التنظيم القانوني لعقد الضمان " دراسة مقارنة في الفقه الامامي "

Legal organization of the guarantee contract "a comparative study in Imami jurisprudence"

المدرس الدكتور حسن ضعيف حمود
كلية القانون / جامعة بابل
hasan.hamood@uobabylon.edu.iq

الخلاصة.
الضمان عقد بين الضامن والمضمون له ، ينقل الدين من المضمون عنه الى الضامن بالصفة المتفق عليها وهو صورة مستقلة عن الحوالة ، ولا يغني تنظيمها عن تنظيمه بسب الاحكام الخاصة التي يمتاز بها عنها ، وهو عقد لازم لا يستقل بفسخه احد طرفيه ، وملزم لكل من الضامن والمضمون له ، حيث يلتزم الاخير بعدم مطالبة المضمون عنه بالدين، بمقابل التزام الاول بالوفاء به في الوقت المتفق عليه في عقد الضمان ، ويستمد عقد الضمان مشروعيته على مستوى القانون العراقي من القواعد العامة التي اجازت ان يرد العقد على اي عمل او خدمة معينة او اي شي آخر لا يكون الالتزام به ممنوعًا بالقانون او مخالفًا للنظام العام ،غير انه بسبب احكامه الخاصة يحتاج الى تنظيمه كعقد مسمى شأنه في ذلك شأن الحوالة والكفالة وسائر العقود .

الكلمات المفتاحية: التنظيم ، القانوني ، العقد ، الضمان.

Abstract
The guarantee is a contract between the guarantor and the guaranteed, transferring the debt from the
guaranteed to the guarantor in the agreed-upon manner. It is an independent form of the transfer, and its organization does not replace its organization due to the special provisions that distinguish it from it. It is a binding contract that cannot be independently terminated by either of its two parties, and is binding on both the guarantor and the guaranteed, as the latter is obligated not to demand the debt from the guaranteed, in return for the former's commitment to fulfill it at the time agreed upon in the guarantee contract. The guarantee contract derives its legitimacy at the level of Iraqi law from the general rules that permit the contract to be related to any specific work or service or anything else that is not prohibited by law or contrary to public order. However, due to its special provisions, it needs to be organized as a named contract, similar to the transfer, guarantee, and other contracts.

Key words : legal ,organization , the guarantee, contract

المقدمة

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على خير خلقه اجمعين ؛ محمد وآله الطيبين الطاهرين .

قبل الخوض في البحث لا بد من التعريف بموضوعه، وبيان اهميته واسباب اختياره، والاشكالية التي ينطلق منها ، فضلًا عن بيان نطاق البحث ومنهجه ، وخطته .

اولًا : التعريف بموضوع البحث

تحظى رابطة الالتزام باهتمام واسع في الفقه الاسلامي والتشريعات الوضعية ، بسبب كثرة المعاملات واهميتها في حياة الافراد ، وينصب قدر كبير من هذا الاهتمام على الحفاظ على حقوق طرفي الالتزام والحرص على اداء الالتزامات المتبادلة . ولتحقيق الغاية المذكورة وجدت صور من التصرفات الارادية التي تقع نتيجتها في ضمان الحقوق كالكفالة او نقلها كالحوالة ، غير ان التشريعات الوضعية لم تلتفت الى الوسيلة التي تحقق الغايتين معًا (اي ضمان الحق ونقله) ، تلك الوسيلة التي افرد لها الفقه الامامي بابًا خاصًا وهي ما عبر عنها بعقد الضمان. فقد نظم الفقه الامامي بشكل مفصل هذا العقد ، ورتب عليه نقل الحق من المضمون عنه الى الضامن واوجب على هذا الاخير الوفاء بالحق بتمامه وبالأجل الذي يُحدد بعقد الضمان .فعقد الضمان حسب الفقه الامامي عقد له احكامه الخاصة التي تجعله يمتاز بشكل واضح عن الكفالة، فقد جعله ناقلًا للحق لا ضامنًا له فقط ، ولعل ذلك هو السبب الذي جعل الفقه الامامي يفرد لعقد الضمان بابًا خاصا به الى جانب الكفالة ، على خلاف المذاهب الاربعة الرئيسية في الفقه الاسلامي التي جعلت الحق لا ينتقل بنفس الضمان عن المضمون عنه بل يبقى الدين في ذمته ولا يسقط الا بالاداء سواء في ذلك الحي والميت على الراجح عندهم ، لأن الضمان عندهم ضم ذمة الى ذمة .

ثانيًا : اهمية الموضوع واسباب اختياره

يحظى البحث في موضوع عقد الضمان اهمية واضحة في ابراز الاحكام الخاصة بهذا العقد ؛ بغية تنظيمه كعقد مسمى من خلال دعوة المشرع الى ذلك ، سيما وان عقد الضمان بالمعنى الذي سوف نبينه لم نجد عنه اي دراسة على مستوى الفقه القانوني ، واذا كانت بعض الدراسات السابقة قد تضمنت في عناوينها مفردة الضمان فإنها لم تقصد به عقد الضمان الذي نحن بصدده ، بل بحثت تلك الدراسات الضمان تارة بمعنى المسؤولية واخرى بمعنى التأمين ، ونحن لم نرجع اليها اي (الى تلك الدراسات) لأننا اردنا بالضمان خصوص المعنى الذي قصده الفقه الامامي منه وهو معنى مختلف عن معنى الضمان في تلك الدراسات، وقد اخترنا هذا الموضوع بناء على ما وجدناه من تنظيم خاص لعقد الضمان في الفقه الامامي بشكل يجعله يستقل بشكل واضح عن كل من الكفالة والحوالة ، ومن ثم فإن ايجاد تنظيم خاص بهذا العقد فضلًا عن كونه ينسجم مع هذا الفقه الثري ؛ فإنه يضيف عقدًا مسمى الى القانون المدني العراقي يحقق ضمان الالتزام ونقله في وقت واحد .

ثالثًا : اشكالية البحث

والاشكالية التي ينطلق منها البحث هنا هي عدم تنظيم المشرع لهذا العقد رغم ما يحققه من اهمية بأحكامه الخاصة ، ولعل المشرع اكتفى عنه بحوالة الدين رغم اختلاف احكامها عن احكام عقد الضمان ، فإن هذا الاخير خلافًا للحوالة ـ كما سيتضح ـ ينقل الدين لا بصفته الاصلية بل بالصفة التي يتفق عليها طرفا عقد الضمان ، ولا يخول للضامن الرجوع على المضمون عنه الا بمقدار ما تكبده من خسارة بسبب الضمان ، فإذا وافق ان تم الوفاء بمقدار اقل من الدين ، او تبرع به اجنبي ، فإن الضامن لا يرجع على المضمون عنه الا بما ادى في الحالة الاولى ، ولا يكون له الرجوع اصلًا في الحالة الثانية ، وهذا خلافًا للحوالة فإن المحال عليه يرجع بالمحال به سواء أدفع اكثر ام اقل ام لم يدفع شيء اصلًا كما في صورة التبرع بالوفاء من قبل اجنبي . وقد نظم الفقه الامامي عقد الضمان الى جانب تنظيمه لعقد الحوالة ، ولم يكتفي بالثاني عن الاول ، وهو اي (الفقه الامامي) مستند في تنظيمه لهذا العقد الى احكام الشريعة الاسلامية وهي ابعد نظرًا من المشرع الوضعي واكثر عمقًا منه في تنظيم المعاملات .

رابعًا : تساؤلات البحث

ينتج عن الاشكالية المطروحة عدة تساؤلات لعل من ابرزها ؛ التساؤل عن مشروعية عقد الضمان ، وعن طبيعته ، وعما يمتاز به عن بعض عما يشابهه من اوضاع كالحوالة والكفالة ، وعن الآثار التي يرتبها

بالنسبة لكل من الضامن والمضمون لـه والمضمون عنه ، وهذه التساؤلات ما تتكفل هذه الدراسة ببيان الاجابة عنها وذلك بما تضمنته من مبحثين كما سيأتي في خطة البحث .

خامسًا : نطاق ومنهج البحث

سوف تنصب هذه الدراسة على بيان عقد الضمان واحكامه طبقًا للفقه الامامي ، ومقارنة هذه الاحكام بالقواعد العامة في القانون المدني العراقي لبيان مدى انسجام هذه القواعد مع تلك الاحكام .

سادسًا: خطة البحث

سوف نقسم الدراسة على مبحثين نخصص الاول لبيان مفهوم عقد الضمان من خلال تعريفه وبيان اركانه وتمييزه عما يشابهه من اوضاع ، ونبحث في الثاني احكام عقد الضمان ببيان احكام العلاقات المختلفة الناشئة عنه .

المبحث الاول / مفهوم عقد الضمان

ينشأ عقد الضمان كغيره من العقود من ايجاب وقبول ، وهو علاقة بين شخصين احدهما الضامن والاخر المضمون له ، يترتب عليه انتقال الالتزام الى ذمة الضامن وتبرء ذمة المضمون عنه اذ يلتزم الضامن بالوفاء نيابة عنه لا على اساس الوكالة او الكفالة ،بل و لا على اساس الحوالة ، انما على اساس تصرف لازم وملزم لكل من الضامن والمضمون له . ولغرض ان يتضح مفهوم عقد الضمان سوف نقسم هذا المبحث الى ثلاثة مطالب ، نبين في الاول تعريف عقد الضمان ، ونتناول في الثاني اركان عقد الضمان ، ونميز في الثالث بين عقد الضمان وما يشابهه من اوضاع .

المطلب الاول / ماهية عقد الضمان

تتضح ماهية عقد الضمان ببيان تعريفه وخصائصه ومشروعيته ، وهذا ما تتكفل به الفقرات التالية:

1- تعريف عقد الضمان

عُرف الضمان في الفقه الامامي بأنه نقل المال عن ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن للمضمون لـه.[1] فهو عبارة عن تحمل شخص دينًا في ذمة آخر، بحيث تنشغل ذمته بالدين وتفرغ منه ذمة المدين. والمتحمل هو الضامن، والمدين الأول هو المضمون عنه، وصاحب الدين هو المضمون لـه. ويكفي في إنشائه كل ما يدل على الالتزام بالمضمون المذكور من قول أو فعل، كما في غيره من العقود.[2]

ويجوز الضمان من الباطن اي الضمان عن الضامن ، ولا يقتصر جواز الضمان على الاعيان الثابتة في الذمم ، بل يجوز ضمان العمل او المنفعة المستقرة في ذمة شخص معين كضمان ما على الاجير من عمل ما لم يكن العمل مطلوب اداءه من الاجير نفسه بأن تكون شخصيته محل اعتبار في العقد[3]. وعلى مستوى القانون العراقي - فقهًا وتشريعًا وقضاء - لا نجد تعريفًا لعقد الضمان لأنه عقد غير منظم ، ويخضع للقواعد العامة للعقد كما سيتضح في مشروعيته .

2- خصائص عقد الضمان

عقد الضمان من العقود الرضائية ينعقد بالإيجاب والقبول بين الضامن والمضمون لـه على ما سيأتي التفصيل فيهما ، وليس المضمون عنه طرفًا في عقد الضمان ، فلا يكون الضمان اما مطلق او مقيد كما في الحوالة لأن المضمون عنه لما لم يكن طرفًا في العقد فليس له ان يقيد الوفاء من الدين الذي لـه في ذمة الضامن بل ان هذا الاخير على فرض كونه مدينًا للمضمون عنه فإن لـه الوفاء من اي جنس يرتضيه المضمون له ، نعم اذا اختلف الجنس الموفى به مع الجنس الثابت في ذمة المضمون عنه للمضمون لـه فليس للضامن - اذا جاز له الرجوع على المضمون عنه - ان يجبره على الوفاء من خصوص الجنس الذي اداه .[4]

، وهو من عقود المدة لأن تنفيذه لا يكون دفعة واحدة بل يدخل الزمن عنصر في تنفيذه .وعقد الضمان عقد لازم لا يجوز للضامن فسخه ولا للمضمون له [5]، وهو من جهة علاقة الضامن بالمضمون عنه يعد عمل تبرعي لأن الضامن يلتزم بالضمان عن المضمون عنه للمضمون لـه بدون مقابل ، لذلك يجب في الضامن ان يكون اهلًا للتبرع ،فلا يصح ضمان الصبي (مميزًا كان ام غير مميز) والمجنون ومن بحكمهما [6]، ولكن يجوز لمريض الموت ضمان غيره[7] .

ثم ان عقد الضمان يعد بإجماع الفقه الامامي ناقلًا للحق من ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن بحيث يعد المضمون عنه بريء الذمة من جهة المضمون له [8]، حتى ان هذا الاخير لو ابرء المضمون عنه وقع هذا الابراء لغوا لأنه لم تشتغل ذمته بشي للمضمون له حتى يبرئه [9]،وينتقل الحق بالصفة المتفق عليها في عقد الضمان لا بصفته الاصلية لأنه يجوز ضمان الحال مؤجلًا والمؤجل حالا على تفصيل يأتي ويترتب على ذلك ان عقد الضمان يعد بالمعنى الدقيق عقدا ملزمًا لجانبين ، ففي حين يلتزم بموجبه الضامن بالتزام ايجابي محله التعهد بالدين عن المضمون عنه ، فإن المضمون له يلتزم بموجبه بالتزام سلبي محله الامتناع عن مطالبة المضمون عنه بالدين ، وسيأتي مزيد من التفصيل لذلك في المطلب الذي عقدناه لأركان عقد الضمان.

3- مشروعية عقد الضمان

يستدل الفقه الامامي على مشروعية الضمان من القرآن والسنة والاجماع فمن القرآن قوله تعالى " ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم " ومن السنة ما روي من قوله " والزعيم غارم " ومن امتناعه عن الصلاة على من عليه دين حتى يُضمن ، فضلًا عن ذلك فقد اجمع المسلمون على جوازه وان اختلفوا في فروعه [10] .اما على مستوى القانون العرقي فيمكن ان نجد مشروعيته في القواعد العامة التي اجازت ان يرد العقد على اي عمل او خدمة معينة او اي شي آخر لا يكون الالتزام به ممنوعًا بالقانون او محالفًا للنظام العام ، فإن الالتزام في عقد الضمان يعد من قبيل التراضي على نقل الدين من ذمة الى ذمة اخرى ولا مانع من ذلك في القانون ، بل على العكس نجد ان المشرع اجاز نقل الدين والمطالبة كما في الحوالة غير ان هذه الاخيرة صورة مستقلة عن عقد الضمان كما سنلاحظ.

المطلب الثاني / اركان عقد الضمان

المتعارف في الفقه القانوني ان اركان العقد الرضا والمحل والسبب ، ولكن يُحتمل ان العقد باعتباره تصرفًا اراديًا فإن حقيقته متقومة بالتراضي، ولأنه تصرف بإرادتين فإن التراضي فيه ينحل الى ركنين هما الايجاب والقبول ، ثم ان التراضي لا بد له من موضوع ينصب عليه وهذا الموضوع هو ما يمكن ان يُطلق عليه محل العقد ، اما السبب بمعنييه - القصد المباشر وغير المباشر - فإنه خارج عن ماهية العقد ولولا خروجه عن ماهية العقد لما وقع الاختلاف في حقيقته ، لأنه لو كان جزء من ماهية العقد لنشأ عن الاختلاف في حقيقته اختلاف في حقيقة العقد وهذا غير حاصل ، كما انه من الواضح ان السبب بمعنى القصد المباشر لا معنى لاشتراط توفره اصلًا لأن الايجاب اذا كان لعقد تبرع فإن سببه المباشر هو نية التبرع وهي موجودة لا محالة فلا معنى لاشتراط وجودها ، واذا كان لعقد معاوضة فإن سببه المباشر هو الحصول على المقابل وهو موجود بحكم نية المعاوضة فلا معنى لاشتراطه ايضًا ، ونفس الكلام يُقال بالنسبة للقبول ، فإن سببه موجود ولا معنى لاشتراط وجوده . اما السبب بمعنى القصد غير المباشر فإنه موجود لا محالة ايضًا ؛لأن العاقل لا يقدم على شيء من غير قصد ولو كان قصده هو العبث ، بمعنى ان حتى من لم يكن في تصرفه قاصدًا فإن العبث يتعين قصدًا له . اما مشروعية السبب فواضح انها وصف عارض خارج عن ماهية العقد فلا تصلح لأن تكون ركنا في العقد ، لأن ركن الشيء ما كان داخلا في حقيقته ، فغاية ما تصل اليه مشروعة السبب ان تكون شرطًا لصحة العقد لا ركنًا مكونًا له .

فإذا كان لجعل المحل ركنًا في العقد وجهًا من جهة ان الرضا لا بد له من موضوع ينصب عليه ، فلا وجه لجعل السبب من اركان العقد لأنه خارج تمامًا عن العقد وعارضًا عليه بعد نشوئه وغاية ما يصل اليه ان تكون مشروعيته شرطًا لصحة العقد لا ركنًا فيه ، وعلى كل حال فلا جديد لدينا في السبب فنقتصر على بحث التراضي والمحل .

1 - التراضي

عقد الضمان كغيره من العقود لا بد فيه من الايجاب والقبول بكل ما يدل على تعهد الضامن بالدين وقبول المضمون له بذلك [11] ، ويجب في صيغة عقد الضمان التنجيز فلا يجوز تعليقه الى وقت او على امر كما لا يجوز للضامن ان يشترط فيه الخيار لنفسه [12]، ويجب في الضامن والمضمون له البلوغ والعقل والاختيار والرشد وكذلك عدم الحجر لفلس بالنسبة للمضمون له ، اما المضمون عنه وهو المدين فلا يشترط فيه شيء من ذلك [13]، فيجوز ضمان ما على المجنون او الصغير من الدين .

واذا تعددت الديون يجب تعيين الدين المضمون واذا تعدد دائنوا الشخص واريد الضمان لأحدهما ، او تعدد مدينوه واريد الضمان عن احدهما فلا بد من تعيين الدائن المضمون له او المدين المضمون عنه [14] وينسجم ذلك مع القواعد العامة في القانون المدني العراقي التي توجب الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية في العقد . وقد يقع الضامن او المضمون له في غلط بحيث لولا الغلط لما تحقق الرضا بالعقد ، وذلك كما لو غلط الضامن في مقدار الدين المضمون او في صفة من صفات الشخص المضمون عنه او غلط المضمون له في ملائة الضامن ، فحينئذ يمكن تطبيق القواعد العامة التي تقرر وقف العقد للغلط [15] .

2 ـ المحل

الظاهر من نصوص القانون المدني العراقي التي نظمت المحل وهي المواد (126 - 130) انها تنسب المحل الى الالتزام الناشئ الى العقد لا الى العقد ذاته ، وحينئذ فإن العقد الملزم لجانبين لا يكون فيه محل واحد بل يتعدد فيه المحل تبعًا لتوزع التزاماته بين طرفيه ، وهنا يمكن القول ان عقد الضمان لا يلزم الضامن فقط بل يلزم المضمون له ايضًا ، اما الضامن فمحل التزامه ان يفي بالدين عن المضمون عنه ، واما المضمون له فمحل التزامه عدم مطالبة المضمون عنه بالدين لأن هذه المطالبة تعني التحلل من العقد ولا يجوز له ذلك لأن العقد لازم من جهته ايضا كما ذكرنا فلا يجوز له الفسخ ومطالبة المضمون عنه .

ويجب في الدين الذي يضمنه الضامن ان يكون ثابتًا في ذمة المضمون عنه سواء كان ثبوتًا مستقرًا كالثمن او المبيع في البيع الذي لا خيار فيه أو ثبوتًا متزلزلًا كأحد العوضين (المبيع والثمن) في البيع الخياري أو كالنصف الثاني من المهر قبل الدخول [16] ، ويجوز ضمان الدين الحال مؤجلًا فضلًا عن جواز ضمانه حالًا ، كما يجوز ضمان الدين المؤجل حالًا ومؤجلًا ، سواء تساوى المؤجلان في الاجل ام تفاوتا [17] . وسيأتي في المبحث الخاص بالأحكام؛ الاحكام الخاصة بذلك .

المطلب الثالث / تمييز عقد الضمان عما يشابهه به من اوضاع .

عقد الضمان باعتباره ناقلًا للدين من ذمة الى ذمة يقترب من حوالة الدين ، وباعتباره منشئًا لالتزام في ذمة شخص اجنبي عن علاقة المديونية الاصلية بين المضمون له والمضمون عنه يقترب من التعهد عن الغير ، وباعتباره يفوض الوفاء بالدين ـ وهو تصرف قانوني ـ الى غير المدين يقترب من الوكالة ، وباعتباره يوجب للضامن حق الرجوع على المضمون عنه يقترب من الكفالة ، وبذلك تظهر فائدة التمييز بين عقد الضمان وهذه المفاهيم الاربعة لتقرير اوجه الاختلاف بينه وبين كل واحد منها ، وحسب التفصيل الآتي :

1ـ تمييز عقد الضمان عن الحوالة

عرفت الحوالة في الفقه الامامي احالة المديون دائنه الى غيره او احالة المديون دينه من ذمته الى ذمة غيره [18]، ويعتبر فيها قبول المحال عليه سيما في الحوالة على البريء والحوالة بغير جنس الدين وكذلك اذا كان الدين الذي عليه متأخرًا في الاجل عن الدين المحال به[19]. وعرفها القانون المدني العراقي بأنها نقل الدين والمطالبة من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه [20] ، وتنعقد بصورتين الاولى بين المحيل والمحال عليه وتكون موقوفة على قبول المحال له [21]، والثانية بين الدائن والمحال عليه ويلزم المحال عليه بالأداء ولكن ليس له الرجوع على المدين الاصلي الا اذا اقر المدين الحوالة[22].

ويلاحظ مما تقدم ان المدين الاصلي لا بد ان يكون طرفًا في عقد الحوالة في الفقه الامامي لأنه هو المحيل ، اما في القانون العراقي فقد تنعقد الحوالة بين الدائن الاصلي والمحال عليه وحينئذ لا يكون المدين الاصلي طرفًا في الحوالة وان كان يشترط اقراره للحوالة لثبوت حق المحال عليه في الرجوع عليه اي(على المدين الاصلي) ، اما في عقد الضمان فإن المدين الاصلي ليس طرفًا في العقد على كل حال ، ومن ثم فإن رجوع الضامن على المدين الاصلي في عقد الضمان رجوع يوجبه الاذن بالضمان عن المضمون عنه ، فإن كان الضمان بلا اذن من المضمون عنه فليس للضامن حق الرجوع عليه ، وليس كذلك في الحوالة فإن المحال عليه قد يكون مدينًا للمدين الاصلي ويكون الوفاء للمحال له من هذا الدين كما في الحوالة المقيدة .وللحوالة التي نظمها القانون المدني العراقي احكام خاصة تجعلها تختلف عن عقد الضمان يمكن ملاحظتها بمقارنة احكام الحوالة مع احكام عقد الضمان التي سنذكرها ، من ذلك مثلًا ما يتعلق

برجوع المحال عليه على المحيل في الحوالة المقيدة او بطلان هذه الاخيرة بسبب هلاك العين محل التقييد او استحقاقها ، ومنها كذلك ما يتعلق برجوع المحال عليه على المحيل ، فإن للأول حسب القانون العراقي ان يرجع بالمحال به لا بما ادى ، اما الضامن فإنه اذا كان مأذونًا بالوفاء من قبل المضمون عنه فإنه يرجع بأقل الامرين مما ادى ومن الحق فإن ادى ازيد منه كان متبرعًا بالزائد وان ادى اقل لم يرجع بغيره [23]، وإن لم يؤدي شيء فلا رجوع له .

2 ـ عقد الضمان والتعهد عن الغير

ليس في التعهد عن الغير نقل للالتزام بل هناك علاقتين في كل علاقة التزام خاص بها ، الاولى بين المتعهد والمتعهد له ، ولالتزام الناتج عن هذه العلاقة يقع على عاتق المتعهد ، والثانية تنشأ ـ بعد وفاء المتعهد لالتزامه ـ بين المتعهد له وشخص جديد يكون هو الملتزم بالالتزام الناشئ عن هذه العلاقة ، وبذلك فإن نشوء الالتزام في ذمة الملتزم بالعلاقة الثانية و ان كان نتيجة لوفاء المتعهد بالتزامه قبل المتعهد له ، الا ان الالتزامين مستقلين عن بعضهما البعض من جهة ما يترتب عليهما من آثار . [24]،اما في عقد الضمان فإن هناك التزام واحد ينقله الضامن من ذمة المضمون عنه الى ذمته مقابل رجوع الاخير على الاول اذا كان الضمان بإذنه ، فبراءة ذمة المضمون عنه قبل المضمون له لا تكون بسبب تنفيذ الالتزام كما في التعهد عن الغير بل بسبب نقل الالتزام منه الى الضامن.

3 ـ عقد الضمان والوكالة

اما الوكالة في الفقه الامامي "تسليط الغير على معاملة من عقد او ايقاع او ما هو من شؤنهما كالقبض والاقباض ،[25] وفي القانون العراقي هي عقد يقيم به الشخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم [26] ، ولما كان الوفاء بالدين تصرف جائز معلوم فإنه يجوز الوكالة فيه ، ولما كانت الاجازة اللاحقة بحكم الوكالة السابقة كما تنص على ذلك المادة 928 من القانون المدني فإن الاذن من المضمون عنه الى الضامن بالوفاء الى المضمون له يعد بحكم الوكالة السابقة ، ولكن لا يعني ذلك ان عقد الضمان هو نوع من الوكالة في القانون العراقي فإن لهذا العقد احكام خاصة به كما سنلاحظ ، وهو عقد لازم بخلاف الوكالة التي هي عقد جائز ، والوكيل يعمل لحساب الموكل وينصرف اثر تصرفه اليه اي (الى الموكل) اما الضامن فبقيامه بالوفاء عن المضمون عنه انما يريد ابراء نفسه من الالتزام الناشئ في ذمته من عقد الضمان ، فأثر وفاءه ينصرف اليه لا الى المضمون عنه ، والوكيل يجوز في القانون العراقي ان يكون صبيًا مميزًا [27] اما الضامن فيجب ان يكون كامل الاهلية لأنه متبرع .

4 ـ عقد الضمان والكفالة

الكفالة في الفقه الامامي هي التعهد بإحضار المدين وتسليمه الى الدائن عند طلبه ذلك [28]، وهذه هي الكفالة بالنفس التي نظمها المشرع العراقي في المادة 1017 من القانون المدني والتي يضمن بموجبها الكفيل احضار المكفول به ، و بهذا المعنى تبتعد الكفالة عن عقد الضمان ، الا ان للكفالة معنى آخر في القانون المدني العراقي وهو ما نصت عليه المادة 1008 من ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة بتنفيذ التزام ، وهذه هي الكفالة بالمال والتي من مقتضاها ان الكفيل اذا ادى ما كفل به من ماله فله الرجوع بما ادى على المدين [29] ، وبذلك تشابه الكفالة عقد الضمان حيث يعطي كل منهما لمن يفي بالدين بدلًا عن المدين ان يرجع عليه بما ادى .

غير ان عقد الضمان خلافا للكفالة لا يضم ذمة الضامن الى ذمة المضمون عنه ، بل ينقل الدين من ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن ، وبذلك لا يستطيع الضامن ان يطالب المضمون له بمراجعة المضمون عنه لاستيفاء الدين منه ، اما في الكفالة فإن للكفيل اذا طولب اولًا ان يطالب الدائن باستيفاء دينه من اموال المدين اذا كانت اموال هذا الاخير القابلة للحجز تكفي للوفاء بالدين لأن المفترض في الكفالة ان تكون معلقة على شرط عدم وفاء المدين ما لم يكن الكفيل قد نزل عن هذا الشرط او كان قد تضامن مع المدين [30].

المبحث الثاني / احكام عقد الضمان

يترتب على عقد الضمان انتقال الدين من ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن ، ويكون لهذا الاخير الرجوع على المضمون عنه اذا أذن بالضمان ، فتنشأ بذلك علاقتين احدهما بين الضامن والمضمون له ، وهي كأي علاقة بين دائن ومدين ، والاخرى بين الضامن والمضمون عنه وهي تتحدد بالأقل من الحق المضمون وما ادى الضامن ، غير ان بيان احكام هاتين العلاقتين لا يعطي صورة كاملة عن احكام عقد الضمان ، بسبب ارتباط عقد الضمان بعلاقة سابقة عليه معقودة بين المضمون له والمضمون عنه ؛ قد تعود اذا بطل الضمان بسبب فسخه او عدم اجازته بعد وقفه ، وبذلك سنقسم هذا المبحث الى ثلاث مطالب نبحث في كل مطلب علاقة من العلاقات المذكورة. وببيان احكام هذه العلاقات تتضح الآثار الناشئة عن عقد الضمان بالنسبة لكل من الضامن والمضمون له والمضمون عنه .

المطلب الاول / علاقة المضمون عنه بالمضمون له

المضمون عنه هو المدين الاصلي والمضمون له هو الدائن الاصلي ، ولكن اذا انعقد الضمان مستوفيًا لشروطه انتقل الحق من ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن ، كما ذكرنا في التعريف ، وحينئذ ليس للمضمون له فسخ الضمان ومطالبة المضمون عنه بالدين ، اذا كان الضامن حين العقد قادرًا على الوفاء ، او لم يكن قادرًا ـ بأن كان معسرًا مثلًا ـ وكان المضمون له عالمًا بعجز الضامن وقت الضمان ورضي بضمانه[31].لأن رضا المضمون له بالضمان رغم علمه بعجز الضامن يُعد تنازلًا منه عن الحق بالفسخ بسبب عدم ملائة الضامن .اما اذا كان المضمون له جاهلًا بعجز الضامن عن الوفاء ، فعلى المشهور في الفقه الامامي يثبت حق الفسخ للمضمون له في هذه الحالة [32]، غير ان القواعد العامة في القانون المدني العراقي تجعل من العقد موقوفا في هذه الحالة ، فالمادة 118 تقرر عدم نفاذ العقد اذا وقع غلط في ذات المتعاقد او في صفة من صفاته وكانت تلك الذات او هذه الصفة السبب الوحيد او الرئيس في التعاقد ، فإذا قبل المضمون له بعقد الضمان بانيًا على ملائة الضامن وقدرته على الوفاء ثم تبين له بعد العقد خلاف ذلك ، فإن العقد يعد موقوفًا على اجازة المضمون له ، لأن القدرة على الوفاء تكون عادة هي السبب الرئيس في قبول المضمون له في عقد الضمان .وبناء على ما تقدم اذا لم يجز المضمون له عقد الضمان الموقوف بسبب الغلط ، عاد الدين الى ذمة المدين الاصلي (المضمون عنه في العقد المفسوخ) ولكن لو كان الدين حالًا وضمنه الضامن مؤجلًا ، فهل يعود حالًا ام مؤجلًا ، ولو كان مضمونًا بضمان هل يعود مضمونًا ؟

مقتضى قواعد وقف العقد التي قررها القانون المدني العراقي ان العقد الموقوف يبطل بنقضه او عدم اجازته ، فإذا صار باطلًا زالت اثاره بأثر رجعي ولزم اعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ، ويعني ذلك ان الدين المضمون يعود بزوال الضمان الى ذمة المدين الاصلي بالحالة التي كان عليها قبل عقد الضمان اي يعود الى ما كان عليه من صفات وضمانات . فإذا كان على الدين الثابت في ذمة المضمون عنه رهن لصالح المضمون له ، فإن بعض الفقه الامامي يقرر انفكاك الرهن بالضمان [33]، ولكن لو بطل الضمان لأي سبب بعد انعقاده كما لو بطل مثلًا بسبب عدم اجازته بعد ان كان موقوفًا ، فإن مقتضى ما ذكرناه من زوال اثار العقد ببطلانه بأثر رجعي ؛ ان يعود الدين مضمونًا برهن كما كان قبل الضمان.ويقع على عاتق المدين اثبات الضمان ، فاذا اختلف الدائن والمدين في اصل الضمان بأن ادعى المدين ضمانه وانكره الدائن كان القول قول الدائن ، ولو ادعى المدين (المضمون له) ضمانه في كل الدين واقر الدائن (المضمون له) بضمانه في بعض الدين دون بعض ، فالقول قول الدائن وينفذ الضمان بحدود اقرار المضمون له [34].

المطلب الثاني / علاقة الضامن بالمضمون له

يؤدي الضمان كما ذكرنا الى انتقال الدين من ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن ، وحينئذ فإن العلاقة بين الضامن والمضمون له تصبح علاقة بين دائن ومدين ، فيكون للمضمون له عند حلول اجل الدين ان يرجع على الضامن بتمام الدين . فإذا كان الضامن قد ضمن وهو في مرض الموت فإن المال المضمون يخرج من اصل تركته اذا كان الضمان بإذن المضمون عنه والا يخرج من الثلث [35] ، واذا مات في اثناء الضمان كان للمضمون له ان يأخذ المال المضمون من تركته حالًا [36] .

واذا كان الدين حالًا ولكن ضمنه الضامن مؤجلًا ، فإن الاجل لا يكون للدين بل للضمان [37] ، ويترتب على ذلك ان الضامن لو اسقط الاجل كان للمضمون له مطالبته حالًا كما كان له مطالبة المضمون كذلك

[38]، ولو امتنع الضامن عن الوفاء او تأخر فإن مقتضى براءة ذمة المضمون عنه قِبَل المضمون له ان لا يكون لهذا الاخير المطالبة بالفسخ ، ولكن يمكن له المطالبة بالتنفيذ العيني حسب القواعد العامة .
ويترتب على براء ذمة المضمون عنه قِبَل المضمون له كذلك ؛ ان لا تبرء ذمة الضامن بابراء المضمون عنه لأن هذا الابراء يقع لغوًا كما ذكرنا ، كما لا تبرء فيما لو صار المضمون له مدينًا للمضمون عنه بمقدار الدين المضمون ، لأنه لا مقاصة بين هذا الاخير وبين ما يثبت على ذمة المضمون له للمضمون عنه بسبب ما يقتضيه الضمان من انحلال علاقة الدائنية والمديونية بين المضمون عنه والمضمون له . وكما تبرء ذمة المضمون عنه قِبَل المضمون له بالضمان ، فكذلك تبرء ذمة الضامن قِبَل المضمون له بضمان الضامن من الباطن حيث يستقر الدين في ذمة الضامن الاخير اذ لا فرق بين الضمانين من هذه الناحية .ولو ادعى الدائن على شخص بكونه قد ضمن المدين ، ولكن المدعى عليه الضمان انكره ، فالقول قول المنكر ، واذا اختلف الضامن والمضمون له في مقدار الضمان او في اشتراط التعجيل اذا كان الدين مؤجلًا فالقول قول الضامن [39]، وينسجم ذلك مع ما يقرره قانون الاثبات من ان البينة على المدعي واليمين على من انكر لأن من يدعي الضمان يدعي خلاف الاصل لأن الاصل عدمه ، كما ان الاصل عدم التعجيل فعلى من يدعيه البينة ، وبالنسبة للخلاف على مقدار الضمان فإن الاقل متيقن لأن المدعى عليه لا ينكره اما الاكثر فمشكوك فيه فعلى من يدعيه الاثبات ، اما اذا كان الاختلاف في اشتراط التأجيل مع كون الدين حالًا او في وقوع الوفاء او الابراء قدم قول المضمون له [40]، لأن التأجيل والوفاء والابراء كلها خلاف الاصل . ولو ادعى شخص الدين على شخص ثاني؛ فبادر شخص ثالث الى ضمان المدعى عليه بأن قال للمدعي عليّ ما عليه ورضي به المدعي ؛ صح الضمان ولكن بمعنى انتقال الدين إلى ذمة الضامن على تقدير ثبوته، فيكون الضامن طرف الدعوى، فإذا ثبت الدين ببينة اقامها المدعي ؛ وجب على الضامن أداؤه [41]. ولا يخفى ان الضامن له ان يتمسك باتجاه المضمون له بالدفوع المتعلقة بذات الدين الذي انتقل اليه كالدفع بالبطلان لعدم مشروعية المحل ، والدفع بانقضاء الدين بالوفاء من قبل المضمون عنه او المقاصة معه ، او ابراءه فيما لو اثبت الضامن وقوع المقاصة والابراء قبل الضمان ، اذ لا محل لهما بعد الضمان بسبب براءة ذمة المضمون عنه قِبَل المضمون له كما ذكرنا .

المطلب الثالث / علاقة الضامن بالمضمون عنه

انتقال الدين الى ذمة الضامن لا يعني التزامه بالوفاء دون ان يكون له حق الرجوع على المضمون عنه ، بل يثبت للضامن حق الرجوع على المضمون عنه ، ولكن يلزم لذلك ان يكون الضمان بإذن المضمون وطلبه ، واذا ابرء المضمون له الضامن عن تمام الدين لم يستحق على المضمون عنه شيء ، واذا ابرء المضمون له الضامن عن بعض الدين ، او ضمن الدين بأقل منه برضا المضمون له لم يكن للضامن ان يرجع على المضمون عنه الا بمقدار ما وجب عليه ، ولا يستحق عليه المقدار الذي يسقط من الدين بغير اداء ، وبذلك يظهر انه لو تبرع اجنبي لوفاء الدين لم يكن للضامن ان يرجع على المضمون عنه بشيء، ويجوز ان يدفع المضمون عنه الدين الى المضمون له و لو من دون اذن الضامن ، وحينئذ تبرء ذمة الضامن [42].والمشهور في الفقه الامامي ان الضامن يرجع على المضمون عنه بعد الاداء لا قبله ، اما لأن ذمة المضمون عنه لا تشتغل الا بعد الاداء ، او انها تشتغل حين الضمان ولكن بشرط الاداء ويكون الاداء كاشف عن الاشتغال من حينه ، او انها تشتغل حين الضمان ولكن المطالبة مشروطة بالاداء [43].
واذا ضمن الضامن الدين الحال مؤجلًا بإذن المضمون عنه ؛ فإن الاجل لما كان للضمان لا للدين [44] ، فان الضامن اذا اسقط هذا الاجل وادى الدين قبله ، فإن له الرجوع على المضمون عنه ؛ لأن الذي عليه حالًا ولم يصر مؤجلًا بتأجيل الضمان [45]. واذا ضمن دينا مؤجلًا ، فأما ان يضمنه مؤجلا كذلك بإذن المضمون عنه ، ثم يسقط الاجل وفي هذه الحالة ليس للضامن مطالبة المضمون عنه قبل حلول الاجل ، او يضمنه مؤجلًا ولكن بأقل من اجله بإذن المضمون عنه كما لو كان اجله ثلاثة اشهر وضمنه بشهر، فله في هذه الحالة ان يرجع عند حلول الاجل الثاني وهو الشهر، او يضمنه مؤجلًا ثم يموت فيحل الاجل ثم يؤخذ الدين من تركته ، فليس لوارثه الرجوع على المضمون عنه قبل حلول اجل اصل الدين لان الحلول على الضامن بموته لا يستلزم الحلول على المضمون عنه ، ولكن لو ضمن الضامن المؤجل حالا بإذن المضمون عنه فله ان يرجع بالدين حالًا على المضمون عنه اذا فهم من اذنه رضاه بالرجوع عليه والا لا

يجوز له الرجوع الا بعد انقضاء الاجل[46].وقد يؤدي الضامن الدين من غير جنسه وحينئذ ليس له الرجوع على المضمون عنه الا بجنس الدين[47]. واذا اختلف الضامن و المضمون عنه في حصول الإذن من عدمه ، أو في مقدار الدين المضمون، أو في كون الضامن قد اشتراط شيء على المضمون عنه او لم يشترط، فالقول قول المضمون عنه، واذا ادعى الدائن الضمان على شخص فانكره ولكن اوفى رغم انكاره بسبب اقامة البينة عليه ، فليس لهذا الشخص الرجوع على المضمون عنه لاعترافه بأن المضمون له اخذ منه المال ظلما[48].بناء على ما تقدم تتحدد العلاقة بين الضامن والمضمون عنه ، فإن الرجوع على هذا الاخير لما كان مشروط بإذنه فإنه لا مانع من ان يعد هذا الاذن بمثابة القبول للضمان الذي عرضه عليه الضامن وبهذا القبول ينعقد بينهما عقدا يلتزم بموجبه المضمون عنه بالأداء للضامن بحدود ما وجب على هذا الاخير للمضمون له وبذلك فإن جميع الاحكام المتقدمة في هذه العلاقة والتي تدور مدار اذن المضمون عنه تنسجم مع قاعدة العقد شريعة المتعاقدين التي نص عليها القانون المدني العراقي .

الخاتمة

لقد تبين لنا من دراسة موضوع (التنظيم القانوني لعقد الضمان) مجموعة من النتائج ، وقد ساغ لنا بناء على هذه النتائج ان نضع بين يدي المشرع توصية وجدناها كفيلة بمعالجة اشكالية البحث .

اولا : النتائج

1 ـ الضمان عقد بين الضامن والمضمون له ، ينقل الدين من المضمون عنه الى الضامن بالصفة المتفق عليها وهو صورة مستقلة عن الحوالة ، ولا يغني تنظيمها عن تنظيمه بسب الاحكام الخاصة التي يمتاز بها عنها .

2 ـ يستمد عقد الضمان مشروعيته على مستوى القانون العراقي من القواعد العامة التي اجازت ان يرد العقد على اي عمل او خدمة معينة او اي شي آخر لا يكون الالتزام به ممنوعا بالقانون او مخالفا للنظام العام ، لأنه من قبيل التراضي على نقل الدين من ذمة الى ذمة اخرى ولا مانع من ذلك في القانون ، غير انه بسبب احكامه الخاصة يحتاج الى تنظيمه كعقد مسمى شأنه في ذلك شأن الحوالة والكفالة وسائر العقود

3ـ عقد الضمان عقد لازم لا يستقل بفسخه احد طرفيه ، وملزم لكل من الضامن والمضمون له ، حيث يلتزم الاخير بعدم مطالبة المضمون عنه بالدين، بمقابل التزام الاول بالوفاء به في الوقت المتفق عليه في عقد الضمان .

4 ـ اذا كان الضامن عاجزا عن الوفاء وقت العقد ، والمضمون له جاهلا بذلك ، فإن الراجح في الفقه الامامي ثبوت حق الفسخ للمضمون له ، الا ان ملائة الضامن لما كانت صفة رئيسية في رضا المضمون له بالتعاقد معه ، فإذا قبل المضمون له بعقد الضمان بانيًا على ملائة الضامن وقدرته على الوفاء ثم تبين له بعد العقد خلاف ذلك ، فإن العقد يعد موقوفًا على اجازة المضمون له حسب القواعد العامة للوقف التي نظمها القانون المدني العراقي .

5 ـ اذا اخل الضامن بالتزامه تجاه المضمون له ، فإن هذا الاخير ليس له المطالبة بالفسخ بسبب براءة ذمة المضمون عنه قِبَله ولكن يمكن له المطالبة بالتنفيذ العيني حسب القواعد العامة

6ـ عقد الضمان وان كان ينقل الحق الى ذمة الضامن غير ان لهذا الاخير ان يرجع على المضمون عنه اذا رضي بالضمان ، ولكن هذا الرجوع يكون بقدر الاقل مما ادى وما ضمن ، وبما لا يختلف عن جنس الدين المضمون الا اذا رضي المضمون عنه بالوفاء من جنس آخر .

ثانيا: التوصية

عقد الضمان لما كان غير منظم في القانون العراقي ؛ فليس هناك توصيات ندعو المشرع للأخذ بها الا ما يتعلق بعدم تنظيمه ، فإن هذه المسألة بالذات تسوغ لنا دعوة المشرع العراقي الى ايجاد تنظيم خاص بعقد الضمان على غرار تنظيمه بالفقه الامامي والذي فصلناه في مطالب البحث ، بحيث يجعل الحق ينتقل بنفس الضمان، ، ونقترح ان يكون تنظيمه في الباب الرابع الخاص بانتقال الالتزام.

الهوامش .

(1) السيد ابو القاسم الموسوي الخوئي ، منهاج الصالحين ، ج 2 ، ط 28 ، مطبعة مهر ، قم ، 1410 هـ ، ص 182 .
(2) السيد محمد سعيد الحكيم ، منهاج الصالحين ، ج 2 ، دار الصفوة ، بيروت ، لبنان ، 1416 هـ ، 1996 م ص 235.
(3) لطف الله الصافي الكلباليكاني ، هداية العباد ، ج 2، ط 1 ، مؤسسة السيدة معصومة ، قم ، ايران ، 1420 هـ ، ص 134 ، 135 .
(4) السيد علي الحسيني السيستاني ، منهاج الصاحين ،ج 2 ، ط 20 ، دار المؤرخ العربي ، بيروت ، لبنان ، 1440 هـ ، 2019 م ، ص 381 .
(5) السيد الخوئي ، مصدر سابق ص 183 .
(6) الحسن بن يوسف بن المطهر المعروف بالعلامة الحلي ، تذكرة الفقهاء ، ج 14 مؤسسة ال البيت لاحياء التراث ، قم ، ص 292 .
(7) السيد السيستاني ، مصدر سابق ، ص 382.
(8) السيد محسن الحكيم مستمسك العروة الوثقى ج 13 ، منشورات مكتبة اية الله العظمى المرعشي النجفي ، قم ، ايران ، 1404 هـ ، ص 272.
(9) السيد السيستاني ، مصدر سابق ، ص 379.
(10) العلامة الحلي ، مصدر سابق ص 279 وما بعدها .
(11) السيد الخوئي ، مصدر سابق ، ص 182 ،
(12) العلامة الحلي ، مصدر سابق ، ج 14 ص 284.
(13) لطف الله الكلباليكاني ، مصدر سابق ، ص 131 .
(14) السيد السيستاني ، مصدر سابق ص 378
(15) نصت المادة 118 على انه " لا عبرة بالظن البين خطأه فلا ينفذ العقد : ..... 2- اذا وقع غلط في ذات المتعاقد او في صفة من صفاته وكانت تلك الذات او هذه الصفة السبب الوحيد او السبب الرئيس في التعاقد .
(16) السيد محسن الحكيم ، مصدر سابق ، ص 263
(17) الشيخ زين الدين العاملي المعروف بالشهيد الثاني ، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ، ج 2 ، ط 19 ، دار التفسير ، قم ، 1402 هـ ص 184 .
(18) السيد محسن الحكيم، مصدر سابق ، ص 374.
(19) السيد السيستاني ، مصدر سابق ، ص 387 .
(20) المادة 339 من القانون المدني العراقي .
(21) المادة 340 / 1 من القانون نفسه .
(22) المادة 341 من القانون نفسه.
(23) الشيخ زين الدين العاملي ، ص 183 ، 184.
(24) نظم المشرع التعهد عن الغير في المادة 151 من القانون المدني والتي نصت على ما يأتي :
1 – اذا وعد شخص بان يجعل الغير يلتزم بأمر فانه لا يلزم بوعده ولكن يلزم نفسه، ويجب عليه ان يعوض من تعاقد اذا رفض الغير ان يلتزم، ويجوز له مع ذلك ان يتخلص من التعويض بان يقوم هو نفسه بتنفيذ الالتزام الذي وعد به اذا كان ذلك في استطاعته من غير ان يضر بالدائن.
2 – اما اذا اقر الغير هذا الوعد فان اقراره لا ينتج اثرا الا من وقت صدوره ما لم يتبين انه قصد صراحة او دلالة ان يستند الاقرار الى اليوم الذي صدر فيه الوعد.
(25) السيد السيستاني، مصدر سابق ، ص 419 .
(26) المادة 927 من القانون المدني العراقي .
(27) المادة 930 من القانون المدني العراقي .
(28) السيد الخوئي ، مصدر سابق ، ص 190 .
(29) المادة 1033 من القانون المدني العراقي .
(30) المادة 1021 من القانون نفسه .
(31) السيد محسن الحكيم ، مصدر سابق ، ص 277 .
(32) السيد محسن الحكيم ، مصدر سابق ص 277 .
(33) السيد الخوئي ، مصدر سابق ، ص 184 ، وهو رأي السيد السيستاني ايضا اذا لم يُشترط في العقد بقاء الرهن ، يُنظر منهاج الصالحين له ، مصدر سابق ص 381 .
(34) السيد الخوئي ، مصدر سابق ص 185 .
(35) السيد السيستاني، مصدر سابق ص 382.

(36) السيد الخوئي ، مصدر سابق ، ص 183.
(37) السيد محسن الحكيم ، مصدر سابق ، ص 286.
(38) السيد السيستاني ، مصدر سابق ، ص 380 .
(39) السيد السيستاني ، مصدر سابق ، ص 384 .
(40) السيد الخوئي، مصدر سابق ص 186.
(41) لطف الله الكلباليكاني ، مصدر سابق ، ص 135 .
(42) السيد السيستاني ، مصدر سابق ، ص 379 ، 380 .
(43) السيد محسن الحكيم ، مصدر سابق ، ص 294 .
(44) السيد السيستاني ، مصدر سابق ، ص 380 .
(45) السيد محسن الحكيم ، مصدر سابق ص 286 .
(46) السيد محسن الحكيم ، مصدر سابق ص 287 ، 288 ، 289 .
(47) لطف الله الكلباليكاني ، مصدر سابق ، ص 135.
(48) السيد الخوئي ، مصدر سابق ص 186 .

المصادر

اولا: كتب الفقه الامامي
1ـ الحسن بن يوسف بن المطهر المعروف بالعلامة الحلي ، تذكرة الفقهاء ، ج 14 مؤسسة آل البيت لاحياء التراث ، قم ، 1416.
2 ـ السيد ابو القاسم الموسوي الخوئي ، منهاج الصالحين ، ج 2 ، ط 28 ، مطبعة مهر ، قم ، 1410 هـ .
3 ـ الشيخ زين الدين العاملي المعروف بالشهيد الثاني ، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ، ج 2 ، ط 19 ، دار التفسير ، قم ، 1402 هـ .
4 ـ السيد علي الحسيني السيستاني ، منهاج الصاحين ،ج 2 ، ط 20 ، دار المؤرخ العربي ، بيروت ، لبنان ، 1440 هـ ، 2019 م.
5ـ لطف الله الصافي الكلباليكاني ، هداية العباد ، ج 2، ط 1 ، مؤسسة السيدة معصومة ، قم ، ايران ، 1420 هـ .
6 ـ السيد محسن الحكيم مستمسك العروة الوثقى ج 13 ، منشورات مكتبة اية الله العظمى المرعشي النجفي ، قم ، ايران ، 1404 هـ .
7 ـ السيد محمد سعيد الحكيم ، منهاج الصالحين ، ج 2 ، دار الصفوة ، بيروت ، لبنان ، 1416 هـ .
ثانيا : القوانين
ـ القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل .