الرقم الدولي : ISSN2075-7220
الرقم الدولي الإلكتروني : ISSN2313-0377

مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية

مجلة علمية فصلية محكمة تصدر عن كلية القانون بجامعة بابل

بعض البحوث التي وردت ضمن هذا العدد:

- أ د إسماعيل صعصاع غيدان
فاضل جبير لفته
- ا.د. هادي حسين عبدعلي الكعبي
لقاء محمد عبدعلي عبود
- ا.د. ضمير حسين ناصر المعموري
أسيل رزاق صيهود السيلاوي
- أ. د. أسماعيل نعمة عبود الجنابي
شاكر عثمان داود

- انقضاء الدعوى الإدارية لسبق الفصل في موضوعها – دراسة مقارنة.
- التنظيم القانوني للرهن الحيازي في نطاق حقوق براءة الاختراع –دراسة مقارنة–
- أثار تحرير المرهون تأمينياً في القانون المدني.
- الاحكام الموضوعية لجريمة أحداث الغرق عمداً (دراسة مقارنة).

السنة الرابعة عشر ٢٠٢٢ العدد الرابع

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق ببغداد ١٢٩١ لسنة ٢٠٠٩

ISSN: 2075-7220
ISSN ONLINE: 2313-0377

AL-Mouhaqiq Al-Hilly Journal

For Legal and political science

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By College of Law in Babylon University

Some of the research included in this issue:

- The expiration of the administrative case due to a previous decision on its subject matter (A comparative study) — Prof. Ismaeel Sasah Ghidan, Fadhil Jubair Laftah
- Legal regulation of possession within the scope of patent rights (comparative study) — prof.Dr.Hadi Hussein Abdul Ali, Liqaa Mohamed Abd Ali
- The effects of liberating the security mortgage in the Iraqi Civil law. — Thamear Hussein Nasir, Aseel Razak Sihoud
- Objective rulings for the crime of intentionally drowning events (comparative study). — Prof. Dr. Ismail Naama Abboud, Shaker Othman Dawood

Fourth Issue 2022 fourteenth Year

No. Deposit in the Archives office – office 1291 for the national Baghdad in 2009

الفِهْرِست

ت	اسم البحث	اسم الباحث	عدد الصفحات
١.	انقضاء الدعوى الإدارية لسبق الفصل في موضوعها- دراسة مقارنة	أ د إسماعيل صعصاع غيدان فاضل جبير لفته	٤٩-٩
٢.	الاختصاصات الاستشارية لهيئة الرأي (دراسة مقارنة)	أ.د. اسماعيل صعصاع البديري زينب عبد السلام عبد الحميد	٧١-٥٠
٣.	التنظيم القانوني للرهن الحيازي في نطاق حقوق براءة الاختراع -دراسة مقارنة-	ا.د. هادي حسين عبدعلي الكعبي لقاء محمد عبدعلي عبود	١١٤-٧٢
٤.	أثار تحرير المرهون تأمينياً في القانون المدني	ا.د. ضمير حسين ناصر المعموري أسيل رزاق صيهود السيلاوي	١٤٨-١١٥
٥.	الاحكام الموضوعية لجريمة أحداث الغرق عمداً (دراسة مقارنة)	أ.د.أسماعيل نعمة عبود الجنابي شاكر عثمان داود	١٨٨-١٤٩
٦.	التدابير الدولية في حماية الاصناف الفريدة	أ. د حيدر عبد محسن شهد علي حسين مهدي عزيز	٢٢٥-١٨٩
٧.	أساليب فض تنازع القوانين في علاقات الحق المعنوي دراسة في إطار حق المؤلف	ا.د. حسن علي كاظم ميثم فليح حسن	٢٦٨-٢٢٦
٨.	تحوّل صفة اليد بين الأمانة والضمان (دراسة في القانون المدني)	أ.م د. محمد جعفر هادي د. علي صباح خضير	٣١٢-٢٦٩
٩.	الجوانب الاجرائية للتسجيل المجدد في القانون العراقي	أ .م.د محمد جعفر هادي د. علي صباح خضير	٣٥٥-٣١٣
١٠	الرقابة القضائية على منح المخصصات المالية لقوى الامن الداخلي في العراق (دراسة مقارنة)	أ.م. د رفاه كريم كربل مؤيد عبد زيد راضي بديوي	٣٨٠-٣٥٦
١١	اركان جريمة تقليد حق المؤلف عبر الانترنت	أ.م.د. عمار غالي عبد الكاظم	٤١٦-٣٨١
١٢	مدى مشروعية المصادرة الادارية	ا.م.د رشا عبد الرزاق	٤٣٤-٤١٧
١٣	الآثار القانونية لإنسحاب المملكة المتحدة من الإتحاد الأوروبي دراسة تحليلية في إطار المعاهدات الدولية	أ.م.د. محمد حسين كاظم العيساوي	٤٨١-٤٣٥
١٤	اختلال النظام البرلماني (الدستور العراقي انموذجاً)	م.د. اركان عباس حمزة الخفاجي	٥٠٩-٤٨٢
١٥	الجهة المختصة بالتصويت على المرشحين لمنصب رئيس الجمهورية- دراسة مقارنة-	م.د. أركان عباس حمزة الخفاجي أيمن خليل شوكان	٥٣٧-٥١٠
١٦	المسؤولية المدنية عن الإخلال بمبدأ حسن النية في المفاوضات العقدية (دراسة مقارنة)	م.د.أحمد عبد الحسين كاظم الياسري	٥٧٠-٥٣٨
١٧	الضمانات القانونية لحماية اللاجئ المتضرر في زمن تفشي فايروس كوفيد (دراسة مقارنة).	م.د سهير حسن هادي أ.م.د ايناس مكي عبد نصار	٥٩٠-٥٧١
١٨	التكييف القانوني لوقائع الدعوى المدنية - دراسة مقارنة.	د. لفته هامل العجيلي	٦١٤-٥٩١
١٩	التعريف بعقد بيع البنك المركزي للعملة الأجنبية وأركانه (دراسة مقارنة)	م.د عبدالخالق غالي مهدي م.م مروة يوسف حسن	٦٤٦-٦١٥
٢٠	الامراض المهنية في قانون العمل والتشريعات الاجتماعية	م.رنا مجيد صالح	٦٧٨-٦٤٧
٢١	معيار الاموال العامة في القانون العراقي (دراسة مقارنة)	م.م هيثم علي كزار	٧٠٢-٦٧٩
٢٢	حدود اختصاص القاضي في تسوية منازعات العقود الادارية بدعوى الالغاء -دراسة مقارنة-	احمد عبد الجليل عداي المساري	٧٥٣-٧٠٣

تحوّل صفة اليد بين الأمانة و الضمان

(دراسة في القانون المدني)

أ.م د. محمد جعفر هادي

كلية القانون / جامعة بابل

د. علي صباح خضير

ملخص البحث

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.

وتتحول يد الامانة الى يد ملك او الى يد ضمان وفق حالات معينة، ومن ابرز حالات تحول اليد من امانة الى ضمان، هي التعدي والتقصير، واخلال الامين بالتزاماته، وانتهاء مدة الاباحة، ونص القانون، كما تتحول يد الضمان الى يد ملك او الى يد امانة، ومن اهم حالات تحول اليد من ضمان الى امانة، قيام سبب للحبس، والاعذار، والعرض والايداع، والاتفاق، ويترتب على هذا التحوّل انتقال الضمان بين واضع اليد على الشيء وصاحب الحق فيه وذلك بناءً على سبب يقتضي التحول.

المقدمة

أولاً / موضوع البحث

أرست الشريعة الاسلامية الغراء والقوانين الوضعية المبادئ العامة وشرعت الأحكام الفقهية الكفيلة بحفظ أموال الناس وصيانتها من أي اعتداء حتى جعلت حفظ المال من المقاصد الأصلية، كما عدّت الشريعة كل من يعتدي على مال الغير آثماً لكونه قد ألحق الضرر بغيره، وألزمته بالضمان. وتنحصر اسباب الضمان في نوعين وهما ضمان الاتلاف وضمان اليد، ويختلف أحدهم عن الأخر، وبقد تعلق الامر بضمان اليد فان واضع اليد اما ان يكون ضامن لما تحت يده او لا، وهذا الضمان اما ان يكون مصدرة عقد يستوجب بطبيعته الضمان كيد البائع على المبيع قبل التسليم او ضمن عقد امانة كعقد الوديعة، او قد يترتب ضمان اليد بدون عقد كيد الغاصب على

المال المغصوب.

واليد الواردة على ملك الغير فهي التي توصف بأنها يد أمانة أو يد ضمان، وقد بيّن الفقهاء المسلمون مفهوم وأحكام كل منهما، وقد أخذ المشرع العراقي في القانون المدني رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١) ذلك التقسيم من الفقه الاسلامي الذي اسس 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). وتماشياً مع ما تقدم فان صفة اليد تتحول من يد الامانة الى يد ملك او يد ضمان والعكس صحيح وذلك وفق حالات معينة، ومن ثم تترتب عليها اثار خطيرة من حيث تحمل تبعة الضمان من عدمه.

ثانياً / أهمية البحث

تكمن أهمية موضوع البحث في كيفية المعالجة التشريعية لهذا الموضوع والذي نجد أساسه في الفقه الإسلامي بمختلف مذاهبه، فبالرغم من موقف الفقه الإسلامي من تحول اليد بين الأمانة والضمان، إلا أننا نجد أن التشريعات محل المقارنة لم تحدد مفهوم يد الأمانة ويد الضمان بشكل صريح، كما أن أهمية البحث تظهر من خلال بيان وضع اليد على الشيء بقصد تملكه سواء بأذن مالكه أو بدون أذنه، ومن ثم تختلف في تحمل واضع اليد تبعة هلاك الشيء وتلفه بحسب نيته، فلو كان واضع اليد على الشيء يده يد أمانة فلا يتحمل تبعة هلاك الشيء أو تلفه إلا إذا كان بتعدٍ منه أو تقصير ، وبالعكس فلو كانت يده يد ضمان فأنه يضمن المحافظة ويعد التزامه بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية، ومن ثم يتحمل هلاك الشيء او تلفه سواء كان ذلك بتعدي او تقصير منه او بسبب اجنبي.

ثالثاً / مشكلة البحث واسباب اختياره

كثيرا ما يحصل في الحياة اليومية ان الشيء يكون تحت يد غير مالكه، و واضع اليد هنا اما ان تكون يده يد امانة فلا يضمن هلاك الشيء او تلفه الا بالتعدي والتقصير، او ان تكون يد ضمان ومن ثم فهو مسؤول عن ضمان الشيء حتى في

حالة هلاكه او تلفه بسبب اجنبي، لكن قد تتحول صفة اليد لأسباب مختلفة من الامانة الى الضمان وبالعكس ومن ثم يترتب على ذلك اثار هامة، وبالرغم من تنظيم المشرع العراقي لقاعدة على اليد الا انه لم يحدد حالات التحول تحديداً دقيقاً لذا فكثيراً ما يتفاجأ واضع يتحول صفة يده بناءً على حكم قضائي بحجة توافر حالة من حالات التحول، مما يتطلب منا الاجابة عن التساؤلات التالية :

١- ما المقصود بيد الأمانة ويد الضمان في القانون العراقي والفقه الاسلامي، وهل نظمت التشريعات المقارنة ذلك، وهل تثبت يد الأمانة والضمان بثبوت يد الملك ؟.

٢- بيان حكم يد الأمانة ويد الضمان من حيث تحمل تبعة الضمان في حالتي الهلاك والتلف، ثم ما هي العناية التي يتطلبها القانون من قبل واضع اليد بالنسبة لكل نوع من انواعها ؟.

٣- حصر حالات تحول اليد بين الامانة والضمان، وما هو الاثر القانوني الذي يترتب على هذا التحول ؟.

رابعاً / منهجية البحث

اعتمدنا أسلوب المنهج التحليلي المقارن وذلك بتحليل النصوص القانونية والوقوف على مكان النقص فيها، بالإضافة إلى اعتماد المنهج المقارن وذلك من خلال المقارنة بين القانون العراقي والمصري والفرنسي، مع الاشارة الى بعض اراء الفقه الاسلامي بهذا الشأن، والاطلاع على أهم القرارات القضائية ذات الصلة.

خامساً / هيكلية البحث

تتضمن هيكلية البحث ما يأتي :

المطلب الاول / تحوّل يد الأمانة

الفرع الاول / تحوّل يد الأمانة إلى يد ملك

الفرع الثاني/ تحوّل يد الأمانة إلى يد ضمان

المطلب الثاني / تحوّل يد الضمان

الفرع الاول / تحوّل يد الضمان إلى يد ملك

الفرع الثاني / تحوّل يد الضمان إلى يد أمانة

خاتمة / النتائج والمقترحات .

المطلب الأول

تحوّل يد الامانة

توضع يد الامانة على ملك الغير، ولا يعد صاحبها مسؤولاً عن هلاك العين أو تلفها مالم يكن ذلك بتَعدِ 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 الوديع 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، نخصص الفرع الأول لتحول يد الأمانة إلى يد ملك، في حين سنبين في الفرع الثاني تحول يد الأمانة إلى يد ضمان.

الفرع الأول

تحوّل يد الأمانة إلى يد ملك

قبل ان ندخل في كيفية تحول يد الامانة لا بد ان نبين المقصود بيد الامانة، حيث عرفها احد الفقهاء المسلمون بأنها (ما كانت عن ولاية شرعية ولم يدل دليل على ضمان صاحبها)[١]، كما عرفها اخر بأنها (اليد المسيطرة على مال الأخرين بأذن مالكها أو الشارع على وجه الائتمان) [٢]، و قد عرفها بعض المحدثين بأنها (يد الحائز الذي حاز الشيء لا بقصد تملكه، بل باعتباره نائباً عن المالك)[٣].

كما عرفها الدكتور علي عبد الحكيم الصافي[٤] بأنها (سيطرة الشخص على مال الغير بأذن من مالكه أو الشارع على نحو الائتمان، ومن أمثلته العارية والوديعة واللقطة ومال المضاربة).

اما يد الأمانة في القانون المدني فلم 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)[٥]، والتي تمثل اساس (قاعدة على اليد) مع وجود بعض التطبيقات المتناثرة في ثنايا القانون .

وقد ورد مفهوم يد الأمانة في المادتين (٤٢٧/ف١) و(٩٥٠/ف١)، حيث تنص المادة (٤٢٧/ف١) على أنه (...، وتكون يد أمانة إذا حاز الشيء لا بقصد تملكه بل باعتباره نائباً عن المالك)، كما نصت المادة (٩٥٠/ف١) على أنه (الأمانة هي المال الذي وصل إلى يد أحد بأذن من صاحبه حقيقة أو حكماً، لا على وجه التمليك، وهي اما ان تكون بعقد استحفاظ كالوديعة، او ضمن عقد كالمأجور والمستعار، أو بدون عقد ولا قصد كما لو القت الريح في دار شخص مال احد).

وبالعودة الى موضوع تحول يد الامانة، فالأمين يحوز الشيء الذي تحت يده باعتباره نائباً عن المالك ، سواء باتفاق بينهما كما في حالة عقد الوديعة و الإيجار أو بدون عقد كما في حالة اللقطة بدون نية التملك، أو كما لو ألقت الريح في دار شخص مال أحد، ومن ثم ليس بمقدور صاحب يد الامانة 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 تغير نيته في حيازة المبيع[٦]. 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 او يد امانة).

وفي نطاق الحقوق العينية، تُعد الحيازة سبباً من اسباب كسب الملكية إذا توافرت شروطها ، وتُعد يد الحائز حسن النية يد أمانة أثناء مدة حيازته، فإذا تمت مدة التقادم التي حددها القانون تحولت يده من يد أمانة إلى يد ملك[٧] ، وكذلك الحكم في حالة إزالة الشيوع ، 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 بتعديه، حيث نصت على ذلك المادة (٣/١٠٦٢) من القانون المدني العراقي بأنه (وحصة كل شريك أمانة في يد الآخر، فإذا أتلفها بتعديه ضمن). اما إذا أزيل الشيوع 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 تمليك دور الدولة لشاغليها إذا توافرت فيهم الشروط القانونية المطلوبة، عندئذ تتحول يد الشاغل إلى يد مالك بنص القانون [٨].

ويمكن أن نلتمس حالة من حالات تحول يد الأمانة إلى يد ملك من خلال قرار صادر من محكمة التمييز الاتحادية في عام(٢٠١٩) مفاده (أن 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 أطغاء حق التصرف بها لمصلحته، وأن التراخي من قبله في تسجيل العقارات (حق التصرف) باسمه لا يفقد القرار قيمته القانونية ، حيث لم يتم إلغائه 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)[٩].

كما قضت في قرار أخر صادر في عام (٢٠١٩) بأن (قيام المدعى عليه بوضع اليد على الأرض و التزامه باستغلالها ومباشرته بذلك تنفيذاً لأحكام القانون رقم (٤٢) لسنة (١٩٨٧) وفقاً لنظام البلوكات والذي تم إقراره بموجب قرار لجنة الأراضي والاستيلاء بهذا الشأن، لا يجعله غاصباً للأرض لأنه وضع يده بمسوغ قانوني ولا يرتد عليه عدم تصديق قرار لجنة الأراضي والاستيلاء من الجهات المختصة أو عدم إصدارها لقرار جديد)[١٠].

الفرع الثاني

تحوّل 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، أياً كان سبب هلاكها أو تلفها بما في ذلك السبب الأجنبي. وتتحول اليد من أمانة إلى ضمان أو بالعكس، وما يعنينا في هذا السياق هو حالات تحول اليد من أمانة إلى ضمان فقط ، وقد ذكر الفقهاء المسلمين أبرز تلك الحالات المتمثلة بالتعدي والتقصير، ومخالفة الشرط، والتجهيل عند الموت، و اقتضاء المصلحة، وقيام التهمة بالأمين، و اشتراط الضمان عليه، وجحود الأمانة، وجريان العرف [١١].

كما يتضمن القانون المدني بعضاً من حالات تحول اليد من أمانة إلى ضمان، وذلك من خلال التطبيقات المنتشرة في ثناياه، ومنها تحول اليد بتحول نية صاحبها،

وإخلال الأمين بالتزامه بالحفظ والرد، واعتداء الأمين على الشيء الموجود تحت يده، و أتفاقه 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 باعتباره 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 إذنه).

وبذلك فأن قيام الأمين بحبس الشيء عن صاحبه دون وجه حق أو أخذه بغير إذنه يحول اليد من أمانة إلى ضمان ، ويحوي القانون المدني العديد من التطبيقات التي تؤيد ذلك .

وبناءً على ما تقدم ولغرض تبسيط دراسة هذا الفرع و الإلمام 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 / تحوّل 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 بوضعه نائباً عن المُودع، فإذا تحولت نيته إلى تملك الوديعة دون حق ، تحولت يده إلى يد ضمان. وهكذا بالنسبة إلى المستعير والمستأجر والمرتهن رهناً حيازياً والملتقط وغيرهم[١٢]. ويتضح ذلك جلياً من خلال نص المادة (٤٢٧) – سابق الإشارة إليها – التي عدّت 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 ملحوقاً بالتقصير أو التفريط، من دون أن يفصلوا بينهما ،فقد ذكروا بشأنهما : (لا يضمن إلا بتعدٍ ، وهو فعل ما لا يجوز فعله في المال، أو تفريط وهو التقصير في حفظه، وما يتم به صلاحه)[١٣]، ثم حاولوا بيان الفرق بينهما : (الفرق بينهما أن التفريط أمر عدمي، وهو ترك ما يجب فعله من الحفظ ونحوه، والتعدي أمر وجودي، وهو فعل مالا يجوز فعله، كلبس الثوب ونحوه)[١٤] .

كما يقال عند التفرقة بين الأفراط والتفريط، أن الأفراط يستعمل عند تجاوز الحد من جانب الزيادة والكمال، أما التفريط فيستعمل في تجاوز الحد من جهة النقصان والتقصير[١٥]. وأن تعدي الأمين موجب لضمانه، وذلك بتحول يده من يد أمانة إلى يد ضمان ، كتعدي الوديع على الوديعة بإتلافها، او الانتفاع بها دون أذن صاحبها كركوب الدابة ولبس الثوب، فأنه 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[١٦].

ومن صور تعدي الأمين وتقصيريه 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 أذن 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 أستعمال الوديع للوديعة بدون أذن 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 أذن صاحبها، وأن أستعملها بلا أذنه وهلكت فعليه ضمانها). وإذا أنكر الوديع الوديعة، يكون في حكم الغاصب ، وتتحول يده من ....م/٢٠١).

كما يُعد تعدياً، قيام المستأجر بالبناء أو الغراس في المأجور عند انتهاء عقد الإيجار، بدون موافقة المؤجر أو دون علمه، ومن ثم يُلزم 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 أستحدثه 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 و الإصلاحات 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)[١٧].

ثالثاً / التجهيل

يستعمل الحنفية مصطلح " التجهيل عند الموت " ويقصدون به ألا يبيّن الأمين عند موته حال ما بيده من مال الغير، مع علمه أن ورثته لا يعلمون تلك الحقوق، أي لا يعرفون كونها أمانة عنده [١٨].

ولذلك فأن الأمين يضمن التجهيل، لأنه بالتجهيل يصير متملكاً للأمانة فتصير ديناً في تركته، ولأنه بالتجهيل سلط غرماءه و ورثته على أخذها، فينقلب ضامناً بذلك[١٩]. 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)[٢٠] .

وقد قننت مجلة الأحكام العدلية آراء الفقهاء بهذا الخصوص، وبينت 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، فتستوفى من تركته. حيث نصت المادة (٨٠١) من المجلة على أنه (إذا توفي المستودع وكانت الوديعة موجودة عيناً في تركته، فبما 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 (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 أداؤه من تركته ويشارك المودع سائر غرماء الوديع) .

رابعاً / إخلال الأمين بالتزاماته

يلتزم الأمين بالحفظ والرد[٢١]، 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[٢٢].

فيد الوديع يد أمانة، ولا تتحمل تبعة الهلاك بسبب أجنبي، ولا تكون ضامنة إلا بالتعدي أو التقصير، فإذا أخل بالتزامه برد الوديعة، كأن أمتنع عن ردها دون عذر بعد انتهاء مدة الإيداع، أو جحدها بلا عذر بعد مطالبة المودع بها، انقلبت يده إلى يد ضمان وتحمل تبعة هلاكها ولو بسبب أجنبي(٢٣).

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 انتهت الإعارة** وجب على المستعير أن يرد العارية إلى المعير بنفسه أو على يد أمينه، فأن 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 انقضاء الإجارة أو استعماله دون أذن، 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 انقضاء الإجارة كما كان إثناءها، فإذا أستعمله المستأجر بعد انقضاء الإجارة وتلف ضمن، **وكذلك لو طلبه** المؤجر عند انقضاء 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 استئناف بابل بصفتها التمييزية، بشأن دعوى مقامه بين أحدى دوائر الدولة (وزارة المالية)، وأحد الموظفين الذي كان يشغل الدار بصفة مستأجر ويرفض الأخلاء بحجة أنه حائز مدة

تزيد عن (ثلاثين سنة)، وقد عّدته 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 استناداً 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 الإضبارة التنفيذية المفتوحة لدى مديرية التنفيذ، مما يجعل منه غاصباً للدار وليس له إقامة دعوى منع تعرض، إذ أن الحيازة يجب أن تكون مستندة إلى أسباب مشروعة)[٢٤].

وفي مناسبة أخرى، عّدت محكمة التمييز الاتحادية، في قرار لها صادر 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 أخلاءه 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)[٢٥].

وأكدت محكمة التمييز الاتحادية بشكل صريح تحول يد المطلقة من أمانة إلى ضمان، وذلك في حكم أخر صدر عنها حديثاُ عام (٢٠٢١) حيث جاء فيه (تختص محكمة الأحوال الشخصية التي منحت الزوجة المطلقة حق السكن في الدار أو الشقة لمدة ثلاث سنوات استناداً للقانون رقم (٧٧) لسنة (١٩٨٣) بنظر دعوى الأخلاء التي يقيمها الزوج في حال أخلالها 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 البداءة هي المختصة نوعياً بنظر دعوى إعادة تسليم الدار أو الشقة السكنية للزوج)[٢٦].

خامساً / نص القانون

يُعد نص القانون أحدى 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[٢٧]، وتتحول يدهم من أمانة إلى ضمان إذا ما تصرفوا بشكل لا يسمح به القانون. كما تُعد اليد أمانة بالنسبة للمدفوع 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[٢٨].

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 المثل ، ولا يتحمّل 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)[٢٩].

كما بينت المحكمة في قرار أخر 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 المغصوب قبل وفاة مورثتهم للفترة من عام (٢٠٠٣- ٢٠١٦)، وأن

عدم مطالبتها بهذا الحق أثناء حياتها يترتب عليه عدم دخول التعويض عن أجر المثل باعتباره تعويض احتمالي في تركتها)[٣٠].

وهذه الإباحة على فرض صحة وجودها باتفاق صريح أو ضمني ، فأنها تنتهي حتماً بالمطالبة القضائية، وهذا ما جاء به قرار محكمة التمييز الاتحادية الصادر عام (٢٠٢١) بأن (الإباحة تنقضي في جميع الأحوال بالمطالبة القضائية)[٣١].

وقد ذكرت ذات المحكمة صراحة ان انتهاء الاباحة يحوّل يد الشاغل للعقار من يد امانة الى يد ضمان (غاصبة)، وذلك في قرارها الصادر حديثاً عام (٢٠٢١) حيث جاء فيه (... وحيث ان الاباحة عقد غير ملزم تنتهي بالمطالبة القضائية تتحول فيها يد الشاغل من يد امانة الى يد غاصبة، وحيث ان المغصوب ان كان عقاراً فيلزم الغاصب برده الى صاحبة مع اجر مثله عملاً بأحكام المادة (١٩٧) مدني، وحيث ان الحكم المميز قد التزم بوجهة النظر القانونية السليمة لذا قرر تصديقه...)[٣٢].

نخلص مما تقدم أن الإباحة تنصب على تخويل طرف لأخر 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 لتحول اليد، كما في حالتي المصلحة والتهمة، ففيما يتعلق بالمصلحة، الأصل أن الصناع كالنجار والصباغ والخياط والخراز، مؤتمنين على ما تحت أيديهم من أموال الغير التي سلمت إليهم على سبيل صنع شيء أو اصلاحه، وأنهم غير ضامنين 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[٣٣]. 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 بالصنعة ومن ثم لا يعرفها صاحبها أن بيعت في الأسواق، فضلاً عن ذلك فأن القول بعدم ضمانهم يؤدي إلى

أتلاف أموال الناس، فإذا تم قبول قولهم في التلف لأدى ذلك إلى بسط أيديهم على أموال الناس ((الاعتداء عليها))[٣٤] .

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[٣٥]، ومن ثم فأن 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، فأن الأمين في هذا الفرض يكون ضامناً إلا إذا أقام بينة على ان هلاك المال لم يكن بسببه، لأن التهمة أنتفت عنه بقيام البينة ن وسبب التفريق بين ماهو ظاهر هلاكه وما هو ليس بظاهر أن التهمة تلحق الأمين فيما يغاب عليه ولا تلحقه فيما لا يغاب عليه[٣٦].

المطلب الثاني

تحوّل 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 يعنينا 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

تحوّل يد الضمان إلى يد ملك

قبل الدخول في كيفية تحول يد الضمان لا بد من الاشارة الى المقصود في يد الضمان، أن مفهوم يد الضمان قد ورد في القانون المدني العراقي وحده، وهو الذي اورد نصوص خاصة بشأنه، فلم يرد ما يقابلها في القانونين المصري الفرنسي.

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 باعتباره 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 أذنه). ويبدو أن المشرع العراقي قد جعل اليد ضمان إذا قامت نية التملك عند صاحب اليد، بينما تكون يد أمانة إذا أنتفت نية التملك عند صاحبها.

اما عن تحول يد الضمان، فلم ينظم المشرع العراقي حالة تحوّل 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 أخر 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 مالكه أو صاحب الحق فيه على شراءه منه، وبذلك تحولت يد الغاصب من يد ضمان إلى يد ملك من دون حاجة إلى قبض أو استيلاء جديد[٣٧].

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)[٣٨] .

وفي نفس السياق، وبقدر تعلق الأمر بعقد الهبة إذا كان الموهوب عقاراً وجب لانعقاد الهبة أن تسجل في الدائرة المختصة [٣٩]، أما هبة المنقول فلا تتم إلا بالقبض ويلزم في القبض إذن الواهب صراحة أو دلالة وفق المادة (٦٠٣) مدني عراقي[٤٠]، ويلحظ أن القبض الواجب لتمام الهبة قد يكون حكمياً 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 باعتباره مالكاً 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 أتحادهما في القوة أو اختلافهما فيها[٤١]، وهذا ما نصت عليه المادة (٦٠٦) من القانون المدني العراقي بأنه (إذا وهب أحد ماله لمن كان هذا المال في يده، اعتبرت الهبة مقبوضة دون الحاجة إلى قبض أخر)[٤٢].

كذلك قد يكون القرار القضائي هو المصدر للتحول[٤٣]، 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 للشكلية القانونية التي تتطلبها المادة (٢/٣) من قانون التسجيل العقاري وبالتالي فأنه يكون باطلاً لا ينعقد ولا يفيد الحكم أصلاً استناداً للمادة (١/١٣٨) من القانون المدني...)[٤٤] .

وعليه فأن التعهد الخارجي لا يكسب المتعهد إليه الحقوق التي يرتبها 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 بتعدٍ أو تقصير منه أو بسبب أجنبي لأن يد المتعهد إليه على العقار قبل التسجيل يد ضمان وليس يد أمانة[٤٥] .

ويستطيع الحكم القضائي أن يحول يد الضمان هذه إلى يد ملك، إذا ما لجأ المتعهد إليه إلى القضاء – محكمة البداءة – وهذا ما أقره المشرع العراقي بموجب قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (١١٩٨) لسنة ١٩٧٧ 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 وذلك في قرار صدر عن محكمة استئناف بغداد/ الكرخ الاتحادية بصفتها التمييزية في عام (٢٠٢٠) مفاده (أن قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم (١١٩٨) لسنة ١٩٧٧ المعدل، لم يشترط وجوب أن يكون التعهد بنقل الملكية محرراً (مكتوباً) وفقاً لما ذهبت إليه محكمة البداءة في حكمها المميز ، بل

يكفي لتطبيق أحكام القرار آنف الذكر وجود تعهد بنقل الملكية سواء كان تحريرياً أم شفوياً)[٤٦].

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 بتمليكه 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[٤٧]. اذ يفهم من مضمون هذه المادة ان البيع الخارجي للمركبة لا ينقل الملكية للمشتري وفي حال حيازتها ستكون يد عليها يد ضمان، لكن مع ذلك فان وجود العقد المروري بين الطرفين يعطي الحق للحائز (المشتري) اقامة الدعوى امام محكمة البداءة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ توقيعه للعقد يطلب فيها نقل الملكية او تسجيل المركبة باسمه، وبصدور القرار واكتسابه الدرجة القطعية تتحول يد الحائز من يد ضمان الى 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)[٤٨].

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)[٤٩].

الغصب)[٤٩].

الفرع الثاني

تحوّل 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 او ارتفع واجب التسليم لقيام سبب من أسباب الحبس، حيث نصت على أنه (إذا انتقلت ملكية الشيء بعقد كانت يد المالك القديم قبل التسليم يد ضمان، وتنقلب 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 الالتزام 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)[٥٠]، فبدأ كعادته، بإعطاء حكم جزئي لا مبدأ عام، حيث نص في المادة (١/٢٨٠) على أنه (للبائع 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 البدل المستحق).

ولنشوء الحق في الحبس لا بد من توفر بعض الشروط التي حددتها المادة (١/٢٨٢)[٥١] من القانون المدني العراقي، وهذه الشروط ثلاثة [٥٢]، اولها ان يكون هناك دينان متقابلان، أي أن يكون هناك شخصان كل منهما دائن للأخر ومدين له، فيوقف الوفاء بما في ذمته حتى يحصل على ماله في ذمة دائنه، ولا يهم محل الدين الأول ولا مصدره، باستثناء حالة ما إذا كان الالتزام بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع[٥٣]، 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 لاسترداد ما أنفق من مصروفات[٥٤]. 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 ؟، فهنالك من يرى أن صفة المدين لا تمنع من استعمال الحق في الحبس، ومن ثم يمكن ممارسة هذا الحق ضد الحكومة بشرط ألا يترتب على ذلك إبطال خدمة عامة[٥٥]. بينما هنالك من يرى أنه اذا كان محل الدين ملكاً عاماً فلا يحق للحائز حبسه ليستوفي حقه[٥٦].

من جانبنا أن نرجح الرأي الثاني بالاستناد الى موقف محكمة التمييز الاتحادية، حيث قضت بقرار حديث صادر عام (٢٠١٨) بانه (لا يجوز للمدعى عليه حبس العقار العائد للدولة لأجل استيفاء 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 استيفاء الدين)[٥٧]. ومن ثم فان 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 نثير تساؤل آخر مفاده، هل ان الدفع بعدم التنفيذ يعدّ سبباً لتحول 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[٥٨] 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[٥٩].

وبذلك فإن الدفع بعدم التنفيذ هو الحالة التي يمتنع فيها الملتزم في العقد الملزم للجانبين عن تنفيذ التزامه العقدي طالما لم يلتزم الطرف الأخر بتنفيذ التزامه المترتب في ذمته والناجم عن نفس العلاقة التعاقدية، في حين أن الحق في الحبس يشمل جميع الحالات التي تتحقق فيها قيام فكرة 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[٦٠]. بينما هنالك من يرى[٦١] أن الدفع بعدم التنفيذ لا يمكن أن يُعد تطبيقاً للحق في الحبس في نطاق العقود الملزمة، وانما هو مفهوم مستقل

ويختلف عن الحق في الحبس بأمور عدة من حيث النطاق والشروط والأثر والغرض[٦٢].

ويلحظ البعض[٦٣] أن المشرع العراقي لم يخصص لقاعدة الدفع بعدم التنفيذ نص خاص ولم يحصرها بالعقود الملزمة للجانبين، وانما 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 المصري على أنه (في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به).

أما القانون المدني الفرنسي قبل تعديله، فلم ينظم فكرة الدفع بعدم التنفيذ، وانما بين بعض التطبيقات المتفرقة[٦٤]، 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)[٦٥] على أنه (يجوز لأحد الأطراف أن يرفض تنفيذ التزامه، على الرغم من كونه مستحقاً، إذا لم ينفذ الطرف الآخر التزامه وكان عدم التنفيذ على قدر كافٍ من الجسامة)، في حين نصت المادة (١٢٢٠)[٦٦] على أنه (يجوز لأحد الأطراف أن يوقف تنفيذ التزامه إذا تبين أن المتعاقد معه لن يقوم بالتنفيذ عند استحقاقه، 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 فأنه 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(٦٧).

ثانياً / الإعذار

يُعد الإعذار وسيلة من وسائل الوقاية من الضرر، فهو إجراء فرضته القوانين على احد أطراف العلاقة القانونية اتجاه 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 التزامه، وكل ذلك في غير الحالات التي استثناها القانون من ضرورة توجيه الإعذار (٦٨) .

ويطلق على الإعذار ((الأخطار)) أو ((الإنذار)) أو ((التنبيه)) ويقصد به (تنبيه المدين بأنه متهاون في التنفيذ عند الأجل)(٦٩)، ويعرف بأنه (وضع المدين موضع المتأخر في تنفيذ التزامه أن لم يوف به فوراً، فالتأخير في التنفيذ حالة قانونية، الأصل فيها أنه لا يكفي لقيامها مجرد التأخير الفعلي، فمجرد حلول أجل الالتزام لا يكفي لوضع المدين في هذه الحالة بل لا بد من أعذاره)(٧٠).

وعند تعلق الأمر بالتزام مضمونه تسليم شيء معين بالذات ، فأن الإعذار يؤدي إلى انتقال تحمل تبعة المخاطر إلى الطرف الآخر(٧١). فأن كانت يد المدين يد أمانة كيد المستأجر و الوديع ، وهلك الشيء بسبب أجنبي فأن الشيء يهلك على مالكه 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 انتقال الملكية بعقد فأن يد المالك القديم قبل التسليم يد ضمان، كما بيّنا 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 شيء على المشتري، إلا إذا حدث

الهلاك بعد إعذار المشتري لتسلم المبيع...)[٧٢]. وبذلك فأن الإعذار 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 ((اعذار الدائن)) في المادة (١٣٤٥)[٧٣] بفقراتها المختلفة، وبقدر تعلق الأمر بتحول اليد أو تحمل مخاطر الشي 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 إعذار الدائن سريان الفوائد المتوجبة على المدين ويجعل مخاطر الشيء على عاتق الدائن، مالم تكن على عاتقه من قبل، وذلك فيما عدا حالة الخطأ الجسيم أو التدليس من قبل المدين، الإعذار لا يقطع التقادم).

ويتضح من هذا النص أن المشرع الفرنسي قد رتب على الإعذار آثار عدة، وما يعنينا منها في هذا المجال هو ان إعذار 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 ، فأنه 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 فأنه هو (المشتري) من يتحمل تبعة هذا الهلاك، ومن ثم لا يوجد ما يمنع تطبيق القواعد العامة إذا كان محل الإلتزام معلومات الكترونية[٧٤].

ثالثاً / العرض والإيداع

الوفاء هو الطريق الطبيعي لانقضاء الالتزام، ولكن قد يرفض الدائن هذا الوفاء دون مسوغ قانوني، لذلك وجدت فكرة العرض والإيداع لتحقق 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) [٧٥].

ويعرف العرض بأنه: أبداء المدين استعداده بتقديم الدين إلى الدائن بواسطة الجهة المختصة خلال مدة محددة يبادر فيها الدائن إلى استيفاءه. 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[٧٦].

ولكي ينتج العرض والإيداع النتائج التي ينص عليها القانون ، هنالك اجراءات على المدين القيام بها، وهذه الإجراءات تمر بثلاث مراحل. فهي تبدأ بإنذار يوجهه المدين للدائن بوجوب استيفاء حقه في مدة مناسبة يحددها في الإنذار ، فإذا لم ينفع الإنذار في حمل الدائن على استيفاء 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[٧٧].

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)[٧٨]. كما نصت المادة (٢/٣٨٥) بأنه (ولا يتم إعذار الدائن إلا إذا أودع الشيء على ذمة الدائن بعد أنقضاء هذه المدة و إنذاره بهذا الإيداع). في حين نصت المادة (١/٣٨٦) بأنه (يقوم الإيداع مقام الوفاء إذا قبله الدائن أو صدر حكم بصحته).

ولم يعدّ القانون المدني العراقي الدائن في حالة إعذار، إلا بعد قيام المدين بإيداع الشيء، بينما أعتبره القانون المدني المصري في حالة إعذار بمجرد عرض المدين الشيء عليه ورفض قبول الوفاء المعروض عليه على هذا النحو، وبعد تسجيل هذا الرفض رسمياً[٧٩].

ومن أهم النتائج التي تترتب على الإعذار نتيجتان هما، انقطاع سريان الفوائد و انتقال تبعة الهلاك، وبقدر تعلق الأمر بانتقال تبعة الهلاك، فأن يد المدين تتحول بالإعذار من يد ضمان إلى يد أمانة، ومن ثم فهو غير مسؤول عن هلاك الشيء أو تلفه إلا إذا نجم عن تَعدِ أو تقصير منه، والمدين هنا يستطيع التخلص من تبعة الهلاك نهائياً عن طريق العرض والإيداع[٨٠]. وقد نصت على هذا الحكم المادة (٢/٣٨٦) مدني عراقي بأنه (وفي هذه الحالة تكون نفقات الإيداع على الدائن وهو الذي يتحمل تبعة هلاك الشيء من وقت الإيداع، ومن هذا الوقت أيضاً يقف سريان الفوائد)[٨١].

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 سيء 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 ايضاً، 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).

الخاتمة

في ختام بحثنا الموسوم (**تحوّل صفة اليد بين الأمانة والضمان ""دراسة في القانون المدني**"")، توصلنا إلى جملة من النتائج وبعض المقترحات :.

أولاً / النتائج

١- أن تحول اليد يقصد بها تغيير صفتها وحالها، فتتحول من صفة الأمانة إلى صفة الضمان وبالعكس.

٢- يد الأمانة هي يد الحائز الذي يحوز الشيء لا بقصد تملكه، وانما باعتباره نائباً عن مالكه.

٣- يد الأمانة بحسب الأصل لا تتحمل تبعة هلاك الشيء، إلا إذا وقع بتعدٍ أو تقصير من الحائز، فمثلاً يد المستأجر على العين المؤجرة خلال مدة الإجارة هي يد أمانة، وكذلك يد الوديع على الوديعة قبل ردها للمودع، ولا تتحول الى يد ضمان الا بالتعدي والتقصير.

٥- يد الضمان هي كل يد اعتدت على حق الغير ابتداءً او استمراراً او نص القانون على وجوب ضمانها ، فيد الغاصب ويد الحائز سيء النية تعد يد ضمان ، وكذلك تعد يد البائع على المبيع قبل التسليم يد ضمان .

٦- يد الضامن تتحمل تبعة هلاك الشيء الذي تحت حيازة واضع اليد أياً كان سبب الهلاك أو التلف.

٧- تتحول يد الأمانة الى يد ملك، كما تتحول إلى يد ضمان من خلال حالات عدة اهمها، تحول نية واضع اليد، وبالتعدي والتقصير، وبإخلال الامين بالتزاماته، وبانتهاء الاباحة، ونص القانون، واشتراط الضمان على الامين، وغير ذلك من الحالات .

٨- تتحول يد الضمان الى يد ملك، كما تتحول إلى يد أمانة، من خلال حالات عدة اهمها، قيام سبب للحبس، والاعذار، والعرض والايداع، والاتفاق، كما تتحول باشتراط نفي الضمان عن واضع اليد.

ثانياً / المقترحات

١- نقترح على المشرع العراقي نقل الاحكام الخاصة بـ **(قاعدة اليد)** الواردة في المواد (٤٢٥ـ٤٢٨) من الفصل الخاص باستحالة التنفيذ الى فرع اخر يستحدثه تحت عنوان ""وضع اليد""، 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.

٢ـ ان يبيّن المشرع من خلال التنظيم الجديد المقصود بيد الأمانة ويد الضمان وعدم ترك الامر للاجتهادات الفقهية والقضائية.

٣- حصر الحالات التي تتحول فيها اليد من يد امانة الى يد ملك او الى يد ضمان وبالعكس، مع بيان الاثر المترتب على هذا التحول، و دوره في الضمان.

الهوامش

(١) كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد أبن مسعود المعروف بـ(أبن الهمام) ، شرح فتح القدير ، ج٧، ص٩٠.

(٢) العلامة شهاب الدين أبو العباس الصنهاجي المعروف بـ (بالقرافي)، الفروق ، ج٢، دار أحياء الكتب العربية ، مصر ، ص٢٠٧.

(٣) ينظر/ د. وهبة الزحيلي ، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجزائية في الفقه الإسلامي ، ط٩، دار الفكر المعاصر ، ٢٠١٢، ص١٧٤.

(٤) ينظر/ علي السيد عبد الحكيم الصافي ، الضمان في الفقه الإسلامي ، المجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الإسلامية ، ط١، ٢٠١٠، ص ٦٠.

[٥] 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 .

[٦] د. محمد سليمان الاحمد، تحول اليد في القانون المدني " دراسة مقارنة" بحث منشور في مجلة القانون والسياسة، ٢٠٠٥، ص ٢٦٩ وما بعدها . وكذلك ينظر/ د. سعيد مبارك ، د. طه الملا حويش ، د. صاحب عبيد الفتلاوي ، الموجز في العقود المسماة ، البيع – الإيجار – المقاولة ، ط٤ ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ن ٢٠٠٩ ، ص١٠١.

[٧] د. محمد وحيد الدين سدار ، الحقوق العينية الأصلية ، ج٢، أسباب كسب الملكية ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن ، ١٩٩٥ ، ص٢٥٠.

[٨] د. ليلى عبدالله الحاج سعيد ، وضع اليد على ملك الغير المصدر السادس للالتزام ، ط١ ، مطبعة الجيل العربي ، الموصل ، ٢٠٠١، ص١٩٧.

[٩] قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٤٠/ ٦٠/ الهيئة الموسعة المدنية / ٢٠١٩ في ٢٠١٩/٢/١٨ .

[١٠] قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٤٣٠٣/ الهيئة الاستئنافية عقار / ٢٠١٩ ، في ٢٠١٩/٩/٣٠ .

[١١] ينظر / د. وهبة الزحيلي ، مصدر سابق ، ص١٥٥ وما بعدها .

[١٢] د. ليلى عبدالله الحاج ، مصدر سابق ، ص١٧٩.

[١٣] زين الدين بن علي العاملي (الشهيد الثاني) ، شرح اللمعة ، ج٤، ط١، منشورات جامعة النجف الدينية ، منشورات مكتبة الداودي ، قم ، مطبعة الأمير ، ١٤١٠هـ ، ص٢٠٣.

[١٤] زين الدين بن علي العاملي ، مسالك الأفهام ، ج٥ ، ط١ ، مؤسسة المعارف الإسلامية ، قم ، أيران ، ١٤١٤هـ ،ص١٠١.

[١٥] علي بن محمد الشريف الجرجاني ، معجم التعريفات ، دار الفضيلة للنشر والتوزيع والتصدير ، القاهرة ، بدون سنة طبع ، ص٣٠.

[١٦] د. وهبة الزحيلي ، مصدر سابق ، ص١٥٦.

[١٧] قرار محكمة التمييز الاتحادية ، بالعدد ٩٥٩ / الهيئة الاستئنافية عقار / ٢٠١٧ / ت ٨٥٣ ، في ٢٠١٧/٩/١٢ .

[١٨] شهاب الدين الحموي ، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر ، ج٣، ط١، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ١٩٨٥ م ، ص١٤٧- ١٤٨.

[١٩] أبن الهمام ، فتح القدير على الهداية ، ج٦ ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، بدون سنة طبع ، ص٢٤١.

[٢٠] الشيخ زين الدين بن أبراهيم المعروف بـ (أبن نجيم) ، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ١٩٨٥، ص٢٧٥.

[٢١] سنتولى تفصيل التزامات الأمين سواء بالحفظ أو الرد في المطلب الثاني (القادم) ، وسنقتصر هنا على بيان أثر الأخلال بهذه الالتزامات على تحول يد الأمين من يد أمانة إلى يد ضمان .

[٢٢] د. ليلى عبدالله الحاج ، مصدر سابق ، ص١٧٩– ١٨٠.

[٢٣] 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 ، ص ٢٠٠-٢٠١.

[٢٤] قرار محكمة استئناف بابل بصفتها التمييزية ، بالعدد ١٠٠/ ت/ حقوقية / ٢٠١٨ . في ١٣/ ٢٠١٨/٧ .

[٢٥] قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٣٧٨ / الهيئة المدنية / ٢٠١٨ ، في ٢٠١٨/٢/١٨ .

[٢٦] قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٣٨٤ / الهيئة الموسعة المدنية / ٢٠٢١ في ٢٠٢١/١٢/١٥ .

حيث جاء في نص القرار (... 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 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. ولان 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 اخلال الزوجة المطلقة طالما ان هذا الاخلال 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 البداءة هي المختصة نوعياً بنظر دعوى اعادة تسليم الدار او الشقة السكنية للزوج...) .

[٢٧] 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).

[٢٨] د. ليلى عبدالله الحاج ، مصدر سابق ، ص١٨٢.

[٢٩] قرار محكمة التمييز الاتحادية ، بالعدد ٢٩١٦ / إباحة / ٢٠١١ . في ٢٠١١/٩/٤ . منشور على الموقع الإلكتروني WWW.hjc.ig.

[٣٠] قرار محكمة التمييز الاتحادية ، بالعدد ١٨٩ / الهيئة الموسعة المدنية /٢٠٢٠ في ٢٠٢٠/١٢/١٥ .

[٣١] قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٢٩/ الهيئة الموسعة المدنية / ٢٠٢١ في ٢٠٢١/٣/٢٤ .

[٣٢] قرار محكمة التمييز الاتحادية، بالعدد (٣/ الهيئة المدنية/ ٢٠٢١) في ٥/ ١/ ٢٠٢١) .

[٣٣] محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الأندلسي المعروف بـ (الحفيد) ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ج٢، ط١، مطبعة صبيح ، مصر ، بلا سنة طبع ، ص٢٣١ وما بعدها .

[٣٤] د. عادل شمران الشمري، قاعدة عدم ضمان الأمين في الفقه الإسلامي، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء ، السنة الثانية ، العدد الثالث ، ٢٠١٠، ص١٣٤.

[٣٥] شهاب الدين أحمد بن ادريس المعروف بـ (القرافي)، الفروق ، ج٢، دار أحياء الكتب العربية، مصر، ١٣٤٤هـ ، ص٢٠٧.

[٣٦] د. عادل شمران الشمري ، مصدر سابق ، ص٣٣ .

([٣٧]) ينظر بشأن ذلك/ د محمد سليمان الاحمد، مصدر سابق، ص ٢٧٦ وما بعدها. وكذلك ينظر/ د. جعفر الفضلي ، الوجيز في العقود المدنية ، مصدر سابق ، ص٩٣-٩٤.

([٣٨]) 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 أخر 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 أخر) .

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.

[٣٩] ينظر المادة (٦٠٢) من القانون المدني العراقي .

[٤٠] 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 سِتار 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 تنعقد 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 تنعقد فقط بالشكل الرسمي ، بل يجوز أن تنعقد بالقبض فقط دون الرسمية ، بحيث يمكن أن يغني الأول عن الثاني ، فتكون هبة المنقول هنا عقداً عينياً لا شكلياً ، وتسمى هذه بالهبة اليدوية ، وبذلك يكون القانون المدني العراقي قد ضيّق 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، ص٢٤٠.

([٤١]) ينظر / سناء جواد السلامي، دعوى الهبة في القانون المدني العراقي، العقد والتطبيق، مكتب هاني، بغداد، ٢٠١٢، ص٣٨- ٣٩.

[٤٢] وتقابلها المادة (٨٤٦) من مجلة الأحكام العدلية التي تنص على أنه (من وهب الشيء الذي هو في يد أخر له ، تتم الهبة ولا حاجة إلى القبض والتسليم مرة أخرى) .

[٤٣] وضع المرحوم الدكتور (سمير تناغو) 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 فأنه 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 .

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، فأنه يقوم بتجديد الالتزامات الناشئة عن هذا العقد تجديداً يترتب عليه انقضاء هذه الالتزامات، وتنشأ التزامات جديدة تحل 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 آثاراً جديدة غير تلك التي ارتضاها .

[٤٤] قرار محكمة التمييز الاتحادية، بالعدد (٢٧٧ / الهيئة الموسعة المدنية / ٢٠١٩) في (٢٣/ ٢٠١٩/١٠) .

[٤٥] 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.

[٤٦] قرار محكمة استئناف بغداد/الكرخ الاتحادية بصفتها التمييزية/ الهيئة المدنية، بالعدد (٢١٦/ حقوقية/ ٢٠٢٠) في (٢١/١٢/ ٢٠٢٠) .

[٤٧] 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) .

[٤٨] قرار محكمة التمييز الاتحادية / بالعدد (٢٩٦/ الهيئة الموسعة المدنية /٢٠٢١) في(٢٠٢١/٩/١٣) .

[٤٩] قرار محكمة التمييز الاتحادية، بالعدد (١٦٦٦/ الهيئة الاستئنافية عقار /٢٠٢٠) في (٢٠٢٠/٢/٢٧) .

(٥٠) 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 .

(٥١) حيث نصت المادة (١/٢٨٢) من القانون المدني العراقي على أنه (١- لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به مادام الدائن لم يوف بالتزام في ذمته نشأ بسبب التزام المدين وكان مرتبطاً به) .

(٥٢) د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز ، ج٢، مصدر سابق ، ص١١٨ وما بعدها .

(٥٣) 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 يمتنع عن رده حتى يستوفي ما هو مستحق له قانوناً إلا أن يكون الألتزام بالرد عن عمل غير مشروع).

(٥٤) ينظر / د. أحمد سمير الصوفي، حق الحبس في القانون المدني العراقي، بحث منشور في مجلة جامعة الأنبار للعلوم الإنسانية، العدد ١، ٢٠٠٩ ،ص٦.

(٥٥) محمد حسين ياسين ، الحق في الحبس ، بحث مقدم إلى مجلس وزارة العدل ، ١٩٨٥، ص١٦.

(٥٦) د. أحمد سمير ، المصدر السابق ، ص٥.

(٥٧) قرار محكمة التمييز الاتحادية ، بالعدد (٤١١/ الهيئة الموسعة المدنية /٢٠١٧) في (٢٠١٧/١/١٦).

(٥٨) د. محمد حسن قاسم ، القانون المدني ، ج١، مجلد ٢ ، مصدر سابق ، ص ٥٧٧- ٥٧٨ .

(٥٩) د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز ، ج٢، مصدر سابق ، ١٢٥.

(٦٠) د . محمد حنون جعفر، فكرة الترابط بين الالتزامات المتقابلة وأثرها في العقود الملزمة للجانبين، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد ٢، العدد ٤، ٢٠١٣، ص٢٩.

(٦١) 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، العدد٢، ٢٠١٨، ص ١٣- ١٦.

(٦٢) 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 الالتزامات غير العقدية كما في الوقائع المادية .

(٦٣) ينظر/ أستاذنا 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، العدد٥٣، المجلد ١٣ ، ٢٠٢١، ص٣٩.

(٦٤) د. يزيد أنيس نصير ، توقع الأخلال المسبق في العقد ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، جامعة الكويت ، مجلد٣١ ، العدد ٤، ٢٠٠٧، ص٢٣٥.

(65) 1219 Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2
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.

(66) 1220 Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2
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 .

(٦٧) د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز ، ج٢، مصدر سابق ، ص١٣٤.

(٦٨) د. رعد عداي حسين، دور المتضرر في تخفيف الضرر في نطاق المسؤولية المدنية ،" دراسة مقارنة "، منشورات الحلبي ، ٢٠١٧ ، ص٢٥٠.

(٦٩) د .عصمت عبد المجيد بكر، تنفيذ الالتزام في القوانين المدنية العربية ، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت ، ٢٠١٧ ، ص١٢٦.

(٧٠) د. رمضان أبو السعود ، أحكام الإلتزام ، دار الجامعية الجديدة ، مصر ، ٢٠٠٤، ص٧٧.

(٧١) د. عبد الحق صافي ، القانون المدني ، ط١،ج١، بلا دار نشر ، ٢٠٠٧، ص٢٤٠.

(٧٢) 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 إعذار المشتري لتسلم المبيع).

(73) 1345 Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 3
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.

.

.

(٧٤) ينظر / استاذنا د. ميري كاظم عبيد، علاء حسين حمد، هلاك المعلومات الإلكترونية والأثر المترتب عليه " دراسة مقارنة "، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الرابع، السنة الثالثة عشر، ٢٠٢١، ص١١٧٤.

(٧٥) تقابلها (٣٣٤- ٣٤٠) من القانون المدني المصري .

(٧٦) د. عباس زبون العبودي ، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية ، دراسة مقارنة و معززة بالتطبيقات القضائية ، ط١، دار السنهوري ، بغداد ، ٢٠١٥، ص٤١٥.

(٧٧) د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز ، ج٢، مصدر سابق ، ص ٤٠٢.

(٧٨) 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 إعذاره من الوقت الذي يسجل المدين عليه هذا الرفض بإعلان 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 offer réelle

(٧٩) د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز ، ج٢ ، مصدر سابق ، ص٤٠٤.

(٨٠) د. عباس زبون العبودي ، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية ، مصدر سابق ، ص٤١٥ و ص٤٢٠.

(٨١) وتقابلها المادة (٣٣٥) من القانون المدني المصري التي تنص على أنه (إذا تم إعذار الدائن ، تحمل تبعة 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 ، فتقوم تجاهه مقام الإيفاء عندما تحصل وفقاً للأصول ويصبح الشيء المودع على هذا النحو على مسؤولية الدائن).

1257/2 -Les offers 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.

المصادر

أولاً / كتب الفقه الإسلامي

١- أبن الهمام، فتح القدير على الهداية، ج٦، دار الفكر، بيروت، لبنان، بدون سنة طبع.

٢- أبن عابدين ، رد المحتار ، ط٢، ج٥. مجلد ١٤، دار الفكر ، بيروت ،١٩٩٢.

٣- أبن نجيم الشيخ زين الدين بن أبراهيم ، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، دار الكتب العلمية، بيروت ، لبنان ، ١٩٨٥.

٤- زين الدين بن علي العاملي (الشهيد الثاني) ، شرح اللمعة ، ج٤، ط١، منشورات جامعة النجف الدينية ، منشورات مكتبة الداودي ، قم ، مطبعة الأمير ، ١٤١٠هـ.

٥- زين الدين بن علي العاملي ، مسالك الأفهام ، ج٥ ، ط١ ، مؤسسة المعارف الإسلامية، قم، أيران ، ١٤١٤هـ.

٦- شهاب الدين أحمد بن ادريس المعروف بـ (القرافي)، الفروق، ج٢، دار أحياء الكتب العربية، مصر، ١٣٤٤هـ.

٧- شهاب الدين الحموي، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، ج٣، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان ، ١٩٨٥ م.

٨- العلامة شهاب الدين أبو العباس الصنهاجي المعروف بـ (بالقرافي)، الفروق ، ج٢، دار أحياء الكتب العربية، مصر.

٩- علي السيد عبد الحكيم الصافي، الضمان في الفقه الإسلامي ، المجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الإسلامية ، ط١، ٢٠١٠.

١٠- علي بن محمد الشريف الجرجاني ، معجم التعريفات ، دار الفضيلة للنشر والتوزيع والتصدير ، القاهرة ، بدون سنة طبع.

١١- كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد أبن مسعود المعروف بـ(أبن الهمام) ، شرح فتح القدير ، ج٧، ص٩٠.

١٢- محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الأندلسي المعروف بـ (الحفيد) ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ج٢، ط١، مطبعة صبيح ، مصر ، بلا سنة طبع.

١٣- د. وهبة الزحيلي ، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجزائية في الفقه الإسلامي ، ط٩، دار الفكر المعاصر ، ٢٠١٢.

ثانياً / الكتب القانونية

١- د. جعفر الفضلي ، الوجيز في العقود المدنية (البيع ، الإيجار ، المقاولة) ، ط٤، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠٠٩.

٢- د. رعد عداي حسين، دور المتضرر في تخفيف الضرر في نطاق المسؤولية المدنية ،" دراسة مقارنة "، منشورات الحلبي ، ٢٠١٧.

٣- د. رمضان أبو السعود ، أحكام الالتزام ، دار الجامعية الجديدة ، مصر ، ٢٠٠٤.

٤- د. سعيد مبارك ، د. طه الملا حويش ، د. صاحب عبيد الفتلاوي ، الموجز في العقود المسماة ، البيع – الإيجار – المقاولة ، ط٤ ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، ٢٠٠٩.

٥- سناء جواد السلامي، دعوى الهبة في القانون المدني العراقي، العقد والتطبيق، مكتب هاني، بغداد، ٢٠١٢.

٦- د. عباس زبون العبودي، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية ، دراسة مقارنة و معززة بالتطبيقات القضائية ، ط١، دار السنهوري ، بغداد ، ٢٠١٥، ص٤١٥.

٧- د. عبد الحق صافي ، القانون المدني ، ط١، ج١، بلا دار نشر ، ٢٠٠٧.

٨- د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج٢، أحكام الالتزام، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة.

٩- د. عصمت عبد المجيد بكر، تنفيذ الالتزام في القوانين المدنية العربية ، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت ، ٢٠١٧.

١٠- د. ليلى عبدالله الحاج سعيد ، وضع اليد على ملك الغير المصدر السادس للالتزام ، ط١ ، مطبعة الجيل العربي ، الموصل ، ٢٠٠١.

١١- د. محمد حسن قاسم ، القانون المدني ، القانون المدني ،الالتزامات ،العقد ، ج١، مج ١، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، ٢٠١٨،.

١٢- د. محمد وحيد الدين سدار ، الحقوق العينية الأصلية ، ج٢، أسباب كسب الملكية ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن ، ١٩٩٥.

ثالثاً / 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. 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.

٣- د. سمير تناغو، الالتزام القضائي – الحكم القضائي مصدر جديد للالتزام- " دراسة فنية لتعديل القاضي للعقد " ،ط١، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ٢٠١٤.

٤- 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، العدد٥٣، المجلد ١٣ ، ٢٠٢١.

٥- د. عادل شمران الشمري، قاعدة عدم ضمان الأمين في الفقه الإسلامي، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء ، السنة الثانية ، العدد الثالث ، ٢٠١٠.

٦- 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، العدد٢، ٢٠١٨.

٧- محمد حسين ياسين ، الحق في الحبس ، بحث مقدم إلى مجلس وزارة العدل ، ١٩٨٥.

٨- د. محمد حنون جعفر، فكرة الترابط بين الالتزامات المتقابلة وأثرها في العقود الملزمة للجانبين، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد ٢، العدد ٤، ٢٠١٣.

٩. د. محمد سليمان الاحمد، تحول اليد في القانون المدني " دراسة مقارنة" بحث منشور في مجلة القانون والسياسة، ٢٠٠٥.

١٠- د. ميري كاظم عبيد، علاء حسين حمد، هلاك المعلومات الإلكترونية والأثر المترتب عليه " دراسة مقارنة "، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الرابع، السنة الثالثة عشر، ٢٠٢١ .

١١- د. وسن قاسم غني ، تنفيذ الهبة الباطلة ، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، المجلد ٧، ، العدد ١، ٢٠١٥.

١٢- يزيد أنيس نصير ، توقع الأخلال المسبق في العقد ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، جامعة الكويت ، مجلد٣١ ، العدد ٤، ٢٠٠٧.

١٣- 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.

رابعاً / القوانين

١- مجلة الأحكام العدلية لسنة ١٨٧٦ .

٢- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل النافذ.

٣- قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل النافذ.

٤- قانون رعاية القاصرين رقم (٧٨) لسنة ١٩٨٠ المعدل النافذ.

٥- قانون المرور رقم (٨) لسنة ٢٠١٩ النافذ.

٦- القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ المعدل النافذ.

٧- القانون المدني القطري رقم (٢٢) لسنة ٢٠٠٤ النافذ.

٨- قانون المواد المدنية والتجارية القطري رقم (١٦) لسنة ١٩٧١الملغي.

٩- القانون المدني الفرنسي لسنة (١٨٠٤) المعدل بمرسوم رقم (١٣١) لسنة ٢٠١٦.

خامساً / القرارات القضائية

١- قرار محكمة استئناف بغداد/الكرخ الاتحادية بصفتها التمييزية/ الهيئة المدنية، بالعدد (٢١٦/ حقوقية/ ٢٠٢٠) في (٢١/١٢/ ٢٠٢٠).

٢- قرار محكمة التمييز الاتحادية / بالعدد (٢٩٦/ الهيئة الموسعة المدنية /٢٠٢١) في(٢٠٢١/٩/١٣) .

٣- قرار محكمة التمييز الاتحادية / بالعدد (١٦٦٦/ الهيئة الأستئنافية عقار /٢٠٢٠) في (٢٠٢٠/٢/٢٧) .

٤- قرار محكمة التمييز الاتحادية ، بالعدد (٤١١/ الهيئة الموسعة المدنية /٢٠١٧) في (٢٠١٧/١/١٦).

٥- قرار محكمة التمييز الاتحادية، بالعدد (٢٧٧ / الهيئة الموسعة المدنية / ٢٠١٩) في (٢٣/ ٢٠١٩/١٠) .

٦- قرار محكمة التمييز الاتحادية ، بالعدد ١٨٩ / الهيئة الموسعة المدنية /٢٠٢٠ في ٢٠٢٠/١٢/١٥ .

٧- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٢٩/ الهيئة الموسعة المدنية / ٢٠٢١ في ٢٠٢١/٣/٢٤

٨- قرار محكمة التمييز الاتحادية، بالعدد (٣/ الهيئة المدنية/ ٢٠٢١) في ٥/ ١/ ٢٠٢١) .

٩- قرار محكمة استئناف بابل / بصفتها التمييزية ، بالعدد ١٠٠/ ت/ حقوقية / ٢٠١٨ . في ١٣/ ٢٠١٨/٧ .

١٠- قرار محكمة التمييز الاتحادية / بالعدد ١٣٧٨ / الهيئة المدنية / ٢٠١٨ ، في ٢٠١٨/٢/١٨ .

١١- قرار محكمة التمييز الاتحادية / بالعدد ٣٨٤ / الهيئة الموسعة المدنية / ٢٠٢١ في ٢٠٢١/١٢/١٥ .

١٢- قرار محكمة التمييز الاتحادية / بالعدد ٢٩١٦ / إباحة / ٢٠١١ . في ٢٠١١/٩/٤ . منشور على الموقع الإلكتروني لمحكمة التمييز الاتحادية WWW.hjc.ig .

١٣- قرار محكمة التمييز الاتحادية / بالعدد ٩٥٩ / الهيئة الاستئنافية عقار / ٢٠١٧ / ت ٨٥٣ ، في ٢٠١٧/٩/١٢ .

١٤- قرار محكمة التمييز الاتحادية / بالعدد ٤٠/ ٦٠/ الهيئة الموسعة المدنية / ٢٠١٩ في ٢٠١٩/٢/١٨ .

١٥- قرار محكمة التمييز الاتحادية / بالعدد ٤٣٠٣/ الهيئة الاستئنافية عقار / ٢٠١٩ ، في ٢٠١٩/٩/٣٠ .

Abstract

The hand is divided in terms of placing it on the thing, to the hand of the owner and the hand of the non-owner, and the hand of the owner is the one in which there is a reason for possession such as purchase, gift and other legitimate reasons from which ownership is inferred. For the one who is not the one who puts the hand, it is either the hand of a trust from the plot of the lessee and the borrower, or the hand of the guarantee of the plot of the usurper and the one who takes possession of it .from a void contract

The hand of the trust is transformed into the hand of a king or into the hand of a guarantee according to certain cases, and one of the most prominent cases of the transfer of a hand from a trust to a guarantee is the infringement and negligence, the breach of the trustee's obligations, the expiration of the period of legalization, and the text of the law, and the guarantee hand turns into the hand of a king or into a trust hand One of the most important cases of transferring possession from a guarantee to a trust is the establishment of a reason for imprisonment, excuses, offer and deposit, and agreement, and this shift results in the transfer of the guarantee between the one who puts the hand on the thing and the holder of the .right to it, based on a reason that requires the transfer

Shifting the character of the hand between trust and guarantee

(study in civil law)

Prof.Assi.Dr. Muhammad Jaafar Hadi
College of Law / University of Babylon

Dr. Ali Sabah Khudair
College of Law / University of Babylon