان اولها تصرف الغاصب بالعين المغصوبة، وثانيها تلف العين بعد الغصب، فاذا توافر الشرطان المتقدمان فلمغصوب منه الخيار بالرجوع بالضمان على الغاصب او على من تصرف اليه الغاصب بالضمان مثل ما ذكرنا سلفاً، ولا يقال هنا ان الغاصب او من تصرف اليه الغاصب مالكان لتلف العين وفنائها.

وقد يثار سؤال يرد في الاتجاه نفسه أن من يتلف بعض العين او يهلك بعض العين يتملك ما بقي من العين مقابل ما دفعه، وللإجابة على هذا السؤال نقول هل بقي العين على حاله ام تغير، ففي حالة الهلاك الجزئي تزول معظم أجزاء العين او بعضه فالعين لا تطلب لذاتها انما تطلب لمنافعها، فان زال بعض او معظم منافع العين لم تعد العين على ما كانت عليه، اي ان العين لم تبق على صورتها السابقة بل تغيرت، وفي التلف الجزئي زالت عن العين معظم او بعض منفعه، ومن ثم لم تبق العين على حالها بل دخلها التغير، ولتقريب الفكرة نضرب المثال الاتي فلو ان دار سكنية قد تهدمت جزئيا فان الغاصب يضمن مقابل تملكه قيمة الانقراض، ولكن هذه الانقراض لم تعد تسمى عقارا بل تسمى منقول، فالتغير واضح حتى في التسمية، ونجد في القانون المدني العراقي ان من يهدم جزءاً من العقار دون وجه حق فالخيار لصاحب العقار، ان شاء ترك الانقراض للهادم مقابل ان يدفع الهادم قيمة العقار مبنيا مع التعويض عن الاضرار الاخرى، وما يدفعه الهادم لم يكن لقاء قيمة ما تملكه من أنقراض بل ما دفعه لقاء قيمة العقار مبنيا مع التعويض عن الاضرار الاخرى، او يختار صاحب العقار أن يرجع على الهادم بالتعويض ويسترد الانقراض مع انقاص قيمتها من التعويض حتى لا يكسب صاحب العقار المهدم قيمة الانقراض من دون سبب و بعبارة اخرى ان هادم العقار في الحالة الاولى قد كسب لا الملكية نفسها بل الملكية المتغيرة عن الحالة السابقة، وما جعله مالكا لبقايا العين هو التغير ايضا وليس الضمان^(٨٢).

وقد يرد تساؤل في المنحى نفسه ان العين التي تكسب بالتغير هل تكون عين مثلية أم عين قيمية، ويمكن الاجابة عن ذلك بأن العين القيمية تكسب بالتغير، اما العين المثلية فكذلك تكسب بالتغير، ولا

٨٠- ويلاحظ ان النص المتقدم تضمن عبارة ان المغصوب منه اذا ضمن الغاصب(صح تصرفه) وكان الاصول مسلکا ايراد عبارة نفذ التصرف بدلا من صح التصرف، وذلك بأن العقد غير النافذ موقوف على اجازة من له حق الاجازة، بينما ايراد عبارة صح التصرف توجد في العقد القابل للأبطال وهذا ما لم يأخذ به القانون المدني العراقي، للمزيد ينظر مصطفى ابراهيم الزلي، نظرية الالتزام برد غير المستحق، المرجع السابق، ص 337 وما بعدها.

٨١- ينظر المادتين (613-614) من القانون المدني العراقي.

٨٢- ينظر نص المادة (187) من القانون المدني العراقي. علي شاكرو، المرجع السابق، ص 72.

يمكن التمسك بالقول طالما ان المثليات لا تهلك فأثما لا تتغير، فمثلاً لو غصب أحدهم طناً من الحديد وغيره بحيث تبدل اسمه فيلتزم الغاصب بتعويض طن من الحديد آخر لوجود المثيل في السوق، ولكن الحديد المغصوب المتغير مازال عند الغاصب ولا يمكن إرجاعه إلى المغصوب منه لتغير العين ولتبدل الاسم وما على الغاصب ألا إرجاع العين المثلية المشابهة للعين المغصوبة، فالعين المتغيرة أصبحت ملك الغاصب لأنها عين معينة بالنوع بل لأنها أصبحت عين معينة بالذات، فالعين المثلية بمجرد افرازها عدت عيناً معينة بالذات وهذا ما نص عليه القانون المدني العراقي في المادة (248/ف2) إذ جاء فيها ((إذا ورد الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني على شيء لم يعين إلا بنوعه فلا ينقل الحق إلا بتعيين الشيء بالذات)) (٨٣).

ويبدو ان أصحاب الرأي الذين يقولون ان الملكية تكسب بالتغير أرجح من أصحاب الرأي الذين يقولون بكسب الملكية بالضمان، ففي الوديعة لو اختلطت عين من ملك المودع مع عين من ملك المودع منه بقوة القاهرة بحيث يتعسر تفريق المالكين، يعد كل منهما شريكاً في العين المختلطة فلاختلاط أدى إلى الملكية في العين الاخرى، وما الاختلاط إلا صورة من صور التغير، فقد بينا سلفاً أن التغير هو انتقال من حال إلى حال أخرى، وهو ما حدث في الاختلاط إذ أصبحت العين من حال إلى حال أخرى . ولا يمكن ان نعد الاختلاط هلاكاً أو تلفاً، وذلك لان الهلاك يقتضي زوال العين من الوجود بمقوماته الطبيعية، بينما في الاختلاط العين موجودة، وكذلك لا يمكن ان نعد الاختلاط تلفاً لان التلف يقتضي إخراج العين من المنفعة المطلوبة، بينما الاختلاط لا يخرج العين من منفعتها، فلم يبق القول إلا بأن الاختلاط صورة من صور التغير (٨٤).

فقد نصت المادة (789) من مجلة الاحكام العدلية على أن ((إذا خلط المودع الوديعة بأذن صاحبها على الوجه الذي ذكر في المادة السابقة، أو اختلطت مع مال آخر بدون صنعة بحيث لا يمكن تفريق أحد المالكين عن الآخر، اشتركا معا على قدر حصتهما)). فيفهم مما تقدم أن الخلط بين الاعيان بأذن المودع أو حدوث الخلط نتيجة قوة القاهرة، يصبح المودع والمودع عنده العين شريكين في الملك كل بحسب حصته في كليتي الحالتين بشرط ان لا يمكن التفريق بين الحصتين، فلا ضمان أحدهما على الآخر لعدم وجود التعدي من أي طرف، فلو أن العين هلكت حقيقة بقوة القاهرة عند المودع عنده العين فلا يرجع المودع بالضمان لعدم وجود التعدي، وكذلك بالخلط بين الوديعة وملك المودع عنده لا يرجع أحدهما على الآخر بالضمان لعدم حدوث التعدي، وهذا ما ذهبت اليه الحنفية وعد كل من المودع والمودع عنده العين

٨٣- لان العين المعنية بالنوع لا تنتقل فيه الملكية إلا إذا أصبحت عيناً معينة بالذات وذلك بعد افرازها، فقبل الافراز يصح اطلاق أي من اللفظين على الآخر فالعين المعنية بالنوع ماهي العين مثلية، اما بعد الافراز فلا يصح اطلاق أي من اللفظين على الآخر فتعد العين المثلية ما بعد الافراز عيناً معينة بالذات لكنها لا يمكن تسميتها عيناً معينة بالنوع بعد الافراز. للتفصيل ينظر عباس الصراف، المرجع السابق، ص 224. د. عبد المنعم البدرأوي، الوجيز في عقد البيع، مطبعة النسر الذهبي، مصر، 1998، ص 142.

٨٤- ويوجد رأي لدى الحنفية يرى بأن العين تكون للمودع منه ويكون الضمان عليه، ويوجد رأي لأبو يوسف ويرى ان أقل المال المخلوط يتبع أكثر المال، وان صاحب الحصة الأكبر هو المالك ويغرم صاحب قدر الأكبر حصة صاحب القدر الأقل. السرخسي، ج 11، المرجع السابق، ص 110 .

شريكان في الملك جيراً أن تعذر تفريق العين واختلطت العينين من دون صنعة ولا تفريط من أحد^(٨٥)، وذهبت الملكية إلى الرأي نفسه وذلك لانعدام السبب الموجب للضمان^(٨٦).

وذهبت الحنابلة إلى أن خلط الوديعة بأذن صاحبها لا يوجب الضمان لأن المودع فوض المودع عنده فعد المودع منه نائباً عن المودع، وذهب الجعفرية إلى أن اختلاط الوديعة قهراً يصبح المودع والمودع عنده شريكان في الملك وتعد الشركة اجبارية أو اختيارية على رأي ولا ضمان أحدهما الآخر لأن الضمان يدور مدار التعدي فأن لم يوجد تعدي فلا ضمان^(٨٧).

وقد نصت المادة (٩٥٥/٢) من القانون المدني العراقي على أن ((إما إذا خلط الوديعة بملكه بأذن صاحبها أو اختلطت بلا صنعة بحيث يتعسر تفريق المالكين، يصير الوديعة شريكاً للمالك الوديعة. فأن هلك المال بلا تقصير، فلا ضمان على الوديعة الشريك)). يفهم مما تقدم أن الاختلاط وهو من صور التغير هو سبب تملك الوديعة لملك الوديعة وجعله شريكاً بالعين المختلطة والعكس كذلك صحيح لتملك مالك الوديعة لملك المودع وجعله شريكاً بالعين المختلطة نتيجة (التغير) دون أن يكون هناك تعدي من أحدهما على الآخر ودون أن يكون هناك مقابل (الضمان) يدفعه أحدهما للآخر.

الخاتمة

بعد أن بلغنا خاتمة المطاف من هذه الدراسة يلزم أن نسجل أبرز ما توصلنا إليه وما تحصل لدينا من نتائج ومقترحات:

أولاً - النتائج

- ١- للضمان عدة معان وقد رجحنا في بحثنا المعنى المقصود الذي نذهب إلى أنه هو الالتزام بإداء التعويض.
- ٢- يتميز الضمان من أوضاع تتشابه معه مثل المسؤولية العقدية ولكنها يختلفان في أن الضمان يكون في المسؤولية العقدية والتقصيرية وكذلك أن التعويض أثر يترتب بعد قيام المسؤولية.
- ٣- يرى اتجاه في الفقه الإسلامي وهو الفقه الحنفي وجانب من الفقه المالكي وعدد من فقهاء المذاهب الأخرى ويؤيدهم اتجاه من الفقه القانوني وعدد من القوانين المدنية العربية أن الضمان سببا لكسب الملكية.
- ٤- لمن يرى أن الضمان سبب لكسب الملكية يذهب لتوافر عدة شروط أن يكون محل الضمان قابلاً لثبوت الملك فيها ابتداءً وأن تتغير العين المغصوبة وأن يوجد مقابلاً وأن يتنفي قصد الغش لدى الضامن نحو قاعدة الضمان.
- ٥- لمن يعد الضمان سبباً من أسباب كسب الملكية يدرجه ضمن الواقعة المادية ويعده من الأسباب الناقلة للملكية بين الأحياء.

٨٥- الموسوعة الفقهية، ج 43، ط 1، 2005، دون ذكر المطبعة، الكويت، ص 470. السرخسي، ج 11، المرجع السابق، ص 110. و الفتاوى الهندية، ج 4، المرجع السابق، ص 349.
٨٦- المغني، ج 9، المرجع السابق، ص 259.
٨٧- محمد حسين كاشف الغطاء، ج 2، المرجع السابق، ص 470.

٦- يرى اتجاه في الفقه الإسلامي ان الضمان لا يعد سبباً لكسب الملكية ورجحنا هذا الرأي لعدة تبريرات منها ان الضمان ما هو إلا أثر لقاء ملكية العين وما جعل الغاصب مالكا هو تغير العين وليس التعدي وليس الضمان.

ثانياً - المقترحات

١- ان بقاء النص (194/ف١) من القانون المدني العراقي على ما هو عليه يجعل النص غامضاً في التغيير في الذات أو الوصف، ولعل من يقول ان النص مطلق يجري على إطلاقه، ولكن هذا القول لا يمكن الركون إليه فلو كان التغيير يتعلق بالوصف لكان حكم الفقرة الاولى من المادة (194) يقضي دفع المغصوب منه للغاصب للزيادة وهذا مما لا وجود له في حكم هذه الفقرة، وكذلك ان هذه الفقرة الاولى من هذه المادة تبين ان التغيير يقع دون فعل الغاصب خلاف الفقرة الثانية التي تبين الى ان التغيير من الغاصب، وكذلك ان الفقرة الاولى من هذه المادة لم تبين ان التغيير يحدث بفعل الغير أو بفعل الطبيعة، ويمكن القول ان التغيير يحدث بفعل الطبيعة دون الغير وذلك لو كان التغيير بفعل الغير للزم الخيار للمغصوب منه بالرجوع على الغاصب أو على من قام بالتغيير لان بفعله يعد الغير متعدياً ايضاً، ولذا يبدو من المستحسن تبديل النص إلى ما يأتي ((إذا تغير ذات المغصوب بطبيعته عند الغاصب فالمغصوب منه بالخيار أن شاء أسترده المغصوب عيناً مع التعويض عن الأضرار الاخرى وان شاء ترك المغصوب ورجع على الغاصب بالضمان)).

٢- يلاحظ على نص المادة (200) من القانون المدني العراقي تضمنه عبارة ان المغصوب منه إذا ضمن الغصب صح تصرفه وكان الاصول مسلماً إيراد عبارة نفذ تصرفه بدلاً من صح تصرفه، وذلك بأن العقد غير النافذ موقوف على إجازة من له حق الإجازة بينما إيراد عبارة صح تصرفه توجد في العقد القابل للأبطال وهذا مالم يأخذ به القانون المدني العراقي ولذا يبدو من المستحسن تبديل النص إلى ما يأتي ((إذا تصرف الغاصب في العين المغصوبة معاوضة أو تبرعاً وتلف المغصوب كلاً أو بعضاً كان للمغصوب منه الخيار في تضمين من شاء فإن ضمن الغاصب نفذ تصرفه وان ضمن من تصرف إليه الغاصب رجع هذا على الغاصب بضمان الاستحقاق وفقاً لأحكام القانون)).

المراجع

بعد القران الكريم

أولاً- كتب اللغة:-

- 1-أ- حمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ج 1 المكتبة العلمية.
- 2- جمال الدين ابن الفضل محمد بن مكرم (ابن منظور)، لسان العرب، الجزء السابع عشر، دار الرسالة، الكويت، 1973 .
- 3- محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، الطبعة الأولى، دار الكتاب العربي، بيروت دون ذكر سنة الطبع.
- 4- محمد بن محمد بن عبد الرزاق المرتضى الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، الجزء التاسع، ط2، الكويت، دون ذكر سنة الطبع.

5- المعجم الوسيط، قام بإخراجه ابراهيم مصطفى وأحمد الزيات وحامد عبد القادر ومحمد علي النجار، الجزء الاول، مطبعة مصر، 1960.

ثانياً - كتب الفقه الاسلامي:-

- ١- ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد، ج ٢، دار الفكر، من دون ذكر مكان وسنة الطبع.
- ٢- أبو اسحاق ابراهيم بن علي بن يوسف (للشيرازي الشافعي)، المهذب، ج ١، دار الفكر، بيروت، دون ذكر سنة الطبع.
- ٣- أبي حامد بن محمد بن أحمد الغزالي، الوجيز، ج ١، مطبعة الآداب والمؤيد، مصر، دون ذكر سنة الطبع.
- ٤- احمد (الدردير المالكي)، الشرح الصغير، ج ٣، المكتبة الكبرى، دون ذكر سنة ومكان الطبع.
- ٥- احمد بن يحيى بن المرتضى، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الامصار، ج 4، دار الكتاب الاسلامي، القاهرة، دون ذكر سنة الطبع.
- ٦- تقي الدين محمد بن أحمد الفتوحي الحنبلي (ابن النجار الحلي)، منتهى الارادات في جمع المقنع، ج 1، مكتبة دار العروبة، القاهرة دون ذكر سنة الطبع.
- ٧- جعفر سبحاني، رسائل فقهية، ج 1، ط 1، مطبعة مؤسسة الصادق، قم، 1429 هـ. ق.
- ٨- زين العابدين بن ابراهيم بن نجيم، شرح الاشباه والنظائر، الجزء الثاني، دار الكتب العالمية بيروت، دون ذكر سنة الطبع.
- ٩- سلمان بن عمر بن محمد (البجيرمي)، حاشية البجيرمي على منهج الطلاب، ج 2، المكتبة الاسلامية، ديار بكر.
- ١٠- سليمان بن خلف (الباجي) المنتقى شرح الموطأ، ج 5، دار الكتاب الاسلامي، دون ذكر سنة ومكان الطبع.
- ١١- شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي (الشافعي الصغير) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج 5، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، 1357 هـ.
- ١٢- شمس الدين محمد بن أحمد بن أبي سهل (السرخسي)، المبسوط، دار المعرفة بيروت، 1986.
- ١٣- عبد الجبار حمد شرارة، أحكام الغصب في الفقه الاسلامي، مؤسسة الأعلمي، بيروت، 1975.
- ١٤- د. عبد السلام داود العبادي، الملكية في الشريعة الاسلامية، القسم الأول، الطبعة الأولى، مكتبة الأقصي، عمان، 1974.
- ١٥- عبد الله محمد الحزني، شرح الخرشي على مختصر خليل، بيروت، دار الصادر، من دون ذكر سنة الطبع.
- ١٦- أبو الحسن علي بن أبي بكر الرشداني المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدئ، ج 4، دار الكتب العلمية، بيروت، 1990.
- ١٧- ابي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم (ابن حزم الاندلسي)، المحلى، ج 8، مكتبة الجمهورية، مصر، 1969 م.

- 18- د. علي الخفيف، الضمان في الفقه الاسلامي، القسم الاول، منشورات معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، بلا سنة طبع.
- ١٩- ابي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي (الشافعي)، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي، ج6، ط1، دار الكتب العلمية، 1994.
- ٢٠- الفتاوي الهندية - لجنة برئاسة نظام الدين البلخي، دار الفكر، دون ذكر سنة الطبع.
- ٢١- أبو جعفر محمد بن الحسن الطوسي، الخلاف، ج2، دار العالم الاسلامي، بيروت، من دون ذكر سنة الطبع.
- ٢٢- محمد أمين بن عمر (ابن عابدين)، رد المختار على الدر المختار، ج4، دار الكتب العلمية، بدون ذكر سنة الطبع.
- ٢٣- محمد الحسين كاشف الغطاء، تحرير المجلة، الجزء2، الطبعة الثانية، المركز العلمي للتقريب بين المذاهب، 1432هـ.
- ٢٤- محمد بن حسن بن علي (الطوسي) المبسوط في فقه الامامية، ج2، المكتبة الرضوية، 1387 هـ، دون ذكر مكان الطبع.
- ٢٥- محمد حسن النجفي، ج21، جواهر الكلام، من دون ذكر المطبعة ولا مكان الطبع.
- ٢٦- محمد بن علي الشوكاني، نيل الاوطار، الجزء الخامس، دار الكتب العلمية، بيروت.
- ٢٧- الموسوعة الفقهية، ج43، ط1، دون ذكر المطبعة، الكويت، 2005.
- ٢٨- د. مصطفى إبراهيم الزلي، نظرية الالتزام برد غير المستحق (دراسة مقارنة)، ط2، المكتبة القانونية، بغداد، من دون ذكر سنة الطبع.
- ٢٩- موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد (ابن قدامة المقدسي)، المغني، الجزء الخامس، دار الحديث، 2004.
- ٣٠- كمال الدين بن عبد الواحد (ابن الهمام)، البحر الرائق شرح فتح القدير، الجزء6، دار أحياء التراث العربي، 1316 هـ.

ثالثاً - الكتب القانونية:-

- ١- د ابراهيم فاضل الدبو، ضمان المنافع دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقانون المدني، الطبعة2، دار عمار للمطابع التعاونية، عمان، 2001.
- 2- د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني، أصول الالتزام، مطبعة المعارف بغداد، 1970.
- 3- د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني، العقود المسماة، الشركة الرابطة، بغداد، 1954.
- 4- د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، الجزء2، الخطأ، مطبعة العزة بغداد، 2001.
- 5- جبار صبار طه، إقامة المسؤولية المدنية على العمل غير المشروع على عنصر الضرر، مديرية مطبعة جامعة الموصل، 1984.
- 6- د. سعدي اسماعيل البرزنجي، ملاحظات نقدية في القانون المدني دار الكتب القانونية، مصر، 2010 م.
- 7- سليمان مرقس، محاضرات في المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية، القسم الأول (الأحكام العامة)، معهد الدراسات العربية العالية، 1958.

- 8- شاكر ناصر حيدر، الوسيط في شرح الحقوق العينية الاصلية، ج1، مطبعة المعارف بغداد، 1959.
- 9- عارف العارف، مجموعة الأحكام للأموال غير المنقولة، مطبعة المعارف، بغداد، 1948 م.
- 10- د. عباس الصراف، شرح عقد البيع في القانون الكويتي، ط1، دار البحوث العلمية، الكويت، دون ذكر سنة الطبع.
- 11- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، دار أحياء التراث العربي، دون ذكر سنة الطبع.
- 12- د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، ج1، مصادر الالتزام في المقارنة والموازنة بين الفقه الغربي والفقه الإسلامي، الطبعة 3، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، 1969.
- 13- د. عبد المنعم البدر اوي، الوجيز في عقد البيع، مطبعة النسر الذهبي، مصر، 1998.
- علي حيدر، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2010.
- 14- د. علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني الحقوق العينية، ط10، دار الثقافة، عمان، 2014.
- 15- د. ليلى عبد الله الحاج سعيد، النظرية العامة لضمان اليد، ط1، مطبعة الجمهور الموصل 2001 م.
- 16- محمد سعيد المحاسني، شرح مجلة الأحكام العدلية، المجلد الثاني، (الكفالة والحوالة والرهن والأمانات والهبه والغصب والحجر والإكراه والشفعة)، مطبعة الترقى، دمشق، 1346 هـ، 1927 م.
- 17- د. محمد سليمان الأحمد، كسب الملكية بضمان ضرر المال، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
- 18- محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني الجديد، العقود المسماة، ج2 (الهبه والعارية والقرض، الدخل الدائم المترتب مدى الحياة)، ط2، مطبعة لجنة البيان العربي، 1952.
- 19- د. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني الاردني، الحقوق العينية الاصلية، ج2، مكتبة دار الثقافة، عمان، 1994.
- 20- د. يوسف محمد عبيدات، الحقوق العينية والأصلية والتبعية، ط1، دار المسيرة، 2011.

رابعاً - الرسائل والاطاريح والبحوث:-

- 1- د. سعد حسين عبد الملحم، كسب الملكية بالضمان، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق - جامعة النهرين، المجلد 10، العدد 19، كانون الأول 2007.
- 2- علي شاكر عبد القادر، التغير الجبري لمالك العين وأثره في التصرفات القانونية (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون جامعة كربلاء، 2013.
- 3- محمد باقر الصدر، الحوالة حقيقتها وبعض مقوماتها، بحث منشور في قراءات فقهية معاصرة في الاقتصاد الإسلامي، ج2، ط1، مطبعة الغدير، بيروت، 2004.
- 4- محمد عبد الوهاب محمد، تغير الشيء وأثره في التصرفات والوقائع القانونية، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة بغداد لسنة 2006.

خامساً - الدوريات:-

- 1- مجموعة الاحكام العدلية، العدد الثاني، السنة الثالثة عشر، 1982.

سادساً: -القوانين

- 1-القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل.
- 2-القانون المدني مع مجموعة الأعمال التحضيرية، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني، الجزء الثاني، مطبعة الزمان، بغداد، 2002 .
- 3-القانون المدني المصري رقم 13 لسنة 1948 المعدل.
- 4-القانون المدني الاردني رقم 43 لسنة 1976.