

الضمان في عقود التبرعات في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي والفرنسي (عقد القرض نموذجاً)

مصطفى محمد عبد الكريم ، ا.د. حميد سلطان الخالدي

جامعة بغداد – كلية القانون

Mostafa.mohammed1101a@colaw.uobaghdad.edu.iq

Hmed777@gmail.com

ملخص:

تصنف القوانين المدنية ذات التوجهات اللاتينية العقود المسماة الى تصنيفات متعددة ، يجمع كل تصنيف عدد من العقود التي تشترك ببعض المزايا العامة ، وتكون هذه المزايا خاصة بشكل العقد تارة ، او تكون خاصة بأثار العقد تارة أخرى او تتعلق بطبيعته تارة ثالثة ، وهذا يؤدي الى انضواء العقد الواحد ضمن اكثر من تصنيف ضمن هذه التصنيفات ، كما تختلف القوانين في تصنيف العقد الواحد ضمن هذه التصنيفات ، ويدخل عقد القرض في القانون المدني العراقي ضمن تصنيف العقود التبرعية من حيث الأصل ، في حين لا يعتبر القانون المدني الفرنسي عقد القرض ضمن هذا التصنيف ، الامر الذي انعكس على طبيعة الالتزام بالضمان في كل من القانونين ، و سنحاول من خلال هذه الدراسة مقارنة صور الالتزام بالضمان في كل من القانون المدني العراقي و الفرنسي ، ومدى تأثير احكام الضمان في القانون المدني الفرنسي و الفقه الإسلامي على ضمان القرض في القانون المدني العراقي .

الكلمات المفتاحية: عقد القرض ، ضمان العقد ، عقود التبرعات .

Abstract :

The civil laws classify named contracts into several classifications, each combining a number of contracts that share certain general advantages, which can be specific to the form of the contract at certain times, or specific to the effects of the contract at other times, or related to its nature concerning third parties. This leads to the inclusion of a contract in more than one classification within these categories, and the laws differ in how they classify a contract within these classifications. The loan contract falls within the Iraqi Civil Code in all three cases of classification. The classification of donation contracts based on their origin is acknowledged, whereas the French Civil Code does not place the loan contract within this classification. This distinction is reflected in the nature of the guarantee obligation in each of the two laws. Through this study, we will attempt to compare the images of the guarantee obligation in Iraqi and French civil law and examine to what extent the provisions regarding guarantees in the French Civil Code and Islamic jurisprudence are influenced by the loan guarantee in the Iraqi Civil Code.

Keywords : Loan agreement, guarantee agreement, donation contract.

المقدمة:

أولاً: مدخل تعريفى للبحث:

ان وضع أي نظام قانوني يقتضي حتماً وضع الوسائل التي تضمن نجاعة تنفيذه، ويعتبر ضمان العقد أحد تلك الوسائل التي حاولت التشريعات من خلاله ضمان تنفيذ العقود بحسن نية، وكغيرها من العقود افرد المشرع للضمان في عقود التبرعات مواد خاصة تميزها عن غيرها ، ولكنه لم يضع قواعد عامة له ، وبالرغم من تعدد عقود التبرعات يمكن اعتبار عقد القرض نموذجاً لها في مسائل الضمان ، ففي الوقت الذي يعتبر في القانون المدني العراقي عقداً تبرعياً من حيث الأصل مع إمكانية اشتراط الفائدة فيه ، لا يعد كذلك في القانون المدني الفرنسي ، وهو تبرعي دائماً في الفقه الإسلامي ، إذ يجمع في وقت واحد بين احكام الضمان في عقود التبرعات و المعاوضات ، فتطبق احكام ضمان عقود المعاوضات عند اشتراط الفائدة فيه ، وتطبق احكام ضمان عقود التبرعات عند عدم اشتراطها ، ولذلك تم اختيار هذا العقد نموذجاً لبحث الضمان في هذه العقود .

ثانياً: مشكلة البحث:

ان المشكلة التي نحاول من خلال هذه الدراسة إيجاد الحلول لها هي ان الضمان في عقود التبرعات يعتبر وعلى خلاف عقود المعاوضات حالة استثنائية، إذ ان الأصل في هذه العقود عدم الضمان، ومع ذلك هناك حالات استثنائية نص المشرع على الضمان فيها ولكنه لم يضع قواعد عامة لهذا النوع من الضمان، و لصعوبة رسم الحد الفاصل بين العقد التبرعي و عقد المعاوضة وانعكاس ذلك على تطبيق احكام الضمان الامر الذي يستلزم إيجاد صيغة ثابتة يمكن من خلالها تمييز العقد التبرعي ومن ثم تطبيق احكام الضمان الخاصة به ، إضافة الى ضرورة وضع قواعد عامة موحدة تنظم احكام الضمان في عقود التبرعات .

ثالثاً : منهجية البحث :

تم اعتماد موضوع هذا البحث على المنهج التحليلي المقارن، من خلال تحليل النصوص القانونية الخاصة بالتزام الضمان في عقود التبرعات في القانون المدني العراقي و القانون المدني الفرنسية مع مقارنتها بما أورده فقهاء المسلمين بخصوص هذا الموضوع، مع التركيز على عقد القرض منعاً لتشتت الأفكار خاصةً وان عقود التبرعات تشترك في العديد من الخصائص و المميزات التي يفضل تجنب تكرارها.

رابعاً : خطة البحث :

يقتضي الامام بهذا الموضوع و الإحاطة به تقسيمه الى ثلاث مطالب ، يكون الأول منها للتعريف بضمن العقد ، اما الثاني فنبين فيه عقود التبرعات وما يميزها عن غيرها من عقود المعاوضات ، ومطلب ثالث للضمان في عقد القرض .

المبحث الأول

ضمان العقد في الفقه والقانون

للضمان معانٍ عدة واستخدامات مختلفة ، تمتد بجذورها الى الفقه الإسلامي ، ومنه انتقل الى القوانين المأثرة به ولكنه لم يصبح نظرية عامة رغم المحاولات الفقهية العديدة لتحقيق ذلك ، اذ نظمت اغلب القوانين احكام الالتزام بضمان التعرض و الاستحقاق و العيوب الخفية ضمن اثار عقد البيع باعتباره اهم العقود ولكن هذا الالتزام يجاوز في نطاقه عقد البيع ليمتد الى كل عقد ناقل للملكية ، بل و الى كل عقد ينقل الحيازة و الانتفاع ، و بالرغم من اتساع نطاق هذا الالتزام في عقود المعاوضات الا ان ذلك لا ينفي وجوده في عقود التبرعات ، فهو موجود ولكن بمدى اضيق عن نطاقه في عقود المعاوضات ، وفي معرض البحث في الضمان نجد ان الفقهاء المتقدمون و المتأخرون قد أوفوا هذا الموضوع حقه من البحث ، ولذلك سنحاول ايجاز البحث في معنى الضمان و تحديد المعنى الذي نقصده في هذا البحث و تحديد نطاقه في الفقه الإسلامي و القوانين المدنية .

يقسم فقهاء الشريعة الإسلامية الضمان على عدة أنواع، منها ضمان العقد اذا كان مصدره العقد، و ضمان اليد اذا كان مصدره الحيازة غير الشرعية، و ضمان الاستهلاك اذا كان المصدر اتلافاً (١)، فهو من المصطلحات الفقهية التي تداولها فقهاؤنا المسلمون، عند بحثهم في المسؤولية، و التي تعرف لديهم بالضمان سواء كان ضمان عقد، ام ضمان الفعل الضار، فالضمان هو اثر من الاثار الشرعية التي يربتها المشرع على التصرفات الشرعية بوجه عام.

ان مفهوم ضمان العقد في الفقه الإسلامي، يختلف عن المسؤولية المدنية التعاقدية التي نص عليها المشرع العراقي في القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١، اذ وبالرغم من استخدام القانون المدني لمصطلح ضمان العقد كمرادف للمسؤولية التعاقدية في المادة (١٦٨) منه ، الا ان ضمان العقد المعروف في اطار نظرية العقد ضمن مفهوم الفقه الإسلامي يختلف اختلافاً شاسعاً ، ف ضمان العقد في الفقه هو ضمان مال تالف بناء على عقد من عقود الضمان (المعاوضة) وان ضمانه يكون بما يقتضيه العقد من عوض دون مراعات لقيمته كأساس في التقدير (٢).

على هذا الأساس يقسم فقهاء المسلمون العقود الى عقود شرعت لإفادة الضمان، فيكون الضمان حكماً لها وأثراً، ومن هذه العقود مثلاً عقد الكفالة الذي يترتب على التزام الكفيل وهو الضامن ضمان المكفول فتشغل ذمته كما تشغل ذمة المكفول وهو المضمون، ومن العقود من جهة أخرى ما شرع لإفادة حكم اخر غير الضمان ولكن الضمان يترتب عليه باعتباره أثر لازماً لحكمه ، ومن هذه العقود عقد البيع و الايجار و السلم ، فمقتضى عقد البيع مثلاً تسليم المبيع للمشتري و الثمن للبائع و سلامة العوضين من العيب و عدم استحقاق احدهما لغير صاحبه ، فإذا اخل احد المتعاقدين بالتزامه او

تبين وجود عيب في المبيع او كان المبيع مستحقا لغير من سلمه ، كانت المسؤولية عقدية مستوجبة للضمان بناء على خطأ عقدي (٣) .

كما ان من العقود ما يشرع لإفادة حكم غير الضمان ولكن الضمان يكون اثرا له لوجود شرط صحيح فيه يشترطه احد الأطراف المتعاقدين او كلاهما (صراحة او ضمنا)، فاذا اخل احد المتعاقدين بما اشترط في العقد من شروط صحيحة يكون ضامنا و يكون مصدر هذا الضمان هو العقد (٤).

ان الأساس في هذا التقسيم هو فكرة المعاوضة، فاذا كان القصد من العقد هو المعاوضة كان العقد عقد ضمان، اما إذا لم يكن القصد هو المعاوضة فيكون العقد امانة ، من جانب اخر نجد ان اغلب الفقهاء من شراح القوانين المدنية الوضعية لم يقسموا العقود من حيث الضمان ، رغم ان اغلبهم صنف العقود و قسمها من حيث التكوين وقسمها الى عقود اما رضائية واما شكلية واما عينية وقسموها أيضا من حيث الموضوع الى عقود مسماة او غير مسماة واما ان يكون بسيطا او مختلطا ، وكذلك من حيث الأثر الى عقود ملزمة للجانبين وأخرى ملزمة لجانب واحد واما ان يكون معاوضة او تبرع ، اما من حيث الطبيعة فأما يكون عقدا محددا او احتماليا ، واما يكون فوريا او عقد زمني (٥).

لذلك يتبين من خلال مفهوم الضمان في الفقه الإسلامي و القوانين المدنية ان ضمان العقد في اصطلاح فقهاء الشريعة يختلف عن (المسؤولية العقدية) في القوانين الوضعية ، اذ ان ضمان العقد وكما راينا "هو ضمان مال تالف بناء على عقد اقتضى الضمان" (٣) او كما يعبر عنه " ما يضمن ضمان عقد قطعا هو ما عين في صلب العقد من مبيع مسلم فيه او اجرة او ثمن او صلح اذا كانت اعيانا ، فهذه الاعيان و امثالها تعد مضمونة ضمان عقد في يد من وجب عليه بالعقد تسليمها اذا تلفت قبل تسليمها ، وضمانها عندئذ يكون مما يقتضيه العقد من بدل دون مراعاة لقيمتها كأساس في التقدير ، فالمبيع عند هلاكه في يد البائع مضمون بالثمن فيسقط الثمن بهلاكه ، ويبطل عقد البيع و يرد الثمن اذا كان قد أدى قبل ذلك (٦).

ان " المسؤولية العقدية " فليست تعويض عن مال تالف وانما هي تعويض عن الضرر الذي أصاب أحد المتعاقدين لعدم تنفيذه ما التزم به في العقد ، ولهذا يشترط وجود عقد صحيح واجب التنفيذ لم يقم عاقده بتنفيذه عندما يكون واجب التنفيذ عينا اما إذا كان التنفيذ بأداء مال فان الواجب هو أداء هذا الدين جبرا بما تؤدي به الديون جبرا ولا يكون محل للمسؤولية العقدية عندئذ (٧)، وهذا ما لا يراه فقهاء الشريعة اذ ان عدم قيام الملتزم بالعقد بتنفيذ التزامه يجبر على التنفيذ شرعا وكان امتناعه معصية استحق عليها العقوبة التعزيرية لعدم التنفيذ الى ان يمتثل ، ولا يجوز عندهم " الزامه بدفع مبلغ من المال على وجه التعويض عن عدم التنفيذ استنادا للأصول الشرعية و القواعد الفقهية التي تقضي ان اخذ المال لا يكون الا تبرعا او في مقابلة مال اخذ او اتلف و الا كان اكلا له بالباطل (٨).

على هذا الأساس لا يعرف الفقه الإسلامي المسؤولية العقدية التي يقول بها فقهاء القوانين الوضعية ولا يجوز فيه التعويض عن الضرر الناجم عن عدم تنفيذ الالتزام بدفع مبلغ من المال ما لم يكن قد اخذ او اتلف مال وهذا يشمل التعويض عن الضرر الادبي (٣).

كما ان اختلاف المسؤولية العقدية في القانون لا يقتصر على الضمان في الشريعة فحسب ، بل انها تختلف بالإضافة الى ذلك عن ضمان العقد في القانون كذلك ، حيث ان ضمان العقد في القانون يشمل احكام المسؤولية العقدية المطبقة نتيجة الاخلال بتنفيذ الالتزام التعاقدي في العقد الصحيح و تلك الاحكام التي تقضي التعويض رغم ان العقد لم يعد صحيحا ، بل هو في مرحلته التحضيرية ، مثال ذلك الاضرار الناجمة عن تنفيذ العقد الباطل ، وكذلك التعويض نتيجة لوجود عيب من عيوب الرضا و غير ذلك ، كما ان ضمان العقد يشمل جميع الضمانات التي يربتها القانون و ينظمها في كل عقد على حده ، كضمان العيوب الخفية و ضمان التعرض و الاستحقاق ، كما يشمل ضمان العقد احكام تعويض الطرف المتضرر لعدم تنفيذ الطرف الاخر للعقد و الذي أدى الى طلب فسخه ، ولذلك فان ضمان العقد اعم واشمل من المسؤولية العقدية (٧).

وقد كان بعض الفقهاء الفرنسيون يستعملون مصطلح الضمان للدالة على المسؤولية المدنية العقدية و التقصيرية أي كما استعملها فقهاء المسلمون القدامى ، ولكن سرعان ما قل استعمال هذا المصطلح في الفقه الغربي الحالي ، ومنهم أيضا من يستعمل لفظ الضمان عوضا عن كلمة (المسؤولية) (٩) ، اذ ان كلمة المسؤولية ليست بالمصطلح القديم في لغة القانون اذ ان اغلب الفقهاء الفرنسيون القدامى أمثال (دوما Domat وكذلك الفقيه بوتيه Pothier) لم يستعملوها في كتاباتهم الا نادرا ولعل اول من ارسى قواعد هذا الاصطلاح هم فلاسفة القرن الثامن عشر من الإنكليز ، اما واضعي التقنين المدني الفرنسي فقد استخدموا تعبير "الضمان" بدلا من المسؤولية (١٠)

وبالرغم من اتساع معنى الضمان و اختلاف اطلاقاته ، الا ان المعنى القانوني الادق و الذي يمكن حصر معنى ضمان العقد فيه هو ضمان التعرض و الاستحقاق و العيوب الخفية ، اذ ان صور الضمان هذه تجد أساسها في القانون المدني الروماني و انتقلت منه الى القانون المدني الفرنسي ومنه الى القوانين العربية المتأثرة به (١١) ، ولذلك فهو نظام مستقل عن كل من المسؤولية التعاقدية ، و عن ضمان العقد في الفقه الإسلامي الذي يقترب من فكرة انفساخ العقد في القانون مع وجود فارق وهو ان الضمان يتحقق في الفقه الإسلامي حتى ولو تحقق السبب الأجنبي (٢).

المبحث الثاني

عقود التبرعات

ان التبرع كتصرف قانوني يختلف عن كافة التصرفات القانونية الأخرى، فهو من باب تصرف ارادي قد يكون مصدره العقد كما قد يكون مصدره الإرادة المنفردة ، ومن باب اخر تتميز

عقود التبرع بأحكام تختلف عن سائر العقود المقابلة لها من عقود المعاوضات ، كما يختلف كل عقد تبرع عن سائر عقود التبرعات الأخرى ، و البداية المنطقية في معرفة مفهوم التبرع أولاً ، وهي بالطبع منطلق الإحاطة العلمية بماهية هذا التصرف فيذكر حده الذي يفصله عن سائر الماهيات الأخرى ، ثم يذكر خصائصه المميزة له ، ثم بعد ذلك نبين اهم مقوماته .

وقد عرفت عقود التبرعات بتعريفات مختلفة حاولت حصر جميع الصفات المشتركة بين هذه العقود على ان ادق ما وجدناه و يتفق مع حقيقة هذه العقود وكان محل اتفاق العديد من الباحثين المتأخرين في الفقه الإسلامي ، هو تعريفها بأنها (العقود التي يقوم التملك فيها على جهة التبرع من غير إلزام ولا مقابل) (١٢) ، وكذلك تعريفها بأنها (بذل المكلف مالا او منفعة لغيره في الحال او المآل بلا عوض بقصد البر و المعروف غالبا) (١٣)، ويلاحظ ان هذا التعريف جاء متوافقاً مع اغلب القوانين المعاصرة في تحديد معنى عقود التبرعات ذلك انه ابتداءً التعريف "ببذل المكلف" ليخرج بذلك غير المكلف وهو من لا يتمتع " بأهلية التبرع " ، اما قوله "مالا او منفعة" فيخرج بذلك ما لا يعد مالا بنظر الشارع كالدّم المسفوح و لحم الخنزير و الميتة ... ، ويشمل في ذات الوقت العقود الواردة على المنفعة من عقود التبرعات مثل العارية و الوديعة و كذلك قوله في "الحال و المآل" ليشمل التبرعات بعد الموت مثل الوصية ، اما قوله " بقصد البر و المعروف " ذلك ان الأصل في التبرعات ان تكون بلا عوض رغم ان بعض العقود كاستثناء تعد من عقود التبرعات رغم العوض فهي تبدأ تبرع و تنتهي معاوضة مثل عقد القرض .

اما القوانين العربية ومنها القانون العراقي و المصري استعملت التبرع كوصف يعرض لبعض العقود ، فتترتب عليه احكام معينة تميزه عن غيره من عقود المعاوضات ، كما تطرقت هذه القوانين على جزئيات في التبرع كالإشارة الى احكام التصرفات المنضوية تحت التبرع وأوردت تعريفاً لأغلب العقود التي تندرج تحت هذا النوع كالهبة و القرض و العارية وغيرها ، كما نصت على حالات الضمان ، دون ان تضع احكاماً عامة و قواعد كلية خاصة بهذا النوع من العقود ، رغم ايراد العديد من الاحكام المتفرقة عند تناولها للعقد كمصدر من مصادر الالتزام فيشير تارة الى بعض الاحكام الخاصة بهذه العقود ، او ان يذكر المشرع احكاماً خاصة بعقود المعاوضة لتمييزها عن عقود التبرع فيعتبر نقيض الحكم الوارد هو ما يسري على هذه العقود ، و يفسر هذا الموقف للقوانين العربية لتأثرها بكل من القانون الفرنسي الذي استقت اغلب احكامها منه و كذلك موقف اغلب فقهاء المسلمين عند بحثهم لأحكام العقود المالية .

اما القانون المدني الفرنسي لم يكن قبل التعديل الأخير لعام ٢٠١٦ الخاص بالقواعد العامة للعقود ، يضع تعريفاً لعقود التبرعات بالمعنى العام ، الا انه عرف عقدين يعتبران مكونين و قسمين لعقد التبرع ، وهما عقد العطايا (الهبات) و (عقد التفضل) ، فالعطايا عندهم تختص بالتبرع الذي

يقتضي التملك وخصها في تصرفين هما الهبات بين الأحياء و الوصية ، وهي تؤدي الى افتقار المتبرع كونها تخرج شيء من ماله ، وجعل عقد (التفضل) مختصا بالتبرع بإسداء خدمة دون ان يخرج شيء من ماله ، وقد نص عليه القانون الفرنسي منذ إصداره الأول في قانون نابليون سنة ١٨٠٤ ، تحت مسمى Contrat de bienfaisance فعرفه في المادة (١١٠٥) بأنه (العقد الذي يقدم فيه احد اطرافه الى الآخر منفعة مجانية خالصة) .

اما عقد العطايا libéralités ، جمع عطية فقد أورد تعريفه في تعديل الباب الثالث الخاص بطرق التملك في القانون المدني الفرنسي عام ٢٠٠٦ ، فأعاد صياغة المادة فاصبح نص المادة (٨٩٣) ١- العطية هي التصرف الذي ينقل به شخص بدون عوض كل او بعض املاكه او حقوقه لصالح شخص اخر . ٢- لا يمكن ان تكون العطية الا عن طريق الهبة بين الأحياء، او بطريقة الوصية) من جانب اخر نجد ان القانون الفرنسي قبل التعديل قد أورد تعريفاً لعقد المعاوضة فعرفه في المادة (١١٠٦) (بأنه عقد يلزم كل طرف بإعطاء شيء او بفعله) ، اما بعد تعديل عام ٢٠١٦ فقد أورد المشرع الفرنسي تقسيماً للعقود فعدل عن موقفه السابق فأورد تعريفاً لكل من عقدي المعاوضة والتبرع وذلك في المادة ١١٠٧ التي نصت على (يكون العقد معاوضة عندما يتلقى كل طرف من الطرفين الآخر ميزة مقابل الميزة التي يوفرها.) ثم عرف عقد التبرع في ذات المادة (ويكون العقد مجاني عندما يوفر أحد الطرفين للطرف الآخر ميزة دون انتظار أو تلقي مقابل) .

في حين ابقى المشرع الفرنسي على نص المادة ٨٩٣ الخاص بعقد العطايا (الهبات) دون تغيير منذ دخوله حيز النفاذ عام ٢٠٠٧ بعد التعديل ، فأصبحت هذه المادة وما يليها من المواد خاصة بعقود التبرعات الناقلة للملكية سواء بين الأحياء او بعد الموت (الوصية) ، اما عقود التفضل وبعد تعديل نص المادة ١١٠٥ كما بينا ، فلم يعد لها نص خاص رغم ان هذا التمييز يظهر من خلال النظر الى الطبيعة القانونية لكل عقد من هذه العقود .

وبالرغم من اتفاق اغلب القوانين و الفقه على هذا التقسيم الثنائي للعقود ، يرى الفقيه الفرنسي بوتييه تعقيباً على تقسيم العقود الى معاوضة و تبرع في القانون المدني الفرنسي ، تمييز طائفة ثالثة من العقود، هي وسط بين عقود التبرع و المعاوضة ، كالهبة بعوض ، فهي ليست تبرعاً محضاً لان العوض موجود ، وليست معاوضة لان العوض دون الشيء الموهوب بكثير (١٤)، ولكن نجد ان اكثر الشراح و القوانين المقتبسة من القانون الفرنسي ومنها القانون المدني العراقي و المصري لا يذهبون الى هذا الرأي ، بل ينظرون في العقد الى العنصر الغالب ، فان كانت فكرة التبرع هي الغالبة ، كان العقد تبرع ، والا فهو معاوضة .

وينبغي الإشارة الى ان التبرع لا يشترط فيه ان يؤدي الى افتقار في ذمة شخص دون مقابل ليكون متبرعاً ، إذ انتقد الفقيه الفرنسي "ديموج" تعريف عقود التبرع في القانون المدني الفرنسي القديم

في المادة ١١٠٥ الذي اشرنا اليه سابقاً، كونه ينظر الى جانب من اغتنى في عقد التبرع (أي من تلقى التبرع) لا الى جانب من افقر (أي المتبرع) ويقول انه كان الأولى بالمشروع النظر الى الجانب الأخير ، ويضرب لذلك مثلاً من يتنازل عن نصيبه في الحائط المشترك حتى لا يشاطر الجار في مصاريف ترميمه ، لا يكون متبرعا ، ولو ان الجار قد اغتنى دون مقابل ، لان المتنازل قد افقر في مقابل ان يتخلص من مصاريف الترميم ، في حين يرى الدكتور السنهاوري ان العقد في الفرض المتقدم معاوضة من جانب المتنازل عن الحائط المشترك ، وتبرعا من جانب الجار المتنازل له (١٤).

ونخلص من كل ما تقدم، ان التبرع هو التزام ينشأ عن نوع من العقود، فيطلق على هذه العقود بانها عقود تبرعات، و وهي كأى عقد لا بد له من اركان رضا و محل و سبب ، كما ان هذه العقود لا تقوم الا بتوفر عنصرين، الأول هو ان يكون مجانا أي بلا مقابل فنطلق عليه (العنصر المادي للتبرع) ، والثاني ان تتوفر نية التبرع وهو (العنصر المعنوي للتبرع) .

أولاً : العنصر المادي في التبرع :

ان العنصر المادي في الالتزام الناشئ عن هذه العقود هو ما يميزها عن غيرها ، فيتمثل هذا العنصر في ضرورة ان يكون محل الالتزام بلا مقابل او عوض ، فمثل إعطاء شيء بدون مقابل كنقل حق عيني كحق الملكية او أي حق عيني اخر متفرع عن حق الملكية كالاستعمال او الانتفاع وغيرها، وهو ما ينطبق على بعض أنواع عقود التبرعات كالهبة والقرض، وهو ما يعرف في الفقه الغربي بالعطايا ، كما ان هذا الالتزام قد يكون قياماً بعمل دون مقابل ، كما في الوكالة، والوديعة والكفالة، وهي ما يطلق عليه في الفقه الغربي بعقود التفضل ، كما يمكن ان يكون امتناعاً عن عمل مثل اسقاط المتبرع لأي حق من الحقوق لصالح المتبرع له ، كأسقاط حق الشفعة فهو في الحقيقة امتنع عن المطالبة بحقه (١٥).

ان الالتزام في جميع الحالات السابقة قد يكون وكما بينا دون مقابل وهو التزام بسيط وهو الأصل في هذه العقود، ولكن قد يقترن هذا الالتزام بشرط فاسخ يضعه المتبرع فيكون موصوفاً، كأن يشترط المتبرع العوض في العقد، وهنا يثار التساؤل هل وجود مقابل في العقد يجعل هذا العقد معاوضة، وبالتالي ينفي عنه وصف التبرع؟ للإجابة عن هذا السؤال لا بد ان نميز بين ثلاث أنواع من الشروط التي يمكن ان يضعها المتبرع في العقد:

١- شروط مقترنة به ومقيدة له لمصلحة المتبرع له : هو الشرط الذي يكون في مصلحة المتبرع له ، كأن يتبرع لشخص بمال بشرط ان ينفقه على أولاده (أولاد المتبرع له) ، او يسافر به للتعليم ، او يفتتح به مشروع ينتفع من خلاله .

٢- شروط تقترن به و تقيده لمصلحة المتبرع او شخص اجنبي : وهذا النوع من الشروط هو ما كان في معنى المقابل للمتبرع او لشخص اجنبي عن العقد ، فهنا التبرع لا يكون لمصلحة المتبرع له

فقط، وإنما هو لتحقيق مصلحة للمتبرع أيضاً بصورة مباشرة أو غير مباشرة ، و تكون هذه المصلحة بمثابة العوض أو المقابل للالتزام الأول، كمن يهب طليقته منزلاً للسكن بشرط ان لا تتزوج لتربي أولاده .

٣- شروط تقترب به وتفرض عوضاً على الطرف المتبرع له: فقد يكون التصرف تبرعاً ومع ذلك يشترط المتبرع ان يدفع المتبرع له عوض، كأن يهب شخص مبلغ من المال ويشترط عليه عوض معين كالأنفاق عليه ليوم وفاته أو تسديد ديونه المعلومة المقدار ، ويكون هذا العوض اقل قيمة من المال الذي تبرع به.

ان كل من النوع الأول والثاني من هذه الشروط لا تجعل من العقد معاوضة ، ما دام الشخص المتبرع له يثرى دون مقابل بمقدار معين ، ويكون هذا المقدار المتبرع به في هذه الحالات هو الفرق بين قيمة المال أو المنفعة المتبرع بها و قيمة تنفيذ الشرط الذي وضعه المتبرع ، كما يبقى العقد من عقود التبرعات ولو كان الالتزام المفروض على المتبرع له اكبر من قيمة المال المتبرع به ما دام المال يفيد المتبرع له فائدة محضة ، و مثال على ذلك ان يهب شخص لجمعية خيرية مبلغاً من المال على ان تنشئ مستشفى تزيد تكاليفه على هذا المبلغ (١٦) ، لذلك فإن هذا النوع من الشروط لا تخرج التبرع عن كونه تبرعاً لأنه بمثابة التكليف ، ولا يعتبر هذا التكليف عوضاً ، و المتبرع لم يتجرد عن نيته في التبرع وهو العنصر النفسي ، فمقوماً التبرع متوفران (١٥) .

أما النوع الثالث من الشروط الذي يكون فيه العوض لمصلحة المتبرع ، فهو لا يجعل العقد معاوضة بالنسبة لعقود التبرعات التي تقتضي التمليك أو ما يعرف في الفقه الغربي (بالعطايا) مثل عقد الهبة و القرض ، ما دامت قيمة العوض المشترط في العقد اقل من قيمة المال المتبرع به (١٦)، كما ان اشتراط العوض فيها لا يتنافى مع جوهر هذه العقود مثال على ذلك نص المادة (٦١١ - ٦٩٢) من القانون المدني العراقي التي إجازة العوض في عقود التبرعات مع احتفاظها بطبيعتها التبرعية ، ولكن من جانب آخر فإن اشتراط العوض في عقود (النقل) ينفي عنها خاصية التبرع ، لان هذه العقود وكما بينا سابقاً يولي المتبرع للمتبرع له فائدة دون ان يخرج شيء عن ملكية ماله ، لذا فان اشتراط أي عوض وان كان اقل من المنفعة التي يتلقاها المتبرع له ، يجعل من العقد عقد معاوضة لا تبرع (١٧) ، ومثال ذلك عقد العارية فاذا اشترط فيها العوض لمصلحة المعير يعتبر عندها الشرط باطلاً وذلك لمخالفته لجوهر عقد التبرع ، فيبطل الشرط ويصح العقد ما لم يتبين ان العقد ما كان لينعقد الا بوجود العوض فعندها يبطل العقد، ويمكن ان يتحول الى نوع آخر من العقود كعقد الايجار اذا اتجهت نية الاطراف المتعاقدة الى ابرام هذا العقد .

أما الفقه الإسلامي فان اشتراط العوض في عقد التبرع يعتمد على نوع الشرط المدرج في العقد ، فقد قسم الفقهاء الشروط المقترنة بالعقد الى نوعين من الشروط : شرط صحيح الضابط فيه هو

ان يكون صفة القائم بمحل العقد وقت صدوره ، او ما يقتضيه العقد او يلائمه بان يرد دليل في الشرع بجوازه او ما يجري عليه التعامل ، وأضاف الحنفية ما يحقق مصلحة مشروعة للعاقدة (١٣)، اما الشرط غير صحيح فهو ما لا يقتضيه العقد و لا يلائم مقتضاه او ما يؤدي الى غرر او اشتراط امر لم يرد في الشرع نحوه ، فمن هذه الشروط ما يبطل العقد كالعقد المتضمن على الربا ، ومنها ما يصح به العقد ويلغو الشرط نفسه (١٨) ، ويتضح من ذلك ان موقف الفقه الإسلامي يتقارب مع موقف القوانين الوضعية ولكنه يختلف من حيث ان الشرط يجب ان لا يخالف الشرع إذ ان في الشرع قيود على بعض العقود غير موجودة في التشريعات الوضعية مثل ذلك بطلان عقد القرض اذا اشترط فيه الفائدة لأنها تعتبر عقد ربوي .

ثانياً: العنصر المعنوي في التبرع (النفسي):

لا يقوم التبرع على العنصر المادي السابق ذكره فقط ، بل لابد ان ينظم اليه قصد التبرع بالالتزام المذكور ، وهو العنصر النفسي ، فإن لم ينوي التبرع و يرض به ، لا نكون امام تصرف تبرعي ، فهو من خصائص عقود التبرع وهو لا يوجد في غيرها ، وعندها يكون العقد اما باطلا اما لعدم توفر السبب او لنقص في محله (١٩)، او ان يكون عقد معاوضة ، ويكون العوض فيه خدمة سبق ان قدمها المتبرع له الى المتبرع ، ومثال على ذلك ان يقوم شخص بخدمة صديق له اثناء مرضه ، وبعد ان شفي الصديق وهبه مبلغا من المال او شيئاً اخر كمنزل او سيارة ، ففي هذه الحالة لا يحصل الواهب على مقابل مادي لما أعطاه ، ولكن مع ذلك فان الهبة في هذه الحالة لا تكون تبرعاً ، لان الواهب عندما وهب اخذ بنظر الاعتبار الخدمة السابقة التي قدمها له هذا الصديق ، وبالتالي لا يكفي لاعتبار العقد من عقود التبرع مجرد توفر نية التبرع بل لا بد من النظر الى الدوافع التي كانت السبب للقيام بهذا العمل القانوني. (٢٠)

وهناك صور أخرى تلتبس بالتبرع ولا تعد تبرعاً، فقد يقدم الشخص التزام بدون مقابل ولا تكون عنده نية التبرع، كأن يوفي بالتزام طبيعي ، فهو لا يتبرع وانما يوفي ديناً وان كان لا يجبر على الوفاء به، فيكون تصرفه هذا وفاء لا تبرع، ولا يستطيع الرجوع فيه حتى في الأحوال التي يجوز فيها الرجوع في التبرع، والتي سنأتي على ذكرها.

وكذلك الامر بالنسبة للمكافآت السنوية التي تعطىها الشركات لمستخدميها وللعمال بالإضافة إلى مرتباتهم، فهذه العطايا لا تعتبر تبرعاً، بل هي جزء من المرتب و ان كانت جزء غير ثابت، والمبالغ المالية (البقشيش) التي يدفعها العميل لخدمة المقاهي والمطاعم والفنادق وما إليها لا تعتبر تبرعاً، بل هي جزء من الأجر ترتب بحكم العرف، ومن يعطي مالا لإنشاء مدرسة أو مستشفى، ويشترط أن تسمى المؤسسة باسمه، فإنه يكون قد قصد جني منفعة أدبية، ولا يعتبر تصرفه هبة.

المبحث الثالث

الضمان في عقد القرض

ان عقد القرض وكما ورد تعريفه في القانون المدني العراقي في المادة (٦٨٤) "هو ان يدفع شخص لآخر عيناً معلومة من الأعيان المثلثة التي تستهلك بالانتفاع بها ليرد مثلها ، وهو عقد عيني ، الأصل فيه ان يكون تبرعي بلا مقابل ولكنه وعلى عكس العارية يمكن ان يكون بمقابل ، كما يظهر بشكل جلي ان القرض قد يرد على النقود ، وقد يرد على أي شيء مثلي آخر ، هلك بالاستعمال ام لم يهلك ، وعلى عكس القانون المدني العراقي يجعل القانون المدني الفرنسي هذا العقد عقداً ملزم لجانب واحد ، فقد جاء في تعريف "قرض الاستهلاك في المادة (١٨٩٢) " بأنه عقد يسلم بموجبه أحد الطرفين للطرف الآخر كمية معينة من الأشياء التي يستهلكها الاستخدام ، بشرط أن يعود إليه الأخير بنفس القدر من النوع والنوعية ، يمكن ان يرد على النقود او الأشياء المثلثة سواء كانت قابلة للاستهلاك ام غير قابلة للاستهلاك كونه من العقود الناقلة للملكية بطبيعته ، فهو لا يقتصر على نقل المنفعة فقط بل ينقل ملكية الشيء سواء كان قابل للاستهلاك من عدمه بشرط ان يرد المقرض مثل الشيء عند انتهاء المدة المحددة في العقد (٢١) ، ولذلك فهو يمتاز ببعض الخصائص التي تميزه عن غيره من العقود الأخرى و لكنه في ذات الوقت يجمع بين صفات اغلب عقود التبرع كالهبة و العارية و الوديعة ، وتتحصر صور الضمان في هذا العقد بثلاث صور سنفردها لكل منها فرع يكون الفرع الأول لضمان التعرض في عقد القرض و الثاني لضمان الاستحقاق في عقد القرض و فرع ثالث للعيوب الخفية في عقد القرض .

الفرع الأول

ضمان التعرض في عقد القرض

يصنف الفقه الفرنسي عقد القرض ضمن العقود الملزمة لجانب واحد ، وهو في ذلك يشبه عقد العارية ، ويترتب على ذلك ان هذا العقد لا يرتب من حيث الأصل التزامات سوى على طرف واحد من اطراف العقد وهو المستقرض ، اما المقرض فلا يفرض عليه أي التزام ، ومع ذلك يذهب الفقه الفرنسي الى ان طبيعة عقد القرض قد لا تفرض أي التزام على المقرض الا انه ومع ذلك يضل ملتزماً بان يتعامل بحسن نية ، وتتمثل حسن النية كما قلنا سابقاً عند بحث ضمان التعرض في الهبة بالتزام المقرض ان يتعامل طبقاً لما اودعه فيه المستقرض من ثقة مشروعة و امانة و اخلاص و انعدام نية الاضرار لديه ، بما يجعل الدائن بالضمان يتوقع من مدينه مسلكاً معيناً ، ويتمثل هذا المسلك من خلال تجنب كل ما من شأنه ان يجعله سيء النية و يتحقق ذلك بتجنب الغش او الخطأ الذي يؤدي الى الاضرار بمصلحة الدائن التي قصد تحقيقها من وراء اللجوء الى التعاقد (٢٢).

ولذلك يمكن القول ان ضمان المقرض في القانون المدني الفرنسي للتعرض ينتج من الالتزام العام الذي فرضه القانون في كافة مراحل التفاوض و ابرام وتنفيذ العقود بحسن نية الوارد في المادة (١١٠٤) والذي جعله في ذات المادة من النظام العام فلا يجوز الاتفاق على الاعفاء منه.

وفي ضوء قاعدة حسن النية ذهب الفقه الفرنسية وفي مقدمتهم الفقيه (بوتيه Pothier) الى القول ان عقد القرض هو عقد ملزم لجانب واحد ، كما ان نص المادة (١٨٩٩) الواردة ضمن القسم المخصص لالتزامات المقرض ، لا تعتبر عند اغلب الفقهاء الفرنسيين وعلى راسهم الفقيه (بييرليه Berlier) التزاماً بالمعنى الدقيق للكلمة ، إذ لا يمكن ان نعتبر ان الأثر الواقف للأجل المشترط في العقد ، و الذي لا يمكن خلاله للمقرض المطالبة برد العناصر المقترضة خلال الاجل المحدد انه "مدين" بالتزام سلبي هو عدم المطالبة برد القرض ،اذ ان المقرض يكون في هذه الحالة "دائن عادي" ولكن دينه لم يحل بعد لحين انقضاء الاجل المحدد في العقد ، وهناك فرق شاسع بين دائن لم يحل اجل استحقاقه للدين و بين مدين بالتزام سلبي (٢٣)، ولذلك فان نص المادة أعلاه يختلف عن نص المادة (١٨٨٨) الوارد في عقد العارية و الذي سبق لنا بيانه ، ففي الوقت الذي يكون فيه المقرض دائن عادي لم يحل موعد استحقاقه للدين ، يكون المعير ملتزم بعدم المطالبة باسترداد الشيء المعار ، ويرجع ذلك لاختلاف طبيعة كل من العقدين اذ يسترد المعير في عقد العارية ذات الشيء المعار اما في عقد القرض فلا يكون له سوى استرداد شيء مماثل ، و لذلك اعطى المشرع في المادة (١٨٨٩) للمعير الحق في استرداد الشيء المعار قبل انتهاء مدة العقد في حين لم يعطي مثل هذا الحق للمقرض (٢٤) .

وبناءً على ما سبق دعا العديد من الفقهاء وعلى راسهم الفقيه الفرنسي (بييرليه Berlier) الى الغاء القسم المخصص لالتزامات المقرض وفي مقدمتها نص المادتين (١٩٠٠-١٩٠١) ، فهي ليست التزامات على المقرض ، اما المادة (١٨٩٨) فاقترح نقلها الى مكان اخر ، في حين عارض الفقيه (ترونشييه Tronchet) الاقتراح السابق ، قائلاً ان باعتراف أصحاب الراي السابق بضرورة الإبقاء على نص المادة (١٨٩٨) تأكيد على انه عقد ملزم للجانبين ، اما نص المادتين (١٨٩٨-١٨٩٩) ، فهي التزامات تقع على عاتق المقرض ، ذلك لان اعتبار التزام المقرض بأبرام العقود و تنفيذها بحسن نية الوارد بالمادة (١١٠٤) سابقة الذكر ، سيؤدي الى القول بان جميع العقود عقود ملزمة للجانبين ، وبالرغم من ان قرار مجلس الدولة الفرنسي قد حسم هذا الخلاف وبقى على القسم المخصص لالتزامات المقرض ، الا ان ذلك لا يمكن ان يغير طبيعة هذا العقد في القانون المدني الفرنسي (٢٥) .
ولذلك يقتصر التزام المقرض في القانون المدني الفرنسي بضمان التعرض الشخصي المادي والقانوني، اما تعرض الغير فلا يلتزم به الا اذ تحقق استحقاق الشيء المقترض، وكان المقرض سيء النية كما سنوضح عند بحث ضمان الاستحقاق في عقد القرض.

ولكن يثار هنا تساؤل مهم، عما إذا كان ذلك يقتصر على عقد القرض بدون فائدة أم يشمل عقد القرض بفائدة؟

يذهب أغلب الفقهاء الفرنسيون إلى أن اشتراط الفائدة في عقد القرض يجعل منه عقد معاوضة ، فيضمن المقرض للمقترض عدم التعرض الشخصي المادي و القانوني و التعرض القانوني الصادر من الغير ، سواء اكان حسن النية أم سيء النية ، وهو في ذلك كسائر عقود المعاوضة الأخرى و الأساس القانوني الذي يستند إليه أصحاب هذا الرأي هو نص المادة (١٨٩٨) سابقة الذكر و التي حصرت تطبيق احكام ضمان العارية على القرض بان يكون القرض تبرعياً ، وبالتالي فان اشتراط الفائدة ينفي عنه هذه الصفة ويحيله الى عقد معاوضة تطبق عليه احكام ضمان عقد البيع (٢٦).

في حين يذهب جانب آخر من الفقهاء إلى أنه و بالرغم من ضرورة التمييز بين القرض التبرعي و القرض بفائدة في مسألة الضمان الوارد بنص المادة (١٨٩٨) إلا أن القول بأن المشرع قد ميز بين هذين النوعين تحميل للنص ما ليس فيه ، ففي الواقع لم يميز المشرع بينهما وجاء النص عام ، وبالتالي لا يلتزم المقرض بالضمان إلا إذا كان سيء النية سواء كان القرض بفائدة أم لا (٢٧).

أما القوانين المدنية العراقية والمصري وعلى الرغم من أنها لم تنص صراحة على ضمان المقرض للتعرض ولكنها نصت على ضمان الاستحقاق بنص المادة (٦٨٨) مدني عراقي و المادة (٥٤٠) مدني مصري التي نصت على (إذا استحق الشيء فان كان القرض بفائدة سرت احكام البيع والا فأحكام العارية) وبتطبيق احكام ضمان العارية على عقد القرض دون فائدة ، يكون المقرض مسؤولاً عن ضمان التعرض الشخصي المادي و القانوني دون التعرض الصادر من الغير إذا كان المقرض سيء النية ، و الواقع أن ذلك لا ينسجم مع طبيعة عقد القرض الناقلة للملكية ، إذ أن فرض الضمان على المعير رغم عدم النص عليه صراحة كان نابغاً من الالتزام السلبي المفروض عليه بترك المستعير ينتفع بالشيء المعار ، أما عقد القرض فهو يفرض على المقرض نقل ملكية العين المقرضة وهو في القانون المدني العراقي ركن في العقد لا مجرد التزام كما في القانون المدني المصري ، ولذلك فان التزام المقرض اقرب الى التزام الواهب منه الى التزام المعير ، ذلك أن ركن نقل الملكية منفصل عن التزام المستقرض برد المثل لاختلاف المحل على عكس العارية الذي يرد على ذات الشيء .

الفرع الثاني

ضمان الاستحقاق في عقد القرض

يتفق جمهور الفقهاء على أن عقد القرض في الفقه الإسلامي جاء على خلاف القياس ، وفي ذلك قال القرني "اعلم أن قاعدة القرض خولفت فيها ثلاث قواعد شرعية (قاعدة الربا) إن كان في الربويات كالنقدين و الطعام (وقاعدة المزبنة) وهي بيع المعلوم بالمجهول من جنسه إن كان في

الحيوان و نحوه من غير المثليات (وقاعدة بيع ما ليس عندك) في المثليات ، وسبب مخالفة هذه القواعد مصلحة المعروف للعباد" ، ولذلك فان عقد القرض في الفقه الإسلامي يجمع بين بعض احكام عقود المعاوضة ، وفي ذات الوقت فهو تبرع دائماً ، مما يجعله في هذا الفقه تحديداً اقرب الى العارية من غيره ، ولذلك قال العلامة ابن القيم (ان اصل هذه القضية مندرج تحت قاعدة تغير احكام التصرفات باعتبار القصد و النيات ، وان كانت الصورة واحدة ومن ذلك ان الله حرم ان يدفع الرجل الى غيره مالاً ربوياً بمثله على وجه البيع الا ان يتقابضاً ، وجوز دفعه بمثله على وجه القرض، وقد اشتركا في أن كلياً منهما يدفع ربوياً ويأخذ نظيره، وإنما فرّق بينهما القصد؛ فإن مقصود القرض إرفاق المستقرض ونفعه، وليس مقصود المعاوضة والربح، ولهذا كان القرض شقيق العارية كما سماه رسول الله ﷺ «منيحة الورق»، فكأنه أعاره الدراهم ثم استرجعها منه، لكن لم يمكن استرجاع العين فاسترجع المثل (٢٨).

ولذلك فان الفقه الإسلامي ينظر الى القرض على انه عقد عارية ورد على شيء قابل للاستهلاك ، فتطبق عليه ذات القواعد المطبقة على عقد العارية ، وهذه النظرة الى عقد القرض قد انعكست على القوانين العربية التي نصت في المواد (٦٨٨) مدني عراقي و (٥٤٠) مدني مصري على (اذا استحق الشيء فان كان القرض بفائدة سرت احكام البيع والا فأحكام العارية) ، اذ لا وجود لمثل هذا الحكم في القانون المدني الفرنسي ، فلم ينص على ضمان الاستحقاق ، واكتفى في نص المادة (١٨٩٨) بالإحالة الى نص المادة (١٨٩١) في عقد العارية ، والتي نصت على مسؤولية المعير عن العيوب الخفية التي تظهر في الشيء المعار اذا كان يعلم بها ولم يحذر المستعير منها ومع ذلك يذهب بعض الفقهاء الفرنسيون الى القول بان عقد القرض وعلى غرار عقد العارية يضمن المقرض استحقاق الشيء المقترض سواء كان القرض بفائدة او بغير فائدة متى كان سيء النية ، أي انه يعلم ان للشيء المقترض مالك اخر . (٢٩)

و بتطبيق احكام ضمان العارية الواردة بنص الفقرة الأولى من المواد (٨٥٠) مدني عراقي و(٦٣٨) مدني مصري على عقد القرض بلا فائدة ، نجد ان المقرض لا يكون مسؤولاً عن استحقاق الشيء المقترض الا اذا تعمد إخفاء سبب الاستحقاق او ان يتم الاتفاق على الضمان باتفاق خاص ، ولا نعود الى تفصيل ذلك اكتفاء بما ذكرناه سابقاً عند بحث ضمان الاستحقاق في عقد العارية .

اما اذا اشترطت الفائدة في القرض اصبح عقد معاوضة تطبق عليه احكام ضمان الاستحقاق في عقد البيع ، ومن ثم اذا كان الاستحقاق كلياً ، كان للمقترض ان يطلب من المقرض قيمة الشيء وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية من ذلك الوقت ، وقيمة الثمار التي الزم المستقرض بردها للمستحق ، و المصروفات النافعة التي لا يستطيع المستقرض ان يلزم بها المستحق ، وكذلك المصروفات الكمالية اذا كان المقرض سيء النية ، و جميع مصروفات دعوى الضمان و دعوى الاستحقاق عدا ما كان

المستقرض يستطيع ان يتقيه منها لو اخطر المستقرض بدعوى الاستحقاق ، وبوجه عام تعويض المستقرض عما لحقه من خسارة او فاته من كسب بسبب استحقاق الشيء المقترض .

اما في حالة الاستحقاق الجزئي، وكانت خسارة المستقرض من ذلك قد بلغت قدراً لو علمه لما اتم العقد ، كان له ان يرد للمقترض ما بقي في يده من الشيء المقترض وما افاده منه ، وان يطلب منه التعويضات التي سبق ذكرها في الاستحقاق الكلي ، فإذا اختار المستقرض استيفاء ما بقي من الشيء المقترض ، او كانت الخسارة التي لحقته من الاستحقاق الجزئي لم تبلغ قدراً لو علمه لما اتم العقد ، لم يكن له الا ان يطالب بتعويض عما أصابه من ضرر بسبب هذا الاستحقاق الجزئي .(٣٠)

اما قانون الموجبات و العقود اللبناني فقد أحال بنص المادة (٧٦٠) في مسائل ضمان الاستحقاق و العيوب الخفية الى احكام الضمان في باب البيع سواء كان القرض بفائدة او من غير فائدة ، معتبراً ان عقد القرض هو اقرب في ذلك الى عقود المعاوضة منه الى التبرعات .

ويؤخذ على المشرع العراقي في عقد القرض ما ذكرناه عند بحث ضمان الاستحقاق في عقد الهبة ، إذ ان المستقرض الذي حاز الشيء المقترض و الذي يجب ان يكون شيئاً منقولاً او نقود او سند لحامله على ما ذكر بنص المادة (١١٦٣) من القانون المدني العراقي ، وهو يستند الى عقد القرض وهو سبب صحيح فلا تسمع عليه دعوى الملك من احد ، ذلك ان الحيابة بذاتها قرينة على توافر حسن النية ووجود السبب الصحيح، ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك ، فاذا كان الامر كذلك فكيف يتصور استحقاق العين من تحت يد المستقرض ؟

فالفرض الوحيد الذي ذكرناه في عقد الهبة ينطبق على عقد القرض ، فلا يتصور استحقاق العين المقترضة من تحت يد المستقرض الا اذا كان سيء النية ، أي انه يعلم بان هذه العين مملوكة لشخص اخر ليس المقرض ، فلا يستطيع التمسك بقاعدة الحيابة في المقول سند الملكية ، فيقيم عليه المالك دعوى الاستحقاق و يسترد العين المقترضة منه اذا كانت قائمة او يضمّن قيمتها اذا كان قد استهلكها ، وهذه هي الحالة الوحيدة التي يمكن فيها تصور استحقاق العين المقترضة من تحت يد المستقرض ، أي ثبوت سوء نيته ، وهو ما يثير ذات التساؤل الذي سبق لنا طرحه في ضمان استحقاق الموهوب ، عن سبب تقديم المشرع مصلحة المستقرض سيء النية على مصلحة المقرض سيء النية ايضاً ؟

ورغم ذلك فان هذه الإشكالية تعتبر في عقد القرض اقل اهمية منها في عقد الهبة ، و السبب في ذلك ان الشائع في عقد القرض وروده على النقود ، وتأبى طبيعة النقود متى دخلت في حيابة المستقرض و اختلطت بماله ان يظهر لها مستحق لان النقود لا تتعين بالتعيين، لذلك فان التساؤل السابق ينحصر في عقد القرض الذي يكون محله مثليات من غير النقود .

وتجدر الإشارة الى ان جميع حالات الضمان التي سبق لنا ذكرها في عقود التبرعات ، أي عندما يكون المتبرع ملتزماً بالضمان بسبب تعمد إخفاء سبب الاستحقاق او العيوب الخفية ، يكون فيها مسؤولاً عن الضمان كمسؤولية البائع عند استحقاق المبيع او ظهور عيب خفي فيه ، و نقصد بذلك ان الاختلاف في مسألة الضمان في عقود التبرعات لا تتعلق بمدى الضمان ذاته ، فالسؤال كان دائماً متى يكون المتبرع ضامناً للاستحقاق و العيوب الخفية ومتى لا يكون كذلك ، اما بالنسبة لمدى هذا الضمان عندما يكون ضامناً فهي مسألة لا تختلف في عقود المعاوضة عن غيرها من عقود التبرع .

ومع ذلك يختلف مدى الضمان في حالة الاتفاق على الضمان باتفاق خاص، اذ يحدد هذا الاتفاق مدى الضمان ونطاقه دون الالتزام بمدى الضمان في عقد البيع و سائر عقود المعاوضة ، وعليه فان القول بأن "مسؤولية المتبرع عن الضمان مسؤولية مخففة" قول غير دقيق ذلك ان مسؤوليته تكون ذاتها مسؤولية المعاوز في الحالات التي يكون فيها مسؤولاً عن الضمان.

الفرع الثالث

ضمان العيوب الخفية في عقد القرض

استمدت القوانين العربية احكام الضمان عند ظهور عيب خفي في العين المقترضة من القواعد التي وضعها الفقهاء المسلمون في عقدي القرض و البيع ، فطبقت القوانين العربية احكام القرض في الفقه الإسلامي على القرض بدون فائدة ، و احكام البيع على القرض بفائدة ، إذ نظم الفقهاء حالة ظهور عيب في العين المقترضة ولكنهم لم يجيزوا للمقرض رد العين بالعيب كما في عقد البيع ، فعلى خلاف عقد البيع لا يقتضي عقد القرض السلامة من العيب ، و السبب في ذلك يرجع الى ان المستقرض ملزم برد المثل ، وعندها لا يلتزم الا برد مثل المقبوض ، وقد عبروا عن ذلك فقالوا " إذا نقد المشتري وهو المستقرض المائة في المجلس ثم وجد بالكر القرض عيباً لم يردده؛ لأنه لا وجه إلى رده حكم الشراء لم يتناوله ولا وجه إلى رده بحكم القرض؛ لأن القرض تبرع لا يوجب السلامة عن العيب لكن يلزم المستقرض مثل المقبوض ولكن يرجع بنقصان العيب من الثمن؛ لأن المبيع كر وجب في الذمة بحكم القرض والمقبوض بحكم القرض معيب فكذا ما وجب بدلاً عنه" (٣١).

كما يمكن استنباط ذات المبدأ من مسألة تعرض لها فقهاء المذهب الحنبلي وهي مسألة " من اقترض من رجل دراهم، وابتاع بها منه شيئاً، فخرجت زيوفاً: فالبيع جائز، ولا يرجع عليه بشيء. يعني لا يرجع البائع على المشتري ببطل الثمن؛ لأنها دراهمه، فعيبها عليه، وإنما له على المشتري بدل ما أقرضه إياه بصفته زيوفاً. وهذا يحتمل أنه أراد فيما إذا باعه السلعة بها وهو يعلم عيبها؛ فأما إن باعه في ذمته بدراهم، ثم قبض هذه بدلاً عنها غير عالم بها، فينبغي أن يجب له دراهم خالية من العيب، ويرد هذه عليه، وللمشتري ردها على البائع، وفاء عن القرض، ويبقى الثمن في ذمته (٣٢)،

ويفهم من ذلك ان المقرض لا يكون له سوى الرجوع على المستقرض الا بما اقرضه، وهذا الحكم ينطبق على محل القرض سواء كان نقود او منقولات مثلية أخرى ، ذلك اذا كان من غير المتصور في النقود ان تستحق ،فانه يتصور ان يلحقها العيب الخفي كما لو كان النقد زائفاً .

اما في القانون المدني الفرنسي فيعتبر العيب الخفي السبب الوحيد الذي يكون فيه للمقرض الرجوع على المقرض بالضمان ، وقد أحال المشرع الفرنسي في المادة (١٨٩٨) الى ما أورده في عقد العارية(قرض الاستخدام) بنص المادة (١٨٩١) و التي اشترط لرجوع المستعير على المعير بالضمان العيب الخفي ان يكون على علم بهذا العيب ، وان يكون العيب خفياً وفقاً للقواعد العامة في العيوب الخفية ، و ان يسبب ذلك العيب ضرراً للمقرض فلا يكون المقرض مسؤولاً الا في حدود هذا الضرر ، و الذي تقدر المحكمة التعويض عنه (٣٣)، ومع ذلك اثار النص الفرنسي الخلاف عما اذا كان هذا النص يقتصر على العقد بغير فائدة (المجاني) ام يشمل عقد القرض بشكل عام ، فذهب اغلب الفقهاء الفرنسيون الى ان النص قاصر على عقد القرض التبرعي بلا فائدة ، ذلك لان القرض لا تطبق عليه احكام العارية الا اذا كان مجاناً ، اما اذا كان القرض بفائدة فعندها يأخذ احكام الضمان كاي عقد معاوضة اخر فتطبق عليه قواعد ضمان العيب الخفي في عقد البيع (٣٤) ، في حين ذهب اخرون الى ان نص المادة (١٨٩٨) جاء عاماً لا يمكن حصره بعقد القرض بلا فائدة (٣٥)، فلا يكون المستقرض سواء كان القرض بفائدة او بدون فائدة عما يظهر في الشيء من عيوب خفية الا اذا تعدد إخفاء سبب الاستحقاق.

ومن خلال استعراض اراء الفقه الإسلامي في هذه المسألة و موقف القانون المدني الفرنسي منها يظهر و بشكل جلي مدى تأثر القوانين المدنية العراقي و المصري بموقف الفقه الإسلامي ، فقد نصت المادة (٦٨٧) من القانون المدني العراقي ، وما يقابلها في القانون المصري ، على (١- إذا ظهر في العين المقترضة عيب خفي وكان القرض بغير فائدة وأثر المستقرض استيفاء العين وأخبر المقرض بذلك، فلا يلزم ان يرد الا قىمتها معيبة.٢- اما إذا كان القرض بفائدة او كان بغير فائدة ولكن قد تعدد إخفاء العيب كان للمستقرض ان يطلب اما اصلاح العيب، واما ابدال شيء سليم بالشيء المعيب.) ونجد ان المشرع في هذه القوانين وعلى خلاف الحالات السابقة التي يكون فيها العقد تبرعياً من حيث الأصل الا انه يجوز فيه العوض ، كما في عقد الهبة ، ميز بين العقد عندما يكون بفائدة او اجر وعندما لا يكون بفائدة ، فاذا كان العقد بلا فائدة فيكون المستقرض مخيراً بين امرين :

الأول : اما رد الشيء المعيب فوراً الى المستقرض ، فينتهي العقد بذلك ، ولا يستحق أي تعويض كونه لم يتكبد أي خسارة او ضرر ، وذلك لان عقد القرض في القانون المدني العراقي و على غرار ما ذهب اليه جمهور الفقهاء عقد جائز (غير لازم) في حق المستقرض ، فله رد عين ما اقترضه

للمقرض اذا لم يتغير ، لأنه على صفة حقه ، فلزم المقرض قبوله كالمسلم فيه ، وكما لو أعطاه غيره من امثاله (٣٦)، وهنا قد يثار تساؤل محله عن طبيعة هذا الحق الذي أعطاه المشرع العراقي و المصري للمستقرض في رد المقرض بعد اكتشاف العيب ، فهل يعد فسخ للعقد ، ام ان هذا الرد له اثر رجعي فلا يعتبر العقد انه انعقد ابتداءً ، خاصتاً وان القانون المدني العراقي يعتبر العقد عينياً لا يتم الا بالقبض ؟

في معرض الإجابة عن هذا التساؤل اختلف الفقهاء المسلمون في ترتيب اثر القرض الى أربعة اقوال : **القول الأول :** للمالكية وهو أن المستقرض يملك القرض ملكاً تاماً بالعقد وإن لم يقبضه، ويصير مالاً من أمواله، ويُقضى له به (٣٧) وقد رجح هذا القول الإمام الشوكاني، وحجته أن التراضي هو المناط في نقل ملكية الأموال من بعض العباد إلى بعض (٣٨).

و **القول الثاني :** للشافعية ، وهو أن المستقرض إنما يملك المال المقرض بالتصرف . فإذا تصرف فيه تبين ثبوت ملكه قبله . والمراد بالتصرف : كل عمل يزيل الملك، كالبيع والهبة والإعتاق والإتلاف ونحو ذلك (٣٩)، قالوا : ولأنه ليس بتبرع محض، إذ يجب فيه البدل، وليس على حقائق المعاوضات، فوجب أن يكون تملكه بعد استقرار بدله (٤٠).

و**القول الثالث :** لأبي يوسف صاحب أبي حنيفة، وهو أن القرض لا يملك بالقبض ما لم يستهلك وحجته أن الإقراض إعارة، بدليل أنه لا يلزم فيه الأجل، إذ لو كان معاوضة للزم فيه، كما في سائر المعاوضات. وبدليل إقراض الدراهم والدنانير، فإنه لا يبطل بالافتراق قبل قبض البديلين. ولأنه لا يملكه الأب والوصي والعبد المأذون والمكاتب، وهؤلاء يملكون المعاوضات. فثبت بهذه الدلائل أن الإقراض إعارة، فتبقى العين على حكم ملك المقرض قبل أن يستهلكها المستقرض (٤١).

و**القول الرابع :** للحنابلة (٤٢)، و الحنفية (٤٣)، و الجعفرية (٤٤)، في القول المعتمد والشافعية في الأصح : وهو أن المستقرض إنما يملك المال المقرض بالقبض . قال الشافعية : غير أن الملك في القرض غير تام، لأنه يجوز لكل واحد منهما أن ينفرد بالفسخ (٤٥)، واستدلوا على ذلك : (أ) بأن مأخذ الاسم دليل عليه، لأن القرض في اللغة القطع، فدل على انقطاع ملك المقرض بنفس التسليم . (ب) وبأن المستقرض بنفس القبض صار بسبيل من التصرف في القرض من غير إذن المقرض بيعاً وهبة وصدقة وسائر التصرفات، وإذا تصرف فيه نفذ تصرفه، ولا يتوقف على إجازة المقرض، وتلك أمارات الملك، إذ لو لم يملكه لما جاز له التصرف فيه.

(ج) وبأن القرض عقد اجتمع فيه جانب المعاوضة وجانب التبرع ، أما المعاوضة : فلأن المستقرض يجب عليه رد بدل مماثل عوضاً عما استقرضه . وأما التبرع : فلأنه ينطوي على تبرع من المقرض للمستقرض بالانتفاع بالمال المقرض بسائر التصرفات غير أن جانب التبرع في هذا العقد أرجح ، لأن غايته وثمرته إنما هي بذل منافع المال المقرض للمستقرض مجاناً، ألا ترى أنه لا يقابله عوض في

الحال، ولا يملكه من لا يملك التبرع، ولهذا كان حكمه كباقي التبرعات من هبات وصدقات، فتنتقل الملكية فيه بالقبض، لا بمجرد العقد، ولا بالتصرف، ولا بالاستهلاك .

وقد اخذ المشرع العراقي بالرأي السابق وذلك بنص المادة (٦٨٦) التي نصت على (١- يملك المستقرض العين المقترضة بالقبض ويثبت في ذمته مثلها. ٢- فإذا هلكت العين بعد العقد وقبل القبض، فلا ضمان على المستقرض.) ولذلك فان حق المستقرض في رد المقترض بعد اكتشاف العيب هو فسخ للعقد ، وكذلك الحال في القانون المدني المصري رغم ان الأخير يرتب انتقال ملكية المقترض بمجرد انعقاد العقد (٣٠).

و الثاني : ان يستبقي على الشيء المعيب الى نهاية القرض ، بعد اخبار المقرض بالعيب ، فلا يلزم ان يرد الى المقرض الا قيمة هذا الشيء معيباً .

ان ظهور العيب الخفي في الشيء المقرض يفرض على المستقرض القيام ببعض الإجراءات لأجل الحفاظ على حقه في الضمان ، وهي ذات الإجراءات التي يجب ان يقوم بها البائع في عقد البيع او أي عقد اخر يوجب الضمان ، فيتوجب عليه القيام بعد فحص المقترض و اكتشاف العيب اخطار المقرض بالعيب دون تأخير ، و الا اعتبر عدم اجراء الفحص مع تمكنه من ذلك او عدم اخبار المقرض بالعيب بمجرد كشف العيب قبولاً منه بالشيء المقرض ، وعندها يلتزم برد شيء سليم خالي من العيب ، وذلك استناداً لقواعد ضمان العيوب الخفية في عقد البيع و التي تسري على جميع الحالات ما لم يرد نص خاص او يتفق المتعاقدان على خلافها .

اما إذا كان القرض بفائدة او كان بغير فائدة ولكنه قد تعمد إخفاء العيب فيثبت له الخيار ، فقد ساوى هنا المشرع بين حالة تعمد إخفاء العيب و بين القرض عندما يكون بفائدة ، ولكنه وعلى خلاف الحالات السابقة للضمان في عقود التبرعات لم ينص على حالة الاتفاق على الضمان باتفاق خاص ، وكان الاجدر بالمشرع النص على حالة الاتفاق على ضمان العيوب الخفية باتفاق خاص ، فيثبت الخيار للمستقرض في حالة القرض بغير فائدة ولم يتعمد المقرض إخفاء العيب ، فيكون نص المادة كالتالي (اما إذا كان القرض بفائدة او كان بغير فائدة ولكن قد تعمد إخفاء العيب ، او تم الاتفاق على الضمان بنص خاص) و عندها يكون للمستقرض خيارين:

الأول : ان يطلب اصلاح العيب : يعتبر التنفيذ العيني بطريق اصلاح العيب احدى المعالجات عند ظهور عيب خفي في الشيء المقرض ، فيلتزم المقرض بإصلاح الخلل الذي يعتري الشيء المقرض و يجعله يتطابق و الغرض الذي تعاقد من اجله المستقرض ، حيث يكون الهدف من إصلاح الشيء المقرض هو التأكد من قيام المقرض بأداء وظيفته (٤٦)، وهذا ينسجم مع مضمون المطابقة الوظيفية للمبيع (٤٧)، عليه فان للمستقرض بمجرد تحقق عدم صلاحية المقرض لوظيفته ان يطلب تدخل البائع بإصلاح العين المقترضة (٤٨) ، وعندها يتحمل المقرض جميع النفقات التي تقتضيها

عملية الإصلاح هذه ، كنفقات النقل و اعمال الصيانة و غيرها حسب طبيعة العين ، ، وتجدر الإشارة الى ان هذا الخيار لا يثبت الا في الأحوال التي يمكن فيها اصلاح العيب ، اما اذا كان اصلاح العيب مستحيلاً فلا يكون للمستقرض مثل هذا الخيار وعندها يثبت له الخيار الثاني حسب القواعد العامة في التنفيذ العيني الجبري .

الثاني : ابدال شيء سليم بالشيء المعيب : ان طبيعة المحل في عقد القرض التي سبق لنا بيانها ، تظهر في هذا الخيار بشكل بارز ، اذ ان قابلية محل العقد للاستبدال تتيح للمستقرض هذا الخيار (٤٩) ، اذ يمكن في عقد القرض ولكونه لا يرد الا على أشياء مثلية ان يتمسك المستقرض عند رفع دعوى الضمان على المقرض باستبدال العين المقترضة المعيبة بأخرى سليمة خالية من العيب ، وذلك في حالة كان القرض بفائدة او في حالة تعمد المقرض إخفاء العيب في القرض بلا فائدة ، وفي هذه الحالة من غير المتصور اعفاء المقرض من هذا الخيار وذلك لان ورود عقد القرض على التزام محله مبلغ من النقود وهو الشائع في التعامل ، يكون ممكن التنفيذ دائماً فلا يستحيل تنفيذه ابداً (٥٠) ، اما اذا كان وارداً على أشياء مثلية و استحال على المقرض تنفيذ التزامه بأبدال شيء سليم بدل الشيء المعيب فمن الممكن للمحكمة ان تقرر ان يصار الى التنفيذ بمقابل.

الخاتمة

أولاً: الاستنتاجات:

١- ضمان العقد في الفقه الإسلامي، يختلف عن المسؤولية المدنية التعاقدية التي نص عليها المشرع العراقي في القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١، اذ وبالرغم من استخدام القانون المدني لمصطلح ضمان العقد كمرادف للمسؤولية التعاقدية في المادة (١٦٨) منه، الا ان ضمان العقد المعروف في إطار نظرية العقد ضمن مفهوم الفقه الإسلامي يختلف اختلافاً شاسعاً، فـضمان العقد في الفقه هو ضمان مال تالف بناء على عقد من عقود الضمان (المعاوضة) وان ضمانه يكون بما يقتضيه العقد من عوض دون مراعات لقيمه كأساس في التقدير.

٢- لا يعرف الفقه الإسلامي المسؤولية العقدية التي يقول بها فقهاء القوانين الوضعية ولا يجوز فيه التعويض عن الضرر الناجم عن عدم تنفيذ الالتزام بدفع مبلغ من المال ما لم يكن قد اخذ او اتلف مال وهذا يشمل التعويض عن الضرر الادبي.

٣- ان اختلاف المسؤولية العقدية في القانون لا يقتصر على الضمان في الشريعة فحسب ، بل انها تختلف بالإضافة الى ذلك عن ضمان العقد في القانون كذلك ، حيث ان ضمان العقد في القانون يشمل احكام المسؤولية العقدية المطبقة نتيجة الاخلال بتنفيذ الالتزام التعاقدية في العقد الصحيح و تلك الاحكام التي تقضي التعويض رغم ان العقد لم يعد صحيحاً ، بل هو في مرحلته التحضيرية ، مثال ذلك الاضرار الناجمة عن تنفيذ العقد الباطل ، وكذلك التعويض نتيجة لوجود عيب من عيوب الرضا و

غير ذلك ، كما ان ضمان العقد يشمل جميع الضمانات التي يرتبها القانون و ينظمها في كل عقد على حده ، كضمان العيوب الخفية و ضمان التعرض و الاستحقاق ، كما يشمل ضمان العقد احكام تعويض الطرف المتضرر لعدم تنفيذ الطرف الاخر للعقد و الذي أدى الى طلب فسخه ، ولذلك فان ضمان العقد اعم واشمل من المسؤولية العقدية .

٤- بالرغم من اتساع معنى الضمان و اختلاف اطلاقاته ، الا ان المعنى القانوني الادق و الذي يمكن حصر معنى ضمان العقد فيه هو ضمان التعرض و الاستحقاق و العيوب الخفية ، اذ ان صور الضمان هذه تجد أساسها في القانون المدني الروماني و انتقلت منه الى القانون المدني الفرنسي ومنه الى القوانين العربية المتأثرة به ، ولذلك فهو نظام مستقل عن كل من المسؤولية التعاقدية ، و عن ضمان العقد في الفقه الإسلامي الذي يقترب من فكرة انفساخ العقد في القانون مع وجود فارق وهو ان الضمان يتحقق في الفقه الإسلامي حتى ولو تحقق السبب الأجنبي .

ثانياً: التوصيات:

١- ندعو المشرع العراقي الى وضع نظرية عامة للضمان وعدم الاكتفاء بتنظيم احكامه ضمن اثار عقد البيع ، وذلك بأفراد مجموعة من المواد في القانون المدني العراقي تنظم احكام هذا الضمان في العقود كافة ، مع الاخذ بنظر الاعتبار تصنيف العقد ، اذ وكما راينا تختلف احكام الضمان في عقود التبرعات عن عقود المعاوضات .

٢- الاستعاضة عن المواد الخاصة بضمان الاستحقاق و العيوب الخفية في عقود التبرعات بوضع قاعدة عامة تنص على عدم ضمان المتبرع لضمان التعرض و الاستحقاق و العيوب الخفية الا في حالة تعمد إخفاء سبب الضمان او خطأ المتبرع خطأ جسيم او الاتفاق على الضمان باتفاق خاص .

٣- تعديل نص المادة (٦٨٨) من القانون المدني العراقي التي نصت (اذا استحق الشيء فان كان القرض بفائدة سرت احكام البيع والا فأحكام العارية) و جعلها كالتالي (اذا استحق الشيء فان كان القرض بفائدة سرت احكام البيع والا فأحكام الهبة) كون عقد الهبة اقرب الى عقد القرض بلا فائدة عن عقد العارية.

المصادر

١. الزلمي مصطفى ابراهيم .المسؤولية الجنائية في الشريعة الاسلامية .الطبعة الاولى .احسان للنشر و التوزيع ،تحقيق .طهران .2014 ;
٢. صدام خزل يحيى ،احمد محمد صديق .ضمان العقد و المسؤولية المدنية دراسة تحليلية نأصيلية مقارنة ما بين الفقه الاسلامي و القانون المدني .اهل البيت عليهم السلام 31;2022 .العدد .306-285:

3. الخفيف علي. الضمان في الفقه الاسلامي. الطبعة الاولى. الفكر العربي، تحقيق. القاهرة: حسن الشريف. 2000؛
4. وهبة الزحيلي. الفقه الاسلامي وادلته. الطبعة الرابعة. دار الفكر، تحقيق. دمشق. 2012؛
5. عبد الرزاق احمد السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الاول. الطبعة الاولى. بيروت: دار احياء التراث العربي. 1952؛
6. الحموي احمد بن محمد. غمز عيون البصائر شرح الاشباه و النظائر. في: الجزء الثالث. الطبعة الاولى. بيروت: دار الكتب العلمية. 1985؛
7. محمد سليمان الاحمد. المدخل لدراسة الضمان. الطبعة الاولى. عمان-الاردن: دار الحامد للنشر و التوزيع 1-82. 2002. ص .
8. حسن علي الذنون. المبسوط في شرح القانون المدني. في: الخطأ. الطبعة الاولى. عمان: دار وائل للنشر. 2006. ص 1-711.
9. صاحب عبيد عبد الزهرة. ضمان العيب و تخلف الوصف في عقد البيع. بغداد: [كلية القانون جامعة بغداد. 1979؛
10. الذنون حسن علي. المبسوط في شرح القانون المدني المسؤولية عن فعل الغير. الطبعة الاولى. محمد سعيد الرحو، تحقيق. عمان: دار وائل للنشر 9-10. 2006. ص .
11. عبد الرسول عبد الرضا محمد. الالتزام بضمان العيوب الخفية في القانون المصري و الكويتي دراسة مقارنة مع الشريعة الاسلامية. القاهرة: دار حراء 1-471. 1974. ص .
12. القحطاني اسامة بن سعيد، الخضير علي بن عبد العزيز، العمري ظافر بن حسن، الوعلان فيصل بن محمد، اللحيدان فهد بن صالح بن محمد، الحربي صالح بن عبيد. موسوعة الاجماع في الفقه الاسلامي. الطبعة الاولى. م. الجزء الثامن. الرياض: دار الفضيحة للنشر و التوزيع. 2021؛
13. وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية. الموسوعة الفقهية الكويتية الجزء العاشر. الطبعة الرابعة. الكويت: مطبعة ذات الصنف. 1993؛
14. السنهوري عبد الرزاق احمد. نظرية العقد الجزء الاول. الطبعة الثانية. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية 1-594. 1998. ص .
15. سماحي خالد. النظرية العامة لعقود التبرعات دراسة مقارنة [اطروحة دكتوراه]. [الجزائر: كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة ابو بكر بلقايد. 2013؛
16. السنهوري عبد الرزاق احمد. الوسيط في شرح القانون المدني. في: الجزء الخامس. الطبعة الاولى. بيروت: دار احياء التراث العربي. 1952. ص 3-12.



17. السنهوري عبد الرزاق احمد .الوسيط في شرح القانون المدني الجزء السادس .الطبعة الاولى .بيروت : دار احياء التراث العربي 1510-1509. 1952. ص .
18. الكاساني .بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع الجزء الخامس .الطبعة الاولى .القاهرة :مطبعة الجمالية ; 168-186. 1910. ص .
19. مرفس سليمان .الوافي في شرح القانون المدني الجزء الثاني .الطبعة الرابعة .م المجلد الاول .القاهرة :مطبعة جامعة الدول العربية 101-102. 1987. ص .
20. الحكيم عبد المجيد .الموجز في شرح القانون المدني الجزء الاول .الطبعة الثانية .بغداد :شركة الطبع الاهلية 46-47. 1963. ص .
21. Nadon V V. Civil legal aspect of distinction of loan agreement from other types of agreements (loan, gift, rental of vehicle, housing, rental agreement, commercial concession). Analytical and Comparative Jurisprudence. 28 2022;(4):64-70.
22. Guillaud L. Traités du prêt, du dépôt & du séquestre: livre III, titres X et XI [du Code civil] 1893. G. Pedone-Lauriel; [موجود في : <https://books.google.iq/books?id=lkgOAAAAYAAJ>
23. Planiol M. Traité élémentaire de droit civil: Les preuves; Theorie générale des obligations; Les contrats; Privilèges et hypothèques [Librairie Cotillon F.] 1902. (Traité élémentaire de droit civil: conforme au programme officiel des facultés de droit). [موجود في : <https://books.google.iq/books?id=9wJCAAAAYAAJ>
24. générale B de la jurisprudence, Dalloz VAD, Dalloz PA. Répertoire méthodique et alphabétique de législation de doctrine et de jurisprudence: en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public [Bureau de la jurisprudence générale; 1845. (Répertoire méthodique et alphabétique de législation de doctrine et de jurisprudence: en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public). <https://books.google.iq/books?id=nnDuRyZ73JUC>
25. Répertoire général alphabétique du droit français: contenant sur toutes matières de la science et de la pratique juridiques, l'exposé de la législation,



[analyse critique de la doctrine et les solutions de la jurisprudence [Libraire de la Société du Recueil général des lois et des arrêts ... et du Journal du palais; 1886. في :
<https://books.google.iq/books?id=8UgyAAAAIAAJ>

Belgium, Beltjens G. Encyclopédie du droit civil belge: Annoté[e] d'après: 1° 26.

les principes juridiques; 2° la doctrine des auteurs belges et française reproduite ou analysée; 3° les décisions des tribunaux et des cours de [Belgique et de France de 1814 à 1904 [Bruylant-Christophe; 1905. انترنت (Encyclopédie du droit civil belge: Annoté[e] d'après: 1° les principes juridiques; 2° la doctrine des auteurs belges et française reproduite ou analysée; 3° les décisions des tribunaux et des cours de Belgique et de France : <https://books.google.iq/books?id=14gpAQAAMAAJ> في موجود de 1814 à 1904).

Baudry-Lacantinerie G, Houques-Fourcade M, Chauveau E, Chéneaux G, 27.

. Traité théorique et pratique de droit civil وآخرون Bonnecarrère P, Wahl A, [انترنت L. Larose et L. Tenin; 1906. (Traité théorique et pratique de droit civil). : <https://books.google.iq/books?id=DFQ2AAAAIAAJ> في موجود civil).

28. إعلام الموقعين عن رب العالمين - ج 3 [انترنت IslamKotob; موجود في :
<https://books.google.iq/books?id=vFdGCwAAQBAJ>

France, Griot G, Vergé C, de Lanza de Laborie SE. Nouveau code de 29.

procédure civile: annoté et expliqué d'après la jurisprudence et la doctrine [Bureau de la Jurisprudence générale; 1910. (Jurisprudence générale [انترنت Dalloz. Codes annotés). في :
<https://books.google.iq/books?id=DCo2AAAAIAAJ>

30. السنهوري عبد الرزاق احمد. الوسيط الجزء الخامس العقود التي تقع على الملكية. الطبعة الاولى. دار

احياء التراث العربي، تحقيق. بيروت - لبنان 1-614; 1952: ص .

31. الجندي عاس، مازة ميا. المحيط البرهاني في الفقه النعماني 9-1 ج [انترنت 6 Dar Al Kotob Al

Ilmiyah دار الكتب العلمية). 2004; المحيط البرهاني في الفقه النعماني (9-1 موجود في :
<https://books.google.iq/books?id=xW17DwAAQBAJ>



32. أحمد اقماعاب، طه ز، الوهاب فمع، أحمد عا. المغني، لابن قدامة [انترنت]. مكتبة القاهرة، 1968. ;
(المغني، لابن قدامة). موجود في <https://books.google.iq/books?id=zG0QAQAAIAAJ> :
33. Guillaouard L. Traité du prêt, du dépôt & du séquestre: livre III, titres X et XI
[du Code civil 1893. G. Pedone-Lauriel; 1893. [انترنت
<https://books.google.iq/books?id=lkgOAAAAAYAAJ>
34. Marcadé VN. Explication théorique et pratique du Code Napoléon: contenant
[Libraiirie de l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence [jurisprudence de Cotillon; 1865. (Explication théorique et pratique du Code Napoléon: contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence).
موجود في <https://books.google.iq/books?id=mdIEAAAAcAAJ> :
35. Baudry-Lacantinerie G, Houques-Fourcade M, Chauveau E, Chéneaux G,
. Traité théorique et pratique de droit civil: Du و آخرون Bonnecarrère P, Wahl A,
[L. L. contrat de mariage (avec J. Le Courtois et P. G. F. Surville) 1901 [انترنت
: Larose; 1901. (Traité théorique et pratique de droit civil). موجود في
<https://books.google.iq/books?id=ipoqAQAAMAAJ>
36. Hammād N. عقد القرض في الشريعة الإسلامية ؛ : عرض منهجي مقارنة [انترنت]. [دار القلم ؛ ؛
1991. موجود في <https://books.google.iq/books?id=wpYeAAAAMAAJ> :
37. شاهين معا، الدسوقي مع. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 1-6 ج [1 انترنت Dar Al Kotob Al Ilmiyah
دار الكتب العلمية). 2010. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (6-1 موجود في :
<https://books.google.iq/books?id=32I7DwAAQBAJ>
38. السيل الجرار المتدفق على حقائق الأزهار [انترنت. Rufoof; 1903. [موجود في :
<https://books.google.iq/books?id=oprEAAAQBAJ>
39. عطا معا، الصغير شامباً. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي (رضي
الله عنه 1-6 ج [4 انترنت Dar Al Kotob Al Ilmiyah]. [دار الكتب العلمية). 2013. نهاية
المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي (رضي الله عنه. 1-6) (موجود في :
<https://books.google.iq/books?id=sW57DwAAQBAJ>
40. الشيخان عمو، محمد/القرويني أعاب. العزيز شرح الوجيز (الشرح الكبير 1-14 ج [9 انترنت].
Dar Al Kotob Al Ilmiyah (دار الكتب العلمية). 2015. العزيز شرح الوجيز (الشرح الكبير-1)
(4) موجود في <https://books.google.iq/books?id=DAN7DwAAQBAJ> :



41. ،الشيخان عموعا ،مسعود الأب .بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع 10-1 ج [7انترنت Dar Al
Kotob Al Ilmiyah دار الكتب العلمية) .2010. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع .(10-1 موجود
في: <https://books.google.iq/books?id=tgJ7DwAAQBAJ>
42. يونس، بهوتي، منصور بن مصطفى هلال، هلال مصيلحي .كشاف القناع عن متن الإقناع: :
لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتي ؛ راجعه وعلق عليه هلال مصيلحي مصطفى هلال [انترنت .]
1968. Maktabat al-Naṣr al-Ḥadīthah; موجود في :
https://books.google.iq/books?id=_fSgzgEACAAJ
43. نجيم زابايم ،،الشيخ زع .الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان [انترنت Dār al-Kutub
al-‘Ilmīyah; 2017. موجود في: <https://books.google.iq/books?id=1CtNDwAAQBAJ>
44. al-Thānī ZDAS, Sabīṭī AA. الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية [انترنت-Dār al-
Kitāb al-‘Arabī; 1958. (al-Rawḍah al-bahīyah fī sharḥ al-Lam‘ah al-
Dimashqīyah) موجود في: https://books.google.iq/books?id=_m_pAAAAMAAJ
45. ،الشيخ زع ،علي/الفيروزآبادي أأب .المهذب في فقه الإمام الشافعي 3-1 ج [1انترنت-Dār al-
kutub al-‘ilmīyah; 2016. (المهذب في فقه الإمام الشافعي .3-1 موجود في :
<https://books.google.iq/books?id=5V1wDwAAQBAJ>
46. قاسم مح .القانون المدني، العقود المسماة :البيع-التأمين)الضمان-(الإيجار، دراسة مقارنة [انترنت .
منشورات الحلبي الحقوقية 2003. موجود في :
<https://books.google.iq/books?id=LzPEXgEACAAJ>
47. الباقي خضع .الحماية العقدية للمستهلك [انترنت .Université d’Ain Chams; 2004. موجود في :
https://books.google.iq/books?id=Z_nmuQEACAAJ
48. على جم .ضمان سلامة المستهلك من اضرار المنتجات الصناعية المبيعة :دراسة مقارنة بين القانون
الفرنسي والقانونين المصري والكويتي [انترنت .[دار النهضة العربية .1995. موجود في :
<https://books.google.iq/books?id=JmyDQgAACAAJ>
49. Muḥammad ARAR، الرضا معاع .الالتزام بضمان العيوب الخفية في القانونين المصري
والكويتي :دراسة مقارنة مع الشريعة الإسلامية [انترنت .[دار حراء، .1974. موجود في :
<https://books.google.iq/books?id=XIAqAAAAAYAAJ>
50. عبد المجيد الحكيم ،عبد الباقي البكري ،محمد طه البشير .احكام الالتزام .الموصل :مؤسسة دارالكتاب
للطباعة و النشر .1980 ;