جمهورية العراق

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

معهد العلمين للدراسات العليا

قسم القانون الخاص

فكرة الضمان في نطاق حق الملكية

- دراسة مقارنة-

اطروحة قدّمها الطالب

رسول عبد الحسين عزيز

إلى مجلس معهد العلمين للدراسات العليا

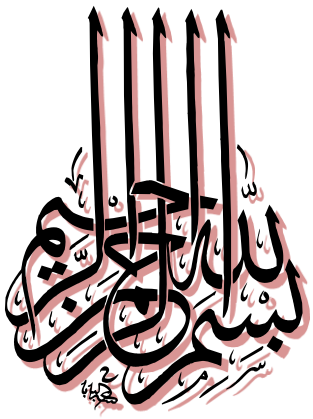
وهي جزء من متطلبات نيل درجة الدكتوراه في فلسفة القانون الخاص

إشراف

الدكتور عزيز كاظم جبر الخفاجي

أستاذ القانون الخاص

1445هـ 2024 م



﴿أَوَلَمْ يَرَوْا أَنَّا خَلَقْنَا لَهُمْ مِمَّا عَمِلَتْ

أَيْدِينَا أَنْعَامًا فَهُمْ لَهَا مَالِكُونَ﴾

{سورة يس - الآية 71}

الإهداء

لقد أكرم الله النبي محمدا

فأكرم خلق الله بالناس احمد

وشق له من اسمه ليجله

فبالعرش محمود وهذا احمد

لرحاب مولانا وقدوتنا.....

وإسوتنا الحسنة.....

أبي الزهراء البتول...

أم أجمل سبطين جليلين ...

الحسن والحسين .

على جدهم .....وعليهم ....

أفضل الصلاة والتسليم.

يتم بها السرور....ويعم بها الحبور.

نهدي هذا البحث المتواضع مع خالص الاعتزاز والافتخار.

الباحث

شكر وتقدير

الحمد لله على ما اسبغ علينا من نعم ظاهرة وباطنة ،فلك الحمد والشكر يارب كما ينبغي لجلال وجهك وعظيم سلطانك وبعد..

أتقدم بجزيل الشكر ووافر الاحترام والتقدير إلى الأستاذ الدكتور (**عزيز كاظم جبر الخفاجي**) لتفضله بالإشراف على هذه الاطروحة،ولما بذله من جهد مخلص فقد كان لصبره وسعة صدره وابداء ملاحظاته السديدة الأثر الواضح في توجيه سير اطروحتي هذه نحو الاتجاه الصحيح.

والى من سأتشرف بالوقوف أمامهم يوم مناقشة هذه الاطروحة ، أتقدم بالشكر والامتنان إليهم ،وسيكون لملاحظاتهم القيمة الأثر الطيب في اخراجها بالصورة المثلى .

كما وأتوجه بالشكر إلى أساتذتي في معهد العلمين للدراسات العليا على ما أحاطوني به من علم ورعاية واهتمام خلال مدة دراستي. وأخص بالذكر الأستاذ الدكتور عبد الرزاق احمد الشيباني والاستاذ الدكتور صالح الدكتور صالح مهدي كحيط والأستاذ الدكتور ضمير المعموري والأستاذ الدكتور جمال الحاج ياسين.

ويقتضي واجب الوفاء والاخلاص أن أسجل خالص شكري واعتزازي لجميع موظفي المكتبات في معهد العلمين للدراسات العليا و كلية القانون جامعة بغداد و كلية القانون جامعة بابل و كلية القانون جامعة كربلاء و كلية القانون جامعة الكوفة والمعهد القضائي والعتبة العلوية المقدسة والروضتين الحسينية والعباسية المقدستين.

واخيراً اتقدم بشكري الى كل من أسهم وساعد في انجاز هذه الاطروحة واسأل الله ان يمكنني من رد هذا الجميل، والله المعين على التوفيق..

الباحث

الملخص

من أهم المبادئ الدستورية التي وردت في دستور جمهورية العراق الدائم لعام 2005 هو حماية حق الملكية الخاصة إذ نصت المادة (23) منه على أن (أولاً: الملكية الخاصة مصونةٌ، ويحق للمالك الانتفاع بها واستغلالها والتصرف بها، في حدود القانون. ثانياً: لا يجوز نزع الملكية إلا لأغراض المنفعة العامة مقابل تعويضٍ عادل، وينظم ذلك بقانون) . ونظراً لأهمية هذا الحق، فقد حرص الدستور على ضمانه وتوفير الحماية له.

هذا ويلعب الضمان دورا سهلا وبسيطا وقوي في نطاق حق الملكية، وهذا الدور نتلمسه في الأثر المترتب على الضمان في الالتزامات التي يكون محلها حق الملكية سواء أكان عقار أ م منقولا أم غيره، والضمان يكون أكثر فاعلية ويسر، كلما كان هناك ارتباط بين حق الملكية والمال المضمون، ونظرا للصعوبات المرتبطة بالضمانات المسماة، فقد أدت الحاجة إلى إيجاد ضمانات أخرى غير مسماة، بموجبها يحق للمالك استيفاء حقه دون مزاحمة الدائنين ويتم ذلك عن طريق الاحتفاظ بحق الملكية، وهذه الضمانات يختلف أثرها باختلاف مصدرها فإذا كان مصدرها التصرف القانوني عن طريق الاتفاق بين الطرفين، فيصبح البائع من خلال حق الملكية الممنوح له كضمان في أقوى مراتب الضمان، بوصفه مالكا للشيء ويملك السلطات التي تثبت له عليه كالاستعمال والاستغلال والتصرف، وبذلك لا يزاحمه دائني المشتري كونه ليس منهم، فحق الملكية الأصلي ممكن أن يكون ضمانا لحق البائع، ويكون ذلك بإدراج فقرة ضمن بنود عقد البيع وباتفاق الطرفين على احتفاظ البائع بملكية المبيع لحين استيفاء كامل الثمن، وهذا يقودنا لاستخلاص نتيجة غاية في الأهمية تتمثل بان الملكية لم تعد غاية في ذاتها، وإنما أصبحت وسيله لتحقيق غاية أخرى ألا وهي الضمان.

أما إذا كان مصدر الضمان هو الواقعة القانونية التي لا دخل لإرادة الأطر اف فيها، فمن الممكن أن يكون الضمان سببا غير مسمى لكسب الملكية. ونظرا لأهمية الضمان في الوقت الحاضر فقد أفردت التشريعات الحديثة بابا مستقلا له، لما يثيره من مسائل متعددة تعود للأثر المترتب عليه. هذا القصور في المكتبة القانونية والفراغ التشريعي دفعنا إلى تناول فكرة الضمان في نطاق حق الملكية، دراسة شاملة لجميع جوانبه ومشكلاته القانونية.

المحتويات

ت	الموضوع	الصفحة
١ –	المقدمة	1
٢ –	الفصل الأول– الاحتفاظ بالملكية للضمان	5
٣ –	المبحث الأول– ماهية الاحتفاظ بالملكية	7
٤ –	المطلب الأول– التعريف بشرط الاحتفاظ بالملكية	7
٥ –	الفرع الأول– تعريف شرط الاحتفاظ بالملكية	8
٦ –	الفرع الثاني– تمييز شرط الاحتفاظ بالملكية عن الشرط المانع	13
٧ –	المطلب الثاني– الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية	21
٨ –	الفرع الأول– الاحتفاظ بالملكية بوصفه شرطا	22
٩ –	المقصد الأول– الاحتفاظ بالملكية بوصفه شرطا واقفا	22
١٠ –	المقصد الثاني– الاحتفاظ بالملكية بيع معلق على شرط فاسخ	28
١١ –	الفرع الثاني– شرط الاحتفاظ بالملكية بوصفه اجل	32
١٢ –	الفرع الثالث– الاحتفاظ بالملكية ضمان عيني غير مسمى	37
١٣ –	المبحث الثاني– اثر شرط الاحتفاظ بالملكية والضمان الذي يحققه للبائع	42
١٤ –	المطلب الأول– فعالية شرط الاحتفاظ بالملكية	43
١٥ –	الفرع الأول– أثار شرط الاحتفاظ بالملكية فيما بين العاقدين	43
١٦ –	الفرع الثاني– استفادة الغير من الاحتفاظ بالملكية كأداة للضمان	48
١٧ –	المطلب الثاني– الضمان الذي يحققه شرط الاحتفاظ بالملكية	57

١٨ -	الفرع الأول- الاحتجاج بحق البائع في مواجهة جماعة الدائنين	57
١٩ -	الفرع الثاني- المركز القانوني للبائع بعد التصرف بالمبيع	63
٢٠ -	الفصل الثاني- كسب الملكية بالضمان	77
٢١ -	المبحث الأول- كسب الملكية بضمان الغصب	78
٢٢ -	المطلب الأول- المفهوم القانوني للغصب	78
٢٣ -	الفرع الأول- التعريف بالغصب	78
٢٤ -	الفرع الثاني- أحكام الغصب	83
٢٥ -	المطلب الثاني- شروط كسب الملكية بالضمان والتزامات الغاصب	104
٢٦ -	الفرع الأول- شروط كسب الملكية بالضمان	104
٢٧ -	الفرع الثاني- التزامات الغاصب	112
٢٨ -	المبحث الثاني- الإتلاف كضمان لنقل الملكية	117
٢٩ -	المطلب الأول- الإتلاف كسبب لكسب الملكية	117
٣٠ -	الفرع الأول- التعريف بالإتلاف	118
٣١ -	الفرع الثاني- أحكام الإتلاف	119
٣٢ -	المطلب الثاني- الضمان المحقق من الإتلاف وموقع الضمان من أسباب كسب الملكية	134
٣٣ -	الفرع الأول- شروط وجوب الضمان	135
٣٤ -	الفرع الثاني- موقع الضمان من أسباب كسب الملكية	140
٣٥ -	الفصل الثالث- صور خاصة للضمان وموانعه	142
٣٦ -	المبحث الأول – صور خاصة للضمان	143

٣٧ -	المطلب الأول- منع حجز العقار المعد للسكن	143
٣٨ -	الفرع الأول- القواعد العامة في حجز العقار	144
٣٩ -	الفرع الثاني- أثار الحجز العقاري	154
٤٠ -	المطلب الثاني- التعهد بنقل ملكية العقار	160
٤١ -	الفرع الأول- مفهوم التعهد بنقل ملكية العقار	160
٤٢ -	الفرع الثاني- شروط التعهد بنقل ملكية العقار	165
٤٣ -	المبحث الثاني موانع الضمان	170
٤٤ -	المطلب الأول – حق الدفاع الشرعي	171
٤٥ -	الفرع الأول- تعريف حق الدفاع الشرعي	171
٤٦ -	الفرع الثاني- المنع من الضمان الذي يحققه الدفاع الشرعي	179
٤٧ -	المطلب الثاني- حالة الضرورة	181
٤٨ -	الفرع الأول- صور حالة الضرورة	182
٤٩ -	الفرع الثاني- شروط حالة الضرورة المانعة من الضمان	186
٥٠ -	المطلب الثالث- قبول المتضرر واتفاقات المسؤولية المدنية	192
٥١ -	الفرع الأول – قبول المتضرر واتفاقات المسؤولية المدنية	193
٥٢ -	الفرع الثاني- اثر قبول المتضرر على الضمان	196
٥٣ -	الخاتمة	202
٥٤ -	المصادر	206