

جمهورية العراق

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة ميسان



كلية القانون/قسم القانون الخاص

فكرة الضمان وتطبيقاتها في العقود

(دراسة مقارنة)

*The idea of guarantee and its applications in contracts
(comparative study)*

رسالة ماجستير تقدّمت بها الطالبة

ميلاد كريم رحمة النصراوي

إلى مجلس كلية القانون - جامعة ميسان

وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون الخاص

بإشراف

الدكتور ماجد مجباس حسن

أستاذ القانون المدني المساعد

٢٠٢٥

١٤٤٧

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُهُودِ

صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ

(سورة المائدة: الآية ١)



الإله... داعٌ

إلى... خاتم المرسلين وخير التقلين ، من بعث هادياً وشيراً ونذيراً ...

إلى . . . من جاء رحمة للعالمين نبينا محمد (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ) .

إلى... كل من كلت أنامله ليقدم لنا لحظة سعادة وهو يحصد الأشواك لينير دربي ويهد

لـي طریق العـلـم و سـهـله (والـدـی العـزـیـزـ).

إلى . . . من زودتني بالحب والحنان دائماً ، رمز الحب وباسم الشفاء وإلى من سهرت

وتعبت وربت صاحبة القلب الناصع بالبياض (والدتي العزيزة).

إلى... كل من تعب لأجلنا وأرشدنا من الأساتذة الأفضل وإلى كل من وقف إلى

جانبی (اخوتی و اخواتی).

ملا

شهر وعرفة

الحمد لله والشكر لله تعالى أولاً وأخراً على ما سخره لي من أسبابه وذهب لي من
احسانه وفضله يمكنني من قطع هذا الشوط من دراستي...

يطيب لي وأنا أضع لمسات الأخيرة لرسالتي هذه التي شارت على الانتهاء أن أوجه شكري
وعرفاني لكل من شارك في إخراج هذه الرسالة بهذه الصورة وأخص بالشكر أستاذ المشرف الدكتور
ماجد مجباس حسن لما أدمني به من الثقة العالية لمواجهة ما كان يعتريني من الصعاب وما غرسه في
نفسني من بذور الصبر وروح المثابرة في المضي قدماً نحو ما كنت أسعى لتحقيقه فهو صاحب فضل
كبير لما أنفقه من عظيم الوقت والجهد في مراجعة وتصحيح فصول الرسالة بسعة صدر ولبن القول، إذ
كان نعم المشرف في عطائه ونصحه وإرشاده فجزاه الله عنى خير الجزاء وأمد في عمره خدمةً للعلم.
ويزيدني اعتزازاً أن أتوجه بفائق الشكر والعرفان بالجميل إلى عمادة كلية القانون جامعة ميسان
المتمثلة بالأستاذ الدكتور حسنين ضياء نوري ورئيس قسم القانون الخاص الدكتور قاسم عبد الامير
ومقرر الدراسات العليا في كلية القانون الأستاذ علي دوحي لرعايتهم وتشجيعهم المستمر علىمواصلة
الدراسة. ولا تكفي عبارات الشكر والعرفان في التعبير عن جليل الاحترام والامتنان لأساتذتي في قسم
القانون الخاص وبالخصوص أساتذتي في السنة التحضيرية الذين أفضوا عليَّ بعلمهم وهم (أ.م.د. ماجد
مجباس حسن، أ.م. حسن علوان لفته، أ.د. جعفر كاظم جبر، أ.د. حسنين ضياء نوري، أ. أحمد هادي
حافظ، أ.د. صادق زغير محبس، أ.د. عمر ناطق يحيى) فوفقاً لهم الله إلى مزيد من التقدم والخير.

ولا يفوتي ان اشكر جميع العاملين في المكتبات التي امتدتني بالمصادر الازمة لإنكمال الدراسة
واخص بالذكر العاملين منه في مكتبه كلية القانون جامعة بغداد، بخالص شكري لموظفي المكتبة
المركزية لجامعة بغداد وموظفي مكتبة معهد العلمين للدراسات العليا وموظفي كلية القانون الجامعة
المستنصرية ، ومكتبه كلية القانون جامعه ميسان لتعاونهم مع الطلبة لخدمة العلم فلهم مني جميعاً وافر
الشكرا والتقدير واعترافاً بالجميل اتقدم بوافر تقديرني واعتزازي إلى كل من أسمهم بقدر أو باخر في إنجاز
هذه الدراسة وأسأل الله عز وجل ان يوفق الجميع لما فيه الخير والصلاح.

مصاد



الملاخ

تناول هذه الرسالة دراسة معمقة لمفهوم الضمان العقدي كما هو موضح في القانون المدني العراقي، حيث يتضح أن المشرع لم يقدم تعريفاً دقيقاً وواضحاً للضمان، لكنه أشار إليه في عدة نصوص تتعلق بالقانون المدني، وقد تم تنظيم مسؤولية الضمان العقدي في المواد من (١٦٨ إلى ١٧٦) من هذا القانون.

حيث عُرف الضمان بأنه الالتزام بتعويض الأضرار التي قد تلحق بالغير، سواء كانت هذه الأضرار تتعلق بتلف الأموال أو فقدان المنافع.

تشير الرسالة إلى أن القانون المدني العراقي قد توسع في مفهوم الضمان، حيث وضع مجموعة من الشروط والأحكام الخاصة التي تتعلق بكل حالة على حدة، كما تم تناول التعريفات الفقهية المتعددة للضمان، مع الإشارة إلى الفروقات الرئيسية بين الضمان في القانون المدني العراقي والشريعة الإسلامية من جهة، والقانون الإنكليزي.

من جهة أخرى. يتضح من ذلك أن الضمان في القانون العراقي يتماشى مع مفهوم المسؤولية العقدية، بينما في النظام القانوني الإنكليزي يعتبر الضمان جزءاً من بنود العقد نفسه.

كما ترکز الرسالة على موضوع العيوب الخفية في المبيع، حيث يشترط القانون المدني العراقي وجود شروط معينة لضمان العيب، وتحتاج الضمانات العشرية من أبرز الموضوعات التي تناولتها الدراسة، إذ تحدد فترة الضمان وحقوق الأطراف المعنية.

في ختام الرسالة، تقدم الباحثة مجموعة من المقترنات الهامة للمشرع العراقي تهدف إلى تعزيز آثار الضمانات العقدية، تتضمن هذه المقترنات إدخال نصوص واضحة ومحددة حول الالتزامات العقدية الضمنية في القانون المدني، فضلاً عن منح الأطراف حق الفسخ في حال تنفيذ العقود بشكل معيب. كما تقترح الدراسة ضرورة تضمين التعويضات عن الأضرار غير المالية، مثل الأضرار الأدبية والمعنوية، ضمن نطاق المسؤولية العقدية، بدلاً من حصرها في نطاق المسؤولية عن الأعمال غير المشروعة.

وأخيراً، تدعو الباحثة المشرع العراقي إلى تنظيم أحكام ضمان العيوب الخفية بشكل شامل وواضح في القانون الخاص، نظراً لأهمية هذا الموضوع في حماية حقوق الأطراف المتعاقدة.

المحتويات

الصفحة	الموضوع
٤-١	مقدمة
٥٦-٥	الفصل الأول : ماهيّة الضمان
٣٦-٨	المبحث الأول : مفعوم الضمان
٢٤-٩	المطلب الأول : تعريف الضمان وتمييزه مما يتشبه به من أوضاع
١٤-٩	الفرع الأول : تعريف الضمان
٢٤-١٥	الفرع الثاني : تمييز الضمان مما يتشبه به من أوضاع
٣٦-٢٥	المطلب الثاني : أركان وشروط الضمان
٢٣-٢٥	الفرع الأول : أركان الضمان في القانون العراقي والشريعة الإسلامية
٣٦-٣٤	الفرع الثاني : شروط الضمان في القانون الإنكليزي
٥٥-٣٧	المبحث الثاني : أسباب الضمان
٤٦-٣٧	المطلب الأول : أسباب الضمان في القانون المدني العراقي والشريعة الإسلامية
٤٣-٣٨	الفرع الأول : أسباب الضمان في القانون العراقي
٤٦-٤٤	الفرع الثاني : أسباب الضمان في الشريعة الإسلامية
٥٥-٤٧	المطلب الثاني : أسباب الضمان في القانون الإنكليزي
٥٠-٤٧	الفرع الأول : الضمانات الصريح
٥٥-٥٠	الفرع الثاني : الضمانات الضمنية
-٥٦	الفصل الثاني : تطبيقات الضمان في العقود
٩٤-٥٩	المبحث الأول : الضمانات العقدية في العقود المسماة
٨١-٦٠	المطلب الأول : الضمانات العقدية في العقود المسماة في القانون العراقي والشريعة الإسلامية
٧٣-٦٠	الفرع الأول : الضمانات العقدية في القانون العراقي

الصفحة	الموضوع
٨١-٧٣	الفرع الثاني : الضمانات العقدية في الشريعة الإسلامية
-٨٢	المطلب الثاني : الضمانات العقدية في القانون الإنكليزي
٩٠-٨٢	الفرع الأول : الضمانات العقدية في السوابق القضائية
٩٤-٩٠	الفرع الثاني : الضمانات العقدية في القوانين الخاصة
١٢٠-٩٥	المبحث الثاني : آثار الضمانات العقدية
١٠٨-٩٦	المطلب الأول : أثر الضمان العقدی من حيث المسؤولية
١٠٥-٩٦	الفرع الأول : المسؤولية عن الإخلال بالضمان العقدی في القانون المدني العراقي والشريعة الإسلامية
١٠٨-١٠٦	الفرع الثاني : المسؤولية عن الإخلال بالضمان العقدی في القانون الإنكليزي
١٢٠-١٠٩	المطلب الثاني : أثر الضمان العقدی من حيث جبر الضرر
١١٢-١٠٩	الفرع الأول : جبر الضرر عن الضمان العقدی القانون المدني العراقي والشريعة الإسلامية
١٢٠-١١٣	الفرع الثاني : جبر الضرر عن الإخلال بالضمان العقدی في القانون الإنكليزي
١٢٥-١٢١	الخاتمة
١٣٧-١٢٦	قائمة المصادر والمراجع
A-B	ملخص باللغة الإنكليزية

المقدمة



المقدمة

يقتضي بحث فكرة الضمان وتطبيقاتها في العقود ان نسلط الضوء على جوهرة الموضوع والتعریف به ومشكلته وأغراضه، واهمیته ومنهجیته، فضلاً عن هیکلیته وكالاتی:

أولاً- جوهر فكرة الموضوع والتعریف به:

تعد دراسة الضمان من اهم الدراسات القانونية والشرعية التي تحمل أهمیة بالغة، إذ يترتب على مفهوم الضمان آثار قانونية هامة وأحكام خطيرة تتطلب المزيد من البحث والنقاش، ورغم الجهد الذي بذلتها الدراسات الشرعية لتجميع مختلف مفردات الضمان ومعانیه في مجموعة من الكتب والمجلدات، إلا أن باحثين القانون لم يقوموا، حسب المعلومات المتاحة، بوضع معالم واضحة ومتکاملة لهذا الموضوع العميق، ويشمل مفهوم الضمان معانی وصور متعددة، إذ يتضمن الالتزام بضمانت العيوب الخفية، بالإضافة إلى كونه قد يفهم كتعويض نتيجة لتحمل المسؤولية المدنية، سواء كانت هذه المسؤولية تقصيرية أو ناتجة عن مسؤولية عقدية، وعلاوة على ذلك، هناك الضمان العام الذي يحمي حقوق الدائنين، بالإضافة إلى الضمان الخاص الذي يقسم إلى نوعين هما الضمان الشخصي، مثل الكفالة، والضمان العیني، مثل الرهن أو الامتياز.

يعبر التفسير القانوني الأكثر شيوعاً للضمان عن التزام الذمة بتلبية ما يتوجب الوفاء به من أموال أو أعمال، وذلك عند تحقق الشروط المطلوبة، دون وجود أي عائق يمنع من تحقيق الآثار القانونية المترتبة، في سياق المسؤولية العقدية، يعتبر ضمان العقد هو الجزء الذي يفرضه القانون على إخلال أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته. وهذه المسؤولية تعتمد على وجود خطأ من المدين يؤدي إلى ضرر يلحق بالدائنين، مع وجود علاقة سببية واضحة بين الخطأ والضرر.

ويعتبر فقهاء القانون أن المسؤولية العقدية هي مصطلح مرادف لضمان العقد، وقد اتبع المشرع العراقي هذا الفهم، حيث وردت المواد (١٦٨) و(١٧٦) من القانون المدني العراقي تحت عنوان ضمان العقد، مما يعكس أن الضمان يتعلق بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن إخلال المتعاقد بالتزاماته، ومع ذلك، يجب أن نلاحظ أن مفهوم ضمان العقد في الشريعة الإسلامية، التي تعتبر الأساس لتنظيم هذه القضايا، قد لا يتطابق بالضرورة مع مفهوم المسؤولية العقدية كما هو مفهوم في السياق القانوني الحديث بمعناها الفني الدقيق كما هو الأمر في القوانين الحديثة بما فيها القانون العراقي، إلا أن المشرع العراقي



اقرب من مفهوم الضمان في الشريعة الإسلامية في الكثير من أحكام العقود المسمة لدى تنظيمه لجملة من الضمانات المترتبة عن هذه العقود كضمان العيوب الخفية وضمان التعرض والاستحقاق.

ثانياً- اشكالية الدراسة:

يتناول موضوع البحث فكرة الضمان وتطبيقاتها في العقود، حيث سنوضح من خلاله ماهية فكرة الضمان، ونطرح تساؤلات عدّة لنكشف عن ابعاد الموضوع ابتداء بالسؤال هل نظام ضمان العقد المعمول به في الشريعة الإسلامية هو ذاته المسؤولية العقدية أو مرادف لها كما معمول في القوانين الحديثة ومنها القانون العراقي، أم أن المشرع العراقي قد وقع في خلط لدى إطلاقه اصطلاح الضمان على المسؤولية العقدية عند تنظيمه لأحكامها؟ ، إذا ما علمنا ان الغوص في اعماق فكرة ضمان العقد قد لا يعطي النتائج ذاتها في المسؤولية العقدية، ولعل قانوننا المدني ذاته اقر هذا الفرق لدى ترتيبه للأثر المترتب على الإخلال بالالتزام العقدي من جانب والإخلال بالضمانات من جانب اخر ، فالأثر المترتب على الإخلال بالأول ليس ذاته في الثاني ، ومما يمثل اشكالية تستحق البحث ان النظم القانونية محل الدراسة اختلفت فيما بينها لدى تنظيم أحكام الضمان ، كما سناحول من خلال البحث فك الارتباط بين معنى الضمان في إطار العقد عنه من الأنظمة القانونية الأخرى كالضمان العام والضمان الخاص ، وكالضمان عن الفعل الضار ، وكيد الضمان ويد الأمان ، فضلاً بيان جبر الضرر المتأتي عن الضمان ، وما مدى استقلال أحكامه عن جبر الضرر المتأتي عن المسؤولية وإن تدخلت أحكامهما.

ثالثاً- أهمية الدراسة:

تتبع أهمية الدراسة في موضوع فكرة الضمان وتطبيقاتها في العقود من التداخل الذي تثيره، فالضمان كلما استخدم في حقل من حقول المعرفة القانونية دل على مفهوم مختلف عن استخدامه في حقل اخر ، فضمان العقد ليس هو الضمان العام ولا الضمان الخاص ، وضمان العقد ليس هو المسؤولية العقدية بمعناها الفني الدقيق وضمان العقد ليس هو ضمان اليد ، وضمان العقد ليس هو يد الأمان ويد الضمان ، فكلما زاد التداخل في الموضوع كلما تعاظمت أهمية بحثه وفك الارتباط بين مضمانيه ، فضلاً عن اختلاف الأنظمة محل المقارنة بشكل جوهري لدى تنظيمها لأحكام الضمان في العقود ، وان ندرة الكتابات العلمية المتخصصة في الضمان وتطبيقاته في العقود في القانون الانكليزي يجعل من البحث به أهمية لا يمكن اهمالها ، كذلك تكمن أهمية موضوع البحث في أنظمة المقارنة المختلفة فهو دراسة في



القانون المدني العراقي والشريعة الإسلامية والقانون الإنكليزي، إذ إن فكرة اختيار القانون الإنكليزي لم تكن نابعة إلا عن حاجة حقيقة لمثل هكذا مقارنة لأن القانون الإنكليزي يعد ذا تطور عالي في مجال فكرة الضمان وتطبيقاتها في العقود.

رابعاً- منهجية البحث:

سنعتمد في بحث فكرة الضمان وتطبيقاتها في العقود على المنهج التحليلي بدراسة مقارنة منقلين بين الاستقراء والاستنباط في النصوص الناظمة لفكرة الضمان وتطبيقاتها في العقود المتمثلة بالقانون المدني العراقي والشريعة الإسلامية والقانون الإنكليزي الذي يعد واحداً من أكثر النظم القانونية المتقدمة بشكل عام وعلى مستوى فكرة الضمان وتطبيقاتها في العقود بشكل خاص، ومن ثم تلح الحاجة لدراسة وتحليل أحكام هذا القانون من أجل إكمال فكرة بحثنا ليتسنى لنا تسطير فهم متكملاً للبحث.

ولأجل التعرف أكثر على موضوع فكرة الضمان وتطبيقاتها في العقود سندرسها في فصلين أولهما ماهية فكرة الضمان، ونفرد الفصل الثاني لتطبيقات الضمان في العقود، ولا يفوتنا أن نقدم له مقدمة، ونفرد له خاتمة تحتوي على أهم ما تناولناه من نتائج ومقررات.

خامساً- الدراسات السابقة:

لم يتم تناول موضوع الضمان العقدي في القانون الإنكليزي بشكل عميق، رغم وجود العديد من الدراسات التي أغنت هذا المجال، من بين هذه الدراسات، كتاب د. محمد سليمان الأحمد بعنوان "المدخل لدراسة الضمان: دراسة تحليلية مقارنة" الذي صدر عن دار حامد في عمان عام ٢٠٠٢، وكتاب د. وهبة الزحيلي "نظريّة الضمان" الذي نُشر في دار الفكر بدمشق عام ١٩٩٨، بالإضافة إلى دراسة د. أيمن أبو العيال حول "فكرة ضمان العقد في الفقه الإسلامي"، ودراسة د. إبراهيم عمار ود. عامر عاشور حول "الضمان الخاص في عقد المقاولة". ومع ذلك، لم تتناول هذه الدراسات مسألة الضمان العقدي في القانون الإنكليزي.

الفَصْلُ الْأَوَّلُ

ماهية الضمان



الفـصـلـ الـأـوـلـ

ماهـيـة الضـمان

يعد الضمان العقدي من المفاهيم الأساسية في القانون، نظراً لارتباطه الوثيق بأمان وسلامة العلاقات التعاقدية، التي تشكل العمود الفقري للحياة الاقتصادية والاجتماعية، إذ تهدف هذه الدراسة إلى استكشاف مفهوم الضمان العقدي في ثلاثة أنظمة قانونية مختلفة وهم القانون المدني العراقي، والشريعة الإسلامية، والقانون الإنجليزي.

كما أن المسؤولية العقدية تعد في القانون العراقي متراصة لمفهوم ضمان العقد، كما يتضح من مواد القانون المدني العراقي (١٦٨-١٧٦) التي تتناول هذا الضمان، ويركز القانون العراقي على ضرورة وجود خطأ من جانب المدين، وعلاقة سببية بين هذا الخطأ والضرر الذي لحق بالدائن، لإثبات المسؤولية العقدية، أما الضمان العقدي في الشريعة الإسلامية، إذ تعد الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي لمفهوم الضمان العقدي، حيث تركز على مبدأ "الوفاء بالعقود" و"التعويض عن الضرر"، وتعرف الشريعة الإسلامية الضمان العقدي بأنه واجب تعويض الطرف الآخر عن أي ضرر ينجم عن إخلاله بالتزاماته، سواء كان هذا الإخلال متعمداً أم غير متعمد، تعتمد الشريعة على مبدأ "العدل" و"المنع من الضرر" في تحديد ضمان العقد، وتؤكد على أهمية وجود علاقة سببية بين الإخلال والضرر، أما الضمان العقدي في القانون الإنجليزي فيعرف الضمان في القانون الإنجليزي هو (warranty) والذي يمثل الخطأ العقدي أو الإخلال العقدي الذي لا يترتب عليه فسخ العقد وإنما يعطي للطرف المضرور حق المطالبة بالتعويض ليس إلا^(١).

(1)Marty et Reynaud-Droit civil, tome 1, Les obligations-périodiques, Volume, 1962, P.206.



وتتشارك الأنظمة القانونية الثلاثة في التركيز على مبدأ الوفاء بالعقود والتعويض عن الضرر في سياق الضمان العقدي، ومع ذلك، تختلف هذه الأنظمة في التفاصيل والأسس التي تستند إليها المسؤولية العقدية، بناءً على الخصوصيات التاريخية والثقافية لكل نظام، على سبيل المثال، يركز القانون العراقي على وجود خطأ من جانب المدين، بينما تركز الشريعة الإسلامية على مبدأ العدل والمنع من الضرر، إن مفهوم الضمان العقدي يعد من المفاهيم الحيوية في الحياة الاقتصادية والاجتماعية، وتوضح هذه الدراسة أن الضمان العقدي موجود في أنظمة قانونية مختلفة، لكنه يطبق بطرق متعددة بناءً على الخصوصيات التاريخية والثقافية لكل نظام.

وعلى ذلك سوف نبين في هذا الفصل المكون من مباحثين المبحث الأول مفهوم الضمان الذي يتكون من مطلبين نبين فيه المطلب الأول تعريف الضمان في الفرع الأول منه وتمييز الضمان مما يشتبه به من أوضاع في الفرع الثاني منه، وكذلك سوف نبين في المطلب الثاني أركان الضمان في القانون المدني العراقي والشريعة الإسلامية، في فرع الأول، وأركان الضمان في القانون الإنكليزي في فرع الثاني، أما المبحث الثاني المكون من مطلبين فسوف نبين في المطلب الأول أسباب الضمان في القانون المدني العراقي في الفرع الأول وأسباب الضمان في الشريعة الإسلامية في الفرع الثاني وبعدها نعرج إلى المطلب الثاني الذي سوف نبين فيه أسباب الضمان في القانون الإنكليزي ففي الفرع الأول سوف نبين الضمانات الصريحة وفي الفرع الثاني الضمانات الضمنية.



المبحث الأول

مفهوم الضمان

يعد الضمان التزام يقع على المتعاقد الذي يخل في التزامه العقدي فيلتزم بدفع تعويض عنضرر الذي اصاب المتعاقد الآخر نتيجة إخلاله في التزامه العقدي، وعرف الضمان على أنه واجب رد الشيء أو بدل عن تلفه^(١).

فالضمان في المسؤولية العقدية هو مفهوم قانوني يشير إلى التزام أحد الأطراف في العقد بضمان تحقيق نتائج معينة أو تعويض الطرف الآخر عن الاضرار التي قد تنشأ نتيجة لعدم الوفاء بالشروط المتفق عليها في العقد، فيتمثل الهدف من الضمان بتوفير حماية للطرف المتضرر واستيفاء للحقوق المتبادلة ما بين أطراف العقد، فالضمان في المسؤولية العقدية هو أداة مهمة لحماية حقوق الأطراف، وضمان لتحقيق العدالة في العلاقات التعاقدية، فيعتبر الضمان جزءاً أساسياً من العقود حيث يعزز الثقة بين الأطراف ويساعد على تقليل المخاطر المحتملة في العقد، وسوف نبين في هذا المبحث من خلال مطلبين وفي المطلب الأول تعريف الضمان، ومن ثم نبين في المطلب الثاني أركان الضمان في القانون العراقي والشريعة الإسلامية والقانون الإنكليزي.

(١) د. رضا متولي وهدان: الوجيز في المسؤولية المدنية(الضمان)، مصر، دار الفكر والقانون، ط١، ٢٠١١، ص.٨.



المطلب الأول

تعريف الضمان وتمييزه مما يشتبه به من أوضاع

من أجل البحث في جوانب الضمان لابد من إعطاء تعريفاً للضمان وتمييزه مما يشتبه به من أوضاع، وذلك في فرعين نخصص أولها لتعريف الضمان ونفرد الثاني لتمييزه مما يشتبه به من أوضاع.

الفرع الأول

تعريف الضمان

يعرف الضمان في اللغة هو الالتزام حيث يقال ضمنت المال أي الترمته وضمنت المال أي الترمته إيه، وقد يكون الضمان بمعنى التغريم ان قول ضمنته الشيء تضمينا فتضمنه يعني بمعنى غرمته فالترممه^(١).

وهناك معاني أخرى للضمان في اللغة فقد جاء بمعنى ضمن الشيء جزم بصلاحيته وخلوه مما يعييه، والضمان هو جعل الشيء في شيء يحويه، ولذلك كل شيء جعلته في وعاء فقد ضمنته ايه، وان كل معاني الضمان هي تعني شغل الذمة بحق لآخر، وهو يطابق لحد كبير التعريف الاصطلاحي للضمان^(٢).

و لم يعرف القانون العراقي مفهوم الضمان بشكل واضح، على الرغم من تكرار ذكره في الشرح القانونية والنصوص الخاصة بالقانون المدني العراقي، إذ نظمت المسئولية العقدية(ضمان العقد) في المواد (١٦٨-١٧٦)، وعلى هذا ان المشرع العراقي قد تناول اصطلاح الضمان بطريقة مرادفة للمسؤولية

(١) محمد بن يعقوب الفيروز ابادي: القاموس المحيط، مؤسسه الرساله، ط٦، ١٩٩٨، ص١٢١.

(٢) د. محمد نجات المحمد: ضمان العقد في الفقه الإسلامي، دمشق ، دار المكتبي، ط١، ٢٠٠٧، ص٣٠.



العقدية، إلا أن الغوص في مفهوم كل منها من شأنه أن يوضح الفروق بينها، وهذا ما سنتناوله في الفصل الثاني^(١).

لكن قبل ذلك، سنستعرض بعض التعريفات التي قدمها الفقهاء حول الضمان فقد تم تعريف الضمان بأنه شغل الذمة بما يجب عليه الوفاء به من مال أو عمل عند تحقق أحد أسبابه وتتوفر شروطه، دون وجود عائق يمنع من ترتيب آثاره القانونية^(٢).

يستخدم مصطلح شغل الذمة في التعريف اعلاه للإشارة إلى الالتزام الذي يقع على عاتق الشخص سواء كان ذلك مالاً أو عملاً، كما يشير إلى أهمية تحقيق أحد الأسباب التي تؤدي إلى الضمان ، مما يعني أن هناك شروط معينة يجب أن تتحقق لكي يكون الضمان ملزماً لقيام الضمان، فضلاً عن ذلك يشير التعريف إلى أنه يجب الا توجد عوائق تمنع من ترتيب الآثار القانونية للضمان، مما يعني أن اي عائق قد يؤثر على تنفيذ الالتزام او الوفاء به.

وعرف الضمان بأنه الالتزام بتعويض الغير عن الأضرار التي قد تلحق بهم، سواء كانت تتعلق بتلف الأموال أو فقدان المنافع، أو الأضرار الجزئية أو الكلية التي تصيب الأفراد، وإن جميع هذه التعريفات تحتوي على أحكام خاصة وعقود محددة تتعلق بالضمان ، حيث إن في إطار القانون المدني العراقي، نجد توسيعاً في مفهوم الضمان، إذ وضع القانون شروطاً وأحكاماً خاصة لكل حالة، فعقد البيع على سبيل المثال، يعد عقداً ملزماً لكلا الطرفين البائع والمشتري وينشئ التزامات متبادلة بينهما، ومن بين الالتزامات التي يتحملها البائع بموجب العقد التزامه بالضمان، والذي يختلف بناءً على نوع الضمان، مثل

(١) ينظر: الفصل الثاني، ص ٥٦.

(٢) د. محمد سليمان الاحمد: المدخل لدراسة الضمان، دراسة تحليلية مقارنة، عمان، الاردن، دار مكتبة الحامد، ط١، ٢٠٠٢، ص ٩-٨.



ضمان التعرض والاستحقاق وضمان العيوب الخفية، كما يجب عليه الامتناع عن أي تصرف يمكن أن يعيق استفادة المشتري من المبيع بشكل هادئ وسليم وحال من العيوب^(١).

وفي الشريعة الإسلامية تعددت تعاريف الضمان فعرف الأمامية الضمان على أنه تعهد بمال لآخر^(٢) يشير التعريف أعلاه إلى وجود التزام مالي أو تعهد من شخص بتقديم مبلغ مالي لشخص آخر، يمكن فهمه على أنه اتفاق أو وعد يتضمن مسؤولية مالية، وقد يتعلق بعقد أو دعم مالي.

كما ورد تعريف الضمان عن الإخلال العقدي في مجلة الأحكام العدلية في المادة(٤٦) على أنه (الضمان هو اعطاء مثل الشيء ان كان من المثلثات وقيميه ان كانت من القييميات)، وكذلك ورد تعريفه على أنه يعني ضمان مال تلف بناءً على عقد من عقود الضمان، ويكون ضمانه بما يقتضي العقد من عوض وذلك من دون مراعاه لقيمة أساس في التقدير فالمباع مضمون في يد البائع قبل التسلیم بالثمن فإذا اتلف قبل التسلیم ولو بأفة سماوية، انفسخ العقد وسقط الثمن، وإذا كان المشتري قد أراد استرداده اذن ضمان العقد لا يكون إلا في عقود المعاوضة المالية^(٣)

ويستعمل الفقهاء مصطلحات عده في الضمان منها ضمان العهدة أو العهدة العقدية للدلالة كما يعرف في القانون بالمسؤولية العقدية، وضمان العهدة عند الحنفية ضمان الدرك أي ضمان النقص في المبيع عند البائع أو هو حق الرجوع بالثمن عند الاستحقاق، وعند المالكية تعلق ضمان البيع في كل حادث أو من حادث مخصوص في زمن محدود، أما الشافعية فهم يرون أن ضمان العهدة هو ضمان

(١) د. محمد سليمان الاحمد: المدخل لدراسة الضمان، دراسة تحليلية مقارنة، مصدر سابق، ص ٦-٧.

(٢) كتاب الضمان: مناهج الصالحين جزء ٢ ، الطبعة المصححة ١٤٤٥هـ،موقع مكتب سماحة المرجع الديني ايه الله السيد علي الحسيني السيستاني (دام ظله)،

<https://www.sistani.org/arabic/book/15/842> ٢٢ : ١، ١١١١٢٠٢٤

(٣) د. ياسر احمد بدر احمد: أحكام الكفالة والضمان وقضاياها المعاصرة دراسة فقهية مقارنة، اقتصاد الإسلامي، بلا مكان الطبع والنشر، ٢٠٠٩م، ص ٦٩.



الـدـرـكـ وـهـوـ التـبـعـةـ أـيـ المـطـالـبـ وـالـمـؤـاـخـذـاتـ عـلـىـ النـقـصـ وـالـعـهـدـ هـيـ اـسـمـ لـلـوـثـيقـةـ الـتـيـ يـكـتـبـ فـيـهـاـ وـثـيقـةـ الـبـيعـ وـيـذـكـرـ فـيـهـاـ الشـمـنـ^(١).

مـنـ هـذـهـ التـعـرـيفـاتـ يـتـضـحـ لـنـاـ أـنـ الـعـهـدـ الـعـقـدـيـ هـيـ فـيـ حـقـيقـتـهاـ التـبـعـةـ الـشـرـعـيـةـ الـمـؤـبـدـةـ لـقـوـةـ الـعـقـدـ الـإـلـزـامـيـةـ لـطـرـفـيـهـ،ـ لـأـنـ أـثـرـ الـعـقـدـ يـكـونـ فـيـ الـحـقـوقـ وـالـالـتـزـامـاتـ الـمـتـبـادـلـةـ بـيـنـ طـرـفـيـهـ.

أـمـاـ أـثـرـ الـالـتـزـامـ فـهـوـ وـجـوبـ تـنـفـيـذـهـ عـلـىـ الـمـتـعـاـقـدـ الـذـيـ التـزـمـ بـهـ،ـ وـهـوـ الـمـدـيـنـ وـإـمـكـانـيـةـ إـجـبـارـهـ عـلـىـ هـذـاـ التـنـفـيـذـ قـضـاءـ حـالـةـ اـمـتـاعـ رـضـاـ،ـ وـالـأـصـلـ فـيـ تـنـفـيـذـ الـالـتـزـامـ النـاشـئـ عـنـ الـعـقـدـ أـنـ يـكـونـ عـيـنـيـاـ،ـ أـمـاـ إـذـاـ اـضـحـىـ مـسـتـحـيـلاـ فـإـنـ كـانـتـ الـاسـتـحـالـةـ رـاجـعـهـ إـلـىـ سـبـبـ اـجـنبـيـ فـيـتـمـ التـنـفـيـذـ بـطـرـيـقـهـ التـعـويـضـ،ـ وـكـذـلـكـ إـذـاـ طـلـبـهـ الدـائـنـ أـيـ تـعـويـضـ،ـ وـهـنـاـ تـبـدـأـ الـعـهـدـ الـعـقـدـيـ،ـ وـعـلـىـ القـاضـيـ اـنـ يـلـزـمـ الـمـدـيـنـ التـعـويـضـ لـعـدـمـ الـوـفـاءـ بـالـتـزـامـهـ،ـ وـبـذـلـكـ يـمـكـنـ تـعـرـيفـ الـعـهـدـ الـعـقـدـيـ أـوـ الـضـمـانـ عـلـىـ أـنـهـ تـحـمـلـ أـحـدـ الـعـاقـدـيـنـ تـبـعـتـ دـمـرـيـدـهـ^(٢).

أـمـاـ فـيـ الـقـانـونـ الـإنـكـلـيـزـيـ،ـ فـيـعـرـفـ الـضـمـانـ بـشـكـلـ عـامـ عـلـىـ أـنـهـ تـعـهـداـ قـانـونـيـاـ يـقـدـمـهـ الـضـامـنـ،ـ حـيـثـ يـهـدـفـ إـلـىـ تـأـكـيدـ أـوـ تـوـضـيـحـ وـجـودـ مـجـمـوعـةـ مـعـيـنـةـ مـنـ الـحـقـائقـ،ـ وـيمـكـنـ أـنـ يـتـعـلـقـ هـذـاـ الـضـمـانـ بـحـالـةـ مـعـيـنـةـ،ـ أـوـ بـجـودـةـ،ـ أـوـ كـمـيـةـ،ـ أـوـ طـبـيـعـةـ الـسـلـعـ وـالـمـمـتـكـاتـ الـمـعـنـيـةـ،ـ وـهـنـاكـ نـوـعـانـ رـئـيـسيـانـ مـنـ الـضـمـانـاتـ هـيـ الـضـمـانـاتـ الـصـرـيـحةـ،ـ الـتـيـ تـعـبـرـ عـنـ الـتـزـامـاتـ وـاـضـحـةـ وـمـحدـدةـ،ـ وـالـضـمـانـاتـ الـضـمـنـيـةـ،ـ الـتـيـ تـقـهـمـ مـنـ السـيـاقـ أـوـ الـعـرـفـ وـتـكـونـ أـيـضاـ مـلـزـمـةـ قـانـونـاـ،ـ وـمـنـ ثـمـ إـنـ كـلـاـ النـوـعـيـنـ يـعـتـبـرـانـ الـتـزـامـاتـ قـانـونـيـةـ تـحـتـاجـ إـلـىـ الـالـتـزـامـ بـهـاـ مـنـ قـبـلـ الـأـطـرـافـ الـمـعـنـيـةـ،ـ كـمـاـ أـنـ فـيـ الأـصـلـ كـانـ يـنـظـرـ إـلـىـ الـضـمـانـ عـلـىـ أـنـهـ إـقـرـارـ وـلـيـسـ عـقـدـاـ،ـ وـكـانـتـ الـدـعـاوـيـ الـمـتـعـلـقـةـ بـاـنـتـهـاـكـ الـضـمـانـ تـعـتـبـرـ دـعـاوـيـ ضـرـرـ،ـ وـقدـ تـمـ اـسـتـخـدـامـ الـدـعـاوـيـ الـمـبـكـرـةـ فـيـ الـولـاـيـاتـ الـمـتـحـدـةـ لـخـرـقـ الـضـمـانـ،ـ وـتـشـيرـ الـحـالـاتـ الـحـدـيـثـةـ إـلـىـ أـنـ نـظـرـيـةـ الـضـمـانـ لـاـ تـزالـ قـائـمـةـ عـلـىـ

(١) دـ.ـ اـيـمـنـ اـبـوـ العـيـالـ:ـ فـكـرـةـ ضـمـانـ الـعـقـدـ فـيـ الـفـقـهـ الـإـسـلـامـيـ،ـ مـجـلـدـ ١ـ،ـ جـامـعـ الـكـتـبـ الـإـسـلـامـيـةـ،ـ كـلـيـهـ الـحـقـوقـ جـامـعـهـ دـمـشـقـ،ـ صـ ٧ـ.

(٢) يـنـظـرـ:ـ بـالـتـفـصـيلـ ذـاتـهـ،ـ دـ.ـ اـيـمـنـ اـبـوـ العـيـالـ:ـ مـصـدـرـ سـابـقـ،ـ صـ ٧ـ.



الرغم من أن الافتراض أو أي إجراء تعاقدي آخر أصبح الآن علاجاً بديلاً، ومع ذلك فإن الاتجاه الحالي يميل نحو تعزيز مفهوم العقد وتقليل التركيز على فكرة الضرر، وليس لقانون المبيعات علاقة مباشرة بأشكال الدعوى أو الإجراءات الخاصة باسترداد الأضرار الناتجة عن انتهاء الضمان^(١).

ويظهر عدم الحاجة إلى الوعد أو العقد للضمان بموجب القانون من خلال البيان الذي ينص على أن التأكيد على الحقيقة يعتبر ضماناً في ظروف معينة، حيث لا يتطلب الأمر أن يكون البائع قد قدم عرضاً أو اعتزم الدخول في عقد، بل يكفي أن يكون قد أدى ببيان الحقيقة الذي اعتمد عليه المشتري بشكل مبرر، وينظر إلى الضمان عادةً على أنه تأكيد يضاف إلى عقد البيع الأساسي، حيث يعمل بتقاضم مع ذلك العقد، ولكنه لا يعتبر جزءاً من الاتفاق الذي يتناول نقل ملكية البضائع وسداد ثمنها في هذا الإطار، ويعتبر أي وعد أو تأكيد يقدمه البائع بشأن البضائع بمثابة ضمان صريح، خاصة إذا كان يتوقع أن يشجع هذا التأكيد أو الوعد المشتري على اتخاذ قرار الشراء، وعند قيام المشتري بعملية شراء البضائع

(1) Also, originally, the warranty was viewed as an acknowledgment and not a contract, and

claims for breach of warranty were considered tort claims. Early claims in the United States were made for breach of warranty. Recent cases suggest that the warranty theory still holds, although assumption or other contractual action is now an alternative remedy. However, the current trend is towards strengthening the concept of contract and reducing the emphasis on the idea of tort. Sales law has no direct bearing on the forms of action or procedure for recovering damages for breach of warranty, see, George Gleason Bogert, *Express Warranties in Sales of Goods*, p14.



يُنْبَغِي أَنْ لَا يَجُوزْ لِهِ تَقْسِيرْ أَيْ تَأكِيدْ عَلَى قِيمَةِ الْبَضَائِعِ أَوْ أَيْ بَيَانٍ يَعْبُرُ عَنْ رَأْيِ الْبَائِعِ إِلَّا عَلَى أَنَّهُ ضَمَانَ^(١).

ولقد عرف قانون بيع البضائع الإنكليزي الضمان على أنه (2) F16 عندما يبيع البائع البضائع في سياق عمل تجاري، هناك مصطلح ضمني مفاده أن البضائع الموردة بموجب العقد ذات جودة مرضية، لأغراض هذا القانون، تكون البضائع ذات جودة مرضية إذا كانت تفي بالمعايير الذي يعتبره الشخص المعقول مرضياً، مع مراعاة أي وصف للبضائع والسعر (إن وجد) وجميع الظروف الأخرى ذات الصلة⁽²⁾.

(1) The fact that a promise or contract is not required for a warranty under the law is shown by the statement that an assertion of fact is a warranty in certain circumstances, where it is not necessary that the seller made an offer or intended to enter into a contract, but that he made a statement of fact on which the buyer justifiably relied, a warranty is usually viewed as an assurance added to the basic sales contract, as it operates in harmony with that contract, but it is not considered part of the agreement that deals with the transfer of ownership of the goods and payment of their price. In this context, any promise or assurance given by the seller regarding the goods is considered an express warranty. especially If this assurance or promise is expected to encourage the buyer to make a purchasing decision When purchasing goods, the buyer should not interpret any assertion of value Goods or any statement expressing the seller's opinion except as a warranty,see, george gleason bogert: Op. Cit, p14.

(1) [F16 (2)] Where the seller sells goods in the course of a business, there is an implied term that the goods supplied under the contract are of satisfactory quality.

(2) For the purposes of this Act, goods are of satisfactory quality if they meet the standard that a reasonable person would regard as satisfactory, taking account of any description of the goods, the price (if relevant) and all the other relevant circumstances, see, Sale of Goods Act 1979.



الفرع الثاني

تمييز الضمان مما يشتبه به من أوضاع

قد يشتبه الضمان في إطار العقد مع غيره من الأوضاع القانونية للوهلة الأولى، إذ قد يقترب معنى الضمان من الالتزام كما يمكن أن يشتبه معنى الضمان بالمسؤولية، وهذا كله في إطار القانون والشريعة كما يمكن أن يلتبس معنى الضمان بغيره من المعاني بأعلى مستوى في القانون الإنكليزي، وهذا ما سنبينه في الفقرتين الآتتين:

اولاً: تمييز الضمان مما يشتبه به في القانون العراقي والشريعة الإسلامية:

سنبحث في نقطتين مستقلتين تمييز الضمان عن الالتزام وعن المسؤولية العقدية وكما يأتي:

١- الضمان والالتزام:

ان القانون المدني العراقي نظم الحقوق المالية بشكل دقيق، إذ قام بتصنيف هذه الحقوق إلى فئتين رئيسيتين، الفئة الأولى هي الحقوق الشخصية، والتي تتعلق بالروابط والعلاقات القانونية بين الأفراد، بينما تتعلق الفئة الثانية بالحقوق العينية، التي تتناول جوانب الملكية واستخدام الممتلكات، هذا التصنيف يساعد في تنظيم وفهم كيفية ممارسة هذه الحقوق وتطبيقاتها في الحياة اليومية^(١).

إذ يعرف المشرع العراقي الحق الشخصي في المادة (٦٩) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل على أنه (١- الحق الشخصي هو رابطة قانونية ما بين شخصين دائن ومدين يطالب بمقتضاهما الدائن المدين بأن ينقل حقاً عيناً أو ان يقوم بعمل أو يمتنع عن عمل ٢- يعتبر حقاً شخصياً

(١) د. حسن علي الذنون: شرح القانون المدني العراقي الحقوق العينية الأصلية، شركة الرابطة للطبع والنشر المحدودة، بغداد، ١٩٥٤، ص ٣، د. توفيق حسن فرج: الأصول العامة لقانون، ط ٣، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٨، ص ٤٦٨.

الالتزام بنقل الملكية أي كان محلها نقداً أو مثيلات أو قيميات ويعتبر كذلك حقاً شخصياً الالتزام بتسليم شيء معين. ٣- ويؤدي التعبير بلفظ الالتزام بلفظ الدين نفس المعنى الذي يؤديه التعبير بلفظ الحق الشخصي).

وإن التعريف السابق يفتقر إلى التمييز الدقيق بين مفهوم الضمان ومفهوم الالتزام، مما يتطلب المزيد من الإيضاح، فالالتزام يعرف بأنه تحويل ذمة المدين بمسؤولية تنفيذ عمل معين أو الامتناع عنه، أو فإن ينقل حق عيني بشكل عام، وهذا يتطلب وجود علاقة قانونية واضحة بين الأطراف المعنية، أما الضمان فهو يعتبر أحد صور الالتزام، حيث يلزم المدين بتنفيذ عمل أو الامتناع عنه بناءً على رابطة قانونية تربطه بالشخص المضمون له، وعلى ذلك، لا يعتبر الملتم ضامناً في جميع الظروف^(١).

ومن جانبنا نجد أن الرأي أعلاه قد زاد في الالتباس بين الضمان العقدي والمسؤولية أكثر من أن يزيد، فلا يعد الضمان أحد صور الالتزام العقدي إذا نظرنا له كنظام مقابل للمسؤولية بل هو أثر يترتب على الإخلال بتنفيذ الالتزام العقدي.

ومما يؤيد رأينا أعلاه بأن جانب من الفقه قد عرف الضمان على أنه تحويل ذمة المدين بمسؤولية يمكن المطالبة بها عند تحقق شروط معينة، وتتجدر الإشارة إلى أنه قد لا يتحقق شروط المطالبة به في بعض الحالات، مما يجعل الضمان مفهوماً أوسع من الدين، وذلك لأن الضمان لا يتبع المطالبات في جميع الظروف، بل يتبعها فقط عندما تتحقق شروط وجوب الأداء، بالإضافة إلى ذلك، فإن الضمان بالنسبة للعين المستعارة وفقاً لبعض الفقهاء كالشافعية والحنابلة لا يتطلب المطالبة طالما أن العين لا تزال في حيازة المستعير، في هذه الحالة يمكن للمرتهن أن يحتفظ بالعين دون الحاجة إلى تقديم أي طلب ما دامت في حوزته، بالمقارنة يتطلب الدين المطالبة بالوفاء، ولا تنفك هذه المطالبة إلا في حال تأجيلها

(١) د. محمد سليمان الاحمد: المدخل لدراسة الضمان دراسة تحليلية مقارنة، مصدر سابق، ص ٢٦، د. عبد الباقى البكري: شرح القانون المدنى تنىذ الالتزام، ج ٣، مطبعة الزهراء، بغداد، ١٩٧١، ص ٩.



نتيجة لتنازل الدائن عن حقه لفترة زمنية معينة، لذا يمكن القول إن الضامن يعتبر أكثر شمولاً من المدين، إذ إن كل مدين يعتبر ضامناً، لكن ليس كل ضامن يعتبر مديناً، وهذه الرؤية تعكس بشكل عام وجهة نظر الفقه الإسلامي، التي ترتبط ارتباطاً وثيقاً بشرط المطالبة، وهو ما يتعارض مع بعض المذاهب القانونية والفقهية الأخرى^(١).

٢ - ضمان العقد والمسؤولية العقدية:

تعرف المسؤولية العقدية بأنها الجزء الذي يفرضه القانون على الطرف المخل في التزاماته التعاقدية، وإن هذه المسؤولية تعتمد على وجود خطأ من المدين يؤدي إلى إلحاق ضرر بالدائن، مع وجود علاقة سببية تربط بين الخطأ والضرر، ويعتبر العديد من فقهاء القانون أن المسؤولية العقدية تتماشى مع مفهوم الضمان، وهو ما يتبنّاه أيضاً المشرع العراقي، إلا أنه يوجد فرق بين المسؤولية من جهة والضمان من جهة أخرى ، فالضمان لا يعني فحسب أحكام المسؤوليتين المدنية والجنائية، ولا يمكن تعريفه على أنه تضمين مفسدة مالية لم تسبق بعده أو بدنيه لم تقترب بقصد، كما ذهب إليه البعض، حيث أشاروا إلى أن الفقه الإسلامي لا يعرف معنى المسؤولية المدنية، كما يتضمنها هذا الاصطلاح حيث قالوا إن الشريعة الإسلامية لم تستعمل مطلقاً كلمة المسؤولية للتعبير عن الالتزامات ولتعويض الأضرار الحاصلة^(٢).

ومع ذلك يرى بعض الفقهاء أن الضمان يعني حماية المال التالف بموجب عقد الضمان، بينما تتعلق المسؤولية العقدية بالتعويض عن عدم الالتزام بالعقد، لذا، فإن فقهاء الإسلام لا يعترفون بالمفهوم التقليدي للمسؤولية العقدية كما يفعل فقهاء القانون الوضعي، وعلى ذلك فإن المسؤولية العقدية في القانون تختلف عن الضمان في الشريعة، إذ إن ضمان العقد يغطي أحكام المسؤولية العقدية الناتجة عن

(١) الاستاذ علي الخيف: الضمان في الفقه الإسلامي، القاهرة، دار الفكر العربي، ٢٠٠٠ ، ص.٧.

(٢) د.جبار صابر طه: اقامة المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع على عنصر الضرر ، مطبعة جامعة الموصل ، الموصل ، ١٩٨٤ ، ص.٢٠.



الإخلال بتنفيذ الالتزامات في العقود الصحيحة. وتمتد هذه الأحكام لتشمل التعويض حتى في الحالات التي يصبح فيها العقد غير سارٍ، مثل الأضرار الناجمة عن تنفيذ عقد باطل أو بسبب وجود عيب في الرضا، إضافة إلى ذلك، يتضمن ضمان العقد كافة الضمانات التي يحددها القانون لكل عقد على حدة، مثل ضمان العيوب الخفية وضمان التعرض وضمان الاستحقاق، كما يشمل التعويض للطرف المتضرر بسبب عدم تنفيذ الطرف الآخر للعقد، مما قد يؤدي إلى طلب فسخه، في الفقه الإسلامي، يبقى الضمان قائماً حتى في حال وجود سبب أجنبي، وقد أجاز الحنفية ضمان العقد الفاسد أيضاً إذا تم فيه القبض^(١).

ومن ثم يتضح لنا أن ضمان العقد يتمتع بكونه أكثر شمولاً وامتداداً من المسؤولية العقدية.

ثانياً- تمييز الضمان مما يشتبه به في القانون الإنكليزي:

يميز نظام القانون الإنكليزي بين ما يسمى بالشرط (condition) وما يسمى الضمان (warranty)، إذ إنّ خرق البند المصنف كشرط يؤدي إلى الحق في إنهاء العقد الخاضع لاختيار الطرف غير المخالفة، بالإضافة إلى ذلك يمنح هذا الطرف الحق في المطالبة بالتعويضات على عكس الضمان هو بند عقد أقل جوهريه، ولا يؤدي خرق الضمان إلى إنهاء العقد، ولكنه لا يخول إلا التعويض عن الأضرار وذلك وفقاً لقانون بيع البضائع (f5) إذ ينص على أنه (2- عندما يخضع عقد البيع لشرط يجب أن يفي به البائع، يجوز للمشتري التنازل عن الشرط، أو قد يختار التعامل مع خرق الشرط على أنه خرق للضمان وليس كسبب لمعاملة العقد على أنه تم رفضه،3- أما إذا كان الشرط في عقد البيع شرطاً قد يؤدي خرقه إلى الحق في التعامل مع العقد على أنه مرفوض، أو ضمان قد يؤدي خرقه إلى مطالبة بالتعويض عن الأضرار ولكن ليس إلى الحق في رفض البضائع ومعاملة العقد على أنه مرفوض، يعتمد في كل حالة على بناء العقد وقد يكون الشرط شرطاً على الرغم من أنه يسمى ضماناً في العقد)، وان مدة العقد يتم

(١) الاستاذ علي الخيف: مصدر سابق، ص ٢٠.



تحليلها عادة بفحص نية الأطراف عندما يعبر الطرفان عن نيتهمما بشكل واضح لا تواجه المحكمة أي صعوبة في تحديد طبيعة المصطلح كشرط أو ضمان^(١).

ويمكن مقارنة الضمان والشرط في قانون العقود من حيث تأثير كل منها على حقوق الأطراف عند حدوث خرق، فالضمان، كما هو معرف، هو التزام ثانوي في العقد لا يؤثر بشكل مباشر على أداء العقد الرئيسي، يعتبر الضمان بمثابة وعد يقدمه أحد الطرفين للأخر بشأن جانب معين من العقد، مثل ضمان جودة البضائع أو خلوها من العيوب لفترة محددة، في حالة حدوث خرق للضمان، لا يحق للطرف المتضرر إنهاء العقد، بل يمكنه فقط المطالبة بتعويضات عن الخسائر التي تكبدتها نتيجة لهذا الخرق^(٢).

وقد عرف القاضي فليتشر مولتون الشرط على أنه التزام عقدي يذهب مباشرة إلى جوهر العقد وبلفظ آخر هو التزام ضروري جداً لطبيعة العقد إذ يكون عدم تفيذه مبرراً للطرف الآخر أن يعتبر ذلك فشلاً جوهرياً في أداء العقد بصفة عامة، ومن تعريفات الشرط عرف على أنه وعد يتطلب أداء كاملاً إذ يحق للطرف الآخر أن يعتبر العقد منتهياً إذا لم يتم أداء الالتزامات المتفق عليها ، وكذلك الحال يعتبر

(1) The technical and legal meaning of the condition means meaning of the condition is the essential and substantive duration of the contract. In contrast, the breach of a condition classified as a condition gives rise to the right to terminate the contract subject to the option of the non-breaching party. In addition, this party is entitled to claim damages. In contrast, a warranty is a less essential contract condition. The breach of a warranty does not lead to the termination of the contract, but only entitles to compensation for damages. Accordingly, [F5(2)] where a contract of sale is subject to a condition to be fulfilled by the seller, the buyer may waive the condition, or may elect to treat the breach of the condition as a breach of warranty and not as a ground for treating the contract as repudiate, see Sale of Goods Act 1979.

(2) see, <https://uollb.com/blog/law/what-is-warranty-in-contract-law>, 14/8/2024, 5:50

العقد منتهياً إذا اتفق الأطراف على أن الإخلال بالبند العقدي من شأنه يجعل العقد منهاياً، وهذا يعني انهم جعلوه شرطاً أي جوهر العقد^(١).

أما البنود العقدية المعتبرة ضمانات إذ تعرف على بنود عقدية ثانوية، وهي ليست بنود حيوية، والإخلال بهذه البنود لا يحق بها إنهاء العقد، وإنما يحق بها طلب التعويضات عن الخسارة الناتجة عن الإخلال، وقد عرف قانون بيع البضائع الإنكليزي الضمانات على أنها اتفاق ثانوي بالنسبة إلى غرض العقد الأساسي، كما عرفها القاضي الإنكليزي فليتشر مولتون على أنها التزام بالرغم من ضرورة ادائه إلى أنه ليس حيوياً بعد لا يعتبر التخلف عن ادائه ذاهباً إلى جوهر العقد^(٢).

وفي قضية شركة النقل اتفق الطرفان على عقد إيجار لمدة ٢٤ شهراً بموجب الشرط التعاقدى الذى يقضى بأن تكون السفينة مجهزة بكل الطرق لخدمة البضاعة العادية، وهو شرط الصلاحية بالإبحار تم نقل الشحنة الأولى، ولكن بسبب بعض المشاكل المحرك الناجمة عن نقص الطاقم عدم كفاءة الموظفين وصلت السفينة مع تأخيرات خطيرة للميناء النهائي، وأعلن المستأجر الغاء العقد، وطالب مالك السفينة بالتعويض عن الأضرار، إذ توصل إلى استنتاج مفاده أن صلاحية السفينة للإبحار ليست شرطاً، ومن ثم

(١) د. حاتم محمد عبد الرحمن: بنود عقد بيع البضائع/دراسة في القانون الإنكليزي مقارنة بالقانون المصري، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، العدد ٢٠١٦، ص ٩٠٨.

(2) As for contractual clauses, which are considered guarantees, as they are defined as secondary contractual clauses, which are not vital clauses, and the violation of these clauses is not entitled to terminate the contract, but they have the right to claim compensation for the loss resulting from the breach. The English Law on the Sale of Goods has defined guarantees as a secondary agreement regarding the purpose of the basic contract, as the English judge Fletcher Multon defined it as an obligation despite the need to perform it to the fact that it is not yet vital. Failure to perform it is not considered to go to the essence of the contract, see, paul Dobson, ch arlesworth business law, sixteen hesitation, London, sweet Maxwell,1997 ,p.341.



يحق لمالك السفينة الحصول على تعويضات عن الرفض غير المبرر للعقد من قبل المستأجر، ويشار إلى أن الصيغة المستخدمة لتحديد ما إذا كان الشرط شرطاً أم ضماناً معروفاً جيداً لكن الصعوبة تكمن في تطبيقها، وبموجب تطبيق الصيغة قد تم التوصل إلى استنتاج مفاده أنه تم الانفاق على ضمان صلاحية الابحار، وليس للمستأجر الحق في التوصل لقد تم احتجاز السفينة غير صالحه للأبحار بعده طرق ولا يمكن تصور أن جميع الامور التافهة مثل عدم صلاحيتها للإبحار يمكن اعتبارها شروطاً^(١).

وإذا أراد طرف العقد أن يجعلوا أحد بنود العقد شرطاً، فيجب عليهم استخدام العبارات التي تبينه شرطاً، كعبارة أن هذا البند هو بند جوهري، كما أن استخدام لفظ الشرط أو الضمان فهو ليس كدليل قاطع على نية أطراف العقد كدلالة لفظ جوهري، ومن ثم فإن لفظ الشرط قد يقصد به المعنى الفني الخاص^(٢).

(1)In a company case, the two parties agreed to a 24-month charter agreement under the contractual condition that the ship be equipped in every way to serve the normal cargo, which is the seaworthiness condition. The first shipment was transported, but due to some engine problems resulting from the lack of crew and the incompetence of the employees, the ship arrived with serious delays at the final port. The charterer announced the cancellation of the contract and the ship owner demanded compensation for the damages, as he reached the conclusion that the seaworthiness of the ship was not a condition and therefore the ship owner was entitled to obtain compensation for the unjustified rejection of the contract by the charterer. It is noteworthy that the formula used to determine whether the condition is a condition or a guarantee is well known, but the difficulty lies in its application. By applying the formula, the conclusion was reached that it was agreed to guarantee seaworthiness and the charterer had no right to evade. The ship was detained unseaworthy in several ways. It would be possible for it to be inconceivable that all trivial matters for the reason that considered it unseaworthy could be considered Conditions, see: ,see, Rechtsanwalt Yves Heinze, Conditions, warranties and innominate terms - different terms for the same, sydey law school,Germany, p,2.

(2) نقاً عن د. حاتم محمد عبد الرحمن: مصدر سابق، ص ٩١٩ .



ولتوضيح الفرق بين الشرط والضمان، يجب التمييز بين مفهوم الشرط والضمان في سياق العقود، خاصة في مجال النقل البحري، إذ يعتبر شرط صلاحية الإبحار أحد الشروط الأساسية في عقد الشحن، حيث يلزم الناقل بتوفير سفينة تكون صالحة للإبحار، مما يعني أنها مجهزة بشكل كامل وآمن لخدمة البضائع، وعلى الجانب الآخر يعد الضمان تعهداً أو التزاماً من الطرف الآخر بتعويض أي أضرار قد تنشأ عن فشل في تحقيق الشرط، فعندما تتعرض السفينة لعطل أو عدم صلاحية، قد يتسبب ذلك في عدم قدرة الطرف المعني على تنفيذ التزاماته، مما يؤدي إلى فقدان المنفعة المتوقعة من العقد إذا لم يتلق الطرفان بشكل صريح على شروط معينة أو ضمانات، فإن المحكمة قد تلجأ إلى اختبار مدى تأثير هذا الخرق على حقوق الطرف المتضرر، وعلى ذلك فإن الشرط يتعلق بالشروط الأساسية التي يجب أن تتوفر في العقد، بينما الضمان يشير إلى الالتزامات الإضافية التي تهدف إلى حماية الأطراف من المخاطر المحتملة، لذا، يجب أن يتم التعامل مع شرط الصلاحية كشرط أساسي، وليس كضمان، لأن أي إخفاق في تحقيقه يمكن أن يعتبر خرقاً للعقد^(١).

(2) To clarify the difference between condition and warranty, the text can be rephrased as follows: The concept of condition and warranty must be distinguished in the context of contracts, especially in the field of maritime transport. The condition of seaworthiness is one of the basic conditions in the contract of carriage, as it obliges the carrier to provide a ship that is seaworthy, meaning that it is fully equipped and safe to serve the goods. On the other hand, the warranty is considered a pledge or obligation by the other party to compensate for any damages that may arise from failure to fulfill the condition. When the ship is damaged or unseaworthy, this may cause the party concerned to be unable to perform its obligations, resulting in the loss of the expected benefit of the contract. If the parties do not expressly agree on certain conditions or warranties, the court may resort to testing the extent to which this failure affects the rights of the injured party. A condition therefore relates to the basic conditions that must be met in the contract, while the warranty refers to additional obligations that aim to protect the parties from potential risks. Therefore, the condition of seaworthiness should be treated as a basic condition, not



وبهذا الصدد يعرف القاضي بلاك بورن الشرط بأنه جذر المسألة التي يتوقف عليها العجز عن تنفيذ الالتزام، وأنه سوف يمنح ضمان أفضل لتنفيذ العقد بصورة صحيحة بعبارة أخرى إن الشرط مسألة مهمة، وذلك لأنه يتوقف عليه تحديد ما للطرف المتعاقد من حقوق، وما عليه من واجبات، وفي حال عدم تنفيذ هذا الشرط من الطرف الذي وضعه سوف تكون أمام مشكلة تمثل باختلال التوازن العقدي، و لا يعرف أي من الطرفين ما هو الالتزام الذي يقع على عاتقه، وفي قضية *Poussard v. Spiers and pond* عرضت على القضاء الإنجليزي ١٨٧٦ والتي تلخص وقائعها بأن زوجة المدعى كانت قد تعاقدت مع المدعى عليه *Spiers and pond* للغناء في حفلة أوبرا بتاريخ محدد، وقد مرض المدعى عليه قبل ليلة الافتتاح، وأنها يجب أن تمضي أسبوعاً في الفراش حتى تستطيع الغناء بعد ذلك قاضت زوجة المدعى المدعى عليه والمحكمة قررت بأن المرض كان ذو طبيعة غير مؤكدة، وأن الخيارات كانت متاحة للمدعى عليه، حيث يمكن أن يؤجل حفلة الأوبرا ولكن سوف يصاب بخسارة مالية، أو يمكن أن يسند الدور إلى مغني أوبرا آخر، وهذا الأخير هو الذي حدث، حيث تم إسناد المهمة إلى مغني آخر عليه لا يعتبر المدعى مخلاً بالتزامه^(١).

وعليه فإن خرق الشرط يحرم في بعض الحالات الطرف غير المخل من المنفعة الكاملة، أو في حالات أخرى لا تفعل ذلك. بعبارة أخرى انكر ان هذا التصنيف يفي في كل حاله بنوایا الأطراف فيما يتعلق بالعواقب التي يرغب الأطراف في اعطائهما في حالة انتهائهما شرط معين، ومن ثم تم إنشاء فئة من شروط تعاقديه في هذا الصدد الشروط الاسمية، أو كما يشار اليه ايضاً بالشروط المتوسطة والتي تكمل أهميتها في مكان ما بين الشرط والضمان ويشار ان عدم صلاحية الابحار لم يصل إلى جذر العقد، لأن

=a warranty, because any failure to fulfill it may be considered a breach of contract , see:
cart prden tollhurst: contract law in Australia,5thed,p9-13.

(١) نقلًا عن، د. حسين عبد الله عبد الرضا: مضمون العقد دراسة مقارنة، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد ١٧، العدد ١، ٢٠١٨، ص ٦٢٦.

العقد يحتوي على بند يبتعد مسؤوليه مالك السفينة على التأخير بسبب عدم صلاحية الابحار في بند العناية الواجبة، وان التأخير أو أنواع معينه من عدم صلاحية السفينة للبحر لم يعاملها العقد على أنها جوهريه، ومن ثم لا يمكن حرمان المستأجر من المنفعة بأكمالها^(١).

وان معيار التمييز بين الشروط والضمانات تعتمد على نيه الأطراف في العقد المعتبر عنها باللفظ أو الكتابة، وإن المشرع الإنكليزي أحياناً يقيم قرينة على أن البند المعين هو شرطاً أو ضماناً في قانون بيع البضائع الإنكليزي، إذا لم تتم وضوح نية الأطراف في العقد فإن المحاكم تميل إلى اعتبار البنود المتعلقة بوقت التسلیم شرطاً، والبنود المتعلقة بوقت الدفع ضماناً^(٢).

و الشرط يعد من الالتزامات الأساسية في العقد، وعند خرقه، يحق للطرف الآخر إنهاء العقد والمطالبة بتعويضات، لذا فإن تصنيف الالتزام كشرط أو ضمان له تأثير كبير على سبل التعويضات المتاحة للأطراف، في حين أن خرق الشرط يوفر حق إنهاء العقد، فإن خرق الضمان يقتصر على

(1) Thus, if a breach of a condition causes the innocent party to be deprived in some cases of the benefit of the whole, or in other cases it does not. In other words, it denies that the classification in every case satisfies the intentions of the parties as to the consequences which the parties wish to give in the event of a breach of a particular condition. Hence, a class of contractual terms has been created in this regard, the nominal terms, or as they are also referred to as intermediate terms, which complete their importance somewhere between the condition and the warranty. It is noted that unseaworthiness does not reach the root of the contract because the contract contains a clause excluding the liability of the shipowner for delay due to unseaworthiness in the due care clause. Delay or certain types of unseaworthiness of the ship are not treated by the contract as essential, and therefore a charterer cannot be deprived of the benefit in its entirety, see, <https://www.studocu.com/row/document/osun-state-university/public-and-international-law/conditions-warranties-innominate-terms-yves-heinze/80541379,21\1> [2025, 22:10].

(٢) نقلًا عن د. حاتم محمد عبد الرحمن: مصدر سابق، ص ٩١٧-٩١٩.



التعويض المالي دون إمكانية إنهاء العلاقة التعاقدية، ومن ثم يمكن القول إن الضمان يساهم في حماية حقوق الأطراف في سياق الالتزامات الثانوية، بينما الشرط يوفر مستوى أعلى من الحماية عبر إمكانية إنهاء العقد^(١).

المطلب الثاني

أركان الضـمان

بعد تقديم تعريف شامل لمفهوم الضمان، يصبح من المهم تسلیط الضوء على أركانه الأساسية، فلا يمكن تحقيق الضمان ما لم تتوفر العناصر الجوهرية الازمة، والتي لا يمكن أن تتحقق إلا بوجود تلك الأركان، في هذا السياق، سنقوم بتفصيل أركان الضمان في الفرع الأول من هذا المطلب، حيث سنستعرضها وفقاً لما هو محدد في القانون العراقي والشريعة الإسلامية، وبعد ذلك سننتقل إلى الفرع الثاني الذي سيتناول أركان الضمان في القانون الإنجليزي.

الفرع الأول

أركان الضمان في القانون العراقي والشريعة الإسلامية

يتناول الضمان العقدي مفهوماً يتطلب وجود أركان معينة لضمان الشيء، إذ لا يمكن أن يتحقق الضمان إلا إذا توافرت هذه الأركان، من بين الأركان الأساسية التي يجب أن تتوارد هي الخطأ والضرر، إذ إن الخطأ يعد أحد العناصر الضرورية التي تؤدي إلى نشوء الضرر، علاوة على ذلك، فإن الركن

(1)see, [https://uollb.com/blog/law/what-is warranty-in-contract-law 5:50](https://uollb.com/blog/law/what-is-warranty-in-contract-law-5:50) 14/8/2024.



المقصود هنا يفهم على أنه العنصر الأساسي الذي يتوقف عليه وجود الشيء أو الواقعة القانونية، لذا فإن الرابطة بين الخطأ والضرر رغم أهميتها لا يمكن أن تعتبر ركناً من أركان الضمان العقدي إذا لم تتوافر فيها الشروط الازمة، بمعنى آخر يجب التأكيد على أن وجود هذه العناصر لا يكفي لتحقيق الضمان، بل يجب أن تكون متوافقة مع الشروط القانونية التي تحكم هذا المجال^(١).

ان اول الأركان هو الخطأ، إذ إن الإخلال الذي ينتج عنه الضمان العقدي هو ناتج من الخطأ في تنفيذ العقد، والذي من شأنه ان ينشأ مسؤولية قانونية ترتب الضمان، ففي ضمان العيوب الخفية في حالة وجود عيوب خفية في المنتج أو الخدمة المقدمة، فإن عدم الإبلاغ عن هذه العيوب أو تسليم منتج معيب يعد إخلالاً بالعقد، ويتوجب على الطرف الذي قدم المنتج تحمل المسؤولية عن الأضرار التي قد تلحق بالطرف الآخر نتيجة لهذا الإخلال، إذ إن العيب الخفي يمثل خطأً في الالتزام بتحقيق غاية معينة، وكذلك يعتبر مخالفة للالتزام إذ لم يبذل عناية الرجل المعتمد، وهذا ما نصت عليه المادة (٢٥١) من القانون المدني العراقي إذ نصت على انه (١-في الالتزام بعمل إذا كان المطلوب من المدين ان يحافظ على الشيء او ان يقوم بإدارته او كان مطلوباً ان يتوكى الحيطه في تنفيذ التزامه فإن المدين يكون قد وفي بالالتزام إذ بذل في تنفيذه من العناية ما يبذل الشخص المعتمد حتى ولو لم يتحقق الغرض المقصود. ٢- ومع ذلك يكون المدين قد وفي بالالتزام إذا هو بذل في تنفيذه من العناية ما اعتاده، في شؤونه الخاصة متى تبين من الظروف ان المتعاقدين قصدوا ذلك) ، أمّا في ضمان التعرض والاستحقاق إذا تعرض الطرف المتضرر لمشكلة قانونية بسبب استحقاق طرف ثالث للمنتج أو الخدمة المقدمة، فإن ذلك يعد

(١) د. وهبة الزحيلي: نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية الجنائية في الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، ١٩٩٨ ص ٢٢.



إخلالاً بالعقد، إذ إنّ الطرف الذي لم يضمن عدم التعرض إلى الاستحقاقات من قبل الغير يكون ملزماً بتعويض الأضرار الناتجة عن هذا الإخلال^(١).

وفي الضمان العشري تقع على عاتق المقاول أو المهندس مسؤولية عن أي عيب يظهر في البناء خلال فترة العشر سنوات، فإذا حصل تهدم في البناء أو عيب خلال الفترة المذكورة يعد ذلك إخلالاً بالعقد، ومن ثم يتحمل المقاول أو المهندس المسؤولية عن الأضرار التي قد تنجم عن هذا الإخلال، وبذلك ان الاخطاء الواردة في الضمانات العقدية اعلاه، والإخلال في تنفيذ العقد تؤدي إلى مسؤولية قانونية تفرض على الطرف المخاطئ التعويض عن الأضرار للطرف المتضرر، ولا يمكن التخلص من هذه المسئولية، إلا في الظروف التي تدرج تحت القوة القاهرة مثل الكوارث الطبيعية أو الأحداث الغير متوقعة^(٢).

أما الركن الثاني وهو الضرر، إذ يعرف الضرر بأنه الأذى الذي يتعرض له أحد المتعاقدين، والذي يمكن أن يظهر في شكل خسائر مالية تكبدها نتيجة التأخير في تنفيذ الالتزام أو عدم القيام به بشكل كامل، إذ يؤثر الضرر في الضمان العقدي كما هو الحال في ضمان العيب الموجب للضمان، ففي حالة وجود عيب خفي في الشيء المباع، يعتبر الضرر الناتج عن هذا العيب من بين الأضرار التي تثير المسؤولية العقدية فإذا اكتشف المشتري عيباً خفياً بعد إتمام العقد، فإنه يحق له المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي تكبدها نتيجة لهذا العيب، وهو ما يعكس أهمية وجود الضرر كركن أساسي في إثبات المسؤولية العقدية، وفي ضمان التعرض والاستحقاق عندما يتعرض أحد المتعاقدين لضرر بسبب استحقاق الغير للشيء المتعاقد عليه، فإن هذا الضرر يشكل أساساً للضمان، في هذه الحالة، يتمثل

(١) د. حسن علي الذنون و د. محمد سعيد الروح، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، دار وائل للنشر والتوزيع، الاردن، ٢٠٠٢، ص ١٥٥.

(٢) المصدر ذاته، ص ١٥٥.



الضرر في الخسائر التي يتکبدتها المتعاقد نتيجة التعرض لاستحقاق الغير، مما يوجب على الطرف الذي تسبب في هذا الاستحقاق تعويض الأضرار المادية الناتجة عن ذلك، وفي سياق الضمان العشري يتعلق الأمر بضمان الأضرار التي قد تنشأ من عدم الوفاء بالالتزامات العقدية، إذا تأخر أحد الأطراف في تنفيذ التزاماته فإن الأضرار المالية الناتجة عن هذا التأخير تعتبر ضرراً يستدعي التعويض أو إذا حصل تهدم في البناء أو عيب وحصل ضرر وهو ما يربط الضمان العشري بمفهوم الضرر كعنصر أساسى في تحقيق المسؤولية العقدية، ومن ثم، يمكن القول إن الضرر هو عنصر أساسى يرتبط ارتباطاً وثيقاً بمختلف أنواع الضمان العقدي، حيث يستوجب التعويض عن الأضرار الناتجة عن الإخلال بالعقد، مما يعكس أهمية وجود الضرر كأساس للمسؤولية والجزاء المترتب عليها^(١).

أما العلاقة السببية، فلا يكفي لقيام المسؤولية العقدية وجود خطأ، ووقوع ضرر بل يجب أن تكون هناك علاقة سببية تربط بين الخطأ والضرر، بحيث يكون الضرر ناتجاً مباشرة عن الخطأ المرتكب، وفي حال كان الضرر غير مرتبط بالخطأ، فإن العلاقة السببية تصبح منقطعة، ويكون عدم تنفيذ الالتزام ناتجاً عن سبب خارجي، مثل قوة قاهرة أو حادث غير متوقع، أو حتى بفعل شخص ثالث، ففي الضمان في العيوب الخفية في هذه الحالة، إذا كان البائع قد أخفى عيباً في الشيء المباع، فإن العلاقة السببية تصبح واضحة، حيث إن الضرر الناتج عن عدم تنفيذ الالتزام (أي العيب) مرتبط مباشرة بخطأ البائع في عدم الإفصاح، ومن ثم يتحمل البائع المسؤولية عن هذا الإخلال، مما يتطلب منه تعويض المشتري عن الأضرار الناتجة^(٢).

(١) د. عبد الرزاق السنھوري: الوجيز في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، دار النھضة العربیة، القاهرة، سنة ١٩٦٦، ص ٢٥٩، د. عبد المجید الحکیم ود. عبد الباقي البکری ود. محمد طه البشیر: الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني مصادر الالتزام، ج ١، شركة العاشر، القاهرة، د.ت، ص ٦٧٢.

(٢) د. حسن علي الذنون: مصدر سابق، ص ١٧٨ - ١٨٠.

أما في ضمان التعرض والاستحقاق فيكون الضمان متعلقاً بخطر تعرض المشتري لمطالبة من قبل طرف ثالث يدعى حقه في الشيء المباع فإذا كان البائع قد أخفق في تأكيد ملكيته للشيء وعدم وجود أي حقوق للغير عليه، فإن العلاقة السببية بين خطأ البائع (أي عدم إبلاغ المشتري عن وجود حق للغير) والضرر الذي يلحق بالمشتري (مثلاً فقدان الشيء أو تكبد خسائر قانونية) ف تكون العلاقة السببية واضحة، ومن ثم يتحمل البائع أيضاً المسئولية في هذه الحالة، أما في الضمان العشري فيتعلق هذا الضمان بالالتزامات التي ترتبط بالمعايير المتყق عليها بين الأطراف إذا كان هناك إخلال في تحقيق هذه المعايير، وكان الضرر الناتج عن ذلك مرتبطة بخطأ أحد الأطراف في تنفيذ التزاماته كهدم البناء خلال العشر سنوات أو وجود عيب في البناء، فإن العلاقة السببية تكون قائمة، إذ يتحمل الطرف المخالف المسؤولية عن الأضرار التي تلحق بالطرف الآخر بسبب عدم الالتزام بالمعايير المتყق عليها، وفي جميع هذه الحالات من الضروري وجود علاقة سببية واضحة تربط بين الخطأ والضرر، إذ يؤدي الإخلال في الالتزام إلى نشوء المسؤولية العقدية، مما يعكس أهمية فهم هذه الأركان في تعزيز العلاقات التعاقدية وضمان التعويض عن الأضرار^(١).

أما أركان الضمان في الشريعة إذ نصت المادة (٢٤٨) من مجلة الأحكام العدلية على أنه (يثبت حقه فسخ العقد بخيار العيب من غير اشتراط في العقد فمن عقد شراءه أو اجاره أو أخرى مع شريكه قسمه مال مشترك من القييميات أو المثلثيات المتحدة أو المختلفة الجنس أو صالح عن دعوى مال معين على شيء بعينه فله فسخ العقد ونقص القسمه بخيار العيب إذا وجد في العين المستاجره أو في بدل الصلاح أو في الحصة التي أصابته من القسم عيباً قدماً يعلم به وقت العقد أو حين القسمه ولم يوجد

(١) د. حسين عامر: المسئولية التصويرية والعقدية، مطبعة مصر، القاهرة، ١٩٥٦، ص ٣٣٠-٣٣١.



منهما يدل على الرضا به بعد إطلاعه عليه ولم يشترط البراءة من العيوب فإن وجد شيء من ذلك سقط حق خياره ولزمه العقد واللحصة التي أصابته في القسمة^(١).

إذ إن مفهوم الضمان لا يمكن أن يتحقق إلا بوجود أركان أساسية وضرورية لفهم كيفية تطبيق الضمان في الإطار الشرعي وهي الركن الأول الخطأ في الضمان العقدي الذي يشير إلى الخلل الحادث بالالتزام العقدي المتمثل في تحقيق نتيجة معينة تتعلق بمحل الالتزام، على سبيل المثال عندما يتلزم البائع بنقل ملكية شيء إلى المشتري، أو عندما يتلزم بتنفيذ عمل كالتسليم أو بناء مبني، فإن الهدف من هذه الالتزامات هو تحقيق نتيجة محددة، إذا لم تتحقق هذه النتيجة يبقى الالتزام غير منفذ وفي إطار ضمان العيوب الخفية إذا كانت السلعة المباعة تحتوي على عيب خفي، فإن البائع يكون ملزماً بضمان هذا العيب، لأن عدم الكشف عنه يعني إخلالاً بالالتزام العقدي، أمّا في ضمان التعرض والاستحقاق، فإذا تعرض المشتري لأي دعوى من طرف ثالث بشأن ملكية المبيع، فإن البائع يتحمل المسؤولية ويجب عليه ضمان الاستحقاق، مما يشير إلى إخلال خطير في الالتزام، وكذلك في الضمان العشري إذا لم يكن البناء كما هو متوقع عليه أو كان فيه عيب أو حصل تهدم خلال العشر سنوات، فإن ذلك عليه يعد خطأً عدلياً أو يشكل إخلالاً بالالتزام العقدي يستوجب الضمان، ففي جميع هذه الضمانات العقدية، يتضح أن عدم تحقيق الالتزام كما هو متوقع يؤدي إلى إخلال يستوجب الضمان العقدي، مما يؤثر على حقوق الأطراف المعنية في العقد^(٢).

(١) محمد قدرى باشا: كتاب مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان في المعاملات الشرعية، ط٢، المطبعة الاميرية، بولاق ، ١٨٩١م، ص٣٤.

(٢) بكر بن عبد اللطيف الهبوب: المسئولية العقدية، بحث منشور في المجلة القضائية، العدد الثالث، ٣ ديسمبر، ٢٠١٢م، ص٢٩٢.



أمّا الركن الثاني في مفهوم للضمان العقدي هو الضرر، والذي يعدّ عنصراً أساسياً لا يمكن تجاهله في هذا السياق يعرف الضرر بأنه الأذى الذي قد يتعرض له الأفراد نتيجة تصرفات الآخرين، مما يؤدي إلى فقدان مالي يؤثر بشكل مباشر على ممتلكاتهم، يمكن أن يظهر الضرر في أشكال متعددة، حيث يمكن أن يكون مادياً يتعلّق بالأجساد والممتلكات، أو معنوياً يرتبط بمشاعر الأفراد وعواطفهم، وعند حدوث ضرر مادي يتم تحديد الضمان وفقاً لما تقتضيه القوانين الشرعية والأنظمة القضائية المعامل بها، سواء من خلال التعويض المالي الذي يقدم لتعويض الأضرار الناتجة، أو من خلال إجراءات قانونية أخرى تتعلق بحماية حقوق الأفراد في إطار الضمان العقدي، هناك عدة صور لـالإخلال بالالتزامات، ومن أبرز هذه الصور ضمان العيوب الخفية، وضمان التعرض والاستحقاق، بالإضافة إلى الضمان العشري، فيما يخص ضمان العيوب الخفية، يلزم البائع بكشف أي عيب قد يؤثر بشكل سلبي على قيمة السلعة المباعة وفي حال تقاус البائع عن القيام بذلك، يتحمل المسؤولية القانونية عن التعويضات التي قد تنشأ جراء تلك العيوب الخفية، والتي قد تضر بالمشتري بشكل كبير، أمّا في حالة ضمان التعرض والاستحقاق، فإن البائع يتکبد المسؤولية إذا ما تعرض المشتري لمطالبة قانونية من طرف ثالث تتعلق بالسلعة المباعة، مما قد يؤدي إلى خسائر مالية تلحق بالمشتري هذا النوع من الضمان يبرز أهمية أن يكون البائع على دراية شاملة بالحقوق المتعلقة بالسلعة التي يقوم ببيعها حتى يحمي نفسه والمشتري من أي تبعات قانونية، وعندما نتناول موضوع الضمان العشري، فإنه يتعلّق بالتزامات المقاول الناتجة عن عقد المقاولة، حيث يلزم المقاول بضمان جودة وسلامة البناء لمدة عشر سنوات، في حالة حدوث أي إخلال بهذا الالتزام، يصبح المقاول ملزماً بالتعويض عن الأضرار التي قد تطرأ نتيجة لذلك، مما يعكس أهمية الالتزام بالعقود وضمان الحقوق^(١).

(١) د. احمد موافي: الضرر في الفقه الإسلامي، دار ابن عفان للنشر والتوزيع، السعودية ، ١٩٩٨، ص ١٠٠٨ - ١٠١٠.

ومن المهم أن نلاحظ أن للضرر شروط فيجب أن يكون محققاً ومباشراً، حيث لا يقبل التعويض عن الأضرار المحتملة أو غير المحققة. كما يتطلب الأمر وجود رابط مباشر بين الضرر والخطأ الذي ارتكبه أحد أطراف العقد، لذا، فإن الالتزامات المرتبطة بالضمان العقدي تبرز أهمية الحفاظ على الحقوق المالية للأطراف المتعاقدة، وتوفير الحماية الالزمة لهم ضد الأضرار المحتملة، وإن هذه الشروط والمبادئ تسهم في تعزيز الثقة بين الأطراف وندعم استقرار المعاملات التجارية^(١).

من الجدير بالذكر أنّ التعويض عن الضرر المادي في الشريعة الإسلامية يتم من خلال منح الشخص المتعرض للضرر مبلغ مقدر بين الطرفين بدلاً عن الشيء المعقود عليه أو المعتمد عليه وفي ذلك هو رد للحقوق وفصل للخصومات فضلاً عن كونه يُعد طريقة من طرق التعويض عن المتألف من المال أو من المنفعة^(٢).

وَمَا يَنْبَغِي قَوْلُهُ أَيْضًاً أَنْ فَرِيقاً مِنْ فُقَهَاءِ الْمُسْلِمِينَ اعْتَدُوا الضررَ الْأَدْبِيَّ هُوَ نُوعٌ مِنَ الْضَّمَانِ، إِذْ يَذْكُرُ الْمَرْعِينَ أَنَّ شِجَّ رَجُلًا فَالْتَّحَمَتْ لَمْ يَبْقَى لَهَا أَثْرٌ وَنَبَتِ الشِّعْرِ وَنَبَتِهِ الشِّعْرُ يَجِبُ عَلَيْهِ اُورْشِ الْأَلْمِ وَحُكْمَةُ عَدْلِ عَنْ أَبِي يُوسُفَ وَحْجَتُهُ فِي ذَلِكَ أَنَّ الشَّيْنَ إِنْ زَالَ فَالْأَلْمُ الْحَاصِلُ لَمْ يَكُنْ قَدْ زَالَ فَيَجِبُ تَقْوِيمُهُ وَقَالَ مُحَمَّدٌ عَلَيْهِ اجْرَهُ الطَّبِيبُ لَأَنَّهُ انْمَى لِزَمْهِ اجْرَهُ الطَّبِيبِ وَثُمَّ الدَّوَاءَ يَفْعَلُهُ كَانَهُ اخْذُ ذَلِكَ مِنْ مَالِهِ^(۳).

(١) د. احمد محمد داود: احكام العقد في الفقه الاسلامي والقانون المدني، ج ١، ٢٠١١، ص ١٦، د. بندر بن طلال المحلاوي: المسؤولية عن تضليل المستهلك في البيوع المعاصرة، مجلة الدراسات العربية، كلية العلوم جامعة المنيا، العدد الثالث ، المجلد الأول ، ٢٢ تشرين الأول ٢٠٠٤ ، ص ٥.

(٢) عبد الله الطيار: كتاب الفقه الميسر ، ج ١٠ ، مدار الوطن للنشر ، الرياض ، ٢٠١٣ ، ص ٣١.

⁽³⁾ ياسل محمد يوسف قبها: التعويض عن الضرر الأدبي دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية،



كما ذهب بعض الفقهاء أن الضرر الأدبي وإن كان متعدز القويم خلافاً للضرر المادي، لأن كليهما خاضع في التقدير للسلطان القاضي فمتى رأى في حالات عين ان الضرر الأدبي يمكن تعويضه وبقدر معين من المال وجب الازعاج لرأي القاضي إذ لا شك في أن التعويض المادي مهما قبل في تعذر الموازنة بينه وبين الأدبي، لأن التعويض هنا يساعد ولو بقدر على تخفيف الألم على نفس المتضرر^(١).

أما العلاقة السببية فهي تلك الرابطة بين التعدي أو الخطأ والضرر وبمعنى ان التعدي هو الذي افضى إلى الضرر فالضمان لا يقوم إذا لم تتوفر العلاقة السببية بين التعدي والضرر فإن مجرد وقوع الضرر وثبوت التعدي لا يكفي لقيام الضمان إذ لم تتوفر العلاقة السببية^(٢).

وإن العلاقة السببية من العناصر الأساسية التي تشكل جوهر مفهوم الضمان القانوني لكن لن ينطبق عليها معنى الركن، حيث تلعب هذه الرابطة دوراً محورياً في تحديد درجة مسؤولية الأفراد عن الأضرار التي قد تنجم عن أفعالهم أو تصرفاتهم، وإن الفقهاء حددوا هذه الرابطة أمّا أن تكون الرابطة المباشرة إذ تشير هذه الرابطة إلى الحالات التي يكون فيها الفعل الضار مرتبطاً ارتباطاً مباشراً بالضرر الذي حدث، أو تكون الرابطة تسببية، إذ تشير هذه الرابطة إلى الحالات التي لا يكون فيها الفعل الضار متصلة بشكل مباشر بالضرر، بدلاً من ذلك، يتطلب الأمر وجود سبب آخر يؤدي بطريقة غير مباشرة إلى حدوث هذا الضرر^(٣).

(١) محمد احمد عابدين: التعويض عن الضرر المادي والادبي والمورث، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٥، ص ١٦٦.

(٢) خالد علي جابر المري: المسؤولية المدنية للفريق الطبي بين الشريعة الإسلامية والقانون الكويتي، جامعة الشرق الأوسط، ٢٠١٣، ص ٨٠.

(٣) د. وهبة الزحيلي: مصدر سابق، ص ٣١-٣٢.



الفرع الثاني

شروط الضمان في القانون الإنكليزي

إن مبادئ قانون العقد في القانون الإنكليزي هو وجود نوع من الالتزامات التعاقدية الجوهرية ويقصد بها أن هذا الالتزامات تمتد إلى جذور العقد وإن الإخلال بها يحق للطرف المتضرر أن يعتبر العقد منتهياً وأن يطالب بالتعويضات أو ان يتمسك بالعقد ويطالع فقط بالتعويض، وهذا يعني أن الشروط في العقد هي التزامات جوهرية^(١).

فإذا أبرم شخص عقداً مع شركه مصلحه للهواتف لغرض إصلاح هاتفيه وتتضمن العقد شرطاً ينص على إلزام الشركة المصلحة استخدام قطع غيار جديدة تماماً لاستبدال القطع المكسورة، فإذا لم يستخدم الطرف المصلح (الشركة) قطع غيار جديدة تماماً فيتحقق للطرف الثاني اتخاذ إجراء قانوني ضد الشركة المصلحة إذ يحق له إنهاء العقد ومقاضاة الشركة للحصول على التعويضات أو استمرار العقد من خلال تنفيذ الالتزامات التي يتلزمون بها بموجب العقد ومطالبة الشركة المصلحة بالتعويضات^(٢).

(١) د. حاتم محمد عبد الرحمن: مصدر سابق, ص ٩١٦

(2) If a person concludes a contract with a telephone serviced company for the purpose of repairing a telephone and the contract included a condition that obliges the armed company to use completely new spare parts to replace broken parts. If the repairing party (the company) does not use completely new spare parts, the second party has the right to take legal action against the interested company and has the right to terminate the contract and sue the company for compensation or the continuation of the contract by implementing the obligations they are committed to under the contract and claiming compensation from the interested company, see, <https://www.upcounsel.com/conditions-warranties-and-innominate-terms>, 10/7/2025, 3:40



أما شروط الضمان في القانون الإنكليزي فقد عرفها هي عبارة عن بنود عقديه ثانوية وبالتالي هي ليست بنوداً جوهرية وهي عكس شروط الأساسية في العقد و تعد الضمانات العقدية في القانون أعلاه من المفاهيم الأساسية التي تتعلق بالتزامات الأطراف (أطراف العقد) فهي أقل أهمية بالمقارنة مع الالتزامات الجوهرية أو الشروط الأساسية في العقد فهي لا ترتبط بالتزامات الأساسية والتي تشكل هذه الأخيرة العمود الفقري للعقد ومثال على ذلك في عقد البيع يعد الالتزام بالتسليم (تسليم السلعة) هو التزاماً أساسياً وجوهري في العقد في حين الالتزام بتقديم معلومات إضافية أو ضمانات فهذه تعد من الضمانات العقدية فهي أقل تأثير على جوهر العقد وإن الإثر مترب على الإخلال بهذه الضمانات هو عدم إنهاء العقد بحيث لا يسمح للطرف المتضرر المطالبة بإنهاء العقد أو اعتباره باطل فهي على الرغم من اعتبارها التزامات ثانوية إلا أنها تعد ملزمه قانوناً بحيث يترب على الإخلال بها مطالبة الطرف المتضرر بالتعويض عن الأضرار التي نتجت عن خرق الضمانات فهو يعد إخلالاً بجانب^(١).

ثانوي من العقد بحيث يبقى العقد محتفظاً بقوته الملزمة بمعنى أن على أطراف العقد تنفيذ التزاماتهم التعاقدية أو مثال على ذلك إذا اشتري شخص سيارة بضمان أنها خالية من العيوب وتبيّن فيما بعد أن فيها عيب مصنعي في هذه الحالة لا يحق للمشتري فسخ العقد وطلب استرداد ثمن السيارة بالكامل بل يحق له المطالبة بإصلاح العيب أو الحصول على تعويض عن الأضرار التي لحقت به نتيجة لوجود العيب وإن السبب في عدم تمكن المشتري من فسخ العقد في المثال أعلاه، لأن الضمان لا يعد شرطاً جوهرياً وإنما شرط فرعى أو ثانوى فهو لا يؤثر على الغرض الأساسي من العقد أي لا يؤثر على جوهر العقد، ويعد التعويض هو الحل المناسب إلى أطراف العقد وإن الغاية من جعل شرط الضمان ثانوى وليس جوهرى هو لحماية استمرارية العقد وأيضاً تعزيز الثقة بين أطراف العقد^(٢).

(١) نقلأً عن د. حاتم محمد عبد الرحمن: مصدر سابق، ص ٩١٦.

(2) see, <https://www.upcounsel.com/breach-of-warranty>, 10/7/2025, 4:01.



وإنّ صور أو أشكال التعويضات التي يحصل عليها الطرف المتضرر في العقد في حاله وقوع خرق الضمان هي عدة اشكال قانونيه ومنها تعويضات عن الأضرار ويقصد بها سداد الخسائر المالية التي تكبدها بسبب خرق الضمان أي وجود عيب في المنتج أو الخدمة المعيشية والصورة الثانية هي التعويضات عن الأضرار التبعية ويقصد بها الخسائر التي تتجاوز النطاق المباشر لعيوب المنتج مثل الارباح المفقودة أو تكاليف الاعمال الاضافية وأيضاً تشمل التعويضات عن الاصلاح أو الاستبدال فقد يكون المشتري مؤهلاً لإصلاح المنتج أو استبداله بنفس المنتج دون أي تكلفة، وإنّ وقوع خرق الضمان لا يتطلب إثبات القصد أو الإهمال في وقوع الخرق وإنّ خرق الضمان غالباً ما يقع وبشكل متكرر في عقود بيع المنتجات أو عقود ضمان الخدمة وفي حال رفع المتضرر دعوه قضائية لخرق الضمان فإنه لا يشترط أن يوجد عقد مكتوب لرفع الدعوى^(١).

ما نقدم نلاحظ أنّ القانون الإنكليزي يختلف عن القانون العراقي والشريعة الإسلامية، إذ لاحظنا أنّ الضمان في إطار العقد في الشريعة الإسلامية والقانون العراقي نظام يقابل المسؤولية العقدية، أمّا في القانون الإنكليزي فإنّ الضمان في إطار العقد هو بند من بنود العقد، إذ تقسم هذه البنود من حيث أثر الإخلال بها إلى شروط وضمانات و يؤدي الإخلال في الأولى إلى إنهاء العقد و المطالبة بالتعويض، في حين يؤدي الإخلال في الثانية إلى المطالبة بالتعويض دون إنهاء العقد.

(1)see, <https://www.upcounsel.com/breach-of-warranty,10/7/2025,4:01>.



المبحث الثاني

أسباب الضمـان

يعد الضمان من المفاهيم القانونية التي لها أهمية كبيرة في الأنظمة القانونية بشكل عام، لما لها من أهمية في حماية حقوق الأفراد ومصالح المجتمعات والتي تكسب التزام الأفراد بتحمل المسؤولية المدنية سواء كانت تلك المسؤولية ناتجة عن أفعال تقصيرية أو عقدية، وعليه سوف يتم التركيز على المسؤولية العقدية التي تنشأ من الضرار الناتجة عن تصرفات الأفراد، ومن الجدير بالذكر أن القانون المدني العراقي والشريعة الإسلامية يضعان أساس قانونية واضحة ومعايير محددة للضمان، والتي تهدف إلى تحقيق العدالة وحماية حقوق الأفراد ولأهمية لذلك سوف يتم التطرق إلى الأسباب التي تبرر وجود الضمان من خلال تقسيم الموضوع إلى مطلبين رئисيين، ففي المطلب الأول سوف يتم تسليط الضوء على أسباب الضمان في القانون المدني العراقي والشريعة الإسلامية، أمّا في المطلب الثاني يتم التطرق إلى الأسباب التي يقوم عليها الضمان في إطار القانون الإنكليزي.

المطلب الأول

أسباب الضمان في القانون المدني العراقي والشريعة الإسلامية

لابد من تحديد الأسباب المرتبطة بالضمان في القانون المدني العراقي والشريعة الإسلامية، وهذا ما سوف يتم التطرق إليه في فرعين نخصص أولها لأسباب الضمان في القانون العراقي، ونفرد الثاني لأسباب الضمان في الشريعة الإسلامية.



الفـرعـ الأول

أسباب الضمان في القانون العراقي

يعد الضمان مفهوماً قانونياً يدل على الحالة التي يفقد فيها حق شخص أو تقلل قيمته بشكل غير مشروع وفقاً للقانون المدني العراقي، ويمكن أن يظهر الضمان في سياق المسؤولية المدنية، سواء كانت هذه المسؤولية ناتجة عن تصرفات غير سليمة أو ناتجة عن عقود، ومع ذلك، سنركز هنا على الأسباب التي تؤدي إلى الضمان في المسؤولية العقدية، والتي يمكن أن تنشأ من عناصر عدّة، أحد هذه العناصر هو وجود عقد صحيح ونافذ، وهو ما يعتبر شرطاً ضرورياً، لكي يتحقق الضمان، يجب أن يكون العقد مستوفياً للأركان الأساسية، وهي الرضا والمحل والسبب، وإذا لم تتوفر هذه الشروط، فلا يكون هناك مبرر للضمان، إذ يعد العقد باطلًا، ومن ثم لا يمكن أن تنتج عنه أي آثار قانونية، فبعض الفقهاء يعبرون عن تحفظهم في استخدام مصطلح "عقد" في هذه الحالة، لأنهم يرون أن استخدام هذا المصطلح قد يكون مجازياً، حيث أن العقد في الواقع ليس له وجود حقيقي مما يجعله بلا أثر، ولا يتربّ عليه أي حكم قانوني^(١).

إذ تنقسم العقود الصحيحة النافذة إلى نوعين عقود صحيحة لازمة وعقود صحيحة غير لازمة. في حالة العقود اللاحمة لا يمكن لأحد الأطراف فسخ العقد بمفرده، مما يعني وجود التزام قوي يحمي حقوق كل طرف، على سبيل المثال، في عقد البيع، يلتزم البائع بتسليم المبيع والمشتري بدفع الثمن، كما يجب أن تكون المبيع خالياً من العيوب، و هذه الالتزامات تخلق حالة من الضمان العقدية حيث يتوقع كل طرف أن يلتزم الآخر بالعقد، أمّا في العقود غير الملزمة، فإن خيار الفسخ يمنح الأطراف مرونة أكبر،

(١) د. حسن علي الذنون: شرح القانون المدني اصول الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٠، ص ١٣١



لكنه قد يؤدي إلى عدم استقرار في الحقوق والواجبات. رغم ذلك، يمكن أن توجد ضمانات معينة، مثل ضمان العيوب الخفية وضمان التعرض والاستحقاق، التي تحمي الأطراف من المخاطر المحتلة^(١).

ومن ثم فإن الضمان العقدي يعد من الأسباب الرئيسية التي تحدد مدى التزام الأطراف في العقود، سواء كانت ملزمة أو غير ملزمة، مما يعكس أهمية فهم طبيعة العقد وأثاره القانونية، و في القانون المدني العراقي، يعد الإخلال بالالتزام التعاقدى سبباً للضمان^(٢).

إذ تنص المادة (١٧٧) من القانون المدني العراقي على أنه (١-في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعقد الآخر بعد الاعذار ان يطلب الفسخ مع التعويض ان كان له مقتضى على أنه يجوز للمحكمة أن تنظر المدين إلى أجل، كما يجوز لها أن ترفض طلب الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليلاً بالنسبة لالتزام في جملته).

وإن الإخلال بالالتزام التعاقدى يوجب الضمان مثل الإخلال بضمان العيوب الخفية والإخلال بضمان التعرض والاستحقاق والإخلال بالضمان العشري، ففي ضمان العيوب الخفية يلتزم البائع بضمان أي عيب موجود في المبيع، فإذا تم اكتشاف عيب يستدعي الضمان، يتبع عليه إزالته إن كان ذلك ممكناً، أو استبداله بمنتج آخر خالٍ من العيوب، كما يضمن البائع توافر الصفات التي كفلها في المبيع، ويتعهد بتوفير هذه الصفات، أو استبدال المبيع بمنتج آخر يتصف بهذه الصفات، ويمكن للمشتري المطالبة بتنفيذ هذا الالتزام من البائع متى أمكن ذلك، و يمكن للمشتري أن يطلب الإذن لتنفيذ هذا الالتزام على نفقة البائع بشراء منتج مماثل سليم أو إصلاح المبيع على نفقة البائع، وإذا لم يتمكن من ذلك يحق له طلب فسخ العقد أو الاستمرار فيه مع تعويض عن الأضرار التي لحقت به بسبب عيب المبيع، وفقاً

(١) د. حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص ١٣١-١٣٢.

(٢) د. شيرزاد عزيز سلمان: مبدأ القوة الملزمة للعقد وأسسها القانونية دراسة مقارنة، مجلة قه لاي انت العلنية، مجلة تصدر عن الجامعة اللبنانية الأمريكية في اربيل، المجلد ٥، العدد ٣، ٢٠٢٠، ص ٣٨٨.

لما يحدده القانون^(١)، إذ نصت المادة ١/٥٥٨ من القانون المدني العراقي على أنه (١- إذا ظهر بالمباع عيب قديم كان المشتري مخيراً إن شاء رده وإن شاء قبله بثمنه المسمى).

اما ضمان العيب الموجب للضمان فهو يعد أحد أسباب الضمان في القانون المدني العراقي، وهو ما ينقص ثمن المعقود عليه أو ما يفوت به غرض صحيح ففي عقد البيع قد يشتري المشتري شيء الذي قصد شرائه حقيقةً لكنه يتضح له بعد الشراء ان في المبيع عيباً يجعله غير صالح للاستعمال^(٢).

ولضمان العيوب شروط منها أن يكون العيب خفي وان لا يكون المشتري عالماً بوجود العيب الخفي ففي عقد البيع يجب أن لا يكون المشتري عالماً بوجود العيب الخفي وقت البيع، والا اعتبر العيب ظاهراً، فمن يقدم على شراء مبیع دون ان يفحصه ليتبين ما فيه من عيوب يعتبر مقصراً، وعليه ان يتحمل نتيجة ذلك، ولا يكون له ضمان، وان خفاء العيب هو شرط في حق المشتري أما البائع فهو يضمن العيب سواء كان عالماً بوجوده أو لا يعلم والعيوب يعتبر ظاهراً إذا كان بإمكان المشتري كشف العيوب بالعناية المطلوبة^(٣)، إذ نصت المادة (٥٥٩) من القانون المدني العراقي على أنه (لا يضمن البائع عيباً قدماً كان للمشتري يعرفه أو كان يستطيع ان يتبيّنه لو انه فحص المبیع بما ينبغي من العناية، الا إذا اثبت ان البائع قد اكده له خلو المبیع من هذا العيب أو اخفى العيب غشاً منه).

ومن شروط ضمان العيب أن يكون العيب مؤثراً، وهو ما ينقص من ثمنه أو ما يفوت من غرضه الصحيح وفقاً للهدف المقصود، ويتم الاستفادة مما هو موضح في العقد، وما ينكشف من طبيعة الشيء أو الغرض الذي تم تعديله، ولا يشترط أن يكون العيب مؤثراً على قيمة المبيع أو نفعه في آن واحد، رغم

(١) د. سليمان مرقس: شرح القانون المدني العقود المسمى عقد البيع، ط٤، عالم الكتب، القاهرة، ١٩٨٠، ص ٤٠٨-٤٠٩.

(٢) د. سعيد مبارك و د. صاحب عبد الفتلاوي و د. طه الملا حوش: *الموجز في العقود المسمة*, دار السنهرى ، بيروت، ٢٠١٥، ص١٤٢.

(٣) د. رمضان محمد ابو السعود: العقود المسماة، منشورات الحلبي الحقيقة، بيروت ، ٢٠١٠ ، ص ٣٥٢-٣٥٣.



أن هذا يحدث غالباً، فقد يتسبب العيب في نقص ملحوظ في قيمة المبيع دون أن يؤثر على نفعه، كما هو الحال في العيب الفني في محرك السيارة الذي يؤدي إلى زيادة استهلاك الوقود، فهذا العيب قد يقلل من قيمة السيارة دون أن يمنع استخدامها، كذلك التشوّهات في طلاء السيارة لا تعيق استعمالها، وقد يؤدي العيب إلى نقص محسوس في نفع المبيع دون أن يؤثر على قيمته، كما في حالة عدم راحة مقاعد السيارة أو تصميم غسالة لا تقي بمستوى تجفيف الملابس المطلوب، وإن تقدير جسامه العيب يعتمد على معيار موضوعي، وليس شخصي، إذ يتم تحديد درجة النقص في قيمة المبيع أو نفعه بناءً على العيب المؤثر من عدمه، وفقاً لضابط محدد وهو الغرض المقصود من المبيع كما هو موضح في العقد أو طبيعة الشيء، بناءً على ذلك، فإن العيب لا يعتبر مؤثراً إذا كان قد فوت غاية خاصة أرادها المشتري من المبيع دون أن يعلمه البائع، ودون أن تستفاد من طبيعة المبيع أو الغرض المعد له ومن ثم، لا يكون البائع ضامناً لذلك، ويترك تقدير جسامه العيب أو تأثيره في المبيع للقاضي وفق المعيار والضوابط المحددة^(١)، إذ نصت المادة ٢/٥٥٨ من القانون المدني العراقي على أنه (٢- والعيب هو ما ينقص ثمن المبيع عند التجار ورباب الخبرة أو ما يفوت به غرض صحيح إذا كان الغالب في أمثل المبيع عدمه، ويكون قدماً إذا كان موجوداً في المبيع وقت العقد أو حدث بعده وهو في يد البائع قبل التسلیم).

ومن شروط ضمان العيب أن يكون قدماً حيث يعتبر العيب قدماً إذا وجد في المبيع وقت التعاقد أو طرأ عليه بعد العقد وقبل التسلیم وإذا كان بسبب قائماً في المبيع بعد البيع وقبل التسلیم حتى ولو لم يتم أو يظهر، الا بعد التسلیم، ومن شروط ضمان العيب أيضاً أن يكون البيع من البيوع التي ينشأ فيها ضمان البائع للعيوب الخفية لأنه بعض البيوع يسقط فيها الضمان كالبيوع التي تتم بطريقة المزاد العلني من قبل الجهات القضائية أو الإدارية فيجب الضمان إذا تحققت شروط العيب الموجب للضمان وأخطر

(١) د. محمود عبد الرحمن محمد: الوجيز في عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧، ص ٢٦٧-٢٦٨.

البائع خلال المهلة المعقولة^(١)، و هذا ما نظمت أحكامه المادة (٥٦٩) من القانون المدني العراقي على أنه (لا تسمع دعوى ضمان العيب فيما بيع بمعرفة المحكمة أو الجهات الحكومية الأخرى بطريق المزايدة العلنية) و في حالة ضمان لل Trevor والاستحقاق، يلزم البائع بالتأكيد على ضمان تعرضه الشخصي، سواء كان هذا التعرض مادياً أو قانونياً، والذي قد يمنع المشتري من الاستفادة الكاملة من المبيع إذ نصت المادة ١/٥٤٩ من القانون المدني العراقي على أنه (١- يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله أو من فعل اجنبي يدعى ان له حقاً على المبيع وقت البيع يحتاج به على المشتري)، بالإضافة إلى ذلك يكون البائع ملزماً بضمان التعرض القانون الصادر من الغير، ومتى ادعى أحدهم أن له حقاً على المبيع المعنى في هذه الحالة يتوجب على البائع الالتزام بتعويض المشتري عن أي تعرض قد يحدث، فإذا كانت مسألة ضمان التعرض غير ممكنة يمكن للمشتري أن يطالب بفسخ العقد، وعندما يقع تعرض من قبل الغير، يظل البائع مسؤولاً عن ضمان التعويض، فنصت المادة ٥٥٥ من القانون المدني العراقي على أنه (١- إذا استحق بعض المبيع أو كان متقدلاً بتكليف لا علم للمشتري به وقت العقد، كان للمشتري أن يفسخ العقد. ٢- وإذا اختار المشتري الباقي من المبيع فله أن يطالب بالتعويض بما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق)، وفي حال استحقاق المبيع من قبل الغير، سواء كان هذا الاستحقاق كلياً أو جزئياً، يعتبر البائع قد أخل بالتزاماته التعاقدية، وفي هذه الحالة يتوجب عليه تعويض المشتري عن الأضرار التي لحقت به نتيجة لهذا الاستحقاق، لذا فإن التزام البائع بالضمانات المذكورة يعد أمراً أساسياً لحماية حقوق المشتري وضمان انفاقه بالمبيع دون أي عوائق قانونية أو مادية^(٢).

(١) د. سعيد مبارك و د. صاحب عبيد الفلاوى و د. طه الملا حويش: مصدر سابق، ص ١٣٣-١٣٦.

(٢) د. محمد خلي ي يوسف ابو بكر و د. أمير حسين عليوي جاسم العكابيسي: التزامات البائع بضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع، مجلة رماح للبحوث والدراسات، العدد ١١٤، يناير ٢٠٢٥، ص ٤٨.



وفي الضمان العشري يجب على المهندس المعماري والمقاول الالتزام بتنفيذ واجباتهم بشكل عيني، وإذا تذر عليهم ذلك، فإنهم يتحملون مسؤولية تعويض الأضرار، يشمل ذلك توفير ضمان للبناء والإنشاء لمدة عشر سنوات، حيث إذا تعرض المشروع لأي ضرر أو انهيار خلال فترة الضمان، فإن ذلك يعتبر إخلالاً بالتزاماتها، وفي هذه الحالة بعد اعذارهما يتوجب عليهما أن يقوما بالتنفيذ العيني وذلك بعد التشييد والبناء، سواء من خلال إعادة بناء ما انهار أو إصلاح أي عيوب في البناء^(١)، إذ نصت المادة (٨٧٠) من القانون المدني العراقي على أنه (١- يضمن المهندس المعماري والمقاول ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيده من مبان أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى، وذلك حتى لو كان التهدم ناشئاً من عيب في الأرض ذاتها أو كان رب العمل قد أجاز إقامة المنشآت المعيبة، ما لم يكن المتعاقدان قد أرادا أن تبقى هذه المنشآت مدة أقل من عشر سنوات وتبدأ مدة السنوات العشر من وقت اتمام العمل وتسليهه ويكون باطلًا كل شرط يقصد به الاعفاء أو الحد من هذا الضمان. ٢- ولا تسري الفقر المتقيدة على ما قد يكون للمقاول من حق في الرجوع على المقاول الذين تقبلوا منه العمل.

٣- ويشمل الضمان المنصوص عليه في الفقرة (١) من هذه المادة ما يوجد في المبني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته. ٤- تسقط دعوى الضمان المنصوص عليه في هذه المادة بانقضاء سنة واحدة من وقت حصول التهدم أو اكتشاف العيب).

(١) د. محمد يوسف الزعبي: ضمان المقاول والمهندس في مقاولات المبني والإنشاءات بعد اتمام البناء أو الإنشاء في التشريع البحريني والمقارن، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة ٨، العدد ٣، سبتمبر ٢٠٢٠م، ص ٣٣٩.

الفرع الثاني

أسباب الضمان في الشريعة الإسلامية

للحضمان عوامل عديدة تنشأ منها أسباب الضمان في الشريعة الإسلامية ومن هذه العوامل هو العقد إذ إن العقد يعتبر سبباً إذا نص على شرط من الشروط أو الشرط يكون مفهوم ضمناً حسب العرف والعادة ثم أخل المتعاقد بما يقضيه العقد أو الشرط حيث قال السيوطي (ما يضمن ضمان عقد قطعاً هو ما عين في صلب عقد البيع أو سلم أو اجارة أو صلح)، فمثلاً في عقد البيع مقتضاها تسليم المبيع والثمن وسلامة العوضين من العيب فإذا اختل شيء من ذلك كان مستوجباً للضمان كما قال تعالى (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود)، وكذلك قول النبي محمد (صلى الله عليه وسلم) (المسلمون على شروطهم لا شرطاً حراماً أو أحل حراماً^(١)).

ومن قواعد فقهاء الحنفية والمالكية (يلزم مراعاه الشرط بقدر الامكان)، وان الحديث السابق المراد فيه بالشرط التقيدي وليس التعليقي فيجب تتفىذه إذا كان ذلك مفيداً مثلاً إذا اشرط المودع على الوديع حفظ الوديعة في مكان معين كدار أو بيت أو صندوق فنقلها الوديع دون عذر إلى مكان آخر فإذا كان المكان الثاني مثل الأول في درجه الحفظ أو احفظ منه ثم تلفت الوديع أو سرقت فلا يضمن الوديع لأن التقيد في المكان الأول غير مفيد وقال الشافعية والحنابلة في الارجح عندهم يجب مراعاه الشرط متى امكن، وان لم يكن التقيد مفيداً ففي المثال السابق يضمن الوديع مثل الوديعة أو قيمتها سوى نقلها إلى مكان مماثل في الحفظ أو دونه أو اعلى منه لأنه خالف المودع لغير فائدة، ولا مصلحة، ولا تجوز مخالفته لغير الضرورة ، وان أساس تنفذ الشرط المتعارف عليه والمسؤولية في، الإخلال به فهو ما اقره

(١) محمد محسن عمر العتيبي: قواعد الضمان في الفقه الإسلامي، بحث منشور في مجلة كلية الشريعة والقانون بتقديمها الأشرف - دقلة، جامعة الإسراف كلية الشريعة والقانون بتقديمها الأشرف-دقهلية ، مصر ، العدد ٣١ ٣ كانون الأول ٢٠٢٠ ، المجلد ٢٢ ، ص ٣٤٥-٣٥٤.



الفقهاء من قواعد منها (المعروف عرفاً كالشروط شرطاً) والضمان الناشئ عن العقد أما يكون مطلقاً في جميع حالاته سواء كان تقصي أو تعدي كعقد البيع أو يكون في بعض الحالات أو الأوجه كالعقود المزدوجة الاثر كعقد الإجارة^(١).

و تعرف اليد المؤتمنة على أنها السيطرة على مال الغير بإذن من مالكه أو وفقاً لما يقره الشرع، مثل حالات الوديعة، وتنقسم الأمانة إلى نوعين: الأمانة المالكية، التي تعني الإذن المنوح من المالك أو من ينوب عنه للاستيلاء على المال بطريقة توكل الأمانة، وتتضمن حالات مثل الوديعة والعين المستعارة أو المستأجرة، أما الأمانة الشرعية، فهي تلك التي يسمح بها الشرع للاستيلاء على المال دون إذن المالك، كمثل ولية الحاكم على أموال القاصرين أو الغائبين^(٢).

وعلى النقيض تشير اليد غير المؤتمنة إلى السيطرة على مال الغير بدون إذن، سواء كانت هذه اليد عادية أو غير عادية، فاليد غير المأذونة هي التي تتصرف بشكل غير مشروع، مثل يد الغاصب أو اليد التي تخون الأمانة، كذلك، فإن اليد التي تستولي على المال دون إذن تترتب عليها مسؤولية الضمان، في حال تم أخذ شيء عن طريق الخطأ أو اعتقد الشخص أنه يملك المال، فإن هذه اليد لا تعتبر مؤتمنة، كما أن اليد المأذونة التي تفتقر للأمانة، مثل من يقبض المال بموجب عقد فاسد لا تعفي من الضمان مما يجعل جميع الأيدي التي تتعامل مع المال سواء كانت مؤتمنة أو غير مؤتمنة خاضعة لمسؤولية القانونية وفقاً لما يقره العقد والقانون^(٣).

(١) د. وهبة الزحيلي: مصدر سابق، ص ٦٢-٦٣.

(٢) ابن رجب الحافظ و أبو الفرج عبد الرحمن: القواعد في الفقه الإسلامي، مطبعة الصدق الخيرية ، القاهرة ، ١٩٧٢م، ص ٥٦، ٢٢٠.

(٣) علي عبد الحكيم الصافي: الضمان في الفقه الإسلامي، مركز الدراسات العلمية، طهران، ٢٠١٠، ص ٦١.



وتتناول ابن رجب الحنفي مسألة اليد التي تقييد الملك وتنزع الضمان، مشيراً إلى حالتين رئيسيتين الأولى هي استيلاء الأعداء على أموال المسلمين أثناء الحرب، حيث يملك هؤلاء الأعداء الأموال وفقاً لرأي جمهور الفقهاء، ولا يتحملون ضمانها، فهم لا يضمنون ما استولوا عليه ما لم ينقلوه إلى بلادهم، وعلى الجانب الآخر يختلف الشافعية والظاهرية والشيعة الإمامية، حيث يرون أنه لا يجوز لغير المسلم تملك مال المسلم أو الذمي في وقت الحرب، أما الحالة الثانية تتعلق باستيلاء الأب على مال ابنه، إذ لا يتحمل الأب ضمانه حتى لو أتلفه، وذلك وفقاً لرأي الحنابلة، أما بالنسبة لليد التي لا تقييد الملك ولا تنفي الضمان، فتشمل حالات الولاية الشرعية مثل قبض الأب أو الوصي لمال القاصر، أو قبض المال لحفظه ^{كحالة وجود اللقطة^(١)}.

كما تشمل هذه الحالات البغاء الذين يمتنعون عن حكم الإمام، حيث يعتبر أنهم لا يضمنون ما يتلفونه من أموال المسلمين أثناء الحرب، وكذلك المرتدون الذين انضموا إلى الأعداء، إذ لا يتحملون ضمان ما يتلفونه مثل الأعداء، في المقابل، اليد التي لا تقييد الملك وتثبت الضمان تشمل اليد العادية مثل يد الغاصب ويد السارق، حيث يعتبر الضمان واجباً في هذه الحالات، يمكن ربط هذه المفاهيم بالضمان العقدي، حيث يتضح أن الاستيلاء على الأموال في سياقات معينة قد يختلف في تحمل الضمان، مما يعكس تباين الآراء الفقهية حول الملكية والضمان في حالات مختلفة، سواء كانت قانونية أو غير قانونية، مما يستدعي النظر في العقود الضامنة والحماية القانونية للأموال^(٢).

(١) د. وهبة الزحيلي: مصدر سابق، ص ٦٤.

(٢) المصدر ذاته، ص ٦٥.



المطلب الثاني

أسباب الضمان في القانون الإنجليزي

إن ضمانات العقد في القانون الإنكليزي ما هي الا بنود عقديه ، إذ تنقسم بنود العقد في هذا القانون إلى شروط، والى ضمانات، و الضمانات سبب وجودها أمتّا ان تكون الإرادة الصريحة للمتعاقدين وهذه الضمانات الصريحة، واما ان تكون مفروضة بحكم المحكمة أو بحكم العرف أو التشريع وغيرها من مصادر الضمانات الضمنية، وهذا ما سنبينه في فرعين نخصص الفرع الأول للضمانات الصريحة، والفرع الثاني للضمانات الضمنية.

الفروع الأولى

الضمادات الصريحـة

تشير البنود العقدية الصريحة إلى ما يتلقى عليه طرفاً العقد بشكل واضح، ويفسح المجال القسم الرابع من قانون بيع البضائع الإنجليزي [٤(١)] مع مراعاة هذا القانون وأي قانون آخر، يجوز إبرام عقد البيع كتابة (إما مع أو بدون ختم)، أو عن طريق الكلام الشفهي، أو جزئياً كتابياً وجزئياً عن طريق الكلام الشفهي، أو قد يكون ضمنياً من سلوك الأطراف^(١)، إذ يكون عقد بيع البضائع أمّا مكتوباً أو شفوياً، بل يمكن أن يكون مزيجاً من الاثنين، يطرح هنا تساؤل حول إمكانية نقض الدليل الشفوي للدليل المكتوب أو تعديله، في الواقع، يرتبط هذا الأمر بقاعدة "الأدلة الشفوية" التي تمنع، من حيث المبدأ، ذلك^(٢).

(1)[4(1)] Subject to this and any other Act, a contract of sale may be made in writing (either with or without seal), or by word of mouth, or partly in writing and partly by word of mouth, or may be implied from the conduct of the parties ,see, Sale of Goods Act 1979.

(٢) نقلًا عن د. حاتم محمد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص ٨٩٣.



ومع ذلك، توجد استثناءات على هذا المبدأ، منها تقديم دليل على وجود اتفاق شفهي يتضمن حفاظاً مستمدًا من بند ضمني، مثل البند الضمني المنصوص عليه في القسم ١٣، ١٤ من قانون بيع البضائع الإنجليزي، الذي يتعلّق باعتماد المشتري على مهارة وتقدير البائع عند الشراء، أمّا بالنظر إلى البنود العقدية الصريحة في عقود بيع البضائع، فإنّ مسألة الاتفاق على الثمن تبرز كأحد القضايا المهمة في القانون الإنجليزي^(١).

إذ يعتبر أنه إذا اتفق الطرفان على جميع جوانب العقد باستثناء المقابل (Consideration)، فإن العقد يصبح ناقصاً (incomplete) وغير صالح (void) بسبب عدم اليقين (uncertainty)، ومع ذلك، فإن قانون بيع البضائع الإنجليزي لعام ١٩٧٩ قد أخرج عن هذا الأصل، فإذا لم يتم الاتفاق بشكل صريح على المقابل في عقد بيع البضائع، والذي يتعرّف أن يكون نقدياً وفقاً للقسم ١١٢ من قانون ١٩٧٩، يتم تنظيم الأمر كما ورد في القسم الثامن من قانون بيع البضائع الإنجليزي، حيث يمكن أن يتحدد الثمن في عقد البيع وفقاً لما ينص عليه العقد، أو يمكن تركه ليتم تحديده بطريقة يتفق عليها الأطراف، أو استناداً إلى المعاملات بين الأطراف^(٢).

(١) د. حاتم محمد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص ٨٩٤.

(2) It is considered that if the parties agree on all aspects of the contract except the consideration, the contract becomes incomplete and invalid due to uncertainty, however, the English Sale of Goods Act of 1979 has been taken out of this asset, if the consideration is not explicitly agreed upon in the contract for the sale of goods, which must be in cash in accordance with Section 112 of the 1979 Law, the matter is regulated as stated in Section VIII of the English Sale of the Law, where the price in the sales contract can be determined in accordance with the contract, or it can be left to be determined in a manner agreed upon by the parties, or based on transactions between the parties, see, l.ssealy&r.jahooly:texts and materials in commercial law, butterworth 1994, p.237.

وفي حالة عدم تحديد الثمن كما ذكر، يتعين على المشتري دفع ثمن مناسب، ويعتبر ما يعده ثمناً م المناسباً مسألة تتعلق بالواقع تعتمد على ظروف كل حالة، ومن خلال ذلك يفهم أن المحكمة لها السلطة في تحديد سعر مناسب عندما يكون هناك توافق بين الطرفين على جميع بنود عقد البيع باستثناء الثمن، ومع ذلك إذا ترك الطرفان الثمن غير محدد عمداً بهدف التفاوض عليه لاحقاً، فلن تستطيع المحكمة إلا أن تقضي بعدم وجود عقد مبرم بين الطرفين، يجدر بالذكر أن قانون توريد البضائع والخدمات الإنجليزي لعام ١٩٨٢ ينص على نفس المبدأ، حيث يتوجب دفع ثمن عادل إذا لم يتم تحديده في العقد (القسم ١/٩ من القانون)، وفقاً للقسم ٩ من قانون بيع البضائع الإنجليزي، يمكن ترك تحديد الثمن ليتم تقديره من قبل طرف ثالث، ولن يكون العقد ملزماً إذا لم يستطع الطرف الثالث أو لم يقم بعملية التقييم، إلا إذا كان ذلك نتيجة لخطأ أحد الأطراف (القسم ٢/٩)، لكن إذا كانت البضاعة قد تم تسليمها، إذا تم الاستيلاء على الشيء من قبل المشتري وأصبح يتصرف فيه كمالك له، فإنه يتوجب عليه دفع ثمن عادل وفقاً للقسم

(1) 119

ان البنود العقدية الواضحة لا تشير الكثير من المشاكل، حيث يكفي التعرف عليها سواء كانت مكتوبة أو شفوية، ثم تصنيفها كشرط أو ضمان لتطبيق الأحكام المتعلقة بالشروط والضمادات في العقد، ومن الجدير بالذكر أنه نظراً لأن بعض البنود تدرج في العقد دون تفاوض أو تدقيق في السياق التجاري، فقد يفرض أحد الأطراف على الآخر شروطًا بشكل غير رسمي، وقد أكدت إحدى المحاكم الإنكليزية أنه إذا كان أحد شروط العقد باهظاً أو غير عادي، فإنه يتبع على الطرف الراغب في التمسك بهذا الشرط إثبات أنه أبلغ الطرف الآخر بهذا البند بطريقة منصفة ومعقولة، تمثل وقائع هذه القضية في عقد بيع بضاعة تم إبرامه عند تسليم البضاعة، وقد تم ذلك بعد مكالمة شفوية، وقد تم تسليم البضاعة مع مذكرة تتضمن بنوداً، وتم قبولها عبر مكالمة هاتفية، وكان السؤال المطروح أمام المحكمة هو ما إذا كانت البنود

(١) نقاً عن د. حاتم محمد عبد الرحمن: مصدر سابق، ص ٨٩٥-٨٩٦.



الموجودة في مذكرة التسليم تعتبر جزءاً من العقد، وقد قضت محكمة الاستئناف بأنه نظراً لأن الشرط الثاني في مذكرة التسليم يتضمن سعراً مرتفعاً في حال الاحتفاظ بالبضاعة لفترة تتجاوز الـ ١٤ يوماً، فإن عادة البضاعة تتطلب التنبية إلى هذا الشرط، وفي حال عدم حدوث ذلك، فإن هذه البنود لا تعتبر جزءاً من العقد، وعلى ضوء ذلك تعتبر البنود العقدية الصريحة هي تلك التي يتحقق عليها الطرفان بشكل واضح، سواء كان ذلك كتابياً أو شفهياً، مما يسهل عملية التحقق منها^(١).

الفرع الثاني

الضمادات الضمنية

يعرف جانب من الفقه البنود الضمنية للعقد بأنها الشروط التي تعتبر جزءاً من الاتفاق رغم عدم إدراج الأطراف لها بشكل صريح أو متعمد، وتظهر استعداد المحاكم لإضافة شرط معين إلى العقد إذا اقتضت بأن هذه الإضافة ضرورية لتجسيد النية الحقيقية للأطراف المعنية^(٢).

وتشير معظم الالتزامات إلى ما يتم ذكره بوضوح في نص العقد ومع ذلك، قد يغفل أحد الأطراف أو كلاهما عن إدراج بعض الالتزامات، أو قد لا يستطيعان التنبؤ بالمواقف التي قد تنشأ نتيجة التنفيذ العادي للالتزامات العقد، في هذه الحالة، يمكن اعتبار بعض الالتزامات مفترضة أو مدرجة ضمنياً لتوسيع أي قصور يمكن أن يؤثر على العقد بسبب عدم وجود هذه الالتزامات، لذلك فإن البنود الضمنية

(١) د. حاتم محمد عبد الرحمن: مصدر سابق، ص ٨٩٨.

(2) Another aspect of jurisprudence defines the implied clauses of the contract as the conditions that are considered part of the agreement, although the parties do not explicitly or deliberately include them. Courts show the willingness to add a certain condition to the contract if they are convinced that such an addition is necessary to reflect the true intention of the parties involved, see Geoff Monahan, David Barker: essential contract law, cavendish publishing Australia pty limited, landon,p46

وفقاً للقانون الإنجليزي هي تلك التي لم يتم الاتفاق عليها بشكل مباشر أو لم ت تعرض بصياغة واضحة، لكنها تعتبر جزءاً من العقد بشكل ضمني، ومن الجدير بالذكر أنّ القانون الإنجليزي يفرق بين الالتزامات الضمنية التي تعتبر أساسية وتلك التي تعتبر ثانوية⁽¹⁾.

ويتمكن اسناد الالتزام العقدي الضمني إلى الأعراف المحلية أو التجارية أو العامة، إذا كانت هذه الأعراف محددة ومعقولة ومشاعة، ولم تتعارض مع النصوص التشريعية أو البنود العقدية الصريحة، هذا المبدأ مثبت في القضاء الإنكليزي من خلال قضية Harley and co v. Nagata (1917) وأحكام أخرى تؤكد دور العرف في تحديد الالتزامات التعاقدية غير المعلنة، التي حكم بموجبها بأن العرف يقضي بدفع عمولة الوسيط في حالة استئجار سفينة مشارطة زمنية عند حصول مالكي السفينة على بدل إيجار السفينة لا عند توقيع المشارطة^(٢).

ويشترط وجود أدلة كافية ل تقوم المحاكم بتفسیر العقد في ضوء العرف^(٣)، وفي قضية أخرى وتمثل
وقائعها في أن بلدية مدينة ليفربول كانت تملك مجمعاً من ١٥ طابقاً وتشتمل على ٧٠ وحدة إقامة قام
المستأجرين باستئجار واحدة من هذه الوحدات في الطابقين التاسع والعالى قام المستأجرين بحبس دفع
الأجرة للاحتجاجهم على حالة المبنى ومنزلهم طالب المالك باستعادة حيازة المبنى وقدم المستأجرين طلباً
مقابلاً بالتعويض، قضت المحكمة بأن هناك بنداً ضمنياً يفرض التزاماً على المالك بحق المستأجرين في
استخدام الأجزاء المشتركة مثل السلام والمصاعد ويكون معيار هذا الالتزام المفروض على المالك هو

(١) د. ماجد مجباس حسن: الالتزام العقدي الضمني ومصادره في القانونين العراقي والإنكليزي دراسة مقارنة، مجلة ميسان للدراسات القانونية المقارنة العدد ١٢، المجلد ١، ٢٠٢٤/١٢/٢٥، ص ٣٦٢.

(٢) د. مجید حميد العنبي: مضمون العقد و نطاقه وحولاته في القانون الإنجليزي، بحث منشور في مجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة النهران، ١٩٩٩، ص ٧٢.

(3) It is required that there is sufficient evidence for the courts to interpret the contract in the light of custom, see. Professor Richard ston:the modern law of contract, cavendish publishing limited, London, 2002, p206.



أن يبذل المالك الرعاية المعقولة لحفظ الدخول في حالة استخدام وصيانة معقولة، وقد وجدت المحكمة أنه في الحالة الماثلة لم يثبت أن المالك كانوا واقعين في إخلال بالتزامهم الضمني.

كان هناك عقد Equipment Ltd Baker Aircraft coLtd v.Canadien flight تجاري لتوريد بضاعة بسعر محدد ولكنه لم يضع نصاً لتحديد نهاية العقد وخلصت المحكمة إلى أن هذا العقد يمكن إنهاؤه بتوجيه إخطار معقول Reasonable Notice ولعل المقصود توجيه إخطار من الطرف الراغب في الإنتهاء إلى الطرف الآخر قبل الإنتهاء بفترة معقولة ولعل هذا البند الضمني الذي قررته المحكمة، هذا مع ملاحظة أن المحكمة لن تقرر بندًا ضمنياً في العقد فقط لمجرد أن تقريره يمثل أمراً معقولاً فالمحكمة لا يمكن أن تحدد بنود العقد بدلاً من الأطراف^(١).

ويرى بعض الفقه الإنكليزي أن الشروط المستمدّة من العرف تضمن في العقد كاستثناء على القاعدة العامة التي تشترط أن تكون البنود المضمنة في العقد بنوداً يتوقعها المتعاقدان كجزء من اتفاقهما بناءً على الواقع أو السياق الطبيعي للأمور^(٢).

أكّدت المحاكم الإنكليزية أهميّة وجود دليل على العرف لتبرير إدراج التزام عقدٍ ضمني، كما هو الحال في قضية (Hutton V. Warren 1836)، في هذه القضية، ثبت للمحكمة وجود عرف محلي يلزم مستأجر الأرض الزراعية بزراعتها بطريقة محددة تتناسب مع موقع الأرض، ويحق له عند انتهاء العقد الحصول على تعويض عادل عن البدور والجهود المبذولة في الزراعة، بناءً على هذا العرف، قررت المحكمة تخصيص تعويض عن البدور والعمالات، حتى في غياب نص صريح في العقد، مما يوضح دور

(١) د. حاتم محمد عبد الرحمن: مصدر سابق، ص ٩٠١.

(٢) د. يونس صلاح الدين علي : الوجيز في شرح قانون العقد الإنكليزي، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠٢٤ ص ٢١٣.



العرف المحلي في توضيح الشروط الضمنية^(١)، يجب أن يتواافق العرف مع الالتزام العقدي الصريح المنصوص عليه في عقد Les Affreteurs Reunis Societe Anonyme V. Leopold Walford، كما تم الإشارة إليه في قضية سابقة تعود إلى عام ١٩١٩ مع London Ltd، حيث أصدرت المحكمة حكماً ينص على أن الوسيط يستحق الحصول على العمولة عند توقيع العقد في سياق استئجار سفينة بموجب مشارطة زمنية، وقد استند هذا الحكم إلى وجود بند عقدي صريح يتعارض بشكل واضح مع العرف المتبع في هذا المجال، وقد أشار اللورد Birkenhead في إطار هذه القضية إلى أن رجال الأعمال عادةً ما يكون لديهم معرفة شاملة بالعادات والتقاليد السائدة، وأنهم يتخذون قراراً واعياً بالموافقة على مخالفتها، وفي هذا السياق، يجب أن ينظر إلى العرف على أنه عنصر تكميلي للعقد، فهو يعتبر قانون الطرفين ولا يفترض أن يحل مكانه لذلك، من الضروري أن لا يتعارض العرف مع البنود الصريحة المنصوص عليها في العقد، بل ينبغي أن يعمل كأدلة تعزز تلك البنود وتساهم في تحقيق الأهداف المرجوة منها، مما يزيد من فاعلية بنود العقد ويعزز من قوة التزام الأطراف المعنية^(٢).

إن الضمانات وفقاً لأحكام المحاكم يشير إلى أن الاتجاه العام للمحاكم يتسم بالتردد والاحتراز عندما يتعلق الأمر بالإشارة إلى الشروط الضمنية التي قد تكون موجودة في العقود. يتوقع عموماً من الأطراف المعنية في العقد أن يبذلوا جهداً جاداً لتحديد كافة أحكام اتفاقهم بشكل دقيق وشامل. هذا لأن العقود التي تحتوي على شروط ضمنية قد تفتح المجال لتقسيرات متعددة، مما يؤدي إلى تعقيد الأمور^(٣).

(1) An early example is *Hutton V Warrant*, which has been discussed above, in connection with the parol evidence rule. As will be remembered, a tenant claimed to be entitled, on quitting his tenancy, to an allowance for seed and labour. There was nothing in the lease to this effect, but the court accepted that this was a well established local custom, and implied a term see, professor, Richard stone, op, cit, p206.

(٢) د. مجید حمید العنبي: مصدر سابق، ص ٧٣.

(3) The implied contractual obligation in accordance with the judgements of the courts indicates that the general orientation of the courts is characterised by hesitation and=



لقد أظهرت المحاكم تحفظاً واضحاً في تشجيع الأطراف على التهرب من الالتزامات التعاقدية بناءً على شروط غير مذكورة، رغم أن هذه الشروط قد تحمل أهمية كبيرة في بعض السياقات ومع ذلك، هناك ظروف خاصة قد تسمح بتجاوز هذا التحفظ والإشارة إلى الشروط الضمنية بشكل أكثر وضوحاً، عندما تتبني المحاكم هذا النهج، فإنها تخاطر بتقديم فرضية مفادها أن جميع القضايا المتعلقة بالعقود يمكن حلها ببساطة من خلال تحديد ما ينبغي أن يتحقق عليه الأطراف عند إبرام العقد، ولا يمكن معالجة جميع القضايا بهذه الطريقة الفورية، خاصة عندما تتطور العقود أو العلاقات التعاقدية مع مرور الوقت، وهذا يفتح المجال أمام إمكانية اعتماد نهج أكثر مرونة يسمح بإدراج الشروط الضمنية في مواقف معينة، مما يعكس تعقيد العلاقات التعاقدية في العالم الحقيقي ويتماشى مع تطورات السياقات المختلفة^(١).

=precaution when it comes to referring to the implied conditions that may be present in the contracts. The parties involved in the contract are generally expected to make a serious effort to precisely and comprehensively define all the provisions of their agreement. This is because contracts with implied terms may open up to multiple interpretations, complicating things, see,

- نقلأً عن: د. ماجد مجباس حسن، مصدر سابق، ص ٣٧٧.

- (1) The courts have shown a clear reservation in encouraging parties to evade contractual obligations on the basis of unstated terms, although these conditions may be of great importance in some contexts. However, there are special circumstances that may permit the violation of this reservation and the reference to the implied conditions more clearly. When courts adopt this approach, they risk making the premise that all issues related to contracts can be resolved simply by specifying what the parties should agree on when=concluding the contract. The relational approach highlights that not all issues can be addressed in this immediate way, especially when contracts or contractual relationships evolve over time. This opens the way for the possibility of adopting a more flexible approach that allows for the inclusion of implied clauses in certain situations, reflecting the complexity of real-world contractual relationships and in line with the developments of different contexts. see, professor, Richard stone, op, cit, p206.



أما ما استقر عليه القضاء الإنكليزي، فهو جواز افتراض البنود الضمنية إذا توافرت شروطها، وقد أرسى هذا الفضاء مبدأ إدراج الالتزامات العقدية الضمنية في العديد من المناسبات، ومن ذلك قضية صموئيل ضد دافين (١٩٤١)، في هذه القضية، اتفق طبيب أسنان المدعى على صنع أسنان اصطناعية لزوجة المدعى عليه، ولكن المريض رفض الدفع بعد تركيب الأسنان بدعوى أنها غير ملائمة، ركزت المحكمة على ما إذا كان العقد يعد عقد بيع أو عقد عمل وتوريد مواد، لكنها في النهاية اعتبرت أن الفصل في هذه المسألة غير ضروري في ظل ظروف القضية، حيث إن العقد في كلا الحالتين يتضمن التزاماً ضمنياً بأن تكون الأسنان صالحة للغرض المعدة من أجله، استناداً إلى أحكام قانون بيع البضائع^(١).

(1) As for what the English judiciary has settled on, it is the permissibility of assuming implicit clauses if their conditions are met. This space established the principle of including implied contractual obligations on many occasions, including the case of Samuel v. Davin (1941). In this case, a dentist agreed with a patient to make artificial teeth for the patient's wife, but the patient refused to pay after installing the teeth, claiming that they were inappropriate. The court focussed on whether the contract is a contract for the sale or an employment and supply of materials, but in the end considered that the decision on this matter is not necessary under the circumstances of the case, as the contract in both cases includes an implicit obligation that the teeth are fit for the purpose for which it is prepared, based on the provisions of the law on the sale of goods, see,

نقلً عن: د. ماجد مجباس حسن: مصدر سابق، ص ٣٨٧.

الفَصْلُ الثَّانِي

تطبيقات الضمان في العقود



الفصل الثاني

تطبيقات الضمان في العقود

تعد تطبيقات الضمانات العقدية من العناصر الأساسية في مجال العقود حيث تؤدي دوراً مهماً في حماية حقوق الأطراف المتعاقدة وضمان التزامهم بشروط الاتفاques فإن تطبيقات الضمانات العقدية متعددة فمنها ضمان العيوب الخفية وضمان التعرض والاستحقاق والضمان العشري، إذ إنّ ضمان العيب الخفي هو أحد تطبيقات الضمانات العقدية التي يتم تقديمها في بعض البلدان ومنها العراق فهو يوفر حماية المستهلكين في حال وجود عيوب خفية في المنتجات التي يشترونها فهو ضمان قانوني يغطي العيوب الخفية في المنتجات التي لا يمكن اكتشافها عند شرائها فهو يطبق عندما يكون مخفياً، ولا يمكن اكتشافه عند شراء المنتج، و يكون العيب موجوداً عند شراء المنتج، ولكن لم يكن معروفاً للمشتري ويكون العيب مؤثر على جوده واستخدام المنتج وبعد أن يثبت المستهلك وجود العيب الخفي يمكن له المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به نتيجة العيب الخفي، وهو كذلك الحال في الفقه الإسلامي لا يمكنك اكتشاف العيب الخفي عند البيع لكنه يظهر بعد شراء السلعة، وتكون إثارة الفسخ إذا يمكن للمشتري فسخ العقد وإرجاع السلعة إذا كان العيب الخفي جوهرياً ويؤثر على صلاحية السلعة للاستعمال، وكذلك التعويض ويمكن المشتري المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به نتيجة العيب الخفي، ومثال على ذلك وجود عيب في محرك السيارة لا يمكن اكتشافه عنده شرائها، أمّا في القانون الإنجليزي فهو عيب في السلع لا يمكن للمشتري اكتشافه عند شرائها وذلك بسبب طبيعة العيب أو بسبب عدم كفاية فحص المشتري للسلعة، وكذلك تكون إثارة الفسخ في حال وجود عيب خفي يجعل السلع غير صالحه للاستخدام، وكذلك يمكن المشتري المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به نتيجة العيب الخفي بعد إثبات المستهلك وجود العيب الخفي، أمّا التطبيق الثاني من تطبيقات الضمانات العقدية هو ضمان التعرض والاستحقاق، ويعد من المفاهيم القانونية الأساسية في كل من القانون المدني العراقي والشريعة الإسلامية بضمان التعرض يشير إلى حماية حقوق الملكية من التعرض غير المشروع في القانون المدني العراقي يعتبر التعرض هو أي فعل يقوم به الغير يهدد حق ملكيه أو يعيق المتصرف في استخدام ملكه يمكن أن يكون التعرض مادي أو قانوني ويحق للملك اتخاذ الإجراءات القانونية الازمة لحماية ملكيته، أمّا الاستحقاق فيتعلق بحق شخص في المطالبة بملكية شيء معين حتى لو كان هذا شيء في يد شخص آخر في القانون المدني العراقي يعترف بحق الاستحقاق حيث يمكن للملك الاصلي مطالبه باسترداد ملكيته



من حائز غير شرعي، وفي الشريعة الإسلامية تتوافق المفاهيم مع القانون العراقي حيث تعطي الشريعة الإسلامية أهمية كبيرة لحماية الحقوق الملكية، إذ يعد التعرض على الملكية والاعتداء عليها من الامور المحرمة، ويحق للملك استعاده ملكيته عبر الوسائل المشروعة فإن التطبيق ضمان تعرض والاستحقاق يعتبر من الركائز الأساسية لحماية الحقوق ويضمن استقرار المعاملات وحماية الملكية الخاصة، أما التطبيق الآخر من تطبيقات الضمانات العقدية هو تطبيق الضمان العشري ففي القانون المدني العراقي يعتبر الضمان العشري من الضمانات الأساسية التي يلتزم بها المقاول، إذ إن على المقاول المسؤولية عن العيوب العمل المنجز واعتبر الضمان العشري فتره زمنيه تعطي للمستفيد تقديم الدعوى المتعلقة بالعيوب وتحدد هذه الفترة عادةً بعشر سنوات من تاريخ تسليم العمل ويعتبر هذا الضمان جزءاً من حماية حقوق المستهلك وضمان جود الاعمال المنجزة، أما في القانون الإنكليزي فيستخدم مفهوم الضمان العشري بشكل مختلف اذ يمكن أن تحدد فتره الضمان في العقد ذاته في حال وجود عيوب في العمل يمكن للمستفيد المطالبة بتعويض أو الاصلاح واختلف التطبيق العملي للضمان بين العقود، وقد يتضمن ذلك فترات زمنيه مختلفة حسب نوع العمل والتفاهمات بين الأطراف فضلاً، عن ذلك يظهر الضمان العشري في عقود المقاولة اهميه حماية الأطراف المعنية وضمان جوده العمل، وتختلف تطبيقاتها بين الأنظمة القانونية المختلفة لكن الهدف الأساسي يبقى هو تعزيز الثقة في العلاقات العقدية وضمان العدالة اذن تطبيقات الضمانات العقدية هي أساس جوهري في ضمان استقرار المعاملات وحماية الأطراف التعاقدية، وعلى ذلك سوف نبين في هذا الفصل الضمانات العقدية في العقود المسماة في المبحث الأول واثار الضمانات العقدية في المبحث الثاني.



المبحث الأول

الضمانات العقدية في العقود المسممة

تمثل الضمانات العقدية احدى العناصر الأساسية في العقود إذ تهدف إلى حماية حقوق الأطراف وضمان تنفيذ الالتزامات المتفق عليها، ومن اهم تلك الضمانات العقدية في العقود المسممة هي ضمان العيوب الخفية وضمان التعرض والاستحقاق والضمان العشري.

ومما تجدر الإشارة اليه ان تلك ضمانات العقدية تختلف في اختلاف الأنظمة القانونية بما فيها القانون العراقي والشريعة الإسلامية والقانون الإنكليزي، فيما يخص الضمانات العقدية في القانون العراقي تعد جزءاً من الالتزامات، إذ يشمل من ضمان تنفيذ الالتزامات المحافظة على شروط معينه في العقد مع ضمان تنفيذها، أمّا في الشريعة الإسلامية فتعد الضمانات العقدية امراً مهماً إذ شددت على ضرورة الالتزام بالعقود واحترام الحقوق، كما نصت الشريعة الإسلامية على أن أي عقد يتضمنه غش أو خداع يعد غير صحيح، وفيما يتعلق بالضمانات العقدية في العقود المسممة في القانون الإنكليزي ف تكون الالتزامات فيه معلقة بصفة الشيء أو جوهرة، إذ تكون الضمانات صريحة أو ضمنية.

ما ينبغي ذكره انه على الرغم من تباين الضمانات العقدية بين الأنظمة القانونية المختلفة إلا أن الهدف الأساسي منها يبقى هو ضمان تنفيذ الالتزامات وحماية استقرار المعاملات العقدية.

وعليه سوف يتم التطرق إلى الضمانات العقدية في العقود المسممة في القانون العراقي والشريعة الإسلامية في المطلب الأول، أمّا في المطلب الثاني فسوف يتم التطرق إلى الضمانات العقدية في القانون الإنكليزي.



المطلب الأول

الضمانات العقدية في العقود المسممة في القانون العراقي والشريعة الإسلامية

تعد الضمانات العقدية عنصراً أساسياً في العقود المسممة في كل من القانون العراقي والشريعة الإسلامية، إذ ينظم القانون العراقي الضمانات العقدية في العقود المسممة بشكل دقيق، وأيضاً تتولى الشريعة الإسلامية أهمية كبيرة في الضمانات العقدية وتعتبر من أهم ركائز العقود، وبناءً على ذلك سوف نبين في هذا المطلب الضمانات العقدية في العقود المسممة في القانون العراقي والشريعة الإسلامية، ففي الفرع الأول سوف نبين الضمانات العقدية في القانون العراقي، وفي الفرع الثاني نبين الضمانات العقدية في الشريعة الإسلامية.

الفرع الأول

الضمانات العقدية في القانون العراقي

نظم المشرع العراقي الضمانات في جملة من العقود المسممة، ومن هذه الضمانات ضمان العيوب الخفية وضمان التعرض والاستحقاق والضمان العشري فقد عرف الفقهاء العيب الخفي بأنه العيب الذي تترتب عليه دعوى ضمان العيوب الخفية وهو الافتة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع، وقد عرف المشرع العراقي العيب الخفي في المادة (٢/٥٥٨) من القانون المدني العراقي التي نصت على انه (والعيوب هو ما ينقص ثمن المبيع عند التجار وأرباب الخبرة أو ما يفوت به غرض صحيح إذا كان الغالب في أمثال المبيع عدمه، ويكون قدّيماً إذا كان موجوداً في المبيع وقت العقد أو حدث بعده وهو في



يد البائع قبل التسليم)، ومن خلال هذا النص نرى مع البعض ان المشرع العراقي قد حسن فعلاً بتعريفة

(كل ما ينقص ثمن المبيع) فقد تتعدد الصور والنتيجة واحدة هي نقصان ثمن المبيع في النهاية^(١)

للعيوب الخفي معياران، وهما معيار نقص القيمة أو المنفعة أو معيار تقويت غرض المتعاقد، إذ إنّ

معيار نقص القيمة حسب هذا المعيار أي افة تصيب المبيع أو تنقص من قيمة يترتب عليها نشوء الحق

في الضمان أو الخيار ويرجع في تقدير نقص القيمة إلى اهل الخبرة بطبيعة الحال ومعيار تقويت الغرض

وهو مكمل للمعيار السابق لأن النقص في القيمة المبيع يؤدي إلى عدم الانتفاع بالشيء، وبعد ذلك يؤدي

إلى فوات الغرض الذي بسببه تم الشراء لذا فإن ضمان العيوب الخفية هو التزام الرابع الذي يقع على

عاتق البائع بعد نقل الملكية وتسليم المبيع فمن يشتري سيارة يشتريها على أساس خلوها من العيوب، لأن

الأصل فيها أنها خالية من العيوب، فإن وجد العيب قد ينقص منه ثمن المبيع، أو قد يفوت الغرض منه

كما لو ان المشتري اكتشف عيباً في محرك السيارة التي اشتراها، وإن ضمان العيوب الخفية الدائن فيها

يكون هو المشتري وإن حقه ينتقل إلى الورثة، فإنه لو مات المشتري جاز الورثة الرجوع بضمان العيوب

على البائع كما كان يرجع مورثهم، وينقسم الضمان بينهم كله بقدر نصيبه من العين وإن البائع ملزم

بالضمان لم يتتوفر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل للمشتري وجودها فيه أو إذا كان بالمبيع

عيوب ينقص من قيمته أو من نفعه حسب الغاية المقصودة التي مستفاده مما هو واضح في العقد أو ما

هو ظاهر من طبيعة الشيء أو الغرض الذي اعد له ويضمن البائع هذا العيب، ولو لم يكن عالماً

بوجوده^(٢).

(١) م.م حسن عباس جمال العبيدي: العيوب الخفية واثرها على العقد، بحث منشور في المجلة الدولية للعلوم الإنسانية والاجتماعية، بيروت - لبنان، العدد ١٥، ٢٠٢٠، ص ٦٠

(٢) مروان عصيّد عزت حمد : التزام البائع بضمان العيوب الخفية في القانون المدني العراقي ، المجلد الخامس ، العدد الرابع ، جامعة زيان عاشور ، الجزائر ، ٢٠٢٠ ، ص ١٨٥ .



وإن البائع لكي يضمن العيب في المبيع فيجب أن تتوفر الشروط الالزمة لضمان العيب، ومن هذه الشروط هي أن يكون العيب قدِيماً أي يجب أن يكون العيب موجوداً في المبيع وقت التعاقد أو بعده وقبل التسليم وعلى المشتري أن يثبت قدم العيب وان الأمر متساوي إذ كان مبيع من الاشياء المعينة بذاتها أو من الاشياء المعينة بنوعها، والتي لا تنتقل إلى بعد الفرز^(١).

وان المشرع العراقي في المادة(٥٥٨) نلاحظ انه اعتمد التسليم كحد فاصل بين ضمان البائع وضمان المشتري للعيب فإذا حدث قبل التسليم فأن الضمان على البائع، وما حدث بعد التسليم بضمان المشتري، الا إذا ظهر العيب بعد التسليم مكانه مستند إلى سبب وجده قبله وإن المشرع العراقي لم يفرق بين الاشياء المعينة بالذات والاشيء المعينة بالنوع^(٢).

ومن شروط ضمان العيب أن يكون خفي فإذا كان العيب ظاهراً كمنزل ايل للسقوط ، فإن البائع لا يضمن مثل هذا العيب، وذلك لأنه من السهل اكتشافه ولضمان العيب الخفي يجب أن يكون المشتري عالماً بوجود العيب وقت البيع وهذا ما جاء في المادة (٥٥٩) من القانون المدني العراقي التي نصت على أنه (لا يضمن البائع عيباً قدِيماً كان للمشتري يعرفه أو كان يستطيع ان يتبيّنه لو انه فحص المبيع بما ينبغي من العناية الا إذا اثبت ان البائع قد اكده له خلو المبيع من هذا المبيع او اخفى العيب غشاً منه)، فإذا كان المشتري عالماً وقت البيع بوجود ذلك العيب كالعيب الظاهر في هذه الحالة البائع لا يضمن العيب لأنه المشتري على الرغم من علمه بوجود ذلك العيب، إلا أنه راغب بشراء المبيع فهو أمّا اعتبره غير مؤثر بمنفعة المبيع وقيمةه، أو أن المشتري قد راعى وجود هذا العيب في تحديد الثمن، وإن العلم هو واقعة مادية يمكن البائع إثباتها بجميع طرق الإثبات وشرط خفاء العيب هو في حق المشتري،

(١) د. نبيل ابراهيم سعد: العقود المسماة البيع, ج ١, دار النهضة العربية, بيروت, ١٩٩٧, ص ٣٩٠.

(٢) د. جعفر الفضلي: الوجيز في العقود المدنية, العاشر لصناعة الكتاب, القاهرة , ٢٠٠٧ , ص ١٣٢.



وليس البائع فالبائع ضامن بعلمه أو عدم علمه في العيب ويعتبر العيب خفي إذا كان المشتري يستطيع أن يثبته لو انه فحصه بما ينبغي من عنايه والمقصود بها، عنایة الشخص المعتمد^(١).

ويعتبر العيب ظاهراً حتى إذا كان المشتري لا يعلم بوجود العيب وقت البيع إذا اثبت كان يستطيع ان يتبين له لو فحص بذلك الوقت بعنایه الشخص المعتمد ويعتبر مقصراً ويتحمل تبعه تقصيره ففي بعض الأحيان تتطلب عنایه الشخص المعتمد أن يستعين بذوي الخبرة حتى يتبين له المبيع فيه عيب ام لم يوجد فيه، فإذا المشتري لم يفعل بذلك فيعتبر مقصراً، وإن بعض العيوب لا يمكن فحص الشخص المعتمد أن يكشفها الا بعد مرور فتره واستعمال المبيع ففي هذه الحالة تعتبر العيوب خفية والبائع ضامن لها وإن المشرع العراقي نص في المادة (٥٥٩) من القانون المدني العراقي المذكورة سابقاً أن البائع ضامن بالرغم من ذلك، باستثناء إذا اثبت المشتري ان البائع اكد له خلو المبيع تماماً من هذا العيب^(٢).

فالمشتري لا يعتبر مقصراً في الفحص للمبيع الا إذا كان البائع قد صدر منه هذا التأكيد من أجل الرعاية لبضاعته ففي هذه الحالة المشتري لا يعفى من تقصيره بفحص المبيع بعنایة الشخص المعتمد، وكذلك إذا المشتري اثبت ان البائع تعمد اخفاء العيب غشاً^(٣).

ومن الشروط التي تتطلب الرجوع بالضمان يجب أن يكون العيب قديماً وذا تأثير ملحوظ، ولا يكفي أن يكون العيب خفياً وقديراً فحسب بل يجب أن يكون له تأثير واضح على القيمة السوقية للسلعة، فالبائع لا يتحمل مسؤوليه جميع العيوب التي قد تظهر في البضاعة، وذلك حفاظاً على استقرار المعاملات، إذ يجب أن تكون العيوب ذات اهميه كبيرة، و العيب الذي يؤثر على قيمة المبيع هو الذي يؤثر على تقليل سعره عند التجار أو يعيق تحقيق غرض مشروع خاصه إذا كان من الشائع تكون هذه

(١) د. غني حسون طه: الوجيز في العقود المسماة، عقد البيع، ج ١، مطبعة المعارف، بغداد ، ١٩٧٠-١٩٦٩، ص ٣٠٦.

(٢) د. عزيز الخفاجي: الخيارات القانونية وأثرها في العقود المدنية مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠١١، ص ٣٠٠.

(٣) د. غني حسون طه: مصدر سابق، ص ٣٠٧-٣٠٨.



العيوب غير موجودة في أمثل هذه السلع، وان المعيار الذي يستخدم لتحديد ما إذا كان العيب مؤثراً أم لا يعتمد على الأثر المادي المتمثل في النقص الذي يطرأ على سعر المبيع أو في عدم إمكانية تحقيق هدف معين إذا لم يتسبب العيب في نقصان سعر السلعة أو لم يمنع تحقيق غرض مشروع فلا يمكن اعتباره عيباً مؤثراً، ومن ثم لا يكون مضموناً على البائع، ومن ناحية أخرى فإن القانون المدني العراقي لا يميز بين النقص الكبير والصغير في السعر فكل عيب يؤدي إلى نقص في القيمة سواء كان كبيراً أو صغيراً يعتبر عيباً يضمنه البائع ما لم يكن هناك عرف يتسامح معه^(١).

ومن الضمانات العقدية أيضاً ضمان التعرض والاستحقاق وهو عنصراً أساسياً في عقد البيع، إذ إنه لا يقتصر فقط على نقل ملكيه المبيع للمشتري وتسليمه إياه بل يجب أن يضمن له أيضاً حيارة مستقرة وهادئة مما يسمح له بالاستفادة من المبيع دون قلق، وان هذه الحيارة قد تتعرض للخطر في حال حدوث أي تصرف من البائع أو أي طرف ثالث يعكر صفو ملكية المشتري بذلك اوجد المشرع التزاماً على عاتق البائع لضمان التعرض والاستحقاق، وتتجدر الإشارة إلى مفهومي التعرض والاستحقاق بمثابة ضمانين متتابعين، فبينما لا يظهر ضمان الاستحقاق إلا عنده فشل البائع في مواجهة أي تعرض من الغير، فإنه في حال تم إثبات حق للغير يتعارض مع حقوق المشتري على المبيع سواء بشكل كلي أو جزئي، يلزم البائع بتعويض المشتري عن هذا الاستحقاق، ومن ثم يعتبر ضمان الاستحقاق بمثابة ضمان احتياطي يأتي بعد ضمان التعرض^(٢).

وتتعدد أنواع التعرض التي قد تواجه المشتري عند اتمام صفقة البيع، إذ يمكن أن تنشأ نتيجة لعمل من البائع ويطلق على هذا النوع اسم التعرض الشخصي في المقابل إذا كان التعرض ناتجاً عن تدخل طرف ثالث يعرف ب تعرض الغير، ويمكن أن يكون التعرض في الحالتين مادياً حيث لا يعتمد المتعرض

(١) د. ضمير حسين ناصر المعموري: منفعة العقد والعيوب الخفي دراسة مقارنة، منشورات الحلبي، بيروت ، ٢٠٠٩ ، ص ١٩٩-١٩٨.

(٢) د. سعيد سليمان جبر: العقود المسماة البيع والإيجار ، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ١، ٢٠٠٧، ص ١٥٢.



على حق يدعى على الشيء، أو يكون التعرض قانونياً حيث يستند إلى حق محدد يتحمل البائع مسؤوليته ضمان التعرض الشخصي سواء كان مادياً أم قانونياً، لكنه لا يضمن تعرض الغير إلا إذا كان ذلك تعرضاً قانونياً، لذا فإن التفريقي بين التعرض المادي والتعرض القانوني يتبع أهميته بشكل خاص في سياق ضمان تعرض الغير^(١).

وإن القانون العراقي يضمن أن البائع لا يحق له القيام بأي تصرف يتعارض مع حقوق المشتري في ملكية العين أو انتفاعه بها أو أي أزعاج له بطرق متعددة سواء كانت التعرض شاملاً لكل العين أو جزءاً منها، فإن أي فعل من البائع يعتبر محظوراً سواء كان مادياً أم قانونياً، إذ إن التعرض المادي يشمل الأفعال التي يقوم بها البائع والتي تعتبر منازعه للمشتري في حقوق ملكية دون أن يستند البائع إلى أي حق قانوني يدعى على العين المباعة، على سبيل المثال إذا باع شخص محل تجاري ثم قام بفتح محل مشابه بجوار المحل الذي تم بيعه فقد يؤدي ذلك إلى جذب العملاء إلى المحل الجديد مما يعتبر تعرضاً من البائع للمشتري في انتفاعه في المحل المبought كما يمكن أن يظهر التعرض المادي أيضاً من خلال تحمل العقار المبought برهن رسمي^(٢).

أما التعرض القانوني فهو يشير إلى التصرف الذي يقوم به البائع حيث يستند إلى حق يدعى على الشيء المبought، كان يكون البائع غير مالك للمبought عند وقت البيع لكنه يصبح مالكاً له لاحقاً بسبب الميراث أو القadam المكتسب، في هذه الحالة يمكنه أن يطالب المشتري بإعادة المبought اليه مستنداً إلى أنه أصبح مالكاً له، إذ يعتبر هذا الموقف تعرضاً قانونياً للمشتري متى يفرض على البائع التزاماً بضمان عدم التعرض وبناء عليه لا تقبل الدعوى لاستعادة المبought لأن التزام البائع بالضمان يمنعه من التعرض^(٣).

(١) د. محمد عبد الظاهر حسين: العقود المسممة عقد البيع، ٢٠٠٧-٢٠٠٨، ص ١٩٢.

(٢) د. سعيد سليمان جبر: مصدر سابق، ص ١٥٤-١٥٥.

(٣) عبد القادر محمد اقصاصي: ضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في كلية القانون جامعة بابل، ١٩٩٩، ص ٦٠-٦١.



بالإضافة إلى ذلك يعتبر تعرضاً قانونياً إذا قام البائع برفع دعوى ضد المشتري لتأكيد ملكيته وتسلیم المبیع مستنداً إلى التقادم المسقط، وذلك بسبب عدم تسجیل عقد الـبیع أو الحكم الصادر بصحته لمده تتجاوز الخمسة عشر سنه، يعتبر التزام البائع بضمان عدم تعرض المشتري للمبیع ومنازعته التزاماً دائمأ ينشأ من عقد الـبیع حتی في حال عدم تسجیله على الرغم من ان للبائع حقاً في المطالبة بتأکید ملكیته للعقار المبیع ضد أي منازع، إلا أنه لا يحق له توجیه هذا الطلب للمشتري إذ إن ذلك يتعارض مع التزامه بضمان عدم التعرض الناتج عن عقد الـبیع^(١).

ويتعهد البائع بعدم التعرض الشخصي بالإضافة إلى الالتزام بدفع أي تعرض قانوني قد يصدر من الغیر، كما أنه لا يسأل عن أي تعرض مادي يصدر عن الغیر حتی وان ادى ذلك إلى خروج المبیع من يد مشتري، إذ إن مواجهة هذا النوع من التعرض تقع على عاتق المشتري الذي يحق له اتخاذ كافة الوسائل القانونية لحماية حق الملكية وحيازة الأموال، ويشترط للرجوع على البائع بضمان التعرض الصادر من الغیر توفر شروط عدة منها يجب أن يكون التعرض قانونياً وليس مادياً، لأن البائع لا يضمن سوى التعرض القانوني من الغیر، وقد يحدث التعرض القانوني إذا قام شخص ما برفع دعوى غير صحيحة يدعى فيها انه المالك الحقيقي للمبیع أو جزء منه أو انه يتملك حق الانتفاع أو الارتفاق عليه، كما يعد الادعاء بحق شخص ما على المبیع تعرضاً قانونياً، مثل الادعاء بأنه مستأجر للمبیع من البائع، وان ايجاره نافذ بحق المشتري بسبب ثبوت تاريخه قبل الـبیع، وكيفي لاعتبار التعرض القانوني بمجرد الادعاء بالحق سواء كان هذا الحق موجوداً أم لا وسواء كان السند الذي يستند اليه الغير في دعواه صحيحاً أو باطلأً، ومن شروط ثبات حق الغير على المبیع أن يكون قد نشأ بفعل البائع أو بسبب

(١) د. سعيد سليمان جبر: مصدر سابق، ص ١٥٥.



خارجي بناءً عليه يحق للمشتري الرجوع على البائع بالضمان إذا كان الحق الذي يدعوه الغير على المبيع هو حق رهن أو إذا كان حق اكتساب ملكيه المبيع قد تم قبل البيع بالتقادم^(١).

وإن البائع يضمن التعرض القانوني الذي قد يواجه المشتري من طرف ثالث إذا كان هذا الطرف يعتمد على حق غير قائم بموجب عقد البيع بالإضافة إلى ذلك يمكن للغير أن يكتسب ملكية المنقول من خلال التقادم بعد اتمام البيع حتى لو بدأت فتره التقادم قبل البيع بشرط أن يكون المشتري قد حصل على الوقت الكافي لاتخاذ الإجراءات اللازمة لوقف سريان التقادم ومع ذلك هنالك استثناء واحد على هذه القاعدة وهو عندما يكون البائع هو السبب في نشوء حق الغير على المبيع في هذه الحالة يكون البائع ملزماً بضمان التعرض القانوني حتى وإن لم يكن هذا التعرض مستنداً إلى سبب قانوني نشاً بعد البيع، وعلى سبيل المثال إذا قام بائع المنقول بيعه مرة أخرى لمشتري آخر مع الاحتفاظ بالملكية الفعلية، فإن المشتري الأول يمكنه المطالبة بالضمان من البائع حتى وإن كان حق المشتري الثاني مستنداً إلى عقد البيع الثاني، كما ينبغي أن يحدث تعرض فعلي من الغير للمشتري، إذ لا يكفي في ظهور حق على المبيع، مثل كونه مرهوناً لطرف ثالث، فلن يتمكن المشتري من مطالبة البائع بالضمان خاصه إذا كان هنالك احتمال بعدم حدوث التعرض الفعلي فإذا انطبقت هذه الشروط، فإن البائع يكون ملزماً بضمان التعرض القانوني من الغير ، وتكون مسؤوليه البائع قائمة كنتيجة لالتزامه وليس كوسيله حيث يعتبر مخالفًا لالتزامه بالضمان بمجرد ان يكتسب الغير حقاً حتى لو بذل البائع قصارى جهده لدفع هذا التعرض ولم ينجح في ذلك أما ضمان الاستحقاق فيتحقق للمشتري المطالبة بضمان الاستحقاق من البائع إذ تعرض طرف ثالث له، بحيث يصدر حكم من المحكمة لصالح ذلك الطرف في إثبات حقه يتحقق ذلك في حال كان المبيع مملوكاً لشخص آخر كلياً أو جزئياً أو في حال وجود حقوق سابقه مرتبطة بالمبيع قبل عملية البيع، وكذلك إذا صدر حكم نهائي يثبت الاستحقاق في حال تم التوصل إلى الاتفاق بين المستحق

(١) د. سعيد مبارك و د. طه الملا حويش و د. صاحب عبيد الفلاوي: مصدر سابق، ص ١٢١.



والمشتري على ترك المبيع للمشتري فقابل تعويض، فإن ذلك يعتبر شراء للمبيع من المستحق وللمشتري ان يرجع على بائعه بالضمان^(١)، وفقاً للمادة (٥٥٢) من القانون المدني العراقي^(٢).

وهنالك فرق بين الاستحقاق الكلي والاستحقاق الجزئي إذ يختلف مدى ضمان البائع وفقاً لنواياه سواء كانت حسنة أو سيئة، وذلك وفقاً للمادة (٥٥٤) من القانون المدني العراقي التي نصت على انه (١- اذا استحق المبيع على المشتري وكان البائع لا يعلم وقت البيع باستحقاق المبيع فللمشتري استرداد الثمن بتمامه نصت قيمة البيع او زادت، وله ان يسترد ايضاً قيمة الثمار التي الزم بردها للمستحق والمصروفات النافعة التي صرفها وجميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق، عدا ما كان يستطيع المشتري ان يتقيه منها ولو اخطر البائع بالدعوى ٢-اما إذا كان البائع يعلم وقت المبيع باستحقاق المبيع فللمشتري ان يسترد فوق ذلك ما زادت به قيمة المبيع عن الثمن والمصروفات الكمالية التي انفقها على المبيع وان يطلب تعويضاً عما لحقه من خسارة او فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع)، ويعد البائع حسن النية إذا لم يكن لديه علم بوجود استحقاق على المبيع وقت البيع، ويتبع على البائع رد المبلغ المدفوع من المشتري سواء ارتفعت أو انخفضت قيمة المبيع بين ابرام العقد واستحقاقه بما في ذلك التغيرات الناتجة عن التصرفات المشتري وتقلب الاسعار، وكان من الافضل للمشرع العراقي في تحديد تعويض المشتري بناء على قيمة المبيع عند الاستحقاق بدلاً من القيمة المحددة في العقد، إذ إن بطلان العقد يختلف عن استحقاق المبيع في حال الاستحقاق يبقى المبيع قائماً، ويجب تعويض المشتري وفقاً لقيمة المبيع عند الاستحقاق، كما يجب على البائع رد قيمة الثمار التي الزم بها المشتري المستحق، بينما لا يلزم المشتري برد الثمار التي استلمها بحسن نيه وفق المادة (١١٦٦) من القانون مدني العراقي.

(١) د. سعيد مبارك ود. طه الملا حويش و د. صاحب عبيد الفلاوي: مصدر سابق، ص ١٢٢-١٢٣.

(٢) نصت المادة (٥٥٢) على انه(إذا ثبت المستحق الاستحقاق وحكم له ثم اتفق مع المشتري على ترك المبيع بعوض يعتبر هذا شراء للمبيع من المستحق وللمشتري ان يرجع على بائعه بالضمان).



والتي تنص على انه(يكون الحائز سيء النية مسؤولاً من وقت ان يصبح سيء النية عن جميع الثمار التي قبضها والتي قصر في قبضتها غير انه يجوز ان يسترد ما انفقه في انتاج هذه الثمار)^(١).

ويتعين على البائع اعادة المصاروفات الالزامية التي انفقها المشتري بما في ذلك مصاروفات استصلاح الارضي أو بناء طابق جديد، أما المصاروفات الكمالية فلا يتلزم البائع بردها الا في حال ثبوت سوء نيته، و للمشتري الحق في المطالبة بالمصاروفات الضرورية^(٢)، وذلك وفقاً للمادة (١١٦٧) من القانون المدني العراقي^(٣).

كما يجب على البائع المصاروفات التي تحملها المشتري في دعوى الاستحقاق أو دعوى الضمان إذا كان البائع سيء النية فإنه ضمان دفع الزيادة في قيمة المبيع بين ابرام عقد البيع واستحقاقه للغير، وتنص المادة(٥٥٥) من القانون المدني العراقي على انه(١- اذا استحق بعض المبيع او كان متقللا بتکلیف لا علم للمشتري به وقت العقد، كان للمشتري ان يفسخ العقد. ٢- واذا اختار المشتري الباقي من المبيع فله ان يطالب بالتعويض عما اصابه من ضرر بسبب الاستحقاق)، إذ يحق للمشتري المطالبة بالتعويض أو الارباح المفقودة، أما في حال الاستحقاق الجزئي يحق للمشتري اختيار فسخ عقد البيع أو استيفاء المبيع مع المطالبة بالتعويض^(٤).

(١) د. سعيد مبارك و د. طه الملا حويش و د. صاحب عبيد الفلاوي: مصدر سابق، ص ١٢٣-١٢٤.

(٢) المصدر ذاته، ص ١٢٥.

(٣) ينظر: المادة ١١٦٧ من القانون المدني العراقي التي تنص على(١-على المالك الذي رد اليه ملكه ان يؤدي إلى الحائز جميع ما انفقه من مصاروفات الاضطرارية والمصاروفات الاضطرارية هي المصاروفات غير الاعتبادية التي يضطر الشخص إلى انفاقها لحفظ العين من الهلاك،٢-اما المصاروفات النافعة فتسري في شأنها أحكام المواد ١١١٩-١١٢٠)،٣-وإذا كانت المصاروفات كمالية فليس للحائز ان يطلب بشيء منها وعلى ذلك يجوز له ان ينزع ما استحده منها على أن يعيد الشيء إلى حالته الأولى الا إذا أثر المالك ان يستبقيها في نظير دفع قيمتها مستحقة للقلع).

(٤) د. سعيد مبارك و د. طه الملا حويش و د. صاحب عبيد الفلاوي: مصدر سابق، ص ١٢٥.



ومن الضمانات في العقود المسمة أيضاً الضمان العشري فيفرض المشرع العراقي الضمان على المهندسين المعماريين والمقاولين عن أي انهيار يحدث في المبني والمنشآت الثابتة الأخرى، بالإضافة إلى أي عيوب قد تهدد سلامة هذه المنشآت بشرط أن يحدث ذلك خلال فترة زمنية محددة، ويعود سبب هذا الضمان إلى أن كثير من أصحاب العمل يفتقرن إلى المعرفة الكافية في مجالات الهندسة المعمارية وأسس البناء، مما يستدعي ضرورة حماية الطرف الضعيف، كما أن الانهيارات التي تصيب المبني تمثل خطراً على حياة الأفراد وممتلكاتهم، ومن ثم يجب تعزيز المسؤولية المفروضة على المهندسين المعماريين والمقاولين، فضلاً عن ذلك فإن طبيعة هذه المنشآت تجعل من الصعب اكتشاف العيوب عند الانتهاء من العمل وتسليمه للعميل، بل تظهر هذه العيوب بعد فترة معينة^(١).

ولتحقيق الضمان العشري من الضروري توافر مجموعة من الشروط الأساسية، ومن بين هذه الشروط وجود عقد مقاولة يسمح بمحاسبة المقاول أو المهندس المعماري في حال وقوع أي تهمم أو ظهور عيوب في المبني أو المنشآت الثابتة التي يتم إنشاؤها بعد الانتهاء من العمل وتسليمه، ويجب أن يكون العقد من نوع المقاولة وليس أي نوع آخر و إذا كان الشخص الذي يقوم بالعمل تحت اشراف وتوجيه رب العمل فإن العقد يعتبر عقد عمل وليس عقد مقاولة، كما يجب أن يركز العقد على المبني أو المنشآت الثابتة^(٢).

ويتوجب على المقاول الحصول على أجر مقابل عمله في حال تم التنفيذ بدون أجر سيعتبر العقد من عقود التبرع وليس مقاولة فإن الأجر عنصر أساس في هذا السياق ولا يهم كيف يتم تحديده سواء كان

(١) د. جعفر الفضلي: مصدر سابق، ص ٣٩٧.

(٢) د. عبد الرزاق السنوري: الوسيط في شرح القانون المدني، منشأة المعارف، الإسكندرية، مجلد ١، ج ٧، ١٩٧٧، ص .١٣٥



بناء على الوحدة أو بشكل ثابت أو حسب الوقت (يوم أو أسبوع)، ومن الضروري أن يحدث تهدم في المنشآت الثابتة أو ظهور عيب يهدد سلامتها حتى تتحقق مسؤولية المقاول أو المهندس المعماري^(١).

وتشير الفقرة الأولى من المادة (٨٧٠) من القانون المدني العراقي^(٢) إلى مفهوم التهدم الذي يترتب عليه الضمان فيقصد بالتهدم انهيار البناء بشكل كامل أو جزئي مما يؤدي إلى انفصال بعض اجزائه المتصلة، ولا يتطلب النص أن يكون التهدم حادثاً بالفعل بل يمكن أن يكون امراً متوقعاً حيث يكون وقوعه محتملاً، ويمكن أن يكون سبب التهدم ناتجاً عن عيب في العمل نتيجة مخالفه المقاول أو المهندس المعماري للمعايير الفنية المطلوبة حتى وإن لم تكن منصوص عليها بشكل صريح كما قد يرتبط التهدم بعيوب في المواد المستخدمة أو نتيجة لمخالفة المقاول للشروط المتفق عليها في العقد، وفي بعض الحالات قد يكون السبب عيباً في التصميم الذي تم البناء وفقه، وفي حالة كانت أسباب التهدم ناتجة عن قوه قاهره كالزلزال فإن الضمان لا تقع على المقاول أو المهندس المعماري، ومع ذلك يكفي ظهور عيب في البناء يهدد سلامته ومتانته لقيام المسؤولية بشرط أن يكون هذا العيب مرتبطاً بالأعمال التي قام بها المقاول أو المهندس المعماري، ومن شروط الضمان العشري أنه يجب وجود مقاول أو مهندس معماري أو كليهما معاً بتولي إقامة البناء والمنشآت الثابتة إذا قام شخص واحد بذلك يعتبر مقاولاً وفق القانون^(٣).

وتتناولت شروط الضمان العشري أن يقع التهدم أو العيب خلال العشر سنوات ليتحمل كل من المهندس المعماري والمقاول مسؤوليه تصحيح أي مشكلة خلال هذه الفترة، ووفقاً للقانون المدني العراقي

(١) د. طارق عجیل: الوسيط في عقد المقاولة، مكتبة السنھوري، بغداد، ٢٠١٦، ص ٣٠٢.

(٢) الفقرة الأولى من المادة ٨٧٠ من القانون المدني العراقي تنص على انه(يضمن المهندس المعماري والمقاول ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيده من مبان أو اقامه من منشآت ثابتة أخرى وذلك حتى لو كان التهدم ناشئاً من عيب في الارض ذاتها أو كان رب العمل قد اجاز اقامه المنشآة المعيبة ما لم يكن المتعاقدان قد أرادوا ان تبقى هذه المنشآة مدة أقل من عشر سنوات وتبدأ مدة السنوات العشر من وقت اتمام العمل وتسلیمه هو يكون باطلأ كل شرط يقصد به الاعفاء أو الحد من هذا الضمان).

(٣) د. جعفر الفضلي: مصدر سابق، ص ٣٩٩.



تبدأ فترة الضمان من تاريخ قبول العمل، والذي يتمثل في تقييم رب العمل للبناء واقراره بأنه يتوقف مع ما تم الاتفاق عليه وذلك عند اعداد محضر قبول العمل فإن المدة تبدأ من تاريخ هذا المحضر، أمّا في حالة عدم وجود محضر وقبول رب العمل بشكل ضمني من خلاله استلامه للبناء فإن المدة تبدأ من تاريخ تسوية المهندس المعماري، إذ تعتبر تلك التسوية دليلاً على القبول، ويتوارد على المهندس المعماري والمقاول الالتزام بالضمان المنوه لصالح رب العمل، ولا يمكنهما الاستفادة من أحكامه إلا من قبل رب العمل نفسه، أمّا في حال وفاته فيتحقق للورثة المطالبة بهذا الضمان أمام المهندس المعماري والمقاول، بالإضافة إلى ذلك إذا تم نقل ملكية البناء خلال حياة رب العمل فإنه خلفه الخاص مثل المشتري والمهوب له يمكنه الرجوع إلى المهندس المعماري والمقاول، ويعتبر حق الرجوع بالضمان من التوابع التي تنتقل مع الملكية دون الحاجة إلى نص صريح في العقد، بينما لا يحق لغير رب العمل أو خلفه الخاص والعام المطالبة بحقه في الرجوع على المهندس المعماري والمقاول^(١)، وذلك وفقاً لأحكام المادة (٧٨٠) من القانون المدني العراقي.

ما تقدم نلاحظ أنّ هذه التطبيقات تستند بالزام المدين في جبر الضرر الذي يصيب الدائن على الضمان لا على المسؤولية، ونعتقد أن الضمان في هذا المقام يمثل خياراً أفضل للطرف المتضرر، إذ يعد أكثر سعة كسبب لجبر الضرر في المسؤولية، كما يعد ايسراً في الإثبات من المسؤولية، بوصفه فرض من قبل المشرع بنصوص خاصة، بعضها يصل لدرجته النص الأمر الذي يعد من النظام العام كما هو الحال في نص المادة (٨٧٠/١) التي نصت على أنه (يضمن المهندس المعماري والمقاول ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيده من مبان أو اقاموه من منشآت ثابتة أخرى، وذلك حتى لو كان التهدم ناشئاً من عيب في الأرض أو كان رب العمل قد اجاز اقامه المنشآت المعيبة، ما لم

(١) د. احمد عبد الامير كاظم حسين جبرين: اعادة تأهيل المقاولات بالضمان العشري، مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية، المجلد ١١، العدد ١، ٢٠٠٩-٢٠٠٨، ص ٣٥.



يكن المتعاقدان قد أراد ان تبقى هذه المنشآت مدة أقل من عشر سنوات وتبدا مده السنوات العشر من وقت اتمام العمل وتسليمه ويكون باطلًا كل شرط يقصد به الاعفاء أو الحد من هذا الضمان).

الفرع الثاني

الضمانات العقدية في الشريعة الإسلامية

نظم الفقه الإسلامي الضمانات العقدية، كضمان العيب الخفي، وضمان التعرض والاستحقاق، والضمان العشري، إذ إن العيب في الفقه الإسلامي يختلف عما يستخدم في بعض العلوم الأخرى، حيث يفضل الفقهاء استخدام مصطلح "خيار العيب"، ويشير العيب في اللغة إلى النقص أو العيب، وهو ما يتناهى مع الأصل السليم للطبيعة، و يكون معنى العيب في الفقه الإسلامي إلى اتجاهين، الأول يرى أن العيب يمثل زيادة أو نقصاً على الأصل السليم، ويفهم الأصل السليم على أنه الهيئة الأساسية، ويتم تحديد ما يعتبر زيادة أو نقصاً بناءً على حدوثه أو عدم حدوثه لدى غالبية أفراد النوع، وان هذا الاتجاه يشير إلى أن العيب يعتبر زيادة أو نقصاً في أصل الفطرة السليمة، بغض النظر عن تأثيره على القيمة المالية، وقد عبر بعض الفقهاء عن ذلك بالقول إن العيب هو ما يعفى منه أصل الفطرة السليمة من الآفات العارضة، أي ما ينقص عن الخلقة الطبيعية أو الشرعية^(١).

وأضاف بعض الفقهاء أن هذا النقص يعد جزءاً من ماهية العيب، ويظهر بوضوح أن هذا الجانب يتعلق بالزيادة أو النقص الحاصل في أصل الفطرة السليمة لأغلب أفراد نوع هذا الشيء، دون النظر إلى تأثير ذلك على القيمة فمسألة نقص القيمة تعتبر خارج نطاق تعريف العيب، أما الاتجاه الثاني فاعتبروا بعض الفقهاء أن العيب هو ما يؤدي إلى نقصان الثمن عند التجار، إذ تعتبر العيوب نفائص تؤثر على القيمة المالية في عرف التجار، فالمبيع يصبح محلاً للعقد بناءً على صفتة المالية، وما يؤدي إلى نقصان

(١) د. ضمیر حسین ناصر المعموري: مصدر سابق، ص١٨٤-١٨٥، محمد بن احمد القرطبي: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج٢، دار الفكر، سوريا، ٢٠٠٩، ص١٣١.



في قيمته يعتبر عيباً، وقد عرف جانب العيب بأنه النقص الذي يؤثر على القيمة أو يحول دون تحقيق غرض صحيح، بشرط أن يكون في المبيع ما يثبت عدمه، وهذا التعريف الجديد، المتعلق بفوائد الغرض الصحيح، هو من أوجه الفقه الإسلامي^(١).

ويمكن القول إن العيب من منظور فقهى هو امر طارئ على أصل الخلة السليمة لأكثر الأنواع، مما يؤدي إلى نقص في الثمن أو يفوت الغرض منه، ومن ثم فإن العيب في الفقه الإسلامي يتضمن ضمان العيب وضمان تخلف الصفات الضرورية، وليس الصفات المشروطة صراحة، لأن الأخيرة لا تنطبق عليها حالة العيب الطارئ على الخلة السليمة، ويمكن تقديم تعريف يجمع بين توجهات الفقه الإسلامي في مسألة العيب، وهو ما زاد أو نقص عن أصل الفطرة السليمة لأكثر الأنواع، مما ينقص ثمنه أو يحول دون تحقيق غرضه الصحيح، بحيث إن عدم وجود الشيء يعد بمثابة عدمه، ومن هنا نجد أن للعيب في الفقه الإسلامي مفهومين رئيسيين، يمكن أن يطلق عليهما في الفقه المعاصر المفهوم المجرد والمفهوم الوظيفي^(٢).

وإن الفقهاء وضعوا شروطاً محددة للعيب الذي يمكن أن يضمنه البائع، ومن هذه الشروط أن يكون العيب خفياً وقديراً ومؤثراً، ولا يشترط أن يكون العيب معروفاً عند البيع، فمن بين الشروط الخاصة بالعيب المضمون، يعد كون العيب خفياً أحد أهم الشروط، إذ يجب أن يكون البائع على علم به بينما المشتري غير مدرك لوجوده عند البيع أو عند التسلیم، فمن يخفي العيب يعتبر مسؤولاً عنه، ويتجزأ عليه إعلام المشتري إذا كان هناك عيب في السلعة، قبل أن يتمكن من بيعها لشخص آخر وذلك لتجنب الغش، ويستند الفقهاء من المذاهب الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة إلى قول الرسول (صلى الله عليه وسلم) "من غشنا فليس منا"، وكذلك إلى قوله: "المسلم أخو المسلم، ولا يحل لمسلم أن يبيع من أخيه

(١) محمد أمين عابدين: رد المحتاج على الدر المختار، شرح تنویر الابصار، ج ١٠، ط ٢، دار الفكر، سوريا ، ١٩٦٦، ص ٤٥.

(٢) د. ضمير حسين ناصر المعموري: مصدر سابق، ص ١٨٥-١٨٦.



شيئاً فيه عيب إلا أن يبينه له" ، فتشير هذه الأحاديث النبوية إلى أن البائع ملزم بإعلام المشتري بوجود العيب، حتى لو حدث بعد البيع وقبل التسليم، مما يجعل البائع مسؤولاً عن ذلك، وتبين آراء الفقهاء حول ما إذا كان البيع يبطل أم يبقى صحيحاً في حالة وجود العيب، حيث اختلفت تفسيراتهم للنبي عن أكل أموال الغير بالباطل، فقد اعتبر بعض الفقهاء أن النبي يتعلق بمجرد الحرمة والإثم دون أن يفسد العقد، بينما رأى آخرون أن النبي يعني فساد العقد وبطلانه، وبناءً على ذلك، فإن الآراء الفقهية تتباين، فهناك من يقول إن البيع باطل كما هو رأي الحنفية وابن حزم وأبو بكر من الحنابلة، بينما يرى آخرون أن البيع يبقى صحيحاً مع الإثم، كما هو رأي المالكية والشافعية والحنابلة^(١).

أما فقه الأمامية فكان رأي السيد الصدر (قدس سره) أن من اشتري شيئاً و وجد فيه عيباً تخير بين الفسخ ورد المبيع المعيب وبين الإمساك بالثمن كله وإن لم يكن الرد أمكنه المطالبة بالأرش، وكما يثبت هذا الخيار للمشتري إذ وجد العيب في المبيع كذلك يثبت للبائع إذا وجده في الثمن المعين والمراد بالعيوب في المبيع كل ما يعده نقصاً عرفاً وإن كان منشؤه الزيادة، ففي المسألة (٣٦٤) لو علم بالعيوب قبل العقد فلا خيار له ولا أرش له، أما المسألة (٣٦٥) لو باع شيئاً صفقه واحده ظهر عيب في أحدهما، كان للمشتري الرضا بالعقد أو رد الجميع وليس له رد المعيب وحده، أما المسألة (٣٦٦) يسقط هذا الخيار بالتبرير من العيوب في ضمن العقد^(٢).

إن خيار العيب هو شراء شيء موجود فيه عيب فللمشتري الخيار بين الفسخ برد المبيع المعيب، وإذا لم يرد المبيع فيمكن المشتري المطالبة بالأرش^(٣)، وكذلك البائع إذا وجد عيب في الثمن، لكن يسقط

(١) د. جابر اسماعيل الحاجحة: شروط ضمان العيوب في الفقه الإسلامي، بحث منشور في المجلة الاردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد الخامس ، العدد ١ ، ٢٠٠٨ /٦/١٠ ، ص ٩.

(٢) سماحة حجة آية الله العظمى السيد محمد الصدر(قدس سره): الصراط القويم رسالة في الأحكام العلمية للعبادات والمعاملات، ط٤ ، النجف الاشرف، ٢٤/٤/١٤١١.

(٣) لقد عرف المرجع السيد علي السيستاني الأرش على أنه(الأرش هو نسبة التقاوت بين الصحيح والمغيب)، ٩:٣٠ ، ٢٠٢٥/٥/١١ ، <https://www.sistani.org/arabic/qa/02184>

خير الفسخ إذ تصرف في المبيع في حال تلف المبيع أو خروجه من المالك ببيع أو هبه أو نحو ذلك كذلك التصرف الخارجي في العين الموجب لتغيير العين مثل فصال ثوب وصبغه، وكذلك في حالة تصرف الاعتباري في ذلك مثل اجارة العين ورهنها^(١).

وكذلك رأي السيد ابو القاسم الخوئي(قدس) كرأي السيد الميسistani(دام ظله) أن الأرش مشروط
بالإيس عن رد المبيع المعيب وهو يأخذ بدليل قول الامام علي بن موسى الرضا (عليه السلام) (فإن خرج
السلعة معيناً وعلم المشتري فالخيار إليه إن شاء رده وإن شاء أخذها أو رد عليه بالقيمة أرش العيب)^(٢).

وقد يثار سؤال حول ما هو حكم العيب الظاهر إذا كان موجوداً في المبيع بشكل واضح، كما هو الحال في زجاج سيارة مكسور؟ في العادة إذا كان المشترون على دراية بالعيب، فإن ذلك يعتبر رضا منهم به، وقد اتفق جمهور فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة وكذلك الفقه الجعفري على أن وجود العيب الظاهر في المبيع يفهم على أنه رضا من المشتري عند إبرام العقد، أما إذا كان العيب خفياً ولم يكن المشتري على علم به، فإن العقد يبقى مضموناً لصالح المشتري، حيث يحق له الخيار في أمّا رد المبيع أو الاحتفاظ به مع العيب، وقد اتفق أيضاً جمهور الفقهاء على أن العيب الخفي إذا كان قدِيماً يعتبر ضمن ضمان البائع، فإذا كان العيب موجوداً في السلعة المباعة أو في ثمنها، فإن هذا يستدعي تحمل البائع المسؤولية عن العيب، على سبيل المثال، إذا كان ثمن السلعة يشمل ثلاثة أكياس من الأرز وكانت معيبة، فإن العيب يعتبر في الثمن بشكل عام، فيعتبر البائع ضامن العيوب الموجودة في المبيع أو الثمن طالما كان ذلك ضمن فترة ضمان المبيع^(٣).

(١) السيد السيستاني: مصدر سابق، ص ٥٣.

(٢) السيد ابو القاسم الخوئي (قدس): محاضرات في الفقه الجعفري، مؤسسه دائرة معارف الفقه الإسلامي، ج ٤، هـ ١٤٣٧ ، ص ٣٨٩-٣٨٦.

(٣) د.جابر اسماعيل الحجاجة: مصدر سابق، ص ١٠، محمد بن رشيد الحفيـد: بداية المجـهد ونهاية المقـصد، ج ٢، طـ٨، دار المعرفـه، بيـروـت، ١٩٨٦، ص ١٧٦.



إذا كان العيب موجوداً في المبيع أو الثمن بعد إبرام عقد البيع قبل التسليم، فإنه يعتبر عيباً قدماً مضموناً، لأن المبيع قبل قبضه من المشتري يكون تحت ضمان البائع، وهذا ما قال به الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة، أما إذا حدث العيب في المبيع أو الثمن بعد إبرام العقد وبعد القبض، أي بعد أن قبض المشتري المبيع والبائع الثمن، فهل يكون مضموناً أم لا؟ هنا اختلفت آراء الفقهاء إلى قولين، يعود سبب هذا الاختلاف إلى تباين وجهات نظر الفقهاء حول بعض الأحاديث المتعلقة بضمان العهد، فمن رأى أن المبيع مضمون من قبل البائع بعد القبض، استند إلى تلك الأحاديث قول النبي محمد (ص) (لا تصرروا الإبل والغنم فمن اتبعها فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها، إن رضيها أمسكها، وإن سخطها ردتها وصاعا من تمر)، قوله أيضاً (هذا ما اشتري محمد بن عبد الله من العداء بن خالد، اشتري منه عبداً أو أمة لا داء ولا خبثه ولا غائب بيع المسلم المسلم) رغم ضعفها، بينما يعتبر المالكية أن الاحتياج بعمل أهل المدينة هو من أصولهم، في حين أن جمهور الفقهاء لم يأخذوا بهذا الأصل، بل اعتبروه غير حجة لديهم، و فيما يتعلق بآراء الفقهاء، القول الأول يذهب إلى أن العيب مضمون، سواء كانت العودة مشترطة أو غير مشترطة، حيث يعتبر المبيع تحت ضمان البائع لمدة معينة، وهي ثلاثة أيام بشرط إثبات أن الحادث هو عيب، كما قال المالكية، أما القول الثاني، فيرى أن العيب لا يكون مضموناً، لأنه لا يعتبر عيباً قدماً، وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة^(١).

ومن الشروط أيضاً أن يكون العيب مؤثراً، أي أن يكون له تأثير واضح على تقليل السعر وفقاً لما يراه التجار، فإن العيوب التي تؤدي إلى نقصان فاحش لا يمكن التسامح بها عادة، أما إذا كان العيب من النوع الذي يتسامح به التجار عادة، فلا يؤثر ولا يعتد به، ومن ثم لا يوجب ضمان البائع ولا يؤدي إلى ثبوت الخيار، وقد ورد عن الأمامية أن الضابط في العيب هو ما يؤدي إلى نقصان أو زيادة في العين

(١) د.جابر اسماعيل الحجاجة: مصدر سابق، ص ١١، النوري: روضة الطالبين، ج ٣، ص ٤٦٤.



ما يؤثر على قيمتها المالية في عرف التجار، حيث أن العيب هو موضوع خارجي يتحدد معناه ومفهومه بناءً على العرف وآراء أهل الخبرة، ويختلف تبعاً للأزمان والأماكن^(١).

وإن كل وصف يتعلق بشيء ويعتبره العرف والعقلاء له تأثير على قيمته المالية، يعتبر فقده أو نقصه عيباً، أما الزيادة، فهي تلك التي لا تتعلق بالكمالات، فإن المقصود بالنقص والزيادة هو ما يؤدي إلى نقص في القيمة المالية والأغراض النوعية في المعاملات، وقد يكون هناك شيء يعتبر عيباً في ذاته دون أن يؤثر على قيمته المالية، كما يمكن أن يكون هناك ما يؤدي إلى نقص في القيمة المالية دون أن يعتبر عيباً في ذاته، وقد يعتبر العيب عند بعض الأشخاص أو في بعض البلدان دون غيرها، مما يجعل تقييم العيب والصحيح يعتمد على الأزمنة والأمكنة والأشخاص، وفي هذا السياق يعود الأمر إلى أهل الخبرة الموثوق بهم، ويرى الحنفية أن العيب المؤثر هو ما يؤدي إلى نقص في القيمة وفقاً لعرف التجار، سواء كان ذلك نقصاً في الشيء نفسه أم لا، وإن القيمة هنا تعني الثمن، إذ قد يكون الثمن الذي تم الشراء به أقل من القيمة الحقيقية، مما يعني أن نقص الشيء بسبب العيب لا يؤدي بالضرورة إلى نقص الثمن، لذا أي شيء يؤدي إلى نقصان الثمن وفقاً لعرف التجار يعتبر عيباً، أما في رأي الشافعية فإن العيب الذي يوجب الضمان هو ما ينقص القيمة أو الشيء، أو يفوت غرضاً صحيحاً إذا كان الغالب عدم وجوده في هذا المحل، مع عدم الاعتماد على عرف التجار، لأن بعض العيوب قد لا تؤثر على الثمن، ولكن وجودها في المبيع يجعله غير صالح لغرض معين وصالحاً لآخر، على سبيل المثال، شراء شاة مقطوعة الأذن قد يعتبر عيباً لمن اشتري بغير الأضحية، حتى وإن لم يؤثر على قيمتها، لذا اشترطوا فوات غرض صحيح في المبيع لتجنب مثل هذه الحالات^(٢).

(١) د. صاحب محمد حسين نصار وعمار محمد حسين محمد علي الانصاري: خيار العيب في الفقه الإسلامي، بحث منشور في مجلة اهل البيت(عليهم السلام)، العدد ١، ص ١٨.

(٢) المصدر ذاته، ص ١٩.



ويتمسك الحنابلة بعرف التجار، حيث يعتبر العيب الذي يحدده العرف سبباً يمنح الضمان، حتى وإن لم يؤثر ذلك على قيمة المبيع أو صفتة، فهذا يعني أن العرف يتطلب سلامة المبيع، إذ يعتبر المبيع محل العقد نظراً لصفاته المالية، وأي نقص فيها يعتبر عيباً، وقد أشار المالكية إلى أن العيب هو النقص سواء في العين أو في الثمن، لذا يطلقون عليه ضمان النقص، ومن أمثلة العيوب العور والعمى وقطع اليد أو الرجل، والتي تؤدي إلى نقص في العين، بالإضافة إلى السرقات وشرب الخمر، والتي تؤدي إلى نقصان الثمن، وبناء على ما سبق، يمكن القول إن العيب المؤثر هو ذلك الذي ينقص من الثمن أو القيمة وفقاً لعرف أهل الخبرة في كل تجارة أو حرف، مما يتربت عليه ضمان العيب من قبل البائع^(١).

أما ضمان الاستحقاق في الفقه الإسلامي، فيعرف بأنه حق ملكية المبيع بالكامل، والذي يستمد من قرارات القضاء، لكن مفهوم الاستحقاق يتجاوز هذا المعنى ليشمل جميع الحالات التي يحظر فيها المشرع التصرف في المبيع لأسباب تتعلق بوجود حق سابق لم يكن المشتري على علم به، أو لم يكن في استطاعته دفعه، وقد عرف الشيخ محمد باي الاستحقاق، بأنه رفع ملكية الشيء من خلال إثبات ملكية سابقة أو حرية، وذلك دون مقابل، ويقسم الاستحقاق إلى قسمين هما استحقاق الكل واستحقاق الجزء، يشير استحقاق الكل إلى الحالة التي يتبين فيها أن المبيع لم يكن مملوكاً للبائع، وذلك من خلال إثبات دعوى قضائية تؤكد ملكيته، مما يؤدي إلى استرداده من يد المشتري، ويمكن أن يتم إثبات الملكية أما بإقرار المشتري أو عن طريق حلف اليمين أو البيينة، وان الفقهاء تناولوا مسألة الاستحقاق الكلي، إذ يرى الأحناف على أنه إذا استطاع المستحق إثبات ملكية المبيع بالكامل بالبيينة، فإن الحكم له لا يؤدي إلى فسخ العقد، بل يجعل العقد معلقاً على موافقة المستحق، إذا وافق المستحق على البيع، يبقى للمشتري

(١) د. صاحب محمد حسين نصار وعمار محمد حسين محمد علي الانصاري: مصدر سابق ، ص ٢٠.



المبيع ويتقى المستحق الثمن من البائع، أما إذا لم يوافق المستحق، فإن عقد البيع يفسخ، ويتبعه على البائع رد الثمن للمشتري^(١).

أما الاستحقاق وفقاً للشافعية يعني أنه إذا استحق المبيع بالكامل، يمكن للمشتري استرداد الثمن كاملاً من البائع، سواء كان البائع على علم بالاستحقاق وقت العقد أم لا، وإذا تم إخراج المبيع المستحق قبل القبض، فلا يمكن للمشتري المطالبة به، أما إذا تم الاستحقاق بناءً على بينة أو بتصديق البائع للمدعي، فإن المشتري يعود على البائع بالثمن إذا كان المبيع لا يزال موجوداً، أو بقيمة المبيع إذا كان تالفاً، وبالنسبة للمذهب المالكي، فإنه في حالة عدم تغير المبيع، يمكن للمشتري استرداد الثمن من البائع، وإذا حدث تغيير في المبيع، يمكنه المطالبة بقيمة المبيع في يوم الشراء، وقد تناول الفقهاء الاستحقاق الجزئي، حيث أوضح الحنابلة أنه إذا استحق المبيع، يحق للمشتري استرداد الثمن عن أي نفقات قد تکدها على البناء أو الغرس في الأرض، لكن لا يمكنه المطالبة بما أنفقه على الحيوانات أو إيجار الأرض، لأن المشتري هو من يتحمل نفقات المبيع، وفيما يتعلق بالاستحقاق الجزئي، فهو يعني أن هناك ملكية لغير على جزء من المبيع، سواء كان هذا الجزء مستحقاً بشكل منفصل أو حصة شائعة، أما الحنفية، ففي حالة استحقاق جزء من المبيع قبل القبض، يمكن أن تتفرق الصفقة، ويثبت للمشتري خيار تفرق الصفقة، حيث يمكنه الاختيار بين الاحتفاظ بالباقي أو فسخ العقد، ولكن إذا تم القبض على المبيع بالكامل، فلا يحق له خيار تفرق الصفقة في حالة الاستحقاق الجزئي، بل يلزم بمشاركة الثمن للباقي، وفي المذهب المالكي يمكن للمشتري استرداد قيمة ما استحق من يده، ولكن لا يحق له استرداد المبلغ بالكامل، وفقاً للشافعية إذا كان هناك جزء من الماء مستحق للملك فإن هناك خيارات تتعلق بتغريق

(١) احمد بخيت محمد حسن حسنا: الضمان في المسؤولية العقدية في الفقه الإسلامي، بحث منشور في مجلة التطور العلمي للدراسات والبحوث، المجلد الثاني، العدد ٥، ٢٠٢١، ص ٦٤.



الصفقة أي تجزئة البيع، في هذه الحالة يمكن أن يتم البيع بالنسبة للجزء الذي يأخذه المشتري، بينما يبطل الجزء المستحق، ويحق للمشتري الرجوع على البائع بحصة الجزء المستحق من الثمن^(١).

اما الضمان العشري فعلى الرغم من عدم ذكر في الشريعة الإسلامية، إلا أنه لا يوجد ما يمنع من تحميم المقاول أو المهندس المعماري هذا الالتزام، ورغم أن الضمان العشري يعد التزاماً قانونياً، إلا أنه أصبح جزءاً لا يتجزأ من العقد، حيث يشمل تنفيذ العقد كل ما يتعلق بمستلزماته كما ورد في سورة المائدة: "يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود"، مما يبرز أهمية الالتزام بالعقود ومن ثم يعد الضمان العشري عنصراً أساسياً في عقد البناء حتى وإن لم يذكر بشكل صريح فيه^(٢).

وإن المقاول مسؤول عن أي ضرر أو خسارة قد تنجم عن أفعاله، سواء كان ذلك نتيجة تعيٍ أو تقصير، لأنه يعتبر ضامناً لما يسلم إليه من أموال الناس هذا هو رأي جمهور العلماء، بما في ذلك رأي الصاحبين، الذي يعتمد عليه في الفتوى من قبل الحنفية والمالكية والشافعية، ومع ذلك يستثنى من هذا الضمان في حال حدوث الضرر أو الخسارة بسبب قهر أو ظرف طارئ لا يمكن للمقاول توقعه أو تجنبه، وفقاً للقاعدة التي تنص على أنه "لا ضمان فيما لا يمكن التحرز عنه"^(٣).

(١) احمد بخيت محمد حسن حسنا : مصدر سابق، ص ٦٥-٦٦.

(٢) د. اسماعيل محمود محمد و اسماعيل طاهر كريم: الضمان العشري لعيوب البناء بين الفقه والقانون، بحث منشور في مجلة الشرائع للدراسات القانونية، المجلد الثالث، العدد ٣، ٢٠٢٣، ص ٥١.

(٣) د. ابراهيم شاشو: عقد المقاولة في الفقه الإسلامي، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ٢٦، العدد ٢٠١٠، ص ٧٥٩.



المطلب الثاني

الضمانات العقدية في القانون الإنكليزي

إن الضمانات العقدية في القانون الإنكليزي تعتبر من العناصر الأساسية التي تضمن حقوق الأطراف المتعاقدة وتحدد التزاماتهم، و على ضوء ذلك سوف نبين في هذا المطلب الضمانات العقدية في السوابق القضائية، والضمانات العقدية في القوانين الخاصة، وذلك في فرعين نخصص الأول للضمانات العقدية في السوابق القضائية، ونفرد الثاني للضمانات العقدية في القوانين الخاصة.

الفرع الأول

الضمانات العقدية في السوابق القضائية

هناك الكثير من السوابق القضائية التي تبين الضمانات العقدية في القانون الإنكليزي، ففي قضية لونجمайд ضد هوليداي إذ كان المدعي فريديريك لونجمайд اشتري من المدعي عليه صانع وبائع مصباح هوليداي مصباحاً يستخدمه هو وزوجته اليز في متجر المدعي وإن المدعي عليه قام بالبيع من خلال الضمان الزائف والمخادع بين المصباح مناسب للغرض بشكل معقول وان المدعية اليز التي تثق في الضمان المذكور من قبل البائع اشعلت المصباح الذي انفجر مما أدى إلى إصابتها وكان المدعي فريديريك قد استرد بالفعل تعويضات عن عقد البيع لخرق الضمان الضمني للملازمة^(١).

(1) There is a lot of case law that show nodal guarantees in English law in the case of Longmeid v. Holiday, as the plaintiff was Frederick Longmeid bought from the defendant, the maker and seller of the Holiday Lamp a lamp that he and his wife Elis uses in the plaintiff's store and that the defendant sold through the false warranty and the deceiver between the lamp is reasonably suitable for the purpose and that the plaintiff Eliz, who trusts the warranty mentioned by the seller, lit the lamp that exploded, which=



وقد ناقش بارك الحالات التي يجوز فيها لشخص ثالث ليس طرفاً في العقود رفع الدعوى للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به في حالة انتهاك العقد وإن من المبالغة نقول إن التعامل العادي بين شخص وآخر يتطلب قدرًا كبيراً من العناية بحيث إذا باع شخص ما حتى لو كان هو صانع الاله ليست خطره بطبيعتها على سبيل المثال عربه هي ليست خطرة لكنها تصبح خطره إذا كان فيها عيب كامل غير معروف تماماً، لكن هنالك الاعفاء وان كان من الممكن اكتشافه من خلال العناية العاديه، ولم يذكر من الذي يمكن اكتشافه وقد يشمل الشخص الذي أعار أو أعطى الاله، وفي قضيه أخرى في المحاكم الأمريكية في الولايات المتحدة الأمريكية في قضية ماكفيرسون ضد شركة بويك موتور استعرض المدعي الذي اشتري منه باع تجزئه سيارة من صنع الشركة المدعى عليها واصيب نتيجة لعيب في بناء السيارة وكان من حقه الحصول على تعويضات من الشركة المصنعة فلقد ذكر القاضي كارد وزو رئيس محكمه الاستئناف في نيويورك والذي يشغل الان قاضي مشارك في المحكمة العليا للولايات المتحدة الذكر انه لا يوجد ادعاء ان المدعي عليه كان على علم بالعيب وأخفاه عمداً فلتهمه ليست احتيال بل اهمال، ومع ذلك فإن البائع هو الشخص الوحيد الذي يمكن أن يقال عنه انه لن يستخدم السيارة إذ يريد المدعي عليه أن نقول أنه الشخص الوحيد الذي كان على الشركة المدعى عليها ان تحميء بموجب واجب قانوني ولا يقودنا القانون إلى مثل هذا الاستنتاج غير المنطقي^(١).

=led to her injury, and the plaintiff Fredick had already recovered compensation for the sales contract for a breach of the implied warranty of fitness, see, https://www-scottishlawreports-org-uk.translate.goog/resources/donoghue-v-stevenson/case-report/?_x_tr_sl=en&_x_tr_tl=ar&_x_tr_hl=ar&_x_tr_pto=tc,18|2|2025,11:6

- (1) Park discussed cases in which a third person who is not a party to contracts may file a call for compensation for damages suffered in the event of breach of the contract and that it is an exaggeration to say that normal dealing between one person and another requires a great deal of care, so that if a person's lane, even if he is the maker of the maker of the machine, it is not dangerous by nature, for example, it is not a danger, but it becomes dangerous if it has a complete defect that is completely unknown, but there is an exemption, even if it can be discovered through normal care and it is not mentioned=



وفي قضية أخرى لسلاح معيّب الصنع والمعروف للبائع أنه معيّب إذ كان ابن مشتري مؤهلاً لمقاضاة الأضرار نتيجة للإصابات التي لحقت به بسبب الحالة المعيّبة للسلاح وما تسبب في انفجاره ليبدو أن أساس القرار كان موجوداً بتمثيل زائف من قبل البائع أن السلاح آمن ويبدو أن التمثيل كان يمتد إلى ابن المشتري فينظر المعلقون إلى القضية على أنها تدور حول ظروفها الخاصة وأنها لا تقرر أي مبدأ من مبادئ تطبيق العام^(١).

=who can be discovered, and may include the person who borrowed or gave God, In another case in the U.S. courts in the United States of America, the case of McFair Son v. Buick Motor Company reviewed the plaintiff, who bought a car made by his retail seller, reviewed the defendant company and was injured as a result of a defect in the construction of a car and was entitled to obtain compensation from the manufacturer. Judge Card Zou, President of the Court of Appeal in New York, who now employs a judge associate in the Supreme Court of the male United States, stated that there is no claim that the plaintiff was aware of the defect and deliberately concealed it. Accusing him is not fraud but negligence. However, the seller is the only person who can be said that he will not use the car. The defendant wants to say that he is the only person whom the defendant company had to protect under a legal duty, and the law does not lead us to such an, see: https://www-scottishlawreports-org-uk.translate.goog/resources/donoghue-v-stevenson/case-report/?x_tr_sl=en&x_tr_tl=ar&x_tr_hl=ar&x_tr_pto=tc Scottish Council of Law Reporting Report, 4\12\2024, 8:37.

(1) In another case of a defective weapon, which is known to sellers as defective, if a buyer's son was qualified to prosecute damages as a result of injuries sustained by him due to the defective condition of the weapon and what caused its explosion. It seems that the basis of the decision was in a false representation by the seller that the weapon is safe and it seems that the representation was extended to the buyer's son. Commentators consider the case as it revolves around its own circumstances and that it does not decide any principles of public application, see: https://www-scottishlawreports-org-uk.translate.goog/resources/donoghue-v-stevenson/case-report/?x_tr_sl=en&x_tr_tl=ar&x_tr_hl=ar&x_tr_pto=tc,28\12\2024,6:06.



وفي قضية أخرى، قامت Simply Construct المعروفة الآن باسم Augusta 2008 ببناء منزل رعاية مكون من 65 غرفة نوم في ميل هيل، شمال لندن، بين عامي 2015 و 2016 لخدمات Sapphire Building للعملاء، قام العميل في وقت لاحق بتجديد عقد البناء إلى مالك حر جيد توبان القابضة الذي أعطى أيضا عقد إيجار لشركة آبي للرعاية الصحية ميل هيل المحدودة، ففي عام 2018، تم اكتشاف عيوب مزعومة في مجال السلامة من الحرائق في العقار وطلب توبان من Simply اصلاحها، وهو ما لم يفعله المقاول، وظف المالك الحر في وقت لاحق مقاولا من طرف ثالث للقيام بالاعمال العلاجية، التي دفعها إلى حد كبير دير المستأجر⁽¹⁾.

وفي عام 2020، قدمت Simply ضمانتها جانبيا إلى Abbey، يوفر الضمان الضماني حقوقاً تعاقدية لطرف ثالث ضد مقاول بسبب عيوب البناء، تعكس معظم الضمانات الضمانية بما في ذلك تلك الموجودة بين آبي وسيمبلي ضمان جودة العمل المنصوص عليه في عقد البناء الأصلي، وفي ديسمبر 2020، قدمت آبي مطالبة ضد سيمبا فيما يتعلق بعيوب السلامة من الحرائق المزعومة وتكلفة الأعمال العلاجية، أحال آبي هذا إلى الفصل، سعياً للحصول على أكثر من 8.8 مليون جنيه إسترليني، تم إجراء حكم في أبريل 2021، ولكن ببساطة لم يدفع المبلغ المستحق: 869,000 جنيه إسترليني بالإضافة إلى الفائدة، لذلك أطلق الدير قضية في محكمة التكنولوجيا والبناء لإنفاذها بحكم موجز ، رفضت محكمة

(1) Simply Construct now known as Augusta 2008 built a 65-bedroom care home in Mill Hill, north London, between 2015 and 2016 for client Sapphire Building Services The client later novated the building contract to a new freeholder, Toppan Holdings, who also gave a lease to Abbey Healthcare (Mill Hill) Ltd In 2018, alleged fire safety defects were discovered at the property and Toppan asked Simply to rectify them, which the contractor did not do . The freeholder subsequently employed a third-party contractor to carry out remedial works, which were largely paid for by leaseholder Abbey,see,
<https://www.constructionnews.co.uk/legal/a-significant-reversal-of-the-law-supreme-court-rules-on-collateral-warranties-11/12/2024.3:09>.



التكنولوجيا والبناء طلب الدير على أساس أن ضمانها الجانبي لم يكن عقد بناء، وبالتالي فإن المحكم ينقر إلى الاختصاص القضائي للفصل في المبالغ المستحقة، ذهب أبي إلى محكمة الاستئناف، حيث حكم في عام ٢٠٢١ باستثناء قاضٍ واحد بأن الضمان الجانبي لـأبي كان عقد بناء، ومع ذلك، وافقت المحكمة العليا في عام ٢٠٢٢ على إعادة النظر في القضية^(١).

وألغي حكم المحكمة العليا قرار محكمة الاستئناف، وقضت بأنه نظراً لأن الضمان الضماني يعكس شروط عقد البناء، ولكنه لا يحتوي على تعليمات جديدة لأعمال البناء، فإنه لا يمكن اعتباره عقد بناء، وعلى ذلك نستنتج أنه، سيكون الضمان الضماني اتفاقاً، لتنفيذ عمليات البناء، إذا كان اتفاقاً يتعهد بموجبه المقاول بالالتزام تعاقدي تجاه المستفيد بتنفيذ عمليات بناء منفصلة ومتميزة عن التزام المقاول بالقيام بذلك بموجب عقد البناء، وأضافة لذلك، إن الضمان الضماني الذي يضمن فيه المقاول فقط أداء التزاماته المستحقة لصاحب العمل بموجب عقد البناء، لن يكون اتفاقاً على تنفيذ عمليات البناء، وأشارت المحكمة العليا إلى أن قرارها سيسمح للأطراف بالتوقيع على ضمانات ضمانية في المستقبل بالتعاقد في نظام

(1) In 2020, Simply provided a collateral warranty to Abbey A collateral warranty provides a third party contractual rights against a contractor for building defects. Most collateral warranties - including that between Abbey and Simply - mirror the guarantee of work quality set out in the original building contract In December 2020 Abbey made a claim against Simply regarding the alleged fire safety defects and the cost of remedial works. Abbey referred this to adjudication, seeking more than £8.8m An adjudication was made in April 2021, but Simply did not pay the sum due: £869,500 plus interest. Abbey therefore launched a case in the Technology and Construction Court to enforce it by a summary judgementThe Technology and Construction Court rejected Abbey's application on the grounds that its collateral warranty was not a construction contract and therefore the adjudicator lacked jurisdiction to rule on sums owed Abbey went to the Court of Appeal, where in 2021 all but one judge ruled that Abbey's collateral warranty was a construction contract. However, in 2022 the Supreme Court agreed to reconsider the case, see, , <https://www.constructionnews.co.uk/legal/a-significant-reversal-of-the-law-supreme-court-rules-on-collateral-warranties-11/12/2024,1:22>.



الفصل حيث ينظر إلى ذلك على أنه مرغوب فيه ولكن لا يتم إصلاحه مع عدم القدرة على التعاقد منه، لا يزال بإمكان الأطراف الثالثة التي ترغب في تقديم مطالبات ضد المقاولين بسبب خرق الضمان الصماني متابعة مطالباتها عبر وسائل أخرى، مثل التحكيم أو التقاضي، ومع ذلك، فإن هذه عادة ما تستغرق وقتاً أطول، ويمكن أن تكلف أكثر^(١).

إما الدعوى المدنية التي أقامها مطور (BDW) ضد مهندسي الإنشاءات (URS) بعد حادثة برج غرينفيل ولكنها لا تتعلق بالكسوة أو العزل أو مخاطر الحرائق، تتعلق بمسؤولية المدعى عليهم عن تصميم العيوب الهيكличية في ألواح الخرسانة في سلسلة من الأبراج السكنية، التي اكتمل بناؤها في لندن في الفترة من ٢٠٠٨ إلى ٢٠١٢ ، أكثر من ٥٠٠ شقة، ويطلب المطور بتعويضات عن الضرر الناجم عن الإهمال، ولكن واجبات المهندسين نشأت عن التزاماتهم التعاقدية تجاه المطور المدعى، والتي تم التعبير

(1)This week's Supreme Court ruling overturned the Court of Appeal's decision It ruled that because the collateral warranty mirrored the terms of a construction contract - but contained no new instruction for building works it could not be considered a construction contract Its conclusion stated A collateral warranty will be an agreement the carrying out of construction operations if it is an agreement by which the contractor undertakes a contractual obligation to the beneficiary to carry out construction operations which is separate and distinct from the contractor's obligation to do so under the building contract It added A collateral warranty where the contractor is merely warranting its performance of obligations owed to the employer under the building contract will not be an agreement for the carrying out of construction operations,The Supreme Court pointed out that its decision will allow parties signing collateral warranties in future to contract into the adjudication regime where this is seen as desirable but not to be fixed with an inability to contract out of it Third parties wanting to make claims against contractors over breach of a collateral warranty can still pursue their claims via other means such as arbitration or litigation however these typically take longer and can cost more, see, <https://www.constructionnews.co.uk/legal/a-significant-reversal-of-the-law-supreme-court-rules-on-collateral-warranties-14/12/2024>, 21:00.



عنها من حيث لمهارة المعقولة والعناء والاجتهاد، وتتلخص المطالبة الأساسية في تكاليف تصحيح العيوب المزعومة، والتي سبق للقاضي فريزر في محكمة التكنولوجيا والبناء (TCC) أن اعتبرها ضمن نطاق واجب العناية الذي تقع على عاتق مهندس البناء، وإن تحديد المهلة الزمنية قد يمنح المهندسين دفاعاً كاملاً، حتى ولو كان المطور قادراً على إثبات مسؤوليته، ولكن هذا يعتمد على متى استحق حق الدعوى لـ BDW، هل كان ذلك عندما تم دمج "أخطاء التصميم المزعومة عند اكتمال البناء أم فقط في عام ٢٠١٩، عندما أدرك المطور المشاكل البنائية في الكتل؟ فقط التاريخ اللاحق من شأنه أن يجعل بدء التقاضي ضمن فترة السنوات الست القياسية لدعوى الإهمال^(١).

ومن عجيب المفارقات بالنسبة للمدعي عليه أن شركة URS تزعم أن حق شركة BDW في رفع الدعاوى القضائية استحق في وقت لاحق وليس في وقت سابق بعد أن تخلص المطور من حصته في كل مشروع وبعد أن أصبح من المتاخر للغاية على المشترين أن يبدوا في اتخاذ إجراءات قانونية ضد

(1)URS v BDW is a postGrenfell civil claim but not about cladding, insulation or fire risk by a developer (BDW) against structural engineers (URS), concerning the defendants' design responsibility for structural defects in concrete slabs in a series of residential tower blocks completed in London and Leicester in 2008–2012 , more than 500 flats, The developer claims damages in tort negligence, but the engineers' duties arose out of their contractual obligations to the claimant developer, expressed in terms of 'reasonable skill care and diligence,The central claim is for the cost of rectifying the alleged defects, which Fraser J in the Technology and Construction Court 1 (TCC) had already held was within the scope of URS's duty of care, Time limits potentially give the engineers a complete defence, even if the developer could otherwise establish their liability, but this depends on when BDW's right of action 'accrued'. Was it when the alleged design faults were 'built in', on completion of construction; or only in 2019, when the developer became aware of structural problems in the blocks? Only the later date would bring the start of litigation within the standard six-year period for an action in negligence, see,<https://blogs.law.ox.ac.uk/housing-after-grenfell-blog/blog-post/2023/07/civil-legal-action-residential-building-defects, 11\12025,4:31.>



المطور بموجب فترة التقادم العادلة التي تبلغ ست سنوات آنذاك، وب مجرد أن لم يعد المطور يتمتع بأي حقوق ملكية في المبني المتضررة ولم يعد معرضًا للخطر قانونيًّا من قبل أصحاب الشقق ولكنه يظل معرضًا لخطر المطالبات بموجب اتفاقية حماية البيانات، يقول المهندسون إنه لم يتکد أي خسارة يمكنه الآن المطالبة بتعويضات عنها، وتلخص حجتهم البديلة التي رفضتها محكمة الاستئناف في أن نطاق واجبهم في الرعاية لم يشمل حماية حقوق الملكية، ولم يتضمن واجبهم في الرعاية حماية المطور من المخاطر الهيكيلية التي حدثت في المبني^(١).

ومن جانبنا نرى اذ تتحدث القضية القانونية التي تتعلق بالضمانات الضمانية في عقود البناء، حيث قدمت شركة Simply ضماناً جانياً إلى Abbey، و يتعلق الأمر بعيوب البناء وتكلفة الأعمال العلاجية، وقد تم الفصل في القضية في المحكمة العليا، حيث تم تحديد أن الضمان الضماناني لا يعتبر عقد بناء إذا لم يكن هناك تعليمات جديدة لأعمال البناء، إذ تشير القضية أعلاه إلى أن الضمان الضماناني سيكون اتفاقاً لتنفيذ عمليات البناء إذا كان اتفاقاً يتعهد بموجبه المقاول بالتزام تعاقدي تجاه المستفيد بتنفيذ عمليات بناء منفصلة ومتميزة عن التزام المقاول بالقيام بذلك بموجب عقد البناء، و عن قضية أخرى تتعلق بمسؤولية المهندسين عن تصميم العيوب الهيكيلية في ألواح الخرسانة في سلسلة من الأبراج

(1) Paradoxically for a defendant, URS argues that BDW's right to sue accrued later rather than earlier after the developer had disposed of its interest in each development and after buyers of flats would have been too late to start legal action against the developer, under the then normal six-year limitation period, Once the developer no longer has any property rights in the buildings affected and is not legally at risk from flat owners but does remain at risk of claims under the DPA the engineers say that it has suffered no loss for which it can now claim damages. Their fallback argument rejected again by the Court of Appeal is that the scope of their duty of care did not include protecting the developer against the structural risks which have materialised in the buildings, see, <https://blogs.law.ox.ac.uk/housing-after-grenfell-blog/blog-post/2023/07/civil-legal-action-residential-building-defects, 11\12025,22:10.>



السكنية، حيث يطالب المطور بتعويضات عن الضرر الناجم عن الإهمال، وبشكل عام، إن القضايا أعلاه تقدم نظرة على القضايا القانونية المتعلقة بالضمانات الضمانية وعقود البناء، ويظهر أهمية فهم الشروط التعاقدية والالتزامات القانونية للأطراف المعنية.

الفرع الثاني

الضمانات العقدية في القوانين الخاصة

في القانون الإنكليزي ومنذ امتد بعيد نجد أن الاشتراطات العقدية التي تدخل في تركيب العقد وأحكامه والتي تترتب عليها التزامات على عاتق أطرافه هي ليست على درجة واحدة من الأهمية وبالتالي فأنها تختلف أيضاً من حيث الاثر المترتب على الافاق في تنفيذها^(١).

كما وضحنا سابقاً فإن من هذه الشروط العقدية تتصل مباشرة بجوهر العقد^(٢)، وتسمى بالشروط في العقد ويترب عليها في حالة عدم قيام الطرف الآخر بعد الوفاء بها يعد اخفاقاً في تنفيذ العقد برمته بما يبرر فسخ العقد بإرادته المنفردة وهذا يعد اشتراط عقدي^(٣).

(١) د. عادل محمد خير: عقود البيع الدولية للبضائع من خلال اتفاقيةينا، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤، ص ٥٠.

(2) As we explained earlier, some of these contractual conditions are directly related to the essence of the contract, see, Catherine ellito and frances quinu, contract law, fourth edition, sweet and maxweill,London,2003, p 277.

(3) They are called conditions in the contract, and if the other party fails to fulfill them, it constitutes a failure to execute the entire contract, justifying the unilateral termination of the contract. This is considered a contractual stipulation, see, treitel: the law of contract, serenth edition, London, steren and sons, p 764.



ومنها ما يسمى بالضمان وهو قليل الأهمية إذ إن عدم القيام به لا يعد متصلاً بجوهر العقد وإن المادة (٦٢/١) من قانون بيع البضائع الإنكليزي لعام ١٩٧٩ فقد عرفته بأنه (اتفاق متعلق بالبضائع محل عقد البيع ولكنه اتفاق جانبي بالنسبة للغرض الاصلي لمثل هذا العقد)^(١).

إذا حدث إخلالاً بالضمان فيحق لطرف المتضرر المطالبة بالتعويضات ولا يجوز له اللجوء إلى فسخ العقد، وعلى سبيل المثال يعد شرطاً وفقاً لقانون بيع البضائع الإنكليزي (الزمن، التزامات البائع المتعلقة بنوعيه البضائع وصلاحيتها، التزامات المشتري متعلقة بقبول البضائع أو استلام المستدات) ووفقاً لهذا فإنها تعد التزامات جوهرية إذا ان الإخلال بتنفيذها يجيز للمضرور فسخ العقد، أما وقت سداد الثمن فهو لا يتعدى انه يكون ضماناً ما لم يتحقق على خلاف ذلك^(٢).

(1) Among them is the so-called guarantee, which is of little importance, as not doing it is not related to the substance of the contract, and Article (1/62) of the English Sale of Goods Law of 1979 has been defined as (an agreement related to the goods subject to the sales contract, but it is a side agreement regarding the original purpose of such a contract), see, Sale of Goods Act 1979.

(4) If there is a breach of warranty, the aggrieved party has the right to claim damages and cannot resort to contract termination. For example, a condition under the English Sale of Goods Act includes the time, the seller's obligations regarding the quality of the goods and their fitness for purpose, and the buyer's obligations related to the acceptance of the goods or the receipt of documents. According to this, these are considered essential obligations, as a breach of their performance allows the injured party to terminate the contract. As for the timing of payment, it is merely a warranty unless otherwise agreed, see, E. Allan farnsworth: contract, fourth, edition asbin publishers, New York, 2004,p 744.



و تنص المادة (١٣) من القانون بيع البضائع الإنكليزي لسنة ١٩٧٩ على أنه (في حالة وجود عقد لبيع البضائع حسب الوصف يفترض وجود بند ضمني بأن البضائع سوف تتوافق مع الوصف)^(١).

من خلال نص المادة أعلاه يلاحظ ان القانون الإنكليزي يفترض وجود شرط ضمني في عقد بيع البضائع من خلال الوصف، إذ يتضمن بأن الوصف يطابق البضاعة و تعد المطابقة متحققة إذا ما تطابق الوصف مع البضاعة فإن نص المادة (١٣) ينطبق على امور ذات علاقه بوصف البضاعة وليس بنوعيتها لأن مسائل النوعية محكومة بنص المادة (١٤) من قانون بيع الإنكليزي لسنة ١٩٧٩ ، إذ نصت المادة (أ/٢/١٤) على أنه (الغايات تطبيق هذا القانون تكون البضائع مرضيه نوعياً للمشتري توفرت فيها المعايير المعترضة كذلك من قبل الشخص العادي، اخذًا بعين الاعتبار وجود أي وصف للبضاعة، السعر إذا كان ذو علاقه وكافه الظروف المحيطة الأخرى)^(٢).

ويتبين من نص المادة (١٤) بأن المعيار الذي يتم بناء عليه تحديد فيما إذا كانت البضاعة مرضيه أم لا هو معيار الشخص المعتمد أي ما يتوقعه الشخص المعتمد من البضائع عند التعاقد وهذا

(1) Article (13) of the English Law on the Sale of Goods of 1979 states that (in the event of a contract for the sale of goods according to the description, it is assumed that there is an implicit clause that the goods will stop with the description), see, Sale of Goods Act 1979.

(2) Through the text of the above article, it is noted that English law assumes that there is a systemic condition in the contract for the sale of goods through the description, as it includes that the description matches the goods and the conformity is achieved if the description matches the goods. The text of Article (13) applies to matters related to the description of the goods and not their quality because quality issues are governed by the text of Article (14) of the English Law on the Sale of Goods of 1979, as Article (A/2/14) stipulates that (the purposes of applying this law are the goods are qualitatively satisfactory to the buyer, in which the standards considered are also met by the ordinary person, taking into account the existence of any description of the goods, the price if it is related and all other surrounding circumstances), see, Sale of goods act , 1979.



الأمر يعتمد على عده امور تختلف من حالة إلى أخرى، وهنا يجب على المحكمة ان تأخذ كافة الظروف بنظر الاعتبار مثل نوعيه البضاعة وثمنها والعلاقة بين الأطراف المتعاقدة وشروط العقد أي اتفاقيات ضمنيه وسلوك الأطراف بالإضافة إلى اعتبارات أخرى^(١).

كما تنص المادة (٤/٢/ب) من قانون بيع البضائع على أنه (الغایات تطبيق هذا القانون تشمل نوعيه البضاعة على حالتها العامة بالإضافة إلى ما يلي ١- صلاحية البضاعة لجميع الأغراض المخصصة والمألفة لبضاعه من هذا النوع، ٢- الشكل العام والإخراج، ٣- الخلو من العيوب الطفيفه، ٤- السلامة والأمان، ٥- صلاحية الاستعمال لمده معينه)^(٢).

ويلاحظ من خلال نص المادة أعلاه أن القانون الإنكليزي يعتبر الخلو من العيوب الطفيفه والسلامة والأمان من الشروط التي يؤدي إلى فقدانها ان تكون البضاعة غير مرضيه للمشتري، إذ إن البضاعة لكي تكون مرضيه نوعياً يجب أن تخلو من أي عيب طفيف ومن امثاله هذه العيوب الطفيفه (اختفاء اللون الخوش في الصبغ، الانبعاج في الحديد) ، مما تجدر الإشارة إليه أن وجود عيوب طفيفه في البضائع المستعملة لا يجعل منها غير مرضيه نوعياً، كما يشترط ان تكون البضاعة بالسلامة والأمان إذ قد تكون البضاعة خطيره لسبب خفي أو لأن المشتري يستعمل البضاعة بطريقة غير صحيحة ومثال على ذلك (الدواء والسلاح)، إذ إن مثل هذه البضائع يجب أن تكون مصحوبه لتعليمات كاملة تتعلق بطريقه الاستعمال بحيث يكون المشتري عالمًا تماماً بأي عيوب خفيه وذلك حتى يتتجنب خطورة البضاعة فإذا لم يتم إعلام المشتري بمثل هذه المعلومات قبل الاستعمال فإن البضاعة ستعتبر غير مرضية^(٣).

(١) د. نسرين سلامه : التزام البائع بالتسليم و المطابقه ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، ٢٠١١ ، ص ٥٨-٥٩.

(2) The article of the Law on the Sale of Goods also states that (14/2/b) (The purposes of applying this law include the quality of the goods in their general condition in addition to the following: 1- The validity of the goods for all purposes allocated and intended for goods of this type, 2- General shape and removal, 3- freeness of minor defects, 4- Safety and security, 5- Validity of use for a certain period) ,see, Sale of goods act , 1979.

(٣) د. نسرين سلامه: مصدر سابق، ص ٥٩.



يتضح مما تقدم أعلاه إن قانون بيع البضائع الإنكليزي يعتبر العيب في البضاعة إخلال بالتزام البائع بتسليم بضاعه مرضيه فهو ليس ضمان من الضمانات الملقاة على عاتق البائع بقدر ما هو إخلال بالتزام البائع بتسليم بضاعه مطابقه ومرضيه^(١).

وفي القانون الإنكليزي فقد صدر قانون حقوق المستهلك لسنة ٢٠١٥ الذي نص في المادة(٩) منه على أنه (١)-يجب التعامل مع كل عقد لتوريد البضائع على أنه يتضمن شرطاً بأنه جوده البضائع مرضيه ، ٢- تكون جوده البضائع مرضيه إذا كانت تفي بالمعايير الذي يعتبره الشخص المعتمد مرضياً مع مراعاه ما يلي: أ- أي وصف للبضائع، ب- السعر أو أي مقابل آخر للسلعة، ت- جميع الظروف الأخرى ذات الصلة، ٣- تشمل جوده البضائع حالتها، وتعد الجوانب التالية على سبيل المثال جوانب جوده البضائع: أ- الملائمة لجميع الأغراض التي عادةً ما يتم توريد سلع من هذا النوع من أجلها، ب- مظهر البضائع، ت_ الخلو من العيوب البسيطة، ث- السلامة، ج- المتانة)^(٢).

ومما تقدم نلاحظ أنّ المشرع الإنكليزي لم يخرج عن تحديد فكره العيب الواردة في قانون بيع البضائع الإنكليزي لسنة ١٩٧٩ .

(١) د. جابر محجوب : ضمان سلامة المستهلك من أضرار المنتجات الصناعية المبيعة، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة طبع، ص ١١-١٢.

(2)Only in English law, the Consumer Rights Law of 2015 was issued, which stipulated in Article (9) thereof that (1) every contract for the supply of goods must be treated as including a condition that the quality of the goods is satisfactory, 2- The quality of the goods is satisfactory if they meet the standard that the usual person considers satisfactory, taking into account the following: a- Any description of the goods, b_ price or any other counterpart for the goods, c- All other relevant circumstances, 3- The quality of the goods includes their condition, and the following aspects are, for example, aspects of the quality of the goods: A- Suitability for all purposes for which goods of this type are usually supplied, b- The appearance of the goods, c_ free of minor defects, d- Safety, c-durability ,see, Consumer Rights act 2015.



المبحث الثاني

آثار الضمانات العقدية

إن آثار الضمانات العقدية تتجلى في التزامات الأطراف المترتبة على العقد سواء كانت هذه الالتزامات متبادلة (في العقود الملزمة للجانبين) أو على طرف واحد لمصلحة الطرف الآخر (في العقود الملزمة لجانب واحد) إذ إن هذه الالتزامات تنشأ في ذمة أطراف العقد وان الضمانات العقدية لها أثر على العلاقات بين الأطراف حيث يمكن أن يؤدي إلى مزيد من الثقة أو توسيع العلاقات في حال حدوث مشاكل في الوفاء بالالتزامات كما أن للضمانات العقدية أثر في تسوية القضايا القانونية المتعلقة بالمديونية في حال حدوث نزاع كما أن لها آثاراً في تحديد المسؤولية (مسؤولية كل طرف في العقد)، وأيضاً تحديد من يتحمل المسؤولية عن أي اضرار أو خسائر قد تترجم عن عدم الامتثال للالتزامات العقدية، كما لها أثر في توفير الحماية للطرف المتضرر من عدم الامتثال للالتزامات العقدية بحيث يمكنه المطالبة بالتعويض المالي عن الأضرار التي لحقت به إذ إن التعويض هو إجراء قانوني يهدف إلى تعويض الطرف المتضرر عن الأضرار التي لحقت به فيمكن أن يشمل التعويض المالي عن الخسائر المالية أو الأضرار الأخرى، كما لها أثر أيضاً في تقليل المخاطر إذ تساعد في التقليل من حدة المخاطر المرتبطة بتنفيذ العقد لأنها تحدد المسؤوليات والالتزامات لكل طرف وتحديد الإجراءات التي يجب اتخاذها في حال عدم الامتثال، ومن جانب آخر تعزز أيضاً الثقة بين أطراف العقد إذ توفر ضمانه بأن لكل طرف سيلتزم بالالتزاماته العقدية.



المطلب الأول

اثر الضمان العقدي من حيث المسؤولية

إن الضمان العقدي يلعب دوراً مهماً في حماية أطراف العقد وتعزيز الالتزامات في العقود، مما يساهم في تحقيق العدالة ويقلل من النزاعات إن الضمان العقدي يؤدي إلى تعويض الطرف الآخر عن الأضرار التي قد تنشأ نتيجة عدم تنفيذ هذه الالتزامات العقدية.

الفرع الأول

المسؤولية عن الإخلال بالضمان العقدي في القانون المدني العراقي والشريعة الإسلامية

سنبين في فقرتين مستقلتين المسؤولية عن الإخلال بالضمان العقدي في الشريعة الإسلامية والقانون العراقي وكما يأتي:

أولاً- المسؤولية عن الإخلال بالضمان العقدي في القانون المدني العراقي:

إن آثار الضمان في العقود كثيرة، ففي آثار ضمان العيوب الخفية في العين المؤجرة على المستأجر ان يقوم بأعذار المؤجر أولاً، وبالتالي الخيار للمستأجر في أن يطلب التنفيذ العيني أو الفسخ للعقد أو انقاص الأجرة، وفي كل الاحوال له الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي حدث له بسبب العيب ففي حال طلب المستأجرة تنفيذ العيني وفي الأصل في تنفيذ الالتزامات هو التنفيذ العيني ولكي يلتتجئ اليه الدائن مباشرةً يجب أن يستوفي جميع شروطه، فيجب أن يكون هذا التنفيذ ممكناً وليس مستحيلاً وإن يكون هذا التنفيذ غير مرافق للمدين وإن يقدم الدائن إلى القضاء بطلب التنفيذ^(١).

(١) زهراء سامي عكار: آثر العيب الخفي في عقد الإيجار، رسالة ماجستير، كلية القانون والعلوم السياسية الجامعية العراقية، ٢٠٢٣، ص ١٠٦ - ١٠٧.



فإذا وجد في العين خلل بالمنفعة بها فيكون المطالبة بإزاله العيب من العين أي التنفيذ العيني، وإن المشرع العراقي لم ينص على ذلك، وإنما يرجع لذلك إلى القواعد العامة وهذا ما نصت عليه المادة (٢٤٦) من القانون المدني العراقي على أنه (١)-يجبر المدين على تنفيذ التزامه تنفيذاً عيناً متى كان ذلك ممكناً ٢-على أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاق للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقمي إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً، ففي عقد الإيجار بعد اعذار المستأجر للمؤجر فالمؤجر يقوم الاخير بإزالة العيوب وإن لم يفعل ذلك يحق للمستأجر بعد أن يحصل على ترخيص من القضاء بإزالة العيوب على نفقه المؤجر (١).

وان للمستأجر الحق في أن يرفع دعوى إلى القضاء ويحبس في يده الأجرة كي يقوم المؤجر بإزاله العيب وهذا تطبيق لحاله الدفع بعدم تنفيذ العقد، وفي جميع الاحوال يجب أن لا يكون المؤجر عند قيامه بإزاله العيب من العين متعرضاً، فيجب عليه إخطار المستأجر بمدة كافيه قبل قيامه بإجراء هذه الاصلاحات لكي يكون المستأجر على هبة الاستعداد لها، كما عليه أن يبذل من العناء بما يكفي عنده قيامه بالتنفيذ العيني، وذلك لكي لا يسبب للمستأجر أضراراً كبيرة، وعليه ان يختار ايسير السبل للقيام بالتنفيذ دون مشقة كبيرة تقع على المستأجر، وإن ينتهي من التنفيذ خلال مدة معقوله، وإن مطالبة المستأجر للمؤجر بتنفيذ التزامه عيناً في حاله وجود عيب خفي في العين المؤجرة، ليس مطلقاً وإنما يحدد بضوابط قانونية، وهي ان لا يكون اصلاح العيب يتطلب نفقات جسيمة فإذا كان اصلاح العيب يتطلب نفقات باهضة للمؤجر لا يجبر عليه فيكتفي بالفسخ أو انفاس الأجرة مع التعويض، وكذلك أن يكون التنفيذ العيني ممكناً للدائن ويلزم له بذلك المؤجر المدين ما دام التنفيذ ممكن، أما إذا كان مستحيل التنفيذ

(١) زهراء سامي عكار: مصدر سابق، ص ١٠٨-١٠٩.



العيني فيصار إلى التعويض (التنفيذ بمقابل) إذا كانت الاستحالة بسبب خطا المدين، أما إذا كانت الاستحالة بسبب أجنبي فينقضي الالتزام ولا يرجع على المدين بالتعويض^(١).

ومن الضوابط أخيراً هو إعذار المدين، فمن واجبات المؤجر التنفيذ العيني فهو التنفيذ بالوفاء فهو إجراء في التنفيذ العيني إذا كان بشكل قهري، أما إذا كان بحكم القانون أو قام به المدين من تلقاء نفسه، فلا حاجه للأعذار في هاتين الحالتين، أما إذا انقضت المدة والدائن لم يقم بطلب التنفيذ العين خلال هذه المدة المحددة، فالمدين لم يكن مسؤولاً عن ذلك بعد انقضاء الأجل المحدد، فيعتبر سكوت الدائن على المطالبة يعتبر انه متسامح مع العيب في العين^(٢).

ومن آثار الضمانات العقدية هو فسخ العقد، ففي عقد الإيجار قد يطلب المستأجر فسخ العقد، وفي ذلك للمحكمة الصلاحية تقدير طلب الفسخ بالرفض أو القبول^(٣)، تطبيقاً لنص المادة (١٧٧) من القانون المدني العراقي التي نصت على انه (١-في العقود الملزمة للجانبين إذ لم يوفي أحد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعقد الآخر بعد الاعذار ان يطلب الفسخ مع التعويض ان كان له مقتضى على أنه يجوز للمحكمة ان تنظر المدين إلى أجل كما يجوز لها ان ترفض طلب الفسخ إذا كان ما لم يوفي به المدين قليلاً بالنسبة للالتزام في جملته (٢-في عقد الإيجار ان امتنع المستأجر عن إيفاء الأجر المستحقة الوفاء كان للمؤجر فسخ الاجارة وفي إيجار العمل ان امتنع عن المستأجر عن إيفاء الأجر المستحق الوفاء كان للأجير طلب فسخ العقد، وفي عقد البيع يجوز للبائع أو للمشتري ان يطلب الفسخ إذ لم يؤد المتعاقد الآخر ما وجب عليه بالعقد كما يثبت حق الفسخ بخيار العيب من غير اشتراط في العقد). وفي حال كان الشخص الذي يحوز الشيء يعد حائزاً بحكم الأمانة، وهلك الشيء من دون تقصير أو تعد منه،

(١) د. عبد الرزاق السنوري: الوجيز في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصدر سابق، ص ٧٦٤.

(٢) د. محمد صبرى السعىدي : الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة لالتزامات أحکام الالتزام، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، الجزائر، ٢٠١٠، ص ٢١.

(٣) زهراء عكار: مصدر سابق، ص ١١١-١١٣.



فإنه لا يعتبر مسؤولاً عن الهالك، فالأشخاص المستأجرون أو المستعيرون يعدون حائزين تحت مسمى الأمانة، لذا إذا تضرر الشيء المؤجر أو المستعار، فلن يتحملوا مسؤولية هذاضرر^(١).

عندما يختار المدين طلب الفسخ، فإنه يظهر عدم رضاه عن تنفيذ العقد، ولكن القانون يتتيح له أيضاً خيار الاستمرار في التنفيذ إذا نفذ المدين التزاماته قبل صدور الحكم، فإن ذلك يعكس حسن نيته، مما قد يؤثر على قرار المحكمة، هنا يظهر دور الضمان العقدي في حماية حقوق الأطراف، إذ يمكن أن تحكم المحكمة بالفسخ أو تعويض المدين، بناءً على الظروف المحيطة بالعقد^(٢).

كما أن النص يشير إلى أهمية النية في تنفيذ الالتزامات، فإن وجود نية حسنة لدى المدين قد يحميه من الفسخ، بينما الإهمال أو سوء النية قد يؤدي إلى نتائج سلبية. وهذا يعكس كيف يلعب الضمان العقدي دوراً في تحديد النتائج القانونية بناءً على سلوك الأطراف ومدى التزامهم بالعقد^(٣).

أما آثار ضمان التعرض والاستحقاق ان الناقل للحق يترتب عليه الالتزام بالضمان التعرض الشخصي تجاه المتعاقد الآخر، فالبائع ملتزم بهذا التعرض للمشتري في انتباذه بالحق المنقول له لكن هذا الالتزام ليس من النظام العام فيمكن التجديده والتحقيق منه^(٤).

إن الدائن بعد بيعه هو المشتري إذ إن البائع يكون ملتزم اتجاهه بعدم التعرض له، كما هو الحال أيضاً في عقود البيع المتتالية، فالمشتري إذا قام ببيع المباع إلى مشتري ثانٍ فإن هذا الأخير يعتبر خلفاً خاصاً للمشتري الأول، ففي ذلك الحال يكون البائع ملزماً بضمان التعرض للمشتري الأول والثاني أيضاً، أمّا بالنسبة إلى الغير كالشفيع بالنسبة إلى العقار المشفوّع، إذ إنّ من آثار الشفعة أن يحل الشفيع محل

(١) د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقى و محمد طه: مصدر سابق، ص ١٨٢-١٨٣.

(٢) المصدر ذاته، ص ١٧٨.

(٣) زهراء سامي عكار: مصدر سابق، ص ١١٨.

(٤) نعم محمد عطية البياتى: ضمان التعرض الشخصي في عقود التملك، رسالة ماجستير غير منشورة، كلية القانون الجامعية المستنصرية، ٢٠٠٦، ص ٦٨.



المشتري في الحقوق، ومنها حقه في ضمان التعرض والاستحقاق، وعلى ضوء ذلك يكون الشفيع دائن للبائع بعد اخذه العقار لأنه حقه في الضمان ينتقل اليه^(١).

ومن آثار الضمان التعرض والاستحقاق هو الاتفاق على التشديد أو التخفيف أو الاعفاء من الضمان، فالاتفاق على تشديد ضمان عدم التعرض وهو قليل الواقع، وفي هذا الاتفاق المشتري يشدد من الضمان القانوني على البائع والبائع يقبل بهذا التشديد بالضمان، وذلك يتم في عبارات واضحة تدل على إرادة المتعاقدين ولا يمكن أن يفسر الشرط لمصلحة من ينتفع به، ومن قبيل الشديد بالضمان كالذى يمنع المشتري البائع من المتاجرة بنفس السلعة المباعة إليه من قبله على نطاق المدينة وليس نطاق الحي فقط، وأيضاً في حال الاتفاق على انه يعتبر العقد مفسوخاً بقوه القانون إذا صدر أي تعرض من البائع^(٢).

أما بالنسبة إلى الاتفاق على تخفيف ضمان عدم التعرض وهو كثير الواقع في الحياة العملية، فالمتعاقدين يمكن لهم أن يتلقوا على التخفيف من ضمان عدم التعرض، لأنه هذه الأحكام ليست من النظام العام، ونرى أن أغلب الفقهاء يؤيدون ذلك الاتفاق مع وضع قيود معينة لضمان صحتها ولتوافر حسن النية عند المدين بالضمان^(٣).

أما بالنسبة إلى اشتراط الإعفاء من ضمان تعرض الشخصي نرى موقف المشرع العراقي لا يسمح بذلك الشرط، وهذا مؤكّد عليه في المادة (٥٥٧) من القانون المدني العراقي التي نصت على أنه (١ - إذا اتفق على عدم الضمان بقي البائع مع ذلك مسؤولاً عن أي استحقاق ينشأ عن فعله ويقع باطلًا كل اتفاق يقضى بغير ذلك، ٢ - أمّا إذا كان استحقاق المبيع قد نشأ من فعل الغير فإنّ البائع يكون مسؤولاً عن رد الثمن فقط) ومن خلال هذا النص نلاحظ المشرع العراقي لا يسمح بالاتفاق على اعفاء من الضمان

(١) نعم محمد عطيه البياتي: مصدر سابق، ص ٧٨-٧٩.

(٢) المصدر ذاته، ص ٨٣-٨٤.

(٣) د. محمود جمال الدين زكي: مشكلات المسؤولية المدنية، ج ٢، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٩ ، ص ١٨٠-١٨١.



الشخصي، وإن كان الاتفاق باطلًا ولكن يصح شرط الاعفاء من الضمان، إذا كان المقصود منه هو ابعاد المسؤولية المدينة عن عمل معين، لكن يجب أن يكون ذلك بعبارات واضحة تدل على نسبة الاعفاء من المسؤولية في حال حدوث ذلك العمل، أما إذا جاء الشرط الاعفاء من المسؤولية بشكل مطلق فيعد ذلك شرطاً باطلًا^(١).

ومن جانبنا نعتقد أن المشرع العراقي هنا قد رسم الفرق بين المسؤولية والضمان وقرر بعلو الضمان على المسؤولية، إذ أنه وإن كان في هذا المورد ليس من النظام العام واجاز الاتفاق على عدمه، ولكن مع ذلك أقر بقاء البائع مسؤولاً عن الاستحقاق الذي يصدر من جانبه وعليه هنا يحول الاتفاق من الضمان إلى مسؤولية عقدية، كذلك الأمر في الفقرة الثانية من المادة(٥٥٧) ذاتها قد حول الاتفاق من الضمان إلى المسؤولية، ولكنها مسؤولية محدود برد الثمن فقط كما هو واضح من صياغة النص

وتتمثل آثار الضمان العشري في أن المقاول يتحمل مسؤولية التهدم الكلي والجزئي خلال فترة عشر سنوات، ويكون ملزماً بتعويض رب العمل عن النفقات الالزمة لصلاح تلك العيوب أو إعادة بناء الأجزاء المنهارة، وفي حال لم تؤدي عمليات الإصلاح أو إعادة البناء إلى معالجة كافة الأضرار، يحق لرب العمل المطالبة بتعويض إضافي عن الأضرار المتبقية، وللمحكمة الحق في اختيار التعويض النقدي أو إعادة الحالة إلى ما كانت عليه، فقرار الخيار يعود للمحكمة، وليس لصاحب العمل أو المقاول، فيمكن أن تقضي المحكمة بتعويض مالي بدلاً من التنفيذ العيني، أو تأمر المهندس أو المقاول بإعادة بناء الجزء المنهدم أو إصلاح العيب، مع تحديد مهلة لإنجاز ذلك، كما يمكنها أن تمنح صاحب العمل إذناً للقيام بالإصلاح على نفقته إذا انقضت المهلة دون تنفيذ، وللمقاول أو رب العمل الحق في أن يتلقا على أن تكون المسؤولية أكثر تشددًا من تلك المنصوص عليها في القانون، بحيث يتحمل المقاول أو المهندس المعماري تبعات التهدم الناتج عن قوة قاهرة أو حادث غير متوقع كما يمكنهما الاتفاق على ضمان

(١) د. علي هادي العبيدي: العقود المسماة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٥ ، ص ١٣١.



سلامة البقاء لفترة تتجاوز عشر سنوات، ويعتبر أي اتفاق يهدف إلى إعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان العشري أو تقليله باطلًا، نظرًا لأن مسؤولية المهندس المعماري والمقاول يعد من الأمور المتعلقة بالنظام العام لا يمكن التخفيف من مسؤولية المهندس المعماري والمقاول، إذ لا يجوز تقليل مدة الضمان العشرية إلى أقل من عشر سنوات، ومع ذلك، يمكن اختصار الضمان إلى مدة أقل إذا كان الطرفان المتعاقدان يرغبان في أن تبقى المنشآت لفترة تقل عن عشر سنوات، لكن مجرد الإشارة إلى تقليل المدة في عقد المقاولة لا يكفي، بل يجب توضيح القصد أو الغرض من تقليل المدة^(١).

ويمكن أن تقضي مسؤولية المهندس أو المقاول إذا ثبت أن سبب التهدم أو العيب يعود إلى عوامل خارجية لا يتحملان مسؤوليتها، مثل القوة القاهرة أو خطأ من صاحب العمل أو شخص آخر لا يتحمل المهندس أو صاحب العمل مسؤوليته، ومع ذلك تظل مسؤولياتهما قائمة إذا كان سبب التهدم أو العيب غير معروف^(٢).

ثانياً- المسئولية عن الإخلال في الضمان العقدي في الشريعة الإسلامية:

إذا توافرت شروط العيب، وأخبر المشتري البائع به في الوقت المناسب، يحق للمشتري المطالبة بالضمان، أما برد المبيع واسترداد ثمنه (فسخ العقد)، أو الاحتفاظ به إذا لم يكن العيب جسيماً، مع المطالبة بالتعويض عن الخسائر الناتجة عن هذا العيب، إذ يحدد الفقهاء في المذاهب الإسلامية ضوابطاً مختلفة لرد المبيع المعيب، فقد اتفق الحنفية، والظاهرية، والزيدية، وبعض الحنابلة على اعتبار العيب ما ينقص الثمن عرفاً بين التجار، سواء أثر ذلك في المنفعة أم لا، أما المالكية، فيختلف لديهم اعتبار العيب باختلاف المبيع ففي المقول، يثبت حق الرد بكل عيب ينقص العين أو المنفعة أو القيمة، أو

(١) د. محمد يوسف الزعبي: العقود المسماة شرح عقد البيع في القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٤، ص ٣٣٣.

(٢) د. سعيد مبارك ود. طه الملا حويش وصاحب عبد الفتلاوي، مصدر سابق، ص ٤٤٨-٤٤٩.



يُخفى عاقبته، صغيراً كان أو كبيراً، إذا جرت العادة على سلامته، أمّا في العقار، فيفترقون بين العيب اليسير والكثير، فالعيب اليسير يوجب دفع قيمة العيب (الأرش)، بينما العيب الكبير، كأن يكون فيه ما يُخفى عاقبته، يوجب الرد، ويضرب مثال على ذلك بيع عقار به عيب يقلّ من قيمته، كأن يكون قد وقعت فيه جريمة قتل، مما يجعله غير مرغوب فيه، وفي حالة سكن المشتري للعقار قبل اكتشاف العيب، فله حق الرد مع احتساب الأجرة أو المنفعة التي حصل عليها، بناءً على مبدأ "الخروج بالضمان"، إذ إن المراد بالخروج هو الدخل أو المنفعة التي يحصل عليها المشتري قبل اكتشافه العيب، وقد استند هذا الحكم إلى حادثة الرجل الذي ابتاع غلاماً، فاستغله ثم وجد فيه عيباً، فرده فقال البائع استغل عدي فقال النبي (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ) الخروج بالضمان، واتفق الشافعية وبعض الحنفية على هذا الرأي ويعرف بعض الفقهاء العيب المعتمد به بأنه ما ينقص عين المبيع أو منفعته أو قيمته نقصاً يمنع تحقيق الغرض من البيع، لكن الرأي الراجح، والذي اتخذه غالبية التشريعات العربية الحديثة، هو ما ذهب إليه المالكية، وهو التفريق بين العيب اليسير الذي لا يوجب الرد، والعيب الجسيم أو الكبير الذي يوجب الرد في حال عدم جسامته عيب العقار المبيع، واختيار المشتري للاستبقاء، مع عدم بلوغ الخسارة درجة الجسامنة، فإنه يحق له المطالبة بالتعويض عن خسارته وفوات كسبه، ويختلف مقدار التعويض بحسب نية البائع ساءت أم حسنت، وفي الفقه الإسلامي، فتعدد آراء متعددة فالحنفية والشافعية يمنعان المشتري من الاستبقاء والمطالبة بالأرش معاً، بل عليه أمّا فسخ العقد أو الإمضاء عليه بالثمن الكامل، معتبرين أن الاستبقاء يدل على الرضا بالعيب، بينما الحنابلة والأمامية (الرأي المشهور) يجيزان للمشتري الاستبقاء والرجوع على البائع بالأرش، أمّا المالكية، فيرون أنه إذا كان العيب يسيراً، فيكون العقد صحيحاً، ويتحقق للمشتري خصم قيمة العيب من الثمن^(١).

(١) د. سيد عبد الله محمد خليل: ضمان العيوب الخفية في بيع العقار دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة كلية الشريعة والقانون جامعة الازهر، المجلد ١٩ ، العدد ٥ ، ٢٠١٧ ، ص ٣٩٨-٣٩٩.



وفي رأينا يعد الرأي القائل بحق المشتري في الاستبقاء مع المطالبة بأرش النقص هو الأنسب، إذ يمنحه خياراً بين الاستبقاء مع التعويض (بخصم من الثمن) وبين الرد.

اما في ضمان التعرض والاستحقاق إذ ينقسم الاستحقاق إلى كلي وجزئي، ففي الاستحقاق الكلي، إذا أثبت المستحق ملكيته للمبيع بالبينة، قضى له به، ولا ينفسم العقد، بل يتوقف على إجازة المستحق فإن أجاز البيع، بقي المبيع للمشتري، ويأخذ المستحق الثمن من البائع، وإن لم يجز المستحق البيع، وأخذ المبيع، انفسخ البيع، ويلتزم البائع برد الثمن للمشتري^(١).

اما عند الشافعية، إذا استحق المبيع كلياً، يرجع المستحق بالثمن كاملاً على البائع، سواء علم بالاستحقاق وقت العقد أم لا، أما إذا استحق المبيع قبل قبضه، فلا حق للمستحق في مطالبة المشتري، وإذا استحق المبيع ببينة أو بتصديق البائع، يرجع المشتري على البائع بالثمن إن كان باقياً، وبديله إن كان تالفاً، أما الملكية إذا لم يتغير اخذ المستحق ورجوع المشتري على البائع، بالثمن، وإذا تغير يجب لاختلاف قيمته أن يرجع بقيمة يوم الشراء، أما الاستحقاق الجزئي بأنه ثبوت ملكية الغير لجزء من المبيع، سواء كان هذا الجزء مفرزاً أو حصة شائعة، إذ إن عند الحنفية، في حالة استحقاق جزء من المبيع قبل القبض، يكون للمشتري خيار فسخ العقد في الجزء المستحق، والاحتفاظ بالباقي، أو فسخ العقد كلياً، أما إذا وقع الاستحقاق بعد قبض المشتري للمبيع كاملاً، فلا خيار له، ويلتزم بالباقي مقابل حصته من الثمن، في الاستحقاق الجزئي، عند الملكية، يرجع المشتري بقيمة الجزء المستحق فقط، وليس له الرجوع بالكامل، أما عند الشافعية، فإن استحقاق جزء من المبيع دون الآخر، يعطى المشتري خيار تفريغ الصفة، بحيث يصح البيع فيما بقي بيده، ويبطل ما استحق، ويرجع البائع بحصة المستحق من الثمن^(٢).

(١) علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكسانري الحنفي: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، لبنان، ج ٥، ط ٤، ١٤٠٦ هـ، ١٩٨٦ م، ص ٢٨٨.

(٢) علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكسانري الحنفي: مصدر سابق، ص ٢٨٨، احمد بخيت محمد حسن: مصدر سابق، ص ٦٥.



وان المقاول ملزم بالضمان فهو ملزم بإنجاز العمل وفق شروط العقد وإذا أخل بالتزامه فجاز لصاحب العمل طلب فسخ العقد في حال إذا تعذر اصلاح العمل، أما إذا كان ممكن اصلاح العمل فيكون لصاحب العمل انذار المقاول بتصحيح العمل خلال المدة المعينة، أما إذا انقضت المدة دون إجراء أي تصحيح فله أن يطلب من القاضي فسخ العقد أو الترخيص له في العهدة لمقاول آخر بإتمام العقد على نفقة المقاول الأول، كذلك إذا أخل المقاول بموضوع التسليم كاملاً في المكان وزمان الواجب تسليمه فيه فيكون لصاحب العمل طلب التنفيذ العيني أو طلب الفسخ مع التعويض في الحالتين بعد اذار المقاول في الحالتين للقاضي تقدير حق الطلب الفسخ والتعويض، وان المقاول ملزم بضمان العمل بعد تسليمه في المقاول يضمن ما ينتج عن فعله من ضرر أو خساره سواء كان بتعديه أو بتقصيره ام لا، لأنه كالأجير المشترك ضامن لما يسلم اليه من أموال الناس إذ يفتري عند الحنفية والمالكية والشافعية بالعمل وفق القاعدة الشرعية كل ما لا يمكن التحرز منه لا ضمان فيه وهو استثناء بمعنى إذ حصل الضرر أو الخسارة لسبب قهري أو ظرف طارئ إلى المقاول و لا سبيل له لدفعه ولا يمكن التحرز عنه ففي هذه الحالة لا ضمان على المقاول^(١).

فال مقاول يضمن إذا تعدى أو خالف شروط العقد، كما يضمن العيوب والاختفاء التي يتسبب فيها ولا يضمن ما كان بسبب رب العمل أو القوى القاهرة ولا يجوز في عقد المقاولة اشتراط نفي الضمان عن المقاول وهذا ما اقره مجمع الفقه الإسلامي^(٢).

(١) ابراهيم شاشو: مصدر سابق، ص ٧٥٨-٧٥٩.

(٢) د. حسام عفانة: المعاملات، عقد المقاولة، مجلد ١٢، ص ٨١.



الفرع الثاني

المسؤولية عن الإخلال بالضمان العقدي في القانون الإنكليزي

إن بند الضمان يحدد المسؤوليات والالتزامات التي يواجهها الطرف إذا أخل في الوفاء بواجباته التعاقدية، ينشأ عن الإخلال بضمان العقد حق مشروع للطرف المتضرر في المطالبة بالتعويضات المالية عن الخسائر التي تکدها نتيجة هذا الإخلال من المهم أن نلاحظ أن الإخلال ببنود الضمان لا تعطي الحق للطرف المتضرر في إنهاء العقد بشكل فوري أو تلقائي وبالتالي، فإن الطرف الذي لم يرتكب أي إخلال في التزاماته لا يمكنه أن يتخذ إجراءات قانونية ضد الطرف الذي أخفق في الوفاء بتلك الالتزامات من أجل المطالبة بالأداء النوعي للعقد، بل يقتصر حقه على المطالبة بالتعويضات فقط، هذا يعني أن التعويضات المالية تمثل الوسيلة القانونية المتوفرة للطرف المتضرر لتعويضه عن الأضرار والخسائر التي لحقت به نتيجة لهذا الإخلال. كما أن هذه القواعد القانونية تسلط الضوء على أهمية الالتزام بالعقود وتوضح العواقب القانونية التي قد تترتب على أي إخلال بها. وبالتالي، فإنها تساهم في تعزيز الثقة بين الأطراف المعنية في المعاملات التعاقدية، مما ينعكس إيجابياً على استقرار العلاقات التجارية والاقتصادية⁽¹⁾.

و تعد مسؤولية الأطراف عن الإخلال بالضمان العقدي في القانون الإنكليزي مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بالتزامها بتنفيذ البنود، يعتمد هذا الالتزام على البنود الواردة في العقد، إذ يعد معيار التنفيذ هو مطابقة

(1) see https://en-m-wikipedia.org.translate.goog/wiki/Breach_of_contract?x_tr_sl=en&x_tr_tl=ar&x_tr_hl=ar&x_tr_pto=tc, 22/6/2025,10:00.



الأداء لمحتوى العقد وفقاً لقاعدة التنفيذ التام في القانون الإنكليزي، يتجاوز التنفيذ الالتزامات الصريحة المذكورة في العقد، ليشمل أيضاً البنود الضمنية التي قد تكون غير محددة بشكل واضح^(١).

في سياق القانون الإنكليزي، يعتبر الإخلال بالعقد ظاهرة قانونية تتجلى في شكلين رئисيين. الأول هو الإخلال الفعلي، الذي يُظهر تأثيراً مباشراً على الهدف الأساسي الذي وضع من أجله العقد، ويعرف أيضاً بالإخلال الكلي. يتطلب هذا النوع من الإخلال تقديم الأدلة التي تثبت أن المدين قد فشل في تنفيذ التزاماته التعاقدية وفقاً للمعايير المحددة سلفاً في نص العقد. علاوة على ذلك، يمكن أيضاً إثبات عدم وجود نية واضحة أو ضمنية من جانب المدين ل القيام بتنفيذ تلك الالتزامات، وهذا ما يُشار إليه بالإخلال المسبق بالعقد، من جهة أخرى، يتعلق بند الضمان بجوانب الحماية القانونية داخل العقود، حيث يُعتبر عنصراً حيوياً يهدف إلى حماية الأطراف من المخاطر التي قد تنشأ نتيجة للإخلال بالعقد. في حال حدوث إخلال، يمكن اعتبار ذلك انتهاكاً لبند الضمان، مما يتيح للطرف المتضرر الحق في المطالبة بالتعويضات التي تتناسب مع الأضرار التي لحقت به. هذه التعويضات قد تشمل الأضرار المباشرة وغير المباشرة، مما يعكس أهمية بند الضمان في تأمين حقوق الأطراف وضمان الالتزام بالعقد^(٢).

(1)The liability of the parties for breach of contractual guarantee in English law is closely linked to their obligation to perform the contract in accordance with its content. This obligation depends on the clauses contained in the contract, where the performance standard is the conformity of performance to the content of the contract. According to the full enforcement rule in English law, enforcement goes beyond the express obligations mentioned in the contract, to also include implied clauses that may not be clearly defined.,see:

- منى نعيم جعاز الشباعي: مضمون العقد دراسة مقارنة مع القانونين الفرنسي والإنكليزي، اطروحة دكتورته، كلية القانون جامعة بغداد، ٢٠١٩، ص.٨٦.

(2)In the context of English law, breach of contract is a legal phenomenon manifested in two main forms. The first is the actual breach, which shows a direct impact on the primary objective for which the contract was set, and is also known as the total breach. This type=



ويعد الإخلال الفعلي هو الشكل الآخر للاخلال، وهو الحالة التي تحدث عندما يقوم أحد الأطراف بانتهاك أو خرق بنود الضمان. يمكن أن يظهر هذا الخرق بطرق متعددة، مثل عدم تنفيذ الالتزام المرتبط بالعقد كما هو متفق عليه، أو تنفيذ الالتزام بطريقة تختلف بشكل ملحوظ عن ما تم التوافق عليه، سواء من حيث الكمية أو النوعية، الجدير بالذكر أن القانون الإنجليزي لا يقوم بتمييز دقيق بين هذه الأنماط المتعددة من الإخلال، بل يطبق نظام التعويض نفسه على كافة الحالات، تتضح المسؤولية الناتجة عن الإخلال من خلال مفهوم الضمان العقدي، حيث يتحمل الطرف الذي أخل بالتزاماته تبعات ذلك الخرق. وهذا يعني أن الطرف الآخر الذي تکبد الأضرار نتيجة لهذا الإخلال يُمکنه المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به نتيجة لهذا الفعل و بالتالي، يوفر النظام القانوني حماية فعالة وملموسة للحقوق التعاقدية، مما يضمن تحقيق العدالة والمساواة بين الأطراف المعنية، ويعزز من الثقة في العلاقات التعاقدية. إن هذه الآلية تسهم في ضمان استقرار المعاملات التجارية، وتأكد على أهمية الالتزام بتنفيذ بنود العقد المتفق عليها^(١).

=of breach requires the submission of evidence proving that the debtor has failed to perform its contractual obligations in accordance with the criteria predetermined in the text of the contract. Moreover, it can also be demonstrated that there is no clear or implied intention on the part of the debtor to carry out the execution of those obligations, which is referred to as a prior breach of contract. On the other hand, the guarantee clause relates to the aspects of legal protection within contracts, as it is considered a vital element aimed at protecting the parties from risks that may arise as a result of breach of contract. In the event of a breach, this can be considered a violation of the warranty clause, giving the injured party the right to claim damages commensurate with the damages suffered. These compensations may include direct and indirect damages, reflecting the importance of the guarantee clause in securing the rights of the parties and ensuring compliance with the contract. See J.W Carter, Breach of contract, the law company limited, sydney, 1984, p3.

(١) نقلًا عن منى نعيم جعاز الشباعي: مصدر سابق، ص ٢١٧.



المطلب الثاني

اثر الضمان العقدي من حيث جبر الضرر

إن الضمان العقدي هو التزام قانوني يلتزم به أحد طيف العقد اتجاه الطرف الآخر فبموجبه يتتعهد بتعويض الطرف الآخر عن أي ضرر ينبع عن عدم تنفيذ العقد أو عن عيوب في الشيء المتعاقد عليه، وان جبر الضرر هو تعويض الطرف المتضرر عن الخسائر التي لحقت فيه نتيجة عدم تنفيذه العقد أو عيوب في المتعاقد عليه، وإن الضمان العقدي أداة مهمة لحماية حقوق الأطراف في العقد ويسهم في جبر الضرر وعلى ضوء ذلك سوف نبين في الفرع الأول من هذا المطلب جبر الضرر عن الضمان العقدي في القانون المدني العراقي والشريعة الإسلامية، وفي الفرع الثاني نبين جبر الضرر عن الإخلال في الضمان العقدي في القانون الإنكليزي.

الفرع الأول

جبر الضرر عن الضمان العقدي في القانون المدني العراقي والشريعة الإسلامية

إن الضرر هو الأذى أو الخسارة المالية التي تلحق الدائن وهو شرط ضروري لاستحقاق التعويض لأن الغرض من هذا التعويض هو جبر الضرر وازالته فإذا انعدم الضرر الذي يدعوه الدائن فلا يبقى مجال للحكم بالتعويض^(١).

ويعد الضرر أحد الأركان الأساسية التي توجب الضمان وإن المشرع العراقي لم يعرف الضرر وإنما تناول صوراً له حيث ترك أمر تعريفه لفقهاء القانون، ومن صور الضرر هو الضرر المادي^(٢)، إذا عرفته

(١) د. منذر الفضل: أحكام الالتزام، ج ٢، مكتبة الثقافة، للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٨، ص ٧٦.

(٢) سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني ، الفعل الضار، المسؤولية المدنية، ج ٢، ط٥، د.م ١٩٩٢ ص ١٣٣، حسن علي الذنون: شرح القانون المدني اصول الالتزام، مصدر سابق، ص ٢٢١؛ أحمد شرف الدين: انتقال الحق في التعويض عن الضرر الجسدي، مطبعة، الحضارة العربية، بغداد، ١٩٨٢، ص ١١.



المادة (٢٠٤) من القانون المدني العراقي التي نصت على (كل تعد يصيب الغير بأي ضرر آخر غير ما ذكر في المواد السابقة يستوجب التعويض).

اما الضرر الأدبي فقد عرفته المادة (٢٠٢) من القانون المدني العراقي التي نصت على انه (كل فعل ضار بالنفس من قتل أو جرح أو ضرب أو أي نوع آخر من أنواع الإيذاء يلزم بالتعويضات من أحدث الضرر).

إن الأثر الذي يترتب على المسؤولية وهو التعويض إذ إن التعويض عن الضمان العقدي في القانون المدني العراقي هو التزام يقع على عاتق المدين لتعويض الدائن عن الاضرار التي لحقت به نتيجة إخلال المدين بالتزاماته التعاقدية ويشمل هذا التعويض جميع الاضرار المادية والمعنوية التي لحقت بالدائن نتيجة هذا الإخلال وإن أنواع التعويض هو قد يكون تعويض اتفاقي أو قضائي فإن التعويض الاتفاقي يعد لضمان تنفيذ الالتزام فهو اتفاق بين أطراف العقد فهو لا ينشأ مستقلاً بل تابع للالتزام اصلي وذلك لضمان تنفيذه^(١).

ويترتب على ذلك عدة خصائص منها انه يعد اتفاق بين طرفي العقد على تقدير التعويض ويتحقق الطرفان مقدماً على مقدار التعويض إذ إن الغاية منه هو الحد من اللجوء إلى القضاء وان التعويض الاتفاقي لا ينشأ مستقلاً بل هو تابع للالتزام اصلي فهو التزاماً ثانوياً، وفي حال الاتفاق عليه يجب أن يشير إلى وجود التزام اصلي يهدف إلى ضمان تنفيذه^(٢).

ويترتب على الصفة التبعية لهذا التعويض نتائج منها عند مطالبه الدائن مدينه بالتنفيذ تكون العبرة بالالتزام اصلي لا التبعي (التعويض الاتفاقي)، فإذا كان التنفيذ العيني للالتزام ممكناً فإن الدائن لا يستطيع مطالبه مدينه الا به ولا يستطيع ان يعرض عليه غيره، مع ذلك يجوز للدائن مطالبه مدينه بدفع

(١) د. عبد المجيد الحكيم, د. عبد الباقى البكري, د. محمد طه البشير, مصدر سابق, ص ٦٢.

(٢) حسام الدين الاهواني: النظرية العامة للالتزام, أحكام الالتزام, ج ٢, دار النهضة العربية, القاهرة, ١٩٩٦, ص ٤١.



التعويض الاتفاقي إذا وافق المدين على ذلك ويجوز للمدين عرض دفع التعويض الاتفاقي إذا قبله الدائن بالرغم من أن التنفيذ العيني للالتزام الأصلي لا يزال ممكناً وكذلك يملك الدائن مطالبه المدين بالتعويض الاتفاقي إذا كان تنفيذ الالتزام مستحيلاً بخطأ المدين ولا يمكنه المطالبة به إذا كانت الاستحالة بسبب اجنبى، ومن النتائج أيضاً التي تترتب على صفة التبعية ان تلحق التعويض الاتفاقي او صاف الالتزام الأصلي من حيث الشروط والاجل، ويترتب أيضاً ان بطلان الالتزام الأصلي يؤدي إلى بطلان الالتزام التبعي و(التعويض الاتفاقي)، وبالعكس فإن بطلان التعويض الاتفاقي لا يؤثر على صحة الالتزام الأصلي لأنه تابع، من النتائج أيضاً التي تترتب على صفة التبعية ان فسخ العقد الأصلي يؤدي إلى سقوط التعويض الاتفاقي و هنا يقتضي وجوب الرجوع إلى القضاء لتنفيذ الالتزام جبراً^(١).

أما التعويض القضائي فيتم تحديده من قبل المحكمة في حالة عدم وجود اتفاق مسبق بين أطراف العقد على التعويض أو في حال وقوع خلاف بين طرفي العقد حول قيمة التعويض الاتفاقي فإنه يجوز للمحكمة ان تخفض قيمة التعويض الاتفاقي أو تزيد بما يتناسب مع الضرر^(٢).

وهذا ما نصت عليه المادة (١٧٠) من القانون المدني العراقي التي نصت على أنه (٢-ولا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا ثبت المدين ان الدائن لم يلحقه أي ضرر ويجوز تخفيضه إذا ثبت المدين ان التقدير كان فادحاً أو ان الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام هذه الفقرة: ٣-اما إذا جاور الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن ان يطالب بأكثر من هذه القيمة الا إذا ثبت ان المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً).

(١) خالد حافظ ياسين: التعويض الاتفاقي في القانون المدني العراقي، بحث، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة ديالى، ٢٠١٨، ص ٩.

(٢) منصور حاتم محسن: العلاقة بين الشرط الجزائي والشرط التعسفي، مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، المجلد ٧، العدد ٤، ٣١/كانون الأول ٢٠١٥، ص ١٦٥.



اما جبر الضرر عن الضمان العقدي في الشريعة الإسلامية فيعتبر التعويض في الفقه الإسلامي موضوعاً مهماً يتناول كيفية تقدير الأضرار التي تلحق بالأفراد أو الممتلكات نتيجة الأفعال الخاطئة، ويستند هذا التقدير إلى قاعدة كلية تعرف بقاعدة ضمان الماليات، والتي تؤكد على ضرورة مراعاة المثلية الكاملة بين الضرر الذي يتعرض له المتضرر والغرض الذي يجب أن يقدم له من قبل المخطئ، إذ يعتبر هذا الغرض تعبيراً عن العدالة والمساواة، ويجب أن يكون متناسقاً مع حجم الضرر الذي وقع، وذلك طالما كانت إمكانية تحقيق هذه المثلية قائمة، بمعنى آخر، يتبعن أن يعوض المتضرر بشكل يعبر عن الأثر السلبي الذي تعرض له، مما يضمن له الحق في استعادة حالته السابقة بقدر الإمكان، أمّا صورة التعويض في الفقه الإسلامي فهي أمّا أن تكون عينية أو نقدية، ويتمثل التعويض العيني في رد الشيء المالي محل الاعتداء نفسه إن كان موجوداً، وعلى حاله لم يتغير^(١).

إن الدليل الذي يثبت صحة هذا القول يأتي من حديث النبي محمد ﷺ قال: «لا يأخذ أحدكم متاع أخيه لاعباً جاداً»، وفي رواية أخرى، قال: «لا يأخذ أحدكم عصا أخيه لاعباً جاداً»، مما يدل على أهمية احترام ممتلكات الآخرين وتجنب أي تصرف قد يؤدي إلى إلحاق الأذى أو الإحراج بهم، ومن هنا يتضح أن من يأخذ متاع أحد من الناس، سواء كان ذلك بقصد اللعب أو الجدية، فإنه يتجاوز حدود الملكية ويصبح ملزماً بإعادته إلى صاحبه، حتى وإن كان ذلك المتاع قد تم أخذه دون وجه حق، فإذا ما حدثت ظروف معينة تمنع من رد الشيء نفسه، كأن يتعرض هذا الشيء للهلاك أو التلف، فإن الواجب في هذه الحالة يتحول إلى رد مثله إذا كان من الأشياء التي تتشابه وتتوفر في السوق بشكل عام، أو رد قيمته إذا كان من الأشياء النادرة أو القييميات^(٢).

(١) إبراهيم بن محمد بن عبدالله بن مفلح الحنبلي أبي اسحاق: المبدع في شرح المقنع، المكتب الإسلامي، ج ٥ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٧٩ ، ص ١٥٤ .

(٢) د. بندر بن طلال المحلاوي: مصدر سابق، ص ١٨٤٧ .



ولنفهم المقصود بالمثيليات، فهي تلك الأشياء التي يمكن العثور على أمثالها في السوق بسهولة ودون تفاوت كبير في القيمة، مثل بعض أنواع السلع الاستهلاكية، أما القيميات، فهي الأشياء التي يصعب إيجاد أمثالها، أو التي توجد ولكن مع وجود تفاوت كبير في الجودة أو القيمة، مثل التحف الفنية النادرة أو الكتب المخطوطية التي تحمل قيمة تاريخية أو ثقافية، أو المنتجات التي لم يعد مصنعاً ينتجها، مما يجعلها فريدة من نوعها، وعندما يتعلق الأمر بالمقارنة بين المثيليات والقيميات لتحديد العوض المناسب عن الشيء نفسه في حالة هلاكه أو تلفه، نجد أن المثيليات تعتبر الخيار الأكثر عدلاً، حيث تجمع بين خصائص الجنس وصفة المالية، وفي حال تعذر الوفاء بالالتزام من خلال رد الشيء نفسه أو من خلال تقديم مثل له، فلا يوجد أي مانع من الوفاء بالقيمة، فهي تؤدي وظيفة مشابهة في تعويض المتضرر وتلتقي مع المثيليات في كونها تحمل صفات مالية توهلها لذلك^(١).

و بالتالي، يتضح لنا من خلال هذا الحديث الشريف وأحكامه المترتبة عليه، أن احترام ممتلكات الآخرين ليس مجرد واجب أخلاقي، بل هو أيضاً أساس من أسس العدالة الاجتماعية والمالية، مما يعزز من روح التعاون والتفاهم بين الأفراد في المجتمع.

الفرع الثاني

جبر الضرر عن الإخلال بالضمان العقدي في القانون الإنكليزي

يعد التعويض تعبيراً واسع الانتشار يستخدم ليس فقط في السياق التعاقدية، يمكن تعريفه بأنه واجب تعويض أي خسارة أو ضرر أو مسؤولية يكدها شخص آخر، أو بدلاً من ذلك حق الطرف المتضرر في المطالبة بتعويض عن خسارته أو ضرره أو مسؤوليته من شخص لديه هذا الواجب". تستخدم بنود التعويض في أعداد كبيرة ومختلفة جداً من العقود التجارية، وكما سيوضح ما يلي، لا يمكن تحديد

(١) د. بندر بن طلال المحلاوي: مصدر سابق، ص ١٨٤٧



المحتوى الدقيق لبنود التعويض بشكل عام، لأن ذلك سيعتمد على صياغة كل عقد على حدة، من المهم أن نضع في اعتبارناً أن آثار هذه لا تحدد البنود بناءً على تسمية "بند التعويض"، ولكن بناءً على الصياغة التعاقدية نفسها، تظهر دراسة النظرية والممارسة التعاقدية أنه يمكن تصنيف بنود التعويض إلى ثلاث فئات رئيسية، بناءً على المسؤولية التي يغطيها البند، وتتجدر الإشارة إلى أن بند التعويض قد يغطي فئة واحدة، أو حتى جميع، هذه الفئات، اعتماداً على الصياغة الدقيقة للبند. الغرض من هذا التقسيم هو إعطاء نظرة عامة على كيفية توزيع المسؤولية لبند التعويض. ومع ذلك، لم يتم استخدام هذا التقسيم من قبل المحاكم الإنجليزية أو النرويجية، وبالتالي ليس له أي عواقب قانونية^(١).

ان التعويض التعاقدى يتم تحديد نطاقه من خلال شروط العقد، إذ لا يعد التعويض فقط الوفاء بالمسؤولية وإنما هو نتيجة السلوك الذي يعد مخالفًا للقانون إذا كان ذلك منصوصًا عليه في العقد بشكل لا لبس فيه إذ انه يتم دفع التعويض بتسوية أو حكم على أساس مسؤوليته الخاصة إذا كان شروط التعويض منصوص عليها في العقد بشكل واضح في العقد إذا ان اتفاقات التعويض أو بنود الاحتفاظ تحول المخاطر أو التكاليف المحتملة من طرف إلى آخر إذا يلتزم أحد طرفي العقد بدفع التكاليف والنفقات إلى الطرف الآخر في حالة نشوء ظروف محددة غالباً ما تكون مطالبة أو نزاع مع طرف ثالث في العقد مقاوض عليه ويكون الاتفاق على التعويض في المثلثات والضمادات أو في الوعود ينبغي التفاوض عليه بشكل واسع^(٢).

وعرف جانب من الفقه الإنكليزي جبر الضرر بأنه التعويض عن الإخلال بالعقد نتيجة الضرر الذي يتعرض له أحد أطراف العقد نتيجة إخلال الطرف الثاني بالعقد، كما عرفه فقيه آخر بأنه تعويض

(1)see,https://www.jus.uio.no/ifp/english/research/projects/anglo/essays/bjerketveit_abstract.pdf,30/2/2025,3:30.

(2)see,<https://pro.bloomberglaw.com/insights/transactions/indegnification-clauses-in-contracts/#whatis,2/3/2025.3:44>



عن الضرر الذي يتعرض له الطرف المتضرر من الإخلال بالعقد وان التعويض عن الإخلال بالضمان العقدي يكون على نوعين هي أّما ان تكون تعويضات غير محددة أو مقدمة مسبقاً وهنا تتولى المحكمة تقديرها بما يتناسب مع الضرر الذي تعرض له المتضرر أو تكون تعويضات مقدمة مسبقاً ومتفق عليها بمقتضى شرط يعرف بشرط التعويض الاتفاقي وعندما يتم خرق الضمان فإن التدابير القانونية المتاحة للطرف الغير مخل هي المطالبة بالتعويضات وتهدف هذه التعويضات إلى تغطيه أي خساره ناتجه عن الإخلال بالضمان وليس إنهاء العقد^(١).

و يفرض التعويض التزاماً تعاقدياً صريحاً على أحد الطرفين لتعويض الطرف الآخر عن خساره أو ضرر محدد إذ يسعى أحد أطراف العقد إلى الحفاظ على حقه في المطالبة بالتعويض عن الاضرار على أساس تعاقدي وكذلك المطالبة بالتعويضات عن خرق الضمان على أساس التعويض وهذا يعني انه إذا كان الضمان غير صريح أو مظلل فينبغي على البائع دفع المبلغ اللازم لوضع المشتري في الوضع الذي

(1) Part of English jurisprudence defined compensation for damage as compensation for the breach of contract as a result of the damage suffered by one of the parties to the contract as a result of the second party's breach of the contract. Another jurist also defined it as compensation for the damage suffered by the affected party from the breach of the contract, and that the compensation for the breach of the contractual guarantee is of two-types, either to be unspecified or pre-estimated damages. Here the court assesses it in proportion to the damage suffered by the victim, or the compensations are pre-estimated and agreed under a condition known as the contractual compensation condition. When the guarantee is breached, the legal measures available to the non-infringing party are the claim compensation. These compensations aim to cover any loss resulting from the breach of the guarantee, not the termination of the contract, see, <https://share.google/chLO0pbXaYhg9cLDx>, 9/7/2025, 2:02.



كان سيكون فيه إذا كان الضمان دقيقاً واي خساره يتکبدها المشتري نتيجة كون الضمان غير دقيق أو مظلل^(١).

و ان التعويض عن الإخلال بالضمان العقدي في القانون الإنكليزي يأخذ أحياناً صورة التقدير المسبق لمبلغ نceği متفقاً لجبر الضرر والخسائر التي يمكن أن يتعرض لها المتضرر^(٢).

والقاعدة العامة في قانون الأحكام العامة الإنكليزي هي ان الغاية من التعويض عن الإخلال بالضمان العقدي هو حماية المصلحة في التنفيذ أي تنفيذ العقد^(٣).

(1) Compensation imposes an explicit contractual obligation on one party to compensate the other party for a specific loss or damage, as one of the parties to the contract seeks to preserve its right to claim compensation for damages on a contractual basis, as well as to claim compensation for the breach of the guarantee on the basis of compensation. This means that if the guarantee is not explicit or dark, the seller must pay the necessary amount to put the buyer in the situation in which he will be if the warranty is accurate and any loss incurred by the buyer as a result of the warranty is not accurate or shaded, see, <https://www.charlesrussellspeechlys.com/en/insights/expert-insights/litigation--dispute-resolution/2021/warranties-on-an-indemnity-basis-a-question-of-damages/>, 7/7/2025, 6:06.

(2) Compensation for breach of contractual warranty in English law sometimes takes the form of a pre-estimate of a previously agreed-upon monetary sum to compensate for the damage and losses that the injured party may be exposed to, see, Ewan Mckendrick. Contract Law Text Cases Oxford University Press.2012 . P. 438.

(3) The general rule in English common law is that the purpose of compensation for breach of contractual warranty is to protect the interest in execution, i.e. the implementation of the contract, see, Jack Beatson. Andrew Burrows and John Cartwright. Ansons' Law of Contract. 29th Edition. Oxford University press. 2020. P. 9.



من الجدير بالذكر فقد منع القضاء الإنكليزي الجمع بين التعويضات عن خسائر التوقع أو الخسائر المتوقعة وبين خسائر الاعتماد وهو ما تبنته المحكمة في حكمها الصادر في قضية Cullinane V B

(Manufacturing Co Ltd(1954) 1QB 292، Rema, British)

القضية قام المدعي (Cullinane) بشراء ماكينة تفتيت الأحجار من شركة Rema, British يعني اسم الشركة وقد احتوى العقد (عقد البيع) على ضمان من الشركة المصنعة يضمن عمل الماكينة بمعدل ستة أطنان في الساعة الواحدة إلا أنه وبعد تشغيل الماكينة تبين أن سعة الماكينة لا تتجاوز طنين في الساعة الواحدة فأقام المشتري دعوى وطالبه بالتعويض وادعى أن من حقه الحصول على التعويضات التي يمكن أن تنفعه في الوضع الذي سيكون فيه لو تم تنفيذ العقد تنفيذاً كاملاً حيث طالبه بالتعويض عن النفقات والتكاليف الخاصة بشراء الماكينة والتعويض الثاني الذي طالب به هو التعويض عن الخسائر اللاحقة في المنافع وأيضاً طالبه في التعويض عن الكسب الفائت في السنوات الثلاثة الأولى من عمل الماكينة واصدرت المحكمة حكمها بأن المدعي لا يمكنه ان يطالب بجميع هذه التعويضات وعليه ان يختار بين مطالبته بالتعويض عن النفقات والتكاليف أو اختيار التعويض عن الخسائر اللاحقة في المنافع والكسب الفائت لأن كل تعويض من هذين التعويضتين يعد بديلاً عن الآخر ولا يمكن الجمع بينهما⁽¹⁾.

(1) It is worth noting that English law prohibits combining compensation for losses of expectation or anticipated losses with losses of reliance, which was adopted by the court in its ruling in Cullinane v British, Rema, Manufacturing Co. Ltd. (1954) 1QB 292. The plaintiff (Cullinane) purchased a stone crushing machine from British Rema, the name of the company. The contract (the contract of sale) included a warranty from the manufacturer guaranteeing that the machine would operate at a rate of six tons per hour. However, after the machine was put into operation, it became clear that its capacity did not exceed two tons per hour. The buyer filed a lawsuit demanding compensation, claiming that he was entitled to compensation that would benefit him in the situation he would be in had the contract been fully implemented. He demanded compensation for the expenses and costs of purchasing the machine. The second compensation he demanded=



اما التنفيذ العيني من المفاهيم المهمة في القانون الانكليزي، ويشير بشكل عام إلى كيفية تنفيذ العقود بشكل مباشر، يتم ذلك من خلال الحصول على حكم من المحكمة يلزم الطرف الآخر بتنفيذ التزاماته المحددة في العقد، ويعتمد هذا النوع من التنفيذ على مبادئ العدالة، إذ يجب أن يكون التعويض غير مناسب كشرط أساسى للتنفيذ العيني، من الضروري أن يكون المدعى قد التزم بالعقد ولم يرتكب أي إخلال به إذا كان العقد يحتوى على التزامات متبادلة، فلا يمكن الحكم بالتنفيذ العيني إذا كان المدعى قد خالف التزاماته ولم يظهر استعداده لتنفيذها في المستقبل، بمعنى آخر، يجب أن يكون سلوك طالب التنفيذ العيني سليماً كما يشترط أن تكون هناك تبادلية في الالتزامات، حيث لا يمكن أن تكون الالتزامات بلا مقابل، مثل العقود التي تشمل هدايا. بالإضافة إلى ذلك، إذا كان العقد بين قاصر وبالغ، فقد يفتقر إلى التبادل المطلوب^(١).

هناك استثناءات لقواعد التنفيذ العيني لا يمكن الحكم بالتنفيذ العيني في بعض أنواع العقود، مثل عقود العمل الشخصية أو العقود التي تتطلب إشرافاً مستمراً من المحكمة إذا امتنع أحد الأطراف عن تنفيذ التزاماته، يمكن رفع دعوى للمطالبة بتعويض مالي، والذي يعرف بالتعويض النقدي، وهو مبلغ يدفع تعويض عن الأضرار^(٢).

=was compensation for subsequent loss of profits. The plaintiff claimed compensation for lost profits in the first three years of the business, and the court ruled that the plaintiff could not claim all of this compensation, and he had to choose between claiming compensation for expenses and costs or choosing compensation for subsequent losses in benefits and lost profits, because each of these two compensations is an alternative to the other and they cannot be combined, see, Paul Richards. Law of Contract. Fourth Edition. Financial Times, pitman Publishing , 1999.p.30.

(١) منى نعيم جعاز الشياعي: مصدر سابق، ص ٢٣٣-٢٣٤.

(2) There are exceptions to the rules of in-kind execution. Execution in kind cannot be judged in some types of contracts, such as personal labour contracts or contracts that require continuous supervision from the court. If one of the parties refrains from fulfilling its=



و يظهر التعويض النقدي في القانون الإنكليزي في صورتين: الأولى هي التعويض النقدي غير المحدد، الذي يتم تحديده من قبل المحكمة، والثانية هي التعويض النقدي المحدد وفقاً للاتفاق، يحق للدائن المطالبة بتنفيذ الالتزامات التي تعهد بها المدين، حيث قدم الدائن مقابلًا قانونياً لذلك. إذا امتنع المدين عن التنفيذ كلياً أو قام بتنفيذه جزئياً، فإن هذا لا يخول الدائن الحق في إلغاء العقد أو فسخه بإرادته المنفردة، دون الإخلال بحقه في المطالبة بالتعويض كإجراء قانوني تكميلي. ومع ذلك، ليس كل إخلال يستدعي الفسخ، حيث استقر القضاء الإنجليزي على أن الفسخ يعتبر ممكناً فقط في نوعين من الحالات: إلغاء العقد من قبل أحد المتعاقدين والتحل منه بإرادة منفردة قبل بدء التنفيذ أو قبل اكتماله، وتُعرف هذه الحالة بإنكار وجود العقد، أو إذا أخل أحد المتعاقدين بالعقد إخلاً جوهرياً^(١).

اذ يجوز للدائن أن يقبل الإخلال بالعقد أو يرفضه. وقبول الإخلال يعني أن الطرف المتضرر من هذا الإخلال يمكنه اتخاذ إجراءات مثل رفع دعوى أو إرسال إشعار للطرف المخل، ومن ثم التصرف بناءً على ذلك. ويترتب على قبول الإخلال ثلاثة نتائج: أولاً، يُعفى الطرف المتضرر من تنفيذ التزاماته. ثانياً، يُعفى الطرف المخل من التنفيذ العيني، ويكون ملزماً فقط بالتعويض. ثالثاً، يمنح قبول الإخلال الطرف المتضرر الحق في مقاضاة الطرف المخل على التعويض فوراً، دون الحاجة إلى انتظار تنفيذ الالتزام المخل به، و من ناحية أخرى، يمكن للدائن أن يرفض الإخلال، مما يعني استمراره في تنفيذ التزاماته. ويحق له رفض القبول كسبب لفسخ العقد، خاصة إذا كان بقاء العقد يعود عليه بفائدة أكبر من فسخه. وفي هذه الحالة، يتحمل الدائن مخاطر الأحداث الطارئة التي قد تعيق تنفيذ التزاماته بموجب العقد. وينتج عن ذلك نتيجتان: الأولى، يبقى كل طرف ملتزماً بالتزاماته التعاقدية، الثانية، يخسر الطرف الذي اختار

=obligations, a lawsuit can be filed for financial compensation, which is known as monetary compensation, which is an amount paid as compensation for damages., see:F.R. Davies,Contact, 3rd edition, Sweet& Maxwell, London, 1977,p223

(١) منى نعيم جعاز الشيعي: مصدر سابق، ص ٢٣٦.



التمسك بالعقد حقه في الفسخ، دون أن يؤثر ذلك على حقه في المطالبة بالتعويض. وإذا أخل الطرف الذي اختار التمسك بالعقد بالتزاماته، يحق للطرف الآخر رفع دعوى للتعويض أو المطالبة بالتنفيذ العيني^(١).

(1) The creditor may accept or reject the breach of contract. Acceptance of the breach means that the party affected by this breach can take measures such as filing a lawsuit or sending a notice to the breaching party, and then act accordingly. The acceptance of the breach has three consequences: First, the injured party is exempted from the fulfilment of its obligations. Second, the breaching party shall be exempted from in-kind execution, and shall be obliged only to compensate. Third, acceptance of the breach gives the injured party the right to prosecute the party in breach of compensation immediately, without having to wait for the implementation of the breached obligation. On the other hand, the creditor can refuse the breach, which means that it continues to fulfil its obligations. He has the right to refuse to accept as a reason for the termination of the contract, especially if the survival of the contract benefits him more than its termination. In this case, the creditor bears the risk of contingent events that may hinder the fulfilment of its obligations under the contract. This results in two results: First, each party remains committed to its contractual obligations. Second, the party that chose to adhere to the contract loses its right to termination, without affecting its right to claim compensation. If the party that chooses to comply with the contract violates its obligations, the other party has the right to file a claim for compensation or claim for in-kind execution.see, Treitel, An outline of the law of contract, 3nd exition, butterworths, London,1979, p305-306.

الخاتمة



الخاتمة

توصلت الدراسة إلى مجموعة من النتائج ومقترنات تمثلت بالاتي:

اولاً- النتائج:

- ١ - أن المشرع العراقي لم يعرف الضمان بشكل واضح وصريح ولكن كرر ذكره في النصوص الخاصة بالقانون المدني.
- ٢ - نظمت المواد (١٦٨-١٧٦) من القانون المدني العراقي المسؤلية المدنية (الضمان العقدي)
- ٣ - عرف الفقهاء الضمان تعريف بعده ومنها بأنه الالتزام بتعويض الغير عن الاضرار التي قد تلحق بهم سواء كانت تتعلق بتلف الأموال أو فقدان المنافع أو الاضرار الجزئية أو الكلية التي تصيب الأفراد.
- ٤ - إن القانون المدني العراقي نجد فيه توسيعاً في مفهوم الضمان حيث وضع القانون شروطاً وأحكاماً خاصة لكل حالة.
- ٥ - إن مجلة الأحكام العدلية قد عرفت الضمان العقدي في المادة (٤١٦) على أنه إعطاء مثل الشيء ان كان من المثلثات وقيمية ان كانت من القيميات.
- ٦ - إن ضمان العقد لا يكون إلا في عقود المعاوضة المالية.
- ٧ - في الشريعة الإسلامية يستعمل الفقهاء للضمان عدة مصطلحات ومنها العهدة العقدية أو ضمان العهدة وضمان البيع وضمان الدرك.
- ٨ - في القانون الإنجليزي يميز الشرط عن الضمان إذ إن الشرط في حال خرقه يحق للطرف الآخر إنهاء العقد والمطالبة بالتعويضات، أما الضمان ففي حال خرقه يقتصر على التعويض المالي فقط دون إمكانية إنهاء العلاقة التعاقدية.



- ٩- إن القانون المدني العراقي والشريعة الإسلامية يختلفان عن الضمان في القانون الإنكليزي، إذ إن الضمان في القانون المدني العراقي والشريعة الإسلامية يقابلان المسؤولية العقدية، أمّا الضمان في القانون الإنكليزي في إطار العقد ، هو بند من بنود العقد.
- ١٠- إن العيب الخفي في القانون المدني العراقي له معياران وهمما معيار نقص القيمة ومعيار تقويت غرض المتعاقد.
- ١١- إن البائع لا يضمن العيب في المبيع الا إذ توفرت الشروط الازمه فيه.
- ١٢- إن البائع لا يضمن المبيع إذا كان عييه ظاهر.
- ١٣- يشترط في ضمان التعرض والاستحقاق في القانون المدني العراقي بالرجوع على البائع توفر عدة شروط ومنها أن يكون التعرض قانونياً وليس مادياً.
- ١٤- إن المشرع العراقي وضع الضمان العشري وذلك بسبب لأنه الكثير من اصحاب العمل يفتقرن إلى المعرفة الكافية في مجالات الهندسة المعمارية واسس البناء.
- ١٥- تبدأ فترة الضمان العشري في القانون المدني العراقي من تاريخ قبول العمل والذي يتمثل في اقراره بأنه يتواافق مع تم الاتفاق عليه في محضر القبول واذ لم يوجد محضر فتبدأ المدة من تاريخ تسلم البناء ويعتبر ذلك موافقة ضمنية من رب العمل على البناء،
- ١٦- في القانون المدني العراقي مدة الضمان العشري تنتقل مع نقل الملكية دون الحاجة إلى وجود نص صريح.
- ١٧- يطلق على العيب الخفي في الشريعة الإسلامية بخيار العيب.
- ١٨- يتميز القانون الإنكليزي بنظامه الفريد في معالجة الضمانات العقدية إذ يعتمد على مبادئ التعويض و التعهدات العقدية التي تعكس التوازن بين حقوق والتزامات الأطراف.



١٩ - من آثار الضمان في القانون المدني العراقي في العيوب الخفية هو الفسخ أو التنفيذ العيني أو انقاص الاجرة وفي جميع الاحوال يمكن له ان يطالب بالتعويض عما اصابه من ضرر من العيب الخفي.

٢٠ - من آثار الضمان العشري في القانون المدني العراقي هو ان المقاول أو المهندس المعماري ملزم بالتعويض أو الاصلاح العيب أو اعادة البناء الجزء المنهدمة واذا تعذر ذلك فهو ملزم بالتعويض عن الاضرار التي اصابة رب العمل.

ثانياً - المقترنات:

بعده هذه الدراسة في الضمان العقدي وبعد التوصل إلى مجموعة من النتائج أعلاه نقترح على المشرع الآتي:

- ١ - نقترح على المشرع التشديد في آثار الضمانات العقدية.
- ٢ - نقترح على المشرع العراقي ان يرد بنص صريح على الالتزامات العقدية الضمنية في القانون المدني او على مستوى النصوص الوارد العقود المسماة كما هو الحال في القانون الإنكليزي.
- ٣ - نقترح على المشرع العراقي ان يمنح أطراف العقد الفسخ في جميع العقود إذا نفذت بشكل معيب.
- ٤ - نقترح على المشرع العراقي الاخذ بالتعويضات عن الاضرار الغير مالية او ما يعرف بالتعويض عن الضرر الأدبي او المعنوي ضمن نطاق المسؤولية العقدية الناشئة عن الإخلال بالعقد وعدم الاقصار عليها في نطاق المسؤولية عن العمل الغير مشروع وعليه فأنتا نقترح النص الآتي (لا يقتصر التعويض عن الضرر الأدبي العمل الغير مشروع ولكن يشمل ايضاً الإخلال بالعقد إذا ترتب عليه خيبة امل الطرف المتضرر وتعرضه إلى القلق النفسي أو الاجهاد الذهني أو فقد السمعة التجارية أو غيرها من الجوانب الاعتبارية ذات المساس به).



- ٥- يعتبر موضوع ضمان العيوب الخفية من اهم المواضيع التي لها اهتمام كبير من جانب الشعوبمنذ امد بعيد إذ يوجد في كل العقود التزام بالضمان يختلف مضمونه من عقد لأخر لذا نقترح علىالمشرع العراقي ان ينظم أحكامه في القانون الخاص الالتزامات بدلاً من النص عليه في العقود.
- ٦- نقترح على المشرع العراقي ادراج نص يعالج فيه مما يلزم على البائع رده في الاحوال التي يطلب فيها المشتري رد المبيع بسبب العيب إذ إن المشرع العراقي اعتمد على حكم المذاهب الإسلامية وهذايعد نقص يجب الالتفات اليه ومعالجته.

المصادر

العربية والاجنبية



المصادر العربية والاجنبية

أولاًً - القرآن الكريم.

ثانياً - المعاجم اللغوية:

١- محمد بن يعقوب الفيروز ابادي: القاموس المحيط، مؤسسه الرساله، ط٦، ١٩٩٨.

ثالثاً - كتب الفقه الاسلامي:

١- ابراهيم بن محمد بن عبدالله بن مفلح الحنفي ابى اسحاق: المبدع في شرح المقنع، المكتب الإسلاميّ،

، ج٥، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٧٩.

٢- د. احمد موافي: الضرر في الفقه الإسلاميّ، دار ابن عفان للنشر والتوزيع السعودية ، ١٩٩٨.

٣- ابن رجب الحافظ و ابو الفرج عبد الرحمن: القواعد في الفقه الإسلاميّ ، مطبعة الصدق الخيرية ،

القاهرة ١٩٧٢.

٤- السيد ابو القاسم الخوئي(قدس): محاضرات في الفقه الجعفري، مؤسسة دائرة معارف الفقه الإسلاميّ،

ج٤، هـ١٤٣٧، م٢٠١٦.

٥- النوري: روضة الطالبين، ج٣.

٦- د. جابر محجوب : ضمان سلامة المستهلك من أضرار المنتجات الصناعية المبيعة، دار النهضة

العربية، القاهرة، بدون سنة طبع.

٧- عبد الله الطيار: كتاب الفقه الميسر، ج١٠، مدار الوطن للنشر ، الرياض ، ٢٠١٣.

٨- علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكسانوي الحنفي: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب

العلمية، لبنان، ج٥، ط٤، هـ١٤٠٦، م١٩٨٦، ج١.

٩- د. علي الخيفي: الضمان في الفقه الإسلاميّ، القاهرة، دار الفكر العربي ، ٢٠٠٠.



١٠- د. علي عبد الحكيم الصافي: الضمان في الفقه الإسلامي، مركز الدراسات العلمية، طهران،

.٢٠١٠

١١- كتاب الضمان: مناهج الصالحين جزء ٢ ، الطبعة المصححة ١٤٤٥هـ،موقع مكتب سماحه المرجع

الدينی ایه الله السيد علی الحسینی السیستانی (دام ظله).

١٢- محمد الصدر(قدس سره): الصراحة القويم رسالة في الأحكام العلمية العيادات والمعاملات، ط٤،

النجف الاشرف، ٢٤/ربيع الثاني/١٤١١.

١٣- محمد امين عابدين: رد المحتاج على الدر المختار، شرح تنویر الابصار، ج١٠، ط٢، دار الفكر،

سوريا، ١٩٦٦.

١٤- محمد بن احمد القرطبي: بداية المجتهد ونهاية المقتضى، ج٢،دار الفكر، سوريا، ٢٠٠٩.

١٥- محمد بن رشيد الحفيد: بداية المجتهد ونهاية المقتضى، ج٢، ط٨، دار المعرفة، بيروت، ١٩٨٦.

١٦- محمد قدری باشا: كتاب مرشد الحیران إلى معرفة احوال الانسان في المعاملات الشرعية، ط٢،

المطبعة الاميرية ، بولاق ، ١٨٩١.

رابعاً- الكتب القانونية:

١- أحمد شرف الدين: انتقال الحق في التعويض عن الضرر الجسيمي، مطبعة، الحضارة العربية،

بغداد، ١٩٨٢.

٢- د. احمد محمد داود: احكام العقد في الفقه الاسلامي والقانون المدني، ج١، ٢٠١١.

٣- حسام الدين الاهواني: النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، ج٢، دار النهضة العربية، القاهرة،

١٩٩٦م.

٤- د. توفيق حسن فرج: الاصول العامة للقانون، ط٣ ، الدار الجامعية، ، بيروت،

.١٩٨٨



- ٥- د. جبار صابر طه: اقامة المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع على عنصر الضرر ،
مطبعة جامعة الموصل ، الموصل، ١٩٨٤ .
- ٦- د. جعفر الفضلي: الوجيز في العقود المدنية، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، ٢٠٠٧ .
- ٧- د. حسن علي الذنون : شرح القانون المدني اصول الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٠ .
- ٨- _____: شرح القانون المدني العراقي الحقوق العينية الاصلية، شركة الرابطة للطبع والنشر المحدودة، بغداد، ١٩٥٤ .
- ٩- _____ ود. محمد سعيد الروح: الوجيز في النظرية العامة للالتزام، دار وائل للنشر
والتوزيع،الأردن، ٢٠٠٢ .
- ١٠- د. حسين عامر: المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، مطبعة مصر، القاهرة ، ١٩٥٦ .
- ١١- د. رضا متولي وهدان: الوجيز في المسؤولية المدنية(الضمان)، مصر، دار الفكر والقانون، ط١،
٢٠١١ .
- ١٢- د. رمضان محمد ابو السعود: العقود المسممة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، ٢٠١٠ .
- ١٣- د. سعيد سليمان جبر: العقود المسممة البيع والايجار ، ط١، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧ .
- ١٤- د. سعيد مبارك و د. صاحب عبيد الفتلاوي و د.طه الملا حويش: الموجز في العقود المسممة،
دار السنهروري، بيروت، ٢٠١٥ .
- ١٥- د. سليمان مرقس: شرح القانون المدني العقود المسممة عقد البيع، ط٤، عالم الكتب، القاهرة،
١٩٨٠ .
- ١٦- _____: الوافي في شرح القانون المدني ، الفعل الضار، المسؤولية المدنية،
ج٢، ط٥، د.م، ١٩٩٢ .
- ١٧- د. طارق عجیل: الوسيط في عقد المقاولة، مكتبة السنهروري، بغداد، ٢٠١٦ .



- ١٨- د. ضمير حسين ناصر المعموري : منفعة العقد والعيب الخفي دراسة مقارنة، منشورات الحلبي،
ببيروت، ٢٠٠٩.
- ١٩- د. عادل محمد خير: عقود البيع الدولية للبضائع من خلال اتفاقية فيينا، دار النهضة العربية، القاهرة،
١٩٩٤.
- ٢٠- د. عبد الباقي البكري: شرح القانون المدني تفاصيل الالتزام، ج ٣، مطبعة الزهراء، بغداد، ١٩٧١.
- ٢١- د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، منشأة المعارف، الاسكندرية، مجلد ١،
ج ٧، ١٩٧٧.
- ٢٢- _____: الوسيط في شرح القانون المدني، ج ١، ط ٣، دار النهضة العربية،
القاهرة، ١٩٨١.
- ٢٣- د. عبد المجيد الحكيم ود. عبد الباقي البكري ود. محمد طه الشير: الوجيز في نظرية الالتزام في
القانون المدني مصادر الالتزام، ج ١ ، شركة العاتق ، القاهرة، د.ت
- ٢٤- د. عزيز الخفاجي: الخيارات القانونية واثرها في العقود المدنية مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الكتب
القانونية، القاهرة، ٢٠١١.
- ٢٥- د. علي هادي العبيدي: العقود المسماة، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٥ .
- ٢٦- د. غني حسون طة: الوجيز في العقود المسماة، عقد البيع، ج ١، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٦٩
. ١٩٧٠.
- ٢٧- د. محمد سليمان الاحمد: المدخل لدراسة الضمان دراسة تحليلية مقارنة. عمان، الاردن، دار مكتبة
الحامد، ط ١، ٢٠٠٢.



٢٨ - : كسب الملكية بضمان ضرر المال، القاهرة، دار النهضة

. ٢٠٠٥ . العربية

٢٩ - محمد صبري السعدي : الواضح في شرح القانون المدني النظري العامه للالتزامات أحكام الالتزام،

دراسه مقارنه في القوانين العربيه، دار الهدى، الجزائر، ٢٠١٠.

٣٠ - د. محمد عبد الظاهر حسين: العقود المسممة عقد البيع، ٢٠٠٧-٢٠٠٨.

٣١ - د. محمد نجدات المحمد: ضمان العقد في الفقه الإسلامي، دمشق ، دار المكتبي ، ط١ ، ٢٠٠٧ .

٣٢ - د. محمد يوسف الزعبي: العقود المسممة شرح عقد البيع في القانون المدني، دار الثقافة للنشر

والتوزيع، عمان ، ٢٠٠٤ .

٣٣ - د. محمود جمال الدين ركي: مشكلات المسؤولية المدنية، ج٢،دار النهضة العربية ، القاهرة،

. ١٩٧٩

٣٤ - د. محمود عبد الرحمن محمد: الوجيز في عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧.

٣٥ - د. منذر الفضل: أحكام الالتزام، ج٢ ، مكتبة الثقافة، للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٨ .

٣٦ - د. نبيل ابراهيم سعد: العقود المسممة البيع، ج١ ، دار النهضة العربية، بيروت ، ١٩٩٧ .

٣٧ - د. نسرين سلامه : التزام البائع بالتسليم و المطابقه ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ،

. ٢٠١١ .م.

٣٨ - د. وهبة الزحيلي: نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، دمشق،

. ١٩٩٨ . دار الفكر،

٣٩ - د. ياسر احمد بدر احمد: أحكام الكفالة والضمان وقضاياها المعاصرة دراسة فقهيه مقارنه، اقتصاد

الإسلامي، بلا مكان الطبع والنشر ، ٢٠٠٩ .م.



- ٤- د. يونس صلاح الدين علي: الوجيز في شرح قانون العقد الإنكليزي، منشورات زين الحقوقية،
بيروت، ٢٠٢٤.

خامساً- الرسائل والإطارات:

- ١- د. ايمان ابو العيال: فكرة ضمان العقد في الفقه الإسلامي، مجلد ١، جامع الكتب الإسلامية، كلية
الحقوق جامعه دمشق.
- ٢- باسل محمد يوسف قبها: التعويض عن الضرر الأدبي دراسة مقارنة ، جامعة النجاح الوطنية، نابلس،
فلسطين، ٢٠٠٩.
- ٣- خالد علي جابر المري: المسؤولية المدنية للفريق الطبي بين الشريعة الإسلامية والقانون الكويتي،
جامعة الشرق الأوسط، ٢٠١٣.
- ٤- خالد حافظ ياسين: التعويض الاتقاني في القانون المدني العراقي، رسالة ماجستير، كلية القانون
والعلوم السياسية، جامعة ديالى، ٢٠١٨.
- ٥- زهراء سامي عكار: أثر العيب الخفي في عقد الایجار، رسالة ماجستير، كلية القانون والعلوم
السياسية الجامعة العراقية، ٢٠٣٢.
- ٦- د. عبد القادر محمد اقصاصي: ضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع دراسة مقارنة، رسالة
ماجستير في كلية القانون جامعة بابل، ١٩٩٩.
- ٧- منى نعيم جعاز الشياعي: مضمون العقد دراسة مقارنة مع القانونين الفرنسي والإنكليزي، اطروحة
دكتوراه، كلية القانون جامعة البصرة، ٢٠١٩.
- ٨- نغم محمد عطيه البياتي: ضمان التعرض الشخصي في عقود التمليلك، رسالة ماجستير غير منشورة،
كلية القانون الجامعة المستنصرية، ٢٠٠٦.



سادساً - المصادر الأجنبية:

- 1- J.w carter. Breach of contract. th law company liliated. Sydney. 1984.
- 2- Treitel. An outline of the law of contract. 3nd exition. butterworths. London. 1979.
- 3- cart prden tollhurst. contract law in Australia. 5thed.
- 4- F.R. Davies. Contact. 3rd edition. Sweet& Maxwell. London. 1977.
- 5- paul Dobson. ch arleswor th s busin esslaw. sixteen hesitation. London. sweet Maxwell. 1997.
- 6- Geoff Monahan. david barker. essential comntract law. Cavendish publishing astralia pyt limited. London.
- 7- George gleason bogert. express warrantles In sales of goods.
- 8- Professor Richard stone. the modern law of contract. cavendish publishing limited. London. 2002
- 9- Rechtsanwalt Yves Heinze. Conditions. warranties and innominate terms - different terms for the same. sydey law school. Germany.
- 10- Sir Guenter Treitel. The law of contract. Eleventh Edition. Thomsom Sweet & Maxwell. 2003.
- 11- Ewan McKendrick. Contract Law Text Cases Oxford University Press. 2012.
- 12- Jack Beatson. Andrew Burrows and John Cartwright. Ansons' Law of Contract. 29th Edition. Oxford University press. 2020.
- 13- Paul Richards. Law of Contract. Fourth Edition. Financial Times. pitman Publishing . 1999.
- 14- Marty et Reynuo-Droit civil, omell, Lesobligations-per. Volume, 1962.
- 15- Catherine ellito and frances quinu, contract law, fourth edition, sweet and maxweill, London, 2003.
- 16- treitel: the law of contract, serenth edition, London, steren and sons.
- 17- E. Allan farnsworth: contract, fourth, edition asbin publishers, New York, 2004.



سابعاً - القوانين :

١- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

٢- قانون بيع البضائع الإنكليزي لسنة ١٩٧٩.

٣- قانون حماية المستهلك الإنكليزي لسنة ٢٠١٥.

ثامناً - البحوث والدراسات :

١- ابراهيم شاشو: عقد المقاولة في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ٢٦، العدد ٢٠١٠، ٢٠١٠.

٢- احمد بخيت محمد حسن حسنا: الضمان في المسؤولية العقدية في الفقه الإسلامي، بحث منشور في مجلة التطور العلمي للدراسات والبحوث، المجلد الثاني، العدد ٥ ، ٢٠٢١، ٢٠٢١.

٣- د. احمد عبد الامير كاظم حسين جبرين: اعادة تأهيل المقاولات بالضمان العشري، مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية، المجلد ١١ ، العدد ١.

٤- د. اسماعيل محمود محمد واسماعيل طاهر كريم: الضمان العشري لعيوب البناء بين الفقه والقانون، بحث منشور في مجلة الشرائع للدراسات القانونية، المجلد الثالث، العدد ٣، ٢٠٢٣، ٢٠٢٣.

٥- د. بكر بن عبد اللطيف الهبوب: المسؤولية العقدية، بحث منشور في المجلة القضائية، العدد الثالث، ٣ ديسمبر، ٢٠١٢.

٦- د. بندر بن طلال المحلاوي: المسؤولية عن تضليل المستهلك في البيوع المعاصرة، مجلة الدراسات العربية، كلية العلوم جامعة المنية، العدد الثالث ، المجلد الأول ، ٢٢ تشرين الأول ٢٠٠٤.

٧- د. جابر اسماعيل الحجاجة: شروط ضمان العيوب في الفقه الإسلامي، بحث منشور في المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد الخامس ، العدد ١ ، ٦/٢٠٠٨.



- ٨- د. حاتم محمد عبد الرحمن: بنود عقد بيع البضائع دراسة في القانون الإنكليزي مقارنة بالقانون المصري، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، العدد ٢٠١٦.
- ٩- د. حسين عبد الله عبد الرضا: مضمون العقد دراسة مقارنة، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد ١٧، العدد ١، ٢٠١٨.
- ١٠- د. حسام عفانة: المعاملات، عقد المقاولة، مجلد ١٢.
- ١١- م.م حسن عباس جمال العبيدي: العيوب الخفية واثرها على العقد، بحث منشور في المجلة الدولية للعلوم الإنسانية والاجتماعية، بيروت_لبنان، العدد ١٥ ، ٢٠٢٠ .
- ١٢- د. سيد عبد الله محمد خليل: ضمان العيوب الخفية في بيع العقار دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة كلية الشريعة والقانون جامعة الازهر، المجلد ١٩ ، العدد ٥ ، ٢٠١٧ .
- ١٣- د. شيرزاد عزيز سلمان: مبدأ القوة الملزمة للعقد وأسسه القانونية دراسة مقارنة، مجلة قه لاي انتست العلمية، مجلة تصدر عن الجامعة اللبنانية الامريكية في اربيل، المجلد ٥، العدد ٣ ، ٢٠٢٠ .
- ١٤- د. صاحب محمد حسين نصار و عمار محمد حسين محمد علي الانصاري: خيار العيب في الفقه الإسلامي، بحث منشور في مجلة اهل البيت(عليهم السلام)، العدد ١.
- ١٥- د. ماجد محباس حسن: الالتزام العقدي الضمني ومصادرة في القانون العراقي والإإنكليزي دراسة مقارنة، مجلة ميسان للدراسات القانونية، العدد ١٢، المجلد ١، ٢٠٢٤/١٢/٢٥ .
- ١٦- د. مجید حمید العنکبي: مضمون العقد ونطاقه وحالته في القانون الإنكليزي، بحث منشور في مجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة النهرين، ١٩٩٩ .
- ١٧- د.محمد خلي ي يوسف ابو بكر و د. أمير حسين عليوي جاسم العكايشي: التزامات البائع بضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع، مجلة رماح للبحوث والدراسات، العدد ١١٤ ، يناير ٢٠٢٥ .



١٨ - محمد محسن عمر العتيبي: قواعد الضمان في الفقه الإسلامي، بحث منشور في مجلة كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر - دقهليه ،

مصر ، العدد ٣١ كانون الأول ٢٠٢٠ ، المجلد ٢٢ .

١٩ - د.محمد يوسف الزعبي: ضمان المقاول والمهندس في مقاولات المباني والإنشاءات بعد اتمام البناء أو الإنشاء في التشريع البحريني والمقارن، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة ٨ ، العدد ٣ سبتمبر ٢٠٢٠ م.

٢٠ - مروان عصي عزت حمد : التزام البائع بضمان العيوب الخفية في القانون المدني العراقي ، المجلد الخامس ، العدد الرابع ، جامعة زيان عاشور ، الجزائر ، ٢٠٢٠ .

٢١ - د. منصور حاتم محسن: العلاقة بين الشرط الجزائي والشرط التعسفي، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، المجلد ٧، العدد ٤ ، ٣١/كانون الأول ٢٠١٥ .

تاسعاً- المواقع الالكترونية:

- 1- <https://www.law.cornell.edu/wex/warranty>.
- 2- <https://www.studocu.com/row/document/osun-state-university/public-and-international-law/conditions-warranties-innominate-terms-yves-heinze>.
- 3- [https://uollb.com/blog/law/what-is warranty-in-contract-law](https://uollb.com/blog/law/what-is-warranty-in-contract-law).
- 4- https://www-scottishlawreports-org-uk.translate.goog/resources/donoghue-v-stevenson/case-report/?_x_tr_sl=en&_x_tr_tl=ar&_x_tr_hl=ar&_x_tr_pto=tc.
- 5- <https://www.constructionnews.co.uk/legal/a-significant-reversal-of-the-law-supreme-court-rules-on-collateral-warranties>.
- 6- <https://blogs.law.ox.ac.uk/housing-after-grenfell-blog/blog-post/2023/07/civil-legal-action-residential-building-defects..>
- 7- https://www.jus.uio.no/ifp/english/research/projects/anglo/essays/bjerketveit_abstract.pdf.



- 8- <https://pro.bloomberglaw.com/insights/transactions/indeemification-clauses-in-contracts/#whatis>.
- 9- 16-https://en-m-wikipedia-org.translate.goog/wiki/Breach_of_contract?_x_tr_sl=en&_x_tr_tl=ar&_x_tr_hl=ar&_x_tr_pto=tc.
- 10- <https://www.upcounsel.com/conditions-warranties-and-innominate-terms>
- 11- <https://www.upcounsel.com/breach-of-warranty>
- 12- <https://share.google/chLO0pbXaYhg9cLDx>, 9/7/2025, 2:02.
- 13- <https://www.charlesrussellspeechlys.com/en/insights/expert-insights/litigation--dispute-resolution/2021/warranties-on-an-indemnity-basis-a-question-of-damages>.
- 14- <https://www.sistani.org/arabic/qa/02184>.
- 15- <https://www.sistani.org/arabic/book/15/842/>.

The Republic of Iraq
Ministry of Higher Education and
Scientific Research
University of Misan



College of Law - Postgraduate Studies

The idea of guarantee and its applications in contracts (comparative study)

*A master's thesis submitted by the student
Melad karim Rahma Al-Nasrawi
To the Council of the Faculty of Law - Maysan University,
which is part of the requirements for obtaining a master's
degree in private law*

*Supervised by
Dr. Majid Majbas Hassan
Assistant Professor of Civil Law*

2025 AH

1447 AD



Abstract

This letter deals with an in-depth study of the concept of a contractual guarantee as described in the Iraqi Civil Code, as it is clear that the legislator did not provide an accurate and clear definition of the guarantee, but referred to it in several texts related to the civil law. The liability of the contractual guarantee is regulated in Articles (168 to 176) of this Law.

Where the guarantee is defined as the obligation to compensate for damages that may be caused to others, whether these damages are related to damage to funds or loss of benefits.

The letter indicates that the Iraqi Civil Code has expanded the concept of guarantee, as it established a set of special terms and conditions that relate to each case separately. The multiple jurisprudential definitions of the guarantee were also addressed, with reference to the main differences between the guarantee in the Iraqi civil law and Islamic law on the one hand, and English law.

On the other hand. It is clear from this that the guarantee in Iraqi law is in line with the concept of contractual liability, while in the English legal system the guarantee is considered part of the terms of the contract itself.

The letter also focuses on the subject of hidden defects in the sale, as the Iraqi Civil Code requires the existence of certain conditions to guarantee the defect, and the decimal guarantees are one of the most prominent topics dealt with in the study, as it determines the guarantee period and the rights of the parties concerned.

At the end of the thesis, the researcher presents a set of important proposals to the Iraqi legislator aimed at strengthening the effects of contractual guarantees. These proposals include the introduction of clear and specific texts on contractual obligations implied in the civil law, as well as granting the parties the right to terminate in the event of defective execution of contracts.



The study also suggests that compensation for non-pecuniary damages, such as moral and moral damages, should be included within the scope of contractual liability, rather than being limited to the scope of liability for wrongful acts.

Finally, the researcher calls on the Iraqi legislator to regulate the provisions for guaranteeing hidden defects comprehensively and clearly in private law, given the importance of this subject in protecting the rights of the contracting parties.