

معنى الضمان وأهميته في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

الباحث/ رعد كاظم محسن

معنى الضمان وأهميته في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

الباحث/ رعد كاظم محسن

المخلص

الضمان في معناه الاصطلاحي يشير إلى التزام شخص بالدائن ما وجب على غيره من الحقوق المالية، وينقسم الضمان إلى ضمان قانوني وضمان اتفاقي، فالضمان القانون أشارت إليه المادة (٣٠٨) من القانون المدني المصري على أنه: إذا كانت الحوالة بعوض فلا يضمن المحيل إلا وجود الحق المحال به وقت الحوالة ما لم يتم الاتفاق على غير ذلك وبالتالي لا يحتاج التزام المحيل في هذا الضمان إلى اتفاق خاص باعتباره ضمان بحكم القانون، بينما أشارت المادة (٣١١) من القانون المدني على أنه "يكون المحيل مسؤولاً عن أفعاله الشخصية ولو كانت الحوالة بغير عوض أو لو اشترط عدم الضمان"، وللتعرف على مفهوم الضمان في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي وتمييزه عن غيره بالنسبة لحوالة الحق نتناول هذا البحث من خلال بحثين رئيسيين كالآتي: **المبحث الأول: معنى الضمان وأهميته في الفقه الإسلامي. المبحث الثاني: مفهوم الضمان وأهميته وتمييزه عن غيره من الأنظمة في القانون الوضعي.**

المبحث الأول

معنى الضمان وأهميته في الفقه الإسلامي

تمهيد:

تأتي نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية لتشير إلى مفهوم الضمان في الإسلام، حيث ورد في النصوص القرآنية: قوله تعالى: "ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم"^(١) فقد وردت هذه الآية في قصة أخوة يوسف عليه السلام حيث رصد منادى الملك جعالة كجائزة لمن يأتي بصاع الملك الذي يستعمله أو يستخدمه بالكيل وهذا من باب الجعالة وأنا به زعيم هذا من باب الضمان والكفالة^(٢)، أي أنا ضامن له متكفل به وأنا به قبيل لأنه بمعنى الكفيل لغة وعرفا.

(١) سورة يوسف: الآية (٧٢).

(٢) ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، ج ١٣، ص ٣٢٥.

وايضا قوله تعالى: "وكفلها زكريا"^(٣) من سورة آل عمران أي ضمها إلى نفسه وقوله وكفلها زكريا اما أن تكون بتشديد الراء وهي قراءة الكوفيين أو بتخفيفها على قراءة غيرهم والمعنى على الأولى هو جعل زكريا كافلا وعلى الثانية ظاهرا^(٤).
وأيضا قوله تعالى: "ولا تنقضوا الأيمان بعد توكيدها وقد جعلتم الله عليكم كفيلا"^(٥) أي جعلتم الله تعالى مهيمنا ورقيبا على ما عاهدتم عليه ووثقتم عقده.
ومن السنة النبوية الشريفة: قول الرسول صلى الله عليه وسلم: "الزعيم غارم" ومعنى الزعيم هو الكفيل والزعامة تعني الكفالة والمعنى أن الكفيل ضامن.
يسعى المبحث الى مناقشة مفهوم الضمان في الفقه الاسلامي وأهميته، وذلك من خلال مطلبين رئيسيين كالآتي:

المطلب الأول

مفهوم الضمان

الفرع الأول

المعنى اللغوي للضمان

مفهوم الضمان في اللغة: ضمان المال لغة أي التزامه، يقال: ضمانت المال ضماناً، وضامن وضمن أي التزمته وضمنته الزمته إياه، وقد ذكر الفقهاء تعريفات للضمان منها ما يفهم من كلام الغزالي أن الضمان هو واجب رد الشيء أو بدله بالمثل أو بالقيمة^(٦).
ومنها تعريف ذكره المحمودي^(٧): شارح الأشياء والنظائر نقلا عن غيره فإنه قال: الضمان كما عرف: عبارة رد مثل الهالك أو قيمته، ومنها تعريف الشوكاني حي قال: الضمان: عبارة عن غرامة التالف^(٨).

^(٣) سورة آل عمران، الآية (٣٠).

^(٤) محمد رشيد رضا، تفسير المنار، ج ٣، ص ٢٤١.

^(٥) سورة النحل، الآية (٩١).

^(٦) الوجيز: ١ / ٢٠٨.

^(٧) الحمودي، غمز عيون البصائر شرح الاشباه والنظائر، ٢ / ٢١١.

^(٨) الشوكاني، نيل الاوطار، ٥ / ٢٩٩، ط العثمانية المصرية.

الفرع الثاني المعنى الاصطلاحي للضمان

أولاً: معنى الضمان اصطلاحاً:

أن فقهاء الملكية والشافعية والحنابلة يستعملون في كتبهم كلمة الضمان بمعنى الكفالة فهو مشتق من ضمن الشيء تضمينا أي غرمة إياه فالتزومه، وعليه يقول المالكية: الضمان شغل ذمة أخري بالحق^(٩)، ويقول الشافعية الضمان لغة الالتزام، وشرعا يقال للالتزام حق ثابت في ذمة الغير، أو احضار من هو عليه أو عين مضمونة^(١٠)، ويقول الحنبالية الضمان: ضم ذمة الضامن الى ذمة المضمون عنه في التزام الحق^(١١). وعرف الضمان: أو الكفالة بأنه ضم ذمة إلى ذمة أخرى في المطالبة بالحق، وقد يكون الحق ديناً أو عينة أو نفساً^(١٢).

يقتضي الضمان بموجب التعريف أعلاه وجود حق ثابت أو آيل إلى الثبوت لشخص على ثان ثم يتبرع طرف ثالث بضمان سداد هذا الحق إذا ما عجز الطرف الثاني سداًه لسبب أو آخر فعناصر الضمان الرئيسية هي:

١- الضامن، وهو من يتبرع بضمان الحق فتضم ذمته الى ذمة الأصيل في المطالبة بالحق فهو ضمين وكفيل وحميل وزعيم وقبيل بمعنى واحد^(١٣).

٢- المضمون عنه: ويسمى أيضاً بالأصيل والغريم والمدين وهومن ثبت الحق في ومنه أصالة.

٣- المضمون له: وهو رب الحق ويسمى بالمطالب أيضاً باعتبار مطالبته بحقه.

٤- المضمون به، وهو الحق المضمون.

ويقول الإمام السيوطي^(١٤): في الأشباه والنظائر أسباب الضمان أربعة: أحدها العقد كالمبيع والثمن المعين قبل القبض، والسلم والإجارة.. الخ. فهذه الأعيان وأمثالها مضمونة

(٩) الشرح الكبير للدردير، ط الباب الحلبي، ٣ / ٣٢٩.

(١٠) مغني المحتاج، الباب الحلبي، ٢ / ١٩٨.

(١١) المغني، ط، دار المنار، ٢ / ١٩٨.

(١٢) الخرشي، حاشية العدوي، قال الضمان شغل ذمة أخري بالحق ٢١/٦٠، بدائل الصنائع للكاساني

٧ / ٣٤١٥، المغني لأبن قدامة مع الشرح الكبير، قال الضمان: ضم ذمة الضامن الى ذمة المضمون

عنه التزام الحق ٥ / ٧١.

(١٣) المغني، ٥ / ٧١.

ضمان عقد مادامت في يد من وجب عليه بالعقد تسليمها إذا هلكت قبله. وضمانها عندئذ يكون بما ينص عليه العقد من بدل مقابل، من دون مراعاة لقيمتها كأساس في تقدير الضمان. ويقول الإمام الكاساني "المبيع في يد البائع مضمون بأحد الضمانين وهو الثمن ألا ترى أنه لو هلك في يده سقط الثمن عن المشتري فلا يكون مضموناً بضمان آخر إذ المحل الواحد لا يقبل الضمانين"^(١٥).

إذا ضمان العقد هو ضمان مال تالف بناء على عقد اقتضى الضمان 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 أدي قبل ذلك.

فضمان العقد في نظر الفقهاء لا يكون إلا فيما ينص عليه في العقد كالمبيع في عقد البيع وكذلك الثمن إذا كان عيناً معينة والأجرة في عقد الإجارة إذا كانت عيناً معينة، ومنفعة العين المؤجرة، وبدل الصلح إذا كان عيناً 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^(١٦). ونستخلص مما تقدم أن ضمان العقد بالمعنى الاصطلاحي لا يتأتى إلا في عقود المعاوضة التي ترتب التزامات متقابلة على عقديها.

ثانياً: أركان الضمان:

لا يجب ضمان الشيء إلا إذا توافر معنى التضمين، والتضمين لا يتحقق إلا بوجود ركنين:

الركن الأول: الاعتداء أو التعدي لغة: تجاوز الحد، ويراد به عند الفقهاء: معنى الظلم والعدوان ومجاوزة الحق، وضابطه: هو انحراف عن السلوك المألوف للرجل

^(١٤) يقول الإمام السيوطي في كتابه الأشباه والنظائر، ص ٣٩٠: أسباب الضمان أربعة أحدها العقد كالمبيع والثمن المعين قبل القبض، والسلم والإجارة. الثاني: اليد مؤتمنة كانت كالوديعة والشركة والوكالة والمقارضة إذا حصل التعدي، أو لا كالغصب والسوم والعارية والشراء فاسداً. الثالث: الإلتلاف نفساً أو مائلاً. ويفارق ضمان اليد في أنه يتعلق بالحكم فيه بالمباشرة دون السبب، وضمان اليد يتعلق بهما. الرابع: الحيلولة. ومعناها الحؤول بين العين وصاحبها كما إذا نقل المغصوب إلى بلد آخر، فللمالك المطالبة بالقيمة في الحال للحيلولة قطعاً، فإذا رده ردها.

^(١٥) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج ٥، ص ٢٤٣.

^(١٦) بدائع الصنائع، ج ٥، ص ٢٣٨.

المعتاد أو أنه العمل الضار من دون حق أو جواز شرعي، كما قال ابن نجيم في الأشباه، فمعيار التعدي عند الشرعيين هو في الغالب مادي موضوعي لا ذاتي"، فينظر إلى الاعتداء على أنه واقعة مادية محضة يترتب عليها المسؤولية (أي ضرورة تعويض المتضرر) كلما حدثت، بقطع النظر عن نوع الأهلية في شخص المعتدي وقصده، ففي ضمان الأموال لا فرق بين العمد والخطأ، ولا بين الكبير والصغير، إلا أن بعض المالكية قالوا: لا شيء على الصبي غير المميز فيما أتلغه من نفس أو مال كالعجماء.

أما في ضمان الأنفس فيميز بين القتل العمد والقتل الخطأ، ويقتصر من الكبير دون الصغير، قال الشاطبي: إن الخطأ في الحكم بالتضمن بالأموال مساو للعمد في ترتب الغرم في إتلافها. وقال شيخ الإسلام عز الدين بن عبد السلام: "إن الإلتلاف يقع بالظنون والأيدي والأقوال والأفعال، ويجري الضمان في عملها وخطئها، لأنه من الجوابر، ولا تجري العقوبة والقصاص إلا في عملها لأنهما من الزواجر^(١٧).

وكذلك لا يختلف حكم الضمان بالتعدي، سواء أكان أمراً إيجابياً كالإحراق والإغراق والإتلاف، أم أمره سلبياً كترك حفظ الوديعة فإنه موجب للضمان، فمن رأى إنسانة يسرق الوديعة وهو قادر على منعه، ضمن المال، لترك الحفظ الملتزم بالعقد^(١٨).

ومن امتنع عن بذل الطعام للمضطر إليه، أو عن تقديمه لسجين حتى مات، كان ذلك إعانة على القتل ومسبباً للهلاك المستوجب للضمان^(١٩).

ولا فرق أيضاً بين أن يكون التعدي حاصلًا مباشرة أو تسبباً، مثل قطع أشجار الغير من دون حق، وحفر بئر في الطريق العام من دون ترخيص من السلطة الإدارية المختصة.

ولا تكون حالة الضرورة عند جمهور الفقهاء سبباً للإعفاء من الضمان، فمن اضطر إلى أخذ طعام غيره لدفع أذى الجوع عن نفسه، فإنه يجب عليه عند جمهور الفقهاء ضمان البديل: القيمة في القيمي، والمثل في المثلي، سواء أقرر على البديل في الحال، أم كان عاجزاً عنه، لأن الذمم تقوم مقام الأعيان، وقال المالكية: يضمن المضطر قيمة الشيء المملوك للغير الذي حافظ به على نفسه من الهلاك، وقيل: لا يضمن لوجوب إحياء النفس ووجوب الضمان عند العلماء عمل بالقاعدة الشرعية المقررة وهي أن "الاضطرار لا يبطل حق الغير".

(١٧) قواعد الاحكام، ٢ / ١٣٣، ط الاستقامة، القاهرة،

(١٨) البدائع: ٦ / ٢١١، المبسوط، ١١ / ١١٣، تكملة فتح القدير: ٧ / ٩١.

(١٩) قواعد الاحكام، مرجع سابق، ص ١٣١.

ويفهم من كلمة التعدي أنه عمل غير مباح ولا مأذون به شرعاً أو من صاحب الحق، أما إذا كان الفعل مأذوناً به شرعاً كما في حالة الدفاع عن النفس أو المال أو العرض، أو عند الاطلاع على بيت الآخرين من السطح أو من ثقب الباب ونحو ذلك، أو كان الإذن بحق صادراً من ولي الأمر الحاكم، كما في حال هلاك المحدود أو المعزر حين إقامة العقوبات الشرعية، أو وقوع إنسان في بئر حفره في السوق بإذن ولي الأمر، أو كان أمراً بالإتلاف من صاحب المال نفسه، أو كان الفعل ناتجاً عن استعمال وممارسة الحق من دون تعسف، ففي هذه الحالات الأربع: لا يكون الفعل مستوجبة لضمان المال أو النفس^(٢٠)، عملاً بالقاعدة الفقهية القائلة: "الجواز الشرعي ينافي الضمان" وسيأتي تفصيل كلام العلماء في كل ذلك عند بحث عوارض المسؤولية التقصيرية، وضمان الأنفس بسبب تطبيق العقوبات، وأثناء شرح هذه القاعدة لمعرفة ضمان الحق وعدمه عند التعسف في استعماله.

ثالثاً: شرائط الضمان:

للشريعة الإسلامية نظرة دينية معروفة الى المعاملات المدنية التي تتخذ منها مؤيدا لاحترام احكامها العامة، وضامنا لتنفيذ سياستها التشريعية في الاصلاح والمحافظة على مصالح الناس، ومن خلال تلك النظرة نجد عناية خاصة بناحية واقعية في الحياة العملية وهي مسألة الضمانات التي يشترط لوجوبها بسبب الاتلاف وتحقق الضرر شرائط حتي اذا فقدت بعضها لم يجب الضمان والتي تتمثل في:

- ١- أن يكون الشيء المتلف مالا: فلا ضمان بإتلاف الميتة وجلدها والدم والتراب العادي والكلب والسرجين النجس، ونحو ذلك مما ليس بمال عرفاً وشرعاً^(٢١).
- ٢- أن يكون متقوماً بالنسبة للمتلف عليه والمتقوم هو ما يباح الانتفاع به شرعاً في غير حال الاضطرار، فلا ضامن بإتلاف خمر أو خنزير لمسلم سواء أكان المتلف مسلماً أم ذمياً أي معاهدا من غير المسلمين بأن يقيم اقامة دائمة مع المسلمين، وذلك

^(٢٠) ويقول الحنفية في حال الدفاع الشرعي استثنوا منه ما اذا كان القاتل صبياً أو مجنوناً أو دابة، قتله الموصول عليه، فإن المدافع يضمن قيمه الدابة، ويدفع الدية عن الصبي والمجنون، لقول النبي صلى الله عليه وسلم للدابة: العجماء جرحها جبار أي هدر، وأما فعل السبي والمجنون فلا يوصف بكونه جريمة أو بغياً، فلا تسقط به عصمة النفس، وقال الحنفية والمالكية: يضمن الدية م ن قلع عين إنسان لمجرد النظر، وقال الشافعية خلافاً لجمهور الفقهاء: يجب ضمان الدية اذا مات الشخص بسبب التعزير.

^(٢١) شرح مرشد الحيران للأبياني والسنجقلي: ٢ / ١.

لعدم تقوم الخمر والخنزير في حق المسلم، اذا لا يباح له الانتفاع بهما شرعاً فلا قيمة لهما^(٢٢).

أما اذا كانت الخمر والخنازير لغير مسلم أي لذمي فانتفها له مسلم أو غيره ضمن له قيمتها اذا كان مسلماً، ومثلها اذا كان غير مسلم عند الحنفية والمالكية، لتعديه عليه، ولأنها مال محترم عن غير المسلمين يمولونها بدليل ما روي عن عمر رضى الله عنه أن عامله كتب اليه: أن أهل الذمة يملون بالعاشر، ومعهم الخمر، فكتب اليه عمر: ولوهم بيعها، وخذوا منها عشر اثمانها، فقد جعلها مالا منقولاً، واذا كانت مالا وجب ضمانها كسائر أموالهم ثم ان الخمر كانت مالا متقوما في الشرائع السابقة وقد أمرنا نحن المسلمين بتركهم وما يدينون، وهذه نظرة عدل سديدة تتفق مع احترام العهود لغير المسلمين واما كون الخمر ونحوها غير متقومه فهذا بالنسبة الى المسلم فقط^(٢٣).

بينما يقول الشافعية والحنابلة: لا يجب ضمان الخمر والخنزير سواء أكان متلفة مسلم أو ذمي لمسلم أو ذمي، إذ لا قيمة لها كالدّم والميتة وسائر لاعيان النجسة، وما حرم الانتفاع به لم يضمن ببديل عنه بدليل أن الرسول صلى الله عليه وسلم حرم بيعها أو امر بإراقتها فملا لا يحل بيعه ولا تملكه فلا ضمان فيه وتحريم البيع ثابت بحديث جابر رضى الله عنه أنه سمع النبي صلى الله عليه وسلم يقول عام الفتح: أن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والاصنام^(٢٤)، ثم أن الخمر ونحوها محرمة العين ولا ضمان بإتلافها لمسلم فكذلك الذي مثله اي فكأن هؤلاء يرون هذا التحريم من قواعد النظام العام.

بينما ذهب أبو حنيفة والشافعي الى أنها تضمن باعتبارها خشبا منحوتا مقلا لأن هذه الآلات كما تصلح للهو والفساد تصلح للانتفاع بها من وجه اخر فكانت مالا متقوما من تلك الناحية فقط^(٢٥).

(٢٢) يقول البغدادي في مجمع الضمانات، يضمن المسلم للمسلم في اربعة اشياء: إذا غصب منه شيئا فنقص في يده، والثاني: الزيت أو السمن إذا وقعت فيه فأرة ثم اراقها مسلم على مسلم، يضمن له قيمته، والثالث: الكلب المعلم أو البازي المعلم أو الفهد المعلم إذا اتلفه يضمن عندنا والرابع: السرقيين اذا احرقه أو القاه في ارضه.

(٢٣) روي عن سيدنا على أنه قال: "أمرنا بتركهم وما يدينون"

(٢٤) أخرجه البخاري ومسلم، وهو حديث متفق على صحته.

(٢٥) البدائع، ٧ / ١٦٨.

ولا ضمان كذلك بإتلاف الاموال المباحة التي ليست مملوكة لأحد لعدم تقومها اذا التقوم ينبنى على كون الشيء عزيز المنال خطير الأهمية وهذا المعنى لا يتحقق الا بالإحراز والاستيلاء، ولا ضمان ايضاً بتحريق كتب الفسق والضلال لاشتمالها على الكذب ولأحاقها ضرراً كبيراً بعقيدة الأمة ووجدتها، فيجب اتلافها واعدامها وهي أولى بذلك من اتلاف آلات اللهو والمعازف واتلاف آنية الخمر والذي أمر به رسول الاسلام. فان ضررها أعظم من ضرر هذه ولا ضمان فيها كما لا ضمان في كسر أواني الخمر وشق زفاتها أي ظروفها أو عيتها.

٣- ان يكون التلف أو الضرر محققاً بشكل دائم، فاذا أعيد الشيء الي الحالة التي كان عليها، فلا ضمان كأن عولج المرض أو نبتت سن الحيوان في المدة التي بقي فيها الشيء المغصوب في يد الغاصب لأن النقص الحاصل عندما أزيل أو لاسن لما نبتت ثانياً، جعل الضرر كأن لم يكن، ويرد على الغاصب أو المعتدي ما اخذ منه بسبب النقصان، لأنه تبين أن ذلك النقصان لم يكن موجباً للضمان لعدم تحقق شرط الوجوب، وهو العجز عن الانتفاع على طريق الدوام على حد تعبير الكاساني، وهذا عند ابي حنيفة وقال صاحبان على الجاني الارش كاملاً: لأن الجناية وقعت موجبة له، والذي نبت نعمة جديدة من الله^(٢٦).

٤- أن يكون المتلف أهلاً لوجوب الضمان فلا يضمن المالك ما تتلفه بهيمته من الأموال لأن فعل العجماء جبار أي هدر، وسنذكر اختلاف الفقهاء في ذلك، ولا يشترط التمييز لإيجاب الضمان، حيث نصت المادة (٩١٦) من المجلة العدلية على ما يأتي: "اذا اتلف صبي مال غيره يلزم الضمان من ماله" وان لم يكمن له مال ينتظر الي حال يساره ولا يضمن وليه^(٢٧).

٥- أن يكون في ايجاب الضمان فائدة حتي يتمكن صاحب الحق من الوصول الي حقه فان لم يكن في التضمن فائدة فلا ضمان، وعلى هذا فلا ضمان على المسلم بإتلاف مال الحربي، ولا على الحربي بإتلاف مال مسلم في دار الحرب^(٢٨)، وكذلك الأمر لا ضمان على العادل إذا اتلف مال الباغي، ولا على الباغي اذا اتلف مال العادل لأنه لا فائدة في التضمن لعدم إمكان الوصول الي الضمان لعدم وجود الولاية والسلطة.

(٢٦) البدائع ٧/ ١٥٥ وما بعدها، تبين الحقائق ٦/ ١٣٧، وكتاب القدوري وشرحه ٣/ ١٩٠.

(٢٧) د. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، دار افكر، دمشق، ١٩٩٨، ص ٦٠.

(٢٨) الرملي، نهاية المحتاج، ٤/ ١١١.

وقد أضاف الشافعية على هذه الشروط أن تثبت اليد على المال فلا يضمن الشخص طائراً فزع من مسيره من غير قصد فرج من القفص الذى كان مفتوحاً ولا يضمن المشتري مبيعاً تلف قبل القبض^(٢٩)، ولا يشترط في الضامن كونه بالغاً عاقلاً فإن الصبي والمجنون يضمنان ما يتلفانه من أموال، ولا تكون حالة الضرورة سبباً للإعفاء من الضمان فمن أضطر حال الجوع لتناول مال الغير، فإنه يلزمه ضمانه بالرغم من اباحه تناول حفاظا على النفس من الهلاك، ولا يعتبر الجهل بكون المال المتلف مال الغير فالعلم بذلك ليس بشرط لوجوب الضمان فمن اتلف مالا ظنا أنه ملكه ثم تبين أنه مملوك لغيره ضمنه لأن الاتلاف واقعة مادية لا يتوقف وجودها على العلم بكون المتلف مال الغير كل ما ففي الأمر أن الاتلاف اذا تم مع العلم فانه يستوجب الضمان والايلام الاخروي واذا حدث جهلا يستوجب الضمان فقط ويرتفع الاثم لأن الخطأ مرفوع المؤاخذة شرعا لقوله صلى الله عليه وسلم "إن الله تجاوز لي عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه"^(٣٠).

المطلب الثاني

أهمية الضمان في الفقه الإسلامي

الفرع الأول: شرعية الضمان في الشريعة الإسلامية

قررت الشريعة مبدأ التضمين للحفاظ على حرمة أموال الآخرين وانفسهم وجرا للضرر، وقمعا للعدوان وزجراً للمعتدين، وذلك في مناسبات كثيرة في القرآن الكريم والسنة النبوية، وانققت كلمة الفقهاء على جواز الضمان في الجملة. وأوردوا الأدلة الآتية على مشروعية الضمان:

أ- القرآن الكريم:

ومن الآيات القرآنية الدالة على ذلك قول الله تعالى: "فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم"^(٣١)، وقوله تعالى: "وجزاء سيئة سيئة مثلها"^(٣٢)، وأيضا قوله تعالى: "وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به"^(٣٣).

^(٢٩) نهاية المحتاج، ٤/ ١١٣.

^(٣٠) حديث حسن رواه ابن ماجه والبيهقي وغيرهما من حديث ابن عباس رضى الله عنه.

^(٣١) سورة البقرة، الآية رقم (١٩٤).

^(٣٢) سورة الشوري، الآية رقم (٤٠).

^(٣٣) سورة النحل، الآية رقم (١٢٦).

وفي مواضع أخرى يقول الله تعالى: "قال لن أرسله معكم حتى تؤتون موثقاً من الله لتأتني به إلا أن يحاط بكم. فلما أتوه موثقهم قال الله على ما نقول وكيل"^(٣٤).
وقوله تعالى: "قالوا نفقد صواع الملك ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم"^(٣٥).
قال ابن عباس: الزعيم الكفيل.

ب- السنة النبوية:

ومن السنة النبوية في ضمان المتلفات: ما رواه أنس قال: أهدت بعض أزواج النبي إليه طعاماً في قصعة،، فضربت عائشة القصعة بيدها، فألقت ما فيها، فقال النبي: "طعام بطعام، وإناء بإناء"^(٣٦).

وفي جنایات البهائم، روي حرام بن محيصة أن ناقة البراء بن عازب دخلت حائطاً (بستاناً) فأفسدت فيه، ف قضى نبي الله صلى الله عليه وسلم "أن على أهل الحوائط حفزها بالنهار؛ وأن ما أفسدت بالليل ضامن على أهلها"^(٣٧).

وروى النعمان بن بشير قال: قال رسول الله: من وقف دابة في سبيل الله من سبيل المسلمين، أو في سوق من أسواقهم، فأوطات بيد أو رجل، فهو ضامن".
وفي الغصب والإيداع والإعارة: روى سمرة بن جندب قال: قال رسول الله: "أعلى اليد ما أخذت حتى تؤديه"^(٣٨).

ومن الأحاديث النبوية الدالة على الضمان: عن سلمة بن الأكوع قال كنا عند النبي (صلى الله عليه وسلم) فأتي بجنارة فقالوا يا رسول الله صل عليها، قال هل ترك شيئاً قالوا لا. قال هل عليه دين؟ قالوا ثلاثة دنانير قال صلوا على صاحبكم، فقال أبو قتادة: صل عليه يا رسول الله وعلى دينه فصلى عليه، وفي رواية النسائي وابن ماجه، فقال أبو قتادة أنا أتكفل به^(٣٩).

^(٣٤) سورة يوسف، الآية رقم (٦٦).

^(٣٥) سورة يوسف ١٢ / ٧٢.

^(٣٦) رواه الترمذي وصححه، قال ابن تيمية: وهو بمعناه لسائر الجماعة إلا مسلمة (نيل الأوطار: ٣٢٢ / ط العثمانية المصرية).

^(٣٧) رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه (نيل الأوطار: ٥ / ٣٢٤).

^(٣٨) رواه أحمد وأصحاب السنن الأربعة وصححه الحاكم (سبل السلام: ٣ / ١٧).

^(٣٩) رواه أحمد والبخاري والنسائي، ومنثقي الاخبار مع نيل الاوطار للشوكاني ٥ / ٢٦٧ - ٢٦٨.

وعن أبي سعيد قال كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في جنازة فلما وضعت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم هل علي صاحبكم من دين قالوا نعم درهمان، قال: صلوا على صاحبكم، فقال علي عليه السلام يا رسول الله هما علي وأنا لهما ضامن فقام يصلي ثم أقبل علي فقال جزاك الله عن الإسلام خيرا، وفك رهانك كما فككت رهان أخيك، ما من مسلم فك رهان أخيه إلا فك الله رهانه يوم القيامة فقال بعضهم: هذا لعل خاصة أم المسلمين عامة فقال بل للمسلمين عامة^(٤٠).

وعن جابر قال: "توفي رجل... وكفناه، ثم اتينا به النبي (صلى الله عليه وسلم)، فقلنا نصلي عليه، فخطا خطوة ثم قال: أعليه دين؟ قلنا: ديناران، فأنصرف فتحملهما أبو قتادة، فاتيناه فقال أبو قتادة الديناران علي فقال النبي (صلى الله عليه وسلم): قد أوفي الله حق الغريم وبريء منه الميت؟ قال: نعم، فصلي عليه ثم قال بعد ذلك بيوم: ما فعل الدينار ان قال: انها مات أمس. قال: فعاد عليه من الغد فقال: قضيتها فقال: النبي (صلى الله عليه وسلم) الآن بردت عليه جلده^(٤١).

وهذه الأحاديث تدل على ضرورة قضاء ما على الانسان من دين مراعاة لحق الآخرين وحرمة الشريعة الإسلام، وهو حق صاحب الدين في هذا الخصوص وكون هذه الأحاديث نصت على دين الميت بل والميت المفلس - كما بوب لها صاحب منتقى الأخبار باب ضمان دين الميت المفلس. لا يعني أنه لا يجوز الضمان في غير هذا الحالات وإنما خصت هذه الحالة بالذكر لأنها الحالة التي تستبين فيها ضرورة وحكمة الضمان أكثر من غيرها من اجل قضاء ما على الانسان من حقوق فالميت الذي ترك وفاء والحي يمكن لصاحب الحق ان يستوفي حقه منهما بصورة أو اخرى فإذا لم تجوز الشريعة الإسلامية سقوط الحق عن مات مفلسا فعدم سقوطه عن مات مليئا أو الحي من باب أولى، ومتى وجد الحق صح ضمانه.. ف ضمان الحي والميت الملى يكون من باب أولى، ولذلك كان الحديث الأخير عاما: قال رسول صلى الله عليه وسلم، الزعيم غارم والزعيم كما قدمنا هو الضمان^(٤٢).

(٤٠) المنتقى مع نيل الأوطار (٥ / ٢٦٨).

(٤١) رواه أحمد والحديث أخرجه أبو داود والمسائي والدار قطني وصححه ابن حبان والحاكم، المنتقى

مع نيل الأوطار (٥ / ٢٦٥ - ٢٧٠).

(٤٢) المغني ٥ / ٧١ قال رواه ابو داود والترمزي وقال حديث حسن.

والإجماع: أن الثقة عنصر مهم من عناصر التعامل، وكثيرا ما يتعامل المرء مع من لم يسبق له التعامل معه ومن لا يعرف مدى وفائه بالتزاماته أو يشك في ذلك فيحتاج - والحال كذلك الى الاستيثاق من حقه بواسطة من يعرف المدين ويثق في ذمته المالية. فالضمان واحد من وجوه الإستيثاق التي دعت إليها مصلحة الجماعة واستقرار التعامل واجمع المسلمين من ثم على جوازها والعمل بها^(٤٣).

الفرع الثاني

اهمية الضمان

الضمان جائز بالكتاب والسنة والإجماع ففي الكتاب فقد ورد في قوله تعالى: "ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم"^(٤٤) أي كفيل والكفيل الضامن. وأما في السنة فقد ورد في قول الرسول (صلى الله عليه وسلم): "الزعيم غارم" أي الكفيل ملزم بدفع الدين الذي شغل ذمته وذمة الأصيل، وأما في الإجماع فقد أجمع العلماء على جواز الضمان.

لذا يحتل الضمان أهمية خاصة نظراً لدوره في استقرار المعاملات المالية، ونشر الثقة في المعاملات والذي بدوره يسهم في الحفاظ على الحقوق، وتحقيق الأمانات، والذي بدوره يرسخ مبادئ الإسلام التي تدعو الى أداء الامانات ورد الحقوق وإقامة العدل.

المبحث الثاني

مفهوم الضمان وأهميته وتمييزه عن غيره من الأنظمة في القانون الوضعي

تمهيد:

يشير مفهوم الضمان إلى الالتزام بوجه عام، أي التزام المدين بالوفاء بديونه سواء بأمواله، والضمان في حوالة الحق يختلف عن الضمان في عقد حوالة الدين كما يختلف عن الضمان في عقد البيع والقسمة والرهن وغيرها من التصرفات، ففي التمييز بين حوالة الدين وحوالة الحق نجد أن بينهما تمييز فيما يتعلق بالرضا والإستخلاف وعلاقة المحال عليه بالمحيل وغير ذلك، ويسعى المبحث الى مناقشة مفهوم الضمان وأحكامه في القوانين الوضعية، وأيضاً الولوج إلى مسألة تمييز الضمان في حوالة الحق عن

^(٤٣) روضة الطالبين للأمام ابي زكريا بن شرف النووي ٤ / ٢٤٠، والمغني ٥ / ٧٠ / ٧١.

^(٤٤) سورة يوسف: آية ٧٢.

الضمان في الأنظمة الأخرى من قبيل حوالة الدين والبيع والقسمة والرهن وغيرها وذلك من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول مفهوم الضمان وأهميته

تمهيد:

تأتي أهمية الضمان من كونه أحد أهم الآليات الحديثة في ضمان الحق والتزام المدين بالوفاء بدينه، كون ذلك يسهل العمل التجاري ويضمن الحقوق ويحقق الالتزامات، وقد أشارت بعض التشريعات الى كون الضمان إعطاء مثل الشيء اذا كان من الأشياء المثلية وقيمه اذا كان من القيميات، بيد أن أغلب الفقه أتجه الى كونه التزام بالتعويض المالي عن الضرر الذي لحق بالغير، بيد أن مفهومه الملائم للنظرة الشاملة للمسؤولية الجنائية والمدنية تتجلى في كونه التزام بتعويض الغير عن تلف ماله أو ما فاته من منافع أو ما لحقه من ضرر مالي جزئي او كلي.

ويسعى المطلب الى مناقشة مفهوم الضمان في التشريعات والفقه المقارن وبيان مجالاته على النحو الآتي

الفرع الأول

مفهوم الضمان وتمييزه عن المسؤولية

أولاً: مفهوم الضمان: انطلاقاً من محتوى المادة (١٨٨ من القانون المدني)^(٤٥)، نجد عنصران يشكلان مضمون الضمان العام: أولهما: أن جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بدينه، والمقصود به أن مسؤولية المدين عن الوفاء بالتزاماته مسؤولية شخصية غير محددة بمال معين، وإنما تنصب على جميع الأموال التي يمتلكها وقت التنفيذ. وبذلك يستطيع الدائن أن يتخير ما يشاء من أموال المدين الموجودة في ذمته وقت التنفيذ ليستوفي حقه منها، إلا أن هذه القاعدة ليست مطلقة، بل هي مقيدة بإمكانية الحجز على هذه الأموال، ذلك أن هناك من الأموال التي تخرج من نطاق الضمان العام، بحيث لا يجوز الحجز عليها، ويمكن ردها إلى ثلاثة مجموعات:

المجموعة الأولى: وهي تضم الأموال التي لا يمكن الحجز عليها لوصف معين في المال، هذا الوصف هو عدم قابلية المال للتصرف فيه مثال ذلك ما نصت عليه المادة ٨٥٦ من القانون المدني .

^(٤٥) نص المادة (١٨٨) من القانون المدني المصري.

المجموعة الثانية: وهي تشتمل على الأموال التي لا تقبل الحجز عليها لاعتبارات إنسانية مثل ما نصت عليه المواد (٦٣٦، ٦٣٧، ٦٣٨، ٦٣٩) من قانون الإجراءات المدنية .

المجموعة الثالثة: وهي تضم الأموال التي لا تقبل الحجز عليها لاعتبارات المصلحة العامة وهذا ما نصت عليه المادة ٦٨٩ من القانون المدني.

وقد نصت المادة (٦) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١، على أنه^(٤٦): الجواز الشرعي ينافي الضمان فمن استعمل حقه استعمالاً جائزاً لم يضمن ما ينشأ عن ذلك من الضرر، ونصت المادة (٧) من ذات القانون، على أنه: ١- من استعمل حقه استعمالاً غير جائز وجب عليه الضمان، ٢- ويصبح استعمال الحق غير جائز في الأحوال الآتية: أ- إذا لم يقصد بهذا الاستعمال سوي الاضرار بالغير، ب- إذا كانت المصالح التي يرمى الى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب مطلقاً مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها، ج- إذا كانت المصالح التي يرمى إليها غير مشروع. وعرفته مجلة الأحكام العدلية في المادة (٤١٦) ونصها: الضمان: "هو إعطاء مثل الشيء ان كان من المثليات وقيمته أن كان من القيميات"^(٤٧).

أما ضمان عقد المقاولة: تصدى المشرع في معظم الدول لمعالجة مسؤولية المقاول عن الأضرار التي تصيب الأبنية والمنشآت الثابتة الأخرى التي يقومون بتشبيدها وذلك بعد إنجاز العمل وتسلمه من رب العمل. ولم يكتف المشرع بمعالجة الموضوع على ضوء القواعد العامة للمسؤولية المدنية بل خصص نصوصاً خاصة بهذه المسؤولية تكون في مجموعها قواعد الضمان الخاص للمقاول بما تتضمنه من خروج على كثير من أحكام القواعد العامة. اذن تتلخص فكرة الضمان في مسؤولية المقاول من ما يؤديه من عمل او يكلف به من عمل تجاه صاحب العمل متفق عليه بشكل عقد بين صاحب العمل والقائم به (المقاول). أما القانون المدني العراقي فقد جرى تعديل نصوصه الخاصة بالضمان الخاص تعديلاً جزئياً لم يصل الى مستوى المبادئ الجديدة التي اخذ بها القانون الفرنسي في هذا المجال.

فقد نصت المادة (٨٧٠) منه على ضمان المقاول حيث جاء فيها:-

١- يضمن المهندس المعماري والمقاول ما يحدث خلال عشر سنوات من تدهم كلي او جزئي فيما شيده من مباني او أقاموه من منشآت ثابتة أخرى وذلك حتى لو كان

^(٤٦) نص المادة (٦) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

^(٤٧) نص المادة (٤١٦) من مجلة الأحكام العدلية الأردنية.

التهدم ناشئاً من عيب في الأرض ذاتها أو كان رب العمل قد أجاز إقامة المنشآت المعيبة ما لم يكن المتعاقدان قد ارادا أن تبقى هذه المنشآت مدة اقل من عشر سنوات وتبدأ مدة السنوات العشر من وقت إتمام العمل وتسليمه ويكون باطلاً كل شرط يقصد به الإعفاء أو الحد من هذا الضمان^(٤٨).

٢- ولا تسري الفقرة المتقدمة على ما قد يكون للمقاول من حق في الرجوع على المقاولين الذين قبلوا منه العمل.

٣- وشمل الضمان المنصوص عليه في الفقرة الأولى من هذه المادة ما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته وردت أحكام الضمان الخاص في القانون المدني المصري في المواد (٦٥١ وما بعدها)^(٤٩).
اما في القانون الفرنسي فقد نصت على احكام الضمان الخاص في المادتان (١٧٩٢، ٢٢٧٠) من القانون المدني الفرنسي الذي تم تعديل صياغتها^(٥٠).

وقد يقدم المقاول المادة المضافة الى عمله وفي هذه الحالة يكون ضمانا لهذه المادة حيث تنص على ذلك (المادة ٨٦٦ من القانون المدني العراقي) وقد يتقدم رب العمل المادة الى المقاول ففي هذه الحالة لا يكون المقاول ضامنا لعيوبها لانه لم يبيعها لرب العمل بل ان رب العمل هو الذي قدمها وهو المالك ويكون المقاول مسؤولاً عن أي اهمال قد يصدر منه في استعماله للمادة كما اشارت الى ذلك (المادة ٨٦٧ من القانون المدني) وإذا كشف في اثناء عمله ان في المادة عيوباً لا تصلح معها للغرض المقصود وجب عليه ان يخطر رب العمل فوراً بذلك وليس ذلك إلا تطبيق للقواعد العامة للعقد. اما مدى ضمان المقاول لجودة العمل فان المقاول يكون مسؤولاً عن جودة العمل وانه يلتزم بأنجاز العمل بالطريقة المتفق عليها في عقد المقاولة^(٥١).

^(٤٨) ألغي نص الفقرة (١) من القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ وحل محله النص الحالي رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٣ قانون التعديل الأول للقانون المدني ونص القانون (على انه تسري احكام المادة الأولى من هذا القانون على كافة المقاولات والعقود المبرمة قبل نفاذه ما لم تكن مدة الضمان الخاصة قد انتهت قبل العمل به).

^(٤٩) نص المادة (٦٥١) من القانون المدني المصري.

^(٥٠) نصوص المواد (١٧٩٢، ٢٢٧٠) من القانون المدني الفرنسي.

^(٥١) جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، ج١، ط١ مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، لسنة

ثانياً: أنواع الضمان:

النوع الأول: الضمان القانوني: فرق المشرع السوري بين ضمان وجود الحق المحال وبين ضمان المحيل فعله الشخصي الذي يضر بحق المحال له، وخص أخيراً حوالة الحقوق المتنازع عليها بأحكام خاصة بها.

أ- **ضمان وجود الحق المحال:** يختلف هذا الضمان استناداً إلى الحوالة فيما إذا كانت معاوضة أو تبرعاً. ففي الحوالة بعوض إذا لم يوجد اتفاق بين المحيل والمحال له؛ ضمن المحيل للمحال له بحكم القانون وجود الحق المحال وقت الحوالة فقط، ولا يضمن- من حيث المبدأ- يسار المدين. أما إذا كانت الحوالة تبرعاً فلا يكون المحيل ضامناً حتى لوجود الحق؛ لأن المتبرع غير ضامن.

ب- **ضمان المحيل فعله الشخصي:** لم تميز المادة (٣١١) من القانون المدني السوري بين ما إذا كانت الحوالة بعوض أو بغير عوض، حيث يكون المحيل مسؤولاً بحكم هذا الضمان عن أفعاله الشخصية؛ إذا قام بعد إبرام الحوالة وقبل أن تصبح نافذة في حق المدين باستيفاء الحق من هذا المدين سواء كان المدين يعلم أم لا يعلم بصدور الحوالة.

ويكون المحيل مسؤولاً أيضاً بحكم هذا الضمان إذا عمد أحد دائنيه بعد صدور الحوالة وقبل أن تصبح نافذة في حق الغير إلى إيقاع حجز تحفظي على الحق المحال به، وصار هذا الحجز نافذاً في حق المحال له^(٥٢).

حوالة الحقوق المتنازع عليها: أي إذا كانت هناك دعوى مرفوعة تتعلق بوجود الحق أو بمشروعيته وقت إجراء الحوالة؛ فإنه يحق للمدين المدعى عليه الذي يتولى الدفاع في هذه الدعوى إخراج المحال إليه من الدعوى برد المبلغ الفعلي له إضافة إلى نفقات إبرام العقد مع الفائدة القانونية بدءاً من تاريخ دفعه الثمن. وتسمى هذه العملية "العدول عن النزاع" حيث يحل المدين ببساطة محل المحال إليه، ويحول هذه العملية إلى حسابه الخاص^(٥٣).

(٥٢) د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، المجلد الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، ج٣، ص ٥٠٠، فقرة ٢٨٠.

(٥٣) أحمد عبد الدائم، مرجع سابق، ٢٠٠٣، ص ٢٩١.

النوع الثاني: الضمان الاتفاقي: لا تعدّ أحكام الضمان القانوني من النظام العام، ولهذا يجوز للمتعاقدین الاتفاق على إنقاص الضمان أو إسقاطه أو الزيادة فيه. فمن صور إنقاص الضمان اتفاق المحيل مع المحال له على عدم ضمان توابع الحق. ومن صور إسقاط الضمان إعفاء المحيل في الحوالة بعوض من ضمان وجود الحق المحال به وقت الحوالة. ومن صور التشديد إلزام المحيل في الحوالة بعوض ضمان يسار المدين المحال عليه، وليس فقط ضمان وجود الحق المحال به. ولا ينصرف هذا الشرط إلا لضمان يسار المدين وقت الحوالة دون الاعتداد بما قد يتعرض له المدين من إفسار في المستقبل^(٥٤).

كما أن هناك ضمان النفس: ويسمى أيضا بضمان الوجه.. وهو عبارة عن الإتيان بالغريم الذي عليه الدين في مجلس الحكم وقت الحاجة. ويغرم ما عليه إذا لم يأت به. وضمان المال هو الأصل سواء كان المال ديناً أو عيناً، علماً بأنه أطلق مصطلح الضمان المقصود به ضمان المال جاء في حاشية الخرشي وحمل في مطلق أنا حميل أو زعيم أو أدين وقبيل وعندي والي وشبهه على المال على الأرجح والأظهر والمراد بالمطلق الذي لم يقيد بمال ولا وجه ولا بنية إذ لو نوي شيئاً اعتبر كما في المدونة^(٥٥). وقد نصت المادة (٣١١) من القانون المدني المصري على أنه: "يكون المحيل مسؤولاً عن أفعاله الشخصية ولو كانت الحوالة بغير عوض أو لو اشترط عدم الضمان". أما الضمان في حالة الحوالة (بغير عوض): فقد نصت المادة (٣٠٨) من القانون المدني على أنه: أما إذا كانت الحوالة بغير عوض؛ فلا يكون المحيل ضامناً حتى لوجود الحق".

وهذا الحكم يتفق مع الحوالة إذا كانت هبة بدون مقابل مع بعض الأحكام الخاصة بالهبة وقد نصت المادة (٤٩٤) على أنه: ١- لا يضمن الواهب استحقاق الشيء الموهوب إلا إذا تعمد إخفاء سبب الاستحقاق أو كانت الهبة بعوض وفي هذه الحالة يقدر القاضي للموهوب له تعويضاً عادلاً عما أصابه من الضرر وفي الحالة الثانية لا يضمن الواهب الاستحقاق إلا بقدر ما أداه الموهوب له من عوض كل ذلك ما لم يتفق على غيره.

^(٥٤) عادل حسن علي: الإثبات: أحكام الالتزام، مكتبة زهراء الشرق، ١٩٩٧ ص ٤٦٨.

^(٥٥) الخرشي، ٦/ ٣٦.

ثالثاً: المسؤولية:

تقوم المسؤولية التقصيرية نتيجة الإخلال بالتزام يفرضه القانون المتمثل بعدم إلحاق أي ضرر بالغير، وفي حقيقة الأمر إن للمسؤولية التقصيرية الكثير من التسميات، مثل الفعل الضار، والمسؤولية في اللغة تعني: "استعطاء الشيء، تساءل القوم، أي سأل بعضهم بعضاً"^(٥٦)، والبعض يرى أنها تعني: "ما يكون به الإنسان مسؤولاً ومطالباً عن أمور أو أفعال أتاها، ومن قوله تعالى: "وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا رَقِيبًا"^(٥٧)، أما المسؤولية في القانون فتعني: "التزام الشخص بالتعويض عن الضرر الناشئ عن فعل من هم تحت رعايته أو رقابته من الأشخاص أو الأتباع، أو أي شيء تحت سيطرته، كالحيوان أو البناء أو الأشياء غير الحية الأخرى، وفي الحدود التي يرسمها القانون"، أما في الشريعة الإسلامية، فيقصد بها الضمان، ويعني ذلك: "ضمان المال، أي التزامه، ويُقال: ضمنَ المال، وبالمال ضماناً، فأنا ضامن وضّمين، أي التزمته، وضمنته المال: أَلْزَمْتُهُ إِتَاه"^(٥٨).

ومما تجدر الإشارة إليه أن المسؤولية التقصيرية عن الأعمال الشخصية تكون على نوعين، هما: المسؤولية التقصيرية عن الأعمال الشخصية التي تقع على النفس البشرية، ومن أبرز صورها: القتل والتعدي بالضرب، والإصابة بالجروح البليغة. المسؤولية التقصيرية عن الأعمال الشخصية التي تقع على الأموال أو كل ما يمكن تقييمه بالمال، ومن أبرز صورها^(٥٩): الاعتداء على الأبنية أو الأراضي المملوكة للغير. المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير الأصل في المسؤولية أن الإنسان لا يُسأل إلا عما يرتكبه من أعمال يقوم بها بنفسه وتلحق ضرراً بالآخرين، ولكن يستثني القانون بعض الحالات من هذه القاعدة العامة، فيجعل فيها الإنسان مسؤولاً عما يصدر عن الغير من أفعال تلحق ضرر بأشخاص آخرين، دون أن يكون له دخل في هذه الأفعال، والسبب في ذلك وجود

^(٥٦) ابن منظور أبو الفضل جمال الدين ابن مكرم، لسان العرب، القاهرة: مطبعة بولاق، (١٨٨٩)، ص ٣٣٨، جزء ١٣.

^(٥٧) سورة النساء، الآية رقم (١).

^(٥٨) عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، بغداد: وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، ١٩٨٠، ص ١٩٨.

^(٥٩) وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، ط ٣، دار الفكر، دمشق، (٢٠١٢)، ص ٢١.

علاقة قانونية معينة تربط صاحب السلوك الخاطيء، بالشخص الأول، والتي تعطي الحق لمن لحقه الضرر مساءلة الأخير^(٦٠).

والمسؤولية التقصيرية عن فعل الغير تكون على نوعين: الحالة الأولى: حالة مَنْ تجب عليه رقابة شخص هو في حاجة إلى الرقابة، وذلك بسبب صغر سنه، أو بسبب حالته العقلية، أو الجسمية، لذلك كل عمل يصدر عن هؤلاء سوف تتم مساءلة المسؤول عن الرقابة والرعاية، ويمكن مطالبته بالتعويض. الحالة الثانية: حالة المتبوع عن أعمال التابع، وهنا تقوم مسؤولية المتبوع عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع، متى كان واقعاً أثناء تأديته لوظيفته أو بسببها، وهي تكون على ثلاثة أنواع، هي^(٦١): مسؤولية حارس الحيوان عما يلحقه من ضرر بالغير إذا ما أخطأ في حراسته وتأمينه، كما لو أن كلباً هجم على شخص وسبب له جرحاً بليغاً؛ بسبب أن صاحبه لم يحمه بتأمينه تأميناً كافياً. مسؤولية صاحب البناء الذي ألحق ضرراً بالغير؛ بسبب عدم قيام صاحبه بالأعمال الواجب عليه لحماية الآخرين، كترميمه مثلاً لكونه قديماً نوعاً ما أو متهاكاً، فسقط على شخص ما وألحق به أضراراً جسيمة مسؤولية من يتولى حراسة وتأمين الآلات الميكانيكية، أو تلك الأشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة؛ بسبب طبيعة هذه الأشياء الخطرة التي من شأن الإهمال في تأمينها التسبب بالضرر للآخرين.

الفرع الثاني

تعديل أحكام الضمان في حالة الحوالة بعوض

أشارت المادة (٣٠٨ / ١) من القانون المدني في حالة الحوالة بعوض إلى أن: "إذا كانت الحوالة بعوض فلا يضمن المحيل إلا وجود الحق المحال به وقت الحوالة، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك"^(٦٢).

إذ يجوز الاتفاق على غير ذلك وغالبا ما يكون الاتفاق في التجديد ولهذا فان المحيل لا يضمن يسار المدين^(٦٣)، ولكن يجوز أن يتم الاتفاق على أن يتحمل المحيل الالتزام بضمان يسار المحال عليه المدين، وهنا يكون الضمان على وجود الحق وضمان يسار المدين ولكن يجب عدم التوسع في تفسير هذا الاتفاق حيث نصت المادة

(٦٠) منير القاضي، محاضرات في القانون المدني العراقي مصادر الالتزام غير العقدية، (١٩٥٤) ص ٥.

(٦١) سعاد بحوصي، المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير دراسة مقارنة، الجزائر: جامعة أحمد دردار، ٢٠١٦، ص ٤٨.

(٦٢) نص المادة (٣٠٨) من القانون المدني المصري.

(٦٣) نص المادة (٣٠٩ / ١) من القانون المدني.

(٢ / ٣٠٩) على أنه: "إذا ضمن المحيل يسار المدين فلا ينصرف هذا الضمان إلا إلى اليسار وقت الحوالة ما لم يتفق على غير ذلك"^(٦٤).

- كما يجوز الاتفاق على تخفيف الضمان القانوني:

حيث يجوز بالاتفاق أيضاً من المحيل وجود الحق المحال على الرغم من أن الحوالة بعوض ويكون هذا الاتفاق بعد مسألة المحيل عن تحقق سبب من أسباب بطلان أو إبطال الالتزام أو الاتفاق على التخفيف الجزئي وهو عدم ضمان وجود (توابع الحق) المحال به.

وعلى الرغم من أن العقد شريعة المتعاقدين لذا يجوز الاتفاق بينهما على التخفيف ولكن لا يجوز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية عن التعرض الشخصي من طرف المحيل، لأن ذلك لا يجوز قانوناً لأنه بذلك يصبح التزام المحيل ائدياً وهذا خلاف القانون.

المطلب الثاني

تمييز الضمان عن غيره من الأنظمة

الفرع الأول: تمييزه عن حوالة الدين

١- حوالة الدين تعريفها ومحلها وأركانها:

أ- تعريف حوالة الدين: تعدّ حوالة الدين بمنزلة اتفاق بين طرفين على نقل عبء الدين من ذمة المدين الأصلي، وهو المحيل إلى ذمة مدين جديد يحل محله يسمى المحال عليه، ويترتب على هذه الحوالة انتقال الدين نفسه بصفاته ودفعه وتأميناته إلى المدين الجديد. وتتعدّد حوالة الدين إما بين المدين الأصلي والمدين الجديد الذي انتقل إليه الدين، وإما مباشرة عبر عقد يتم بين الدائن والمحال عليه^(٦٥).

ب- محل الحوالة: يجب أن يكون لحوالة الدين محل، وأن يكون هذا المحل مستوفياً لشروطه القانونية، والمحل هنا هو الدين المحال. ولكن لا يشترط في حوالة الدين أن ترد على دين منجز، فقد يكون محل الحوالة ديناً حالاً أو مستقبلاً غير مستحق الأداء، وقد يكون محلها مضافاً إلى أجل أو معلقاً على شرط واقف. كذلك يمكن أن يكون محل الحوالة ديناً مدنياً أو تجارياً بفائدة أو من دون فائدة^(٦٦).

^(٦٤) نص المادة (٢/٣٠٩) من القانون المدني المصري.

^(٦٥) أحمد عبد الدائم: مرجع سابق، ٢٠٠٣، ص ٢٩٩.

^(٦٦) مندر الفضل: النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية، أحكام الالتزام، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٢، ص ٢١٩.

- ج- **أركان الحوالة:** تخضع حوالة الدين التي تبرم بين المدين الأصلي والمدين الجديد وباعتبارها عقداً للقواعد العامة في انعقاد العقود وصحتها، فلا بد من وجود رضا صادر عن شخص كامل الأهلية وخالي من العيوب. كما يجب وجود سبب لهذه الحوالة حيث أنّ المحال عليه قد يقصد إما إقراض المدين مبلغ الدين، وإما الوفاء بدين مترتب في ذمة هذا المدين، وإما التبرع للمدين الأصلي بالمبلغ.
- أما **الاتفاق على الحوالة بين الدائن والمحال عليه:** فيجب أن ينصب على الدين ذاته حتى ينتقل إلى المدين الجديد، ويجب أن يكون الاتفاق بنية الحوالة التي تتم بواسطة عقد يتم مباشرة بين الدائن والمحال عليه دون رضا من المدين الأصلي ودون مشاركة منه استناداً إلى القاعدة التي تجيز للأجنبي وفاء الدين دون رضا المدين؛ لأنّ هذا الأخير لن يتضرر من تبرئة ذمته ولا من تحمل غيره ما كان عليه من دين.
- ٢- **شروط نفاذ الحوالة:** إذا انعقدت حوالة الدين بين الدائن والمحال عليه مباشرة، فلا رضا المدين بالحوالة أو إقراره لها. أما إذا انعقدت بين المدين الأصلي والمدين الجديد فيجب إقرار الدائن لهذه الحوالة حتى تكون نافذة في حقه، ولا تعدّ موافقة الدائن على حوالة الدين شرطاً لانعقاد الحوالة، وإنما لنفاذها في حقه.
- أ- **مفهوم الإقرار:** هو موافقة الدائن على حوالة الدين التي تمت بين المدين والمحال عليه مما يؤدي إلى جعل آثار هذه الحوالة نافذة بحقه. والمقصود بنفاذ الحوالة في حق الدائن انتقال الدين الأصلي إلى المدين الجديد، ويصبح سارياً في مواجهة هذا الدائن، وتبرأ ذمة الأول، ويصبح الثاني هو وحده المدين للدائن. (٦٧)
- ب- **ويعدّ إقرار الدائن للحوالة تصرف إرادة منفردة:** وإذا تم هذا الإقرار استند أثره إلى تاريخ انعقاد الحوالة، وليس إلى تاريخ الإقرار، حيث يعدّ المحال عليه في علاقته مع الدائن خلفاً خاصاً للمحيل من تاريخ الاتفاق على الحوالة. (٦٨)
- ج- **شكل الإقرار:** لا يتطلب القانون شكلاً معيناً للإقرار، فيكفي إخطار من الدائن إلى أحد المتعاقدين أنه يقر الحوالة التي تمت بينهما، وقد يكون الإقرار صريحاً أو ضمناً كقبول الدائن من المحال عليه - مع علمه بالحوالة ودون تحفظ - الوفاء ببعض الدين أو بالفوائد المستحقة عنه.

(٦٧) سليمان مرقس: مرجع سابق، ١٩٦١، ص ٨٧٧.

(٦٨) أحمد عبد الدائم: مرجع سابق، ٢٠٠٦، ص ٣٠١.

٣- **آثار حوالة الدين:** تختلف آثار الحوالة بحسب ما إذا كانت الحوالة قد تمت نتيجة اتفاق بين المدين والمحال عليه، أو بين الدائن والمحال عليه.
أ- آثار حوالة الدين باتفاق المدين والمحال عليه: يترتب على هذه الحوالة ثلاثة آثار، وهي:

(١) **علاقة المحيل بالمحال عليه:** إذا سكت المتعاقدان عن تنظيم آثار الحوالة قبل إقرارها من الدائن أو بعد رفضها؛ فيكون المحال عليه ملزماً تجاه المحيل بالوفاء للدائن في الوقت المناسب، فإذا قام الدائن بمطالبة المدين قضائياً فإنه يحق لهذا المدين الرجوع على المحال عليه باعتبار أنه قد تعهد بالوفاء عنه ليجنبه هذه المطالبة، فإن تخلف المحال عليه عن الوفاء كان للمحيل الرجوع عليه بالتعويض.
أما بعد إقرار الدائن الحوالة فهنا يجب الرجوع إلى العلاقة القائمة بين المدين الأصلي والمحال عليه، فإذا كان المحال عليه قد أقدم على الحوالة بقصد إقراض المدين مبلغ الدين أو الوفاء بدين مترتب في ذمة هذا المدين؛ فعندئذ يلتزم المدين الأصلي بالمقابل وفقاً للشروط وفي المواعيد التي حددها اتفاق الحوالة. أما إذا كان المحال عليه يهدف إلى التبرع للمدين الأصلي بمبلغ الحوالة؛ فإنه بالتالي لا يستطيع الرجوع عليه^(٦٩).

(٢) **علاقة الدائن بالمحال عليه:** بعد إقرار الدائن للحوالة ووصول هذا الإقرار إلى علم من وجه إليه، فإن الدين ينتقل من المدين الأصلي إلى المحال عليه، ويصبح الأخير مديناً للدائن من تاريخ انعقاد الحوالة تطبيقاً لفكرة الأثر الرجعي للإقرار. ويترتب على انتقال الدين نفسه إلى المحال عليه **النتائج الآتية:**

- **احتفاظ الدين بصفته السابقة:** والمقصود بذلك أن الدين قد يكون بسيطاً غير موصوف أو قد يكون موصوفاً، أي معلقاً على شرط أو مضافاً إلى أجل مما يوجب مراعاة الوصف المذكور، سواء كان ديناً مدنياً أم تجارياً، مؤجلاً أم معلقاً على شرط أم منجزاً، أم منتجاً لفائدة... إلخ^(٧٠).
- **انتقال الدين إلى المحال عليه بدفوعه:** يستطيع المحال عليه التمسك في مواجهة الدائن بما كان للمدين الأصلي من دفوع، فيكون للمحال عليه التمسك في مواجهة الدائن ببطلان التصرف المنشئ للدين المحال بسبب عدم وجود الرضا أو عدم توافر شروط المحل أو عدم مشروعية السبب.

^(٦٩) جلال علي العدوي: أصول أحكام الالتزام والإثبات، مرجع سابق، ص ١٨٨.

^(٧٠) مندر الفضل: مرجع سابق، ١٩٩٢، ص ٢١٩.

كما يمكن للمحال عليه التمسك بالدفوع المستمدة من عقد الحوالة كالدفع ببطلان الحوالة لانعدام الرضا أو لعدم مشروعية المحل أو عدم مشروعية السبب، أو الدفع بعدم الوفاء. وإذا انقضى الدين بأحد أسباب الانقضاء كان للمحال عليه التمسك به سواء تم الانقضاء بالوفاء أم ما يقوم مقامه كالتجديد أو استحالة التنفيذ أو الإبراء أو التقادم^(٧١).

(٣) علاقة الدائن بالمحيل: متى أقر الدائن الحوالة برأت ذمة المدين الأصلي. ولكن، لا يقر الدائن الحوالة إلا إذا كان المحال عليه موسراً. وهكذا يضمن المدين الأصلي أن يكون المحال عليه موسراً وقت إقرار الدائن للحوالة.

ب- آثار حوالة الدين باتفاق الدائن والمحال عليه: إذا انعقدت الحوالة نتيجة اتفاق بين الدائن والمحال عليه مباشرة دون تدخل المدين الأصلي؛ فإن الحوالة في هذه الصورة تنتج جميع آثارها، وتكون نافذة في حق الدائن وفي حق المدين الأصلي بمجرد انعقادها، وتؤدي إلى براءة ذمة المدين الأصلي من الدين بمجرد انعقاد الحوالة من دون حاجة إلى رضائه بذلك. ويترتب على ذلك الآثار الآتية:

(١) انتقال الدين إلى المحال عليه بصفاته وتأميناته ودفوعه: فتبقى تأمينات الدين لضمان الوفاء به، باستثناء الكفالة الشخصية والعينية. كذلك يحق للمحال عليه التمسك قبل الدائن بالدفوع المتعلقة بالدين المحال به، كبطلان هذا الدين أو فسخه أو انقضائه، وبالدفوع المستمدة من عقد الحوالة.

(٢) عدم ضمان يسار المحال عليه: لا يلتزم المدين الأصلي بضمان يسار المحال عليه لأن الحوالة تمت نتيجة اتفاق بين الدائن والمحال عليه دون موافقة المدين الأصلي، ولذلك يتحمل الدائن وحده تبعه إعسار المدين الجديد^(٧٢).

(٣) علاقة المدين الأصلي بالمحال عليه: يرجع في شأن هذه العلاقة إلى سبب قبول الأخير الحوالة، فإذا لم يكن سببها نية التبرع إلى المدين الأصلي؛ كان للمحال عليه الرجوع على المدين الأصلي بقيمة ما يوفيه للدائن على أساس الإثراء بلا سبب؛ لأن الحوالة لم تتم بتدخل المدين^(٧٣). يستخلص مما تقدم أن المشرع السوري قد نظم موضوع انتقال الالتزام نتيجة تبنيه للمذهب المادي في الالتزام الذي يركز على عنصر الأداء المالي في الالتزام بشكل مستقل عن أطراف الالتزام، وبالتالي يمكن انتقال الالتزام

(٧١) رمضان أبو السعود: مرجع سابق، ١٩٩٨، ص ٤١٣.

(٧٢) شفيق طعمة وأديب استانبولي: مرجع سابق، ص ٢٧٧٦.

(٧٣) جلال علي العدوي: أصول أحكام الالتزام والإثبات، مرجع سابق، ص ١٩٠.

بإرادة أحد أطرافه إيجاباً أو سلباً من شخص إلى آخر عن طريق الحوالة. فإذا كان هذا الطرف هو الدائن سميت حوالة حق، وإذا كان هو المدين سميت حوالة دين.

الفرع الثاني

تمييز عن عقد البيع

ينشأ عن عقد البيع التزامان على البائع يتمثلان في: التزام بتسليم المبيع، والتزام بضمان سلامة المبيع، وهما التزامان بتحقيق غاية معينة وهي نقل الحق العيني أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل^(٧٤)، فالتزام البائع بتسليم المبيع الى المشتري لا يتحقق الا بالتسليم أي بالتخليه بين المبيع والمشتري بحيث يتمكن من قبضه، فما لم يتمكن المشتري من قبض المبيع بالتخليه أو قبضه بالفعل لا يبرأ البائع من التزامه المذكور ولا يعتبر أنه قد نفذ التزامه وبالتسليم ينتقل الضمان من البائع الى المشتري، فاذا هلك المبيع قبل التسليم بأي سبب كان أو غصب من البائع انفسخ البيع وسقط الثمن، وتحمل البائع تبعه هلاك المبيع، الا أنه كان سبب الهلاك هو فعل شخص أجنبي لا يفسخ البيع حكماً وإنما يخير المشتري بين فسخ البيع أو امضائه ومطالبة الاجنبي المتعدي بالضمان على التفصيل المذكور سابقاً.

فاذا ظهر في المبيع ما يناقض هذا الالتزام كان البائع ضامناً له وعلى ذلك اذا استحق المبيع كله أو بعضه بأن ظهر أنه مملوك لغير بائعه أو أنه مال موقوف أو مسروق كان البائع مسؤولاً عن ذلك، ويتحمل هو تبعه الضمان، والضمان يكون هنا بفسخ البيع ورد الثمن على المشتري، اذا رجع المشتري على البائع مطالباً بالثمن، وهنا يفسخ العقد، وهو مخالف للقانون المدني الذي يجيز للقاضي الحكم للمشتري بما لحقه من خساره وما فاتته من كسب بسبب استحقات المبيع^(٧٥).

وقد اتفق الفقه والقانون على ضرورة ضمان البائع عدم التعرض وسلامة المبيع من كل عيب ينقص من قيمته أو من منفعه بحسب الغاية المقصودة منه^(٧٦).

^(٧٤) لكن نقل الملكية حكم أصلي ينشأ بمجرد الايجاب والقبول بين المتعاقدين أي أن هيتم بمجرد العقد ولا يتوقف على إرادة المتعاقدين وتحقيق حكم العقد أو مقتضاه مرده الى الشرع لا الى إرادة البشر المتعاقدين.

^(٧٥) نص المادة (٤٤٣) من القانون المدني المصري، والمادة (٤١١) من القانون المدني السوري.

^(٧٦) نص المادتين (٤٣٩، ٤٤٧، ٩) من القانون المدني المصري والمواد (٤٠٧، ٤١٥) من القانون المدني السوري.

الفرع الثالث في الحلول الاتفاقية

إن أحكام الضمان القانوني لا تتعلق بالنظام العام فيجوز للمتعاقدين الاتفاق على تنظيم مخالف، وقد يتضمن الضمان الاتفاقي تشديدا لضمان المحيل كما لو اتفق على ان يضمن يسار المدين المحال عليه وبناء على المادة (٢/٣٠٩) من القانون المدني^(٧٧) فإن هذا الضمان لا ينصرف إلا إلى اليسار وقت الحوالة ما لم يتفق على غير ذلك فلا يمتد ضمان المحيل في هذه الحالة ليسار المدين لحين انقضاء الحق إلا بالاتفاق صراحة على ذلك ويجوز الاتفاق على التحقيق من أحكام الضمان القانوني إعفاء المحيل من ضمان توابع الحق أو ما يلحقه من عيوب وقد يتفق على إسقاط الضمان بإعفاء المحيل من ضمن وجود الحق ذاته وفي جميع الأحوال فإن المحيل يسأل عن أفعاله الشخصية^(٧٨).

١- مدى التزام المحيل بالرد:

تقضي المادة (٣١٠) من القانون المدني بأنه في حالة الرجوع على المحيل استنادا إلى أحكام الضمان القانوني أو الاتفاقي فإن الحد الأقصى الذي يلزم به المحيل هو رد ما استولى عليه مع الفوائد والمصروفات وتحتسب الفوائد من تاريخ الوفاء بمقابل الحوالة^(٧٩)؛ وعلى ذلك فإنه لا يلزم برد قيمة الحق المحال به حتى لو زادت عن هذا الحد. وهذا الحكم الذي أورده المادة (٣١٠) من القانون المدني^(٨٠) يتعلق بالنظام العام فلا يجوز الاتفاق على خلافه والحكمة من ذلك هي تجنب اتخاذ حوالة الحق وسيلة للربا إذ انه لو جاز للمحال له استرداد ما يوازي قيمة الحق المحال به لكان الفرق بين هذه القيمة وقيمة ما آده بمثابة فوائد ربوية.

فتميز الضمان في عقد حوالة الحق عن الضمان في الحلول الاتفاقي يقتضي التعرف على الوفاء و(التكليف القانوني للوفاء): الوفاء هو الطريق الطبيعي إلى انقضاء الالتزام لأنه تنفيذ ما يلتزم به المدين تنفيذا عينيا.

٢- مقارنة بين الوفاء مع الحلول وحق الحوالة: هناك فروق من حيث الغرض الذي يهدف إليه كل من النظامين (الوفاء مع الحلول وحوالة الحق) وفروق من حيث شروط الانعقاد والنفاد وفروق من حيث الآثار أي من حيث الأحكام:
أ- من حيث الغرض الذي يهدف إليه كل من المتضامين:

^(٧٧) نص المادة (٢/٣٠٩) من القانون المدني المصري.

^(٧٨) نص المادة (٣١١) من القانون المدني المصري.

^(٧٩) نقض مدني ١١ يناير سنة ١٩٦٦ مجموعة النقض المدنية س ١٧ ص ٦٥ رقم ٨.

^(٨٠) نص المادة (٣١٠) من القانون المدني المصري.

حوالة الحق تفترض في الغالب ان هناك شخصا يتقدم لشراء الحق بأقل من قيمته أما لأنّ الحق مؤجل ولم يحل اجله بعد وأما لأنّ استيفاء الحق تقوم في سبيله عقبات أو صعوبات ولذلك يغلب ان يكون المحال اليه مضاربا أو مستثمرا يشتري الحق بمبلغ أقل من قيمته ثم يرجع على المدين بقيمة الدين كله.

ب- من حيث شروط الانعقاد والنفاد:

الوفاء مع الحلول ينتقل إلى الموفي لأنه هو الذي وفى الحق في مقابل أن يحل محل الدائن فيه ووجه الدقة في هذه العملية أن هناك وفاء للحق ولكن لم يقم به المدين فمن حيث أن هناك وفاء بالحق ينقضي الحق بالنسبة إلى من استوفى وهو الدائن ومن حيث أن الحلول فقد يتم باتفاق الدائن والموفي وقد يتم أيضاً بدون رضا الدائن بإرادة المدين نفسه أو بمقتضى حكم القانون ومن ناحية النفاذ رايانا أن حوالة الحق لا تنفذ في حق المدين والغير الا برضا المدين أو إعلانه أما الوفاء مع الحلول فهو نافذ في حق المدين وحق الغير دون إجراء ما.

ج- من حيث الآثار:

ليس للمحال له إلا دعوى واحدة هي دعوى الحق الذي انتقل اليه أما الموفي مع الحلول فله هذه الدعوى والدعوى الشخصية فإذا نحن تركنا الدعوى الشخصية واقتصرنا على دعوى الحلول بالنسبة إلى كل من الموفي والمحال له فإن هناك فروقا هامة بين الاثنين ترجع في أساسها إلى أن الموفي صديق يسدي يدا لا يقصد من ورائها كسبا أما المحال له فمضارب يبغي الكسب ونذكر من هذه الفروق ما يأتي^(٨١):

أولاً: يرجع الموفي على المدين بمقدار ما دفع وفاء للدين فلو دفع مبلغ أقل من قيمة الدين فإنه لا يرجع على المدين إلا بهذا المبلغ الأقل.

ثانياً: إذا قام الموفي بوفاء الدين ثم أثبت بأن الدين غير موجود كان باطلاً أو كان قد انقضى فإن الموفي لا يرجع على الدائن بدعوى الضمان إذ ان الدائن لم ينقل حقا ولكنه استوفاه وإنما يرجع عليه بدعوى استرداد غير المستحق فلا يرد الدائن للموفي إلا ما قبضه من وفاء الدين.

ثالثاً: اذا قام الموفي بوفاء الدين وفاء جزئياً وأراد الرجوع بدعوى الحلول على المدين فقد رايانا أن الدائن يتقدم عليه في مال المدين فيستوفي الجزء الباقي من حقه أولاً ثم يأخذ الموفي ما تبقى بعد ذلك وقد لا يكون كافياً الوفاء بما دفع.

(٨١) عبد الرازق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر والآخر في التأمينات

الشخصية والعينية بند ٣.

أما المحال له فاذا كان قد اشترى جزءاً من الحق وأراد الرجوع به على المدين فان الدائن لا يتقدم عليه بل يقسمان مال المدين بينهما قسمة الغرماء .

الفرع الرابع

الضمان في عقد القسمة والرهن

أولاً: الضمان في عقد القسمة:

من اهم الآثار المترتبة على القسمة أيضاً هو ضمان المتقاسمين فاذا ما ذكر تعبير الضمان في القسمة دل على ضمان التعرض والاستحقاق بين المتقاسمين لكل ما يحدث لاحدهم من تعرض أو استحقاق بعد القسمة لذا كان من العدل أن يشترك باقي المتقاسمين مع الشريك الذي استحققت حصته في تحمل مثل ذلك الخسران؛ ذلك أن الشريك يعتبر وكأنه لم يحصل على حصته من القسمة أو انه قد حصل على نصيبه ناقصاً من دون سائر شركائه الآخرين فكان من العدل أن يعرض عن ذلك^(٨٢)، ويقصد بالضمان أنه الأداء أو إعطاء تعويض معين عما لحق المعطى من أضرار تسبب بها المعطى، وأما التعرض بعد القسمة فيعرف بأنه ادعاء الغير ملكية الحصة التي وقعت في نصيب احد الشركاء أو بادعائه حقاً عينياً عليها، أو بأنه ادعاء الغير حقاً في المال الذي آل الى المتقاسم بسبب القسمة ومثال ذلك أن يتبين أن المال المقسوم لم يكن مملوكاً للشركاء فالتعرض في مثل تلك الحالة سينذر بوجود استحقاق محتمل لنصيب المتقاسم^(٨٣).

وأما الاستحقاق فهو الحكم للغير بملكية الحصة المدعى بها كلاً أو بعضاً، أو بانه نزع المال المقسوم كله أو بعضه من يد المتقاسم بحكم قضائي ويشمل الأحوال التي يحرم فيها المتقاسم من تملك الحصة التي آلت إليه نتيجة القسمة أو ملكية جزء شائع منها لأسباب سابقة على القسمة لا يد للمتقاسم فيها، كذلك فان ضمان التعرض في القسمة يشتمل على التعرض القانوني فقط دون التعرض المادي كما يشتمل على الاستحقاق إلا انه لا يشتمل على ضمان العيوب الخفية^(٨٤) وهذا على عكس البيع، إلا انه اذا اكتشف امر ذلك العيب الخفي امكن الالتجاء إلى قواعد الغبن لنقض القسمة اذا

(٨٢) د. عبد العزيز عامر، دروس في حق الملكية، المطبعة العالمية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٧، ص ١٤٢.

(٨٣) د. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني الأردني الحقوق العينية الأصلية أسباب كسب الملكية، ج ٢، ط ١، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٥، ص ١٦٧.

(٨٤) د. توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الأصلية، مؤسسة الثقافة الجامعية، ١٩٨٦، ص ٢٧٠.

استوفى الغبن شروطه على اعتبار أن النصيب الذي آل إلى المتقاسم قد قوّم بأكثر من قيمته^(٨٥). وإذا حدث أن انفرد البعض من الشركاء بإجراء القسمة واغفلوا دعوة ادهم ونصيبه فإن القسمة في مثل هذه الحالة تكون باطلة أيضاً ويقدر النصيب المستحق بقيمته وقت القسمة وليس وقت الاستحقاق ويعلل ذلك لكون هذه القسمة هي التي عول عليها وقت تكوين الحصص لإجراء القسمة^(٨٦).

وإن كان أساس الضمان في البيوع الاعتيادية مفهوماً باعتبارها من العقود الناقلة للملكية، فإن أساسه يصعب تفسيره في حالة القسمة لا سيما في ظل القول بالطبيعة الكاشفة لها، ومع ذلك فقد اعتبرها الفقه من عقود الضمان^(٨٧)، ويختلف الأساس القانوني الذي تقوم عليه فكرة الضمان تبعاً لاختلاف القول بالطبيعة الناقلة للقسمة عن القول بان طبيعتها كاشفة، ففي حال القول إنَّ القسمة ذات طبيعة ناقلة فإن أساس الضمان في نطاقها يتمثل في تأمين الخلف ما ينقله إلى سلفه من حقوق متمثلاً في النصيب الذي آل إلى السلف نتيجة القسمة^(٨٨)، وهذا القول بالطبيعة الناقلة مفهوم عند الرومان الذين اعتبروا القسمة ناقلة للحقوق شأنها شأن البيع^(٨٩).

إلا أننا لو أخذنا بالطبيعة الكاشفة للقسمة سيكون أساس فكرة الضمان هو تحقيق المساواة والعدالة بين الشركاء في وجوب توزيع ذلك الضرر الذي أصاب الشريك الذي استحققت حصته منه لسبب سابق على القسمة عن باقي المتقاسمين هذا من جهة ومن جهة أخرى إذا كنا نجزئ نقض القسمة للغبن تحقيقاً لفكرة المساواة ذاتها فإنه يتوجب من باب أولى أن ننقض القسمة التي يستحق فيها نصيب احد المتقاسمين تحقيقاً لنفس تلك الفكرة؛ ذلك أن المتقاسم ما كان باستطاعته وقت القسمة أن يعرف بذلك الاستحقاق أو أن يتجنبه^(٩٠).

(٨٥) د. عبد المنعم فرج الصده، الحقوق العينية الأصلية دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٢ ص ٢٤١.

(٨٦) د. محمد كامل مرسي باشا، الحقوق العينية الأصلية، ج ١، ط ٢، القاهرة، المطبعة العالمية، احمد حسن عزري وشركاءه، ١٩٥١، ص ٢٤٠.

(٨٧) د. مصطفى احمد الزرقا، المدخل الفقهي العام الى الحقوق المدنية، ج ١، ط ٣، دمشق، مطبعة الجامعة السورية، دمشق، ١٩٥٢، ص ٣٢٢.

(٨٨) د. حسن كيرة، أصول القانون المدني الحقوق العينية الأصلية أحكام حق الملكية، ج ١، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٦٣، ص ٥٦٤.

(٨٩) د. عبد المنعم البدراري، الحقوق العينية الأصلية، دار الكتاب العربي، القاهرة، ١٩٥٦ ص ١٩٤.

(٩٠) د. محمود جمال، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٨، ص ١٩٢.

ولضمان القسمة نجد القوانين الوضعية نظمت ذلك ومنها لقد أورد القانون المدني الأردني في نص المادة (١٠٥٢) منه التي نصت: "تبطل القسمة إذا استحق المقسوم كله أو جزء شائع منه ويتعين حينئذ إعادة القسمة فيما بقي منه" وهي تتوافق مع نص الفقرة الثانية من المادة (٨٤٤) مدني مصري التي نصت على: "غير انه لا محل للضمان اذا كان هناك اتفاق صريح يقضي بالإعفاء منه في الحالة الخاصة التي نشأ عنها ويمتتع الضمان أيضاً اذا كان الاستحقاق راجعاً إلى خطأ المتقاسم نفسه"، كما نصت المادة (١٠٧٦) من القانون المدني العراقي على ضمان المتقاسمين للتعرض والاستحقاق الذي قد يقع لاحد الشركاء، وقد جاء فيها: "يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق في بعض الحصص لسبب سابق على القسمة ويكون كل منهم ملزماً بنسبة حصته أن يعوض مستحق الضمان على أن تكون العبرة في تقدير الشيء بقيمته وقت القسمة فاذا كان احد المتقاسمين معسراً وزع القدر الذي يلزمه على مستحق الضمان وجمع المتقاسمين غير المعسرين" فيظهر من ذلك النص أن المشرع العراقي يضمن الشركاء المتقاسمين بعضهم البعض ما يحدث من تعرض أو استحقاق لنصيب مفرز لاحد الشركاء لسبب سابق على القسمة^(٩١).

وتقرر المادة (١٠٥٠) مدني أردني أنه: "١- يجوز لمن لحقه غبن فاحش في قسمة الرضا أن يطلب من المحكمة فسخ القسمة وإعادتها عادلة، ٢- وتكون العبرة في تقدير الغبن بقيمة المقسوم وقت القسمة" ولقد ركن المشرع المصري إلى معيار مادي مجرد وهو الغبن الذي يزيد عن خمس قيمة نصيب المتقاسم عند القسمة نصت الفقرة الأولى من المادة (٨٤٥) مدني مصري: "يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي اذا اثبت احد المتقاسمين انه قد لحقه منها غبن يزيد على الخمس على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة".

ثانياً: الضمان في عقد الرهن:

يلتزم المرتهن بالمحافظة على العين المرهونة بعد قبضها، وذلك بالعناية التي تكون من الشخص المعتاد بأن يحافظ المرهون بنفسه أو زوجته أو ولده أو خادمه كما في حال الإيداع، والالتزام هنا التزام ببذل عناية ما دام الدين لم يدفع إلى الدائن المرتهن، فاذا أخل المرتهن بواجبه في الحفظ كان عند الحنفية ضامناً من المرهون بهلاكه بما يقابل مقدار الدين، فإن كان الهلاك بتعدي أو تقصير ضمن المعتدي الرهن سواء أكان مرتتهناً أو راهناً أو أجنبياً، وان كان الهلاك بغير تعد أو تقصير ولا اهمال من المرتهن في الحفظ سقط من الدين عند الحنفية بمقدار قيمة الرهن، لأن يد المرتهن عندهم هي

(٩١) د. سعيد عبد الكريم مبارك، الحقوق العينية الأصلية، ط١، مطبعة الحكومة، دار الحرية للطباعة،

بغداد، ١٩٧٣، ص ١١٢.

يد ضمان بقدر الدين^(٩٢). وقد أقترب القانون المدني من مذهب الحنفية في الأصل العام ليد الدائن المرتهن، فنص على ذلك بما يأتي: إذا تسلم 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 لسبب أجنبي لا يد له فيه^(٩٣).

الخاتمة

النتائج:

- رتب الفقهاء أثراً على عقد الحوالة، ومنها: انتقال الدين إلى المحال له، وبراءة المحيل من المطالبة والدين إلا إذا شرط المحال له، أو غره المحيل، وجواز تعليق عقد الحوالة بالشروط، وانتهاء الحوالة بالإبراء أو الأداء أو اتحاد الذمتين، أو بالإحالة إلى شخص آخر، وأعطى الشرع للمحال له حق المطالبة بالمستندات المقررة للدين الذي للمحيل "الدائن الأصلي" على المدين، وكذا أعطي المدين الأول حق التحفظ بالدفع سواء ما يثبت وفاءه أو إبراءه من الدين، ومنع أكثر الفقهاء من انتقال الائتمانات إلى المحال له، وقد أخذ القانون بجميع هذه الآثار، وأجاز القانون للمحال له أن يطالب بجميع الائتمانات الشخصية أو العينية التي كانت للمحيل على المدين وقد وافق بذلك القانون مذهب الأمام أبو حنيفة
- أن النصوص القانونية ومنها التشريع المصري قد أوضحت مجال الضمان سواء كان اتفاقي أو قانوني في حوالة الحق، ومنها الاتفاق على تخفيف أحكام الضمان بنص المادة (٣٠٨) من القانون المدني المصري أو قصر التعويض أو الاتفاق على تشديد أحكام الضمان (٣٠٩) مدني مصري، ضمان المحيل ومسؤوليته عن أفعاله الشخصية بموجب المادة (٣١١) من القانون المدني المصري، ونظمت المواد من ٣١٣ إلى ما بعدها أحكام تراحم حوالة الحق بين المحال لعه وبين الدائنين أو مع محال له آخر.

التوصيات:

- ١- التوسع في دائرة التعامل بحوالة الحق عملاً بقاعدة ان الأصل في العقود والشروط الإباحة لتحريك النشاط الاقتصادي في الدول النامية على وجه الخصوص.
- ٢- إثراء المكتبة العربية بالعديد من الدراسات ذات الصلة من أجل ابتكار طرق وحلول للركود الاقتصادي وتنشيط المعاملات التجارية في هذا المجال.

(٩٢) د. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، مرجع سابق، ص ٢١٢.

(٩٣) نص المادة (١١٠٣)، (١١٠٢) من القانون المدني المصري.

المراجع

- ابن منظور أبو الفضل جمال الدين، لسان العرب، القاهرة: مطبعة بولاق، ١٨٨٩.
- توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الأصلية، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٦.
- جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، ج١، ط١ مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، لسنة ١٩٩٧.
- حسن كيرة، أصول القانون المدني الحقوق العينية الأصلية أحكام حق الملكية، ج١، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٦٣.
- سعاد بحوصي، المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير دراسة مقارنة، الجزائر: جامعة أحمد دردار، ٢٠١٦.
- سعيد عبد الكريم مبارك، الحقوق العينية الأصلية، ط١، مطبعة الحكومة، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٣.
- عادل حسن علي: الإثبات: أحكام الالتزام، مكتبة زهراء الشرق، ١٩٩٧.
- عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، المجلد الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٥٩.
- عبد العزيز عامر، دروس في حق الملكية، المطبعة العالمية، دار النهضة، القاهرة، ١٩٦٧.
- عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، بغداد: وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، ١٩٨٠.
- عبد المنعم البدرائي، الحقوق العينية الأصلية، ط٢، دار الكتاب العربي، القاهرة، ١٩٥٦.
- عبد المنعم فرج الصده، الحقوق العينية الأصلية دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٢.
- محمد كامل مرسي باشا، الحقوق العينية الأصلية، ج١، ط٢، القاهرة، المطبعة العالمية، احمد حسن غزي وشركاه، ١٩٥١.
- محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني الأردني الحقوق العينية الأصلية أسباب كسب الملكية، ج٢، ط١، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٥.
- محمود جمال الدين زكي، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، ١٩٧٨.
- مصطفى احمد الزرقا، المدخل الفقهي العام الى الحقوق المدنية، ج١، ط٣، دمشق، مطبعة الجامعة السورية، دمشق، ١٩٥٢.
- منذر الفضل: النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية، أحكام الالتزام، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٢.