# ضمان العقد والمسؤولية المدنية -دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة ما بين الفقه الاسلامي والقانون المدني-

# *Contract guarantee and civil liability -Structural analysis Comparison between Islamic jurisprudence and civil law-*

د. صدام خزعل يحيى[١] Dr. Saddam Khazal Yahya
احمد محمد صديق[٢] Ahmed Mohamed Seddiq

## المستخلص

يقسم فقهاء الشريعة الضمان لديهم على عدة أنواع، منها ضمان العقد اذا كان مصدره العقد، وضمان اليد اذا كان المصدر حيازة غير شرعية، وضمان الاستهلاك اذا كان المصدر اتلافا فمصطلح الضمان بشكل عام هو من المصطلحات الفقهية التي تداولها فقهاؤنا المسلمون، عند بحثهم في المسؤولية، والتي تعرف لديهم بالضمان سواء كانت ضمان عقد، ام ضمان الفعل الضار.

ويعد مفهوم ضمان العقد في اطار الفقه الإسلامي، مختلفا عن المسؤولية المدنية التعاقدية التي نص عليها المشرع العراقي في القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١، بالرغم من ذكر الأخير لمصطلح ضمان العقد على المسؤولية التعاقدية في المادة ١٦٨ منه، لذلك فان اسباب اختيار الموضوع هي لدراسة وتناول مفهوم الضمان في الفقه الإسلامي، ولاسيما في مجال العقد، مع ذكر العقود التي يرد عليها و للتوصل عما إذا كان ضمان العقد في الفقه الإسلامي، يقابل او يطابق المسؤولية المدنية (العقدية) في القوانين الوضعية المحلية، أم أن الضمان شيء، والمسؤولية المدنية شيء اخر.

الكلمات المفتاحية:- (ضمان العقد، المسؤولية المدنية، العقد، الفقه الإسلامي، ضمان العقد، المسؤولية العقدية).

---

١- جامعة الموصل/ كلية الحقوق.
٢- جامعة كركوك/ كلية القانون والعلوم السياسية.

**Abstract**

Sharia scholars divide their guarantee into several types, including the guarantee of the contract if the source of the contract, the guarantee of the hand if the source is illegal possession, and the guarantee of consumption if the source is an infringement. The term "security" is generally one of the jurisprudential terms that our Muslim jurists, Which they know of the guarantee whether it is a contract guarantee or the guarantee of the harmful act

The concept of contract guarantee under Islamic jurisprudence differs from the contractual civil liability stipulated by the Iraqi legislator in Civil Law No. 40 of 1951, although the latter refers to the term contract guarantee on contractual liability in article 168 thereof. Therefore, the reasons for choosing the subject are to study and address The concept of security in Islamic jurisprudence, especially in the field of contract, stating the contracts to which it is answered and to find out whether the guarantee of the contract in Islamic jurisprudence corresponds to or matches the civil liability in the local laws or whether the guarantee is a thing.

Keywords: (Contract Guarantee, Civil Liability, Contract, Islamic Jurisprudence, Contract Guarantee, Nodal Liability).

## المقدمة

### اولا: مدخل تعريفي بالموضوع

يقسم فقهاء الشريعة الضمان لديهم على عدة أنواع، منها ضمان العقد اذا كان مصدره العقد، وضمان اليد اذا كان المصدر حيازة غير شرعية، وضمان الاستهلاك اذا كان المصدر اتلافا [٣]. فمصطلح الضمان بشكل عام هو من المصطلحات الفقهية التي تداولها فقهاؤنا المسلمون، عند بحثهم في المسؤولية، والتي تعرف لديهم بالضمان سواء كانت ضمان عقد، ام ضمان الفعل الضار، فالضمان هو اثر من الاثار الشرعية التي يرتبها المشرع على التصرفات الشرعية بوجه عام.

ويعد مفهوم ضمان العقد في اطار الفقه الإسلامي، مختلفا عن المسؤولية المدنية التعاقدية التي نص عليها المشرع العراقي في القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١، بالرغم من ذكر الأخير لمصطلح ضمان العقد على المسؤولية التعاقدية في المادة ١٦٨ منه. فضمان العقد المعروف في اطار نظرية العقد ضمن مفهوم الفقه الإسلامي، هو ضمان مال تالف بناءا على عقد من عقود الضمان (المعاوضة) وان ضمانه يكون بما يقتضيه العقد من عوض دون مراعاة لقيمته كأساس في التقدير، فاساس حكم ضمان العقد ما اتفقت عليه ارادة المتعاقدين، فالبيع مضمون في يد البائع قبل التسليم بالثمن، فاذا تلف قبل التسليم ولو بآفة

٣- د. مصطفى ابراهيم الزلمي، المسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة بالقانون، ج ١، مطبعة اسعد، بغداد، ١٩٨٠ م، ص٩.

سماوية انفسخ البيع وسقط الثمن، واذا كان المشتري قد اداه استرده، اما المسؤولية العقدية، فليس التعويض فيها عن مال تالف، وانما هو تعويض عن ضرر نشأ عند عدم تنفيذ المدين ما التزم به بناءا على العقد، ولهذا تتطلب في وجودها عقد صحيح واجب التنفيذ لم يقم عاقده بتنفيذه[٤]. فضلا عن أن مصطلح الضمان يستعمل بشكل أكبر في مجال الفعل الضار او المسؤولية التقصيرية في التقنينات المدنية الحديثة[٥].

**ثانيا: اسباب اختيار الموضوع**

١. لدراسة مفهوم الضمان في الفقه الإسلامي وتناوله، ولاسيما في مجال العقد، مع ذكر العقود التي يرد عليها.
٢. للتوصل عما إن كان ضمان العقد في الفقه الإسلامي، يقابل او يطابق المسؤولية المدنية (العقدية) في القوانين الوضعية المحلية، أم أن الضمان شيء، والمسؤولية المدنية شيء اخر.

**ثالثا: منهجية البحث**

سيتم تناول الموضوع باسلوب تأصيلي لمفهوم ضمان العقد في الفقه الإسلامي، مع تحليل العقود التي تكون محلا له، فضلا عن اجراء المقارنة بينه و بين المسؤولية المدنية، من خلال تحليل النصوص القانونية التي عالجت هذه المسؤولية.

**رابعا: هيكلية البحث**

سيتم اعتماد الهيكلية التالية للبحث:

المبحث الأول: مفهوم ضمان العقد والمسؤولية المدنية.

المطلب الأول: ماهية ضمان العقد وتمييزه عن غيره.

المطلب الثاني: ماهية المسؤولية المدنية وتمييزها عن غيرها.

المبحث الثاني: نطاق ضمان العقد والمسؤولية المدنية.

المطلب الأول: انواع العقود محل الضمان.

المطلب الثاني: نطاق المسؤولية المدنية

المطلب الثالث: المقارنة بين ضمان العقد والمسؤولية المدنية.

الخاتمة

النتائج والتوصيات

قائمة المصادر

## المبحث الأول: مفهوم ضمان العقد والمسؤولية المدنية

تتناول هذا البحث ضمن مطلبين، الأول ماهية ضمان العقد وتمييزه عن غيره، والثانية ماهية المسؤولية المدنية (العقدية) وتمييزها عن غيرها وكما يلي:–

٤– د. حسين على الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، شركة التأمين للطبع والنشر، بغداد، بدون سنة طبع، ص٤٣.
٥– المادة (١٨٦) مدني عراقي.

**المطلب الأول: ماهية ضمان العقد وتمييزه عن غيره**

ونتناوله ضمن ثلاثة فروع وكما يلي:

**الفرع الأول: تعريف ضمان العقد لغة**

لقد ورد بخصوص مصطلح الضمان العديد من المعاني اللغوية فالضمان لغة هو العزم: يقال ضمن الشيء ضمانا وضمنا فهو ضامن وضمنه أي كفله: وضمنه الشيء تضمينا فتضمنه علي: غرمته فالتزمه[٦]. وورد في معناه ايضا ضمانا كفل به، فهو ضامن وضمين، وكل شيء جعلته في وعاء فقد ضمنته اياه، والمضمن من الشعر ما ضمنته بيتا، والمضمن من البيت: ما لا يتم معناه الا بالذي يليه، وفهمت ما تضمنه كتابك، أي ما اشتمل عليه وكان في ضمنه و انفذته ضمن كتابي أي: في طيه. والضمانة: الزمانة وقد ضمن الرجل من باب طرب فهو ضمن أي زمن مبتلى وفي الحديث الشريف ((من اكتتب ضمنا بعثه الله ضمنا)) أي من كتب نفسه في ديوان الزمن والضامنة من النخيل: ما يكون في القرية وهو في حديث حارثة و المضامين ما في اصلاب الفحول[٧].

ويفهم مما تقدم أن كلمة (ضمن) تدور حول عدة معان يمكن حصرها وبما يتعلق بالموضوع في الاتي

١. الكفالة: يقال ضمن الرجل على ما اخيه من دين أي تكفله.
٢. الحفظ والرعاية؛ يقال ضمن الشيء أي حفظه.
٣. التضمين: يقال ما يحتويه الوعاء من شيء، واحرازه له.
٤. الغرم: أي غرمته والتزم بالأداء
٥. الالتزام: يقال ضمنت المال التزمته، وضمان الدرك التزام البائع برد الثمن الى المشتري عند الاستحقاق [٨].

وللضمان مشروعية دل عليه الكتاب والسنة والإجماع و المعقول. اما الكتاب فآياته كثيرة منها قوله تعالى ﴿فمن اعتدى عَلَيْكُم فاعْتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم واتقُّوا الله واعلموا أن الله مع المتقين﴾ [٩]، حيث يستدل من هذه الآية الكريمة، أن الله تبارك وتعالى امر المعتدى عليه الا يرد الاعتداء الا بمثله، وتغريم المعتدي قيمة ما اتلف أو ما فوت من منفعة يكون ردا للاعتداء بالمثل وهذا هو معنى الضمان.

اما في السنة النبوية المطهرة، فالأحاديث كثيرة بهذا المعنى منها، ما روي عن أنس –رضي الله عنه– انه قال ((أن النبي صلى الله عليه وسلم كان عند بعض نسائه فارسلت احدى امهات المؤمنين مع خادم لها بقصعة فيها طعام فضربت بيدها فكسرت القصعة فضمنها وجعل فيها الطعام وقالوا كلوا ودفع القصعة الصحيحة

٦– طاهر احمد الزاوي الطرابلسي، ترتيب القاموس المحيط على طريقة المصباح المنير و اساس البلاغة، ج ٣، ط ١، مطبعة الاستقامة، القاهرة، ١٩٥٩ م، ص٣٥.

٧– د. محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، دار الرضوان – حلب، ٢٠٠٥ م، ص٢٧٠.

٨– أ.د. ليلى عبد الله سعيد، وضع اليد على ملك الغير (الحيازة) السبب السادس للالتزام، بحث منشور في مجلة الرافدين التي تصدر عن كلية القانون في جامعة الموصل، العدد الثالث،١٩٩٧، ص٧، وللمزيد انظر جمال الدين محمد بن مكرم الأنصاري أبن منظور، لسان العرب، مجلد ٢، ط٣، دار أحياء التراث العربي، بيروت لبنان، بدون سنة طبع، ص٥٥.

٩– سورة البقرة الاية: ١٩٤.

للرسول و حبس المكسورة))[١٠]، يستدل من هذا الحديث أن الرسول الكريم جعل ضمان القصعة و الطعام على من اتلفها، حيث طلب منها اناء مثل الذي كسرت وطعاما مثل الذي اتلف فكان ذلك دليلا على مشروعية ضمان المتلفات على المتلف، اذا كان انسانا[١١].

اما فيما يخص الإجماع فقد أجمع علماء الأمة على وجوب ازالة الضرر عن المضرور على من اتلف مال غيره بلا اذن منه فهو له ضامن [١٢].

اما سند الضمان ومشروعيته في المعقول هو أن الشريعة الإسلامية الغراء جاءت بوجوب حفظ الأموال، ومن أجل ذلك شرعت ما يكفل هذا الحفظ لأموال الناس ويحققه فأوجبت الضمان كوسيلة من وسائل حفظ اموال الناس وصيانتها محافظة على حقوقهم، وبعدا عن ضررهم ودرءا للعدوان عليهم و جبراً لما انتقص من أموالهم [١٣]. اما على العقد لغة: فقد اطلق عليه العديد من المعاني التي تدل على الربط، والتقوية والتوثيق، فقد ورد بخصوصه بانه (عقد عقدا) بمعنى الحبل نقيض حله البيع او اليمين[١٤]، ورد لفظ العقد في القرآن الكريم بقوله تعالى ﴿يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾[١٥].

**الفرع الثاني: تعريف ضمان العقد اصطلاحا**

لقد اهتم الفقه الاسلامي بالمعاملات عموما لأنها اساس الحياة، فالانسان لا يستطيع أن يعيش بمفرده و ارتباطه مع الاخرين الا بالتعامل معهم لقضاء حاجياته في الأمور الجوهرية التي تحقق له وللجماعة ما يصبون اليه، ولهذا التعامل كان لابد من افراغه في قالب معين وهو في صورة التعاقد باشكاله المختلفة، من بيع، وأجارة، أو وكالة، او وديعة، أو كفالة، الى غير ذلك من العقود، وبالمقابل فقد كان على اهتمام الفقه، ينصب ايضا على ضمان الحقوق للعباد، وبالأخص في مجال العقود من خلال تأكيده على ضمان العقد، وحماية المتضرر منه عن طريق ضمان المال التالف بناء على عقود المعاوضة والضمان [١٦].

ويعرف ضمان العقد اصطلاحا بانه الكفالة، وأن عقد الكفالة والضمان هما لفظان مترادفان يراد بهما الالتزام بحق ثابت في ذمة غيره وهو ضمان الدين، أو باحضار من هو عليه و هو ضمان النفس أو الوجه، أو بتسليم عين مضمونة و هو ضمان العين [١٧].

كما عرف الضمان بمعنى الالزام بالرد والتعويض حيث عرف (الحموي) بقوله ((عبارة عن رد مثل الهالك ان كان مثليا او قيمته ان كان قيميا)) فاقتصر التعريف على ما هو واجب او انه للتعدي بارتكاب

---

١٠– حديث صحيح رواه البخاري والترمذي، الحافظ احمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ج٦، ط١، دار الطيبة للنشر والتوزيع، الرياض، ٢٠٠٥، ص٥٠.

١١– اسماعيل الصنعاني الزيدي، سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام، ج ٣، دار الفكر – بيروت، بدون سنة طبع رقم الحديث ٨٤٢.

١٢– المادة (٢٠) من مجلة الاحكام العدلية، واشار الى ذلك ايضا: جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، الأشياء والنظائر، دار الكتب العلمية – بيروت، بدون سنة طبع، ص١١٨.

١٣– على الخفيف، نظرية الضمان، معهد البحوث والدراسات العربية بجامعة الدول العربية القاهرة، دون سنة طبع، ص٨.

١٤– لويس معلوف، المنجد للطلاب، بيروت، ١٩٧٥، ص٤٨٨.

١٥– سورة المائدة الاية ١.

١٦– د. محمد نجيب عوضين المغربي، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية القاهرة، ٢٠٠٣ م، ص١٦.

١٧– ابو الحسن علي بن أبي بكر الرشداني المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي، المكتبة الإسلامية، ج ٣، بدون مكان وسنة طبع ٢، ص٨٦: محمد بن عبد الرحمن المغربي ابو عبد الله المعروف بالحطاب، مواهب الجليل، ج ٤، ط ٢، دار الفكر – بيروت، ١٣٩٨ هـ، ص٩٦.

فعل او ترك أخر بمال الغير، أو ماهو واجب لهلاك المال في يد الضامن [١٨]، كما ورد بخصوص الضمان كاصطلاحٍ شرعي بانه شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال او عمل، والمراد ثبوته فيها مطلوبا اداؤه شرعا عند تحقق شرط ادائه، سواءا كان مطلوبا اداؤه في الحال كالدين الحال، ام في الزمن المستقبل المعين كالدين المؤجل الى اجل معين، اذ هو مطلوب اداؤه اذا ما تحقق شرط ادائه، وكالمبيع في يد من اشتراه بعقد فاسد، فان ضمانه على مشتريه مادام في يده فيضمنه بقيمته لبائعه اذا هلك [١٩].

وبعد استعراضنا لمفهوم وتعريف ضمان العقد اصطلاحا شرعيا فاننا نستطيع أن نحدد التعريف القائل بان ضمان العقد ((هو ضان مال تالف بناءا على عقد من عقود الضمان وان ضمانه يكون بما يقتضيه العقد من عوض دون مراعاة لقيمته كاساس في التقدير هو المعول عليه في مفهوم الضمان للعقد))، فضمان العقد في نظر الفقهاء المسلمين لا يكون الا فيما ينص عليه في العقد كالمبيع في عقد البيع، وكذلك الثمن اذا كان عينا معينة، والأجرة في عقد الإجارة اذا كانت عينا معينة، ومنفعة العين المؤجرة، وبدل الصلح اذا كان عينا كذلك، وذلك لأن ضمان العقد لا يقوم على تحقيق المماثلة و المعادلة بين البدلين كما في ضمان الاتلاف وانما يؤسس على الرضا والاتفاق الذي يقوم عليه العقد ولهذا سقط اعتبار التفاوت فيه بين البدلين [٢٠].

اما تعريف ضمان العقد في اصطلاح الفقهاء حديثا فقد عرف جانب من الفقه [٢١] بانه: التزام بتعويض مالي عن ضرر الغير. كما عرفه جانب اخر[٢٢] على انه تعويض الغير عما لحقه من تلف المال أو ضياع المنافع او الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية، كما عرفه بعض من الفقه [٢٣] بانه شغل الذمة لما يجب الوفاء به من مال او عمل.

وبما أن لكل اتجاه من الفقه تعريفه الخاص به الا اننا يمكن أن نبين تعريفا لضمان العقد بانه ((التزام من يقع منه ضررا للغير سواءا في ماله، او جسمه، او احساسه، نشأ هذا الضرر عن مخالفته لعقد ما، بان يوفي هذا الغير بمال جبرا للضرر)). فلكل ما تقدم من تعاريف لغوية وشرعية وفقهية قانونية حديثة، نجد أن المفهوم الاصطلاحي لضمان العقد هو المفهوم القائم على فكرة وتطبيق الضمان لمال تالف بناءا على عقد من عقود الضمان ويكون التعويض حسب ما يتضمنه العقد من عوض دون مراعاة لقيمته كأساس في التقدير.

**الفرع الثالث: أركان ضمان العقد وتمييزه عن غيره**

سيتم تناول الفرع كما يلي:

اولا: اركان الضمان:- لكي يتحقق ضمان الشيء لابد من توافر معنى التضمين، وطالما تناولنا معنى

١٨- الحموي، عيون البصائر شرح الاشباه والنظائر، ج٢، ص٢١٠، نقلا عن د. ليلى عبد الله، مصدر سابق، ص٨.
١٩- الفيروز ابادي، القاموس المحيط، ج٤، بدون دار ومكان نشر، ص٢٤٥.
٢٠- علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط ٢، ج ٥، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٩٨٢ م، ص٢٣٨.
٢١- مصطفى الزرقاء المدخل الفقهي العام (الضمان)، الجامعة السورية، دمشق، ١٩٥٢ م، ص٩٢.
٢٢- د. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، دار الفكر - دمشق، ١٩٨٢ م، ص١٥.
٢٣- الشيخ علي الخفيف، مصدر سابق، ص٥.

التضمين فنستطيع القول إن التضمين لا يتحقق الا بوجود ركنين اساسيين:

فالركن الأول: هو الاعتداء او التعدي، والمقصود به عند الفقهاء هو انحراف عن السلوك المالوف للرجل المعتاد، او انه العمل الضار بدون حق او جواز شرعي، فينظر الى الاعتداء على أنه واقعة مادية محضة، يترتب عليها المسؤولية، اي ضرورة تعويض الضرر وتعويض المتضرر كلما حدث الضرر، بصرف النظر عن نوع الأهلية في شخص المعتدي وقصده، ففي ضمان الأموال لا فرق بين العمد والخطا ولا بين كبير وصغير[٢٤]، وقال الفقهاء –رحمهم الله– ((ان العمد والخطأ في الأموال سواء))[٢٥].

ومن خلال ما تقدم وانطلاقا من مفهوم ضمان العقد الذي تناوله سابقا، فأنه يمكن القول أن هذا الركن يجب توفره ايضا بضمان العقد لكي يتم بموجبه ضمان مال تالف فالخطا لدى الفقهاء المسلمين يتمثل بوقوع الشيء على خلاف الارادة وهو ما يدل عليه هذا اللفظ في قوله: ((رفع عن أمتي الخطأ والنسيان...)) أي رفع عنهما اثمهما، وهذا خلاف ما يدل عليه الخطأ في تعبير رجال القانون حين جعلوا الخطا ركنا من اركان المسؤولية التقصيرية الذي نحاول أن تصوره في ما تقدم أن الركن الأساسي للضمان هو التعد او الانحراف في السلوك والذي يبدو للوهلة الأولى أن نطاقه هو الفعل الضار او المسؤولية التقصيرية، الا أن ذلك لا يمنع توفر ونهوض ضمان العقد اذا ما وقع تعد من المتعاقد الأخر ترتب عليه تلف المال موضوع العقد، مع ملاحظة مساواة العمد والخطأ عند الفقهاء المسلمين فيما يخص تحقق ضمان العقد.

اما الركن الثاني: لتحقق الضمان فهو يتمثل بتحقق الضرر والذي عرف[٢٦] بانه الحاق مفسدة بالأخرين سواء كان في ماله، او جسمه، او عرضه، أو عاطفته. فهو يشمل الضرر المادي كتلف لمال موضوع او محل التصاق، ولكن لنا ملاحظة على هذا التعريف وهي كون ان هذا التعريف جاء شاملا وواسعا للاشياء التي يمسها الضرر، في حين أن الضرر المقصود في اطار موضوعنا هو الضرر الناشيء عن اتلاف المال محل العقد بناءا على عقد من عقود المعارضات، بحيث اذا هلك المبيع بيد البائع قبل التسليم فانه يهلك عليه، أما اذا كان المشتري قد سلم البدل، فيلزم البائع باعادته حسب قيمته في العقد دون زيادة أو نقصان وأن الضرر المقصود طبقا لما تقدم هو الضرر الذي يتمثل بتفويت المال على مالكه سواء كان باتلاف كل المال أو بعضه، أو بتعييب في المال بحيث نقصت قيمته عما كانت عليه[٢٧].

ثانيا: تمييزه عن غيره من المصطلحات: طالما نحن في اطار تحقق الضرر لكي ينهض ضمان العقد، فانه لابد لزاما علينا أن نميز بين ضمان العقد، ويد الضمان، ويد الأمانة، لما لذلك من أهمية في التفرقة بينهم فضمان العقد يقوم على وجوب ضمان مال تلف بناءا على عقد من عقود المعارضة وفقا لقيمته المقدرة في العقد. اما يد الضمان فهي تضمن حتى ولو لم تتعدَّ كونها يد لا تستند الى اذن شرعي سواء اكان من المالك ام من الشرع، او انها تستند الى اذن شرعي ولكن دل دليل على تضمين صاحبها، فالضمان طبقا لهذه اليد يكون ضمان التلف مال في يد الضامن وذلك لسبب لايد لصاحبه فيه فيراعى في هذا النوع ايضا

---

٢٤– د. وهبة الزحيلي، مصدر سابق، ص١٩.

٢٥– نقلا عن الشيخ علي الخفيف، مصدر سابق، ص٤٤– ٤٥.

٢٦– د. وهبة الزحيلي، مصدر سابق، ص ٢٠ – ٢١.

٢٧– د. السيد عواد علي عواد، احكام الضمان دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الطباعة المحمدية، القاهرة، ١٩٩٢ م، ص٤٣.

قيمة المال التالف اذا كان قيميا واداء مثله اذا كان مثليا. فضمان اليد مرده المثل او القيمة، بينما ضمان العقد مرده ما اتفق عليه المتعاقدان على وجه التحديد [٢٨].

اما يد الأمانة فهي يد تستند إلى ولاية شرعية ولم يقم دليل على ضمان صاحبها (كالوكيل) او الوديع او المستعير فهي لا تضمن الا بالتعدي مع جواز تبدل اليد من امانة الى ضمان أو بالعكس وحسب الأحوال المنصوص عليها في القانون [٢٩].

كذلك لابد أن نميز ضمان العقد عن ضمان الاتلاف، فضمان الاتلاف يكون اثرا للأتلاف ويضمن به المتلف قيمة ما اتلفه وقت تعديه سواء كان المتلف في يده ام لا، وأداء مثله اذا كان مثليا، فاذا امتنع الأجير عن القيام بما التزم به في عمل فترتب على ذل تلف مال لمن استأجره، وكان عمل الأجير وقاية له لزمه التعويض باداء قيمة ما تلف، وذلك كما إذا استأجر انسان اخر لترميم جدار فامتنع عن ذلك وترتب على امتناعه سقوط الدار، أو استأجر اجيرا ليقيم له حاجزا على حافة مزرعته ليمنع طغيان ماء النهر عليها ثم امتنع فتسبب عن امتناعه أن طغى الماء عليها، فاتلف ما فيها من زرع، فانه يلزم بقيمة ما تلف لتسببه في هذا التلف، فكل ذلك ليس من ضمان العقد اذا لم يكن من اثر عقد الإجارة ضمان الجدار، او ما في المزرعة من زرع، بل هو ضمان اتلاف حدث تسببا بسبب امتناع الأجير عما التزم به امتناعا كان فيه متعديا [٣٠].

لذا فالمتسبب للاتلاف والذي ترتب على فعله ضررا فانه يكون ضامنا، وقد ذهبت محكمة التمييز الاتحادية العراقية في قرار حديث لها بذات الاتجاه اذ جاء فيه ((لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن مدته القانونية فقرر قبوله شكلا و عند النظر الى الحكم المميز وجد انه صحيح و موافق للقانون لثبوت عائدية العقار موضوع الدعوى للميز بموجب سند الملكية المبرز واشغاله من قبل تابعي المميز المدعى عليه اضافة لوظيفته واحداثهم للاضرار المثبتة بتقرير الخبرة نتيجة للاشغال من خلال البينة الشخصية التي تم الإستماع اليها اذا اتلف احد مال غيره او انقص قيمته مباشرة او تسببا يكون ضامنا (م ١٨٦ مدني) واذا تعدد المسؤولون عن عمل غير مشروع كانوا متضامنين في التزامهم بالتعويض للضرر (م ٢١٧) مدني عليه قرر تصديق الحكم ورد الطعون التمييزية)) [٣١].

ويتضح من خلال القرار التمييزي ما يلي:

١. أن الإتلاف تسببا او مباشرة يترتب عليه الضمان.
٢. يؤكد وجهة نظرنا السابقة من أن مصطلح الضمان نطاقه العمل غير المشروع في المسؤولية المدنية.
٣. التضامن في الضمان في المسؤولية التقصيرية، حيث جاء في حكم صادر من محكمة التمييز في اقليم كوردستان المبدأ الاتي (ان المحكمة حكمت بالتعويض للمدعي المصاب بعد ان استبعدت عنه مقدار ما يتناسب مع درجة اشتراكه في الخطأ حيث للاشتراك في الخطا اثره في تقدير التعويض لذا

٢٨- الشيخ علي الخفيف، مصدر سابق، ص١٩، جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، المصدر السابق، ص ١٠٣ - ١٠٦.
٢٩- المادة ٢٣٣/ف٢، القانون المدني العراقي وكذلك المادة ٤٢٨.
٣٠- شهاب الدين القرافي، الفروق، دار احياء الكتب العربية، مصر، ١٣٤٤ هجرية، ص٢٦.
٣١- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٩٩٢/ هيئة استئنافية عقار / ٢٠١١ في ٢٠١١ / ٥ / ٤(غير منشور).

يكون الحكم المميز صحيحا وموافقا للقانون)[٣٢].

وفي حكم اخر صادر من محكمة التمييز في اقليم كوردستان بينت انه (ان المدعى عليه مدير البلدية اضافة الى وظيفته قام بامرار الانابيب الخاصة بالمياة القذرة لاراضي لاتعود له فيعتبر الحالة هذا متعديا على ملك الغير وضامنا للضرر الذي يسببه للغير ولعنه عملا بنص المادة ١٨٦ من القانون المدني)[٣٣].

## المطلب الثاني: ماهية المسؤولية المدنية وتمييزها عن غيرها

يقصد بالمسؤولية موضوع البحث، المسؤولية العقدية في القانون المدني، وبالتالي فانني سأتناولها ضمن هذا المطلب ثلاثة فروع وكما يلي:

### الفرع الأول: تعريف المسؤولية المدنية لغة

المسؤولية المدنية مصطلح مزدوج ذو مقطعين فالمسؤولية بمفردها لغة تعني التبعة او تحمل عاقبة الفعل الذي قام به الإنسان[٣٤]، ومصدر المسؤولية المفعل مال وتعني ما يساله الانسان وقُرئ ﴿اوتيت سؤلك يا موسى﴾ بالهمزة وبغيره، وسأله الشيء وسأله عن الشيء سؤلا ومسألة وقوله تعالى ﴿سأل سائل بعذاب واقع﴾ قال الأخفش يقال خرجنا نسأل عن فلان وبفلان، وقد تخفف همزته فيقال مال يسال و الأمر من سل ومن الأول اسأل ورجل سوله بوزن همزة يعني كثير السؤال، وتسألوا سأل بعضهم بعضا [٣٥]. اما مصطلح المدنية فمصدرها مدن بالمكان اقام به وبابه دخل ومنه و المدينة، وجمعها مدائن بالهمزة، ومدن ومدن مخففاً ومثقلا. وقيل هي من دينت أي ملكت، وفلان مدن المدائن المدينة كما يقال مصر الأمصار وسألت أبا علي الغسوي عن همزة مدائن فقال: من جعله من الاقامة همزة ومن جعله من الملك لم يهمزه، كما لا يهمز معايش و النسبة الى مدينة –ﷺ– مدني والى مدينة المنصور مديني والي مدائن كسرى مدائني للفرق بينهما كي لا يختلط، ومدين قرية شعيب –عليه السلام– [٣٦].

### الفرع الثاني: تعريف المسؤولية المدنية اصطلاحا وتميزها عن غيرها

لقد اختلف فقهاء القانون في تعريف المسؤولية المدنية اختلافا كبيرا ظهرت آثاره في أحكام القضاء، لا بل وحتى في التشريعات الوضعية، فمصطلح المسؤولية المدنية فهو ليس بالمصطلح القديم في لغة القانون، اذ لا نجد هذا المصطلح فيما كتبه الفقيه الفرنسي (دوما) (و لابوتيه) الا نادرا، ولعل أول من أرسى دعائم هذا الاصطلاح هم فلاسفة القرن الثامن عشر (الأنكليز)، ومصطلح المسؤولية المدنية يستعمل لدى المشرع العراقي بمصطلح الضمان او مشتقاته، في بعض النصوص، ويستعمل تعبير المسؤولية المدنية ومشتقاتها في نصوص أخرى.

---

٣٢– قرار محكمة التمييز اقليم كوردستان بالعدد ٨٥٦/ هيئة المدنية الثانية / ٢٠١١ في ٢٠١١ / ١٢ / ١. قرار منشور لدى القاضي كيلاني سيد احمد، كامل المباديء القانونية في قضاء محكمة تمييز اقليم كوردستان العراق، ج١، ط١، مطبعة حاج هاشم، اربيل العراق، ٢٠١٢، ص ٢٤٤.

٣٣– قرار محكمة التمييز اقليم كوردستان بالعدد ٥٣٨/ هيئة المدنية الثالثة / ٢٠١١ في ٢٠١١ / ٨ / ٢٢. قرار منشور لدى القاضي كيلاني سيد احمد، المصدر السابق، ص ٢٣٩.

٣٤– د. ابراهيم أنيس واخرون، المعجم الوسيط، ط ٢، ج ٢، دار الأمواج، بيروت، لبنان، ١٩٩٠ م، ص٨٧.

٣٥– الرازي، المصدر السابق، ص٢٠٤.

٣٦– الرازي، المصدر نفسه، ص٢٤٠.

فالمسؤولية المدنية اصطلاحا: هي الالتزام الذي يقع على الإنسان بتعويض الضرر الذي الحقه بالاخرين، وبفعل الأشخاص أو الأشياء التي يسأل عنها. ويذهب الأستاذ الكبير (جوسبران) الى اعطاء المسؤولية معنى اوسع فهي لا تقتصر على الحالة التي يستطيع من لحقه ضرر، أن يرجع على من أحدث هذا الضرر، وانما تشمل فوق ذلك الحالة التي يتحمل فيها المصاب نفسه عبء هذا الضرر [٣٧].

فالمسؤولية المدنية بشكل عام تصنف الى نوعين هما، المسؤولية العقدية وهي التي تتعلق بموضوعنا محل البحث، والمسؤولية التقصيرية التي تترتب نتيجة لانحراف في السلوك عن الشخص الاعتيادي، لو وضع بذات الظروف الخارجية، فالمسؤوليتان (العقدية و التقصيرية) لابد لتوفرها من قيام وتحقق اركانها، والمتمثلة بالخطأ و الضرر والعلاقة السببية، لذا فالمسؤولية العقدية هي المسؤولية المتحققة من جراء اخلال أحد المتعاقدين بالتزامه التعاقدي، ترتب عليه الحاق ضرر بالمتعاقد الأخر، بحيث يكون ذلك ناتجا اما من تأخير في تنفيذ التزامه أو عدم قيامه بتنفيذه اصلا، فجزاء تحقق هذه المسؤولية هو جبر الضرر وتعويض المتضرر ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب فالمسؤولية العقدية مصدرها العقد الصحيح بين الطرفين والمرتب للاثار القانونية له. وتتميز المسؤولية العقدية عن غيرها من النظم القانونية الأخرى، اذ تتميز عن المسؤولية الادبية و التي تدور حول فكرة (الخطيئة)، فيكون الانسان مسؤولا مسؤولية خلقية اذ هو شعر نتيجة فعل قام به، أو نتيجة امتناع عن عمل كان عليه القيام به، انه مسؤول عن هذا الامتناع او ذاك الفعل امام الله او امام ضميره، فالمسؤولية العقدية ذات طابع عقدي موضوعي كونها مسؤولية شخص تجاه شخص اخر وانها تتحقق عند توافر اركانها المعروفة، اما المسؤولية الأدبية فهي تنهض حتى ولو لم يتحقق الضرر بل حتى ولو كان هذا الضرر قد نزل بالمسؤولية نفسها، فيكون هو المسؤول والمضرور في الوقت نفسه [٣٨].

كما تتميز المسؤولية المدنية العقدية عن التقصيرية من أن الأخيرة يكون مصدرها اخلال الفرد بما التزم به قبل الغير قانونا، أو نتيجة لانحرافه في السلوك بحيث يترتب ضررا للغير لما كان ذلك بسبب عدم انتباه او رعونة او طيش او عدم مراعاة للأنظمة والقوانين [٣٩]، ويكون التعويض هو الجزاء المترتب على هذا الفعل، ولكن يتوسع التعويض في اطارها ليشمل اضافة الى الخسارة وما فاته من كسب، التعويض عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع، وهذا لا يتوفر في اطار المسؤولية العقدية، فضلا عن تحقق التضامن في المسؤولية التقصيرية اذا كان محدثو الضرر متعددين، فضلا عن كل ما تقدم فان المسؤولية العقدية تفترق عن المسؤولية الجنائية التي يكون نطاق هذه الأخيرة هي (الجرائم والعقوبات) حيث تنهض بارتكاب جريمة ما، وتمس هذه الجريمة الشخص نفسه، والمجتمع ايضا، وبالتالي بتحققها يؤدي الى اختلاف أحكامها جذريا عن المسؤولية المدنية وبالأخص العقدية.

**الفرع الثالث: أركان المسؤولية العقدية**

كما بينا سابقا فان المسؤولية العقدية ذات اركان ثلاثة وهي خطأ وضرر وعلاقة سببية ونتناول ذلك بشيء من الايجاز والتركيز وكالاتي:

---

٣٧- د.حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص١٢.
٣٨- د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٨م، ص٥٠٥.
٣٩- حسين عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية و العقدية، ط ١، مطبعة مصر، ١٩٥٩ م، ص١٠.

اولا: الخطأ: يكون المدين مخطئا اذا لم يقم بتنفيذ التزامه التعاقدي، وبالتالي تتحقق مسؤوليته التعاقدية، ويلزم بالتعويض سواء ان عدم تنفيذ الالتزام ناشئا عن عمد او اهمال أو تقصيره وللبحث في مسالة الخطا ومتى يعد المدين مخطئا لابد أن نفرق بين الالتزامات التي تتعلق بالعقد، فاذا كان التزامه بتحقق نتيجة وغاية، فانه يكون ملزما بتنفيذ التزامه، كالتزام البائع في عقد البيع و هو تسليم المبيع للمشتري، ولا يستطيع التخلص من المسؤولية و التعويض الا بالسبب الاجنبي، أما اذا كان التزامه ببذل عناية فانه يكفي أن يُعد مخلا بتنفيذ التزامه، اذا لم يبذل في تنفيذه العناية اللازمة، ومعيار ذلك هو معيار الرجل المتوسط او العتاد، فاذا بذل هذا القدر من العناية، فانه يكون قد أوفى بالتزامه ولو لم يتحقق الغرض المقصود، ولا يقتصر قيام الخطا على عاتق المدين فحسب، بل يمتد الى اشخاص آخرين اذا كان قد أستخدمهم في تنفيذ التزامه التعاقدي.

ثانيا: الضرر: يعرف الضرر بانه الأذى الذي يلحق بالمتعاقد، و الذي يكون متمثلا بخسارة مالية تكبدها من جراء التأخر في انجاز الالتزام، أو عدم القيام به اصلا، وتدور المسؤولية العقدية وجودا وعدما مع توفر وتحقق الضرر، فالضرر ركن اساسي من اركان هذه المسؤولية وجزاء تحققه هو التعويض، والذي يكون مقتصرا في اطار المسؤولية العقدية على الضرر المادي فقط دون الأدبي وعلى المباشر المتوقع فقط، مع امكانية تحول هذه المسؤولية الى تقصيرية اذا تحقق غشا وخطأ جسيما من المتعاقد الاخر [٤٠].

ثالثا: العلاقة السببية بين الخطأ والضرر: لا يكفي لقيام وتحقق المسؤولية العقدية، وقوع خطا وتحقق ضرر فحسب بل لابد من وجود رابطة علاقة سببية بين الخطأ و الضرر، بحيث يكون الضرر ناتجا بسبب الخطأ، أما اذا كان الضرر ليس بسبب الخطأ فهنا في هذه المسؤولية وتنقطع، ويحدث ذلك عندما يكون عدم تنفيذ الالتزام راجعا لسبب اجنبي بين عدم تنفيذ المدين لالتزامه وبين الضرر الذي أصاب الدائن، والسبب الأجنبي اما ان يكون قوة قاهرة، أو حادثا فجائيا، أو بفعل شخص ثالث [٤١].

## المبحث الثاني: نطاق ضمان العقد والمسؤولية المدنية (العقدية)

لما كان مصطلح ضمان العقد مصطلحاً فقهياً شرعياً، استخدمه الفقهاء المسلمين، وبالذات في مجال المعاملات، وبالأخص في العقود، ولما كانت المسؤولية العقدية هي الأخرى من المصطلحات القانونية التي استخدمتها القوانين المدنية الحديثة، لذا فكان لابد أن نبين مجال ونطاق لكل من هذين المفهومين، من اجل التوصل الى ما يميز احدهما عن الآخر، لذا تناولنا هذا المبحث ضمن ثلاثة مطالب وكما يلي:

### المطلب الأول: نطاق ضمان العقد

نقصد بضمان العقد ماهية العقود وانواعها التي تندرج ضمن هذا الضمان حيث سنتناول هذا المطلب من خلال فروعين، الأول نتطرق فيه إلى عقود الضمان (المعاوضات)، والثاني (عقود الأمانة) وكالاتي:

#### الفرع الأول: عقود الضمان

٤٠– د. عبد المجيد الحكيم / عبد الباقي البكري / محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني، ج ١، مصادر الالتزام، بدون مكان وسنة طبع، ص١٨٣ وبعدها.

٤١– حسين عامر، مصدر سابق، ص٣٣٠– ٣٣١.

ويقصد بها هي العقود التي يترتب عليها الضمان بالقبض عند التلف، فاذا وجد عقد من هذه العقود (كالبيع، القسمة، الصلح عن مال بمال، والتخارج، القرض) وانتقل محل العقد من يد الى اخرى، كان ذلك المحل مضمونا مطلقا سواء ملك بفعل الشخص القابض، او بفعل اجنبي، أو بآفة سماوية وسنتناول هذه العقود بشكل موجز ومركز يفيد الغاية من البحث ان شاء الله وكما يلي

اولا: عقد البيع: يعرف عقد البيع بانه "مبادلة مال بمال"، فاذا تم عقد البيع صحيحا، فانه في هذه الحالة يوجب ضمان المبيع على البائع ما دام في يده، وهلاكه في هذه الحالة يكون بثمنه، فيسقط عن المشتري ويسترده من البائع وأن دفعه اليه ويبطل العقد [٤٢]، وحالات اتلاف المحل وفقا لهذا العقد يمكن تصوره بايجاز ما يلي.

١. ان كان من البائع فكذلك الحكم اعلا بان يكون على البائع اذا كان في يده وسقوط الثمن ويبطل العقد.
٢. وان كان المشتري، عد بذلك مسلما وقابضا له وتم بذلك البيع.
٣. وان كان من اجنبي كان المشتري بالتخيير ما بين ابطال البيع و استرداد الثمن أن كان قد دفعه، ومعنى ذلك أن ضمانه على البائع بالثمن، ثم يرجع على المتلف بقيمته وقت الاتلاف، واذا هلك في يد المشتري فان هلاكه يكون عليه في حال صحة العقد، أما عند فساده فهلاك المبيع في يد البائع قبل تسلميه يكون عليه، اذ لا يترتب على البيع الفاسد حكمه قبل القبض، واذا ملك عليه، اما اذا تسلمه المشتري فانه يكون مضمونا عليه ضمان[٤٣].

وخلاصة ما تقدم يتبين لنا انه وفي اطار هذا العقد ((ان تلف المبيع قبل القبض يكون على ضمان البائع وينفسخ العقد، وان اتلاف المشتري للمبيع يكون بمثابة القبض و اتلاف الأجنبي لا يوجب الانفساخ لكن للمشتري له حق الخيار)).

ثانيا: عقد القسمة: يقصد بعقد القسمة افراز بعض الانصباء عن بعض او مبادلة بعض ببعض [٤٤]، والقسمة هي القسمة الرضائية لا القضائية ونقصد بالقسمة ضمن هذا الاطار قسمة الأعيان المشتركة قسمة المنافع و المهاباة [٤٥]، وبتحليل تعريف القسمة اعلاه فانه يتضح أنها تتميز بوصفين وهما الأفراز والمبادلة فالافراز هو الأمر الظاهر في المكيلات، والموزونات، والذرعيات، والعدديات المتقاربة لعدم التفاوت بين احادها.

اما المبادلة فهي الأمر الظاهر غير المكيلات و الموزونات، كالدور والحيوانات والعروض التجارية، للتفاوت بين افرادها، فالقسمة لا تخرج عن معنى المبادلة فالشريك اذا اخذ نصيبه فان بعضه كان له وبعضه كان لصاحبه، فهو يأخذ ما يخصه بطريق الافراز، ويأخذ الجزء الأخر عوضا عما يبقى حقه في حصة صاحبه فكانت القسمة افرازا من جهة اومبادلة من جهة أخرى، ويرجح المشرع العراقي في القانون المدني جهة الافراز على جهة المبادلة في القسمة، فيعد كل متقاسم انه كان دائما مالكا للحصة المفرزة التي الت

٤٢- المادة (٥٠٦) مدني عراقي.
٤٣- الكاساني، المصدر السابق، ص٢٣٨. وللمزيد ينظر: الشيخ علي الخفيف، مصدر سابق، ص ٢١-٢٢.
٤٤- الكاساني، المصدر السابق، ص١٧.
٤٥- د. السيد عواد علي، المصدر السابق، ص١٣٨.

اليه، وان لم يملك شيئا من باقي الحصص [٤٦]، وتأسيسا على ما تقدم نؤيد الراي القائل بان القسمة هي من المعاوضات فهي من عقود الضمان و عليه فاذا قبض كل شريك نصيبه ثم هلك كان ضامنا له وليس لصاحبه اي تعلق به [٤٧].

ثالثا: عقد الصلح عن مال بمال: يعرف الصلح بانه عقد يرفع به النزاع ويقطع الخصومة بالتراضي [٤٨]، والصلح نوعان: صلح بعد الإنكار، وصلح بعد اقرار المدعى عليه بالحق المدعي به، وهو يعد من عقود الضمان، فاذا كان بدل الصلح مما يتعين فهلك قبل تسليمه للمدعي، انفسخ الصلح، فان كان الصلح عن اقرار يرجع المدعي على المدعى عليه بالمدعي به، من دون حاجة لمخاصمة جديدة في اثباته لأنه ثبت بالإقرار، لأن الصلح هنا بيع حقيقة أن كان على عين مال و اجارة حقيقية ان كان على منفعتها، فتطبق أحكام الإجارة، والضمان يكون ضمان عقد الإجارة المذكور وان كان الصلح عن انكار او سكوت رجع المدعي الى دعواه بالمصالح عنه لتبين بطلانه فحق الدعوى مضمون ببدل الصلح، وبدل الصلح أن كان عين معينة مضمون بحق الدعوى، وهذا صلح الإنكار والسكوت، فاذا هلك أحدهما قبل تسليمه الى مستحقه بمقتضى عقد الصلح انفسخ وسقط المقابل عن العاقد الأخر ورجع الى دعواه في المصالح عنه قبل الصلح [٤٩].

رابعا: التخارج: يقصد به أن يتصالح بعض الورثة على مقدار معين نظير أن يترك حصته من التركة سواء أكان ذلك مع بعض الورثة او كلهم [٥٠] وعقد التخارج من المعارضات أحد بدليه نصيب الوارث من التركة (المال المعلوم).

ويعد التخارج من عقود الضمان يترتب عليه اثره بمجرد انعقاد العقد، فيمتلك الوارث الشيء المعلوم وتزول ملكيته عن نصيبه الشرعي من التركة سواء كان يعلم ما يرثه من التركة او لم يعلم. ويترتب على ذلك أن المخارج وبعد تخارجه اذا هلك الشيء المتخارج عنه فانه لا يهلك عليه اذا كان قد سلمه اما اذا لم يسلمه وحدث التخارج فانه يهلك عليه، واذا كان قد قبض بدل التخارج فانه يلزم برده.

خامسا: عقد القرض: هو من العقود الواردة على دفع مال مثلي لأخر ليرده مثله كالنقود والحبوب والأقطان والعدديات المتقاربة كالجوز والبيض، والقرض يشبه البيع لأنه تمليك مال بمال، فيؤخذ المال من اجل استخدامه فيما يحتاجه المقترض، ثم يؤدي عوضا عنه الى المقرض عند حلول الأجل المتفق على تسليم القرض فيه. فالقرض من عقود المعاوضات وبالتالي فهو عقد ضمان ويترتب على هذا التوصيف لعقد القرض، أن المقترض اذا قبض المال يصير ضامنا له مطلقا سواء هلك بعد او تقصير منه في حفظه ام بافة سماوية شأنه في ذلك شان المشتري بعد تسلمه المبيع، والمقبوض بقرض فاسد كالمقبوض ببيع فاسد ايضا، فاذا هلك يكون المقترض ضامنا مثله ان كان من المثليات، وقيمته ان كان من القيميات [٥١].

---

٤٦– ينظر المادة (١٠٧٥) مدني عراقي.
٤٧– د. السيد عواد علي، المصدر السابق، ص ١٨٥.
٤٨– المادة (٦٩٨) مدني عراقي.
٤٩– محمد الزهري الغمراوي، السراج الوهاج، مطبعة مصطفى البابي و اولاده، ١٣٥٢ – ١٩٣٣ م، ص٢٢١.
٥٠– د.محمد مصطفى شحاتة الحسيني، الأحوال الشخصية، مطبعة دار التاليف، بدون مكان وسنة طبع، ص٢٣٨.
٥١– د. السيد عواد علي، المصدر السابق، ص ١٨٨.

**الفرع الثاني: عقود الأمانة**

يقصد بعقود الأمانة بانها العقود التي لا يترتب عليها الضمان بالتلف بمجرد قبض المعقود عليه، وانما بالتعدي عليه من القابض او بالتقصير في حفظه [٥٢].

وعقود الأمانة ستة هي: الأيداع، الاعارة، الشركات، الوكالة، الوصاية، الهبة ونتناولها بشكل موجز وكالاتي

اولا: عقد الايداع: هو عقد به يحيل المالك أو من يقوم مقامه حفظ ماله الى اخر، ولا يتم الا بالقبض [٥٣] و الحكم في الوديعة أن يبرأ من الضمان اذا عاد الى الوثاق، أما في الأمانة لا يبرأ الا بالأداء لصاحبها، وقد أجمع الفقهاء على أن الوديعة امانة في يد الوديع وليست مضمونة، وان الضمان لا يجب عليه الا بالتعدي او بالتقصير[٥٤]، عملا بقول رسولنا الكريم محمد -صلى الله عليه وآله وسلم- ((ليس على المستودع غير المغل ضمان))[٥٥].

ثانيا: عقد العارية: عقد به يسلم شخص لأخر شيئا غير قابل للاستهلاك يستعمله بلا عوض على أن يرده بعد الاستعمال، ولا تتم الاعارة الا بالقبض [٥٦] والعارية نوعان حقيقية ومجازية والتي يدخل ضمن هذا النطاق هي العارية الحقيقية والتي يقصد بها اعارة الأعيان التي يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها كالثوب والعبد والدابة. ((وقد اختلف الفقهاء في يد المستعير أهي يد امانة ام ضمان، حيث ذهب الحنفية الى ان المستعار امانة في يد المستعير في حال الاستعمال وفي غير حال الاستعمال، فالمستعير لا يضمن عندهم الا اذا حدث منه تعد أو تقصير. اما المالكية منهم يفرقون بين حالين هماما يغاب عليه، وما لا يغاب عليه (كالحيوان والعقار)، فالحالة الأولى اذا كانت العارية ما يغاب عليها أي ما يمكن أخفاءها كالحلي والشباب، فان المستعير يضمن في هذا الحال، أما الحالة الثانية فلا يضمن المستعير، أما الشافعية والحالية أن عقد العارية بوجب ضمان العارية في بد المستعير وهو الرأي الأرجح))[٥٧].

ثالثا: عقد الشركة: عقد بين المشاركين في الأصل والريح، وتعد يد الشريك يد امانة لأنه قبض المال باذن صاحبه، لا على وجه المبادلة فصار كالوديعة و العارية، فاذا هلك المال في يد الشريك من غير تفريط لم يضمن مثله او قيمته، وعلة ذلك انه نائب عن شريكه في الحفظ والتصرف فكان الهالك في يده كالهالك في يد شريكه[٥٨].

رابعا: الوكالة: عقد يقيم به شخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم [٥٩]، وفي الشرع عبارة عن

---

٥٢- أ. د. ليلى عبد الله سعيد، وضع اليد على ملك الغير (الحيازة) السبب السادس للالتزام، بحث منشور في مجلة الرافدين التي تصدر عن كلية القانون في جامعة الموصل، العدد الثالث،١٩٩٧، ص٤، وينظر بهذا الصدد المادة (١/٩٥٠) مدني عراقي.

٥٣- المادة (٩٥١/ ١) مدني عراقي

٥٤- أبي بكر علي بن محمد الحداد، الجوهرة المنيرة على مختصر العذوري، مكتبة اعدادية باكستان، بدون سنة طبع، ص٣٥.

٥٥- اخرجه الدار قطني، مشار لدى الشوكاني، نيل الاوطار على منتقى الاخبار، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٠٣ هجرية، ص ٣٣٣.

٥٦- المادة (٨٤٧) مدني عراقي.

٥٧- نقلا عن د. السيد عواد علي، المصدر السابق، ص ٢٠٠ ومابعدها.

٥٨- أبي بكر علي بن محمد الحداد، المصدر السابق، ص ٣٤٤.

٥٩- انظر المادة (٩٢٧) مدني عراقي.

اقامة الإنسان غيره مقام نفسه في تصرف معلوم [٦٠]، وتعد يد الوكيل يد امانة وبمنزلة يد الوديع، فيضمن بما يضمن في الودائع، ويبرأ بما يبرأ منها، ويكون القول قول الوكيل في دفع الضمان عن نفسه و ايصال الأمانة، و الوكيل امين في ما قبضه فلا ضمان عليه لموكله الا اذا تعدى [٦١].

خامسا: عقد الوصاية: الوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت بطريق التبرع سواء كان ذلك في الأعيان أو في المنافع، و الوصية و الوصايا اسمان بذات المعنى في التعريفات، ولكن المقصود بهذا الإطار ان الوصية عقد يفوض به الإنسان بعد وفاته لأخر تنفيذ وصيته او رعاية حقوق اولاده الذين لم يبلغوا الحلم [٦٢].

فالوصي يُعد نائبا شرعيا عن الموصي في تنفيذ الوصية وادارة شؤون القاصرين، ويده يد امانة لا يضمن الا بالتفريط والتعدي [٦٣].

سادسا: عقد الهبة: هي تمليك في الحياة بلا عوض، وهي من العقود العينية التي لاتتم الا بالقبض [٦٤] ويعد القبض هنا قبض امانة غير مضمون لأن الهبة عقد تبرع كالاعارة والايداع وبقية العقود سالفة الذكر.

ويتبين لنا من كل مما تقدم أن ضمان العقد في اطار نظرية العقد في الفقه الاسلامي ينحصر بعقود الضمان، دون عقود الأمانة، الا اذا وقع تعد أو تقصير من الطرف الأمين في أي عقد من هذه العقود.

## المطلب الثاني: نطاق المسؤولية العقدية

بعد أن تناولنا اركان المسؤولية العقدية والمتمثلة بالخطأ والضرر والعلاقة السببية، فان هناك ثمة تساؤل يثور في هذا المجال، وهو ما هو نطاق ومجال تفعيل هذه الأركان، أي بمعنى اخر هل تكون هذه الأركان لوحدها كافية للمطالبة بالتعويض؟ نقول ان الجواب عن ذلك هو بالنفي، لأن هذه الأركان يجب أن تدخل تحت نطاق ومسمى معين يسمح بنهوضها بشكل قانوني، لذا فان هناك شرطين يجب تحققهما ضمن هذا النطاق، وهما وجود عقد صحيح بين الطرفين، وتحقق الإخلال بالالتزام التعاقدي وهذا ما سنتناوله ضمن الفرعين التاليين وكما يلي:

### الفرع الأول: وجود عقد صحيح بين الطرفين

لا يمكن أن تعد المسؤولية عقدية، الا اذا كان مصدرها ثمة عقد ابرم صحيحا بين المتعاقدين، فالعقد الصحيح هو العقد المشروع ذاتا ووصفا بان يكون صادرا من اهله مضاف الى محل قابل لحكمه وله سبب مشروع و اوصافه صحيحة سالمة من الخلل[٦٥]، فهذا العقد هو العقد المعتبر لتحقق نطاق المسؤولية المدنية العقدية، كونه العقد المركب للالتزامات بين عاقديه، بحيث لا يستقل ايا منهما بفسخه بارادته المنفردة الا باتفاقه مع الطرف الآخر، أو عند عدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه مما يشكل ذلك خللا يوجب التعويض، ولكن ثمة تساؤل يطرح بهذا الصدد هل تعد الفترة السابقة على المتعاقد بمثابة العقد الصحيح

---

٦٠- أبي بكر علي بن محمد الحداد، المصدر نفسه، ص ٣٥٨.
٦١- د. السيد عواد علي، المصدر السابق، ص ٢٠٦.
٦٢- مصطفى الزرقاء، المصدر السابق، ص٢٩٣.
٦٣- د. السيد عواد علي، المصدر السابق، ص ٢٠٨.
٦٤- المادة (١/٦٠١)و(٦٠٣) مدني عراقي
٦٥- ينظر المادة (١/١٣٣) مدني عراقي، وكذلك المادة ١٣٤ التي اشارت الى الحالات التي يعد العقد موقوفا، وايضا المادة ١/١٣٨ التي تناولت بطلان العقد، وللمزيد ينظر د. محمد نجيب عوضين المغربي، المصدر السابق، ص١٢٠ ومابعدها.

ويترتب عليها المسؤولية المدنية؟ وهل أن الفترة اللاحقة على انتهاء العقد تبقي على المسؤولية فيها بالرغم من انتهاءها؟ أن الإجابة عن هذا التساؤل يكون من خلال التمييز ما بين هاتين المرحلتين وكما يلي:

أولا: مرحلة ما قبل التعاقد: الأصل أن لا يترتب على هذه المرحلة أي أثر قانوني على ما يجري بين طرفي التعاقد في دور المفاوضات، اذ لكل منها حق العدول عن اتمام الصفقة دون أية مسؤولية، ولكن ومع ذلك قد تنشأ المسؤولية في تلك الحالة التي لم يتم فيها التعاقد بمسلك أحد الطرفين، مما تسبب عنه ضررا للاخر الذي اعتقد بجدية المفاوضات، واتخذ في سبيل اتمام العقد بعض الاجراءات التي كلفته مالا ووقتا وقد يتأدى الضرر فيما ضاع عليه من كسب او ومن فوائده كعدم دخوله في صفقة اخرى. يقتضي المنطق القانوني وطالما لم يكن هناك عقد بين الطرفين، فليس هناك مسؤولية عقدية، ولكن لم يخلص الموضوع من خلاف، حيث يذهب بعض الفقهاء[٦٦] إلى عد ذلك من قبيل المسؤولية التقصيرية وذلك لعدم وجود عقد صحيح، في حين يذهب اتجاه آخر[٦٧] إلى أن المسؤولية هي عقدية وحجتهم أنه يمكن أن تتطبق على هذه الحالة دعوى صحة العقد، فضلا عن ما قام به الطرفان من اعداد للتعاقد في دور المفاوضات لا يمكن معه اعتبار ايهما أجنبيا عن الآخر، كذلك وجود اتفاق ضمني بين الموجب ومن وجه اليه الإيجاب، ينشأ عنه التزام بقاء الموجب مقيدا طوال المدة التي عينها، ما دام أن الموجه اليه هذا الإيجاب لم يرفضه.

وازاء الآراء المعروضة أعلاه فانه وان كان لا يعد الإخلال بالمفاوضات اخلال بالتزام تعاقدي يوجب المسؤولية العقدية، لعدم قيام عقد أصلا، ولكن هذا لا يمنع من الطرف المتضرر من مطالبته بالتعويض عن الضرر وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية من جراء الإخلال بالمفاوضات ولاسيما اذا كان هذا الطرف الاخر غير جدي في مفاوضاته.

ثانيا: المرحلة اللاحقة لإنهاء العقد: والمسؤولية العقدية كما تقوم منذ نشوء العقد، الا انها ليس لها محل عقد انقضاءه، أي الفترة التي تلي انتهاء العقد أن ذلك لا يعد من قبيل المسؤولية العقدية، ما لم يكن العرف قد تضمن أن تمتد اثاره لبعض الوقت حتى بعد انقضائه، كما في بيع المحل التجاري الذي يلزم فيه البائع بان لا ينشأ محلا مماثلا لمدة معينة، فالمسؤولية التي تترتب على الإخلال بهذا الشرط بعد انتهاء عقد البيع، انما اساسها قواعد المسؤولية العقدية، واذا لم يكن ثمة شرط من هذا القبيل، فان أية مسؤولية تقوم بعد انتهاء العقد، لا تطبق عليها الا قواعد المسؤولية التقصيرية [٦٨].

**الفرع الثاني: أن ينصب الأخلال على التزام ناشيء من العقد**

ينبغي لقيام المسؤولية العقدية، الى جانب وجود عقد صحيح بين الطرفين، ان ينصب الأخلال على التزام ناشيء من هذا العقد الصحيح نفسه، والالتزامات التي ينشأها العقد بعضها التزامات جوهرية، و هي تلك الالتزامات التي لا يتصور وجود العقد بدونها، كنقل الملكية ودفع الثمن بالنسبة لعقد البيع، ولا تثير الالتزامات الجوهرية مشكلة جدية لا من حيث وجودها، ولا من حيث المسؤولية الناجمة عن الاخلال بها، حيث اذا امتنع البائع عن تسليم العين المبيعة للمشتري، لا شك أن لهذا المشتري حق رفع دعوى

٦٦- بوثيرو لارومبير نقلا عن: د.حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص ٦٠.
٦٧- اهرنج وسالي، نقلا عن حسين عامر، مصر سابق، ص٤٨ و٤٩.
٦٨- د.حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص ٦٤.

المسؤولية العقدية، ولكن الخلاف يثور بالنسبة للالتزامات الثانوية، حيث تثير كثيرا من الخلاف بالنسبة لوجودها أو بالنسبة لتحديد مداها ونطاقها، و غالبا ما يوجد هذا الالتزام الثانوي في عقد ملحق بالعقد الأصلي، كالتزام صاحب الفندق بحفظ الملابس والأمتعة. ويختلف الإخلال بالالتزام الناشيء من العقد باختلاف أنواع العقود والالتزامات والتي لا يسع المجال بذكرها، ولكن يجمعها قاسم مشترك لجميع هذه الإخلالات العقدية في هذه العقود المختلفة، الا وهو عدم تنفيذ الالتزام من قبل الملتزم به، أو التأخر بتنفيذه مما يؤدي الى الحاق الضرر بالمتعاقد أي بعبارة أخرى في حالة تحقق (الخطا العقدي).

## المطلب الثالث: المقارنة بين ضمان العقد والمسؤولية المدنية (العقدية)

بعد أن تناولنا مفهوم وتعريف ضمان العقد ونطاقه والعقود التي يرد عليها، اضافة الى ذلك ماهية المسؤولية العقدية واركانها ونطاقها، فانه لابد أن نبين في هذا المطلب ما يميز ضمان العقد عن المسؤولية العقدية في اطار التقنينات المدنية، وسنتناول ذلك في فرعين وكما يلي:

### الفرع الأول: الاختلاف بين الضمان المقرر في الفقه الإسلامي والمسؤولية المقررة وفق القانون

يذهب بعض الفقه [٦٩] الى عد كل ما تعنيه المسؤولية القانونية (المدنية والجنائية) يمكن أن يكون معنى للضمان في الفقه الإسلامي، اذ يبدو للوهلة الأولى أن الضمان في الفقه الإسلامي هو ذاته المسؤولية المدنية العقدية، ام التقصيرية، وان المسؤولية المدنية هي ذاتها الضمان، الا انه وبعد التعمق بدراسة هذا الموضوع وفي ضوء ما عرضناه فانه يمكن القول إنَّ الضمان لا يعني احكام المسؤولية المدنية والجنائية، وانه لا يمكن تعريفه بانه (تضمين مفسدة مالية لم تسبق العقد او بدنية لم تقترن بقصد). كما ذهب إليه البعض من الفقه[٧٠] بل ان الضمان يتسع لهذا المعنى وغيره، فالضمان من الممكن أن يكون ضمان النفس، وكذلك ضمان المال، ويدخل في معناه العام للتأمينات بنوعيها الشخصية (الكفالة) و العينية الرهن.

فبالنسبة لضمان العقد في الفقه الإسلامي هو ضمان مال تلف بناءا على عقد من عقود الضمان وضمانه عندئذ يكون بما يقتضيه العقد من بدل، دون مراعاة لقيمة المال كاساس في التقدير فالمبيع عند هلاكه في يد البائع مضمون بالثمن فيسقط الثمن بهلاكه ويبطل عقد البيع، ويرد الثمن، اذا كان قد ادى قبل فضمان العقد في نظر الفقهاء المسلمين، لا يكون الا فيما ينص عليه في العقد، كالمبيع في عقد البيع، وكذلك الثمن اذا كان معينا، والأجرة في عقد الاجارة اذا كانت عينا معينة، وبدل الصلح اذا كان عينا كذلك، فضمان العقد لا يقوم على تحقيق المماثلة والمعادلة بين البدلين، كما في ضمان الاتلاف وانما يؤسس على الرضا والاتفاق الذي يقوم عليه العقد، حتى وان كان هلاك المحل بفعل آفة سماوية. وبتحليل ما تقدم يمكن أن نوجز خصائص ضمان العقد في الفقه الاسلامي بما يلي:

١. إنه في حالة هلاك محل العقد (الضمان) حتى ولو كان السبب اجنبياً فانه يصار الى ان يكون الضمان وفقا لقيمته في العقد لا أكثر ولا أقل.
٢. إن الضمان في العقد لا يقوم على تحقيق المماثلة او التعادل، بل يكفي الرضائية بذلك.

---

٦٩– د.وهبة الزحيلي، مصر السابق، ص٩٧.

٧٠– د. محمد سليمان الأحمد، النظرية العامة للقصد المدني، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٩، ص٢٣٧ – ٢٣٨.

٣. إن فكرة ضـــمان العقد المشـــار اليها وبالأخص في الفقرة (١) اعلاه تطابق القوانين الحديثة بفكرة المسؤولية العقدية وفي اطار انفساخ العقد مع ملاحظة أن الضمان لا يزول في الفقه الاسلامي حتى وان كان بسبب اجنبي اما المسؤولية المدنية فهي تترتب كجزاء من جراء اخلال التعاقد بتنفيذ التزامه التعاقدي، بعد توفر الخطأ والضـرر والعلاقة السـببية فالمسـؤولية العقدية ليس التعويض فيها عن مال تالف فقط، بل هو تعويض عن ضـــرر نشـــأ عن عدم تنفيذ المدين ما التزم به بناءا على العقد وهي بذلك تتطلب وجود عقد صحيح واجب التنفيذ، اذا لم يقم عاقده بتنفيذها[٧١]، وفي حالة ماااذا كان هناك اسـتحالة اعادة الحال الى ماكانت عليه فيصـار الى التعويض في المسـؤولية العقدية والتقصـيرية وهذا هو توجه محكمة التمييز الاتحادية في احد قراراتها اذ جاء فيها (لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضـمن مدته القانونية فقرر قبوله شـكلا ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح و مخالف للقانون ذلك ان الاجراء الذي قامت به البلدية باطلا قانونا ويفترض بموجب حكم القانون اعادة المسـاحة الى اصـحاب حق التصـرف الا ان الثابت ايضـا ان الاحكام العامة المقررة قانونا سواء كان في المسؤولية العقدية او التقصيرية اذا استحال اعادة الى ماكانت عليه فيصار الى التعويض ورفع الحيف)[٧٢]

فاذن قد بيدو للوهلة الأولى أن ضمان العقد هو ذاته المقصود بماذكره المشرع العراقي في المادة (١٦٨) المسؤولية التعاقدية، حيث ذكر المشرع صراحة عبارة ضمان العقد، الا أن الحقيقة ليست كذلك فضمان العقد يختلف عن المسؤولية العقدية، سواء في اطار الفقه الاسلامي و القانون، لا بل حتى في اطار هذا المصطلح ضمان العقد في القانون مع المسؤولية المدنية في القانون ذاته.

**الفرع الثاني: ضمان الاتلاف وضمان اليد أو (المسؤولية التقصيرية)**

قد يتساءل البعض عن جدوى بيان الفروقات ما بين ضمان الاتلاف وضمان اليد مع المسؤولية التقصيرية، بانه لا علاقة بالموضوع محل البحث، فنجيب على ذلك أن التطرق لهذا الفرع يعطي انطباعا وصورة كاملة، للفرق الذي يشكله الضمان في ضمان الاتلاف وضمان اليد مع المسؤولية التقصيرية.

فالفقه يعرف المسؤولية التقصيرية، بانها الزام من احدث ضررٍ غير مشروع بالغير بتعويض هذا الضرر، فهي المسؤولية التي يقررها القانون على محدث الضرر، نتيجة اخلاله بالتزام قانوني مرده عدم الإضرار باحد، وهي مسؤولية تنشأ عن خطأ غير تعاقدي، ومن ابرز صوره ضمان الأتلاف فالغاصب يده على المغصوب، يد ضمان فينتج عن الغصب ضمان اليد، وعلى الرغم من وجود هذه العلاقة، فان الاتلاف والغصب بالرغم من كونها الصورتين المهمتين للعمل غير المشروع، الا أن هناك صورا أخرى لهذا العمل، كالتعسف في استعمال الحق والتجاوز، والمسؤولية عن الغير والأشياء، وضمان الاتلاف يتحقق حتى ولو لم يرتكب صاحب اليد أي خطأ او يتعدى، فيد الغاصب والسارق والمتجاوز كلها تُعد يداً غاصبة.

ان الضمان تترتب عليه جوانب كبيرة، لا ترتب على المسؤولية المدنية، والمسؤولية المدنية قد تكون جزءا من الضمان، بحيث أن كل انتفاء للضمان يستتبعه انتفاء المسؤولية ولكن ليس بالضرورة أن يؤدي انتفاء

٧١- د. محمد سليمان الأحمد، مصدر سابق، ص٢٤٩.

٧٢- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٧٠٧ / هيئة استئنافية عقار / ٢٠٠٨ في ٢٠٠٨ / ٥/ ٢٨ (غير منشور).

المسؤولية الى انتفاء الضمان، إذ من الممكن ان يتخلف الجزء مع بقاء الأجزاء الأخرى من الكل ومعيار هذا التميز هو السبب الأجنبي، حيث هذا الأخير يقطع الرابطة السببية بين الخطأ و الضرر وبالتالي اهداء المسؤولية المدنية لانتفاء أحد اركانها، في حين توفر السبب الأجنبي لا يعطي انتفاء الضمان في صورة الأخرى كما في حالة يد الضمان حيث انها تكون ضامنة في جميع الأحوال، فمثلا الغاصب يضمن هلاك الشيء بعيبه او بسبب لا دخل لإرادته منه [٧٣].

وقد بين حكم محكمة التمييز الاتحادية في احد قراراته بخصوص انتفاء المسؤولية بسبب اجنبي اذ جاء فيه (لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن مدته القانونية فقرر قبوله شكلا ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه صحيح و موافق للقانون ذلك انه تعرض السيارة للتسليب من قبل مجموعة مسلحة وحيث ان من يثبت بان الضرر نشأ عن سبب اجنبي لايد له فيه كافة سماوية او حادث فجائي او قوة قاهرة او فعل الغير او خطا المتضرر كان غير ملزم بالضمان مالم يوجد نص او اتفاق على غير ذلك م(٢١١) مدني عراقي وحيث لم يتأيد بان فقدان السيارة كان بسبب خطا المدعى عليه او تقصيره او اهماله لذا تكون دعوى المدعي/ اضافة لوظيفته فاقداً للسند القانوني وموجبه للرد)[٧٤].

## الخاتمة

بعد ان انتهينا من بحثنا المتواضع فانه يمكن أن نبين النتائج والتوصيات بصدده وعلى النحو الاتي:

### اولا: النتائج

١. ان لضمان العقد العديد من المعاني والمفاهيم تتأرجح ما بين الكفالة، الحفظ والرعاية التضمين، الغرم، الالتزام.
٢. مصطلح الضمان من المصطلحات الفقهية الإسلامية له اسانيده الشرعية في القرآن والسنة والاجماع و المعقول.
٣. مفهوم الضمان وبالاخص للعقد في نظرية العقد في الفقه الاسلامي تقوم على فكرة وتطبيق ضمان مال تالف بناءا على عقد من عقود الضمان بحيث يصار الى التضمين حسب قيمة بدله المذكورة في العقد فقط دون مراعاة للمعادلة او التماثل بالقيمة، وان الضمان يتحقق حتى لو حدث هلاك المال بأفة سماوية.
٤. تطابق فكرة ضمان العقد مع فكرة انفساخ العقد في القانون مع وجود فارق أن الضمان يتحقق في الفقه الإسلامي، حتى ولو تحقق السبب الأجنبي.
٥. لا يتطابق مفهوم ضمان العقد مع المادة (١٦٨) التي تناولها القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ بالرغم من ذكر المشرع لها عنوان ضمان العقد (المسؤولية المدنية) لأن هذه الأخيرة لا تتحقق الا باخلال لالتزام تعاقدي بسبب خطأ تعاقدي بموجب عقد صحيح وان يحدث ضررا للطرف

---

٧٣– د. محمد سليمان الأحمد، خواطر مدنية (افكار وآراء في القانون المدني)، مكتب الفكر والوعي للاتحاد الوطني الكردستاني، السليمانية، ٢٠٠٩ م، ص٢٣٣، والمادة ١٩٨ / ١ مدني عراقي.

٧٤– قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٣٠٧٠ / هيئة مدنية / ٢٠١٥ في ٢٠١٥ / ٦/ ٣٠(غير منشور)

الآخر، فقيام هذه المسؤولية هي على تعويض المتضرر من اجراء هذا الاخلال في حين أن ضمان العقد يقوم على ضمان مال تالف لعقد من عقود الضمان.

٦. لا يرد ضمان العقد في ظل عقود الأمانة الا بالتعدي.

٧. ان ضمان اليد يوجب المسؤولية المدنية على صاحبها حتى ولو كان ذلك لسبب اجنبي يقطع علاقة السببية.

**ثانيا: التوصيات:**

نوصي المشرع العراقي في القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ ما يلي:

١. حذف عبارة ضمان العقد الواردة كعبارة مرادفة للمسؤولية المدنية و المذكورة كعنوان للمسؤولية العقدية في المادة (١٦٨) لاختلاف مفهوم و معنى ضمان العقد في الفقه الاسلامي عن القانون.

٢. نؤيد ونوصي المشرع بمن سبقنا من توصيات بهذا المجال بوجوب تضمين صاحب يد الضمان بالتعويض في حالة هلاك الشيء محل اليد وان كان ذلك السبب اجنبياً ولا يد له فيه، حيث أن ذلك يتطابق مع مفهوم يد الضمان الواردة في نصوص القانون المدني العراقي، ولاسيما أن المشرع في المادة (١٩٨) مدني أعطى الخيار للمغصوب منه الرجوع الى الغاصب او غاصب الغاصب للتضمين.

٣. أن يتلاءم موقف المشرع العراقي تجاه النصوص التي عالجت مسألة الضمان وبالأخص للمواد ١٨٦ و ١٩١ مدني و ازالة التناقضات الحاصلة فيها وذلك باعتماد اراء المذاهب الاسلامية بهذا الصدد الاكثر تحقيقا للعدالة وجبر الضرر بالتعويض المناسب.

## المصادر


**القران الكريم**

**اولا: كتب اللغة العربية**

١. د. ابراهيم أنيس واخرون، المعجم الوسيط، ط ٢، ج ٢، دار الأمواج، بيروت، لبنان، ١٩٩٠ م.

٢. جمال الدين محمد بن مكرم الأنصاري أبن منظور، لسان العرب، ط٣، دار أحياء التراث العربي، بيروت لبنان، بدون سنة طبع.

٣. طاهر احمد الزاوي الطرابلسي، ترتيب القاموس المحيط على طريقة المصباح المنير و اساس البلاغة، ج ٣، ط ١، مطبعة الاستقامة، القاهرة، ١٩٥٩ م.

٤. لويس معلوف، المنجد للطلاب، بيروت، ١٩٧٥.

٥. الفيروز ابادي، القاموس المحيط، ج٤، بدون دار ومكان نشر.

٦. د. محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، دار الرضوان – حلب، ٢٠٠٥ م.

**ثانيا: كتب الفقه الاسلامي**

١. الحافظ احمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ج٦، ط١، دار

الطيبة للنشر والتوزيع، الرياض، ٢٠٠٥، ص٥٠.
٢. ابو الحسن علي بن أبي بكر الرشداني المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي، المكتبة الإسلامية، ج ٣، (بدون مكان وسنة طبع).
٣. أبي بكر علي بن محمد الحداد، الجوهرة المنيرة على مختصر القدوري، مكتبة اعدادية باكستان، بدون سنة طبع.
٤. اسماعيل الصنعاني الزيدي، سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام، ج ٣، دار الفكر – بيروت، (بدون سنة طبع).
٥. جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، الأشياء والنظائر، دار الكتب العلمية – بيروت، بدون سنة طبع.
٦. علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط ٢ ج ٥، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٩٨٢ م.
٧. الشوكاني، نيل الاوطار على منتقى الاخبار، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٠٣ هجرية.
٨. على الخفيف، نظرية الضمان، معهد البحوث والدراسات العربية بجامعة الدول العربية القاهرة، دون سنة طبع
٩. محمد بن عبد الرحمن المغربي ابو عبد الله المعروف بالحطاب، مواهب الجليل، ج ٤، ط ٢، دار الفكر – بيروت، ١٣٩٨ هـ.
١٠. محمد الزهري الغمراوي، السراج الوهاج، مطبعة مصطفى البابي و اولاده، ١٣٥٢ – ١٩٣٣ م.
١١. مصطفى الزرقاء المدخل الفقهي العام (الضمان)، الجامعة السورية، دمشق، ١٩٥٢ م.
١٢. د. محمد نجيب عوضين المغربي، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣ م.
١٣. فتح الباري، المكتبة العلمية، بيروت.
١٤. شهاب الدين القرافي، الفروق، دار احياء الكتب العربية، مصر، ١٣٤٤ هجرية.
١٥. د. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، دار الفكر – دمشق، ١٩٨٢ م.

### ثالثا: الكتب القانونية

١. د. السيد عواد علي عواد، احكام الضمان دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الطباعة المحمدية، القاهرة، ١٩٩٢ م.
٢. حسين عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية و العقدية، ط ١، مطبعة مصر، ١٩٥٩ م.
٣. د. حسين على الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، شركة التأمين الطبع والنشر، بغداد، بدون سنة طبع.
٤. د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦ م.
٥. د. عبد المجيد الحكيم/ عبد الباقي البكري/ محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون

المدني، ج ١، مصادر الالتزام، (بدون مكان وسنة طبع).
٦. كيلاني سيد احمد، كامل المباديء القانونية في قضاء محكمة تمييز اقليم كوردستان العراق، ط١، مطبعة حاج هاشم، اربيل العراق، ٢٠١٢.
٧. د. ليلى عبد الله الحاج سعيد، النظرية العامة لضمان اليد، مطبعة الجمهور، الموصل، ٢٠٠١.
٨. د. محمد سليمان الأحمد، النظرية العامة للقصد المدني، منشورات الحلبي الحقوقية، ط١، بيروت، لبنان، ٢٠٠٩.
٩. د. محمد سليمان الأحمد، خواطر مدنية (افكار وآراء في القانون المدني)، مكتب الفكر والوعي للاتحاد الوطني الكردستاني، السليمانية، ٢٠٠٩ م.
١٠. د. محمد مصطفى شحاتة الحسيني، الأحوال الشخصية، مطبعة دار التاليف، (بدون مكان وسنة طبع).
١١. د. مصطفى ابراهيم الزلمي، المسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة بالقانون، ج ١، مطبعة اسعد، بغداد، ١٩٨٠ م.

**رابعا: البحوث**

١. أ. د. ليلى عبد الله سعيد، وضع اليد على ملك الغير (الحيازة) السبب السادس للالتزام، بحث منشور في مجلة الرافدين التي تصدر عن كلية القانون في جامعة الموصل، العدد الثالث،١٩٩٧.

**خامسا: القوانين**

١. القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ م المعدل.

**سادسا: القرارات القضائية**

١. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٧٠٧/ هيئة استئنافية عقار/ ٢٠٠٨ في ٢٠٠٨ / ٥/ ٢٨(غير منشور)
٢. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٩٩٢ / هيئة استئنافية عقار / ٢٠١١ في ٢٠١١ / ٥/ ٤ (غير منشور)
٣. قرار محكمة التمييز اقليم كوردستان بالعدد ٥٣٨/ هيئة المدنية الثالثة /٢٠١١ في ٢٠١١/ ٢٢/٨ (قرار منشور)
٤. قرار محكمة التمييز اقليم كوردستان بالعدد ٨٥٦/هيئة المدنية الثانية / ٢٠١١في ٢٠١١ / ١٢/ ١(قرار منشور).
٥. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٣٠٧٠ / هيئة مدنية/ ٢٠١٥ في ٢٠١٥/ ٦/ ٣٠ (غير منشور).