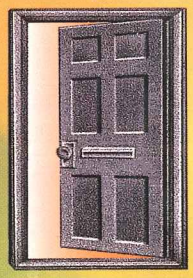
الدكتور محمد سليمان الأحمد

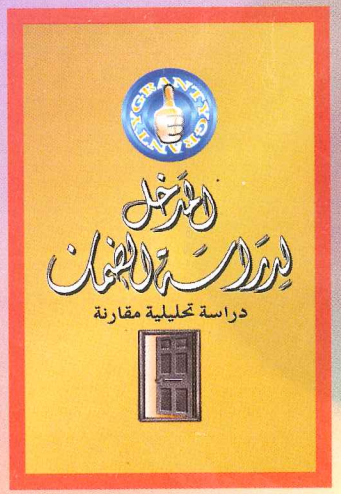
المدخل لدراسة الضمان

دراسة تحليلية مقارنة



الحامد

الدكتور محمد سليمان الأحمد



الحامد
دار ومكتبة الحامد للنشر
تلفاكس ٥٢٣١٠٨١ ص. ب ١١٤٧
عمان – الأردن
E-mail: Dar-alhamed@usa.net

المدخل لدراسة

الضمان

رقم الإيداع لدى دائرة المكتبة الوطنية
(٢٠٠١/١١/٢٣٩٤)

رقم التصنيف: ٣٦٥,٤٠٧٢
المؤلف ومن هو في حكمه: محمد سليمان الأحمد
عنوان الكتاب: المدخل لدراسة الضمان

المواصفات: ١- الضمان الاجتماعي
٢- الأبحاث ٣- الضمان

بيانات النشر: عمان/ دار الحامد للنشر

* تم إعداد بيانات الفهرسة والتصنيف الأولية من قبل المكتبة الوطنية

رقم الإجازة المتسلسل لدى دائرة المطبوعات والنشر ٢٠٠١/١١/٢١٧٨

محفوظة جميع الحقوق

لا يجوز نشر أو اقتباس أي جزء من هذا الكتاب، أو اختزان مادته بطريقة الاسترجاع، أو نقله على أي وجه، أو بأي طريقة أكانت إليكترونية، أم ميكانيكية، أم بالتصوير، أم التسجيل، أم بخلاف ذلك، دون الحصول على إذن الناشر الخطي، وبخلاف ذلك يتعرض الفاعل للملاحقة القانونية.

دار ومكتبة الحامد للنشر والتوزيع

عمان - الأردن

تلفاكس: ٥٢٣١٠٨١ - ص.ب ١١٤٧ الجبيهة

E-mail: Dar-ALhamed @ usa.net

المدخل لدراسة

الضمان

دراسة تحليلية مقارنة

تأليف

الدكتور محمد سليمان الأحمد

الطبعة الأولى

٢٠٠٢م

الحامد للنشر والتوزيع

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم﴾

يوسف/ ٧٢

الإهداء

إلى..

من كان همه أن أظفر بالفخر

وأزخر بالنصر..

إلى صديقي وقرة عيني..

﴿حسن الحافظ﴾

د. محمد سليمان الأحمد

عمان ٢٥/١٠/٢٠٠١م

شكر وتقدير

لا يسعني، والكتاب يخرج إلى النور، إلا أن أسجل خالص تقديري لمن كان عاملاً مباشراً في إخراج الكتاب بالطريقة التي يراها القارئ، وأخص بالذكر جميع العاملين في دار الحامد للنشر والتوزيع، ولا سيما السيد المدير العام صديقنا العزيز **بسام الحامد**.

فجزاهم الله عني كل الخير

المؤلف

مقدمة

تشكل دراسة الضمان أهم الدراسات الشرعية والقانونية، فالضمان تترتب عليه آثار مهمة، وأحكامه خطيرة، لكن معالمه غير واضحة،وان كانت الدراسات الشرعية قد حاولت جمع شتات مفرداته وجمع معانيه في كتب ومجلدات، لكن لم يسع أحد -على حد علمنا - من رجال القانون إلى وضع المعالم العامة لهذا الموضوع المهم، الذي يأتي تارة بمعنى الإلزام أو الالتزام،كالالتزام بضمان التعرض والاستحقاق والالتزام بضمان العيوب الخفية،وقد يأتي بمعنى التعويض المترتب على نهوض المسؤولية المدنية بصورتيها (العقدية والتقصيرية)، وقد يأتي بمعنى التأمين، كالتأمين الاجتماعي (الضمان الاجتماعي) للعمال والموظفين وما إلى ذلك، أو نعني به التأمين الخاص بضمان حصول الدائن على حقه،وهو قد يتمثل في الضمان العام للدائنين أو في الضمان الخاص،والذي يقسم إلى ضمان شخصي (الكفالة) أو ضمان عيني (كالرهن آو الامتياز).

كل هذه المعاني يستوعبها المفهوم الواسع للضمان،لكن المفهوم المعطى للضمان في الدراسات،لاسيما القانونية منها،انه يعني أداء ما تنشغل به الذمة فهو الأثر المترتب على ظهور الالتزام في ذمة الشخص عموما، ولعدم وضوح معالمه بشكل مجز ومفيد، عزمنا على وضع هذا المدخل الموجز لدراسته من الوجهتين الشرعية والقانونية،خدمة لمن يريد الاضطلاع به والتوسع في جزيئاته، وقد تم تقسيم هذا المدخل على نحو الخطة الموضحة في الصحيفة القادمة، ومن الله التوفيق.

د. محمد سليمان الأحمد

المحتويات

مقدمة ١

المبحث الأول ماهيـــة الضمـــان بوجـــه عام ٥

المطلب الأول تعريف الضمان ٥

المطلـــب الثانـــي أنـــــواع الضـــمـــان ١١

الفرع الأول الضمان بالنظر إلى محله (ضمان المال وضمان العمل) ... ١٢

الفرع الثاني الضمان بالنظر إلى نوع المال (المثلي والقيمي) ١٣

الفرع الثالث الضمان بالنظر إلى سببه (ضمان العقد وضمان اليد وضمان الإتلاف) ١٥

المبحث الثاني تمييز الضمـــان عما يشتبـــه بـــه ٢٣

المطلب الأول الضـــمـــان والالـــتـــزام ٢٣

المطلب الثاني الضـــمـــان والمسؤوليـــة ٢٩

المطلب الثالث الضـــمـــان والتـــعويـــض ٣٥

المطلب الرابع الضـــمـــان والتضامـــن ٣٨

المطلب الخامس الضمان والتأمين ٤٠

المبحث الثالث طبـــيعة الحكم بالضمان وما يتعلق به من حقوق ٤٤

المطلب الأول طبيعـــة الحـــكـــم بالضـــمـــان ٤٤

الفرع الاول الحكـــم الشـــرعي للضـــمـــان ٤٤

المقصد الاول اعتبار الحكم الشرعي للضمان حكما تكليفيا ٥٠

المقصد الثاني اعتبار الحكم الشرعي للضمان حكما وضعيا ٥٣

الفرع الثاني الحكم القانوني للضمان ٥٦

المقصد الاول اعتبار الحكم القانوني للضمان حكما آمرا ٥٩
المقصد الثاني اعتبار الحكم القانوني للضمان حكما مكملا ٦١
المطلب الثاني الحقوق المتعلقة بالضمان ٦٢
الفرع الأول الحق الشخصي ومدى تعلقه بالضمان ٦٢
الفرع الثاني الحق العيني ومدى تعلقه بالضمان ٦٦
كلمة ختامية ٧١
مراجع البحث ٧٦

المبحث الأول
ماهية الضمان بوجه عام

ان دراسة الضمان، تقتضي بحث جميع جوانبه، ولتعذر ذلك هنا، يبقى علينا لزاما ان نعرف الماهية [١] العامة للضمان من خلال التعرض لتعريفه والتطرق لأنواعه ومن ثم تمييزه عن بعض النظم القانونية المقاربة له، وهذا ما نود بحثه في المطلبين الآتين:

المطلب الاول (تعريف الضمان)

المطلب الثاني (بيان أنواعه)

المطلب الأول
تعريف الضمان

للضمان تعريفات عدة، من حيث ما يدل على معناه لغة، وعرفا، واصطلاحا بوجهيه الشرعي والقانوني.

والضمان في اللغة:- التكفل، من ضمن الشيء وبه: أي: كفل به، والضمين الكفيل ويقال ضمنت الشيء اضمنه ضمنا وضمانا، فأنا ضامن،

---

(١) الماهية: تفاعل الخصائص الذاتية للشيئ وعناصر كيانه الداخلي مع قطع النظر عن الوجود الخارجي.راجع: صالح الجاسم الطائي، مصطلحات فقهيه، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٩٢،ص ٤٦.

وهو مضمون[١]. والضامن، الكفيل والملتزم والغارم، والجمع ضمان وضمنه، والضمان: الكفالة والالتزام[٢].

أما الضمان في مصطلح فقهاء الشريعة الإسلامية: فهو يجري بمجرى المعنى اللغوي له، أي ان الضمان حسب وجهة نظر عموم فقهاء الشريعة، هو الكفالة، ومع ذلك فأننا وجدنا ان بعض الفقه قد عرف الضمان بما يغاير مفهومه اللغوي، فذهب بعضهم إلى أن الضمان عبارة عن رد مثل الهالك أو قيمته[٣]، وهذا ما ذهبت اليه -- أيضا – مجلة الأحكام العدلية[٤]، ومنهم من عرفه بأنه التزام بتعويض مالي عن ضرر الغير[٥]. غير أن ما نستغربه ان بعض فقهاء المسلمين المحدثين قد عرف الضمان بما يوجب قيام المسؤولين المدنية والجنائية [٦]، حيث ذكر بأن الضمان : "هو الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال أو ضياع المنافع أو عن الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الانسانية" وسوف يلي التعليق على هذا الموقف في موضع لاحق من هذا البحث. أما

(١) ابن منظور، لسان العرب، ج١٧، دار الرسالة، الكويت، ١٩٧٣، ص٣٨٥.

(٢) نقلا عن الأستاذ علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، مطبعة الفقيه الحديثة، ١٩٧١، ص٤.

(٣) نقلا عن د. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الاسلامي، دار الفكر، دمشق، ١٩٨٢ ص١٥.

(٤) نصت المادة (٤١٦) من مجلة الأحكام العدلية على أن "الضمان هو إعطاء مثل الشئ ان كان من المثليات وقيمته ان كان من القيمات"

(٥) نقلا عن د. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص١٥، وراجع ما بعده ص١٨ من البحث.

(٦) د. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص١٥.

على هذا الموقف في موضع لاحق من هذا البحث. أما التعريف الذي نـراه الأقرب إلى التكييف الصحيح للضمان، هو ما ذهب إليـه بعـض الفقـهاء المحدثين[١]، الذي عد الضمان: "شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مـال أو عمل والمراد ثبوته فيها مطلوبا أداؤه شرعا عند تحقق شرط أدائه".

وللضمان أيضا معنى عرفي[٢]، فهو لفظ كثير التداول بين العامـة، إلا أن ما يقصد به المتعاملون في السوق حسـب لهجتـهم، الكفالـة فـي مواضع، والتأمين في مواضع ثانية، والدليل في أخرى. فكثيرا ما نشاهد أو نسمع بأن شخصا – مثلا – ليستدين من آخر، فيسأل الأخير: ما هو ضمان عودة المال لي، فيأتي شخص ثالث يعرف الطرفين ويقول أنا ضامن أو أن هذا المدين في (ضمانتي)، وقد يضع المدين بعض أموالـه لـدى الدائـن، كضمان لرد الدين وهذا أما يعرف لدى مفهوم الفقهاء (بالرهن) وهو مـن التأمينات العينية، وفي فرض أخر قد يطلب الدائن مستندا يثبت فيه الديـن (كضمان لحقي) على حد تعبير العامة، فيأخذ هنا الضمان معنى الدليل.

---

(١) الأستاذ علي الخفيف، مرجع سابق، ص٥.

(٢) ان تعريف الضمان عرفا له ضرورة عملية مفادها ان الألفـاظ المسـتخدمة فـي المجتمع لها أثرها الذي من الممكن بها تغيير المراكز القانونية للخصوم، فالعرف مـا هو معروف لدى الناس من أقوال وأفعال يتعاملون بـها ويـرون ان مـن الـلازم احترامها. راجع في هذا المعنى د. مصطفى الزلمي، دلالات النصـوص وطـرق استنباط الأحكام في ضوء أصول الفقه الإسلامي، مطبعة أسـعد، بغـداد، ١٩٨٣، ص٥٦، كذلك راجع المواد ١٥٦، ١٦٣، ١٦٤، ١٦٥، من القانون المدني العراقـي، والمواد (٢٢٤-٢٢٦) من القانون المدني الأردني.

أما الضمان في القانون، فلا وجود في القوانين – على حد علمنا – تعريف للضمان، عدا النص الذي ذكرناه في الصفحة السابقة وهو من مجلة الأحكام العدلية. وبالمقابل فأننا كذلك لم نجد من بين فقهاء القانون من أعطى للضمان تعريفا يدل على معناه ضمن نطاق المعاملات القانونية، رغم أن هذه الكلمة مستخدمة بكثرة في كتبهم وكذلك في متون بعض القوانين لا سيما تلك التي اقتبست معظم أحكامها من الشرع الإسلامي، كالقانون المدني العراقي والكويتي والأردني وما إلى ذلك. فمثلا: نجد ان المشرع العراقي قد أدرج المواد ١٦٨-١٧٦ من القانون المدني تحت عنوان (ضمان العقد) كمرادف لمصطلح (المسؤولية العقدية) رغم الاختلاف بين المصطلحين، كما انه يذكر مصطلحات مشتقة من الضمان في مواد عديدة من هذا القانون وغيره[١].

وإذا أردنا ان نعرف الضمان وفق الوجهة القانونية السليمة،علينا ان نراعي ما ذهب إليه بعض الفقهاء المحدثين في تعريف الضمان – المذكور أعلاه – مع تغيير في الصيغة، ثم الأخذ بعين الاعتبار أحكام القوانين في خصوص فهمها الخاص للضمان وما رتبت على هذا الفهم من قواعد وأحكام. فالضمان – إذن – (شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل عند تحقق أحد أسبابه واجتماع شروطه دون ان يكون هناك مانع يحول دون ترتيب أثاره القانونية)

---

(١) راجع المواد، ١٣٤، من ١٨٦_٢٠١، ٢٦٦، وغيرها من القانون المدني العراقي، وكذلك المواد ٨٠_٨٣ من قانون التجارة العراقي النافذ.

شرح التعريف:

معلوم ان لكل شخص ذمة مالية، سواء كان شخصا طبيعيا أم اعتباريا، والذمة المالية هي، مجموع ما للشخص من حقوق وما عليه من واجبات في الحال والاستقبال[١]. ويتبين من هذا التعريف ان ذمة الشخص المالية تقتصر على الحقوق والالتزامات المالية دون غيرها، كما تبين أيضا ان هذه الذمة تتألف من جانبين[٢]:

١. **جانب إيجابي:** وهو مجموع حقوق الشخص المالية الموجودة فعلا، وكذلك الحقوق المالية التي ستتعلق في المستقبل.

٢. **جانب سلبي:** وهو مجموع التزامات الشخص المالية (الديون)، والتي بوجودها تصبح الذمة مشغولة. ولما كان الضمان، شغل الذمة، فهو التزام يدخل في الجانب السلبي من الذمة بالنسبة للشخص الضامن، وبالمقابل، فهو حق مقرر لذمة المضمون فيدخل في الجانب الإيجابي من ذمته. وكما هو معروف فان تعريف الاسم يأخذ الصفة أو الحالة التي يكون عليه الفاعل وليس المفعول به [٣]. وبما ان الفاعل في اسم الضمان،الضامن، لذا فإننا عرفنا الضمان بأنه شغل الذمة بما يجب

---

(١) راجع د. سعيد عبد الكريم مبارك، اصول القانون،ط١، دار الكتب للطباعة والنشر، الموصل،١٩٨٢،ص ٢٨٧. وكذلك د. توفيق حسن مزج ود. محمد يحيى مطر، الاصول العامة للقانون، الدار الجامعية، بيروت،١٩٨٩، ص٢٨٩.

(٢) راجع د. رمضان ابو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، النظرية العامة للحق، الدار الجامعية، بيروت،ص ٣٠٢.

(٣) راجع في بيان أصول التعريف:د. مصطفى الزلمي، الصلة بين علم المنطق والقانون، مطبعة شفيق، بغداد، ١٩٨٦ ص ٢٦ وما بعدها.

الوفاء به من مال أو عمل، فالالتزام قد يكون بأداء مال أو القيام بعمل أو الامتناع عنه، فالوديع ــ مثلا ــ ضامن لهلاك الوديعة بتعد أو تقصير منه[١]. فهو ضامن للمال، والمقاول ضامن لانتهاء العمل خلال مدة معينة وإلا ألزم بالتعويض[٢]، فهو ضامن لمال أيضا، ومن جهته يكون الكفيل بإحضار المكفول للتقاضي أمام المحكمة ضامنا لهذا العمل [٣] وهذا ــ على سبيل المثال ــ ضمان بالوفاء بعمل ما.

وبطبيعة الحال، فان الضمان لا ينهض إلا إذا قام أحد أسبابه [٤]،وتحققت جميع شروطه[٥].

---

(١) راجع المواد(٩٥٣)، (٩٥٦)،(٩٦٢) مدني عراقي، والمادة (٨٧٢)مدني اردني.

(٢) راجع المادة (٨٦٨) مدني عراقي، إضافة إلى إن المقاول يكون ضامنا للعمل الذي آداه أيضا.

(٣) راجع المادة (١٠١٧) مدني عراقي، والمادة (٩٦١) مدني اردني.

(٤)أسباب الضمان أربعة، على رأي بعض الفقهاء، العقد كالبيع، واليد، كيد الأمانة اذا تعدى صاحبها ويد الضمان حتى بدون التعدي، والاتلاف، والحيلولة (السيوطي، الاشباه، والنظائر، دار أحياء الكتب العربية، ص ٢٩٠). ومنهم من يراها ثلاثة وهي العقد والإتلاف واليد (د. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص٦٣) ومنهم من يضيف على هذه الثلاثة إلزام الشارع دون ان يعطي له أهمية كذلك التي أعطاها للأسباب الأخرى (الأستاذ علي الخفيف، مرجع سابق ص ٩ وما بعدها) وستظهر لنا جليا في مواضع متفرقة من البحث أسباب الضمان.

(٥) شروط الضمان وهي يتوقف عليها وجود الضمان دون ان تكون داخلة في حقيقته بعكس الأركان التي تكون داخلة في حقيقته وطبيعته (د. مصطفى الزلمي، دلالات النصوص، مرجع سابق،ص ٢٨) وعلى هذا الأساس فان البعض يذكر أركان الضمان ومن ثم يذكر شروطه، حيث يرى إن أركان الضمان هي ذاتها أركان ↔

ولم يكن هناك مانع يحول دون ترتيب أثره[١]، ولا مجال لدينا في الخوض في تفاصيل أسباب وشروط وموانع الضمان، لكننا سوف نتطرق إليها بشكل غير مستقل في مواضع متفرقة من هذا البحث، تاركين استقلالية بحثها وبشكل متكامل لمشروع بحثي أخر ان شاء الله.

المطلب الثاني
أنواع الضمان

للضمان أنواع عديدة، فهو بالنظر إلى محله أما أن يكون ضمان مال أو عمل أو انه يكون ضمان نفس وضمان مال على تقييم رآه بعض

المسؤولية (الخطأ، الضرر،السببية) أما الشروط فيقصرها على ضمان الإتلاف فحسب وهي كلها خاصة بمحل الضمان الذي يقصره على المال فقط، فيشترط حتى يكون هناك ضمان: ان يكون الشيء المتلف مالا منفوقا، وان يكون الضرر مخففا، وان يكون المتلف أهلا لوجوب الضمان، وان يكون في إيجاب الضمان فائدة (د. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص ١٨ – ٦٢) وما يلاحظ على الرأي السابق هو خلطه أولا بين الضمان والمسؤولية، وثانيا، عدم إمكان جمع شروط شاملة لجميع صور الضمان وباختلاف أسبابه ومحله.

(١) ان موانع الضمان تبطل بحد ذاتها مفعول السبب الذي نتج عنه الضمان استنادا للقاعدة المعروفة ((اذا تعارض المانع والمقتضى قدم المانع)) (المادة (٤) من القانون المدني العراقي والمادة (٤٦) من مجلة الأحكام العدلية) انظر شرح هذه القاعدة (منير القاضي، شرح المجلة، ج١، مطبعتا السريان والعاني، بغداد، ١٩٤٧، ص١٠٨). كما لو تحولت اليد من ضمان إلى أمانة فأن ذلك يعد مانعا لقيام الضمان.

الفقه [١]. وهو بالنظر إلى سببه أما ان يكون ضمان عقد أو ضمان يد أو ضمان إتلاف[٢]، كما يمكن تقسيمه بالنظر إلى نوع المال إلى ضمان المال المثلي وضمان المال القيمي. وفيما يلي بحث جميع هذه الأنواع عدا ضمان النفس فهو من موضوعات القانون الجزائي.

الفرع الأول
الضمان بالنظر إلى محله (ضمان المال وضمان العمل)

الضمان من حيث محله، أما ان يكون ضمان مال أو ضمان عمل:

أولا / ضمان المال: وهو ما يستدعي شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال فالغاصب يضمن المال إذا استهلك أو أتلف أو ضاع أو تلف كله أو بعضه بتعديه أو بدون تعدية[٣]. كما أن الشخص الذي يوقف سيارة بلا ضرورة أو يوقفها في الطريق العام في غير المحال المعدة لوقوف السيارات، يضمن ضررها في كل الأحوال، وكذلك إذا وجد شخص شيئا ضائعا فأخذه على سبيل التملك كان ضامنا، ووجب عليه الضمان إذا هلك ولو بدون تعد [٤]. وما إلى ذلك من الأمثلة.

---

(١) يبدو ان الشيعة الأمامية يطلقون لفظ الضمان على ضمان المال فحسب، أما الكفالة فهي ضمان النفس عندهم (الأستاذ على الخفيف، مرجع سابق، ص٥).

(٢)أما الضمان الناتج عن إلزام الشارع فقريب عن ضمان النفس وهو ما يخرج عن موضوعنا الخامس بضمان المال والعمل المتقوم بالمال.

(٣)المادة (١٩٣) مدني عراقي.

(٤)المادة (٩٧٤) مدني عراقي.

ثانيا / ضمان العمل: وهو ما يستدعي شغل الذمة بما يجب الوفاء به من عمل وهذا النوع من الضمان يظهر كثيرا في تسليم الأعيان[١]، والضمان الحاصل في العقود الواردة على العمل[٢]، وإحضار الخصم وأداء الدين[٣].

الفرع الثاني
الضمان بالنظر إلى نوع المال (المثلي والقيمي)

ذكرنا بأن الضمان يقسم بالنظر إلى محله إلى ضمان عمل وضمان مال، وهذا الأخير يهمنا أكثر في مجال بحث الضمان، لذا وجب علينا ان نبين نوع المال المضمون الذي باختلافه تختلف الكيفية التي يكون عليها الضمان بالنسبة للمال القيمي عنها بالنسبة للمال المثلى.

الأموال المثلية هي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء وتقدر عادة في التعامل ما بين الناس بالعد أو القياس أو الكيل أو الوزن، وما عدا ذلك من الأموال فهو قيمي[٤] . وبما ان الضمان نوع من انواع الالتزام،

---

(١) كتسليم المبيع (المادة (٥٣٦) والمادة (٥٤٧) مدني عراقي) وكتسليم العين المؤجرة (المادة (٧٤٢) مدني عراقي) ورد العارية والوديعة (المادة (٨٦٠) مدني عراقي والمادة (٩٦١) مدني عراقي) .

(٢) كعقد العمل وعقد المقاولة وعقد الوكالة وعقد الوديعة.

(٣) الأستاذ علي الخفيف، مرجع سابق، ص٦.

(٤) نص المادة (٦٤) مدني عراقي، وراجع في معايير التمييزين المثلي والقيمي، عبد الجبار حمد شرارة، أحكام الغضب في الفقه الاسلامي، مؤسسة الأعلمي، بيروت، دار التربية، بغداد، ص١٤ وما بعدها. كذلك د. سعيد عبد الكريم مبارك، مرجع سابق، ص٣١١ وما بعدها.

فأن لكل التزام نهاية تتمثل في أسباب إنقضاء عديدة منها الوفاء، ووفاء الالتزام بضمان المال المثلي يكون برد مثل المال المضمون، ووفاء الالتزام بضمان المال القيمي يكون برد قيمته. ولا مشكلة تذكر في ضمان المال المثلي، إلا ان الامر يدق في ضمان المال القيمي، فهل يقيم المال المضمون وقت قيام سبب الضمان، ام وقت تلف المال المضمون، ام وقت رفع الدعوى، ام وقت اصدار الحكم بالضمان؟ لقد اختلف الفقهاء المسلمون في ذلك [١]، لعل الراجح عندنا القول الذي يذهب إلى تقدير اعلى القيم من حيث قيام سبب الضمان إلى وقت رد القيمة [٢]، وهذا الراي له ما يبرره في ان الضامن يجب ان يعامل بمثل عمله الذي ادى إلى قيام ضمانه، هذا اولا، وان تقييم المال جاء على اساس عدم وجود مثل للمال المضمون وقت الرد لذا وجب تقييمه في ذلك الوقت قياسا على المثلي الذي يرد مثله في وقت تنفيذ الالتزام بالضمان، وهذا ثانيا.

---

(١) راجع: ابن الرشد القرطبي، بداية المجتهد، ج ٢، دار الفكر، ص٢٣٧ وما بعدهما. كذلك: الشيخ عبد القادر بن عبد الكريم الخيراني، خلاصة المذاهب الاربعة، دار الانبار للطباعة والنشر، بغداد، ١٩٨٩، ص ١٦٠- ١٦٥. وكذلك: عبد الجبار حمد شرارة، مرجع سابق، ص ١٣٦ وما بعدها.

(٢) راجع د. مصطفى ذيب البغا، التذهيب في ادلة متن الغاية والتقريب(متن ابي شجاع في الفقه الشافعي) مؤسسة علوم القرآن، دمشق، بيروت، ١٩٨٣، ط٢، ص١٤١. ود. ابو اليقظان عطية الجبوري، الامام زفر وأراءه الفقهية، دار الندوة الجديدة، بيروت، ط٢،١٩٨٦، ص ٢٥٠.

الفرع الثالث

الضمان بالنظر إلى سببه (ضمان العقد وضمان اليد وضمان الإتلاف)

هذا التقسيم قال به بعض الفقهاء المحدثين في الشريعة الإسلامية [١]،وبعد ان تبين كل نوع منه لنا عليه تعليق بسيط:-

اولا / **ضمان العقد**:- وهو ضمان مال تالف بناء على عقد اقتضى الضمان[٢]،والعقود التي تقتضي الضمان، هي عقود المعاوضات بصورة عامة، وقد حاول بعض الفقه حصر هذه العقود في البيع والايجار والنكاح والطلاق بعوض والخلع والعارية والصلح والكفالة [٣] ويضيف البعض الاخر القسمة والمخارجة والقرض؟ وإقالة هذه العقود [٤]. ونحن نرى ان هذا الاتجاه مهما حاول من سرد العقود

---

(١) الاستاذ علي الخفيف، مرجع سابق، ص٢٠، كذلك: د. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص٧٨.

(٢) الاستاذ علي الخفيف، مرجع سابق، ص٢٠.

(٣) المرجع السابق، ص ٢١.

(٤) د. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص ١٤٥(يذهب الدكتور الزحيلي، إلى ان القوض في حقيقته يشبه البيع لانه تمليك مال بمال، فيؤخذ المال من اجل استهلاكه في حاجيات المقترض ثم يؤدي عوضا عنه إلى المقرض عند حلول الاجل المتفق على تسليمه فيه، فالقصد منه المعاوضة فهو عقد ضمان !!! (ص١٥٤) واني لاستغرب إلى هنا القول اذ انه يوحي بان ما يريد تعريفه بموجبه هو القرض بربا، وهذا ما لا ترضاه الشريعة، لذا فاننا نذهب مع البعض إلى ان القرض من عقود التبرع التي لا تقتضي الضمان ابتداء (راجع: د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني العراقي، ↔

التي تفيد الضمان فانه لن ينجح في سردها جميعا، لذا فاننا نرى ان ما ذكر أعلاه انما هو على سبيل المثال وليس الحصر. حيث ان للافراد الحق في انشاء ما شاؤوا من العقود على وفق مبدأ سلطان الارادة [١]،فمثلما ان هناك عقود غير مسماة لم يشا القانون تسميتها وتنظيم أحكامها على اعتبار ان الذي يطبق عليها القواعد العامة في نظرية العقد في القانون المدني[٢]. ومع ذلك يبقى عقد البيع العقد الأكثر شيوعا في الحياة العملية والأكثر اقتضاء للضمان حيث ان فيه ضمانات عامة تلزمها نظرية الالتزام بصورة عامة [٣]، وضمانات خاصة مثل ضمان التعرض وضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية[٤].

العقود المسماة، ج٢، العقود التي ترد على الملكية عدا البيع، شركة الرابطة، بغداد، ١٩٥٤، ص ٢٠٨).

(١) راجع: د. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الكتاب الاول، مصادر الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧١، ص ٤٥ وما بعدها.

(٢) راجع: د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، دار الكتب للطباعة والنشر، الموصل، ١٩٨٩، ص٧.

(٣) راجع على سبيل المثال، المادتان (١٧٩)،(١٨٠) من القانون المدني العراقي.

(٤) راجع: الاستاذ احمد نجيب الهلالي بك، شرح القانون المدني في العقود، ج١، في البيع والحوالة والمقايضة، مطبعة الاعتماد، القاهرة، ١٩٢٥،ص٣٦٩ وما بعدها. كذلك :د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني العراقي، العقود المسماة(عقد البيع)، شركة الرابطة، بغداد، ١٩٥٣، ص١٨١ وما بعدها. كذلك : محمد عبد الله ابو هزيم، الضمان في عقد البيع، دار الفيحاء، عمان، ١٩٨٦،ط١،ص٤٢ وما بعدها.

فضلاً عن ان عقود المعاوضات تستوجب الضمان بصورة عامة، فان هناك عقوداً قد ينشأ عنها الضمان ولكن ليس بالتلف بل بالتعدي، وهي عقود الامانة، التي عرفها احد الفقهاء[١] بانها العقود التي لا يترتب عليها الضمان بالتلف بمجرد قبض المعقود عليه وانما بالتعدي عليه من القابض أو بالتقصير في حفظه، وهذه العقود هي: الايداع، والاعارة، والشركات، والوكالة، والوصايا والهبة. هذا ما ذهب إليه احد الفقهاء والذي لا نتفق معه في حصر هذه العقود لعدم امكان ذلك على وجه ما بيناه في الصحيفة السابقة.

ثانياً / ضمان اليد: الاصل ان الشيء يهلك على مالكه، ولكن إذا خرج من يد مالكه واصبح في يد الغير فهذه اليد اما ان تكون يد أمانة أو يد ضمان [٢]، ويد الامانة لا يستوجب القانون ضمانها بعكس يد الضمان التي يستوجب القانون ضمانها بالتعدي أو بدونه، آما الأولى فلا وجوب لضمانها إلا إذا تعدى صاحبها[٣]، ومصدر الضمان في

---

(١) د. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص ١٥٥.

(٢) راجع التفصيل د. سليمان محمد أحمد، ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي، مطبعة السعادة، القاهرة، ١٩٨٥، ص٧٥ وما بعدها .

(٣) الاستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي،ج٦، معهد الدراسات العربية العالية، جامعة الدول العربية،١٩٥٩، ص ١٩٦. كذلك :د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، ج٢، أحكام الالتزام، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد، ١٩٦٧،ط٢،ص٤٨٩ وما بعدها. أيضاً: راجع نصوص المواد (٤٢٦،٤٢٧،٤٢٨) من القانون المدني العراقي، ومن المهم الاشارة إلى ما جاء في نص المادتين ٤٢٦، ٤٢٧، حيث نصت المادة (٤٢٦) على انه ((إذا انتقل ↔

اليد هو نص القانون دائماً،وتحليل ذلك أن يد الأمانة ممكن أن يكون مصدرها القانون أو الإرادة أو سبب خارج عن الإرادة فهي لا تكون ضامنة إلا إذا استوجب للقانون ضمانها، إما يد الضمان فهي ضامنة دوماً بنص القانون، عليه اصبح القانون مصدراً لضمان اليد.

ثالثا / ضمان الإتلاف: يعرف الإتلاف بأنه إخراج الشيء من أن يكون منتفعاً به منفعة مطلوبة منه عادة[١]، وهو أما أن يكون مباشرةً أو تسبباً. فالإتلاف المباشر هو ما كان نتيجة لأتصال آلة التلف بمحله، فالفاعل المباشر هو من حصل التلف بفعله من غير ان يتخلل بين فعله والتلف فعل مختار[٢]، وقد عرفته مجلة الأحكام العدلية بأنه

الشيئ إلى يد غير صاحبه بعقد أو بغير عقد وهلك دون تعد أو تقصير، فان كانت اليد يد ضمان هلك الشيئ على صاحب اليد، وان كانت يد امانة هلك الشيئ على صاحبه)). ونصت المادة(٤٢٧) على انه : ((

١. تكون اليد يد ضمان إذا جاز صاحب اليد الشيء بقصد تملكه وتكون يد أمانة إذا جاز الشئ لا نقصد المالك بل باعتباره نائباً عن المالك

٢. وتنقلب يد الامانة إلى يد الضمان إذا كان صاحب اليد ولو بغير قصد التملك وقد حس الشيء عن صاحبه دون حق أو اخذه بغير اذنه)). ويلاحظ على المشرع العراقي انه قد وقع في خلل فني في ترتيب هاتين المادتين، فكان الأولى أن يعرف يد الامانة ويد الضمان في المادة الأولى ومن ثم يتطرق إلى أحكامهما في المادة الثانية ؟

(١) د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني (أصول الالتزام)، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٠، ص٢٦٧.

(٢) الكسائي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٧، مطبعة الجمالية، القاهرة، ١٣٢٨هـ، ١٩١٠م، ط١ ص١٦٥. كذلك: د. صبحي محمصاني، النظرية العامة

↔

"إتلاف الشيء بالذات، ويقال لمن فعله فاعل مباشر"[١]. أما الإتلاف تسبباً فهو ما كان بفعل في محل أخر مع احتمال تخلف الفعل الثاني عنه، فأن لم يكن التخلف محتملاً عُدَّ الضرر حينئذ مباشراً و كان الفعلان بمثابة فعل واحد[٢]، أما المجلة فقد عرفته بأن ((إحداث أمر في شيء يقضي إلى تلف شيء أخر على جرى العادة..."[٣] وتمضي هذه المادة لتصور لنا مثالاً للتسبب وتقول "من قطع حبل قنديل معلق يكون سبباً مفضياً لسقوطه على الأرض وانكساره، ويكون حينئذ قد أتلف الحبل مباشرةً وكسر القنديل تسبباً، وكذلك إذا شق أحد ظرفاً فيه سمن وتلف ذلك السمن، يكون قد اتلف الظرف مباشرة والسمن نسبياً " [٤].

للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، دار العلم للملايين، بيروت، ج١، ص١٨٠ وما بعدها. وكذلك: الاستاذ علي الخفيف، مرجع سابق، ص٧٤.

(١) المادة (٨٨٧) من المجلة. راجع في شرحها: علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام الكتاب الثاني في الغصب، مكتبة النهضة، بيروت، بغداد، ص٤٥٢.

(٢) الكاساني، مرجع سابق، ص١٦٦. كذلك: الأستاذ علي الخفيف، مرجع سابق، ص٧٤.

(٣) المادة (٨٨٨) في المجلة، وشرحها: علي حيدر، مرجع سابق، ص٤٥٢ وما بعدها.

(٤) راجع لتفصيل اختلاف السنة الفقهاء في التعريف، د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، المسؤولية المدنية بين التقييد والاطلاق، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٠، ص ١٥٨، ٣٠٠.

والقاعدة في الفقه الإسلامي في ضمان الإتلاف ان المباشر يضمن وان لم يتعد، والمسبب لا يضمن إلا بالتعدي، وان المباشر والمتسبب إذا اجتمعتا فيضاف الحكم إلى المباشر [١].

ويفرق الفقه الإسلامي بين أنواع الضمان المارة الذكر، حيث يذهب احد الفقهاء [٢] إلى ان الفرق بين الضمان العقد ضمان اليد: ان ضمان العقد مرده ما اتفق عليه المتعاقدان، وضمان اليد مرده المثل أو القيمة، ويفارق الإتلاف ضمان اليد في ان الإتلاف يتعلق الحكم فيه بالمباشرة دون التسبب، وضمان اليد يتعلق بالمباشرة والتسبب.

وذكر فقيه اخر[٣]، ان ضمان الإتلاف مبني على المماثلة ولهذا يفارق العقد، فانه غير مبني على المماثلة باعتبار الاصل، بل على المراضاة، وكيف يبني على المماثلة والمقصود بالعقد طلب الربح، ثم ان ضمان العقد مشروع وفي المشروع يعتبر الوسع والامكان، ولهذا يجب الضمان باعتبار التراضي، فاسدا كان العقد أو جائزا، فيسقط اعتبار التفاوت الذي ليس في وسعنا الاحتراز عنه في ضمان العقد، فاما الإتلاف فمحظور غير مشروع وضمانه مقدر بالمثل بالنص، فلا يجوز أيجاب الزيادة على قدر المتلف بسبب الإتلاف).

---

(١) للتفصيل راجع:- ابن بخيم، الاشباه، والنظائر، مؤسسة الحلبي، القاهرة، ١٩٦٨، ص ٢٤٨. كذلك: د. محيي هلال السرحان، القواعد الفقهية، مطبعة اركان، بغداد، ١٩٨٧،ص ٦٩. كذلك:- منير القاضي، مرجع سابق، ص ١٥٣ وما بعدها. وقارن تلك القواعد بالمادة (١٨٦) من القانون المدني العراقي.

(٢) السيوطي، مرجع سابق، ص ٣٩٠ .

(٣) السرخسني، المبسوط، الجزء (١١)، دار المعرفة، بيروت،ص ٨٠ .

وايا كانت تفرقة الفقهاء بين انواع الضمان الثلاثة،فان هذه الانـــواع لا تسد جميع الثغرات التي من الممكن ان تهرب أحكام الضمان منها، فبأي انواع الضمان هذه تدخل قاعدة الاتراء بلا سبب؟ ممكـــن ان تدخـــل هـــذه القاعدة في ضمان الإتلاف أو ضمان اليد ولكن فـــي فـــروض معينـــة أو بصورة غير مباشرة، لذا اصبح لزاما علينا ان ندخل هذه القاعدة بصـــورة مباشرة في احد انواع الضمان. كذلك الحال بالنسبة للتصرفـــات القانونيـــة التي تنشىء الالتزام أو تغطية أو تنشئ الحق العيني بالارادة المنفردة، فمـن الممكن ان تحتاج هذه التصرفات قواعد الضمان لحـــل بعـــض المشـــاكل القانونية التي تعتريها، فهل يطبق عليها ضمان العقد ام اليد ام الإتلاف؟

كي نتخلص من هذه العقبات نقترح ان تكون انواع الضمان كالآتي:

١) ضمان التصرفات القانونية: وهو ما يقابل ضمان العقد مع التوســـيع من نطاقه.

٢) ضمان الوقائع القانونية : وهو ما يقابل ضمان الإتلاف مع التوســـيع من نطاقه.

٣) الضمان بنص القانون : وهو ما يقابل ضمان اليد إلى حد مـــا، مـــا دمنا قد عرفنا هذا النوع من الضمان سابقا بأنه ما استوجبه القـــانون على واضع اليد، فمصدر هذا الضمان نص القانون.

فالنوع الاول من الضمان يشمل ضمـــان العقـــود التـــي تســـتوجب الضمان وهي المعاوضات بصورة عامة بمجرد هلاك محل العقد، وكذلـــك العقود التي لا تستوجب الضمان إلا بالتعدي، كما يشمل التصرفات القانونية التي تنشأ بارادة منفردة، كالوعد بجعل والوصية والابراء.

إما النوع الثاني فيشمل، بالاضافة إلى ضمان الإتلاف، جميع الافعال الضارة، وجميع الافعال النافعة التي تستوجب الضمان.

إما النوع الثالث فيشمل ما يخرج عن النوعين الاولين ويكون الضمان فيه مقرر بنص القانون وبصورة مباشرة.

وهذا التقسيم يجاري ما ذهب إليه احد كبار فقهاء القانون[1] في تقسيمه لمصادر الالتزام واسباب كسب الملكية إلى التصرف القانوني والواقعة القانونية.

---

(١) د. السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج١، مصادر الالتزام، دار النهضة، بيروت،١٩٦٤، ص١٤١. وكذلك دروسه في التصرف القانوني والواقعة القانونية، مطبعة البرلمان، القاهرة، ١٩٥٣، ١٩٥٤، ص١٣٠ وما بعدها.

المبحث الثاني
تمييز الضمان عما يشتبه به

هناك أوضاع قانونية تشبه إلى حد ما الضمان، وهي في الحقيقية إما أن تكون ناتجة عنه في بعض الاحوال، كالتعويض، واما ان تكون جزء منه كالمسؤولية، أو ان يكون الضمان أحد صوره، كالالتزام، وقد ينظر إلى بعضها مثلما ينظر إلى الضمان، ولكن من زاوية الالتحام أو الاتحاد، وهذا هو شأن التضامن وقد يأتي الضمان بمعنى التأمين، وفيما يلي تخصيص مطلب لكل واحد من هذه الأوضاع وتمييزه عن الضمان.

المطلب الأول
الضمان والالتزام

معروف ان الحقوق التي ينظمها القانون المدني هي الحقوق المالية، وهذه الحقوق – على رأي المشرع العراقي – تكون إما عينية أو شخصية [١]. وقد عرف هذا المشرع الحق الشخصي بأنه [٢]: ((

١. الحق الشخصي هو رابطة قانونية ما بين شخصين دائن ومدين، يطالب بمقتضاها الدائن المدين بان ينقل حقا عينيا أو ان يقوم بعمل أو يمتنع عن عمل.

٢. يعتبر حقا شخصيا الالتزام بنقل الملكية أيا كان محلها نقدا أو مثليات أو قيميات، ويعتبر كذلك حقا شخصيا الالتزام بتسليم شئ معين.

---

(١) المادة (٦٦) مدني عراقي.

(٢) المادة (٦٩) مدني عراقي.

٣. ويؤدي التعبير بلفظ "الالتزام" وبلفظ "الدين" نفس المعنى الذي يؤديه التعبير بلفظ"الحق الشخصي")) وعلى الرغم من ان هذا التعريف معيب من جوانب كثيرة[١]،إلا أننا لا نستطيع ان نبين من خلاله

---

(١) ويمكن حصر هذه الجوانب في الاتي:-

أ. ان الحق الشخصي يعد نوع من انواع الحقوق، وتعريفه بموجب نص المادة (٦٩) مدني عراقي لا ينسجم مع تعريف الحق الذي اختلف فيه الفقهاء بشدة، فلم يعرف الحق الشخصي بالرخصة أو بالسلطة أو بالمكنة أو بالاستئثار أو حتى بالتعريف الذي نراه مناسبا للحق وهو (مكنة قانونية محددة تحقق مصلحة ذاتية مباشرة) (د. رمضان ابو السعود، مرجع سابق، ص ٤٤ كذلك : د. توفيق حسن فرج، الأصول العامة للقانون، الدار الجامعية، بيروت ١٩٨٨، ط٣، ص ٤٦٨ وما بعدها). بل ان المشرع العراقي عرف الحق الشخصي بانه (رابطة قانونية !!) فهل يعقل ان يكون حق الشخص الشخصي رابطة تربطه باخر ؟؟

ب. ذكرت المادة (٦٩) في فقرتها الثانية انه (يعتبر حقا شخصيا الالتزام....؟) فهل يعقل ان يكون الحق الشخصي التزاما، بل ان اللفظ الاول يعاكس تماما اللفظ الثاني، واذا كان لابد من ذكر هذه الفقرة فانها يجب ان تصاغ بالاتي: " ويعتبر التزاما نقل الملكية ايا كان محلها وكذلك تسليم شيئ معين".

ج. كما ذكرت المادة في فقرتها الثالثة ان التعابير (الالتزام) و (الدين) و(الحق الشخصي) تعابير متساوية في المعنى في حين ان الاختلاف واضح فيهم، فالالتزام يرتبط بالحق الشخصي برابطة معينة يكون مثلهما مثل العملة ذات الوجهين، فالشخص الذي يرتبط برابطة المديونية يكون إما ملتزما أو صاحب حق شخصي فاذا كان ملتزما بمحل معين كان الأخر صاحب حق شخصي على هذا المحل والعكس صحيح، إما الدين ففيه تعاريف عديدة يختلف عن الالتزام والحق الشخصي(راجع بحث د. نشوان محمد سليمان الجادرجي، ↔

التمييز بين الضمان والالتزام، فالالتزام شغل ذمة المدين بما يجب عليه القيام بعمل أو الامتناع عنه أو تسليم حق عيني بصورة عامة،

فكرة الدين في الفقه الإسلامي ومدى تطابقها مع فكرة الحق الشخصي في القانون المدني، مجلة اداب الرافدين،جامعة الموصل،ع١،س١٩٩٥،ص٣٣٨.) والتعريف الذي نراه مناسبا للدين ــ مع ما ذهب إليه احد الأساتذة ــ هو اعتباره مال حكمي يثبت في الذمة بسبب يقتضي ثبوته (راجع بحث السيدة نسيبة ابراهيم حمو، رهن الدين في الشريعة والقانون. مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة بغداد، ع١،٢،س١٩٨٥، ص٣٥٠) ونحن نقترح ان يكون نص المادة (٦٩) مدني عراقي كالآتي:- ((

١- الحق الشخصي هو مكنه قانونية للدائن يطالب بمقتضاها مدينه بان يتقل حقا عينيا أو ان يقوم بعمل أو يمتنع عن عمل.

٢- كل ما يعد حقا شخصيا للدائن يعد التزاما في ذمة المدين، والعبرة في الالتزام والحق الشخصي بمحلهما لا باشخاصهما.

٣- ويعد صحيحا الالتزام بالعين أو بالدين الثابت في الذمة وكذلك تسليم شيء معين .

٤- الرابطة القانونية التي تربط الدائن بالمدين هي الرابطة المدنية التي تربط ذمتهما المالية .))

وبهذا التعريف تكون قد حلنا دون اعمال الانتقادات السابقة الموجهة لنص المادة(٦٩) مدني عراقي، وفي نفس الوقت تكون قد جارينا المذهب المادي في الالتزام (راجع : د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير،الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج١، مصادر الالتزام، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر، الموصل، ١٩٨٠،ص١٠،كذلك راجع الكتاب: يوسف نجم جبران، النظرية العامة للموجبات، مصادر الموجبات، منشورات عديدات بيروت،١٩٧٨، ط١، ص١٠ وما بعدها).

وقد سبق وان عرفنا الضمان بأنه يعد صوره من صور الالتزام. فالضامن دائما يكون مدينا برابطة مدنية تجعله ملتزما بأداء عمل أو الامتناع عنه، إلا ان الملتزم لا يكون ضامنا في جميع الاحوال، وعليه جاءت عبارة احد الفقهاء في التميز بين الضمان والدين، حيث ذكر ما يلي [١]: " لما كان الضمان شغل الذمة بما قد يطلب الوفاء به ان تحقق شرط طلبه، وقد لا يحقق شرطه فلا يطلب، كان اعم من الدين، ذلك لان الضمان لا يستتبع مطالبة الضامن بما يشغل ذمته في جميع الاحوال، وانما يستتبعه في بعض الاحوال دون بعض، ذلك عندما يتحقق شرط وجوب الاداء. فالمرتهن بعد ضامنا للعين المرهونة عند البعض[٢] ولا يطالب بشيء ما دام الرهن في يده. والمستعير ضامن للعين المستعارة عند بعض الفقه[٣] ولايطالب بشيء مادامت العين في يده لم تنته اعارتها، فاذا هلكت طولب بقيمتها ... إما الدين فيستتبع المطالبة بوفائه، ولا تنفك عنه المطالبة إلا عند تأجيله نتيجة لتنازل الدائن عنها مده من الزمن، ومن هنا كان الضامن اعم من المدين، فكل مدين ضامن وليس كل ضامن مدين". وهذه هي وجهة نظرا الفقه الإسلامي في عمومه طالما انهم اقرنوا الدين بشرط المطالبة، وهذا ما يخالف مذهب القانون وفقهه، ففي مقابلة التميز الوارد أعلاه بين الدين والضمان، يميز فقهاء القانون بين عنصر

---

(١) الأستاذ علي الخفيف، مرجع سابق، ص٧.

(٢) الحنفيه .

(٣) الشافعية والحنابلة .

المديونية والمسؤولية الذي يعتبر معيار المطالبة الحد الفاصل بينهما[١]، ومن هنا تستطيع القول بان الفقه الإسلامي يميز بين

---

(١) ميزت القوانين القديمة (كالقانون الروماني) بين عنصرين يتحلل اليهما الالتزام،اولهما عنصر المديونية الذي يفرض على المدين واجب الوفاء وعلى الدائن قبوله. وثانيهما، عنصر المسؤولية الذي يمكن الدائن من قهر المدين على الوفاء وان لم يقم به مختارا، فاذا نفذ المدين التزامه طوعا انقضى عنصر المسؤولية الذي يقضي قهره على التنفيذ. وقد عمد جانب كبير من الفقه المعاصر إلى النظر إلى الالتزام على انه رابطة موحدة، إلا ان التمييز بين هذين العنصرين لا يزال مسلما به من قبل جانب اخر من الفقه، كالفقه الالماني والايطالي والمصري والعراقي بحجة ان الكثير من الحالات لايمكن تفسيرها إلا على اساس ازدواج رابطة الالتزام. فقد توجد المديونية دون المسؤولية كحالة الالتزام الطبيعي الذي لا يجبر المدني به على الوفاء وقد تزيد المديونية على المسؤولية كحالة الشريك الموصي الذي لا يسأل عن ديون الشركة في حدود حصته وقد نزيد المسؤولية على المديونية كحالة المدينين المتضامنين الذي يسأل كل منهم عن كل الدين مهما كان نصيبه فيه وقد تقوم المسؤولية بضمان دين غير حال، فتجوز الكفالة في الدين إذا حدد المبلغ المكفول، وقد تقوم المسؤولية لضمان دين غير شخصي، كحالة الرهن المقدم من غير المدين لضمان الوفاء بالدين، وقد تسبق المسؤولية المديونية في النشوء، فتنشأ لضمان دين مستقبل أو دين احتمالي، والى ذلك أشارت المادة(١٢٩٣) من القانون المدني العراقي بقولها: " يجوز ان يترتب للرهن التأميني ضمانا لدين مستقبل أو دين معلن على شرط أو دين احتمالي، فيجوز أن يترتب لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جاري، على ان يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذي ينتهي إليه الدين. (راجع : عبد الباقي البكري، شرح القانون المدني العراقي، ج٣، تنفيذ الالتزام، مطبعة الزهراء، بغداد، ١٩٧١، ص ٩ . محمد طه البشير ود. غني حسون طه، الحقوق العينية، دار الكتب، الموصل، ١٩٨٢، ص ٤٠٢ و د. عبد ←

الضمان والدين فيكون كل مدين ضامن لانه اصبح مدينا بالمطالبـــة، ولا

المجيد الحكيم و عبد الباقي البكري و محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالـــتزام في القانون المدني العراقي، ج٢، أحكام الالـــتزام، دار الكتـــب للطباعـــة والنشـــر، الموصل، ١٩٨٠،ص٧ وما بعدها).

يجعل كل ضامن مدينا لاحتمال ان شرط المطالبة قد لا يتحقق، وبنفس المعيار يذهب فقهاء القانون إلى عكس ذلك فيعدون الشخص مديونا دائما إذا ارتبط برابطة الدين فان تحقق شرط المطالبة عد عند ذلك مسؤولا عنه. وايا كان الامر فان الالتزام يعد ناقصا دون تحقق عنصر المسؤولية فيه، ولا يمكن اعتباره حين ذاك إلا التزاما طبيعيا. عليه فالضامن يكون ملتزما باداء ما في ذمته فعندما يؤدي ما عليه ما عليها كان منفذا لما التزم به، فالاداء يحول الالتزام من مرحلة النشوء إلى مرحلة التنفيذ وعلى العكس فانه لا يصح القول بان كل من التزم بشيء اصبح ضامنا لها، لان الالتزام أوسع من الضمان، بل ان الضمان يعد في بعض الاحيان سببا منشأ للالتزام[1].

المطلب الثاني
الضمان والمسؤولية

يرى بعض الفقه ان كل ما تعنيه المسؤولية القانونية(المدنية والجنائية) يمكن ان يكون معنى للضمان في الفقه الإسلامي، وهذا ما يظهر

---

(١) هذا لا يعني اننا بهذا الراي قد هجرنا التمييز بين الضمان والدين الذي ذهب إليه بعض الفقهاء المسلمين المحدثين، بل أن ذكر هذا الراي يؤيد ما ذهبنا إليه إلى ان الدين يختلف عن الالتزام فالدين ما هو إلا محل للالتزام في بعض الحالات، فالالتزام اعم من الدين وهذا ما يستعاض من كلام الفقه الإسلامي من ان الضمان اعم من الدين، ولم يبقى إلا ان نبين من هو الأعم الالتزام ام الضمان، وقد توصلنا في المتن إلى ان الالتزام اعم من الضمان. وعليه فان الالتزام اعم من الضمان والضمان اعم من الدين.

جليا عند قراءتنا لعنوان احدى المؤلفات في الفقه الإسلامي [١]. إلا انه يوجد ثمة فرق بين المسؤولية من جهة والضمان من جهة اخرى. فالضمان لا يعني فحسب أحكام المسؤولين المدنية والجنائية، ولا يمكن تعريفه بانه " تضمين مفسدة مالية لم تسبق بعقد أو بدنية لم تقترن بقصد" كما ذهب إليه البعض[٢]،بل ان الضمان يتسع لهذا المعنى وغيره ايضا، فقد سبق ان لاحظنا ان الضمان من الممكن ان يكون ضمان نفس وكذلك ضمان مال،وان الذي يدخل في معناه العام التأمينات بنوعيها الشخصية (الكفالة) والعينية (الرهن).

وبما ان بحثنا يدخل ضمن نطاق القانون المدني، فاننا سنستبعد المسؤولية الجنائية من موضوعنا هذا، ونقتصر على تمييز الضمان عن المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية. فقد يبدو للوهلة الاولى ان المسؤولية العقدية تقابل ضمان العقد وترادفه في المعنى، وان المسؤولية التقصيرية

---

(١) وهو مؤلف الدكتور وهبة الزحيلي(نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي).

(٢) نقلا عن جبار صابر طه، اقامة المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع على عنصر الضرر، مديرية مطبعة جامعة الموصل، ١٩٨٤،ص٢٠. (لقد زعم بعض الكتاب، ومنهم أميل تايان، أن الفقه الإسلامي لا يعرف معنى المسؤولية المدنية كما يتضمنها هذا الاصطلاح، حيث قالوا ان الشريعة الإسلامية لم تستعمل مطلقا كلمة المسؤولية للتعبير عن الالتزامات ولتعويض الأضرار الحاصلة)، نقلا عن: د. حسن الخطيب، نطاق المسؤولية المدنية (التقصيرية والتعاقدية) في القانون الفرنسي والقانون العراقي المقارن، مطبعة حداد، البصرة،ص٢٩).حيث ان الفقه الإسلامي استعمل كلمة اعم واشمل وأدق من المسؤولية المدنية، إلا وهي الضمان.

ترادف في احكامها ضمان اليد وضمان الإتلاف، وفيما يلي ننبذ هذا التصور في الفقرات الاتية:

أولا / ضمان العقد والمسؤولية العقدية: تعرف المسؤولية العقدية بانها الجزء الذي يرتبه القانون على إخلال المتعاقد بتنفيذ التزامه التعاقدي[١]، وتقوم هذه المسؤولية على خطا صادر من المدين يترتب عليه ضرر يصيب الدائن بالإضافة إلى رابطة السببية بين الخطأ والضرر. ويرى فقهاء القانون ان المسؤولية العقدية إنما هي كلمة مرادفة لضمان العقد، بل ان المشرع العراقي قد سار على هذا الفهم أيضا[٢]. إلا اننا نذهب مع البعض[٣] إلى ان " ضمان العقد الذي يعرفه الفقهاء المسلمون غير المسؤولية العقدية في اصطلاح فقهاء التشريع الوضعي، فضمان العقد ضمان مال تالف بناء على عقد الضمان، إما المسؤولية العقدية فليس التعويض فيها تعويضا عن مال تالف فحسب، وانما هو تعويض عن ضرر نشأ عن عدم تنفيذ المدين ما التزم به بناء على العقد، ولذا فانها تتطلب في وجودها وجود عقد صحيح واجب التنفيذ لم يقم عاقده بتنفيذه وذلك عندما يتعين ان يكون التنفيذ عينيا، إما إذا كان التنفيذ باداء مال ــ على حد تعبير صاحب الراي ــ فان الواجب حينئذ هو

---

(١) د. حسن علي الذنون، أصول الالتزام، مرجع سابق، ص١٧٢.

(٢) راجع البند (٣) من الفرع الثاني من الفصل الاول من الباب الاول من القانون المدني العراقي.

(٣) الاستاذ علي الخفيف، مرجع سابق،ص٢٠.

باداء الدين جبرا بما تؤدي به الديون جبرا ولا يكون عندئذ محل للمسؤولية العقدية، وذلك ما لا يراه فقهاء الشريعة، فان امتنع كان امتناعه معصية يستحق عليها التعزير إلى ان يمتثل.."

ولم نرد من ايراد هذا الراي، ان نذهب إلى ان المسؤولية العقدية في القانون تختلف عن الضمان في الشريعة، بل أننا – بالإضافة إلى ذلك – نقول ان ضمان العقد في القانون يختلف عن المسؤولية العقدية في القانون كذلك. حيث ان ضمان العقد يشمل أحكام المسؤولية العقدية المطبقة نتيجة الإخلال بتنفيذ الالتزام التعاقدي في العقد الصحيح، وتلك الأحكام التي تقتضي التعويض رغم ان العقد لم يعد صحيحا بعد، بل هو في مراحله التحضيرية، مثال ذلك: الاضرار الناجمة عن تنفيذ العقد الباطل، وكذلك التعويض نتيجة لوجود عيب من عيوب الرضا وغير ذلك، كما ان ضمان العقد يشمل جميع الضمانات التي يرتبها القانون وينظمها في كل عقد على حده، كضمان العيوب الخفية وضمان التعرض وضمان الاستحقاق، كما يشمل ضمان العقد أحكام تعويض الطرف المتضرر لعدم تنفيذ الطرف الاخر العقد والذي ادى إلى طلب فسخه. وهكذا يتضح لنا جليا ان ضمان العقد اعم واشمل من المسؤولية العقدية.

ثانيا / ضمان الإتلاف وضمان اليد والمسؤولية التقصيرية

يعرف الفقه المسؤولية التقصيرية بانها الزام من احدث ضررا غير مشروع بالغير(بتعويض) هذا الضرر[١].ونعرفها نحن بانها المسؤولية التي يقررها القانون على محدث الضرر نتيجة إخلاله بالتزام قانوني مرده عدم الأضرار بأحد، وهذه المسؤولية تنشأ عادة عن الفعل الضار أو العمل غير المشروع. ومن صور العمل غير المشروع المهمة الإتلاف والغصب، ويلاحظ ان الإتلاف ينتج عنه ضمان الإتلاف، وان الغاصب يده على المغصوب يد ضمان فينتج عن الغصب ضمان اليد، رغم وجود هذه العلاقة، فان الإتلاف أو الغصب رغم انها الصورتان المهمتان في العمل غير المشروع، فان هناك صور اخرى للعمل غير المشروع كسوء استعمال الحق والتجاوز والمسؤولية عن الغير والاشياء وغيرها. كما ان

---

(١) د. حسن علي الذنون، أصول الالتزام، مرجع سابق،ص٢٠٨. (ينتقد ـ بحق ـ بعض الفقهاء استخدام لفظ المسؤولية التقصيرية عن الإخلال بواجب اقره القانون، فيرى د. محمد لبيب شنب كتابة موجز في مصادر الالتزام ـ المصادر غير الإرادية ـ دار النهضة، بيروت، ١٩٦٩، ص١١" انه على الرغم من ان مصطلح المسؤولية التقصيرية هو السائد فانه غير دقيق لسببين :-

ا. انه يوحي ان المسؤولية التقصيرية وحدها هي التي تقوم على التقصير والخطأ، في حين ان المسؤولية العقدية تفترض بدورها وجود تقصير أو خطأ.

ب. انه يوحي ان التقصير أو الخطأ ركن ضروري في جميع صور المسؤولية التقصيرية، وذلك غير صحيح)) . رغم ذلك فأن د. محمد لبيب شنب لم يقترح تسمية بديله للمسؤولية التقصيرية. كما ان الأستاذ عبد الحميد عمر وشاحي، "النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني ص١٢٠"، قد انتقد هذه التسمية واقترح تبديلها بمصطلح المسؤولية اللاتعاقدية، وقد اخذ بهذه التسمية د. صلاح الدين الناهي" مبادئ الالتزامات، بغداد، ١٩٦٨،ص١٦١ وما بعدها").

ضمان الإتلاف يشمل ضمان الإتلاف بمعناه العام الشامل للهلاك المادي كصورة من صور العمل غير المشروع والهلاك القانوني للشيء بفعل التصرف به إلى الغير، من جهته فليس الغاصب هو وحده الذي تعتبر يده على الشيء يد ضمان، فهناك السارق والمحتال وظائف الأمانة، بل أن هناك الحائز الحسن النية الذي تعد يده على الشيء يد ضمان بموجب نص في القانون[١].

ثالثا / معيار هام في التمييز بين الضمان والمسؤولية المدنية

المسؤولية المدنية هي المسؤولية عن تعويض الضرر الناجم عن الإخلال بالتزام مقرر في ذمة المسؤول [٢]،وقد ذكرنا ان هذه المسؤولية من الممكن ان تكون عقدية وكذلك ممكن ان تكون تقصيرية، كما ذكرنا ان الضمان اعم واشمل أدق من كلمة المسؤولية المدنية، لانه يترتب على جوانب كثيرة لا تترتب عليها المسؤولية المدنية، فالمسؤولية اذن جزء من الضمان. وها نحن الآن نؤكد هذا القول بان كل انتقاء للضمان يستتبعه انتقاء للمسؤولية فبانهدام الكل بنهدم الجزء ولا عكس، فكل انتقاء للمسؤولية لا يستتبعه بالضرورة انتقاء للضمان، اذ من الممكن ان ينهدم الجزء مع بقاء الاجزاء الاخرى من الكل، والذي يوضح هذا القول وجود معيار مهم

---

(١) نصت المادة (٤٢٨) من القانون المدني العراقي على انه : "إذا انتقلت ملكية الشيء بعقد كانت يد المالك القديم قبل التسليم يد ضمان وتنقلب يد امانة إذا امتنع واجب التسليم بقيام سبب للحبس".

(٢) راجع : المستشار عز الدين الدناصوري و د. عبد الحميد الشواري، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء،١٩٨٨،ص١١.

مفاده ان السبب الأجنبي[١] يقطع العلاقة السببية بين الخطأ والضرر وبالتالي يؤدي إلى عدم قيام المسؤولية المدنية وذلك لان احد اركانها قد انتفى. في حين ان وجود هذا السبب الأجنبي لا يعني انتفاء الضمان في صوره الأخرى كما في حالة يد الضمان حيث انها تكون ضامنة في جميع الاحوال[٢]، فالغاصب يضمن هلاك الشيء بسببه أو بسبب لادخل لارادته فيه.

المطلب الثالث
الضمان والتعويض

يعرف التعويض بانه: مبلغ من النقود أو أية ترضية من جنس الضرر تعادل ما لحق المضرور من خساره وما فاته من كسب كان نتيجة طبيعية للفعل الضار، والتعويض هو وسيلة القضاء لجبر الضرر محوا أو تخفيضا وهو يدور مع الضرر وجودا وعدما [٣]. والتعويض إما ان يكون

---

(١) نصت المادة (٢١١) من القانون المدني العراقي على انه:"إذا اثبت الشخص ان الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كآفة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو خطأ المتضرر، كان غير ملزم بالضمان" أي في نطاق المسؤولية المدنية" ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك".

(٢) راجع: د. السنهوري، مصادر الحق، مرجع سابق، ص١٩٨. (يلاحظ انه اذا كان السبب الأجنبي ممثلا بفعل الغير فان ترخيص القانون للغاصب للرجوع عليه لا ينفي عنه الضمان (م / ١٩٨ مدني عراقي)، إما بالنسبة لخطأ المتضرر فانه ممكن ان يكون سببا لتخفيض الضمان (المادة / ٢١٠ مدني عراقي).) يراجع كذلك: د. السنهوري، نظرية العقد، دار الفكر، ١٩٣٤، ص٩٦١.

(٣) راجع : د. عبد المجيد الحكيم و عبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص٢٧١. كذلك: د. منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات ←

عينيا أو بمقابل[١]. ويمثل التعويض اثرا من اثار الضمان، فالضمان كما بينا سابقا، شغل الذمة، فنقول هذا الشخص ضامن أي ان ذمتـــه مشـــغولة بشيء يجب الوفاء به سواء كان مالا أو عملا، لذا فاننا من الخطأ ان نسمي التعويض ضمانا [٢]، فهو غير واجب في الذمة في جميع الاحوال رغم انـه الاثر الاكثر حده والاكبر نطاقا ترتبا على الضمان، فمثلا ضمان احضـــار الخصم لا يترتب عليه أي تعويض إلا إذا وجد الضرر الذي كـــان نتيجـــة طبيعية للفعل الضار. وكما قلنا ان التعويض يكون في صورة مبلـــغ مـــن النقود أو رد المثل في المثليات، إلا انه يلاحظ ان الضمان قد يرتب علـــى الضامن القيام بعمل، على الرغم من ان هذه الحالات قليلـــة فـــي الحيـــاة العملية، إلا ان هناك سابقة تاريخية تؤكد هذا القول، وقد ذكرها كتـــاب الله العزيز في قوله تعالى: "وداؤد وسليمان إذ يحكمان في الحرث إذ نفشت فيه غنم القوم وكنا لحكمهم شاهدين، ففهمناها ســـليمان وكـــلا اتينـــا حكمـــا وعلما[٣]" وملخص تفسير هذه الآية: هو ان رجلين دخلا على داؤد وعنـــده ابنه سليمان، أحدهما صاحب الحرث، والآخر صاحب الغنم، فقال صـــاحب الحرث: ان هذا انفلتت غنمه ليلا فوقعت في حرثي، فلم يبق منـــه شـــيئا،

في القانون المدني، ج١، مصادر الالتزام، بغداد، ١٩٩١، ج١،ص٣٧١. وكذلك :د. سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، من منشورات مركـــز البحوث القانونية، بغداد، ١٩٨١،ص١٤٣ ومابعدها.

(١) راجع للتفضيل: د. سعدون العامري، المرجع السابق، ص١٤٩ وما بعدها.

(٢) د. وهبة الزحيلي، مرجع سابق،ص٨٧.

(٣) سورة الانبياء، الاية(٧٨) راجع لاجل التفسير : الصابوني، صفوة التفاسير، المجلد الثاني، دار الفكر،ص٢٧٠.

فقضى داؤد بان يأخذ صاحب الحرث الغنم، فإنها تساوي قيمة الحرث الذي أفسدته (وذلك كتعويض لصاحب الحرث). فلما سمع سليمان هذا الحكم رأي ما هو خير منه وارفق بالجميع، فقال تدفع الغنم إلى صاحب الحرث فينتفع بألبانها وسمنها وأصوافها، ويدفع الحرث إلى صاحب الغنم ليقوم عليه زراعة وسقيا وتعهدا، حتى إذا عاد الزرع إلى حاله التي أصابته الغنم السنة المقبلة، رد كل واحد منهما ماله إلى صاحبه، فقال داؤد: يا بني لا يقطع الله فهمك، وقضى بما قضى به سليمان واقره، وهذا حتى قوله سبحانه وتعالى :" ففهمناها سليمان" أي فهمنا سليمان القصة وحكمها .

ففي هذه القضية حكم داؤد عليه السلام بقيمة المتلف، وبما انه وجد الغنم بقدر القيمة فدفعها إلى صاحب الحرث، إما لانه لم يكن لصاحب الغنم مالاو تعذر بيعها ورضي بتسليمها ورضي صاحب الحقل باخذها بدلا من القيمة. واما سليمان فقضى على صاحب الغنم بدفع المثل، بان يعمر البستان حتى يعود كما كان، وما حكم به سليمان هو الاقرب إلى العدل[١].

وتبقى لنا كلمة هي ان التطبيق العملي قد يفرض امرا لا بد من الاقرار به وهو ان التعويض يكاد يكون الاثر الرئيسي للضمان مع وجود بعض الاثار المترتبة على الاخير[٢].

---

(١) راجع: د. وهبة الزحيلي، مرجع سبق ذكره،ص٨٠.

(٢) ومن المفيد ان نتذكر هنا مثلا يوضح الفرق بين الضمان والتعويض، وهو ما نصت عليه المادة (٢١٠) من القانون المدني العراقي بقولها: "يجوز للحكمة ان تنقص مقدار التعويض أو الا تحكم بتعويض ما إذا كان المتضرر قد اشترك بخطأه في احداث الضرر أو زاد فيه أو كان قد سوأ مركز المدين" فالمدين عندما صدر منه الفعل الضار وترتب عليه ضرر أصاب الدائن فانه من وقت حدوث الضرر يكون ↔

المطلب الرابع
الضمان والتضامن

يختلف الضمان عن التضامن، فالتضامن هو تكافل عدد من الذمم بان تكون لاحداها الحق في المطالبة بكل الدين، وهذا ما يطلق عليه(بتضامن الدائنين) او تكون على احداها الالزام بكل الدين عند المطالبة به وهذا ما يطلق عليه (تضامن المدينين) [1]والضمان يشغل الذمة ومن المكن المطالبة بما تشغل به الذمة من شخص لاخر او من عدة اشخاص، بحيث يكون كل شخص مسؤول بقدر ما احدثته من ضرر او بقدر ما جنته ايديه او بالقدر الذي يفرضه القانون عليه، دون ان يكون مسؤولاً عن غيره الا في الحدود التي نص عليها القانون، ومن ضمن هذه الحدود التضامن بين المدينين، اذ اننا ذكرنا سابقاً ان الضمان اعم من الدين، اذ ان كل مدين

ضامناً له فتكون ذمته مشغولة به، ومع ذلك فان المادة (٢١٠) من القانون المدني العراقي الواردة اعلاه، تجيز للمحكمة ان تنقص مقدار التعويض او الا تحكم بتعويض اصلاً فيما اذا كان المتضرر قد اشترك بخطأه في احداث الضرر او زاد فيه او كان قد سوأ مركز المدين، فالمدين ضامن من وقت حدوث الضرر، الا ان الملابسات التي قد تحصل في الفعل الضار قد تدعو المحكمة الى عدم الحكم على المدين بالتعويض او قد تحكم به عليه مع انقاص منه للاسباب المذكورة اعلاه،والنتيجة التي ترتبت على اعتبار المدين ضامن من وقت حدوث الضر هو ان يكون التعويض بقيمة الضرر يوم حدوثه ــ على ما ذهب اليه البعض ــ وبما ان القيمة قد تتغير فقد ارتأينا الاخذ بالرأي الذي يذهب الى الاخذ باعلى القيم من وقت حدوث الضرر الى يوم صدور الحكم وتنفيذه.

(١) للتفاصيل يراجع كتاب الاستاذ د. عبد المجيد الحكيم، الموجز، مرجع سابق، ص٢٣٠ وما بعدها.

ضامن في حدود اعماله الشخصية ولكن ليس بالضرورة ان يكون كل ضامن مدين، فالضامن يكون مدينا عند تحقق شرط المطالبة فعند تحققه يكون مسؤولا عن اعماله الشخصية، وقد يكون مسؤولا عن اعمال غيره من المدينين لتحقق شرط التضامن معهم. والتضامن بين المدينين كثير الوقوع في الحياة العملية،بعكس التضامن بين الدائنين، فهو خير ضمان شخصي للدائن يضمن له الحصول على حقه في حالة اعسار بعض المدينين، فهو نوع من الكفالة الشخصية، ولكنه اقوى انواع الكفالة[١]. والتضامن ما ين المدينين لا يفترض وانما يكون بناء على اتفاق او نص في القانون[٢]،فالمثال على التضامن ين المدينين الذي يصوره الاتفاق، ان يبيع شخص شيئا الى ثلاثة اشخاص ويشترط ان يكونوا متضامنين في الوفاء بالثمن، كان له الحق في مطالبتهم مجتمعين ومنفردين، والمدين الذي يختاره الدائن ويطالبه بالثمن يكون ملزما بالوفاء به. ومثال على التضامن الذي مصدره نص في القانون تعدد المسؤولين عن العمل غير المشروع حيث انهم يكونون متضامنين في دفع التعويض [٣]، وكذلك اتلاف المال المغصوب في يد الغاصب،فالمتلف والغاصب يكونان متضامنين تجاه المالك[٤]، وغاصب الغاصب[٥]، وعليه فان التضامن نظام يوسع من نطاق

---

(١) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز، المرجع السابق،ص٢٤٠.

(٢) المادة (٣٢٠) مدني عراي.

(٣) المادة (٢١٧) مدني عراقي.

(٤) المادة (١٩٨) فقرة (٢) مدني عراقي.

(٥) المادة (١٩٨) فقرة (١) مدني عراقي.

الضمان فيوزعه على ذمم متعددة تكون كلها ضامنة للدين، وهذه، لاريب، وسيلة تعزز موقع الضمان واهميته في المعاملات المدنية[١].

المطلب الخامس
الضمان والتأمين

للتأمين معان متعددة، فقد يدل معناه على ما يدل عليه عقد التأمين المعروف في القانونين المدني والتجاري [٢]، وهو عقد مسمى. وقد يدل

---

(١) جرى القضاء الفرنسي فترة طويلة من الزمن على اعتبار المسؤولين المتعددين عن الضرر الواحد ملزمين بتعويض هذا الضرر كما يلتزم المدينون المتضامنون في نطاق المسؤولية العقدية بحيث ان المصاب يستطيع الرجوع على أي منهم بتعويض الضرر كله، وبحيث ان كل مسؤول من هؤلاء المسؤولين المتعددين يعتبر نائبا عن الاخرين في علاقته بالمدعي المضرور، لكن احكام المحاكم الفرنسية اخذت تميل في الوقت الحاضر الى الانحراف عن هذا القضاء وتصرح في كثير منها لعدم امكان قيام (تضامن) بين هؤلاء المسؤولين المتعددين واننا هنا في حدود (التزام قضائي) بمعنى انه وان كل واحد من المسؤولين المتعددين ملزما بتعويض الضرر كله كما هو الحال بالنسبة للمدينين المتضامنين ولكن من دون ترتيب الاثار الثانوية الاخرى للتضامن السلبي. فالفرق بين المسؤولية بالتضامن والمسؤولية بالتظامم،ان التضامن يختص باحكام لا تشاركه فيها المسؤولية بالتضامم، فالمسؤولون بالتضامن يمثل بعضهم بعضا فيما ينفع لا فيما يضر، وغير ذلك من الفروق التي لا مجال لذكرها هنا. (راجع التفصيل: الاستاذ الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، ج١، مرجع سابق، ص١٠٥٢ وما بعدها. كذلك الدكتور حسن علي الذنون المبسوط في المسؤولية المدنية،ج١،الضرر،شركة التأمين للطبع والنشر المساهمة،بغداد،١٩٩١،ص٣٣٥-٣٥٢).

(٢) نصت الفقرة (١) من المادة (٩٨٣) مدني عراقي على أن : ((التأمين، عقد به يلتزم المؤمن أن يودي الى المؤمن له أو الى المستفيد مبلغا من المال أو ايرادا مرتبا أو أي تعويض آخر، في حالة وقوع الحادث المؤمن ضده، وذلك مقابل أقساط

على نظام التأمين الاجتماعي، كما هو معروف في قواعد الضمان الاجتماعي. والتأمين يعد صوره من صور الضمان بمعناه العام، وهو بهذا المعنى يعني ضمان أداء الدين، وهذا الضمان إما أن يكون ضمانا شخصيا (كما في الكفالة) أو ضمانا عينيا (كما في الرهن وحقوق الامتياز)[١]، فالحقوق العينية التبعية تسمى (التأمينات العينية) وكذلك (الضمانات العينية)، وهي ــ بجانب الضمانات الشخصية – تشكل ضمانات خاصة، إذ أن هناك ضمان عام للدائنين يتمثل في مجموع أموال المدين [٢]. هكذا يبدو الفرق بين الضمان والتأمين بوصفه (ضمانا خاصا)، فالمدين ضامن للوفاء بالدين الذي في ذمته، والذي يعزز هذا الضمان مجموع ما لديه من أموال، فإذا لم يكتف الدائن بهذا الضمان، طلب من مدينه ضمانا خاصا، قد يتمثل في تقديم شخص يكفل أداء الدين من قبل المدين، أو قد يتمثل في تقديم عين

أي تعويض آخر، في حالة وقوع الحادث المؤمن ضده، وذلك مقابل أقساط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن)). راجع للتفاصيل : د. باسم محمد صالح، القانون التجاري، القسم الأول، دار الحكمة، بغداد، ١٩٨٧، ص١٩٦.

(١) راجع : محمد طه البشير و د. غني حسون طه، مرجع سابق، ص ٣٤٢ . د. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني الأردني، الحقوق العينية التبعية، مكتبة دار الثقافة، عمان، ١٩٩٥، ص ١٢ . د. نبيل إبراهيم سعد، التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٢، ص ٢٩ . د. علي هادي العبيدي، الحقوق العينية، مكتبة دار الثقافة، عمان، ١٩٩٩، ص ٣١٩ .

(٢) نصت المادة (٢٦٠) مدني عراقي على أنه ((١- أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه . ٢- وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان الا من كان له منهم حق التقدم طبقا للقانون)).

لغرض رهنها عند الدائن، فيكون حق الأخير مضمونا بتأمين عيني خاص، يتمثل في المال المرهون سواء أكان عقارا أم منقولا، وسواء أكان الرهن تأمينيا (مجردا) أم حيازيا [١] . وقد يرتب القانون ضمانا عينيا خاصا، وهو ما معروف بـ (حق الامتياز)[٢].

وهنا لابد من التنويه الى عدم الخلط بين ما نقصده من مفهوم الضمان – محل البحث – بشكل عام، ومفهوم الضمان الخاص (التأمين)، فالأول يعني بالأساس شغل الذمة، والثاني يضاف الى شغل الذمة هذه ضمانا خاصا يؤمن به أداء ما تشغل به الذمة من عين أو دين، وقد يستعمل المشرع لفظ (الضمان) في موضع التأمينات العينية، فأحيانا يقصد به الضمان بمعناه العام وتارة يقصد به التأمين، فعلى سبيل المثال نصت المادة (١٣٣٢) مدني عراقي على أنه : ((١- كل جزء من المرهون ضامن لكل الدين، وكل جزء من الدين مضمون بكل المرهون)) فهذا النص تضمن مبدأ معروفا لدى فقه القانون المدني وهو مبدأ عدم جواز

---

(١) راجع في التمييز بين الرهنين التأميني والحيازي : محمد طه البشير و د. غني حسون طه، مرجع سابق، ص ٤٨٩ . د. محمد وحيد الدين سوار، مرجع سابق، ص ١٧٨ . د. نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص ١٧٥.

(٢) حق الامتياز هو حق عيني يقرره القانون ضمانا لوفاء دين معين مراعاة منه لصفته، وهذا الحق يمنح الدائن سلطة مباشرة على الشيء المحمل به تمكنه من استيفاء دينه بالأولوية في أي يد يكون (محمد طه البشير و د. غني حسون طه، مرجع سابق، ص ٥٦٥).

تجزئة الرهن [١]، ولا يعني أن يد الدائن المرتهن يد ضمان، على حسب ما يفهمه بعض طلابنا الأعزاء، ولا سبيل للاستناد الى ما أشارت اليه الفقرة (١) من المادة (١٣٣٨) مدني عراقي في شطرها الأخير ((... وهو مسؤول – أي المرتهن – عن هلاكه – أي المال المرهون – كلا أو بعضا، ما لم يثبت أن ذلك يرجع لسبب أجنبي لا يد له فيه)) . فيد الضمان تضمن في جميع الأحوال، حتى مع وجود السبب الأجنبي، أما يد الأمانة فصاحبها لا يضمن إلا بالتعدي والتقصير، أما إذا هلكت العين بسبب أجنبي لا يد لصاحب الأمانة فيه، فأنه يستطيع أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت السبب أجنبي، والنص أعلاه يؤكد أن يد الدائن المرتهن يد أمانة، إلا أن المال المرهون في يده يعد من الأمانات التي يكون فيها الأمين مسؤولا، وبالتالي يصح أن يكون الرهن الحيازي توثيقا لها [٢] .

---

(١) راجع :محمد طه البشير و د. غني حسون طه، مرجع سابق، ص ٤٨٧ و د. نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص ٢٥ و د. علي هادي العبيدي، مرجع سابق، ص٣١٨.

(٢) راجع : المادة (١٣٣١) مدني عراقي.

المبحث الثالث
طبيعة الحكم بالضمان وما يتعلق به من حقوق

للضمان حكمين، حكم شرعي، اكتفى بالحديث عنه فقهاء الشريعة الاسلامية في مواضع قليلة، وحكم قانوني،لم يتناوله بالبحث فقهاء القانون على حد علمنا، واننا اذا ما وصلنا الى تحديد طبيعة الحكم بالضمان نكون امام سؤال احر وهو الحقوق التي تتعلق بالضمان فهل تتعلق بالضمان حقوق عينية ام حقوق شخصية؟

عليه سوف نقسم هذا المبحث الى مطلبين، نوضح في الاول منهما طبيعة الحكم بالضمان، وفي الثاني ما يتعلق بالضمان من حقوق.

المطلب الأول
طبيعة الحكم بالضمان

ذكرنا ان للضمان حكمين شرعي وقانوني، فما هو الحكم الشرعي للضمان ؟ وما هو الحكم القانوني له ؟ وهذا ما سنبحثه على التوالي في الفرعين الآتيين:

الفرع الاول
الحكم الشرعي للضمان

يعرف الحكم الشرعي عند الاصوليين بانه: خطاب الله المتعلق بافعال المكلفين بالاقتضاء او التخيير او الوضع. والمقصود بخطاب الله، كلامه مباشرة وهو القرآن الكريم او بالواسطة: وهو ما يرجع اى كلامه

من سنة او اجماع، وسائر الادلة الشرعية التي نصبها الشارع لمعرفة حكمه[١].

والمقصود بالاقتضاء: الطلب، سواء اكان طلب فعل ام تركة، وسواء اكان هذا الطلب بنوعيه على سبيل الإلزام، ام كان على سبيل الترجيح. والمراد بالتخيير: التسوية بين فعل الشئ وتركه وبدون ترجيح لاحدهما على الاخر واباحة كل منهما للمكلف. والمراد بالوضع: جعل الشيء سببا شئ آخر او شرطا له او مانعا منه[٢].

فقوله تعالى" يا ايها الذين امنوا اوفوا بالعقود " [٣]. حكم شرعي، لانه خطاب الله تعالى تعلق بفعل من افعال المكلفين، وهو الايفاء بالعقود على جهة الطلب له.

وقوله تعالى" ولا تقربوا الزنى انه كان فاحشة وساء سبيلا " [٤]،حكم شرعي لانه خطاب من الشارع، طلب به الكف عن فعل، وهو الزنى.

وقوله تعالى " واذا حللتم فاصطادوا " [٥]،حكم شرعي: لانه خطاب من الشارع باباحة الاصطياد بعد التحلل من الاحرام.

---

(١) راجع: د. عبد الكريم زيدان، الوجيز في اصول الفقه. مكتبة القدس، بغداد، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٨٥،ص٢٣. د. مصطفى الزلمي، أصول الفقه الإسلامي في نسيجه الجديد، مركز عباوي، صنعاء، ١٩٦٦، ص ٩.

(٢) راجع: د. عبد الكريم زيدان، الوجيز، مرجع سابق، ص٢٤. الأستاذ عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، دار القلم، ١٩٧٨، ط ١٢، ص ١١٧ .

(٣) سورة المائدة، الاية(١).

(٤) سورة الاسراء، الاية(٣٢).

(٥) سورة المائدة، الاية (٢).

وقوله تعالى " فاذا قضيت الصلاة فانتشروا في الارض " [١]،حكم شرعي: لانه خطاب من الشارع باباحة الانتشار في الارض بعد الفراغ من الصلاة.

وقوله تعالى " يا ايها الذين امنوا لا تسألوا عن اشياء ان تبد لكم تسؤكم " [٢]،حكم شرعي: لانه خطاب ثبت به كراهة السؤال عما يتوقع في الاجابة من اساءة للسائل او للاخرين.

وقوله تعالى " ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا " [٣]،حكم شرعي، لانه خطاب من الشارع بوجوب الحج على المكلفين.

وقوله تعالى " السارق والسارقة فاقطعوا ايدهما " [٤]،حكم شرعي، لانه جعل السرقة سببا للقطع.

وقوله (صلى الله عليه وآله وسلم): " لا نكاح إلا بولي وشاهدين " [٥]،فهو حكم شرعي: لانه جعل الشهادة شرطا لصحة عقد النكاح.

وقوله (صلى الله عليه واله وسلم): " لا يرث القاتل " [١]،حكم شرعي، جعل القتل مانعا من الميراث [٢].

---

(١) سورة الجمعة، الاية (١٠).

(٢) سورة المائدة،الاية (١٠١).

(٣) سورة آل عمران،الاية (٩٧).

(٤) سورة المائدة الاية (٣٨).

(٥) رواه الامام احمد عن الحسن عن عمران ابن الحصين، نقلا عن كتاب الامام ابن حجر العسقلاني، بلوغ المرام من ادلة الاحكام، دار العلوم الحديثة، بيروت، مكتبة الشرق الجديد، بغداد، ١٩٨٣، ص٢٤٤.

ومن تعريف الحكم عند الاصوليين يعرف أمرين: [٣]

١) ان خطاب الله تعالى المتعلق بغير افعال المكلفين لا يسمى حكما عند الاصوليين،مثل خطابه المتعلق بذاته وصفاته، واخباره عن خلقه للمخلوقات، كقوله سبحانه تعالى: " والله خلقكم وما تعملون " [٤].

٢) ان الحكم عند الاصوليين هو نفس خطاب الله، أي نفس النصوص الشرعية، اما عند الفقهاء، فالحكم: هو اثر هذا الخطاب، أي ما يتضمنه هذا الخطاب، فقوله تعالى:

" ولا تقربوا الزنى " [٥]، هو الحكم عند الاصوليين، اما عند الفقهاء، فهة اثر هذا الحطاب، أي ما تضمنه هذا النص الشرعي، وهو حرمة الزنى.

والحكم الشرعي على نوعين، حكم تكليفي وحكم وضعي.

---

(١) وقد روي الحديث برواية اخرى، فعن عمر بن شعيب عن ابيه عن جده قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " ليس للقاتل من الميراث شيء" رواه النسائي والدارقطبي. نقلا عن ابن حجر العسقلاني المرجع السابق،ص٢٣٦.

(٢) وللمزيد من الامثلة راجع: كتاب الاساتذة : د. حمد عبيد الكبيسي و د. محمد عباس السامرائي و د. مصطفى الزلمي. المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية، دار المعرفة، بغداد، ١٩٨٠، ط١، ص ٢٨-٢٩. و د. مصطفى الزلمي، أصول الفقه، مرجع سابق، ص ١٨٣، وما بعدها .

(٣) د. عبد الكريم زيدان، الوجيز، مرجع سابق، ص٢٥.

(٤) سورة الصافات، الاية (٩٦).

(٥) سورة الاسراء، الاية (٣٢).

١) الحكم التكليفي : وهو ما يقتضي طلب الفعل او الكف عنه او التخيير بينهما. وقد سمي هذا الحكم بالحكم التكليفي، لان فيه كلفة على الانسان، وهذا ظاهر فيما طلب فبه الفعل او الترك، اما مافيه تخيير فقد جعل ايضا من الحكم التكليفي على سبيل التسامح والتغليب [١]،وتعليل ذلك ان التمييز لا يكون الا لمن يضم الزامه بالفعل والترك، فهذا اوجه اعتبار الاباحة من احكام التكليف، لا بمعنى ان المباح مكلف به[٢].

٢) الحكم الوضعي: هو ما يقتضي جعل شيء سببا لشيء اخر، او شرطا له، او مانعا منه.وسمي هذا النوع بالحكم الوضعي، لانه ربط بين شيئين بالسببية او بالشرطية او المانعية بوضع من الشارع، أي بجعل منه، أي ان الشارع هو الذي جعل هذا سببا لهذا او شرطا له او مانعا منه [٣]،وقد مرت الامثلة لهذين النوعين.

ومن هنا يظهر جليا الفرق بين الحكم التكليفي والحكم الوضعي:-

---

(١) راجع الاستاذ عبدالوهاب خلاف، مرجع سابق، ص ١٠١ و د. عبد الكريم زيدان، الوجيز، مرجع سابق، ص٢٧. د. مصطفى الزلمي، دلالات النصوص، مرجع سابق، ص ١٧ .

(٢) للتفاصيل راجع : د. عبد الكريم زيدان، الوجيز، مرجع سابق، ص٢٨. وكذلك كتاب د. مصطفى الزلمي وعبد الباقي البكري، المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية، جامعة بغداد، بيت الحكمة،١٩٨٩، ص١٨.

(٣) وهناك من الفقه من يضيف على انواع الحكم الوضعي، الصحة والفساد (او البطلان). (د. مصطفى الزلمي، دلالات النصوص، مرجع سابق، ص٣٣ وما بعدها).

أ- الحكم التكليفي يتطلب فعل شيء او تركه او اباحة الفعل والترك للمكلف، اما الحكم الوضعي فلا يفيد شيئا من ذلك، اذ لا يقصد به الابيان ما جعله الشارع سببا لوجود شيء او شرطا له او مانعا منه، ليعرف المكلف متى يثبت الحكم الشرعي ومتى ينتفي فيكون على بينة من امره.

ب- المكلف به في الحكم التكليفي، امر يستطيع المكلف فعله او تركه، فهو داخل في حدود استطاعته، لان الغرض من التكليف امتثال الملف ما كلف به، فاذا كان خارجا عن قدرته كان التكليف عبثا ينزه عنه الشارع الحكيم، ولهذا كان من القواعد في الشريعة الاسلامية : " لا يكلف الا بمقدور" [1]، اما الحكم الوضعي، فلا يشترط في موضوعه ان يكون في قدرة المكلف ومن ثم كان منه المقدور للمكلف،ومنه الخارج عن قدرته، ولكن مع هذا اذا وجد ترتب عليه اثره. فمن الحكم الوضعي المقدور للمكلف، السرقة والزنى وسائر الجرائم فقد جعلها الشارع اسبابا لمسبباتها، وكذلك سائر العقود والتصرفات فهي اسباب لآثارها الشرعية، وكذلك الوضوء شرط للصلاة، والقتل مانع للارث. ومن الحكم الوضعي غير المقدور للمكلف، القرابة سبب للميراث، وهي ليست بمقدور المكلف، وبلوغ الحلم شرط لانتهاء

---

(١) راجع في معنى هذه القاعدة ودلالاتها: د. محيي هلال السرحان، مرجع سابق، ص٩٠ وما بعدها.

الولاية على النفس، والجنون مانع من تكليف المجنون وكلها ليست بمقدور المكلف[١].

وبعد ان توضح لدينا الفرق بين الحكم التكليفي والحكم الوضعي، هل ان الحكم بالضمان حكم تكليفي ام حكم وضعي؟

المبحث الاول
اعتبار الحكم الشرعي للضمان حكما تكليفيا

ذكرنا ان الحكم التكليفي هو خطاب الشارع المقتضي طلب الشيء او الكف عنه او التخيير بينهما والمتعلق بافعال المكلفين، فمن لم يكن مكلفا لا يشمله هذا النوع من الحكم. حيث يشترط في الانسان حتى يصح تكليفه شرعا، ان يكون قادرا ــ بنفسه او بالواسطة ــ على فهم خطاب التكليف الموجه اليه، ويتصور معناه بالقدر الذي يتوقف عليه الامتثال، لان الغرض من التكليف الطاعة والامتثال، ومن لا قدرة له على الفهم لا يمكنه الامتثال[٢].والشرط في صحة التكليف، كون المكلف اهلا لما يكلف به، واهلية التكليف هذه تثبت للانسان ببلوغه عاقلا. واهلية التكليف هي اهلية الاداء الكاملة وهي صلاحية الشخص لان يمارس جميع التصرفات الشرعية النافعة والضارة والدائرة بين هذه وتلك.

ولكن ما هو الاثر الذي سيترتب على اعتبار الضمان حكم تكليفي؟

---

(١) د. عبد الكريم زيدان، الوجيز، مرجع سابق،ص ٢٧ وما بعدهما. كذلك كل من : د. حمد عبيد الكبيسي ود. محمد عباس السامرائي ود. مصطفى الزلمي، مرجع سابق، ص٤٩.

(٢) راجع: د. عبد الكريم زيدان، الوجيز، مرجع سابق، ص٨٧. والاستاذ عبدالوهاب خلاف، مرجع سابق، ص١٣٠

ان الاثر المترتب على هنا الاعتبار هو اشتراط توفر اهليـة الاداء الكاملة في الشخص المراد تضمينه، فالمجنون والمعتوه والسفيه وذو الغفلـة والصغير سواء كان مميزا او غير مميز، كل هؤلاء لا يقع عليهم الضمـان لاننا اشترطنا في المكلف بخطاب الضمان أن يكون بالغا عاقلا وهذا مـا لا يشترطه الفقهاء في جميع انواع الضمان. فالاهلية في ضمان العقـد مـع وجوب اعتبارها كاملة(البلوغ مع العقل) عنـد جمـهور الفقـهاء، اكتفـى بعضهم[١] باهلية الاداء الناقصة أي (التمييز).واما ضمـان اليـد فيكفـي الالتزام به ــ على حد قول بعض الفقه ــ اهلية الوجوب الكاملة أي توافـر الصفة الانسانية بعد الولادة، وكذلك في ضمان الاتلاف [٢]. وعليـه فـان الحكم الشرعي للضمان هو حكم تكليفي بالنسـبة لضمـان العقـد وسـائر التصرفات القانونية الاخرى في راينا، لان الملتزم بضمان العقد انما سـبق له ابرام العقد الذي لا يصبح صحيحا الا اذا كانت اهلية طرفية كاملة.

وإذا ما أسلمنا بنتيجة كون ضمان العقد حكم تكليفي، ففي ضمـن أي نوع من انواع الحكم التكليفي يدخل الحكـم بالضمـان؟ هـل ان الحكـم بالضمان واجب[٣]؟ أم انه ندب [٤]؟

---

(١) الحنفية.

(٢) راجع: د. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص٧٩.

(٣) الواجب، هو ما طلب الشارع فعله على وجه الحتم والالزام بحيث يمدح فاعله ويثاب، ويذم تاركه ويعاقب.

(٤) الندب، هو ما طلب الشارع فعله من غير الزام بحيث يمدح فاعله ولا يذم تاركه.

ومن جهته هل يعتبر السبب الذي انشأ الضمان محرما [١]؟ ام مكروها [٢]؟ وهل ان جميع هذه

الاحكام تدخل في مجال التخيير (الاباحة) [٣] ومن ثم تركها لارادة الطرفين؟

ولغرض الاجابة على هذه التساؤلات، نود تقسيم الاجابة على النقاط التالية:-

١) ان الحكم التكليفي لضمان العقد يكيف انه واجب شرعي، وسندنا في ذلك صيغة الامر التي جاء بها قوله تعالى " يا ايها الذين امنوا اوفوا بالعقود " [٤]، فهذه الاية تتضمن لوجوب الايجاب في الوفاء بالعقود، وبما ان ضمان العقد هو ضمان مال تالف بمقتضى عقد، فان الوفاء بقيمته او بمثله امر تستوجبه الشريعة الاسلامية الفراء، هذا ما لم يتفق الطرفان على ما يخالف ذلك، حينئذ فان اتفاقهم واجب الاحترام في حدود الشرع.

---

(١) الحرام، هو ما طلب الشارع تركه والكف عن فعله على وجه الحتم واللزوم، بحيث يذم فاعله ويعاقب، ويثاب تاركه ويمدح.

(٢) المكروه، هو ما طلب الشارع الكف عنه لا على وجه الحتم والالزام، بحيث لا يذم فاعله ولا يعاقب ويمدح فاعله ويثاب.

(٣) المباح، هو ما خير الشارع بين فعله وتركه من غير ترجيح بحيث لا مدح ولاذم في فعله او تركه. في كل هذه المعاني راجع: كتاب الجرجاني في التعريفات، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد،ص١٣٦، ص ١٢٧، ص١١٥، ص١٢٥، على التواي. كذلك: راجع صالح الجاسم الطائي، مرجع سابق،ص٥٠.

(٤) سورة المائدة، الاية (١).

٢) ان السبب الذي ينشأ الضمان اما ان يكون عملا غير مشروع وهذا ما هو محرم بدليل قوله تعالى " ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل " [١] كذلك قوله سبحامه " ولا تعثوا في الارض مفسدين" [٢]، اما اذا كان سبب الضمان عقدا، فهذا لا يعنينا في هذا الفرع بل يدخل ضمن موضوع الحكم الوضعي.

٣) ان الناس أحرار في تضمين عقودهم ما شاؤا من شروط تحد من الضمان الشرعي او توسع فيه ما لم تكن مخالفة لقواعد الشرع الحكيم[٣]، كما انه يباح لهم السماح لغيرهم بالاكل من اموالهم وان هم فعلوا ذلك فليس عليهم من بعد ذلك المطالبة بالضمان.

المقصد الثاني
اعتبار الحكم الشرعي للضمان حكما وضعيا

ذكرنا ان الحكم الوضعي هو خطاب الشارع المقتضي جعل الشيء سببا لشيء اخر او شرطا له او مانعا منه. وان هذا الحكم لا يشترط فيه التكليف، ومن ثم لا يشترط فيه الاهلية اللهم الا اهلية الوجوب التي هي عبارة عن صلاحية الشخص لان تكون له حقوق وعليه التزامات.

---

(١) سورة البقرة، الاية (١٨٨).

(٤) سورة الاعراف، الاية (٧٤).

(٣) للتفاصيل يراجع : د. احمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٦، ص١٨٦، وما بعدها.

وللحكم الوضعي ثلاثة انواع: السبب[١]، والشرط [٢]، والمانع[٣]. ففي غير الامور التي اعتبرنا بها الضمان او الحكم به حكما تكليفيا، فهل ان الحكم بالضمان في الامور الاخرى هو حكم وضعي؟.

ان الضمان حكم شرعي وضعي، فهو نتيجة ترتبت على اسباب معينة او على احداها، كما انه بسبب للمطالبة بمعنى انه احد الاسباب المؤدية الى التزام الشخص، كما ان للضمان شروطه

التي بها يرتب اثاره الشرعية، من غير ان تكون هناك موانع تحول دون ترتيب تلك الآثار.

الضمان سبب وله اسباب:- فالضمان يعد سببا للالتزام بمعنى مصدرا له كما انه يعد سببا لكسب الملكية على ضوء ما سنراه لاحقا في هذا البحث. ومع ذلك فان للضمان اسبابه التي من الممكن ان نرجعها الى التصرف القانوني او الواقعة القانونية او النص القانوني.

الضمان شرط وله شروط:- فالضمان شرط لعنصر المطالبة، فهو شرط للدين على رأي في الفقه الاسلامي، كما انه شرط لالزام الشخص

---

(١) السبب، هو ما جعل الشارع وجوده علامة على وجود الحكم وانتفائه علامة على انتفاء الحكم.

(٢) الشرط، هو ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود الحكم أو عدمه.

(٣) المانع هو ما يلزم من وجوده عدم الحكم او بطلان السبب ولا يلزم من عدمه وجود الحكم او عدمه. راجع في هذه المعاني، الجرجاني، مرجع سابق، ص٦٨، ص٧٣ فيما يخص السبب والشرط، وراجع : صالح الجاسم الطائي، مرجع سابق، ص٦٢ فيما يخص المانع .

بالتعويض. فضلا عن ان للضمان شروط مفادها كون المضمون مالا متقوما مملوكا للغير وكون الفعل الموجب للضمان مسند له .

الضمان مانع وله موانع:- فالضمان يعد مانعا للاجر عند بعض الفقه بل ومانعا للحد عند غيرهم، عملا بقاعدة " الاجر والضمان لا يجتمعان[١] " او " الحد والضمان لا يجتمعان"[٢]. وقد يمنع الضمان الضامن من التصرف في امواله عند الحجر عليه. كذلك فان للضمان موانع تمنع ترتب اثاره الشرعية، فحد السرقة يمنع اعمال قاعدة الضمان وفرضها على السارق عند بعض الفقهاء [٣]، كما ان تحول اليد من ضمان الى امانة يمنع ضمان صاحب اليد.

---

(١) راجع الاستاذ منير القاضي، مرجع سابق، ص ١٥١. د. محيي هلال السرحان، مرجع سابق، ص٦٨، و د. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص ٢٧٦.

(٢) راجع الاستاذ عبدالقادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، ج٢، دار الكتاب العربي، بيروت، ص ٦٢٠ . و د. أحمد الكبيسي، أحكام السرقة في الشريعة الإسلامية والقانون، مطبعة الإرشاد، بغداد، ١٩٧١، ص ٣٠١ وما بعدها .

(٣) راجع السيد سابق، فقه السنة، ج٩، المطبعة النموذجية، القاهرة، ١٩٦٤، ط١، ص ٣٣٨ . الاستاذ عبدالقادر عودة، مرجع سابق، ص ٦٢٠ و د. أحمد الكبيسي، مرجع سابق، ص٢٩٩ .

الخـــلاصـــة

ذكر بعض الفقهاء [١]، ان الحكم التكليفي والوضعي قد يلتقيان فـــي نص تشريعي واحد، كقوله تعالى " والسارق والسارقة فـاقطعوا أيديـهما " [٢]، فهذا النص اشتمل على حكم تكليفي وهو وجوب قطـع يـد الســارق، وحكم وضعي وهو جعل السرقة سببا لقطع يد السارق.

وبالقياس على هذا الوضع للسرقة، فان الضمان يشمل الحكمين فـــي النصوص الشرعية المنظمة له، فهو يتضمن حكم تكليفـــي هـو وجـوب الضمان في العقد " يا ايها الذين امنوا اوفوا بالعقود "، ووجوبه في غـيره " ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل ". كما انه يتضمن حكم وضعي في جعلـه سببا للالتزام وشرطا للتعويض ومانعا للاجر.

الفرع الثاني
الحكم القانوني للضمان

ان تحليل القاعدة القانونية يظهر أنها تتكون من عنصرين همـــا : الفرض والحكم، فالفرض هو الواقعة التي يرتب عليها القانون أثرا معيبـــا، اما الحكم فهو الاثر القانوني الذي يرتبه القانون على الفرض او الواقعة[٣].

---

(١) د. حمد الكبيسي و د. محمد السامرائي و د. مصطفى الزلمي، مرجع سابق،ص ٥٠.

(٢) سورة المائدة، الاية (٣٨).

(٣) الاستاذ ضياء شيت خطاب، فن القضاء، من نشورات معهد البحـوث والدراسـات العربية، بغداد، ١٩٨٤،ص٥٠. كذلك د. منـذر الشـاوي، فلسـفة القـانون، مـن مطبوعات المجمع العلمي العراقي، ١٩٩٤،ص١٥٧. (ونرى من المفيد ان نشير هنا ان الفرض والحكم كعناصر للقاعدة القانونية هما اللذان يميزان القاعدة القانونية عن ↔

ونورد مثلاً بسيطاً على الفرض والحكم، النص الذي يقول[1]. " من استعمل حقه استعمالاً غير جائز وجب عليه الضمان " فالفرض يتمثل في هذا المثال بالاستعمال غير الجائز للحق أما الحكم فيتمثل في وجوب الضمان.

المبدا القانوني من جهة وعن النص القانوني المجرد من جهة اخرى، فالمبدا القانوني هو الحكم الثابت الذي لايطرأ عليه استثناء ولا يحتاج الى برهان (في المعنى راجع: الجرجاني، مرجع سابق،ص١١١) حيث ان المبدا يحتوي على الحكم فقط دون ان يفترض حالة او واقعة معينة ومثاله نص المادة (٢) مدني عراقي (لا مساغ للاجتهاد في مورد النص) كما ان المبدأ لا يطرأ عليه استثناء بعكس القاعدة التي يستوجب فيها الاستثناء. فلكل قاعدة شواذ، اما النص القانوني المجرد فهو النص المكتوب الذي لا يمكن وصفه بانه مبدأ قانوني او قاعدة قانونية. فنقطة الالتقاء بين المبدأ والقاعدة ان كلا منهما من الممكن ان يكون مكتوباً او غير مكتوب، في حين ان النص لا يمكن الا ان يكون مكتوباً، ومناله نصوص المواد الاخيرة من كل قانون التي تقضي بان ينشر هذا القانون في الجريدة لرسمية والتي تقضي احياناً بالغاء بعض نصوص القوانين السابقة وهكذا . يبقى لدينا استفسار بسيط حول ما هية النص الذي ياتي بتعريف معين، هل هو مبدا قانوني ام نص مجرد ام قاعدة قانونية؟ مثال ذلك نص المادة (٦٥) من القانون المدني العراقي التي تعرف المال بانه كل حق له قيمة مادية. نقول ان هذا النص انما هو قاعدة قانونية مكتوبة، تحتوي على فرض وهو (كل حق له قيمة مادية) وحكم (فانه مال)). راجع: محمد سليمان الأحمد، عناصر القاعدة القانونية (الفرضية والحكم)، مجلة الرافدين للحقوق، تصدرها كلية القانون، جامعة الموصل، العدد ٥، أيلول،١٩٩٨، ص ١٠٩ .

(١) المادة (٧) الفقرة (١) من القانون المدني العراقي.

وجوهر القاعدة القانونية، كما لاحظ احد الفقهاء [١]، هو في الحكم لا في الفرض، فهو الذي يعطي القاعدة القانونية ميزتها الحقيقية، فالفرض يحدد وضعاً او حالة او وقائع اذا ما تمت يطبق الحكم، لذا فان الفرض ليس بقاعدة سلوك وانما وصف لوقائع يشترط وجودها لتطبيق الحكم، زهذا يعني ان الحكم لا يطبق الا اذا تحققت الوقائع المنصوص عليها في الفرض،وعليه فالقاعدة التي تقول: " كل مالك يجب ان يدفع ضريبة " تحلل كما ياتي، ان الجزء الاول، وهو ان " كل مالك " ليس بقاعدة سلوك وهي (الفرض) وانما يحدد شروط تطبيق الجزء الثاني من القاعدة القانونية وهو : الالتزام بدفع الضريبة (الحكم)، فالحكم القانوني هو (سنة) او (قاعدة) توجه سلوكاً، فالحكم اذن في جوهره امر بتعلق بسلوك الافراد وهو امر صادر عن ارادة (السلطة) وموجه الى ارادة اخرى : الافراد[٢].

وعليه فان الذي يحدد كون القاعدة القانونية قاعدة آمرة لا يجوز للافراد الاتفاق على ما يخالفها او قاعدة مكملة يجوز للافراد الاتفاق على ما يخالفها، وهو الحكم[٣]، وبما ان الخاص يقيد العام، فاننا سوف نطلق

---

(١) وهو الأستاذ دابا، نقلا عن : د. منذر الشاوي، مرجع سابق، ص١٥٨.

(٢) راجع بحث : محمد سليمان الأحمد، فكرة التطور القانوني بين تبدل القانون وتغير الواقع، مجلة (بحوث مستقبلية)، كلية الحدباء الجامعة، العدد الأول، ٢٠٠٠، ص ٣١٦.

(٣) راجع : محمد سليمان الأحمد، بحث سبق ذكره، ص ١٢٢ .

الحكم القانوني الآمر على القاعدة القانونية الآمرة، والحكم القانوني المكمل على القاعدة القانونية المكملة.

وهنا يثور التساؤل حول الحكم القانوني للضمان، هل هو حم قانوني آمر ام هو حكم قانوني مكمل؟

ذكرنا ان الضمان على حسب ما ارتأيناه يكون على ثلاثة انواع وهي:-

ضمان التصرفات القانونية، وضمان الوقائع القانونية، والضمان بنص القانون.

ورغم أن القانون يحدد جميع اثار الضمان بانواعه الثلاثة إلا ان هناك من الاحكام ما لا يجوز مخالفتها وهناك ايضاً الاحكام التي يجوز مخالفتها.

المقصد الاول
اعتبار الحكم القانوني للضمان حكماً آمراً

قلنا ان الحكم الآمر هو الحكم الذي لا يجوز للأفراد الأتفاق على مخالفته وذلك لتعلقه بالنظام العام او الآداب او لتنظيمه مصلحة جوهرية للمجتمع، وقد يأتي النص عليه بعدم جواز الاتفاق عليه او بطلان كل نص او اتفاق يقضي بخلافه او ما شابه تلك الالفاظ [١]. ومن هنا فان الحكم القانوني للضمان حكم آمر في الاتي:-

---

(١) راجع : عبد الباقي البكري و د. علي محمد بدير وزهير البشير، المدخل لدراسة القانون، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل،١٩٨٦،ص٢٤٣ وما بعدها. كذلك : د. جعفر الفضلي، و د. منذر الفضل، المدخل للعلوم القانونية، دار الكتب، ↔

١) كل ما يتعلق باحكام المسؤولية التقصيرية، اذ انها تعتبر من النظام العام، اللهم الا اذا كان من شأن الاتفاق على مخالفتها يوسع من نطاق ضمانات حصول المتضرر على حقه، مثال ذلك، الاتفاق على ان يكون المسؤول ضامن حتى وان نجم الضرر عن سبب اجنبي لا يد له فيه [١]. اما التخفيف والاعفاء فالاتفاق المتضمن بهما يكون باطل لمخالفته لحكم قانوني آمر[٢].

٢) كل اتفاق يقضي باعفاء المدين من المسؤولية العقدية الناشئة عن غشه او خطئه الجسيم[٣].

٣) النصوص التي تقرر وجود تضامن بين المدينين [٤]، لان الاحكام التي تتضمنها إنما جاءت لمصلحة عامة.

٤) كل حكم لا يرضى بطبيعته الاتفاق على مخالفته، اما لتعلقه بالنظام العام او الآداب او بالمصلحة العامة[١]، او ان النص صرح بعدم جواز المخالفة.

جامعة الموصل،١٩٨٧، ط١،ص١٢٣. وكذلك: د. سعيد عبد الكريم مبارك، مرجع سابق، ص٢٤١ وما بعدها.

(١) راجع نص المادة (٢١١) مدني عراقي، كذلك نص المادة (٢٥٩) مدني عراقي التي تنص الفقرة الاولى منها على انه " يجوز الاتفاق على ان يتحمل المدين تبعة الحادث الفجائي او القوة القاهرة".

(٢) راجع نص المادتين (١٦١، ٢٧٠) مدني اردني.

(٣) نص المادة (٢٥٩) مدني عراقي.

(٤) مثال على لك نص المادة (٢١٧) مدني عراقي.

المقصد الثاني
اعتبار الحكم القانوني للضمان حكماً مكملاً

ذكرنا ان الحكم المكمل هو الحكم القانوني الذي يجوز اتفاق الأفراد على مخالفته، لعدم تعلقه بالنظام العام، او الآداب، او بالمصلحة العامة، وقد ينص القانون صراحة على جواز الاتفاق على ما يخالف هذا الحكم، او بجعل الحكم احتياطياً فيما لو لم يتفق الأطراف على خلافه. ومن هنا فان الحكم القانوني للضمان حكم مكمل في الاتي:-

١) كل ما يتعلق بالمسؤولية العقدية، فهي ليست من النظام العام، ما عدا الاتفاق الذي يقضي بإعفاء المدين من المسؤولية الناشئة عن غشه او خطئه الجسيم، على ضوء ما ذكرناه أعلاه.

٢) الحالات التي ينص عليها القانون وتعد فيها اليد يد ضمان، الا ان من وضع النص لمصلحته قد يتنازل عن حقه في اخذ الضمان، مثال ذلك: ان القانون اعتبر يد المالك القديم على الشيء الذي انتقلت ملكيته قبل التسليم يد ضمان[٢]، فاذا هلك هذا الشيء في يده فانما يهلك عليه، اللهم إلا إذا رضي من انتقلت إليه ملكية الشيء التنازل عن ثمنه ورضي الاخر فان هذا الاتفاق يصح، ولكن يقرر القانون من جهة

---

(١) كما لو نشأت علاقة جنسية غير مشروعة بين امرأة ورجل يورد لها بعض البضائع، فان اتفاقها على ان يتحمل الرجل ضمان سلامة وصول البضائع أي يكون ضامنا لها حتى وان هلكت بقوة قاهرة، فان هذا الاتفاق يخالف حكم قانوني آمر مرده نص المادة (١٣٢) فقرة (١) مدني عراقي التي نصت على انه " يكون العقد باطلاً اذا التزم المتعاقد بدون سبب او لسبب ممنوع قانوناً او مخالف للنظام العام أو للآداب " فالاتفاق كان سببه حالة مخالفة للآداب وهي العلاقة الجنسية غير

(٢) المقصود هنا المادة (٤٢٨) مدني عراقي.

الاخر فان هذا الاتفاق يصح، ولكن يقرر القانون من جهة أخرى ان هذه اليد تنقلب الى يد امانة اذا امتنع واجب التسليم لقيام بسبب الحبس، فلذا هلك الشيء تحت يد المالك القديم فانه يهلك على المالك الجديد الا اذا رضي الاول بعدم اخذ ثمنه من المالك الجديد ووافق على ذلك الاخير، فان هذا الاتفاق يصح على اعتبار ان النص قد اتى بحكم قانوني مكمل.

المطلب الثاني
الحقوق المتعلقة بالضمان

نعلم ان الحقوق المالية تكون اما عينية او شخصية [١]، فما هو مدى تعلق الضمان بهذين الحقين، هذا ما سنبحثه ادناه في الفرعين الآتيين:-

الفرع الأول
الحق الشخصي ومدى تعلقه بالضمان

يعرف القانون المدني العراقي، الحق الشخصي بانه [٢] " رابطة قانونية ما بين شخصين دائن ومدين يطالب بمقتضاها الدائن المدين بان ينقل حقاً عينياً او ان يقوم بعمل او ان يمتنع عن عمل " وقد سبق وان تعرضنا لهذا التعريف بالنقد لاسباب عدة، وقد اقترضا تعريفه بما يلائم التعريف العام للحق، فالحق الشخصي ــ حسب وجهة نظرنا ــ مكنة قانونية

---

(١) المادة (٦٦) مدني عراقي، ويضيف المشرع الاردني الحقوق المعنوية(المادة (٦٧) مدني اردني).

(٢) المادة (٦٩) مدني عراقي، وتقابلها المادة (٦٨) مدني اردني.

للدائن يطالب بمقتضاها المدين بان ينقل حقاً عينياً او ان يقوم بعمل او ان يمتنع عن عمل[١].

والحق الشخصي لا ينشأ هكذا عبثاً، بل ان له مصادره الخاصة الواردة على سبيل الحصر في كتب القانون والفقه، فمصادر هذا الحق هي: العقد والإرادة المنفردة، وهذان المصدران يمثلان التصرف القانوني[٢]، وكذلك الفعل الضار (العمل غير المشروع) والفعل النافع (الكسب دون سبب)، وهذان المصدران يمثلان الواقعة القانونية [٣]. اما المصدر الخامس فهو نص القانون.

---

(١) وقد عرف الاستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الالتزام بانه (حالة قانونية يرتبط بمقتضاها شخص معين بنقل حق عيني او القيام بعمل او بالامتناع عن عمل)، وهذا التعريف افضل بكثير من التعريف الذي جاء به المشرع العراقي (راجع، الوسيط،ج١، مرجع سابق،ص١٢٥) . كما اننا نعتبر من قبيل التعريفات الدقيقة للحق الشخصي، التعريف الذي ذهب اليه د. نشوان محمد سليمان الجادرجي بقوله (الحق الشخصي هو الحق الذي يخول صاحبه سلطة مطالبة شخص آخر بعمل معين او امتناع بناءً على ما يوجد بينهما من رابطة قانونية)، ويسمي الحق الشخصي كذلك بحق الدائنين (راجع، بحثه، مرجع سابق، ص٣٣٨).

(٢) التصرف القانوني، هو اتجاه الارادة الى احداث اثر قانوني.

(٣) الواقعة القانونية، وهي التي تقع بارادة الشخص او بدون ارادته ويرتب عليها القانون اثر. ويسمى الاستاذ السنهوري، الواقعة القانونية بالعمل المادي والتصرف القانوني بالعمل القانوني. (راجع، الوسيط،ج١،مرجع سابق،ص١٤٣).

كما ان للحق الشخصي أحكامه المنظمة بموجب القانون المدني، فهذا القانون قد نظم تنفيذ الالتزام الذي به يستطيع الدائن الحصول على حقه الشخصي، وكذلك انتقال الالتزام، الذي بموجبه يكون لكل من الدائن والمدين القدرة على تحويل الحق الشخصي او الالتزام الى الاخرين، وكذلك اوصاف الالتزام، التي تغير الوصف الذي كان عليه الحق الشخصي الى وصف آخر لوجود ما يبرر ذلك، وأخيراً فان الحق الشخصي مثلما له بداية فان له نهاية تتمثل في انقضائه بأحد الأسباب المحددة قانوناً.

والآن لم يبق لدينا إلا التساؤل ما هو موقع الضمان من تلك المصادر والأحكام؟

ذكرنا سابقاً ان الحقوق الشخصية لا حصر لها لان للافراد انشاء ما شاؤوا من حقوق شخصية والتزامات فيما بينهم، وعلى العكس من ذلك فان مصادر هذه الحقوق محددة ومحصورة في خمسة هي: العقد والارادة والمنفردة والعمل غير المشروع والكسب دون سبب ونص القانون، فالانسان لا يمكن ان يكون ملتزماً او صاحب حق شخصي إلا بأحد هذه المصادر الخمسة.

كما اننا ذكرنا ــ عند حديثنا عن الفرق بين الضمان والالتزام ــ ان الضمان ممكن ان يكون مصدراً للالتزام، ومن الممكن ان يكون نوعاً من أنواعه. اذ ان الضمان على انواع:-

١) **الضمان في التصرفات القانونية:-** وهو الضمان الناشئ عن تصرف قانوني يقتضي الضمان فيما اذا اتلف محله، او يقتضيه بوجود التعدي. فضمان العقد هو ضمان مال تالف بموجب عقد يقتضي ذلك، فالعقد هو الذي يحدد الضمان الذي يشغل الذمة وبالتالي يكون المشغول

بالذمة ملتزما بالضمان. فالضمان ليس بحد ذاته مصدرا للالتزام او الحق الشخصي، وانما الذي جعله كذلك هو وجود العقد.

٢) **الضمان في الوقائع القانونية:-** وهو الضمان الناشئ عن الفعل النافع او الفعل الضار الذي ادى الى تلف المال او الحيلولة بينه وبين مالكه[١]، فالفعلين الضار والنافع ينشان ضمانا في ذمة المدين، هذا الضمان هو الذي يعطي صفة الدين للمدين، ومن ثم فان الالتزام انما يقع على المدين لا على الدائن.

٣) **الضمان بنص القانون :-** وهو الضمان الذي ينص عليه القانون وبه يحدد طبيعة اليد على ملك الغير أهي يد امانة ام يد ضمان، لان اليد لا تكون ضامنة إلا إذا استوجب القانون ضمانها، فيد المالك القديم للشيء هي يد ضمان رغم ان ما يفترض فيه انه حسن النية، ومع ذلك فان القانون يحول هذه اليد الى يد امانة اذا امتنع واجب التسليم لقيام سبب للحبس، اما اذا لم يكن هناك سبب قانوني للحبس، فان يد المالك التقديم للشيء تبقى يد ضمان قبل التسليم، فان هلك الشيء، فانه يهلك على المالك القديم فيكون ملتزما.

ويلاحظ ان القانون المدني العراقي، قد نظم في الفصل الثاني من الباب الثاني من الكتاب الاول، الوسائل إلى ضمان ما تتأدى به حقوق الدائنين، وذكر الدعوى غير المباشرة ودعوى عدم نفاذ تصرفات المدين والحجر على المدين المفلس والحق في الحبس للضمان، وقد نظم أحكام جميع هذه الوسائل، وقد اضاف الفقهاء القانونيون في شروحاتهم إلى هذه

---

(١) راجع، كتاب الامام السيوطي، مرجع سابق، ص٣٩١.

الوسائل الدعوى الصورية، وتعد هذه الوسائل من قبيل التأمينات القانونية لحقوق الدائنين وهذا ما يقصده المشرع من ذكر كلمة الضمان في عنوان الفصل. وقد نص على ان " اموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه [١]" كما ويعد من قبيل هذه الوسائل التي تؤدي إلى تأمين حقوق الدائنين، الضمان من أشخاص متعددين (التضامن بين المدينين) فهذا التضامن كما ذكرنا آنفاً، يعطي للدائن الحق في العودة على أي مدين من المدينين المتضامنين لكي يأخذ جميع الدين.

ومن هنا تستطيع القول ان الضمان على علاقة وثيقة بالحق الشخصي، فضمان المدين هو الذي يجعل للدائن الحق الشخصي في مطالبته بعمل أو الامتناع أو نقل حق عيني، كما ان الضمان ــ بمعناه العام ــ قد يعد وسيلة تؤمن الحق الشخصي للدائن، ناهيك عن أن الضمان في ذاته ما دام انه يشغل الذمة.

الفرع الثاني
الحق العيني ومدى تعلقه بالضمان

الحق العيني هو سلطة مباشرة على شيء معين يعطيها القانون لشخص معين، وهو إما ان يكون اصلياً أو تبعياً [٢]. والحقوق العينية محددة في القانون على سبيل الحصر، وهي: حق الملكية وحق التصرف وحق العقر وحقوق المنفعة والاستعمال والسكنى والمساطحة وحقوق الارتفاق وحق الوقف وحق الاجارة الطويلة، وهذه هي الحقوق العينية

---

(١) المادة (٢٦٠) فقرة (١) مدني عراقي، وتقابلها المادة (٣٦٥) مدني أردني.

(٢) المادة (٦٧) مدني عراقي، والمادة (٦٩) مدني أردني.

الاصلية، أما الحقوق العينية التبعية فهي، حق الرهن التأميني وحق الرهن الحيازي وحقوق الامتياز[١].

ويختلف الحق العيني عن الحق الشخصي في امور عديدة[٢]، اهمها ان الحق العيني يعطي القانون لصاحبه سلطة مباشرة على شيء معين، إما

---

(١) المادة (٦٨) مدني عراقي، قارنها بالمادة (٧٠) مدني أردني.

(٢) ويمكن تلخيص الفروق بين الحقين العيني والشخصي في الآتي:-

أ) للحق الشخصي ثلاثة عناصر: صاحب الحق ومن عليه الحق ومحل الحق، في حين ان للحق العيني عنصرين هما: صاحب الحق ومحل الحق.

ب) صاحب الحق الشخصي لا يصل إلى حقه إلا عن طريق المدين، في حين أن لصاحب الحق العيني سلطة مباشرة على الشيء محل الحق.

ج) الحقوق الشخصية لا تقبل التحديد بطبيعتها، فالأشخاص أحرار في خلق ما يرغبون من روابط لتنظيم مصالحهم إلا ما يخالف القواعد القانونية الامرة والنظام العام والآداب، إما الحقوق العينية فالراي الراجح انها ترد في القوانين على سبيل الحصر.

د) الحق العيني بطبيعته له اثر اكبر حدة من الحق الشخصي، فهو حق مطلق على الكافة احترامه، ولصاحبه حق تتبع الشيء محل حقه في يد من كان، كما له حق تقدم وأولوية في استيفاء حقه العيني من الشيء محل الحق، وهنا غير موجود في الحقوق الشخصية.

هـ) الحيازة مع التقادم تعد سببا لكسب الحقوق العينية إذا توافرت شروطها، وهي لا تعد كذلك بالنسبة للحقوق الشخصية.

و) يستطيع صاحب الحق العيني التنازل عنه بإرادة الدائن بشرط ان لا يرفضه المدين قبل القبول. (للتفاصيل: راجع: د. السنهوري الوسيط،ج١، مرجع سابق،ص١١٥. و د. غني حسون طه، مرجع سابق، ص١١. الاستاذ شاكر ناصر حيدر، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ج١، في حق الملكية، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٦٩، ص ٥٢، وما بعدها .)

الحق الشخصي فلا يستطيع صاحبه التوصل إلى محله إلا عن طريق شخص اخر هو المدين. كما ان الحقوق العينية كما ذكرنا ـ محددة ومحصورة بعكس أسبابها التي لا حصر لها، في حين ان الحقوق الشخصية غير محددة ولكن أسباب اكتسابها (أي مصادرها) محددة ومحصورة على وفق الرأي الراجح.

والان نتساءل عن مدى تعلق الضمان بالحق العيني، فهل ثمة علاقة توجد بين الضمان والحق العيني؟

بغض النظر عما توحي به كلمة (الضمان) بمعناها العام، التي يدخل ضمن مدلولاتها على وفق هذا المعنى التأمينات الشخصية وكذلك التأمينات التي يقررها القانون ومن ضمنها التأمينات العينية أو التي تسمى بالحقوق العينية التبعية، الرهن بنوعيه التأميني والحيازي وحقوق الامتياز، فان الضمان على هذا النحو يعد في ذاته حق عيني لكنه حق عيني تبعي.

إلا اننا ذكرنا ان البحث سيكون مقتصرا على الضمان بمعناه الخاص، لكونه يشغل الذمة بالمال الذي يهلك تحت يد الغير بمقتضى عقد أو بدونه أو كان القانون مصدرا لضمان صاحب اليد. فهل ان هذ النوع من الضمان له علاقة بالحق العيني؟.

لقد نظم القانون العقد كمصدر للحق الشخصي من جهة، وسبب لكسب الحق العيني من جهة اخرى. وقد مر بنا ان ضمان العقد ينشئ التزاما على الضامن بتعويض ما أصاب الدائن من ضرر، أو بإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل العقد ان كان هذا ممكنا ورضي الطرفان بذلك، ومن هنا يظهر دور الضمان في إزالة الحق العيني وهو حق الملكية، ونوضح ذلك بمثال: إذا اشترى شخص سيارة فانه يمتلكها على اعتبار ان عقد البيع

عقد هو من عقود التمليك [١]، ولكن إذا أوجد المشتري فيها عيب خفي فهو مخير بين رد السيارة أو قبولها بثمنها المسمى في العقد[٢]، فان هو ردها إلى البائع فان رده لها ينهي حقه العيني عليها وهو حق الملكية.

كما قد يكون للضمان اثر في تغيير الحق العيني من حق إلى آخر،مثال ذلك أن يقرر شخص على بعض ممتلكاته المنقولة حق منفعة لآخر، فإذا أسرفت هذه الممتلكات وهي في يد المنتفع، فدفع المنتفع قيمتها إلى المالك،ومن ثم عثر عليها واستطاع المنتفع استرجاعها فانه يمتلكها بالضمان..

هنا يبرز دور الضمان كسبب لكسب الملكية،فهو ليس مكسبا فحسب يعمل على إنهاء الحق العيني أو تغييره،بل انه يعد سببا وكسبا لأهم الحقوق العينية وأوسعها نطاقا في الحياة العملية، وأكثرها إعطاء لصاحب الحق من حيث الصلاحيات الممنوحة له على الشيء محل الحق، ألا وهو حق الملكية.

ولا نريد هنا أن نبين موجبات اعتبار الضمان سببا لكسب الملكية، بل إننا نود بيان العلاقة بين الضمان والحق العيني،ويكفي هنا أن نورد مثالا بسيطا على دور الضمان كسبب اكسب الملكية، وهو أحد نصوص

---

(١) مع وجوب احترام الشكلية القانونية (راجع: بحث د. جعفر الفضلي، بيع السيارة في القانون العراقي، مجلة آداب الرافدين، جامعة الموصل، العدد٢٦،

(٢) [illegible] عراقي(للتفاصيل راجع: بحث د. جعفر الفضلي، ضمان العيوب الخفية في بيع السيارات، مجلة آداب الرافدين، جامعة اموصل،١٩٩١، العدد(٢١)، ص ٢٣١)

القانون المدني العراقي[١]، الذي ذهب إلى انه ((إذا غيّر الغاصب بعض أوصاف المغصوب بزيادة شيء عليه من ماله، فالمغصوب منه محـــيز أن شاء أعطى الغاصب قيمة الزيادة واسترد المغصوب عينا مع التعويضـــات الأخرى، وان شاء ترك المغصوب ورجع على الغاصب بالضمان)). ففـي الخيار الثاني الذي أعطاه المشرع العراقي للمغصوب منه وهـــو الرجـــوع على الغاصب بالضمان، من الذي سيكون صاخب الحـــق العينـــي (حـــق الملكية) على المال المغصوب ؟ لا نستطيع أن نقول المالك القديم لأنه فـــي هذه الحالة يمتلك الضمان ولا يمتلك المال المغصوب أو بالأصح لا يجـــوز أن تبقى ملكيته قائمة على المال المغصوب لأنه بذلك يعد كاسبا بدون سبب على حساب الغير، لذا فان المغصوب يمتلكه الغاصب وذلك بالضمان،عليـه فان الضمان يعد ــ بحق ــ سببا من أسباب الملكية[٢] .

---

(١) نص المادة (١٩٤) في فقرتها (٣) مدني عراقي، (ونصت المـــادة (٢٨٦) فقرة (٣) مدني أردني على أنه : ((وإذا تغير المغصوب بزيادة الغاصب شيئاً من ماله، يخير المغصوب منه بين أن يدفع قيمة الزيادة ويسترد المغصـــوب عيناً، وبين أن يضمن الغاصب بدله)))

(٢) لذا فقد نصت المادة (١٠٨٥) مدني أردني على أنه : ((المضمونات تملـــك بالضمان ملكاً مستنداً إلى وقت سببه، وبشرط أن يكون المحل قابلاً لثبـــوت الملك فيه ابتداءً)) .

كلمة ختامية

يضم كل قانون موضوعات أساسية، لا ينهض إلا بها، فلا معنى لوجود قانون تجاري – مثلا – من غير أن يحتوي على قواعد تحكم الأعمال التجارية، ولا معنى لوجود القانون الجنائي بدون نظرية الجريمة . وهكذا الحال في القانون المدني فلا معنى لوجوده إلا بوجود موضوعاته الأساسية، والتي يمكن إجمالها في: العقد، والمسؤولية، والملكية، والضمان، ولعل آخرها يعد أساسيا بشكل خاص إذا ما أخذنا بمعناه العام، هذا المعنى يجعل الضمان متضمنا للمعاني الآتية :

١. فهو ما تتشغل به الذمة من الدين أصلا، فكل مدى ضامن لما في ذمته من دين تجاه الدائن، لكن ليس بالضرورة أن يكون كل ضامن مدين .

٢. والشطر الأخير من الفقرة السابقة يدل على معنى آخر للضمان، هو التأمين: وهو على نوعين، تأمين شخصي وتأمين عيني، وهو ما يدل عليه المعنى اللغوي للضمان، فهو (التكفل)، و (الكفالة) قد تكون شخصية (تأمين شخصي) أو عينية (تأمين عيني).

٣. والضمان يعني – أحيانا – الالتزام، مثل الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق، والالتزام بضمان العيوب الخفية في بعض العقود، ولا سيما في عقد البيع، إذ أن كل من هذين الضمانين يعد التزاما على عاتق البائع في عقد البيع.

٤. وأخص ما تعني به كلمة (الضمان)، هي المسؤولية في نطاق المفاهيم القانونية الساندة، فعندما يقال ان هذا الشخص ضامن، فهو مسؤول مدنيا.

مما سبق نلاحظ أن المعنى الواسع للضمان يتسع لمفاهيم متنوعة، مادام انه معرف من قبل الفقه الراجح بأنه (شغل الذمة)، وكل من : الدين، والالتزام، والمسؤولية، والتأمين، يشغل الذمة ؛ لكن المعنى الخاص للضمان يراد به الأداء، وبهذا المعنى يقترن بالضمان نظام قانوني مهم للغاية ألا وهو (التعويض) .

وقد تبين لنا من خلال البحث حدود الفصل بين الضمان من جهة، وكل من الالتزام، والدين، والمسؤولية، والتعويض، والتضامن، والتأمين من جهة أخرى :-

١. فالالتزام اشمل من الضمان، فالأخير قد يعد نوعا من أنواعه أو سببا من أسبابه .

٢. والدين أخص من الضمان، إذا بينا أن كل مدين ضامن لكن ليس بالضرورة أن يكون كل ضامن مدين .

٣. والمسؤولية قد ترادف قانونا معنى الضمان بأنواعه الثلاثة: إذ أن المسؤولية العقدية تقابل ضمان العقد، والمسؤولية التقصيرية تقابل كل من ضمان اليد وضمان الإتلاف، وان كانت هذه المقابلة غير دقيقة من جميع أوجهها، إذ يبقى الفارق الملحوظ بين المسؤولية من جهة والضمان من جهة أخرى فالأخير اعم من الأولى مفهوما وحكما، فمفهوم الضمان أوسع من مفهوم المسؤولية،إذ أن المسؤولية لا تأخذ معنى التكفل وغيره من المعاني التي يدل عليها الضمان عدا معنى الأداء، كما أن حكم الضمان أوسع من حكم المسؤولية، فالأخيرة لا تنهض عندما يتدخل سبب أجنبي في العلاقة السببية بين الخطأ

والضرر، على حين أن الضمان لا يكترث بالسبب الأجنبي، لهذا قبل أن يد الضمان تضمن حتى وان لم يصدر من صاحبها تعمد أو تعدي.

٤. والتعويض هو الأثر الذي يترتب على الضمان في مفهومه الخاص الدال على معنى الاداء، فالضامن تشغل ذمته بضرورة أداء شيء إلى الدائن، فان أدى نهض التعويض، وانتهى شغل الذمة به .

٥. والتضامن حالة مؤكدة للضمان، فبدلا من أن يكون الدائن أمام مدين واحد، فانه يكون أمام عدد من المدينين (تضامن سلبي)، بإمكانه أن يطالب أحدهما بكل الدين، لقيام حالتي التوكل والتكفل بينهم.

٦. والتأمين هو أحد معاني الضمان الدالة كذلك على شغل الذمة، وبه يتجسد الفصل بين الدين والضمان، فالكفيل ضامن وليس مدين، والكفيل العيني في عقد الرهن، ضامن (راهن) بماله المرهون، في حين انه غير مدين .

وللضمان حكم شرعي مزدوج، فهو يتضمن حكم تكليفي هو وجوب الضمان في العقد : " يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود "، ووجوبه في غيره : " ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل " . كما انه يتضمن حكم وضعي في جعله سببا للالتزام، وشرطا للتعويض، ومانعا للأجر، عند البعض.

كما أن للضمان حكم قانوني مزدوج،فقد يكون حكمه أمرا إذا ما تعلق بالنظام العام أو الآداب العامة أو بمصلحة عامة، فحكم الضمان الخاص بالمسؤولية التقصيرية أو بالمسؤولية العقدية الناشئة عن غش المدين أو خطئه الجسيم، أو النصوص التي تقرر حالة التضامن بين المدينين، ففي جميع هذه الحالات يعد حكم الضمان حكما قانونيا أمرا . أما

أحكام الضمان التي يجيز القانون للأطراف في الرابطة القانونية الاتفاق على ما يخالفها،فتعد أحكاما القانونية مكملة.

ومثلما يتعلق الضمان بالحق الشخصي، حيث يعد منشئا له تارة، ويكون في مقابلته (متمثلا بالالتزام) تارة أخرى، فهو يتعلق بالحقوق العينية، لاسيما أقوى هذه الحقوق وهو حق الملكية، وذلك بإسقاطه أو زواله، كما يعد سببا من أسبابه.

و أخيرا فان الضمان،على الرغم من عظم أهميته في مجال الدراسات القانونية، فإنها لم توفيه قدره وتعطيه كفايته في البحث والتمحيص، مما انعكس ذلك على المشرع فأهمل تنظيمه تنظيما يستوضح من خلاله معالمه و حدوده، ويبين للقاضي والفقيه معانيه المتعددة المهمة في نطاق جميع الموضوعات الأساسية التي يقوم عليها القانون المدني، (العقد، المسؤولية، الملكية) .

وأخرا ارجوا الله تعالى أن أكون قد وفقت في أن أضع ولو الحدود الدنيا لمعاني الضمان، التي تعد مدخلا هاما لكافة الدراسات القانونية، لاسيما في مجال القانون الخاص .

(ربنا آتنا من لدنك رحمة وهيء لنا من أمرنا رشدا) .

د. محمد سليمان الأحمد

مراجع البحث

١. القرآن الكريم.

٢. القانون المدني العراقي.

٣. القانون المدني الأردني .

٤. د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المسؤولية المدنية بين التقييد والإطلاق،دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٠.

٥. ابن حجر العسقلاني، بلوغ المرام من أدلة الأحكام، دار العلوم الحديثة، بيروت، مكتبة الشرق الجديد، بغداد، ١٩٨٣ .

٦. ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد، ج ٢، دار الفكر، (بدون ستة نشر) .

٧. الإمام ابن نجيم، الأشباه والنظائر، مؤسسة الحلبي، القاهرة، ١٩٨٦.

٨. د. أبو اليقظان عطية الجبوري،الإمام زفر وآراءه الفقهية، دار الندوة الجديدة، بيروت،ط٢،١٩٨٦.

٩. د. احمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٦.

١٠. د. احمد الكبيسي،أحكام السرقة في الشريعة الإسلامية والقانون، مطبعة الإرشاد، بغداد، ١٩٧١.

١١. الأستاذ احمد نجيب الهلالي بك، شرح القانون المدني في العقود، ج١، في البيع والحوالة والمقايضة،مطبعة الاعتماد،القاهرة،١٩٢٥.

١٢. د. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٨، ط٣.

١٣. د. توفيق حسن فرج و محمد يحيى مطر، الأصول العامة للقانون،الدار الجامعية، بيروت،١٩٨٩.

١٤. جبار صابر طه، إقامة المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع على عنصر الضرر، مديرية مطبعة جامعة الموصل، ١٩٨٤.

١٥. الجرجاني، التعريفات، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد، (بدون سنة نشر).

١٦. د. جعفر الفضلي،، بيع السيارة في القانون العراقي، مجلة آداب الرافدين، جامعة الموصل، العدد ٢٩،١٩٩٤.

١٧. د.جعفر الفضلي، ضمان العيوب الخفية في بيع السيارات، مجلة آداب الرافدين، العدد ٢١،١٩٩١.

١٨. د. جعفر الفضلي،الوجيز في العقود المدنية، دار الكتب، الموصل، ١٩٨٩.

١٩. د. جعفرالفضلي و د. منذر الفضل، المدخل للعلوم القانونية، مطبعة جامعة الموصل، ١٩٨٧.

٢٠. د. حسن الخطيب، نطاق المسؤولية المدنية في القانون الفرنسي والقانون العراقي المقارن، مطبعة حداد، البصرة، (بدون سنة نشر).

٢١. د. حسن علي الذنون،شرح القانون المدني (أصول الالتزام)، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٠.

٢٢. د. حسن علي الذنون،شرح القانون المدني، العقود المسماة (عقد البيع)، شركة الرابطة بغداد، ١٩٥٣.

٢٣. د. حسن علي الذنون،شرح القانون المدني،العقود المسماة (العقود التي ترد على الملكية عدا البيع)، شركة الرابطة، بغداد، ١٩٥٤.
٢٤. د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، ج١،الضرر، شركة التأمين، بغداد، ١٩٩١.
٢٥. د. حمد عبيد الكبيسي و د. محمد عباس السامرائي و د. مصطفى الزلمي،المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، دار المعرفة، بغداد ١٩٨٠، ط١.
٢٦. الخيراني،خلاصة المذاهب الأربعة،دار الانبار للطباعة والنشر، بغداد، ١٩٨٩.
٢٧. الرازي،مختار الصحاح، دار الرسالة، الكويت، ١٩٨٣.
٢٨. د. رمضان أبو السعود، الوسيط في مقدمة شرح القانون المدني، النظرية العامة للحق، الدار الجامعية، بيروت، (بدون سنة نشر).
٢٩. السرخسي، المبسوط، ج١١، دار المعرفة، بيروت، (بدون سنة نشر).
٣٠. د. سعدون العامري،تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، مركز البحوث القانونية، بغداد، ١٩٨١.
٣١. د. سعيد عبد الكريم مبارك،أصول القانون، دار الكتب، الموصل، ١٩٨٠.
٣٢. د. سليمان محمد احمد،ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي، مطبعة السعادة، ١٩٨٥، ط١ .
٣٣. السيد سابق، فقه السنة، ج٢، المطبعة النموذجية،القاهرة، ١٩٦٤.

٣٤. الإمام السيوطي،الأشباه والنظائر، دار إحياء الكتب العربية، (بدون سنة نشر).

٣٥. الأستاذ شاكر ناصر حيدر،الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ج١،مطبعة العاني، بغداد، ١٩٦٩.

٣٦. الصابوني، صفوة التفاسير، المجلد الثاني، دار الفكر،(بدون سنة النشر).

٣٧. صالح الجاسم الطائي، مصطلحات فقهية، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٩٢.

٣٨. صبحي المحمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، دار العلم للملايين، بيروت، ج١، (بدون سنة نشر).

٣٩. د. صلاح الدين الناهي، مبادئ الالتزامات، بغداد، ١٩٦٨.

٤٠. ضياء شيت خطاب، فن القضاء، معهد البحوث والدراسات العربية، بغداد، ١٩٨٤.

٤١. عبد الباقي البكري، شرح القانون العراقي المدني، ج٣، تنفيذ الالتزام، مطبعة الزهراء بغداد، ١٩٧١.

٤٢. عبد الباقي البكري و د. علي محمد بدير و زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، دار الكتب،الموصل، ١٩٨٦.

٤٣. عبد الجبار حمد شرارة، أحكام الغصب في الفقه الإسلامي،مؤسسة الاعلمي،بيروت، دار التربية، بغداد،(بدون سمة نشر) .

٤٤. عبد الحميد عمر وشاحي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني, القاهرة، (بدون سنة نشر).

٤٥. د. عبد الرزاق احمد السنهوري،التطرف القانوني والواقعة القانونية، والواقعة القانونية، مطبعة البرلمان، القاهرة، ١٩٥٣، ١٩٥٤.

٤٦. د. عبد الرزاق احمد السنهوري،مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج٦،معهد الدراسات العربية العالية، جامعة الدول العربية، ١٩٥٩.

٤٧. د. عبد الرزاق السنهوري،نظرية العقد، دار الفكر، بيروت، ١٩٣٤.

٤٨. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١، مصادر الالتزام، دار النهضة، بيروت، ١٩٦٤ .

٤٩. عبد القادر عوده، التشريع الجنائي الإسلامي، ج٢،دار الكتاب العربي، بيروت، (بدون سنة نشر).

٥٠. د. عبد الكريم زيدان،الوجيز في أصول الفقه، مكتبة القدس بغداد، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٨٥.

٥١. د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، ج٢، أحكام الالتزام، شركة الطبع والنشر الأهلية،بغداد، ١٩٦٧.

٥٢. د. عبد المجيد الحكيم و عبد الباقي البكري و محمد طه البشير،الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج١، مصادر الالتزام، دار الكتب،الموصل، ١٩٨٠.

٥٣. د. عبد المجيد الحكيم و عبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، القانون المدني، ج٢، أحكام الالتزام، دار الكتب،الموصل، ١٩٨٠.

٥٤. الأستاذ عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، دار العلم، بيروت، ١٩٧٨، ط١٢.

٥٥. عز الدين الدناصوري و د.عبد الحميد الشواري،المسؤولية المدنية في ضوء الفقه و القضاء، ١٩٨٨.

٥٦. الأستاذ علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، الكتاب الثامن، مكتبة النهضة، بيروت ــ بغداد،(بدون سنة نشر).

٥٧. الأستاذ علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، المطبعة الفنية، ١٩٧١.

٥٨. د. علي هادي العبيدي،الوجيز في شرح القانون المدني، (الحقوق العينية)، مكتبة دار الثقافة، عمان، ١٩٩٨.

٥٩. د. غني حسون طه، الوجز في النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول،مصادر الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧١.

٦٠. الكاساني،بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع،ج٧، مطبعة الجمالية، القاهرة، ١٩١٠.

٦١. محمد سليمان الاحمد، عناصر القاعدة القانونية، مجلة الرافدين للحقوق، جامعة الموصل، العدد ٥، ١٩٩٨.

٦٢. محمد سليمان الاحمد،فكرة التطور القانوني بين تبدل القانون وتغير الواقع، مجلة (بحوث مستقبلية)، كلية الحدباء الجامعة، العدد الأول، ٢٠٠٠.

٦٣. محمد طه البشير و د. غني حسون طه،الحقوق العينية، دار الكتب، الموصل، ١٩٨٢.

٦٤. محمد عبدالله أبو هزيم،الضمان في عقد البيع، دار الفيحاء، عمان، ١٩٨٦، ط١.

٦٥. د. محمد لبيب شنب،الوجيز في مصادر الالتزام (المصادر غير الإرادية)، دار النهضة، بيروت، ١٩٦٩.

٦٦. د. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني الأردني، الحقوق العينية الأصلية،ج٢، مكتبة دار الثقافة، عمان، ١٩٩٤.

٦٧. د. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني الأردني، الحقوق العينية التبعية، مكتبة دار الثقافة، ١٩٩٥.

٦٨. د. مصطفى الزلمي،أصول الفقه الإسلامي في نسيجه الجديد، مركز عباوي،صنعاء، ١٩٩٦.

٦٩. د. مصطفى الزلمي،دلالات النصوص وطرق استنباط الأحكام، مطبعة اسعد، بغداد، ١٩٨٣.

٧٠. د. مصطفى الزلمي،الصلة بين علم المنطق والقانون، مطبعة شقيق،بغداد، ١٩٨٦.

٧١. د. مصطفى الزلمي وعبد الباقي البكري، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية،دار الكتب , الموصل، ١٩٨٩.

٧٢. د. مصطفى ذيب البغا،التذهيب في أدلة متن الغاية و التقريب، مؤسسة علوم القرآن، دمشق،بيروت، ١٩٨٣، ط٢.

٧٣. د. منذر الشاوي، فلسفة القانون، المجمع العلمي العراقي، بغداد، ١٩٩٤ .

٧٤. د. منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، ج١، مصادر الالتزام، بغداد، ١٩٩١.

٧٥. الأستاذ منير القاضي، شرح المجلة، ج١، مطبعتا السريان والعاني، بغداد، ١٩٤٧.

٧٦. د. محيي هلال السرحان،القواعد الفقهية، مطبعة أركـــان، بغـداد، ١٩٨٧.

٧٧. د. نبيل إبراهيم ســـعد، التأمينـات العينيـة والشـخصية، منشـأة المعارف، الإسكندرية،١٩٨٢.

٧٨. نسيبه إبراهيم حمو، رهن الدين في الشريعة والقانون، مجلة العلـوم القانونية والسياسية، جامعة بغداد، العدد١، ٢، ١٩٨٥.

٧٩. د. نشوان محمد سليمان الجادرجي،فكرة الدين في الفقه الإسـلامي ومدى تطابقها مع فكرة الحق الشخصي فـي القـانون المدنـي، آداب الرافدين، جامعة الموصل، العدد ١، ١٩٩٥.

٨٠. د. وهبة الزحيلي،نظرية الضمان أو أحكـام المسـؤولية المدنيـة والجنائية في الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، ١٩٨٢.

٨١. يوسف نجم جبران،النظرية العامة للموجبات، مصادر الموجبـات، منشورات عويدات، بيروت،١٩٧٨،ط١.