

جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية -  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
قسم القانون الخاص

## نطاق الضمان في المسؤولية العقدية والفقه الإسلامي

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر  
تخصص: القانون الخاص الشامل

تحية إشراف الأستاذ:

- لفقيرى عبد الله

من إعداد الطالبتين:

- بوقاسم فتية

- شراط سميرة

### أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ: مدوري زايدى..... رئيسا

الأستاذ (ة): إقروفة زوييدة..... ممتحنة

الأستاذ: لفقيرى عبد الله..... مشرفا

السنة الجامعية 2014 - 2015

## إهداء

إلى من أوصى الله بالإحسان إليهما أي رمز الحنان، وأي رمز العطاء.

إلى جدتي الغالية.

إلى من ساعداني كثيراً أختي " ويسام " وأخي " ياسين " .

إلى بنات أعمامي " لامية، آسيا، كريمة وياسمين " .

إلى أبناء أعمامي " نعيم، ليزيد، زين الدين، محمد وعماد " .

إلى بنت خالتي " داليا " .

إلى أعمامي، عمّاتي، أخوالي وخالاتي.

إلى زميلتي " فتيحة " .

إلى من زودوني خير الزاد أساتذتي.

إلى من رافقوني رفقة الأخوة صديقاتي.

إلى كل من يعرفني من قريب وبعيد.

إلى من يسعى إلى جعل العلم طريقاً و منهاجاً للحياة وغاية لرفع الجزائر إلى

مصاف الأمم المتقدمة حضارة وأخلاقاً.

إلى كل من ناضل لإيصال فكرة أو رأي تمسك به دون أن يفرضه على

الآخرين.

إلى جميع هؤلاء أهدي هذا العمل المتواضع أملاً من الله العليّ القدير

أن أكون قد وفقت بالإسهام في البحث العلمي ولو بقدر قطرة من بحر.

سميرة.

## إهداء

إلى والدي الغالية أطل الله في عمرها التي أنارت أمام عيني  
شمعة الأمل.

إلى والدي العزيز الذي مازال قدوتي في الحياة.  
أهدي عملي هذا لهما رمزا للمحبة والوفاء واعترافا مني بفضلها عليا.  
إلى أخي العزيز وأخواتي الذين كانوا سندا لوقفهم بجانبني  
طوال مشواري الدراسي.

إلى كل الأهل والأصدقاء مع خالص المحبة.  
إلى زميلتي سميرة.

إلى كل أساتذتي من دون استثناء مع خالص الشكر والتقدير.  
إلى كل من مدّ لنا يد العون والمساعدة في انجاز هذا العمل المتواضع.  
إلى كل هؤلاء أهدي هذا العمل المتواضع أملا من الله عزّ وجلّ  
أن يجزيهم خيرا.

فتيحة.

# شكر وتقدير

نشكر الله عزّ وجلّ الذي أمدنا بالقوة والصبر طيلة إعدادنا لهذه المذكرة. ونتوجه بالشكر والتقدير للأستاذ الفاضل "لفقيري عبد الله"، الذي تفضل بقبول الإشراف على مذكرتنا، ولم يخل بوقته وتوجيهاته وبنصائحه وارشاداته. فنسأل الله عزّ وجلّ أن يثبته ويتقبل منه وأن يرفع درجته في الدنيا والآخرة.

كما نتقدم بالشكر للسادة الأفاضل أعضاء اللجنة الموقرين لما يسدونه من مقترحات قيّمة تهدف إلى تصويبها والارتقاء بها. كما نتوجه بالشكر إلى كل من ساعدنا في انجاز هذا العمل، فنسأل الله عزّ وجلّ أن يزيد من فضله وأن يجزي الجميع بالأجر والثواب.

سميرة

فتيحة

## قائمة المختصرات

ج: جزء.

ج. ر: الجريدة الرسمية.

د. ب. ن: دون بلد النشر.

د. ت. م: دون تاريخ المناقشة.

د. د. ن: دون دار النشر.

د. س. ن: دون سنة النشر.

د. م. ج: ديوان المطبوعات الجامعية.

ص: صفحة.

ط: طبعة.

ق م ج: القانون المدني الجزائري.

# مقدمة

## مقدمة

يتمتع كل فرد بحقوق، كما عليه التزامات ينفذها وذلك هو الأصل وفقا لما ينظمه ويجيزه التشريع الوضعي والإسلامي، فهذين الأخيرين لم يتركا الإنسان حرا في تصرفاته بحيث يؤدي الغير ويضره وإنما نظما سلوكه وعلاقته مع الغير، بقواعد قانونية ملزمة، وبما أن الشريعة الإسلامية قامت على مبدأ العدالة فقد أوجدت فكرة التضمين أو ما يسمى اليوم بفكرة المسؤولية<sup>(1)</sup>.

وعليه عرفت المسؤولية المدنية تطورات مختلفة، حيث ظهرت في أول الكيانات البشرية وفي أولى صورة لها إلى حين وجودها كمنظرة قانونية مستقلة قائمة بذاتها، وهذه المرحلة تمتد من المجتمع البدائي إلى القانون الفرنسي القديم، فقد عرفت فترتين أساسيتين، الفترة الأولى امتدت إلى بداية العهد الروماني حيث كانت العبرة بالتأثر ومن ثم كانت المسؤولية المدنية مختلطة بالمسؤولية الجنائية، والفترة الثانية هي فترة القانون الفرنسي القديم والذي قام بفصل المسؤولية المدنية عن المسؤولية الجنائية، بوضع نظرية عامة للمسؤولية المدنية لأول مرة، وذلك في بداية القرن التاسع عشر ميلادي من خلال التقنين المدني الفرنسي<sup>(2)</sup>.

وتعد المسؤولية المدنية من المواضيع المهمة التي تناولها الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، والتي كانت ومازالت تستمر على قمة المسائل والموضوعات القانونية الجذرية بالبحث والدراسة، لهذا أصبحت المحور الأساسي التي تدور حوله معظم القضايا اليوم، حتى باتت تشغل مركز القلب في القانون المدني والشغل الشاغل في المحاكم والمحامين، وقد وصفها الأستاذ جوسران بأنها أصبحت محور القانون المدني وبالتالي محور القانون بأكمله<sup>(3)</sup>.

<sup>1</sup> محمود جلال حمزة، العمل غير المشروع باعتباره مصدرا للالتزام، القواعد العامة- القواعد الخاصة، دراسة مقارنة بين القانون المدني السوري والقانون المدني الجزائري والقانون المدني الفرنسي، د. م. ج، الجزائر، 1405هـ/ 1985م، ص. 44.

<sup>2</sup> فيلال علي، الالتزامات، العمل المستحق للتعويض، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2002، ص ص. 25، 31.

<sup>3</sup> تامر محمد الدمياطي، التضامن في المسؤولية القائمة على الخطأ المفترض، دراسة مقارنة، دكتوراه في القانون المدني، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، القاهرة، 1432هـ/2011م، ص. 1.

من خلال ما سبق تعرف المسؤولية المدنية بأنها: التزام الشخص بالتعويض عن الضرر الناشئ عن الإخلال بالتزام عقدي أو قانوني، أي يمكن أن يقع الفعل الضار عمداً أو مجرد إهمال سببه فعل شخصي أو بفعل الغير، وعلى هذا الأساس فإن هذه المسؤولية ترمي إلى إصلاح الضرر الذي لحق بالمضرور، وذلك بتقديم تعويض مالي<sup>(1)</sup>.

وكلمة المسؤولية لم ترد بهذا اللفظ في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، بل جاءت بمعاني كثيرة، حيث قال الله تعالى: « يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَخُونُوا اللَّهَ وَالرَّسُولَ وَتَخُونُوا أَمَانَاتِكُمْ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ »<sup>(2)</sup>، وكذا قول رسول الله ﷺ: « كُلُّكُمْ رَاعٍ وَكُلُّ رَاعٍ مَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ »<sup>(3)</sup>.

والمسؤولية في هذا الصدد تنقسم الى قسمين: المسؤولية التعاقدية والمسؤولية التقصيرية، فالأولى هي التي تترتب عن عدم تنفيذ الالتزام الناشئ عن العقد على الوجه المتفق عليه<sup>(4)</sup>، ومثال ذلك مسؤولية البائع الذي يتصرف في الشيء المبيع بعد البيع، مع عدم قيامه بنقل ملكية الشيء المبيع، ومثاله أيضاً مسؤولية المقاول والمهندس المعماري والمقاول من الباطن عن التأخر في تشييد البناء الذي تعهد ببنائه بمقتضى عقد المقاولة، والثانية فهي التي تنشأ عن الإخلال بالتزام فرضه القانون<sup>(5)</sup>، وذلك بالتعويض عن الضرر الذي ينشأ دون وجود علاقة عقدية بين المسئول عن هذا الضرر وبين المضرور، أي ينشأ على عاتق الشخص بسبب الأفعال التي صدرت عنه وأحدثت ضرراً للغير، كما قد تنشأ على عاتقه أيضاً نتيجة الأضرار التي يحدثها حيوان أو شيء يتولى حراسته، وقد تنشأ أيضاً من جراء الأضرار التي تحصل من فعل أشخاص آخرين يخضعون لرقابته وتوجيهه، وبما أن المسؤولية المدنية عبارة عن التزام بالتعويض، فإن هذا الأخير يضمنه المتسبب في الضرر<sup>(6)</sup>.

<sup>1</sup> - فيلالي علي، المرجع السابق، ص. 13.

<sup>2</sup> - سورة الأنفال المدنية، ترتيبها 8، الآية 27 من 75، الحزب 18 من الجزء 9، برواية حفص.

<sup>3</sup> - أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري، صحيح البخاري، كتاب العتق، باب العبد راع في مال سيده، رقم الحديث، 2278، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، 1428هـ/2007م، ص. 292.

<sup>4</sup> - وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، ط 8، دار الفكر، دمشق - سوريا، 1429هـ/2008م، ص. 234.

<sup>5</sup> - محمود جلال حمزة، المرجع السابق، ص. 20.

<sup>6</sup> - بوكرازة أحمد، المسؤولية المدنية للناصر، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 1، 2013-2014، ص. 5.



فالضمان إذًا هو أثر من الآثار التي يترتبها الشرع على التصرفات الشرعية بوجه عام، والذي ينشأ عن عقد أم عن وضع يد فقط، كما في الغصب وإتلاف المال، أو كل شيء قابل للبيع والشراء الذي يقبل المعاوضة هذا من جانب موضوعات الضمان. وقد يقع الضمان على الأمانات التي تحصل علي يد المؤتمن برضى صاحبها أو بدون رضا صاحبها، فالأولى يجب أدائها بعد المطالبة بها، مثل الودائع عند الحنفية والمالكية، كذلك الهبات والعين المؤجرة، أما الثانية يجب المبادرة إلى ردها مع العلم بمستحققاتها والتمكن منه ولا يجوز التأخير مثل المودع والمرهون<sup>(1)</sup>.

وعليه فإن للضمان أهمية في المسؤولية المدنية وبالتحديد في المسؤولية العقدية التي هي محور بحثنا في هذه المذكرة، فهو يخضع لقواعد يحتاج المرء للاعتماد عليها لضبط أحكام مسائله ووقائع التعديلات والأخطار المتكررة في الحياة اليومية التي من شأنها أن تثير المشكلات المالية للتعويض عن الأضرار في المسؤولية العقدية التي تقوم على الإخلال بالتزام عقدي يختلف باختلاف ما اشتمل عليه العقد من التزامات<sup>(2)</sup>، ويتحقق الضمان في المسؤولية العقدية في حالة عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه كالاتزام بالتسليم، أو بضممان سلامة الشيء المعقود عليه، سواء كان عدم التنفيذ عن عمد أو إهمال.

من خلال ما سبق سنحاول دراسة موضوع الضمان ونطاقه في المسؤولية العقدية والفقهاء الإسلامي وبالتحديد الضمان في عقدي البيع والمقاوله، وعليه ستكون دراستنا لهذا الموضوع من خلال طرح هذه الإشكالية:

إلى أي مدى يمكن تفعيل ايجابية الضمان في المسؤولية العقدية والفقهاء الإسلامي؟

وللإجابة على هذه الإشكالية يتعين دراسة الإطار القانوني والشرعي للضمان (فصل أول)، وكذا دراسة نظام الضمان في المسؤولية العقدية والفقهاء الإسلامي (فصل ثان).

<sup>1</sup> - وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجناائية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ص. 111-113.

<sup>2</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، نظرية الالتزام، مصادر الالتزام بوجه عام، ط 3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، 2000، ص. 847.

## الفصل الأول

# الإطار القانوني والشرعي للضمان

## الفصل الأول

### الإطار<sup>(1)</sup> القانوني والشرعي للضمان

يستخدم مصطلح الضمان في الفقه الغربي بشكل واسع للدلالة على المسؤولية المدنية بالمعنى الذي استعمل فيه الفقهاء المسلمين هذه التسمية، ثم بدأ هذا المصطلح يضيق تدريجياً في الفقه الغربي.

وسبب استخدام الفقهاء المسلمون مصطلح الضمان، لأنه التسمية الأدق لتعلقه بالناحية المالية، في حين أن المسؤولية تبرز فيه ناحية محاسبة الشخص من الناحية الجزائية لا من الناحية المالية<sup>(2)</sup>.

ويشمل معنى الضمان في تحديد النقاط الأساسية التي يتم دراستها فيما يلي:

المبحث الأول: ماهية الضمان.

المبحث الثاني: أحكام الضمان.

<sup>1</sup> - معنى الإطار: الحدود والمعايير التي تضبط المصطلح شرعاً وقانوناً.

<sup>2</sup> - صاحب عبيد الفتلاوي، ضمان العيوب وتخلف المواصفات في عقود البيع، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن،

1417هـ/1997م، ص. 31.

## المبحث الأول

### ماهية الضمان

يعتبر مصطلح الضمان هو الأكثر شيوعاً في كتب الفقه الإسلامي رغم تعدد تعريفاته عند الفقهاء، على عكس فقهاء القانون الذين اعتبروا الضمان عبارة عن مسئولية مدنية التي تهدف إلى الحصول على التعويض للمضرور<sup>(1)</sup>.

تقتصر الدراسة في هذا المبحث على التعريف بالضمان (مطلب أول)، وتحديد شكليات تحقيق الضمان (مطلب ثان).

### المطلب الأول

#### التعريف بالضمان

إن تعريف الضمان في الفقه الإسلامي أكثر شمولاً من تعريفه في القانون المدني لما يتسم من دقة ووضوح ودلالة. وسوف نرى معنى الضمان في الفرع الأول، ومشروعية الضمان في الفرع الثاني.

### الفرع الأول

#### معنى الضمان

لتحديد معنى الضمان تقتضي منا المنهجية أن نحدد المعنى اللغوي والاصطلاحي مع الإشارة إلى النظرة الفقهية للضمان.

<sup>1</sup> جمال مهدي محمود الأكنشة، مسئولية الآباء المدنية عن الأبناء القصر، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، رسالة لنيل درجة العالمية "دكتوراه" في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، طنطا، جامعة الأزهر مصر، 2002/1423، ص. 11.

**أولاً : التعريف اللغوي للضمان**

يطلق الضمان في اللغة على عدة معاني منها:

**(1) الضمان بمعنى الالتزام:**

ضمان المال لغة، أي التزامه، يقال: ضمنت المال وبالمال ضمانا، فأنا ضامن وضمين: أي التزمته، وضمنتَه المال: ألزمتَه<sup>(1)</sup>.  
ويقال أيضا ضمن الشيء، أي جزم بصلاحيته وخلوه مما يعيبه<sup>(2)</sup>.

**(2) الضمان بمعنى الكفالة:**

يقال ضمن الشيء بالكسر ضمانا: أي كفل به فهو ضامن وضمين إياه: كفله.

**(3) الضمان بمعنى الغرامة:**

ضمنه الشيء تضمينا وتضمينه مثل غرمه، وضمنت الشيء: أضمنه ضمانا فأنا ضامن وهو مضمون وضمنت الشيء تضمينا وتضمنه عنى مثل غرمته<sup>(3)</sup>.

**ثانيا : التعريف الاصطلاحي للضمان**

إن الضمان عبارة عن رد مثل الهالك إن كان مثليا أو قيمته إذا كان قيميا<sup>(4)</sup>. ويستعمل هذا اللفظ في معنيين: الكفالة والتغريم (التعويض).

**(1) الضمان بمعنى الكفالة:**

لقد وردت عبارة كفالة بألفاظ عدة، ذلك في الكتاب والسنة وعند بعض الفقهاء.

<sup>1</sup> - وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص. 14.

<sup>2</sup> - الخفيف علي، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، مصر، 2000، ص. 7.

<sup>3</sup> - جمال مهدي محمود الأكنشة، المرجع السابق، ص ص. 11-12.

<sup>4</sup> - محمد عميم الإحسان المجددي البركتي، التعريفات الفقهية، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003، ص. 134.

## أ- في الكتاب والسنة:

وردت الكفالة بلفظ زعيم وذلك في قوله تعالى: «...وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلٌ بِعِيبٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ»<sup>(1)</sup>، إن كلمة زعيم الواردة في هذه الآية مرادفة لكلمة الكفيل والضمين<sup>(2)</sup>، والدليل على ذلك ما جاء في حديث رسول الله ﷺ، عن جابر بن عبد الله «كَانَ النَّبِيُّ ﷺ لَا يُصَلِّيَ عَلَيَّ رَجُلٌ مَاتَ عَلَيْهِ دَيْنٌ، فَأَتَيْتُ بِمَيْتٍ فَسَأَلَ: عَلَيْهِ دَيْنٌ؟ قَالُوا نَعَمْ، دِينَارَانِ. قَالَ: صَلُّوا عَلَيَّ صَاحِبِكُمْ. فَقَالَ أَبُو قَتَادَةَ: هُمَا عَلَيَّ يَا رَسُولَ اللَّهِ، فَصَلَّى عَلَيْهِ، فَلَمَّا فَتَحَ اللَّهُ عَلَيَّ رَسُولِهِ قَالَ: أَنَا أَوْلَى بِكُلِّ مُؤْمِنٍ مِنْ نَفْسِهِ، فَمَنْ تَرَكَ دَيْنًا فَعَلَيَّْ، وَمَنْ تَرَكَ مَالًا فَلِوَرَثَتِهِ»<sup>(3)</sup>.

## ب- عند الفقهاء :

للضمان معاني مختلفة و متعددة ذكرت على لسان الفقهاء.

فقد عرف الفقه المالكي الضمان بأنه: « شغل ذمة أخرى بالحق »<sup>(4)</sup>.

كما عرفه الفقه الشافعي بأنه: « التزام ما في ذمة الغير من المال »<sup>(5)</sup>.

أما الفقه الحنبلي فقد فرق بين الضمان والكفالة في التعريف، حيث اعتبر الضمان هو ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام دينه، أما الكفالة فتعني الالتزام بإحضار من عليه الدين فلم يحضره لزمه ما عليه، فإن مات يرد منه كفيله<sup>(6)</sup>.

<sup>1</sup> - سورة يوسف المكية، ترتيبها 12، الآية 72 من 111 آية، الحزب 24 من الجزء 19، برواية حفص.

<sup>2</sup> - بوكرزاة أحمد، المرجع السابق، ص.6.

<sup>3</sup> - مجد الدين عبد السلام بن تيمية، منتقى الأخبار في أحاديث الأحكام، ج 2، كتاب الحوالة والضمان باب ضمان دين الميت المفلس، رقم الحديث 4، المكتبة العصرية للطباعة والنشر، بيروت، 1421هـ/2000م، ص.39.

<sup>4</sup> - بهرام بن عبد الله بن عبد العزيز الدميري، الشامل في فقه الإمام مالك، ج 2، مركز نجيبوية للطباعة والنشر والدراسات، مصر، 1429هـ/2008م، ص.682.

<sup>5</sup> - أبو حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي، الوجيز في الفقه الإمام الشافعي، ج 1، دار الأرقم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت- لبنان، 1418هـ/1997م، ص.353.

<sup>6</sup> - موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المقنع في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني، ج 2، المطبعة السلفية- ومكتبتها، د.ب.ن، د.س.ن، ص ص. 112-118.

ونجد أن الفقه الحنفي ترجم مصطلح الضمان بكفالة، وتعني هذه الأخيرة أنها ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة، وقال أيضا أنها: عقد يوجب ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة بنفس أو دين أو عين عمل<sup>(1)</sup>.

وعند الظاهرية: الكفالة هي الضمان<sup>(2)</sup>، والحمالة<sup>(3)</sup>، والزعامة<sup>(4)</sup>، والقبالة<sup>(5)</sup>.

أما عند الزيدية: فالضمان هو تقرير الدين في ذمة الضامن حتى يصير مطالبا مع الأصيل.

وعند الإباضية: فالضمان هو الحمالة وتسمى الكفالة، والضمانة<sup>(6)</sup>، والزعامة، والقبالة.

## 2) الضمان بمعنى التغيريم: (التعويض)

هناك عدة تعاريف وردت على لسان الفقهاء من بينها ما يلي:

أ- عرف الشيخ محمود شلتوت الضمان بأنه: « تضمين الإنسان عبارة عن الحكم عليه بتعويض الضرر الذي أصاب الغير من جهته »<sup>(7)</sup>.

ب- عرفه الدكتور مصطفى أحمد الزرقاء بقوله: « الضمان هو التزام بتعويض مالي عن ضرر للغير »<sup>(8)</sup>.

<sup>1</sup> - أبو الحسن أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر القُدوري الحنفي البغدادي، مختصر القُدوري في الفقه الحنفي، دار الكتب العلمية، لبنان، 1418هـ/1997م، ص. 118.

<sup>2</sup> - جمال مهدي محمود الأَكْثَة، المرجع السابق، ص. 17.

<sup>3</sup> - الحَمَالَة جمعها الحمل: حامل الأحمال، وهي حَمَالَة. " حَمَالَة الحَطْب ": النَمَامَة. كما جاء في سورة المسد عند أم جميل زوجة أبو لهب: قال الله تعالى: « حَمَالَة الحَطْبِ ».

<sup>4</sup> - الزَعَامَة: المال الذي أكثره من ميراث كالشرف.

<sup>5</sup> - القَبَالَة: اسم لما يلزمه الإنسان من دين وعمل وغيرهما.

<sup>6</sup> - الضَمَانَة: وثيقة يضمن بها البائع خلو البيع من العيوب وبقائه صالحا للاستعمال مدة معينة.

<sup>7</sup> - جمال مهدي محمود الأَكْثَة، المرجع السابق، ص. 19.

<sup>8</sup> - مصطفى أحمد الزرقاء، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، المدخل الفقهي العام، ج 2، ط 2، دار القلم، دمشق،

1425هـ/2004م، ص. 1035.

ج - عرف الدكتور وهبة الزحيلي الضمان على أنه: « الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال أو ضياع المنافع، أو عن الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية »<sup>(1)</sup>.

## الفرع الثاني

### مشروعية الضمان

نظرا للإعتداءات التي يتعرض لها الناس على أموالهم، وأنفسهم، وعرضهم يتطلب أن تكون هناك وسيلة لقمعها، لتحقيق المحافظة وصيانة الحقوق، بعيدا عن الأضرار التي قد تصيبهم من طرف الغير، وسيؤدي الى الإنقاص من الانتفاع لهذه الحقوق، لذلك وضعت الشريعة الإسلامية وكذا المشرع مبدأ التضمين.

### أولا: مشروعية الضمان في القانون المدني

يعتبر مصطلح الضمان مصطلحا قديما في علم القانون، وما يفسر ذلك أن الإنسان كان ولا يزال دائما يبحث عن ما يضمن حقه في تعاقد مع الغير، وضرورة وجود الضمان وحده لا يفي بالمطلوب دون وجود الالتزام به، هذا الأخير الذي يحقق الشعور بالأمان والطمأنينة في التعامل. فبعدما كان الضمان بمفهومه الواسع لم يزل يحمل هذا المفهوم، وقد ضيق نطاقه تدريجيا، فبدأ يقصد منه ضمان العيوب الخفية وضمان الاستحقاق فقط، على أساس أحكام ذلك تنطوي تحت أصل واحد مرده القواعد العامة<sup>(2)</sup>.

### ثانيا: مشروعية الضمان في الشريعة الإسلامية

تظهر مشروعية الضمان في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، إضافة إلى إجماع الفقهاء.

<sup>1</sup> - وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص. 15.

<sup>2</sup> - حساني علي، الإطار القانوني للالتزام بالضمان في المنتوجات، دراسة مقارنة، رسالة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011/2012، ص. 45.



**(1) من الكتاب:**

قال الله تعالى: « فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ »<sup>(1)</sup>، وقال الله عز وجل: « وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا »<sup>(2)</sup>.

من خلال هذه الآيات نستنتج أنها دليل لشرعية الضمان، حيث أنه من اعتدى على غيره أو أتلف ماله فهو ضامن لتلك الأضرار.

**(2) في السنة:**

لقد وردت عدت أحاديث النبوية حول الضمان، فقد قال رسول الله ﷺ فيما رواه أحمد وابن داود وابن ماجه عن ابن عباس رضي الله عنهما: « لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ »<sup>(3)</sup>.

وعن أنس قال: « أهدت بعض زوجات النبي ﷺ إليه طعاماً في القِصْعَةِ، فَضَرَبَتْ عَائِشَةَ القِصْعَةَ بِيَدِهَا فَأَلْقَتْ مَا فِيهَا، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: طَعَامَ بَطْعَامٍ وَإِنَاءَ بِإِنَاءٍ »<sup>(4)</sup>.

**(3) الإجماع:**

لقد أجمع الفقهاء على مشروعية الضمان في حالة أخذ المال بدون وجه حق، أو عند إتلافه، وذلك حفاظاً على أموال وحقوق المسلمين<sup>(5)</sup>.

من خلال الآيات القرآنية والأحاديث النبوية الشريفة، إضافة إلى إجماع الفقهاء، فإن ذلك يدل على مشروعية مبدأ المسؤولية عن الضرر الذي يعتبر مبدأ أساسي في الإسلام<sup>(6)</sup>.

<sup>1</sup> - سورة البقرة المدنية، ترتيبها 2، الآية 194 من 286 آية، الحزب 1 من الجزء 1، برواية حفص.

<sup>2</sup> - سورة الشورى المكية، ترتيبها 42، الآية 40 من 53 آية، الحزب 49 من الجزء 25، برواية حفص.

<sup>3</sup> - أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، ج 2، كتاب الأحكام، باب من بنى فيه حق ما يضر بجاره، رقم الحديث 2340، دار البيان للتراث، د ب ن، د س ن، ص. 784.

<sup>4</sup> - الشيخ مجد الدين عبد السلام بن تيمية، المرجع السابق، ص. 70.

<sup>5</sup> - جمال مهدي محمود الأكنشة، المرجع السابق، ص. 27.

<sup>6</sup> - وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص. 17.

## المطلب الثاني

### شكليات تحقيق الضمان

من خلال التعريفات التي وردت بشأن الضمان يتضح لنا أن المعاملات المدنية تتخذ أحكام خاصة بها، لذلك يجب احترامها نظراً لأهميتها في حفظ أموال ومصالح الناس التي قد تتعرض للتلف من طرف الغير.

وبهذا الصدد فقد قامت الشريعة الإسلامية بعناية خاصة لهذه الأحكام، وقد أوجدت مبدأ الضمان الذي لا يتحقق إلا بتوفر الشروط والتي سنتطرق إليها في الفرع الأول والأركان في الفرع الثاني، كما سنبيين أقسامه في الفرع الثالث.

## الفرع الأول

### شروط الضمان

إن المعاملات اليومية تقتضي منا أن نضمنها إذا وقع الضرر، ولا يتحقق ذلك إلا بتوفر مجموعة من الشروط وهي :

#### أولاً: الأهلية

تتمثل أهلية المتعاقدين: في البلوغ، العقل، الإختيار، القصد، وعدم الحجر بسبب السفه<sup>(1)</sup>، أما الصبي والمجنون فإذا أتلفا مال الغير فإنهما يلتزمان بالضمان، فلا ضمان على وليهما.

#### ثانياً: أن يكون الشيء المتلف مالا

ويقصد بذلك لا ضمان لشيء غير المال، مثل إتلاف الميتة وجلدها، الدم، التراب العادي، الكلب، والسرجين النجس<sup>(2)</sup>.

<sup>1</sup> - آية الله العظمى السيد محمد التقي المدرسي، الوجيز في الفقه الاسلامي، عقود العين وعقود الضمان، د.د.ن، د.ب.ن، د.س.ن، ص.93.

<sup>2</sup> - السرجين: هو ما تدمل به الأرض، وقد سرجنها. انظر أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان اللسان، تهذيب لسان العرب، ج 1، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، 1413هـ/1993م، ص. 591.

## ثالثا : أن يكون متقوما بالنسبة للمتلف عليه

يقصد بالمتقوم كل ما يمكن الإنتفاع به شرعا، فلا يمكن الضمان إذا كان محل الإلتلاف غير مباح شرعا مثل: الخمر أو خنزير لمسلم سواء كان مسلما أو ذميا، أو الحشيشة والمخدرات والسجائر.

ف نجد عند المالكية والحنفية أنه إذا أتلف مسلم أو غيره مال لذمي من خمر وخنزير فإنه يضمنها نظرا لأهمية هذا المال وذات قيمة عند غير المسلمين، فقد روى عن عمر رضي الله عنه: إن أهل الذمة يمرون بالعاشر ومعهم الخمر، فكتب إليه عمر: ولهم ببيعها، وخذوا منهم عشر أثمانها فقد جعلها مالا مباحا، وبما أنها مال وجب ضمانها كأساس لأموالهم.

عكس الشافعية والحنابلة التي تقر بعدم ضمان الخمر والخنزير سواء كان متلفه مسلما أو ذميا لمسلم أو لذمي إذ لا قيمة لها لأن ما حرم الإنتفاع به لا يضمن بدل عنه بدليل أن الرسول ﷺ حرم بيعها وأمر بإرقتها<sup>(1)</sup>.

ف نجد أن تحريم بيعها ثابت بحديث جابر رضي الله عنه أنه سمع من الرسول ﷺ يقول في عام الفتح: « إِنَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ حَرَّمَ بَيْعَ الْخَمْرِ وَالْمَيْتَةِ وَالْخَنْزِيرِ وَالْأَصْنَامِ »<sup>(2)</sup>، وقال الله تعالى: « يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ »<sup>(3)</sup>.

كما نجد عند جمهور الفقهاء ما يوافق هذا الحديث، حيث لا ضمان في إلتلاف الأصنام والآلات للهو باعتبارها غير مباحة ولا قيمة لها<sup>(4)</sup>.

على عكس الحنفية والشافعية يرون أنها تضمن كونها خشبا منحوتا مثلا، لأن هذه الآلات كما تصلح للهو والفساد، تصلح للإنتفاع بها من وجه آخر.

<sup>1</sup> - وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 57-61.

<sup>2</sup> - أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، باب تحريم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام، رقم الحديث 1581، دار الأصاله للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص. 376.

<sup>3</sup> - سورة المائدة المدنية، ترتيبها 5، الآية 90 من 120 آية، الحزب 11 من الجزء 6، برواية حفص.

<sup>4</sup> - وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ص. 59.

لا ضمان بإتلاف الأموال المباحة الغير مملوكة لأحد لعدم إباحتها، وكما لا ضمان بتحريق كتب الفسق والضلال لاشتمالها على الكذب وإلحاقها ضررا كبيرا بعقيدة الأمة ووحدتها.

#### رابعاً: أن يكون التلف أو الضرر محققاً بشكل دائماً

بمعنى أن يكون الضرر قائماً بالفعل وفي حالة ما أعيد الشيء إلى حالته العادية فلا ضمان، كعلاج المرض أو نبتت سن الحيوان في المدة التي بقي فيها الشيء المغصوب في يد الغاصب، لأن النقص الحاصل عندما أزيل، أو السن لما نبتت ثانية، جعل الضرر كأنه لم يكن، ذلك أن الإنقاص من الشيء يؤدي إلى الإنقاص بالإنقاع<sup>(1)</sup>.

#### خامساً: التجيز

يعني ذلك ألا يكون الضمان معلق على شرط يجعل الضمان مردداً في التزامه، لأن العقد لا يحتمل التردد كالقول مثلاً: أنا ضامن لدين فلان إن رضي والدي.

فهذا القول لا ضمان فيه لأنه معلق على شرط، أما في حالة قول: أنا ضامن لدين فلان إن لم يف بدينه، هنا فيه ضمان كون هذا الشرط لا يؤثر في أصل التزام الضامن وتعهده.

#### سادساً: أن يكون الضمان معلوم التفاصيل

بمعنى أن يكون الدين المضمون محددًا، فلا يصح أن يضمن أحد بعض ديون الشخص بدون تحديده، إلى هذا يجب أن يكون المضمون عنه والمضمون له معينًا. حيث لا صحة في ضمان دين أحد المدينين، ولا صحة لضمان دين لأحد الأشخاص على مديون معين<sup>(2)</sup>.

#### سابعاً: أن يكون في إيجاب الضمان فائدة

يقصد بمعنى حالة وجود في التضمين فائدة فلا ضمان مما يؤدي إلى استحالة وصول صاحب الحق إلى حقه، حيث أنه لا ضمان على مسلم بإتلاف مال الحربي والعكس صحيح.

<sup>1</sup> - وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجناحية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 59-60.

<sup>2</sup> - آية الله العظمى السيد محمد التقي المدرسي، المرجع السابق، ص 93-94.

وعلى هذا الأساس فقد اشترط الفقهاء في الضمان أن يكون المال محترماً كما أضافت الشافعية على هذه الشروط أن تثبت اليد على المال، ومثال ذلك: لا يضمن المشتري مبيعاً تلف قبل القبض، كما لا ضمان في حالة الضرورة في حال الاضطرار مثل: تناول مال الغير بسبب الجوع.

ونجد أيضاً في حالة العلم بأن المال التالف مملوك للغير يستوجب الضمان والإثم الآخروي، ولكنه إذا حدث جهل فإنه يستوجب الضمان فقط دون الإثم<sup>(1)</sup>. ودليل ذلك قول الرسول ﷺ: « إِنْ لَمْ يَجَاوِزْ لِي عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأَ وَالنَّسْيَانَ وَمَا اسْتَكْرَهُوا عَلَيْهِ »<sup>(2)</sup>.

## الفرع الثاني

### أركان الضمان

يرتكز الضمان على ثلاثة أركان والمتمثلة في: التعدي، الضرر، والعلاقة بينهما.

#### أولاً: ركن التعدي

التعدي لغة هو تجاوز الحد في الحق والشيء<sup>(3)</sup>، أما شرعاً هو كل فعل محرم شرعاً سواء وقع الفعل على النفس أو على الأعراض أو المال أو غيرهم سواء وقع هذا الاعتداء بالقصد أو بسبب الإهمال أو التقصير<sup>(4)</sup>.

كما عرفه أيضاً الفقهاء أنه: الظلم والعدوان ومجاوزة حق. وعلى هذا، فالاعتداء هو واقعة مادية محضة تترتب عليها المسؤولية كلما حدثت، بغض النظر عن نوع أهلية الشخص المتعدي وقصده، ففي ضمان الأموال لا فرق بين العمد والخطأ، ولا بين الكبير والصغير<sup>(5)</sup>، أما في ضمان الأنفس فميز بين القتل العمد والقتل الخطأ ويقتص من الكبير

<sup>1</sup> - وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجناحية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ص. 61-62.

<sup>2</sup> - رواه ابن ماجه، ج 1، كتاب الطلاق، باب الطلاق المكره والناسي، رقم الحديث 2045، ص. 659.

<sup>3</sup> - فتحي عبد الرحيم عبد الله، دراسات في المسؤولية التقصيرية (نحو مسؤولية موضوعية)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005، ص. 31.

<sup>4</sup> - محمد أحمد سراج، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، دراسة فقهية مقارنة بأحكام المسؤولية في القانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة، 1990، ص. 316.

<sup>5</sup> - فتحي عبد الرحيم عبد الله، المرجع نفسه، ص. 31.

دون الصغير، ولا اختلاف في حكم الضمان بالتعدي سواء كان أمراً إيجابياً كالإحراق والإغراق والإتلاف، أم أمراً سلبياً كترك حفظ الوديعة فإنه موجب للضمان، إلى جانب هذا فلا فرق بين أن يكون التعدي مباشراً أو تسبباً مثل قطع الأشجار بدون وجه حق.

من خلال ما سبق يفهم من لفظ التعدي أنه عمل غير مباح ولا مأذون به شرعاً أو من صاحب الحق، أما إذا كان الفعل المأذون به شرعاً لا يكون الفعل مستوجب لضمان الفعل أو الألفس، عملاً بالقاعدة الفقهية "الجواز الشرعي ينافي الضمان"، لكن الإباحة مرتبطة بواجب شرعي أو قانوني الذي يتمثل في واجب الحيطة والتبصر، فإذا لم يرع هذا الواجب كان متعدياً لزمه الضمان<sup>(1)</sup>.

### ثانياً : الضرر

يتمثل الضمان في التعويض، ولا تعويض إلا بوجود الضرر الذي يعتبر ركن أساسي للضمان، وفي حالة عدم وجود الضرر يترتب عن ذلك عدم قيام المسؤولية وبالتالي انقضاء الضمان<sup>(2)</sup>.

يعتبر الضرر واقعة مادية، وهو ما يصيب الشخص في حق من حقوقه أو مصلحة من مصالحه المشروعة، وقد كان الضرر محط اهتمام الفقه الإسلامي منذ القدم<sup>(3)</sup>، ولقد كان حديث الرسول ﷺ: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ»<sup>(4)</sup> بمثابة الركيزة الأساسية التي انطلق منها الفقهاء حيث استنبطوا من هذا الحديث العديد من القواعد، كما جعلوا الضرر وحده مناط الضمان سواء ارتبط به خطأ أو لم يرتبط، وسواء كان الشخص مميزاً أو غير مميز<sup>(5)</sup>.

ويشمل الضرر كل من الضرر المادي والأدبي أو المعنوي، وسنبين ذلك على النحو الآتي:

<sup>1</sup> - وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص. 19-20.

<sup>2</sup> - مصطفى محمد جمال، القانون المدني في ثوبه الإسلامي، مصادر الالتزام، دار الفتح للطباعة والنشر، الأزاريطة، اسكندرية، 1996، ص. 583.

<sup>3</sup> - أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، دراسة في القانون المدني الأردني والمصري والفرنسي ومجلة الأحكام العدلية والفقه الإسلامي مع التطبيقات القضائية بمحكمتي النقض والتمييز، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص. 283.

<sup>4</sup> - رواه ابن ماجه، ج 2، كتاب الأحكام، باب من بنى فيه حق ما يضر بجاره، رقم الحديث 2340، ص. 784.

<sup>5</sup> - أمجد محمد منصور، المرجع نفسه، ص. 283.

**(1) الضرر المادي:**

الضرر المادي هو ما يصيب الشخص في جسمه أو في ماله<sup>(1)</sup>، وهذا الضرر يجب أن يكون محقق الوقوع أي وقوعه فعلا أو سيقع حتما.

ومثال ذلك موت المضرور أو عجزه عن العمل بصورة دائمة أو مؤقتة، ولكن لا يسأل الفاعل عن الضرر المحتمل، وهو ضرر غير محقق قد يقع وقد لا يقع، فلا يكون التعويض إلا إذا وقع فعلا<sup>(2)</sup>، وعلى هذا فالضرر يترتب عليه المساس بالحق المالي كالحقوق العينية أو الشخصية...، كما قد يترتب نتيجة المساس بحق غير مالي كالمساس بسلامة الجسم<sup>(3)</sup>.

**(1) الضرر الأدبي أو المعنوي:**

الضرر الأدبي هو ما يصيب المضرور في شعوره أو عاطفته أو كرامته أو شرفه<sup>(4)</sup>، أي أنه مساس بالناحية النفسية للإنسان دون أن يسبب له خسارة مالية<sup>(5)</sup>.

بالرجوع الى نص المادة 124 من ق م ج<sup>(6)</sup>، فإن المشرع الجزائري لم يفرق بين الضرر المادي والمعنوي، لكن في نص المادة 182 مكرر نصت عليه صراحة بنصها: « يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة »<sup>(7)</sup>.

أما الفقه الإسلامي فقد اتخذ موقفا صريحا من الضرر الأدبي أو المعنوي، حيث اعتبر الضرر هو كل ما يلحق الشخص في ماله أو عرضه أو شرفه كما في السب أو القذف أو الإهانة أو الآلام التي تصيب عاطفته. كما حرص على الحفاظ على الأموال، فمنع الاعتداء

<sup>1</sup> - بلحاج العربي، أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، ج 1، د. م. ج، الجزائر، 1996، ص. 70.  
<sup>2</sup> - الفار عبد القادر، مصادر الالتزام، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006، ص. 188.  
<sup>3</sup> - بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص. 70-71.  
<sup>4</sup> - الفار عبد القادر، المرجع نفسه، ص. 188.  
<sup>5</sup> - بوكريزة أحمد، المرجع السابق، ص. 109.  
<sup>6</sup> - المادة 124 من أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج. ر. ج. ج، عدد 78، بتاريخ 30 سبتمبر 1975.  
<sup>7</sup> - المادة 182 مكرر من أمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

المادي أو المعنوي، وأوجب على المعتدي ضمان فعله على النحو الذي يحقق الرضا والطمأنينة والاستقرار، ويحمي الحق والعدل والمنطق<sup>(1)</sup>.

### ثالثاً: العلاقة السببية بين التعدي والضرر.

تعتبر العلاقة السببية بين التعدي (الخطأ) والضرر ركن ثالث من أركان المسؤولية، كما تعتبر الأساس الثالث للضمان، وتعني هذه العلاقة علاقة مباشرة بين الخطأ الذي ارتكبه المسئول والضرر الذي أصاب المضرور<sup>(2)</sup>. ونذكر في هذا الشأن أن المادة 124 من ق م ج التي تنص على أنه: « كل عمل أي كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضرر للغير يلزم من كان سببا في حدوثه للتعويض »<sup>(3)</sup>. ومفاد ذلك أن وجود خطأ من جانب الشخص المراد مسألته وإلحاق ضرر بالمضرور لا يكفيان لقيام المسؤولية المدنية، بل لابد من وجود علاقة بين الخطأ والضرر<sup>(4)</sup>، حيث إذا كانت الصلة بين الفعل الضار وبين الضرر الذي وقع غير واضحة، بمعنى أن يكون الضرر غير منتظر حصوله من الفعل بحسب العادة والمألوف فلا ضمان<sup>(5)</sup>.

ولقد حدد الفقهاء هذه الرابطة بأن تكون إما على سبيل المباشرة أو السببية، فلا ضمان في غير ذلك<sup>(6)</sup>.

- يقصد بالمباشر استنادا لقاعدة الفقه الحنفي التي تقضي أن: « المباشر ضامن وإن لم يتعمد أو يعتمد »<sup>(7)</sup>، ومفاد هذه القاعدة أن الفعل أو التعدي هو الذي أدى مباشرة إلى الضرر فعليه الضمان وليس بشرط البحث عن كونه متعمدا أو لا<sup>(8)</sup>، لأن المباشرة في ذاتها

<sup>1</sup> - بلحاج العربي، أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، ج 1، المرجع السابق، ص. 77.

<sup>2</sup> - فيلالي علي، المرجع السابق، ص. 371.

<sup>3</sup> - المادة 124 من أمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

<sup>4</sup> - فيلالي علي، المرجع نفسه، ص. 371.

<sup>5</sup> - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المسؤولية المدنية بين التقيد والإطلاق، دار النهضة العربية، القاهرة، 1980، ص. 149.

<sup>6</sup> - وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجناحية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص. 26.

<sup>7</sup> - أمجد محمد منصور، المرجع السابق، ص. 263.

<sup>8</sup> - الخفيف علي، المرجع السابق، ص. 58.



علة مستقلة للإتلاف، وبعبارة أخرى فالمباشرة هي أن يتصل فعل الإنسان بغيره ويحدث منه التلف كما لو جرح إنسان<sup>(1)</sup>.

وقد وضع فقهاء الشريعة الإسلامية تعريفات للمباشرة، حيث نجد عند الحنفية أن: «المباشر من يلي الأمر بنفسه»، والشافعية عرفته أنه: «ما يؤثر في الهلاك ويحصله»، أما المالكية ترى أنه: «ما يقال عادة حصل الهلاك به من غير توسط»، وأما الحنابلة فلم يقدموا تعريفاً للمباشرة بل وضعوا له أمثلة تدل على معناها.

من خلال هذه التعاريف يتبين أن فقهاء الشريعة الإسلامية فقد ارتكزوا في إظهار علاقة السببية بين الفعل الذي يحدث من المباشر وبين النتيجة.

- أما التسبب فيعني كما جاء في مجلة الأحكام العدلية أنه: «إحداث في شيء يفضى إلى تلف شيء آخر على جري العادة ويقال لفاعله متسبب»<sup>(2)</sup>.

كما يرى الشافعية أن التسبب هو: «ما يؤثر في الهلاك ولا يحصله». أما المالكية يرى أن التسبب هو ما يحصل الهلاك عنه بعلة أخرى إذا كان التسبب هو المفضي لوقوع الفعل بتلك العلة، فالتسبب قد يكون عمداً أو إهمالاً أو تقصيراً<sup>(3)</sup>.

إذا كان الضرر قد نشأ بطريق التسبب فلا ضمان على من أحدث الفعل المتسبب، أي الفعل الأول الذي لم يترتب عليه الضرر مباشرة إذا لم يكن متعدياً فيه، أما إذا كان محدث الفعل الأول متعدياً فيه فإنه يضمن إذا لم يكن الفعل الفاصل بينه وبين الضرر.

وإذا اجتمع المباشر والمتسبب فإن الضمان على المباشر، ولكن إذا قام شخص بحفر بئر في ملكه فتردى فيها حيوان فتلف لم يضمن، لأن التلف حدث بطريق التسبب، أما إذا حفره في طريق عام فتردى فيها حيوان فتلف ضمن قيمته، لأنه كان متعدياً في حفره وإن كان الضرر قد حدث بطريق التسبب<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup> - وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجناحية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص. 26.

<sup>2</sup> - أمجد محمد منصور، المرجع السابق، ص ص. 266-267.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص ص. 67-68.

<sup>4</sup> - الخفيف علي، المرجع السابق، ص ص. 59-60.

## الفرع الثالث

### أقسام الضمان

بما أن الضمان يعتبر تعويض عن الأضرار التي قد تصيب نفس أو مال الشخص، فإن للضمان تقسيمات مختلفة أهمها ضمان النفس وضمان المال.

#### أولاً: ضمان النفس

يقصد بضمان النفس الدية في قتل الخطأ، أو في القتل العمد إذا حدث عفو أو الصلح عن القصاص.

نجد اختلاف الفقهاء حول ضمان النفس، فمثلاً إذا ضرب الوالي متهماً أو ضرب الأب ابنه للتأديب المشروع، أو ضرب الولي أو الوصي الصبي اليتيم إلى غير ذلك من الحالات. قول أبوحنيفة والشافعي: إنه يجب ضمان الدية في هذه الحالات لأن المقصود هو التأديب والزجر، لا الهلاك.

أما المالكية والحنابلة والصاحبان من الحنفية: ترى أنه لا ضمان في هذه الحالات ما لم يكن هناك إسراف أو زيادة على ما يحقق المقصود أو يتجاوز المعتاد، لأن التأديب فعل مشروع للردع والزجر، فلا يضمن التالف به كما هو الحال عند تطبيق الحدود الشرعية المقدرة<sup>(1)</sup>، كما يتغير الحكم إذا ثبتت نية الإنتقام لدى الشخص المؤدب.

#### ثانياً: ضمان المال

يعرف ضمان المال بالتعويض المالي عن الضرر اللاحق بالغير، ويكون بقدر الضرر أو التعدي الحاصل، وبالتالي له عدة تقسيمات منها:

#### 1) تقسيم ضمان المال من حيث مقداره:

فهناك ضمان كلي والذي يعتبر التزام بدفع قيمة الشيء المتلف، أما الضمان الجزئي هو الالتزام بدفع النقصان اليسير في المغصوب أو في الإتلاف الجزئي<sup>(2)</sup>.

<sup>1</sup> - وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجناحية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 326-327.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 131.

**(2) تقسيم ضمان المال من حيث تقديره شرعا:**

ينقسم ضمان المال من حيث تقديره شرعا إلى: مضبوط وهو ما حدد من مقدار المال المتلف شرعا، إما لحق الله أو لحق شخص آخر مثل إتلاف الصيد البري في حرم مكة أو أثناء الإحرام بالحج والعمرة<sup>(1)</sup> لقول الله تعالى: « أَحَلَّ لَكُمْ صَيْدَ الْبَحْرِ وَطَعَامَهُ مَتَاعًا لَكُمْ وَلِلسَّيَارَةِ وَحَرَّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدَ الْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرَمًا وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي إِلَيْهِ تُحْشَرُونَ ». <sup>(2)</sup> أما الضمان غير المضبوط، فهو التعويض غير المقدر شرعا وإنما ترك الأمر أو السلطة التقديرية لاجتهاد الأئمة والقضاة.

**(3) تقسيم ضمان المال من حيث استقراره وتحويله:****أ- الضمان المستقر**

هو التزام الشخص بالتعويض عن فعل شخصي دون حق الرجوع بما يدفعه على أحد.

**ب- الضمان المتحول**

هو إعطاء للضامن الحق في الرجوع بما ضمنه على شخص آخر، لأن الأصل مسائلة كل شخص عن فعله، إلا أنه يستثنى من هذا الأصل حالة وجود تعدي بسبب إهمال بالمحافظة على أمتعة الأجير مثلا<sup>(3)</sup>.

<sup>1</sup> وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجناحية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ص. 131، 135.

<sup>2</sup> - سورة المائدة المدنية، ترتيبها 5، الآية 96 من 120 آية، الحزب 11 من الجزء 6، برواية حفص.

<sup>3</sup> - وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ص ص. 137-138.

## المبحث الثاني

### أحكام الضمان

يعتبر الضمان ركيزة أساسية لإنشاء الالتزامات التي تقع على عاتق المتعاقدين. وعلى هذا فلا وجود للضمان إلا بتوفر مجموعة من الدوافع لقيامه، فهذه الأخيرة تؤدي إلى ترتيب آثار ناتجة عن الإخلال في الالتزام.

### المطلب الأول

#### أسباب الضمان

إن الضمان عند الفقهاء لا ينشأ إلا من وراء مجموعة من الأسباب رغم اختلاف آراءهم واجتهاداتهم لتحديدها، وتتمثل عموماً هذه الأسباب في: وجود العقد، وضع اليد، وإتلاف الشيء.

### الفرع الأول

#### وجود العقد

الضمان لا يتحقق إلا بوجود عقد، ويعني هذا الأخير أن محل العقد يدخل في ضمان عاقده والذي يتوقف على وجود شروط منصوص عليها في العقد، فإذا أخل أحد المتعاقدين بما يتطلبه الشرط، فإنه يعد ضامناً في هذه الحالة نظراً لطبيعة العقد التي تقضي سلامة المعقود عليه من العيب والاستحقاق لغير صاحبه<sup>(1)</sup>. وعليه فـضمان العقد لا يتأثر إلا في عقود المعاوضة التي ترتب التزامات متقابلة على عاقيها<sup>(2)</sup>.

<sup>1</sup> - جمال مهدي محمود الأكنشة، المرجع السابق، ص. 30.

<sup>2</sup> - أبو العيال أيمن، فكرة ضمان العقد في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة دمشق، المجلد 19، العدد الثاني، 2003، ص. 88.

والأصل في الوفاء بالعقود وعدم الإخلال بمقتضاها ودليل ذلك قول الله تعالى: « يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ »<sup>(1)</sup>. كما نجد قول الرسول ﷺ: « الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرْطًا حَرَمَ حَلَالًا وَأَحَلَّ حَرَامًا »<sup>(2)</sup>. ويقصد بهذا الحديث أنه متى أمكن مراعاة الشرط وتحققت فائدة وجب اعتباره، وكان الإخلال به موجبا للضمان<sup>(3)</sup>.

## الفرع الثاني

### وضع اليد

يقصد بوضع اليد الضمان الذي يترتب على وجود الشيء في يد غير المالك، فإذا كانت اليد أمينة وهلك الشيء بسبب لا يد لصاحب اليد فيه سواء بدون تعدي أو تقصير، فلا ضمان في هذه الحالة. أما إذا كان السبب في هلاك الشيء راجع الى تقصير أو تعدي منه، فإنه يضمن المال التالف<sup>(4)</sup> ويراعي في هذه الحالة قيمة المال التالف إذا كان قيميا، وأداء مثله إذا كان مثليا<sup>(5)</sup>.

إلا أنه إذا كان بفعل أجنبي فقرار الضمان عليه، وإن كان بفعل المالك ذاته فعليه ضمانه ولا شيء على صاحب اليد.

ويد الضمان هي كل يد لا تستند إلى إذن شرعي سواء كان من المالك أم من الشرع، كما يمكن أن تستند الى إذن شرعي وذلك بتضمين صاحبها، ومن ثم تكون يد الأمانة هي ما كانت ولاية شرعية<sup>(6)</sup>.

<sup>1</sup> - سورة المائدة المدنية، ترتيبها 5، الآية 1 من 120 آية، الحزب 11 من الجزء 6، برواية حفص.

<sup>2</sup> - أبو داوود سليمان بن الأشعث السجستاني الأردني، سنن أبي داوود، باب الصلح، رقم الحديث 3594، دار ابن حزم، بيروت- لبنان، 1419هـ/1998م، ص. 553.

<sup>3</sup> - جمال مهدي محمود الأكنشة، المرجع السابق، ص. 31.

<sup>4</sup> - بوكرززة أحمد، المرجع السابق، ص. 17.

<sup>5</sup> - الخفيف علي، المرجع السابق، ص. 19.

<sup>6</sup> - أبو العيال أيمن، المرجع السابق، ص. 89.

والأصل في ضمان وضع اليد ما روى عن النبي ﷺ: « عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَ »<sup>(1)</sup>. ويقصد بهذا الحديث أن من وضع يده على مال غيره بسرقة أو غصب أو إجارة أو إجارة أو غير ذلك، وجب عليه أن يرده إلى مالكه ولا تبرأ ذمته إلا برده<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثالث

#### إتلاف الشيء

يراد بمعنى الإتلاف لغة: الهلاك، فإتلاف المال معناه هلاكه وخروجه عن صورته المقصودة للإنتفاع به، مما قد يكون سببه آفة سماوية أو غيرها. وقد عرف الكاساني الإتلاف بأنه إخراج الشيء من أن يكون منتفعا به المنفعة المطلوبة منه في العادة. والإتلاف يرد على النفس أو على البهائم والجمادات<sup>(3)</sup>، فيمكن أن يكون الإتلاف مباشرا أي إتلاف الشيء بدون أن تكون واسطة أو هو ما أثر في التلف وحصله، كما يمكن أن يكون الإتلاف بالتسبيب وهو أحداث أمر في شيء يفضي إلى التلف شيء آخر أو هو ما أثر في التلف ولم يحصله<sup>(4)</sup>، كما تمتنع الأجير عن القيام بما التزم به من عمل، فترتب عن ذلك تلف مال لمن استأجره وكان عمل الأجير وقاية له لزمه التعويض بأداء قيمة ما خلف<sup>(5)</sup>.

ودليل وجوب الضمان في إتلاف الشيء قول الله تعالى: « مَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ »<sup>(6)</sup>. كما نجد قول رسول الله ﷺ: « لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ فِي الْإِسْلَامِ »<sup>(7)</sup>.

والإتلاف قد يكون كلياً أو جزئياً، فالإتلاف الكلي يعني الهلاك الذي يصيب المال كله وهنا يضمن المسئول مثله أو قيمته، أما الإتلاف الجزئي للمال فهو يؤدي إلى نقص في قيمته دون هلاكه كاملاً فهنا يضمن الذي أتلّف نقص القيمة، وإذا كان هذا الأخير فاحشاً

<sup>1</sup> - محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، جامع الترمذي، أبواب البيوع، باب ما جاء في أن العارية مؤداة، رقم الحديث 1266، دار الإعلام، عمان - الأردن، 1422هـ/2001م، ص. 299.

<sup>2</sup> - جمال مهدي محمود الأكنشة، المرجع السابق، ص. 33.

<sup>3</sup> - محمد أحمد سراج، المرجع السابق، ص. 312.

<sup>4</sup> - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص. 69.

<sup>5</sup> - أبو العيال أيمن، المرجع السابق، ص. 89.

<sup>6</sup> - سورة البقرة المدنية، ترتيبها 2، الآية 194 من 286 آية، الحزب 1 من الجزء 1، برواية حفص.

<sup>7</sup> - رواه ابن ماجه، ج 2، كتاب الأحكام، باب من بنى فيه حق ما يضره بجاره، رقم الحديث 2340، ص. 784.

فإن صاحب المال الهالك له الخيار بين أخذ ما يعادل نقص القيمة أو ترك المال للشخص الذي أتلفه وأخذ تمام القيمة<sup>(1)</sup>.

## المطلب الثاني

### آثار الضمان

بناء على قاعدة « العقد شريعة المتعاقدين »<sup>(2)</sup>، يمكن القول أنه يجب على أطراف العقد الالتزام بمضمونه، لكن إذا أخل أحدهما عن التزاماته العقدية فيؤدي ذلك إلى تحمل المسؤولية والتي تتمثل في التعويض، لأن الأصل العام في الضمان أو التعويض للتخلص من المسؤولية، هو رد الحقوق بأعيانها عند الاستطاعة، فإن ردها كاملة الأوصاف زالت عنه المسؤولية، وإن ردها ناقصة الأوصاف جبر الضامن أوصافها بالقيمة<sup>(3)</sup>.

## الفرع الأول

### المقصود بمبدأ التعويض

سننظر من خلال هذا الفرع إلى تحديد معنى التعويض قانوننا وشرعا وكذا مشروعيته.

#### أولاً: معنى التعويض قانوناً

تنص المادة 124 من القانون المدني الجزائري على: « كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، وسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض »<sup>(4)</sup>.

يفهم من هذه المادة أن مبدأ التعويض مقرر في المسؤولية المدنية، ويقصد به تغطية الضرر الواقع أو الخطأ.

<sup>1</sup> - الفار عبد القادر، المرجع السابق، ص. 203.

<sup>2</sup> - المادة 106 من الأمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

<sup>3</sup> - وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص. 91-92.

<sup>4</sup> - المادة 124 من أمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

فالتعويض أو التضمين هو جبر الضرر وترميم آثاره وعلى هذا فليس للمتضرر أن يتلف مال غيره، كما أتلف ماله، وإنما له القيمة أو المثل<sup>(1)</sup>.

### ثانياً: معنى التعويض شرعاً

لقد عرّف فقهاء الشريعة الإسلامية التعويض بأنه ذلك التعويض المالي الذي يشمل الدية في القتل التعويض عن الفعل الضار وكذا الإخلال بالالتزامات التعاقدية. فالتعويض إذاً هو إزالة الضرر وإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر<sup>(2)</sup>.

### ثالثاً: الأدلة الشرعية للتعويض

#### (1) من القرآن الكريم:

الدليل الشرعي على مبدأ التعويض قول الله عز وجل: « يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأَنْثَى بِالْأُنْثَى فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبِعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءُ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِنْ رَبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنْ اعْتَدَى بِعَدَاةٍ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ»<sup>(3)</sup>.

#### (2) من السنة النبوية الشريفة:

أما في الحديث النبوي الشريف، حيث روى مالك عن الزهري عن حرام بن محيصة: «أن ناقة للبراءة بن عازب دخلت حائط رجل فأفسدت فيه، فقاضى رسول الله ﷺ: أن على أهل الحوائط حفظها بالنهار، وأن فسدت المواشي بالليل ضامن على أهلها»<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup> - وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجناحية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ص 87-88.

<sup>2</sup> - لفقيري عبد الله، التعويض في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، رسالة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، معهد البحوث والدراسات العربية، قسم الدراسات القانونية، القاهرة، 2008، ص ص 28-29.

<sup>3</sup> - سورة البقرة المدنية، ترتيبها 2، الآية 178 من 286 آية، الحزب 1 من الجزء 1، برواية حفص.

<sup>4</sup> - رواه أبو داود، كتاب البيوع والإجازات، باب المواشي تفسد زرع قوم، رقم الحديث 3569، ص 549.



## الفرع الثاني

### طرق التعويض قانونا وفقها

تطرق المشرع الجزائري إلى طرق التعويض في القانون المدني والتي تتمثل في كل من التعويض والتعويض بمقابل، أما الشريعة الإسلامية فقد اعتبرت طرق التعويض في كل من الدية والأرش وحكومة العدل.

### أولا: طرق التعويض في القانون

وفقا لنص المادة 132 من ق م ج نجد أن المشرع منح للقاضي سلطة في اختيار طريقة التعويض الأكثر ملائمة لطبيعة الضرر وذلك للظروف، إذ يمكن أن يكون مقسما أو جملة في شكل إيراد مرتبا كما يمكن تقديره نقدا أو عيني نقدا<sup>(1)</sup>.

فالتعويض إذن يمكن أن يكون عينيا الذي نجده شائعا في المسؤولية العقدية، كما يمكن أن يكون تعويض بمقابل الذي يعد قاعدة عامة في المسؤولية التقصيرية.

### 1) التعويض العيني

التعويض العيني هو: إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل وقوع الفعل الضار فهو يزيل الضرر الناشئ عنه، كأن يحكم القاضي بإغلاق المحل التجاري المنافس منافسة غير مشروعة<sup>(2)</sup>، كما يمكن إعطاء التعويض العيني للمضروب من جنس الشيء الذي أتلفه له، مثل كسر شخص لوحا من زجاج مملوكا لشخص آخر كان أفضل تعويض أن يستبدل بالمكسور غيره من نوعه<sup>(3)</sup>، وهذا ما جاء في نص المادة 166 من ق م ج<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup> - المادة 132 من أمر رقم 58-75، المتضمن القانون المدني: « يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف. ويصح أن يكون التعويض مقسما، كما يصح أن يكون إيراد مرتبا، ويجوز في الحالتين إلزام المدين بأن يقدر تأمينا. ويقدر التعويض بالنقد ».

<sup>2</sup> - مامش نادية، مسئولية المنتج، دراسة مقارنة مع القانون المدني، مذكرة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص. 70.

<sup>3</sup> - سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الالتزامات في الفعل الضار والمسئولية المدنية، المجلد الأول، ط 5، د د ن، 1992، ص. 527.

<sup>4</sup> - المادة 166 من أمر رقم 58-75، المتضمن القانون المدني: « إذا ورد الالتزام بنقل حق عيني على شيء لم يعين إلا بنوعه فلا ينتقل الحق إلا بإفراز هذا الشيء ».

يعد التعويض العيني هو الأصل في الفقه الإسلامي، حيث إذا أتلّف الشيء أو أعدم مثليا وجب تعويضه بمثله، ولا يصار إلى التعويض النقدي إذا كان الشيء الذي أتلّف أو أعدم شيئا قيميا، لتعذر تعويضه بمثله<sup>(1)</sup>.

وقد اتفق العلماء على أن تكون طرق الضمان بالنسبة للأموال بسبب الغصب أو الإلتاف أو نحوهما تتمثل في ضمان المثل إذا كان مثليا، ودليل ذلك قول الله تعالى: « فَمَنْ عَتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا عَتَدَىٰ عَلَيْكُمْ »<sup>(2)</sup>، وقول رسول الله ﷺ: « عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَ »<sup>(3)</sup>، وكذا قول الحنفية وغيرهم أنه: يتعين رد الشيء بعينه وذاته في المغصوب والأمانات والوكالات.

## 2) التعويض بمقابل

الأصل في التعويض يكون عينيا، لكن في حالة تعذر أو استحالة تنفيذه استحالة تامة نلجأ إلى التعويض بمقابل، ويتمثل هذا الأخير في تعويض نقدي وغير نقدي<sup>(4)</sup>.

### أ- التعويض النقدي:

التعويض النقدي هو مبلغ من المال يدفع دفعة واحدة للمضرور، فيجوز للقاضي أن يجعله على شكل أقساط تدفع للمضرور أو إيرادا مرتبا مدى الحياة، كما يجوز أن يلزم القاضي للمدين بتقديم تأمين أو يأمر بإيداع مبلغا كافيا لضمان الوفاء بالإيراد المحكوم به<sup>(5)</sup>، وهذا ما نصت عليه المادة 1/132<sup>(6)</sup> السالفة الذكر.

### ب - التعويض غير النقدي:

التعويض غير النقدي هو أن يحكم القاضي في دعاوى القذف والسب بنشر حكم القاضي بإدانة المدعى عليه، في الصحف وهذا النشر يعد تعويضا غير نقديا عن الضرر الأدبي<sup>(7)</sup>.

<sup>1</sup> - سليمان مرقس، المرجع السابق، ص. 527.

<sup>2</sup> - سورة البقرة المدنية، ترتيبها 2، الآية 194 من 286 آية، الحزب 1 من الجزء 1، برواية حفص.

<sup>3</sup> - رواه الترمذي، أبواب البيوع، باب ما جاء في أن العارية مؤداة، رقم الحديث 1266، ص. 299.

<sup>4</sup> - مامش نادية، المرجع السابق، ص. 71.

<sup>5</sup> - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام ( الواقعة القانونية )، ج 2، ط 2، دار الهدى، الجزائر، 2004 ص. 158.

<sup>6</sup> - المادة 132 من أمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

<sup>7</sup> - محمد صبري السعدي، المرجع نفسه، ص. 157-158.

## ثانياً: طرق التعويض في الفقه الإسلامي

تتمثل طرق التعويض في صور الضمان وهي كما يلي:

## 1) الدية:

يعتبر الاعتداء على النفس بإتلافها أو بجرحها بغير حق جريمة معاقب عليها منذ القدم، ذلك أنها تمس بحق مقدس هو الحياة<sup>(1)</sup>. وما تسبب من الألم والضرر والحقد في نفوس المجني عليه وأهله دافعا له على الرغبة في الانتقام سعياً إلى شفاء نفوسهم مما أصابهم، لهذا تدفع الدية على المضرور والتي تتمثل في المال، وإن لم يكن مقداره معيناً بل تحديده كان راجع إلى العرف السائد عند أهل الجاهلية وكان تحديد الدية يتعلق بمركز ومركز أسرة الشخص المجني عليه.

لقد كانت الدية وسيلة لنجاة الجاني وذويه من شرور الانتقام لذلك كانت تقوم على طلب التعويض ويدفعها في العادة سيد القبيلة في ماله الخاص<sup>(2)</sup>.

كما أن الدية معروفة قبل الإسلام، فقد عرفها العرب وغيرهم، ثم جاء الإسلام ليقيمها على أسس ثابتة وقواعد راسخة حتى تؤدي الذي شرعت من أجله<sup>(3)</sup>. وعليه سنتطرق إلى تعريف الدية لغة واصطلاحاً، وكذا دليل شرعيتها.

## أ- تعريف الدية لغة:

هي مصدر من فعل (ودي)، والدية حق القتل. تقول: ودَيْتُ الْقَتِيلَ أَدِيَهُ دِيَةً إِذَا أُعْطِيَ دِيَتَهُ، وَاتَّدَيْتُ أَيِ أَخَذْتُ دِيَتَهُ<sup>(4)</sup>.

## ب- تعريف الدية اصطلاحاً:

هي اسم لضمان يجب بمقابلة الأدمي أو طرف منه<sup>(5)</sup>.

<sup>1</sup> - أمجد محمد منصور، المرجع السابق، ص. 260.

<sup>2</sup> - الخفيف علي، المرجع السابق، ص. 305.

<sup>3</sup> - أمجد محمد منصور، المرجع نفسه، ص. 206.

<sup>4</sup> - أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان اللسان، تهذيب لسان العرب، ج 2، المرجع السابق، ص. 727.

<sup>5</sup> - محمد حسين المرتضي، الدية في الشريعة الإسلامية والقانون والعرف في ليبيا (دراسة مقارنة)، دار الكتب الأكاديمية للنشر والتوزيع، السودان، د س ن، ص. 23.

## ج - مشروعية الدية:

ثبتت مشروعية الدية من الكتاب والسنة.

## ج. 1/ من القرآن الكريم

لقد ذكرت الدية في القرآن الكريم في أكثر من موضع، قوله سبحانه وتعالى: « وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا »<sup>(1)</sup>.

## ج. 2/ من السنة النبوية الشريفة

قال رسول الله ﷺ: « مَنْ أُصِيبَ بِقَتْلِ أَوْ حَبْلِ فَإِنَّهُ يَخْتَارُ إِحْدَى ثَلَاثٍ: إِمَّا أَنْ يَقْتَصَّ، وَإِمَّا أَنْ يَغْفُو، وَإِمَّا أَنْ يَأْخُذَ الدِّيَةَ، فَإِنْ أَرَادَ الرَّابِعَةَ فَخُذُوا عَلَىٰ يَدَيْهِ وَمَنْ إِعْتَدَىٰ بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ »<sup>(2)</sup>.

يختلف مقدار الدية باختلاف الضرر فمثلا في القتل الخطأ تقدر بمئة من الإبل أو ألف دينار أو ما يقابل ذلك من العملات الأخرى، وتقدر باتني عشر ألف درهم من الفضة، وقد زادت بعض التشريعات الوضعية من قيمة الدية لكي تكون متلائمة مع ظروف الحياة<sup>(3)</sup>.

نستخلص من خلال الأدلة السابقة، أن الدية حكم مقرر في الشريعة الإسلامية، وتكون العقوبة في الجرائم غير العمدية، وكعقوبة بدلية عندما يسقط القصاص، أو يمتنع تطبيقه فعندئذ يستعاض عنه بالدية<sup>(4)</sup>.

## (2) الأرش:

يطلق الأرش لغة على الدية وعلى الخدش كما يطلق على الرشوة. أما شرعا هو المال الواجب فيما دون النفس<sup>(5)</sup>.

<sup>1</sup> - سورة النساء المدنية، ترتيبها 4، الآية 92 من 176 آية، الحزب 8 من الجزء 4، برواية حفص.

<sup>2</sup> - رواه أبو داود، كتاب الديات، باب الإمام يأمر بالعمو في الدم، رقم حديث 4496، ص. 681.

<sup>3</sup> - أمجد محمد منصور، المرجع السابق، ص. 260.

<sup>4</sup> - محمد حسين المرتضي، المرجع السابق، ص. 27.

<sup>5</sup> - أمجد محمد منصور، المرجع نفسه، ص. 261.

وهناك نوعان من الأرش عند الفقهاء، أحدهما مقدر حدده الشارع وهو الذي يرد دائما على السنة الفقهاء، وآخر ترك تقديره للقاضي<sup>(1)</sup>.

### (3) حكومة العدل:

هي العوض غير المحدد شرعا، متروك تقديره للقاضي في كل حالة على حدة، وهي تكون في حالات الجناية على النفس على ما لا تمكن فيه المماثلة سواء وقع الفعل عمدا أو بغير عمد<sup>(2)</sup>.

## الفرع الثالث

### تقدير التعويض

يتم تقدير التعويض إما عن طريق القضاء أو باتفاق الأطراف أو قانونا.

#### أولا: التعويض القضائي

يعد التعويض القضائي من القواعد العامة في القانون الذي يتم تقديره من طرف القاضي على أساس ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب، بشرط أن يكون نتيجة طبيعية لعدم تنفيذ الالتزام أو التأخير في تنفيذ أو لعدم استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول، على عكس الشريعة الإسلامية، فالقاضي ليس حرا في تقدير التعويض، وإذا استحال عليه فهو مقيد بالتعويض النقدي إلا إذا استحال ذلك<sup>(3)</sup>.

#### ثانيا: التعويض الاتفاقي

أجاز المشرع الجزائري للمتعاقدین تحديد قيمة التعويض في العقد أو في اتفاق لاحق، وهذا وفقا لنص المادة 183 ق م ج التي تنص على أنه: « يجوز للمتعاقدین أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد، أو في اتفاق لاحق. وتطبق في هذه الحالة أحكام المواد 176 الى 181 »<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup> - أمجد محمد منصور، المرجع السابق، ص. 261.

<sup>2</sup> - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص. 151.

<sup>3</sup> - لفقيري عبد الله، المرجع السابق، ص. 31.

<sup>4</sup> - المادة 183 من أمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

ويقصد بالتعويض الاتفاقي أنه: اتفاق المتعاقدين على التعويض في الإخلال بالالتزامات التعاقدية شريطة توافر المسؤولية المدنية، كي يقضي للدائن بالتعويض المتفق عليه.

فالتعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي المسلم به في الشريعة الإسلامية أن كل شرط وكل صلح وقع في حد من حدود الله باطل ومردود، لأن هذا الشرط لم يعرفه الفقه الإسلامي ذلك أنه من اجتهاد الشراح.

### ثالثاً : التعويض القانوني.

يعرف التعويض القانوني ذلك المقدار الذي يحدده المشرع، كما يطلق عليه أيضاً اسم فوائد التأخير القانونية والتي تستحق على أساس التعويض عن التأخير في الوفاء بالدين المالي في الموعد المحدد له، فهنا يلزم القانون المدين المتأخر دفع فائدة معينة للدائن مقابل هذا التأخير<sup>(1)</sup>، ولقد تطرق إليه المشرع الجزائري في نص المادة 186 من القانون المدني: « إذا كان محل الالتزام بين أفراد مبلغاً من النقود عين مقداره وقت رفع الدعوى وتأخر المدين عن الوفاء به، فيجب عليه أن يعرض للدائن الضرر اللاحق من هذا التأخير »<sup>(2)</sup>. يفهم من نص المادة أنه في حالة تأخر المدين في التزاماته فهو مجبر بالتعويض عن الضرر الذي أصاب الدائن إذا فات ميعاد الوفاء.

أما الفقه الإسلامي لم يعرف التعويض القانوني عن التأخير في الوفاء بالالتزام محله مبلغاً من النقود أي نظام مشابه، لأن ذلك يتنافى مع مبادئ التشريع الإسلامي النقي، ويعتبر التعويض القانوني أنه ربا محرم في كتاب الله وسنة النبي عليه السلام وإجماع الفقه الإسلامي<sup>(3)</sup>.

والدليل على تحريم الربا قول الله تعالى: « وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا »<sup>(4)</sup>، حيث وصلت الشريعة في تحريم الربا إلى حد تهديد من يتعامل به بحرب من الله ورسوله<sup>(5)</sup>، لقوله سبحانه وتعالى: « يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ، فَإِنْ لَمْ تَفْعَلُوا

<sup>1</sup> - بلحاج العربي، أحكام الالتزام في ضوء الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، 1433هـ/2012م، ص. 135.

<sup>2</sup> - المادة 186 أمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

<sup>3</sup> - لفقيري عبد الله، المرجع السابق، ص. 35.

<sup>4</sup> - سورة البقرة المدنية، ترتيبها 2، الآية 275 من 286 آية، الحزب 5 من الجزء 3، برواية حفص.

<sup>5</sup> - بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص. 138.

فَأُدْنُوا بِحَرْبٍ مِّنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُؤُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ»<sup>(1)</sup>، وأما عن الإجماع، فقد أجمع فقهاء المسلمين على حرمة كل زيادة يشترطها الدائن - بقرض أو غيره - من مدينه في مقابل الأجل، باعتبارها من ربا الجاهلية الذي حرمه الله تعالى ووضعه رسوله ﷺ<sup>(2)</sup>.

## الفرع الرابع

### تقادم دعوى التعويض

يعتبر التقادم قانونا سببا من أسباب كسب الحقوق العينية الأصلية، حيث يكسب الحقوق العينية دون الشخصية، وهذا هو المعروف بالتقادم المكسب، وهو مخالف للشريعة الإسلامية، أما التقادم المسقط هو سبب من أسباب انقضاء الالتزام، حيث يسقط الحقوق الشخصية والعينية، ويعتبر وسيلة للتخلص من الالتزام بمجرد مضي مدة معينة حددها القانون<sup>(3)</sup>.

تنص المادة 133 من ق م ج على: « تسقط دعوى التعويض بانقضاء خمسة عشرة سنة من يوم وقوع العمل الضار »<sup>(4)</sup>. يفهم من نص المادة أن سقوط الدعوى هي 15 سنة من تاريخ وقوع الفعل الضار.

أما في الشريعة الإسلامية فلا تعتبر التقادم سببا صحيحا من أسباب كسب الحقوق إذ لا يجوز لأحد أخذ مال الغير بلا سبب شرعي<sup>(5)</sup> ذلك أن القضاء في الإسلام مظهر للحق لا مثبت له، والحقوق الثابتة لا يؤثر فيها ديانة مرور الزمن وتقادم العهد، لأن المبدأ العام في

<sup>1</sup> - سورة البقرة المدنية، ترتيبها 2 الآيات 278 و279 من 286 آية، الحزب 5 من الجزء 3، برواية حفص.

<sup>2</sup> - عاشور عبد الجواد عبد الحميد، البديل الإسلامي للفوائد المصرفية الربوية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص. 9.

<sup>3</sup> - نبيل صقر، التقادم في التشريع الجزائري، نسا، شرحا وتطبيقا، دار الهدى، عين مليلة- الجزائر، 2012، ص. 7-13، 8.

<sup>4</sup> - المادة 133 من أمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

<sup>5</sup> - مصطفى أحمد الزرقاء، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، المدخل الفقهي العام، ج 2، المرجع السابق، ص. 1043.

الإسلام هو احترام ملكية الأموال للآخرين، حيث نجد أن المذهب الحنفي يمنع القاضي من سماع دعوى على شخص مضى على وضع يده 15 سنة مثلاً، فيعتبر قضاؤه غير نافذ<sup>(1)</sup>.

وخلاصة لما سبق نجد أن الفقه الإسلامي والقانون المدني يتفقان على مبدأ سقوط الدعوى في التعويض بالتقادم، ويختلفان في إثبات الحق من إظهاره بسبب المسقط أو المكسب.

---

<sup>1</sup> - وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجناحية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ص. 102-104.



## الفصل الثاني

نظام الضمان في المسؤولية العقدية

والفقه الإسلامي

## الفصل الثاني

## نظام الضمان في المسؤولية العقدية والفقہ الإسلامي

يقصد بالمسؤولية العقدية أنها جزء لعدم تنفيذ العقد، وتعتبر النوع الثاني من أنواع المسؤولية المدنية بجانب المسؤولية التقصيرية. حيث لا تقوم المسؤولية العقدية إلا بوجود عقد صحيح وأن يكون الضرر ناتج عن عدم تنفيذ الالتزامات التي ترتبها العلاقة الموجودة بين المتعاقدين، أو عن عدم التنفيذ على الوجه المطلوب.

والالتزامات قد تكون بنقل ملكية كما في عقد البيع، أو بصنع شيء أو أداء عمل كما في عقد الإستصناع<sup>(1)</sup> أو عقد المقاولة، أو ببذل العناية كما في عقد الإيجار.

تنص المادة 107 من ق م ج على أنه: « يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه.

ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون، والعرف، والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام<sup>(2)</sup>.

يفهم من نص المادة أن القوة الملزمة للعقد تقتضي قيام المتعاقدين لتنفيذ التزاماته، ودليل ذلك قول الله تعالى: « يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ »<sup>(3)</sup>، وبناء على هذه الآية فإن أخل أحدهم بتنفيذ التزاماته أو تأخر في تنفيذها كان بإمكان إجباره على ذلك عن طريق الضمان، وهذا الأخير يعتبر من بين الالتزامات التي تقع على عاتق البائع والمقاول والتي تتمثل في ضمان التعرض والاستحقاق وكذا ضمان العيوب الخفية بالنسبة للبائع، وضمان سلامة البناء بالنسبة للمقاول.

ونظراً لأهمية هذان العقدين في الحياة العملية فقد اقترحناهما كنماذج عملية للمسؤولية العقدية.

<sup>1</sup> - الاستصناع: يعرف على أنه عقد يشتري به في الحال شيء مما يصنع صنعا يلزم البائع بتقديمه مصنوعاً لمواد من عنده، بأوصاف مخصوصة، ويثمن محدد. انظر مصطفى أحمد الزرقاء، عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة، جدة، 1420هـ/1999م، ص. 20.

<sup>2</sup> - المادة 107 من أمر 58-75، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

<sup>3</sup> - سورة المائدة المدنية، ترتيبها 5، الآية 1 من 120 آية، الحزب 11 من الجزء 6، برواية حفص.

من خلال هذا الفصل سنسلط الضوء على الضمان في عقد البيع (مبحث أول)،  
والضمان في عقد المقاولة (مبحث ثان).

## المبحث الأول

## الضمان في عقد البيع في القانون والفقہ الإسلامي

يعد عقد البيع من العقود المسماة، فهو يعتبر عقد ضمان مطلقاً، يقع بموجبه مبادلة مال بمال، ذلك لأن قبض المال المعقود عليه فيه هو قبض على أساس استقاء لما استحقه القابض بمقابل عوض، وذلك خلافاً لعقد الإيجار فالمعاوضة فيه تكون بين الأجرة والمنفعة دون عين المأجورة<sup>(1)</sup>.

ولقد نظم المشرع الجزائري أحكام الضمان في عقد البيع في المواد من 371 الى 386 من ق م ج، فبالرجوع إلى هذه المواد يتضح أن عقد البيع يترتب عنه التزام البائع بضمان التعرض والاستحقاق، وكذا ضمان العيوب الخفية وهذا ما سنتطرق إليه في المطلبين التاليين:

## المطلب الأول

## ضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع

نظم المشرع الجزائري ضمان التعرض والاستحقاق في المادة 371 من ق م ج، حيث يعد إخلال البائع بالتزامه بعدم التعرض هو الخطوة الرئيسية المؤدية إلى استحقاق المبيع، بمعنى أن البائع يلتزم بضمان التعرض أولاً، وبضمان استحقاق المبيع ثانياً، وهذا الأخير يعتبر التزاماً جزائياً مترتباً عن الإخلال بالأول. إذ يرتبط كل منهما بالآخر ارتباط السبب بالنتيجة<sup>(2)</sup>.

ونظراً لأهمية الحديث عن ضمان التعرض والاستحقاق، يستلزم الأمر تقسيم هذا المطلب إلى فرعين: الأول يتضمن ضمان التعرض في عقد البيع، والثاني يتضمن ضمان الاستحقاق في عقد البيع.

<sup>1</sup> مصطفى أحمد الزرقاء، الفقہ الإسلامي في ثوبه الجديد، المدخل الفقہي العام، ج 1، ط 9، دارالفكر للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، 1968، ص. 581.

<sup>2</sup> هشام طه محمود سليم، ضمان الاستحقاق في البيوع، دار الجامعة الجديدة، الأزريطة، 2010، ص. 382.

## الفرع الأول

## ضمان التعرض في عقد البيع

يلتزم البائع بالإمتناع عن كل عمل من شأنه أن يعرقل حياة المشتري للمبيع، أو المساس بالمزايا التي يخولها البيع له سواء كان التعرض صادر من البائع أو من الغير<sup>(1)</sup>.

وقد عبر الفقہ الإسلامي عن ضمان التعرض بضمان الدرك، الذي يعني التزام سلامة المبيع مما يمكن أن يلحقه أو يدركه من حقوق لغير البائع في عينه، وتحمل التبعة عند ظهور حق فيه لأحد<sup>(2)</sup>.

## أولاً: ضمان التعرض الصادر من البائع.

تنص المادة 371 من ق م ج على: « يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الإنتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله أو من فعل الغير يكون له وقت البيع حق على البيع يعارض به المشتري »<sup>(3)</sup>.

يتضح من خلال النص أعلاه أن البائع ملزم بعدم التعرض الشخصي للمشتري وبعدم المنازعة في ملكية المبيع وعدم التعرض له في إنتفاعه به سواء كان هذا التعرض مادياً أو قانونياً، عملاً بقاعدة من وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض<sup>(4)</sup>.

## 1) أنواع التعرض الصادر من البائع:

يكون التعرض الصادر من البائع مادياً أو قانونياً.

<sup>1</sup>- يايسي كاتية، يونسى صبرينة، التزامات البائع والمشتري في عقد البيع وفقاً لأحكام القانون المدني الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2012-2013، ص. 28.

<sup>2</sup>- مصطفى أحمد الزرقاء، العقود المسماة في الفقہ الإسلامي، عقد البيع، ط 2، دار القلم، دمشق، 1433هـ/ 2012م، ص ص. 125-126.

<sup>3</sup>- المادة 371 من أمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

<sup>4</sup>- الفضلي جعفر، الوجيز في العقود المدنية، البيع- الإيجار- المقاوله، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1997، ص. 107.

## أ- التعرض المادي :

التعرض المادي هو الذي لا يستند فيه البائع لحق يدعيه، وقد يكون مباشر أو غير مباشر، بمعنى آخر هو ذلك العمل المادي الصادر من البائع والمؤدي إلى الحد من الإنتفاع بالمبيع<sup>(1)</sup>.

ومثال ذلك: إذا باع التاجر متجره فلا يجوز له أن يفتح متجرا مماثلا له، لأن ذلك يعد منافسة غير مشروعة، لأن البائع يضمن عدم تعرضه للمشتري في انتفاعه للمبيع ( تعرض غير مباشر)<sup>(2)</sup>، أو قيام البائع باغتصاب العين المببوعة ( تعرض المباشر)<sup>(3)</sup>.

## ب- التعرض القانوني :

التعرض القانوني هو إيداع حق يترتب عليه حرمان المشتري من كل أو بعض مزايا الحق المببوع إلا أن يكون الحق الذي يستند إليه البائع مستمدا من عقد البيع ذاته أو من القانون، بحيث لا يتعرض مع التزامات البائع<sup>(4)</sup>.

ومثال ذلك: كأن يكون البائع وقت إبرام العقد عن مالك للمبيع، ثم تملكه بعد البيع، كالميراث، أو بالشراء، أو بالوصية، فإذا استند البائع إلى حق الملكية الذي آل إليه بعد البيع لينزع المبيع من يد المشتري<sup>(5)</sup>، وهذا استنادا لنص المادة 371 من ق م ج التي تنص على: « ويكون البائع مطالبا بالضمان ولو كان حق ذلك الغير قد ثبت بعد البيع وقد آل إليه هذا الحق من البائع نفسه»<sup>(6)</sup>.

<sup>1</sup> - حسنين محمد، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، د. م. ج، الجزائر، 2001 ص. 128.

<sup>2</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة، ط 3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، 2000، ص. 627

<sup>3</sup> - حسنين محمد، المرجع نفسه، ص. 128.

<sup>4</sup> - سعيد سعد عبد السلام، الوجيز في العقود المدنية المسماة، المقولة والبيع، دار النهضة العربية، مصر، 1994، ص. 482.

<sup>5</sup> - خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج 4، عقد البيع، د. م. ج، الجزائر، 2000، ص. 146.

<sup>6</sup> - المادة 371 من أمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

**(2) خصائص ضمان التعرض الصادر من البائع:**

يمتاز ضمان التعرض الصادر من البائع بعدة خصائص، والمتمثلة فيما يلي:

**أ- التزام غير قابل للتجزئة**

يكون التزام البائع بعدم التعرض البائع للمشتري غير قابل للانقسام، حتى ولو كان المبيع ذاته قابلاً للقسمة وذلك في حالة تعدد أطراف الالتزام كأن يملك شخصاً مسكن في الشيوخ وبيعها معا. التزم كل منهما نحو المشتري بضمن التعرض الصادر منه في كل المسكن وليس في النصيب الذي باعه فحسب<sup>(1)</sup>.

**ب- التزام بالامتناع عن عمل**

يتعين البائع في ضمان تعرضه الشخصي التزم بامتناع عن عمل، أي لا يقوم بأي عمل تصرف من شأنه أن يعكس على المشتري حيازته للمبيع، كأن يدعي ملكيته للمبيع بشكل كلي أو جزئي أو أن له حقا عينيا أصليا متفرعا عن حق الملكية كحق الارتفاق، أو حق الانتفاع، أو حقا عينيا تبعا كالرهن<sup>(2)</sup>.

**ج - التزام بالضمان التزم أبدي**

يعتبر الالتزام بضمن التعرض التزاما أبديا يقع على عاتق البائع، حيث لا يجوز له أن يتعرض للمشتري مهما طال الزمن على انعقاد البيع ولو انقضت مدة التقادم القانوني، أي ولو بعد مضي 15 سنة، فلا يجوز للبائع منازعة المشتري في حقوقه التي آلت إليه بموجب عقد البيع. فالتزام بالضمان من شأنه إذن أن يمنع البائع من التمسك بالتقادم المكسب والتقادم المسقط على السواء، وهذا هو ما جرى عليه قضاء محكمة النقض الفرنسية والذي يتفق مع القول بأبدية الالتزام بالضمان<sup>(3)</sup>.

**(3) شروط ضمان التعرض الصادر من البائع:**

يتحقق ضمان التعرض الصادر من البائع بتوفر مجموعة من الشروط وهي:

<sup>1</sup> - الفضلي جعفر، المرجع السابق، ص. 10.

<sup>2</sup> - قنوم أمال، قاسي سهام، ضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2012-2013، ص. 10-11.

<sup>3</sup> - حسنين محمد، المرجع السابق، ص. 130.

## أ- أن يقع التعرض فعلا

يلتزم البائع بضمان التعرض إذا وقع فعليا وليس وهميا. فلا يكفي تحقق الالتزام بضمان بمجرد قيام البائع بتهديد المشتري بالتعرض له في المبيع.

## ب- أن يؤدي التعرض إلى حرمان المشتري من الانتفاع في المبيع كليا أو جزئيا

يلتزم البائع تجاه المشتري بتمكينه من حيازة المبيع، والانتفاع به انتفاعا هادئا، فإذا أخل البائع بهذا الالتزام فإنه يؤدي إلى حرمان المشتري من الانتفاع في المبيع بشكل كلي أو جزئي وبالتالي يستوجب عليه الضمان<sup>(1)</sup>.

## 4) جزاء الإخلال بالالتزام بالضمان:

إذا كان الإخلال بالالتزام بعدم التعرض ماديا، كان للمشتري طلب التنفيذ العيني بإزالة ما وقع من تعرض كأن يطلب طرده من الأرض المبيعة، فضلا عن التعويض للضرر أو طلب الحكم بغرامة تهديدية عن كل عمل يقوم به البائع من أعمال التعرض، أما إذا كان التعرض قانونيا في صورة دعوى الاسترداد رفعها البائع ضد المشتري كان المشتري في حالة تملكه للعين المبيعة بعد البيع، كان للمشتري أن يدفع هذه الدعوى بالالتزام البائع بالضمان، لأن من وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض. وعليه لا يجوز للبائع اشتراط إعفاءه من ضمان التعرض الذي يصدر منه للمشتري، حيث يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك<sup>(2)</sup>، وهذا ما قضت به المادة 1/378<sup>(3)</sup>.

## ثانيا: ضمان التعرض الصادر من الغير

يلتزم البائع بموجب هذا الضمان بدفع أي تعرض صادر من الغير يستند فيه إلى الإدعاء بحق المبيع<sup>(4)</sup> وقت البيع أو لاحقا عليه ولا يلتزم البائع بأن يدفع تعرض الغير إلا إذا كان التعرض قانونيا، أما إذا كان التعرض ماديا فلا يضمنه البائع ففي هذه الحالة يقع

<sup>1</sup> ربحي محمد أحمد هزيم، ضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2007، ص 36-37.

<sup>2</sup> خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص 150.

<sup>3</sup> المادة 378 من أمر رقم 58/75، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

<sup>4</sup> علي هادي العبيدي، العقود المسماة، البيع والإيجار، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2001، ص 112.



على عاتق المشتري عبء دفع ذلك التعرض<sup>(1)</sup>. سنبين في هذا العنصر كل من الأنواع والخصائص والشروط وجزاء الإخلال بضمان التعرض.

### 1) أنواع التعرض الصادر من الغير:

يكون التعرض الصادر من الغير ماديا أو قانونيا.

#### أ- التعرض المادي

التعرض المادي هو قيام الغير بأعمال مادية من شأنها أن تحرم المشتري من الانتفاع من المبيع، كأن يقوم بنزع ملكية المبيع من المشتري دون رضاه. غير أن هذا التعرض لا يلتزم البائع بضمانه، ففي هذه الحالة يتعين على المشتري الرجوع على الغير بجميع الدعاوى التي يقررها القانون.

#### ب- التعرض القانوني

يكون التعرض قانونيا إذا استند الغير إلى حق يدعيه على المبيع، وهذا الحق يتعارض مع حقوق المشتري الناشئة عن عقد البيع، ويستوي ذلك أن يكون الحق المدعى به عينيا أو شخصيا<sup>(2)</sup>.

### 2) خصائص ضمان التعرض الصادر من الغير:

يتميز ضمان التعرض الصادر من الغير على ما يلي:

#### أ- التزام بعمل

الالتزام بعمل هو أن ينفذ البائع التزامه تنفيذيا عينيا، وذلك بتدخله كطرف في الدعوى لدفع تعرض الغير حتى يتنازل عن ادعائه، أما إذا عجز البائع عن رد ادعاء الغير ترتب عن ذلك استحقاق الغير للمبيع، فإنه يكون مخلا بالتزامه، وبالتالي يحق للمشتري الرجوع عليه بالتعويض<sup>(3)</sup>.

<sup>1</sup> - حسنين محمد، المرجع السابق، ص. 134.

<sup>2</sup> - قدوم أمال، قاسي سهام، المرجع السابق، ص. 24.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص ص. 10-11.

**ب- التزام لا يقبل الانقسام**

يلتزم البائع بضمان تعرض الغير للمشتري، إما بتنفيذه العيني وذلك بجعل الغير الكف عن تعرضه، أو ينفذ البائع التزامه عن طريق التعويض وذلك برجوع المشتري على البائع بضمان الاستحقاق، ففي الحالة الأولى يكون الالتزام غير قابل للانقسام، أما في الحالة الثانية فيكون الالتزام قابل للانقسام لأن محله هو دفع مبلغ من النقود<sup>(1)</sup>.

**(3) شروط ضمان التعرض الصادر من الغير:**

ليس كل تعرض صادر عن الغير يضمنه البائع بل لابد من توافر مجموعة من الشروط وهي:

**أ - أن يقع التعرض قانونياً**

يكون التعرض قانونياً إذا كان مبيناً على حق يدعيه الغير على المبيع، كأن يطالب بملكية المبيع كله أو جزئه وفي كلتا الحالتين له حق رفع دعوى الاستحقاق الجزئي أو دعوى الاستحقاق الكلي<sup>(2)</sup>.

أما التعرض المادي للمشتري فلا يضمنه البائع وإنما يكون على المشتري عبء دفعه بالوسائل التي نص عليها القانون كدعوى الحيازة<sup>(3)</sup>.

**ب - أن يقع التعرض فعلاً**

يقع التعرض فعلاً من الغير إذا ادعى هذا الأخير حقاً على المبيع، ويرفع بهذا الحق دعوى على المشتري<sup>(4)</sup>. يطالب فيها بملكية المبيع أو يوجه انذار إلى المشتري يطالب فيه باعتباره حائزاً للمبيع، فلا يكفي قيام الضمان لمجرد احتمال وقوع تعرض من الغير<sup>(5)</sup>.

<sup>1</sup> - سعيد سعد عبد السلام، المرجع السابق، ص. 495-496.

<sup>2</sup> - خليل أحمد حسن قداة، المرجع السابق، ص. 152.

<sup>3</sup> - حسنين محمد، المرجع السابق، ص. 135.

<sup>4</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص. 641.

<sup>5</sup> - الفضلي جعفر، المرجع السابق، ص. 110.

**ج - أن يكون الحق الذي يدعيه الغير سابقا على البيع أو لاحقا عليه بفعل البائع**

أقر المشرع الجزائري في نص المادة 371 من ق م ج<sup>(1)</sup>، التزام البائع بضمان تعرض الصادر من الغير متى استند فيه إلى سبب لاحقا على البيع، كما لو باع الدار على أنها شاغرة واتضح فيما بعد أنه كان قد أجراها قبل البيع، فلو تعرض المستأجر للمشتري يكون تصرفه مستندا إلى سبب سابق على البيع. أما إذا كان التعرض يستند إلى سبب لاحق للبيع الذي لا يد له فيه، كما لو أهمل المشتري في قطع التقادم الذي اكتمل بعد البيع، أو نزعت منه الملكية باستملاك للمصلحة العامة<sup>(2)</sup>.

**(3) جزاء الإخلال بضمان التعرض الصادر من الغير:**

ينفذ البائع التزامه تنفيذا عينيا، بمنع الغير من التعرض ويترتب عن الإخلال بهذا الالتزام الوفاء عن طريق التعويض من خلال أحكام ضمان الاستحقاق، فيعوض للمشتري عما أصابه من ضرر<sup>(3)</sup>.

**الفرع الثاني****ضمان الاستحقاق في القانون والفقہ الإسلامي**

يعرف الاستحقاق أنه نزع ملكية المبيع كله أو بعضه من تحت يد المشتري بحكم قضائي، لكن معنى الاستحقاق لا يقف عند هذا الحد بل يتناول جميع الحالات التي يحرم فيها المشتري فعلا من المبيع لأي سبب سابق على البيع لم يكن له يد فيه أو ليس في مقدوره دفعه<sup>(4)</sup>. وقد عرفه الشيخ محمد باي بالعالم على أنه: « رفع ملك شيء بثبوت ملك قبله أو حرية كذلك بغير عوض »<sup>(5)</sup>.

<sup>1</sup> - المادة 371 من أمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

<sup>2</sup> - على هادي العبيدي، المرجع السابق، ص. 113.

<sup>3</sup> - هشام طه محمود سليم، المرجع السابق، ص. 408.

<sup>4</sup> - الفضلي جعفر، المرجع السابق، ص. 111.

<sup>5</sup> - محمد باي بالعالم، مرجع الفروع إلى التأصيل من الكتاب والسنة والإجماع الكفيل، ج 8، دار الوعي للنشر والتوزيع، الجزائر، 1430هـ/2009م، ص. 34.

## أولاً: أقسام الاستحقاق.

ينقسم الاستحقاق إلى قسمين: الاستحقاق الكلي والاستحقاق الجزئي.

## 1) الاستحقاق الكلي:

يقصد بالاستحقاق الكلي ظهور حقيقة أن المبيع لم يكن مملوكاً للبائع بثبوت دعواه وقضي له بملكيته وانتزاعه من يد المشتري، فإما أن يكون قد أثبت ملكيته بإقرار المشتري له أو عن طريق حلف اليمين أو البيّنة<sup>(1)</sup>. وقد تطرق إليه الفقهاء وذلك من خلال أقوالهم التالية:

- **الاستحقاق لدى الحنفية:** إذا أثبت المستحق ملكية المبيع كله بالبيّنة، فقضي له به لا يفسخ العقد بل يصبح متوقفاً على إجازة المستحق، فإذا أجاز البيع بقي للمشتري ويأخذ المستحق الثمن من البائع، وإذا لم يجز المستحق البيع بل أخذ المبيع يفسخ البيع ويكون البائع ملتزماً للمشتري برد الثمن<sup>(2)</sup>.

- **الاستحقاق لدى الشافعية:** إذا استحق المبيع كله، فيرجع بالثمن كله على البائع سواء علم بالاستحقاق وقت العقد أو لم يعلم. فإذا خرج المبيع مستحقاً قبل القبض ليس للمستحق مطالبة المشتري به، أما إذا استحق المبيع ببينة، أو بتصديق البائع للمشتري للمدعي، رجع المشتري على البائع بالثمن إذا كان باقياً، وبيده إن كان تالفاً<sup>(3)</sup>.

- **الاستحقاق لدى المالكية:** إذا لم يتغير أخذ المستحق، ورجع المشتري على البائع الثمن وإذا تغير يوجب لاختلاف قيمته، رجع بقيمة يوم الشراء<sup>(4)</sup>.

- **الاستحقاق لدى الحنابلة:** إذا استحق المبيع رجع المشتري على البائع بالثمن وبما غرمه من أجل بناء أو غرس في أرض، لكن لا يرجع بما أنفق على الحيوان أو بخراج الأرض،

<sup>1</sup> - مصطفى أحمد الزرقاء، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، العقود المسماة في الفقه الإسلامي، عقد البيع، المرجع السابق، ص. 128.

<sup>2</sup> - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 5، ط 2، دار الكتب العلمية، لبنان، 1406هـ/1986، ص. 288.

<sup>3</sup> - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 5، تنمة العقود الملكية وتوابعها، ط 2، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1405هـ/1985م، ص. 355-356.

<sup>4</sup> - شمس الدين شيخ محمد عرفه الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج 3، دار احياء الكتب العربية، د. ب. ن. د. س. ن. ص. 469-471.

لأن المشتري التزم ضمان النفقة باعتبار أن عقد البيع يقتضي النفقة على المبيع ودفع خراجه ولمستحق الأرض أفلح الغراس والبناء بلا ضمان لموضعه<sup>(1)</sup>.

وللاستحقاق شروط وحالات سنبينها على النحو التالي:

### أ- شروط الاستحقاق:

يتحقق الالتزام بضمان الاستحقاق الكلي بتوفر شرطين هما:

#### 1.أ/ ثبوت إخلال البائع بالتزامه بعدم التعرض

يشترط لقيام التزام البائع بضمان الاستحقاق أن يقع التعرض فعلا للمشتري، وأن يفشل البائع أو يمتنع عن دفعه وبذلك يكون مخلا بالتزامه بالضمان، إذ مجرد الخشية من وقوع التعرض لا يكفي رجوع المشتري على البائع ولو كان حق الغير ظاهرا على المبيع<sup>(2)</sup>.

#### 2.أ/ ألا يكون المشتري هو من تسبب بخطئه في استحقاق المبيع من تحت يده

بالرجوع إلى نص المادة 372 من ق م ج، يتضح أنه إذا قام المشتري بإخطار البائع في الوقت المناسب ولم يتدخل في الدعوى وصدر حكم نهائي فيها لمصلحة المتعرض وجب عليه الضمان، غير أنه بإمكانه التخلص من التزامه بهذا الضمان إذا أثبت أن الحكم الصادر في الاستحقاق كان نتيجة تدليس من جانب المشتري أو خطأ صادر منه شخصيا<sup>(3)</sup>.

### ب - حالات الاستحقاق الكلي:

يمكن للمشتري الرجوع على البائع في حالة الاستحقاق الكلي وذلك في الحالات الواردة في نص المادة 375 ق م ج على النحو التالي:

#### ب.1/ قيمة المبيع وقت الاستحقاق

يرجع المشتري بقيمة المبيع وقت الاستحقاق وبذلك يستفيد المشتري من زيادة قيمة العقار، أما في حالة نقص قيمة العقار من مصلحة المشتري أن يطلب فسخ البيع أو إبطاله

<sup>1</sup> - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 5، تنمة العقود الملكية وتوابعها، المرجع السابق، ص 355-357.

<sup>2</sup> - هشام طه محمود سليم، المرجع السابق، ص 416.

<sup>3</sup> - المادة 372 من أمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

لكي يسترد الثمن الذي دفعه<sup>(1)</sup>، لأن استحقاق المبيع على المشتري يوجب الرجوع بالثمن على البائع تحقيقاً لمقتضى المعاوضة، وهو المساواة<sup>(2)</sup>.

### ب.2/ قيمة الثمار

تنص المادة 837 من ق م ج على أنه: « يكسب الحائز ما يقبضه من ثمار ما دام حسن النية»<sup>(3)</sup>.

يفهم من نص المادة أن للمشتري الحق في ثمار المبيع من وقت لبيع ما لم يتفق على خلاف ذلك إذا كان حسن النية، أما إذا كان سيء النية فيلزم برد الثمار.

### ب.3/ المصروفات المنفقة من طرف المشتري على المبيع

إذا أنفق المشتري على المبيع مصروفات ضرورية لحفظه، فإنه يستردها من المالك الذي حكم له بالاستحقاق<sup>(4)</sup>.

### ب.4/ مصاريف دعوى الضمان والاستحقاق

يجوز للمشتري الرجوع على البائع بمصاريف دعوى الاستحقاق، التي أقامها عليه الغير لأنه خسر هذه الدعوى في مواجهة المستحق فوجب على البائع أن يعوضه عنها، لكن في حالة عدم اخطار البائع بدعوى الاستحقاق في الوقت الملائم، له الرجوع على البائع بمصاريف الدعوى<sup>(5)</sup>.

### ب.5/ تعويض المشتري عما لحقه من خسارة وما فاته من كسب

تقتضي القواعد العامة بأن التعويض في المسؤولية التعاقدية يشمل كل ما لحق الدائن من خسارة متوقعة أو ما فاته من كسب متوقع<sup>(6)</sup>. وعليه فالتعويض الذي يستحقه المشتري يشمل

<sup>1</sup> - حسنين محمد، المرجع السابق، ص. 143.

<sup>2</sup> - فخر الدين حسن بن منصور بن محمود الأوزجندي الفرغاني، شرح الزيادات، المجلد الثاني، دار احياء التراث العربي، بيروت- لبنان، د س ن، ص. 678.

<sup>3</sup> - المادة 837 من أمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

<sup>4</sup> - يابسي كاتية، يونس صبرينة، المرجع السابق، ص. 36.

<sup>5</sup> - الفضلي جعفر، المرجع السابق، ص. 115.

<sup>6</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص. 683.

الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع بنوعيه، الخسارة اللاحقة والكسب الفائت<sup>(1)</sup>.

## (2) الاستحقاق الجزئي:

الاستحقاق الجزئي هو ثبوت ملكية الغير لجزء من العين المبيعة سواء كان الجزء مستحق مفرزا أو حصة شائعة في العين كلها<sup>(2)</sup>.

- **الاستحقاق لدى الحنفية:** في حالة استحقاق بعض المعقود عليه قبل القبض تتفرق الصفقة على المشتري الأخير، فيثبت للمشتري خيار تفرق الصفقة، فإذا شاء بباقي المبيع وإن شاء فسخ العقد فيه ورد له للبائع، أما إذا كان الاستحقاق قد وقع بعد القبض للمشتري جميع المبيع ولا يثبت حينئذ خيار تفرق الصفقة باستحقاق البعض بل يلتزم بالباقي بحصته من الثمن<sup>(3)</sup>.

- **الاستحقاق لدى المالكية:** يرجع على المشتري بقيمة ما استحق من يده وليس له أن يرجع بالجميع<sup>(4)</sup>.

- **عند الشافعية:** إذا استحق بعض المبيع دون البعض الآخر ففيه خيار تفرق الصفقة أي تجزئة البيع وإعطاء كل جزء من المبيع حكمه، فيصبح البيع فيما يأخذه المشتري، ويبطل المستحق، ويرجع على البائع بحصة المستحق من الثمن<sup>(5)</sup>.

## أ- صور الاستحقاق:

يثبت الاستحقاق الجزئي في إحدى الصورتين التاليتين:

- **الصورة الأولى:** استحقاق الغير لجزء من المبيع، كأن يدعي الغير ملكية لجزء من المبيع سواء كانت حصة مفرزة أو شائعة، ويحكم له بالاستحقاق<sup>(6)</sup>.

<sup>1</sup> - علي هادي العبيدي، المرجع السابق، ص. 119.

<sup>2</sup> - سعيد سعد عبد السلام، المرجع السابق، ص. 507.

<sup>3</sup> - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي، المرجع السابق، ص. 288.

<sup>4</sup> - شمس الدين شيخ محمد عرفه الدسوقي، المرجع السابق، ص. 469-471.

<sup>5</sup> - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 5، تنمة العقود الملكية وتوابعها، المرجع السابق، ص. 355.

<sup>6</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، العقود التي تقع على

الملكية، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص. 687.

- الصورة الثانية: ظهور تكليف على المبيع سواء كان حقا عينيا، كحق الانتفاع أو الاستغلال أو حق ارتفاق غير ظاهر، وكان البائع قد أكد للمشتري خلو المبيع منه أو حقا شخصيا كحق الإيجار<sup>(1)</sup>.

### ب - حقوق المشتري في حالة الاستحقاق الجزئي للمبيع

يتضح من خلال نص المادة 376 من ق م ج أن المشرع ميز بين حالتين:

- الحالة الأولى: إذا كان الاستحقاق الجزئي جسيما، بحيث لو علم به المشتري لما أبرم العقد، ففي هذه الحالة كان للمشتري مطالبة البائع بالمبالغ المنصوص عليها في المادة 375، مقابل رد المبيع مع الإنتفاع الذي حصل عليه منه.

- الحالة الثانية: إذا كان الاستحقاق الجزئي غير جسيم، حيث لا يكون للمشتري أن يرد الجزء الباقي للبائع، وإنما له أن يحتفظ به وأن يطلب التعويض عن الجزء الذي استحقه الغير<sup>(2)</sup>.

### ثانيا: الاتفاق على تعديل أحكام الضمان

تنص المادة 1/377 من ق م ج على أنه: « يجوز للمتعاقدین بمقتضى اتفاق خاص أن يزيدا في ضمان نزع اليد، أو ينقصا منه، أو يسقطاه »<sup>3</sup>.

- حالة الاتفاق على زيادة الضمان، كأن يتفق المشتري مع البائع أن يكون له الحق في الرجوع عليه عند الاستحقاق الكلي للمبيع، أما في حالة الاستحقاق الجزئي يكون للمشتري حق الرجوع على البائع برد المبيع له حتى ولو لم يكن الاستحقاق قد بلغ حدا من الجسامة<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص. 687.

<sup>2</sup> - المادة 376 من أمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني: « في حالة نزع اليد الجزئي عن البيع، أو في حالة وجود تكاليف عنه وكان خسارة المشتري قد بلغت قدرا لو علمه المشتري لما أتم العقد، كان له أن يطالب البائع بالمبالغ المبينة بالمادة 375 مقابل رد المبيع مع الانتفاع الذي حصل عليه منه.

وإذا اختار المشتري استبقاء المبيع، أو كانت الخسارة التي لحقته لم تبلغ القدر المشار إليه في الفقرة السابقة لم يكن له سوى المطالبة بحق التعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب نزع اليد عن المبيع».

<sup>3</sup> - المادة 377 من أمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

<sup>4</sup> - خليل أحمد حسن ق دادة، المرجع السابق، ص. 169.



- حالة الاتفاق على انقاص الضمان، وتشمل الأعمال الموجبة للضمان فيقل منها أو مقدار التعويض المستحق فينقص منه، ويجب أن يكون هذا الاتفاق صريحا في دلالة على انصراف إرادة كل من البائع والمشتري على احداث هذا الأثر<sup>(1)</sup>.

- حالة الاتفاق على إسقاط الضمان، من خلال نص المادة 3/377 من ق م ج يفهم أنه يجوز الاتفاق على إسقاط الضمان من البائع، ويشترط أن يكون صحيحا إذا لم يكن البائع قد تعمد إخفاء سبب الاستحقاق، أما إذا تعمد البائع على إخفاء حق الغير فيعتبر باطلا<sup>(2)</sup>. وأضافت المادة 1/378 من ق م ج أن البائع يبقى مسئولا عن كل الأعمال التي تنشأ بفعله، حيث تنص على أنه: « يبقى البائع مسئولا عن كل نزع يد ينشأ عن فعله ولو وقع الاتفاق على عدم الضمان ويقع باطلا كل اتفاق يقضي بغير ذلك »<sup>(3)</sup>.

## المطلب الثاني

### ضمان العيوب الخفية في القانون والفقہ الإسلامي

ضمان العيوب الخفية كضمان التعرض والاستحقاق، بحيث وجود العيب في المبيع يؤدي الى عدم انتفاع المشتري انتفاعا مفيدا، وعليه يلتزم البائع اتجاه المشتري بحكم القانون والفقہ بضمان العيب، وهذا ما قضت به المحكمة العليا<sup>(4)</sup>.

وقد عالج فقهاء الشريعة الإسلامية ضمان العيوب الخفية تحت ما يسمى بخيار العيب.

## الفرع الأول

### تعريف العيب الخفي وشروطه

من خلال هذا الفرع سوف نتطرق أولا إلى تعريف العيب الخفي وكذا تحديد شروطه ثانيا.

<sup>1</sup> - سعيد سعد عبد السلام، المرجع السابق، ص. 511.

<sup>2</sup> - المادة 377 من أمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني: « ويكون باطلا كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا تعمد البائع إخفاء حق الغير ».

<sup>3</sup> - المادة 378 من أمر 75-58، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

<sup>4</sup> - المحكمة العليا، قسم المستندات والنشر، قرار رقم 103934 المؤرخ في 06-10-1993، قضية: (ت ع) ضد (ب م)، المجلة القضائية، العدد الثاني، 1994، ص ص. 15-20.

**أولاً: تعريف العيب الخفي**

يقصد بالعيب لغة: هو كل ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة من الأوصاف العارضة، أو هو ما تنقص به عين الشيء أو قيمته أو ثمنه أو يفوت به غرض صحيح.

**العيب في الاصطلاح الفقهي:** يقصد به خيار العيب أي أن يكون لأحد العاقدين حق في فسخ العقد بسبب عيب في المعقود عليه لم يعلم به حين العقد<sup>(1)</sup>.

أما المشرع الجزائري لم يقدم تعريفاً للعيب الخفي بل حدد الشروط الموجبة لضمانه، على خلاف المشرع المصري فقد عرفته محكمة النقض المصرية على أنه: « الآفة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع »، وهو التعريف الذي سبق إليه الفقہ الإسلامي<sup>(2)</sup>.

لقد ورد لفظ عيب في القرآن الكريم بقوله تعالى: « أَمَّا السَّفِينَةُ فَكَانَتْ لِمَسَاكِينَ يَعْمَلُونَ فِي الْبَحْرِ فَأَرَدْتُ أَنْ أَعِيبَهَا وَكَانَ وَرَاءَهُمْ مَلِكٌ يَأْخُذُ كُلَّ سَفِينَةٍ غَصْبًا »<sup>(3)</sup>، وكذا قول رسول الله ﷺ: « الْمُسْلِمُ أَخُو الْمُسْلِمِ. وَلَا يَعْلَمُ لِمُسْلِمٍ بَاعَ مِنْ أَخِيهِ بَيْعًا، فِيهِ عَيْبٌ إِلَّا بَيَّنَّهُ لَهُ »<sup>(4)</sup>. كما قال أيضاً: « إِذَا بَايَعْتَ فُقُلًا لَا خَلَابَةَ »<sup>(5)</sup>.

**ثانياً: شروط العيب الموجب للضمان**

لا تتحقق مسؤولية البائع في ضمان المبيع بمجرد ظهور العيب فيه، يجب توافر مجموعة من الشروط والتي تطرق إليها كل من القانون المدني في نص المادة 379 والفقہ الإسلامي، وهي على النحو التالي:

**1) أن يكون العيب قديماً**

والمقصود بقديم العيب أن يكون العيب موجود في المبيع وقت التسليم، وقد أكد الفقہ الإسلامي على هذا الشرط وذلك من خلال الآراء الفقهية التالية:

<sup>1</sup> - محمد سعيد جعفرور، الخبارات في الفقہ الإسلامي كمصدر للقانون المدني الجزائري، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1998، ص ص 49-50.

<sup>2</sup> - الفضلي جعفر، المرجع السابق، ص 123.

<sup>3</sup> - سورة الكهف المكية، ترتيبها 18، الآية 79 من 110 آية، الجزء 16 من الحزب 31، برواية حفص.

<sup>4</sup> - أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، ج 2، كتاب التجارات، باب من باع عيب فليبينه، رقم الحديث 2246، دار احياء الكتب العربية، د. ب. ن، د. س. ن، ص 775.

<sup>5</sup> - مجد محمد الدين عبد السلام بن تيمية، المرجع السابق، كتاب البيوع، باب شرط السلامة من الغبن، رقم الحديث 72، ص 21.

- عند الحنفية: فقد أكدوا على ضمان العيب عند البيع وفي الفترة الواقعة بينه وبين التسليم، وهذا ما جاء في قول الكساني: « وأما شرائط ثبوت الخياران فمنها ثبوت العيب عند البيع أو بعده قبل التسليم »<sup>(1)</sup>.

- عند الشافعية: فقد أزموا البائع بضمان العيب حتى تمام القبض، وفي هذا جاء في حاشيتنا القليوبي وعميرة مايلي: « للمشتري الخيار في رد المبيع بظهور عيب قديم بالنسبة إلى القبض فيصدق بالحدث قبله بعد العقد »<sup>(2)</sup>.

- عند المالكية: إن شرط قدم العيب يعني وجوده في المبيع وحتى وقت التسليم وجاء في حاشية الدسوقي: « العيب يعني القديم وهو الكائن حين البيع أو قبله »<sup>(3)</sup>.

- عند الحنابلة: لم يختلفوا عن الآراء السالفة الذكر لكن ميزوا بين حالة ضمان البائع وضمان المشتري، حيث جاء في المغني ما يلي: « وإذا تعيب المبيع في يد البائع بعد العقد فإن كان المبيع من ضمانه فحكمه حكم العيب القديم، وإن كان من ضمان المشتري فحكمه حكم العيب الحادث بعد القبض، فأما الحادث بعد القبض فهو من ضمان المشتري، ولا يثبت به الخيار »<sup>(4)</sup>.

## (2) أن يكون العيب خفياً

يكون العيب خفياً إذا كان المشتري لا يعلم به وقت التسليم، أما إذا علم به سابقاً فعلى العقد أو أخيراً، فالبائع غير ملزم بضمانه<sup>(5)</sup>.

ويسقط حق المشتري في الضمان إذا أثبت البائع أن المشتري كان باستطاعته أن يفحص المبيع بعناية الرجل العادي، ولا يسقط حقه في الضمان في حالة إثبات بأن البائع أكد له

<sup>1</sup> - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي، المرجع السابق، ص. 275.

<sup>2</sup> - أبو إسحاق إبراهيم بن علي يوسف الفيروزآبادي الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج 2، دار الكتب العلمية، لبنان، 1416هـ/1995م، ص. 49.

<sup>3</sup> - شمس الدين الشيخ محمد عرفه الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج 3، دار احياء الكتب العربية، د. ب. ن، د. س. ن، ص. 120.

<sup>4</sup> - أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الجماعلي الدمشقي الصالحي الحنبلي، المغني، ج 6، ط 3، دار عالم الكتب والطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، 1418هـ/1997م، ص. 16-17.

<sup>5</sup> - مصطفى أحمد الزرقاء، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، العقود المسماة في الفقه الإسلامي، عقد البيع، المرجع السابق، ص. 137.

على خلو المبيع من العيب أو أخفاه غشا منه، وهذا ما جاءت به نص المادة 2/379<sup>(1)</sup>.

أما جمهور الفقهاء المسلمين لم يقيدوا العيب بأن يكون خفياً، بل اعتبروا العيب مضموناً سواء كان ظاهراً أو خفياً مع مراعاة أنه لو ثبت علم المشتري بالعيب، ظاهراً أو خفياً سقط خياره. وقد ذكر الكسائي شرائط ثبوت الخيار ولم يذكر شرط الخفاء وعليه فالبايع يضمن كافة العيوب لا فرق بين الظاهر والخفي<sup>(2)</sup>.

كما نهى الرسول ﷺ عن إخفاء العيب في المبيع لقوله: « مَنْ بَاعَ عَيْبًا لَمْ يُبَيِّنْهُ لَمْ يَزَلْ فِي مَقْتِ اللَّهِ أَوْ لَمْ تَزَلْ الْمَلَائِكَةُ تَلْعَنُهُ »<sup>(3)</sup>.

### 3) أن يكون العيب مؤثراً

العيب المؤثر هو ذلك العيب الذي ينقص من قيمة المبيع أو من الإنتفاع به بحسب الغاية المقصود من المبيع<sup>(4)</sup>، بحيث لو علم به المشتري وقت التعاقد ما كان ليبرم العقد أو على الأقل عدم قبوله للشراء بالثمن الوارد في العقد وإنما بثمن أقل<sup>(5)</sup>.

وقد أكد فقهاء الشريعة الإسلامية على هذا الشرط ويظهر ذلك في الحالات التالية:

أ- أن يكون العيب منقصاً للقيمة: إن العيب الموجود في الثمن والمبيع وينقص في القيمة ويفوت به غرض صحيح يكون عيباً مؤثراً يوجب الضمان، وهذا ما جاءت به المذاهب الأربعة وحجتهم في ذلك أن العيب يعد ضرراً في انتقاص المبيع أو الثمن المعيب مما يؤدي إلى نقصان القيمة<sup>(6)</sup>، والضرر مرفوع بدليل حديث النبي ﷺ: « لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ »<sup>(7)</sup>.

ب - أن يكون العيب منقصاً للمنفعة: يعد العيب مؤثراً إذا أدى إلى الإخلال لمنفعة المعقود عليه اخلالاً لا يمكن التسامح به، وعليه يوجب الضمان وهذا ما تطرق إليه المذهب المالكي والحنبلي.

<sup>1</sup> - خليل أحمد حسن قدامة، المرجع السابق، ص ص. 174-175.

<sup>2</sup> - صاحب عبيد الفتاوي، المرجع السابق، ص. 92.

<sup>3</sup> - رواه ابن ماجه، ج 2، كتاب التجارات، باب من باع عيباً فليبينه، رقم الحديث 2247، ص. 755.

<sup>4</sup> - سعيد سعد عبد السلام، المرجع السابق، ص. 521.

<sup>5</sup> - الفضلي جعفر، المرجع السابق، ص. 127.

<sup>6</sup> - جابر اسماعيل الحجاجية، شروط ضمان العيوب في الفقه الإسلامي "البيع أنموذجاً"، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد السادس، العدد الأول، 2010/1421م، ص. 12.

<sup>7</sup> - رواه ابن ماجه، كتاب الأحكام، ج 2، باب من بنى فيه حق ما يضر بجاره، رقم الحديث 2340، ص. 784.

ج - أن يكون العيب جسيماً: في هذه الحالة إذا كان العيب يسيراً يجب الضمان وهذا قول الحنفية، أما إذا كان في العيب في المبيع يسيراً لا يفوت به غرض صحيح فلا يترتب عليه الضمان، وهذا ما ذهب إليه المالكية والشافعية والحنابلة. وإذا كانت العيوب فاحشة وكبيرة فتعد عيوب مؤثرة يترتب عليها الضمان، وفي ذلك قول جمهور الفقهاء<sup>(1)</sup>.

#### 4) أن لا يكون العيب معلوماً للمشتري وقت البيع

إن علم المشتري بعيب السلعة وأقدم على شرائها، فالبائع غير ضامن لهذا العيب، أما في حالة عدم علم المشتري بوجود العيب وقت التسليم، فإن البائع يعد ضامناً، وهذا ما جاءت به المادة 379 من ق م ج التي تنص على أنه: «... فيكون البائع ضامناً لهذه العيوب ولو لم يكن عالماً بوجودها».

غير أن البائع لا يكون ضامناً للعيوب التي كان المشتري على علم بها وقت البيع<sup>(2)</sup>.

وقد جاء في قول رسول الله ﷺ: «الْبَيْعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَنْفَرَقَا، فَإِنْ صَدَقَا وَبَيَّنَّا بُورِكَ لَهُمَا فِي بَيْعِهِمَا، وَإِنْ كَذَبَا وَكْتَمَا مُحِقَّتْ بَرَكَةٌ بَيْنَهُمَا»<sup>(3)</sup>.

وكالعادة كان للفقہ الإسلامي موقف في هذا الشرط، وذلك من خلال المذاهب الأربعة التالية:

- عند الحنفية: حيث قال الكساني: «وأما شرائط ثبوت الخيار فمنها، جهل المشتري بوجود العيب عند العقد والقبض فإن كان عالماً به عند احدهما فلا خيار له لأن الإقدام على الشراء مع العلم بالعيب رضا به دلالة وكذا إذا لم يعلم عند العقد ثم علم بعده قبل القبض لأن تمام الصفقة متعلق بالقبض فكان العلم عند القبض كالعلم عند العقد»<sup>(4)</sup>.

- عند الشافعية: وجاء في المذهب: «فإن لم يعلم بالعيب واشتراه ثم علم بالعيب فهو بالخيار بين أن يمسك وبين أن يرد...»، فإن ابتاع شيئاً ولا عيب به ثم حدث عيب في ملكه

<sup>1</sup> - جابر إسماعيل الحجاجبة، المرجع السابق، ص 12-13.

<sup>2</sup> - المادة 379 من أمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

<sup>3</sup> - أبو الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم بن ورد بن كشاف القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب الصدق في البيع والبيان، رقم الحديث 3876، دار صادر، بيروت - لبنان، 1425هـ/2004م، ص 572.

<sup>4</sup> - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي، المرجع السابق، ص 276.

فلا يرد، فإن كان حدث قبل القبض ثبت له الرد...، وإن حدث العيب بعد القبض فلا يرد، فإن لم يستند إلى سبب قبل القبض لم يثبت له الرد»<sup>(1)</sup>.

- عند الملكية يثبت حق الخيار للمشتري في إحدى الأمرين:

إذا كان البائع مفرطاً في أنه لم يستعلم العيب ولم يعلم به المشتري أو يكون علمه فدلس به على المشتري، فإذا صح أنه دلس بالعيب وجب عليه الرد من غير أن يدفع إليه المشتري قيمة العيب الذي حدث عنده، فإذا مات من ذلك العيب كان ضمانه على البائع بخلاف الذي لم يثبت أنه دلس به<sup>(2)</sup>.

- عند الحنابلة: وجاء في قول ابن قدامة: « إن وجد أحدهما بما اشتراه عيباً لم يكن علمه فله رده أو أخذ أرش العيب، وما كسبه المبيع أو حدث فيه من نماء منفصل قبل علمه بالعيب فهو له لأن الخراج بالضمان »<sup>(3)</sup>.

## الفرع الثاني

### آثار ضمان العيوب الخفية

إذا توفرت الشروط سابقة الذكر، فإن للمشتري حق الرجوع على البائع لضمان العيب، لأجل الحفاظ على حقه في الضمان، ويترتب عن ذلك الآثار التالية:

#### أولاً: المبادرة بفحص المبيع وإخطار البائع بالعيب

بالرجوع إلى نص المادة 380 من ق م ج<sup>(4)</sup>، يتضح أنه على المشتري قيام بفحص المبيع عند استلامه والتأكد من سلامته، فإذا وجد هناك عيب ينقص من قيمة المبيع عليه

<sup>1</sup> - أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيرزبادي الشيرازي، المرجع السابق، ص. 49.

<sup>2</sup> - أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 2، ط 6، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت - لبنان، 1402هـ/1982م، ص. 182.

<sup>3</sup> - موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الجماعلي دمشقي الصالحي الحنبلي، المرجع السابق، ص. 55.

<sup>4</sup> - المادة 380 من أمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني: « إذ تسلم المشتري المبيع وجب عليه التحقق من حالته عندما يتمكن من ذلك حسب قواعد التعامل الجارية، فإذا كشف عيباً يضمنه البائع وجب عليه أن يخبر هذا الأخير بأجل مقبول عادة فإن لم يفعل اعتبر راضياً بالمبيع ».

إخطار البائع في مدة معقولة وهذه الأخيرة متروكة لتقدير القاضي لكن في حالة عدم إخطار البائع بالعيب سقط حقه في الضمان<sup>(1)</sup>.

### ثانيا: دعوى الضمان

تنص المادة 381 من ق م ج على أنه: « إذا أخبر المشتري البائع بالعيب الموجود في المبيع في الوقت الملائم وكان له الحق في المطالبة بالضمان وفقا للمادة 376 »<sup>(2)</sup>.

يفهم من نص المادة أعلاه أن للمشتري حق الرجوع على البائع بالضمان في حالة إخطاره بالعيب الموجود بالمبيع في الوقت المناسب.

ويسقط حق الضمان بتقادم دعوى الضمان في مدة حددها القانون وهي انقضاء سنة من يوم تسليم المبيع، وهذا ماجاءت به المادة 383 من ق م ج<sup>(3)</sup>.

### ثالثا: جواز تعديل أحكام الضمان

تنص المادة 384 من ق م ج على أنه: « يجوز للمتعاقدین بمقتضى اتفاق خاص أن يزيدا في الضمان وأن ينقصا منه أو أن يسقط هذا الضمان غير أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا إذا تعمد البائع إخفاء العيب في المبيع غشا منه »<sup>(4)</sup>. يتبين من خلال هذه المادة أنه يجوز للمتعاقدین الاتفاق على تعديل أحكام الضمان سواء بالزيادة أو الإنقاص أو الإعفاء.

- في حالة زيادة الضمان للمشتري حق في رد المبيع والحصول على تعويض كامل إذا تحقق التزام البائع بالضمان.

- في حالة انقاص الضمان يجوز للمشتري حق رد المبيع سليما دون سائر عناصر التعويض الأخرى<sup>(5)</sup>.

<sup>1</sup> خليل أحمد حسن قدامة، المرجع السابق، ص. 179.

<sup>2</sup> المادة 381 من أمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

<sup>3</sup> المادة 383 من أمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني: « تسقط بالتقادم دعوى الضمان بعد انقضاء سنة من يوم التسليم المبيع حتى ولو لم يكتشف المشتري العيب إلا بعد انقضاء هذا الأجل ما لم يلتزم البائع بالضمان لمدة أطول.

<sup>4</sup> المادة 384 من أمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

<sup>5</sup> سعيد سعد عبد السلام، المرجع السابق، ص ص. 539-540.

- في حالة الاتفاق على إسقاط الضمان يكون باشتراط البائع على المشتري عدم ضمانه لأي عيب يظهر في المبيع، ففي هذه الحالة لا يكون البائع ضامنا لأي عيب يظهر في المبيع حتى ولو كان يعلم بوجود عيوب معينة ولكنه لم يتعمد إخفائها على المشتري<sup>(1)</sup>، ولقد تطرق فقهاء الشريعة الإسلامية إلى حالة الإعفاء من الضمان بما يسمى بشرط البراءة من العيوب، فقد اختلفوا حول إجازته.

- هناك من يرى أنه يصح البيع مطلقا بشرط البراءة من كل عيب، إما وقت العقد أو بعده إلى القبض سواء علم به البائع أم لم يعلم، وهو قول أبو حنيفة وأبو يوسف والشافعية وبعض الحنابلة في رواية، وإما وقت العقد لا بعده إلى القبض سواء علم به البائع أو لو يعلم، وبذلك قول الشافعية ومحمد بن الحسن وزفر وأبي يوسف<sup>(2)</sup>، حيث استندوا في ذلك لقول الرسول الله ﷺ: « الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ »<sup>(3)</sup>.

- وهناك من يرى أنه لا يبire البائع إلا من العيوب التي يتم إخبار المشتري بها، إما بتسميتها أو بوضع اليد عليها، وبذلك قول مالك والشافعية وأحمد في رواية وابن أبي ليلى وسفيان الثوري وإسحاق. كما لا يصح البيع بالبراءة من العيوب التي لا يعلمها البائع، باستثناء عيوب الرقيق التي كانت فيه إذا اشترط البائع البراءة، وبيع السلطان وبيع المفلس والميراث إذا لم يشترط البراءة، وقول ذلك في المشهور.

- كما يرى أيضا الشافعي في الحيوان خاصة، وأحمد في رواية وعثمان وزيد بن ثابت أن البائع يبire من كل عيب لم يعلمه ولا يبire من عيب علمه<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، العقود التي تقع على

الملكية: البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 757-758.

<sup>2</sup> - جابر إسماعيل الحجاجية، المرجع السابق، ص 14.

<sup>3</sup> - رواه أبي داود، باب الصلح، رقم الحديث 3594، ص 553.

<sup>4</sup> - جابر إسماعيل الحجاجية، المرجع نفسه، ص 14-15.



## المبحث الثاني

## ضمان عقد المقاولة في القانون المدني والفقہ الإسلامي

لما كان عقد المقاولة من العقود المستجدة في الوقت الحاضر انطبقت عليه الشروط العامة الواجب توافرها بالعقود، ونهض في أحكامه على مجموعة من عقود الفقہ الإسلامي كعقد البيع والإجارة الواردة على العمل والسلم<sup>(1)</sup> والجعالة<sup>(2)</sup> وعقد الاستصناع.

لقد تطرق المشرع الجزائري إلى تعريف عقد المقاولة ويظهر ذلك في نص المادة 549 من ق م ج على أن عقد المقاولة عقد بمقتضاه يتعهد أحد طرفيه بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً مقابل بدل يتعهد به الطرف الآخر<sup>(3)</sup>. ويعد عقد المقاولة جائزاً سواء قدم المقاول العمل والمادة وهو ما يسمى عند الفقهاء بالاستصناع أو قدم المقاول عمل وهو المسمى عند الفقهاء بالإجارة الواردة على العمل.

## \* الأدلة الشرعية الدالة على عقد المقاولة:

- من القرآن الكريم، قال الله تعالى: « وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا »<sup>(4)</sup>.
- من السنة النبوية الشريفة، عن أنس رضي الله عنه قال: اصنع رسول الله ﷺ خاتماً. فقال: « إِنَّا قَدْ اصْطَنَعْنَا خَاتَمًا، وَنَقَشْنَا فِيهِ نَفْسًا، فَلَا يَنْقُشُ عَلَيْهِ أَحَدٌ »<sup>(5)</sup>.

<sup>1</sup> - السلم لغة هو: تسليم رأس المال في مجلس ويسمى سلفاً أيضاً. أما شرعاً فهو: عقد على موصوف في ذمة مؤجل في ثمن مقبوض بمجلس العقد. أنظر صالح بن فوزان بن عبد الله الفوزان، الشرح المختصر على متن زاد المستقنع، المجلد الثالث، دار العاصمة للنشر والتوزيع، الرياض، 1424هـ/2004م، ص. 97.

<sup>2</sup> - الجعالة: الجعلة أو الجعل أو الجعيلة لغة: هي ما يجعل للإنسان على فعل شيء أو ما يعطاه الإنسان على ما يفعله. وتسمى عند القانونيين الوعد بالجائزة (أي المكافئة أو الجعل أو الأجر المعين)، فهي عقد أو التزام بإرادة منفردة. أما شرعاً: فهي التزام عوض معلوم على عمل معين أو مجهول، عسر عمله. أنظر: وهبة الزحيلي، أدلة الفقہ الإسلامي، ج 4، النظريات الفقهية والعقود، ط 2، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، دمشق، 1405هـ/1985م، ص. 783.

<sup>3</sup> - المادة 594 من أمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

<sup>4</sup> - سورة الاسراء المكية، ترتيبها 17، الآية 34 من 111 آية، الحزب 29 من الجزء 15، برواية حفص.

<sup>5</sup> - رواه ابن ماجه، ج 2، كتاب اللباس، باب نقش الخاتم، رقم الحديث 3640، ص. 1201.

من خلال ما سبق فإن عقد المقاولة يترتب عليه التزامات ومن بينها، التزام المقاول والمهندس المعماري وكذا المقاول من الباطن بضمان الأضرار والعيوب التي قد تصيب محل العقد، وهذا ما سنبينه من خلال المطلبين التاليين:

## المطلب الأول

### ضمان المقاول الأصلي والمهندس المعماري في القانون المدني والفقہ الإسلامي

تعتبر مسؤولية المقاول والمهندس المعماري اتجاه رب العمل من طبيعة عقدية، طالما أنها ناجمة عن عدم تنفيذ التزاماتهم، وبذلك يقع على عاتقهم التزام بضمان الأضرار التي قد تهدد سلامة ومثانة البناء، ومن خلال هذا المطلب سنبيين أشخاص الضمان (فرع أول)، والأضرار الموجبة للضمان (فرع ثان).

## الفرع الأول

### نطاق الضمان من حيث الأشخاص

يتحقق الضمان في عقد المقاولة إذا كان هناك عقد صحيح بين طرفي العقد وكذا أن يكون المحل مباني أو منشآت أخرى، والأشخاص المستفيدين والملزمين بالضمان هم رب العمل كدائن للضمان، والمقاول والمهندس المعماري كمدنيين للضمان.

### أولاً: الأشخاص المستفيدين من الضمان (الدائن)

يعتبر رب العمل الشخص الذي يعود عليه الضرر من جراء تدهم البناء، أو ظهور عيوب في منشآت ثابتة من شأنه أن يتهدد سلامتها، ويرجع بالضمان على المهندس المعماري والمقاول الأصلي أو عليهما متضامنين، أما في حالة وفاته فلورثته حق المطالبة بالضمان<sup>(1)</sup>، أما في الفقہ الإسلامي يدعى بالمستأجر.

<sup>1</sup> - قدري عبد الفتاح الشهاوي، عقد المقاولة في التشريع المصري والمقارن، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2001، ص. 158.

## ثانياً: الأشخاص الملتمزمين بالضمان (المدين)

يعد عقد المقاولة عقد يلتزم بمقتضاه المقاول والمهندس المعماري بتقديم عمل إلى رب العمل، واستناداً إلى أحكام المادة 554 من ق م ج<sup>(1)</sup>، فإن الأشخاص الملتمزمين بالضمان هما:

### 1) المهندس المعماري

المهندس المعماري شخص من أشخاص الضمان العشري، تقع عليه التزامات في أعمال البناء التي تكمن في وضع التصاميم والرسومات والنماذج، لإقامة المنشآت والرقابة على التنفيذ وقد يعهد إليه أعمال أخرى مثل مراجعة حسابات المقاول والتصديق عليها مهما كانت تخصصه، فيلتزم بالضمان كل من المهندس الميكانيكي أو الكهربائي<sup>(2)</sup>.

### 2) المقاول الأصلي

المقاول هو الشخص الذي يعهد إليه إقامة المنشآت الثابتة، سواء كانت المواد التي أقام بها المنشآت قد أحضرها من عنده أو قدمها رب العمل، ففي كلتا الحالتين يلتزم بالضمان وفي حالة تعدد المقاولون أو مساعديه فإنه يكون ضامناً لأعماله لأنه مسئول عنه<sup>(3)</sup>. أما فقهاء الشريعة الإسلامية فقد اعتبروا المقاول كالأجير المشترك<sup>(4)</sup>.

## الفرع الثاني

### نطاق الضمان من حيث الأضرار

يشمل الضمان الالتزام بصلاحية الشيء لانتفاع المعتاد وخلوه من العيوب لمدة معين

<sup>1</sup> - المادة 554 من أمر 58-75، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

<sup>2</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، العقود الواردة على العمل، المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة، ط 3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، 2004، ص ص. 109-110.

<sup>3</sup> - الفضلي جعفر، المرجع السابق، ص ص. 399-400.

<sup>4</sup> - الأجير المشترك (المقاول): هو من يستأجر لعمل معين لم يجعل الزمن معياراً له، ولم يختص به شخص معين أو أشخاص معينون. أنظر عجم جاسم الجسمي، بحث عقد المقاول، تاريخ الإطلاع 2015/04/17، <http://www.dr-nashmi.com/ind>، تاريخ النشر 2014/05/04.

من التسليم، وعليه يلتزم المقاول بضمان الأضرار الواقعة على المباني والمنشآت، سواء أدت إلى تدهم كلي أو جزئي، وكذلك الأضرار الخطيرة فتكون المسؤولية في هذه الحالة بضمان العيوب التي تهدد سلامة البناء.

### أولاً: ضمان التدهم الكلي أو الجزئي

تنص المادة 554 من ق م ج على أنه: « يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تدهم كلي أو جزئي فيما شيدها من مباني أو أقاماه من منشآت ثابتة أخرى... »<sup>(1)</sup>.

من خلال نص المادة يتضح أن مسؤولية المقاول والمهندس المعماري تختص بالأضرار التي تصيب المباني أو ما أقاماه من منشآت ثابتة أخرى سواء كان تدهم كلي أو جزئي، ويقصد بالتدهم هو تفكك الأجزاء المكونة للبناء عن بعضها البعض وانفصالها عن الأرض أو سقوط كل أجزاءه أو بعضها<sup>(2)</sup>، و ليس من الضروري أن يتهدم البناء كله أو جزئه بل يكفي ظهور عيوب قد تؤدي إلى تدهم البناء نتيجة المواد المستعملة في البناء أو مخالفة أصول الفن وأعراف المهنة<sup>(3)</sup>.

فالمقاول والمهندس المعماري يضمنان ما يحدث في خلال عشر سنوات من تدهم كلي أو جزئي فيما شيدها من مباني، أو ما أقاماه من منشآت أو ما يظهر خلال هذه الفترة من عيوب تهدد متانة البناء وسلامته، وتبدأ مدة السنوات العشر من وقت تسلم العمل<sup>(4)</sup>.

ويضمن المقاول ما تولد عن فعله من ضرر أو خسارة سواء كان بتعديه أو تقصيره أم لا، لأنه كالأجير المشترك ضامن لما يسلم إليه من أموال الناس، وهو قول الحنفية والمالكية والشافعية، ولكن إذا حصل الضرر أو الخسارة لسبب قاهر أو ظرف طارئ لا يد للمقاول في

<sup>1</sup> - المادة 544، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

<sup>2</sup> - فيلالي علي، المرجع السابق، ص. 238.

<sup>3</sup> - مغنغب نعيم، عقود مقاولات البناء والأشغال الخاصة والعامة، دراسة في القانون المقارن، ط 3، د. د. ن، لبنان، 2001، ص. 289.

<sup>4</sup> - عدنان إبراهيم سرحان، شرح القانون المدني، العقود المسماة، المقابلة-الوكالة-الكفالة، دار الثقافة، عمان-الأردن، 2006، ص ص. 60-61.

حدوثه ولا سبيل له لدفعه ولا يمكن التحرز عنه عملاً بالقاعدة الشرعية: « كل ما لا يمكن التحرز عنه لا ضمان فيه »<sup>(1)</sup>.

### ثانياً: ضمان العيوب التي تهدد سلامة البناء في القانون المدني والفقہ الإسلامي

لقد تطرق القانون المدني والفقہ الإسلامي إلى ضمان المقاول والمهندس المعماري من العيوب التي تهدد سلامة البناء، وهذا ما سنبيّنه على النحو الآتي:

#### 1) ضمان العيوب التي تهدد سلامة البناء في القانون المدني:

يضمن المقاول والمهندس المعماري العيوب إذا كان قديماً أي موجوداً في المبنى وقت استلامه، إما إذا كان العيب ظاهراً بحيث كان بالاستطاعة كشفه فإن استلام المبنى والرضا بحالته وقبوله يعني إعفاء المقاول والمهندس من ضمانه ما دام قد تم القبول دون تحفظ بشيء العيب الظاهر<sup>(2)</sup>.

إن العيب الذي يهدد سلامة ومتانة البناء راجع إلى أسباب بتوفرها يتحقق ضمان العيب وهي على النحو التالي:

#### أ- سبب الضمان راجع إلى عيب في البناء

نصت المادة 554 من ق م ج على سبب تحقق الضمان المتصل بالبناء ويتمثل في التهدم الكلي والجزئي للبناء أو العيب الذي يهدد سلامة البناء، فيكفي اكتشاف العيب في البناء لتحقق مسؤوليته، والسبب في هذا العيب قد يكون في المواد المستعملة في الصنعة، وقد يكون العيب في الأرض هشة أو فيها مستنقعات، ويشترط في هذا العيب ما يلي:

- أن يهدد سلامة ومتانة البناء<sup>(3)</sup>.

- أن يكون العيب خفياً، بمعنى إذا كان قديماً أي موجوداً في المبنى وقت استلامه يضمنه المهندس المعماري والمقاول، أما إذا كان العيب ظاهراً بحيث كان بالاستطاعة كشفه فإن

<sup>1</sup> - شاشو إبراهيم، عقد المقاول في الفقہ الإسلامي، مجلة جامعة دمشق الاقتصادية والقانونية، المجلد 26، العدد الثاني، 2010، ص ص. 759.

<sup>2</sup> - عدنان إبراهيم السرحان، المرجع السابق، ص. 60.

<sup>3</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، العقود الواردة على العمل، المقاول والوكالة والوديعة والحراسة، المرجع السابق، ص ص. 113-114.

استلام المبنى والرضا بحالته وقبوله يعني إعفاء المقاول والمهندس من ضمانه مادام قد تم القبول دون تحفظ بشأن العيب الظاهر<sup>(1)</sup>.

### ب- سبب الضمان راجع إلى عيب في التصميم

يعد العيب في التصميم سببا للضمان، حيث يتوجب على الشخص الذي يصنع تصميم البناء بضمان العيوب التي تظهر فيه، ولا فرق إن قدم التصميم من قبل المهندس المعماري أو من قبل المقاول أو من قبل صاحب العمل أو غيره<sup>(2)</sup>، وعيوب التصميم قد ترجع إلى خطأ في أصول الهندسة المعمارية، كأن يكون من وضع التصميم لا تتوفر فيه الكفاءة الفنية اللازمة، وقد ترجع عيوب التصميم إلى مخالفة قوانين البناء ولوائحه<sup>(3)</sup>، والجدير بالذكر أنه إذا كان سبب الضمان راجع إلى عيب في التصميم فإن المسؤولية تقع على عاتق المهندس دون مسائل المقاول، وذلك في حالة الإشراف عليه دون تنفيذه، وهذا ما جاءت به نص المادة 555 من ق م ج التي تنص على أنه: « إذا اقتصر المهندس المعماري على وضع التصميم دون أن يكلف بالرقابة على التنفيذ لم يكن مسئولا إلا عن العيوب التي أتت من التصميم »<sup>(4)</sup>.

### 2) ضمان العيوب التي تهدد سلامة البناء في الفقہ الإسلامي:

لما كانت المقولة نوعا من عقدي الإجارة والإستصناع عند جمهور الفقهاء فإن تسلم العمل لا يعني المقاول من ضمان العيوب الظاهرة التي يمكن تبينها في التقليب والمعينة، ومن المقرر عند الفقهاء أن مجرد وجود عيب بالعمل أو مخالفته للمشترط في العقد، يلزم المقاول بالضمان سواء كان ظاهرا أو خفيا، وسواء اكتشف قبل التقبل أو بعده، ويرى الفقهاء أنه لا فرق في رد المبيع بالعيب بين عيب ظاهر يمكن تبينه بالفحص العادي وبين عيب خفي، ولكنهم يرون أن المشتري رد المبيع بعد التسلم إذا اطلع على عيب فيه<sup>(5)</sup>.

<sup>1</sup> - عدنان إبراهيم السرحان، المرجع السابق، ص. 60.

<sup>2</sup> - مغيبب نعيم، المرجع السابق، ص. 291.

<sup>3</sup> - مدوري زايدي، مسئولية المقاول والمهندس المعماري في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، د. ت. م، ص. 99.

<sup>4</sup> - المادة 555 من أمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

<sup>5</sup> - عجم جاسم الجسمي، بحث في عقد المقاول، تاريخ الإطلاع 2015/04/17، <http://www.dr-nashmi.com/index.jsp>، تاريخ النشر 2014/05/04.

### ثالثاً: الإعفاء من الضمان في القانون والفقہ الإسلامي

يقصد بالإعفاء من الضمان انتفاء مسؤولية المقاول والمهندس المعماري من ضمان العيوب التي تصيب البناء والمنشآت أو ما يسمى بالبراءة من العيوب في الفقہ الإسلامي.

#### 1) الإعفاء من الضمان في القانون المدني:

بناء على ما تقدم فإن مسؤولية المقاول والمهندس المعماري عن الضمان العشري تكون قائمة ولا حاجة بأن يثبت رب العمل أن هناك خطأ من جانب المقاول أو المهندس المعماري إذ وجد العيب في البناء هو ذاته الخطأ، كما هو الأمر في التزام بتحقيق غاية<sup>(1)</sup>. إلا أنه يمكن دفع هذه المسؤولية بنفي الرابطة السببية، ويكون ذلك بإثبات السبب الأجنبي طبقاً لنص المادة 127 من ق م ج والذي يتمثل في القوة القاهرة أو خطأ المضرور أو خطأ الغير<sup>(2)</sup>.

#### 2) الإعفاء من الضمان في الفقہ الإسلامي (البراءة من العيوب):

لقد أقر الفقهاء مسألة البراءة في العيوب أي عدم المسؤولية أو عدم الضمان، عما يمكن أن يظهر من عيوب في المبيع.

- عند الحنفية: يرى هذا الاتجاه أنه تصح المقابلة أو البيع بشرط البراءة من كل عيب سواء كان كلياً أو جزئياً، لأن ضمان العيب يعتبر من حقوق المشتري التي تمكنه ببراءة البائع منها.

- عند الشافعية والمالكية والحنابلة: يرون اشتراط البائع بعدم مسؤوليته عن عيوب المبيع يبطل العقد، لأن خيار العيب مقرر بحكم الشرع، فلا يملك المشتري إسقاطه، ويرى جمهور

<sup>1</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، العقود الواردة على العمل، المقابلة والوكالة والوديعة والحراسة، المرجع السابق، ص. 134.

<sup>2</sup> المادة 127 من أمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني: « إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجيء، أو قوة قاهرة أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك ».

الفقهاء أن هذا الشرط لا يصح إلا إذا عين البائع عيبا وشرط البراءة منه، فإنه يبرء منه دون سواه وقيده بعضهم بمعاينة المشتري العيب المذكور<sup>(1)</sup>.

## المطلب الثاني

### ضمان المقاول من الباطن

تنص المادة 564 من ق م ج على أنه: « يجوز للمقاول أن يوكل تنفيذ العمل بجملته أو جزء منه إلى مقاول فرعي إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل تفرض الاعتماد على كفاءته الشخصية.

ولكن يبقى في هذه الحالة مسؤولا عن المقاول الفرعي اتجاه رب العمل»<sup>(2)</sup>.

يتضح من خلال نص المادة أنه يمكن للمقاول الأصلي أن يعهد عمله كله أو جزء إلى مقاول فرعي، وعليه يلتزم المقاول من الباطن بإنجاز العمل المعهود إليه من المقاول الأصلي بالشروط والمواصفات والطريقة المتفق عليها في عقد المقاولة من الباطن<sup>(3)</sup>.

والمقاولة من الباطن<sup>(4)</sup> قد أجازها الفقہ الإسلامي، حيث نجد أن المذهب الحنفي يجيز للأجير أن يستعمل غيره لو أطلق العقد فلم يرد فيه شرط مانع<sup>(5)</sup>. وعليه فإن المقاول من الباطن يلتزم بضمان الأضرار الناشئة عن تهديد متانة وسلامة البناء، وهذا ما سوف نبيّنه من خلال الفرعين التاليين:

<sup>1</sup> محمد جبر الأفقي، عقد المقاولة، الإنشاء والتعمير (حقيقته - تكييفه - صورته)، د. د. ن، الرياض، 1423هـ/2003م، ص ص. 24-25.

<sup>2</sup> المادة 564 من أمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

<sup>3</sup> قدرى عبد الفتاح الشهاوي، المرجع السابق، ص. 241.

<sup>4</sup> المقاولة من الباطن: هي إنابة الغير في تنفيذ الأعمال مهما كانت طبيعتها والطريقة المستعملة في ذلك، حيث يكون اتفاق بموجبها بين المقاول الأصلي والمقاول آخر أو أكثر للقيام بتنفيذ العمل كله أو بعضه. انظر برجم صليحة، المقاولة الفرعية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، بن يوسف بن خدة، 2008-2009، ص. 2.

<sup>5</sup> زياد شقيف حسن قرارية، عقد المقاولة في الفقہ الإسلامي وما يقابله في القانون المدني، أطروحة استكمالا لمتطلبات درجة الماجستير في الفقہ والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2004، ص. 91.



## الفرع الأول

### ضمان الأضرار الناشئة عن استخدام المواد وتنفيذ المعيب

تنص المادة 3/554 من ق م ج على أنه: « ولا تسري هذه المادة على ما قد يكون للمقاول من حق الرجوع على المقاولين »<sup>(1)</sup>. يتضح من خلال نص المادة أن المقاول الفرعي في علاقته مع المقاول الأصلي ملزم بضمان العمل الذي تولى القيام به بوجه عام. فالمقاول من الباطن يلتزم بضمان الأضرار الناشئة عن استخدام المواد وبضمان الأضرار الناشئة عن تنفيذ المعيب.

### أولاً: ضمان الأضرار الناشئة عن استخدام المواد

إن ضمان خلو العمل من العيوب يقتضي سلامة المواد المستخدمة في انجازه، حيث إذا كانت مواد الصنع مقدمة من المقاول الفرعي اعتبر بمثابة بائع لها وجب عليه ضمان سلامتها وصلاحياتها للغرض الذي أعدت له، وكذا تحمل المسؤولية إن ثبت تضرر عمل بسبب عيوب في تلك المواد، ولا يمكن له دفع هذه المسؤولية بإثبات أنه بذل عناية الرجل العادي، بل يجوز دفعها متى أثبت أن العيوب اللاحقة بالمواد مرادها سبب أجنبي، أو قبول المقاول الأصلي بها، وإجازته باستخدام هذه المواد المعيبة، في هذه الحالة يكون خطأ المقاول الأصلي أشد جسامة من خطأ المقاول الفرعي.

أما إذا قدمت المواد من المقاول الأصلي أو رب العمل، فلا يكون المقاول الفرعي ضامناً لعيوب تلك المواد<sup>(2)</sup>.

### ثانياً: ضمان الأضرار الناشئة عن تنفيذ المعيب

يلتزم المقاول من الباطن بضمان الأضرار الناشئة عن تنفيذ المعيب الموجود في التصميم، حيث يسأل عنها طبقاً للقواعد العامة، لأنها من مستلزمات العقد الذي يستوجب تنفيذه بحسن نية، فإذا كشف المقاول من الباطن عيوب التصميم أو لم يستطع اكتشافها بسبب إهماله أو قصوره الفني<sup>(3)</sup>، التزم برد قيمة هذا الشيء، ويلتزم كذلك بإنجاز العمل في المدة المتفق عليها، وإذا أثبت أثناء سير العمل أن المقاول من الباطن يقوم به على وجه

<sup>1</sup> - المادة 554 من أمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

<sup>2</sup> - برجم صليحة، المرجع السابق، ص. 83.

<sup>3</sup> - سعيد سعد عيد السلام، المرجع السابق، ص. 128.

معيب أو منافي للعقد جاز للمقاول الأصلي أن ينذره بأن يعدل من طريقة التنفيذ في خلال أجل معقول يعينه له، فإذا انقضى الأجل دون أن يرجع المقاول من الباطن إلى الطريقة الصحيحة جاز للمقاول الأصلي أن يطلب إما بفسخ العقد، وإما أن يعهد إلى مقاول آخر بإنجاز العمل على نفقة المقاول من الباطن، كما يجوز طلب فسخ العقد إذا استحال إصلاح طريقة التنفيذ<sup>(1)</sup>.

## الفرع الثاني

### ضمان الأضرار الناشئة عن عيوب تهدد متانة وسلامة البناء

الأصل في المقولة أن المقاول ضامن لما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم في المباني أو في المنشآت الثابتة الأخرى، وكذا العيوب التي يترتب عليها تهدد متانة البناء وسلامته، لكن هذا لا ينطبق على المقاول من الباطن من حيث المدة وهذا ما جاءت به نص المادة 3/554 من ق م ج بنصها على: « ولا تسري هذه المادة على ما قد يكون للمقاول من حق الرجوع على المقاولين الفرعيين »<sup>(2)</sup>.

ورغم هذا فإن المقاول من الباطن يبقى ضامنا للأضرار الناشئة عن عيوب تهدد متانة وسلامة البناء، والمنشآت الثابتة الأخرى في حدود القواعد العامة، كما ينتهي التزام المقاول من الباطن بمجرد تسليم المقاول الأصلي العمل مع تمكنه من فحصه وكشف ما به من عيوب، فإذا ظهرت عيوب خفية بعد ذلك لا يكون المقاول من الباطن مسئولاً إلا بالقدر وإلى المدة التي يقضي بها عرف الحرفة، لا إلى مدة عشر سنوات كما سبق القول<sup>(3)</sup>.

<sup>1</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، العقود الواردة على العمل، المقولة والوكالة والوديعة والحراسة، المرجع السابق، ص. 202.

<sup>2</sup> - المادة 554 من أمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

<sup>3</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع نفسه، ص. 204.

خاتمة

## خاتمة

نستخلص من خلال دراستنا لموضوع نطاق الضمان في المسؤولية العقدية والفقہ الإسلامي، أن الضمان قد ورد على عدّة معاني التي جاء بها فقهاء الشريعة الإسلامية، ولعل التعريف الشامل للضمان هو التزام بتعويض الغير عما لحقه من ضرر ، على خلاف المشرع الجزائري فلم يضع تعريفا للضمان بل استنبطناه من خلال نص المادة 124 من ق م ج السالفة الذكر.

المشرع الجزائري يتفق مع الشريعة الإسلامية في أن الضمان يمثل في التعويض عن الضرر وجبر التلف وإزالة المفسدة، ويكون التعويض أو الضمان مماثلا للضرر أو التلف الذي وقع، وهذا استنادا للنصوص القانونية والآراء الفقهية.

على الرغم من ذلك فقد اختلف المشرع حول وضع مصطلح الضمان حيث ألحقه بكلمة المسؤولية. وعليه فالضمان أكثر دقة وشمولا من المسؤولية.

وتتجلى أهمية الضمان في كونه وسيلة لتحقيق عدة غايات من بينها حفظ أموال الناس ومصالحهم التي قد تتعرض للتلف من طرف الغير، فإذا كان للمال وظيفة اجتماعية، فالضمان يحول دون أن يتعدى أحد على مال واحد، ويحدد سلوك القائمين على تلك الوظيفة لأن يتعسفوا في استعمال حقوقهم، كما هو الحال في ضمان الأنفس.

كما يتقرر الضمان في الفقہ الإسلامي بتوفر مجموعة من الشروط والأركان والأسباب فقد اختلفوا في وضعها، والسبب في ذلك راجع إلى أن أحكام الضمان وموضوعاته جاءت بأبواب متعددة، فمن الصعب وجود قاعدة عامة تضم أحكامه ومسائله، ويعود ذلك إلى اختلاف الفقهاء في تفسيره، أما بالرجوع إلى القانون المدني الجزائري فلم ترد فيه لا شروط ولا أسباب الضمان بل استخلصنا أركانه فقط من خلال أركان المسؤولية المدنية.

إن فكرة الضمان تختلف عن فكرة المسؤولية العقدية في التقنيات المدنية الحديثة، فهذه الأخيرة تعني تنفيذ العقد بطريق التعويض على الدائن عما فاتته من كسب ولحقه من خسارة بسبب اخلال المدين بالتزامه العقدي بعدم تنفيذه عينيا بصورة كلية أو جزئية أو بصورة معيبة أو إذا تأخر في تنفيذه.

وبناء على ما سبق فإن للضمان آثار تترتب عليه والتي تتمثل في التعويض لجبر الضرر، ونظرا لتعدد مجالاته خاصة في عقود المعاوضات المالية فقد اقتصرنا دراستنا لنطاق الضمان وذلك في عقدي البيع والمقاوله، وهذا لانتشار التعامل بهما.

وتجدر الإشارة إلى أن المسؤولية العقدية تقوم على أساس الاخلال بتنفيذ الالتزامات على الوجه المطلوب مما يترتب عليها الضمان، فالضمان إذاً في عقد البيع يتمثل في ضمان التعرض والاستحقاق وضمان العيوب الخفية باعتبارها أهم الالتزامات التي تترتب على العقد.

لقد نظم المشرع الجزائري أحكام الضمان في عقد البيع بنصوص خاصة، فبالنسبة لضمان التعرض فهو نتيجة حتمية التي تؤدي إلى استحقاق المبيع في حالة اخلال البائع بالتزامه بعدم التعرض، أما الفقه الإسلامي فقد عبر عن ضمان التعرض بضمان الدرك الذي يعني الالتزام بسلامة المبيع مما قد يلحقه من ضرر، وتحمل التبعة عند ظهور حق فيه لأحد والذي يقصد به بالاستحقاق، وهذا الأخير فقد قسمه المشرع الجزائري والفقه الإسلامي إلى استحقاق كلي واستحقاق جزئي.

الاستحقاق الكلي في التشريع الجزائري لا يتحقق إلا في الحالات الواردة في نص المادة 375 من ق م ج. أما الاستحقاق الجزئي فهو بدوره لا يثبت إلا في الحالات أو الصور الواردة في نص المادة 376 من ق م ج، أما الفقه الإسلامي، فبالرغم التباين في آراء الفقهاء إلا أن المراد بالاستحقاق الكلي عند الفقهاء هو استحقاق ملكية المبيع كلها أي إثبات البائع ملكيته بإقرار المشتري له أو عن طريق حلف اليمين أو البينة. كما اعتبر الاستحقاق الجزئي هو استحقاق بعض المبيع دون البعض الآخر، ففيه خيار تفرقة الصفقة على المشتري.

أما بالنسبة لضمان العيوب الخفية فهو كضمان التعرض والاستحقاق، يلتزم البائع اتجاه المشتري بحكم القانون والفقه بضمان العيب الموجود في المبيع الذي يؤدي إلى عدم انتفاع المشتري للمبيع انتفاعا مفيدا.

لقد عالج الفقه الإسلامي ضمان العيوب الخفية تحت ما يسمى بخيار العيب، حيث عرفه: أنه الآفة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة للجميع، على عكس التشريع الجزائري فلم يقدم تعريفا للعيب الخفي بل حدد الشروط الموجبة للضمان وهي تلك الشروط التي حددها فقهاء الشريعة الإسلامية والتي تتمثل في أن يكون العيب قديما، خفيا، ومؤثرا، وألا يكون العيب معلوما للمشتري وقت البيع.

أما الضمان في عقد المقاولة فقد نظم المشرع الجزائري أحكامه في نصوص خاصة به، لكن فقهاء الشريعة الإسلامية وإن لم يتناولوا أحكام هذا العقد بنفس الإسم إلا أنهم تطرقوا إلى الكثير من مسائله، فهو يشبه في مضمونه عقد الاستصناع والإجارة على العمل.

فالضمان إذاً في عقد المقاولة هو التزام يقع على عاتق المقاول الأصلي الذي يسمى في الفقه الإسلامي بالأجير المشترك، كما يقع على عاتق المقاول الفرعي والمهندس المعماري، ويمكن نطاق الضمان في عقد المقاولة بضمان الأضرار الواقعة على المباني والمنشآت سواء تهدمت كلياً أو جزئياً، وكذلك الأضرار الخطيرة، فتكون المسؤولية في هذه الحالة بضمان العيوب التي تهدد سلامة البناء، ولقد اختلف التشريع الجزائري والفقه الإسلامي حول ضمان العيوب الظاهرة، حيث يعفي المقاول والمهندس المعماري من ضمان العيب الظاهر ما دام قد تم القبول دون تحفظ بشأنه، على عكس الفقه الإسلامي فلا يعفي المقاول من ضمان العيوب الظاهرة لأن بمجرد وجود عيب بالعمل يلزم المقاول بالضمان سواء كان العيب ظاهراً أو خفياً أو كشفه قبل التقبل أو بعده.

وأجاز المشرع الجزائري والفقه الإسلامي للمقاول الأصلي أن يتعهد عمله كله أو جزء منه لمقاول فرعي، حيث يلتزم بضمان الأضرار الناشئة عن المواد المستخدمة في انجازه وضمان الأضرار الناشئة عن تنفيذ المعيب.

إن الالتزام بالضمان من النظام العام إذ لا يجوز للأطراف الاتفاق على إسقاطه، لكن بالرجوع إلى النصوص القانونية التي سبق ذكرها فقد أجاز المشرع للأطراف الاتفاق على تعديل أحكامه، ومن بين هذه الأحكام، الإعفاء من الضمان، كما أجاز ذلك الفقه الإسلامي وذلك بشرط البراءة من العيوب على الرغم من اختلاف الفقهاء حول مدى صحة هذا الشرط، فهناك من أجازته، وهناك من يرى أنه لا يبرئ البائع من العيوب التي يتم اخبار المشتري بها.

ومن خلال الآيات القرآنية والأحاديث النبوية الشريفة إلى جانب آراء الفقهاء والنصوص القانونية، يتضح لنا أن مبدأ المسؤولية بالتعويض عن الأعمال غير المشروعة متأصل في الشريعة الإسلامية ومنه تظهر مشروعية مبدأ الضمان الذي يقضي بأن كل شخص يضمن فعله الشخصي ولا يضمن فعل غيره كقاعدة عامة، على عكس التشريع الجزائري فمثلاً في عقد البيع أن البائع يضمن التعرض الصادر منه والتعرض الصادر من الغير إذا كان قانونياً.

وفي الختام يمكن القول بأن الضمان في حقيقته بمثابة الأثر والنتيجة لثبوت المسؤولية، وهو موضوع أوسع بكثير من حصره في المسؤولية العقدية بل يمتد إلى المسؤولية التقصيرية.

ومن بين الاستنتاجات التي توصلنا إليها هي:

- أن الضمان عامة يشكل حماية جد فعالة في عقد البيع، ذلك أن كل تعرض يحصل للمشتري في المبيع كان سببه البائع تتحقق مسؤوليته عن ضمان ذلك التعرض اتجاه المشتري، فإذا كان التعرض ليس للبائع سببا فيه فلا يلزم بضمانه، كما يلتزم بضمان الاستحقاق سواء كان جزئيا أو كليا، ويلتزم البائع بضمان العيوب الموجودة في المبيع.

- كما تظهر فعالية الضمان في عقد المقاولة في أن كل من المقاول الأصلي والمهندس المعماري يلتزمان بضمان الأضرار والعيوب الواقعة على المباني والمنشآت، وفي حالة اخلال المقاول من الباطن بانجاز العمل أو بالتزام تسليمه بالموعد المحدد أو ظهر في عمله عيب كان المقاول الأصلي مسئولا عن ذلك اتجاه رب العمل.

- كما يتبين لنا أن الاتفاق على تعديل أحكام الضمان على الأغلب ليس من النظام العام لأن الضمان أساسه المسؤولية العقدية التي فيها لإرادة الأطراف دور كبير في تحديدها.

أما في الأخير نلتمس بعض الاقتراحات ومن بينها:

على المشرع الجزائري عدم الإكتفاء بالإجراءات المدنية بالنسبة لضمان التعرض والاستحقاق، بل عليه فرض عقوبات جنائية في حالة امتناع البائع عن الضمان، أما فيما يخص الضمان في عقد المقاولة فمن الضروري تدخل خبراء مختصين في ميدان البناء والتعمير لتحديد ما إذا كان العيب الخفي في البناء يهدد متانة وسلامته، ويتعين فرض مستوى دراسي معين لكل شخص يريد ممارسة مهنة مقاول البناء لتحسين مستوى أداء العمل والتقليل من أخطار تهدم البناء وتعييبها.

بما أن مسؤولية المقاول الأصلي عن أعمال المقاول من الباطن هي مسؤولية عقدية تنشأ عن عقد المقاولة الأصلي، وأن كل أعمال المقاول من الباطن تعتبر بالنسبة إلى رب العمل أعمالا صادرة من المقاول الأصلي، فعلى المشرع الجزائري إدراج المقاول الفرعي ضمن النطاق الشخصي للضمان العشري.

## قائمة المصادر والمراجع



## قائمة المصادر والمراجع

أولاً: المصادر

(1) القرآن الكريم

(2) السنة النبوية

- 1- أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، دار الأمانة للنشر والتوزيع، الجزائر، ط 1، 2010.
- 2- أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، سنن أبي داود، دار ابن حزم، بيروت- لبنان، 1419هـ/1998م.
- 3- أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري، صحيح البخاري، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، 1428هـ/2007م.
- 4- أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، ج 1، ، دار البيان للتراث، د ب ن، د س ن.
- 5- أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، ج 2، ، دار البيان للتراث، د ب ن، د س ن.
- 6- مجد الدين عبد السلام بن تيمية، منتقى الأخبار في أحاديث الأحكام، ج 2، المكتبة العصرية للطباعة والنشر، بيروت، 1421هـ/ 2000م.
- 7- محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، جامع الترمذي، دار الإعلام، عمان- الأردن، 1422هـ/ 2001م.

ثانيا: المراجع

(1) الكتب:

\* الكتب الفقهية:

- 1- أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزابادي الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج 2، دار الكتب العلمية، لبنان، 1416هـ/1995م.
- 2- أبو الحسن أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر القدوري الحنفي البغدادي، مختصر القدوري في الفقه الحنفي، دار الكتب العلمية، لبنان، 1418هـ/1997م.
- 3- أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 2، ط 6، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت - لبنان، 1402هـ/1982م.
- 4- أبو حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي، الوجيز في الفقه الإمام الشافعي، ج 1، دار الأرقم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت- لبنان، 1418هـ/1997م.
- 5- أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الجماعلي الدمشقي الصالحي الحنبلي، المغني، ج 2، ط 3، دار عالم الكتب والطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، 1418هـ/1997م.
- 6- الخفيف علي، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، مصر، 2000.
- 7- آية الله العظمى السيد محمد التقي المدرسي، الوجيز في الفقه الإسلامي، عقود العين وعقود الضمان، د.د.ن، د.ب.ن، د.س.ن.
- 8- بهرام بن عبد الله بن عبد العزيز الدميري، الشامل في فقه الإمام مالك، ج 2، مركز نجيبوية للطباعة والنشر والدراسات، مصر، 1429هـ/2008م.
- 9- شمس الدين شيخ محمد عرفه الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج 3، دار احياء الكتب العربية، د ب ن، د س ن.
- 10- صالح بن فوزان بن عبد الله الفوزان، الشرح المختصر على متن زاد المستتقع، المجلد الثالث، دار العاصمة للنشر والتوزيع، الرياض، 1424هـ/2004م.

- 11- عاشور عبد الجواد عبد الحميد، البديل الإسلامي للفوائد المصرفية الربوية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990.
- 12- علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 5، ط 2، دار الكتب العلمية، لبنان، 1406هـ/1986م.
- 13- فخر الدين حسن بن منصور بن محمود الأوزجندي الفرغاني، شرح الزيادات، المجلد الثاني، دار احياء التراث العربي، بيروت- لبنان، د س ن.
- 14- محمد باي بالعالم، مرجع الفروع الى التأصيل من الكتاب والسنة والإجماع الكفيل، ج 8، دار الوعي للنشر والتوزيع، الجزائر ، 1430هـ/2009م.
- 15- محمد عميم الإحسان المجددي البركتي، التعريفات الفقهية، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003.
- 16- مصطفى أحمد الزرقاء، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، المدخل الفقهي العام، ج 1، ط 9، دارالفكر للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، 1968.
- 17- \_\_\_\_\_، عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة، مكتبة فهد الوطنية، جدة، 1420هـ/1999م.
- 18- \_\_\_\_\_، المدخل الفقهي العام، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، ج 2، ط 2، دار القلم، دمشق، 1425هـ/2004م.
- 19- \_\_\_\_\_، العقود المسماة في الفقه الإسلامي، عقد البيع، ط 2، دار القلم، دمشق، 1433هـ/2012م.
- 20- موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المقنع في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني ، ج 2، المطبعة السلفية- ومكتبتها، د.ب.ن، د.س.ن.
- 21- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 4، تنمة العقود الملكية وتوابعها، ط 2، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1405هـ/1985م.
- 22- \_\_\_\_\_، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 5، تنمة العقود الملكية وتوابعها، ط 2، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1405هـ/1985م.

23- \_\_\_\_\_، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، ط 8، دار الفكر، دمشق- سوريا، 1429هـ / 2008م.

**\* الكتب القانونية:**

1- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المسؤولية المدنية بين التقييد والإطلاق، دار النهضة العربية، القاهرة، 1980.

2- الفضلي جعفر، الوجيز في العقود المدنية: البيع-الإيجار-المقاوله، دار الثقافة، للنشر والتوزيع، الأردن، 1997.

3- الفار عبد القادر، مصادر الالتزام، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006.

4- أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات: مصادر الالتزام، دراسة في القانون المدني الأردني والمصري والفرنسي ومجلة الأحكام العدلية والفقه الإسلامي مع التطبيقات القضائية بمحكمتي النقض والتمييز، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.

5- بلحاج العربي، أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، ج 1، د. م. ج، الجزائر، 1996.

6- \_\_\_\_\_، أحكام الالتزام في ضوء الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان- الأردن، 1433هـ/2012م.

7- حسنين محمد، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، د. م. ج، الجزائر، 2001.

8- خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، عقد البيع، ج 4، د. م. ج، الجزائر، 2000.

9- سعيد سعد عبد السلام، الوجيز في العقود المدنية المسماة، المقاوله والبيع، دار النهضة العربية، مصر، 1994.

10- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المجلد الأول، الالتزامات في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، ط 5، د د ن، القاهرة، 1992.

- 11- صاحب عبيد الفتلاوي، ضمان العيوب وتخلف المواصفات في عقود البيع، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1417هـ/1997م.
- 12- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، العقود التي تقع على الملكية: البيع والمقايضة، ط 3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2000.
- 13- \_\_\_\_\_، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، نظرية الالتزام، مصادر الالتزام بوجه عام، ط 3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، 2000.
- 14- \_\_\_\_\_، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، العقود الواردة على العمل، المقاوله والوكالة والوديعة والحراسة، ط 3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، 2004.
- 15- عدنان إبراهيم سرحان، شرح القانون المدني، العقود المسماة، المقاوله-الوكالة-الكفالة، دار الثقافة، عمان- الأردن، 2006.
- 16- علي هادي العبيدي، العقود المسماة، البيع والإيجار، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2001.
- 17- فتحي عبد الرحيم عبد الله، دراسات في المسؤولية التقصيرية ( نحو مسؤولية موضوعية)، منشأة المعارف، الاسكندرية ، 2005.
- 18 فيلالي علي، الالتزامات، العمل المستحق للتعويض، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2002.
- 19- قدري عبد الفتاح الشهاوي، عقد المقاوله في التشريع المصري والمقارن، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2001.
- 20- محمد أحمد سراج، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، دراسة فقهية مقارنة بأحكام المسؤولية في القانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة، 1990.
- 21- محمد جبر الألفي، عقد المقاوله، الإنشاء والتعمير ( حقيقته- تكييفه- صوره )، د د ن، الرياض، 1423هـ/2003م.

- 22- محمد حسين المرتضي، الدية في الشريعة الإسلامية والقانون والعرف في ليبيا ( دراسة مقارنة )، دار الكتب الأكاديمية للنشر والتوزيع، السودان، د س ن.
- 23- محمد سعيد جعفر، الخيارات في الفقه الإسلامي كمصدر للقانون المدني الجزائري، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1998.
- 24- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام ( الواقع القانونية )، ج 2، ط 2، دار الهدى، الجزائر، 2004.
- 25- محمود جلال حمزة، العمل غير المشروع باعتباره مصدرا للالتزام، القواعد العامة- القواعد الخاصة، دراسة مقارنة بين القانون المدني السوري والقانون المدني الجزائري والقانون المدني الفرنسي، د. م. ج، الجزائر، 1405هـ / 1985م.
- 26- مصطفى محمد جمال، القانون المدني في ثوبه الإسلامي، مصادر الالتزام، دار الفتح للطباعة والنشر، الأزاريطة، اسكندرية، 1996.
- 27- مغنغب نعيم، عقود مقاولات البناء والأشغال الخاصة والعامة، دراسة في القانون المقارن، ط 3، د د ن، لبنان، 2001.
- 28- نبيل صقر، التقادم في التشريع الجزائري، نسا، شرحا وتطبيقا، دار الهدى، عين مليلة- الجزائر، 2012.
- 29- هشام طه محمود سليم، ضمان الاستحقاق في البيوع، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، 2010.

## (2) الرسائل والمذكرات.

### \* الرسائل:

- 1- بوكرززة أحمد، المسؤولية المدنية للقاصر، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 1، 2013-2014.
- 2- تامر محمد الدمياطي، التضامن في المسؤولية القائمة على الخطأ المفترض، دراسة مقارنة، دكتوراه في القانون المدني، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، القاهرة، 1432هـ/2011م.

3- جمال مهدي محمود الأكشنة، مسؤولية الآباء المدنية عن الأبناء القصر، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، رسالة لنيل درجة العالمية "دكتوراه" في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، طنطا، جامعة الأزهر مصر، 1423هـ/2002م.

4- حساني علي، الإطار القانوني للالتزام بالضمان في المنتوجات، دراسة مقارنة، رسالة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011/2012.

### \* المذكرات:

1- برجم صليحة، المقابلة الفرعية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع العقود والمسئولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، بن يوسف بن خدة، 2008-2009.

2- ربحي محمد أحمد هزيم، ضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2007.

3- زياد شقيف حسن قرارية، عقد المقابلة في الفقه الإسلامي وما يقابله في القانون المدني، أطروحة استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2004.

4- لفقيري عبد الله، التعويض القانوني المدني الجزائري والفقه الإسلامي، رسالة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، معهد البحوث والدراسات العربية، قسم الدراسات القانونية، القاهرة، 2008.

5- مامش نادية، مسؤولية المنتج، دراسة مقارنة مع القانون المدني، مذكرة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012.

6- مدوري زايدي، مسؤولية المقاول والمهندس المعماري في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، د ت م.

7- قدوم أمال، قاسي سهام، ضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2012-2013.

8- يايسي كاتية، يونسي صبرينة، التزامات البائع والمشتري في عقد البيع وفقا لأحكام القانون المدني الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2012-2013.

### (3) المجلات

1- أبو العيال أيمن، فكرة ضمان العقد في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة دمشق، المجلد 19، العدد الثاني، 2003.

2- جابر إسماعيل الحجاجية، شروط ضمان العيوب في الفقه الإسلامي "البيع أنموذجا"، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد السادس، العدد الأول، 2010/1421م.

3- شاشو إبراهيم، عقد المقاولة في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة دمشق الاقتصادية والقانونية، المجلد 26، العدد الثاني، 2010.

### (4) النصوص القانونية

1- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج. ر. ج. ج. عدد 78، بتاريخ 30 سبتمبر 1975.

### (5) القرارات القضائية

1- المحكمة العليا، قسم المستندات والنشر، قرار رقم 103934 المؤرخ في 06-10-1993، قضية: (ت ع) ضد (ب م)، المجلة القضائية، العدد الثاني، 1994.

### (6) الموقع الإلكتروني

1- عجم جاسم الجسمي، بحث في عقد المقاولة، تاريخ الإطلاع 2015/04/17، [http : // www.dr-nashmi.com/ind](http://www.dr-nashmi.com/ind) تاريخ النشر 2014/05/04.

### (7) المعجم

1- أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان اللسان، تهذيب لسان العرب، ج 1، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، 1413هـ / 1993م.

2- \_\_\_\_\_، لسان اللسان، تهذيب لسان العرب، ج 2، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، 1413هـ / 1993م.



## الفهرس

الصفحة	العنوان
01	مقدمة
04	الفصل الأول: الإطار القانوني والشرعي للضمان
05	المبحث الأول: ماهية الضمان
05	المطلب الأول: التعريف بالضمان
05	الفرع الأول: معنى الضمان
06	أولاً: التعريف اللغوي للضمان
06	ثانياً: التعريف الاصطلاحي للضمان
09	الفرع الثاني: مشروعية الضمان
09	أولاً: مشروعية الضمان في القانون المدني
09	ثانياً: مشروعية الضمان في الفقه الإسلامي
11	المطلب الثاني: شكليات تحقيق الضمان
11	الفرع الأول: شروط الضمان
11	أولاً: الأهلية
11	ثانياً: أن يكون الشيء المتلف مالا
12	ثالثاً: أن يكون متقوماً بالنسبة للمتلف عليه
13	رابعاً: أن يكون التلف أو الضرر محققاً بشكل دائماً
13	خامساً: التنجيز
13	سادساً: أن يكون الضمان معلوم التفاصيل

# الفهرس

13	.....سابعا: أن يكون في إيجاب الضمان فائدة.....
14	.....الفرع الثاني: أركان الضمان.....
14	.....أولا: ركن التعدي.....
15	.....ثانيا: ركن الضرر.....
17	.....ثالثا: العلاقة السببية بين التعدي والضرر.....
19	.....الفرع الثالث: أقسام الضمان.....
19	.....أولا: ضمان النفس.....
19	.....ثانيا: ضمان المال.....
21	.....المبحث الثاني: أحكام الضمان.....
21	.....المطلب الأول: أسباب الضمان.....
21	.....الفرع الأول: وجود العقد.....
22	.....الفرع الثاني: وضع اليد.....
23	.....الفرع الثالث: إتلاف الشيء.....
24	.....المطلب الثاني: آثار الضمان.....
24	.....الفرع الأول: المقصود بمبدأ التعويض.....
24	.....أولا: معنى التعويض قانونا.....
25	.....ثانيا: معنى التعويض شرعا.....
25	.....ثالثا: الأدلة الشرعية للتعويض.....
26	.....الفرع الثاني: طرق التعويض قانونا وفقها.....
26	.....أولا: طرق التعويض في القانون.....
28	.....ثانيا: طرق التعويض في الفقه الإسلامي.....

30	الفرع الثالث: تقدير التعويض.....
30	أولاً: التعويض القضائي.....
30	ثانياً: التعويض الاتفاقي.....
31	ثالثاً: التعويض القانوني.....
32	الفرع الرابع: تقادم دعوى التعويض.....
34	الفصل الثاني: نظام الضمان في المسؤولية العقدية والفقہ الإسلامي.....
36	المبحث الأول: الضمان في عقد البيع في القانون والفقہ الإسلامي.....
36	المطلب الأول: ضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع.....
37	الفرع الأول: ضمان التعرض في عقد البيع.....
37	أولاً: ضمان التعرض الصادر من البائع.....
40	ثانياً: ضمان التعرض الصادر من الغير.....
43	الفرع الثاني: ضمان الاستحقاق في القانون والفقہ الإسلامي.....
44	أولاً: أقسام الاستحقاق.....
48	ثانياً: الاتفاق على تعديل أحكام الضمان.....
49	المطلب الثاني: ضمان العيوب الخفية في القانون والفقہ الإسلامي.....
49	الفرع الأول: تعريف العيب الخفي وشروطه.....
50	أولاً: تعريف العيب الخفي.....
50	ثانياً: شروط العيب الموجب للضمان.....
54	الفرع الثاني: آثار ضمان العيوب الخفية.....
54	أولاً: المبادرة بفحص المبيع وإخطار البائع بالعيب.....
55	ثانياً: دعوى الضمان.....

55	..... ثالثا: جواز تعديل أحكام الضمان
56	..... المبحث الثاني: ضمان عقد المقاولة في القانون والفقہ الإسلامي
	المطلب الأول: ضمان المقاول الأصلي والمهندس المعماري في القانون
58	..... المدني والفقہ الإسلامي
58	..... الفرع الأول: نطاق الضمان من حيث الأشخاص
58	..... أولا: الأشخاص المستفيدين من الضمان (الدائن)
59	..... ثانيا: الأشخاص الملتزمين بالضمان (المدين)
60	..... الفرع الثاني: نطاق الضمان من حيث الأضرار
60	..... أولا: ضمان التهدم الكلي أو الجزئي
	ثانيا: ضمان العيوب التي تهدد سلامة البناء في القانون المدني والفقہ
61	..... الإسلامي
63	..... ثالثا: الإعفاء من الضمان في القانون المدني والفقہ الإسلامي
64	..... المطلب الثاني: ضمان المقاول من الباطن
65	..... الفرع الأول: ضمان الأضرار الناشئة عن استخدام المواد وتنفيذ المعيب
65	..... أولا: ضمان الأضرار الناشئة عن استخدام المواد
65	..... ثانيا: ضمان الأضرار الناشئة عن تنفيذ المعيب
66	..... الفرع الثاني: ضمان الأضرار الناشئة عن عيوب تهدد متانة وسلامة البناء
67	..... خاتمة
71	..... قائمة المراجع
79	..... الفهرس

## ملخص المذكرة باللغة العربية

تناولت المذكرة موضوع " نطاق الضمان في المسؤولية العقدية والفقہ الإسلامي " ، حيث بينت في مقدمتها أصل فكرة الضمان.

ومهدت الدراسة في الفصل الأول بتعريف الضمان، ومدى مشروعيته في القانون المدني والشريعة الإسلامية، وتحديد شكليات تحقيق الضمان، وبيان أسبابه وأثاره، أما في الفصل الثاني تمت دراسة الضمان في عقدي البيع والمقاوله قانونا وفقها، حيث بيّنا في عقد البيع ضمان التعرض والاستحقاق وضمان العيوب الخفية، وكما وضحنا الضمان في عقد المقاوله والذي تمت الدراسة من خلاله تحديد نطاق الضمان من حيث الأشخاص، والأضرار.

وأخيرا انتهت دراسة موضوع المذكرة بخاتمة تضمنت دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقہ الإسلامي.

## Résumé du mémoire en langue française

Le thème "domaine de garantie dans la responsabilité contractuelle et jurisprudence islamique" est étudié dans deux chapitres principaux qui introduisent par une étymologie de mot garantie.

dans le premier chapitre on trouve la définition de la garantie ainsi que son licité dans le code civil et l'Islam tout en déterminant ses formes, ses causes et ses effets.

le deuxième chapitre étudie la garantie dans le contrat de vente et d'entreprise en expliquant la garantie de trouble, d'éviction et la garantie des vices dans le contrat de vente, et dans le contrat d'entreprise l'étude s'étale sur domaine de garantie concernant les personnes et les indemnités.

en guise de conclusion on a opté pour une étude comparative de code civil et jurisprudence islamique.