



كلية الدراسات الإسلامية والعربية بدبي

الالتزام بالحفظ في العقود الواردة على العمل والمنفعة (دراسة فقهية مقارنة بقانون المعاملات المدنية الإماراتي)

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات درجة الدكتوراه في الشريعة
تخصص: الفقه

إعداد الطالبة
نجمة علي محمد سعيد البلوشي

إشراف
أ. د. أحمد يوسف سليمان

طبع بدعم من
مبادرة الشيخة روضة بنت أحمد بن جمعة آل مكتوم
لتنمية مهارات التعلم



مبادرة الشيخة روضة بنت أحمد بن جمعة آل مكتوم
لتنمية مهارات التعلم
Sheikha Rowdah Bint Ahmad Bin Jumrah Al Maktoum
Initiative for Learning Skills Development

1434 هـ / 2013 م

ات عليا/كلية



الالتزام بالحفظ

في العقود الواردة على العمل والمنفعة

(دراسة فقهية مقارنة بقانون المعاملات المدنية الإماراتي)

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات درجة الدكتوراه في الشريعة
تخصص : الفقه

إعداد الطالبة
نجمة علي محمد سعيد البلوشي

إشراف:
أ.د أحمد يوسف سليمان

طبع بدعم من
مبادرة الشیخة روضة بنت أحمد بن جمعة آل مكتوم
لتنمية مهارات التعلم



مبادرة الشیخة روضة بنت أحمد بن جمعة آل مكتوم
لتنمية مهارات التعلم
Initiative for Learning Skills Development

١٤٣٤ هـ / ٢٠١٣ م

ISBN978-9948-20-447-3

Islamic And Arabic
College Studies



9789948204473

الأراء الواردة في هذا الكتاب تعبر عن
رأي المؤلف وتحت مسؤوليته العلمية
ولا تعبر بالضرورة عن توجهات
مبادرة الشيخة روضة بنت أحمد بن جمعة آل مكتوم
لتنمية مهارات التعلم



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



أعضاء لجنة المناقشة:

نوقشت هذه الرسالة بتاريخ ٢٠١٢/٧٣ م

وقد منحت تقدير ممتاز

وتمت المناقشة من قبل اللجنة العلمية المكونة من:

- | | |
|-----------------|--------------------------|
| مناقشاً خارجياً | ١. أ.د. محمد عثمان شبير |
| مناقشاً داخلياً | ٢. أ.د. رضوان بن غريبة |
| مشرفاً | ٣. أ.د. أحمد يوسف سليمان |

إهداء

إلى ...

روح أخي الغالي ...

ماجد (رحمه الله)

المقدمة

الحمد لله الذي خلق الخلق فأبدعه، وسن الدين وشرعه، وقدر الرزق ووسعه، وأجرى الماء وأنبعه، سبحانه لا شريك له ولا إله معه، حثنا على مكارم الأخلاق، وأمرنا بالوفاء بالعقود فقال جل شأنه في كتابه الكريم: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ أُحِلَّتْ لَكُمْ بَيْمَاتُ الْأَنْعَامِ إِلَّا مَا يُتْلَى عَلَيْكُمْ غَيْرِ مُحِلِّي الصَّيْدِ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ إِنَّ اللَّهَ يَحْكُمُ مَا يُرِيدُ ۗ﴾^(١).

والصلاة والسلام على خير من أرسل بالحق الواضح، والدين الكامل، والمنهاج القويم، الذي أرسى قواعد العقود على أساس من العدل والتسامح، مرتكزاً على قاعدة عظيمة من قواعد الفقه الإسلامي ألا وهي قاعدة «لا ضرر ولا ضرار»^(٢)، محافظاً بذلك على الحقوق والأموال، فصلى الله عليه وعلى آله وصحبه، ومن تبعه بإحسان إلى يوم الدين.

وبعد ،،،

فقد شرع الله سبحانه وتعالى العقود تفضلاً منه على عباده، وتسهيلاً عليهم لقضاء حوائجهم، ووضع فيها من القواعد والأحكام ما يضمن به المحافظة على الحقوق والتزام الواجبات، ويأمن به الابتعاد عن كل ما يؤدي إلى حدوث النزاعات، وضياع الحقوق.

وفي هذه الدراسة تناولت جانباً من جوانب هذه الأحكام وهي الالتزام بالحفظ في العقود الواردة على العمل والمنفعة، في الفقه الإسلامي، ومن ثم مقارنة هذه الأحكام بقانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة فجاءت الدراسة بعنوان:

١- سورة المائدة، آية رقم ١.

٢- أخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، ج ٢ ص ٧٨٤، رقم الحديث ٢٣٤٠. قال الشيخ الألباني: حديث صحيح. انظر: إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، بيروت، ط ٢، ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م، ج ٢ ص ٤٠٨.

الالتزام بالحفظ في العقود الواردة على العمل والمنفعة^(١)

دراسة فقهية مقارنة بقانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات

أسباب اختيار الموضوع:

- ١- إبراز هذه الأحكام لكثرة وقوعها، لاسيما في هذا الزمان الذي قلت فيه معرفة الناس لكثير من أحكام المعاملات.
- ٢- إن بيان أحكام الحفظ في العقود، والأثر الذي يترتب نتيجة الإخلال به على قدر كبير من الأهمية لارتباطه الوثيق بالواقع العملي لحياة الناس.
- ٣- إن دراسة هذا الموضوع تبين مدى حرص الفقه الإسلامي وكذلك القانون المدني على تحقيق العدالة في إطار العلاقة التعاقدية، ومنع إهدار حقوق الأطراف كافة.
- ٤- تأصيل كثير من القضايا العملية المتعلقة بالالتزام بالحفظ في العقود، مما هو واقع في حياة الناس اليومية، والتبويه عنها بما كتبه علماء الإسلام من حلول لها منبثقة من الشريعة الإسلامية، إلى جانب بيان كيفية تناول القانون المدني لها.
- ٥- رغبتني في جمع ما يتعلق بهذا الموضوع في بحث مستقل بحيث يسهل على طالب العلم والباحث الوصول إليه.
- ٦- إلى جانب رغبتني في الإسهام في إثراء المكتبة الفقهية ببحث يكمل جانب النقص إن وجد في مثل هذه الموضوعات.

إشكالية البحث:

إن للعقود أهمية بالغة في حياة الناس؛ لما توفرها لهم من تسهيلات في حياتهم اليومية، ولكن الجهل بأحكام هذه العقود قد يؤدي إلى وقوع المتعاملين بها في الخطأ وبالتالي حدوث النزاعات. ومن أهم هذه الأحكام معرفة التزامات كل من الطرفين للطرف الآخر، ومن هذه الالتزامات: التزامات الحفظ الواردة في العقد، فجاء هذا البحث لبيان التزامات الحفظ الواردة في بعض العقود الواردة على العمل والمنفعة، وتوضيح الإشكاليات التي قد يقع فيها بعض المتعاقدين.

١- الألف واللام في كلمة العقود ليست لاستفراق الجنس، وإنما هي لمطلق الجنس، فالعقود الواردة على العمل والمنفعة كثيرة ومتنوعة ولا يمكن البحث والدراسة عن كل واحدة منها؛ لذا اقتصرنا في هذه الدراسة على العقود التالية: العقود الواردة على العمل (الوكالة، الوديعة، الحراسة)، العقود الواردة على المنفعة (الإجارة، الإعارة).

الدراسات السابقة:

لم يحظ هذا الموضوع (الالتزام بالحفظ في العقود دراسة مقارنة) ببحث مستقل من الناحية الشرعية والقانونية، ولم أجد بحسب التتبع والتقصي والبحث في المكتبات كتاباً أو دراسة تناولت هذا الموضوع بشكل منفرد، إلا ما وجدته من التزامات أصحاب العقود متفرقاً في كتب العقود والضمان، مثل كتاب «تحرير الكلام في مسائل الالتزام» لمحمد بن محمد الحطاب، وكتاب «ضمان العدوان» لمحمد سراج، وكتاب «الالتزامات في الشرع الإسلامي» لأحمد بك، وغيرها الكثير من الكتب القيمة في هذا المجال.

الإضافة العلمية:

قد يُثري هذا البحث المكتبة الإسلامية بمجموعة من أحكام الالتزام بالحفظ في بعض العقود، وذلك في الفقه الإسلامي، إلى جانب بيان هذه الأحكام في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، وقد يكون البحث مفيداً لطلاب العلم لدراسة باقي العقود وبيان أحكام الالتزام فيها.

صعوبات البحث:

رغم توفر المادة العلمية لموضوع الدراسة إلا أن تفرق هذه المادة في الكتب الفقهية والقانونية، وعدم توفر بعض هذه الكتب في المكتبات العامة، مثلت صعوبة أمامي أثناء كتابتي.

منهج البحث:

لقد اعتمدت في إعداد هذه الدراسة المنهج الوصفي وذلك من خلال اتباع خطوات منظمة في بيان كل أحكام الحفظ في كل عقد ومن ثم مقارنتها بما هو موجود في القانون الوضعي. إلى جانب مراعاتي للأمور التالية:

- ١- حرصت - قدر الإمكان - على تركيز جهدي في جمع المادة العلمية، مع سهولة العرض، وتوضيح العبارة.
- ٢- بيان معاني الكلمات اللغوية والمصطلحات الفقهية والقانونية التي تحتاج بياناً وتوضيحاً، وذلك بالرجوع إلى كتب المصطلحات والمعاجم اللغوية.
- ٣- ترقيم الآيات القرآنية، وعزوها إلى سورها.
- ٤- تخريج الأحاديث من مراجعها الأصلية، بذكر اسم الكتاب والباب ورقم الحديث، ومن ثم بيان درجة الحديث ما أمكن.

٥- عرض آراء الفقهاء في المسائل المختلفة التي تناولتها الدراسة، ومن ثم التطرق لذكر موقف قانون المعاملات المدنية الإماراتي من تلك المسائل.

٦- بعد الانتهاء من بيان رأي الفقه الإسلامي وموقف القانون المدني من المسألة أقوم بعقد موازنة بين الفقه الإسلامي وبين القانون المدني مبيّنةً أوجه الاتفاق والاختلاف. مع توظيف المنهج النقدي إن اقتضى الأمر ذلك.

٧- أتطرق في بعض الأحيان إلى ذكر النصوص الفقهية من كتب الفقهاء، وذكر نصوص مواد القانون، زيادةً في الإيضاح والبيان.

٨- كتابة (انظر) في هامش الصفحة عند التصرف في النصوص باختصار أو شرح، أما إذا أوردتها حرفياً فأحيل إلى الكتاب دون كتابة (انظر).

٩- وضعت فهرس في آخر البحث وهي كما يلي:

أ- فهرس الآيات القرآنية.

ب- فهرس الأحاديث النبوية.

ت- فهرس المصطلحات.

ث- فهرس المصادر والمراجع.

ج- فهرس الموضوعات

وقد استعرضت هذه الدراسة في بابين مسبوقين بفصل تمهيدي ومختومين بخاتمة، وذلك على النحو التالي:

الفصل التمهيدي: في التعريف بالالتزام والعقد ومصادر الالتزام إجمالاً.

واشتمل هذا الفصل على مبحثين:

المبحث الأول: في تعريف الالتزام ومصادره إجمالاً.

المبحث الثاني: في تعريف العقد وتقسيماته.

أما الباب الأول: فتناولت فيه مفهوم الالتزام بالحفظ وطبيعته وتطبيقاته في الفقه الإسلامي وقانون المعاملات.

واشتمل هذا الباب على فصلين:

الفصل الأول: في مفهوم الالتزام بالحفظ وطبيعته.

واشتمل هذا الفصل على ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: مفهوم الالتزام بالحفظ.

المبحث الثاني: طبيعة الالتزام بالحفظ أو تكييفه.

المبحث الثالث: طبيعة يد الملتزم بالحفظ.

الفصل الثاني من هذا الباب تناول بعض تطبيقات الالتزام بالحفظ.

وذلك في مبحثين:

المبحث الأول: في العقود الواردة على العمل

المبحث الثاني: في العقود الواردة على المنفعة

أما الباب الثاني فكان في: المسؤولية الناجمة عن الإخلال بواجب الحفظ

ويشتمل هذا الباب على فصلين:

الفصل الأول: طبيعة المسؤولية الناجمة عن الحفظ

ويشتمل هذا الفصل على مبحثين:

المبحث الأول: طبيعة المسؤولية الناجمة عن الحفظ

المبحث الثاني: الشروط اللازم توفرها لقيام هذه المسؤولية

أما الفصل الثاني ففي: جزاء الإخلال بالمسؤولية الناجمة عن الحفظ

ويشتمل هذا الفصل على مبحثين:

المبحث الأول: الضمان ومشروعيته

المبحث الثاني: الإعفاء من الضمان أو التخفيف منه

ثم الخاتمة: وفيها أهم نتائج هذه الدراسة

شكر وتقدير

إن الشكر والحمد لصاحبه ومستحقه سبحانه وتعالى الذي أنعم عليّ بنعم كثيرة لا تحصى: ﴿ وَمَا يَكُفُّمْ مِنْ نِعْمَةِ رَبِّكَ فَحَسْبُ ﴾ (١)، فله سبحانه الحمد والشكر حمداً وشكراً لا منتهى لحدّه.

ومصادقاً لقوله تعالى: ﴿ وَإِذْ تَأَذَّنَ رَبُّكُمْ لَئِن شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ وَلَئِن كَفَرْتُمْ إِنَّ عَذَابِي لَشَدِيدٌ ﴾ (٢) وعملاً بقول المصطفى - صلى الله عليه وسلم - : «من لا يشكر الناس لا يشكر الله» (٣)، ووفاء لذوي الفضل بفضلهم بعد الله سبحانه وتعالى، أتقدم بالشكر الجزيل والعرفان بالجميل إلى أستاذي صاحب الفضيلة الأستاذ الدكتور صابر محمد محمد سيد، الأستاذ بكلية الدراسات الإسلامية والعربية بدبي سابقاً، الذي له عظيم فضل عليّ، حيث كان عونني في اختيار عنوان هذه الدراسة، وسانديني في وضع الخطة المناسبة لها، إلى جانب قيامه بالإشراف على الرسالة قبل أن يسافر إلى بلده، فكان لي خير أستاذ وخير مرب، فأدعو الله أن يبارك في علمه، وأن يمتعته بالصحة والعافية. ثم أتوجه بخالص الشكر والعرفان إلى صاحب الفضيلة الأستاذ الدكتور أحمد يوسف، الذي استكمل ما بدأه الدكتور صابر من مسيرة النصح والإرشاد، فله مني جزيل الشكر والعرفان بما أفادني به من غزير علمه وكرم أخلاقه، ومن توجيهاته السديدة وملحوظاته القيمة.

١ - سورة النحل، آية ٥٣.

٢ - سورة إبراهيم، الآية: ٧.

٣ - أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الأدب، باب في شكر المعروف، رقم الحديث: (٤٨١١) وصححه الشيخ ناصر الدين الألباني في صحيح الجامع الصغير وزيادته برقم: (٦٦٠١)

كما أتوجه بالشكر الجزيل إلى صاحب هذا الصرح العظيم معالي السيد جمعة الماجد، الذي غمرنا بعظيم الاهتمام. وشكري موصول إلى كل من مدير كلية الدراسات الإسلامية والعربية، وصاحب الفضيلة عميد الكلية، وصاحب الفضيلة وكيل الدراسات العليا، وإلى كل المسؤولين الذين لهم الفضل في تمكيني من مواصلة الدراسات العليا.

كما أشكر كل من أسدى إلي نصيحة، أو قدم لي مساعدة، وأخص بالذكر الأستاذ الفاضل محمد الفراجة، والأستاذة الغالية عبلة الفراجة، اللذين شاركاني في مسيرتي العلمية، وكانا صاحبَي فضل علي، فلهما مني كل الشكر والعرفان وجزاهما الله عني خير الجزاء.

ختاماً:

هذا عملي وثمره جهدي، لا أدعي فيه كمالاً؛ لأن الكمال لله وحده، وحسبي أنني بذلت ما في وسعي من جهد، فما كان فيه من توفيق وسداد فمن الله تعالى أولاً وأخيراً، وما كان فيه من نقص وتقصير فمن نفسي، وأعوذ بالله من الشيطان الرجيم، وأسأل الله تعالى أن يجعل هذا العمل مقبولاً لديه، ويفزر لي ما فيه من زلل، فهو خير مسؤول، وأفضل وأكرم مجيب.

وصلى الله على رسولنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً

وأخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

الفصل التمهيدي

مفهوم الالتزام والعقد ومصادر الالتزام إجمالاً

توطئة:

اقتضت طبيعة الرسالة التعرف على ماهية الالتزام ومصادره في كل من الفقه الإسلامي وقانون المعاملات المدنية الإماراتي، كما اقتضت التعرض للعقد من حيث التعرف على ماهيته والوقوف على أقسامه في كل من الفقه والقانون؛ لذا قمنا بتخصيص فصل تمهيدي مقسم إلى مبحثين:

المبحث الأول: مفهوم الالتزام ومصادره إجمالاً

المبحث الثاني: مفهوم العقد وتقسيماته

المبحث الأول

مفهوم الالتزام ومصادره إجمالاً

ويتكون هذا المبحث من مطلبين:

- المطلب الأول: مفهوم الالتزام
- المطلب الثاني: مصادر الالتزام إجمالاً

المطلب الأول : مفهوم الالتزام

في هذا المطلب سوف أقوم بتعريف الالتزام في الفقه الإسلامي وفي قانون المعاملات المدنية الإماراتي، ثم أقوم بالموازنة بينهما. وسوف أتناول ذلك في ثلاثة فروع على النحو التالي:

- الفرع الأول: تعريف الالتزام في الفقه الإسلامي
- الفرع الثاني: تعريف الالتزام في قانون المعاملات
- الفرع الثالث: الموازنة بين تعريف الالتزام في الفقه الإسلامي وفي قانون المعاملات

الفرع الأول: ماهية الالتزام في الفقه الإسلام

أولاً- تعريف الالتزام لغة:

الالتزام في أصل اللغة من (لزم): واللام والزاي والميم أصل واحد صحيح، يدل على مصاحبة الشيء بالشيء دائماً^(١)، أي ملازمة الشيء والدوام عليه، يقال ألزمته أي أثبته وأدمته، فألزمته المال والعمل وغيره فالتزمه^(٢)، ورجل لزمه، أي يلزم الشيء فلا يفارقه^(٣). والالتزام الاعتناق، فالملازم هو المعانق^(٤)، يقال التزم الرجل صاحبه أي عانقه، وإشارة إلى هذا المعنى حديث أنس بن مالك - رضي الله عنه - قال: «قال رجل: يا رسول الله الرجل منا يلقي أخاه أو صديقه أينحني له؟ قال: لا. قال: فيلزمه ويقبله؟ قال: لا. قال: فيأخذ بيده ويصافحه؟ قال: نعم»^(٥). وهذا تعبير مجازي، ومنه الملتزم؛ لأن الناس يعتنقونه ويضمونه إلى صدورهم. والالتزام يتفق مع الالتزام في الأصل «لزم» ويختلف عنه. والالتزام مصدر التزم، والزام مصدر ألزم، ولهذا قيل: ما من التزم إلا يتبعه إلزام.

كما يُراد به الفصل في القضية، مما يعني أن كلمة لزم من الأضداد^(٦)، حيث إن معنى الفصل يستوجب البعد عن الشيء وهو خلاف المصاحبة والمداومة.

ثانياً- تعريف الالتزام اصطلاحاً:

- الالتزام عند الفقهاء المتقدمين:

عند اطلاعي على مصنفات القدامى - رحمهم الله - لم أجد تعريفاً جامعاً للالتزام، إلا ما وجدته من تعريف للالتزام في كتاب تحرير الكلام في مسائل الالتزام، حيث جاء فيه أن الالتزام هو: «إلزام الشخص نفسه شيئاً من المعروف من غير تعليق على شيء»^(٧).

وهذا لا يعني أن الالتزام مصطلحٌ غريبٌ أو دخيلٌ على المصنفات الفقهية، فالناظر في عبارات الفقهاء يجد أنهم أوردوا المصطلح في مصنفاتهم وتناولوه في أحكامهم، مما دل على أن معنى الالتزام

- ١- معجم مقاييس اللغة، أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط ١، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١ م، اعتمى به: د. محمد عوض مرعب، والأنسة فاطمة محمد أصلان، ص ٩١٨.
- ٢- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، أحمد بن محمد بن علي المقرئ، المكتبة العلمية، بيروت، ج ٢ ص ٥٥٢.
- ٣- لسان العرب، محمد بن مكرم بن منظور، دار صادر، بيروت، ط ١، ج ١٢ ص ٥٤١.
- ٤- القاموس المحيط، محمد يعقوب الفيروز آبادي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ص ١٤٩٤.
- ٥- أخرجه الترمذي في سننه، كتاب الاستئذان، باب المصافحة، ج ٥ ص ٧٥، رقم الحديث (٢٧٢٨). قال أبو عيسى: هذا حديث حسن. انظر كذلك في درجة الحديث كتاب مشكاة المصابيح، محمد بن عبد الله الخطيب التبريزي، المكتب الإسلامي - بيروت، ط ٢، ١٤٠٥ - ١٩٨٥، ت: محمد ناصر الدين الألباني ج ٢ ص ١٢.
- ٦- انظر: لسان العرب ابن منظور، مرجع سابق، ج ١٢ ص ٥٤٢.
- ٧- تحرير الكلام في مسائل الالتزام، محمد بن محمد الحطاب، ت: عبد السلام محمد الشريف، دار الغرب الإسلامي، ط ١، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤ م، ص ٧١.

كان واضحاً في أذهانهم، حتى لم يجدوا حاجة لذكر تعريف له. ومن استعمالاتهم لمصطلح الالتزام ما كان في حديثهم عن أحكام اليمين والنذر والضمان، ففي اليمين جاء: «..... اليمين قسم أو التزام مندوب غير مقصود به القربة»^(١)، وجاء في النذر «... والنذر هو التزام قربة»^(٢)، وأما الضمان فقليل فيه «..... أن الضمان التزام مال تبرعاً بالقول»^(٣).

فُيَسْتَتَج من نصوصهم - رحمهم الله - أنهم أرادوا بالالتزام إيجاب الشخص على نفسه أمراً لم يكن واجباً.

- الالتزام عند المعاصرين:

أما في الدراسات الفقهية المعاصرة فقد وجد مصطلح الالتزام حظاً وثيراً من التداول والتفسير والدراسة، حيث عرفه بعض المعاصرين من الفقهاء بأنه «هو كون الشخص مكلفاً بفعل، أو امتناع عن فعل لمصلحة غيره»^(٤).

وقيل الالتزام «هو كل تصرف يتضمن إنشاء حق أو نقله أو تعديله أو إنهائه»^(٥).

وأورد آخرون معنيين للالتزام: -^(٦)

معنى عام: «وهو إيجاب الإنسان أمراً على نفسه؛ إما باختياره وإرادته من تلقاء نفسه، وإما بإلزام الشرع إياه فيلتزمه».

ومعنى خاص: «وهو إيجاب الإنسان شيئاً من المعروف على نفسه مطلقاً أو معلقاً».

ومن التعاريف الجامعة لمعنى الالتزام ما ذكره الأستاذ محمد مصطفى شلبي، حيث قال بأن الالتزام هو: «كل تصرف متضمن إرادة إنشاء حق من الحقوق أو إنهائه أو إسقاطه، سواء أكان من شخص واحد كالوقف والطلاق المجرد عن المال والإبراء»^(٧)، أم من شخصين كالبيع والإجارة والطلاق

١- الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، أحمد بن غنيم بن سالم النفراوي، دار الفكر، بيروت، طبعة ١٤١٥هـ، ج ١ ص ٤٠٨.

٢- حاشية إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين بشرح قررة العين بمهمات الدين، أبو بكر ابن السيد محمد شطا الدمياطي، دار الفكر، بيروت، ج ٢ ص ٣٦٨.

٣- المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، دار الفكر، بيروت، ط ١، ١٤٠٥هـ، ج ٤ ص ٢١٦.

٤- المدخل الفقهي العام، مصطفى أحمد الزرقا، دار الفكر، ط ٩، ١٩٦٨-١٩٦٧م، ج ١ ص ٤٣٦.

٥- الفقه الإسلامي وأدلته، د. وهبة الزحيلي، دار الفكر، دمشق، ط ٢، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م، ج ٤ ص ٨٢.

٦- الالتزامات في الشرع الإسلامي، أحمد إبراهيم بك، دار الأنصار، ط ١٣٦٣ - ١٩٤٤، ص ٢١.

٧- الإبراء من أبرأ، بمعنى أسقط أو أزال، فيقال برئ من الدين والعيب براءة، ويقال برئ زيد من دينه أي سقط عنه طلبه. انظر: المغرب في ترتيب المغرب، أبو الفتح المطرزي، ت: محمد عثمان، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، ط ١، ١٤٢٨هـ - ٢٠٧٧م، ص ٥٢. المصباح المنير، الفيومي، مرجع سابق ج ١ ص ٤٧.

على المال»^(١).

وعند النظر في هذه التعريفات نلاحظ وجود بعض الاختلافات في تناول الفقهاء لمعنى الالتزام، ومن ذلك قصر البعض جهة الإلزام على النفس فقط دون الغير، بمعنى أن الإنسان هو الذي يلزم نفسه بأمر ما، نتيجة تعهده بالقيام بما لم يجب عليه من قبل. في حين أن البعض الآخر ذهب إلى أن الالتزام يأتي من إيجاب الغير ممن له حق الإلزام من الجهات الملزمة، إلى جانب إيجاب الإنسان أمراً ما على نفسه.

ومن الأمور المختلفة أيضاً والتي لوحظت في التعاريف السابقة، قصر البعض الالتزام في باب التبرعات والمعروف فقط، في حين أن البعض الآخر أدرج فيها العقود التي يجريها المكلف باختياره وما يتبع ذلك من أحكام في دائرة الالتزام^(٢).

العلاقة بين الإلزام والالتزام:

عند النظر إلى المصطلحين نجد أن كلا منهما من المادة اللغوية «لزم» والتي تدل - كما أسلفنا - على المصاحبة والمداومة، إلا أنهما يختلفان في كون أن الالتزام مصدر الفعل التزم، والإلزام مصدر الفعل ألزم.

أما من الناحية الفقهية فإن الإلزام هو «الإيجاب على الغير بحق من ذي سلطة شرعية وحمله على فعل أمر أو الامتناع عنه»^(٣)؛ أي أن الإلزام هو حمل الشخص الملزم على القيام بما امتنع عن أدائه من حقوق وواجبات بحكم الشرع أو سلطة الحاكم، فيظهر أن جهة الإلزام ليست الشخص الملزم نفسه، وإنما جهة أخرى لها سلطة شرعية أو ولاية عامة.

في حين أن الالتزام - كما أوردنا سابقاً - تصرف يوجب الشخص على نفسه، بمحض إرادته، وذلك عند النظر إلى الالتزام بمعناه الخاص. أما المعنى العام للالتزام والذي اشتمل على إيجاب الشخص على نفسه أو إلزام الشرع إياه، فإن الإلزام في هذه الحالة يكون أثراً للالتزام، فعقد البيع يعد التزاماً بين البائع والمشتري، فإن امتنع أحد الطرفين من أداء حقوق الطرف الآخر كإمتناع البائع عن تسليم العين، أو امتناع المشتري عن دفع الثمن، فإن الممتنع يُلزم بالأداء، ولهذا يمكن القول بأن الإلزام هو حمل الملتزم على فعل أمر أو الكف عنه.^(٤)

١- المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، محمد مصطفى شلبي، دار النهضة العربية، بيروت، ط ١٤٠٢هـ - ١٩٨٣، ص ٤١٣.

٢- انظر: الإلزام في التصرفات المالية في الفقه الإسلامي، د. وليد الربيع، دار النفائس، الأردن، ط ١، ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٧م، ص ٤٢.

٣- الإلزام في التصرفات المالية في الفقه الإسلامي، د. وليد الربيع، مرجع سابق ص ٣٢.

٤- نفسه، ص ٤٦ - ٤٧.

الفرع الثاني: ماهية الالتزام في قانون المعاملات

اتخذ قانون المعاملات المدنية الإماراتي من المذهب الشخصي^(١) الذي «يرى أن الأمر الجوهري فيه هو ما يقوم من رابطة شخصية فيما بين الدائن والمدين»^(٢) مذهباً في تناوله لموضوع الالتزام، وأطلق على هذه الرابطة (الحق الشخصي)، مراعيًا في ذلك حق الدائن في مطالبة المدين بما يقع على عاتقه من أداء؛ لأن المحافظة على الحقوق هي هدف القانون الدائم^(٣).

وعرّف الحق الشخصي في المادة (١٠٨) بأنه: «رابطة قانونية بين دائن ومدين يطالب بمقتضاها الدائن مدينه بنقل حق عيني أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل».

شرح التعريف:

- «رابطة قانونية» يعني أن الالتزام أو الحق الشخصي عبارة عن علاقة يترتب على وجودها آثارٌ وواجبات في حق الدائن والمدين يُجَبَر الآخرون على احترامها، وهذا يميزه عن الواجبات غير القانونية كالواجبات الخلقية التي تفرضها اعتبارات المجاملة في الأفراح والأحزان على سبيل المثال^(٤).

- «دائن ومدين» قيد في التعريف يميزه عن الحق العيني^(٥) الذي يدعو إليه المذهب المادي، والذي يجعل الالتزام سلطة مباشرة للشخص (الدائن) على شيء مادي^(٦) ولا يشترط وجود مدين محدد، في حين أن القانون المدني الإماراتي يستوجب وجود كل من الطرفين في وقت نشوء الالتزام^(٧).

- «يطالب بمقتضاها الدائن مدينه» أي أن الالتزام يؤدي إلى قيام رابطة اقتضاء بين شخصين، يلتزم أحدهما وهو المدين قبل الآخر وهو الدائن بأداء معين^(١).

- «بنقل حق عيني أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل» عبارة تدل على محل الالتزام والذي يتمثل أولاً:

• في الحق العيني الذي قسمه القانون المدني في المادة (١١٠) إلى **حقوق عينية أصلية** كحق الملكية والتصرف والانتفاع والاستعمال والسكنى والقرار «المساطحة»^(٢) وحقوق الارتفاق^(٣) والوقف. و**حقوق عينية تبعية** كالرهن التأميني^(٤) والرهن الحيازي^(٥) وحق الامتياز^(٦).

• ثانياً: القيام بعمل إيجابي لمصلحة الدائن، حيث يعدّ المدين أن ينفذ لمصلحة الدائن أداءً إيجابياً، كالالتزام الطبيب بعلاج المريض، والتزام المقاول ببناء المبنى^(٧) والتزام المودع بحفظ الوديعة.

• ثالثاً: الامتناع عن عمل بأداء سلبي يتعهد به المدين لمصلحة الدائن مثل الالتزام بعدم منافسة شخص آخر في فتح محل تجاري مماثل في نفس المنطقة^(٨).

١- المذهب الشخصي: يرى أن الأمر الجوهري فيه هو ما يقوم من رابطة شخصية بين الدائن والمدين، أما المذهب المادي فينظر إلى محل الالتزام باعتباره أنه هو العنصر الأساس. الوسيط في شرح القانون المدني، عبد الرزاق السنهوري، دار إحياء التراث، بيروت، ج ١ ص ٨١.

٢- الوسيط، السنهوري، مرجع سابق، ج ١ ص ٨١.

٣- الوسيط، السنهوري، مرجع سابق، ج ١ ص ١٠٣.

٤- انظر: تجديد الالتزام، د. رضا متولي وهدان، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، ١٩٩٩م، ص ١٩.

٥- الحق العيني: هو سلطة مباشرة يقرها القانون للدائن على المال المتقل بها، سواء أكان هذا المال عائداً للمدين أم لغيره. الحقوق العينية التبعية، محمد وحيد الدين سوار، مكتبة الثقافة، عمان، ط ١، ٢٠٠٦م، ص ١٦.

٦- انظر: الوسيط، السنهوري، مرجع سابق، ج ١ ص ١٠٦.

٧- وهذا يناقض ما ذهب إليه القانون في المادة (٢٧٦) والذي نظم الإرادة المنفردة باعتبارها مصدراً من مصادر الالتزام؛ لأن الإرادة المنفردة توجد الالتزام بإرادة المدين فقط، على أن يعين الدائن فيما بعد. انظر: الوجيز في شرح قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، د. عبد الخالق حسن أحمد، كلية شرطة دبي، ط ٣، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م، ج ١ ص ٦.

وقد يكون تفسير ذلك هو كون قانون المعاملات المدنية الإماراتي يأخذ في تطبيقاته بكل من النظرة الشخصية والنظرة المادية للالتزام. انظر: مصادر الالتزام الإرادية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي أ.د. عبد الناصر توفيق العطار، مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة، ط ٢، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م، ص ١٠.

١- انظر: أحكام الالتزام والإثبات في القانون المدني الليبي، عدنان طه الدوري، منشورات الجامعة المفتوحة، ط ١، ١٩٩١م ص ٧.

٢- حق المساطحة هو: «حق عيني يعطي صاحبه الحق في إقامة بناء أو غراس على أرض غيره». الحقوق العينية الأصلية، محمد وحيد الدين سوار، مكتبة الثقافة، عمان، ٢٠٠١م، ج ٢ ص ٤٠٠.

٣- حق الارتفاق هو: «ارتفاق على عقار لمنفعة عقار مملوك لآخر. هذا التكليف يقوم إما بتحويل شخص آخر مباشرة أعمال تصرفية في العقار المفروض عليه التكليف، وإما بحرمان صاحب العقار من استعمال بعض حقوقه». الحقوق العينية الأصلية، محمد وحيد الدين سوار، مرجع سابق، ج ٢ ص ٤٢٨ - ٤٢٩.

٤- الرهن التأميني هو: «عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقاً عينياً، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون» الوسيط، السنهوري، مرجع سابق ج ١٠ ص ٢٦٨.

٥- الرهن الحيازي هو: «احتباس مال في يد الدائن، أو يد عادل ضماناً لحق يمكن استيفاؤه منه، كله أو بعضه، بالتقدم على سائر الدائنين» الحقوق العينية التبعية، محمد وحيد الدين سوار، مرجع سابق، ص ١٧٠.

٦- حق الامتياز هو: «حق عيني تابع يخول الدائن أسبقية اقتضاء حقه، مراعاة لصفته، ويتقرر بنص القانون» الحقوق العينية التبعية، محمد وحيد الدين سوار، مرجع سابق، ص ٢٨٣.

٧- انظر: تجديد الالتزام، د. رضا متولي وهدان، مرجع سابق، ص ٢٠.

٨- انظر: المرجع نفسه.

الفرع الثالث: الموازنة بين الفقه الإسلامي وقانون المعاملات

عند النظر في تعريف الالتزام في الفقه الإسلامي والقانون نجد أنه لا اختلاف في تناول كل منهما للمصطلح، إلا أن تناول الفقه الإسلامي للالتزام كان أشمل مما هو عليه في القانون؛ حيث اشتمل على الالتزامات الشرعية الصادرة من المشرع، كالتزام المرء بأداء الواجبات والالتزامات الشرعية المختلفة، واشتمل كذلك على الالتزامات التي يوجبها الشخص على نفسه، كما هو الحال في النذر. في حين نجد أن القانون الوضعي يطلق مصطلح الحق الشخصي للدلالة على رابطة اقتضاء تكون بين شخصين.

المطلب الثاني

مصادر الالتزام إجمالاً

بعد أن عرّفت الالتزام في المطلب السابق، سأحدث في هذا المطلب عن مصادر الالتزام بشكل إجمالي.

وقد قسمت المطلب إلى ثلاثة فروع:

- الفرع الأول: مصادر الالتزام في الفقه الإسلامي
- الفرع الثاني: مصادر الالتزام في القانون المدني
- الفرع الثالث: الموازنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني

توطئة:

المصادر في اللغة جمع مصدر وهو مقدمة كل شيء وأوله، فيقال صدر النهار أو الليل، وصدر الشتاء أو الصيف أي أولها.^(١)

أما اصطلاحاً فالمصادر هي الأسباب الشرعية والقانونية التي أدت إلى نشوء الالتزام^(٢). فالالتزام المستأجر بحفظ العين المستأجرة سببه العقد وما ترتب عليه من آثار، والالتزام المستعير بالتعويض إذا أتلّف ما استُحفظ عليه سببه الفعل الضار، وهكذا.

وبالتالي يمكننا القول إن مصدر الالتزام هو سببه، وهذا ما يلاحظ عند استقراء مصنفات الفقهاء - رحمهم الله -، حيث نجدهم يطلقون سبب الالتزام ويريدون به مصدره، ومثال ذلك ما جاء في المبسوط: «... فالمال لازم للكفيل لمباشرته سبب الالتزام وهو الكفالة»^(٣).

وتجدر بنا الإشارة إلى أن المراد هنا بمصدر الالتزام سببه المباشر لا المصدر الأمر لإيجاد الالتزام، وإلا كان مرد جميع المصادر إلى الشرع أو القانون.^(٤)

الفرع الأول: مصادر الالتزام في الفقه الإسلامي

قسم الفقه الإسلامي الالتزام إلى خمسة مصادر، هي: العقد، الإرادة المنفردة، الفعل الضار، الفعل النافع، والشرع^(٥).

أولاً - العقد: وهو المصدر الأول للالتزام، وسيكون محور دراستنا؛ لذلك سأفرد له مبحثاً لتوضيح معناه وبيان أقسامه.

ثانياً - الإرادة المنفردة أو ما يسمى ب (الإيقاع أو العهد): وهو «تعبير شخص عن إرادته في أن يثبت أثراً شرعياً في محل معين لصالح شخص آخر دون توقف على قبوله»^(٦). وهي إرادة يمكنها أن تُنشئ التزاماً من طرف واحد، دون اعتبار لإرادة الطرف الآخر. ويتمثل هذا الالتزام في صورة تمليك بدون عوض كما هو الحال في الوصية والوقف والصدقة، أو يكون إمضاءً لتصرف كإجازة العقد

١- انظر: لسان العرب، ابن منظور، ج ٤ ص ٤٤٥. تاج العروس من جواهر القاموس، محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، دار الهداية، ج ١٢ ص ٢٩٣ و٣٠٠.

٢- انظر: الالتزامات في الشرع الإسلامي، أحمد بك، مرجع السابق، ص ٣٣. والوسيط، للسنهوري، مرجع سابق، ص ١١٩.

٣- المبسوط، شمس الدين السرخسي، دار المعرفة، بيروت، ج ٢٠ ص ٧٢.

٤- انظر: المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، مصطفى الزرقا، دار القلم، دمشق، ط ١، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م، ص ٩٩.

٥- المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، مصطفى الزرقا، مرجع السابق، ص ٩٨. وانظر: الالتزامات، أحمد بك، مرجع السابق، ص ٣٥ - ٣٦.

٦- مصادر الالتزام الإرادية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، العطار، مرجع السابق، ص ٣٦٢.

الموقوف، أو إنهاءً لتصرف كما هو الحال في الطلاق والفسخ بخيار الرؤية^(١).

ثالثاً - الفعل الضار: يعتبر الفعل الضار من المصادر غير الإرادية للالتزام، حيث يلزم الشخص بجبر الضرر أو إزالته دون أن تتجه إرادته إلى تحمل هذا الالتزام، وإن كانت إرادته لعبت دوراً في أصل الفعل أو السبب الذي ترتب عليه الالتزام^(٢). ويعبر الفقهاء عنه بالضمان وهو «إعطاء مثل الشيء إن كان من المثليات^(٣) وقيمته إن كان من القيميات»^(٤).

رابعاً - الفعل النافع: أو ما يسمى بالإثراء بلا سبب، وصورته تتمثل في التزام كل شخص انتفع على حساب آخر بالتعويض. كمن غصب شيئاً لغيره، فعليه رده مع أجره المثل إن كان له أجره مدة مقامه^(٥). وكمن غصب أرض غيره فزرعها أو حفر فيها بئراً فعليه أجره المثل في مدة الغصب^(٦). وفيها خلاف بين الفقهاء - رحمهم الله - في بيان متى يكون لمن نفع غيره حق الرجوع بما أنفق، ومتى لا يحق له ذلك، وذلك تبعاً للقاعدة الفقهية «أن من دفع ديناً عن غيره بلا أمره يعتبر متبرعاً، ولا يرجع بما دفع»^(٧). والفقهاء - رحمهم الله - قد تناولوا هذه القاعدة في كثير من المسائل في أبواب الفقه المختلفة، وهذه الدراسة ليست محلاً للحديث عنها.

خامساً - الشرع: والشرع في اللغة مصدر بمعنى نَهَج الطريق الواضح، ثم استُخدم اسماً للطريق النهج، وقد استعير للطريقة الإلهية في الدين^(٨).

أما اصطلاحاً فالشرع هو «ما شرعه الله لعباده من الأحكام»^(٩)، وجاء في التعريفات: «الحكم الشرعي عبارة عن حكم الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين»^(١٠)، وهو المصدر غير المباشر للالتزام، حيث إن الأصل أن كل التزام مصدره الشرع، فالالتزام الناشئ في العقود أو الضمان أو الفعل النافع

١- أحكام المعاملات الشرعية، الشيخ علي الخفيف، دار الفكر العربي، ط ١، ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م، ص ١٩٧-١٩٨. المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الصادرة بالقانون الاتحادي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥م المعدل بالقانون الاتحادي رقم (١) لسنة ١٩٨٧م، ص ٢٥٦.

٢- انظر: الفعل الضار والضمان فيه، مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم، دمشق، ط ١، ١٤٠٩هـ - ١٩٨٨م، ص ٥٩.
٣- المثلي: هو ما لا تتفاوت أحاده تفاوتاً تختلف به قيمته، كالمسك والقطن والعنب والدقيق. حاشية رد المحتار، ابن عابدين، مرجع سابق ج ٥ ص ١٦١. منهاج الطالبين وعمدة المفتين، يحيى بن شرف النووي أبوزكريا، دار المعرفة، بيروت، ج ١ ص ٧٠. والقيميات: هو كل مالا يكال ولا يوزن ولا يعد مثل الدور والحوانيت. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين الكاساني، دار الكتاب العربي، بيروت، ط ٢، ١٩٨٢ ج ٦ ص ٦٣.

٤- مجلة الأحكام العدلية، جمعية المجلة، ت: نجيب هواويني دار كارخانه تجارت كتب، مادة (٤١٦).

٥- انظر: عمدة الفقه، عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، ت: عبد الله سفر العبدلي، محمد دغليبي العتيبي، مكتبة الطرفين، الطائف، ص ٦١.

٦- انظر: الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري الشافعي، ت: الشيخ علي محمد معوض - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط ١، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م، ج ٧ ص ١٧١.

٧- انظر: الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ج ٧ ص ١٩٠.

٨- انظر: تاج العروس، الزبيدي، مرجع سابق ج ٢١ ص ٢٦٩.

٩- أحكام المعاملات الشرعية، الشيخ علي الخفيف، مرجع سابق، ص ٣.

١٠- التعريفات، علي بن محمد بن علي الجرجاني، ت: إبراهيم الأبياري، دار الكتاب العربي، بيروت، ط ١، ١٤٠٥هـ، ص ١٢٣.

أصوله مستمدة من أحكام الشريعة.

الفرع الثاني: مصادر الالتزام في قانون المعاملات

قسم قانون المعاملات مصادر الالتزام إلى خمسة مصادر وهي: العقد، الإرادة المنفردة، الفعل الضار، الفعل النافع، والقانون.^(١)

أولاً - العقد: سيتم توضيحه وبيان أقسامه بشيء من التفصيل في المبحث التالي.

ثانياً - الإرادة المنفردة: ويقصد بها «أن تتجه إرادة شخص واحد إلى إحداث أثر قانوني»^(٢)، ولا يترتب هذا الأثر إلا في حال صدور الإرادة ممن هو أهل لها، وترد على محل موجود أو قابل للوجود، ومعين أو قابل للتعين^(٣).

وتعد الإرادة المنفردة إحدى مصادر الالتزام في قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات، وذلك وفقاً للمادة (١٢٤) من القانون^(٤)، ويترتب عليها أمور عدة منها: ^(٥)

- إنشاء الحقوق العينية كالوصية، أو إسقاطها كتخلي المالك عن حق الملكية، أو تنازل الدائن المرتهن عن حق الرهن.

- إنشاء الحقوق الشخصية كمطالبة الواعد بالجائزة، أو إسقاط الحقوق كإبراء الدائن المدين من الدين، كله أو بعضه.

- وللإرادة المنفردة أثرها على بعض العقود، كجعل العقد الموقوف نافذاً بالإقرار، والعقد القابل للإبطال صحيحاً بالإجازة، والعقد غير اللازم لازماً بإسقاط شرط الخيار.

- وقد تُنهي الإرادة المنفردة بعض العقود غير اللازمة كالوكالة والوديعة.

١- قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات، مادة (١٢٤).

٢- مصادر الالتزام الإرادية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، أ.د. عبد الناصر توفيق العطار، مرجع سابق ص ٣٦٥.

٣- نفس المرجع السابق.

٤- اختلفت النظريات حول اعتبار الإرادة المنفردة مصدرراً من مصادر الالتزام، حيث اتجهت النظرية الفرنسية إلى أن الالتزام يتولد عن عمل قانوني مصدره العقد فقط، أي توافق إرادتين، أما الإرادة المنفردة فلا تولد التزاماً، وأصبح هذا الأمر من القواعد المتفق عليها فقهاً وقضاً في فرنسا. في حين أن النظرية الألمانية ذهبت إلى كون الإرادة المنفردة تنشئ التزاماً، وذلك استناداً إلى أن تقاليد القانون الجرمانى تساعد على الاعتراف بتوليد الإرادة المنفردة، وبهذا يلتزم المتعاقد بالإرادة الصادرة منه لا بتوافق إرادته مع إرادة المتعاقد الآخر. وفي القانون المصري اعتبر الالتزامات التي تنشئها الإرادة المنفردة هي التزامات قانونية مصدرها المباشر هو القانون، وبذلك لم تعد الإرادة المنفردة مصدراً عاماً للالتزام، وإنما نص القانون هو المصدر المباشر للالتزامات التي تقوم بالإرادة المنفردة. انظر: الوسيط، السنهوري، مرجع سابق ج ١ ص ١٢٨٢ وما بعده.

٥- انظر: الوجيز في شرح قانون المعاملات المدنية، د. عبد الخالق حسن، مرجع سابق، ج ١ ص ٢٨١ - ٢٨٢. مصادر الالتزام الإرادية، أ.د. عبد الناصر العطار، مرجع سابق ص ٣٦٥ - ٣٦٦.

ثالثاً - الفعل الضار: يعد الفعل الضار من أهم المصادر غير الإرادية للالتزام حيث يصبح الشخص ملتزماً بجبر الضرر أو إزالته دون أن تتجه إرادته إلى تحمل هذا الالتزام، وإن كان لإرادته دور في أصل الفعل أو السبب الذي ترتب عليه الضرر وبالتالي ترتب الالتزام.^(١)

وقد نظم قانون المعاملات المدنية الإماراتي المسؤولية عن الفعل الضار من المادة (٢٧٢) إلى المادة (٣١٦) من القانون، حيث نظمها في أربعة فروع هي، أولاً: أحكام عامة، ثانياً: المسؤولية عن الأعمال الشخصية، ثالثاً: تنظيم المسؤولية عن فعل الغير، رابعاً: بيان المسؤولية عن الحيوان والأشياء واستعمال الطريق العام.^(٢)

رابعاً - الفعل النافع: وهو «ما ينصرف إلى كل ما ينفع الغير سواء تمثل ذلك في صورة فائدة مادية أو معنوية»^(٣). ويعد الفعل النافع من المصادر غير الإرادية التي تؤدي إلى نشوء التزام دون إرادة الملتزم.

والمبدأ في الفعل النافع هو «أن كل من أثرى بدون سبب مشروع، على حساب شخص آخر، يلتزم برد أقل القيمتين إليه، وهما مقدار ما زاد في ذمته، أي ما أثرى به، أو مقدار ما نقص من ذمة المفتقر»^(٤)، وهذا ما جاء في المادة (٣١٨) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي حيث نص على أنه «لا يسوغ لأحد أن يأخذ مال غيره بلا سبب شرعي، فإن أخذه فعليه رده».

كما جاء في المادة (٣١٩) من القانون أن «١- من كسب مالاً من غيره بدون تصرف مكسب وجب عليه رده إن كان قائماً، ومثله أو قيمته إن لم يكن قائماً، وذلك ما لم يقض القانون بغيره. ٢- وإذا خرج ملك شخص من يده بلا قصد واتصل قضاءً وقدرًا بملك غيره اتصالاً لا يقبل الفصل دون ضرر على أحد المالكين تبع الأقل في القيمة الأكثر بعد دفع قيمته، فإذا تساوى في القيمة يباعان عليهما ويقسمان الثمن إلا إذا كان هناك اتفاق أو نص قانون يقضي بغير ذلك».

وبالتالي لا يصح انتقال مال شخص لآخر إلا بالطرق المشروعة، وإن حدث خلاف ذلك فعلى الطرف الآخر رد ما أخذ، أو رد مثله.

خامساً - القانون: وهو المصدر غير المباشر للالتزام، حيث إن الالتزام المترتب على كل من العقد والإرادة المنفردة والفعل الضار والفعل النافع مصدره القانون، غير أن ذلك يتطلب وجود

مسببات يترتب عليها إلزام القانون^(١).

ولكن يمكن أن يكون القانون مصدراً مباشراً لبعض الالتزامات، فالالتزام الأب بالإفناق على ابنه مصدره القانون، وكذلك التزامات الجوار، والتزامات الحائط المشترك^(٢)، حيث نص القانون في المادة (٢٣٧) على أن «الحقوق التي تنشأ مباشرة عن القانون وحده تسري عليها النصوص القانونية التي أنشأتها».

الفرع الثالث: الموازنة بين الفقه الإسلامي وقانون المعاملات

اتفقت بنود قانون المعاملات مع أحكام الشرع في مصادر الالتزام الثلاثة، والمتمثلة في العقد، والإرادة المنفردة، والفعل الضار، وأما ما يخص الفعل النافع فإن مذاهب الفقه الإسلامي اختلفت في اعتباره مصدراً من مصادر الالتزام، في حين أن القانون جعل منه مصدراً من المصادر غير الإرادية للالتزام، ولكن المشرع في قانون المعاملات الإماراتي رأى إيراد الأحكام - الخاصة بالفعل النافع - المسلمة في الفقه الإسلامي، وأما ما كان خلافاً بين الفقهاء فرأى عدم الحسم فيه، وترك الأمر لاجتهاد الفقه والقضاء.

كما نجد اختلافاً بين الفقه والقانون فيما يخص المصدر الخامس، حيث إن لكل منهما طابعه الخاص، فالفقه الإسلامي اعتبر أحكام الشريعة الإسلامية ونصوصها هي المصدر غير المباشر للالتزام في حال انعدام المصادر الأربعة السابقة، وقانون المعاملات اعتبر القانون هو مصدر الالتزام في الحالات التي لم يرد فيها الالتزام إلى مصادره الأربعة السابقة.

١- انظر: المصادر غير الإرادية للالتزام في قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، أ.د. محمد المرسي زهرة، مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة، العين، ط١، ٢٠٠٢م، ص ٧٣.

٢- انظر: الوجيز في شرح قانون المعاملات المدنية، د. عبد الخالق حسن، مرجع سابق، ص ٢٨٧.

٣- المصادر غير الإرادية للالتزام، أ.د. محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص ٥٧١.

٤- الوجيز في شرح قانون المعاملات المدنية، د. عبد الخالق حسن، مرجع سابق، ج ١ ص ٣٥٣.

١- النظرية العامة للالتزام، أ.د. رمضان أبو السعود، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٢م، ص ٤٩٣. مصادر الالتزام، د. عبد القادر الفار، دار الثقافة، عمان، ط١، ٢٠٠٥ ص ٢٤.

٢- الوجيز في شرح قانون المعاملات المدنية، د. عبد الخالق حسن، مرجع سابق، ج ١ ص ٣٧٧.

المبحث الثاني

في مفهوم العقد وبيان أقسامه

ذكرنا في المبحث السابق أن العقد هو المصدر الأول من مصادر الالتزام، وقد أفردنا هذا المبحث للتعرف على ماهية العقد وأقسامه في الفقه الإسلامي وقانون المعاملات المدنية الإماراتي.

ويتكون هذا المبحث من مطلبين:

- المطلب الأول: ماهية العقد
- المطلب الثاني: أقسام العقد

المطلب الأول

ماهية العقد

في هذا المطلب سوف أقوم بتعريف حقيقة العقد في الفقه الإسلامي وقانون المعاملات، ثم أقوم بالموازنة بينهما، وذلك في ثلاثة فروع على النحو التالي:

- الفرع الأول: ماهية العقد في الفقه الإسلامي
- الفرع الثاني: ماهية العقد في قانون المعاملات
- الفرع الثالث: الموازنة بين تعريف العقد في الفقه الإسلامي وفي قانون المعاملات

الفرع الأول: ماهية العقد في الفقه الإسلامي

أولاً: العقد في اللغة:

العقد: مصدر عقد من باب ضرب، وهو مفرد، والجمع عقود^(١).

والعقد في اللغة نقيض الحل^(٢) وهو يطلق على معانٍ كثيرة منها:

أولاً- الشدُّ والربط: يقال عقد الحبل إذا شده^(٣)، وعقد البناء إذا أُلزق بعضه ببعض بالجص^(٤). وفي معنى الشد والربط جاء قوله تعالى: ﴿ وَمِنْ شَرِّ النَّفَّاثَاتِ فِي الْعُقَدِ ﴾^(٥) أي من شر الساحرات اللاتي يقمن بشد وربط الخيط ومن ثم النفث في العقدة حين يرقين عليها^(٦).

ثانياً: العهد والضمنان^(٧): ومن ذلك قوله تعالى: ﴿ يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾^(٨). وقوله عز وجل: ﴿ وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا ﴾^(٩).

قيل: العقود العهود التي تكون بين الله والمؤمنين، وبين المؤمنين بعضهم بعضاً^(١٠).

ثالثاً - الإحكام والإبرام: قيل: «عُقدة كل شيء: إبرامه»^(١١)، فعُقدة النكاح إبرامه وإحكامه^(١٢)، قال تعالى: ﴿ وَلَا تَعْرِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ ﴾^(١٣).

رابعاً - الالتزام: هو أن يأتي العقد بمعنى الالتزام بأمر ما، فيقال عاقدته أي ألزمته الشيء باستيثاق^(١٤).

١- انظر: المصباح المنير، الفيومي، مرجع سابق، ج ١ ص ٤٢١، مادة عقد.

٢- لسان العرب، ابن منظور، ج ٣ ص ٢٩٦، مادة عقد.

٣- تاج العروس، الزبيدي، مرجع سابق ج ٨ ص ٣٩٨، مادة عقد.

٤- انظر: لسان العرب، ابن منظور، ج ٣ ص ٢٩٦، مادة عقد.

٥- سورة الفلق، آية: ٤.

٦- جامع البيان عن تأويل آي القرآن، محمد بن جرير بن يزيد بن خالد الطبري أبو جعفر، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٥هـ، ج ٣٠ ص ٣٥٢.

٧- القاموس المحيط، محمد يعقوب الفيروز آبادي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ج ١ ص ٢٨٢، مادة عقد.

٨- سورة المائدة، آية: ١.

٩- سورة الإسراء، آية ٣٤.

١٠- انظر: لسان العرب، ابن منظور، مرجع سابق ج ٣ ص ٢٩٦.

١١- كتاب العين، أبي عبد الرحمن الخليل بن أحمد الفراهيدي، ت: د. مهدي المخزومي ود. إبراهيم السامرائي دار ومكتبة الهلال، ج ١ ص ١٤٠.

١٢- المصباح المنير، الفيومي، مرجع سابق، ج ٢ ص ٤٢١.

١٣- سورة البقرة، آية: ٢٣٥.

١٤- انظر: لسان العرب، ابن منظور، مرجع سابق، ج ٣ ص ٢٩٦.

وبالنظر للمعاني السابقة للعقد يمكننا القول أن الجامع بين هذه المعاني هو الربط بين أمرين أو شيئين.

ثانياً: العقد في الفقه الإسلامي:-

للعقد في اصطلاح الفقهاء معنيان:

- المعنى الأول هو المعنى العام:

والذي جعل من كل تصرف يترتب عليه حكم عقداً، سواء كان في العبادات أو المعاملات، فإذا أطلق العقد في العبادات أريد به ما أُلزم المرء به نفسه في اليمين والعهد والأمانة^(١). وإذا ذكر في المعاملات أريد به ما أبرم من تصرف، سواء كان من طرف واحد كالوقف والهبة والصدقة ونحوه، أو ما تم إبرامه بين طرفين كالبيع والإجارة والوكالة ونحوه.^(٢)

- المعنى الثاني وهو المعنى الخاص:

يراد بالعقد في المعنى الخاص «ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في محله (أي العقود عليه)»^(٣). أي أن العقد في معناه الخاص عبارة عن «ربط أجزاء التصرف - أي الإيجاب والقبول - شرعاً»^(٤). وبالتالي فإن العقد في هذا المعنى لا يتحقق إلا في حال ارتباط إرادتين أو أكثر وتوافقهما على وجه مشروع، فإن لم يكن مشروعاً، فإنه لا يكون عقداً، ومثال ذلك استئجار شخص لقتل آخر، فإن هذا الاتفاق وإن تحقق فيه توافق إرادتين، إلا أنه لا يترتب عليه أثر، لأن العقود عليه غير مشروع^(٥).

وبهذا المعنى جاء تعريف العقد في مجلة الأحكام العدلية، حيث عرف العقد في المادة (١٠٣) بأنه «التزام المتعاقدين أمراً وتعهداً به، وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول»^(٦).

وفي المادة (١٠٤) جاء أن «الانعقاد تعلق كل من الإيجاب والقبول بالآخر على وجه مشروع يظهر أثره في متعلقهما»^(١).

وبالتالي يمكننا القول أن العقد في معناه الخاص يشير إلى ارتباط إرادتين أو أكثر - الإيجاب والقبول - من أجل إنشاء التزام بينهما.

وتعريف العقد بمعناه الخاص هو الشائع عند الفقهاء - رحمهم الله -، وهو المعنى المتبادر إلى الذهن عند إطلاق لفظ العقد^(٢).

الفرع الثاني: ماهية العقد في قانون المعاملات

عرف قانون المعاملات المدنية الإماراتي في المادة (١٢٥) ((العقد بأنه: «ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على وجه يثبت أثره في العقود عليه ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر»^(٣).

يتضح لنا من التعريف السابق أن العقد لا يكفي لقيامه وجود إرادة واحدة، وإنما يحتاج إلى توافق إرادتين أو أكثر^(٤). والمقصود من توافق الإرادتين ارتباط الإيجاب بالقبول والتراضي بينهما^(٥). ويشترط في هذا التوافق إحداث أثر قانوني كإنشاء التزام كما هو الحال في عقد البيع، أو نقل التزام كما هو الحال في الحوالة^(٦)، أو إنهاء التزام كما هو الحال في الوفاء والإبراء. أما أعمال المجاملات كدعوة صديق لغداء أو حفل وقبول الآخر لهذه الدعوة فلا يعتبر عقداً، وإنما مجرد اتفاق، فهما لم يريدوا إنشاء التزام قانوني، وبالتالي لا يترتب أي مسؤولية على أي من الطرفين في حال تخلف أحدهما عن الاتفاق^(٧).

١- مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، ص ٢٩.

٢- انظر: ضوابط العقود، د. عبد الحميد محمود البعلي، مكتبة وهبة، القاهرة، ط ١، ص ٤٤.

٣- اعتمد القانون في تعريفه على المادة (١٠٣) من مجلة الأحكام العدلية وشرحها لعلي الحيدر، وما ورد في أول عقد البيع من كتاب رد المختار لابن عابدين ج ٤ ص ١ - ٢٠، والمادة (٢٦٢) من مرشد الحيران، محمد قدري باشا، مطبعة الكبرى الأميرية، مصر، ط ٢، ١٣٠٨ هـ - ١٨٩١ م، ص ٤٣.

والفقرة الأولى من التعريف تطابق المادة (٨٧) من القانون الأردني، أما الفقرة الثانية فمستمدة من مشروع القانون العربي الموحد. انظر: المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الإماراتي ص ٩٤. هامش رقم (١) من كتاب الوجيز في شرح قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، د. عبد الخالق حسن أحمد، ج ١ ص ١٦.

٤- انظر: كتاب الوجيز في شرح قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، د. عبد الخالق حسن أحمد، مرجع سابق، ج ١ ص ١٧.

٥- سوء النية وأثره في عقود المعاوضات، د. محمد العدوي، مرجع سابق، ص ٢٧.

٦- الحوالة هي أن: «يتفق الدائن مع أجنبي على أن يحول له حقه الذي في ذمة المدين، فيحل الأجنبي محل الدائن في هذا الحق نفسه بجميع مقوماته وخصائصه» الوسيط، السنهوري، مرجع سابق، ج ٢ ص ٤٤٢.

٧- انظر: كتاب الوجيز في شرح قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، د. عبد الخالق حسن أحمد، مرجع سابق ج ١ ص ١٧. وسوء النية وأثره في عقود المعاوضات، د. محمد العدوي، مرجع سابق، ص ٢٧.

١- انظر: أحكام القرآن، أحمد بن علي الرازي الجصاص أبو بكر، ت: محمد الصادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٤٠٥ هـ، ج ٢ ص ٢٨٥.

٢- انظر: أحكام لزوم العقد، د. عبد الرحمن بن عثمان الجلعود، كنوز أشبيليا، الرياض، ط ١، ١٤٢٨ - ٢٠٠٧، ص ٢٤.

٣- سوء النية وأثره في عقود المعاوضات، د. محمد شكري الجميل العدوي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط ١، ٢٠٠٨ م، ص ٢٨.

٤- حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ابن عابدين، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، ١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠ م، ج ٢ ص ٩.

٥- انظر: المدخل لدراسة الفقه الإسلامي ونظرياته العامة، د. رمضان علي السيد الشرنباصي، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ط ٢، ص ٢٤٣. سوء النية وأثره في عقود المعاوضات، محمد العدوي، مرجع سابق، ص ٣١.

٦- مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، ص ٢٩.

الفرع الثالث: موازنة بين الفقه الإسلامي وقانون المعاملات

يلاحظ مما سبق أن التعريف الفقهي للعقد كان أكثر دقةً وتحديداً من التعريف القانوني، وذلك في عدة أمور^(١):

- امتاز الفقه الإسلامي في تعريفه ببيان أجزاء العقد وهي الإيجاب والقبول، والذي لم يشير إليهما القانون، بل اكتفى بذكر توافق إرادتين، وهذا التوافق قد لا يؤدي إلى نشوء عقد، كما هو الحال في الوعد ببيع أو نحوه.

- ذكر الفقه للإيجاب والقبول فيه إشارة إلى الجانب المادي للتراضي، وهذا مُفْتَقِدٌ في تعريف القانون مما أبرز الجانب الشخصي الذي تكون العبرة فيه للإرادة الباطنة.

كما يلاحظ في تعريف قانون المعاملات الإماراتي للعقد كونه غير جامع لكل العقود؛ حيث إنه لا ينطبق إلا على العقود الملزمة للجانبين، وبذلك لا يكون التعريف شاملاً للعقود الملزمة لأحد طرفي العقد دون الطرف الآخر كالهبة بدون عوض.^(٢)

المطلب الثاني

تقسيمات العقد

بعد أن أوضحت في المطلب السابق معنى العقد في الفقه وفي القانون، سأقوم في هذا المطلب ببيان أقسام العقود في كل من الفقه الإسلامي وفي قانون المعاملات المدنية الإماراتي، ومن ثم أقوم بالموازنة بينهما، وذلك في ثلاثة فروع على النحو التالي:

- الفرع الأول: أقسام العقد في الفقه الإسلامي

- الفرع الثاني: أقسام العقد في قانون المعاملات

- الفرع الثالث: الموازنة بين أقسام العقد في الفقه الإسلامي وفي قانون المعاملات

١- انظر: سوء النية وأثره في عقود المعاوضات، د. محمد العدوي، مرجع سابق، ص ٣٨.

٢- انظر: هامش رقم (١) من كتاب الوجيز في شرح قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، د. عبد الخالق حسن أحمد، مرجع سابق ج ١ ص ١٦.

الفرع الأول: أقسام العقد في الفقه الإسلامي

اعتنى الفقهاء قديماً وحديثاً بالعقود فقسموها تقسيمات شتى باعتبارات مختلفة، وذلك بحسب الجهة التي ينظر إليها أو الهدف من العقود، ومن هذه التقسيمات:-

أولاً - أقسام العقود بالنسبة للصحة وعدمها:-

تنقسم العقود من حيث الصحة أو عدمها إلى قسمين:-

القسم الأول - العقد الصحيح:

وهو «ما هو ما توفراً - أي الشرط والركن - فيه»^(١)؛ فهو عقدٌ صدر من أهله، وأضيف إلى محله، وسلم من أي خلل في أركانه وأوصافه، واستوفى شرائطه، مما أدى إلى ترتب آثاره الشرعية عليه^(٢).

القسم الثاني - العقد غير الصحيح:

وهو خلاف العقد الصحيح، بحيث «اختلف فيه أحد عناصره الأساسية أو شرط من شروطه»^(٣)؛ وبالتالي لا يترتب عليه آثار.

اختلف الفقهاء في هذا القسم على قولين:

- قول جمهور الفقهاء من المالكية^(٤) والشافعية^(٥) والحنابلة^(٦) - رحمهم الله - الذين ذهبوا إلى أن العقد غير الصحيح نوع واحد يطلق عليه العقد الفاسد أو الباطل على السواء، فالكلمتان مترادفتان، حيث إن كل عقد افتقد إلى ركن أو شرط فهو عقدٌ فاسدٌ أو باطلٌ، ولا يترتب عليه آثاره.

- قول أئمة الحنفية^(٧) - رحمهم الله - والذين قسموا العقد غير الصحيح إلى قسمين: **عقد فاسد** وهو «ما كان مشروعاً بأصله لا بوصفه»^(٨)، حيث إن العقد وجد أصله وتحققت

١- مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، مصطفى السيوطي الرحباني، المكتب الإسلامي، ١٩٦١م - دمشق، ج ٣ ص ٥١٢.

٢- انظر: ضوابط العقود، د. عبد الحميد البعلي، مرجع سابق، ص ٣٠٦.

٣- الفقه الإسلامي وأدلته، د. وهبة الزحيلي، دار الفكر، دمشق، ط ٢ ١٤٠٥ - ١٩٨٥ ج ٤ ص ٢٢٥.

٤- انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد عرفه الدسوقي، دار الفكر، بيروت، ت: محمد عيش، ج ٣ ص ٢٧٧.

٥- انظر: إعانة الطالبين، أبو بكر الدمياطي، مرجع سابق، ج ٣ ص ٥٩.

٦- انظر: روضة الناظر وجنة المناظر، عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، ت: د. عبد العزيز عبد الرحمن السعيد، جامعة الإمام محمد بن سعود، الرياض، ط ٢، ١٣٩٩، ج ١ ص ٥٨.

٧- انظر: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين ابن نجيم الحنفي، دار المعرفة، بيروت، ط ٢، ج ٥ ص ٢٩٠. بدائع الصنائع، الكاساني، مرجع سابق، ج ٥ ص ١٨٣.

٨- البحر الرائق، ابن نجيم، مرجع سابق، ج ٦ ص ٧٤.

أركانه، إلا أنه ارتبط بوصف مخالف للشرع أدى إلى فساده وعدم مشروعيته، كأن يكون الثمن في عقد البيع مالا غير متقوم^(١). والعقد الفاسد ينعقد عند الحنفية، ولكن الشارع لا يقره ويأمر بفسخه، إلا في حال وجود شيء في المحل يمنع الفسخ، كأن يكون المحل داراً فهدمها أو شاةً فذبحها^(٢).

القسم الثاني: **العقد الباطل وهو** «ما لا يكون مشروعاً لا بأصله ولا بوصفه»^(٣) بسبب وجود خلل في محله أو ركن من أركانه سبب عدم ترتب آثاره المقصودة. كبيع الملاقيح^(٤)؛ لأنه لا يُعد مالا^(٥).

ثانياً - أقسام العقود من حيث التسمية وعدمها:^(٦)

تنقسم العقود من حيث التسمية وعدمها إلى قسمين:-

- ١- عقود مسماة: وهي عقود وضع الشارع لها مسميات وبين أحكامها، كعقد البيع والحوالة والكفالة والهبة والرهن والصلح والنكاح وغيرها.
- ٢- عقود غير مسماة: وهي العقود التي لم يضع الشارع لها مسمى ولم يوضح أحكامها، فهي عقود مستجدة استحدثها الناس للحاجة، وهي كثيرة لا يمكن حصرها؛ لأن حاجة الناس مستجدة دائماً. كعقد التوريد والصيانة والمقاولات^(٧).

ثالثاً - أقسام العقود من حيث اللزوم وعدمه:

تنقسم العقود من حيث اللزوم وعدمه إلى أربعة أقسام:-

- ١- عقد لازم لكلا الطرفين، فلا يقبل الفسخ إلا في حال رضا الطرفين، كعقد البيع والإجارة والمزارعة. وتثبت صفة اللزوم عند الحنفية^(٨) والمالكية^(٩) بمجرد العقد سواء تفرقا في المجلس

أم لا، أما الشافعية^(١) والحنابلة^(٢) فلا يلزم العقد عندهم إلا إذا تفرق العاقدان بأبدانهما.

ومن العقود ما هو لازم ولكن لا يقبل الفسخ حتى وإن تراضى الطرفان على ذلك، كعقد النكاح، بل يتم إنهاء العقد بطرق أخرى كالطلاق أو المخالعة^(٣).

٢- عقود لازمة لأحد الطرفين دون الطرف الآخر، حيث يحق لهذا الطرف الفسخ دون رضا الطرف الآخر، ومثال على ذلك الضمان فهو لازم من طرف الضامن، جائز للمضمون، وكذلك الرهن فإنه لازم في حق الراهن، وجائز في حق المرتهن^(٤).

٣- عقد جائز للطرفين، فيحق لأي من الطرفين فسخه دون التوقف على رضا الطرف الآخر، كالشركة، والوكالة، والوصية، والعارية^(٥).

٤- عقد جائز يؤول إلى اللزوم، حيث يكون الجواز هو أصل العقد ولكن يتحول هذا الجواز إلى لزوم في بعض مراحل العقد، ومثال ذلك في القرض، حيث يكون العقد جائزاً لكلا الطرفين قبل القبض، فإذا تم القبض تحول إلى لزوم، وكذلك الحال في الهبة فإن العقد جائز بين الطرفين، فإذا قبضت الهبة تحول العقد إلى اللزوم^(٦).

رابعاً - أقسام العقود من حيث النفاذ وعدمه:

تنقسم العقود من حيث النفاذ وعدمه إلى:

- ١- عقود نافذة: والعقد النافذ هو «ما كان مشروعاً بأصله ووصفه، ولم يتعلق به حق الغير»^(٧)، فهو إذاً عقد استكمل شرائطه وأركانه، وترتبت عليه آثاره ولم يتوقف على إجازة أحد.
- ٢- عقود موقوفة: هي عقود مشروعة بأصلها ووصفها، ولكن لا يترتب عليها آثارها المقصودة؛ لأنها متعلقة بحق الغير، كما هو الحال في تصرف الفضولي^(٨)؛ سواء كان هذا التصرف بيعاً أو إجارةً أو هبةً أو غيرها، وكذا الحال بالنسبة لتصرف ناقص الأهلية، فإن هذه العقود يتوقف نفاذها

١- انظر: الحاوي الكبير، الماوردي، مرجع سابق، ج ٥ ص ٢٨.

٢- انظر: الروض المربع شرح زاد المستقنع، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، ١٣٩٠ هـ، ج ٢ ص ٧٢.

٣- انظر: الفقه الإسلامي وأدلته، د. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج ٤ ص ٢٤١.

٤- انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام، علي حيدر، ت: المحامي فهمي الحسيني، دار الكتب العلمية، لبنان، ج ٢ ص ١٠٢. الحاوي الكبير، الماوردي، مرجع سابق، ج ٥ ص ٢٩.

٥- انظر: البحر الرائق، ابن نجيم، مرجع سابق، ج ٨ ص ٧٩.

٦- انظر: الفقه الإسلامي وأدلته، د. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج ٤ ص ٢٤٢. سوء النية وأثره في عقود المعاوضات، د. محمد العدوي، مرجع سابق، ص ٤١.

٧- حاشية رد المحتار، ابن عابدين، مرجع سابق، ج ٥ ص ٥٠.

٨- الفضولي «هو من لم يكن ولياً ولا أصيلاً ولا وكيلاً في العقد». التعريفات، للجرجاني ص ٢١٥.

١- سوء النية وأثره في عقود المعاوضات، د. محمد العدوي، مرجع سابق، ص ٤٨.

٢- انظر: ضوابط العقود، للبعلي، مرجع سابق، ص ٣٠٨.

٣- البحر الرائق، ابن نجيم، مرجع سابق، ج ٦ ص ٧٤.

٤- الملاقيح: ما في بطون الأمهات من الأجنة. انظر لسان العرب، ابن منظور، مرجع سابق، ج ٢ ص ٥٨٠، مادة لقح.

٥- انظر: بدائع الصنائع، الكاساني، مرجع سابق، ج ٥ ص ١٤٥.

٦- انظر: الفقه الإسلامي وأدلته، د. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج ٤ ص ٢٤٢. سوء النية وأثره في عقود المعاوضات، د. محمد العدوي، مرجع سابق، ص ٤١.

٧- منتديات جامعة قطر، العقود أنواعها... شروطها، أ. حاتم القرعان، <http://www.qataru.com>.

٨- انظر: بدائع الصنائع، الكاساني، مرجع سابق، ج ٥ ص ٢٤٣.

٩- انظر: الذخيرة، شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، ت: محمد حجي، دار الغرب، بيروت، ط ١٩٩٤، ج ٥ ص ٢٠.

على إجازة من له حق التصرف في المعقود عليه.^(١)

خامساً - أقسام العقود من حيث العوض وعدمه:

تنقسم العقود من حيث العوض وعدمه إلى ثلاثة أقسام:

١- عقود معاوضة: «وهي التي تقوم على أساس إنشاء وجائب متقابلة بين العاقدين، يأخذ فيها كل من الطرفين شيئاً ويعطي في مقابله شيئاً»^(٢).

وتنقسم عقود المعاوضة إلى قسمين:^(٣)

- معاوضة مالية محضة، يكون المال مقصوداً من الطرفين حقيقة كالبيع، أو حكماً كالإجارة.
- معاوضة مالية غير محضة، لا يكون المال فيه المقصد المحض، وإنما يراد مع العوض دفع الضرر، كما في الخلع، فإن العوض فيه يقصد به مع المالية دفع الضرر سواء عن المرأة التي يدفع عنها ضرر بقاء العقد، أو الرجل الذي يدفع عنه الضرر المترتب على تطليقه دون عوض، مع كون الزوجة هي الطالبة للطلاق.

٢- عقود التبرعات: «وهي ما يكون التملك فيها بغير مقابل»^(٤) كما في الهبة والصدقة والوصية والوقف والعارية، ففي هذه العقود يبذل أحد الطرفين شيئاً دون عوض من الطرف الآخر.

٣- عقود تشتمل على التبرع ابتداءً ثم تنتهي بالمعاوضة، كما هو في القرض، حيث يكون المقرض متبرعاً عند الإقراض، ولكن عند رجوعه على المقرض بمثل ما دفعه يكون عقد معاوضة.^(٥)

سادساً - أقسام العقود من حيث وجود التأقيت وعدمه:

يراد بالتأقيت في العقود «قبول العقد لمدة زمنية ينقضي بانتهائها»^(٦)

وينقسم هذا النوع إلى ثلاثة أقسام:

١- العقد المؤقت: وهو عقد تتحدد فيه المدة الزمنية، كما في الإجارة الزمنية^(٧)، الذي يجب تحديد

- ١- انظر: المبسوط، شمس الدين السرخسي، مرجع سابق، ج ١١ ص ٦١. حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب، سليمان بن عمر البجيرمي، دار المكتبة الإسلامية، ديار بكر، تركيا، ج ٢ ص ١٨٢.
- ٢- المدخل الفقهي العام، مصطفى الزرقا، مرجع سابق، ج ١ ص ٥٧٨.
- ٣- انظر: أحكام لزوم العقد، د. عبد الرحمن الجلعود، مرجع سابق، ص ٢٧ - ٢٨.
- ٤- ضوابط العقود، د. عبد الحميد البعلي، مرجع سابق، ص ٣٠٤.
- ٥- الالتزامات، أحمد بك، مرجع سابق، ص ٤٨ وما بعده.
- ٦- أحكام لزوم العقد، د. عبد الرحمن الجلعود، ص ٣٩.
- ٧- نفسه ص ٤٠.

المدة فيه؛ لأنه الضابط للمعقود عليه^(١).

٢- العقد غير المؤقت: هو عقد لا يتحدد بمدة زمنية معينة وإلا خالف المقصود منه، كما هو الحال في عقد البيع فالمقصود فيه تملك العين، والتأقيت يخالف هذا المقصد.^(٢)

٣- العقد الذي يقبل التأقيت وعدمه كالوكالة، والوصية، والقرض، والعارية، والوديعة، حيث يصح في هذه العقود أن تتحدد بمدة زمنية، كما يصح إطلاقها دون تحديد مدة زمنية.^(٣)

سابعاً - أقسام العقود من حيث الضمان وعدمه:

تنقسم العقود من حيث الضمان وعدمه إلى ثلاثة أقسام:^(٤)

١- عقود ضمان يكون القابض محلها ضامناً في حال هلاكه بأي سبب من الأسباب، وإن هلك بغير قصد منه، كما هو الحال في عقد البيع والقرض والقسمة^(٥).

٢- عقود أمانة، يكون المحل أمانة في يد القابض لصالح صاحبه، فإن هلك دون تعد منه أو تقصير فلا يضمنه، وذلك كعقد الوديعة، والشركة، والوكالة، والإجارة.

٣- عقود مزدوجة الأثر، وهي عقود يكون فيها الضمان من وجه، والأمانة من وجه آخر، كما في الإجارة، والصلح، والرهن. ففي عقد الرهن يضمن الدائن المرتهن من الشيء المرهون ما يعادل الدين، أما ما زاد على ذلك فهو أمانة في يده.

ثامناً - أقسام العقود من حيث النظر إلى محلها:^(٦)

- ١- العقود الواردة على الأعيان لتمليكها بعوض كالبيع، أو تملكها بغير عوض كالهبة.
- ٢- العقود الواردة على حفظ الأعيان كالوديعة، أو استهلاك العين بالانتفاع بها، ورد بدلها، كما هو الحال في القرض.

- ١- انظر: المغني، ابن قدامة، مرجع سابق، ج ٥ ص ٢٥١.
- ٢- انظر: سوء النية وأثره في عقود المعاوضات، د. محمد العدوي، مرجع سابق، ص ٥٣.
- ٣- انظر: أحكام لزوم العقد، د. عبد الرحمن الجلعود، مرجع سابق ص ٤١. سوء النية وأثره في عقود المعاوضات، د. محمد العدوي، مرجع سابق، ص ٥٣.
- ٤- انظر: التفریط وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، د. مايسة كمال عبد الحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط ١، ٢٠٠٩، ص ٤١ - ٤٢. سوء النية وأثره في عقود المعاوضات، د. محمد العدوي، مرجع سابق، ص ٥٩. المدخل الفقهي العام، مصطفى الزرقا، مرجع سابق، ج ١ ص ٥٧٩ وما بعده.
- ٥- القسمة: يقصد بها «إنهاء لحالة الشيع بتمييز الأنصاء من بعضها، وإفرازها عنه». أحكام القسمة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، د. محمد عبد الرحمن الضويني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط ١، ٢٠٠١، ص ٢٤.
- ٦- انظر: نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي، د. محمد سراج، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ص ٣٠.

٣- العقود الواردة على المنافع بعوض كالإجارة، أو بغير عوض، كما في العارية.

٤- العقود الواردة على العمل أو على خدمة معينة.

وهذا النوع من العقود هو الموضوع الذي تتناوله الرسالة، والذي سوف أتطرق إليه من حيث الالتزام بالحفظ فيه.

الفرع الثاني: أقسام العقود في قانون المعاملات

لم يتعرض قانون المعاملات المدنية الإماراتي لتقسيمات العقد على اعتبار أن هذا من مهمة الفقه وليس من مهمة المشرع^(١). وبالنظر إلى مؤلفات القانون نجد أن فقهاء القانون قسموا العقد تقسيمات شتى، ومن هذه التقسيمات:

أولاً - تقسيم العقود من حيث تنظيم المشرع لها أو عدم تنظيمه:

تنقسم العقود بهذا الاعتبار إلى قسمين، هما:

١- العقد المسمى: وهو «العقد الذي خصه المشرع باسم معين ووضع له تنظيمًا قانونيًا معينًا في القانون الوضعي؛ وذلك لانتشاره وذيوعه بين الناس في معاملاتهم»^(٢).

والعقود المسماة في القانون المدني ترد على أصناف شتى من العقود هي^(٣):

- عقود التمليك كعقد البيع والمقايضة والهبة والشركة والقرض والصلح.

- عقود ترد على المنفعة كعقد الإجارة والإعارة.

- عقود ترد على العمل كعقد العمل والمقاولة والتزام المرافق العامة، والوكالة، والحراسة والوديعة.

- العقود الاحتمالية أو عقود الفرر كعقود المقامرة والرهن والمرتب مدى الحياة.

- عقود الضمان كالكفالة والرهن الرسمي والحيازي.

٢- العقد غير المسمى: وهي «العقود التي لم يخصصها المشرع باسم معين ولم يتول تنظيم أحكامها

١- انظر: هامش رقم (١) من كتاب الوجيز في شرح قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات، د. عبد الخالق حسن أحمد، مرجع سابق، ص ١٨.

٢- النظرية العامة للالتزام، رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص ٢٥.

٣- انظر: ضوابط العقود، د. عبد الحميد البعلي، مرجع سابق، ص ٢١١. الوجيز في شرح قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات، د. عبد الخالق حسن، مرجع سابق، ص ١٩. سوء النية وأثره في عقود المعاوضات، د. محمد العدوي، مرجع سابق، ص ٦٠ - ٦١.

بنصوص قانونية محددة لقلتها شيوعها بين الناس»^(١) فيخضع هذا النوع من العقود لشروط الاتفاق المنظم للعلاقة أو للعرف إن وجد، وإلا فإن القاضي يلجأ إلى أحكام الالتزامات العامة فإن تعذر فإنه يلجأ إلى القواعد الخاصة بأقرب العقود المسماة عن طريق القياس^(٢).

ومن أمثلتها: عقد النشر بين المؤلف والناشر، وعقد النزول في الفندق، وعقد التوريد، وعقد التاجر مع المصرف، وغيره الكثير، حيث لا حصر للعقود غير المسماة؛ لأنها تنتج مع التطور الدائم للحياة^(٣).

ثانياً - أقسام العقود من حيث شروط تكوينها: (٤)

تنقسم العقود من حيث شروط تكوينها إلى:

١- العقد الرضائي: وهو ما يكفي لانعقاده تراضي طرفي العقد باقتران الإيجاب بالقبول، دون الحاجة إلى تفريغ هذا التراضي في أي شكل من الأشكال، ومع ذلك فإنه لا يمنع كون العقد رضائياً أن يشترط القانون في إثباته شكلاً معيناً، ومن أمثلة هذه العقود عقد البيع، والإيجار، والوديعة، والوكالة.

٢- العقد الشكلي: وهو العقد الذي لا يكفي لانعقاده رضا الطرفين، وإنما يحتاج إلى تفريغ هذا الرضا في شكل يحدده القانون^(٥)، وهذا الشكل ينحصر في الكتابة على الغالب، على أن تكون هذه الكتابة رسمية، فيكون العقد حينئذ رسمياً، حيث يتم تسجيله عند موظف مختص في دائرة التسجيل، كما في عقد الرهن التأميني، وهذا ما نصت عليه المادة (١٤٠٠) من قانون المعاملات المدنية حيث جاء فيها «لا ينعقد الرهن التأميني إلا بتسجيله....».

وقد لا يستلزم في كتابة العقد الرسمية، وإنما يكفي بالكتابة العرفية التي يقوم بها أحد المتعاقدين أو شخص آخر لا يتصف بالرسمية، كما في عقد الشركة، وهذا ما جاء في المادة (٦٥٦) من القانون حيث نصت على أنه «يجب أن يكون عقد الشركة مكتوباً».

١- سوء النية وأثره في عقود المعاوضات، د. محمد العدوي، مرجع سابق، ص ٦١.

٢- انظر: نظرية العقد، د. محمد سراج، مرجع سابق، ص ٢١. ضوابط العقود، د. عبد الحميد البعلي، مرجع سابق، ص ٢١١. النظرية العامة للالتزام، رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص ٢٥ - ٢٦.

٣- انظر: الوسيط في شرح القانون المدني، السنهوري، مرجع سابق، ج ١ ص ١٥٦. وسوء النية وأثره في عقود المعاوضات، مرجع سابق، ص ٦١ - ٦٢.

٤- انظر: الوسيط، للسنهوري، مرجع سابق، ج ١ ص ١٥٠ - ١٥٤. النظرية العامة للالتزام، د. رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص ٢٢ - ٢٣. سوء النية وأثره في عقود المعاوضات، د. محمد العدوي، مرجع سابق، ص ٦٢ - ٦٤.

٥- فالشكل المطلوب في العقد الشكلي يحدد من قبل القانون، ولا يترك لإرادة الأفراد، وهذا ما جاء في المادة (١٢٠) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي ما نصه: «ينعقد العقد بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول مع مراعاة ما قد يقرره القانون من أوضاع معينة لانعقاده» فإذا لم ينعقد العقد على الوجه الذي حدده القانون، فإن العقد لا ينعقد، ويحكم عليه بالبطلان. انظر: الوجيز في شرح قانون المعاملات المدنية، د. عبد الخالق حسن، مرجع سابق، ص ٢١.

٣- العقد العيني: وهو العقد الذي يستلزم لانعقاده تسليم العين محل التعاقد، حيث لا يكتفى برضا الطرفين.

ويعتبر عقد الإعارة في قانون المعاملات المدنية من العقود العينية، حيث لا يتم العقد إلا بالقبض، وهذا ما جاء في المادة (٨٥٠)، والذي نص على أنه «تتم الإعارة بقبض الشيء المعار ولا أثر للإعارة قبل القبض».

ومن العقود العينية كذلك؛ عقد الهبة الذي لا يتم إلا بالقبض، جاء في الفقرة الأولى من المادة (٦١٥): «تتعد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم بالقبض».

ثالثاً - أقسام العقود من حيث الأثر المترتب عليها^(١):

ينقسم العقد من حيث الأثر المترتب عليه إلى:

١- العقد الملزم للجانبين: هو العقد الذي يولد التزامات متقابلة في ذمة كل من العاقدين حال إبرامه، فيكون كلا الطرفين دائناً ومديناً في نفس الوقت، كما في عقد البيع، حيث يكون البائع مديناً حين يلزم بنقل ملكية المبيع وتسليمه، ويكون دائناً عند مطالبته بالثمن، وكذا المشتري الدائن الذي يحق له المطالبة بنقل الملكية وبالتسليم، وفي حين آخر يكون مديناً يلزم بوفاء الثمن للبائع.

٢- العقد الملزم لجانب واحد: هو العقد الذي ينشئ التزامات في ذمة أحد طرفي العقد دون الطرف الآخر، فيكون أحد الطرفين دائناً غير مدين، والطرف الآخر مديناً غير دائن، كما هو الحال في عقد الإعارة والوديعة غير المأجورة والهبة بدون عوض، ففي عقد الإعارة يلتزم المستعير بحفظ العارية وردها، في حين أن المعير لا يلتزم بشيء. وكذلك في الوديعة غير المأجورة يلتزم المودع لديه بالمحافظة على الشيء وتسليمه، في المقابل لا يلزم المودع قبله بأي شيء. وفي عقد الهبة يلتزم الواهب بنقل ملكية الشيء الموهوب وتسليمه دون أن يلتزم الموهوب له بشيء.

رابعاً - أقسام العقود من حيث اعتبار الوقت^(٢):

تنقسم العقود من حيث اعتبار الوقت إلى:

١- انظر: الوسيط، للسنيوري، مرجع سابق، ج ١ ص ١٥٨. الوجيز في نظرية الالتزام، د. محمد قاسم، مرجع سابق، ص ٢٣. النظرية العامة للالتزام، د. رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص ٢٤. سوء النية وأثره في عقود المعاوضات، د. محمد العدوي، مرجع سابق، ص ٦٥. مصادر الالتزام، د. جلال علي العدوي، الدار الجامعية، ط ١٩٩٤، ص ٥٥.

٢- انظر: الوسيط، للسنيوري، مرجع سابق، ج ١ ص ١٦٦-١٦٧. الوجيز في نظرية الالتزام، د. محمد قاسم، مرجع سابق، ص ٢٧. النظرية العامة للالتزام، د. رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص ٢٧. سوء النية وأثره في عقود المعاوضات، د. محمد العدوي، مرجع سابق، ص ٧١-٧٢. مصادر الالتزام الإرادية، د. عبد الناصر العطار، مرجع سابق، ص ٢٥.

١- العقد الفوري: وهو العقد الذي لا يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيه، بمعنى أن الالتزامات الواردة فيه لا يتدخل الزمن في تحديدها، حيث يكون التنفيذ فيها فورياً، فعقد البيع يعتبر من العقود الفورية وإن تأجل تسليم المبيع أو دفع الثمن؛ لأن الزمن في هذه الحالة يعتبر عنصراً عرضياً لا يؤثر في مقدار المبيع أو الثمن.

٢- العقد الزمني: وهو العقد الذي يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيه، بحيث لا يمكن تصور هذه العقود إلا مقترنة بالزمن؛ لأن الزمن هو المعيار الذي يحدد من خلاله محل العقد، كما في عقد الإيجار، حيث لا يمكن تقدير منفعة العين المؤجرة إلا على أساس الزمن. وكذلك الحال في عقد العمل الذي لا يمكن قياس الخدمات التي يقدمها العامل إلا بالزمن.

وتتنوع العقود الزمنية إلى نوعين:

- عقود ذات تنفيذ مستمر: وهي العقود التي يكون الأداء فيها ممتداً مع الزمن، كما في عقد الإيجار، حيث لا يمكن للمؤجر أن يلزم المستأجر بالانتفاع من الشيء المؤجر لمدة شهر أو أكثر في لحظة واحدة، بل يستغرق هذا التنفيذ المدة المحددة.

- عقود ذات تنفيذ دوري: وهي عقود يمكن أن تكون فورية، ولكن العاقدين يتفقان على تكرارها فترة من الزمن، مما يكسبها الصفة الزمنية، كما في عقد التوريد الذي يلتزم فيه أحد العاقدين بتوريد سلعة ما على نحو يتكرر لمدة معينة.

خامساً - أقسام العقود من حيث وجود العوض وعدمه^(٣):

تنقسم العقود من حيث وجود العوض وعدمه إلى:

١- عقد المعاوضة: وهو العقد الذي يأخذ فيه كل من طرفي العقد مقابلاً لما أعطى، كما في عقد البيع الذي يأخذ فيه البائع الثمن في مقابل الشيء المبيع، ويأخذ المشتري الشيء المبيع مقابل الثمن، وكذلك الحال في عقد الإيجار والسلم والعمل.

٢- عقد التبرع: وهو عقد يعطي فيه أحد المتعاقدين دون مقابل، ويأخذ الآخر دون مقابل، فنية المتعاقد المتبرع انصرفت إلى إفادة الطرف الآخر دون عوض، كما في عقد الهبة، والقرض، والوديعة، والإعارة.

١- انظر: الوسيط، للسنيوري، مرجع سابق، ج ١ ص ١٦٢-١٦٣. النظرية العامة للالتزام، د. رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص ٣٢-٣٤. سوء النية وأثره في عقود المعاوضات، د. محمد العدوي، مرجع سابق، ص ٦٦-٧٠. مصادر الالتزام الإرادية، د. عبد الناصر العطار، مرجع سابق، ص ٢٥. ضوابط العقود، د. عبد الحميد البعلي، مرجع سابق، ص ٢١٦-٢١٧. مصادر الالتزام، د. جلال العدوي، مرجع سابق، ص ٥٦-٦٠.

سادساً - أقسام العقود من حيث طبيعتها^(١):

تنقسم العقود من حيث طبيعتها إلى:

١- العقد المحدد: هو العقد الذي يستطيع فيه المتعاقدان تحديد قدر ما لهما وما عليهما وقت إبرام العقد، وإن كان القدران غير متعادلين، كما في عقد البيع، حيث يعلم البائع مقدار ما يعطي، ومقدار ما يأخذ، وكذلك الحال بالنسبة للمشتري.

٢- عقد الاحتمال: وهو العقد الذي لا يستطيع فيه كل من المتعاقدين تحديد مقدار ما يأخذ أو يعطي وقت إبرام العقد، حيث إنه يتوقف على أمر مستقبلي غير محقق الوقوع، كما في عقد التأمين الذي إن حدد فيه القدر الذي يعطيه المؤمن، فإن قدر ما يأخذه لا يتحدد إلا تبعاً لأمر مستقبلي لم يتحقق.

سابعاً - أقسام العقود من حيث استقلال وجودها من عدمه^(٢):

تنقسم العقود من حيث استقلال وجودها من عدمه إلى:

١- العقد الأصلي: وهو العقد الذي يكون مستقلاً في وجوده، لا يستند على عقد آخر، كما في عقد البيع، والإيجار، والشركة.

٢- العقد التبعية: وهو العقد الذي ارتبط وجوده بوجود عقد أصلي وجد قبله، كما في عقد الرهن والكفالة، فهو يتبع في وجوده وصحته العقد الأصلي الذي يستند إليه، فمتى انعدم العقد الأصلي أو بطل لأي سبب من الأسباب بطل العقد التبعية.

ثامناً - أقسام العقود من حيث اقتصارها على عقد واحد أو أكثر^(٣):

تنقسم العقود من هذه الناحية إلى:

١- العقد البسيط: الذي يتضمن عقداً واحداً، ولا يكون مزيجاً من عقود متنوعة، سواء أكانت هذه العقود مسماة أم غير مسماة، كما هو الحال في عقد البيع والإيجار.

٢- العقد المختلط: وهو عبارة عن مزيج من عقود متنوعة، وأغلب هذه العقود من العقود غير

١- انظر: نظرية العقد، للسنيهوري، مرجع سابق، ص ١٢٩ - ١٤١. الوجيز في نظرية الالتزام، د. محمد قاسم، مرجع سابق، ص ٢٦ - ٢٧. النظرية العامة للالتزام، د. رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص ٢٦ - ٢٧.

٢- انظر: نظرية العقد، للسنيهوري، مرجع سابق، ص ١٤٢. النظرية العامة للالتزام، د. رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص ٢٥. سوء النية وأثره في عقود المعاوضات، د. محمد العدوي، مرجع سابق، ص ٧٤ - ٧٥.

٣- انظر: الوسيط، للسنيهوري، مرجع سابق، ج ١ ص ١٥٧. نظرية العقد، للسنيهوري، مرجع سابق، ص ١٢٥. سوء النية وأثره في عقود المعاوضات، د. محمد العدوي، مرجع سابق، ص ٧١ - ٧٢.

المسماة، كما في العقد الذي يكون بين صاحب الفندق والنزيل، فيجمع هذا العقد بين عقد الإيجار للحجرة التي يسكنها، وعقد البيع بالنسبة للمأكل، وعقد العمل بالنسبة للخدمة، وعقد الوديعة بالنسبة للأمتعة.

ويطبق على هذه العقود أحكام العقود المختلفة التي تشملها، أما في حال حدوث تعارض بين هذه الأحكام يُغلب أحد العقود باعتباره العنصر الأساس، كما في عقد التلفون الذي يدور بين عقد العمل والإيجار، فغلب فيه عنصر عقد العمل.

الفرع الثالث: الموازنة بين أقسام العقود في الفقه الإسلامي وفي القانون المدني

يتضح لنا مما سبق أن كلاً من الفقه الإسلامي والقانون المدني له منهجه في تقسيم العقود، بما يتلاءم مع الأصول التي يستمد منها كل منهما أحكامه. ومع ذلك فإنه لا تعارض بين تلك التقسيمات، حيث إن التقسيمات التي جاء بها القانون المدني لا تتنافى مع مبادئ الشريعة الإسلامية وأحكامها، إلا ما جاء في تقسيم العقود إلى عقود محددة وعقود احتمالية؛ لأن الفقه الإسلامي يشترط في العقد علم كل من المتعاقدين بقدر المعقود عليه ونوعه وقت إبرام العقد، وهذا مفقود في العقود الاحتمالية التي لا يستطيع فيها العاقدان تحديد قدر المعقود عليه وقت انعقاده، مما يؤدي إلى الوقوع في الغرر الذي نهى عنه الشرع، وهذا النهي وقع صريحاً في حديث أبي هريرة - رضي الله عنه - عن الرسول - صلى الله عليه وسلم - والذي قال فيه: «نهى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - عن بيع الحصة وعن بيع الغرر»^(١) ^(٢).

١- أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب البيوع، باب بطلان بيع الحصة والبيع الذي فيه غرر، رقم الحديث (١٥١٣).

٢- انظر: نظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية، د. عبد الناصر توفيق العطار، مطبعة السعادة، ص ٢٧٠ - ٢٧١.

الباب الأول

مفهوم الالتزام بالحفظ وطبيعته وتطبيقاته في الفقه الإسلامي وقانون المعاملات

توطئة:

في هذا الباب سوف أبين حقيقة الالتزام بالحفظ في العقود، وذلك من خلال التعرض لماهيته، وتكييفه، وبيان طبيعة يد الملتزم بالحفظ، وذلك في فصلين على النحو التالي:

الفصل الأول: في ماهية الالتزام بالحفظ وطبيعته

الفصل الثاني: تطبيقات لاللتزام بالحفظ

الفصل الأول

في مفهوم الالتزام بالحفظ وطبيعته

توطئة:

بما أنني قد تطرقت لذكر تعريف الالتزام في المبحث التمهيدي، سأقتصر في هذا الفصل على التعرض لتعريف الحفظ في الفقه الإسلامي والقانون المدني.

كما أنني سأطرق في هذا الفصل إلى الحديث عن طبيعة الالتزام بالحفظ، وطبيعة يد الملتزم بالحفظ، وذلك في ثلاثة مباحث على النحو التالي:

المبحث الأول: مفهوم الالتزام بالحفظ

المبحث الثاني: طبيعة الالتزام بالحفظ أو تكييفه

المبحث الثالث: طبيعة يد الملتزم بالحفظ

المبحث الأول

ماهية الالتزام بالحفظ

ويتكون هذا المبحث من المطالب التالية:

- **المطلب الأول:** ماهية الالتزام بالحفظ في الفقه الإسلامي
- **المطلب الثاني:** ماهية الالتزام بالحفظ في قانون المعاملات
- **المطلب الثالث:** الموازنة بين الفقه الإسلامي وقانون المعاملات

المطلب الأول

ماهية الحفظ في الفقه الإسلامي

في هذا المطلب سوف أقوم بتعريف الحفظ في الفقه الإسلامي، وذلك في فرعين على النحو التالي:

- الفرع الأول: ماهية الحفظ في اللغة
- الفرع الثاني: ماهية الحفظ في اصطلاح الفقهاء

الفرع الأول: ماهية الحفظ في اللغة

الحاء والفاء والظاء أصل واحد يدل على مراعاة الشيء، يقال حفظت الشيء حفظاً أي حرسته^(١) فحفظت المال وغيره إذا منعته من الضياع والتلف، وصنفته عن الابتذال^(٢). والحافظ والحفيظ الموكل بالشيء يحفظه، فحفظ المال رعا^(٣)، وفي التنزيل ﴿وَجَعَلْنَا السَّمَاءَ سَقْفًا مَحْفُوظًا﴾^(٤) أي حفظها الله من الوقوع على الأرض إلا بإذنه^(٥). ويقال استحفظته الشيء أي سألته أن يحفظه أو استودعته، وفي التنزيل ﴿بِمَا أَسْتَحْفِظُوا مِنْ كِتَابِ اللَّهِ﴾^(٦) أي استودعوه واثتمنوا عليه^(٧).

ومما سبق يتبين أن الحفظ في اللغة يأتي بمعنى الحراسة والرعاية، وتعهد المرء بصون ما استودع عليه.

الفرع الثاني: ماهية الحفظ في اصطلاح الفقهاء

سار الفقهاء - رحمهم الله - في تعريفهم للحفظ على غرار ما ذكره أهل اللغة، حيث استعملوا لفظ الحفظ للدلالة على معنى الصون والحراسة، جاء في المبسوط: «لأن قبوله الوديعة يكون إذنا لمن في عياله بأن يحفظها، والصبي والعبد إذا كان مأذونا في حفظ الوديعة يؤخذ بضمان الاستهلاك»^(٨).

وجاء في حاشية الدسوقي: «لا يجوز للمودع إتلاف الوديعة ولو أذن له ربها في إتلافها، فإن أتلفها ضمنها لوجوب حفظ المال»^(٩).

وجاء في روضة الطالبين: «وإن تنازعا والرهن مما ينقسم قسم وحفظ كل واحد نصفه وإلا حفظ هذا مدة وهذا مدة»^(١٠).

وفي كشف القناع جاء: «... لأن الحاكم يلزمه حفظ مال الغائب»^(١١).

١- معجم مقاييس اللغة، ابن فارس، ص ٢٥٦، مادة حفظ.

٢- المصباح المنير، الفيومي، مرجع سابق، ص ١٤٢.

٣- انظر: العين، الخليل بن أحمد الفراهيدي، ت: د مهدي المخزومي / د إبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال، ج ٢ ص ١٩٨.

٤- سورة الأنبياء، آية ٣٢.

٥- لسان العرب، ابن منظور، مرجع سابق، ج ٧ ص ٤٤١، مادة حفظ.

٦- سورة المائدة، آية ٤٤.

٧- المصباح المنير، الفيومي، مرجع سابق، ص ١٤٢. لسان العرب، ابن منظور، مرجع سابق، ج ٧ ص ٤٤٢، مادة حفظ.

٨- المبسوط، السرخسي، مرجع سابق، ج ١١ ص ١٢١.

٩- حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ج ٢ ص ٤٢٠.

١٠- روضة الطالبين، النووي، مرجع سابق، ج ٤ ص ٨٦.

١١- كشف القناع، البهوتي، مرجع سابق، ج ٤ ص ٢٧.



المطلب الثاني
مفهوم الحفظ في قانون المعاملات



عند استقراء نصوص المواد القانونية نلاحظ أن لفظ الحفظ استخدم للدلالة على حراسة الشيء وصونه من كل ما يلحق الأذى به، ومثال ذلك ما ورد في المواد التالية:

جاء في الفقرة الأولى من المادة (٧٧٦) لقانون المعاملات المدنية أن: «الشيء المؤجر أمانة في يد المستأجر يضمن ما يلحقه من نقص أو تلف أو فقدان ناشئ عن تقصيره أو تعديه. وعليه أن يحافظ عليه محافظة الشخص العادي».

جاء في الفقرة الأولى من المادة (٨٦١) لقانون المعاملات المدنية أنه: «على المستعير أن يعتني بحفظ العارية وصيانتها عنايته في ماله دون أن ينزل في ذلك عن عناية الشخص العادي بماله».

جاء في المادة (٩٦٧) من قانون المعاملات المدنية: «١- يجب على المودع عنده أن يُعنى بحفظ الوديعة عناية الشخص العادي بحفظ ماله وعليه أن يضعها في حرز مثلها. ٢- وله أن يحفظها بنفسه أو بمن يآتمنه على حفظ ماله ممن يعولهم».

جاء في المادة (١٠٠٤) من قانون المعاملات المدنية أن: «على الحارس أن يحافظ على الأموال المعهودة إليه وأن يُعنى بإدارتها ويجب أن يبذل في كل ذلك عناية الرجل المعتاد^(١)».

١- الرجل المعتاد هو المتوسط الذي لا يمتلك الذكاء الكبير وفي نفس الوقت ليس بالمهمل أو القليل الذكاء. أثر الثقافة القانونية في استحصال الحقوق، إياد محسن، <http://www.ahewar.org/debat>



المطلب الثالث

الموازنة بين الفقه الإسلامي وقانون المعاملات



مما سبق نستنتج اتفاق كل من الفقه الإسلامي والقانون المدني في أن المقصود من الحفظ هو الحراسة والصون. في حين اختلف القانون عن الفقه الإسلامي في الشيء الذي يراد حفظه، فعند الفقهاء الشيء الذي يُحفظ ويصان هو الشيء المتمول فقط والذي يجوز أن يكون محلاً للعقد، أما ما عدا ذلك فلا يعد مالاً عندهم، وبالتالي لا يلزم حفظه. أما عند القانون الوضعي فالحفظ مطلقاً للمال سواء كان مالاً متقوماً أو لا.

المبحث الثاني

طبيعة الالتزام بالحفظ أو تكييفه

ويتكون هذا المبحث من المطالب التالية:

- **المطلب الأول:** طبيعة الالتزام بالحفظ في الفقه الإسلامي
- **المطلب الثاني:** طبيعة الالتزام بالحفظ في قانون المعاملات
- **المطلب الثالث:** الموازنة بين الفقه الإسلامي وقانون المعاملات

توطئة:

تختلف طبيعة الالتزام من عقدٍ لآخر بحسب اختلاف محل الالتزام ومضمونه. فقد يوجب مضمون الالتزام على المدين القيام بعمل معين للتوصل إلى نتيجة ما، وهذا ما يسمى بـ «الالتزام بتحقيق نتيجة أو غاية»، فيكون التوصل إلى النتيجة المرجوة هو محل الالتزام، وأما العمل الذي قام به الملتزم فما هو إلا وسيلة لتحقيق هذه النتيجة. ومثال ذلك التزام البائع بنقل الملكية والتزام المشتري بدفع الثمن، فإن الالتزام لا يكون قد نُفذ إذا لم تتحقق الغاية المرجوة^(١).

وقد يكون محل الالتزام هو العمل الذي يؤديه الملتزم، بغض النظر عن النتائج المترتبة عليه، وهو ما يسمى بـ «الالتزام ببذل عناية، أو الالتزام بوسيلة». وهذا النوع من الالتزام لا يُلزم المدين بنتيجة معينة، وإنما يُكتفى ببذله العناية المطلوبة. كالتزام الطبيب بتقديم العلاج المناسب للمريض دون أن يُلزم بالشفاء^(٢)، وكالتزام المودع عنده بحفظ الوديعة ببذل العناية اللازمة، دون تحمل الضمان في حال التلف من غير تقصير في هذه العناية.

مما سبق ذكره يمكننا القول بأن طبيعة الالتزام تنقسم - بالنظر إلى محله - إلى:

- الالتزام بتحقيق نتيجة أو غاية.
- الالتزام ببذل عناية (الالتزام بوسيلة).

١- انظر: أحكام الالتزام، د. رمضان محمد أبو السعود، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٦م، ص ٤٠.
٢- انظر: الوجيز في شرح قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، د. عبد الخالق حسن، ج ١ ص ٢١٧.



المطلب الأول

طبيعة الالتزام بالحفظ في الفقه الإسلامي



عند استقراء مصنفات الفقهاء - رحمهم الله - نجد أنهم يُلزمون المتعهد بالحفظ ببذل ما يقوم به الشخص العادي لحفظ ماله، فمثلاً جاء في «بداية المجتهد» عند الحديث عن حفظ الوديعة: «... فعند الجميع أنه يجب عليه أن يحفظها مما جرت به عادة الناس أن تحفظ أموالهم»^(١).

وجاء في المغني: «.... وإن تركها في كفه غير مشدودة وكانت خفيفة لا يشعر بها إذا سقطت، ضمنها؛ لأنه مفرط. وإن كانت ثقيلة يشعر بها، لم يضمنها؛ لأن هذا عادة الناس في حفظ أموالهم»^(٢).

وجاء في كشف القناع: «.... (فإن هجم قطاع الطريق عليه) أي على المسافر بوديعة حيث جاز له السفر بها (فألقى المتاع) المودع (إخفاءً له وضاع فلا ضمان عليه) لأن هذا عادة الناس في حفظ أموالهم»^(٣).

فيستنتج من النصوص السابقة أن الفقهاء - رحمهم الله - يوجبون على الملتزم أن يحافظ على الملتزم به وفق ما جرت به عادة الناس في حفظ أموالهم، وفي ذلك إشارة إلى أن الفقهاء - رحمهم الله - يُلزمون الحافظ ببذل عناية الرجل المعتاد في الحفظ.

هذا في حال كون الحافظ من الذين يعتنون بأموالهم عنايةً متوسطة أو قليلة، أما الحافظ كبير العناية فإنه يُلزم بمثل ما يبذله في حفظ ماله الشخصي^(٤). جاء في المادة (٦٦٦) من مرشد الحيران أنه: «يجب على المستعير أن يعتني بحفظ العين المستعارة وصيانتها كاعتنائه بمال نفسه»^(٥)، وذلك في حال كون الحافظ من الذين يُفرضون في حفظ ماله، فوجب عليه في هذه الحالة حفظ مال غيره بما يحفظ به ماله، أما إذا كان ممن عرفوا بتفريطهم في حفظ ماله إلى حد يقل عن عناية الرجل العادي، وجب عليه الالتزام بمعيار الرجل العادي في حفظ مال غيره.

١- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، دار الفكر، بيروت، ج ٢ ص ٢٣٤.

٢- المغني، ابن قدامة، مرجع سابق ج ٦ ص ٣٠٥.

٣- كشف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يوسف بن إدريس البهوتي، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٢ هـ، ت: هلال مصيلحي، ج ٤ ص ١٧٥.

٤- انظر: عقد العارية دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وموازنة بالقانون الوضعي في البلاد العربية، د. عبد الحميد محمود البعلي، مطبوعات الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية، القاهرة، مصر، ١٩٩٠م، ص ٨٦.

٥- مرشد الحيران، محمد قدری، مرجع سابق، ص ١٠٩.



المطلب الثاني

طبيعة الالتزام بالحفظ في قانون المعاملات



لا يختلف الوضع في قانون المعاملات المدنية الإماراتية عن الفقه الإسلامي في كون الالتزام بالحفظ يستوجب بذل درجة معينة من العناية، وهي عناية الشخص العادي، جاء في الفقرة الأولى من المادة (٢٨٣): «إذا كان المطلوب من المدين هو المحافظة على الشيء أو القيام بإدارته أو توكي الحيطه في تنفيذ التزامه فإنه يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي ولو لم يتحقق الغرض المقصود. هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك».

ووفقاً لنص المادة السابقة نجد أن الملتزم بالحفظ مطالب ببذل درجة معينة من العناية، إن أخل بها اعتبر مخطئاً، وهي عناية الرجل المعتاد، وقد يزيد هذا المعيار أو ينقص وفقاً لنص قانوني أو اتفاق مسبق.

ومثال ذلك التزام المستأجر ببذل عناية الرجل العادي للمحافظة على العين المؤجرة، فإن بذل المستأجر العناية المطلوبة في حفظ العين المؤجرة عند استعماله، فإنه لا يعتبر مخطئاً إذا حدث أي ضرر للعين المؤجرة. جاء في الفقرة الأولى من المادة (٧٧٦) لقانون المعاملات المدنية الإماراتية: «الشيء المؤجر أمانة في يد المستأجر يضمن ما يلحقه من نقص أو تلف أو فقدان ناشئ عن تقصيره أو تعديه. وعليه أن يحافظ عليه محافظة الشخص العادي». ويعد هذا تطبيقاً لنص المادة (٢٨٣) من قانون المعاملات المدنية الإماراتية^(١).

وإن كان بذل عناية الرجل المعتاد هو الأصل في طبيعة الحفظ في قانون المعاملات المدنية الإماراتية، فإن هذا المعيار قد يتغير بحسب ما عُرف عن الملتزم من اعتناؤه بماله نفسه، فإن كان معروفاً بالإفراط في المحافظة على ماله إلى حد يعلو عن عناية الرجل المعتاد، فإنه يجب عليه في هذه الحالة أن يرتفع إلى هذا الحد في حفظه لماله غيره، وأما إن كان معروفاً بالتفريط في حفظ ماله، فإنه يلزم بالمعيار الأعلى للحفظ وهو عناية الرجل المعتاد.^(٢)

جاء في الفقرة الأولى من المادة (٨٦١) لقانون المعاملات المدنية الإماراتية: «على المستعير أن يعتني بحفظ العارية وصيانتها عنايته في ماله، دون أن ينزل في ذلك عن عناية الشخص العادي بماله».

وبذل العناية المعتادة للالتزام بالحفظ هو المعيار العام للقانون، ولكن قد يستبدل القانون بهذا المعيار العام معياراً آخر خاصاً كما هو الحال في عقد الوكالة^(٣)، جاء في المادة (٩٣٢) «١- إذا كانت

١- جاء في الفقرة الأولى من المادة (٢٨٣) لقانون المعاملات المدنية: «إذا كان المطلوب من المدين هو المحافظة على الشيء أو القيام بإدارته أو توكي الحيطه في تنفيذ التزامه فإنه يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي ولو لم يتحقق الغرض المقصود هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك».

٢- الوسيط في شرح القانون المدني، السنهوري، م ٢، ج ٦ ص ١٥٤٤.

٣- انظر: الوجيز في شرح قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات، د. عبد الخالق حسن، مرجع سابق ج ١ ص ٢١٧.

الوكالة بلا أجر ووجب على الوكيل أن يبذل في تنفيذها العناية التي يبذلها في أعماله الخاصة. ٢- فإذا كانت الوكالة بأجر ووجب على الوكيل أن يبذل في تنفيذها عناية الرجل المعتاد.

فتجد أن قانون المعاملات يفرق بين الوكالة بأجر وبلا أجر من حيث إن الوكالة إذا كانت تبرعاً يلتزم الوكيل ببذل ما يقوم به لنفسه من جهد، وأما إذا كانت الوكالة بأجر فإن الوكيل يُكْرَم ببذل عناية الشخص العادي^(١).

المطلب الثالث

الموازنة بين الفقه الإسلامي وقانون المعاملات

١- المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة ص ٧١٢.

من خلال ما تقدم تبين أن الفقه الإسلامي وقانون المعاملات المدنية الإماراتي يتفقان من حيث تحديد طبيعة الحفظ، وذلك يجعل بذل عناية الرجل المعتاد هو معيار الحفظ في الحالات العادية، أما في حالة المفرط في حفظ ماله فإن المعيار يتغير بحيث يجب عليه حفظ مال غيره بما يحفظ به ماله.

واختلف الفقه الإسلامي عن قانون المعاملات المدنية في كونه يطبق هذا المعيار على جميع العقود، في حين أن القانون قد يكون له معيار آخر في حالات خاصة، كما هو الحال في عقد الوكالة، حيث اختلفت طبيعة الحفظ في الوكالة بأجر عن الوكالة بغير أجر، في حين أن الفقه الإسلامي لا يفرق بين الحالتين، جاء في الذخيرة: «الوكيل أمين في حق الموكل، فلا يضمن إلا بالتعدي أو التفريط، كان وكيلاً يجعل^(١) أم لا»^(٢).

١- الجعل: هو ما جعل للعامل على عمله، أي الأجر. انظر لسان العرب، ابن منظور، مرجع سابق، ج ١١ ص ١١١. المصباح المنير، الفيومي، مرجع سابق، ج ١ ص ١٠٢.
٢- الذخيرة، القرافي، مرجع سابق، ج ٨ ص ١٥.

المبحث الثالث

طبيعة يد الملتزم بالحفظ

ويتكون هذا المبحث من المطالب التالية:

- **المطلب الأول:** طبيعة يد الملتزم بالحفظ في الفقه الإسلامي
- **المطلب الثاني:** طبيعة يد الملتزم بالحفظ في قانون المعاملات
- **المطلب الثالث:** الموازنة بين الفقه الإسلامي وقانون المعاملات

توطئة:

ذكرنا في المبحث السابق أن المتعهد بالحفظ ملزم ببذل درجة معينة من العناية للحفاظ على الملتزم به، وهي درجة عناية الرجل المعتاد، فإن أخل بهذه العناية فإنه يكون ضامناً، ولكن في حال تعرض الملتزم به للضرر أو التلف مع التزام المتعهد بالحفظ ببذل العناية المطلوبة، هل يجب الضمان على الملتزم بالحفظ في هذه الحالة أو لا؟ هذا ما سوف نتطرق إليه في المطالب التالية.



المطلب الأول

طبيعة يد الملتزم بالحفظ في الفقه الإسلامي



إن يد الشخص على مال غيره تكون: إما يد ضمان^(١)، يضمن صاحبها ما في يده من مال غيره إن تلف، سواء أكان التلف ناتجاً عن تعدٍ منه وتقرُّب أم لا.

وإما يد أمانة^(٢)، لا يضمن صاحبها ما في يده من مال غيره إن تلف، إلا في حال حدوث هذا التلف والهلاك بتعدٍ منه أو تقصير.

والتأمل في نصوص الفقهاء - رحمهم الله - يرى أنهم جعلوا الشيء الملتزم به أمانة في يد الملتزم بالحفظ، فإن هلك في يده دون تعدٍ منه أو تقرُّب، لم يضمنه، وهذا ما يُستتبع من النصوص التالية:

«الوديعة أمانة في يد الوديع. وبناءً عليه: إذا هلكت بلا تعدٍ من المستودع وبدون صنعه وتقصيره في الحفظ فلا يلزم الضمان...»^(٣).

«وجملته أن الوديعة أمانة، فإذا تلفت بغير تقرُّب من المودع فليس عليه ضمان...»^(٤).

«العارية أمانة إن هلكت من غير تعدٍ لم تُضمن، وكذا الوديعة»^(٥).

«العارية أمانة في يد المستعير، فإذا هلكت أو ضاعت أو نقصت قيمتها بلا تعدٍ ولا تقصير فلا يلزم الضمان»^(٦).

دلت النصوص السابقة على أن عقدي الوديعة والعارية من عقود الأمانات، وعليه فإن تضرر الشيء المودع أو المستعار أو تلفهما لا يترتب عليه الضمان إلا في حال ما إذا كان التلف ناتجاً عن تقرُّب وتقصير من المودع أو المستعير.

١- يد الضمان هي يد الحائز الذي حاز الشيء ظلماً بقصد تملكه أو لمصلحة نفسه. نظرية الضمان، وهبة الزحيلي، دار الفكر، دمشق سوريا، ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢ م، ص ١٧٥.

٢- يد الأمانة هي اليد التي خلفت يد المالك في حيازة ملكه، وتصرفت فيه عن ولاية شرعية في تلك الحيازة، ولم يدل دليل على ضمان صاحبها. يد الضمان ويد الأمانة بين النظرية والتطبيق في الفقه الإسلامي، د. حارث محمد سلامة / د. أحمد غالب الخطيب. مجلة الجامعة الإسلامية (سلسلة الدراسات الإنسانية) المجلد الثامن عشر، العدد الثاني، يونيو ٢٠١٠، غزة - فلسطين، ص ٣١٦، <http://www.iugaza.edu.ps/ara/research>.

٣- مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، ج ١ ص ١٤٨ مادة (٧٧٧).

٤- المغني، ابن قدامة، مرجع سابق، ج ٦ ص ٣٠٠.

٥- اللباب في الجمع بين السنة والكتاب، الإمام جمال الدين أبو محمد علي بن أبي يحيى زكريا بن مسعود الأنصاري الخزرجي المنبجي، ت: د. محمد فضل عبد العزيز المراد، دار القلم - الدار الشامية، دمشق - سوريا / بيروت - لبنان، ط ٢، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م، ج ٢ ص ٥٣٧.

٦- مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، ج ١ ص ١٥٥ مادة (٨١٣).

وجاء في الوكالة أن «... الوكيل أمين ولو بجعل فلا يضمن ما تلف في يده بلا تفريط»^(١). و«الوكيل أمين فيما وكل فيه فلا يضمن الموكل فيه إذا تلف إلا أن يفريط»^(٢). وكذلك «الوكيل أمين في حق الموكل فلا يضمن إلا بالتعدي أو التفريط كان وكيلاً بجعل أم لا»^(٣).

فُيَسْتَتَج من النصوص السابقة عدم تضمين الوكيل سواء كان بأجر أم بدون أجر، إلا في حال التعدي والتقصير.

وفي أمانة المستأجر جاء: «... وهو أي المستأجر أمين...»^(٤)، وبالتالي لا يضمن إلا في حال فرط أو قصر، جاء في شرح منتهى الإرادات: «ولا يضمن أجير ما تلف بحرزه»^(٥) أو بسبب غير فعله»^(٦). وقيل: «ولا ضمان على مستأجر فيما تلف في يده كدار انهدمت أو دابة ماتت ونحو ذلك ولو شرط على نفسه الضمان لأنه أمين إلا إذا كان التلف بتعد أو تفريط منه»^(٧).

إذاً خلاصة ما توصلنا إليه من الاستقراء السابق لبعض نصوص الفقهاء - رحمهم الله - أن طبيعة يد الملتزم بالحفظ هي يد أمانة. وهي يد مأذونة من قبل المالك أو من يقوم مقامه، مع بقاء حق التملك لصاحب الشيء المحتفظ به، كما هو الحال في عقد الوديعة والوكالة والعارية وغيرها، فليس للوديع أو الوكيل أو المستعير إلا التصرف بما أذن له صاحب الملك به من الانتفاع، وبالتالي لا يكون ضامناً إلا في حال تعدي ذلك^(١).

- ١- غاية البيان شرح زيد ابن رسلان، محمد بن أحمد الرملي الأنصاري، دار المعرفة، بيروت، ج ١ ص ٢٠٩
- ٢- كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، تقي الدين أبي بكر بن محمد الحسيني الحصريي الشافعي، ت: علي عبد الحميد بلطجي ومحمد وهبي سليمان، دار الخير، دمشق، ط ١، ١٩٩٤، ج ١ ص ٢٧٤.
- ٣- الذخيرة، القراي، مرجع سابق، ج ٨ ص ١٥.
- ٤- حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ج ٤ ص ٢٤.
- ٥- الحرز هو: ما يُحفظ فيه المال عادة، أي المكان الذي يُحرز فيه كالدار والحانوت والخيمة والشخص نفسه. وهو الموضع الحصين، والمكان المنيع. مختار الصحاح ص ٥٥. المعجم الوسيط، ص ١٦٦. تحرير ألفاظ التنبيه، يحيى بن شرف بن مري النووي أبوزكريا، ت: عبد الغني الدقر، دار القلم، دمشق، ط ١، ١٤٠٨، ص ٢٠٧. البحر الرائق، ابن نجيم، مرجع سابق، ج ٥ ص ٦٢.
- ٦- شرح منتهى الإرادات المسمى دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، عالم الكتب، بيروت، ط ٢، ١٩٩٦، ج ٢ ص ٢٧٢.
- ٧- كشف المخدرات والرياض المزهرات لشرح أخصر المختصرات، عبد الرحمن بن عبد الله البعلبي الحنبلي، قابله بأصله وثلاثة أصول أخرى: محمد بن ناصر العجمي، دار البشائر الإسلامية، بيروت، لبنان، ط ١، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م، ج ٢ ص ٤٧٧ - ٤٧٨.

١- انظر: يد الضمان ويد الأمانة بين النظرية والتطبيق في الفقه الإسلامي، د. حارث محمد سلامه / د. أحمد غالب الخطيب، مجلة الجامعة الإسلامية (سلسلة الدراسات الإنسانية)، مرجع سابق ص ٣١٩.

المطلب الثاني

طبيعة يد الملتزم في قانون المعاملات

لا تكاد تختلف نصوص القانون عما ورد عن الفقهاء - رحمهم الله - في طبيعة يد الملتزم. والناظر في المواد القانونية يرى أن يد الحافظ يد أمانة، فلا يضمن ما في يده من مال غيره إلا بتعد منه أو تقصير.

ورد في الفقرة الأولى من المادة (٧٧٦) لقانون المعاملات المدنية الإماراتي: «الشيء المؤجر أمانة في يد المستأجر يضمن ما يلحقه من نقص أو تلف أو فقدان ناشئ عن تقصيره أو تعديه. وعليه أن يحافظ عليه محافظة الشخص العادي».

وبالتالي ما نتج من تلف دون تعد من المستأجر ولا تفريط منه فلا يضمنه.

كما جاء في حفظ العارية في المادة (٨٥٥) من القانون: «العارية أمانة في يد المستعير فإذا هلكت أو ضاعت أو نقصت قيمتها بلا تعد ولا تقصير فلا ضمان عليه ما لم يتفق على غير ذلك».

وجاء في المادة (٩٦٦) من القانون عن حفظ الوديعة: «الوديعة أمانة في يد المودع عنده وعليه ضمانها إذا هلكت بتعديه أو بتقصيره في حفظها ما لم يتفق على غير ذلك».

يُستنتج من النصوص السابقة أن المستعير والوديع لا ضمان عليهما ما لم ينشأ التلف أو النقصان بتقصير منهما أو تعد، إلا في حال وجود اتفاق آخر بين طرفي الحق، فيُنظر في ذلك الاتفاق.

والمادة (١٠٠٢) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي نصت على أن: «المال في يد الحارس أمانة ولا يجوز له أن يتجاوز في مهمته الحدود المرسومة له وإلا كان ضامناً».

وجاء في المادة (٩٣٧) من القانون: «يعتبر المال الذي قبضه الوكيل لحساب موكله في حكم الوديعة فإذا هلك في يده بغير تعد أو تقصير فلا ضمان عليه».

من خلال ما سبق ذكره من النصوص يُستنتج أن يد الملتزم الوارد في العقود السابقة هي يد أمانة، ويترتب على ذلك رفع الضمان عنها إلا في حال التعدي والتفريط.



المطلب الثالث

الموازنة بين الفقه الإسلامي وقانون المعاملات



بعد عرضنا لنصوص كل من الفقهاء والقانونيين حول بيان طبيعة يد الملتزم نجد أن كلاً من الفقه الإسلامي وقانون المعاملات المدنية الإماراتي تقارباً في نصوصهما، واتفقا في كون يد الملتزم يد أمانة، وبالتالي لا تضمن إلا في حال التعدي أو التقصير، باستثناء عقدي الوديعة والعارية فإنه يلاحظ أن القانون يجعل الملتزم فيهما ضامناً إذا وُجد في العقد شرط يقتضي ذلك، بخلاف الفقه الإسلامي الذي لا يجعله ضامناً ما لم يفرض أو يقصر وإن وُجد شرط بذلك؛ حيث إن الفقه الإسلامي يلغي كل شرط يناه في مقتضى العقد، جاء في كشف القناع: «إلا أن يتعدى الوديعة، أو يفرض في حفظها، أي الوديعة فتتلف فيضمنها لما تقدم، وإن شرط رب الوديعة عليه أي الوديعة ضمانها، أي الوديعة، لم يصح الشرط ولا يضمنها الوديعة لأنه شرط يناه في مقتضى العقد»^(١).

١ - كشف القناع، البهوتي، ج ٤ ص ١٦٨

الفصل الثاني

تطبيقات للالتزام بالحفظ

توطئة:

في هذا الفصل سوف نعرض تطبيقات للالتزام بالحفظ في العقود الواردة على العمل والعقود الواردة على المنفعة، حيث نقوم بالتعريف بكل عقد مع بيان أوجه الالتزام بالحفظ في كل منها سواء في الفقه الإسلامي أو في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، وذلك في مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول: في العقود الواردة على العمل

المبحث الثاني: في العقود الواردة على المنفعة

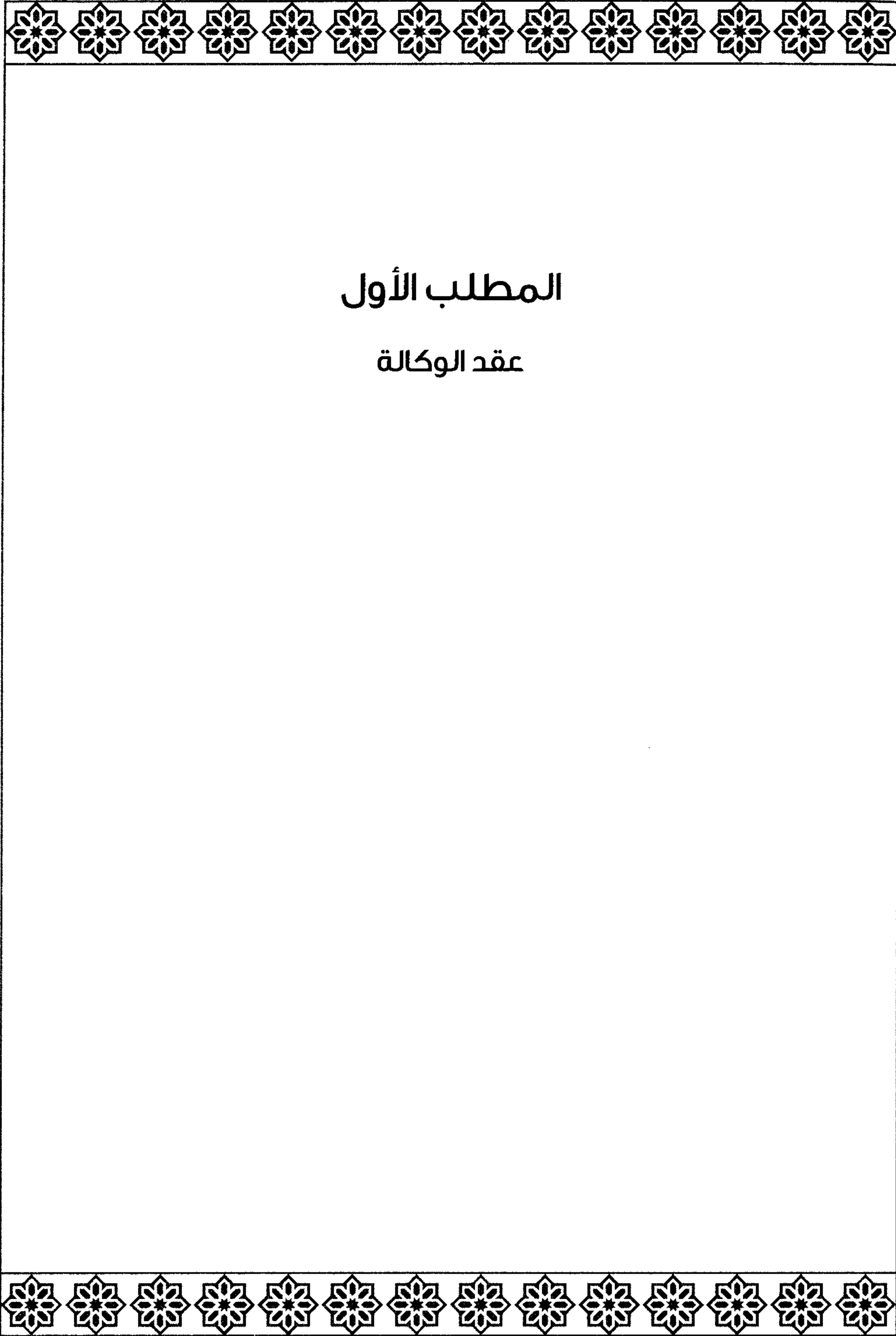


المبحث الأول

في العقود الواردة على العمل

ويتكون هذا المبحث من المطالب التالية:

- المطلب الأول: عقد الوكالة
- المطلب الثاني: عقد الوديعة
- المطلب الثالث: عقد الحراسة



المطلب الأول

عقد الوكالة

توطئة: في التعريف بالوكالة في الفقه الإسلامي والقانون المدني

أولاً: الوكالة في الفقه الإسلامي

أ) في اللغة:

الوكالة اسم مصدر من التوكيل، ولها في اللغة عدة معان، منها:

- التفويض والتسليم: يقال وكلت الأمر إليه وكلاً أي فوضته إليه واكتفيت به^(١)، ومنه قوله تعالى: ﴿إِنِّي تَوَكَّلْتُ عَلَى اللَّهِ رَبِّي وَرَبِّكُمْ﴾^(٢) وقوله تعالى: ﴿رَبَّنَا عَلَيْكَ تَوَكَّلْنَا﴾^(٣).
- الحفظ والرعاية: كما في قوله تعالى: ﴿وَكَفَى بِاللَّهِ وَكِيلًا﴾^(٤)، أي حفيظاً^(٥).
- الكفالة: جاء في لسان العرب: «الوكيل هو المقيم الكفيل بأرزاق العباد، وحقيقته أنه يستقل بأمر الموكل إليه وفي التنزيل العزيز: ﴿أَلَا تَتَّخِذُوا مِن دُونِي وَكِيلًا﴾^(٦)»^(٧).
- الاعتماد على الغير وإظهار العجز، والاسم التكلان بضم التاء.^(٨)
- القيام بأمر الغير: جاء في المعجم الوسيط: «الوكالة أن يعهد إلى غيره أن يعمل له عملاً»^(٩).

هذه هي المعاني التي وضعت للفظ في اللغة، وهي وإن تنوعت وتعددت إلا أنها تشترك في معنى واحد وهو اعتماد أحد الطرفين على الآخر في عمل ما وتفويضه للقيام بهذا العمل نتيجة عجزه عن القيام به لأي سبب من الأسباب، وفي المقابل يتعين على الطرف الآخر أن يتكفل بالحفظ والرعاية.

ب) في اصطلاح الفقهاء:

لم تختلف الوكالة في معناها الاصطلاحي عن المعنى اللغوي، والذي يشير إلى تفويض وإناابة الغير في إجراء التصرف، وسنعرض هنا أقوال الفقهاء - رحمهم الله - في تعريف الوكالة مع تقديم

١- انظر: المصباح المنير، الفيومي، مرجع سابق، ج ٢ ص ٦٧٠.

٢- سورة هود، آية ٥٦.

٣- سورة الممتحنة، آية ٤.

٤- سورة النساء، آية ٨١.

٥- انظر: روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، شهاب الدين السيد محمود الألويسي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ج ٦ ص ٣٧.

٦- سورة الإسراء، آية ٢.

٧- لسان العرب، ابن منظور، مرجع سابق، ج ١١ ص ٧٣٤.

٨- انظر: لسان العرب، ابن منظور، مرجع سابق، ج ١١ ص ٧٣٦، تاج العروس، الزبيدي، مرجع سابق، ج ٢١ ص ٩٨.

٩- المعجم الوسيط، إبراهيم مصطفى / أحمد الزيات / حامد عبد القادر / محمد النجار، ت: مجمع اللغة العربية، دار الدعوة، ج ٢ ص ١٠٥٥.

بيان مختصر لكل تعريف:

- عند الحنفية:

عرّف الحنفية الوكالة بأنها «إقامة الإنسان غيره مقام نفسه في تصرف معلوم»^(١).

يلاحظ من هذا التعريف أن الحنفية - رحمهم الله - قد عرفوا الوكالة بأنها إنبابة الشخص غيره مقام نفسه، وبالتالي لا تدرج تصرفات الفضولي ضمن الوكالة؛ لأنها تصرف دون إنبابة من صاحب الحق^(٢).

- عند المالكية:

الوكالة هي: «نيابة ذي حق غير ذي إمرة ولا عبادة لغيره فيه غير مشروط بموته»^(٣).

يُستفاد من هذا التعريف أن إمام الطاعة، سواء كان أميراً أو قاضياً، لا يعد وكالة في المذهب المالكي^(٤)، وكذلك إمامة الصلاة. كما أن الإيصاء لا يعد من الوكالة^(٥).

- عند الشافعية:

عرّف الشافعية الوكالة بأنها: «تفويض شخص ما له فعله مما يقبل النيابة إلى غيره ليفعله في حياته»^(٦).

قيّد الشافعية - رحمهم الله - الوكالة فيما يصح من الأفعال، وبالتالي لا يدخل ضمن عقد الوكالة تفويض شخص آخر بارتكاب معصية. كما أخرجوا من الوكالة كل ما لا يقبل النيابة شرعاً من

العبادات كالصلاة والصوم، والوصية كذلك لا تعد من الوكالة في المذهب الشافعي^(١).

- عند الحنابلة:

عرفت الوكالة عند الحنابلة بأنها: «استنبابة جائز التصرف مثله في الحياة فيما تدخله النيابة»^(٢).

يُستخلص من التعريف السابق عدم جواز توكيل كل من لا يُحسن التصرف كالصبي أو المجنون. كما أن الحنابلة - رحمهم الله - لا يُدرجون الوصية ضمن عقد الوكالة^(٣). وكل ما لا يصح فيه النيابة كالصلاة.

الخلاصة:

بالنظر إلى ما عرضناه من تعاريف الفقهاء - رحمهم الله - لمصطلح الوكالة تبين لنا اتفاقهم - رحمهم الله - على أن الوكالة عقد من عقود النيابة، حيث يُنيب الموكل غيره في القيام ببعض شؤونه المعلومة والمشروعة، شريطة أن يكون الموكل مالكا لهذا التصرف الذي يوكله لغيره، وبموجب هذه الوكالة يكتسب الوكيل سلطة شرعية تمنحه حق التصرف فيما وكل فيه، كما اتفقوا - رحمة الله عليهم - على أن تصرف الوكيل بمثابة تصرف الأصيل الموكل، وتترتب عليه الآثار نفسها^(٤). في حين اختلف تعريف الحنفية للوكالة في كونه لم يوضح عدم اشتغال الوكالة للوصية، أو ما لا يصح الإنبابة فيه كالعبادات.

ثانياً: الوكالة في القانون المدني

عرف قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات الوكالة في المادة (٩٢٤) بأنها: «عقد يقيم الموكل بمقتضاه شخصاً آخر مقام نفسه في تصرف جائز معلوم».

أشارت المادة السابقة إلى أن الوكيل يقوم مقام الأصيل في تصرفاته شريطة أن تكون هذه التصرفات جائزة ومعلومة؛ لأن الوكالة على أمر غير جائز باطل شرعاً، والوكالة على أمر مجهول

- ١- انظر: المحاماة في الشريعة الإسلامية، د. رجائي سيد أحمد العطا في الفقي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٦م، ص ٤٨٦. التفريط وأثره في العقود، د. مایسه کمال، مرجع سابق، ص ٢٧١. الوكالة في الشريعة الإسلامية، محمد رضا العاني، مطبعة العاني، بغداد، ١٣٩٥هـ - ١٩٧٥م، ص ٤٧.
- ٢- كشف القناع، البهوتي، مرجع سابق، ج ٣ ص ٤٦١.
- ٣- انظر: مطالب أولي النهى، الرحيباني، مرجع سابق، ج ٣ ص ٤٢٨. التفريط وأثره في العقود، د. مایسه کمال، مرجع سابق، ص ٢٧٢. الوكالة في الشريعة الإسلامية، محمد رضا، مرجع سابق، ص ٤٩.
- ٤- انظر التفريط وأثره في العقود، د. مایسه کمال، مرجع سابق، ص ٢٧٢. الوكالة في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها الاقتصادية المعاصرة، د. محمد نجدات المحمد، مرجع سابق ص ٢٩.

- ١- حاشية رد المختار على الدر المختار، ابن عابدين، مرجع سابق، ج ٧ ص ٢٦٥.
 - ٢- انظر: التفريط وأثره في العقود، د. مایسه کمال، مرجع سابق، ص ٢٦٩. الوكالة في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها الاقتصادية المعاصرة، د. محمد نجدات المحمد، دار المكتبي، دمشق-سوريا، ط ١، ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٧م، ص ٢٦-٢٧.
 - ٣- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، محمد بن عبد الرحمن المغربي أبو عبد الله، دار الفكر، بيروت، ط ٢، ١٣٩٨، ج ٥ ص ١٨١.
 - ٤- في حين اعتبر الإمام ابن رشد والقاضي عياض من المالكية نيابة إمام المسلمين وكالة. انظر مواهب الجليل، عبد الله، مرجع سابق ج ٥ ص ١٨١.
 - ٥- انظر: منح الجليل شرح على مختصر سيد خليل، محمد عيش، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م، ج ٦ ص ٣٥٦.
- هذا هو المشهور من مذهب المالكية، أما خلاف المشهور وهو مذهب ابن رشد والقاضي عياض، والذين يرون أن هذه الصور من النيابة تسمى وكالة كذلك، وأصل الخلاف هو: هل النيابة مساوية للوكالة، أم أعم منها؟ أصحاب المذهب المشهور يرون أن مفهوم النيابة أعم من مفهوم الوكالة وإن تساوى في المحل، في حين أن المذهب المخالف يرى أن النيابة مساوية للوكالة. انظر: حاشية الدسوقي، ج ٣ ص ٢٧٧.
- ٦- الإفتاع في حل ألفاظ أبي شجاع، محمد الشربيني الخطيب، ت: مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر، بيروت، ١٤١٥هـ، ج ٢ ص ٣١٩.

ثالثاً: الموازنة بين تعريف الفقه الإسلامي والقانون المدني

كما ذكرنا سابقاً أن تعريف قانون المعاملات المدنية الإماراتي للوكالة مستوحى من المذهب الحنفي الذي لم يفرق بين الإنابة في حال الحياة والإنابة في حال الموت، فشمّل التعريف الوصاية، في حين أن المذاهب الأخرى قصرت الوكالة على الإنابة في حال الحياة، إلى جانب افتقار التعريف إلى قيد يحترز به عن التصرفات التي لا تقبل النيابة كالعبادات، في حين أن المذاهب الأخرى أوردت في تعريفها مثل هذا القيد.

ويجب التنبيه إلى أن الجواز الموجود في نص التعريف المدني يختلف عن مثيله الوارد في نصوص الفقهاء؛ لأنه ليس كل ما جاز في القانون المدني جاز في الشرع، كما هو الحال في المعاملات الربوية التي يعتبرها القانون جائزة، في حين أنها محرمة في الشرع.^(١)

الفرع الأول: التزام الوكيل بالحفظ في الفقه الإسلامي

من أهم الآثار التي تترتب على الوكالة، التزام الوكيل بالحفظ، والذي يمكننا التعرض له من خلال الأمور التالية:

- ١- التزام الوكيل بالأمانة في تنفيذ الوكالة.
- ٢- التزام الوكيل بالعمل بما هو أصلح لموكله.

أولاً - التزام الوكيل بالأمانة في تنفيذ الوكالة

لا خلاف بين الفقهاء^(٢) - رحمهم الله - على أن ما قبضه الوكيل لموكله يعتبر أمانة في يده سواء أكان متبرعاً بوكالته أم مأجوراً؛ لأن الموكّل قد أقام الوكيل مقام نفسه، وبما أن الموكّل لا يلزمه ضمان ما في يده فكذلك الوكيل؛ لأنه بمثابة الموكّل، كما أن الوكالة عقد ارتفاق ومعونة، وتعلق الضمان بها يخرجها عن هذا المعنى^(٣) وبناءً على ذلك فإن الوكيل لا يضمن ما تلف في يده من غير تعدٍ منه ولا تقصير إذا التزم بحفظ الشيء الموكّل فيه بما يحفظ به ماله^(٤)، كمن وُكّل في بيع بقرة فهلك عند الوكيل قبل بيعها دون أن يكون سبب الهلاك تعدياً من الوكيل أو تقصيراً منه في العناية بها، فلا ضمان

- ١- انظر: الوكالة في الشريعة والقانون، محمد رضا، مرجع سابق، ص ٥٥.
- ٢- انظر: المبسوط، السرخسي، مرجع سابق، ج ١٩ ص ١٩. الكافي في فقه أهل المدينة، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر القرطبي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٤٠٧هـ، ج ١ ص ٣٩٥.
- ٣- بدائع الصنائع، الكاساني، مرجع سابق ج ٦ ص ٣٤. المهذب في فقه الإمام الشافعي، إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي أبو إسحاق، دار الفكر، بيروت، ج ١ ص ٣٥٧. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، محمد الخطيب الشربيني، دار الفكر، بيروت، ج ٢ ص ٢٣٠.
- ٤- انظر: الوكالة في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها الاقتصادية المعاصرة، د. محمد نجات محمد، مرجع سابق، ص ١٤٢.

وهو تعريف مستوحى من الفقه الحنفي^(٢) الذي عرّف الوكالة بأنها إقامة الغير مقام نفسه في تصرفٍ ما^(٣)، وهذا التعريف عليه بعض المآخذ كآلآتي:

- لفظ «تصرف» جاء مطلقاً مما أدى إلى إطلاق الوكالة على التصرفات كافة، سواء أكانت هذه التصرفات مادية أم قانونية، في حين كان الأصح تقييد تصرفات الوكيل بالتصرفات القانونية فحسب؛ لأن الوكالة ترد على التصرفات القانونية فقط^(٤).
- التعريف غير مانع؛ حيث لم يمنع لفظه اشتغال الوكالة للوصية، فيكون الوكيل بمثابة الوصي على التركة^(٥)، وهذا لا يصح؛ لأن الوكالة إنابة في حال قيام ولاية الموكّل، في حين أن الوصية إنابة بعد انقطاع ولاية الموصي^(٦).
- عدم وجود قيد لإخراج ما لا يجوز فيه النيابة من العبادات، كالعبادات البدنية.^(٧)

وذهب قانون المعاملات المدنية الإماراتي إلى أن الأصل في الوكالة هو التبرع ما لم يرد اشتراط الأجر صراحة أو ضمناً^(٨). ويتميز عقد الوكالة في القانون المدني بأنه يعتمد على الجانب الشخصي، فالموكل أدخل في اعتباره شخصية الوكيل، والوكيل أدخل في اعتباره شخصية الموكّل، ويتميز كذلك بأنه عقد غير لازم، فيحق للموكّل أن يعزل الوكيل، كما للوكيل أن يتنحى عن الوكالة^(٩)

- ١- انظر: المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الصادر بالقانون الاتحادي، ص ٧٠٩.
- ٢- انظر: عقد الوكالة في ضوء قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة وأحكام الفقه الإسلامي، د. محمد جبر الألفي، مطبوعات جامعة الإمارات، ط ٢، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م، ص ٣.
- ٣- انظر: حاشية ابن عابدين، ج ٧ ص ٢٩٣، المجلة ج ١ ص ٢٨٠ مادة (١٤٤٩).
- ٤- انظر: التزامات الوكيل تجاه موكله في عقد الوكالة المدنية، عماد أديب سلامة، رسالة جامعية لنيل درجة الماجستير في القانون، الجامعة الأردنية، ١٩٩٤م، ص ٤-٥.
- ٥- انظر: التزامات الوكيل تجاه موكله في عقد الوكالة المدنية، عماد أديب سلامة، رسالة ماجستير من الجامعة الأردنية، ١٩٩٤م، ص ٥. عقد الوكالة في ضوء قانون المعاملات المدنية، د. محمد جبر الألفي، مرجع سابق ص ٤.
- ٦- انظر: حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، ج ٦ ص ٧٠١.
- ٧- انظر: عقد الوكالة في ضوء قانون المعاملات المدنية، د. محمد جبر الألفي، مرجع سابق ص ٤. أحكام تصرفات الوكيل في عقود المعاوضات المالية، د. سلطان بن إبراهيم الهاشمي، دار البحوث للدراسات الإسلامية وأحياء التراث، دبي، ط ١، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠٢م، ص ٨٧.
- ٨- نصت المادة (٩٤٩) من القانون المدني على الموكّل أداء الأجر المتفق عليه للوكيل متى قام بالعمل، فإن لم يتفق على الأجر وكان الوكيل ممن يعملون به فله أجر المثل وإلا كان متبرعاً.
- ٩- انظر، الوسيط، السنهوري، مرجع سابق، ج ٧، المجلد ١، ص ٣٧٢-٣٧٥.

عليه^(١). فإن تعدي أو قصر في حفظ الشيء الموكل فيه كان ضامناً له، كمن وُكِّل في بيع سيارة فاستغلها في منفعة نفسه فتلفت، أو وضع مال الموكل في حرز غير مناسب فسُرقت، فيكون الوكيل ضامناً في هذه الحالات^(٢).

وبمقتضى أمانة الوكيل فإنه ملزمٌ بدفع الضرر عن مال موكله، وذلك باتخاذ الإجراءات اللازمة للمحافظة على هذا المال بالدفع عنه بالقدر الذي يتناسب مع رفع الضرر، دون أن يلتزم بأخذ إذن موكله، وإنما يتوقف اتخاذ إجراءات الدفع على تقدير الوكيل لواقع الحال^(٣)، فعن كعب بن مالك - رضي الله عنه - «أنه كانت لهم غنم ترعى بسَلْع^(٤) فأبصرت جارية لنا بشاة من غنمنا موتاً فكسرت حجراً فذبحتها به فقال لهم: لا تأكلوا حتى أسأل النبي - صلى الله عليه وسلم - أو أرسل إلى النبي - صلى الله عليه وسلم - من يسأله، وأنه سأل النبي - صلى الله عليه وسلم - عن ذلك أو أرسل فأمره بأكلها...»^(٥) فدل الحديث على ضرورة التزام الوكيل بدفع الضرر عن مال موكله الذي تحت يده بالقدر الذي يتحاشى معه إيقاع ضرر أشد على الموكل، ولا يكون الوكيل ضامناً في هذه الحال^(٦).

فلو كان مال الموكل الذي تحت يد الوكيل عبارة عن بضاعة في سفينة، وأشرفت السفينة على الفرق فإن للوكيل إلقاء جزء منها في سبيل إنقاذ الجزء الباقي من البضاعة، دون أن يكون الوكيل ضامناً في ذلك، كما لو تعرض هذا المال لقطاع طرق فإن للوكيل دفع جزء من هذا المال لهم من أجل إنقاذ الباقي، ولو كان المال الذي تحت يد الوكيل عبارة عن دابة أو سيارة للبيع فكسد سوقها وتأخر البيع فإن للوكيل أن يؤجرها لحين بيعها^(٧).

وعلى اعتبار أن الوكيل أمين فإن الموكل لا يصح منه اشتراط الضمان على الوكيل، فإن اشترط ذلك في العقد اعتبر الشرط لاغياً؛ لأنه يناهض مقتضى العقد. كما أن أمانة الوكيل يترتب عليها قبول قوله في دفع الضمان عن نفسه، فمثلاً إذا وُكِّل شخص في بيع ثوب، فقال لموكله: بعث الثوب وقبضت الثمن ولكنه تلف، فأنكر الموكل عليه ذلك، فإن القول هنا للوكيل بيمينه^(٨).

خلاصة ما سبق أن يد الوكيل على مال موكله الذي تحت يده هي يد أمانة سواء أكانت الوكالة

- ١- انظر: كشف القناع، البهوتي، مرجع سابق، ج ٣ ص ٤٨٤. مطالب أولي النهى، مرجع سابق، ج ٣ ص ٤٨٠. مغني المحتاج، الشربيني، مرجع سابق ج ٢ ص ٢٣٠. درر الحكام، مرجع سابق، ج ٣ ص ٥٨٢.
- ٢- انظر: مدى مسئولية الوكيل في عقد الوكالة، د. إسماعيل عبد النبي شاهين، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ١، ١٩٩٥ م، ص ٥٨.
- ٣- انظر: الوكالة في الشريعة والقانون، محمد رضا، مرجع سابق، ص ٢٥٢-٢٥٣.
- ٤- سَلْع: اسم جبل في المدينة المنورة، انظر: مشارق الأنوار على صحاح الآثار، أبي الفضل عياض بن موسى بن عياض اليحصبي السبتي المالكي، المكتبة العتيقة ودار التراث، ج ٢ ص ٢٢٣.
- ٥- أخرجه البخاري، كتاب الوكالة، باب إذا أبصر الراعي أو الوكيل شاة تموت أو شيئاً يفسد ذبح وأصلح ما يخاف عليه الفساد، رقم الحديث (٢١٨١).
- ٦- انظر: الوكالة في الشريعة والقانون، محمد رضا، مرجع سابق ص ٢٥٣.
- ٧- انظر: نفسه، ص ٢٥٤.
- ٨- انظر: كشف القناع، البهوتي، مرجع سابق، ج ٣ ص ٤٨٥.

بأجر أم دون أجر، وبالتالي يكون الوكيل ملزماً بالمحافظة عليه بما يحافظ به على مال نفسه، فإن تلفت دون تعد منه ولا تقصير لا يكون ضامناً لها، ولا يحق للموكل أن يشترط عليه الضمان في العقد، كما يستخلص مما سبق ضرورة اجتهاد الوكيل للمحافظة على مال الموكل وذلك بدفع أقل الضرر في سبيل تلافي الضرر الأكبر.

ثانياً: التزام الوكيل بالعمل بما هو أصلح لموكله

على الوكيل الالتزام بالعمل بما هو أنفع وأصلح لموكله، فإن أطلق الموكل له الإذن في الوكالة لم يجز له التصرف إلا بما فيه مصلحة الموكل، فمثلاً لو وُكِّل شخص آخر في بيع شيء، وأطلق الموكل، لم يجز للوكيل أن يبيع هذا الشيء إلا بثمان المثل فأكثر، فإن باعه بغبن فاحش أو بثمان مؤجل لم يصح، وقيل يصح البيع ويضمن الوكيل النقص^(١). كما يجب عليه البيع بنقد البلد، فإن كان في البلد نقدان لزمه بيعها بأغلب النقدين، فإن استويا باع بأضعفهما للموكل، فإن استويا في المنفعة تخير فيهما، فإن خالف الوكيل ذلك ضمن؛ لأنه اعتبر متعدياً ومفراطاً. وعلى الوكيل ألا يقتصر على البيع بثمان المثل، في حال وُجِد طالب بزيادة؛ لأنه مأمور بالنصح والنظر للموكل، وتركه الزيادة يناهض هذا النصح والنظر، فإن باع بثمان المثل ثم جاء من يزيد في حال الخيار فلفقهاء الشافعية - رحمهم الله - في ذلك قولان^(٢):

الأول: لا يلزمه فسخ البيع؛ لوجود عامل الشك، فالمزايد قد لا يثبت على الزيادة.

الثاني: يلزمه الفسخ؛ لأن حال الخيار كحال العقد، فلو حضر المزايد حال العقد وجب على الوكيل البيع له، فكذلك الأمر إذا حضر في حال الخيار. أما ما احتج به أصحاب القول الأول بأن المزايد قد لا يثبت على الزيادة فيكون الفسخ بالشك، فلا يصح؛ لأن الظاهر منه الثبات فلا يصح أن يكون الفسخ بالشك. والأولى الأخذ بالقول الثاني؛ لأن الوكيل مطالب بالنظر في مصلحة موكله.

ومن صور مصلحة الموكل أيضاً ألا يوكل الوكيل غيره فيما توكل فيه، إلا في حال ما إذا أذن له الموكل بذلك. أما في حال ما إذا أطلق الوكالة دون إذن لتعيين آخر ولا منع من فعل ذلك فيُنظر في حال الوكيل:

- إن كان العمل الموكل إليه مما يترفع الوكيل عن فعله، كالأعمال الدنيئة في حق أشراف الناس الذين يترفعون عن فعلها في العادة، أو يكون عاجزاً عن القيام بالعمل الموكل إليه لكونه لا يحسنه، أو غير ذلك، ففي هذه الحالة يجوز له توكيل غيره فيه؛ لأن الموكل فيه إذا كان مما لا يعلمه الوكيل عادة انصرف الإذن إلى ما جرت به العادة من الاستنابة فيه.

١- انظر: المفتي، ابن قدامة، مرجع سابق ج ٥ ص ٧٨.

٢- انظر: المهذب، الشيرازي، مرجع سابق، ج ١ ص ٣٥٤.

- أن يكون الموكل فيه مما يعمله الوكيل بنفسه، إلا أنه يعجز عن القيام به بمفرده لكثرتة وانتشاره، فيجوز له التوكيل في جميعه، وقيل يجوز له التوكيل في بعضه مما لا يقدر عليه منه؛ لأنه جاز له التوكيل لحاجة، فاخص ما دعت إليه الحاجة، بخلاف ما إذا أذن له الموكل بتوكيل غيره، فيبقى ما يقدر عليه على مقتضى التوكيل.

- أن يكون الموكل فيه مما يستطيع الوكيل القيام به بمفرده ولا يترفع عنه، فإنه في هذه الحالة لا يجوز له التوكيل فيه في إحدى الروايتين؛ لأنه لم يأذن له في التوكيل ولا تضمنه إذنه، كما أن الموكل قد استأمنه فيما يمكنه القيام به من عمل، فليس له إقامة غيره مكانه. وفي الرواية الأخرى يجوز له التوكيل فيه إذا مرض أو غاب؛ لأن الوكيل له أن يتصرف بنفسه، فملكه نيابة كالمالك. والأول أولى؛ لأن تصرف الوكيل متعلق بالإذن خلاف المالك الذي يتصرف في ملكه كيفما يشاء^(١).

الفرع الثاني: التزام الوكيل بالحفظ في القانون المدني

يستتبع تنفيذ الوكالة مجموعة من الالتزامات على عاتق الوكيل، ومن هذه الالتزامات التزام الوكيل بالحفظ، والذي يتضح لنا من خلال الأمور التالية:

(١) التزام الوكيل بتنفيذ الوكالة في حدودها المرسومة.

(٢) العناية الواجبة في تنفيذ الوكالة.

(٣) أمانة الوكيل في تنفيذ الوكالة.

أولاً: التزام الوكيل بتنفيذ الوكالة في حدودها المرسومة

يلزم الوكيل بتنفيذ الوكالة في ضوء الحدود والشروط التي تم وضعها من قبل الموكل، فلا يجوز له تجاوز هذه الحدود المرسومة، وذلك وفقاً لما جاء في المادة (٩٣١) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي: «تثبت للوكيل بمقتضى عقد الوكالة ولاية التصرف فيما يتناوله التوكيل دون أن يتجاوز حدوده إلا فيما هو أكثر نفعاً للموكل».

أفادت المادة السابقة أن تصرفات الوكيل مقيدة بحدود ما وكل إليه، فلا يصح منه تجاوز هذه الحدود إلا فيما هو أكثر نفعاً للموكل. فمثلاً إذا وُكِّل شخص لبيع منزل معين لمشتري معين بثمن معين، على أن يكون الثمن مؤجلاً لأجل معين، فعلى الوكيل أن ينفذ الوكالة في هذه الحدود المرسومة، فلا

١- انظر: المبسوط، السرخسي، مرجع سابق، ج ١٥ ص ١٥٩. شرح ميارة الفاسي، أبي عبد الله محمد بن أحمد بن محمد المالك، ت: عبد اللطيف حسن عبد الرحمن دار الكتب العلمية، لبنان-بيروت، ط ١، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م، ج ١ ص ٢١١. الأم، محمد بن إدريس الشافعي أبو عبد الله، دار المعرفة، بيروت، ط ٢، ١٢٩٢هـ، ج ٢ ص ٢٢٢. المغني، ابن قدامة، مرجع سابق، ج ٥ ص ٥٦-٥٧.

يصح منه أن يبيع البيت لشخص آخر، أو بثمن أقل، أو بأجل أبعد. وفي المقابل يستطيع التعاقد بشروط أفضل كأن يبيع البيت بثمن أعلى، أو يكون الثمن معجلاً لا مؤجلاً^(١).

ولا يخرج عن نطاق تنفيذ الوكيل للحدود المرسومة للوكالة قيام الوكيل بأعمال مادية تابعة للتصرف القانوني محل الوكالة، كقيامه بإجراءات تسجيل البيع، أو إجراءات نقل الملكية، أو السفر إلى المشتري المعين في موطنه لإبرام الصفقة معه.

وإلى جانب التزام الوكيل بالحدود المرسومة للوكالة، فإنه ملزم كذلك بمراعاة التعليمات الصادرة من الموكل، والتي تتمثل في النصوص الواردة في عقد الوكالة، أما في حال خلو العقد من هذه التعليمات فالوكيل ملزم أن يتصرف وفقاً لما تقتضيه مصلحة موكله^(٢).

وقد أوضح قانون المعاملات المدنية الإماراتي حدود الوكيل في البيع والشراء، مراعيًا بذلك المحافظة على حقوق الموكل، حيث جاء في المادة (٩٤٠) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي: «١- للموكل بشراء شيء دون بيان قيمته أن يشتريه بثمن المثل أو بغبن يسير في الأشياء التي ليس لها سعر معين. ٢- فإذا اشترى بغبن يسير في الأشياء التي لها سعر معين أو بغبن فاحش مطلقاً فلا ينفذ العقد بالنسبة للموكل».

أوضحت المادة السابقة أن على الوكيل ألا يستغل موكله في حال وُكِّل بشراء شيء دون تحديد لقيمته، بل عليه أن يتحرى ثمن المثل، أو يشتريه بغبن بسيط، وذلك بالنسبة للسلع التي ليس لها سعر محدد، أما في حال الأشياء التي لها سعر محدد كالخبز فلا يُقبل منه الشراء بغبن يسير أو بغبن فاحش، فإن فعل كان العقد غير نافذ بالنسبة للموكل^(٣). أما بالنسبة للوكيل فيكون هذا الشراء جائزاً في حقه، جاء في المادة (٩٤٢): «يكون الشراء للوكيل: (أ) إذا عين الموكل الثمن واشترى الوكيل بما يزيد عليه. (ب) إذا اشترى الوكيل بغبن فاحش. (ج) إذا صرح بشراء المال لنفسه في حضور الموكل».

أما الوكيل بالبيع إذا لم يعين له الموكل ثمن الشيء المباع فعليه أن يبيعه بالثمن المناسب، فإن باعه بثمن أقل دون إذن من الموكل وسلم المبيع للمشتري فإن الموكل بالخيار؛ إما أن يسترد المبيع، وإما أن يجيز البيع، وإما أن يضمن الوكيل الفرق^(٤)، جاء في المادة (٩٤٤) أن: «١- للوكيل الذي وكل ببيع مال موكله بصورة مطلقة أن يبيعه بالثمن المناسب. ٢- وإذا عين له الموكل ثمن المبيع فليس له أن يبيعه بما يقل عنه. ٣- فإذا باعه بنقص دون إذن سابق من الموكل أو إجازة لاحقة وسلم المشتري الموكل بالخيار بين استرداد المبيع أو إجازة البيع أو تضمين الوكيل قيمة النقصان».

١- انظر: الوسيط، السنهوري، مرجع سابق، ج ٧ ص ١ ص ٤٥٢-٤٥٣.

٢- انظر: التزامات الوكيل تجاه موكله في عقد الوكالة المدنية، عماد أديب، مرجع سابق، ص ١٣٣.

٣- انظر: المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات، ص ٧١٧.

٤- انظر المرجع السابق ص ٧١٩.

ومما سبق نستنتج ضرورة التزام الوكيل بالحدود التي رسمها له موكله، وفي حال خلا الاتفاق الذي بين الوكيل والموكل من أي نوع من الحدود فإن الوكيل ملزم بعمل ما فيه مصلحة لموكله.

ثانياً: العناية الواجبة في تنفيذ الوكالة

نصت المادة (٩٣٢) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على ما يلي: «١- إذا كانت الوكالة بلا أجر وجب على الوكيل أن يبذل في تنفيذها العناية التي يبذلها في أعماله الخاصة. ٢- فإذا كانت الوكالة بأجر وجب على الوكيل أن يبذل في تنفيذها عناية الرجل المعتاد».

والملاحظ من النص السابق أن قانون المعاملات المدنية الإماراتي لم يأخذ بنظرية «تدرج الخطأ» والتي تقسم الخطأ العقدي غير المتعمد إلى ثلاثة أقسام، هي:

١- الخطأ الجسيم. ٢- الخطأ اليسير. ٣- الخطأ التافه.

كما تقسم العقود إلى ثلاث طوائف:

١- عقود لمنفعة الدائن وحده كعقد الوديعة.

٢- عقود لمنفعة المدين وحده كما هو الحال في عقد الإجارة.

٣- عقود تكون فيها المنفعة مشتركة، كعقد الإجارة.

وإنما أخذ بالنظرية الحديثة في المسؤولية عن الخطأ العقدي والتي بموجبها يكون التزام الوكيل بتنفيذ الوكالة التزاماً ببذل عناية وليس بتحقيق غاية، وهو على جميع الأحوال التزام عقدي.^(١)

والتزام الوكيل بتنفيذ الوكالة يكون ببذل عناية لا بتحقيق غاية، سواء أكان التصرف القانوني محل الوكالة يتضمن التزاماً ببذل عناية كالإيجار والعارية والوديعة، أم كان التزاماً بتحقيق نتيجة كالبيع والرهن. وبذل العناية في الوكالة واجب سواء أكانت الوكالة بأجر أم كانت تبرعاً، وإن وُجد فرق في مدى العناية المطلوبة، فالوكالة إن كانت بلا أجر فالوكيل غير مطالب إلا ببذل العناية التي يبذلها في إدارة شؤونه الخاصة وذلك بالمعيار الشخصي، وإن كانت هذه العناية دون عناية الشخص العادي.

فإذا كانت عناية الشخص تفوق عناية الشخص العادي لم يكن مسؤولاً إلا عن عناية الشخص العادي، ويعود السبب في ذلك إلى كون الوكيل غير المأجور متفضلاً بتبرعه، فلا يكلف مسؤولية أكثر من عناية الشخص العادي، كما لا يصح تكليفه بأكثر من عناية الشخص، فيكون بذلك مسؤولاً عن أدنى العنايتين، أما الوكالة المأجورة فتوجب على الوكيل بذل عناية الشخص العادي، فيكون المعيار هنا موضوعياً لا شخصياً، فإن بذل أقل من هذه العناية، كان مسؤولاً وإن كانت العناية المبذولة هي العناية

١- انظر: عقد الوكالة في ضوء قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات، محمد جبر الألفي، مرجع سابق، ص ٦٣.

التي يبذلها في شؤونه الخاصة؛ لأنه ملزم ببذل عناية الشخص العادي، أما إذا كان ما يبذله في شؤونه الخاصة يفوق عناية الشخص العادي فإنه غير مسؤول إلا عن عناية الشخص العادي.^(١)

ثالثاً: أمانة الوكيل في تنفيذ الوكالة

نصت المادة (٩٣٧) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي: «يعتبر المال الذي قبضه الوكيل لحساب موكله في حكم الوديعة، فإذا هلك في يده بغير تعد أو تقصير فلا ضمان عليه».

يستخلص من النص السابق أن المال الذي يقبضه الوكيل لحساب موكله أمانة في يده، فإن هلك بتعد منه أو تقصير كان ضامناً له، أما في حال هلك دون تعد منه أو تقصير لم يضمن، شأنه في ذلك شأن الوديعة.

ويترتب على اعتبار القانون المال الذي يقبضه الوكيل لحساب موكله في حكم الوديعة؛ التزام الوكيل بذات الالتزامات التي يجب على المودع عنده أن يلتزم بها في حفظ الوديعة، والتي سوف أتطرق إليها بشيء من الاختصار؛ لأنني فصلت فيها القول في المطلب التالي.

فعلى اعتبار أن المال الذي قبضه الوكيل لحساب موكله في حكم الوديعة فإن على الوكيل الالتزام بحفظ هذا المال بنفسه أو عند من يأتمنهم على حفظ ماله من عياله، كما يجب عليه الالتزام بوضع المال في حرز المثل، موافقاً بذلك ما جاء في المادة (٩٦٧) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي في حفظ الوديعة: «١- يجب على المودع عنده أن يعنى بحفظ الوديعة عناية الشخص العادي بحفظ ماله وعليه أن يضعها في حرز مثلها. ٢- وله أن يحفظها بنفسه أو بمن يأتمنه على حفظ ماله ممن يعولهم».

فمثلاً إذا وُكِّل الوكيل لشراء مجوهرات ثمينة فقبضها ووضعها في خزانة غير مغلقة فسُرقت، أو وُكِّل لشراء كمية من القطن فقبضها ووضعها عند مواد ملتهبة فاحترقت، يكون الوكيل مقصراً في حفظه ومسؤولاً عن ضياع وهلاك مال موكله^(٢). أما في حال قبض الوكيل مال الموكل وبذل في حفظه العناية المطلوبة، ووضعها في حرز مثلها، فهلك لسبب قاهر لا دخل للوكيل به فلا يكون مسؤولاً؛ لأنه حدث بدون تعد منه أو تقصير.

كما لا يحق للوكيل أن يوكل غيره في تنفيذ مهام الوكالة إلا أن يكون قد أذن له الموكل بذلك، أو فوض الأمر لرأيه، فيعتبر الوكيل الثاني في هذه الحالة وكياً عن الموكل الأصلي. جاء في الفقرة الأولى من المادة (٩٣٤) أنه: «ليس للوكيل أن يوكل غيره فيما وكل به كله أو بعضه إلا إذا كان مأذوناً من قبل

١- انظر: عقد الوكالة فقهاً وقضاً، إبراهيم سيد أحمد، المكتب الجامعي الحديث، إسكندرية، ص ٢٩. أحكام الوكالة في الشريعة الإسلامية، أحمد حبيب محمد حسين السماك، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، مصر، ص ١٣٢-١٣٣. الوسيط، السنهوري، مرجع سابق، ج ٧، ص ١٦٤-١٦٥.

٢- انظر: التزامات الوكيل تجاه موكله في عقد الوكالة المدنية، عماد أديب، مرجع سابق، ص ١٥١.

الموكل أو صرّح له بالعمل برأيه، ويعتبر الوكيل الثاني وكيلاً عن الموكل الأصلي».

وفي حال كان الوكيل مخولاً باتخاذ وكيل ثانٍ دون تحديد من الموكل فإن الوكيل الأول يكون مسؤولاً عن سوء اختياره للشخص المناسب للوكالة، كما يكون مسؤولاً مع حسن اختياره إذا أصدر توجيهات لنائبه فكانت سبباً في إلحاق الضرر بمال الموكل، وهذا ما نصت عليها الفقرة الثانية من المادة (٩٣٤) لقانون المعاملات المدنية الإماراتي: «إذا كان الوكيل مخولاً حق توكيل الغير دون تحديد فإنه يكون مسؤولاً تجاه موكله عن خطئه في توكيل غيره أو فيما أصدر من توجيهات».

ومما سبق نستخلص أن ما في يد الوكيل من أموال لموكله هي بمثابة الوديعة، ويده على هذه الأموال يد أمانة، يضمنها في حال ما إذا تلفت بتقصير منه أو تعد؛ لذا وجب عليه بذل العناية المطلوبة للحفاظ عليها، وذلك بالقيام بكل ما فيه مصلحة موكله، إلى جانب التقيد بالحدود المرسومة له في عقد الوكالة.

الفرع الثالث: الموازنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني

لا نرى تناقضاً بين الفقه الإسلامي والقانون المدني في التزام الوكيل بالحفظ في عقد الوكالة، فقد ظهر لنا اتفاق كل من الفقه الإسلامي والقانون المدني في ضرورة بذل العناية المطلوبة للمحافظة على مال الموكل الذي يُعتبر أمانة في يد الوكيل، كما اتفقا على ضرورة التزام الوكيل بحدود الوكالة إلا في حال كان عدم التقيد فيه منفعاً للموكل. فكما ذكرنا سابقاً أن الفقهاء - رحمهم الله - رأوا أن للوكيل مخالفة قيد عقد الوكالة في حال كان القيد نافعاً من جهة وغير نافع من جهة أخرى، ولم يمنع الموكل من مخالفة القيد، كأن يقول الموكل بع بضاعتي في سوق كذا، ولم يمنع الوكيل أن يبيعهما في غيره، ففي هذه الحالة يجوز للوكيل أن يبيعهما في سوق آخر فيه نفع أكثر للموكل؛ لأن الموكل لو علم بهذه المخالفة لوافق عليها لما فيها من مصلحة له^(١). ومخالفة الوكيل لحدود الوكالة تجوز في القانون المدني إذا كان في المخالفة مصلحة للموكل، وذلك وفقاً للمادة (٩٣١) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

١- انظر: أحكام الوضع الظاهر في عقود المعاوضات المالية، سلامة عبد الفتاح حليبة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٥م، ص ٢٦٣. الوكالة في الشريعة والقانون، محمد رضا، مرجع سابق، ص ٢٧٤.

المطلب الثاني

عقد الوديعة

توطئة: في التعريف بالوديعة في اللغة والاصطلاح والقانون المدني

أولاً: الوديعة في الفقه الإسلامي

أ) في اللغة:

الوديعة في اللغة من ودع «والواو والداو والعين أصل واحد يدل على الترك والتخلية»^(١)، وهي واحدة والجمع الودائع.^(٢) والوديعة من أسماء الأضداد تستعمل في إعطاء المال لحفظه وقبوله^(٣)، «ولكن الفعل في الدفع أشهر»^(٤)، يقال استودعه مالا وأودعه إياه أي دفعه إليه ليكون وديعة، وأودعه أي قبل منه الوديعة^(٥).

فإذاً الوديعة في اللغة تطلق على دفع المال إلى الغير لحفظه، ويناسبه معنى الترك، جاء في المصباح: «الوديعة فعيلة بمعنى مفعولة»^(٦)، أي متروكة عند المستودع، ومنه قوله تعالى: ﴿مَا وَدَّعَكَ رَبُّكَ وَمَا قَلَىٰ﴾^(٧) بتخفيف «ودعك» أي تركك^(٨).

كما تطلق على قبول ذلك المال لحفظه، ويناسبه كذلك معنى السكون والراحة، قيل: ودع يودع دعة ووادعة سكن، وأودع الشيء صانه، وأودع الفرس ونحوه أراحه وصيره إلى الدعة والسكون^(٩).

ب- عند الفقهاء

تطلق «الوديعة» في عرف الفقهاء على معنيين: المعنى الاسمي والمعنى المصدرى. فأما الأول فيراد به العين المودعة (الوديعة)، وأما الثاني فيراد به العقد المقتضى للحفظ (الإيداع)^(١٠).

وقد اختلف الفقهاء - رحمهم الله - في تعريف الوديعة في كلا المعنيين، وذلك تبعاً لاختلافهم في بعض الأحكام المتعلقة بها.

١- معجم مقاييس اللغة، أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط ١، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م، ص ١٠٤٧.

٢- انظر: القاموس المحيط، الفيروز آبادي، مرجع سابق، ج ١ ص ٩٩٤.

٣- انظر: مختار الصحاح، الرازي، مرجع سابق، ج ١ ص ٢٩٧.

٤- المصباح المنير، الفيومي، مرجع سابق، ج ٢ ص ٦٥٢.

٥- انظر لسان العرب، ابن منظور، مرجع سابق، ج ٨ ص ٢٨٦.

٦- المصباح المنير، الفيومي، مرجع سابق، ج ٢ ص ٦٥٢.

٧- سورة الضحى، آية ٣.

٨- التفسير الكبير، الإمام فخر الدين محمد الرازي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م، ج ٣١ ص ١٩٠.

٩- انظر: المعجم الوسيط، مرجع سابق، ج ٢ ص ١٠٢١.

١٠- انظر: التفريط وأثره في العقود، د. مایسه کمال، مرجع سابق، ص ١٠٢.

عند الحنفية:

عرف الحنفية الوديعة في معناها المصدرية بأنها: «تسليط المالك غيره على حفظ ماله صريحاً أو دلالة»^(١).

والتسليط الصريح يكون بصريح الإيجاب والقبول، كأن يقول أحد الطرفين: أودعتك، ويقول الطرف الآخر: قبلت. أما التسليط الدلالي أن يضع عند الرجل متاعاً دون أن يقول شيئاً، أو يقول هذا وديعة عندك، ويسكت الطرف الآخر، فإنه يصير مودعاً حتى لو غاب الآخر فضاء ضمن؛ لأنه إيداع وقبول عرفاً^(٢).

أما الوديعة بالمعنى الاسمي (الشيء المودع) فهو: «المال الذي يوضع لأجل الحفظ»^(٣).

عند المالكية:

للوديعة تعريفان عند المالكية:

- تعريف بالمعنى المصدرية (الإيداع) يفيد أن الوديعة هي: «توكيل بحفظ مال»^(٤)
- تعريف بالمعنى الاسمي مفاده أن الوديعة هي: «مال وكل على حفظه»^(٥).

فأما التعريف الأول فحصر الوديعة بنوع خاص من التوكيل وهو حفظ المال؛ وبذلك لا يكون التوكيل على البيع والشراء والاقضاء والطلاق والنكاح إيداعاً^(٦)، وقوله: «توكيل بحفظ» قيد يخرج به الأمة المتواضعة^(٧)؛ لأن القصد إخبار الأمين بحالها لا حفظها^(٨)، كما يخرج به كل من الإيضاء والوكالة؛ لأنهما توكيل على الحفظ والتصرف^(٩). كما أن قوله: «مال» قيد يخرج به التوكيل بحفظ غير المال، كالتوكيل بحفظ الولد^(١٠).

- ١- مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، عبد الرحمن بن محمد الكلبولي، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٩هـ-١٩٩٨م، خرج آياته وأحاديثه خليل عمران المنصور، ج ٢ ص ٤٦٦.
- ٢- انظر: الفتاوى الهندية، مرجع سابق، ج ٤ ص ٢٢٨.
- ٣- مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، ج ١ ص ١٤٤، مادة ٧٦٣.
- ٤- الخرشى على مختصر خليل، أبو عبد الله محمد الخرشى، دار الفكر، بيروت، ج ٦ ص ١٠٨.
- ٥- حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، علي الصعدي العدوي، ت: يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر، بيروت، ١٤١٢هـ، ج ٢ ص ٣٥٨.
- ٦- انظر: حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ج ٣ ص ٤١٩.
- ٧- الأمة المتواضعة أو المواضعة: هي أن توضع الجارية التي أقر البائع بوطئها على يد أمين رجلاً كان أو امرأة، حتى تعرف براءة رحمها، فإن كان الأمين رجلاً اشترط أن يكون له أهل. انظر: كفاية الطالب الرباني لرسالة أبي زيد القيرواني، أبو الحسن المالكي، ت: الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر، بيروت، ١٤١٢هـ، ج ٢ ص ٢٠٣.
- ٨- شرح مختصر خليل، مرجع سابق، ج ٦ ص ١٠٨.
- ٩- انظر: الشرح الكبير، الدردير، مرجع سابق، ج ٣ ص ٤١٩.
- ١٠- نفسه.

ويدخل في التعريف السابق إيداع الوثائق بذكر الحقوق؛ لأنها تتضمن المال وتحفظ لأجله^(١).

وعُرفت الوديعة كذلك في معناها المصدرية أنها «نقل مجرد حفظ ملك يُنقل»^(٢).

قوله «نقل مجرد حفظ» خرج به الوكالة والإيضاء؛ لأن فيهما نقل الحفظ مع التصرف، كما خرج إيداع الأب ولده بقوله «ملك»، وفي قوله «ينقل» قيد يخرج به ما لا ينقل من الأصول كالعقار^(٣).

وأما تعريف الوديعة بالمعنى الاسمي فهي: «مال وكل على مجرد حفظه»^(٤). وقد أخذ هذا التعريف من المعنى المصدرية؛ لأن كون الإيداع توكيلاً على مجرد حفظ المال، فإن الوديعة تكون مالا وكل على حفظه^(٥).

عند الشافعية:

جمع بعض فقهاء الشافعية بين المعنى المصدرية والاسمي للوديعة، فقالوا هي: «العقد المقتضي للاستحفاظ أو العين المستحفظة به حقيقة فيهما»^(٦).

يلاحظ من التعريف السابق أن لفظ «توكيل» قيد خرج به اللقطة والأمانات الشرعية^(٧) كثوب طيّره الريح ونحوه؛ لأنه مال ضائع مغاير لحكم الوديعة^(٨).

عند الحنابلة:

عرف الحنابلة الوديعة بمعنى الإيداع (المعنى المصدرية) أنها «توكيل في الحفظ تبرعاً»^(٩).

وقيل هي «توكيل رب المال جائز التصرف في حفظه تبرعاً من الحافظ»^(١٠).

يلاحظ من التعريفين السابقين اشتراط الحنابلة عدم أخذ أجره على الإيداع؛ لأنهم يعتبرونه من عقود التبرعات.

- ١- انظر: مواهب الجليل، محمد المغربي، مرجع سابق، ج ٥ ص ٢٥٠.
- ٢- شرح ميارة الفاسي، محمد بن أحمد، مرجع سابق، ج ٢ ص ٢١٤.
- ٣- نفسه.
- ٤- الشرح الكبير، الدردير، مرجع سابق، ج ٢ ص ٤١٩.
- ٥- انظر: شرح مختصر خليل، مرجع سابق، ج ٦ ص ١٠٨.
- ٦- حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب (التجريد لنفع العبيد)، سليمان بن عمر بن محمد البجيرمي، المكتبة الإسلامية، ديار بكر، تركيا، ج ٢ ص ٢٩٠ - ٢٩١.
- ٧- حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب، البجيرمي، مرجع سابق، ج ٢ ص ٢٩١.
- ٨- مغني المحتاج، الشرييني، مرجع سابق، ج ٣ ص ٧٩.
- ٩- الروض المربع شرح زاد المستقنع، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، ١٣٩٠، ج ٢ ص ٤١٦.
- ١٠- كشاف القناع، البهوتي، مرجع سابق، ج ٤ ص ١٦٧.

وقالوا الوديعة بمعنى الاستيداع هي: «توكل جائز التصرف في حفظه كذلك بغير تصرف»^(١).

أما الوديعة بالمعنى الاسمي فهي: «المال أو المختص المدفوع من جائز التصرف إلى من يحفظه»^(٢).

في قوله «المال أو المختص» قيد خرج به الكلب الذي لا يقتنى والخمر ونحوهما مما لا يحترم^(٣)، كما أن لفظ «المدفوع» قيد في التعريف يخرج به «ما ألقته الريح إلى داره من ثوب أو غيره، ويخرج ما أخذ بالتعدي. ولفظ «يحفظه» قيد يخرج به العارية.

يلاحظ مما سبق أن الفقهاء - رحمهم الله - اتفقوا في أمور عدة عند تعريفهم للوديعة، كاتفاقهم على أن الإيداع نوع خاص من أنواع التوكيل؛ لأنه توكيل على خصوص حفظ المال^(٤)، وأن الغرض الأساس من الوديعة هو الحفظ؛ فتميزت بذلك عن غيرها من العقود كالإيجار والعارية وغيرهما. واتفقوا كذلك على جواز إيداع المال عقاراً أو منقولاً^(٥).

إلى جانب اتفاقهم على تلك الأمور اختلفوا في إيداع الأشياء النجسة، كالكلب المعلم، والجلد الذي يظهر بالدباغ والخمر المحترمة، حيث لم يجز إيداعها إلا الشافعية^(٦) والحنابلة^(٧).

ثانياً: الوديعة في القانون المدني

وضع قانون المعاملات الإماراتي الوديعة ضمن عقود العمل، وعرفها في المادة (٩٦٢) على الوجه الآتي: «١- الإيداع عقد يخول به المودع شخصاً آخر حفظ ماله ويلتزم هذا الشخص بحفظ هذا المال ورده عيناً. ٢- والوديعة هي المال المودع عند أمين لحفظه».

نص القانون على معنيين لعقد الوديعة: المعنى الاسمي (الوديعة)، والمعنى المصدرى (الإيداع)، موافقاً بذلك منهج أهل الفقه في تعريفهم للوديعة.

ويلاحظ من التعريف السابق ما يلي^(٨):

١- نفسه.

٢- مطالب أولي النهى، السيوطي، ج ٤ ص ١٤٧.

٣- نفسه.

٤- أحكام الوديعة في الفقه الإسلامي، خليل محمد مصطفى نصار، رسالة دكتوراه، جامعة الأزهر، ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م، ص ٢٠.

٥- انظر: أحكام وديعة الصكوك، إبراهيم أحمد البسطوي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٦م، ص ٢٤ ولم يخالف ذلك إلا ابن عرفة من المالكية الذي قيد الوديعة بالمنقول دون العقار، حيث عرف الوديعة بأنها «نقل مجرد حفظ ملك يُنقل» انظر: شرح ميارة، أبو عبد الله المالكي مرجع سابق، ج ٢ ص ٣١٤.

٦- انظر: نهاية المحتاج، الرملي، مرجع سابق، ج ٦ ص ١١٠.

٧- انظر: كشاف القناع، البهوتي، مرجع سابق، ج ٤ ص ١٦٦.

٨- انظر: الوسيط، السنهوري، مرجع سابق، ج ٧، المجلد الأول، ص ٦٧٦-٦٨٢. صلاحية الأشياء القابلة للاستهلاك للتعاقد، د. صابر محمد، مرجع سابق، ص ١٢٤-١٢٥. الموسوعة الجامعة في التعليق على القانون المدني، قمر محمد موسى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٢م، ص ٤٥٣٦-٤٥٣٧.

- أولاً: أن الوديعة عقد رضائي وليست عقداً شكلياً، بمعنى انعقادها بمجرد التراضي بين الطرفين، ويتوافق وتطابق الإرادتين يكون تسلم الشيء المودع التزاماً في ذمة المودع عنده. جاء في المادة (٩٦٣) من القانون المدني الإماراتي: «يتم الإيداع بقبض الوديعة حقيقة أو حكماً».

- ثانياً: الوديعة في الأصل من عقود التبرع شأنها في ذلك شأن الوكالة جاء في المادة (٩٦٥) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي: «ليس للمودع عنده أن يطلب أجره على حفظ الوديعة أو أجره للمحل الذي وضعت فيه إلا إذا اشترط ذلك عند الإيداع أو جرى عرف خاص به». وتكون من عقود المعاوضة إذا اشترط فيها الأجر. والوديعة غير المأجورة كالعارية من عقود التفضل لا من الهبات.

- ثالثاً: الوديعة في الأصل عقد ملزم لجانب واحد، وهو جانب المودع عنده الذي يلتزم بتسليم الشيء المودع وحفظه ومن ثم رده. ولكن قد يتغير هذا الأصل، وذلك في حال كون الوديعة مأجورة فيلتزم المودع بالأجر، فتكون الوديعة في هذه الحالة عقداً ملزماً للجانبين.

- رابعاً: أن الالتزام بحفظ الشيء المودع هو الغرض الأساس من عقد الوديعة، وهذا ما يميزه عن غيره من العقود، كعقد الإجارة الذي يلتزم المستأجر فيه بحفظ الشيء المستأجر، وعقد الإعارة الذي يلتزم المستعير فيه بحفظ الشيء المعار، والوكالة التي يلزم الوكيل فيها بحفظ مال موكله، وغيرها من العقود، دون أن يكون الالتزام بالحفظ هو المغزى الأساس للعقد، حيث إن الغرض من الإجارة هو الانتفاع بالعين المؤجرة، وفي العارية الانتفاع من المعار، والوكالة غرضها الأساس القيام بعمل معين وهكذا، فكان الالتزام بالحفظ تبعاً للمغزى الأساس، في حين أن أساس عقد الوديعة هو حفظ الشيء المودع^(١).

- خامساً: الوديعة يتغلب فيها الاعتبار الشخصي، والذي يبرز في شخص المودع عنده أكثر من شخص المودع، وبذلك لا يجوز للمودع عنده أن يحل غيره محله في حفظ الوديعة دون إذن صريح من المودع إلا في حال الضرورة الملجئة.

- سادساً: الوديعة عقد غير ملزم من جانب المودع الذي يستطيع أن يسترد الشيء المودع في أي وقت يشاء حتى لو كان قبل انقضاء الأجل المحدد ما لم يكن الأجل في مصلحة المودع عنده.

- سابعاً: التزام المودع عنده برد الشيء المودع ذاته، فلا يحق له استعماله على أن يرد مثله،

١- انظر: الوسيط، السنهوري، مرجع سابق، ج ٧، المجلد الأول، ص ٦٧٨. صلاحية الأشياء القابلة للاستهلاك للتعاقد في القانون المدني والفقه الإسلامي، د. صابر محمد محمد سيد، مطبعة ومكتبة الصفا والمروة، أسيوط، ط ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م، ص ١٢٤.

والا اعتبر قرضاً، والذي يميز بين القرض والوديعة كون القرض نقل ملكية الشيء على أن يرد مثله، في حين أن الوديعة لا تنقل ملكية الشيء ولا يجوز استعماله ويجب رد عينه.

ثالثاً: الموازنة بين الفقه الإسلامي وقانون المعاملات

اتفق القانونيون مع ما ذهب إليه الفقهاء - رحمهم الله - في إيراد معنيين لعقد الوديعة، المعنى الاسمي والذي يراد به العين المودعة (الوديعة) والمعنى المصدرى والذي يراد به العقد المقتضى للحفظ (الإيداع). واتفقوا كذلك في كون حفظ الوديعة هو الغرض الأساس في عقد الوديعة. إلى جانب اتفاقهم مع ما ذهب إليه الفقهاء - رحمهم الله - في أن الأصل في الوديعة التبرع بالحفظ، مع جواز أخذ الأجر عليه في حال اشتراط ذلك، باستثناء الحنابلة الذين رأوا عدم جواز أخذ الأجر في عقد الوديعة.

في حين ورد اختلاف فيما ذهب إليه الفقهاء - رحمهم الله - في كون عقد الوديعة نوعاً من أنواع الوكالة، وهذا لم يرد في القانون.

الفرع الأول: التزام الوديع بالحفظ في الفقه الإسلامي

اتفق الفقهاء من الحنفية^(١) والمالكية^(٢) والشافعية^(٣) والحنابلة^(٤) على أنه يجب على الوديع حفظ الوديعة وصيانتها من الهلاك، فإن قصر في حفظها أو تعدى عليها فهلكت وجب عليه ضمانها. جاء في كتاب الإشراف على مذاهب أهل العلم: «أجمع أهل العلم على أن على المودع إحراز الوديعة وحفظها»^(٥).

واستدلوا على ذلك بالكتاب والسنة والمعقول:

• فأما الكتاب:

١- قال الله تعالى: ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا ﴾^(٦).

وجه الدلالة: أن الله سبحانه وتعالى يأمرنا برد الأمانات إلى أصحابها^(٧)، وهذا لا يتحقق

إلا بحفظها^(١)، والتفريط في الحفظ يؤدي إلى إيجاب الضمان.

٢- قال تعالى: وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ^(٢)

وجه الدلالة: يأمر الله سبحانه وتعالى عباده «بالمعاونة على فعل الخير وهو البر»^(٣)، ومن البر إعانة المسلم لحفظ ماله^(٤).

• وأما السنة:

١- ما روي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «المسلمون على شروطهم»^(٥).

وجه الدلالة:

في الحديث إشارة إلى ضرورة الالتزام بالشروط، والمودع ملتزم بحفظ الوديعة بموجب عقد الإيداع، فلزم عليه الوفاء بهذا الشرط، جاء في البدائع: «لأن الإيداع من جانب المالك استحفاظ ومن جانب المودع التزام الحفظ وهو من أهل الالتزام فيلزمه لقوله عليه الصلاة والسلام: المسلمون عند شروطهم»^(٦).

• وأما المعقول:

فهو أن المقصود من «الإيداع الحفظ، والاستيداع التزام بذلك، فإذا لم يحفظها لم يفعل ما التزمه»^(٧).

فاستنتج مما سبق التزام الوديع بحفظ الوديعة، أما عن كيفية هذا الحفظ فإنه لا خلاف بين الفقهاء في أن على الوديع حفظ الوديعة وصونها بما يحفظ به ماله^(٨). ولكن فرق الفقهاء - رحمهم الله - بين ما إذا عين له صاحبها حرزاً أم لا.

١- انظر: كشاف القناع، البهوتي، ج ٤ ص ١٦٨.

٢- سورة المائدة، آية ٢.

٣- تفسير القرآن العظيم، إسماعيل بن عمر بن كثير الدمشقي أبو الفداء، دار الفكر، بيروت، ١٤٠١هـ، ج ٢ ص ٧.

٤- انظر: تحفة الفقهاء، علاء الدين السمرقندي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٤م، ج ٣ ص ١٧١.

٥- أخرجه الترمذي في سننه، كتاب الأحكام، باب ما ذكر في الصلح بين الناس، رقم الحديث ١٢٥٢، قال أبو عيسى: حسن صحيح، ج ٣ ص ٦٣٤.

٦- بدائع الصنائع، الكاساني، مرجع سابق، ج ٦ ص ٢٠٧.

٧- شرح منتهى الإرادات، البهوتي، ج ٢ ص ٣٥٢-٣٥٣.

٨- انظر: بداية المجتهد، ابن رشد، مرجع سابق، ج ٢ ص ٢٢٤. البحر الرائق، ابن نجم، مرجع سابق، ج ٧ ص ٢٧٤. المغني، ابن قدامة، مرجع سابق، ج ٦ ص ٣٠١.

أولاً - إذا عين صاحبها حرزاً لها:

إذا عين المودع حرزاً للوديعة، كأن يقول للوديعة، كأن يقول للوديعة احفظها في البيت أو في هذا المكان، فإن الوديع يُلزم بالتقيد بالمكان المحدد، وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من الحنفية^(١) والمالكية^(٢) والشافعية^(٣) والحنابلة^(٤)، فإن نقلها إلى حرز دونه ضمن؛ لأنه من اشترط حرزاً ورضي به لم يرض بما دونه، أما إذا نقلها إلى مثل ذلك الحرز، أو إلى ما هو أحرز منه لم يضمن؛ لأنه من رضي بحرر رضي بمثله وبما هو أحرز منه.

ثانياً - إذا لم يعين صاحبها حرزاً لها:

في حال لم يعين المودع حرزاً للوديعة فإن الوديع مُلزم أن يحفظها في حرز مثلاً^(٥)، وهذا باتفاق الفقهاء - رحمهم الله -^(٦)، فإن وضعها في حرز دون حرز مثلها كوضع النقود والمجوهرات في إسطنبول الدواب^(٧)، أو في صندوق غير مغلق ضمن؛ لأن الإيداع يقتضي الحفظ، فلما أطلق الإيداع دون ذكر حرز، حمل على المتعارف عليه وهو حرز المثل^(٨). وإن وضعها في حرز فوق حرز مثلها لم يضمن؛ لأن من رضي بحرر المثل رضي بما فوقه^(٩).

وإن أحرزها من غير عذر فتلفت لزمه الضمان؛ لأنه ترك حفظه من غير عذر فكان مفرضاً فلزمه الضمان^(١٠).

وفي هذا المقام - حفظ الوديعة - تناول الفقهاء - رحمهم الله - الكثير من المسائل التي فصلت الحديث عن كيفية حفظ الوديعة، وسوف أقوم هنا بتناول هذه المسائل باختصار:

صور حفظ الوديعة

المسألة الأولى: دفع الوديع الوديعة إلى أحد عياله^(١١)

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية^(١٢) والمالكية^(١٣) والحنابلة^(١٤) - رحمهم الله - إلى أن للوديع أن يحفظ الوديعة بنفسه أو يحفظها عند من يأتونه على حفظ ماله من عياله^(١٥)، كأن يحفظها عند زوجته وولده وخادمه. فإن دفعها إلى أحد منهم فلا ضمان عليه. وذهب الشافعية - رحمهم الله جميعاً - إلى أن الوديع إن وضع الوديعة عند غيره دون عذر ومن غير إذن المودع، فإنه يكون ضامناً، سواء كان هذا الغير أحداً من عياله أو كان أجنبياً؛ لأن المودع رضي بأمانته لا بأمانة غيره^(١٦).

المسألة الثانية - دفع الوديعة إلى أجنبي

اتفق جمهور الفقهاء^(١٧) - رحمهم الله - على أنه ليس للوديع أن يودع الوديعة عند غيره - ممن ليس من عياله - دون إذن المودع، ومن غير عذر^(١٨)، وإلا كان ضامناً، وإن كان ذلك الغير أميناً؛ لأن المودع رضي بحفظه وأمانته دون غيره، ولأن الناس متفاوتون في الحفظ والأمانة. وقد استثنيت حالة العذر؛ لأن دفعه الوديعة لغيره في حالة عذر يعتبر طريقة للحفظ، فكان مأذوناً به من المالك دلالة فلا يضمن^(١٩).

ولكنهم اختلفوا في الأجنبي الذي سيودع عنده الوديعة في حال العذر، فذهب الحنفية^(٢٠)

١- يراد بالعيال من يسكن معه حقيقة أو حكماً لا من يمونه. البحر الرائق، ابن نجيم، مرجع سابق، ج ٧ ص ٢٧٤.

٢- انظر: بدائع الصنائع، الكاساني، مرجع سابق، ج ٦ ص ٢٠٨.

٣- انظر: حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ج ٢ ص ٤٢٢.

٤- انظر: الإنصاف، المرادوي، مرجع سابق، ج ٦ ص ٣٢٤.

٥- وإن دفعه إلى غير أمين من عياله ضمن. انظر: التاج والإكليل لمختصر خليل، محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري أبو عبد الله، دار الفكر، بيروت، ط ٢، ١٣٩٨ هـ، ج ٥ ص ٢٥٧. البحر الرائق، ابن نجيم، مرجع سابق، ج ٧ ص ٢٧٤.

٦- انظر: روضة الطالبين وعمدة المفتين، النووي، المكتب الإسلامي، بيروت، ط ٢، ١٤٠٥ هـ، ج ٦ ص ٣٢٧. كفاية الأختار في حل غاية الاختصار، تقي الدين أبي بكر بن محمد الحسيني الحصريي الدمشقي الشافعي، ت: علي عبد الحميد بلطجي ومحمد وهبي سليمان، دار الخير، دمشق، ط ١، ١٩٩٤ م، ج ١ ص ٣٢٢.

٧- إلا ابن أبي ليلى فإنه خالفهم في ذلك، ورأى أن له إيداعها عند أجنبي من غير عذر، وحجته في ذلك أن للمودع أن يحفظ الوديعة على الوجه الذي يحفظ به ماله، والشخص يودع مال نفسه عند أجنبي، فكذلك له أن يودع الوديعة عند غيره، ولا يكون ضامناً لها. انظر: المبسوط، السرخسي، مرجع سابق، ج ١١ ص ١١٢.

٨- العذر كأن يقع في الدار حريق، أو يكون المودع في سفينة فخاف الغرق، ولا يعتبر السفر عذراً. انظر: بدائع الصنائع، الكاساني، مرجع سابق، ج ٦ ص ٢٠٨.

٩- انظر: التاج والإكليل، العبدري، مرجع سابق، ج ٥ ص ٢٥٧. بدائع الصنائع، الكاساني، مرجع سابق، ج ٦ ص ٢٠٨. المهذب، الشيرازي، مرجع سابق، ج ١ ص ٣٦١. كشف القناع، البهوتي، مرجع سابق، ج ٤ ص ١٧٣.

١٠- انظر: البحر الرائق، ابن نجيم، مرجع سابق، ج ٧ ص ٢٧٥. بدائع الصنائع، الكاساني، مرجع سابق، ج ٦ ص ٢٠٨.

والمالكية^(١) - رحمهم الله - إلى أن له أن يودعها أميناً ولا ضمان عليه في ذلك، سواء كان عنده المقدرة على دفعها للحاكم أو لم يكن عنده المقدرة على ذلك؛ لأنه أودعه عند الحاجة لثقة.

أما الشافعية^(٢) والحنابلة^(٣) - رحمهم الله - فكان لهم بدائل أخرى مرتبة في حال تعذر احتفاظ الوديع بالوديعة لعذر، فقالوا: إن كان له عذر فإنه بدايةً يجب أن يردّها إلى المودع أو وكيله، فإن تعذر عليه ذلك فإنه يدفعها إلى القاضي، فإن لم يجد قاضياً دفعه إلى أمين. ويجب على الوديع أن يتقيد بهذا الترتيب وإلا كان ضامناً، فمثلاً إذا دفعها إلى قاضي أو شخص أمين مع قدرته على دفعها إلى مالكةا أو وكيله ضمن، وإن دفعها لأمين مع القدرة على دفعها للقاضي ضمن.

المسألة الثالثة - استعمال الوديعة:

اتفق الفقهاء - رحمهم الله - على جواز استعمال الوديعة من قبل الوديع في حال أذن المالك له بذلك^(٤).

أما في حال استعمال الوديع الوديعة بغير إذن صاحبها، فإن الفقهاء - رحمهم الله - اتفقوا على كون هذا الفعل تعدياً منه ويستوجب عليه الضمان^(٥).

المسألة الرابعة - السفر بالوديعة:

لا خلاف بين الفقهاء - رحمهم الله - في أن للوديع أن يسافر بالوديعة في حال أذن المودع له بذلك^(٦). أما في حال ما لم يأذن له بالسفر بها، فالفقهاء - رحمهم الله - اختلفوا في ضمانه على أربعة أقوال:

- القول الأول: للحنفية - رحمهم الله -، الذين فرقوا بين حالات يضمن فيها الوديع عند السفر

١- انظر: الكافي في فقه أهل المدينة، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر القرطبي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٤٠٧هـ، ص ٤٠٣. بداية المجتهد، ابن رشد، مرجع سابق، ج ٢ ص ٢٢٤. غير أن المالكية اشترطوا الإشهاد بالعذر؛ لأنه لا يصدق في إرادة السفر أو خوف عورة المنزل إلا ببينة. جاء في التاج والإكليل: «وإن أودع بسفر وجب الإشهاد بالعذر»، ج ٥ ص ٢٥٧.

٢- انظر روضة الطالبين، النووي، مرجع سابق، ج ٦ ص ٣٢٨.

٣- انظر: المغني: ابن قدامة، مرجع سابق، ج ٦ ص ٣٠٢.

٤- الإفتاح، محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، ط ١، ١٤٠٨هـ، ج ٢ ص ٤٠٥.

٥- انظر: الكافي، ابن عبد البر، مرجع سابق، ص ٤٠٤. بدائع الصنائع، الكاساني، مرجع سابق، ج ٦ ص ٢١١. روضة الطالبين، النووي، مرجع سابق، ج ٦ ص ٢٣٤. المبدع في شرح المقنع، إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح الحنبلي أبو إسحاق، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٤٠٠هـ، ج ٥ ص ٢٣٩.

وقد قيد الشافعية والحنابلة تضمين الوديعة عند استعماله بغير إذن: أن يكون الوديع استعمله لنفسه، أما استعماله لعذر، كلبس الثوب لدفع الفساد عنه، أو ركب الدابة ليعلفه أو يسقيه، فلا ضمان عليه. انظر: روضة الطالبين، النووي، مرجع سابق، ج ٦ ص ٢٣٤. كشف القناع، البهوتي، مرجع سابق، ج ٤ ص ١٧٦.

٦- انظر: الفواكه الدواني، القيرواني، مرجع سابق، ج ٢ ص ١٧١. حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، ج ٨ ص ٣٦١. مغني المحتاج، الشرييني، مرجع سابق، ج ٢ ص ٨٣. كشف القناع، البهوتي، مرجع سابق، ج ٤ ص ١٧٤.

بالوديعة، وحالات لا يضمن فيها، فقالوا: يضمن في حال لم يأذن صاحب الوديعة بالسفر بها، أو حدد مكاناً لحفظها، أو كان الطريق مخوفاً غير آمن. ولا يضمن إذا أمر بالحفظ مطلقاً، أو كان السفر ضرورياً^(١).

- القول الثاني: للمالكية - رحمهم الله -، ويرى أصحاب هذا القول أن السفر بالوديعة دون إذن مالكةا تعد يستوجب الضمان، إلا في حال لم يجد من يأمنه على الوديعة، أو عاد بها سالمة فلا ضمان عليه^(٢).

- القول الثالث: للشافعية - رحمهم الله -، ويرى أصحابه أن الوديع إن عزم السفر فإنه يستوجب عليه رد الوديعة إلى مالكةا أو وكيله، فإن تعذر عليه ردها إليهما دفعها إلى الحاكم أو إلى أمين، وإلا كان ضامناً.

أما في حال تعذر عليه دفعها لأي من هؤلاء جاز له السفر بها، ولا يكون ضامناً؛ حتى لا ينقطع الوديع عن مصالحه، وينفر الناس من قبول الودائع. كما رأى أصحاب هذا القول أن على الوديع السفر بالوديعة في حال الخوف عليها من حريق أو غارة أو غير ذلك؛ وإلا كان مضيعاً لها^(٣).

- القول الرابع: للحنابلة - رحمهم الله -، الذين ذهبوا إلى جواز السفر بالوديعة مع حضور صاحبها، بشرط ألا يخاف عليها من السفر، ويكون السفر أحفظ لها من البقاء، وأذن صاحبها له بالسفر بها، وإن لم يكن لسفره ضرورة.

في حين لا يجوز له السفر بها ويكون ضامناً إذا لم يكن السفر أحفظ لها من إبقائها، أو استوى الأمران، وكذلك إذا ناهى صاحب الوديعة عن السفر بها، إلا إذا وُجد عذرٌ لسفره، كجلاء أهل البلد أو حريق أو غارة وغير ذلك، فلا يكون ضامناً لها؛ لأنه موضع حاجة، وإن تركها في هذه الحالة فتلفت ضمن لتركه الأصح^(٤).

١- انظر: الفتاوى الهندية، مرجع سابق، ج ٤ ص ٣٤٢. ورأى الإمام أبو حنيفة أن للوديع السفر بالوديعة وإن كان لها حمل ومؤنة، في حين أن الصاحبين أبا يوسف ومحمد ذهبوا إلى أنه لا يجوز للوديع أن يسافر بالوديعة التي له حمل ومؤنة؛ لما في ذلك من ضرر بالمالك. انظر: بدائع الصنائع، الكاساني، مرجع سابق، ج ٦ ص ٢٠٩.

٢- انظر: التاج والإكليل، العبدري، مرجع سابق، ج ٥ ص ٢٥٤. شرح مختصر الخليل، مرجع سابق، ج ٦ ص ١٠٩.

٣- انظر: روضة الطالبين، النووي، مرجع سابق، ج ٦ ص ٣٢٩. مغني المحتاج، الشرييني، مرجع سابق، ج ٢ ص ٨٢.

٤- انظر: كشف القناع، البهوتي، مرجع سابق، ج ٤ ص ١٧٤.

وخالف ابن قدامة ما عليه المذهب من جواز السفر به حال حضور صاحبها وإمكان ردها عليه أو على وكيله، جاء في المغني: «ويقوى عندي أنه متى سافر بها مع القدرة على تسليمها لمالكها أو نائبه بغير إذن فهو مفرط عليه الضمان؛ لأنه يفوت على صاحبها إمكان استرجاعها ويخاطر بها، فإن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «إن المسافر وماله لعلني قلت، إلا ما وقى الله»؛ أي على الهلاك. ولا يلزم من الإذن في إمساكها على وجه لا يضمن هذا الخطر ولا يفوت إمكان ردها على صاحبها الإذن فيما يتضمن ذلك، فأما مع غيبة المالك ووكيله فله السفر بها إذا كان أحفظ لها؛ لأنه وضع حاجته فيختار فعل ما فيه الحظ». المغني، ابن قدامة، مرجع سابق، ج ٦ ص ٢٠٣.

المسألة الخامسة - إتلاف الوديعة:

أجمع الفقهاء - رحمهم الله - على حرمة إتلاف الوديعة - في حالة الاختيار - بحرقها أو إلقائها في البحر وغير ذلك مما يسبب ضياعها^(١).

وحجتهم في ذلك نهي الرسول - صلى الله عليه وسلم - عن إضاعة المال^(٢). وقوله - صلى الله عليه وسلم - : «كل المسلم على المسلم حرام، دمه وماله وعرضه»^(٣).

واختلف الفقهاء - رحمهم الله - في ضمان الوديعة للوديعة التي أتلّفها ثم رد بدلها، فكان لهم في ذلك قولان:

- القول الأول: لجمهور الفقهاء من الحنفية^(٤) والشافعية^(٥) والحنابلة^(٦) - رحمهم الله -، الذين ذهبوا إلى بقاء ضمانه لها.

- القول الثاني: للمالكية^(٧) - رحمهم الله -، الذين فرقوا فيما إذا كانت الوديعة دنانير أو دراهم أو طعاماً أو نحو ذلك مما يكال أو يوزن، فإن استهلكها الوديع ثم رد بدلها لم يضمن وإن تلفت بعد ذلك؛ لأنها أشياء لا تتعين. أما إذا كانت ثياباً أو عروضاً، فإن الوديع يكون ضامناً لها، سواء رد بدلها أم لا؛ لأنها تتعين.

المسألة السادسة - خلط الوديعة بغيرها:

اتفق الفقهاء - رحمهم الله - على أن الوديعة إن وُضعت مع ما يمكن تمييزها عنه، فإن الوديع لا يلزمه الضمان؛ لإمكان فصلها وردّها بعينها لصاحبها، كتركها في صندوق وفيه أكياس له، أو كخلط دراهم بدنانير، أو بيضاً بسود.^(٨)

١- انظر: الإشراف على مذاهب أهل العلم، ابن المنذر، مرجع سابق، ج ١ ص ٢٦٤.

وكان لابن عبد البر رأي آخر في حال امتلاك الوديع مالاً مأموناً يرجع إليه عند تلف الوديعة بتعديه، فقال: «لا يجب لأحد أن يتعدى في وديعة عنده، فيتلفها، إلا أن يكون له مال مأمون يرجع إليه إن تلفت الوديعة بتعديه، وترك التعدي في الوديعة أفضل» انظر: الكافي، ابن عبد البر، مرجع سابق، ص ٤٠٤.

٢- وذلك في الحديث الذي أخرجه الإمام البخاري في صحيحه، كتاب الخصومات، باب من رد أمر السفية وضعيف العقل، ج ٢ ص ٨٥٠.

٣- أخرجه الإمام مسلم في صحيحه، كتاب بر الوالدين وأنهما أحق بهما، باب تحريم ظلم المسلم وخذله واحتقاره ودمه وعرضه وماله، ج ٤ ص ١٩٨٦، رقم الحديث ٢٥٦٤.

٤- انظر: البحر الرائق، ابن نجيم، مرجع سابق، ج ٧ ص ٢٧٧.

٥- انظر: الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي الماوردي، مرجع سابق، ج ٧ ص ١٢٤.

٦- انظر: المغني، ابن قدامة، مرجع سابق، ج ٦ ص ٣١٠.

٧- انظر: الكافي، ابن عبد البر، مرجع سابق، ص ٤٠٤.

٨- انظر: الشرح الكبير، الدردير، مرجع سابق، ج ٢ ص ٤٢٠. البحر الرائق، ابن نجيم، مرجع سابق، ج ٧ ص ٢٧٧. إغاثة الطالبين، محمد شطا الدمياطي، مرجع سابق، ج ٢ ص ٢٤٧. المغني، ابن قدامة، مرجع سابق، ج ٦ ص ٢٠٢.

أما في حال خلط الوديعة بما لا يمكن تمييزها عنها، بحيث يعسر تفريقها عنه، فإن الفقهاء - رحمهم الله - فرقوا فيما إذا أذن صاحب الوديعة بذلك أم لم يأذن، وذلك على النحو التالي:

أولاً - خلط الوديعة بإذن صاحبها:

كان للحنفية - رحمهم الله - أقوالٌ ثلاثة^(١) في خلط الوديع الوديعة بماله بإذن صاحبها، وذلك كالتالي:

- قول الإمام أبي حنيفة - رحمه الله -: وهو أن الخالط يكون مالكاً للمخلوط، ويضمن للمودع حقه.

- قول محمد - رحمه الله -: وهو اشتراك كل من صاحب الوديعة والوديعة في المخلوط، فإن هلك الوديعة بلا تعدٍ منه ولا تقصير، فلا ضمان عليه.

- قول أبي يوسف - رحمه الله -: وهو إتباع القليل للكثير، بمعنى أن من كان ماله أكثر كان المخلوط له، ويضمن للآخر حقه.

الحالة الثانية - خلط الوديعة بغير إذن صاحبها:

اختلف الفقهاء - رحمهم الله - في خلط الوديع للوديعة بماله بغير إذن صاحبها على قولين:

- القول الأول: لجمهور الفقهاء من الحنفية^(٢) والشافعية^(٣) والحنابلة^(٤) - رحمهم الله -، وأصحابه يرون أن خلط الوديع الوديعة بماله، بحيث يتعسر معه التمييز بين ماله والوديعة يوجب عليه الضمان، سواء خلطها بمثلها أو دونها أو أجود منها، من جنسها كخلط الدراهم بالدراهم؛ لأنه يتعذر به على المالك الوصول إلى عين ملكه، أو من غير جنسها، كخلط الحنطة بالشعير؛ لأنه يتعذر على المالك الوصول إلى عين ملكه إلا بحرج.

- القول الثاني: للمالكية^(٥) - رحمهم الله - الذين يرون أن الوديع ضامن في حال خلط الوديعة بما لا يماثل جنسها، كخلط القمح بالشعير؛ لأنه لا يستطيع تخليصها. أما إذا خلطها بجنسها المماثل في الجودة والحال، لم يضمن إذا خلطها على وجه الرفق والحرز، وإذا خلطها بجنسها ولكن اختلفت في الجودة والحال ضمن.

١- انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق، ج ٢ ص ٢٦٢. الفتاوى الهندية، مرجع سابق، ج ٤ ص ٣٤٩.

٢- انظر: البحر الرائق، ابن نجيم، مرجع سابق، ج ٧ ص ٢٧٦. المبسوط، السرخسي، مرجع سابق، ج ١١ ص ١١٠.

٣- انظر: مغني المحتاج، الشربيني، مرجع سابق، ج ٢ ص ٨٩.

٤- انظر: كشاف القناع، البهوتي، مرجع سابق، ج ٤ ص ١٧٦.

٥- انظر: التاج والإكليل، العبدري، مرجع سابق، ج ٥ ص ٢٥٢. المدونة الكبرى، مالك بن أنس، دار صادر، بيروت، ج ١٥ ص ١٤٦.

المسألة السابعة - تضييع الوديعة:

يلتزم الوديع بمقتضى عقد الوديعة بالمحافظة على الوديعة وحمايتها من كل ما يسبب تلفها وضياعها. وقد ذكر الفقهاء - رحمهم الله - صوراً كثيرة لتضييع الوديعة، ومن هذه الصور^(١) ^(٢):

١- إذا سلم الوديع البيت - الذي يحفظ فيه الوديعة - لآخر ليحفظه، والوديعة في مكان يسهل فتحه، يضمن.

٢- إذا ترك باب البيت مفتوحاً ويدخله أناسٌ كثيرون، ولا يُحفظ في الدار شيءٌ بدخولهم، ضمن.

٣- أن يطلع الوديع على ثقب معروف في بيته ولم يسده، وصاحب الوديعة لم يعلم به، فأفسد الفأر الوديعة.

٤- إذا جعل الوديعة في جيبه، وحضر مجالس فسق فضاعت بسرقة أو سقوط ضمن، وإن ضاعت بعد أن زال عقله.

٥- أن يخالف المودع في كيفية حرزها مما يدل اللص عليها، بأن يضع لها قفلاً وقد نهى عنه صاحبها، أو يضعها في صندوق نحاس، وقد أمر أن يضعها في صندوق فخار.

٦- إذا دفنها ولم يعلم بها أحداً يأمنه على ماله، أو لم يخلف أحداً في منزله يحفظه فهلكت يضمن.

٧- إذا لم يضع الوديعة في حرز مثلها ضمن؛ لأنه مفروط. وإذا وضعها في حرز دون الذي عينه صاحبها، ضمن.

المسألة الثامنة - المخالفة في كيفية الحفظ:

ذكرنا سابقاً أن الوديع يحفظ الوديعة ويصونها بما يحفظ به ماله، وذلك في حال ترك صاحبها له كيفية الحفظ، أما إذا اشترط عليه كيفية حفظها فإن الوديع يجب عليه الالتزام بشرطه، واختلف الفقهاء - رحمهم الله - فيما يعتبر من الشروط وما لا يعتبر، وتباينت أقوالهم فيما يصدق عليه أنه مخالفة لأمره الواجب تنفيذه وما لا يكون، وذلك على النحو التالي:

- **القول الأول** للحنفية الذين ذهبوا إلى أن كل شرط يمكن مراعاته ومفيد، وجب اعتباره والعمل به، أما ما لم يكن مفيداً ولا يمكن مراعاته فهو هدر. كمن يشترط عليه أن يمسكه

١- ذكر الفقهاء - رحمهم الله - صوراً كثيرة اكتفيت بذكر بعضها للاختصار.

٢- انظر: الفتاوى الهندية، مرجع سابق، ج ٤ ص ٣٤٥. الشرح الكبير، الدردير، مرجع سابق، ج ٣ ص ٤٢٣. التاج والإكليل، العبدري، مرجع سابق، ج ٥ ص ٢٥٥-٢٥٦. الأم، الشافعي، مرجع سابق، ج ٤ ص ١٢٥. روضة الطالبين، النووي، مرجع سابق، ج ٦ ص ٣٤٢. المغني، ابن قدامة، مرجع سابق ج ٦ ص ٣٠٤-٣٠٥.

بيده ليلاً ونهاراً ولا يضعه، فإن وضعها لم يضمن؛ لأن الإمساك باليد طوال الوقت غير ممكن فلا يمكن اعتباره.^(١)

- **القول الثاني** للمالكية الذين ذهبوا إلى أن مخالفة الوديع لأمر المودع في كيفية الحفظ تفريط منه وتقصير يستلزم الضمان. كأن يأمره صاحبها بوضعها في سطل فخار فيضعها في سطل نحاس والعكس.^(٢)

- **القول الثالث** للشافعية الذين ذهبوا إلى أن صاحب الوديعة إذا أمر الوديع أن يحفظ الوديعة على وجه مخصوص، فعدل إلى وجه آخر، وتلفت، فينظر: إن كان التلف بسبب الجهة المعدول إليها، كان مقصراً فيضمن. وإن تلفت بسبب آخر لم يضمن.^(٣)

- **القول الرابع** للحنابلة الذين ذهبوا إلى أن صاحب الوديعة إن عين لها حرزاً فخالفه الوديع ونقلها إلى حرزٍ دونه ضمن، سواء ردها إلى حرزه أو لا؛ لأنه خالفه في حفظ ماله. وأما إذا أحرزها بحرزٍ مثله أو بحرزٍ فوقه لم يضمن.^(٤)

الفرع الثاني - التزامات الوديع في القانون المدني:

تعد الوديعة في قانون المعاملات المدنية أمانة في يد الوديع، وبالتالي يضمنها في حال ما إذا هلكت بتعديه أو تقصيره في حفظها، إلا إذا اتفق الطرفان على غير ذلك^(٥)، والتزام الوديع بحفظ الوديعة والعناية بها كعناية الشخص العادي بماله، وهذا ما جاء في الفقرة الأولى من المادة (٩٦٧) لقانون المعاملات الإماراتي «يجب على المودع عنده أن يعنى بحفظ الوديعة عناية الشخص العادي بحفظ ماله وعليه أن يضعها في حرزٍ مثلها»

والتزام المودع بحفظ الشيء المودع كالتزام المستأجر بحفظ العين المؤجرة، والتزام المستعير بحفظ الشيء المعار، وهو التزام ببذل عناية^(٦).

ولكي يتحقق الغرض الأساس من عقد الوديعة وهو حفظ الشيء المودع، فإن المودع عنده ملزم

١- انظر: بدائع الصنائع، الكاساني، مرجع سابق، ج ٦ ص ٢٠٩ - ٢١٠.

٢- انظر: التاج والإكليل، العبدري، مرجع سابق، ج ٥ ص ٢٥٥.

٣- انظر: روضة الطالبين، النووي، مرجع سابق، ج ٦ ص ٣٢٧.

٤- انظر: كشاف القناع، البهوتي، مرجع سابق، ج ٤ ص ١٦٩.

٥- راجع قانون المعاملات المدنية الإماراتي، مادة رقم (٩٦٦).

٦- يختلف معيار العناية المطلوبة من المودع عنده في حال كون الوديعة بأجر أو بغير أجر. فالوديعة إن كانت بأجر فإن المودع عنده يُطالب ببذل عناية المتوسط من الناس في ماله، ولو كان عنايته بأمواله دون ذلك المتوسط، في حين أن الوديعة غير المأجورة يكون معيار العناية المطلوبة فيها معياراً شخصياً بحيث يبذل من العناية ما يبذله في حفظ مال نفسه. انظر: الموسوعة الجامعة في التعليق على القانون المدني، قمر محمد موسى، مرجع سابق ص ٤٥٣٦. الوسيط، السنهوري، مرجع سابق، ج ٧، المجلد الأول، ص ٧٠٢. أحكام عقد الوديعة في التشريع المصري والمقارن مدنياً وجنائياً، د. عبد الفتاح الشهاوي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص ٣٠-٣٦.

بحفظه في الحرز المناسب، فلا يصح منه وضع الذهب والمجوهرات على طاولة مكشوفة، أو دولا ب غير مقفل؛ لأن ذلك يناه في العناية المطلوبة. وإن وُجد اتفاق بين المودع عنده والمودع على كيفية الحفظ أو جرى عرف في حفظ مثلها وخالف المودع ذلك، كان ضامناً في حال ضياع الوديعه أو سرقتها^(١).

ومن مقتضيات حفظ المودع كذلك الأمور الآتية:

- أولاً: التزام المودع عنده بحفظ الوديع بنفسه، وذلك لما للمودع عنده من اعتبار شخصي للمودع، فلا يجوز له أن يحل غيره محله في حفظ الوديعه دون إذن صريح من المودع، إلا في حال اضطراره إلى فعل ذلك بسبب ظرف طارئ، وهذا ما جاء في الفقرة الأولى من المادة (٩٦٨) من قانون المعاملات الإماراتي: «ليس للمودع عنده أن يودع الوديعه عند غيره بدون إذن المودع إلا إذا كان مضطراً وعليه استعادتها بعد زوال السبب».

وفي حال ما إذا أودع الوديعه عند غيره بإذن من المودع فقد أخلا بذلك مسؤوليته وأصبح الشخص الآخر هو المودع عنده، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (٩٦٨) من القانون والتي جاء فيها: «إذا أودعها لدى غيره بإذن من المودع تحلل من التزامه وأصبح الغير هو المودع عنده».

- ثانياً: يصح للمودع عنده أن ينيب أحداً ممن يأتهم من أهله في حفظ الوديعه؛ لأن المودع عنده ملزم بحفظ الوديعه على وجه ما يحفظ به ماله، والمرء يحفظ ماله بنفسه أو بيد أحد من أهله. جاء في الفقرة الثانية من المادة (٩٦٧) من قانون المعاملات الإماراتي: «وله أن يحفظها بنفسه أو بمن يأتهم على حفظ ماله ممن يعولهم».

- ثالثاً: نصت المادة (٩٦٩) من قانون المعاملات الإماراتي على أنه: «لا يجوز للمودع عنده أن يستعمل الوديعه أو يرتب عليها حقاً لغيره بدون إذن المودع فإن فعل فتلفت أو نقصت قيمتها كان ضامناً».

وبموجب النص السابق لا يحل للمودع عنده استعمال الوديعه إلا بإذن من المودع^(٢)، كما لا يحل له التصرف فيها ببيع أو رهن أو إعاره أو غير ذلك من التصرفات التي يترتب بموجبها حق على الوديعه لغيره.

وفي حال ما إذا أخل المودع عنده بالتزامه واستعمل الوديعه دون إذن من المودع، وتسبب باستعماله بتلف الوديعه أو نقصان قيمتها كان ضامناً لها.

- رابعاً: جاء في المادة (٩٧٠) من قانون المعاملات الإماراتي أنه: «إذا سافر المودع عنده بالوديعه بغير إذن المودع مع إمكان إيداعه لها عند أمين فتلفت أو تعيبت أثناء السفر فإنه يضمنها. فإن سافر بها لعدم وجود أمين يضعها عنده فتلفت أو ضاعت بغير تفريط فلا يضمنها، فإذا ردها لمحل إيداعها سالمة بعد السفر بها فتلفت أو ضاعت بعد ذلك بغير تفريط فلا يضمنها».

تناولت المادة السابقة حالة سفر المودع عنده بالوديعه دون إذن من المودع، وفرق بين حالتين: الأولى تمكن المودع عنده من إيداع الوديعه عند أمين في حال سفره، ولم يفعل ذلك، فتلفت الوديعه أو تعيبت بسبب السفر فيكون في هذه الحالة ضامناً لها. الحالة الثانية عدم وجود أمين يضع الوديعه عنده عند سفره، فسافر بها، فإن تلفت أو ضاعت بغير تفريط لم يكن ضامناً لها^(١).

- خامساً: إذا انتفع المودع عنده بالوديعه سواء بتسلفها أو الاتجار بها دون إذن المودع كان ضامناً لها ولا يبرأ منها إلا برد مثلها إلى محل الإيداع إن كانت مثلية، أو يرد قيمتها إن كانت قيمية، وإذا اتجر بها وربح يكون الربح للمودع عنده^(٢).

أما إذا كان تسلفها أو اتجر بها بإذن من المودع فالوديعه تتحول إلى قرض، ولا يبرأ منها إلا برد مثل المثلي وقيمة القيمي للمودع نفسه، لا لمحل الإيداع. جاء في الفقرة الثانية من المادة (٩٧١) من قانون المعاملات الإماراتي الآتي: «وإن تسلفها أو اتجر بها بإذن من المودع فإنها تنتقل بذلك من كونها وديعه إلى كونها ديناً في ذمته فلا يبرأ منها إلا برد مثل المثلي وقيمة القيمي للمودع لا لمحل إيداعها».

- سادساً: نصت الفقرة الأولى من المادة (٩٧٥) من قانون المعاملات الإماراتي أنه: «إذا خلط المودع عنده الوديعه بشيء يتعذر تمييزها عنه وكان مماثلاً لها في النوع والصفة فإنه يضمنها في ذمته بمجرد خلطها فإن لم يتعذر تمييزها عنه أو كان مماثلاً لها في النوع والصفة فلا ضمان عليه».

بموجب المادة السابقة يتضح لنا أن خلط المودع عنده للوديعه بشيء يتعذر تمييزها عنه وكان هذا الشيء الآخر غير مماثل للوديعه في النوع والصفة، كأن يخلط القمح بالشعير فإن المودع عنده يكون ضامناً للوديعه بمجرد خلطها؛ لأن خلطها إتلاف لها. أما في حال لم يتعذر تمييز الوديعه عن الشيء المخلوط، أو كانا متماثلين في النوع والصفة كخلطه نقوداً ذهبية بنقود ذهبية أخرى لا يكون ضامناً؛

١- انظر: قانون المعاملات المدنية الإماراتي، مادة (٩٧٦)

١- انظر: المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الصادرة بالقانون الاتحادي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥م المعدل بالقانون الاتحادي رقم (١) لسنة ١٩٨٧م، ص ٧٢٢.

٢- انظر: قانون المعاملات المدنية الإماراتي مادة ٩٧١، الفقرة الأولى.

٢- ويكون الإذن باستعمال الوديعه صريحاً أو ضمناً، والإذن الضمني يستخلص بحسب الظروف؛ فمن أودع شخصاً ما ساعة، فإنه على الأغلب لا يمانع من نظر المودع عنده في الساعة ليعرف الوقت، كما لا يمانع من أودع كتاباً أن يقرأ منه المودع عنده شريطة ألا يترك فيه أثراً للقراءة. انظر: الوسيط، السنهوري، مرجع سابق، ج ٧، المجلد الأول، ص ٧١٢-٧١٣.

لأن المثليات يقوم بعضها مقام بعض، فهي لا تتراد لأعيانها^(١).

الفرع الثالث - الموازنة بين الفقه الإسلامي وقانون المعاملات:

من العرض السابق لالتزام المودع عنده بحفظ الوديعة في كل من الفقه الإسلامي وقانون المعاملات الإماراتي يتضح لنا ما يلي:

- ١- لا خلاف بين الفقه الإسلامي والقانون المدني على وجوب التزام المودع عنده بحفظ الوديعة بنفسه أو من يأتهم من عياله، ويكون ضامناً إن دفعها لأجنبي دون إذن المودع.
- ٢- إذا أهمل المودع عنده في حفظ الوديعة وذلك بوضعه في حرز غير مناسب، أو وضعه في حرز مخالف لما اتفق عليه مع المودع، أو كان الحرز مخالفاً للعرف، فلا خلاف بين الفقه الإسلامي والقانون المدني في وجوب الضمان على المودع عنده.
- ٣- اتفق القانون المدني مع ما ذهب إليه الفقه في عدم جواز استعمال الوديعة بغير إذن المودع، فإن استعملها المودع عنده بغير إذن صاحبها كان ضامناً لها.
- ٤- ذهب القانون المدني إلى عدم جواز السفر بالوديعة في حال قدرة المودع عنده على إيداعها عند أمين، فإن فعل كان ضامناً موافقاً بذلك المذهب الشافعي.
- ٥- لا خلاف بين الفقه الإسلامي والقانون المدني على أن التصرف بالوديعة تعدٍ يستوجب الضمان.
- ٦- اتفق القانون المدني مع المذهب المالكي في جواز خلط الوديعة بما يماثلها في النوع والصفة، وعدم جواز فعل ذلك في حال اختلاف النوع والصفة.

المطلب الثالث

عقد الحراسة

١- انظر: المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الصادرة بالقانون الاتحادي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥م المعدل بالقانون الاتحادي رقم (١) لسنة ١٩٨٧م، ص ٧٣٥.

توطئة: في التعريف بالحراسة في اللغة والفقہ الإسلامي والقانون المدني

أولاً: الحراسة في اللغة والفقہ الإسلامي

أ) في اللغة:

الحراسة في اللغة من حرس، يقال حرسه حرساً وحراسة أي حفظه^(١)، ويقال حرسه: يحرسه ويحرسه حرساً وحراسة بالكسر أي حفظه، فهو حارس، والجمع حرس أو أحراس وحراس^(٢). والحرس هم خدم السلطان المرتبون لحفظه وحراسته^(٣). ويقال وُضع فلان تحت الحراسة أي مُنِع من التصرف في ماله^(٤).

ب) في اصطلاح الفقهاء:

لا يكاد يخرج المعنى الفقهي للحراسة عن معناه اللغوي، وهو «حفظ الشيء حفظاً مستمراً»^(٥). والناظر في كتب الفقهاء - رحمهم الله - يجد أنهم استخدموا مصطلح الحراسة للدلالة على عمل الحارس الأجير، والذي يُستأجر لحفظ المتاع أو الدار أو الثياب أو غيرها، جاء في شرح المجلة: «وكذلك إذا نزع رجل ثوبه في الحمام وتركه عند حارس الثياب...»^(٦).

وجاء في حاشية ابن عابدين... وأخذ متاعه لا يضمن حارس الحوانيت...».

وأطلقوا عليه مسميات عدة، كالخضر جاء في مجموع فتاوى الشيخ ابن تيمية: «... وسئل عن جمال ربط جماله في الربيع ولكل مكان خضراء ثم سرق من الجمال جمل ولم يكن أحد من الخضراء حاضراً بائناً، فهل يلزمه شيء أم لا؟. فأجاب: الحمد لله، إذا كانوا مستأجرين على حفظهم فعليهم الضمان بما تلف بتفريطهم»^(٧).

وأطلقوا عليه كذلك الخاني جاء في مجمع الضمانات: «... الخاني المستأجر لحفظ الأمتعة ليلاً ونهاراً...»^(٨).

١- انظر: المعجم الوسيط، مرجع سابق، ج ١ ص ١٦٦، مادة حرس.

٢- تاج العروس، الزبيدي، مرجع سابق، ج ١٥ ص ٥٣١، مادة حرس.

٣- انظر: لسان العرب، ابن منظور، مرجع سابق، ج ٦ ص ٤٨، مادة حرس.

٤- المعجم الوسيط، مرجع سابق، ج ١ ص ١٦٦، مادة حرس.

٥- الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ط ٢، ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م، ج ١٧ ص ١٦٥ مادة حراسة.

٦- درر الحكام شرح مجلة الأحكام، علي حيدر، مرجع سابق، ج ٢ ص ٢٢٧.

٧- كتب ورسائل وفتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، أحمد عبد الحلیم بن تيمية الحراني أبو العباس، ت: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي مكتبة ابن تيمية، ط ٢، ج ٢٩ ص ٥٥٥.

٨- مجمع الضمانات في مذهب الامام الأعظم أبي حنيفة النعمان، أبو محمد بن غانم بن محمد البغدادي، عالم الكتب، بيروت، ط ١، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م، ص ٣٤.

كما أطلق عليه الناظر، جاء في شرح منتهى الإرادات: «ومن مر بثمرة بستان لا حائط عليه ولا ناظر له أي حارس...»^(١).

أما الحراسة بالمفهوم المراد في هذه الدراسة^(٢) فلم يرد في المصنفات الفقهية، ولكن تطرق إليها الفقهاء - رحمهم الله - أثناء معالجتهم لمسائل أخرى كمسألة العدل في الرهن، والناظر أو المتولي في الوقف، وولي اليتيم، وذلك على النحو التالي:

١- العدل: وهو الشخص الذي يوضع الرهن في يده برضا من الراهن والمرتهن، أو يضعه الحاكم عند من يرتضي في حال الخلاف، جاء في البحر الرائق: «المراد بالعدل هنا من رضي الراهن والمرتهن بوضع الرهن في يده»^(٣)، وجاء في التاج والإكليل: «... وضع الرهن عند من شرط كونه بيده أو رضيه راهنه ومرتهنه، فإن اختلفا جعله القاضي عند من يرضى...»^(٤)، وجاء في الحاوي الكبير: «... فإن كان سفرهما طويلاً رفعه إلى الحاكم ليسلمه إلى عدل يرضاه لهما... وإن كان سفرهما قصيراً على مسافة أقل من يوم وليلة أمره الحاكم بتركه في يده وأنفذ إلى الراهن والمرتهن ليختاراً عدلاً يوضع على يده...»^(٥)، وجاء في المغني: «ويضعانه في يد من يتفقان عليه، فإن اختلفا وضعه الحاكم على يد عدل»^(٦).

يُستنتج من النصوص السابقة أن العدل هو الشخص الذي يتم اختياره من قبل الراهن والمرتهن ليقوم بقبض المرهون وحفظه، فإن اختلفا في شخص العدل تولى القاضي اختياره.

٢- الناظر وهو القائم على شؤون الوقف، جاء في البحر الرائق: «... قلت الأمر والنهي والتدبير والعقود وقبض المال وظيفه الناظر...»^(٧)، وجاء في إعانة الطالبين: «... ويجب على الناظر رعاية المصلحة لغرض الواقف...»^(٨)، كما جاء في مطالب أولي النهى: «... إذا تعطل الوقف فإن الناظر فيه يبيعه ويشترى بثمنه ما فيه منفعة يرد على أهل الوقف»^(٩).

يُستنتج مما سبق أن الناظر هو الشخص الذي له الحق في رعاية الأعيان الموقوفة وإدارة شؤونها واستغلالها وإجراء العمارة اللازمة، وصرف غلتها إلى المستحقين «ويسمى المتولي أو القيم أو

١- شرح منتهى الإرادات المسمى دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، عالم الكتب، بيروت، ط ٢، ١٩٩٦م، ج ٣ ص ٤١٥.

٢- كعقد وارد على العمل وليس كعقد إجارة، فالحارس الأجير يدخل ضمن الأجير الخاص أو الأجير المشترك

٣- البحر الرائق، ابن نجيم، مرجع سابق، ج ٨ ص ٢٩٠.

٤- التاج والإكليل، العبدري، مرجع سابق، ج ٥ ص ١٥.

٥- الحاوي الكبير، الماوردي، مرجع سابق، ج ٦ ص ١٥٢.

٦- المغني، ابن قدامة، مرجع سابق، ج ٤ ص ٢٣٠.

٧- البحر الرائق، ابن نجيم، مرجع سابق، ج ٥ ص ٢٦٣.

٨- إعانة الطالبين، أبو بكر الدمياطي، مرجع سابق، ج ٣ ص ١٧٤.

٩- مطالب أولي النهى، الرحيباني، مرجع سابق، ج ٤ ص ٣٧١.

الناظر.^(١)

٣- ولي اليتيم: وهو المشرف على شؤون القاصر المالية، من حفظ المال واستثماره وإبرام العقود والتصرفات المتعلقة بالمال.^(٢) جاء في المغني: «...وجملته أن ولي اليتيم ليس له رهن ماله إلا عند ثقة...»^(٣)، وجاء في الحاوي الكبير: «... قال الماوردي: اعلم أن ولي اليتيم مندوب إلى القيام بمصالحه...»^(٤).

وبهذا نجد أن الفقهاء القدامى - رحمهم الله - عرّفوا الحراسة من خلال معالجتهم لواقعهم المطروح بالرغم من عدم استخدامهم لذات المصطلح، إلا أنهم استخدموا ألفاظاً دلت على مفهومها، وهو القيام والإشراف على الشؤون الشخصية والمالية لأفراد آخرين.

ويلاحظ أن مصطلح العدل في الرهن هو الأقرب معنى إلى مصطلح الحراسة في هذه الدراسة.

ثانياً: الحراسة في القانون المدني

تتعدد أنواع الحراسة في القانون وذلك تبعاً لمصدرها، فإن كان مصدرها اتفاق الطرفين على وضع المال المتنازع عليه في يد شخص ما لحراسته سميت بالحراسة الاتفاقية، وإذا كان مصدرها حكم القضاء سميت بالحراسة القضائية، أما إذا كان المصدر هو القانون سميت بالحراسة القانونية، والتي تفرض بنص قانوني دون تدخل أفراد ودون حكم قضائي، كتعيين حارس على المنقولات المحجوزة، وهذا النوع من الحراسة يلاحظ أنه أثر من آثار الحجز^(٥)؛ لذا لم يتطرق إليه القانون الإماراتي في عقد الحراسة^(٦).

وقد عرف قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات الحراسة بشكل عام، وذلك في المادة (٩٩٧) من القانون، حيث جاء فيه أن: «الحراسة عقد يعهد بمقتضاه الطرفان المتنازعان إلى آخر بمال ليقوم بحفظه وإدارته على أن يرده مع غلته إلى من يثبت له الحق فيه».

١- أحكام الوصية والميراث والوقف في الشريعة الإسلامية، د. زكي الدين شعبان ود. أحمد الغندور، مكتبة الفلاح، الكويت، ط ٢، ١٤١٠هـ - ١٩٨٩م، ص ٥٦٤.

٢- الفقه الإسلامي وأدلته، د. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج ٤ ص ١٤١.

٣- المغني، ابن قدامة، مرجع سابق، ج ٤ ص ٢٣٤.

٤- الحاوي الكبير، الماوردي، مرجع سابق، ج ٨ ص ٢٤٤.

٥- انظر: النظرية العامة للحراسة في القانون المدني، د. رضا محمد عبد السلام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٧م، ص ١٣.

٦- وإنما تمت الإشارة إليه في باب آثار الحق تحت فرع الحجز على المدين المفلس، فجاء في المادة (٤٠٢): «١- يكون الحجز بحكم يصدره القاضي الذي يتبعه موطن المدين بناء على طلب المدين أو أحد الدائنين وتنظر الدعوى على وجه السرعة. ٢- ويجوز لأي دائن أن يحصل بمقتضى حكم الحجز على أمر من القاضي المختص بحجز جميع أموال المدين عدا ما لا يجوز حجزه، ويبقى الحجز على أموال المدين قائماً لمصلحة الدائنين حتى ينتهي الحجز».

والتعريف يشير إلى الحراسة الاتفاقية، والتي تتعدّد بمجرد اتفاق الطرفين المتنازعين على دفع المال المتنازع عليه إلى شخص آخر ليقوم بحفظه وإدارته لحين فض النزاع، على أن يقوم برده مع غلته إلى من يثبت له الحق فيه.

والملاحظ من التعريف السابق أن عقد الحراسة عبارة عن عقد وديعة؛ يتعهد الطرف الثالث بحفظ المال ورده عند انتهاء العقد، ولكن الوديعة هنا تنفرد بخصائص معينة تميزها عن عقد الوديعة المتعارف عليه، فالشيء المودع ليس ملكاً لأي من الطرفين، وإنما مال متنازع عليه، ووظيفة المودع عنده (الحارس) لا تقتصر على حفظ الشيء المودع فحسب وإنما يجب عليه إدارته، فيكون بذلك وكيلًا في الإدارة، فيجمع بذلك بين أحكام الوديعة والوكالة^(١)، كما أن الوديعة غالباً ما ترد على المنقول في حين أن الحراسة أغلب ورودها على العقار مع إمكان ورودها على المنقول، والوديعة إن كان الأصل فيها أن تكون بدون أجر، فالحراسة الأصل فيها أن تكون مأجورة.^(٢)

والاتفاق على الحراسة له صورتان: الصورة الأولى تتمثل في إبرام عقد الحراسة بعد قيام نزاع بين الطرفين اللذين يتفقان على وضع المال المتنازع عليه تحت حراسة شخص ما يقومان بتعيينه. والصورة الثانية يكون الاتفاق على وضع الحراسة قبل قيام النزاع، بأن يتفق الطرفان على أنه في حال وقوع أمر ما يوضع المال تحت الحراسة، فتكون الحراسة مشروطة بحدوث ذلك الأمر، كاتفاق بائع السيارة مع المشتري على أنه إذا تخلف عن دفع الأقساط المستحقة في مواعيدها توضع السيارة تحت الحراسة حتى يستوفي البائع مستحقاته كاملة. وكاشتراط مؤجر أرض زراعية على المستأجر عدم زرع نوع معين من المحاصيل فإن زرعها أو قصر المستأجر في اعتناؤه بالأرض، توضع الأرض تحت الحراسة. ولا يقوم هذا النوع من الحراسة إلا في حال تحقق الشرط، فإذا تحقق الشرط وضع المال تحت الحراسة، وفي حال الخلاف يرفع الأمر إلى القضاء.^(٣)

أما في حال ما إذا اختلف الطرفان على الحراسة، أو اختلفا في تعيين شخص الحارس، أو وُجد حق غير ثابت لأي من الطرفين، أو وجد خطر عاجل يهدد مصلحة صاحب الحق، فإنه يرفع الأمر إلى القاضي ليقوم بتعيين حارس، وتسمى بالحراسة القضائية، جاء في المادة (١٠٠١) من القانون المدني الإماراتي: «إذا لم يتفق أطراف النزاع على شخص الحارس تولى القاضي تعيينه». وجاء في المادة (٩٩٩) من القانون المدني الإماراتي: «يجوز لأحد المتنازعين على مال عند عدم الاتفاق أن يطلب من القاضي دفعا لخطر عاجل أو استناداً لسبب عادل تعيين حارس يقوم باستلام هذا المال لحفظه وإدارته وتخويله ممارسة أي حق يرى فيه القاضي مصلحة للطرفين».

فأجاز القانون من خلال المواد السابقة لأحد المتنازعين على المال أن يطلب من القاضي تعيين حارس لهذا المال دفعا لخطر عاجل، أو استناداً لسبب عادل، والذي يقوم بدوره بحفظ المال وإدارته، وذلك في حال انعدام الاتفاق بين الطرفين.^(١)

والحراسة القضائية إجراء وقتي تُرفع بمجرد رفع الظروف التي أدت إليها، وهي إجراء تحفظي للعمل على حفظ الأموال المتنازع عليها، كما أن الحراسة القضائية ليس لها أدنى تأثير في موضوع الدعوى الأصلية.^(٢)

ثالثاً: الموازنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني

عند استقراء نظرة كل من أهل الفقه وأهل القانون لعقد الحراسة، نجد أن تناول الفقه الإسلامي لعقد الحراسة كان أوسع وأشمل، فالقانون جعل عقد الحراسة في الأموال المتنازع عليها فقط، حيث يعين الحارس من قبل الأطراف المتنازعة أو من قبل القاضي، فيقوم برعاية هذا المال وإدارته لحين فض النزاع. في حين أن عقد الحراسة في الفقه الإسلامي اشتمل إلى جانب ذلك على أموال الغير التي تحتاج إلى رعاية وإدارة دون وجود نزاع عليها، وذلك إما لقصور صاحبها كاليتم الصغير، أو ترك صاحبها لها لأي ظرف من الظروف، كأموال الوقف التي قد لا يستطيع الواقف إدارتها لأي سبب فيتترك رعايتها للناظر أو القيم.

ولكن إلى جانب ما سبق هناك نقاط اتفاق بين كل من الفقه والقانون في تعريف عقد الحراسة، وذلك كالآتي:

١- إن الفقه الإسلامي وإن لم يتطرق لذكر نوعي الحراسة: الحراسة الاتفاقية والحراسة القضائية، فإننا نلاحظ وجودهما في الفقه الإسلامي وذلك عند استقراءنا لعقد الرهن، فنجد أن اتفاق الراهن والمرتهن على وضع الشيء المرهون تحت يد شخص يرتضيانه يشير إلى الحراسة الاتفاقية، أما في حال ما إذا اختلفا في الشخص فإن القاضي يقوم باختيار الشخص الذي يوضع الشيء المرهون عنده، وهذا يشير إلى الحراسة القضائية.

٢- عقد الحراسة عقد وقتي ينقضي بزوال الأسباب المؤدية إليه وذلك في كل من الفقه الإسلامي والقانون المدني.

١- انظر: الوسيط: السنهوري، مرجع سابق، المجلد الأول، ج٧، ص٧٨٦

٢- انظر: النظرية العامة للحراسة في القانون المدني، رضا محمد، مرجع سابق، ص١٧

٣- انظر: النظرية العامة للحراسة في القانون المدني، رضا محمد، مرجع سابق، ص١٨. الوسيط، السنهوري، مرجع سابق، المجلد الأول، ج٧، ص٧٨٨

١- انظر: المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية، مرجع سابق ص٧٤٧.

٢- انظر: الوسيط، السنهوري، مرجع سابق، المجلد الأول، ج٧، ص٧٩٦.

٣- تطبق أحكام الوديعة والوكالة في الحراسة سواء أكان في الفقه الإسلامي^(١) أم القانون المدني.

الفرع الأول: التزامات الحارس بالحفظ في الفقه الإسلامي

ذكرنا سابقاً أن الفقهاء - رحمهم الله - لم يصنفوا للحراسة باباً مستقلاً بحد ذاته، وإنما توصلنا إليها من خلال استقراءنا لبعض القضايا والمسائل التي طرحت في مصنفاتهم، كمسائل الرهن والوقف والولاية؛ لذا فحديثنا عن التزامات الحارس بالحفظ في الفقه الإسلامي يستدرجنا للحديث عن التزامات كل من العدل والولي والناظر في الحفظ، وهي التزامات لا تكاد تخرج عن التزامات كل من المودع عنده والوكيل، فالأموال الموضوعة تحت يد الحارس هي بمثابة الوديعة عنده، لذا ينبغي له العناية بها والمحافظة عليها، إلى جانب ضرورة إدارتها واستثمارها إن كانت مما يتطلب ذلك، فيكون الحارس وكيلاً عن صاحب المال، ويتصرف بماله بما يعود عليه بالنفع؛ لذا ينطبق على الحارس ما تم ذكره سابقاً في عقدي الوديعة والوكالة من التزامات. وسأتطرق في مقامي هذا لذكر بعض من التزامات العدل والناظر والولي من باب الزيادة في التوضيح، وذلك على النحو التالي:

أولاً - التزامات العدل في المرهون: بما أن الشيء المرهون وُجد من أجل ضمان الدين، فإن أي تغير في حاله بنقصان في قيمته أو بتعرضه للهلاك يؤدي إلى عدم تحقق ذلك الغرض؛ لذا استوجب على العدل حفظ الشيء المرهون وصيانتها، فإن هلك (المرهون) بتعد منه وتقصير كان ضامناً له. والأصل في الرهن أن يقوم العدل بحفظه بنفسه أو بيد من يأمنهم بحفظ مال نفسه، ولا يصح له دفعه إلى الراهن ولا المرتهن دون رضا الطرف الآخر، فإن فعل كان ضامناً^(٢).

ولا يجوز للعدل الاستفادة من المرهون بأي وجه من الوجوه، كما لا يحق له التصرف فيه بالإجارة والإعارة والرهن وغيرها؛ لأن الثابت له هو حق الإمساك لا الانتفاع والتصرف^(٣).

والتزام العدل بالمحافظة على المرهون يستوجب عليه عدم السفر به دون إذن صاحبه، فإن أخرجه دون إذن فهلك كان ضامناً^(٤).

ثانياً: التزامات الناظر في المال الموقوف: على ناظر الوقف القيام بما يضمن بقاء عين الوقف واستمرار غلته^(٥) وذلك بحفظ المال الموقوف وعمارتها والمخاصمة فيه والتصرف فيه بإجارته وزراعته،

١- جاء في البحر الرائق ج ٥ ص ٣٣١: «... لكون الرهن أمانة في يد المرتهن كالوديعة». وجاء في المبدع ج ٤ ص ٢٢٤: «... وإن رهنه عند رجلين فوفى إذا تعدى أو فرط أنه يضمن كالوديعة...». وجاء في كشف القناع ج ٣ ص ٣٥٠: «... (وله) أي للعدل (المطالبة به) أي بالبدل على المتلف كالوديعة». يستخلص من النصوص السابقة أن الشيء المرتهن يطبق عليه أحكام الوديعة.

٢- انظر: بدائع الصنائع، الكاساني، مرجع سابق، ج ٦ ص ١٤٨.

٣- انظر: بدائع الصنائع، الكاساني، مرجع سابق، ج ٦ ص ١٤٩. الأم، الشافعي، مرجع سابق، ج ٣ ص ١٦٨.

٤- انظر: الأم، الشافعي، مرجع سابق، ج ٣ ص ١٦٨.

٥- انظر: أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية، محمد عبيد عبد الله الكبيسي، رسالة دكتوراه في الشريعة الإسلامية، جامعة الأزهر، ١٣٩٦هـ - ١٩٧٦م، ص ٥١٨.

على أن يكون التصرف لصالح الوقف وليس لمنفعة الناظر، كما يلتزم بجمع ريعه وغلته وصرفه لمستحقه، إلى جانب الاستفادة منه في عمارة الوقف وصيانتها^(١)، ويحظر عليه رهن العين الموقوفة؛ لأن فيه بطلان الوقف في حال العجز عن سداد الدين^(٢)، كما لا يجوز للناظر إعارة أعيان الوقف؛ لما في ذلك من استغلال لعين الوقف بلا مقابل، وما يترتب على ذلك من تقويت لمنافعه وهدر لحقوق المستحقين^(٣).

ثالثاً: التزامات ولي اليتيم في ماله: على الولي الالتزام بالعناية المطلوبة للمحافظة على مال اليتيم، وليس له التصرف بما فيه ضياع لمال اليتيم من هبة أو صدقة، أو شراءً بزيادة ويبع بنقصان، فإن فعل ذلك كان ضامناً؛ لأنه فرط في حفظ مال اليتيم^(٤).

وخلاصة ما توصلنا إليه أن التزام الحارس بالحفظ في الفقه الإسلامي يتلخص في الاعتناء به وصونه والتصرف به بما يعود على صاحب محل العقد بالمنفعة.

الفرع الثاني: التزامات الحارس بالحفظ في القانون المدني

لكل عقد التزامات يتعين على أطرافه التقيد بها، وهي تعد من آثار العقد المبرم، وتختلف التزامات كل طرف على حسب طبيعة العقد، والحارس لكونه طرفاً من أطراف عقد الحراسة عليه التزامات كذلك، وهي تحدد من قبل الأطراف المتنازعة في حال كانت الحراسة اتفافية، وتوضح من خلال الحكم الصادر في الحراسة القضائية. أما في حال عدم وضوح هذه الالتزامات، فالحارس ملزم بأحكام الوديعة والوكالة بحيث لا يتعارض مع أحكام الحراسة. جاء في المادة (١٠٠٣) من القانون المدني الإماراتي: «يحدد الاتفاق أو الحكم الصادر بفرض الحراسة حقوق الحارس والتزاماته وما له من سلطة وإلا طبقت أحكام الوديعة والوكالة بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع طبيعة الحراسة والأحكام المنصوص عليها في هذا الفصل».

ومن أبرز التزامات الحارس المحافظة على المال الموضوع تحت يده، وعدم التسبب بأي تصرف من شأنه إلحاق الضرر به. فطبيعة يد الحارس على المال يد أمانة، يضمن ما في يده من أموال في حال تعد منه أو تقصير، وهذا ما نصت عليه المادة (١٠٠٢) من القانون المدني الإماراتي الذي ورد فيه أن: «المال في يد الحارس أمانة ولا يجوز له أن يتجاوز في مهمته الحدود المرسومة له وإلا كان ضامناً». وبالتالي يكون الحارس ملزماً بالعناية بالمال الموضوع تحت يده، وقد وضع القانون معياراً لهذه العناية

١- انظر: شرح منتهى الإرادات، البهوتي، مرجع سابق، ج ٢ ص ٤١٥.

٢- انظر: أحكام الوصية والميراث والوقف في الشريعة الإسلامية، د. زكي الدين شعبان - د. أحمد الغندور، مرجع سابق، ٥٧٦-٥٧٨.

٣- انظر: الفتاوى الهندية، مرجع سابق ج ٢ ص ٤٢٠ أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية، محمد عبيد عبد الله الكبيسي، مرجع سابق ص ٥٣٨.

٤- انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، ابن قدامة، مرجع سابق، ج ٢ ص ١٨٨. كشف القناع، البهوتي، مرجع سابق، ج ٣ ص ٤٤٨.

وهي عناية الرجل المعتاد، وقد وضحت المادة (١٠٠٤) من القانون المدني الإماراتي هذا المعيار، حيث جاء فيها: «على الحارس أن يحافظ على الأموال المعهودة إليه وأن يعنى بإدارتها ويجب أن يبذل في كل ذلك عناية الرجل المعتاد».

فيكون الحارس بذلك ملزماً ببذل عناية الرجل المعتاد في حفظ المال في كل الأحوال، وإن كانت عنايته الشخصية بماله تقل عن ذلك، فتكون بذلك مسؤولية الحارس في المحافظة على المال الموضوع تحت يده أكثر من مسؤولية المودع عنده، فالمودع عنده يلتزم ببذل العناية الشخصية في حفظ الوديعة إن كان من غير أجر، أما الحارس فلا يصح أن تقل عنايته عن عناية الرجل المعتاد.^(١)

ومن مستلزمات المحافظة على المال الموضوع تحت الحراسة صيانتها، وذلك بحسب ما تقتضيه طبيعة المال محل الحراسة، فإن كان أرضاً وجب زرعها حسب الأصول المألوفة في الزراعة، وإن كان مبنى وجب صيانتها وترميمه، وإن كان المال بضائع أو آلات التزم الحارس بحفظها من الهلاك والضياع، ولا يقتصر الحفظ على الأعمال المادية، بل يجاوزها إلى اتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة للمحافظة على أموال الحراسة، كرفع الدعاوى التي من شأنها حماية المال من الضياع أو التعدي عليه، مثل رفع دعاوى في قطع التقادم^(٢)، وقيد الرهن وتجديده وتوقيع الحجوز التحفظية^(٣)، ورفع الدعاوى المستعجلة ودعاوى الحيازة^(٤)، وإن كان حارساً على شركة التزم برفع دعوى إبطال الإيجار أو الهبات الصادرة من الموروث حفاظاً على حقوق الدائنين^(٥).

كما يقتضي المحافظة على المال محل الحراسة عدم تمكين أحد الأطراف المتنازعة من القيام بعملية الحراسة، سواء كان هذا التمكين بطريقة مباشرة كالتنازل إليه بالحراسة، أو إيداع المال لديه، أو كان بطريقة غير مباشرة كالتأجير إليه؛ لأن اختيار الحارس يقوم على اعتبار شخصي كما هو الحال في الوديعة، فلا يصح له التنازل عن الحراسة لأحد الأطراف المتنازعة دون رضا باقي

١- انظر: النظرية العامة للحراسة في القانون المدني، رضا محمد، مرجع سابق، ص ٤٢٠-٤٢١. الوسيط، السنهوري، مرجع سابق، المجلد الأول، ج ٧، ص ٩٢٢-٩٢٣.

٢- التقادم بشكل عام هو انقضاء الحق إذا مضت عليه مدة معينة دون أن يطالب به الدائن أو دون أن يستعمله صاحبه. أما قطع التقاطع فيُفترض وجود تقادم سار ثم يحدث خلال هذا السريان سبب من الأسباب التي اعتبرها المشرع قاطعة للتقادم بحيث تؤدي إلى زوال كل أثر للمدة التي مضت منذ بدء التقادم حتى تحقق سبب الانقطاع فتعتبر كأن لم تكن. التقادم كسبب لانقضاء الالتزامات دون وفاء أو ما يعبر عنه، أحمد عبدو أبو محمد، <http://fawzyi.mam.com>، ٢٠١٠م.

٣- الحجر التحفظي: يقصد به ضبط المال ووضعه تحت يد القضاء لمجرد منع المعجوز عليه من التصرف فيه تصرفاً يضر بحق الحاجز. تعريف الحجر التحفظي والحالات التي يجوز الحجر فيها، حسام الحداد، <http://www.emiaybaladna.com>، ٢٠١٠م.

٤- دعاوى الحيازة: هي وضع مادي يسيطر به الشخص سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه. دعوى الحيازة، سالي جمعة <http://www.f-law.net>، ٢٠٠٩م.

٥- انظر: حراسة المدعي العام الإشتراكي ومحكمة القيم، أحمد هاني مختار، مكتبة كوميت، شارع عبد الخالق ثروت، ط ١، ٢٠٠٢م، ص ١٩٢. النظرية العامة للحراسة في القانون المدني، رضا محمد، مرجع سابق، ص ٤٢٤. الوسيط، السنهوري، مرجع سابق، المجلد الأول، ج ٧، ص ٩٢٤.

الأطراف؛ لما في ذلك من إلحاق الخطر بمصالح باقي الأطراف، وهذا يتعارض مع الغرض الأساس للحراسة وهو حفظ المال من الخطر^(١).

ويلحق كذلك بالتزام الحارس بالحفظ، التزامه بعدم استعمال المال محل الحراسة؛ لكي لا يتسبب بإلحاق الضرر به، أو التسبب بضياعه أو هلاكه، أو إحداث تأثير سلبي على قيمته المادية أو المعنوية^(٢).

وتحصيل مستحقات الحراسة وتسديد الديون التي حل أجلها أثناء الحراسة هي كذلك من التزامات الحارس للمحافظة على المال محل الحراسة، كالإيجار والضرائب والرسوم القضائية والأقساط وغير ذلك؛ لكي يتفادى ما يلحق بذلك من إجراءات الطرد والحجز ونزع الملكية وغير ذلك.^(٣)

وللمحافظة على المال محل الحراسة يُلزم الحارس بالاستمرار في مهمته حتى يتم ما بدأه من أعمال؛ وذلك تلافياً للضرر الذي قد يحدث للأطراف المتنازعة، كما يُلزم بإعلام أصحاب الشأن بنيته في ترك الحراسة حتى يتمكنوا من اتخاذ الإجراءات اللازمة. جاء في المادة (١٠٠٩) من القانون المدني الإماراتي أنه: «للحارس أن يتخلى عن مهمته متى أراد على أن يبلغ أصحاب الشأن، وأن يتابع القيام بالأعمال التي بدأها حتى تبلغ مرحلة لا تلحق ضرراً بأطراف النزاع».

الفرع الثالث: الموازنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني

من العرض السابق لالتزامات الحارس^(٤) في كل من الفقه الإسلامي وقانون المعاملات الإماراتي يتضح ما يلي:

- ١- يتفق القانون المدني مع الفقه الإسلامي على أن ما في يد الحارس من أموال هي بمثابة الوديعة لديه، يتكفل بحفظها وصيانتها.
- ٢- كما يلتزم الحارس بالقيام بإدارة هذه الأموال واستثمارها، فيجمع بذلك بين التزامات كل من المودع عنده والوكيل.
- ٣- واتفقاً على أن يد الحارس يد أمانة يضمن ما تحت يده إن قصر في حفظ المال أو تعدى عليه.

١- انظر: الوسيط، السنهوري، مرجع سابق، ص ٩٢٥-٩٢٧.

٢- انظر: النظرية العامة للحراسة في القانون المدني، د. رضا محمد، مرجع سابق، ص ٤٢٧.

٣- انظر: نفسه ص ١٢٨.

٤- على اعتبار أن العدل والناظر والولي حراس في الفقه الإسلامي.

٤- كما يتفق القانون المدني مع الفقه الإسلامي على عدم جواز الانتفاع من المال الموضوع تحت الحراسة بأي شكل من الأشكال.

المبحث الثاني

في العقود الواردة على المنفعة

ويتكون هذا المبحث من مطلبين:

- المطلب الأول: عقد الإجارة
- المطلب الثاني: عقد الإعارة



المطلب الأول

عقد الإجارة

توطئة: في التعريف بالإجارة في اللغة والفقہ الإسلامي والقانون المدني

أولاً - تعريف الإجارة في اللغة والفقہ الإسلامي

أ - في اللغة:

الإجارة في اللغة اسم للأجرة وهي الكراء، فيقال استأجرت الرجل فهو يأجرني، أي يصير أجيري وأتجر عليه بكذا من الأجرة. ويقال أجرته الدار أكريتها.

والأجرة والإجارة والأجارة ما أعطيت من أجر^(١)، والأجر بدل المنفعة، وهي تابعة للعين^(٢).

ب - في اصطلاح الفقهاء:

للإجارة تعريفات عدة في كل مذهب من المذاهب الفقهية الأربعة، وهي متشابهة في مضمونها وإن اختلفت العبارات^(٣)؛ لذلك سأقتصر على ذكر تعريف واحد لكل مذهب من المذاهب.

عند الحنفية:

جاء في المبسوط: الإجارة هي «عقد على المنفعة بعوض»^(٤).

يؤخذ على التعريف السابق عدم تقييد المنفعة والعوض بالمعلومية، إلى جانب عدم وجود قيد يحترز به من المنفعة التافهة أو المحرمة^(٥).

عند المالكية:

جاء في بلغة السالك: «الإجارة هي عقد معاوضة على تملك منفعة كائنة ومجعولة في نظير عوض أمداً معلوماً أو قدراً معلوماً»^(٦).

أكد هذا التعريف ضرورة معلومية كل من العوض ومدة العقد.

عند الشافعية:

١- لسان العرب، ابن منظور، مرجع سابق، ج ٤ ص ١٠، مادة أجر.

٢- تاج العروس، الزبيدي، مرجع سابق، ج ١٠ ص ٢٥، مادة أجر.

٣- انظر: الإجارة الواردة على عمل الإنسان، د. شرف بن علي الشريف، دار الشروق، جدة، ط ١، ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م، ص ٢٨.

٤- المبسوط، السرخسي، مرجع سابق، ج ١٥ ص ٧٤.

٥- انظر: عقد الإجارة المنتهية بالتمليك من التطبيقات المعاصرة لعقد الإجارة في الفقہ الإسلامي، رسالة ماجستير من جامعة النجاح الوطنية في نابلس - فلسطين، إعداد: محمد يوسف عارف الحاج محمد، ٢٠٠٢م، ص ٢٢.

٦- بلغة السالك لأقرب المسالك، أحمد الصاوي، ت: ضبطه وصححه: محمد عبد السلام شاهين، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، ط ١، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م، ج ٣ ص ٤٦٧.

عرف الشافعية الإجارة بأنها «عقد على المنفعة مقصودة معلومة قابلة للبذل والإباحة بعوض معلوم»^(١).

يمكننا القول: إن هذا التعريف للإجارة يتصف بالدقة والشمولية، حيث اشتمل على قيد معلومية كل من المنفعة والعوض، إلى جانب وجود قيود يحترز بها من المنفعة التافهة والمحرمة، وتمثلت هذه القيود في لفظي «مقصودة» و«الإباحة»^(٢).

عند الحنابلة:

جاء في الإنصاف: الإجارة هي: «بذل عوض معلوم في منفعة معلومة من عين معينة أو موصوفة في الذمة، أو في عمل معلوم»^(٣).

يؤخذ على هذا التعريف عدم احترازه من المنفعة التافهة والمحرمة^(٤).

ثانياً: تعريف عقد الإجارة في قانون المعاملات

عرفت المادة (٧٤٢) من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات عقد الإيجار بأنه «تمليك المؤجر للمستأجر منفعة مقصودة من الشيء المؤجر لمدة معينة لقاء أجر معلوم».

يتبين من هذا التعريف أن عقد الإيجار عبارة عن اتفاق بين شخصين يلزم أحد طرفيه بتمكين الطرف الآخر من الانتفاع بشيء معين لمدة محددة، مقابل التزام الأخير بدفع ثمن معلوم^(٥).

ثالثاً: الموازنة بين الفقه الإسلامي وقانون المعاملات

بالتأمل في تعريف عقد الإيجار في الفقه الإسلامي وتعريفه في قانون المعاملات المدنية الإماراتي نجد أنهما اتفقا في كون عقد الإيجار من العقود الرضائية التي تتعقد بمجرد اقتران الإيجاب بالقبول، دون أن يحتاج انعقادها إلى شكل معين^(٦). كما اتفقا على أنه من العقود الزمنية التي ترتبط بمدة معينة، إلى جانب كونه من عقود المعاوضات التي يلتزم فيها كلا الطرفين بدفع المقابل إلى الطرف الآخر، وهي من العقود التي ترد على المنفعة^(٧).

ولكن تميز الفقه الإسلامي بالشمولية في تعريفه لعقد الإيجار؛ حيث شمل التعريف الإيجار الوارد على منفعة الأعيان، كإجارة الدور والأراضي وما شابهها، وإجارة الدواب وما شابهها من السيارات والسفن والطائرات، كما اشتمل على الإجارة الواردة على منفعة الإنسان أو ما يسمى بإجارة الأشخاص، كاستئجار شخص للبناء أو للحراسة أو للخياطة وغيرها. في حين أن قانون المعاملات المدنية الإماراتي اقتصر في تعريفه على الإجارة الواردة على الأعيان والدواب، أما إجارة الأشخاص فلا تدخل في قانون المعاملات المدنية الإماراتي ضمن عقد الإيجار، وإنما تدخل ضمن نطاق عقد العمل^(٨).

كما اختلف الفقه الإسلامي عن قانون المعاملات المدنية الإماراتي في عدم اشتراط صلاحية العين المؤجرة للانتفاع في صحة العقد ما دام أن المستأجر قد عاين العين المؤجرة ورضي بها، في حين أن قانون المعاملات المدنية الإماراتي يشترط صلاحية العين المؤجرة للانتفاع بها في صحة العقد^(٩).

مقتضى عقد الإيجار

ويراد به مجموعة الالتزامات التي يستلزمها العقد، ويعتبر العاقد مكلفاً بها دون حاجة إلى اشتراطها صراحة من قبل الطرف الآخر^(١٠).

والمقتضى الأساس في عقد الإيجار هو التزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة، والتزام المستأجر بدفع الأجرة وعدم التعدي على المأجور^(١١)، إلى جانب التزامات أخرى من قبل كل من المؤجر والمستأجر، وهي:

التزامات المؤجر: ^(١٢)

- تسليم العين المؤجرة.

- ضمان العيوب.

١- انظر: موجز أحكام عقد الإيجار في التقنين المدني وتشريعات إيجار الأماكن، أ.د. إسماعيل عبد النبي شاهين، ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م، ص ٨. أحكام قانون إيجار الأماكن وتنظيم العلاقة بين المالك والمستأجر، د. مصطفى محمد عرجاوى، ط ٢، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م، ص ١٤.

٢- انظر: سوء النية وأثره في عقود المعاوضات، د. محمد شكرى الجميل، مرجع سابق، ص ٦٨٤.

٣- المدخل الفقهي العام، مصطفى الزرقا، دار الفكر، دمشق، ١٩٦٧-١٩٦٨م، ج ١ ص ٤٤٣.

٤- انظر: نفسه ج ١ ص ٤٤٣.

٥- انظر الفتاوى الهندية، مرجع سابق، ج ٤ ص ٤٣٧. كشف القناع، البيهوتي، مرجع سابق، ج ٣ ص ٢١٩.

١- مغني المحتاج، الشربيني، مرجع سابق، ج ٢ ص ٤٢٧.

٢- انظر: عقد الإجارة المنتهية بالتسليم، محمد يوسف عارف، مرجع سابق، ص ٢٤.

٣- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، علاء الدين علي بن سليمان بن أحمد المرادوي، ت: محمد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٩٩٧م، ج ٦ ص ٣.

٤- انظر: عقد الإجارة المنتهية بالتسليم، محمد يوسف عارف، مرجع سابق، ص ٢٣.

٥- انظر: العقود المسماة - عقد الإيجار، أ.د. رمضان أبو السعود، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٦م، ص ١٥.

٦- انظر: الوجيز في شرح قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، مرجع سابق، ج ٤ ص ٩.

٧- انظر: سوء النية وأثره في عقود المعاوضات، د. محمد شكرى الجميل، مرجع سابق، ص ٦٨٤.

التزام المستأجر:

- رفع اليد عن العين المؤجرة بمجرد انتهاء المدة الزمنية للعقد^(١).
- استعمال العين المؤجرة فيما أعدت له أو حسب الاتفاق على كيفية استعمالها.^(٢)
- المحافظة على العين المؤجرة. وهو موضوع بحثنا في هذه الدراسة وسأتكلم في هذه المسألة في ثلاثة فروع:-

الفرع الأول: التزام المستأجر بالحفظ في الفقه الإسلامي

لما كان عقد الإيجار من العقود المؤقتة الواردة على منفعة العين، وكان لزاماً على المستأجر أن يرد العين للمؤجر بعد انتهاء المدة المحددة للعقد؛ لزم على المستأجر المحافظة على العين المؤجرة طوال مدة الإيجار^(٣).

وقد ذكرنا سابقاً أن الشيء المؤجر أمانة في يد المستأجر، يضمنه إذا تلف في حال تعد منه أو تقصير، وبناءً على ذلك فإن المستأجر يلتزم - بمقتضى عقد الإيجار - بالمحافظة على المؤجر بما يحفظ به ماله أو يلتزم بعناية الشخص العادي بماله، فإن فرط في ذلك ضمن ما نتج عن تفریطه وتعديه، جاء في المغني: «فمن اكرى دابة إلى موضع فجاوزه فعليه الأجرة المذكورة وأجرة المثل لما جاوز، وإن تلف فعليه أيضاً قيمتها»^(٤).

ويرتبط بالتزام المستأجر بالحفظ أربعة التزامات تقع على عاتقه، وهي كالاتي:

- أولاً: استعمال العين المؤجرة فيما أعدت له

وذلك بالتزام المستأجر الانتفاع بالعين المؤجرة وفقاً للاتفاق الوارد بينه وبين المؤجر، فلو استأجر داراً للسكن لم يجز له استعمالها في غير ذلك، كاستعمالها في النجارة أو الحدادة؛ لما قد يتسبب به من إتلاف للعين المؤجرة، جاء في الإنصاف: «... لو استأجرها للسكنى لم يعمل فيها حدادة ولا قصارة ولا يسكنها دابة»^(٥).

وإن استأجر أرضاً ليزرع فيها لم يكن له استعمالها في غرس أو بناء، جاء في الإنصاف: «وإن أجرها للزرع فغرس أو بنى لزمه أجره المثل، وإن أجرها لغرس أو بناء لم يملك الآخر، فإن فعل فأجرة

١- انظر: المبدع، إبراهيم بن محمد بن عبد الله، مرجع سابق، ج ٥ ص ١١٢.

٢- انظر: المهذب، الشيرازي، مرجع سابق، ج ١ ص ٤٠٢.

٣- انظر: عقد الإيجار، د. عبد الحي حجازي، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ط ١، ١٩٥٨م، ص ٢٤٤.

٤- المغني، ابن قدامة، مرجع سابق، ج ٥ ص ٢٩٠.

٥- الإنصاف، المرادوي، مرجع سابق، ج ٦ ص ٥.

المثل»^(١).

وفي حال عدم وجود اتفاق يُلزم المستأجر بنوع معين من الانتفاع، يكون العرف هو الفاصل فيه، فيلتزم المستأجر بالانتفاع بالعين المؤجرة فيما أعدت له وفقاً لما جرى به العرف، فاستئجار الدار لا يحتاج إلى اتفاق يبين استعمالها للسكن؛ لأن الدار لا تكون إلا للسكن أو لوضع المتاع، جاء في روضة الطالبين: «... أجر بيتاً أو داراً لا يحتاج إلى ذكر السكنى؛ لأن الدار لا تستأجر إلا للسكنى ووضع المتاع»^(٢).

- ثانياً: عدم إحداث تغيير بالشيء المأجور

تقتضي المحافظة على العين المؤجرة عدم إجراء أي تغيير فيها من شأنه إحداث الضرر بها، ما لم يأذن له المؤجر بذلك، فليس له أن يبني فيها غرفةً أو حائطاً إلا بإذن من المؤجر، جاء في البحر الرائق: «ولا يجوز لمستأجر السبيل أن يبني فيه غرفة لنفسه إلا أن يزيد في الأجر، ولا يضر بالبناء..... إذا قال القيم أو المالك أذنت لك في عمارتها فعمَّرها بإذنه يرجع على القيم والمالك»^(٣).

كما لا يحق له هدم جزء من العين المؤجرة بدافع جلب النفع لنفسه، كهدم جدار بين غرفتين بدافع التوسعة، إلا في حال أذن له صاحب العين بذلك أو اشترط ذلك في العقد، جاء في درر الحكام: «... له أن يشتغل فيه كل نوع من أنواع العمل لا يورث البناء الوهن، أما ما يورث الوهن للبناء ويضر به فليس له عمله بدون رضا صاحبه أو اشتراط ذلك في عقد الإجارة، وليس له أن يتصرف في البناء تصرفاً مضراً كالهدم مثلاً»^(٤).

وجاء فيه أيضاً: «... حتى لو استأجر أحد الناس حانوتين من شخصين وفتح بينهما باباً ليمر من الواحدة إلى الأخرى ضمن الحائط الذي هدمه»^(٥).

- ثالثاً: إجراء الترميمات اللازمة

وللمحافظة على العين المؤجرة يستوجب على المستأجر أن يقوم بإجراء الترميمات اللازمة لها، وهي الترميمات البسيطة التي نشأت من الاستعمال المعتاد للعين، كإصلاح الثور، وتقريغ البالوعة؛ لما في ترميمها من نفع للمستأجر، جاء في درر الحكام: «... وإن كان عائداً لمنافع المستأجر ولم يجز شرط كهذا بين الطرفين، كتعمير المطابخ وإصلاح الثور، وكري حفرة (بيت الخلاء) فليس للمستأجر أخذ

١- نفسه، ج ٦ ص ٥٢.

٢- روضة الطالبين، النووي، مرجع سابق، ج ٥ ص ١٩٩.

٣- البحر الرائق، ابن نجيم، مرجع سابق، ج ٧ ص ٣٠٥.

٤- درر الحكام شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق، ج ١ ص ٥١٦.

٥- نفسه، ج ١ ص ٥١٦.

مصروفاتها بمجرد الإذن ما لم يذكر شرط أخذها بينهما؛ لأن منافع ذلك للمستأجر»^(١).

أما في حال كانت الترميمات في أصل البناء، كترميم السقف، أو إصلاح الأبواب والنوافذ، فإنها على صاحب العين، جاء في درر الحكام: «... ووضع الزجاج للنوافذ وغيرها وإصلاح الدرج وسائر الأمور التي تتعلق بالبناء كلها لازمة على الآجر»^(٢).

- رابعاً: الالتزام بتنظيف العين المؤجرة

بما أن عقد الإجارة يقتصر على تملك المنفعة دون العين، والمستأجر يلتزم برد العين للمالك بعد انتهاء مدة العقد، استوجب على المستأجر أن يحافظ على نظافة العين بإزالة ما تراكم عليه من تراب ونفايات أثناء استخدامه له، حتى لا يضر بالعين جاء في المجلة: «إزالة التراب والزبل الذي يتراكم في مدة الإجارة والتطهير على المستأجر»^(٣).

وجاء في حاشية البجيرمي: «والحاصل أن إزالة الكناسة كالرماد وتقريب نحو الحش كالبالوعة على المؤجر مطلقاً إلا ما حصل منها بفعل المستأجر فعليه في الدوام وكذا بعد الفراغ...»^(٤).

الفرع الثاني - التزام المستأجر بالحفظ في قانون المعاملات

ذكرنا سابقاً اتفاق قانون المعاملات المدنية الإماراتي مع الفقه الإسلامي في كون المأجور أمانة في يد المستأجر، ويتحول من يد الأمانة إلى يد ضمان في حال التلف أو الفقدان بتعد أو تقصير.

وقد نصت الفقرة الأولى من المادة (٧٧٦) من قانون المعاملات على أن «الشيء المؤجر أمانة في يد المستأجر يضمن ما يلحقه من نقص أو تلف أو فقدان ناشئ عن تقصيره أو تعديه. وعليه أن يحافظ عليه محافظة الشخص العادي».

وبناءً على ذلك فإن قانون المعاملات يُلزم المستأجر بالمحافظة على العين المؤجرة، وذلك من خلال ثلاث التزامات كالتالي:

- أولاً: استعمال العين المؤجرة فيما أعدت له

نصت الفقرة الأولى من المادة (٧٧٧) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على أنه: «لا يجوز للمستأجر أن يتجاوز في استعمال الشيء المؤجر حدود المنفعة المتفق عليها في العقد، فإن لم يكن هناك اتفاق وجب الانتفاع به طبقاً لما أعد له وعلى نحو ما جرى عليه العرف».

١- نفسه، ج ١ ص ٥٢٠.

٢- درر الحكام شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق، ج ١ ص ٥١٨.

٣- مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، ج ١ ص ١٠٠.

٤- حاشية البجيرمي، البجيرمي، مرجع سابق، ج ٢ ص ١٧٩.

وبناءً على ذلك يلتزم المستأجر باستعمال الشيء المؤجر وفق الاتفاق الذي كان بينه وبين المؤجر، أما في حال عدم وجود اتفاق فإن المستأجر يلتزم باستعمال الشيء المؤجر وفق ما جرى به العرف، وعلى كل حال فإن المستأجر ملزم بأن يستعمل العين فلا يتركها دون استعمال على نحو يضر بها»^(١).

ويكون استعمال الشيء المؤجر وفق الاتفاق الوارد في العقد صراحة، كأن ينص على أن العقار للسكنى أو لاستعماله كمطعم، فلا يصح استعماله لنشاط آخر، أو ينص على أن الأرض للزراعة أو لتشييد مصنع عليها فلا يجوز استخدامها لغير ذلك دون موافقة المؤجر^(٢)، كما لا يجوز لمن استأجر سيارة لنقل الركاب أن يستغلها لنقل بضائع أو حيوانات^(٣).

أما في حال عدم ورود نص صريح يفيد الغرض من الإجارة، يمكن استنباط ذلك من الظروف والقرائن التي صاحبت العقد ودلت على كيفية استعماله، كذكر مهنة المستأجر في عقد الإيجار، أو وجود لافتة تبين الغرض من الشيء المؤجر، أو إعداده بهيئة توضح الغرض من استعماله^(٤).

أما إذا تعذر الوصول إلى الغرض من استعمال الشيء المؤجر لعدم وروده في العقد صراحةً ولا ضمناً، فإن للعرف دوراً بارزاً في بيان ذلك.

- ثانياً: عدم إحداث تغيير بالشيء المؤجر

نصت الفقرة الأولى من المادة (٧٧٨) على أنه: «لا يجوز للمستأجر أن يحدث في الشيء المؤجر تغييراً بغير إذن المؤجر إلا إذا كان يستلزمه إصلاح الشيء المؤجر ولا يلحق ضرراً بالمؤجر».

ووفقاً للمادة السابقة من القانون لا يجوز للمستأجر أن يحدث أي تغيير مادي في العين المؤجرة دون إذن المؤجر، كبناء جدار في غرفة لتحويلها إلى غرفتين، أو هدم جدار لغرض التوسيع، أو فتح نافذة في الجدار، أو إغلاق شرفة، وغير ذلك^(٥).

ولكن يمكننا من خلال النص السابق للمادة أن نفرق بين الصور التالية^(٦):

أولاً: يحق للمستأجر إحداث بعض التغييرات الإصلاحية للعين المؤجرة، إذا تطلب الانتفاع من الشيء المؤجر ذلك، ولكن دون أن يتسبب بإلحاق الضرر به، وذلك تطبيقاً للاستثناء الذي ورد في النص: «... إلا إذا كان يستلزمه إصلاح الشيء المؤجر ما لم يأذن المؤجر له بذلك».

١- الوسيط، عبدالرزاق السنهوري، مرجع سابق، ج ٦ ص ٥١٧.

٢- انظر: الوسيط، عبدالرزاق السنهوري، مرجع سابق، ج ٦ ص ٥١٧.

٣- انظر: القانون المدني، د. محمد حسن قاسم، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، ٢٠٠١، ص ٩٢٢.

٤- انظر: العقود المسماة، علي هادي العبيدي، دار الثقافة للنشر، ط ١، ٢٠٠٦، ص ٢١٢. الوسيط، عبدالرزاق سنهوري، مرجع سابق، المجلد ٦، ج ٦ ص ١٧-٢٠.

٥- انظر: الوجيز في شرح قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات، د. عبد الخالق حسن، مرجع سابق، ج ٤ ص ٢٤٩.

٦- انظر: شرح أحكام الإيجار في دولة الإمارات العربية المتحدة، د. عبد الناصر العطار، مرجع سابق، ص ٢٢٥-٢٣٠.

المطلب الثاني

عقد الإعارة

كما يحق للمستأجر إحداث تغييرات ليست من قبيل إصلاح وترميم العين المؤجرة، شريطة عدم إلحاق ضرر بها، كوضع حاجز خشبي للغرفة، أو وضع ستارة على النافذة، وغير ذلك من التغييرات غير الضارة، والتي لا تحتاج إلى إذن المؤجر، ولكن إذا تم الاتفاق مسبقاً على عدم إحداث أي تغيير أو ترميم، لم يصح للمستأجر القيام به.

ثانياً: لا يحق للمستأجر أن يحدث أي تغيير من شأنه إحداث ضرر بالعين المؤجرة، وإلا كان مسؤولاً عن فعله، إلا في حال وجود إذن من المؤجر للقيام بهذه التغييرات، فإن وجد إذن المؤجر لم يسأل المستأجر عن إحداث التغييرات مادامت في نطاق الإذن.

- ثالثاً: إجراء الترميمات اللازمة

تنص المادة (٧٧٩) من قانون المعاملات على أنه: «١- يلتزم المستأجر بإجراء الترميمات التي تم الاتفاق عليها، أو جرى العرف على أنه مكلف بها. ٢- وعليه خلال مدة الإيجار تنظيف الشيء المؤجر وإزالة ما تراكم فيه من أتربة أو نفايات وسائر ما يقضي العرف بأنه مكلف به».

يستنبط من الفقرة الأولى من المادة (٧٧٩) أن المؤجر هو الملزم بإجراء الترميمات اللازمة للعين المؤجرة، وأن المستأجر غير ملزم بذلك إلا في حال وجود اتفاق على ذلك، أو وجود عرف يقضي بذلك^(١).

ووفقاً للفقرة الثانية من المادة (٧٧٩) من القانون يلتزم المستأجر بتنظيف العين المؤجرة، وإزالة ما تراكم عليها من أتربة ونفايات أثناء استعماله للعين المؤجرة^(٢).

الفرع الثالث: الموازنة بين الفقه الإسلامي وقانون المعاملات

مما سبق يتبين لنا أن قانون المعاملات المدنية الإماراتي قد استشف بنود المحافظة على العين المؤجرة من الفقه الإسلامي، واتفق معه في وجوب التزام المستأجر ببذل العناية الكافية للمحافظة على العين المؤجرة، تحت طائلة عدد من الالتزامات التي يلتزم بها المستأجر تجاه العين المؤجرة.

١- انظر: الوجيز في شرح قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات، د. عبد الخالق حسن، مرجع سابق، ج٤ ص ٢٤٠ - ٢٤١.

٢- انظر: المرجع السابق ج٤ ص ٢٤٠-٢٤١.

توطئة: في تعريف عقد الإعارة في اللغة والفقه الإسلامي وقانون المعاملات

أولاً: تعريف عقد الإعارة في اللغة والفقه الإسلامي

أ- في اللغة

العارية في اللغة - بتخفيف الياء أو تشديدها - من التعاور وهو التداول، يقال اعتوروا الشيء وتعاوروه وتعاوروه أي تداولوه^(١). ويقال تعور واستعار أي طلب العارية، واستعار الشيء واستعاره منه أي طلب منه أن يعيره^(٢).

ب- في اصطلاح الفقهاء

أما العارية في اصطلاح الفقهاء فهي «عين مال الغير في يد الإنسان، لينتفع بها، بإذن، ويردّها من غير استحقاق»^(٣). ولقد تطرق الفقهاء - رحمهم الله - إلى تعريفها في مصنفاتهم، ونذكر هنا بعض ما ورد في ذلك:

عند الحنفية:

عرف جمهور الحنفية - رحمهم الله - العارية بأنها: «تمليك المنافع بغير عوض»^(٤).

يُستنتج من التعريف السابق ضرورة وجود إيجاب وقبول في عقد الإعارة، كما أن التعريف أخرج كل ما فيه تمليك للعين كالبيع والهبة، وتمليك للمنافع بعوض كالإجارة^(٥).

عند المالكية:

عرفوا عقد الإعارة بأنه: «تمليك منفعة مؤقتة لا بعوض»^(٦).

يلاحظ في التعريف السابق اقتصار التمليك للمنفعة دون الملك، وبذلك أخرج كل ما فيه تمليك

١- انظر: لسان العرب، ابن منظور، مرجع سابق، ج ٤ ص ٦١٨. تاج العروس، الزبيدي، ج ١٢ ص ١٦٤.

٢- لسان العرب، ابن منظور، ج ٤ ص ٦١٨.

٣- نهاية المطلب في دراية المذهب، إمام الحرمين عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني، ت: أ.د. عبد العظيم محمود الديب، دار المنهاج، جدة، ط ١، ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م، ج ٧ ص ١٣٧.

٤- البحر الرائق، ابن نجيم، ج ٧ ص ٢٨٠.

٥- في حين عرفها الإمام الكرخي بأنها: «إباحة الانتفاع بملك الغير». الهداية شرح بداية المبتدي، أبو الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني المرغيناني، المكتبة الإسلامية، ج ٣ ص ٢٢٠.

٥- البحر الرائق، ابن نجيم، مرجع سابق، ج ٧ ص ٢٨٠. الدر المختار، الحصكفي، مرجع سابق، ج ٥ ص ٦٧٧. التفريط وأثره في العقود، د. مايسه كمال، مرجع سابق، ص ٢١١.

٦- التاج والإكليل، العبدري، مرجع سابق، ج ٥ ص ٢٦٨.

للعين كما في البيع أو الهبة، كما أخرج كل ما فيه تملك للمنفعة بعوض كما هو الحال في الإجارة^(١).
وتقييد التعريف بـ«تمليك المنفعة» احتراز به عن تملك الانتفاع، حيث إن ملك المنفعة في العارية يُجيز للمعير أن يعير المستعار مثله، وهذا لا يكون في ملك الانتفاع؛ وبذلك يكون ملك المنفعة أخص من تملك الانتفاع^(٢).

عند الشافعية

عُرف عقد الإجارة عندهم بأنه: «إباحة الانتفاع بما يحل الانتفاع به مع بقاء عينه»^(٣).
يُستخلص من التعريف السابق اقتصار العارية على ما بقيت عينه بعد الانتفاع به، أما ما استهلك عينه كالطعام والشراب والشمع وغيره فلا يدخل في عقد العارية، كما قيد التعريف الانتفاع بما يباح، فأخرج بذلك ما لا يباح الانتفاع به كالآلات الموسيقية^(٤).

عند الحنابلة

عُرف عقد الإجارة بأنه: «إباحة الانتفاع بعين من أعيان المال»^(٥).
وعُرف كذلك بأنه: «العين المأخوذة من مالها أو وكيله للانتفاع بها مطلقاً أو زمنياً مقدراً بلا عوض من الآخذ لها أو من غيره»^(٦).

أشار التعريف السابق إلى وجود نوعين من الإجارة: الإجارة المطلقة والإجارة المقيدة.

عند استقراء التعاريف السابقة نجد أن جمهور المالكية والحنفية^(٧) - رحمهم الله - عرفوا العارية بلفظ تملك؛ بحجة أن العرية من العطية، فلما كانت العطية تملكاً للعين بغير عوض، فإن العارية تملك للمنفعة بغير عوض. كما أن المنافع كالأعيان في قابلية التملك، والتمليك نوعان: بعوض وبغير عوض، وكما أن الأعيان تقبل النوعين، فإن المنافع تقبل النوعين كذلك، والجامع بينهما هو دفع الحاجة^(٨)، وبالتالي فإن المستعير له حق التصرف بالعارية بإعارتها أو تأجيرها.

١- انظر: شرح ميارة الفاسي، أبو عبد الله محمد مرجع سابق، ج ٢ ص ٣٠٨-٣٠٩.

٢- انظر: نفسه.

٣- مغني المحتاج، الشربيني، مرجع سابق، ج ٢ ص ٢٦٢.

٤- انظر: الإقناع، الشربيني، مرجع سابق، ج ٢ ص ٣٢٩. إغاثة الطالبين، ابن السيد الدمياطي، مرجع سابق، ج ٣ ص ١٢٩.

٥- المغني، ابن قدامة، مرجع سابق، ج ٥ ص ١٢٨.

٦- مطالب أولي النهى، السيوطي، مرجع سابق، ج ٢ ص ٧٢١.

٧- باستثناء الإمام الكرخي - رحمه الله - الذي ذهب إلى ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة من كون العارية إباحة انتفاع وليس تملك منفعة. انظر: المبسوط، السرخسي، مرجع سابق، ج ١١ ص ١٣٣.

٨- انظر: الهداية شرح بداية المبتدي، المرغيناني، مرجع سابق، ج ٢ ص ٣٢٠.

أما جمهور الشافعية والحنابلة - رحمهم الله - فذهبوا إلى أن العارية إباحة الانتفاع؛ بحجة أن العارية لا يشترط فيها إعلام مقدار المنفعة فيها ببيان المدة، والجهالة تمنع صحة التملك، في حين أنها لا تمنع من صحة الإباحة. كما أن المستعير ليس له أن يؤجر العارية، فلا يكون تملكاً؛ لأن من تملك شيئاً بعوض جاز له أن يملكه لغيره^(١).

ثانياً: تعريف عقد الإجارة في قانون المعاملات

عرف قانون المعاملات المدنية الإماراتي عقد الإجارة في المادة (٨٤٩) بأنه: «تمليك الغير منفعة شيء بغير عوض لمدة معينة أو لغرض معين على أن يردده بعد الاستعمال، والعارية هي الشيء الذي ملكت منفعته».

اشتمل التعريف السابق على المعنى الاسمي والمعنى المصدرى للعارية، حيث ذكر تعريف العقد المقتضى لتمليك الغير منفعة الشيء (الإجارة) وهو المعنى المصدرى، كما ذكر تعريف العين المعارة (العارية) وهو المعنى الاسمي.

وقد نصت مادة القانون على أن انتفاع المستعير بالعارية يكون مؤقتاً بزمن أو عمل معين، مما يمنع المستعير من الاستفادة منها على غير الوجه المستعار من أجله، كمن يستعير سيارة للركوب، فلا يجوز له أن يحملها بضاعة.

وبقاء العين المستعارة من الشروط الواردة في التعريف، والتي تتضح لنا من خلال العبارة الواردة في نص التعريف «على أن يردده بعد الاستعمال»، مما يشير إلى عدم اعتبار القانون الإماراتي الانتفاع بالمستهلكات من باب العارية؛ وبناءً على ذلك لا يصح إجارة أو استعارة الطعام والدراهم والعدديات المتفاوتة التي يتوقف الانتفاع بها على استهلاك عينها، بل يكون الانتفاع بها من باب القرض؛ لأن الانتفاع بها يكون باستهلاك أعيانها، واستهلاك العين يتوقف على الملك فيقتضي بالضرورة تملك العين، وتمليك العين يكون بالقرض^(٢).

وتعريف العارية في القانون يشير إلى كون عقد العارية عقداً رضائياً ملزماً للطرفين، وهي من عقود التبرع التي يبذل فيها أحد الطرفين دون انتظار عوض من الطرف الآخر^(٣).

ثالثاً: الموازنة بين الفقه الإسلامي وقانون المعاملات

فيما سبق نجد اتفاق كل من الفقه الإسلامي والقانون المدني في كون عقد العارية من عقود

١- انظر: المبسوط، السرخسي، مرجع سابق، ج ١١ ص ١٣٣.

٢- انظر: التعليق على قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، محمد محمود، مرجع سابق ج ٥ ص ٢٥٦.

٣- انظر: الوسيط في شرح القانون المدني، السنهوري، مرجع سابق، ج ٦ ص ١٥٠٨-١٥١٠.

التبرعات التي يبذل فيها أحد الطرفين دون مقابل من الطرف الآخر، كما اتفق القانون مع ما ذهب إليه جمهور المالكية والحنفية من جواز تملك المنفعة وما يترتب على ذلك من جواز تصرف المستعير بالعارية بإجارة أو إعارة، مخالفاً بذلك مذهب الشافعية والحنابلة الذين قصروا العارية على إباحة الانتفاع فقط دون تملكها.

أما أوجه الاختلاف فتتمثل في الآتي:

- ١- عقد العارية في القانون الوضعي عقد ملزمٌ للطرفين، في حين أن الفقه الإسلامي يرى حق المعير في الرجوع عن العارية متى شاء ما لم يكن في الرجوع إلحاق ضرر بالمستعير.
- ٢- كما اختلف القانون عما ذهب إليه جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة^(١) في وجود نوعين من العارية: العارية المطلقة والعارية المقيدة، واتفق القانون مع المذهب المالكي^(٢) في كون العارية مقيدة^(٣).

الفرع الأول: التزام المستعير بالحفظ في الفقه الإسلامي

ذكرنا سابقاً اشتراط بقاء العين المعارة بعد الانتفاع بها، ليردّها إلى مالکها بعد انتهاء عقد العارية، وهذا يلزم المستعير المحافظة عليها ورعايتها وصونها من كل ما قد يؤدي إلى تلفها أو هلاكها. ووجوب التزام المستعير بالحفظ فهمه الفقهاء - رحمهم الله - من الخطاب العام الوارد في نصوص الآيات والأحاديث المختلفة التي تحث على رد الأمانات إلى أهلها، والعارية ما هي إلا أمانة في يد المستعير، يجب ردها إلى صاحبها^(٤)، ومن هذه النصوص قول الله تعالى:

﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾^(٥).

وقول النبي - صلى الله عليه وسلم - «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»^(٦)

- ١- انظر: البحر الرائق، ابن نجيم، مرجع سابق ج ٧ ص ٢٨٠. الإقناع، الشرييني، مرجع سابق ج ٢ ص ٣٠٦. كشف القناع، البهوتي، مرجع سابق ج ٤ ص ٦٥.
- ٢- انظر: شرح مختصر الخليل، الخرشي مرجع سابق ج ٦ ص ١٢١.
- ٣- التقيد الوارد في التعريف يناقض ما جاء في مواد أخرى من القانون فيما يخص العارية والتي أفادت وجود نوعين من العارية في القانون، العارية المطلقة والعارية المقيدة، مثال ذلك ما جاء في المادة (٨٥٤) من القانون: «إذا قيدت مدة الإعارة بزمان أو عمل فليس للمعير أن يسترد العارية من المستعير قبل انتهاء مدتها وإن لم تقيد بزمان ولا عمل فليس له أن يستردها قبل انتهاء المدة المعتادة في إعارة مثلها» ويراجع كذلك نص المادة (٨٦٣) من القانون، وهذا يناقض ما ورد في تعريف العارية في كونها مقيدة بزمان أو غرض محدد.
- ٤- انظر: أحكام ضمان العارية، د. محمد محي الدين إبراهيم، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص ٧٤.
- ٥- سورة النساء، الآية ٥٨.
- ٦- أخرجه الترمذي في سننه، كتاب البيوع، باب ما جاء في أن العارية مؤداة ج ٣ ص ٥٦٦، رقم الحديث ١٢٦٦. قال الترمذي حسن صحيح.

فدل الحديث على وجوب التزام المستعير بحفظ العين المعارة وردها في نهاية العقد، أو متى طلبها صاحبها حسب الأحوال؛ لأنها ملك لغيره، ينتفع بها دون استحقاق ولا إذن بالإتلاف فلزمه الحفظ والضمان عند التلف^(١).

والمحافظة على العين المعارة تستلزم من المستعير بذل العناية المطلوبة لحفظها وهي عناية الرجل بمال نفسه، جاء في المادة (٧٧٦) من مرشد الحيران أنه: «يجب على المستعير أن يعتني بحفظ العين المستعارة وصيانتها كاعتنائه بمال نفسه»^(٢). فإن هلكت العين المعارة بتقصير من المستعير أو بتعد منه ضمن بإجماع الفقهاء^(٣).

وفي هذا المقام نقول: إن فقهاء المالكية - رحمهم الله - رأوا أن يد المستعير يد أمانة على العارية التي لا يمكن إخفاؤها كالحيوان والعقار، فإن تلفت بغير تعد ولا تقريط لا يضمنها. أما إذا كانت العارية مما يمكن إخفاؤه كالثياب والحلي، فيكون ضامناً لها إذا تلفت، إلا أن يقيم البيئة على أنها هلكت بغير تقريط منه فلا ضمان عليه^(٤).

أما الحنفية^(٥) والشافعية في المشهور^(٦)، فذهبوا إلى أن يد المستعير يد أمانة مطلقاً، فإن هلكت العارية دون تعد منه أو تقريط لم يضمن، دون تفصيل بين ما يمكن إخفاؤه أو لا. وحجتهم في ذلك حديث الرسول - صلى الله عليه وسلم - «ليس على المستعير ولا المستودع غير المغل^(٧) ضمان»^(٨).

والرأي الثالث، يرى أصحابه، وهم من الشافعية^(٩) والحنابلة^(١٠) وقول من المالكية^(١١) أن يد المستعير يد ضمان مطلقاً، فإذا هلكت العارية ولو بغير تعد منه أو تقريط يضمن، مستدلين بقوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾^(١٢)، ووجه استدلالهم أن الله سبحانه وتعالى

- ١- انظر: المغني، ابن قدامة، مرجع سابق، ج ٥ ص ١٢٩.
- ٢- انظر: مرشد الحيران، محمد قدرى باشا، مرجع سابق، ص ١٠٩ مادة ٦٦٦.
- ٣- انظر: الإجماع، محمد بن إبراهيم بن منذر النيسابوري، ت: فؤاد عبد المنعم، دار الدعوة، الإسكندرية، ط ٢، ١٤٠٢هـ، ص ١٠٣. مراتب الإجماع في العبادات والاعتقادات، علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري، دار الكتب العلمية، بيروت، ص ٩٥. الفتاوى الهندية، مرجع سابق، ج ٤ ص ٣٦٣.
- ٤- انظر: الفواكه الدواني، النفراوي، مرجع سابق، ج ٢ ص ١٦٨.
- ٥- انظر: الفتاوى الهندية، ج ٤ ص ٣٦٣. الهداية شرح البداية، ج ٢ ص ٢٢٠.
- ٦- انظر: روضة الطالبين، ج ٤ ص ٤٣١.
- ٧- المغل: الخائن. نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار، محمد بن علي بن محمد الشوكاني، دار الجيل، بيروت، ١٩٧٣ م، ج ٦ ص ٣٨.
- ٨- أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب العارية، باب من قال لا يغرم، ج ٦ ص ٩١، رقم الحديث ١١٢٦٦. مصنف عبد الرزاق، كتاب البيوع، باب العارية، ج ٨ ص ١٧٨، رقم الحديث ١٤٧٨٢. لم أتوصل إلى حكم الحديث من خلال ما اطلمت عليه من كتب الحديث.
- ٩- انظر: المهذب، الشيرازي، مرجع سابق ج ١ ص ٣٦٣.
- ١٠- انظر: المغني، ابن قدامة، مرجع سابق ج ٥ ص ١٢٨.
- ١١- انظر: بداية المجتهد، ابن رشد، مرجع سابق، ج ٥ ص ٣٢٢.
- ١٢- سورة النساء: آية ٥٨.

يأمر في هذه الآيات بأداء الأمانات إلى أهلها، والعارية من الأمانات، وأداؤها واجب، وبالتالي تُضمن عند التلف^(١). كما استدلو برد الرسول - صلى الله عليه وسلم - لصفوان بن أمية عندما استعار الرسول - عليه الصلاة والسلام - منه درعه، فقال: أغضب يا محمد؟ فقال عليه السلام: «لا بل عارية مضمونة»^(٢). إلى جانب ما رُوي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»^(٣).

والذي يظهر لنا - والله أعلم - أن القول بأن يد المستعير يد أمانة لا يضمن إلا في حال التعدي أو التقصير هو القول الراجح؛ لأن القول بضمان العارية فيه تشديد على المستعير، وهو خلافٌ لحكمة مشروعية العارية، حيث شرعت للتيسير على الناس ودفع حاجتهم^(٤).

واستكمالاً لالتزامات المستعير في شأن المحافظة على العارية نقول إن المحافظة على العين المعارة يستوجب على المستعير استعمال العارية على الوجه المعين والمأذون فيه. فالمعير إذا قيد الانتفاع بوقت أو مكان معين، أو حدد نوع الاستعمال، فلا يجوز للمستعير تجاوز حدود هذا الاستعمال. أما في حال أطلق المعير للمستعير الانتفاع بالعارية دون تحديد لوقت ومكان ونوع الاستعمال، فالمستعير له الانتفاع بالعارية في أي وقت ومكان وبأي نوع من الاستعمال شريطة ألا يتجاوز المعهود والمعروف^(٥)، كمن استعار أرضاً للزراعة فإن أطلق المعير ذكر الزراعة دون تحديد نوعها، جاز للمستعير زراعة ما شاء. أما في حال بين المعير نوع الزراعة، كأن يقول أعرتك الأرض لزراعة الحنطة ولم ينهه عن زراعة غيره، جاز للمستعير زرع الحنطة وما ضرره مثل الحنطة أو دونه، ولا يجوز له زرعها بما ضرره فوق ذلك كالذرة والقطن. أما إذا نهاه عن زراعة غيرها لم يصح منه زراعة غيرها، فإن فعل جاز للمعير قلعها مجاناً^(٦).

وحفاظاً على سلامة العارية يجب على المستعير ردها وتسليمها التسليم المتعارف عليه من حيث المكان المعد للشيء المعار، ومن حيث الشيء المعار نفسه^(٧).

الفرع الثاني: التزامات المستعير بالحفظ في قانون المعاملات

ذكرنا سابقاً أن عقد الإعارة من عقود التبرعات التي تملك المنفعة للمستعير دون مقابل على

أن يرد العين المستعارة للمعير بعد الانتهاء منها، واشتراط رد العين المستعارة يستدعي من المستعير المحافظة عليها وحمايتها من الهلاك والضياع، وتحقيق ذلك يكون بأمرين:

١- المحافظة على العين المستعارة.

٢- استعمال العين المستعارة فيما أعدت له

أولاً - المحافظة على العارية

جاء في الفقرة الأولى من المادة (٨٦١) من القانون المدني أن: «على المستعير أن يعتني بحفظ العارية وصيانتها عنايته في ماله دون أن ينزل في ذلك عن عناية الشخص العادي بماله.»

نصت المادة السابقة على معيارين للعناية، المعيار الشخصي الذي أوجب على المستعير أن يبذل من العناية ما يبذله في حفظ ماله الخاص. والمعيار المادي الذي أوجب على المستعير أن يبذل في العناية ما يبذله الشخص العادي في حفظ ماله^(١). وتقصير ذلك أن الشخص المستعير إن كان شديد الحرص في حفظ ماله الخاص، التزم ببذل نفس الدرجة عند عنايته بالعارية، وإن كان من الذين يعتنون بأموالهم دون مستوى اعتناء الشخص العادي، التزم برفع مستوى عنايته بالعارية إلى درجة عناية الشخص العادي. ويترتب على ذلك تحمل المستعير مسؤولية أي ضرر يلحق بالعين المعارة إذا قصر في بذل الدرجة المطلوبة من العناية ويكون ضامناً لها^(٢)، كمن يهمل الصيانة اللازمة للعارية، أو يسيئ استعمالها، أو يستعملها في غير ما أعدت له، أو يتصرف بها بإعارة، وغير ذلك من التصرفات التي تجعل المستعير مسؤولاً وبالتالي يلتزم بالتعويض^(٣).

والمحافظة على العين المعارة يُلزم المستعير بدفع الخطر عنها، وحمايتها من كل ما يسبب تلفها أو نقص قيمتها، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (٨٦١) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي والتي جاء فيها: «فإذا قصر في دفع الضرر عن العارية وكان يستطيع دفعه كان ملزماً بالضمان.»

فيتضح من النص السابق مسؤولية المستعير في دفع أي خطر ناشئ عن قوة قاهرة أو حادث مفاجئ يؤدي إلى هلاك العارية، وذلك على اعتبار أن العارية عقد تبرع محض، وفي حال قصر المستعير في حماية العين المعارة فهلكت، وكان في وسعه دفع الخطر باستعمال شيء من ملكه، أو بإجراء أي تصرف آخر من شأنه حماية العين المعارة كان ضامناً. ومثال ذلك استعار شخص عيناً ما وحملها في البحر، ومن ثم أوشكت السفينة على الغرق، فاستعمل زورق النجاة واختار العين التي

١- انظر: أحكام ضمان العارية، محمد محي الدين، مرجع سابق، ص ٧٢.

٢- انظر: التعليق على قانون المعاملات المدنية، محمد محمود، مرجع سابق، ج ٥ ص ٢٨٥.

٣- انظر عقد العارية، د. عبد الحميد البعلي، مرجع سابق ص ٨٦.

١- انظر: أحكام القرآن، ابن العربي، مرجع سابق، ج ١ ص ٥٧١.

٢- أخرجه الحاكم في المستدرک، کتاب البيوع، ج ٢ ص ٥٤، رقم الحديث ٢٣٠٠. أخرجه الإمام أحمد في مسنده، مسند صفوان بن أمية العجمي، ج ٣ ص ٤٠٠، رقم الحديث ١٥٣٣٧، قال الشيخ شعيب الأرنؤوط: حديث حسن.

٣- سبق تخريجه ص ١٦٩.

٤- انظر: التفريط وأثره في العقود، د. مایسه کمال عبد الحکیم، مرجع سابق ص ٢٤٩.

٥- انظر: المغني، ابن قدامة، مرجع سابق ج ٥ ص ١٣١.

٦- انظر: عقد العارية، د. عبد الحميد البعلي، مرجع سابق ص ٥٧ - ٥٨.

٧- انظر: كشاف القناع، البهوتي، مرجع سابق ج ٤ ص ٧٣-٧٤.

يملكها ليأخذها معه في الزورق دون أخذ العين المعارة^(١)، كان في هذه الحالة مفرضاً، وبالتالي ضامناً.

ثانياً - استعمال العين المستعارة فيما أعدت له

من مقتضى المحافظة على الشيء المستعار استعماله على الوجه المعين وبالقدر المحدد في العقد، فإذا لم يبين العقد كيفية الاستعمال لزم استعماله على الوجه المتعارف عليه، جاء في المادة (٨٦٣) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي أن: «١- للمستعير أن ينتفع بالعارية على الوجه المعتاد في الإعارة المطلقة التي لم تقيد بزمن أو مكان أو بنوع من الانتفاع. ٢- فإذا كانت مقيدة بزمن أو مكان وجب عليه مراعاة هذا القيد وليس له عند تعيين نوع الانتفاع أن يجاوز القدر المماثل والأقل ضرراً».

يستنتج من المادة السابقة أن على المستعير التقيد في استعمال الشيء المعار على الوجه المعين والقدر المبين في العقد. فالعارية إن كانت مقيدة في نوع الاستعمال أو وقته أو مكانه، فليس للمستعير استعمالها على غير الوجه المحدد، أو في غير الوقت والمكان المعين في العقد، وفي حال لم يبين العقد كيفية الاستعمال، وجب الرجوع إلى طبيعة الشيء المستعار، واستعماله على الوجه المخصص له، فسيارة الركاب مثلاً لا يصح استعمالها للنقل، والأواني المنزلية لا تستعمل إلا للأغراض التي أعدت لها بطبيعتها^(٢)، كما أن للعرف دوراً في بيان كيفية استعمال العارية، وتحديد مكان وزمان الاستعمال. ومتى التزم المستعير باستعمال العارية على الوجه المعتاد فإنه لا يضمن ما يلحقها من تلف أو تغيير أو نقص بسبب ذلك الاستعمال^(٣). أما في حال تجاوز المستعير الحدود المرسومة لاستعمال العارية، أو تجاوز المؤلف في استعمالها فإنه يكون ضامناً لما يحدث للعارية من تلف أو تغيير أو نقص، جاء في المادة (٨٦٤) أنه: «١- إذا حدث من استعمال العين المستعارة عيب يوجب نقصان قيمتها فلا يضمن المستعير قيمة ذلك النقص إلا إذا كان ناشئاً عن استعمالها على خلاف المعتاد. ٢- وإذا تجاوز المستعير المؤلف في استعارة العارية أو استعمالها على خلافه فهلك أو تعيبت ضمن المعير ما أصابها».

والى جانب ما سلف ذكره من التزامات المستعير في حفظ العارية فإن مقتضى الحفاظ يستوجب على المستعير عدم التصرف في العارية على وجه يترتب عليه لأحد آخر حقاً في منفعتها أو عينها، وذلك عن طريق التصرف فيها بإعارة أو إجارة أو رهن من غير إذن المعير، جاء في المادة (٨٦٥) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي أنه: «لا يجوز للمستعير بدون إذن المعير أن يتصرف في العارية تصرفاً يترتب لأحد حقاً في منفعتها أو عينها بإعارة أو رهن أو إجارة أو غير ذلك».

ولا يمنع ذلك جواز إيداع المستعير للعارية لدى شخص أمين قادر على حفظها، ولا ضمان عليه إن هلكت العارية دون تعد من المودع عنده ولا تقصير، جاء في المادة (٨٦٦) من قانون المعاملات المدنية

١- انظر: الوسيط في شرح القانون المدني، السنهوري، مرجع سابق، ج ٦ المجلد ٢ ص ١٥٤٦.

٢- انظر: الوسيط في شرح القانون المدني، السنهوري، مرجع سابق، ج ٦ مج ٢ ص ١٥٣٨.

٣- انظر: عقد العارية، د. عبد الحميد البعلي، مرجع سابق ص ٨٢.

الإماراتي أنه: «يجوز للمستعير أن يودع العارية لدى شخص أمين قادر على حفظها ولا يضمنها إذا هلكت عنده دون تعد أو تقصير».

الفرع الثالث: الموازنة بين الفقه الإسلامي وقانون المعاملات

باستقراء ما تقدم ذكره من التزامات المستعير بالحفظ في الفقه الإسلامي والقانون المدني نخلص إلى وجود أوجه اتفاق بينهما، وذلك على النحو التالي:

- اتفق القانون المدني مع ما ذهب إليه الفقه الإسلامي من ضرورة بذل العناية المطلوبة في المحافظة على العين المعارة.
 - اتفق القانون المدني مع ما ذهب إليه الفقه الإسلامي من ضرورة بذل العناية المطلوبة في حال تلف العين المستعارة لأي سبب لا يضمنها المستعير إذا كان عاجزاً عن حماية العين المعارة بدفع السبب، أما إذا كان في إمكانه منع التلف عن العين المستعارة بأي وجه ولم يمنعه كان متعدياً ووجب عليه الضمان.
 - اتفق القانون المدني مع ما ذهب إليه الفقه الإسلامي من ضرورة بذل العناية المطلوبة في العين المستعارة أمانة في يد المستعير لا يضمنها إلا في حال تعد منه أو تقصير.
 - إذا كانت العارية مقيدة بزمن أو مكان أو نوع استعمال وجب على المستعير اعتبار هذه القيود، وعدم تجاوزها.
- أما الاختلاف الذي كان بين الفقه الإسلامي والقانون المدني في هذا الخصوص فهو اقتصار الفقه الإسلامي^(١) على معيار واحد للعناية، وهو عناية الرجل بماله الخاص، في حين ذكر القانون المدني معيارين للعناية، المعيار الشخصي والمعيار المادي.

١- بحسب المصادر التي اطلعت عليها الباحثة.



الباب الثاني

المسؤولية الناجمة عن الإخلال بواجب الالتزام بالحفظ

توطئة:

في هذا الباب سوف أبين طبيعة المسؤولية الناجمة عن الحفظ، والشروط اللازم توفرها لقيام هذه المسؤولية، مع بيان جزاء الإخلال بالمسؤولية الناجمة عن الحفظ، وذلك في فصلين على النحو التالي:

الفصل الأول: طبيعة المسؤولية الناجمة عن الالتزام بالحفظ

الفصل الثاني: جزاء الإخلال بالمسؤولية الناجمة عن الالتزام بالحفظ



الفصل الأول

طبيعة المسؤولية الناجمة عن الالتزام بالحفظ

توطئة:

في هذا الفصل سوف نكرّس جهدنا في بيان طبيعة المسؤولية الناجمة عن الإخلال بواجب الحفظ، والشروط التي يجب توافرها لتحقيق هذه المسؤولية، وذلك من خلال المبحثين التاليين:

المبحث الأول: طبيعة المسؤولية الناجمة عن الالتزام بالحفظ

المبحث الثاني: الشروط اللازم توافرها لقيام هذه المسؤولية

المبحث الأول

طبيعة المسؤولية الناجمة عن الالتزام بالحفظ في الفقه الإسلامي

ويتكون هذا المبحث من المطالب التالية:

المطلب الأول: طبيعة المسؤولية الناجمة عن الالتزام بالحفظ في الفقه الإسلامي

المطلب الثاني: طبيعة المسؤولية الناجمة عن الالتزام بالحفظ في قانون المعاملات

المطلب الثالث: الموازنة بين الفقه الإسلامي وقانون المعاملات



المطلب الأول

طبيعة المسؤولية الناجمة عن الالتزام بالحفظ في الفقه الإسلامي



أولاً - المسؤولية في اللغة:

جاء في المعجم الوسيط: «المسؤولية بوجه عام حال أو صفة من يسأل عن أمر تقع عليه تبعته، يقال أنا بريء من مسؤولية هذا العمل»^(١)، أي أن المسؤولية في اللغة تأتي بمعنى المؤاخذة والمحاسبة^(٢). وقد جاءت النصوص القرآنية مقررة هذا المعنى في مواضع كثيرة منها قوله تعالى: ﴿وَقَفُّهُمْ إِنَّهُمْ مَسْئُولُونَ﴾^(٣)، وقوله عز وجل: ﴿إِنَّ السَّمْعَ وَالْبَصَرَ وَالْفُؤَادَ كُلُّ أُولَئِكَ كَانَ عَنْهُ مَسْئُولًا﴾^(٤).

وجاء في السنة النبوية قوله - صلى الله عليه وسلم - «كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته»^(٥).

ثانياً - المسؤولية في الفقه الإسلامي:

عند استقراء مصنفات الفقهاء - رحمهم الله - نجد أنهم لم يستخدموا لفظ المسؤولية للتعبير عن معنى المؤاخذة والمحاسبة، وإنما استخدموا لفظي الضمان والتضمين، أو الغرم والغرامة والتغريم للدلالة على معنى المؤاخذة والمحاسبة. ولم يعقدوا - رحمهم الله - باباً مستقلاً للضمان أو التغريم، وإنما كان حديثهم عنه عرضاً في أبواب متعددة في مصنفاتهم؛ فجاءت كأصل عام بنيت عليه أحكام كثير من المسائل، وذلك عند بحث هذه المسائل ومعرفة حكمها^(٦).

ويلاحظ عند استقراء هذه المسائل تركيزهم - رحمهم الله - على نتائج المسؤولية أو التكليف وما يجب بهما، بالتفريق بين الجوابر والزواجر^(٧)، فالزواجر هي موجب التكليف أو الخطاب الجنائي، في حين أن الجوابر تعد مسؤولية تنشأ عن الحكم بالضمان، وهي تثبت في الذمة رفعا للضرر الناشئ عن مخالفة أحكام الشارع العامة، والتي تقضي بحق المرء في سلامة نفسه وبدنه وسمعته وماله، كما أن هذه الجوابر تجب في الذمة رفعا للضرر الناشئ عن مخالفة أحكام العقد والامتناع عن تنفيذه دون

١- المعجم الوسيط، مرجع سابق، ج ١ ص ٤١١.

٢- انظر: ضمان العقد في الفقه الإسلامي، د. محمد نجدات المحمد، دار المكتبي، دمشق، ط ١، ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٧م، ص ٧٧.

٣- سورة الصافات: آية ٢٤.

٤- سورة الإسراء، آية ٣٦.

٥- أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الجمعة، باب الجمعة في القرى والمدن، ج ١ ص ٣٠٤، رقم الحديث ٨٥٣.

٦- انظر: الضمان، علي الخفيف، معهد البحوث والدراسات العربية، ١٩٧١م، ص ٩.

٧- قال القرافي في التفريق بين الزواجر والجوابر: «وتحرير هاتين القاعدتين العظيمتين أن بينهما فرقا من وجوه، الوجه الأول أن الزواجر مشروعة لدرء المفسد المتوقعة، والجوابر مشروعة لاستدراك المصالح الفائتة. الوجه الثاني أن معظم الزواجر على العصاة زجرا لهم عن المعصية وزجرا لمن يقدم بعدهم على المعصية وقد تكون مع عدم العصيان كما في الصبيان والمجانين فإننا نزرهم ونؤدبهم لا لعصيانهم بل لدرء مفسدهم واستصلاحهم وكما في البهائم وكقتال البغاة درءا لتفريق الكلمة مع عدم التأثيم لأنهم متأولون ومعظم الجوابر على من لا يكون أثما فقد شرع الجابر مع العمد والجهل والعلم والنسيان والذكر وعلى المجانين والصبيان..... الوجه الثالث أن معظم الزواجر إما حدود مقدرة وإما تعزيرات غير مقدرة فهي ليست فعلا للمزجورين بل يفعلها الأئمة بهم وإنما الجوابر فعل لمن خوطب بها..... الوجه الرابع أن الجوابر تقع في النفوس والأعضاء ومنافع الأعضاء والجراح والعبادات والأموال والمنافع بخلاف الزواجر فإنها إنما تقع في الجنائيات والمخالفات.....» أنوار البروق في أنواء الفروق، أبو العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي القرافي، ت: خليل المنصور، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م، ج ١ ص ٣٦٧-٣٦٨

وجود عذر مبرر^(١). وبالتالي نجد أن لفظ الضمان أو الغرم في الفقه الإسلامي هو المصطلح المرادف للمسؤولية^(٢).

ويجدر بنا في هذا المقام الإشارة إلى أن الضمان في الفقه الإسلامي ليس نوعاً واحداً، بل تتعدد أنواعه نتيجة تعدد الأسباب المنشئة لكل نوع من هذه الأنواع، فهناك ضمان العقد^(٣)، وضمن اليد^(٤)، وضمن الإتلاف^(٥).

وتعدد أنواع الضمان في الفقه الإسلامي يرجع إلى اختلاف الفقهاء - رحمهم الله - في تحديد الأسباب الموجبة للتضمنين، حيث يرى بعضهم أن أسباب الضمان تقتصر على اليد والمباشرة والتسبب، ومنهم من يرى أن العقد سبب من أسباب الضمان، وآخرون يرون أن الشرط سبب من أسباب التضمنين، جاء في الفروق: «وأسباب الضمان في الشريعة ثلاثة لا رابع لها، أحدها: العدوان كالقتل، والإحراق وهدم الدور وأكل الأطعمة وغير ذلك من أسباب إتلاف الممتلكات فمن تعدى في شيء من ذلك وجب عليه الضمان... ثانيها: التسبب للإتلاف، كحفر الآبار في طريق الحيوان في غير الأرض المملوكة للحافر، أو في أرضه حفرها لهذا الغرض... وثالثها: وضع اليد التي ليست بمؤتمنة»^(٦).

وجاء في قواعد الأحكام: «يجب الضمان بأربعة أشياء: اليد والمباشرة والتسبب والشرط»^(٧).

وجاء في القواعد: «أسباب الضمان ثلاثة: عقد ويد وإتلاف»^(٨).

وبالنظر فيما سبق ذكره من أسباب نشوء الضمان، يمكننا حصر هذه الأسباب في سببين: السبب الأول يرجع إلى العقد، والسبب الآخر يرجع إلى الفعل الضار (الفعل غير المشروع)، على اعتبار أن سبب الضمان بالنسبة لضمان العقد يرجع إلى العقد، وبالنسبة لضمان الإتلاف واليد

١- انظر: ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، د. محمد أحمد سراج، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ط ١، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م، ص ٥٠.

٢- سوء النية وأثره في عقود المعاوضات، د. محمد العدوي، مرجع سابق ص ٣٦٦.

٣- ضمان العقد هو المسؤولية الناشئة عن الإخلال في تنفيذ العقد. ضمان العقد، د. محمد نجدات، ص ٤١.

٤- ضمان اليد هو الأثر الشرعي بفعل ارتكبه شخص سبب فيه ضرراً لغيره نفسه ص ٥٧. وعرفه الدكتور محمد فوزي فيض الله بأنه «تعويض تلف المال المحوز بائتمان أو بغير ائتمان» نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام، أ.د. محمد فوزي فيض الله، مكتبة دار التراث، الكويت، ط ٢، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م، ص ٦٦.

٥- ضمان الإتلاف هو إخراج الشيء من أن يكون منتفعاً به منفعة مطلوبة منه عادة بدائع الصنائع، للكاساني، مرجع سابق ج ٧ ص ١٦٤. وعرفه محمد فيض الله بأنه «تعويض مفسدة مالية لم تقترب بعقد، كقطع الشجرة، وإفساد الثمر، وكسر الزجاج، وما إلى ذلك» نظرية الضمان، ص ٦٦.

٦- الفروق، أحمد بن إدريس الصنهاجي القرافي، ت: خليل المنصور دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م، ج ٢ ص ٣٣٥ - ٣٣٧.

٧- قواعد الأحكام في مصالح الأنام، أبو محمد عز الدين السلمي، دار الكتب العلمية، بيروت، ج ٢ ص ١٣١.

٨- القواعد، ابن رجب الحنبلي، مكتبة نزار مصطفى، مكة، ط ٢، ١٩٩٩م، ج ١ ص ٢٣٢.

فيرجع إلى الفعل الضار المتمثل في إتلاف المال أو ضياعه أو غصبه أو إهلاكه، وليس العقد^(١).

وبناءً على ذلك يمكننا حصر أنواع الضمان في الفقه الإسلامي في نوعين: ضمان العقد، والذي ينشأ نتيجة مخالفة أحكام العقد وعدم الوفاء به. وضمن الفعل (العدوان) والذي ينشأ نتيجة مخالفة الأحكام الشرعية العامة التي تقضي بعدم التعرض للغير في ماله وبدنه وحقوقه المالية الأخرى^(٢).

أولاً - ضمان العقد:

وهو «شغل الذمة بحق مالي للغير جبراً للضرر الناشئ عن عدم تنفيذ العقد أو الإخلال بشروطه»^(٣).

يستنتج من التعريف السابق أن ضمان العقد يتحقق نتيجة إخلال بالتزام عقدي ناشئ من عدم قيام المتعاقد بتنفيذ أحكام العقد كله أو بعضه، أو قام بتنفيذه تنفيذاً معيباً، أو كان تنفيذه له على غير الوجه المتفق عليه في العقد^(٤). فمن استأجر داراً للسكنى ليس له الانتفاع بها على وجه يلحق الضرر بالعين، كأن يتخذ منها مخزناً للطعام؛ لما في ذلك من ضرر؛ لأن الفأر تنقب الحيطان للوصول إليه^(٥).

ويختلف ضمان العقد عن واجب الوفاء بالعقد الواقع على أطراف العقد، كما يختلف عن حق أحد طرفي العقد في إجبار الطرف الآخر على الوفاء بالعقد وذلك عن طريق رفع أمره للقاضي؛ لأن كلا الأمرين السابقين يدخلان في الأحكام المباشرة للعقد نفسه، في حين أن الضمان يتحقق بسبب ضرر نشأ عن عدم تنفيذ العقد^(٦).

وأساس الالتزام في تنفيذ العقود وما فيها من شروط هو قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٧)، فالامتناع عن تنفيذ العقود هو من باب التعدي الذي يوجب ضمان الضرر الناشئ عن عدم التنفيذ^(٨).

ومن المسائل الموضحة لمفهوم ضمان العقد ما جاء في كتاب المغني روايةً عن الإمام أحمد بن

١- انظر: سوء النية وأثره في عقود المعاوضات، د. محمد العدوي، مرجع سابق ص ٢٨٧.

٢- انظر: ضمان العقد في الفقه الإسلامي، د. محمد نجدات المحمد، مرجع سابق ص ٤١. المصادر غير الإرادية للالتزام، أ.د. محمد المرسي، مرجع سابق ص ٢١. سوء النية وأثره في عقود المعاوضات، د. محمد العدوي، مرجع سابق ص ٢٨٨.

٣- ضمان العدوان، د. محمد سراج، مرجع سابق ص ٥٦.

٤- سوء النية وأثره في عقود المعاوضات، د. محمد العدوي، مرجع سابق ص ٢٨٨.

٥- انظر: الكافي في فقه ابن حنبل، مرجع سابق ج ٢ ص ٢٢٢.

٦- انظر: ضمان العدوان، د. محمد سراج، مرجع سابق ص ٥٦.

٧- سورة المائدة، آية ١.

٨- انظر: ضمان العدوان، د. محمد سراج، مرجع سابق ص ٥٨.

حنبل - رحمه الله - : «قال أحمد في رجل استأجر رجلاً لسقي زرعه وتقيته ودياسه^(١) ونقله إلى موضع معين، ويجوز أن يستأجر أجيراً على أن يحتطب له على حمارين كل يوم، فكان الرجل ينقل عليهما وعلى حمار لرجل آخر، ويأخذ منه الأجرة، فإن كان يدخل عليه ضرر يرجع عليه بالقيمة. فظاهر ذلك أن المستأجر يرجع على الأجير بقيمة ما استضرر باشتغاله عن عمله؛ لأنه قال: إن كان يدخل عليه ضرر، يرجع عليه بالقيمة، فاعتبر الضرر. وظاهر هذا أنه إذا لم يستضرر لا يرجع بشيء؛ لأنه اكتراه لعمل فوقاه على التمام فلم يلزمه شيء، كما لو استأجره لعمل فكان يقرأ القرآن في حال عمله، فإن ضرر المستأجر يرجع عليه بقيمة ما فوت عليه. ويحتمل أنه أراد أنه يرجع عليه بقيمة ما عمله لغيره؛ لأنه صرف منافعه المعقود عليها إلى عمل غير المستأجر فكان عليه قيمتها كما لو عمل بنفسه. وقال القاضي^(٢) معناه أنه يرجع عليه بالأجر الذي أخذه من الآخر؛ لأن منافعه مملوكة لغيره، فما حصل في مقابلتها يكون للذي استأجره»^(٣).

ولتحقق ضمان العقد يستوجب توفر شرطين هما:

- ١- وجود عقد صحيح يربط بين الأطراف المتعاقدة، وذلك على اعتبار أن ضمان العقد أثر من آثار العقد، ولا تتحقق آثار العقد إلا في حال كونه صحيحاً في شروط انعقاده ونيافته ولزومه، فإن لم يكن العقد صحيحاً لم يكن هناك ضمان عقد وإنما يكون ضمان فعل^(٤).
- ٢- حدوث خلل من شأنه إلحاق الضرر بأحد أطراف العقد؛ لأن ضمان العقد شرع جبراً للضرر الناشئ نتيجة إخلال أحد طرفي العقد بالتزام عقدي^(٥).

ثانياً - ضمان الفعل (ضمان العدوان):

وهو «شغل الذمة بحق مالي للغير جبراً للضرر الناشئ عن التعدي بمخالفة القواعد الشرعية العامة القاضية بحرمة مال المسلم ودمه وعرضه وسائر حقوقه، مما لا يرجع إلى واجب الوفاء بالعقود»^(٦).

يستنتج من التعريف السابق أن ضمان الفعل يرجع إلى الإخلال بواجب عام فرضه الشارع على

- ١- دياس الزرع أي دقه ليتخلص الحب من القشر. المطلع على أبواب المقنع، محمد بن أبي الفتح البجلي الحنبلي، ت: محمد بشير الأدلبي، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٤٠١هـ - ١٩٨١م، ج ١ ص ٢٦٥.
- ٢- هو الإمام محمد بن الحسين بن محمد بن خلف الفراء، أبو يعلى، كان معروفاً في زمانه بـ (الفراء): نسبة إلى خياطته الفراء والتجارة بها، واشتهر بعد ذلك بأبي يعلى، ولي القضاء بدار الخلافة، مع قضاء حران وحلوان. وذلك بعد وفاة رئيس القضاة أبي عبد الله ابن مأكولا سنة ٤٤٧هـ، واستمر في القضاء إلى وفاته. انظر في ترجمته طبقات الحنابلة، ج ٢ ص ٣٦١ وما بعدها.
- ٣- المغني، ابن قدامة، مرجع سابق ج ٥ ص ٢٦٩.
- ٤- انظر: سوء النية وأثره في عقود المعاوضات، محمد العدوي، مرجع سابق ص ٢٨٨.
- ٥- نفسه.
- ٦- ضمان العدوان، د. محمد سراج، مرجع سابق ص ٦٤.

الكافة من أجل الكف عن إلحاق الضرر بالآخرين، انطلاقاً من المبدأ العام المقرر في قوله - صلى الله عليه وسلم - : «لا ضرر ولا ضرار»^(١).

وهو يختلف بذلك عن معنى العقوبة والتي حددت من قبل الشارع، وشرعت زجراً للجنة عما يرتكبونه من محظورات نهى الله تعالى عن فعلها وعاقب عليها بحد أو قصاص أو تعزير^(٢).

والفعل الضار الموجب للضمان هو الفعل الذي لا تجيزه الشريعة ولا تأذن به، أما الفعل المأذون به فلا يترتب عليه ضمان، وذلك استناداً إلى مفهوم القاعدة الفقهية «الجواز الشرعي ينافي الضمان»^(٣). ومن هذا المنطلق لا يكون ضامناً من حفر بئراً في ملكه وسقط فيه حيوان لغيره أو إنسان؛ لأنه مأذون في هذا الحفر شرعاً^(٤).

ويجدر بنا في هذا المقام القول إن الأفعال الضارة الموجبة للضمان متنوعة «تشمل الغصب والإتلاف بالمباشرة أو التسبب»^(٥).

إذا؛ خلاصة ما توصلنا إليه أن كلاً من ضمان العقد وضمن الفعل يتفقان في كون الهدف منهما هو جبر الضرر الواقع نتيجة اتباع سلوك مخالف للقواعد الشرعية الرامية إلى دفع الضرر. إلا أن الفرق واضح بينهما، وهو السبب المنشئ للضمان، فإن كان السبب هو العقد، فإن الضمان حينئذ يكون ضمان عقد، وإن كان الفعل الضار هو السبب، فإن الضمان حينئذ يكون ضمان فعل.

والضمان في الفقه الإسلامي، سواء أكان ضمان عقد أم ضمان فعل، فإن الغرض منه هو تعويض الضرر الواقع. ولكن الضرر الواقع في ضمان العقد ينشأ نتيجة إخلال بالتزام مصدره العقد، أي يفترض ارتباط كل من المتضرر والضامن بعقد سابق مبرم بينهما قبل نشوء الإخلال وحدوث الضرر، أما ضمان الفعل فينشأ نتيجة إخلال بالتزام القواعد الشرعية العامة القاضية بحرمة مال المسلم ودمه وعرضه وسائر حقوقه، ولا يرجع إلى واجب الوفاء بالعقد؛ وبذلك لا يتطلب تعويض الضرر فيه ارتباط المتضرر والضامن بعقد، بل يتحقق دون وجود عقد سابق لوقوع الضرر^(٦).

وبهذا يتبين لنا أن طبيعة المسؤولية الناجمة عن الحفظ في الفقه الإسلامي هي ضمان العقد؛ لأن سببه هو الإخلال بالحفظ الذي وجب عليه التزامه بموجب العقد.

- ١- سبق تخريجه ص ٤.
- انظر: سوء النية وأثره في عقود المعاوضات، د. محمد العدوي، مرجع سابق ص ٣٩١.
- ٢- انظر: ضمان العدوان، د. محمد سراج، مرجع سابق ص ٥٢.
- ٣- مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، ج ١ ص ٢٧، مادة ٩١.
- ٤- انظر: التشبيه في الفقه الشافعي، إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبادي الشيرازي، ت: عماد الدين أحمد حيدر، دار عالم الكتب، بيروت، ط ١، ١٤٠٢هـ، ج ١ ص ٢٢١.
- ٥- ضمان العدوان، د. محمد سراج، مرجع سابق ص ٦٤.
- ٦- انظر: ضمان العقد، د. محمد نجدات، مرجع سابق ص ٤٠. سوء النية وأثره في عقود المعاوضات، محمد العدوي، مرجع سابق ص ٣٩٢.



المطلب الثاني

طبيعة المسؤولية الناجمة عن الالتزام بالحفظ في قانون المعاملات



المسؤولية في القانون تعني «الالتزام بإصلاح الخطأ الواقع على الغير»^(١)، وقيل المسؤولية «عبارة عن الحكم على من أخل بالتزام ما التزم به من قبل الغير أن يعرض الضرر الناجم عن الإخلال بهذا الالتزام»^(٢). وهي تنقسم في فقه القانون إلى مسؤولية جنائية ومسؤولية مدنية.

المسؤولية الجنائية هي «مخالفة شعورية لواجب قانوني تكفله قوانين العقوبات بنصوص خاصة» وهذه المخالفة يترتب عليها فعل ضار بالمجتمع^(٣).

أما المسؤولية المدنية فهي «التزام شخص بتعويض الضرر الذي سببه لشخص آخر نتيجة إخلاله بالتزام يقع عليه»^(٤). وهذا النوع من المسؤولية هو الذي يهمننا في دراستنا هذه، وهي تنقسم بدورها إلى المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، وذلك بحسب مصدر الالتزام، فإن كان مصدره العقد كانت المسؤولية عقدية، وإن كان مصدره القانون كانت المسؤولية تقصيرية.

أولاً - المسؤولية العقدية:

إذا ثبت العقد، ظهرت آثاره، واستوجب على كل من المتعاقدين الالتزام بما أوجبه العقد، وذلك طبقاً للمادة (٢٤٣) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، والذي جاء في الفقرة الثانية منه: «أما حقوق العقد (التزاماته) فيجب على كل من المتعاقدين الوفاء بما أوجبه العقد عليه منها».

فإذا تخلف أحد العاقدين عن التزاماته، أدى ذلك إلى نشوء المسؤولية العقدية، والتي يُقصد منها تخلف أحد العاقدين عن الوفاء بما أوجبه العقد، دون أن يكون له عذر طارئ يبرر تخلفه، وأدى هذا التخلف إلى الإضرار بالطرف الآخر، ولم يكن من الممكن إجبار الطرف المتخلف على الوفاء بالعقود عليه، إلى جانب عدم إبدائه أي استعداد للتنفيذ العيني للعقد^(٥). ومثال ذلك مجاوزة المستأجر حدود الانتفاع المتفق عليه، أو مجاوزة الانتفاع المتعارف عليه، كمن استأجر داراً للسكنى فاستخدمها للحدادة، فيكون المستأجر مسؤولاً في هذه الحالة عن الأضرار التي تلحق بالعين المؤجرة، وتسمى هذه المسؤولية بالمسؤولية العقدية، جاء في الفقرة الثانية من المادة (٧٧٧): «إذا جاوز في الانتفاع حدود الاتفاق أو خالف ما جرى عليه العرف وجب عليه ضمان ما ينجم عن فعله من ضرر».

ولكي تتحقق المسؤولية العقدية يجب توافر شرطين هما:

- ١- ضمان المؤجر للعيب الخفي، د. محمد حسن عبد الرحمن، مرجع سابق ص ٤٣.
- ٢- المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقانون، عز الدين الدناصوري ود. عبد الحميد الشواربي، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، ط ٧، ٢٠٠٢ م، ص ١٠.
- ٣- نفسه ص ٧-٨.
- ٤- النظرية العامة للالتزام، أ.د. رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص ٣١١.
- ٥- انظر: الوسيط، السنهوري، مرجع سابق ج ١ ص ٦٥٤. ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، د. محمد أحمد سراج، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ط ١، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ م، ص ٤٩ - ٥٠.

١- وجود عقد صحيح بين المسؤول والمضروب:

فانعدام العقد يعني انعدام المسؤولية العقدية، فمثلاً إذا دعا شخصٌ صديقه إلى استعمال سيارته دون مقابل، ووقع خطأً تسبب في إلحاق ضرر كانت المسؤولية في هذه الحالة تقصيرية لا عقدية^(١).

كما تنعدم المسؤولية العقدية في المرحلة السابقة لانعقاد العقد، كأن يرفض أحد الطرفين التعاقد بعد أن دعا إليه. ولا تتحقق المسؤولية العقدية كذلك بعد انحلال العقد، بل تكون المسؤولية تقصيرية. ولكي تتحقق المسؤولية العقدية يستوجب أن يكون العقد الذي حصل الإخلال به عقداً صحيحاً، فكون العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال يلغي المسؤولية العقدية، ويجعل منها مسؤولية تقصيرية^(٢).

٢ - وجود إخلال بالتزام عقدي بين الدائن والمدين:

وجود عقد صحيح بين المسؤول والمضروب غير كافٍ لنشوء المسؤولية العقدية، وإنما يجب فضلاً عن ذلك حدوث ضرر ناشئ عن إخلال بالتزام موجود في مضمون العقد، سواء ورد هذا الالتزام في العقد، أم كان من مستلزماته^(٣).

كما يستوجب تحقق المسؤولية العقدية حدوث ضرر يصيب الدائن نتيجة إخلال بالتزام عقدي من قبل المدين، وبالتالي تُستبعد أحكام المسؤولية العقدية إذا كان المُخل بالالتزام شخصاً آخر غير المدين، أو كان المضروب شخصاً غير الدائن مع كون المخطئ هو المدين^(٤).

ثانياً - المسؤولية التقصيرية:

أما المسؤولية التقصيرية فتقوم عند الإخلال بالتزام قانوني، مصدره نص قانوني، وهو الالتزام بعدم الإضرار بالغير، ومثال ذلك ما نص عليه قانون المعاملات المدنية الإماراتي في المادة (٣٠٤) أنه: «١- على اليد ما أخذت حتى تؤديه. ٢- فمن غصب مال غيره رده إليه بحالته التي كان عليها عند الغصب، وفي مكان غصبه».

فمن خالف هذه المادة وقع في المسؤولية التقصيرية، ووجب عليه الضمان؛ لأنه لم يخل بالتزام عقدي يوجب عليه عدم التعرض للعين، وإنما أخل بالتزام قانوني عام يفرض عليه عدم الإضرار بالغير، فإلحاقه الضرر بالآخرين ألزمه التعويض، جاء في المادة السابقة: «٣- فإن استهلكه أو أتلفه أو

ضاع منه أو تلف بتعديه أو بدون تعديه فعليه مثله أو قيمته يوم الغصب وفي مكان الغصب. ٤- وعليه أيضاً ضمان منافعه وزوائده».

كما تتحقق المسؤولية التقصيرية في حال تخلف أحد شروط المسؤولية العقدية^(١)، كحدوث الإخلال في عقد غير صحيح، أو حدوثها بعد انحلال العقد.

وتتقسم المسؤولية التقصيرية إلى:

١- مسؤولية عن الفعل الشخصي، أي مسؤولية تنشأ من عمل شخصي يصدر من المسؤول نفسه^(٢)، جاء في المادة (٣٠٠) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي أنه: «من أتلف مال غيره أو أفسده ضمن مثله إن كان مثلياً وقيمه إن كان قيمياً وذلك مع مراعاة الأحكام العامة للتضمنين».

٢- مسؤولية عن فعل الغير، فيكون الشخص مسؤولاً عن فعل غيره، وذلك في حالتين^(٣):

- في حالة صدور فعل من شخص يجب عليه مراقبته ورعايته.

- وفي حالة المتبوع الذي يكون مسؤولاً عن أعمال تابعه.

ولكن ليس على العموم، وإنما وضع قانون المعاملات المدنية الإماراتي شروطاً لإلزام المكلف بالرقابة أو المتبوع بأداء التعويض عن هو في رقابته أو عن التابع. جاء في الفقرة الأولى من المادة (٣١٣) من القانون أنه: «لا يُسأل أحدٌ عن فعل غيره، ومع ذلك فللقاضي بناء على طلب المضروب إذا رأى مبرراً أن يلزم أياً من الآتي ذكرهم حسب الأحوال بأداء الضمان المحكوم به على من أوقع الضرر: (أ) من وجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو حالته العقلية أو الجسمية إلا إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أن الضرر كان لا بد واقعاً ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية. (ب) من كانت له على من وقع منه الأضرار سلطة فعلية في رقابته وتوجيهه ولو لم يكن حراً في اختياره إذا كان الفعل الضار قد صدر من التابع في حالة تأدية وظيفته أو بسببها».

يستنتج من النص السابق أن وجوب التعويض على المكلف بالرقابة أو على المتبوع، يستوجب تحقق الشروط التالية^(٤):

١- انظر: المصادر غير الإرادية للالتزام، د. محمد المرسي، مرجع سابق ص ٥٠.

٢- انظر: الوسيط، السنهوري، مرجع سابق ج ١ ص ٧٧٥.

٣- نفسه ج ١ ص ٩٩٢.

٤- المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات، مرجع سابق ص ٣١٣.

١- انظر: النظرية العامة للالتزام، د. رمضان أبو السعود، مرجع سابق ص ٢٢٠.

٢- انظر: ضمان المنافع، إبراهيم فاضل الدبو، دار عمار، عمان، ط ١، ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م، ص ٧٦.

٣- انظر: المصادر غير الإرادية للالتزام، أ.د. محمد المرسي، مرجع سابق ص ٤٥-٤٦.

٤- انظر: نفسه ص ٤٧.

وبما أن المسؤولية الناتجة عن الحفظ تكون نظير إخلال في التزام عقدي بين طرفين يربطهما عقد فإن طبيعة المسؤولية في الالتزام بالحفظ في العقود تكون مسؤولية عقدية.

- أن تجب عليه هذه الرقابة قانوناً أو اتفاقاً^(١).
- أن يكون الشخص الموضوع في رقابة غيره في حاجة إلى هذه الرقابة.
- قيام علاقة التبعية بين التابع والمتبوع، والتي تقوم على عنصرين: عنصر السلطة الفعلية، وعنصر التوجيه والرقابة.
- وقوع الأضرار من التابع للغير في حالة تأدية وظيفته أو بسببها.

٣- مسؤولية عن حراسة الأشياء، فالشخص مسؤول عما في حراسته في ثلاث حالات:

- مسؤولية حارس الحيوان عما يحدثه الحيوان من ضرر. جاء في المادة (٣١٤) من قانون المعاملات الإماراتي: «جناية العجماء جبار، ولكن فعلها الضار مضمون على ذي اليد عليه، مالكاً كان أو غير مالك^(٢) إذا قصر أو تعدى.
- مسؤولية حارس البناء عما يحدثه انهزام البناء من ضرر. جاء في الفقرة الأولى من المادة (٣١٥) أن: «الضرر الذي يحدثه للغير انهيار البناء كله أو بعضه يضمنه مالك البناء أو المتولي عليه إذا ثبت عدم تعديه أو تقصيره».
- مسؤولية من تولى حراسة آلات ميكانيكية أو أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر. جاء في المادة (٣١٦) من قانون المعاملات الإماراتي أن: «كل من كان تحت تصرفه أشياء تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها أو آلات ميكانيكية يكون ضامناً لما تحدثه هذه الأشياء أو الآلات من ضرر إلا ما لا يمكن التحرز منه. وذلك مع عدم الإخلال بما يرد في هذا الشأن من أحكام خاصة».

يُستنتج مما سبق أن الأساس في كل من المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية واحد، وهو الإخلال بالالتزام سابق، سواء أكان هذا الالتزام تعاقدياً أم كان واجباً قانونياً ولكن يفرق في حال المسؤولية العقدية كون الدائن والمدين مرتبطين بعقد قبل تحقق المسؤولية، أي أن الإخلال وقع في التزام ناشئ عن علاقة نظمته إرادة الطرفين، وبالتالي يكون الالتزام بالتعويض في المسؤولية العقدية ناشئاً عن العقد. أما في حال المسؤولية التقصيرية كان كل من الدائن والمدين أجانبين قبل تحقق المسؤولية، فيكون الإخلال هنا بالالتزام عام مفروض من قبل القانون ويقضي بعدم جواز الإضرار بالغير.

١- قانوناً: هي الأحكام الواردة في قانون الأحوال الشخصية والتي ترمي عبء الرقابة على الأب أو الأم أو الوصي على حسب الأحوال. اتفاقاً: كوضع مريض في مستشفى الأمراض العقلية. المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات، مرجع سابق ص ٣١٣.

٢- كالمستجير أو المستأجر أو الغاصب. انظر: المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات، مرجع سابق ص ٣١٥.



المطلب الثالث

الموازنة بين الفقه الإسلامي وقانون المعاملات



من خلال ما تقدم يتبين لنا اتفاق قانون المعاملات المدنية الإماراتي مع الفقه الإسلامي في طبيعة المسؤولية الناجمة عن الالتزام بالحفظ، وهو ضمان العقد أو ما يسمى في القانون المدني بالمسؤولية العقدية.

ويجدر بنا في هذا المقام ذكر رأي بعض الباحثين المعاصرين^(١) الذين يفرقون بين ضمان العقد في الفقه الإسلامي والمسؤولية العقدية في القانون، حيث جعلوا ضمان العقد مقتصرًا على ضمان إتلاف المال، في حين أن التعويض في المسؤولية العقدية يكون عن الضرر الواقع عن عدم تنفيذ العقد، وكانت حجتهم في ذلك أن عدم قيام المتعاقد بالتزاماته يستوجب شرعاً إجباره عليه، فإن امتنع عن قيامه بما التزم به كان امتناعه معصية يستحق عليها التعزير^(٢) إلا أن يمتثل، أما إلزامه بتعويض ما أحدثه من ضرر نتيجة امتناعه فلا تبيحه القواعد الفقهية والأصول الشرعية؛ لأن أساس التعويض في نظر الفقهاء هو مقابلة المال بالمال. وفرق البعض الآخر بين ما إذا كان المعقود عليه مالا أو عملاً، فإن كان مالا حق للمتضرر رفع أمره للقاضي لإجبار الممتنع على الوفاء بالعقد، فإن أصر على امتناعه أجبره القاضي على الوفاء ونفذ على ماله بالطرق المشروعة في التنفيذ على المدين للوفاء بدينه، وفي حال ظهور إعساره فنظرة إلى ميسرة، فلا يترتب عليه التعويض وإن تضرر الدائن. أما في حال كان المعقود عليه عملاً، فإن الممتنع يجبر على العمل الذي التزم به ويعزر نتيجة امتناعه، دون أن يكلف بتعويض نتيجة ما تسبب به من ضرر جراء تأخره في الوفاء؛ لأن التعويض المالي في الفقه الإسلامي لا يقوم إلا مقابل ضرر مالي أصاب المضرور، وتأخير التنفيذ ليس بمال فلا تعويض عليه. وبذلك لا يرى أولئك توافقاً بين ضمان العقد في الفقه الإسلامي والمسؤولية العقدية في القانون الذي يبيح التعويض عن كل ضرر، مادياً كان أو أدبياً، في حين أن الفقه الإسلامي يشترط تلف مال قائم لكي يتحقق التعويض، فلا تعويض عن المنافع ولا عن العمل إلا في استثناءات محدودة^(٣).

وقد رد الدكتور محمد سراج - حفظه الله - في كتابه ضمان العدوان على هذا الاتجاه، ووضح اللبس الذي وقع فيه هؤلاء، وذلك على النحو التالي^(٤):

- ١- من بينهم الشيخ عبد الله علي حسين والشيخ علي الخفيف والدكتور فتحي الدريني والدكتور عبد الرزاق السنهوري. ضمان العدوان، د. محمد سراج، مرجع سابق، ص ٥٧.
- ٢- التعزير: هو التأديب دون أن يبلغ الحد الشرعي. انظر: غريب الحديث لابن قتيبة، عبد الله بن مسلم بن قتيبة الدينوري أبو محمد، ت: د. عبد الله الجبوري، مطبعة العاني، بغداد، ط ١، ١٣٩٧ ج ١ ص ٢٢٢. غريب الحديث لابن سلامة، القاسم بن سلام الهروي أبو عبيد، ت: د. محمد عبد المعيد خان، دار الكتاب العربي، بيروت، ط ١، ١٣٩٦، ج ٤ ص ٢٢.
- ٣- انظر: المقارنات التشريعية بين القوانين المدنية والتشريع الإسلامي، عبد الله علي حسين، ت: أ.د. محمد أحمد سراج، أ.علي جمعة محمد، أحمد جابر بدران، دار السلام، القاهرة، ط ١، ١٤٢١ هـ - ٢٠٠١ م، مج ١، ج ٢ ص ٨٣٠. النظريات الفقهية، د. فتحي الدريني، منشورات جامعة دمشق، ط ٤، ١٤١٧ هـ - ١٩٩٧ م، ص ٢٢٤. مصادر الحق في الفقه الإسلامي، عبد الرزاق أحمد السنهوري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط ٢، ١٩٩٨ م، ج ٦ ص ١٢٨. ضمان العدوان، د. محمد سراج، مرجع سابق ص ٥٧-٥٨.
- ٤- ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، د. محمد سراج، مرجع سابق ص ٥٨ وما بعدها.

١- الشريعة الإسلامية تأمر بدفع الضرر مطلقاً، دون تمييز بين ضرر وآخر، والدليل على ذلك العموم الوارد في قوله - صلى الله عليه وسلم -: «لا ضرر ولا ضرار»^(١)، فلا اختلاف بين الضرر الواقع على أعيان الأموال في الشريعة الإسلامية، وبين الأضرار المتعلقة بالجروح والشجاج^(٢) والأعضاء، والذي أمر الفقه الإسلامي رفعه بالديات والأروش^(٣). وقد وردت نصوص في مصنفات الفقهاء - رحمهم الله - توضح مسؤولية المتضرر عن الضرر الناشئ بسبب تخلفه عن تنفيذ العقد، ومن ذلك: «ومن عليه مال ولم يوفه حتى شكا رب المال، وغرم عليه مالاً، وكان الذي عليه الحق قادراً على الوفاء، ومطل حتى أحوج مالكة إلى الشكوى، فما غرم بسبب ذلك فهو على الظالم الماثل إذا كان غرمه على الوجه المعتاد»^(٤).

وجاء في لسان الحكام: «.. رجل اكرى داراً سنة بألف، فلما مضت، قال ربها: إن فرغتها اليوم، وإلا عليك ألف كل يوم، والمستأجر مقر أن الدار له، ولم يفرغه لزمه»^(٥). فيُستنتج أن عدم تفريغ الدار بعد انتهاء المدة أنشأ حق التعويض لصاحب الدار.

٢- الفقهاء - رحمهم الله - قد اعتبروا ضمان العقد، والدليل على ذلك «الحاقهم لخطأ الطبيب في بعض الجزئيات بهذا النوع من الضمان». ومن ذلك ما ورد في مجمع الضمانات أنه إذا: «استأجر حجاماً ليقلع له سناً فقلع، فقال صاحب السن: ما أمرت بقلع هذا، كان القول قوله ويضمن القالع أرش السن»^(٦).

٣- الامتناع عن الوفاء بالعقود، هي من قبيل التعدي الذي يستوجب الضمان، وهذا من منطلق الأمر الوارد في قوله تعالى: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^(٧).

٤- القول بالتنفيذ الجبري غير كافٍ لرفع الضرر في بعض الحالات، كما هو الحال في ترك الأجير سقي الأرض حتى تيبس، فإجباره على السقي لن يفيد صاحب الأرض في رفع الضرر الواقع عليه، فيتعين في مثل هذه الحالة دفع التعويض لصاحب الأرض^(٨).

١- سبق تخريج ص ٤.

٢- ما يختص بالوجه والرأس وفي غيرهما يسمى جراحة. أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، قاسم بن عبد الله بن أمير علي القونوي، ت: د. أحمد بن عبد الرزاق الكبيسي دار الوفاء، ط ١، ١٤٠٦ هـ، جدة، ص ٢٩٣.

٣- هو اسم للمال الواجب على ما دون النفس. التعريفات، الجرجاني، مرجع سابق ص ٣١.

٤- مختصر فتاوى ابن تيمية، بدر الدين أبو عبد الله محمد بن علي الحنبلي البعلبي، أشرف على تصحيحه: الشيخ عبد المجيد سليم، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ص ٣٤٦.

٥- لسان الحكام في معرفة الأحكام، إبراهيم بن أبي اليمن محمد الحنفي، دار البابي الحلبي، القاهرة، ط ٢، ١٣٩٢ هـ - ١٩٧٣ م، ص ٣٦٥.

٦- مجمع الضمانات، البغدادي، مرجع سابق، ج ١ ص ١٤٦.

٧- سورة المائدة، آية: ١.

٨- انظر: مرشد الحيران، مرجع سابق، ص ١٠٠، مادة (٦١٢).

المبحث الثاني

الشروط اللازمة لتوفرها لقيام هذه المسؤولية

ويتكون هذا المبحث من المطالب التالية:

المطلب الأول: التعدي أو التفريط في الحفظ

المطلب الثاني: الضرر

المطلب الثالث: السببية



المطلب الأول
التعدي أو التفريط في الحفظ



توطئة:

استعمل بعض الفقهاء المتأخرين ورجال القانون لفظ «الخطأ» إشارة إلى إحدى الشروط اللازمة توفرها لقيام ضمان العقد في الفقه أو ما يسمى بالمسؤولية العقدية في القانون، في حين استعمل البعض الآخر لفظ «التعدي» إشارة للشرط نفسه، وقد فضلت اتباع الفريق الثاني، واستعمال لفظ التعدي في رسالتي؛ لما في لفظ الخطأ من إيحاء بعدم التعمد وما ينتج عن ذلك من الاقتصار على عاملي الإهمال والتقصير فقط. كما أن الخطأ ينظر فيه إلى الفعل وفاعله، في حين أن التعدي لا يُنظر فيه إلا إلى الفعل. إلى جانب اتفاق لفظ التعدي مع توجهات الفقه الإسلامي في الأخذ بالمفهوم الموضوعي للخطأ، والذي لا يتطلب فيه إدراك المخطئ أو تمييزه، في حين أن الخطأ يتطلب فيه إدراك المخطئ وتمييزه^(١).

الفرع الأول: التعدي في الفقه الإسلامي

أولاً - التعدي في اللغة:

التعدي هو مجاوزة الحد في الشيء، يقال: عدا الأمر يعدوه وتعده أي تجاوزه، وعدا طوره وقدره بمعنى جاوزه على المثل^(٢)، قال الله تعالى: ﴿ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا ﴾^(٣) أي لا تتجاوزوا ما أحله الله^(٤).

وقال عز وجل: ﴿ وَقَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ الَّذِينَ يُقْتُلُونَكُمْ وَلَا تَعْدُوا إِلَيْكُمْ اللَّهُ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ ﴾^(٥)، وقول الله تعالى: ﴿ فَمَنْ أَبْغَىٰ وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ ﴾^(٦)، المعتدون والعادون هم المجاوزون الحدود^(٧).

ثانياً - التعدي في اصطلاح الفقهاء:

شاع استعمال لفظ التعدي عند الفقهاء - رحمهم الله - بمعنى مجاوزة الحد المشروع إلى غيره، وبعبارة أخرى: مجاوزة ما حده الله وشرعه من أحكام، حيث إن إحداث الشخص أمراً لم يأذن الشرع فيه، ولم يكن له حق فعله، فيه تجاوز المشروع إلى غيره^(٨). وهذا المعنى للفظ التعدي لا يكاد

١- انظر: نظرية الضمان في الفقه الإسلامي، محمد فوزي فيض الله، مرجع سابق، ص ٩٢. المباشرة والتسبب في الفعل الضار، د. صابر محمد محمد سيد، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٨، ص ٨٧.

٢- انظر: لسان العرب، ابن منظور، مرجع سابق ج ١٥ ص ٣٢. مختار الصحاح، مرجع سابق ص ١٧٦.

٣- سورة البقرة، آية ٢٢٩.

٤- انظر: تفسير الطبري، مرجع سابق ج ٢ ص ٤٧٣.

٥- سورة البقرة، آية ١٩٠.

٦- سورة المؤمنون، آية ٧.

٧- انظر: تفسير الطبري، مرجع سابق ج ٢ ص ١٩٠. لسان العرب، ابن منظور، مرجع سابق ج ١٥ ص ٣٣.

٨- انظر: حاشية الشيخ سليمان الجمل على شرح المنهج (لزكريا الأنصاري)، تأليف: سليمان الجمل، دار الفكر، بيروت، ج ٥ ص ١١٣. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، دار الكتب الإسلامية، القاهرة، ١٣١٢ هـ ج ١ ص ٥.

يخرج عن معناه اللغوي.

أما فقهاء المالكية - رحمهم الله - فقد استعملوا لفظ التعدي بمعنى الجناية أو الجرم بوجه عام، والتعدي بهذا المعنى يشمل التعدي على النفوس والأبدان والفروج والأموال^(١). كما استعمل هذا اللفظ عندهم بمعنى غصب المنفعة، فيسمى الاستيلاء على رقبة المال المملوك للغير غصباً، في حين يكون تعدياً إذا استولى على منفعته فقط دون قصد تملكه^(٢)، جاء في شرح ميارة: «التعدي هو الانتفاع بملك الغير بغير حق دون قصد تملك الرقبة، أو إتلافه أو بعضه دون قصد التملك»^(٣)

وعرف الفقهاء المعاصرون لفظ التعدي بأنه: «مجاوزه ما ينبغي أن يقتصر عليه شرعاً، أو عرفاً، أو عادة»^(٤).

وقيل: «التعدي» عمل غير مباح ولا مأذون به شرعاً»^(٥).

ومنهم من استعمل لفظ التعدي بمعنى التقصير، بجامع عدم الإتيان بالمطلوب في كلتا الحالتين^(٦).

فالتعدي إذاً كل أمر غير مشروع يخالف الشخص بالإتيان به أوامر الشارع ونواهيته^(٧)، بحيث يتجاوز الشخص الحدود التي يجب عليه التزامها في سلوكه مما يؤدي إلى إلحاق الضرر بالآخرين، وذلك إما بترك ما أوجبه الشارع عليه، أو بفعل ما نهاه عنه، إذا ترتب على فعله أو تركه ضرر، سواء كان تحقق الضرر بطريق المباشرة أو التسبب^(٨). ويكون ترتب الضرر بطريق المباشرة إذا لم يفصل بين التعدي وترتب الضرر فعل شخص مختار، كمن يتعمد إتلاف مال شخص آخر. أما ترتب الضرر بطريق التسبب فيفصل بين حدوث التعدي ووقوع الضرر أمر ما^(٩)، كمن صدم بسيارته شيئاً ما،

- ١- انظر: ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي، د. سليمان محمد أحمد، مطبعة السعادة، ط ١، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م، ص ٢٢٧. المباشرة والتسبب في الفعل الضار، د. صابر محمد، مرجع سابق ص ٨٩. التاج والإكليل، العبدري، مرجع سابق ج ٥ ص ٣٦٦. شرح ميارة، محمد بن أحمد، مرجع سابق ج ٢ ص ٤٣١. شرح مختصر خليل، مرجع سابق ج ٢ ص ٢١.
- ٢- انظر: حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ج ٣ ص ٤٤٢.
- ٣- شرح ميارة، محمد بن أحمد، مرجع سابق، ج ٢ ص ٤٢٦.
- ٤- نظرية الضمان، د. محمد فوزي فيض الله، مرجع سابق، ص ٩٢.
- ٥- نظرية الضمان، د. وهبة الزحيلي، مرجع سابق ص ٢٠.
- ٦- انظر: ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي، د. سليمان محمد، مرجع سابق ص ٢٢٩.
- ٧- انظر: ضمان عيوب المبيع في ضوء مقاصد الشريعة، سعيد خليفة العبار، منشورات جامعة قار يونس، بنغازي، ص ٢٠١.
- ٨- انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق، ج ٢ ص ٥٤٨.
- ٩- جاء في المجلة، مادة (٨٨٨): «الإتلاف تسبباً هو: التسبب لتلف شيء، يعني إحداث أمر في شيء يفضي إلى تلف شيء آخر على جري العادة، ويقال لفاعله متسبب، كما أن من قطع جبل قنديل معلق يكون سبباً مفضياً لسقوطه على الأرض وانكساره؛ ويكون حينئذ قد أتلّف الحبل مباشرة وكسر القنديل تسبباً. وكذلك إذا شق أحد ظرفاً فيه سمن وتلف ذلك السمن؛ يكون قد أتلّف الطرف مباشرة والسمن تسبباً.

فترتب على ذلك إلحاق الضرر بشخص آخر، ولكن ذلك لا يمنع من نسبة الضرر إليه^(١). وبالتالي يكون التعدي واقعة مادية محضة تترتب عليها المسؤولية كلما حدثت وترتب عليها ضرر، بغض النظر عن قصد المعتدي وأهليته.

هذا، ولا يُشترط أن يكون الفعل الموجب للضمان محرماً في ذاته، وإنما يكفي أن يكون على غير ما أمر الشارع به ويؤدي إلى ضرر^(٢). كما لا يُشترط لإيجاب الضمان تعمد ارتكاب الفعل أو إحداث الضرر؛ لأن نواتج الفعل متعلقة بذات الفعل وآثاره، لا بقصد الفاعل وإدراكه؛ لذا كان الضمان واجباً على النائم والساھي والمقصر والمهمل، وإن لم يتعمدوا القيام بالفعل الذي ترتب عليه الضمان^(٣). ولا يُعد شرطاً كون الفعل الموجب للضمان مادياً، بل قد يكون الفعل غير مادي، ومن أمثلة الفعل غير المادي الترويع والإخبار بالأكاذيب أو الصياح. فقد روي أن عمر - رضي الله عنه - صاح بامرأة فأسقطت فأعتق عمر - رضي الله عنه - غرة^{(٤) (٥)}.

وبناءً على ما سبق لا يكون الفعل تعدياً ولا يترتب عليه الضمان إذا كان استعمالاً لحق، أو موافقاً لما جاء به الشرع من أوامر ونواه، أو كان مأذوناً فيه؛ لأن الجواز الشرعي يناهض الضمان^(٦)، وبالتالي لا ضمان على رجم المسلمين للزاني المحصن وقتله، لأن في رجمه استيفاء حق لله^(٧).

كما أن الفعل المباح لا يترتب عليه ضمان إذا قُيدت بوصف السلامة؛ لأن الأصل في الفعل المباح أنه لا يوجب الضمان إلا في حال توافر شرطين معاً هما: مجاوزة المعتاد في عرف الناس، وإمكان التحرز من الضرر^(٨).

والتعدي هو أول الشروط اللازم توفرها لقيام ضمان المخل بالحفظ في العقود، ويتحقق التعدي بإخلال المتعاقد بالتزامه العقدي، إما بعدم تنفيذ الالتزام كله أو بعضه دون عذر مبرر، وإما أن يقوم بتنفيذه تنفيذاً لا يتفق مع مقتضيات العقد أو شروطه، وبذلك يكون قد خالف ما أذن الشرع فيه، وهو أداء الالتزام على النحو المتفق عليه، إلى ما لم يأذن به الشرع في العقود المتمثل في عدم تنفيذه التزامه

- ١- انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق، ج ٢ ص ٥٤٨. ضمان عيوب المبيع في ضوء مقاصد الشريعة، سعيد خليفة العبار، مرجع سابق ص ٢٠١.
- ٢- ضمان عيوب المبيع في ضوء مقاصد الشريعة، سعيد خليفة العبار، مرجع سابق ص ٢٠٢-٢٠١.
- ٣- انظر: مغني المحتاج، الشرييني، مرجع سابق ج ٤ ص ١٩٦. الأشباه والنظائر، ابن نجيم، مرجع سابق ص ٣٢٠.
- ٤- الفرة: عبد أو أمة. غريب الحديث، القاسم بن سلام الهروي أبو عبيد، ت: د. محمد عبد المعيد خان دار الكتاب العربي، ط ١، ١٣٩٦، بيروت، ج ١ ص ١٧٦.
- ٥- أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب الديات، باب من قال في الفرة عبد أو أمة، ج ٨ ص ١١٦، رقم الحديث ١٦٢٠٤، وقال: إسناده منقطع.
- ٦- مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، ج ١ ص ٢٧ مادة ٩١.
- ٧- انظر: مطالب أولي النهى، مرجع سابق، ج ٦ ص ٢٨. كشف القناع، مرجع سابق ج ٥ ص ٥٢١.
- ٨- انظر: ضمان عيوب المبيع في ضوء مقاصد الشريعة، سعيد خليفة العبار، مرجع سابق ص ٢١٠. ضمان العدوان، د. محمد سراج، مرجع سابق ص ١١٤.

الذي رتبته العقد على عاقته، أو تنفيذها تنفيذاً معيباً لا يتفق مع ما هو متعاقد عليه، أو التأخر في تنفيذها مما يلحق ضرراً بالتعاقد الآخر^(١).

وتختلف صورة التعدي في الفقه الإسلامي بحسب اختلاف طبيعة الالتزام الناشئ من العقد، فإن كان التزاماً بتحقيق نتيجة، فإن المتعاقد يتعين عليه القيام بتحقيق النتيجة المتفق عليها على الوجه المتفق عليه في العقد، فإن امتنع عن القيام بذلك متعمداً ودون عذر مبرر، فإنه يكون متعدياً ويترتب عليه الضمان^(٢).

أما إذا كان الالتزام هو التزام ببذل عناية، فإن الالتزام يتحقق إذا قام المتعاقد ببذل العناية المطلوبة، وهي عناية الشخص العادي في حفظ ماله، فإن قصر في بذل هذه العناية ضمن وكان معتدياً^(٣).

الفرع الثاني: التعدي في قانون المعاملات

لم يستعمل المشرع الإماراتي أيّاً من لفظي التعدي أو الخطأ، وإنما استعاض عنهما بلفظ الإضرار^(٤)، فجاء في المادة (٢٨٢) من القانون المدني أنه «كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر».

فيقرر المشرع من خلال المادة السابقة قاعدة عامة، وهي «أن كل فعل يصيب الغير بضرر فإنه يستوجب التعويض»^(٥).

بمعنى أن الإلزام بالتعويض يترتب على كل إضرار ناتج عن فعل، كقيادة السيارة بتهور ودهس شخص مسبباً وفاته. أو عدم الفعل، كترك الأجير سقاية الزاعة مما يسبب تلفه. وهذا الفعل أو عدم الفعل ينشأ عنه ضرر. وبما أن الأعمال الضارة لا تنتهي في الحياة العملية، ويستحيل حصرها؛ فإن المشرع اكتفى بوضع قاعدة عامة وهي عدم جواز الإضرار بالغير، واستخلص النتيجة المترتبة على ذلك وهي أن كل إضرار بالغير يوجب مسؤولية فاعله. وبذلك يكون ترتب الضمان مرتبطاً بحدوث تعدي، أي أن مجرد حدوث الضرر لا يستوجب الضمان، وإنما يجب أن يكون الفعل الإيجابي أو السلبي من قبيل التعدي^(٦). فالشخص لا يكون ملزماً بالضمان إذا كان فعله أو عدم فعله جائزاً شرعاً؛ لأن

١- سوء النية وأثره في عقود المعاوضات، د. محمد العدوي، مرجع سابق ص ٢٩٤.

٢- انظر: نفسه ص ٢٩٤-٢٩٥.

٣- انظر: سوء النية وأثره في عقود المعاوضات، د. محمد العدوي، مرجع سابق ص ٣٩٥-٣٩٥.

٤- انظر: المصادر غير الإرادية للالتزام في قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، د. محمد المرسي، مرجع سابق ص ٨٣.

٥- المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية، ص ٢٧٤.

٦- انظر: المصادر غير الإرادية للالتزام في قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، د. محمد المرسي، مرجع سابق ص ٨٤.

إجازة الشارع ذلك الفعل أو الترك يقتضي رفع المسؤولية عنه، جاء في المادة (١٠٤) من القانون المدني: «الجواز الشرعي ينافي الضمان فمن استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يضمن ما ينشأ عن ذلك من ضرر».

وبالتالي يكون مجرد استعمال الشخص لحقه دون تعدي ليس سبباً لترتب الضمان، وإن نتج عن ذلك ضرر، وإنما يترتب الضمان في حال حصول الإضرار تعدياً^(١). والإضرار كما جاء في المذكرة الإيضاحية هو «مجاوزة الحد الواجب الوقوف عنده، أو التقصير عن الحد الواجب الوصول إليه في الفعل أو الامتناع مما يترتب عليه الضرر»^(٢).

«فليس المهم هو كون التعدي إيجابياً أو سلبياً بالتقصير أو عدم التحرز، وإنما العبرة بكون الفعل الضار من قبيل الانحراف عن السلوك المعتاد وذلك بمجاوزة ما يجوز إلى ما لا يجوز»^(٣). وبالتالي فإن لفظ الإضرار الوارد في المادة (٢٨٢) من القانون المدني يعني التعدي^(٤).

ويجدر بنا في هذا المقام بيان مفهوم لفظ التعدي وبيان معياره في القانون الوضعي.

أولاً - مفهوم التعدي

لم تضع التشريعات الوضعية تعريفاً للفظ التعدي، وإنما تركوا الأمر لفقهاء القانون، الذين كان لهم اتجاهان في بيان مفهوم التعدي^(٥):

الاتجاه الأول: يفرق بين الإضرار بالمباشرة والإضرار بالتسبب. فالإضرار بالمباشرة يكفي لقيام المسؤولية فيه مجرد مجاوزة الحق الشخصي والاعتداء على حقوق الآخرين، أو الإضرار بالغير بدون وجه حق أو جواز شرعي.

أما الإضرار بالتسبب فيشترط حدوث التعدي فيه بصدور فعل من المسبب عمداً أو إهمالاً، فينتج منه إلحاق ضرر بالغير. بمعنى أن الإضرار بالمباشرة إن كان يتطلب حصول التعدي لترتب الضمان، فإن الإضرار بالتسبب يتطلب أمراً آخر إلى جانب التعدي وهو العمد أو الإهمال.

وقد وردت انتقادات على هذا الاتجاه، وذلك على النحو التالي^(٦):

١- المصادر غير الإرادية للالتزام في قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، د. محمد المرسي، مرجع سابق، ص ٨٥.

٢- المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية، ص ٢٧٥.

٣- المصادر غير الإرادية للالتزام في قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، د. محمد المرسي، مرجع سابق ص ٨٥.

٤- نفسه ص ٨٦.

٥- انظر: المباشرة والتسبب في الفعل الضار، د. صابر محمد، مرجع سابق ص ٩٢.

٦- انظر: المصادر غير الإرادية للالتزام في قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، د. محمد المرسي، مرجع سابق ص ٨٧.

٧- المباشرة والتسبب في الفعل الضار، د. صابر محمد، مرجع سابق ص ٩٢.

ثانياً - معيار التعدي

جاءت القاعدة الفقهية تقول إن: «كل ما ورد به الشرع مطلقاً ولا ضابط له فيه ولا في اللغة يرجع فيه إلى العرف»^(١). يستنتج من القاعدة السابقة التفريق بين ما له ضابط في الشرع وبين ما ليس له ضابط. فإذا وجد ضابط شرعي أو قانوني وجب الرجوع إليه لتحديد معيار التعدي، أما في حال عدم وجود ضابط وجب الرجوع إلى العرف^(٢). وبذلك يمكننا تحديد معيار التعدي من خلال أمرين: الواجبات الشرعية والقانونية، والعرف.

أولاً - الواجبات الشرعية والقانونية:

يقصد بالواجبات الشرعية والقانونية الأفعال التي حدد الشرع أو القانون وجوب القيام بها أو وجوب الامتناع عنها^(٣)، فيستنتج من ذلك وجود واجبات يُكْرَم الإنسان بها إما بإتيانها في حالة الأمر بها، أو اجتنابها في حالة النهي عنها. وفي حال تقييد الإنسان بعمل ما أمر به، وامتنع عن فعل ما نُهي عنه، لا يكون متعدياً، وبالتالي لا يكون مسؤولاً عما يترتب على ذلك من ضرر للغير^(٤). مثال ذلك الجلاد الذي يقوم بتنفيذ حكم القصاص في حق المحكوم عليه لا يكون متعدياً، والطبيب الذي يقوم بقطع عضو مريض رجاء المحافظة على حياته لا يعتبر متعدياً، وبالتالي لا يكون ضامناً للضرر^(٥).

أما الإتيان بعمل منهي عنه، أو الامتناع عن أداء فعل مأمور به فيعتبر من باب التعدي ويترتب عليه الضمان، كمن يعتدي على مال غيره بالغصب أو الإتلاف، أو التعدي على شرفه وسمعته^(٦).

ولتحديد الواجبات القانونية يجب الرجوع إلى مصادره بحسب الترتيب المنصوص عليه فيه^(٧)، وهي في قانون دولة الإمارات مرتبة على النحو التالي: التشريع ثم الشريعة الإسلامية، ثم العرف^(٨).

والقانون حاله كحال الشرع يخلق التزامات قانونية يفرضها على أفراد المجتمع، ويهدف من

١- الأشباه والنظائر، عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٤٠٢هـ، ص ٩٨

٢- انظر: المصادر غير الإرادية للالتزام في قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، د. محمد المرسي، مرجع سابق ص ٩٠.

٣- نفسه.

٤- مذكرات في أحكام المعاملات المدنية، مصطفى الجمال ومحمد زهرة، مرجع سابق، ص ٥٣٦.

٥- انظر: ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، د. محمد سراج، مرجع سابق ص ٢٤٢.

٦- انظر: المباشرة والتسبب في الفعل الضار، د. صابر محمد، مرجع سابق ص ١٠٠.

٧- نفسه.

٨- أما في حال تحديد الواجبات الشرعية فيجب الرجوع إلى مصادر التشريع المختلفة من كتاب وسنة وقياس وعرف وغيره. جاء في المادة الأولى من القانون أنه: «تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها وفحواها. ولا مساغ للاجتهاد في مورد النص القطعي الدلالة. فإذا لم يجد القاضي نصاً في هذا القانون حكم بمقتضى الشريعة الإسلامية. على أن يراعي تخيير أنسب الحلول من مذهبي الإمام مالك والإمام أحمد بن حنبل، فإذا لم يجد فمن المذاهب المعتمدة الأخرى حسبما تقتضيه المصلحة. فإذا لم يجد حكم القاضي بمقتضى العرف على ألا يكون متعارضاً مع النظام العام أو الآداب، وإذا كان العرف خاصاً بإمارة معينة فيسرى حكمه على هذه الإمارة»

- إن العمد والإهمال من صور التعدي، وبالتالي اشتراطهما لتضمين المتسبب لا يضيف شيئاً جديداً بالمقارنة بالمباشرة. وإلا ما هو التعدي إذا لم يكن العمد والإهمال من أهم صورته.

- إذا كان التعدي في حال المباشرة هو مجاوزة الحق والاعتداء على حقوق الآخرين، فإن هذا التعدي لا يتحقق في الواقع إلا إذا كان عمداً أو إهمالاً أو عدم تحرز.

الاتجاه الثاني: يرى أنصاره أن التعدي يستعمل في معنيين يجب التمييز بينهما^(١)، حيث إن التعدي يُقصد به المجاوزة الفعلية إلى حق الغير أو ملكه، ويقصد به كذلك العمل المحظور في ذاته شرعاً سواء أكان هذا العمل فيه تجاوز إلى حقوق الآخرين أم لا. ومن ثم يرى أنصار هذا الاتجاه أن الضمان لا يتحقق إلا في حال التعدي بمعنى التجاوز إلى حقوق الآخرين، فإذا تحقق التجاوز انعقدت مسؤولية المباشرة والمتسبب بصرف النظر عما إذا كان الفعل الذي سبب الضرر محظوراً أم لا^(٢).

وقد انتقد هذا الاتجاه كذلك من عدة نواح:^(٣)

١- أنه لا فرق بين التعدي بمعنى المجاوزة والتعدي وبين معنى كون الفعل محظوراً في ذاته؛ لأن أي حق يتصف بالمعصومية والحرمة يجعل من الاعتداء عليه عملاً محظوراً في ذاته.

٢- أن ربط التعدي بالتجاوز الفعلي يؤدي إلى عدم استيعاب بعض الفروض التي يترتب فيها الضمان بالفعل، كالاتعاء على شرف الإنسان وسمعته وكرامته.

٣- اشتراط المجاوزة الفعلية في تعريف التعدي يثير في الذهن معنى المساس المباشر بالحق، مع أن قيام الضمان لا يتطلب مساساً من هذا النوع.

وعرف البعض الآخر التعدي بأنه «المساس بحق أو مصلحة مشروعة»^(٤).

ويتحقق هذا المساس شرعاً وقانوناً بمجاوزة الحد الواجب الوقوف عنده، أو التقييد عن الحد الواجب الوصول إليه شرعاً أو عرفاً أو عادةً. كما يتسع مصطلح التعدي بهذا المفهوم ليشمل جميع الصور التي ينشأ عنها الضمان، فهو إذن يشمل العمد والتقصير وعدم التحرز، إلى جانب تحقق التعدي بفعل إيجابي أو سلبي^(٥). لذا يمكننا القول إن تعريف التعدي بهذا المفهوم هو الراجح.

١- انظر: الفعل الضار والضمان فيه، مصطفى الزرقا، دار القلم، دمشق، ط ١، ١٤٠٩هـ - ١٩٨٨م، ص ٧٨ وما بعدها.

٢- انظر: المصادر غير الإرادية للالتزام في قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، د. محمد المرسي، مرجع سابق ص ٨٣.

٣- مذكرات في أحكام المعاملات المدنية في إطار الفقهين الإسلامي والغربي وقانون المعاملات المدنية الإماراتي، مصطفى الجمال ومحمد زهرة، ص ٥٣٥. نقلاً من كتاب: المصادر غير الإرادية للالتزام في قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، د. محمد المرسي، مرجع سابق ص ٨٨.

٤- المصادر غير الإرادية للالتزام في قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، د. محمد المرسي، مرجع سابق ص ٨٩.

٥- انظر: نفس المرجع السابق ص ٨٩.

خلال هذه الالتزامات فرض بعض قواعد السلوك، أو حماية بعض الحقوق الشخصية التي يمكن أن تكون محلاً للاعتداء^(١) ومن هذه الواجبات التي نشأت من خلال تنظيم السلوك تحريم القتل، وتحريم الاعتداء على أموال الآخرين بالسرقة أو الغصب أو الإلتلاف^(٢). ويتحقق التعدي من منظور القضاء الإماراتي بمجرد عدم تنفيذ الالتزام القانوني^(٣) دون الحاجة إلى إثبات الإهمال أو التقصير في جانب المتسبب بالإضرار، وبالتالي فإن عدم تنفيذ الالتزام القانوني يعتبر خطأ في حد ذاته، ويوجب على فاعله تحمل المسؤولية^(٤).

وهناك من يرى التفرقة بين الالتزامات السلبية والالتزامات الإيجابية، حيث إن مجرد المخالفة في الالتزام السلبي يعتبر تعدياً ويوجب الضمان. أما في حال الالتزام الإيجابي، فإن إتيانه لا يدفع عن فاعله شبهة التعدي في جميع الأحوال، حيث إن الشخص مطالب عند إتيانه الواجب القانوني أن يسلك في ذلك مسلك الرجل المعتاد، ويبذل الحيطة اللازمة، وإلا كان سلوكه تعدياً؛ لأنه خالف المعتاد عند قيامه بالواجب^(٥).

ثانياً - العرف (مخالفة المعتاد):

الأصل في الأشياء الإباحة، أي إذا لم يكن هناك واجب شرعي أو قانوني يتعلق بإتيان الفعل أو النهي عنه فإن الفعل في هذه الحالة يكون مباحاً، وإتيان الشخص للفعل المباح أو امتناعه لا يعتبر تعدياً، وبالتالي لا يكون ضامناً^(٦)، وهذا ما تؤكد المادة (١٠٤) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، والتي جاء فيها أن: «الجواز الشرعي يناه في الضمان؛ فمن استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يضمن ما ينشأ عن ذلك من ضرر».

ولكن الإباحة لا تعني الاستعمال المطلق للحق، وإنما يتقيد عند استعماله لحقه بوصف السلامة^(٧). وبالتالي يجب مراعاة الضابط الذي يحقق هذا القيد، وهو العرف أو سلوك الرجل المعتاد، فإذا كان سلوك الشخص متفقاً مع سلوك الرجل المعتاد، فلا يكون متعدياً، وبالتالي لا يكون ضامناً عما ترتب على فعله من ضرر، أما في حال كان سلوكه مخالفاً لسلوك الرجل المعتاد فإنه يكون متعدياً،

- ١- انظر: المصادر غير الإرادية للالتزام في قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، د. محمد المرسي، مرجع سابق ص ٩١.
- ٢- انظر: المباشرة والتسبب في الفعل الضار، د. صابر محمد، مرجع سابق ص ١٠٠.
- ٣- انظر: تمييز دبي ١٠/٢١/١٩٩٥م مجلة القضاء والتشريع، العدد السادس ديسمبر ١٩٩٧م رقم ١٠٩ ص ٦٢٤.
- ٤- انظر: المباشرة والتسبب في الفعل الضار، د. صابر محمد، مرجع سابق ص ١٠٠.
- ٥- انظر: المصادر غير الإرادية للالتزام في قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، د. محمد المرسي، مرجع سابق ص ٩٣.
- ٦- انظر: المصادر غير الإرادية للالتزام في قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، د. محمد المرسي، مرجع سابق ص ٩٥.
- ٧- جاء في القاعدة الفقهية أن: «المباح يتقيد بالسلامة». القواعد الفقهية، علي أحمد الندوي، دار القلم، دمشق، ط ٦، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م، ص ٣٣٦.

وبالتالي يكون ضامناً للضرر الذي لحق بالغير جراء فعله. وتحديد السلوك المعتاد لمجتمع ما يخضع في استخلاصه لقاضي الموضوع، الذي ينظر في مدى موافقة أو مخالفة الفعل للعرف أو العادة^(١).

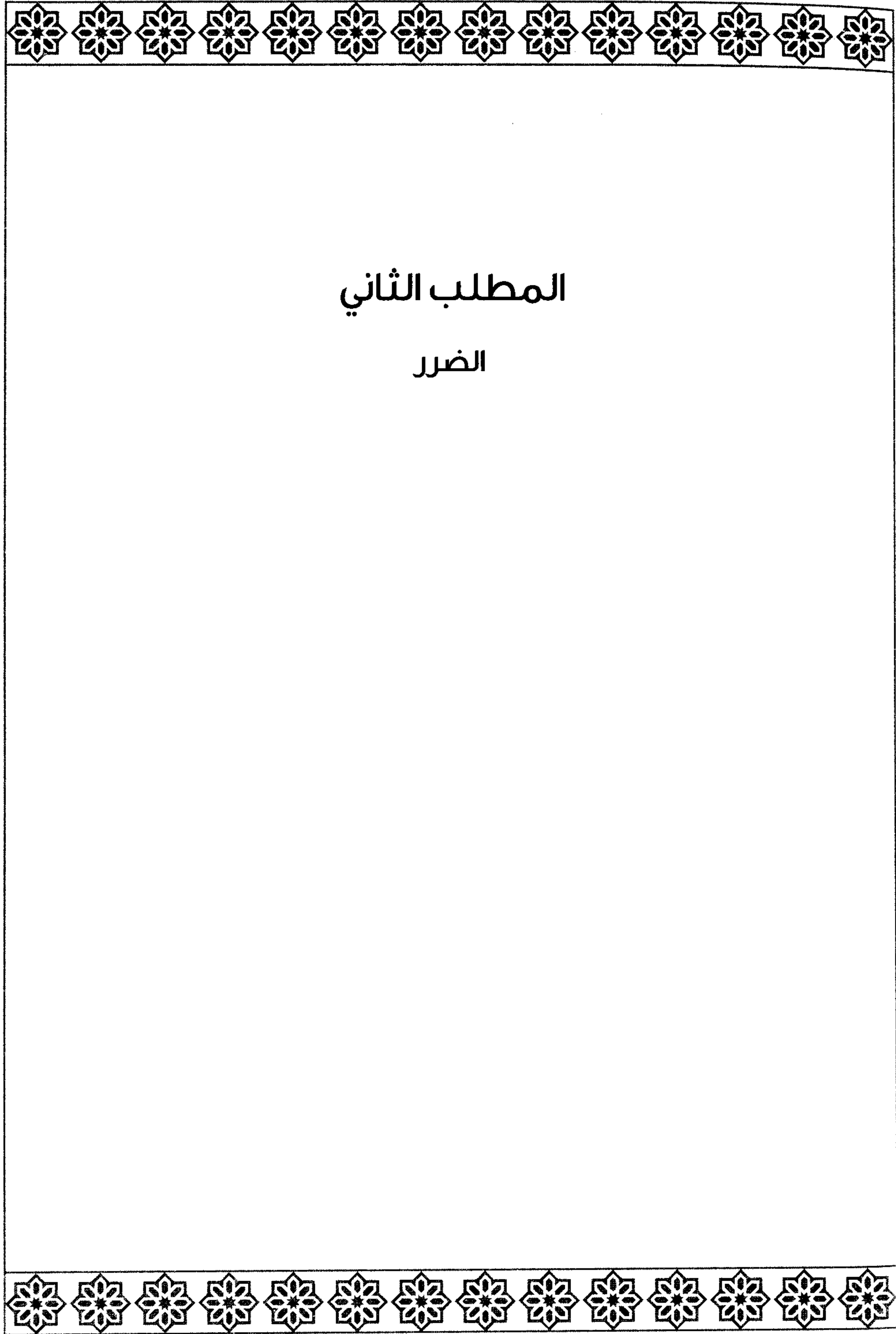
ولا يقتصر تطبيق معيار الرجل المعتاد على الأفعال المباحة فقط، وإنما يجب تطبيق هذا المعيار في حال إتيان فعل مأمور به، فكون الفعل واجباً لا ينفي عنه صفة التعدي في حال سلك الشخص في إتيانه مسلكاً غير مألوف، أي مخالفاً للمعتاد، فيكون عندئذ متعدياً، وبالتالي يكون مسؤولاً عن الضرر الذي لحق بالغير جراء فعله^(٢). ويتحدد الرجل المعتاد من نفس جماعة الذي وقع منه فعل التعدي، فإن كان المعتدي حداداً - مثلاً - فإنه يُبحث في جماعة الحدادين عن الحداد العادي، ومن ثم يقارن فعل المعتدي بمسلك الحداد العادي، فإن كان فعله مماثلاً لفعل الحداد العادي من حيث درجة اليقظة والحرص والانتباه، فإنه لا يكون متعدياً، وبالتالي لا يكون ضامناً، أما في حال كان مسلكه دون المستوى العادي فإنه يكون متعدياً وبالتالي ضامناً^(٣).

الفرع الثالث: الموازنة بين الفقه الإسلامي وقانون المعاملات

اتفق قانون المعاملات المدنية الإماراتي مع الفقه الإسلامي في تفسير مفهوم التعدي وفقاً لمفهومه الموضوعي، والذي لا يشترط فيه الإدراك والتمييز. فالتعدي يمكن أن يأتي بقصد أو دون قصد، كما يمكن أن يأتيه الكبير والصغير، العاقل وغير العاقل.

كما اتفق القانون مع الفقه الإسلامي من حيث إن سلوك الإنسان يعد تعدياً متى كان مخالفاً لمعايير السلوك المعتبرة، والمتمثلة بالحدود التي يجب التزامها شرعاً وقانوناً، أو الواجبات المنصبة على إتيان الفعل في حالة الأمر والامتناع عنه في حالة النهي. كما تتمثل أيضاً بالسلوك الذي جرى عليه العرف والعادة أو ما يسمى بسلوك الرجل المعتاد^(٤).

- ١- انظر: نظرية الضمان، محمد فوزي فيض الله، مرجع سابق، ص ٩٣-٩٤.
- ٢- انظر: المصادر غير الإرادية للالتزام في قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، د. محمد المرسي، مرجع سابق ص ٩٦.
- ٣- انظر: المباشرة والتسبب في الفعل الضار، د. صابر محمد، مرجع سابق ص ١٠٥-١٠٦.
- ٤- انظر: المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الإماراتي، مرجع سابق، ص ٢٧٦.



المطلب الثاني

الضرر

تخلف الشخص عن التزاماته لا يكفي لتحقيق المسؤولية عليه، وإنما يشترط لتحقيق ذلك حصول ضرر مترتب على تخلفه، فالضرر ركن أساس لقيام المسؤولية؛ لأن تحقق المسؤولية تعني الالتزام بالتعويض، والتعويض يجب أن يُقدر بقدر الضرر، وبانتفاؤه تنتفي المسؤولية ولا يظل محلاً للتعويض^(١)، لذا سنتناول في هذا المطلب الحديث عن مفهوم الضرر في الفقه الإسلامي وقانون المعاملات المدنية الإماراتي، مع عرض موازنة بينهما، وذلك في ثلاثة فروع.

الفرع الأول: الضرر في الفقه الإسلامي

أولاً: الضرر في اللغة

الضرر والضَّر والضَّرُّ والضَّرُّ ضد النفع^(٢)، قال عز وجل: ﴿ قُلْ - مٌوتٌ مِّن دُونِ اللَّهِ مَا لَا يَمْلِكُ لَكُمْ ضَرًّا وَلَا نَفْعًا ﴾^(٣)، وقال تعالى: ﴿ وَيَنْعَمُونَ مَا يَصْرِهُمُ وَلَا يَنْفَعُهُمْ ﴾^(٤).

والضَّر بفتح الضاد والضَّر بضمها يطلق في اللغة على كل مكروه يلحقه الشخص بغيره. يقال ضَرَّه وضَرَّ به ضُراً وضُراً أي ألحق به مكروهاً أو أذى^(٥) وقيل إذا جُمع بين الضر والنفع فُتحت الضاد، وإن أفردت الضر ضُمَّت الضاد إذا لم تجعله مصدراً^(٦). ويقصر بعض علماء اللغة الضَّر بالضم على ما يلحق بالبدن من هزال وسوء حال، أما الضَّر بالفتح فيقصرونه على ما كان ضد النفع^(٧). وترد مادة الضر في اللغة بمعان عدة منها، سوء الحال والفقر والشدة^(٨)، قال تعالى: ﴿ وَإِذَا مَسَّ الْإِنْسَانَ الضُّرُّ دَعَانَا لِجَنبَيْهِ أَوْ قَاعِدًا أَوْ قَائِمًا فَلَمَّا كَشَفْنَا عَنْهُ ضُرَّهُ مَرَّ كَأَن لَّمْ يَدْعُنَا إِلَى ضُرِّ مَسَّهُ ﴾^(٩)، وقال عز شأنه: ﴿ الَّذِينَ يَفْقُونَ فِي الْبَرِّ وَالْبَرِّ ﴾^(١٠).

والضرر: النقصان، يقال دخل عليه ضرر في ماله^(١١)، والضرار أي الضرر والنقص في الأنفس والعمى^(١٢)، والضر أي الضيق، يقال مكان ذو ضرر أي ضيق^(١٣).

- ١ - انظر: <http://farisalajrish.maktoobblog.com>، الخطأ والضرر والرابطة السببية، فارس حامد عبد الكريم.
- ٢ - انظر: لسان العرب، ابن منظور، مرجع سابق ج ٤ ص ٤٨٢.
- ٣ - سورة المائدة، آية ٧٦.
- ٤ - سورة البقرة، آية ١٠٢.
- ٥ - انظر: المصباح المنير، الفيومي، مرجع سابق ج ٢ ص ٣٦٠.
- ٦ - انظر: لسان العرب، ابن منظور، مرجع سابق ج ٤ ص ٤٨٢. تهذيب اللغة، أبو منصور محمد بن أحمد الأزهرى، ت: محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط ١، ٢٠٠١م، ج ١١ ص ٣١٤.
- ٧ - انظر: تهذيب اللغة، الأزهرى، مرجع سابق، ج ١١ ص ٣١٤.
- ٨ - انظر: المعجم الوسيط، مرجع سابق ص ٥٢٨. تاج العروس، مرجع سابق ج ١٢ ص ٣٨٥.
- ٩ - سورة يونس، آية ١٢.
- ١٠ - سورة آل عمران، آية ١٣٤.
- ١١ - تاج العروس، الزبيدي، مرجع سابق، ج ١٢ ص ٣٨٥.
- ١٢ - انظر: المعجم الوسيط، مرجع سابق ص ٥٢٨.
- ١٣ - انظر: تاج العروس، الزبيدي، مرجع سابق ج ١٢ ص ٣٨٨.

مما سبق يمكننا القول إن الضرر في معناه اللغوي هو الأذى بوجه عام، يلحق بمال الشخص أو بدنه أو شرفه^(١).

ثانياً: الضرر في اصطلاح الفقهاء

عند استقراء مصنفات الفقهاء - رحمهم الله - نجد أنهم نوعوا في استخدام الألفاظ الدالة على الضرر، حيث عبروا عن الضرر بلفظ الإتلاف والاستهلاك والإفساد^(٢). جاء في الروض المربع: «... وللمالك أن يضمن أيهما شاء من المعير لأنه سلط على إتلاف ماله»^(٣). وجاء في شرح المجلة: «والاستهلاك نوعان، أولهما استهلاك من كل وجه، وهو عبارة عن إتلاف جميع منفعة المصوب»^(٤). وجاء في الذخيرة: «أسباب الضمان ثلاثة، الإفساد بغير إذن كإحراق الثوب...»^(٥).

وتعريف الضرر في معناه الاصطلاحي لا يكاد يخرج عما هو عليه في معناه اللغوي، حيث عرف الفقهاء الضرر بأنه: «إلحاق مفسدة بالآخرين، أو هو كل إيذاء يلحق الشخص في ماله أو جسمه أو عرضه أو عاطفته»^(٦).

وقالوا: الضرر هو: «إلحاق مفسدة بالغير»^(٧).

وعرف البعض الآخر الضرر بأنه: «التعدي على النفوس والأموال والأعراض»^(٨).

ومن خلال ما سبق يمكننا تقسيم الضرر إلى ثلاثة أقسام^(٩):

أولاً - الضرر المتعلق بالبدن، سواء كان بإتلاف النفس أو بقطع عضو من الأعضاء، أو إذهاب منفعة، أو بجرح أو شجة.

ثانياً - الضرر المادي أو المالي وهو: «ما يصيب مال الإنسان، فيتلف بعضه أو يصيبه بعيب ينقص قيمته، أو يذهب المال كله، أصلاً ومنفعة»^(١٠)، وبالتالي فإن الضرر المادي هو الضرر المتعلق بالأموال، سواء بإتلافها كلياً أو جزئياً، أو بالاستيلاء عليها.

ثالثاً - الضرر الأدبي وهو الضرر الذي لا يمس مال الشخص، وإنما يصيب الشخص بالضرر في ناحية غير مالية، كمن يصيب شخصاً في كرامته وشرفه أو سمعته أو عاطفته^(١١). وأغلب وقوع هذا النوع من الضرر في المسؤولية التقصيرية (ضمان العدوان)، أما وقوعه في المسؤولية العقدية (ضمان العقد) فغير كثير؛ لأن الأصل في العقود أن الشخص يتعاقد على شيء ذي قيمة مالية، ومع هذا لا يمنع أن يكون هناك مصلحة أدبية للمتعاقد في تنفيذ العقد^(١٢). ولم يوجب الفقه الإسلامي تعويضاً على هذا النوع من الضرر؛ لأنه لا تعويض في الفقه الإسلامي إلا عن الأضرار الواقعة المماثلة التي يمكن تقويمها بالمال^(١٣)، حيث يشترط الفقه الإسلامي لتحقق الضمان أن يكون المضمون مالاً متقوماً في ذاته، وأن توجد المماثلة بينه وبين المال الذي يعطى بدلاً عنه، ومثال ذلك استئجار دابة لحمل الحطب، فإن ماتت الدابة نتيجة ضربه لها، ضمن الدابة لصاحبها، ويكون ذلك بدفع قيمة الدابة^(١٤).

أما التعويض عن الضرر الأدبي فلا يجب في الفقه الإسلامي؛ لأن الأضرار الأدبية ليست بمال متقوم. ولكن هذا لا يعني أن الفقه الإسلامي قد غفل عن هذا النوع من الضرر، وإنما فرض جمهور الفقهاء - رحمهم الله - عقوبة على كل ما يمس سمعة الشخص أو شرفه، وذلك عن طريق التعزير، وقد وردت نصوص فقهية تبيّن جواز معاقبة المتسبب بالضرر الأدبي، لكن بغير طريق التعويض المالي، حيث جاء في درر الحكام: «... أما إذا شتم أحد الخصمين الآخر وتكلم بحقه كلاماً مخلاً بالناموس فليس للقاضي تعزير الشاتم ما لم يطلب المشتوم ويدعي ذلك لأن هذا التعزير هو من حق المشتوم»^(١٥).

وأخرج البيهقي في السنن الكبرى أن عمر وعثمان - رضي الله عنهما - كانا يعاقبان على الهجاء^(١٦). كما روى عن علي - رضي الله عنه - أنه قال في الرجل يقول للرجل: يا خبيث، يا فاسق، قال: ليس عليه حد معلوم، يعزره الوالي بما رأى^(١٧).

في حين ذهب الحنفية - رحمهم الله - في قول إلى جواز التعويض عن الضرر الأدبي، حيث جاء في المبسوط: «وقد روي عن محمد في الجراحات التي تتدخل على وجه لا يبقى لها أثر تجب حكومة»^(١٨) بقدر ما لحقه من الألم^(١٩).

- ١- انظر: المسؤولية عن فعل الغير، أ.د. وهبة الزحيلي، دار المكتبي، دمشق، سوريا، ط١، ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م، ص٣٢.
- ٢- انظر: ضمان العقد، د. محمد نجدات، مرجع سابق ص٣٤٥.
- ٣- ضمان العقد، د. محمد نجدات، مرجع سابق ص٣٤٧.
- ٤- انظر: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق ج٦ ص١٧٠.
- ٥- درر الحكام شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق، ج٤ ص٥٤٠.
- ٦- أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب الحدود، باب ما جاء في الشتم دون القذف، ج٨ ص٢٥٢، رقم الحديث ١٦٩٢٨.
- ٧- التخرّيج السابق، رقم الحديث ١٦٩٢٦.
- ٨- الحكومة في أرش الجراحات: التي ليس فيها دية معلومة، ويطلقه الفقهاء على الواجب الذي يقدره عدل في جناية ليس فيها مقدار معين من المال. انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، ج١٨ ص٦٨.
- ٩- انظر: المبسوط، السرخسي، ج٢٦ ص٨١.

- ١- انظر: ضمان العدوان، د. محمد سراج، مرجع سابق ص١١٨.
- ٢- انظر: المباشرة والتسبب في الفعل الضار، د. صابر محمد، مرجع سابق، ص١١٨.
- ٣- الروض المربع، مرجع سابق ج٢ ص٣٤٧.
- ٤- درر الحكام شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق ج٢ ص٤٦١.
- ٥- الذخيرة، مرجع سابق ج١٢ ص٢٥٩.
- ٦- نظرية الضمان، الزحيلي، مرجع سابق ص٢٣.
- ٧- المدخل الفقهي، مصطفى الزرقا، مرجع سابق، ج٢ ص٩٧٧.
- ٨- الموافقات في أصول الفقه، إبراهيم بن موسى اللخمي، ت: عبد الله دراز، دار المعرفة، بيروت، ج٣ ص١٧.
- ٩- انظر: ضمان العقد، د. محمد نجدات، مرجع سابق ص٣٣٦-٣٣٧. ضمان العدوان، د. محمد السراج، مرجع سابق ص١١٨.
- ١٠- النظريات الفقهية، د. فتحي الدريني، مرجع سابق، ص٢١٤.

ويعتبر الضرر في الفقه الإسلامي ركناً من أركان الضمان، ولا يحكم بالضمان إلا بتحقيقه؛ لأن التعويض لا يكون إلا في حال وجود ضرر مالي واقع بالفعل، وبالتالي إذا وقع الفعل ولم يترتب عليه ضرر تجاه أي شخص، لم يصح مطالبته بالتعويض؛ لأن التعويض يكون لرفع الضرر الواقع، فإذا لم ينتج عن الفعل ضرر فلا يجب تعويض على فاعله^(١). وبناءً على ذلك إذا عين شخص شاة من بهائمه أضحية، ثم جاء شخص آخر وذبحها دون إذن صاحبها، وكان ذلك وقت التضحية، فلا يترتب عليه الضمان استحساناً^(٢).

الفرع الثاني: الضرر في قانون المعاملات

يُعرّف الضرر في القانون بأنه «الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له، سواء كانت متعلقة بماله أو نفسه أو عرضه وشرفه»^(٣). ومن خلال التعريف السابق يتضح لنا أن القانون قد سار على ما سار عليه الفقه الإسلامي من تقسيم الضرر إلى ثلاثة أقسام:

١- الضرر المادي المتعلق بالأموال، جاء في المادة (٣٠٠) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي أنه «من أتلف مال غيره أو أفسده ضمن مثله وقيمه إن كان قيمياً وذلك مع مراعاة الأحكام العامة للتضمنين». ومثال ذلك الضرر الحاصل للمعير نتيجة عدم التزام المستعير برد الشيء المستعار^(٤).

٢- الضرر البدني المتعلق بإلحاق الضرر بنفس الشخص أو أعضائه، جاء في المادة (٢٩٩) من القانون المدني أنه «يلزم التعويض عن الإيذاء الذي يقع على النفس».

٣- الضرر الأدبي المتعلق بعرض الشخص أو شرفه أو سمعته، جاء في الفقرة الأولى من المادة (٢٩٣) للقانون المدني الإماراتي: «يتناول حق الضمان الأدبي، ويعتبر من الضرر الأدبي التعدي على الغير في حرته أو في عرضه أو في شرفه أو في مركزه الاجتماعي أو في اعتباره المالي».

فالضرر المعنوي لا يصيب الدائن في شيء ذي قيمة مالية، وإنما يقع الضرر في مصلحة أدبية، ومثال ذلك تعاقد شخص مع طبيب لمعالجته من مرض معين، فأفشى الطبيب سر هذا المرض، مما تسبب بإلحاق ضرر معنوي للمريض، وبالتالي يُسأل الطبيب عن تعويض هذا الضرر^(٥).

ولتحقق الضرر المستحق للتعويض يجب توافر الشروط التالية^(١):

١. أن يكون الضرر محقق الوقوع، سواء وقع بالفعل أم كان مستقبلاً^(٢)، أما المطالبة بتعويض نظير ضرر محتمل الوقوع فلا يصح؛ لأن هذا الضرر المرتقب قد يقع أو لا يقع، فالأصل في هذا النوع من الضرر أنه لا يستدعي مسؤولية الشخص المدعى عليه، وبالتالي لا يلزم بتعويض، ومثال ذلك تأخر الراكب في الوصول في الميعاد المحدد دون أن ينجم أي ضرر جرّاء تأخره، فلا يحق له مطالبة أمين النقل بالتعويض. أو كقيام شخص بضرب امرأة حامل على بطنها ضرباً يحتمل معها تعرضها لإجهاض الجنين، ففي هذه الحالة لا تستحق التعويض لمجرد احتمال الإجهاض، فمتى أجهضت نتيجة الضرب ثبت التعويض.

٢. الإخلال بحق أو مصلحة شخصية للمضروب، أي أن الضرر يصيب المضروب ذاته، وذلك عن طريق المساس بحق من حقوقه، أو الإخلال بمصلحة من مصالحه، وبالتالي يحق لذلك الشخص المطالبة بالتعويض عما لحق به من ضرر. وبناءً على ذلك لا يحق للشخص أن يطالب بالتعويض عن ضرر أصاب شخصاً غيره، إلا في حال كان نائباً أو خلفاً عنه.

٣. مشروعية المصلحة، فالمصلحة التي تخول لصاحبها حق المطالبة بالتعويض في حال إلحاق الضرر بها هي المصلحة المشروعة، فلا يُعقل لتاجر مخدرات أن يطالب بتعويض نتيجة حادث أثر على تجارته؛ لأن الضرر أصاب مصلحة غير مشروعة لا ضمان عليها.

٤. أن يكون الضرر مباشراً، وذلك طبقاً للمادة (٢٩٢) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي والذي جاء فيه أنه: «يقدر الضمان في جميع الأحوال بقدر ما لحق المضروب من ضرر وما فاتته من كسب بشرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعية للفعل الضار». فتحقق المسؤولية التي يترتب عليها الضمان تستوجب أن يكون حدوث الضرر نتيجة طبيعية للتعدي، أي أن التعدي يكون عنصراً لازماً لحدوث الضرر، بحيث يمكننا القول إنه لولا التعدي ما وقع الضرر، إلى جانب كون هذا التعدي كافياً بذاته لإحداث الضرر، بحيث لا تتدخل أسباب أخرى لإحداث الضرر، وبالتالي يكون الضرر نتيجة طبيعية للتعدي. أما الضرر غير المباشر فلا يُسأل عنه المتعدي فلو ضرب شخصاً آخر على رأسه بعضاً فأدى ذلك إلى جنونه، فحزنت عليه أمه وماتت حزناً عليه، فإن

١- المصادر غير الإرادية للالتزام، د. محمد المرسي، مرجع سابق ص ١٥٤. مصادر الحق في الفقه الإسلامي، عبد الرزاق أحمد السنهوري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط ٢، ١٩٩٨م، ج ٦ ص ١٢٢.

٢- الضرر المستقبل نوعان: النوع الأول هو ضرر مستقبل محقق الوقوع، كتعرض شخص لإصابة أفقدته القدرة على العمل بشكل نهائي ودائم، فنصل من عمله وفقد أجره الذي كان يكسبه، فإن العجز عن العمل وما يتبعه من فقد الأجر من تاريخ الإصابة فصاعداً ضرر مستقبل، فهو لم يقع بعد ولكن يجب التعويض عنه، لأن حدوثه أمر مؤكد فصار بذلك ضرراً محققاً. النوع الثاني هو ضرر مستقبل غير محقق الوقوع، أي قد يقع وقد لا يقع. والنوع الأول هو المراد هنا، أما النوع الثاني فيستبعد. انظر: المصادر غير الإرادية للالتزام، د. محمد المرسي، مرجع سابق ص ١٥٨. <http://www.lawjo.net/vb/attachment> ١٥٨. محاضرات أ.د. عدنان سرحان، جامعة الشارقة - كلية الدراسات العليا - كلية القانون.

١- انظر: الضمان في الفقه الإسلامي، علي الخفيف، مرجع سابق ص ٤٦.
٢- انظر: مجمع الضمانات، البغدادي، مرجع سابق ص ٦١.
٣- المصادر غير الإرادية للالتزام، د. محمد المرسي، مرجع سابق ص ١٤٩.
٤- انظر: النظرية العامة للالتزام، د. رمضان أبو السعود، مرجع سابق ص ٢٤١.
٥- انظر: المرجع السابق ص ٢٤١-٢٤٢.

- الغرض من التعويض هو رفع الضرر عن المتضرر، ودفع التعويض في الضرر الأدبي ليس من شأنه دفع شعور المجروح إلى ما كان عليه.
- الأضرار الأدبية ليست بمال مقوم، فالمتضرر أدبياً له أن يسامح المعتدي أو يتصالح معه.

الضرر المباشر المتوقع وقت وقوع الفعل الضار هو الجنون، أما موت الأم فيعتبر ضرراً غير مباشر، لا يسأل عنه مرتكب الفعل الضار، لأنه ليس من شأن ضرب إنسان على رأسه أن يؤدي إلى موت أمه.

الفرع الثالث: الموازنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني

لا خلاف بين الفقه الإسلامي والقانون المدني على وجوب تحقق الضرر لقيام المسؤولية، على اعتبار أن الضرر ركن أساس من أركان الضمان.

ولم يختلف القانون المدني عن الفقه الإسلامي في تعريف الضرر كإخلال أو تعدد يترتب عليه إلحاق ضرر بالآخرين، سواء كان هذا الضرر لحق بمال الشخص أو بدنه أو سمعته وشرفه، والاتفاق في التعريف ترتب عليه الاتفاق على تقسيم الضرر إلى ثلاثة أقسام: ضرر مادي، وضرر بدني، وضرر أدبي. وقد اتفق القانون مع الفقه على وجوب التعويض في الأضرار المادية والبدنية، وذلك من منطلق قول رسول الله - صلى الله عليه وسلم - «لا ضرر ولا ضرار»^(١)، وبديل تضمين الرسول - صلى الله عليه وسلم - من كسرت الصحيفة^(٢) من أمهات المؤمنين بصحفة مثلها^(٣).

في حين اختلف القانون المدني عن الفقه الإسلامي في تعويض الأضرار الأدبية، حيث قرر القانون المدني وجوب التعويض عن الضرر الناتج عن التعدي على شرف الشخص أو سمعته وذلك وفقاً للمادة (٢٩٣) من قانون المعاملات الإماراتي والذي جاء فيه: «يتناول حق الضمان الضرر الأدبي، ويعتبر من الضرر الأدبي التعدي على الغير في حرته أو في عرضه أو في شرفه أو في مركزه الاجتماعي أو في اعتباره المالي»، على خلاف ما ورد في الفقه الإسلامي من عدم استحقاق المتضرر أدبياً أي تعويض مالي^(٤)، وذلك للأسباب التالية^(٥):

- أن أساس التعويض المالي هو جبر الضرر الواقع، وذلك بإحلال مال محل المال المفقود إزالة للضرر، وهذا لا يتحقق في الضرر الأدبي.
- يشترط في التعويض المماثلة، فإن تعذر ذلك اعتبرت المساواة في القيمة المالية، وهذا لا يمكن تحقيقه في الضرر الأدبي.

١- سبق تخريجه ص ٤.

٢- الصحيفة: إناء، تشبه القصة عريضة وهي تشيع الخمسة. انظر تاج العروس، ج ٢٤ ص ٤.

٣- أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب النكاح، باب الغيرة، ج ٥ ص ٢٠٣، رقم الحديث ٤٩٢٧.

٤- هذا عند جمهور الفقهاء - رحمهم الله - في حين يرى الصحابان أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - وجوب التعويض عن الضرر الأدبي. انظر المبسوط، السرخسي، ج ٢٦ ص ٨١.

٥- انظر: ضمان المؤجر للعيب الخفي، د. محمد حسن عبد الرحمن، مرجع سابق ص ١٩٣ المباشرة والتسبب في الفعل الضار، د. صابر محمد، مرجع سابق ص ١٢٣-١٢٤. ضمان العقد، د. محمد نجدات، مرجع ص ٣٤٧.



المطلب الثالث

السببية



وجود التعدي وتحقق الضرر لا يكفي لقيام المسؤولية الموجبة للضمان، فلا بد من وجود علاقة سببية بين التعدي والضرر، أي يكون التعدي سبباً لحدوث الضرر. وفي هذا المطلب سنتناول الحديث عن العلاقة السببية في الفقه الإسلامي وقانون المعاملات المدنية الإماراتي، وذلك في ثلاثة فروع:

الفرع الأول: السببية في الفقه الإسلامي

أولاً - السبب في اللغة: هو كل ما يتوصل به إلى أمر من الأمور، أو كل شيء يتوصل به إلى غيره. والسبب في اللغة الحبل وكل ما يُستعمل للصعود^(١)، ومنه قوله تعالى: ﴿فَلْيَمْدُدْ بِسَبَبٍ إِلَى السَّمَاءِ ثُمَّ لِيَقْطَعْ فَلْيَنْظُرْ هَلْ يُدْهِبَنَّ كَيْدُهُ مَا يَغِيظُ﴾^(٢). وقال عز وجل: ﴿فَلْيَرْتَفِعُوا فِي الْأَسْبَابِ﴾^(٣) كما يراد بالأسباب الطرق والأبواب^(٤)، قال تعالى: ﴿وَنَقَطَعْتَ بِهِمُ الْأَسْبَابُ﴾^(٥) وقال عز شأنه: ﴿وَقَالَ فِرْعَوْنُ يَا هَلُمْنُنَّ ابْنَ لِي صَرْحًا لَعَلِّي أَبْلُغُ الْأَسْبَابَ﴾^(٦) ﴿أَسْبَابَ السَّمَوَاتِ فَأَطَّلِعَ إِلَى إِلَهِ مُوسَى﴾^(٧).

ثانياً - السبب في اصطلاح الفقهاء:

يراد بالسبب في اصطلاح الفقهاء؛ ما يقابل المباشرة^(٧)، وذلك من جهة أن المباشرة تؤدي إلى الضرر دون تدخل واسطة بين الفعل والضرر، في حين أن التسبب يؤدي إلى الضرر مع تدخل واسطة أو عدة وسائط، غير أن في حال تعددت الوسائط وقويت في ذاتها على نحو أضعف التسبب فإن الضرر في هذه الحالة يضاف إلى الوسيط أو العلة لا إلى السبب، ومثال ذلك ضرب شخص لآخر ضربة أفقدته وعيه، ثم جاء شخص آخر وأطلق الرصاص عليه وقتله، ففي هذه الحالة لا يُسأل الشخص الأول إلا عن ضربه، ويُطلق عليه الفقهاء اصطلاح صاحب السبب، أما الشخص الآخر فيُسأل عن القتل، وهو صاحب العلة عند الفقهاء^(٨).

وقد تناول الفقهاء - رحمهم الله - الحديث عن العلاقة السببية تحت مسمى الإلتلاف بالمباشرة، والإلتلاف بالتسبب، نصت المادة (٨٨٧) من المجلة العدلية على تعريف مباشرة الإلتلاف بأنه: «إلتلاف الشيء بالذات من غير أن يتخلل بين المباشرة والتلف فعل آخر». أما الإلتلاف بالتسبب فعرفته المجلة في المادة (٨٨٨) بأنه: «إحداث أمر في شيء يفضي إلى تلف شيء آخر على جري العادة ويقال لفاعله متسبب».

١- انظر: المصباح المنير، الفيومي، مرجع سابق، ص ٢٦٢.

٢- سورة الحج، آية ١٥.

٣- سورة ص، آية ١٠.

٤- انظر: لسان العرب، ابن منظور، مرجع سابق، ج ١ ص ٤٥٩. المصباح المنير، الفيومي، مرجع سابق، ص ٢٦٢.

٥- سورة البقرة، آية ١٦٦.

٦- سورة غافر، آية ٣٦-٣٧.

٧- ضمان العقد، د. محمد نجدات، مرجع سابق ص ٢٨٢.

٨- انظر: ضمان العدوان، د. محمد سراج، مرجع سابق ص ١٦٢-١٦٣.

وجاء في الذخيرة أنه: «ما يحصل الهلاك عنده بعلة أخرى إذا كان السبب هو المقتضي لوقوع الفعل بتلك العلة، كحفر البئر في محل عدواناً، فيتردى فيه بهيمة أو غيرها، فإن أرداها غير الحافر فالضمان على المردي تقديماً للمباشرة على السبب»^(١).

وعرف الفقهاء المعاصرون العلاقة السببية بأنها: «ربط الضرر الذي أراد الشارع رفعه أو الزجر عنه بفعل من الأفعال الإنسانية لإقامة مسؤولية صاحبه عن هذا الضرر وإيجاب ضمانه أو العقوبة عليه»^(٢).

والعلاقة السببية تعد الركن الثالث من الأركان اللازم توفرها لتحقيق المسؤولية المؤدية للضمان؛ حيث يشترط الفقه الإسلامي وجود تلازم بين فعل المعتدي والضرر الذي لحق بالمتعاقد الآخر، إذ لا يكفي لتحقيق المسؤولية وثبوت الضمان مجرد وقوع التعدي وحصول الضرر، بل يجب وجود صلة بين التعدي الواقع والضرر الحادث^(٣).

واكتشاف الرابطة السببية بين الضرر والفعل أمر يسير في حال كان الضرر مترتباً على الفعل مباشرة دون تدخل عامل آخر، كمن ألقى مادة مشتعلة في سيارة استأجرها فتسبب في حرقها. أما في حال تعددت الأفعال والعوامل المحتمل نسبة الضرر إليها، كتعدد الجناة وإسهام الآفات غير المتوقعة في إحداث الضرر، فإن اكتشاف الرابطة السببية في هذه الحالة قد يدق ويفرض مما يؤدي إلى اختلاف آراء الفقهاء في إسناد الضرر إلى أي عامل؛ لذا حدد الفقهاء بعض المعايير^(٤) التي يجب الأخذ بها عند إثبات وجود علاقة بين السلوك والضرر، وتحديد هذا المعيار يقتضي التفريق بين حالة تعاقب الأضرار وبين حالة تعدد أسباب الضرر، وذلك على النحو التالي:

أولاً - تعاقب الأضرار

إذا تحقق السبب وترتب عليه أكثر من ضرر على وجه التعاقب، فإن التسبب يكون مسؤولاً عن كل هذه الأضرار؛ لأن فعله تسبب في ذلك، وهو ما يُعرف بالضرر المباشر، ويُعتبر الضرر مباشراً إذا كان يصلح أن يكون أثراً للفعل الضار وفق ما ألفه الناس أو اعتادوا عليه، ومثال ذلك وضع الشخص حجراً في الطريق، مما تسبب في تعثر أحد المارة به وسقوطه على آخر مما تسبب في موتها، فديتهما على واضع الحجر. أما إذا كان الضرر غير مباشر فلا يضمنها، كمن سقط حائطه بعد التقدم والإشهاد

وتسبب بقتل شخص ما، ومن ثم تعثر دابة بالقتيل، فإن صاحب الحائط لا يضمن الدابة^(١).

ثانياً - تعدد أسباب الضرر

إذا تعددت الأسباب المؤدية للضرر، فإن القاضي يجب عليه التعرف على السبب الذي يمكن نسبة إلحاق الضرر إليه؛ لكي يُضمّن صاحبه، وللتوصل لذلك ينبغي التفريق بين ما إذا كانت الأسباب من جنس واحد - مباشرين أو متسببين - أم لا^(٢)، وذلك على النحو التالي:

١- إذا كانت الأسباب من جنس واحد؛ أي كانت الأسباب مباشرين أو متسببين، فيُنظر في عملهم، إذا اتحد في النوع والقوة نُسب الضرر إليهم جميعاً، وبالتالي يكون الجميع ضامنين، جاء في المبسوط: «إذا قاد الرجل قطاراً^(٣) في طريق المسلمين فما وطئ أول الطريق وآخره فالقائد ضامن له، وإن كان معه سائق فالضمان عليهما؛ لأن القائد مقرب ما أصاب بالصدمة أو غير ذلك، وكذلك السائق مقرب من ذلك ومشارك في الضمان لاستوائهما في السبب»^(٤).

أما إذا اختلفت أعمالهم من حيث القوة والنوع، فإنه يُنظر إليهم كالتالي:

- إذا كانوا مباشرين، فإنه يُعتد بالفعل أو السبب الأقوى، جاء في التاج والإكليل: «إذا طرأت مباشرة على مباشرة قدم الأقوى، فلو جرح الأول وحز الثاني فالقود على الثاني، فلو أنفذ الأول المقاتل ثم أجهز عليه آخر فالقصاص على الأول...»^(٥).

- إذا كانوا متسببين فإنه يُعتد كذلك بالسبب الأقوى، بحسب ما هو متعارف عليه بين الناس^(٦)، كحضر شخص حفرة في الطريق، ثم قيام شخص آخر بتوسعة هذه الحفرة وتعميقها، فإن تردى فيها إنسان أو حيوان فإن الضمان يكون على الحافر؛ لأن فعل الحافر كالعلة عند اجتماعها مع السبب^(٧)، وقيل يُعتد بجميع الأسباب، فيوزع الضمان على جميع المتسببين، كل على حسب قوة فعله^(٨).

وأما إذا اختلف عملهم نوعاً وتساوى في القوة فإنه يُعتد في هذه الحالة بالسبب الأسبق جنائية، كمن يحضر بئراً في الطريق دون إذن الوالي، ومن ثم يأتي شخص آخر فيضع حجراً بجانب البئر، فإن

١- انظر: الفتاوى الهندية، الشيخ نظام، مرجع سابق ج ٦ ص ٣٦. مجمع الضمانات، البغدادي، مرجع سابق ص ٤١٦.

٢- انظر: المباشرة والتسبب في الفعل الضار، د. صابر محمد، مرجع سابق ص ١٣٣.

٣- القطار: يراد به قطار الإبل بعضها إلى بعض على نسق واحد. العين، خليل الفراهيدي، مرجع سابق، ج ٥ ص ٩٥.

٤- المبسوط، السرخسي، مرجع سابق ج ٢٧ ص ٢.

٥- التاج والإكليل، العبدري، مرجع سابق ج ٦ ص ٢٤٤.

٦- انظر: ضمان العدوان، د. محمد سراج، مرجع سابق ص ١٧٣.

٧- انظر: المباشرة والتسبب في الفعل الضار، د. صابر محمد، مرجع سابق ص ١٢٤.

٨- المرجع السابق ص ١٢٥.

١- الذخيرة، شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، ت: محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ١٩٩٤ م، ج ٨ ص ٢٥٩ - ٢٦٠.

٢- ضمان العدوان، د. محمد سراج، مرجع سابق ص ١٦٤.

٣- انظر: سوء النية وأثره في عقود المعاوضات، د. محمد العدوي، مرجع سابق ص ٣٩٩.

٤- لا يوجد في الفقه الإسلامي معيار جامد لاكتشاف علاقة السببية، بل قُدّم عددٌ من المعايير والضوابط التي تتسم بالمرونة وتترك للقاضي فهم الوقائع وتقدير الملابسات والنتائج في ضوء اعتبارات عديدة قد لا تدخل تحت حصر. انظر: ضمان العدوان، د. محمد سراج، مرجع سابق ص ١٦٤.

تعثرت دابة بالحجر ووقعت في البئر، فإن الضمان على واضع الحجر؛ لأنه بمثابة الدافع، فإن اجتمع الدافع والحافر ضمن الدافع^(١).

٢- إذا كانت الأسباب مختلفة؛ كأن يكون بعض مرتكبي الفعل مباشراً والبعض الآخر متسبباً، فيكون الضمان في هذه الحالة على المباشر، عملاً بالقاعدة «إذا اجتمع المباشر والمتسبب أضيف الحكم إلى المباشر»^(٢)؛ حيث إن الضرر يترتب على الفعل المباشر دون أن يتدخل بين الضرر والفعل المباشر فعل آخر^(٣).

الفرع الثاني: السببية في قانون المعاملات

يُعرّف القانون العلاقة السببية بأنها: «تلك العلاقة المباشرة التي تقوم بين الخطأ الذي ارتكبه المسؤول وبين الضرر الذي أصاب المضرور»^(٤)، فالرابطة السببية ركن مستقل عن التعدي، وهي علاقة لازمة لتحقيق المسؤولية، فإن وُجد التعدي وانتفت الرابطة السببية انتفت المسؤولية^(٥). فثبوت الضرر لا يكفي لترتب الضمان، بل يجب أن يكون حدوث الضرر ناتجاً عن فعل المعتدي، جاء في المادة (٢٨٧) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي: «إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كآفة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو فعل المتضرر كان غير ملزم بالضمان ما لم يقض القانون أو الاتفاق بغير ذلك».

تقرر بالنص السابق أن انعدام الرابطة السببية بين الفعل والضرر يؤدي إلى انتفاء المسؤولية عن الشخص الذي وقع منه الفعل^(٦)، فمن استعار كتاباً ثم شب حريق في بيته فاحترق الكتاب المستعار مع ما احترق من متاعه، دون أن يقصر في حفظه، فلا يكون المستعير مسؤولاً؛ لانتفاء العلاقة السببية، حيث إن هذه العلاقة تنتفي في حال وُجد سبب أجنبي.

واكتشاف وجود العلاقة السببية بين السلوك والضرر يقتضي تحديد معيار يستطيع من خلاله القاضي تقرير وجود هذه العلاقة أو انتفائها، وتحديد هذا المعيار يقتضي التفريق بين حالة تعاقب الأضرار وبين حالة تعدد أسباب الضرر^(٧).

أولاً - تعاقب الأضرار

إذا كان السبب واحداً وترتب عليه أضرار كثيرة فإن القانون المدني لا يعتد إلا بالضرر المباشر^(١)، جاء في المادة (٢٩٢) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي أنه: «يقدر الضمان في جميع الأحوال بقدر ما لحق المضرور من ضرر وما فاته من كسب بشرط أن يكون نتيجة طبيعية للفعل الضار» فيتضح من هذا النص أن القانون المدني لا يُضمّن المتعدي إلا في حال الضرر المباشر فقط دون الضرر غير المباشر^(٢).

ولتحديد الضرر المباشر بين القانون المدني في المادة السابقة المعيار الذي يمكن من خلاله تحديد هذا الضرر وهو كون الضرر «نتيجة طبيعية للفعل الضار» أي التعدي^(٣). وبالتالي لا يضمن المتعدي إلا في حال كون التعدي من شأنه أن يحدث الضرر المطلوب تعويضه بحسب المجرى العادي للأمور، وعندئذ يكون الضرر نتيجة طبيعية للتعدي.

ثانياً - تعدد أسباب الضرر

«إذا تعددت أسباب الضرر واستغرق سبب منها الأسباب الأخرى بأن كان أحد السببين عمداً والآخر خطأً أو كان أحدهما نتيجة للآخر فإنه يجب الوقوف عند السبب المستغرق ويصبح هو السبب الوحيد للمسؤولية»^(٤). أما في حال لم يستغرق أحد الأسباب الأسباب الأخرى فإن للفقهاء القانونيين عدداً من النظريات في تقدير مفهوم السببية، وذلك على النحو التالي^(٥):

- نظرية تعادل الأسباب أو تكافئها:

يرى أصحاب هذه النظرية أن النتيجة تنشأ من تضافر عدد من العوامل المتساوية في القوة والتأثير في إيجاد هذه النتيجة، فبمقتضى هذه النظرية فإن جميع الأسباب التي تدخلت في إحداث الضرر متعادلة، وبالتالي يعتبر كل سبب مسؤولاً عن إحداث الضرر.

- نظرية السبب المنتج:

تقوم هذه النظرية على أساس التفرقة بين الأسباب العارضة والأسباب المنتجة، على اعتبار أن السبب المنتج هو المسؤول عن إحداث الضرر، وذلك وفقاً للمجرى العادي للأمور. فتعتبر هذه النظرية

- ١- انظر: مجمع الضمانات، أبو محمد البغدادي، مرجع سابق، ص ١٨٠. المغني، ابن قدامة، مرجع سابق، ج ٩ ص ٥٦٥.
- ٢- قواعد الفقه، محمد عميم الإحسان المجددي البركتي، دار الصدف بيلشرز، كراتشي، ط ١، ١٤٠٧ - ١٩٨٦، ص ٥٦.
- ٣- انظر: المباشرة والتسبب في الفعل الضار، د. صابر محمد، مرجع سابق ص ١٣٦.
- ٤- النظرية العامة للالتزام، د. رمضان أبو سعود، مرجع سابق ص ٣٦٦.
- ٥- انظر: المسؤولية المدنية، شريف الطباخ، مرجع سابق ج ٣ ص ٢٩٩.
- ٦- انظر: المذكرة الإيضاحية ص ٢٨٤-٢٨٥.
- ٧- انظر: المباشرة والتسبب في الفعل الضار، د. صابر محمد، مرجع سابق ص ١٣٠.

- ١- انظر: الوسيط، السهوري، مرجع سابق ص ٩١٠.
- ٢- انظر: المصادر غير الإرادية للالتزام، د. محمد المرسي، مرجع سابق ص ٢٢٤.
- ٣- انظر: تمييز دبي، ٩ نوفمبر ١٩٩٦، مجلة القضاء والتشريع، العدد السابع، يوليو ١٩٩٨، رقم ٩٥ ص ٥٢١. المصادر غير الإرادية للالتزام، د. محمد المرسي، مرجع سابق ص ٢٢٤.
- ٤- المباشرة والتسبب في الفعل الضار، د. صابر محمد، مرجع سابق ص ١٣٦.
- ٥- انظر: الوسيط، السهوري، مرجع سابق ج ١ ص ٩٠٤-٩٠٥. المسؤولية المدنية، شريف الطباخ، مرجع سابق ج ٢ ص ٣٠٠ وما بعدها. ضمان العدوان، د. محمد سراج، مرجع سابق ص ١٨٢ وما بعدها.

أن السبب الرئيس هو الفعل الذي يؤدي إلى النتيجة نفسها في أي ظروف مماثلة. في حين أن السبب العارض هو سبب ثانوي ليس من شأنه بطبيعته أن يحدث مثل هذا الضرر لولا تدخل العامل الرئيس.

- نظرية السبب القريب:

وتفرض هذه النظرية النظر إلى الفترة الزمنية الفاصلة بين السبب والنتيجة، فمتى كان الفارق الزمني كبيراً وجب غض النظر عنها، أما في حال ما إذا كان الفارق الزمني قصيراً وجب الاعتداد به كسبب للضرر.

- نظرية السببية المباشرة:

ومؤدى هذه النظرية أن الشخص غير مسؤول إلا عن النتائج التي تترتب نتيجة فعله هو دون تدخل عوامل أخرى تقطع الرابطة السببية بين الفعل والنتيجة.

ولحل مشكلة تعدد الأسباب رجع قانون المعاملات المدنية الإماراتي إلى الفقه الإسلامي، وحاول تقنين بعض القواعد والمعايير التي صاغها الفقه لحل هذه المشكلة، فنصت المادة (٢٨٣) من القانون على أنه: «إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الفعل إلى المباشر».

واستثنى القانون من هذا الأصل المكره الذي يجبر غيره على الفعل الضار، فيكون هو الضامن - استثناءً - مع أن السبب المباشر هو المكره. جاء في الفقرة الأولى من المادة (٢٨٩) أنه «يضاف الفعل إلى الفاعل لا الأمر ما لم يكن الفاعل مجبراً على أن الإيجاب المعتبر في التصرفات الفعلية هو الإكراه الملجئ وحده»^(١).

ولكن هذه القاعدة لا تكفي وحدها كميّار لحل مشكلة تعدد الأسباب في الواقع الإماراتي، وذلك لعدة أسباب على النحو التالي^(٢):

- ١- القاعدة لا تعرض إلا لحالة واحدة، وهي اجتماع المباشر والسبب، دون التعرض لحالة تعدد المباشرين أو تعدد المتسببين.
- ٢- القاعدة ترد عليها استثناءات عديدة في الفقه الإسلامي، وبالتالي يصعب مع هذه الاستثناءات إعمال القاعدة في الواقع العملي.
- ٣- إلى جانب ذلك فإن كثيراً من تلك الاستثناءات يمكن تبريرها بما يسمى في القانون بنظرية السبب المنتج.

١- انظر: المصادر غير الإرادية للالتزام، د. محمد المرسي، مرجع سابق ص ٢١٨.

٢- انظر: الفعل الضار، مصطفى الزرقا، مرجع سابق ص ٨٤. وما بعدها نظرية الضمان، محمد فوزي فيض الله، مرجع سابق، ص ٩٩. المصادر غير الإرادية للالتزام، د. محمد المرسي، مرجع سابق ص ٢١٨-٢١٩.

٤- أن الفقه الإسلامي لا يميز بوضوح في بعض الأحيان بين تعدد الفاعلين وتعدد الأسباب، فيطبق على الأولى أحكام الثانية، ومثال ذلك اشتراك مجموعة من الأشخاص في إطلاق النار على شخص ما، ففي هذا المثال السبب واحد وهو إطلاق النار، ولكن تعدد الفاعلون، وبالتالي كان من الطبيعي أن يشمل الضمان جميع المشتركين، ليس من باب إعمال قواعد تعدد الأسباب، وإنما على اعتبار اشتراكهم جميعاً في سبب واحد.

ومما سبق يمكننا القول: إن قاعدة إضافة الضرر إلى المباشر دون المتسبب هي تطبيق لنظرية السبب المنتج^(١) التي تقضي بإسناد الضرر إلى المباشر وحده دون السبب، مع مراعاة ألا يكون الفعل المتسبب قد ساعد على تفاقم الضرر، وإلا تحققت مسؤوليته في الضرر ووجب عليه التعويض بمقدار تسببه في زيادة الضرر.

الفرع الثالث: الموازنة بين الفقه الإسلامي وقانون المعاملات

مما سبق يظهر تقارب كل من الفقه الإسلامي والقانون حول مفهوم الرابطة السببية، واتفاقهما في وجوب حصر العوامل المؤدية للنتيجة، لإضافة هذه النتيجة إلى النشاط الإنساني دون غيره من العوامل الطبيعية. وفي حال تعدد النشاط الإنساني المحتمل تسببه في النتيجة فإن الحكم يضاف إلى أكثرها مناسبة ووضوحاً في الإسناد من جهة العرف.

كما اتفق كل من الفقه والقانون على انقطاع العلاقة السببية بين الفعل والضرر بتدخل عوامل شاذة الحدوث أو عوامل لا يمكن توقعها^(٢).

١- انظر: المصادر غير الإرادية للالتزام، د. محمد المرسي، مرجع سابق ص ٢١٨ - ٢١٩.

٢- انظر: ضمان العدوان، د. محمد سراج، مرجع سابق ص ١٨٨.

الفصل الثاني

جزاء الإخلال بالمسؤولية الناجمة عن الحفظ

توطئة:

في هذا الفصل سنتطرق للحديث عن الجزاء المترتب على الإخلال بالمسؤولية الناجمة عن الحفظ، وكيفية تعويض المتضرر في الفقه الإسلامي والقانون المدني، إلى جانب بيان إمكانية التخفيف أو الإعفاء من هذا التعويض، وذلك من خلال مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول: الضمان ومشروعيته

المبحث الثاني: الإعفاء من الضمان أو التخفيف منه

المبحث الأول الضمان ومشروعيته

ويتكون هذا المبحث من المطالب التالية:

المطلب الأول: الضمان ومشروعيته

المطلب الثاني: التعويض في قانون المعاملات

المطلب الثالث: الموازنة بين الفقه الإسلامي وقانون المعاملات

توطئة:

يتعلق هذا المبحث ببيان مفهوم الضمان ومشروعيته في الفقه الإسلامي وقانون المعاملات في دولة الإمارات، وذلك تمهيداً لبيان جزاء الإخلال بالمسؤولية الناجمة عن الحفظ، لذا سنقوم بتحديد معنى الضمان في الاستعمال اللغوي ومن ثم المعنى الاصطلاحي.



المطلب الأول

الضمان ومشروعيته في الفقه الإسلامي



الفرع الأول: ماهية الضمان في الفقه الإسلامي

أولاً - في اللغة:

تطلق كلمة الضمان في اللغة ويراد بها عدة معان منها الكفالة، يقال: ضمن الشيء ضمناً وضماناً كفل به، وضمّنه إياه أي كفّله. وفلان ضامن وضمين أي كافل وكفيل، ويقال: ضمّنت الشيء أضمنه ضماناً فأنا ضامن وهو مضمون^(١)، والضمان بهذا المعنى جاء في تفسير قوله تعالى: ﴿ وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا ﴾^(٢) أي تولى كفالتها وضمن القيام بها^(٣). وتأتي كلمة الضمان كذلك بمعنى التبريم، يقال ضمّنته الشيء تضميناً فتضمنه عني أي غرّمته فالتزمه^(٤)، جاء في الحديث النبوي قوله -صلى الله عليه وسلم-: «الخراج بالضمان»^(٥). والمقصود بالخراج ما يحصل من غلة العين المبتاعة، سواء كان عبداً أو أمة أو ملكاً، بأن يشتريه فيستعمله زماناً، ثم يعثر منه على عيب قديم دسه البائع، فله رد العين المباعة وأخذ الثمن، ويكون للمشتري ما استعمله؛ لأنه كان في ضمانه ولو هلك، هلك من ماله^(٦).

كما ورد هذا المعنى في أحاديث كثيرة، منها قوله -صلى الله عليه وسلم-: «وإن ما أفسدت المواشي بالليل ضامن على أهلها»^(٧). وقوله -صلى الله عليه وسلم-: «من تطيب ولم يكن بالطب معروفاً فأصاب نفسه فما دونها فهو ضامن»^(٨). ولما استعار الرسول -صلى الله عليه وسلم- من صفوان سلاحاً في غزوة حنين، قال صفوان: أغضباً يا محمد؟ قال: «بل عارية مضمونة»^(٩).

ويأتي الضمان كذلك بمعنى الحفظ يقال ضمن الشيء أي حفظه^(١٠)، ومنه قوله -صلى الله عليه وسلم-: «من يضمن لي ما بين لحييه وما بين رجليه أضمن له الجنة»^(١١)، وقوله -صلى الله عليه وسلم-

١- انظر: لسان العرب، ابن منظور، مرجع سابق ج ١٣ ص ٢٥٧. تاج العروس، مرجع سابق ج ٣٥.

٢- سورة عمران، آية ٣٧.

٣- انظر: الجامع لأحكام القرآن، أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، دار الشعب، القاهرة، ج ٤ ص ٧٠.

٤- انظر: لسان العرب، ابن منظور، مرجع سابق ج ١٣ ص ٢٥٧. تاج العروس، مرجع سابق ج ٣٥ ص ٣٣٣.

٥- أخرجه الترمذي في سننه، كتاب البيوع، باب ما جاء فيمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد به عيباً، ج ٢ ص ٥٨١، رقم الحديث ١٢٨٥، قال أبو عيسى: هذا حديث حسن صحيح.

٦- انظر: عمدة القاري شرح صحيح البخاري، بدر الدين محمود بن أحمد العيني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ج ١١ ص ٢٧١.

٧- أخرجه الإمام أحمد في مسنده، مسند الكوفيين، حديث محيصة بن مسعود، ج ٥ ص ٤٢٥، رقم الحديث ٢٣٧٤١. قال الشيخ شعيب الأرنؤوط: مرسل صحيح.

٨- أخرجه الحاكم في المستدرک، كتاب الطب، ج ٤ ص ٢٣٦، رقم الحديث ٧٤٨٤، قال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه.

٩- أخرجه الإمام أحمد في مسنده، مسند القبائل، حديث صفوان بن أمية ج ٦ ص ٤٦٥، رقم الحديث ٢٧٦٧٧، قال الشيخ شعيب الأرنؤوط: حديث حسن.

١٠- انظر: لسان العرب، ابن منظور، مرجع سابق ج ١٣ ص ٢٥٨.

١١- أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الرقاق، باب حفظ اللسان، ج ٥ ص ٢٣٧٦، رقم الحديث ٦١٠٩.

وسلم - : «الإمام ضامن والمؤذن مؤتمن»^(١)، فيراد «بالضمان هنا الحفظ والرعاية لا ضمان الغرامة»^(٢).

ومن المعاني اللغوية للضمان: التضمين واحتواء الشيء، يقال ضمن الوعاء الشيء أي احتواه واشتمل عليه، وضمن القبر الميت، إذا أودع فيه. وتضمن الكتاب كذا أي حواه ودل عليه، والمضمن من الشعر البيت الذي لا يتم معناه إلا بالذي قبله أو بعده، والمضمن من الأصوات ما لا يستطاع الوقوف عليه حتى يوصل بغيره^(٣).

كما يأتي الضمان بمعنى المرض والعاهة، يقال الضمان والضمنة والضمانة الداء في الجسد من بلاء أو كبر^(٤).

ثانياً - في اصطلاح الفقهاء:

يطلق الضمان في اصطلاح الفقهاء على معان عدة هي:

١- **الكفالة**: استعمل كثير من الفقهاء لفظي الضمان والكفالة على سبيل الترادف، وأرادوا بهما ما يعم ضمان المال وضمان النفس، وذلك عند الالتزام بعقدي الكفالة أو الضمان. إلى جانب استعمال الضمان فيما هو أعم من ذلك، وهو ضمان المال بعقد أو بغير عقد كاعتداء^(٥).

وتعريف الضمان بالكفالة وهو ضم ذمة شخص إلى آخر يتماشى مع ما ذكره الفقهاء - رحمهم الله - في مصنفاتهم حول تعريف الضمان، وذلك على النحو التالي:

عرف الحنفية الضمان بأنه «ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة مطلقاً»^(٦). وجاء أنه «ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة»^(٧).

وقيل هو «ضم الكفيل ذمته إلى ذمة الأصيل، أو بعبارة أخرى إلى ذمة المكفول عنه بالشيء المكفول به»^(٨). وهذا الشيء قد يكون مالا فتكون الكفالة بالعين أو بالمال، وإما أن يكون نفساً فتكون

١- أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الصلاة، باب ما يجب على المؤذن من تعاهد الوقت، ج ١ ص ١٤٣، رقم الحديث ٥١٧. أخرجه الإمام أحمد في مسنده، مسند أبو هريرة، ج ٢ ص ٤٢٤، رقم الحديث ٩٤٧٢، قال الشيخ شعيب الأرنؤوط: إسناده صحيح على شرط الشيخين.

٢- لسان العرب، ابن منظور، مرجع سابق ج ١٣ ص ٢٥٨.

٣- المصباح المنير، الفيومي، مرجع سابق، ج ٢ ص ٢٦٥. تاج العروس، الزبيدي، مرجع سابق، ج ٣٥ ص ٢٣٤. المعجم الوسيط، مرجع سابق، ج ١ ص ٥٤٤.

٤- انظر: لسان العرب، ابن منظور، مرجع سابق ج ١٣ ص ٢٦٠.

٥- انظر: الضمان في الفقه الإسلامي، علي الخفيف، معهد البحوث والدراسات العربية، ١٩٧١م، ص ٥.

٦- الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، محمد بن علي بن محمد بن عبد الرحمن الحنفي الحصكفي، دار الفكر، بيروت، ط ٢، ١٣٨٦هـ، ج ٥ ص ٢٨١.

٧- البحر الرائق، ابن نجيم، مرجع سابق ج ٦ ص ٢٢١.

٨- درر الحكام، علي حيدر، مرجع سابق، ج ١ ص ٦١٥، المادة ٦١٢.

الكفالة بالنفس، وقد يكون تسليماً فتكون الكفالة بالتسليم^(١).

وعرف المالكية الضمان بأنه «شغل ذمة أخرى بالحق»^(٢). وقوله «شغل ذمة» جنس يشمل الواحدة والمتعددة. ولفظ «أخرى» قيد يخرج به البيع والحوالة؛ لأنه ليس فيهما شغل بل براءة ذمة^(٣).

أما الشافعية فقالوا: الضمان في اللغة الالتزام، وشرعاً يقال الالتزام حق ثابت في ذمة الغير، أو إحضار عين مضمونة، أو بدن من يستحق حضوره، ويقال للعقد الذي يحصل به ذلك، ويسمى الملتزم لذلك ضامناً وزعيماً وكفياً^(٤).

وعرف الحنابلة الضمان بأنه «ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق»^(٥).

٢- الضمان بمعنى الالتزام

وذلك على اعتبار أن الضمان هو «شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل»^(٦).

«والضمان بهذا المعنى يشمل ما وجب في ذمة الشخص سواء تم ذلك بعقد أو بإلزام الشخص نفسه بإرادته، كما يشمل ما وجب بفعل أو ترك غير مشروع»^(٧).

٣- التعويض:

«ورد لفظ الضمان بمعنى التعويض في أبواب ضمان المتلفات والغصوب والتعييبات والتغييرات»^(٨)، ويراد به التزام الشخص «بتعويض الغير عما أصابه من ضرر بسببه»^(٩).

جاء في المادة (٤١٦) من مجلة الأحكام أن «الضمان هو إعطاء مثل الشيء إن كان من المثليات وقيمته إن كان من القيميات». وقيل هو «عبارة عن رد مثل الهالك أو قيمته»^(١٠).

١- نفسه.

٢- التاج والإكليل، العبدري، مرجع سابق ج ٥ ص ٩٦.

٣- انظر: شرح مختصر الخليل، مرجع سابق ج ٦ ص ٢١. الشرح الكبير، الدردير، مرجع سابق ج ٣ ص ٢٣٠.

٤- الإقتناع، الشربيني، مرجع سابق ج ٢ ص ٣١٢.

٥- الإنصاف، المرادوي، مرجع سابق ج ٥ ص ١٨٩. المغني، ابن قدامة، مرجع سابق ج ٤ ص ٣٤٤.

٦- الضمان في الفقه الإسلامي، علي الخفيف، مرجع سابق ص ٥.

٧- ضمان المؤجر للعب الخفي، د. محمد حسن عبد الرحمن، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١م - ١٤٢٢هـ، ص ١٨.

٨- التفریط وأثره في العقود، د. مایسه کمال، مرجع سابق ص ٤٦.

٩- سوء النية وأثره في عقود المعاوضات، د. محمد شكري، مرجع سابق ص ٣٦٨.

١٠- غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن محمد مكي الحسيني الحموي الحنفي، شرح: مولانا السيد أحمد بن محمد الحنفي الحموي، دار الكتب العلمية - لبنان، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م، ط ١، ج ٤ ص ٧.

الفرع الثاني: مشروعية الضمان في الفقه الإسلامي

شرع الفقه الإسلامي الضمان لصيانة وحفظ الحقوق من الضياع، وللزجر عن الاعتداء عليها والتقصير في حفظها، إلى جانب بيان التعويض عن الضرر الذي يلحق بالمال جرّاء التسبب بتلفه أو ضياعه^(١). ومشروعية الضمان وردت في الكتاب والسنة والإجماع.

أولاً - في الكتاب:

- ١- قول الله تعالى: ﴿وَلَمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾^(٢) والزعيم أي الكفيل^(٣).
- ٢- الآيات التي تشير إلى مبدأ المماثلة في العقوبة وجبر الضرر^(٤)، مثل قوله تعالى: ﴿فَمَن أَعْدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاَعْدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾^(٥)، وقوله عز وجل: ﴿وَإِن عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ﴾^(٦)، وقوله تعالى: ﴿وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا﴾^(٧).

فعموم الآيات يدل على أنه من تسبب في هلاك مال غيره كان عليه مثله، وللمتضرر أن يعرض بمثل ما فقد، والمثل ينقسم إلى نوعين: أحدهما مثله في جنسه، والآخر مثله في قيمته^(٨).

ثانياً - السنة

- ١- عن أنس - رضي الله عنه - قال: «كان النبي - صلى الله عليه وسلم - عند بعض نسائه فأرسلت إحدى أمهات المؤمنين بصحفة فيها طعام فضربت التي النبي - صلى الله عليه وسلم - في بيتها يد الخادم فسقطت الصحفة فانفلقت، فجمع النبي - صلى الله عليه وسلم - فلق الصحفة ثم جعل يجمع فيها الطعام الذي كان في الصحفة ويقول: «غارت أمكم»، ثم حبس الخادم حتى أتى بصحفة من عند التي هو في بيتها فدفن الصحفة الصحيحة إلى التي كسرت صحفتها وأمسك المكسورة في بيت التي كسرت^(٩).

١- انظر: التفريط وأثره في العقود، د. مايسه كمال، مرجع سابق ص ٤٧ - ٥٨.

٢- سورة يوسف، آية ٧٢.

٣- انظر: تفسير الطبري، مرجع سابق، ج ١٣ ص ٢٠.

٤- ولا يراد بالمماثلة هنا مقابلة الإلتلاف بمثله؛ لأن الضرر لا يزال بضرر، بل يراد به تعويض المتضرر بمثل ما فقد مما يُجبر ضرره.

٥- انظر: نظرية الضمان، د. وهبة الزحيلي، مرجع سابق ص ٨٨.

٦- سورة البقرة، آية: ١٩٤.

٧- سورة النحل، آية: ١٢٦.

٨- سورة الشورى، آية: ٤٠.

٩- أحكام القرآن، الجصاص، مرجع سابق ج ١ ص ٣٢٦. تفسير الطبري، ج ١٤ ص ١٩٧.

١٠- سبق تخريجه ص ٢٢٥.

وعرف الفقهاء المعاصرون الضمان بأنه: «الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال^(١) أو ضياع المنافع، أو عن الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية»^(٢).

وذكر الدكتور محمد سراج أن: «الضمان شغل الذمة بحق مالي أوجب الشارع أداءه جبراً لضرر بمخالفة العقد أو شرط من شروطه، أو بارتكاب فعل أو ترك ما حرمه الشارع ذاتاً أو مالاً»^(٣).

وقد وضع الدكتور في كتابه ما تضمنه التعريف السابق من مفاهيم، فذكر أن^(٤):

- المحل الواجب بالضمان هو الذمة، ولا يسقط هذا الواجب إلا بأدائه، أو الإبراء.
- يختلف الالتزام بالضمان عن العقوبة في طبيعته والمقصود منه، حيث إن الالتزام بالضمان شرع لرعاية حقوق العباد، في حين أن العقوبة شرعت في مقابلة التعدي على حقوق الله تعالى، كما أن الالتزام بالضمان يكون لجبر الضرر الواقع على الفرد، في حين أن العقوبة شرعت للزجر عن الجناية.
- يشترط لتحقق المسؤولية وترتب الضمان حصول ضرر ناشئ عن التعدي؛ أي وجود علاقة سببية بين كل من التعدي والضرر.
- عموم الضرر الذي قصد الشارع إلى جبره، فلا يُعتد بضرر دون آخر.
- يُقدر التعويض بقدر الضرر.

١- المال في اللغة: هو ما ملكته من جميع الأشياء. لسان العرب، ابن منظور، ج ١١ ص ٦٣٥. أما في اصطلاح الفقهاء، فهناك اتجاهان في تعريف المال، تعريف الحنفية، والذين عرفوا المال بأنه: «ما يميل إليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة» البحر الرائق، ابن نجيم، مرجع سابق ج ٥ ص ٢٧٧. وقد انتقد تعريف الحنفية للمال؛ لأن هناك من الأموال ما لا يمكن ادخاره كالفواكه والخضروات. انظر الملكية في الشريعة الإسلامية، د. عبد السلام العبادي، مكتبة الأقصى، عمان، ط ١، ١٣٩٤ هـ - ١٩٧٤ م، ج ١ ص ١٧٢. وتعريف جمهور الفقهاء - رحمهم الله - حيث عرفوا المال بأنه: «كل ما كان له قيمة مادية بين الناس وأجاز الشارع الانتفاع به في حالة السعة والاختيار» سوء النية وأثره في عقود المعاوضات، د. محمد العدوي، مرجع سابق ص ٢٧٣. وعرف المالكية المال بأنه: «ما يقع عليه الملك واستبد به المالك عن غيره إذا أخذه من وجهه ويستوي في ذلك الطعام والشراب واللباس على اختلافها وما يؤدي إليها من جميع التمولات» الموافقات في أصول الفقه، إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي، ت: عبد الله دراز، دار المعرفة، بيروت، ج ٢ ص ١٧. والشافعية عرفوا المال بأنه: «ما له قيمة يُتبايع به، ويكون إذا استهلكها مستهلك أدى قيمتها وإن قلت، وما لا يطرحه الناس من أموالهم مثل الفلوس» الأم، الشافعي، مرجع سابق، ص ٥٨. والحنابلة قالوا المال هو: «ما يباح نفعه مطلقاً» شرح منتهى الإرادات، البيهوتي، مرجع سابق، ج ٢ ص ٧.

٢- نظرية الضمان، د. وهبة الزحيلي، دار الفكر، دمشق، ١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢ م، ص ١٥.

٣- ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، د. محمد أحمد سراج، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ط ١، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ م، ص ٤٧.

٤- انظر: ضمان العدوان، د. محمد سراج، مرجع سابق ص ٦١ وما بعدها. ضمان العقد، د. محمد نجدات، مرجع سابق ص ٣٣ - ٢٤.

وجه الدلالة:

دل فعل الرسول - صلى الله عليه وسلم - على وجوب ضمان ما يتلف المرء، وذلك عن طريق إلزامه برد طعام بدل الطعام التالف، وإناء عوضاً عن الإناء التالف^(١).

٢- ما ورد من أحاديث نبوية في تضمين ما أتلفته البهائم.....«على أهل الحائط حفظها بالنهار، وإن ما أفسدت المواشي بالليل ضامن على أهلها»^(٢)، أي مضمون على أهلها، فيضمنون قيمة ما أفسدته مواشيهم ليلاً وإن كان أكثر من قيمة الماشية^(٣).

٣- قوله - صلى الله عليه وسلم - «لا ضرر ولا ضرار»^(٤).

وجه الدلالة:

جاء الحديث السابق للدلالة على تحريم إلحاق الضرر بأي صفة كانت. وقد ورد اختلاف في التفريق بين لفظي الضرر والضرار، فقيل الضرر هو فعل الفرد الواحد، والضرار هو فعل اثنين فصاعداً. وقيل الضرر أن تضر وتنتفع أنت به، أما الضرار فهو أن تضر من غير أن تنتفع. وقيل كذلك الضرر يكون الابتداء، والضرار هو الجزاء على الضرر، وبهذا المعنى الأخير يستدل على أن مشروعية الضمان لكل ضرر تقع^(٥).

والفقهاء - رحمهم الله - وضعوا عدة قواعد في معنى الحديث السابق منها قاعدة «الضرر يزال»^(٦)، وقاعدة «لا طريق إلى إزالة الضرر الواقع إلا بإيجاب الضمان تداركاً لهذا الضرر»^(٧).

٤- قول الرسول - صلى الله عليه وسلم - «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»^(٨).

وجه الدلالة:

بين الحديث أن المأخوذ على اليد الآخذة حتى ترده، فدل أنه في ضمانها، كما أن لفظ «على»

١- انظر: ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، د. محمد أحمد سراج، مرجع سابق، ص ٧٦.

٢- سبق تخريجه ص ٢٤١.

٣- انظر: شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٤١١هـ، ج ٤ ص ٤٧.

٤- سبق تخريجه ص ٤.

٥- انظر: نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار، محمد بن علي بن محمد الشوكاني، دار الجيل، بيروت، ١٩٧٣م، ج ٥ ص ٣٨٧.

٦- غمز عيون الأبصار، شهاب الدين الحموي، مرجع سابق، ج ١ ص ٣٧. الأشباه والنظائر، عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٤٠٣هـ، ج ١ ص ٧.

٧- ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، د. محمد أحمد سراج، مرجع سابق، ص ٧٧.

٨- سبق تخريجه ص ١٦٩.

في الحديث دل على أن الضمان يشمل كل مأخوذ، فلا فرق بين مأخوذ ومأخوذ، وهذا كله يدل على مشروعية الضمان^(١).

ثالثاً - الإجماع:

أجمع الفقهاء - رحمهم الله - على جواز الضمان^(٢).

وفي هذا المقام يستوجب علينا ذكر أن ترتب الضمان في الفقه الإسلامي يحتاج إلى توافر أركان الضمان المتمثلة في التعدي والضرر والعلاقة السببية بينهما. وهذه الأركان تعرض لها الفقهاء - رحمهم الله - في مصنفاتهم، ولكن على نحو يفتقر إلى الترتيب، حيث توزعت في أماكن متفرقة من كتب الفروع والقواعد والفقه والأصول، ويعود ذلك إلى طريقتهم في التأليف، والتي تختلف عن الطريقة المألوفة في العصر الحالي^(٣).

أما عن كيفية التعويض في الفقه الإسلامي، فإن الفقهاء - رحمهم الله - ذهبوا إلى أنه عند تحقق المسؤولية وترتب الضرر فإنه يُنظر إلى موجب الضمان، فإن كان موجب الضمان هو الغصب، فيجب على المباشر أو المتسبب أن يرد الشيء المغصوب إن كان باقياً، أما في حال تلف الشيء المغصوب فإنه يُكزم برد مثله إن كان من المثليات أو قيمته إن كان من القيميات. وفي حال ما إذا كان موجب الضمان هو الإتلاف فإنه يُكزم برد مثل الشيء التالف إن كان مثلياً أو قيمته إن كان قيمياً^(٤).

١- انظر: نيل الأوطار، الشوكاني مرجع سابق ج ٦ ص ٤٠.

٢- الإجماع، ابن المنذر، مرجع سابق، ص ٩٩.

٣- انظر: ضمان العقد، د. محمد نجات، مرجع سابق، ص ٥٦.

٤- انظر: بدائع الصنائع، الكاساني، مرجع سابق ج ٧ ص ١٥٠. إعانة الطالبين، ابن السيد الدمياطي، ج ٣ ص ١٢٨.



المطلب الثاني
التعويض في قانون المعاملات



استعمل القانونيون عند حديثهم عن جبر الضرر لفظ التعويض عوضاً عن لفظ الضمان^(١)، إلا أن كلا اللفظين - الضمان والتعويض - يُؤديان المعنى ذاته^(٢)، حيث إن التعويض يعتبر جزءاً مدنياً له وظيفة جبر الضرر الذي أصاب المضرور ومحو آثاره إذا توفرت أركان المسؤولية المدنية المتمثلة في التعدي والضرر والعلاقة السببية.

التعويض في اللغة: هو البديل والخلف، يُقال عاوضه وعوض عنه أي بادلته وأعطاه بدل ما ذهب منه. واستعاض كذا بكذا أي استبدله به^(٣).

التعويض في الاصطلاح القانوني:

بشكل عام لم يتعرض القانون المدني لتعريف محدد للتعويض، وإنما كان التركيز فيه على بيان طريقة التعويض وتقدير قيمته، وذلك عند الحديث عن جزاء المسؤولية؛ وذلك لاعتبار أن الضرر هو أحد العناصر الموضوعية للتعويض في المسؤولية المدنية، فمتى تحقق الضرر استوجب بيان طريقة التعويض بغض النظر عن وضع معنى محدد للتعويض يتم التقيد به، مما قد يؤدي إلى تقوية فرصة تحصيله على البعض^(٤).

ولكن مع ذلك لم تخلُ المؤلفات القانونية عند البعض من التطرق لذكر تعريف التعويض، حيث عرف بعضهم التعويض بأنه «مبلغ من المال يدفعه المتسبب في الضرر للمضرور»^(٥).

ومنهم من قال هو: «المال الذي يُحكم به على من أوقع ضرراً على غيره في نفس أو مال أو شرف»^(٦).

١- عند استقراء مواد قانون المعاملات الإماراتي يلاحظ أن القانون الإماراتي قد عبر عن مقتضى الفعل الضار بالضمان بدلاً عن مصطلح التعويض، وذلك على اعتبار أن لفظ الضمان هو ما شاع استعماله في مصنفات الفقه الإسلامي للدلالة على ما يلتزم به الإنسان في ذمته من المال المثلي أو النقود في معظم الحالات الموجبة لثبوت المال في الذمة كالإتلاف والغصب، جاء في المادة (٢٨٢) من القانون المدني أن «كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر». وإذا كان الضمان بمعناه العام في لسان الفقهاء هو: شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل، فإن لفظ الضمان في القانون قد يُستعمل للدلالة على المال المطلوب أدائه تعويضاً. انظر الفعل الضار والضمان فيه، د. مصطفى الزرقا، دار القلم، دمشق، ط ١، ١٤٠٩هـ - ١٩٨٨م، ص ٦٢. المذكرة الإيضاحية، ص ٢٧٢.

ولكن لا يمنع ذلك أن نتطرق في هذه الرسالة لتعريف التعويض وكيفية تناول القانونيين له، مع توضيح كيفية معالجة قانون المعاملات المدنية الإماراتي لهذا المصطلح.

٢- انظر: ضمان المؤجر للعيب الخفي، د. محمد حسن عبد الرحمن، مرجع سابق ص ١٩٤. المباشرة والتسبب في الفعل الضار، د. صابر محمد، مرجع سابق ص ٢٨٧.

٣- انظر: لسان العرب، ابن منظور، مرجع سابق ج ٧ ص ١٩٢. المعجم الوسيط، مرجع سابق، ج ٢ ص ٦٣٧.

٤- انظر: التعويض عن الضرر الأدبي (دراسة مقارنة)، إعداد باسل محمد يوسف قبيها، إشراف: الدكتور علي السرطاوي، رسالة ماجستير، كلية النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، ٢٠٠٩م، ص ٣١. حكمة ضمان الفعل الضار وأثرها في تحديد موجباته في الفقه الإسلامي، علي صالح، أيمن، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، العدد ٤، ط ١١٩، الأردن، ص ٣.

٥- تأملات في الشريعة الإسلامية، محمود الشربيني، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٨٧ ص ٩٣.

٦- الإسلام عقيدة وشريعة، محمود شلتوت، دار الشروق، ط ١٨، ١٤٠١هـ - ١٩٨١م، ص ٤١٥.

كما عُرف بأنه: «الحكم الذي يترتب على المسؤولية أو هو جزاؤها»^(١).

وعرفه البعض الآخر بأنه: «التزام جزائي يفرضه القانون على كل من سبب بخطئه (الثابت أو المفترض) ضرراً للغير بجبر الضرر الذي لحق المصاب»^(٢).

يُستخلص من التعاريف السابقة أن الغرض من التعويض هو رفع الضرر، وإصلاح الخلل الذي طرأ على المضرور^(٣).

وبالتالي يمكننا القول إن التعويض هو المقابل الذي يلتزم به شخص تجاه آخر نتيجة إخلاله بالتزام.

أنواع التعويض:

ينقسم التعويض إلى:

- **التعويض العيني:** ويكون إجبار المدين على تنفيذ الالتزام عيناً، وذلك بإزالة عين الضرر، عن طريق القضاء على سببه أو مصدره^(٤).

- **التعويض بالمقابل:** ويكون بقيام المتسبب بالضرر بمنح المضرور عوضاً عن الضرر الذي لحق به بقصد التخفيف من وقع الضرر، وذلك في حال تعذر التنفيذ العيني^(٥).
والتعويض بالمقابل ينقسم إلى:

• تعويض نقدي، يتضمن منح المضرور مبلغاً من المال، إما أن يدفع إليه دفعة واحدة، أو على شكل أقساط، وإما أن يكون إيراداً مدى الحياة أو لمدى معين، وذلك وفقاً للمادة (٢٩٤) والتي جاء فيها أنه: «يصح أن يكون الضمان مقسماً كما يصح أن يكون إيراداً مرتباً ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأميناً يقدره القاضي أو ضمناً مقبولاً».

• وتعويض غير نقدي، وذلك بقيام المدين بإجراء معين كالاعتذار للدائن في الصحف^(١)، وذلك وفقاً للمادة (٢٩٥) والتي جاء فيها أنه: «يقدر الضمان بالنقد على أنه يجوز للقاضي تبعاً للظروف وبناء على طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه أو أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالفعل الضار وذلك على سبيل التضمين».

تقدير التعويض:

جاء في المادة (٢٩٢) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي أنه: «يقدر الضمان في جميع الأحوال بقدر ما لحق المضرور من ضرر وما فاتته من كسب بشرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعية للفعل الضار».

تناول النص السابق أسس تقدير التعويض، حيث أشار إلى أن التعويض يُقدر بقدر الضرر المباشر الواقع فعلاً، وذلك في وقت وقوع الضرر وليس وقت صدور الحكم بالتعويض. والضرر الفعلي المباشر يشتمل على ثلاثة عناصر هي^(٢):

- الخسارة الفعلية التي لحقت بالمضرور نتيجة فعل المعتدي.
- ما فات المضرور من كسب نتيجة فعل المعتدي.
- الضرر المستقبل المحقق وقوعه^(٣).

طرق تحصيل التعويض:

إذا توافرت أركان المسؤولية من تعدد وضرر وعلاقة سببية بينهما، ترتب في ذمة المعتدي التزام بالتعويض عن الضرر الذي أصاب المتضرر، وللمضرور في سبيل الحصول على التعويض ثلاث طرق:

أولاً- التعويض القضائي

وهو تعويض يقرره قاضي الموضوع بطلب من المدين، وذلك بعد تحقق الشروط القانونية التي تجيز الانتقال من التنفيذ العيني إلى التنفيذ بطريق التعويض. ويشترط لطلب التعويض توجيه الدائن

١- انظر المذكرة الإيضاحية، ص ٢٩٧. أحكام الالتزام في قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، د. عبد الواحد كرم، ص ١٠٣.
٢- انظر: النظرية العامة للالتزام، د. رمضان أبو السعود، مرجع سابق ص ٣٩٥. المذكرة الإيضاحية، ص ٣٩٢.
٣- انظر: مجموعة الأحكام الصادرة من دوائر المواد المدنية والتجارية والشرعية المدنية والأحوال الشخصية، العدد الثالث، السنة السابعة عشرة / ١٩٩٦م / المحكمة الاتحادية العليا، الطعون ١٦٦ و ١٧٧ و ١٩٦ لسنة ١٧ جلسة ١٩/١١/١٩٩٦، مطبوعات جامعة الإمارات، ط ١، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م، ص ٨٩٨.

إعذاراً^(١) للمدين بالوفاء بالالتزام، وذلك وفقاً للمادة (٢٨٧) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، والتي جاء فيها أنه: «لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين ما لم ينص على غير ذلك في القانون أو في العقد»^(٢).

ثانياً- التعويض الاتفاقي

وهو تعويض يتم الاتفاق عليه من قبل الطرفين، يتم من خلاله تحديد التعويض الذي يتحمله الطرف الذي يُخل بالالتزام وذلك وفقاً للمادة (٣٩٠) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي والتي نصت في الفقرة الأولى على أنه: «يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة التعويض بالنص عليه في العقد أو في اتفاق لاحق مع مراعاة أحكام القانون»، والاتفاق على هذا التعويض إما بإقراره كبنود من بنود العقد، أو الاتفاق عليه بعد إبرام العقد شريطة أن يكون ذلك قبل حدوث الإخلال بتنفيذ العقد، ومثال ذلك اتفاق الطرفين في عقد الإيجار على أن يدفع المستأجر مبلغاً معيناً لصاحب البيت عن كل يوم بقاء له في البيت بعد انتهاء مدة الإجارة.

ثالثاً - التعويض القانوني:

وهو مبلغ من النقود يُلزم القانون المدين بدفعها للدائن، بالإضافة إلى أصل الدين عندما يتأخر في الوفاء بهذا المبلغ^(٣).

المطلب الثالث

الموازنة بين الفقه الإسلامي وقانون المعاملات

١- الإعذار هو تنبيه يوجهه الدائن إلى المدين يخطر فيه باستحقاق الدين، ويطلب منه المبادرة إلى الوفاء به خلال مهلة يحددها له فيه. أحكام الالتزام في قانون دولة الإمارات العربية المتحدة، د. عبد الواحد كرم، دار الفجر، أبوظبي، ٢٠٠٣، ص ٩٧.

٢- انظر: أحكام الالتزام في قانون دولة الإمارات العربية المتحدة، د. عبد الواحد كرم، مرجع سابق، ص ٩٦.

٣- اقتصر قانون المعاملات المدنية الإماراتي على النوعين الأولين فقط، وأضرب صفحاً عن تنظيم التعويض القانوني عن التأخير في الوفاء بالالتزام الذي يكون محمله مبلغاً من النقود وذلك حذراً من الوقوع في الربا الحرام شرعاً. انظر: هامش كتاب أحكام الالتزام، د. عبد السميع عبد الوهاب، مطبوعات جامعة الإمارات، العين ط ٢٠٠٢، ص ٢٢٤.

مما سبق يُستخلص أن قانون المعاملات المدنية الإماراتي قد استمد معظم أحكام الفعل الضار من الفقه الإسلامي، جاعلاً من قول الرسول - صلى الله عليه وسلم - : «لا ضرر ولا ضرار»^(١) العمدة والأساس الذي اعتمد عليه في باب الضمان^(٢). حيث إن الضمان أو التعويض ينشأ على أساس رفع الضرر، وذلك عن طريق رد الحال إلى ما كان عليه؛ لأن الأصل العام في الضمان في الفقه الإسلامي هو إزالة الضرر عيناً، وهو ما يسمى في القانون بالتعويض العيني، وفي حال تعذر ذلك وجب الضمان عن طريق التعويض المثلي أو القيمي، وهذا يوافق قانون المعاملات المدنية الإماراتي الذي نص على وجوب التعويض العيني، وفي حال تعذر ذلك تحول إلى تعويض بالمقابل^(٣).

١- سبق تخريجه ص ٤.

٢- انظر: المذكرة الإيضاحية، ص ٢٧٢.

٣- انظر: ضمان العقد، د. محمد نجدات، مرجع سابق ص ٣٥٤.

المبحث الثاني

الإعفاء من الضمان أو التخفيف منه

ويتكون هذا المبحث من مطلبين:

المطلب الأول: تخفيف الضمان عن المباشر والمتسبب أو إعفاء كل منهما

المطلب الثاني: الإعفاء من الضمان لسبب أجنبي



المطلب الأول

تخفيف الضمان عن المباشر والمتسبب أو إعفاء كل منهما



ذكرنا سابقاً أن الضمان يثبت في حق المسؤول عن الضرر متى توفرت شروط المسؤولية والمتمثلة في وجود تعدد وتحقق ضرر ووجود علاقة سببية بين التعدي والضرر، ولكن قد يعفى المباشر أو المتسبب من الضمان أو قد يخفف عنه، وذلك على الوجه الذي سنذكره في الفروع التالية:

الفرع الأول - تخفيف الضمان عن المباشر والمتسبب أو إعفاؤه في الفقه الإسلامي:

أولاً - تخفيف الضمان:

قد تثبت المسؤولية في حق المتعدي، وذلك بثبوت العلاقة السببية بين فعله والضرر الحاصل، ولكن مع ذلك يُخفف عنه الضمان؛ لأن تسببه في الضرر كان لضرورة.

والضرورة في اللغة: الحاجة والشدة^(١). أما في الاصطلاح فهي: «أن تطرأ على الإنسان حالة من الخطر أو المشقة الشديدة بحيث يخاف حدوث ضرر أو أذى بالنفس أو بالعرض أو بالعقل أو بالمال وتوابعها، ويتعين أو يباح عندئذ ارتكاب الحرام أو ترك الواجب، أو تأخيرها عن وقته دفعا للضرر عنه في غالب ظنه ضمن قيود الشرع»^(٢).

وقيل هي: «أمر نازل بالإنسان لا يدفع إلا بارتكاب محظور»^(٣).

فإذا وقع الشخص في ضرورة خاف معها على نفسه أو ماله أو عرضه، جاز له دفع هذا الضرر، وإن تسبب دفعه هذا بإلحاق ضرر بالآخرين، بشرط أن يكون الضرر الحال به أشد من الضرر الذي سوف يتسبب به، وذلك من منطلق القاعدة الفقهية «الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف»^(٤).

وقد وضعت الشريعة الإسلامية ضوابط حددت من خلالها المقصود بالضرورة الشرعية، وهي كالاتي^(٥):

- أن تكون الضرورة ملجئة، بحيث يجد الشخص في عدم الامتنال ضرراً على نفسه أو ماله أو عرضه.

- أن تكون الضرورة قائمة لا منتظرة، فلا يصح للشخص أن يأكل من طعام غيره دون إذنه ما لم يصل به الجوع إلى حد الهلاك.

١- المعجم الوسيط، مرجع سابق ص ٥٢٨.

٢- نظرية الضرورة الشرعية، د. وهبة الزحيلي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط ٥، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م، ص ٦٧.

٣- نظرية الضمان، محمد فوزي فيض الله، مرجع سابق، ص ١٩٧.

٤- قواعد الفقه، محمد عميم الإحسان المجددي البركتي، دار الصدف بيلشرز، كراتشي، ط ١، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٦م، مرجع سابق ص ٨٨.

٥- انظر: نظرية الضرورة الشرعية، وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص ٦٨ وما بعدها.

- عدم وجود طريقة أخرى لدفع الضرورة إلا بارتكاب هذا الأمر.

- أن يكون دفع الضرورة بالقدر اللازم لذلك، فلا يصح من الشخص أن يأخذ من طعام غيره إلا ما يرد له ثمنه، فإذا كان بحاجة إلى رغيف لا يأخذ رغيفين مثلاً.

- ألا يتعارض ارتكاب هذا الأمر مع ما هو أعظم منه أو مثله، جاء في القاعدة الفقهية «الضرر لا يزال بمثله»^(١)، فإذا لم يتيسر للشخص دفع الضرر عن نفسه إلا بإلحاق ضرر مثله أو أكبر منه بغيره، لا يصح له دفعه، بل يجبر بقدر الإمكان^(٢).

وجواز دفع الضرر لا يعني سقوط الضمان عن الشخص المعتدي، بل يُخفف عنه، ولا يُعد أثماً. فالجائع المضطر الذي يريد الحفاظ على نفسه، يجوز له أكل طعام غيره دون إذنه، ولكن يثبت في حقه دفع ثمن الطعام إلى صاحبه^(٣)، وكذلك المضطر لهدم دار جاره منعاً لوصول الحريق إلى داره فإنه يضمن لجاره ثمن داره^(٤).

ثانياً - الإغفاء من الضمان:

قد يُعفى الشخص من المسؤولية بالرغم من ثبوت تعديه الفعلي على حقوق الآخرين، ومساسه بمصالحهم، وذلك في حالة الدفاع الشرعي والإكراه الملجئ وتنفيذ أمر الرئيس^(٥).

١- الدفاع الشرعي:

يراد بالدفاع المشروع: «الدفاع عن النفس والمال وللمدافع وغيره»^(٦)

وقد تناول الفقهاء - رحمهم الله - الحديث عن هذه المسألة تحت مسمى دفع الصائل. وهم متفقون - رحمهم الله - على جواز دفع الصائل سواء كان إنساناً - مكلفاً أو غير مكلف - أو كان حيواناً^(٧).

وحجتهم في ذلك ما يلي:

- ١- قواعد الفقه، محمد البركتي، مرجع سابق، ص ٨٨.
- ٢- انظر: شرح القواعد الفقهية، أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، صححه وعلق عليه مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم، دمشق، سوريا، ط ٢، ١٤٠٩ هـ - ١٩٨٩ م، ص ١٩٥.
- ٣- انظر: الإقتناع، الشربيني، مرجع سابق، ج ٢ ص ٥٨٦. منهج الطلاب، زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري أبو يحيى، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٤١٨ هـ، ص ١٣٩. مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق ج ١ ص ٢٠.
- ٤- انظر: مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق ج ١ ص ١٧٨.
- ٥- انظر: المباشرة والتسبب في الفعل الضار، د. صابر محمد، مرجع سابق ص ١٧٤.
- ٦- الفعل الضار والضمان فيه، د. مصطفى الزرقا، مرجع سابق ص ١٠٢.
- ٧- حاشية الدسوقي، الدسوقي، مرجع سابق ج ٤ ص ٣٥٧. الدر المختار، مرجع سابق ج ٦ ص ٥٤٥. الإقتناع، الشربيني، مرجع سابق ج ٢ ص ٥٤٤. المغني، ابن قدامة، مرجع سابق ج ٩ ص ١٥٢.

- من الكتاب:

قول الله تعالى: ﴿فَمَنْ أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَىٰ﴾^(١)، وقوله عز وجل: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ﴾^(٢)، وقوله جل شأنه: ﴿وَالَّذِينَ إِذَا أَصَابَهُمُ الْبَغْيُ هُمْ يَنْصُرُونَ﴾^(٣) وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا^(٤)

فجاءت الآيات الكريمة تُبيح رد العدوان والإساءة بمثلها، مع مراعاة عدم تجاوز القدر الضروري. قال ابن كثير - رحمه الله - في هذه الألفاظ: «أَعْتَدَى - فَعَعْتَدُوا، عَاقَبْتُمْ - فَعَاقَبُوا، سَيِّئَةٌ - سَيِّئَةٌ»: «الأول ظلم، والثاني عدل، فهما وإن اتفق لفظاهما فقد اختلف معناهما»^(٥).

- من السنة النبوية:

عن عبد الله بن عمرو - رضي الله عنهما - قال سمعت رسول الله - صلى الله عليه وسلم يقول: «من قتل دون ماله فهو شهيد»^(٥).

فدل الحديث على جواز قتال من اعتدى على مال الشخص، واعتبر من قتل في ذلك شهيداً، ولما جعله شهيداً دل على أن له القتل والقتال، كما هو الحال فيمن قتله أهل الحرب فاعتبر شهيداً، وكان له القتل والقتال^(٦).

ولكنهم اختلفوا - رحمهم الله - في ترتب الضمان على صيال الصبي والمجنون والحيوان، وذلك على النحو التالي:

الرأي الأول: وهو لجمهور الفقهاء من المالكية^(٧) والشافعية^(٨) والحنابلة^(٩) - رحمهم الله - ويرى أصحاب هذا الرأي أنه إذا صال الصبي أو شخص مجنون أو حيوان على إنسان يكون هذا الإنسان في حالة دفاع، فإذا قتل المصول عليه الصبي أو المجنون أو الحيوان ولم يكن في وسعه حماية نفسه من الصيال إلا بالقتل فلا مسؤولية عليه.

- ١- سورة البقرة آية ١٩٤.
- ٢- سورة النحل آية ١٢٦.
- ٣- سورة الشورى آية ٣٩ - ٤٠.
- ٤- تفسير ابن كثير، مرجع سابق، ج ١ ص ٥٢.
- ٥- أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب المظالم، باب من قاتل دون ماله، ج ٢ ص ٨٧٧، رقم الحديث ٢٣٤٨.
- ٦- انظر: فيض القدير شرح الجامع الصغير، عبد الرؤوف المناوي، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، ط ١، ١٣٥٦ هـ، ج ٦ ص ١٩٥. مفني المحتاج، الشربيني، مرجع سابق، ج ٤ ص ١٩٤.
- ٧- شرح مختصر الخليل، مرجع سابق، ج ٨ ص ١١٢.
- ٨- إعانة الطالبين، ابن السيد الدمياطي، مرجع سابق ج ٤ ص ١٧١.
- ٩- انظر: مختصر الإنصاف والشرح الكبير، محمد بن عبد الوهاب، ط ١ ت: عبد العزيز بن زيد الرومي، د. محمد بلتاجي، د. سيد حجاب. مطابع الرياض، الرياض، ج ١ ص ٥٩٢.

الرأي الثاني: وهو للإمام أبي حنيفة وأصحابه - رحمهم الله - وهم يرون مسؤولية المصول عليه عن دية الصبي والمجنون والحيوان^(١)، وذلك قياساً على أكل المضطر لطعام غيره، فإنه يضمن قيمته؛ لأن الضرورة لا تبطل حق الغير.

ويترجح لدينا والله أعلم قول جمهور الفقهاء - رحمهم الله - بعدم تضمين المصول عليه في حال كان الصائل صيباً أو مجنوناً أو حيواناً؛ وذلك لعموم النصوص الدالة على جواز مقاتلة الصائل دون ذكر لتضمين المصول عليه.

٢- الإكراه الملجئ:

الإكراه في اللغة القهر والمشقة، يُقال أكرهته على الأمر أي حملته عليه قهراً^(٢).

وفي الاصطلاح: «اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه أو يفسد به اختياره من غير أن تتعدم به الأهلية في حق المكره أو يسقط عنه الخطاب»^(٣).

والإكراه الملجئ هو: الإكراه الذي يخشى معه المكره على نفسه من القتل، أو على بدنه بقطع بعض أعضائه. ويكون الإكراه ملجئاً في حال صار المكره آلة في يد المكره بانتفاء اختياره، وبالتالي فإن الفعل الصادر منه يُنسب إلى المكره^(٤).

والفقهاء - رحمهم الله - اختلفوا في أثر الإكراه على ثبوت المسؤولية وترتب الضمان، وذلك على النحو التالي:

- **القول الأول:** وهو لكل من الحنفية^(٥) والشافعية^(٦) والحنابلة في قول^(٧)، ويرى أصحاب هذا القول أن الضمان يجب على المكره دون المكره في حال الإكراه الملجئ؛ لأن المكره هو المتلف من حيث المعنى، وأما المكره فما هو إلا آلة في يد المكره، وبالتالي فهو مسلوب الاختيار. إلا أن الحنابلة يرون جواز رجوع المستحق إلى المتلف ثم يرجع المتلف إلى المكره^(٨).

- ١- انظر: تبين الحقائق، الزيلعي، مرجع سابق، ج ٢ ص ٦٧.
- ٢- انظر المصباح المنير، الفيومي، مرجع سابق، ج ٢ ص ٥٣٢.
- ٣- المبسوط، السرخسي، مرجع سابق، ج ٢٤ ص ٢٨.
- ٤- انظر: المباشرة والتسبب في الفعل الضار، د. صابر محمد، مرجع سابق ص ١٧٨. ضمان العدوان، د. محمد سراج، مرجع سابق ص ٢٨٣.
- ٥- انظر: بدائع الصنائع، الكاساني، مرجع سابق ج ٧ ص ١٧٩. البحر الرائق، ابن نجيم، مرجع سابق، ج ٨ ص ٨٦.
- ٦- انظر: قواعد الأحكام في مصالح الأنعام، العز بن عبد السلام، دار الكتب العلمية - بيروت، ج ٢ ص ١٢٢.
- ٧- انظر، الفروع، محمد بن مفلح المقدسي أبو عبد الله، ت: أبو الزهراء حازم القاضي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٤١٨ هـ، ج ٤ ص ٣٨٥.
- ٨- انظر: منار السبيل في شرح الدليل، إبراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان، ت: عصام القلعجي، مكتبة المعارف، الرياض، ط ٢، ١٤٠٥ هـ، ج ١ ص ٤٠٦.

- **القول الثاني:** وأصحابه المالكية^(١) وبعض الشافعية^(٢) والحنابلة^(٣). ويرى أصحاب هذا القول أن الضمان على المكره لا المكره، وذلك استناداً للقاعدة الفقهية التي تقتضي أنه إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر^(٤).

والراجع والله أعلم هو ما ذهب إليه أصحاب القول الأول والقاضي بضممان المكره دون المكره؛ لأن المكره قد أكره على ارتكاب الفعل الضار وانعدم رضاه في اختياره، مع جواز رجوع المتضرر إلى المتلف ومن ثم رجوع المتلف إلى المكره^(٥).

٣- تنفيذ أمر الرئيس:

أوجبت الشريعة الإسلامية على المسلمين طاعة ولي أمرهم في غير معصية الله، وذلك من خلال النصوص التالية:

قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾^(٦).

وقال - صلى الله عليه وسلم - : «لا طاعة لبشر في معصية الله»^(٧).

ولكن في حال حدوث ضرر مترتب على فعل المأمور نتيجة تنفيذه لأوامر مرؤوسه، من الذي يتحمل المسؤولية الفاعل أم الأمر؟

وفقاً للقاعدة الفقهية، إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر^(٨)، فإن الفاعل هو الذي يتحمل المسؤولية وبالتالي يترتب الضمان عليه دون التسبب؛ لكونه المباشر في ارتكاب الفعل الضار، ولكن الفقهاء - رحمهم الله - قد استثنوا من هذه القاعدة بعض الحالات، منها ترتب الضمان على الأمر - المتسبب - لا على الفاعل - المباشر -؛ لكونه غير متعد فيما فعله تنفيذاً لأمر رئيسه^(٩)، فتقوم المسؤولية هنا على أساس تغيرير الأمر بالمأمور، وتدلّسه عليه^(١٠)، فالمرؤوس لا يُعد

- ١- انظر: الشرح الكبير، الدردير، مرجع سابق، ج ٢ ص ٤٤٤. دليل الطالب على مذهب الإمام المجل أحمد بن حنبل، مرعي بن يوسف الحنبلي، المكتب الإسلامي، بيروت، ط ٢، ١٣٨٩ هـ، ج ١ ص ١٥٢.
- ٢- انظر: حاشية الشيخ سليمان الجمل على شرح المنهج (لذكريا الأنصاري)، سليمان الجمل، دار الفكر ببيروت، ج ٣ ص ١٥٨. الإقناع، الشرييني، مرجع سابق، ج ٢ ص ٣٧٩.
- ٣- انظر: الإنصاف، المرداوي، مرجع سابق، ج ٦ ص ٢١٧.
- ٤- قواعد الفقه، البركتي، مرجع سابق، ص ٥٦.
- ٥- انظر: المباشرة والتسبب في الفعل الضار، د. صابر محمد، مرجع سابق ص ١٨٠ - ١٨١.
- ٦- سورة النساء، آية ٥٩.
- ٧- أخرجه الإمام أحمد في مسنده، مسند علي بن أبي طالب رضي الله عنه، ج ١ ص ١٢٩، رقم الحديث ١٠٦٥. قال الشيخ شعيب الأرنؤوط: إسناده صحيح على شرط الشيخين.
- ٨- قواعد الفقه، محمد البركتي، مرجع سابق، ص ٥٦.
- ٩- انظر: المباشرة والتسبب في الفعل الضار، د. صابر محمد، مرجع سابق ص ١٨٢ - ١٨٣.
- ١٠- انظر: ضمان العدوان، د. محمد سراج، مرجع سابق، ص ٢٧٨.

٢- الإكراه الملجئ

عرّف قانون المعاملات المدنية الإماراتي الإكراه بوجه عام في المادة (١٧٦) بأنه: «هو إجبار الشخص بغير حق على أن يعمل عملاً دون رضاه، ويكون الإكراه ملجئاً أو غير ملجئ كما يكون مادياً أو معنوياً».

أما الإكراه الملجئ، والذي نحن في صدد الحديث عنه فقد بيّن القانون طبيعته في المادتين (١٧٧) و(١٧٩) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، حيث جاء في المادة (١٧٧) من القانون بأنه: «يكون الإكراه ملجئاً إذا كان تهديداً بخطر جسيم محقق يلحق بالنفس أو المال، ويكون غير ملجئ إذا كان تهديداً بما دون ذلك».

وجاء في المادة (١٧٩) أن: «الإكراه الملجئ يعدم الرضا ويفسد الاختيار، وغير الملجئ يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار».

والإكراه الملجئ هو: «عبارة عن تهديد بخطر جسيم محقق يلحق بالنفس أو المال، ويترتب عليه انعدام رضا المكره وفساد الاختيار»^(١).

وبالتالي فإن الفاعل في حال الإكراه الملجئ لا يُعد مسؤولاً عن تعديده وبالتالي لا يترتب عليه الضمان، ولكن يُشترط في الإكراه ما يلي:^(٢)

- أن يكون القصد منه الوصول إلى غرض غير مشروع، أما إجبار الشخص لأداء حق لا يُعد إكراهاً، ولا يُؤثر في التصرف الذي يؤدي به الحق، ومن صور الجبر الشرعي إجبار القاضي المدين على بيع متاعه للفرمان.
- أن يكون المكره قادراً على إيقاع ما هدد به. ويغلب على ظن المكره وقوع الإكراه عاجلاً في حال لم ينفذ ما أكره عليه.
- أن يبعث الإكراه رهبة في نفس المتعاقد تحمله على التعاقد.
- وجود تناسب بين الوسيلة التي تُستعمل للإكراه، والعمل الذي يراد الإكراه على إتيانه، وبالتالي فإن الإكراه لا يتحقق إلا إذا كان الإنسان يدفع عن نفسه ما هو أعظم مما يقدم عليه.

متعدياً بفعله؛ لأن فعله تنفيذ لأوامر رئيسه، الذي أمر الشارع بطاعته^(١). وبالتالي فإن الرئيس يُسأل عن فعل مرؤوسه على اعتبار أنه يقوم بتنفيذ أوامره.

ومثال ذلك أمر صاحب الحانوت أجيره بصب الماء في طريق المسلمين، ففعل الأجير ما أمر به، وعُطِبَ به إنسان، فصاحب الحانوت هو الضامن^(٢).

الفرع الثاني: تخفيف الضمان عن المباشر والمتسبب أو إعفاؤهما في قانون المعاملات

اتفق القانون مع ما ذهب إليه الفقه الإسلامي من عدم تضمين المتعدي، وإن ثبت تعديده، وذلك في حال الدفاع الشرعي، والإكراه الملجئ، وتنفيذ أوامر الرئيس.

١- الدفاع المشروع

جاء في المادة (٢٨٨) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي أنه: «من أحدث ضرراً وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو عرضه أو ماله أو عن نفس الغير أو عرضه أو ماله كان غير مسؤول عن ذلك الضرر على ألا يجاوز قدر الضرورة وإلا أصبح ملزماً بالضمان بقدر ما جاوزه».

يُستتج من المادة السابقة جواز دفاع الإنسان عن نفسه بما يراه مناسباً من الوسائل لرد اعتداء المعتدي، ولا يُعد ما نتج عن دفاعه اعتداءً يترتب عليه ضمان، ولكن في حال توفرت الشروط التالية^(٣):

- وجود خطر حال على نفس المدافع أو عرضه أو ماله، أو نفس الغير أو عرضه أو ماله. ويقصد بالخطر الأذى البالغ الحال، الذي لا يمكن للمدافع تفاديه إلا بالدفاع، ويترك تقدير ذلك للقاضي متى كان تقديره مبنياً على أسباب معقولة.
- أن يكون هذا الخطر المتوقع عملاً غير مشروع، فلا تُعد مقاومة المجرم لرجال الشرطة دفاعاً عن النفس؛ لأن محاولة الشرطة إلقاء القبض على المجرم لا تُعد اعتداءً غير مشروع.
- ألا يتجاوز الدفاع عن النفس القدر الضروري لدفع العدوان، وإلا وقع تحت المسؤولية.

١- انظر: المباشرة والتسبب في الفعل الضار، د. صابر محمد، مرجع سابق ص ٢٦٢.

٢- انظر: تبين الحقائق، الزيلعي، مرجع سابق، ج ٦ ص ١٤٥. مجمع الضمانات، البغدادي، مرجع سابق ص ٣٦٩.

٣- انظر: الوسيط، السنهوري، مرجع سابق، ج ١ ص ٧٨٨. الوافي، سليمان مرقس، مرجع سابق، ج ٣ ص ٢٩٥ وما بعدها.

١- المباشرة والتسبب في الفعل الضار، د. صابر محمد، مرجع سابق ص ٢٥٨.

٢- انظر: المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية، ص ١٢١ وما بعدها.

٣- تنفيذ أمر الرئيس:

أضافت المادة (٢٨٩) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي الفعل الضار إلى الفاعل دون الأمر في حال لم يكن الفاعل مكرهاً على اقرار ذلك، ومع ذلك بينت مسؤولية الرئيس عن فعل مرؤوسه في حال صدر منه الفعل الضار نتيجة أوامر صادرة منه، حيث جاء في الفقرة الثانية من المادة (٢٨٩) أنه: «ومع ذلك لا يكون الموظف العام مسؤولاً عن عمله الذي أضر بالغير إذا قام به تنفيذاً للأمر صدر إليه من رئيسه متى كانت إطاعة هذا الأمر واجبة عليه أو كان يعتقد أنها واجبة وأقام الدليل على اعتقاد بمشروعية العمل الذي وقع وكان مبنياً على أسباب معقولة وأنه راعى في عمله جانب الحيطة والحذر».

وبناءً على النص السابق نجد أن المسؤولية تنتفي عن المرؤوس الذي صدر منه الفعل بناءً على أوامر رئيسه في حال توافرت الشروط التالية:^(١)

- أن يكون كل من الأمر والمأمور موظفاً عاماً، حيث لا ينطبق النص السابق على الحالات التي يكون فيها المعتدي موظفاً عاماً، بل يكون شخصاً ما تحت ولاية غيره، كالخادم مع مخدمه، أو التلميذ مع أستاذه.^(٢)
- أن يكون الأمر الصادر من الرئيس واجب الطاعة على المرؤوس أو يعتقد المأمور أن طاعته واجبة عليه.
- يجب أن يكون الفعل المأمور به مشروعاً، وإلا تحمل نتيجة فعله. فمن أمر من قبل مرؤوسه بضرب شخص ما، لم يجز له ضربه، فإن قام بضربه كان مسؤولاً عن التعويض.

الفرع الثالث: الموازنة بين الفقه الإسلامي وقانون المعاملات

فيما سبق نجد اتفاق القانون مع ما ذهب إليه الفقه الإسلامي من إعفاء المعتدي من الضمان في بعض الحالات، كما هو الحال في الدفاع المشروع والإكراه الملجئ وتنفيذ أوامر الرئيس.

فنجد أن القانون لا يرى تضمين المتسبب بالضرر إذا كان في حال دفاع مشروع عن نفسه أو ماله أو عرضه، طالما أنه التزم بالقدر الضروري لدفع العدوان، متفقاً بذلك مع أحكام الشريعة الإسلامية القاضية بعدم تضمين من يصول عدواناً عن نفسه أو ماله أو عرضه.

١- انظر: المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية، ص ٢٨٧-٢٨٨. الوسيط، السنهوري، مرجع سابق ص ٧٩١.

٢- في حين يرى البعض الآخر معاملة هؤلاء وأمثالهم معاملة الموظف العام في انتقال مسؤولية ما يقومون به من فعل ضار نتيجة تلقيهم أوامر ممن له ولاية عليهم طالما كانوا معذورين في قناعتهم بوجوب طاعته، وبمشروعية الأمر الذي أصدره إليهم. انظر: الفعل الضار والضمان فيه، د. مصطفى الزرقا، مرجع سابق ص ١١٠.

كما نلاحظ أن القانون قد ذهب إلى ما ذهب إليه القول القائل عند الفقهاء - رحمهم الله - بعدم ترتب المسؤولية على المكره وإنما يتحمل المكره المسؤولية، وذلك في حال استوفى شروط الإكراه.

أما في حال تنفيذ أوامر الرئيس فنجد أن القانون قد مال ناحية الاتجاه الثاني للفقه الإسلامي والقاضي بضمان الأمر دون المأمور وإن لم يخش المأمور الضرر على نفسه وماله في حال لم يُنفذ ما أمر به، مع مراعاة كون الأمر الصادر من الرئيس أمراً واجب الطاعة أو يعتقد المأمور أن طاعته واجبة عليه.

ويجدر بنا في هذا المقام ذكر أن الفقه الإسلامي كان سباقاً في وضع مثل هذه القواعد التي يسعى بها إلى المحافظة على الحقوق سواء كانت حقوقاً مادية أو معنوية، وأن القانون الوضعي قد استند في وضع تشريعاته على الفقه الإسلامي ونهل من أصوله.



المطلب الثاني

الإعفاء من الضمان لسبب أجنبي



ذكرنا سابقاً أن العلاقة السببية ركن أساسي لقيام المسؤولية وتحقق الضمان، وفي حال ما إذا انعدمت هذه العلاقة لم يثبت الضمان في حق المعتدي.

ومن صور انعدام السببية وقطعها توافر السبب الأجنبي، كالحادث الفجائي أو القوة القاهرة، وفعل المضرور وفعل الغير، وسوف نتناول الحديث عن ذلك في ثلاثة فروع:

الفرع الأول: الإعفاء من الضمان لسبب أجنبي في الفقه الإسلامي

الفرع الثاني: الإعفاء من الضمان لسبب أجنبي في قانون المعاملات

الفرع الثالث: الموازنة بين الفقه الإسلامي وقانون المعاملات

الفرع الأول: الإعفاء من الضمان لسبب أجنبي في الفقه الإسلامي

ثبوت التعدي وتحقق الضرر لا يعني بالضرورة ترتب الضمان، حيث إن المعتدي قد يُعفى من الضمان؛ وذلك بسبب وجود سبب أجنبي أدى إلى حدوث الضرر، وبالتالي ينعدم هنا ركن أساسي من أركان الضمان، ألا وهو العلاقة السببية بين فعل المعتدي وحدث الضرر. والسبب الأجنبي قد يتمثل في قوة القاهرة أو حادث مفاجئ لم يستطع الشخص دفعه، وقد يكون السبب الأجنبي هو فعل المضرور نفسه، أو فعل ناتج عن شخص آخر أجنبي.

أولاً - القوة القاهرة والحادث الفجائي :

القوة القاهرة هي قوة لا يستطيع الإنسان دفعها ولا التحرز منها، والفقهاء - رحمهم الله - قد تناولوا الحديث عنها تحت مسمى الآفة السماوية^(١).

والآفة السماوية هي: كل أمر عارض خارج عن تدخل الإنسان^(٢).

وطبقاً للقاعدة الفقهية التي تقضي بأن «كل ما لا يمكن الاحتراز عن ملاسته معفو عنه»^(٣)، فإن حدوث الضرر نتيجة آفة سماوية لا يترتب عليه ضمان، فغرق السفينة بسبب ريح شديدة أو موج هائج، أو بسبب اصطدامها بصخر يجهل الملاح وجوده، لا يترتب عليه ضمان الملاح، كما لا يضمن من وضع جمرة على الطريق فهبت ريح وأزالتها عن مكانها فأحرقت شيئاً، أو وضع أحدهم حجراً في الطريق

١- انظر: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، السنهوري، مرجع سابق ج ٦ ص ١٧٧.

٢- النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، د. صبحي محمصاني، دار العلم للملايين، بيروت، ط ٢، ١٩٨٣م، ص ٢٠٨.

٣- مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، ابن تيمية، مرجع سابق ج ٢١ ص ٥٩٢. نظرية الضمان، وهبة الزحيلي، مرجع سابق ص ٣٣.

فجاء سيل جرف الحجر فكسر شيئاً؛ لأن جناية واضع الجمر والحجر انتهت بالريح والسييل^(١).

أما الحادث الفجائي فوقوع الضرر فيه يكون بفعل يقدر الإنسان على دفعه، ولكنه فوجئ به في مكان آمن^(٢)، فلا يترتب على هذا الضرر ضمان، ومثال ذلك سقوط الضمان عن الراعي في حال مهاجمة مجموعة من الذئاب^(٣) القطيع وأكل الغنم؛ لأنه في حكم السرقة الغالبة^(٤).

ثانياً - فعل المتضرر

قد يكون فعل المتضرر سبباً في نفي المسؤولية عن المعتدي، وبالتالي رفع الضمان عنه، وذلك في حال تسبب شخص في إحداث ضرر لآخر وقصر المتضرر في القيام بحفظ ماله ووقع الضرر فلا ضمان على المتسبب^(٥)، ومثال ذلك: تعلق رجل بأخر وخاصمه، فسقط من المتعلق به شيء فضاع، فإذا سقط هذا الشيء بالقرب من صاحبه وهو يراه ويمكنه أخذه، ولم يفعل، لم يضمنه المتعلق؛ لأنه ضاع بتقصير صاحبه^(٦). وكذلك الحال فيمن نطحته دابة بسبب نخسه^(٧) لها، فيكون دمه هدراً؛ لأن ذلك تولد من نخسه، فكان هو من جنى على نفسه، فلا يضمنه صاحب الدابة ولا راكبها^(٨).

ثالثاً - فعل الغير

في حال حدوث تعدد من قبل أحدهم، فإن المسؤولية تثبت عليه إذا تسبب فعله بضرر، ولكن في حال تدخل شخص أجنبي بين السبب والمسبب، وأثبت المدعى عليه أن الضرر الناشئ كان نتيجة فعل الشخص الأجنبي، ولم يكن نتيجة فعله، فإن مسؤوليته تنتفي؛ لأن فعل الشخص الأجنبي يعد سبباً أجنبياً لفعله فتقطع رابطة السببية بين فعل المدعى عليه وبين الضرر، وبالتالي تنتفي مسؤوليته عنه^(٩)، ومثال ذلك: إذا قام أحدهم بفتح قفص فيه طائر، وبقي الطائر في القفص بعد فتحه، ثم جاء آخر فتفتر الطائر، فالضمان على المنفر؛ لأن سببه أخص فاخص بالضمان^(١٠).

الفرع الثاني: الإعفاء من الضمان لسبب أجنبي في قانون المعاملات

نصت مواد القانون على إمكانية إعفاء المعتدي من الضمان في حال تمكن من إثبات وجود سبب أجنبي أدى إلى حدوث الضرر، والمتمثل في وجود قوة قاهرة أو حادث مفاجئ، أو فعل المضرور أو فعل الغير.

أولاً - القوة القاهرة والحادث الفجائي:

القوة القاهرة والحادث الفجائي في القانون هما مصطلحان لمعنى واحد، وهو كل: «أمر غير متوقع حصوله وغير ممكن تلافيه يجبر الشخص على الإخلال بالتزام»^(١). جاء في المادة (٢٨٧) من قانون المعاملات المدنية الإماراتية أنه: «إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كآفة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو فعل المتضرر كان غير ملزم بالضمان ما لم يقض القانون أو الاتفاق بغير ذلك».

فأثبتت المادة السابقة انتفاء الضمان عن المدعى عليه إذا نتج الضرر بسبب قوة قاهرة أو حادث فجائي، مع مراعاة توفر شرطين فيما يعتبر قوة قاهرة أو حادث فجائي:

١- أن تكون القوة القاهرة غير متوقعة حدوثها، والحادث الفجائي لا يمكن تفاديه.

٢- أن يكون الشخص عاجزاً عن درء الضرر الناشئ عن القوة القاهرة والحادث الفجائي.

فمتى توافر هذان الشرطان انتفت المسؤولية عن المدعى عليه سواء كان مباشراً أو متسبباً، فلا يطالب بالضمان؛ وذلك لانقطاع الرابطة السببية بين الفعل والضرر. أما في حال غياب أحد الشرطين وتنتفي أحكام القوة القاهرة والحادث الفجائي ويثبت الضمان على المعتدي^(٢).

ثانياً - فعل المتضرر

ذهب قانون المعاملات المدنية الإماراتية إلى ما ذهب إليه الفقه من انتفاء الضمان عن المدعى عليه في حال حدث الضرر نتيجة فعل المتضرر، وذلك طبقاً لما ورد في المادة (٢٨٧) من قانون المعاملات المدنية الإماراتية أنه: «إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كآفة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو فعل المتضرر كان غير ملزم بالضمان ما لم يقض القانون أو الاتفاق بغير ذلك».

١- الوافي في شرح القانون المدني، سليمان مرقس، مرجع سابق ص ٤٨٦.
٢- انظر: الوافي، د. سليمان مرقس، مرجع سابق ص ٤٩٠. المباشرة والتسبب في الفعل الضار، د. صابر محمد، مرجع سابق ص ٢٧٦، د. محمد المرسي، مرجع سابق ص ٢٤٥.

الخاتمة

كما جاء في المادة (٢٩٠) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي أنه: «يجوز للقاضي أن ينقص مقدار الضمان أو لا يحكم بضمان ما إذا كان المتضرر قد اشترك بفعله في إحداث الضرر أو زاد فيه».

أما في حال ما إذا أسهم المتضرر مع المباشر في إلحاق الضرر فإن كل واحد منهما يتحمل بقدر ما تسبب به من ضرر، كاصطدام شخصين في سوق مزدحم وكلاهما يحمل أمتعة، فألحق كل منهما ضرراً بالآخر، فإن كل واحد منهما يتحمل نصف قيمة المتلفات بالنسبة للثاني؛ لأن فعل كل منهما يعتبر مباشرة، وهذه المباشرة قد اجتمعت مع فعل المتضرر، وبالتالي وجب على كل واحد منهما نصف قيمة المتلفات^(١).

ثالثاً - فعل الغير

وهو شخص ليس له علاقة بالمدعى عليه، ولا يُعد من أحد أتباعه، ويكون الضرر نتيجة لفعله. فإذا استطاع المدعى عليه إثبات أن الضرر الحادث هو نتيجة فعل هذا الشخص الأجنبي، وأن فعله هو السبب الوحيد في إحداث الضرر انتفتت المسؤولية عن المدعى عليه، ولزم ذلك الغير الضمان^(٢)، ولكن بشرطين^(٣):

١- أن يكون الفعل الأجنبي هو الذي أدى إلى وقوع الضرر.

٢- استحالة توقع أو تفادي أو دفع ما يترتب على الفعل الأجنبي من ضرر.

ولكن في حال اشترك كل من المدعى عليه والغير في إلحاق الضرر، فإن كلاهما يتحمل المسؤولية، ويطالبان بالضمان^(٤).

الفرع الثالث: الموازنة بين الفقه الإسلامي وقانون المعاملات

يلاحظ مما سبق اتفاق كل من الفقه الإسلامي وقانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات على أن انتفاء العلاقة السببية بين الفعل والضرر يؤدي إلى انتفاء المسؤولية عن الشخص الذي وقع منه الفعل، وبالتالي ينتفي تحقق المسؤولية وترتب الضمان في حال وجود السبب الأجنبي كالأفة السماوية أو الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة أو فعل المضرور؛ لأن الضرر الحادث في مثل هذه الحالة يكون متصلاً بشخص معين، ولكن فعل هذا الشخص لم يكن هو السبب في حصول الضرر^(٥).

١- انظر: المباشرة والتسبب في الفعل الضار، د. صابر محمد، مرجع سابق ص ٢٧٩-٢٨٠.

٢- انظر: <http://www.jusf.net/vb/showthread.php>، بحث من كلية القانون والاقتصاد بكالوريوس في القانون والاقتصاد بجامعة الجزيرة، ١١-٢٢-٢٠١١، المباشرة والتسبب في الفعل الضار، د. صابر محمد، مرجع سابق ص ٢٠٢.

٣- انظر: الوافي، سليمان مرقس، مرجع سابق ص ٤٩٨.

٤- انظر: المباشرة والتسبب في الفعل الضار، د. صابر محمد، مرجع سابق ص ٢٠٤.

٥- انظر: المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية، مرجع سابق ص ٢٨٤-٢٨٥.

بعد أن انتهيت بحمد الله وتوفيقه من إعداد هذا البحث، يمكنني تلخيص نتائجه فيما يلي:

- ١- لم يتعرض الفقهاء القدامى - رحمهم الله - لتعريف الالتزام، وذلك لوضوح معناه في أذهانهم، حتى لم يجدوا حاجة لذكر تعريف له، في حين أن الفقهاء المعاصرين تناولوه بشيء من التفسير والبيان.
- ٢- تعريف الالتزام في الفقه الإسلامي أعم وأشمل من تعريفه في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، حيث إن الالتزام في الفقه الإسلامي يشتمل على الالتزامات الشرعية الصادرة من المشرع، كالالتزام المرء بأداء الواجبات والالتزامات الشرعية المختلفة، إلى جانب اشتماله على الالتزامات التي يوجبها الشخص على نفسه، كما هو الحال في النذر. في حين نجد أن قانون المعاملات المدنية الإماراتي يقصر عند إطلاقه مصطلح الحق الشخصي على رابطة اقتضاء تكون بين شخصين.
- ٣- تنحصر مصادر الالتزام في الفقه الإسلامي في خمسة مصادر: وهي العقد، الإرادة المنفردة، الفعل الضار، الفعل النافع، والشرع. وكذلك قسم قانون المعاملات المدنية مصادر الالتزام إلى خمسة مصادر وهي: العقد، الإرادة المنفردة، الفعل الضار، الفعل النافع، والقانون.
- ٤- اعتبر الفقه الإسلامي أحكام الشريعة الإسلامية ونصوصها هي المصدر غير المباشر للالتزام في حال انعدام غيرها من المصادر. أما قانون المعاملات المدنية فاعتبر القانون هو مصدر الالتزام في الحالات التي لم يُرد فيها الالتزام إلى مصادره الأخرى.
- ٥- للعقد في اصطلاح الفقهاء معنيان: معنى عام والذي جعل من كل تصرف يترتب عليه حكم عقداً، سواء كان في العبادات أو المعاملات، فإذا أطلق العقد في العبادات أريد به ما ألزم المرء به نفسه في اليمين والعهد والأمانة. ومعنى خاص يراد به ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في محله (أي العقود عليه).
- ٦- تعريف قانون المعاملات المدنية الإماراتي للعقد يوافق ما اتجه إليه الفقه الإسلامي في تعريفه الخاص للعقد.
- ٧- لكل من الفقه الإسلامي والقانون المدني الإماراتي تقسيماته للعقود، ولكل منهما منهجه في هذه التقسيمات، وذلك بحسب ما يتلاءم مع الأصول التي يستمد منها كل منهما أحكامه.
- ٨- اتفق كل من الفقه الإسلامي وقانون المعاملات المدنية الإماراتي على أن المقصود من الحفظ هو الحراسة والصون.

٢٠- الأموال الموضوعة تحت يد الحارس هي بمثابة الوديعة عنده، لذا ينبغي له العناية بها والمحافظة عليها، إلى جانب ضرورة إدارتها واستثمارها إن كانت مما يتطلب ذلك، فبالتالي يكون الحارس وكيلاً عن صاحب المال، ويتصرف بماله بما يعود عليه بالنفع؛ لذا ينطبق على الحارس من الالتزامات ما ينطبق على المودع عنده والوكيل.

٢١- بمقتضى عقد الإيجار يلتزم المستأجر بالمحافظة على المؤجر بما يحفظ به ماله أو يلتزم بعناية الشخص العادي بماله، فإن فرط في ذلك ضمن ما نتج عن تفريطه وتعيديه.

٢٢- تقتضي المحافظة على العين المؤجرة بالالتزام بالآتي: استعمال العين المؤجرة فيما أعدت له، عدم إحداث تغيير بالشيء المستأجر، إجراء الترميمات اللازمة.

٢٣- يشترط في عقد العارية رد العين المستعارة، وهذا يستدعي من المستعير المحافظة عليها وحمايتها من الهلاك والضياع، وتحقيق ذلك يكون بأمرين: المحافظة على العين المستعارة، استعمال العين المستعارة فيما أعدت له.

٢٤- ضمان العقد يتحقق نتيجة إخلال بالتزام عقدي ناشئ من عدم قيام المتعاقد بتنفيذ أحكام العقد كله أو بعضه، أو قام بتنفيذه تنفيذاً معيباً، أو كان تنفيذه له على غير الوجه المتفق عليه في العقد.

٢٥- ضمان الفعل يرجع إلى الإخلال بواجب عام فرضه الشارع على الكافة من أجل الكف عن إلحاق الضرر بالآخرين.

٢٦- طبيعة المسؤولية الناجمة عن الحفظ في الفقه الإسلامي والقانون المدني هو ضمان العقد؛ لأن سببه هو الإخلال بالحفظ الذي وجب عليه التزامه بموجب العقد.

٢٧- لا يشترط لإيجاب الضمان تعمد ارتكاب الفعل أو إحداث الضرر؛ لأن نتائج الفعل متعلقة بذات الفعل وآثاره، لا بقصد الفاعل وإدراكه؛ لذا كان الضمان واجباً على النائم والساهي والمقصر والمهمل، وإن لم يتعمدوا القيام بالفعل الذي ترتب عليه الضمان.

٢٨- لا يكون الفعل تعدياً ولا يترتب عليه الضمان إذا كان استعمالاً لحق، أو موافقاً لما جاء به الشرع من أوامر ونواه، أو كان مأذوناً فيه؛ لأن الجواز الشرعي ينافي الضمان.

٢٩- وتختلف صورة التعدي في الفقه الإسلامي بحسب اختلاف طبيعة الالتزام الناشئ من العقد.

٣٠- في حال وجود ضابط شرعي أو قانوني وجب الرجوع إليه لتحديد معيار التعدي، أما في حال عدم وجود ضابط وجب الرجوع إلى العرف.

٩- تختلف طبيعة الالتزام من عقدٍ لآخر بحسب اختلاف محل الالتزام ومضمونه، فقد يوجب مضمون الالتزام على المدين القيام بعمل معين للتوصل إلى نتيجة ما، وهذا ما يسمى بـ«الالتزام بتحقيق نتيجة أو غاية»، وقد يكون محل الالتزام هو العمل الذي يؤديه الملتزم، بغض النظر عن النتائج المترتبة عليه، وهو ما يسمى بـ«الالتزام ببذل عناية، أو الالتزام بوسيلة».

١٠- اتفق كل من الفقه الإسلامي وقانون المعاملات المدنية الإماراتي على جعل عناية الرجل المعتاد هي معيار الحفظ في الحالات العادية، أما في حالة التفريط في حفظ ماله فإن المعيار يتغير بحيث يجب عليه حفظ مال غيره بما يحفظ به ماله.

١١- يد الملتزم يد أمانة، فلا يضمن ما في يده إن هلك دون تعد منه أو تقصير، سواء في الفقه الإسلامي أو في قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

١٢- يد الوكيل على مال موكله الذي تحت يده هي يد أمانة سواء كانت الوكالة بأجرٍ أو دون أجر.

١٣- بمقتضى أمانة الوكيل فإنه ملزمٌ بدفع الضرر عن مال موكله، وذلك باتخاذ الإجراءات اللازمة للمحافظة على هذا المال بالدفع عنه بالقدر الذي يتناسب مع رفع الضرر.

١٤- يلتزم الوكيل بتنفيذ الوكالة في ضوء الحدود والشروط التي تم وضعها من قبل الموكل، فلا يجوز له تجاوز هذه الحدود المرسومة.

١٥- إذا كانت الوكالة بلا أجر فإن قانون المعاملات المدنية الإماراتي يوجب على الوكيل أن يبذل في تنفيذها العناية التي يبذلها في أعماله الخاصة، في حين أن الوكالة إذا كانت بأجر فإن على الوكيل أن يبذل في تنفيذها عناية الرجل المعتاد.

١٦- اتفق الفقهاء - رحمهم الله - على ضرورة حفظ الوديعة وصيانتها من الهلاك، فإن قصر الوديع في حفظها أو تعدى عليها فهلكت وجب عليه ضمانها.

١٧- اتفق الفقه الإسلامي والقانون المدني على وجوب التزام المودع عنده بحفظ الوديعة بنفسه أو من يأتهم من عياله، ويكون ضامناً إن دفعها لأجنبي دون إذن المودع.

١٨- إذا أهمل المودع عنده في حفظ الوديعة وذلك بوضعه في حرز غير مناسب، أو وضعه في حرز مخالف لما اتفق عليه مع المودع، أو كان الحرز مخالفاً للعرف، فإنه يكون ضامناً لها.

١٩- اتفق القانون المدني مع ما ذهب إليه الفقه في عدم جواز استعمال الوديعة بغير إذن المودع، فإن استعملها المودع عنده بغير إذن صاحبها كان ضامناً لها.

فهرس الآيات

- ٣١- يعد سلوك الإنسان تعدياً متى كان مخالفاً لمعايير السلوك المعتبرة، والمتمثلة بالحدود التي يجب التزامها شرعاً وقانوناً، أو الواجبات المنصبة على إتيان الفعل في حالة الأمر والامتناع عنه في حالة النهي. كما تتمثل أيضاً بالسلوك الذي جرى عليه العرف والعادة أو ما يسمى بسلوك الرجل المعتاد.
- ٣٢- تخلف الشخص عن التزاماته لا يكفي لتحقيق المسؤولية عليه، وإنما يشترط لتحقيق ذلك حصول ضرر مترتب على تخلفه.
- ٣٣- لا يجب التعويض عن الضرر الأدبي في الفقه الإسلامي؛ لأن الأضرار الأدبية ليست بمال متقوم. ولكن يُفرض عقوبة على كل ما يمس سمعة الشخص أو شرفه، وذلك عن طريق التعزير.
- ٣٤- لتحقيق المسؤولية يستوجب وجود تلازم بين فعل المعتدي والضرر الذي لحق بالمتعاقد الآخر.
- ٣٥- إذا تحقق السبب وترتب عليه أكثر من ضرر على وجه التعاقب، فإن المتسبب يكون مسؤولاً عن كل هذه الأضرار؛ لأن فعله تسبب في ذلك، وهو ما يُعرف بالضرر المباشر.
- ٣٦- شرع الضمان لصيانة وحفظ الحقوق من الضياع، وللزجر عن الاعتداء عليها والتقصير في حفظها.
- ٣٧- الأصل العام في الضمان هو إزالة الضرر عيناً، وفي حال تعذر ذلك وجب الضمان عن طريق التعويض بالمقابل والمتمثل بالتعويض المثلي أو القيمي.
- ٣٨- قد يُخفف الضمان عن المعتدي، رغم ثبوت العلاقة السببية بين فعله والضرر الحاصل؛ وذلك في حال كان تسببه في الضرر لضرورة.
- ٣٩- قد يُعفى الشخص من المسؤولية بالرغم من ثبوت تعديه الفعلي لحق الآخرين، ومساسه بمصالحهم، وذلك في حالة الدفاع الشرعي والإكراه الملجئ وتنفيذ أمر الرئيس.
- ٤٠- لا يرى الفقه الإسلامي والقانون الوضعي تضمين المتسبب بالضرر إذا كان في حالة دفاع مشروع عن نفسه أو ماله أو عرضه، طالما أنه التزم بالقدر الضروري لدفع العدوان.
- ٤١- انتفاء العلاقة السببية بين الفعل والضرر يؤدي إلى انتفاء المسؤولية عن الشخص الذي وقع منه الفعل، وبالتالي ينتهي تحقيق المسؤولية وترتب الضمان، وذلك في حال وجود السبب الأجنبي كالآفة السماوية أو الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة أو فعل المضرور.

- سورة البقرة :

الصفحة	رقمها	الآية
٢٢٥	١٠٢	﴿ وَيَتَعَلَّمُونَ مَا يَضُرُّهُمْ وَلَا يَنْفَعُهُمْ ﴾
٢٣٥	١٦٤	﴿ وَتَقَطَّعَتْ بِهِمُ الْأَسْبَابُ ﴾
٢١٣	١٩٠	﴿ وَقَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ الَّذِينَ يُقَاتِلُونَكُمْ وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ ﴾
٢٥٢	١٩٤	﴿ فَمَنْ أَعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَى عَلَيْكُمْ ﴾
٢١٣	٢٢٩	﴿ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا ﴾
٤٣	٢٣٥	﴿ وَلَا تَعْرِمُوا عُقْدَةَ النَّكَّاحِ ﴾

- سورة آل عمران :

٢٤٩	٣٧	﴿ وَكَفَلَهَا زَكِيًّا ﴾
٢٢٥	١٣٤	﴿ الَّذِينَ يُفِضُونَ فِي السَّرَّاءِ وَالصَّرَّاءِ ﴾

- سورة النساء :

١٣٤	٥٨	﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا ﴾
٢٧٥	٥٩	﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ ﴾
١١٠	٨١	﴿ وَكَفَىٰ بِاللَّهِ وَكِيلًا ﴾

- سورة المائدة :

١١	١	﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾
١٣٥	٢	﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَىٰ الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ ﴾
٦٩	٤٤	﴿ بِمَا أَسْتَحْفِظُوا مِنْ كِتَابِ اللَّهِ ﴾
٢٢٥	٧٦	﴿ قُلْ - مٌوت من ذُوبِ اللَّهِ مَا لَا يَمْلِكُ لَكُمْ ضَرًّا وَلَا نَفْعًا ﴾

- سورة يونس :

٢٢٥	١٢	﴿ وَإِذَا مَسَّ الْإِنْسَانَ الضُّرُّ دَعَانَا لِجَنبِهِ أَوْ قَاعِدًا أَوْ قَائِمًا فَلَمَّا كَشَفْنَا عَنْهُ ضُرَّهُ مَرَّ كَأَن لَّمْ يَدْعُنَا إِلَىٰ ضُرِّ مَسَّهُ ﴾
-----	----	---

- سورة هود :

١١٥	٥٦	﴿ إِنِّي تَوَكَّلْتُ عَلَى اللَّهِ رَبِّي وَرَبِّكُمْ ﴾
-----	----	---

- سورة يوسف :

٢٥٣	٧٢	﴿ وَلَمَن جَاءَ بِهِ جُمْلٌ بِعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾
-----	----	--

- سورة إبراهيم :

١٧	٧	﴿ وَإِذْ تَأَذَّنَ رَبُّكُمْ لَئِن شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ وَلَئِن كَفَرْتُمْ إِنَّ عَذَابِي لَشَدِيدٌ ﴾
----	---	--

- سورة النحل :

١٧	٥٣	﴿ وَمَا يَكُومُ مِّن نِّعْمَةٍ مِّنَ اللَّهِ ﴾
٢٥٣	١٢٦	﴿ وَإِن عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ ﴾

- سورة الإسراء :

١١٥	٢	﴿ أَلَا تَتَّخِذُوا مِن دُونِي وَكِيلاً ﴾
٤٣	٣٤	﴿ وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا ﴾
١٩١	٣٦	﴿ إِن السَّمْعَ وَالْبَصَرَ وَالْفُؤَادَ كُلُّ أُولَئِكَ كَانَ عَنْهُ مَسْئُولًا ﴾

- سورة الأنبياء :

٦٩	٣٢	﴿ وَجَعَلْنَا السَّمَاءَ سَقْفًا مَّحْفُوظًا ﴾
----	----	--

- سورة الحج :

٢٣٥	١٥	﴿ فَلْيَمْدُدْ بِسَبَبٍ إِلَى السَّمَاءِ ثُمَّ لِيَقْطَعْ فَلْيَنْظُرْ هَلْ يُدْهِبَنَّ كَيْدُهُ مَا يَغِيظُ ﴾
-----	----	--

- سورة المؤمنون :

٢١٣	٧	﴿ فَمَن آتَىٰ ذِكْرًا مِّن مَّا تُوعَدُونَ لَدُنَّا فَذَكَرْنَا عَنْكَ لِئَتِيكَ فَيُدْخِلَكُمُ الْجَنَّةَ مَعَ الْأَبْرَارِ ﴾
-----	---	--

- سورة الصافات :

١٩١	٢٤	﴿ وَقِفُوهُمْ إِنَّهُمْ مَسْئُولُونَ ﴾
-----	----	--

- سورة ص :

٢٣٥	١٠	﴿ فَلْيَرْتَقُوا فِي الْأَسْبَابِ ﴾
-----	----	-------------------------------------

- سورة غافر :

٢٣٥	٣٦-٣٧	﴿ وَقَالَ فِرْعَوْنُ بِنَهْمَنُ ابْنِ لِي صِرَاحًا لَّعَلِّي أَبْلُغُ الْأَسْبَابَ ﴿٣٦﴾ أَتَسْبَبُ السَّمَوَاتِ فَاطَّلَعَ إِلَىٰ إِلَهِ مُوسَىٰ ﴾
-----	-------	--

- سورة الشورى :

٢٧٣	٣٩	﴿ وَالَّذِينَ إِذَا أَصَابَهُمُ الْبَغْيُ هُمْ يَنْصُرُونَ ﴾
٢٥٣	٤٠	﴿ وَحَزَبُوا سَنِيَةً سَنِيَةً مِّثْلَهَا ﴾

- سورة الممتحنة :

١١٥	٤	﴿ رَبَّنَا عَلَيْكَ تَوَكَّلْنَا ﴾
-----	---	------------------------------------

- سورة الضحى :

١٢٩	٣	﴿ مَا وَدَّعَكَ رَبُّكَ وَمَا قَلَىٰ ﴾
-----	---	--

- سورة الفلق :

٤٣	٤	﴿ وَمِن شَرِّ الْتَقَشَّتِ فِي الْعَقَدِ ﴾
----	---	--



فهرس أطراف الأحدث الشرفة

الصفحة	طرف الحديث
٢٥٠	الإمام ضامن والمؤذن مؤتمن
٢٤٩	الخراج بالضمان
١٧٦	على اليد ما أخذت حتى تؤديه
٢٥	قال رجل: يا رسول الله الرجل منا يلقى أخاه أو صديقه أينحني له
١٤٠	كل المسلم على المسلم حرام، دمه وماله وعرضه
١٧٨	لا بل عارية مضمونة
١١	لا ضرر ولا ضرار
٢٧٥	لا طاعة لبشر في معصية الله
١٣٥	المسلمون عند شروطهم
٢٤٩	من تطيب ولم يكن بالطب معروفاً
٢٧٣	من قتل دون ماله فهو شهيد
١٧	من لا يشكر الناس لا يشكر الله
٢٤٩	من يضمن لي ما بين لحييه
١٤٠	نهى الرسول - صلى الله عليه وسلم - عن إضاعة المال
٥٩	نهى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر
٢٤٩	وإن ما أفسدت المواشي بالليل ضامن على أهلها

فهرس المصطلحات المشروحة

الصفحة	المصطلح
٢٦	الإبراء
٢٦٢	الإعذار
٢٠٧	الأمة المتواضعة
٢٦٢	التعزيز
١٥٦	التقادم
٢٩	حق الارتفاق
٢٩	حق الامتياز
٢٨	الحق العيني
٢٩	حق المساطحة
٤٥	الحوالة
١٩٤	دياس الزرع
٧٣	الرجل المعتاد
٢٩	الرهن التأميني
٢٩	الرهن الحيازي
٢٠٨	الشجاج
٢٣٠	الصحفة
١٩٢	ضمان الإلتلاف
١٩٢	ضمان العقد
١٩٢	ضمان اليد
٥٣	القسمة
٢٣٧	القطار
٣٤	المثليات
٥٠	الملاقيح
٩٧	يد الأمانة
٩٧	يد الضمان

قائمة المراجع والمصادر

أولاً - القرآن الكريم

ثانياً - كتب التفسير:

- أحكام القرآن، أبو بكر محمد بن عبد الله ابن العربي، ت: محمد عبد القادر عطا، دار الفكر للطباعة والنشر، لبنان.
- أحكام القرآن، أحمد بن علي الرازي الجصاص أبو بكر، ت: محمد الصادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٤٠٥هـ.
- تفسير القرآن العظيم، إسماعيل بن عمر بن كثير الدمشقي أبو الفداء، دار الفكر، بيروت، ١٤٠١هـ.
- التفسير الكبير أو مفاتيح الغيب، الإمام فخر الدين محمد الرازي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م.
- جامع البيان عن تأويل آي القرآن، محمد بن جرير بن يزيد بن خالد الطبري أبو جعفر، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٥هـ.
- الجامع لأحكام القرآن، أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، دار الشعب، القاهرة.
- روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، شهاب الدين السيد محمود الألوسي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

ثالثاً - كتب الحديث وشروحه:

- إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، بيروت، ط٢، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.
- الجامع الصحيح المختصر، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، ت: د. مصطفى ديب البغا، دار ابن كثير ودار اليمامة، بيروت، ط٣، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م.
- الجامع الصحيح سنن الترمذي، محمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي السلمي، ت: أحمد محمد شاكر وآخرون دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- سنن ابن ماجه، محمد بن يزيد أبو عبد الله القزويني، ت: محمد فؤاد عبد الباقي، دار

- المستدرك على الصحيحين، محمد بن عبدالله أبو عبدالله الحاكم النيسابوري، ت: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١٤١١هـ، ١٩٩٠م.
- مسند الإمام أحمد بن حنبل، أحمد بن حنبل أبو عبد الله الشيباني، مؤسسة قرطبة، مصر.
- المصنف، أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، ت: حبيب الرحمن الأعظمي، المكتب الإسلامي، بيروت، ط ١٤٠٣هـ.
- نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار، محمد بن علي بن محمد الشوكاني، دار الجيل، بيروت، ١٩٧٣ م.

رابعاً - كتب القواعد الفقهية وأصول الفقه:

- الأشباه والنظائر، عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٤٠٣هـ.
- روضة الناظر وجنة المناظر، عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، ت: د. عبد العزيز عبد الرحمن السعيد، جامعة الإمام محمد بن سعود، الرياض، ط ٢، ١٣٩٩هـ.
- شرح القواعد الفقهية، أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، صححه وعلق عليه مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم، دمشق، سوريا، ط ٢، ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م.
- غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن محمد مكي الحسيني الحموي الحنفي، شرح: مولانا السيد أحمد بن محمد الحنفي الحموي دار الكتب العلمية - لبنان، ط ١، ١٤٠٥هـ.
- الفروق، أحمد بن إدريس الصنهاجي القرافي، ت: خليل المنصور، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م.
- قواعد الأحكام في مصالح الأنام، أبو محمد عز الدين السلمي، دار الكتب العلمية، بيروت.
- قواعد الفقه، محمد عميم الإحسان المجددي البركتي، دار الصدف بيلشرز، كراتشي، ط ١، ١٤٠٧ - ١٩٨٦م.
- القواعد الفقهية، د. علي أحمد الندوي، دار القلم، دمشق، ط ٦، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.

- الفكر، بيروت.
- سنن أبي داود، سليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني الأزدي، ت: محمد محيي الدين عبد الحميد، دار الفكر.
- سنن البيهقي الكبرى، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي، ت: محمد عبد القادر عطا، مكتبة دار الباز، مكة المكرمة، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.
- شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٤١١هـ.
- صحيح مسلم، مسلم بن الحجاج أبو الحسين القشيري النيسابوري، ت: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- عمدة القاري شرح صحيح البخاري، بدر الدين محمود بن أحمد العيني، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- غريب الحديث لابن سلام، القاسم بن سلام الهروي أبو عبيد، ت: د. محمد عبد المعيد خان، دار الكتاب العربي، بيروت، ط ١، ١٣٩٦م.
- غريب الحديث لابن قتيبة، عبد الله بن مسلم بن قتيبة الدينوري أبو محمد، ت: د. عبد الله الجبوري، مطبعة العاني، بغداد، ط ١، ١٣٩٧م.
- فيض القدير شرح الجامع الصغير، عبد الرؤوف المناوي، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، ط ١، ١٣٥٦هـ.
- اللباب في الجمع بين السنة والكتاب، الإمام جمال الدين أبو محمد علي بن أبي يحيى زكريا بن مسعود الأنصاري الخزرجي المنبجي، ت: د. محمد فضل عبد العزيز المراد، دار القلم - الدار الشامية، دمشق - سوريا / بيروت - لبنان، ط ٢، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.
- المجتبى من السنن، أحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن النسائي، ت: عبد الفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، ط ٢، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.
- المستدرك على الصحيحين، تأليف: محمد بن عبدالله أبو عبدالله الحاكم النيسابوري، دار النشر: دار الكتب العلمية - بيروت - ١٤١١هـ - ١٩٩٠م، الطبعة: الأولى، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا.

• القواعد، ابن رجب الحنبلي، مكتبة نزار مصطفى، مكة، ط ٢، ١٩٩٩م.

• مراتب الإجماع في العبادات والاعتقادات، علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري، دار الكتب العلمية، بيروت.

• الموافقات في أصول الفقه، إبراهيم بن موسى اللخمي، ت: عبد الله دراز، دار المعرفة، بيروت.

خامساً- الكتب الفقهية:

١- الحنفية:

• البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين ابن نجيم الحنفي، دار المعرفة، بيروت، ط ٢.

• بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين الكاساني، دار الكتاب العربي، بيروت، ط ٢، ١٩٨٢.

• تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، دار الكتب الإسلامي، القاهرة، ١٣١٢هـ.

• تحفة الفقهاء، علاء الدين السمرقندي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٤م.

• حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ابن عابدين، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م.

• الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، محمد بن علي بن محمد بن عبد الرحمن الحنفي الحصكفي، دار الفكر، بيروت، ط ٢، ١٣٨٦هـ.

• درر الحكام شرح مجلة الأحكام، علي حيدر، ت: المحامي فهمي الحسيني، دار الكتب العلمية، لبنان.

• لسان الحكام في معرفة الأحكام، إبراهيم بن أبي اليمن محمد الحنفي، دار البابي الحلبي، القاهرة، ط ٢، ١٣٩٢هـ - ١٩٧٣م.

• المبسوط، شمس الدين السرخسي، دار المعرفة، بيروت.

• مجلة الأحكام العدلية، جمعية المجلة، ت: نجيب هواويني، دار كارخانه تجارت كتب.

• مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، عبد الرحمن بن محمد الكليبولي، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م، خرج آياته وأحاديثه خليل عمران المنصور.

• مجمع الضمانات في مذهب الإمام الأعظم أبو حنيفة النعمان، أبو محمد بن غانم بن محمد البغدادي، عالم الكتب، بيروت، ط ١، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م.

• مرشد الحيران، محمد قدري باشا، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، ط ٢، ١٣٠٨هـ - ١٨٩١م.

• الهداية شرح بداية المبتدي، أبو الحسن علي بن أبو بكر بن عبد الجليل الرشداني المرغيناني، المكتبة الإسلامية.

٢- المالكية:

• بداية المجتهد ونهاية المقتصد، محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، دار الفكر، بيروت.

• بلغة السالك لأقرب المسالك، أحمد الصاوي، ضبطه وصححه: محمد عبد السلام شاهين، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، ط ١، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م.

• التاج والإكليل لمختصر خليل، محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري أبو عبد الله، دار الفكر، بيروت، ط ٢، ١٣٩٨هـ.

• تحرير الكلام في مسائل الالتزام، محمد بن محمد الخطاب، ت: عبد السلام محمد الشريف، دار الغرب الإسلامي، ط ١، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.

• حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد عرفة الدسوقي، دار الفكر، بيروت، ت: محمد عيش.

• حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، علي الصعيدي العدوي، ت: يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر، بيروت، ١٤١٢هـ.

• الخرشي على مختصر خليل، أبو عبد الله محمد الخرشي، دار الفكر، بيروت.

• الذخيرة، شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، ت: محمد حجي، دار الغرب، بيروت، ط ١٩٩٤.

- شرح ميارة الفاسي، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن محمد المالكي، ت: عبد اللطيف حسن عبد الرحمن دار الكتب العلمية، لبنان-بيروت، ط ١، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م.
- الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، أحمد بن غنيم بن سالم النفراوي، دار الفكر، بيروت، طبعة ١٤١٥هـ.
- الكافي في فقه أهل المدينة، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر القرطبي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٤٠٧هـ.
- كفاية الطالب الرباني لرسالة ابن أبي زيد القيرواني، أبو الحسن المالكي، ت: الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر، بيروت، ١٤١٢هـ.
- المدونة الكبرى، مالك بن أنس، دار صادر، بيروت.
- منح الجليل شرح على مختصر سيد خليل، محمد عيش، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م.
- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، محمد بن عبد الرحمن المغربي أبو عبد الله، دار الفكر، بيروت، ط ٢، ١٣٩٨هـ.

٣- الشافعية:

- الإقتاع في حل ألفاظ أبي شجاع، محمد الشربيني الخطيب، ت: مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر، بيروت، ١٤١٥هـ.
- الإقتاع، محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، ط ١، ١٤٠٨هـ.
- الأم، محمد بن إدريس الشافعي أبو عبد الله، دار المعرفة، بيروت، ط ٢، ١٣٩٣هـ.
- التنبيه في الفقه الشافعي، إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبادي الشيرازي، ت: عماد الدين أحمد حيدر، دار عالم الكتب، بيروت، ط ١، ١٤٠٣هـ.
- حاشية إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين بشرح قررة العين بمهمات الدين، أبو بكر ابن السيد محمد شطا الدمياطي، دار الفكر، بيروت.
- حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب (التجريد لنفع العبيد)، سليمان بن عمر بن محمد البجيرمي، المكتبة الإسلامية، ديار بكر، تركيا.

- حاشية الشيخ سليمان الجمل على شرح المنهج (لزكريا الأنصاري)، سليمان الجمل، دار الفكر - بيروت.
- الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري الشافعي، ت: الشيخ علي محمد معوض - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط ١، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م.
- روضة الطالبين وعمدة المفتين، النووي، المكتب الإسلامي، بيروت، ط ٢، ١٤٠٥هـ.
- غاية البيان شرح زيد ابن رسلان، محمد بن أحمد الرملي الأنصاري، دار المعرفة، بيروت.
- كفاية الأختار في حل غاية الاختصار، تقي الدين أبو بكر بن محمد الحسيني الحصري دمشقي الشافعي، ت: علي عبد الحميد بلطجي ومحمد وهبي سليمان دار الخير، دمشق، ط ١، ١٩٩٤م.
- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، محمد الخطيب الشربيني، دار الفكر، بيروت.
- منهج الطلاب، زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري أبو يحيى، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٤١٨هـ.
- المهذب في فقه الإمام الشافعي، إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي أبو إسحاق، دار الفكر، بيروت.
- نهاية المطلب في دراية المذهب، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني، ت: أ.د. عبد العظيم محمود الديب، دار المنهاج، جدة، ط ١، ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م.

٤- الحنابلة:

- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، علاء الدين علي بن سليمان بن أحمد المرادوي، ت: محمد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٩٩٧م.
- دليل الطالب على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، مرعي بن يوسف الحنبلي، المكتب الإسلامي، بيروت، ط ٢، ١٣٨٩هـ.

- الروض المربع شرح زاد المستقنع، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، ١٣٩٠ هـ.
- شرح منتهى الإرادات المسمى دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، عالم الكتب، بيروت، ط٢، ١٩٩٦ م.
- عمدة الفقه، عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، ت: عبد الله سفر العبدلي، محمد دغليب العتيبي، مكتبة الطرفين، الطائف.
- الفروع، محمد بن مفلح المقدسي أبو عبد الله، ت: أبو الزهراء حازم القاضي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٨ هـ.
- الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، عبد الله بن قدامة المقدسي أبو محمد، المكتب الإسلامي، بيروت.
- كتب ورسائل وفتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، أحمد عبد الحليم بن تيمية الحراني أبو العباس، ت: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي مكتبة ابن تيمية، ط٢.
- كشف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يوسف بن إدريس البهوتي، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٢ هـ، ت: هلال مصيلحي.
- كشف المخدرات والرياض المزهرات لشرح أخصر المختصرات، عبد الرحمن بن عبد الله البعلي الحنبلي، قابله بأصله وثلاثة أصول أخرى: محمد بن ناصر العجمي، دار البشائر الإسلامية، بيروت، لبنان، ط١، ١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٢ م.
- المبدع في شرح المقنع، إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح الحنبلي أبو إسحاق، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٤٠٠ هـ.
- مختصر الإنصاف والشرح الكبير، محمد بن عبد الوهاب، ط١ ت: عبد العزيز بن زيد الرومي، د. محمد بلتاجي، د. سيد حجاب. مطابع الرياض، الرياض.
- مختصر فتاوى ابن تيمية، بدر الدين أبو عبد الله محمد بن علي الحنبلي البعلي، أشرف على تصحيحه: الشيخ عبد المجيد سليم، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
- المطلع على أبواب المقنع، محمد بن أبي الفتح البعلي الحنبلي، ت: محمد بشير الأدلبي، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٤٠١ هـ - ١٩٨١ م.

- المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، دار الفكر، بيروت، ط١، ١٤٠٥ هـ.

- منار السبيل في شرح الدليل، إبراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان، ت: عصام القلعجي، مكتبة المعارف، الرياض، ط٢، ١٤٠٥ هـ.

خامساً - كتب الفقه والنظريات الفقهية المعاصرة:

- الإجارة الواردة على عمل الإنسان، د. شرف بن علي الشريف، دار الشروق، جدة، ط١، ١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠ م.
- أحكام المعاملات الشرعية، الشيخ علي الخفيف، دار الفكر العربي، ط١، ١٤١٧ هـ - ١٩٩٦ م.
- أحكام تصرفات الوكيل في عقود المعاوضات المالية، د. سلطان بن إبراهيم الهاشمي، دار البحوث للدراسات الإسلامية وأحياء التراث، دبي، ط١، ١٤٢٢ هـ - ٢٠٠٢ م.
- أحكام ضمان العارية، د. محمد محي الدين إبراهيم، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٧ م.
- الإسلام عقيدة وشريعة، محمود شلتوت، دار الشروق، ط١، ١٤٠١ هـ - ١٩٨١ م.
- الالتزامات في الشرع الإسلامي، أحمد إبراهيم بك، دار الأنصار، ط١، ١٣٦٣ هـ - ١٩٤٤ م.
- الإلزام في التصرفات المالية في الفقه الإسلامي، د. وليد الربيع، دار النفائس، الأردن، ط١، ١٤٢٧ هـ - ٢٠٠٧ م.
- التفريط وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، د. مایسه كمال عبد الحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط١، ٢٠٠٩ م.
- سوء النية وأثره في عقود المعاوضات، د. محمد شكري الجميل العدوي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط١، ٢٠٠٨ م.
- الشريعة الإسلامية، محمود الشربيني، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٨٧ م.
- ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، د. محمد أحمد سراج، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ط١، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ م.

- ضمان العقد في الفقه الإسلامي، د. محمد نجدات محمد، دار المكتبي، دمشق، ط ١، ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٧م.
- ضمان المؤجر للعيب الخفي، د. محمد حسن عبد الرحمن، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١م - ١٤٢٢هـ.
- ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي، د. سليمان محمد أحمد، مطبعة السعادة، ط ١، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.
- الضمان في الفقه الإسلامي، الشيخ علي الخفيف، معهد البحوث والدراسات العربية، ١٩٧١م.
- ضوابط العقود، د. عبد الحميد محمود البعلي، مكتبة وهبة، القاهرة، ط ١.
- عقد الإيجار، د. عبد الحي حجازي، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ط ١، ١٩٥٨م.
- الفعل الضار والضمان فيه، مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم، دمشق، ط ١، ١٤٠٩هـ - ١٩٨٨م.
- الفقه الإسلامي وأدلته، د. وهبة الزحيلي، دار الفكر، دمشق، ط ٢، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.
- المحاماة في الشريعة الإسلامية، د. رجائي سيد أحمد العطاي في الفقي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٦م.
- المدخل الفقهي العام، مصطفى الزرقا، دار الفكر، دمشق، ١٩٦٧-١٩٦٨م.
- المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، مصطفى الزرقا، دار القلم، دمشق، ط ١، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م.
- المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، محمد مصطفى شلبي، دار النهضة العربية، بيروت، ط ١، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.
- المدخل لدراسة الفقه الإسلامي ونظرياته العامة، د. رمضان علي السيد الشرنباصي، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ط ٣.
- المسؤولية عن فعل الغير، أ.د. وهبة الزحيلي، دار المكتبي، دمشق، سوريا، ط ١، ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م.

- مصادر الحق في الفقه الإسلامي، عبد الرزاق أحمد السنهوري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط ٢، ١٩٩٨م.
- الملكية في الشريعة الإسلامية، طبيعتها ووظيفتها وقيودها، دراسة مقارنة بالقوانين والنظم الوضعية، د. عبد السلام العبادي، مكتبة الأقصى، عمان، ط ١، ١٣٩٤هـ - ١٩٧٤م.
- النظريات الفقهية، د. فتحي الدريني، منشورات جامعة دمشق، ط ٤، ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م.
- نظرية الضرورة الشرعية، د. وهبة الزحيلي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط ٥، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.
- نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام، أ.د. محمد فوزي فيض الله، مكتبة دار التراث، الكويت، ط ٢، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.
- نظرية الضمان، وهبة الزحيلي، دار الفكر، دمشق سوريا، ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م.
- النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، د. صبحي محمصاني، دار العلم للملايين، بيروت، ط ٣، ١٩٨٣م.
- نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي، د. محمد سراج، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية.
- الوكالة في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها الاقتصادية المعاصرة، د. محمد نجدات محمد، دار المكتبي، دمشق-سوريا، ط ١، ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٧م.
- يد الضمان ويد الأمانة بين النظرية والتطبيق في الفقه الإسلامي، د. حارث محمد سلامه / د. أحمد غالب الخطيب. مجلة الجامعة الإسلامية (سلسلة الدراسات الإنسانية) المجلد الثامن عشر، العدد الثاني، يونيو ٢٠١٠، عمان - الأردن.

سادساً - كتب القانون وشروحها:

- أحكام الالتزام في قانون دولة الإمارات العربية المتحدة، د. عبد الواحد كرم، دار الفجر، أبوظبي، ٢٠٠٣م.
- أحكام الالتزام والإثبات في القانون المدني الليبي، عدنان طه الدوري، منشورات الجامعة المفتوحة، ط ١، ١٩٩١م.

- الحقوق العينية الأصلية، محمد وحيد الدين سوار، مكتبة الثقافة، عمان، ٢٠٠١م.
- الحقوق العينية التبعية، محمد وحيد الدين سوار، مكتبة الثقافة، عمان، ط١، ٢٠٠٦م.
- صلاحية الأشياء القابلة للاستهلاك للتعاقد في القانون المدني والفقهاء الإسلامي، د. صابر محمد محمد سيد، مطبعة ومكتبة الصفا والمروة، أسيوط، ط١٤١٩هـ - ١٩٩٨م.
- ضمان المنافع، إبراهيم فاضل الدبو، دار عمار، عمان، ط١، ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م.
- عقد العارية دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وموازنة بالقانون الوضعي في البلاد العربية، د. عبد الحميد محمود البعلي، مطبوعات الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية، القاهرة، مصر، ١٩٩٠م.
- عقد الوكالة فقهاً وقضاءً، إبراهيم سيد أحمد، المكتب الجامعي الحديث، إسكندرية.
- عقد الوكالة في ضوء قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة وأحكام الفقه الإسلامي، د. محمد جبر الألفي، مطبوعات جامعة الإمارات، ط٢، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م.
- العقود المسماة - عقد الإيجار، أ.د. رمضان أبو السعود، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٦م.
- العقود المسماة، د. علي هادي العبيدي، دار الثقافة للنشر، ط١، ٢٠٠٦م.
- القانون المدني، د. محمد حسن قاسم، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، ٢٠٠١م.
- المباشرة والتسبب في الفعل الضار، د. صابر محمد محمد سيد، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٨م.
- مجموعة الأحكام الصادرة من دوائر المواد المدنية والتجارية والشرعية المدنية والأحوال الشخصية، العدد الثالث، السنة السابعة عشرة / ١٩٩٦م / المحكمة الاتحادية العليا، الطعون ١٦٦ و ١٧٧ و ١٩٦ لسنة ١٧ جلسة ١٩/١١/١٩٩٦، مطبوعات جامعة الإمارات، ط١، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م.
- مدى مسئولية الوكيل في عقد الوكالة، د. إسماعيل عبد النبي شاهين، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١، ١٩٩٥م.

- أحكام الالتزام والإثبات في القانون المدني الليبي، عدنان طه الدوري، منشورات الجامعة المفتوحة، ط١، ١٩٩١م.
- أحكام الالتزام، د. رمضان محمد أبو السعود، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٦م.
- أحكام الالتزام، د. عبد السميع عبد الوهاب، مطبوعات جامعة الإمارات، العين، ط٢٠٠٢م.
- أحكام القسمة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، د. محمد عبد الرحمن الضويني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط١، ٢٠٠١م.
- أحكام الوصية والميراث والوقف في الشريعة الإسلامية، د. زكي الدين شعبان ود. أحمد الغندور، مكتبة الفلاح، الكويت، ط٢، ١٤١٠هـ - ١٩٨٩م.
- أحكام الوضع الظاهر في عقود المعاوضات المالية، سلامة عبد الفتاح حليبة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٥م.
- أحكام عقد الوديعة في التشريع المصري والمقارن مدنياً وجنائياً، د. عبد الفتاح الشهاوي، منشأة المعارف جلال جزي وشركاه، الإسكندرية.
- أحكام قانون إيجار الأماكن وتنظيم العلاقة بين المالك والمستأجر، د. مصطفى محمد عرجاوي، ط٢، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م.
- أحكام لزوم العقد، د. عبد الرحمن بن عثمان الجلعود، كنوز أشبيليا، الرياض، ط١، ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م.
- أحكام وديعة الصكوك، إبراهيم أحمد البسطويسي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٦م.
- تجديد الالتزام، د. رضا متولي وهدان، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، ١٩٩٩م.
- حراسة المدعي العام الاشتراكي ومحكمة القيم، أحمد هاني مختار، مكتبة كوميت، شارع عبد الخالق ثروت، ط١، ٢٠٠٢م.

- المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الصادرة بالقانون الاتحادي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥م المعدل بالقانون الاتحادي رقم (١) لسنة ١٩٨٧م.
- المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، شريف أحمد الطباخ، دار الفكر والقانون، المنصور، ط١، ٢٠٠٩م.
- المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقانون، عز الدين الدناصور. عبد الحميد الشواربي، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، ط٧، ٢٠٠٢م.
- مصادر الالتزام الإرادية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، أ.د. عبد الناصر توفيق العطار، مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة، ط٢، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م.
- مصادر الالتزام، د. جلال علي العدوي، الدار الجامعية، ط١٩٩٤م.
- مصادر الالتزام، د. عبد القادر الفار، دار الثقافة، عمان، ط١، ٢٠٠٥م.
- المصادر غير الإرادية للالتزام في قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، أ.د. محمد المرسي زهرة، مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة، العين، ط١، ٢٠٠٢م.
- المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي، عبد الله علي حسين، ت: أ.د. محمد أحمد سراج، أ.د. علي جمعة محمد، أحمد جابر بدران، دار السلام، القاهرة، ط١ ١٤٢١هـ - ٢٠٠١م.
- موجز أحكام عقد الإيجار في التقنين المدني وتشريعات إيجار الأماكن، أ.د. إسماعيل عبد النبي شاهين، ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م.
- الموسوعة الجامعة في التعليق على القانون المدني، قمر محمد موسى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٣م.
- نظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية، د. عبد الناصر توفيق العطار، مطبعة السعادة.
- النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام، د. توفيق حسن فرج، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٨م.
- النظرية العامة للالتزام، أ.د. رمضان أبو السعود، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٢م.

- النظرية العامة للحراسة في القانون المدني، د. رضا محمد عبد السلام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٧م.
- الواجب في شرح القانون المدني الفعل الضار والمسؤولية المدنية، د. سليمان مرقس، دار الكتب القانونية شتات، مصر، المنشورات الحقوقية صادر، بيروت، لبنان.
- الوجيز في شرح قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، د. عبد الخالق حسن أحمد، كلية شرطة دبي، ط٣، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م.
- الوسيط في شرح القانون المدني، عبد الرزاق السنهوري، دار إحياء التراث، بيروت.
- الوكالة في الشريعة الإسلامية، محمد رضا العاني، مطبعة العاني، بغداد، ١٣٩٥هـ - ١٩٧٥م.

سابعاً - المعاجم الفقهية اللغوية:

- أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، قاسم بن عبد الله بن أمير علي القونوي، ت: د. أحمد بن عبد الرزاق الكبيسي، دار الوفاء، جدة، ط١، ١٤٠٦هـ.
- تاج العروس من جواهر القاموس، محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، دار الهداية.
- تحرير ألفاظ التنبيه (لغة الفقه)، يحيى بن شرف بن مري النووي أبو زكريا، ت: عبد الغني الدقر، دار القلم، دمشق، ط١، ١٤٠٨م.
- التعريفات، علي بن محمد بن علي الجرجاني، ت: إبراهيم الأبياري، دار الكتاب العربي، بيروت، ط١، ١٤٠٥هـ.
- تهذيب اللغة، أبو منصور محمد بن أحمد الأزهرى، ت: محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط١، ٢٠٠١م.
- العين، الخليل بن أحمد الفراهيدي، ت: د مهدي المخزومي / د إبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال.
- غريب الحديث، القاسم بن سلام الهروي أبو عبيد، ت: د. محمد عبد المعيد خان دار الكتاب العربي، ط١، ١٣٩٦، بيروت.

- التعويض عن الضرر الأدبي (دراسة مقارنة)، إعداد باسل محمد يوسف قبها، إشراف: الدكتور علي السرطاوي، رسالة ماجستير، كلية النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، ٢٠٠٩م.
- عقد الإجارة المنتهية بالتملك من التطبيقات المعاصرة لعقد الإجارة في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير من جامعة النجاح الوطنية في نابلس - فلسطين، إعداد: محمد يوسف عارف الحاج محمد، ٢٠٠٣م.

تاسعاً - الدوريات:

- حكمة ضمان الفعل الضار وأثرها في تحديد موجباته في الفقه الإسلامي، علي صالح، أيمن، مجلة مؤتمه للبحوث والدراسات، العدد ٤، الأردن.
- ضمان عيوب المبيع في ضوء مقاصد الشريعة، سعيد خليفة العبار، منشورات جامعة قار يونس، بنغازي.

عاشراً - المواقع الإلكترونية

- [/http://farisalajrish.maktoobblog.com](http://farisalajrish.maktoobblog.com)
- <http://fawzyi.mam9.com>
- <http://www.emiaybaladna.com>
- [/http://www.f-law.net](http://www.f-law.net)
- <http://www.iugaza.edu.ps/ara/research>
- <http://www.jusf.net/vb/showthread.ph>
- <http://www.lawjo.net/vb/attachment>
- <http://www.qataru.com>
- <http://www.shamela.ws>

- القاموس المحيط، محمد يعقوب الفيروز آبادي، مؤسسة الرسالة، بيروت.

- لسان العرب، محمد بن مكرم بن منظور، دار صادر، بيروت، ط١.

- مشارق الأنوار على صحاح الآثار، أبو الفضل عياض بن موسى بن عياض اليحصبي السبتي المالكي، المكتبة العتيقة ودار التراث.

- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، أحمد بن محمد بن علي المقري، المكتبة العلمية، بيروت.

- المعجم الوسيط، إبراهيم مصطفى / أحمد الزيات / حامد عبد القادر / محمد النجار، مجمع اللغة العربية، دار الدعوة.

- معجم مقاييس اللغة، أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط ١، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م، اعتنى به: د. محمد عوض مرعب، والآنسة فاطمة محمد أصلان.

- المغرب في ترتيب المغرب، أبو الفتح المطرزي، ت: محمد عثمان، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، ط١، ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م.

- الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ط٢، ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م.

ثامناً - الرسائل الجامعية:

- أحكام الودعية في الفقه الإسلامي، خليل محمد مصطفى نصار، رسالة دكتوراه، جامعة الأزهر، ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م.

- أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية، محمد عبيد عبد الله الكبيسي، رسالة دكتوراه في الشريعة الإسلامية، جامعة الأزهر، ١٣٩٦هـ - ١٩٧٦م.

- أحكام الوكالة في الشريعة الإسلامية، أحمد حبيب محمد حسين السماك، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، مصر.

- التزامات الوكيل تجاه موكله في عقد الوكالة المدنية، عماد أديب سلامة، رسالة جامعية لنيل درجة الماجستير في القانون، الجامعة الأردنية، ١٩٩٤م.



فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع
٩	إهداء
١١	المقدمة
١٩	الفصل التمهيدي : مفهوم الالتزام والعقد ومصادر الالتزام إجمالاً
٢١	المبحث الأول : مفهوم الالتزام ومصادره إجمالاً
٢٣	المطلب الأول : مفهوم الالتزام
٢٥	الفرع الأول: ماهية الالتزام في الفقه الإسلام
٢٥	أولاً- تعريف الالتزام لغةً:
٢٥	ثانياً- تعريف الالتزام اصطلاحاً:
٢٧	العلاقة بين الإلزام والالتزام:
٢٨	الفرع الثاني: ماهية الالتزام في قانون المعاملات
٣٠	الفرع الثالث: الموازنة بين الفقه الإسلامى وقانون المعاملات
٣١	المطلب الثاني : مصادر الالتزام إجمالاً
٣٣	الفرع الأول: مصادر الالتزام في الفقه الإسلامى
٣٥	الفرع الثاني: مصادر الالتزام في قانون المعاملات
٣٧	الفرع الثالث: الموازنة بين الفقه الإسلامى وقانون المعاملات
٣٩	المبحث الثاني : في مفهوم العقد وبيان أقسامه
٤١	المطلب الأول : ماهية العقد
٤٣	الفرع الأول: ماهية العقد في الفقه الإسلامى
٤٣	أولاً: العقد في اللغة:

٥٨	ثامناً - أقسام العقود من حيث اقتصارها على عقد واحد أو أكثر:
٥٩	الفرع الثالث: الموازنة بين أقسام العقود في الفقه الإسلامي وفي القانون المدني
٦١	الباب الأول : مفهوم الالتزام بالحفظ وطبيعته وتطبيقاته في الفقه الإسلامي وقانون المعاملات
٦٣	الفصل الأول : في مفهوم الالتزام بالحفظ وطبيعته
٦٥	المبحث الأول : ماهية الالتزام بالحفظ
٦٧	المطلب الأول : ماهية الحفظ في الفقه الإسلامي
٦٩	الفرع الأول: ماهية الحفظ في اللغة
٦٩	الفرع الثاني: ماهية الحفظ في اصطلاح الفقهاء
٧١	المطلب الثاني : مفهوم الحفظ في قانون المعاملات
٧٥	المطلب الثالث : الموازنة بين الفقه الإسلامي وقانون المعاملات
٧٧	المبحث الثاني : طبيعة الالتزام بالحفظ أو تكييفه
٨١	المطلب الأول : طبيعة الالتزام بالحفظ في الفقه الإسلامي
٨٥	المطلب الثاني : طبيعة الالتزام بالحفظ في قانون المعاملات
٨٩	المطلب الثالث : الموازنة بين الفقه الإسلامي وقانون المعاملات
٩٣	المبحث الثالث : طبيعة يد الملتزم بالحفظ
٩٥	المطلب الأول : طبيعة يد الملتزم بالحفظ في الفقه الإسلامي
١٠١	المطلب الثاني : طبيعة يد الملتزم في قانون المعاملات
١٠٥	المطلب الثالث : الموازنة بين الفقه الإسلامي وقانون المعاملات
١٠٩	الفصل الثاني : تطبيقات لالتزام بالحفظ
١١١	المبحث الأول : في العقود الواردة على العمل

٤٤	ثانياً: العقد في الفقه الإسلامي
٤٥	الفرع الثاني: ماهية العقد في قانون المعاملات
٤٦	الفرع الثالث: موازنة بين الفقه الإسلامي وقانون المعاملات
٤٧	المطلب الثاني : تقسيمات العقد
٤٩	الفرع الأول: أقسام العقد في الفقه الإسلامي
٤٩	أولاً - أقسام العقود بالنسبة للصحة وعدمها:-
٥٠	ثانياً - أقسام العقود من حيث التسمية وعدمها:
٥٠	ثالثاً - أقسام العقود من حيث اللزوم وعدمه:
٥١	رابعاً - أقسام العقود من حيث النفاذ وعدمه:
٥٢	خامساً - أقسام العقود من حيث العوض وعدمه:
٥٢	سادساً - أقسام العقود من حيث وجود التأقيت وعدمه:
٥٣	سابعاً - أقسام العقود من حيث الضمان وعدمه:
٥٣	ثامناً - أقسام العقود من حيث النظر إلى محلها:
٥٤	الفرع الثاني: أقسام العقود في قانون المعاملات
٥٤	أولاً - تقسيم العقود من حيث تنظيم المشرع لها أو عدم تنظيمه:
٥٥	ثانياً - أقسام العقود من حيث شروط تكوينها:
٥٦	ثالثاً - أقسام العقود من حيث الأثر المترتب عليها:
٥٦	رابعاً - أقسام العقود من حيث اعتبار الوقت:
٥٧	خامساً - أقسام العقود من حيث وجود العوض وعدمه:
٥٨	سادساً - أقسام العقود من حيث طبيعتها:
٥٨	سابعاً - أقسام العقود من حيث استقلال وجودها من عدمه:

١٤١	أولاً - خلط الوديعة بإذن صاحبها:
١٤١	الحالة الثانية - خلط الوديعة بغير إذن صاحبها:
١٤٣	الفرع الثاني - التزامات الوديع في القانون المدني:
١٤٦	الفرع الثالث - الموازنة بين الفقه الإسلامي وقانون المعاملات:
١٤٧	المطلب الثالث : عقد الحراسة
١٤٩	أولاً: الحراسة في اللغة والفقه الإسلامي
١٥١	ثانياً: الحراسة في القانون المدني
١٥٣	ثالثاً: الموازنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني
١٥٤	الفرع الأول: التزامات الحارس بالحفظ في الفقه الإسلامي
١٥٥	الفرع الثاني: التزامات الحارس بالحفظ في القانون المدني
١٥٧	الفرع الثالث: الموازنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني
١٥٩	المبحث الثاني : في العقود الواردة على المنفعة
١٦١	المطلب الأول : عقد الإجارة
١٦٣	أولاً - تعريف الإجارة في اللغة والفقه الإسلامي
١٦٤	ثالثاً: الموازنة بين الفقه الإسلامي وقانون المعاملات
١٦٥	مقتضى عقد الإيجار
١٦٦	الفرع الأول: التزام المستأجر بالحفظ في الفقه الإسلامي
١٦٦	- أولاً: استعمال العين المؤجرة فيما أعدت له
١٦٧	- ثانياً: عدم إحداث تغيير بالشيء المأجور
١٦٧	- ثالثاً: إجراء الترميمات اللازمة
١٦٨	- رابعاً: الالتزام بتنظيف العين المؤجرة

١١٣	المطلب الأول : عقد الوكالة
١١٥	أولاً: الوكالة في الفقه الإسلامي
١١٧	ثانياً: الوكالة في القانون المدني
١١٩	ثالثاً: الموازنة بين تعريف الفقه الإسلامي والقانون المدني
١١٩	الفرع الأول: التزام الوكيل بالحفظ في الفقه الإسلامي
١١٩	أولاً - التزام الوكيل بالأمانة في تنفيذ الوكالة
١٢١	ثانياً: التزام الوكيل بالعمل بما هو أصح لموكله
١٢٢	الفرع الثاني: التزام الوكيل بالحفظ في القانون المدني
١٢٢	أولاً: التزام الوكيل بتنفيذ الوكالة في حدودها المرسومة
١٢٤	ثانياً: العناية الواجبة في تنفيذ الوكالة
١٢٥	ثالثاً: أمانة الوكيل في تنفيذ الوكالة
١٢٦	الفرع الثالث: الموازنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني
١٢٧	المطلب الثاني : عقد الوديعة
١٢٩	توطئة: في التعريف بالوديعة في اللغة والاصطلاح والقانون المدني
١٢٩	أولاً: الوديعة في الفقه الإسلامي
١٣٢	ثانياً: الوديعة في القانون المدني
١٣٤	ثالثاً: الموازنة بين الفقه الإسلامي وقانون المعاملات
١٣٤	الفرع الأول: التزام الوديع بالحفظ في الفقه الإسلامي
١٣٦	أولاً - إذا عين صاحبها حرزاً لها:
١٣٦	ثانياً - إذا لم يعين صاحبها حرزاً لها:
١٣٧	صور حفظ الوديعة

١٩٣	أولاً - ضمان العقد:
١٩٤	ثانياً - ضمان الفعل (ضمان العدوان):
١٩٧	المطلب الثاني : طبيعة المسؤولية الناجمة عن الالتزام بالحفظ في قانون المعاملات
١٩٩	أولاً - المسؤولية العقدية:
٢٠٠	١- وجود عقد صحيح بين المسؤول والمضروب:
٢٠٠	٢- وجود إخلال بالالتزام عقدي بين الدائن والمدين:
٢٠٠	ثانياً - المسؤولية التقصيرية:
٢٠٥	المطلب الثالث : الموازنة بين الفقه الإسلامي وقانون المعاملات
٢٠٩	المبحث الثاني : الشروط اللازم توفرها لقيام هذه المسؤولية
٢١١	المطلب الأول : التعدي أو التقريط في الحفظ
٢١٣	الفرع الأول: التعدي في الفقه الإسلامي
٢١٣	أولاً - التعدي في اللغة:
٢١٣	ثانياً - التعدي في اصطلاح الفقهاء:
٢١٦	الفرع الثاني: التعدي في قانون المعاملات
٢١٧	أولاً - مفهوم التعدي
٢١٩	ثانياً - معيار التعدي
٢١٩	أولاً - الواجبات الشرعية والقانونية:
٢٢٠	ثانياً - العرف (مخالفة المعتاد):
٢٢١	الفرع الثالث: الموازنة بين الفقه الإسلامي وقانون المعاملات
٢٢٣	المطلب الثاني : الضرر
٢٢٥	الفرع الأول: الضرر في الفقه الإسلامي

١٦٨	الفرع الثاني - التزام المستأجر بالحفظ في قانون المعاملات
١٦٨	- أولاً: استعمال العين المؤجرة فيما أعدت له
١٦٩	- ثانياً: عدم إحداث تغيير بالشيء المؤجر
١٧٠	- ثالثاً: إجراء الترميمات اللازمة
١٧٠	الفرع الثالث: الموازنة بين الفقه الإسلامي وقانون المعاملات
١٧١	المطلب الثاني : عقد الإعارة
١٧٣	أولاً: تعريف عقد الإعارة في اللغة والفقه الإسلامي
١٧٥	ثانياً: تعريف عقد الإعارة في قانون المعاملات
١٧٥	ثالثاً: الموازنة بين الفقه الإسلامي وقانون المعاملات
١٧٦	الفرع الأول: التزام المستعير بالحفظ في الفقه الإسلامي
١٧٨	الفرع الثاني: التزامات المستعير بالحفظ في قانون المعاملات
١٧٩	أولاً - المحافظة على العارية
١٨٠	ثانياً - استعمال العين المستعارة فيما أعدت له
١٨١	الفرع الثالث: الموازنة بين الفقه الإسلامي وقانون المعاملات
١٨٣	الباب الثاني : المسؤولية الناجمة عن الإخلال بواجب الالتزام بالحفظ
١٨٣	توطئة:
١٨٥	الفصل الأول : طبيعة المسؤولية الناجمة عن الالتزام بالحفظ
١٨٧	المبحث الأول : طبيعة المسؤولية الناجمة عن الالتزام بالحفظ في الفقه الإسلامي
١٨٩	المطلب الأول : طبيعة المسؤولية الناجمة عن الالتزام بالحفظ في الفقه الإسلامي
١٩١	أولاً - المسؤولية في اللغة:
١٩١	ثانياً - المسؤولية في الفقه الإسلامي:

٢٤٩	أولاً - في اللغة:
٢٥٠	ثانياً - في اصطلاح الفقهاء:
٢٥١	٢- الضمان بمعنى الالتزام
٢٥١	٣- التعويض:
٢٥٢	الفرع الثاني: مشروعية الضمان في الفقه الإسلامي
٢٥٧	المطلب الثاني: التعويض في قانون المعاملات
٢٥٩	التعويض في الاصطلاح القانوني:
٢٦٠	أنواع التعويض:
٢٦١	تقدير التعويض:
٢٦١	طرق تحصيل التعويض:
٢٦٢	المطلب الثالث: الموازنة بين الفقه الإسلامي وقانون المعاملات
٢٦٧	المبحث الثاني: الإعفاء من الضمان أو التخفيف منه
٢٦٩	المطلب الأول: تخفيف الضمان عن المباشر والمتسبب أو إعفاء كل منهما
٢٧١	الفرع الأول - تخفيف الضمان عن المباشر والمتسبب أو إعفاؤه في الفقه الإسلامي:
٢٧١	أولاً - تخفيف الضمان:
٢٧٢	ثانياً - الإعفاء من الضمان:
٢٧٦	الفرع الثاني: تخفيف الضمان عن المباشر والمتسبب أو إعفاؤهما في قانون المعاملات
٢٧٦	١- الدفاع المشروع
٢٧٧	٢- الإكراه الملجئ
٢٧٨	٣- تنفيذ أمر الرئيس:
٢٧٨	الفرع الثالث: الموازنة بين الفقه الإسلامي وقانون المعاملات

٢٢٥	أولاً: الضرر في اللغة
٢٢٦	ثانياً: الضرر في اصطلاح الفقهاء
٢٢٨	الفرع الثاني: الضرر في قانون المعاملات
٢٣٠	الفرع الثالث: الموازنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني
٢٣٢	المطلب الثالث: السببية
٢٣٥	الفرع الأول: السببية في الفقه الإسلامي
٢٣٥	ثانياً - السبب في اصطلاح الفقهاء:
٢٣٦	أولاً - تعاقب الأضرار
٢٣٧	ثانياً - تعدد أسباب الضرر
٢٣٨	الفرع الثاني: السببية في قانون المعاملات
٢٣٩	أولاً - تعاقب الأضرار
٢٣٩	ثانياً - تعدد أسباب الضرر
٢٣٩	- نظرية تعادل الأسباب أو تكافئها:
٢٣٩	- نظرية السبب المنتج:
٢٤٠	- نظرية السبب القريب:
٢٤٠	- نظرية السببية المباشرة:
٢٤١	الفرع الثالث: الموازنة بين الفقه الإسلامي وقانون المعاملات
٢٤٣	الفصل الثاني: جزاء الإخلال بالمسؤولية الناجمة عن الحفظ
٢٤٥	المبحث الأول: الضمان ومشروعيته
٢٤٧	المطلب الأول: الضمان ومشروعيته في الفقه الإسلامي
٢٤٩	الفرع الأول: ماهية الضمان في الفقه الإسلامي

ملخص البحث

٢٨١	المطلب الثاني : الإعفاء من الضمان لسبب أجنبي
٢٨٣	الفرع الأول: الإعفاء من الضمان لسبب أجنبي في الفقه الإسلامي
٢٨٥	الفرع الثاني: الإعفاء من الضمان لسبب أجنبي في قانون المعاملات
٢٨٦	الفرع الثالث: الموازنة بين الفقه الإسلامي وقانون المعاملات
٢٨٧	الخاتمة
٢٩٣	فهرس الآيات
٢٩٩	فهرس أطراف الأحاديث الشريفة
٣٠٣	فهرس المصطلحات المشروحة
٣٠٧	قائمة المراجع والمصادر
٣٢٧	فهرس الموضوعات
٣٤٣	ملخص البحث

للعقود أهمية بالغة في حياة الناس، حيث إن المرء قد يبرم في اليوم الواحد عدة عقود. ورغم هذه الأهمية إلا أننا نجد أن كثيراً من الناس ليست لديهم الثقافة التعاقدية المطلوبة لحماية حقوقهم والمحافظة عليها، ما قد يكون سبباً في حدوث كثير من النزاعات والخلافات بين الأطراف المتعاقدة.

وفي ضوء هذه الأهمية تناولت هذه الدراسة جانباً من جوانب أحكام العقود وهو الالتزام بالحفظ في العقود الواردة على العمل والمنفعة، وذلك في الفقه الإسلامي، ومن ثم مقارنة هذه الأحكام بقانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، وذلك من خلال طرح الموضوع في بابين وفصل تمهيدي.

الفصل التمهيدي في التعريف بالالتزام والعقد ومصادر الالتزام إجمالاً؛ حيث تعرض الفصل لتعريف الالتزام في كل من الفقه الإسلامي وقانون المعاملات المدنية الإماراتي، إلى جانب ذكر مصادر الالتزام لكل من الفقه والقانون. مع تناول العقد - كمصدر من مصادر الالتزام - بشيء من التفصيل لكونه محورياً أساسياً في الدراسة..

الباب الأول في مفهوم الالتزام بالحفظ وطبيعته وتطبيقاته في الفقه الإسلامي وقانون المعاملات المدنية الإماراتي. وقسم هذا الباب إلى الفصل الأول الذي تعرض لتعريف الالتزام بالحفظ، وتطرق لمعرفة طبيعة الحفظ في العقود. والفصل الثاني والذي تناول تطبيق الالتزام بالحفظ في العقود الواردة على العمل والمنفعة.

الباب الثاني في المسؤولية الناجمة عن الإخلال بواجب الحفظ. وقسم هذا الباب إلى الفصل الأول الذي تناول الحديث عن طبيعة المسؤولية الناجمة عن الحفظ، والشروط اللازم توافرها لقيام هذه المسؤولية. والفصل الثاني تطرق لذكر جزاء الإخلال بالمسؤولية الناجمة عن الحفظ، وذلك من خلال التعرض للتعريف بالضمان ومشروعيته، ومدى جواز التخفيف منه أو إعفائه منه.

Research summary

Contracts are of great importance in people's lives. One might conclude, in one day, many of contracts. Despite this importance, we find that many people do not have the culture required for the protection of their contractual rights and maintaining them. That might be the cause of many conflicts and disputes between the contracting parties.

In view of this importance, this study addressed this aspect of the contract provisions, which is the commitment to conservation contained in the contracts to work and benefit, and that is in Islamic jurisprudence, and then compare these provisions to civil law transactions in the United Arab Emirates, and that's through putting the issue in two sections and a preliminary chapter.

The preliminary chapter is in the definition of commitment and the contract and the sources of commitment to the overall. The chapter whereby offering the definition of commitment in both Islamic jurisprudence and the UAE Civil Transactions Law, as well as referring to the sources of commitment of both jurisprudence and law. Not to mention dealing with the contract - as a source of commitment - in some detail because it is a major focus in the study.

Section I is about the concept of commitment to conservation, its nature and its applications in Islamic jurisprudence and the UAE Civil Transactions Law. The first chapter in Section 1 deals with the concept of commitment to conservation and its nature. And the second chapter which dealt with the application of conservation commitment contained in the contracts to work and benefit.

Section 2 is about the responsibility arising from violating the duty of conservation. This section was divided into chapter 1 which dealt with the nature of the liability arising from the conservation and conditions required for the establishment of this responsibility. And the second chapter mentioned the penalty of violating the duty of conservation. This happens through the defining of guarantee and its legitimacy, and the permissibility of mitigation or even relieving from it.



كلية الدراسات الإسلامية والعربية

دبي - الكرامة - شارع زعبيل - ص.ب. 50106, الإمارات العربية المتحدة

هاتف : +971 4 3961777

فاكس : +971 4 3961314

الموقع الإلكتروني : www.islamic-college.ae

1434هـ/