

قسم : الفقه وأصوله

تخصص : الفقه وأصوله

كلية : الشريعة والاقتصاد

الرقم التسلسلي :

رقم التسجيل :

الضمان في العقود في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم
في الفقه وأصوله

إشراف :

أ.د. عبد القادر جدي

إعداد الطالبة :

كاملة طواهرية

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة الجامعية	الجامعة الأصلية	الصفة
أ.د. حاتم باي	أستاذ التعليم العالي	جامعة الأمير عبد القادر - قسنطينة -	رئيسا
أ.د. عبد القادر جدي	أستاذ التعليم العالي	جامعة الأمير عبد القادر - قسنطينة -	مشرفا ومقررا
أ.د. مصطفى باجو	أستاذ التعليم العالي	جامعة غرداية	عضوا
د. أحمد بروال	أستاذ محاضر	جامعة باتنة (1)	عضوا
د. كمال العرفي	أستاذ محاضر	جامعة الأمير عبد القادر - قسنطينة -	عضوا
د. محمد الصالح روان	أستاذ محاضر	جامعة أم البواقي	عضوا

قسم : الفقه وأصوله

تخصص : الفقه وأصوله

كلية : الشريعة والاقتصاد

الرقم التسلسلي :

رقم التسجيل :

الضمان في العقود في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم
في الفقه وأصوله

إشراف :

أ.د. عبد القادر جدي

إعداد الطالبة :

كاملة طواهرية

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة الجامعية	الجامعة الأصلية	الصفة
أ.د. حاتم باي	أستاذ التعليم العالي	جامعة الأمير عبد القادر - قسنطينة -	رئيسا
أ.د. عبد القادر جدي	أستاذ التعليم العالي	جامعة الأمير عبد القادر - قسنطينة -	مشرفا ومقررا
أ.د. مصطفى باجو	أستاذ التعليم العالي	جامعة غرداية	عضوا
د. أحمد بروال	أستاذ محاضر	جامعة باتنة (1)	عضوا
د. كمال العرفي	أستاذ محاضر	جامعة الأمير عبد القادر - قسنطينة -	عضوا
د. محمد الصالح روان	أستاذ محاضر	جامعة أم البواقي	عضوا

يقول الله عز وجل في كتابه الكريم :

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ وَقَالَ رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ

عَلَيَّ وَعَلَىٰ وَالِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ

وَأَدْخِلْنِي بِرَحْمَتِكَ فِي عِبَادِكَ الصَّالِحِينَ ﴾

الإهداء

إلى سيد الأنام وخاتم المرسلين قدوتي سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم

إلى روح والدي رحمه الله تعالى وأسكنه فسيح جناته

إلى والدتي ينبوع الرحمة ورمز التضحية والعطاء والتي كانت لي السد
والعون أيام العسرة والتي يعجز اللسان والفعل عن شكرها وبرّها
حفظها الله تعالى

واعترافا بالجميل....

إليهم أهدي ثرة هذا العمل المتواضع

كاملة طواهرية

شكر وعرفان

إن الباحث ليشكر الله سبحانه وتعالى أولاً على أن منّ عليّ ووفّقني وأعانني على إتمام هذا البحث المتواضع.

وانطلاقاً من شكر الله تعالى، أتوجه بالشكر الجزيل إلى من أجرى على أيديهم الخير، ومصدقا لقول سيد الأنام رسول الله ﷺ: « من استعاذكم بالله فأعيذوه، ومن سألكم بالله فأعطوه، ومن دعاكم بالله فأجيبوه، ومن أتى إليكم معروفا فكافئوه، فإن لم تجدوا، فادعوا له حتى تعلموا أن قد كافأتموه »
وعرفانا بالجميل، أتقدّم ببالغ الشكر والامتنان والتقدير والاحترام إلى أستاذي الكريم فضيلة الأستاذ الدكتور عبد القادر جدي الذي تفضل بقبول إشرافه على هذه الأطروحة، والذي منحني من وقته ونصائحه وتوجيهاته المثمرة.

الشكر الجزيل والامتنان الكبير إلى أعضاء لجنة المناقشة الذين تكرموا عليّ بقبول مناقشة هذه الرسالة وتقييمها وتقويمها، الأساتذة الكرام :

أ.د. حاتم باي و د. كمال العرفي من جامعة الأمير عبد القادر -قسنطينة-، د. أحمد بروال من جامعة باتنة (1)، أ.د. مصطفى باجو من جامعة غرداية، و د. محمد الصالح روان من جامعة أم البواقي.

كما أحيي الأستاذ الدكتور عمار بوضيف من جامعة تبسة، والأستاذ الدكتور أحمد عمران من جامعة القيروان بتونس الشقيقة على مساعدتهما الطيبة.

كذلك، أتوجه بالشكر الجزيل إلى جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية إدارة وعمالا وأساتذة، وأخص بالذكر جميع أساتذتي بكلية الشريعة والاقتصاد، وعلى رأسهم العميد أ.د. كمال لدرع ونائبه أ.د. نور الدين ميساوي.

أيضا، أتقدم بالشكر الجزيل إلى مكتبات الجامعة الأردنية وجامعة فيلاديلفيا وجامعة اليرموك من الأردن الشقيق، ومكتبة جامعة دمشق من سوريا الشقيقة، ومكتبتي جامعة تونس وجامعة القيروان من تونس الشقيقة، كما لا أنسى أن أتوجه بالشكر إلى مكتبات بلدي منها مكتبة الجامعة الإسلامية بكل من قسنطينة وباتنة والجزائر العاصمة ومكتبات جامعتي عنابة وتبسة ...

جزيل الشكر إلى أشقائي وأخص بالذكر عبد العزيز وخالي الغالي عبد الغفور وكذا أسرتي الصغيرة.
كما أحيي جميع الذين مدّوا إليّ يد العون من قريب أو من بعيد سواء بإعارة كتاب أو نصح أو إرشاد، أو بالكلمة الطيبة وحسن المعاملة.

إليهم جميعا الشكر الجزيل والامتنان الكبير والدعاء الخالص في ظاهر الغيب بحول الله.

كاملة طواهرية

مقدمة

مقدمة

أهمية الموضوع :

إن من أهم مقاصد الشريعة الإسلامية إقامة العدل وحفظ مصالح الناس الأساسية من دين ونفس ومال وعرض وعقل، مما دعا إلى إقرار مبدأ احترام الحقوق وحمايتها من كل اعتداء أو ضرر يلحق بها.

ولأن النفوس والأموال لها حرمة عظيمة عند الله سبحانه وتعالى والمال في تقدير صاحبه قرين الروح ومنه جاء في الحديث الشريف «مَنْ قُتِلَ دُونَ مَالِهِ فَهُوَ شَهِيدٌ»⁽¹⁾، وحتى يتم تبادل المصالح والمنافع نشأت جملة من العقود مثلها البيع والإجارة والشركة والسلم والوديعة والوصية والوقف ونحوها، ولتحقيق غاية هذه العقود أولى الفقه الإسلامي والقانون الوضعي الضمان أهمية كبيرة باعتباره أهم الالتزامات المفروضة على المتعاقدين ، وتتضاعف هذه الأهمية يوما بعد يوم، فرغم التطور الذي تشهده المجتمعات وتقدمها وتطور العلاقات التعاقدية وتشعبها إلا أن ذلك التطور صاحبه تدهور على المستوى الأخلاقي، فلا يكاد يمر يوم إلا ويقع فيه غش تجاري أو إخلال بالالتزام عقدي فأصبح الناس يحتاجون أكثر فأكثر إلى ما يدعم حقوقهم ويحميهم في علاقاتهم مع بعضهم البعض ويحملهم على تنفيذ التزاماتهم بكل حرص وإخلاص وحسن نية، وبما أن الالتزام بالضمان تتوافر فيه تلك الخصائص حيث أنه يدعم وضعية الدائن في علاقته مع معاقده ويضمن له انتفاعه بالشيء محل العقد على نحو غير منقوص أو مهدد للإخلال به، مما يساعده على نزع الشعور عدم الثقة والحذر الذي يكون عادة مسيطرا على الأشخاص عند التعاقد وتجعله يثق في معاقده ويطمئن إليه، فمثلا إذا كان موضوع العقد يباع فإن المشتري مطمئن أن البائع يبقى ضامنا حتى ولو نزع جزء من المبيع أو ظهر له بعد شرائه أنه معيب.

(1) : هذا الحديث مروى عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم

أنظر: صحيح مسلم، كتاب الأيمان، باب الدليل على أن من قصد أخذ مال غيره بغير حق كان القاصد مهدر الدم في حقه، وإن قتل كان في النار، وأن من قتل دون ماله فهو شهيد. الحديث رقم 226، ج1، ص75

وشرح النووي على مسلم. ج2، ص163-164

وصحيح البخاري، كتاب المظالم، باب من قاتل دون ماله. الحديث رقم 2480، ج2، ص202

وفتح الباري شرح صحيح البخاري. ج5، ص123

وعلى الرغم من توافر القواعد العامة لإنهاء العقد إلا أنه لم يكن هناك ما يمنع من إضافة لقواعده ما يتصف بشدّة أكبر، تمكّن من تحقيق الغرض المنشود والذي نجده لا يكون إلا من خلال الضمان الذي يتواجد في أغلب العقود من أهمها عقد البيع والإيجار اللذين يعتبران من أكثر العقود انتشارا وتداولاً في الحياة العملية، فضلاً عن كونهما الوسيلة الأولى لرواج وانتقال الأموال مما جعل التشريع الإسلامي القانون ينظم أحكام الضمان بعقدي البيع والإجارة واكتفى في العقود الأخرى بالإحالة إليها كلما تعلق الأمر بالقواعد العامة مع بيان ما تتميز به تلك العقود من خصوصيات.

أسباب اختيار الموضوع :

من خلال ما تقدّم برزت ضرورة دراسة هذا الموضوع بل وتضاعفت وتأكّدت حينما تمت إثارة هذه المسائل والتي اعتبرها دوافعاً موضوعية أهمها :

1- أن وسائل الضمان خارج الرابطة التعاقدية بدت عاجزة عن توفير الضمان الذي يُطمئن طرفي العلاقة التعاقدية.

2- لا يكاد يمر يوم إلا وفيه الكثير من الأسئلة من طلاب العلم عن الضمان وجزئياته خاصة من تولّى منهم القضاء والإفتاء، وأرى أن معرفة وفهم مسائل الضمان ضرورية لكل مسلم يخاف على دينه ويخشى ربه ليعرف ما له وما عليه من حقوق العباد وكيف يبرأ منها إذا وجبت في ذمته.

3- جل الدراسات المتعلقة بأحكام الضمان كانت منصبّة على عقود خاصة وعلى الجناية والغصب.

4- تناثر الأحكام الفقهية الخاصة بهذا الموضوع في كتب وأبواب الفقه المختلفة بحيث لم يظفر ببحث خاص مستقل يتناول جميع عناصره وأسبابه وشروطه وموضوعاته وأحكامه، وحتى وإن وجدت فإننا نجدها متعلّقة بمذهب بعينه.

5- تطوّر المنتجات التي تمتلئ بها الأسواق حيث لم يعد العرض مقتصرًا على تلك المنتجات البسيطة في تركيبها بل أصبح الأمر يتعلق بالآلات الميكانيكية والالكترونية دقيقة التركيب والتي يصعب حتى على المتخصص إدراك كنهها، كما أنّها تتوفر على قدر كبير من الخطورة التي إما أن تكون ناتجة عنها بطبيعتها أو بحسب الظروف المحيطة بها أو بسبب أنّها معيبة.

كل ذلك كان له دور في إعادة قراءة الشروط المتعلقة بالعيب ومدى تأثيرها في تحصيل المنفعة أو خطورتها على حياة الأشخاص وسلامتهم.

6- ارتباط الضمان بالجانب العملي لحياة الناس والذي نحن في أمسّ الحاجة لضبطه.

إشكالية الموضوع :

- الإشكالية الرئيسية التي يمكن إثارتها هي ما أهمية الضمان في العقود؟ وما أهم الأحكام المرتبطة به؟ وما مدى تفعيله فيها؟ وما أهم الصور التي يتحقق بها؟
- وأما أهم الإشكالات الفرعية التي يمكن أن نثيرها في موضوع الضمان في العقود هي كالآتي:
- 1- ما هي الإضافة التي تُقدّمها أحكام الضمان للقواعد العامة للتعويض؟
 - 2- ما مدى إمكانية أطراف العقد تعديل أحكام الضمان؟
 - 3- ما مدى تأثير الضمان على اليد فتتحول من يد أمانة إلى يد ضمان والعكس صحيح؟
 - 4- هل تُضمّن العيوب التي توجد في السلع المباعة والمؤجّرة مطلقاً أم هناك شروط لا بد من توفرها لثبوت خيار العيب؟ وهل اشتراط البراءة من كل عيب سبب في سقوط الخيار؟
 - 5- هل أحكام ضمان العيوب الخفية كفيلة بحماية الحقوق ومنع الضرر أم أن هناك ضرورة لتدعيم شروط أخرى متعلقة بالضمان وتمنع الضرر وخاصة فيما يتعلق بالآلات الدقيقة والالكترونية والمنتجات الصناعية؟
 - 6- هل أسباب الضمان المعروفة وأنواع الدعاوي الخاصة كفيلة بحماية العقود والتصرفات المالية والأفراد من الضرر وتجعلها في أمان من كافة أشكال التعدي والتعسف والإخلال؟
 - 7- ما الفرق البائع العرضي والبائع المحترف والبائع الصانع وأثر ذلك في حسن النية وسوء النية على عملية الضمان؟
 - 8- ما مدى تحمّل كل من البائع والمؤجّر للأضرار التي لحقت بالمشتري والمستأجر؟
 - 9- إذا تعلق الأمر بعقود الأمانات فما مدى مسؤولية الأمين في هذه العقود إن هلك الشيء تحت يده، هل يضمنه مطلقاً قصر أم لم يقصر في حفظه أم لا؟
 - 10- هل يتوافر الفقه الإسلامي على نظرية كاملة في الضمان بوجه عام وفي العقود بوجه خاص؟

أهداف الموضوع :

وأما الأهداف التي أصبو إلى بلوغها فتظهر في أمرين:

الأول : الجانب العِلْمِي :

- 1- السعي لإيجاد حلول وأجوبة للإشكالات المطروحة وغيرها.
- 2- إبراز أهمية الفقه الإسلامي بأصالته ومبادئه وقدراتها على احتواء حاجات الناس في مختلف العصور والبيئات والأزمان لما بنيت عليه قواعده العامة من فكرة المصلحة والعدل، وأن ما تبناه القانون من نظريات لم تبلغ في الرقي ما شاكله في الفقه الإسلامي أو بلغته بعد زمن بعيد كمبدأ الرضائية في العقود ونظرية البطلان والمسؤولية التعاقدية وغيرها.
- 3- جمع أهم ما يتصل بالضمان في العقود وخاصة أنه لازال يعاني ندرة من حيث الكتابات فيه.
- 4- ضبط جملة من المصطلحات في كل من الفقه الإسلامي والقانون الجزائي.
- 5- أن تكون هناك دراسة مستقلة لهذا الموضوع يساهم في إثراء المكتبة وخدمة طلبة العلم ورجال الفقه والقانون والهيئة التشريعية.

وأما الثاني : الجانب العملي :

- 1- التأكيد على أن الضمان وسيلة تولّد الاطمئنان لدى الأطراف المتعاقدة بما تحفظه من حقوق وتنمي في الفرد صفة الإقدام على وضع ماله بيد الآخرين والثقة بهم في الوفاء، كما أنه وسيلة لمنع وجود تلك النزاعات وإن وجدت فالعمل على إزالتها ورفع الضرر قدر الإمكان.
- 2- التأكيد على أن الضمان يقيم التوازن بين الحقوق المتعارضة ويقدم الحق الأولى بالرعاية ولاشك أن حق المتضرر فيه قائم، وتحميل المتلف لمال الغير نتائج عمله سواء كان في ذلك متعمدا أو سهوا، وبذلك يكون الناس أكثر حرصا على حقوق الآخرين وأشدّهم انضباطا في سلوكه العام.
- 3- السعي إلى تحقيق التوازن الاقتصادي المنشود بين الطرفين سواء كانوا أفرادا أم شركات تتولى بيع السلع المختلفة والابتعاد عن روح التربص والاستغلال حيث يحاول كل متعاقد الإيقاع بالمتعاقد الآخر.

- 4- التأكيد على أن من أهداف الشريعة الإسلامية المحافظة على الكليات الخمس ومنها المال والذي وضعت في سبيله أحكاماً مفصلة متعلقة بالضمان مما يعطي بُعداً اقتصادياً يشجع على الاستثمار وعدم الخوف من إبرام العقود وإجراء الصفقات على كافة المستويات.
- 5- المساهمة في حماية الحقوق ودعم أسس استقرار المعاملات.
- 6- إثبات عملية سبق الشريعة الإسلامية في تناول هذا الموضوع وسعيها في حماية الحقوق وصيانتها.

الدراسات السابقة :

إنّ أهمّ ما يتعلّق بالضمان مطلقاً فقد وقفت على ثلاث دراسات جدّ قيمة ولا زالت لها أهميتها في الماضي والحاضر وهي :

1- الضمان في الفقه الإسلامي للشيخ علي الحقيف.

2- نظرية الضمان للعلامة الدكتور وهبة الزحيلي.

3- نظرية الضمان للدكتور محمد فوزي فيض الله.

وميزة الدراسة في هذه الكتب أنّها تبحث في الضمان كنظرية تشمل كل أنواعه من ضمان العقد وضمان اليد وضمان الإلتلاف، كما أنّ بعضها ركّز على الضمان في مجال المسؤولية الجنائية وفي البعض الآخر على الكفالة، وفي البعض الآخر على ضمان اليد العادية، وأما في مجال العقود فقد تمّ تناولها بشيء من الإجمال كما أنّ بعضها اقتصر أحياناً على مذهب بعينه.

وأما فيما يتعلّق بموضوع الضمان في العقود، فقد وقفتُ على هذه الأطروحة المعنونة بـ :

4- ضمان العقد في الفقه الإسلامي للدكتور محمد نجات محمد (دراسة مقارنة بين الفقه

الإسلامي والقانون المدني)، أطروحة دكتوراه في الفقه وأصوله، هذه الدراسة اشتملت على تمهيد وثلاثة أبواب، فأما التمهيد فحوى ماهية الضمان وأنواعه، وأما الباب الأول فتكلّم فيه عن المسؤولية العقدية في كل من الفقه الإسلامي والقانون المدني، حيث تحدّث في مقدمته عن الخطأ العقدي، وأما الفصل الأول فتحدّث فيه عن الإلتزام بتحقيق غاية، وخصّ بذلك عقدي البيع والإجارة والضمان فيهما، وفي الفصل الثاني تحدّث عن الإلتزام ببذل عناية، وخصّ بذلك بعض عقود الأمانات، كالوديعة والعارية والرهن والوكالة، كما خصّ بعض عقود الضمان، وأما في الباب الثاني فتحدّث عن الضرر في كل من الفقه الإسلامي والقانون المدني، حيث خصّ الفصل الأول بالحديث عن أنواع الضرر، وفي الفصل الثاني التعويض عن الضرر، وفي الفصل الثالث علاقة السببية بين الخطأ والضرر،

وأما في الباب الثالث فتحدّث عن مسائل متعلّقة بضمان العقد، من ذلك الضمان في العقد الصحيح والعقد الباطل، وإثبات الخطأ العقدي وصيانة المديونيات من المماطلة وغيرها. هذه الدراسة كانت وفق المذاهب الفقهية الأربعة مقارنة مع القانون.

5- القواعد والضوابط الفقهية في الضمان المالي للدكتور حمد بن محمد الجابر الهاجري، أطروحة دكتوراه في الفقه وأصوله، وفيه حاول الباحث جمع أكبر عدد ممكن من القواعد والضوابط المتعلقة بالضمان المالي جعلها في تمهيد وأربعة أبواب، فأما في التمهيد فتم التعريف بالقاعدة الفقهية والضابط الفقهي مع دراسة موجزة عن الضمان-تعريفه-أركانه-أسبابه، وأما الباب الأول فأدرج فيه القواعد المتعلقة بسبب الإلتلاف والتعدّي والتفريط، والقواعد المتعلقة بسبب العقد واليد، وأما في الباب الثاني فتحدّث عن القواعد والضوابط المتعلقة بالضامن وفيه تحدّث عن الأهلية والمباشرة والتسبب، وأما في الباب الثالث فتحدّث عن القواعد المتعلقة بأصول المضمون وعقوده وأما الباب الرابع فتحدّث فيه عن القواعد والضوابط المتعلقة بسقوط الضمان.

6- التزام المؤجر بالضمان في القانونين المصري والأردني للدكتور أحمد علي خليف العويدي، أطروحة دكتوراه في القانون وهي عبارة عن باب تمهيدي وقسمين، فأما الباب التمهيدي فتحدّث فيه عن مفهوم الضمان وتطوره التاريخي، وأما القسم الأول فتحدّث فيه عن التزام المؤجر بالضمان في ذاته، وأما القسم الثاني فتحدّث فيه عن خصائص الالتزام وأساسه القانوني وآثاره.

7- الفعل الضار والضمان فيه للدكتور مصطفى أحمد الزرقا، وهي دراسة تأصيلية عن الفعل الضارّ معتمداً منهجاً غير معتاد حيث بدأ بعرض مواد هذا الموضوع في القانون الأردني ومناقشتها في ضوء الدراسات الفقهية والقانونية .

وعلى الرغم من أهمية هذه الدراسات إلاّ أنني أجدها في كثير من الأحيان تغلّب مذهب أو مذهبين على بقية المذاهب وعدم وجود توازن بين المذاهب.

في مجال القانون فإن الدراسات السابقة تنصب على القانون المصري أو الأردني أو السوري، أما القانون الجزائري فلم أعتز على دراسة متكاملة حول الضمان في العقود إلاّ فيما يتعلق بضمان العيوب الخفية في عقود البيع وهو ما أحاول تداركه من خلال هذه الأطروحة.

المنهج المتبع :

- وأما المنهج المتبع في هذه الدراسة فهو في الحقيقة مجموعة من المناهج:
- المنهج الاستقرائي: وذلك باستقراء وتتبع أحكام الضمان في العقود بمختلف أنواعها من كتب الفقه المباشرة وبخاصة المتصلة بالمذاهب الأربعة المعروفة عند أهل السنة.
 - المنهج الوصفي: وذلك بنقل أقوال الفقهاء من مصادرها الفقهية المباشرة.
 - المنهج التحليلي المقارن: وذلك بشرح وتفسير آراء الفقهاء ومناقشة أدلتها وبيان الرأي الراجح حسب قوة الدليل مع بيان وجه الترجيح بكل موضوعية بعيدا عن التعصب للمذاهب وإعمالا للعدل والمصلحة.
- وقد اعتمدت في نقل الأفكار والأدلة على المصادر التي تمثل آراء أصحابها ولا ألجأ إلى الاقتباس إلاّ لضرورة وعند استحالة الحصول على المصدر المباشر يضاف إلى ذلك الاستعانة بكتب اللغة والتفسير والحديث والأصول وذلك عند دراسة الدليل ومناقشته ومقارنته بغيره مع الترجيح متى أمكن ذلك واقتضته المصلحة والعدل.
- عرض موقف القانون الجزائري وأحيانا القانون المصري والفرنسي لاعتماد القانون الجزائري عليهما في كثير من المسائل والجزئيات مع إبراز آراء الشراح ورجال القضاء مع بيان مدى اتفاقهما أو اختلافهما مع أحكام الفقه الإسلامي.
 - المقارنة بين القانون والفقه الإسلامي أنا وبين آراء المذاهب أنا آخر وبين آراء المذهب الواحد أحيانا وبين القانون الجزائري وغيره من القوانين الأخرى وهو ما سنبينه من خلال الخطة الآتية:

خطة البحث :

الفصل الأول : ماهية الضمان، أسبابه وشروطه

المبحث الأول : حقيقة الضمان ومشروعيته

المطلب الأول : تعريف الضمان

المطلب الثاني : دليل مشروعية الضمان

المبحث الثاني : القواعد والضوابط الفقهية المتعلقة بالضمان

المطلب الأول : القواعد المتعلقة بمنع الضرر واتقائه

المطلب الثاني : القواعد المتعلقة بضمان العقود

المطلب الثالث : القواعد والضوابط الفقهية المتعلقة بعقود الضمان وأصول المضمون

المطلب الرابع : القواعد المتعلقة بسقوط الضمان

المبحث الثالث : أسباب الضمان

المطلب الأول : العَقْد

المطلب الثاني : اليد

المطلب الثالث : الإِتْلَاف

المطلب الرابع : الفرق بين ضمان العقد و ضمان اليد و ضمان الإِتْلَاف

المبحث الرابع : شروط الضمان

المطلب الأول : التعديّ

المطلب الثاني : الضرر

المطلب الثالث : العلاقة بين التعديّ والضرر (المباشرة أو التسبّب)

المطلب الرابع : علاقة المباشر والمتسبّب في الضمان

المطلب الخامس : أحوال انفراد واجتماع المباشرة والتسبب في الضمان

الفصل الثاني : أقسام العقود والضمان فيها

المبحث الأول : عقود المعاوضات والضمان فيها

المطلب الأول : التعريف بأنواع عقود المعاوضات والضمان فيها بوجه عام

المطلب الثاني : عقد البيع : حقيقته وشروطه

المطلب الثالث : آثار عقد البيع

المطلب الرابع : ضمان عيوب المبيع الخفية

المطلب الخامس : ضمان عدم التّعرض والاستحقاق في عقد البيع

المبحث الثاني : عقود الأمانات والضمان فيها

المطلب الأول : التعريف بعقود الأمانات والضمان فيها بوجه عام

المطلب الثاني : أحكام مسؤولية الأمين في عقود الأمانات

المطلب الثالث : مدى جواز اشتراط مسؤولية الأمين في عقود الأمانات في الفقه الإسلامي والقانون

المطلب الرابع : صور من التطبيقات المعاصرة للودائع المصرفية

المبحث الثالث : العقود مزدوجة الأثر والضمان فيها

المطلب الأول : التعريف بالعقود مزدوجة الأثر والضمان فيها بوجه عام

المطلب الثاني : الضمان في عقد الإجارة على الأشخاص

المطلب الثالث : الضمان في عقد الإجارة على المنافع

المبحث الرابع : عقود التبرعات والضمان فيها

المطلب الأول : الهبة والضمان فيها

المطلب الثاني : الوقف: حقيقته، حمايته والضمان فيه

الفصل الثالث : أحكام الضمان و آثاره

المبحث الأول : ضمان العيب الخفي والاستحقاق في ظل اتفاقات المتعاقدين

المطلب الأول : اتفاق المتعاقدين على تخفيف شروط الضمان

المطلب الثاني : اتفاق المتعاقدين بشأن تشديد شروط الضمان

المطلب الثالث : اتفاق المتعاقدين على إسقاط الضمان

المطلب الرابع : مدى صحة الاتفاق على الإعفاء أو التخفيف من الضمان في كل من الفقه

الإسلامي والقانوني

المبحث الثاني : ضمان العيب الخفي والتعرض والاستحقاق في ظل أحكام القضاء

المطلب الأول : سلطة القضاء في تفسير شروط الضمان

المطلب الثاني : أحكام القضاء في ضمان العيوب الخفية والتعرض والاستحقاق

المطلب الثالث : حقوق المشتري في دعوى الضمان

المطلب الرابع : دعوى الضمان في العيوب الخفية

المطلب الخامس : دعوى التعويض

المبحث الثالث : سقوط الضمان

المطلب الأول : مرور المدة التي يُسمح برفع الدعوى خلالها

المطلب الثاني : هلاك المبيع ومدى سقوط حق المشتري في دعوى الضمان

المطلب الثالث : تحوّل المبيع وزوال العيب

المطلب الرابع : الإبراء وترك الرد للمصلحة

الفصل الأول

ماهية الضمان،

أسبابه وشروطه

الفصل الأول : ماهية الضمان، أسبابه وشروطه

من خلال هذا الفصل سنتعرض إلى محاولة تحديد مفهوم الضمان نتلوه ببيان دليل مشروعيته، وأهم القواعد الفقهية المتعلقة به، وكذا أهم أسبابه وشروطه، وذلك من خلال المباحث الآتية :

المبحث الأول : حقيقة الضمان و مشروعيته

ومن خلال هذا المبحث سنتعرض إلى حقيقة الضمان ومشروعيته.

المطلب الأول : تعريف الضمان

الفرع الأول : تعريف الضمان في اللغة :

الضمان كلمة مأخوذة من فعل (ضَمِنَ) بفتح الضاد و كسر الميم و فتح النون وفي لغة العرب تطلق على عدة معان منها:

1- الكفالة :

جاء في لسان العرب: ضمن الشيء و به ضَمِنًا و ضَمَانًا كفل به، و ضَمَّنَهُ إياه: أي كفله، وفلان ضامن و ضمين أي كافل و كفيل.⁽¹⁾

فالضاد و الميم و النون أصل صحيح، و هو جعل الشيء في شيء يحويه، من ذلك قولهم: ضمنت الشيء إذا جعلته في وعائه، والكفالة تسمى ضمانا من هذا لأنه كأنه إذا ضمنه فقد استوعب ذمته.⁽²⁾

وفي الحديث الشريف: «مَنْ مَاتَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَهُوَ ضَامِنٌ عَلَى اللَّهِ أَنْ يُدْخِلَهُ الْجَنَّةَ».⁽³⁾

(1) : أنظر: محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي. لسان العرب. الطبعة الثالثة.

بيروت: دار صادر، 1414هـ، ج13، ص257

(2) : أنظر: أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي. معجم مقاييس اللغة. دار الفكر، 1399هـ-1979م، ج3، ص372

وأيضاً: مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروزآبادي. القاموس المحيط. الطبعة الثامنة. بيروت: مؤسسة الرسالة للطباعة،

1426هـ-2005م، ص1212

وأيضاً: أبو القاسم محمود بن عمرو بن أحمد الزمخشري. أساس البلاغة. الطبعة الأولى. بيروت: دار الكتب العلمية،

1419هـ-1998م، ج1، ص587

(3) : أنظر: أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي. السنن. الطبعة [د.ط.]. بيروت: دار الكتاب العربي، المجلد الثالث، ج6،

ص16 و17

2- الالتزام: (1)

ضمن المال أي التزمه⁽²⁾، ويتعدى إلى مفعولين، تقول: ضمّنته المال أي ألزمته به.

3- التغريم :

وضمّنته الشيء تضمينا، فتضمّنه عني مثل غرّمته⁽³⁾ ومن ذلك قوله ﷺ: «مَنْ تَطَبَّبَ وَلَا يُعَلِّمُ مِنْهُ طَبًّا فَهُوَ ضَامِنٌ». (4)

وهناك عدة معاني أخرى للضمان جاءت في اللغة العربية، فقد جاء في المعجم الوسيط: ضمن الشيء أي جزم بصلاحيته وخلوّه مما يعيبه⁽⁵⁾ ومنه الحفظ والرعاية، ورد في الحديث الشريف: «الإمام ضامن والمؤذن مؤتمن»⁽⁶⁾ قال الخطابي: معناه أنه يحفظ على القوم صلاتهم.⁽⁷⁾ والواقع أن الضمان بكل معانيه اللغوية، تصب في معنى الكفالة والالتزام.

(1) : مجمع اللغة العربية (مصطفى إبراهيم وآخرون). المعجم الوسيط. دار الدعوة، ج1، ص544

(2) : أنظر : الفيروزآبادي. القاموس المحيط. ص1212

(3) : أنظر: ابن منظور. لسان العرب. ج13، ص257

(4) : أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني. السنن. الطبعة الأولى. بيروت: دار ابن حزم، 1418هـ-1997م، كتاب الديات، الحديث رقم 4586، ص460-461

وانظر أيضا: أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني ابن ماجة. سنن ابن ماجة. تحقيق بشار عواد معروف. الطبعة الأولى. بيروت: دار الجيل، 1418هـ-1998م، كتاب الطب، باب من تطبب ولم يعلم منه طب، الحديث رقم 3466، ج5، ص136

وأبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني النسائي. السنن الكبرى. الطبعة الأولى. بيروت : مؤسسة الرسالة، 1421هـ-2001م، كتاب القسامة، باب تضمين المتطبب، الحديث رقم 7039، والحديث رقم 7005، ج6، ص366 و378

(5) : أنظر: مجمع اللغة العربية. المعجم الوسيط. ج1، ص544

وأياضا: سعدي أبو جيب. القاموس الفقهي لغة واصطلاحا. الطبعة الثانية. دمشق: دار الفكر، 1408هـ-1988م، ص224

(6) : أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي. سنن الترمذي. الطبعة الأولى. بيروت: دار الغرب الإسلامي، 1996م، باب ما جاء أن الإمام ضامن و المؤذن مؤتمن. الحديث رقم 207، ج1، ص248

(7) : أنظر: سعدي أبو جيب. المرجع نفسه. ص225

الفرع الثاني : تعريف الضمان في الاصطلاح الفقهي :

الضمان في اصطلاح الفقهاء يطلقونه على معنيين:

أ- **المعنى الأول** : الكفالة، فيقولون عقد الضمان وعقد الكفالة على أنهما لفظان مترادفان يراد بهما الالتزام بحق ثابت في ذمة غيره وهو ضمان الدين، أو بإحضار من هو عليه وهو ضمان النفس، أو بتسليم عين مضمونة وهو ضمان العين.⁽¹⁾

هذا هو استعمال الفقهاء لاسم الضمان بالمعنى الخاص، إلا أنهم يستعملونه فيما هو أعم من ذلك.
ب- **المعنى الثاني** : وهو ضمان المال بعقد أو بغير عقد كاعتداء، و يراد بهذا المعنى العام عندهم: شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل، والمراد ثبوته فيها مطلوباً أداءه شرعاً عند تحقق شرط أدائه، سواء أكان مطلوباً أداءه في الحال كالدين الحال، أم في الزمن المستقبل المعين كالدين المؤجل إلى أجل معين، إذ هو مطلوب أداءه إذا ما تحقق شرط أدائه، وكالمبيع في يد من اشتراه بعقد فاسد، فإن ضمانه على مشتريه مادام في يده، فيضمنه بقيمته لبائعه إذا هلك.⁽²⁾

وعلى هذا كان الضمان في جانبه المدني لا الجنائي عند الفقهاء على نوعين:

1- ضمان الإلتلاف

2- ضمان العقد

فعلى المعنى الأول: وهو مذهب المتقدمين فيعرف المالكية الضمان بأنه: (شغل ذمة أخرى بالحق).⁽³⁾

(1) : أنظر: شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي المعروف بالحطاب الرعي المالكية. مواهب الجليل في شرح مختصر خليل. الطبعة الثالثة. دار الفكر، 1412هـ-1992م، ج5، ص96

وأيضاً: علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني. الهداية في شرح بداية المبتدي. الطبعة [د.ط.]. بيروت: دار إحياء التراث العربي. ج3، ص87

وأيضاً: شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشافعي. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج. الطبعة الأولى. دار الكتب العلمية. 1415هـ-1994م، ج3، ص198

وأبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة. المغني. الطبعة [د.ط.]. مكتبة القاهرة، 1388هـ-1968م، ج4، ص399-400

(2) : أنظر: علي الخفيف. الضمان في الفقه الإسلامي. الطبعة [د.ط.]. القاهرة: دار الفكر العربي، 2000م، ص8

(3) : الحطاب. المرجع نفسه. ج5، ص96

وانظر أيضاً: أحمد الدردير. الشرح الكبير على مختصر خليل ومعه حاشية الدسوقي. الطبعة [د.ط.]. دار الفكر. ج3، ص329

ويعرفه الشافعية بقولهم: (الضمان هو حق ثابت في ذمة الغير أو إحضار من هو عليه أو عين مضمونة).⁽¹⁾

وعلى المعنى الثاني فيراد به الغرم وهو ما يتحمّله الغارم عند تلف الشيء بردّ مثله إذا كان مثليا أو قيمته إذا كان قيميا.⁽²⁾

ويعرفه الحنابلة بقولهم أن الضمان: (هو ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق).⁽³⁾

أما الأحناف وبعض الشافعية فلهم في المسألة بعض التفصيل، فقد حصّوا الكفالة بعنوان خاص عند تحديدهم لمفهوم كفالة النفس وأحكامها وعرفوها بأنها: (ضم ذمة إلى ذمة في حق المطالبة أو في حق أصل الدين)⁽⁴⁾ وقصروا الضمان على ضمان المال.⁽⁵⁾

وأما ابن حزم فإنه لا يرى ضيرا في استعمال الضمان بمعنى الكفالة، ولهذا يقرّر أن الكفالة والضمان بمعنى واحد⁽⁶⁾ وإن كان يحصر الضمان في ضمان المال فقط، أما ضمان النفس فلا كفالة فيه حسب رأيه.⁽⁷⁾

ولقد ورد المعنى الخاص للضمان في السنّة الشريفة فقد روي: عن سلمة بن الأكوع رضي الله عنه قال: كنّا جلوسا عند النبي صلى الله عليه وآله إذا أتى بجزاة فقالوا: صلّ عليها فقال: «هل عليه من دين؟» قالوا: لا، قال: «فهل ترك شيئا» قالوا: لا فصلّى عليه، ثم أتى بجزاة أخرى فقالوا: يا رسول الله صلّ عليها. قال: «هل عليه دين؟» قيل نعم قال: «فهل ترك شيئا» قالوا: لا قال: «فهل عليه دين» قالوا:

(1) : الشريبي. مغني المحتاج. ج3، ص158

(2) : أنظر: محمد رواس قلعجي و حامد صادق قنبي. معجم لغة الفقهاء. الطبعة الثانية. دار النفائس. 1408هـ-1988م، ص285

(3) : ابن قدامة. المغني. ج 4، ص 399

(4) : محمد بن أحمد بن أبي أحمد أبو بكر علاء الدين السمرقندي. تحفة الفقهاء. الطبعة الثانية. بيروت: دار الكتب العلمية. 1414هـ-1994م، ج 3، ص 237

(5) : لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي. الفتاوى الهندية. الطبعة الثانية. دار الفكر، 1310هـ، ج3، ص252

(6) : أبو محمد علي بن أحمد سعيد ابن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري. المحلى بالآثار. الطبعة [د.ط.]. بيروت: دار الفكر، ج6، ص396

(7) : ابن حزم. المحلى. ج6، ص397

والتي تبين رأي ابن حزم وأدلته في عدم شرعية الكفالة بالنفس

ثلاثة دنانير. قال: «صَلُّوا عَلَيَّ صَاحِبِكُمْ» قال أبو قتادة: صلَّ عليه يا رسول الله وعليَّ دينه، فصلِّ عليه». (1)

وعلى المعنى الثاني الأعم فقد تباينت التعريفات الفقهية المعاصرة لمعنى الضمان بين موسّع ومضيق لما يقع عليه مفهوم الضمان.

فأكثر هذه التعريفات توسّعا تعريف الشيخ علي الخفيف (2) والأستاذ محمد فوزي فيض الله (3)، حيث عرفه الخفيف بأنه: (شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل). (4)

- فقولُه بما يجب الوفاء به يعمّ كل ما يجب على المرء الوفاء به من مال حتى أنه يُدخل الكفّارات والزكوات والديّات والأروش، وكذلك النذور وما يجب من مال نتيجة الاعتداء على أموال الآخرين.

- وما وجب من عمل نتيجة لإلزام الشخص نفسه بإرادته المنفردة أو باجتماع إرادته مع إرادة أخرى كما في العقود.

(1) : أنظر: أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري. الجامع الصحيح. الطبعة الأولى. القاهرة: المطبعة السلفية، كتاب الحوالات، الحديث رقم 2289، ج2، ص139

وأحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني. فتح الباري شرح صحيح البخاري. بيروت: دار المعرفة، 1379هـ، ج4، ص467

(2) : الشيخ علي بن محمد الخفيف، عالم وقاض وفقه مجدّد وباحث ولغوي، ولد سنة 1891م في قرية الشهداء بمحافظة المنوفية بمصر، له أبحاث ومقالات منشورة، من أهم مؤلفاته: أحكام المعاملات الشرعية، أسباب اختلاف الفقهاء، التأمين وحكمه على هدي الشريعة الإسلامية، توفي سنة 1978م.

أنظر: محمد خير رمضان يوسف. معجم المؤلفين المعاصرين. الطبعة [د.ط.]. الرياض: مطبوعات مكتبة فهد الوطنية، السلسلة الثالثة، 2004م، ج1، ص460-461

ومحمد عثمان شبير. الشيخ علي الخفيف الفقيه المجدّد. الطبعة الأولى. دمشق: دار القلم، 2002م

(3) : محمد فوزي فيض الله فقيه سوري، متحصل على الإجازة العالمية في القضاء الشرعي عام 1949م، ثم العالمية بدرجة أستاذ (دكتوراه) في الفقه والأصول عام 1963م. من أهم مؤلفاته: الاجتهاد في الشريعة، الإمام بأصول الأحكام ...

أنظر: الموقع الإلكتروني "إفتاء" التابع لوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية لدولة الكويت

<http://islam.gov.kw/eftaa/Fatwa/FormerFatwa/Pages/FormerFatw09.aspx>

(4) : علي الخفيف. الضمان في الفقه الإسلامي. ص8

وعرّفه الأستاذ محمد فوزي فيض الله بأنه: (شغل الذمة بحق أو بتعويض عن ضرر).⁽¹⁾

- فقوله: شغل الذمة بحق يدخل حق الله عز وجل بما فيه من كفارات وزكوات، وإن كان صرح بعدم دخول الزكاة فيما بعد عند حديثه عن أسباب الضمان⁽²⁾، إلا أن إطلاقه لفظة الحق يدخل الزكاة فهي حق أيضا في ذمة صاحب المال إلا إذا كان يرى أن الزكاة تتعلق بالعين لا في الذمة.

- وقوله بتعويض عن ضرر، يدخل التعويض الناجم عن إحداث ضرر بأموال الآخرين أو بأنفسهم سواء أكان الضرر جزئيا أو كلياً.

ويأتي تعريف الزرقا⁽³⁾ والزحيلي⁽⁴⁾ في المرتبة الثانية من حيث التوسع فلقد عرفه الزرقا بأنه: (التزام بتعويض مالي عن ضرر للغير).⁽⁵⁾

وعرّفه الدكتور وهبة الزحيلي بأنه: (الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال أو ضياع المنافع أو الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية).⁽⁶⁾

فيبدو جليا من خلال هذين التعريفين أن الضمان ينحصر في التعويض عن الأضرار الواقعة على الناس في أموالهم أو في أنفسهم، كما أن إطلاقهم للضرر الواقع على أموال الآخرين يشمل

(1) : محمد فوزي فيض الله. نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام. الطبعة الأولى. الكويت: مكتبة التراث الإسلامي، 1983م، ص14

(2) : أنظر: محمد فوزي فيض الله. المرجع نفسه. ص23

(3) : مصطفى أحمد الزرقا، من أبرز علماء الفقه في العصر الحديث، ولد في حلب بسوريا سنة 1904، درس علوم الشريعة واللغة الفرنسية وواصل تعليمه حتى تخرّج من كلية الحقوق وتفوّق فيها، عُيّن أستاذا للحقوق المدنية والشريعة وأستاذ القانون المدني ورئيسا لقسمه حتى عام 1966، تولّى وزارة العدل والأوقاف مرتين، في عام 1966 أصبح خبيرا للموسوعة الفقهية التي قامت وزارة الأوقاف الكويتية بمشروعها، له تصانيف عديدة من أهمها: الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، نظرية العقد في القانون السوري وأحكام الأوقاف وغيرها، توفي سنة 1999.

أنظر: فتاوى مصطفى الزرقا. جمعها: مجد أحمد مكّي. الطبعة الأولى. دمشق: دار القلم، 1999، ص25 وما بعدها

(4) : وهبة مصطفى الزحيلي، علامة جليل، فقيه ومفسر، ولد في بلدة دير عطية بدمشق سنة 1932، تحصل على شهادة الدكتوراه في الفقه والقانون عام 1963، تفرّغ للتدريس والتوجيه والتأليف وإلقاء المحاضرات العامة والخاصة، له تصانيف كثيرة من أهمها: الفقه الإسلامي وأدلته، نظرية الضمان، نظرية الضرورة الشرعية، التفسير الوسيط، أصول الفقه الإسلامي وغيرها، توفي سنة 2015.

أنظر: مقال منشور بمجلة "سبق" الإلكترونية بتاريخ 2015/08/10 (<https://sabq.org/KNDgde>)

(5) : مصطفى أحمد الزرقا. المدخل الفقهي العام. الطبعة العاشرة. دمشق: مطبعة طربين، 1968م، ج2، ص1032، الفقرة648

(6) : وهبة الزحيلي. نظرية الضمان. الطبعة الثامنة. دمشق: دار الفكر، 2008م، ص15

الضرر الناشئ بمخالفة العقد أو بارتكاب فعل أو ترك حرمه الله، ولا يدخل في تعريفهم الكفارات ولا الزكوات.

ويأتي تعريف الحموي⁽¹⁾ والمجمل⁽²⁾ ضمن دائرة المضيّقين حيث جاء عندهم أن الضمان هو: (إعطاء مثل الشيء إن كان من المثليات أو قيمته إن كان من القيميات).

فيظهر من خلال هذا التعريف أن الضمان لا يكون إلا في الضرر المالي الناجم عن التعدي بارتكاب فعل أو ترك، ولا يدخل فيه الضمان الناشئ عن العقد الذي هو مبني على التراضي لا على التماثل، كما أنه يحصر الضمان في التعويض.

وبعد النظر في التعريفات السابقة يتبين لنا ضرورة استبعاد التعريفات التي أدخلت الزكاة والكفارات في باب الضمان، لأن الكفارات ليست من الغرامات، وإنما هي من باب العقوبات، وكذلك الزكاة فهي من باب الواجبات الشرعية التي لا علاقة لها مطلقاً بالغرامات، وكذلك الحال في التعريفات التي حصرت الضمان في حالة التعدي وأغفلت ضمان العقد.

لذلك أختار تعريف الدكتور محمد أحمد سراج⁽³⁾ الذي يعرف الضمان بأنه هو: (شغل الذمة بحق مالي أوجب الشارع أداءه جبراً لضرر لحق بالغير في ماله أو بدنه أو شعوره سواء نشأ هذا الضرر بمخالفة العقد أو شرط من شروطه أو بارتكاب فعل حرمه الشارع ذاتاً أو مآلاً).⁽⁴⁾

(1) : الحموي: هو أحمد بن محمد مكّي أبو العباس شهاب الدين الحسيني الحموي من علماء الحنفية حموي الأصل مصري كان مدرساً بالمدرسة السليمانية بالقاهرة وتولى إفتاء الحنفية، له باع في كثير من أنواع العلوم. من أهم مؤلفاته: غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر لابن نجيم، وكشف الرمز عن خبايا الكنز، توفي سنة 1098هـ.

أنظر: كحالة عمر رضا. معجم المؤلفين. دمشق: مطبعة الترقّي، 1957م، ج2، ص93

(2) : المراد بالمجمل مجلة الأحكام العدلية و المادة هي المادة 416

أنظر: مجموعة علماء وفقهاء من الخلافة العثمانية. مجلة الأحكام العدلية. الناشر نور محمد كارخانة تجارت كتب، آرام باغ، كاراتشي. ص80

(3) : هو الأستاذ الدكتور محمد أحمد سراج، أستاذ الشريعة والدراسات الإسلامية بالجامعة الأمريكية بالقاهرة، والأستاذ غير المتفرغ بقسم الشريعة الإسلامية بكلية دار العلوم بجامعة القاهرة، باحث ومحقق. من أهم مؤلفاته: ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، النظام المصرفي الإسلامي، الأوراق التجارية في الشريعة الإسلامية... وأما الكتب التي حققها فنذكر منها: كتاب الفروق، الأموال، وجمع الضمانات. ومن مداخلاته: منهجية البحث الفقهي، تأثير الفقه الإسلامي في القانون الإنجليزي، وعقوبة السجن في الشريعة الإسلامية...

أنظر: الصفحة الرسمية لطلاب الدكتور محمد أحمد سراج.

/طلاب-الدكتور-محمد-أحمد-سراج-<https://www.facebook.com/1017410454955105>

(4) : محمد أحمد سراج. ضمان العدوان في الفقه الإسلامي. الطبعة الأولى، القاهرة: دار الثقافة، 1990م، ص61

وهذا التعريف يبرز أموراً هي: (1)

الأول : أن محل الواجب بالضمان هو الذمة ، ولا يسقط هذا الواجب إلا بأدائه أو الإبراء منه ممن له حق الإبراء، وللمتضرر حق رفع الأمر إلى القضاء يجبر المتسبب في الضرر على الوفاء بحقه.

الثاني : يختلف الواجب بالضمان عن العقوبة في طبيعته والمقصود منه (2) إذ الواجب بالضمان إنما شرع رعاية لحقوق العباد، في حين شرعت العقوبة في مقابلة التعدي على حقوق الله عز وجل، وقد شرع الواجب في الضمان جبراً للضرر الواقع على الفرد، بينما شرعت العقوبة للزجر عن الجنابة.

الثالث : سبب الضمان هو التعدي بارتكاب فعل محظور شرعاً أو ترك أداء واجب من الواجبات.

الرابع : يشترط في التعدي الموجب للضمان أن ينشأ عنه ضرر أما لو حدث التعدي دون ضرر فلا ضمان .

الخامس : يشترط كذلك قيام علاقة السببية بين التعدي والضرر بمعنى إسناد الضرر ونسبته إلى فعل المتعدي.

أما لو أضيف الضرر إلى سبب آخر غير فعل المعتدي فلا يجب عليه الضمان، ولذا لو ألقى شخص غيره في ماء ضحل فامتنع عن الخروج مع قدرته عليه حتى مات لم يُنسب الموت إلى فعل المتعدي بالإلقاء.

(1) : أنظر: محمد أحمد سراج. ضمان العدوان في الفقه الإسلامي. ص 61 وما بعدها

(2) : يشترك الضمان والعقوبة بما يأتي:

أ- في السبب الموجب لهما وهو التعدي بمخالفة أحكام الشارع.

ب- ويشتركان في القصد إلى الحث إلى عدم التعدي بزجر المتعدي ورفع أثر عدوانه وتحميله الضرر الناشئ عن فعله.

ويختلفان فيما يأتي :

أ- شرعت العقوبات لزجر الجناة والضمان لجبر الضرر الناشئ عن التعدي وإن أفاد الزجر.

ب- يقوم الضمان لجبر الضرر الناشئ عن الاعتداء حتى وإن غاب منه قصد الاعتداء، أما الجريمة فإنها لا تنشأ إلا بقيام ركنها المعنوي وهو القصد.

أنظر: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي. الذخيرة. الطبعة الأولى. بيروت:

دار الغرب الإسلامي، 1994م، ج12، ص260

وأبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمى الدمشقي. قواعد الأحكام في مصالح

الأنام. القاهرة: مكتبة الكليات الأزهرية، 1414هـ، ج2، ص154 وما بعدها

السادس : يجري تقدير التعويض الواجب بالتعدي بقدر الضرر، لأن المقصود منه وهو جبره لا زجر المتعدي⁽¹⁾ وإن تحقق ذلك بالمقصود الثانوي.

وهذه المسائل سنأتي إلى تفصيلها وبيائها في مباحث منفصلة إن شاء الله باعتبار أن هذا المعنى من الضمان الذي سقناه هو الذي يهمننا في بحثنا ومن أدلة مثل هذا النوع قوله تعالى : ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ...﴾⁽²⁾. والمعنى لا يأكل بعضكم مال بعض فيدخل في هذا القمار والخداع والبخس والغصب ووجد الحقوق وما لا تطيب به نفس مالكة، أو حرّمته الشريعة الإسلامية وإن طابت به نفس مالكة.⁽³⁾

وحديث سمرة بن جندب قال : قال رسول الله ﷺ : «عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ»⁽⁴⁾ والمتعلق المحذوف عند أهل العلم خاص تقديره ما أخذته اليد ضمان على صاحبها والإسناد إلى اليد على المبالغة لأنها هي المتصرفّة، والمعنى توجب ردّ العين متى كانت قائمة أو ضمان قيمتها إن كانت قيمية أو مثلها إن كانت مثلية، هذا إذا كانت اليد ضمان. أما إذا كانت اليد أمانة فالمعنى توجب ردّ الأمانة متى كانت قائمة ولم يحدث تعدّ أو تقصير في حفظها.⁽⁵⁾

(1) : أنظر: العز بن عبد السلام. قواعد الأحكام في مصالح الأنام. ج2، ص156

(2) : سورة النساء، من الآية 29

(3) : أنظر: أبو عبد الله بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي. الجامع لأحكام القرآن. الطبعة الثانية. القاهرة: دار الكتب المصرية، 1384هـ-1964م، ج2، ص338 و ج5، ص150

والعز بن عبد السلام. تفسير القرآن. الطبعة الأولى. بيروت: دار ابن حزم، 1416هـ-1996م، ج1، ص317 وأبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الشهير بالماوردي. تفسير الماوردي -النكت والعيون- بيروت: دار الكتب العلمية، ج1، ص474

(4) : ابن ماجة. السنن. باب العارية، الحديث رقم 2400، ج4، ص64

وانظر أيضا: الترمذي. سنن الترمذي. باب ما جاء أن العارية مؤداة، الحديث رقم 1266، ج2، ص544-545

وورد فيه بأن هذا الحديث حديث حسن، أنظر : ج2، ص545

وأیضا: الحافظ أبو القاسم سليمان بن أحمد الطبراني. المعجم الكبير. القاهرة: مكتبة ابن تيمية، الحديث رقم 6862، ج7، ص251-252

(5) : أنظر: أبو العلي محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم المباركفوري. تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذي. دار الفكر، ج4، ص482 وما بعدها

وصفاء الضوي أحمد العدوي. إهداء الديباجة بشرح سنن ابن ماجة. دار اليقين، ج3، ص354

الفرع الثالث : تعريف الضمان في الاصطلاح القانوني

- يعدّ موضوع الضمان من أهمّ المواضيع التي عالجها الفقهاء بالشرح والتحليل ويرون أن مصطلح الضمان لا يخرج عن معنى معيّن من تلك المعاني التي حددها الفقه الإسلامي.⁽¹⁾
- ومنها أن الضمان: (هو شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل عند تحقّق أسبابه واجتماع شروطه دون أن يكون هناك مانع يحول دون ترتيب آثاره القانونية).⁽²⁾
- والمراد بشغل الذمة بما يجب الوفاء به قيام المسؤولية.
 - من مال: كما في تمام البيع إذ يترتّب عليه تسلّم الثمن واستلام المبيع الذي يقرّره العقد أو ما يرتّب الغصب إذ هو صورة من صور التعدي.
 - أو عمل: كما في الإجارة على القيام بعمل.
 - عند تحقّق أسبابه: ومن الأسباب التعدي أو تنفيذ العقد تنفيذا جزئيا أو خاطئا.
 - واجتماع شروطه: والمتمثلة في الضرر الذي يلحق أحد المتعاقدين أو كليهما مطلقا أو الغير.
- وبتحليل التعريف نقول أن الضمان يفيد قيام المسؤولية عند اجتماع أسبابها وشروطها ولهذا نجد بعض رجال القانون يركّزون في الضمان على سببه وهو المسؤولية المدنية⁽³⁾ والتي يترتب عنها التعويض المادي عن الخطأ أو الضرر في العقود والتصرفات، حتى أن بعضهم يطلق على مسمّى الضمان مصطلح التعويض نفسه⁽⁴⁾ - كما تقدم-

(1) : أنظر: محمد سليمان الأحمد. الفرق بين الحيازة و الضمان في كسب الملكية. الطبعة الأولى. عمان. الدار العلمية الدولية ودار الثقافة، 2001م، ص 34

(2) : ربحي محمد أحمد أبو هنيم. ضمان التعرض والاستحقاق - أطروحة ماجستير- الأردن: جامعة النجاح، 2007م، ص18

(3) : أنظر: محمد أحمد سراج. ضمان العدوان في الفقه الإسلامي. ص63

وأیضا: سعد خليفة العبار. ضمان عيوب المبيع في ضوء مقاصد الشريعة. الطبعة الأولى. بنغازي: جامعة قاديونس، 1999م، ص133، ونادية بن رمضان. مفهوم ضمان الاستحقاق - مذكرة ماجستير في القانون الخاص- كلية الحقوق والعلوم السياسية، تونس، 2008-2009م، ص6

(4) : أنظر: مصطفى أحمد الزرقا. الفعل الضار والضمان فيه. الطبعة الأولى. دمشق: دار القلم، بيروت: دار العلوم، 1988م، ص62، وأيضا: نادية بن رمضان. المرجع نفسه. ص6

والمسؤولية المدنية قسمان :

1- مسؤولية عقدية: التي تنشأ إذا تخلف أحد العاقدين عن الوفاء بما أوجبه العقد دون عذر طارئ يبرر هذا التخلف، ولم يكن من الممكن إجبار هذا المتعاقد على الوفاء بالمعقود عليه، وأدى تخلفه هذا إلى الإضرار بالعاقد الآخر.⁽¹⁾

2- مسؤولية تقصيرية: وتقوم على الإخلال بالتزام قانوني الذي يفرض عدم إلحاق الأذى أو الضرر بالناس.⁽²⁾

وقد ذهب بعض فقهاء القانون إلى إطلاق مصطلح ضمان العقد⁽³⁾ والذي يراد به ضمان تعويض الضرر الناشئ عن مخالفة أحكام العقد وعدم الوفاء به دون عذر يبرر هذه المخالفة في مقابل المسؤولية العقدية⁽⁴⁾، ومصطلح ضمان العدوان والذي يراد به وجوب رفع الضرر الناشئ عن التعدي والذي يقابل المسؤولية التقصيرية⁽⁵⁾، بينما ذهب الأستاذ مصطفى أحمد الزرقا إلى ترجيح مصطلح المسؤولية وهو اللفظ الأعم الذي تدخل تحته جميع صور مقتضى الفعل الضار من رد المثل أو القيمة أو الإزالة، أو القيام بأي فعل يجبر الضرر بحسب الأحوال.⁽⁶⁾

الفرع الرابع : الألفاظ ذات الصلة بالضمان

هناك ألفاظ ذات صلة بالمعنى المترتب على لفظ الضمان أذكر منها ما له صلة وثيقة به وذلك على النحو الآتي:

-
- (1) : أنظر: محمد أحمد سراج . ضمان العدوان في الفقه الإسلامي. ص63
وأيضاً: كمال العربي. الضمان في الحقوق المعنوية و التحفيز التجاري - أطروحة دكتوراه في الفقه وأصوله-
جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، 2007-2008م، ص10
- (2) : أنظر: إبراهيم فاضل الدبوع. ضمان المنافع . الطبعة الأولى. عمان: دار عمار، 1997م، ص88
- (3) : أنظر: محمد سليمان الأحمد. الفرق بين الحيازة والضمان في كسب الملكية. ص34
- (4) : أنظر: سعد خليفة العبار. ضمان عيوب المبيع في ضوء مقاصد الشريعة. ص133
- وناصر جميل محمد الشمايلة. كسب ملكية المضمونات بالضمان. الطبعة الأولى. عمان: مكتبة دار الثقافة، 1998م،
ص34
- (5) : أنظر: محمد أحمد سراج . المرجع نفسه. ص64، وأيضاً: ناصر جميل محمد الشمايلة. المرجع نفسه. ص36-37
- (6) : أنظر: مصطفى أحمد الزرقا. الفعل الضار والضمان فيه. ص63

أولا : الالتزام :

ومعناه الاصطلاحي هو كون الشخص مكلفا بفعل أو امتناع عن فعل لمصلحة غيره.⁽¹⁾ ووجه الصلة بين الضمان والالتزام هو أن الضمان قد يكون نتيجة التزام الضامن به كما في عقد الكفالة، وبهذا يكون الضمان أعم من الالتزام من هذا الوجه، لأن الضمان قد يكون بالالتزام، وقد يكون بالإتلاف وغير ذلك من أسباب الضمان كما سنرى لاحقا بإذن الله، كما أن الالتزام ليس مختصا بالضمان، فقد يلتزم بالبيع أو الإجارة أو النذر أو النفقة ... إلى غير ذلك من الالتزامات.⁽²⁾

ثانيا : العقد :

يطلق الفقهاء كلمة (عقد) في اصطلاحهم على معنيين:

أحدهما : المعنى الخاص المشهور (وهو ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يُظهر أثره في محله).⁽³⁾ وفي اصطلاح القانون: (اتفاق شخصين فأكثر على إنشاء حق أو على نقله أو على إنهاءه).⁽⁴⁾ والثاني: وهو أعم من الأول إذ يعرف العقد بأنه: (كل تصرف يترتب عليه حكم شرعي سواء أكان بين إرادتين فأكثر أم صدر بإرادة واحدة).⁽⁵⁾

والتعريف بهذا لا يلزم وجود طرفين له، بل إنه قد ينشأ بتصرف انفرادي، فهو يشمل الربط الحاصل بين جانبيين كالبيع والإجارة، كما يشمل التصرفات التي تتم من قبل طرف واحد كالهبة والوصية لما فيها من العزم وعقد الإرادة على تنفيذها.

وأما وجه الصلة بين الضمان والعقد أن من أنواع العقد عقود الضمان⁽⁶⁾ والكفالة، كما أنه قد يترتب على العقد الضمان - وإن لم يكن عقد كفالة - كضمان تسليم المبيع وسلامته من العيوب الخفية من البائع للمشتري في عقد البيع.

(1) : مصطفى أحمد الزرقا. المدخل الفقهي العام. الطبعة التاسعة. دمشق: دار الفكر، 1968م، ج1، ص436

وأضا: مصطفى أحمد الزرقا. نظرية الالتزام العامة. الطبعة الأولى. دمشق: دار القلم، 1999م، ص93

(2) : أنظر: مصطفى أحمد الزرقا. المدخل الفقهي العام. ج1، ص436 و ما بعدها، ونظرية الالتزام، ص92 و ما بعدها

(3) : عبد الرزاق أحمد السنهوري. نظرية العقد. الطبعة [د.ط]. بيروت: دار الفكر. ص79

(4) : مصطفى أحمد الزرقا. المدخل الفقهي العام. ج1. ص245

(5) : محمد نجيب عوضين المغربي. نظرية العقد في الفقه الإسلامي. الطبعة [د.ط]. القاهرة: دار النهضة العربية، 2003م،

ص21

(6) : أنظر: محمد نجيب عوضين المغربي. نظرية العقد في الفقه الإسلامي. ص141

وبهذا يكون العقد أعم من الضمان، لأنه قد يكون عقد ضمان، وقد يكون غير ذلك كعقد الوديعة. وكذلك الضمان لا يختص بالعقد، بل هناك أسباب أخرى للضمان كالإتلاف وإلزام الشارع وغير ذلك - كما سنرى في المطالب الموالية بحول الله-

ثالثا : العهدة :

والعهدة في الاصطلاح الفقهي تطلق على ضمان الدرك أو ضمان العهدة وهو ضمان الثمن للمشتري إن خرج المبيع مستحقاً⁽¹⁾ أو معيباً أو ناقصاً.⁽²⁾ ووجه الصلة بين الضمان والعهدة أن ضمان العهدة أحد أنواع الضمان بمفهومه العام، وبهذا يكون الضمان أعم من العهدة.⁽³⁾

رابعا : التصرف :

والتصرف في الاصطلاح الفقهي ما يصدر عن الشخص من قول أو فعل ويترتب عليه حكم شرعي.⁽⁴⁾

ووجه الصلة بين الضمان والتصرف أن الضمان من التصرفات، فالتصرف أعم من الضمان لأنه يوجد من التصرفات ما ليس بضمان.

خامسا : التعويض :

والتعويض في الاصطلاح الفقهي المال الذي يحكم به على من أوقع ضرراً على غيره في نفس أو مال.⁽⁵⁾

ووجه الصلة بين الضمان والتعويض أن التعويض نتيجة وأثر للضمان، كما أن التعويض لا يجب إلا إذا وقع الضرر، أما الضمان فقد يلتزمه الشخص قبل وقوع الضرر.

(1) : والمراد بالمستحق كما لو تبين أن المبيع مملوكاً لغير البائع أو مرهوناً.

أنظر: مصطفى أحمد الزرقا. المدخل الفقهي العام. ج1، ص542

(2) : أنظر: علي بن محمد علي الزين الشريف الجرجاني. كتاب التعريفات. الطبعة الأولى. بيروت: دار الكتب العلمية،

1403هـ-1983م، ص138، وإين قدامة. المغني. ج4، ص277

ووزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية. الموسوعة الفقهية الكويتية. الطبعة الأولى. مصر: مطابع دار الصفوة، ج28،

ص311 و ص221

(3) : أنظر: الموسوعة الفقهية الكويتية. ج28، ص221

(4) : أنظر: الموسوعة الفقهية الكويتية. ج28، ص221

(5) : وهبة الزحيلي. نظرية الضمان. ص87

المطلب الثاني : دليل مشروعية الضمان

شُرِّعَ الضمان حفظاً للحقوق ورعاية للعهود، وجبراً للأضرار وزجراً للجناة وحداً للاعتداء.
والأصل في جواز الضمان الكتاب والسنة والإجماع.

الفرع الأول : من الكتاب

قوله تعالى : ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا...﴾⁽¹⁾

واستفاد الفقهاء من هذه الآية أن الله تعالى أوجب أداء الأمانة بصريح الأمر وهذا يستلزم شغل الذمة به، وإلا كان توجه الخطاب بالطلب في غير مطلوب وهذا لا يُتصوّر، وشغل الذمة مما يتحقق به الضمان الذي يستوجب الأداء، وعلى هذا فالضمان بنوعيه ضمان الإتلاف و ضمان العقد يشمله عموم الآية الكريمة.⁽²⁾

فعلى سبيل المثال أن استحقاق الشيء موضوع العقد من تحت يد حائزه يجعل ما تم دفعه للطرف الآخر في العقد من مقابل لهذا الشيء أمانة في يده ويلتزم برده.⁽³⁾

وقوله عز وجل : ﴿... فَمَنْ أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ...﴾⁽⁴⁾

وقوله تعالى : ﴿وَأِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عَوَّقِبْتُمْ بِهِ...﴾⁽⁵⁾

ووجه الدلالة أن الله تعالى أجاز لمن وقعت عليه العقوبة في النفس أو المال بغير وجه حق أن يستوفي بدلها بالمثل وفي هذا تقرير لمبدأ المماثلة في الجزاء عموماً سواء أكان ضماناً أو عقوبة تحقيقاً للعدالة وقد فسرها طائفة من التابعين بقولهم : (إن أخذ منك رجل شيئاً فخذ منه مثله).⁽⁶⁾

وقوله سبحانه وتعالى : ﴿قَالُوا نَفَقْدُ صُوعَ الْمَلِكِ وَلَمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ...﴾⁽⁷⁾

(1) : سورة النساء، الآية 58

(2) : أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي. الجامع لأحكام القرآن. الطبعة الثانية. القاهرة: دار الكتب المصرية، 1384هـ-1963م، ج5، ص257-258

وفتحى الدريني. النظريات الفقهية. الطبعة الرابعة. منشورات جامعة دمشق، 1996-1997م، ص197

(3) : أنظر: محمد نجات محمد. ضمان العقد في الفقه الإسلامي - أطروحة دكتوراه مطبوعة - الطبعة الأولى. دمشق: دار المكتبي، 2007م، ص49

(4) : سورة البقرة، من الآية 194

(5) : سورة النحل، الآية 126

(6) : أنظر: محمد بن جرير أبو جعفر الطبري. جامع البيان في تأويل القرآن. مؤسسة الرسالة، 1420هـ-2000م، ج3،

ص580 و ج17. ص322

(7) : سورة يوسف، الآية 72

قال ابن كثير في تفسير هذه الآية: ﴿...وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ...﴾ وهذا من باب الجعالة،
﴿... وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ وهذا من باب الضمان و الكفالة.⁽¹⁾

وقوله جل جلاله: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ
أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾.⁽²⁾

وقوله أيضا: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَن
تَرَاضٍ مِّنْكُمْ...﴾.⁽³⁾

ففي هاتين الآيتين ينهى الله تبارك وتعالى عباده عن أن يأكلوا أموال بعضهم بعضا بالباطل
أي بأنواع المكاسب غير المشروعة وسائر صنوف الحيل مما يدل على أن حقوق الناس وأموالهم
مصونة ومحفوظة في الإسلام لا يجوز الاعتداء عليها ولا أخذها إلا بالحق.⁽⁴⁾
وقوله عز وجل: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ...﴾.⁽⁵⁾

وعند تفسير هذه الآية استفاد منها الفقهاء أن الوفاء هو القيام بموجب العقد، والعقود قيل
فيها هي تلك التي يعقدونها بينهم من عقود المعاملات والأمانات، والعقد الذي يجب الوفاء به هو
ما وافق كتاب الله وسنة رسوله ﷺ، فإن خالفها فهو رد لا يجب الوفاء به.⁽⁶⁾
والوفاء بالعقد يقتضي عدم القيام بأي عمل يؤدي إلى الإخلال بالعقد، لذلك فإن أي ضرر
يحدث من أحد المتعاقدين من شأنه أن يفوت على المتعاقد الآخر الانتفاع الكامل المتوقع بالمعقود
عليه وبالتالي يتوجب عليه إزالة هذا الضرر.⁽⁷⁾

(1) : أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثم الدمشقي. تفسير القرآن العظيم. الطبعة الأولى. بيروت:
دار الكتب العلمية، 1419هـ، ج4، ص343

(2) : سورة البقرة، الآية 188

(3) : سورة النساء، الآية 29

(4) : أنظر: ابن كثير. المرجع نفسه. ج2، ص234، وأيضا: القرطبي. الجامع لأحكام القرآن. ج2، ص338

(5) : سورة المائدة، الآية 1

(6) : أبو الطيب محمد صديق خان بن حسن بن علي بن لطف الله الحسيني البخاري القنوجي. فتح البيان في مقاصد القرآن.

صيدا- بيروت: المكتبة العصرية، 1412هـ-1992م، ج3، ص321-322 و ج2، ص338

(7) : أنظر: تفسير القرطبي. ج6، ص32

الفرع الثاني : من السنة الشريفة

- قوله ﷺ : « كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه ». (1)
- وقوله ﷺ في خطبة حجة الوداع: « إن دمائكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا ». (2)
- وقوله أيضا: « لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه ». (3)
- وعن سعيد بن زيد بن عمرو بن نفيل أن رسول الله ﷺ قال: « من اقتطع شبرا من الأرض ظلما، طوّقه الله إياه يوم القيامة من سبع أرضين ». (4)
- وفي هذا دليل على تحريم الغصب والظلم وشدة عقوبته. (5)
- ويروى عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال: جاء رجل إلى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله! أرأيت إن جاء رجل يريد أخذ مالي؟ قال: « فلا تعطيه مالك » قال: أرأيت إن قاتلني؟ قال: « قاتله » قال: أرأيت إن قتلني؟ قال: « فأنت شهيد » قال: أرأيت إن قتلتني؟ قال: « هو في النار ». (6)

-
- (1) : أنظر: أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري. صحيح مسلم. الطبعة الأولى. الرياض: دار طيبة، 1427هـ-2006م، باب تحريم ظلم المسلم وخذله واحتقاره، كتاب البر والصلة والآداب، الحديث رقم 2564، ج2، ص1193 وأبو زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي. المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج. الطبعة الثانية، بيروت: دار إحياء التراث العربي، 1392هـ، ج16، ص120
- وأياضا: محمد بن إسماعيل بن صلاح الحسني الكحلاني ثم الصنعاني. سبل السلام. الطبعة الخامسة. بيروت: دار الكتاب العربي، ج4، ص371
- (2) : أنظر: صحيح مسلم. كتاب الحج، ج1، ص557، وابن حجر. فتح الباري. ج13، ص27 وصحيح البخاري. كتاب الفتن، باب قوله صلى الله عليه وسلم لا ترجعوا بعدي كفارا، ج4، ص316، الحديث رقم 7078 وجمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف بن محمد الزيلعي. نصب الرأية لأحاديث الهداية. الطبعة الأولى. بيروت: مؤسسة الريان، جدة: دار القبلة للثقافة، ج4، ص325
- (3) : أنظر: الصنعاني. سبل السلام. المجلد الخامس. ص72، والزيلعي. المرجع نفسه. ج4، ص169 وقال إسناده جيد وأبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني. الدراية في تخريج أحاديث الهداية. بيروت: دار المعرفة، ج2، ص201
- (4) : صحيح مسلم. باب تحريم الظلم وغصب الأرض وغيرها، الحديث رقم 1610، ج2، ص756
- (5) : النووي. المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج. ج11، ص49
- (6) : صحيح مسلم. كتاب الأيمان، الحديث رقم 225، ج1. ص74-75، وشرح النووي. ج2، ص163

وهذا دليل على أن من قصد أخذ مال غيره بغير حق كان القاصد مهدر الدم وإن قتل كان في النار، وأما تفسير معنى الشهيد فكلها محمودة وتعبر عن المكانة التي ينزلها الشهيد عند ربه.⁽¹⁾

ففي هذه الأحاديث دلالة واضحة على أن حقوق الناس وأملاكهم مصونة ومحفوظة لا يجوز الاعتداء عليها ولا أخذها إلا بالوجه المشروع.

ومن النصوص التطبيقية الداعمة لهذه الأحاديث حديث أنس بن مالك رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم كان عند بعض نسائه فأرسلت إحدى أمهات المؤمنين مع خادم بقصعة فيها طعام، فضربت بيدها فكسرت القصعة، فضمَّها وجعل فيها الطعام، وقال: «كلوا»، وحبس الرسول والقصعة حتى فرغوا، فدفعت القصعة الصحيحة وحبس المكسورة. وفي لفظ آخر أنه قال: «طعام بطعام، وإناء بإناء».⁽²⁾

وجه الدلالة أن النبي صلى الله عليه وسلم أوجب على كاسرة الإناء ضمان الإناء الذي أتلفته، والطعام الذي كان فيه، وهذا التعويض هو الواجب بالضمان.

وحديث صفوان بن أمية أن الرسول صلى الله عليه وسلم استعار منه يوم خيبر أدرعا، فقال: أغصبا يا محمد؟ فقال: «بل عارية مضمونة» قال: فضاع بعضها، فعرض عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يضمها له فقال: أنا اليوم يا رسول الله في الإسلام أرغب.⁽³⁾

(1) : أنظر: شرح النووي. ج2، ص163-164

وأیضا: الحافظ عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي. الديباج. الطبعة الأولى. المملكة العربية السعودية: دار ابن عفان، 1996م، الحديث رقم 225، ج1، ص154

(2) : صحيح البخاري. باب إذا كسر قصعة أو شيئا لغيره. الحديث رقم 2481، ج2، ص202 وأخرجه باللفظ الثاني الترمذي في سننه: كتاب الأحكام، باب ما جاء فيمن يكسر له الشيء، ما يحكم له من مال الكاسر، الحديث رقم 1359، ج3، ص640، و قال عنه هذا حديث حسن صحيح وابن حجر. فتح الباري. ج5، ص124

(3) : سنن أبو داود. كتاب البيوع و الإجازات، باب في تضمين العارية، الحديث رقم 3562، ج3، ص526-527 وأبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي. السنن الكبرى. الطبعة الثالثة. بيروت: دار الكتب العلمية، 1424هـ، كتاب العارية، باب العارية مؤداة، الحديث رقم 11477، ج6، ص147 والحافظ أبو عبد الله محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري. المستدرک علی الصحیحین. الطبعة الثانية. بيروت: دار الكتب العلمية، 1422هـ-2002م، كتاب البيوع، الحديث رقم 171/2300، ج2، ص54 وله شواهد تؤيدُه هو الحديث رقم 172/2301، والحديث رقم 173/2302 وانظر أيضا: محمد ناصر الدين الألباني. إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل. الطبعة الثانية. بيروت: المكتب الإسلامي، 1405هـ-1985م، ج5، ص344

وهذا الحديث صححه الألباني

ووجه الدلالة: أن النبي ﷺ التزم لصفوان بضمان العارية التي استعارها منه فلما ضاع بعض العارية وأراد النبي ﷺ أن يضمها عفا عنها صفوان ﷺ .

وفي السياق نفسه يقول ﷺ : «العارية مؤداة والزعيم غارم والدَّين مقضي».(1)

ووجه الاستدلال أن الزعيم هو الكفيل، والغارم الذي يلزم ما ضمنه وتكفل به ويؤديه.

وروي عن سمرة بن جندب ﷺ عن النبي ﷺ قال: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه».(2)

ووجه الدلالة من هذا الحديث أن المعنى الذي يفهم من النص هو الضمان، جاء في تحفة الأحوذى وهو يشرح هذا الحديث: (أي ما أخذته اليد ضمان على صاحبها...) (3) واستدل بهذا الحديث من قال: بأن الوديع والمستعير ضامنان وهو صالح للاحتجاج به على التضمين لأن المأخوذ إذا كان على اليد الآخذة حتى تردّه، فالمراد أنه في ضمانها كما يُشعر لفظ "على" من غير فرق بين مأخوذ ومأخوذ.(4)

وفي الدعوة إلى النهي عن الضرر ابتداءً ووجوب رفعه إن وقع انتهاء لقوله ﷺ : «لا ضرر ولا ضرار»(5) والذي هو من أهم المبادئ التي تقوم عليها الشريعة الإسلامية.

(1) : سنن الترمذي. كتاب البيوع. باب ما جاء في أن العارية مؤداة المروي عن أبي أمامة وقال عنه حديث حسن، ج2، ص544

وسنن أبو داود. كتاب البيوع والإجازات، باب في تضمين العارية، الحديث رقم 3565، ج3، ص 527-528

(2) : سنن ابن ماجة. باب العارية، الحديث رقم 2400، ج 4، ص 64

وسنن أبو داود. كتاب البيوع والإجازات، باب في تضمين العارية، الحديث رقم 3561، ج3، ص526

وسنن الترمذي. باب ما جاء في أن العارية مؤداة، الحديث رقم 1266، وقال هذا حديث حسن، ج2، ص544-545

(3) : المباركفوري. تحفة الأحوذى. ج 4، ص482

(4) : المباركفوري. المرجع نفسه. ج 4، ص483

(5) : سنن ابن ماجة. باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، الحديث رقم 2340، والحديث رقم 2341، ج 4، ص27

ومالك بن أنس. الموطأ. القاهرة: دار الكتاب المصري، بيروت: دار الكتاب اللبناني، باب القضاء في المرفق، ج2، ص745

وباب ما لا يجوز من عتق المكاتب، ج2، ص845

وانظر أيضا: شرح النووي. ج10، ص162 وما بعدها عند الحديث في تحريم تلقي الجلب

وأياضا: ابن حجر العسقلاني. الدراية في تخريج أحاديث الهداية. الحديث رقم 1041، ج2، ص282

وأياضا: محمد زكريا الكاندهلوي المدني. أوجز المسالك إلى موطأ مالك. الطبعة الأولى. دمشق: دار القلم، 1424هـ-2003م،

ج13، ص25 وما بعدها وهو يتحدث عن النهي عن بيع تلقي الركبان منعا للضرر.

وهذا الحديث يعتبر أصلاً لكثير من أبواب الفقه كالضمان والشفعة والقصاص والديات والحجر والكفارات....⁽¹⁾

الفرع الثالث : من الإجماع

من خلال هذه الآيات الكريمة والأحاديث النبوية الشريفة التي تم ذكرها والتي تدل دلالة واضحة على أن الضمان مشروع في الإسلام عند إتلاف الإنسان مال غيره أو عند أخذه من دون حق وفي ذلك حفظ لأموال الناس وصيانة لحقوقهم. ولأن العدالة تقتضي أن من أتلف منفعة عين مملوكة، أو استهلك مالا لغيره دون إذن شرعي، عليه أن يعوّض صاحب العين، وأن يردّ المال أو يردّ مثله، فإن تعذّر فيردّه بالقيمة. من أجل هذا أجمع المسلمون وعلمائهم وفقهائهم على جواز الضمان في الجملة، ولم يخالف في صحته أحد.⁽²⁾

الفرع الرابع : من المعقول

إن الضمان شرّع في أصله لحفظ الأنفس والأموال لما فيه من زجر المعتدين وجبر للمتضررين، وهو وسيلة للتخفيف والحد من الاعتداء على أموال الناس، فالعدالة تقتضي أن من أتلف عينا مملوكة أو استهلك مالا لغيره دون إذن شرعي عليه أن يعوّض صاحب العين، وأن يردّ المال أو مثله أو قيمته حماية للملكيات وصيانة لها. ثم إن تشريع الضمان إنما جاء لرفع الضرر وجبره وهم يعدونه من الجوابر⁽³⁾ التي شرّعت في مقابل الزواجر⁽⁴⁾ وهو وسيلة لحفظ أحد الضروريات الخمس وهو المال والذي به تقوم الأمة وتنهض،

(1) : زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم. الأشباه والنظائر. الطبعة الأولى. بيروت: دار الكتب العلمية، 1419هـ-1999م، ص72-73

وأبضا: عبد الرحمن بن أبي بكر جلال الدين السيوطي. الأشباه والنظائر. الطبعة الأولى. دار الكتب العلمية، 1411هـ-1990م، ج1، ص83-84

(2) : أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد. بداية المجتهد ونهاية المقتصد. الطبعة [د.ط.]. القاهرة: دار الحديث، 1425هـ-2004م، ج4، ص100

وابن قدامة. المغني. ج5، ص177 و 222، والقراقي. الذخيرة، ج12، ص260

(3) : أنظر: العز بن عبد السلام. قواعد الأحكام في مصالح الأنام. ج1، ص180 وما بعدها.

(4) : أنظر: فتحي الدريني. النظريات الفقهية. ص210

ثم إن القول بالضمان فيه سعي إلى استقرار المجتمع ونشر الطمأنينة وقطع النزاعات، وإعمال مبدأ العدالة وهو غاية تصبو إليها المجتمعات والأمم.

المبحث الثاني: القواعد والضوابط الفقهية المتعلقة بالضمان

وفي هذا المبحث نشير إلى أهم هذه القواعد المتعلقة بالضمان والتي لها ارتباط وثيق بموضوعنا، نتعرض لها بالتفصيل والبيان وذلك لاعتماد الفقهاء عليها كثيرا في ضبط الأحكام المختلفة التي تتعلق بالضمان، بسبب حوادث التعدي، وإلحاق الضرر بالغير في أموالهم وأموالهم، أو الأخطاء المتكررة يوميا في حياة الناس خاصة المشاكل المالية وقضية التعويضات المالية الناتجة عن كل الأضرار الناجمة بالتعدي أو الخطأ، ناهيك أن هذه المشاكل والنزاعات بين الناس تشغل جانبا كبيرا في المحاكم والقضاء من دعاوي وقضايا في كل آن وحين، علما أن هذه القواعد المدرجة تتماشى مع موضوعات البحث وفصوله.

المطلب الأول: القواعد المتعلقة بمنع الضرر واتقائه

الفرع الأول: قاعدة: «لا ضرر ولا ضرار»⁽¹⁾

لا ضرر ولا ضرار قاعدة فقهية أصلها حديث نبوي شريف عدّه البعض أحد الأحاديث الخمسة التي يدور عليها الفقه، واعتبره آخرون أصلا لكثير من أبواب الفقه كالرد بالعيب، وضمان المتلفات وجميع أنواع الخيارات والحدود والكفارات⁽²⁾، وتكملته في المستدرك من ضارّ ضارّه الله، ومن شاقّ شاقّ الله عليه⁽³⁾.

(1) : سبق تحريجه، أنظر: ص 18

(2) : ابن نجيم. الأشباه والنظائر. ص 73، والسيوطي. الأشباه والنظائر. ص 84

وتاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي. الأشباه والنظائر. الطبعة الأولى. دار الكتب العلمية، 1411هـ-1991م،

ج 1، ص 41

وأیضا: تقي الدين أبو الفتح محمد بن علي بن وهب بن مطيع القشيري المعروف بابن دقيق العيد. شرح الأربعين النووية في الأحاديث الصحيحة النبوية. الطبعة السادسة. مؤسسة الريان، 1424هـ-2003م، ص 108

(3) : أبو عبد الله الحاكم النيسابوري. المستدرك على الصحيحين. الطبعة الأولى. دار الحرمين للطباعة، 1417هـ-1997م، كتاب البيوع، الحديث رقم 2400، ج 2، ص 74 وقال: هذا الحديث صحيح الإسناد على شرط مسلم ولم يخرجاه.

أولا : معنى الحديث :

للعلماء في تفسير الضرر في الحديث ثلاثة أقوال:

الأول: أن الضرر هو: (أن ينقص الرجل أخاه شيئا من حقه).⁽¹⁾

الثاني: أن الضرر هو: (ضد النفع، وقيل الضرر ما تضرر به صاحبك وتتفجع به أنت).⁽²⁾

الثالث: أن الضرر هو: (إلحاق مفسدة بالغير مطلقا).⁽³⁾

وأما الضرر فيقال من الضُرِّ وقوله ﷺ: «ولا ضرار» أي لا يجازي أحد أحدا على إضراره، بإدخال الضرر عليه، فالضرر فعل الواحد، والضرار فعل الاثنين، والضرر ابتداء الفعل، والضرار الجزاء عليه، وقيل: الضرر أن يضر الرجل الرجل من غير أن ينتفع به⁽⁴⁾، وقيل: الضرر والضرار بمعنى واحد تُكَلِّمُ بهما على وجه التأكيد وقيل: الضرر هو الاسم والضرار الفعل.⁽⁵⁾

والضرر بوجه عام يرجع إلى أحد الأمرين إما تفويت مصلحة أو حصول مضرة بوجه من الوجوه.⁽⁶⁾

ومعنى الضرر هو كل إيذاء يلحق الشخص في ماله أو جسمه أو عرضه أو سمعته.⁽⁷⁾

وهذه القاعدة تقرّر حكّمين هامين، الأول عدم جواز الإضرار بالغير ابتداء سواء كان الضرر واقعا على مال الغير أو جسده أو شعوره، والثاني عدم جواز مقابلة الضرر بمثله وإن كان على وجه الجزاء، جاز بقدره دون زيادة إذا لم يغن غيره عنه وإلا منع تحقيقا للعدل وإنصافا للمظلوم

(1) : مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد الجزري ابن الأثير. النهاية في غريب الحديث والأثر. بيروت: دار إحياء التراث العربي، ج3، ص81

(2) : مجد الدين الجزري. النهاية في غريب الحديث والأثر. ج3، ص81

وانظر أيضا: زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن السالمي البغدادي ثم الدمشقي الحنبلي. جامع العلوم في شرح خمسين حديثا من جوامع الكلم. الطبعة الثانية. دار السلام للطباعة، 1424هـ-2004م، ج3، ص911

(3) : حمد بن محمد الجابر الهاجري. القواعد والضوابط الفقهية في الضمان المالي. الطبعة الأولى. المملكة العربية السعودية: دار كنوز إشبيلية، 1429هـ-2008م، ج1، ص83

(4) : ابن رجب. المرجع نفسه. ج3، ص911-912

(5) : أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي. التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد. المغرب: وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية، 1387هـ، ج20، ص158

وأیضا: الزيلعي. نصب الراية لأحاديث الهداية. ج4، ص386

(6) : أنظر: صالح بن غانم السدلان. القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها. الطبعة الأولى. المملكة العربية السعودية: دار بلنسيا، 1417هـ، ص497

(7) : وهبة الزحيلي. نظرية الضمان. ص23

كما في الجناية على النفس والبدن، وذلك مصداقا لقوله تعالى: ﴿... فَمَنْ أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ ...﴾⁽¹⁾.

والهدف من هذه القاعدة هو دفع الضرر قبل الوقوع بطرق الوقاية الممكنة، وبعد الوقوع بما يمكن من التدابير التي تزيل آثاره وتمنع تكراره.⁽²⁾

هذا ووجه دلالة هذه القاعدة على مشروعية الضمان أنه لم يرد لنفي الضرر في الواقع المحسوس فقط، وإنما أُريدَ بالنفي التنبيه إلى اتخاذ الوسائل المانعة من الإضرار بالغير وإيجاب الضمان والعقوبة على من أوقع سببه وهذا هو مفهوم القاعدة الفقهية "الضرر يزال" إذ لا طريق إلى إزالة الضرر إلا إيجاب الضمان تداركا لهذا الضرر، كما يفيد الحديث اختيار أهون الشرين لدفع أعظمهما لأن في ذلك تخفيفا للضرر عندما لا يمكن منعه منعاً باتاً، ودفعاً لضرر أعم وأعظم، ولأن درء المفاسد مقدم على جلب المصالح، ولأنها لم تشرع في الحقيقة إلا لدفع الضرر.⁽³⁾

كما ورد أيضاً أن المقصود بمنع الضرر هو نفي الازدياد في الضرر الذي لا يفيد سوى التوسع في دائرته، لأن الإضرار ولو على سبيل المقابلة لا يجوز أن يكون هدفاً مقصوداً وطريقاً عاماً، وإنما يلجأ إليه اضطراراً عندما لا يكون غيره من طرق التلافي والقمع أنفع منه.⁽⁴⁾

ولنفي الضرر ونفيه وردت قواعد مكتملة لما قرره الحديث النبوي الشريف منها قاعدة الضرر يزال⁽⁵⁾ والضرر لا يزال بمثله⁽⁶⁾، وقاعدة الضرر يدفع بقدر الإمكان⁽⁷⁾ ويدفع أعظم الشرين بأهونهما⁽⁸⁾

(1) : سورة البقرة، من الآية 194

(2) : أنظر: صالح بن غانم السدلان. المرجع السابق. ص 498

(3) : أنظر: محمد مصطفى الزحيلي. القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة. الطبعة الأولى. دمشق: دار الفكر، 1427هـ، ج 1، ص 199-200

(4) : محمد مصطفى الزحيلي. المرجع نفسه. ص 200

(5) : السيوطي. الأشباه والنظائر. ص 83، وابن نجيم. الأشباه والنظائر. ص 72

(6) : أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن محمدر الزركشي. المشور في القواعد. الطبعة الثانية. وزارة الأوقاف الكويتية، 1405هـ، ج 2، ص 321

والسيوطي. المرجع نفسه. ص 86

(7) : أنظر: أحمد بن الشيخ محمد الزرقا. شرح القواعد الفقهية. الطبعة الثانية. دمشق: دار القلم، 1409هـ-1989م، ص 207

(8) : السيوطي. المرجع نفسه. ص 87

وأبو العباس أحمد بن يحيى الونشريسي. إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام أبي عبد الله مالك. الطبعة الأولى. بيروت: دار ابن حزم، 1427هـ، ص 185، قاعدة 107

ودرء المفاسد أولى من جلب المصالح⁽¹⁾ ويتحمّل الضرر الخاص لدفع الضرر العام.⁽²⁾
هذا كله يدخل في عموم قوله ﷺ : لا ضرر: أن الله عز وجل لم يكلف عباده فعل ما يضرهم فإن
ما يأمرهم به هو عين الصلاح لدينهم ودنياهم وما نهاهم عنه هو عين فساد دينهم ودنياهم.

ثانيا : أمثلة تطبيقية :

ومن أمثلة النهي عن الضرر ابتداء وانتهاء وبما يخدم موضوعنا:

- منع الغش والتدليس والغرر في البيوع.⁽³⁾
- إذا باع إنسان من آخر سلعة معينة ولم يكشف له عن العيب الذي فيها، فإن للمشتري خيار فسخ العقد دفعا وإزالة للضرر عن نفسه.⁽⁴⁾
- ثبوت كثير من الخيارات في العقود لإزالة الأضرار الواقعة على أحد المتعاقدين كخيار العيب وخيار الغبن بالتغريب... إلخ⁽⁵⁾
- عدم وجوب العمارة على الشريك، وإنما يقال لمريدها أنفق واحبس العين إلى استيفاء قيمة البناء أو ما أنفقته.⁽⁶⁾
- حائط مشترك أراد أحدهما نقضه، وأبى الشريك، إن كان بحال لا يخاف سقوطه لا يجبر وإن كان بحيث يخاف سقوطه يجبر.⁽⁷⁾

(1) : ابن نجيم. الأشباه والنظائر. ص77

(2) : ابن نجيم. المرجع نفسه. ص74، وأحمد بن الشيخ محمد الزرقا. شرح القواعد الفقهية. ص197

(3) : أنظر: السيوطي. الأشباه والنظائر. ص87، وأيضا: السبكي. الأشباه والنظائر. ص41

(4) : أنظر: أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (الجد). المقدمات الممهّدة. الطبعة الأولى. دار الغرب الإسلامي، 1408هـ-1988م، ج2، ص85 و ص99

(5) : أنظر: مصطفى أحمد الزرقا. المدخل الفقهي العام. ج2، ص982، فقرة 588

وأیضا: وهبة الزحيلي. المعاملات المالية المعاصرة. الطبعة السادسة. دمشق: دار الفكر، 2008م، ص32 و ما بعدها
و ص38

(6) : ابن نجيم. المرجع نفسه. ص74

(7) : أحمد بن محمد مكي أبو العباس شهاب الدين الحسيني الحموي. غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر.
الطبعة الأولى. دار الكتب العلمية، 1405هـ-1985م، ج1، ص279

- تضمين المودع المتعدّي على الوديعة حتى هلكت.⁽¹⁾

الفرع الثاني : القاعدة الفقهية : «الاضطرار لا يبطل حق الغير»
أولاً : معنى القاعدة :

تعتبر هذه القاعدة تقييد لقاعدة "الضرورات تبيح المحظورات"

- فالاضطرار: بمعنى الضرورة التي تدفع إلى تغيير الحكم الشرعي من الحرمة إلى الإباحة، كالمضطر لأكل طعام الغير لحفظ حياته يُرْفَع عنه إثم مباشرة المحظور.⁽²⁾
والاضطرار هنا قد يكون سببه أمر سماوي كالجاعة والحيوان الصائل، أو غير سماوي (بشري) كالإكراه الملجئ.

- لا يبطل حق الغير: بمعنى أنّ المضطر لا يبطل حق الآخرين بتعويض حقوقهم المالية، وبالتالي يجب ضمانها، فإن كانت مثلية فمثلية وإن كانت قيمية فقيمية.⁽³⁾

فالضرورة الشرعية التي تدفع إلى ارتكاب المحظور كما في إتلاف مال الغير تسقط الإثم، لكن لا يمنع هذا من حق تعويض الإنسان من الناحية المادية⁽⁴⁾، لأنّ الإذن العام من قبل صاحب الشرع في التصرفات لا يسقط الضمان وإذن المالك (الآدمي) في التصرفات يسقط الضمان⁽⁵⁾، ثم إن الضرر بعدم التعويض ضرر، والضرر لا يزال بالضرر كما تقدم.

ثانياً : أمثلة تطبيقية :

من تطبيقات هذه القاعدة ما يأتي :

- من أكره على إتلاف مال الغير فإنّ ضمان قيمة المال على من باشر الإكراه لأنّه أولى من الفاعل بتحمل التبعة.⁽⁶⁾

(1) : محمد بن أحمد بن محمد عليش أبو عبد الله المالكي. منح الجليل شرح مختصر خليل. الطبعة [د.ط.]. بيروت: دار الفكر،

1409هـ-1989م، ج7، ص5-6، والخطيب الشريبي. مغني المحتاج. ج4، ص133-134

ومنصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي. كشاف القناع عن متن الإقناع. دار الكتب العلمية.

ج4، ص167

(2) : أنظر: الزركشي. المنشور في القواعد. ج2، ص319

(3) : أنظر: وهبة الزحيلي. نظرية الضمان. ص220

(4) : أنظر: وهبة الزحيلي. المرجع نفسه. ص220

(5) : أنظر: القرابي. الفروق. ج1، ص195

(6) : محمد نجيدات محمد. ضمان العقد في الفقه الإسلامي. ص535 ومصطفى أحمد الزرقا. المدخل الفقهي العام. ج2،

ص1005

- لو انتهت مدة الإجارة أو العارية، والزرع بقل لم يحصد بعد، فإنه يبقى إلى أن يُستحصد ولكن بأجر المثل لأن اضطراب المستأجر والمستعير لإبقائه لا يبطل حق المالك فتلزم الأجرة.⁽¹⁾
- إذا انقضت مدة إيجار السفينة في أثناء رحلتها البحرية وجب تمديد العقد بأجر المثل حتى تنتهي الرحلة لأن الاضطراب في هذه الحالة لا يبطل حق الغير.⁽²⁾
- لو انتهت مدة إجازة الظفر، وقد صار الرضيع لا يأخذ ثدي غيرها، ولم يستغني بالطعام فإنها تُجبر على إرضاعه ولكن بأجر المثل.⁽³⁾

المطلب الثاني : القواعد المتعلقة بضمان العقود

الفرع الأول : قاعدة الخراج بالضمان⁽⁴⁾

أولاً : معنى القاعدة :

هذه القاعدة الهامة في نظرية الضمان، هي في الأصل نص حديث شريف اقتبسه الفقهاء وجعلوه قاعدة فقهية، وتكمن أهمية هذه القاعدة في أنها من القواعد المهمة في الفقه الإسلامي، لكونها تتعلق بكثير من أبواب المعاملات المالية من بيع وإجارة وشركة ورهن ونحو ذلك، ولمعرفة حقيقة هذه القاعدة لابد من بيان معنى مفرداتها.

فالخراج في اللغة اسم لما يُخرج والخراج غلّة العبد والأمة، والخرج والخراج: الإتاوة تُؤخذ من أموال الناس والخرج أن يؤدي إليك العبد خراجه أي غلته.⁽⁵⁾
وقيل: الخرج والخراج واحد وهو شيء يخرج القوم في السنة.⁽⁶⁾
وقيل: الخراج كل ما خرج من شيء فهو خراجه، فخراج الشجرة ثمرها وخراج الحيوان دُرّه ونسله.⁽⁷⁾
ومعنى الضمان: هو الالتزام بالتعويض المالي عن ضرر بالغير.

(1) : أحمد بن الشيخ محمد الزرقا. شرح القواعد الفقهية. ص214

(2) : أنظر: وهبة الزحيلي. نظرية الضمان. ص222

(3) : أحمد بن الشيخ محمد الزرقا. المرجع نفسه. ص214

(4) : سنن أبي داود. كتاب البيوع والإجازات، الحديث رقم 3508، ج3، ص501-502

وسنن الترمذي. الحديث رقم 1285 و 1286، ج3، وقال عنه هذا حديث حسن صحيح

وسنن ابن ماجة. باب الخراج بالضمان، الحديث رقم 2242 و 2243، ج3، ص576

(5) : ابن منظور. لسان العرب. ج2، ص251

(6) : ابن منظور. المرجع نفسه. ص251

(7) : أنظر: ابن نجيم. الأشباه والنظائر. ص127، وأحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي أبو العباس. المصباح المنير في

غريب الشرح الكبير. بيروت: المكتبة العلمية. ج1، ص166

والمراد بالقاعدة أن استحقاق الخراج سببه تحمّل الضمان أي تحمّل تبعة الهلاك، فمنافع الشيء وغلّته يستحقها من يكون هو المتحمل لخسارة هلاك ذلك الشيء لو هلك، فيكون استحقاق الثمرة في المقابل تحمّل الخسارة.⁽¹⁾

وقد ورد هذا الحديث المروي عن السيدة عائشة -رضي الله عنها- أن رجلا ابتاع عبدا فأقام عنده ما شاء الله أن يقيم ثم وجد به عيبا، فخاصمه إلى النبي ﷺ، فردّه عليه، فقال الرجل: يا رسول الله قد استعمل غلامي، فقال: «الخراج بالضمان».⁽²⁾

والمقصود بالخراج: ما خرج من الشيء من غلّة ومنفعة وعين فهو للمشتري عوض ما كان عليه من ضمان الملك، فإنه لو تلف المبيع كان من ضمانه فالغلة له ليكون الغنم في مقابلة الغرم.⁽³⁾ فيكون الحكم المستفاد فيما يظهر هو ما كان غير متولد وذلك كالمنافع والأجرة⁽⁴⁾ على أن يكون أيضا مستندا إلى حالة مشروعة كالشراء، أما إذا كانت غير مشروعة كالغصب، فإنه لا يبيح للضامن من خراج الشيء المضمون، ولذا لا تباح للغاصب منافع المغصوب وإن كان ضامنا له⁽⁵⁾، هذا عند الجمهور.⁽⁶⁾

وينبثق عن هذه القاعدة قواعد عدة منها أن الغرم بالغنم⁽⁷⁾. والغرم هو ما يلزم المرء لقاء شيء من مال أو نفس مقابل بالغنم وهو ما يحصل له من مرغوبه من ذلك الشيء⁽⁸⁾. وهي تعبر عند الدكتور مصطفى أحمد الزرقا عن عكس القاعدة السابقة⁽⁹⁾ وهي الخراج بالضمان.

(1) : أنظر: السيوطي. الأشباه والنظائر. ص136، وسعد خليفة العبار. ضمان عيوب المبيع في ضوء مقاصد الشريعة. ص 518

(2) : سبق تخريجه في ص25

(3) : أنظر: السيوطي. المرجع نفسه. ص136، والزركشي. المنشور في القواعد. ج2، ص119

(4) : أنظر: وهبة الزحيلي. نظرية الضمان. ص213

(5) : أنظر: مصطفى أحمد الزرقا. المدخل الفقهي العام. ج2، ص1034 متنا و تهميشا

(6) : أنظر: محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي. حاشية الدسوقي. الطبعة [د.ط.]. دار الفكر، ج3، ص462

وأبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي. المهذب في فقه الإمام الشافعي. دار الكتب العلمية، ج2، ص202، وابن قدامة. المغني. ج5، ص188، والسيوطي. المرجع نفسه. ص136، والشرييني. مغني المحتاج. ج3، ص362

(7) : أنظر: أحمد بن الشيخ محمد الزرقا. شرح القواعد الفقهية. ص437

ومحمد نجات محمد. ضمان العقد في الفقه الإسلامي. ص 538

(8) : أحمد بن الشيخ محمد الزرقا. المرجع نفسه. ص437

(9) : أنظر: مصطفى أحمد الزرقا. المرجع نفسه. ج2، ص1035

بالمقابل يرى الأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي أن هذه القاعدة وإن كانت بعكس لفظ القاعدة السابقة إلا أنها بمعناها أي صاحب المنفعة يتحمل الخسارة عملاً بقاعدة العدالة والعدل الاجتماعي والتوازن بين النفع والضرر.⁽¹⁾

كما أن مفادها أن التكاليف والخسارة التي تحصل من الشيء تكون على من يستفيد منه شرعاً ومن ينال نفع شيء يتحمل ضرره⁽²⁾، فكما أن مالك المنفعة يختص بالغنم ولا يشاركه فيه أحد، فكذلك فكذلك يتحمل الغرم ولا يتحمل معه أحد.⁽³⁾

ومن القواعد المنبثقة أيضاً النعمة بقدر النعمة والنقمة بقدر النعمة.⁽⁴⁾

فالجملتان الأولى من هذه القاعدة ترادف قاعدة الخراج بالضمان، والجملتان الثانية منها ترادف قاعدة الغرم بالغنم ومفادها الخراج لقاء الضمان وكون الغرم لقاء الغنم.⁽⁵⁾

ثانياً : أمثلة تطبيقية على القاعدة :

ومن الأمثلة التطبيقية لقاعدة الخراج بالضمان وما تفرع عنها:

- لو ردّ المشتري المبيع بعد قبضه بخيار العيب، وكان قد استعمله مدة لا يلزمه أجرته لأنه لو كان قد تلف في يده قبل الردّ لكان يتلف من ماله.⁽⁶⁾
- لو اشترى شخص شجرة فأثمرت عنده، ثم ردت للبائع فالثمرة للمشتري.⁽⁷⁾
- في عقد المضاربة يقدم ربّ المال رأس المال إلى عامل المضاربة والضمان عليه، فالربح مستحق بالضمان عليه، وإن خسر فيتحمّلها ربّ المال، فالربح هو الخراج الحاصل من استغلال رأس المال، فهذا المعنى هو الخراج بالضمان.⁽⁸⁾

(1) : وهبة الزحيلي. نظرية الضمان. ص 215

(2) : محي هلال السرحان. تبسيط القواعد الفقهية شرحها ودورها في إثراء التشريعات الحديثة. الطبعة الأولى. بيروت: دار الكتب العلمية، 2005م، ص 68

(3) : أنظر: وهبة الزحيلي. المرجع نفسه. ص 215

(4) : أنظر: أحمد بن الشيخ محمد الزرقا. شرح القواعد الفقهية. ص 441

(5) : أنظر: أحمد بن الشيخ محمد الزرقا. المرجع نفسه. ص 441، ومصطفى أحمد الزرقا. المدخل الفقهي العام. ج 2، ص 1035

(6) : أحمد بن الشيخ محمد الزرقا. المرجع نفسه. ص 429

(7) : السيوطي. الأشباه والنظائر. ص 136

(8) : إدريس صالح الشيخ فقيه. القواعد والضوابط الفقهية في نظرية الضمان - أطروحة ماجستير في الفقه وأصوله - الجامعة الأردنية، 2006م، ص 111

- إن نفقة ومؤونة تعمیر الملك المشترك وترميمه على الشركاء بنسبة حصصهم بمقابلة انتفاعهم به انتفاع الملاك. (1)

- أجرة صك الشراء وحجج المبيعات فإنها على المشتري بمقابلة انتفاعه بها، ومثلها على المشتري أجرة تحرير سند البيع ونحوه من رسوم "الطابو" أي التسجيل العقاري توثيقاً لنقل الملكية إليه. (2)

- نفقة رد العارية إلى المعير يلتزم بها المستعير بخلاف رد الوديعة فإن كلفتها على المالك المودع، لأن الإيداع لمصلحته. (3)

- من استأجر أرضاً من الحكومة لزراعتها فعليه تحمل تبعاتها من إصلاح الأرض وتهيئة تربتها وكافة لوازمها. (4)

- لو وهب شخص هبة لآخر فأجرها ثم رجع الواهب عن هبته فالغلة للموهوب له. (5)

الفرع الثاني : قاعدة يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان (6)

هذه القاعدة الفقهية من القواعد المتعلقة بالضمان، وهي من الأهمية بمكان، بحيث تكمن أهميتها في أنها من القواعد التي تتعلق بالشروط التقليدية في العقود والتصرفات المالية بين الناس، والالتزامات التي يشترطها الناس فيما بينهم على بعضهم البعض.

أولاً : معنى القاعدة :

ومعنى هذه القاعدة هو وجوب احترام الشروط المتفق عليها وتطبيقها بينهم شريطة أن تكون هذه العقود موافقة للشارع الحكيم ومقتضى العقد، وقابلة للإمكان والتنفيذ.

وعند مخالفتها فإن يد الأمانة فيها تنقلب إلى يد ضمان - كما سنرى لاحقاً إن شاء الله - كمن استأجر شخصاً آخر لحفظ شيء مدة، فحفظه في بعضها ثم ترك، لا تبطل الإجارة، ويزول الاستئمان ويصير ضامناً. (7)

(1) : أحمد بن الشيخ محمد الزرقا. شرح القواعد الفقهية. ص 437

(2) : أنظر: محمد نجات محمد. ضمان العقد في الفقه الإسلامي. ص 539، ووهبة الزحيلي. نظرية الضمان. ص 216

(3) : إدريس صالح الشيخ فقيه. القواعد والضوابط الفقهية في نظرية الضمان. ص 113

(4) : إدريس صالح الشيخ فقيه. المرجع نفسه. ص 113

(5) : أنظر: الزركشي. المنشور في القواعد. ج 2، ص 119

(6) : أنظر: مجلة الأحكام العدلية. المادة 83

(7) : أنظر: زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن السلامي البغدادي ثم الدمشقي الحنبلي. القواعد.

دار الكتب العلمية. ص 65

وعند غياب الشرط من العقد كانت ضرورة الأخذ بالعرف وهو ما تذهب إليه قاعدة: "المعروف عرفا كالمشروط شرطا"، ويندمج تحتها "المعروف بين التجار كالمشروط بينهم"، و"التعيين بالعرف كالتعيين بالنص".⁽¹⁾

وفي لفظ آخر "الثابت بالعرف كالثابت بالنص"⁽²⁾ شريطة أن لا تكون مصادمة للشرع.⁽³⁾ وهذه القاعدة لها ارتباط وثيق بموضوع الضمان، إذ عند عدم اعتبار هذه القاعدة لدى المتعاقدين فإنه يترتب الضمان، وإن كانت اليد في العقد يد أمانة تتحول إلى يد ضمان مثلما سنرى في الفصل الموالي من هذا البحث.

ثانيا : أمثلة تطبيقية عن القاعدة وما تفرّع عنها :

ومن تطبيقات هذه القاعدة:

- إذا شرط المودع على الوديع حفظ الوديعة في مكان معين كدار أو بيت أو صندوق، فنقلها إلى مكان آخر دون عذر فإن كان المكان الجديد أدنى في درجة الحفظ فيضمن، وإن كان مماثلا له في الحفظ أو أحفظ منه فلا يضمن.⁽⁴⁾

- من المعلوم واللازم في إجارة العقار تعيين نوع المنفعة المقصودة بصورة تمكّن من حسم النزاع، ومع هذا يصح استئجار الدار والحانوت دون بيان ما استؤجر لأجله، عندئذ يصار إلى تحكيم العرف والعادة⁽⁵⁾ في كيفية استعماله... وليس له أن يمارس فيه ما يوهن أو يضرّ البناء كالحداثة والقسارة ونحوهما، لأن من الملحوظ منعه عرفا إلا بإذن المؤجّر فإذا لم يكن تعيين كيفية الاستعمال ممكنا بالعرف وجب بيانه بالعقد كما في استئجار الأرض للزراعة وإلاّ عدّ عقد الإجارة فاسدا⁽⁶⁾، إذ يشترط في العقد بيان ما يراد زرعه فيها، أو التصريح بأن للمستأجر أن يزرع ما شاء، وذلك لاختلاف أنواع المزروعات في نفع الأرض وضررها.

(1) : أنظر: علي أحمد الندوي. القواعد الفقهية. الطبعة السابعة. دمشق: دار الفكر، 2007م، ص65

(2) : أنظر: أحمد بن الشيخ محمد الزرقا. شرح القواعد الفقهية. ص241

(3) : أنظر: محمد نجات محمد. ضمان العقد في الفقه الإسلامي. ص540-541

(4) : أنظر: ابن قدامة. المغني. ج6، ص441

(5) : أنظر: مجلة الأحكام العدلية، المادتين 527 و 528

(6) : أنظر: مجلة الأحكام العدلية، المادة 524

- لو استأجر دابة للحمل فإن له تحميل النوع والقدر المعتاد مما لا ضرر منه عليها، فليس له أن يحملها أكثر من طاقتها المعتادة مطلقاً، ولا أن يحملها الأشياء الثقيلة كالحديد والأحجار إلا أن يأذن المؤجر وعندئذ يتقيّد من حيث المقدار أيضاً بطاقتها المعتادة، وإلا كان ضامناً للدابة إذا تلفت، إذ يعتبر متعدّياً.⁽¹⁾

- وأكثر توضيحاً للقاعدة ما ذكره ابن نجيم في الأشباه والنظائر عند شرحه لها: (...ورد عليّ سؤال فيمن آجر مطبخاً لطبخ السكر وفيه فخار، أذن المستأجر في استعمالها فتلف ذلك، وقد جرى العرف في المطابخ بضمائها على المستأجر، فأجبت بأن المعروف كالمشروط، فصار كأنه صرح بضمائها عليه، والعارية اشترط فيها الضمان على المستعير تصير مضمونة عندنا).⁽²⁾

- وورد أنه لو استأجر أحدهم دابة إلى مسافة فزاد عليها أو لحمل شيء فزاد عليه، وهي في يد المؤجر فتلفت، قال في المحرّد، يضمن لتعدّيه بالزيادة وسكوت المالك لا يمنع الضمان.⁽³⁾

الفرع الثالث: على اليد ما أخذت حتى تؤدّيه⁽⁴⁾

هذه القاعدة أصلها نص حديث نبوي شريف، وهي تعتبر من أهم قواعد الضمان في التشريع الإسلامي، وتعتبر أصلاً لكثير من المسائل في حفظ الحقوق ونحمل المسؤولية.

أولاً : معنى القاعدة :

أن اليد إذا بسطت على مال الغير كان عليها ضمان هذا المال، فتلتزم برده بعينه إن كان قائماً، فإن لم يكن قائماً التزمت برده المثل إن كان مثلياً، أو القيمة إن كان قيمياً، سواء كان بسط اليد بحق كالمستعير والمودع والمستقرض، والبائع قبل قبض المشتري للسلعة، أو بغير حق كالغاصب، وسواء في ذلك أن تكون اليد يد ضمان كالمقترض، أو يد أمانة كالوديعة، غير أن الضمان يلزم يد الضمان على كل حال، ويلزم يد الأمانة عند التفريط أو التعدي.

(1) : أنظر: ابن قدامة. المغني. ج5، ص373

(2) : ابن نجيم. الأشباه و النظائر. ص85

(3) : ابن رجب الحنبلي. القواعد. ص209

(4) : سبق تخرجه، أنظر: ص9

وينبني على هذه القاعدة أن كل ما كان تحت اليد من مال الغير بوجه شرعي، كان على هذه اليد مسؤولية مالية تجاه مالك هذا المال، وهي ضمان هذا المال حتى يؤدَّى إلى مالكه، ولا يرفع هذه المسؤولية كون هذا المال دخل تحت اليد بوجه شرعي، فإن كان بسط اليد على المال لمصلحة تمخضت للحائز، أو للتملّك كان عليها الضمان على كل حال سواء فرّطت أو لم تفرّط، سواء تعدّت أو لم تتعدّ، وتسمى عندئذ يد ضمان كيد البائع على المبيع قبل القبض، ويد القابض على سوم الشراء، ويد مستأجر الدابة المخالف للشرط، أو للعرف المعتاد ويد المقترض، أما إذا كان بسط اليد على المال على وجه النيابة، التزمت الضمان عند التفريط أو التعدي، كالوديع والوكيل والشريك والمضارب والأجير.

وهذه القاعدة بعمومها لا تتعارض مع قاعدة "المؤتمن غير ضامن ما لم يفرّط أو يتعدّى"، فالحديث بعمومه يعني بقاء الشيء في ذمة المؤتمن عليه حتى يؤديه⁽¹⁾ إلى صاحبه ما لم يتلف وهو في يده بسبب خارج عن إرادته من غير تفريط.⁽²⁾

ويتولّد عن هذه القاعدة ضوابط أخرى منها:

- لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي.⁽³⁾
- ولا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذنه.⁽⁴⁾

ثانياً : أمثلة تطبيقية عن القاعدة وما تفرّع عنها :

- من أخذ بدل صلح ثم أقرّ أن لا حق له فيه، وجب عليه ردّ ما أخذه من بدل الصلح لدافعه.⁽⁵⁾
- لو دفع مالا لشخص على ظن أنه مدين ثم تبين له أنه غير مدين فعلى المدفوع له المال ردّه إلى دافعه.

(1) : أنظر: صفاء الضوي أحمد العدوي. إهداء الديباجة بشرح سنن ابن ماجه. ج3، ص354 وما بعدها

(2) : عطية عدلان عطية رمضان. موسوعة القواعد الفقهية - أطروحة ماجستير - كلية الحقوق: جامعة عين شمس، الإسكندرية:

دار الإيمان، 2007م، ص531

(3) : علي حيدر. درر الحكام شرح مجلة الأحكام. دار عالم الكتب، 1423هـ-2003م، المادة 97، ج1، ص98

(4) : أنظر: علي حيدر. المرجع نفسه. المادة 96، ج1، ص96

(5) : أنظر: ابن قدامة. المغني. ج4، ص359

- المودع إذا تعدّى في الوديعة ثم ترك التعدي لم يبرأ عندنا من الضمان لثبوت يد العدوان.⁽¹⁾
- من أحدث فيما غصبه زرعاً أو غرساً أو بناءً، فإن ما أحدثه لا يعطيه حق البقاء في الأرض بأن يمتلكها أو يستأجرها، لأن العدوان لا يصلح سبباً للتملك، وإن عليه إزالة ما أحدثه، وإذا كان قلع المحدثات يضرّ بالأرض جاز لصاحب الأرض امتلاكها.⁽²⁾

المطلب الثالث : القواعد والضوابط الفقهية المتعلقة بعقود الضمان

الفرع الأول : قاعدة ما تصحّ إجارتة فعلى مُتلفه الضمان⁽³⁾

أولاً : معنى القاعدة :

أنّ من أتلف مالا متقومًا⁽⁴⁾ لغيره بدون إذنه وجب عليه ضمانه، ومن أتلف ما ليس بمال متقوم فلا يجب عليه الضمان، فالضمان هنا مبني على المالية والتقوم.

ثانياً : من أمثلة هذه القاعدة :

- إذا غصب شخص من ذمي خمراً لزمه ردّها لأنّه يقرّ على شربها، وإن غصبها من مسلم لم يلزم ردّها ووجب إراقتها.
- لا ضمان في تحريق الكتب المضلّة وإتلافها ككتب الكفر والتنجيم والشعوذة والمخدرات.

(1) : محمود بن أحمد بن محمود بن بختيار أبو المناقب شهاب الدين الزنجاني. تخرّج الفروع على الأصول. الطبعة الثانية. بيروت: مؤسسة الرسالة، 1398هـ، ص224

وعلاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. الطبعة الثانية. دار الكتب العلمية، 1406هـ-1986م، ج6، ص211

(2) : أنظر: الكاساني. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. ج7، ص149

(3) : حمد بن محمد جابر الهاجري. القواعد والضوابط الفقهية في الضمان المالي. ج2، ص510

(4) : المالية والتقوم هما شيء واحد عند جمهور الفقهاء ومتلازمان أي جواز الانتفاع، أما الحنفية فلم يشترطوا في المال أن يكون مباح الانتفاع به شرعاً.

أنظر: القرابي. الذخيرة. ج5، ص400، وابن نجيم. البحر الرائق شرح كنز الدقائق. ج5، ص277

الفرع الثاني : كل ما جاز الرهن به جاز ضمانه⁽¹⁾

أولاً : معنى الضابط :

أن كل شيء أخذ الرهن به فإنه يجوز أخذ الكفيل به، وما لم يجز أخذ الرهن به فإنه لا يجوز أخذ الكفيل به⁽²⁾، وذلك لأن كل من عقد الرهن وعقد الكفالة كلاهما عقد توثيق، ولذلك اتفقت أسباب التوثيق بهما.⁽³⁾

ثانياً : من أمثلته :

لا يصح الرهن بالأعيان غير المضمونة كالوديعة ومال الشركة ومال المضاربة والعين المستأجرة والمال في يد الوكيل أو الوصي.⁽⁴⁾

الفرع الثالث : قاعدة المثلي مضمون بمثله والمتقوم بالقيمة، وقاعدة الأصل رد الحقوق المضمونة بأعيانها عند الإمكان

أولاً : معنى القاعدتين :

الأصل العام المقرر في كيفية الضمان هو رد الحقوق المضمونة بأعيانها عند الإمكان، فإن ردها كاملة فقد بريء من عهدتها، وإن ردها ناقصة الأوصاف جبر الضامن ما نقص من أوصافها بالقيمة.

هذا إذا كانت العين المضمونة باقية على حالها، أما إذا تلفت العين المضمونة فيجب على المتلف ضمانها بالمثل إن كانت من ذوات الأمثال، أو بالقيمة إن لم تكن من ذوات الأمثال⁽⁵⁾، ومن ذلك من استقرض مالا مثليا وجب عليه رد مثله، وإن كان متقوماً وجب عليه رد قيمته.⁽⁶⁾

(1) : الزركشي. المنشور في القواعد. ج3، ص138

(2) : حمد بن محمد الجابر الهاجري. القواعد والضوابط الفقهية في الضمان المالي. ج2، ص515

(3) : أنظر: النووي. روضة الطالبين. ج4، ص55

(4) : أنظر: الدسوقي. الحاشية. ج3، ص245، والدردير. الشرح الكبير. ج3، ص245

(5) : أنظر: القرائي. الفروق. ج1، ص214

(6) : أنظر: مجموع فتاوى ابن تيمية. المملكة العربية السعودية. المدينة المنورة: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف، ج20،

ثانيا : من أمثلة القاعدتين :

- من غصب مالا، وكان المال موجودا بعينه وجب على الغاصب ردّه بعينه.⁽¹⁾
- إذا أتلّف شخص على غيره شيئا مما يكال أو يوزن كالذهب والفضّة والحديد والنحاس والحنطة والشعير وسائر المأكولات، وجب عليه ردّ مثله لا قيمته.⁽²⁾
- إذا أتلّف شخص على غيره شيئا ممّا لا يكال ولا يوزن كالثياب وسائر العروض والرقيق والحيوان فيلزمه قيمته دون مثله.⁽³⁾

الفرع الرَّابِع : إذا تعدّر الأصل يصار إلى البدل⁽⁴⁾

أوّلاً : معناها :

أن الحق الواجب تسليمه أصلا إلى صاحبه هو عين حقه فإذا تعدّر ردّه بذاته بسبب تلفه أو إتلافه وجب ردّ عوض عنه.

ثانيا : من أمثلة ذلك :

- خيار العيب الثابت للمشتري يقتضي رد عين المبيع المعيب إلى بائعه، فإن تعذر ردّه بسبب تلفه عند المشتري، أو بإحداث عيب جديد فيه، أو بإدخال زيادة لازمة عليه كالصباغ يسترد المشتري من البائع جزءاً من الثمن يعادل فرق نقصان العيب القديم الذي كان موجودا عند البائع.⁽⁵⁾
- يجب على الغاصب رد المغصوب على مالكة على الوجه الذي أخذه، فإذا هلك أو استهلك وجب عليه ردّ بدله : المثل في المثليات والقيمة في القيميات - كما تقدّم-

(1) : أنظر: السيوطي. الأشباه والنظائر. ص468

(2) : حمد بن محمد الجابر الهاجري. القواعد والضوابط الفقهية في الضمان المالي. ج2، ص463

(3) : حمد بن محمد الجابر الهاجري. المرجع نفسه. ج2. ص463

(4) : فيما معناها: أنظر: المادة 53 من مجلة الأحكام العدلية

(5) : وهبة الزحيلي. نظرية الضمان. ص226

المطلب الرابع : القواعد المتعلقة بسقوط الضمان

الفرع الأول : الجواز الشرعي ينافي الضمان⁽¹⁾

أولاً : معنى القاعدة :

- الجواز الشرعي: أي المأذون به من قبل الشارع سواء أكان فعلاً أو تركاً.⁽²⁾
- ينافي الضمان: أي لا ضمان على الفاعل ولا يتحمل في ذلك أي مسؤولية أو غرم مالي تعويضاً عن ضرر غيره.⁽³⁾
- والمعنى الإجمالي لهذه القاعدة أنه لا يترتب على شخص الضمان بسبب فعله أو عدم فعله شيئاً إذا كان ذلك منه جائزاً شرعاً، وبعبارة أخرى لو فعل شخص ما أجاز له فعله شرعاً ونشأ عن فعله هذا ضرر ما فلا يكون ضامناً للخسارة الناشئة عن ذلك.⁽⁴⁾

ثانياً : بعض الأمثلة التطبيقية عن هذه القاعدة :

- لو حمل المستأجر الدابة المأجورة قدر المعتاد فهلكت فإنه لا يضمنها لأن فعله جائز، أما لو حملها أكثر من المعتاد فإنه يضمنها.⁽⁵⁾
- إذا تصرف الشريك بأموال الشركة بما تقتضيه التجارة عادة كالبيع أو كرهن شيء من المال، أو استئجار محل لتخزين البضاعة أو المضاربة بمال الشركة، ونحو ذلك فإنه لا يضمن شيئاً من الضرر المترتب على فعله.⁽⁶⁾
- متولي الوقف والشريك المضارب والوكيل والوديع والمستعير والمستأجر والمرتهن لا يضمنون ما يتلف بأيديهم مما يجوز لهم فعله شرعاً.⁽⁷⁾

(1) : أنظر: المادة 91 من مجلة الأحكام العدلية

(2) : حمد بن محمد الجابر الهاجري. القواعد والضوابط الفقهية في الضمان المالي. ج2، ص575

(3) : حمد بن محمد الجابر الهاجري. المرجع نفسه. ج2، ص575

(4) : مصطفى أحمد الزرقا. المدخل الفقهي العام. ج2، ص1032، ووهبة الزحيلي. نظرية الضمان. ص211-212

(5) : مصطفى أحمد الزرقا. المرجع نفسه. ج2، ص1032

(6) : أنظر : وهبة الزحيلي. المرجع نفسه. ص213

(7) : وهبة الزحيلي. المرجع نفسه. ص213

الفرع الثاني : الأمانة غير مضمونة⁽¹⁾

أولاً: معنى القاعدة :

هي الشيء الموجود عند الشخص الذي اتَّخذه أميناً سواء أُجْعِلَ بعقد الاستحفاظ كالوديعة، أم كان أمانة ضمن عقد كالمأجور والمستعار، أو صار أمانة في يد شخص بدون عقد ولا قصد كما لو أُلقت الريح في دار أحد مال جاره، فنظراً لكونه لم يوجد عقد فلا يكون ذلك المال وديعة عند صاحب البيت، بل أمانة فقط⁽²⁾، فإذا هلكَتِ الأمانة من غير تعدُّ أو تقصير وتفريط فلا يغرم صاحبها.⁽³⁾

ثانياً : من تطبيقات هذه القاعدة :

- إذا وقع من يد الأجير الخاص شيء من متاع صاحب المنزل من غير تعدُّ منه أو تفريط فأفسده لم يضمن، وكذلك المودع عنده إذا سقطت من الوديعة بلا تعدُّ أو تفريط ففسدت لم يضمن.⁽⁴⁾
- العامل في القراض والأجير فيما استؤجر عليه لا يضمنان إلا إذا حصل منهما تعدُّ أو تفريط.⁽⁵⁾
- الوديعة لا ضمان على قابضها إلا أن يتعدى أو يخالف ما أمر به فيضمن، ومثله أيضاً لا يضمن الوكيل ما تلف بيده من المال إلا إذا تعدى⁽⁶⁾ أو فرط - كما سنرى في الفصل الموالي-

الفرع الثالث : إذن المالك في التصرفات يسقط الضمان⁽⁷⁾

أولاً : معنى القاعدة :

أنّه إذا أباح المالك لغيره التصرف في ماله أو ملكه ثمّ ترتّب على ذلك التصرف هلاك أو تلف فلا ضمان عليه لوجود الإذن من المالك.⁽⁸⁾

(1) : أنظر: المادة 768 من مجلة الأحكام العدلية

(2) : أنظر: القرابي. الفروق. ج2، ص207، و ج4، ص27، وحمد بن محمد الجابر الهاجري. القواعد والضوابط الفقهية في الضمان المالي. ج2، ص594

(3) : أنظر: القرابي. المرجع نفسه. ج2، ص207-208، و ج4، ص27، وابن عبد البر. الكافي في فقه أهل المدينة. المملكة العربية السعودية، الرياض: مكتبة الرياض الحديثة، ج2، ص801، 808

(4) : أنظر: القرابي. المرجع نفسه. ج2، ص207

(5) : أنظر: ابن حزيء. القوانين الفقهية. ص183 و 186

(6) : أنظر: النووي. روضة الطالبين. ج4، ص325

(7) : القرابي. المرجع نفسه. ج1، ص195

(8) : حمد بن محمد الجابر الهاجري. القواعد والضوابط الفقهية في الضمان المالي. ج2، ص588

ثانياً: من تطبيقات هذه القاعدة :

- إذا استأذن الطبيب المريض في عملية جراحية له فأذن له المريض، فترتب على ذلك هلاك نفس أو تلف عضو أو ضياع مال فلا ضمان على الطبيب إلا إذا تعدى أو فرط.⁽¹⁾
- من أذن له في تقليب شيء فسقط من يده فلا ضمان عليه.⁽²⁾

الفرع الرابع : كل ما قبضه الإنسان من غيره بغير عوض فهو غير مضمون⁽³⁾

أولاً : معنى القاعدة :

الأصل أن الإنسان إذا قبض مالا من مالكه من غير عوض، فإن هذا المال يكون أمانة عند قابضه فلا يجب عليه ضمانه إذا تلف أو نقص إلا بتعداً أو تفريط. وهذه القاعدة تدخل في قاعدة الأمانة غير مضمونة.

ثانياً : من تطبيقات هذه القاعدة

- إذا تلفت الوديعة في يد المودع عنده من غير تعدد منه أو تفريط فإنه لا يضمن.⁽⁴⁾
- إذا وكلت رجلاً في بيع سيارتك فتلفت السيارة أو بعضها من دون تعدد أو تفريط من الوكيل فإنه لا يضمن.⁽⁵⁾

(1) : حمد بن محمد الجابر الهاجري. القواعد والضوابط الفقهية في الضمان المالي. ج2، ص590

(2) : حاشية الدسوقي. ج4. ص25

(3) : حمد بن محمد الجابر الهاجري. المرجع نفسه. ج2، ص601

(4) : القرافي. الفروق. ج2، ص207

(5) : حمد بن محمد الجابر الهاجري. المرجع نفسه. ج2، ص602

المبحث الثالث : أسباب الضمان

حتى يقوم الضمان يجب أن يتحقق أحد أسبابه، هذه الأسباب يسميها بعض المعاصرين الموجبات أي التي توجب الضمان⁽¹⁾، وللضمان أسباب كثيرة أشار إليها الفقهاء في مواضع متعددة من أبواب الفقه، لكنهم لم يتفقوا في تحديدها، فنجد كل واحد يذكر الأسباب التي يراها في موضع، ثم يورد غيرها في موضع آخر، كما نجد بعضهم يحددها بثلاثة أسباب والبعض الآخر بأكثر من ذلك.

فعلى سبيل المثال الشافعية يجعلون أسباب الضمان أربعة هي العقد واليد والإتلاف والحيلولة⁽²⁾، ويتفق معهم الحنابلة في الثلاثة الأولى، وينكرون السبب الرابع⁽³⁾ ويذهب العز بن عبد السلام إلى أن أسباب الضمان هي اليد والمباشرة والتسبب والشرط⁽⁴⁾، في حين نجد الإمام الكاساني من الحنفية يعدد أسباب الضمان بأنها الإتلاف والغصب والعقد⁽⁵⁾، أما الإمام القرافي من المالكية، فجعلها العدوان والتسبب ووضع اليد التي ليست بمؤتمنة⁽⁶⁾.

ورد الأستاذ علي الحنيف هذه الأسباب إلى إلزام الشارع والالتزام والفعل الضار⁽⁷⁾.

وهكذا اختلفت اجتهاداتهم في تحديد أسباب الضمان، والسبب في ذلك يعود إلى أنهم لم يعتقدوا بابا خاصا بأسباب الضمان وأركانه وشروطه وما إلى ذلك من متعلقاته⁽⁸⁾، فلم يتم بذلك صياغة نظرية متكاملة حول الضمان.

وبوجه عام فإن أهم أسباب الضمان هو العقد والإتلاف ووضع اليد أما ما يقابله في لغة القانون فنجد أنه يعبر عنه بنص القانون والتصرف القانوني والواقعة القانونية، والتي نجدها لا تخرج عن أحد الأسباب التي ذكرها الفقهاء سابقا.

(1) : أنظر: محمد أحمد سراج. ضمان العدوان في الفقه الإسلامي. ص212

(2) : أنظر: السيوطي. الأشباه والنظائر. ص362

(3) : ابن رجب الحنبلي. القواعد. القاعدة 89، ص 204

(4) : العز بن عبد السلام. قواعد الأحكام في مصالح الأنام. ج2، ص154

(5) : أنظر: الكاساني. بدائع الصنائع. ج7، ص164-165

(6) : أنظر: القرافي. الفروق. الطبعة [د.ط.]. عالم الكتب، ج2، الفرق 111، بين قاعدة ما يُضْمَن وبين قاعدة ما لا يُضْمَن، ص206-207

(7) : علي الحنيف. الضمان في الفقه الإسلامي. ص11 و ما بعدها

(8) : أنظر: علي الحنيف. المرجع نفسه. ص11

وتبعاً لذلك سنتعرض لأهم الأسباب الموجبة للضمان والأكثر شيوعاً في الحياة العملية وذلك من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول: العَقْد

والذي سنتعرض فيه إلى التعريف به مع بيان أقسامه من خلال الفروع الآتية:

الفرع الأول : تعريف العَقْد

أ- في اللغة : العَقْد في أصل اللغة (الربط بين أطراف الشيء سواء أكان ربطاً حسياً أم معنوياً ، من جانب واحد أو من جانبيين، ومنه انتقلوا إلى إطلاق العقد على اليمين والعهد، وعلى الاتفاق في المبادلات كالبيع ونحوه).⁽¹⁾

ومن معاني العقد أيضاً الشدّ الذي يفيد إحكام الشيء وتقويته وهذا المعنى وغيره يدل على إلزام العقد وتنفيذه، قال الجصاص -رحمه الله-: (العقد إذا كان في أصل اللغة الشد ثم نقل إلى الأيمان والعقود ... ونحوها فإن ما أُريدَ به إلزام الوفاء بما ذكره وإيجابه عليه).⁽²⁾

ب- في الفقه : ويعرّف بمعناه العام بأنه: (كل تصرف يترتب عليه حكم شرعي سواء أكان بين إرادتين فأكثر ، أم صدر بإرادة واحدة).⁽³⁾

وأما بالمعنى الأخص فعرفته الجملة بأنه: (ارتباط الإيجاب بالقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله). فعلى المعنى الأعمّ وهو الأقرب إلى المعنى اللغوي والشائع عند فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة⁽⁴⁾ ، فهو كل ما عزم على فعله، سواء صدر بإرادة منفردة كالوقف والإبراء والطلاق واليمين، واليمين، أم احتاج إلى إرادتين في إنشائه كالبيع والإيجار والتوكيل والرهن، أي أن هذا المعنى يتناول الالتزام مطلقاً سواء من شخص واحد أو من شخصين ويشمل حينئذ ما يسمى في المعنى الضيق أو الخاص عقداً كما يشمل ما يسمى تصرفاً أو التزاماً، فالعقد بالمعنى العام ينتظم جميع الالتزامات الشرعية⁽⁵⁾، وهو بهذا المعنى يرادف كلمة الالتزام.

(1) : أنظر: ابن منظور. لسان العرب. ج3، ص297، والفيروزآبادي. القاموس المحيط. ص300، والفيومي. المصباح المنير في

غريب الشرح الكبير. ج2، ص421، وجمع اللغة العربية بالقاهرة. المعجم الوسيط. دار الدعوة. ج2، ص613-614

(2) : أبو بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص. أحكام القرآن. بيروت: دار إحياء التراث العربي، مؤسسة التاريخ العربي، 1412هـ-1992م، ج3، ص285

(3) : أنظر في هذا المعنى: محمد نجيب عوضين. نظرية العقد في الفقه الإسلامي. ص20

(4) : أنظر: سعدي أبو جيب. القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً. ص255-256، والجصاص. المرجع نفسه. ج3، ص285

(5) : وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. الطبعة الأولى. الجزائر: دار الفكر، 1991م، ج4، ص80

وفي هذا المعنى يقول الإمام أبو زهرة⁽¹⁾: (... نجد من الكتاب في الفقه من يعمّمون، فيطلقون كلمة العقد على كل تصرف شرعي سواء أكان ينعقد بكلام طرف واحد، أم لا ينعقد إلا بكلام طرفين، ويقولون أن كل ما عقد الشخص العزم عليه فهو عقد).⁽²⁾

ج- في القانون : عرف رجال القانون العقد بأنه: (توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام أو نقله أو إنجائه).⁽³⁾

وهو ما يرادف ما جاءت به المادة 54 من التقنين المدني الجزائري: (العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما).⁽⁴⁾

وعند تحليل التعريف الفقهي بمعناه الأخص وكذا القانوني وإيضاحه نجد أن العقد هو من قبيل الارتباط الاعتباري في نظر الشرع بين شخصين أو أكثر نتيجة لاتفاق إرادتهما، وهاتان الإرادتان خفيتان فطريق إظهارهما التعبير عنهما، وهو في العادة بيان ما يدل عليهما بصورة متقابلة من الطرفين، ويسمى هذا التعبير إيجاباً وقبولاً.⁽⁵⁾

(1) : هو الشيخ محمد بن أحمد بن مصطفى بن أحمد المعروف بأبي زهرة، عالم ومفكر وباحث وكاتب مصري، من أبرز علماء الشريعة الإسلامية والقانون في عصره، ولد بمدينة المحلة الكبرى بمصر سنة 1898، وترى بالجامع الأحمدي فيها، وتعلم بمدسة القضاء الشرعي بمصر وحصل منها على إجازة «عالمية القضاء الشرعي مع درجة أستاذ»، كما حصل على شهادة دار العلوم في القاهرة، وتولى تدريس العلوم الشرعية واللغة العربية فيها ثلاث سنوات، وعلم في المدارس الثانوية بالقاهرة سنتين ونصفاً، عين أستاذاً محاضراً للدراسات العليا في جامعة فؤاد الأول سنة 1935، ثم عضواً للمجلس الأعلى للبحوث العلمية سنة 1962، ثم وكيلاً لكلية الحقوق في الجامعة. له تصانيف كثيرة منها: الملكية ونظرية العقد، الوقف وأحكامه، المعجزة الكبرى، خاتم النبيين... توفي سنة 1974.

أنظر: محمد أبو زهرة. ابن تيمية - حياته وعصره - آراؤه وفقهه. القاهرة: دار الفكر العربي، 1991

وزهرة التفاسير. دار الكتاب العربي. ص 03-11

(2) : أنظر: محمد أبو زهرة. الملكية ونظرية العقد. دار الفكر العربي، ص 200

(3) : عبد الرزاق السنهوري. نظرية العقد. ص 79

(4) : أنظر: القانون رقم 05-10 المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426هـ الموافق لـ 20 يونيو سنة 2005م، يعدّل ويتمّم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395هـ الموافق لـ 26 سبتمبر سنة 1975م والمتضمن القانون المدني الجزائري

المنشور بالجريدة الرسمية الجزائرية لسنة 2005، العدد 44

(5) : أنظر: مصطفى أحمد الزرقا. المدخل الفقهي العام. ج 1، ص 292

وباعتبار العقد مصدر من مصادر الضمان، يقول الدكتور وهبة الزحيلي في ذلك: (أما العقد فهو مصدر للضمان إذا نُصَّ فيه صراحة على شرط من الشروط أو كان الشرط مفهوما ضمنا حسب العرف والعادة، ثم أحل العاقد بما تقتضيه طبيعة العقد أو يتطلبه الشرط، فلم يَقم بتنفيذ التزامه على الوجه المتفق عليه).⁽¹⁾

وأكثر تفصيلا فإن من أهم الأسباب التي ينشأ ويقوم عليها ضمان العقد الامتناع غير المشروع عن الوفاء بالعقد أو تأخير تنفيذه⁽²⁾ أو تنفيذه معيبا⁽³⁾، فالوفاء بالعقد واجب شرعا باعتباره حكما مباشرا للعقد⁽⁴⁾ لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ...﴾⁽⁵⁾ والامتناع والامتناع غير المشروع عن الوفاء بالعقد بعد انعقاده صحيحا أو تأخير تنفيذه يعتبر تعديا يلحق ضررا بالعاقد الآخر⁽⁶⁾ بما يترتب عليه ضمان العقد والذي نتعرض للتعريف به في الفرع الموالي.

الفرع الثاني : تعريف ضمان العقد في الاصطلاح الفقهي

تعريف ضمان العقد :

هو ضمان مال تالف بناء على عقد اقتضى الضمان⁽⁷⁾، وضمانه عندئذ يكون بما يقتضيه العقد من بدل دون مراعاة لقيمة المال كأساس في التقدير، فالمبيع عند هلاكه في يد البائع مضمون بالثمن فيسقط الثمن بهلاكه ويبطل عقد البيع، ويرد الثمن إذا كان قد أُدِّي قبل ذلك. ف ضمان العقد في نظر الفقهاء لا يكون إلا فيما ينص عليه العقد كالمبيع في عقد البيع، وكذلك الثمن إذا كان عينا معينة، والأجرة في عقد الإجارة إذا كانت عينا كذلك، وذلك لأن ضمان العقد لا يقوم على تحقيق المماثلة والمعادلة بين البديلين كما في ضمان الإلتلاف، وإنما يؤسس على الرضا والاتفاق الذي يقوم عليه العقد، ولذا سقط اعتبار التفاوت فيه بين البديلين.

(1) : وهبة الزحيلي. نظرية الضمان. ص 63

(2) : أنظر: سعد خليفة العبار . ضمان عيوب المبيع في ضوء مقاصد الشريعة. ص 241

(3) : أنظر: سعد خليفة العبار . المرجع نفسه. ص 239

(4) : أنظر: إبراهيم فاضل الدبو . ضمان المنافع. ص 16

(5) : سورة المائدة، من الآية 1

(6) : أنظر: سعد خليفة العبار . المرجع نفسه. ص 241

(7) : علي الخفيف. الضمان في الفقه الإسلامي. ص 19

ونستخلص مما تقدم أن ضمان العقد بالمعنى الاصطلاحي لا يكون إلا في عقود المعاوضة التي ترتب التزامات متقابلة على العاقدين.⁽¹⁾

الفرع الثالث : التعويض في عقود الضمان

الامتناع غير المشروع عن الوفاء بالعقد بعد انعقاده صحيحاً أو تأخير تنفيذه يعتبر تعدياً يلحق ضرراً بالآخر، مما يثير تساؤلاً مهماً وهو جبر الضرر وتعويض المتضرر، هل هو واجب أم لا؟ وللإجابة عن ذلك نجد رأيين هما:

الرأي الأول:

يرى الضمان والتعويض عن عدم تنفيذ العقد أو تأخير تنفيذه غير جائز شرعاً، فإن كان المعقود عليه مالا، فعلى المتضرر رفع الأمر للقاضي ليحجر العاقد الممتنع على الوفاء بعقده، ويحمله على ذلك بما يراه من التعزير جزاء ظلمه.⁽²⁾ فإن ظهر عسره فنظرة إلى ميسرة⁽³⁾، وقد يكون الجزاء إبطال العقد الناشئ عنه الالتزام، ولكن لا يجب التعويض بسبب الامتناع عن الوفاء بالعقد أو تأخير تنفيذه.⁽⁴⁾ ومن المعاصرين الذين يؤيدون هذا التوجه الشيخ علي الخفيف⁽⁵⁾ والدكتور السنهوري⁽⁶⁾ -رحمهم الله-

(1) : أنظر: أبو القاسم محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله ابن جزيء الكلبي الغرناطي. القوانين الفقهية. ص220-221 والكاساني. بدائع الصنائع. ج5، ص238، وابن رجب. القواعد. ص55 وما بعدها، والسيوطي. الأشباه والنظائر. ص135-136، وابن قدامة. المغني. ج3، ص482

(2) : أنظر: سعد خليفة العبار. ضمان عيوب المبيع في ضوء مقاصد الشريعة. ص241، وإبراهيم فاضل الدبوع. ضمان المنافع. ص19

(3) : أنظر: سعد خليفة العبار. المرجع نفسه. ص241

(4) : أنظر: سعد خليفة العبار. المرجع نفسه. ص241-242

(5) : أنظر: علي الخفيف. الضمان في الفقه الإسلامي. ص17

(6) : أنظر: عبد الرزاق أحمد السنهوري. مصادر الحق في الفقه الإسلامي. الطبعة الأولى. بيروت: دار إحياء التراث العربي، مؤسسة التاريخ العربي، ج6، ص119-122

وأدلتهم:

1- أن المبيع في يد البائع مضمون بأحد الضمانين وهو الثمن، ألا ترى لو هلك في يده سقط الثمن عن المشتري فلا يكون مضمونا بضمان آخر، إذ المحل الواحد لا يقبل الضمانين ... وإن هلك بفعل المشتري لا يفسخ البيع وعليه الثمن، لأنه بالإتلاف صار قابضا كل المبيع، لأنه لا يمكنه إتلافه إلا بعد إثبات يده عليه وهو معنى القبض، فيتقرر عليه الثمن. وسواء كان البيع باتا أم بشرط الخيار للمشتري، لأن خيار المشتري لا يمنع زوال البيع عن ملك البائع بلا خلاف، فلا يمنع صحة القبض، فلا يمنع تقرر الثمن.⁽¹⁾

وإن كان البيع بشرط الخيار للبائع فعليه ضمان مثله إن كان مما له مثل، وإن كان مما لا مثل له فعليه قيمته، لأن خيار البائع يمنع زوال المبيع عن ملكه بلا خلاف، فكأن المبيع على حكم ملك البائع، وملكه مضمون بالمثل أو القيمة وإن هلك بفعل أجنبي فعليه ضمانه لا شك فيه لأنه أتلف مالا مملوكا لغيره بغير إذنه ولا يد له عليه فيكون مضمونا عليه بالمثل أو القيمة، والمشتري بالخيار إن شاء فسخ البيع فيعود المبيع إلى ملك البائع فيتبع الجاني فيضمّنه مثله إن كان من ذوات الأمثال، وقيّمته إن لم يكن من ذوات الأمثال، وإن شاء اختار البيع فاتّبع الجاني بالضمان وأتبعه البائع بالثمن، لأنه كان عينا فصار قيمة وتعيّن المبيع في ضمان البائع يوجب الخيار ثم إن اختار الفسخ وفسخ وأتبع البائع الجاني بالضمان.⁽²⁾

2- ثم إن الامتناع عن تنفيذ العقد وإن كان يعتبر معصية يستحق عليها التعزير إلى أن يمتثل، إلا أن إلزامه على وجه التعويض هو أكل لأموال الناس بالباطل.⁽³⁾

3- أساس التضمين المالي هو جبر المتلف صيانة لعصمة الإنسان في ماله، ولذا كان العمد والخطأ في إتلاف المال سواء.⁽⁴⁾

(1) : الكاساني. بدائع الصنائع. ج5، ص238

(2) : الكاساني. المرجع نفسه. ص238-239

(3) : أنظر: علي الخفيف. الضمان في الفقه الإسلامي. ص19

(4) : علي الخفيف. المرجع نفسه. ص18-19، وفتحي الدريني. النظريات الفقهية. ص204

وإلى ما ذهب الأحناف⁽¹⁾ ذهب الشافعية⁽²⁾ والحنابلة⁽³⁾ إلا أن الخيار عند الشافعية⁽⁴⁾ الذي يثبت للمشتري إن كان الإتلاف بفعل أجنبي إنما يمارسه تحت رقابة القاضي وسلطته التقديرية في أن يقرر الانفساخ مع ضمان المبيع بالثمن وبين إجازة البيع واتباع المشتري الأجنبي بالبدل، كما أنهم يبتطلون إبراء المشتري للبائع عن الضمان في عقد البيع لأنه إبراء عما لم يجب.

كما أن الحنابلة خلافا للأحناف والشافعية فإنهم يثبتون الخيار للمشتري حال كون الإتلاف بفعل البائع لا بأفة سماوية لأنه إن تلف بها لم يوجد مقتضى للضمان إلا حكم العقد، وهو ضمان العقد بالمعنى الاصطلاحي، بخلاف ما إذا أتلفه البائع، فإن إتلافه يقتضي الضمان بالمثل وهو ضمان الإتلاف، وحكم العقد يقتضي الضمان بالثمن، فكانت الخيرة للمشتري في التضمنين بأيهما شاء، كما لو كان الإتلاف بفعل أجنبي.⁽⁵⁾

وأما عند المالكية فإن ضمان المبيع غير العقار من البائع وهو مضمون بالثمن، وأما العقار فهو من ضمان المشتري، ولكن يجوز عندهم نقل الضمان إلى الآخر في الحالتين بمقتضى الشرط ويُعمل بمقتضاه عندئذ⁽⁶⁾ خلافا للشافعية.

وأما إذا ترتب عن الامتناع من القيام بما التزم به من عمل تلف المال المؤجر كما إذا استأجر إنسان آخر لترميم جدار فلم يوف المستأجر بما اتفق عليه مما أدى إلى سقوط الجدار، أو استأجر آخر ليقوم له حاجزا على حافة مزرعته ليمنع طغيان ماء النهر عليها، فلم يفعل الأجير ذلك حتى طغى الماء، وتسبب في تلف المحصول الزراعي فإنه في مثل هذه الحالة يلزم بقيمة الشيء التالف لكونه متسببا في ذلك.⁽⁷⁾

(1) : الكاساني. بدائع الصنائع. ص 238-239

(2) : الشيرازي. المهذب. ج 2، ص 65 وما بعدها

(3) : ابن قدامة. المغني. ج 3، ص 486-487

(4) : الشريبي. مغني المحتاج. ج 2، ص 460

(5) : الشريبي. المرجع نفسه. ص 459

(6) : مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني. المدونة. الطبعة الأولى. دار الكتب العلمية، 1415هـ-1994م،

ج 3، ص 256، والحطاب. مواهب الجليل. ج 4. ص 299

(7) : أنظر: البهوتي. كشاف القناع. ج 4. ص 11

ويلاحظ أن هذا ليس من قبيل ضمان العقد وإنما هو ضمان إتلاف⁽¹⁾.
فالمسبب هنا مسؤول عما سببه من ضرر⁽²⁾ لأنه يعتبر متعدياً بامتناعه عن القيام بالفعل⁽³⁾.
والضرر المقصود هنا هو ضرر مادي وهو تلف المال.
وتبعاً لذلك يرى الأستاذ السنهوري أن مفهوم الضرر في الفقه الإسلامي محدود ضيق، وأما
في القانون فيرى أن الفقه الغربي يعوّض عن كل ضرر مادي أو أدبي، وفي الضرر المادي يعوّض عن
كل ما يتحمّله الدائن من خسارة وما فاته من ربح، ولو كان ذلك عن منفعة أو عمل أي أمر
آخر... أما الفقه الإسلامي فإنه يشترط في الضمان أن يكون المضمون مالا متقوّماً في ذاته⁽⁴⁾.
كما أن تحقيق المماثلة والمكافأة بين العوّض والمعوّض عنه في العقد ليس بشرط، وإنما يؤسّس
على الرضا والاتفاق الذي تضمّنه العقد بقصد منفعة المتعاقدين حسب رغبتهما من العقد، بخلاف
ضمان الإتلاف فإنه تُشترط فيه المماثلة والمساواة في القيمة للشئ التالف⁽⁵⁾.

الرأي الثاني:

جمهور الفقهاء من مالكية وشافعية وحنابلة يرون ضمان المنافع حال فواتها أو تفويتها وذلك
بالتعدي على مصادرها، أو بالحيلولة بينها وبين صاحبها ومنعه من الانتفاع بها بأي وجه من
الوجوه⁽⁶⁾، شرط أن تكون تلك المنافع متقوّمة معتبرة شرعاً⁽⁷⁾.

-
- (1) : أنظر: علي الخفيف. الضمان في الفقه الإسلامي. ص18
(2) : أنظر: أحمد مواني. الضرر في الفقه الإسلامي. الطبعة الثانية. القاهرة: دار ابن عفان، الرياض: دار ابن القيم، 1429هـ-
2008م، ج2، ص905
(3) : أنظر: حمد بن محمد الجابر الهاجري. القواعد والضوابط الفقهية في الضمان المالي. ج1، ص382-383
(4) : أنظر: محمد أحمد سراج. ضمان العدوان في الفقه الإسلامي. ص76-77، والسنهوري. مصادر الحق. ج6، ص118
(5) : أنظر: علي الخفيف. المرجع نفسه. ص18
(6) : أنظر: أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي. الأم. الطبعة [د.ط.]. بيروت: 1410هـ-1990م، ج3، ص249
والشربيني. مغني المحتاج. ج3، ص354، والبهوتي. كشاف القناع. ج4، ص111، وابن قدامة. المغني. ج5.
ص165
(7) : أنظر: حوران محمد سليمان. ضمان الضرر المالي غير المادي -دراسة مقارنة بين الفقه والقانون- رسالة ماجستير في الفقه
الإسلامي وأصوله. جامعة دمشق: كلية الشريعة، 2002م، ص180

جاء في مغني المحتاج: (وإذا نقص المغصوب عند الغاصب بغير استعمال كسقوط يد العبد بأفة وعماء (وجب الأرش) للنقص مع الأجرة للفوات لأن السبب مختلف ويضمن بأجرة المثل سليما قبل النقص ومعيبا بعده وكذا يجب الأرش مع الأجرة لو نقص به أي الاستعمال كأن بلي الثوب باللبس لأن كلاً منهما يجب ضمانه عند الإنفراد، فكذا عند الاجتماع. والثاني: أن الواجب أكثر الأمرين من الأجرة والأرش، لأن النقصان نشأ من الاستعمال، وقد قوبل بالأجرة فلا يجب ضمان آخر، ودفع بأن الأجرة في مقابلة الفوات لا الاستعمال).⁽¹⁾

وفي كشف القناع: (ومنافع المغصوب تُضمن بالفوات والتفويت أي يضمنها القابض سواء استوفى المنافع أم تركها تذهب).⁽²⁾

فالامتناع عن تنفيذ العقد أو تأخير تنفيذه أو تنفيذه تنفيذاً معيباً فيه تعطيل لمنافع العقود عليه وتفويت أو فوات لها. وأما الأدلة التي اعتمدها فهي كما يأتي:⁽³⁾

- 1- الوفاء بالعقد واجب شرعاً لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ...﴾.⁽⁴⁾ والامتناع عن الوفاء بالعقد وتأخير ذلك مخالفة للأوامر الشرعية مما يعدُّ معه تعدياً يوجب الضمان.
- 2- لما كان عدم تنفيذ العقد أو تأخير تنفيذه يمثل ضرراً يلحق العاقد الآخر، كما يقرّ بذلك حتى القائلون بالرأي الأول، فإن الواجب رفعه لعموم قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»⁽⁵⁾ وتخصيص الضرر واجب الرفع بنوع معين من الأضرار لا يستند إلى دليل، بل الأصح اعتبار كل ضرر موجب للضمان ما دام لم يتم استثناء نوع معين من الضرر واجب الجبر بدليل العموم الوارد في الحديث.
- 3- لا دليل على اختصاص الضرر واجب الرفع بالضرر الوارد على أعيان الأموال في الشريعة، بل إن الله عز وجل أوجب جبر الأضرار المتعلقة بالجروح والشجاج⁽⁶⁾ والأعضاء بالديات والأروش المقدّرة وغير المقدّرة مما يدل على عموم الضرر وعدم اختصاصه بنوع معين.

(1) : أنظر: الشريبي. مغني المحتاج. ج3، ص354

(2) : البهوتي. كشف القناع. ج4، ص112

(3) : أنظر: سعد خليفة العبار. ضمان عيوب المبيع في ضوء مقاصد الشريعة الإسلامية. ص243-244

وأيضاً: محمد أحمد سراج. ضمان العدوان في الفقه الإسلامي. ص77 وما بعدها

(4) : سورة المائدة، من الآية 1

(5) : سبق تخريجه في ص18

(6) : الشجاج مجموع الرأس والوجه بكسر المعجمة جمع شجة بفتحها، وهي جرح فيهما، أما في غيرها فيسمى جرحاً لا شجةً.

أنظر: الشريبي: مغني المحتاج. ج5، ص254

4- فوات المنفعة بعدم التنفيذ أو تأخيره يعتبر ضررا لأن المنفعة مال في نظر جمهور الفقهاء⁽¹⁾، وعدم ضمان المنفعة لا يمثل رأي الجمهور، بل هو رأي الأحناف فقط، فهم الذين لم يعتبروا المنافع أموالا، وعدم إيجاب الضمان في تأخير تنفيذ العقد أو عدم تنفيذه هو تخريج على قواعد الأحناف وتعميم لرأيهم في عدم ضمان المنافع واعتباره يمثل الفقه الإسلامي بمجموعه، وهذا ما لا يعدُّ صحيحا، ولا يمكن قبوله، وخاصة أنه لا مصلحة عامة أو خاصة ترجح الأخذ برأي الأحناف.

5- الإيجاب على التنفيذ ليس كافيا لجبر الضرر، لأن جميع الأضرار قد لا يكون رفعها ممكنا بعد وقوعها، كما لو امتنع المستخدم عن سقي الزرع حتى تلف، فإن إجباره على السقي أو استئجار غيره على نفقته لن يفيد في رفع الضرر.⁽²⁾

6- التطبيقات الفقهية تلزم المماطل في الوفاء بحق من الحقوق الناشئة عن عقد أو غيره بتعويض الضرر الذي تسبب فيه بمطله إذا لم يكن معذورا في هذا التأخير، ولم يكن هذا الضرر معتادا⁽³⁾ يمكن تحمُّله.

7- التعويض عن الامتناع عن تنفيذ العقد أو تنفيذه تنفيذا معيبا هو ما أخذت به القوانين المدنية العربية حتى أصبح ذلك عرفا مستقرا فيها ليس فيه مخالفة لنص شرعي، ولذا جاز اعتباره والعمل به.⁽⁴⁾

والرأي الذي نرجِّحه هو الأخذ بالتعويض والذي استقى أهم شروطه من قرار مجلس مجمع

الفقه الإسلامي⁽⁵⁾ والمتمثلة في:

1- أن يكون الضرر واقعا فعلا.

2- ألا يرتفع الضرر ولو يجبر المتعاقد القيام بما أُلزم به.

3- أن يكون الضرر غير معتاد.

4- وألا يسهم المتضرر في زيادة الضرر.

(1) : الشريبي. مغني المحتاج. ج3، ص354، وحاشية الدسوقي. ج3، ص443، وابن قدامة. المغني. ج5، ص217 و 225

والبهوتي. كشاف القناع. ج4، ص112

(2) : أنظر: محمد قدرى باشا. مرشد الخيران إلى معرفة أحوال الإنسان. الطبعة الثانية. بولاق: المطبعة الكبرى الأميرية.

1308هـ-1891م، المادة 612، ص100

(3) : البهوتي. المرجع نفسه. ج3، ص419

(4) : محمد أحمد سراج. ضمان العدوان في الفقه الإسلامي. ص82، والمادة 175 من القانون المدني الجزائري.

(5) : أنظر: قرارات مجلس المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي، الدورة الخامسة المنعقدة من يوم 08 إلى 16 ربيع الآخر سنة

1402هـ، -القرار السابع بشأن الظروف الطارئة وتأثيرها في الحقوق والالتزامات العقدية- ص109-110

وتقدير الضرر هو سلطة تقديرية للقاضي وأهل الخبرة.

وأساس الترجيح لهذا الرأي هو رفع الضرر قدر الإمكان إعمالاً لمبدأ "لا ضرر ولا ضرار" والذي اعتبره الفقهاء من دعائم الفقه الكبرى والأساسية بالمقابل نجد في القانون أهم شروط استحقاق التعويض هو تحقق الضرر وقيامه. (1)

ثم إن القول بهذا الرأي نرى فيه -والله أعلم- تحقيقاً لمقاصد الشرع وحفظاً لحقوق الناس وردعاً للمماطلين والانتهازيين، وبثاً للأمانة والثقة في التعامل، وأداة إلى رواج الأموال واستقرار المعاملات.

وهو ما انتهى إليه الدكتور محمد أحمد سراج الذي بيني قوله على أن فقهاء المسلمين قد اعترفوا بالعقد مصدراً للإلزام وأنهم تناولوا الامتناع عن تنفيذ العقود وأخطاء المتعاقدين بتفصيل بالغ وقضوا بتعويض الأضرار الناشئة عن هذه الأخطاء إعمالاً لأصول الشريعة وقواعدها القاضية برفع الضرر. (2)

هذا ويشترط للضمان وجود عقد صحيح (3) واجب التنفيذ بين طرفين، فإذا أحل أحدهما بتنفيذ التزامه وطالبه الطرف الآخر بالتنفيذ العيني، فإذا كان ذلك ممكناً ألزم المدين به وهنا لا يتصور قيام الضمان لعدم وجود مناسبة له عند التنفيذ العيني للالتزام.

أما في حالة تعذر التنفيذ العيني (4) سواء كان ذلك راجعاً إلى مشقة في التنفيذ، أم أن الدائن لم يطلبه، أو لم يسبّد المدين استعداداً لتنفيذه، هنا لا يسع القاضي إلا الحكم بالضمان إذا توافرت شروطه جزاء لإخلال المدين بتنفيذ التزامه. (5)

(1) : عبد الله ولداندكجلي. مدى التعويض عن الضرر في المسؤولية العقدية - أطروحة ماجستير - كلية الحقوق والعلوم الإدارية - جامعة الجزائر، 2000-2001م، ص 15

(2) : أنظر: محمد أحمد سراج. ضمان العدوان في الفقه الإسلامي. ص 78 وما بعدها
وناصر جميل محمد الشمايلة. كسب ملكية المضمونات بالضمان. ص 60-61

(3) : أنظر: علي الخفيف. الضمان في الفقه الإسلامي. ص 19

(4) : من أمثلة التنفيذ العيني أنه إذا تم البيع يتسلم البائع الثمن والمشتري المبيع.

(5) : أنظر: ناصر جميل محمد الشمايلة. المرجع نفسه. ص 34-35

وهو ما انتهت إليه فتوى المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي في حكمها بتحويل القاضي الحق في تعديل الحقوق والالتزامات العقدية في الظروف الطارئة، أو فسخ العقد بالأعذار مع تعويض عادل للملتزم له صاحب الحق في التنفيذ يجبر له جانبا معقولا من الخسارة التي تلحقه من فسخ العقد ... تحقيقا للعدل الواجب بين طرفي العقد، ومنعا للضرر المرهق لأحد العاقدين.⁽¹⁾

والضمان الناشئ عن العقد إما أن يكون مطلقا في جميع الحالات سواء أكان هناك تعدد أو تقصير أم لا، وهذه هي عقود الضمان كالبيع ونحوه، وإما أن يكون حال العدوان فقط، وهذه عقود الأمانة كالوديعة ونحوها، وإما أن يكون في بعض الحالات والأوجه، وهذه هي العقود مزدوجة الأثر كالإجارة.⁽²⁾

الفرع الرابع: ضمان العقد والمسؤولية العقدية في القانون

تنقسم المسؤولية المدنية⁽³⁾ في القانون إلى مسؤولية عقدية ومسؤولية تقصيرية، تقابل في الفقه الإسلامي ضمان العقد وضمن الفعل - ضمان العدوان-

أما المسؤولية العقدية فتنشأ إذا تخلف أحد المتعاقدين عن الوفاء بما أوجبه العقد دون عذر طارئ يبرر هذا التخلف، ولم يكن من الممكن إجبار هذا المتعاقد على الوفاء بالمعقود عليه، وأدى تخلفه هذا إلى الإضرار بالعاقد الآخر.⁽⁴⁾

أما تعين بقاء المتعاقدين في دائرة القوة الملزمة للعقد ما بقي التنفيذ العيني بالالتزام الناشئ عنه ممكنا، بحيث لا يكون لأيهما المطالبة بالجزاء الذي فرضه القانون بهذه القوة الملزمة بأعمال المسؤولية العقدية إلا إذا استحال تنفيذ هذا الالتزام نهائيا وبصفة مطلقة كون أن العقد هو شريعة المتعاقدين حسب المادة 106 من القانون المدني الجزائري، فلا يجوز للدائن أن يعدل عن التنفيذ العيني متى كان ممكنا⁽⁵⁾ إلى اقتضاء التعويض، كما لا يجوز للمدين أن يمتنع عن التنفيذ العيني ليعرض تعويضا عنه

(1) : أنظر: قرارات مجلس المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي، الدورة الخامسة المنعقدة من يوم 08 إلى 16 ربيع الآخر سنة 1402هـ، - القرار السابع بشأن الظروف الطارئة وتأثيرها في الحقوق والالتزامات العقدية- ص 109-110

(2) : أنظر: وهبة الزحيلي. نظرية الضمان. ص65، وأيضا: محمد نجات محمد. ضمان العقد في الفقه الإسلامي. ص39

(3) : ونعني بالمسؤولية المدنية في التفكير القانوني: ما وجب في الذمة لحق الغير جبرا للضرر الواقع بمخالفة العقد أو بالتعدي بارتكاب فعل غير مشروع.

أنظر: محمد أحمد سراج. ضمان العدوان في الفقه الإسلامي. ص63

(4) : أنظر: محمد نجات محمد. المرجع نفسه. ص42

(5) : أنظر: المادة 164 من القانون المدني الجزائري

كون أن المسؤولية العقدية في حقيقتها هي جزء إخلال أحد المتعاقدين بالتزام ناشئ عن العقد الذي أبرمه ولا صلة لها بالتنفيذ العيني للالتزام.⁽¹⁾

لكن بعض الباحثين فرّقوا بين ضمان العقد في الفقه الإسلامي والمسؤولية العقدية في القانون، فقصرُوا ضمان العقد على إتلاف المال بينما المسؤولية العقدية فعنواً بها تعويض الدائن عمّا فاته من كسب وما لحقه من خسارة بسبب إخلال المدين بالتزامه العقدي بعدم تنفيذه أو تنفيذه تنفيذاً معيباً أو تأخّر في تنفيذه ممّا سبّب ضرراً للطرف الآخر.⁽²⁾

وهو ما جعل الدكتور عبد الرزاق السنهوري⁽³⁾ -رحمه الله- يرى أنه لا يمكن القول بأن هناك نظرية في الفقه الإسلامي للمسؤولية العقدية على النحو السائد في الفقه الغربي، بناء على أن الضرر في الفقه الإسلامي محدود ضيق إذا ما قورن بنظيره الغربي، وذلك لأن الفقه الغربي يعوّض عن كل ضرر مادي أو أدبي، وفي الضرر المادي يعوّض عن كل ما يتحمّله الدائن من خسارة وما فاته من ربح، ولو كان ذلك منفعة أو عمل أي أمر آخر... ولا يشترط في الضرر إلا أن يكون مباشراً... ومتوقّعا. أما في الفقه الإسلامي فإنه يشترط في الضمان أن يكون المضمون مالا متقوّماً في ذاته وأن توجد المماثلة بينه وبين المال الذي يعطى بدلا عنه، فلا تعويض عن المنافع ولا عن العمل إلا في استثناءات محدّدة... ومن باب أولى لا تعويض عن أية خسارة تحمّلها الدائن أو عن ربح فاته إذا لم يكن هناك مال متقوّم في ذاته ضاع على الدائن.⁽⁴⁾

(1) : بلحاج العربي. النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري. الطبعة [د.ط.]. الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 1999م، ص266

(2) : أنظر: محمد نجيدات الحمد. ضمان العقد في الفقه الإسلامي. ص42-43، وأيمن أبو العيال. فكرة ضمان العقد في الفقه الإسلامي -مقال منشور بمجلة جامعة دمشق- العدد الثاني، 2003م، ج19، ص101

(3) : هو عبد الرزاق أحمد السنهوري باشا، ولد بالإسكندرية عام 1895، عميد فقهاء القانون المدني الحديث في العالم العربي وصائغ العديد من دساتير الدول العربية التي استقلت حديثاً وهو من كبار القضاة في القرن العشرين، توفي سنة 1971م. من أهم مصنفاته: الوسيط في شرح القانون المدني، والوجيز في القانون المدني العراقي.

أنظر: محمد عمارة. عبد الرزاق السنهوري -إسلامية الدولة والمدنية والقانون- الطبعة الأولى. مصر: دار السلام، 2009، ص15 وما بعدها، ومحمد خير رمضان يوسف. معجم المؤلفين المعاصرين. ج1، ص341-342

(4) : السنهوري. مصادر الحق. ج6، ص118 وما بعدها

ويلاحظ أن هذا الكلام غير دقيق، وأن الفقه الإسلامي يجيز التعويض المالي في حال تأخير تنفيذ الالتزام، فقد أشار الدكتور محمد أحمد سراج في كتابه (ضمان العدوان في الفقه الإسلامي) إلى مفهوم أعمّ لضمان العقد في الفقه الإسلامي، بحيث يشمل هذا المفهوم فيما يشمل ضمان الضرر الناتج عن عدم تنفيذ العقد أو التأخر في تنفيذه.⁽¹⁾

أما المسؤولية التقصيرية فتنشأ عن جزاء العمل غير المشروع والإخلال بالالتزام فرضه القانون كما في مسؤولية الشخص الذي أتلّف مال غيره.⁽²⁾

وعلى هذا تندفع مسؤولية الممتنع عن الوفاء بالعقد في الأحوال الآتية:⁽³⁾

1- إذا كان امتناعه راجعا إلى سبب أجنبي لا يمكن التحرز منه.

2- إذا رجع امتناعه لعذر طارئ يبيح فسخ العقد.

3- إذا أمكن دفع الضرر بإجباره على تنفيذ العقد تنفيذا عينيا.

4- إذا لم يؤدّ الامتناع عن الوفاء بالعقد إلى الإضرار بالآخر.

وللمضور أن يدفع بالمسؤولية العقدية عند الإخلال بالالتزامات التي تضمّنها العقد صراحة، وكذلك التي تدخل في دائرة التعاقد لكونها من مستلزمات العقد في ضوء الأحكام القانونية والعرفية وكذا العدالة وطبيعة المعاملة.⁽⁴⁾

ومثال ذلك مسؤولية الناقل في عقد النقل عن عدم تنفيذ التزامه بالنقل، ومسؤولية المدين بعدم الوفاء بالدين في عقد القرض.

(1) : أنظر: محمد أحمد سراج. ضمان العدوان في الفقه الإسلامي. ص 66

وأیضا: محمد الزحيلي. موسوعة قضايا إسلامية معاصرة - الشرط الجزائي في المعاملات المالية والمصرفية - الطبعة الأولى. دمشق: دار المكتبي، 2009م، ج 5، ص 189

(2) : أنظر: محمد بجدات محمد. ضمان العقد في الفقه الإسلامي. ص 42

(3) : محمد أحمد سراج. المرجع نفسه. ص 63-64، وانظر: السنهوري. مصادر الحق. ج 6، ص 146 وما بعدها

وأیضا: المواد 107، 119، 121، 127 و 131 من القانون المدني الجزائري

(4) : علي فيلاي. الالتزامات - العمل المستحق للتعويض - الطبعة [د. ط]. الجزائر: دار موفم للنشر والتوزيع، 2002م، ص 19

وضمنان العقد في الفقه الإسلامي - كما تقدّم - هو ضمان مال تالف بناء على عقد اقتضى الضمان، وضمنانه عندئذ يكون بما يقتضيه العقد من بدل دون مراعاة لقيمة المال كأساس في التقدير، فالمبيع عند هلاكه في يد البائع مضمون بالثمن فيسقط الثمن بهلاكه ويبطل عقد البيع ويردّ الثمن إذا كان قد أدّى قبل ذلك.⁽¹⁾

المطلب الثاني : اليد

ونتعرّض فيه إلى مفهوم اليد وأقسامها من حيث الضمان، وذلك من خلال الفروع الآتية:

الفرع الأول : تعريف اليد

أ- في اللغة :

يراد بها الكفّ، أو من أطراف الأصابع إلى الكتف⁽²⁾ كما تطلق ويراد بها الملك والقوّة والقدرة والحيازة⁽³⁾ والولاية.⁽⁴⁾ كما تطلق على ما في ملك الإنسان أو حوزته، فيقال هذا في يدي أي في ملكي والدار في يد فلان أي في ملكه⁽⁵⁾، ومنه قوله ﷺ : «على اليد ما أخذت حتى تؤدّيه»⁽⁶⁾، تؤدّيه»⁽⁶⁾، وذو اليد من كانت العين تحت يده.⁽⁷⁾

ب- في الفقه :

تعتبر اليد سببا من أسباب الضمان في الفقه، ونقصد باليد هنا اليد المعنوية لا الحسية، فاليد الحسية هي اليد الجارحة، أما اليد المعنوية المرادة هنا فيقصد منها الاستيلاء على الشيء بالحيازة وهي كناية عما قبلها لأنه باليد يكون التصرف.⁽⁸⁾ وترتبط باليد العديد من الأحكام الفقهية في شتى أبواب الفقه من عبادات ومعاملات، كالطهارة والصلاة والطعام والشراب والمصافحة والحدود والكفارات والبيوع والضمان وغيرها، ويختلف من ثمّ مفهومها ونطاقها من مسألة لأخرى.

(1) : أنظر: الكاساني. بدائع الصنائع. ج5، ص238

(2) : أنظر: ابن منظور. لسان العرب. ج15، ص423

(3) : أنظر: الفيومي. المصباح المنير. ج2، ص680، وإبراهيم مصطفى وآخرون. المعجم الوسيط. ج2، ص1063

(4) : أنظر: الزمخشري. أساس البلاغة. ج2، ص388

(5) : أنظر: إبراهيم مصطفى وآخرون. المرجع نفسه. ج2، ص1063، وابن منظور. المرجع نفسه. ج15، ص423

(6) : سبق تحريجه

(7) : أنظر: محمد رواس قلنجي وحامد صادق قنبي. معجم لغة الفقهاء. ص513

(8) : انظر: الزركشي. المنتور في القواعد الفقهية. ج3، ص369-370

ولذا سنقتصر على المفهوم المتعلق بموضوع بحثنا والمتمثل في اليد باعتبارها سببا من أسباب الضمان من عدمه.

ويقصد باليد من هذه الناحية في اصطلاح الفقهاء استيلاء الإنسان على المال وجعله في حيازته، سواء كان ذلك على سبيل تملكه أم لا حيث عبر بعضهم عن ذلك باليد صراحة. وهذا ما ذهب إليه فقهاء الحنفية⁽¹⁾ والشافعية⁽²⁾ والظاهرية⁽³⁾.

بينما ذهب المالكية⁽⁴⁾ والحنابلة⁽⁵⁾ إلى التعبير بلفظ الحيازة للدلالة على السيطرة على شيء ما والتصرف فيه سواء كانت هذه على سبيل التملك أم لا، ويقصدون بالحيازة في هذه الحالة وضع اليد وأما عند المعاصرين فتعرّف اليد على أنها مطلق الاستيلاء على الشيء خارجا، أو في عالم الاعتبار الشرعي أو العرفي.⁽⁶⁾

ج- في الاصطلاح القانوني :

ورد بمجلة الأحكام العدلية تعريف ذو اليد في المادة 1679 بأنه الذي وضع يده على عين بالفعل أو الذي يشبه تصرفه تصرف الملاك.⁽⁷⁾

(1) : الكاساني. بدائع الصنائع. ج6، ص238

وعثمان بن علي بن محجن البارعي فخر الدين الزيلعي الحنفي. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق. الطبعة الأولى. بولاق، القاهرة: المطبعة الكبرى الأميرية، 1313هـ، ج4، ص216

(2) : الشربيني. مغني المحتاج. ج4، ص129

(3) : ابن حزم. المحلى. ج6، ص432

(4) : أحمد الدردير. الشرح الكبير. ج4، ص221، وحاشية الدسوقي. ج4، ص221

(5) : محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية. الطرق الحكمية. الطبعة [د.ط.]. مكتبة دار البيان، ص96

(6) : أنظر: إبراهيم فاضل الدبوي. ضمان المنافع. ص94

وعلي السيد عبد الحكيم الصافي. الضمان في الفقه الإسلامي. الطبعة [د.ط.]. بغداد-النجف: مطبعة الآداب، 1974-1975م، ص67

(7) : أنظر: مجلة الأحكام العدلية. المادة 1679

الفرع الثاني : أقسام اليد من حيث الضمان

وتقسّم إلى قسمين:

القسم الأول : يد الأمانة : وهي ما كانت عن ولاية شرعية، ولم يدل الدليل على ضمانها.⁽¹⁾

- فقولنا : عن ولاية شرعية لإخراج ما كان عن غير ولاية شرعية كالغصب.

- وكذلك قولنا ولم يدل الدليل على ضمانها، لإخراج ما كانت عن ولاية شرعية، ولكن دلّ الدليل على ضمانها كما في المبيع.⁽²⁾

ومن أمثلة يد الأمانة يد الوكيل والشريك والمضارب والوديع والمساقاة والأجير الخاص،⁽³⁾

فأصحاب هذه الأيدي لا يجب عليهم الضمان لأن أيديهم مؤتمنة إلا إذا صدر منهم تعدّد على المال أو تفريط في حفظه فإنهم يضمنون لذلك.⁽⁴⁾

وهناك نوع آخر من يد الأمانة، وهي ما أذن الشارع لا المالك في الاستيلاء عليها كولاية الحاكم على أموال القاصرين والغائبين ومجهول الملك، كتوب ألفت به الريح في دار رجل.⁽⁵⁾

ونظرا لوجود الإذن والائتمان من المالك أو الشارع فهي قسمان:⁽⁶⁾

أ - أمانة مالكية: وهي المال المأذون في الاستيلاء عليه من قبل المالك أو من أذن له مع الاحتفاظ بملكه كالوديعة والعارية والقراض والمساقاة ونحوها.

ب - أمانة شرعية: وهي ما أذن الشارع لا المالك في الاستيلاء عليها على نحو الائتمان كولاية الحاكم على أموال القاصرين والغائبين واللقطة ومجهول الملك كتوب ألفت به الريح في دار رجل.⁽⁷⁾

(1) : أنظر: علي الخفيف. الضمان في الفقه الإسلامي. ص 68

(2) : أنظر: علي الخفيف. المرجع نفسه. ص 78

(3) : أنظر: وهبة الزحيلي. نظرية الضمان. ص 66، وعلي الخفيف. المرجع نفسه. ص 79

(4) : أنظر: أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي. الكافي في فقه أهل المدينة.

الطبعة الثانية. الرياض: مكتبة الرياض الحديثة، 1400هـ-1980م، ج 2، ص 789 و 756 و 758 و 801 و 808

(5) : أنظر: علي الخفيف. المرجع نفسه. ص 79، وأيضا: ابن رجب. القواعد. القاعدة الثالثة والأربعون فيما يضمن من الأعيان

بالعقد أو باليد، ص 55

(6) : أنظر: إبراهيم فاضل الدبو. ضمان المنافع. ص 96، وعلي السيد عبد الحكيم الصّافي. الضمان في الفقه الإسلامي. ص 69

(7) : أنظر: إبراهيم فاضل الدبو. المرجع نفسه. ص 96

وحكم يد الأمانة أنه لا يضمن صاحبها إذا ما تلف ما كان تحت يده من أمانة إلا في حالات هي:
الحالة الأولى : التعدي⁽¹⁾

أ- في اللغة: يراد به الظلم ومجاوزة الحد كما يطلق على تجاوز الشيء إلى غيره، وورد أن العدو هو التعدي في الأمور وتجاوز ما ينبغي أن يقتصر عليه.⁽²⁾

ب - في الاصطلاح الفقهي: وردت في شأنه تعريفات نذكر منها هذين التعريفين:
التعريف الأول: يراد به تجاوز الحد المأذون فيه سواء كان ذلك بترك فعل معين، أو بأداء فعل معين، أو بعدم اتخاذ الحيطة والحذر⁽³⁾، فالتعدي بالترك كالإهمال والتقصير في حفظ الأمانة، والتعدي بالفعل كالغصب.

التعريف الثاني: يراد به مجاوزة ما ينبغي أن يقتصر عليه شرعا أو عرفا أو عادة.⁽⁴⁾
ومما يظهر من التعريفات فإن الضابط العام للتعدي قد يكون بمخالفة الشرط المتفق عليه في العقد، كمخالفة المضارب شرط رب المال بعدم السفر بالمال، فإن المضارب يضمن المال إذا هلك بسبب سفره، مع أن الأصل عدم الضمان⁽⁵⁾، وكتعدي الأجير بمخالفة أمر المستأجر صراحة أو دلالة ونحو ذلك، وكقيام المرئى ببيع المرهون أو رهنه أو إعارته أو السفر به، والتعدي المتفق عليه الموجب للضمان هو ما اقترن به الضرر.⁽⁶⁾
ومن ثم فإن التعدي ليس له صورة واحدة ينحصر فيها، وإنما صورته متعددة بحسب الحال، فهو يشمل المجاوزة والتقصير والإهمال وقلة الاحتراز كما يشتمل على العمد والخطأ.

-
- (1) : أنظر: البهوتي. شرح منتهى الإرادات. الطبعة الأولى. عالم الكتب، 1414هـ-1993م، ج2، ص269-270 والشريبي. الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع. بيروت: دار الفكر، ج2، ص378 وإبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح أبو إسحاق برهان الدين. المبدع في شرح المقنع. الطبعة الأولى. بيروت: دار الكتب العلمية، 1418هـ-1997م، ج4، ص245 والشافعي. الأم. ج3، ص171، والقراي. الفروق. ج4، ص28
- (2) : أنظر: ابن منظور. لسان العرب. ج15، ص33، ومجمع اللغة العربية. المعجم الوسيط، ج2، ص589
- (3) : أنظر: أحمد محمد عطية محمد. نظرية التعدي كأساس للمسؤولية المدنية الحديثة. الطبعة الأولى. الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، 2007م، ص12
- (4) : أنظر: محمد فوزي فيض الله. نظرية الضمان في الفقه الإسلامي. ص92
- (5) : أنظر: وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج4، ص854
- (6) : أنظر: البهوتي. كشاف القناع. ج4، ص167-168، وابن عابدين. الحاشية. ج5، ص649

وقد يكون التّعدي بمخالفة العرف الشائع بين الناس عند الإطلاق، إذ أنّ "الثابت بالعرف كالثابت بالنص"⁽¹⁾، وما ورد به الشرع مطلقاً ولا ضابط له فيه، ولا في اللغة يُرجع إلى العرف⁽²⁾ وإذا حصل خلاف بين صاحب المال والأمين على فعل ما، هل هو تعدّد أم لا؟ فإنه يُرجع فيه إلى أهل الخبرة⁽³⁾ للفصل في هذا الخلاف.

الحالة الثانية : التفريط⁽⁴⁾

أولاً : تعريفه :

أ- لغة : التفريط في اللغة التقصير والتضييع⁽⁵⁾، وهو خلاف الإفراط الذي يعني الإسراف ومجاوزة الحد.

قال الجرجاني⁽⁶⁾: (الفرق بين الإفراط والتفريط أن الإفراط يستعمل في تجاوز الحد من جانب الزيادة والكمال، والتفريط يستعمل في تجاوز الحد من جهة النقصان والتقصير)⁽⁷⁾ ولا يخرج الاستعمال الفقهي للكلمتين عن معناهما اللغوي.

ب- شرعاً: وهو ما يعده الناس تقصيراً أو تهاوناً في الحفظ والصون، ولا يفعله العاقل بماله في كل شيء بحسبه.⁽⁸⁾

(1) : أنظر: حمد بن محمد الجابر الهاجري. القواعد والضوابط الفقهية في الضمان المالي. ج1، ص81

(2) : السيوطي. الأشباه والنظائر. ص98

(3) : البهوتي. شرح منتهى الإرادات. ج2، ص270

(4) : أنظر: ابن عابدين محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي. رد المختار على الدر المختار. الطبعة الثانية. بيروت: دار الفكر، 1412هـ-1992م، ج5، ص678

وحاشية الدسوقي. ج3، ص346، والشربيني. الإقناع. ج2، ص321، والقراي. الفروق. ج4، ص28

وابن مفلح. المبدع في شرح المقنع. ج4، ص246

(5) : أنظر: ابن منظور. لسان العرب. ج7، ص368، ومجمع اللغة العربية. المعجم الوسيط. ج2، ص683

(6) : هو علي بن محمد بن علي المعروف بالشريف الجرجاني، فيلسوف من كبار العلماء بالعربية، ولد في تاكو (قرب إستراباد) سنة 740هـ، ودرس في شيراز، ولما دخلها تيمور سنة 789هـ فرّ الجرجاني إلى سمرقند ثم عاد إلى شيراز بعد موت تيمور فأقام بها إلى أن توفي سنة 816هـ، له نحو خمسين مصنفاً منها التعريفات ورسالة في فن أصول الحديث والكبرى والصغرى في المنطق.

أنظر: الزركلي. الأعلام. ج5، ص6-7

(7) : المعلم بطرس البستاني. محيط المحيط. بيروت: مكتبة لبنان، 1987، ص685

(8) : أنظر: محمد نجات محمد. ضمان العقد في الفقه الإسلامي. ص445

وذكر الفقهاء الفرق بين التعدي والتفريط، فالتعدي يكون غالبا في صورة فعل كإتلاف الوديعة، وكاستعمالها دون رضا صاحبها ونحو ذلك، أما التفريط فيكون غالبا في صورة ترك فعل مثل عدم منع الوديعة سارق الوديعة من سرقتها مع اقتداره على ذلك.⁽¹⁾

الحالة الثالثة : مخالفة الشرط المتفق عليه

الأصل وجوب التزام المتعاقدين الشرط المتفق عليه في العقد إذ أن النبي ﷺ يقول: «المسلمون على شروطهم».⁽²⁾

فإذا أخذ المتعاقد المال بناء على شرط معين فإنه يجب عليه الوفاء به لأن صاحب المال لم يخرج ماله إلى المتعاقد الآخر إلا بالتزام هذا الشرط، فإذا تصرف الأمين بالمال تصرفا يخالف شرط صاحبه فإنه يكون قد تصرف في مال الغير بغير إذنه مما يستوجب الضمان عليه، فلو شرط رب المال على المضارب أن لا يتاجر في سلعة معينة وقام المضارب بالمطالبة في تلك السلعة فإنه يكون ضامنا للمال عند هلاكه وإن لم يفرط، لمخالفته الشرط وتصرفه في مال الغير بغير رضا من صاحبه.⁽³⁾

الحالة الرابعة : مخالفة العرف⁽⁴⁾

يعتبر العرف صاحب سلطان كبير في تصرفات الناس ومعاملاتهم، فالواجب على المتعاقد أن يلزم بالعرف الجاري بين الناس عند إطلاق العقد إذ "المعروف عرفا كالمشروط شرطا"، ولا بد أن يكون هذا العرف جاريا بين الناس عند إبرام العقد، فإذا تصرف الأمين تصرفا يخالف العرف فإنه يكون ضامنا، ولو كان العرف يقضي بعدم جواز أن يؤجر الأجير العين التي استأجرها لشخص آخر، فإن المستأجر يكون ضامنا للعين المستأجرة مطلقا عند هلاكها إذا أجرها لشخص آخر.⁽⁵⁾

(1) : الشيرازي. المهذب. ج2، ص182، وحدي أحمد سعد أحمد. مدى مسؤولية الأمين في عقود التوثيق. مصر: دار الكتب القانونية، 2007، ص179، فقرة 135

(2) : أنظر: سنن أبي داود. كتاب الأفضية. باب في الصلح، الحديث رقم3594، ج4، ص16
وسنن الترمذي. كتاب الأحكام، باب ما ذكر عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم- في الصلح بين الناس، وقال عنه حديث حسن صحيح، ج3، ص27-28

(3) : أنظر: محمد بن عبد الله الخرشبي المالكي أبو عبد الله. شرح مختصر خليل. الطبعة [د.ط.]. بيروت: دار الفكر، ج6، ص213

(4) : نزيه حماد. مدى صحة تضمين يد الأمانة بالشرط -مقال منشور بمنشورات المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب- الكويت، الطبعة الثانية، 2000م، ص25

(5) : أنظر: حمدي أحمد سعد أحمد. مدى مسؤولية الأمين في عقود التوثيق. ص173، ومحمد نجدات الحمد. ضمان العقد في الفقه الإسلامي. ص185

ومثله أيضا مخالفة المعتاد، والمنظور إليه في هذا الضابط هو سلوك الإنسان العادي⁽¹⁾، لا الإنسان الحاذق النبيه.

الحالة الخامسة : مخالفة المصلحة

ومما يوجب تضمين يد الأمانة أيضا مخالفة المصلحة، فالواجب على الأمين أن يتصرفَ بالمال الذي تحت يده بما تقتضيه مصلحة هذا المال، فإذا تصرفَ أي تصرفَ يتنافى مع مصلحة المحافظة عليه، فإنه يكون ضامنا للمال عند هلاكه، فلو أقدم كل من الشريك أو الوصي مثلا على إبرام صفقة مع العلم بأن الصفقة خاسرة، وستؤدي إلى هلاك المال، فإنهما يضمنان المال عند هلاكه. كذا لو أقدم الوكيل بالشراء - مثلا - شراء المعيب فإنه يكون ضامنا، لأن طبيعة العقد تقتضي أن يشتري الوكيل الشيء الذي لا عيب فيه، لأن شراء المعيب فيه إضرار بالموكل⁽²⁾.

بخلاف الشريك أو المضارب فله أن يشتري المعيب من الأشياء إذا رأى أن شراءها يحقق الربح له.⁽³⁾

الحالة السادسة : التجهيل⁽⁴⁾

والتجهيل في اللغة نسبة إلى الجهل والجهالة بأن تفعل فعلا بغير علم.⁽⁵⁾

وفي الاصطلاح الفقهي هو أن يموت الأمين دون أن يبين لورثته ما عنده من أمانات،

مما يوجب الضمان عليه في ماله.⁽⁶⁾

(1) : محمد نجات محمد. ضمان العقد في الفقه الإسلامي. ص 183

وأیضا: عبد الرزاق أحمد السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - العقود الواردة على العمل - الطبعة الثالثة. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، 2000م، المجلد الثاني، ج 1، ص 459

(2) : أنظر : السنهوري. الوسيط -العقود الواردة على العمل- المجلد الأول، ج 7، ص 466

(3) : أنظر: الشريبي. مغني المحتاج. ج 3، ص 409

(4) : أنظر: ابن عابدين. الحاشية. ج 1، ص 216، و ج 5، ص 666

ومحمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي. المسوط. الطبعة [د.ط.]. بيروت: دار المعرفة، 1414هـ-

1993م، ج 11، ص 129

(5) : أنظر: ابن منظور. لسان العرب. ج 11، ص 129

(6) : أنظر: حاشية ابن عابدين. ج 5، ص 666

القسم الثاني : يد الضمان

ويد الضمان هي كل يد لا تستند إلى إذن شرعي سواء كان من المالك أم من الشارع، وكذلك كل يد تستند إلى إذن شرعي، ودلّ الدليل على تضمين صاحبها⁽¹⁾، أو كانت قد وضعت على أساس التملك⁽²⁾.

فاليد التي لا تستند إلى إذن شرعي سواء كان من المالك أو من الشارع كيد الغاصب والسارق، ويعبر عنها باليد العادية⁽³⁾، وأحيانا أخرى باليد المعتدية⁽⁴⁾.

وأما اليد التي تستند إلى إذن شرعي كيد البائع على المبيع قبل القبض والمشتري بعد قبض المبيع سواء أكان البيع صحيحا أم فاسدا، ومقتضى الأعيان بعد قبضها، والقباض على سوم الشراء، ومستأجر الدابة المعتدي المخالف للشرط أو للمعتاد، ونحو ذلك، فإنّ يد هؤلاء يد ضمان يضمنون الشيء مهما كان سبب التلف ولو بأفة سماوية⁽⁵⁾، ويعبر عن هذه اليد باليد غير المؤمنة⁽⁶⁾. وكذلك وضع اليد على أساس التملك، كقبض المشتري المبيع الذي يريد أن يشتريه ليتفحصه، فإنّ يده عليه يد ضمان⁽⁷⁾.

ولقد جاء عن الحنابلة في حالة وضع اليد على مال الغير لنفع صاحب اليد خاصة، فإنّ يد الواضع تكون يد ضمان كما في العارية عندهم، وإذا كانت المصلحة مشتركة بين واضع اليد على المال، وصاحب ذلك المال، فيد الواضع يد أمانة كما في الشركة أو المضاربة، وإذا كان النفع خالصا لصاحب المال، فإنّ يد الحائز يد أمانة كما في الوديعة⁽⁸⁾.

(1) : أنظر: علي الخفيف. الضمان في الفقه الإسلامي. ص78، وعلي السيّد عبد الحكيم الصّافي. الضمان في الفقه الإسلامي. ص69 و ما بعدها

(2) : إبراهيم فاضل الدبو. ضمان المنافع. ص101

(3) : أنظر: القرابي. الفروق. الفرق 111 بين قاعدة ما يضمن وبين قاعدة ما لا يضمن. ج2، ص205

وابن رجب. القواعد. ص204-205، وابن قدامة. المغني. ج5، ص180

(4) : أنظر: علي الخفيف. المرجع نفسه. ص81

(5) : أنظر: القرابي. الفروق. ج2، ص205 و ج4، ص28

(6) : أنظر: القرابي. المرجع نفسه. ج2، ص205

(7) : أنظر: علي الخفيف. المرجع نفسه. ص80

(8) : أنظر: البهوتي. كشف القناع. ج4، ص70-71

وحكم يد الضمان أنّها ضامنة لتلف أو هلاك المال الذي يقع تحت حوزتها ، ولو كان التلف أو الهلاك من غير تعدّد أو تقصير سواء أكان التلف من صاحب اليد، أو من شخص أجنبي، إلا أن يكون صاحب المال، فيكون الضمان عندها عليه.⁽¹⁾

الفرع الثالث : يد الضمان ويد الأمانة في القانون

لم يستخدم واضعو القانون عبارات يد الأمانة ويد الضمان الواردة في الفقه الإسلامي للدلالة على مدى ضمان الشخص لما تحت يده من أشياء مملوكة للغير في حالة تلفها، إلا أنه يمكن استنباط مفهوم كل منهما - يد الأمانة ويد الضمان- من خلال ما تضمّنه القانون من أحكام بعض العقود المتعلقة بجيازة أحد طرفيها لأشياء مملوكة للطرف الآخر، وخاصة الأحكام المتعلقة بدرجة حفظه وعنايته بهذه الأشياء منها ما تشدّد القانون في هذه الدرجة، وجعل الحائز مسؤولاً عمّا تحت يده أيّاً كان سبب الهلاك، ومنها ما تطلّب منها درجة معينة من الحفظ والعناية، وربطها بعناية وحفظ الشخص المعتاد، بحيث لا يُسأل الحائز عن الهلاك، إلا إذا تعدّى أو قصر وأهمّل في القيام بهذا الحفظ والعناية.⁽²⁾

فمن العقود التي شدّد القانون فيها على درجة الحفظ والعناية بما ينطبق على الحائز مفهوم يد الضمان، عقد البيع وعقد العارية. ففي عقد البيع ورد في المادة 369 من القانون المدني الجزائري أنه إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه انفسخ البيع واستردّ المشتري الثمن، إلا إذا كان الهلاك بعد إعدار المشتري لتسلم المبيع، وبهذا فتبعية الهلاك قبل التسليم على البائع⁽³⁾، وهو ما يتفق مع ما قرره جمهور الفقهاء من أنّ يد البائع على المبيع قبل التسليم يد ضمان.⁽⁴⁾

(1) : أنظر: البهوتي. كشاف القناع. ج4، ص70، وابن مفلح. المبدع. ج5، ص9 وأبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي. الكافي في فقه الإمام أحمد. الطبعة الأولى. دار الكتب العلمية. 1414هـ-1994م، ج2، ص130

(2) : حمدي أحمد سعد أحمد. مدى مسؤولية الأمين في عقود التوثيق. ص62

(3) : أنظر: محمد حسين منصور. أحكام البيع. الطبعة [د.ط.]. الإسكندرية: مطبعة الانتصار، 2002م، ص201

(4) : أنظر: وهبة الزحيلي. المعاملات المالية المعاصرة. ص28-29

وفي عقد الإعارة ورد بالمادة 544 من القانون المدني الجزائري ما يفيد مسؤولية المستعير عن هلاك الشيء المعار، ولو بحادث مفاجئ أو قوة قاهرة، وكان بإمكانه تلافي هذا الهلاك باستعمال شيء من ملكه الخاص، أو كان بإمكانه درء هلاك الشيء المعار بهلاك شيء مملوك له، فاختار هلاك الشيء المعار، ومسؤولية المستعير عن الهلاك حتى ولو بقوة قاهرة أو حادث مفاجئ على هذا النحو، خروج على القواعد العامة التي تنفي المسؤولية في حالة القوة القاهرة.⁽¹⁾

ومن العقود التي تطلب فيها القانون المدني من الحائز لشيء مملوك للغير عناية الرجل المعتاد فقط، وقرر عدم مسؤوليته، إلا في حالة التعدي أو التقصير، منه ما ينطبق عليه مفهوم يد الأمانة، عقد الإيجار، عقد الوكالة، وعقد الرهن الحيازي.

ففي عقد الإيجار نجد أن المستأجر غير مسؤول عن هلاك أو حريق العين المؤجرة إذا كان سبب الهلاك أو الحريق سبب أجنبي لا يد له فيه، وما دام يستعمل العين المؤجرة استعمالاً مألوفاً ويبدل عناية في المحافظة عليها.⁽²⁾

وفي عقد الوكالة تنص المادة 576 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: (يجب دائماً على الوكيل أن يبذل في تنفيذه للوكالة عناية الرجل العادي).

ويخلص من هذا النص أن التزام الوكيل بتنفيذ الوكالة هو التزام ببذل عناية لا التزام بتحقيق غاية، وقد يكون التصرف القانوني محل الوكالة يتضمن التزاماً بتحقيق غاية كالبيع والرهن، أو يتضمن التزاماً ببذل عناية كالإيجار والعارية والوديعة، ولكن التوكيل في أي تصرف قانوني، ولو كان يتضمن التزاماً بتحقيق غاية ينشئ في جانب الوكيل التزاماً بالقيام بهذا التصرف بقدر معين من اليقظة، ويكون دائماً التزاماً ببذل عناية⁽³⁾، مع الإشارة أن الوكالة إذا كانت تبرعية فأخذ بالمعيار الشخصي وإذا كانت الوكالة مأجورة، فإن المعيار الموضوعي هو الذي يعتمد في تقدير مدى العناية التي كان يجب على الوكيل أن يبذلها، لأن تنفيذ الوكالة في هذه الحالة فيه مصلحة لكلا المتعاقدين.

(1) : وأكثر تفصيلاً: أنظر: السنهوري. الوسيط - العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية - المجلد الثاني، ج6، ص1546

(2) : أنظر: المادة 496 من القانون المدني الجزائري، وأسعد ذياب. العقود المسماة. الطبعة [د.ط.]. بيروت: منشورات زين الحقوقية، 2007م، ص494

(3) : السنهوري. الوسيط. المجلد الأول، ج7، ص460

وتطبيقا على ذلك يكون الوكيل مسؤولا إذا تأخر عن تنفيذ الوكالة دون مبرر، فأضاع على الوكيل صفقة رابحة ما لم يكن غير مأجور وكان معروفا بالتهاون في شؤونه الخاصة.⁽¹⁾

وعلى هذا فالوكيل المأجور مسؤول عن سبب كل هلاك أو تعيب كان في وسعه اتقاؤه⁽²⁾ والتزام الوكيل ببذل عناية الرجل المعتاد في القيام بأعمال موكله لا يقتصر فقط على ما يقوم به من تصرفات، بل يمتد أيضا إلى محافظته على ما تحت يده من أشياء للموكل كالأشياء التي يُعهد إليه ببيعها أو شرائها، فلا يكون مسؤولا عن هلاكها أو تلفها إلا إذا قصر في حفظها.⁽³⁾

وفي الرهن على المرتهن أن يبذل في حفظ الشيء المرهون عناية الرجل المعتاد، ولا يُسأل من ثمّ عن هلاكه أو تلفه، متى كان ذلك لسبب أجنبي لا يد له فيه، ولم يثبت منه أي تقصير أو تعدي.⁽⁴⁾

الفرع الرابع: صور اليد المعتدية

من أهم صور اليد المعتدية والأكثر شيوعا وانتشارا صورتين اثنتين هما:

الصورة الأولى: الغصب

أ- لغة :

أخذ الشيء ظلما و قهرا.⁽⁵⁾

ب- اصطلاحا :

عرفه أبو حنيفة وأبو يوسف⁽⁶⁾ بأنه: (إزالة يد المالك عن ماله المتقوم على سبيل المجاهرة والمغالبة بفعل في المال).⁽⁷⁾

(1) : أنظر: أبو عبد الله رمضان. أحكام عقد الوكالة في التشريع الجزائري. الطبعة الثانية. ص 101-102

وأیضا: السنهوري. الوسيط. المجلد الأول ج7، ص 465

(2) : أنظر: أسعد ذياب. العقود المسماة. ص 366-367

(3) : أنظر: السنهوري. المرجع نفسه. المجلد الأول ج7، ص 466

(4) : أنظر: حمدي أحمد سعد أحمد. مدى مسؤولية الأمين في عقود التوثيق. ص 71

(5) : أنظر: ابن منظور. لسان العرب. ج1، ص 648، وأيضا: الفيروزآبادي. القاموس المحيط. ص 120

(6) : هو يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصاري الكوفي البغدادي أبو يوسف صاحب الإمام أبي حنيفة وأول من نشر مذهبه، كان فقيها علامة ومن حفاظ الحديث وولي القضاء ببغداد أيام المهدي والهادي والرشيد، وُلد بالكوفة سنة 113هـ، وتوفي سنة 182هـ. من أهم تصانيفه: الخراج والآثار.

أنظر: الزركلي. الأعلام. ج8، ص 193

(7) : الكاساني. بدائع الصنائع. ج7، ص 143

- وعرفه المالكية بأنه: (أخذ مال قهرا تعدّيا بلا حراة).⁽¹⁾
- وعرفه الشافعية بأنه: (الاستيلاء على حق الغير عدوانا أي بغير حق).⁽²⁾
- وعرفه الحنابلة بأنه: (الاستيلاء على مال الغير قهرا بغير حق).⁽³⁾
- ونخلص من هذه التعاريف إلى ما يأتي:⁽⁴⁾
- إزالة اليد المحققة، سواء كانت يد المالك، أو يد نائبه.
 - عدم إذن صاحب اليد المحققة بإزالة يده، ويفترق الغضب بذلك عن الوديعة والهبة وغيرهما مما فيه الإذن بالأخذ.
 - إثبات اليد المبطلّة بنقل المصوب إليها.
 - كون الإزالة والإثبات بفعل في المال لا في المالك.
 - كون الإزالة والإثبات على سبيل المجاهرة، والمغالبة لا على سبيل الاستسرار، وهو في هذا يختلف عن السرقة.
 - انحصار المصوب في الأموال المتقومة، فلا يجري الغضب في الميتة والخمر بالنسبة للمسلم، لأنها ليست من الأموال.
- ويرى أبو حنيفة وأبو يوسف أن الغضب لا يقع إلا في المنقول لأن إزالة يد المالك لا تتحقق إلا بنقل وتحويل الشيء المصوب، والذي يتحقق معه معنى الغضب⁽⁵⁾ خلافا لجمهور الفقهاء من مالكية وشافعية وحنابلة ومحمد وزفر من الحنفية الذين يرون جريان الغضب أيضا في العقار، لأنه يكفي عندهم لتوافر معنى الغضب إثبات يد الغاصب على الشيء بالسكن ووضع الأمتعة وغيرها ويترتب عليه ضمنا بالضرورة إزالة يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين على محل واحد.⁽⁶⁾

(1) : الدردير. الشرح الكبير. ج3، ص442

(2) : محمد الزهري الغمراوي. السراج الوهاج على متن المنهاج. بيروت: دار المعرفة، ص266

(3) : عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الحنبلي أبو الفرج شمس الدين. الشرح الكبير على متن المقنع. دار الكتاب العربي، ج5، ص374

(4) : محمد أحمد سراج. ضمان العدوان في الفقه الإسلامي. ص258-259، وعلي الحنيف. الضمان في الفقه الإسلامي. ص83

(5) : ابن قدامة. المغني. ج5، ص279

(6) : الدردير. المرجع نفسه. ج3، ص443، وابن رشد. بداية المجتهد. ج4، ص101، وابن قدامة. المرجع نفسه. ج5، ص223 و 179، والشريبي. مغني المحتاج. ج3، ص336

كما يرى الحنفية أن الغضب يقع في الأعيان، لا في المنافع⁽¹⁾، وبذلك لا تُضمن زوائد المغصوب إلا بالتعدي.⁽²⁾

ويرى الإمامان الشافعي وأحمد أن الغضب يتحقق أيضا في المنافع، وفي أموال الاختصاص التي لا ملك فيها.⁽³⁾

ويرى المالكية أن منع المنافع عن صاحبها ليس غصبا وإنما اعتداء أو تعدد.⁽⁴⁾ ولذا فمصطلح الغضب أخصّ عند المالكية، والتعدي أعم⁽⁵⁾، لأنّ التعدي يكون في الأموال والفروج والفروج والنفوس والأبدان، والتعدي في النفوس والأبدان يدخل تحت باب الجنائيات أو الدماء أو القصاص، فالغضب هو أخذ ذات الشيء، والتعدي أخذ المنفعة⁽⁶⁾، وبهذا يعتبر التعدي جزء من الغضب.

وثمرّة الخلاف بين مصطلحي الغضب والتعدي، وذلك لأنّ له بعض التأثير الفقهي، فالمالكية يفرّقون بينهما في الحكم، بأنّ الفساد اليسير من الغاصب يجعل للمالك الخيار في أن يضمن الغاصب قيمة ما غصبه إن شاء، أو قيمة نقصه، أما في المعتدي فلا يستوجب إلا إلزامه بأرث النقص الحاصل به، وبأنّ المعتدي لا يضمن ما تلف تحت يده بسبب سماوي بخلاف الغاصب، وبأنّ المعتدي يضمن غلّة ما عطلّ بخلاف الغاصب.⁽⁷⁾

-
- (1) : الكاساني. بدائع الصنائع. ج7، ص145، والحصكفي. الدر المختار. ج6، ص206
 - (2) : أنظر: محمد أحمد سراج. ضمان العدوان في الفقه الإسلامي. ص258، وعلي الخفيف. الضمان في الفقه الإسلامي. ص83، ووهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج5، ص707
 - (3) : أنظر: الشرييني. مغني المحتاج. ج3، ص334
 - (4) : أنظر: ابن جزيء. القوانين الفقهية. ص218، وعلي الخفيف. المرجع نفسه. ص84
 - ومحمد أحمد سراج . المرجع نفسه. ص259
 - (5) : أنظر: القرابي. الذخيرة. ج8، ص255
 - (6) : أنظر: ابن جزيء. المرجع نفسه. ص218
 - (7) : أنظر: علي الخفيف. المرجع نفسه. ص84

ومن أهم أحكام الغضب ثلاثة أحكام:

- 1- أن صاحبه آثم، ويستحق العقوبة كأن يؤدّب بالضرب والسجن عند الحنفية والمالكية والشافعية⁽¹⁾ متى كان الغاصب مميّزا متعمّدا، وإن حدث الغضب لا عن علم بأن ظن الشيء ملكه، فلا إثم عليه ولا مؤاخذة.⁽²⁾
- 2- ردّ العين المغصوبة متى كانت قائمة.⁽³⁾
- 3- ضمان العين فيجب الضمان اتفاقا⁽⁴⁾، ضمان المثل باتفاق العلماء إذا كان المال مثليا، وقيمته إذا كان قيميا، فإن تعذّر وجود المثل وجبت القيمة للضرورة.⁽⁵⁾

الصورة الثانية: الحيلولة

- أ- تعريف الحيلولة في اللغة : تعني الحجز والمنع، وكل ما حجز بين شيئين فقد حال بينهما.⁽⁶⁾
- ب- في الاصطلاح الفقهي : هي منع صاحب الحق من ممارسة حقه على نحو يؤدي إلى الإضرار بهذا الغير في نفسه أو ماله، وذلك بالتصرّف تصرفا غير جائز، قولا كان أو فعلا.⁽⁷⁾ وهي سبب من أسباب الضمان.

ويشير الزركشي إلى التفريق بين الحيلولة القولية والفعلية بقوله : (الحيلولة بين المستحقّ وحقّه ضربان: قولية وفعلية، فالفعلية توجب الضمان قطعاً كالغضب، وفي القولية قولان، أصحهما نعم، كما لو قال هذه الدار لزيد، بل لعمرو، فإنّا نحكم بكونها لزيد، ويغرم لعمرو قيمتها في الأصح.⁽⁸⁾ ومعناه أنّه لو أقرّ بها لعمرو بعد ذلك، فإنّه يغرم لعمرو قيمتها، لأنّه حال بين عمرو وبين أخذ الدار بإقراره بها لزيد.⁽⁹⁾

(1) : أنظر: الدردير. الشرح الكبير. ج3، ص442، وحاشية الدسوقي. ج3، ص442، والقراي. القوانين الفقهية. ص216

والشربيني. مغني المحتاج. ج3، ص338

(2) : أنظر: وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج5، ص718

(3) : أنظر: ابن جزئي. القوانين الفقهية. ص216

(4) : أنظر: القراي. الذخيرة. ج12، ص260، والسرخسي. المبسوط. ج11، ص51

(5) : أنظر: السرخسي. المرجع نفسه. ج11، ص51

(6) : أنظر: ابن منظور. لسان العرب. ج11، ص187

(7) : السيوطي. الأشباه والنظائر. ص362

(8) : أنظر: الزركشي. المنثور في الفواعل. ج2، ص89

(9) : محمد أحمد سراج. ضمان العداوان في الفقه الإسلامي. ص344

ومن أمثلة الحيلولة ما يأتي:

- التسبب في الحيلولة بين المال وبين مالكة، بحيث لا يمكنه الانتفاع به، كما لو سلّم الوديع أو المستعير أو المرتهن المال لغير مالكة، فإنّ هؤلاء يضمنونه للحيلولة، وإن لم يترتب عليها تلف المال ولأنّ المودع لم يرض بأمانة غيره، ويختار المالك بين تضمينهم لتعديهم بالحيلولة، وبين تضمين الآخذ منه لتعديهم بالغصب⁽¹⁾، كذلك إن طُلب الوديع والمستعير والمرتهن برّد ما تحت يدهم لأصحابها، فأخّر من غير عذر.⁽²⁾

وما يمكن أن يستخلص من الحيلولة ما يأتي:

- 1- أنّ الحيلولة بين المال ومالكة ليس سببا للضمان، إلّا بعد تعذّر ردّ العين إلى صاحبها، ومنعه من الانتفاع به أو التصرّف فيه.⁽³⁾
- 2- أنّ الضمان في الحيلولة لا يشترط فيه إتلاف المال أو تضييعه وإتّما يكفي فيه تفويت الحقّ على صاحبه، بمنعه من استخدامه أو التصرّف فيه.
- 3- أنّ الضمان في الحيلولة يكون بسبب فعل غير مشروع، يضرّ بملك المال، لكن مصدر الضمان فيه قد يكون العقد كما في الوديعة أو العارية أو الرهن⁽⁴⁾، وقد يكون وضع اليد العادية كما في الغصب.⁽⁵⁾

المطلب الثالث : الإلتلاف

الفرع الأول : تعريف الإلتلاف

- أ- لغة : من تَلَفَ الشيء، يَتَلَفُ، تَلَفًا بمعنى هلك وعطب، يقال أتلَفَ ماله: أفناه.⁽⁶⁾
- ب- اصطلاحاً : هو إخراج الشيء من أن يكون منتفعا به منفعة مطلوبة منه عادة.⁽⁷⁾

(1) : أنظر: الشيرازي. المهذب. ج2، ص184

(2) : أنظر: الشيرازي. المرجع نفسه. ج2، ص186

(3) : أنظر: السيوطي. الأشباه والنظائر. ص362-363

(4) : أنظر: ابن حزيء. القوانين الفقهية. ص246

(5) : أنظر: الزركشي. المنشور في القواعد. ج2، ص89، وعليش. منح الجليل شرح مختصر خليل. ج7، ص76

(6) : أنظر: ابن منظور. لسان العرب. ج9، ص18، ومجمع اللغة العربية. المعجم الوسيط. ج1، ص87

(7) : أنظر: الكاساني. بدائع الصنائع. ج7، ص164

وقد يكون الإلتلاف حقيقة كهدم الجدار، أو حرق المتاع⁽¹⁾، وقد يكون معنى كأن يموت الأمين دون أن يبين أن لديه أمانة مما يؤدي إلى تضييعها.⁽²⁾

وقد يحصل الإلتلاف مباشرة، وحدّ المباشرة: هو إيجاد علّة التلف⁽³⁾ كهدم الجدار، وحرق المتاع. وقد يحصل الإلتلاف بالتسبب، والتسبب: ما يحصل الهلاك عنده بعلة أخرى إذا كان السبب هو المقتضي لوقوع الفعل بتلك العلة⁽⁴⁾ أو هو إيجاد لعلّة المباشرة.⁽⁵⁾

وجاء في مجلة الأحكام العدلية في المادة 888 بأنه: (إحداث أمر في شيء يفضي إلى تلف آخر على جري العادة)، كحفر بئر في الطريق العام، وكوضع السم في الطعام، وكإيقاد النار قريبا من الزرع⁽⁶⁾، وكتمزيق الوثائق والسندات المتضمنة لإثبات الحق.⁽⁷⁾

والعلاقة بين المباشرة والتسبب، أن المباشر ضامن وإن لم يتعمد⁽⁸⁾ والمتسبب لا يضمن إلا إذا إذا كان متعمداً.⁽⁹⁾ كمن حفر بئرا لإنسان ليقع فيه فجاءه آخر فألقاه فيه فهذا مباشر والأول متسبب، فالضمان على الثاني دون الأول.

(1) : أنظر: القرابي . الذخيرة. ج 12، ص259، وأيضا: الفروق. ج4، ص27

(2) : هناك من يعبر عنها بالتجهيل وهو سبب من الأسباب الموجبة للضمان.

أنظر: الكاساني. بدائع الصنائع. ج6، ص213

(3) : أنظر: محمد الزحيلي. القواعد الفقهية على المذهب الحنفي والشافعي. الطبعة الثانية، ص42، والقرابي. الفروق. ج4،

ص27، والعزّ بن عبد السلام. قواعد الأحكام في مصالح الأنام. ج2، ص154

(4) : أنظر: القرابي. الفروق. ج4، ص27

(5) : أنظر: العزّ بن عبد السلام. المرجع نفسه. ج2، ص155

(6) : أنظر: القرابي. الفروق. ج4، ص27، وأيضا: ابن رجب. القواعد. ص204

(7) : أنظر: ابن حزم. القوانين الفقهية. ص218، ووهبة الزحيلي. نظرية الضمان. ص70

(8) : أنظر: أحمد الحجي الكردي. المدخل الفقهي. الطبعة [د.ط.]. دار المعارف. 1980م، ص112

وأیضا: حمد بن محمد الجابر الهاجري. القواعد والضوابط الفقهية في الضمان المالي. ج1، ص355

(9) : أنظر: أحمد الحجي الكردي. المرجع نفسه. ص112، وأيضا: حمد بن محمد الجابر الهاجري. المرجع نفسه. ص373

وترجع الفروق بينهما - أعني المباشرة والتسبب - إلى قوة المباشرة، واتصال التلف بها دون واسطة⁽¹⁾ خلافاً للتسبب الذي يتخلل بينه وبين التلف واسطة أو عدة وسائط، لذلك فإن الحكم بالضمان يضاف إلى المباشرة لا إلى السبب عند اجتماعهما، واقتران التلف بهما.⁽²⁾ إلا إذا أضيفت المباشرة إلى السبب وتولدت عنه⁽³⁾ كما في جريمة الاشتراك في القتل أو السرقة.⁽⁴⁾ غير أن هناك استثناءات من القواعد المتقدمة سنقف عليها في مظانها متى تطلب الأمر ذلك من خلال المباحث اللاحقة، وفي ما يلي نتعرض إلى مفهوم ضمان اليد والإتلاف والحكم المترتب عليهما من خلال الفرع الآتي:

الفرع الثاني : تعريف ضمان اليد

1- تعريف ضمان اليد :

ويعرّف بأنه تعويض تلف المال المحوز بائتمان أو بغير ائتمان.⁽⁵⁾ وهذا يشير إلى أن حيازة الشيء قد تكون ضمن عقد من عقود الائتمان أو الأمانات، وقد تكون بغير ائتمان كأن تكون في عقد من عقود الضمان، وقد تكون موضوعة في غير عقد، ومنه فمشمولات وضع اليد على ثلاثة أضرب:

الأول: يد مؤتمنة على المال: كيد الوديع ويد المستعير ويد الشريك ويد الوصي ونحوهم، فهؤلاء لا يضمنون هلاك العين الموضوعة تحت أيديهم لأنها ضمن عقد إلا أن يتعدوا.

الثاني: يد غير مؤتمنة لكنها موضوعة في عقد من عقود الضمان: كيد البائع على المبيع قبل القبض، والمشتري بعد القبض، ومقترض العين بعد قبضها، فهؤلاء يضمنون بإطلاق ما يضعون أيديهم عليه.

(1) : أنظر: حمد بن محمد الجابر الهاجري. القواعد والضوابط الفقهية في الضمان المالي.. ص366

ووهبة الزحيلي. نظرية الضمان. ص188، ومحمد الزحيلي. القواعد الفقهية على المذهب الحنفي والشافعي. ص423

(2) : أنظر: القرابي. الفروق. ج2، ص208

(3) : أنظر: حمد بن محمد الجابر الهاجري. المرجع نفسه. ص414 و ما بعدها

(4) : أنظر: وهبة الزحيلي. المرجع نفسه. ص196

(5) : محمد فوزي فيض الله. نظرية الضمان. ص66

الثالث: يد غير مؤتمنة ليست في إثر العقد ولا بعد إذن: كيد الغاصب ويد الغالّ من الغنيمة قبل القسمة ويد السارق... فهؤلاء يضمنون بإطلاق كل ما وضعوا أيديهم عليه ولو كان بسبب ليس من قبلهم أو كان بسبب آفة سماوية. و هو ما يعبر عنها بالمفهوم القانوني ضمان العدوان والذي نعرفه فيما يأتي.

2- ضمان العدوان :

وهو شغل الذمة بحق مالي للغير جبرا للضرر الناشئ عن التعدي، بمخالفة القواعد الشرعية العامة القاضية بجرمة مال المسلم ودمه وعرضه وسائر حقوقه مما لا يرجع إلى واجب الوفاء بالعقود.⁽¹⁾

وتتضح من هذا التعريف أمور هي:

- 1- يشمل الحق المالي واجب التعويض برد العين المملوكة للغير كما في الغصب⁽²⁾، أو بإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعدي كما في التكليف بطمّ البئر التي حفرها شخص تعدياً في ملك غيره، كما يترتب وجوب ردّ المثل أو القيمة والتعويض بأداء قدر من المال للمتضرر في الجروح والشجاج وغيرهما من الإصابات.⁽³⁾
- 2- القصد من شغل الذمة بهذا الواجب أو الحق هو رفع الضرر الناشئ عن التعدي، وهو يختلف بذلك عن المقصود بالعقوبة، وإن كان يحقّق معنى الزجر تبعاً - كما رأينا -
- 3- الإضافة في (ضمان العدوان) من إضافة المصدر لفاعله وسببه فإنما شغلت الذمة بالضمان نتيجة التعدي بارتكاب فعل محرّم شرعاً في أصله أو بالنظر إلى مآله أو بترك التبصّر والتحوّط، إعمالاً لقاعدة: "من ترك واجبا في الحفظ والصّون ضمّن".⁽⁴⁾

(1) : محمد أحمد سراج. ضمان العدوان في الفقه الإسلامي. ص 84

(2) : أنظر: ابن حزيء. القوانين الفقهية. ص 216، وابن رشد. بداية المجتهد. ج 4، ص 101

(3) : أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (الحفيد). بداية المجتهد. ج 4، ص 101 وما بعدها

وأبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (الجد). المقدمات المهمّات. ج 2، ص 491

(4) : علي أحمد الندوي. القواعد الفقهية. ص 195

4- أفعال العدوان⁽¹⁾ الموجبة للضمان كثيرة ومتنوعة من أمثلتها: الغصب، والإتلاف بالمباشرة والتسبب - كما تقدم-، ويشمل التعدي بالتسبب صوراً كثيرة منها: الكف أو الترك، شهادة الزور، الترويع والتفريع -الصدمة العصبية في الاصطلاح القانوني- والتعسف في استعمال الحقوق والواجبات، والإهمال في الحفظ والرعاية...

الفرع الثالث : ضمان الإتلاف

1- تعريف ضمان الإتلاف :

تعويض مفسدة مالية لم تقترن بعقد كقطع الشجر على الآخرين وإفساد الثمر.⁽²⁾

2- شروط ضمان الإتلاف :

يقوم ضمان الإتلاف متى تحققت الشروط الآتية:

الشرط الأول: أن يكون الشيء المتلف مالا والمال قيمة مادية بين الناس وجاز الانتفاع به شرعاً⁽³⁾، فلا ضمان بإتلاف الميتة والدم... ونحوها مما ليس بمال عرفاً أو شرعاً.⁽⁴⁾

الشرط الثاني: أن يكون الشيء المتلف متقوماً بالنسبة للمتلف عليه، والمتقوم هو ما يباح الانتفاع به شرعاً، في غير حال الاضطرار⁽⁵⁾، فلا ضمان بإتلاف خمر أو خنزير لمسلم أو ذمي⁽⁶⁾، أما إذا كانت الخمر والخنزير لغير مسلم فأتلفها له مسلم، أو غيره، ضمن له قيمتها إذا كان مسلماً، ومثلها إذا كان غير مسلم، هذا عند الحنفية والمالكية لتعديده عليه، ولأنها مال محترم عند غير المسلمين يتمولونها.⁽⁷⁾

(1) : العدوان الموجب للضمان هو الذي لا يستند إلى إذن شرعي ولا إلى سبب شرعي كحالة الدفاع الشرعي عن النفس أو المال دون تجاوز في استعمال هذا الحق

(2) : محمد فوزي فيض الله. نظرية الضمان. ص66

(3) : عبد السلام العبادي. الملكية في الشريعة الإسلامية. الطبعة الأولى. عمان: مكتبة الأقصى، 1975م، ج1، ص179

(4) : أنظر: وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج5، ص745، ونظرية الضمان. ص57

(5) : أنظر: وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج5، ص745

وأيضاً: حمد بن محمد الجابر الهاجري. القواعد والضوابط الفقهية في الضمان المالي، ج2، ص501-502

(6) : أنظر: وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج5، ص745

(7) : أنظر: وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج5، ص745

الشرط الثالث: أن يكون الإلتلاف جاء بطريق التعدي⁽¹⁾، ويوصف الفعل بالتعدي إذا كان محرماً لذاته أو لغيره.⁽²⁾

الشرط الرابع: أن يكون التلف أو الضرر محققاً بشكل دائم، فإذا أعيد الشيء إلى الحالة التي كان عليها فلا ضمان⁽³⁾، كأن عولج المرض أو نبت سن الحيوان في المدّة التي بقي فيها الشيء المغصوب في يد الغاصب.

ويعتبر هذا الشرط محل اتفاق إذا كان النقص متوقعا عودُه عادة.⁽⁴⁾

الشرط الخامس: أن يكون في إيجاب الضمان فائدة⁽⁵⁾ أي أن يتمكن صاحب الحق من الوصول إلى حقه ودفع الضرر، وإلا كان إيجاب الضمان ضرباً من العبث.

وعدم التمكن من الوصول إلى الحق راجع إلى عدم الولاية أو السلطة، إذ ليس لحاكم دولة الولاية تنفيذ الأحكام على رعايا دولة أخرى ولقد جاء هذا الشرط عند الحنفية، فلم يوجبوا الضمان على ما أتلفه الحربي للمسلم في دار الحرب، ولا على المسلم فيما يتلفه من مال الحربي.⁽⁶⁾

الشرط السادس: أن يكون المتلف أهلاً لوجوب الضمان، فلا ضمان على ما تُتلفه دابة الإنسان عند عدم التقصير⁽⁷⁾ ولا يشترط التمييز⁽⁸⁾ خلافاً لما جاء عند بعض المالكية خلافاً للمعتمد في مذهبهم⁽⁹⁾ والحق عدم اشتراط التمييز، لأن الضمان وجب هنا جبراً للضرر الواقع على أموال الآخرين، وهذا الأمر لا يتوقف على التمييز أو عدمه خلافاً للعقوبة التي جاءت للزجر، والتي لا بد فيها من التكليف.⁽¹⁰⁾

(1) : أنظر: محمد أحمد سراج. ضمان العدوان في الفقه الإسلامي. ص 319، وإبراهيم فاضل الدبوي. ضمان المنافع. ص 166

(2) : أنظر: محمد أحمد سراج. المرجع نفسه. ص 319، وأيضاً: أحمد محمد عطية محمد. نظرية التعدي. ص 11-12

(3) : أنظر: الشريبي. مغني المحتاج. ج 3، ص 361

(4) : أنظر: الشريبي. المرجع نفسه. ج 3، ص 361، والدسوقي. الحاشية. ج 4، ص 274

(5) : أنظر: وهبة الزحيلي. نظرية الضمان. ص 61

(6) : أنظر: الكاساني. بدائع الصنائع. ج 7، ص 168

(7) : أنظر: الدردير. الشرح الكبير. ج 4، ص 358

(8) : أنظر: القرافي. الذخيرة. ج 12، ص 260

(9) : الدردير. المرجع نفسه. ج 3، ص 443

(10) : أنظر: ابن جزئي. القوانين الفقهية. ص 218-219، والعز بن عبد السلام. قواعد الأحكام في مصالح الأنام. ج 1،

المطلب الرابع: الفرق بين ضمان العقد وضمن اليد وضمن الإتلاف

ويظهر فيما يأتي:

أ- الخصائص المشتركة بين ضمان العقد وضمن العدوان (ضمن اليد وضمن الإتلاف):
وتظهر في:

- 1- الواجب بهما هو الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من ضرر.⁽¹⁾
 - 2- سببهما هو سلوك مسلك مخالف للقواعد الشرعية الرامية إلى دفع الضرر.⁽²⁾
 - 3- التعدي فيهما أو الخطأ متعلق بمصالح العباد.⁽³⁾
 - 4- الضرر المضمون في كل منهما يشمل أعيان الأموال ومنافعها والبدن الإنساني ومنافعه، وسائر الحقوق المالية الأخرى.⁽⁴⁾
 - 5- مفهوم السببية فيهما واحد حيث أن المرء لا يُسأل إلا عن النتائج الطبيعية لفعله.⁽⁵⁾
- ب- أوجه الاختلاف بين ضمان العقد والعدوان وتتمثل في:

- 1- اختلاف مفهوم الخطأ في كل منهما، فالخطأ في ضمان العدوان -المسؤولية التقصيرية- وهو سلوك مسلك مخالف لما أوجبه القانون، في حين يكتسب الخطأ في ضمان العقد -المسؤولية بسلك- مسلك مخالف لما أوجبه الطرفان على نفسيهما ورضيا به.⁽⁶⁾

(1) : علي الخفيف. الضمان في الفقه الإسلامي. ص238، وأيضا: محمد فوزي فيض الله. نظرية الضمان. ص66

(2) : أنظر: محمد نجات محمد. ضمان العقد في الفقه الإسلامي. ص42

(3) : أنظر: البهوتي. شرح منتهى الإرادات. ج2، ص269 - 270، وأيضا: الشافعي. الأم. ج3، ص171

والشربيني. الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع. ج2، ص378، وابن مفلح. المبدع. ج4، ص245

والقراي. الفروق. ج4، ص28

(4) : وهبة الزحيلي. نظرية الضمان. ص23 - 24

(5) : أنظر: الكاساني. بدائع الصنائع. ج7، ص165، وابن نجيم. الأشباه والنظائر. ص243، والقراي. المرجع نفسه. ج4،

ص27، و ج2، ص206

(6) : أنظر: الكاساني. المرجع نفسه. ج7، ص165 و ج6، ص208، وأيضا: القراي. المرجع نفسه. ج4، ص28

والشربيني. المرجع نفسه. ج2، ص331 و ص378

- 2- يختلف العنوان الموجب لهذا النوع من الضمان عنه في ضمان العقد من جهة أن الخطأ في ضمان العدوان هو سلوك مسلك مخالف لما أمر به الشارع وأوجبه على الكافة، أما الخطأ في ضمان العقد فينشأ بمخالفة ما أوجبه الشخص على نفسه باعتباره طرفاً في علاقة تعاقدية على حين يتعلق الضرر المنفي في ضمان العدوان بالحقوق العامة للفرد على الكافة، كحقوقه في سلامة نفسه وممتلكاته، والحقوق الشخصية وهي التي تتعلق بدمّة شخص معين عند قيام سببها.⁽¹⁾
- 3- ضمان العقد مردّه ما اتفق عليه المتعاقدان، أو بدله وضمن اليد مردّه المثل أو القيمة.⁽²⁾
- 4- الفرق بين ضمان الإلتلاف وضمن اليد، أن الإلتلاف يتعلّق بالحكم فيه بالمباشرة دون السبب، وضمن اليد يتعلّق بالمباشرة والسبب هذا عند السيوطي.⁽³⁾
- 5- ضمان الإلتلاف مبني على المماثلة بخلاف ضمان العقد فإنه مبني على المراضاة.⁽⁴⁾
- 6- مصدر الضمان في الإلتلاف هو مباشرة الفعل، وأما مصدر ضمان اليد فهو إما المباشرة أو التسبب.⁽⁵⁾
- 7- الأهلية:⁽⁶⁾

فالأهلية المعتبرة في ضمان العقد عند الحنفية والمالكية هي أهلية الأداء الناقصة⁽⁷⁾ أي التمييز⁽⁸⁾، وعند الشافعية والحنابلة المعتبرة هي أهلية الأداء الكاملة وهي البلوغ مع العقل،

(1) : أنظر: البهوتي. شرح منتهى الإرادات. ج 2، ص 271، وأيضا : القرابي. الفروق. ج 4، ص 28 - 29

(2) : أنظر: السيوطي. الأشباه و النظائر. ص 362

(3) : أنظر: السيوطي. المرجع نفسه. ص 362

(4) : أنظر: السرخسي. المبسوط. ج 11، ص 80

(5) : أنظر: السيوطي. المرجع نفسه. ص 362

(6) : ابن عابدين. الحاشية. ج 4، ص 504

(7) : تعرّف أهلية الأداء بأنها صلاحية الإنسان لأن تصدر منه أفعال و أقوال يُعتدُّ بها شرعا، بحيث إذا صدر منه عقد أو تصرف ترتبت عليه آثاره و أحكامه. وأهلية الأداء الناقصة تبتدئ ببلوغ الشخص سن التمييز و تستمر إلى البلوغ مع العقل.

أنظر: مصطفى سعيد الخن. الكافي الوافي في أصول الفقه الإسلامي. الطبعة الأولى. بيروت: مؤسّسة الرسالة، 2000م، ص 71

(8) : أنظر: وهبة الزحيلي. أصول الفقه الإسلامي. الجزائر: دار الفكر. ج 1، ص 164

أما في الإتلافات المالية فيكفي للالتزام به أهلية الوجوب الكاملة⁽¹⁾، أي توفر الصفة الإنسانية بعد الولادة فسواء أكان الصبي مميزاً أم غير مميز، فإنه يلتزم بضمان المتلفات.

8- كيفية التعويض:

يقدر التعويض في ضمان العقد حسب الاتفاق والتراضي، الذي تم في العقد، أما في ضمان اليد والإتلاف فتراعى المماثلة قدر الإمكان⁽²⁾، لأن المقصود في ضمان المتلفات هو جبر الضرر الواقع.⁽³⁾

9- التضامن:⁽⁴⁾

والتضامن بين العاقدين يجب أن ينصَّ عليه في العقد، كما في الكفالة حيث يمكن للدائن مطالبة الأصيل أو الكفيل بالدين المكفول به⁽⁵⁾، أما التضامن بين المتلفين، أو المجرمين فغير معتبر في أصل الشريعة والمجرم لا يسأل إلا عن مقدار أثره في الجريمة⁽⁶⁾، وقد جاء في نصوص الحنفية: (حصل التلف من فعلهما انقسم الضمان عليهما).⁽⁷⁾ واستثنى المالكية المحاربين والبغاة فإذا ظفر بأحدهم غُرم عن الجميع.⁽⁸⁾

(1) : تعرّف أهلية الوجوب بأهّا صلاحية الإنسان لأن تثبت الحقوق له أو عليه.

وأهلية الوجوب تثبت بالحياة وتنتهي بالوفاة، وتكون ناقصة بالنسبة للجنين إلى أن ينفصل عن أمه حيّاً، وتكون كاملة بالميلاد إلى الوفاة.

أنظر: وهبة الزحيلي. أصول الفقه الإسلامي. ج1، ص164-165

(2) : أنظر: وهبة الزحيلي. نظرية الضمان. ص80

(3) : أنظر: محمد نجات محمد. ضمان العقد في الفقه الإسلامي. ص61

(4) : التضامن يعني أن الدائن يستطيع أن يطالب كل مدين بكل الدين، وهو ما يسمى بحق الاختيار، أو أن يطالبهم به مجتمعين، فإذا وثق أحد المدينين بكل الدين، انقضى الدين بالنسبة لهم جميعاً.

أنظر: أحمد زكي بدوي. معجم المصطلحات القانونية. الطبعة الأولى. القاهرة: دار الكتاب المصري. بيروت: دار الكتاب اللبناني، 1989م، ص218، اللفظة رقم 886

(5) : أنظر: وهبة الزحيلي. نظرية الضمان. ص80، وأيضاً: محمد نجات محمد. المرجع نفسه. ص61

(6) : أنظر: الشيرازي. المهذب. ج3، ص180

(7) : أنظر: الكاساني. بدائع الصنائع. ج7، ص274

(8) : الدسوقي. الحاشية. ج4، ص351

10- وقت تملك المضمون :

المضمون ضمان عقد لا يملكه مستحقه إلا بقبض الضامن، أما المضمون ضمان يد، فيملكه مستحقه من تاريخ حدوث سبب استحقاقه، مثاله إذا كان المهر المعين بذاته كسيارة مثلا في يد الزوج مضمونا ضمان عقد، فإن المرأة لا تملكه إلا باستلامها إياه، وإذا كان مضمونا ضمان يد فتملكه المرأة بمجرد انعقاد عقد الزواج، وعندئذ يحق لها التصرف فيه بالبيع مثلا بعد تملكه.⁽¹⁾

11- من حيث الأوصاف :

فقد فرّق الفقهاء في ضمانها بين العقود والإتلافات وقرّر الحنفية أنّ الأوصاف لا تُضمن بالعقد، وتضمن بالغصب لأنّ الغصب قبض، والأوصاف تُضمن بالفعل، وهو القبض، أمّا العقد فيردُّ على الأعيان، لا على الأوصاف، والغصب والإتلاف فعل يحل بالذات بجميع أجزائها، فكانت مضمونة.⁽²⁾

12- الإجازة:⁽³⁾

الإجازة تلحق العقد كما في تصرف الفضولي، وكذا تلحق الأفعال عند الإمام محمد بن الحسن خلافا لأبي حنيفة -رحمه الله تعالى-، فلو رد الغاصب الشيء المغصوب إلى شخص أجنبي، فأجاز المالك المغصوب منه قبض ذلك الأجنبي أي فعله، برىء الغاصب من الضمان عند محمد، وعند أبي حنيفة لا يبرأ من الضمان.

أما في ضمان الإتلاف: ففي قول مرجوح أن الإجازة لا تلحق الإتلاف. ومثالها: لو أتلف إنسان مال غيره تعديا، فقال المالك: أجزت أو رضيت أو أمضيت، لم يبرأ من الضمان.⁽⁴⁾

والصحيح أن الإجازة تلحق الإتلاف كبقية الأفعال.⁽⁵⁾

(1) : أنظر: وهبة الزحيلي. نظرية الضمان. ص 81، وأيضا: محمد نجيدات المحمّد. ضمان العقد في الفقه الإسلامي. ص 61-62

(2) : أوصاف المبيع : هي كلّ ما يدخل في البيع تسمية كالشجر والبناء في الأرض وأطراف الحيوان، والجودة في المكمل والموزون.

أنظر: الكاساني. بدائع الصنائع. ج 5، ص 139-140، وابن عبد البر. الكافي في فقه أهل المدينة. ج 2، ص 678

(3) : منصور عمر بدر الدين. الضمان في الفعل المشروع -رسالة ماجستير في الفقه الإسلامي وأصوله- جامعة دمشق:

كلية الشريعة، 2005م، ص 55

(4) : أنظر: ابن نجيم. الأشباه والنظائر. ص 338

(5) : أنظر: وهبة الزحيلي. المرجع نفسه. ص 81

المبحث الرابع : شروط الضمان

إن الضمان لا يقوم ولا يتحقق إلا بتوفر شروطه الثلاث ألا وهي الاعتداء والضرر والرابطة بين التعدي والضرر، أو المباشرة والتسبب وهي التي سنتعرض لها تفصيلاً من خلال المطالب الآتية :

المطلب الأول : التعدي

الفرع الأول : في اللغة

هو الظلم وتجاوز الحد أو هو التعدي في الأمور وتجاوز ما ينبغي أن يقتصر عليه، يقال عَدَا عَدَاً وَعَدَّيًّا وَعَدَّاءً وَتَعَدَّيًّا إذا ظلمه ظلماً مجاوزاً للحد⁽¹⁾.

الفرع الثاني : في اصطلاح الفقهاء

لفظ التعدي يرد استعماله كثيراً في أبواب الفقه، ويختلف المعنى المراد منه باختلاف الموضوع الذي استعمل فيه، إلا أن هذه الاستعمالات - مع اختلافها - ينتظمها معنى واحد هو فعل الإنسان ما ليس له فعله، وهو معنى يطابق المعنى اللغوي للتعدي إذ أن من فعل ما ليس له فعله فقد تجاوز الحد والقدر والحق الذي ينبغي له الاقتصار عليه، وعلى إثر ما تقدم فمصطلح التعدي لا يخرج عن أحد هذه المعاني الثلاث:

المعنى الأول:

العمل المحظور في ذاته شرعاً أو بتعبير آخر العمل دون حق ولا جواز شرعي وذلك بقطع النظر عن كونه متجاوزاً إلى حق الغير أو لا⁽²⁾، كقتل الحيوان وقطع الشجر وإتلاف الطعام وتحريق الثوب أو ما جرى مجراه التسبب في التلف كفتح قفص طائر فطار أو حل دابة فهربت، فمن فعل شيئاً من ذلك فهو ضامن سواء فعل ذلك عمداً أو خطأ⁽³⁾.

(1) : أنظر: إبن منظور. لسان العرب. ج15، ص33، ومجمع اللغة العربية. المعجم الوسيط. ج2، ص589

(2) : إبن قدامة: المغني. ج5، ص227، وأحمد موائبي. الضرر في الفقه الإسلامي. ج2، ص734

(3) : أنظر: إبن حزيء. القوانين الفقهية. ص218، والعز بن عبد السلام. قواعد الأحكام في مصالح الأنام. ج1، ص178

المعنى الثاني:

المجاوزه الفعلية إلى حق الغير، أو ملكه المعصوم وهو المعنى المقصود لاعتبار مباشرة الإخلال بالمصلحة (الضرر المباشر) وهو ما سنتعرض له في المعنى الخاص للتعدّي، كمن حفر بئرا بجانب بئر جاره فجفّ بئر جاره، وعلم أن بئره هو المتسبب في ذلك، هنا توجب على حافر البئر ردمه لرفع الضرر عن جاره ومنعه.⁽¹⁾

المعنى الثالث:

وهو الإهمال والتقصير في الاحتياط والتعنت وسوء القصد عند استعمال الحق.

ومن المعنى الثالث: ما جاء في المغني من أنه: (إذا أوقد في ملكه نارا أو في موات فطارت شرارة إلى دار جاره فأحرقتها، أو سقى أرضه فنزل الماء إلى أرض جاره فغرقها، لم يضمن إذا كان فعل ما جرت به العادة من غير تفريط، لأنه غير متعدّد ... وإن كان ذلك بتفريط (أي: بإهمال، وعدم احتياط) منه: بأن أجاج نارا تسري في العادة لكثرتها، أو في ريح شديدة تحملها أو فتح ماء كثيرا يتعدّى أو فتح الماء في أرض غيره أو أوقد في دار غيره، ضمن ما تلف به).⁽²⁾ وعلى إثر ما تقدّم نجد من الحنفية من يعرف التعدّي بأنه: الفعل الضارّ دون حق أو جواز شرعي.

وأما عند المالكية: فقد ذكروا أن التعدّي يشمل الأموال والفروج والنفوس والأبدان.

والتعدّي في الأموال عندهم على أنواع:

الأول: أخذ الرقبة وهو الغصب. وتعريفه عندهم: أخذ مال غير منفعة ظلما وقهرا لا لخوف قتال.⁽³⁾

الثاني: غصب المنفعة دون قصد تملك رقبتة وقد عرف بعضهم التعدّي بهذا المعنى، فقال: التصرف في الشيء بغير إذن ربه دون قصد تملكه.⁽⁴⁾

(1) : أنظر: مالك بن أنس. المدونة. ج4، ص474

(2) : أنظر: ابن قدامة. المغني. ج5، ص227

(3) : ذهب البعض إلى أن الغصب غير التعدّي.

أنظر: أبو عبد الله محمد الأنصاري الرصاع. شرح حدود ابن عرفة. الطبعة الأولى. بيروت: دار الغرب الإسلامي. 1993م،

ص468

(4) : أنظر: الرصاع. المرجع نفسه. ص468

الثالث: الاستهلاك بإتلاف الشيء ويجري مجراه التَّسبب في التلف.

الرابع: إتلاف بعض أجزاء الشيء.⁽¹⁾

هذا فيما يتعلّق بتعريف المتقدمين، أما من المعاصرين فنجد من يعرف التعدي على أنه: مجاوزة ما ينبغي أن يقتصر عليه شرعا أو عرفا أو عادة.⁽²⁾

فالشطر الأول من هذا التعريف وهو قوله مجاوزة ما ينبغي أن يقتصر عليه موافق للتعريف اللغوي. أما الشطر الثاني فإنه يبرز ضابط التعدي والمتمثل في الشرع فإن لم يكن فيرجع إلى العرف والعادة⁽³⁾، وهو ما قرّره القواعد الفقهية لدى أهل العلم أن كل اسم ليس له حدّ في اللغة ولا في الشرع. فالمرجع فيه إلى العرف كما قد يكون بمخالفة الشرط المتفق عليه في العقد كمخالفة المضارب شرط رب المال بعدم السفر بالمال فإن المضارب يضمن المال إذا هلك بسبب سفره.

كما عرّف التعدي بأنه تجاوز الحدّ المأذون فيه سواء كان ذلك بترك فعل معين أو بأداء فعل معين أو بعدم اتخاذ الحيطة والحذر⁽⁴⁾ فالتعدي بالترك كالإهمال والتقصير في حفظ الأمانة⁽⁵⁾، والتعدي بالفعل كالغضب⁽⁶⁾ والإتلاف أو متسبباً فيه.⁽⁷⁾

(1) : أنظر: شرح حدود ابن عرفة. ص468

(2) : أنظر: محمد فوزي فيض الله. نظرية الضمان في الفقه الإسلامي. ص92

(3) : الزركشي. المنشور في القواعد الفقهية. ج2، ص356

(4) : أنظر: أحمد محمد عطية محمد. نظرية التعدي كأساس للمسؤولية المدنية الحديثة. ص12

(5) : أنظر: الكاساني. بدائع الصنائع. ج6، ص211 و 218 و ج7، ص143، وحاشية ابن عابدين. ج3، ص443

والشربيني. مغني المحتاج. ج4، ص129 و ج3، ص334، وابن قدامة. المغني. ج5، ص177

وابن حزم. المحلى. ج7، ص137

(6) : أنظر: السرخسي. المبسوط. ج11، ص49، وابن جزيء. القوانين الفقهية. ص218

وأحمد بن لؤلؤ بن عبد الله الرومي أبو العباس شهاب الدين ابن النقيب الشافعي. عمدة السالك وعدة الناسك.

الطبعة الأولى. قطر: الشؤون الدينية، 1982م، ص170

وأبو القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله الخرقني. متن الخرقني على مذهب أبي عبد الله أحمد بن حنبل الشيباني

(مختصر الخرقني). دار الصحابة للتراث. 1413هـ-1993م، ص77

(7) : الكاساني. المرجع نفسه. ج7، ص164-165، والسيوطي. الأشباه والنظائر. ص362

وأما من تعاريف المعاصرين والتي تعتبر من أوضح التعاريف فيعرف الضرر على أنه كل إيذاء يلحق الشخص في ماله أو جسمه أو عرضه أو عاطفته.⁽¹⁾

فهو بذلك يشمل أي ضرر من أي نوع سواء أكان ماديا يمسّ المال أو الجسم أو ضررا معنويا يمسّ عاطفة الشخص أو كرامته أو سمعته كالإهانة التي تمس كرامة الإنسان أو تلحق به سمعة سيئة.⁽²⁾

وبوجه عام فالذي يجمع بين هذه التعاريف هو أن التعديّ يحمل معنى الظلم ومجاوزة الحق وضوابطه هو الانحراف عن السلوك المألوف للإنسان المعتاد، أو إنه العمل الضار من دون حق أو جواز شرعي وهو ما يذهب إليه القانون كما سنرى ذلك لاحقا بحول الله.

ومعيار التعدي عند علماء الشريعة هو في الغالب ينظر إليه أي الاعتداء على أنه واقعة مادية محضة يترتب عليها مسؤولية تعويض المتضرر كلما حدثت، وهذا بقطع النظر عن أهلية الشخص المعتدي وعن قصده أو عدم قصده.⁽³⁾

فالأمر في ضمان الأموال في نظر الشريعة لا فرق بين العمد والخطأ ولا بين الكبير والصغير.⁽⁴⁾ وكذلك لا يختلف حكم الضمان بالتعديّ سواء أكان أمرا إيجابيا مثل الإحراق والإغراق والإتلاف، أم أمرا سلبيا، كترك حفظ الوديعة فإنه في جميع الأحوال موجب للضمان. ومثال ذلك من رأى إنسانا يسرق الوديعة وهو قادر على منعه ضمن المال لترك الحفظ الملتزم بالعقد، ومن امتنع عن بذل الطعام للمضطرّ إليه أو عن تقديمه لسجين حتى مات كان ذلك إعانة على القتل ومسببا للهلاك المستوجب للضمان.⁽⁵⁾

الفرع الثالث : التعديّ في القانون

عرفه رجال القانون بأنه مخالفة الواجب الشرعي الذي يفرضه مبدأ احترام حقوق الغير⁽⁶⁾، والمستقى من المادة 124 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على عدم الإضرار بالغير.

(1) : وهبة الزحيلي. نظرية الضمان. ص 23

(2) : وهبة الزحيلي. المرجع نفسه. ص 23

(3) : ابن رشد. بداية المجتهد. ج 4، ص 100

(4) : أنظر: فتحي الدريني. النظريات الفقهية. ص 204

(5) : وهبة الزحيلي. المرجع نفسه. ص 19

(6) : بن رقية يوسف. العلاقة بين نظامي المسؤولية المدنية ومدى جواز الخيرة بينهما في القانون المدني الجزائري - أطروحة ماجستير في العقود والمسؤولية - جامعة الجزائر: معهد الحقوق والعلوم الإدارية، 1988، ص 20

كما عرّف التعديّ بأنه الخروج عن نطاق الجواز القانوني بعمل أو ترك، سواء أكان هذا الخروج مقترباً بالتمييز أم لا.⁽¹⁾

عرّفه العلامة السنهوري بأنه: مجاوزة المرء للحدود التي عليه التزامها في سلوكه⁽²⁾ فالمعيار الذي يتحدّد به وجود التعديّ بالتجاوز في السلوك من عدمه والأكثر اعتماداً في الفقه والقضاء هو الخروج عن سلوك الإنسان العادي في ذات الظروف التي أحاطت بالفاعل بمعنى في حال وقع الضرر من سلوك ما تتم مقارنة وقياس السلوك الحاصل بالسلوك المألوف للإنسان العادي في ذات الظروف، فإن تجاوز سلوكه هذا المرجع والمعيار عدّ تعدياً.⁽³⁾ ومما تقدّم يظهر أن التعديّ له معنيان:⁽⁴⁾

المعنى الأول: وهو المجاوزة الفعلية إلى حق الغير أو ملكه المعصوم.

المعنى الثاني: هو العمل الممنوع في ذاته بقطع النظر عن كونه متجاوزاً على حدود الغير أم لا. فالتعديّ باعتباره الركن المادي للخطأ قد يقع مقترباً بقصد الإضرار ذاته تعدياً دون حاجة لتجاوز الحدود في السلوك كما قد يقع بمجرد الإهمال والتقصير.

المطلب الثاني: الضرر

وحتى يقوم الضمان كانت ضرورة أن ينتج عن التعديّ ضرر وهو العلة المؤثرة في وجوب الضمان بحيث لا يحكم بالضمان ما لم يتحقّق الضرر الموجب له، ومتى انتفى الضرر انتفى تبعاً له الحكم بالضمان. فلو زال التعديّ قبل حصول الضرر، برىء المتسبب من ضمان ما يحصل به من ضرر بعد ذلك، كما لو حفر شخص في أرض مملوكة للغير أو أوقد فيها ناراً ثم اشترى الأرض قبل أن يتلف شيء بالحفر أو بالنار. ونظراً لأهميته في توجّب الضمان نتعرّض له بالبيان والتفصيل من خلال الفروع الآتية:

(1) : أنظر: جليل الساعدي. ملاحظات في المسؤولية التقصيرية في القانون المدني العراقي - مقال منشور بمجلة الشريعة والقانون - العدد السابع عشر. يونيو 2002، ص 238

(2) : أنظر: السنهوري. الوسيط. المجلد الثاني. ج 1، ص 882

(3) : أسماء موسى أسعد أبو السرور. ركن الخطأ في المسؤولية التقصيرية - أطروحة ماجستير - جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، نابلس، فلسطين، 2006م، ص 69

(4) : أنظر: مصطفى أحمد الزرقا. الفعل الضار. الطبعة الأولى. دمشق: دار القلم، 1988م، ص 78-79

الفرع الأول : في اللغة

يطلق الضرر على عدّة معان منها ما كان ضدّ النفع، والضيّق والشدّة والأذى، كما يطلق على النقصان الذي يدخل في الشيء⁽¹⁾.

الفرع الثاني : في الشرع

عرّف الضرر بعدة تعاريف لا تختلف كثيرا عن معناها اللغوي⁽²⁾ إلاّ بزيادة إيضاح كما أن في كتب الفقه نجد الفقهاء⁽³⁾ استعملوا كلمة الضرر من أجل التعبير عن كل مفسدة أو فوات منفعة قد تلحق بالغير.

المطلب الثالث : العلاقة بين التعدي والضرر (المباشرة أو التسبب)

لا يحكم بالضمان ما لم توجد علاقة أو رابطة أو صلة ما بين التعدي أو الضرر وقد عبّر عنها بعض الفقهاء بالإفشاء. جاء في بدائع الصنائع ما يفيد: إن الإتلاف الموجب للضمان يجب أن يقع اعتداء وإضراراً وسواء أكان الإتلاف مباشرة بإيصال الآلة بمحل التلف أم تسبباً بالفعل في محل يفضي إلى تلف غيره.⁽⁴⁾

فالفعل إن لم يؤدّ إلى ضرر مباشر وكان الضرر حاصلًا نتيجة فعل ثانٍ أو سبب أجنبي، ففي هذه الحالة ينتفي الضمان عن مرتكب الفعل الأول بسبب أن فعله لم يؤثّر ولم يلحق أي ضرر لأنه لا ضمان في غير المباشرة والتسبب.⁽⁵⁾

(1) : أنظر: الفيروزآبادي. القاموس المحيط. ص428، وابن منظور. لسان العرب. ج4، ص 482-483

(2) : أنظر: أبو عمر يوسف بن عبد البر. التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد. ج20، ص158

وابن رجب. جامع العلوم والحكم. ج3، ص911

(3) : أنظر: فخر الدين الزيلعي. تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق. ج6، ص142، وابن عبد البر. التمهيد. ج20، ص158

وشمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج. بيروت:

دار الفكر، 1404هـ-1984م، ج4، ص392

(4) : أنظر: الكاساني. بدائع الصنائع. ج7، ص165

(5) : وهبة الزحيلي. نظرية الضمان. ص26

الفرع الأول : تعريف المباشرة

وهي إيجاد علّة التلف أي أنه ينسب إليه التلف في العرف والعادة كالقتل والضرب حتى الموت، وعرفته المادة 887 من مجلة الأحكام العدلية بأنه: (إتلاف الشيء بالذات...)⁽¹⁾ وجاء في شرح المادة بأنه إتلاف الشيء بالذات من غير أن يتخلّل بين فعل المباشر وبين تلف المال فعل آخر⁽²⁾، وعلى ذلك فالمباشرة تعني ترتّب الضرر عن الفعل دون واسطة بينهما وسواء كان ذلك على وجه التعمّد أو لا، وعلى إثر ما تقدّم فالمباشر هو الذي حصل الضرر بفعله بلا واسطة.

الفرع الثاني : تعريف التّسبّب

وعرّف أنه ما يحصل الهلاك عنده بعلة أخرى إذا كان السبب هو المقتضي لوقوع الفعل بتلك العلة.⁽³⁾

وتفصيله نقول هو إحداث أمر في شيء يفضي إلى تلف شيء آخر على جري العادة، ويقال لفاعله: متسبّب كمن قطع حبل قنديل معلقا يكون سببا مفضيا لسقوطه في الأرض وانكساره فالذي قطع الحبل يكون أتلف الحبل مباشرة وكسر القنديل تسبّبا.⁽⁴⁾

(1) : أنظر: مجلة الأحكام العدلية. المادة 887

(2) : علي حيدر. درر الحكام شرح مجلة الأحكام. ج1، ص91

(3) : أنظر: القراني. الفروق. ج4، ص27

(4) : أنظر: علي حيدر. المرجع نفسه. ج2، ص508

المطلب الرابع : علاقة المباشر والمتسبب في الضمان

وفيه نتعرض لمدى وجوب الضمان على كل من المباشر لفعل الضرر أو المتسبب فيه وفق ذلك من خلال الفروع الآتية:

الفرع الأول : علاقة المباشر بالضمان

اتفق فقهاء الحنفية⁽¹⁾ والمالكية⁽²⁾ والشافعية⁽³⁾ والحنابلة⁽⁴⁾ على أن من ألحق الضرر بغيره بأي طريقة كانت فإنه يتوجب عليه الضمان وجبر الضرر الذي لحق بالغير. ولا يشترط في مباشر الضمان التعمد وذلك لأن العمد والخطأ في أموال الناس سواء، وإنما فرقا بينهما من جهة الإثم فيأثم العمد دون المخطئ.

ورد عن أحد الفقهاء: (وكل من نحفظ عنه من أهل العلم يقولون: الخطأ والعمد في الجنائيات على أموال الناس واحد يغرمه من أصاب من ذلك شيئا إلا في المأثم، فإن من أخطأ فأتلف شيئا لا مأثم عليه وعليه الغرم، وإنما يلزم المأثم من علم الشيء فتعمده وأصابه فأتلفه، ولا يفارق أحدا من الجانبيين الغرم)⁽⁵⁾ كما لا يشترط التعدي في وجوب الضمان.

(1) : أنظر: الكاساني. بدائع الصنائع. ج7، ص165، وابن نجيم. الأشباه والنظائر. ص243

(2) : أنظر: ابن رشد. بداية المجتهد ونهاية المقتصد. ج4، ص100، والقرافي. الفروق. ج4، ص27 و ج2، ص206

(3) : أنظر: العز بن عبد السلام. قواعد الأحكام في مصالح الأنام. ج2، ص154، والزركشي. المنثور في القواعد الفقهية. ج2، ص322-323

(4) : أنظر: موسى بن أحمد بن موسى بن سالم بن عيسى بن سالم الحجاوي المقدسي ثم الصالحي شرف الدين أبو النجاء. الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل. بيروت: دار المعرفة، ج2، ص354

(5) : أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر. الإشراف على مذهب العلماء. الطبعة الأولى. مكتبة مكة الثقافية، 1425هـ، 2004م، ج8، ص395-396

ورد عن ابن نجيم⁽¹⁾: (يضمن المباشر وإن لم يكن متعدياً).⁽²⁾

وورد عن ابن غانم البغدادي⁽³⁾: (المباشر ضامن وإن لم يتعد).⁽⁴⁾

وكما يتوجب التضمن على من لا قصد له كالصبي والمجنون إذ لا يتصور منهما قصد ولا عمد.⁽⁵⁾ ثم إن الضمان هنا ليس من باب العقوبة التي يشترط فيها القصد والإرادة، بل من باب الجبر والتعويض المالي، هذا فيما يتعلق بالأموال أما في الأنفس فيكون القصاص على القاتل العاقل المتعمد وإن كان غير متعمد وجب في حقه الضمان المالي⁽⁶⁾ المتمثل في الدية.

وجاء تضمين المباشرة رغم عدم تعمده من أجل الحفاظ على مقصد من مقاصد الشريعة وهو حفظ أموال ودماء الناس من أي عبث، فلا تذهب بالتالي هدرا في أي حال من الأحوال.⁽⁷⁾ والسبب في وجوب الضمان على المباشر وذلك لأن المباشرة هي علة ظاهرة ومستقلة وسبب للتلف قائم بذاته، فلا يجوز إسقاط حكمها بداعي عدم التعمد.⁽⁸⁾

(1) : هو زين الدين بن إبراهيم بن محمد الشهير بابن نجيم، فقيه حنفي مصري من أهم تصانيفه: الأشباه والنظائر، البحر الرائق في شرح كنز الدقائق.

أنظر: الزركلي. الأعلام. ج3، ص64

(2) : ابن نجيم. الأشباه والنظائر. ص243

(3) : هو غياث الدين أبو محمد غانم بن محمد البغدادي، فقيه وقاضي حنفي، من كتبه: ملجأ القضاة عند تعارض البيئات، الوسيط في شرح تهذيب المنطق، ومجمع الضمانات في الفروع، فرغ من تأليفه سنة 1027هـ. ذكر الزركلي أن وفاته كانت بعد هذه السنة.

أنظر: الزركلي. المرجع نفسه. ج5، ص116

(4) : أبو محمد غانم بن محمد البغدادي الحنفي. مجمع الضمانات. الطبعة [د.ط.]. دار الكتاب الإسلامي. ص146

(5) : أنظر: فتحي الدريني. النظريات الفقهية. ص210

(6) : فتحي الدريني. المرجع نفسه. ص210

(7) : إدريس صالح الشيخ فقيه. القواعد والضوابط في نظرية الضمان. ص78

(8) : في بعض حالات المباشرة يكون هناك تعدد، ومع ذلك لا يتوجب التضمن كما في حالة الدفاع الشرعي وحال تنفيذ أوامر ذي الولاية الخاصة أو العامة.

أنظر: فتحي الدريني. المرجع نفسه. ص211

الفرع الثاني : علاقة المتسبب في الضمان

ورد عن الفقهاء أن المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد⁽¹⁾، والتعمد هنا فعل الشيء بقصد الضرر، وأما التعدي فهو فعل السبب بغير حق.⁽²⁾ ومثاله لو حفر حفرة في ملكه فوقع فيها إنسان لم يضمنه أما لو كان الحفر في غير ملكه بأن كان في الطريق العام دون ترخيص الحاكم أو في ملك الغير أو في ملك نفسه مع إهمال بعض الشروط الواردة في الترخيص الرسمي، ضمن ما يقع في الحفرة من نفس أو مال.⁽³⁾ وبوجه عام فإن المتسبب لا يضمن إلا بتوفر هذه الشروط:⁽⁴⁾

- أن يحدث تعدد وتعمد من فاعل السبب.
- أن ينتج عن السبب الضرر قطعاً.
- ألا يتخلل بين السبب والمتسبب فعل شخص آخر وإلا نسب الفعل إليه مباشرة.

المطلب الخامس : أحوال انفراد واجتماع المباشرة والتسبب في الضمان

الفرع الأول : انفراد المباشر بالضمان دون المتسبب

وورد في شأن هذه الحالة أنه إذا اجتمع المباشر والمتسبب أضيف الحكم إلى المباشر.⁽⁵⁾ ومعنى القاعدة أنه إذا اجتمع على إتلاف الشيء شخصان أحدهما كان هو المباشر للفعل الضار من غير أن يتخلل بين الشخص المباشر وفعله أي فعل لفاعل آخر مختار، ففي هذه الحالة يكون الشخص المباشر هو المسؤول عن الضمان، لأن المباشر في الحقيقة يعتبر هو العلة الظاهرة في الضرر في الواقع.⁽⁶⁾

(1) : أنظر: مجلة الأحكام العدلية. المادة 93

(2) : أنظر: وهبة الزحيلي. نظرية الضمان. ص198

(3) : أنظر: مصطفى أحمد الزرقا. المدخل الفقهي العام. ج2، ص1047، وفتحي الدريني. النظريات الفقهية. ص208

(4) : أنظر: فتحي الدريني. المرجع نفسه. ص219، وهبة الزحيلي. المرجع نفسه. ص198

(5) : محمد مصطفى الزحيلي. القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة. ج1، ص480، والمادة 90 من مجلة الأحكام

العدلية

(6) : أنظر: مصطفى أحمد الزرقا. المرجع نفسه. ج2، ص1047، وأيضاً : المادة 925 من مجلة الأحكام العدلية

وعليه ففي جميع الأحوال التي يتم فيها اجتماع المباشر والمتسبب فإن الضمان يكون على المباشر لأن الفاعل هو العلة المؤثرة، والأصل في الأحكام أن تضاف إلى عللها المؤثرة لا إلى أسبابها الموصلة لأن تلك أقوى وأقرب، إلا إذا كان تأثير المتسبب أقوى من تأثير المباشر ففي هذه الحالة يكون الحكم بالضمان على المتسبب كالمكروه⁽¹⁾.

ومثاله من حفر بئرا لإنسان ليقع فيه فجاءه آخر فألقاه فيه فهذا مباشر والأول متسبب فالضمان على الثاني دون الأول تقديمًا للمباشرة على التسبب⁽²⁾.

وهذه القاعدة اتفق فقهاء المذاهب⁽³⁾ على صحتها من حيث الجملة متى توفرت شروط إعمال هذه القاعدة، وذلك مبني على اتفاقهم على أن الأصل أن يضاف الحكم إلى العلة المؤثرة التي بها يوجد الفعل بخلاف السبب، فإنه قد يوجد السبب ولا يوجد الفعل⁽⁴⁾.

ومن أمثلة تطبيقات هذه القاعدة:

- إذا فتح شخص باب دار لآخر وفك فرسه من قيودها فجاء لص وسرق الفرس فالضمان على السارق⁽⁵⁾.

- إذا أمسك شخص بآخر وجاء ثالث فاغتصب ما مع الرجل من نقود فالضمان على المعتصب المباشر لاستلاب المال دون الآخر المتسبب بذلك⁽⁶⁾.

- إذا فتح شخص قفصا عن طائر فاستقر بعد فتحه فجاء آخر فنفره فالضمان على المنقّر وحده⁽⁷⁾.

(1) : أنظر: القرائي. الفروق. ج2، ص208، وابن رجب. القواعد. ص284، والزجيلي. القواعد الفقهية. ج1، ص480

(2) : القرائي. المرجع نفسه. ج2، ص208، والمادة 924 من مجلة الأحكام العدلية، ص135

(3) : أنظر: السرخسي. المبسوط. ج24، ص73، والقرائي. المرجع نفسه. ج2، ص208

والدسوقي. الحاشية. ج3، ص444، والسيوطي. الأشباه والنظائر. ص162

وزين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن السلامي البغدادي ثم الدمشقي الحنبلي. القواعد.

دار الكتب العلمية، ص284

(4) : أنظر: علاء الدين البخاري. كشف الأسرار شرح أصول البزدوي. الطبعة [د.ط.]. دار الكتاب الإسلامي. ج4، ص174

(5) : أنظر: أبو زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي. روضة الطالبين وعمدة المفتين. الطبعة الثالثة. بيروت-دمشق-عمان:

المكتب الإسلامي. 1412هـ-1991م، ج5، ص6، وعلي حيدر. درر الحكام شرح مجلة الأحكام. ج1، ص91

(6) : علي حيدر. المرجع نفسه. ج1، ص91

(7) : أنظر: ابن رجب. تقرير القواعد وتحريم الفوائد. ج2، ص598

الفرع الثاني : انفراد المتسبب بالضمان دون المباشر

- وذلك إذا كانت المباشرة مبنية على السبب وناشئة عنه - سواء كانت ملجئة إليه أم غير ملجئة- ولم يوجد عدوان في المباشرة⁽¹⁾ كما إذا استأجره لحمل طعام على دابة وسلمه زائدا فحمله المؤجر جاهلا بالحال فتلفت الدابة ضمنها المستأجر لأجل تغيره به.⁽²⁾
- ومثله أيضا المهندس المعماري أو القائم على البناء إذا أخل بالمواصفات المطلوبة منه في البناء مما أدى إلى انهيار البناء فيما بعد فإنه يكون مسؤولا عن هذا الفعل ماديا وجزائيا.
- إذا خالف سائق سيارة نقل ركاب العدد المسموح به فأركب فيها زيادة عن هذا العدد فسقط منها أحدهم فمات أو أصيب فالسائق هو الضامن.
- الطبيب الجراح الذي ثبت إهماله في أصول المهنة أو جهله بما حقت عليه المسؤولية بسبب تقصيره وعدم تحرزه في أداء عمله.

الفرع الثالث : اجتماع واشتراك المباشر والمتسبب في الضمان

- وذلك إذا كانت المباشرة مبنية على السبب وناشئة عنه سواء كانت ملجئة أو غير ملجئة.⁽³⁾
- ملجئة.⁽³⁾
- كما لو دالّ المودع لصا على الوديعة فسرقها فالضمان على الاثنين المودع والسارق.⁽⁴⁾ متى لم يحاول المودع منع اللص من سرقة الوديعة.

(1) : حمد بن محمد الجابر الهاجري. القواعد والضوابط الفقهية في الضمان المالي. ص 410

(2) : السيوطي. الأشباه والنظائر. ص 162

(3) : حمد بن محمد الجابر الهاجري. المرجع نفسه. ص 414

(4) : أنظر: ابن رجب. تقرير القواعد وتحريم الفوائد. ج 2، ص 603

خلاصة ومقارنة :

- 1- الضمان في الفقه الإسلامي له معنيان معنى خاص وآخر عام، فأما المعنى الخاص فيراد به الكفالة، وأما المعنى العام فيراد به ضمان المال بعقد أو بغير عقد. وأما في القانون فهو لا يخرج عن معنى معين من تلك المعاني التي حددها الفقه الإسلامي غير أن رجال فقه القانون وهم يعرفون الضمان يركزون على سببه وهو المسؤولية المدنية. وأما وجه الصلة بين الضمان والعقد وهو أن هناك نوع من العقود يعبر عنها بعقود الضمان. وأما وجه الصلة بين التعويض والضمان وهو أن التعويض نتيجة وأثر للضمان كما أن التعويض لا يجب إلا إذا وقع الضرر أما الضمان فقد يلتزمه الشخص قبل وقوع الضرر.
- 2- ضمان العقد لا يقوم على تحقيق المماثلة بين البدلين كما في ضمان الإلتلاف وإنما يؤسس على الرضا والاتفاق الذي يقوم عليه العقد.
- 3- عند الإخلال بالتزام تعاقدي ولحق ضرر جسيم بأحد المتعاقدين فإنه إضافة إلى الضمان هناك من الفقهاء من يرى ضرورة التعويض عن الضرر ماديا أو أدبيا مطلقا، مثلما يذهب إلى ذلك رجال القانون وهو مرتبط بشروط من أهمها. أن يكون الضرر واقعا فعلا وألا يرتفع الضرر ولو بجبر المتعاقد القيام بما ألزم به، وأن يكون الضرر غير معتاد، وألا يسهم المتضرر في زيادة الضرر.
- 4- تقدير الضرر هو سلطة تقديرية بيد القاضي.
- 5- عقود الضمان يترتب عنها الضمان مطلقا سواء أكان هناك تعدد أم لا، أما عقود الأمانة فلا يترتب عنها الضمان إلا عند التعدي.
- 6- من صور التعدي المجاوزة والتقصير والإهمال وقلة الاحتراز، ومخالفة العرف الشائع بين الناس عند الإطلاق أو مخالفة الشرط المتفق عليه أو مخالفة المصلحة أو التجهيل.
- 7- من صور اليد المعتدية الموجبة للضمان الغصب والحيلولة والإلتلاف.
- 8- إن الضمان في الحيلولة لا يشترط فيه إلتلاف المال أو تضييعه وإنما يكفي فيه تفويت الحق على صاحبه بمنعه من استخدامه أو التصرف فيه.

- 9- ضمان اليد منها ما يوجب الضمان كعقود الضمان ومنها ما لا يوجب الضمان كعقود الأمانات.
- 10- من أهم ما يجمع بين ضمان العقد وضمن العدوان هو الإلتزام بتعويض الغير عما لحقه من ضرر.
- 11- مفهوم الخطأ في ضمان العدوان المسؤولية التقصيرية، وهو سلوك مسلك مخالف لما أوجبه القانون.
- 12- مفهوم الخطأ في ضمان المسؤولية العقدية، وهو سلوك مسلك مخالف لما أوجبه الطرفان على نفسيهما ورضيا به.
- 13- مصدر الضمان في الإلتلاف هو مباشرة الفعل، وأما مصدر ضمان اليد فهو إما المباشرة أو التسبب.
- 14- ضمان العقد في الفقه والقانون مردّه ما اتفق عليه المتعاقدان أو بدله، وضمن اليد مردّه المثل أو القيمة.
- 15- الاعتداء في الشريعة والقانون واقعة مادية محضة يترتب عليها مسؤولية تعويض المتضرر كلما حدثت، وهذا بقطع النظر عن أهلية الشخص المعتدي وعن قصده أو عدم قصده.
- 16- التعدي موجب للضمان سواء أكان من جهة السلب كترك حفظ الوديعة، وترك التحوط والتبصر في السلوك.
- 17- المعيار الذي يتحدّد به وجود التعدي في القانون هو الخروج عن سلوك الإنسان العادي في ذات الظروف التي أحاطت به.
- 18- الضرر الذي يعتبره العلماء هو كل مفسدة أو فوات منفعة قد تلحق بالغير.
- 19- أحيانا قد يتوجب الضمان على المتسبب دون المباشر كما إذا استأجره لحمل طعام على دابة أو سيارة وسلّمه زائدا، فحملة المؤجر جاهلا بالحال فتلفت الدابة أو السيارة ضمنها المستأجر لأجل تغيره به.
- يد الضمان ويد الأمانة يشيع استخدامها في الفقه الإسلامي أما في القانون فلا نجد مثلها غير أننا نجد الحائر لملك الغير يكون مسؤولا عما تحت يده أيّا كان سبب الهلاك، ومنها ما تطلب درجة من الحفظ والعناية وربطها بعناية الشخص المعتاد وإذا هلك فلا يسأل عنه إلا إذا تعدّى وقصر.

الفصل الثاني

أقسام العقود

والضمان فيها

الفصل الثاني: أقسام العقود والضمان فيها

العقود بوجه عام يختلف بعضها عن بعض في الأساس الذي تقوم عليه، والموضوع الذي تهدف إليه والخصائص التي يمتاز بها، والأحكام التي تتفرع عنها، لذا جرت العادة عند الباحثين فيها أن يبحثوا في تصنيفها وتقسيماتها قبل البحث في الأحكام المتعلقة بها والمتفرعة عنها، وذلك لتوضيح حقيقتها وماهيتها ليسهل بذلك تصوّرها ومعرفة وجوه الشبه والاختلاف بينها، فالعقود تصنّف إلى أصناف عديدة باعتبارات مختلفة.⁽¹⁾

وبوجه عام فالعقود أربعة أقسام نتعرّض لها من خلال المباحث الآتية:

المبحث الأول: عقود المعاوضات والضمان فيها،

المبحث الثاني: عقود الأمانات والضمان فيها،

المبحث الثالث: العقود مزدوجة الأثر والضمان فيها،

المبحث الرابع: عقود التبرعات والضمان فيها.

(1) : أكثر تفصيلا لهذه التقسيمات أنظر: نايف محمد العجمي. الرجوع وأثره في العقود في الفقه الإسلامي - أطروحة ماجستير - جامعة القاهرة: كلية دار العلوم، قسم الشريعة والقانون، 2001، ص15 وما بعدها.

المبحث الأول : عقود المعاوضات والضمان فيها

عقود المعاوضات أو ما يعبر عنها بعقود الضمان⁽¹⁾ وهي التي لم تشرع لإفادة الضمان بل شرعت للملك والريح ونحوهما، لكن الضمان يترتب عليها باعتبارها أثراً لأحكامها⁽²⁾ ثم إن المال المنتقل فيها من يد إلى يد يكون مضموناً على الطرف القابض له، فمهما يصبه من تلف فما دونه ولو بأفة سماوية يكن على مسؤوليته وحسابه.

وهذه العقود هي: البيع والقسمة والصلح عن مال بمال والمخارحة والقرض وإقالة هذه العقود⁽³⁾ والنكاح والمخالعة⁽⁴⁾، والتي يمكن أن نتعرض لها بإيجاز مع الإشارة إلى الضمان فيها بوجه عام، مع تخصيص عقد البيع بدراسة تفصيلية باعتباره النموذج الأمثل لهذا النوع من العقود لاجتماعه معها في كثير من الأحكام ومنها موضوع ضمان العيوب الخفية وضمان عدم التعرض والاستحقاق وذلك من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول : التعريف بأنواع عقود المعاوضات والضمان فيها بوجه عام

المطلب الثاني : عقد البيع حقيقته وشروطه

المطلب الثالث : آثار عقد البيع

المطلب الرابع : ضمان عيوب المبيع الخفية

المطلب الخامس : ضمان عدم التعرض والاستحقاق في عقد البيع

(1) : أنظر: وهبة الزحيلي. نظرية الضمان. الطبعة الثامنة. دمشق: دار الفكر، 2008، ص145

(2) : أنظر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية للكويت. الموسوعة الفقهية الكويتية. الطبعة الأولى. مصر: مطابع دار الصفاة، المجلد 28، ص235 وما بعدها.

(3) : أنظر: وهبة الزحيلي. المرجع نفسه. ص145

(4) : أنظر: محمد فوزي فيض الله. نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام. الطبعة الأولى. الكويت: مكتبة التراث الإسلامي،

1403هـ - 1983م، ص38

المطلب الأول : التعريف بأنواع عقود المعاوضات والضمان فيها بوجه عام

الفرع الأول : البيع والضمان فيه :

أولاً : تعريفه :

أ- في اللغة :

البيع في اللغة هو مبادلة مال بمال⁽¹⁾ أو بعبارة أخرى مقابلة شيء بشيء، أو دفع عوض وأخذ ما عوض عنه، والبيع من الأضداد كالشراء قد يطلق أحدهما ويراد به الآخر⁽²⁾، ويسمى كل واحد من المتعاقدين بائعاً أو يبيعا، لكن إذا أطلق البائع فالمتبادر إلى الذهن في العرف باذل السلعة.⁽³⁾

ب- في الاصطلاح الشرعي :

نقتصر على تعريف الملكية دون بقية المذاهب وذلك لأننا سنتطرق إليه لاحقاً وفي مبحث مستقل بالتفصيل.⁽⁴⁾

عرّف الملكية البيع بأنه عقد معاوضة على غير منافع ولا متعة لذّة.⁽⁵⁾

- ففي قولهم عقد معاوضة على غير منافع: لإخراج الإجارة فإنها عقد على منفعة.

- ولا متعة لذّة لإخراج عقد الزواج.

ثانياً : الضمان في عقد البيع :

ذهب جمهور الفقهاء على أن البيع مبادلة مال بمال وهو بهذا التعريف يمثل أوضح صورة لعقود الضمان لأنه تبرز فيه المعاوضة بشكل واضح ويعتبر عقد ضمان مطلقاً والمال المتنقل بناء على هذا العقد يكون مضموناً على من يقبضه.⁽⁶⁾

(1) : أحمد بن محمد بن علي الفيومي. المصباح المنير. ج1، ص69

(2) : أنظر: إبن منظور. لسان العرب. ج8، ص23، وأبو الحسين أحمد بن فارس. معجم مقاييس اللغة. ج1، ص327

(3) : الفيومي. المرجع نفسه. ج1، ص69

(4) : أنظر: ص97 وما بعدها من الرسالة

(5) : أحمد الدردير. الشرح الكبير. ج3، ص2

(6) : أنظر: محمد فوزي فيض الله. نظرية الضمان في الفقه الإسلامي. ص39، ووهبة الزحيلي. نظرية الضمان. ص145

ففي عقد البيع الصحيح يقوم الضمان من خلال الحالات الآتية:

الحالة الأولى: هلاك المبيع: وفيه هذه الصورة :

1- إذا هلك المبيع في يد المشتري، فإنه يهلك من حسابه لأنه قبضه قبضا مضمونا، وتقرر البيع بالقبض، فيتقرر الثمن اتفاقا.⁽¹⁾

2- إذا هلك المبيع في يد البائع، فيكون بأحد الأسباب الآتية:

السبب الأول: إذا هلك المبيع بأفة سماوية كأن كان حيوانا فمات أو بفعل البائع، أو بفعل المبيع نفسه، انفسخ⁽²⁾ البيع وسقط الثمن عن المشتري.

السبب الثاني: إن هلك المبيع بفعل المشتري لا يفسخ البيع وعليه الثمن لأنه بالإتلاف صار قابضا ولأنه لا يمكنه إتلافه إلا بإثبات يده عليه وهو معنى القبض.

السبب الثالث: إن هلك المبيع بفعل أجنبي فعليه ضمانه لأنه أتلّف مالا مملوكا لغيره بغير إذنه، ولا يد له عليه فيضمنه بالمثل أو القيمة والمشتري بالخيار إن شاء فسخ البيع، ويعود المبيع إلى ملك البائع فيتبع به الجاني، وإن شاء أمضى البيع واتبع الجاني بالضمان، والتزم هو بالثمن.⁽³⁾

الحالة الثانية: هلاك الثمن: وإنما يتصور إذا كان الثمن عينا معينة في العقد.

1- فإن كانت مثلية وهلكت قبل أن يقبضها البائع ثمنا لم يفسخ البيع، لأن مثله يقوم مقامه في الثمنية.

2- وإن كانت قيمية ولا مثل لها انفسخ العقد عند أبي حنيفة باعتبار أن العين في هذه الصورة وإن كانت ثمنا، لكنها في الوقت نفسه مبيع من وجه، وينفسخ البيع بهلاك المبيع.

الحالة الثالثة: الاستحقاق: واستحقاق المبيع هو أن يظهر أن المبيع مملوك كله أو بعضه لغير البائع، كما لو ظهر أن المبيع وقّف، ومثل ذلك استحقاق رأس المال⁽⁴⁾، فإن كان الاستحقاق ناقلا للملكية كان العقد موقوفا على إجازة المستحق، فإن أجازته نفذ وإن لم يجزه انفسخ وهو ما ذهب

(1) : أنظر: ابن حزمي. القوانين الفقهية. ص164، وابن رشد. بداية المجتهد. ج3، ص201

(2) : أنظر: الكاساني. بدائع الصنائع. ج5، ص238

(3) : أنظر: الكاساني. المرجع نفسه. ج5، ص238

(4) : أنظر: محمد بنجدات الحمد. ضمان العقد في الفقه الإسلامي. ص156

إليه المالكية ومن وافقهم⁽¹⁾، وأكثر تفصيلا لهذه المسألة سنتعرض لها في مطلب مستقل وذلك لكثرة شيوعها بين الناس.⁽²⁾

الحالة الرابعة: ظهور عيب قديم: إذا اشترى المشتري سلعة فوجد بها عيبا كان موجودا عند البيع، أو حدث بعده في يد البائع، وكان العيب يُنقص الثمن عند أرباب الخدمة والمعرفة، فالأصل عند الحنفية والشافعية أن المشتري له أن يأخذ المبيع بكل الثمن أو يردّه ويفسخ البيع⁽³⁾، وعند المالكية التحيير بين إنقاص الثمن وإتمام البيع.⁽⁴⁾

وأكثر تفصيلا لهذه المسألة نتعرض لها في مطلب مستقل، وبخاصة في ظل التطور التكنولوجي وازدياد حالات الغش والتدليس.

وأما الضمان في عقد البيع الباطل فالمبيع يبقى في ضمان البائع قبل أن يقبضه المشتري، لبقائه على ملكه وتحت يده، لأن العقد الباطل لا ينتج أثره، أما إذا قبضه المشتري بإذن البائع فاختلف الفقهاء في حكمه.

فمنهم من يرى أن المبيع في العقد الباطل أمانة في يده لا تُضمن إلا بالتعدي أو التقصير، كالوديعة في يد الوديع وهو رأي الإمام أبي حنيفة، وهو ما أخذت به مجلة الأحكام العدلية.⁽⁵⁾ وفريق آخر من الفقهاء⁽⁶⁾ يرى أن المبيع يكون في يد المشتري مضمونا عليه بمثله إذا كان مثليا، وبقيمتة إن كان قيميا والدليل على ذلك أن المشتري قد قبض المبيع باطلا لمصلحة نفسه فلا يكون أدنى حالا من المقبوض على سوم الشراء⁽⁷⁾ الذي يضمن بالمثل أو بالقيمة، هذا هو رأي صاحبين من الحنفية وهو الأصح في المذهب، وهو ما رجّحه أيضا الشافعية والحنابلة.

(1) : أنظر: ابن جزيء. القوانين الفقهية. ص219، وابن نجيم. البحر الرائق. ج6، ص152، وابن رجب. القواعد. ص283

(2) : أنظر: ص140 من الرسالة وما بعدها

(3) : أنظر: حاشية ابن عابدين. ج5، ص5، والشيرازي. المهذب. ج2، ص47

(4) : عبد الرحمن بن محمد بن عسكر البغدادي أبو زيد أو أبو محمد شهاب الدين المالكي. إرشاد السالك إلى أشرف المسالك في فقه الإمام مالك. الطبعة الثالثة. شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده. ص83

(5) : أنظر: المادة 370 من مجلة الأحكام العدلية، ص73

(6) : أنظر: ابن جزيء. المرجع نفسه. ص172، والزيلعي. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق. ج4، ص61-62

وأحمد الدردير. الشرح الكبير. ج3، ص146، والقراي. الفروق. ج2، ص207

وأبو محمد غانم بن محمد البغدادي الحنفي. مجمع الضمانات. الطبعة [د.ط.]، ص215

(7) : أنظر: الزيلعي. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق. ج4، ص44، والمرغيناني. الهداية. ج3، ص43

وفتحي الدريني. النظريات الفقهية. ص383

أما الملكية فيرون أن العقد ينقل الضمان ولكنه لا ينقل الملك إلا بالفوات، بمعنى أن المبيع يباع باطلا إذا فات عند المشتري بأن هلك، فإنه يملكه في حال الفوات هذه دون غيرها، وهو ملك ضروري قُدّر اقتضاء أو افتراضا لتعدّر إعادة الحال إلى ما كانت عليه، ولتصحيح تضمين المشتري بالمثل أو القيمة، حتى لا يجتمع البدلان في يد البائع ولو أبقى المبيع على ملكه.⁽¹⁾

الفرع الثاني : عقد القسمة والضمان فيه :

أولا : تعريفها :

أ- في اللغة :

هي الاقتسام.⁽²⁾

ب- في الشرع :

تمييز الحقوق وإفراز الأنصبة.⁽³⁾

والغرض من القسمة هي إزالة الشبوع وتمييز الأنصبة وفرض الحصص الشائعة، وتقع في القضاء كما تقع بالتراضي، والقسمة التي نعنيها هي عقد القسمة الرضائية لا القضائية. والقسمة تستلزم وصفين أحدهما يسمّى بالإفراز والتمييز، والآخر يسمّى بالمبادلة.⁽⁴⁾ ومعنى الإفراز: أخذ الشريك عين حقه.

ومعنى المبادلة أخذ الشريك عوض حقه وهي أشبه ما يكون بالبيع.

والإفراز هو الأمر الظاهر في المكيالات والموزونات والعدديات المتقاربة لعدم التفاوت بين أحادها، حتىّ إنه يجوز لأحد المتقاسمين أن يأخذ نصيبه عند غيبة صاحبه ودون إذنه، لأنّه يأخذ عين حقه.⁽⁵⁾ والمبادلة هي الأمر الظاهر في غير المكيالات والموزونات كاللدور والحيوانات للتفاوت بين أفرادها حتىّ إنه لا يكون لأحد المتقاسمين أخذ نصيبه عند غيبة صاحبه ولا دون إذنه: لأنّ القسمة عندئذ مبادلة ولا بدّ للمبادلة من التراضي.⁽⁶⁾

(1) : فتحي الدريني. النظريات الفقهية. ص384

(2) : أنظر: ابن منظور. لسان العرب. ج12، ص479، والجرجاني. التعريفات. ص175 وسعدي أبو جيب. القاموس الفقهية. ص44، والمعجم الوسيط. ص79

(3) : أنظر: سعدي أبو جيب. المرجع نفسه. ص303، والجرجاني. المرجع نفسه. ص175

(4) : أنظر: الكاساني. بدائع الصنائع. ج7، ص24

(5) : أنظر: الخطاب. مواهب الجليل في شرح مختصر خليل. ج5، ص334

(6) : أنظر: وهبة الزحيلي. نظرية الضمان. ص152، ومحمد فوزي فيض الله. نظرية الضمان في الفقه الإسلامي. ص41-42

ثانيا : - الضمان في عقد القسمة :

لتتحقق المعاوضة في القسمة، كانت عقد ضمان وترتب على أساسها أحكام.

أ - إذا قبض كل شريك نصيبه بعد القسمة فقد ملكه ملكا مستقلا يخوله حق التصرف المطلق فيه، فإذا هلك هلك على ضمانه هو فقط.

ب - إذا ظهر بعد القسمة وارث آخر مع الورثة الشركاء انتقضت القسمة لتعلق حق الوارث بعين التركة، ولا يقبل قول بقية الشركاء نقضي حقه من مالنا الخاص.

ج - إذا ظهر بعد القسمة مستحق لبعض معين في أحد الأنصبة كغرفة من بيت، لا تنتقض القسمة لكن يرجع المستحق عليه على شريكه بقدر ما يخصه من الغرفة المستحقة، إذا تبين أنه لم يكن ملكه فيرده.

د - أما إذا ظهر بعدها أن المستحق جزء شائع في كل المقسوم كالربع والثالث، تفسخ القسمة اتفاقا لعدم تحقق معنى الإفراز والتمييز فيها.⁽¹⁾

الفرع الثالث : الصلح عن مال بمال والضمان فيه :

أولا : تعريفه :

أ- في اللغة :

التصالح وإنهاء الخصومة.⁽²⁾

ب- في الشرع :

معاهدة يرتفع بها النزاع بين الخصوم ويُتوصل بها إلى الموافقة بين المختلفين⁽³⁾ وتفصيلا هو

انتقال عن حق أو دعوى بعوض لرفع نزاع أو خوف وقوعه.⁽⁴⁾

ج- في القانون:

عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما، أو يتوقيان به نزاعا محتملا، وذلك بأن يتنازل كل منهما

على وجه التبادل عن حقه.⁽⁵⁾

(1) : أنظر: الزيلعي. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق. ج5. ص274، وأيضا: الكاساني. بدائع الصنائع. ص24-26

(2) : أنظر: ابن منظور. لسان العرب. ج2. ص517، والمعجم الوسيط. ص520

(3) : أنظر: القرافي. الذخيرة. ج5، ص334، والزيلعي. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق. ج5، ص29

وابن قدامة. المغني. ج4، ص357، والشريبي. الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع. ج2، ص304

(4) : الخطاب. مواهب الجليل في شرح مختصر خليل. ج5، ص79

(5) : أنظر: المادة 459 من القانون المدني الجزائري، والمادة 549 من القانون المدني المصري

والمقصود من الكلام هنا هو الصلح في المعاملات بين الناس لا الصلح بين المسلمين والكفار، ولا الصلح بين الإمام والبيعة ولا الصلح بين الزوجين عند الشقاق.⁽¹⁾

ثانياً : الضمان في عقد الصلح :

الضمان في عقد الصلح عن المال بالمال يعتبر بمثابة البيع من حيث الأحكام المتصلة به⁽²⁾، لأنه مبادلة كالبيع.

ولهذا ورد في كتاب المقدمات الممهّدة: (والصلح إنما هو قبض شيء عن عوض فهو يشبه المبيعة ويجري مجراها في أكثر الوجوه).⁽³⁾

وإذا وقع الصلح عن إقرار واستحق المصالح عنه كله أو بعضه رجع بكل حقه، أو بحصته مع العوض لأنّ الصلح معاوضة مطلقة كالبيع وهذا هو حكم الاستحقاق في البيع.⁽⁴⁾

وإن وقع الصلح عن مال بمنافع كسكنى دار، فله حكم الإجارة لوجود معنى الإجارة وهو تملك المنافع بمال، والاعتبار في العقود لمعانيها.⁽⁵⁾

كما قد يكون الصلح مخارجة⁽⁶⁾، فيصح الصلح عن حصّة الوارث في التركة وتطبق أحكام البيع، ويسمى هذا الصلح مخارجة، والمخارجة هي عقد يتصلح فيه أحد الورثة على أن يخرج من التركة فلا يأخذ نصيبه نظير مال يأخذه من التركة أو من غيرها، وتزول ملكيته عن نصيبه الشرعي من التركة سواء علم مقدار ما يرثه من التركة أو لم يعلم.⁽⁷⁾

(1) : أنظر: وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج5، ص293-294

(2) : أنظر: ابن جزيء. القوانين الفقهية. ص221-222، والحطاب. مواهب الجليل في شرح مختصر خليل. ص79

والكاساني. بدائع الصنائع. ج6، ص42

(3) : ابن رشد. المقدمات الممهّدة. ج2، ص518

(4) : أنظر: ابن رشد. بداية المجتهد. ج4، ص77

(5) : أنظر: القرافي. الفروق. ج4، ص2، والكاساني. المرجع نفسه. ج6، ص54

ومحمد فوزي فيض الله. نظرية الضمان في الفقه الإسلامي. ص43-44، وهبة الزحيلي. المرجع نفسه. ج5، ص295

(6) : أنظر: نزيه حماد. عقد الصلح في الشريعة الإسلامية. الطبعة الأولى. دمشق: دار القلم، بيروت: دار الشامية، 1996م،

ص8

(7) : أنظر: ابن حجر العسقلاني. الدراية في شرح أحاديث الهداية. ج2، ص180-181

ويعتبر التخارج بمثابة تنازل أحد الورثة عن نصيبه من التركة في مقابل ما يتسلمه من المال عقار أو عروض فيمكن اعتباره بيعاً⁽¹⁾، وبذلك تترتب عليه أحكام الضمان في عقد البيع.

وخلاصة الكلام في موضوع الصلح ما ورد في كتاب الفروق: (الصلح في الأموال دائر بين خمسة أمور: البيع إذا كانت المعاوضات عن أعيان، والصرف إن كان فيه أحد النقدين عن الآخر، والإجارة إن كان عن منافع، ودفع الخصومة إن لم يتعين شيء من ذلك، والإحسان وهو ما يعطيه المصالح من غير الجاني فمتى تعين أحد هذه الأبواب، روعيت فيه شروط ذلك الباب).⁽²⁾

الفرع الرابع : القرض والضمان فيه :

أولاً : تعريفه :

أ- في اللغة :

القطع⁽³⁾، وأقرضه أعطاه قرضاً.⁽⁴⁾

ب- في الشرع :

دفع مال إرفاقاً لمن ينتفع به ويردّ بدله.⁽⁵⁾

ج- في القانون:

نصّت المادة 538 من التقنين المدني المصري على أن: (القرض عقد يلتزم به المقرض أن ينقل إلى المقترض ملكية مبلغ من النقود أو أي شيء آخر على أن يرد له المقترض عند نهاية القرض شيئاً مثله في مقداره ونوعه وصفته). وقد دعت إليه الشريعة الإسلامية لما فيه من كشف الكرب.

(1) : محمد فوزي فيض الله. نظرية الضمان في الفقه الإسلامي. ص 45

(2) : القرافي. الفروق. ج 4، ص 2

(3) : أنظر: ابن منظور. لسان العرب. ج 7، ص 216

(4) : الفيروزآبادي. القاموس المحيط. ص 652

(5) : أنظر: أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي. تحفة المحتاج في شرح المنهاج. الطبعة [د.ط.]. مصر:

المكتبة التجارية الكبرى، 1983م، ج 5، ص 36

والكاساني. بدائع الصنائع. ج 7، ص 396، والبهوتي. كشف القناع. ج 3، ص 312

ويحمل القرض وصفين فقهيين هما:

- الأول: معنى العارية⁽¹⁾ لما فيه من الصلة والتبرع في الابتداء.⁽²⁾
- الآخر: معنى المعاوضة والبيع في الانتهاء بما فيه من وجوب رد المثل بعد الاستهلاك، لأنه لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاك عينه فيستلزم إيجاب المثل في الذمة.⁽³⁾

ثانيا : الضمان في عقد القرض :

لاحتواء القرض على معنى البيع كان عقد ضمان وترتبت عليه هذه الأحكام:

- إذا قبض المقترض المال ملكه حالا بمجرد القبض بعد العقد⁽⁴⁾ فيضمنه بالهلاك أو الاستهلاك كما يملك المبيع مضمونا عليه.⁽⁵⁾
- قبضه قبض ضمان لا قبض وديعة وائتمان، لهذا لو استغنى عنه بعد قبضه لا يجب عليه رد عينه لأنه ملكه بخلاف قبض العارية، لأنها بعد القبض تبقى على ملك المعير ولا يضمنها المستعير إلا بالتفريط والتقصير.⁽⁶⁾

الفرع الخامس : عقد النكاح والضمان فيه :

أولا : تعريفه :

أ- في اللغة : الزواج.⁽⁷⁾

ب- في الشرع :

عرّفه المالكية بأنه عقد لحل تمتع بأنثى غير محرم، ولا مجوسية وغير أمة كتابية بصيغة.⁽⁸⁾

(1) : أنظر: ابن جزوي. القوانين الفقهية. ص190، والشيرازي. المهدب. ج 2. ص190

(2) : أنظر: محمد فوزي فيض الله. نظرية الضمان في الفقه الإسلامي. ص46

(3) : أنظر: أحمد أسعد محمود الحاج. نظرية القرض في الفقه الإسلامي. الطبعة الأولى. عمان: دار النفائس، 2008م، ص92

(4) : أنظر: السيوطي. الأشباه والنظائر. ص320، والشربيني. مغني المحتاج. ج2، ص120، والشيرازي. المرجع نفسه. ج1، ص310

(5) : إذا قبض المقترض المال أصبح ضامنا له مطلقا سواء هلك بتعدّد أو بتقصير منه في حفظه أم بأفة سماوية مثل المشتري بعد تسلمه المبيع.

أنظر: وهبة الزحيلي. نظرية الضمان. ص154

(6) : محمد فوزي فيض الله. المرجع نفسه. ص47

(7) : أنظر: الفيروزآبادي. القاموس المحيط. ص246

(8) : أحمد الدردير. الشرح الصغير. الطبعة [د.ط.]. دار المعارف، ج2، ص332-333

وفي عقد النكاح لا بدّ من المهر فبمجرد العقد تشغل ذمّة الزوج بالمهر، فإن كان المهر ديناً -نقوداً- ثبت في ذمّة الزوج، أمّا إن كان المهر عينا كما لو تزوّجها على أن لها هذه السيارة مثلاً، فإن الزوجة تملك السيارة المعيّنة بمجرد العقد ويجب على الزوج أن يسلمها إليها.⁽¹⁾

ثانياً : الضمان في عقد النكاح :

باعتبار أن المهر في مقابل البضع أو ما يصح فيه الضمان، فإن العوض يكون في القليل والكثير، فلا يشترط فيه المماثلة بل العبرة بما يقع الاتفاق عليه، كما يصح بالدين والعين والمال والمنفعة لأنّه عقد على منفعة البضع فجاز في هذه الأشياء.⁽²⁾

الفرع السادس : الخلع والضمان فيه :

أولاً : تعريفه :

أ- في اللّغة : النزاع والإزالة.⁽³⁾

ب- في الشرع :

طلاق بعوض⁽⁴⁾ فالخلع يعتبر عقد معاوضة، فتسري عليه بذلك أحكام البيع.

ثانياً : الضمان في الخلع :

ضمان عقد عند الحنفية والشافعية والحنابلة، إذ يجب فيه المسمّى في العقد أو المتفق عليه فيه بين الزوجين أو المثل، وتفصيل ذلك يكون فيما يأتي:

- فالمذهب الحنفي يعتبر الخلع عقداً ينعقد بالإيجاب والقبول وهو من عقود المعاوضات، إذ يتم بعوض مالي تدفعه المرأة أو وليّها، والعوض الواجب في الخلع يصح أن يكون معلوماً أو مجهولاً، وهو ما يميّز الخلع عن النكاح الذي لا يصحّ إلّا في العوض المعلوم، ويوضح الكاساني ذلك بقوله: (ليس كل ما يصلح عوضاً في الخلع، يصلح عوضاً في النكاح، لأن باب الخلع أوسع، إذ هو يتحمّل جهالة لا يتحمّلها النكاح...)⁽⁵⁾.

(1) : محمد فوزي فيض الله . نظرية الضمان في الفقه الإسلامي . ص 47-48

(2) : أنظر: ابن رشد. بداية المجتهد ونهاية المقتصد. ج3، ص45، والشيرازي. المهذب. ج2، ص463

(3) : ابن منظور. لسان العرب. ج8، ص76-77

(4) : أنظر: ابن رشد. المرجع نفسه. ج3، ص89

(5) : أنظر: الكاساني. بدائع الصنائع. ج3، ص147

- وعند الملكية الضمان في الخلع يتمّ بالرضا بين الرجل والمرأة، وفيه تبذل المرأة العوض على طلاقها، ويجوز الخلع بمثل الصداق أو بأقل منه أو بأكثر منه تأسيساً على أنه عوض في المعاملات، فالعبرة فيه بالتراضي، ويصحّ أن يكون العوض فيه مجهولاً ومعدوماً، لأنّه من باب الهبة وهي تجوز في المعلوم والمجهول.⁽¹⁾

- والخلع في المذهب الشافعي عقد، والضمان فيه من قبيل المعاوضة، ويصحّ منجزاً بأن يوقع الفرقة بعوض، ويصحّ غير منجز بأن يكون معلقاً على ضمان مال أو دفع مال.⁽²⁾

- وعند الحنابلة يجوز أن يكون العوض في الخلع مجهولاً.⁽³⁾

الفرع السابع : إقالة عقود الضمان :

أولاً : تعريفها :

أ- في اللغة : الرّفْع والإزالة، من ذلك قولهم أقال الله عثرته إذا رفعها من سقوطه.⁽⁴⁾

ب- في الشرع :

رفع العقد ولو في بعض المبيع، وهي وإن كانت متفرّعة عن البيع لأنّها أكثر ما تقع فيه إلّا أنّها في الواقع تجري في جميع العقود اللازمة ما عدا عقد الزواج، فهي بتعبير أعم عقد يُرفع به عقد سابق.⁽⁵⁾

ثانياً : الضمان في عقد الإقالة :

الإقالة من عقود الضمان فإذا تم قبض أحد العوضين بعد الإقالة كان القابض مسؤولاً عن ضمانه في جميع الحالات كما في عقد البيع.

(1) : أنظر: ابن رشد. بداية المجتهد ونهاية المقتصد. ج3، ص89-90

(2) : أنظر: الشيرازي. المهذب. ج2، ص491-492

(3) : أنظر: ابن قدامة. المغني. ج7، ص333

(4) : سنن أبي داود. كتاب البيوع والاجارات. باب في فضل الإقالة، الحديث رقم 3460، ج3، ص476

وسنن ابن ماجه. باب الإقالة، الحديث رقم 2199، ج3، ص548

(5) : وهبة الزحيلي. نظرية الضمان. ص154، والفقهاء الإسلامي وأدلته. ج4، ص713

والزرقا. المدخل الفقهي العام. ج1، ص561، فقرة 290، والمادة 163 من مجلة الأحكام العدلية. ص34

المطلب الثاني : عقد البيع : حقيقته وشروطه

نظرا إلى أنّ البيع هو الأول ظهورا والأكثر شيوعا والقاسم المشترك الأكبر بين هذه العقود في كثير من الحالات كانت الضرورة إلى التعرض إليه بالتفصيل من خلال الفروع الآتية:

الفرع الأول : تعريف عقد البيع :

أ- لغة :

من باع الشيء يبيعه يباعا ومبيعا، ويقال: مباعا، ولفظ البيع من الأضداد التي تطلق على البيع وعلى الشراء⁽¹⁾، قال تعالى: ﴿وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ...﴾⁽²⁾ أي باعوه، وقال ﷺ: «لا يبيع أحدكم على بيع أخيه»⁽³⁾، معناه لا يشتري على شري أخيه. ويطلق على كل واحد من المتعاقدين أنّه بائع، وإذا أطلق البائع فالمتبادر إلى الذهن باذل السلعة، ويطلق البيع على المبيع أيضا فيقال بيع جيد، ويجمع على يبيع⁽⁴⁾. والبيع قد يتعدى إلى مفعول واحد مثل قوله: بعت السلعة، وقد يتعدى لمفعولين فتقول: بعت السلعة، ثمّ قد يكون تعدّيه ذاتيا كما تقدّم وقد يكون بمن أو اللام فتقول: بعت السلعة منه، أو بعت السلعة له.⁽⁵⁾

(1) : ابن منظور. لسان العرب. ج 8، ص 23، والفيروز آبادي. القاموس المحيط. ص 705

وأبو الحسين أحمد بن فارس. معجم مقاييس اللغة. ج 1، ص 327

(2) : سورة يوسف، الآية 20

(3) : صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب لا يبيع على بيع أخيه ولا يسوم على سوم أخيه، الحديث رقم 2139، ج 2، ص 99

(4) : أنظر: الفيومي. المصباح المنير. ج 1، ص 69

وزين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي. مختار الصحاح. الطبعة الخامسة. بيروت:

صيदा، المكتبة العصرية، الدار النموذجية، 1999م، ص 43

(5) : أنظر: الفيومي. المرجع نفسه. ج 1، ص 69

ب- شرعا :

تكاد تتقارب كلمة الفقهاء في تعريف البيع بأنه مبادلة مال بمال، ولعلّ نظر الفقهاء إلى الهدف والغاية من البيع هو الذي أدى إلى هذا الاتفاق أو التقارب في التعريفات على أقل تقدير، حيث يتفق الجميع على أنّ الغاية من البيع هي التمليك، فالبائع يقصد تملك الثمن والمشتري يقصد تملك السلعة، وهو ما ذهبت إليه مجلة الأحكام العدلية من خلال المادة 105 بأنه: (مبادلة مال بمال)⁽¹⁾، وهو تعريف الحنفية.⁽²⁾

- ويعرّف المالكية عقد البيع بأنه: عقد معاوضة على غير منافع ولا متعة لذّة فتخرج بذلك الإجارة والكراء والنكاح.⁽³⁾

- وعند الشافعية: مقابلة مال بمال ونحوه.⁽⁴⁾

- وعند الحنابلة: يعرفونه بأنه: مبادلة مال بمال تمليكا وتملكا.⁽⁵⁾

ويلاحظ على التعريفات السابقة أنّ الشافعية والحنابلة اعتبروا بيع المنافع بيعا خلافا للمالكية الذين استثنوا المنافع فعّدوا المبادلة بها إجارة وأما الحنفية فلا تُهمّ لا يعتبرون المنفعة مالا.⁽⁶⁾ ووفق ما تقدّم اتفقت كلمة الفقهاء على أنّ البيع مبادلة أو مقابلة أو معاوضة لكلا البلدين، والذي يتحقّق من خلاله التمليك والتملك.

والذي نراه الأقرب للصواب والدقّة -والله أعلم- تعريف المالكية، وذلك لإخراج الإجارة والزواج والكراء فهي ليست من البيوع كما تقدّم وإن اجتمعت معه في بعض الأحكام.

(1) : أنظر: مجلة الأحكام العدلية، ص34

(2) : أنظر: ابن نجيم. البحر الرائق شرح كنز الدقائق. ج5، ص277، والكاساني. بدائع الصنائع. ج5، ص133

والزيلعي. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق. ج4، ص2

(3) : أنظر: الخريشي. شرح مختصر خليل. ج5. ص4، والدردير. الشرح الكبير. ج3، ص2، والحطاب. مواهب الجليل. ج4، ص422

(4) : أنظر: أبو زكرياء محي الدين يحيى بن شرف النووي. روضة الطالبين وعمدة المفتين. الطبعة الثالثة. بيروت- دمشق- عمان: المكتب الإسلامي، 1991، ج3، ص338

والشربيني. مغني المحتاج. ج2، ص320

(5) : أنظر: ابن قدامة. المغني. ج3. ص480

(6) : أنظر: إياد عبد الحميد نمر. التغيرات الحادثة على محل عقد البيع وأثرها على الالتزام. الطبعة الأولى. الأردن: دار النفائس،

2009، ص50

ج- في القانون :

ورد بالمادة 351 من القانون المدني الجزائري: (البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي).⁽¹⁾

ويتبين أن عقد البيع في القانون من عقود التراضي فلا يشترط لانعقاده إتباع إجراءات معينة، بل يكفي لتمامه مجرد تبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين، والتعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو الكتابة أو الإشارة المتداولة عرفا، وهذا الحكم يطابق ما قرره فقهاء الإسلام من أن البيع ينعقد بالإيجاب والقبول خطابا كما ينعقد بهما تحريرا (كتابة) وكذلك ينعقد بالإشارة المعروفة للأخرس.⁽²⁾

ويؤخذ على التعريف أنه متأثر بما كان عليه القانون الروماني والفرنسي القديم الذي اعتبر البيع بحد ذاته ليس ناقلا للملكية بل ينشئ التزاما بذلك⁽³⁾، غير أن التقنين المدني الفرنسي في سنة 1804، وفي آخر مرحلة من مراحل تطوره جعل البيع ذاته ناقلا للملكية⁽⁴⁾، وهو ما أوضحتها المادة 165 من القانون المدني الجزائري والمقحمة في المقتضيات المتعلقة بالنظريات العامة للعقود⁽⁵⁾ والتي وضعت خصيصا بغرض البيع بقولها: (الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عين آخر من شأنه أن ينقل بحكم القانون الملكية أو الحق العيني، إذا كان محل الالتزام شيئا معينًا بالذات يملكه الملتزم، وذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالإشهار العقاري).⁽⁶⁾

-
- (1) : النص العربي للمادة 351 مدي جزائري أشار إلى الثمن النقدي والنص الفرنسي أشار إلى الثمن فقط
أنظر: لحسين بن الشيخ آث ملويا. المنتقى في عقد البيع. الطبعة الثانية. الجزائر: دار هومة، 2006م، ص76
ويقابل هذه المادة، المادة 418 من القانون المدني المصري، والمادة 386 من القانون المدني السوري، والقانون الإماراتي والأردني.
أنظر: محمد نجات محمد. ضمان العقد في الفقه الإسلامي. ص86
- ووهبة الزحيلي. العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني. الطبعة السادسة. دمشق:
دار الفكر، 2007م، ص13
- (2) : أنظر: محمد قدرى باشا. مرشد الحيزان إلى معرفة أحوال الإنسان. المادة 252، ص42
- (3) : محمد حسين منصور. أحكام البيع. ص11
- (4) : السنهوري. الوسيط - البيع - ج4، ص23
- (5) : لحسين بن الشيخ آث ملويا. المرجع نفسه. ص290
- (6) : أنظر: المادة 195 من القانون المدني الجزائري

بينما يذهب الفقه الإسلامي إلى أنّ انتقال الملكية أمر يترتب تلقائياً على عقد البيع ويلتزم البائع بموجب ذلك بتسليم المبيع للمشتري أو التخلية بينه وبين المبيع⁽¹⁾ وذلك منذ عقود طويلة. كما يلاحظ على تعريف القانون أنه يشترط أن يكون الثمن في المبيع نقداً وهذا الشرط غير موجود في تعريف البيع عند فقهاء الشريعة، بل يشترطون مالية العوضين لما تعنيه كلمة المالية على اختلاف المذاهب في ذلك.⁽²⁾

الفرع الثاني : حقيقة محل عقد البيع :

يطلق الفقهاء مصطلح محل عقد البيع على المعقود عليه الذي يثبت فيه أثر البيع وحكمه والذي يتكوّن من جزأين هما المبيع والثمن.⁽³⁾ ويخالف الحنفية الجمهور، فيرون أن مصطلح المحل يقتصر في المبيع فقط دون غيره لأنّه المقصود الأساسي في العقد ولأنّ الانتفاع يكون بالأعيان لا الأثمان.⁽⁴⁾ فالعقد يرد في المبيع مباشرة، وأمّا الثمن فهو عوض عن المبيع، وليس مقصوداً لذاته في البيع، فما هو إلاّ وسيلة لتسهيل التبادل بين الأفراد.⁽⁵⁾ ويوافق علماء القانون رأي الجمهور في كون عقد البيع له محلّان المبيع⁽⁶⁾، والثمن⁽⁷⁾، لأنّ المحل عندهم هو ركن في الالتزام لا في العقد، فيما أنّ البيع عقد ملزم للجانبين فإنّه ينشئ التزامات

(1) : أنظر: الخطاب. مواهب الجليل في شرح مختصر خليل. ج4، ص221، والخرشي. شرح مختصر خليل. ج5، ص3

وابن نجيم. البحر الرائق شرح كنز الدقائق. ج5، ص278

(2) : أنظر: محمد نجيدات المحمّد. ضمان العقد في الفقه الإسلامي. ص87

(3) : أنظر: ابن رشد. المقدمات الممهّدة. ج2، ص62

(4) : أنظر: المادة 151 من مجلة الأحكام العدلية، وإياد عبد الحميد نمر. التغيرات الحادثة على محل عقد البيع وأثرها على الالتزام. ص52

(5) : أنظر: الزيلعي. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق. ج4، ص3

(6) : المبيع هو الشيء المعين الذي يقع عليه البيع وتعيينه إما بالرؤية أو بالوصف، كبيع سلعة أو بضاعة مشاهدة، أو موصوفة بأوصاف معينة.

(7) : الثمن هو ما يتراضى عليه المتبايعان سواء كان أكثر من القيمة أو أقل أو مساوياً لها، وهو لا يتحقق إلا في عقد، وهو المال أو المقابل النقدي المتفق عليه كما جاء في تعريف البيع قانوناً.

ويختلف الثمن عن القيمة فالثمن كما تبين هو الشيء المسمى المتفق عليه في العقد صراحة، أما القيمة فهي ما يساويه الشيء بين الناس، أي في الأسواق وعرف التجار وأهل الخبرة.

أنظر: وهبة الزحيلي. العقود المسماة. ص34، وأيضاً: إياد عبد الحميد نمر. المرجع نفسه. ص51-52

متقابلة على كل من البائع والمشتري فيكون محل التزام البائع هو المبيع، ومحل التزام المشتري هو الثمن.⁽¹⁾

ولما كان محل التزام المشتري عبارة عن مبلغ من النقود⁽²⁾، وهذه النقود من الأشياء المعيّنة الممكنة الجائزة وهي بطبيعتها مستكملة للشروط الواجبة في محل عقد البيع - كان اهتمام العلماء فيها قليل، بل رأى بعضهم أن لا داعي للكلام عنها لثباتها واستقرارها.⁽³⁾

ويظهر من ذلك أن الجمهور نظروا إلى المبادلة التي تمت بين العاقدين عند التعاقد، فالبايع قدّم المبيع للمشتري، وقابله المشتري بالثمن، والمبادلة إنما تكون بين أمرين ترتبط بهما رغبة العاقدين، فكما أن المشتري يرغب بالسلعة المبيعة، فكذا البائع يطمح إلى الثمن الذي يحرك من خلاله تجارته، ويتحصّل فيه على الربح. أمّا الحنفية فاقترضوا في نظرهم في المبيع الذي هو المحرك الأساسي لإنشاء عقد البيع، إذ لولاه لما قدّم المشتري الثمن للبائع. ولذا عدّ الحنفية المبيع المقصد الأول من العقد والثمن وسيلة لتحصيل هذا المقصد.⁽⁴⁾

ولهذا نجد في كثير من الأحيان أن المبيع ينصرف إلى السلعة⁽⁵⁾ لا إلى الثمن النقدي، ولهذا كانت ضرورة الإشارة إلى شروط محل العقد من خلال الفرع الموالي:

(1) : أنظر: ابن جزيء. القوانين الفقهية. ص164

(2) : في الشريعة الإسلامية يمكن أن يكون الثمن نقدا كما يمكن أن يكون أعيانا قيمة كالحياوان والثياب ونحوها أو أموالا مثلية كالقمح والشعير والأرز، فإن كان أحد البديلين مثليا والآخر قيميا فإنّ العين المثلية هي الثمن، والمال القيمي هو المبيع وإن كان البدلان من الأموال القيمية فإنّ كلاً من العوضين يعتبر مبيعا من وجه وثمان من وجه آخر، وإذا قوبلت الأعيان القيمية بأموال ملتزمة في الذمة فما دخل عليه حرف الباء كان ثمنا والآخر مبيعا، فلو قيل بعتك هذا الشيء برطل سكر كان السكر هو الثمن، وأمّا الثمن في القانون هو كل مبلغ من النقود يلتزم بأدائه المشتري للبائع مقابل اكتسابه للحق في المبيع.

أنظر: وهبة الزحيلي. العقود المسماة. ص44، والفقهاء الإسلامي وأدلته. ج4، ص404

وأبضا: محمد عبد الله أبو هزيم. الضمان في عقد البيع. الطبعة الأولى. عمان: دار الفيحاء، 1986م، ص38

(3) : أنظر: إياد عبد الحميد نمر. التغيرات الحادثة على محل عقد البيع وأثرها على الالتزام. ص51

والسنهوري. الوسيط - البيع - ج4، ص191

(4) : إياد عبد الحميد نمر. المرجع نفسه. ص51-52

(5) : أنظر: السنهوري. المرجع نفسه. ص191

الفرع الثالث : شروط صحّة البيع :

والسبب في التطرق لهذا العنصر وذلك أن الضمان في العقود يتقوى ويتأكد بمدى صحة هذه العقود والتي سنتطرق لها من خلال الشروط الآتية :

الشرط الأول : وجود المبيع عند التعاقد : يمثل المبيع جزءاً أساسياً ومهماً من مقومات العقد التي لا يتصور وجود العقد دونها، فهو يعدّ المقصد الأساسي الأول من إنشاء العقد ولذا يشترط الفقهاء وجوده حين التعاقد، ومن غيره لا يكون للاتفاق بين طرفي العقد أي صفة شرعية، وبناء على ذلك اتّفقت كلمة الفقهاء على عدم جواز بيع المعلوم⁽¹⁾، كبيع نتاج التاج أي ولد ولد الشاة وهي حامل به أو بيع اللبن في الضرع، وهذا الرأي ترد عليه استثناءات متّفق عليها بين الفقهاء سنشير إليها لاحقاً.

وقد تواردت الأحاديث الصحيحة والصريحة في النهي عن بيع المعلوم ومن ذلك ما روي عن ابن عمر⁽²⁾ رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : «نهي عن بيع جبل الحبله...»⁽³⁾ وهو نتاج التاج.

(1) : أنظر: الكاساني. بدائع الصنائع. ج5، ص138، والقراي. الفروق. ج3. ص240، والنووي. المجموع. ج9، ص257

والبهوتي. كشاف القناع عن متن الإقناع. ج3، ص162

(2) : هو أبو عبد الرحمن عبد الله بن عمر بن الخطاب العدوي المدني صحابي جليل، ولد سنة 03 من البعثة، أسلم مع أبيه وهاجر وعرض على النبي صلى الله عليه وسلم ببدر وأحد فاستصغره ثم بالخذق فأجازه، كان فقيهاً وأعلم الناس بالمناسك وأشدّهم اتباعاً للأثر وهو من أهل بيعة الرضوان ومن المكثرين لرواية الحديث وهو أحد العبادلة الأربعة وفضائله عديدة.

أنظر: أبو الحسن علي بن أبي الكرم محمد بن محمد بن عبد الكريم بن عبد الواحد الشيباني الجزري عز الدين ابن الأثير. أسد الغابة في معرفة الصحابة. الطبعة الأولى. دار الكتب العلمية، 1994، ج3، ص336

وأبو إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي. طبقات الفقهاء. الطبعة الأولى. بيروت: دار الرائد، 1970م، ص49-50

وأبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني. الإصابة في تمييز الصحابة. الطبعة الأولى، بيروت: دار الكتب العلمية، 1415هـ، ج4، ص156

(3) : أنظر: صحيح مسلم. كتاب البيوع، باب تحريم بيع جبل الحبله، الحديث رقم 1514، ج2، ص707

وصحيح البخاري. كتاب البيوع، باب بيع الغرر وحبل الحبله، الحديث رقم 2143، ج2، ص100-101

وشرح النووي على مسلم. باب تحريم بيع جبل الحبله، الحديث رقم 1514، ج10، ص157

وابن حجر. فتح الباري. الحديث رقم 2143، ج4، ص357

وعن ابن عمر رضي الله عنهما أيضا أنه قال: « كان أهل الجاهلية يتبايعون لحم الجزور إلى جبل الحبلبة أن تنتج الناقة ثم تحمل التي نتجت، فنهاهم رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك». (1)

ووجه الاستدلال أن هذا المنع ورد من جهة أنه بيع معدوم ومجهول وغير مقدور على تسليمه، فيدخل في بيوع الغرر. (2)

وروي عن ابن عباس رضي الله عنهما (3) أن رسول الله صلى الله عليه وسلم: «نهي أن تباع ثمرة حتى تطعم ولا صوف على ظهر، ولا لبن في ضرع» (4)، وعن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر. (5)

(1) : صحيح مسلم. كتاب البيوع، باب تحريم بيع جبل الحبلبة، ج2، ص707، وشرح النووي على مسلم. ج10، ص158

(2) : أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني. فتح الباري شرح صحيح البخاري. بيروت: دار المعرفة، 1379هـ، ج4، ص358، والنووي. المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج. ج10، ص158

(3) : عبد الله بن عباس بن عبد المطلب القرشي الهاشمي أبو العباس، حبر الأمة، ولد بمكة قبل الهجرة بثلاث سنين، لازم رسول الله صلى الله عليه وسلم، كان من المكثرين في رواية الحديث، له في الصحيحين وغيرهما 1660 حديثا، له معرفة بالأشعار والأنساب والفقهاء، توفي سنة 68هـ.

أنظر: خير الدين الزركلي. الأعلام. الطبعة 15، دار العلم للملايين، 2002، ج4، ص95

وأبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي. الاستيعاب في معرفة الأصحاب. الطبعة الأولى، بيروت: دار الجيل، 1992، ج3، ص934 وما بعدها، والشيرازي. طبقات الفقهاء. ص48-49

(4) : أبو القاسم سليمان بن أحمد الطبراني. المعجم الأوسط. القاهرة: دار الحرمين للطباعة والنشر، 1995، الحديث رقم 3708، ج4، ص101

وأبو الحسن نور الدين علي بن أبي بكر سليمان الهيثمي. مجمع الزوائد ومنبع الفوائد. القاهرة: مكتبة القدسي، 1994، ج4، ص102

وقال عنه رواه الطبراني في الأوسط ورجاله ثقة.

(5) : صحيح مسلم. كتاب البيوع، باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر، الحديث رقم 1513، ج2، ص707

وشرح النووي على مسلم. ج10، ص156، والإمام مالك. الموطأ. ج2، ص664

وسنن الترمذي. باب ما جاء في كراهية بيع الغرر، الحديث رقم 1230، ج2، ص512

وجمال الدين أبو الحجاج يوسف بن عبد الرحمن المزري. تحفة الأشراف بمعرفة الأطراف. الطبعة الثانية. المكتب الإسلامي والدار القيمة، 1983م، الحديث رقم 13794، ج10، ص186

والغرر ما انطوى عن المشتري أمره وخفي عليه عاقبته، والمعدوم قد انطوى عنه أمره وخفي عليه عاقبته، فلم يجز بيعه.⁽¹⁾

والحكمة في منع بيع المعدوم أنه عقد احتمالي، وفيه غرر⁽²⁾، قد يحدث وقد لا يحدث، أو محتمل الوجود أو الحدود⁽³⁾، فقد تتغير أوصافه مما يؤدي إلى التنازع والاختلاف بين العاقدين.⁽⁴⁾ ومع كون الاتفاق حاصلًا بين الفقهاء على عدم جواز بيع المعدوم إلا أن كتب الفقه حفظت لنا صورًا خارجة عن هذه القاعدة، وعن عموم هذا الأصل رفعا للحرص ورعاية لمصالح الناس من ذلك: **أولاً: عقد السلم (بيع السلف):**⁽⁵⁾ وهو بيع أجل بعاجل كبيع إنتاج الأرض أو غيرها، المعدوم وجوده في الحال والذي سيوجد في المستقبل بشروط خاصة ذكرتها الأحاديث المرخصة للسلم كما في حديث ابن عباس رضي الله عنهما قال: **قال: قدم النبي ﷺ المدينة وهو يسلفون بالتمر السنتين والثلاث فقال: «من أسلف في شيء ففي كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم».**⁽⁶⁾

ثانياً: عقد الاستصناع: وهو طلب عمل الصنعة بأجر، وذلك بأن يطلب أحد من آخر العمل في شيء خاص على وجه مخصوص، وهذا البيع محله معدوم عند العقد، لكن لما كانت مصالح الناس تفوت بمنعه، ولما كان الغرر منعداً فيه بسبب معرفة مواصفات المبيع ونوعه والشروط المطلوبة فيه

(1) : أنظر: أبو زكرياء محي الدين يحيى بن شرف النووي. المجموع شرح المهذب. دار الفكر، ج9، ص257

(2) : الغرر: ما يكون مجهول العاقبة لا يدري أيكون أم لا

أنظر: الجرجاني. التعريفات. ص161

(3) : أنظر: وهبة الزحيلي. المعاملات المالية المعاصرة. ص32

(4) : أنظر: عبد الحميد عبد الله دية. القواعد والضوابط الفقهية لأحكام المبيع في الشريعة الإسلامية. الطبعة الأولى، الأردن:

دار النفائس، 2005م، ص128

(5) : أنظر موضوع السلم والاستصناع.

أنظر: الخطاب. مواهب الجليل في شرح مختصر خليل. ج4، ص514، والخزشي، شرح مختصر خليل. ج5، ص202

وابن عابدين. رد المختار على الدر المختار. ج5، ص209 وما بعدها، وابن قدامة. المغني. ج4، ص207 وما بعدها

وأحمد بن لؤلؤ بن عبد الله الرومي أبو العباس شهاب الدين بن النقيب الشافعي. عمدة السالك وعدة الناسك.

ص159-160

(6) : صحيح البخاري. كتاب البيوع، باب السلم في وزن معلوم، الحديث رقم 2240 و 2241 و 2239، ج2، ص124

وسنن ابن ماجة. باب السلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم، الحديث رقم 2280، ج3، ص599-600

وفتح الباري شرح صحيح البخاري. ج4، ص429-430

أجاز الشرع مثل هذا العقد⁽¹⁾، يضاف إلى ذلك عقد الإجارة والمساقاة⁽²⁾ والبيع لأجل أو البيع بالتقسيط.⁽³⁾

وقد أخذ القانون الجزائري بهذه الاستثناءات منها على سبيل المثال ما ورد بالمادة 363 من ق.م ما نصّه: (إذا كان ثمن البيع مؤجلاً جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفاً على دفع الثمن كلّه ولو تمّ تسليم الشيء المبيع. فإذا كان الثمن يدفع أقساطاً جاز للمتعاقدين...).

وتبعاً لهذا النص قد يكون دفع الثمن على أقساط وهو ما يسمّى البيع بالتقسيط والذي شاع كثيراً لحاجة الناس إليه وللدفع بعجلة الاقتصاد وتلبية حاجات الناس، حتّى أنّ هناك من يدعو إلى تنظيم هذا النوع من البيوع بنصوص قانونية خاصة تحمي كل من البائع والمستهلك على حدّ سواء.⁽⁴⁾

الشرط الثاني: يقوم عقد البيع على أساس تبادل العوضين، فلا بد لكل طرف أن يكون على بينة وعلم⁽⁵⁾ مما يأخذ ويعطي علماً نافياً للجهالة⁽⁶⁾ المفضية إلى النزاع غالباً، ولتحقق الرضا الكامل الذي هو أساس التعاقد ويحل لكل طرف الانتفاع بما للآخر.

ومعلومية البيع تتم بالإطلاع عليه ومشاهدته للتعرف عليه وبحث مدى صلاحيته وتحقيق الرغبة فيه والقصد منه، ووسائل العلم إمّا وسائل عامة كرؤية المبيع والإشارة إليه وتحديد أوصافه الأساسية في العقد، وتطورت أوصاف المبيع في زماننا حيث بلغت دقة الوصف ما يفوق الرؤية.

(1) : أنظر: عبد المجيد عبد الله دية. القواعد والضوابط الفقهية لأحكام المبيع في الشريعة الإسلامية. ص 127

(2) : أنظر: محمد عبد ربه محمد السبحي. تعيب المعقود عليه وأثره في عقود المعاوضات المالية. الطبعة الأولى، الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، 2007م، ص 19

(3) : أنظر: وهبة الزحيلي. بيع التقسيط. منشور بمجلة الفقه الإسلامي. مجمع الفقه الإسلامي، السنة التاسعة، العدد 11، 1419هـ - 1998م، ص 31

(4) : أنظر: محمد حسين منصور. أحكام المبيع. ص 62 وما بعدها

(5) : أنظر : عبد الله المصلح وصلاح الصاوي. ما لا يسع التاجر جهله. الطبعة الأولى، دمشق: مؤسسة الرسالة، 2006م، ص 74

(6) : الجهالة المفسدة أربع: جهالة المبيع، جهالة الثمن، جهالة الأجل كجهالة مدة خيار الشرط، جهالة وسائل التوثيق من رهن أو كفالة غير معلومين أو غير معينين.

أنظر: وهبة الزحيلي. المعاملات المالية المعاصرة. ص 35

وخضعت السلع إلى موازين دقيقة تُسمى بالمواصفات والمقاييس ولها قوانين، ويخضع مخالفوها للمحاسبة من قبل القضاء.

وتختلف طرق تعيين المبيع تبعاً لاختلاف طبيعته وكونه من الأشياء القيمية أو المثلية فإن كان المبيع قيمياً أو معيناً بذاته وجب أن يوصف وصفاً دقيقاً يميزه عن غيره، ويمنع الجهالة الفاحشة عنه، كما لو كان المبيع أرضاً، فوجب تعيين معالمها وتبيين حدودها ومساحتها، وكذا لو كان المبيع آلة فيعين نوعها وأوصافها ومميزاتها.

وأما إن كان المبيع مثلياً وغير معين بذاته فيعين ببيان جنسه ونوعه ومقداره، كما لو كان مقداراً من القمح أو القطن أو النسيج.⁽¹⁾

الشرط الثالث : مشروعية المبيع :

يشترط الفقهاء في محل عقد البيع أن يكون التعامل فيه جائزاً وذلك بالأصل يكون محرماً شرعاً أو مخالفاً لأصل من أصول الشريعة أو النظام والآداب، فيكون المبيع مشروعاً متى توفرت فيه الشروط الآتية:

أولاً :- أن يكون المبيع مالا متقوماً⁽²⁾ يئذل فيه الناس الأموال ليحصلوا عليه، أما ما ليس بمال، ولا يئذل الناس فيه الأثمان للحصول عليه، أو كان مالا فأهدر الشارع قيمته، فلا يصح اعتباره محلاً للبيع، كما يكون المبيع من قبيل المباحات التي يتشارك فيها كالشرب من الأماكن العامة، فهذا المبيع لا ينعقد به العقد.

ثانياً :- أن يكون المبيع مالا معتبراً شرعاً مما يصح تملكه⁽³⁾، وذلك بالأصل يخالف العقد أصلاً من الأصول العامة الشرعية كبيع الخمر أو لحم الخنزير⁽⁴⁾، أو الأعضاء البشرية أو غير ذلك.

ثالثاً :- ألا يتعلّق بالمبيع حق للغير، سواء أكان الحق عاماً أم خاصاً كبيع مسجد أو نهر أو بيت لا يملكه أو غير ذلك.⁽⁵⁾

(1) : أنظر في هذا المعنى: البهوتي. منتهى الإرادات. ج2، ص17

وأيضاً: وهبة الزحيلي. العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني. ص33-34

(2) : أنظر: وهبة الزحيلي. العقود المسماة. ص24، والمعاملات المالية المعاصرة. ص21

(3) : أنظر: الخطاب. مواهب الجليل. ج4، ص265، وابن رشد. بداية المجتهد. ج3، ص145 وما بعدها

(4) : الخمر ولحم الخنزير مال عند الدّمي محترم عندنا يجب ضمانه عند الإلتلاف بالقيمة.

(5) : أنظر: وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج4. ص358، والمعاملات المالية المعاصرة. ص21-22، والعقود المسماة.

الشرط الرابع : القدرة على التسليم :⁽¹⁾

يشترط لانعقاد البيع أن يكون المبيع مقدورا على تسليمه عند إبرام العقد في البيوع التي تستلزم التسليم مباشرة، أو عند حلول الأجل المخصّص للتسليم كما في بيع السلم، وإن كان موجودا ومملوكا للعاقد، وعليه لا ينعقد البيع على سيارة مغصوبة أو مسروقة لا يعلم مكانها وذلك لعجز صاحبها عن تسليمها.

والسبب في التعرّض إلى هذه الشروط ذلك أنه كلما كانت هذه الشروط محققة كلما تقوى عنصر الضمان وتأكد، فلا يضيع حق أحد المتعاقدين فيه أو كليهما، وأما إذا اختل أحد هذه الشروط أو بعضها وكان كلا المتعاقدين عالمين بما فإنه في مثل هذه الحالة يسقط حق الضمان ويهدر.

المطلب الثالث: آثار عقد البيع

لكل عقد آثار تترتب عليه بعد انعقاده وتوافر شروطه، وبما أن عقد البيع من عقود المعاوضة، وأنه عقد ملزم للجانبين، فإن آثاره تتوزع بين العاقدين البائع والمشتري، وتعرف هذه الآثار في القانون بالالتزامات.

وتنشأ عن عقد البيع عدّة التزامات متقابلة، بعضها على البائع وبعضها على المشتري، فإذا امتنع أحد المتعاقدين عن تنفيذ أحد التزاماته، جاز للآخر فسخ العقد أو حبس المبيع أو حبس الثمن، وقد ينشأ لأحدهما امتياز معين يمكنه من الحصول على حقه عينا. وهذا ما سنشير له من خلال الفروع الآتية:

الفرع الأول : الالتزام بنقل الملكية :

اعتبر القانون نقل ملكية المبيع إلى المشتري أول التزامات البائع والأدق في التعبير هو ما عليه الفقه الإسلامي باتفاق مذاهبه الذي يجعل انتقال الملكية أثرا تلقائيا بمجرد العقد فهو الحكم الأصلي أو الأثر الجوهرى المقصود للبيع وأنه ينتج أثره مباشرة بمجرد التعاقد بحكم الشرع⁽²⁾، وعند انتهاء الإيجاب والقبول فورا إذا كان البيع باتا لا خيار فيه، هذا عند المالكية ومن وافقهم.⁽³⁾

(1) : أنظر: البهوتي. شرح منتهى الإرادات. ج2، ص11، ووهبة الزحيلي. العقود المسماة. ص25 و 103

(2) : الخطاب. مواهب الجليل. ج4، ص221، وابن نجيم. البحر الرائق. ج5، ص278، والخرشي. شرح مختصر خليل. ج5، ص3

(3) : أنظر: الكاساني. بدائع الصنائع. ج5، ص233 و 243، والمادّة 332 و 333 من مرشد الحيران، ص53

والخطاب. المرجع نفسه. ج4، ص221، وابن نجيم. المرجع نفسه. ج5، ص278، والخرشي. المرجع نفسه. ص3

مع اعتبار للملاحظتين⁽¹⁾

الملاحظة الأولى: وهي أنّ الأحناف بخلاف المالكية يفرّقون بين المنقول والعقار، ولذلك يرون أنّه لا يجوز للمشتري التصرف في المنقول قبل قبضه لإمكانية هلاكه قبل تسلّمه بينما في العقار يجوز ذلك لعدم احتمال الهلاك.

والملاحظة الثانية: وهي أنّ الشافعية والحنابلة بخلاف المالكية أيضا لا يجيزون التصرف في المبيع قبل قبضه سواء كان المبيع عقارا أو منقولاً.⁽²⁾

وهكذا يتّضح لنا أنّ الشريعة الإسلامية كانت سبّاقة لتقرير مبدأ انتقال ملكية المبيع بمجرد العقد، كما يتّضح أنّ أهمية القبض إنّما تتجلى في نطاق تنفيذ العقد، فإن كان العقد يثبت الملك في البدلين للحال بمجرد العقد فإن قبض المبيع يؤكّد استقرار هذه الملكية للمشتري بشكل نهائي.⁽³⁾ ولقد أخذ المشرّع الجزائري بما دعا إليه المالكية ومن وافقهم وهو انتقال ملكية المبيع بمجرد إبرام العقد أي بقوة القانون⁽⁴⁾، لكنّه لا ينقل الملكية في العقار إلى المشتري إلاّ بعد التسجيل في السجل العقاري⁽⁵⁾ مع إلزام البائع بأن يقوم بكل ما هو لازم لنقل الملكية إلى المشتري، وإلزامه بالامتناع عن كل ما يعرقل ذلك.⁽⁶⁾

واستثنى القانون من حكم انتقال ملكية المبيع بمجرد العقد حالة تعليق انتقال الملكية باتّفاق الطرفين على أداء جميع الثمن، إذ يجوز للبائع إذا كان الثمن مؤجّلا أو مقسّطا أن يشترط تعليق نقل الملكية إلى المشتري حتّى يؤدّي جميع الثمن ولو تمّ تسليم المبيع وإذا تمّ استيفاء الثمن تعتبر ملكية المشتري مستندة إلى وقت البيع وليس إلى وقت دفع آخر قسط.⁽⁷⁾

الفرع الثاني : الالتزام بتسليم المبيع بالنسبة للبائع والثمن بالنسبة للمشتري :

من الآثار المترتبة على عقد البيع أن يسلم البائع المبيع للمشتري وأن يتسلّم من المشتري الثمن.

-
- (1) : أنظر: الكاساني. بدائع الصنائع. ص243، وابن رشد. بداية المجتهد. ج3، ص201، والشيرازي. المهذب. ج2، ص5
 - (2) : تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد ابن تيمية. الفتاوى الكبرى. الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، 1987م، ج4، ص77، والبهوتي. كشاف القناع. ج3، ص247
 - (3) : محمد عبد الله أبو هزيم. الضمان في عقد البيع. ص27
 - (4) : أنظر: حسين بن الشيخ آث ملويا. المنتقى في عقد البيع. ص290
 - (5) : أنظر: المادّة 324 مكرّر من القانون المدني الجزائري
 - (6) : أنظر: وهبة الزحيلي. العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني. ص53
 - (7) : أنظر: وهبة الزحيلي. المرجع نفسه. ص53، ومحمد رواس قلعجي وحمد صادق قنيبي. معجم لغة الفقهاء. ص125

أولاً : التسليم :

ومعنى التسليم أو القبض هو التخليّة أو التخلّي، وهو أن يخلي البائع بين المبيع وبين المشتري برفع الحائل بينهما على وجه يتمكن المشتري من التصرف فيه فيجعل البائع مسلماً للمبيع والمشتري قابضاً له، وكذا تسليم الثمن من المشتري إلى البائع.⁽¹⁾

وأتفق الفقهاء على أنّ المبادلة عندما تكون عينا بعين فالتسليم يتم بوقت واحد لأنه العدل، إذ ليس أحدهما أولى بالتقدم من الآخر وكذلك إن تباعا ديناً⁽²⁾ بدين كما في عقد الصرف، وكذلك إن تباعا عينا بدين، وكان الثمن مؤجلاً أجبر البائع على تسليم المبيع أولاً وعلى المشتري أداء الثمن عند حلول الأجل.⁽³⁾

أمّا عندما يكون البيع بين عين و ثمن حالّ فقد اختلف الفقهاء فيمن يبدأ بالتسليم. ذهب المالكية والحنفية⁽⁴⁾ إلى وجوب تسليم الثمن أولاً من قبل المشتري وعلى البائع تسليم المبيع ثانياً ثانياً لحديث أبي أمامة⁽⁵⁾ أنه سمع النبي ﷺ يقول: « العارية مؤداة والمنحة⁽⁶⁾ مردودة⁽⁷⁾ والدين مقضي والزعيم غارم ». ⁽⁸⁾

-
- (1) : أنظر: الكاساني. بدائع الصنائع. ج5، ص244، وحاشية الدسوقي. ج3، ص145 وموقف الدين ابن قدامة. الكافي في فقه الإمام أحمد. ج2، ص22
 - (2) : الدين: لزوم حق في الذمة سواء أكان مالا أو غيرها.
 - أنظر: الموسوعة الفقهية الكويتية. ج21، ص102، والقراي. الفروق. ج2، ص134
 - (3) : أنظر: الخطاب. مواهب الجليل. ج4، ص305، وحاشية الدسوقي. ج3، ص147 وابن قدامة. المغني. ج3، ص481، والشيرازي. المهذب. ج2، ص78
 - (4) : أنظر: السرخسي. المبسوط. ج13، ص192، وحاشية الدسوقي. ج3، ص147
 - (5) : هو صدي بن عجلان بن وهب أبو أمامة الباهلي آخر من مات بالشام من أصحاب رسول الله ﷺ سنة 81 للهجرة، كان مع علي ﷺ في صفين، روى عن الرسول ﷺ وروى عنه جماعة من التابعين، له في الصحيحين 250 حديثاً.
 - أنظر: ابن عبد البر. الاستيعاب. ج2، ص736، وابن الأثير. أسد الغابة. ج3، ص15، والزركلي. الأعلام. ج3، ص203
 - (6) : المنحة دابة أو أداة أو أرض تعبرها أخاك ينتفع بها زماناً ثم يردّها عليك وجملتها تمليك المنفعة دون الرقبة.
 - أنظر: سنن أبي داود. تعليق عزت عبيد الدعاس وعادل السيد. ج3، ص527 بالهامش
 - (7) : سنن الترمذي. كتاب البيوع. باب ما جاء في أن العارية مؤداة، الحديث رقم 1265، ج2، ص544، وقال حديث أبي أمامة حديث حسن.
 - وسنن أبي داود. كتاب البيوع. باب في تضمين العارية، الحديث رقم 3565، ج3، ص527-528 وأخرجه ابن عدي في الكامل وأعله بإسماعيل بن زياد السكوني. وقال إنه منكر الحديث لا يتابع على عامة ما يرويه.
 - أنظر: الزيلعي. نصب الراية. ج4، ص58
 - (8) : أنظر: سنن ابن ماجه. الحديث رقم 2398 و 2399، ج4، ص63

ومحلّ الشاهد قوله ﷺ : «الدَّيْنُ مَقْضِيٌّ» فقد أمر المشتري بأداء الثمن أولاً. فإن قال أحدهما: لا أسلم ما بيدي حتى أقبض ما عاوضت عليه أجبر المشتري على تسليم الثمن ثم أخذ المبيع من البائع، وللبائع أن يتمسك بالمبيع (وهو حبس المبيع)⁽¹⁾ حتى يقبض الثمن ولو بقي منه درهم ومن استحق ذلك لم يكن عليه التسليم قبل الاستيفاء كالمترهن واستثنى الحنفية من ذلك ما يلي⁽²⁾:

- الأول: المسلم فيه لأنه دين مؤجل.

- والثاني: الثمن المؤجل فيجب تسليم المبيع للحال لأن البائع أسقط حق نفسه في التأجيل.

- والثالث: ألا يكون في المبيع خيار للمشتري، فلا يطالب بالثمن قبل حلول الأجل ولا قبل سقوط الخيار.

وقال الشافعية⁽³⁾ والحنابلة⁽⁴⁾: يجبر البائع على تسليم المبيع ثم يجبر المشتري على تسليم الثمن لأن حق المشتري المتعلق بالعين مقدم على ما تعلق بالذمة، ولأن تسليم المبيع يتعلّق به استقرار المبيع وتمامه، فكان تقديمه أولى.

وذهب الظاهرية⁽⁵⁾ إلى أنه لا يقدم أحدهما على الآخر في البداءة بالتسليم بل يجبران على دفع المبيع والثمن لتساوي الحقيقتين في وجوب تسليم كل واحد منهما ما بيده إلى صاحبه، وتخصيص أحدهما بالتقدم جور وظلم.

والذي يمكن قوله أنه عندما يكون البيع بين عين ودين والثمن حال الأداء يجبر المشتري على تسليم الثمن والبائع على تسليم المبيع في الوقت المحدد، وإن كان البيع عيناً يعين يجبر البائع على تسليم السلعة والمشتري على دفع الثمن في آن واحد فليس أحدهما أولى من الآخر وهذا هو مقتضى العدالة.

(1) : أنظر: إبن جزيء. القوانين الفقهية. ص164، والشريبي. مغني المحتاج. ج2، ص473
والبهوتي. شرح منتهى الإرادات. ج2، ص57، والمادة 363 من القانون المدني الجزائري

(2) : أنظر: الكاساني. بدائع الصنائع. ج5، ص237

(3) : أنظر: النووي. روضة الطالبين. ج3، ص524

(4) : أنظر: علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف. الطبعة الثانية،

دار إحياء التراث العربي، ج4، ص458

(5) : أنظر: إبن حزم. المحلى. ج7، ص313

وأما في القانون فقد أخذ المشرع بمذهب الحنفية والمالكية على وجوب تسليم الثمن من المشتري أولاً، لأن القانون قرّر الحقّ في حبس المبيع حتى استيفاء الثمن من المشتري، وهو ما قرّره المادة 390 من القانون المدني الجزائري على أنه: (إذا كان تعجيل الثمن كله أو بعضه مستحق الدفع في الحال جاز للبائع أن يمسك المبيع إلى أن يقبض الثمن المستحق ولو قدّم له المشتري رهناً أو كفالة هذا ما لم يمنحه البائع أجلاً بعد انعقاد البيع. يجوز كذلك للبائع أن يمسك المبيع ولو لم يجل الأجل المتفق عليه لدفع الثمن إذا سقط حق المشتري في الأجل طبقاً لمقتضيات المادة 212).

ثانياً : كيفية التسليم :

إن التزام البائع بتسليم المبيع إلى المشتري هو أهمّ التزام عملي في عقد البيع، ولكن تنفيذ هذا الالتزام يكون بطرق متعدّدة وأساليب شتى، وقد تختلف الأنظار في حصول التسليم أو عدم حصوله، وأنّ بعض الطرق تحقّق هذا الالتزام أم لا.

والتسليم هو وضع المبيع تحت تصرّف المشتري، بحيث يتمكن من حيازته بنفسه أو بمن ينييه عنه، والذي لا يمكن أن يتحقّق إلاّ بالتخلية والقبض، والتخلية تعني أن يتمكن المشتري من المبيع بلا مانع ولا حائل مع الإذن له بالقبض.⁽¹⁾

والقبض في الاصطلاح: هو حيازة الشيء والتّمسك منه، جاء في بدائع الصنائع: (معنى القبض هو التمكين والتخلّي وارتفاع الموانع عرفاً وعادة حقيقة).⁽²⁾

والتسليم ثلاثة أنواع:

1- تسليم حقيقي: والذي يتمّ بوضع المبيع فعلاً تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق، متى أعلمه البائع بذلك⁽³⁾، فإن كان المبيع عقاراً كالأرض أو الدار يكون بتسليم المشتري منه وتسليم المفاتيح⁽⁴⁾ ومستندات الملكية بعد الإخلاء وإخراج الأمتعة.⁽⁵⁾

(1) : أنظر: وهبة الزحيلي. العقود المسماة. ص 56

(2) : أنظر: الكاساني. بدائع الصنائع. ج 5، ص 148

(3) : أنظر: محمد حسين منصور. أحكام البيع. ص 166

(4) : أحمد الدردير. الشرح الكبير. ج 3، ص 145

(5) : أنظر: محمد حسين منصور. المرجع نفسه. ص 167-168، وهبة الزحيلي. المرجع نفسه. ص 55

ولحسين بن الشيخ آث ملويا. المنتقى في عقد البيع. ص 392

وإن كان المبيع منقولاً فيتم تسليمه بمناولته للمشتري أو بوضعه أمامه أو نقله من محل البائع لتسليمه إلى المشتري أو نائبه، وإذا كان المبيع حقاً من الحقوق المجردة كحق المرور، فيكون تسليمه بتسليم سنده وأوراقه الرسمية كرخصة ممارسته، وبالسماح له باستعمال الحق المبيع وإزالة ما يحول بينه وبين استعماله⁽¹⁾، وإذا كان المبيع حقاً شخصياً كحوالة الحق أو حق التأليف والاختراع فيكون تسليمه بتسليم سند الحق، وتسليم براءة الاختراع.⁽²⁾

أو إلى متعهد النقل حينما يكون البيع بالمراسلة بين غائبين، وذلك حسب اتفاق الطرفين على طريقة التسليم وإتمامه بمجرد تسليمه للنقل أو بإتمام الشحن أو بوصول البضاعة إلى المشتري.⁽³⁾

2- التسليم الحكمي: يكون التسليم حكماً أو معنوياً إذا لم يتم بطريقة مادية بل بتصرف قانوني شرعي، أي بتراضي البائع والمشتري على تمام التسليم بتغيير صفة الحائز أو السند القانوني لحيازة المبيع ويتحقق ذلك في فرضين:

الأول: إن كان المبيع في حيازة المشتري قبل البيع بوصفه مستأجراً أو مستعيراً أو مودعاً لديه، أو مرثناً رهناً حيازياً، هنا لا يحدث تغيير في الحيازة المادية ويتم التسليم حكماً بالاتفاق، أي بتغيير نية الحائز وسبب الحيازة، وتنقلب صفته من حائز عرضي إلى مالك.⁽⁴⁾

الثاني: إذا كان البائع قد استبقى المبيع في حيازته بعد البيع لسبب آخر غير الملكية، بل على سبيل عقد آخر بينهما كالوديعة أو العارية أو الإيجار.⁽⁵⁾

مع العلم أن نقل ملكية العقار والحقوق العينية العقارية الأخرى بين المتعاقدين لا يتوقف على التسليم فقط وإنما بتمام التسجيل الرسمي في السجلات العقارية المنظمة حديثاً⁽⁶⁾ حماية للحقوق عامة.

(1) : وهبة الزحيلي. العقود المسماة. ص 56

(2) : وهبة الزحيلي. المرجع نفسه. ص 56، وحسين بن الشيخ آث ملويا. المنتقى في عقد البيع. ص 330

(3) : محمد نجات محمد. ضمان العقد في الفقه الإسلامي. ص 125، ومحمد حسين منصور. أحكام البيع. ص 168

وحسين بن الشيخ آث ملويا. المرجع نفسه. ص 330

(4) : أنظر: محمد حسين منصور. المرجع نفسه. ص 172، وحسين بن الشيخ آث ملويا. المرجع نفسه. ص 328

(5) : أنظر: حسين بن الشيخ آث ملويا. المرجع نفسه. ص 328، ومحمد حسين منصور. المرجع نفسه. ص 172

(6) : أنظر: وهبة الزحيلي. المرجع نفسه. ص 52

ومن صور القبض الحكمي⁽¹⁾ المعتبرة شرعا وعرفا القيد المصرفي لمبلغ من المال في حساب العميل في الحالات التالية:

أ) إذا أودع في حساب العميل مبلغ من المال مباشرة أو بحوالة مصرفية.
ب) إذا عقد العميل عقد صرف ناجز بينه وبين المصرف في حال شراء عملة بعملة أخرى لحساب العميل.

ج) إذا اقتطع المصرف بأمر العميل مبلغا من حساب له في حساب آخر بعملة أخرى في المصرف نفسه أو غيره لصالح العميل أو المستفيد الآخر.

أما مكان وزمان التسليم: فيخضع للقواعد العامة ما لم يكن هناك اتفاق أو نص قانوني مخالف، فمن القواعد العامة أنّ زمان التسليم هو زمان إنشاء العقد ومكان التسليم هو مكان تواجد الشيء أثناء البيع لأنّ المشتري يصبح مالكا عند تلك اللحظة.

جاء بالمادة 282 من القانون المدني الجزائري ما نصّه: (إذا كان محل الالتزام شيئا معيناً بالذات وجب تسليمه في المكان الذي يوجد فيه وقت نشوء الالتزام، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك...).

الفرع الثالث : التزام الضمان⁽²⁾:

يعدّ الضمان من أهمّ الآثار الأساسية للعقود حيث يرتّب الفقهاء ورجال القانون الضمان على من ألتف مال الغير أو اعتدى عليه أو استحقّق المبيع أو تعيّب إن كان عنده أو تسبّب فيه، ومن أمثلة ذلك تعيّب المبيع في يد البائع والذي يتوجّب في حقه إما ردّ المبيع أو أرش العيب وهذا الذي سنتعرّض له في المطلبين المواليين:

(1) : أنظر: محمد بحدات المحمّد. ضمان العقد في الفقه الإسلامي. ص 130

(2) : أنظر: الزركشي. المنشور في القواعد الفقهية. ج 2، ص 322 وما بعدها، والقرافي. الفروق. ج 2، ص 206

والمواد من 364 إلى 384 من القانون المدني الجزائري

المطلب الرابع : ضمان عيوب المبيع الخفية

لاشكَّ بأنَّ إقدام المشتري أيًّا كان لإبرام عقد يشتري بموجبه سلعة أو بضاعة معينة ينطوي حتماً على حاجة هذا المشتري لهذه السلعة أو البضاعة وضرورة إشباع هذه الحاجة من خلال عقد البيع، ولا يتم ذلك إلاَّ بحصوله على سلعة أو بضاعة خالية من العيوب ومتمتعاً بكافة المواصفات المشروطة، وحتى يحصل على ذلك يقتضي توفير ضمانات له تزرع الطمأنينة في نفسه وتوفّر له الاستقرار في تعامله مع الغير فينمو هذا التعامل، ويزداد، لأنَّ التجارة لا تحيا إلاَّ ضمن تربة الاستقرار ولا تتزعزع إلاَّ في مناخ الثقة، لذلك سنتعرض إلى موضوع ضمان العيوب الخفية بالبيان والتفصيل.

الفرع الأول : تعريف العيوب الخفية الموجبة للضمان :

أ- لغة :

النقص، الرداءة أو النقيصة التي يخلو منها الخلق السليم أو الصنع السليم.⁽¹⁾ وورد في تفسير قوله تعالى: ﴿...فَأَرَدْتُ أَنْ أَعِيبَهَا...﴾⁽²⁾ أي أجعلها ذات عيب⁽³⁾ يعني السفينة.

ب- شرعا :

- حيث عرفه الحنفية: (ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة مما يُعدّ به ناقصاً).⁽⁴⁾ والمراد بالفطرة السليمة، الحالة الأصلية المعتادة في الشيء⁽⁵⁾، فما لا يخلو عنه الشيء عادة لا يُعدّ عيباً كالحصى والتراب اليسير في القمح، وكالفساد في بعض أفراد الجوز، بخلاف ما لو كثر ذلك وفحش بحيث يكون أغلب الأحوال خلافاً فإنه عيب عندئذ.⁽⁶⁾

(1) : معجم لغة الفقهاء. ص325، والرجاني. التعريفات. ص160

(2) : سورة الكهف، الآية 79

(3) : القرطبي. الجامع لأحكام القرآن. ج11، ص34

(4) : أنظر: حاشية ابن عابدين. ج5، ص4

(5) : أنظر: صاحب عبيد الفتلاوي. ضمان العيوب وتخلّف المواصفات في عقود البيع. الطبعة الأولى. عمان: مكتبة دار الثقافة،

1997م، ص39-40

(6) : أنظر: مصطفى أحمد الزرقا. عقد البيع. ص133، ومحمد نجيدات المحمّد. ضمان العقد في الفقه الإسلامي. ص90

- وعرفه المالكية بأنه: (كل ما جرت العادة السلامة منه مما يؤثر في نقص الثمن أو المبيع أو التصرف أو خوف في العاقبة).⁽¹⁾
- ويعرفه الشافعية: (هو وجود كل ما ينقص العين أو القيمة نقصا يفوت به غرض صحيح إذا غلب في جنس المبيع عدمه).⁽²⁾
- والحنبلة يعرفونه بأنه: (ما ينقص قيمة المبيع نقيصة يقتضي العرف سلامة المبيع عنها غالباً).⁽³⁾
- وعند الظاهرية يعرف بأنه: (هو كل ما حطّ من الثمن الذي اشترى به أو باع به ما لا يتغابن الناس بمثله).⁽⁴⁾

وبالنظر إلى ما تقدّم من تعريفات فإننا نجد كلاهما كلّها تدور حول النقص الذي جرت العادة بالسلامة منه مما يوجب نقصاناً في القيمة عند أهل الخبرة كالمرض في الدابة، أو السوس في الغلّة، أو نقصان في العين بحيث يفوت به غرضاً صحيحاً، وإن لم تنقص به القيمة، كالقطع الذي يكون في أذن الشاة المشتراة للأضحية. كما أن التعاريف المعاصرة نحت نفس المنحى الذي ذهب إليه المتقدّمون حيث عرفوه بأنه: (كل ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة ويوجب نقصان الثمن في عرف التجار).⁽⁵⁾ وتفصيلاً قال أحدهم: (وعلى أية حال فكل ما يطرأ على الشيء من أمر تفوت أو تنقص به المنفعة المرجوة منه بحيث يؤدي ذلك إلى نقصان قيمته عند التجار والخبراء، وكان الغالب في أمثال الشيء عدم وجود هذا الأمر يطلق عليه اسم العيب).⁽⁶⁾

وأما تعريف العيب الذي نراه صحيحاً ودقيقاً هو ما ذهب إليه الشافعية باعتباره أوضح التعاريف وأنسبها وهو ما أخذ به المعاصرون كما سنرى.

(1) : الخطاب. مواهب الجليل. ج4، ص429، والدردير. الشرح الصغير. ج3، ص152
(2) : الرملي. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج. ج4، ص33-34، والشربيني. مغني المحتاج. ج2، ص425
(3) : المرادوي. الإنصاف. ج4، ص405، والبهوتي. كشاف القناع. ج3، ص215
(4) : أنظر: ابن حزم. المحلى بالآثار. ج7، ص582
(5) : وهبة الزحيلي. العقود المسماة. ص75
(6) : عباس الصراف. شرح عقد البيع والإيجار في القانون المدني العراقي. طبعة 1956م، ص245

ج- في القانون :

لم يعرف القانون المدني الجزائري العيب الذي ألزم البائع بضمانه وإنما ذكر شروطه فقط كما يتضح جليا من المادة 1/379 من هذا القانون حيث جاء فيها: (يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري، أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو من الانتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه حسبما هو مذكور بعقد البيع أو حسبما يظهر من طبيعته أو استعماله، فيكون البائع ضامنا لهذه العيوب ولو لم يكن عالما بوجودها).

كذلك لم يرد تعريف للعيب في القانون المدني المصري سواء القديم أو الجديد والذي يعتبر المصدر التاريخي للقانون المدني الجزائري، فأغلب نصوصه مأخوذة ومنقولة عن القانون المصري، والحال في عدم تعريف العيب لم يقتصر على القانون المدني المصري والجزائري، بل جل القوانين العربية لم تعرف العيب وإنما ذكرت شروطه⁽¹⁾، باستثناء القانون المدني العراقي الذي حاول تعريفه من خلال نص المادة 558: (والعيب هو ما ينقص ثمن المبيع عند التجار وأرباب الخبرة، أو ما يفوت به غرض صحيح إذا كان الغالب في أمثال المبيع عدمه)⁽²⁾، كما أن القانون المدني الفرنسي لم يعرف العيب الخفي الموجب للضمان وإنما ذكر شروطه من خلال المادة 1641 حيث جاء فيها بأن العيب الخفي: (هو الذي يجعل البائع ملزما بضمان العيوب الخفية في المبيع التي تجعله غير صالح للاستعمال الذي خصص له و الذي ينقص كثيرا من ذلك الاستعمال بحيث لن يقبل المشتري التعاقد، أو لن يدفع مقابلا له إلا ثمنا ناقصا إن علم بالعيب).

وعلى هذا ذهب أحد شراح القانون المدني الجزائري بأن العيب الخفي يتمثل في صورتين:⁽³⁾

الأولى: ويتمثل في عدم صلاحية المبيع للاستعمال المخصص له بسبب العيب.

الثانية: وتتمثل في النقص الكثير ذلك للاستعمال والذي لو علم به المشتري لما أبرم العقد، أو أنه سيدفع ثمنا أقل من الذي دفعه.

(1) : أنظر: صاحب عبيد الفتلاوي. ضمان العيوب وتختلف المواصفات في عقود البيع. ص 47-48

وخواص جويذة. الضمان القانوني للعيب الخفي وتختلف الصفة في عقد البيع - أطروحة ماجستير في العقود والمسؤولية-

جامعة الجزائر: معهد الحقوق والعلوم الإدارية، 1986م، ص 35

(2) : أنظر: صاحب عبيد الفتلاوي. المرجع نفسه. ص 46-47

(3) : أنظر: حسين بن الشيخ آث ملويا. المنتقى في عقد البيع. ص 433-434

الفرع الثاني : الفرق بين الرّداءة والعيب :

ويظهر في الآتي: (1)

1- أنّ المبيع إذا كان في أصل خلقته وفطرته سليما من هذا الوصف المكروه الذي فيه، فعندها يكون عيبا، وأمّا إن كان المبيع على درجات متفاوتة بحيث يوجد وصف غير مرغوب فيه في صنف دون آخر فهذه رداءة، وعليه فلو اشترى منضدة فوجد فيها كسرا فهذا عيب، أمّا إن لاحظ على المنضدة سوء صنعة أو عدم متانة أو ضعف خشب فهذا يعدّ رداءة لا عيبا. (2)

2- أنّ ضمان العيب يكون من البائع ويلتزم به دون اشتراط في العقد لأنّ من مقتضيات العقد سلامة المبيع من العيوب، وأمّا الرّداءة في المبيع فلا يضمنها البائع ولا يلتزم بها إلّا إذا اشترط المشتري في العقد عدمها. (3)

3- أنّ الرّداءة تطبّق فيها أحكام خيار الرّؤية، وخيار فوات الوصف المرغوب على تقدير كون المبيع حاضرا مشارا إليه عند البيع أو غائبا ولا يجري فيه حكم خيار العيب. (4)

الفرع الثالث : الفرق بين العيب وفوات الوصف :

يختلف فوات الوصف في أصله في العيب في المحل اختلافا بينا وذلك أنّ العيب يجب أن يخلو عنه الشيء عادة بحيث يأتي على غير الفطرة السليمة التي تغلب على أفراد جنسه، بينما يعدّ فوات الوصف خطأ يحدث للمحل يجعله على غير الصورة المطلوبة ولا يمس الفطرة السليمة بشيء، بل قد يأتي على خلافها في الغالب، فلو أعجب شخص بسيارة شاهدها في أحد المعارض وزاد من إعجابه بها أنّ مبدّل الحركة يعمل بصورة أوتوماتيكية، ثمّ عاد للمعرض بعد فترة واشترى مثل تلك السيّارة المعروضة فوجدها على غير ما أراد حيث تفاجأ بمبدّل الحركة فيها أنّه يعمل بصورة عادية لا أوتوماتيكية فهذا لا يعدّ عيبا لأنّه لم يأت على غير الفطرة السليمة المعهودة في المبيع وإتّما يعدّ فواتا للوصف لأنّ السيارات منها ما تتوافر فيه هذه الصفة لمبدّل الحركة ومنها ما لا تتوفّر فيه.

وهذا هو الفرق الأوّل بين العيب وفوات الوصف حيث يأتي العيب على غير الصورة المعتادة

مما يسبب للمبيع نقصا، وأمّا الوصف فلا يستلزم أن يكون مخالفا للعادة والفطرة السليمة.

(1) : إياد عبد الحميد نمر. التغيرات الحادثة على محل عقد البيع وأثرها على الالتزام. ص110-111

(2) : إياد عبد الحميد نمر. المرجع نفسه. ص110

(3) : إياد عبد الحميد نمر. المرجع نفسه. ص111

(4) : أنظر: محمد نجات محمد. ضمان العقد في الفقه الإسلامي. ص92

والفرق الثاني بينهما يظهر في الحكم وترتب الضمان، فالبايع لا يضمن فوات الوصف في المبيع إلا أن يكون ذلك الوصف مشروطاً في العقد⁽¹⁾، بينما يضمن البائع العيب في المبيع ولو لم يشترط في العقد، لأنه من مقتضيات العقد التي لا تحتاج إلى تأكيد⁽²⁾.

وعليه لو اشترط المشتري على البائع وصفاً في مبدل الحركة أن يكون أوتوماتيكياً فوجده غير ذلك، فهذا الفوات للوصف يجعل البائع يضمن المبيع، ويثبت للمشتري الخيار في رده. جاء في مغني المحتاج ما نصّه: (وفوات الوصف المقصود كالعيب في ثبوت الخيار⁽³⁾)، فلو اشترى عبداً كاتباً أو متصفاً بصفة تزيد على ثمنه ثم زالت تلك الصفة بنسيان أو غيره في يد البائع ثبت للمشتري الخيار، وإن لم يكن فواتها عيباً قبل وجودها⁽⁴⁾.

وبذلك يتبين لنا أن عدم وجود الصفة المرغوبة في المبيع لا يعدّ عيباً من حيث الأصل، لأن المبيع قد يحويها في بعض أفرادها دون البعض الآخر وأما إن اشترطها المشتري في المبيع، أو كانت تلك الصفة هي المشجعة والمرغبة للمشتري حين العقد ثم زالت عنه عند القبض فهذا عيب يستوجب الرد، لأن فواتها ينقص قيمة المبيع.

ويأخذ حكم الشرط كذلك وجود عرف يتطلّب توافر هذا الوصف لأنّ المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً⁽⁵⁾ أو وجود هذا الوصف في النموذج الذي تمّ البيع على أساسه⁽⁶⁾.

(1) : أنظر: صاحب عبيد الفتلاوي. ضمان العيوب وتخلّف المواصفات في عقود البيع. ص 55

(2) : أنظر: مصطفى أحمد الزرقا. شرح القانون المدني السوري - العقود المسماة، عقد البيع و المقايضة- طبعة 1968م، ص 228، فقرة 191

(3) : إذا ثبت عيب في المبيع فيثبت للمشتري خيار العيب فإن شاء أمضى البيع، وإن شاء فسّخه ورده وإذا تخلّف وصف في المبيع يثبت للمشتري خيار الوصف.

أنظر: الكاساني. بدائع الصنائع. ج 5، ص 274، ووهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج 4، ص 523 و 557 وطارق صالح يوسف عزام. أثر العيب في المعاملات المالية. الطبعة الأولى. عمان: دار النفائس، 2009م، ص 17

(4) : الشريبي. مغني المحتاج. ج 2، ص 425

(5) : أنظر: حاشية ابن عابدين. ج 5، ص 88

(6) : أنظر: السنهوري. الوسيط - البيع والمقايضة - ج 4، ص 717 بالهامش

كما يضمن البائع كذلك تخلف الوصف إذا كان هذا الوصف تتطلبه تشريعات أمرة كما هو الشأن في مواصفات العديد من المصنوعات⁽¹⁾، هذا بالنسبة لأوجه الاختلاف بين العيب وتخلف الصفة.

أما أوجه الشبه بين العيب وتخلف الوصف أهما يجتمعان في أحكام الضمان لذلك نجد المشرع الجزائري ذكرهما معا بنص المادة 1/379 من القانون المدني حيث جاء فيه: (يكون البائع ملزما بالضمان إذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري، أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو من الانتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه حسبما هو مذكور بعقد البيع أو حسبما يظهر من طبيعته أو استعماله فيكون البائع ضامنا لهذه العيوب ولو لم يكن عالما بوجودها).

وهو ما يشير إلى أنّ تخلف الصفة المشروطة في العقد في التقنين المدني الجزائري تُلحق بالعيب ويلزم البائع بضمائها طبقا لأحكام الضمان، غير أنه لا تُشترط فيها الجسامة كما تُشترط في العيب، وهو ما سنراه لاحقا.

الفرع الرابع : شروط قيام ضمان العيب الخفي وتخلف الصفة :

ليس من المقبول القول بضمان البائع لكل عيب يظهر في المبيع بغض النظر عن طبيعته أو خطورته أو وقت ظهوره، إذ يمثل هذا القول إثقالا على البائع لا مبرر له، بالمقابل وحماية للمشتري وضمان سلامته المادية والجسدية وحرصا على استقرار المعاملات وإعمالا بمبدأ حديث رسول الله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»⁽²⁾ وتطبيقا لحديث سيد الخلق ﷺ: «المسلم أخو المسلم ولا يجل لمسلم باع من أخيه يباع وفيه عيب إلاّ بينه له»⁽³⁾، وتلبية لرغبة المشتري وهو تحقيق الغاية المرجوة من المبيع وهو الانتفاع به أوجه الانتفاع المختلفة، وحماية للحقوق، من هنا كانت ضرورة الإشارة إلى مجموعة الضوابط والشروط الواجب توفرها في العيب للاعتداد به وذلك من خلال ما يأتي:

(1) : أنظر: صاحب عبيد الفتلاوي. ضمان العيوب وتخلف المواصفات في عقود البيع. ص 55

(2) : سبق تخرجه في ص 18

(3) : أنظر: سنن ابن ماجه. تحقيق بشار عواد معروف. كتاب التجارات، باب من باع عيبا فليبينه، الحديث رقم 2246، ج 3، ص 578

والبيهقي. السنن الكبرى. الحديث رقم 10734، ج 5، ص 523، والمزمي. تحفة الأشراف. الحديث رقم 9932،

ج 7، ص 310

الشرط الأول: أن يكون العيب مؤثراً⁽¹⁾

يقصد به عند الفقهاء أن يكون للعيب تأثير سلبي في المبيع بحيث يضرّ بمصلحة المشتري الذي يرغب في الحصول على مبيع سليم، سواء كان هذا التأثير في قيمة المبيع أو في منفعته أو في كليهما معاً، وسواء أكان التأثير كبيراً أم صغيراً وهو ما يعبر عنه الفقهاء بالعيب. وقد صرح الحنفية أنه طالما كان العيب ينقص الثمن عند أهل الخبرة فإنه يُعتدّ به شرعاً سواء أكان النقص يسيراً أم كبيراً، وليس هذا هو الضابط الوحيد للعيب عندهم، فكل ما ينقص العين والمنافع كذلك يعتبر شرعاً.⁽²⁾

أما الملكية فقد ذكروا من خلال كتبهم أن العيب المعتبر عندهم هو ما ينقص الثمن. وما تقتضي العادة السلامة منه⁽³⁾، وهو ما يوافقهم عليه بقية المذاهب.

وبناء على ما تقدّم هناك صورتان لتأثير العيب في المحل هما:

الأولى: تأثير العيب في قيمة المحل، ويكون ذلك بما يستوجبه العيب من نقصان قيمة المحل في عرف التجار، ويستوي في ذلك أن يكون النقصان فاحشاً أو يسيراً، حيث يعطي المبيع الذي أصابه العيب قيمة أقل من المبيع الذي لم يتعيّب، ومثال ذلك لو اشترى شخص سيارة فإذا هي صالحة للسير بها ومحققة لما كان يأمله من أن تقلّه إلى حيث أراد، ولكنّه وجد خدوشاً في جوانبها أو وجد فيها قطعاً غير أصلية، فهذه الخدوش أو القطع تعدّ عيباً ينقص من قيمة السيارة مقارنة مع مثيلاتها من السيارات التي لم تتعرّض لمثل هذه التغيرات، وذلك احتكاماً لعرف وعادات تجار السيارات.

والملاحظ أن العيب لم يؤثّر في منفعة السيارة بشيء ولكنّه لما أنقص من قيمتها في عرف التجار ولو مبلغاً بسيطاً عدّ ذلك عيباً يُحوّل متاعها المطالبة بإرجاعها واسترداد جميع الثمن أو الرضا بتعويض عن العيب.

(1) : أنظر: ابن نجيم . البحر الرائق. ج7، ص41-42، والحطاب. مواهب الجليل. ج4، ص436

والبهوتي. كشف القناع. ج3، ص215

(2) : أنظر: الكاساني. بدائع الصنائع. ج5، ص274

(3) : أنظر: الحطاب. المرجع نفسه. ص429، والرددير. الشرح الصغير. ج3، ص152، والمرادوي. الإنصاف. ج4، ص405

والرملي. نهاية المحتاج. ج4، ص33-34، وحاشية ابن عابدين. ج5، ص4

الثانية: تأثير العيب في منفعة المحل، وذلك بأن يتعرض المبيع لعيب يقلل من كفاءته أو يعطل المنفعة المقصودة من شرائه فيفوت على المشتري مصلحة كان يأملها، كمن اشترى بيتا فوجده غير مزود بشبكة الصرف الصحي اللازمة لتصريف المياه العادمة، فهذا عيب يحول مبتاع البيت المطالبة بالخيار لأن مصلحة ضرورية فاتته من وراء هذا العيب، وكعدم صلابة الأرض عيب في أراضي البناء بخلاف الأراضي الزراعية ودرجة ملوحة الأرض الزراعية تعتبر عيبا بخلاف أراضي البناء.

وأما في القانون: فيكون العيب مؤثرا إذا كان من شأنه أن ينقص من قيمة المبيع حتى ولو لم ينتقص من الانتفاع به أو من مقداره، ويكون العيب أيضا مؤثرا إذا كان من شأنه أن ينقص من نفع المبيع أو صلاحيته للغرض المقصود منه أو تفويت منفعة المبيع كلياً أو جزئياً.⁽¹⁾

وعبر المشرع عن هذا الشرط بقوله: (أو إذا كان المبيع مشوباً بعيوب تنقص من قيمته أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة حسب ما هو مذكور في العقد، أو حسبما يظهر من طبيعته أو تخصيص الشيء).

ولتحديد العيب الذي ينقص من قيمة المبيع أو من نفعه يجب الرجوع إلى عقد البيع لمعرفة الغاية المقصودة من طرف المشتري أي مآل البيع لديه، وإذا لم ينص العقد على ذلك فيجب الرجوع إلى ما يظهر من طبيعة أو تخصيص الشيء.

وأكثر تفصيلاً نتعرض إلى هذين المعيارين فيما يأتي:

المعيار الأول: الغاية المقصودة من طرف المشتري في عقد البيع:⁽²⁾

قد ينص عقد البيع عن الغاية المقصودة من طرف المشتري في استعماله أو استهلاكه للشيء المبيع كأن يشتري شخص قطعة أرضية بقصد أن يبني عليها مسكناً ثم يتضح بعد التسليم ومعاينة المهندس المعماري لها بأنها ذات عيب خفي، ويتمثل في مرور مجرى مائي من تحتها أو أن تربتها رملية وبالتالي لا تصلح للبناء، غير أنه إذا كان المشتري قد صرح في العقد أنه لا ينوي البناء عليها، بل تحويلها إلى حديقة بها أشجار مثمرة فإن العيب الخفي لا ينقص من نفع الأرض، بخلاف إذا اشترى شخص كمية من القمح بها قليل من التراب أو الأحجار الصغيرة والتي التصقت بالقمح بعد الحصاد، فإن ذلك العيب الخفي لا ينقص من قيمة المبيع أو نفعه.

(1) : محمد حسين منصور. أحكام البيع. ص 266، وأسعد ذياب. ضمان عيوب المبيع الخفية. ص 56-57

(2) : أنظر: حسين بن الشيخ آث ملويا. المنتقى في عقد البيع. ص 446-447، وأسعد ذياب. المرجع نفسه. ص 61 وما بعدها

المعيار الثاني: ما يظهر من طبيعة أو تخصيص الشيء:⁽¹⁾

ويلجأ إلى هذا المعيار عندما لا يذكر المشتري في عقد البيع الغاية التي يريد التصرف في المبيع تحقيقاً لها، وتبعاً لذلك يرجع إلى طبيعة الشيء أو تخصيصه ويكون تقدير العيب الخفي تبعاً لذلك ذو طابع نسبي، ومثال ذلك أن تكون قطعة أرضية مشوبة بعيب يتطلب للبناء عليها القيام بأشغال تهيئة غير عادية إذا بيعت كقطعة أرضية للبناء وليس كقطعة زراعية، ويكون الحصان العاقر معيباً إذا بيع ليس لميدان سباق الخيل لكن لمركز تربية الخيول، وهذا ما يسمى بالمفهوم الوظيفي للعيب ونأخذ في عين الاعتبار أنذاك الوظيفة العادية للشيء، وإذا كان يقصد المشتري استعمالاً خصوصياً آخر كان عليه أن يثبت أنه أعلم البائع بحيث أن ذلك التخصيص دخل في نطاق العقد. وإذا وجب على البائع أن يضمن القدرة التقنية لمردودية الآلة التي باعها فإنه ليس في مقدوره ضمان المردودية الاقتصادية بسبب عدم تحكمه لاحقاً في استغلال تلك الآلة التي انتقلت إلى حيازة المشتري، فالشيء يكون معيباً عندما لا يحصل المشتري على الفائدة المنتظرة حتى ولو لم تكن من صفاته الجوهرية هي المتسببة في ذلك.

ومما تقدم يمكن أن نخلص إلى أن المعيار الذي يحكم العيب المؤثر هو معيار موضوعي مادي، وهو ما أخذت به مجلة الأحكام العدلية⁽²⁾ في المادة 336 وسارت عليه كثير من التشريعات العربية، والمعيار الموضوعي هنا جعله المشرع للغاية المقصودة مما اتفق عليه الطرفان من المبيع، فإن شراء المشتري المبيع لاستخدامه في غاية معينة لا بد أن تتوفر فيه، وإذا لم يفصح المشتري عن إرادته في استعمال المبيع استعمالاً خاصاً ولم يكن من طبيعة الشيء أو الغرض المعد له، فإن هذا القصد الخاص لا يُعتد به عند تقدير إذا كان العيب مؤثراً من عدمه، وفي حالة عدم تحديد المنفعة المقصودة من المبيع سواء صراحة أم ضمناً فإننا نرجع إلى طبيعة الغرض المخصص لهذا الشيء.

(1) : أنظر: حسين بن الشيخ آث ملويا. المنتقى في عقد البيع. ص 447-448

وعلي حسين بخيده. ضمان عيوب المبيع في عقد البيع. الطبعة [د.ط.]. القاهرة: دار الفكر العربي، 1986م، ص 17

وما بعدها

(2) : أنظر: المادة 336 من مجلة الأحكام العدلية

كما أنّ العيب لا يكون مؤثراً إلاّ إذا كان جسيماً⁽¹⁾ وأما العيب اليسير فلا يستوجب الضمان، كما إذا اشترى منزلاً فوجد فيه بلاطة مخلوعة أو مكسورة أو بعض بياضه ساقطاً لأنّ عرف الناس جرى على التسامح فيه⁽²⁾، وأما الذي يحدّد جسامة العيب وتأثيره هو عرف الناس والتجّار وأصحاب الخبرة، كما يحدّده القضاء لاحقاً⁽³⁾، وأما في القانون فتقدّر جسامة العيب بمدى تأثيره في قيمة المبيع أو نفعه، ويتحدّد ذلك التأثير بحسب الغاية المقصودة من المبيع وتُستفاد تلك الغاية من قصد المتعاقدين المبيّن في العقد أو الظاهر من طبيعة الشيء أو من الغرض الذي أعدّ له، غير أنّ الملاحظ أنّ المشرّع الجزائري⁽⁴⁾ لم يشترط درجة معيّنة يبلغ إليها تأثير العيب في المبيع، أي يبلغ إليها النقص في قيمة المبيع أو في نفعه بسبب العيب حتّى يعتبر هذا العيب مؤثراً، كما أنّه لم ينص على إسقاط الضمان في حالة العيوب المتسامح فيها عرفاً كما فعل المشرّع المصري.⁽⁵⁾

وقطعا للنزاعات التي يمكن أن تثار بين المتعاقدين، على المشتري أن يقوم بتحديد المنفعة المقصودة من المبيع تحبّباً لصعوبة تحديد المنفعة المقصودة بعد الشراء، لأنّ المشتري قد يجهل صفة المبيع، والبائع يكفل له وجود هذه الصفة، كما في البيع بالعينة أو على أساس النموذج فإنّه يجب أن يكون المبيع مطابقاً لهما مع تخصيص نصوص قانونية خاصّة في ضمان العيوب الخفية تلائم مصلحة

(1) : لما كانت جسامة العيب أمراً نسبياً يختلف من شخص لآخر فما يراه فلان عيباً جسيماً قد لا يكون كذلك في نظر غيره، اقتضى ذلك أن يضع الفقهاء ضوابط تقاس بها جسامة العيب من عدمها وهذه الضوابط هي:

- ألاّ يكون العيب مما يتسامح فيه عرفاً كالتراب الذي مع الخنطة عند بيعها.

- وألاّ يتمكّن من إزالته دون مشقّة وذلك لأنّ وصف الجسامة يقتضي بذل الجهد وفوات المنافع وتعطلّ المصالح في سبيل إزالته أنظر: إباد عبد الحميد نمر. التغيرات الحادثة على محلّ عقد البيع وأثرها على الالتزام. ص 123-124

وابن رشد. بداية المجهّد. ج 3، ص 192، وابن نجيم. البحر الرائق. ج 6، ص 60

(2) : أنظر: عليش. منح الجليل. ج 5، ص 156، والحطاب. مواهب الجليل. ج 4، ص 436

(3) : أنظر: علي حسين بخيده. ضمان عيوب المبيع في عقد البيع في القانونين المصري والمغربي. ص 19

(4) : هناك من التشريعات العربية ومنها الأردني لم تتناول العيب المؤثّر ببعض من الإحاطة والشمول وتركته يخضع للقواعد العامّة وأهل الخبرة والقضاء.

أنظر: سنان خليل سلامة الشطنناوي. مسقطات ضمان العيب الخفي في عقد البيع في القانون المصري والقانون الأردني - أطروحة ماجستير - جامعة الدول العربية: المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، معهد البحوث والدراسات العربية والقانونية، 2001م، ص 20

(5) : أنظر: المادّة 448 من القانون المدني المصري ونصّها: (ولا يضمن البائع عيباً جرى العرف على التسامح فيه)

والأمر نفسه في المادّة 416 من القانون المدني السوري والفصل 549 من تقنين الالتزامات والعقود المغربي

أنظر: أسعد ذياب. ضمان عيوب المبيع الخفية. ص 71، وعلي حسين بخيده. المرجع نفسه. ص 19 بالمتن والهامش

البائع والمشتري بحيث تتفق هذه النصوص مع طبيعة البيع والظروف المحيطة به⁽¹⁾ مع تحديد لمصطلح الجسامة الذي يجعل العيب مؤثراً.

وأما تخلف الصفة التي كفل البائع وجودها هو كاف بحد ذاته لقيام الضمان أياً كانت أهمية هذه الصفة لأن أهميتها هنا هي شخصية تحدّد بالنظر إلى شخصية الشاري التي اشترط وجودها، فلا يعتدّ إذن لتحديد هذه الصفة بالعنصر الموضوعي، ولذا فإن شرط التأثير غير مطلوب في هذه الصورة.⁽²⁾

الشرط الثاني: أن يكون العيب قديماً وثابتاً:

والمراد بقدم العيب أن يكون موجوداً قبل العقد أو بعده، وقبل القبض، أو بعد القبض واستند إلى سبب سابق⁽³⁾، فإذا حدث العيب بعد انعقاد العقد وقبض المشتري للمبيع، فعندها يعدّ العيب حادثاً، وتتعلق آثاره بالمشتري، ولا علاقة للبائع به إلا فيما يستثنيه بعض الفقهاء، من ذلك مسألة الجوائح في الثمار.⁽⁴⁾

ويرى البعض أن الوقت الذي ينتقل فيه ضمان العيب هو التسليم، فما يوجد من عيب قبل التسليم يعتبر قديماً، والمقصود بالتسليم هنا هو التسليم الذي يتم فيه انتقال تبعة الهلاك⁽⁵⁾، لأن العيب الحادث لا يُضمّن باعتبار أن العيب بعد القبض يكون في ضمان المشتري⁽⁶⁾، وعلى ذلك يضمن البائع أنواعاً ثلاثة من العيوب من حيث وقت وجودها:

النوع الأول: عيوب توجد في المبيع وقت إبرام العقد: وهذا باتفاق جميع الفقهاء متى توافرت باقي الشروط.

(1) : أنظر: سنان خليل سلامة الشطناوي . مسقطات ضمان العيب الخفي في عقد البيع في القانون المصري والقانون الأردني. ص20-22

(2) : أنظر: أسعد ذياب. ضمان عيوب المبيع الخفية. ص76-77، ومحمد حسين منصور. أحكام البيع. ص267
(3) : أنظر: العمري بلاعده. العيب وأثره في البيوع - دراسة فقهية مقارنة- أطروحة ماجستير- جامعة الجزائر : كلية أصول الدين، 2001م، ص113

(4) : أنظر: محمد نجات محمد. ضمان العقد في الفقه الإسلامي. ص93

(5) : المقصود به إذا هلك المبيع على من تكون خسارته، على البائع أم على المشتري ؟ وهو ما يُعرف بمسألة انتقال تبعة الهلاك.

(6) : أنظر: الخرشى. شرح مختصر خليل. ج5، ص132، والنووي. روضة الطالبين. ج3، ص466

النوع الثاني: عيوب أخرى توجد في المبيع في الفترة ما بين إبرام العقد وتمام القبض: وفي هذه الحالة انقسم الفقهاء إلى:

فريق يرى أنه يلحق بالعيب القديم، لأن المشتري لم يتسلم المبيع بعد، وهذا رأي الشافعية⁽¹⁾ والحنفية⁽²⁾.

ومن أدلتهم حديث زيد بن ثابت⁽³⁾ رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم: «نهي أن تباع السلع حيث تباع حتى يجوزها التجار إلى رحالهم»⁽⁴⁾.

وورد أن حكيم بن حزام⁽⁵⁾ رضي الله عنه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله: يا رسول الله إني رجل اشتري المتاع، فما الذي يحل لي منها وما يحرم عليّ؟ فقال: «يا ابن أخي إذا ابتعت بيعاً فلا تبعه حتى يقبضه»⁽⁶⁾. ووجه الدلالة أنّها تدل بمنطوقها وصريح عبارتها على أنه لا يجوز بيع المبيع حتى يقبضه المشتري القبض الحقيقي، فهو إذاً غير داخل في ضمانه، وهذا عام في كل مبيع دون تفريق.

الفريق الثاني: وفيه يفرق المالكية⁽⁷⁾ والحنابلة⁽⁸⁾ بين قبض المبيع الذي فيه حق توفية⁽⁹⁾، والمبيع والمبيع الذي ليس فيه حق توفية، وذلك كما يلي:

-
- (1) : الرملي. نهاية المحتاج. ج 4، ص 26
 - (2) : أنظر: حاشية ابن عابدين. ج 5، ص 5
 - (3) : زيد بن ثابت بن الضحاك الأنصاري الخزرجي، هاجر مع النبي صلى الله عليه وسلم وهو ابن 11 سنة، تعلّم وتفقه في الدين، كان رأساً بالمدينة المنورة في القضاء والفتوى والقراءة والفرائض، كان كاتب الوحي وأحد الذين جمعوا القرآن الكريم، توفي سنة 54 للهجرة. أنظر: الشيرازي. طبقات الفقهاء. ص 46، وابن عبد البر. الإستيعاب. ج 2، ص 537، والزركلي. الأعلام. ج 3، ص 57
 - (4) : سنن أبي داود. كتاب البيوع والتجار. الحديث رقم 3499، ج 3، ص 491-492
 - (5) : الحاكم النيسابوري. المستدرک. الحديث رقم 2271، ج 2، ص 46
 - (6) : هو حكيم بن حزام بن خويلد بن أسد بن عبد العزى بن قصي الأسدي، ابن أخ أم المؤمنين خديجة رضي الله عنها زوجة النبي صلى الله عليه وسلم، صحابي جليل، ولد قبل عام الفيل بـ 13 سنة، أسلم عام الفتح وكان ممن حسن إسلامهم، شهد حنيناً، عاش أكثر من مائة سنة شطر منها في الجاهلية وشرط منها في الإسلام.
 - (7) : أنظر: ابن عبد البر. الإستيعاب. ج 1، ص 262-263، وابن حجر العسقلاني. الإصابة في تمييز الصحابة. ج 2، ص 98-99
 - (8) : محمد بن حبان بن أحمد بن حبان بن معاذ بن معبد أبو حاتم الدارمي البستي. صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان. تحقيق شعيب الأرنؤوط. الطبعة الثانية. بيروت: مؤسسة الرسالة، 1414هـ، الحديث رقم 4983، ج 11، ص 358، إسناده حسن
 - (9) : الحارثي. شرح مختصر خليل. ج 5، ص 157، وعليش. منح الجليل. ج 5، ص 246، والدسوقي. الحاشية. ج 3، ص 158
 - (8) : ابن مفلح. الفروع. ج 6، ص 278، وابن قدامة. المغني. ج 4، ص 41، والمرداوي. الإنصاف. ج 4، ص 415
 - (9) : يقصد الفقهاء بقولهم ما فيه حق توفية: أي ما لا يتحقق تمام بيعه إلا بنقله أو وزنه أو كيله.
- أنظر: إيداد عبد الحميد نمر. التغيرات الحادثة على محل عقد البيع وأثرها على الالتزام. ص 73 بالهامش

- قالوا باشتراط القبض التام لكل ما فيه حقّ توفية من البيوع كالمكيلات والموزونات والمذروعات والمعدودات، أو الثمر على الشجر، حتى ينتقل الضمان للمشتري، فمن اشترى قمحا وأعطى ثمنه للبائع فلا يُعدُّ قابضا للقمح ولا ضامنا له إلا بعد أن يكيّله البائع له ويسلمه إياه. واكتفوا بمجرد العقد لكل مبيع ليس فيه حق توفية ليحكموا بالقبض والضمان على المشتري، كمن اشترى ثمرا قبل بدو صلاحه فإنه يعدُّ قابضا له بمجرد العقد، ويتحمل المشتري ضمانه عند حدوث أي تغير إلا الجائحة. (1)

ومن أدلتهم:

1- استدلوا بحديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما وفيه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يقبضه». (2)

2- وما ثبت في الصحيح من حديث ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال: قد رأيت الناس على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا ابتاعوا جزافا يضربون في أن يبيعوه في مكانهم، و ذلك حتى يؤوه إلى رحالهم. (3) وهذا الحديثان صريحان في اشتراط القبض التام عند بيع الطعام، ويقاس عليه كل مبيع فيه حق توفية، وهذه الأحاديث تتوافق مع رأي الفريق الأول.

3- ومن الأدلة على كون المبيع الذي فيه حق توفية لا ينتقل ضمانه إلا بالقبض التام أن المشتري قبل القبض التام للمبيع لا يستطيع أن يتصرف فيه بالبيع أو الهبة، أو غير ذلك، ولو كان يقبضه بمجرد العقد لأمكنه التصرف فيه.

(1) : أكثر تفصيلا لموضوع الجائحة أنظر: إياذ عبد الحميد نمر. المرجع نفسه. ص 231 وما بعدها، والعمرى بلاعدة. العيب وأثره في البيوع. ص 115 وما بعدها

(2) : مالك بن أنس. الموطأ. كتاب البيوع، باب العينة وما يشبهها، ج 2، ص 640
وصحيح مسلم. كتاب البيوع، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض، الحديث رقم 1525، ج 2، ص 711
وشرح النووي على مسلم. ج 10، ص 168 وما بعدها
وأحمد بن حنبل. المسند - تحقيق: شعيب الأرنؤوط - الطبعة الأولى. بيروت: مؤسسة الرسالة، 1416هـ، الحديث رقم 5500، ج 9، ص 358 إسناده صحيح على شرط الشيخين.

(3) : صحيح مسلم. كتاب البيوع، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض، الحديث رقم 1527، ج 2، ص 711
وشرح النووي على مسلم. ج 10، ص 169

4- واستدلوا على كون القبض يتم بمجرد العقد لكل مبيع ليس فيه حق توفية بحديث عائشة رضي الله عنها- أن النبي ﷺ قال : «الخراج بالضمان».⁽¹⁾

ووجه الدلالة من الحديث أن المبيع إذا حدثت له زيادة بعد العقد وقبل القبض فإنها تكون للمشتري مقابل ما يضمن من تغييرات في المبيع، ولو لم يكن مجرد العقد كافيا لإثبات القبض بما استحق المشتري النماء الذي لحق بالمبيع.

وهذا الاستدلال لا يصح ولا يسلم لهم لأن المشتري لم يستحق خراج المبيع إلا بالضمان، والاستدلال بالحديث يقلب معنى الحديث حيث يرتب عليه أن يكون الضمان لمن له الخراج، وهذا لم يقل به أحد من الفقهاء⁽²⁾ ثم إن الخراج يعلل قبل القبض بالملك وبعده بالضمان.⁽³⁾

5- إن المشتري يمتلك التصرف بالمبيع قبل قبضه بالبيع أو غير ذلك و مادام أنه يملك التصرف فيه، فهذا دليل على كون مجرد العقد يكفي لانتقال الضمان.

الفريق الثالث: ويرى فيه الظاهرية أن القبض يتحقق بمجرد انعقاد العقد صحيحا، وأن حدوث أي تعيب في المبيع ولو كان عند البائع يعدّ من ضمان المشتري.

ولا يفرق ابن حزم في ذلك بين كون المبيع فيه حق توفية أو كون المبيع حاضرا أو غائبا أو كون المبيع ثمرا أجيح كله أو بعضه، وذلك بناء على نظرهم الظاهرية السطحية للنصوص فمادام البيع قد انعقد بالإيجاب والقبول فقد تم العقد صحيحا وانتقل ضمان المبيع للمشتري به.

والرأي الأرجح هو ما ذهب إليه جمهور الحنفية والشافعية قطعا للنزاعات والخصومات التي يمكن أن تثار بين المتعاقدين وذلك لعدة أسباب منها:

1- أن من مقتضيات العقد ولوازمه تسليم المبيع للمشتري والتمن للبائع، وبناء عليه فالبايع ملزم بتسليم المبيع للمشتري وفاء بالعقد.

2- أن الانتفاع بالمبيع لا يتصور إلا بعد قبض المبيع، ومجرد العقد لا يحقق ذلك الانتفاع.

مع الإشارة إلى اتفاق الفقهاء على أن قبض العقارات من بيوت وأراض تكون بالتخلية، لاستحالة القبض الحقيقي لها.

(1) : سبق تخرجه في ص 25

(2) : أنظر: إياد عبد الحميد نمر. التغييرات الحادثة على محل عقد البيع وأثرها على الالتزام. ص 74

(3) : أنظر: محمد نجات محمد. ضمان العقد في الفقه الإسلامي. ص 537

النوع الثالث: عيوب تظهر بعد القبض ولكنها تستند إلى سبب قبله: كمن اشترى آلة

مستعملة، فتعطلت عنده وبان له أن العطل ناشئ من استخدام البائع لزيوت غير صالحة أثرت على كفاءتها، وفي مثل هذه الحالة برز رأيان اثنان لدى الفقهاء:

الرأي الأول: يرى فيه أصحاب هذا الرأي أن العيب الذي حدث عند المشتري نتيجة سبب سابق عن القبض يأخذ حكم العيب القديم وهذا رأي الشافعية⁽¹⁾ وأبي حنيفة⁽²⁾.

والرأي الثاني: أنه لا يرد وهو قول أبي علي بن أبي هريرة⁽³⁾ لأنه وجد في يد المشتري فلم يُرد كما لو لم يستند إلى سبب قبله⁽⁴⁾.

غير أن الاستعمال غير الصحيح وعدم العناية الكافية بالمبيع من شأنه أن يضيق من حق المشتري في الضمان من قبل البائع، وعلى العموم فإن المسألة تنحصر في النهاية بتحديد سبب العيب من قبل القضاة⁽⁵⁾.

ويرى المالكية أن كل عيب حدث عند المشتري في مدة لاحقة معينة بعد القبض فضمانه من البائع لا المشتري ويسمى هذا عندهم بالعهد⁽⁶⁾ وهو بمثابة قيد على شريطة قدم العيب المتفق عليها بين الفقهاء، لأن العيب لم يبين بحسب الظاهر إلا بعد إبرام العقد وتماه بالقبض⁽⁷⁾.

وأما قدم العيب في القانون فيستخلص من نص المادة 1/379 مدي جزائري حيث نصت على أنه: (يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو من الانتفاع به).

(1) : ابن حجر الهيتمي. تحفة المحتاج. ج4، ص358

(2) : الكاساني. بدائع الصنائع. ج5، ص239

(3) : هو أبو علي الحسن بن الحسين بن أبي هريرة البغدادي الفقيه القاضي، كان أحد شيوخ الشافعية في وقته، له مسائل في الفروع وشرح مختصر المزني، درس ببغداد ومات بها سنة 345هـ.

أنظر: أبو بكر أحمد بن علي بن ثابت بن أحمد بن مهدي الخطيب البغدادي. تاريخ بغداد. الطبعة الأولى، بيروت: دار الغرب الإسلامي، 2002م، ج8، ص253، والزركلي. الأعلام. ج2، ص188

(4) : الشيرازي. المهذب. ج2، ص49-50

(5) : أنظر: أسعد ذياب. ضمان عيوب المبيع الخفية. ص82-83

(6) : معنى العهد هو تعلق ضمان المبيع بالبائع في زمن معين.

أنظر: الدردير. الشرح الصغير. ج3، ص192

(7) : أنظر: الخطاب. مواهب الجليل. ج4، ص474-475، والدردير. المرجع نفسه. ص191-192

طبقا لهذا النص فإن البائع يضمن عيب المبيع إذا كان موجودا وقت التسليم، ونعني بالتسليم هنا التسليم الفعلي وليس التسليم الحكمي، سواء أكان المبيع معينا بذاته أو معينا بنوعه، وهذا ما ذهبت إليه العديد من القوانين العربية.⁽¹⁾ كما يأخذ العيب الحادث عند المشتري حكم القديم إذا كان مستندا إلى سبب قديم موجود في المبيع عند البائع⁽²⁾، ويضاف شرط آخر إلى قدم العيب وهو استمراره.⁽³⁾

وإثبات وجود العيب أو سببه في المبيع قبل التسليم (أي قديما) يقع على عاتق المشتري، لأن الأصل في المبيع سلامته وإذا ادعى عكس ذلك فعلى من ادعى وهو المشتري إثبات ذلك. ويمكنه إثبات ذلك بكافة الطرق لأننا بصدد واقعة مادية، وإذا نفى البائع ذلك فعليه إثبات تقصير المشتري عن بذله عناية كافية كان من الممكن معها عدم حصول العيب.⁽⁴⁾

الشرط الثالث: أن يكون العيب خفياً وغير معلوم للمشتري:⁽⁵⁾

ويعتبر شرط خفاء العيب بمثابة اللبنة التي تأسست عليها أحكام الضمان وسمي هذا الضمان بضمان العيب الخفي، وخفاء العيب غير علم المشتري به، فعدم العلم بالعيب يعني جهل المشتري لهذا العيب، أما الخفاء: (فهو الذي لا يعرف بمشاهدة ظاهر المبيع، أو لا يتبينه الشخص العادي، أو لا يكشفه غير خبير، أو لا يظهر إلا بالتجربة).

أما إذا استطاع الشخص العادي اكتشاف العيب والإطلاع عليه بفحص المبيع فحسب عاديا في مستوى الشخص العادي كما ذكرنا، فإن العيب لا يكون خفياً وبالتالي لا يوجب الضمان. جاء في القوانين الفقهية ما نصه: (أن يكون المشتري لم يعلم بالعيب حين التباعد إما لأن البائع كتمه وإما لأنه مما يخفى عند التقليب، فإن كان مما لا يخفى عند التقليب فلا قيام به).⁽⁶⁾

(1) : أنظر: نص المادة 447 من القانون المصري والمادة 415 من القانون السوري والمادة 436 من القانون الليبي والمادة 558 من القانون المدني العراقي والمادة 513 من القانون المدني الأردني.

(2) : أنظر: خواص جويذة. الضمان القانوني للعيب الخفي وتختلف الصفة في عقد البيع. ص 70
وسنان خليل سلامة الشطناوي. مسقطات ضمان العيب الخفي في عقد البيع في القانون المصري والقانون الأردني.

ص 16

(3) : أنظر: ابن عابدين. الحاشية. ج 5، ص 9-10 و ص 12

(4) : أنظر: خواص جويذة. المرجع نفسه. ص 72، وسنان خليل سلامة الشطناوي. المرجع نفسه. ص 16

ومحمد حسين منصور. أحكام البيع. ص 269

(5) : أنظر: ابن جزيء. القوانين الفقهية. ص 175

(6) : ابن جزيء. المرجع نفسه. ص 175

ومعيار التعرف على العيب هل هو خفيّ أم ظاهر حدّده المشرّع الجزائري في المادة 02/379 مدني جزائري حيث قال: (أو كان في استطاعته أن يطلع عليها لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل⁽¹⁾ العادي...).

فالمعيار الذي أتى به المشرع معيارا موضوعيا ينظر فيه إلى عناية الشخص العادي في المجتمع لا إلى عناية المشتري، فلو أن شخصا عاديا استطاع بعد فحص المبيع بالعناية المطلوبة التعرف على العيب واكتشافه بسهولة كان العيب ظاهرا، أما لو تعذّر في هذا الشخص بعد فحصه للمبيع بالعناية المطلوبة اكتشاف العيب، كان العيب خفياً ووجب ضمانه من طرف البائع.⁽²⁾

والملاحظ أيضا أن شرط الخفاء ليس بالشرط المستقل عن عدم العلم، بل هو شرط مكمل له فمتى كان العيب معلوما للمشتري فإنه لا يعتبر عيبا خفيا، ولا يستوجب الضمان. ومن شواهد هذا الشرط في الحديث النبوي الشريف ما ثبت في الصحيح عند مسلم من حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن الرسول صلى الله عليه وسلم : مر على صبرة طعام فأدخل يده فيها، فنالت أصابعه بللا، فقال: «ما هذا يا صاحب الطعام؟» قال: أصابته السماء يا رسول الله ! قال: «أفلا جعلته فوق الطعام حتى يراه الناس ؟ من غشّ فليس منا».⁽³⁾

ووجه الدلالة من الحديث أنه صلى الله عليه وسلم قال للرجل: «أفلا جعلته فوق الطعام حتى يراه الناس؟» فإظهار البائع لعيب المبيع ليعلمه المشتري فيه دليل على تخلية البائع من المسؤولية بعدها، أما إن بقي العيب مخفيا ومستورا فعندها يثبت الخيار للمشتري.

ومن حالات خفاء العيب:

- أن يكون بسبب جهل المشتري بالعيب، أو أن يكون مستورا مخفيا في ذاته لا يعلمه العاقدان، أو يكون مقصودا متعمدا وذلك بإخفاء البائع للعيب، وهذه الحالات نوردها ببعض من التفاصيل والبيان فيما يأتي:

(1) : كان يستحسن لو أن المشرع أورد كلمة الشخص العادي بدلا من الرجل العادي إذ لا علاقة في هذا المعيار بصفة الذكورة، خاصة أن المعاملات المالية كالبيع والشراء غير مقتصرة على الرجل و إنما للمرأة دور فيها.

(2) : أنظر: خواص جويده. الرسالة السابقة. ص77-78

(3) : صحيح مسلم. كتاب الإيمان. باب قول النبي صلى الله عليه وسلم : « من غشنا فليس منا »، الحديث رقم 102، ج1، ص58

وشرح النووي على مسلم. ج2، ص108-109، وسنن الترمذي. الحديث رقم 1315، ج2، ص582

وسنن أبي داود. الحديث رقم 3452، ج3، ص472، وسنن ابن ماجة. الحديث رقم 2224، ج3، ص564

وصحيح ابن حبان. الحديث رقم 4905، ج11، ص270 وقال إسناده صحيح على شرط مسلم

الحالة الأولى: إذا كان خفاء العيب بسبب جهل المشتري بالعيب، كأن يشتري شيئاً ويرى الصفة المعيبة له ولكنه لا يعلم أن مثل هذه الصفة عيب، أو أن يعلم أنها عيب، ولكنه يظن أنها لا تنقص من قيمة المبيع شيئاً، ففي هذه الحالة يفرق بين ما إذا كان العيب مشتهراً ولا يخفى على آحاد الناس، فلا يثبت للمشتري الخيار، وبين ما إذا كان العيب يتعدّد معرفته من قبل العوامّ ولا يعرفه إلا أهل الاختصاص فيثبت له الخيار بالرد.⁽¹⁾

الحالة الثانية: أن يكون خفاء العيب منطلياً ومستوراً على العاقدین بحيث لا يعلم به أحد منهما كعيب داخلي في محرك السيارة لم يظهر أثره إلا بعد قبض السيارة ومرور الوقت ولم يكن لأحدهما علم مسبق به، وفي هذه الحالة يثبت للمشتري الخيار بين الإمساك والفسخ ولا أثر لجهل البائع بالعيب⁽²⁾، ولكن المالكية انفردوا بالقول بأنه لا رجوع بالضمان في العيوب الخفية التي يستوي المتبايعان في الجهل بها كمن اشترى خشبة فقطعها فوجد عيباً في داخلها، ومثله الجوز الهندي، فليس للمشتري الرجوع بالضمان إلا إذا اشترط سلامة المبيع من ذلك العيب أو جرى العرف بثبوت الضمان في هذا العيب.⁽³⁾

الحالة الثالثة: أن يقوم البائع بإخفاء العيب عن عين المشتري ويوهمه بسلامة المبيع ليأخذ منه الثمن الذي يريد، أو أن يكون البائع يعلم بالعيب ولكنه يسكت عنه ويكتمه عن المشتري، وهذا ما يسمى بالتدليس بالكتمان.

وهذه الحالة لا بد من التدقيق فيها إذ أن إخفاء البائع العيب عن المشتري على سبيل الغش يعتبر البائع ضامناً لها مهما كان لدى المشتري من سهولة بالعلم بالعيب لو أنه قام بالفحص المعتاد ولم يفعل هذا أيضاً، فإن البائع يكون ضامناً لها بالرغم من إهمال المشتري في معرفة العيب لأنه أولى بالرعاية ممن يرتكب الغش والتدليس⁽⁴⁾، ويثبت له حق الخيار فيكون له حق رد المبيع كاملاً أو ما تبقى منه واسترداد ثمنه ولا يكون للبائع التعويض في حالة ما إذا استرد المبيع ناقصاً، بسبب العيب الذي كتمه عن المشتري.

(1) : أنظر: الحصكفي. الدر المختار على حاشية رد المختار. ج5، ص5، والسبكي. تكملة المجموع. دار الفكر، ج12، ص318

(2) : إياك عبد الحميد نمر. التغيرات الحادثة على محل عقد البيع وأثرها على الالتزام. ص136

(3) : مالك بن أنس. المدونة. ج3، ص357، والخطاب. مواهب الجليل. ج4، ص434، وحاشية الدسوقي. ج3، ص113

(4) : أنظر: علي حسين بخيدة. ضمان عيوب المبيع في عقد البيع في القانونين المصري والمغربي. ص30-31

ومن المعلوم أن إخفاء العيب عن طريق الغش قد يفتح أمام المشتري باب دعوى الغش إذا كان ما قام به البائع يشكّل وسائل وحيل تدليسية أوقعت المشتري في غلط جعله يجهل حقيقة المبيع التي لو علم بها لما أقدم على التعاقد كما هو معروف في القواعد العامة.⁽¹⁾

وتفاديا لما يمكن أن يثار من نزاعات وخصومات وتيسيرا للحصول على الحاجات، كان اهتمام الشريعة الإسلامية بتربية أفراد المجتمع على الصدق والأمانة. يقول تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ...﴾.⁽²⁾ وقوله ﷺ: «المسلم أخو المسلم ولا يجل لمسلم باع من أخيه يباع فيه عيب إلا بينه له».⁽³⁾

فعلى البائع أن يصدّق المشتري فيبرز له عيوب المبيع تفصيلا حتى يعفي نفسه من الضمان لاحقا. كما يتوجب على المشتري أن يتميز بالحذر والحيطه فيفحص المبيع عند التسليم بنفسه أو بمن ينوبه، وإن استدعى الأمر استدعاء أهل الخبرة، وخاصة في البيوع التي تستدعي ذلك، ولا يتأثر بعبارات التجار الترويجية تفاديا لما يمكن أن يحصل من نزاعات مع البائع والتي تضطره أحيانا إلى طرق أبواب القضاء و تحميله من الأعباء بما لا يطيق.

ومن المعلوم أن ضمان العيب الخفي يلتزم به البائع في كل أنواع البيوع وسواء كان البيع مسجلا أو غير مسجل ويستثنى من ذلك البيوع القضائية والبيوع الإدارية إذا كانت بالمزاد.⁽⁴⁾ ورد بنص المادة 385 من القانون المدني الجزائري: (لا ضمان في البيوع القضائية ولا في البيوع الإدارية إذا كانت بالمزاد).

والحكمة من هذا الاستثناء تعود إلى كون هذا النوع من البيوع يتم بعد النشر والإعلان عنه لمدة كافية بحيث يتيح للراغبين في المزايدة أن يفحصوا الشيء المعلن عن بيعه قبل الإقدام على المزايدة فيه.

(1) : أنظر: نص المادة 86 من القانون المدني الجزائري

(2) : سورة النساء، الآية 29

(3) : سبق تخرجه في ص 124

(4) : القانون المصري حصر البيوع القضائية المستثناة من ضمان العيوب الخفية بالبيوع القضائية الجزئية.

أنظر: المادة 454 من القانون المدني المصري

والتمكن عن طريق ذلك من إدراك العيب خاصة وأن حضور جمع كبير من الجمهور وكلهم يفحصون المبيع يؤدي إلى استنارة البعض بملاحظات البعض الآخر، مما يجعل احتمال عدم الكشف عن العيب أمرا نادرا.

كما أن المصلحة العامة تقتضي التضييق في فسخ هذه البيوع مراعاة لما تتطلبه من إجراءات وما تستغرقه من وقت طويل ونفقات باهظة، ثم إن ثمن الشيء الذي يبيع بالمزاد يوزع على الدائنين، ومن الصعب بعد كل هذا إعادة الوضع إلى ما كان عليه قبل البيع.⁽¹⁾

إذا كان هذا الكلام منطقي ولا يردّه أحد، غير أن هذا لا يمنع أن هناك نص تشريعي يلزم الدولة بأن تستعين بخبراء ذوي اختصاص ممن يُعتمد عليهم يقدمون تقارير بصلاحيّة أو عدم صلاحية ما يراد عرضه للمزاد العلني، وبيان صفات وسمات السلعة المراد بيعها، وخاصة أن فحص الفرد العادي لا يكفي في ظل التكنولوجيا والسوق المفتوحة وتنامي القطاع الخاص، مع مساءلة هؤلاء الخبراء حال تقصيرهم أو تواطئهم مع أيّ من الطرفين وهذا إعمالا لمبدأ "لا ضرر ولا ضرار"، وحماية لسمعة الدولة من جهة والمشتري والمستهلك من جهة أخرى، وقيام العلاقات التعاقدية على أساس التعاون والثقة المتبادلة.

الشرط الرابع: أن يكون المشتري جاهلا بالعيب:

يشترط لإثبات خيار العيب أن يكون المشتري غير عالم بالعيب عند العقد ولا عند القبض، وهذا الشرط متفق عليه بين الفقهاء⁽²⁾، فإن ثبت أن المشتري قد اطلع على العيب، وعلم به سواء أعلمه بصفته الشخصية، أم بخبرته، أم بإخبار البائع له، أو من غيره أو من خبير، فعندها يفقد حقه في الخيار لأن علمه بالعيب قبل القبض ثم إتمامه بعد ذلك دلالة على رضاه به.

جاء في الفتاوى الهندية: (وأما شرائط ثبوت الخيار... ومنها جهل المشتري بوجود العيب عند

العقد والقبض، فإن كان عالما به عند أحدهما فلا خيار له).⁽³⁾

(1) : أنظر: عبد الرزاق السنهوري. الوسيط - البيع - ج4، ص732-733

(2) : أنظر: الخطاب. مواهب الجليل. ج5، ص408، والكاساني. بدائع الصنائع. ج5، ص276

وابن حجر الهيتمي. تحفة المحتاج. ج4، ص358، وابن مفلح. الفروع. ج6، ص235

والسبكي. تكملة المجموع. ج12، ص311

(3) : مجموعة مؤلفين برئاسة نظام الدين البلخي. الفتاوى الهندية. الطبعة الثانية. دار الفكر، 1310هـ، ج3، ص66-67

هذه نصوص صريحة تدل دلالة قاطعة على أن المشتري لا يثبت له الخيار.
لكن ما المقصود بجهل المشتري بالعيب؟ أو بعبارة أخرى هل المقصود بالعلم هنا مجرد العلم بالعيب في ذاته أم أنه يجب أن يكون المشتري عالما بالعيب وبأثره على المبيع؟
الذي يبدو أن جهل المشتري بالعيب لا يكفي لجعله موجبا للرد، بل يجب أن يكون جاهلا بأنه عيب مؤثر، أي يجب أن يعلم المشتري أن هذا العيب من شأنه أن يوجب نقصان الثمن في نظر التجار وأرباب الخبرة، أو أنه ينقص من عين المبيع أو من نفعه أو يفوت غرضا صحيحا على المشتري.

والوقت الذي يُعتدّ فيه بعلم المشتري بالعيب هو وقت التسليم والعلم الذي يسقط ضمان المشتري، العلم الحقيقي لا المفترض فلا يكفي مجرد الظن والعلم بالتشكيك.⁽¹⁾
وإذا كان من الفقهاء من يعتبر العيب غير معلوم من المشتري هو شرط قائم بذاته ومستقل عن شرط خفاء العيب⁽²⁾ إلا أن فريقا آخر يريدونه ضمن شرط الخفاء⁽³⁾ إذ أنه إذا توافر شرط خفاء العيب يُفترض عدم علم المشتري به استصحابا بالأصل، إلا أن هذا القول لا يعدو أن يكون مجرد قرينة بسيطة لصالح المشتري، من حق البائع إثبات عكسه بكل طرق الإثبات.

ورد بالمادة 2/379 من القانون المدني الجزائري ما نصه: (غير أن البائع لا يكون ضامنا للعيوب التي كان المشتري على علم بها وقت البيع، أو كان في استطاعته أن يطلع عليها لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي، إلا إذا أثبت المشتري أن البائع أكّد له خلوّ المبيع من تلك العيوب أو أنه أخفاها غشا عنه).⁽⁴⁾

(1) : أنظر: السنهوري. الوسيط - البيع - ج 4، ص 728 بالهامش، وعلي حسين بخيدة. ضمان عيوب المبيع في عقد البيع.

ص 44، وأسعد ذياب. ضمان عيوب المبيع الخفية. ص 101

(2) : أنظر: محمد عبد الله أبو هزيم. الضمان في عقد البيع. ص 168

(3) : أنظر: علي حسين بخيدة. المرجع نفسه. ص 42، وسنان خليل سلامة الشطناوي. مسقطات ضمان العيب الخفي في عقد

البيع في القانون المصري والقانون الأردني. ص 23

(4) : وما يقابل هذه المادة، المادة 559 من القانون العراقي والمادة 02/447 من القانون المدني المصري.

أنظر: أسعد ذياب. المرجع نفسه. ص 103

كما يتوجب أن يكون جهل المشتري بالمبيع مبرراً ومشروعاً.⁽¹⁾ فمتى كان العيب مكشوفاً ومن السهل كشفه فلا يجوز للمشتري التمسك بجهله⁽²⁾، وعلى قدر أهمية علم المشتري بالعيب وتأثيره على ضمان البائع لعيوب المبيع فلا تأثير لعلم البائع بوجود العيب على مبدأ التزامه بالضمان⁽³⁾، وإن كان لهذا العلم تأثيره من حيث الاتفاق على تعديل أحكام الضمان بالتشديد أو التخفيف مع ملاحظة أن شرط عدم علم المشتري بالعيب لا يُعمل به إذا كان العيب عبارة عن تحلّف صفة ضمنها البائع للمشتري حيث يعتبر مجرد ثبوت عدم توافر الصفة في المبيع وقت التسليم موجبا للضمان.⁽⁴⁾

وبما أن العلم واقعة مادية فإن إثباتها يكون بجميع طرق الإثبات فمتى أثبت البائع أن المشتري كان يعلم بالعيب سواء وقت البيع أو وقت التسليم فإنه لا يعدّ ضامناً، وإذا لم يثبت ذلك افترض أن المشتري كان جاهلاً بالعيب ووجب عليه الضمان.⁽⁵⁾

(1) : يكون جهل المشتري مبرراً ومشروعاً بالنظر للظروف التي تحيط بالمبيع والتي تجعل من المستحيل كشف العيب فيه، ويحصل ذلك عندما يتناول البيع كميات كبيرة من البضاعة محفوظة في غلافات مقللة لا يمكن فتحها لأن ذلك يؤدي إلى تلف البضاعة كما يحصل نفس الشيء عند وجود البضاعة في عدة صناديق يُتعدّر فتحها جميعاً فيُكتفى بفتح بعضها دون بعض، فيكون البعض الآخر معيوباً.

أنظر: أسعد ذياب. ضمان عيوب المبيع الخفية. ص 103

(2) : أنظر: أسعد ذياب. المرجع نفسه. ص 102

(3) : في القانون المدني الجزائري يُسأل البائع عن العيب الخفي حتى ولو كان جاهلاً له، وعلى خلاف ذلك المادة 1646 من القانون المدني الفرنسي التي تنصّ على أنه: (إذا كان البائع يجهل عيوب الشيء، فإنه لا يكون ملزماً إلا برد الثمن وتعويض المشتري عن المصاريف التي أنفقها بمناسبة البيع).

أنظر: حسين بن الشيخ آث ملويا. المنتقى في عقد البيع. ص 450

(4) : أنظر: محمد حسين منصور. أحكام البيع. ص 273، وعلي حسين بخيدة. ضمان عيوب المبيع في عقد البيع. ص 48

(5) : أنظر: السنهوري. الوسيط - البيع - ج 4، ص 727، وسنان خليل سلامة الشطناوي. مسقطات ضمان العيب الخفي في عقد البيع في القانون المصري و القانون الأردني. ص 27

الشرط الخامس: عدم البراءة من العيوب:

في بعض الأحيان يريد البائع أن يتنصّل من المسؤولية الملقاة على كاهله في ضمان عيوب المبيع فيشترط على المشتري عند البيع ألا يرجع إليه بأي عيب وأنه بريء من العيوب جميعها. ويوضح ابن رشد معنى هذا الشرط بقوله: (أن يشترط البائع على المشتري التزام كل عيب يجده في المبيع على العموم).⁽¹⁾

وأياً كانت دوافع البائع لاشتراط هذا الشرط سواء أكانت مشروععة أو غير مشروععة، فما مدى جواز ذلك وما أثره على البيع؟

ولبيان ذلك اختلفت أقوال العلماء في هذه المسألة اختلافاً بيناً، نوردتها موجزة في الأقوال الآتية:

- 1- يرى الحنفية أن البائع إذا اشترط براءته من العيب في المبيع ثم وجد المشتري به عيباً من العيوب لم يكن له الرجوع على البائع سواء أكان العيب حادثاً بعد إبرام العقد وقبل القبض، وسواء أكان العيب معلوماً للبائع أم مجهولاً من قبله⁽²⁾، وخالف محمد⁽³⁾ هذا الرأي في العيب الحادث بعد انعقاد العقد إذ أجاز للمشتري أن يرجع على البائع.⁽⁴⁾
- 2- أما المالكية فإنهم يرون أن البائع لا ينتفع من اشتراطه البراءة من العيوب التي لا يعلمها فقط ولا يبرأ من العيوب التي يعلمها.⁽⁵⁾

(1) : ابن رشد. بداية المجتهد. ج 3، ص 200

(2) : أنظر: السرخسي. المبسوط. ج 13، ص 91، والكاساني. بدائع الصنائع. ج 51، ص 276

(3) : هو الإمام محمد بن الحسن بن فرقد، من موالي بني شيبان، أبو عبد الله، إمام بالفقه والأصول، وهو الذي نشر علم أبي حنيفة، أصله من قرية حرسنا في غوطة دمشق، وولد بواسط سنة 131هـ، ونشأ بالكوفة وانتقل إلى بغداد. توفي بالري سنة 189هـ. من أهم تصانيفه: الجامع الكبير، الجامع الصغير، الآثار، السير والأصل...

أنظر: الزركلي. الأعلام. ج 6، ص 80

ولمياء محمد صدقة محمد باحيدرة. المسائل التي خالف فيها الصحابان أو أحدهما أبا حنيفة في باب الطهارة -أطروحة ماجستير- كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية، 1424هـ، المجلد الأول، ص 18-20

(4) : أنظر: ابن عابدين. رد المختار. ج 5، ص 42، والسرخسي. المرجع نفسه. ج 13، ص 92-93

(5) : أنظر: أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (ابن رشد الجدي). البيان والتحصيل. الطبعة الثانية. بيروت: دار الغرب الإسلامي، 1408هـ، ج 8، ص 345

3- وأما الشافعية ففي الراجح من مذهبهم يرون أن اشتراط البراءة من العيب لا ينفع البائع إلا إذا كان العيب باطنا في الحيوان، ويشترط أن يجهره البائع ولا يعلم به.⁽¹⁾

والذي يظهر والأقرب إلى الصواب -والله أعلم- أن البائع لا يبرأ إلا من العيوب التي لا يعلمها.

وأما في القانون فمسألة اشتراط البراءة من العيب في الفقه الإسلامي يقابلها إسقاط الضمان بالكلية، إذ نجد أن الفقه الإسلامي تحدّث عنها تفصيلاً من خلال فقه المذاهب وما يترتب عنها كما تقدّم وكما سنرى ذلك تفصيلاً في الفصل الموالي، أما المشرّع الجزائري فإنه أشار إليها عرضاً من خلال المادة 384 حيث اعتبر شرط إسقاط الضمان أو إنقاصه يقع باطلا متى تعمد المشتري إخفاء العيب غشا منه، بخلاف المشرّع الأردني فإنه تعرّض إلى مسألة البراءة من العيوب تفصيلاً⁽²⁾ من خلال المادتين 194 و 514 من القانون فذكر أن اشتراط العاقد المملّك (البائع) براءته من العيب قد يكون مقيداً بأن ينصبّ على عيب معين، وقد يكون مطلقاً من كل عيب⁽³⁾، فإذا أبرأ المشتري البائع من كل عيب في المبيع، أو أبرأه من عيب معين بالذات قائم وقت إبرام العقد، فإن الإبراء لا يشمل العيب الذي يحصل في المبيع بعد العقد وقبل القبض، أما إذا أبرأ المشتري البائع من العيب أو اشترط البائع ذلك وقبل المشتري، وكان اشتراط البراءة من كل عيب أو من عيب معين بالذات ينصبّ على العيب القائم في المبيع والعيوب التي ستحدث بعد العقد وقبل القبض، فإن هكذا شرط يعدّ فاسداً ويؤدّي إلى فساد العقد⁽⁴⁾، لأن الإبراء لا يحتمل الإضافة إلى زمن المستقبل⁽⁵⁾ المستقبل⁽⁵⁾ إذ أن المشتري لا يتمكّن من إسقاط حقّ له لم يتقرّر بعد.⁽⁶⁾

(1) : أنظر: الشافعي. الأم. ج 7، ص 105، والنووي. روضة الطالبين. ج 3، ص 472-473

(2) : أنظر: ياسين محمد الجبوري. خيار العيب في القانون المدني الأردني - مقال منشور بمجلة الشريعة والقانون-، العدد 20، 2004م، ص 257

(3) : أنظر: المادة 531 من مرشد الحيران، والمادة 342 من مجلة الأحكام العدلية

(4) : أنظر: السنهوري. مصادر الحق. الطبعة الأولى. بيروت: مؤسسة التاريخ العربي، دار إحياء التراث العربي، المجلد الثاني، ج 4، ص 177

(5) : السنهوري. مصادر الحق. المجلد الثاني، ج 4، ص 177

(6) : ياسين محمد الجبوري. المرجع نفسه. ص 258

وبوجه عام فإن اشتراط البراءة من كل عيب أو من عيب معين بالذات يصح بشرطين هما:
- ألاّ يتعمّد البائع إخفاء العيب عن المشتري غشا منه وقد أشار إليه المشرّع الجزائري.
- ألاّ يكون المشتري بحالة تمنعه من أن يطلع على العيب، كأن كان مسافرا أو ضريرا أو غير ذلك من الموانع المادية.⁽¹⁾

وعند وقوع النزاع يقع عبء إثبات علم البائع بالعيب من قبل المشتري.⁽²⁾

المطلب الخامس : ضمان عدم التّعرض والاستحقاق في عقد البيع

وهذا التزام يقع على عاتق البائع في عقد البيع يلتزم به تجاه المشتري، فالبائع يتعهد حكما للمشتري في عقد البيع بأن ينقل له ملكية المبيع أو أحد الحقوق العينية الأخرى بشكل كامل، كما يلتزم له بتسليم المبيع تسليما صحيحا وسليما وكاملا، لتكون حيازته مستمرة وهادئة، كما يجب على البائع أن يضمن للمشتري حق الانتفاع الكامل والهادئ بالمبيع، أو بأحد الحقوق العينية الأخرى، وهذا يعني أن لا يحول بين المشتري وبين ما يعكّر حقه في الانتفاع الكامل بالمبيع بالحيازة والتصرف والاستغلال، دون أن يقف أحد في وجه المشتري أو يمنع من الانتفاع بالمبيع، ويقوم حاجزا بينه وبين حقوقه المقررة والثابتة على المبيع.⁽³⁾

وينتج عن ذلك أن يثبت ضمان عدم التعرض والاستحقاق على البائع حكما بالشريعة والقانون، وبمقتضى عقد البيع، دون أن يحتاج هذا الضمان إلى اشتراط في المبيع، أو الاتفاق عليه في العقد. فقد جاء في مرشد الحيران في المادة 489 ما نصه أن: (البائع ضامن للمبيع بثمنه عند استحقاقه للغير، ولو لم يشترط الضمان في العقد).

وقبل التعمق في تفاصيل هذا الموضوع نشير إلى أن ضمان عدم التعرض والاستحقاق ليس قاصرا على عقد البيع لكنه يمتد إلى كل عقد ناقل للملكية، بل إلى كل عقد ينقل الحيازة والانتفاع خاصة إذا كان من المعاوضات.

(1) : ياسين محمد الجبوري. خيار العيب في القانون المدني الأردني. ص 260

(2) : ياسين محمد الجبوري. المرجع نفسه. ص 261

(3) : أنظر: محمد نجات محمد. ضمان العقد في الفقه الإسلامي. ص 154

الفرع الأول : تعريف التعرُّض في اللغة :

من الاعتراض واعتَرَضَ الشيء أي حال دونه، واعترض فلان فلانا أي وقع فيه، وتعرَّضَ لفلان تصدَّى له. (1)

الفرع الثاني : تعريف الاستحقاق في اللغة :

وهو ثبوت الحق ووجوبه ومنه قوله تعالى: ﴿فَإِنْ عَثَرَ عَلَىٰ أَنَّهُمَا اسْتَحَقَّا إِثْمًا...﴾ (2) أي وجبت عليهما عقوبة بسبب خيانتهم (3)، واستحقَّ الشيء استوجبه مثلاً اشترى رجل داراً من رجل، فادَّعاهما رجل آخر وأقام بينة عادلة على دعواه، وحكم له حاكم بيِّنته، فقد استحقَّها على المشتري الذي اشتراها، أي ملكها عليه وأخرجها الحاكم من يد المشتري إلى يد من استحقَّها، ورجع المشتري على البائع بالثمن الذي أداه له. (4)

ويلاحظ أن هذا التعريف موافق للمعنى الفقهي لضمان الاستحقاق، بل إن أكثر المعاجم اللغوية تسير على إثبات هذا المعنى عند شرحها لكلمة الضمان بعد إضافتها إلى كلمة الدَّرك، ونقل إضافتها إلى الاستحقاق. (5)

كما يُطلقُ عليها المذهب الحنبلي من جهته اسم ضمان العُهدة. (6)

والدَّركُ في مفهوم الفقهاء ما يدرك المبيع ويلحقه من حقوق يتبيَّن أنها ليست للبائع، وإثماً لغيره، وضمان الدَّرك معناه مسؤولية البائع أمام المشتري عن كل ما يدرك العين المبيعة من حقوق لغير البائع ويكون سببها متقدماً عن البيع.

(1) : أنظر: ابن منظور. لسان العرب. ج.7، ص179، وزين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي. مختار الصحاح. ص205

(2) : سورة المائدة، الآية 107

(3) : أنظر: تفسير القرطبي. ج.6، ص351-352

(4) : أنظر: ابن منظور. المرجع نفسه. ج.10، ص52-53

(5) : نادية بن رمضان. مفهوم ضمان الاستحقاق. ص7

(6) : أنظر: مصطفى أحمد الزرقا. العقود المسماة في الفقه الإسلامي - عقد البيع - الطبعة الأولى. دمشق: دار القلم، 1999م، ص157، والبهوتي. كشاف القناع. ج.3، ص369

وغالبا ما تستعمل عبارة الضمان مضافة إلى أحد الألفاظ الثلاثة الدرك، أو التّعرض، أو الاستحقاق إضافة مباشرة، فيقال ضمان الدرك أو ضمان التّعرض أو ضمان الاستحقاق، ويراد بالضمان في هذا السياق المسؤولية المنجّرة عن الاستحقاق والتي تجعل البائع ملزما بردّ ثمن المبيع إلى المشتري مشفوعا ببقية عناصر التعويض، ولكن أحيانا يتوسّط في الإضافة إلى التّعرض لفظ "عدم" فيقال ضمان عدم التّعرض، فيصبح المقصود بالضمان في هذا التركيب هو التّكفل والتّعهد، ولا يجب أخذ الضمان هنا بمعنى المسؤولية المالية، لأن المسؤولية إنما تقوم حين التّعرض للمشتري لا حين عدم التّعرض، بما يعني أن البائع يتعهد للمشتري بأن لا أحد سوف يتعرّض له في المبيع.⁽¹⁾ وكثيرا ما يُقرن التّعرض بالاستحقاق بطريق العطف، فيقال "ضمان التّعرض والاستحقاق" فيقصد حينئذ بالاستحقاق ثبوت كون المبيع على ملك الغير، وبالتّعرض ثبوت ما دون الملكية من حقوق كالارتفاقات والحقوق الشخصية.⁽²⁾ وباعتبار أن المعنيين مرتبطين ببعضهما ارتباطا وثيقا، حتى أنه إذا أُطلق أحدهما أُريدَ به الآخر⁽³⁾ كما سيظهر من التعريف والتطبيقات لاحقا.

الفرع الثالث : تعريف التعرض والاستحقاق عند الفقهاء :

يعرّفه المالكية بأنه: (رفع ملك شيء بثبوت ملك قبله بغير عوض).⁽⁴⁾ وانتقد هذا التعريف بأنه يستحيل رفع الملك بثبوت ملك قبله لأن الملك الأول إذا كان باقيا لا يمكن أن يثبت الملك الثاني، ولا يمكن رفعه بالملك الثاني، وعرفه أحد المعاصرين بأنه ما يقع على الملكية بأن يثبت ذلك الغير ملكيته للمبيع ويقضي القاضي له به سواء كان المبيع عقارا أو منقولا، وإما أن يقع على ما دون الملكية من حق عيني كحق الارتفاق، أو حق شخصي كحق المستأجر.⁽⁵⁾

(1) : أنظر: مصطفى أحمد الزرقا. شرح القانون المدني السوري-العقود المسماة-عقد البيع والمقايضة- الطبعة السادسة. دمشق، 1956م، فقرة 142، ص158

(2) : نادية بن رمضان. مفهوم ضمان الاستحقاق. ص8

ودرصف الطاجيني. ضمان الاستحقاق الجزئي -مذكرة ماجستير في القانون الخاص- جامعة تونس: كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2005-2006م، ص4

(3) : أنظر: وهبة الزحيلي. العقود المسماة. ص69

(4) : الخرشبي. شرح مختصر خليل. ج6، ص150-151

(5) : أنظر: وهبة الزحيلي. المرجع نفسه. ص69

الفرع الرابع : تعريف التعرض والاستحقاق في القانون :

تعرِّض شُرَّاح القانون المدني لفكرة الاستحقاق وتعريفه في دعوى الاستحقاق وفي ضمان استحقاق المبيع. فعرفه بعضهم بأنه: (نزع ملكية المبيع كله أو بعضه من تحت يد المشتري بحكم قضائي).⁽¹⁾

وعرفه آخرون بأنه فقدان المشتري حقا من الحقوق التي له على المبيع بحكم قضائي بمعنى أنه لا بد من دعوى تُرفع، ويُصدر فيها حكم على المشتري للقول بأن هناك استحقاقا، وهذه الدعوى قد يرفعها المالك الحقيقي إذا كان المشتري قد اشترى من غير المالك، ولا يقع الاستحقاق فعلا إلا إذا خرجت العين من يد المشتري أو اضطر في سبيل استبقائها تحت يده إلى دفع قيمتها بعد رفع الدعوى عليه.

الفرع الخامس : تعريف ضمان الاستحقاق :

ومفاده أن يضمن البائع للمشتري كل ما يتعرِّض له المبيع من حق يثبت للغير فيه، كأن يبيع شخص ملك غيره⁽²⁾، أو يظهر وجود حق ارتفاق لغير البائع على العقار المبيع، وهو ما يسمى بالحق العيني، أو يظهر وجود حق المستأجر على المبيع، وهو ما يسمى بالحق الشخصي. وبه يظهر أن التعرض من الغير للمبيع إما أن يقع على الملكية فيثبت ذلك الغير ملكيته للمبيع، ويقضي القاضي له به، سواء كان المبيع عقارا أو منقولا، وإما أن يقع على ما دون الملكية من حق عيني كحق الارتفاق أو حق شخصي كحق المستأجر.⁽³⁾

كما قد يقع التعرض من البائع شخصيا كأن يبيع المعقود عليه لآخر⁽⁴⁾ أو كأن يستند البائع إلى حق على المبيع في مواجهة المشتري، مثال ذلك البائع الذي يسلم المبيع للمشتري، ويستغل عدم قيام الأخير بالتسجيل ويطلب باسترداد المبيع استنادا إلى أن ملكية العقار لازالت له هنا يدفع المشتري هذه الدعوى بالضمان⁽⁵⁾، ولا يسقط حقه في ذلك بدعوى عدم التسجيل.

(1) : أنظر: درصاف الطاجيني. ضمان الاستحقاق الجزئي. ص5

(2) : يعتبر بيع ملك الغير من الصور الأكثر شيوعا في وقتنا الراهن والتي تطرح مسألة ضمان الاستحقاق بكثرة.

أنظر: درصاف الطاجيني. المرجع نفسه. ص8

(3) : وهبة الزحيلي. العقود المسماة. ص68-69

(4) : أنظر: السنهوري. الوسيط - البيع - ج4، ص635

(5) : أنظر: السنهوري. المرجع نفسه. ص636 بالهامش 1

وضمن التعرض والاستحقاق تناولته المادة 371 من القانون المدني الجزائري ونصها: (يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه، سواء كان التعرض من فعله أو من فعل الغير يكون له وقت البيع حق على المبيع يعارض به المشتري، ويكون البائع مطالباً بالضمان ولو كان حق ذلك الغير قد ثبت بعد البيع، وقد آل إليه هذا الحق من البائع نفسه).

وأساس الضمان ينطلق من القاعدة التي تقول أنه: (لا يستطيع التعرض من وجب عليه الضمان)، وهذه القاعدة مطابقة للمنطق لأن من يجب عليه الدفاع يجب عليه الامتناع عن الهجوم، وهي مطابقة أيضاً للآداب، لأنه يوجد تدليس في فعل الذي يطالب بشيء يجب عليه إرجاعه بعدئذ⁽¹⁾، وهي أيضاً مطابقة للمقولة المعروفة: "الضامن لا يستحق" أو "المطلوب بالضمان لا يرتكب الحرمان"⁽²⁾.

وهي قاعدة تظهر بصفة خاصة في الدفع الأصلي الذي تتيحه للمشتري لردّ دعوى البائع عليه والمسمى "الدفع بالضمان"، وهو من جزاءات ضمان الفعل الشخصي التي تحوم كلها حول إزالة تعرض البائع أو إلزامه بالتعويض عند التعذر⁽³⁾.

والتعرض الصادر من البائع شخصي، فإنه يضمنه سواء كان مادياً⁽⁴⁾، أو قانونياً، في حين لا يضمن التعرض الصادر من الغير إلا إذا كان قانونياً⁽⁵⁾، وأن يكون الحق الذي يدّعيه الغير موجوداً قبل البيع لا بعده، وأن لا يكون سبب التعرض راجعاً إلى المشتري⁽⁶⁾، وأن لا يكون البائع قد صرح للمشتري بكافة التكاليف والحقوق المترتبة على الشيء المبيع⁽⁷⁾.

(1) : لحسين بن الشيخ آث ملويا. المنتقى في عقد البيع. ص 382

(2) : درصاف الطاجيني. ضمان الاستحقاق الجزئي. ص 9

(3) : السنهوري. الوسيط - البيع - ج 4، ص 636-637

(4) : يتمثل التعرض المادي في قيام البائع بأعمال مادية لا تستند إلى سبب قانوني، ويكون من شأنها أن تحول دون الانتفاع بالمبيع، كقيام بائع المحل التجاري بفتح محل مشابه في نفس المكان بهدف اجتذاب عملاء المحل المبيع.

أنظر: محمد حسين منصور. أحكام البيع. ص 212، ومحمد عبد الله أبو هزيم. الضمان في عقد البيع. ص 53

(5) : أنظر: لحسين بن الشيخ آث ملويا. المرجع نفسه. ص 380

(6) : من أمثلة أن يكون سبب التعرض راجعاً إلى المشتري استمراره في الدعوى المرفوعة عليه من الغير باسمه الشخصي، وعلى الرغم من تنبيه المحكمة أنه إذا استمر يعرض نفسه إلى ضياع حقه، فإذا فضل برغم التنبيه أن يدافع مباشرة في الدعوى فقد كل حقه في الرجوع على البائع.

أنظر: محمد عبد الله أبو هزيم. المرجع نفسه. ص 82

(7) : أكثر تفصيلاً أنظر: محمد عبد الله أبو هزيم. المرجع نفسه. ص 75 وما بعدها

الفرع السادس : أنواع الاستحقاق : نوعان :

النوع الأول: الاستحقاق الكلي:

ويقصد به نزع كل المبيع من تحت يد المشتري أي حرمانه من كل مزايا المبيع لثبوت حق الغير عليه، كما لو ظهر بأنه مملوك الغير وحُكِمَ له به، أو نَقَذَ الدائن المرتهن على العقار المبيع تحت يد المشتري وحصل على كل الثمن وفاء لدينه.⁽¹⁾

أبرز كتاب القوانين الفقهية مفهوم الاستحقاق وآثاره في ما نصه: (أن يكون شيء بيد شخص ثم يظهر أنه حق شخص آخر مما تثبت به الحقوق شرعا من اعتراف أو شاهدين أو شاهد ويمين، أو غير ذلك فيقضي له به، ولا يخلو أن يكون المستحق من يده قد صار له ذلك الشيء بغصب أو شبهة ملك كالشراء والإرث وغير ذلك... فالمستحق بالخيار بين أن يأخذه بعينه أو يميز البيع وترك السلعة في يد المشتري فيتبع البائع بالثمن).⁽²⁾

جاء في المادة 397 من مرشد الحيران: (البائع ضامن للمبيع بثمنه عند استحقاقه للغير، ولو لم يشترط الضمان في العقد).⁽³⁾

وهذا الضمان متفق عليه عند فقهاء الحنفية⁽⁴⁾ والمالكية⁽⁵⁾ والشافعية⁽⁶⁾ والحنابلة.⁽⁷⁾

وأما في القانون فهو يتفق مع الفقه الإسلامي في الحق في فسخ العقد وإبطاله واسترداد الثمن ويفترق عنه في أن القانون يوجب على البائع إضافة إلى استرداد الثمن التعويض عما لحق المشتري من خسارة وما فاتته من كسب.⁽⁸⁾

(1) : محمد حسين منصور. أحكام البيع. ص245، ومحمد عبد الله أبو هزيم. الضمان في عقد البيع. ص104

ومحمد فوزي فيض الله. نظرية الضمان في الفقه الإسلامي. ص111، ونادية بن رمضان. مفهوم ضمان الاستحقاق. ص71

(2) : ابن جزيء. القوانين الفقهية. ص219

(3) : محمد قدرى باشا. مرشد الحيران. ص63

(4) : أنظر: ابن عابدين. رد المحتار. ج5، ص191

(5) : الخطّاب. مواهب الجليل. ج5، ص295، والدسوقي. الحاشية. ج3، ص470

(6) : الشريبي. مغني المحتاج. ج3، ص273

(7) : البهوتي. كشف القناع. ج3، ص369

(8) : أنظر: السنهوري. الوسيط - البيع - ج4، ص673، ومحمد نجدات الحمد. ضمان العقد في الفقه الإسلامي. ص158 و

164، ولحسين بن الشيخ آث ملويا. المنتقى في عقد البيع. ص389-390، ومحمد عبد الله أبو هزيم. المرجع نفسه. ص104

وما بعدها

النوع الثاني: الاستحقاق الجزئي:

ويقصد به ظهور أن جزءا (مفرزا أو شائعا) من العين المبيعة مملوكا للغير، أو إذا تبين أن المبيع مُثقل بحق رهن أو اختصاص أو امتياز، أو إذا ظهر تكليف على المبيع كحق انتفاع أو استعمال أو حكر أو ارتفاق غير ظاهر، ولم يبين عنه البائع للمشتري.⁽¹⁾

ويفرق القانون المدني بين نوعين من الاستحقاق الجزئي:

أولا: - الاستحقاق الجزئي الجسيم (المؤثر):

أي يكون الجزء المستحق أو التكاليف التي تثقله من الجسامة بحيث لو علم بها المشتري عند التعاقد لما أتم العقد، لأن المبيع يصبح غير كاف للغرض الذي يرمي إليه المشتري عند إبرام العقد⁽²⁾، العقد⁽²⁾، مثال ذلك شراء المشتري قطعة أرض بقصد أن يبني عليها مشروعا تجاريا، فترتب على استحقاق جزء من الأرض عدم صلاحية ما تبقى منها للوفاء بالغرض الذي تم شراؤها من أجله⁽³⁾، أو شراء شقة للسكنى فيها ثم يتبين أنها مؤجرة بعقد نافذ في مواجهة المشتري، ويقدر قاضي الموضوع جسامة الخسارة بمعيار ذاتي ينظر فيه إلى قصد المشتري في كل حالة على حدى.⁽⁴⁾ فإذا كانت الخسارة جسيمة كان المشتري بالخيار بين أمرين:

- 1- إما رد المبيع أو ما تبقى منه للبائع ويرجع عليه بكل عناصر التعويض المبيّنة في حالة الاستحقاق الكلي، ويلتزم المشتري بأن يردّ للبائع ما أفاده من المبيع من ريع وثمار وغير ذلك.
- 2- وإما أن يحتفظ المشتري بالمبيع ويكتفي بالمطالبة بالتعويض عما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب بسبب الاستحقاق الجزئي⁽⁵⁾ وهو ما يتوافق مع نص المادة 376 من القانون المدني الجزائري.

(1) : محمد حسين منصور. أحكام البيع. ص 251

(2) : حسين بن الشيخ آث ملويا. المنتقى في عقد البيع. ص 425، ومحمد عبد الله أبو هزيم. الضمان في عقد البيع. ص 119

(3) : أنظر: محمد عبد الله أبو هزيم. المرجع نفسه. ص 121

(4) : محمد حسين منصور. المرجع نفسه. ص 251

(5) : السنهوري. الوسيط - البيع - ج 4، ص 689، ومحمد حسين منصور. المرجع نفسه. ص 251

ولحسين بن الشيخ آث ملويا. المرجع نفسه. ص 426-427

ثانيا : - الاستحقاق الجزئي غير الجسيم (غير المؤثر):

حيث تكون الخسارة الناجمة غير جسيمة، ولا يكون أمام المشتري سوى المطالبة بالتعويض عما أصابه من أضرار بسبب ذلك الاستحقاق.⁽¹⁾

وأما في الفقه الإسلامي فإنه في حال استحقاق بعض المبيع تفرّق الصفقة⁽²⁾ على المشتري، فإن شاء احتفظ بباقي المبيع، وإن شاء فسخ العقد فيه وردّه للبائع، إلا إذا كان استحقاق البعض قد وقع بعد قبض المشتري جميع المبيع، ولم تضرّ المبيع التجزئة فلا يثبت للمشتري حينئذ خيار تفرّق الصفقة باستحقاق البعض، بل يلتزم بالباقي بحصّته من الثمن.⁽³⁾

وعند المالكية أنه استحق أقل الشيء (جزء منه) يرجع المستحق على المشتري بقيمة ما استحق في يده، وليس له أن يرجع بالجميع.⁽⁴⁾

وعند الشافعية إذا استحق المبيع ففيه خيار تفرّق الصفقة، والأظهر من القولين عندهم في تفريق الصفقة تجزئة البيع، وإعطاء كل جزء من المبيع حكمه، فيصحّ البيع فيما يأخذه المشتري، ويبطل في المستحق ويرجع المشتري على البائع بحصّة المستحق من الثمن.⁽⁵⁾

وعند الحنابلة استحقاق كل المبيع أو بعضه يوجب رجوع المشتري على البائع بالثمن، وبما غرمه من أجل بناء أو غرس في أرض، لأن البائع غرّ المشتري ببيعه الأرض مثلا وأوهمه أنها ملكه لكن لا يرجع بما أنفق على الحيوان ولا بخراج الأرض، لأن المشتري التزم ضمان النفقة باعتبار أن عقد البيع يقتضي النفقة على المبيع ودفع خراجها، والمستحق الأرض قلع الغراس والبناء.⁽⁶⁾

(1) : أنظر: السنهوري. الوسيط - البيع - ج 4، ص 689

(2) : تفرّق الصفقة معناه تجزئة العقد ويكون ذلك في عقود المعاوضات المالية عندما يحدث ما يستوجب هذه التجزئة، كما لو اشترى شخص شيئا فهلك بعضه في يد البائع قبل التسليم، فالبيع في هذه الحال يبطل حتما في حق الجزء المالك من البيع لفقدان محل العقد إذ لا عقد بلا محل وهكذا تفرّق الصفقة على المشتري، لأنه اشترى الكل، فلم يتحقق له إلا بعضه، فيضطر أن يتمّ مطلوبه بصفقة أخرى ربما لا تبيسر له أو تكلفه ثمنا أكثر، ففي هذه الحال يمنح المشتري خيارا في أخذ الباقي بحصّته من الثمن أو إبطال العقد.

أنظر: مصطفى أحمد الزرقا. المدخل الفقهي العام. ج 1، ص 409، فقرة 192

(3) : أنظر: وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج 5، ص 352

(4) : أنظر: ابن رشد. بداية المجتهد. ج 4، ص 110

(5) : أنظر: الشيرازي. المهذب. ج 2، ص 25

(6) : أنظر: البهوتي. كشف القناع. ج 4، ص 103

وأما مسألة تعويض المشتري عن الخسارة التي قد تلحق به بسبب الاستحقاق وما فاتته من كسب فإن الفقهاء لا يقولون بالتعويض عن هذه الأشياء، فالتعويض عندهم لا يكون إلا عن خسارة مادية تقدر بمال، أما هذه الأشياء فليست أموالاً.⁽¹⁾

يقول الدكتور وهبة الزحيلي - رحمه الله -: (ولا نجد عند فقهاءنا تصريحاً بالتعويض عن الخسارة التي قد تلحق المشتري بسبب الاستحقاق ونحوه، وإنما يتحمل هو الغرم كما يكون له الغلة والغنم وهذا مخالف لما عليه القانون المدني الذي يجيز للقاضي الحكم للمشتري بما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب بسبب استحقاق المبيع).⁽²⁾

لكن فضيلة الشيخ مصطفى أحمد الزرقا فيرى أن قواعد الفقه الإسلامي تقبل تضمين الأضرار المالية المحققة التي تصيب المشتري من جراء الاستحقاق (كنفقات المحاكمة) في وقتنا الحاضر، وغيرها من النفقات التي تحملها المشتري أو صرفها على المبيع بحسن نية والتي تدخل في نظرية الضمان الشرعية، وهذا ما صرح به الحنابلة إذا بنى المشتري على الأرض ثم ظهر مستحق للأرض فأخذها ونقض البناء فالأنقاض للمشتري لأنها أعيان مالية ويرجع بالثمن على البائع أو كفيله، ويرجع بقيمة التالف على البائع لأنه غره.⁽³⁾

بقي القول أن ضمان التعرض والاستحقاق لا يقتصر على عقد البيع بل يشمل كل عقد ناقل للملكية، فيشمل المقايضة والشركة والصلح والقسمة والإيجار وبصورة أضيق التبرعات كالهبة، وكان من الممكن عرضه كنظرية عامة في العقد والالتزامات، ولكن يغلب وقوعه في البيع، فعرض القانون قواعده العامة في عقد البيع وأحال إليها في بقية العقود مع الإشارة إلى الفوارق والخصوصيات التي تختص بها عن القواعد العامة⁽⁴⁾ كما سنرى في المباحث اللاحقة إن شاء الله.

(1) : أنظر: ابن جزوي. القوانين الفقهية. ص 219-220، وهبة الزحيلي. نظرية الضمان. ص 237

(2) : وهبة الزحيلي. المرجع نفسه. ص 237

(3) : أنظر: الموسوعة الفقهية الكويتية. ج 3، ص 225

(4) : أنظر: محمد نجات محمد. ضمان العقد في الفقه الإسلامي. ص 167-168، ونادية بن رمضان. مفهوم ضمان

الاستحقاق. ص 3

المبحث الثاني : عقود الأمانات والضمان فيها

المطلب الأول : التعريف بعقود الأمانات والضمان فيها بوجه عام

عقود الأمانات هي العقود التي يكون المال المقبوض في تنفيذها أمانة في يد قابضه لحساب صاحبه فلا يُسأل عما يصيبها من تغيرٍ إلا إذا تعدى عليها، أو قصر وتهاون في حفظها، أين تتحوّل اليد فيها من يد أمانة إلى يد ضمان.⁽¹⁾

ويد الأمانة كما يعرفها الشيخ علي الخفيف هي: (ما كان عن ولاية شرعية، ولم يدل الدليل على ضمان صاحبها).⁽²⁾

ومن خلال ما تقدّم يظهر الفرق بين يد الأمانة وعقد الأمانة حيث أن الأول أعم وأشمل، حيث يندرج تحتها يد الملتقط والوالي أو القاضي على مال اليتيم أو المحجور عليه، وهذه التي عبّر عنها في التعريف بما كانت عن ولاية شرعية، أما عقد الأمانة فإنه يكون بولاية نيايية بإذن المالك.⁽³⁾

وعقود الأمانة: هي الوديعة والإعارة والشركة والمضاربة والمساقاة والمزارعة والوصاية، والتي

ستعرض لها ببعض من البيان والتفصيل فيما يأتي:

الفرع الأول : عقد الوديعة والضمان فيها :

أولاً : تعريفها :

أ- لغة :

أصل الوديعة في اللغة من قولهم ودّعت الشيء أي تركته، فالأصل ودّع، فالواو والذال والعين

أصل واحد يدل على الترك والتخلية.⁽⁴⁾

(1) : إباد عبد الحميد نمر. التغيرات الحادثة على محل عقد البيع وأثرها على الالتزام. ص44

(2) : أنظر: الشيخ علي الخفيف. الضمان في الفقه الإسلامي. الطبعة [د.ط] القاهرة: دار الفكر العربي، 2000م، ص78

(3) : أنظر: منصور عيسى مشرف الحجازات. أحكام الضمان في عقود الأمانات - أطروحة ماجستير - جامعة آل البيت،

قسم الفقه وأصوله، 2006م، ص26

(4) : ابن فارس. معجم مقاييس اللغة. ج6، ص96، والفيومي. المصباح المنير. ج2، ص653

ومنه قوله ﷺ : «لَيَنْتَهِيَنَّ أَقْوَامٌ عَنْ وَدْعِهِمُ الْجُمُعَاتِ، أَوْ لَيَخْتِمَنَّ اللَّهُ عَلَى قُلُوبِهِمْ، ثُمَّ لَيَكُونَنَّ مِنَ الْغَافِلِينَ».(1)

وتأتي بمعنى سكن واستقر⁽²⁾، فالوديعة فَعِيلَةٌ بمعنى اسم مفعول، فهي متروكة عند المودع عنده ويُخْلِى بينه وبينها كما أنها مستقرّة وساكنة عنده.

ب- شرعا :

وهي كما يقول الفقهاء استنابة في حفظ المال، أي توكيل بحفظه، فمن جاز له أن يوكل جاز له أن يودع، ومن جاز له أن يتوكل جاز له أن يقبل الوديعة.⁽³⁾ فهي نوع من التوكيل على حفظ المال.

ج- قانونا :

عرفتها المادة 590 من القانون المدني الجزائري بأنها: (عقد يُسَلَّمُ بمقتضاه المودع شيئا منقولاً إلى المودع لديه على أن يحافظ عليه لمدة وعلى أن يرده عينا).

ومن خلال هذا التعريف يتضح:

- أن القانون يطلق الوديعة على أي شيء يمكن إيداعه ولا يقصرها على المال.

- القانون يحصر الوديعة في المنقول دون العقار.

وعقد الإيداع يتميز عن بقية عقود الأمانة بأن موضوعه ومقصده المباشر هو الائتمان على

الحفظ، أما العقود الأخرى فموضوعها ليس مجرد الائتمان، وإنما هو تابع للمقصد الأصلي منها كالانتفاع والاستعمال والتصرف ونحو ذلك.⁽⁴⁾

(1) : صحيح مسلم. كتاب الجمعة، باب التغليظ في ترك الجمعة، الحديث رقم 865، ج 1، ص 384

وشرح النووي على مسلم. الحديث رقم 865، ج 6، ص 152-153

(2) : أنظر: الرازي. مختار الصحاح. ص 335، والمعجم الوسيط. ج 2، ص 1021

(3) : أنظر: الخرشبي. شرح مختصر خليل. ج 6، ص 108

(4) : وهبة الزحيلي. نظرية الضمان. ص 156

ثانيا : الضمان في عقد الوديعة :

تعتبر الوديعة من عقود الأمانة، وهي أمانة في يد المودع (أو الوديع) فهو أمين غير ضامن لما يصيب الوديعة من تلف جزئي أو كلي إلا أن يحدث التلف بتعديده أو تقصيره أو إهماله، وهذا الحكم متفق عليه بين الفقهاء ويشهد له ما روي عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «ليس على المستعير غير المغلّ ضمان ولا على المستودع غير المغلّ ضمان».⁽¹⁾

والمغلّ هو الخائن في المغنم وغيره.⁽²⁾

وما روي أيضا عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «من أودع وديعة فلا ضمان عليه».⁽³⁾

ومن أسباب الضمان في الوديعة التعدي أو التقصير أو الإهمال وقد تقدّم الحديث عنها في

أسباب الضمان

الفرع الثاني : عقد الوكالة والضمان فيها :

أولا : تعريفها :

أ- لغة :

الوكالة بالفتح والكسر في اللغة: الحفظ، ومنه الوكيل في أسماء الله تعالى بمعنى الحافظ ومنه التوكّل، يقال على الله توكلنا، أي فوّضنا أمورنا، والتوكيل تفويض التصرف إلى الغير، وسمّي الوكيل وكيلا، لأن موكله قد فوّض إليه القيام بأمره، فهو موكل إليه الأمر.⁽⁴⁾

(1) : الحديث مروى من طريق عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وضعّفه الدارقطني وقال: إنما يروى هذا من قول شريح

أنظر: ابن حجر. الدراية في تخريج أحاديث الهداية. الحديث 848، ج2، ص181

والبيهقي. السنن الكبرى. الحديث رقم 11486، ج6، ص149-150

وعلي بن عمر الدارقطني. السنن. الطبعة الأولى. بيروت: مؤسسة الرسالة، الحديث رقم 2004، ج3، ص456، والحديث

ضعّفه وصحّح وقفه على شريح.

(2) : أنظر: ابن منظور. لسان العرب. ج11، ص499

(3) : سنن ابن ماجة. كتاب الصدقات، باب الوديعة، الحديث رقم 2401، ج4، ص64

إسناده ضعيف وحسنه الألباني

محمد ناصر الدين الألباني. إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل. الحديث رقم 1547، ج5، ص385

(4) : مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد بن محمد بن محمد ابن عبد الكريم الشيباني الجزري بن الأثير. النهاية في غريب

الحديث والأثر. بيروت: المكتبة العلمية، 1399هـ-1979م، ج5، ص221

ب- شرعا :

ويعرفها الحنفية بأنها: (تفويض التصرف والحفظ إلى الوكيل).⁽¹⁾
وعند المالكية: (التفويض في كل أمر يقبل النيابة شرعا).⁽²⁾
ويعرفها الشافعية بأنها: (تفويض شخص ما له فعله مما يقبل النيابة إلى غيره ليفعله في حياته).⁽³⁾
ويعرفها الحنابلة بأنها: (استنابة لجائز التصرف مثله فيما تدخله النيابة).⁽⁴⁾
ومما تقدّم من التعاريف نجد أن الفقهاء اتفقوا على أن الوكالة تفويض التصرف فيما يقبل النيابة شرعا، غير أن الذي نراه أنه من أضبّط التعاريف تعريف الشافعية، لأنه يُخرج من هذا التعريف الإيصاء لأنه متعلّق بما بعد الموت وهذا معنى قولهم في حياته.

ج- قانونا :

عرّفها المادة 571 : (الوكالة أو الإنابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه).

ثانيا : الضمان في عقد الوكالة :

اتفق الفقهاء على أن المقبوض في يد الوكيل يعتبر أمانة بمنزلة الوديعة ونحوها لأن الموكل أقم الوكيل مقام نفسه، وهو لا يلزم ضمان ما بيده فكذلك الوكيل⁽⁵⁾، ولأن الوكالة عقد إرفاق ومعونة وفي تعلّق الضمان بما يخرج عن مقصود الإرفاق والمعونة فيها.

وعليه فلو وكل شخص آخر بأن يبيع له سيارته وبعد أن استلم الوكيل السيارة سرقت منه فلا يضمن الوكيل السيارة ما لم يكن مُفَرطاً في الحفظ لهذه السيارة، وكذلك لو باع الوكيل ما وكلّ ببيعه وقبض الثمن ثم هلك الثمن قبل دفعه للموكل بلا تعدّ أو تفريط، فلا يضمن الوكيل في هذه الحالة إلا أن يكون الموكل قد طلب الثمن، وتأخّر الوكيل عن تسليمه له بلا عذر كما هو الحال في الوديعة، وكذلك يُقبل قول الوكيل بالتلف كما في الوديعة، وعلى ذلك لا يضمن الوكيل ما تلف في يده بلا تعدّ بشرطين:

(1) : الكاساني. بدائع الصنائع. ج6، ص19

(2) : أنظر: أحمد الدردير. الشرح الكبير على حاشية الدسوقي. ج3، ص377

(3) : الشريبي. مغني المحتاج. ج3، ص231

(4) : أنظر: إبن مفلح. المبدع. ج4، ص325

(5) : الكاساني. المرجع نفسه. ج6، ص34، والشيرازي. المهذب. ج2، ص177، وابن قدامة. المغني. ج5، ص74-75

والبهوتي. كشاف القناع. ج3، ص484، والنووي. روضة الطالبين. ج4، ص325

الأول: الالتزام بحدود الوكالة سواء كانت مصرحا بها في العقد أم جرى بها العرف⁽¹⁾ وهو ما يوافق الفقرة الأخيرة من نص المادة 574 من القانون المدني الجزائري والتي جاء فيها: (الوكالة الخاصة لا تحوّل للوكيل إلا القدرة على مباشرة الأمور المحددة فيها، وما تقتضيه هذه الأمور من توابع ضرورية وفقا لطبيعة كل أمر وللعرف الجاري). وتضيف المادة 575 أن الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون أن يجاوز الحدود المرسومة، لكن يسوغ له أن يتجاوز الحدود إذا تعذر عليه إخطار الموكل سلفا وكانت الظروف يغلب معها الظن بأنه ما كان يسع الموكل إلا الموافقة على هذا التصرف، وعلى الوكيل في هذه الحالة أن يخبر الموكل حالا بتجاوزه حدود الوكالة.

الثاني: الالتزام بالقواعد الشرعية في الشيء الموكل عليه فيحفظه مثلما يحفظ ماله، فإن تعدى أو فرط فيه كان ضامنا له.⁽²⁾ وعبرت المادة 576 عنها بأنه: (يجب دائما على الوكيل أن يبذل في تنفيذه للوكالة عناية الرجل العادي).

هذا بوجه عام، غير أن هذا لا يمنع من اتفاق المتعاقدين على عناية تزيد أو تنقص عن عناية الشخص المعتاد، ففي حالة الأجير الخاص⁽³⁾ يكتفى بمطلق الحفظ ولا يضمن ما هلك في يده أو بعمله إلا إذا تعمد الإتلاف، وهذا أقل من عناية الرجل المعتاد والأجير المشترك⁽⁴⁾ كالأجير الخاص عند أبي حنيفة يده يد أمانة.

لكن في رأي الصاحبين وفقهاء المالكية يده يد ضمان، ومعنى ذلك أنه يتطلب عناية تفوق العناية المعتادة، فلا تنتفي مسؤوليته مطلقا إلا إذا كان الهلاك بسبب أجنبي لا يمكن الاحتراز منه كقوة القاهرة مثال من حريق غالب أو غرق غالب أو عدو مكابر.⁽⁵⁾

(1) : أنظر: محمد فوزي فيض الله. نظرية الضمان في الفقه الإسلامي. ص 58

(2) : أنظر: وهبة الزحيلي. نظرية الضمان. ص 246

(3) : وهبة الزحيلي. نظرية الضمان. ص 249

(4) : الأجير المشترك: وهو الذي يعمل لعامة الناس، أو هو الذي يستحق الأجرة بالعمل لا بتسليم النفس كالصانع والصبّغ والقصار ونحوهم.

أنظر: وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج 4، ص 768

(5) : وهبة الزحيلي. نظرية الضمان. ص 249

الفرع الثالث : عقد العارية والضمان فيها :

أولاً : تعريف العارية :

أ- في اللغة :

بتشديد الياء، وقد تخفف، والأول أظهر: ما يستعار فيعار، مأخوذ من التعاور وهو التداول، يقال تعاورته الأيدي وتداولته، أي ما أخذته هذه مرة، وهذه مرة، والعارية بالتشديد بأنها منسوبة إلى العار، لأن طلبها عار وعيب⁽¹⁾ واعتُرضَ عليها بأنه ﷺ فعلها، ولو كانت عارا وعيبا ما فعلها.⁽²⁾

ب- شرعا :

عرّفها الحنفية والمالكية بأنها تمليك المنفعة بغير عوض⁽³⁾ وعند الشافعية والحنابلة هي إباحة المنفعة بلا عوض.⁽⁴⁾

ج- قانونا :

تُعرفها المادة 538 من القانون المدني الجزائري بما يأتي: (عقد يلتزم بمقتضاه المعير أن يسلم المستعير شيئا غير قابل للاستهلاك ليستعمله بلا عوض لمدة معينة أو في غرض معين على أن يرده بعد الاستعمال).

ثانيا : الضمان في عقد العارية :

برز في ذلك ثلاثة آراء:

الرأي الأول: للحنفية وهو أن العارية أمانة في يد المستعير لا تضمن إلا بالتعدي أو التقصير، وشرط ضمائها باطل.⁽⁵⁾

- لحديث: «ليس على المستعير غير المغلّ ضمان»⁽⁶⁾ ومعنى المغلّ الخائن.⁽⁷⁾

(1) : أنظر: ابن منظور. لسان العرب. ج4، ص619

(2) : الشريبي. مغني المحتاج. ج3، ص313

(3) : السرخسي. المبسوط. ج11، ص133، والقرافي. الذخيرة. ج6، ص197، وابن جزوي. القوانين الفقهية. ص245

(4) : أنظر: تكملة محمد نجيب المطيعي على المجموع. ج14، ص199، وعبد الرحمن المقدسي. الشرح الكبير على متن المنقح. ج5، ص354

(5) : أنظر: علاء الدين محمد بن (محمد أمين المعروف بابن عابدين) بن عمر بن عبد العزيز عابدين الحسيني الدمشقي.

قرّة عين الأخيار لتكملة ردّ المختار على الدرّ المختار. بيروت: دار الفكر، ج8، ص523

(6) : سبق نخرجه في ص154

(7) : أنظر: الباري. العناية شرح الهداية. ج9، ص8

- ولأن عقد العارية تمليك للمنفعة، ولا تعرّض فيه للعين، وليس في قبضها تعدّ لأنه مأذون فيه، فانتفى سبب وجوب الضمان⁽¹⁾ قياساً على الوديعة والإجارة.⁽²⁾
- الرأي الثاني:** للشافعية والحنابلة: وهو أن العارية مضمونة في كل الأحوال (تعدّي فيها المستعير أو لم يتعدّ بقيمتها يوم التلف)⁽³⁾ واستدلوا:
- بحديث صفوان بن أمية⁽⁴⁾ أن النبي ﷺ استعار منه دروعاً يوم حنين فقال: «أغضب يا محمد؟ قال: «بل عارية مضمونة».⁽⁵⁾
- وبما روى الحسن بن سمرّة⁽⁶⁾ عن النبي ﷺ أنه قال: «على اليد ما أخذت حتى تؤدّيه».⁽⁷⁾
- ووجه الاستدلال من الحديث السابق أنه يجب على الإنسان ردّ ما أخذته يده من مال غيره سواء كان ذلك بإعارة أو إجارة وهو ما يفيد الضمان، لأن العارية إذا كانت على المستعير حتى يردها فهو ضامن لها.⁽⁸⁾

(1) : أنظر: السرخسي. المبسوط. ج11، ص135

(2) : أنظر: السرخسي. المرجع نفسه. ص135، والموسوعة الفقهية الكويتية. ج20، ص248

(3) : أنظر: الشيرازي. المهذب. ج2. ص189، وابن قدامة. المغني. ج5. ص164

(4) : هو صفوان بن أمية بن خلف بن وهب بن حذافة بن جمح القرشي الجمحي، أمه صفية بنت معمر، يكنى أبا وهب وقيل أبا أمية وكان من المؤلفات قلوبهم وأقام بمكة وكان أحد أشرف قريش في الجاهلية ومن أفصحها لساناً، توفي بمكة سنة 42هـ في أول خلافة معاوية.

أنظر: ابن عبد البر. الاستيعاب في معرفة الأصحاب. ج2، ص718 وما بعدها، وابن الأثير. أسد الغابة في معرفة الصحابة. ج3، ص24

(5) : سبق تخريجه في ص17

(6) : سمرّة بن جندب هو سمرّة بن جندب بن هلال بن قريش بن مرة بن حزن بن عمرو بن خشين، سكن البصرة وقدمت به أمّه إلى المدينة المنورة بعد موت أبيه، فتزوجها رجل من الأنصار، غزا مع النبي ﷺ أكثر من غزوة، سكن البصرة وكان من فضلائها، وكان زياد يستخلفه عليها إذا سار إلى الكوفة، قال عنه ابن سيرين: (في رسالة سمرّة إلى بنيه علم كثير)، توفي سنة 58هـ.

أنظر: ابن الأثير. المرجع نفسه. ج2، ص554، وابن عبد البر. المرجع نفسه. ج2، ص653 وما بعدها

(7) : سبق تخريجه في ص9 و ص18

(8) : أنظر: الشوكاني. نيل الأوطار. ج5، ص356، وتكملة محمد نجيب المطيعي على المجموع. ج14، ص206

ومحمد محي الدين إبراهيم سليم. أحكام ضمان العارية. الطبعة [د.ط.]. الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية،

- يمنح العقد للمستعير الحق في الانتفاع بالعارية، والمعير يبذل له ذلك على سبيل التبرع دون مقابل، ولم يأذن له في الإتلاف، وعلى ذلك لو تلفت ضمنها المستعير⁽¹⁾ لقوله ﷺ: «الْغُرْمُ بِالْغُنْمِ».⁽²⁾
- وإذا كان التزام المستعير بردّ العارية عند نهاية العقد كأثر من آثاره، فإن المقابل لذلك هو ضمان قيمتها عند تلفها.⁽³⁾
- ومن المعقول بأن المستعير أخذ ملك غيره لنفع نفسه منفردا بنفعه من غير استحقاق، ولا إذن في الإتلاف فكان مضمونا كالغصب والمأخوذ على وجه السّوم.⁽⁴⁾
- وإن اشترط عدم الضمان لم يسقط، لأن كل عقد اقتضى الضمان لم يغيّره الشرط، كالمقبوض ببيع صحيح أو فاسد، ويكون ضمان العين يمثلها إن كانت من ذوات الأمثال فإن لم تكن مثلية ضمنتها بقيمتها يوم تلفها.⁽⁵⁾
- واستثنى الشافعية حالة الاستعمال المأذون فيه فإنها لا تضمن وذلك كما لو تقرّح ظهر الدابة من ثقل حمل مأذون فيه، أو تلفت السيارة منه، أو انمحق الثوب باللبس المأذون فيه، فإنه لا يُضمّن لوجود الإذن من المالك.⁽⁶⁾
- الرأي الثالث:** للمالكية الذين ميزوا بين ما يغاب وما لا يغاب، فإن كان المقبوض مما لا يغاب (لا يمكن إخفاؤه) على المستعير وهو العقار والحيوان لم يضمّنه، وإن كان مما يغاب عليه (يمكن إخفاؤه) كالعروض من ثياب وحليّ فإنه ضامن له إلا أن تقوم بينة على التلف من غير تعدّد منه ولا تضييع.⁽⁷⁾
- ودليلهم على ذلك الجمع والتوفيق بين الحديثين أولهما أنه ﷺ قال لصفوان بن أمية في الحديث السابق: «بل عارية مضمونة» وثانيهما حديث «ليس على المستعير غير المغلّ ضمان».

(1) : ابن قدامة. المغني. ج 5. ص 164

(2) : سبق تخريجه في ص 154

(3) : أنظر: البهوتي. كشاف القناع. ج 4، ص 70

(4) : المقبوض على سوم الشراء: هو أن يقبض المساوم المبيع بعد معرفة الثمن وبعد الشراء

أنظر: الموسوعة الفقهية الكويتية. ج 28، ص 243

(5) : ابن قدامة. المرجع نفسه. ج 5، ص 164-165

(6) : ابن قدامة. المرجع نفسه. ج 5، ص 165

(7) : أنظر: ابن رشد. بداية المجتهد. ج 4، ص 98، والقراي. الذخيرة. ج 6، ص 203

والرأي الذي يمكن أن نميل إليه هو أن الضمان لا يقع إلا بالتعدّي أو التفريط⁽¹⁾، أو اشتراط المعير الضمان على المستعير في العقد انطلاقاً من أن يد المستعير في الأصل يد أمانة ولا تتحوّل إلى يد ضمان إلا بالأسباب التي يتغيّر بها حال الوديعة منها:

- 1- التضييع والإتلاف.

- 2- ترك الحفظ في استعمال العارية أو إيجارها.

- 3- استعمال العين المعارة استعمالاً غير مشروط أو غير مألوف عادة.

- 4- المخالفة في كيفية الحفظ، مثل أن يأمره ألا يغفل عنها فغفل فيضمن.

- 5- الامتناع من الردّ بعد الطلب سواء أكان قبل مضيّ المدّة أو بعدها.

وهذا ما يمكن أن نستقرئه من خلال نصوص القانون:

فالمادة 542 من القانون المدني الجزائري تنصّ على أنه: (ليس للمستعير أن يستعمل الشيء المعار إلا على الوجه المعين وبالقدر المحدّد، وذلك طبقاً لما يبيّنه العقد أو تقتضيه طبيعة الشيء أو يجري به العرف، ولا يجوز له دون إذن المعير أن يتنازل عن الاستعمال للغير ولو تبرّعاً.

ولا يكون مسؤولاً عمّا يلحق الشيء من تغيير أو تلف يسببه الاستعمال الذي تُبيحه العارية).⁽²⁾

وأما المادة 544 من القانون المدني الجزائري فتتنصّ: (على المستعير أن يبذل في المحافظة على الشيء العناية التي يبذلها في المحافظة على ماله بشرط أن لا يكون اهتمامه به أدنى من عناية الرجل المعتاد.

وفي كل حال يكون ضامناً لهلاك الشيء إذا نشأ الهلاك عن حادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو كان في وسعه أن يتحاشاه باستعمال شيء من ملكه الخاص، أو كان بين أن ينقذ شيئاً مملوكاً له أو الشيء المعار فاختار أن ينقذ ما يملكه).⁽³⁾

(1) : أنظر: الكاساني. بدائع الصنائع. ج6، ص218

(2) : المادة 542 من القانون المدني الجزائري تقابلها المادة 639 من القانون المصري والمادة 605 من القانون السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 84 بتاريخ 18/05/1949.

(3) : المادة 544 من القانون المدني الجزائري تقابلها المادة 641 من القانون المصري والمادة 607 من القانون السوري.

الفرع الرابع : عقد الشركة والضمان فيها :

أولاً : تعريف الشركة :

أ- في اللغة :

الشَّرْكََة بكسر الشين وسكون الراء أو الشَّرِكَة بالفتح والكسر مأخوذة من الفعل شَرَكَ، يقال شَرَكَ الرجلُ الرجلَ في البيع والميراث يَشْرِكُ، أي خلط نصيبه بنصيبه، فهي إذا بمعنى الاختلاط والمخالطة.⁽¹⁾

ب- شرعا :

ثبوت الحق في شيء لاثنين فأكثر على جهة الشيوع.⁽²⁾

وفي تعريف آخر عرفها الحنفية بأنها: (عبارة عن عقد بين المتشاركين في رأس المال والربح).⁽³⁾

ج- قانونا :

وتعرفها المادة 416 من القانون المدني الجزائري فيما يأتي: (الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيان أو اعتباريان أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة من عمل أو مال أو نقد، بهدف اقتسام الربح الذي قد ينتج أو تحقيق اقتصاد أو بلوغ هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة.

كما يتحملون الخسائر التي قد تنجرّ عن ذلك).⁽⁴⁾

(1) : أنظر: ابن منظور. لسان العرب. ج 10، ص 448، والمعجم الوسيط. ص 480

(2) : أنظر: الشريبي. مغني المحتاج. ج 3، ص 221، وابن نجيم. البحر الرائق. ج 5، ص 179-180

وابن رشد. المقدمات الممهّدة. ج 3، ص 33

(3) : الحصكفي. الدر المختار شرح تنوير الأبصار. ج 4، ص 299

(4) : المادة 416 من القانون المدني الجزائري تقابلها المادة 505 من القانون المصري.

ثانيا : - أنواعها :

نوعان شركة أملاك وشركة عقود.

أ- شركة الأملاك: وهي اجتماع في استحقاق كثبوت الملك في عقار أو منفعة لاثنين فأكثر وهي نوعان، نوع يثبت بفعل الشريكين ونوع يثبت بغير فعلهما، أما الذي يثبت بفعلهما فنحو أن يشتريا شيئا أو يوهب لهما أو يوصى لهما، أو يتصدَّق عليهما فيقبلا، فيصير المشتري والموهوب والموصى به والمتصدَّق به مشتركا بينهما شركة ملك، وأما الذي يثبت بغير فعلهما فالميراث بأن ورثا شيئا فيكون الموروث مشتركا بينهما شركة ملك.⁽¹⁾

ب- شركة عقود: وهي العقد الواقع بين اثنين فأكثر للاشتراك في مال وربحه. ومن أهم أنواعها:
الأول: شركة العنان: وهي أن يشترك اثنان في مال لهما على أن يتجرا فيه والربح بينهما⁽²⁾ وكذا الخسارة، وهي جائزة بإجماع المسلمين لا خلاف في جوازها.⁽³⁾

الثاني: شركة المفاوضة: وهي أن يشترك اثنان في كل ما يثبت لهما وعليهما ومنها:

1- شركة الأبدان: وهي أن يتفق اثنان أو أكثر من أصحاب الصنائع على أن يتقبَّلوا الأعمال ويكون الكسب بينهم⁽⁴⁾، وتسمى شركة التقبُّل أو الصنائع⁽⁵⁾ وهي جائزة عند جمهور العلماء⁽⁶⁾ خلافا للشافعية الذين يرون عدم جوازها.⁽⁷⁾

2- شركة الوجوه: وهي أن يتعاقد اثنان فأكثر على أن يشتروا سلعا نسيئة بجاههما، ثم يبيعونها ويقسمون الربح بينهم⁽⁸⁾ وهي جائزة عند الحنفية والحنابلة⁽⁹⁾ خلافا للمالكية والشافعية.⁽¹⁰⁾

(1) : أبو محمد غانم محمد البغدادي. مجمع الضمانات. ص284

(2) : أنظر: الشريبي. مغني المحتاج. ج3، ص223، والبهوتي. كشف القناع. ج3، ص496-497

(3) : ابن مفلح. المبدع. ج4، ص356

(4) : أنظر: المرغيناني. الهداية. ج3، ص11

(5) : أنظر: المرغيناني. المرجع نفسه. ص11

(6) : أنظر: المرغيناني. المرجع نفسه. ص11، والدردير. الشرح الكبير. ج3، ص361، وابن مفلح. المرجع نفسه. ج4، ص356

(7) : أنظر: الشريبي. المرجع نفسه. ج3، ص222-223

(8) : أنظر: ابن قدامة. المغني. ج5، ص11، والسمرقندي. تحفة الفقهاء. ج3، ص10-11

(9) : أنظر: السمرقندي. المرجع نفسه. ص11، وابن قدامة. المرجع نفسه. ص11

(10) : أنظر: الشريبي. المرجع نفسه. ص223، والقراي. الذخيرة. ج8، ص22، وابن رشد. المقدمات الممهّدة. ج3،

ثالثا : الضمان في عقد الشركة :

شركة الأملاك يعتبر فيها كل واحد من الشركاء كأنه أجنبي في حق صاحبه فلا يجوز له التصرف فيه بغير إذنه فإن فعل ضمن، وأما شركة العقود فاتفق الفقهاء على أن يد الشريك في المال يد أمانة⁽¹⁾ كالوديعة والوكالة، لأن الشريك قبض المال بإذن صاحبه لا على وجه المبادلة كالمقبوض على سؤم الشراء، ولا على وجه الوثيقة كالرهن⁽²⁾ فإن قصر في شيء أو تعدى فهو ضامن. وإذا هلك المال في يد الشريك من غير تفريط لم يضمن مثله أو قيمته، لأنه نائب عن شريكه في الحفظ والتصرف، فكان الهالك في يده كالهالك في يد شريكه، وإذا هلك مال الشركة أو أحد المالكين قبل شراء شيء لحساب الشركة بطلت الشركة.⁽³⁾ ويقبل قول الشريك بيمينه في مقدار الربح والخسارة⁽⁴⁾ وضياع بعض المال أو كله ولو في غير حال التجارة، ويضمن بالتعدي أو بالتقصير فقط كما هو المقرر في سائر الأمانات.⁽⁵⁾ كما على الشريك أن يمتنع عن أي فعل يضر بالشركة، ويكون مخالفا للغرض الذي أنشئت لتحقيقه وهو ما تؤكده المادة 432 من القانون المدني الجزائري والتي جاء فيها:

(على الشريك أن يمتنع من أي نشاط يلحق ضررا بالشركة أو يعاكس الغاية التي أنشئت لأجلها. وعليه أن يسهر ويحافظ على مصالح الشركة مثلما يفعلها في تدبير مصالحه الخاصة، إلا إذا كان منتدبا بالإدارة مقابل أجر، وفي هذه الحالة يجب أن لا يقل حرصه عن عناية الرجل المعتاد).⁽⁶⁾

(1) : أنظر: الشريبي. مغني المحتاج. ص 229

(2) : أنظر: وهبة الزحيلي. نظرية الضمان. ص 158 ومحمد فوزي فيض الله. نظرية الضمان في الفقه الإسلامي. ص 55

(3) : أنظر: وهبة الزحيلي. المرجع نفسه. ص 159

(4) : المالكية استثنوا ما لو أتى التاجر بسبب للخسارة ينكره عليه التاجر كما لو ادعى الخسارة عن تجاره في سلعة معينة استبعد التاجر الخسارة فيها والغرض في ذلك حفظ أموال الناس وعدم تعرضها للضياع.

أنظر: أبو العباس أحمد بن محمد الخلوئي الشهير بالصاوي. بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير للدردير. الطبعة [د.ط.]. دار المعارف. ج 3، ص 469-470

(5) : أنظر: السرخسي. المبسوط. ج 11، ص 159، والزيلعي. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق. ج 3، ص 320

وابن رشد. بداية المجتهد. ج 4، ص 39

(6) : المادة 432 من القانون المدني الجزائري تقابلها المادة 521 من القانون المدني المصري والمادة 489 من القانون المدني

الفرع الخامس : عقدي المزارعة والمساقاة والضمان فيهما :

أولا : تعريف المزارعة :

أ- لغة :

مشتقة من فعل زرع الحب يزرعه زرعاً وزراعة، بذره والاسم الزرع، وقد غلبت على البرّ والشعير وجمعه زروع. وقيل الزرع نبات كل شيء يُحْرَث، وقيل الزرع طرح البذر، فيُقال الله يزرع الزرع أي ينميه حتى يبلغ غايته، وأيضا: الإنبات فيُقال: زرع الله أي أنبته،⁽¹⁾ وقيل الزرع اسم لما نبت.⁽²⁾

ب- شرعا :

لم يخرج استعمال الفقهاء للمزارعة في الاصطلاح الفقهي عن المعنى اللغوي والمراد بها: (دفع الأرض لمن يزرعها ويعمل عليها والزرع الناتج بينهما).⁽³⁾

ثانيا : تعريف المساقاة :

أ- لغة : مفاعلة من السقي.

ب- شرعا : دفع الإنسان الشجر إلى شخص آخر ليقوم بسقيه وما يحتاج إليه بجزء معلوم له ثمه.⁽⁴⁾

وعقد المساقاة ليس قاصرا على السقي فقط وإنما هناك أعمال أخرى يقوم بها العامل من التلقيح والحراسة وعلف الدواب ونفقة الأجراء... وكل ما يتعلّق بمصلحة الثمر.

والسبب في تخصيص هذا العقد بالمساقاة وذلك أن معظم ما تعلّق به العقد هو السقي فهو معظم عملها، وأصل منفعتها، وأكثرها مؤونة، لذا كان السقي أنفع أعمالها فاشتق منه اسم العقد تغليبا.⁽⁵⁾

(1) : أنظر: إبن منظور. لسان العرب. ج8، ص141، وابن فارس. معجم مقاييس اللغة. ج3، ص50-51

والفيروزآبادي. القاموس المحيط. ص724، والفيومي. المصباح المنير. ج1، ص252

(2) : إبن فارس. المرجع نفسه. ج3، ص51

(3) : أنظر: إبن قدامة. المغني. ج5، ص309، والمرغيناني. الهداية. ج4، ص337

(4) : أنظر: الدسوقي. الحاشية. ج3، ص539، وابن عابدين. الحاشية. ج6، ص227

والشربيني. مغني المحتاج. ج3، ص421، وابن مفلح. المبدع. ج4، ص390

(5) : أنظر: إبن عابدين. رد المختار على الدر المختار. ج9، ص344، والدسوقي. المرجع نفسه. ج3، ص539

والشربيني. المرجع نفسه. ج3، ص421، والبهوتي. كشاف القناع. ج3، ص532

والفرق بين المزارعة والمساقاة أن للعامل في كلّ منهما حصّة شائعة من الإنتاج، إلا أن المزارعة تقع على الزرع كالحبوب، والمساقاة تقع على الشجر كالنخيل.⁽¹⁾

ثالثا : الضمان في عقدي المزارعة والمساقاة :

اتفق الفقهاء على أن يد العامل في المزارعة والمساقاة يد أمانة⁽²⁾ لا يضمن إلا عند التعدي أو التقصير.⁽³⁾ فلو قصر كل من العامل في المساقاة والمزارعة فيما يجب عليه من عمل وأدى ذلك إلى هلاك الزرع أو الشجر فإنه يكون ضامنا لما أهلك.

المطلب الثاني : أحكام مسؤولية الأمين في عقود الأمانات

مما تقدّم اتضح أن الأمين في عقود الأمانات يضمن ما تحت يده وتتقرّر مسؤوليته عن هلاكه أو تلفه أو تعيبه إذا تعدّى أو قصر في حفظه والعناية به، وهذا الأمر متفق عليه بين الفقهاء وقد سبق الحديث عنه في الفصل الأول، غير أن هناك حالات أخرى يرى بعض الفقهاء أنها تتقرّر فيها مسؤولية الأمين عمّا تحت يده وهو العرف والمصلحة والتهمة، وتطوّع الأمين بالتزام الضمان بعد العقد، والتي سنتعرض لها من خلال الفروع الآتية:

الفرع الأول : العرف ومدى الضمان به :

أولا : تعريفه :

أ- لغة : العرف كل ما تعرفه النفس من الخير وتطمئن إليه وهي ضدّ التكرّر، والعرف والمعروف الجود.⁽⁴⁾

ب- شرعا : هو ما اعتاده الناس وساروا عليه من كل فعل شاع بينهم أو لفظ تعارفوا إطلاقه على معنى خاص لا تألفه اللغة ولا يتبادر غيره عند سماعه.⁽⁵⁾

(1) : أنظر: الموسوعة الفقهية الكويتية. ج37، ص50

(2) : أنظر: ابن عابدين. الحاشية. ج6، ص283، والدسوقي. الحاشية. ج3، ص546 والشيرازي. المهذب. ج2، ص240، وابن مفلح. المبدع. ج4، ص382

(3) : أنظر: ابن قدامة. المغني. ج5، ص303

(4) : ابن منظور. لسان العرب. ج9، ص239

(5) : أنظر: وهبة الزحيلي. أصول الفقه الإسلامي. ج2، ص828

وعبد الكريم زيدان. الوجيز في أصول الفقه. الطبعة الخامسة، عمان: الدار الإسلامي، 1417هـ، ص252

ثانيا : مدى الضمان بالعرف :

والعرف موجب لتغيير يد الأمانة إلى يد الضمان عند بعض فقهاء الحنفية⁽¹⁾ والمالكية⁽²⁾ لأن:

العرف حجة يلزم العمل به ما لم يخالف نصا شرعيا ومنزلا منزلة الشرط ومن أمثلة ذلك: قول ابن نجيم في الأشباه والنظائر عند شرح قاعدة (المعروف كالمشروط): (وحين تأليف هذا المحل ورد عليّ سؤال فيمن أجر مطبخا لطبخ السكر وفيه فخار، وأذن للمستأجر في استعمالها، فتلف ذلك وقد جرى العرف في المطابخ بضمائها على المستأجر، فأجبت: بأن العرف كالمشروط، فصار كأنه صرح بضمائها، والعارية إذا اشترط فيها الضمان على المستعير تصير مضمونة عندنا في رواية⁽³⁾).

الفرع الثاني : المصلحة ومدى الضمان بها :

أولا : تعريفها :

أ- لغة :

المصلحة من أصلح في عمله أو أمره أتى بما هو صالح ونافع، وأصلح الشيء أزال فساده⁽⁴⁾.

ب- شرعا :

المصلحة عبارة في الأصل عن جلب منفعة أو دفع مضرة، والتي بها يحصل مقصود الشرع، ومقصود الشرع من الخلق خمسة وهو أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم، فكل ما يتضمّن حفظ هذه الأصول فهو مصلحة وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة، ودفعها مصلحة⁽⁵⁾.

(1) : أنظر: السيوطي. الأشباه و النظائر. ص99-100

(2) : أنظر: القرابي. الفروق. ج.3. ص283-284

(3) : ابن نجيم. الأشباه والنظائر. ص85

(4) : مجمع اللغة العربية. المعجم الوسيط. ص520

(5) : أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي. المستصفي. الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، 1993م، ص174

ثانيا : مدى الضمان بالمصلحة في عقود الأمانات :

لما فسدت أخلاق الناس وكثرت الخيانة ذهب قسم من الفقهاء إلى تضمين الصناع والأجراء المشتركين من ذلك ما ذهب إليه المالكية في المشهور من مذهبهم إلى تضمين الصناع (كالخياط والطرز والصباغ والقصار والنجار وغيرهم...) وذلك بناء على المصلحة العامة وسداً لذريعة الفساد.⁽¹⁾

ثم إن وجه المصلحة فيه أن الناس لهم حاجة إلى الصناع وهم يغيّبون الأمتعة في غالب الأحوال، إلى جانب أنهم في الغالب مجهولو الصنعة والأمانة، ويغلب فيهم التفريط وترك الحفظ، فلو لم يثبت تضمينهم مع ذلك لأفضى الأمر إلى أحد شيئين: إما إلى ترك الاستصناع بالكلية، وإما أن يعملوا ولا يضمنوا شيئاً فيفتح لهم بذلك باب الكذب والاحتيال واختلاس الأموال، ولذلك كانت المصلحة في التضمين. وهذه المصلحة وإن كانت لا تستند إلى شاهد معين من الشرع إلا أنها أيضاً لا تعارض نصاً أو دليلاً.

وفي شأن تضمين الأجراء المشتركين جاء في المهذب: (كان الشافعي -رحمه الله- يذهب إلى أنه لا ضمان على الأجير، ولكنه لا يفتي به لفساد الناس)⁽²⁾ والسبب في ذلك هو المصلحة العامة، وسدّ ذريعة تفريط الصناع أو جحود السلعة، أو ادعاء تلفها أو ضياعها، وإقامة العدل بين أطراف التعاقد، ورعاية المصالح المعتبرة لأصحاب المال.

الفرع الثالث : التهمة ومدى تأثيرها على يد الأمانة :

أولاً : تعريفها :

أ- لغة :

التهمة لغة الظن، والتهمة فعله من الوهم، واتهمته ظننت فيه ما نسب إليه، واتهمه أدخل عليه التهمة وظن به سوءاً.⁽³⁾

(1) : مالك بن أنس. المدونة. ج3، ص400

(2) : الشيرازي. المهذب. ج2، ص267

(3) : ابن منظور. لسان العرب. ج12، ص644، ومجمع اللغة العربية. المعجم الوسيط. ص391

ب- شرعا :

والمقصود بالتهمة في الأمانة شرعا رجحان الظن وغلبة الاحتمال - بشهادة العرف- في كذب ادعاء الأمين هلاك الأمانة دون تعديبه أو تفریطه⁽¹⁾ وقد اعتبر المالكية التهمة موجبا لتغيير حال يد الأمانة إلى يد ضمان.

ثانيا : مدى تأثير التهمة على يد الأمانة :

ذكر الفقهاء أن يد الأمانة تتحوّل إلى يد ضمان عملا بالتهمة في مسائل متعدّدة منها:

أ- المشهور في مذهب مالك عدم تضمين المرثمن والمستعير ما لا يغاب عليه من الأعيان كالذّور والأرضين والحيوان إذا ادّعى هلاكه دون تعديبه أو تفریطه اعتبارا للأصل في يده أنّها أمانة، أمّا إذا كان المرهون أو المستعار ممّا يغاب عليه (أي يخفى هلاكه) كالحلي والثياب والجواهر والنقود، فإنه يكون ضامنا.⁽²⁾

ب- الأصل أن يد الشريك والمضارب يد أمانة يُقبل قولهما في الخسارة⁽³⁾ إلا أن المالكية استثنوا ما لو أتى التاجر بسبب للخسارة ينكره عليه التّجار، كما لو ادّعى الخسارة عند اتّجاره في سلعة معينة استبعد التّجار الخسارة فيها.⁽⁴⁾

ج- تضمين الأجير المشترك استحسانا، فالأصل عند الحنفية أن يد الأجير سواء أكان أجيّرا خاصا أم مشتركا يد أمانة، واستثنى الصحابان أبو يوسف ومحمد من ذلك الأجير المشترك وقالوا: هو مضمون عليه بالقبض، فإن هلك في يده أو تلف بأي وجه من الوجوه ضمنه إلا أن يكون من شيء غالب لا يتحفّظ من مثله، مثل حريق غالب أو غرق غالب، أو لصوص مكابرين ونحو ذلك.⁽⁵⁾

ولنفس المعنى -وهو التهمة- ذهب الإمام الشافعي- في غير الأظهر إلى تضمين الأجير المشترك وجعل يده على متاع من استأجره يد ضمان.⁽⁶⁾

(1) : محمد نجيدات الحمد. ضمان العقد في الفقه الإسلامي. ص 448

(2) : أنظر: القرابي. الذخيرة. ج 6، ص 203، وابن رشد . بداية المجتهد. ج 4، ص 97-98

(3) : المرادوي. الإنصاف. ج 5، ص 457، والكاساني. بدائع الصنائع. ج 6، ص 109

(4) : أنظر: الحرشي. الحاشية. ج 6، ص 223

(5) : أنظر: ابن عابدين. ردّ المختار. ج 6، ص 65

(6) : أنظر: الشيرازي. المهذب. ج 2، ص 267

الفرع الرابع : تطوع الأمين بالتزام الضمان بعد العقد :

قال المالكية: إذا تبرع صاحب يد الأمانة بالتزام ضمانها بعد تمام العقد المقتضي لها، فإنها تصير مضمونة في يده، لأن ذلك من باب التبرع بالمعروف وهو واجب على من التزمه في مذهب مالك.⁽¹⁾

قال ابن رشد: (إن العقد إذا سلم من الشرط، وكان أمراً طاع به بعده على غير وأي⁽²⁾ ولا مواطأة، فذلك جائز، لأنه معروف أوجبه على نفسه والمعروف عند مالك واجب لمن أوجبه على نفسه ما عدا جارية الوطاء).⁽³⁾

المطلب الثالث : مدى جواز اشتراط مسؤولية الأمين في عقود الأمانات في الفقه الإسلامي والقانون

الفرع الأول : مدى جواز اشتراط مسؤولية الأمين في عقود الأمانات في الفقه الإسلامي :

للفقهاء في اشتراط الضمان على الأمين ثلاثة أقوال:

القول الأول : عدم جواز اشتراط ضمان الأمين، وكل شرط بذلك يكون لغوا ولا يعمل به، وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من الحنفية⁽⁴⁾ والمالكية⁽⁵⁾ والشافعية⁽⁶⁾ والحنابلة⁽⁷⁾. واستدلوا على ذلك بأدلة من الكتاب والسنة والمعقول:

(1) : محمد نجيدات الحمد. ضمان العقد في الفقه الإسلامي. ص 447

(2) : الوأي في اللغة الوعد.

أنظر: المعجم الوسيط. ج 2، ص 1007

(3) : محمد بن محمد الخطاب. تحرير الكلام في مسائل الالتزام. الطبعة الأولى. بيروت: دار الغرب الإسلامي، 1984، ص 241

(4) : ورد في مجمع الضمانات ص 68 ما نصّه: (واشتراط الضمان على المودع باطل هذا في الكفاية عن الهداية ...)

(5) : ذهب الباجي إلى أن اشتراط الضمان في عقد المضاربة شرط غير صحيح لأنه يناهض مقتضى العقد.

أنظر: أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث التحجبي القرطبي الباجي الأندلسي. المنتقى شرح الموطأ.

الطبعة الأولى، مصر: مطبعة السعادة، ج 5، ص 159

(6) : أنظر: الإمام الشافعي. الأم. ج 3، ص 179

(7) : ورد في مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى للرحيبياني. ج 3، ص 270 ما نصّه: (ولو شرط الرّاهن عليه أي المرتهن

ضمانه أي الرهن فشرطه لغو وكذا كل أمين لا يضمن ما تلف بيده بلا تعدّد ولا تفريط، ولو شرط الضمان).

أنظر: مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي شهرة الرحيبياني. مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى. الطبعة الثانية،

المكتب الإسلامي، 1994، ج 3، ص 270

أولا : من الكتاب : قوله تعالى: ﴿... مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ...﴾⁽¹⁾ وقوله أيضا: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا...﴾⁽²⁾ ووجه الاستدلال يبين أنه لا سبيل على المحسنين، والمؤمن محسن إلى غيره بحفظه لماله، فكيف يشترط عليه ما قد يعوقه عن قبول الأمانات، في ظل أمر الله تعالى بأدائها.

ثانيا : من السنة : حديث الرسول ﷺ : « لا ضمان على مؤتمن ».⁽³⁾

وفي قول آخر: «ليس على المستعير غير المغلّ ضمان، ولا على المستودع غير المغلّ ضمان».⁽⁴⁾ فهذان الحديثان يدلان على عدم الضمان على المؤمن⁽⁵⁾ وإن اقتصر على ذكر المستعير والمستودع، إلا أنه يدخل فيه أيضا كل من كان أمينا كالوكيل والمضارب والشريك والمستأجر والمرتهن، فلا ضمان عليهم ما لم يتعدوا أو يفرضوا...

ثالثا : من المعقول : أن الأمانات أساسها الإحسان والمعروف ولا غنى للناس عنها واشتراط الضمان فيها قد يؤدي إلى امتناع الناس عن قبولها خوفا من الضمان، مما يضرّ بمصالح الناس ومعاملاتهم، ويؤدي إلى وقوعهم في حرج ومشقة، والشريعة الإسلامية من خصائصها، رفع الحرج والضيق والمشقة عن الناس.

(1) : سورة التوبة، من الآية 91

(2) : سورة النساء، من الآية 58

(3) : سنن البيهقي، كتاب الوديعة، باب لا ضمان على مؤتمن، الحديث رقم 12698 و 12699 و 12700، ج 6، ص 472-473

والشوكاني. السيل الجرار. دار ابن حزم، ص 652 وصححه ابن حجر

أنظر: ابن حجر العسقلاني. التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير. الطبعة الأولى، مصر: مؤسسة قرطبة، 1416هـ، ج 3، ص 210

(4) : سبق تخريجه في ص 154

(5) : أنظر: تكملة محمد نجيب المطيعي على المجموع. ج 14، ص 205

القول الثاني : جواز اشتراط ضمان الأمين في عقود الأمانة.

واستدلوا على ذلك بما رواه صفوان بن أمية أن النبي ﷺ استعار منه يوم حنين أدرعا وسلاحا، فقال: أغصبا يا محمد؟ قال: «بل عارية مضمونة» قال: فضاع بعضها، فعرض عليه النبي ﷺ أن يضمناها، فقال: أنا اليوم في الإسلام أرغب.⁽¹⁾

ووجه الدلالة من هذا الحديث: أن الرسول ﷺ استعار الأدرع بشرط ضمانها، وليس مجرد عارية خالية من الضمان حيث قال بل عارية مضمونة، فجاءت العارية متصفة بالضمان⁽²⁾ بما يدل على جواز اشتراط الضمان على الأمين كما في العارية. ويردّ على هذا الحديث بأنه يبين حكم العارية وأنها مضمونة، وليس فيه دلالة على جواز اشتراط الضمان فيها على الأمين.

كما استدلوا بما روي عن النبي ﷺ قوله: «المسلمون عند شروطهم إلاّ شرطا حرمّ حلالاً أو أحلّ حراماً».⁽³⁾

فهذا الحديث يدل على جواز اشتراط ما لم يجلّ حراما أو يجرّم حلالا، وأنه يجوز للإنسان أن يدرك بالشرط ما لم يدركه بالشرع لو لم يشترط، ما دام ليس فيه تحريم للحلال أو تحليل للحرام. ويمكن الرد على هذا الحديث بأن اشتراط ضمان الأمين يخالف ما أمر به الله تعالى من حفظ الأمانات والتشجيع عليها، كما أنه شرط لا يقتضيه العقد، بل قد يؤدي القول بإباحته إلى إحجام الناس عن قبول الأمانات أيّا كان مصدرها.

(1) : سبق تخرجه في ص 57

(2) : محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني. نيل الأوطار. الطبعة الأولى، مصر: دار الحديث، 1993م، ج5، ص358

(3) : أنظر: سنن الترمذي. باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح بين الناس، الحديث رقم 1352، ج3، ص27
وصحيح البخاري. كتاب الإجارة. باب أجر السمسة. ج2، ص135
وابن حجر. فتح الباري. ج4، ص451-452، وسنن ابن ماجة. باب الصلح. الحديث رقم 2353، ج4، ص33

القول الثالث : وهو أنه إذا اشترط الضمان على الأمين لأمر خافه صاحب العين من طريق مخوفة أو نهر أو لصوص أو ما أشبه ذلك فيلزمه الشرط إن تلفت في ذلك الأمر الذي خافه، واشترط الضمان من أجله، وإن تلفت فيما سواه لم يلزمه الشرط.⁽¹⁾

الرأي المختار : لقد تبين بعد النظر في أقوال الفقهاء وحججهم في حكم اشتراط تضمين يد الأمانة ما يأتي:

أولاً: أنه لم يثبت في شيء من نصوص الكتاب والسنة ما ينهض حجة على كون يد الأمانة لا تضمن ما يجوزها من أعيان الغير إلا في حالتي التعدي أو التفريط، وأن عمدة استدلال الفقهاء على تلك المقولة هو استصحاب دليل البراءة الأصلية للحائز، وعليه فلا يضمن إلا إذا حصلت منه جنابة أو تقصير، لأن التضمن حكم شرعي يستلزم أخذ مال معصوم بعصمة الإسلام، فلا يجوز إلا بحجة شرعية، وإلا كان من أكل أموال الناس بالباطل.⁽²⁾

وحيث كان المناط في تحليل الأموال شرعا هو التراضي⁽³⁾ إلا أن يردّ الشرع الذي تقوم الحجة بمنع التراضي في شيء بخصوصه كما ورد في النهي عن مهر البغي وحلوان الكاهن وأكل الربا، ونحو ذلك.... فإن الأمين إذا أزم نفسه ما لم يكن يلزمه من الضمان باختياره كان ذلك الالتزام صحيحا، إذ لم يثبت في شيء من نصوص الكتاب والسنة ما يمنع من التراضي على التزام الأمين الضمان. ولو كان تضمين الأمين من غير تعدّ أو تفريط يهدم أصلا شرعيا أو يخالف نصا ثابتا لما ساغ لأحد من الفقهاء أن يقول بتضمين الأمين للتجهيل أو للتهمة أو للمصلحة أو للعرف والعادة....

(1) : ذكره ابن رشد والحطاب في العارية والرهن.

أنظر: ابن رشد. المقدمات الممهّدة. ج2، ص252

وأیضا: عثمان بابكر أحمد. نظام حماية الودائع لدى المصارف الإسلامية - بحث مقدّم إلى المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب - جدة: البنك الإسلامي للتنمية، الطبعة الأولى، 2000م، ص95

(2) : أنظر: محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني. السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار. الطبعة الأولى، دار ابن حزم، ص652

(3) : أنظر: ابن تيمية. مجموع الفتاوى. المملكة العربية السعودية: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، 1995، ج29، ص6

ولما وقع اختلاف بين الفقهاء في العديد من الأيدي كما تقدّم، هل هي يد أمانة؟ فلا تضمن بدون تعدّد أو تفريط، أو يد ضمان فتضمن مطلقاً، كيد المستعير والمرتهن والوكيل بأجرٍ والصانع... إلخ

ثانياً: إذا جاز تضمين الأمانة جبراً دون رضاهم عن جريان العرف بذلك في قول بعض فقهاء المالكية والحنفية⁽¹⁾، فلأن يجوز تضمينهم بالشرط أولى لأن مبنى تضمينهم بمقتضى العرف إنما هو اعتباره بمنزلة الشرط، فحيث ثبت الحكم بالتضمن في المقيس فإنه يكون ثابتاً و مقرراً في المقيس عليه لا محالة.

ثالثاً: إذا جاز تضمين الأمانة بالتهمة عند المالكية في المشهور وغيرهم في مسائل كثيرة⁽²⁾، فإنه يجوز تضمين الأمانة بالشرط إذ المناط وهو التهم موجود في معظم حالات اشتراط الضمان على الأمين، إذ لولاه لما اشترطه صاحب المتاع، بل إن التراضي على شرط الضمان وهو واقع غالباً بسبب التهمة أولى وأرجح من تضمين الأمانة جبراً دون رضاهم عند قيام مظنتها في تلك المسائل التي ذكروها، والعبرة للكثير الغالب لا القليل النادر، وخاصة بعد فساد الزمان وعدم مبالاة الناس بأكل الحرام، وحرصهم على الوصول إلى المال بأيّ سبيل، وتعدّر أو تعسر إثبات صاحب المتاع تعدي الأمين أو تفريطه في كثير من عقود الأمانة، وهو ما يحتمل الكثيرين على اشتراط الضمان فيها أو يلجأ إليه.

رابعاً: لقد ذهب المالكية في المشهور إلى تضمين الصانع مع أنهم في الأصل أجراء مؤتمنون لا يضمنون دون تعدّد أو تفريط⁽³⁾، واستندوا في ذلك إلى مبدأ أساسي في تضمين الأمانة وهو أن: "الضمان عند الفقهاء على وجهين، بالتعدي أو لمكان المصلحة وحفظ الأموال"، ثم أوضح أن مبنى قولهم بتضمين الصانع هو الوجه الثاني... ومن ضمنه فلا دليل له إلا النظر إلى المصلحة وسدّ الذريعة⁽⁴⁾ أي بمنع كل ما من شأنه أن يؤدي إلى تضييع أموال الناس وإتلافها.

(1) : أنظر: ابن رشد. بداية المجتهد. ج4، ص95

(2) : أنظر: القرابي. الذخيرة. ج6، ص203

(3) : ابن رشد. المرجع نفسه. ج4، ص16-17

(4) : أنظر: ابن رشد. المرجع نفسه. ج4، ص17

وعلى ذلك فإذا كانت المصلحة العامة وصيانة أموال الناس قاعدة معتبرة شرعا في جعل يد الأمين ضامنة جبرا بغير رضاه، فلأن تعتبر ضامنة برضاه واختياره عند اشتراطه ذلك على نفسه في العقد أو اشتراطه عليه وقبوله به أولى، ولا أدلّ على ذلك من أنّ اشتراط الضمان على الأمين حاجة معتبرة ومصلحة راجحة من أمرين:

أحدهما: أن هذا الاشتراط عمل مقصود للناس يحتاجون إليه إذ لولا حاجتهم إليه لما فعلوه، فإن الإقدام على الفعل مظنة الحاجة إليه، وحيث لم يثبت تحريمه بنصّ فإنه يلزم القول بإباحته وصحّته رفقا بالناس وتيسيرا عليهم....

والثاني: أن جمهور الفقهاء الذاهبين إلى أن اشتراط الضمان على الأمين باطل، لما أدركوا ما في هذا الرأي من تفويت مصالح معتبرة على الناس، لجأوا إلى فتح باب الحيل لتضمين الأمانة وتعليمها للناس حفاظا على مصالحهم من الضياع.

ومن أمثلة ذلك: إذا أراد رب المال أن يجعل رأس المال مضمونا على المضارب أقرضه رأس المال كله، ويشهد عليه، ويسلمه إليه، ثم يأخذه منه مضاربة، ثم يدفعه إلى المستقرض يستعين به في العمل فإذا عمل وربح كان الربح بينهما على الشرط، وأخذ رأس المال على أنه بدل القرض، وإن لم يربح أخذ رأس المال بالقرض، وإن هلك هلك على المستقرض وهو العامل.⁽¹⁾

والرأي الذي نرجحه -والله أعلم- أن تخريج جواز اشتراط الضمان على الأمين بناء على الحاجة والمصلحة الراجحة وسدّا لذريعة إتلاف الأموال وتضييعها على أربابها خير وأولى من التشديد بالمنع ثم اللجوء إلى تضمينه عن طريق الحيل كما تقدّم.

فإن قيل: إن قياس تضمين الأمانة بالشرط على تضمين الصانع للمصلحة قياس مع الفارق، لأن الصانع لو لم يضمنوا لانبسطت أيديهم على أموال الناس، وتسارعوا إلى أكلها بالباطل وأدعاء التّلف والضياع، والناس في حاجة إلى استعمالهم، وليس هذا المعنى بمتحقّق في سائر الأمانة؟

(1) : الحيل نوعان، نوع يُتوصّل به إلى فعل ما أمر الله به، وترك ما نهى عنه والتخلص من الحرام وتخليص الحق من الظالم المانع له، وتخليص المظلوم من يد الباغي فهذا محمود. يثاب فاعله ومعلّمه. ونوع يتضمّن إسقاط الواجبات وتحليل الحرّمات، وقلب المظلوم ظلما، والظالم مظلوما، والحقّ باطلا، والباطل حقّا فهذا النوع هو المذموم.

أنظر: الموسوعة الفقهية الكويتية. ج18، ص330 وما بعدها

أُجيبَ أن صاحب المتاع لا يلجأ عادة إلى اشتراط الضمان على الأمين إلاّ حيث لا تتوافر الثقة الكافية بأمانته وقيامه بحفظ ما أوّتمن عليه لصاحبه، ولا تتحقق طمأنينته بإمكان إثبات تعديّه أو تفريطه إن وقع وادّعى الهلاك والضياع دون ذلك، ولهذا فإنه صيانة لماله وسدّاً لذريعة إتلافه وتضييعه عليه يُشترط على الأمين ضمانه، والناس بحاجة إلى إجراء عقود أمانة وتلك مصلحة ظاهرة راجحة، وهي نفس المناط في المقيس عليه، بل إنها أرجح وأوضح ممّا ذكر المالكية من مصلحة تضمين الصناع لأنها مظنونة أو موهومة في كثير من الأحوال حتى إن بعض أئمتهم ومحقّقيهم بقول أحدهم: (وما يقال من أنهم لو لم يضمنوا أسرعوا إلى أكل أموال الناس أو أحوّجُوهم إلى ما يضرّ بهم فقد كذّب العيان لأن غالب من وراء الإسكندرية إلى أقصى المشرق لا يضمنونهم، ولم يقع فيه شيء من ذلك لاتقائهم على أسباب معاشهم، مع أن أولئك الصناع شرّ من هؤلاء بكثير).⁽¹⁾

وبناء على ما تقدّم نرى والله أعلم جواز اشتراط الضمان على الأمانة في بعض أنواع عقود الأمانة وأنه صحيح ملزم شريطة أن لا يؤدي ذلك إلى تفرّغ عقد الأمانة من مضمونه، وتعريضه عن حقيقته واتخاذ ذريعة إلى التعامل بالربا.

يضاف إلى ذلك أن يكون المراد بتضمين الأمين بالشرط في الاصطلاح الفقهي منحصر في ضمان المتلفات بمعنى جعله متحملاً لتبعية الهلاك الكلي أو الجزئي - مهما كان سببه - للمال الذي حازه في عقد الأمانة، بحيث يلتزم بردّ مثل التالف إن كان من المثليات، وقيّمته إن كان من القيميات، وعلى ذلك لا يعرّم المضارب شيئاً من الخسارة أو النقصان في رأس المال عند تقلّبه بأعمال التجارة - دون تعديّه أو تفريطه - إذا اشترط عليه الضمان لأن ذلك الغرم خارج عن موجبات ذلك الشرط أصلاً، بالإضافة إلى أنه غير سائغ أصلاً والله تعالى أعلم.

الفرع الثاني : مدى جواز اشتراط مسؤولية الأمين في القانون المدني :

رأينا فيما سبق أن القانون المدني يؤكّد على يد الأمانة ضرورة التزامها بالحفظ والعناية فمرة يعبر عنها بعناية الشخص المعتاد، ومرة بما يتجاوز ذلك حفاظاً على الأمانات. وفي إطار المسؤولية العقدية أجاز القانون المدني للطرفين الاتفاق على التشديد فيها أو التخفيف باستثناء حالات الغش والخطأ الجسيم.

(1) : أبو العباس أحمد بن يحيى الونشريسي. عدّة البروق في جمع ما في المذهب من الجموع والفروق. الطبعة الأولى. بيروت:

حيث نصت على هذا المادة 217 من القانون المدني المصري بقولها:

- 1- يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعاً للحادث المفاجئ والقوة القاهرة.
 - 2- وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى إلا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم، ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه.
 - 3- ويقع باطلاً كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع.
- فهذا النص يدل بوضوح على جواز اتفاق الأمين مع مالك الشيء الذي في حوزته على تخفيف مسؤولية الأمين أو التشديد فيها.
- فالفقرة الأولى تقرّر جواز الاتفاق على تحمّل المدين لتبعّة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة مما يُعتبر تشديداً لمسؤوليته.

بينما تضمنت الفقرة الثانية للطرفين جواز الاتفاق على تخفيف هذه المسؤولية إلى الحد الذي يعفيه منها نهائياً إذا لم ينفذ التزامه العقدي ما لم يصدر عنه غش أو خطأ جسيم.

أمّا إن كان الغش أو الخطأ الجسيم صادر من أحد الأشخاص المسؤول عنهم والذين يستخدمهم في تنفيذ هذه الالتزامات فيجوز أيضاً الاتفاق على عدم المسؤولية عنه.⁽¹⁾

كما نصت المادة 165 من القانون المدني المصري على جواز التخفيف في المسؤولية إلى حدّ عدم تحمّل المدين للضرر الناشئ عن سبب أجنبي لا يدّ له فيه كالحادث المفاجئ أو القوة القاهرة أو خطأ الغير، أو خطأ المضرور نفسه ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك.

ومن بين عقود الأمانات التي تظهر فيها مسؤولية الأمين عقد الإعارة حيث جاء بنص المادة 544 من القانون المدني الجزائري: (على المستعير أن يبذل في المحافظة على الشيء العناية التي يبذلها في المحافظة على ماله بشرط أن لا يكون اهتمامه به أدنى من عناية الرجل المعتاد.

وفي كل حال يكون ضامناً لهلاك الشيء إذا نشأ الهلاك عن حادث مفاجئ أو قوة القاهرة، أو كان في وسعه أن يتحاشاه باستعمال شيء من ملكه الخاص، أو كان بين أن ينقذ شيئاً مملوكاً له أو الشيء المعار فاحتار أن ينقذ ما يملكه).

(1) : حمدي أحمد سعد أحمد. مدى مسؤولية الأمين في عقود التوثيق. ص 198-199

وفي عقد الوديعة جاء بنص المادة 599 من القانون المدني الجزائري: (يكون أصحاب الفنادق والنزل ومن يمثّلهم من الأشخاص مسؤولين عن الأشياء التي يودعها عندهم المسافرون والنزلاء الذين ينزلون عندهم مع وجوب المحافظة عليها، إلا إذا أثبتوا أن أسباب الضياع كانت طارئة، أو حصلت في ظروف قاهرة أو بسبب خطأ المودع أو لعيب في الشيء المودع. وكذلك يكونون مسؤولين سواء عن السرقة أو الضرر الذي لحق أمتعة المسافرين والنزلاء، أو السرقة التي تقع بسبب تابعيهم أو بسبب المترددين على الفندق.

غير أنهم لا يكونون مسؤولين فيما يتعلق بالنقود والأوراق المالية والأشياء الثمينة عن تعويض يجاوز خمسمائة دينار جزائري، ما لم يكونوا قد أخذوا على عاتقهم حفظ هذه الأشياء وهم يعرفون قيمتها، أو يكونوا قد رفضوا دون مسوغ أن يتسلّموها عهدة في ذمتهم، أو يكونوا قد تسبّبوا في وقوع ضرر بخطأ جسيم أو من أحد تابعيهم).

وورد بنص المادة 601 من القانون المدني الجزائري: (يجب على المسافر أن يخطر صاحب الفندق أو النزل بسرقة الشيء أو ضياعه أو تلفه بمجرد علمه بوقوع شيء من ذلك، فإن أبطأ في الإخطار دون مسوغ سقطت حقوقه.

وتسقط بالتقادم دعوى المسافر تجاه صاحب الفندق أو النزل بانقضاء ستة أشهر من اليوم الذي يغادر فيه الفندق أو النزل).

وأما بخصوص الرهن فورد بنص المادة 01/954 من القانون المدني الجزائري: (يضمن الراهن هلاك الشيء المرهون أو تلفه إذا كان الهلاك أو التلف راجعا لخطئه أو ناشئا عن قوة قاهرة). وورد بنص المادة 955: (إذا تسلّم الدائن المرتهن الشيء المرهون فعليه أن يبذل في حفظه وصيانته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد، وهو مسؤول عن هلاك الشيء أو تلفه ما لم يثبت أن ذلك يرجع لسبب لا يد له فيه).

ومما تقدّم يمكن القول أن القانون أخذ بمبدأ أن الأمين لا يتوجّب عليه الضمان إلاّ عند التقصير والإهمال وفي حدود ضيقة تقوم مسؤولية الأمين ولو كان غير متسبّب في هلاك الشيء كحال القوة القاهرة.

كما تقوم مسؤوليته عند اشتراط ذلك في العقد، فالقانون يجيز اشتراط مسؤولية الأمين في القانون إعمالا لقواعد المسؤولية العقدية، التي تجيز مثل هذا الاشتراط حماية للحقوق وإشاعة للطمأنينة ومنعا من التهاون والتقصي في حماية الأموال.

المطلب الرابع : صور من التطبيقات المعاصرة للودائع المصرفية

نذكر منها هذه الصور:

الفرع الأول : الودائع الجارية أو تحت الطلب :

وهي المبالغ النقدية التي يعطيها أصحابها للمصرف على أنه يحقّ لهم سحبها في أي وقت ودون إخطار سابق دون أن يأخذوا عليها فوائد ربوية.⁽¹⁾

والودائع في الحسابات الجارية أو تحت الطلب تعتبر مضمونة من قبل المصرف الإسلامي يلزمه دفعها عند طلب أربابها، فهي إذن ودائع تحت الطلب، ويكون دفعها بواسطة الشيكات والتحويلات والأوامر، بدفع فواتير مستحقة على أصحابها، وغير ذلك من أساليب السداد، لذلك فإن أكثر العلماء يرون أنها تنطبق عليها خصائص وصفات عقد القرض المعروف في الشريعة الغراء، ويعتبر الإيداع في الحسابات الجارية نوعاً من الإقراض للبنك من قبل العميل ولا يشارك المودع في الحساب الجاري في الخسائر... كما أنه لا يستحق أية مشاركة في الأرباح.⁽²⁾

الفرع الثاني : الودائع الاستثمارية في المصارف الإسلامية :

تقوم المصارف الإسلامية بقبول ودائع استثمارية تدرّ الربح على أصحابها، وهذه الودائع تقوم على أساس المضاربة، كما ينص على ذلك في عقد تلك الودائع، فصاحب الوديعة قد يحصل على الربح وقد لا يحصل عليه كما هو الحال في عقد المضاربة.⁽³⁾

(1) : أنظر: عبد السلام لفته سعيد. تحليل الودائع المصرفية - نموذج مقترح - مقال منشور بمجلة كلية بغداد للعلوم الاقتصادية، بغداد، العدد الحادي عشر، 2006م، ص 03-04

(2) : منذر قحف. ضمان الودائع في المصارف الإسلامية في الأردن - بحث مقدّم لمؤسسة ضمان الودائع في المملكة الأردنية الهاشمية. نوفمبر 2005م، ص 07

وعلي أحمد سالوس. حماية الحسابات الاستثمارية في المصارف الإسلامية - بحث مقدّم إلى مجلة مجمع الفقه الإسلامي - السنة الثالثة عشر، العدد 15، ص 104

(3) : محمد عثمان شبيب. المعاملات المالية المعاصرة. الطبعة الأولى، عمان: دار النفائس، 1996م، ص 223

وانظر أيضاً: محمد الأمين مصطفى الشنقيطي. دراسة شرعية لأهمّ العقود المالية المستحدثة. الطبعة الثانية، المدينة المنورة: مكتبة العلوم والحكم، 1992م، ج 1، ص 270

وانظر أيضاً: منذر قحف. المرجع نفسه. ص 08

وعثمان بابكر أحمد. نظام حماية الودائع لدى المصارف الإسلامية - بحث منشور بالمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب - الطبعة الأولى، جدة: البنك الإسلامي للتنمية، 2000م، ص 85

وعليه فإن يد المصرف الإسلامي على هذا المال يد أمانة فلا يضمن المصرف المال إلا في حال التعدي أو التقصير⁽¹⁾، كما في حالات مخالفة العقد مع أرباب العمل، أو مخالفة الأعراف المصرفية في أعمال المصرف ونشاطاته الاستثمارية، وبخاصة ما يتعلق بما يسمى شروط الحكمة في الاستثمار أو مخالفة تعليمات المصرف المركزي أو السلطة الرقابية الإشرافية على البنك الإسلامي، أو عدم القيام بعمل كان ينبغي أن يُعمل حسب قواعد التعامل المصرفي المتعارف عليها، أو عدم التزام المدير أو مجلس الإدارة بالنظام الأساسي واللوائح المتبعة في البنك.⁽²⁾ ويستدل على ذلك بالأصل العام في عقد المضاربة بأنه عقد أمانة، لكن العلماء المعاصرون لم يتفقوا على هذا الحكم حيث ذهب بعضهم إلى القول بتضمين المصرف لهذه الودائع⁽³⁾، واستدلوا في إثبات ذلك بما يأتي:

الدليل الأول : القياس على الأجير المشترك، فكما أن الأجير المشترك يضمن ما عنده من غرض لغيره، فكذلك المضارب بجامع أن كل واحد منهما يأخذ مال غيره بقصد الحصول على الربح.⁽⁴⁾ ويردُّ على هذا القياس بأنه قياس مع الفارق لأن الأجير المشترك أجرته معلومة، بينما الربح الذي يحصل عليه المضارب يكون نسبة شائعة غير معلومة المقدار، بل إن المضارب قد لا يربح أصلاً.

الدليل الثاني : أن المصرف يضمن المال باعتباره طرفاً ثالثاً لا دخل له بالمضاربة أصلاً، فهو يرى أن المصرف ليس العامل في المال، بل هو وسيط بين رب المال والعامل.⁽⁵⁾ ويردُّ على هذا بأمرين:

1- أن العقد الذي يبرمه المودع مع المصرف ينص على كون المصرف مضارباً مطالباً في المال الذي يرجع إليه.

(1) : علي محي الدين القرة داعي. مدى مسؤولية المضارب والشريك - البنك ومجلس الإدارة- عن الخسارة - بحث منشور بمجلة

مجمع الفقه الإسلامي الصادرة عن رابطة العالم الإسلامي- السنة الثامنة، العدد العاشر، 2005م، ص 87

(2) : علي محي الدين القرة داعي. المرجع نفسه. ص 113-114

(3) : أنظر: سامي حسن أحمد حمود. تطور الأعمال المصرفية بما يتفق مع الشريعة الإسلامية. الطبعة الثانية، عمان:

مطبعة الشرق، 1982م، ص 242

(4) : أنظر: سامي حسن أحمد حمود. المرجع نفسه. ص 243

(5) : أنظر: محمد باقر الصدر. البنك اللاربي في الإسلام. الطبعة [د.ط.]. دار المعارف للمطبوعات، 1994م، ص 41-42

المضارب الذي أطلق له التصرف يجوز له أن يدفع مال المضاربة لشخص آخر ليضارب به وهذا لا يخرج عن كونه مضاربا. (1)

2- أن المصرف يقوم في كثير من الأحيان باستخدام هذا المال بنفسه في كثير من الأعمال التجارية. **الدليل الثالث :** أن قياس الوديعة الاستثمارية في المصارف الإسلامية على المضاربة لا يصح إذ المصرف لم يعد يقوم بعملية مضاربة واحدة أو عدد قليل من ذلك كما كان الحال في القديم. (2) والحقيقة أن قيام المضارب بأخذ المال من شخص واحد أو أكثر لا يخرج عن حقيقة المضاربة لأن المضاربة أخذ مال الغير للعمل فيه و تقسيم الربح بين رب المال والمضارب عند حصوله، وجعل الخسارة على رب المال عند حدوثها ما لم يفرط أو يقصر المضارب مع ضرورة إتباع المصرف للوسائل والأساليب الصحيحة لضمان نجاح الاستثمارات.

الفرع الثالث : الودائع المستندية والمخصصة لغرض معين :

أولا : الوديعة المستندية :

هي ما يقوم به شخص بدفعه للمصرف من صكوك وأوراق مالية ليقيم المصرف بحفظها ثم ردها عينا، ولا يتصرف فيها بغير إذن صاحبها ويأخذ المصرف مالا مقابل حفظه لهذه الأوراق والصكوك. (3)

والتخريج الفقهي لهذا النوع من الودائع اعتبارها عقد وديعة (4) لأن صاحب المستندات يعطيها للمصرف ليقيم بحفظها ورعايتها، وهذا هو عقد الوديعة بعينه، وأما بالنسبة لأخذ المصرف مالا فإنه لا يخرج الوديعة عن كونها أمانة عنده لا يضمنها المصرف إلا في حالتي التقصير أو التعدي. ويقوم المصرف في هذا النوع من الودائع ببعض الأعمال التي تستلزمها إدارة هذه الأوراق نيابة عن صاحبها، وهذا العمل يعتبر وكالة بأجر، فالمصرف يعمل بأمر صاحب هذه المستندات وفقا لمقتضى عقد هذه الوديعة. (5)

(1) : أنظر: الموسوعة الفقهية الكويتية. ج38، ص56

وعثمان بابكر أحمد. نظام حماية الودائع لدى المصارف الإسلامية - البحث المشار إليه سابقا، ص84

(2) : أنظر: محمد شوقي الفنجري. نحو اقتصاد إسلامي. الطبعة الأولى. شركة مكينات عكة، 1981م، ص130

(3) : أحمد بن حسن أحمد الحسيني. الودائع المصرفية - أنواعها، استخدامها، استثمارها - الطبعة [د.ط.]، المكتبة المكية:

دار ابن حزم، ص64

(4) : أنظر: أحمد بن حسن أحمد الحسيني. المرجع نفسه. ص64

(5) : أنظر: أحمد بن حسن أحمد الحسيني. المرجع نفسه. ص65

ثانيا : الوديعة لغرض معين :

وهي مبلغ من المال يدفع للمصرف، ويكلف المصرف بشراء أوراق مالية أو الوفاء بقيمة كمبيالة أو القيام بعمل بعينه للعميل كسداد قيمة فواتير الكهرباء، ويأخذ المصرف مالا مقابل هذا العمل.

والتخريج الفقهي لهذا النوع من الودائع لا يخرج عن عقد الوكالة⁽¹⁾، فصاحب المال هو الموكل والمصرف الوكيل، فيكون المال في يده أمانة لا يضمنه إلا في حالة التعدي أو التقصير. وأخذ الأجرة على الوكالة لا يجعل يد الوكيل يد ضمان بل تظل يد أمانة⁽²⁾ فلا يضمن البنك إلا في حالة التعدي أو التقصير.

الفرع الرابع : ودائع الخزائن الحديدية :

تقوم المصارف بتوفير خزائن حديدية للراغبين بحفظ أموالهم أو أوراقهم المهمة وأشياءهم الثمينة مقابل مبلغ من المال يدفعونه للمصرف، ولكل خزانة مفتاحان يُسَلَّم أحدهما للمتعامل مع المصرف، ويُحفظ الآخر لدى المصرف⁽³⁾، والقصد من ذلك العمل هو توفير الحماية الكافية لحفظ الممتلكات.

أما بالنسبة للتخريج الفقهي، فقد ذهب البعض إلى أن هذا العقد عقد إجارة بين صاحب الأشياء المراد حفظها وبين المصرف مالك تلك الخزانة⁽⁴⁾، وهو الرأي الغالب في القضاء.⁽⁵⁾

(1) : أنظر: محمد مصطفى الشنقيطي. دراسة شرعية لأهمّ العقود المستحدثة. ج1، ص269

(2) : أنظر: ابن مفلح. المدع. ج 4، ص347

(3) : أحمد بن حسن أحمد الحسيني. الودائع المصرفية. ص67

(4) : أحمد بن حسن أحمد الحسيني. المرجع نفسه. ص68

ونایت جودي مناد. النظام القانوني لضمان الودائع المصرفية - أطروحة ماجستير في قانون الأعمال - 2007، ص47

وأیضا: عبد الرحمن السيد قرمان. العقود التجارية وعمليات البنوك. الطبعة الثانية، مكتبة الشقري، 2010م، ص308-309

وعلي جمال الدين عوض. عمليات البنوك من الوجهة القانونية. الطبعة [د.ط]، 1993، ص988-989

(5) : محمد حسن الجزر. العقود التجارية وعمليات البنوك في المملكة العربية السعودية. الطبعة الثانية، جامعة الملك سعود،

النشر العلمي والمطابع، 1997م، ص275

والواقع أن العقد ينصبّ على الحفظ والرعاية للأشياء المراد وضعها في تلك الخزانة لا الانتفاع بتلك الخزانة، ولو كان الأمر كذلك لكان من الممكن أن ينزع المصرف الخزانة من صالة الخزائن ثم يعطيها للعميل قائلًا له انتفع بالخزانة كيف شئت ثم أعدها عند انتهاء عقد الإجارة.⁽¹⁾ ويرى البعض الآخر أن العقد هو عقد ودیعة لأن الدافع والمقصد الرئيسي منه هو حفظ الشيء الذي يوضع في خزينة المصرف، ولا يعارضه ما يأخذ المصرف من مال على هذا الحفظ، لأنه يصبح عقد ودیعة بأجر⁽²⁾، ويظل حكم المحفوظ في الخزانة أمانة لا يضمنه المصرف إلا في حالة التعدي أو التقصير.⁽³⁾

ويرى آخرون بأنه عقد مستقل عن عقد الوديعة وعقد الإيجار.⁽⁴⁾ وأما الرأي الذي نرجحه هو أن هذا العقد عقد ودیعة لأنه ينصب على حفظ الأشياء ورعايتها.

(1) : علي البارودي. العقود وعمليات البنوك التجارية. الإسكندرية: دار المعارف، 1968، ص270

(2) : أنظر: علي جمال الدين عوض. عمليات البنوك من الوجهة القانونية. ص988-989

(3) : أنظر: علي البارودي. المرجع نفسه. ص268-270

(4) : عبد الرحمن السيد قرمان. العقود التجارية وعمليات البنوك. ص314

المبحث الثالث : العقود مزدوجة الأثر والضمان فيها

وفيه نتعرض للمطالب الآتية:

المطلب الأول : التعريف بالعقود مزدوجة الأثر والضمان فيها بوجه عام

المطلب الثاني : الضمان في عقد الإجارة على الأشخاص

المطلب الثالث : الضمان في عقد الإجارة على المنافع

المطلب الأول : التعريف بالعقود مزدوجة الأثر والضمان فيها بوجه عام

العقود مزدوجة الأثر هي التي تكون ذات تأثير مزدوج، فهي في أصلها العام والغالب فيها أنها تنشئ صفة الأمانة، إلا أنها من ناحية أخرى تنشئ صفة الضمان، وهذه العقود ثلاثة: الإجارة والرهن والصلح عن مال بمنفعة⁽¹⁾ وهي التي سنتعرض لها من خلال المطالب الآتية:

الفرع الأول : الرهن :

أولاً : تعريفه :

أ- لغة : للرهن في اللغة معنيان:

المعنى الأول: الحبس مطلقاً⁽²⁾ قال تعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾⁽³⁾ أي محبوسة بعملها ومحاسبة عليه⁽⁴⁾، ورهنت المتاع بالدين رهنا حبسته به، فهو مرهون.⁽⁵⁾

المعنى الثاني: الثبات والدوام.

يقال ماء راهن أي راكد، ويقال رهن بالمكان أي أقام فيه وراهنه في البيت دائمة وثابتة.⁽⁶⁾

(1) : أنظر: مصطفى أحمد الزرقا. المدخل الفقهي العام. ج1، فقرة 302، ص578، ووهبة الزحيلي. نظرية الضمان. ص163

ومحمد فوزي فيض الله. نظرية الضمان في الفقه الإسلامي. ص 62

(2) : أنظر: ابن منظور. لسان العرب. ج13، ص189

(3) : سورة المدثر، الآية 38

(4) : أنظر: أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمي. تفسير القرآن. الطبعة الأولى:

بيروت: دار ابن حزم، 1416هـ، ج3، ص390، وتفسير القرطبي. ج19، ص86

(5) : ابن منظور. المرجع نفسه. ج13، ص190، والفيومي. المصباح المنير. ج1، ص242

(6) : أنظر: المعجم الوسيط. ص378، والفيروزآبادي. القاموس المحيط. ص1202، والفيومي. المصباح المنير. ج1، ص242

ب- شرعا : يُطلق الرهن ويراد به الشيء المبدول كما يُطلق ويراد به العقد⁽¹⁾ والذي يعرفه الفقهاء فيما يأتي:

فيعرف الحنفية الرهن بأنه: جعل الشيء محبوسا بحقه.⁽²⁾

وتعرفه المادة 859 من مرشد الحيران بأنه: (جعل شيء مالي محبوسا في يد المرتهن أو في يد عدل بحق مالي يمكن استيفاؤه منه كلاً أو بعضاً).⁽³⁾

وعند الشافعية جعل عين مُمَوَّلَة وثيقة بدين يُستوفى منها عند تعذر وفائه.⁽⁴⁾

وعند الحنابلة المال الذي يجعل وثيقة بالدين يُستوفى من ثمنه إن تعذر إستيفاؤه ممن هو عليه.⁽⁵⁾

وعند المالكية يُعرف بأنه شيء مُمَوَّل يُؤخذ من مالكة توثقاً به في دين لازم أو صائر إلى اللزوم.⁽⁶⁾ اللزوم.

- والمراد بشيء مُمَوَّل: بأن يكون مالا أو يُقوِّم بمال كالعقار والعروض والحيوان أو منفعة على أن تكون المنفعة محدّدة بزمن أو عمل وعلى أن تُحسب من الدين.

- يُؤخذ من مالكة: وليس المراد بالأخذ هنا التسليم الفعلي إذ هو ليس شرطاً عندهم في انعقاد الرهن ولا في صحته ولا في لزومه، بل ينعقد ويصح ويلزم بمجرد الإيجاب والقبول ثم يطلب المرتهن أخذه.

- توثقاً به: إذ لا يتم إلا بهذه الطريقة.

- في دين لازم: كأن يكون الدين لازماً كتمن مبيع أو بدل قرض أو قيمة متلف.

- أو صائر إلى اللزوم: كأخذ رهن من صانع أو مستعير خوفاً من إدعاء ضياع.

(1) : الدردير. الشرح الصغير. ج3، ص304

(2) : ابن عابدين. الحاشية. ج6، ص477

(3) : وهذا التعريف مستمد تقريبا من مذهب الحنفية والذي يشترط حبس العين المرهونة، بخلاف المذاهب الأخرى التي لا تشترط ذلك. وهو بذلك يقابل المعنى الشائع في القانون بالرهن الرسمي أو الحيازي.

أنظر: المادتين 1030 و 1096 من القانون المدني المصري.

(4) : الرملي. نهاية المحتاج. ج4، ص234

(5) : ابن قدامة. المغني. ج4، ص245

(6) : الدردير. المرجع نفسه. ج3، ص303-304

ومن أمثلة الرهن تقديم المدين حليا أو عقارا من دار أو بستان رهنا للدائن المرهن بسبب القرض أو الدَّين إلى وفاء الدَّين، ويمكن التراضي بين الراهن والمرهن على بيعه أو بيع المرهون بإذن المحكمة، فهو أحد وسائل التوثيق كالكفالة والشهادة.⁽¹⁾

ج- قانونا : عرّف بأنه سلطة تثبت للدائن بمقتضى عقد على عين معينة تحوُّله بأن يستوفي حقه من ثمن هذه العين، أي مقابل نقدي لها بالأولوية على الدائنين العاديين.⁽²⁾

والرهن في القانون نوعان:

النوع الأول: رهن رسمي وعرفته المادة 882 من القانون المدني الجزائري بأنه: (عقد يكسب به الدائن حقا عينيا على عقار لوفاء دينه يكون له بمقتضاه أن يتقدّم على الدائنين التالين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد كان).

وهو ما يقابل نص المادة 1030 من القانون المدني المصري.

ومن ثمّ فإنّ الرهن الرسمي لا ينقل حيازة المرهون إلى المرهن وإنما يتقرّر له هذا الحق بمقتضى عقد الرهن الذي يجب تسجيله ليحتجّ به في مواجهة الغير.⁽³⁾

كما أن هذا الرهن يعطي للدائن الحق في التقدّم على غيره من الدائنين العاديين والدائنين المتأخرين عنه في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن العقار المرهون عند بيعه، وهي الميزة التي تقيه مزاحمة هؤلاء الدائنين، كما يتقرّر لهذا الدائن أيضا الحق في تتبّع العقار المرهون في أي يد يكون ومباشرة إجراءات الحجز عليه وبيعه بالمزاد العلني لاستيفاء حقه من ثمنه، وهي الميزة التي تقي هذا الدائن عقبات انتقال ملكية هذا العقار لغير الراهن.⁽⁴⁾

النوع الثاني: الرهن الحيازي وعرفته المادة 948 من القانون المدني الجزائري بأنه: (عقد يلتزم به شخص ضمانا لدَّين عليه أو على غيره أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان، شيئا يرتب عليه للدائن حقا عينيا يحوُّله حبس الشيء إلى أن يستوفي الدَّين، وأن يتقدّم الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في أن يتقاضى حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون).

وهو ما يقابل المادة 1096 من القانون المدني المصري.

(1) : أنظر: وهبة الزحيلي. المعاملات المالية المعاصرة. ص82

(2) : أنظر: أحمد زكي بدوي. معجم المصطلحات القانونية. الطبعة [د.ط.]. القاهرة: دار الكتاب المصري، بيروت: دار الكتاب اللبناني، 1999م، ص163

(3) : حمدي أحمد سعد أحمد. مدى مسؤولية الأمين في عقود التوثيق. ص29

(4) : أكثر تفصيلا راجع: السنهوري. الوسيط. ج10، فقرة 116، ص269-270

وهذا النوع من الرهن يقتضي تسليم الراهن للمرتهن أو لشخص آخر يعينه بالاتفاق مع الدائن المرتهن، شيئاً يكون لهذا الدائن حقاً عينياً تبعياً على هذا الشيء يعطيه الحق في استيفاء دينه من ثمنه، وأن يتقدم على غيره من الدائنين العاديين والمتأخرين عنه في المرتبة.⁽¹⁾

ويعتبر الرهن الحيازي في القانون المدني أقرب إلى مفهوم الرهن عند جمهور الفقهاء من الرهن الرسمي⁽²⁾، أما الرهن بمفهومه الواسع فقد استوعبه الفقه المالكي سواء أكان رهناً حيازياً أو رسمياً.

ثانياً : طبيعة يد المرتهن :

ثار الخلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية حول طبيعة يد المرتهن على الشيء المرهون هل هي يد أمانة أم يد ضمان ؟ ومن ثمّ مدى مسؤوليته عن هلاك هذا الشيء، هل يهلك عليه فيسقط حقه في ذمّة الراهن أم يهلك على الراهن ويظلّ حق المرتهن كما هو ؟

وبداية لا خلاف بين الفقهاء في أن الشيء المرهون إن هلك بتعدّد أو بتقصير من المرتهن في حفظه والعناية به، كان ضامناً له، ويكون الضمان بالمثل إن كان المرهون مثلياً مهما كان المثل، وبالقيمة إن كان قيمياً مهما بلغت قيمته، فإن كانت قيمة المرهون والدّين سواء سقط الدّين، وإن كانت أقل رجوع المرتهن بالباقي من حقه على المدين الراهن، وإن كانت قيمة المرهون أكثر من قيمة الدّين ضمن المرتهن الزيادة للراهن.⁽³⁾

بيد أنه قد احتدم الخلاف بين الفقهاء حول طبيعة يد المرتهن على المرهون ومن ثمّ مدى مسؤوليته عنه في حالة هلاكه دون تعدّد منه أو تقصير، هل تعتبر يد ضمان، فيكون الهلاك عليه ويسقط حقه، أم يد أمانة فيكون الهلاك على الراهن، ويظلّ ملتزماً بما في ذمّته من دين.

(1) : أنظر: السنهوري. الوسيط. ج10، فقرة 496، ص740 وما بعدها

(2) : حمدي أحمد سعد أحمد. مدى مسؤولية الأمين في عقود التوثيق. ص31

(3) : أنظر: ابن رشد. المقدمات الممهّدة. ج2، ص367، والمرغيناني. الهداية. ج4، ص114

والشافعي. الأم. ج3، ص171، وابن قدامة. المغني. ج4، ص297

وفي هذه المسألة برزت ثلاثة آراء نبرزها فيما يأتي:

الرأي الأول: ذهب الشافعية⁽¹⁾ والحنابلة⁽²⁾ والظاهرية⁽³⁾ إلى أن يد المرتهن على المرهون يد أمانة ومن

تَمَّ فلا ضمان عليه إذا هلك الشيء المرهون تحت يده أو تعيب بلا تعدُّ ولا تقصير منه.

1- واستدلوا بحديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «لا يغلِق الرهن مَن رهنه له غنمه وعليه غُرمه»⁽⁴⁾ ومعنى (له غنمه وعليه غُرمه) أي للراهن غنمه: سلامته وزيادته وغُرمه عطبه ونقصه.

قال الإمام الشافعي رضي الله عنه في كتابه الأمّ بعد أن ساق الحديث السابق: (وبهذا نأخذ وفيه دليل على أن جميع ما كان رهنا غير مضمون على المرتهن، لأن الرسول صلى الله عليه وسلم إذا قال: الرهن من صاحبه الذي رهنه فَمَن كان منه شيءٌ فضمانه منه لا من غيره، ثم زاد فأكد له فقال: له غنمه وعليه غُرمه، وغنمه سلامته وزيادته، وغُرمه عطبه ونقصه فلا يجوز فيه إلا أن يكون ضمانه من مالكة لا من مرتهنه).⁽⁵⁾

2- واستدل الجمهور بصحة قولهم بأن يد المرتهن يد أمانة على المرهون وعدم ضمانه له في حالة هلاكه دون تعدُّ منه أو تقصير بالقياس على الكفيل. والشاهد باعتبار أن الرهن وثيقة بالدين فلا يسقط بهلاكه كالكفيل والشاهد فكما لا يسقط الدين بموت الكفيل والشاهد فلا يسقط كذلك بهلاك المرهون بجامع التوثق في كل.⁽⁶⁾

3- واستدلوا أيضا بأن يد المرتهن على المرهون فيما يزيد عن قيمة الدَّين تعتبر يد أمانة باتفاق فوجب أن يكون كله أمانة، لأنه مقبوض بعقد واحد بعضه أمانة فتعين أن يكون جميعه كذلك كالوديعة والشيء المؤجَّر، لأن الأصول موضوعة على أن كل شيء كان بعضه غير مضمون، كان جميعه غير مضمون، وكل شيء كان مضمونا، كان مضمونا في جميعه كالبيوع.⁽⁷⁾

(1) : أنظر: الإمام الشافعي. الأم. ج3، ص170-171

(2) : ابن قدامة. المغني. ج4، ص297

(3) : ابن حزم. المحلى. ج6، ص371

(4) : البيهقي. السنن الكبرى. باب الرهن غير مضمون، الحديث رقم 11219، ج6، ص66

(5) : أنظر: الإمام الشافعي. المرجع نفسه. ج3. ص167

(6) : أنظر: الشيرازي. المهذب. ج2، ص89

(7) : أنظر: ابن قدامة. المرجع نفسه. ج4، ص297

4- ثم إن الراهن دفع الرهن إلى المرتهن باختياره، وغير مغلوب عليه وسلّط المرتهن على حبسه ولم يكن له إخراجه من يديه حتى يوفيه حقه فلا وجه لأن يضمن المرتهن ما حبسه تحت يده بحقه، وليس متعدّياً بهذا الحبس.⁽¹⁾

5- وأخيراً الرهن وثيقة لمن له الحق، فلو كان مضموناً بالحق لكان وثيقة على من له الحق وفي ذلك إبطال لمعنى الرهن.⁽²⁾

6- لو ضمّنا المرتهن لامتنع الناس من فعله خوفاً من الضمان، ولتعطلت المداينات، وفي هذا ضرر عظيم.⁽³⁾

الرأي الثاني: ويقول بضمان المرتهن للعين المرهونة، وهو رأي الحنفية ومن أدلتهم:

1- ما روي عن مصعب ابن ثابت⁽⁴⁾ قال: (سمعت عطاء يحدث أن رجلاً رهن فرساً فنفق في يده - مات - فطالبه المرتهن بحقه فاختصما إلى رسول الله ﷺ فقال له ﷺ: «ذهب حقاك»، وفي لفظ آخر: «لا شيء لك».⁽⁵⁾

2- يد المرتهن يد أمانة بالنظر لعين المال المرهون، ويد استيفاء أو ضمان بالنسبة لمالية المرهون فيما يقابل الدين من مالية الرهن، بمعنى أن ما يساوي الدين من مالية الرهن تعتبر يد المرتهن عليه يد ضمان أو استيفاء فإذا امتنع ردّ المرهون لصاحبه بسبب هلاك أو غيره، كان المرتهن مستوفياً من

(1) : أنظر: وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج5، ص268

(2) : أنظر: وهبة الزحيلي. المرجع نفسه. ج4، ص268

(3) : أنظر: الموسوعة الفقهية الكويتية. ج23، ص187

(4) : هو مصعب بن عبد الله بن مصعب بن ثابت بن عبد الله بن الزبير أو عبد الله، علامة بالأنساب، غزير المعرفة بالتاريخ، كان أوجه قريشاً مروءة وعلماً وشرفاً، وكان ثقة في الحديث، وشاعراً، ولد بالمدينة المنورة سنة 156هـ، سكن بغداد وتوفي بها سنة 236هـ، له تصانيف منها كتاب نسب قريش.

أنظر: الزركلي. الأعلام. ج7، ص248

وأبو عبد الله مصعب بن عبد الله بن مصعب الزبيري. نسب قريش. تعليق: إ. ليفي بروفنسال. الطبعة الثالثة، القاهرة:

دار المعارف، ص5-6

(5) : أنظر: سنن البيهقي. باب من قال الرهن مضمون، الحديث رقم 11225، ج6، ص68

والزبلي. نصب الراية. ج4، ص321

قال: ابن القطان مصعب بن ثابت بن عبد الله بن الزبير ضعيف كثير الغلط وإن كان صدوقاً

دَيْنَه هذا المقدار، واحتسب من ضمانه، وأما ما زاد من قيمة الرهن على الدَّين فهو أمانة، يهلك هلاك الأمانة، فلا يُضمن إلا بالتعدّي أو التقصير⁽¹⁾ لحديث: «الرهن بما فيه»⁽²⁾.

الرأي الثالث: وهو رأي المالكية، فيقولون بأن يد المرتهن على ما يغاب عليه يد ضمان، وعلى ما لا يغاب عليه يد أمانة، وذلك لانتفاء التهمة فيما لا يغاب عليه وثباتها فيما يغاب لكثرة ادّعاء ضياعه فوجب القول بضمانه.⁽³⁾

ومّا يظهر من الآراء أن القانون يؤيّد الرأي الأول الذي يقول بأن يد المرتهن يد أمانة وليست يد ضمان شريطة وجوب عناية المرتهن بالعَيْن المرهونة عناية الشخص المعتاد. ورد بالمادة 955 من القانون المدني الجزائري ما نصه: (إذا تسلّم الدائن المرتهن الشيء المرهون فعليه أن يبذل في حفظه وصيانته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد، وهو مسؤول عن هلاك الشيء أو تلفه ما لم يثبت أن ذلك يرجع لسبب لا يد له فيه). وهو ما يقابل نص المادة 1103 من القانون المدني المصري.

وتقدير ما إذا كان المرتهن قد بذل عناية الشخص المعتاد من عدمه يرجع لقاضي الموضوع عند المنازعة، لأن مضمون هذا الالتزام يختلف باختلاف الأحوال والظروف.⁽⁴⁾ والسبب في كون العناية هي عناية الشخص المعتاد، أن المرتهن لا يعمل لمصلحته فقط وإنما يعمل لمصلحة الراهن أيضا.⁽⁵⁾

(1) : أنظر: الكاساني. بدائع الصنائع. ج6، ص154، والزيلعي. تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق. ج6، ص64-65

(2) : البيهقي. السنن الكبرى. باب من قال الرهن مضمون. الحديث رقم 11226، ج6، ص69

والزيلعي. نصب الرأية. ج4، ص322

قال: ابن القطان مرسل صحيح

وأبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني. المراسيل. الطبعة الأولى. بيروت: مؤسسة الرسالة، 1408هـ، الحديث رقم

189، ص172

(3) : أنظر: ابن رشد. بداية المجتهد. ج4، ص59

(4) : محمد نجدات الحمد. ضمان العقد في الفقه الإسلامي. ص244

(5) : أنظر في هذا المعنى: حمدي أحمد سعد أحمد. مدى مسؤولية الأمين في عقود التوثيق. ص108-109

ومحمد نجدات الحمد. المرجع نفسه. ص244

وعلى ذلك إذا كان المرهون حيوانا وجب على المرتهن أن يقوم بتغذيته وعلاجه، وإذا كان المرهون أرضا زراعية وجب على المرتهن زراعتها ورئها ونزع الحشائش الضارة منها، وإذا كان المرهون بناء التزم بصيانتة عن طريق ترميمه وتقوية أعمدته وسدّ الثقوب التي تظهر به، وإذا كان المرهون آلة ميكانيكية وجب عليه تنظيفها وتشحيمها ووضعها في مكان ملائم، كما يجب على المرتهن أيضا سداد الضرائب والتكاليف المستحقة على المرهون⁽¹⁾، مع العلم أن جميع النفقات التي ينفقها المرتهن في حفظ المرهون وصيانتة تقع على عاتق الراهن⁽²⁾، وأما في الفقه الإسلامي فإن نفقة المرهون يتحملها الراهن إن كانت لمصلحة المرهون وبقائه، كالعلف وأجرة سقي الأشجار وقطف الثمار وحصاد الزرع وأجرة الراعي، فإن كانت لمصلحة حفظ المرهون كأجرة الحفظ أو التخزين أو الحراسة، فهي على المرتهن لأنه حبس المرهون له⁽³⁾، لقوله ﷺ: «لا يُغلق الرهن من رهنه، الذي رهنه عليه غُرمه وله غُرمه»⁽⁴⁾، ولأنه ملكه فوجب عليه ما يحتاج لبقاء الرهن، كما يجب أن يُخطر المرتهن الراهن عن كل ما يهدد المرهون من هلاك أو تلف.⁽⁵⁾

الفرع الثاني : عقد الوصاية :

أولا : تعريفها :

أ- لغة : من الإيصال، من وصى الشيء بكذا وصله به⁽⁶⁾، لأن الموصي وصل خير دنياه بخير عقباه.⁽⁷⁾

والإيصال: يعم الوصية والوصاية لغة، والتفرقة بينهما من اصطلاح الفقهاء وهي تخصيص الوصية بالتبرع المضاف لما بعد الموت، والوصاية بالعهد إلى من يقوم على من بعده.⁽⁸⁾

(1) : محمد نجات محمد. ضمان العقد في الفقه الإسلامي. ص 244

(2) : أنظر: المادتين 953 و 956 من القانون المدني الجزائري، والمادة 1104 من القانون المدني المصري.

(3) : أنظر: حاشية الدسوقي. ج 3، ص 251، والبهوتي. كشاف القناع. ج 3، ص 335-336، والسرخسي. المبسوط. ج 21، ص 104

(4) : أنظر: البيهقي. السنن الكبرى. الحديث رقم 11237 و 11238 و 11239، ج 6، ص 73

وأبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني. التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرفع الكبير.

الطبعة الأولى. دار الكتب العلمية، 1419هـ، ج 3، الحديث رقم 1232، ص 94

(5) : أنظر: المادة 958 من القانون المدني الجزائري.

(6) : ابن منظور. لسان العرب. ج 15، ص 393، والمعجم الوسيط. ص 1038

(7) : أنظر: الشريبي. مغني المحتاج. ج 4، ص 66

(8) : الشريبي. المرجع نفسه. ج 4، ص 66

ب- شرعا : يعرفها الحنفية بأنها جعل الغير مالكا لماله بعد موته، أو تفويض التصرف في ماله ومصالح أطفاله إلى غيره بعد موته.⁽¹⁾

وما يلاحظ على هذا التعريف أنه تعريف أشمل وأوسع، إذ اشتمل على معنيي الوصية، حيث شمل على الوصية بمعناها التمليك للمال لما بعد الموت، وهو التعريف الذي غلب على تعريف الفقهاء - كما سنرى-، كما شمل بالوصية مفهوم التعهد برعاية مصلحة الغير بعد وفاة الموصي.

ويعرفها المالكية بأنها تمليك مضاف لما بعد الموت بطريق التبرع.⁽²⁾

ويعرفها الشافعية بأنها تبرع بحق مضاف ولو تقديرا لما بعد الموت.⁽³⁾

ويعرفها الحنابلة بأنها تبرع بالمال لما بعد الموت.⁽⁴⁾

ثانيا : ضمان الوصي :

يعتبر الوصي نائبا شرعيا عن الموصي، يتولى تنفيذ الوصية وإدارة شؤون القاصرين المالية من تمييز وتنمية وأتجار ونحو ذلك، وتعتبر يده يد أمانة، فيقبل قوله فيما يدعيه، ولا يضمن ما يتلف بيده دون تعد أو تقصير في الحفظ، ويضمن الوصي للتعدّي والذي من صورته:⁽⁵⁾

- إذا باع أو اشترى بغير فاحش: وهو الذي لا يدخل تحت تقويم المقومين، لأن ولايته للنظر ولا نظر في الغبن الفاحش.⁽⁶⁾

- في تبرعه من مال اليتيم، وهباته لغير الجهة الموصى لها.

- في دفعه المال إلى اليتيم بعد الإدراك، قبل ظهور رشد، لأنه دفعه إلى من ليس له دفعه إليه، وهذا مذهب الصاحبين، وقال الإمام أبو حنيفة بعدم الضمان، إذا دفعه بعد خمس وعشرين سنة، لأن له ولاية الدفع إليه حينئذ.⁽⁷⁾

(1) : أنظر: محمد بن فرامرز بن علي الشهير بملا - أو منلا أو المولى - خسرو. درر الحكام شرح غرر الأحكام. الطبعة [د.ط].

دار إحياء الكتب العربية، ج2، ص427

(2) : الخطاب. مواهب الجليل. ج6، ص364

(3) : الشريبي. معني المحتاج. ص66

(4) : ابن قدامة. المعني. ج6، ص137

(5) : أنظر: ابن نجيم. الأشباه والنظائر. ج2، ص121

(6) : المرغيناني. الهداية. ج4، ص543، والزليعي. تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق. ج6، ص211

ومنلا خسرو. درر الحكام شرح غرر الأحكام. ج2، ص450

(7) : الحصكفي. الدر المختار. ج6، ص710

- ليس للولي الأتجار في مال اليتيم لنفسه، فإن فعل فعند أبي حنيفة ومحمد يضمن رأس المال، ويتصدق بالربح وعند أبي يوسف يسلم له الربح ولا يتصدق بشيء.⁽¹⁾

الفرع الثالث : الصلح عن مال بمنفعة :

أولا : تعريفه :

كما تقدم أن الصلح عقد يرفع النزاع، وأنه قد يقع عن مال بمال فيكون في حكم البيع⁽²⁾، فإذا وقع الصلح عن مال بمنفعة، بأن كان المصالح عنه مالا وبدل الصلح منفعة، أُعتبر عقد الصلح في حكم عقد الإجارة.⁽³⁾

ثانيا : الضمان فيه :

تعتبر عين الشيء المتصالح على منفعته أمانة في يد المصالح، وأما منافعه فهي مضمونة على المصالح بمجرد التسليم، فإذا مضت مدة الانتفاع المتفق عليها أُعتبر المصالح مستوفيا حكما لبدل الصلح.⁽⁴⁾

مثال: كون بدل الصلح منفعة أن يكون على رجل مائة ليرة مثلا فصالح خصمه الدائن من ذلك على منفعة بيت بأن يسكنه شهرا، أو على ركوب دابة أياما معلومة، أو على زراعة أرض مدة معينة ونحو ذلك، فهذا الصلح في معنى الإجارة، أي يطبق عليه حكم الإجارة باتفاق علماء المذاهب الأربعة⁽⁵⁾ وهو الذي سنتعرض إليه تفصيلا في الفرع الآتي.

الفرع الرابع : الإجارة :

أولا : تعريفها :

أ- في اللغة :

وهي مأخوذة من أجر، يَأْجُرُ، والإِجَارَةُ والأُجْرَةُ بمعنى واحد، وهي ما يعطى من أجر جزاء على العمل.⁽⁶⁾

(1) : ابن عابدين. رد المختار. ج6، ص712، ومناخسرو. درر الحكام شرح غرر الأحكام. ج2، ص450

(2) : أنظر: محمد فوزي فيض الله. نظرية الضمان في الفقه الإسلامي. ص65، وإبراهيم فاضل الدبوع. ضمان المنافع. ص66

(3) : أنظر: محمد فوزي فيض الله. المرجع نفسه. ص65

(4) : وهبة الزحيلي. نظرية الضمان. ص173

(5) : أنظر: الدردير. الشرح الكبير. ج3، ص310، والكاساني. بدائع الصنائع. ج6، ص47

(6) : أنظر: ابن منظور. لسان العرب. ج4. ص10-11

ب- شرعا :

الناظر في تعريفات الفقهاء يجدها متقاربة إلى حدّ كبير، إلا أنّها قد تختلف بذكر بعض المقيدّات أو الشروط للإجارة الصحيحة.

فلقد عرّفها الشافعية بأنّها: (عقد على منفعة مقصودة معلومة قابلة للبدل والإباحة بعوض معلوم).⁽¹⁾

وعرّفها الحنابلة بأنّها: (بدل عوض معلوم في منفعة معلومة من عين معيّنة أو موصوفة في الدّمة أو في عمل معلوم).⁽²⁾

ويظهر أنّ الحنابلة قد زادوا في تعريفهم أنّ تكون مدة الإجارة معلومة في حين أنّ تعريف الشافعية قد خلا من هذا القيد، كما أنّ الشافعية قد أضافوا قيدهما وهو أنّ تكون المنفعة قابلة للبدل.

ولقد عرّف المالكية الإجارة بأنّها: (تمليك منافع شيء مباحة مدة معلومة بعوض).⁽³⁾

ولقد جاء هذا التعريف مشابهاً للتعريفات السابقة إلا أنّه استبدل لفظة العقد بالتمليك، كما أنّه لم يقيّد التعريف بمعلومية العوض كما في تعريف الشافعية والحنابلة، ثم إن المالكية اعتبروا العقد على منافع الدار والحيوان والأرض بالكرء، وأمّا العقد على منافع العمل عبّر عنها بالإجارة⁽⁴⁾، وأمّا جمهور الفقهاء فيطلق الإجارة على كليهما كما تبرز التعاريف.

ولقد جاء تعريف الحنفية أكثر التعريفات اختصاراً حيث عرّفوها على أنّها: (عقد على المنافع بعوض)⁽⁵⁾، وهو التعريف الذي اعتمده مجلة الأحكام العدلية في المادة 405.

(1) : أنظر: الشريبي. مغني المحتاج. ج2، ص438

(2) : المرادوي. الإنصاف. ج6، ص3

(3) : أنظر: الدردير. الشرح الكبير. ج4، ص2

(4) : أنظر: شرح الخرشي. ج7، ص2، وابن جزوي. القوانين الفقهية. ص182

(5) : أنظر: المرغيناني. الهداية. ج2، ص230

ج- في القانون :

عرّفه المشرّع الجزائري في المادة 1/467 من القانون المدني فيما يأتي: (الإيجار عقد يمكن المؤجّر بمقتضاه المستأجر من الانتفاع بشيء مدة محدّدة مقابل بدل إيجار معلوم).⁽¹⁾

وهو ما جاءت به المادة 558 من القانون المدني المصري، والمادة 526 من القانون المدني السوري. والتعريف القانوني نجده يعرف الإيجار بآثاره والالتزامات التي تترتب عنه، وإن أول وأهم التزام في الإيجار هو تمكين المؤجّر للمستأجر من الانتفاع، وأن هذا التزام إيجابي لا سلبى على المؤجّر فهو ملزم بأن يمكن المستأجر من الانتفاع لا أن يترك المستأجر ينتفع بالعين المؤجّرة.⁽²⁾

والإيجار من العقود المسماة التي نظم القانون أحكامها وآثارها، وهو عقد رضائي ملزم للجانبين، ومن عقود المعاوضة ومن عقود المنفعة ومن عقود المدّة أو العقود الزمنية، ومن عقود الإدارة وليس من عقود التصرف لوروده على منافع الشيء.⁽³⁾

ثانيا : أنواع الإجارة :

والإجارة نوعان⁽⁴⁾:

- 1- إجارة على منفعة معلومة من عين معيّنة، كاستئجار دار بعينها، أو من عين موصوفة في الدّمة، كاستئجار سيارة من محل تأجير السيارات بذكر أوصافها دون تعيينها، وهذه الإجارة تسمى إجارة الأعيان.**
- 2- إجارة على عمل معين، وهي إجارة الأشخاص كاستئجار شخص لحفر بئر أو نقل بضاعة.**

(1) : المادة 467 تعرّضت للتعديل من خلال المادة 467 مكرر بإضافة الفقرة الثانية ونصّها: (يعقد الإيجار كتابة ويكون له تاريخ ثابت، وإلا كان باطلا).

أنظر: الجريدة الرسمية لسنة 2007، العدد 31.

(2) : أنظر: هلال شعوة. الوجيز في شرح عقد الإيجار في القانون المدني. الطبعة الأولى، الجزائر: جسور، 2010م، ص12-13

(3) : جميلة دوار. عقد الإيجار في التشريع المدني الجزائري. الطبعة الأولى. الجزائر: دار طليطلة، 2011م، ص16-17

(4) : أنظر: شرح الخرشبي. ج7، ص2، والبهوتي. شرح منتهى الإيرادات. ج2، ص251-252، وابن قدامة. المغني. ج5،

المطلب الثاني : الضمان في عقد الإجارة على الأشخاص

عند استئجار شخص للقيام بعمل ما كبناء سكن أو خياطة ثوب أو حمل بضاعة إلى مكان، نكون هنا أمام نوعين من الأجراء: أجير خاص وأجير مشترك.

الفرع الأول : التعريف بالأجير الخاص :

وهو الذي يعمل لشخص واحد مدة معلومة⁽¹⁾ كالرجل يُستأجر للخدمة أو للعمل في بناء أو خياطة أو رعاية يوما أو شهرا، وسمي خاصا لاختصاص المستأجر بنفعه في تلك المدة دون سائر الناس.

الفرع الثاني : طبيعة يد الأجير الخاص :

الأجير الخاص لا يضمن ما يتلف في يده إذا لم يتعمد الفساد، أي لا يضمن إلا بالتعدي وهذا باتفاق الفقهاء.⁽²⁾

فلقد سئل الإمام أحمد عن رجل أكرى رجلا يستقي ماء، فكسر الجرّة فقال: لا ضمان عليه.⁽³⁾

وبالتالي فالأجير الخاص لا يضمن ما لم يثبت أنه تعدى وقصر، وكل ما يتوجب عليه عند القيام بعمل هو التزام بتحقيق غاية في الغالب والتزام ببذل عناية أحيانا.⁽⁴⁾

فيد الأجير الخاص يد أمانة ودليل ذلك ما يأتي:

1- بالقياس على الوكيل بجامع أن كل واحد منهما نائب عن المالك في صرف منفعه فيما أمر به، ولما كان الوكيل لا يضمن إلا عند التعدي أو التقصير فكان الأجير مثله.⁽⁵⁾

(1) : أنظر في هذا المعنى: ابن قدامة. المغني. ج5، ص390

(2) : أنظر: ابن رشد. بداية المجتهد. ج4، ص17، وابن جزوي. القوانين الفقهية. ص183

والبغدادي. مجمع الضمانات. ص27، والكاساني. بدائع الصنائع. ج4، ص211

والشربيني. مغني المحتاج. ج2، ص476، وابن قدامة. المرجع نفسه. ص390، ومرشد الحيران. المادة 519

(3) : ابن قدامة. المرجع نفسه. ج5، ص390

(4) : أنظر: وهبة الزحيلي. نظرية الضمان. ص241

(5) : أنظر: ابن مفلح. المبدع. ج4، ص445

2- بالقياس على المضارب إذ أن كلاً من المضارب والأجير لم يأخذ العين لمصلحته الخاصة⁽¹⁾، فلا ضمان على الموظفين الذين يعملون في مؤسسات حكومية أو خاصة إلا إذا حصل التلف بتعدّد أو بتقصير منهم.

ويمكن ذكر بعض المعايير التي يُعرف من خلالها التعدي أو التقصير من الأجير:

المعيار الأول: مخالفة الشرط المتفق عليه، فلو خالف الأجير الخاص الشرط الذي حصل الاتفاق عليه وأدى إلى تلف العين تحت يده فإن الأجير يكون ضامناً في تلك الحالة⁽²⁾، كما لو اتفق صاحب مصنع مثلاً مع أحد المهندسين على أن يقوم بتحضير منتج ما بطريقة مخصوصة، ثم قام المهندس بالعدول عن الطريقة المتفق عليها إلى طريقة أخرى مما أدى إلى فشله، فإن المهندس يكون ضامناً لما أتلفه من مواد أثناء عمله هذا، لأن تصرفه في تلك المواد بالطريقة التي طبّقها كان بغير إذن من صاحبها.

المعيار الثاني: مخالفة العرف السائد عند الإطلاق، فالعرف يعتبر كالشرط المتفق عليه في العقد، فإذا لم يُنصّ في العقد على جواز تصرف ما أو عدم جوازه فإنه يُرجع إلى العرف السائد لمعرفة حكم ذلك التصرف⁽³⁾، وعلى الأجير أن يلتزم به، وإلا فإنه يكون ضامناً عندئذ.

فلو أن شخصاً كان يعمل حارساً في شركة ما وكان العرف السائد في الحراسة أن يقوم الحارس بعمل جولة حول مبنى الشركة كل نصف ساعة فقصر في هذا وأدى إلى سرقة الشركة، فإنه يكون ضامناً لعدم قيامه بما يجب عليه.

المعيار الثالث: مخالفة المعايير الواجب إتباعها عند أصحاب كل مهنة عند القيام بأي عمل، والمعايير المهنية هي الطريقة أو الطرق التي يراها أهل مهنة معينة صحيحة لأداء عمل يتعلق بتلك المهنة، فلو سلك طريقة خاطئة عند أصحاب المهنة التي يعمل فيها فإنه يكون ضامناً، فلو أراد عامل صيانة أن يقوم بتركيب آلة فقام بإتباع طريقة خاطئة في التركيب مما أدى إلى حدوث عطب تلك الآلة، فإنه يكون ضامناً لها.

(1) : الشيرازي. المهذب. ج2، ص267

(2) : أنظر: محمد نجات محمد. ضمان العقد في الفقه الإسلامي. ص444

(3) : أنظر: ابن نجيم. الأشباه والنظائر. ص84-85

المعيار الرابع: الالتزام بالتراخيص التي تصدرها الدولة لأصحاب المهن المختلفة:

فلو رأت الدولة أن تقوم باختبارات لأصحاب مهنة معينة، ومن ثم منح الذين يجتازون هذه الاختبارات ترخيصاً بالعمل، فلا بد لمن أراد أن يمارس هذه المهنة أن يكون حاصلاً على الترخيص، وإلا فإنه يكون ضامناً لما يتلفه تحت يده، والحقيقة أن هذا الأمر يعتبر من باب السياسة الشرعية التي تُعنى بالحفاظ على الضرورات الخمس، والتي منها الحفاظ على أموال الآخرين.

وإن وقع نزاع واختلاف بين الأجير والمستأجر فيما يعتبر تعدياً على ماله، فإنه يُرجع فيه إلى أهل الخبرة والاختصاص، فقد جاء في المادة 714 من مجلة الأحكام الشرعية في مذهب الإمام أحمد: (يُرجع في معرفة التعدي من عدمه عند الاختلاف إلى ذوي الخبرة).

وأما في مسألة إنابة الأجير الخاص غيره في العمل فاختلّف فيها على قولين:

القول الأول⁽¹⁾: ذهب جمهور الحنفية والحنابلة إلى أن الأجير لا يملك الإنابة في عمله، ويعتبر ضامناً عند التلف، وعلّلوا رأيهم بأن العقد قد وقع على منافع الأجير نفسه، ولم يقع على منافع غيره، فإذا دفع العمل لغيره يكون مخالفاً لما تم الاتفاق عليه لذلك فإنه يكون ضامناً.⁽²⁾

القول الثاني: ذهب بعض الحنفية⁽³⁾ إلى جواز دفع الأجير الخاص إلى غيره إذا كان الشخص المدفوع إليه أكثر إتقاناً ومهارة للعمل من الأجير المتعاقد معه.

والذي يبدو أن رأيهم بنوّه على المصلحة الحاصلة للمستأجر من هذه الإنابة.

ويُردّ على القول بأن الشخص الآخر وإن كان أكثر إتقاناً، فقد يكون أقل أمانة، إذ الناس يتفاوتون في أمانتهم وتعاملهم مع الناس.

ومنه يمكن القول بوجود الضمان على الأجير عند إنابة غيره مكانه، لأن العقد وقع على منفعه دون غيره، ولأن الناس يتفاوتون في أمانتهم وخُلُقهم وتعاملهم مع الناس، فقد يُرضي المستأجر شخصاً ولا يرضي غيره.

(1) : أنظر: ابن عابدين. رد المحتار. ج6، ص18، والبهوتي. كشاف القناع. ج4، ص33

(2) : ابن عابدين. المرجع نفسه. ص18

(3) : أنظر: ابن عابدين. المرجع نفسه. ص18

الفرع الثالث : التعريف بالأجير المشترك :

هو الذي يتعاقد مع رجل على عمل معين كخياطة ثوب وبناء جدار، وحمل شيء إلى مكان معين، أو على عمل في مدة لا يختص رجل واحد بجميع النفع فيها، بل يشترك معه غيره كالطبيب والمهندس وأي صاحب حرفة أخرى، ومن هنا جاءت تسميته بالمشترك لاشتراك أكثر من مؤجر في منفعته.⁽¹⁾

وأكثر بيانا لحقيقة الأجير المشترك، ما ذكره كثير من الفقهاء: وهو أن الأجير المشترك هو من يكون عقده واردا على عمل معلوم ببيان محله، فهو الذي يستحق الأجرة بالعمل لا بتسليم النفس كالصانع والصبّاغ والقصار ونحوهم.⁽²⁾

الفرع الرابع : طبيعة يد الأجير المشترك :

اتفق الفقهاء على تضمين الأجير المشترك إذا تعدّى أو فرط.⁽³⁾ إلا أنهم اختلفوا في ضمانه إذا لم يحصل منه تعدّد أو تفريط على أقوال:

القول الأول: وهو قول أبي حنيفة النعمان والحنابلة على الصحيح من المذهب والشافعية على الأظهر عندهم، إذ يعتبرون يد الأجير المشترك يد أمانة فلا يضمن ما تلف في يده إلا بالتعدّي، لأن الأصل أن لا يجب الضمان إلا على المعتدي لقوله تعالى: ﴿...فَلَا عُدْوَانَ إِلَّا عَلَى الظَّالِمِينَ﴾.⁽⁴⁾ والأجير مأذون في القبض غير متعدّد فيه فيكون أمينا على ما في يده كالمودع.⁽⁵⁾

(1) : إبراهيم فاضل الدبو. ضمان المنافع. ص33

(2) : الزيلعي. تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق. ج5، ص133، والبهوتي. كشف القناع. ج4، ص33

وابن مفلح. المبدع. ج4، ص446

(3) : وقد تقدّمت الإشارة إلى أدلة تضمين الأجير إذا تعدّى في موضوع ضمان الأجير الخاص، فيدخل فيه الأجير المشترك إذا تعدّى لوجود علّة الحكم.

(4) : سورة البقرة، الآية 193

(5) : أنظر: الكاساني. بدائع الصنائع. ج4، ص210-211، والشربيني. مغني المحتاج. ج3، ص476

وابن قدامة. المغني. ج5، ص389

القول الثاني: لأبي يوسف ومحمد بن الحسن وأحمد في رواية، وهو أن العين تدخل في ضمان الأجير المشترك بالقبض، فإن هلكت في يده ضمن هلاكها ولو لم يتعدى أو يُقصر، إلا إذا كان هلاكها من غير فعله بسبب لا يمكنه الاحتراز منه كحريق غالب أو غرق غالب أو لصوص مكابرين وما شابه ذلك⁽¹⁾.

واستدلوا على ذلك:

- 1- بما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»⁽²⁾.
ووجه الاستدلال: أن الأجير إذا عجز عن ردّ العين بسبب الهلاك، فعليه ردُّ قيمتها.
- 2- ما روي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه كان يُضمّن الأجير المشترك احتياطا لأموال الناس⁽³⁾.
- 3- وما روي عن علي رضي الله عنه أنه كان يُضمّن الصباغ والصائغ وقال: (لا يُصلح الناس إلا ذاك)⁽⁴⁾.
- 4- كما استدلوا على تضمين الأجير المشترك بقولهم: (أننا قلنا بتضمين الأجير المشترك صيانة لأموال الناس، لأن الأجير يتقبل الأعمال من خلق كثير رغبة في كثرة الأجر، وقد يعجز عن القيام بها، فيقعده عنده طويلا، فيجب عليه الضمان إذا هلكت بما يمكن الاحتراز عنه حتى لا يتوانى في حفظها)⁽⁵⁾.

(1) : أنظر: البغدادي. مجمع الضمانات. ص 27، وابن عابدين. رد المحتار. ج 5، ص 65
والمادة 611 من مجلة الأحكام العدلية، والمادة 520 من مرشد الحيران، ص 84

(2) : سبق تخريجه في ص 9 و ص 18

(3) : أبو بكر عبد الرزاق بن همام بن نافع الحميري اليماني الصنعاني. المصنف. الطبعة الثانية. بيروت: المكتب الإسلامي، الحديث رقم 14949، ج 8، ص 217
والبيهقي. السنن الكبرى. كتاب الإجارة، باب ما جاء في تضمين الأجراء، ج 6، ص 202
وابن حزم. المحلى. ج 7، ص 30

(4) : أنظر: عبد الرزاق بن همام. المصنف. باب ضمان الأجير الذي يعمل بيده، رقم الأثر 14948، ج 8، ص 217
والبيهقي. السنن الكبرى. كتاب الإجارة، باب ما جاء في تضمين الأجراء واللفظ له، الحديث رقم 11667، ج 6، ص 202

(5) : أنظر: الزيلعي. تبين الحقائق شرح كنز الحقائق. ج 5، ص 138

5- ثم إنه قد تغيّرت أحوال الناس وكثرت الخيانة، فلا تُصان أموال الناس إلا بتضمين الأجير المشترك، لأنه إذا علم الأجير أنه لا يضمن ربّما يدّعي أن المتاع سُرق أو ضاع من يده، وقد يعجز المدّعي عن إثبات الهلاك، وهذا المعنى لا يوجد في الحريق الغالب والسارق المكابر. ولهذا ذهب الإمام الشافعي -في غير الأظهر- إلى تضمين الأجير المشترك، وجعل يده على متاع من استأجره يد ضمان مطلقاً.⁽¹⁾

القول الثالث: وهو قول المالكية، وهو أن الأجير المشترك ضامن لما يتلف في يده من أعيان المؤجّر حيث تقوم به التهمة استحساناً، فإذا انتفت التهمة فلا ضمان عليه، وتكون يده يد أمانة، فالقصار ضامن لما يتخرق بيده والطباخ ضامن لما أفسد، والخبّاز ضامن لما أفسد من خبزه.⁽²⁾ وبناء على ذلك فرق المالكية -في المشهور- في تضمين الأجراء على حمل المتاع ونقله من مكان إلى آخر إذا هلك في أيديهم، بينما إذا كان المحمول طعاماً فقالوا بتضمينهم إياه، وبين ما إذا كان غير ذلك من الأشياء فلم يضمّنوهم، وقالوا: (إن فيصل التفرقة بين الحالتين التهمة)⁽³⁾، فحيث كانت التهمة قائمة ترتب عليها الضمان، وحيث كانت منتفية لم يعدل عن الأصل وهو الائتمان، كما في حالة الأجير المشترك إذا شرع في عمله في حانوته أو داره بحضرة ربّه واستمرّ معه ولم يغيب عنه إلى أن تلف المصنوع بغير سببه فلا ضمان عليه، لأنه لما تلف بحضرة ربّه أو في منزله انتفت عنه التهمة.⁽⁴⁾ وهذا يشرح عبارتهم (يُغاب عليه): أي يمكن إخفاؤه كالمنقولات والثياب والحلي. ورد في القوانين الفقهية: تضمين الصنّاع فيضمنون ما غابوا عليه سواء عملوه بأجرة أو بغير أجرة، ولا يضمنون ما لا يغيّبوا عليه⁽⁵⁾ -أي لا يمكن إخفاؤه- كالعقار والحيوان والسفينة في الميناء.

(1) : أنظر: الشيرازي. المهذب. ج2، ص267

(2) : أنظر: الدسوقي. الحاشية. ج4، ص25

(3) : أنظر: الدسوقي. المرجع نفسه. ج4، ص25، وابن جزيء. القوانين الفقهية. ص220، والإمام مالك. المدونة. ج3، ص400-401

(4) : الدسوقي. المرجع نفسه. ج4، ص25

(5) : ابن جزيء. المرجع نفسه. ص220

واستحسن بعض المتأخرين من المالكية تضمين الأجير المشترك مطلقاً نظراً لكونه من المصالح العامة⁽¹⁾، وهو ما يمكن أن نرجحه نظراً لفساد كثير من أهل هذا الزمان، وقلة الأمانة والحرص على المال والطمع فيه عند كثير من الأجراء، فإن المصلحة العامة تقتضي تضمينهم ولحفظ حقوق الناس وأموالهم، إذ أن الأجير المشترك إذا علم أنه لا يضمن فإن هذا سيؤدي به إلى التهون وقلة الاحتراز في حفظ أموال الناس، أما إذا علم أنه يضمن المأجور إن حصل به تلف أو عيب فإنه سيكون حريصاً على أموال الناس.

وعلى هذا فإن ضمان الأجير المشترك ضمان تهممة⁽²⁾، لا ضمان أصالة يُنتفى بإقامة البينة⁽³⁾ على عدم تعدّي الأجير أو تفريطه أو على أن التلف حصل بأمر لا يمكن الاحتراز عنه كالحريق الغالب والعدو المكابر والله تعالى أعلم.

وأما بالنسبة لتلميذ الأجير المشترك فإنه لا يضمن إلا في حالة التعدّي أو التقصير، ومثاله لو وقع من يده سراج فأحرق ثوبا من القصار، فالضمان على الأستاذ ولا ضمان على التلميذ، لأن الذهاب والمجيء بالسراج عمل مأذون فيه فينتقل عمله إلى الأستاذ كأنه فعله بنفسه، فيجب الضمان عليه⁽⁴⁾.

وبناءً عليه فإن العاملين والمتدربين لدى أصحاب ورش التصليح المختلفة سواء أكانت لتصليح السيارات أو الآلات أو الأدوات الكهربائية وغير الكهربائية لا يضمنون ما تلف من فعلهم إلا في حالة التعدّي أو التقصير، ويكون الضمان على أصحاب تلك الورش.

(1) : أنظر: الدسوقي. الحاشية. ج4، ص26

(2) : أنظر: ابن رشد. المقدمات الممهّدات. ج2، ص244

(3) : أنظر: محمد عبد ربه محمد السبّحي. تعيّب المعقود عليه وأثره في عقود المعاوضات المالية. الطبعة الأولى. الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، 2007م، ص251

ومحمد أحمد سراج. ضمان العدوان في الفقه الإسلامي. ص121

(4) : الدسوقي. المرجع نفسه. ج4، ص26، والإمام مالك. المدونة. ج3، ص401، والبغدادي. مجمع الضمانات. ص43

وفي نهاية موضوع إجارة الأشخاص نشير إلى أنه يتوجّب على المؤجّر دفع الأجرة عند إنجاز العمل أو بعد التسليم، أو على ما اتفقوا عليه، بالمقابل يلتزم المستأجر بالقيام بالعمل فهو ملتزم بتحقيق غاية معينة⁽¹⁾ مع الالتزام ببذل العناية والمحافظة التامة لما تحت يديه، وإن كان الأجير أجيرا خاصا فيتوجّب عليه القيام بالعمل بذاته ولا ينيب غيره إلاّ بإذن من المستأجر وإلا تحوّلت يده من يد أمانة إلى يد ضمان⁽²⁾، وذلك لأن الناس يتفاوتون في أمانتهم وحلُقهم وتعاملهم مع الناس فقد يرضى المستأجر شخصا ولا يرضى آخر كما تقدّم.

المطلب الثالث: الضمان في عقد الإجارة على المنافع

الإجارة على المنافع كإجارة الدور والمنازل والحوانيت والضياع والآلات، ونظرا إلى حاجة الناس إلى هذا النوع من الإجارة كانت ضرورة الإشارة إلى أهم الالتزامات المترتبة على كل من المؤجّر والمستأجر، والتي سنتطرق لها من خلال الفروع الآتية:

الفرع الأول : التزامات المؤجّر :

وتتمثل في ثلاث التزامات وهي تسليم الشيء المؤجّر، وصيانته وضمانه.

1- تسليم الشيء المؤجّر:

إذ على المؤجّر أن يسلم الشيء المؤجّر وتوابعه في حالة يصلح معها لاستيفاء المنفعة المقصودة كاملة، لأن القصد من الإيجار هو الحصول على المنفعة والتمكّن من الانتفاع على نحو يحقّق غايته وهدفه، فالدار المعدّة للسكنى يجب أن تكون بحالةصالحة للسكن من الجدران والنوافذ والأبواب ومرافق الماء والكهرباء والمطبخ والحمام ودورة المياه، والمفاتيح، وإخلاء الدار من الشواغل والموانع وهو ما تؤكّد عليه الشريعة الإسلامية⁽³⁾ والقانون⁽⁴⁾.

(1) : أنظر: وهبة الزحيلي. نظرية الضمان. ص 238

(2) : ذهب جمهور الحنفية والحنابلة إلى أن الأجير الخاص لا يملك الإنابة في عمله ويعتبر ضامنا عند التلف.

وعلّلوا رأيهم بأن العقد قد وقع على منافع الأجير نفسه ولم يقع على منافع غيره، فإذا دفع العمل لغيره يكون مخالفا لما تمّ الاتفاق عليه لذلك فإنه يكون ضامنا.

أنظر: ابن عابدين. رد المختار. ج 6، ص 18، والبيهقي. كشّاف القناع. ج 4، ص 33

(3) : أنظر: الدسوقي. الحاشية. ج 4، ص 3، وابن قدامة. المغني. ج 5، ص 323

والشيرازي. المهذب. ج 2، ص 253-254، وابن عابدين. المرجع نفسه. ج 6، ص 12

(4) : أنظر: المادة 476 من القانون المدني الجزائري والمادة 564 من القانون المدني المصري.

2- صيانة الشيء المؤجر :

يختلف حكم الإيجار باعتباره من العقود الزمنية المستمرة عن البيع في بقاء التزام المؤجر بصيانة الشيء مع استمرار الإيجار ولا يتوقف عند تسليم العين المؤجرة كالبيع. فعلى المؤجر إصلاح ما يحدث من خلل في الشيء المؤجر وتوابعه مما يؤثر في استيفاء المنفعة المقصودة.⁽¹⁾

وطبقا لنصوص المواد 479-480-481-482 من القانون المدني الجزائري يتعهد المؤجر بإصلاح العين المؤجرة طوال مدة الإيجار، وينحصر التزامه في القيام بما يُعتبر صيانة للعين، حتى تظل مؤدية للغرض الذي تم التأجير من أجله.

فالأصل أن يلتزم المؤجر بجميع الترميمات التي تحتاج إليها العين المؤجرة لتبقى على الحالة التي سُلمت عليها، وهذه الترميمات قد تكون ضرورية لحفظ العين من الهلاك كإصلاح حائط أو تدعيم وتقوية الأساسات وترميم الطوابق السفلية والأسقف المهتدة بالسقوط، أو ضرورية لتمكين المستأجر من الانتفاع، ومثالها إصلاح السُّلم والمصعد ودورات المياه.⁽²⁾

كما قد ألحق المشرع بالترميمات الضرورية في الحكم التكاليف والأعباء المستحقة على العين المؤجرة، ففرض في المادة 03/479 بأنه: (يتحمل المؤجر الرسوم والضرائب وغيرها من التكاليف المثقلة للعين المؤجرة).

ويشمل هذا النص جميع الضرائب والرسوم المقررة على العين المؤجرة كضريبة الامتلاك ورسم رخصة السيارة المؤجرة، ولكن المؤجر لا يلتزم بالتكاليف المقررة على المستأجر مقابل الانتفاع⁽³⁾ كفرض الإدارة رسما في أجرة السكن مقابل قيامها بأعمال النظافة، فهذه يتحملها المستأجر دون المؤجر.⁽⁴⁾

(1) : وهبة الزحيلي. العقود المسماة. ص 227-228

(2) : أنظر: عبد الرزاق السنهوري. الوسيط - الإيجار والعارية- المجلد الأول، ج6، ص 259 وما بعدها

(3) : أنظر: جميلة دوار. عقد الإيجار في التشريع المدني الجزائري. ص 58، وهلال شعوة. الوجيز في شرح عقد الإيجار في القانون

المدني الجزائري. ص 110

(4) : أنظر: هلال شعوة. المرجع نفسه. ص 110

وأما الترميمات التأجيرية فلا يلزم بها المؤجر وإنما تقع على عاتق المستأجر⁽¹⁾، هذا بالنسبة إلى ما ذهب إليه القانون.

أما في الشريعة الإسلامية فإن فقهاء المذاهب لا يرون إجبار⁽²⁾ المؤجر على أعمال الصيانة غير أنهم جعلوا للمستأجر حق الفسخ إن لم يقيم المؤجر بالصيانة اللازمة باستثناء الحنفية فإنهم يرون استحقاق الفسخ بالنسبة للعيب القديم وهو أن لا يكون المستأجر قد اطلع عليه عند عقد الإجارة، فالظاهر أنه قيد معتبر عندهم جميعا كما في خيار العيب في عقد البيع.

3- ضمان الشيء المؤجر :

يلتزم المؤجر بتوفير المنفعة الكاملة والهادئة للمستأجر فيمتنع عن التعرض له بما يزعجه في استيفاء المنفعة، ويضمن له أيضا عدم تعرض الآخرين له ماديا وقانونيا، وهو ما يسمى بالتزام المؤجر بضمان عدم التعرض، الذي يشمل منع التعرض الشخصي ومنع تعرض الغير للمستأجر وضمان العيوب الخفية⁽³⁾ والذي سنوضحه فيما يأتي:

أ- ضمان التعرض الشخصي: حتى يتمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة على الوجه المقصود من الإيجار كان لزاما على المؤجر أن يمتنع عن كل ما من شأنه أن يحول بين المستأجر وبين الانتفاع، فمن وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض⁽⁴⁾.

(1) : الترميمات التأجيرية: وهي تلك الترميمات أو الإصلاحات البسيطة التي تحتاجها العين المؤجرة نتيجة استعمال هذه الأخيرة استعمالا عاديا، ونظرا لبساطتها جرى العرف على أن يتحملها المستأجر كإصلاح أقفال الأبواب وزجاج النوافذ وصنابير المياه ومفاتيح الكهرباء والغاز.
وأما ما يعد إصلاحا ضروريا أو إصلاحا تأجيريا إنما يختلف أمره باختلاف الظروف والأحوال، وعرف أهل البلد هو الذي يفصل في ذلك.

أنظر: هلال شعوة. الوجيز في شرح عقد الإيجار في القانون المدني. ص 109

وجملة دوار. عقد الإيجار في التشريع المدني الجزائري. ص 57

(2) : أنظر: ابن حزيء. القوانين الفقهية. ص 183، وابن عابدين. رد المختار. ج 6، ص 76-77

والكاساني. بدائع الصنائع. ج 4، ص 208، والبهوتي. كشف القناع. ج 4، ص 21

والشيخ نظام. الفتاوى الهندية. ج 4، ص 455

(3) : أنظر: السنهوري. الوسيط - الإيجار والعارية - المجلد الأول، ج 6، ص 297 متنا وتهميشا

(4) : أنظر: السنهوري. المرجع نفسه. ص 298

وبناءً على ذلك يضمن المؤجّر كل تعرّض ينشأ عن فعله سواء أكان التعرّض مادياً أم قانونياً، ويُقصد بالتعرّض المادّي قيام المؤجّر بأي عمل مادّي مَحْض يترتب عليه إخلال بانتفاع المستأجر أو حرمانه من فائدة من الفوائد التي تعود عليه من انتفاعه بالعين على الوجه المقصود بمقتضى عقد الإيجار، سواء أكانت تلك الفائدة مادية أو معنوية، ودون أن يستند في هذا التعرّض إلى حق يدّعيه، مثال ذلك أن يدخل المؤجّر المنزل المؤجّر دون مبرر، أو يقوم بتعليق منزل مجاور يحجب الضوء والمنظر عن العين المؤجّرة.

وهذا المبدأ متّفق عليه بين الفقه والقانون، فالفقه الإسلامي يقرّر أن المؤجّر يضمن للمستأجر عدم التعرّض في المدة المعينة في العقد، فلا يتعرّض له في استيفاء المنفعة ولا يحقّ له أن يحدث في العين المؤجّرة تغييراً يمنع من الانتفاع بها أو يُخلّ بالمنفعة المعقود عليها سواء حصل التعرّض من نفس المؤجّر أو من أتباعه كالأولاد والزوجة والخادم أو من غيرهم.⁽¹⁾

ومثل التعرّض المادّي التعرّض القانوني الذي يمكن أن يمارسه المؤجّر على المستأجر، ومثال ذلك أن يقوم المؤجّر بتأجير العين، وهي غير مملوكة له ثم يملكها بعد ذلك بأحد أسباب الملكية كالميراث أو التّقادّم المكسب أو قيامه بشرائها فيطلب من المستأجر أن يردها إليه على أساس أنه مالكها، في مثل هذه الحال جاز للمستأجر أن يطالب بإزالة التعرّض وإعادة الحال إلى ما كان عليه أو أن يطلب فسخ الإيجار أو إنقاص الأجرة مع التعويض عمّا أصابه من ضرر. وقد يُعاقب المؤجّر أحياناً إذ بعض أنواع التعرّض تعتبر جرماً يعاقب عليها القانون.⁽²⁾

وبوجه عام فإن شروط قيام التعرّض الشخصي:

– إذا صدر التعرّض فعلاً من قبل المؤجّر أو أحد أتباعه.

– ألاّ يستند المؤجّر في تعرّضه إلى حق مشروع.⁽³⁾

(1) : أنظر: إبن جزيء. القوانين الفقهية. ص183، والشيرازي. المهدّب. ج2، ص254

واين قدامة. الكافي. ج2، ص180، ومرشد الحيران. المادة 539

(2) : أنظر: هلال شعوة. الوجيز في شرح عقد الإيجار في القانون المدني. ص117-118

وجميلة دوار. عقد الإيجار في التشريع المدني الجزائري. ص61-62

(3) : لا يعتبر تعرّضاً قيام المؤجّر بفعل تم الاتفاق عليه في العقد أو كان عُرف الجهة يُبيحه، أو كان هناك نص يسمح للمؤجّر أن يقوم به كقيام المؤجّر بالترميمات الضرورية للمحافظة على العين المؤجّرة مثلما نصّ عليه المادة 482 فقرة 1 من القانون المدني الجزائري.

- وقوع التعرّض أثناء مدة الإيجار.

وأما الجزاء المترتب عن التعرّض الشخصي فيتمثل في⁽¹⁾:

- طلب التنفيذ العيني كأن يطلب المستأجر وقف هذا التعرّض وإعادة الحال إلى ما كان عليه كإزالة المنشآت التي أحدثها والتغيرات التي ألحقها بالعين المؤجّرة.

ب- ضمان التعرّض الحاصل من الغير: شريطة أن يكون هذا التعرّض قانونيا، والغير هنا هو كل شخص من غير المؤجّر وتابعيه وخلفه العام، أي كل من هو أجنبي عن عقد الإيجار يدعي حقا على العين المؤجّرة يتعارض مع حق المستأجر، ولقد أورد المشرّع صورتين للتعرّض الصادر من الغير على سبيل المثال ولكثرة شيوعها في زماننا.

الصورة الأولى للتعرض حالة تزامم مستأجرين إذ تنص المادة 485 من القانون المدني الجزائري على أنه: (إذا تعدّد المستأجرون لعين واحدة تكون الأولوية لمن كان عقده سابقا في ثبوت التاريخ على العقود الأخرى. وإذا كان للعقود نفس التاريخ تكون الأولوية لمن حاز الأماكن. يجوز للمستأجر حسن النية إذا حرم من هذه الأولوية مطالبة المؤجّر بالتعويض).

الصورة الثانية عمل السلطة الإدارية تطبيقا لنص المادة 486 من القانون المدني الجزائري كأن تهدم الإدارة منزلا آيلا للسقوط أو تنزع ملكيته للمنفعة العامة، أو تقوم بأعمال الرّصف أو صيانة المجاري ونحوه... إلخ

ومن صور تعرّض الغير أن يدعي أجنبي ملكية العين المؤجّرة، وفي مثل هذه الحال يُتوجّب على المستأجر إخطار المؤجّر بوقوع هذا التعرّض، وإذا حدث الإخطار ترتّب عليه أمران⁽²⁾:

الأمر الأول هو التزام المؤجّر بدفع هذا التعرّض إذا كان ذلك في إمكانه.

والثاني هو ضمان الاستحقاق⁽³⁾ إذا أخفق المؤجّر في ذلك.

(1) : أنظر المادتين 164 و 173 من القانون المدني الجزائري.

(2) : أنظر: المادة 484 من القانون المدني الجزائري

(3) : ضمان الاستحقاق قد يكون فسخ الإيجار مع التعويض وقد يكون إنقاص الأجرة مع التعويض حسب الحالة.

وأما التعرّض المادي من قِبَل الغير، كسرقة محل تجاري مؤجّر أو قلع مزروعات من أرض مؤجّرة، فلا يُسأل عنها المؤجّر⁽¹⁾ ما لم يكن هناك اتفاق بينه وبين المستأجر يقضي بمسؤوليته عند التعرّض المادي من قبل الغير، وعلى المستأجر التصدّي لهذا التعرّض⁽²⁾ غير أن من حقّ المستأجر أن يطالب بفسخ عقد الإيجار.

وفي الفقه الإسلامي إذا قام المؤجّر بتأجير العين المؤجّرة مرة ثانية فإنه يتحمّل مسؤولية عمله للمستأجر، ولا تنعقد الإجارة الثانية ولا تعتبر شرعا ويُقدّم المستأجر الأول.⁽³⁾

ج- ضمان العيوب الخفية وفوات الوصف: فالمؤجّر يكون مسؤولاً عن العيوب الخفية وفوات الوصف التي تعيق الانتفاع بالعين المؤجّرة كلياً أو جزئياً، ويختلف التزام المؤجّر بضمان العيب الخفي في عقد الإيجار عن التزام البائع بضمان العيب الخفي في العين المباعة، ذلك أن المؤجّر يضمن ليس فقط العيوب القديمة التي أصلاً في العين المؤجّرة قبل التسليم بل حتى تلك العيوب التي تطرأ بعده، أي خلال مدة سريان عقد الإيجار على عكس البائع الذي لا يضمن إلا العيب الذي يكون أصلاً في المبيع قبل التسليم، ومن شروط العيب الخفي الموجب للضمان:

(1) : أنظر: المادة 487 من القانون المدني الجزائري

أنظر: أحمد علي خليف العويدي. التزام المؤجّر بالضمان في القانونين المصري والأردني - أطروحة دكتوراه - جامعة القاهرة، كلية الحقوق: 2005م، ص 104

(2) : لا يُسأل المؤجّر عن التعرّض المادي الذي يقوم به الغير والذي لا يقوم على حقّ يدعيه وذلك للأسباب الآتية:
السبب الأول: أن ما يقوم به الغير من تعرّض مادي لا علاقة للمؤجّر به، بل قد يكون المؤجّر نفسه ضحية لهذا التعرّض كأن تتضرّر العين المؤجّرة أو يؤدي هذا التعرّض إلى عزوف المستأجرين عن استئجار هذه العين.

السبب الثاني: قد يكون التعرّض المادي الصادر من الغير مدفوعاً بعوامل شخصية بينه وبين المستأجر، وقد يقع التعرّض المادي من الغير بإهمال المستأجر كما لو أهمل بإغلاق الباب فوق ضحية للسرقة.

(3) : في ظل المادة 485 من القانون المدني الجزائري ورد ما نصه: (إذا تعدّد المستأجرون لعين واحدة أُعطيت الأولوية لمن سبق منهم إلى وضع يده عليها دون غش.

أما المستأجر فإنه إذا حُرّم من الأولوية وهو حسن النية أن يطلب التعويض من المؤجّر).

أنظر في ذلك أيضاً: المادة 589 من مجلة الأحكام العدلية.

1- أن يكون خفياً: فالعيب الظاهر لا يضمنه المؤجّر، ويُعدّ العيب ظاهراً إذا كان باستطاعة المستأجر أن يتحقق من وجوده لو أنه قام بفحص الشيء المؤجّر بعناية الشخص العادي، ولو لم يعلم به بالفعل. فإذا كان العيب ظاهراً وقت تسليم المستأجر للعين المؤجّرة وعدم اعتراضه عليه فلا ضمان على المؤجّر. ومناطق الخفاء ليس في جهل المستأجر بالعيب وإنما بتعدّد تحقّقه منه. حتى ولو كان قد راعى فحص العين بعناية الشخص المعتاد، ويراعى أن معيار العناية الواجبة في فحص الشيء المؤجّر هو معيار مادي لا شخصي (الشخص المعتاد) وعلى ذلك إذا ثبت أن المستأجر كان قليل الخبرة بالنظر إلى ظروفه الخاصة وأدى به ذلك إلى عدم تبين العيب فلا رجوع بالضمان على المؤجّر.

ويأخذ حكم العيب الخفي ما لو أكّد المؤجّر للمستأجر خلوّ العين من العيب تأكيداً صريحاً وقاطعاً، أما العبارات العامة التي تصدر على سبيل التحبيد والدّعاية للعين فلا تعتبر تأكيداً من قبل المؤجّر⁽¹⁾، أو أن المؤجّر تعمد إخفاء العيب غشاً منه للمستأجر.

2- أن يكون العيب غير معلوم⁽²⁾ للمستأجر: لا يكفي أن يكون العيب خفياً حتى يضمنه المؤجّر، بل لا بد وأن لا يكون المستأجر قد علم به، فقد يحدث أن يكون العيب خفياً، ولكن المستأجر قد علم به سواء أُخطِر به من قبل المؤجّر أو علم به من طريق آخر قبل إبرام العقد أو أثناءه، أو عند تسليم العين ولم يُبدِ اعتراضه على العيب، وهذا يعتبر قرينة على إسقاط حقه في الضمان. والإخطار والعلم بالعيب يُعدّ واقعة مادية يجوز للمؤجّر إثباتها بكافة الطرق ومن بينها البيّنة والقرائن⁽³⁾.

3- أن يكون العيب مؤثراً⁽⁴⁾: ولكي يكون العيب مؤثراً لا بد أن يحول دون الانتفاع بالعين أو بأحد ملحقاتها أو ينقص من هذا الانتفاع نقصاً كبيراً، ولم يبيّن المشرّع ما هو المعيار لتحديد المنفعة التي يحول دونها أو ينقصها العيب.

(1) : أنظر: أحمد علي خليف العويدي. التزام المؤجر بالضمان في القانونين المصري والأردني. ص 209

(2) : ويراد بالعلم الذي يفيد اليقين لا الظن.

(3) : أنظر: السنهوري. الوسيط - الإيجار والعارية - المجلد الأول، ج 6، ص 443

(4) : يرى بعض الفقهاء أن العيب المؤثر أو الجسيم شرط لضمان المؤجّر للعيب وضروري لاستقرار المعاملات، وذلك حتى لا يرجع المستأجر كل مرة على المؤجّر بالضمان بسبب عيب تافه.

أنظر: أحمد علي خليف العويدي. المرجع نفسه. ص 201

ولذلك فتحديد هذه المنافع يتم بسبب الغاية المقصودة مما هو مبين في العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء أو الغرض الذي أُعدَّ له.⁽¹⁾

ويلاحظ كون العيب مؤثراً أو غير مؤثر يُعدّ مسألة نسبية تختلف باختلاف الظروف والأحوال ويبت فيها قاضي الموضوع.

كما يعتبر العيب مؤثراً بمجرد غياب الصفة التي اشترطها المستأجر على المؤجر أو تعهد المؤجر بوجودها وقت إبرام العقد بغض النظر عما إذا كان غيابها مؤثراً أو غير مؤثر في انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة.⁽²⁾

وأما شرط قدم العيب فإن غالبية الفقهاء يرون أنه لا يُشترط في العيب الذي يضمنه المؤجر أن يكون قديماً، فالمؤجر يلتزم بضمان العيب سواء أكان قديماً وقت إبرام عقد الإيجار أم كان طارئاً بعد إبرامه وفي أثناء سريانه⁽³⁾ ويستندون في ذلك إلى الحجج الآتية:

– أن التزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة التزاماً مستمراً يمتدّ طيلة مدة الإيجار، وفي هذا يختلف الإيجار عن البيع حيث أن هذا الأخير عقد فوري وإذا ما طرأ عيب في العين المباعة بعد التسليم فالمشتري هو الذي يتحمل تبعه هذا العيب ولا يضمنه البائع.⁽⁴⁾

– أن العيب الطارئ في أثناء مدة الإيجار مضمون كالعيب القديم لأن المؤجر ملتزم بتعهد العين بالصيانة، فإن وجد عيب طارئ بعد الإيجار وجب إزالته.⁽⁵⁾

وفي الفقه الإسلامي فإن عيب العين المؤجرة يُثبت للمستأجر خيار الفسخ للعيب، فإذا وجد المستأجر بالعين المستأجرة عيباً جاز له أن يردّ لأن الإجارة كالبيع⁽⁶⁾ فإذا جاز ردّ المبيع بالعيب جاز ردّ المستأجر للعين المؤجرة.

(1) : أنظر: هلال شعوة. الوجيز في شرح عقد الإيجار في القانون المدني. ص 138

(2) : أنظر: هلال شعوة. المرجع نفسه. ص 139

(3) : أنظر: أحمد علي خليف العويدي. التزام المؤجر بالضمان في القانونين المصري والأردني. ص 198-199

(4) : عبد الرزاق السنهوري. الوسيط - الإيجار والعارية - المجلد الأول، ج 6، ص 435

(5) : أحمد علي خليف العويدي. المرجع نفسه. ص 199

(6) : ابن رشد. المقدمات الممهدة. ج 2، ص 215-216، والشيرازي. المهذب. ج 2، ص 261

ومحفوظ بن أحمد بن الحسن أبو الخطاب الكلوزاني. الهداية على مذهب الإمام أبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني. الطبعة الأولى، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، 2004م، ص 294

والسرخسي. المبسوط. ج 16، ص 2

أما إذا كان العيب لا يَفُوتُ المنافع المقصودة من العقد كانهدام بعض محالّ الحجرات، بحيث لا يدخل الدار برّد ولا مطر، وكانقطاع ذيل الدابة وكانقطاع الماء عن الأرض مع إمكان الزرع دون ماء، فإن ذلك وأمثاله لا يكون مقتضيا للفسخ، والعبرة فيما يستوجب الفسخ أو عدمه من العيوب بقول أهل الخبرة.⁽¹⁾

وكما ذهب جمهور الفقهاء⁽²⁾ إلى أن الفوات الجزئي لمحل العقد يثبت خيار الفسخ للمستأجر، فيُخَيَّر بين الفسخ والإمضاء، وذهب الشافعية إلى أن المؤجّر لو بادر إلى الإصلاح، وكان المحل قابلا للإصلاح في الحال سقط خيار المستأجر بالفسخ.⁽³⁾

الفرع الثاني : التزامات المستأجر :

أ- التزام المستأجر باستعمال العين المؤجّرة فيما أُعدّت له:

تنص المادة 491 من القانون المدني الجزائري على أنه : (يلتزم المستأجر بأن يستعمل العين المؤجّرة حسبما وقع الاتفاق عليه، فإن لم يكن هناك اتفاق وجب على المستأجر أن يستعمل العين المؤجّرة بحسب ما أُعدّت له). كأن ينصّ العقد على أن المنزل قد تم تأجيره للسكن، أو أن الأرض تم تأجيرها لزراعتها، وإذا لم يحدّد المتعاقدان الغرض الذي ستستعمل فيه العين المؤجّرة فإن المستأجر يلتزم باستعمالها فيما أُعدّت له، وطبيعة العين هي التي تدل على الوجه الذي يجب أن تستعمل فيه، فالسيارة السياحية تستعمل في الأصل استعمالا شخصيا، ولا يجوز أن تستعمل في نقل عام للأشخاص أو في نقل البضائع.⁽⁴⁾

(1) : أنظر: إبن رشد. المقدمات الممهّدات. ج2، ص215-216

(2) : أنظر: أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي بدر الدين العيني. البناء شرح الهداية.

الطبعة الأولى، بيروت: دار الكتب العلمية، 2000م، ج10، ص341

والقرايبي. الذخيرة. ج5، ص532، والرملّي. نهاية المحتاج. ج5، ص316، والبهوتي. كشف القناع. ج3،

ص23-24

(3) : أنظر: النووي. روضة الطالبين. ج5، ص239، والشريبي. مغني المحتاج. ج3، ص486

(4) : أنظر: هلال شعوة، الوجيز في شرح عقد الإيجار في القانون المدني. ص149

وقد نص الفقهاء على أن المستأجر يستعمل الشيء المعدّ للسكن بالسكنى، فلا يتّخذهُ للحدادة أو القِصارة، أو أن يوضع فيه ما يضرّ البناء ويوهنه من الآلات الثقيلة، لأن مطلق العقد ينصرف إلى المعارف فيه بين الناس⁽¹⁾ ولأن ما يتعارفه الناس يصير من نظام حياتهم فإذا قالوا أو كتبوا فإنهم يعنون المعنى المتعارف لهم، وإذا عملوا فإنهم يعملون على وفق ما تعارفوه واعتادوه، وإذا سكتوا عن التصريح فهو اكتفاء بما يقضي به عرفهم.⁽²⁾

ولقد اتفق العلماء على منع المستأجر من استخدام العين المؤجّرة في منفعة أكثر ضررا من المنفعة المتّفق عليها⁽³⁾، لأن في ذلك مخالفة لرغبة مالك العين واستخداما في غير ما أذن له فيه، فيصير المستأجر كالغاصب يده يد ضمان.

ب- التزام المستأجر بالمحافظة على الشيء المؤجّر:

يعتبر الشيء المؤجّر أمانة في يد المستأجر، لا يضمن ما يصيبه إلا في حال التعدي أو التقصير، وعليه أن يحافظ عليه محافظة الشخص العادي.

ورد في المادة 495 من القانون المدني الجزائري وجوب أن يبذل المستأجر في المحافظة على العين المؤجّرة عناية الشخص العادي، وليس ذلك سوى تطبيق للمبدأ المقرّر بنص المادة 172 مدني جزائري.

ومن صور المحافظة على العين المؤجّرة عدم تجاوز استعمال الشيء المؤجّر حدود المنفعة المتّفق عليها في العقد، فإن لم يوجد اتفاق وجب الانتفاع به طبقا لما أعدّ له، وعلى نحو ما جرى عليه العرف كما أشرنا سابقا. وإذا تجاوز حدود الاتفاق أو خالف العرف، أو أساء استعمال العين أو تعدّى⁽⁴⁾ وقصر وترتب عن ذلك ضرر وجب الضمان.

(1) : أنظر: وهبة الزحيلي. العقود المسماة. ص233

(2) : أنظر: مصطفى ديب البغا. أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي. الطبعة الثانية. دمشق: دار الفكر، 1993م، ص278

(3) : أنظر: الخرشي. شرح الخرشي. ج7، ص36 و 48، والمرداوي. الإنصاف. ج6، ص50، وابن عابدين. رد المختار. ج6، ص36

(4) : أنظر في هذا المعنى: الحصكفي. الدر المختار. ج6، ص38، والشيخ نظام. الفتاوى الهندية. ج4، ص490

والخرشي. المرجع نفسه. ص27، وابن قدامة. المغني. ج5. ص373

فمن الصور التي يجب فيها ضمان العين المؤجرة على المستأجر ما إذا كان تعيب العين المؤجرة نتيجة لتعديده كما لو ضرب الدابة المؤجرة ضربا غير معتاد، أو قاد السيارة قيادة غير معتادة، كأن صعد بها في أماكن غير ممهدة أو حمل عليها حملا ثقيلًا غير متفق عليه أو تجاوز المسافة المتفق عليها، وكذلك لو أسكن المستأجر في العين المؤجرة من يمارس فيها أعمالا مضرّة بها كالحداثة وما يماثلها من كل حرفة تستعمل فيها آلات تضرّ بالعين، ففي هذه الأحوال يضمن مقدار التعيب الذي حدث لها⁽¹⁾، والحكم ذاته فيما لو قصر المستأجر في المحافظة على العين بما يوجب إتلافها أو هلاكها، فإنه يكون ضامنا لما ينشأ عن ذلك من تلف أو نقصان.

ويختلف ما يجب على المستأجر القيام به في سبيل المحافظة على العين المؤجرة ورعايتها باختلاف الظروف والأحوال، وقاضي الموضوع هو الذي يقدر ذلك، ويحدّد العرف المحلي وكذلك طبيعة الشيء المؤجر قدر ونوعية العناية المطلوبة للحفاظ على العين⁽²⁾، وإذا كان المستأجر ملزما برعاية العين المؤجرة والحفاظ عليها، فإن هذا الالتزام يقتضي منه أن يبادر بإخطار المؤجر بكل ما يقتضي تدخله، ولا يستطيع أن يُعلمه بنفسه حتى يتمكّن من اتخاذ ما يلزم لدفع ما قد يهدد العين المؤجرة من أخطار.⁽³⁾

ج- الامتناع عن إحداث تغييرات في العين المؤجرة:

والمقصود بالتغيير هنا هو التغيير الذي يلحق مادة العين المؤجرة، أي التغيير المادي ومثاله أن يقوم المستأجر بفتح نوافذ جديدة أو سدّ نوافذ موجودة أو التغيير في وضع وترتيب غرف المنزل تغييرا ماديا كتقسيم الحجرة إلى حجرتين ببناء مستقل، أو إدخال حجرة في أخرى وهدم ما بينهما من حائط أو تقسيم محل كبير إلى محلّين حتى ولو كان هذا التقسيم مفيدا للمؤجر.

(1) : محمد عبد ربه محمد السبحي. تعيب المعقود عليه. ص 217، والشريبي. مغني المحتاج. ج 3، ص 477

(2) : رمضان أبو السعود. عقد الإيجار. الإسكندرية: منشأة المعارف، 1996م، ص 598

(3) : أنظر: السنهوري. الوسيط - عقد الإيجار - المجلد الأول، ج 6، ص 537

ولقد كان المشرّع قبل التعديل يسمح بإحداث هذه التغييرات بشرط أن لا تلحق أضرارا بالمؤجر، لا لأنه أعاد النص على ضرورة الحصول على الموافقة المكتوبة⁽¹⁾ من المؤجر بمقتضى المادة 6 فقرة 3 من المرسوم التنفيذي 69/94، ومع ذلك أجاز المشرّع للمستأجر القيام بالتغييرات الضرورية التي تقتضيها الحياة اليومية كأجهزة توصيل المياه والغاز والكهرباء وما يشبه ذلك من مستلزمات ومستحدثات العصر التي لا غنى عنها اليوم للانتفاع بالعين المؤجرة.

وغني عن البيان على أنه إذا أحدث المستأجر تغييرا في العين المؤجرة يلزم بإرجاعها إلى الحالة التي كانت عليها ويعوّض الضرر عند الاقتضاء⁽²⁾، مع جواز طلب المؤجر للفسخ إذا كان له ما يبرره وهو ما ذهب إليه الفقه والقضاء.⁽³⁾

(1) : إذا تم الاتفاق بين المستأجر والمؤجر على إحداث تغييرات بالعين المؤجرة أثناء إبرام العقد فلا حاجة إلى الإذن الكتابي.

أنظر: هلال شعوة. الوجيز في شرح عقد الإيجار في القانون المدني. ص154

(2) : أنظر: المادة 492 من القانون المدني الجزائري، فقرة 2

(3) : أنظر: هلال شعوة. المرجع نفسه. ص155

وجميلة دوار. عقد الإيجار في التشريع المدني الجزائري. ص79 بالتهميش

المبحث الرابع : عقود التبرعات والضمان فيها

لم يضع الفقهاء تعريفا لعقود التبرعات وإنما عرفوا أنواعها كالوقف والهبة وغيرها، وكل تعريف لنوع من هذه الأنواع يحدّد ماهيته فقط، ومع هذا فإن معنى التبرع عند الفقهاء كما يُؤخذ من تعريفهم لهذه الأنواع لا يخرج عن كون التبرع: بذل المكلف مالا أو منفعة لغيره في الحال أو المآل بلا عَوْض بقصد البرّ والمعروف غالباً.⁽¹⁾

ومن أهم عقود التبرعات: الهبة والوقف، والتي سنتعرض لها بالبيان والتفصيل في المطالب الآتية:

المطلب الأول : الهبة والضمان فيها

الفرع الأول : تعريفها :

أ- لغة : إعطاء الشيء بلا عَوْض.⁽²⁾

ب- شرعا : عقد يفيد التمليك بلا عَوْض حال الحياة تطوّعا⁽³⁾ فإن قُصد بالهبة وجه المعطي كانت هدية، وإن قُصد بها وجه الله ووجه المعطي كانت هبة عند البعض، وعند المالكية صدقة⁽⁴⁾، والهبة لفظ عام عند العلماء إذ يشمل الهدية والصدقة بخلاف المالكية فالهبة عندهم أحد أفراد العطية وتشمل عندهم العارية والوقف والصدقة والهبة والعمرى⁽⁵⁾، وهي من العقود العينية التي لا تتم إلا بالتسليم.⁽⁶⁾

(1) : أنظر: أحمد الحجي الكردي. تعريف الوقف لغة واصطلاحا - بحث أعدّه للمشاركة في كتابة مدونة الوقف في دولة الكويت- ص4

(2) : أنظر: ابن منظور. لسان العرب. ج1، ص803، والمعجم الوسيط. ج2، ص1059

(3) : أنظر: الدسوقي. الحاشية. ج4، ص97، وابن قدامة. المغني. ج6، ص41

والشربيني. مغني المحتاج. ج3، ص559، وابن نجيم. البحر الرائق شرح كنز الدقائق. ج7، ص284

(4) : أنظر: الدسوقي. المرجع نفسه. ص97

(5) : أنظر : جهاد سالم جريد الشرفات. أحكام الرجوع في التبرعات المالية في الفقه الإسلامي والقانون الأردني - أطروحة ماجستير في الفقه وأصوله- الأردن: جامعة آل البيت: كلية الدراسات الفقهية والقانونية، قسم الدراسات الفقهية، 1999م، ص17

(6) : أنظر: وهبة الزحيلي. نظرية الضمان. ص161

ج- قانونا : وتعرّفه المادة 202 من قانون الأسرة الجزائري بـ : (الهبة تمليك بلا عوض. ويجوز أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف تمامها على إنجاز الشرط). وهو ما يقابل المادة 486 من القانون المدني المصري والمادة 454 من القانون المدني السوري.

الفرع الثاني : الضمان في عقد الهبة :

اتفق الفقهاء على أن قبض الهبة قبض أمانة، فإذا هلكت أو استهلكت لم تُضمن، لأن الهبة عقد تبرع كالإعارة والإيداع.⁽¹⁾

والقبض في الهبة يحتاج إلى إذن الواهب، فلو قبض الموهوب بلا إذن ولا إقباض من الواهب لم يدخل الشيء الموهوب في ملكه، ودخل في ضمانه سواء قبضه في مجلس العقد أم بعده وهذا عند الشافعية⁽²⁾ والحنابلة.⁽³⁾

أما المالكية⁽⁴⁾ والشافعية⁽⁵⁾ فيرون تملك الموهوب له الهبة بمجرد قبولها من الواهب أي تملك بالعقد لا لا بالقبض.

وعند الحنفية إن قبضها الموهوب له في المجلس بغير أمر الواهب جاز استحسانا، وإن قبض بعد الافتراق لم يجز إلا أن يأذن له الواهب في القبض.⁽⁶⁾

-
- (1) : أنظر: الكاساني. بدائع الصنائع. ج6، ص134، والنووي. روضة الطالبين. ج5، ص368
وزكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري زين الدين أبو يحيى السنيكي. فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب.
دار الفكر للطباعة والنشر، 1414هـ-1994م. ج1، ص488
- (2) : أنظر: النووي. المرجع نفسه. ج5، ص375
وأبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي. الوسيط في المذهب. الطبعة الأولى، القاهرة: دار السلام، 1417هـ،
ج4، ص270
- (3) : أنظر: ابن قدامة. المغني. ج8، ص242، والبهوتي. كشاف القناع. ج4، ص301، والمرداوي. الإنصاف. ج7، ص122
- (4) : أنظر: الدسوقي. حاشية الدسوقي. ج4، ص101، والدردير. الشرح الكبير. ج4، ص101
- والخرشي. شرح الخرشي. ج7، ص105، وأحمد الصاوي. حاشية الصاوي على الشرح الصغير. ج4، ص143
- (5) : أنظر: النووي. المرجع نفسه. ج5، ص375
- (6) : أنظر: السرخسي. المبسوط. ج12، ص57، والحصكفي. الدر المختار. ج8، ص492، والمرغيناني. الهداية. ج3،
ص224

ووفق ما تقدّم نصت المادة 844 من مجلة الأحكام العدلية على أنه: (إذا أذن الواهب صراحة بالقبض يصح قبض الموهوب له المال الموهوب في مجلس الهبة، وبعد الافتراق، أما الإذن دلالة فمعتبر بمجلس الهبة ولا يعتبر بعد الافتراق مثلاً لو قال: وهبتك هذا وقبضه الموهوب له في ذلك المجلس يصح، وأما لو قبضه بعد الافتراق عن المجلس لا يصح، كذلك لو قال: وهبتك المال الذي هو في المحل الفلاني، ولم يقل: إذهب وخذه. فإذا ذهب الموهوب له وقبضه لا يصح).

وعلى هذا نخلص إلى نتيجة مؤداها أن القبض الواقع بدون إذن الواهب لا يكون قبضاً معتبراً، لأن القبض تصرف في ملك الواهب، فلا يكون صحيحاً ما لم يوجد إذن به من الواهب صراحة أو دلالة، وعلى الموهوب له الذي قبض الهبة بدون هذا الإذن أن يعيدها إلى صاحبها لأنها هبة غير تامة، وإذا تلفت بيده ضمّنها.⁽¹⁾

وإذا اختلف الواهب والموهوب له في حصول الإذن بالقبض فقال الواهب لم أأذن له وقال الموهوب له بل أذن لي فإن المصدّق هو الواهب لأن الأصل عدم الإذن وهذا ما قاله الشافعية.⁽²⁾ ويترتب على الهبة انتقال ملكية الموهوب من ذمة الواهب إلى ذمة الموهوب له دون عوض، ومن ثم يعدّ هذا العقد ملزماً لجانب الواهب لأنه أنشأ في ذمته التزاماً بنقل ملكية الموهوب وتسليمه للموهوب له الذي لا يلتزم في مواجهة الواهب من حيث المبدأ بشيء⁽³⁾ ويترتب على اعتباره عقداً ملزماً لجانب واحد الآتي:

1- إذا هلك الشيء الموهوب لسبب أجنبي لا يد للمتعاقدين فيه، وكان لا يزال في حيازة الواهب تحمّل هو تبعه هلاكه، وكذلك الحكم لو تم الهلاك بفعله⁽⁴⁾، ذلك أن تبعه الاستحالة في العقود الملزمة لجانب واحد يتحمّلها الدائن على خلاف العقد التبادلي الذي يتحمّل المدين فيه تبعه الهلاك.

(1) : أنظر: جهاد سالم جريد الشرفات. أحكام الرجوع في التبرعات المالية في الفقه الإسلامي والقانون الأردني. ص 53

(2) : أنظر: الرملي. نهاية المحتاج. ج 5، ص 414، والشربيني. مغني المحتاج. ج 3، ص 565

(3) : أنظر: السنهوري. الوسيط - نظرية الالتزام بوجه عام - المجلد الأول، ج 1، فقرة 55، ص 170

(4) : ذلك أن العين تملك على مالكتها وهو الواهب استناداً للمادة 206 من قانون الأسرة الجزائري التي تشترط لإتمام الهبة أن

يتم القبض - وهو ما يُعبّر عنه بالحيازة -

أنظر: قانون الأسرة الجزائري

2- أن قاعدة الدفع بعدم التنفيذ المطبّقة في العقود الملزمة للجانبين⁽¹⁾ لا يمكن تصوّرها في العقد الملزم لجانب واحد لأن أحد المتعاقدين مدين غير دائن والآخر دائن غير مدين.

3- أن قاعدة الفسخ لعدم التنفيذ المطبقة في العقود الملزمة للجانبين⁽²⁾ لا محل لها في العقد الملزم لجانب واحد، لأن الغاية من الفسخ أن يتحلّل طالب الفسخ من التزامه، وفي هذا النوع من العقود ليس على الملتزم له أي التزام حتى يطلب التحلل منه.

4- كما يُعفى الواهب من ضمان الاستحقاق إذا كانت دون عَوْض⁽³⁾، ومن ضمان العيب الخفي.

الفرع الثالث : الرجوع في الهبة :

وفيه رأيان:

الرأي الأول: ويرى بعدم جواز الرجوع في الهبة⁽⁴⁾ ما لم تكن هبة الوالد لولده وأصحاب هذا الرأي المالكية والشافعية والحنابلة، والذين يرون أن الهبة بعد القبض تصبح عقدا لازما لا يجوز الرجوع فيه حتى لو تمت بين الإخوة أو الزوجين ويُستثنى من ذلك هبة الوالد لولده⁽⁵⁾ والتي تسمى عند المالكية اعتصار الهبة، فيعتصر الأب -أي يأخذ قسرا- ما وهبه لولده⁽⁶⁾، واستند الجمهور في رأيهم على ما يأتي:

(1) : نصت المادة 123 من القانون المدني الجزائري على هذه القاعدة بقولها في العقود الملزمة للجانبين: (إذا كانت الالتزامات

المتقابلة مستحقة الوفاء جاز لكل من المتعاقدين أن يتمتع عن تنفيذ التزامه إذا لم يتم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به).

(2) : نصت على هذه القاعدة المادة 119 من القانون المدني الجزائري بقولها: (في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوفّ أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك).

(3) : أنظر: السنهوري. الوسيط - الهبة والشركة- ج5، ص11

(4) : المقصود بالهبة هنا وحيثما وردت هو الشيء الموهوب لأن الرجوع إنما يكون في حق الأعيان لا في حق الأفعال.

أنظر: ابن نجيم. البحر الرائق شرح كنز الدقائق. ج7، ص290

(5) : أنظر: السرخسي. المبسوط. ج12، ص53، وابن رشد. بداية المجتهد. ج4، ص117

والرملّي. نهاية المحتاج. ج5، ص416-417، وابن قدامة. المغني. ج6، ص65

(6) : وأكثر تفصيلا أنظر: ابن رشد. المرجع نفسه. ج4، ص117

1- ما رواه ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهما قالوا: قال رسول الله ﷺ: « لا يحلّ لرجل أن يعطي عطية، أو يهب هبة فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده، ومثل الذي يعطي العطية ثم يرجع فيها كمثل الكلب يأكل فإذا شبع قاء ثم عاد في قيئه ». (1)

ويدل هذا الحديث على حرمة الرجوع في الهبة.

2- أن الأصل في العقود اللزوم ويتحقق ذلك في الهبة بعد القبض. ولا يرتفع اللزوم إلا لعارض أو خلل في المعقود، فإذا لم يوجد تأكد اللزوم بالقبض، ومن ثم لا يجوز الرجوع في الهبة إلا في حالة هبة الوالد للولد.

يلاحظ أن للوالد الرجوع في الهبة المقدّمة لولده سواء أكان ذكراً أم أنثى لتحقيق المساواة في ماله بين أولاده أي حتى لا يؤثر في ماله أحدهم على الآخرين ويجوز عند مالك للأُم الواهبة مالها لولدها الكبير الاعتصار، ولها الاعتصار حتى في هبة ولدها الصغير ما دام له أب تجب نفقته عليه (2)، ويجوز للوالد عند الشافعية (3) أن يرجع فيما وهب لولده أو لولد ولده وإن نزل، لأن الأب لا يُتَّهم في رجوعه، فهو يرجع لضرورة أو لإصلاح الولد، ويجوز للأب والجد وللأم والجدّة الرجوع. ويسقط عند المالكية حق الأب والأم في الاعتصار عند توافر أحد الموانع الآتية (4):

1- أن يزيد الموهوب أو ينقص في ذاته، أما إذا تغيرت قيمته بسبب اختلاف الأسعار فيجوز الاعتصار في هذه الحالة.

2- أن تكون الهبة سبب في الثقة بالولد، فيداينه بعض الناس أو يزوجه بنته.

3- أن يمرض الموهوب له مرض الموت إذ تتعلق حقوق ورثته بالموهوب ويمتنع على الواهب الاعتصار ما وهبه لولده، لأن اعتصاره أيّاً كان قد يكون لغيره.

4- أن يتصرف الموهوب له في الموهوب تصرفاً يخرج عنه ملكه من بيع ونحوه، أو بصنعه في الشيء الموهوب كجعل القماش ثوباً.

(1) : سنن أبي داود. الحديث رقم 3539، ج3، ص518-519، وسنن ابن ماجه. الحديث رقم 2377، ج4، ص50 وسنن الترمذي. الحديث رقم 2132، ج4، ص10، وقال هذا حديث حسن صحيح، والمزي. تحفة الأشراف. الحديث رقم

7097، ج5، ص437

(2) : شرح الخرشي. ج7، ص114، والدردير. الشرح الصغير. ج4، ص110

(3) : أنظر: الرملي. نهاية المحتاج. ج5، ص416

(4) : أنظر: الدردير. المرجع نفسه. ج4، ص153، وشرح الخرشي. ج7، ص114-115

ويشترط الشافعية⁽¹⁾ لرجوع الأب أو الأم في الهبة لولدها:

- 1- أن يكون الولد حرا.
 - 2- أن يكون الموهوب عينا لا دينا.
 - 3- وأن يكون الموهوب تحت تصرف الولد.
 - 4- وألا يُحجر على الولد لسفه.
 - 5- وألا تكون العين الموهوبة قد استهلكت.
- الرأي الثاني :** ويميز الرجوع في الهبة وأصحاب هذا الرأي هم الحنفية⁽²⁾ والسند في ذلك على ما يأتي:

1- ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «من وهب هبة فهو أحق بها ما لم يُثب منها»⁽³⁾ أي يُعوّض عنها.

ويدل الحديث على جواز الرجوع في الهبة.

وردّ على هذا الدليل بأنه منسوخ بالأحاديث التي تمنع الرجوع إلا للوالد كما أن الحديث ضعيف والأصح وقفه على عمر، وإذا فرضنا جدلا صحته فإن المقصود به أن الواهب أحقّ بهبته إذا اشترط على الموهوب له العوض من بداية العقد فيكون عندها أحقّ بهبته إن لم يُعوّض.⁽⁴⁾

2- أن الواهب قصد من هبته غرضا، فقد يهب لنيل ثواب الله عز وجل أو لغرض دنيوي أو لصلة رحم وغير ذلك، فإذا كان غرضه دنيوي وتحقق فلا يجوز له الرجوع، وأما إذا لم يتحقق فله الرجوع، ذلك أن الغرض من الهبة مرتبط بالنية ويصعب تبينه، وهو صاحب القول، شرط عدم وجود مانع من الرجوع.⁽⁵⁾

(1) : أنظر: الشريبي. مغني المحتاج. ج3، ص568، والنووي. روضة الطالبين. ج5، ص380

(2) : الكاساني. بدائع الصنائع. ج6، ص128، والسرخسي. المبسوط. ج12، ص53

وإبن نجيم. البحر الرائق شرح كنز الدقائق. ج7، ص290

(3) : أنظر: البيهقي. السنن الكبرى. كتاب الهبات. باب المكافأة في الهبة، الحديث رقم 1222، ج6، ص299

(4) : جهاد سالم جريد الشرفات. أحكام الرجوع في التبرعات المالية في الفقه الإسلامي والقانون الأردني. ص102

(5) : أنظر: جهاد سالم جريد الشرفات. المرجع نفسه. ص102

3- وأن الهبة عطاء بغير مقابل، ولا يتضرر الموهوب له برجوع الواهب عنها وفسخها كما في العارية.⁽¹⁾

4- والاستناد إلى حديث «العائد في هبته» لا يفيد التحريم وإنما الكراهة⁽²⁾ والذي يظهر أن القول بالرجوع مطلقاً يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات بين الناس وزعزعة الثقة بينهم. وأما إن كان لضرورة أو مصلحة أو إصلاح ووفق شروط فلا مانع.

الفرع الرابع : الرجوع في الهبة في القانون :

قانون الأسرة الجزائري يميز للواهب الرجوع في الهبة، والتي تتم إما بطريقة التراضي وإما بطريقة التقاضي.

وجدير بالملاحظة أن الرجوع في الهبة بالتراضي يتم في جميع الأحوال سواء أكان هناك مانع من موانع الرجوع في الهبة أو لم يكن.

وأما الرجوع في الهبة الذي يتم بطريق القضاء فيعتبر القانون الرجوع أمراً استثنائياً لا يجوز التوسع فيه أو القياس عليه وهذا الحق يثبت للوالدين دون سواهما على الأبناء وهذا حماية لهم من الأضرار التي تلحقهم من جراء تبذير أموالهم من طرف الأولاد، ونظراً لتغير الظروف التي تمت فيها هذه الهبة وما يطرأ من أوضاع بعد إبرام هذا العقد.⁽³⁾

وأما الموانع فحددها المادة 211 من قانون الأسرة الجزائري في ثلاث موانع وهي:

- 1- إذا كانت الهبة من أجل زواج الموهوب له.
 - 2- إذا كانت الهبة لضمان قرض أو قضاء دين.
 - 3- إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب ببيع أو تبرع أو أدخل عليه ما غير طبيعته.
- وأما المادة 212 فتتص على الهبة بقصد المنفعة العامة لا رجوع فيها كأن يهب شخص قطعة أرض للبلدية من أجل إنجاز مدرسة أو مستشفى أو نحو ذلك فلا محل بعد ذلك للرجوع بعد تحقق الغرض.

(1) : موانع الرجوع في الهبة عند الحنفية سبعة وهي: الزيادة المتصلة أو أن يعوّض الموهوب له الواهب، أو أن يموت أحد المتعاقدين الواهب أو الموهوب له أو أن تخرج الهبة عن ملك الموهوب له أو الزوجية أو القرابة وهي قرابة ذي الرحم المحرم، أو الهلاك. أنظر: الكاساني. بدائع الصنائع. ج6، ص128 وما بعدها، وابن نجيم. البحر الرائق شرح كنز الدقائق. ج7، ص291 وما بعدها والسرخسي. المبسوط. ج12، ص56 و75

(2) : أنظر: الكاساني. المرجع نفسه. ج6، ص128، وابن نجيم. المرجع نفسه. ج7، ص291

(3) : أنظر: حمدي باشا عمر. عقود التبرعات. الطبعة الثانية. الجزائر: دار هومة، 2009م، ص36

المطلب الثاني : الوقف : حقيقته، حمايته والضمان فيه

الفرع الأول : تعريفه :

أ- لغة : يطلق الوقف ويراد به الحبس، كما أنه يطلق ويراد به المنع، فأما الوقف بمعنى الحبس فهو مصدر من قولك: وَقَفْتُ الشيءَ وَقْفًا أي حَبَسْتُهُ، ومنه وَقَفَ الأرضَ على المساكين، والحبس بالضم هي ما وَقِفَ، وأما الوقف بمعنى المنع: فلأن الواقف يمنع التصرف في الموقوف، فإن مقتضى المنع أن تحول بين الرجل، وبين الشيء الذي يريد، وهو خلاف الإعطاء⁽¹⁾ والجمع أوقاف وأحباس.

ب- شرعا : عرفه الفقهاء بتعاريف مختلفة باعتبارات مختلفة حتى إننا نجد لفقهاء المذهب الواحد أكثر من تعريف.

أولا :- تعريف المالكية : (تمليك لمنافع العين الموقوفة للموقوف عليه).⁽²⁾

من خلال التعريف يتضح أن المالكية لا يخرجون العين الموقوفة عن ملك الواقف بل تبقى على ملكه، لكنهم يمنعون التصرف فيها التصرفات الناقلة للملكية سواء بعوض أو من غير عوض كما لا يجيزون الرجوع فيه.

ثانيا :- تعريف الحنفية : اختلف فقهاء الحنفية في تعريف الوقف والسبب في هذا يرجع إلى اختلافهم في الوقف هل هو لازم أم لا ؟

فيعرفه أبو حنيفة بأنه: (حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة بمنزلة العارية).⁽³⁾ وعلى هذا يثبت للواقف الخيار في الرجوع مع الكراهة⁽⁴⁾، ولا يلزم إلا إذا حكم بلزومه حاكم أو علّقه بالموت كالوصية أو كان مسجدا⁽⁵⁾ وهو بذلك بمنزلة العارية باعتبارها عقدا غير لازم وبإستطاعة المعير الرجوع فيها ونقضها، وعند الصاحبين هو حبس العين على حكم ملك الله تعالى، فيزول ملك الواقف عنها إلى الله تعالى على وجه تعود منفعتها إلى العباد.⁽⁶⁾

(1) : أنظر: إبن منظور. لسان العرب. ج9، ص359-360، والفيومي. المصباح المنير. ج2، ص669

(2) : القرافي. الفروق. ج2، ص111

(3) : الزيلعي. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق. ج3، ص325، والمرغيناني. الهداية في شرح بداية المبتدي. ج3، ص15

(4) : إبن عابدين. رد المختار. ج4، ص338

(5) : أنظر: كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام. فتح القدير. الطبعة [د.ط.]. دار الفكر، ج6،

ص203-204، وابن عابدين. المرجع نفسه. ج4، ص338

(6) : إبن الهمام. المرجع نفسه. ج6، ص203-204

ويتضح من التعريف أن الوقف حبس العين الموقوفة على ملك الله تعالى. وليس على ملك الواقف، ويترتّب على هذا لزوم الوقف⁽¹⁾ وعدم جواز الرجوع فيه بمجرد تمامه، ولكن ثمرة الوقف تكون مسبلة على الجهة التي وُقف عليها الوقف، أما الأصل وهو الشيء الموقوف فلا يصح بيع عينه أو التصرف فيه⁽²⁾ وهو ما يرادف حبس الأصل وتسبيل الثمرة.

ثالثا :- تعريف الشافعية : يعرفونه بأنه: (حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه بقطع التصرف في رقبته على مصرف مباح موجود).⁽³⁾

فمن شروطه أن تكون الجهة الموقوف عليها مباحة وموجودة، وإلا بطل الوقف، فالمباح كالوقف على المساجد والفقراء، أما الوقف على المغنّين أو نحوهم فلا يجوز.⁽⁴⁾

وأما قولهم موجود ليخرجوا الوقف على غير الموجود، كالوقف على من سيولد مثلا فلا يصح.

رابعا :- تعريف الحنابلة : يعرفونه بأنه: (تجسس الأصل وتسبيل الثمرة).⁽⁵⁾

والمراد بالأصل: ما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه وشرطه أن يكون الواقف جائز التصرف.⁽⁶⁾

ونتيجة لما تقدّم نخلص أن الوقف أحد أنواع التصدّق بالمال، يُحبس فيه أصل المال عن

التصرف فلا يباع ولا يوهب ولا يورث، وتسبيل ثمرته أو غلّته أو ريعه، أي تكون في سبيل الله تعالى سواء في المصالح العامة للمسلمين أو لمصلحة أحد الأفراد أو مجموعة منهم.

(1) : ابن عابدين. رد المختار. ج4، ص339

(2) : أنظر: ابن الهمام. فتح القدير. ج6، ص205

(3) : أنظر: الشريبي. مغني المحتاج. ج3، ص522

(4) : النووي. روضة الطالبين. ج5، ص319، والشريبي. المرجع نفسه. ج3، ص524

(5) : أنظر: ابن قدامة. المغني. ج6، ص3

(6) : أنظر: منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي. الروض المربع شرح زاد المستقنع.

دار المؤيد - مؤسسة الرسالة، ص453

ج- قانونا : نصت المادة 03 من القانون رقم 91-10 المتعلق بالأوقاف⁽¹⁾ المعدل والمتمم بأن: (الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأييد والتصديق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر والخير).

وجاء في المادة 05 من نفس القانون: (الوقف ليس ملكا للأشخاص الطبيعيين ولا الاعتباريين، ويتمتع بالشخصية المعنوية وتسهر الدولة على احترام إرادة الواقف وتنفيذها).

وأضافت المادة 17 بأنه: (إذا صح الوقف زال ملكية الواقف، ويؤول حق الانتفاع إلى الموقوف عليه في حدود أحكام الوقف وشروطه).

من خلال هذه المواد يتضح أن المشرع الجزائري أخرج العين الموقوفة من ملكية الواقف ولم ينقلها إلى ملكية الموقوف عليهم، وبذلك يكون قد أخذ برأي الشافعية والحنابلة وجعل من الوقف ذو طابع مؤسساتي ما دام أنه يتمتع بالشخصية المعنوية.

كما أخذ المشرع الجزائري برأي جمهور الفقهاء واشتراط لزوم الوقف بعد صدوره بمعنى لا يصح للواقف الرجوع عنه وذلك ما أكدته المادة 16 من القانون رقم 91-10 المتعلق بالأموال الوقفية والتي جاء فيها: (يجوز للقاضي أن يلغي أي شرط من الشروط التي اشترطها الواقف في وقفه إذا كان منافيا لمقتضى حكم الوقف الذي هو اللزوم...).

(1) : أنظر القانون رقم 91-10 المؤرخ في 12 شوال 1411هـ الموافق لـ 27 أبريل 1991م المتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم بالقانون 02-10 المؤرخ في 14 ديسمبر 2002م.

أنظر: الجريدة الرسمية لسنة 1991، العدد 28 والجريدة الرسمية لسنة 2002، العدد 83

الفرع الثاني : حدود تصرف ناظر الوقف ومدى مسؤوليته :

أولاً : حدود تصرف ناظر الوقف :

يتصرف ناظر⁽¹⁾ الوقف في الأوقاف كما يتصرف الوكيل الأمين عن موكله⁽²⁾ وكما يتصرف ولي اليتيم في مصالح اليتيم، وكما يتصرف الحاكم العادل في بيت المال وشؤون الرعية، وتكون حدود تصرفاته في الجملة في نطاق رعاية المصلحة ودفع الضرر وتخفيف الأعباء والالتزامات المالية عن جهة الوقف بقدر الإمكان.

وبناء عليه يُلزم الناظر بالمحافظة على أعيان الوقف من التلف والخراب ويقوم بما تحتاجه من ترميم وعمارة وإصلاح، ويستغلها استغلالاً حسناً ويستثمرها بما يحقق الربح أو الغلة بأقل المصروفات والنفقات، وأجدى المردود أو النفع، ويوزع الغلات على المستحقين توزيعاً عادلاً يتفق مع نظام الوقف أو قانونه، ويراعي شروط الواقف وترتيباته.⁽³⁾

وأما في مسألة نقل الوقف وتغييره فإنه يكون وفق المصلحة التي يقدرها أهل الاختصاص. ورد بالمادة 24 من القانون رقم 91-10 المؤرخ في 27 أبريل 1991 يتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم أنه: (لا يجوز أن تُعوّض عين موقوفة أو يُستبدل بها ملك آخر إلا في الحالات الآتية:

- حالة تعرضه للضياع أو الاندثار.

- حالة فقدان منفعة الملك الوقفي مع عدم إمكان إصلاحه.
- حالة ضرورة عامة كتوسيع مسجد أو مقبرة أو طريق عام في حدود ما تسمح به الشريعة الإسلامية.

- حالة انعدام المنفعة في العقار الموقوف وانتفاء إتيانه بنفع قط شريطة تعويضه بعقار يكون مماثلاً أو أفضل منه.

- تثبت الحالات المبينة أعلاه بقرار من السلطة الوصية بعد المعاينة والخبرة).

(1) : الناظر على الوقف وهو الذي يلي الوقف ويقوم على حفظه وحفظ ريعه وتنفيذ شرط واقفه.

أنظر: البهوتي. كشاف القناع. ج4، ص269

(2) : ناظر الوقف ليس وكيلاً عن المستحقين من كل وجه إنما له شبه قوي بالوكيل لأنه لا يولّونه ولا يعزلونه.

أنظر: وهبة الزحيلي. موسوعة الفقه الإسلامي المعاصر - رؤية اجتهادية في المسائل الفقهية المعاصرة للوقف - الطبعة الثانية. دمشق:

دار المكتبي، 2008، ج7، ص568

(3) : وهبة الزحيلي. موسوعة الفقه الإسلامي المعاصر - أحكام إدارة الوقف الخيري - ج7، ص480

ثانيا : مسؤولية ناظر الوقف :

وصيانة لمصالح الوقف والمستحقين رتب القانون مسؤولية جنائية على ناظر الوقف كما في جريمة اختلاس مال الوقف وتبديده وذلك بأحد العقوبات المقررة، ومسؤولية مدنية عن التقصير أو الخطأ الجسيم، حيث قرر الفقهاء أنه إذا خان الواقف المتولي مصلحة الوقف أو أساء التصرف في أمواله، أو خالف شروطه الوقفية التي اشترطها، يُنزع الوقف من يده، ويضمن لجانب الوقف ما يوجب الشرع ضمانه على كل أمين من موجبات الخيانة أو التقصير أو التفريط.

ويكون الناظر مقصراً إذا أهمل في حفظ أعيان الوقف حتى هلكت أو ضاعت أو سقط الحق في المطالبة فيها، ويكون مقصراً إذا لم يبذل القدر الواجب من العناية حتى ترتب على ذلك ضياع شيء من غلات الوقف أو هلاكها، ومن التقصير أيضا موت الناظر مجهلاً لأعيان الوقف أو مجهلاً لغلاته.

فمن المسؤولية الجنائية التي يقررها القانون ما يتمثل في العقوبات المحددة شرعا وقانونا ومنها الحبس إذا ثبت أن ناظر الوقف اختلس الوقف أو بدد أمواله أو سلك مسلك المحاباة في تأجير الوقف كأن لم يراعي الشروط الواجب مراعاتها في تأجير الملك الوقفي⁽¹⁾، وتطبق عليه العقوبات الجزائية لأن ارتكابه لهذه الجرائم لا يؤدي به إلى العزل فقط، بل لا بد من توقيع العقوبة عليه بصفته أمينا.

فقد نصت المادة 36 من القانون 91-10 المتعلق بالأوقاف أنه: (كل شخص يقوم باستغلال ملك وقفي بطريقة مستترة أو تدليسية أو يخطي وقفا أو وثائق أو مستندات أو يزورها إلى الجزاءات المنصوص عليها في قانون العقوبات).

وتجدر الإشارة إلى أن جميع النصوص الواردة في قانون العقوبات والمتعلقة بالجرائم الواقعة على عقار كالمادة 386 المتعلقة بجنحة التعدي على الملكية العقارية أو المادتين 406 و407 المتعلقة بجنحة التخريب العمدي للعقارات يصلح تطبيقها على العقارات الموقوفة لأن هذه النصوص تجرم واقعة الاعتداء على العقار بغض النظر عن صفته.⁽²⁾

(1) : أنظر: المرسوم التنفيذي 98-381 المؤرخ في 12 شعبان 1419هـ، الموافق لـ 01 سبتمبر 1998م الذي يحدد شروط

الأموال الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفية ذلك

(2) : حمدي باشا عمر. عقود التبرعات. ص103

أما المسؤولية المدنية تتمثل في نزع الوقف من يده إذا قصر أو ارتكب خطأ جسيماً كما لو أساء التصرف أو خان أو خالف شروط الوقف، لهذه الأسباب فإنه يحق للمحكمة وضع بعض العقوبات المالية وفق سلطتها التقديرية كحرمانه من الأجر كله أو بعضه أو بغرامة مالية.⁽¹⁾

الفرع الثالث : صور التعدي على الوقف بوجه عام :

ومن صور التعدي على الوقف بوجه عام:⁽²⁾

- 1- سرقة محتويات المساجد من فرش ومكبرات صوت ومكيّفات ومصاحف وغيرها.
- 2- سرقة الأراضي الوقفية وإخراج حجج استحكام عليها أنها مهملة ولم يتم عليها أصحابها.
- 3- سرقة الكتب الوقفية أو الاستيلاء عليها قهراً بحجة أنها وقف على المسلمين.
- 4- استعارة الكتب الوقفية وعدم إرجاعها بحجة أنها وقف على المسلمين.
- 5- سرقة الأراضي المصبّرة أو المحكّرة بسبب موت أصحابها ولا مطالب لها.
- 6- ومن صور الاعتداء على الوقف كذلك بيع الوقف بضمن بخس إذا تعطلت منافعه.
- 7- الإيجارات البخسة للأراضي والعقارات، وعدم زيادة أجرها رغم تغيّر الأحوال والإيجارات للعقارات والأراضي الخاصة.
- 8- إساءة استعمال نظام الاستبدال للوقف لغير مصلحة الوقف، وهذا ما حدا بعض من لديه أوقاف إلى أن يستولي عليها باسم الاستبدال، مما جعل بعض الأوقاف الممتازة ذات النفع الكبير قد خرجت من الوقف إلى أصحاب الملكية الخاصة مستغلّين سلطاتهم للوصول إلى ذلك.
- 9- ومن صور الاستيلاء على الأوقاف كذلك تأمين الأوقاف، ومصادرتها وإلغاؤها، ومحو رسومها.

(1) : عبد الرزاق بوضياف. إدارة أموال الوقف وسبل استثماره في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري - أطروحة دكتوراه - باتنة، جامعة الحاج لخضر، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، قسم الشريعة، 2005-2006م، ص 133

(2) : أحمد بن صالح آل عبد السلام. الاعتداء على الوقف - بحث محكم منشور بمجلة العدل - شوال 1425هـ، العدد 24، ص 28-29

الفرع الرابع : حماية الوقف والضمان فيه :

أولاً : حماية الوقف :

ونھوضا بالوقف وحماية له في الجزائر، وحتى يؤدي الغرض الذي أنشئ من أجله اهتم به المشرع الجزائري حيث أعطى دستور 1989 الحماية الدستورية للوقف وأكدها دستور 1996 المعدل، وتلا ذلك سلسلة من القوانين الداعمة لمكانة الوقف مثل قانون التوجيه العقاري الذي يؤكد استقلالية الملكية الوقفية بتصنيفها ضمن الأصناف القانونية إلى جانب الملكيتين الخاصة والعامة، وعهدت قوانين الوقف بتسيير الأوقاف وإدارتها وحمايتها إلى وزارة الشؤون الدينية الجزائرية التي تعمل جاهدة على حصر الأملاك الوقفية واسترجاعها ورفع الغبن عنها من خلال توظيف خبرات تقنية ميدانية ترمي إلى البحث عنها، ثم تحديدها وتوثيقها إلى جانب مراجعة عقود إيجار الأملاك المحصية وفئات إيجارها في كل الولايات.⁽¹⁾

ثانيا : الضمان في الوقف :

الاعتداء على الأوقاف بوجه عام يوجب الضمان والذي لا يتحقق إلا بأحد الوسائل الآتية:
- إعادة الشيء إلى ما كان عليه وعند عدم الإمكانية مثله إن كان مثليا أو قيمته إن لم يوجد المثل⁽²⁾، لعموم ما روى أنس رضي الله عنه : «أن إحدى نساء النبي صلى الله عليه وسلم كسرت قصعة الأخرى، فدفعت النبي صلى الله عليه وسلم قصعة الكاسرة إلى رسول صاحبة المكسورة، وحبس المكسورة في بيته».⁽³⁾
جاء في عون المعبود: (والحديث دليل على أن من استهلك على غيره شيئا كان مضمونا بمثله).⁽⁴⁾
وفي هذا إعمال الحديث الذي رواه سمرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه».⁽⁵⁾

(1) : أنظر: محمود أحمد مهدي. نظام الوقف في التطبيق المعاصر- نماذج مختارة من تجارب الدول والمجتمعات الإسلامية-

البنك الإسلامي للتنمية، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، 1423هـ-2003م، ص36-37

(2) : أنظر: أحمد بن صالح آل عبد السلام. الاعتداء على الوقف. ص31، والمرادوي. الإنصاف. ج7، ص40

(3) : سبق تخريجه في ص9 و ص18

(4) : أنظر: محمد أشرف بن أمير بن علي بن حيدر أبو عبد الرحمن شرف الحق الصديقي العظيم أبادي. عون المعبود شرح سنن

أبي داود. الطبعة الثانية، بيروت: دار الكتب العلمية، 1415هـ، ج9، ص348

(5) : سبق تخريجه في ص17

خلاصة ومقارنة :

- 1- عقود المعاوضات من عقود الضمان : وهي تلك التي يترتب عليها الضمان بالقبض عند التلف، وهذه العقود هي البيع، القسمة والصلح عن مال والقرض وإقالة هذه العقود الزواج والخلع لا يعتبر من عقود الضمان في القانون.
- 2- القانون يشترط أن يكون الثمن في المبيع نقدا وهذا الشرط غير موجود في الفقه الإسلامي غير أنهم يشترطون مالية العوضين.
- 3- نقل الملكية في الفقه الإسلامي يتم بمجرد دفع الثمن واستلام السلعة وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري، إذ تنتقل الملكية بمجرد إبرام العقد أي بقوة القانون، لكنه لا ينقل الملكية في العقار إلى المشتري إلا بعد التسجيل في السجل العقاري.
- 4- تم تعريف العيب في الفقه الإسلامي تعريفا دقيقا بخلاف القوانين العربية لم تتعرض إلى تعريفه وإنما تعرضت إلى ذكر شروطه، باستثناء القانون العراقي فقد حاول تعريفه مستمداً ذلك من أحكام الشريعة الإسلامية.
- 5- عرف الفقه الإسلامي العيب بأنه النقص الذي جرت العادة السلامة منه مما يوجب نقصانا في القيمة عند أهل الخبرة أو نقصانا في العين بحيث يفوت به غرض صحيح، وإن لم تنقص به القيمة.
- 6- فقهاء الشريعة الإسلامية لم يكتفوا بتصنيف العيوب الخفية لذاتها بل ذكروا أمثلة كثيرة في مصنفاتهم، تبين العيوب الخفية التي تصيب الشيء المبيع ويترتب عليها ثبوت الحق في الرجوع بالضمان، في حين أن القانون الوضعي اكتفى بتصنيف العيوب الخفية دون ذكر الأمثلة.
- 7- الرداءة في المبيع ليست بعيب فلا يضمنها المشتري ولا يلتزم بخلوها منه إلا إذا اشترط المشتري في العقد عدمها وهي بذلك ترتبط في الفقه الإسلامي بخيار الرؤية وهو بذلك يختلف عن خيار العيب
- 8- المشرع الجزائري جمع بين العيب وتحلّف الصفة من حيث أحكام الضمان.
- 9- تقدير العيب يُرجع فيه إلى أهل الخبرة.
- 10- توجب الإخطار عن العيب في خلال مدة معقولة
- 11- ضمان العيب في القانون يقابله خيار العيب في الفقه الإسلامي.

12- ضمان العيوب الخفية أو ما يسمى خيار العيب في الفقه الإسلامي يثبت للمشتري كما يثبت للبائع، وذلك خلافاً للقانون الذي يقررّ الضمان لصالح المشتري.

13- المتعاقد لا يجوز له استعمال حقه في ردّ المبيع إلاّ إذا كان العيب ينقص من قيمة المبيع أو نفعه بحسب الغاية المرجوة منه وهذا ما يسمى بالمفهوم الوظيفي للعيب الذي دعت إليه الشريعة الإسلامية وأخذ بها القانون المدني الجزائري حيث ربط بين العيب وتأثيره على الاستعمال المقصود من الشيء.

14- لم يعالج القانون الوضعي مسألة حدوث عيب جديد عند المشتري لكنه يستند إلى سبب قديم حصل عند البائع وهذا عكس الفقه الإسلامي، حيث عنى به عناية خاصة وعدّ هذا العيب الذي حدث عند المشتري بسبب قديم في حكم العيب القديم. فيلتزم البائع بضمانه.

15- اتحاد ضمان العيوب الخفية وضمان الاستحقاق في أحكام الضمان.

16- ضمان العيوب الخفية يتعلق بالعيوب المادية وضمان الاستحقاق يتعلق بالعيوب القانونية.

17- يلاحظ أن المشرع الجزائري قد جمع بين نظامين مختلفين من حيث المفهوم والحكم في نص واحد هو نص المادة 379 وهما ضمان العيب الخفي وتختلف الصفة التي كفل البائع وجودها في المبيع وألزم البائع بضمانها طبقاً لأحكام الاستحقاق بخلاف الشريعة الإسلامية التي رتبت على تخلف الصفة فسخ العقد وإعادة المتعاقدين إلى الحالة الأولى التي كان عليها قبل التعاقد.

18- إثبات وجود العيب عبء يقع على عاتق المشتري لأن الأصل في المبيع سلامته وادّعى عكس ذلك فعليه إثبات ذلك.

19- إخفاء العيب عن طريق الغش قد يفتح أمام المشتري باب دعوى الغش.

20- إذا ظهر الشيء المتعاقد عليه مستحقاً فإنه يثبت الحق في الفسخ وإبطال العقد واسترداد الثمن هذا في الفقه الإسلامي أما في القانون فإنه إضافة إلى حق الفسخ يكون له الحق في التعويض عما فاته من كسب وما لحقه من خسارة.

21- جواز اشتراط الضمان على الأمانة في بعض أنواع عقود الأمانة صحيح وهو ما ذهب إليه القانون إذ تجيز اشتراط مسؤولية الأمين في العقد إعمالاً لقواعد المسؤولية العقدية التي تجيز مثل هذا الاشتراط حماية للحقوق وإشاعة للطمأنينة ومنعاً من التهاون. وبناء على الحاجة والمصلحة الراجحة، وسدّاً لذريعة إتلاف أموال الناس وتضييعها.

- 22- مما اتفق عليه بين الفقهاء أن يد الأمانة لا تضمن إلا بالتعدي والتقصير والإهمال.
- 23- مما اختلف فيه بين الفقهاء حول مدى ضمان الأمين بالتهمة والعرف والمصلحة.
- 24- من أهم صور التعدي في القانون حالي الغش والخطأ الجسيم.
- 25- يد الأجير الخاص يد أمانة لا تضمن إلا بالتعدي.
- 26- يضمن الأجير مطلقا ما يتلف تحت يده من أعيان المؤجر التي تغاب عليه كالطعام والثياب والحلي للتهمة، فإن انتفت التهمة كالأعيان التي لا تغاب كالأراضي والدور فلا يضمن.
- 27- العقود مزدوجة الأثر في أصلها العام والغالب فيها أنها تنشئ صفة الأمانة، إلا أنها من ناحية أخرى تنشئ صفة الضمان مثاله الإجارة والرهن والصلح عن مال بمنفعة.
- 28- المؤجر يلتزم بضمان العيب سواء أكان قديما وقت إبرام عقد الإجارة أم كان طارئا بعد إبرامه، وأثناء سريانه، وأما في الفقه الإسلامي فإن المستأجر يثبت له حق خيار الفسخ للعيب إذا كان يفوت المنافع المقصودة من العقد.

الفصل الثالث

أحكام الضمان

وآثاره

الفصل الثالث : أحكام الضمان و آثاره

وفيه نتعرض إلى ثلاث مباحث هي كالآتي :

المبحث الأول: ضمان العيب الخفي والتعرض والاستحقاق في ظل اتفاقات المتعاقدين ؛

المبحث الثاني : ضمان العيب الخفي والتعرض والاستحقاق في ظل أحكام القضاء ؛

المبحث الثالث : سقوط الضمان.

المبحث الأول : ضمان العيب الخفي والتعرض والاستحقاق في ظل اتفاقات المتعاقدين

أحكام ضمان عيوب المبيع الخفية وضمان التعرض والاستحقاق لا تتعلق بالنظام العام، ومن ثمَّ يجوز الاتفاق على ما يخالفها سواء أكان هذا الاتفاق بتشديد هذه الأحكام عما هي عليه في الشريعة ونصوص القانون، أو بالتخفيف منها أو بإسقاطها وفق حدود وضوابط معينة سنتطرق لها في المطالب الآتية:

المطلب الأول : اتفاق المتعاقدين على تخفيف شروط الضمان

الفرع الأول : اتفاق المتعاقدين على تخفيف الضمان في العيوب الخفية :

الاتفاق على إنقاص الضمان هو الأكثر شيوعاً في العمل به من الاتفاق على تشديد الضمان، وهذا الاتفاق يكون إما بالحد من مدى الضمان، أو بتخفيف ما يترتب عليه من آثار. ومن أمثلة تضييق مدى الضمان أن يتفقا على أن البائع لا يضمن عيباً معيناً لو وُجد في المبيع كعدم ثبات صبغة القماش المبيع، أو عدم ملوحة الأرض المبيعة، أو لا يضمن إلا العيوب التي تبلغ درجة معينة من الجسامية، فمثلاً قد يتفق المتعاقدان على استبعاد عيب معين من مجال ضمان البائع كما لو اتفق على إعفاء البائع من ضمان العيوب الخاصة بطلاء السيارة أو فرشها -إذا كان المبيع سيارة-، ويظل البائع ضامناً للعيوب التي تلحق بقاعدة السيارة أو بالأجهزة الكهربائية، ومثله اتفاق البائع مع المشتري على ألا يضمن له العيوب التي لا تظهر إلا بالفحص الفني المتخصص.⁽¹⁾

(1) : أنظر: أسعد ذياب. ضمان العيوب الخفية. ص 287 وما بعدها، والسنهوري. الوسيط - البيع - ج 4، ص 756

ومحمد عبد الله أبو هزيم. الضمان في عقد البيع. ص 224

ومن أمثلة تخفيف آثار الضمان أن يتفقا على أن يقتصر حق المشتري على التعويض مع الاحتفاظ بالمبيع وعدم رده ولو كان العيب جسيما أو أن يتفقا على أنه إذا ردَّ المشتري المبيع المعيب بعيب جسيم فلا يرُدُّ له البائع سوى قيمته دون عناصر التعويض⁽¹⁾ أو أن يتفق الطرفان على أن الضمان ينحصر في العيوب التي تظهر في عناصر المبيع الأساسية دون ملحقاته، أو يتفقا على تحميل المشتري بصورة دائمة عبء إثبات وجود العيب، وشروطه وتاريخه.⁽²⁾

ومن قبيل الاتفاق على تخفيف الضمان أيضا أن يتفقا على سقوط حق المشتري في الرجوع على البائع إذا لم يُخطره بالعيب في مدة معينة تكون أقصر من المدة المعقولة التي حوَّلها له القانون⁽³⁾، ومن أمثلة تخفيف أحكام الضمان أن يلتزم المشتري بالأصل إلا على ثمن المبيع في حالة رده للبائع، أو أن يلتزم بالألّا يرجع على البائع إلا بإصلاح العيب أو تغيير بعض أجزاء المبيع دون الحق في أي تعويضات.

ومما تجدر الإشارة إليه أن شرط إنقاص الضمان يقع باطلا إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب الذي اشترط عدم ضمانه، إذ الشرط في هذه الحالة يكون وليد غش، والغش يفسد كل شيء، ولا يبطل الشرط إلا بالنسبة للعيب الذي تعمد البائع إخفاءه⁽⁴⁾، والغش لا يُفترض فيجب على المشتري أن يثبت أن البائع تعمد إخفاء العيب ولا يكفي أن يثبت أن البائع كان يعلم بالعيب، إذ أن مجرد العلم لا يكفي لإبطال شرط إنقاص الضمان في القانون. كذلك يقع شرط إنقاص الضمان باطلا إذا كان العيب الذي اشترط عدم ضمانه من شأنه أن يخل بالمواصفات القانونية للسلعة المباعة إذا كانت من السلع التي تدخّل القانون لتحديد مواصفاتها تحديدا إلزاميا، إذ أن شرط

(1) : أنظر: السنهوري. الوسيط - البيع - ج4، ص756

(2) : أنظر: أسعد ذياب. ضمان العيوب الخفية. ص288

(3) : يرى الدكتور السنهوري أن مدة الادعاء هي مدة التقادم، فلا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم في مدة تختلف عن تلك التي حددها القانون، لأن هذا الأمر يثير شكوكا حول نية البائع بسلامة مبيعه، فلو كان هذا الأخير سليما لما أقدم البائع على تقصير المهلة.

أنظر: السنهوري. المرجع نفسه. ص752 بالمتن والتهميش

(4) : سكوت البائع عن إعلام المشتري بعيوب المبيع التي يعلمها هو شخصيا يعتبر من قبيل الغش، ومن ثم فإن علم البائع بالعيب الخفي يساوي الغش من حيث أثرهما في إبطال شروط التحديد والإعفاء من المسؤولية عن ضمان العيوب الخفية.

إنقاص الضمان يكون في هذه الحالة غير مشروع⁽¹⁾، كما يتمتع على العاقدين أن يتفقا على ما يمسّ ببعض القواعد العامة والمتعلقة بالمصلحة العامة.

ومثاله:

1- عقد المقاولة إذ تنص المادة 556 من القانون المدني الجزائري على أنه: (يكون باطلا كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان أو الحد منه).⁽²⁾

والحكمة من ذلك هو حماية رب العمل عديم الخبرة بأعمال البناء المطلوب تنفيذها وما تطلبه من رسومات ومواصفات هندسية معينة تتفق مع طبيعة التربة المقام عليها البناء وما قد تتعرض له أعمال البناء من تعييب أو تصدّعات مما يعرّض السلامة العامة للخطر، ومن هنا جاء تدخل المشرّع بالنص الأمر سالف الذكر، وجعل كل شرط يعفي المهندس المعماري والمقاول من الضمان أو الحد منه يكون باطلا لتعلق ذلك بالمصلحة العامة، ذلك أنه في الغالب فإن الضرر من تهمّم الأبنية والمنشآت المعيبة لا يصيب رب العمل وحده، بل غالبا ما تؤدي إلى حدوث كوارث تصيب الكثيرين بأضرار فادحة في الأرواح والأموال، ومن ثم كان من الضروري حماية سلامة هؤلاء جميعا من المخاطر التي تترتب على حوادث سقوط المباني وانحيار المنشآت، بالأّ يسمح للمعماريين باستبعاد مسؤولياتهم عن هذه الحوادث باتفاق خاص، حتى أنه في ذلك يحمل المسؤولية أيضا إلى المقاولين.

ورد بالمادة 554 من القانون المدني الجزائري⁽³⁾ على أنه: (يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهمّم كلي أو جزئي فيما شيدها من مبانٍ أو أقاماه من منشآت ثابتة أخرى، ولو كان التهدم ناشئا عن عيب في الأرض، ويشمل الضمان المنصوص عليه في الفقرة السابقة ما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته. وتبدأ مدة السنوات العشر من وقت تسلّم العمل نهائيا).⁽⁴⁾

(1) : أنظر: عبيد مجول العجمي. تطوير الالتزام بضمان العيوب الخفية - رسالة ماجستير في الحقوق - جامعة القاهرة: كلية الحقوق، قسم الدراسات العليا، 2006م، ص106

(2) : يقابل المادة 556 من القانون المدني الجزائري المادة 652 من القانون المدني المصري

(3) : يقابل المادة 554 من القانون المدني الجزائري، المادة 651 من القانون المدني المصري والتي جاء فيها: (يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهمّم كلي أو جزئي فيما شيدها من مبانٍ أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى، ولو كان التهدم ناشئا عن عيب في الأرض ذاتها أو كان رب العمل قد أجاز إقامة المنشآت المعيبة، ويشمل الضمان ما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته، وتبدأ مدة السنوات العشر من وقت تسلّم العمل).

(4) : حدّدت المدة بعشر سنوات وهي المدة التي تُختبر بها صلاحية المنشآت ومثانتها وليس مدة التقادم، كما تقدّم بالمادة 02/554 من القانون المدني الجزائري.

ومن أجل سلامة البناء يجب على المهندس المشرف على التنفيذ أن يرفض استخدام مواد البناء غير المطابقة للمواصفات.

ولا يُسأل المهندس أو المقاول عن كل أنواع الأضرار التي تصيب المباني والمنشآت التي أقامها بل تقتصر مسؤوليتهما على الأضرار الخطيرة وحدها، ويكون الضرر خطيرا في حالة التهدم الكلي أو الجزئي في المنشآت، وكذلك في حالة تهديد متانة البناء وسلامته كما لو انحرفت العمارة عن اتجاهها المستقيم ومالت إلى ناحية معينة وكان هذا الميل شديدا أو من شأنه أن يُحدث ضررا خطيرا بسلامة البناء، ويأخذ في حكم المباني الجسور والسدود والخزانات والبوابات بالإضافة إلى ما يكون تحت الأرض كالأنفاق والطرق.⁽¹⁾

ويؤكد المشرع الجزائري على تحمل المسؤولية، حيث ورد بالمرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 7 رمضان 1413هـ الموافق لـ 1 مارس 1993 الذي يتعلق بالنشاط العقاري المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007 المادة 8 الفقرة 2: (وقبل أي تسليم بناية إلى المشتري يتعين على المتعامل في الترقية العقارية أن يطلب من المهندسين المعماريين والمقاولين المكلفين بإنجاز المنشآت شهادة تُحمّلهم المسؤولية المدنية العشرية المنصوص عليها في أحكام القانون المدني...).

2- شروط العيب الموجب للضمان: وخاصة شرط التأثير، فلا مانع من تطبيق القواعد العامة لضمان العيوب الخفية كما في عقد الوديعة: ورد بنص المادة 597 من القانون المدني الجزائري⁽²⁾: (على المودع أن يردّ إلى المودع لديه ما أنفقه في حفظ الشيء وعليه أن يعوّضه عن كل ما لحقه من خسارة بسبب الوديعة).

فإذا كان في المودع عيب خفي كمرض معد في الحيوان انتقل بالعدوى إلى حيوانات المودع عنده وجب على المودع أن يُخطر به المودع عنده، فإذا لم يقصّر المودع في ذلك وأخطر المودع عنده بالمرض، أو كان عالما به دون إخطار فإنه لا يكون مسؤولا.⁽³⁾

(1) : أنظر: عبید مجول العجمي. تطوير الالتزام بضمان العيوب الخفية بشأن منتجات التقنيات الحديثة. ص 111

(2) : يقابل المادة 597 من القانون المدني الجزائري المادة 725 من القانون المدني المصري.

(3) : أنظر: السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني - العقود الواردة على العمل والمقاول والوكالة والوديعة والحراسة-، المجلد الأول، ج7، ص747

ويرى الدكتور عبد الرسول عبد الرضا⁽¹⁾ أنه إذا كان صحيحاً أن المادة 725 من القانون المدني المصري لم تورد حكماً خاصاً بضمان العيب إلا أنه متى استنتجنا منها التزام على المودع بضمان العيب فلا بد لنا من الرجوع إلى قواعد ضمان العيب، وإلا فلا داعي لتسميته بضمان العيب، ولذلك فإذا توافرت في العيب الذي شاب الشيء المودع شروط العيب الموجب للضمان وخاصة شرط التأثير، فلا مانع من تطبيق القواعد العامة لضمان العيوب الخفية.

الفرع الثاني : اتفاق المتعاقدين على تخفيف ضمان الاستحقاق :

الاتفاق على إنقاص الضمان هو الأكثر شيوعاً في العمل من حالات تشديد الضمان كما تقدّم، ويقصد به عادة إعفاء البائع من بعض الأسباب الموجبة للضمان أو إنقاص التعويضات المستحقة للمشتري.

ومن أمثلة الاتفاقات على الإعفاء من ضمان معين، إعفاء البائع من الضمان في حالة ظهور حقوق خفية عليه لا علم له بها وقت البيع، أو أن البائع يلتزم بردّ ثمن المبيع في حالة استحقاقه دون سائر التعويضات الأخرى، أو يتفق على أن البائع لا يضمن صحة براءة الاختراع التي تنازل عنها أو لا يضمن استحقاق المبيع في حالة تحقق الشرط الفاسخ المعلق عليه ملكيته.

ومن صورته أيضاً الاتفاق على أنه لا ضمان على البائع في حالة ثبوت ارتفاقات على العقار المبيع، أو في حالة ما إذا أبطل سند تملكه أو فسخ فاستحق المبيع لمن تلقى منه البائع الملكية.⁽²⁾ أو كأن يشترط البائع إعفائه من ضمان فعل شخصي محدد وسابق للبيع من شأنه لو قام به، أن يؤدي إلى مشاغبة المشتري في حيازته للمبيع مثال ذلك أن يحتفظ بائع المحل التجاري بحق منافسة المشتري، وذلك بفتح محل مجاور يمارس فيه نفس النشاط الصناعي أو التجاري.⁽³⁾

(1) : هو الدكتور عبد الرسول عبد الرضا جابر شوكة الأسدي، وُلد ببابل سنة 1970 بالعراق، متحصل على دكتوراه فلسفة في القانون -قانون دولي-، كلية القانون، جامعة بغداد، وعضو هيئة التدريس بكلية الحقوق، من أهم مؤلفاته: التقليد والتحديد في أحكام الجنسية، أحكام التنازع الدولي للقوانين. له العديد من المقالات والمدخلات العلمية. أنظر: الموقع الإلكتروني لجامعة بابل العراق.

<http://staff.uobabylon.edu.iq/carier.aspx?id=50>

(2) : أنظر : محمد حسين منصور. أحكام البيع. ص 257

(3) : عمار دعباك. اتفاقات ضمان المبيع -مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمقة في العلوم القانونية- كلية العلوم القانونية والسياسية والاجتماعية بتونس، 1994-1995م، ص 25-26

- ومن صور تخفيف الضمان أن يشترط البائع على المشتري ما يلي: (1)
- أن لا يدفع له عند الاستحقاق لكل المبيع إلا قيمة المبيع وقت إبرام العقد، أي لا يستفيد المشتري في الزيادة في قيمة المبيع أثناء نزع اليد.
 - أن لا يردّ البائع للمشتري ما أنفقه على المبيع من مصاريف نافعة خلافا للضمان القانوني.
 - أن يتحمل المشتري مصاريف دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق.
 - أن يستبقي المشتري المبيع في يده حتى في حالة نزع اليد الجزئي الجسيم.
 - أن لا يطلب تعويضا إلا عن ما لحق به من ضرر دون ما فاته من ربح بسبب نزع اليد الكلي أو الجزئي، أو في حالة وجود تكليف على البيع.
- ومهما يكن الأمر فإن إعفاء البائع من ضمان الاستحقاق جائز لكن سواء كان هذا الإعفاء كلياً أو جزئياً، فإن آثاره تنحصر في إعفاء البائع من تعويض الخسارة حيث يبقى هذا الأخير ملزماً بردّ الثمن إذا وقع الاستحقاق.
- وهو ما ذهبت إليه المادة 378 من القانون المدني الجزائري: (يبقى البائع مسؤولاً عن كل نزع يد ينشأ عن فعله ولو وقع الاتفاق على عدم الضمان، ويقع باطلاً كل اتفاق يقضي بغير ذلك.
- وإذا كان نزع اليد عن المبيع من فعل الغير، فإن البائع يبقى مطالباً قبل المشتري بردّ قيمة المبيع وقت نزع اليد، إلا إذا أثبت أن المشتري كان يعلم وقت البيع سبب نزع اليد أو أنه اشترى تحت مسؤوليته).
- والاتفاق على إنقاص الضمان يكون باطلاً إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق الأجنبي أي أخفى عن عمد سبب الاستحقاق، فهو بذلك يكون قد ارتكب غشاً ثم اشترط عدم مسؤوليته عن هذا الغش. (2)

(1) : لحسين بن الشيخ آث ملويا. المنتقى في عقد البيع. ص 398

(2) : أنظر: محمد حسين منصور. أحكام البيع. ص 258، ولحسين بن الشيخ آث ملويا. المرجع نفسه. ص 400

المطلب الثاني : اتفاق المتعاقدين بشأن تشديد شروط الضمان

الفرع الأول : بالنسبة لضمان العيوب الخفية :

إن تشديد الضمان أو الزيادة فيه بصورة عامة نادر الحصول في التعامل التجاري، لأن المتعاقدين يعتبرون عادة أن الضمان القانوني هو أقصى ما يمكن توفيره للمشتري⁽¹⁾، ومع ذلك فالاتفاق على تشديد الضمان أو زيادته قد يتعلق بأسباب الضمان أو بمدى التعويض المستحق عند تحقق الضمان.

فبالنسبة إلى الزيادة في أسباب الضمان، فإن الضمان هنا لم يكن قد نشأ بعد، ومثاله أن يشترط المشتري على البائع أن يضمن كل عيب في المبيع لم يتبينه وقت التسليم حتى ولو أمكنه تبيّنه عن طريق الفحص بعناية الشخص العادي⁽²⁾ أو يضمن العيب أيا كانت جسامته ولو كان مما يجري العرف على التسامح فيه، ومثل تشديد آثار الضمان أن يتم الاتفاق على حق المشتري في ردّ المبيع والحصول على تعويض كامل، ولو لم يكن العيب جسيماً أو أن يتفق على أن دعوى الضمان لا تسقط ولو لم يبادر المشتري إلى فحص المبيع أو إلى إخطار البائع بالعيب في مدة معقولة، ومن قبيل التشديد أيضاً الاتفاق على إطالة المدة اللازمة لسقوط دعوى الضمان بالتقادم.

ومن أمثلة زيادة الضمان أن يلتزم البائع بضمان العيب مدة أكثر من سنة أو أن يلتزم البائع باستلام المبيع وردّ الثمن أو التعويض عن أي عيب يظهر في المبيع، حتى ولو كان من العيوب غير الجسيمة التي لا يلتزم البائع بها بسبب الأصل، أو أن يستردّ المصروفات الكمالية والنفقات حتى ولو كان البائع حسن النية.

(1) : أنظر: دليّة خليفى. الاتفاقات المتعلقة بالضمان من خلال أحكام البيع في مجلة الالتزامات والعقود -رسالة لنيل شهادة

الدراسات المعمقة في القانون الخاص- جامعة تونس: كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2003-2004م، ص40-41

(2) : أنظر: السنهوري. الوسيط-البيع- ج4، ص756

كما يمكن الاتفاق على بقاء ضمان البائع قائماً، ولو لم يخطر المشتري باكتشاف العيب في المدة المحددة أو فور اكتشافه.⁽¹⁾

ومن أمثلتها أيضاً ضمان البائع صلاحية المبيع للعمل لمدة معينة⁽²⁾ في بعض الأشياء دقيقة الصنع سريعة الخلل كأجهزة الحاسوب وأجهزة الاتصالات الحديثة والهواتف المحمولة وأجهزة استقبال بث القنوات الفضائية والسيارات الحديثة والساعات متقدمة الصنع وأجهزة التلفزيون والراديو والمدافئ الكهربائية وأيضاً أجهزة التصوير الحديثة، وهنا يشترط المشتري على البائع في مثل هذه الحالات أن يضمن له صلاحية المبيع للعمل لمدة معينة⁽³⁾ سنة أو سنتين أو ثلاث سنوات أو نحو ذلك، فالمشتري في هذه الحالة يزيد من ضمان البائع، لأنه لا يشترط في المبيع خلوه من العيوب فحسب، بل يشترط أيضاً صلاحية المبيع للعمل لفترة معينة من الزمن، وهذا نوع من التشديد في الضمان.

(1) : أنظر: علي حسين بخيدة. ضمان عيوب المبيع في عقد البيع. ص 107، ومحمد عبد الله أبو هزيم. الضمان في عقد البيع. ص 222، ولحسين بن الشيخ آث ملويا. المنتقى في عقد البيع. ص 438

(2) : ضمان صلاحية المبيع له ذاتية مستقلة تميزه عن ضمان العيوب الخفية لكونه يقوم بمجرد وجود خلل في المبيع يؤثر في استعماله ولو كان يسيراً.

أنظر: لحسين بن الشيخ آث ملويا. المرجع نفسه. ص 483

وصاحب عبيد الفتلاوي. ضمان العيوب وتختلف المواصفات في عقود البيع. ص 114-115

(3) : ضمان صلاحية المبيع مدة معينة يحددها القانون وتختلف المدة من جهاز لآخر:

أ- فمثلاً مدة الضمان القانونية المقدرة بثمانية عشر شهراً وتعلق بأجهزة الطبخ والتبريد والتجميد، أجهزة تكييف الهواء واستخلاصه، أجهزة التسجيل ونقل الصورة، آلات الخياطة والغزل وأجهزة أخرى مشابهة.

ب- مدة الضمان المقدرة باثني عشر شهراً، وتعلق بأجهزة التسخين (تسخين المحلات، تسخين الماء)، أجهزة تسجيل الصوت ونقله، أجهزة كهرومنزلية صغيرة، آلات وأجهزة للغسل والتنظيف والعصر والتجفيف، أدوات كهربائية محمولة، مضخات كهربائية، أجهزة الحماية من الحرائق ومكافحتها، مولدات الكهرباء، بطاريات ومراكم (باستثناء الحاشدات التي لا تسخن)، محولات أو مثبتات الكهرباء، آلات المكاتب وأجهزتها، أجهزة كهربائية للإشارة السمعية، أجهزة التصوير، دراجات ودراجات نارية، أجهزة الوزن والقياس، تجهيزات الإعلام الآلي المصغرة.

ج- مدة الضمان المقدرة بستة أشهر: وتعلق باللعب الكهربائية، لوازم الساعات، آلات موسيقية، أجهزة الترفيه والتسلية والرياضة.

أنظر: لحسين بن الشيخ آث ملويا. المرجع نفسه. ص 486-487

ومثله أيضا أن يشترط المشتري صلاحية المبيع للعمل⁽¹⁾ بقطع النظر عما إذا كان فيه عيب أو لم يكن، وقد يرجع عدم صلاحية المبيع للعمل إلى عيب ظاهر غير خفي فيضمنه البائع بالرغم من ظهوره وعدم خفائه ومن ثمّ كان هذا الشرط زيادة في الضمان المعتاد.⁽²⁾

ومما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد أن الاتفاق على زيادة أحكام الضمان القانوني لا يمتد إلى العيوب التي يعلمها المشتري وقت إبرام الاتفاق، لأن العلم بالعيب وقت إبرام العقد يفيد الرضا إلا إذا اشترط إزالته أو إصلاحه، وأيا كانت صورة الاتفاق على تشديد الضمان فإن هذا الاتفاق لا يفترض بل يجب أن يثبت اتجاه إرادة طرفي العقد إليه بشكل لا يحتمل التأويل فلا يستفاد تشديد الضمان مثلا من مجرد النص في العقد، على أن البائع يضمن المبيع في حالة جيدة أو أنه يضمن كل العيوب التي قد تظهر في المبيع.⁽³⁾

غير أن هذه الاتفاقات المشددة يجب أن تكون محددة من حيث المدة الزمنية التي ينفذ فيها هذا الاتفاق، إذ لا يمكن للبائع أن يكون متحملا لمثل هذه الالتزامات إلى أجل غير معلوم.

الفرع الثاني : بالنسبة لضمان الاستحقاق :

الاتفاق على تشديد الضمان لا يقع كثيرا من الناحية العملية لأن القواعد العامة في أحكام الضمان تكفل حماية كبيرة للمشتري لا يجد مثلها في دعاوي أخرى كدعوى الفسخ أو دعوى الإبطال، ومع ذلك فمن المتصور أن توجد اتفاقات على زيادة الضمان، وعلى هذا فإذا أراد المتعاقدان التشديد في أحكام الضمان أي الزيادة فيه وجب أن يتضمن العقد شرطا صريحا بين الوقائع والأفعال التي يضمنها البائع زيادة على ما يضمنه وفقا لأحكام القانون.

(1) : عادة ما يكون بيع بعض الآلات الكهربائية التي تتميز بالدقة وسرعة تعرضها للعطب مرفوقا باتفاق يكون موضوعه ضمان صلاحية ذلك المبيع للعمل مدة معينة، ويتجسد عادة فيما يسمى ببطاقة ضمان (bulletin de garantie)، أو عقد ضمان يتحدد غالبا بمدة زمنية معينة ليتأكد المشتري من خلو المبيع من أي خلل، فإن حصل له عطب خلال تلك المدة فعلى البائع إصلاحه أو استبداله بغيره صحيحا.

ويقع اللجوء إلى هذا الضمان خاصة في البيوعات المبرمة بين المحترفين والمستهلكين لما لهذا الاتفاق من فوائد، إذ يجد فيه المشتري غايته بما أنه يضمن صلاحية ما اشتراه لمدة معينة مع تأكده من جودته، أما بالنسبة للبائع فيشكل عاملا إشهاريا يساعد على ترويج بضاعته في الأسواق التجارية.

أنظر: دليلة خليفني. الاتفاقات المتعلقة بالضمان من خلال أحكام البيع في مجلة الالتزامات والعقود. ص 44

(2) : أنظر: دليلة خليفني. المرجع نفسه. ص 43

(3) : عبيد مجول العجمي. تطوير الالتزام بضمان العيوب الخفية بشأن منتجات التقنيات الحديثة. ص 116

فالمشتري قد يزيد في الاحتياط، فيشترط على البائع ضمان أعمال هي في الأصل ليست داخلية في الأحكام العامة للضمان، أو زيادة في التعويض الذي يستحقه بموجب هذه الأحكام، مثال ذلك ضمان أعمال ليست داخلية في الأصل في الأحكام العامة للضمان أن يشترط المشتري على البائع أن يرجع عليه بالضمان إذا نُزعت ملكية المبيع بعد البيع للمنفعة العامة⁽¹⁾ ومن الأفضل في هذه الحالة أن تحدد المدة التي إذا نُزعت ملكية المبيع للمنفعة العامة خلالها وجب الضمان.⁽²⁾ فنزع الملكية للمنفعة العامة بعد البيع لا يدخل في الأعمال التي يضمنها البائع طبقاً للأحكام العامة في الضمان فزاد المشتري ضمان البائع بهذا الاتفاق.

وقد لا يزيد المشتري في الأعمال التي يضمنها البائع ولكنه يعدّل من شروطها بما تترتب عليه زيادة الضمان، ومثال هذا التعديل أن يحتفظ المشتري لنفسه بالحق عند الاستحقاق الجزئي في ردّ المبيع وأخذ تعويضات كاملة ولو كان الاستحقاق الجزئي غير جسيم مع العلم أن الأصل هو أنه لا يجوز ذلك إلا إذا كان الاستحقاق الجزئي جسيماً بالقدر الذي لو علم به المشتري لَمَّا أتمّ البيع. وعلى هذا فقد يشترط المشتري على البائع ضمان فعل لا يضمنه في الأصل أو زيادة في التعويض الذي يستحقه المشتري طبقاً للأحكام العامة.

ومن أمثلة ذلك أن يشترط المشتري على البائع أن يضمن له حق التعرض المادي الذي قد يصدر عن الغير، وبهذا يشدّد على البائع تحمُّله بضمان فعل لا يضمنه في الأصل، أو أن يتفق المشتري مع البائع على أنه إذا استحق المبيع فإن البائع يكون ملزماً بدفع جميع المصروفات التي يكون المشتري قد صرفها حتى الكمالية منها، ولو كان البائع حسن النية والأصل أنه لا يرجع بالمصروفات الكمالية إلا إذا كان البائع سيء النية.⁽³⁾

(1) : أنظر: السنهوري. الوسيط - البيع - ج 4، ص 698، فقرة 356

(2) : لحسين بن الشيخ آث ملويا. المنتقى في عقد البيع. ص 397

(3) : أنظر: السنهوري. المرجع نفسه. ج 4، ص 698

ومن أمثلة التشديد أيضا أن يردَّ جميع مصاريف دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق، حتى تلك التي صرفها، وكان في مقدوره تجنّبها لو أعلم البائع بدعوى الاستحقاق، أو أن يرجع المشتري بدعوى الضمان على البائع حتى لو تجنّب نزع اليد عن المبيع كله أو بعضه بدفع مبلغ من النقود أو أداء شيء آخر⁽¹⁾، وهذا على خلاف ما هو مذكور في المادة 374 من القانون المدني الجزائري والتي تسمح للبائع بالتخلص من الضمان بأن يردَّ للمشتري ما دفعه أو قيمة ما أدّاه من شيء آخر مع مصاريف الخصام.

ومثل هذه الاتفاقات التي تشدد من شروط الضمان تعتبر صحيحة، ولكن بشرط أن تكون العبارات صريحة وواضحة محددة وجه التشديد والزيادة، فلا يكفي أن يردَّ الاتفاق في صورة عبارات عامة متداولة في المعاملات، كالنص على أن يضمن البائع جميع أنواع التعرّض أيضًا كانت⁽²⁾، ويكون في مثل هذه الحالة تطبيق الضمان القانوني دون زيادة عليه، لأنه في حالة الاشتباه يكون التفسير بما فيه الفائدة للمتعهّد.

ورد بمحكمة النقض المصرية بأنه : (يجب على من يريد مخالفة ما فرضه القانون من الضمان -إذا هو أراد تشديد الضمان على البائع- أن يبين العقد الشرط الذي يفهم منه صراحة تشديد الضمان ومخالفة ما نصَّ عليه القانون، أما اشمال العقد على ما قرره القانون بعبارات عامة فإنه لا يدل على أن البائع تعهد بضمان أشدَّ مما فرضه القانون، ويكون من المتعيّن في هذه الحالة تطبيق الضمان القانوني دون زيادة عليه، لأنه في حالة الاشتباه يكون التفسير بما فيه الفائدة للمتعهّد).⁽³⁾

(1) : لحسين بن الشيخ آث ملويا. المنتقى في عقد البيع. ص 397

(2) : محمد حسين منصور. أحكام البيع. ص 257

(3) : أنظر: محكمة النقض المصرية نقض 1932/03/03، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض. ج 1، ص 358،

المطلب الثالث : اتفاق المتعاقدين على إسقاط الضمان

الفرع الأول : اتفاق المتعاقدين على إسقاط ضمان العيوب الخفية :

اشتراط عدم الضمان هذا في القانون يتلاقى مع ما يسمى في الفقه الإسلامي باشتراط التبرؤ من العيب وعليه فقد أجاز الفقه الإسلامي⁽¹⁾ أن يشترط البائع في عقد البيع البراءة من ضمان العيب، فيلزمه هذا الشرط ويُعتبر المشتري راضيا بالمبيع على عيوبه مهما كانت.

يرى أبو حنيفة وأبو يوسف وأحمد في رواية عن كل منهم أن البيع بشرط البراءة عن كل عيب بيع صحيح فإذا اشترط البائع مثل هذا الشرط فإنه يبرأ من كل عيب في المبيع، وهذا ما يسمى بالبراءة العامة ويستوي في ذلك عندهم، إن كان البائع سمى العيوب وعددها أم لا، علمها البائع أو لم يعلمها، وقف عليها المشتري أو لم يقف، أشار إليها البائع أم لا، موجودة كانت عند العقد والقبض أو حدثت بعد العقد وقبل القبض.

وأما الإمام مالك⁽²⁾ ورواية عن الإمام أحمد⁽³⁾ يرون أن اشتراط البراءة من العيب يبرئ البائع من العيوب التي لا يعلمها فقط ولا يبرأ من العيوب التي يعلمها وهو ما ذهب إليه القانون إذ يقع الإسقاط صحيحا إذا كان البائع لا يعلم بالعيوب، أما إذا كان يعلمه وتعمد إخفائه فيقع باطلا، لأنه يكون في هذه الحالة قد اشترط عدم مسؤوليته عن الغش وهو ما لا يجوز قانونا وشرعا.⁽⁴⁾

ومن حق المشتري أن يرجع على البائع رغم اشتراط البائع عدم الضمان دفعا للضرر وهذا عين ما أوجبه المادة 384 من القانون المدني الجزائري ونصها: (يجوز للمتعاقدين بمقتضى اتفاق خاص أن يزيدا في الضمان أو ينقصا منه، وأن يسقطا هذا الضمان غير أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا إذا تعمد البائع إخفاء العيب في المبيع غشا منه).

(1) : أنظر : الكاساني. بدائع الصنائع. ج5، ص282-283، والإمام مالك . المدونة. ج3، ص366

وابن قدامة . المغني. ج4، ص135

(2) : أنظر: الخطاب. مواهب الجليل. ج4، ص439

(3) : أنظر: المرادوي. الإنصاف. ج4، ص359

(4) : أنظر: عمر محمد عبد الباقي. الحماية العقدية للمستهلك. الطبعة الثانية. الإسكندرية: منشأة المعارف، 2008م، ص590

وانظر أيضا: بودالي محمد. الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري. الطبعة الثانية. الجزائر: دار هومة، 2010م، ص69

والملاحظ أن شرط براءة البائع من كل عيب شرط مطلق يعم العيب الموجود بالبيع وقت العقد والعيب الحادث بعده وقبل القبض.⁽¹⁾

والإعفاء من الضمان يرتب أثره كاملا متى كان البائع حسن النية فلا يحق للمشتري أن يرجع عليه بأي شيء، وفي هذا يختلف شرط عدم ضمان العيب عن شرط عدم ضمان التعرض والاستحقاق الذي يقتصر أثره على إعفاء البائع من التعويض دون قيمة المبيع وقت الاستحقاق، إلا أن يكون المشتري عالما بسبب الاستحقاق أو اشترى ساقط الخيار فالبائع الذي يشترط عدم ضمانه العيب لا يُسأل عن ردّ قيمة المبيع، ولا عن التعويض حتى ولو كان العيب جسيما.⁽²⁾

الفرع الثاني : اتفاق المتعاقدين على إسقاط ضمان الاستحقاق :

قد يتفق الطرفان على إعفاء البائع من الضمان، وعندئذ لا يكون البائع مسؤولا إلا عن ردّ قيمة المبيع وقت نزع اليد - كما تقدم- في حين ينصبّ الإعفاء أو الإسقاط على العناصر الأخرى للتعويض والمتمثلة في قيمة الثمار والمصاريف النافعة والكمالية ومصاريف دعوى الضمان والتعويض عن الخسارة به.

وهو ما تؤكده المادة 2/378 والتي جاء فيها: (وإذا كان نزع اليد عن المبيع من فعل الغير فإن البائع يبقى مطالبا قبّل المشتري برّد قيمة المبيع وقت نزع اليد إلا إذا أثبت أن المشتري كان يعلم وقت البيع سبب نزع اليد، أو أنه اشترى تحت مسؤوليته).

وتبعاً لذلك فإن البائع يُعفى كلياً من الضمان ولا يلتزم حتى بدفع قيمة المبيع وقت نزع اليد إذا ثبت توفر إحدى الحالتين وهي:-

1- إما أن يثبت بأن المشتري كان على علم أثناء البيع بسبب نزع اليد، وبالرغم من ذلك اتفق مع البائع على إسقاط الضمان، فالمشتري أبرم البيع بالرغم من علمه مخاطر التعرض.

2- وإما أن يثبت البائع بأن المشتري اشترى المبيع على مسؤوليته، أي عندما يذكر المشتري في العقد صراحة تحمّله لتلك المخاطر بأن يشتري على مسؤوليته، وبذلك يكتسب البيع طابعاً احتمالياً والذي يطرد الضمان كما هو الحال عنه بالنسبة لبيع إجمالي بالجزاف بعد الإفلاس.⁽³⁾

(1) : أنظر: الكاساني. بدائع الصنائع. ج5، ص277

(2) : أنظر: محمد عبد الله أبو هزيم. الضمان في عقد البيع. ص228

(3) : لحسين بن الشيخ آث ملويا. المنتقى في عقد البيع. ص399

المطلب الرابع : مدى صحة الاتفاق على الإعفاء أو التخفيف من الضمان في كل من الفقه الإسلامي والقانوني

الفرع الأول : موقف الفقه الإسلامي من شرط إسقاط الضمان :

من أهم صور إسقاط الضمان على البائع البراءة من العيب، والمقصود به أن يشترط البائع على المشتري عدم ضمان العيب⁽¹⁾، وعلى ذلك فشرط البراءة في عقد البيع هو الاتفاق على عدم ضمان البائع للعيوب الخفية التي قد تظهر في المبيع، وقد عرفه بعض الفقهاء بحسب الأثر الذي يترتب عليه وهو عدم حق المشتري في مطالبة البائع بالضمان عن عيب قديم أو مشكوك فيه.⁽²⁾ غير أنه لم يتفق أئمة الفقه الإسلامي على صحة اشتراط البراءة من العيب بصورة مطلقة، حيث برز في ذلك أقوال نوردها فيما يأتي:

القول الأول: يرى أبو حنيفة وأبو يوسف وأحمد وفي رواية عن كل منهم⁽³⁾ أن البيع بشرط البراءة عن كل عيب بيع صحيح، فإذا اشترط البائع مثل هذا الشرط فإنه يبرأ من كل عيب مطلقاً، علمه أو لم يعلمه، سمّاه أو لم يُسمِّه، وقف عليها المشتري أو لم يقف ومن أدلتهم:

1- يصح للبائع اشتراط البراءة من العيب، إذا رضي المشتري بذلك استناداً لحديثه ﷺ : «...المسلمون عند شروطهم...»⁽⁴⁾ والحديث بعمومه يدل على جواز الاشتراط فيدخل ضمنه شرط البراءة من العيوب فيصح.

2- مشروعية خيار العيب ثبتت لأن العقد يقتضي مطلق السلامة فإذا اشترطت البراءة ارتفع ذلك الإطلاق في سلامة المبيع.

(1) : أنظر: عمر محمد عبد الباقي. الحماية العقدية للمستهلك. ص580

(2) : أنظر: الكاساني. بدائع الصنائع. ج5، ص276-277

(3) : أنظر: السرخسي. المبسوط. ج13، ص91، والكاساني. المرجع نفسه. ص276

وعبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي أبو الفرج شمس الدين. الشرح الكبير على متن المقنع.

ج4، ص60

(4) : صحح البخاري. باب أجر السمسة. ج2، ص135، وفتح الباري. ج4، ص451، وسنن الترمذي. الحديث رقم

1352، ج3، ص27-28 وقال عنه حديث حسن صحيح، والمزي. تحفة الأشراف. الحديث رقم 10775، ج8، ص166

ومحمد أنور شاه بن معظم شاه الكشميري الهندي. العرف الشذي شرح سنن الترمذي. تحقيق: محمود شاكر. الطبعة الأولى.

بيروت: دار التراث العربي، 1425هـ، ج3، ص81، وحكم الألباني بصحته

ونوقشت هذه الأدلة بما يأتي:

– أنه إذا كان اشتراط البائع البراءة من عيب يعلمه وقد كتّمه تدليس وغش وهو شرط يخالف ما جاء في كتاب الله وسنة رسوله ﷺ لقوله ﷺ: «... ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل...»⁽¹⁾.

وأما الاستدلال بأن شرط البراءة يرفع قيد السلامة عن المبيع فمردود بحديث نهي ﷺ عن بيع وشرط.⁽²⁾

وأما حجة الإسقاط لا يفضي إلى المنازعة دوماً فمردود، بل يفضي إليها إذا كان العيب فاحشاً يُتعدّر معه الانتفاع بالمبيع أو تعددت العيوب، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى وجود العيب يحصل به الغبن، بحيث لا يتعادل البدل بالمبدل، فيكون المبيع لا يساوي الثمن المدفوع.⁽³⁾

القول الثاني: صحة اشتراط البراءة من كل العيوب إلا ما كان منها بعد العقد وقبل القبض⁽⁴⁾، وهذا القول لأصحاب أبي حنيفة ورواية عند الشافعية.

وأما حجّتهم أن الإبراء لا بد أن يكون عن عيب موجود، فلا يُتصور أن يكون اشتراط البراءة عن شيء معدوم غير ثابت، والشرط بهذه الصورة يكون شرطاً مجهولاً للاحتمال في أن يقع ضرراً أو لا يقع، ولذا لو شرط البائع البراءة من كل عيب لم يصح الشرط لأنه إسقاط للشيء قبل ثبوته.

القول الثالث: صحة اشتراط البراءة من العيوب التي لا يعلمها دون التي يعلمها، وأصحاب هذا القول هم: المالكية⁽⁵⁾ والشافعية⁽⁶⁾ والحنابلة⁽⁷⁾ والظاهرية⁽⁸⁾.

(1) : أنظر: ابن تيمية. الفتاوى الكبرى. ج4، ص78

(2) : أبو القاسم سليمان بن أحمد الطبراني. المعجم الأوسط. الحديث رقم 4361، ج4، ص335

(3) : أنظر: مجلة البحوث الإسلامية، العدد 52، ص298

(4) : أنظر: ابن عابدين. رد المختار. ج5، ص42، والسرخسي. المبسوط. ج13، ص92-93

ومحمد بن محمد بن محمود أكمل الدين أبو عبد الله بن الشيخ شمس الدين بن الشيخ جمال الدين الرومي الباري. العناية شرح الهداية. الطبعة [د.ط.]. دار الفكر، ج6، ص396-397

(5) : أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (إبن رشد الجدد). البيان والتحصيل. الطبعة الثانية. بيروت: دار الغرب الإسلامي، 1408هـ، ج8، ص345

(6) : النووي. روضة الطالبين. ج3، ص472، والشريفي. مغني المحتاج. ج2، ص431

(7) : ابن قدامة. المغني. ج4، ص135

(8) : ابن حزم. المحلى. ج9، ص542

وملخص هذا القول أن اشتراط البراءة من العيب يبرئ البائع من العيوب التي لا يعلمها فقط، ولا يبرأ من العيوب التي يعلمها، وأصحاب هذا القول يستدلون بحديث سالم بن عبد الله أن عبد الله بن عمر رضي الله عنه باع غلاماً له بثمانمائة درهم وباعه بالبراءة، فقال الذي ابتاعه لعبد الله بن عمر: بالغلام داء لم تُسمِّه لي، فاخصمنا إلى عثمان بن عثمان رضي الله عنه فقال الرجل: باعني عبداً وبه داء لم يسمِّه، وقال عبد الله: بعته بالبراءة فقضى عثمان ابن عفان رضي الله عنه على عبد الله بن عمر رضي الله عنه أن يخلف له لقد باعه العبد وما به داء يعلمه، فأبى عبد الله أن يخلف وارث العبد فصَحَّ عنده فباعه عبد الله بعد ذلك بألف وخمسمائة درهم.⁽¹⁾

ومفاد هذا الحديث أنه يقضي بأن البائع يبرأ من العيوب التي لا يعلمها في المبيع، حيث قيّد الردّ والحلف عليه بالعلم بالعيب. أما إن كان يعلم بالعيب واشترط البراءة فلا يصحّ لأن هذا غرر بالمشتري وغبن له وتنصّل للبائع من مسؤوليته.

القول الرابع: عدم جواز اشتراط البراءة إلا من العيب الذي اطلع عليه المشتري.⁽²⁾

وأصحاب هذا القول لا يرون صحة شرط البراءة من العيوب إلا العيوب التي يعاينها المشتري ويطلع عليها إما بالمعاينة أو بإخبار البائع به أو تسميته عند البيع، وعليه يبرأ البائع بهذا الشرط من كل عيب كان قد اطلع عليه المشتري ولا يبرأ من غيره. ومن أصحاب هذا القول الشافعية في قول عندهم ورواية عن أحمد وأخرى عن مالك. وأدلتهم هي نفسها أدلة الفريق الثاني.

القول الخامس: قصر صحة اشتراط البراءة على كل عيب باطن⁽³⁾ في الحيوان لا يعلمه البائع وهو قول لمالك والظاهر من مذهب الشافعي وحجة هؤلاء هي أن الحيوان تتحول طباعه باستمرار وهو قلما ينفك عن عيب خفي أو ظاهر ولذلك يحتاج البائع إلى شرط يضمن من خلاله لزوم البيع فيما لا يعلمه من العيوب الخفية فيه.

(1) : الإمام مالك. الموطأ. ج2، ص613

(2) : أنظر: ابن قدامة. المغني. ج4، ص135، والخطاب. مواهب الجليل. ج4، ص439-440

والشربيني. مغني المحتاج. ج2، ص433، وابن حزم. المحلى. ج7، ص542

(3) : أنظر: الشافعي. الأم. ج7، ص105، والنووي. روضة الطالبين. ج3، ص472-473

والشربيني. المرجع نفسه. ص433، والخطاب. المرجع نفسه. ص439-440

وأما ما يعلمه من عيوب الحيوان فلا يبرأ من شيء منها لأنه يكون حينها غاشيا للمبتاع، وكذا الأمر في عيوب غير الحيوان الخفية والظاهرة لا يبرأ منها لندرة خفائها عليه، ولأن الغالب في غير الحيوان السلامة من التغيير. ودليلهم قضاء عثمان في حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنه السابق وقصة الغلام.

وبعد عرض هذه الأدلة ومناقشتها فالذي يظهر وتطمئن إليه النفس أن اشتراط البراءة يتعلق بالعيوب التي لا يعلمها البائع، أما التي يعلمها فلا يبرأ منها، إذ هذا القول يساهم في استقرار التعامل بين الناس فالبايع بحاجة إلى مثل هذا الشرط ليضمن لزومية البيع في تجارته ولا يبقى خائفاً من تلويح المشتري له بالردّ كلما ظهر عيب جديد، كما يحمي هذا الشرط المشتري من تدليس البائع وكتمه للعيب وهذا الذي رجّحه كثير من المحققين⁽¹⁾ كشيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن قيم الجوزية.⁽²⁾ ورد عنه: (والصحيح في مسألة البيع بشرط البراءة من كل عيب، والذي قضى به الصحابة، وعليه أكثر أهل العلم أن البائع إذا لم يكن على علم بذلك العيب فلا رد للمشتري).⁽³⁾ كما رجّح هذا الرأي فضيلة الشيخ محمد بن صالح العثيمين⁽⁴⁾ -رحمه الله- في إحدى فتاويه الخاصة ببيع السيارات حيث قال:

-
- (1) : أنظر: محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية. إعلام الموقعين عن رب العالمين. الطبعة الأولى، بيروت: دار الكتب العلمية، 1411هـ، ج3، ص303
 - وتقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد بن تيمية الحراني الحنبلي. الاختيارات الفقهية. الطبعة [د.ط.]. بيروت: دار المعرفة، ص124
 - (2) : ابن قيم الجوزية هو محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الزرعي الدمشقي، ولد سنة 691هـ، تتلمذ على يد شيخ الإسلام ابن تيمية، وهو الذي هدّب كتبه، ونشر علمه، من أهم تصانيفه إعلام الموقعين، الطرق الحكمية، توفي سنة 751هـ. أنظر: الزركلي. الأعلام. ج6، ص56، وابن القيم. إعلام الموقعين. ج3، ص484
 - (3) : ابن تيمية. الاختيارات الفقهية. ص124
 - (4) : هو أبو عبد الله محمد بن صالح بن محمد عثيمين الوهبي التميمي، عالم وفقه سعودي، ولد سنة 1929، تفرّغ للتدريس تأثر بابن تيمية مما جعله أكثر استقلالاً في آرائه الفقهية، كان أحد أعضاء هيئة كبار العلماء، زادت تصانيفه عن 55 مؤلفاً منها شرح رياض الصالحين، زاد المستقنع، توفي سنة 2001.
- أنظر: محمد بن صالح العثيمين. شرح الأصول الثلاثة لشيخ الإسلام محمد بن عبد الوهاب -إعداد: فهد بن ناصر سليمان- الطبعة [د.ط.]. الإسكندرية: دار الإيمان، 2001، ص13 وما بعدها

(ولا يجوز للإنسان أيضا أن يقول للمشتري: أبرئني من العيوب التي تجدها فيها، وهو يعلم أن فيها عيبا معيناً لم يذكره، أما إذا كان لا يدري عنها، مثل أن يكون قد اشتراها وباعها قبل أن يعلم ما فيها من العيوب، فلا حرج عليه حينئذ أن يقول أبرئني من كل عيب تجده فيها، فإذا أبرأه فلا بأس، ولا حق للمشتري حينئذ في الرجوع لو وجد عيباً).⁽¹⁾

الفرع الثاني : موقف الفقه القانوني من شرط الإعفاء :

لقد أثارت صحة شرط الإعفاء من المسؤولية خلافا كبيرا بين الفقهاء، وذلك في إطار سعيهم للبحث عن أساس قانوني يمكن الاستناد إليه للحكم بصحته، إذ ذهبت أغليبيتهم إلى الإقرار بصحة شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية مستنديين في ذلك إلى مبدأ سلطان الإرادة، وما يخوّله للأطراف من حرية في تحديد نطاق العقد ومضمونه وآثاره، وما يترتب على تلك الحرية من حق للمتعاقدين في تعديل مضمون الالتزامات التعاقدية، باستبعادها أو استبدالها بالتزامات أخرى أو التخفيف⁽²⁾، بيد أن الاستناد إلى الحرية التعاقدية للحكم بصحة شرط الإعفاء من المسؤولية لم يسلم من نقد بعض الفقهاء المعارضين لصحة هذا الشرط والذين أثاروا أن هذا الأساس وإن كان يصلح للنزح القليل من العقود، فإنه مع ذلك لا يصلح كمبرر لصحة شرط الإعفاء في الغالبية العظمى من العقود والتي لا يكون فيها المتعاقدان على قدم المساواة، بحيث يضع كل واحد منهما ما يحقق مصلحته من شروط، بل على العكس من ذلك فإن أحدهما يملّي شروطه، والآخر يذعن لتلك الشروط دون مساومة أو نقاش.

وردُّ على هذا القول: أن عنصر الإذعان، وإن كان موجودا في بعض العقود إلا أنه لا يوجد في سائرهما، وإن وُجد مع ذلك، فإنه بمقدور القاضي أن يعدّل ما قد يترتب عليه من تعسف بحيث يعفي الطرف المدّعن منها، وذلك استنادا إلى ما منحتة العديد من التشريعات الحديثة من سلطة للقاضي في هذا الشأن.⁽³⁾

(1) : أنظر: مجلة البحوث الإسلامية. العدد 52. ص 317

(2) : عبد الله ولداندكجلي. مدى التعويض عن الضرر في المسؤولية العقدية - أطروحة ماجستير في العقود والمسؤولية - جامعة الجزائر، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، 2000-2001م، ص 73

(3) : أنظر: المادة 110 من القانون المدني الجزائري والتي جاء فيها: (إذا تم العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروط تعسفية جاز للقاضي أن يعدّل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المدّعن منها، وذلك وفقا لما تقتضي به العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك).

على أن غالبية الفقه وإن كانت قد أجمعت من حيث المبدأ على صحة الإعفاء من المسؤولية العقدية، فإنها مع ذلك قد اختلفت حول مدى صحته قياساً إلى نوع الخطأ الذي تقرّر الاتفاق على الإعفاء عما يترتب عنه، بحيث ذهب البعض منهم إلى حدّ جوازه مما قد يترتب عن غش المدين من مسؤوليته، مستندين في ذلك إلى أن الغش يتطلب قيامه توافر عنصر الخداع وهو أمر مستبعد الحصول في إطار الاتفاق بين أطراف العقد، ففي عقد نقل البضائع مثلاً يكون اتفاق الناقل مع الشاحن على الإعفاء من أية مسؤولية عما يلحق بضائع هذا الأخير من تلف أو ضياع، حال من توافر عنصر الخداع في جانب النقل وذلك لكون إعفاء الناقل مما قد يلحق البضاعة من فقدان أو تلف قد تم برضا صاحبها الذي له مطلق الحرية في التصرف فيما يملك.⁽¹⁾

وردّ على هذا الرأي أن اتفاق طرفي العقد لا يمنع من توافر عنصر الغش والتدليس من أحدهما، ثم إن تقرير شرط الإعفاء والتوسع في مدى صحته على هذا النحو يعدّ بمثابة خرق للنظام العام، وتشجيع لتفشي سوء النية في المعاملات، وما يترتب عليه من آثار سلبية، كما أنها تجعل تنفيذ الالتزام اختيارياً وهو ما يتعارض مع فكرة الإلزام على تنفيذه عند عدم التنفيذ طوعاً والتي تقوم عليها فكرة المسؤولية ذاتها.⁽²⁾

كما أنه يعدّ خرقاً لما أجهت إليه مختلف التشريعات الحديثة من إبطال للالتزام متى كان معلّقاً على محض إرادة الطرف الملزم.⁽³⁾

ولعل هذا ما دفع بأغلبية الفقهاء إلى الإجماع على صحة الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية متى تقرّر عن الأخطاء الشخصية اليسيرة مستندين في ذلك إلى أن الاتفاق على الإعفاء مما قد يترتب عن هذا النوع من الأخطاء جائز لكونه لا يتعارض مع النظام العام، إذ لا يعتبر معلّقاً على شرط إرادي محض، كما لا يوجد نص تشريعي يمنع الاتفاق على الإعفاء منه، ومع ذلك فقد اختلف الفقه بشأن مدى صحة شرط الإعفاء من المسؤولية الناجمة عن الأخطاء الشخصية اليسيرة متى ترتبت عنها أضرار بدنية تصيب جسم الإنسان، بحيث ذهب جانب من الفقه إلى الاعتراض على صحة شرط الإعفاء هذا، وذلك باعتبار أن هذا النوع من الاشتراطات من شأنه أن يفتح

(1) : أنظر في ذلك: أعراب بلقاسم. شروط الإعفاء من المسؤولية المدنية - أطروحة ماجستير- الجزائر: معهد الحقوق والعلوم الإدارية، 1984م، ص 19-20

(2) : أنظر: عبيد مجول العجمي. تطوير الالتزام بضمان العيوب الخفية بشأن منتجات التقنيات الحديثة. ص 122

(3) : أنظر في ذلك: المادة 205 من القانون المدني الجزائري.

الباب واسعا أمام المدين للتصرف دون حذر أو خوف مما قد يترتب على تصرفه هذا عواقب وخيمة، الشيء الذي يجعل سلامة الأشخاص عرضة للخطر والتلاعب ومحلا للمفاوضة والمساومة، وهو ما لا يتسق مع النظام العام إذ لا يجوز له من غير عذر مشروع أن يعرض نفسه للخطر، ويتنازل عن حياته أو سلامة بدنه أو شرفه أو شعوره العاطفي، لأن في ذلك إلغاء لحقوقه التي لا تقبل الإخلال بها.⁽¹⁾

ومع ذلك فقد اعترض جانب من الفقه على تلك التبريرات بحيث فسر الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية عن الأضرار الجسمانية بأنه لا يُعدّ في واقع الأمر اتفاق على المساس بسلامة الشخص وكيانه، وذلك لكون المضرور لا يعطي للمسؤول الحق في أن يحدث أضرارا بدنية أو معنوية بشخصه، وإنما يتراضى معه على عدم المطالبة بالتعويض عن هذه الأضرار إذا وقعت بفعل غير عمدي.⁽²⁾

وإلى جانب ذلك فقد اختلف الفقه في تحديد نوع الخطأ الصادر من التابع والذي يجوز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية عنه بحيث ذهب البعض إلى الحكم بصحة شرط الإعفاء هذا عن سائر الأخطاء الصادرة من الغير بما في ذلك الأخطاء العمدية والجسمية، وذلك لكون هذه الأخطاء لا تنزل منزلة الشرط الإرادي المحض⁽³⁾، إذ أن شرط الإعفاء من المسؤولية يبدو خطرا إذا ما انصبّ على أخطاء لم يرتكبها المدين ذاته، بل يرتكبها من هو مسؤول عنهم من أعوان.⁽⁴⁾

ومع ذلك فقد وُجّهت لهذا الرأي العديد من الانتقادات والتي من أهمها أن ما ذهب إليه من تبرير لصحة الإعفاء على هذا الوجه من شأنه أن يفتح المجال أمام المدين للتهرب من تنفيذ التزامه، طالما أنه غير مسؤول عن غش مستخدميه أو أخطائهم الجسمية ذلك أن ما يهّم الدائن في هذا المجال هو أن يرى المدين قد نفذ التزامه بغض النظر عما إذا كان المدين نفسه هو من قام بتنفيذ الالتزام، أم أنه أوكل مهمة تنفيذه لشخص آخر مما يتعيّن معه اختصار الحكم بصحة، إعفاء المدين من مسؤوليته عن أخطاء مستخدميه على الأخطاء اليسيرة لوحدها دون غيرها من الأخطاء الأخرى.⁽⁵⁾

(1) : عبد الله ولداندكجلي . مدى التعويض عن الضرر في المسؤولية العقدية. ص75

(2) : أعراب بلقاسم. شروط الإعفاء من المسؤولية المدنية. الأطروحة السابقة. ص52

(3) : Obs: Planiol et Ripert. Traité pratique de droit civil français. Tome 7, p 852

(4) : محمد وحيد الدين سوار. شرح القانون المدني - النظرية العامة للالتزام- ص398

(5) : أنظر: عبد الله ولداندكجلي. المرجع نفسه. ص76

وللتخفيف من القول بصحة إعفاء المدين من مسؤوليته عن مختلف أخطاء تابعيه، فقد حاول البعض الآخر التخفيف من مخاطر هذا التصريح وذلك بمحاولة التضييق من فكرة التابع واعتبار مدير الشركة أداة لها⁽¹⁾ وليس تابعا، أو عن طريق التوسع في نطاق ما يعتبر خطأ من المدين المتبوع، والتضييق من نطاق خطأ التابع ونسبة خطأ التابع للمتبوع كلما كان فعل الأول واقع تحت سيطرة المتبوع وعلمه وتوجيهه، إذ يقتصر بذلك خطأ التابع على الأفعال التي لم يكن في وسع المتبوع تداركها بحرص الشخص المعتاد⁽²⁾ بالمقابل ذهب جانب من الفقه إلى أن تعديل الضمان بالتحديد أو الإعفاء منه لا يعني استبعاد الالتزام بالضمان، فعلى سبيل المثال في ضمان العيوب الخفية فالالتزام الذي يقع على البائع هو تسليم مبيعٍ خالٍ من العيوب، وضمان ذلك في نظر القانون التزام جوهري ولا يمكن استبعاده، ولكن المسؤولية يمكن تعديلها بالتقييد أو الإعفاء طالما أن البائع حسن النية، فإذا تبين أن البائع تعمد إخفاء العيب أو تواطأ بهدف غش المشتري، فإن عدم تنفيذ الالتزام يربِّب المسؤولية الكاملة، بل ويؤدي إلى استحقاق المشتري للتعويض عن كافة الأضرار بما في ذلك الأضرار غير المألوفة أو غير المتوقعة عند إبرام العقد.

وفي ضمان الاستحقاق فإن اشتراط البائع عدم الضمان لا يعني أن يُعفى إطلاقا في حالة استحقاق المبيع من يد المشتري استحقاقا كليا أو جزئيا، بل إن إعفاء البائع من الضمان في حال كونه حسن النية إنما يقتصر فقط على إعفائه من التعويض على المشتري عما لحقه من ضرر نتيجة استحقاق المبيع من قبل الغير متى كان البائع حسن النية والتزم بردّ الثمن كله أو بعضه بحسب الاستحقاق، أما لو كان سيء النية، فلا يكون لهذا الشرط أثر، بل يلتزم البائع عندئذ بضمان الثمن كله أو بعضه بحسب الاستحقاق، كما يلتزم بتعويض المشتري عن كل ضرر لحق به، ويلتزم أيضا بأن يدفع له كل المصروفات التي أنفقها المشتري متى كان حسن النية.⁽³⁾

(1) : أنظر: عبد المنعم فرج الصدة. نظرية العقد في قوانين البلاد العربية. بيروت: دار النهضة العربية. 1974م، ص513

(2) : عبد الله ولداندكجلي. مدى التعويض عن الضرر في المسؤولية العقدية. ص76

(3) : أنظر: محمد عبد الله أبو هزيم. الضمان في عقد البيع. ص139-140

وفي مسألة سوء النية فإن المشرع الفرنسي يفرّق بين البائع العادي العرضي والبائع المحترف (المهني)، فالأول يعتبر حسن النية متى كان لا يعلم بعيوب المبيع ويستفيد من أحكام الضمان بخلاف الثاني الذي يعتبر سيء النية ولو ادّعى بعدم العلم بعيوب المبيع وهو غير جدير بالاستفادة من أحكام الضمان⁽¹⁾، ويصير أي شرط يتم الاتفاق على إسقاطه بينه وبين المشتري شرطاً باطلاً وذلك لأن المشتري -المستهلك- ينساق إلى رغبات هذا البائع مدفوعاً بحاجته إلى السلعة أو الخدمة محل المعاملة، في الوقت الذي لا يستطيع فيه الوقوف على حقيقة مصالحه بالنظر إلى ضعف قدراته وقلة خبراته في مجال المعاملة، وهذا من باب الحماية للمستهلك⁽²⁾، إلا أن يقيم الدليل على أن ما خفي عليه من العيوب كان لا يمكنه اكتشافها إلا أن هذا الاتجاه صادف صعوبات عملية تمثلت في أن القرينة القضائية بحكم صنعها لا تكون إلا قرينة بسيطة، خاصة أن افتراض سوء نية المنتج يكون مخالفاً للمبادئ العامة التي تقضي بأن حسن النية هو الأصل وإزاء ذلك عدلت محكمة النقض الفرنسية عن موقفها بالنسبة للبائع المحترف حيث رجعت عن صيغة افتراض علم المنتج بالعيوب، ورأته مسؤولاً وملتزماً بأن يعرف عيوب الشيء الذي ينتجه وذلك استناداً إلى الصفة التخصصية له، وهو الأمر الذي يفرض عليه في الواقع التزاماً بنتيجة، مضمونه إلمامه بكافة العيوب التي يمكن أن تشوب منتجاته وعمله على تلافيتها، أو بعبارة أخرى تفرض عليه التزاماً بالسلامة تجاه مستهلكي ومستعملي منتجاته ومن ثم فإن أي إخلال من جانب المهني بهذا الالتزام يجعله مسؤولاً عن الضرر المتوقع وغير المتوقع معاً.⁽³⁾

غير أنه بمرور الوقت والتطور التكنولوجي وتعقيداته أضحت شروط تعديل المسؤولية العقدية تثير العديد من المشكلات، فليس اعتبار التخفيف والإعفاء من المسؤولية العقدية وسيلة واقعية وحافزاً للتقدم العلمي والتكنولوجي ووضعها موضع التطبيق بأسعار في متناول الجميع⁽⁴⁾، بالمقابل أصبح وسيلة سهلة يلجأ لها كل متعاقد قادر على فرضها بسبب قدرته الاقتصادية أو تفوقه في مجال التعاقد وقدرته على التلاعب بشروط العقد على نحو لا يعرفه ولا يستطيع أن يميّزه الشخص المعتاد⁽⁵⁾ مما تسبّب في بروز مشكلات ذات طابع قانوني وعملي.

(1) : أنظر : عمر محمد عبد الباقي. الحماية العقدية للمستهلك. ص 591

(2) : أنظر : عمر محمد عبد الباقي. المرجع نفسه. ص 589 و 591

(3) : عمر محمد عبد الباقي. المرجع نفسه. ص 611

(4) : أنظر: عبيد مجول العجمي. تطوير الالتزامات بضمان العيوب الخفية بشأن منتجات التقنيات الحديثة. ص 121

(5) : عبيد مجول العجمي. المرجع نفسه. ص 122، وانظر أيضاً: عمر محمد عبد الباقي. المرجع نفسه. ص 589

فمن الناحية العملية يجد العميل الذي يشتري سلعة جديدة أنه لا يستطيع أن يطالب البائع أو المنتج بالتعويض عن الأضرار التي تصيبه من جراء استخدام السلعة، وغالبا ما لا يكون هناك سبيل للرجوع على شركات التأمين التي ترفض أحيانا عمليات التأمين على المنتجات الجديدة، أو لأن المنتج لم يقوم بعملية التأمين بهدف خفض تكلفة الإنتاج، وهذا يتماشى منطقيا مع رغبته في التنصل من المسؤولية عن طريق شروط الإعفاء.

ومن الناحية القانونية فإن وضع غير المتعاقد سوف يصبح أفضل من وضع المتعاقد ذلك أنه سوف يتمكن من المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي تصيبه نتيجة استعمال سلعة اشتراها شخص آخر على أساس المسؤولية التقصيرية.

وفي الوقت ذاته، فإن المتعاقد لن يتمكن من المطالبة بالتعويض عن الأضرار الماثلة التي قد تصيبه والتي ربما تنجم عن استعمال غير المتعاقد الذي سيتمكن من المطالبة بالتعويض.⁽¹⁾ وحتى يتفادى القضاء مثل هذه المشكلات وغيرها ذهب إلى حصر أثر اتفاقات الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية في نقل عبء الإثبات من على عاتق المدين إلى الدائن⁽²⁾ مثلما سنرى.

الفرع الثالث : موقف التشريع الجزائري من شرط إسقاط الضمان :

لقد أقرّ التشريع الجزائري صحة الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية وذلك من خلال المادة 178 مدني جزائري، الفقرة الثانية والتي جاء فيها: (وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدية، إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم، غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفائه من المسؤولية الناجمة عن الغش، أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه).

فالمشرع الجزائري قد ميز في شأن مدى صحة شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية بين الشرط القاضي بإعفاء المدين من أخطائه الشخصية، وذلك الذي يقضي بإعفائه من أخطاء تابعيه، إذ أجاز للمدين الحق في الاتفاق مع الدائن على الإعفاء مما قد يترتب عن عدم تنفيذه لالتزامه من مسؤولية ناشئة عن أخطائه اليسيرة دون غيرها من الأخطاء الأخرى كالغش أو الخطأ الجسيم، أو كذلك الأخطاء اليسيرة التي قد تترتب عنها أضرار بدنية تصيب جسم الدائن⁽³⁾، والتي لا يمكن أن

(1) : عبيد مجول العجمي. تطوير الالتزامات بضمان العيوب الخفية بشأن منتجات التقنيات الحديثة. ص 121-122

(2) : عبيد مجول العجمي. المرجع نفسه. ص 122

(3) : أنظر: المادة 66 من القانون التجاري الجزائري.

تكون محلا لشرط الإعفاء من المسؤولية لتعارضها مع النظام العام الذي لا يقضي بأن يكون جسم الإنسان محلا لمفاوضة أو مساومة، بحيث لا يجوز للفرد دون عذر شرعي أن يتنازل عن حياته أو يتصرف في شخصه، وهذا ما قرره المشرع الجزائري حينما حكم ببطالان كل شرط من شأنه إعفاء الناقل أو الوكيل بالعمولة من المسؤولية عن الأضرار البدنية التي قد تحصل للمسافر.

وأمام غياب نص تشريعي جزائري يقرّ بصفة صريحة القاعدة العامة للمسؤولية العقدية عن أعمال الغير، باستثناء ما يمكن أن نلتمسه من بعض التطبيقات التشريعية لهذه القاعدة في كل من عقدي المقاوله⁽¹⁾ والوكالة⁽²⁾.

كما ذهب التشريع الجزائري بوجه عام إلى جواز الاتفاق على إعفاء المدين مما قد يترتب من مسؤولية عن سائر أخطاء تابعيه الذين يستخدمهم في تنفيذ التزامه بما في ذلك غشهم أو خطئهم الجسيم.

إلا أن ما أورده المشرع الجزائري من أحكام تتعلق بالإعفاء من المسؤولية قد يثير فضول الباحث بشأن ملاحظتين أساسيتين.

تتعلق الأولى منها بصحة الشروط التي يمكن تكييفها على أنها من قبيل الإذعان والتي يكون الدائن مجبرا على قبولها دون مناقشة أو مساومة.

بينما تتعلق الثانية بالعمل المخالف لأحكام العقد والذي يجمع بين شروط المسؤولية العقدية والتقصيرية ومدى تأثيره على صحة شرط الإعفاء.

فبالنسبة للملاحظة الأولى المتعلقة بعقد الإذعان والذي يعدّ بمثابة عقد يحدّد فيه أحد المتعاقدين شروط العقد بصورة مسبقة، وعلى نحو لا يقبل المساومة ولا المناقشة، بحيث يعرضها على الطرف الثاني الذي يكون له الخيار في قبولها كما هي أو الانصراف إلى حاله⁽³⁾.

(1) : أنظر: المادة 564 من القانون المدني الجزائري.

(2) : أنظر: المادة 580 من القانون المدني الجزائري.

(3) : أنظر: أبو زيد رضوان. الوجيز في مبادئ الالتزام. 1979، ص74 وما بعدها

ولما كانت ظروف القابل تضطرّه في أغلب الأحيان إلى إبرام العقد دون خيار، فإنه يكون بذلك قد أذعن لما يضعه الطرف الآخر من شروط بالرغم على ما تحتويه من تعسّف وإرهاق، وذلك لكون مجال عقد الإذعان عادة ما يتعلق بسلعة أو خدمة أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة للمستهلكين بصفة عامة أو المنتفعين، بحيث لا يُتصوّر استغناء هؤلاء عن هذه السلعة أو تلك الخدمة المحتكرة من طرف الموجب احتكارا قانونيا أو فعليا، أو على الأقل مسيطرا عليها سيطرة تجعل المنافسة محدودة النطاق بحيث يصدر الإيجاب إلى الكافة، وبشروط واحدة على نحو دائم، غير محدد المدة وغالبا ما يكون في صورة عقود مطبوعة⁽¹⁾ قد تتضمن بدورها شروطا تتعلق بالإعفاء مما قد يترتب من مسؤولية عن عدم تنفيذها، إذ يستطيع المدين أن يطالب ببطلانها وذلك لكونها لم يقبلها إلا بدافع الحاجة والاضطرار، إذ لولاهما ما قبل إبرام العقد من أصله لما فيه من شروط ضارة بمصالحه، وعندها يجوز للقاضي استجابة لطلب المدين، وبناء على نص المادة 110⁽²⁾ من القانون المدني الجزائري التي تجيز له الحق في تعديل أو إلغاء الشروط التعسفية في عقد الإذعان الحكم ببطلان شرط الإعفاء هذا، كما أن الدائن الطرف المتضرر من عقد الإذعان يمكنه رفع دعوى حذف أو إزالة الشروط التعسفية.

وإذا ثبت لدى المحكمة تعسف الشرط، فإنها تأمر بحذفه وإزالته مع احتمال الحكم بالتهديد المالي إن اقتضى الأمر.

وأما إن تم اتفاق على إسقاط الضمان وتبين فيما بعد غش المدين وخطأه الجسيم، فإن الاتفاق على الإعفاء أو التخفيف يعتبر باطلا ولا يُعتدّ به.

وحتى يصح إسقاط الضمان يشترط أمور:

الأمر الأول: ألا يكون هناك نص قانوني يمنع ذلك أو أنه في الإسقاط مخالفة للنظام العام، ومن ذلك ما قضت به المادة 66 من قانون العمل الفرنسي المتعلقة ببيع الآلات التي ينتج عن وجود العيب فيها ضرر للعمال المسيرين حيث اعتبرت أن الضمان الناتج عن وجود هذه العيوب يتعلق بالنظام العام، ومن ثمّ لا يجوز الاتفاق على خلافه.⁽³⁾

(1) : أعراب بلقاسم. شروط الإعفاء من المسؤولية المدنية. ص 23

(2) : ورد بنص المادة 110 من القانون المدني الجزائري: (إذا تم العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدّل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المدّعن منها، وذلك وفقا لما تقتضي به العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك).

(3) : أنظر: أسعد ذياب. ضمان العيوب الخفية. ص 299

الأمر الثاني: أن يكون البائع حسن النية أو لم يرتكب خطأ جسيماً، ويستفاد ذلك من نص المادة 178 مدني جزائري والتي تنص في فقرتها الثانية على أنه: (وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على تنفيذ التزامه التعاقدى إلا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم....). وعلى ذلك فإن الاتفاق على الإعفاء من الضمان يكون صحيحاً ولا يبطل إلا إذا كان البائع سيئ النية يعلم بوجود العيب ولم يخبر المشتري بذلك وهذا ما قضى به القضاء الفرنسي⁽¹⁾، حيث اعتبر أن الشرط الذي يعفي بائع بناية من الضمان ليس له أي مفعول في حالة سوء نيته ولا سيما إذا ثبت أن البائع عندما قام ببيع الفيلا التي كانت على وشك الانحياز قد أخفى الشقوق التي ظهرت في هذه البناية وأن هذا الإخفاء قد اكتسى طابعاً تضليلياً، وأن المشتري ما كان يشتري لو علم بهذه العيوب التي أخفيت منه عن قصد.

والخطأ الجسيم يعتبر في نظر بعض الفقهاء بمثابة سوء النية، ومن ثم يترتب عنه بطلان الاتفاق على الإعفاء من الضمان.

أما إذا كان الاتفاق يقوم بين المشتري العرضي والبائع الصانع أو المحترف، فإنه يكون باطلاً لأنه يفترض في الأخير سوء النية ولذلك يجب على البائع الصانع أن يخبر المشتري بكافة مظاهر المبيع.

أما إذا كان كل من البائع والمشتري صانعا أو محترفا فالقضاء يميل على العموم إلى اعتبار الاتفاقات التي تتم بينهما صحيحة، وخاصة إذا كانا يتمتعان بنفس الاختصاص، وقد تأكد هذا المبدأ بصفة نهائية بموجب قرارين صدرتا عن الغرفتين التجارية والمدنية لمحكمة النقض الفرنسية.

ومنه فإن شرط إسقاط الضمان يكون صحيحاً إذا تم بين بائع ومشتري يتمتعان بنفس الاختصاص، وتمت مناقشته بحرية تامة، أما إذا كان البائع سيئ النية واستعمل الغش والتدليس فلا يُعتدُّ بشرط إسقاط الضمان حتى ولو كان المشتري يتمتع بنفس اختصاص البائع، وذلك بصريح المادة 384 من القانون المدني الجزائري والتي تقضي بأنه: (...غير أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلاً إذا تعمد البائع إخفاء العيب في المبيع غشاً منه).

(1) : أنظر: أسعد ذياب. ضمان العيوب الخفية. ص 300

وفي عقد الإيجار نصَّ المشرع الجزائري في المادة 490 من القانون المدني المطابقة للمادة 578 مدني مصري على أنه: (بيطل كل اتفاق يتضمّن الإعفاء أو التحديد من الضمان بسبب التعرض القانوني. وبيطل كل اتفاق يتضمّن الإعفاء أو التخفيف من ضمان العيوب إذا أخفاها المؤجّر غشا).⁽¹⁾ ويتضح من هذه المادة أن المشرع الجزائري جعل الاتفاق الذي يعني المؤجّر من الضمان أو ينقصه يقع باطلا إذا تعمد إخفاء العيب، فيكون سيء النية، وبالتالي لا يجوز له الاستفادة من غشه بأن يشترط عدم مسؤوليته عن غشه.

كما يفهم من مفهوم المخالفة لهذا النص بأن المؤجر يجوز له أن يتفق مع المستأجر على إعفائه من الضمان أو إنقاظه ما دام حسن النية أي لم يستعمل الغش.

أما في عقد المقاولة فقد جعل المشرع الجزائري الاتفاق الذي يتضمن إعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان أو الحد منه باطلا وهذا ما نصت عليه المادة 556 مدني جزائري بقولها: (يكون باطلا كل شرط يقصد منه إعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان أو الحد منه).

الفرع الرابع : الحالات التي لا يجوز فيها الاتفاق على الإعفاء أو التخفيف :

انطلاقا مما انتهت إليه مواقف الفقه والقضاء والتشريع السابق بيانها بشأن مدى صحة الإعفاء من المسؤولية العقدية، يتبين لنا أن تلك المواقف تكاد تُجمع في أغلبها على عدم صحة شرط الإعفاء من المسؤولية في حالي الغش والخطأ الجسيم، بالإضافة إلى بعض الحالات الأخرى والخاصة ببعض العقود:

1- حالي الغش والخطأ الجسيم :

يعتبر الغش مرادفا للخطأ العمدي الذي هو الامتناع عن تنفيذ الالتزام الناشئ عن العقد على الوجه المتفق عليه، بحيث يعتبر دائما مرادفا لاصطلاح سوء النية، ولكن لا يشترط فيه قصد الإضرار، وإنما المهم فيه أن يكون الضرر محقق الوقوع، كنتيجة حتمية لامتناع المدين عن تنفيذ التزامه، وهو بذلك يختلف عن الخطأ الجسيم لكون هذا الأخير يعدّ خطأ غير عمدي يتمثل في

(1) : عدّلت هذه المادة بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007 المنشور بالجريدة الرسمية لسنة 2007، العدد 31، ص05 ونصها: (بيطل كل اتفاق يتضمّن الإعفاء أو التحديد من الضمان بسبب التعرض أو العيب إذا كان المؤجّر قد أخفى عن غش سبب هذا الضمان).

صورة من صور الإهمال وعدم الاحتياط والاكتراث البالغ بالالتزامات، والاستهتار الكبير بالحقوق دون النظر إلى الضرر المحتمل من جراء هذا الاستهتار.⁽¹⁾

وإذا كانت أغلبية التشريعات قد ألحقت الخطأ الجسيم بالغش في العديد من نصوصها القانونية ورتبت على قيامهما نفس الآثار في مجال الاتفاق على شرط الإعفاء، إذ حكمت ببطلان كل شرط من شأنه إعفاء المدين من غشه أو خطئه الجسيم كما هو الحال بالنسبة للتشريع الجزائري⁽²⁾ وبعض التشريعات العربية.⁽³⁾

أما بالنسبة للفقهاء فإنه يكاد يُجمع على عدم جواز صحة إعفاء المدين من مسؤوليته عن غشه أو خطئه الجسيم، وذلك من منطلق أن جواز إعفاء هذا الأخير من المسؤولية في مثل هذه الحالات، من شأنه تشجيعه على الإخلال بالتزاماته دون خشية مما قد يترتب من جراء ذلك الإخلال، بحيث يصبح تنفيذ الالتزام في هذه الحالة معلقا على شرط إرادي محض، وهو ما يتعارض مع ما ذهب إليه التشريعات من بطلان الالتزام متى كان معلقا على محض إرادة الملتزم.⁽⁴⁾

ويبرر الفقه بطلان شرط الإعفاء من الغش والخطأ الجسيم إلى إنزال هذا الأخير منزلة الأول واعتبار أنه لو لم يُشبه بالعمد لادّعى المدين الذي تعمد الإخلال بالتزامه أن هذا الإخلال لم يكن مقصودا بحيث يتقنع بقناع الغباء، ويدّعي حسن النية مما يصعب إثبات أن الخطأ هو خطأ متعمدا، وذلك لكون قصد الإضرار يصعب إثباته بطريق مباشر.⁽⁵⁾

2- بعض العقود التي لا يجوز فيها الاتفاق على الإعفاء :

هناك بعض العقود التي قلما تخلو من إدراج شروط الإعفاء من المسؤولية والمتعلقة أساسا بنقل الأشخاص أو الأشياء سواء كان ذلك النقل برا أو جوا أو بحرا، والتي سنتعرض لها ببعض من البيان فيما يأتي:

(1) : أنظر: عبد الحميد الشواربي. فسخ العقد في ضوء القضاء والفقه. الطبعة الثالثة. الإسكندرية: منشأة المعارف، 1997م، ص412

(2) : ورد بالمادة 2/178 من القانون المدني الجزائري ما نصه: (وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدية إلا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم...).

(3) : أنظر: المادة 217 من القانون المدني المصري.

(4) : أعراب بلقاسم. شروط الإعفاء من المسؤولية المدنية. ص36

(5) : محمد وحيد الدين سوار. شرح القانون المدني - النظرية العامة للالتزام - ج1، ص397

– عقد النقل بصورة عامة: هو مجرد اتفاق يتعهد بمقتضاه الناقل مقابل ثمن بأن ينقل شخصا أو شيئا إلى مكان معين فإن مسؤولية الناقل تستند إلى عقد النقل هذا، وذلك لكونها ناتجة عن الإخلال بالالتزام الناشئ عنه، سواء كان ذلك الإخلال عائدا إلى ضياع أو تلف الأشياء التي كُلف بنقلها، أو الإخلال بضمان سلامة الركاب أو وصولهم إلى الجهة المتفق عليها في الوقت المحدد بالعقد، ونظرا لكون هذين الالتزامين يختلفان عن بعضهما البعض فقد درج التشريع الجزائري إلى الفصل بينهما، وتنظيم كل واحد منهما في فصل مستقل ومن خلال أحكام خاصة.

ففي عقد نقل الأشياء بالإضافة إلى حالات الإعفاء القانوني للناقل من المسؤولية الناجمة عن إخلاله بالتزامه الناشئ عن العقد، فهل يستطيع إلى جانب تلك الحالات التخلص من مسؤوليته بواسطة الاتفاق مقدما مع الشاحن على الإعفاء من تلك المسؤولية في حالة قيامها.

ففي هذا المجال ذهب المشرع الجزائري إلى إبطال أي اتفاق من شأنه إعفاء الناقل إعفاء كلياً أو جزئياً من مسؤوليته الناجمة عن ضياع الأشياء أو عوارها وبغض النظر عما إذا كان ذلك راجعا إلى فعل الناقل شخصيا أو إلى أخطاء تابعيه، ولم يستثنى من ذلك سوى حالة التأخر التي أجاز بشأنها للناقل الحق في الاتفاق مع الشاحن على الإعفاء من مسؤوليته، وفي حدود أخطائه اليسيرة دون غيرها من الأخطاء الأخرى.⁽¹⁾

وأما في عقد نقل الركاب وبالرغم من أن فقه القضاء المقارن ظل يعتبر التزام الناقل تجاه المسافر يتحقق بمجرد إيصال هذا الأخير من مكان إلى آخر، وفي الوقت المحدد بالعقد. أضيف في عقد النقل إدراج الالتزام بضمان سلامة المسافر واعتباره التزاما أساسيا إلى جانب الالتزام بتوصيل المسافر إلى المكان وفي الوقت المحدد بالعقد، واعتبار أن مجرد إخلال الناقل بأي من تلك الالتزامات يؤدي إلى قيام مسؤوليته باستثناء القوة القاهرة أو الخطأ الصادر من المتضرر نفسه وكذا الأخطاء اليسيرة.⁽²⁾

(1) : أنظر: المادة 52 من القانون التجاري الجزائري.

(2) : أنظر: المواد 63، 64، 65 و 68 من القانون المدني الجزائري.

وأما في مجال النقل الجوي، فقد ذهب التشريع الجزائري إلى الفصل بين النقلين الداخلي والدولي، حيث أخضع النقل الداخلي لأحكام القانون رقم 98-06 الصادر بتاريخ 27 يونيو 1998 المتعلق بتحديد القواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني والذي أبطل بموجبه كل ما من شأنه الإعفاء أو التخفيف من مسؤولية الناقل المترتبة من جراء إخلاله بالتزاماته الناشئة عن العقد، وبغض النظر عما إذا كان ذلك الإخلال قد تعلق بسلامة الركاب⁽¹⁾ أو المحافظة على الأمتعة أو البضائع المنقولة والعناية بها وتسليمها⁽²⁾ أو بالخسائر الناتجة عن تأخره في إيصال الأشخاص أو الأمتعة أو الشحن في الوقت المحدد بموجب العقد أو المتوقع للوصول.⁽³⁾

ولم يستثني من ذلك سوى الحالات التي يمكن أن يبرهن فيها الناقل أنه قد اتخذ رفقة مندوبيه الإجراءات الضرورية اللازمة لتفادي تلك الأضرار، أو أن يثبت استحالة اتخاذهم لتلك الإجراءات، كل ذلك بالإضافة إلى الخسائر الناتجة عن عيب في البضاعة ذاتها⁽⁴⁾ أو عن فعل صادر من المتضرر نفسه، على أن فعل المتضرر في هذه الحالة يختلف أثره على مسؤولية الناقل، بحسب ما إذا كان قد أدى إلى حصول ما وقع من أضرار، أم أنه ساهم فقط في وقوع تلك الخسائر، بحيث يعني الناقل من مسؤوليته في الافتراض الأول، بينما يتم تخفيف تلك المسؤولية من قبل الجهة القضائية المختصة في الافتراض الثاني.⁽⁵⁾

وأما في مجال النقل الدولي فقد ظهرت الحاجة إلى ضرورة وجود حلول قانونية دولية موحدة تحكم المسائل التي يثيرها عقد النقل الجوي الدولي، مما أدى إلى ظهور اتفاقية فارسوفيا التي أصبحت نافذة اعتبارا من 13 فبراير 1933 والتي لحقتها عدة تعديلات من أهمها: بروتوكول لاهاي عام 1955 ثم اتفاقية مونتريال 1966 ثم بروتوكول جواتيمالا 1971 وأخيرا بروتوكول مونتريال الرابع 1975.

(1) : أنظر: المادة 145 من القانون رقم 98-06 المؤرخ بتاريخ 27 يونيو 1998 المتعلق بتحديد القواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني.

(2) : أنظر: المادة 146 من قانون الطيران المدني الجزائري

(3) : أنظر: المادة 147 من قانون الطيران المدني الجزائري

(4) : أنظر: المادة 148 من قانون الطيران المدني الجزائري

(5) : أنظر: المادة 194 من قانون الطيران المدني الجزائري

ولقد انحصر مجال تطبيق هذه الاتفاقية على كل نقل دولي يتم بواسطة الطائرات للأشخاص أو البضائع أو الأمتعة مقابل أجر، إضافة إلى ما يتم القيام به مجاناً من عمليات النقل على متن إحدى طائرات مؤسسات النقل الجوي الدولية، ورتبت مسؤولية الناقل بمجرد إخلاله بضمان سلامة الراكب⁽¹⁾، أو هلاك البضاعة والأمتعة أو ضياعها أو تلفها⁽²⁾ وكذلك ما قد يحدث من تأخر عما تم الاتفاق عليه بموجب العقد⁽³⁾ وكل اتفاق على الإعفاء من تلك المسؤولية أو التخفيف باطل بغض النظر عما إذا كان شرط الإعفاء أو التخفيف قد تقرّر بطريق مباشر أو غير مباشر كما لو كان يهدف إلى الانتقاص مما قرّره الاتفاقية من تعويض للمضّرور على يلحقه من ضرر، وعلى هذا النحو يعتبر باطلاً كل شرط من شأنه أن يؤدي إلى تقصير مواعيد الاحتجاج، أو مدة سقوط أو تقادم الدعوة أو نقل عبء الإثبات وجعله على عاتق الراكب أو المرسل بدلاً من الناقل.⁽⁴⁾

وفي مجال عقد النقل البحري، فقد أصدر المشرع الجزائري القانون⁽⁵⁾ رقم 76-80 المعدّل بالمرسوم⁽⁶⁾ رقم 05-98 والذي عالج من خلاله مختلف المواضيع التي يثيرها النقل البحري وخصوصاً وخصوصاً تلك المتعلقة بمسؤولية الناقل البحري عما قد ينشأ من أضرار جرّاء إخلاله بالتزاماته المتولّدة عن العقد، وبغض النظر عما إذا كان ذلك الإخلال قد أدى إلى المساس بسلامة الراكب أو ضياع أمتعة أو هلاك البضاعة موضوع عقد النقل أو تلفها أو نقص قيمتها، إن في مثل تلك الحالات تقوم مسؤولية الناقل عن أخطائه الشخصية، وبنفس الدرجة عن أخطاء تابعيه، وكذلك مسؤوليته عن الخسائر والأضرار التي قد تلحق بالبضاعة إلا في الحالات المنصوص عليها قانوناً⁽⁷⁾

(1) : أنظر: المادة 17 من اتفاقية فارسوفيا

(2) : أنظر: المادة 12 من اتفاقية فارسوفيا

(3) : أنظر: المادة 19 من اتفاقية فارسوفيا

(4) : أنظر: المادة 23 من اتفاقية فارسوفيا

(5) : القانون الذي نعيه هو الأمر رقم 76-80 الصادر بتاريخ 29 شوال 1396هـ الموافق لـ 23 أكتوبر 1976 المتضمن القانون البحري الجزائري والمنشور بالجريدة الرسمية لسنة 1976، العدد 29.

(6) : المرسوم رقم 05-98 الصادر بتاريخ 25/06/1998 المعدل والمتمم للأمر 76-80 المنشور بالجريدة الرسمية، العدد 47، السنة 35

(7) : أنظر: المادة 803 من القانون البحري الجزائري عددت اثنتا عشر حالة يمكن للناقل التخلص من خلال قيام أحدها من مسؤوليته.

وذلك بالرغم من أنه قد قرّر مسؤولية الناقل النسبية في حالة وجود سبب قد ساعد إلى جانب أخطاء الناقل أو مندوبيه على حدوث الخسائر أو الأضرار التي لحقت بالبضاعة والتي بموجبها لا يكون الناقل مسؤولاً إلا في حدود ما صدر منه أو تابعيه من أخطاء، كما لا يعدّ مسؤولاً عن الخسائر والأضرار التي تلحق بالبضاعة إلا في حدود المبالغ المحسوبة وفقاً للقواعد الموضوعة لهذا الغرض، وذلك في الحالة التي لم يصحّ فيها الشاحن بنوع وقيمة البضاعة قبل نقلها.⁽¹⁾

وإلى جانب ما قرره المشرع من حالات يمكن من خلالها التخفيف من مسؤولية الناقل أو الإعفاء منها، فإنه مع ذلك لم يُجْز له الحق في اشتراط إعفاءه مما قد يترتب على عاتقه من مسؤولية إلا في حدود الأضرار المترتبة عن العمليات السابقة على البدء في شحن البضائع أو العمليات اللاحقة على نهاية تفريقتها، وكذلك ما قد ينشأ من مسؤولية جراء نقل الحيوانات أو البضائع على سطح السفينة⁽²⁾، إذ في مثل هاتين الحالتين الأخيرتين يبدو أن المشرع الجزائري قد تنبه إلى ما يعكسه نقل الحيوانات أو البضائع على سطح السفينة من مخاطر كبيرة ومتعددة، لكونها معرضة للهلاك أو السرقة أو حتى السقوط في البحر... وإذا كان الأمر كذلك بالنسبة لنقل البضائع فإن التشريع البحري الجزائري لم يتعرّض لشروط الإعفاء من المسؤولية بالنسبة لنقل المسافرين وأمتعتهم وإنما اكتفى بتحديد بعض الحالات التي يكون الناقل فيها مسؤولاً، وأمام هذا السكوت يتعيّن الرجوع إلى أحكام القانون التجاري الجزائري وذلك للوقوف على مدى صحة الإعفاء أو التخفيف من عدمه.

وإلى جانب ما وضعته التشريعات الداخلية، فقد اتجه المجتمع الدولي إلى إبرام المعاهدات الدولية الخاصة بتوحيد بعض القواعد المتعلقة بسندات الشحن، وذلك ببروكسل 25 أغسطس 1924، والتي تم تعديلها عدة مرات بسبب ما كشف عنه تطبيقها من صعوبات، وكان آخر تلك التعديلات اتفاقية الأمم المتحدة للنقل البحري للبضائع في عام 1978 المعروفة باسم قواعد هامبورغ التي أقرت مسؤولية الناقل عن كل الأضرار الناشئة عن هلاك البضاعة أو تلفها أو عن التأخر في تسليمها وذلك في الوقت الذي توجد فيه البضائع في عهدة الناقل، ما لم يثبت هذا الأخير

(1) : أنظر: المادتين 804 و 805 من القانون البحري الجزائري.

(2) : أنظر: المادة 812 من القانون البحري الجزائري.

وأكثر تفصيلاً أنظر: حسان بوعروج. مسؤولية الناقل البحري - مقال منشور بالجلد القضائية الجزائرية - عدد خاص بالاجتهاد القضائي للغرفة التجارية والبحرية، 1999م، ص 12 وما بعدها.

أنه قد اتخذ وتابعوه كافة التدابير المعقولة لمنع وقوع الضرر⁽¹⁾ كما تطرقت اتفاقية هامبورغ لشرط الإعفاء من المسؤولية وذلك من خلال المادة 23 التي قررت أن كل شرط يرد في عقد النقل البحري، أو ضمن سندات الشحن أو في أية وثيقة أخرى مثبتة لعقد النقل، يكون مخالفاً بشكل مباشر أو غير مباشر لأحكام هذه المعاهدة يعتبر باطلاً ولاغياً في حدود مخالفته لها وأن بطلان مثل هذه الشروط لا يؤثر على صحة الشروط الأخرى الواردة في العقد باستثناء ما يتضمن منها التنازل عن الحقوق الناشئة عن التأمين على البضاعة أو أي شرط مماثل له.

ويبدو أن نص المادة الثانية من معاهدة بروكسل كان أكثر صراحة ووضوحاً حينما أقر بأن كل شرط أو تعاقداً أو اتفاق في عقد النقل من شأنه إعفاء الناقل أو السفينة⁽²⁾ من المسؤوليات على وجه مخالف لما هو منصوص عليه، يعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً.

ونظراً لكون نطاق معاهدة بروكسل ينحصر في النقل بمشارطة الإيجار بحيث لا يمتد إلى كل أنواع النقل وصوره، فإن ذلك يجعل للناقل الحق في التمسك بما يرد في سند الشحن من شروط الإعفاء من المسؤولية في الحالات التي تتناولها أحكام المعاهدة، كتلك المتعلقة بالوقت السابق للشحن واللاحق للتفريغ، ونقل الحيوانات والبضائع على ظهر السفينة إضافة إلى النقلين الاستثنائي والساحلي⁽³⁾. وختاماً يمكن القول أنه حتى لو تم الاتفاق على الإعفاء أو التخفيف في المسؤولية بين أطراف الرابطة التعاقدية فإنه يكون صحيحاً ومنتجاً لآثاره بحيث يُعفى المستفيد منه من مسؤوليته الناشئة عن إخلاله بالتزامه وذلك بالقدر الذي يتسع له الاتفاق وفي حدود ما يسمح به القانون.

(1) : الذي يبدو من هذه الاتفاقيات أنها قد أخذت بما اتجهت إليه الشرائع الأنجلوسكسونية من الأخذ بنظرية اليقظة المعقولة أو المهمة الكافية والتي بمقتضاها لا يلتزم الناقل بنقل البضاعة إلى ميناء الوصول في الميعاد المتفق عليه، بل يلتزم باتخاذ كل الإجراءات المناسبة لنقل البضاعة.

(2) : لقد نصت هذه الاتفاقية على مسؤولية السفينة إلى جانب مسؤولية الناقل وهذا غير مستساغ في ظل القانون الجزائري، وذلك لكون السفينة لا يمكن أن تكون محلاً للمساءلة، ويبدو أن ما ترمي إليه الاتفاقية من وراء مسؤولية السفينة هو الدعاوي المرفوعة في القانون الإنجليزي والتي توجه إلى السفينة باعتبارها شخصاً معنوياً متميزاً.

(3) : أنظر: مصطفى كمال طه. الوجيز في القانون البحري. القاهرة: منشأة المعارف، 1974م، ص 300

المبحث الثاني : ضمان العيب الخفي والتعرض والاستحقاق في ظل أحكام القضاء

ونتحدث في هذا الفصل عن مدى سلطة القضاء في تفسير شروط الضمان وأحكام ضمان

العيوب الخفية والاستحقاق والدعوى فيهما، وذلك من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول : سلطة القضاء في تفسير شروط الضمان.

المطلب الثاني : أحكام القضاء في ضمان العيوب الخفية والتعرض والاستحقاق.

المطلب الثالث : حقوق المشتري في دعوى الضمان.

المطلب الأول : سلطة القضاء في تفسير شروط الضمان

العقد كما نعلم هو توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني معين، ومن ثم فالالتزامات الناشئة

عنه تتحدد بما اتجهت إليه الإرادتان معا.

فالنص العام هو الذي يكون له الدور المهم باعتباره المرجع الأساس لتمييز كل العقود بحيث يتعين

على القاضي أن يأخذ بالمعنى المألوف الذي يؤدي إليه اللفظ الوارد في العقد، ولا يجوز له إذا كان

اللفظ واضحا صريحا تأويله وترك معناه الحقيقي إلى معنى غيره، فإرادة العاقدين لا يمكن معرفتها إلا

من عبارة العقد ذاتها، فإذا كانت هذه العبارة واضحة وجب أن تعدّ تعبيراً حقيقياً عن الإرادة

المشتركة ولا يجوز الانحراف عن هذا التعبير عن طريق التأويل والتفسير⁽¹⁾، أما إذا كانت عبارة العقد

غامضة بحيث تحتمل أكثر من معنى فيتعين اللجوء إلى التفسير للكشف عن الإرادة المشتركة

للعاقدين، لا الإرادة الفردية لكل منهما.

جاء بالمادة 111 من القانون المدني الجزائري ما نصه⁽²⁾: (إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا

يجوز الانحراف عنها من طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين.

أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند

المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين

المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات).

وهو تأكيد على ضرورة تطبيق نص المادة 01/107 من القانون المدني الجزائري على أنه يجب تنفيذ

العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية.

(1) : أنظر: محمد عدنان باقر. قواعد الأخلاق في تحديد مضمون العقد- بحث منشور بمجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية-

المجلد 22، العدد 04، 2014م، ص 777

(2) : يقابل المادة 111 من القانون المدني الجزائري، المادة 01/150 من القانون المدني المصري.

ويفهم من هذين النصين أن حسن النية مبدأ يسود جميع العقود بحيث يراعى في تفسير العقد ما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وأنه إذا كانت عبارة العقد واضحة، فلا يجوز الانحراف عنها⁽¹⁾، أما إن كانت واضحة ولكن الظروف تدل على أن المتعاقدين أساءوا استعمال هذا التعبير الواضح فقصدا معنى وعبراً عنه بلفظ لا يستقيم معه هذا المعنى، فللقاضي أن يعدل عنه إلى المعنى الذي قصد إليه المتعاقدان بشرطين:

الأول: أن تبرر ذلك ظروف الدعوى.

الثاني: أن يبين في حكمه الأسباب التي أدت إلى العدول عن المعنى الواضح.

أما إن كانت عبارة العقد غير واضحة فإن القاضي في هذه الحالة يعتمد على عوامل داخلية وأخرى خارجية لتفسير العبارات والألفاظ المستخدمة من قبل طرفي العلاقة التعاقدية.

الفرع الأول : العوامل الداخلية للتفسير :

تتجلى عوامل التعبير الداخلية في العبارات والألفاظ التي استخدمها أطراف العقد للتعبير عن إرادتهما أخذا بعين الاعتبار جميع الظروف والملايسات التي صاحبت اللفظ، وكذا طبيعة التعامل وما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وإذا تحمّلت العبارة أكثر من معنى فتحمّل على المعنى الذي يجعلها تنتج أثراً قانونياً⁽²⁾ إعمالاً للقاعدة الفقهية: "إعمال الكلام خير من إهماله"⁽³⁾، كما أنه في بعض الحالات نجد أن عبارات العقد قد تفسر بعضها بعضاً.

(1) : ورد في القرار المؤرخ في 1991/06/16 ملف تحت رقم 80816

من المقرر قانوناً أنه لا يجوز للقاضي أن يفسر نوعية العقد بصفة مختلفة عن الصفة التي أعطيت له، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعدّ خرقاً للقانون.

ولما كان من الثابت في قضية الحال - أن العقد موضوع النزاع هو عقد التسيير الحر، فإن قضاة الموضوع بتحويله إلى عقد إيجار بحجة أن مقتضيات المادة 203 من ق.ت. لم تُحترم خرقوا القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.

أنظر: المحلة القضائية لسنة 1993م، العدد الرابع، ص 151

(2) : نور الدين الناصري. دور القاضي في تمييز العقد على ضوء قانون الالتزامات - رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون المدني - جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، السنة الجامعية 1998-1999م، ص 77-78

(3) : محمد صدقي بن محمد آل بورنو أبو الحارث الغزي. الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية. الطبعة الرابعة. بيروت: مؤسسة الرسالة، 1996م، ص 314

كما قد يواجه القاضي غموض عدم ذكر بعض الحالات التي يثور حولها النزاع وقد ظن المتعاقدان أو أحدهما أنها لاحقة بالاتفاق ضمناً، وأنه ليس من الضروري التنصيص عليها لأنها من مشمولاته ويقع إغفالها وهو ما أرشد المشرع القاضي الرجوع إليه من خلال مقتضيات المادة 02/107 من القانون المدني الجزائري ونصها: (ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام. غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية وإن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك).

وفي ذلك تقول محكمة النقض المصرية: (إن تفسير العقود والشروط للتعرف على مقصود عاقدتها هو من سلطة محكمة الموضوع، ولا رقابة لمحكمة النقض عليها في ذلك متى كان تفسيرها مما تحتملها عباراتها ولا خروج فيه على المعنى الظاهر لها ولا تنقيح المحكمة بما تفيده عبارات معينة منها وإنما بما تفيده في جملتها)⁽¹⁾، كما قضت أيضاً بأن المقرر وفقاً للنص 150 من القانون المدني المصري أن المقصود بالوضوح هو وضوح الإرادة، وليس وضوح اللفظ، ويجب على المحكمة أن تأخذ بما تفيده العبارات بأكملها، وفي مجموعها باعتبارها وحدة متصلة متماسكة.⁽²⁾

الفرع الثاني : العوامل الخارجية لتفسير العقد :

أحياناً قد لا يستطيع القاضي استجلاء ما يعتري العقد من غموض باعتماد العوامل الداخلية فيتحوّل إلى العوامل الخارجية عن العقد والتي قد تُسعفه في توسيع تحرياته والخروج من دائرة الغموض والإبهام.

(1) : أنظر: عبيد مجول العجمي. تطوير الالتزام بضمان العيوب الخفية بشأن منتجات التقنيات الحديثة. ص 125

(2) : أنظر: عبيد مجول العجمي. المرجع نفسه. ص 125

وعموما فالعوامل الخارجية عن العقد إما أن تكون ذاتية أو شخصية وإما أن تكون

موضوعية:

1- العوامل الذاتية : وهي الحالة التي يكون عليها المتعاقدان وقت التعاقد فقد ينظر إلى صفة المتعاقد وشخصيته بحيث أن المثقف يختلف عن تعاقد غير المثقف (الجاهل)، وقد يُنظر إلى مهنة المتعاقد حيث أن التاجر المتخصص في تجارة معينة يختلف عن التاجر المبتدئ في هذه التجارة، كما يمكن للقاضي الرجوع إلى العادات الشخصية خاصة ما يتعلق منها باللغة على أساس أن بعض الأشخاص يستعملون ألفاظا معينة ذات مدلول معين، ويرجع ذلك إلى بيئته أو أسلوبه الخاص في التعامل.

2- العوامل الموضوعية : نص المشرع الجزائري على ثلاثة أنواع من العوامل الموضوعية التي تسعف القاضي في تحديد آثار العقد والمتمثلة في القانون والعرف والعدالة كما تقدم في المادة 107 من القانون المدني الجزائري.

فيعمد القاضي إلى تحديد نوع العلاقة التي تربط طرفي العقد قبل إعمال هذه القواعد القانونية من أجل سدّ ما يعتري العقد من نقص، إضافة إلى القانون يظهر العرف كعامل موضوعي يعتمد عليه القاضي في تحديده لآثار العقد سواء أكان عرفا عاما أو خاصا، وعند انعدامه هنا يتم إعمال قواعد العدالة في التفسير إذ يهدف من خلالها إلى حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية وغالبا ما يكون المستهلك.

إلى جانب هذه القواعد الخارجية عن العقد المنصوص عليها في القانون والتي يهتدي بها القاضي في تفسيره للعقود غير الواضحة، نجد هناك وسائل أجنبية أخرى عن العقد والتي من شأنها أن تبين النية المشتركة للمتعاقدين والتي لم يتطرق إليها المشرع بالذكر، وتظهر أهم هذه الوسائل فيما يأتي:

أ- التنفيذ اللاحق للعقد :

إن تنفيذ العقد خير طريق لتفسير إرادة الطرفين، إذ بإرادتهما يفسران شروطه عمليا، وكثيرا ما يخرج طرفا التعاقد على مضمون النص الصريح عن تنفيذ العقد، فيتبعان طريقة معينة في التنفيذ تعدل مضمونه وتكشف عن نيتهما المشتركة بشأنه، فتتخذ أحد المتعاقدين للعقد دون اعتراض من الطرف الآخر لمدة معينة قبل ظهور النزاع يعتبر عنصرا أجنبيا عن العقد يعبر عن النية المشتركة للمتعاقدين.

وتظهر أهمية طريقة التنفيذ كعنصر خارجي في تحديد هذه النية عندما ينفذ الطرفان شروطا على نحو مخالف لما جاء به العقد ويستمر تراضيهما على هذا النحو مدة من الزمن دون أي اعتراض منهما.

ب- شهادة الشهود :

والمقصود بالشهادة أو البيّنة هي إخبار الإنسان في مجلس القضاء بواقعة ما يترتب عليها حقٌ لغيره، ويجب أن يكون الشاهد قد أدرك شخصا بحواسه الواقعة التي يشهد بها.

ج- الخبرة :

ويلجأ القاضي إلى الخبرة إما من تلقاء نفسه أو بطلب من أحد الخصوم على أن تقرير الخبرة مسألة يستأنس بها القاضي ولا تخرج عن كونها دليلا يحقّ لقاضي الموضوع تقديره. وإن كانت عبارة العقد غامضة بأن تثير الشك في تبين هذه الإرادة فُسرّ لمصلحة الملتزم في غير عقد الإذعان.⁽¹⁾

جاء في نص المادة 1/112 من القانون المدني الجزائري: (يؤول الشك في مصلحة المدين) ويتضح من المادة أنه في صورة وجود موجب للريب حول المقصود من التعاقد، فإن هذا الريب يجب أن يفسّر لمصلحة المدين وتستند هذه القاعدة إلى عدة مبررات منها:

1- أن الأصل في الإنسان براءة الذمة وما الالتزام إلا خروج على هذا الأصل واستثناء له، فمن يريد مخالفة الأصل عليه إقامة الدليل على انشغال الذمة بالالتزام، وإذا ما ثار الشك حول وجود هذا الالتزام ولم يستطع الدائن إثباته فُسرّ هذا الشك لمصلحة المدين.⁽²⁾

2- العدالة : حيث يقتضي هذا المبدأ حماية الطرف الضعيف في العقد وهو المدين⁽³⁾، لأن الدائن هو الذي يملي عادة العقد ويحدّد أبعاده فإذا أملاه مبهما يحوم حوله الشك فالخطأ خطؤه ووجب أن يفسّر لمصلحة الطرف الملتزم الذي يقع عليه عبؤها، ففي الاتفاق على تشديد ضمان المؤجّر يفسّر الشك لمصلحة المؤجّر، وفي الاتفاق على تخفيف ضمان المؤجّر أو على إعفائه من الضمان يفسّر الشك لمصلحة المستأجر.⁽⁴⁾

(1) : أنظر: لعشب محفوظ بن حامد. عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن. الطبعة [د.ط]. الجزائر: المؤسسة الوطنية للكتاب. 1990م، ص144

(2) : أنظر: عماد دعباك. اتفاقات ضمان المبيع - الأطروحة السابقة - ص21

(3) : أنظر: محمد عدنان باقر. قواعد الأخلاق في تحديد مضمون العقد - البحث المشار إليه سابقا - ص778

(4) : أنظر: أحمد علي خليف العويدي. التزام المؤجر بالضمان في القانونين المصري والأردني. ص290

وانظر أيضا : لعشب محفوظ بن حامد. المرجع نفسه. ص144

ويؤدي تطبيق قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين على الاتفاق على زيادة ضمان الاستحقاق إلى القول بأنه إذا كان هذا الاتفاق موجباً للرب فإن هذا الرب يجب أن ينتفع به البائع لأن هذا الأخير هو المدين في عقد البيع تجاه المشتري بضمان الاستحقاق، وهو كذلك المدين في الاتفاق على زيادة الضمان بالتزام إضافي، ويترتب عن هذا القول أن اشتغال عقد البيع على بند غامض كالبنود الذي ينص على أن "البيع تمّ مع كامل الضمان" أو أن "البائع يضمن للمشتري الشغب الصادر عن الغير" لا يضيف جديداً للقواعد القانونية ولا يؤدي إلى تشديد التزام البائع بالضمان، وما على المتعاقدين إذا أرادوا زيادة الضمان إلا استعمال عبارات واضحة وصريحة يفهم منها بصفة لا تدع مجالاً للشك تجاه إرادتهما نحو تشديد التزام البائع بالضمان ومخالفة ما نصّ عليه القانون.

وقد أقرّ فقه القضاء المصري أن الشك يجب أن ينتفع به البائع حيث جاء في قرار صادر عن محكمة النقض المصرية ما يلي: (يجب على من يريد مخالفة ما فرضه القانون، إذا هو أراد تشديد الضمان على البائع أن يبيّن في العقد الشرط الذي يفهم منه صراحة تشديد الضمان ومخالفة ما نصّ عليه القانون، أما اشتغال العقد على ما قرره القانون بعبارات عامة، فإنه لا يدلّ على أن البائع تعهّد بضمان أشدّ مما فرضه القانون، ويكون من المتعيّن في هذه الحالة تطبيق الضمان القانوني دون زيادة عليه لأنه في حالة الاشتباه يكون التفسير بما فيه الفائدة للمتعهّد.⁽¹⁾

وفي عقود الإذعان ورد أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في هذه العقود ضاراً بمصلحة الطرف المدعّن⁽²⁾، إذ يُتوجّب على القاضي استخدام التفسير في صالح الطرف المدعّن، والمقصود بعقود الإذعان العقود التي يملّي فيها أحد المتعاقدين على الآخر شروطاً ويقبلها الطرف الآخر دون أن يكون له حق مناقشتها أو تعديلها⁽³⁾، كعقود التأمين البحري والبري، وعقود توريد المياه والنور إلى المستهلكين، وهذه العقود لم تخرج عن كونها عقوداً مطبوعة تضمنت شروطاً متشابهة وضعت لجميع العملاء.

(1) : أنظر: سعيد أحمد شعله. قضاء النقض في عقد البيع. الإسكندرية: منشأة المعارف، 1989م، ص 269

(2) : أنظر: المادة 02/112 من القانون المدني الجزائري.

(3) : أنظر: منال جهاد أحمد حلة. أحكام عقود الإذعان في الفقه الإسلامي - أطروحة ماجستير - كلية الشريعة والقانون،

قسم الفقه المقارن بالجامعة الإسلامية بغزة، 2008م، ص 33

وفي حالة الشك في تفسير الالتزام يجب تفسير الشك في صالح الطرف المدعى، لأن تبعة هذا الغموض تقع على عاتق الموجب الذي انفرد بتحرير العقد.

ويزداد حرص المشرع على ضرورة اعتماد التضييق إذا كان اتفاق الضمان مندرجا في عقد تبادلي، وخاصة فيما يتعلق بإنقاص الضمان أو إسقاطه، فعلى سبيل المثال في عقد الإجارة يجوز إعفاء المؤجر من الضمان فلا يلتزم بإصلاح العيب أو بالفسخ أو التعويض، فلا يكون للمستأجر إلا طلب إنقاص الأجرة، غير أنه إذا ورد شرط الإعفاء في عبارة عامة فلا يجب التوسع في تفسيره وهو لا يؤدي إلا إلى إعفاء المؤجر من إصلاح العيب دون إعفائه من التعويض، أو الحكم بإنقاص الأجرة أو فسخ الإيجار.

هذا بما يتعلق بوجه عام بتفسير العقود والشروط طبقا للقواعد العامة أما في مجال ضمان العيوب الخفية فتثور أهمية تحديد مدى حق المشتري في التمسك بأحكام الضمان القانوني عند سقوط حقه في الرجوع على البائع بناء على ضمان صلاحية المبيع للعمل لمدة معينة، والعبارة في ذلك بما قصده العاقدان، ولقاضي الموضوع سلطة تقديرية في هذا الشأن دون أن يخضع لرقابة محكمة النقض، فإذا لم يتضح قصد المتعاقدين، فإعمالا للتفسير الضيق فإنه لا يجوز الادعاء بإعفاء البائع من الضمان القانوني لمجرد الاتفاق على ضمان صلاحية المبيع للعمل لمدة معينة وتطبيقا لذلك فإنه يجوز للمشتري التمسك بأحكام الضمان القانوني للعيوب التي تنكشف بعد فوات الصلاحية التي يضمنها البائع وخاصة أن هذا الاتفاق يتضمن زيادة في أحكام الضمان القانوني.

كما أن البيع بشرط التجربة أو شرط المذاق لا يحتوي على شرط ضمني بعدم الضمان، فالمشتري الذي يقبل المبيع بعد تجربته أو بعد مذاقه يمكن له الرجوع على البائع بدعوى الضمان لأن التجربة أو المذاق لا يعني أن المشتري تنازل عن حقه في ضمان العيوب.⁽¹⁾

وفي مسألة بيع الأشياء المستعملة يذهب البعض إلى أنه اتفاق ضمني على عدم الضمان، غير أن الرأي استقر على أن بائع الأشياء المستعملة شأنه في ذلك شأن بائع الأشياء الجديدة ملزم بضمان العيوب، ومثال الاتفاق الضمني في عقد الإيجار الذي يفهم من ظروف الأحوال، كتفاهة الأجرة وفي الحالات التي يأخذ فيها المؤجر على عاتقه عبء حراسة العين المؤجرة طوال الوقت، أو خلال أوقات معينة كفترة الليل، ففي مثل هذه الحالة يُسأل المؤجر عن التعرض المادي الذي يحصل للمستأجر كما هو الحال إذا أتلّف الغير منقولات المستأجر الموجودة بالعين المؤجرة،

(1) : أنظر: عمار دعباك. اتفاقات ضمان المبيع. ص 54

كذلك فإن البنك الذي يؤجّر خزانة حديدية أو إدارة المعرض التي تؤجّر كشكا لعرض المنتجات، فإنه يغلب أن يأخذوا على عاتقهم عبء المحافظة على العين المؤجّرة، فيكون ذلك بمثابة شرط ضمني بضمان التعرض للمادي الصادر من الغير.⁽¹⁾

المطلب الثاني : أحكام القضاء في ضمان العيوب الخفية والتعرض والاستحقاق

إذا توافرت شروط الالتزام بضمان العيوب الخفية والتي سبق الإشارة إليها في مباحث سابقة، فيجب على المشتري أن يخطر البائع بالعيوب الموجودة، وأن يرفع دعوى الضمان عليه خلال مدة قصيرة وإلا سقطت بالتقادم لأن الضمانين مردّهما إلى أصول واحدة، مما يقتضي أن يطبق في ضمان العيب ما تقرّر في ضمان الاستحقاق، ولهذا نصت المادة 381 من القانون المدني الجزائري: (إذا أخبر المشتري البائع بالعيوب الموجودة في المبيع في الوقت الملائم كان له الحق في المطالبة بالضمان وفقا للمادة 376)، بينما تنص المادة 380: (إذا تسلّم المشتري المبيع وجب عليه التحقق من حالته عندما يتمكن من ذلك حسب قواعد التعامل الجارية، فإذا كشف عيبا يضمنه البائع وجب عليه أن يخبر هذا الأخير في أجل مقبول عادة فإن لم يفعل اعتبر راضيا بالبيع.⁽²⁾) غير أنه إذا كان العيب مما لا يظهر بطريق الاستعمال العادي وجب على المشتري بمجرد ظهور العيب أن يخبر البائع بذلك وإلا اعتبر راضيا بالمبيع بما فيه من عيوب). فوفق المادتين يتضح أن على المشتري إتباع الإجراءات الآتية للمحافظة على حقه في الضمان، وذلك من خلال الفرعين الآتيين:

الفرع الأول : فحص المبيع :

فحص المبيع يتم على درجتين مختلفتين: فحص عادي بالنسبة للعيوب الذي يمكن كشفه بسهولة أي العيب الذي هو في حكم الظاهر أو على درجة قليلة من الخفاء، والفحص المطلوب هنا هو الفحص الذي يقوم به عادة الشخص العادي، وأما الفحص الذي هو من درجة ثانية هو الفحص الدقيق والذي يكون عقب تسلّم المبيع ونعني بالتسلّم هنا التسلّم الفعلي للشيء الذي ينتقل فيه المبيع إلى حوزة المشتري وليس التسلّم الحكمي.

(1) : أنظر: أحمد علي خليف العويدي. التزام المؤجر بالضمان في القانونين المصري والأردني. ص 290

(2) : كان الأولى ذكر كلمة راضيا بالمبيع بدلا من راضيا بالبيع كما ورد في النص الفرنسي *accepté l'objet vendu* لأنها تؤدي المعنى الصحيح المطلوب، فنحن بصدد بحث عيب الشيء المبيع وليس عيب البيع ذاته أي عقد البيع.

وتسلّم المبيع قد يكون فور إبرام العقد وهنا يجب فحص المبيع فحصا عاديا يقوم به عادة الشخص العادي، فإذا كان به عيب في حكم الظاهر أو على درجة بسيطة من الخفاء أمكن كشفه، وإلا اعتُبر قابلا للمبيع بما فيه من عيوب وقد يكون تسلّم المبيع بعد إبرام العقد بمدة قد تطول أو تقصر حسب اتفاق المتعاقدين، ففي كلا الحالتين على المشتري أن يفحص المبيع فور استلامه له وإلا عدّ قابلا بهذا البيع بما فيه من عيوب.

والمشروع الجزائري⁽¹⁾ كالمشروع المصري⁽²⁾، لم يحدد هذه المدة التي يتم فيها فحص المبيع إنما اكتفى بإلزام المشتري بالقيام بهذا الفحص بمجرد أن يتمكن من ذلك، وتقدير هذه المهلة متروك للقاضي الموضوع، وهو يراعي في ذلك طبيعة المبيع المعيب، وطبيعة العيب، وما يجري عليه التعامل، وللقاضي في ذلك سلطة تقديرية دون مراقبة من المحكمة العليا، ذلك أنّها مسألة موضوعية.⁽³⁾ ويرى بعض الفقهاء أن فحص المبيع يتم مرتين، الفحص الأول عند إبرام العقد والفحص الثاني عند تسلّم المبيع سواء كان العيب مما يمكن كشفه بالفحص العادي أي العيب الظاهر أو ما في حكم الظاهر والعيب الذي لا يمكن كشفه إلا بفحص دقيق.

ورد عن الأستاذ السنهوري، أنه إذا تسلّم المشتري المبيع ولو كان به عيب ظاهر أو في حكم الظاهر مما يتمكن من تبيّنه بالفحص المعتاد لا يعتبر قابلا بالعيب بمجرد التسليم، إنما يُعطى مهلة يجب عليه خلالها التحقق من حالة المبيع عن طريق الفحص المعتاد، فإذا اشترى شخص قماشا من تاجر فالغالب أن يكون القماش مطويا، فإذا كان فيه عيب ظاهر أو في حكم الظاهر لا يعتبر الشاري راضيا بمجرد تسلّمه القماش المطوي، وإنما يكون ذلك إذا ذهب بالقماش إلى منزله أو إلى متجره وفحصه دون أن يخطر البائع ضمن المهلة القانونية.⁽⁴⁾

(1) : أنظر: المادة 380 من القانون المدني الجزائري والمادة 449 من القانون المدني المصري.

(2) : أنظر: خواص جويده. الضمان القانوني للعيب الخفي وتخلّف الصفة. ص 161

وانظر أيضا: عبيد مجول العجمي. تطوير الالتزام بضمان العيوب الخفية. ص 130

(3) : أنظر: خواص جويده. المرجع نفسه. ص 161

(4) : أنظر: عبد الرزاق السنهوري. الوسيط - البيع - ج 4، ص 736

ورُدَّ على هذا القول بأنه يصدق في الحالات التالية:

- يصدق لو كنا بصدد بيع معينة بالنوع، إذ في هذه الحالة تم البيع على أساس العينة، فالعينة ليست هي محل البيع ذاته إذ أنها شيء آخر يماثل هذه العينة، فالمبيع لم تُحدَّد ذاتيته بعد، والمشتري لا يكتفي بفحص العينة، بل له الحق أن يفحص المبيع الذي هو من نوعها عندما يسلمه، وبعد أن تُحدَّد ذاتيته، أما قبل هذا فلا يعتبر قد تفحص المبيع، فالفحص الأول كان يتعلق بالعينة والفحص الثاني كان محله المبيع وذلك عند الفرز والتسليم.⁽¹⁾

- كما أن هذا القول يصدق لو تم البيع، وكان المشتري غير حاضر في مجلس العقد كما لو تم البيع عن طريق الهاتف مثلا⁽²⁾، أما إذا تم البيع وكان المشتري حاضرا في مجلس العقد وتوافق التسليم الفعلي مع المكان والزمان، فهنا لا مجال لتطبيق هذه الحالة، كما أنه ننظر إلى طبيعة المبيع وطبيعة العيب به، وفي جميع الأحوال يجب على المشتري إخطار البائع فور اكتشاف عيب بالمبيع في الأجل المعقول ودون أي تأخر وإلا سقط حقه في الضمان ولو لم تنته مدة التقادم، ولأن الإبطاء والتأخر في إخطار البائع يجعل إثبات العيب أمرا ليس بالسهل، وهل أنه عيب قديم أم أنه حادث بعد التسليم فقد يدعي المشتري بعد مدة طويلة أن بالمبيع عيبا كان موجودا عند التسليم، ويتخذ من هذا الادعاء ذريعة للرجوع في الصفقة، وبالإضافة إلى ذلك هناك محذور آخر قد يترتب على عدم الإسراع في الفحص والإخطار، وهو حالة تفاقم الضرر فمن يطلب بناء سفينة ويتسلمها، وإذا بها عيب كشفه عند الاستعمال، فقد يكون هذا العيب من شأنه أن يترتب عطلا آخر ربما يكون أكبر جسامة من وجوده، فعدم علم البائع بهذا العيب يسبب له ضررا أكبر، إذ لو علم مبكرا لكان بإمكانه أن يتفادى ضررا آخر، بإصلاح أو إزالة العيب الأول، فالعيب الأول قد تترتب عليه سلسلة من العيوب الأخرى في السفينة وكل عيب هو بلا شك ضرر بذاته، إضافة إلى الضرر الذي قد ينتج عنه في الأرواح والأموال.⁽³⁾

(1) : أنظر في هذا المعنى: أسعد ذياب. ضمان عيوب المبيع الخفية. ص 103

(2) : أنظر: مصطفى أحمد الزرقا. شرح القانون المدني السوري. العقود المسماة - عقد البيع والمقايضة - 1963، ص 237

(3) : أنظر: صاحب عبيد الفتلاوي. ضمان العيوب وتختلف المواصفات في عقود البيع. ص 167-168

مثله في عقد الإيجار، فبمجرد معاينة المستأجر للمكان المؤجر وإيجاد عيوب بالمكان سواء كانت خفية أو ظاهرة يُتوجّب على المستأجر إخطار المؤجر ليتكفّل بعملية الترميم والصيانة وإذا تأخّر المؤجر بالترميم في الوقت المناسب بعد إعداره جاز للمستأجر أن يقوم بالترميمات المستعجلة أو البسيطة سواء كان العيب موجودا وقت بدء الانتفاع أو طرأ بعد ذلك، وأن يُنقِص ثمنه من ثمن الإيجار.

جاء بالمادة 01/480 من القانون المدني الجزائري: (يجوز للمستأجر دون حاجة إلى ترخيص من القضاء أن يقوم بإجراء الترميمات المستعجلة أو الترميمات البسيطة التي تلزم المؤجر سواء كان العيب موجودا وقت بدء الانتفاع أو طرأ بعد ذلك، وأن ينقص ما أنفقته من ثمن الإيجار إذا لم يقم المؤجر بتنفيذها في الوقت المناسب بعد إعداره).

كما أنه لا يجوز للمستأجر أن يمنع المؤجر من إجراء الترميمات المستعجلة التي تحفظ العين المؤجرة، على أنه إذا ترتّب على هذه الترميمات إخلال كلي أو جزئي بالانتفاع بالعين المؤجرة، جاز للمستأجر أن يطلب حسب الظروف إما فسخ الإيجار أو إنقاص ثمنه، وهذا كلّه دفعا لما يمكن أن يتفاد من الضرر.

ولهذا ورد عن الشافعية أن كل خيار ثبت بالشرع لدفع الضرر عن المال فهو على الفور، وهذه القاعدة يندرج تحتها ضمان العيب، فلو وجد المشتري عيبا بالمبيع فأخّره عن غير عذر سقط حقه، لأن هذا الضمان ثبت بالشرع لدفع الضرر عن المال، فكان على الفور كالشفعة⁽¹⁾، وهذه القاعدة قررها السبكي⁽²⁾ بلفظ آخر عندما قال: (كل حق على الفور إذا سكت عنه مع الإمكان بطل كالشفعة وردّ المعيب).⁽³⁾

(1) : أنظر: السبكي. الأشباه و النظائر. ج1، ص283

(2) : هو عبد الله بن علي بن عبد الكافي السبكي أبو نصر، قاضي القضاة المؤرخ الباحث، وُلد بالقاهرة سنة 727هـ، وانتقل إلى دمشق مع والده فسكنها وتوفي بها. كان طلق اللسان وقوي الحجة. توفي سنة 775هـ. من مصنفاته: الأشباه والنظائر، وطبقات الشافعية الكبرى.

أنظر: الزركلي. الأعلام. ج4، ص184

(3) : أنظر: السبكي. المرجع نفسه. ج2، ص169

وسبب ذلك أن التأخير مع إمكان الردّ يدل على الرضا، فكان كالتصرف في المعقود عليه، كما أن التأخير يُلحق الضرر بالبائع، ولمّا كان الأصل في البيع اللزوم، وعدم اللزوم عارض وجب قصر عدم اللزوم على الفترة الكافية لاستعمال الحق في الرجوع بالضمان، ولا يمتد هذا العارض إلى أجل غير محدد. (1)

ومعيار الفور عند الشافعية هو العرف⁽²⁾ لاعتمادهم على قاعدة "العادة مُحكّمة" لبيان معنى التأخير المانع من الردّ فما عدّ تراخيا في العادة مُنع من الرجوع بالضمان، وما لا يُعدّ كذلك ثبت معه الرجوع، ولهذا فإن حق الرجوع لا يسقط بتجربة المبيع، أو كان التأخير لعذر كمرض أو خوف ظالم أو حيوان مفترس، وما شابه ذلك، إذ لا يسقط الحق إلا إذا لم يُعذر المشتري في التأخير أو بدر منه ما يدل على رضاه.

وقد وافق المالكية الشافعية في أن الرجوع يجب على الفور فور زعمهم أنه لا ردّ إن أتى المشتري بما يدل على الرضا بالعيب بعد الإطّلاع عليه من قول أو فعل أو سكوت طال بلا عذر. ومعيار الفور عندهم هو ما لا يجاوز اليومين إذ لا يُعدّ الرجوع بالعيب في خلال اليومين تراخيا مسقطا له، وإن خرج بعضهم عن هذه المدة بالزيادة أو النقصان، فالدردير⁽³⁾ يرى أن على المشتري الرجوع فور علمه بالعيب في يوم اكتشافه له فإن تأخر عن ذلك فعليه إثبات أن تأخره كان لعذر. (4) بالمقابل يذهب الحنفية على المعتمد لمذهبهم والراجح من مذهب الحنابلة إلى القول بالتراخي، فمن علم بالعيب وأخر الردّ لم يبطل خياره واستدلوا بما يأتي:

1- أن الأصل في الحقوق ألاّ تسقط بعد ثبوتها إلا بإسقاطها أو بانتهااء الأجل وليس لهذا الحق وقت محدد حيث لا دليل عليه فيبقى حتى يوجد ما يدل على الرضا صراحة أو دلالة، لأن هذا الخيار شرّع لدفع الضرر فلا يبطل بالتأخير إلا إذا اقترن بما يدل على الرضا.

(1) : أنظر: الشريبي. مغني المحتاج. ج2، ص436، والإقناع. ج2، ص287

(2) : أنظر: الشريبي. الإقناع. ج2، ص287

(3) : هو أبو البركات أحمد بن محمد العدوي الشهير بالدردير، من فقهاء المالكية، ولد بمصر سنة 1127هـ وتعلم بالأزهر وتوفي بالقاهرة سنة 1201هـ، من مصنفاته: أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، تحفة الإخوان في علم البيان.

أنظر : الزركلي. الأعلام. ج1، ص244

(4) : أنظر: الدردير. الشرح الصغير. ج3، ص191 وما بعدها

2- قياس خيار الردّ بالعيب على خيار القصاص لأنه خيار لدفع ضرر متحقق فكان على التراخي، جاء في الشرح الكبير: (ومن علم العيب وأخر الردّ لم يبطل خياره إلا أن يوجد منه ما يدل على الرضا من التصرف ونحوه.... لأنه خيار لدفع الضرر المتحقق فكان على التراخي كخيار القصاص...⁽¹⁾).

والرأي الراجح الذي نؤيده هو أن يكون على الفور شريطة أن تحكمه الضوابط الآتية:

1- الأصل في الرجوع بضمان العيب أن يكون على الفور، فعلى العاقد المتملك الرجوع بحقه تجاه العاقد المملّك فور علمه بالعيب لأن ذلك أجدى في حماية حقه دون الإضرار بالعاقد الآخر، ولأن هذا ما يقتضيه حسن التعامل وأمانته.

2- لا يُقصد بالفور هنا وجوب الرجوع بمجرد العلم بالعيب، بل يقصد به الوقت الكافي لتفحص المبيع والعلم بالعيب والتأكد من أنه عيب مؤثر، وهذا يعني أنه يختلف باختلاف المبيعات والعرف السائد و قد حددها المشرع بسنة واحدة.⁽²⁾

جاء في المادة 01/383 من القانون المدني الجزائري : (تسقط بالتقادم دعوى الضمان بعد انقضاء سنة من يوم تسليم⁽³⁾ المبيع حتى ولو لم يكتشف المشتري العيب إلا بعد انقضاء هذا الأجل ما لم يلتزم البائع بالضمان لمدة أطول).

غير أنه يجوز للبائع أن يتمسك بسنة التقادم متى تبين أنه أخفى العيب غشا منه.

3- لا يكون للمشتري الرجوع بالضمان بعد مُضيّ المدة المحددة لسقوطه إلا إذا أثبت أحد أمرين هما :

أ- تدليس البائع للعيب بأن علمه وكنمه لأن ذلك يعبر عن سوء نيته ومن ثمّ لا يكون جديرا بالحماية كما أن تدليسه للعيب يصعب معه على المشتري اكتشافه.

ب- أن يكون المشتري معذورا في تأخيره في الرجوع بالضمان لقوة قاهرة حالت دون ذلك.

(1) : ابن قدامة المقدسي. الشرح الكبير. ج4، ص95

(2) : حددت أيضا بمدة سنة في بعض القوانين العربية. أنظر: المادة 01/452 من القانون المدني المصري.

(3) : المقصود بالتسليم التسليم الفعلي.

الفرع الثاني : الإخطار :

وإخطار البائع بالعيب التزام يقع على عاتق المشتري لإظهار رغبته بعدم قبوله للمبيع المعيب وكيفية الإخطار أو الوسيلة التي يتم بها الإخطار لم يحددها القانون فيمكن أن يقع الإخطار شفاهة، ولو أن هذه الحالة قد يصعب إثباتها، أو كتابة أو عن طريق البرق أو بموجب تلکس أو هاتف، كما أنه قد يحصل بكتاب خاص أو سند رسمي أو بموجب كتاب مضمون.⁽¹⁾

وبما أن الإخطار واقعة مادية فإن إثباته أو إثبات حصوله يمكن بكافة طرق الإثبات.

أما عن مضمون الإخطار فيجب أن يكون وصفا جليا للعيب المشكو منه مع تحديد نوع الشيء المعيب، وذكر وسيلة اكتشافه إن وجدت إذا تطلّب اكتشافه فحصا غير عادي.⁽²⁾

الفرع الثالث : إثبات العيب :

يقع عبء إثبات وجود العيب على عاتق المشتري عملا بالقاعدة المعروفة: "على من يدعي يقع عبء الإثبات"، إذ لا يكفي وجود العيب في المبيع حتى يتحقق الرد، وإنما يجب إثبات عيب المبيع والذي يكون بأحد الأمور الآتية:

الأمر الأول : بإقرار البائع، فإذا ادعى المشتري العيب في المبيع وأقره البائع ثبت حقه في الضمان.

الأمر الثاني : بالمشاهدة، وذلك لأن العيب على قسمين:

قسم ظاهر باستطاعة المشاهد الوقوف عليه كالقروح والعرج والكسر والتصدّع والتشقّق في الجدران والتمزّق والخرق والعفونة في الثياب، والسبخ في الأراضي، فيثبت العيب في هذه الحالة بمجرد نظر القاضي له أو أمينه لأن المشاهدة لا تحتاج إلى بيان، وإذا أنكره البائع فإنكاره لغو لا اعتبار له.

الأمر الثالث : بإخبار أرباب الخبرة والمعرفة بالشيء المبيع، وذلك كأن يكون العيب باطنا لا يقف عليه إلا الخواص من الناس ممن لهم خبرة ودراية بذلك المبيع خصوصا اليوم وبعد تطور العلم والتكنولوجيا، فيمكن استعمال وسائل وطرق حديثة للكشف عن عيوب الأشياء التي يتم بيعها وتسويقها.

(1) : أنظر: أسعد ذياب. ضمان عيوب المبيع الخفية. ص 125

(2) : Obs : Alter. L'obligation de délivrance dans la vente des meubles corporels.

Paris. 1972, page 191

فإن كان العيب يتعلق بالمجال الطبي فأرياب الخبرة هم الأطباء، وإذا كان المبيع حيوانا فأرياب الخبرة الذين يكشفون عن عيوبه هم البيطرة، وإذا كان المبيع أدوية فأريابه هم الصيادلة، وإذا كان المبيع الآلات والأجهزة فأريابه هم المهندسون والميكانيكيون، وهكذا، كل مبيع له اختصاصيون بمعرفة عيبه، ففي هذه الحالة إذا أنكر البائع العيب وجب على القاضي أن يحيل المبيع إلى خبير مختص أو اثنين، والشرط في ذلك هو العدالة للخبير المختص.

وإذا كان المبيع مما لا يقف عليه إلا النساء وجب الرجوع إليهن لأن شهادتهن فيما لا يطلع عليه الرجال حجة.⁽¹⁾

والحاصل أنه يجب الرجوع إلى الخبير المختص في إثبات العيب، قال تعالى : ﴿... فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾.⁽²⁾

ولا يجوز في هذه الحالة إثبات العيب بقول المشتري وإن كان يطلع عليه، وذلك لأنه متهم باعتباره خصما في دعوى ضمان العيب وإن كان مما لا يوقف على عيبه إلا بالتجربة والامتحان عند الخصومة فلا يثبت إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين، لأن هذا مما لا يوقف عليه إلا بالخبر، فلا بد من اعتبار العدد فيه كما في سائر الشهادات.⁽³⁾

هذا في الفقه الإسلامي وهو من بين ما يعتمده القانون فيظل إثبات العيب وتحديده وتقديره سلطة تقديرية بيد القاضي فيتخذ من الوسائل والطرق المناسبة كخبير أو استفسارات تقوده إلى الحقيقة وهو وجود العيب قبل التسليم.⁽⁴⁾

(1) : العمري بلاعده. العيب وأثره في العقود. ص 265

(2) : سورة الأنبياء، الآية 7

(3) : أنظر: الكاساني. بدائع الصنائع. ج 5، ص 279

(4) : أنظر: سنان خليل سلامة الشطناوي. مسقطات ضمان العيب الخفي في عقد البيع في القانون المصري والقانون الأردني.

المطلب الثالث : حقوق المشتري في دعوى الضمان

الفرع الأول : حقوق المشتري في دعوى ضمان العيوب الخفية :

متى توافرت شروط العيب الخفي وقام المشتري بإخطار البائع في الوقت المناسب، كان له الحق في الرجوع بالضمان وفقا لما تقضي به المادة 366 من القانون المدني الجزائري، وهذا الرجوع إما أن يتمثل في المطالبة بردّ المبيع واسترجاع الثمن، وإما في تخفيض الثمن، وقد يقتصر طلب المشتري على المطالبة بالتعويض أو التنفيذ العيني وهو ما سنوضحه فيما يلي:

أولا : في القانون :

أجازت المادة 376 من القانون المدني الجزائري للمشتري في حالة نزع اليد الجزئي عن المبيع أو في حالة وجود تكاليف عنه وكانت خسارة المشتري قد بلغت قدرا لو علمه المشتري لما أتمّ العقد، كان له أن يطالب البائع بالمبالغ المبيّنة بالمادة 375 مقابل ردّ المبيع مع الانتفاع الذي حصل عليه منه.

وإذا اختار المشتري استبقاء المبيع أو كانت الخسارة التي لحقت له لم تبلغ القدر المشار إليه في الفقرة السابقة لم يكن له سوى المطالبة بحق التعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب نزع اليد عن المبيع. وهذه المادة وإن كانت تتعلق بضمان الاستحقاق إلا أنها تطبق أيضا على ضمان العيوب الخفية⁽¹⁾، وهذا تطبيقا للمادة 381 مدني جزائري ومبدأ الخيار الممنوح للمشتري قرره جميع القوانين على العموم.

(1) : ضمان الاستحقاق وضمان العيوب ضمانين مردّهما القواعد العامة وذلك لاتحادهما في الجزاء

أنظر المادة 450 و 444 من القانون المدني المصري مع العلم أن هناك نقاط اختلاف بين الضمانين، ففي حالة ضمان العيب الخفي يكون المبيع معيبا في ذاته سليما في ملكيته، أما في ضمان الاستحقاق فيكون المبيع معيبا من حيث ملكيته سليما من حيث مادته.

كما يجوز الرجوع بضمان الاستحقاق في البيوع القضائية والإدارية بينما في ضمان العيوب الخفية لا يمكن ذلك. كما أن البائع -في حالة ظهور أعباء على المبيع- يلتزم بالتعويض ولو كان حسن النية، بينما لا يلتزم بذلك في حالة العيب الخفي متى كان حسن النية ويُفرّق بينهما أيضا من حيث مدة التقادم، فمدة تقادم ضمان الاستحقاق 15 سنة، ومدة تقادم ضمان العيوب الخفية سنة واحدة.

أنظر: محمد عبد الله أبو هزيم. الضمان في عقد البيع. ص 245-246

وانظر أيضا: علي حسين بخيدة. ضمان عيوب المبيع في عقد البيع في القانونين المصري والمغربي. ص 155-156

ويتضح من نص المادة 376 مدني جزائري قد ميز بين العيب الجسيم والعيب غير الجسيم، حيث أجاز للمشتري في حالة العيب الجسيم أن يردّ المبيع وما أفاد منه، وأن يحصل منه على التعويض الكامل.

وإما أن يحتفظ بالمبيع والمطالبة بالتعويض لِمَا فاته من كسب وما لحقه من خسارة بسبب العيب سواء كان هذا التعويض تعويضا نقديا أو عينيا أو إصلاح المبيع إن كان ذلك ممكنا.⁽¹⁾

ثانيا : في الفقه الإسلامي :

أما في الفقه الإسلامي فالأمر مختلف بين المذاهب، فبينما يذهب الشافعية⁽²⁾ والحنفية⁽³⁾ والظاهرية⁽⁴⁾ والمالكية⁽⁵⁾ إلى أن المشتري محيّر بين أمرين إما إمساك المبيع وقبوله بما فيه من عيوب، وإما ردّ المبيع وفسخ العقد فيصير العقد كأن لم يكن، إلاّ إذا كان هناك مانع من موانع الردّ كما سنرى لاحقا إن شاء الله، ولكن المشتري لا يخيّر بين الاحتفاظ بالمبيع وبين نقصان الثمن.

جاء في فتح القدير: (وإذا اطلع المشتري على عيب في المبيع فهو بالخيار إن شاء أخذه بجميع الثمن، وإن شاء رده، لأن مطلق العقد يقتضي وصف السلامة، فعند فوته يتخيّر كي لا يتضرر بلزوم ما لا يرض به، وليس له أن يمسكه ويأخذه النقصان...)⁽⁶⁾

وجاء في المهذب: (وإن قال البائع أمسك المبيع أنا أعطيك أرش العيب لم يُجبر المشتري على قبوله لأنه لم يرض إلاّ بمبيع سليم بجميع الثمن فلم يُجبر على إمساك معيب ببعض الثمن، وإن قال المشتري أعطني الأرش لأمسك المبيع لم يُجبر البائع على دفع الأرش لأنه لم يبدل المبيع إلاّ بجميع الثمن فلم يجبر على تسليمه ببعض الثمن).⁽⁷⁾

(1) : أنظر: سميح عبد السيد تناغو. عقد البيع. الطبعة الأولى. الإسكندرية: مكتبة الوفاء القانونية، 2009م، ص302 من البند

رقم 77، وانظر أيضا: محمد عبد الله أبو هزيم. الضمان في عقد البيع. ص199

(2) : أنظر: الشيرازي. المهذب. ج2، ص46-47

(3) : الكاساني. بدائع الصنائع. ج5، ص274

(4) : ابن حزم. المحلى. ج7، ص574 و 584

(5) : أنظر: ابن جزئ. القوانين الفقهية. ص176

(6) : أنظر: ابن الهمام. شرح فتح القدير على الهداية. ج6، ص327 وما بعدها

(7) : الشيرازي. المرجع نفسه. ج2، ص50

وقال ابن حزم: (فإن لم يشترط السلامة ولا بئس له معيب فوجد عيبا فهو مخير بين إمساك أو رد، فإن أمسك فلا شيء له لأنه قد رضي بعين ما اشترى، فله أن يستصحب رضاه، وله أن يرد جميع الصفقة لأنه وجد خديعة وغشا وغبنا - والغش والخديعة حرامان، وليس له أن يمسك ما اشترى ويرجع بقيمة العيب لأنه إنما له ترك الرضا بما غن فيه فقط، ولأنه لم يوجب له حقا في مال البائع).⁽¹⁾

والقول بهذا عندهم فيه مراعاة لمصلحة الطرفين ودفع الضرر عنهما.

وأما الحنابلة فيذهبون إلى أن المشتري له الخيار بين أن يرد المبيع وبين أن يمسكه مع الرجوع على البائع بنقصان الثمن، ولو لم يتعدّ الرد وسواء رضي البائع بدفع الأرش أو لم يرض فلا مكان في هذا المذهب للإمساك بدون أرش، بل هو من لوازمه، وبهذا قال إسحاق بن راهويه⁽²⁾، ورد في الشرح الكبير: (فمن اشترى معيبا لا يعلم عيبه فله الخيار بين الرد والإمساك مع الأرش، وهو قسط ما بين قيمة الصحيح والمعيب من الثمن فإن اختار إمساك المعيب وأخذ الأرش فله ذلك وبه قال إسحاق).⁽³⁾

واستثنى الحنابلة ما إذا كان الإمساك مع الأرش يؤدي إلى الربا، فحينئذ يكون التخيير بين الرد أو الإمساك دون أرش مثل لو باع قفيزا مما يجري فيه الربا بمثله فوجد أحدهما بما أخذه عيبا ينقص قيمته دون كله لم يملك أخذ أرشه لثلا يفضي إلى التفاضل.⁽⁴⁾

فالتخيير بين الرد أو الإمساك مع الأرش دفع للضرر وتعويض للمشتري عما فاته من تعيب المبيع.⁽⁵⁾

(1) : ابن حزم. المحلى. ج 7، ص 574

(2) : هو أبو يعقوب إسحاق ابن أبي الحسن إبراهيم بن محمد الحنظلي المروزي المعروف بابن راهويه، كان أحد أئمة المسلمين وعالما من أعلام الدين، اجتمع له الحديث والفقهاء والورع، طاف البلاد لجمع الحديث وأخذ عن الإمام أحمد والبخاري ومسلم وغيرهم، كان ثقة حجة. وُلد سنة 161هـ، سكن في آخر عمره نيسابور وتوفي بها سنة 238هـ. له تصانيف منها: المسند.

أنظر: ابن خلكان. وفيات الأعيان. ج 1، ص 199-200، والزركلي. الأعلام. ج 1، ص 292

(3) : ابن قدامة المقدسي. الشرح الكبير. ج 4، ص 86-87

(4) : أنظر: ابن قدامة المقدسي. المرجع نفسه. ج 4، ص 97

(5) : أنظر في هذا المعنى: ابن قدامة المقدسي. المرجع نفسه. ج 4، ص 87

وحق الخيار الممنوح للمشتري لا يعطيه الحق في المطالبة بإحدى الدعويين السابقتين فقط، بل يجيز له أيضا أي يطالب بالدعويين معا، وعلى المحكمة أن تقرر الحق المناسب وذلك تبعا لأهمية وتأثير العيب⁽¹⁾، غير أنه في حالات ينحصر حق المشتري في الرجوع على البائع بدعوى إنقاص الثمن فقط وذلك في بعض الحالات منها:

- الحالة التي يتعيّب المبيع بخطأ من المشتري أو بخطأ من الأشخاص الموجودين تحت مسؤوليته أو إذا استعمل المبيع استعمالا يحطّ من قيمته قدرا محسوسا.

- حالة تغيير المبيع بسبب لا علاقة للعيب فيه، في هذه الحالة قد يكون للمشتري سبب في تغيير المبيع فيتعدّر عليه ردّ المبيع للبائع بحالته الأولى كما إذا قرر المشتري على المبيع حقوقا عينية للغير فهذا التصرف يكون قد غير في حالة المبيع، وبذلك يُمتنع عنه الرد.⁽²⁾

- حالة الاتفاق على تحديد حق المشتري في التعويض أو الاستبدال.⁽³⁾

- هلاك المبيع بسبب خطأ المشتري أو قوة قاهرة إذ لا يجوز أن يتحمّل البائع تبعه الهلاك بعد تسليم المبيع للمشتري.⁽⁴⁾

بالمقابل هناك حالة يُلزم فيها المشتري بردّ المبيع المعيب، حالة ما إذا كان المبيع المعيب يشكّل خطرا على المشتري بسبب العيب الذي يشوبه، وكذلك بالنسبة للحيوانات المصابة بالأمراض المعدية.

هذا ويلاحظ أن حق الخيار بين دعوى الردّ ودعوى تخفيض الثمن هو مقرر أيضا للمستأجر في عقد الإيجار، وقد نصت على هذا الحق المادة 489 مدي جزائري ونصها: (إذا وُجد بالعين المؤجّرة عيب يتحقق معه الضمان، يجوز للمستأجر حسب الظروف أن يطلب فسخ عقد الإيجار أو إنقاص الثمن، وله كذلك أن يطلب إصلاح العيب، أو أن يقوم هو بإصلاحه على نفقة المؤجّر إذا كان الإصلاح لا يكون نفقة باهظة عليه.

فإذا لحق المستأجر ضرر من العيب التزم المؤجّر بتعويضه ما لم يثبت أنه كان يجهل وجود العيب).⁽⁵⁾

(1) : أنظر: أحمد شوقي محمد عبد الرحمن. مسؤولية البائع عن ضمان العيوب الخفية في بيع السيارات. الطبعة [د.ط]. الإسكندرية: منشأة المعارف، 2007م، ص79

(2) : أنظر: خواص جويده. الضمان القانوني للعيب الخفي وتخلّف الصفة. ص113

(3) : أنظر: أحمد شوقي محمد عبد الرحمن. المرجع نفسه. ص82

(4) : أنظر: أحمد شوقي محمد عبد الرحمن. المرجع نفسه. ص82

(5) : يقابل المادة 489 من القانون المدني الجزائري، المادة 577 من القانون المدني المصري.

ووفق النص القانوني فالمستأجر أمامه وسائل عدة للرجوع بالضمان على المؤجر، وهذه الوسائل هي التنفيذ العيني لإنقاص الأجرة، الفسخ والتعويض إن كان له مقتضى⁽¹⁾.

ففي التنفيذ العيني فإن المستأجر يستطيع مطالبة المؤجر بإصلاح العيب في العين المؤجرة أو أن يقوم المستأجر بنفسه بهذا الإصلاح على نفقة المؤجر بعد الحصول على ترخيص من القضاء، وقد يقوم المستأجر بذلك دون ترخيص من القضاء وذلك إذا توافرت الشروط التالية:⁽²⁾

1- أن يكون الإصلاح مستعجلا⁽³⁾ سواء أكان العيب قديما أم حديثا.

2- أن يكون المستأجر قد أعذر المؤجر بذلك.

3- تخلف المؤجر عن القيام بالإصلاح بعد الإعذار بوقت مناسب يحدده المستأجر.

كما يكون للمستأجر الحق في طلب الفسخ فقط دون تخفيض الثمن في حالة الهلاك الكلي للعين المؤجرة بسبب عيب خفي، بينما إذا كان الهلاك جزئيا وأصبحت العين في حالة لا تصلح للانتفاع الذي أعدت من أجله، أو نقص هذا الانتفاع نقصا كبيرا ولم يكن ذلك من فعل المستأجر يحق للمستأجر التخيير بين الرد أو إنقاص الثمن.⁽⁴⁾

كما يُتوجب على المستأجر أن يخبر فورا المؤجر بكل أمر يستوجب تدخله، كأن تحتاج العين المؤجرة إلى ترميمات مستعجلة أو يظهر عيب فيها، أو يقع اغتصاب عليها أو يتعدى الغير بالتعرض أو الإضرار بها.⁽⁵⁾

وأما مدة تقادم ضمان العيوب في عقد الإيجار فهو سنة.

(1) : وأكثر تفصيلا أنظر: أحمد علي خليف العويدي. التزام المؤجر بالضمان في القانونين المصري والأردني. ص 252 وما بعدها

وانظر أيضا: هلال شعوة. الوجيز في شرح عقد الإيجار في القانون المدني. ص 140 وما بعدها

(2) : أنظر: المادة 02/480 من القانون المدني الجزائري ونصها : (إذا كانت الترميمات مستعجلة جاز للمستأجر أن يقوم بتنفيذها على حساب المعني بها).

(3) : من العيوب التي يعتبر إصلاحها مستعجلا تلك التي توجد في المصاعد أو التي تشوب المرافق الصحية، أو الجدران الآيلة للسقوط.

(4) : أنظر: المادة 02/481 من القانون المدني الجزائري.

(5) : المادة 497 من القانون المدني الجزائري.

الفرع الثاني : حقوق المشتري في ضمان الاستحقاق :

بمجرد ثبوت الاستحقاق للغير من المبيع سواء كلياً أو جزئياً وبمجرد نجاح الغير في تعرضه والحكم له بأي حق مما ادّعه على المبيع يعتبر البائع محلاً بالتزامه بالتعرض، عندها يحقّ للمشتري الرجوع على البائع ومطالبته بضمان الاستحقاق، ففي حالة الاستحقاق الكلي ووفق المادة 375⁽¹⁾ من القانون المدني الجزائري والتي تنص على أنه: (في حالة نزع اليد الكلي عن المبيع فللمشتري أن يطلب من البائع:

- قيمة المبيع وقت نزع اليد.

- قيمة الثمار التي ألزم المشتري بردها إلى المالك الذي نزع يد المشتري عن المبيع.

- المصاريف النافعة التي يمكنه أن يطلبها من صاحب المبيع وكذلك المصاريف الكمالية إذا كان البائع سيء النية.

- جميع مصاريف دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق باستثناء ما كان المشتري يستطيع أن يتّقيه منها لو أعلم البائع بهذه الدعوى الأخيرة طبقاً للمادة 373.

- وبوجه عام تعويضه عما لحقه من خسائر وما فاتته من كسب بسبب نزع اليد عن المبيع.

كل ذلك ما لم يقم المشتري دعواه على فسخ البيع أو إبطاله).

ويلاحظ من العبارة الأخيرة لهذه المادة أن عناصر التعويض التي عدّتها لا توجب إلا في حالة رجوع المشتري على البائع بضمان الاستحقاق الكلي، وهو ذاته الذي ينظم أحكام ضمان العيوب الخفية إذ يترتب عنهما نفس الجزاء.

أما إذا كانت الدعوى على أساس دعوى البطلان أو فسخ العقد فليس للمشتري إلا عناصر التعويض التي تقضي به القواعد العامة أو البطلان، والعلّة في هذه التفرقة تقوم على أساس أن دعوى ضمان الاستحقاق على العقد القائم بين المشتري والبائع، وبالتالي يعتبر التعويض الذي يستحقّه المشتري ليس إلا تنفيذاً بمقابل لالتزام البائع بضمان الاستحقاق، ومن ثمّ فإن أساس التعويض في هذه الحالة هو المسؤولية التعاقدية، بينما في إبطال العقد أو فسخه فإن الدعوى لا يمكن تأسيسها على أساس المسؤولية العقدية، وإنما على أساس المسؤولية التقصيرية، وذلك لأن التقرير ببطلان العقد أو فسخه سيؤدّي حتماً إلى زوال العقد وبأثر رجعي.⁽²⁾

(1) : يقابلها المادة 443 من القانون المدني المصري. أنظر: السهوري. الوسيط - البيع - ج 4، ص 673

(2) : أنظر: محمد حسين منصور. أحكام البيع. ص 242

ففي ضمان الاستحقاق يستحق المشتري قيمة المبيع وقت الاستحقاق وهذه القيمة لا تتمثل في ثمن المبيع وقت انعقاد العقد وإنما في قيمته وقت قيام الاستحقاق.⁽¹⁾

وأما في الاستحقاق الجزئي فيُفرَّق بين حالتين:

الحالة الأولى: وهي الحالة التي يكون فيها الاستحقاق الجزئي بالغاً حداً من الجسامة بحيث لو علمه المشتري قبل التعاقد لما أبرم العقد، أي أن تكون خسارة المشتري بسبب الاستحقاق الجزئي قد بلغت من الجسامة قدراً لو علمه المشتري لما أتمَّ العقد، فللمشتري أن يطالب بالعناصر المبيّنة بالمادة 375 سابقة الذكر.

الحالة الثانية: وهي الحالة التي لم يبلغ فيها الاستحقاق الجزئي هذا الحدّ من الجسامة، فلا يكون للمشتري أن يردّ الباقي للبائع وإنما له أن يحتفظ بباقي المبيع وأن يطلب التعويض عن الجزء الذي استُحقَّ.⁽²⁾

وأما مدة تقادم دعوى ضمان الاستحقاق فهي خمسة عشر سنة بخلاف ضمان العيوب الخفية والمقدّرة مدة التقادم فيها مدة سنة.

وتعرضنا لهذه الجزئية بإجمال نظراً إلى أنني سأعرض لها من خلال دعوى ضمان العيوب الخفية.

المطلب الرابع : دعوى الضمان في العيوب الخفية

عندما تتوافر شروط العيب التي تم عرضها يكون للمشتري الحق في رفع دعوى الضمان على بائعه، وهذه الدعوى تتخذ صورتين هما: دعوى الفسخ أو ردّ المبيع ودعوى تخفيض الثمن، وبالإضافة إلى هذه الدعوة يكون للمشتري الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه من جرّاء العيب.

ولكن القانون اشترط قبل رفع هذه الدعوى إتباع بعض الإجراءات التمهيدية هي الإخطار وإثبات العيب والمدة التي يجب أن تُرفع خلالها الدعوى والتي تمت الإشارة إليها في مباحث سابقة، بقي منها أن نتحدّث عن شروط قبول الدعوى والتي تركز على العموم على تقصير المدة التي يجب أن تُرفع خلالها الدعوى، وهذه ميزة تتّصف بها دعوى الضمان عن باقي الدعاوي، وهو أمر منطقي، فالهدف من ضمان العيوب الخفية هو حماية التجارة وهذه الأخيرة تقوم على السرعة والاطمئنان،

(1) : وقت قيام ضمان الاستحقاق هو وقت صدور حكم نهائي لصالح المتعرض وفشل البائع في دفع التعرض.

(2) : أنظر: المادة 02/376 من القانون المدني الجزائري.

فمن الطبيعي أن تكون إجراءات ممارستها سريعة، وذلك للمحافظة على استقرار المعاملات، بالإضافة إلى أن طول المدة يجعل إثبات العيب أمرا صعبا إن لم يكن مستحيلا. من هنا كان المشرع حريصا على تقصير المدة من حيث المبادرة إلى فحص المبيع وفورية الإخطار عند اكتشاف العيب بالمبيع والمبادرة إلى إثبات العيب وتقادم الدعوى. جاء بالمادة 383 من القانون المدني الجزائري: (تسقط بالتقادم دعوى الضمان بعد انقضاء سنة من يوم تسليم المبيع حتى ولو لم يكتشف المشتري العيب إلا بعد انقضاء هذا الأجل ما لم يلتزم البائع بالضمان لمدة أطول.

غير أنه لا يجوز للبائع أن يتمسك بسنة التقادم متى تبين أنه أخفى العيب غشا منه). ومنه فمتى توافرت شروط العيب الخفي وقام المشتري بإخطار البائع في الوقت المناسب كان له الحق في الرجوع بالضمان ورفع دعوى وفقاً لما تقضي به المادتان 375 و 376⁽¹⁾ واللّتان تنصّان على أن رجوع المشتري على البائع بالضمان يتمثل إما بردّ المبيع واسترجاع قيمته يوم رفع الدعوى، وإما في تخفيض الثمن، وقد يقتصر طلب المشتري على المطالبة بالتعويض أو التنفيذ العيني، من هنا كانت ضرورة التعرّض إليها بالتفصيل والبيان من خلال ما يأتي:

الفرع الأول : دعوى الردّ :

إذا وُجد بالمبيع عيب يضمنه البائع، وكان هذا العيب يؤثر في المبيع كله، كان للمشتري حق ردّ المبيع كلّه والمطالبة بقيمته وقت اكتشاف العيب، أو تحلّف الصفة، وفي هذه الحالة نكون بصدد الردّ الكلي، أما إذا كان العيب الذي اكتشفه المشتري لا يؤثر في المبيع كله وإنما يؤثر في جزء منه دون الجزء الآخر، وكان المبيع قابلا للانقسام جاز للمشتري أن يردّ الجزء المعيب دون الجزء الآخر، وهذا ما يسمى بالرد الجزئي، على أن دعوى الرد سواء أكان كلياً أو جزئياً تختلف في نتائجها عن دعوى الفسخ، من حيث مدى التزام البائع في كل منهما، حيث يقتصر التزام البائع في دعوى الفسخ على رد الثمن الذي قبضه من المشتري، بينما يلتزم في دعوى الرد بردّ قيمة المبيع وقت اكتشاف العيب، وقد تزيد قيمة المبيع أو تنقص عنه في المرحلة ما بين البيع واكتشاف العيب.

(1) : ورد في المادة 376 من القانون المدني الجزائري : (في حالة نزع اليد الجزئي عن المبيع، أو في حالة وجود تكاليف عنه وكانت خسارة المشتري قد بلغت قدرا لو علمه المشتري لما أتمّ العقد، كان له أن يطالب البائع بالمبالغ المبيّنة بالمادة 375، مقابل ردّ المبيع مع الانتفاع الذي حصل عليه منه، وإذا اختار المشتري استبقاء المبيع أو كانت الخسارة التي لحقت له لم تبلغ القدر المشار إليه في الفقرة السابقة لم يكن سوى المطالبة بحق التعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب نزع اليد).

ولذلك سنتناول دعوى الرد الكلي والجزئي مبرزين الأحكام والآثار في كل من القانون والفقه الإسلامي وذلك من خلال الآتي:

أولاً : دعوى الرد الكلي :

جاء في المادة 01/376 من القانون المدني الجزائري، والتي تُحيلنا إليها المادة 381 من القانون المدني الجزائري على أنه: (في حالة نزع اليد الجزئي عن البيع أو في حالة وجود تكاليف عنه وكانت خسارة المشتري قد بلغت قدراً لو علمه المشتري لَمَّا أتمَّ العقد، كان له أن يطالب البائع بالمبالغ المبيّنة بالمادة 375 مقابل ردّ المبيع مع الانتفاع الذي حصل عليه منه).

وبالرجوع إلى نص المادة 375 من القانون المدني الجزائري نجد من المبالغ التي يحق للمشتري المطالبة بها هي (قيمة المبيع وقت نزع اليد)، وبذلك يتضح الخلاف بين ما أخذ به كل من المشرع الجزائري والمشرع المصري⁽¹⁾، وبين ما أخذ به الفقه الإسلامي⁽²⁾ حيث يقضي الفقه الإسلامي على أنه في حالة العيب الجسيم يُلزم المشتري برّد المبيع المعيب كلّه مقابل استرداد الثمن الذي دفعه إلى البائع، بينما ينص المشرع الجزائري والمصري في هذه الحالة على ردّ المبيع واسترداد قيمته، وليس الثمن الذي دفعه المشتري، ولذلك اختلف الفقه في صدد تكليف رد المشتري للمبيع واستعادته للثمن، فالبعض يرى أنه إلغاء للعقد يؤدي إلى إزالة حقوق الغير المنشأة على المبيع بقوة القانون، فيعود المبيع للبائع خالصاً مما قرّره المشتري عليه من حقوق في الفترة ما بين إبرام العقد ورده للمبيع، بينما لا يرى البعض الآخر ذلك لأن الردّ في رأيهم ذو أثر فوري، لأنه إنما يُنهي العقد بالنسبة للمستقبل، وليس للمشتري ردّ المبيع إلا بعد إزالة ما رتبته عليه من حقوق الغير.

كما يصرّ البعض على استعمال الفسخ كتعبير عن هذا التصرف لأن المشرع أوجب على المشتري ردّ المبيع بالحالة التي كان عليها وقت إبرام العقد وهذا هو الفسخ لأنه رجعي الأثر، كما أن إلغاء العقد ينجم عن إخلال العاقد بالتزامه أثناء التنفيذ، في حين أن الردّ هنا كان للعيب الذي كان بالمبيع عند إنشاء العقد، وهذا مما دفع البعض إلى اعتبار دعوى الردّ من نوع خاصّ، فلا هي بدعوى إلغاء، ولا هي بدعوى فسخ، وإنما هي دعوى ردّ المبيع والتي أخذ بها المشرع الجزائري، حيث أعطى الحق للمشتري في ردّ المبيع، واسترداد قيمته وليس ثمنه، وبهذا لا نكون بصدد فسخ ولا إلغاء وإنما نكون بصدد دعوى لها صبغتها الخاصة أخذت تسميتها من الحق الذي منحه المشرع للمشتري وهو

(1) : أنظر: المادة 444 من القانون المدني المصري.

(2) : أنظر: العمري بلاعدة. العيب وأثره في البيوع. ص 217

حق ردّ المبيع، وإلى جانب هذا الحق منح المشرع للمشتري حقا آخر في حالة وجود عيب في المبيع وهو حق فسخ العقد⁽¹⁾ وإبطاله، وهو ما أشارت إليه المادة 375 من القانون المدني الجزائري.

وحق طلب الردّ كمبدأ متفق عليه في القوانين الوضعية وفي الفقه الإسلامي، يكون للمشتري دون البائع، ولا يكون للمحكمة حرية الخيار بإجابة الطلب أم رفضه إنما متى توفرت شروط الردّ، كان عليها الاستجابة إليه، ولا تملك حق التقدير في ذلك، بل لها التحقق من توفر الشروط والحكم بالردّ يكون كاشفاً وليس منشئاً.⁽²⁾

ورغم أن حق طلب الردّ مخوّل للمشتري فإنه لا يتم بإرادته المنفردة بل يجب أن يكون بإرادتي الطرفين أو عن طريق القضاء وهذا عكس ما نجده في أحكام الشريعة الإسلامية التي تفرّق بين حالتين:

الحالة الأولى: يكون فيها الرد بإرادة المشتري المنفردة دون حاجة لإرادة البائع ولا للقاضي، ونكون هنا بصدد اكتشاف عيب بالمبيع بعد انعقاد العقد وقبل القبض والتسليم، فهنا العقد يكون صحيحا وناظرا ولازما من جهة البائع فقط وغير لازم للمشتري، وبذلك يكفي أن يقول المشتري رددت المبيع فيفسخ البيع.

الحالة الثانية: حالة وجود العيب بعد انعقاد العقد وتام التسليم وفي هذه الحالة حق طلب الرد لا يكون إلا بتراضي الطرفين أو التقاضي، ذلك أن العقد بعد قبض المبيع أي تسليمه للمشتري يكون ملزما للطرفين وهو ما قال به الحنفية⁽³⁾، فمثلا أنه لا ينعقد إلا بالعاقدين، فلا يفسخ بأحدهما من غير رضا صاحبه.

ووفق نص المادة 01/375 من القانون المدني الجزائري فالردّ نوعان:

النوع الأول: الرد الكلي: يتمتع المشتري بحق الرد الكلي للمبيع إذا كان معيبا عيبا جسيما جعله غير صالح للغرض الذي أُعدّ من أجله أو أنقص من قيمته بحيث لو علم به لَمَّا أقدم على الشراء. ولكن بالمقابل التزامات مترتبة عليه كما هو الحال أيضا بالنسبة للبائع نبرزها فيما يأتي:

(1) : قد يتخذ المشتري دعوى فسخ العقد أو إبطاله إذا كان أكثر ملائمة وهو ما لم يمنعه المشرع الجزائري، وخاصة أن مدة التقادم فيه هي خمسة عشر سنة.

(2) : أنظر: أسعد ذياب. ضمان عيوب المبيع الخفية. ص184

(3) : أنظر: الكاساني. بدائع الصنائع. ج5، ص281، وابن قدامة. الشرح الكبير. ج4، ص96

1- التزامات المشتري : ورد بنص المادة 01/376 من القانون المدني الجزائري: (في حالة نزع اليد الجزئي عن البيع أو في حالة وجود تكاليف عنه وكانت خسارة المشتري قد بلغت قدرا لو علمه المشتري لما أتم العقد كان له أن يطالب البائع بالمبالغ المبيّنة بالمادة 375 مقابل ردّ المبيع مع الانتفاع الذي حصل عليه منه).

وما يؤخذ على هذه المادة أنها أتت غامضة غير موضّحة لالتزامات المشتري أو لما يلتزم برده للبائع. وبالمقارنة مع التقنيات العربية يمكننا أن نحدّد التزامات المشتري دون أن نحمل النص أكثر مما يحتمل فيلتزم المشتري أن يردّ للبائع ما يلي:

أ- المبيع المعيب ذاته: على المشتري أن يردّ للبائع المبيع كله بالعيب اللاحق به، ويرده له كما استلمه المشتري إذ يتطلب أن يرده بأجزائه كاملة، كما يلتزم كذلك برّد التوابع التي ألحقت بالمبيع بعد البيع، بل وبصفة عامة يلتزم برّد كل ما التحق به بعد إبرام العقد بما في ذلك الزيادات الناجمة عن الالتصاق الذي تم بعد البيع إلى حين الرّد والتي اندمجت في المبيع فصارت جزءا منه، والحال هنا يتعلق بشيء واحد غير قابل للتجزئة، أو أشياء وكان البعض منها معيبا، ولكنها لا تقبل التجزئة، أو لا يمكن التفرقة بينها دون إلحاق ضرر بها.

وعدم إمكانية التجزئة إما أن ينجم عن وحدة الغاية التي أُعدّها لها المبيع تبعا للعادات المعمول بها في هذا الشأن، وإما أن ينتج عن اتفاق الطرفين الضمني أو الصريح⁽¹⁾، ومثاله بيع يردّ على زوج من الخيل معدّ لجرّ عربية، ذلك أن العيب في أحدهما يوجب ردّ الاثنین معا، إذ لا يمكن مباشرة الرّد الجزئي في مثل هذه الحالة⁽²⁾، ومثله مصراعي باب أو زوج خفّ، قال الخرشي⁽³⁾ من المالكية:

(1) : أنظر: أسعد ذياب. ضمان عيوب المبيع الخفية. ص190

(2) : أنظر: عبد الرزاق السنهوري. الوسيط - البيع - ج4، ص741-742

(3) : هو أبو عبد الله محمد بن عبد الله الخرشي، الفقيه العلامة القدوة شيخ المالكية، انتهت إليه رئاسة المذهب بمصر، اشتهر شرحه لمختصر خليل وحضّي بالقبول، و له شرح آخر أصغر من السابق، توفي رحمه الله تعالى في ذي الحجة 1101هـ.

أنظر: محمد بن محمد مخلوف. شجرة النور الزكية في طبقات المالكية. القاهرة: المطبعة السلفية، 1349هـ، ج1، ص317، الترجمة رقم 1234

(أو أحد مزدوجين... والمراد بهما ما لا يُستغنى بأحدهما عن الآخر حقيقة كالحفّين والنعلين والمصراعين أو حكما كالقرطين والسوارين لأنه لا يُستغنى بأحدهما عن الآخر عادة أي أنه إذا كان المعيب أحد مزدوجين فليس له ردّ المعيب بحصته من الثمن والتمسك بالسليم، ولو تراضيا على ذلك لِمَا في ذلك من الفساد والذي منع الشرع منه)⁽¹⁾، والعمل بهذا دفع للضرر عن كلا المتعاقدين المشتري والبائع.

وقد يتعذّر على المشتري ردّ المبيع للبائع كما تسلّمه منه، ويتحقق ذلك في الحالات التالية:-

- حالة ما إذا كان سبب التغيير في الشيء مردّه إلى العيب ذاته فيعاد المبيع بالحالة التي هو عليها⁽²⁾ وهنا لا يثور أي إشكال، كما أنه إذا لحقت المبيع أضرار خفيفة غير ناجمة عن العيب فيجوز في هذه الحالة الردّ مقابل تعويض للبائع من طرف المشتري عن هذه الأضرار.⁽³⁾

- حالة تغيير المبيع بسبب لا علاقة للعيب فيه: في هذه الحالة قد يكون للمشتري سبب في تغيير المبيع فيتعذّر عليه ردّ المبيع للبائع بحالته الأولى، كما إذا قرّر المشتري على المبيع حقوقا عينية للغير فهذا التصرف يكون قد غير في حالة المبيع حكما، وبذلك يُمتنع عنه الردّ ولا تثار أية صعوبة إذا كان هذا التغيير بعد علم المشتري بالعيب، إذ بهذا التصرف يعتبر أنه تنازل عن حقه في الردّ تنازلا ضمنيا، بل تثار الصعوبة إذا كان تقرير هذه الحقوق قد تمّ قبل علم المشتري بالعيب، فهل حقه في الردّ يسقط أم أنه يشترط التطهير من هذه الحقوق حتى يكون له الحق في الردّ، ورغم الخلاف الذي وقع إلا أن القول الراجح هو أن المشتري إذا لم يستطع تخليص المبيع المعيب مما تقرّر عليه من حقوق قبل الردّ لا يكون له حق طلب الردّ الكلي، بل يكون له فقط حق المطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر بسبب نقص قيمة المبيع أو منفعته بسبب العيب⁽⁴⁾، كما يُمنع المشتري من الرد للمبيع المعيب إذا كان الشيء قد استهلك نتيجة استعماله.

(1) : أنظر: شرح الخرشي. ج5، ص148

(2) : أنظر: عبد الرزاق السنهوري. الوسيط - البيع - ج4، ص741-742

(3) : أنظر: أسعد ذياب. ضمان عيوب المبيع الخفية. ص189-190

(4) : أنظر: حسن فرج. عقد البيع والمقايضة. 1970م، ص469

ب - ردّ الثمار:

على المشتري الذي اختار طريق الرد الكلي، أن يردّ للبائع إلى جانب الشيء المبيع كل ما أفاده منه، أي من المبيع المعيب، وبوجه عام يلتزم بردّ الثمار من تاريخ ردّ المبيع بالتراضي أو تاريخ الحكم بالردّ - أي أن الثمار تكون من حق البائع من تاريخ ردّ المبيع -

كما يلتزم أيضا بردّ الثمار السابقة على هذا التاريخ، وهذه تتمثل في الثمار التي جناها قبل الردّ، ويدخل فيها جميع ما أنتجه المبيع من ثمار أو ما حصل عليه المشتري من مزايا عن طريق استعماله للشيء، وإلا يكون قد أثري على حساب الغير.⁽¹⁾

وأما في الفقه الإسلامي فإننا نجد اختلافا بين المذاهب، فيرى الحنفية الزيادة المنفصلة المتولّدة من الأصل كالولد والثمرة واللبن، فإن حصلت الزيادة قبل القبض فليست مانعة من الردّ بالعيب، فإن شاء المشتري ردّها جميعا، وإن شاء رضي بهما بجميع الثمن، أما إن حصلت الزيادة بعد القبض فإنها تمنع الردّ بالعيب ويرجع المشتري بنقصان الثمن، وحثّهم أن الزيادة حصلت في ضمان المشتري، فإن ردّها مع الأصل كانت للبائع ربح ما لم يضمن، وإن استبقاها وردّ الأصل فإنها تبقى في يده بلا ثمن وهذا تفسير الربا عند أبي يوسف ومحمد، وهذا بخلاف هذه الزيادة قبل القبض فإنها تحصل في ضمان البائع فجاز ردّها مع الأصل إلى البائع لحصولها في ضمانه، ومن ثمّ جاز الردّ بالعيب.⁽²⁾

وأما المالكية فقد فرّقوا بين ما إذا كانت الزيادة ثمرة أو ولداً، فإن كانت الزيادة المنفصلة متولّدة من الأصل كالولد، كمن اشترى إبلا أو غنما فولدت عنده ثم وجد بها عيبا فلا يردها إلا مع ولدها ولا شيء عليه في الولادة إلا أن ينقصها ذلك فيردّها معها ما نقصها، أما إن كانت الزيادة ثمارا فيجب التفرقة بين ما إذا كانت مؤبّرة وقت البيع أو غير مؤبّرة، فمن اشترى أصولا وعليها ثمرة مؤبّرة يوم البيع فاشتراطها المشتري فإنه إذا ردّ الأصول بسبب العيب فإنه يردّ الثمرة معها لأن لها حصة من الثمن، ولأنها ليست بغلّة، وللمشتري أجره علاجها إذا ردّها مع أصولها، وبعبارة أخرى فإنه يردّ الثمرة مع الأصل ولو طابت أو جدّت ويرجع بقيمة السقي والعلاج، فلو فاتت ردّ مكيلتها إن علّمت وقيمتها إن لم تعلم، وثمرتها إن بيعت، أما إن كانت الثمرة غير مؤبّرة وقت البيع

(1) : أنظر : أسعد ذياب. ضمان عيوب المبيع الحنفية. ص191، وأيضا: خواص جويده. الضمان القانوني للعيب الخفي وتختلف

الصفة. ص115

(2) : أنظر : الكاساني. بدائع الصنائع. ج5، ص285

فإنها لا تُردّ ويحتفظ بها المشتري، لأنها داخلة في قوله: (والغلة له)، وقد مثل الخرخشي بمن اشترى غنما وعليها صوف قد تمّ يوم البيع ثم اطلع على عيب يوجب الردّ، فإن حكم هذا المثل كحكم الثمرة سابقة الذكر.⁽¹⁾

وأما الشافعية والحنابلة فيرون أن الزيادة المنفصلة المتولّدة من الأصل تكون للمشتري، فإن كان المبيع بهيمة فحملت عند المشتري أو شجرة فأثمرت عنده، ردّ الأصل وأمسك الولد والثمره لأنه نماء منفصل حدث في ملكه فجاز أن يمسكه ويردّ الأصل.

واحتجوا في ذلك بالحديث النبوي الشريف: «الخراج بالضمان»⁽²⁾ ومعناه أن ثمار المنفعة تكون للمشتري، فالخراج هو الدخل والمنفعة، فكل ما خرج من شيء فهو خراجه، فخراج الشجرة ثمارها، وخراج الحيوان درّه ونسله، أي يملك المشتري الخراج الحاصل من المبيع بضمان الأصل الذي عليه أي بسببه، فإذا اشترى رجل أرضا فاستغلّها، أو دابة فركبها أو عبدا فاستخدمه ثم وجد به عيبا قديما أي سابقا على المبيع، فله حق الردّ ويستحق الغلة في مقابلة الضمان للمبيع الذي كان عليه، أي أنه في ضمانه فلو هلك، هلك عليه ومن ماله، واستدلوا أيضا بالقياس على غلة العبد.⁽³⁾

كما احتجوا أن الزيادة نماء حدث في ملك المشتري فلم يمنع الردّ كما لو كان في يد البائع، وكالكسب، لأنه نماء منفصل فجاز ردّ الأصل بدونه.⁽⁴⁾

وتفصيلا لذلك قالوا: أن الزيادة نوعان:

أ- زيادة متصلة كالسن والكبر والثمره قبل التأبير، فإنه يردها بنمائها.

ب- زيادة منفصلة وهي بدورها نوعان:

1 - زيادة من غير عين المبيع كالخدمة والأجرة، فكل ذلك للمشتري مقابل الضمان، لأن الشيء لو هلك هلك من ماله.

(1) : أنظر : شرح الخرخشي . ج 5، ص 151

(2) : الحديث سبق تخريجه في ص 25

(3) : أنظر: السبكي. تكملة المجموع. ج 12، ص 201-202، والشيرازي. المهذب. ج 2، ص 51

وابن قدامة المقدسي. الشرح الكبير. ج 4، ص 87-88

(4) : أنظر: ابن قدامة المقدسي. المرجع نفسه. ج 4، ص 87-88

2- زيادة من عين المبيع كالولد والثمرة واللبن كما تقدم فهي للمشتري أيضا، ويردّ الأصل دونها وأما القانون فإنه يلزم بردّ الثمار وكان الأولى إعفاؤه أخذًا بالقاعدة المتقدمة⁽¹⁾ "الخراج بالضمان"، فهذه القاعدة منحت هذا الحق للمشتري على أساس أنه مالك للشيء عند انتفاعه به، فالمنفعة هذه المتمثلة في الثمار لم يحصل عليها المشتري مجانًا لأنه لم تكن جزءًا من المبيع فهو لم يملكها بالمبيع إنما ملكها بالضمان، والضمان هنا كما قضى رسول الله ﷺ وهو ضمان الملك، والخراج لمن هو مالك للشيء، وإذا تلف أُلّف على مالكة.

وأما الزيادة المتصلة غير المتولدة كالصبغ في الثوب أو في السيارة، والبناء على الأرض، ونحو ذلك فإن في ذلك خلاف بين الفقهاء.

فيرى الحنفية والشافعية في أظهر الروايتين⁽²⁾ أن هذا النوع من الزيادة يمنع الردّ بالعيب مطلقًا سواء قبل القبض أو بعده، لأن هذه الزيادة ليست بتابعة بل هي أصل بنفسها، حيث أنه لا يثبت حكم البيع فيها أصلاً ورأساً، فلو ردّ المبيع لكان لا يخلو: إما أن يرده وحده بدون الزيادة، وإما أن يرده مع الزيادة، لا سبيل إلى الأول لأنه متعذر الفصل بين المبيع والزيادة، ولا سبيل إلى الثاني لأن الزيادة ليست بتابعة في العقد، فلا تكون تابعة في الفسخ، ولأن المشتري صار قابضاً للمبيع بإحداث هذه الزيادة فصارت كأنها حدثت بعد القبض وحدوثها بعد القبض يمنع الردّ بالعيب.⁽³⁾

وأما المالكية فيذهبون إلى أن الصنعة المضافة كالصبغ والخياطة وما أشبه ذلك مما لا ينفصل عنه إلا بفساد، فإن ذلك يوجب للمشتري الخيار بين أن يمسك ويرجع بقيمة العيب أو يرده، ويكون شريكاً بما زاد مما أحدثه من الصبغ وشبهه.⁽⁴⁾

وحجتهم أن المشتري قد أنفق على المبيع ماله لإحداث هذه الزيادة فلا يذهب ما أنفقه وأخرجه من ماله هدراً.

(1) : أنظر: السنهوري. الوسيط - البيع - ج 4، ص 742

(2) : أنظر : ابن قدامة المقدسي. الشرح الكبير. ج 4، ص 94

(3) : أنظر: الكاساني. بدائع الصنائع. ج 5، ص 285

(4) : أنظر: ابن رشد. المقدمات الممهدة. ج 2، ص 103، والدسوقي. الحاشية. ج 3، ص 127

وأما مذهب الشافعية في هذه الحالة فيرون أن المشتري بالخيار بين الردّ ولا شيء له، وبين الإمساك وأخذ الأرش، وردّ عنهم: لو زاد المشتري في المبيع شيئاً يصنعه بأن كانت دار فعمرها أو ثوبا فصبغه ثم اطلع على عيب، إن أمكنه نزع الزيادة من غير نقص نزعها وردّ الأصل، وإن لم يمكنه، فإن رضي البائع بأن يرده ويبقى شريكاً في الزيادة ردّ، وإن امتنع أمسكه وأخذ الأرش.⁽¹⁾

وخلاصة الكلام أن مسائل زيادة المبيع المعيب يحكمها أمران:

الأمر الأول: هو تبعة الهلاك.

الأمر الثاني: عدم أخذ مال الغير دون عوض.

وعليه فمن كان عليه ضمان هلاك المبيع كانت له زيادته إلا إذا حدثت تلك الزيادة بفعل العاقد الآخر، وتكون بهذا الزيادة قبل القبض للبائع لأن المبيع في ضمانه، وتكون بعده للمشتري هذا بالنسبة للزيادة المنفصلة ما لم تحدث تلك الزيادة بفعل العاقد الآخر، فإنها تكون له وتكون الزيادة المتصلة للمشتري بعد القبض وقبله إن حدثت بفعله، وذلك لأنها جزء من المبيع وعليه ردّها مع المبيع إن فسخ العقد، وتكون للبائع إن حدثت بفعله وله الرجوع على المشتري بما يقابلها إن رغب المشتري في الاحتفاظ بالمبيع.⁽²⁾

2- التزامات البائع :

مقابل التزامات المشتري التي حددها القانون في حالة رد المبيع كلياً، على أساس دعوى الردّ، هناك التزامات تقع على عاتق البائع في مثل هذه الحالة حددها ونظّمها المشرع طبقاً لنصّ المادة 375، وهذه المادة تحدّد التزامات البائع بصفة عامة غير مفرّقة بين البائع حسن النية والبائع سيّء النية.

لذا نبدأ أولاً في بحث التزامات البائع بصفة عامة والمفروض فيه حسن النية، ثم نبحث التزامات البائع سيّء النية وما هو النص الذي يطبّق عليه.

(1) : أنظر : السبكي . تكملة المجموع . ج12، ص246

(2) : أنظر: سعد خليفة العبار. ضمان عيوب المبيع في ضوء مقاصد الشريعة. ص687

أ- التزامات البائع حسن النية:

في حالة العيب الجسيم، واختيار المشتري ردّ المبيع على أساس دعوى الردّ، وردّ الثمار التي جناها منه، كان على البائع في هذه الحالة، وفي مقابل هذا الالتزام أن يرّد للمشتري طبقاً لنص المادة 375 مدني جزائري ما يأتي:

- **قيمة المبيع:** اختلف الفقهاء حول قيمة المبيع التي يلتزم البائع بردها للمشتري هل قيمته غير معيب وقت ظهور العيب⁽¹⁾ أم قيمته غير معيب وقت البيع؟
المادة 375 ألزمت البائع في حالة الاستحقاق الكلي أن يرّد للمشتري قيمة المبيع وقت الاستحقاق. وبما أن المشرع قال بتطبيق هذه الأحكام على ضمان العيب الخفي، فإن البائع يُلزم برّد قيمة المبيع غير معيب وقت ظهور العيب، وفي هذا يختلف القانون الجزائري عن الفقه الإسلامي⁽²⁾ الذي يقول بأنه يجب على البائع ردّ الثمن الذي دفعه للمشتري مقابل استرداد الشيء المعيب، وهنا نكون بصدد فسخ للعقد بينما في القانون الجزائري نكون بصدد تنفيذ للعقد وليس فسخاً له، وبالنسبة للقانون المصري، وهذا بخلاف القانون الجزائري فإن البائع يلتزم إلى جانب ردّ قيمة المبيع برّد الفوائد من وقت الاستحقاق وبما أن هذه المادة هي المطبّقة في أحكام العيب الخفي فكان على البائع ردّ هذه الفوائد من وقت ظهور العيب.⁽³⁾

ونفس الوضع في القانون الفرنسي حيث يُلزم البائع برّد الثمن مع فوائده من يوم قبض الثمن إلى حين الردّ ما لم ترى المحكمة جعل الفوائد مقابل ثمار المبيع التي يتعيّن على المشتري ردها إلى البائع، أي أنه تجري مقاصّة بينهما.⁽⁴⁾

(1) : أنظر: جميل الشرقاوي. محاضرات في عقد البيع في القانون المدني المصري. 1956م، ص 298

(2) : أنظر: المادة 01/415 من كتاب مرشد الحيران.

(3) : أنظر: المادة 443 من القانون المدني المصري.

وانظر أيضاً: صاحب عبيد الفتلاوي. ضمان العيوب وتختلف المواصفات في عقود البيع. ص 190

(4) : أنظر: خواص جويده. الضمان القانوني للعيب الخفي وتختلف الصفة. ص 120

- المصروفات :

نصت المادة 03/375 مدني جزائري على التزام البائع بردّ المصاريف النافعة⁽¹⁾ التي يمكنه أن يطلبها من صاحب المبيع المعيب وكذلك المصاريف الكمالية إذا كان البائع سيء النية. وكان الأولى النص أيضا على المصروفات الضرورية التي ينفقها المشتري على المبيع لصيانته وحفظه كترميم حائط المنزل (المبيع) بحيث لو امتنع عن ذلك لتهدّم الحائط، فهذا يُكسب البائع منفعة مما يستدعي إلزامه بالمصاريف التي أنفقها المشتري والتي أدّت إلى هذه المنفعة، وإلا يكون البائع قد أثري على حساب المشتري.⁽²⁾

هذا بالنسبة للقانون، أما في الفقه الإسلامي فإن السمسار يكون على البائع عند عدم الشرط أو العرف، فلو اشترطه البائع أو السمسار على المشتري أو تبرّع به المشتري على السمسار ابتداء فإن المشتري إذا ردّ المبيع على البائع يرجع به عليه، ثم البائع حسن النية يرجع به على السمسار، وإن كان مدّلسا فلا يرجع به عليه، وإنما يرجع به المشتري على البائع لأن أصله عليه، فالمشتري دفعه عنه كجزء من الثمن.⁽³⁾

وأما ما دفعه المشتري حلاوة للسمسار على تحصيل المبيع فلا يرجع به إلا أن يُعلم السمسار في المبيع عيبا، وكذلك البائع ملزم إن كان مدّلسا ردّ المبيع الذي نقله المشتري إلى محل قبضه - أي إلى المحل الذي قبضه فيه المشتري ونقله إلى محل آخر، وعليه أيضا أجرة نقل المشتري له إلى بيته فيرجع المشتري بها،

أما إذا سافر المشتري بالمبيع فإن أجرة حمله تكون عليه ولا يرجع بها على البائع إلا في حالة ثبوت تدليس وكتمانه للعيب الموجود بالمبيع.⁽⁴⁾

(1) : المصروفات النافعة هي التي يكون المشتري قد أنفقها على المبيع، وتهدف إلى زيادة قيمة المبيع بسبب التحسينات التي يُدخلها المشتري على الشيء المبيع كبناء جدار لبستان أو غرس شجرة فيه أو شق طريق أو حفر قناة في العقار لجعل الأرض صالحة للزراعة.

(2) : أنظر: حسن فرج. عقد البيع والمقايضة. ص 472

(3) : أنظر: الدسوقي. الحاشية. ج 3، ص 129

(4) : أنظر: الدسوقي. المرجع نفسه. ج 3، ص 129، وشرح الخرشبي. ج 5، ص 143

وورد في المذهب الحنفي⁽¹⁾ أن نفقات تسليم الثمن وعقد البيع وتسجيله وغير ذلك من نفقات تكون على المشتري، ونفقات تسليم المبيع تكون على البائع ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني أو عرف على خلاف ذلك، فكل ما يحتاجه تسليم المبيع يكون على حساب البائع مثل أجرة نقل المبيع من مكان التسليم، وأجرة شحنه، والرسوم الجمركية إذا أريد نقله من بلد إلى آخر، وإخراج البضاعة من المستودعات وأجرة السمسار، لأن كل مما يتوقف عليه تنفيذ التزام البائع بتسليم المبيع، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، وكل ما يتوقف عليه تسليم الثمن يكون على حساب المشتري وحده كصكوك المبيعات ورسوم التسجيل في البيوع العقارية.

- المصروفات الخاصة بدعوى الضمان :

قد يضطر المشتري لرفع دعوى الضمان ضد البائع في حالة ثبوت حق الضمان للمشتري على أساس وجود عيب في المبيع وتوافرت كل شروطه القانونية، وأخطر البائع بهذا العيب في الوقت الملائم، ولم يسلم به البائع، فللمشتري في مثل هذه الحالة الحق في رفع دعوى ضد البائع، هي دعوى الضمان، ومصروفات هذه الدعوى يعود بها المشتري على البائع طبقا لما ورد في نص المادة 375 من القانون المدني الجزائري.

- التعويضات :

إن آخر فقرة أوردتها المادة 375 من القانون المدني الجزائري أعطت الحق للمشتري في الرجوع على البائع بالتعويض عما لحقه من خسائر وما فاته من كسب بسبب الاستحقاق، ونفس النص - كما رأينا- يطبق في حالة ضمان العيب الخفي، بحيث يكون للمشتري الحق في طلب التعويض من البائع إذا توافرت شروط الضمان للعيب الخفي.

وبالنظر إلى الفقرة الأخيرة من نص المادة 375 من القانون المدني الجزائري فإن التعويض يحتوي على عنصرين اثنين، العنصر الأول يشمل مصروفات العقد والعنصر الثاني منه يشمل التعويضات التي يلتزم بها البائع بسبب الأضرار الناتجة عن عيوب الشيء المبيع، ونفقات العقد يمكننا أن نحصرها في تلك التي أنفقها المشتري في المصاريف والرسوم التي يقوم عادة بدفعها، ويدخل ضمنها مصاريف العقد والدمغة والسمسرة، والتوثيق والتسجيل، ومصاريف إزالة الرهن والتأمين ورسوم الجمارك

(1) : أنظر: المواد (372، 373 و 374) من كتاب مرشد الحيران

إذا أدخلها المشتري، وبصفة عامة يلتزم البائع بالمصروفات التي تصاحب العقد عادة، وكل ما يتحمل به المشتري في سبيل تنفيذ التعاقد، وما يعتبر نتيجة طبيعية له.⁽¹⁾

ب- التزامات البائع سيء النية :

إن التزامات البائع سيء النية لم تحددها أحكام الضمان الخاص بالعيب الخفي، وبذلك فإنه يلتزم طبقا لهذه الأحكام بما يلتزم به البائع حسن النية لأن النص عام، لكن طبقا للقواعد العامة يلتزم زيادة عما التزم به البائع حسن النية بالتعويض عن الضرر غير المتوقع، ولكن ما ينبغي تحديده في هذا المجال هو تحديد من هو البائع سيء النية ؟

البائع سيء النية: هو ذلك الذي يعلم بعيوب الشيء المبيع ويخفيها عن المشتري ولا يصرح بها أو بعدم اتّصاف المبيع بالصفات التي اشترطها المشتري ووعده البائع بوجودها، كما قد يثبت سوء النية عند إقدام البائع على إخفاء العيب بعمل مادي كاستخدامه طلاء لإخفاء تشققات، أو إصلاحات معينة في أجزاء رئيسية بالسيارة مثلا.⁽²⁾

وفي ظل التشريع الجزائري فإن علم البائع بالعيب لا يكفي كميّار لتحديد سوء نية البائع، فعلى المشتري حتى يتحصل على التعويض عن الضرر غير المتوقع أن يثبت أن البائع كان يعلم بالعيب وأخفاه عن غش وتدليس منه.⁽³⁾

فمثل هذه الصفة هي التي تثبت سوء نية البائع في القانون المدني الجزائري⁽⁴⁾، وحسن النية مفترض إلى أن يقوم الدليل على العكس، وعبء إثبات سوء نية البائع يقع على عاتق المشتري كما رأينا.

ويلاحظ في هذا الموضوع أن صفة البائع سيء النية لا تقتصر على البائع الذي يعلم العيب أو الذي أخفى العيب عن المشتري غشا منه، وإنما هذه الصفة امتدّت إلى البائع التاجر المحترف لتجارته والبائع الصانع.⁽⁵⁾

(1) : أنظر: السنهوري. الوسيط - البيع - ج4، ص840

(2) : أنظر: أحمد شوقي محمد عبد الرحمان. مسؤولية البائع عن ضمان العيوب الخفية في بيع السيارات. ص119

(3) : أنظر: بودالي محمد. مسؤولية المنتج عن منتجاته المعيبة. القاهرة: دار الفجر، 2005م، ص67

(4) : أنظر: المادة 02/379 من القانون المدني الجزائري.

(5) : أنظر: المادة 383 من القانون المدني الجزائري.

واعتبار البائع التاجر المحترف والصانع في حكم البائع سيء النية، ذلك أنه من المفروض كما رأينا عند البحث أن مثل هذا البائع يكون على دراية واسعة بحالة مبيعاته ومنتجاته، فإذا لم يطلع المشتري على عيوب مبيعه إن كانت به عيوب وظهرت فيما بعد جاز افتراض سوء نيته، وإذا ادعى أنه لم يكن على دراية بهذه العيوب أو كان يجهلها، فإنه في مثل هذه الحالة يعتبر مرتكباً لخطأ جسيم نتيجة إهماله بجعله في مرتبة البائع سيء النية طبقاً للقواعد العامة.⁽¹⁾

وقرينة سوء نية البائع التاجر أو الصانع هي قرينة بسيطة طبقاً لأحكام القانون المدني الجزائري، وبذلك يمكن دحضها بإثبات العكس، وإثبات هذا يقع على عاتق البائع⁽²⁾، وهو قول وجيه ذلك أن التاجر أو الصانع قد يكون له دَخْل في صنع بعض أجزاء المبيع فلا يكون له اطلاع بالأجزاء الأخرى.

وإذا افترضنا أن البائع التاجر أو المحترف أو الصانع يُعتبر في حكم البائع سيء النية، فهل يمكن نسبة هذه الصفة للبائع العرضي⁽³⁾ الذي ليست له الخبرة الكافية الموجودة لدى البائع المحترف، فإن سوء النية غير مفترض فيه فيعتبر كالبائع العادي، فحسن نية البائع مفترض طبقاً للمبادئ العامة وطبقاً للقانون الجزائري.⁽⁴⁾

الفرع الثاني : الرد الجزئي :

قد يتعيّب المبيع في جزء منه دون الجزء الآخر، فهل يمكن للمشتري أن يردّ للبائع الجزء المتعيّب دون السليم؟

لم ينص المشرع الجزائري على هذه الحالة في أحكام الضمان، إنما يمكن استنتاجها من القواعد العامة الخاصة بالفسخ الجزئي⁽⁵⁾، وقياساً على هذه القاعدة يمكن للمشتري إذا تعيّب المبيع في جزء منه أن يردّ للبائع هذا الجزء المتعيّب وهذا ما يُعرف بالرد الجزئي. وإذا كان المشرع الجزائري لم ينص على هذه الحالة في أحكام الضمان فإن الفقه الإسلامي نظمها تنظيماً دقيقاً محكماً كما سنرى.

(1) : أنظر: السنهوري. الوسيط - البيع - ج4، ص742، هامش 3

(2) : أنظر: بودالي محمد. مسؤولية المنتج عن منتجاته المعيبة. ص114

(3) : البائع العرضي: هو ذلك الذي لا يتخذ من بيع الشيء حرفة له إما لأنه غير صانع أو لأنه غير تاجر.

(4) : أنظر: محمد حسين منصور. ضمان صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة. الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، 2004م،

ص78-79

(5) : أنظر: جميل الشرفاوي. عقد البيع. 1958م، ص209

وحتى يثبت للمشتري مثل هذا الحق لابد من توافر شرط مهم على أساسه يرتكز حق المشتري في الرد الجزئي، وهو أن يكون الشيء المبيع المعيب شيئاً أو أشياء متعددة يمكن تجزئتها دون ضرر ودون المساس بالغرض الذي أُعدَّ له المبيع، وتحقق هذا الشرط لا يعني أن المشتري ملزماً بالردّ الجزئي، إنما يثبت له حق الخيار بين الردّ الكلي أو الجزئي شرط ألاّ يتضرر كلا المتعاقدين أي البائع والمشتري، ويمكن للمشتري أن يلجأ إلى الردّ الكلي متى تبين أن المبيع لن يصلح بعد ردّ القسم المعيب لأداء الغرض المقصود والمرجو منه.

أولاً : حالات الردّ الجزئي :

قد يكون محل البيع أشياء متعددة وتكون كلها أصلية، كما قد يكون بعضها أصلياً وبعضها تبعياً ومن ملحقات الشيء الأصلي. ومنه سنتناول بالدراسة هذه الحالات حتى نبين أثر الردّ الجزئي، وعلى كل منها ومدى حق المشتري فيه.

1- حالة إذا كان البيع يتناول أشياء رئيسية تتساوى في أهميتها :

ولدينا هنا صورتان:

الصورة الأولى: إذا تناول المبيع عدة أشياء مختلفة منفصلة بعضها عن البعض، بحيث يمكن الانتفاع بكل منها مستقلاً عن الآخر، وكان العيب في بعض منها أو في أحدها دون الباقي كان للمشتري ردّ المتعيب منها فقط ويحتفظ بالسالم.

وفي الفقه الإسلامي إن كان المبيع متعددًا وذلك بأن اشترى عدة مبيعات صفقة واحدة وظهر العيب في بعضها، فإن تم التعاقد بأكثر من صفقة بأن تعدد العقد فالنظر يكون لكل عقد على حدى، ولو اتحد العاقدان⁽¹⁾، فمن اشترى سيارة من آخر، ثم عاد واشترى منه إطارات لها، واشترى منه بعد ذلك قطع غيار لها، فله ردّ كل مبيع بعيبه على حدى، وليس له ردّ الجميع بعيب بعضها، وليس للبائع الاعتراض على ذلك، لأن الصفقة هنا متعددة إذ حدد لكل مبيع ثمنه بمعزل عن بقية المبيعات.

أما لو اشترت هذه المبيعات صفقة واحدة وحُدّد لها ثمن إجمالي دون تحديد ثمن كل منها على حدى فإن السؤال يظل قائماً هل يحق للمشتري ردّها كلها أم له ردّ المعيب فقط ؟

(1) : أنظر: شرح الخرشي. ج5، ص147

اتفق الفقهاء بداية على أن المبيع المتعدد الذي لا يجوز تفريقه يكون كمبيع واحد إذا لم يعهد بيع أحد أجزائه دون بقيته كزوج الخداء والسوارين والقرطين ومصراعي الباب لأنهما كشيء واحد في المنفعة إذ لا يُستغنى بأحدهما عن الآخر.

جاء في المبسوط: (إذا اشترى خُفَّين أو نَعْلين أو مصراعي باب فوجد في أحدهما عيباً فله أن يردَّهما جميعاً لأنهما في الصورة شيئان وفي المنفعة والمعنى كشيء واحد، فإنه لا يتأتى الانتفاع المقصود بأحدهما دون الأخرى، والمعتبر هو المعنى، وفي الشيء الواحد وجود العيب بجزء منه ممكن من ردِّ الكل لأنه لو ردَّ المعيب خاصة لَعَادَ إلى البائع بِعَيْبِ حادِثٍ إذ التفريق بينهما يمنع الانتفاع، وذلك عيب في كل واحد منهما).⁽¹⁾

وعلى هذا نصت الفقرة الثانية من المادة 427 من مرشد الحيران فقالت: (... وإن كان في تفريقها ضرر فله أن يردَّ المبيع كله أو يقبل بكل الثمن) وهو ذاته ما يقول به القانون.⁽²⁾

أما لو كان المبيع متعددًا بحيث تم التعاقد على بيع عدة أشياء جملة واحدة وبثمن إجمالي دون تخصيص كل مبيع منها بقدر منه، وكان من الممكن الانتفاع بكل مبيع على حدى ولم يُعهد في العرف بيعها معاً سواء كانت المبيعات متماثلة كما في شراء سيارتين أو قطعتي قماش أو حيوانين من نوع واحد أو مختلفة كما في شراء حيوانات من أنواع مختلفة أو سيارة وإطارات إضافية لها أو حقيبة وكتب، فإن آراء الفقهاء اختلفت بين جواز ردِّ المعيب فقط أو ردِّ كل المبيعات.

المبدأ الأساسي عند الأحناف عدم جواز تفريق الصفقة قبل تمامها، فإن تمت جاز التفريق، وتطبيقاً لذلك ميزوا بين ظهور العيب قبل القبض وظهوره بعده، فإن لم يقبض المشتري شيئاً من المبيع أو قبض بعضه ووجد به عيباً فله الرضا بالكل أو ردِّ الكل، ولكن ليس له ردُّ المعيب خاصة بحصته من الثمن لأن الصفقة لا تمام لها قبل القبض وتفريقها قبل التمام باطل.

(1) : أنظر: السرخسي. المبسوط. ج13، ص102، والكاساني. بدائع الصنائع. ج5، ص287 وما بعدها

(2) : أنظر: السنهوري. الوسيط - البيع - ج4، ص746، هامش 1

أما إذا قبض المشتري كل المبيع فله ردُّ المعيب بحصته من الثمن وليس له ردُّ الكل إلا عند التراضي عليه لأن حق الردِّ إنما ثبت لفوات السلامة المشروطة في العقد والسلامة فاتت في مبيع معيّن فكان له رده خاصة ولأن الردِّ إنما امتنع لتضمُّنه تفريقاً للصفقة⁽¹⁾ وتفريقها باطل قبل القبض لا بعده، فلما تمت بقبض المبيع زال المانع فجاز له تفريقها وردِّ المعيب خاصة بحصته من الثمن، ويلزمه العقد في المبيع السليم.

وخالف زفر⁽²⁾ في ذلك فبرى أنه ليس للمشتري ردُّ المعيب فقط، بل عليه ردُّ كل المبيع، أو إمساكه كله لأن في تفريقه إضراراً بالبائع، ولأن ضمَّ الرديء إلى الجيد في البيع من عادة التجار بترويج الرديء بواسطة الجيد، وقد يكون العيب بالرديء كما هو الغالب، فعند رده للبائع يلزم البيع في الجيد بثمن الرديء وهذا إضرار بالبائع، ولهذا لم يجز التفريق.⁽³⁾

أما المالكية فيرون أن للمشتري ردُّ المعيب فقط بحصته من الثمن، وليس له ردُّ الكل إلا برضا البائع، والذي لا يحقُّ له الاعتراض على ذلك، فإن كانت المبيعات متماثلة قُسم الثمن عليها كما لو اشترى عشر قطع من الملابس بمائة دينار فله ردُّ كل قطعة بعشرة دنانير، وإن لم تكن متماثلة فله ردُّ المعيب منها بما ينوبه من الثمن بعد تقسيمه عليها إما باتفاق العاقدين أو باللجوء إلى القضاء أو أهل الخبرة بذلك، ومع هذا فله ردُّ كل المبيعات إن كان المعيب هو وجه الصفقة⁽⁴⁾ دفعا للضرر.⁽⁵⁾

(1) : يرد بتفريق الصفقة تبعضها وتجزئتها، وذلك بأن لا يتناول حكم البيع جميع المبيع بأن ينقذ في جزء منه، ويلغى في الجزء الآخر، فتكون الصفقة الواحدة المجتمعة قد تفرقت أي تبعضت وتجزأت.

أنظر: عبد الستار أبو غدة. الخيار وأثره في العقود. الطبعة الثانية. الكويت: مطبعة مقهوي، 1985م، ص471

(2) : هو أبو الهذيل زفر بن الهذيل قيس بن سلم العبدي، أصله من أصبهان، ولد سنة 110هـ، تفقه على يد أبي حنيفة وهو أكبر تلامذته، أقام بالبصرة وولي قضاءها جمع بين العلم والعبادة، توفي سنة 158هـ.

أنظر: الزركلي. الأعلام. ج3، ص45

(3) : أنظر: السرخسي. المبسوط. ج13، ص75، وابن نجيم. البحر الرائق. ج6، ص68

والكاساني. بدائع الصنائع. ج5، ص286

(4) : ورد عن الإمام مالك أنه قال: (ينظر في المعيب إن كان المعيب وجه الصفقة والمقصود بالشراء ردِّ الجميع وإن لم يكن المعيب هو وجه الصفقة رده بقيمته أي بحصته من الثمن).

أنظر: ابن رشد. بداية المجتهد. ج3، ص195

(5) : أنظر: ابن رشد. المرجع نفسه. ج3، ص195-196

فالقاعدة في الردّ عند المالكية هي النظر لأثر قيمة المبيع بالنسبة لكل المبيعات، فإن كان المعيب الأقلّ والسالم الأكثر قيمة فليس للمشتري إلاّ ردّ الأقلّ، وإن كان المعيب الأكثرّ والسالم من العيب الأقلّ قيمة فله ردّ الجميع وذلك إن وقع للمعيب أكثر من نصف الثمن أو فات بتعيبه غرض المشتري من المبيع بأن كان قد اشتراه لغرض لكنه لم يعدّ محققاً مع وجود ذلك العيب.⁽¹⁾

ولا يختلف الحال عند المالكية سواء قبض المشتري المبيع كلّهُ أو قبض بعضه أو لم يقبض منه شيئاً وسواء كانت المبيعات من صنف واحد أو من أصناف مختلفة.⁽²⁾

واستند الإمام مالك في التفريق بين ما هو وجه الصفقة أو غير وجهها على الاستحسان حيث رأى أن ذلك المعيب إن لم يكن مقصوداً في البيع فليس كبير ضرر في أن لا يوافق الثمن الذي قوم المبيع، أما عندما يكون مقصوداً كل المبيع أو جُلّه فيعظم الضرر في ذلك.

أما الشافعية فقد اختلفوا في بيان حكم هذه المسألة على اتجاهين:

الأول: أن للمشتري أفراد المعيب بالردّ وأخذ قسطه من الثمن لأن كل مبيع يقابله جزء يعادله من الثمن.

والثاني: وهو الأصح عندهم أن المشتري ليس له إلاّ ردّ كل المبيعات لأن القاعدة أن ما لا يقبل التبعض - اختياراً بعضه اختياراً لكّله -⁽³⁾، وإن كان له الرجوع بالأرض، والمشتري إن اختار ردّ مبيعات اشتراها في صفقة فهو بهذا يردّ كل الصفقة لا المبيع المعيب فقط وعلّة عدم جواز ردّ المعيب فقط عند الشافعية هي تضرر البائع بتفريق الصفقة عليه.

وهذان القولان رويًا عن أحمد، ففي الرواية الأولى عنه أن المشتري لا يملك إلاّ ردّ كل المبيعات لأن رده لأحدها فيه تفريق للصفقة على البائع وهذا يشبه ردّ جزء من المعيب المفرد وإن كان يحقّ له إمساك المعيب والرجوع بالأرض على البائع لأن في التفريق إضراراً بالبائع، ولأن المبيعات لما اشترت في صفقة واحدة كانت مثل المبيع الواحد الذي ينقصه التفريق.

وفي الرواية الثانية للمشتري ردّ المعيب وإمساك الصحيح⁽⁴⁾ لأن المشتري لما ردّ المعيب فقد رجع بحقه الذي ثبت له شرعاً، وإن كان في التفريق ضرر فهذا راجع للبائع أساساً لأنه باع مبيعاً معيباً.

(1) : أنظر: الدردير. الشرح الكبير. ج3، ص134-135، وشرح الخرشى. ج5، ص148

(2) : أنظر: مواق. التاج والإكليل. ج6، ص384

(3) : أنظر: السبكي. الأشباه والنظائر. ج1، ص106

(4) : أنظر: ابن قدامة. المغني. ج4، ص121

أما عند الظاهرية فيرى ابن حزم في مسألة تفريق الصفقة بسبب العيب أن المشتري مخير بين إمساك المبيع أو رده، فإن أمسك فلا شيء له وله أن يرد جميع الصفقة لأنه وجد خديعة وغشاً والغش والخديعة حرامان، وليس له أن يمسك ما اشترى ويرجع بقيمة العيب، لأنه إنما له ترك الرضا بما عُين فيه فقط، ولأنه لم يوجب له حقا في مال البائع قرآن ولا سنة بل ماله عليه حرام.⁽¹⁾ ثم إن كل عقد اختلط الحرام فيه بالحلال فهو عنده عقد فاسد.⁽²⁾

ومما تقدّم من أراء فإننا نرى -والله أعلم- أن الأساس في الردّ أنه حق للمشتري وعليه ممارسته بما لا يلحق الضرر بالبائع، ونظرية المعاوضة كفيلة بإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد وفق ذلك، وهذا يقتضي التفرقة بين أنواع العيوب، فإن كان العيب يسيرا فليس للمشتري إلا ردّ المعيب فقط ويلزمه العقد في باقي المبيعات وذلك منعا للإضرار بالبائع بردّ كل الصفقة عليه، أما لو كان العيب فاحشا فله ردّ كل المبيعات لتضرره بإلزامه بالمبيع المعيب لفوات الغرض الذي يبتغيه من وراء هذا العقد، ومع هذا للمشتري ردّ كل المبيعات إن كان المبيع الذي تعيّب هو وجه الصفقة لأن غيره من المبيعات لا يحقّق له ما رغبه من هذا العقد وتخلّف غرضه ضارّ به، وفي هذا إعمال لقاعدة "لا ضرر ولا ضرار" وتحقيق للاستقرار في التعامل ورواج للأموال، ورغم أن القانون لم يتعرّض لحكم ضمان العيب في حالة تعدّد المبيعات مما يوحي بشمول أحكامه لهذه الحالة أيضا، إلا أن الفقه القانوني يرى أن الفسخ يكون للمشتري بشرط ألاّ يلحق ضررا بالبائع، ولهذا يكون له ردّ المعيب أو ردّ كل المبيعات إن كانت الأشياء المبيعة مستقلة عن بعضها بحيث يمكن الانتفاع بكل منها على حدى، وليس له إلا ردّ كل المبيعات إن كان في تفريقها إضرار بالبائع.

وقد كان القانون المصري القديم يقرّر أحكاما لهذه الحالة متأثرا في ذلك بالفقه الإسلامي، إلا أن واضعي القانون الحالي لم يروا النص على ذلك بعلة أن هذه التفاصيل يحسن الرجوع فيها إلى القواعد العامة، وتطبيقها يقتضي أن للمشتري ردّ كل المبيعات أو إمساكها دون أن يكون له ردّ المعيب فقط ولو لم يكن في رده تفريق للصفقة على البائع، إلا أن الفقه القانوني يتحاشى ذلك ويقرّر أحكاما توافق ما عليه الفقه الإسلامي، وإن لم تنسجم مع القواعد القانونية بصدد ضمان العيب.⁽³⁾

(1) : أنظر: ابن حزم. المحلى. ج 7، ص 574 وما بعدها

(2) : أنظر: ابن حزم. المرجع نفسه. ج 7، ص 574

(3) : أنظر: السنهوري. الوسيط - البيع - ج 4، ص 746، هامش 1

الصورة الثانية: تتناول الأشياء المباعة جملة واحدة بحيث ما كان ليُباع أحدهما دون الآخر، وبذلك لا يمكن التفريق والتبويض بينها دون ضرر، مثل ذلك إذا كان البيع وارداً على زوج من الخيل الجرّ عربة⁽¹⁾، أو خُفّين أو مصراعين باب، فالعيب في أحدهما يقتضي ردّها معاً، وهنا نكون بصدد الردّ الكلي.⁽²⁾

2- حالة ما إذا كان البيع يتناول أشياء بعضها أصلي والآخر تبعي :

وفي مثل هذه الحالة نجد أيضاً صورتين هما:

الصورة الأولى: إذا كان العيب في الأصلي دون الفرعي، ففي مثل هذه الحالة لا يتمتع المشتري بحق الردّ الجزئي، إنما يكون له إما الردّ الكلي، وإمّا استبقاء المبيع كلّهُ مع التعويض له فقط، ذلك أن الردّ هنا لا يقتصر على الأصل إنما يمتدّ إلى الفرع أي إلى كل أجزاء المبيع، كما إذا بيعت سيارة مع ملحقاتها، وكان العيب موجوداً في السيارة دون الملحقات فهذا يُجبر المشتري إن اختار الردّ - أن يردّ كل المبيع بأصله وفروعه - كما يُجبر البائع على أخذ كل المبيع، ويتحقق هذا متى كان العيب مؤثراً.⁽³⁾

الصورة الثانية: إذا كان العيب في الفرع والملحقات دون الأصل:

في هذه الحالة المشتري لا يلتزم بردّ كل المبيع ولا يجبر البائع على أخذ كل المبيع، إنما يقتصر الردّ على الجزء المتعيّب فقط، أي على الفرع دون الأصل، مادام هذا لا يلحق ضرراً بالمتبايعين.⁽⁴⁾

ثانياً : حقوق المشتري في حالة الردّ الجزئي :

إذا تحقق الشرط واختار المشتري الردّ الجزئي كان له أن يعود على البائع طبقاً لأحكام الردّ الكلي المنصوص عنها في المادة 375 من القانون المدني الجزائري، فيكون له أن يستردّ قيمة هذا الجزء عند ظهور العيب مع المصروفات، هذا إذا كان البائع حسن النية، أما إذا كان البائع سيّء النية فيتوجّب عليه التعويض مع المصاريف الكمالية.

(1) : أنظر: خواص جويده. الضمان القانوني للعيب الخفي وتخلّف الصفة في عقد البيع. ص 139

(2) : أنظر: السنهوري. الوسيط - البيع - ج 4، ص 746-747، هامش 1، والكاساني. بدائع الصنائع. ج 5، ص 286-287 والسرخسي. المبسوط. ج 13، ص 102

(3) : أنظر: أسعد ذياب. ضمان عيوب المبيع الخفية. ص 202

(4) : أنظر: أسعد ذياب. المرجع نفسه. ص 203

وإذا استحق المشتري التعويض بسبب العيب، فإن هذا التعويض يشمل كل العناصر التي يمكن أن يشملها في حالة الرد الكلي، فيدخل في الاعتبار ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب بسبب الرد الجزئي الناتج عن العيب في جزء من المبيع مع مراعاة نية البائع، فإذا تبين سوء نيته امتد التعويض إلى الضرر غير المتوقع أيضا.⁽¹⁾

المطلب الخامس : دعوى التعويض

رأينا فيما سبق عند دراستنا لدعوى الرد، بأنه يحق للمشتري رد المبيع كلياً أو جزئياً بحسب الحالة واسترداد المبالغ المبيّنة في المادة 375 من القانون المدني الجزائري إذا ثبت للمشتري بأن العيب الذي وجدته في المبيع قد أثر فيه بحيث لو علم بهذا العيب لَمَّا أبرم العقد، ولكن مع ثبوت هذا الحق للمشتري فقد يختار اللجوء إلى الوسيلة الثانية وهي استبقاء المبيع ومطالبة البائع بالتعويض، أما إذا كان العيب لا يؤثر في المبيع بحيث لم تبلغ الخسارة إلى القدر المنصوص عليها في المادة 01/376 من القانون المدني الجزائري، فإن المشتري ليس له سوى المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب العيب عن طريق دعوى التعويض التي سنتعرض لها في هذا المطلب من خلال الفرعين الآتين:

الفرع الأول : مفهوم دعوى التعويض :

تنص الفقرة الثانية من المادة 376 من القانون المدني الجزائري على أنه: (وإذا اختار المشتري استبقاء المبيع أو كانت الخسارة التي لحقته لم تبلغ القدر المشار إليه في الفقرة السابقة لم يكن له سوى المطالبة بحق التعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب نزع اليد عن المبيع).
وغني عن البيان أن هذا النص خاص بضمان الاستحقاق الجزئي، ولكن تطبيقه على ضمان العيب الخفي يكون بموجب المادة 381 من القانون المدني الجزائري التي تحيل إليه، ويتضح من النص أن موضوع الدعوى التي يرفعها المشتري في هذه الحالة هو التعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب العيب ولذلك أسميت بدعوى التعويض بالنظر إلى موضوعها.⁽²⁾

(1) : أنظر: خواص جويده. الضمان القانوني للعيب الخفي وتختلف الصفة في عقد البيع. ص 141

(2) : أنظر: خواص جويده. المرجع نفسه. ص 143

على أن المشرع الفرنسي أطلق على هذه الدعوى اسم دعوى إنقاص الثمن نقلا عن القانون الروماني، حيث كان المشتري في حالة العيب غير الجسيم يحتفظ بالمبيع ويطلب البائع بالفرق بين ثمن المبيع معيبا وثمنه سليما، وهو ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية أيضا.⁽¹⁾

فدعوى إنقاص الثمن هي دعوى يرفعها المشتري في حالة العيب غير الجسيم مع الاحتفاظ بالشيء المبيع فيلزم البائع بموجب هذه الدعوى بردّ جزء من الثمن الذي دفعه المشتري يساوي في مقداره الجزء المعيب من المبيع، ويتم ذلك بتخفيض الثمن بما يوازي الفرق بين ما دفعه المشتري، وبين ما يجب أن يدفع فيما لو كان المبيع معيبا.⁽²⁾

وأنكر البعض إضفاء طابع التعويض على هذا التخفيض، لأن هذا التخفيض محصور بإعادة مقدار الثمن إلى ذلك المبلغ الذي كان المشتري يدفعه لو علم بأن المبيع مصاب بعيب.⁽³⁾

وقد اعتبر البعض الآخر أن دعوى التخفيض ما هي إلا تطبيق لمبدأ تحمّل تبعه هلاك الشيء أي لنظرية المخاطر، ففي العقود الملزمة للجانبين دفع تبعه الهلاك على عاتق المدين بالالتزام، فالعيب الخفي هو بمثابة هلاك جزئي يتحمّله البائع بصفته مدينا بالتزام تقديم مبيع خالٍ من العيوب، ولكن الرأي الذي نرجّحه هو ذلك الذي يعتبر أن الحقّ في طلب التخفيض هو من نوع خاص لا تحكمه القواعد القانونية العادية التي ترعى نشأة العقد وتعديله⁽⁴⁾ مثله مثل دعوى الردّ التي تطرقنا لها سابقا.

وأما في الفقه الإسلامي فإن التخفيض في الثمن يكون كالتالي: (يقوم المبيع سالما ثم يُقوم معيبا، وما كان بين القيمتين من التفاوت يُنسب إلى الثمن المسمّى، ومقتضى تلك النسبة يرجع المشتري على البائع بالنقصان).⁽⁵⁾

(1) : أنظر: المادة 430 و 432 من كتاب مرشد الحيران .

(2) : أنظر: المادة 1644 من التفنين المدني الفرنسي.

(3) : أنظر: أسعد ذياب. ضمان عيوب المبيع الخفية. ص 206-207

(4) : أنظر: أسعد ذياب. المرجع نفسه. ص 207

(5) : أنظر: المادة 346 من مجلة الأحكام العدلية، والمادة 432 من كتاب مرشد الحيران

وانظر أيضا: الكاساني. بدائع الصنائع. ج 5، ص 291، وشرح الخرشي. ج 5، ص 145

والشيرازي. المهذب. ج 2، ص 52، وابن قدامة المقدسي. الشرح الكبير. ج 4، ص 87

أما في التقنين المصري الجديد فإنه جعل تقدير التعويض طبقا للقواعد العامة في جميع الأحوال كما أنه تجنّب أن يجعل التعويض بسبب الاستحقاق الجزئي هو دائما قيمة الجزء الذي انتزعت ملكيته بالنسبة للقيمة الحقيقية للمبيع وقت الاستحقاق⁽¹⁾، وهذا النص الخاص بالاستحقاق الجزئي في المادة 444 مدني مصري هو المطبّق في حالة العيب غير الجسيم حيث لا يكون للمشتري الحق في الردّ، إنما له الحق في التعويض فقط، أو في العيب الجسيم واختار المشتري استبقاء المبيع فيكون له التعويض فقط.

والحكم نفسه بالنسبة للقانون المدني الجزائري، وباستقراء المادتين 376 و381 من القانون المدني الجزائري نجد أن المشرع الجزائري منح للمشتري في حالة العيب غير الجسيم، أو في حالة ما إذا كان العيب جسيما واختار المشتري استبقاء المبيع، الحق في المطالبة بالتعويض عمّا لحقه من ضرر، ولكننا نعتقد أن المشرع قد قصد بالتعويض هنا أيضا الفرق بين قيمة المبيع سليما وقيمتة معيба، وبمصرفات دعوى الضمان إذا اضطره البائع إلى رفعها، وبوجه عام ما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب العيب⁽²⁾، وإذا كان البائع سيء النية التزم بتعويض الضرر المتوقع وغير المتوقع، أمّا إذا كان حسن النية فلا يلتزم إلا بتعويض الضرر المباشر المتوقع فقط.⁽³⁾

الفرع الثاني : حالات دعوى التعويض :

طبقا لنص المادة 02/376 من القانون المدني الجزائري والتي جاء فيها: (وإذا اختار المشتري استبقاء المبيع أو كانت الخسارة التي لحقته لم تبلغ القدر المشار إليه في الفقرة السابقة لم يكن له سوى المطالبة بحق التعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب نزع اليد عن المبيع)، وهذه المادة هي المطبقة في حالة العيب الخفي وتختلف الصفة المشروطة في العقد كما هو واضح من نص المادة 381 من القانون المدني الجزائري فيكون للمشتري الحق في طلب التعويض عن الضرر الذي أصابه بسبب عيب المبيع، وهذا الحق في التعويض منحه المشرع للمشتري طبقا لنص المادة 02/376 مدني جزائري في حالتين، الأولى يكون له هذا الحق على سبيل الخبر، وفي الثانية يكون ملزما باللجوء إلى طلب التعويض وتفصيلا فإن:

(1) : أنظر: السنهوري. الوسيط - البيع - ج4، ص689، هامش 1

(2) : في المادة 01/489 من القانون المدني الجزائري مُنح للمستأجر حق إنقاص الثمن بسبب العيب الموجود بالعين المؤجرة.

(3) : أنظر: السنهوري. المرجع نفسه. ج4، ص742

الحالة الأولى: فهي الحالة التي يكون فيها المبيع إما معيبا بعيب جسيم، بحيث لو علم به المشتري لَمَّا أقدم على الشراء، أو أن هذا المبيع تحلّفت فيه الصفة المشروطة في العقد والتي تعهد البائع بوجودها فيه، فالأصل في هذه الحالة أن المشتري له الحق في ردّ المبيع للبائع واسترداد قيمته طبقا للفقرة الثانية من المادة 376 من القانون المدني الجزائري.

الحالة الثانية: فهي التي يكون المبيع فيها معيبا بعيب لم تبلغ درجة التأثير فيه حدّ الجسامة، بحيث أن المشتري لَمَّا علم به كان بإمكانه إتمام البيع، ولكن بثمان أقل - ففي هذه الحالة لا يستطيع المشتري طبقا للفقرة الثانية من المادة 376 من القانون المدني الجزائري ردّ المبيع للبائع، إنما يكون له فقط الحق في مطالبته بالتعويض عن الضرر الذي أصابه بسبب هذا العيب.

وعلى البائع أن يثبت أن العيب لم يؤثر في المبيع تأثيرا جسيما بحيث لو علم به الشخص لَمَّا أقدم على الشراء إذا استعمل المشتري حقه في الردّ فإذا استطاع البائع أن يثبت ذلك سقط حق المشتري في ردّ المبيع، وكان له حق التعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب العيب طبقا للفقرة الثانية من المادة 376 من القانون المدني الجزائري-

يضاف إلى هاتين حالات أخرى يمكن تطبيقها بالاستعانة بالقواعد العامة منها:

الحالة الثالثة: قد يظهر في المبيع عيب جديد، فهنا نفرّق بين حالة ظهور العيب قبل التسليم، فإن المشتري يكون مخيرا إما أن يردّ المبيع أو يحتفظ به مقابل تعويض له، ويراعى في ذلك كله مدى أثر العيب على المبيع كما سبق، وحالة ظهور العيب بعد التسليم، فإن العيب الجديد يكون مانعا من الردّ بالعيب القديم، ويبقى للمشتري الحق في طلب التعويض عن العيب القديم، ويكون له ذلك سواء حدث العيب بسبب المشتري أو بسبب أجنبي.⁽¹⁾

ويرى بعض الفقهاء أنه إذا حدث عيب جديد بسبب أجنبي أي لا يدّ للمشتري فيه، فإنه يبقى لهذا الأخير الحق في طلب الردّ الكلي، ذلك أن هلاك المبيع بسبب أجنبي يُبقي هذا الحق للمشتري، فمن باب أولى يُبقيه العيب الحادث بسبب أجنبي.⁽²⁾

(1) : أنظر: صاحب عبيد الفتلاوي. ضمان العيوب و تخلف المواصفات في عقود البيع. ص 245

(2) : أنظر: السنهوري. الوسيط - البيع - ج 4، ص 747، وانظر أيضا: صاحب عبيد الفتلاوي. المرجع نفسه. ص 245

إن مثل هذا القول يجعلنا نقع في تناقض بين حالتين:

- **الأولى:** وهي أنه في شروط الضمان لا يضمن البائع إلا العيب الذي وُجد أثناء العقد وقبل التسليم، أما الذي وُجد بعد التسليم فلا ضمان فيه، وإنما يتحمّله المشتري على أساس تبعة الهلاك، فهو عيب في المبيع بعد هلاك جزئي له، وتبعة الهلاك بعد التسليم تقع على المشتري طبقاً للتقنين المدني الجزائري.

- **الثانية:** وهي طبقاً لهذا القول - فتحمّل البائع ضمان العيب الذي يظهر بسبب أجنبي بعد التسليم- وإذا سلّمنا بهذا وحملنا البائع ضمان العيب الجديد الذي لا دَخَلَ للمشتري فيه، نكون قد أزلنا الضرر عن المشتري وحوّلناه إلى البائع، وكما هو معروف في الفقه الإسلامي لا يزال الضرر بالضرر، وعلى هذا يكون للمشتري في حالة ظهور عيب جديد سواء بسببه أو بسبب أجنبي الحق في طلب التعويض فقط، ويكون له الحق في طلب الردّ إذا زال العيب الجديد.⁽¹⁾

وأما في الفقه الإسلامي فقد برز في مسألة ظهور عيب جديد عند المشتري وأثرها على الردّ، ففيها أربعة مذاهب نجملها فيما يأتي:

المذهب الأول: وهو مذهب الحنفية ورواية عن أحمد، وفيه يروّون أنه إذا ما حدث عيب جديد عند المشتري ثم أطلع على عيب قديم في المبيع سقط حقه في الردّ وله أن يرجع على البائع بنقصان العيب القديم فقط أو إن رضي البائع برده عليه فله ذلك.⁽²⁾

قال ابن نجيم: (ومن اشترى ثوبا فقطعه فوجد به عيبا رجع بالعيب أي بنقصان العيب القديم، لأن القطع عيب حادث، وإن قبله البائع كذلك فله ذلك لأن الامتناع لحقه وقد رضي به).⁽³⁾ ويعلّل الحنفية ذلك بأن القول بالردّ يلحق الضرر بالبائع الذي خرج المبيع من عنده بعيب واحد وسيرجع إليه بعينين، وقالوا: (إن من شروط الردّ أن يكون المردود عند الردّ على الصفة التي كان عليها قبل القبض، ولذا لا يُعطى المشتري إلا قيمة النقص التي خلفها العيب، وأما إن قبل البائع بالمبيع معيبا فله ذلك، لأنه يكون قد أسقط حقه في الردّ بالعيب من جهته).

(1) : أنظر: المواد (345، 347 و 350) من مجلة الأحكام العدلية، والمواد (537، 538) من مرشد الخيران.

(2) : أنظر: السرخسي. المبسوط. ج13، ص34، وابن نجيم. البحر الرائق. ج6، ص53، والبهوتي. كشف القناع. ج3،

(3) : أنظر: ابن نجيم. المرجع نفسه. ج6، ص53

المذهب الثاني: وفيه يرى الشافعية أن للمشتري الخيار بين الإمساك أو ردّ السلعة وأرّش العيب الذي حدث عنده، ويستدلّون في هذا الرأي بما جاء في حديث الشاة المصراة⁽¹⁾ حيث جعل للمشتري الخيار بين الإمساك أو الردّ مع صاعٍ من تمرٍ مقابل عيب إنقاص اللبن.

المذهب الثالث: وهو رأي المالكية⁽²⁾ ورواية عن الحنابلة⁽³⁾ ويخيرون فيه المشتري بين أن يمسك ويرجع بقيمة العيب، وبين أن يرّد المبيع بقيمة العيب الذي حدث عنده، ويرتجع جميع الثمن. ويستند المالكية في إرجاع المبيع مع الأرّش إلى حديث الشاة المصراة، ووجه الدليل أنه لما أتلّف المتاع اللبن، وبقي سائر الحيوان جعل بالخيار بين أن يغرّم ما أتلّف ويردّ الحيوان، وبين أن يمسكه. ومما يستدلّون به أيضا أن المشتري هو الأوّل بالمراعاة في العقد لأنه لم يظهر منه تدليس بالعيب كالبائع.

وأما دليلهم في الإمساك مع أخذ الأرّش فهو أن العيب فوّت جزءا من منفعة المبيع فيستعاض عنه بالأرّش.

المذهب الرابع: وينفرد به الظاهرية حيث يذهبون إلى تخيير المشتري بين الإمساك أو الردّ دون تعويض عن العيب القديم أو الحادث لأحد الطرفين.

جاء في المحلى: (ومن اشترى سلعة فوجد بها عيبا وقد كان حدث عنده فيها عيب من قبل الله تعالى أو من فعله أو من فعل غيره فله الردّ كما قلنا أو الإمساك ولا يرّد من أجل ما حدث عنده شيئا، ولا من أجل ما أحدث هو فيه شيئا، لأنه في ملكه وحقّه لم يتعدّ، ولا ظلم فيه أحدا، فله ما قد وجب له من ردّ الغبن الذي ظلم فيه لأنه لم يوجب عليه في ذلك غرامة قرآن ولا سنّة).⁽⁴⁾

والرأي الذي نراه هو سقوط حق المشتري في الردّ ويرجع على البائع بنقصان العيب القديم فقط متى كان البائع حسن النية وإن رضي البائع برّد المبيع المعيب فله ذلك، وأما إن كان البائع سيء النية فيثبت للمشتري الخيار بين الردّ بقيمة العيب الذي عنده ويرتجع جميع الثمن، أو يمسك المبيع ويرجع بقيمة العيب استنادا إلى حديث الشاة المصراة.

(1) : سبق تخريجه، أنظر: ص 103

(2) : أنظر: الخرشي. شرح مختصر خليل. ج 5، ص 140

(3) : أنظر: البهوتي. كشاف القناع. ج 3، ص 221

(4) : أنظر: ابن حزم. المحلى. ج 7، ص 584

الحالة الرابعة: تصرف المشتري في المبيع: من البديهي أن يتصرف المشتري في الشيء المبيع الذي اشتراه من البائع، وتصرفه هذا قد يكون له أثر على دعوى الضمان وفي هذا مسألتان:

- المسألة الأولى: تصرف المشتري في المبيع بعد اطلاعه على العيب: وفي مثل هذه الحالة يعتبر البائع راضيا، وعدُّ هذا التصرف تنازلا ضمينا منه عن حقه في الضمان.

- المسألة الثانية: تصرف المشتري في المبيع قبل اطلاعه على العيب: وفي هذه الحالة لا يكون له إلا الرجوع بالتعويض على البائع، ويسقط حقه في الردّ، والعلّة في ذلك أن المبيع قد خرج من ملكه ويُتعدّر عليه أن يستردّه ممّن اشتراه لأنه ضامن للتعرّض، والاسترداد والضمان لا يجتمعان كما هو معلوم لدينا، فلا يبقى أمام المشتري الأول إلا الرجوع على بائعه بتعويض عن الضرر الذي أصابه بسبب العيب⁽¹⁾، ولكن في حالة ما إذا رجع المشتري الثاني على المشتري الأول بالضمان بدعوى الردّ الكلي، في هذه الحالة يحقّ لهذا الأخير (المشتري الأول) الرجوع على بائعه بالضمان لأن المانع قد زال ويكون له الحق في طلب الردّ الكلي أو الجزئي حسب أثر العيب في المبيع.

ونفس الشيء يمكن أن يقال عند تصرف المشتري الأول بالمبيع قبل علمه بالعيب تصرفا غير ناقل للملكية كترتيب حق للغير عليه، كحق ارتفاق أو حق انتفاع أو حق رهن، حيث يستطيع المشتري الأول إعادة المبيع المعيب إلى البائع عند رده إليه شرط عدم مرور مدة رفع الدعوى التي لا تُسمع دعوى الضمان بانتهائها⁽²⁾.

وحُكم هذه المسألة في الفقه الإسلامي فقد اختلف الفقهاء هنا في تحديد حق المشتري في الرجوع بنقصان العيب وردّ المبيع المعيب بين مضيّق وموسّع، فقد جاء في بدائع الصنائع ما نصه: (ولو لم يعلم بالعيب حتى تصرف فيه (أي بالمبيع) تصرفا يمنع الردّ ثم علم فإن كان التصرف مما لا يُخرّج السلعة عن ملكه يرجع بالنقصان... وإن كان التصرف مما يُخرّج السلعة عن ملكه كالبيع ونحوه لا يرجع بالنقصان)⁽³⁾.

(1) : أنظر: السنهوري. الوسيط - البيع - ج4، ص748-749

وانظر أيضا: صاحب عبيد الفتلاوي. ضمان العيوب وتختلف المواصفات في عقود البيع. ص249

(2) : أنظر: السنهوري. المرجع نفسه. ج4، ص749-750

(3) : الكاساني. بدائع الصنائع. ج5، ص291

وذهب جانب آخر من الفقه الإسلامي إلى إطلاق حق المشتري في الحصول على أرش العيب عند تصرفه بالمبيع المعيب قبل العلم بالعيب.⁽¹⁾

أما حق المشتري في ردّ المبيع المعيب فقد ورد في كتاب المغني ما نصه: (إذا اشترى معيبا فباعه سقط ردّه لأنه قد زال ملكه عنه فإن عاد إليه، فأراد رده بالعيب الأول نظرنا ... وإن لم يكن علم بالعيب فله ردّه على بائعه، وقال أبو حنيفة ليس له ردّه إلا أن يكون المشتري فسخ بحكم الحاكم لأنه سقط حقه من الردّ بباعه، فأشبهه ما لو علم بعيبه، ولنا أنه أمكنه استدراك ظلامته برده فملك ذلك كما لو فسخ الثاني بحكم حاكم أو بما لو لم يزل ملكه عنه ولا نسلم بسقوط حقه، وإنما امتنع لعجزه عن ردّه، فإذا عاد إليه زال المانع فظهر جواز الردّ كما لو امتنع الردّ لغيبة البائع أو لمعنى سواه).⁽²⁾

كما أنه من البديهي أيضا أن المشتري للشيء المبيع يكون عادة بغرض استعماله، واستعمال المبيع قد يؤدي إلى تحوّله إلى شيء آخر، وهذا التحوّل قد يكون بالنقصان في الشيء المبيع، ففي هذه الحالة إذا تحوّل المبيع وهو في يد المشتري سواء كان التحوّل بفعل المشتري أو بسبب أجنبي فإن كان بعد اطلاعه على العيب سقط حقه في الضمان، وإن كان قبل اطلاعه على العيب سقط حقه في الردّ فقط، ويكون له الرجوع على البائع بالتعويض عن الضرر الذي أصابه بسبب العيب⁽³⁾، ويُمنع عنه الردّ في هذه الحالة إذا كان تحوّل المبيع بسبب استعماله له أثره في نقص قيمة المبيع، أما إذا لم يكن له أثر، أو كان الأثر تافها كان له الردّ، وكون الاستعمال قد أنقص من قيمة المبيع نقصا كبيرا من مسائل الواقع التي تخضع لتقدير قاضي الموضوع.⁽⁴⁾

هذه هي أهم الحالات التي يُمتنع على المشتري فيها ردّ المبيع للبائع ولا يكون له إلا الحق في طلب التعويض طبقا للفقرة الثانية من المادة 376 من القانون المدني الجزائري، لكنه إذا زال مانع الردّ عاد للمشتري حقه في ردّ المبيع واسترداد قيمته.

وإذا كان للمشتري طبقا للقواعد الخاصة بضمان العيب وأحكامه الحق في طلب الردّ والحق في طلب التعويض، فهل يحقّ له أن يلجأ إلى طلب التنفيذ العيني عن طريق إصلاح العيب من جهة أو استبدال المبيع بآخر صحيح من جهة أخرى؟ وهو ما سنتطرق إليه في الفرع الموالي:

(1) : أنظر: البهوتي. كشاف القناع. ج3، ص223

(2) : أنظر: ابن قدامة. المغني. ج4، ص119-120

(3) : أنظر: السنهوري. الوسيط - البيع - ج4، ص749

(4) : أنظر: حسن فرج. عقد البيع والمقايضة. ص496، بند 261

الفرع الثالث : طلب التنفيذ العيني :

أولاً : في عقد البيع :

إن أحكام ضمان العيب لم يرد فيها شيء من هذا القبيل أو نص خاص يمنح للمشتري مثل هذا الحق، ومع ذلك فإن الفقه متفق على أن للمشتري الحق في طلب التنفيذ العيني متى كان ذلك ممكناً وغير مرهق لكاهل البائع بنفقات باهظة، وأن يتم ضمن مهلة معقولة وإلا كان على المشتري اللجوء إلى قواعد الضمان المنصوص عليها، وللقاضي في هذا سلطة تقديرية، فلا يمكنه أن يرهق كاهل البائع عن طريق فرض إصلاحات تكلفه أكثر من التعويض أو ردّ المبيع⁽¹⁾، فإذا رأى القاضي أن التنفيذ العيني في صالح البائع والمشتري ألزم البائع بتنفيذه⁽²⁾، وإذا رفض البائع إصلاح العيب كان للمشتري الحق في تنفيذه بنفسه بعد ترخيص من القاضي، ويكون تنفيذه على نفقة البائع⁽³⁾.
وإذا قام المشتري بإصلاح العيب على نفقة البائع كما تقدم، وإذا حصل نزاع حول القيمة التي استوجبها تصليح المبيع المعيب، فيمكن في هذه الحالة الاستعانة بأهل الخبرة لتقدير قيمة ما أنفق في إصلاح العيب⁽⁴⁾.

وإذا ظهر العيب مجدداً بشكل لا يمكن إزالته فيكون للمشتري الحق في مطالبة البائع بالضمان ويكون له إما الردّ أو التعويض⁽⁵⁾.

وأما إذا كان التنفيذ العيني يتمثل في استبدال المبيع المعيب بآخر سليم غير معيب، وهذا يمكن تطبيقه إذا كان المبيع المعيب من المثليات وفي هذه الحالة لا يكون للمشتري إلا الحق في طلب تسليم كمية أخرى من النوع نفسه خالية من تلك العيوب.

(1) : أنظر: أسعد ذياب. ضمان عيوب المبيع الخفية. ص 210

وانظر أيضاً: خواص جويده. الضمان القانوني للعيب الخفي وتختلف الصفة في عقد البيع. ص 158

(2) : أنظر: المادة 164 من القانون المدني الجزائري.

(3) : أنظر: المادة 170 من القانون المدني الجزائري.

(4) : أنظر: أسعد ذياب. المرجع نفسه. ص 210-211

(5) : Obs: Alter. L'obligation de délivrance dans la vente des meubles corporels.

وقد جرت العادات التجارية على القبول بهذا الاستبدال شرط أن يتم بسرعة حتى لا يصطدم برفض البائع.⁽¹⁾

غير أنه ينبغي أن نثير من ناحية أخرى مراعاة ما قد يقع له من أضرار، ولهذا يبقى له حق المطالبة بالتعويض⁽²⁾ عند الاقتضاء طبقا للقواعد العامة، وهكذا نرى أنه إلى جانب أحكام الضمان القانوني التي منحها المشرع للمشتري، فإن له طبقا للقواعد العامة أن يتمتع بحقوق أخرى منحها له المشرع بنصوص صريحة.

ثانيا : في عقد الإيجار :

يتمثل التنفيذ العيني في عقد الإيجار بالتزام المؤجر بضمان العيب بإزالة هذا العيب من العين المؤجرة، أو إبدال الشيء المعيب بشيء سليم حال من العيوب.

وقد نص المشرع الجزائري صراحة في المادة 01/489: (إذا وُجد بالعين المؤجرة عيب يتحقق معه الضمان يجوز للمستأجر حسب الظروف أن يطلب فسخ عقد الإيجار أو إنقاص الثمن، وله كذلك أن يطلب إصلاح العيب أو أن يقوم هو بإصلاحه على نفقة المؤجر إذا كان الإصلاح لا يكون نفقة باهظة عليه). وهو ما يتوافق مع نص المادة 577 من القانون المدني المصري، كما أنه لا يوجد ما يمنع من استبدال الشيء المؤجر المعيب إذا كان منقولاً.⁽³⁾

فوفقا للنص السابق فإن المستأجر يستطيع مطالبة المؤجر بإصلاح العيب في العين المؤجرة أو أن يقوم المستأجر بنفسه بهذا الإصلاح على نفقة المؤجر بعد الحصول على ترخيص من القضاء⁽⁴⁾، وقد يقوم المستأجر بذلك دون ترخيص من القضاء إذا توافرت الشروط الآتية:

- 1- أن يكون الإصلاح مستعجلا سواء كان العيب قديما أو حديثا.
 - 2- أن يكون المستأجر قد أعذر المؤجر بذلك.
 - 3- تأخر أو تخلف المؤجر عن القيام بالإصلاح بعد الإعذار بوقت مناسب يحدده المستأجر.
- ويُشترط لتطبيق ذات النص من المادة 01/489 من القانون المدني الجزائري ألا يكون الإصلاح باهظا للمؤجر.

(1) : أنظر: أسعد ذياب. ضمان عيوب المبيع الخفية. ص 211

(2) : أنظر: المادة 02/166 من القانون المدني الجزائري.

(3) : أنظر: أحمد علي خليف العويدي. التزام المؤجر بالضمان في القانونين المصري والأردني. ص 257

(4) : أنظر: المادة 480 من القانون المدني الجزائري.

والسؤال الذي يثور في هذا الصدد متى يعتبر إصلاح العيب باهظا بالنسبة للمؤجر والذي على ضوءه لا يلزم المؤجر بإجراء الإصلاحات ؟

ولالإجابة على هذا التساؤل يرى بعض الفقهاء أن المؤجر لا يلزم بإجراء الإصلاحات إذا كانت نفقات الإصلاح لا تتناسب مع أجرة العين المعيبة⁽¹⁾ إلا أن الفقه لم يبيّن المقصود بذلك هل هو الأجرة الشهرية أم السنوية التي يجري معها التناسب.⁽²⁾

ويرى البعض الآخر أن الأمر متروك لقاضي الموضوع يحدده في كل قضية حسب الظروف والملايسات والوقائع.⁽³⁾

والذي نراه -والله أعلم- هو ضرورة تدخّل المشرع لتحديد متى يكون الإصلاح باهظا ونقترح تحديد ذلك بأن لا يزيد مقدار الإصلاح عن أجرة سنة، إذ أن ترك الأمر لسلطة قاضي الموضوع ينتج عنه أحكام واجتهادات مختلفة، ومن أمثلة ذلك وجود تباين شديد في بعض الأحكام الصادرة عن ذات المحكمة، فعلى سبيل المثال: محكمة النقض السورية اعتبرت نفقات الإصلاح باهظة ومرهقة للمؤجر إذا تجاوزت هذه النفقات عن بدل الإيجار لمدة تزيد عن سنة.⁽⁴⁾

وفي أحكام أخرى يجب أن تعادل هذه النفقات أجرة سنة ونصف لكي تكون باهظة⁽⁵⁾، وقد اعتبرت في أحكام أخرى النفقات باهظة إذا تجاوزت نفقات بدل الإيجار لمدة تزيد عن سنتين.⁽⁶⁾ كما أنه يضاف إلى التنفيذ العيني في عقد الإيجار وهو إصلاح العين المؤجرة، فإن من حق المستأجر أن يطالب بالتعويض عما لحقه من ضرر العيب ما لم يثبت أن المؤجر كان يجهل وجود العيب.⁽⁷⁾

(1) : أنظر: السنهوري. الوسيط - الإيجار والعارية- المجلد الأول، ج6، ص447، هامش 1، والمادة 164 من القانون المدني الجزائري.

(2) : أنظر: محمود جمال الدين ركي. عقد الإيجار في التقنين المدني المصري. مركز جامعة القاهرة للطباعة والنشر، 1998م، ص323، هامش 8

(3) : أنظر: أحمد علي خليف العويدي. التزام المؤجر بالضمان في القانونين المصري والأردني. ص257

(4) : أنظر: مجلة المحامون لسنة 1979، ص192، ومجلة المحامون لسنة 1974، ص225

(5) : أنظر: مجلة المحامون لسنة 1978، ص131 و ص383

(6) : أنظر: مجلة المحامون لسنة 1977، ص67، ومجلة المحامون لسنة 1978، ص132

(7) : أنظر: المادة 02/489 من القانون المدني الجزائري.

المبحث الثالث : سقوط الضمان

وتظهر في أهم العناصر الآتية:

المطلب الأول : مرور المدة التي يُسمح برفع الدعوى خلالها

حرص المشرع على تحديد مدة لرفع دعوى الضمان، هذه المدة متّسمة بالقصر حتى لا يكون البائع مهتداً بهذا الضمان أمداً طويلاً، ولكي يؤدي ذلك إلى استقرار التعامل، فلا يكفي أن يتحقق المشتري أو يُخطر البائع بما يكشفه من عيوب، بل يجب عليه أن يرفع دعوى الضمان خلال المدة التي حددها القانون حيث جاء في المادة 01/383 من القانون المدني الجزائري⁽¹⁾ أن مدة رفع دعوى الضمان في العيوب الخفية هي سنة واحدة من يوم التسليم حتى ولو لم يكتشف المشتري العيب إلا بعد انقضاء هذا الأجل ما لم يلتزم البائع بالضمان لمدة أطول.

وسواء كان الشيء المعيب موضوع الضمان منقولاً أو عقاراً فالمدة واحدة لا تتغير، والغرض

من تقصير هذه المدة يظهر في:

1- أن إثبات العيب يصبح عسيراً إن لم يكن مستحيلاً إذا مضى عليه وقت طويل.
2- يتركز على تأمين الاستقرار في التعامل - كما تقدّم- وبعث الثقة بين المتعاقدين، فلا يبقى البائع مهتداً بالضمان في أي وقت ولزمن طويل، وبظل مصير العقد عرضة للزوال، مما يؤثر في استقرار المعاملات.

3- ثم إن مرور وقت طويل على استعمال المبيع دون ادعاء يعني أنه قد أدى كامل وظيفته وحاز على رضا المشتري، وإلاّ لكان هذا الأخير ادعى بسرعة الضمان، وهذا ما يبرز المعيار الوظيفي للعيوب، وهذه المهلة القصيرة تطبّق على الدعوى المباشرة التي يقيمها المشتري على بائعه أو على الدعوى التي يقيمها المشتري الثانوي على بائع بائعه، كما أنها تسري على دعوى الضمان سواء قدّمت كدعوى أصلية أو على سبيل الدافع.⁽²⁾

(1) : يقابل هذه المادة، المادة 01/452 من القانون المدني المصري

(2) : أنظر: السنهوري. الوسيط - البيع - ج4، ص751-752

وإذا كان المشرع الجزائري، قد حدد مدة الضمان بسنة واحدة من يوم التسليم فإن هذا المبدأ العام ممكن الخروج عنه باستثناء، وذلك في حالتين اثنتين:

الحالة الأولى: يستفيد المشتري بدعوى الضمان لمدة أطول إذا اتفق مع البائع على تمديد مدة الضمان.⁽¹⁾

الحالة الثانية: وهي حالة تعمد البائع إخفاء العيب عن غش منه، فإذا أثبت المشتري أن البائع أخفى العيب عن غش منه⁽²⁾، فلا يستطيع البائع أن يتمسك بالنسبة لتمام التقادم، بل تبقى الدعوى سارية المفعول إلى أكثر من سنة، وبالتحديد مدة خمسة عشرة سنة كما في القواعد العامة، ومدة خمسة عشرة سنة تُحتسب من وقت البيع لا من وقت التسليم.⁽³⁾

ومدة السنة تُحتسب من يوم التسليم الفعلي لا الحكمي لأن هذا النوع من التسليم تنتقل فيه الحيازة المادية إلى المشتري، أين يتمكن هذا الأخير من فحص المبيع والتحقق من سلامته أو اكتشاف عيوبه إذا كانت به عيوب، بينما التسليم الحكمي لا يؤدي هذه الوظيفة، لذا فهو مستبعد ولو لم ينص القانون عن ذلك صراحة، فالتسليم الحكمي يُعتدُّ به فقط في حالة تبعة الهلاك.

وباكتشاف العيب يستلزم إخطار البائع بذلك خلال مدة معقولة وهذا الإجراء يكون قبل رفع الدعوى، ثم بعد ذلك تُرفع الدعوى، وإذا تقادمت دعوى الضمان هذه سواء تعلّق الأمر بعيب خفي أو بتخلّف صفة مشروطة في المبيع متفق عليها في العقد بمرور سنة عن ميعاد رفعها سقط حق المشتري فيها لو انقضت مدة السنة إذا أثبت المشتري غش البائع، وبذلك فدعوى ضمان العيوب الخفية تتفق في جملتها مع المذهب الشافعي الذي يرى أن على المشتري واجب المبادرة في إخطار البائع بالعيب الذي اكتشفه.⁽⁴⁾

(1) : أنظر: المادة 384 من القانون المدني الجزائري.

(2) : أنظر: المادة 02/383 من القانون المدني الجزائري.

(3) : أنظر: السنهوري. الوسيط - البيع - ج4، ص753

(4) : أنظر: محمد الزحيلي. العقود المسماة. دار الكتاب، 1989م، ص350

وأن خيار العيب يجب أن يقرره المشتري فوراً⁽¹⁾ وأن تأخير له واستعماله يُسقط حقه في الردّ، لأن الأصل لزوم البيع⁽²⁾ والقول الذي ذكرناه ما هو بحسب المعتاد فلا يُطلب من المشتري المسارعة خلافاً للمعتاد⁽³⁾، بينما ذهب إليه المذهب الحنفي⁽⁴⁾ والحنبلي⁽⁵⁾ والمالكي⁽⁶⁾ والظاهرية⁽⁷⁾. وردّ في بداية المجتهد: (أما مدة الخيار عند الذين قالوا بجوازه فرأى مالك أن ذلك ليس له قدر محدود في نفسه، وأنه إنما يُتقدّر بقدر الحاجة إلى اختلاف المبيعات وذلك يتفاوت بتفاوت المبيعات، فقال: مثل اليوم واليومين في اختيار الثوب والجمعة وخمسة أيام في اختيار الجاري، والشهر ونحوه في اختيار الدار).⁽⁸⁾

كما أنه من الأهمية بمكان أن نبين التفرقة بين دعوى التعويض التي يرفعها المشتري على البائع للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به نتيجة إخلال البائع بالتزاماته التعاقدية الناشئة عن عقد البيع، وبين دعوى ضمان العيوب الخفية فتسقط بمضيّ سنة من وقت تسلّم المشتري للمبيع. وفي هذا تقول محكمة النقض المصرية: (أنه إذا كانت دعوى الطاعن (المشتري) حسبما يتضح من مضمونها وممرها هي مطالبة بئعه بتعويض الأضرار التي لحقت نتيجة إخلال هذا البائع بالتزاماته التعاقدية الناشئة عن عقد البيع والمتمثلة في توفير مياه الري من حيث كميتها وضغطها اللازمين لتشغيل أجهزة الريّ المحوري طبقاً للعقد المبرم بينهما، فإنه بذلك لا تعتبر دعوى بضمان العيوب الخفية الكامنة في المبيع والتي يجب على المشتري المبادرة إلى إخطار البائع بها طبقاً لنص المادة 449 من القانون المدني، ثم يرجع عليه بدعوى الضمان خلال مدة سنة من وقت تسليم المبيع وإلا سقطت بالتقادم، وذلك على النحو المبين في المادة 452 من ذات القانون، بل هي دعوى رجوع بها

(1) : المراد بالفور: ما لا يُعدُّ تراضياً في العادة فلا يمنع الردّ ، فلو اشتغل بصلاة دخل وقتها أو أكل ونحوه فلا يكون تراضياً في العادة.

أنظر: الشريبي. مغني المحتاج. ج2، ص436

(2) : أنظر: الشريبي. المرجع نفسه. ج2، ص436، وأيضاً: الرملي. نهاية المحتاج. ج4، ص47

(3) : أنظر: سنان خليل سلامة الشطناوي. مسقطات ضمان العيب في عقد البيع في القانون المصري والقانون الأردني. ص130

(4) : أنظر: ابن عابدين. الحاشية. ج5، ص32

(5) : أنظر: ابن قدامة. المغني. ج3، ص498-499

(6) : أنظر: ابن رشد. بداية المجتهد. ج3، ص225

(7) : أنظر: ابن حزم. المحلى. ج7، ص314

(8) : أنظر: ابن رشد. المرجع نفسه. ج3، ص225

الطاعن على المطعون ضدّهم بمقتضى الأحكام العامة للمسؤولية العقدية تخضع الدعوى بشأنها للأحكام العامة في تقادم الدعاوي وهي خمس عشرة سنة من وقت إخلال البائع بالتزامه، وإذا خالف الحكم المطعون فيه في هذا النظر واعتبر دعوى الطاعن ضمان عيب وأعمل في شأنها تقادم هذه الدعوى المنصوص عليه في المادة 452 المشار إليها ورتب على ذلك الحكم بسقوطها، فإنه يكون قد أخطأ فهم الواقع في الدعوى جرّه إلى الخطأ في تطبيق القانون وحجية عن بحث وتمحيص طلبات الطاعن.⁽¹⁾

المطلب الثاني : هلاك المبيع ومدى سقوط حق المشتري في دعوى الضمان

طبقا للقواعد العامة وفي العلاقة بين البائع والمشتري أن تحصل تبعة الهلاك على من بيده الشيء، فإذا كان المبيع بيد المشتري وهلك فإن هلاكه يكون على المشتري، ولا يكون له الحق في الرجوع على البائع بالتعويض إلا إذا كان الهلاك بسبب البائع، أي كان للبائع دخل في هذا الهلاك، وإذا كان المبيع بيد البائع وهلك فهلاكه يكون على البائع، وبذلك يفسخ العقد إلا إذا كان للمشتري دخل في هذا الهلاك.

فإذا كان هلاك المبيع بعد التسليم على عاتق المشتري طبقا للقواعد العامة - كما رأينا-، فهل يسقط حق المشتري في مطالبة البائع بالضمان للعيب الخفي إذا هلك المبيع المغيب بعد أن تسلّمه المشتري؟

جاء في المادة 382 من القانون المدني الجزائري على أنه: (تبقى دعوى الضمان مستمرة ولو هلك الشيء المبيع، وبأي سبب كان).⁽²⁾

فهذه المادة تمنح للمشتري الحق في دعوى الضمان وفي متابعتها والغرض من هذا النص أن المشتري اكتشف العيب في المبيع قبل هلاكه وبادر في رفع دعوى الضمان ضدّ البائع بعد إخطاره، وقبل صدور حكم الضمان، فالدعوى في هذه الحالة وطبقا لنص المادة 382 من القانون المدني الجزائري لا تلغي ولا تبطل الدعوى وإنما تبقى مستمرة وللمشتري الحق فيها.

ولكن ما يؤخذ على نص المادة 382 من القانون المدني الجزائري أنه جاء عاماً ومطلقاً مما يؤدي عند تفسيره إلى تحميله أكثر مما يحتمل.

(1) : عبيد مجول العجمي. تطوير الالتزام بضمان العيوب الخفية بشأن منتجات التقنيات الحديثة. ص 157-158

(2) : المادة 382 من القانون المدني الجزائري، يقابلها المادة 451 من القانون المصري.

فهذا النص لم يحدد حالات الهلاك التي تبقى معها دعوى الضمان سارية المفعول، كما أنه لم يبيّن أثر الهلاك بالنسبة لحق المشتري في الضمان، فكما هو معروف قد يهلك الشيء المبيع بسبب أجنبي كالقوة القاهرة وفعل الغير، كما قد يهلك بسبب البائع أو المشتري، وإلى جانب هذا كله قد يهلك أيضا بسبب العيب الموجود فيه، وطبقا لنص المادة 382 فإنه ينالها غموض، فالبعض يفسرها على أن هلاك المبيع المعيب بأي سبب كان لا يؤثر على استمرار دعوى الضمان، والبعض الآخر يفهمها على أن للمشتري الحق في الرجوع بالضمان على البائع إذا هلك المبيع بسبب من هذه الأسباب، والافتراض هنا أن الهلاك بعد التسليم، وبعد رفع دعوى الضمان ضد البائع، وتبعاً لذلك يكون له الحق في طلب الردّ الكلي إذا كان الهلاك كلياً أو الردّ الجزئي إذا كان الهلاك جزئياً، أو طلب التعويض إذا اختار استبقاء ما تبقى من المبيع.

إن تفسير النص بهذه الطريقة فيه إفراط في السماح للمشتري بالرجوع على البائع بالضمان، فإذا كان القول بإعطاء المشتري حق الرجوع على البائع بالضمان في حالة ما إذا هلك المبيع بسبب العيب القديم، فإنه ليس من العدالة في شيء أن يرهق البائع، وذلك بالسماح للمشتري في الرجوع عليه بالضمان إذا ما هلك المبيع تحت يده بسببه أو بسبب القوة القاهرة أو العيب الحادث، فهذا يتعارض ويصطدم اصطداماً حقيقياً مع أحكام ضمان العيب الخفي التي نظمها المشرع بقواعد خاصة، وأحكام تبعة الهلاك التي تقضي بأن هلاك المبيع بعد التسليم يكون على المشتري، وقبل التسليم يكون على البائع.

لذا نرى في حالة هلاك المبيع المعيب بعد رفع الدعوى وقبل صدور الحكم أن تراعي قواعد الضمان مع قواعد تبعة الهلاك، فإن هلك المبيع بسبب أجنبي بعد رفع الدعوى وكان العيب جسيماً فالمفروض وطبقاً لقواعد الضمان أن المشتري له الحق في ردّ المبيع للبائع واسترداد قيمته، أو إذا اختار استبقاء المبيع كان له الحق في التعويض عن الضرر الذي أصابه بسبب العيب، وبما أن المبيع قد هلك وهو بيد المشتري بسبب أجنبي لا دخل للبائع فيه، فإن المشتري يمتنع عليه ردّ المبيع لاستحالة الردّ بسبب هلاك المبيع، فلا يبقى له سوى الحق في التعويض عن الضرر الذي أصابه بسبب العيب. أما إذا كان الهلاك بسبب يعود للبائع ولمن هو مسؤول عنهم كان للمشتري الحق في التعويض الكامل.

إن تفسير نص المادة 382 من القانون المدني الجزائري بغير هذا المعنى يعود بنا إلى القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم، ففي ظل هذين القانونين كان البائع غير معفٍ من الضمان في حالة هلاك المبيع بسبب قوة قاهرة إلا إذا كان مردّ ذلك إلى خطأ المشتري. وإذا كان هذا هو الحكم في القانون الفرنسي القديم، فإن القانون الفرنسي الجديد في المادة 1647 أتى بصورة عكسية لِمَا سبق، فأعفى البائع من الالتزام بالضمان في حالة هلاك المبيع بسبب قوة قاهرة، فلا يحق للمشتري الرجوع عليه لا باسترداد الثمن ولا بتخفيضه. وهكذا نرى أن المادة 1647 من القانون المدني الفرنسي قد أغلقت الباب في وجه المشتري وأسقطت حقه في الضمان نهائيا إذا هلك البيع بسبب أجنبي، حتى ولو هلك الشيء معيبا، إلا إذا كان العيب هو سبب الهلاك.⁽¹⁾ وبسبب نص المادة 1647 من القانون المدني الفرنسي انقسم الفقه الفرنسي إلى فريقين، فريق أيد نص هذه المادة وفريق عارضه:

الفريق الأول: يرى أنه إذا حدث وهلك المبيع فهلاكه يكون على المشتري طبقا للقواعد العامة التي تضع تبعه الهلاك على عاتق المشتري بغض النظر عن وجود العيب أو عدم وجوده، زيادة على ذلك أنه يُتعدّر معرفة ما إذا كان المبيع قد هلك بسبب العيب أو بسبب أجنبي، وهذا من الصعب إثباته، وأمام هذه الاستحالة وتفضيلا للحلول العملية ضحّى المشرع بمصلحة المشتري لصالح البائع.⁽²⁾

الفريق الثاني: فيرى أن حكم المادة 1647 من القانون المدني الفرنسي هو خروج عن القواعد العامة من جهة وعن القانون الروماني من جهة أخرى، فليس من العدل أن يتحمل المشتري هلاك المبيع، بل أن العدالة تستوجب أن يعود المشتري على البائع بقيمة ما كان ينقص العيب من مقدار الثمن الذي دفعه لقاء المبيع، وبذلك لا يحصل البائع إلا على قيمة المبيع المعيب، ما زاد عن ذلك فهو من حق المشتري وإلا أُثري البائع على حساب المشتري، وهذا يتناقض مع القواعد العامة وقواعد العدالة.⁽³⁾

(1) : أنظر: خواص جويدة. الضمان القانوني للعيب الخفي وتخلف الصفة في عقد البيع. ص 179

(2) : Obs: Baudry et Soignant. Traité théorique de droit civil. 3ème Ed "de la vente et de l'échange". N° 349.

(3) : Obs: Laurant. Principe de droit civil. 3 ème Ed. Page 300.

وانظر أيضا: صاحب عبيد الفتلاوي. ضمان العيوب وتخلف المواصفات في عقود البيع. ص 242

كما قد انقسم الفقه المصري هو الآخر عند تفسير نص المادة 451 من القانون المدني المصري والتي جاء فيها: (تبقى دعوى الضمان ولو هلك المبيع بأي سبب كان) إلى فريقين: **الفريق الأول:**⁽¹⁾ ذهب إلى أن هلاك المبيع بسبب العيب القديم يعطي للمشتري الحق بالرجوع على البائع بقيمة المبيع مع التعويضات اللازمة، دون أن يرد شيئاً ما دام أثر العيب قد أدى إلى إهلاك المبيع كلياً، فإذا كان الهلاك جزئياً التزم المشتري برد ما بقي منه، أما إذا هلك المبيع بقوة قاهرة فإن للمشتري الرجوع على البائع بالضمان كما لو أن المبيع كان قائماً أي بالرجوع بقيمة المبيع والتعويض إن كان العيب جسيماً.

والرجوع بالتعويض فقط إن كان العيب بسيطاً، أما إن هلك المبيع بخطأ أو بفعل المشتري فإن حق المشتري هنا يقتصر على المطالبة بالتعويض فقط سواء كان العيب جسيماً أو بسيطاً.

الفريق الثاني:⁽²⁾ ذهب إلى أن هلاك المبيع لا يقضي على حق المشتري في الرجوع على البائع بالضمان سواء كان هذا الهلاك كلياً أم جزئياً، فأعطى المشتري الحق في الحصول على التعويض الكامل وفقاً للمادة 444 من القانون المدني المصري، وفي الحصول على التعويض فقط في حالة حصول الهلاك بخطأ أو فعل المشتري، إلا أن هذا الفريق لم يعط سوى الحق في الحصول على التعويض الذي لحقه جراء وجود العيب على فرض استبقائه للمبيع معيماً، وذلك في حالة حصول الهلاك بسبب أجنبي كقوة قاهرة.

ولهذا نرى عدم تفسير نص المادة 382 مدني جزائري على إطلاقها، بل يجب أن تُفسر على ضوء القواعد العامة في التفسير بالقول: بأن المقصود منه هو أن المشتري إنما يرجع على البائع بالتعويض عن الضرر الذي أصابه بسبب العيب القديم إذا ما هلك المبيع بفعل المشتري أو بفعل القوة القاهرة أو بسبب عيب جديد، لأن هلاك المبيع بالحالة التي كان عليها عند البيع، ومن ثم لا يكون له إلا الرجوع بالتعويض عما يستحقه بسبب العيب فقط إذا أثبت وجود العيب، وبقاء دعوى التعويض للمشتري قبل البائع وما يبرره وهو تعيب المبيع يفرض التزاماً خاصاً على البائع وهو الضمان، لذلك فإن مجرد هلاك المبيع لا ييسر ساحة البائع فلا يكون وسيلة لتخليصه مما

(1) : أنظر: السنهوري. الوسيط - البيع - ج 4، ص 743-744، فقرة 375 متنا وشميشا

وسمير عبد السيد تناغو. عقد البيع. ص 303 وما بعدها

(2) : أنظر: محمد لبيب شنب. شرح أحكام عقد البيع. دار النهضة العربية، 1966م، فقرة 185

وانظر أيضاً: محمد كامل مرسي. شرح القانون المدني الجديد - العقود المسماة - مصر: المطبعة العالمية، 1953م، ص 351

يتحمل به من التزامات ناشئة عن عيب المبيع، كما هو الحال في القانون الفرنسي، ويكون للمشتري الضمان الكامل إذا ما هلك المبيع بسبب العيب الخفي القديم، أو بسبب من البائع أو من هو مسؤول عنهم.

وعلى المشتري أن يثبت رابطة السببية بين العيب والهلاك.⁽¹⁾

وهذا ما جاء في أحكام الشريعة الإسلامية، ففي ظل أحكام الفقه الإسلامي⁽²⁾ يسقط حق المشتري في الخيار بهلاك المبيع لفوات محل الرد⁽³⁾، فإن هلك المبيع وهو في يد البائع انفسخ البيع ولا يرجع البائع على المشتري بشيء من الثمن لأنه يتحمل تبعه الهلاك قبل القبض، وإن هلك المبيع وهو في يد المشتري فهلاكه عليه لأنه قبضه ولكنه يرجع على البائع بنقصان الثمن بسبب العيب.⁽⁴⁾ وبعد هذا الإجمال يأتي التفصيل، لأن هلاك المبيع إما أن يكون قد حدث قبل القبض أو بعده، كما يحدث بفعل البائع أو المشتري أو بقوة قاهرة أو بفعل المبيع نفسه.

فإن حدث قبل قبض المشتري للمبيع فإن العقد ينفسخ لتعذر التسليم، وليس للبائع أن يعود بعد ذلك إن حدث الهلاك بفعله هو أو بأفة سماوية أو بفعل المبيع نفسه، ويكون له الرجوع على مسبب الهلاك إن كان المشتري شخصا أجنبيا عن العقد، ولكن لا يحق له المطالبة بالثمن على أساس العقد بل على وجه أنه مقابل لماله الذي أهلكه عليه.⁽⁵⁾

أما لو قبض المشتري المبيع فإن الأمر يختلف بحسب محدث الهلاك، فإن كان سببه المشتري فلا رجوع له على أحد، لأن تبعه الهلاك عليه ويتوجب عندئذ أداء الثمن، وإن كان قبل القبض وحدث الهلاك بأفة طارئة أو بسبب المبيع نفسه يكون للمشتري الرجوع على البائع⁽⁶⁾، وإن كان الهلاك بسبب العيب وإن حدث بعد القبض يكون على البائع.⁽⁷⁾

(1) : أنظر: مصطفى أحمد الزرقا. شرح القانون المدني السوري - العقود المسماة - عقد البيع والمقايضة. طبعة 1963م، ص 246، بند 209

(2) : أنظر: إباد عبد الحميد نمر. التغيرات الحادثة على محل عقد البيع وأثرها على الالتزام. ص 216

(3) : أنظر: الكاساني. بدائع الصنائع. ج 5، ص 283

(4) : أنظر: الكاساني. المرجع نفسه. ج 5، ص 283، والشريبي. مغني المحتاج. ج 2، ص 430

وانظر أيضا: ابن رجب. القواعد. ص 109، والدردير. الشرح الصغير. ج 3، ص 168

(5) : أنظر: الموسوعة الفقهية الكويتية. ج 32، ص 136

(6) : أنظر: علي حيدر. درر الحكام. ج 1، ص 275

(7) : أنظر: المواق. التاج والإكليل. ج 6، ص 380، والبهوتي. كشاف القناع. ج 3، ص 221

والزيلي. تبين الحقائق. ج 4، ص 37، ومالك. المدونة. ج 3، ص 339

ويجب على البائع ردّ جميع الثمن لأنه تسبّب في إلحاق الضرر بالمشتري بأن أتلف عليه ماله.⁽¹⁾

المطلب الثالث : تحوّل المبيع وزوال العيب

الفرع الأول : تحوّل المبيع :

تحوّل المبيع المعيب في يد المشتري إلى شيء آخر وشكل آخر لم يعد صالحاً لِمَا أُعدّ له في أصل إنشائه، وهذا التحوّل يمكن أن يكون بسبب أجنبي أو بفعل المشتري، ولا بد أن نفرّق بين هاتين الحالتين وهما:

– الحالة الأولى: تحوّل المبيع بسبب أجنبي: وفي هذه الحالة يستطيع المشتري ردّ المبيع، يطالب البائع بالتعويض كاملاً إذا كان العيب جسيماً.⁽²⁾

– الحالة الثانية: تحوّل المبيع بفعل المشتري، ونميز هنا بين فرضين:

1- تحوّل المبيع قبل الاطلاع على العيب: هنا يُمنع الردّ ويرجع المشتري على البائع لتعويض الضرر الذي أصابه.

2- أما إذا كان التحوّل بعد الاطلاع على العيب فإن حقه بالضمان يسقط استناداً إلى تنازله الضمني عن حقه في الضمان.

وما تجب ملاحظته أنه لا توجد نصوص خاصة بهذا الموضوع مما يتوجب الرجوع إلى القواعد العامة.⁽³⁾

الفرع الثاني : زوال العيب :

إذا زال عيب المبيع زوالاً إلى غير رجعة قبل أن يشرع المشتري في المطالبة بحقه بالضمان أو أثناء نظر الدعوى، سقطت الدعوى ولم يعد هناك وجه لإقامتها أو الاستمرار فيها، وذلك لزوال مصلحته التي انتفت بانتفاء الضرر والقاعدة أنه لا دعوى بدون مصلحة.⁽⁴⁾

وهذا الحكم مشروط بما هو واضح بكون زوال العيب نهائياً، أما إذا كان العيب بحكم طبيعته قابلاً للرجوع ظل حق المشتري في الرجوع بالضمان قائماً.

(1) : أنظر: البهوتي. كشاف القناع. ج3، ص221

(2) : أنظر: علي حسين بخيدة. ضمان عيوب المبيع في عقد البيع في القانونين المصري والمغربي. ص135

(3) : أنظر: مجموعة الأعمال التحضيرية. القاهرة: مطابع مذكور، ج4، ص124

(4) : أنظر: علي حسين بخيدة. المرجع نفسه. ص136

وسنان خليل سلامة الشطناوي. مسقطات ضمان العيب الخفي في عقد البيع في القانون المصري والأردني. ص138

وهذه الحالة لم ترد بنص خاص في القانون الجزائري ولا القانون المصري، وبالتالي يتوجب تطبيق القواعد العامة وإعمال ما يُمليه المنطق القانوني، وفي الفقه الإسلامي⁽¹⁾ يسقط خيار (الردّ والأرش) إذا زال العيب قبل الردّ لأن الشريطة الأولى لقيام الخيار قد تخلّفت، ويستوي في ذلك أن يزول بنفسه، أو بإزالة البائع على أن يتم ذلك في زمن يسير، ومن غير إضرارٍ بالمشتري.⁽²⁾ وصرّح بذلك أيضا ابن قدامة⁽³⁾ في الكافي، حيث أوضح أنه من اشترى معيبا فزال عيبه قبل ردّه فلا خيار له، وقد نص على ذلك الإمام أحمد بن حنبل، وذلك لأن الضرر زال.⁽⁴⁾ وجاء في حاشية الدسوقي⁽⁵⁾: (ومنع من الردّ بالعيب زواله أي العيب قبل الردّ سواء زال قبل القيام به أو بعده وقبل الحكم ... إلا أن يكون مازال مُحتمَل العود).⁽⁶⁾ وقال ابن جزيء⁽⁷⁾: (المسقط الثاني أن يزول العيب إلا إذا بقيت علامته ولم تُؤمن عودته).⁽⁸⁾

(1) : أنظر : الشيرازي. المهذب. ج2، ص50، وابن قدامة. الكافي. ج2، ص51

(2) : عبد الستار أبو غدة. الخيار وأثره في العقود. ص456

(3) : هو أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن أحمد بن قدامة بن مقدم بن نصر شيخ الإسلام موفق الدين، ولد سنة 541هـ بجماعيل (من قرى نابلس بفلسطين)، الفقيه الزاهد والإمام العابد وأحد الأعلام، بلغ رتبة الاجتهاد، تعلّم بدمشق، ورحل إلى بغداد سنة 561هـ فأقام بها نحو أربع سنين وعاد إلى دمشق وتوفي بها سنة 620هـ. من أشهر مصنفاته: المغني في شرح مختصر الخرقى وروضة الناظر.

أنظر: الزركلي. الأعلام. ج4، ص67، ومحمد بن شاکر بن أحمد بن عبد الرحمن بن شاکر بن هارون بن شاکر الملقب بصلاح الدين. فوات الوفيات. الطبعة الأولى. بيروت: دار صادر، 1974م، ج2، ص158-159

(4) : أنظر: ابن قدامة. المرجع نفسه. ج2، ص51

(5) : هو أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي الأزهري شمس الدين، ولد بدسوق، درس على يد شيوخ منهم الصعيدي والدردير، تصدّر للتدريس، توفي سنة 1230هـ، له مؤلفات أشهرها الحاشية والحدود الفقهية.

أنظر: الزركلي. المرجع نفسه. ج6، ص17، ومخلوف. شجرة النور الزكية. ج1، ص361-362، الترجمة رقم 1445

(6) : أنظر: حاشية الدسوقي. ج3، ص119-120

(7) : هو محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله بن جزى الكلبي أبو القاسم، فقيه، من العلماء بالأصول واللغة، من أهل غرناطة. ولد سنة 693هـ، من أهم مصنفاته القوانين الفقهية، وتقريب الوصول إلى علم الأصول والتسهيل لعلوم التنزيل. توفي سنة 741هـ.

أنظر: الزركلي. المرجع نفسه. ج5، ص325

(8) : أنظر: ابن جزيء. القوانين الفقهية. ص176

المطلب الرابع : الإبراء وترك الرد للمصلحة

الفرع الأول : الإبراء :

اتفق الحنفية⁽¹⁾ والمالكية⁽²⁾ بأنه إذا أبرأ المشتري البائع عن العيب فإنه يسقط خياره، فقد جاء جاء في بدائع الصنائع: (لأن الإبراء إسقاط وله ولاية الإسقاط لأن الخيار حقه، والمحل قابل للسقوط، ألا ترى كيف احتمل السقوط بالإسقاط صريحا فإذا أسقطه يسقط).⁽³⁾

وورد عن الإمام مالك في المدونة أنه قال: (إذا باع السلعة بالبراءة فما أصابه، فإنه يلزم المشتري ولا شيء على البائع).⁽⁴⁾

والإبراء بالمفهوم القانوني هو التنازل عن حق الضمان وهو نوعان تنازل ضمني وتنازل صريح، والذي يهمننا هنا هو التنازل الصريح، ذلك أن التنازل الضمني أشرنا إليه بشكل أو بآخر في مباحث سابقة، وباعتبار أن حق الضمان مقرر أساسا لمصلحة المشتري فإنه من حقه أيضا أن يتنازل عن هذا الحق، وبما لا يتعارض مع النظام والآداب العامة، والتنازل الصريح الذي يتنازل به المشتري عن ضمان العيوب صراحة وهو راض بالعيب، وذلك بواسطة عبارات صريحة كقول المتملك رضيت بالعيب أو أجزت العقد أو أوجبته⁽⁵⁾ أو أسقطت الخيار أو أبطلته أو ألزمت البيع وما يجري هذا الجرى⁽⁶⁾، فيقع صحيحا إذا كان دون إكراه أو تعيب في الإرادة.

جاء بالمادة 02/379 من القانون المدني الجزائري: (غير أن البائع لا يكون ضامنا للعيوب التي كان المشتري على علم بها وقت البيع، أو كان في استطاعته أن يطلع عليها لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي إلا إذا أثبت المشتري أن البائع أكد له خلوه المبيع من تلك العيوب أو أنه أخفاها غشا منه).

(1) : أنظر: الكاساني. بدائع الصنائع. ج5، ص283

(2) : أنظر: الإمام مالك. المدونة. ج3، ص364

(3) : أنظر: الكاساني. المرجع نفسه. ج5، ص283

(4) : أنظر: الإمام مالك. المرجع نفسه. ج3، ص364

(5) : أنظر: علي الحنيف. أحكام المعاملات الشرعية. الطبعة [د.ط.]. القاهرة: دار الفكر العربي، 2008م، ص393 بالهامش 2

(6) : أنظر: صاحب عبيد الفتاوي. ضمان العيوب وتختلف المواصفات في عقود البيع. ص232

ووفق ما تقدّم فإذا علمَ المشتري بالعيب وقت العقد أو القبض ورضيَ به سقط حقه في الضمان، والعلم الذي نعيه هو الذي تتوفر فيه أمور هي:

- الأمر الأول: العلم اليقيني بالعيب (الحقيقي): فمجرد التوهّم والشك الذي يدفع المشتري إلى التنازل غير صحيح، فانتفاء العلم الفعلي للمشتري بالعيب يثبت له حقه بالضمان، ولا يؤثر في ذلك إقراره عند تسلّمه بأنه فحصه.⁽¹⁾

- الأمر الثاني: تعلّق علم المشتري بعيب محدّد إذ لا يُعتدّ بعلم المشتري بوجود عيب في المبيع فحسب، بل لابد من معرفة نوع العيب ومقداره وأهميته وآثاره على المبيع حاضرا ومستقبلا.

- الأمر الثالث: علم المشتري بالنتائج المترتبة على وجود العيب القريبة والبعيدة، فمجرد علم المشتري بالعيب الذي يلحق المبيع لا ينفي ضمان البائع إذا لم يكن عالما بما يترتب على ذلك من أضرار جسيمة، ولا سيما أن مدى المعرفة الفنية للمشتري أو استعانتة بالخبير تساهم بشكل كبير في تحقيق العلم بالآثار الضارة الموجودة في المبيع.⁽²⁾

الفرع الثاني : ترك الردّ رعاية للمصلحة :⁽³⁾

إذا كانت القيمة أكثر من الثمن، فإن المشتري يترك الردّ، ذلك لأن في تركه مصلحة له، ولذلك صور:

- 1- لو كان المشتري مفلسا، لأن في الردّ والحالة هذه تفويت الفرق على الغرماء.
- 2- إذا كان وليا يشتريه لمؤكّيه في حال يصح فيها شراؤه، كما لو اشتراه سليما ثم تعيب قبل القبض، لأن الردّ تصرف ضار بحق المؤكّ عليه فلا يصحّ.
- 3- إذا كان عامل قراض، ولم يصحّ المالك بطلب الردّ، وذلك لأن الردّ ضار بالمالك، فلا يصحّ.

(1) : أنظر: سنان خليل سلامة الشطناوي. مسقطات ضمان العيب الخفي في عقد البيع في القانون المصري والقانون الأردني. ص76

(2) : أنظر: سنان خليل سلامة الشطناوي. المرجع نفسه. ص77

(3) : أنظر: طارق صالح يوسف عزام. أثر العيب في المعاملات المالية. ص138

وانظر أيضا: عبد الستار أبو غدة. الخيار وأثره في العقود. ص457

خلاصة ومقارنة :

- 1- خيار العيب يعطي لصاحبه الحق في فسخ العقد أو إمضائه في حالة وجود العيب وهذا عند جمهور الفقهاء وخالف الحنابلة حيث اشترطوا الأرش في حالة الإمساك وهو ما يؤيده القانون وهو إمكانية الرد أو الإمساك مع تعويض قيمة النقص.
- 2- جواز التراضي على إسقاط الخيار مقابل التعويض عن النقص الذي أحدثه العيب.
- 3- عدم جواز الاتفاق على إسقاط الضمان الماس ببعض القواعد العامة والمتعلقة بالمصلحة العامة، ومن أمثلتها إعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان أو الحد منه، أو ما يكون ماسا بسلامة الأشخاص أو الأموال.
- 4- إنقاص الضمان يقع باطلا إذا تعمد البائع إخفاء العيب الذي اشترط عدم ضمانه وهو ما ذهب إليه كل من الفقه الإسلامي والقانون.
- 5- عند الاتفاق على تشديد الضمان يتوجب أن تكون العبارات في العقد صريحة واضحة محددة وجه التشديد والزيادة، وإن جاءت العبارات عامة وغامضة فإنها تفسر لصالح المدين.
- 6- أحكام الضمان القانوني هو الأصل وأما الضمان الاتفاقي هو الاستثناء.
- 7- الاتفاق على إنقاص أو تخفيف الضمان قد يتعلق بسبب الضمان أو بآثاره، ومثال ذلك أن يتفق الطرفان على أن البائع لا يضمن عيبا معينا إذا وجد في المبيع أو أن يلتزم البائع بضمان العيوب التي توجد في عناصر المبيع الأساسية دون ملحقاته أو استبدال الأجزاء المعيبة بأجزاء سليمة أو الاتفاق على تقصير مدة الضمان.
- 8- الاتفاق على إنقاص ضمان الاستحقاق يكون باطلا إذا كان البائع أو المؤجر قد تعمد إخفاء حق الأجنبي.
- 9- من أمثلة الاتفاق على تشديد الضمان الاتفاق على ضمان صلاحية المبيع للعمل مدة معينة في بعض الأشياء دقيقة الصنع.
- 10- جواز تعديل عقود الإذعان من قبل القاضي رفعا للضرر وإعمالا للتوازن العقدي.
- 11- من أهم الحالات التي لا يجوز الاتفاق على الإعفاء أو التخفيف من الضمان حالتي الغش والخطأ الجسيم.

- 12- الرجوع بضمان العيب يكون على الفور فبمجرد الفحص والوقوف على العيب والتأكد من أنه عيب مؤثر يتوجب الرجوع على المدين وقد حدده المشرع الجزائري بسنة واحدة.
- 13- حق طلب الرد مخول ابتداء للمشتري غير أنه لا يتم إلا بإرادة الطرفين أو عن طريق القضاء. هذا في القانون، أما في الفقه الإسلامي فإنه يفرق بين حالتين:
- * حالة انعقاد العقد وقبل القبض والتسليم فهنا العقد لازماً في حق البائع وغير لازم في حق المشتري مما يمكنه رد المبيع وفسخ العقد.
- * وحالة وجود العيب بعد انعقاد العقد وتمام التسليم، فهنا حق الرد لا يكون إلا بتراضي الطرفين أو التقاضي.
- 14- في حالة الرد الجزئي يذهب الفقه الإسلامي والقانون إلى إمكانية ذلك إذا كان لا يلحق ضرراً بالبائع.
- 15- حدوث عيب جديد عند المشتري يسقط حق الرد في القانون ويبقى على حق المطالبة بالتعويض وأما في الفقه الإسلامي فلا يعتبر هذا الأمر مسقط لحق الردّ فإن اختار المشتري حق الإمساك كان له المطالبة بأرش العيب وإن اختار الردّ كان له ذلك مع أرش العيب الحادث.
- 16- في جميع مراحل الضمان نجد أن الفقه الإسلامي حريص على تطبيق مبدأ "لا ضرر ولا ضرار" وحماية الحقوق.

الخاتمة

الخاتمة

ما يمكن أن نستخلصه من خلال هذا البحث المتواضع هو :

- 1- أصالة مبادئ التشريع الإسلامي وضخامة رصيد الفقه فيه وقدرته على استيعاب ما يستجد من أحداث، وعمق آراء فقهاءه، وقدرته على احتواء حاجات الناس في مختلف العصور والبيئات لما بنيت عليه قواعده العامة من فكري المصلحة والعدل.
- 2- حرص الشريعة الإسلامية على الوفاء بالعقود وتنفيذ الشروط ما لم يخالف أصول التشريع الإسلامي، واتساعه لكثير من المعاملات المستحدثة التي تحقق رغبة المتعاقد في ما يصبو إليه من إبرام العقد.
- 3- الضمان في جملته وسيلة لتحقيق عدة غايات تعود منفعتها على الفرد والمجتمع، وتتصل بمجموعها في النواحي الاقتصادية والاجتماعية والنفسية كما تتصل بالجوانب الأخروية، ففيما يتصل بالناحية الاقتصادية هو ضمان لما يؤكل من مال الغير بالباطل وإقامة التوازن بين ما يعطي الإنسان ويأخذ في معاملاته، وهو بذلك وسيلة لاتقاء النزاعات وقطع المنازعات والخصومات، وبالتالي درء خطر العداوة والبغضاء، وبذلك تحصيل الطمأنينة والراحة وتنمية الوازع الديني لدى الأفراد.
- 4- المشرّع الجزائري وحّد أحكام الضمان المتعلقة بالعيب الخفي وضمان الاستحقاق وفق أحكام نص المادة 381 من التقنين المدني، ويكون بذلك قد أجاز الخيرة للمشتري في اللجوء بدعوى ضمان العيوب الخفية، وفي تأسيس دعواه على القواعد العامة المتمثلة في الفسخ أو الإبطال.
- 5- المادة 379 من القانون المدني الجزائري التي تقرّر مسؤولية البائع عن العيوب الخفية في الشيء المبيع حتى ولو لم يكن عالما بها وهي مسؤولية موضوعية تقوم على أساس تحمّل التبعة وهي وحدها التي تسمح بتقديم حلول ملائمة وعادلة لما أفرزه التقدم التكنولوجي من منتجات وسلع معقدة أصبحت مصدرا لكثير من المشاكل والمخاطر التي تهدّد حياة الأشخاص والأموال مع وجوب استبعاد كل استعمال تعسفي أو غير معقول للمنتجات.
- 6- بإمكان الدائن دفع المسؤولية بنفي علاقة السببية أو بإثبات السبب الأجنبي.

7- ضمان العيوب الخفية في القانون يقابله خيار العيب في الفقه الإسلامي، وإذا لاحظنا هذه التسمية وجدنا أن القانون يأخذ بعين الاعتبار التزام البائع المترتب عن العقد، أما تسمية الفقه الإسلامي فتتظر إلى حق المشتري في استعمال الخيار.

8- الاتفاق على الإعفاء من الضمان في الفقه والقانون يؤدي إلى سقوط حق المشتري من الضمان فلا يكون البائع ضامنا للعيب إلا في حالة إخفاء العيب في المبيع غشا منه.

9- ضرورة الإخطار عن العيب في خلال مدة معقولة.

10- مجرد العلم بالعيب ذاته غير كاف وإنما العلم بمدى تأثيره على المبيع من حيث الانتفاع به ومن حيث القيمة.

11- كون العيب مؤثرا أم غير مؤثر مسألة نسبية يعود تقديرها إلى قاضي الموضوع بواسطة الخبرة الفنية أو بأي وسيلة أخرى فالعيب الواحد قد يعتبر مؤثرا في حالة معينة وغير مؤثر في حالة أخرى.

12- العيب الظاهر في المبيع الذي لا يخفى على الناس في العادة لا يكون مضمونا على البائع أو المؤجر باتفاق الفقهاء.

13- أساس أحكام ضمان التعرض والاستحقاق هو الإبقاء على العقد مرتبا لآثاره بين طرفيه، ومن ثم ترتيب التعويضات استنادا إلى أحكام المسؤولية.

14- من الاتفاقات الباطلة إسقاط ضمان المؤجر لتعرضه الشخصي إذ هذا الأمر يهدر نظام الضمان لأن مثل هذا الاتفاق يمكن المؤجر من حرمان المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة بطريقة هادئة في الوقت الذي يلتزم هذا الأخير بدفع الأجرة.

15- ضمان التعرض وضمن الاستحقاق هما في الحقيقة التزام واحد فإن كان ضمان تعرض فإنه ينفذ عينيا بأن يمنع التعرض إلى الدائن والدفاع عن الحق الذي آل إليه وإذا عجز عن ذلك واستحق الشيء كله أو بعضه فقد وجب على المدين التزامه بالتعويض وهو ضمان الاستحقاق.

16- ضمان تخلف الصفة مصدره هو ما اتفق عليه المتعاقدان ومصدر ضمان العيب هو الشرع والقانون.

17- ضمان العيوب الخفية كأحد الالتزامات الملقاة على عاتق البائع هو التزام قديم وتطور مع تطور المعاملات والذي نراه أن ظهور أنواع متطورة من المنتجات أدى إلى ظهور نوع من التطور في العيوب، وكان واجبا بحكم اللزوم العقلي أن يتبع ذلك تطور في الضمان نفسه، حماية للطرف الضعيف وهو المستهلك، وذلك بأن يتدخل المشرع في توسيع نطاق ومضمون ضمان العيوب الخفية وتغليظ العقوبات في حالة تعمد الغش من قبل البائع وخاصة إذا تعلق الأمر بسلامة المستهلك وصحته.

18- مجال ونطاق ضمان العيب الخفي في الفقه الإسلامي هو أوسع من مجال ضمان العيوب الخفية في القانون الوضعي ولاسيما من حيث العقود حيث ينصرف ضمان العيوب الخفية إلى مجال الأحوال الشخصية كعقد النكاح كما يمتد من حيث الأشخاص إلى البائع فإذا كان الثمن معيبا جاز للبائع الرجوع بالضمان على المشتري خلافا للقانون الوضعي الذي يمنح هذا الحق للمشتري فقط.

19- المشرع وحد أحكام الضمان - وإن لم يقصد ذلك- فيكون بذلك قد منح للمشتري حق الخيار بين دعوى الضمان ودعوى الإخلال بالتزام تعاقدية. ويكون بذلك قد قرر حماية أفضل للمشتري وخاصة عند انقضاء مدة الضمان أو في حالات الإعفاء منه. حماية لمصالح المشتري بصفة عامة وغير الخبير بصفة خاصة.

20- ضمان العيوب الخفية يمثل الدعامة الأساسية التي تركز عليها جميع عقود البيع في القوانين الوضعية الحديثة اعتبارا من نهاية القرن 18 ميلادي، أما الشريعة الإسلامية فقد نظمت أحكام ضمان العيوب الخفية وتحلف الوصف بشكل أدق ومفصل في القرن السابع الميلادي حيث أفردت لأحكام الخيارات بابا، فكان خيار العيب وخيار الوصف بمعنى ضمان تحلف الصفة ينطبقان على جميع الحقوق.

21- يلاحظ أن المشرع المدني الجزائري قد جمع بين ضمانين مختلفين من حيث المفهوم والحكم في نص واحد المادة 379 وهما ضمان العيب و ضمان تحلف الصفة التي كفل البائع للمشتري وجودها في المبيع وألزم البائع بضمانهما طبقا لأحكام الاستحقاق متأثرا في ذلك بأحكام القانون المدني المصري الذي أخذ أحكام ضمان العيب من القانون المدني الفرنسي.

والأصل أن تخلف الصفة في محل العقد لا يلتزم البائع بضمانها إلا إذا وجد نص صريح في العقد حسب ما جاء به الفقه الإسلامي بينما ضمان العيب يلتزم البائع بضمانه حتى بغير وجود نص صريح لأنه شرط ضمني في العقد عملاً بمقتضى السلامة المفروضة في محل العقد.

22- عند بحث شروط العيب الموجب للضمان في أحكام الفقه الإسلامي والقانون الجزائري لم يكن من وراء وضع قواعد ضمان العيوب الخفية حماية إهمال أو عدم تبصر المشتري وتبعاً لذلك فإن المشتري لا يجوز له استعمال حقه في ردّ المبيع إلا إذا كان العيب ينقص من قيمة المبيع أو نفعه بحسب الغاية المرجوة منه، وهذا ما يسمى بالمفهوم الوظيفي للعيب.

23- أن ضمان العيوب الخفية أو ما يسمى خيار العيب في الفقه الإسلامي يثبت للمشتري كما يثبت للبائع وذلك خلافاً للقانون الوضعي الذي قررّ الضمان لصالح المشتري فقط.

24- لم يعالج القانون الوضعي مسألة حدوث عيب جديد عند المشتري لكنه يستند إلى سبب قديم حصل عندما كان المبيع في يد البائع بخلاف الفقه الإسلامي عنى بهذه المسألة معتبراً أن العيب الذي حدث عند المشتري بسبب قديم في حكم العيب القديم، فيلتزم البائع بناءً على ذلك بضمانه.

25- عند حدوث عيب جديد عند المشتري ثم يكتشف وجود عيب قديم القانون يعطي للمشتري الحق في الاحتفاظ بالمبيع والمطالبة بالتعويض ولو رضي البائع بالفسخ وقبول المبيع بالعيب الجديد لأن الأصل هو حق المشتري في الخيار بين الرد أو الاقتصار على المطالبة بتخفيض الثمن، أما في الفقه الإسلامي فليس له إلا الفسخ دون الحق في إنقاص الثمن أو التعويض وهذا في اعتبارنا يشكلّ مزيداً من احترام لإرادة المتعاقدين عكس القانون الوضعي الذي يجعل أحياناً أحد المتعاقدين تحت رحمة الآخر.

26- أساس ضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية في القانون مردّها إلى أصول واحدة.

27- لم ينص المشرع الجزائري على افتراض قرينة العلم بالعيب الخفي في مواجهته البائع الصانع أو التاجر المحترف رغم أن القضاء الفرنسي قد قضى بذلك واعتبر هذه القرينة قاطعة بالنسبة لهما.

28- الأصل أن البائع الصانع والبائع المحترف على علم بمحتويات البضاعة التي يبيعها، وعليه يفترض فيه العلم بالعيب وعدم التصريح به يعتبر بمثابة سوء النية ويؤخذ ذلك بعين الاعتبار عند تقرير التعويض أما البائع العادي فيفترض فيه حسن النية لأنه الأصل وعلى الشخص الذي يدعي العكس إثبات خلاف هذا الأصل.

29- الأصل عدم ضمان الأمين في عقود الأمانة غير أنه في بعض الحالات تتحول يد الأمانة فيها إلى يد ضمان وبتفاهق الفقهاء وهو التعدي والتفريط وعلى خلاف بين الفقهاء التجهيل والتهمة والعرف والمصلحة.

30- الأمين قد يلتزم بضمان المال الموجود في حيازته في بعض الحالات وبأدلة خاصة، وهذه الأدلة لا تتنافى مع عموم قاعدة عدم تضمين الأمين كما رأينا.

31- إن أثر يد الأمانة هو عدم ضمان هلاك الشيء إلا بالتعدي فإن هلك بسبب أجنبي لا يد لصاحب يد الأمانة فيه فإن هلكه يكون من ذمة مالكة، أما إذا كانت اليد يد ضمان فإنها تكون ضامنة، والهالك من ذمة صاحب اليد في جميع الأحوال، وإن كان بقوة قاهرة.

32- معيار العناية الواجب التي يجب الضمان بإهمالها أو التقصير فيها معيار موضوعي هو السلوك المعتاد والمألوف بين الناس.

33- التعدي والتفريط عند الاختلاف يُرجع فيه إلى أهل الخبرة.

34- يد الأجير الخاص يد أمانة لا تضمن إلا بالتعدي.

35- يضمن الأجير المشترك مطلقا ما يتلف تحت يده من أعيان المؤجر التي تغاب عليه كالطعام والثياب والحلي للتهمة فإن انتفت التهمة كالأعيان التي لا تغاب عليه كالأراضي والدور فلا يضمن وذلك حماية للمصلحة العامة ولكثرة الخيانة وفساد أخلاق الناس.

36- الأصل في الضمان ردّ الحقوق بأعيانها عند الإمكان والقاعدة في ذلك ضمان المثل في المال المثلي، وضمان القيمة عند تعذر المثل في المال القيمي.

37- في الفقه الإسلامي البائع لا يبرأ إلا من العيب الذي لا يعلم به مطلقا.

وأما ما نثيره من ملاحظات ونقترحه من حلول فيمكن إيجازه في الآتي :

1- نظرا للتقدم التكنولوجي الذي نشهده وتعدد أنواع المنتجات الخطرة وشيوع استعمالها بين الناس يتطلب أن يحيط البائع المشتري علما بخصائص الشيء وكيفية استعماله ونواحي خطورته، كما يلتزم كذلك بصيانتته وإصلاحه في حالة ما إذا حدث فيه خلل أو عطب ولهذا نرى ضرورة تدخل المشرع بنصوص صريحة لتكريس هذه الالتزامات (أي الالتزام بتقديم المعلومات الصحيحة والصيانة حماية للمستهلكين بوجه عام من مخاطر هذه المنتجات).

2- الملاحظ أن شهادات الضمان في الغالب غير مفعلة عمليا، والسبب في ذلك يعود إلى بذل كل من المنتج والبائع كل ما في وسعه لإثبات أن العطل المطلوب إصلاحه ليس ناشئا عن سبب في صناعة الشيء لكن عن سوء استخدام المشتري للشيء المبوع، وهنا يبرز دور القاضي في استخدام سلطته التقديرية في تفسير العقد للتوسيع من مفهوم عبارة عيوب الصناعة لتشمل أي خلل أو عطل يحدث للشيء المبوع في فترة الضمان.

3- تفعيل دور الرقابة وقمع الغش من خلال مواكبة المواصفات القياسية ومدى مطابقتها لشروط السلامة والأمان ومحاربة ظاهرة ترويج السلع المقلدة والمغشوشة.

4- عجز القواعد العامة الخاصة بضمان العيوب الخفية في توفير حماية فعالة للمستهلك وخاصة في ظل اتفاقات المتعاقدين، مما يوجب إرفاقها بقوانين أخرى أكثر فعالية وخاصة تلك المتعلقة بحماية المستهلك.

5- في ظل عقود الإذعان هناك الكثير من الظلم الذي يقع على أحد المتعاقدين مما يتوجب التدخل لرفع الضرر على الطرف الضعيف سواء بطريق القضاء أو التشريع إعمالا للعدالة وإعادة التوازن العقدي إلى مجراه العادي والطبيعي.

6- على المشرع التدخل لتقرير المسؤولية عن الضرر الناتج بسبب عيب الأمان والسلامة المطلوبين.

7- قيام الدولة عن طريق أجهزة الإعلام المختلفة والوسائل الإدارية بتوعية المستهلكين وترشيد الاستهلاك حتى يتسنى للمستهلك الحصول على حاجياته باختيار واع ومسؤول وكذا انتقاء السلعة والمنتج الذي يتوفر على معايير السلامة المطلوبة.

8- على المشرع تدارك الخلط الذي يقع فيه المستهلك غالباً فيما يخص حقه في الضمان القانوني أو الاتفاقي أو خدمة ما بعد البيع أثناء مطالبته بالضمان مما يوقعه في لبس إذ يظن أن حقه قاصر على أحدهما دون الآخر وعليه فيجب أن يتدخل المشرع بتفصيل هذا الأمر عن طريق التنظيم من ناحية وإلزام الصانع المحترف بتقديم كل البيانات والمعلومات والإرشادات اللازمة أثناء إبرام العقد وبعد إبرامه من ناحية أخرى، يوضح فيها الضمانات القانونية والضمانات الاتفاقية بشكل يسمح للمستهلك العادي بالفهم والتمييز بينهما حتى لا يقع المستهلك في لبس ويفقد حقوقه أو يضع على نفسه ما يتيح له أحد الضمانين من مزايا تحريم كتمان العيب في العقود.

الفهارس

الفهارس

1- فهرس الآيات القرآنية الكريمة :

الصفحة	رقمها	الآية
سورة البقرة		
15	188	﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾
198	193	﴿...فَلَا عُدْوَانَ إِلَّا عَلَى الظَّالِمِينَ﴾
22 ، 14	194	﴿... فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ ...﴾
سورة النساء		
، 15 ، 9	29	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ ...﴾
137		
170 ، 14	58	﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا ...﴾
سورة المائدة		
، 41 ، 15	01	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ...﴾
46		
144	107	﴿فَإِنْ عُثِرَ عَلَىٰ أَنَّهُمَا اسْتَحَقَّا إِثْمًا ...﴾
سورة التوبة		
170	91	﴿... ما عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ ...﴾
سورة يوسف		
102	20	﴿وَشَرَّوهُ بِثَمَنِ بَخْسٍ ...﴾
14	72	﴿قَالُوا نَفَقْدُ صُوعَ الْمَلِكِ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾
15	72	﴿... وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ ...﴾
15	72	﴿... وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾

سورة النحل		
14	126	﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عَوَّبْتُمْ بِهِ...﴾
سورة الكهف		
119	79	﴿...فَأَرَدْتُ أَنْ أَعِيبَهَا...﴾
سورة الأنبياء		
278	07	﴿... فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾
سورة المدثر		
183	38	﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾

2- فهرس الأحاديث النبوية الشريفة :

الرقم	طرف الحديث النبوي الشريف	الصفحات
1	«ما بال رجال يشترطون شروطا ليست في كتاب الله...»	245
2	«الإمام ضامنٌ والمؤذن مؤتمنٌ»	02
3	«الخراج بالضمان»	25، 26، 128، 132، 289، 292
4	«الرهن بما فيه»	189
5	«العارية مؤداة والزعيم غارم...»	18، 114
6	«العائد في هبته...»	220
7	«الغرم بالغنم»	159
8	«المسلم أخو المسلم...»	124، 137
9	«المسلمون على شروطهم...»	57، 171، 244
10	«أن إحدى نساء النبي ﷺ كسرت قصعة الأخرى...»	227
11	«إن دمائكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام...»	16
12	«على اليد ما أخذت حتى تؤدّيه»	09، 18، 52، 158، 199، 227
13	«كان أهل الجاهلية يتبايعون لحم الجزور إلى حبل الحبلبة أن تنتج الناقة ثم تحمل التي نتجت، فنهاهم رسول الله ﷺ عن ذلك»	108
14	«كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه»	16
15	«لا ضرر ولا ضرار»	18، 20، 21، 23، 46، 48، 124، 138
16	«لا ضرر ولا ضرار من ضارّ ضارّه الله...»	20
17	«لا ضمان على مؤتمن»	170

102	« لا يبيع أحدكم على بيع أخيه»	18
218	« لا يجلّ لرجل أن يعطي عطية ...»	19
16	« لا يجلّ مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه»	20
187	« لا يغلّق الرهن من رهنه له غنمه وعليه غرمه»	21
190	« لا يغلّق الرهن من رهنه، الذي رهنه عليه غرمه وله غنمه»	22
152، 154، 156، 157، 159، 169، 170	« ليس على المستعير غير المغلّ ضمان ...»	23
153	« لِيَنْتَهِيَنَّ أَقْوَامٌ عَنْ وَدْعِهِمُ الْجُمُعَاتِ ...»	24
131	« من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يقبضه»	25
109	« من أسلف في شيء ففي كيل معلوم ووزن معلوم ...»	26
16	« من اقتطع شبرا من الأرض ظلما، طوّقه الله إياه ...»	27
154	« من أودع وديعة فلا ضمان عليه»	28
02	« مَنْ تَطَبَّبَ وَلَا يَعْلَمُ مِنْهُ طَبٌّ فَهُوَ ضَامِنٌ»	29
أ	« مَنْ قُتِلَ دُونَ مَالِهِ فَهُوَ شَهِيدٌ»	30
01	« مَنْ مَاتَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَهُوَ ضَامِنٌ عَلَى اللَّهِ أَنْ يُدْخِلَهُ الْجَنَّةَ»	31
219	« من وهب هبة فهو أحقّ بها ما لم يثب منها»	32
108	نهي النبي ﷺ عن بيع الغرر	33
126	«نهي أن تباع السلع حيث تباع حتى يجوزها التجار ...»	34
108	«نهي أن تباع ثمرة حتى تطعم ...»	35
241	نهى ﷺ	36
107	«...»	37
130	: ﷺ « ... ﷺ»	38

135	حديث أبي هريرة <small>رضي الله عنه</small> : «مر على صبرة طعام فأدخل يده فيها...»	39
227 17	« »	40
159 158 156 17 171 169	« »	41
16	« »	42
5-4	« »	43
188	« » وفي لفظ آخر: « »	44
130	«يا ابن أخي إذا ابتعت بيعا فلا تبعه حتى تقبضه»	45

3- فهرس القواعد الفقهية :

الصفحات	القاعدة	الرقم
85	أضيف الحكم إلى	1
34	إذا تعذر الأصل يصار إلى البدل	2
36	إذن المالك في التصرفات يسقط الضمان	3
33	نَهْ	4
25 24	الاضطرار لا يبطل حق الغير	5
265	إعمال الكلام خير من إهماله	6
37 36	الأمانة غير مضمونة	7
29		8
56 29		9
35	الجواز الشرعي ينافي الضمان	10
290 128 27 26 25 293		11
23	درء المفاسد أولى من جلب المصالح	12
22	درء المفاسد مقدّم على جلب المصالح	13
310 24 22		14
22		15
22		16
24		17
275	العادة محكمة	18
30 18 9	على اليد ما أخذت حتى تؤدّيه	19
27 26		20

33		21
37	كل ما قبضه من غيره بغير عوض فهو غير مضمون	22
304 46 22 20 18		23
31	لا يجوز لأحد أن يأخذَ مالَ أحدٍ بلا سبب شرعي	24
31	لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذنه	25
32		26
84	المباشر ضامن وإن لم يتعدَّ	27
85		28
33		29
29		30
123 57 29		31
69	من ترك واجبا في الحفظ والصون ضامن	32
31	المؤتمن غير ضامن ما لم يفرط أو يتعدى	33
27		34
22		35
22	نه	36
84	يضمن المباشر وإن لم يكن متعديا	37
28		38

4- فهرس الآثار :

الصفحة	الأثر	الرقم
14		1
246	حديث سالم وباعه بالبراءة ...	2
199	» «	3

5- فهرس الأعلام :

الصفحات	العلم	الرقم
275	أحمد الدردير	1
39	أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص	2
303 246 244 242 195 64 326 310	أبو عبد الله أحمد بن محمد	3
7	أحمد بن محمد مكي أبو العباس شهاب الدين الحسيني الحموي	4
281		5
15	أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير	6
224 17	ﷺ	7
65	أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بـ	8
274		9
247	تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم	10
5	ﷺ	11
133	أبو علي الحسن بن الحسين بن أبي هريرة	12
130	ﷺ	13
2	أبو سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم البستي المعروف بالخطابي	14
304 302 63	زفر بن الهذيل بن قيس العنبري	15
130	ﷺ	16

310 166 84 30	زين الدين بن إبراهيم محمد المعروف	17
31	زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب	18
242	سالم بن عبد الله ﷺ	19
16		20
4	ﷺ	21
227 158 18 9	سمرة بن جندب ﷺ	22
38	أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقراقي	23
114		24
171 159 18 17	ﷺ	25
128 26	عائشة بنت أبي بكر أم المؤمنين	26
73 31	عبد الرحمن بن أبي بكر جلال الدين	27
187 185 135 132 16	عبد الرحمن بن صخر الملقب بأبي هريرة ﷺ	28
272 80 45 42	عبد الرزاق أحمد السنهوري	29
235		30
218 109 108	ﷺ	31
219 218 131 108 107 247 246	ﷺ	32
154	ﷺ	33
38		34

95 38	علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني	35
152 150 42 39 5		36
199	علي بن أبي طالب <small>عليه السلام</small>	37
304 281 4	أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد ابن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري	38
56	علي بن محمد بن علي المعروف بالشريف الجرجاني	39
199	<small>عليه السلام</small>	40
78	أبو محمد غانم بن محمد البغدادي الحنفي	41
327 303 246 242 227	<small>عليه السلام</small>	42
191 162 156 141 94 63 291 199 192	محمد ابن الحسن الشيباني أبي حنيفة	43
40	محمد أبو زهرة	44
48 44 41 7	محمد أحمد سراج	45
247	محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس	46
169	محمد بن أحمد بن رشد القرطبي ()	47
326	أبو القاسم محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله بن جزيء الكلبي الغرناطي	48
200 168 167 64	أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس	49
247	محمد بن صالح العثيمين	50

289	محمد بن عبد الله الخرشبي	51
6 5	محمد	52
26 11 6	مصطفى أحمد الزرقا	53
188		54
326	أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم	55
133 129 94 88 69 63 62 196 192 191 190 154 240 238 221 198 197 245 244 242	النعمان بن ثابت بن روطي بن ماه	56
148 41 27 6		57
191 168 156 94 63 62 313 244 291 242 199 192	في أبي حنيفة	58

قائمة المراجع

أولا : القرآن الكريم وما يتعلق به

1. القرآن الكريم
2. أبو بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص. أحكام القرآن. بيروت: دار إحياء التراث العربي، مؤسسة التاريخ العربي، 1412هـ-1992م
3. أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثم الدمشقي. تفسير القرآن العظيم. الطبعة الأولى. بيروت: دار الكتب العلمية، 1419هـ
4. العز بن عبد السلام. تفسير القرآن. الطبعة الأولى. بيروت: دار ابن حزم، 1416هـ-1996م
5. أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمي. تفسير القرآن. الطبعة الأولى: بيروت: دار ابن حزم، 1416هـ
6. أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الشهير بالماوردي. تفسير الماوردي -النكت والعيون- بيروت: دار الكتب العلمية
7. محمد أبو زهرة. زهرة التفاسير. دار الكتاب العربي
8. أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي. الجامع لأحكام القرآن. الطبعة الثانية. القاهرة: دار الكتب المصرية، 1384هـ-1964م
9. محمد بن جرير أبو جعفر الطبري. جامع البيان في تأويل القرآن. مؤسسة الرسالة، 1420هـ-2000م
10. أبو الطيب محمد صديق خان بن حسن بن علي بن لطف الله الحسيني البخاري القنوجي. فتح البيان في مقاصد القرآن. صيدا- بيروت: المكتبة العصرية، 1412هـ-1992م

ثانيا : الحديث الشريف وما يتعلق به

11. أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي الخراساني البيهقي. السنن الكبرى. الطبعة الثالثة. بيروت: دار الكتب العلمية، 1424هـ
12. أحمد بن حنبل. المسند - تحقيق: شعيب الأرنؤوط - الطبعة الأولى. بيروت: مؤسسة الرسالة، 1416هـ
13. أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني النسائي. السنن الكبرى. الطبعة الأولى. بيروت: مؤسسة الرسالة، 1421هـ-2001م
14. أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني النسائي. السنن. الطبعة [د.ط.]. بيروت: دار الكتاب العربي
15. أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني. التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافع الكبير. الطبعة الأولى. دار الكتب العلمية، 1419هـ
16. أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني. الدراية في تخريج أحاديث الهداية. بيروت: دار المعرفة
17. أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني. فتح الباري شرح صحيح البخاري. بيروت: دار المعرفة، 1379هـ
18. تقي الدين أبو الفتح محمد بن علي بن وهب بن مطيع القشيري المعروف بابن دقيق العيد. شرح الأربعين النووية في الأحاديث الصحيحة النبوية. الطبعة السادسة. مؤسسة الريان، 1424هـ-2003م
19. جمال الدين أبو الحجاج يوسف بن عبد الرحمن المزني. تحفة الأشراف بمعرفة الأطراف. الطبعة الثانية. المكتب الإسلامي والدار القيمة، 1983م
20. جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف بن محمد الزيلعي. نصب الراية لأحاديث الهداية. الطبعة الأولى. بيروت: مؤسسة الريان، جدة: دار القبلة للثقافة
21. زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي. مختار الصحاح. الطبعة الخامسة. بيروت: صيدا، المكتبة العصرية، الدار النموذجية، 1999م

22. زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن السلامي البغدادي ثم الدمشقي الحنبلي. جامع العلوم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم. الطبعة الثانية. دار السلام للطباعة، 1424هـ-2004م
23. أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني. السنن. الطبعة الأولى. بيروت: دار ابن حزم، 1418هـ-1997م
24. أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني. المراسيل. الطبعة الأولى. بيروت: مؤسسة الرسالة، 1408هـ
25. صفاء الضوي أحمد العدوي. إهداء الديباجة بشرح سنن ابن ماجه. دار اليقين
26. عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي. الديباج. الطبعة الأولى. المملكة العربية السعودية: دار ابن عفان، 1996م
27. أبو بكر عبد الرزاق بن همام بن نافع الحميري اليماني الصنعاني. المصنف. الطبعة الثانية. بيروت: المكتب الإسلامي
28. علي بن عمر الدارقطني. السنن. الطبعة الأولى. بيروت: مؤسسة الرسالة
29. مالك بن أنس. الموطأ. القاهرة: دار الكتاب المصري، بيروت: دار الكتاب اللبناني
30. مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد بن محمد بن محمد ابن عبد الكريم الشيباني الجزري بن الأثير. النهاية في غريب الحديث والأثر. بيروت: المكتبة العلمية، 1399هـ-1979م
31. مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد بن محمد بن محمد ابن عبد الكريم الشيباني الجزري بن الأثير. النهاية في غريب الحديث والأثر. بيروت: دار إحياء التراث العربي
32. محمد أشرف بن أمير بن علي بن حيدر أبو عبد الرحمن شرف الحق الصديقي العظيم أبادي. عون المعبود شرح سنن أبي داود. الطبعة الثانية، بيروت: دار الكتب العلمية، 1415هـ
33. محمد أنور شاه بن معظم شاه الكشميري الهندي. العرف الشذي شرح سنن الترمذي. تحقيق: محمود شاكر. الطبعة الأولى. بيروت: دار التراث العربي، 1425هـ
34. أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري. الجامع الصحيح. الطبعة الأولى. القاهرة: المطبعة السلفية
35. محمد بن إسماعيل بن صلاح الحسني الكحلاني ثم الصنعاني. سبل السلام. الطبعة الخامسة. بيروت: دار الكتاب العربي

36. محمد بن حبان بن أحمد بن حبان بن معاذ بن معبد التميمي أبو حاتم الدارمي البستي. صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان. تحقيق شعيب الأرنؤوط. الطبعة الثانية. بيروت: مؤسسة الرسالة، 1414هـ
37. أبو عبد الله محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري. المستدرک علی الصحیحین. الطبعة الأولى. دار الحرمین للطباعة، 1417هـ-1997م
38. أبو عبد الله محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري. المستدرک علی الصحیحین. الطبعة الثانية. بيروت: دار الكتب العلمية، 1422هـ-2002م
39. أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي. سنن الترمذي. الطبعة الأولى. بيروت: دار الغرب الإسلامي، 1996م
40. أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني ابن ماجه. سنن ابن ماجه. تحقيق بشار عواد معروف. الطبعة الأولى. بيروت: دار الجيل، 1418هـ-1998م
41. محمد زكريا الكاندهلوي المدني. أوجز المسالك إلى موطأ مالك. الطبعة الأولى. دمشق: دار القلم، 1424هـ-2003م
42. أبو العلي محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم المباركفوري. تحفة الأحوذی بشرح جامع الترمذي. دار الفكر
43. محمد ناصر الدين الألباني. إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل. الطبعة الثانية. بيروت: المكتب الإسلامي، 1405هـ-1985م
44. أبو زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي. المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج. الطبعة الثانية، بيروت: دار إحياء التراث العربي، 1392هـ
45. أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري. صحيح مسلم. الطبعة الأولى. الرياض: دار طيبة، 1427هـ-2006م
46. أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي. التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد. المغرب: وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية، 1387هـ

ثالثا : اللغة والمعاجم

47. أبو القاسم محمود بن عمرو بن أحمد الرمخشري. أساس البلاغة. الطبعة الأولى. بيروت: دار الكتب العلمية، 1419هـ-1998م
48. أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي. معجم مقاييس اللغة. دار الفكر، 1399هـ-1979م
49. أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي أبو العباس. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير. بيروت: المكتبة العلمية.
50. أحمد زكي بدوي. معجم المصطلحات القانونية. الطبعة الأولى. القاهرة: دار الكتاب المصري. بيروت: دار الكتاب اللبناني، 1989م
51. أحمد زكي بدوي. معجم المصطلحات القانونية. الطبعة [د.ط.]. القاهرة: دار الكتاب المصري، بيروت: دار الكتاب اللبناني، 1999م
52. المعلم بطرس البستاني. محيط المحيط. بيروت: مكتبة لبنان، 1987م
53. سعدي أبو جيب. القاموس الفقهي لغة واصطلاحا. الطبعة الثانية. دمشق: دار الفكر، 1408هـ-1988م
54. أبو القاسم سليمان بن أحمد الطبراني. المعجم الأوسط. القاهرة: دار الحرمين للطباعة والنشر، 1995م
55. أبو القاسم سليمان بن أحمد الطبراني. المعجم الكبير. القاهرة: مكتبة ابن تيمية
56. علي بن محمد علي الزين الشريف الجرجاني. كتاب التعريفات. الطبعة الأولى. بيروت: دار الكتب العلمية، 1403هـ-1983م
57. مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروزآبادي. القاموس المحيط. الطبعة الثامنة. بيروت: مؤسسة الرسالة للطباعة، 1426هـ-2005م
58. مجمع اللغة العربية (مصطفى إبراهيم وآخرون). المعجم الوسيط. دار الدعوة
59. محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي. لسان العرب. الطبعة الثالثة. بيروت: دار صادر، 1414هـ
60. محمد رواس قلعجي و حامد صادق قنبي. معجم لغة الفقهاء. الطبعة الثانية. دار النفائس. 1408هـ-1988م

رابعاً : المراجع العامة والخاصة

61. أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي. المهذب في فقه الإمام الشافعي. دار الكتب العلمية
62. أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي. طبقات الفقهاء. الطبعة الأولى. بيروت: دار الرائد، 1970م
63. إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح أبو إسحاق برهان الدين. المبدع في شرح المقنع. الطبعة الأولى. بيروت: دار الكتب العلمية، 1418هـ-1997م
64. إبراهيم فاضل الدبو. ضمان المنافع. الطبعة الأولى. عمان: دار عمار، 1997م
65. أبو بكر أحمد بن علي بن ثابت بن أحمد بن مهدي الخطيب البغدادي. تاريخ بغداد. الطبعة الأولى، بيروت: دار الغرب الإسلامي، 2002م
66. أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر. الإشراف على مذهب العلماء. الطبعة الأولى. مكتبة مكة الثقافية، 1425هـ، 2004م
67. أحمد أسعد محمود الحاج. نظرية القرض في الفقه الإسلامي. الطبعة الأولى. عمان: دار النفائس، 2008م
68. أحمد الحججي الكردي. المدخل الفقهي. الطبعة [د.ط.]. دار المعارف. 1980م
69. أحمد الدردير. الشرح الصغير. الطبعة [د.ط.]. دار المعارف
70. أحمد الدردير. الشرح الكبير على مختصر خليل ومعه حاشية الدسوقي. الطبعة [د.ط.]. دار الفكر.
71. أحمد بن الشيخ محمد الزرقا. شرح القواعد الفقهية. الطبعة الثانية. دمشق: دار القلم، 1409هـ-1989م
72. أحمد بن حسن أحمد الحسيني. الودائع المصرفية - أنواعها، استخدامها، استثمارها- الطبعة [د.ط.]، المكتبة المكية: دار ابن حزم
73. أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني. الإصابة في تمييز الصحابة. الطبعة الأولى، بيروت: دار الكتب العلمية، 1415هـ

74. أحمد بن لؤلؤ بن عبد الله الرومي أبو العباس شهاب الدين ابن النقيب الشافعي. عمدة السالك وعدة الناسك. الطبعة الأولى. قطر: الشؤون الدينية، 1982م
75. أبو العباس أحمد بن محمد الخلوئي الشهير بالصاوي. بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير للدردير. الطبعة [د.ط.]. دار المعارف.
76. أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي. تحفة المحتاج في شرح المنهاج. الطبعة [د.ط.]. مصر: المكتبة التجارية الكبرى، 1983م
77. أحمد بن محمد مكّي أبو العباس شهاب الدين الحسيني الحموي. غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر. الطبعة الأولى. دار الكتب العلمية، 1405هـ-1985م
78. أبو العباس أحمد بن يحيى الونشريسي. إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام أبي عبد الله مالك. الطبعة الأولى. بيروت: دار ابن حزم، 1427هـ
79. أبو العباس أحمد بن يحيى الونشريسي. عدّة البروق في جمع ما في المذهب من الجموع والفروق. الطبعة الأولى. بيروت: دار الغرب الإسلامي، 1410هـ-1990م
80. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن. مسؤولية البائع عن ضمان العيوب الخفية في بيع السيارات. الطبعة [د.ط.]. الإسكندرية: منشأة المعارف، 2007م
81. أحمد محمد عطية محمد. نظرية التّعدي كأساس للمسؤولية المدنية الحديثة. الطبعة الأولى. الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، 2007م
82. أحمد موافي. الضرر في الفقه الإسلامي. الطبعة الثانية. القاهرة: دار ابن عفان، الرياض: دار ابن القيم، 1429هـ-2008م
83. أسعد ذياب. العقود المسماة. الطبعة [د.ط.]. بيروت: منشورات زين الحقوقية، 2007م
84. العربي بلحاج. النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري. الطبعة [د.ط.]. الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 1999م
85. إياد عبد الحميد نمر. التغيرات الحادثة على محل عقد البيع وأثرها على الالتزام. الطبعة الأولى. الأردن: دار النفائس، 2009م
86. أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي. المنشور في القواعد. الطبعة الثانية. وزارة الأوقاف الكويتية، 1405هـ

87. تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي. الأشباه والنظائر. الطبعة الأولى. دار الكتب العلمية، 1411هـ-1991م
88. تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي. تكملة المجموع. دار الفكر
89. تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد ابن تيمية الحراني الحنبلي. الاختيارات الفقهية. الطبعة [د.ط.]. بيروت: دار المعرفة
90. تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد ابن تيمية الحراني الحنبلي. الفتاوى الكبرى. الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، 1987م
91. تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد ابن تيمية الحراني الحنبلي. مجموع الفتاوى. المملكة العربية السعودية: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، 1995
92. جميل الشرقاوي. عقد البيع. 1958م
93. جميل الشرقاوي. محاضرات في عقد البيع في القانون المدني المصري. 1956م
94. جميلة دوار. عقد الإيجار في التشريع المدني الجزائري. الطبعة الأولى. الجزائر: دار طليطلة، 2011م
95. حسن فرج. عقد البيع والمقايضة. 1970م
96. حمد بن محمد الجابر الهاجري. القواعد والضوابط الفقهية في الضمان المالي. الطبعة الأولى. المملكة العربية السعودية: دار كنوز إشبيلية، 1429هـ-2008م
97. حمدي أحمد سعد أحمد. مدى مسؤولية الأمين في عقود التوثيق. مصر: دار الكتب القانونية، 2007م
98. حمدي باشا عمر. عقود التبرعات. الطبعة الثانية. الجزائر: دار هومة، 2009م
99. خير الدين الزركلي. الأعلام. الطبعة 15، دار العلم للملايين، 2002م
100. رضوان أبو زيد. الوجيز في مبادئ الالتزام. 1979م
101. رمضان أبو السعود. عقد الإيجار. الإسكندرية: منشأة المعارف، 1996م
102. رمضان أبو عبد الله. أحكام عقد الوكالة في التشريع الجزائري. الطبعة الثانية
103. زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري زين الدين أبو يحيى السنيكي. فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب. دار الفكر للطباعة والنشر، 1414هـ-1994م

104. زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم. الأشباه والنظائر. الطبعة الأولى. بيروت: دار الكتب العلمية، 1419هـ-1999م
105. زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن السلامي البغدادي ثم الدمشقي الحنبلي. القواعد. دار الكتب العلمية
106. سامي حسن أحمد حمود. تطور الأعمال المصرفية بما يتفق مع الشريعة الإسلامية. الطبعة الثانية، عمان: مطبعة الشرق، 1982م
107. سعد خليفة العبار. ضمان عيوب المبيع في ضوء مقاصد الشريعة. الطبعة الأولى. بنغازي: جامعة قاديونس، 1999م
108. سعيد أحمد شعله. قضاء النقض في عقد البيع. الإسكندرية: منشأة المعارف، 1989م
109. أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث التجيبي القرطبي الباجي الأندلسي. المنتقى شرح الموطأ. الطبعة الأولى، مصر: مطبعة السعادة
110. سمير عبد السيد تناغو. عقد البيع. الطبعة الأولى. الإسكندرية: مكتبة الوفاء القانونية، 2009م
111. شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي المعروف بالحطاب الرُعيني المالكي. مواهب الجليل في شرح مختصر خليل. الطبعة الثالثة. دار الفكر، 1412هـ-1992م
112. شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج. بيروت: دار الفكر، 1404هـ-1984م
113. شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي. الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع. بيروت: دار الفكر
114. شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج. الطبعة الأولى. دار الكتب العلمية. 1415هـ-1994م
115. أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقراي. الذخيرة. الطبعة الأولى. بيروت: دار الغرب الإسلامي، 1994م
116. أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقراي. الفروق. الطبعة [د.ط.]. عالم الكتب

117. صاحب عبید الفتلاوي. ضمان العيوب وتخلّف المواصفات في عقود البيع. الطبعة الأولى. عمان: مكتبة دار الثقافة، 1997م
118. صالح بن غانم السدلان. القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها. الطبعة الأولى. المملكة العربية السعودية: دار بلنسيا، 1417هـ
119. طارق صالح يوسف عزام. أثر العيب في المعاملات المالية. الطبعة الأولى. عمان: دار النفائس، 2009م
120. عباس الصراف. شرح عقد البيع والإيجار في القانون المدني العراقي. طبعة 1956م
121. عبد الحميد الشواربي. فسخ العقد في ضوء القضاء والفقهاء. الطبعة الثالثة. الإسكندرية: منشأة المعارف، 1997م
122. عبد الرحمن السيد قرمان. العقود التجارية وعمليات البنوك. الطبعة الثانية، مكتبة الشقري، 2010م
123. عبد الرحمن بن أبي بكر جلال الدين السيوطي. الأشباه والنظائر. الطبعة الأولى. دار الكتب العلمية، 1411هـ-1990م
124. عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الحنبلي أبو الفرج شمس الدين. الشرح الكبير على متن المقنع. دار الكتاب العربي
125. عبد الرحمن بن محمد بن عسكر البغدادي أبو زيد أو أبو محمد شهاب الدين المالكي. إرشاد السالك إلى أشرف المسالك في فقه الإمام مالك. الطبعة الثالثة. شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده
126. عبد الرزاق أحمد السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - العقود الواردة على العمل - الطبعة الثالثة. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، 2000م
127. عبد الرزاق أحمد السنهوري. مصادر الحق في الفقه الإسلامي. الطبعة الأولى. بيروت: دار إحياء التراث العربي، مؤسسة التاريخ العربي
128. عبد الرزاق أحمد السنهوري. نظرية العقد. الطبعة [د.ط]. بيروت: دار الفكر
129. عبد الستار أبو غدة. الخيار وأثره في العقود. الطبعة الثانية. الكويت: مطبعة مقهوي، 1985م

130. عبد السلام العبادي. الملكية في الشريعة الإسلامية. الطبعة الأولى. عمان: مكتبة الأقصى، 1975م
131. عبد الكريم زيدان. الوجيز في أصول الفقه. الطبعة الخامسة، عمان: الدار الإسلامي، 1417هـ
132. عبد الله المصلح وصلاح الصاوي. ما لا يسع التاجر جهله. الطبعة الأولى، دمشق: مؤسسة الرسالة، 2006م
133. عبد المجيد عبد الله دية. القواعد والضوابط الفقهية لأحكام المبيع في الشريعة الإسلامية. الطبعة الأولى، الأردن: دار النفائس، 2005م
134. عبد المنعم فرج الصدة. نظرية العقد في قوانين البلاد العربية. بيروت: دار النهضة العربية. 1974م
135. عثمان بن علي بن محجن البارعي فخر الدين الزيلعي الحنفي. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق. الطبعة الأولى. بولاق، القاهرة: المطبعة الكبرى الأميرية، 1313هـ
136. أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمي الدمشقي. قواعد الأحكام في مصالح الأنام. القاهرة: مكتبة الكليات الأزهرية، 1414هـ
137. علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف. الطبعة الثانية، دار إحياء التراث العربي
138. علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. الطبعة الثانية. دار الكتب العلمية، 1406هـ-1986م
139. علاء الدين البخاري. كشف الأسرار شرح أصول البزدوي. الطبعة [د.ط.]. دار الكتاب الإسلامي.
140. علاء الدين محمد بن (محمد أمين المعروف بابن عابدين) بن عمر بن عبد العزيز عابدين الحسيني الدمشقي. قرّة عين الأخيار لتكملة ردّ المختار على الدرّ المختار. بيروت: دار الفكر
141. علي أحمد الندوي. القواعد الفقهية. الطبعة السابعة. دمشق: دار الفكر، 2007م
142. علي البارودي. العقود وعمليات البنوك التجارية. الإسكندرية: دار المعارف، 1968م
143. علي الخفيف. أحكام المعاملات الشرعية. الطبعة [د.ط.]. القاهرة: دار الفكر العربي، 2008م

144. علي الخفيف. الضمان في الفقه الإسلامي. الطبعة [د.ط] القاهرة: دار الفكر العربي، 2000م
145. علي السيّد عبد الحكيم الصّافي. الضمان في الفقه الإسلامي. الطبعة [د.ط]. بغداد-النجف: مطبعة الآداب، 1974-1975م
146. أبو الحسن علي بن أبي الكرم محمد بن محمد بن عبد الكريم بن عبد الواحد الشيباني الجزري عز الدين ابن الأثير. أسد الغابة في معرفة الصحابة. الطبعة الأولى. دار الكتب العلمية، 1994م
147. علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني. الهداية في شرح بداية المبتدي. الطبعة [د.ط]. بيروت: دار إحياء التراث العربي.
148. أبو محمد علي بن أحمد سعيد ابن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري. المحلى بالآثار. الطبعة [د.ط]. بيروت: دار الفكر
149. علي جمال الدين عوض. عمليات البنوك من الوجهة القانونية. الطبعة [د.ط]، 1993م
150. علي حسين بخيده. ضمان عيوب المبيع في عقد البيع. الطبعة [د.ط]. القاهرة: دار الفكر العربي، 1986م
151. علي حيدر. درر الحكام شرح مجلة الأحكام. دار عالم الكتب، 1423هـ-2003م
152. علي فيلاي. الالتزامات - العمل المستحق للتعويض - الطبعة [د. ط]. الجزائر: دار موفم للنشر والتوزيع، 2002م
153. أبو القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله الخرقى. متن الخرقى على مذهب أبي عبد الله أحمد بن حنبل الشيباني (مختصر الخرقى). دار الصحابة للتراث. 1413هـ-1993م
154. عمر محمد عبد الباقي. الحماية العقدية للمستهلك. الطبعة الثانية. الإسكندرية: منشأة المعارف، 2008م
155. أبو محمد غانم بن محمد البغدادي الحنفي. مجمع الضمانات. الطبعة [د.ط]. دار الكتاب الإسلامي
156. فتحي الدريني. النظريات الفقهية. الطبعة الرابعة. منشورات جامعة دمشق، 1996-1997م
157. كحالة عمر رضا. معجم المؤلفين. دمشق: مطبعة الترقى، 1957م

158. كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام. فتح القدير. الطبعة [د.ط.]. دار الفكر
159. لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي. الفتاوى الهندية. الطبعة الثانية. دار الفكر، 1310هـ
160. حسين بن الشيخ آث ملويا. المنتقى في عقد البيع. الطبعة الثانية. الجزائر: دار هومة، 2006م
161. لعشب محفوظ بن حامد. عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن. الطبعة [د.ط.]. الجزائر: المؤسسة الوطنية للكتاب. 1990م
162. مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني. المدونة. الطبعة الأولى. دار الكتب العلمية، 1415هـ-1994م
163. مجد أحمد مكّي. فتاوى مصطفى الزرقا. الطبعة الأولى. دمشق: دار القلم، 1999
164. محفوظ بن أحمد بن الحسن أبو الخطاب الكلوزاني. الهداية على مذهب الإمام أبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني. الطبعة الأولى، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، 2004م
165. محمد أبو زهرة. ابن تيمية - حياته وعصره - آراؤه وفقهه. القاهرة: دار الفكر العربي، 1991م
166. محمد أبو زهرة. الملكية ونظرية العقد. دار الفكر العربي
167. محمد أحمد سراج. ضمان العدوان في الفقه الإسلامي. الطبعة الأولى، القاهرة: دار الثقافة، 1990م
168. محمد الأمين مصطفى الشنقيطي. دراسة شرعية لأهمّ العقود المالية المستحدثة. الطبعة الثانية، المدينة المنورة: مكتبة العلوم والحكم، 1992م
169. أبو عبد الله محمد الأنصاري الرّصاع. شرح حدود ابن عرفة. الطبعة الأولى. بيروت: دار الغرب الإسلامي. 1993م
170. محمد الزحيلي. العقود المسماة. دار الكتاب، 1989م
171. محمد الزحيلي. القواعد الفقهية على المذهب الحنفي والشافعي. الطبعة الثانية
172. محمد الزحيلي. القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة. الطبعة الأولى. دمشق: دار الفكر، 1427هـ

173. محمد الزحيلي. موسوعة قضايا إسلامية معاصرة - الشرط الجزائي في المعاملات المالية والمصرفية - الطبعة الأولى. دمشق: دار المكتبي، 2009م
174. محمد الزهري الغمراوي. السراج الوهاج على متن المنهاج. بيروت: دار المعرفة
175. ابن عابدين محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي. رد المختار على الدر المختار. الطبعة الثانية. بيروت: دار الفكر، 1412هـ-1992م
176. محمد باقر الصدر. البنك اللاربيوي في الإسلام. الطبعة [د.ط.]. دار التعارف للمطبوعات، 1994م
177. محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية. إعلام الموقعين عن رب العالمين. الطبعة الأولى، بيروت: دار الكتب العلمية، 1411هـ
178. محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية. الطرق الحكمية. الطبعة [د.ط.]. مكتبة دار البيان
179. محمد بن أحمد بن أبي أحمد أبو بكر علاء الدين السمرقندي. تحفة الفقهاء. الطبعة الثانية. بيروت: دار الكتب العلمية. 1414هـ-1994م
180. محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي. المبسوط. الطبعة [د.ط.]. بيروت: دار المعرفة، 1414هـ-1993م
181. أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (ابن رشد الجد). البيان والتحصيل. الطبعة الثانية. بيروت: دار الغرب الإسلامي، 1408هـ
182. أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (ابن رشد الجد). المقدمات الممهّدة. الطبعة الأولى. دار الغرب الإسلامي، 1408هـ-1988م
183. محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي. حاشية الدسوقي. الطبعة [د.ط.]. دار الفكر
184. أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد. بداية المجتهد ونهاية المقتصد. الطبعة [د.ط.]. القاهرة: دار الحديث
185. محمد بن أحمد بن محمد عlish أبو عبد الله المالكي. منح الجليل شرح مختصر خليل. الطبعة [د.ط.]. بيروت: دار الفكر، 1409هـ-1989م
186. أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي. الأم. الطبعة [د.ط.]. بيروت: 1410هـ-1990م

187. محمد بن شاكر بن أحمد بن عبد الرحمن بن شاكر بن هارون بن شاكر الملقب بصلاح الدين. فوات الوفيات. الطبعة الأولى. بيروت: دار صادر، 1974م
188. محمد بن صالح العثيمين. شرح الأصول الثلاثة لشيخ الإسلام محمد بن عبد الوهاب -إعداد: فهد بن ناصر سليمان- الطبعة [د.ط]. الإسكندرية: دار الإيمان، 2001م
189. محمد بن عبد الله الخرشبي المالكي أبو عبد الله. شرح مختصر خليل. الطبعة [د.ط]. بيروت: دار الفكر
190. محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني. السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار. الطبعة الأولى، دار ابن حزم
191. محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني. نيل الأوطار. الطبعة الأولى، مصر: دار الحديث، 1993م
192. محمد بن فرامرز بن علي الشهير بملا - أو منلا أو المولى - خسرو. درر الحكام شرح غرر الأحكام. الطبعة [د.ط]. دار إحياء الكتب العربية
193. أبو القاسم محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله ابن جزيء الكلبي الغرناطي. القوانين الفقهية. الطبعة [د.ط]
194. محمد بن محمد الخطاب. تحرير الكلام في مسائل الالتزام. تحقيق: عبد السلام محمد الشريف. الطبعة الأولى. بيروت: دار الغرب الإسلامي، 1984م
195. أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي. الوسيط في المذهب. الطبعة الأولى، القاهرة: دار السلام، 1417هـ
196. أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي. المستصفي. الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، 1993م
197. محمد بن محمد بن محمود أكمل الدين أبو عبد الله بن الشيخ شمس الدين بن الشيخ جمال الدين الرومي البابرقي. العناية شرح الهداية. الطبعة [د.ط]. دار الفكر
198. محمد بن محمد مخلوف. شجرة النور الزكية في طبقات المالكية. القاهرة: المطبعة السلفية، 1349هـ
199. محمد بودالي. الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري. الطبعة الثانية. الجزائر: دار هومة، 2010م

200. محمد بودالي. مسؤولية المنتج عن منتجاته المعيبة. القاهرة: دار الفجر، 2005م
201. محمد حسن الجبر. العقود التجارية وعمليات البنوك في المملكة العربية السعودية. الطبعة الثانية، جامعة الملك سعود، النشر العلمي والمطابع، 1997م
202. محمد حسين منصور. أحكام البيع. الطبعة [د.ط.]. الإسكندرية: مطبعة الانتصار، 2002م
203. محمد حسين منصور. ضمان صلاحية المبيع للعمل لمدة معلومة. الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، 2004م
204. محمد خير رمضان يوسف. معجم المؤلفين المعاصرين. الطبعة [د.ط.]. الرياض: مطبوعات مكتبة فهد الوطنية، السلسلة الثالثة، 2004م
205. محمد سليمان الأحمد. الفرق بين الحيازة والضمان في كسب الملكية. الطبعة الأولى. عمان. الدار العلمية الدولية ودار الثقافة، 2001م
206. محمد شوقي الفنجرى. نحو اقتصاد إسلامي. الطبعة الأولى. شركة مكاتب عكة، 1981م
207. محمد صدقي بن محمد آل بورنو أبو الحارث الغزي. الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية. الطبعة الرابعة. بيروت: مؤسسة الرسالة، 1996م
208. محمد عبد الله أبو هزيم. الضمان في عقد البيع. الطبعة الأولى. عمان: دار الفيحاء، 1986م
209. محمد عبد ربه محمد السبحي. تعيب المعقود عليه وأثره في عقود المعاوضات المالية. الطبعة الأولى. الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، 2007م
210. محمد عثمان شبير. الشيخ علي الخفيف الفقيه المجدد. الطبعة الأولى. دمشق: دار القلم، 2002م
211. محمد عثمان شبير. المعاملات المالية المعاصرة. الطبعة الأولى، عمان: دار النفائس، 1996م
212. محمد عمارة. عبد الرزاق السنهوري - إسلامية الدولة والمدنية والقانون - الطبعة الأولى. مصر: دار السلام، 2009م
213. محمد فوزي فيض الله. نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام. الطبعة الأولى. الكويت: مكتبة التراث الإسلامي، 1403هـ - 1983م

214. محمد قدرى باشا. مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان. الطبعة الثانية. بولاق: المطبعة الكبرى الأميرية. 1308هـ-1891م
215. محمد كامل مرسي. شرح القانون المدني الجديد - العقود المسماة - مصر: المطبعة العالمية، 1953م
216. محمد لبيب شنب. شرح أحكام عقد البيع. دار النهضة العربية، 1966م
217. محمد محي الدين إبراهيم سليم. أحكام ضمان العارية. الطبعة [د.ط.]. الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية
218. محمد نجيب المطيعي. التكملة على المجموع. دار الفكر
219. محمد نجيب عوضين المغربي. نظرية العقد في الفقه الإسلامي. الطبعة [د.ط.]. القاهرة: دار النهضة العربية، 2003م
220. محمود بن أحمد بن محمود بن بختيار أبو المناقب شهاب الدين الزنجاني. تخريج الفروع على الأصول. الطبعة الثانية. بيروت: مؤسسة الرسالة، 1398هـ
221. أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي بدر الدين العيني. البناية شرح الهداية. الطبعة الأولى، بيروت: دار الكتب العلمية، 2000م
222. محمود جمال الدين زكي. عقد الإيجار في التقنين المدني المصري. مركز جامعة القاهرة للطباعة والنشر، 1998م
223. أبو زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي. المجموع شرح المهذب. دار الفكر
224. أبو زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي. روضة الطالبين وعمدة المفتين. الطبعة الثالثة. بيروت-دمشق-عمان: المكتب الإسلامي. 1412هـ-1991م
225. محي هلال السرحان. تبسيط القواعد الفقهية شرحها ودورها في إثراء التشريعات الحديثة. الطبعة الأولى. بيروت: دار الكتب العلمية، 2005م
226. مصطفى أحمد الزرقا. العقود المسماة في الفقه الإسلامي - عقد البيع - الطبعة الأولى. دمشق: دار القلم، 1999م
227. مصطفى أحمد الزرقا. الفعل الضار والضمان فيه. الطبعة الأولى. دمشق: دار القلم، بيروت: دار العلوم، 1988م
228. مصطفى أحمد الزرقا. المدخل الفقهي العام. الطبعة التاسعة. دمشق: دار الفكر، 1968م

229. مصطفى أحمد الزرقا. المدخل الفقهي العام. الطبعة العاشرة. دمشق: مطبعة طرين، 1968م
230. مصطفى أحمد الزرقا. شرح القانون المدني السوري-العقود المسماة-عقد البيع والمقايضة- الطبعة السادسة. دمشق، 1956م
231. مصطفى أحمد الزرقا. شرح القانون المدني السوري -العقود المسماة- عقد البيع والمقايضة- طبعة 1963م
232. مصطفى أحمد الزرقا. شرح القانون المدني السوري -العقود المسماة، عقد البيع والمقايضة- طبعة 1968م
233. مصطفى أحمد الزرقا. نظرية الالتزام العامة. الطبعة الأولى. دمشق: دار القلم، 1999م
234. مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي شهرة، الرحيباني. مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى. الطبعة الثانية، المكتب الإسلامي، 1994م
235. مصطفى ديب البغا. أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي. الطبعة الثانية. دمشق: دار الفكر، 1993م
236. مصطفى سعيد الخن. الكافي الوافي في أصول الفقه الإسلامي. الطبعة الأولى. بيروت: مؤسّسة الرسالة، 2000م
237. مصطفى كمال طه. الوجيز في القانون البحري. القاهرة : منشأة المعارف، 1974م
238. أبو عبد الله مصعب بن عبد الله بن مصعب الزبيري. نسب قريش. تعليق: إ. ليفي بروفنسال. الطبعة الثالثة، القاهرة: دار المعارف
239. منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي. الروض المربع شرح زاد المستقنع. دار المؤيد - مؤسسة الرسالة
240. منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي. شرح منتهى الإيرادات. الطبعة الأولى. عالم الكتب، 1414هـ-1993م
241. منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي. كشاف القناع عن متن الإقناع. دار الكتب العلمية
242. موسى بن أحمد بن موسى بن سالم بن عيسى بن سالم الحجاوي المقدسي ثم الصالحي شرف الدين أبو النجا. الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل. بيروت: دار المعرفة

243. أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي. الكافي في فقه الإمام أحمد. الطبعة الأولى. دار الكتب العلمية. 1414هـ-1994م
244. أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي. المغني. الطبعة [د.ط.]. مكتبة القاهرة، 1388هـ-1968م
245. ناصر جميل محمد الشمايلة. كسب ملكية المضمونات بالضمان. الطبعة الأولى. عمان: مكتبة دار الثقافة، 1998م
246. نزيه حماد. عقد الصلح في الشريعة الإسلامية. الطبعة الأولى. دمشق: دار القلم، بيروت: دار الشامية، 1996م
247. أبو الحسن نور الدين علي بن أبي بكر سليمان الهيثمي. مجمع الزوائد ومنبع الفوائد. القاهرة: مكتبة القدسي، 1994م
248. هلال شعوة. الوجيز في شرح عقد الإيجار في القانون المدني. الطبعة الأولى، الجزائر: جسور، 2010م
249. وهبة الزحيلي. أصول الفقه الإسلامي. الجزائر: دار الفكر
250. وهبة الزحيلي. العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني. الطبعة السادسة. دمشق: دار الفكر، 2007م
251. وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. الطبعة الأولى. الجزائر: دار الفكر، 1991م
252. وهبة الزحيلي. المعاملات المالية المعاصرة. الطبعة السادسة. دمشق: دار الفكر، 2008م
253. وهبة الزحيلي. موسوعة الفقه الإسلامي المعاصر. الطبعة الثانية. دمشق: دار المكتبي، 2008م
254. وهبة الزحيلي. نظرية الضمان. الطبعة الثامنة. دمشق: دار الفكر، 2008م
255. أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي. الاستيعاب في معرفة الأصحاب. الطبعة الأولى، بيروت: دار الجيل، 1992
256. أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي. الكافي في فقه أهل المدينة. الطبعة الثانية. الرياض: مكتبة الرياض الحديثة، 1400هـ-1980م

خامسا : الموسوعات والمجلات المتخصصة

257. أحمد الحجي الكردي. تعريف الوقف لغة واصطلاحا - بحث أعدّه للمشاركة في كتابة مدونة الوقف في دولة الكويت -
258. أحمد بن صالح آل عبد السلام. الاعتداء على الوقف - بحث محكم منشور بمجلة العدل - شوال 1425هـ، العدد 24
259. أيمن أبو العيال. فكرة ضمان العقد في الفقه الإسلامي - مقال منشور بمجلة جامعة دمشق - العدد الثاني، 2003م
260. جليل الساعدي. ملاحظات في المسؤولية التقصيرية في القانون المدني العراقي - مقال منشور بمجلة الشريعة والقانون - العدد السابع عشر. يونيو 2002م
261. حسان بوعروج. مسؤولية الناقل البحري - مقال منشور بالمجلة القضائية الجزائرية - عدد خاص بالاجتهاد القضائي للغرفة التجارية والبحرية، 1999م
262. عبد السلام لفته سعيد. تحليل الودائع المصرفية - نموذج مقترح - مقال منشور بمجلة كلية بغداد للعلوم الاقتصادية، بغداد، العدد الحادي عشر، 2006م
263. عثمان بابكر أحمد. نظام حماية الودائع لدى المصارف الإسلامية - بحث منشور بالمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب - الطبعة الأولى، جدة: البنك الإسلامي للتنمية، 2000م
264. علي أحمد سالوس. حماية الحسابات الاستثمارية في المصارف الإسلامية - بحث مقدم إلى مجلة مجمع الفقه الإسلامي - السنة الثالثة عشر، العدد 15
265. علي محي الدين القرّة داعي. مدى مسؤولية المضارب والشريك - البنك ومجلس الإدارة - عن الخسارة - بحث منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامي الصادرة عن رابطة العالم الإسلامي - السنة الثامنة، العدد العاشر، 2005م
266. قرارات مجلس المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي، الدورة الخامسة المنعقدة من يوم 08 إلى 16 ربيع الآخر سنة 1402هـ، -القرار السابع بشأن الظروف الطارئة وتأثيرها في الحقوق والالتزامات العقدية-
267. مجلة البحوث الإسلامية، العدد 52
268. مجلة المحامون السورية الصادرة عن نقابة المحامين لسنة 1974

269. مجلة المحامون السورية الصادرة عن نقابة المحامين لسنة 1977
270. مجلة المحامون السورية الصادرة عن نقابة المحامين لسنة 1978
271. مجلة المحامون السورية الصادرة عن نقابة المحامين لسنة 1979
272. مجموعة علماء وفقهاء من الخلافة العثمانية. مجلة الأحكام العدلية. الناشر نور محمد كارخانة تجارت كتب، آرام باغ، كاراتشي
273. محمد عدنان باقر. قواعد الأخلاق في تحديد مضمون العقد- بحث منشور بمجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية- المجلد 22، العدد 04، 2014م
274. محمود أحمد مهدي. نظام الوقف في التطبيق المعاصر- نماذج مختارة من تجارب الدول والمجتمعات الإسلامية- البنك الإسلامي للتنمية، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، 1423هـ-2003م
275. مقال منشور بمجلة "سبق" الإلكترونية بتاريخ 2015/08/10
(<https://sabq.org/KNDgde>)
276. منذر قحف. ضمان الودائع في المصارف الإسلامية في الأردن- بحث مقدم لمؤسسة ضمان الودائع في المملكة الأردنية الهاشمية. نوفمبر 2005م
277. نزيه حماد. مدى صحة تضمين يد الأمانة بالشرط- مقال منشور بمنشورات المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب- الكويت، الطبعة الثانية، 2000م
278. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية للكويت. الموسوعة الفقهية الكويتية. الطبعة [من 1404هـ-1427هـ]- الأجزاء من 01-23، الطبعة الثانية. الكويت: دار السلاسل، الأجزاء من 24-38، الطبعة الأولى. مصر: مطابع دار الصفاة، الأجزاء من 39-45، الطبعة الثانية: طبع الوزارة
279. وهبة الزحيلي. بيع التقييط. مقال منشور بمجلة الفقه الإسلامي. مجمع الفقه الإسلامي، السنة التاسعة، العدد 11، 1419هـ-1998م
280. ياسين محمد الجبوري. خيار العيب في القانون المدني الأردني- مقال منشور بمجلة الشريعة والقانون-، العدد 20، 2004م

سادسا : الرسائل العلمية

281. أحمد علي خليف العويدي. التزام المؤجر بالضمان في القانونين المصري والأردني - أطروحة دكتوراه- جامعة القاهرة، كلية الحقوق: 2005م
282. إدريس صالح الشيخ فقيه. القواعد والضوابط الفقهية في نظرية الضمان -أطروحة ماجستير في الفقه وأصوله- الجامعة الأردنية، 2006م
283. أسماء موسى أسعد أبو السرور. ركن الخطأ في المسؤولية التقصيرية -أطروحة ماجستير- جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، نابلس، فلسطين، 2006م
284. العمري بلاعة. العيب وأثره في البيوع -دراسة فقهية مقارنة- أطروحة ماجستير- جامعة الجزائر : كلية أصول الدين، 2001م
285. بلقاسم أعراب. شروط الإعفاء من المسؤولية المدنية -أطروحة ماجستير- الجزائر: معهد الحقوق والعلوم الإدارية، 1984م
286. جهاد سالم جريد الشرفات. أحكام الرجوع في التبرعات المالية في الفقه الإسلامي والقانون الأردني -أطروحة ماجستير في الفقه وأصوله- الأردن: جامعة آل البيت: كلية الدراسات الفقهية والقانونية، قسم الدراسات الفقهية، 1999م
287. جويذة حواص. الضمان القانوني للعيب الخفي وتختلف الصفة في عقد البيع -أطروحة ماجستير في العقود والمسؤولية- جامعة الجزائر: معهد الحقوق والعلوم الإدارية، 1986م
288. حوران محمد سليمان. ضمان الضرر المالي غير المادي -دراسة مقارنة بين الفقه والقانون- رسالة ماجستير في الفقه الإسلامي وأصوله. جامعة دمشق: كلية الشريعة، 2002م
289. درصاف الطاجيني. ضمان الاستحقاق الجزئي -مذكرة ماجستير في القانون الخاص- جامعة تونس: كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2005-2006م
290. دليلة خليفي. الاتفاقات المتعلقة بالضمان من خلال أحكام البيع في مجلة الالتزامات والعقود -رسالة لنيل شهادة الدراسات المعمقة في القانون الخاص- جامعة تونس: كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2003-2004م

291. ربحي محمد أحمد أبو هزيم. ضمان التعرض والاستحقاق - أطروحة ماجستير - الأردن: جامعة النجاح، 2007م
292. سنان خليل سلامة الشطناوي. مسقطات ضمان العيب الخفي في عقد البيع في القانون المصري والقانون الأردني - أطروحة ماجستير - جامعة الدول العربية: المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، معهد البحوث والدراسات العربية والقانونية، 2001م
293. عبد الرزاق بوضياف. إدارة أموال الوقف وسبل استثماره في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري - أطروحة دكتوراه - باتنة، جامعة الحاج لخضر، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، قسم الشريعة، 2005-2006م
294. عبد الله ولداندكجلي. مدى التعويض عن الضرر في المسؤولية العقدية - أطروحة ماجستير في العقود والمسؤولية - جامعة الجزائر، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، 2000-2001م
295. عبيد مجول العجمي. تطوير الالتزام بضمان العيوب الخفية - رسالة ماجستير في الحقوق - جامعة القاهرة: كلية الحقوق، قسم الدراسات العليا، 2006م
296. عطية عدلان عطية رمضان. موسوعة القواعد الفقهية - أطروحة ماجستير - كلية الحقوق: جامعة عين شمس، الإسكندرية: دار الإيمان، 2007م
297. عمار دعباك. اتفاقات ضمان المبيع - مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمقة في العلوم القانونية - كلية العلوم القانونية والسياسية والاجتماعية بتونس، 1994-1995م
298. كمال العرفي. الضمان في الحقوق المعنوية والتحفيز التجاري - أطروحة دكتوراه في الفقه وأصوله - جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، 2007-2008م
299. لمياء محمد صدقة محمد باحيدرة. المسائل التي خالف فيها صاحبان أو أحدهما أبا حنيفة في باب الطهارة - أطروحة ماجستير - كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية، 1424هـ، المجلد الأول
300. محمد نبذات محمد. ضمان العقد في الفقه الإسلامي - أطروحة دكتوراه مطبوعة - الطبعة الأولى. دمشق: دار المكتبي، 2007م
301. مناد نايت جودي. النظام القانوني لضمان الودائع المصرفية - أطروحة ماجستير في قانون الأعمال - 2007م

302. منال جهاد أحمد حلة. أحكام عقود الإذعان في الفقه الإسلامي - أطروحة ماجستير - كلية الشريعة والقانون، قسم الفقه المقارن بالجامعة الإسلامية بغزة، 2008م
303. منصور عمر بدر الدين. الضمان في الفعل المشروع - رسالة ماجستير في الفقه الإسلامي وأصوله - جامعة دمشق: كلية الشريعة، 2005م
304. منصور عيسى مشرف الحجازات. أحكام الضمان في عقود الأمانات - أطروحة ماجستير - جامعة آل البيت، قسم الفقه وأصوله، 2006م
305. نادية بن رمضان. مفهوم ضمان الاستحقاق - مذكرة ماجستير في القانون الخاص - كلية الحقوق والعلوم السياسية، تونس، 2008-2009م
306. نايف محمد العجمي. الرجوع وأثره في العقود في الفقه الإسلامي - أطروحة ماجستير - جامعة القاهرة: كلية دار العلوم، قسم الشريعة والقانون، 2001م
307. نور الدين الناصري. دور القاضي في تمييز العقد على ضوء قانون الالتزامات - رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون المدني - جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، السنة الجامعية 1998-1999م
308. يوسف بن رقية. العلاقة بين نظامي المسؤولية المدنية ومدى جواز الخيرة بينهما في القانون المدني الجزائري - أطروحة ماجستير في العقود والمسؤولية - جامعة الجزائر: معهد الحقوق والعلوم الإدارية، 1988م

سابعاً : النصوص الرسمية

309. القانون رقم 05-10 المؤرخ في 13 جمادى الأولى 1426هـ الموافق لـ 20 يونيو 2005م، يعدّل ويتمّ الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975م والمتضمن للقانون المدني الجزائري.
310. الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ، الموافق لـ 26 سبتمبر 1975م المعدل والمتمم بالأمر 96-27 المؤرخ في 09 ديسمبر 1996م المتضمن للقانون التجاري.
311. القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ، الموافق لـ 09 يونيو سنة 1984م المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426هـ، الموافق لـ 27 فبراير 2005م والمتضمن قانون الأسرة الجزائري.
312. القانون رقم 98-05 المؤرخ في 01 ربيع الأول 1419هـ، الموافق لـ 25 يونيو 1998م، يعدل ويتمم الأمر رقم 76-80 المؤرخ في 29 شوال 1396هـ الموافق لـ 23 أكتوبر 1976م والمتضمن القانون البحري.
313. القانون رقم 08-02 المؤرخ في 15 محرم 1429هـ، الموافق لـ 23 يناير 2008م يعدل ويتمم القانون رقم 98-06 المؤرخ في 03 ربيع الأول 1419هـ، الموافق لـ 27 يونيو 1998م الذي يحدّد القواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني.
314. القانون رقم 91-10 المؤرخ في 12 شوال 1411هـ الموافق لـ 27 أبريل 1991م المتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم بالقانون 02-10 المؤرخ في 14 ديسمبر 2002م.
315. المرسوم التنفيذي 98-381 المؤرخ في 12 شعبان 1419هـ، الموافق لـ 01 سبتمبر 1998م الذي يحدّد شروط الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفية ذلك.
316. القانون المدني المصري الصادر بتاريخ 09 رمضان 1367هـ الموافق لـ 16 يوليو 1948م.
317. مجموعة الأعمال التحضيرية المصرية. القاهرة: مطابع مذكور.

ثامنا : المجلات القضائية

318. المجلة القضائية لسنة 1993، العدد الرابع

تاسعا : المراجع باللغة الأجنبية

319. Alter. L'obligation de délivrance dans la vente des meubles corporels. Paris. 1972.
320. Baudry et Soignant. Traité théorique de droit civil. 3ème Ed "de la vente et de l'échange". N° 349.
321. Laurant. Principe de droit civil. 3 ème Ed.
322. Planiol et Ripert. Traité pratique de droit civil français. Tome 7, Ed 1954.

عاشرا : المواقع الإلكترونية

323. الصفحة الرسمية لطلاب الدكتور محمد أحمد سراج.
<https://www.facebook.com/1017410454955105-طلاب-الدكتور-محمد-أحمد-سراج->
324. الموقع الإلكتروني "إفتاء" التابع لوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية لدولة الكويت.
<http://islam.gov.kw/eftaa/Fatwa/FormerFatwa/Pages/FormerFatw09.aspx>
325. الموقع الإلكتروني لجامعة بابل العراق.
<http://staff.uobabylon.edu.iq/carier.aspx?id=50>

فهرس الموضوعات

أ ي	مقدمة
01	الفصل الأول : ماهية الضمان وأسبابه وشروطه.....
01	المبحث الأول : حقيقة الضمان ومشروعيته.....
01	المطلب الأول : تعريف الضمان.....
01	الفرع الأول: تعريف الضمان في اللغة.....
03	الفرع الثاني : تعريف الضمان في الاصطلاح الفقهي.....
10	الفرع الثالث : تعريف الضمان في الاصطلاح القانوني.....
11	الفرع الرابع : الألفاظ ذات الصلة بالضمان.....
14	المطلب الثاني : دليل مشروعية الضمان.....
14	الفرع الأول : من الكتاب.....
16	الفرع الثاني : من السنة.....
19	الفرع الثالث : من الإجماع.....
19	الفرع الرابع : من المعقول.....
20	المبحث الثاني: القواعد والضوابط الفقهية المتعلقة بالضمان.....
20	المطلب الأول : القواعد المتعلقة بمنع الضرر واتقائه.....
20	الفرع الأول : قاعدة: «لا ضرر ولا ضرار».....
24	الفرع الثاني : القاعدة الفقهية: «الاضطرار لا يبطل حق الغير».....
25	المطلب الثاني : القواعد المتعلقة بضمان العقود.....
25	الفرع الأول : قاعدة الخراج بالضمان.....
28	الفرع الثاني : قاعدة يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان.....
30	الفرع الثالث : على اليد ما أخذت حتى تؤديه.....
32	المطلب الثالث : القواعد والضوابط الفقهية المتعلقة بعقود الضمان وأصول المضمون..
32	الفرع الأول : قاعدة ما تصح إجارته فعلى متلفه الضمان.....

33	الفرع الثاني : كل ما جاز الرهن به جاز ضمانه.....
33	الفرع الثالث : قاعدة المثلي مضمون بمثله والمتقوم بالقيمة، وقاعدة الأصل رد الحقوق المضمونة بأعيانها عند الإمكان.....
34	الفرع الرابع : إذا تعدد الأصل يصار إلى البدل.....
35	المطلب الرابع : القواعد المتعلقة بسقوط الضمان.....
35	الفرع الأول : الجواز الشرعي ينافي الضمان.....
36	الفرع الثاني : الأمانة غير مضمونة.....
36	الفرع الثالث : إذن المالك في التصرفات يسقط الضمان.....
37	الفرع الرابع : كل ما قبضه الإنسان من غيره بغير عوض فهو غير مضمون.....
38	المبحث الثالث: أسباب الضمان.....
39	المطلب الأول: العَقد.....
39	الفرع الأول : تعريف العَقد.....
41	الفرع الثاني : تعريف ضمان العقد في الاصطلاح الفقهي.....
42	الفرع الثالث : التعويض في عقود الضمان.....
49	الفرع الرابع: ضمان العقد والمسؤولية العقدية في القانون.....
52	المطلب الثاني : اليد.....
52	الفرع الأول : تعريف اليد.....
54	الفرع الثاني : أقسام اليد من حيث الضمان.....
60	الفرع الثالث : يد الضمان ويد الأمانة في القانون.....
62	الفرع الرابع: صور اليد المعتدية.....
66	المطلب الثالث : الإلتلاف.....
66	الفرع الأول : تعريف الإلتلاف.....
68	الفرع الثاني : تعريف ضمان اليد.....
70	الفرع الثالث : ضمان الإلتلاف.....

72	المطلب الرابع: الفرق بين ضمان العقد وضمن اليد وضمن الإتلاف.....
76	المبحث الرابع : شروط الضمان.....
76	المطلب الأول : التعدي.....
76	الفرع الأول : في اللغة.....
76	الفرع الثاني : في اصطلاح الفقهاء.....
79	الفرع الثالث : التعدي في القانون.....
80	المطلب الثاني : الضرر.....
81	الفرع الأول : في اللغة.....
81	الفرع الثاني : في الشرع.....
81	المطلب الثالث : العلاقة بين التعدي والضرر (المباشرة أو التسبب).....
82	الفرع الأول : تعريف المباشرة.....
82	الفرع الثاني : تعريف التسبب.....
83	المطلب الرابع : علاقة المباشر والمتسبب في الضمان.....
83	الفرع الأول : علاقة المباشر بالضمان.....
85	الفرع الثاني : علاقة المتسبب في الضمان.....
85	المطلب الخامس : أحوال انفراد واجتماع المباشرة والتسبب في الضمان.....
85	الفرع الأول : انفراد المباشر بالضمان دون المتسبب.....
87	الفرع الثاني : انفراد المتسبب بالضمان دون المباشر.....
87	الفرع الثالث : اجتماع واشتراك المباشر والمتسبب في الضمان.....
88	خلاصة ومقارنة.....
90	الفصل الثاني: أقسام العقود والضمان فيها.....
91	المبحث الأول : عقود المعاوضات والضمان فيها.....
92	المطلب الأول : التعريف بأنواع عقود المعاوضات والضمان فيها بوجه عام.....
92	الفرع الأول : البيع والضمان فيه.....

95	الفرع الثاني : عقد القسمة والضمان فيه.....
96	الفرع الثالث : الصلح عن مال بمال والضمان فيه.....
98	الفرع الرابع : القرض والضمان فيه.....
99	الفرع الخامس : عقد النكاح والضمان فيه.....
100	الفرع السادس : الخلع والضمان فيه.....
101	الفرع السابع : إقالة عقود الضمان.....
102	المطلب الثاني : عقد البيع : حقيقته وشروطه.....
102	الفرع الأول : تعريف عقد البيع.....
105	الفرع الثاني : حقيقة محل عقد البيع.....
107	الفرع الثالث : شروط صحّة البيع.....
112	المطلب الثالث : آثار عقد البيع.....
112	الفرع الأول : الالتزام بنقل الملكية.....
113	الفرع الثاني : الالتزام بتسليم المبيع بالنسبة للبائع والتمن بالنسبة للمشتري.....
118	الفرع الثالث : التزام الضمان.....
119	المطلب الرابع : ضمان عيوب المبيع الخفية.....
119	الفرع الأول : تعريف العيوب الخفية الموجبة للضمان.....
122	الفرع الثاني : الفرق بين الرّداءة والعيب.....
122	الفرع الثالث : الفرق بين العيب وفوات الوصف.....
124	الفرع الرابع : شروط قيام ضمان العيب الخفي وتخلّف الصفة.....
143	المطلب الخامس : ضمان عدم التّعرض والاستحقاق في عقد البيع.....
144	الفرع الأول : تعريف التّعرض في اللغة.....
144	الفرع الثاني: تعريف الاستحقاق في اللغة.....
145	الفرع الثالث : تعريف التعرض والاستحقاق عند الفقهاء.....
146	الفرع الرابع : تعريف التعرض والاستحقاق في القانون.....

146	الفرع الخامس : تعريف ضمان الاستحقاق.....
148	الفرع السادس : أنواع الاستحقاق.....
152	المبحث الثاني : عقود الأمانات والضمنان فيها.....
152	المطلب الأول : التعريف بعقود الأمانات والضمنان فيها بوجه عام.....
152	الفرع الأول : عقد الوديعة والضمنان فيها.....
154	الفرع الثاني : عقد الوكالة والضمنان فيها.....
157	الفرع الثالث : عقد العارية والضمنان فيها.....
161	الفرع الرابع : عقد الشركة والضمنان فيها.....
164	الفرع الخامس : عقدي المزارعة والمساقاة والضمنان فيهما.....
165	المطلب الثاني : أحكام مسؤولية الأمين في عقود الأمانات.....
165	الفرع الأول : العرف ومدى الضمان به.....
166	الفرع الثاني : المصلحة ومدى الضمان بها.....
167	الفرع الثالث : التهمة ومدى تأثيرها على يد الأمانة.....
169	الفرع الرابع : تطوع الأمين بالتزام الضمان بعد العقد.....
169	المطلب الثالث : مدى جواز اشتراط مسؤولية الأمين في عقود الأمانات في الفقه الإسلامي والقانون.....
169	الفرع الأول : مدى جواز اشتراط مسؤولية الأمين في عقود الأمانات في الفقه الإسلامي.....
175	الفرع الثاني : مدى جواز اشتراط مسؤولية الأمين في القانون المدني.....
178	المطلب الرابع : صور من التطبيقات المعاصرة للودائع المصرفية.....
178	الفرع الأول : الودائع الجارية أو تحت الطلب.....
178	الفرع الثاني : الودائع الاستثمارية في المصارف الإسلامية.....
180	الفرع الثالث : الودائع المستندية والمخصصة لغرض معين.....
181	الفرع الرابع : ودائع الخزائن الحديدية.....

183	المبحث الثالث : العقود مزدوجة الأثر والضمان فيها.....
183	المطلب الأول : التعريف بالعقود مزدوجة الأثر والضمان فيها بوجه عام.....
183	الفرع الأول : الرهن.....
190	الفرع الثاني : عقد الوصاية.....
192	الفرع الثالث : الصلح عن مال بمنفعة.....
192	الفرع الرابع : الإجارة.....
195	المطلب الثاني : الضمان في عقد الإجارة على الأشخاص.....
195	الفرع الأول : التعريف بالأجير الخاص.....
195	الفرع الثاني : طبيعة يد الأجير الخاص.....
198	الفرع الثالث : التعريف بالأجير المشترك.....
198	الفرع الرابع : طبيعة يد الأجير المشترك.....
202	المطلب الثالث : الضمان في عقد الإجارة على المنافع.....
202	الفرع الأول : التزامات المؤجر.....
210	الفرع الثاني : التزامات المستأجر.....
214	المبحث الرابع : عقود التبرعات والضمان فيها.....
214	المطلب الأول: الهبة والضمان فيها.....
214	الفرع الأول: تعريفها.....
215	الفرع الثاني : الضمان في عقد الهبة.....
217	الفرع الثالث: الرجوع في الهبة.....
220	الفرع الرابع : الرجوع في الهبة في القانون.....
221	المطلب الثاني: الوقف: حقيقته، حمايته والضمان فيه.....
221	الفرع الأول: تعريفه.....
224	الفرع الثاني : حدود تصرف ناظر الوقف ومدى مسؤوليته.....
226	الفرع الثالث : صور التعدي على الوقف بوجه عام.....

227	الفرع الرابع : حماية الوقف والضمان فيه.....
228	خلاصة ومقارنة.....
231	الفصل الثالث : أحكام الضمان وآثاره.....
231	المبحث الأول : ضمان العيب الخفي والتعرض والاستحقاق في ظل اتفاقات المتعاقدين.....
231	المطلب الأول : اتفاق المتعاقدين على تخفيف شروط الضمان.....
231	الفرع الأول : اتفاق المتعاقدين على تخفيف الضمان في العيوب الخفية.....
235	الفرع الثاني : اتفاق المتعاقدين على تخفيف ضمان الاستحقاق.....
237	المطلب الثاني : اتفاق المتعاقدين بشأن تشديد شروط الضمان.....
237	الفرع الأول : بالنسبة لضمان العيوب الخفية.....
239	الفرع الثاني : بالنسبة لضمان الاستحقاق.....
242	المطلب الثالث : اتفاق المتعاقدين على إسقاط الضمان.....
242	الفرع الأول : اتفاق المتعاقدين على إسقاط ضمان العيوب الخفية.....
243	الفرع الثاني : اتفاق المتعاقدين على إسقاط ضمان الاستحقاق.....
244	المطلب الرابع : مدى صحة الاتفاق على الإعفاء أو التخفيف من الضمان في كل من الفقه الإسلامي والقانوني.....
244	الفرع الأول : موقف الفقه الإسلامي من شرط إسقاط الضمان.....
248	الفرع الثاني : موقف الفقه القانوني من شرط الإعفاء.....
253	الفرع الثالث : موقف التشريع الجزائري من شرط إسقاط الضمان.....
257	الفرع الرابع : الحالات التي لا يجوز فيها الاتفاق على الإعفاء أو التخفيف.....
264	المبحث الثاني : ضمان العيب الخفي والتعرض والاستحقاق في ظل أحكام القضاء.....
264	المطلب الأول : سلطة القضاء في تفسير شروط الضمان.....
265	الفرع الأول : العوامل الداخلية للتفسير.....

266	الفرع الثاني : العوامل الخارجية لتفسير العقد.....
271	المطلب الثاني : أحكام القضاء في ضمان العيوب الخفية والتعرض والاستحقاق.....
271	الفرع الأول : فحص المبيع.....
277	الفرع الثاني : الإخطار.....
277	الفرع الثالث : إثبات العيب.....
279	المطلب الثالث : حقوق المشتري في دعوى الضمان.....
279	الفرع الأول : حقوق المشتري في دعوى ضمان العيوب الخفية.....
284	الفرع الثاني : حقوق المشتري في ضمان الاستحقاق.....
285	المطلب الرابع : دعوى الضمان في العيوب الخفية.....
286	الفرع الأول : دعوى الردّ.....
299	الفرع الثاني : الرد الجزئي.....
306	المطلب الخامس : دعوى التعويض.....
306	الفرع الأول : مفهوم دعوى التعويض.....
308	الفرع الثاني : حالات دعوى التعويض.....
314	الفرع الثالث : طلب التنفيذ العيني.....
317	المبحث الثالث : سقوط الضمان.....
317	المطلب الأول : مرور المدة التي يُسمح برفع الدعوى خلالها.....
320	المطلب الثاني : هلاك المبيع ومدى سقوط حق المشتري في دعوى الضمان.....
325	المطلب الثالث : تحوّل المبيع وزوال العيب.....
325	الفرع الأول : تحوّل المبيع.....
325	الفرع الثاني : زوال العيب.....
327	المطلب الرابع : الإبراء وترك الردّ للمصلحة.....
327	الفرع الأول : الإبراء.....
328	الفرع الثاني : ترك الردّ رعاية للمصلحة.....

329 خلاصة ومقارنة
331 الخاتمة
338 فهرس الآيات القرآنية الكريمة
340 فهرس الأحاديث النبوية الشريفة
343 فهرس القواعد والضوابط الفقهية
345 فهرس الآثار
346 فهرس الأعلام
350 فهرس المراجع
376 فهرس الموضوعات

ملخص :

إن من أهم مقاصد الشريعة الإسلامية إقامة العدل وحفظ مصالح الناس الأساسية من دين ونفس ومال وعرض وعقل، مما دعا إلى إقرار مبدأ احترام الحقوق وحمايتها من كل اعتداء أو ضرر يلحق بها، ومن ذلك المال الذي وضعت في سبيله أحكام مفصلة متعلقة بالضمان، مما يعطي على مستوى الجماعة بعدا اقتصاديا يشجع على الاستثمار وعدم الخوف من إبرام العقود وإجراء الصفقات على كافة المستويات، وأما على مستوى الأفراد فهو وسيلة لمنع وجود تلك النزاعات، وإن وجدت فالعمل على إزالتها ورفع الضرر قدر الإمكان، كما أنه وسيلة لإقامة التوازن بين الحقوق المتعارضة وتقديم الحق الأولى بالرعاية، ولاشك أن حق المتضرر قائم فيه، وكما أنه وسيلة لتنمية الوازع الديني لدى الأفراد والذي نحن إليه في أمس الحاجة، وجعلهم أكثر حرصا على حماية حقوقهم وحقوق غيرهم وأشدهم انضباطا في سلوكهم العام.

ويأتي هذا البحث الموسوم بالضمان في العقود في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري لتسليط الضوء على أهم الأحكام المتعلقة بالضمان، وكذا مدى تفعيله في حياتنا العملية وكذا أهم الصور التي يتحقق بها، والذي حاولنا أن نبرزه من خلال هذا البحث والذي قسمناه إلى مقدمة وثلاثة فصول وخاتمة وعدة فهارس والتي تعرف بمحتويات هذا البحث وتسليط الضوء على جزئياته. احتوت المقدمة على عرض للموضوع اشتمل على أهمية الموضوع وأهم أسباب اختياره وأهدافه وأبرز إشكالاته والتي ترغب الباحثة في معالجتها، ثم الدراسات السابقة فيه ومنهج البحث وخطته العامة.

الفصل الأول: تناولت فيه ماهية الضمان وأسبابه وشروطه.

في المبحث الأول تعرضت فيه إلى التعريف بالضمان وأدلة مشروعيته.

في المبحث الثاني وتعرضت فيه إلى بعض القواعد والضوابط الفقهية المتعلقة بالضمان المالي. وتعرضت فيه إلى القواعد المتعلقة بمنع الضرر واتقائه، والقواعد المتعلقة بضمان العقود بوجه عام، والقواعد والضوابط المتعلقة بعقود الضمان وأصول المضمون، والقواعد المتعلقة بسقوط الضمان. والمبحث الثالث تعرضت فيه إلى أسباب الضمان وهو العقد واليد والإتلاف، والفرق بين ضمان العقد وضمان اليد وضمان الإتلاف.

المبحث الرابع تعرضت فيه إلى شروط الضمان وهو الضمان والضرر والعلاقة بينهما، وأحوال انفراد واجتماع المباشرة والتسبب.

الفصل الثاني: تعرضت فيه إلى أقسام العقود والضمان فيها.

تناولت في المبحث الأول عقود المعاوضات في الفقه الإسلامي والقانوني والضمان فيها، وفيه تعرضت إلى أنواع عقود المعاوضات والضمان فيها بوجه عام في مطلب، وفي المطالب الموالية خصصته لعقد البيع باعتباره الأكثر شيوعاً في معاملات الناس فأبرزت حقيقته وشروطه وآثاره وضمان العيوب الخفية فيه وكذا ضمان التعرض والاستحقاق.

في المبحث الثاني تعرضت فيه إلى التعريف بعقود الأمانات والضمان فيها بوجه عام وفيه قمت بالتعريف بها مع بيان أحكام مسؤولية الأمين في عقود الأمانات، ومدى جواز اشتراط مسؤولية الأمين في عقود الأمانات في الفقه الإسلامي والقانون، وبعض الصور من التطبيقات المعاصرة للدائع المصرفية.

في المبحث الثالث وتعرضت فيه إلى التعريف بالعقود مزدوجة الأثر والضمان فيها بوجه عام ومن ذلك الضمان في عقدي الإجارة على الأشخاص والمنافع.

وفي المبحث الأخير تناولت عقود التبرعات والضمان فيها من خلال عقدي الهبة والوقف.

وفي الفصل الأخير تعرضت فيه إلى أحكام الضمان وآثاره وتناولت فيه ضمان العيب الخفي والاستحقاق في ظل اتفاقات المتعاقدين ومدى صحة الإعفاء أو التخفيف من الضمان في كل من الفقه الإسلامي والقانوني ومدى سلطة القضاء في تفسير شروط الضمان وأحكام القضاء في ضمان العيوب الخفية والتعرض والاستحقاق وأحوال سقوط الضمان.

وفي الخاتمة تعرضت إلى أهم النتائج المتوصل إليها والتوصيات المقترحة.

Résumé :

L'instauration de la justice et la protection des intérêts principaux de L'homme dont sa religion, sa personne physique, ses biens matériels, et sa dignité et sa raison, sont parmi les finalités primordiales de la jurisprudence islamique. C'est pourquoi le respect des droits en les épargnants de toute agression ou dommage demeure un principe reconnu. A titre d'exemple, des percepts islamiques portant sur la garantie visent à la préservation des biens des hommes. Il en résulte une certaine sérénité collective qui encourage les gens à contracter, sans crainte, des affaires sur tous les niveaux. Sur le plan individuel, la garantie est un moyen de prévoyance afin d'éviter les litiges entre les personnes au maximum, et s'il y en a, il faut œuvrer à les régler et dédommager les victimes. Elle est également un moyen d'établir l'équilibre entre les droits conflictuels en privilégiant certains selon l'ordre de mérite. En fait, le droit des victimes vient au premier plan. La garantie peut aussi augmenter la conscience de la masse vis-à-vis la religion, dont on a vraiment besoin, de tel sorte que les individus deviennent plus assidues et sérieux en matière de la sauvegarde de leurs droits et ceux des autres.

Cette recherche, qui s'intitule la garantie dans la jurisprudence islamique ainsi que la loi algérienne, tente de mettre en lumière et revaloriser les préceptes relatifs à la garantie au sein de la société, tout en présentant les situations de leur application.

Notre recherche se compose d'une introduction, trois chapitres, une conclusion et plusieurs sommaires.

Dans l'introduction, on présentera le sujet, son importance et les motivations de son choix et les importantes problématiques que nous voulons aborder. De plus, on passera en revue les précédentes études sur le sujet ainsi que sa méthodologie et son plan général.

Dans le premier chapitre, on définit la garantie, ses motivations et ses conditions.

Dans la première partie de ce chapitre, on citera la définition de la garantie et les preuves de sa légitimité.

Dans la deuxième partie, on abordera les règles et les restrictions fiqhia relatives à la garantie financière. On évoquera aussi les lois préventives des dommages ainsi que les règles régissant la garantie en général. De plus. On s'intéressera aux règlements relatifs au contrat de la garantie et les clauses relatives de son annulation.

Dans la troisième partie, on citera les motivations de la garantie qui sont le contrat, la main et la réforme et la différence entre la garantie du contrat et celle de la main et celle de la réforme.

Dans la quatrième partie, on se penchera sur les conditions de la garantie qui sont la garantie et le dommage et la relation entre eux ainsi que les données la séparation et la combinaison des l'engagement et de la causalité.

Le deuxième chapitre, quant à lui, portera sur les types des contrats leurs garanties.

La première partie cite les contrats des remboursements dans la loi islamique et la loi algérienne. On en citera ses différents types dans une section. Dans les autres sections, on se focalisera sur le contrat de vente, vue quelle la plus présente dans les transactions entres les gens. On a mis en relief ses conditions et ses effets, et la garantie des défauts dissimulés ainsi que la garantie de l'exposition et de mérite.

La deuxième partie renferme la définition des contrats de dépôt et leur garantie en général, tout en mettent exergue la responsabilité du dépositaire ainsi que le degré de la légitimité de la responsabilisation du dépositaire dans les contrats de dépôt dans la jurisprudence islamique et la loi et quelques exemples contemporains de l'application des dépôts bancaire.

Dans la troisième partie, on évoquera la définition des contrats à double effet et sur les personnes et les intérêts, leur garantie en général dont en citera la garantie dans les contrats de location.

La dernière partie portera sur les contrats des dons et leurs garanties à travers les contrats des dons et de la dotation.

Dans le dernier chapitre, on parlera de la légitimité et les effets de la garantie. On s'intéressera aussi à la garantie des défauts invisibles et des mérites en tenant compte des accords conclus entre les contractants. De fait, on abordera également le degré de fiabilité de la dispense ou l'atténuation de la garantie dans la jurisprudence islamique et la loi algérienne ainsi que l'autorité de la justice dans l'explication des conditions de la garantie, les jugements judiciaires dans la garanties de défauts invisibles, de l'exposition, de mérite et les conditions de l'annulation de la garantie.

Dans la conclusion, on abordera les résultats obtenus et les suggestions à proposer.

Abstract :

The most important objectives of Islamic law are the application of justice and the protection of fundamental interests of people which are: the religion, the spirit, the money, the dignity and reason. That is why respect of rights by sparing them from any aggression or damage remains a recognized principle. As an example, Islamic precepts on the guarantee are aimed at the preservation of human property. The result is a certain level of collective serenity that encourages people to contract and carry out transactions at all levels without fear. At the individual level, the guarantee is a means of providing for the avoidance of disputes between persons. If there are conflicts, it is necessary to settle them and to compensate the victims as much as possible. It is also a means of striking a balance between conflicting rights by privileging some according to the order of merit. In fact, the right of victims comes first. The guarantee can also increase the consciousness of the mass with regard to religion, which is really needed, in such a way that individuals become more assiduous and serious about safeguarding their rights and those of others.

This research, called the guarantee in the Islamic jurisprudence as well as the Algerian law, tries to highlight and revalue the precepts relating to the guarantee within the company, while presenting the situations of their application.

Our research consists of an introduction, three chapters, a conclusion and several summaries.

In the introduction, we are presented the subject, its importance and the motivations of its choice and the important issues that we want to address. In addition, a previous study on the subject and its methodology and general plan is reviewed.

In the first chapter, we are defined the guarantee, its motivations and its conditions.

The first part of this chapter includes the definition of the guarantee and the evidence of its legitimacy.

The second part deals with Fiqhia rules and restrictions on financial collateral. We are also mentioned the preventive laws of damage as well as the rules governing the guarantee in general. In addition, an attention is paid to the regulations relating to the contract of the guarantee and the relative clauses of its cancellation.

In the third part, we are cited the reasons for the guarantee, which are the contract, the hand and the reform and the difference between the guarantee of the contract and that of the hand and that of the reform.

In the fourth part, we are looked at the conditions of the guarantee which are the guarantee and the damage and the relationship between them as well as the data the separation and the combination of the commitment and the causality.

The second chapter, for its part, is covered the types of contracts and their guarantees.

The first part is cited the contracts of reimbursements in the Islamic law and the Algerian law. We are cited its different types in a section. In the other sections, one focus on the contract of sale, which is the most present in the transactions between the people. Its conditions and effects, and the guarantee of concealed defects, as well as the guarantee of exposure and merit, have been emphasized.

The second part contains the definition of deposit contracts and their guarantee in general, while emphasizing the responsibility of the depository as well as the degree of legitimacy of the depository's accountability in the deposit agreements in the Islamic jurisprudence and the law and a few examples of the application of bank deposits.

In the third part, we are discussed the definition of double-acting contracts and the persons and interests, their guarantee in general, which are cited as the guarantee in the leases.

The last part deals with the contracts of donations and their guarantees through the contracts of the donations and the endowment.

In the last chapter, we are talked about the legitimacy and the effects of the guarantee. An attention is also given to the guarantee of invisible defects and merits, taking into account the agreements concluded between the contractors.

Indeed, the degree of reliability of the dispensation or the attenuation of the guarantee in Islamic jurisprudence and Algerian law as well as the authority of the courts in the explanation of the conditions of the guarantee, judicial judgments in the guarantee of invisible defects, exposure, merit and the conditions of cancellation of the guarantee.

In the conclusion, the results are obtained and the suggestions are proposed and discussed.

تمت بفضل الله وحده