جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث **العلمي**
جامعة النهرين _كلية الحقوق

عـنوان البحث

يد الضمان ويد الامانة في العقد

بحث تخرج مقدم الى مجلس كلية الحقوق جامعة النهرين وهو جزء من متطلبات
نيل شهادة البكالوريوس في القانون

اعداد الطالبة :
اية كاظم بريج

مشرف البحث :
أ.م.د.زينة حسين علوان
د. ورقاء عبد السلام

العام الدراسي :
٢٠٢٣_٢٠٢٤

بسم الله الرحمن الرحيم

إِنَّ اللَّـهَ يَـأْمُـرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَـانَـاتِ إِلَـى أَهْـلِهَـا

صدق الله العلي العظيم

(النساء :٥٨)

إلاهداء

اهدي هذا العمل الى ابي الذي لم يبخل علي يوماً بشيء

والى امي التي ذوتني بالحنان والمحبة

والى كل من اضاء بعلمه عقل غيره

او هدى بالجواب الصحيح حيرة سائليه

فأظهر بسماحته تواضع العلماء

وبرحابته سماحة العارفين

الشكـر و التقديـر

الحمدلله رب العالمين تبارك وتعالى له الكمال وحده
والصلاة والسلام على سيدنا محمد نبيه و رسوله الامين
وعلى سائر الانبياء والمرسلين

احمد الله تعالى الذي بارك لي في اتمام بحثي هذا
واتقدم بجزيل الشكر وخالص الامتنان
الى كل اساتذتي الافاضل الذين كان لهم الفضل في سلوكي هذا
الدرب

المحتويات

الاية القرانية .....ص أ

إلاهداء .....ص ب

الشكر والتقدير .....ص ت

المقدمة..... ص١

المبحث الاول ص٢

المطلب الاول :مفهوم يد الامانة ويد الضمان .....ص٢ - ٧

المطلب الثاني :اقسام يد الضمان ويد الامانة ص٨-١١

المبحث الثاني :.....ص١٢

المطلب الاول :احكام يد الامانة ويد والضمان ص١٢-١٦

المطلب الثاني : تحويل يد الامانة الى يد الضمان .....ص ١٧-٢٤

الخاتمة.....ص٢٥

المصادر .....ص ٢٦-٢٧

المقدمة

تقسم اليد من حيث وضعها على الشيء الى يد المالك و يد الامانة ويد الضمان فيد المالك هي التي توافر لها سبب من اسباب الملك كشراء والهبة و الارث والوصية وغير ذلك من الاسباب الشرعية التي تقتضي ثبوت الملك وتكون لمالك الشيء حرية التصرف فيه مادام لم يتعلق به حق للغير فله مثلا ان يبيع لغيره او يرهنه او يهبه له كما له الحق في الحصول على منافعه اما بنفسه او بغيره عن طريق الاجارة او الاعارة واذا تلف هذا الشيء او نقص او ضاع فان ذلك يكون على صاحبة مادام لم يحصل اعتداء من الغير عليه ولا توصف يد المالك على الشيء لكونه يد امانة او يد ضمان لان هذه الاوصاف لا ترد الا اذا وضع الشخص يده على الشيء مملوك لغيره ماذونا في هذا الوضع ام لا فاذا كان واضع اليد على ملك الغير ماذونا فيه فلا يكون هنالك ضمان الا اذا وجد نص شرعي او حصل تعد من واضع اليد على ماتحت يده اما اذا كان الوضع بدون اذن ترتب الضمان فاليد الواردة على ملك الغير هي التي تنقسم الى يد امانة ويد ضمان ويختلف مفهوم يد الامانة عن مفهوم يد الضمان كما تختلف احكام كل منهما عن الاخر وقد تتحول يد الامانة الى يد ضمان كما تتحول يد الضمان الى يد الامانة لتوافر اسباب معينة وقد بين الفقهاء المسلمون مفهومهما واحكامهما في كل حالة يكون فيها الشيء تحت يد غير المالك ومن الفقة الاسلامي اخذ المشرع العراقي مخالفا لذلك المشرع المصري ليد الامانة ويد الضمان كما سار سيره في بيانهما واحكامهما مما جعل يد الامانة ويد الضمان موزعه بين عدة نضم قانونيه متفرقة فضلا عن بعض القواعد العامة في الموضوع وقد انفرد القانون المدني العراقي من بين القوانين الوضعية بالنص على يد الامانة ويد الضمان لبيان من يتحمل تبعية هلاك المال المملوك تحت يد الغير هل هو صاحب اليد او المالك.

ولاهمية الموضوع في واقعية النظري والعلمي والجمع شمله وتوضيحه لعدم دراسته وبحثه حسب علمه على الرغم من كثرة تطبيقه في الحياة العملية ولتحديد على من تقع تبعة هلاك الشيء المملوك اذا كلن تحت يد غير مالكة قررت بعد التوكل على الله دراسته في مبحثين:

المبحث الاول: التعريف بمفهوم يد الامانة ويد الضمان

المطلب الاول::مفهوم يد الامانة ويد الضمان
المطلب الثاني :اقسام يد الضمان واقسام ويد الامانة

المبحث الثاني:الاحكام العامة التي ترتبت على يد الامانة ويد الضمان

المطلب الاول :احكام يد الامان ويد الضمان
المطلب الثاني :تحويل يد الضمان الى يد الامانة وتحويل يد الامانة الى يد ضمان

المبحث الأول

التعريف بمفهوم يد الامانة ويد الضمان

المطلب الاول :مفهوم يد الامانة ويد الضمان

مفهوم يد الامانة

اختلف الفقهاء المسلمون في مفهوم يد الامانة لاختلافهم في بعض احكامها فذهب الحنابلة الشافعيّة (١) الى انها ماكانت ولاية شرعية ولم يكن الوضع لمصلحة صاحب اليد وذهب الحنفية الى انها تلك التي لا تستوجب ضمان القابض لما تحت يده

ولدى اعمال النظر في المفهومين يتبين لنا الاتي :
ان الاصل في اليد على ملك الغير هي الضمان عند الحنابلة والشافعية وان هذه اليد لا تتحول الى يد امانة الابوجود ولاية شرعية اي بوجود سبب شرعي يدعو الى ذلك بينما يكون الاصل فيها هي الامانة عند الحنفية وانها لا تتحول الى الضمان الا بمسوغ شرعي .
يؤكد مفهوم الحنابلة والشافعية ان الشخص الذي وضع يده على ملك غيره بإذن منه لكي يحقق مصلحة لنفسه لا تكون يده امانة بل يد ضمان كالمستعير والبائع اذا بقى المبيع تحت يده حتى يستوفي المعجل من الثمن فعلى الرغم من ان حق البائع في حبس المبيع مشروع الا ان يده تكون يد ضمان وان هلاك المبيع حال وجوده تحت يده يكون عليه لكونه ضامنا فيد البائع على المبيع بعد ابرام عقد البيع وقبل التسليم هي يد ضمان لا يد امانة
والسبب في ضمان البائع في تلك الصورة رغم كونه مأذونا له في هذا الامساك هو انه امسك المبيع تحت يده وحبسه عن المشتري من اجل تحقيق مصلحة لنفسه وهي استيفاء الباقي من الثمن المعجل .
وينحسب هذا الحكم على المشتري ايضا اذا تسلم المبيع في ظرف او وعاء مملوك للبائع فان يده عليه تكون يد ضمان لانه قد تسلم الشيء لمصلحته فمثله في ذلك مثل المستعير اذ يكون كل منهما ضامنا لما تحت يده رغم وجود الاذن بالتسليم لان فائدة الاخذ عادت عليهما وحدهما (٢)
اعتراض البعض على تعريف الحنابلة والشافعية بانه غير جامع لكل افراد المعرف لان وضع البائع يده على المبيع قد لايكون الغرض منه تحقيق مصلحة له وذلك كما في حالة بقاء المبيع في يد البائع بعد استيفاء الثمن وقبل طلب المشتري له ففي هذه الحالة لايقصد من بقاء المبيع تحت يده تحقيق مصلحة بل ان ذلك قد يحقق مصلحة المشتري فيجب طبقا لذلك عدم ضمان البائع للهلاك وبالرجوع الى ماذهبوا اليه نجد ان هذا الاعتراض غير وارد

---

(١) منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الاقناع ،ج٥،ص ١٤١و٣٠٥،م انصار السنة المحمدية ،القاهرة ١٣٦٦هـ
(٢) الشيخ علي الخفيف ،الضمان في الفقه الاسلامي ، ص،١٠٣، ط ١٩٧١، القاهرة

وقد ورد في المادتين (٤٢٧،٩٥٠) في قانون المدني العراقي (١) مفهوم يد الامانة فقد جاء في الفقرة الاولى من المادة (٤٢٧) مانصه (وتكون يد امانة اذا حاز الشيء لابقصد تملكه بل اعتباره نائبا عن المالك) ونصت الفقرة الاولى من المادة ٩٥٠ على ان الامانة (هي المال الذي وصل الى يد احد بأذن من صاحبه حقيقة او حكما لا على وجه التملك وهي اما تكون بعقد استحفاظ كالوديعة او ضمن عقد كالماجور والمستعار او بدون عقد ولا قصد كما لو القت الريح في دار شخص مال احد)

وباعمال النظر في النصين يتبين لنا الاتي :

(١) انهما تضمنتا الاذن بوضع اليد وبينتا الشروط في اعتبار الامانة او عدم اعتبارها فكل يد على مالك الغير هي امانة اذا انتفت بنيه التملك للشيء على صاحبها او صاحب اليد يحوزه باعتباره نائبا عن المالك

(٢) لا يشترط القانون في يد الامانه ان يكون مصدرها المنشىء الارادة او نص القانون فقد يصل المال الى يد غير المالك فضلا عنهما بسبب اجنبي لا يد لاحد فيه كالقوه القاهره مثال ذلك ماذا القت الريح في دار شخص مال لم مملوك للغير.

(٣) اشترطت المادة (٩٥٠) اذن صاحب المال حقيقه او حكما بوضع يد الغير على ملكه ليكون الشيء امانه فاذا انتفى الاذن كانت اليد ضامنه والاذن الحكمي في هذه الماده يراد به (باعتباره نائب عن المالك الذي ورد في الماده(٤٢٧)والاكيف يمكن تفسير الشطر الاخير من هذه الماده المتضمنة (بدون عقد ولا قصد)؟

(٤) بينت الفقره الثانيه من الماده(٤٢٧)تحول يد الامانه الى يد ضمان فنصت على انه (وتنقلب يد الامانه الى يد ضمان اذا كان صاحب اليد ولو بغير قصد التملك قد حبس الشيء عن صاحبه دون حق او اخذه بغير اذنه)

(٥) اعتمد المشرع في اقامه يد الامانه على نفي نيه تملك الشيء والنيه امر كامل في النفس يتعذر معرفتها او تحديدها الا بالتعبير عنها صراحه او ضمنه مما قد يستحيل معرفه حقيقتها فمن الممكن ان يدعي من استولى علي مال ضائع ان نيته كانت ارجاع المال الى صاحبه بينما قد يكون قصده الحقيقي غير ذلك وقد اخذ المشرع بنيه التملك من المذهب المالكي لتحديد يد الضمان وسوف يجيء بيانه مفصلا في محله

.....

(١) لم يرد في التشريعات العربيه نص يقابل الماده(٤٢٧)في القانون المدني العراقي كما ان المشرع قد ادرج هذه الماده تحت عنوان استحاله التنفيذ والماده(٩٥٠)تحت احكام الوديعه

(٦) رغم ان هاتين المادتين بينتا الضابط في كون الشخص ضامنا او غير ضامن الا ان المشرع العراقي لم يكتف بهما بل اكد على صفه اليد امانه ام ضمانه في كل حاله يكون الشيء المملوك تحت يد غير المالك (١)كما ورد في الفقه الاسلامي من ذلك فقد نص على ان اليد تكون يد امانه بالنسبه الى المستعير(الماده٨٥٧)والمستاجر (٧٦٤ف١) والمقاول على اموال صاحب المقاوله (ف١الماده٨٦٧) ويد العامل على المال المسلم اليه في العمل(ف١ ماده٩٠٩) ويد الوكيل على اموال الموكل(الماده٩٣٥) ويد الوديع على الوديعه(ماده٩٥٠). واذا كان الشيء في هذه الامثله امانه في اليد بنص القانون الا انها تختلف عن بعضها في الوقت الذي يجب ان ترد فيه الى صاحبها والا تحولت اليد الى ضمان فمنها ما لا يجب رده الا بعد المطالبه به مادام العقد قائما كالوديعه ومنها ماتجب المبادره برده عند تمكنه من ذلك دون توقف على سبق طلبه كاللقطه اذا عرف صاحبها فاذا حبسها صاحب اليد عن مالكه دون حق او بسبب مشروع تحولت يده الى ضمان

الاستثناءات على يد الامانة :

استثنى القانون بعض الحالات من يد الامانه وجعلها ضمانا على الرغم من توفر شروطها وذلك لوجوب ماید على ضمانها في نظر الشاري وهم مستنبطه من اقوال في المذهب الحنفي مثال ذلك ماورد في الماده(٤٢٨)والتي تنص على انه(اذا انتقلت ملكيه الشيء بعقد كانت يد المالك القديم قبل التسليم يد ضمان وتنقلب يد الامانه اذا امتنع واجب التسليم بقيام سبب للحبس ان هذه الاستثناءات القانونيه لا تجعل مفهوم يد الامانة في القانون يقترب من مفهومها عند الحنابله والشافعيه لان الاصل لا يشترط في يد الامانه ان تكون اليد في منفعه المالك او لا تكون المنفعه بصاحب اليد فيد المستعير امانه ويد المرتهن امانه في القانون ومن ناحيه اخرى فقد استثنى القانون بعض الحالات من يد الضمان وجعلها امانه على الرغم من عدم توافر شروط يد الامانه الوارده في المادتين(٩٥٠_٤٢٧) مثال ذلك ماورد في الفقره الثانيه من الماده(٢٣٣) والتي تنص على انها من تسلم غير المستحق له تكون يده امانه اذا كان حسن نيه لا يعلم عند تسليمه الشيء انه ملزم برده وتستمر اليد امانه باستمرار حسن نيه على الرغم من ان صاحب اليد يحوز باعتباره مالكا له ويمتلك مااستفاده من الشيء ولا يلزم بضمان الشي وزوائده الا من اليوم الذي يصبح فيه سيء النيه فعلى الرغم من ان الحائر في هده الحاله يحوز مال الغير بنيه تملكه الا ان يده امانه على الشيء ويتملك الزوائد مادام حسن النيه لا يعلم بالتعدي على مال الغير ومن تطبيقات هذه الاستثناء ماورد ضمن الماده (٣٨٤) والمتعلقه بالدفع للوارث الظاهر الذي تكون يده امانه مادامه حسن نيه لايعلم بوجود الوارث الحقيقي الذي يحجب عنه الميراث

.....

(١) ذكر المشرع الاردني يد الامانه ويد الضمان في القانون المدني لبيان صفه اليد في كل حاله يكون فيها الشيء تحت يد غير المالك كيد الوديع (م٨٧٢) ويد المستعير(م٧٦٤) ويد المستاجر(م٦٩٢) ويد الحارس للاشياء(م٨٩٩) وقد الغاصب على المال المغصوب(م٢٨٤) ويد البائع على المبيع(م٥٠٠)الا انه لم يذكر قواعد عامه تنظم احوال اليد على مالك الغير

(مفهوم يد الضمان)

اختلف الفقهاء المسلمون في مفهوم يد الضمان تبعا لاختلافهم في بعض احكامها فذهب الحنفية (١) الى انها ما استوجبت ضمان صاحب اليد لما تحت يده وذهب الحنابلة والشافعية (٢) الى انها ماوضعت على الشيء بدون اذن صاحبه او ولاية شرعية ولم تكن لمنفعته وذهب المالكية (٣) الى انها اليد التي توضع على المال عينا او منفعة بغير ولاية مع القصد اليه فميز المالكية بهذا المفهوم بين اليد الضامنة للذات فقط واليد الضامنة للمنفعة دون الذات كما لو قصد المستولي على المال المملوك للغير الانتفاع به دون قصد تملكه وان كان وضع يده كان لمجرد التمكن من الانتفاع ومعنى هذا ان الشخص لايضمن في حالة الهلاك الاما توجه اليه قصد الاستيلاء على ذات الشيء المملوك للغير فهو ضامن لهذا الشيء اما اذا قصد بوضع يده على مال غيره الانتفاع به فقط فإنه يضمن مايقابل تلك المنفعة سواء انتفع به فعلا او اجره لغيره اوعطله دون انتفاع

واستنادا لما ذهب اليه المالكية يكون الغاصب ضامنا للمنفعة دون ذات المال اذا قصد بغصبه الانتفاع بالمغصوب فقط دون تملكه وعليه يكون غير متعد بوضع يده على ذات المال (٤) فاذا هلك بسبب اجنبي دون تعد منه لايكون ضامنا للمغصوب منه الابقدر الاجرة التي تقابل المنفعة التي فوتها عليه اما اذا قصد التملك فانه يضمنه (٥) فان هلك جزء منه فانه لايضمن الا ذلك الجزء وان غيره او عيبه فان الغاصب لايضمن الا مانقص من قيمة المغصوب نتيجة الغصب

وذهب بعض الشافعية والحنفية الى ان نقصان قيمة الشيء نتيجة لانخفاض السعر لا يسأل عنه صاحب يد الضمآن الغاصب لان استيلاءه على الشيء لا صلة له بانخفاض القيمة وانما يحصل ذلك نتيجة لامر خارجي هو انصراف الناس عن الاقبال عليه فلا يضمن الغاصب ماترتب على غير فعله وذهب بعض المالكية الى ضمان نقص القيمة بالقول (والقياس ان تجرى المنافع والاعيان المتولدة مجرى واحدا وان يعتبر التضمين او لايعتبر)

.....

(١) كمال الدين محمد المعروف بأبن الهمام ، شرح فتح القدير ، م مصطفى محمد ،ج٥،ص ١٨٧،العناية شرح الهداية ، محمد بن محمد بن محمود ، ج٧، ص ٥٣، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ابو بكر بن مسعود الكاساني ، م الجمالية ، ١٣٢٨ هـ، ج ٥ ص ٢٤٨

(٢) ، منصور بن يونس بن ادريس البهوتي ، كشاف القناع عن متن الاقناع، ج٢، ص ٣٣٦، مصدر سابق

(٣) القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية ، محمد بن احمد بن جزي الغرناطي ، م النهضة ، تونس ، ١٣٤٤هـ، ص ٣١٦،٣١٨،

(٤) للخفيف ، الضمان في الفقه الاسلامي ، ص ٨٣ ، مصدر سابق

(٥) للخفيف ، الضمان في الفقه الاسلامي ، ص٨٣ (مصدر سابق) بهذا اخذ القانون المدني العراقي في المادة (١٩٥) مدني

وقد ورد في المادة (٤٢٧) في القانون المدني العراقي مفهوم يد الضمان في القانون فقد جاء ضمن الفقرة الاولى منها انه (تكون اليد يد ضمان اذا حاز صاحب اليد الشيء بقصد تملكه ...)وجاء في الفقرة الثانية مانصه (وتنقلب يد الامانة الى يد ضمان اذا كان صاحب اليد ولو بغير قصد التملك قد حبس الشيء عن صاحبه دون حق او اخذه بغير اذنه)

وباعمال النظر في هذه المادة يتبين لنا الاتي ؛

١_لم يشترط القانون في يد الضمان إلا قصد التملك وان القصد امر خفي غير منضبط يتعذر الوقوف عليه او تحديد يده مما يساهم في اعفاء الكثير من يد الضمان من ضمان الشيء وتعويض الضرر علما ان يد الضمان تكون على ملك الغير دون حق وهذا يقتضي التشديد على صاحبها وعدم افساح المجال للتخلص من ضمان الشيء المملوك للغير الذي يهلك او يتعيب تحت يده او قد يضيع

٢_ورد في الفقرة الثانية حالة تحول يد الامانة الى يد ضمان فاشترك لذلك حبس الشيء عن صاحبه دون حق او اخذه بغير اذنه ولو توفرت بجانب هذه اليد شروط يد الامانة الا ان المشرع لم يبين حالة حبس الشيء عن صاحبه دون حق او اخذه بغير اذنه اصلا مع نفي نيه التملك كمن يستولي على مال مدينه ليجبره على الوفاء او تنفيذ التزامه

٣_تكون يد الضمان على اصل الشيء وتوابعه وزوائده التي تولدت عنه بعد وضع اليد هذا ما نصت عليه المادة (١٩٦)من القانون فقد اكدت على إن زوائد المغصوب مغصوبة مثله فاذا هلكت وان كان دون تعد من الغاصب لزمه الضمان

٤_على الرغم من تنظيم المشرع لمفهوم يد الضمان فقد اكد على يد الضمان في كل تحت يد غير المالك من ذلك يد الغاصب المادة (١٩٣)و(١٩٦) والحالات المساوية للغصب كخيانة الامانة والسرقة

٥_ميز المشرع بين اليد والمعاوضات واليد غير المعاوضات فترك الاخيرة لنص الاولى بتنظيم خاص ورد ضمن المواد (١٧٩،١٨٠،٤٢٨) وبالرجوع الى هذه المواد نجد ان المعقود عليه في المعاوضات اذا كان في يد صاحبه كانت اليد يد ضمان فاذا هلك الشيء هلك من ذمته ووجب عليه رد العوض الذي تسلمه من الاخر
فالبائع يده يد ضمان على المبيع بعد ابرام عقد البيع حتى يقبضه المشتري فاذا انتقل هذا الشيء الى اخر فيده اما امانة او ضمان وفق نص المادة (٤٢٧) فمثلا يد المستأجر امانة ويد العامل على الاشياء المسلمة له امانة ويد المشتري اذا قبضه على سوم الشراء مع تسميه الثمن ضمان وبدون تسمية الثمن امانة (م٥٤٨) وما يقبض على سوم النظر امانة سواء بين ثمنه او لم يبين (ف٢م٥٤٨)
واضاف المشرع في المادة (٤٢٨) ضمان يد المالك القديم قبل التسليم اذا انتقلت الملكية بالعقد ويستوي في العقد ان يكون معاوضة او تبرعا

يتبين مما تقدم ان يد صاحب الشيء تكون ضامنة في العقود الناقلة للملكية والمعاوضات بشكل عام وان ابرام العقود الصحيحة النافذة وان كانت تنشيء حقوقا للاخرين الا انها لا تغير من صفة اليد على الشيء الا اذا وجد نص قانوني بذلك كتحول يد الضمان الى يد امانة اذا امتنع واجب التسليم بقيام سبب اجنبي (م٤٢٨) وتحول يد البائع الى امانة بعد اعذار المشتري لتسلم المبيع (م٥٤٧).

المطلب الثاني
اقسام يد الامانة ويد الضمان

في هذا المطلب سنتناول اقسام يد الامانة ويد الضمان

اقسام يد الأمانة

القسم الاول اذا كانت اليد الماذونة من قبل المالك وهي ما أذن المالك او من قام مقام في الاستيلاء عليها على نحو الائتمان او هي المال الماذون في الاستيلاء عليه من قبل المالك او من قام مقامه مع الاحتفاظ بالملكه له(١).
كالوديعة والشركه والوكالة والمضاربة (٢).
وعبر عنها المالكية بالامانة وهي اليد التي تخلف يد المالك في الاستيلاء والتصرف(٣)
ومثل اذن المالك اذن من له حق الاذن من ولي او وصي او وكيل او متول (٤)
وصاحب الرهن الذي يضع يده على الشيء المرهون ويده يد امانة وذلك لان الوثيقة هي العقد بان يكون احق من الغرماء والمنافع فلا ضمان عليه اذا هلك المرهون(٥)
والعلة في ذلك انه لم يخلف يد المالك في الانتفاء لان الهدف من الرهن المحافظ على ماله وان يكون احق من الغرماء في حال تعذر الاداء وليس الانتفاع والاستيلاء ومتى كانت الرجولة تحلف يد المالك الا ان يتعدى ومثاله المستاجر في عدم ضمان العين المستاجرة اذا لم يتعد لان المالك ياخذ العوض على المنفعه ولا سبيل للمستاجر الى الانتفاع الا بأن يخلف المالك في اليد فلا يضمن الا بالتعدي(٦)

.....

(١) علي السيد عبد الحكيم الصافي ، الضمان في الفقه الاسلامي ، ص ٦٩
(٢) عبدالله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي ، الاختيار لتعليل المختار دار المعرفة بيروت ج ٣ص ٥٩
(٣) المصدر ذاته ج٣ص٥٩
(٤) احمد بن ادريس بن عبد الرحمن الصنهاجي المعروف بالقرافي (٦٨٤هـ١٢٨٥) الفروق وبهامشه تهذيب الفروق والقواعد السنية في الاسرار الفقهية لابن الشاط المسمى ادرار الشروق على انواء الفروق عالم الكتب بيروت ج ١ ص ١٠٧ الفرق الحادي عشر والمائة بين قاعدة مايضمن وبين قاعدة مالا يضمن الموصلي الحنفي الاختياري ج٣ص ٦٠
(٥) الكاساني، بدائع الصنائع ج ٥ص ٢٣٨ عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي ، الاختيار ج٣ص ، ٦٠
(٦) عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي، الاختيار ، ج٣، ص ٦٠

من خلال ماتقدم يتبين ان اليد التي تخلف يد المالك باذن منه في التصرف والاستيلاء هي اليد المؤتمنة التي لا ضمان عليها وينقسم الاذن الى قسمين:الاول الاذن الصريح وهذا معروف بأن يصرح له بتصرف معين والثاني الاذن دلالة وذلك كما لو مرضت الشاة مع الراعي المستاجر في المرعى مرضا لا ترجى حياتها معها فذبحها فانه لا يضمنها لان ذلك ماذون فيه دلالة

ومن قول مالك في الراعي ياتي بالشاة مذبوحة ويزعم انها وقعت للموت فذبحها ان القول قول لانه ماتمن عليها

وكل شيء يصنعه الراعي مما يجوز له فعله فلا ضمان عليه (١)

لانه ماذون بذلك دلالة ونصت المادة (٧٧٢) من مجلة الاحكام العدلية على الاتي الاذن دلالة كالاذن دلالة(٢)

القسم الثاني اليد الماذونة من قبل الشارع وعبر عنها بعضهم بالامانة الشرعية وهي ما أذن الشارع لا المالك في الإستيلاء عليها على نحو الائتمان (٣)

وذلك كايدي الاوصياء على اموال اليتامة والحكام على ذلك واموال الغائبين والمجانين فجميع ذلك لا ضمان لان الايدي مؤتمنه (٤)

.....

(١) الزركشي ، المنثور في القواعد ج ٢ص ٤ جلال الدين السيوطي (ت ٩١١ هـ) الاشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية تحقيق محمد محمد تامر دار السلام مصر الطبعة الاولى ١٩٩٨م ج٢ ص ٦٥٠

(٢) عبدالله بن احمد بن محمد بن قدامة (٦٢٠هـ١٢٢٢م) ،المغني على مختصر الامام الخرقي ويليه الشرح الكبير على متن المقنع دار الكتاب العربي، بيروت ، لبنان، وهامشة الشرح الكبير لشمس الدين بن قدامة ، ج ٥، ص ٣٥٤

(٣) الموصلي الحنفي ، الاختيار، ج ٣ص ٥٦ ، مصدر سابق

(٤) محمد بن عبد الله ابن العربي (ت ٥٤٣هـ) عارضة الاحوذي بشرح صحيح الترمذي ، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان، الطبعة الاولى ١٩٩٧،م ، ج ٦ص ١٩ ، محمد بن محمد الحطاب مواهب الجليل ، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان ، الطبعة الاولى ١٩٩٥م ، ص٢٩٩

: اقسام يد الضمان

اولا/اليد غير المأذونة ويراد بها اليد العادية ،وهي ماوضعت على مال الغير عدوانا كيد الغاصب الاثم (١) والغصب هو اخذ مال متقوم محترم مملوك للغير بطريق التعدي (٢) وتقدير الغاصب بكونه اثما في غصبه لبيان ان الغصب على ضربين احدهما لايتعلق به اثم هو ما وقع عن جهل كمن اتلف مال غيره وهو يظن انه ملكه والثاني يتعلق به الاثم وهو مايأخذ على وجه التعدي فانه ياثم باخذه وامساكه(٣) وسواء كانت اليد غير المأذونة عادية اثمة او مخطئة غير اثمة فانها تضمن لان الضمان تعويض عما حصل من الضرر بسبب تفويت يد المالك عن مللكه فلا يراعى القصد في ذلك ما دامت اليد غير مأذونة

ثانية /اليد المأذونة ولكنها تضمن وان كان بغير تفريط وذلك كيد البائع فانه اذا تلف المبيع قبل قبضه من قبل المشتري ضمن البائع وان كانت يده مأذونه في الحيازة لحين القبض (٤) قال الكاساني اذالمبيع في يد البائع مضمون بأحد الضمانين وهو الثمن الا ترى لو هلك في يده سقط الثمن عن المشتري ؟ (٥) لان اجتماع اليدين في محل واحد في زمان
واحد محال (٦)
ثالثا/اليد المأذونة بالانتفاع فقط وحصل منها تلف للعين اي اليد المأذونة بالانتفاع بمنفعة العين كالعارية قال الزركشي اما القروض والعواري فانما صارت مضمونة وان سمح بها صاحبها واذن فيها لان الاخذ اخذه لمنفعة نفسه بغير عوض والشيء الذي ابيح له هو المنفعة فلم يرتفع ضمان العين من اجل اباحة المنفعة وهذا مذهب الشافعية (٧)
قال ابن قدامة اذا انتفع بها وردها على صفتها فلا شيء عليه لان المنافع مأذون في اتلافها فلا يجب عوضها وانن تلف الشيء من اجزاؤه كالمغصوب وهذا مذهب الحنابلة ومذهب الشافعية والحنابلة هذا يبين ان اليد المؤتمنة وان كانت مأذونه بالانتفاع كالعارية الا انها تضمن اذا حصل تلف لغير ماهو مأذون باتلافه سواء تعدى او لا وذهب الحنفية ان الوديعة امانة لايضمنها من غير تعد (٨) واما المالكية فيروى عنهم الوجهان المذكوران قال ابن العربي واما مالك فعسر
الامر في الضبط وافلت في الربط

.....

(١).الصافي ، الضمان في الفقه الاسلامي ،ص ٦٩ مصدر سابق
(٢) عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي ، الاختيار لتعليل المختار، دار المعرفة بيروت ، ج ٣، ص ٥٩
(٣) مصدر ذاته ، ج٣ ص ٥٩
(٤) احمد بن ادريس بن عبد الرحمن الصنهاجي المعروف بالقرافي، الفروق ، ج ٢ ، دار احياء الكتب العربية مصر
(٥) بدائع الصنائع ،كاساني ، ج ٥، ص ٢٣٨، مرجع سابق ، الاختيار لتعليل المختار ، الموصلي الحنفي ،ج٣ ، ص٦٠ ، مصدر سابق
(٦) الموصلي ، الاختيار ،ج٣، ص ٦٠ مصدر سابق
(٧) الزركشي ، .المنثور في القواعد ، ج ٢ ص ٤ مصدر سابق ، جلال الدين السيوطي ، الاشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية ، تحقيق محمد محمد ثامر دار السلام ، مصر ، ط١ ، ١٩٩٨م ، ج٢ ، ص ٦٥٠
(٨) الموصلي ،الاخيار، ج ٣ ،ص ٥٦، مصدر سابق

رابعا/ اليد المؤتمنة اذا تعدت كيد الوديع والشريك والوكيل والمقارض (١)
اذا تعدت او قصرت في الحفظ...الخ فيما يعد اخلالا للامانة(٢).
ومن خلال ماتقدم يتبين ان سبب ضمان اليد هو الحيلولة بين المالك والملكة بغير سبب مشروع او اليد الضامنة هي يد مبطلة مفوتة(٣).
اي فوتت المنفعة على المالك قال ابو حنفية ان سبب الضمان اخراج المحل من ان يكون منتفع به في حق المالك(٤)
وضمان اليد في مقابلة فوات يد المالك والمالك باق على حالة لانه لم يجر ناقل عن ملكة والفائت اليد والتصرف فيكون الضمان في مقابلة مافات ومتى كانت تخلف يد المالك فلا شيء عليه الا ان يتعدى المستاجر مثلا لا سبيل له للانتفاع بالعين الا بان يخلف المالك في اليد فلا يضمن الا بالتعدي(٥).

.....

١. السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج ٢ ص ٦٥١ مصدر سابق
٢. الزركشي ، المنثور في القواعد ، ج٢، ص ٤ مصدر سابق
٣. مصدر ذاته ج٣، ص ٥٩
٤. الموصلي ، الاختيار ، ج ٣ ص ٦٤ مصدر سابق
٥. الزكشي ، المنثور في القواعد ، ج ٢ ص ٣٤ مصدر سابق

المبحث الثاني
الاحكام العامة التي تترتب على يد الامانة ويد الضمان
المطلب الاول
احكام يد الامانة ويد الضمان

يترتب على يد الامانة ويد الضمان مجموعة من الاحكام تقسم الى فرعين

الفرع الاول

حكم يد الامانة ويد الضمان على الشيء وزوائده

اولا/الفقه الاسلامي :

كما تختلف يد الامانة عن يد الضمان من ناحية المفهوم فإنها تختلف عنها كذلك من ناحية الاحكام المترتبة على كل منهما فصاحب يد الامانة لايضمن المال الذي تلف تحت يده الا اذا قصر في حفظه او تعدى عليه (١) من اجل هذا يضمن الوديع اذا لم يحافظ عليها محافظته على ماله بأن وضعها في غير حرزها او ترك ماهو واجب القيام به نحوها لحفظها لانه بذلك يكون قد قصر في القيام بما هو واجب عليه وهكذا لو اخبر لصا بمكانها فذهب وسرقها لتعديه عليها اذ انه بإخباره عرضها للضياع اما يد الضمان فالامر يختلف اذ انه يترتب على هلاك الشيءضمانه بمعنى انه يحكم بضمان صاحب اليد لما تحت يده اذا تلف او ضاع سواء اكان تلفه باعتداء صاحب اليد عليه ام باعتداء شخص اجنبي ام كان بسبب لايد له فيه كالتلف بافة سماوية او الموت او الحريق او الغرق او غير ذلك من الامور التي لادخل للشخص في احداثها غاية ما هنالك انه اذا كان التلف قد حصل بسبب اعتداء من شخص اجنبي فإن ضمان المال التالف يستقر في النهاية عليه فيجوز للمالك مطالبة كل منهما فاذا دفع صاحب اليد رجع على المتلف المباشر وان دفع المتلف فلا رجوع له على احد وان كان التلف من المالك فضمانه عليه وليس على واضع اليد تبعة

اما زوائد الشيء تحت يد الضمان فقد اختلف الفقهاء فيها على قولين :

القول الاول :ان زوائد العين المغصوبة وما هو في حكم الغصب (امانة) في يد الغاصب ومن في حكمه متصله كانت ام منفصله ذهب الى ذلك الحنفية وحجتهم ان الغصب لم يرد عليها لانها طرأت بعده

القول الثاني :ان زوائد العين المغصوبة وما هو في حكمه مضمونة في يد الغاصب ومن في حكمه ذهب الى ذلك جمهور الفقهاء وحجتهم ان الفرع يتبع الاصل في الحكم

.....

(1)الاشباه والنظائر على مذهب ابي حنيفة النعمان ، ابن نجيم الشخ زين الدين بن ابراهيم ص ١٠٩ويرى المالكية ان يد الامين اذا كانت على مالا يعاب عليه فانه لا يضمنه عند تلفه اما اذا كانت على ما يعاب عليه فانه يكون ضامنا له الا ان يقيم البينة على تلفه او ضياعه بغير صنعه وهذا هو الحكم عندهم في العواري وايدي الصناع والمبيعات مع شرط الخيار عند التلف في يد المشتري ونفقة المحضون اذا تلفت في يد الحاضنة وما بيد الورثة اذا طرا دين او ظهر وارث اخر بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ابو الوليد محمد بن احمد بن محمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد ج ٢ص ٢٣٥

ثانياً/ القانون المدني :

اخذ المشرع العراقي بما ذهب اليه الفقه الاسلامي فقد نصت المادة (٤٢٦) على انه (اذا انتقل الشيء الى يد غير صاحبه بعقد او بغير عقد وهلك دون تعد او تقصير فإن كانت اليد يد ضمان هلك الشيء على صاحب اليد وان كانت يد امانة هلك الشيء على صاحبه) فيد الامانة لاتضمن هلاك الشيء او ضياعه او تعييبه الا بالتعدي والتقصير في حفظه واستعماله اما يد الضمان فانها ضامنة لهلاك الشيء في جميع حالات الهلاك حتى وان كان بسبب لا يد له فيه كالقوة القاهرة وان كان شديد الحرص في حفظه وحمايته من الهلاك

وقد اكد المشرع العراقي على هذه القاعدة في كل حالة يكون فيها الشيء تحت يد الغير فقد ورد في الفقرة الثانية من المادة (٧٦٤) ان استعمال المستأجر للمأجور على خلاف المعتاد تعد فيضمن الضرر المتولد منه وجاء في الفقرة الثانية من المادة (٩٥٠) ضمن احكام الوديعة ان الامانة غير مضمونة على الامين بالهلاك سواء كان بسبب يمكن التحرز منه ام لا وانما يضمنها اذا هلكت بصنعه او بتعد او تقصير منه

كما اخذ المشرع بما ذهب اليه الفقه الاسلامي في تحديد وقياس التعدي والتقصير في حفظ الشيء تحت يد الامين (١) فجعل الاصل هو معيار الشخص المعتاد وهو المتوسط في جميع صفاته رب الاسرة العاقل (٢) محاط بظروف الفاعل الخارجية واستثنى من ذلك يد الامين غير المأجورة اذا وضع الشيء تحتها لمصلحة صاحبه كالوديعة والوكالة غير المأجورين فجعل معيار الحفظ فيهما عناية الشخص في امواله فاذا كان حريصا اكثر من الشخص المعتاد فال يطالب الا ببذل عناية الشخص المعتاد اما اذا كان الايداع باجر وهلكت الوديعة او ضاعت فان المعيار هو الشخص المعتاد هذا ما اكدته المادة (٩٥٣) بنصها على ان (اذا كان الايداع باجرة فهلكت الوديعة او ضاعت بسبب يمكن التحرز منه ضمنها الوديع)

اما زوائد الشيء تحت يد الغير فان كانت اليد يد امانة فان الزوائد امانة في تلك اليد وان كانت يد ضمان فان زوائد الشيء مضمونة لان الفرع يلحق الاصل بهذا اخذ المشرع وهو قول جمهور الفقهاء فقد نصت المادة (١٩٦) على ان (زوائد المغصوب مغصوبة مثله فاذا هلكت ولو بدون تعد من الغاصب لزمه الضمان) فخالف بذلك موقف الحنفية لان اليد على الزوائد عندهم تكون يد امانة لان الغصب لم يرد عليها باعتبار ان الزوائد ظهرت بعد وقوع فعل الغصب فلا تكون مغصوبة وان الاصل عندهم ان اليد على مالك الغير يد امانة الا اذا وجد نص شرعي يحولها الى يد ضمان

.....

(١) الخفيف ، المعاملات المالية ، ص ٤٣٣فاذا كان اجير كان ضامناً لها اذا هلكت بفعل يمكن الاحتراز عنه اما بدون اجر لايضمن الا بالتعدي مرجع سابق

(٢) عبد الرزاق السنهوري، تسمية الفقه الفرنسي ، الوسيط في شرح القانون المدني ، طبع دار النهضة، ط٢ ١٩٦٤م ج١ص ٨٨٥ ، مصدر سابق

الفرع الثاني :مايترتب على يد الامانة ويد الضمان

اولا/ في الفقه الاسلامي :

الاصل ان صفة اليد على ملك الغير تنسحب على كل يد تفرعت عن تلك اليد فإذا كانت اليد يد ضمان فإن هذا الحكم ينسحب على كل يد تفرعت عنها كيد غاصب الغاصب والسارق من الغاصب والمشتري والمستأجر منه وكذلك المستودع والمضارب له لان اليد الثانية تعتبر امتدادا لليد الاولى وبما ان الاولى كانت ضامنة فتكون الثانية مثلها ويوصف الضمان بأنه ضمان اعتداء او يد ضمان اما اذا كانت اليد امانة فان الايدي المترتبة عليها تكون امانة اذا لم يكن ذلك اعتداء على الشيء وتوافرت في هذه الايدي شروط يد الامانة بأن كان واضع اليد مأذونا من صاحب الشيء او من الشارع لذا كان وديع الوديع غير ضامن لما اودع عنده اذا كان من اولاد الوديع وكان للاخير عذر مشروع او ضرورة ويد الورثة تكون امانة على الوديعة والعارية واموال الموكل والشركة والمرهون عند من قال بعدم ضمانه لحين تسليمها الى صاحبها (١)

وقد تنقلب يد الضمان الى يد امانة بتغير اليد وذلك اذا كان صاحب اليد الذي انتقل اليها الشيء المملوك مأذونا بالقبض فمثلا اذا استولى الحاكم او شخص اخر على ما في يد الغاصب بقصد رده الى صاحبه فيده امانة فاذا تلف الشيء في يده فانه لايكون ضامنا له لانه قد قام بأمر ندب اليه الشارع وهو رد الحقوق الى اصحابها ولانه يقدم مصلحة المالك فكان فعله مأذونا فيه من قبل الشارع ومتماشيا مع ماجرى به العرف من ان الانسان لاينكر عادة على شخص تطوع برد ماله اليه (٢)

.....

(٣) وينطبق ذلك على امين الوديع الذي سلمه الوديعة لوجود عذر او ضرورة يقتضي الايداع عند الغير ووارث الوديع و وصية قبل تمكنهما من رد الوديعة و وارث المستعير ...الخ ،ا المغني ، ابو محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة ح٢ ص ٢٤٢

(٤) من هولاء كفيل الغاصب في رد المغصوب اذا تسلمه منه فيده يد امانة ووكيل المالك اذا قبض المغصوب من الغاصب يده امانة ايضا

وذهب الى ذلك جمهور الحنابلة(١)
وكذلك الملتقط اذا اخذ اللقطة بنية التعريف والرد الى المالك والمستولي على مال سقط من اخر بقصد ردة الى مالكه والمشتري اذا وجد مالا مدفونا في جدار الدار التي اشتراها وقال له البائع انه له فانه يجب عليه رده اليه فان نوى امساكه لنفسه كان ضامنا له اما لو قال البائع ان هذا المال ليس ملكا له فانه يكون لقطة تجري عليه احكامها (٢)
وقد خالف بعد الشافعية ماذهب اليه جمهور الحنابلة من تحول اليد الى امانة بالاذن فقالوا الاسمرار الضمان لان اليد قد حلت محل يد ضمان فتاخذ حكمها ايضا فالمالك قد لا يرضى عن وضع يده على ماله فتكون عند اذ متعدية وفوق هذا وذاك فان نية الاستيلاء بقصد الرد للمالك امر باطني يصعب الوقوف عليه وتبينه فلا يصلح اساسا تبنا عليه الاحكام وذهب صاحب نهاية المحتاج (٣)
الى ان من اخذ شيء من غاصب او من سبع ليرده الى مالكه فتلف في يده قبل تمكنه من رده له لم يضمن ان كان الماخوذ منه غير اخذ للضمان كالسبع والا ضمنة وخالف السبكي في ذلك فعنده يعد مأذونه عرفه من وضع يده على مال لغيره لان قاد من تلف الذي تعرض له كما تعرض لحريق او سيل جارف او سرقه وتكون يده غير ضامنه
اما اليد المترتبه على يد الضمان اذا كانت غير مأذونه من صاحب المال او الشارع من قبض فتكون يد ضمان حتى وان كانت في اصلها يد امانة كيد وكيل الغاصب في التملك على المالك ويد وديعه وان جهل الغصب ويد المشتري من الغاصب والمستاجر والمرتهن منه وكذلك يد شريكه والمضارب له في المال المغصوب ويد المساقي له والقابض منه على سوم الشراء على غير ذلك من كل يد لا تستند الى اذن من الملك او من الشارع سواء كانت في اصلها يد امانة او يد ضمان تغاصب الغاصب والسارق من الغاصب ومن سارق الامانه سواء كان مستند الى عقد صحيح ام الى عقد غير صحيح وللمالك الخيار في تضمين يد الضمان اللولى او اصحاب الايدي المترتبه عليه سواء كانو يعلمون في الغصب او يجهلون وسواء حصل التلف او الضياع بالاعتداء منه ام سبب لا يد لهم فيه(٤) ولقد بين ابن رجب قواعده (٥)
حكم الأيدي المترتبة على يد الغصب عدم علم وضع اليد بالحال وذكر منها 10 تعداده لها مبني على تحديد صاحب المصلحة في القبض اهو الغاصب كما في الايداع أم ألقاب نفسه كما في غاصب الغاصب او هما معا كما في الشركة المضاربه والرهن وذكر لكل حالة مما تقدم حكما يقدم المشهور عند الحنابلة

.....

(١) زين الدين عبد الرحمن بن احمد بن رجب الحنبلي ، القواعد ، ص٢٢٠-٢٢٤
(٢)الشيخ الخفيف ، الضمان ، ص١٨٠ سنه ١٨٧١م مصدر سابق
(٣) محمد بن ابي العباس احمد بن شهاب الدين الرملي ، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ، ج ٥ ص ١٤٧،١٥٤
(٤) ابن رجب ، القواعد ، ص ٢٢٤(٥) لمعرفة تفاصيل احكام الحالات العشر وما هو محل اتفاق او اختلاف انظر القواعد لابن رجب ص ٢٢٤-٣٣١ مصدر سابق

ثانيا/القانون المدني العراقي:

لم ينظم المشرع العراقي قاعدة قانونية تحكم الأيدي المترتبة على يد الامان او يد الضمان وبالرجوع الى حالات يد الامانة ويد الضمان في القانون نجد ان يد البائع يد ضمان للمبيع لحين تسليمه للمشتري وان للمشتري الحق في التصرف للمبيع قبل القبض فاذا اجراه المشتري او رهنه او اعاره او دعى عند اخر او طلب من وكيلة تسلمه فان تم القبض فان ايديهم يد ضمان وزال ضمان البائع في التسلم لان قبض هؤلاء للمبيع قام مقام قبض المشتري(٥٤٠)

وتوكد الماده(٧٦٤) ان الماجور امانه في يد المستاجر وجاء في الفقره الثانيه من الماده(٧٦١)منع المستاجر من التنازل عن الماجر للغير تاجير الباطن الا بموافقه المأجر في الماده(٧٧٥)وان المستاجر الجديد يحل محل المستاجر الاول في الماده(٧٧٧) من هذه المواد يتبين ان المستاجر الثاني تكون يده امانة اذا كان المستاجر الاول قد استاذن المؤجر في التنازل عن المأجور اما اذا لم يستاجره فان يد المستاجر الاول تتحول الى يد ضمان لكونها مستعديه وتكون الايدي المترتبه عليها يد ضمان ايضا

وفي العارية فقد ورد في الماده(٨٥٣) ان المعير اذا اطلق للمستعير الاذن بالانتفاع ولم يعن منتفعا معينا فان انتقال المعايره الى مستعير اخر لا يغير من صفة الدين فتبقى يده امانة اما اذا قيدها وعين منتفعا فيعتبر تعيينه فان خالف المستعير القد وسلمها الى مستعير اخر تحولت يده الى الضمان فاذا نهى المعير المستعير عن اعاره العين لغيره فاعارها وهلكت العاريه ضمن المستعير الاول فقط اذا كان المستعير الجديد حسن النيه لا يعلم بنهي المعير اما اذا كان سيء النيه فكلاهما ضامن للمعير هلاك المعايره وتؤكد الماده؟٨٥٤)على ان للمستعير ان يودع العاريه في كل موضع يملك فيه الاعاره فان هلكت عند الوديع بلا تعد فلا ضمان لبقاء يد المستعير والوديعة يد امانة اما اذا ودعها في مكان لا يملك فيها الاعاره فيكون متعديا فتتحول يده الى الضمان وتبقى يد الوديعه يد امانه لا تضمن الا بالتعدي

فجاء في الماده(٨٥٥)ان ليس للمستعير ان يؤجر العاريه ولا ان يرهنها دون اذن المعير فاذا اجرها كانت يده ويد المستاجر يد ضمان بالنسبه الى المعير فان هلك الشيء المعار استطاع المعير الوجوع الى اي منهما فاذا كان المستعير حسن النيه لا يعلم ان الماجور عاريه وضمنه المعير رجع الى بالضمان وذلك اذا رهنها دون اذن المعير فيده تكون يد ضمان واما اذا غصب شخص العاريه من المستعير ولم يقدر على ردها فلا ضمان على المستعير ويد الغاصب يد ضمان واذا كان رفعه يد الغاصب ممكنا وقصر المستعير على رفع يده تحولت يد المستعير الى ضمان(٨٥٨)

وجاء في الماده(٨٦٣)ان الاعاره لا تنتقل بموت المعير الى الورقه الا اذا وجد اتفاق على ذلك وعليه تكون الورثه يد امانه خلال الفتره الازمه لتسليم الوديعه فان تاخرو في ذلك تحولت اليد الى يد ضمان اما حكم الايدي المترتبة علي يد الضمان اصلا فان المادة (١٩٨)تؤكد على ان غاصب الغاصب حكمه حكم الغاصب فتكون الايدي يد ضمان للشيء في جميع الاحوال وجاء في المادة (١١٦٤) ان ملكية الاموال المغصوبة والمسروقة والمال الضائع واموال الامانة اذا خان صاحب اليد صاحبها لا تنتقل بالتصرفات القانونية وان كان المتصرف له حسن النية وكانت هذة الاموال منقولة وان لصاحبها المطالبة باستردادها خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع او السرقة او الغصب او خيانة الامانة والمدة هي مدة اسقاط لا تقاد وتؤكد المادة (١١٦٥) ان الحائز حسن النية يتملك ماقبضه من الزوائد وما استوفاه من المنافع مدة حيازته اما المادة (١١٦٨) فقد بينت ان الحائز اذا كان شيء النية فانه يكون مسؤولا عن هلاك الشيء كان يهلك او يتلف ولو كان ذلك ناشئا عن حادث مفاجيء

المطلب الثاني: تحول صفة يد بين الامانة والضمان

تحويل يد الامانة الى يد ضمان

تنقسم اليد الى يد امانة ويد ضمان،ولكل منهما معيار يحددها وحكم يختص بها،فيد الامانة لا تتحمل بحسب الاصيل تبعة هلاك ماتحتها من الاموال مالم تتعد أو تفرط ويد الصمان تضمن ماتحتها من الاموال ايا كان سبب هلاكها او تلفها بما في ذلك السبب الاجنبي وتتحول اليد من امانة الى ضمان او بالعكس.وما يعنينا في هذا السياق هو حالات تحول اليد من امانة الى ضمان فقط وقذ ذكر الفقهاء المسلمين ابرز تلك الحالات المتمثلة بالتعدي والتقصير ومخالفه الشرط والتجهيل عند الموت واقتضاء المصلحة وقيام التهمة بالامين واشتراط الضمان عليه وجحود الامانة وجريان العرف (١)
كما يتضمن القانون المدني بعضا من حالات تحول اليد من امانة الى ضمانة وذلك من خلال التطبيقات المنتشرة في ثناياه ومنها تحول اليد بتحويل نية صاحبها واخلال الامين بالتزامه بالحفظ والرد واعتداء الامين على الشيء الموجود تحت يده واتفاقه مع صاحب الشيء كما ان لنص القانون والحكم القضائي دورا في تحول اليد
وقد وضع المشرع العراقي معيارا عاما لتحول يد الامانة الي يد ضمان وذلك في الماده(٤٢٧) من القانون المدني التي نص على انه: (١-تكون اليد يد ضمان اذا حاز صاحب اليد الشيء بقصد تملكه،وتكون يد امانة اذا حاز الشيء لا بقصد تملكه بل بااعتباره نائبا عن المالك.
٢-وتنقلب يد الامانة الى يد ضمان اذا كان صاحب اليد ولو بغير قصد التملك قد حبس الشيء عن صاحبه دون حق او اخذه بغير اذنه).

.....

(١)د.وهبة الزحيلي، نظرية الضمان او احكام المسؤولية المدنية والجزائية في الفقه الاسلامي ص١٥٥ وما بعدها

(ابرز حالات تحول يد الامانة الى يد ضمان كما يأتي:)

اولا/ تحول نية صاحب اليد:

الاصل ان وضع يده على ملك غيره بوصفه نائبا عنه يجعل من يده يد امانه وتتحول الى يد ضمان من وقت تحول نيته الى تملك ذلك الشيء فالوديع يده يد امانة على الوديعة وهو يحوزها بوضعه نائبا عن المودع فاذا تحولت نيته الى تملك الوديعة دون حق تحولت يده الى يد ضمان وهكذا بالنسبة الى المستعير والمستأجر والمرتهن رهنا حيازيا والملتقط وغيرهم(٢).
ويتضح ذلك جليلا من خلال نص المادة (٤٢٧) سابق الاشارة اليها التي عدت اليد امانة اذا كان واضع اليد نائبا عن المالك ثم تتحول الى يد ضمان الى حبس الشيء عن صاحبه دون حق سواء كان ذلك بقصد التملك او بدونه.

ثانياً/التعدي والتقصير:
غالباً مايذكر الفقهاء لفظ التعدي ملحقًا بالتقصير او التفريط من دون ان يفصل بينهما فقد ذكروا بشأنهما:(لا يضمن الى بتعدي وهو فعل ما لا يجوز فعله في المال او تفريط وهو التقصير في حفظه وما يتم به صلاحه)(١).
وأن تعدي الامين موجب لضمانه وذلك بتحول يده من يد امانة الى يد ضمان كتعدي الوديع على الوديعة باتلافها او الانتفاع بها دون أذن صاحبها كركوب الدابة ولبس الثوب فانه يثير ضامناً حتى ولو كان التلف بسبب اجنبي كما ان تفريط الامين في المحافظه على الامانه يجعله ضامنا لها كونه قد تسبب في اتلافها او هلاكها(٢).
ومن صور تعدي الامين وتقصيره في القانون المدني ومن ثم تحول يده من يد امانة الى يد ضمان خلط الوديعه بغيرها بحيث يتعذر تفريقها اذا جاء في الماده(١/٩٥٥) من القانون المدني العراقي التي تنص بانه اذا خلط الوديع الوديعة بماله او بمال غيره بلا اذن صاحبها بحيث يتعسر تفريق المالين فعليه ضمانها سواء كان المال الذي خلط بها من جنسها او من غيره
وان خلطها خلطا غير يتعسر معه تفريها فالضمان على الخالط).

.....
(١) زين الدين علي العاملي(الشهيد الثاني)شرح اللمعه،ج٤ ط١ منشورات جامعة النجف الدينية ص ٢٠٣
(٢) زين الدين بن علي العاملي مسالك الافهام ج٥ ط١ مؤسسة المعارف الاسلامية،قم،ايران ص ١٠١

ثالثا/ التجهيل

يستعمل الحنفية مصطلح التجهيل عند الموت ويقصدون به الا يبين الامين عند موته حال ما بيده من مال الغير مع علمه ان ورثته لا يعملون تلك الحقوق اي لا يعرفون كونها امانة عنده(١)

ولذلك فان الامين يضمن التجهيل لانه بالتجهيل يصير متملكا للامانة فتصير دينا في تركته ولانه بالتجهيل سلط غرماءه وورثته على اخذها فينقلب بذلك (٢)

وقد قننت مجلة الاحكام العدلية اراء الفقهاء بهذا الخصوص وبينت ان يد المستودع يد امانة حال حياته وبعد وفاته مادامت العين موجودة عينا في تركته غير ان يده تنقلب الى يد ضمان اذا مات مجهلا ولم يبين حال الوديعة فتستوفى من تركته

وجاء القانون المدني العراقي متأثرا بما ذهبت اليه المجلة في هذا الشأن فنصت المادة (٩٧٠)منه على انه :(١-إذا مات الوديع وجدت الوديعة عينا في تركاته فهي امانة في يد الوارث .

٢-واذا مات الوديع مجهلا حال الوديعة ولم توجد في تركته ولم تعرفها الورثة تكون دينا واجبا اداؤه من تركته ويشارك المودع سائر غرماء الوديع)

رابعاً /اخلال الامين بالتزاماته:

يلتزم الامين بالحفظ والرد (٣)فيلتزم بالمحافظة على الامانة و وضعها في حرز مثلها و درء خطر الهلاك عنها ويختلف الالتزام بالحفظ باختلاف صور الامانة ,وهل هي لمصلحة الامين ام لمصلحة المالك ام لمصلحتهما المشتركة وفي جميع الاحوال اذا اخل الامين بالتزامه بالحفظ بحسب طبيعة العناية المطلوبة منه تحولت يده منذ تلك اللحظة من يد امانة الى يد ضمان كما يلتزم الامين برد الامانة الى صاحبها اذا توفر شروط الرد وانتفت موانعه فاذا امتنع عن ذلك او حتى تاخر فيه دون عذر مشروع تحولت يده الى يد ضمان ولا يشترط هنا لهذا التحول ان تتوافر لدى الامين نية التملك فقد تكون نيته باقية بوصفه نائبا عن المالك ومع ذلك تتحول يده من يد امانة الى يد ضمان بالحبس دون حق فيد الوديع يد امانة ولا تتحمل تبعه الهلاك بسبب اجنبي ولا تكون ضامنة الا بالتعدي او التقصير ,فاذا اخل بالتزامه برد الوديعة كأن امتنع عن ردها دون عذر بعد انتهاء مدة الايداع او جحدها بلاعذر بعد مطالبة المودع بها انقلبت يده الى يد ضمان وتحمل تعبه هلاكها ولو لسبب اجنبي (٤)

.....

(١)شهاب الدين الحموي ,غمز عيون البصائر في شرح الاشباه والنظائر ,ج٣ط١دار الكتب العلمية, بيروت, لبنان ص ١٤٧-١١٤٨

(٢)ابن الهمام ,فتح القدير على الهداية ,ج,٦دار الفكر ,بيروت ,لبنان ص ٢٤١ مصدر سابق

(٣)الشخ زين الدين بن ابراهيم المعروف بـ(ابن نجيم) الاشباه والنظائر على مذهب ابي حنفية النعمان, دار الكتب العلمية ,بيروت ,لبنان ,ص٢٧٥

(٤)د.ليلى عبد الله الحاج ,سعيد وضع اليد ع ملك الغير المصدر السادس. ط١ ، م الجيل العربي ، الموصل ، ٢٠٠١ ,ص ١٧٩-١٨٠

خامسا/ نص القانون :

يعد نص القانون احدى حالات تحول اليد من امانة الى ضمان فيد الوالي او الوصي او القيم يد امانة على اموال المحجورين وعليهم ان يبذلوا من العناية في المحافظة عليها وادارتها ما يبذله الوكيل و المأجور وفقا لاحكام القانون المدني (١) وتتحول يدهم من امانة الى ضمان اذا ما تصرفوا بشكل لا يسمح به القانون كما تعد اليد امانة بالنسبة للمدفوع له حسن النية وتتحول الى يد ضمان من الوقت الذي اصبح فيه سيء النية ولا حق له في المال الذي يقبضه وذلك وفقا للمادة (٢٣٣)من القانون المدني العراقي (٢)

سادسا /انتهاء الاباحة بالمطالبة القضائية :

من خلال الاطلاع على نصوص القانون المدني وشروحات هذا القانون لم نجد نص يشير الى موضوع الاباحة ومع ذلك وجدنا الكثير من القرارات القضائية قد تطرقت اليه سواء بصورة مباشرة او غير مباشرة وهي في مضمونها تعد الاباحة سببا لحرمان المدعي من حقه في اجر المثل ولا يتحمل واضع اليد المسؤولية عن هلاك الشيء او تلفه كما ان الاباحة تنتهي في جميع الاحوال بالمطالبة القضائية

كما جاء قرار محكمة التميز الاتحادية صادر عام (٢٠١١)بانه (تنتهي الاباحة بالمطالبة القضائية وبعدها تصبح يد الحائز يد غاصبة)

.....

(١)د.يونس صلاح الدين علي المسؤولية المدنية الناجمة عن اخلال الوديع بالتزامه بالمحافظة ع الوديعة و ردها في القانون الانكليزي دراسة مقارنة بالقانون المدني العراقي بحث منشور في مجلة العلوم القانونية كلية القانون جامعة بغداد العدد ٢ , ٢٠١٩ص٢٠٠-٢٠١

(٢) قرار محكمة استئناف بابل بصفتها التميزية بالعدد ١٠٠ت/حقوقية /٢٠١٨.في ٢٠١٨/٧/١٣ر

(تحول يد الضمان الى يد امانة)

تتحول اليد من الضمان الى الامانة في حالات كثيرة يمكن الاستدلال عليها من خلال نصوص القانون وما اوردناه من تطبيقات سابقة تشريعية لليد ومن تلك التطبيقات ما يأتي :-

اولا/ قيام سبب الحبس :

اشارت المادة (٤٢٨) من القانون المدني العراقي الى ان يد الضمان تتحول الى يد امانة اذا زال او ارتفع واجب التسليم لقيام سبب من اسباب الحبس حيث نصت على انه (اذا انتقلت ملكية الشيء بعقد كانت يد المالك القديم قبل التسليم يد ضمان وتنقلب يد امانة اذا امتنع واجب التسليم بقيام سبب الحبس) ويتضح من هذا النص ان المشرع قد قصره على انتقال الملكية بعقد

ومن ثم هل اذا كان مصر الالتزام هو غير العقد ينتفي حق الحبس ولا تتحول اليد من ضمان الى امانة ؟

ان هذا يستلزم منا الاطلاع على النصوص المنظمة لموضوع ((الحق في الحبس للضمان)) حيث عالجه المشرع العراقي في خمس مواد هي (٢٨٠-٢٨٤) (١) فبدأ كعادته باعطاء حكم جزئي لا مبدأ عام حيث نصت المادة (١/٢٨٠) على انه (البائع ان يحبس المبيع الى ان يؤدي المشتري جميع الثمن الحال وللعامل ان يحبس الشيء الذي يعمل فيه الى ان يستوفي الاجر المستحق سواء كان لعمله اثر في هذا الشيء او لم يكن وذلك كله وفقا للأحكام التي قررها القانون) وظاهر من هذا النص انه قد اورد امثلة للحق في الحبس تتعلق في عقدي البيع والعمل ثم نص بعدها في المادة (٢/٢٨٠)على امكانية التمسك بالحبس في كل معاوضة مالية وذلك بانه (وفي كل معاوضة مالية بوجه عام لكل واحد من المتعاقدين ان يحبس المعقود عليه وهو في يده حتى يقبض البدل المستحق).ولنشوء الحق في الحبس لابد من توفر بعض الشروط التي حددتها المادة (١/٢٨٢)(٢) من القانون المدني وهذه الشروط ثلاثة (٣) اولها ان يكون هناك دينان متقابلان وثانيهما ان يكون هنالك ارتباط بين الدينين وثالثهما هو ان يكون الدين المحبوس فيه حالا .وخلاصة القول فان يد الحابس على الشيء المحبوس تحولت من يد ضمان الى يد امانة لان القانون منحه الحق في الحبس اذا توفرت شروطه والاصل في هذا السياق ان الجواز الشرعي ينافي الضمان وفقا للمادة (٤) من القانون المدني العراقي وعليه اذا هلك الشيء المحبوس بخطأ الحابس فانه يكون مسؤولا عن تعويض المالك اما اذا كان هلاكه بسبب اجنبي برأت ذمة الحابس واذا حصل المالك على تعويض نتيجة الهلاك انتقل الحق في الحبس الى مبلغ التعويض (٥)

.....

(١) قرار محكمة التميز الاتحادية بالعدد ٢٩١٦/اباحة/٢٠١١.في٢٠١١/٩/٤.منشور على الموقع الالكتروني WWW.hjc.ig

(٢)وتقابلها المواد(٢٤٦-٢٤٧-٢٤٨) من القانون المدني المصري في حين لم ينظم المشرع الفرنسي الحق في الحبس للضمان بشكل مستقل ومتكامل كما فعل المشرعين العراقي والمصري.

(٣) حيث نصت المادة(١/٢٢٨) من القانون المدني العراقي على انه (١-لكل من التزم باداء شيء ان يمتنع عن الوفاء به مادام الدائن لم يوفي بالتزام في ذمته نشا بسبب التزام المدين وكان مرتبط به).

(٤) د.عبد المجيد الحكيم،الموجز في شرح القانون المدني ،ج٢ ص١١٨ وما بعدها.

(٥) د.عبد المجيد الحكيم الموجز ج٢ مصدر سابق ص١٣٤

ثانيا/ الاعذار :

يعد الاعذار وسيلة من وسائل الوقاية من الضرر فهو اجراء فرضته القوانين على احد اطراف العلاقة القانونية اتجاه الطرف الاخر ويعد كذلك قيدا قانونيا على استحقاق التعويض اذ لا يمكن المطالبة به الا بعد قيام المتضرر بتوجيه انذار الى الطرف الثاني ينذره بظروره تنفيذ التزامه وكل ذلك في غير الحالات التي استثناها القانون من ضرورة توجيه الاعذار(١).

ويطلق على الاعذار (الاخطار) او (الانذار) او(التبيه) ويقصد به (تبيه المدين بانه متهاون في التنفيذ عند الاجل)(٢).

ويعرف بانه(وضع المدين موضع المتاخر في تنفيذ التزامه ان لم يوف به فورا فالتاخير في التنفيذ حاله قانونية الاصل فيها انه لا يكفي لقيامها مجرد التاخير الفعلي فمجرد حلول اجل الالتزام لا يكفي بوضع المدين في هذه الحالة بل لا بد من اعذاره)(٣).

وعند تعلق الامر بالالتزام مضمونه تسليم شيء معين بالذات فان الاعذار يؤدي الى انتقال تحمل تعبئة المخاطر الى الطرف الاخر (٤).

فان كانت يد المدين يد امانة كيد المستاجر والوديع وهلك الشيء بسبب اجنبي فان الشيء يهلك على مالكه وهو الدائن-المؤجر والمودع-غير ان الدائن اذا اعذر مدينه بوجوب التسليم تحولت يده من يد امانة الى يد ضمان ويتحمل عند اذ المدين بالتسليم تبعت الهلاك غير ان للاعذار وظيفة عكسية تتحول من خلالها يد المدين من يد ضمان الى يد امانة

.....

(١)د.رعد عداي حسين،دور المتضرر في تخفيف الضرر في نطاق المسؤولية المدنية دراسة مقارنه منشورات الحلبي ٢٠١٧ . ص ٢٥٠

(٢)د.عصمت عبد المجيد بكر، تنفيذ الالتزام في القوانين المدنية العربية ،ط١ ،منشورات زين الحقوقية ،بيروت ٢٠١٧ ص١٢٦

(٣)د.رمضان ابو السعود ، احكام الالتزام ،دار الجامعية الجديدة ،مصر ٢٠٠٤ ص ٧٧

(٤) د.عبد الحق صافي ، القانون المدني ، ط١ ج١ بلا دار نشر ٢٠٠٧

ثالثا/ العرض والايداع :

الوفاء هو الطريق الطبيعي لانقضاء الالتزام ولكن قد يرفض الدائن هذا الوفاء دون مصوغ قانوني لذلك وجدت فكرة العرض والايداع لتحقق العدالة التي تقضي ان لا يترك المدين تحت رحمة الدائن المتعنت في رفضه الوفاء أو اذا كانت هناك ظروف من شانها ان تجعل الوفاء للدائن مرهقا او متعذرا وقد نظم المشرع العراقي العرض والايداع في المواد (٢٧٧-٢٨٥) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) بسنة ١٩٩٦ المعدل النافذ كما نظمه القانون المدني في المواد(٣٨٥-٣٨٩)(١).

ويعرف العرض بانه ابداء المدين استعداده بتقديم الدين الى الدائن بواسطة الجهة المختصة خلال مدة محددة يبادر فيها الدائن الى استيفائه اما الايداع فيعرف بانه تسليم ماعرض المدين الوفاء به للدائن لدى الكاتب العدل او في صندوق المحكمه وذلك عند رفض الدائن تسلم ماتم عرضه عليه(٢).

ولكي ينتج العرض والايداع النتائج التي ينص عليها القانون هنالك اجراءات على المدين القيام بها.

وهذه الإجراءات تمر بثلاث مراحل فهي تبدء بانذار يوجه المدين للدائن بوجوب استيفاء حقه في مدة مناسبة يحددها في الانذار فاذا لم ينفع الانذار في حمل الدائن على استيفاء حقه انتقل المدين الى المرحلة الثانية وهي مرحلة العرض الحقيقي ويتم بإيداع الشيء في مكان معين والمرحلة الثالثة والاخيرة وهي حصول المدين على قبول الدائن للايداع او حصوله على حكم بصحته(٣).

.....

(٥) تقابلها (٣٣٤-٣٤٠) من القانون المدني المصري

(٦)د.عباس زبون العبودي، شرح احكام قانون المرافعات المدنية"دراسة مقارنة ومعززة بالتطبيقات القضائية ، ط١ ، دار السنهوري ، بغداد ، ٢٠١٥ ص٤١٥

(٧)د.عبد المجيد الحكيم الموجز ج٢ مصدر سابق ص٤٠٢

رابعاً / الاتفاق :

من خلال الاطلاع على مفهوم يد الضمان ومصادرها واحكامهايمكننا ان نعد الاتفاق سببا لتحول اليد من ضمان الى امانة وهو على صورتين

الصورة الاولى/في نطاق التعدي او العمل غير مشروع قد يتفق الطرفان الى تحول اليد من ضمان الى امانة ومثاله ان يتفق المالك مع الحائز سيئ النية او مع الغاصب على ان يبقى الشيء تحت يده على سبيل الامانة و لاي سبب يتفق عليه الطرفان فالاتفاق صحيح ويترتب عليه اثره وهو تحول اليد الى يد امانة بعد ان كانت يد ضمان

الصورة الثانيه/في نطاق الالتزامات العقدية قد اكون يد المتصرف يد ضمان ابتداء كيد البائع على المبيع قبل التسليم فيتفق المشتري مع البائع على ان يبقى المبيع لديه بوصفه وديعة او على سبيل الاجارة ونحو ذلك فيعد الاتفاق صحيحا ايضا وينتج اثره بتحول اليد الى يد امانة بعد ان كانت يد ضمان

ويمكن لنا ان نتلمس تطبيقا لهذه الصوره العلنيه في الماده(١/٥٤٠) من القانون المدني العراقي التي نص على انه (اذا اجر المشتري المبيع قبل قبضه الى بائعه او وهبه اياه او رهن له او تصرف له فيه اي تصرف اخر يستلزم القبض اعتبر المشتري قابضاً للمبيع).

الخاتمة

في ختام بحثنا توصلنا الى جملة من النتائج و بعض المقترحات :

النتائج

(١) ان المشرع العراقي قد اخذ بيد الامانة ويد الضمان من الفقه السلامي وبذلك فرق بين تحمل تبعة الالتزام عن تحمل تبعة الملك الذي لم يميز بينهما المشرع المصري.
(٢) نظم المشرع العراقي يد الامانة ويد الضمان في المواد (٤٣٦-٤٢٨-٩٥٠) كما اشار اليهما في كل نظام قانوني يتضمن وضع اليد على ملك والغصب...الخ.الغير كالعارية والوديعة والاجارة والوكالة والرهن الحيازي
(٣) لم يعتمد المشرع العراقي مذهبا واحدا من الفقة الاسلامي لاستنباط احكام يد الضمان ويد الامانة وان كانت مسايرته للمذهب الحنفي تغلب باقي المذاهب
(٤) نظم المشرع العراقي احكام يد الامانة يود الضمان تحت عنوان استحالة تنفيذ الالتزام على الرغم من اختلاف الموضوعين
(٥) ان تحول اليد يقصد يها تغيير صفتها وحالتها،فتتحول من صفة الامانة الى صفة الضمان وبالعكس
(٦) يد الامانة هي يد الحائز الذي يحوز الشيء لا بقصد تملكه،وانما باعتباره نائبا عن مالكه
(٧) يد الضمان تتحمل تبعة هلاك الشيء الذي تحت حيازة واضع اليد ايا كان سبب الهلاك او التلف

المقترحات

١-نقترح ع المشرع العراقي ان يبين من خلال التنظيم الجديد المقصود بيد الامانة ويد الضمان وعدم ترك الأمر للاجتهادات الفقهية و القضائية
٢-لابد من تناول هذه المسألة بصورة اكثر وضوحا ولاشارة اليها كثيرا ولا بد من بحث المسألة اكثر وزيادة الشروحات ع هذه المسألة

✨ المصادر ✨

الكتب الفقهية :

(١)احمد بن ادريس بن عبد الرحمن الصنهاجي المعروف بالقرافي ،الفروق ، ج ٢، دار احياء الكتب العربية المصري

(٢)احمد بن الشيخ محمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، دار القلم ، دمشق ، سوريا ، ط ٣

(٣)ابو بكر بن مسعود الكاساني ،بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، م الجمالية ، ١٣٢٨هـ ، ج ٥

(٤)بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي ، المنثور في القواعد الفقهية ، ج٢

(٥)جلال الدين عبد الرحمن السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج ٢

(٦)الشيخ زين الدين بن ابراهيم المعروف بأبن نجيم ، الاشباه و النظائر على مذهب ابي حنيفة النعمان ، دار الكتب العلمية ،بيروت ،لبنان

(٧)زين الدين بن علي العاملي (الشهيد الثاني) شرح اللمعة ، ج ٤، ط١، منشورات جامعة النجف الدينية

(٨)زين الدين علي العاملي ، مسالك الافهام ،ج٥،ط١، مؤسسة المعارف الاسلامية ، قم ،ايران

(٩)زين الدين عبد الرحمن بن احمد بن رجب الحمبلي ،القواعد

(١٠)شهاب الدين الحموي ، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر ،ج ٣، ط ١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان ، ١٩٨٥

(١١)عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي ، الاختيار في تعليل المختار ، دار المعرفة ، بيروت، ج ٣

(١٢)الشيخ علي الخفيف ، الضمان في الفقه الإسلامي ، ط ١٩٧١، القاهرة

(١٣)علي السيد عبد الحكيم الصافي ، الضمان في الفقه الإسلامي ، المجمع العالمي لتقريب بين المذاهب الإسلامية ، ط ٢٠١٠

(١٤)كمال الدين محمد المعروف بأبن الهمام ، شرح الفتح القدير ، م مصطفى محمد ، ج ٥

(١٥)محمد بن ابي العباس احمد بن شهاب الدين الرملي ، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ، ج ٥

(١٦)محمد بن احمد بن جزي الغرناطي ، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية ، م النهظة ، تونس ١٣٤٤هـ

(١٧)محمد بن محمد بن محمود ، العناية شرح الهداية ، ج ٧

(١٨)منصور بن يونس بن ادريس البهوتي ، كشاف القناع عن متن الاقناع ، ج ٥، انصار السنة المحمدية القاهرة ، ١٣٦٦هـ

الكتب القانونية :

١. د.رعد عداي حسين ، دور المتضرر في تخفيف الضرر في نطاق المسؤولية المدنية ، دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي ، ٢٠١٧
٢. د.رمضان ابو السعود ، احكام الالتزام ، دار الجامعية الجديدة ، مصر ، ٢٠٠٤
٣. عباس زبون العبودي ، شرح احكام قانون المرافعات المدنية ،دراسة مقارنة ومعززة لتطبيقات القضائية ، ط١ ، دار السنهوري ، بغداد
٤. د. عبد الحق صافي ، القانون المدني ، ط١، بلا دار نشر ، ٢٠٠٧
٥. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ط ، دار النهضة ط، ٢،١٩٦٤م ج ١
٦. د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، ج ٢،
عصمت عبد المجيد بكر ، تنفيذ الالتزام في القوانين المدنية العربية ، ط ١، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ٢٠١٧