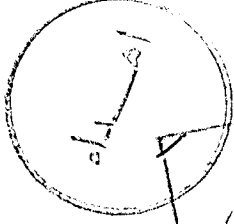
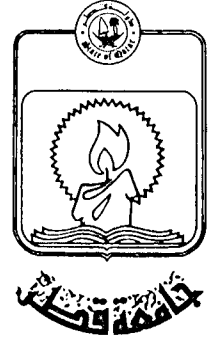


17 NOV 2001



١٢١٧

مكتبة البنزين  
قسم الدراسات



# موازية كلية الشريعة والقانون والدراسات الإسلامية

العدد الخامس عشر ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م

يد الأمانة ويد الضمان  
في  
الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي

د. ليلى عبدالله سعيد  
أستاذ القانون المدني المساعد  
جامعة الموصل / كلية القانون

## مقدمة

تقسم اليد من حيث وضعها على الشيء إلى يد الملك ، ويد الأمانة ، ويد الضمان . فيد الملك هي التي توافر لها سبب من أسباب الملك ، كالشراء والهبة ، والإرث والوصية وغير ذلك من الأسباب الشرعية التي تقتضي ثبوت الملك .

وتكون لمالك الشيء حرية التصرف فيه ما دام لم يتعلق به حق للغير ، فله مثلاً أن يبيعه لغيره أو يرهنه ، أو يهبه له ، كما له الحق في الحصول على منافعه ، إما بنفسه أو بغيره عن طريق الإجارة ، أو الإعارة . وإذا تلف هذا الشيء أو نقص ، أو ضاع ، فإن ذلك يكون على صاحبه مادام لم يحصل اعتداء من الغير عليه .

ولا توصف يد الملك على الشيء بكونها يد أمانة ، أو يد ضمان ، لأن هذه الأوصاف لا ترد إلا إذا وضع الشخص يده على شيء مملوك لغيره مأذوناً في هذا الوضع أم لا . فإذا كان واضح اليد على ملك الغير مأذوناً فيه فلا يكون هناك ضمان إلا إذا وجد نص شرعي ، أو حصل تعدد من واضح اليد على ما تحت يده ، أما إذا كان الوضع بدون إذن ترتب الضمان .

فاليد الواردة على ملك الغير هي التي تنقسم إلى يد أمانة ويد ضمان ، ويختلف مفهوم يد الأمانة عن مفهوم يد الضمان ، كما تختلف أحكام كل منهما عن الآخر ، وقد تتحول يد الأمانة إلى يد ضمان ، كما تتحول يد الضمان إلى يد أمانة بتوافر أسباب معينة .

وقد بين الفقهاء المسلمون مفهومهما وأحكامهما في كل حالة يكون فيها الشيء تحت يد غير المالك ، ومن الفقه الإسلامي أخذ المشرع العراقي -مخالفاً بذلك المشرع المصري- بيد الأمانة ويد الضمان ، كما سار سيره في بيانهما ، وأحكامهما ، مما جعل يد الأمانة ، ويد الضمان موزعة بين عدة نظم قانونية متفرقة ، فضلاً عن بعض القواعد العامة في الموضوع .

وقد انفرد القانون المدني العراقي من بين القوانين الوضعية بالنص على يد الأمانة ويد الضمان لبيان من يتحمل تبعة هلاك المال المملوك تحت يد الغير، هل هو صاحب اليد أم المالك، وذلك عقب النص الذي أورده في خصوص انقضاء الالتزام لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبي<sup>(١)</sup> لتحديد من يتحمل تبعة استحالة تنفيذ الالتزام، فميّز بينهما، أما القانون المدني المصري فقد نص على انقضاء الالتزام لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبي-م ٣٧٣- وترك أحكام تحمل تبعة هلاك الملك للقواعد العامة، مسائراً بذلك ما ذهب إليه القانون المدني الفرنسي<sup>(٢)</sup> الذي لم يعرف ما هي يد الأمانة ويد الضمان.

ولأهمية الموضوع في واقعيه النظري والعملي، ولجمع شمله وتوضيحه- لعدم دراسته وبحثه حسب علمي - على الرغم من كثرة تطبيقه في الحياة العملية- ولتحديد على من تقع تبعة هلاك الشيء المملوك إذا كان تحت يد غير مالكة، قررت بعد التوكل على الله دراسته في أربعة مباحث متتالية أبدأ كل مبحث فيه بالفقه الإسلامي باعتباره مصدر هذا الموضوع، وسوف اعتمد بشكل كامل على كتب الفقه الإسلامي لعدم وجود من كتب في الموضوع أو قام بشرح المواد المتعلقة به من شراح القوانين ومنهم شراح القانون المدني العراقي، ثم ما أخذ به القانون المدني

العراقي منه، والمباحث هي:

المبحث الأول: مفهوم يد الأمانة.

المبحث الثاني: مفهوم يد الضمان.

المبحث الثالث: أسباب يد الضمان.

المبحث الرابع: أحكام يد الأمانة ويد الضمان.

خاتمة: تتضمن أهم النتائج والتوصيات.

اتبعت في تنظيم هامش البحث ذكر عنوان الكتاب أولاً ثم اسم المؤلف وبهذه الطريقة كتبت المصادر في نهاية البحث لوحدة التنظيم.

(١) انظر: نص المادة (٤٢٥) مدني عراقي. وانظر الوسيط، السنهوري، ط. دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٥٨م، ج ٣ ص ٩٩١ وهامش ٩٩٢..

(٢) المرجع أعلاه ج ٣، ص ٩٨٢ و ٩٨٣.

## المبحث الأول

### مفهوم يد الأمانة

أولاً: الفقه الإسلامي،

اختلف الفقهاء المسلمون في مفهوم يد الأمانة<sup>(١)</sup> لاختلافهم في بعض أحكامها، فذهب الحنابلة والشافعية<sup>(٢)</sup> إلى أنها ما كانت ولاية شرعية، ولم يكن الوضع لمصلحة صاحب اليد. وذهب الحنفية<sup>(٣)</sup> إلى أنها تلك التي لا تستوجب ضمان القابض لما تحت يده.

ولدى أعمال النظر في المفهومين يتبين لنا الآتي:

١ - أن الأصل في اليد على ملك الغير هي الضمان عند الحنابلة والشافعية، وأن

(١) الأمانة لغة مأخوذة من الأمن، وهو الطمأنينة وزوال الخوف، والأمن والأمانة والأمان في الأصل مصادر، ويجعل الأمن تارة اسماً للحالة التي يكون عليها الإنسان في الأمن، وتارة اسماً يؤتمن عليه الإنسان. انظر مفردات الأصفهاني بهامش نهاية ابن الأثير، أبو القاسم الأصفهاني، ط. الخيرية، ١٣١٨ هـ القاهرة، ج ١ ص ٥٠.

(٢) انظر كشاف القناع عن متن الاقتناع للبهوتي، مطبعة أنصار السنة المحمدية، ١٣٦٦ هـ القاهرة، ج ٢، ص ٣٣٦ - نهاية المحتاج، للرملي، طبعة ١٣٨٦ هـ، القاهرة، ج ٥ ص ١٤١ و ٣٠٥، القواعد، ابن رجب ط ١، مكتبة الكليات الأزهرية، ص ٥٦.

(٣) أحكام القرآن، لابن العربي، مصطفى الحلبي، القاهرة، ج ١ ص ٤٤٩، وقد نقل ابن العربي عن بعض الناس أن الأمانة هي (مأخذته بإذن صاحبه لمنفعته) وهذا التعريف يقترب من التعريف الأول: تعريف الحنابلة والشافعية. انظر شرح فتح القدير، لابن الهمام، ط مصطفى محمد، ج ٧ ص ٩٠ - الهداية شرح بداية المبتدئ، المرغيناني، ط. مصطفى البابي الحلبي الأخيرة، ج ٣ ص ٢٢٠، ٢٢١.

هذه اليد لا تتحول إلى يد أمانة إلا بوجود ولاية شرعية، أي بوجود سبب شرعي يدعو إلى ذلك، بينما يكون الأصل فيها هي الأمانة عند الحنفية، وأنها لا تتحول إلى الضمان إلا بمسوغ شرعي.

٢ - يؤكد مفهوم الحنابلة والشافعية أن الشخص الذي وضع يده على ملك غيره بإذن منه لكي يحقق مصلحة لنفسه لا تكون يده أمانة بل يد ضمان، كالمستعير والبائع إذا بقى المبيع تحت يده حتى يستوفي المعجل من الثمن، فعلى الرغم من أن حق البائع في حبس المبيع مشروع، إلا أن يده تكون يد ضمان، وأن هلاك المبيع حال وجوده، تحت يده يكون عليه لكونه ضامناً<sup>(١)</sup> فيد البائع على المبيع بعد إبرام عقد البيع وقبل التسليم هي يد ضمان لا يد أمانة.

والسبب في ضمان البائع في تلك الصورة، رغم كونه مأذوناً له في هذا الإمساك، هو أنه أمسك المبيع تحت يده وحبسه عن المشتري من أجل تحقيق مصلحة لنفسه، وهي استيفاء الباقي من الثمن المعجل.

وينسحب هذا الحكم على المشتري أيضاً إذا تسلم المبيع في ظرف أو وعاء مملوك للبائع، فإن يده عليه تكون يد ضمان لانه قد تسلم الشيء لمصلحته، فمثله في ذلك مثل المستعير إذ يكون كل منهما ضامناً لما تحت يده رغم وجود الإذن بالتسليم، لأن فائدة الأخذ عادت عليهما وحدهما<sup>(٢)</sup>.

(١) هناك قول للحنابلة بعدم جواز حبس البائع للمبيع لاستيفاء الثمن، وبناء عليه تكون يد البائع في هذه الحالة يد ضمان لأنه كالمغاصب، وعليه تمكن المشتري من أخذ المبيع، القواعد، ص ٥٦-٦٤.

(٢) اختلف الفقهاء في تحديد الوقت الذي يكون فيه هلاك المبيع على المشتري، فذهب أبو حنيفة والشافعي إلى أن الهلاك على المشتري بعد القبض، ومالك تفصيل في ذلك، لأن المبيعات عنده في هذا الباب ثلاثة أقسام، يبيع يجب على البائع فيه حق توفية من وزن أو كيل أو عدد فيه لا يضمن المشتري إلا بالقبض، ويبيع ليس فيه حق توفية، وهو الجراف أو ما لا يوزن ولا يكال ولا يعد، وضمائه على المشتري وإن لم يقبضه، ويبيع الغائب وفيه ثلاث روايات، أشهرها أن الضمان من

٣ - اعترض البعض على تعريف الحنابلة والشافعية بأنه غير جامع لكل أفراد المعرف<sup>(١)</sup> ، لأن وضع البائع يده على المبيع قد لا يكون الغرض منه تحقيق مصلحة له ، وذلك كما في حالة بقاء المبيع في يد البائع بعد استيفاء الثمن وقبل طلب المشتري له ، ففي هذه الحالة لا يقصد من بقاء المبيع تحت يده تحقيق مصلحة ، بل إن ذلك قد يحقق مصلحة المشتري ، فيجب طبقاً لذلك عدم ضمان البائع للهلاك<sup>(٢)</sup> .

وبالرجوع إلى ما ذهبوا إليه نجد أن هذا الاعتراض غير وارد ، إذ أن الصورة المعترف بها غير داخله فيه<sup>(٣)</sup> ، وذلك للسببين التاليين :

**السبب الأول :** إن استمرار وضع البائع يده على المبيع بعد استيفاء الثمن يعتبر تعدياً ، لأنه غير مأذون له في ذلك إذ كان من الواجب عليه أن يسلم المبيع للمشتري بمجرد تسلم الثمن<sup>(٤)</sup> ولا يتوقف ذلك على سبق طلب منه ، فتأخيره التسليم واستمراره على وضع يده على المبيع تعدّ منه موجب لضمّانه ، وأن الضمان في هذه الحالة أولى من الحالة الأولى وهي الإمساك والحبس لأجل استيفاء الثمن ،

---

البائع إلا أن يشترطه المتاع ، وسبب هذه الروايات هو الاختلاف حول اعتبار القبض شرطاً من شروط العقد ، أم حكماً من أحكامه ، وهل العقد لازم دون القبض أم لا ؟ . بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ابن رشد الحفيد ، طبع دار الفكر ، القاهرة ، ح ٢ ، ص ١٣٨ و ١٣٩ ، مغني المحتاج للشربيني ، ح ٢ ص ٦٥ - القواعد ص ٥٦ ، شرح فتح القدير ج ٥ ص ١١٧ .

(١) الضمان : الشيخ علي الخفيف ص ١٠٣ ، ط ١٩٧١ ، القاهرة .

(٢) إن عدم ضمان البائع أمر لم يتفق عليه الفقهاء .

(٣) يراد بها صورة بقاء المبيع تحت يد البائع بعد استيفاء الثمن .

(٤) لا يراد بالتسليم حقيقة بل المقصود منه أن يمكن البائع المشتري من وضع يده على المبيع ، ويكون هذا بإزالة الموانع التي تحول دون ذلك ، وهذا الأمر يختلف باختلاف المبيع من ناحية كونه عقاراً أو منقولاً معينا لذات أم غير معين . ويجب على البائع المبادرة بفعله عقب تسلمه الثمن - القواعد ، ص ٥٥ .

لأنه في الحالة الأولى يعد ممسكاً بحق، أما في حالة استيفاء الثمن فإنه لا يكون هناك وجه للإمساك، فإذا كنا قد جعلنا يده في الحالة الأولى يد ضمان فأولى أن تكون كذلك في الأخيرة، فضلاً عن أن تلك حالة مغايرة للحالة الأولى، ولذا كان لها حكمها الخاص بها. وهذا لا يعني أن البائع تكون يده على المبيع يد ضمان مطلقاً، بل إن ذلك يختلف باختلاف الأحوال.

وقد يثور تساؤل حول يد البائع فيما إذا كان المشتري قد أذن له في إمساك المبيع بعد تسلمه للثمن، وهل تكون اليد يد ضمان كذلك أم تنقلب إلى يد أمانة. ويتعبير آخر، هل يظل البائع على وضعه القديم الذي كان عليه، أم يكتسب وصفاً جديداً؟ ألا يمكن أن يكون البائع مودعاً لديه، لأن المشتري قد أذن له بعد قبض الثمن بالاستمرار في وضع يده على المبيع، فتكون بذلك يده يد أمانة وتنطبق عليه أحكام الوديعة فلا يضمن إلا بالتعدي أو التقصير؟

أما إذا كان استمرار البائع في إمساك المبيع غير مبني على إذن من المشتري فإن البائع حينئذ يكون متعدياً ويلزمه الضمان.

**السبب الثاني :** إن الشق الثاني في مفهوم يد الأمانة - وهو اشتراط ألا يكون الوضع لتحصيل مصلحة صاحب اليد - غير متحقق في المثال السابق من ناحية أن البائع إذا لم يقم بفعل ما التزم به، وهو تسليم المبيع بعد تسلمه الثمن، صار كأنه قد حجز المبيع لمصلحة نفسه، وذلك إقامة للتقصير مقام المصلحة<sup>(١)</sup>.

لما تقدم يكون مفهوم يد الأمانة عند الحنفية ومن شايعهم مفضلاً في الواقع

(١) فتضمن البائع في تلك الصورة إنما جاء من ناحية تقصيره في التسليم ولم يجيء من ناحية كونه إمساكاً للمبيع يحقق مصلحة له أم لا.



على ما أورده الحنابلة والشافعية، وأن الضابط في كون يد الشخص أمانة أم ضماناً حدوده بوجود الدليل على الضمان أو عدم وجوده، فإن قام الدليل على الضمان كان صاحب اليد ضماناً وإلا فإن يده يد أمانة.

ودليل الضمان لا يراد به وضع اليد على الشيء المملوك للغير بدون إذن من الشارع أو المالك، بل يشترط إلى جانب ذلك ألا يكون هناك ما يدل على تضمين صاحب اليد، وذلك مثل يد البائع على المبيع قبل تسليمه للمشتري فإنها تكون ضامنة، بمعنى أن هلاك المبيع في يده وإن كان بسبب أجنبي يكون عليه، ويترتب على ذلك فسخ البيع ووجوب رد الثمن للمشري إن كان قد سلمه للبائع، لعجز هذا الأخير عن التسليم، ففي هذا المثال نلاحظ أن وضع البائع يده على المبيع كان بإذن من الشارع، ومع هذا ضمن لأنه قد وجد ما يدل على ضمانه في نظر بعض الفقهاء<sup>(١)</sup>، ومثل يد البائع يد المستعير فإنها ضامنة مطلقاً عند الحنابلة والشافعية، وغير ضامنة مطلقاً عند أبي حنيفة<sup>(٢)</sup>، ويد المرتهن ضامنة مطلقاً عند أبي حنيفة، وغير ضامنة إلا بالتعدي عند الحنابلة والشافعية ويفرق المالكية في الضمان بين ما يغاب عليه، وما لا يغاب عليه<sup>(٣)</sup>.

وليد الأمانة أمثلة كثيرة منها، يد الوديع، ويد وارثه قبل تمكنه من رد الوديعة للمودع، ويد الموصى له على العين التي أوصى له بمنفعتها، ويد الشريك على مال الشركة، ويد المضارب على رأس مال المضاربة، ويد الوكيل على المال الذي قبضه من الموكل لاستخدامه فيما وكل فيه، وكذا يد المستأجر على المأجور في مدة الإجارة<sup>(٤)</sup>، ويد الملتقط على اللقطة إذا أخذها بنية ردها على صاحبها<sup>(٥)</sup>، ويد

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ١٥٢.

(٢) شرح فتح القدير، مطبعة مصطفى محمد، القاهرة، ج ٨ ص ٢٠٦، ٢٠٧، مغني المحتاج ج ٢ ص ٣٠٩.

(٣) بداية المجتهد، ج ٢ ص ٢٣٥، المعاملات للخفيف، ص ٤٣٩، طبع دار الفكر العربي.

(٤) انظر مغني المحتاج ج ٢ ص ٤٠٦، وص ٣٥١ وفيه: «يد المكتري على المستأجر من

المستعير على العارية<sup>(١)</sup> ، ويد المرتهن على الرهن<sup>(٢)</sup> ، ويد البائع على زوائد المبيع المنفصلة الحادثة في يده إذا تلف المبيع قبل تسليمه للمشتري ، فإن البيع يفسخ وتكون تلك الزوائد أمانة في يده لأنه لم يوجد سبب لتضمينه إياها (من عقد أو يد أو تعدد) وعليه أن يسلم تلك الزوائد للمشتري لأن الفسخ يرفع العقد من حينه لا من أصله<sup>(٣)</sup>.

وإذا ألفت الريح ثوباً في حجر إنسان<sup>(٤)</sup> ، أو في داره فهو أمانة شرعية في يده ، بمعنى أنه مأذون له شرعاً في وضع يده عليه حتى يعرف صاحبه فيرده إليه ، والمنقذ لما غيره مأذون له عرفاً في وضع يده عليه فهو أمانة في يده .

الدابة والثوب أو غيرهما يد أمانة مدة الإجارة جزماً ، فلا يضمن ما تلف فيها بلا تقصير ، إذ لا يمكنه استيفاء حقه إلا بوضع اليد عليها ، وعليه دفع متلفاتها كالمودع ، أما إذا انتهت مدة الإجارة واستمر ممسكاً للشيء المؤجر دون أن يخلي بين المالك وبينه -دون عذر- فإنه يكون ضامناً ، وهناك من قيد الضمان في تلك الحالة بما إذا استعمله وإلا فلا ضمان عليه بالإمسك ، المرجع نفسه ج ٢ ص ٢١٦ و ٢٣٠ و ٣٢٢ .

(٥) أما إذا استولى على الشيء الملتقط وعزم على تملكه فإن يده -في تلك الحالة- تكون يد ضمان لأنه يعتبر غاصباً لما التقطه .

(١) ذهب الشافعية والحنابلة إلى أن المستعير ضامن لما يستعيره في حالة هلاكه بالاستعمال غير المأذون مطلقاً-أي سواء كان الهلاك لتقصير من المستعير أم لا ، وسواء كان بسببه أم بسبب أجنبي لا دخل له فيه ، وذهب الحنفية إلى أن المستعير غير ضامن للعارية إذا هلكت أو ضاعت بدون أمر منه أو تقصير . أما مالك فأشهر الروايات عنه هي أن المستعير يضمن ما يغلب عليه إذا لم يكن على التلف بينه ولا يضمن ما لا يغاب عليه ، بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٣٥

(٢) عند من قال بعدم الضمان من الفقهاء-الشافعي وأحمد- المعاملات ، للخفيف ص ٤٣٩ .

(٣) فتح القدير، ج ٨ ص ٢٠٦ ، ٢٠٧ ، بخلاف القانون المدني حيث يرفع العقد من أصله لا من حينه ، (٦٧٦) .

(٤) اختلف الفقهاء في قولهم ، هل يحصل الثوب في يده بمجرد سقوطه في داره من غير إمسك أم لا ، وهذا مبني على اختلافهم فيما يحصل في أرض من المباحات هل يملكها أم لا . القواعد لابن رجب ، ص ٥٤ .

في الأمثلة المتقدمة<sup>(١)</sup>، وإن كانت اليد في جميعها أمانة، إلا أنها تختلف عن بعضها من ناحية الوقت الذي ترد فيه إلى صاحبها وهي:

١ - ما لا يجب رده إلا بعد المطالبة به، مثل الوديعة، ومال الشركة، والمضاربة، مادام العقد قائماً.

٢ - ما تجب المبادرة برده عند التمكن من ذلك دون توقف على سبق طلب، كما في اللقطة إذا عرف صاحبها والعارية إذا انتهت مدتها، وكذا في الوديعة ومال المضاربة والقراض والمرهون إذا مات المؤتمن وانتقلت يد الأمانة إلى وارثه، فإنه تجب عليه المبادرة بردها إلى صاحبها لأنه لم يرض بأمانته، فإن أصر ذلك بلا عذر ولا إذن في الإمساك فإنه ضامن، ومثل ذلك في وجوب المبادرة بالرد من أطاررت الريح ثوباً إلى داره، فإن عليه رده إلى صاحبه متى عرفه.

#### ثانياً: القانون المدني العراقي:

أ - ورد في المادتين (٤٢٧، ٩٥٠)<sup>(٢)</sup> مفهوم يد الأمانة، فقد جاء في الفقرة الأولى من المادة (٤٢٧) مانصه (.. وتكون يد أمانة إذا حاز الشيء لا بقصد تملكه بل اعتباره نائباً عن المالك). ونصت الفقرة الأولى من المادة (٩٥٠) على أن (الأمانة هي المال الذي وصل إلى يد أحد ياذن من صاحبه حقيقة أو حكماً، لا على وجه التملك، وهي إما أن تكون بعقد استحفاظ كالوديعة أو ضمن عقد كالمأجور

(١) الأم للشافعي، دار الطباعة المنيرية، ١٣٢٦هـ، ج ٣ ص ١٤٧، المغني لابن قدامة، مطبعة المنار، ١٣٤٨هـ، ج ٤ ص ٢٤٢، المحلى لابن حزم، المطبعة المنيرية، ١٣٥٠هـ، ج ٨ ص ٩٦، بداية المجتهد، ج ٢ ص ٢٢٩

(٢) لم يرد في التشريعات العربية نص يقابل المادة (٤٢٧) في القانون المدني العراقي، كما أن المشرع قد أدرج هذه المادة تحت عنوان استحالة التنفيذ، والمادة (٩٥٠) تحت أحكام الوديعة.

والمستعار، أو بدون عقد ولا قصد كما لو ألفت الريح في دار شخص مال أحد).

وباعمال النظر في النصين يتبين لنا الآتي :

١ - أنهما تضمنتا الإذن بوضع اليد، وبيتنا الشروط في اعتبار الأمانة أو عدم اعتبارها، فكل يد على ملك الغير هي أمانة -إذا- انتفت نية التملك للشيء عن صاحبها، وأن صاحب اليد يحوزه باعتباره نائباً عن المالك .

٢ - لا يشترط القانون في يد الأمانة أن يكون مصدرها المنشيء الإرادة أو نص القانون فقد يصل المال إلى يد غير المالك فضلاً عنهما بسبب أجنبي لا يد لأحد فيه . كالقوة القاهرة ، مثال ذلك ما إذا ألفت الريح في دار شخص مالا مملوكاً للغير .

٣ - اشترطت المادة (٩٥٠) إذن صاحب المال حقيقة أو حكماً بوضع يد الغير على ملكه ليكون الشيء أمانة، فإذا انتفى الإذن كانت اليد ضامنة، والإذن الحكمي في هذه المادة يراد به : (باعتباره نائباً عن المالك) الذي ورد في المادة (٤٢٧) وإلا كيف يمكن تفسير الشطر الأخير من هذه المادة والمتضمنة (بدون عقد ولا قصد)؟ .

٤ - بينت الفقرة الثانية من المادة (٤٢٧) تحول يد الأمانة إلى يد ضمان ، فنصت على أنه (وتنقلب يد الأمانة إلى يد ضمان إذا كان صاحب اليد ولو بغير قصد التملك قد حبس الشيء عن صاحبه دون حق أو أخذه بغير إذنه) .

٥ - اعتمد المشرع في إقامة يد الأمانة على نفي نية تملك الشيء، والنية أمر كامن في النفس يتعذر معرفتها، أو تحديدها إلا بالتعبير عنها صراحة أو ضمناً مما قد يستحيل معرفة حقيقتها فمن الممكن أن يدعي من استولى على مال ضائع أن نيته كانت إرجاع المال إلى صاحبه، بينما قد يكون قصده الحقيقي غير ذلك . وقد أخذ المشرع بنية التملك من المذهب المالكي لتحديد يد الضمان وسوف يجيء بيان مفصلاً في محله .

٦ - رغم أن هاتين المادتين بيتا الضابط في كون الشخص ضامناً أم غير ضامن إلا أن المشرع العراقي لم يكتف بهما بل أكد على صفة اليد أمانة أم ضامناً في كل حالة يكون الشيء المملوك تحت يد غير المالك<sup>(١)</sup> - كما ورد في الفقه الإسلامي - من ذلك ، فقد نص على أن اليد تكون يد أمانة بالنسبة إلى المستعير (المادة ٨٥٧)، والمستأجر (المادة ٧٦٤ ف ١)، والمقاول على أموال صاحب المقولة (ف ١ المادة ٨٦٧)، ويد العامل على المال المسلم إليه في العمل (ف ١ المادة ٩٠٩)، ويد الوكيل على أموال الموكل (المادة ٩٣٥)، ويد الوديع على الوديعة (المادة ٩٥٠)

وإذا كان الشيء في هذه الأمثلة أمانة في اليد بنص القانون، إلا أنها تختلف عن بعضها في الوقت الذي يجب أن ترد فيه إلى صاحبها ، وإلا تحولت اليد إلى ضمان ، فمنها ما لا يجب رده إلا بعد المطالبة به مادام العقد قائماً كالوديعة ، ومنها ما تجب المبادرة برده عند تمكنه من ذلك دون توقف على سبق طلبه ، كاللقطة إذا عرف صاحبها ، فإذا حبسها صاحب اليد عن مالكة دون حق أو سبب مشروع تحولت يده إلى ضمان .

ب - الاستثناءات على يد الأمانة : استثنى القانون بعض الحالات من يد الأمانة وجعلها ضامناً على الرغم من توافر شروطها ، وذلك لوجوب ما يد على ضمانها في نظر الشارع ، وهي مستنبطة من أقوال في المذهب الحنفي ، مثال ذلك ما ورد في المادة (٤٢٨) والتي تنص على أنه (إذا انتقلت ملكية الشيء بعقد كانت يد المالك القديم قبل التسليم يد ضمان ، وتنقلب يد أمانة إذا امتنع واجب التسليم بقيام سبب للحبس) . وجاء في المادة (٥٤٧) أن هلاك المبيع في يد البائع قبل أن يقبضه

(١) ذكر المشرع الأردني يد الأمانة ويد الضمان في القانون المدني لبيان صفة اليد في كل حالة يكون فيها الشيء تحت يد غير المالك ، كيد الوديع (م ٨٧٢) ، ويد المستعير (م ٧٦٤) ويد المستأجر (م ٦٩٢) ويد الحارس للأشياء (م ٨٩٩) ويد الفاصب على المال المغضوب (م ٢٨٤) ، ويد البائع على المبيع (م ٥٠٠) إلا أنه لم يذكر قواعد عامة تنظم أحكام اليد على ملك الغير .

المشتري يكون على البائع ولا شيء على المشتري ، إلا إذا حدث الهلاك بعد إعدار المشتري لتسلم المبيع فعندئذ يكون الهلاك عليه لا على البائع . وتبين المادة (١٧٩) أن هلاك المعقود عليه في المعاوضات وهو في يد صاحبه يترتب عليه فسخ العقد سواء أكان هلاكه بفعله أم بسبب أجنبي ووجب عليه رد العوض الذي قبضه لصاحبه ، وهذا يدل على أن يد المعاوض يد ضمان على أصل الشيء وزوائده ، وهنا خالف المشرع ما ذهب إليه الحنفية من أن هلاك المعقود تقع عليه دون زوائده ويوجب على المعاوض دفع الزوائد إلى المشتري لأن الهلاك يرفع العقد من حينه لا من أصله عندهم بينما يرفعه في القانون من أصله لا من حينه .

إن هذه الاستثناءات القانونية لا تجعل مفهوم يد الأمانة في القانون يقترب من مفهومه عند الحنابلة والشافعية ، لأن الأصل لا يشترط في يد الأمانة أن تكون اليد لمنفعة المالك أو لا تكون المنفعة لصاحب اليد ، فيد المستعير أمانة ، ويد المرتهن أمانة في القانون .

من ناحية أخرى فقد استثنى القانون بعض الحالات من يد الضمان وجعلها أمانة على الرغم من عدم توافر شروط يد الأمانة الواردة في المادتين (٤٢٧ ، ٩٥٠) فيها . مثال ذلك ما ورد في الفقرة الثانية من المادة (٢٣٣) والتي تنص على أن من تسلم غير المستحق له تكون يده أمانة إذا كان حسن النية لا يعلم عند تسلمه الشيء أنه ملزم برده ، وتستمر اليد أمانة باستمرار حسن النية ، على الرغم من أن صاحب اليد يحوزه باعتباره مالكا له ، ويتملك ما استفاده من الشيء ، ولا يلزم بضمان الشيء وزوائده إلا من اليوم الذي يصبح فيه سيء النية . فعلى الرغم من أن الحائز في هذه الحالة يحوز مال الغير بنية تملكه إلا أن يده أمانة على الشيء ويتملك الزوائد مادام حسن النية لا يعلم بتعديه على مال الغير . ومن تطبيقات هذا الاستثناء ما ورد ضمن المادة (٣٨٤) والمتعلقة بالدفع للوارث الظاهر الذي تكون يده أمانة مادام حسن النية لا يعلم بوجود الوارث الحقيقي الذي يحجب عنه الميراث .

### ثالثاً، المقارنة بين الفقه والقانون:

وبالمقارنة بين ما ورد حول مفهوم يد الأمانة في الفقه الإسلامي ومفهومها في القانون المدني نجد أن القانون يبتعد عما ذهب إليه الحنابلة والشافعية، ويقترب مما ذهب إليه أصحاب المذهب الحنفي. فالأصل في اليد على ملك الغير أمانة إذا أثبت الحائز نية التملك، وانعدم وجود دليل قانوني يجعل يده ضامنة، وعليه يمكن تحديد مفهوم يد الأمانة في القانون وفقاً لنص المادتين السابقتين بأنها: كل يد على ملك الغير لا يستوجب القانون ضمانها.

إن هذا المفهوم فضلاً عن اتساع ميدانه فهو يتماشى مع الأصول الشرعية والقانونية منها: الأصل في الأشياء الإباحة حتى يدل الدليل على التحريم. والأصل براءة الذمة، والأصل في الكلام الحقيقة<sup>(١)</sup> وهو يشمل حالات لم ينظمها القانون، مثال ذلك حالة الاضطرار، فإذا كان الشخص مضطراً لوضع يده على ملك الغير لدفع ضرر عنه أو عن آخر، أو ضرر عام. . . إلخ فهل يده أمانة أم ضامنة؟ على الرغم من أنه يضع يده على ملك الغير دون أن تكون له نية التملك، كما لا يكون نائباً عن المالك - إلا إذا كان الضرر واقعاً على المالك - فمن الذي يضمن هلاك الشيء أو ضياعه؟ علماً أن الفقه الإسلامي أكد على أن اليد عند الضرورة أو وجود العذر الشرعي تكون يد أمانة فالضرورات تبيح المحظورات وتقدر بقدرها<sup>(٢)</sup>.

(١) الأشباه، للسيوطي، ص ٦٦ وما بعدها، طبع عيسى البابي الحلبي، القاهرة.

(٢) انظر: نص المادة (٢١٢) فقد نظم المشرع فيها حالة إحداث ضرر بالغير أو بملكه إذا أحاطت به ضرورة أو كان في حالة دفاع شرعي. ولكن ما هي صفة اليد على الشيء إذا كان واضع اليد مضطراً لوضع يده عليه أو مضطراً لتأخير تسليمه الشيء الواجب عليه التسليم لصاحبه، ثم تلف بعد ذلك الشيء بسبب اجنبي لا بد له فيه أو بفعله دون تعد منه؟ هل يده أمانة فلا يضمن، أم هي ضمان فيضمن الهلاك أو الضياع؟ إن نظرية الضرورة في الفقه الإسلامي تعالج جميع حالات الاضطرار إلا أن المشرع العراقي لم يأخذ بها كاملة مما ترتب عليه، نقص في الأحكام وعدم شمولية القانون للكثير من الحالات الواقعية في الحياة العملية.

من ناحية أخرى فقد أثار يد الزوج على الأغراض الجهادية للزوجة جدلاً طويلاً أدت إلى قرارات متناقضة في القضاء العراقي بدءاً من محاكم البداية وانتهاء بمحكمة التمييز. وكان سبب الاختلاف في تحديد يد الزوج هل هي أمانة أم ضمان؟ ومتى تبدأ يده أمانة، ومتى تتحول إلى ضمان؟ فليس هناك نص قانوني مباشر يبين طبيعة وأحكام يد الزوج على أغراض زوجته في بيت الزوجية. ومتى تبدأ وكيف تنتهي، وهل يمكن ربط صفة اليد بقيام الرابطة الزوجية وبانتهائها؟ علماً أن الأغراض الجهادية قد تصل إلى بيت الزوج قبل إبرام عقد الزواج أحياناً-فترة الخطبة- وقد تستلمها الزوجة بعد انتهاء الرابطة الزوجية، فضلاً عن ذلك فقد تطلب الزوجة أغراضها الجهادية قبل الطلاق أو التفريق-مع قيام الرابطة الزوجية- لوجود سبب قانوني يبيح لها ذلك كمطالبتها ببيت شرعي إذا كانت تسكن مع أهل زوجها أو أرادت التصرف بها، فإذا كان اتجاه القضاء العراقي<sup>(١)</sup> إلى اعتبار يد الزوج على أغراض زوجته أمانة استناداً إلى (ف ٤٢٧م)، إلا أن تاريخ بدء أو تحول يد الزوج من أمانة إلى ضمان قد أثار جدلاً قضائياً واسعاً، فهل تبدأ يده أمانة بالخطبة أم بإبرام عقد الزواج الصحيح، وهل تتحول يد الزوج إلى يد ضمان بانتهاء الرابطة الزوجية. أم بإعداره بالتسليم، أم من تاريخ رفع الدعوى، أم تستمر أمانة إلى صدور الحكم القضائي؟ فقد قضت محكمة بداءة نينوي في القرارين ١٠٧٣ / ٩٢ ، ٩٢ / ١٨٤٨ أن يد الزوج قد تحولت إلى يد ضمان على أغراض زوجته بمجرد امتناعه عن التسليم على الرغم من استمرار الرابطة الزوجية بينهما. وقضت في القرار ٩٢ / ٢٢٤١ تحول يد الزوج إلى يد ضمان بالتصرف في أغراض الزوجة دون رضاها. وقضت في القرار ٩٢ / ١٨٨ أن يد الزوج تتحول إلى يد ضمان بانتهاء الرابطة الزوجية ودون حاجة إلى أعذار أو مطالبة بالتسليم. وقضت في القرارين ٩٢ / ١١٧٧ ، ٩٢ / ١٨٧١ بوجوب المطالبة بالتسليم بعد انتهاء الرابطة الزوجية لتتحول يد الزوج إلى يد ضمان.

(١) انظر القرارات التمييزية التالية: رقم ٢٣٥ في ١٩٨٨ ، ورقم ٥٦٤ في ١٩٨٨ مجلة الأحكام العدلية ، عدد ٣ سنة ١٩٨٨ م تصدرها وزارة العدل بغداد.



## المبحث الثاني

### مفهوم يد الضمان

أولاً : الفقه الإسلامي:

اختلف الفقهاء المسلمون في مفهوم يد الضمان تبعاً لاختلافهم في بعض أحكامها، فذهب الحنفية<sup>(١)</sup> إلى أنها ما استوجبت ضمان صاحب اليد لما تحت يده، وذهب الحنابلة والشافعية<sup>(٢)</sup>، إلى أنها ما وضعت على الشيء بدون إذن صاحبه أو ولاية شرعية ولم تكن لمنفعته. وذهب المالكية<sup>(٣)</sup> إلى أنها اليد التي توضع على المال عيناً أو منفعة بغير ولاية مع القصد إليه. فميز المالكية بهذا المفهوم بين اليد الضامنة للذات فقط واليد الضامنة للمنفعة دون الذات كما لو قصد المستولي على المال المملوك للغير الانتفاع به دون قصد تملكه، وإن كان وضع يده كان لمجرد التمكن من الانتفاع، ومعنى هذا أن الشخص لا يضمن في حالة الهلاك إلا ما توجه إليه قصد الاستيلاء على ذات الشيء المملوك للغير فهو ضامن لهذا الشيء، أما إذا قصد بوضع يده على مال غيره الانتفاع به فقط فإنه يضمن ما يقابل تلك المنفعة سواء انتفع به فعلاً، أو أجره لغيره، أو عطله دون انتفاع.

واستناداً لما ذهب إليه المالكية يكون الغاصب ضامناً للمنفعة دون ذات المال إذا

(١) شرح فتح القدير، ابن الهمام، مطبعة مصطفى محمد، ح ٥، ص ١٨٧ و ٢٠٠ - العناية شرح الهداية، ح ٧، ص ٥٣ - بدائع الصنائع، الكاساني، المطبعة الجمالية ١٣٢٨ هـ ج ٥ ص ٢٤٨.

(٢) كشاف القناع، ح ٢ ص ٣٣٦ - نهاية المحتاج، ح ٥ ص ١٤١، ٣٠٥ - القواعد، ص ٥٦، أحكام القرآن لابن العربي ج ١ ص ٤٤٩.

(٣) القوانين الفقهية، ابن جزوي، مطبعة النهضة، تونس ١٣٤٤هـ، ص ٣١٦، ٣١٨، بداية المجتهد، ح ٢ ص ٢٣٥٥ - الضمان للخفيف ص ٨٢، ٨٤، وقد ذهب ابن رجب في قواعده إلى ما يقرب من موقف المالكية ص ٢ فقد ضمن المستعير لأن الإذن ورد على المنفعة فقط، أما العين فغير مأذون له بها فيضمن ملاكها.

قصد بغصبه الانتفاع بالمغصوب فقط دون تملكه . وعليه يكون غير متعد بوضع يده على ذات المال <sup>(١)</sup> فإذا هلك بسبب أجنبي -دون تعد منه- لا يكون ضامناً للمغصوب منه إلا بقدر الأجرة التي تقابل المنفعة التي فوتها عليه . أما إذا قصد التملك فإنه يضمته <sup>(٢)</sup> فإن هلك جزء منه فإنه لا يضمن إلا ذلك الجزء ، وإن غيره أو عيبه فإن الغاصب لا يضمن إلا ما نقص من قيمة المغصوب نتيجة الغصب .

وذهب بعض الشافعية والحنفية إلى أن نقصان قيمة الشيء نتيجة لانخفاض السعر لا يسأل عنه صاحب يد الضمان- الغاصب- لأن استيلاءه على الشيء لا صلة له بانخفاض القيمة ، وإنما يحصل ذلك نتيجة لأمر خارجي هو انصراف الناس عن الإقبال عليه ، فلا يضمن الغاصب ما ترتب على غير فعله <sup>(٣)</sup> .

ويلاحظ على هذا القول الملاحظتان الآتيتان :

الأولى : أن يد الضمان في المذهبين الشافعي والحنفي تكون ضامنة للهلاك أو التغيير وإن كان بسبب أجنبي لا دخل لصاحب اليد فيه ، فيدخل بذلك ضمان صاحب اليد لنقص القيمة وإن كان بسبب الغير .

أما الملاحظة الثانية : فهي أن يد الضمان تكون على مال الغير بدون حق وهذا يقتضي التغليظ على صاحبها ، من ناحية التضمين ، ومن ناحية أخرى فإن حبس العين دون حق عن صاحبها قد يفوت عليه فرصة البيع بسعر

---

(١) اختلف الفقهاء حول الضمان وحق الرجوع عند التلف الجزئي ، أو التغيير الكلي ، فذهب بعضهم إلى ضمان الجزء الهالك فقط ويلزم المغصوب منه باسترداد الباقي ، وذهب آخرون إلى الضمان الكلي للشيء الهالك جزئياً مع تملك الغاصب للباقي من الشيء . انظر الضمان للخفيف ص ٨٣ .

(٢) الضمان للخفيف ، ص ٨٣ ، بهذا أخذ القانون المدني العراقي في المادة (١٩٥) مدني .

(٣) الهداية شرح البداية ، ج ٤ ص ١٢ ، وبهذا أخذ المشرع العراقي في المادة ١٩٥ مدني

مرتفع كان من الممكن الحصول عليه لو تصرف فيها خلال تلك المدة .  
صحيح أن ذات الشيء لم يحصل فيه نقص يتضرر منه المالك ، إلا أن  
انخفاض السعر ينقص القيمة نتيجة حبس العين عن صاحبها هو أيضاً  
ضرر يقع على المالك .

وقد ذهب بعض المالكية إلى ضمان نقص القيمة بالقول : «والقياس أن تجرى  
المنافع والأعيان المتولدة مجرى واحداً ، وإن يعتبر التضمين أو لا يعتبر»<sup>(١)</sup>

كما يلاحظ على مفهوم المالكية ليد الضمان ، أنهم جعلوا الضمان تابعاً  
للقصد ، وقسموه إلى ضمان للذات وضمان للمنفعة ، وهذا التقسيم يعتمد كلياً  
على قصد الشخص المستولي على ملك غيره . والقصد أمر خفي غير منضبط يتعذر  
الوقوف عليه أو تحديده ، فمن الممكن أن يدعي الغاصب أنه قصد بوضع يده على  
مال غيره للانتفاع به فقط بينما قد يكون قصده الحقيقي غير ذلك وقد لا يتمكن  
المالك من تحديد ذلك القصد . ثم انهم فصلوا بين الذات والمنفعة وهذا غير متصور  
إذ أن كليهما ملازم للآخر . فالغاصب الذي قصد الاستيلاء على ذات الشيء دون  
منفعته قد فوت المنفعة على المغصوب منه ، فهو لا يستطيع الانتفاع بما ليس في يده .  
فلماذا ننظر إلى جانب المعتدي الغاصب وننظم الأحكام تبعاً لقصده في الوقت  
الذي نتناسى فيه جانب المعتدى عليه - المالك - مع أنه الأولى بالمراعاة .

إن المنطق والعقل يحتمان عدم التفرقة في الضمان بين ذات الشيء ومنفعته ،  
وأن من استولى على ملك غيره يجب عليه الضمان ذاتاً ومنفعة دون النظر إلى  
القصد والنية .

ثانياً : مفهوم يد الضمان في القانون المدني :

أ - ورد في المادة (٤٢٧) مفهوم يد الضمان في القانون ، فقد جاء ضمن

(١) بداية المجتهد ، ج ٢ ص ٢٦٧ .

الفقرة الأولى منها أنه (تكون اليد يد ضمان إذا حاز صاحب اليد الشيء بقصد تملكه...). وجاء في الفقرة الثانية مانصه (وتنقلب يد الأمانة إلى يد ضمان إذا كان صاحب اليد ولو بغير قصد التملك قد حبس الشيء عن صاحبه دون حق أو أخذه بغير إذنه).

وبإعمال النظر في نص هذه المادة يتبين لنا الآتي :

١- لم يشترط القانون في يد الضمان إلا قصد التملك ، وقد بينا سابقاً أن القصد أمر خفي غير منضبط يتعذر الوقوف عليه ، أو تحديد يده مما يسهم في إعفاء الكثير من يد الضمان من ضمان الشيء وتعويض الضرر ، علماً أن يد الضمان تكون على ملك الغير دون حق ، وهذا يقتضي التشديد على صاحبها ، وعدم فسح المجال للتخلص من ضمان الشيء المملوك للغير ، الذي يهلك أو يتعيب تحت يده ، أو قد يضيع .

وحسب قواعد مفهوم المخالفة ، فإن كل يد على ملك الغير لا يقصد من حيازته الملك هو أمانة في اليد ، وهذا ما نجد ضمن الفقرة الأولى من المادة أعلاه لبيان يد الأمانة .

٢- ورد في الفقرة الثانية حالة تحول يد الأمانة إلى يد ضمان ، فاشترك لذلك حبس الشيء عن صاحبه دون حق أو أخذه بغير إذنه ولو توافرت بجانب هذه اليد شروط يد الأمانة ، إلا أن المشرع لم يبين حالة حبس الشيء عن صاحبه دون حق أو أخذه بغير إذنه أصلاً مع نفي نية التملك ، كمن يستولي على مال مدينه ليجبره على الوفاء أو تنفيذ التزامه ، أو القيام بعمل لمصلحته ثم هلك المال أو ضاع قبل الرد ، هل تكون يده عند الحبس -ابتداء- يد أمانة أم تكون يد ضمان؟ فإن قلنا يد ضمان فإن قصد التملك غير وارد . وإذا أردنا تطبيق نص الفقرة الثانية من المادة فإن أصل اليد لم تكن أمانة لتتحول إلى ضمان ، وعليه فإن هذه الحالة غير مشمولة بحكم قانوني ، وهكذا في جميع حالات الاضطرار والإكراه الدافع لوضع يد الغير على ملك الآخرين لرفع الضرر

دون قيام نية التملك .

- ٣ - تكون يد الضمان على أصل الشيء وتوابعه وزوائده التي تولدت عنه بعد وضع اليد، هذا ما نصت عليه المادة (١٩٦) من القانون، فقد أكدت على أن زوائد المغصوب مغصوبة مثله، فإذا هلك وإن كان دون تعد من الغاصب لزمه الضمان . بهذا يكون المشرع قد أخذ بما ذهب إليه جمهور الفقهاء في حكم زوائد المغصوب، وخالف بذلك ما ذهب إليه الحنفية لأن زوائد المغصوب عندهم أمانة في يد الغاصب لأن فعل الغصب لم يقع عليها لتولدها بعده .
- ٤ - على الرغم من تنظيم المشرع لمفهوم يد الضمان، فقد أكد على يد الضمان في كل - تحت يد غير المالك ، من ذلك، يد الغاصب المادة (١٩٣) و (١٩٦)، والحالات المساوية للغصب كخيانة الأمانة والسرقه وإنكار الوديع للوديعة، المادة (٢٠١)، والمدفوع له دون حق إذا كان سيء النية الفقرة الثانية من المادة (٢٣٣) .
- ٥ - ميز المشرع بين اليد في المعاوضات واليد في غير المعاوضات ، فترك الأخيرة لنص الأولى بتنظيم خاص ورد ضمن المواد ((١٧٩، ١٨٠، ٤٢٨)) وبالرجوع إلى هذه المواد نجد أن المعقود عليه في المعاوضات إذا كان في يد صاحبه، كانت اليد يد ضمان ، فإذا هلك الشيء هلك من ذمته، ووجب عليه رد العوض الذي تسلمه من الآخر .
- فالبائع يده يده ضمان على المبيع بعد إبرام عقد البيع حتى يقبضه المشتري . فإذا انتقل هذا الشيء إلى آخر فيده إما أمانة أو ضمان وفق نص المادة (٤٢٧) . فمثلاً يد المستأجر أمانة ويد العامل على الأشياء المسلمة له أمانة، ويد المشتري إذا قبضه على سوم الشراء مع تسمية الثمن ضمان، ويدون تسمية الثمن أمانة (م٥٤٨) وما يقبض على سوم النظر أمانة سواء بين ثمنه أو لم يبين (ف٥٤٨م٢) .

وأضاف المشرع في المادة (٤٢٨) ضمان يد المالك القديم قبل التسليم إذا انتقلت الملكية بالعقد، ويستوي في العقد أن يكون معاوضة أو تبرعاً.

يتبين مما تقدم أن يد صاحب الشيء تكون ضامنة في العقود الناقلة للملكية والمعاوضات بشكل عام، وأن إبرام العقود الصحيحة النافذة وإن كانت تنشيء حقوقاً للآخرين، إلا أنها لا تغير من صفة اليد على الشيء إلا إذا وجد نص قانوني بذلك، كتحويل يد الضمان إلى يد أمانة إذا امتنع واجب التسليم بقيام سبب أجنبي (٤٢٨م). وتحويل يد البائع إلى أمانة بعد إعدار المشتري لتسلم المبيع (٥٤٧م).

#### ب - الاستثناءات على يد الضمان؛

بينت في يد الأمانة أن يد المدفوع له حسن النية على الرغم من حيازة صاحب اليد الشيء بنية التملك إلا أن يده أمانة بنص القانون، وقد تتحول إلى ضمان بسوء النية. وتتحول يد الضمان إلى يد أمانة في حالات معينة نص عليها القانون، كتحويل يد البائع من ضمان إلى أمانة بعد إعدار المشتري، أو رفض المشتري قبض المبيع (٥٤٧م). وتحويل يد المدين الضامن إلى أمانة إذا رفض الدائن دون حق قبول الوفاء منه فاضطر المدين إلى القيام بالعرض والإيداع، (٣٨٦م٢).

وبالمقارنة بين ما ورد حول مفهوم الضمان في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي نجد أن ما ذهب إليه الحنفية هو الأجدر بالاتباع، لأن الأصل في اليد الأمانة إلا ما ورد فيه نص يجعل اليد ضماناً.

وقد أخذ القانون بما ذهب إليه الحنفية، فجعل اليد أمانة إذا انتفت نية التملك عند صاحبها، ويد ضمان إذا قامت نية التملك عند صاحب اليد<sup>(١)</sup>، وبهذا

---

(١) أصول الالتزام، د. حسن علي الذنون، مطبعة المعارف، ١٩٧٠م بغداد ص ٢٧٥. الوسيط، د. عبدالرزاق السنهوري، دار النهضة العربية، ط ١٩٦٤م، ج ٣ ص ٩٩٢.

تخضع جميع حالات اليد على ملك الغير للقانون . ويمكن تعريف يد الضمان في القانون بأنها: كل يد على ملك الغير استوجب القانون ضمانها، لأن الأصل حسن النية، ولصعوبة اثبات نية التملك .

### المبحث الثالث

#### أسباب يد الضمان

يتبين من خلال مفهومي يد الأمانة ويد الضمان وما تعلق بهما من نصوص ، أن كلا من الفقه الإسلامي والتشريع العراقي يرجعان ضمان الشخص لما يتلف تحت يده من مال مملوك للغير إلى واحد من أسباب أربعة هي<sup>(١)</sup>:

(١) \* حصر الشافعي أسباب الضمان في أربعة أيضاً هي:

- ١ - العقد كالبيع والسلم والإجارة.
  - ٢ - اليد مؤتمنة كانت كالوديعة والشركة والوكالة والمقارضة إذا وجد تعد من واضعها أو كانت غير مؤتمنة كالغصب والشراء بعقد فاسد، ويتعلق الضمان بالمباشرة والتسبب.
  - ٣ - الاتلاف للنفس أو المال والضمان فيه يتعلق بالمباشر.
  - ٤ - الحيلولة بين الشيء ومالكة.
- انظر: الأشباه، للسيوطي، طبعة عيسى البابي الحلبي، ص ٣٩٠.

\* وذهب القرافي إلى أن أسباب الضمان ثلاثة هي :

- ١ - العدوان كالقتل.
  - ٢ - التسبب كحفر الآبار في طريق الحيوان في أرض غير مملوكة للحافر. أو تقطيع الوثيقة المتضمنة للحق فيضمن ذلك الحق لتسببه في ضياعه.
  - ٣ - وضع اليد غير المؤتمنة مثل قبض البائع والرهون التي يغاب عليها.
- انظر: الفروق، للقرافي، دار إحياء الكتب العربية ١٣٤٤ . القاهرة، ج ٢ ص ٢٠٦.

\* أما ابن جزري وهو من المالكية أيضاً، فقد ذكر في أسباب ضمان مال الغير، بأنه: «يختلف باختلاف وجه القبض، فإذا كان لمنفعة القابض فالضمان عليه، وإن كان لمنفعة الدافع فلا ضمان منه ، وإن كان لمنفعتهما معاً فينظر من

## السبب الأول : حكم الشارع بالضمان:

على الرغم من وجود الإذن بوضع اليد ، إلا أن هناك ما يدل على الضمان من قبل الشارع . ومن هذه المسائل ما هو متفق عليه بين الفقهاء من ناحية التزام واضع اليد بالضمان ، ومنها ما هو محل اختلاف فيما بينهم ، أبين ذلك على التوالي :

### ١ - ما اتفق عليه الفقهاء في حكم الشارع بالضمان :

مثال ذلك ، ضمان البائع للمبيع إذا حبسه تحت يده بعد تمام المبيع إلى أن يؤدي إليه المشتري الثمن الحال وضمان المشتري للمبيع عند اشتراط الخيار له ، وضمان الملتقط إذا أخذ اللقطة بنية التملك . ففي هذه الحالات نجد أن وضع اليد في البيع واللقطة مأذون فيه من قبل الشارع . إذ للبائع شرعاً أن يحبس المبيع حتى يستوفي الثمن الحال ، أو القدر المتفق على تعجيله من الثمن المؤجل . وكذلك الشخص الذي وجد شيئاً في الطريق فإن له أيضاً أن يضع يده عليه ، بناء على إذن الشارع في هذا ، ليقوم بتعريفه بغية العثور على صاحبه فإن ظفر به وردّه إليه ، وإلا كان له أن يملكه بشرط التزامه بتسليمه له إن ظهر بعد ذلك<sup>(١)</sup> .

وعلى الرغم من وجود الإذن بالإمساك من قبل الشارع في حالتي البيع واللقطة<sup>(٢)</sup> . فإننا نجد أنه قد أوجب الضمان على كل من البائع والملتقط ، فالمبيع إذا

أقوى منفعة فيضمن ، وقد يختلف في فروع من هذا الأصل وهو يتقسم إلى سبعة أقسام<sup>٢</sup> .

انظر : القوانين الفقهية ، ص ٢٢٠ .

(١) كشف القناع ، ج ٢ ص ١٣٦ . المدونة ، لمالك ، مطبعة السعادة ، ١٣٢٣ هـ ، ج ٥ ص ١٧٨ . الفتاوى الهندية ، ج ٣ ، ص ١٥ . رد المحتار ، ج ٤ ، ص ٤٧ - فتح القدير ، ج ٥ ، ص ١١٧ ، المعاملات ، الخفيف ص ٤٤٠ - ٤٤٥ .

(٢) اختلف الفقهاء في أخذ اللقطة فذهب بعضهم إلى عدم جواز وضع اليد عليها بدون إذن صاحبها لأنه سيتحراها ويبحث عنها في الموضع الذي فقدتها فيه فلو



هلك كله أو بعضه في يد البائع قبل تسليمه للمشتري فإن هلاكه يكون عليه . بمعنى آخر يكون ضامناً له ، سواء كان الهلاك بفعل البائع أم بفعل المبيع ، أم بسبب أجنبي لا دخل للبائع فيه ، وينفسخ البيع ويجب على البائع رد الثمن للمشتري إن كان قد تسلمه .

أما اللقطة فإن الأصل في الملتقط أن يكون أميناً -غير ضامن- إذا توافرت فيه شروط ثلاثة هي :

- ١ - أن ينوي عند أخذه اللقطة ردها إلى صاحبها عند ظهوره .
- ٢ - أن يشهد عند الالتقاط شاهدين عدلين يخبرهما باللقطة وعزمه على ردها .
- ٣ - الإعلان عنها في مكان وجودها وفي الأماكن العامة مدة سنة لأنه يظن انقطاع الطلب بعدها<sup>(١)</sup> .

بهذه الشروط لا يضمن الملتقط هلاك اللقطة إذا كان بلا تعد أو تقصير منه . أما إذا تخلف أحد الشروط السابقة فإنه يكون ضامناً لها على الرغم من عدم تعديه بوضع يده على مال غيره لكونه مأذوناً له في ذلك شرعاً ، ويكون حكمه حكم الغاصب<sup>(٢)</sup> .

## ٢ - أما المسائل المختلف فيها :

فهي ما كان وضع اليد فيها من أجل تحقيق مصلحة تعود على الواضع خاصة ، كالعارية في يد المستعير فهي تستند إلى ولاية شرعية ، حيث أن وضع اليد تركت لأمكنة العشور عليها . وذهب البعض الآخر وهم غالبية الفقهاء إلى جواز أخذها مطلقاً لأنه فيه حفظها . المدونة للإمام مالك ، مطبعة السعادة ، ١٣٢٣هـ ، ج٦ ص ١٧٨ . مغني المحتاج ، ج ٢ ص ٤٨ .

(١) سبل السلام ، ج ٣ ص ١٢٦ و ج ٦ ص ٨٩ ، مغني المحتاج ، ج ٢ ص ٤٠٦

(٢) وهذا باتفاق الفقهاء . إعلام المرقمين ، ج ٣ ص ٣

كان أثراً ومقتضى لعقد العارية . وقد ذهب الفقهاء في ضمانها إلى أقوال ثلاثة :

القول الأول : العارية أمانة في يد المستعير فلا يضمنها إذا هلكت أو ضاعت بلا تعدد من أو تقصير مطلقاً<sup>(١)</sup> . ذهب إلى ذلك من الصحابة عمر وعلي (رضي الله عنهما) ، وأبو حنيفة والحسن البصري ، والأوزاعي ، والنخعي ، والنووي .

القول الثاني : العارية مضمونه على المستعير إلا إذا تلفت باستعمال مأذون فيه<sup>(٢)</sup> ، ذهب إلى ذلك من الصحابة ابن عباس وأبو هريرة ومن الفقهاء عطاء والشافعي وأحمد .

القول الثالث : العارية مضمونه على المستعير إذا كانت مما يغاب عليه كالثياب والحيوان ولم يكن على التلف بينه<sup>(٣)</sup> . ذهب إلى ذلك مالك .

والقول الثاني عندنا هو الأحق بالاتباع ، لأن المستعير حينئذ يكون قد خرج عن مقتضى الإذن الصادر له من المعير فيكون متعدياً فيضمن التلف ، كما يضمن الهلاك بالسبب الأجنبي على الرغم من حصول الهلاك بسبب لا يد له فيه وبدون تفریط منه ، وذلك لأجل المحافظة على مال الغير الذي بذله صاحبه ليتنفع به غيره .

وقد أخذ المشرع العراقي بما ذهب إليه الفقه الإسلامي فاستثنى من يد الأمانة بعض الحالات على الرغم من توافر شروطها وجعل اليد فيها يد ضمان ، منها ضمان البائع للمبيع قبل أن يقبضه المشتري المادة (٥٤٧) ، علماً أن الفقرة الأولى من المادة (٥٧٧) تجيز للبائع حبس المبيع عن المشتري إلى أن يستوفي ما هو حال من

(١) بداية المجتهد، ج٢ ص٢٣٤ . القوانين الفقهية ص٢٤٥ الهداية شرح البداية، ج٣ ص٢٢٠ .

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ، ص٤٩٦ .

(٣) بداية المجتهد، ج٢ ص٢٦٠

الثلثين<sup>(١)</sup> ، وتميز الفقرة الثانية من المادة (٥٧٩) حق البائع في حبس المبيع حتى لو لم يحل الأجل المشترط لدفع الثمن إذا اضعف المشتري ما قدمه من تأمينات للوفاء بالثلثين . ومنها ضمان المشتري ما قبضه على سوم الشراء إذا سمي الثلثين ، أما ما يقبضه على سوم النظر فيده عليه أمانة سواء بين ثمنه أم لم يبين ، المادة (٥٤٨) . وهكذا في اللقطة تكون اليد ضمان إذا أخذها الملتقط بنية التملك ، وتكون أمانة إذا أخذها بنية ردها للمالك ، المادة (٩٧٤) . وبذلك يكون المشرع قد أخذ بما اتفق عليه الفقهاء المسلمون في هذا المجال . أما ما اختلفوا فيه فقد أخذ المشرع بالقول الأول - الخفية - فلم يشترط للضمان أن تكون اليد لمصلحة صاحبها .

#### السبب الثاني : الاعتداء؛

وهو أن يضع شخص يده على مال غيره بدون إذن منه ، أو من الشارع ، أو إذا استولى شخص على مال مملوك لغيره ظلماً ، أو حال بينه وبين الانتفاع به ، فإنه يكون متعدياً ، ويترتب على ذلك ضمانه لهذا المال ، كالغصب والسرقة وخيانة الأمانة ، فإذا غصب إنسان مال آخر كان عليه رده ، ويلزمه ضمانه إذا تلف بيده ، حتى لو حصل التلف بسبب لا دخل للغاصب فيه ، وكذا لو وضع يده على مال غيره بدون إذنه ، كما لو اقت الریح ثوباً في داره فأخذه بنية تملكه ولم يرده إلى صاحبه .

كما يكون واضع اليد على ملك الغير متعدياً إذا أهمل أو قصر في الحفاظ على مال الغير ورعايته أو استعماله أو انتفع به دون إذن من مالكة وإن كانت يده أمانة - وضعت بإذن من مالكة أو الشارع - فإنها تنقلب إلى ضمان بالتعدي كاستعمال المودع لديه للوديعة ، واستعمال الوكيل لمال الموكل الذي تسلمه منه . واستغلال المرتهن للمال الموهون ، وانتفاع الملتقط باللقطة ، كما تنقلب إلى ضمان بالإهمال والتقصير في الحفاظ على الشيء كإهمال المودع لديه في حفظ الوديعة في

(١) الوسيط، د. السنهوري، ج٣ ص٩٩٣ .

حرز . وإهماله بتقديم الطعام والماء للحيوانات المودعة لديه مما أدى إلى هلاكها<sup>(١)</sup> .

وقد ذكر ابن جزري<sup>(٢)</sup> : أن التعدي أعم من الغصب ، لأن التعدي يكون في النفوس والأبدان والأموال ، وأن التعدي في الأموال على أربعة أنواع هي : ١- أخذ الرقبة وهو الغصب ٢- أخذ المنفعة دون الرقبة وهو ضرب من الغصب ويجب فيه الكراء مطلقاً ٣- الاستهلاك باتلاف الشيء المملوك للغير كقتل الحيوان واتلاف الطعام وقطع الشجر ٤- التسبب في الاتلاف كمن أوقد ناراً في يوم عاصف فأحرقت شيئاً أو قطع وثيقة فضاع ما فيها من الحقوق كان ضامناً لما نتج عن فعله من الاتلاف سواء أكان الاتلاف عمداً أم كان خطأ .

وقد أخذ المشرع العراقي بالاعتداء أساساً لقيام ضمان صاحب اليد لما تحت يده من مال مملوك للغير . سواء أكانت اليد أمانة فتتحول بالاعتداء إلى ضمان - المادتان (٤٢٧ و ٩٥٠) - أم كانت اليد يد ضمان بدءاً ، لكونها حازت ملك الغير ظلماً ، أو بنية التملك . وقد أكد المشرع على أن يد الأمانة تتحول بالاعتداء إلى ضمان في الكثير من النصوص ، منها نص الفقرة الثانية من م ٧٦٤ فقد ورد فيها أن استعمال المستأجر المأجور على خلاف المعتاد تعدّ ، فيضمن الضرر المتولد عنه . وجاء في المادة (٨٥٤) تحول يد المستعير من أمانة إلى ضمان إذا وضع العارية في موضع لا يملك فيه الإعارة ، لأن تصرفه يكون اعتداء على الشيء المعار . وجاء في المادة (٨٥٥) تحول يد المستعير إلى ضمان إذا أجز العارية أو رهنها دون إذن من المعير ، لأن فعله تعدّ على مال مملوك للغير . وتؤكد الفقرة الثانية من المادة (٩٥٠) على أن الأمانة غير مضمونة على الأمين بالهلاك سواء كان بسبب يمكن التحرز منه أم لا ، وإنما يضمنها إذا هلكت بصنعه أو بتعدّ أو تقصير منه . وورد ضمن أحكام الوكالة أن المال الذي يقبضه الوكيل لحساب موكله يكون أمانة في يده فإذا تلف

(١) فتح القدير، ج ٧ ص ٩٠، ٣٧٥، ج ٨ ص ٢٢٤ وما بعدها، الأشباه للسيوطي، ص ٤٩٥ - ٤٩٦، بداية المجتهد، ج ٢ ص ٢٣٤-٢٣٧- القواعد لابن رجب ص ٥٦-٦٤ .

(٢) القوانين الفقهية، ص ٢١٨ .

بدون تعد لم يلزمه الضمان وجاء في المادة (٩٥٦) أن ليس للوديع أن يستعمل الوديعة ويتفح بها دون إذن مالكيها فإن استعملها دون إذن وهلك فعليها ضمانها . كما يضمها بالإجارة والإعارة والرهن دون إذن صاحبها وذلك لكون هذه التصرفات هي اعتداء على الوديعة-ملك الغير- دون إذن صاحبها . وهكذا في حالة نقلها في السفر إذا لم يكن مضطراً فإنه يضمن هلاكها (م٩٥٤) . وإذا أقرضها للغير دون إذن ضمها الوديع (م٩٥٧) وإذا أودع الوديع هذه الوديعة عند شخص ثان دون إذن صاحبها ضمها (م٩٥٨) .

كما أكد المشرع على أن اليد تكون يد ضمان إذا حازت الشيء المملوك للغير ظلماً، سواء أكان صاحب اليد ينوي تملكه، أو كان لا ينوي سوى الحجز وقد نظم المشرع أحكام الغصب في المواد (١٩٢-٢٠٠) فقد جاء في المادة (١٩٣) مانصه (يضمن الغاصب إذا استهلك المال المغصوب أو أتلفه أو ضاع أو تلف كله أو بعضه بتعديه أو بدون تعديه) . فيد الغاصب يد ضمان لأن الغصب ذاته هو تعد على مال مملوك للغير من الغاصب فيكون ضامناً للمغصوب سواء هلك المغصوب بفعله، أم هلك بفعل الغير أو بسبب لا يد له فيه لأن الاعتداء كان قائماً ابتداءً .

وهكذا نجد أن كل اعتداء على ملك الغير يكون المعتدي ضامناً وهذا ما أكدته المادة (٢٠١) فقد نصت على أن: (الحال الذي هو مساو للغصب في إزالة التصرف حكمه حكم الغصب . فالوديع إذا أنكر الوديعة يكون في حكم الغاصب ، وبعد الإنكار إذا تلفت الوديعة في يده بلا تعد يكون ضامناً) بمعنى أن يد الضمان تضمن المال إذا هلك سواء كان الهلاك بتعد من صاحب اليد أم بسبب أجنبي ، وذلك لأن يده أصلاً هي اعتداء على مال الغير ، والاعتداء على حق الغير هو الأساس القانوني لوجوب الضمان .

وتأخذ زوائد المغصوب حكم المغصوب ، فإذا هلك ولو بدون تعد من الغاصب لزمه الضمان (م١٩٦) لأن الفرع يتبع الأصل في صفة اليد عليه .

مما تقدم يتبين أن المشرع العراقي قد جعل الاعتداء على ملك الغير، هو

الأصل الذي تقوم عليه يد الضمان، سواء قامت نية التملك أو انتفتت، وسواء كان الاعتداء ابتداء فتكون اليد يد ضمان ابتداء، أم كان لاحقاً فيحول يد الأمانة إلى يد ضمان، وللاعتداء على ملك الغير صور كثيرة، منها الاستيلاء على الشيء المملوك للغير ظلماً كالغصب والسرقة وأخذ المال الضائع، ومنها التصرف في الشيء المملوك للغير تحت يد الأمانة تصرفاً موصوفاً بالاعتداء، سواء أكان التصرف مادياً أم قانونياً كالبيع والإيجار والعارية والرهن دون إذن من المالك وعليه يكون الفاصل بين يد الأمانة ويد الضمان ابتداء واستمراراً هو الاعتداء.

### السبب الثالث: وضع اليد على ملك الغير بإذن منه ويقصد تملكه،

فمن وضع يده على مال مملوك لغيره بناء على إذن له في ذلك، وكان واضح اليد قاصداً من وراء ذلك نقل ملكه إليه فإنه ضامن له، مثاله القابض للمبيع على سوم الشراء<sup>(١)</sup>.

وقد اختلف الفقهاء حول وجوب صحة العقد لوجوب الضمان، فذهب بعضهم إلى أن قبض المشتري للمبيع لا يجعل يده يد ضمان إلا إذا كان عقد البيع صحيحاً، أما إذا كان فاسداً فيده أمانة، لأن العقد غير معتبر فيبقى القبض بإذن المالك. وذهب آخرون إلى أن اليد تكون يد ضمان وإن كان العقد فاسداً إذا تم القبض، لأن هذه الحالة لا تكون أقل من المقبوض على سوم الشراء<sup>(٢)</sup>.

بهذا أخذ المشرع العراقي، فجعل اليد يد ضمان إذا قبض الشيء المملوك للغير

(١) ذهب الفقه الإسلامي إلى أن المقبوض على سوم الشراء يدخل في ضمان القابض، فتح القدير، ج ٥ ص ١٨٧.

(٢) لأن العقد الصحيح في الحالتين غير قائم. ومعنى قبض العين على سوم الشراء، هو أن يساوم المشتري البائع في شراء سلعة معينة بثمن معين على أن يأخذ المشتري الشيء المبيع ليطلع عليه أهله أو أهل الخبرة دون أن يسلم الثمن. فالتعاقد هنا لم يصل إلى مرحلته النهائية المتمثلة في تسليم الثمن وتسلم المبيع، انظر: فتح القدير، ج ٥ ص ١٨٦، ١٨٧. الأشباه والنظائر، للسيوطي ص ٣٩٠-القوانين الفقهية ص ١٦٤. بداية المجتهد، ج ٢/١٣٥-١٣٩. القواعد، ص ٦٧.

بإذن من صاحبه ويقصد التملك ، مثاله ما يقبض على سوم الشراء مع تسمية الثمن فيكون القابض ضامناً للهلاك أو الضياع ، وإن كان دون تعد أو تقصير<sup>(١)</sup> . أما إذا لم يقبض الشيء فلا ضمان عليه إذا هلك أو ضاع ، هذا ما أكدت عليه المادة (١٧٩).

وميز المشرع في حالة الدفع دون وجه حق بين المدفوع له حسن النية ، والمدفوع له سيء النية ، فجعل يد الثاني فقط يد ضمان . أما الأول فيده أمانة على الرغم من أن اليد وضعت على ملك الغير بإذن من هذا الغير ويقصد تملكه<sup>(٢)</sup> ، وذلك حماية له ، لأن الدفع دون حق لم يكن نتيجة عقد ومساومة بل نتيجة وقائع قانونية لا إرادية كان المدفوع له جاهلاً بعدم استحقاقه للشيء ، لذلك يعامل وكأنه مالك لذلك الشيء خلال فترة حسن نيته ، فإذا هلك المال تحت يد مالكة فإن المالك لا يضمن هلاك ملكه للغير . أما إذا كان سيء النية فإن السبب الثاني للضمان ينهض وهو الاعتداء على ملك الغير ، فإذا كان حسن النية ثم علم بأن الشيء المملوك للغير فتحول إلى سيء النية فإنه يضمن من الوقت الذي يلزم فيه رد الشيء - وهو علمه بأن الشرع الذي تحت يده هو ملك للغير .

**السبب الرابع : وضع اليد على مال الغير بإذن من المالك لتحقيق مصلحة لصاحب اليد :**

بحث بعض الفقهاء المسلمين حالة وضع اليد على مال مملوك للغير بإذن من المالك وبدون قصد التملك إذا كان لواضع اليد مصلحة يحققها لنفسه ، كما في

(١) فقد نصت المادة (٥٤٨) على أنه : ١٥- ما يقبض على سوم الشراء مع تسمية الثمن إذا هلك أو ضاع في يد القابض لزمه الضمان . أما إذا لم يسم له ثمن كان أمانة في يده . . .

(٢) وورد ضمن الفقرة الثانية من المادة ٢٣٣ ما نصه (ويلزمه الضمان من وقت أن صار سيء النية إذا هلك الشيء أو ضاع ولو بغير تعد منه).

العارية، فإنها مضمونة على المستعير<sup>(١)</sup> لأن وضع اليد في العارية مقصود منه تحقيق مصلحة للمستعير. وكذلك الرهن في يد المرتهن، فعلى الرغم من أنه قد قبضه بإذن من الراهن، إلا أن يده عليه تكون يد ضمان لأن المصلحة من وضع اليد تعود عليه وحده<sup>(٢)</sup>، وهكذا بالنسبة للبائع فإن يده على المبيع تكون ضامنة لحين استلام الثمن، أو المعجل منه، لأن حبس البائع للمبيع كان لمصلحته<sup>(٣)</sup>.

ولم يأخذ المشرع العراقي في القانون المدني بهذا السبب، فالعارية أمانة في يد المستعير، فإن هلكت أو ضاعت أو نقصت قيمتها بلا تعدد منه ولا تقصير لا يلزمه الضمان، المادة (٨٥٧). والرهن يضمنه الراهن لا المرتهن، فإذا تعيب أو هلك قضاء وقدرًا كان تعييبه أو هلاكه على الراهن، المادتان (١٣٣٥ و ١٣٣٦). أما في المعاوضات وعقود التمليك، فإن يد صاحب الشيء ويدل البائع قبل أن يقبضه المشتري تكون يد ضمان المواد (١٧٩، ٤٢٨، ٥٤٧) لوجود ما يد على ضمانه في نظر الشارع فكانت استثناء على الأصل، وعليه تندرج هذه الاستثناءات تحت السبب الأول الذي هو حكم الشارع بالضمان على الرغم من توافر شروط يد الأمانة.

مما تقدم نجد أن يد الضمان عند جمهور الفقه الإسلامي هي في الأصل كل يد لا تستند إلى إذن الشارع أو المالك، وكل يد ترتبت عليها - كما في يد غاصب الغاصب، والمستعير والمستأجر من الغاصب وإن لم يكن هؤلاء على علم بالحال - . وقد تستند اليد إلى إذن، ولكن يدل دليل شرعي على تضمينها، أو تكون الفائدة

(١) عند الشافعية والحنابلة وبعض المالكية. مغني المحتاج، ج ٢/٢٦٧. بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٣٤.

(٢) فتح القدير، ج ٨، ص ٢٢٤. ابن خزي ص ٢٢٠. وقد فرق الإمام مالك بين ما يعاب وما لا يعاب عليه، بداية المجتهد ج ٢/٢٣٣.

(٣) نهاية المحتاج، ج ٥ ص ١٤١ و ٣٠٥. القواعد، ص ٥٦، ٥٧، وقد تكون المصلحة من وضع اليد مشتركة بين المالك والقابض، فالعبرة بأرجحهما، فإن كانت يد المالك أرجح كانت أمانة، وإلا كانت يد ضمان. القواعد ص ١١٠ وقد فرع الحنابلة على ذلك ضمان المستعير وعدم ضمان الوديع.



من القبض عائدة إلى واضع اليد وحده كما في العارية .

كما أن من تعدى بوضع يده ابتداءً أو استمراراً على مال غيره فإنه يضمه ، ولكن ذلك مقيد بما إذا لم تكن ثمة ضرورة تقضي بالوضع ، أما إذا وجدت ضرورة اقتضت ذلك ، فإنه لا يكون متعدياً وبالتالي فلا ضمان عليه . ويشمل هذا في حالة ما إذا دخل حيوان دار غير مالكة ، - بدون فعل من أحد- فإن صاحب الدار لا يكون متعدياً بوضع يده عليه ، ولكن يجب عليه رده لصاحبه إن كان يعرفه أو يبحث عنه ، فإن أصر رده إليه بعد معرفته له ، فإنه يكون متعدياً حيثئذ ويلزمه ضمانه .

وكذلك إذا تسلم إنسان مالاً من آخر بموجب عقد من العقود كالإجارة أو الإعارة أو الوديعة أو الوكالة - وغير ذلك من عقود الأمانة- ثم زال السبب الذي كان مسوغاً لوضع اليد ، إما بانتهاء المدة ، أو العمل ، أو رجوع أحد المتعاقدين قبل انتهاء المدة المتفق عليها عند من يرى جواز ذلك من الفقهاء - في جميع تلك الحالات- يصبح كل من المستأجر والمستعير والوديع والوكيل غير مأذون له باستمرار وضع اليد على الشيء المؤجر أو المعار أو المودع ، والواجب عليهم رفع اليد عن المال ورده لصاحبه ، غير أنه في بعض الحالات يكون الرد وما يترتب عليه من نفقات واجبين على واضع اليد ، عندئذ يجب عليه رده فور انتهاء السبب الذي كان يبيح له استمرار وضع اليد فإن أصر الرد بلا عذر كان ذلك اعتداءً موجباً لضمائه . أما إن كان واجب الرد وما يترتب عليه من نفقات على مالكة فلا يجب على واضع اليد ردها عند انتهاء المدة أو العمل ، لأن ذلك سوف يكلفه جهداً ونفقات هو ليس ملزماً بها ، وإنما عليه حفظها للمالك فقط .<sup>(١)</sup>

(١) المعاملات الشرعية، الشيخ الحقيف، ص ٤١٥، وفيه (وكذلك يكون ضماناً للعين إذا منعها عن مالكة بعد طلبها منه عند انتهاء مدة الإجارة ، فإذا هلكت ولو من غير تعد كان عليه ضمانها، أما إذا لم يطلبها مالكة فلا ضمان عليه لأن المستأجر ليس عليه نفقات تسليم العين ولا نقلها إلى مالكة، ولكن ذلك على المالك ، فعليه أن يحضر بعد انتهاء مدة الإجارة ليتسلمها).

مغني المحتاج، ج ٢ ص ٣٥١. المعاملات المالية ، للخفيف ص ٤٣٢ ، ٤٣٣

يقول المحاسني في شرحه لمجلة الأحكام<sup>(١)</sup>، إن الفرق بين العارية والوديعة بأمر الرد ظاهر، فالوديعة لا يجب على المستودع ردها وتسليمها إلى المودع عند انقضاء المدة وله حفظها له. أما العارية، فإن على المستعير ردها وتسليمها إلى المعير عند انتهاء المدة، لأن الوديعة يحفظها المستودع لحساب المودع، والعارية يحفظها المستعير لحساب نفسه، فإذا انقضت المدة المعينة في الوديعة بقيت يد المستودع الأولى-يد أمانة-عليها، وهي كيد المودع. أما الإعارة فإنها سلمت إلى المستعير لفائدته، ويده لم تكن كيد المعير، فلا يقال بأن بقاءها في يده لمنفعة المعير وحيث كانت مؤقتة وكان من الواجب ردها للمعير فإن أمسكها كان ضامناً لأن الإذن مؤقت والوقت زال.

وفي حالات أخرى لا يكون الرد واجباً على واضع اليد، وإنما عليه شيء آخر هو التخلية فإذا انتهت المدة أو العمل فإن يده على الشيء تبقى يد أمانة مادام كان مستعداً لرد الشيء وتمكين مالكة من الاستيلاء عليه، وهذا ينطبق على المرتهن<sup>(٢)</sup> والمستأجر<sup>(٣)</sup> والوديعة<sup>(٤)</sup>، فعند انتهاء العقد بأي سبب كان لا يجب على أحد من هؤلاء شيء سوى التخلية فقط بين الشيء المرهون والمستأجر والمودع وبين صاحبه. فإذا علم صاحب الشيء استعداد صاحب اليد لرد المرهون والمودع والمأجور ثم تأخر المالك في تسلّمه فإنه لا يكون عليهم تبعة هلاك الشيء تحت أيديهم بدون تعد منهم.

(١) شرح مجلة الأحكام العدلية، ج ٢ ص ١٨٨.

(٢) مغني المحتاج ١٣٧/٢.

(٣) وذهب بعض الفقهاء إلى أن المودع لو طلب حق المستودع حمل الوديعة إليه فوافق ولم يفعل تبقى أمانة لأنه غير ملزم بنفقات رد الوديعة إلى صاحبها. وخالف البعض في الإجارة إذا طلب المؤجر من المستأجر ردها عند انتهاء الأجرة دون التوقف على طلب من المؤجر ولم يفعل ضمن وذهب آخرون إلى عدم ضمانه لأن المستأجر عندهم كالوديعة لا يضمن بعدم الرد بل بعدم التخلية فقط، المعاملات ص ٤١٥، شرح المجلة، ج ٢ ص ١٥٦.

(٤) إعلام الموقعين، ج ٣ ص ٣٥٣. المعاملات، ص ٤٣٣.

وقد أخذ المشرع العراقي بما ذهب إليه الفقه الإسلامي ، فأوجب على المستأجر تخلية المأجور عند انقضاء عقد الإيجار في مكان تسلمه إذا لم يحدد الاتفاق أو العرف مكاناً آخر ، فإذا أبقى المستأجر المأجور تحت يده دون وجه حق تحولت يده إلى يد ضمان ، إلا إذا كان مضطراً في ذلك ، أو كان بسبب لا يدل له فيه بقية يده يد أمانة ، والتزم بدفع الأجرة عن تلك المدة ، المادة (٧٧١) ويبقى المأجور أمانة في يد المستأجر عند انقضاء الإجارة كما كان أثناءها فإذا استعمله المستأجر بعد انقضاء الإجارة دون إذن وتلف ضمن ، وكذلك لو طلبه المؤجر عند انقضاء الإجارة من المستأجر فأمسكه دون حق ثم تلف ضمن ، المادة (٧٧٣)<sup>(١)</sup> .

وأوجب القانون على الوديع رد الوديعة وثمارها المقبوضة إلى المودع حتى انتهى عقد الوديعة وطلب المودع منه ذلك ، ويكون الرد في المكان الذي كان يلزم حفظ الوديعة فيه ومصروفات الرد على المودع ، كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك ، المادة (٩٦١) ، فيد الوديع تستمر يد أمانة بعد انتهاء عقد الوديعة مادام كان مستعداً لتسليم الوديعة عند الطلب في مكان حفظها ، لأن تسلمها واجب على المودع .

أما بالنسبة للعارية فإن مؤوتنها ومصاريف حفظها وتسليمها وردها تكون على المستعير المادة (٨٥٦) فإن انتهت الإعارة وجب على المستعير ردها إلى المعير بنفسه أو بيد أمينة فإذا أخل المستعير بالتزامه وتلفت العارية أو نقصت قيمتها لزمه الضمان المادة (٨٦٠) وتنتهي الإعارة بانقضاء الأجل المتفق عليه ، أو برد المستعير لها قبل انتهاء المدة<sup>(٢)</sup> ، المادة (٨٦١) .

---

(١) تنص الفقرة الثالثة من المادة (١٠٦٢) على أن حصة كل شريك في المال الشائع هي أمانة في يد الآخر لا يضمنها عند التلف أو الضياع إلا بتعديه . كما تنص المادة (١٠٧٩) على خضوع الملاك على الشيوع في حالة المهايأة لأحكام عقد الإيجار مادامت لا تعارض مع أحكام المهايأة .

(٢) هناك أسباب أخرى لإنهاء الإعارة نظمها المادتان (٨٦٢ ، ٨٦٣) من القانون المدني .

وفي الرهن ، فإن المشرع قد أوجب على المرتهن رده إلى الراهن إذا انقضى الرهن الحيازي وكان المرهون لا يزال باقياً في يده ، المادة (١٣٥٠) . فإذا تأخر في الرد دون سبب مشروع أو ضرورة تحولت يده إلى الضمان .

عما تقدم يتبين أن المشرع قد أخذ من المجلة أحكام الوديعة والعارية ، فجعل رد الوديعة على المودع وعليه تبقى يد الوديع بعد انتهاء مدة الوديعة يد أمانة لحين طلب المودع لها فإن امتنع الوديع عندئذ تتحول يده إلى يد ضمان ، أما في العارية فإن على المستعير ردها عند انتهاء مدتها فإن تأخر عن التسليم تحولت يده ضامنة . ولعدم تنظيم المشرع قواعد عامة لهذه الحالة عليه يمكن القول أن يد الأمانة وفقاً لنص المادتين (٤٢٧ و ٩٥٠) لا تتحول إلى يد ضمان بانتهاء مدة وضع اليد إذا كان واجب الرد ونفقاته على المالك إلا إذا طلبها المالك وامتنع صاحب اليد عن دفعها أو تخليتها فعندئذ تتحول اليد إلى يد ضمان ، أما إذا كان واجب الرد ونفقاته على صاحب اليد فإن تأخر تسليمه الشيء إلى المالك فإن ذلك يحوّل يده من يد أمانة إلى يد ضمان بالتأخير وعدم التسليم . وبالرجوع إلى يد الزوج على أغراض زوجته إذا انتهت الرابطة الزوجية تتبين هل يلزم الزوج بتسليم الزوجة أغراضها الجهازية<sup>(١)</sup> ، مع التزامه بدفع نفقات ومصاريف النقل ، أم يكفي أن يمكن الزوجة متى طالبت بأغراضها من تسلمها لأغراضها وهو التخلية؟ بهذا يمكن أن نحدد متى تتحول يد الزوج من يد أمانة إلى يد ضمان؟<sup>(٢)</sup>

وهكذا نجد أن يد الأمانة تستمر أمانة حتى بعد انتهاء مدتها أو أسبابها إذا كان

(١) اختلف الفقهاء في ماهية الأغراض الجهازية العائدة للزوجة ، ومدى تدخل العرف فيمن تجب عليه هذه الأغراض ومن يملكها . انظر الشيخ محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ص ٢٦٣ .

(٢) بهذا يكون قرار محكمة بداءة نينوي رقم ٩٢/١٨٨ والذي ورد ذكره في ص ١١ من البحث مخالفاً للقانون ، لأن يد الزوج لا تتحول إلى يد ضمان بانتهاء الرابطة الزوجية مادام مستعداً للتخلية وعليه فهو غير ضامن لهلاك هذه الأغراض بالسبب الأجنبي ، فالزوجة لم تطالب بالتسليم ، ولم ترسل من ينوب عنها بالمطالبة وتسلم الأغراض .

واجب الرد ونفقاته على مالك الشيء ولا تتحول اليد إلى ضمان إلا إذا امتنعت عن الرد بعد مطالبتها.

أما إذا كان واجب الرد ونفقاته على صاحب اليد فإنها تتحول إلى يد ضمان بتأخير الرد عن مواعده لأنها تكون عندئذ معتدية ، إلا إذا وجدت ضرورة أو عذر مشروع .

### المبحث الرابع

#### آثار يد الأمانة ويد الضمان

يترتب على يد الأمانة ويد الضمان مجموعة من الأحكام يمكن حصرها في حكم يد الأمانة والضمان على الشيء وزوائده ، وحكم الأيدي المترتبة عليهما .

#### حكم يد الأمانة ويد الضمان على الشيء وزوائده

أولاً : الفقه الإسلامي :

كما تختلف يد الأمانة عن يد الضمان من ناحية المفهوم ، فإنها تختلف عنها كذلك من ناحية الأحكام المترتبة على كل منهما فصاحب يد الأمانة لا يضمن المال الذي تلف تحت يده إلا إذا قصر في حفظه أو تعدى عليه<sup>(١)</sup> ، من أجل هذا يضمن الوديع الوديعة إذا لم يحافظ عليها محافظته على ماله ، بأن وضعها في غير حرزها أو ترك ما هو واجب القيام به نحوها لحفظها ، لأنه بذلك يكون قد قصر في القيام بما

(١) الأشباه والنظائر ، ابن نجيم ، ص ١٠٩ . ويرى المالكية أن يد الأمين إذا كانت على مالا يغاب عليه فإنه لا يضمنه عند تلفه ، أما إذا كانت على ما يغاب عليه فإنه يكون ضامناً له ، إلا أن يقيم البينة على تلفه أو ضياعه بغير صنعة ، وهذا هو الحكم عندهم في العواري وأيدي الصناعات والمبيعات مع شرط الخيار عند التلف في يد المشتري ، ونفقة المحضون إذا تلفت في يد الحاضنة وما بيد الورثة إذا طرأ دين أو ظهر وارث آخر . بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٣٥ ، القوانين الفقهية ص ٢٤٥ ، ٢٤٦ .

هو واجب عليه . وهكذا لو أخبر لصاً بمكانها فذهب وسرقها، لتعديه عليها، إذ أنه بإخباره عرضها للضياع .

ومثل الوديعة ، كل من وضع يده على مال لغيره بصفة الأمانة، فينطبق ذلك على أمين الوديعة الذي سلمه الوديعة لوجود عذر يقتضي الإيداع عند الغير-كالسفر والمرض- ووارثه ووصيه قبل تمكنهما من رد الوديعة . كما ينطبق على الشريك بالنسبة لما تحت يده من مال الشركة والمضارب في رأس المال فيه، وكذلك ما يوجد في يد الوكيل بمقتضى عقد الوكالة، والعين في يد الموصى له بالمنفعة، والملتقط إذا أخذ اللقطة بنية ردها إلى صاحبها، والمستعير، والمرتهن عند من قال بعدم ضمانهما من الفقهاء<sup>(١)</sup> . وتأخذ زوائد الشيء تحت يد الأمين حكم الأصل فهي أمانة في يده .

أما يد الضمان فالأمر يختلف إذ أنه يترتب على هلاك الشيء ضمانه، بمعنى أنه يحكم بضمان صاحب اليد لما تحت يده إذا تلف أو ضاع، سواء أكان تلفه باعتداء صاحب اليد عليه أم باعتداء شخص أجنبي، أم كان بسبب لا يد له فيه، كالتلف بأفة سماوية أو الموت أو الحريق أو الغرق، أو غير ذلك من الأمور التي لا دخل للشخص في إحداثها. غاية ما هنالك أنه إذا كان التلف قد حصل بسبب اعتداء من شخص أجنبي فإن ضمان المال التالف يستقر في النهاية عليه، فيجوز للمالك مطالبة كل منهما، فإذا دفع صاحب اليد رجوع على المتلف المباشر - وإن دفع المتلف فلا رجوع له على أحد. وإن كان التلف من المالك فضمانه عليه وليس على واضع اليد تبعه .

أما زوائد الشيء تحت يد الضمان فقد اختلف الفقهاء فيها على قولين :

**القول الأول :** أن زوائد العين المغصوبة وما هو في حكم الغصب (أمانة) في يد الغاصب ومن في حكمه، متصلة كانت أم منفصلة، ذهب إلى ذلك الحنفية وحثتهم أن الغصب لم يرد عليها لأنها طرأت بعده .

(١) المغني لابن قدامة، ج٤ ص٢٤٢- المعاملات للحنيفي، ص٤٣٩، ٤٦٣ .

**القول الثاني :** أن زوائد العين المغصوبة وما هو في حكمه مضمونة في يد الغاصب ومن في حكمه ذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء ، وحثتهم أن الفرع يتبع الأصل في الحكم .

### ثانياً : القانون المدني؛

أخذ المشرع العراقي بما ذهب إليه الفقه الإسلامي ، فقد نصت المادة (٤٢٦) على أنه (إذا انتقل الشيء إلى يد غير صاحبه بعقد أو بغير عقد وهلك دون تعد أو تقصير فإن كانت اليد ضمان هلك الشيء على صاحب اليد . وإن كانت يد أمانة هلك الشيء على صاحبه) . فيد الأمانة لا تضمن هلاك الشيء أو ضياعه أو تعييبه إلا بالتعدي والتقصير في حفظه واستعماله . أما يد الضمان فإنها ضامنة لهلاك الشيء في جميع حالات الهلاك ، حتي وإن كان بسبب لا يد له فيه كالقوة القاهرة ، وإن كان شديد الحرص في حفظه وحمايته من الهلاك .

وقد أكد المشرع على هذه القاعدة في كل حالة يكون فيها الشيء تحت يد الغير . فقد ورد في الفقرة الثانية من المادة (٧٦٤) أن استعمال المستأجر للمأجور على خلاف المعتاد تعد ، فيضمن الضرر المتولد منه . وجاء في المادة (٨٥٧) أن العارية أمانة في يد المستعير فإن هلكت أو ضاعت أو نقصت قيمتها بلا تعد منه ولا تقصير لا يلزمه الضمان ، وأكدت المادة (٨٥٨) أن على المستعير منع التلف عن العارية إذا كان بإمكانه ذلك بأي وجه ولو بتضحية من ماله وإلا كان ضامناً . وإن أخذ العارية غاصب ولم يقدر المستعير على دفعه فلا ضمان عليه ، أما إذا قصر المستعير في رفع يد الغاصب وكان ذلك ممكناً له فعليه الضمان . وورد في المادة (٩٣٤) أن الوكالة إذا كانت بلا أجر وجب على الوكيل أن يبذل في تنفيذها العناية التي يبذلها في أعماله الخاصة ، فإذا كان يعنى بشؤونه الخاصة أكثر من عناية الرجل المعتاد فلا يطالب إلا ببذل عناية الرجل المعتاد . أما إذا كانت الوكالة بأجر وجب على الوكيل أن يبذل دائماً في تنفيذها عناية الرجل المعتاد ونصت المادة (٩٣٥) على

أن المال الذي قبضه الوكيل لحساب موكله يكون أمانة في يده فإذا تلف بدون تعد لم يلزمه الضمان، وللموكل أن يطلب إثبات ذلك).

وجاء في الفقرة الثانية من المادة (٩٥٠) ضمن أحكام الوديعة، أن الأمانة غير مضمونة على الأمين بالهلاك سواء كان بسبب يمكن التحرز منه أم لا، وإنما يضمنها إذا هلكت بصنعه أو بتعد أو تقصير منه.

كما أخذ المشرع بما ذهب إليه الفقه الإسلامي في تحديد وقياس التعدي والتقصير في حفظ الشيء تحت يد الأمين<sup>(١)</sup>، فجعل الأصل هو معيار الشخص المعتاد، وهو المتوسط في جميع صفاته - رب الأسرة العاقل<sup>(٢)</sup> - محاط بظروف الفاعل الخارجية، واستثنى من ذلك يد الأمين غير المأجورة إذا وضع الشيء تحتها لمصلحة صاحبه، كالوديعة والوكالة غير المأجورين، فجعل معيار الحفظ فيهما عناية الشخص في أمواله، فإذا كان حريصاً أكثر من الشخص المعتاد فالطالب إلا ببذل عناية الشخص المعتاد. أما إذا كان الإيداع بأجر وهلك الوديعة أو ضاعت فإن المعيار هو الشخص المعتاد. هذا ما أكدته المادة (٩٥٣) بنصها على أن (إذا كان الإيداع بإجرة فهلك الوديعة أو ضاعت بسبب يمكن التحرز منه ضمنها الوديع).

أما زوائد الشيء تحت يد الغير، فإن كانت اليد أمانة فإن الزوائد أمانة في تلك اليد، وإن كانت يد ضمان فإن زوائد الشيء مضمونة لأن الفرع يلحق الأصل، بهذا أخذ المشرع وهو قول جمهور الفقهاء، فقد نصت المادة (١٩٦) على أن (زوائد المغصوب مغصوبة مثله فإذا هلكت ولو بدون تعد من الغاصب لزمه الضمان). فخالف بذلك موقف الحنفية، لأن اليد على الزوائد عندهم تكون يد أمانة لأن الغصب لم يرد عليها - باعتبار أن الزوائد ظهرت بعد وقوع فعل الغصب

(١) المعاملات المالية للخفيف ص ٤٣٣. فإذا كان أجير كان ضامناً لها إذا هلكت بفعل يمكن الاحتراز عنه، أما بدون أجر لا يضمن إلا بالتعدي.

(٢) تسمية الفقه الفرنسي، انظر الوسيط، السنهوري، طبع دار النهضة، ط ٢، ١٩٦٤م ج ١ ص ٨٨٥.



فلا تكون مغسوبة، وإن الأصل عندهم أن اليد على ملك الغير يد أمانة إلا إذا وجد نص شرعي يحولها إلى يد ضمان.

### الأيدي المترتبة على يد الأمانة ويد الضمان

أولاً: في الفقه الإسلامي:

الأصل أن صفة اليد على ملك الغير تنسحب على كل يد تفرعت عن تلك اليد، فإذا كانت اليد يد ضمان فإن هذا الحكم ينسحب على كل يد تفرعت عنها، كيد غاصب الغاصب، والسارق من الغاصب، والمشتري والمستأجر منه، وكذلك المستودع والمضارب له، لأن اليد الثانية تعتبر امتداداً لليد الأولى، وبما أن الأولى كانت ضامنة، فتكون الثانية مثلها، ويوصف الضمان بأنه ضمان اعتداء أو يد ضمان، أما إذا كانت اليد أمانة فإن الأيدي المترتبة عليها تكون أمانة إذا لم يكن ذلك اعتداء على الشيء وتوافرت في هذه الأيدي شروط يد الأمانة، بأن كان واضع اليد مأذوناً من صاحب الشيء أو من الشارع، لذا كان وديع الوديعة غير ضامن لما أودع عنده إذا كان من أولاد الوديعة، وكان للأخير عذر مشروع أو ضرورة. ويد الورثة تكون أمانة على الوديعة والعارية، وأموال الموكل والشركة والمرهون- عند من قال بعدم ضمانه- حين تسليمها إلى صاحبها<sup>(١)</sup>.

وقد تنقلب يد الضمان إلى يد أمانة بتغير اليد، وذلك إذا كان صاحب اليد الذي انتقل إليها الشيء المملوك مأذوناً بالقبض، فمثلاً إذا استولى الحاكم، أو شخص آخر على ما في يد الغاصب بقصد رده إلى صاحبه فيده أمانة، فإذا تلف الشيء في يده فإنه لا يكون ضامناً له، لأنه قد قام بأمر ندب إليه الشارع، وهو رد الحقوق إلى أصحابها، ولأنه يقدم مصلحة المالك، فكان فعله مأذوناً فيه من قبل

(١) وينطبق ذلك على أمين الوديعة الذي سلمه الوديعة لوجود عذر أو ضرورة يقتضي الإيداع عند الغير، ووارث الوديعة ووصية قبل تمكنهما من رد الوديعة، ووارث المستعير... إلخ. انظر المغني، ابن قدامة، ح ٢ ص ٢٤٢.

الشارع ومتمشياً مع ما جرى به العرف من أن الإنسان لا ينكر عادة على شخص تطوع برد ماله إليه<sup>(١)</sup> ، وذهب إلى ذلك جمهور الحنابلة<sup>(٢)</sup> . وكذلك الملتقط إذا أخذ اللقطة بنية التعريف والرد إلى المالك والمستولي على مال سقط من آخر بقصد رده إلى مالكة ، والمشتري إذا وجد مالا مدفوناً في جدار الدار التي اشتراها وقال له البائع أنه له ، فإنه يجب عليه رده إليه ، فإن نوى إمساكه لنفسه كان ضامناً له ، أما لو قال البائع ، أن هذا المال ليس ملكاً له فإنه يكون لقطة تجري عليه أحكامها<sup>(٣)</sup> .

وقد خالف بعض الشافعية ما ذهب إليه جمهور الحنابلة من تحول اليد إلى أمانة بالإذن ، فقالوا باستمرار الضمان لأن اليد قد حلت محل يد ضمان فتأخذ حكمها أيضاً ، فالمالك قد لا يرضى عن وضع يده على ماله ، فتكون عندئذ متعدية ، وفوق هذا وذاك فإن نية الاستيلاء بقصد الرد للمالك أمر باطني يصعب الوقوف عليه وتبينه ، فلا يصلح أساساً تُبنى عليه الأحكام .

وذهب صاحب نهاية المحتاج<sup>(٤)</sup> إلى أن من أخذ شيئاً من غاصب أو من سبيع ليرده إلى مالكة فتلف في يده قبل تمكنه من رده له لم يضمن إن كان المأخوذ منه غير أهل للضمان كالسبيع والإضمن . وخالف السبكي في ذلك ، فعنده يعد مأذوناً عرفاً من وضع يده على مال لغيره لانقاذه من التلف الذي تعرض له كما لو تعرض لحريق أو سيل جارف ، أو سرقة ، وتكون يده غير ضامنة .

أما اليد المترتبة على يد الضمان إذا كانت غير مأذونة من صاحب المال أو الشارع بالقبض فتكون يد ضمان حتى وإن كانت في أصلها يد أمانة . كيد وكيل الغاصب في الرد على المالك ، ويد وديعة وإن جهل الغصب ، ويد المشتري من

(١) من هؤلاء كفيل الغاصب في رد المغصوب إذا تسلمه منه فيده يد أمانة ، ووكيل المالك إذا قبض المغصوب من الغاصب يده أمانة أيضاً .

(٢) القواعد، ابن رجب ص ٢٢٠-٢٢٤ .

(٣) الضمان ، الشيخ الحفيف ، ص ١٠٨ سنة ١٨٧١م

(٤) نهاية المحتاج ، ح ٥ ص ١٤٧ ، ١٥٤ .

الغاصب والمستأجر والمرتهن منه ، وكذلك يد شريكه والمضارب له في المال المغصوب ، ويد المساقى له والقابض منه على سوم الشراء إلى غير ذلك من كل يد لا تستند إلى إذن من الملك أو من الشارع ، سواء أكانت في أصلها يد أمانة أم يد ضمان كغاصب الغاصب والسارق من الغاصب ومن خائن الأمانة ، وسواء أكانت مستندة إلى عقد صحيح أم إلى عقد غير صحيح ، وللمالك الخيار في تضمين يد الضمان الأولى أو أصحاب الأيدي المترتبة عليها ، سواء أكانوا يعلمون بالغصب أم يجهلون ، وسواء حصل التلف أو الضياع باعتداء منهم أم بسبب لا يد لهم فيه <sup>(١)</sup> .

وقد بين ابن رجب بقواعده <sup>(٢)</sup> حكم الأيدي المترتبة على يد الغاصب مع عدم علم واضع اليد بالحال ، وذكر منها عشرة ، وتعداده لها مبني على تحديد صاحب المصلحة في القبض أهو الغاصب كما في الإيداع ، أم القابض نفسه كما في غاصب الغاصب ، أو هما معاً كما في الشركة والمضاربة ، والرهن ، وذكر لكل حالة مما تقدم حكماً يمثل المشهور عند الحنابلة .

### ثانياً : القانون المدني العراقي ؛

لم ينظم المشرع العراقي قاعدة قانونية تحكم الأيدي المترتبة على يد الأمانة أو يد الضمان وبالرجوع إلى حالات يد الأمانة ويد الضمان في القانون نجد أن يد البائع يد ضمان للمبيع لحين تسليمه للمشتري ، وإن للمشتري الحق في التصرف بالمبيع قبل القبض ، فإذا أجره المشتري أو رهنه أو أعاره أو أودعه عند آخر أو طلب من وكيله تسلّمه فإن تم القبض فإن أيديهم يد أمانة ، وزال ضمان البائع بالتسلم ،

(١) القواعد ابن رجب ، ص ٢٢٤ وفيه يقول : «من قبض مغبوباً من غاصبه ولم يعلم أنه مغبوب فالمشهور عن الأصحاب أنه بمنزلة الغاصب ، في جواز تضمينه ما كان الغاصب يضمنه من عين ومنفعة» مما يدل على وجود قول آخر بعدم الضمان وإن كان غير مشهور في المذهب .

(٢) لمعرفة تفاصيل أحكام الحالات العشر وما هو محل اتفاق أو اختلاف انظر القواعد لابن رجب ص ٢٢٤-٣٣١ .

لأن قبض هؤلاء للمبيع قام مقام قبض المشتري المادة (٥٤٠).

وتؤكد المادة (٧٦٤) أن المأجور أمانة في يد المستأجر . وجاء في الفقرة الثانية من المادة (٧٦١) منع المستأجر من التنازل عن المأجور للغير - تأجيله من الباطن - إلا بموافقة المؤجر المادة (٧٧٥) . وأن المستأجر الجديد يحل محل المستأجر الأول المادة (٧٧٧) .

من هذه المواد يتبين أن المستأجر الثاني تكون يده أمانة إذا كان المستأجر الأول قد استأذن المؤجر في التنازل عن المأجور ، أما إذا لم يستأذنه فإن يد المستأجر الأول تتحول إلى يد ضمان لكونها متعدية ، وتكون الأيدي المترتبة عليها يد ضمان أيضاً .

وفي العارية فقد ورد في المادة (٨٥٣) أن المعير إذا أطلق للمستعير الإذن بالانتفاع ولم يعين منتفعاً معيناً فإن انتقال العارية إلى مستعير آخر لا يغير من صفة اليد فتبقى يد أمانة ، أما إذا قيدها وعين منتفعاً فيعتبر تعيينه ، فإن خالف المستعير القيد وسلمها إلى مستعير آخر تحولت يده إلى الضمان ، فإذا نهى المعير المستعير عن إعارة العين لغيره فأعارها وهلكت العارية ، ضمن المستعير الأول فقط إذا كان المستعير الجديد حسن النية لا يعلم بنهي المعير . أما إذا كان سيء النية فكلاهما ضامن للمعير هلاك العارية . وتؤكد المادة (٨٥٤) على أن للمستعير أن يودع العارية في كل موضع يملك فيه الإعارة ، فإن هلكت عند الوديع بلا تعد فلا ضمان - لبقاء يد المستعير والوديع يد أمانة - أما إذا أودعها في مكان لا يملك فيها الإعارة فيكون متعدياً فتتحول يده إلى الضمان وتبقى يد الوديع يد أمانة لا تضمن إلا بالتعدي . وجاء في المادة (٨٥٥) أن ليس للمستعير أن يؤجر العارية ، ولا أن يرهنها دون إذن المعير ، فإذا أجرها كانت يده ويد المستأجر يد ضمان بالنسبة إلى المعير ، فإن هلك الشيء المعار استطاع المعير الرجوع على أي منهما ، فإن كان المستأجر حسن النية لا يعلم أن المأجور عارية وضمنه المعير رجع إلى المستعير بالضمان ، وهكذا إذا رهنها دون إذن المعير فيده تكون يد ضمان ، أما إذا غصب شخص العارية من المستعير ولم يقدر على ردها فلا ضمان على المستعير ويد الغاصب يد ضمان ، فإذا كان رفع يد

الغاصب ممكناً وقصر المستعير في رفع يده تحولت يد المستعير إلى الضمان، المادة (٨٥٨). وجاء في المادة (٨٦٣) أن الإعارة لا تنتقل بموت المعير إلى الورثة إلا إذا وجد اتفاق على ذلك، وعليه تكون يد الورثة يد أمانة خلال الفترة اللازمة لتسليم الوديعة فإن تأخروا في ذلك تحولت اليد إلى يد ضمان.

ومنع المشرع في المادة (٩٣٩) الوكيل من تسليم أموال الموكل إلى الغير إلا بإذنه، فإن وجد إذن الموكل كانت يد الوكيل ومن تلقى منه الشيء يد أمانة، وإن انتفى الإذن تحولت يد الوكيل والأيدي المترتبة عليها إلى يد ضمان.

أما في الوديعة فإن على الوديع حفظ الوديعة بنفسه أو بمن يأتمنه على حفظ ماله عادة، كما له أن يحفظها عند غير الأمين إن وجد عذراً أو ضرورة، وفي هذه الأحوال تبقى يد الوديع والأيدي المترتبة عليها يد أمانة لا تضمن إلا بالتعدي، المادة (٩٥٢). أما إذا سافر الوديع بنفسه وعياله فعليه أخذها معه، فإذا كان السفر بنفسه عليه أن يبقى الوديعة عند عياله أو من بقي منهم، في هذه الأحوال تكون يد الوديع وعياله يد أمانة، فإذا هلك الوديعة فهلاكها على صاحبها، أما إذا لم يتركها عند عياله وسافر بها فتتحول يده إلى الضمان (المادة ٩٥٤) وجاء في المادة (٩٥٦) أن ليس للوديع أن يتصرف في الوديعة بإجارة أو إعارة أو رهن بلا إذن صاحبها فإن فعل ضمنها الوديع، أما الأيدي المترتبة عليها فتكون يد ضمان إذا كانوا عاملين بأن المال وديعة ولم يأذن صاحبها في التصرف فيها ويد أمانة إذا كانوا جاهلين ذلك.

وتؤكد المادة (٩٥٧) أن ليس للوديع إقراض دراهم الوديعة أو دفع دين للمودع بلا إذن منه أو إجارة فإن فعل ضمن، أما إذا كان المودع غائباً غيبة منقطعة وفرضت المحكمة عليه نفقة ودفعها الوديع بأمر المحكمة فلا ضمان عليه، فإن دفعها دون إذن المحكمة فعليه الضمان.

وتضمنت المادة (٩٥٨) حالة ما إذا أودع الوديع الوديعة عند آخر بإذن صاحبها خرج من العهدة وصار الثاني وديعاً، أما إذا أودعها بلا إذنه عند من لا

يأتمنه عادة وهلكت بتعدي الوديع الثاني فلصاحبها الخيار إن شاء ضمن الوديع الأول أو الثاني ، فإن ضمن الأول فله الرجوع على الثاني ، وإن ضمن الثاني فلا رجوع له على أحد، وإن هلكت عند الثاني بدون تعديه وقبل مفارقة الأول فلا يضمن أحد منهما، وإن هلكت بعد مفارقتها فلصاحبها أن يضمن الوديع الأول دون الثاني .

أما حكم الأيدي المترتبة على يد الضمان أصلاً فإن المادة (١٩٨) تؤكد على أن غاصب الغاصب حكمه حكم الغاصب ، فتكون الأيدي يد ضمان للشيء في جميع الأحوال ، وجاء في المادة (١١٦٤) أن ملكية الأموال المغصوبة والمسروقة والمال الضائع وأموال الأمانة إذا خان صاحب اليد صاحبها لا تنتقل بالتصرفات القانونية وإن كان المتصرف له حسن النية وكانت هذه الأموال منقولة وأن لصاحبها المطالبة باستردادها خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة ، أو الغصب ، أو خيانة الأمانة ، والمدة هي مدة إسقاط لا تقادم ، وتؤكد المادة (١١٦٥) أن الحائز حسن النية يملك ما قبضه من الزوائد وما استوخاه من المنافع مدة حيازته . أما المادة (١١٦٨) فقد بينت أن الحائز إذا كان سيء النية فإنه يكون مسؤولاً عن هلاك الشيء أو تلفه ، ولو كان ذلك ناشئاً عن حادث مفاجيء إلا إذا أثبت أن الشيء كان يهلك أو يتلف ولو كان باقياً في يد من يستحقه ، وعليه فإن الأيدي المترتبة على يد الضمان إذا كانت نتيجة تصرف قانوني فإن يد المتصرف له حسن النية يد أمانة لا تضمن إلا بالتعدي ، أما سيء النية فهو ضامن وإن لم يتعد . أما الأيدي المترتبة على يد الضمان إذا تلف الشيء بالتعدي فإنها يد ضمان كسابقتها فيكون أمام مالك الشيء مجموعة من الأيدي الضامنة يمكن أن يرجع إلى من يشاء منهم .

## الخاتمة

تتضمن خاتمة البحث الاستنتاجات والتوصيات :

### أولاً : الاستنتاجات :

نستخلص مما تقدم الآتي :

- ١ - أن المشرع العراقي قد أخذ بيد الأمانة ويد الضمان من الفقه الإسلامي ، وبذلك فرق بين تحمل تبعه الالتزام عن تحمل تبعه الملك الذي لم يميز بينهما المشرع المصري .
- ٢ - نظم المشرع العراقي يد الأمانة ويد الضمان في المواد (٤٢٦ - ٤٢٨) ، (٩٥٠) كما أشار إليهما في كل نظام قانوني يتضمن وضع اليد على ملك الغير كالعارية والوديعة والإجارة والوكالة والرهن الحيازي والغصب . . . إلخ .
- ٣ - لم يعتمد المشرع العراقي مذهباً واحداً من الفقه الإسلامي لاستنباط أحكام يد الضمان ويد الأمانة وإن كانت مسابرة للمذهب الحنفي تغلب باقي المذاهب .
- ٤ - نظم المشرع العراقي أحكام يد الأمانة ويد الضمان تحت عنوان استحالة تنفيذ الالتزام على الرغم من اختلاف الموضوعين .
- ٥ - بالنظر في المواد أعلاه يتبين لنا الآتي :
  - أ - أن يد الأمانة هي كل يد على ملك الغير لا يستوجب ضمانها ، أما يد الضمان فهي كل يد على ملك الغير يستوجب القانون ضمانها ، وإن أسباب يد الضمان عند المشرع هما الاعتداء على ملك الغير ، ونص القانون .
  - ب - تضمنت الفقرة (٢) من المادة (٤٢٧) تحول يد الأمانة إلى يد ضمان إلا

أنها لم تشر إلى قاعدة تحول يد الضمان إلى يد أمانة .

ج - لا تتضمن هذه المواد كامل الأحكام اللازمة لتنظيم هذا الموضوع مما جعل الخلاف واسع النطاق في القرارات القضائية المتعلقة به خاصة فيما يتعلق بوقت تحول اليد من يد أمانة إلى يد ضمان .

د - أن الفاصل بين يد الأمانة ويد الضمان هو الاعتداء على ملك الغير، إلا أن المشرع لم ينص على ذلك صراحة .

هـ - إن أثر يد الأمانة هو عدم ضمان هلاك الشيء إلا بالتعدي، فإن هلك بسبب أجنبي لا يد لصاحب يد الأمانة فيه فإن هلاكه يكون من ذمة مالكة، أما إذا كانت اليد يد ضمان فإنها تكون ضامنة، والهالك من ذمة صاحب اليد في جميع الأحوال وإن كان بقوة قاهرة .

و - اشترط المشرع في يد الأمانة انتفاء نية التملك مسايراً بذلك المذهب المالكي وهو شرط زائد لا فائدة منه لأن النية أمر كامن داخلي يصعب التعرف عليها وقد تكون مغايرة للدلالة الظاهرة .

٦ - أورد المشرع بعض الاستثناءات على يد الأمانة وجعل اليد عليها يد ضمان كيد البائع على المبيع قبل تسليمه للمشتري . كما أورد بعض الاستثناءات على يد الضمان فجعل اليد فيها يد أمانة على الرغم من وجود نية التملك ظاهرة كيد الوارث الظاهر حسن النية .

٧ - تخضع يد الضمان لأحكام الغصب الذي وردت في المواد (١٩٢-٢٠٠) أكد على ذلك نص المادة (٢٠١) .

٨ - ذهب المشرع العراقي إلى أن نقص القيمة المالية للشيء تحت يد الضمان لا تكون مضمونة ويتحملها المالك إذا كانت نتيجة تغيير الأسعار لا بفعل صاحب اليد (م١٩٥) .

نما تقدم يتبين أن المشرع العراقي ميز في الأيدي المترتبة على يد الأمانة بين

حالتين :



**الحالة الأولى :** وجود إذن من المالك أو الشارع يجيز لصاحب اليد الأمانة نقل الشيء من تحت يده إلى آخر. في هذه الحالة تكون الأيدي المترتبة عليها يد أمانة، إلا إذا انتقل الشيء من يد الأمانة إلى يد أخرى بفعل تعدد كالعصب والسرقه، ففي هذه الحالة تبقى اليد الأولى يد أمانة والأيدي المترتبة عليها يد ضمان.

**الحالة الثانية :** عدم وجود إذن من المالك أو الشارع يجيز لصاحب اليد الأمانة نقل الشيء من تحت يده إلى آخرين، في هذه الحالة تتحول اليد الأمانة إلى يد ضمان وتنسحب هذه الصفة إلى جميع الأيدي المترتبة عليها باستثناء من كان حسن النية منهم لا يعلم بأن صاحب اليد الأولى هو غير المالك وكان فعلهم لا يوصف أصلاً بالتعدي كالشراء أو التأجير أو الرهن من الوديعة أو المستعير، فهذه الأيدي لا تضمن هلاك الشيء أو ضياعه بسبب أجنبي لا يد لهم فيه.

أما إذا كانت اليد يد ضمان أصلاً كيد الغاصب والسارق فإن الأيدي المترتبة عليها تكون يد ضمان. وقد استثنى المشرع من هذه الأيدي من تلقي الشيء من صاحب اليد الضامنة بتصرف قانوني وكان حسن النية لا يعلم بتعديه على ملك الغير فإن يده على ذلك الشيء تكون يد أمانة.

## ثانياً ، التوصيات :

١ - نقل أحكام يد الأمانة ويد الضمان في المواد (٤٢٦-٤٢٨) من القسم الأول من القانون المدني وتنظيمها في القسم الثاني ضمن أحكام الملكية لتحديد من يتحمل تبعه هلاك الملك ، أهو المالك ، أم صاحب اليد على الشيء المملوك للغير .

٢ - إعادة تنظيم أحكام يد الأمانة ويد الضمان تنظيمياً شاملاً وصریحاً ، لا لبس فيه ولا غموض ، وتتضمن :

- أ - وضع قاعدة عامة لفهومي يد الأمانة ويد الضمان دون الاعتماد على النية ، واعتبار يد الأمانة هي الأصل باليد على ملك الغير ابتداء واستمراراً ، إلا إذا وجد نص يحولها إلى يد الضمان .
- ب - تنظيم أسباب تحول اليد من يد أمانة إلى يد ضمان وبالعكس .
- ج - تنظيم وقت تحول اليد من يد أمانة إلى يد ضمان وبالعكس .
- د - تنظيم قاعدة عامة تتضمن حكم الأيدي المترتبة على يد الأمانة ويد الضمان .
- هـ - تعديل نص المادة (١٩٥) لتضمنين صاحب يد الضمان النقص الحاصل في قيمة الشيء المغصوب ، أو ما في حكمه نتيجة تغيير الأسعار .
- و - تعديل نص المادة (١١٦٨) لتضمنين صاحب يد الضمان هلاك المال وإن كان بسبب في ذات الشيء ، وأن المال كان يهلك أو يتلف ولو كان باقياً في يد من يستحقه .
- ز - تنظيم قاعدة عامة تحكم التصرفات القانونية الناقلة للملكية أو المنشئة للحقوق العينية والصادرة من صاحب اليد ، سواء أكانت اليد يد أمانة أم يد ضمان .
- ح - تنظيم قاعدة عامة تحكم التصرفات المادية على الشيء والصادرة من صاحب اليد ، أو من الغير .

\*\*\*