الضمان وما يتعلق به من أحكام

« دراسة فقهية مقارنة »

تأليف

أ. د/ محمد عبد الستار الجبالى

أستاذ ورئيس قسم الفقه بكلية الشريعة والقانون

جامعة الأزهر - القاهرة

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

الحمد لله الذى هدانا لهذا وما كنا لنهتدى لولا أن هدانا الله. من يهدى الله فهو المهتد ومن يضلل فما له من هاد. سبحانه لا هداية إلا بعنايته ولا توفيق إلا برعايته - نشكره على آلائه. ونشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له. ونشهد أن سيدنا ونبينا محمد عبده ورسوله المبعوث رحمة للعالمين. فأوضح الدلالة، وأزاح الجهالة، وعلى آله وصحبه أجمعين. ومن دعا بدعوته إلى يوم الدين.

أما بعد: فهذا بحث عن الضمان أردت من كتابته المساهمة فى المكتبة الإسلامية ببحث عن موضوع من الموضوعات التى لها أهمية فى حياة الإنسان وقد قسمته إلى خمسة فصول.

أ. د/ محمد عبد الستار الجبالى

الضمان وما يتعلق به من أحكام

ويشتمل على خمسة فصول:

الفصل الأول: ما هية الضمان وما يتحقق به.

الفصل الثاني: شروط وجوب الضمان.

الفصل الثالث: أسباب الضمان.

الفصل الرابع: محل الضمان

الفصل الخامس: أقسام الضمان وأنواعه.

الفصل الأول

ماهية الضمان وما يتحقق به

المبحث الأول: تعريف الضمان.

المبحث الثاني: دليل مشروعية الضمان.

المبحث الثالث: ما يتحقق به الضمان.

المطلب الأول: التعدى لغة واصطلاحا.

المطلب الثاني: الخطأ وأنواعه والمسئولية عنه.

الفرع الأول: تعريف الخطأ وأنواعه.

الفرع الثاني: مدى المسئولية عن أنواع الخطأ.

المطلب الثالث: الضرر.

الفرع الأول: تعريف الضرر.

الفرع الثاني: أنواعه.

الفرع الثالث: شروط محل الضرر.

الفرع الرابع: صدور الضرر عن فاعل مباشر.

الفرع الخامس: تعريف المباشر والمتسبب.

الفرع السادس: مدى مسئولية المباشر والمتسبب.

المبحث الأول

تعريف الضمان

الضمان لغة: يطلق الضمان فى اللغة على معان هى:

(أ) الالتزام: تقول ضمنت المال، اذا التزمته، ويتعدى بالتضعيف فتقول: ضمنته المال، اذا الزمته اياه.

تقول العرب: ضمنت المال، وضمنته بالمال ضمانا فأنا ضامن، وضمنته: التزمته، وضمنته المال: ألزمته اياه[1].

(ب) الكفالة، تقول: ضمنته الشئ ضمانا، فهو ضامن وضمين، اذا كفله.

وفى المعجم الوسيط، الضامن: الكفيل والملتزم والغارم والجمع ضمان[2].

وفى لسان العرب: ضمن الشئ وبه ضمنا وضمانا كفل به، وضمنه اياه كفله[3].

وفلان ضامن وضمين، كافل وكفيل، وفى الحديث الشريف «من يضمن لى ما بين لحييه، وما بين رجليه أضمن له الجنة»[4].

(جـ) التغريم، تقول: ضمنته الشئ تضمينا، اذا غرمته فالتزمته.

ويقال: ضمنته الشئ تضمينا فتضمنه أى غرمته فالتزم بأداء هذا الغرم، ويشهد لهذا المعنى قول النبى ﷺ : «الخراج بالضمان»[5].

---

(١) المنجد في اللغة ص٤٥٥ ط الكاثوليكية.
(٢) المعجم الوسيط جـ١ / ٥٤٤ ط٢ مجمع اللغة العربية.
(٣) لسان العرب لابن منصور مادة ضمن.
(٤) أخرجه البخاري جـ٥ / ٢٣٧٦ ط دار ابن كثير للطباعة بيروت وصاحب كشف الخفاء جـ٢ / ٣٧٥ ط الفنون حلب.
(٥) أخرجه ابن ماجه في سننه جـ٢/٧٥٣ ط عيسي الحلبي.

قال أبو عبيدة: المعنى: أن خراج الغلام قد استحقه المشترى بضمانه، لأنه كان فى ضمانه، ولو هلك هلك من ماله. و«خراج الشئ منافعه وكل ما خرج منه فى در ونسل ونحوه» اذن فالضمان فى الحديث معناه التزامه به عند هلاكه واعتباره كجزء منه، هلاكه عليه، فان ظهر مستحقا لزمته قيمته، وهو بهذا المعنى استعمال لغوى قريب من استعمال الفقهاء[٦].

(د) **الجزم** بخلو الشئ عن العيوب: فيقال ضمن الشئ. أى جزم بسلامته من العيوب.

(هـ) **الحفظ**: يقال ضمن الشئ أى حفظه[٧].

يستخلص مما تقدم من كلام أهل اللغة أن كلمة «ضمن» تدور حول معان خمسة وهى:

المعنى الأول: الالتزام. **المعنى الثانى**: الكفالة.

المعنى الثالث: التغريم. **المعنى الرابع**: الجزم بخلو الشئ عن العيوب.

المعنى الخامس: الحفظ.

تعريف الضمان اصطلاحا:

أما الضمان فى اصطلاح الفقهاء فيطلق على المعانى التالية:

(أ) يطلق على كفالة النفس وكفالة المال عند جمهور الفقهاء من غير الحنفية وعنونوا للكفالة بالضمان[٨].

---

(٦) راجع الأشباه والنظائر لابن نجيم ج ٤٣١/١ ط دار الكتب العلمية بيروت، الضمان في الفقه الاسلامي للشيخ علي الخفيف ص٤ ط معهد البحوث والدراسات العربية.

(٧) لسان العرب لابن منظور جـ ٨٩/٨ مادة «ضمن» بيروت والمصباح المنير للفيومي مادة «ضمن».

(٨) الموسوعة الفقهية بوزارة الاوقاف الكويتية مادة «ضمن».

(ب) ويطلق على غرامة المتلفات والغصوب والتعيبات والتغييرات الطارئة.

(جـ) كما يطلق على ضمان المال، والتزامه بعقد وبغير عقد،

(د) كما يطلق على وضع اليد عى المال بغير حق أو بحق على العموم.

(هـ) كما يطلق على ما يجب بالزام الشارع بسبب الاعتداءات كالديات ضمانا للأنفس، والأروش ضمانا لما دونها، وكضمان قيمة صيد الحرم وكفارة اليمين، وكفارة الظهار، وكفارة الافطار عمدا فى رمضان[٩].

كما وضعت له تعريف شتى، تتناول هذه الاطلاقات فى الجملة أو تتناول بعضها.

وهاك بعض تلك التعريفات:

أولاً - عند الفقهاء الأقدمين:

(أ) **عرف الامام الحموى** بقوله: «أنه عبارة عن رد مثل الهالك ان كان مثليا، أو قيمته ان كان قيميا»[١٠].

(ب) **وعرفه الشوكانى** بقوله: «هو عبارة عن غرامة التالف»[١١].

(جـ) **وعرفه الشيخ على العدوى** فى حاشيته بقوله: «شغل ذمة أخرى بالحق»[١٢].

---

(٩) المغني لابن قدامة أبي محمد عبد الله بن محمد بن قدامة المقدسي جـ ٥٩٠/٤ ط مكتبة الرياض الحديثة بالرياض، مغني المحتاج الي معرفة معاني ألفاظ المنهاج لأبي زكريا يحيي بن شرف النووي جـ ١٩٨/٢ ط مصطفي الحلبي، الخرشي جـ ٢٨/٥ ط دار صادر بيروت البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار لأحمد بن يحيي المرتضي جـ ٧٥/٥ ط مؤسسة الرسالة.

(١٠) راجع: غمز عيون البصائر للحموي شرح الاشباه والنظائر لابن نجيم جـ ٢١٠/٢ ط دار الكتب العلمية بيروت.

(١١) نيل الأوطار للشوكاني: محمد بن علي الشوكاني جـ ٣١٦/٥ ط الحلبي.

(١٢) حاشية الشيخ علي العدوي - هامش الخرشي جـ ٢١/٥ ط دار صادر بيروت.

(د) وعرفه صاحب كشاف القناع بقوله: «التزام من يصح تبرعه» وهو الحر غير المحجور عليه «أو» التزام «مفلس برضاهما» أى من يصح تبرعه والمفلس (ما) أى دينا «وجب» على غيره «أو» ما «يجب على غيره مع بقائه» أى ما وجب أو يجب «عليه» أى على الغير[١٣].

(هـ) وجاء فى مجلة الأحكام العدلية «أنه اعطاء مثل الشئ أن كان من المثليات وقيمته أن كان من القيميات»[١٤].

(و) وعرفه الامام الغزالى: بقوله: انه واجب رد الشئ أو بدله بالمثل أو بالقيمة»[١٥].

هذه هى آراء القدامى من الفقهاء والمتتبع لها يستطيع أن يقول بترجيح ما ذهب إليه الامام الغزالى وذلك لاشتماله على ضمان المتلف والمغصوب والمسروق وغير ذلك من ضمان المنافع.

ووجه شموله أن قوله: «رد الشئ يشمل المغصوب والمسروق وما ماثلها من كل موجود يمكن رده مما يكون الانسان قد وضع يده عليه دون وجه حق وأن قوله: «بالمثل أو بالقيمة» يشمل كل ما أتلفه الإنسان أو فوت منافعه على غيره أو استهلكها.

ثانياً – تعريف الضمان عند الفقهاء المعاصرين:

(أ) عرفه الشيخ على الخفيف بقوله: «هو شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أوعمل»[١٦].

---

(١٣) كشاف القناع عن متن الاقناع للشيخ منصور بن يونس جـ ٣/٣٦٢ ط دار الفكر.
(١٤) مجلة الأحكام العدلية مادة ٤١٦ .
(١٥) الوجيز للامام أبي حامد محمد بن محمد بن أحمد الغزالي جـ ١/٢٠٥ ط الاداب والمزيد بمصر.
(١٦) الضمان في الفقه الاسلامي للشيخ علي الخفيف ص٥ .

(ب) وعرفه الأستاذ/ مصطفى الزرقا بقوله: «أنه التزام بتعويض مالى عن ضرر الغير»[١٧].

(جـ) وعرفه الدكتور وهبة الزحيلى بقوله: «الضمان تعويض الغير عما لحقه من تلف المال أو ضياع المنافع، أو الضرر الجزئى أو الكلى الحادث بالنفس الانسانية»[١٨].

هذه هى تعريفات المعاصرين من الفقهاء بالتأمل والتدقيق يتضح الآتى:

١- أن تعريف الشيخ على الخفيف يظهر منه أنه تعريف بالمعنى الأعم، حيث شمل جميع أنواع الضمان وهى:

ضمان العقد. ضمان اليد.

ضمان العدوان. والضمان بمعنى الكفالة.

أما تعريف الأستاذ / مصطفى الزرقا: فيلاحظ عليه أنه قريب فى المعنى من تعريف الزحيلى، وليس بينهما من فرق سوى أن الأستاذ الزرقا لم يشر فى تعريفه الى تفصيل الضرر الذى أشار اليه الأستاذ الزحيلى.

أما تعريف الدكتور/ وهبة الزحيلى: «فنجده يدور حول شغل الذمة بوجوب معاوضة مالية، تجب وفقاً للأسس الآتية:

١- اذا أتلف أحد مال غيره يكون ضامنا له بالمثل أو بالقيمة.

٢- اذا أتلف أحد مال غيره يكون ضامنا له بالمثل أو بالقيمة وان كان وجوده باقيا ففى هذه الحال يجب التعويض.

---

(١٧) المدخل الفقهي ص١٠٧ ف ٦٤٨ .
(١٨) نظرية الضمان للدكتور / وهبة الزحيلي ص١٥ .

٣- اذا أحدث شخص ضررا فى بدن آخر مثل كسر العظام أو احداث لجراح أو قطع أحد الأعضاء مما يوجب الأرش فهذا فيه الضمان.

٤- اذا قتل شخص انسانا خطأ وجبت عليه الديه، وضمان الديات والأروش من الزام الشارع، لأن الشارع الحكيم هو الذى أوجب الضمان فى مثل هذه الحالات.

فجميع هذه الأمور يصح اطلاق الضمان عليها فى ضوء تعريف الأستاذ الزحيلى الا أنه يلاحظ على هذا التعريف أنه لا يشمل الإلتزام بطريق الكفالة والواجبات التى تنشأ على العفو حيث تكون هذه الأمور خارجة عن التعريف.

ومن ثم لا يمكن اطلاق الضمان على الكفالة لأنها لا تكون وفقا للأسس السابق الإشارة اليها.

وبناء على التعريفات السابقة فانه يمكن استخلاص تعريف جامع مانع وهو: أن الضمان هو شغل الذمة بحق مالى أوجب الشارع أداءه جبرا لضرر لحق بالغير فى ماله أو بدنه أو شعوره سواء نشأ هذا الضرر بمخالفة العقد أو لشرط من شروطه، أو بارتكاب فعل أو ترك حرمة الشارع ذاتا أو مالا[١٩].

(١) واجع: ضمان العدوان في الفقه الاسلامي للدكتور/ محمد أحمد سراج ص٦١ ط دار الثقافة للنشر والتوزيع - القاهرة - سنة ١٩٩٠ نظريات فقهية للدكتور/ سيد علي عواد ص١٤ - ١٦ محاضرات مكتوبة بخط اليد ألقاها علي طلاب الدراسات العليا بالجامعة الاسلامية باسلام آباد.

المبحث الثانى

دليل مشروعية الضمان

شرع الضمان وسيلة من وسائل حفظ أموال الناس وصيانتها، محافظة على حقولهم وبعيدا عن ضررهم ودرءا للعدوان عليهم وجبرا لما انتقص من أموالهم.

والأصل فى جوازه: الكتاب، والسنة، والاجماع، والمعقول.

أما الكتاب: فآيات كثيرة نكتفى بذكر بعضها:

(أ) قوله تعالى: {**قالوا نفقد صواع الملك ولمن جاء به حمل بعير وأنابه زعيم**}[١] حيث قال ابن عباس الزعيم الكفيل. فقد ضمن يوسف عليه السلام لمن جاء بصواع الملك - وهو اناؤه الذى كان يشربه به - قدر ما يحمله البعض من الطعام(٢).

(ب) قوله تعالى: {**وان عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به ولئن صبرتم لهو خير للصابرين**}[٣] حيث أمر الله المعتدى عليه ألا يرد الاعتداء الا بمثله، وتغريم المعتدى قيمة ما أتلف أو ما فوت من منفعة ردا للاعتداء بالمثل وهذا هو معنى الضمان.

(جـ) قوله تعالى: {**فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم واتقوا الله واعلموا أن الله مع المتقين**}[٤].

وأما السنة: فأحاديث كثيرة منها ما يلى:

(أ) فيما يتصل بالاتلافات المالية ونحوها روى عن أنس بن مالك رضى الله

(١) سورة يوسف آية ٧٢ .
(٢) المغني لابن قدامة جـ ٤/ ٥٩٠ ط مكتبة الرياض الحديثة.
(٣) سورة النحل آية ١٢٦ .
(٤) سورة البقرة آية ١٩٤ .

عنهما قال: «أهدت بعض أزواج النبى ﷺ - إلى النبى ﷺ - طعاما فى قصعة، فضربت عائشة القصعة بيدها فألقت ما فيها، فقال النبى ﷺ طعام بطعام، وإناء بإناء»[٥].

(ب) فيما يتعلق بضمان وضع اليد: روى ابن ماجه عن سمرة بن جندب رضى الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى»[٦].

وجه الدلالة من هذا الحديث:

أن رسول الله ﷺ - ألزم من أخذ شيئا من غيره أن يؤديه ولا يمكن أن يتحقق الأداء الا برد المأخوذ، وهذا هو الرد الحقيقى ورد المثل أو القيمة هو أداء حكما.

وقال صاحب سبل السلام فى وجه الاستدلال بهذا الحديث «والحديث دليل على وجوب رد ما قبضه المرء. وهو ملك لغيره، ولا يبرأ الا بمصيره إلى مالكه أو من يقوم مقامه لقوله - ﷺ - «حتى تؤديه» ولا تتحقق التأدية الا بذلك وهو عام فى الغصب والوديعة والعارية»[٧].

(جـ) وفيما يتصل بجنايات البهائم: ١- روى عن البراء بن عازب رضى الله عنه - «أنه كانت له ناقة ضارية فدخلت حائطا فأفسدت فيه، فقضى نبى الله ﷺ - أن على أهل الحوائط حفظها بالنهار، وأن ما أفسدت المواشى بالليل ضامن على أهلها»[٨].

---

(٥) الحديث أخرجه الترمذي جـ ٣/ ٦٣١ المكتبة السلفية بالمدينة المنورة، وأحمد جـ ٦/ ١٤٨، دار صادر بيروت، وابن ماجه جـ ٢/ ٧٨٢ ط عيسي الحلبي.

(٦) الحديث أخرجه ابن ماجه جـ ٢/ ٨٠٢ ط عيسي الحلبي والترمذي جـ ٢/ ٣٦٩ ط المكتبة السلفية.

(٧) سبل السلام للصنعاني - جـ ٣/ ٨٩٨ نشر مكتبة عاطف - الأزهر - القاهرة.

(٨) أخرجه أحمد جـ ٤/ ٢٩٥ ط دار صادر بيروت، وأبو داود جـ ٢/ ٢٦٧، وذكره الشوكاني في نيل الأوطار جـ ٥/ ٣٦٤ ط عيسي الحلبي.

٢- كذلك روى عن النعمان بن بشير رضى الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «من أوقف دابة فى سبيل من سبل المسلمين أو فى سوق من أسواقهم فأوطئت بيد أو رجل فهو ضامن»[٩] وهذا عند بعضهم: فيما اذا وقفها فى طريق ضيق أو حيث تضر المار.

ووجه الدلالة من هذا الحديث وما فى معناه على المدعى: أن الضمان مشروع عند أخذ المال بدون حق، أو عند اتلافه، وفى ذلك صيانة لأموال المسلمين وحقوقهم.

ومما يدل علي مشروعية الضمان من غير اتلاف:

(أ) ما روى عن السائب بن يزيد عن أبيه قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يأخذن أحدكم متاع أخيه جادا ولا لاعبا، واذا أخذ أحدكم عصا صاحبه فليردها عليه»[١٠].

(ب) ما رواه ابن ماجه عن ابن عباس مرفوعا إلى النبى ﷺ أنه قال: «لا ضرر ولا ضرار»[١١] فالحديث قد دل على تحريم الضرر والضرار على أى صفة كان.

والإجماع:

أما الإجماع فقد حكاه ابن قدامة بقوله: «وأجمع المسلمون على جواز الضمان فى الجملة، وانما اختلفوا فى فروع نذكرها ان شاء الله تعالى»[١٢].

كما حكى الاجماع أيضا فى الموسوعة الفقهية الكويتية بلفظ: «وقد اجمع الفقهاء على أن الدماء والأموال مصونة فى الشرع، وأن الأصل فيها الحظر، وأنه لا يحل دم المسلم ولا يحل ماله الا بحق»[١٣].

---

(٩) الحديث أخرجه الدارقطني جـ ٣/ ١٧٩ دار المعرفة بيروت والبيهقي جـ ٨/ ٣٤٤ ط دائرة المعارف بحيدر آباد وذكره الشوكاني في نيل الأوطار جـ ٥/ ٣٦٤ .

(١٠) الحديث أخرجه أحمد جـ ٤/ ٢٢١، وذكره الزيبعي جمال الدين ابن يوسف الزيلعي - في نصب الراية جـ ٤/ ١٦٧ ط دار المأمون بشبرا.

(١١) الحديث أخرجه ابن ماجه جـ ٢/ ٧٨٤ ط عيسي الحلبي.

(١٢) المغني لابن قدامة جـ ٤/ ٥٩٠ .

(١٣) الموسوعة الفقهية الكويتية مادة ضمان ص٢٢٢، القواعد الفقهية النورانية لشيخ الاسلان ابن تيمية جـ ٢/ ١٧ .

وأما المعقول: فهو أن الشريعة الاسلامية الغراء جاءت بوجوب حفظ الأموال ومن أجل ذلك شرعت ما يكفل هذا الحفظ ويحققه فأوجبت الضمان كوسيلة من وسائل حفظ أموال الناس وصيانتها، محافظة على حقوقهم وبعدا عن ضررهم، ودرءا للعدوان عليهم وجبرا لما انتقص من أموالهم[١٤].

(١٤) نظرية الضمان للشيخ علي الخفيف ص٨ معهد البحوث والدراسات.

المبحث الثالث

ما يتحقق به الضمان

لا يتحقق الضمان الا اذا تحققت الأمور التالية وهى:

١- التعدى ٢- الخطأ ٣- الضرر

هذه الأمور هى بمثابة الأركان[١] للضمان، واتناول كل واحد من هذه الثلاثة فى مطلب خاص به.

المطلب الأول: التعدى لغة واصطلاحاً

التعدي لغة: التجاوز: تقول العرب: تجاوز عن الشئ أغضى، وتجاوز فيه أفرط، وجاز الشئ يجوزه، اذا تعداه[٢].

ويقال تجاوز الشئ: أى الخروج عنه الى غيره، والمجاوزة الاخراج عن الحد، ومنه

(١) **الركن لغة:** ركن الشئ لغة جانبه القوي فيكون عينه.
تقول: ركن إلي الشئ وركن يركن بالضم ركما وركونا، وحكي ركن اليه بالكسر يركن ركونا فيها، اي مال اليه وسكن، ومنه قولهم: ركن الجبل الي جانبه.
ويقول الجرجاني: ركن الشئ: ما يقوم به ذلك الشئ من التقوم، اذا قوم الشئ بركنه لا من القيام، والا يلزم أن يكون الفاعل ركنا للفعل والجسم ركنا للعرض، والموصوف للصفة، وقيل ركن الشئ: ما يتم به وهو داخل فيه بخلاف شرطه وهو خارج عنه.
راجع لسان العرب لجمال الدين محمد بن مكرم بن منظور جـ ٤٥/١٧ ط دار صادر بيروت، التعريفات للجرجاني ص٤٦ ط ايران.
الركن اصطلاحاً: عرف الركن اصطلاحا بعدة تعريفات نكتفي بذكر أهمها:
(أ) عرف الركن عند الحنفية: بأنه ما يتوقف عليه وجوب الشئ وكان داخلا في ماهيته. البحر الرائق لابن نجيم زين الدين بن ابراهيم جـ ٢٩٧/٧ المكتبة الماجدية باكستان.
(ب) وعرفه الجمهور: بأنه ما يتوقف عليه وجود الشئ، وان لم يكن جزءا من ماهيته، راجع الفروق للقرافي جـ ٧٠/٢ ط دار المعرفة.
(٢) لسان العرب جـ ٩٢/٩ ط دار احياء التراث العربي بيروت.

جاز الوادى: اذا قطعه وخلفه وراءه، والمجاز فى الكلام لأنه خروج عن الأصل، ومن التجاوز عن الذنب، لأنه مرور عليه بالصفح[٣]، وورد فى القرآن الكريم من باب «الجواز» قوله تعالى: {أولئك الذين نتقبل عنهم أحسن ما عملوا ونتجاوز}[٤] واستعمل القرآن الكريم مادة الجواز فى صيغة جاوز[٥] وجاوزنا[٦] وجاوزه»[٧].

التعدي اصطلاحا: هو مجاوزة ما ينبغى أن يقتصر عليه شرعا أو عرفا أو عادة[٨].

ومن القواعد المقررة فى هذا الموضوع «أن كل ما ورد به الشرع مطلقا، ولا ضابط له فيه، ولا فى اللغة، يرجع فيه الى العرف»[٩].

وذلك مثل: الحرز فى السرقة، والاحياء فى الاموات، والاستيلاء فى الغصب وكذلك التعدى فى الضمان، فاذا كان التعدى مجاوزة ما ينبغى أن يقتصر عليه، رجع فى ضابطه الى عرف الناس فيما يعدونه مجاوزة وتعديا، سواء أكان عرفا عاما أم خاصا.

ويشمل التعدى: المجاوزة والتقصير والاهمال، وقلة احتراز كما يشتمل على العمد والخطأ»[١٠].

ومن أمثلة التعدى أن يحفر الشخص بئرا فى الطريق العام من غير اذن الحاكم، أو غير ملكه عدوانا، أو لا يتخذ الاحتياطات الواقية من وقوع ولو باذن، فاذا سقط

(٣) مجمع البيان للطبرسي جـ ٣٥٤/١ للشيخ أبي علي الفضل بن السن الطبرسي ت ٥٤٨ المكتبة العلمية طهران.

(٤) سورة الأحقاف آية ١٦ .

(٥) سورة الكهف آية ٦٢ .

(٦) سورة الأعراف آية ١٣٨ .

(٧) سورة البقرة آية ٢٤٩ .

(٨) الموسوعة الكويتية مادة ضمان ص٢٢٢ - ٢٢٣، تفسير الرازي جـ ١٢١/٢ ط الآستانة.

(٩) الاشباه والنظائر للسيوطي جلال الدين السيوطي ص ٩٨ ط دار الكتب العلمية بيروت.

(١٠) مجمع الضمانات للبغدادي ص٤٠ ط المطبعة الخيرية، فتح القدير جـ ٢٤٥/٩ ط دار احياء التراث العربي - بيروت، شرح المجلة للشيخ خالد الأتاس جـ ٤٦٤/٣ .

فيه انسان أو حيوان فالحافر ضامن، ومثله أن يؤجج رجل نارا فى يوم ريح عاصف، فيتعدى الى اتلاف مال الغير، أو يحل وكاء وعاء فيه شئ مائع فاندفق، أو يمزق وثيقة فضاع ما فيها من الحقوق، فيضمن فى كل تلك الحالات لأنه أثر فعله الذى هو التعدى.

المطلب الثاني: الخطأ وأنواعه والمسئولية عنه

الفرع الأول: تعريف الخطأ وأنواعه

الخطأ في اللغة: عرف الخطأ: بأنه فعل أو قول يصدر عن الإنسان بغير قصده بسبب ترك التثبت عند مباشرة أمر مقصود سواه.

والخطأ يذكر ويراد به ضد الصواب ومنه يسمى الذنب خطيئة[١١].

ومنه قوله تعالى: {أن قتلهم كان خطأ كبيرا}[١٢].

وجاء فى التعريفات للجرجانى: الخطأ: هو ما ليس للانسان فيه قصد، وهو عذر صالح لسقوط حق الله تعالى، اذا حصل عن اجتهاد، ويصير شبهة فى العقوبة حتى لا يؤثم الخاطئ ولا يؤخذ بحد ولا قصاص، ولم يجعل عذرا فى حق العباد حتى وجب عليه ضمان العدوان، ووجب به الدية، كما اذا رمى شخصا ظنه صيدا أو حربيا فاذا هو مسلم، أو غرضا فأصاب أدميا، وما جرى مجراء كنائم انقلب على رجل فقتله[١٣].

والخطأ يكون عامدا الى الفعل لا الى المفعول كمن رمى انسانا على ظن أنه صيد فهو قاصد الى الرمى لا الى الانسان[١٤].

(١١) الالتزامات في الشرع الاسلامي لابراهيم بك ص٧٨، والمسئولية الجنائية للدكتور سعد جبالي ص٩٨

(١٢) سورة الاسراء آية ٣١ .

(١٣) التعريفات للجرجاني ص٤٤ ط ايران.

فالمراد من الخطأ هنا هو وقوع الشئ من غير ارادة فاعله(١٥).

وقد أشار الى هذا المعنى الشيخ محمد أبو زهرة حيث قال عن الخطأ: «هو الفعل الذى يكون فى ذاته مباحا ويقصد الشخص فيه إلى الفعل قصدا معينا ولكن يترتب على الفعل المقصود نتائج غير التى يريدها، فالقصد سليم والعمل سليم(١٦).

أنواع الخطأ:

الخطأ فى الشريعة على نوعين: خطأ متولد، وخطأ غير متولد.

أولاً: الخطأ المتولد: هو ما تولد عن فعل مباح أو فعل أتاه الفاعل وهو يعتقد أنه مباح.

ومن أمثلة الخطأ المتولد عن فعل مباح: «من رمى صيد فأخطأ وأصاب معصوم الدم، حيث نجد أن الرمى مباح ولكن الجانى أخطأ فى الفعل وأصاب معصوما.

ومن أمثلة الخطأ المتولد عن اعتقاد فعل مباح: «من رمى شخصاً يظنه حربيا فاذا هو معصوم الدم» فالرمى مباح ولكن الفاعل أخطأ فى اعتقاده.

أنواع الخطأ المتولد: الخطأ المتولد فى الشريعة على نوعين:

١- خطأ مباشر: كمن يرمى طائراً فيصيب شخصا، وكمن يرمى جنديا فى صفوف الأعداء معتقدا أنه من العدو ثم يتبين أنه من جنود الوطن.

٢- خطأ بالتسبب كمن يحفر سردابا فى الطريق العام بأمر الحاكم فيقع فيه معصون الدم حيث أن الحفر باذن الحاكم مباح ولكن تولد عنه الضرر لشخص برئ.

ثانياً: الخطأ غير المتولد: وهو كل ما عدا الخطأ المتولد وهو على نوعين أيضا:

(١٥) الالتزامات في الشرع الاسلامي لابراهيم بك ص٧٨ .
(١٦) الجريمة لابي زهرة ص٤٥٠ .

الأول: خطأ مباشر: وهو الذى يقع من المخطئ مباشرة دون واسطة، وذلك كمن ينقلب على طفل بجواره فيقتله.

الثانى: خطأ بالتسبب: وهو ما يتسبب فيه المخطئ دون أن يقع منه مباشرة كما لو وضع شخص أحجاراً فى الشارع العام دون اذن فاصطدم فيها شخص فأصيب(١٧).

الفرع الثانى: مدى المسئولية عن أنواع الخطأ:

تمهيد:

من المعلوم أن المحافظة على الصالح العام تقتضى العقاب على الخطأ، حيث هناك من جرائم الخطأ ما له خطورته ويكثر وقوعه، كالقتل والجرح خطأ، ولما كان أساس الخطأ هو التقصير وعدم الاحتياط، فقد عاقب الشارع على جرائم الخطأ التى يكثر وقوعها ولا يخفى خطرها، لأن العقاب عليها يحقق مصلحة عامة اذ يحمل الأفراد على التثبت والاحتياط، فيقل هذا النوع من الجرائم.

بناء على ما تقدم اختلف الفقهاء فى أثر الخطأ على المسئولية على رأيين:

الرأي الأول: وقال به الظاهرية والمعتزلة: عدم جواز المحاسبة على الخطأ(١٨).

دليله: استدل أصحاب هذا الرأى لصحة ما ذهبوا اليه من القول بعدم جواز المحاسبة على الخطأ بقول الله تعالى: {**ربنا لا تؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا ..**}(١٩) حيث لو جازت المؤاخذة عقلا لما كان للدعاء فائدة.

(١٧) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني: علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني جـ ٢٣٤/٧ كراتشي، التشريع الجنائي الاسلامي للشهيد عبد القادر عودة جـ ٤٣٥/١ وما بعدها ط دار الكتاب العربي بيروت.
(١٨) راجع: فواتح الرحموت لعبد العلي الأنصاري جـ ١٦٦/١ . الأصول للبزدوي ص٣٥٥، المحلي للامام أبي محمد علي بن أحمد بن حزم جـ ٤٠٣/١٠ ط احياء التراث العربي بيروت.
(١٩) سورة البقرة آية ٢٨٦ .

كما استدلوا على ما ذهبوا اليه من السنة بقول الرسول ﷺ : «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»[٢٠] حيث أفاد الحديث عدم محاسبة هؤلاء الأصناف الوارد ذكرهم فى الحديث.

كما استدلوا من المعنى بقولهم: «أن المؤاخذة تكون بالجناية، والجناية لا تكون الا بالقصد والخطأ لا قصد فيه فلا جناية ولا مؤاخذة فيه.

مناقشة هذا الرأي:

أجيب: بأن المرفوع بالخطأ هو الاثم والعقوبة الحدية، ولكن الخطأ لا يعتبر عذرا فى حقوق العباد، وعلى ذلك فيجب الضمان بالاتلاف، ومما يقوى هذا الجواب ما ورد عن الغزالى فى المستصفى حيث قال: «المراد فى قوله ﷺ «رفع عن أمتى الخطأ والنسيان» هو رفع الاثم فقط، أما فى الحكم فان حقوق الآدميين العامد والمخطئ فيهما سواء[٢١].

كذلك يجاب على الاستدلال بالحديث بما جاء فى كتاب أحكام القرآن للشيخ ظافر أحمد العثمانى[٢٢] نقلا عن ابن العربى حيث قال، تعلق بذلك جماعة من العلماء فى أن الفعل الواقع خطأ أو نسيانا لغو فى الأحكام كما جعله الله تعالى لغوا فى الآثام، وبين النبى - ﷺ ذلك عندهم بقوله: «رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه، وهذا لا حجة فيه لأن الحديث لم يصح، قال النووى حسن، وقال السيوطى صحيح وحقوق الناس ثابتة حسبما بين الله تعالى فقال جل شأنه: {ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله}[٢٣].

(٢٠) الحديث. أخرجه صاحب كشف الخفا جـ ٥٢٢/١ ط مؤسسة الرسالة وصاحب كنز العمال جـ ١٢٣/٤ مؤسسة الرسالة.

(٢١) المستصفي للغزالي: حجة الاسلام محمد بن محمد الغزالي جـ ١٧٢/١ ط الأميرية ببولاق.

(٢٢) أحكام القرآن جـ ٧٤٣/١ - دار القرآن باكستان.

(٢٣) سورة النساء آية ٩٢ .

فقد نص الله تعالى على لزوم حكم قتل الخطأ فى ايجاب الدية والكفارة، وقوله تعالى: {**لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت**}[٢٤] هو مثل قوله تعالى: {**ولا تكسب كل نفس الا عليها**}[٢٥]، وقوله: {**وأن ليس للانسان الا ما سعى**}[٢٦] وكل ذلك محمول على أحكام الأفعال دون ثوابها وآثامها».

الرأي الثاني:

وهو لجمهور الفقهاء[٢٧] وقد ذهبوا الى القول بجواز المؤاخذة على الخطأ عقلا. وذلك لأن الله تعالى أمرنا بأن نسأل عند عدم المؤاخذة بالخطأ فى قوله جل وعلا أخبارا عن قول الرسول * أو تعليما للعباد {**ربنا لا تؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا**}.

ووجه الدلالة: ان الله تعالى أبان لنا أن الخطأ يجوز المؤاخذة عليه، ولذا يلزمنا أن ندعوه جل وعلا أن لا يؤاخذنا بسبب أخطائنا، ولو كان الخطأ لا يجوز المؤاخذة عليه لكان عقاب الله تعالى لنا بسبب جورا، وصار الدعاء فى التقدير ربنا لا تجر علينا بالمؤاخذة[٢٨].

جاء فى التلويح على التوضيح[٢٩] «ويجوز المؤاخذة بالخطأ لقوله تعالى: {ربنا لا تؤاخذنا ان نسينا أو أخطأنا} فانه لو لم يجز لم يكن للدعاء فائدة».

«لا ينفك الخطأ عن ضرب تقصير، وهو ترك التثبت والاحتياط، فهو بأصل الفعل مباح، وترك التثبت محظور فيكون جناية قاصرة يصلح سببا لجزاء قاصر».

(٢٤) سورة البقرة آية ٢٨٦. (٢٥) سورة الأنعام آية ١٦٤ . (٢٦) سورة النجم آية ٣٩ .

(٢٧) راجع: نهاية المحتاج الي شرح المنهاج لأحمد بن حمدة شهاب الدين الرملي جـ ٢٣٧/٧ ط مصطفي الحلبي، المغني لابن قدامة جـ ٥٦١/٧ ط ٣ دار المنار، حاشية الدسوقي جـ ٢٣٢/٣ ط عيسي البابي الحلبي، البدائع جـ ٢٣٤/٧ ط كراتش.

(٢٨) نظرية الحكم أ. د/ أحمد الحصري ص٣٧٤ الناشر مكتبة الكليات الأزهرية، التشريع الجنائي الاسلامي جـ ٤٣٤/١ ط دار الكتاب العربي بيروت، الموجز في المسئولية الجنائية د/ سور جبالي ص١٠٩ - الناشر دار النهضة العربية.

(٢٩) التلويح علي التوضيح لسعد الدين التفتازاني جـ ١٩٥/٢ ط صبيح.

المطلب الثالث: الضرر

الفرع الأول: تعريفه:

الضرر لغة: نقص يدخل على الأعيان، وهو ضد النفع[٣٠].

واصطلاحا: الحاق مفسدة بالغير، أو هو كل أذى يصيب الإنسان فيسبب له خسارة مالية فى أمواله، سواء أكانت ناتجة عن نقصها أو نقص منافعها، أو عن زوال بعض أوصافها ونحو ذلك من كل ما يترتب عليه نقص فى قيمتها عما كانت عليه قبل حدوث ذلك الضرر[٣١].

وهذا الضرر هو أحد نوعى الضرر المادى، وينعت بالضرر المالى.

أما الضرر المادى الآخر فهو ما يصيب الإنسان فى جسم من جراح يترتب عليها تشويه فيه أو عجز عن العمل أو ضعف فى كسبه ونحو ذلك، وهذا النوع الأخير من الضرر يستوجب الأرش، وهو اما مقدر من الشارع، واما متروك لحكومة العدل.

أى أن هذا النوع من الضرر لا يستوجب تعويضا وانما وجب فيه الأرش بحكم الشارع كعقوبة زاجرة لا تختلف باختلاف المعتدى عليه، وذلك من ناحية أنه اعتداء على سلامة الانسان، وهى حق له لا يختلف باختلاف الأشخاص، ومن ثم لا ينظر فيه الى ما قد يكون له من آثار مالية تتعلق بالعمل والكسب والسعى لأنها آثار متوقعة غير موجودة بالفعل، وقواعد الشريعة تأبى التعويض الا عن الضرر الماثل الواقع فعلا الذى يمكن تقويمه بالمال. أما المتوقع فلا تعويض فيه لأنه معدوم وقت حدوث الأذى بالجسم، ولا قيمة لمعدوم، فلا يصح مقابلته بالمال.

ونتيجة ذلك أن التعويض فى الفقه الاسلامى لا يكون إلا عن ضرر مالى واقع

(٣٠) راجع المصباح المنير مادة ضرر، ولسان العرب مادة ضرر.
(٣١) راجع الضمان في الفقه الاسلامي للشيخ علي الخفيف ص٤٦ .

فعلا، لأنه السبب فى التعويض، والمسبب لا يتقدم سببه، وإلا لم يكن سببا له، ولكن اذا وقع الضرر فعلا وجب التعويض لأن السبب يفضى الى مسببه دائما[٣٢].

هذا ومن الجدير بالذكر أن نشير إلى أن الضرر قد يكون بالقول، كرجوع الشاهدين عن شهادتهما، بعد القضاء وقبض المدعى المال. وفى هذه الحالة لا ينسخ الحكم ويضمن الشهود ما أتلفاه على المشهود عليه، سواء أكان دينا أم عينا[٣٣].

وقد يكون بالفعل كتمزيق الثياب، وقطع الأشجار وكسر الأدوات وفى هذه الحالة يضمن السعاة والمفسدون الذين يتسببون فى أبطال الحقوق على ذويها.

وقد يكون بالترك، ومثاله: امرأة تصرع أحيانا فتحتاج الى حفظها، فان لم يحفظها الزوج حتى ألقت نفسها فى النار عند الصرع، فعليه ضمانها.

ودابة غصبت فتبعها ولدها، فأكله الذئب يضمنه الغاصب، مع أنه لم يباشر فيه فعلا[٣٤].

الفرع الثانى: أنواع الضرر:

تمهيد:

نظر لأن الضرر الذى قد يلحق الانسان قد يصيبه فى ماله أو فى جسمه أو فى شعوره وعاطفته، أو قد يمنعه من التزام قد التزم به، لذلك يمكننا تقسيم الضرر بناء على ما قد يصيب الإنسان الى الأنواع التالية:

النوع الأول: الضر المادى: ويتمثل فى تفويت مال على مالكه، سواء أكان

(٣٢) المرجع السابق نفس الصفحة.
(٣٣) تبيين الحقائق جـ ٢٤٤/٤ ط ملتان باكستان.
(٣٤) حاشية الرملي علي جامع الفصولين جـ ٨١/٢ نقلا عن نوازل أبي الليث الدر المختار ورد المختار جـ ١٢٧/٥ ط مصطفي البابي الحلبي.

باتلاف أتى على كل المال أو على بعضه، أو بتعييب فى المال نقصت به قيمته. وهذا النوع من الضرر قد اتفق الفقهاء على اشتراط تضمين فاعله.

النوع الثاني: الضرر الجنائى أو الجسمى: ويتمثل فى أذى يصيب الإنسان فى جسمه، وفى هذا النوع يرى فيه الفقهاء ما فرضه الشارع وقدره من جزاء، أو من حكومة عدل. وقد اعتبر الفقهاء هذا الجزاء فى معنى العقوبة الزاجرة عن هذا الفعل المحظور، ولذا كانت مسئولية المعتدى فى هذه الحال من قبيل ما يسمى فى الفقه الوضعى بالمسئولية الجنائية، لأن الضرر فيها بوقوعه على الفرد قد مس المجتمع فى أمنه أصابه به الضرر، وكان له بسبب ذلك مساءلة المعتدى بواسطة من يمثله من أولى الأمر والولاية فيه، وكان الجزاء المترتب عليه من قبيل العقوبة، وان كان جزاء ماليا يشبه أن يكون له صفة التعويض يعطى للمعتدى عليه عوضا عما أصابه من ضرر، ويقوى هذا الشبه، ويظهر جليا فيما يلزم به المعتدى فى حالات الاعتداء التى لم يقدر فيها الشارع جزاء ماليا وترك تقديره لذوى الخبرة والنظر، وذلك ما يسمى فى الفقه الاسلامى بحكومة العدل، اذ لا يخلو التقدير فيها من مراعاة المعادلة بين الضرر والجزاء بواسطة ذوى الخبرة(٣٥).

النوع الثالث: الضرر الأدبى: ويتمثل فى الأذى الذى يصيب الإنسان فى شرفه وعرضه من فعل أو قول يعد مهانة له كما فى القذف والسب، وفيما يصيبه من ألم فى جسمه أو فى عاطفته من ضرب لا يحدث فيه أثرا، أو من تحقير فى مخاطبته، أو امتهان فى معاملته.

النوع الرابع: الضرر المعنوى: ويتمثل فى تفويت مصلحة غير مالية ملتزم بها كأن يمتنع الملتزم بتسليم الوديعة عن تنفيذ التزامه، أو المستعير عن تسليم العارية.

(٣٥) راجع الدر المختار جـ ٤١٢/٥ ط مصطفي الحلبي.

وعن التعويض عن الضرر فى هذين النوعين: فان الفقهاء يرون أنه ليس فيهما تعويض مالى(٣٦) وأساس ذلك فيهما أن التعويض بالمال يقوم على الجبر بالتعويض وذلك باحلال مال محل فاقد مكافئ لرد الحال الى ما كانت عليه، ازالة للضرر وجبرا للنقص، وذلك لا يتحقق الا باحلال مال محل مال مكافئ له ليقوم ويسد مسده، وكأنه لم يضع على صاحب المال الفاقد شئ وليس ذلك بمتحقق فيهما.

ولأن اعطاء المال فى هذين النوعين من الضرر لا يرفعه ولا يزيله، فأخذ المال فيه عند جرح الشعور أو تدنيس الشرف لا يعود به كلاهما الى ما كانا عليه من سلامة. وأخذ المال فى نظير امتناع من تعاقد معه على أن يقوم له بتنفيذ ما التزم به لا تزول به آثار ذاك الامتناع ويصير به الممتنع قائما منفذا لالتزامه(٣٧).

الفرع الثالث: شروط محل الضرر:

سبق أن ذكرنا أن الضرر الذى يوجب الضمان هو الضرر المالى وتبين لنا أنه لا يوجب الضمان الا اذا كان متمثلا فى فقد مال متقوم مملوك وأن يكون فى وجوب الضمان فائدة.

وعلى ضوء ذلك نستطيع أن نبلور تلك الشروط فيما يأتى:

١- أن يكون المتلف مالا: ومن ثم فلا يجب الضمان باتلاف الميتة والدم وغير ذلك مما ليس بمال.

٢- أن يكون المتلف مالا متقوما: فلا يجب الضمان باتلاف الخمر والخنزير على المسلم سواء كان المتلف مسلما أو ذميا، وذلك لسقوط تقوم الخمر والخنزير فى حق

(٣٦) أوجب الصاحبان من الحنفية التعويض في الضرر الأدبي والمعنوي، حيث قال الامام محمد بوجوب حكومة عدل علي الجاني بقدر ما لحق المضروب أو المجروح عن الألم، وقال أبو يوسف للمجني عليه أن يرجع علي الجاني بما أنفقه من ثمن الدواء وأجرة الأطباء راجع المبسوط جـ ٨١/٣٦ ط دار المعرفة بيروت.

(٣٧) الضمان في الفقه الاسلامي للشيخ علي الخفيف ص٥٥ «بتصرف».

المسلم[٣٨].

٣- أن يكون المتلف مالا مملوكا: وعلى ذلك فالأشياء المباحة التى لا يملكها الإنسان كالكلأ والمال والنار والأسماك فى البحار والطير فى الهواء لا ضمان فيها.

٤- أن يكون فى وجوب الضمان فائدة: ومن ثم فلا ضمان على المسلم باتلاف مال الحربى، ولا على الحربى باتلاف مال المسلم فى دار الحرب، وكذا لا ضمان على العادل اذا أتلف مال الباغى ولا على الباغى اذا أتلف مال العادل لأنه لا فائدة فى الوجوب لعدم امكان الوصول الى الضمان لانعدام الولاية[٣٩].

الفرع الرابع: صدور الضرر عن فاعل مباشر:

تنفرد الشريعة الاسلامية، بالتفرقة فى قيام المسئولية التقصيرية بين المباشر والمتسبب، وهى تفرقة لا تعرفها القوانين الوضعية التى تقيم المسئولية متى توافرت عناصرها، دون تمييز بين طريقة حصول الضرر سواء كانت عن طريق مباشر أو عن طريق التسبب.

هذا والذى يحكم هذا الركن قاعدة مؤداها «المباشر ضامن وان لم يتعمد» أى أن من باشر التلف يضمن بصفة مطلقة، سواء كان قد تعمد ايقاع الضرر أم لم يتعمد، وسواء كان متعديا أو غير متعد، لأن المباشرة علة مستقلة للاتلاف، فعدم التعمد لا يصلح له عذر للتخلص من الاتلاف الذى يصيب الغير.

---

(٣٨) يراعي أن الحنفية لا يعتبرون أن المنافع أموالا، كما أنهم يعتبرون الخمر والخنزير ونحوهما مما يتعامل فيه غير المسلمين من أهل الذمة أموالا بينما يذهب الجمهور الي ان المنافع أموال لأن مصادرها وهي الأعيان يجري عليها الاحراز والحيازة، ولأن الأعيان لا تراد لذاتها بل لمنافعها، ولولا ما تنافس الناس وبذلوا أموالهم حتي أن ما لا منفعة له، لا طلب له، ولا رغبة، ولم يعتبر الجمهور الخمر والخنزير أموالا لا بالنسبة للمسلم ولا بالنسبة لغيره، لعدم اباحة الاسلام الانتفاع بهما، وغي المسلم من أهل الذمة حكمه حكم المسلمين له ما لهم وعليه ما عليهم.

(٣٩) راجع: بدائع الصنائع جـ ١٦٨/٧ ط كرتش، رد المختار جـ ١٠٥/٤ ط مصطفي الحلبي، الأشباه والنظائر للسيوطي ص٣٥٤ ط الحلبي، نهاية المحتاج جـ ١٦٥/٥ ط مصطفي الحلبي، الموافقات للشاطبي جـ ١٧/٢ ط دار المعرفة بيروت، الاقناع جـ ٥٩/٢ .

الفرع الخامس: تعريف المباشر والمتسبب:

عرف الفقهاء المباشر بتعريفات كلها تدور حول مضمون واحد لخصته مجلة الأحكام العدلية فى المادة (٨٨٧) أن الاتلاف مباشرة هو اتلاف الشئ بالذات، من غير أن يتخلل بين فعل المباشر والتلف فعل آخر[٤٠].

عرفه الأحناف «بأنه من يلى الأمر بنفسه»[٤١].

وعرفه الشافعية «بأنه ما يؤثر فى الهلاك ويحصله»[٤٢].

وعرفه المالكية «بأنه ما يقال عادة حصل الهلاك به من غير توسط»[٤٣].

أما المتسبب: فقد عرفه المالكية، بأنه «ما يحصل الهلاك عنده بعلة أخرى اذا كان السبب هو المقتضى لوقوع الفعل بتلك العلة»[٤٤].

وعرفه الشافعية بأنه «ما يؤثر فى الهلاك ولا يحصله»[٤٥].

وعرفه الأحناف على ما جاء فى مجلة الأحكام العدلية بأنه «أحداث أمر فى شئ يفضى الى تلف شئ آخر على جرى العادة، ويقال لفاعله متسبب»[٤٦].

الفرع السادس: مدى مسئولية المباشر والمتسبب:

جملة القول فى ذلك: أن المباشر ضامن وأن لم يعتد بفعله، والمتسبب لا يضمن الا اذا كان معتديا بفعله وذلم محل اتفاق بين المذاهب.

---

(٤٠) مجلة الاحكام العدلية المادة ٨٨٧ .
(٤١) البدائع جـ ١٦٥/٧ ط الجمالية بمصر.
(٤٢) حاشية الشرقاوي جـ ٣٦٠/٤ .
(٤٣) الفروق للقرافي جـ ٢٧/٤ ط دار المعرفة بيروت.
(٤٤) المرجع السابق جـ ٢٧/٤ ط دار المعرفة بيروت.
(٤٥) حاشية الشرقاوي جـ ٣٦٠/٤ .
(٤٦) مجلة الأحكام العدلية المادة ٨٨٧ .

مبني هذه التفرقة: مبنى هذه التفرقة فيما يظهر أنه عند المباشرة تظهر بجلاء سببية الفعل للضرر دون نظر الى فاعله وقصده، فوجب الزامه بما يرفع هذا الضرر، لانتسابه اليه واحداثه اياه، أما عند التسبب فلا يكون لسببية الفعل هذا الظهور، لوجود فعل آخر مفض الى الضرر فاصل بينه وبين الضرر مع تراخ للضرر عن الفعل المسبب، فاذا انتفيت نسبته اليه خفيت سببيته وضعفت، وعند ذلك لا يصلح أساسا لالزام صاحبه بالضمان، واذا نسب الضرر اليه عادة وكان غير محظور شرعا لم يصلح سببا موجبا للضمان مع ثبوت حقه فى فعله، فوجب لذلك أن يكون محظورا حتى يكون التضمين من موجبات حظره وتبعاته دفعا لاضرار به(٤٧).

شروط قيام مسئولية المباشر

لكى تقوم مسئولية المباشر، يجب أن تتوافر ثلاثة شروط، **الأول:** أن يصدر فعل، **والثانى:** أن يؤدى هذا الفعل الى احداث الضرر، **والثالث:** أن لا يتدخل أمر بين الفعل والضرر.

الأول: صدور فعل: يجب بادئ ذى بدء، أن يصدر من الفاعل فعل يكون هو السبب فى حدوث الضرر مع الاتفاق على أن الفعل كما يكون ايجابيا، قد يكون سلبيا، اذ ليس بشرط أن يكون الفعل ايجابيا حتى يعتبر صاحبه مباشرا، اذ أن الفعل السلبى - أى مجرد الامتناع يرقى أيضا الى أن يجعل صاحبه مباشرا مادام هذا الفعل سيؤدى حتما الى ايقاع الضرر، على حسب المجرى المألوف والعادة.

الثاني: أن يؤدى الفعل الى احداث الضرر «صلة السببية بين الفعل والضرر» لا يشترط الفقه الاسلامى فى الضرر الموجب التعويض، أن ينشأ عن اعتداء ومخالفة

(٤٧) الضمان للشيخ علي الخفيف ص٨٣ .

محظورة، بل يجب الضمان فيه مطلقا، سواء كان ناشئا عن اعتداء أم لا، فيضمن عديم التمييز والنائم، لا فرق فى ذلك بين ضرر نشأ عن فعل صدر تعديا عن قصد أو عن غير قصد، كأن صدر نسيانا، أو صدر من فاعله على ظن أنه يحدث فى ماله، ذلك لأن الشريعة الاسلامية تجعل الضرر علة وسببا للتضمين، فاذا وجدت العلة وجد المعلول.

الثالث: ان لا يتدخل أمر بين الفعل والضرر «أى لا تنقطع السببية بين الفعل والضرر».

تقوم مسئولية المباشر، بمجرد حدوث الضرر نتيجة لفعله، ولكن هناك حالات يتدخل فيها بين السبب والضرر فاعل آخر، ويكون هذا التدخل حائلا دون تحقيق النتيجة من السبب الذى صدر من الأول. ويكون الضرر حدث نتيجة لفعل الفاعل الآخر، فوفقا للقواعد الفقهية تقع المسئولية على الفاعل الثانى، ويعتبر فى هذه الحالة مباشرا باتيان الفعل، وصاحب السبب الأصلى، متسببا، ومن ثم اذا اجتمعا أضيف الحكم الى المباشر(٤٨).

(٤٨) راجع نهاية المحتاج جـ ٧/ ٣٤٠، ط مصطفي البابي الحلبي، الرجيز للغزالي جـ ١٢٢/٢ ط الاداب والمؤيد بمصر، المهذب جـ ١٩٢/٢ ط عيسي الحلبي مواهب الجليل جـ ٦/ ٢٤٠، الشرح الكبير للدردير جـ ٢١٥/٤، البحر الرائق جـ ٢٩٤/٨ ط المكتبة الماجدية، بدائع الصنائع جـ ٢٣٩/٧ ط كرتشي، المغني لابن قدامة جـ ٣٢٢/٧ ط ٢ المنار، وراجع أيضا الضمان للشيخ علي الخفيف ص٦٨ .

الفصل الثانى

شروط وجوب الضمان

تمهيد:

للشريعة الاسلامية نظرة دينية معروفة الى المعاملات التى تتخذ منها مويدا لاحترام أحكامها العامة، وضامنا لتنفيذ سياستها التشريعية فى الاصلاح والمحافظة على مصالح الناس، ومن خلال تلك النظرة وبراعمها المتفتحة، نجد عناية خاصة بناحية واقعية فى الحياة العملية هى مسألة الضمانات، التى يشترط لوجوبها بسبب الاتلاف وتحقق الضرر شرائط، حتى اذا فقدت أو فقد بعضها لم يجب الضمان وهى ما يأتى[1]:

الشرط الأول: أن يكون المتلف مالا ومن ثم، فلا ضمان باتلاف الميتة والدم، والتراب العادى، والكلب والسرجين النجس، ونحو ذلك مما ليس بمال عرفا وشرعا.

الشرط الثاني: أن يكون الاعتداء واقعا على مال متقوم.

هذا وقد اختلفت كلمة الفقهاء فى تحديد ما هية المال المتقوم على النحو التالى:

أولا اصطلاح الحنفية: لا يعتبر الشئ مالا وفقا لإصطلاح الحنفية الا اذا توافر فيه عنصران.

الأول: العينية: وهذا يعنى أن يكون الشئ ماديا له وجود خارجى.

وعلى ذلك فما ليس له مادة وجرم فى العالم الخارجى كمنافع الأعيان مثل سكنى الدار وركوب السيارة لا يعتبر مالا، لأن المنافع فوائد وليس لها جرم ولا يمكن حيازتها.

---

(١) نظرية الضمان د/ وهبة الزحيلي ص٥٨ ط١ سنة ١٩٧٠ .

الثانى: التمويل: ويقصد به التنافس وبذل العوض، ذلك بأن تجرى عادة الناس كلا أو بعضا على التنافس على هذه العين وحيازتها، وفى سبيل الحصول عليها يهون عليهم بذل أموالهم، وعلى ذلك فاذا كان الشئ بغير هذا المعنى فلا يكون مالا وذلك مثل الميتة وحبة القمح والقليل من التراب(٢).

ثانيا - اصطلاح الجمهور:

يرى الجمهور من الفقهاء أن الشئ لا يكون مالا الا اذا توافر له عنصران:

الأول: أن يكون الشئ له قيمة بين الناس، سواء كان عينا أو منفعة، ماديا أو معنويا، وعلى ذلك فالشئ الذى لا قيمة له بين الناس كحبة القمح مثلا لا يكون مالا.

الثانى: أن يكون الشئ قد أباح الإسلام الانتفاع به فى حالة السعة والاختيار كالحبوب والعقارات وسكنى الدار(٣).

هذه هى اصطلاحات الفقهاء لتحديد ماهية المال المتقوم بالتأمل فيها نجد أنهم قد اختلفوا فى تحديد ماهيته، اتماما للفائدة نسوق مثالا تطبيقيا لما اختلف فيه الفقهاء، وهو «اتلاف الخمر والخنزير». لا يخلو حال الخمر والخنزير من أن يكونا مملوكين لمسلم أو لغيره.

فاذا كان مملوكين لمسلم فلا ضمان على متلفهما باتفاق الفقهاء سواء أكان المتلف مسلما أو ذميا، وذلك لعدم تقوم الخمر والخنزير فى حق المسلم أما اذا كانا مملوكين لغير المسلم فأتلفهما له مسلم أو غيره فالمسألة على ثلاثة مذاهب.

الأول: وقد قال به الحنفية والمالكية والزيدية حيث قالوا بضمان قيمته ان كان

(٢) البحر الرائق جـ ٢٥٦/٥ ط المكتبة الماجدية، رد المحتار جـ ١٠٥/٤ ط مصطفى البابي الحلبي.
(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ص٣٥٤، الاقناع جـ ٥٩/٢، الموافقات للشاطبي جـ ١٧/٢ ط دار المعارفة بيروت.

المتلف مسلما، وبمثله ان كان غير مسلم(٤).

الثانى: وقال به الشافعية والحنابلة والظاهرية: حيث ذهب الجميع الى القول بعدم ضمان المتلف مطلقا(٥).

الثالث: وقال به الحنفية فى رواية والأباضية: حيث قالوا بعدم ضمان متلف الخمر المملوكة للذمى المظهر لها، أما غير المظهر لها فعلى متلفه الضمان(٦).

الأدلـــة:

أولا - أدلة الرأي الأول القائل بالضمان:

استدل أصحاب هذا الرأى لصحة ما ذهبوا اليه بالسنة والأثر والمعقول.

أما السنة: فما روى عنه ﷺ - أنه قال فى الحديث المعروف: «فأعلموهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين»(٧).

قال الكاسانى مبينا وجه الاستدلال بهذا الحديث: للمسلم الضمان اذا غصب منه خله وشاته ونحو ذلك اذا هلك فى يد الغاصب.

فيلزم أن يكون للذمى الضمان اذا غصب منه خمره أو خنزيره ليكون لهم ما للمسلمين عملا بظاهر الحديث(٨).

(٤) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي جـ ٢٣٤/٥ ط ملتان باكستان، حاشية الدسوقي جـ ٤٤٧/٣ ط المكتبة التجارية، الروض النضير جـ ٤٧٧/٣ ط السعادة بالقاهرة.
(٥) مغني المحتاج جـ ٢٨٥/٢ ط مصطفي الحلبي، لمغني لابن قدامة جـ ٤٤٣/٥ ط الكليات الأزهرية المحلي لابن حزم أبي محمد علي بن أحمد ابن حزم جـ ١٤٧/٨ ط احياء التراث العربي بيروت.
(٦) الدر المختار شرح تنوير الأبصار للفقيه محمد بن علي بن علاء الدين الحصكفي جـ ٢٩٨/٤ ط الحلبي، شرح النيل وشفاء العليل جـ ٨٠/٧ .
(٧) أخرجه الترمذي جـ ٥٢/٣ ط الفجالة الجديدة.
(٨) البدائع جـ ١٤٧/٧ ط كراتشي.

وأمـا الأثر: (أ) فما روى عن سيدنا عمر رضى الله عنه أن عامله كتب اليه: «أن أهل الذمة يمرون بالمعاشر ومعهم الخمور» فكتب اليه عمر: «ولوهم بيعها، وخذما منهم عشر أثمانها»(٩) حيث اعتبرها عمر رضى الله عنه - مالا متقوما، واذا كانت مالا وجب ضمانها كسائر أموالهم.

(ب) وما روى أن سيدنا عمر رضى الله عنه - كتب الى عماله «أن اقتلوا خنازير أهل الذمة واحتسبوا لأصحابها بقيمتها من الجزية»(١٠) حيث اعتبر عمر رضى الله عنه. مالية الخنزير لغير المسلمين وأمر عماله بتعويضهم عما يتلف منهم.

ففى هذا الأثر: الأمر بضمانها بقيمتها والمتلف لها مسلم، هم عمال عمر فدل ذلك على تقومها بالنسبة لهم.

أما المعقول: فقد حكاه الكاسانى بقوله: «وأما الكلام فى المسألة من حيث المعنى فبعض مشايخنا قالوا الخمر مباح فى حق أهل الذمة وكذا الخنزير، فالخمر فى حقهم كالخل فى حقنا والخنزير فى حقهم كالشاه فى حقنا فى حق الاباحة شرعا، فكان كل واحد منهما مالا متقوماً فى حقهم، ودليل الاباحة فى حقهم أن كل واحد منهم منتفع به حقيقة لأنه صالح لاقامة مصلحة البقاء ...»(١١).

ولأن الخمر كانت مالا متقوما فى الشرائع السابقة وقد أمرنا - نحن المسلمين بتركهم «أى غير المسلمين» وما يدينون وهذه نظرة عدل سديدة تتفق مع احترام العهود لغير المسلمين(١٢).

(٩) المبسوط للسرخسي: شمس الأئمة محمد بن أحمد بن سهل جـ ١٠٢/١١ ط دار المعرفة بيروت.
(١٠) الأموال لأبي عبيدة ص٥٠ .
(١١) البدائع جـ ١٤٧/٧ ط الجمالية بمصر.
(١٢) نظرية الضمان للزحيلي ص٦٠ .

ثانيا: أدلة الرأي الثاني القائل بعدم الضمان مطلقا:

استدل أصحاب هذا الرأى لصحة ما ذهبوا اليه بالكتاب والسنة.

أما الكتاب: فقول الله تعالى: {**يا أيها الذين آمنوا انما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون**}(١٣).

حيث قال ابن حزم فى وجه الاستدلال بهذه الآية: «أن الآية تثبت حرمة الخمر علينا وعليهم، فتكون غير متقومة فى حقنا وحقهم، أما اثبات الحرمة علينا فظاهر، وأما اثبات الحرمة عليهم، فلأن الإسلام لازم لنا، ولهم، وأن رسول الله ﷺ - مبعوث اليهم كما بعث الينا، وأن طاعته ﷺ - فرض عليهم كما هى علينا»(١٤).

وأما السنة: فما روى عنه ﷺ - أنه قال «أن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام»(١٥).

وفى رواية أخرى «حرمت الخمر لعينها» حيث أخبر ﷺ - بحرمة الخمر وجعل علة حرمتها عينها، فتدور الحرمة مع العين، واذا كانت محرمة لا تكون مالا، لأن المال ما يكون منتفعا به حقيقة مباح الإنتفاع به شرعا على الاطلاق.

ثالثا: أدلة الرأي الثالث القائل بالتفرقة بين ما اذا كان مالك الخمر مظهرا لها أم لا:

استدل أصحاب هذا الرأى لصحة ما ذهبوا اليه من القول بالضمان بالمعقول حيث قالوا: بأن اتلافها وهى غير ظاهرة يعد غصبا لأنها فى حقيقة الأمر متقومة عندهم كما استدل اصحاب المذهب الأول.

وأما استدلالهم على عدم الضمان: فقد قالوا: ان فى اظهارها مسا بمشاعر

(١٣) سورة المائدة آية ٩٠ .
(١٤) المحلي جـ ١٤٨/٨ ادارة الطباعة المنيرية بمصر.
(١٥) فتح الباري جـ ٦٣٦/٩ دار نشر الكتب الاسلامية لاهور، وجـ ١٠/ ٣٠ نفس الطبعة.

المسلمين واعطاء غير المسلمين نوعا من العزة، يجب ألا يكون لهم فى ديارنا[١٦].

الشرط الثالث: أن يكون المتلف من أهل وجوب الضمان عليه، فلو أتلفت البهيمة مال انسان لا ضمان على ملكها، لأن فعل العجماء جبار، فكان هدرا، ولا اتلاف من مالكها.

الشرط الرابع: أن يكون فى وجوب الضمان فائدة، ولذا لا يجب الضمان على المسلم باتلاف مالى الحربى، ولا على الحربى باتلاف مال المسلم، ولا على السلطان العادل باتلاف مال الباغى، ولا على الباغى باتلاف أموال الجماعة لانعدام الولاية[١٧].

الشرط الخامس: أن يكون التلف أو الضرر محققا بشكل دائم، فاذا أعيد الشئ الى الحالة الأولى التى كان عليها، فلا ضمان، كأن عولج المرض أو نبتت سن الحيوان فى المدة التى بقى فيها الشئ المغصوب فى يد الغاصب، لأن النقص الحاصل عندما أزيل أوالسن لما نبتت ثانيا، جعل الضرر كأن لم يكن، ويرد على الغاصب أو المعتدى ما أخذ منه بسبب النقصان لأنه تبين أن ذلك النقصان لم يكن موجبا للضمان لعدم تحقق شرط الوجوب، وهو العجز عن الانتفاع على طريق الدوام[١٨].

---

(١٦) راجع: نظريات فقهية د/ سيد عود ص٧٩ .
(١٧) البدائع جـ ١٦٨/٧ ط الجمالية، نهاية المحتاج لشمس الدين محمد بن أحمد الرملي - المكتبة الاسلامية.
(١٨) البدائع جـ ١٥٥/٧، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للفقيه عثمان بن علي بن محمد جـ ١٣٧/٦ ط ملتان - باكستان، نظرية الضمان د/ وهبة الزحيلي ص٦٣ .

الفصل الثالث

أسباب الضمان

تمهيد:

للضمان، أو التضمين أسباب عديدة أشار اليها الفقهاء فى مواضع متعددة من أبواب الفقه، قصدا الى بيانها أو عرضا فى مسائل تتصل بالضمان وتؤسس عليه أحكامها. ولم يظفر هذا الموضوع فى الفقه ببحث خاص مستقل يتناول جميع عناصره وأسبابه وشروطه وأنواعه وموضوعاته وأحكامه، وانما جاء ذكره عرضا كأصل بنيت عليه حلول كثيرة من المسائل عند بحثها[١]. لذلك نجد الفقهاء عند تعرضهم لتحديد أسباب الضمان اختلفت كلمتهم حيث وجدنا منهم من حصرها فى العقد واليد مؤتمنة أو غير مؤتمنة. والاتلاف نفسا أو مالا[٢]. كذلك وجدنا منهم من زاد على ذلك الحيولة، كما لو نقل المعصوب الى بلد آخر وأبعده، حيث قالوا للمالك المطالبة بالقيمة فى الحال، للحيلولة قطعا، فاذا رده ردها[٣].

وأخيرا وجدنا منهم من جعل أسباب الضمان ثلاثة:

أحدهما: الإتلاف مباشرة كاحراق الثوب.

وثانيهما: التسبب للاتلاف، كحفر بئر فى موضع لم يؤذن فيه مما شأنه فى العادة أن يفضى غالبا للاتلاف.

وثالثها: وضع اليد غير المؤتمنة، فيندرج فيها يد الغاصب والبائع يضمن المبيع الذى يتعلق به حق توفيه قبل القبض[٤].

---

(١) الضمان للخفيف ص٩ .
(٢) الاشباه والنظائر للسيوطي ص٣٦٢، القواعد لابن رجب ص٢٠٤ ط مؤسة دار الفكر العربي.
(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ص٣٦٢ ط مصطفي الحلبي.
(٤) الفروق للقرافي جـ ٢٤/٧ ط ١ دار احياء الكتب العربية سنة ١٣٤٦ .

من تلك الاتجاهات نستطيع أن نستخلص أن للضمان أسبابا عديدة يمكن اجمالها فى العقد واليد والاتلاف، وسوف نتناول فى دراستنا كل سبب منها على حدة بشئ من الايضاح فى مبحث مستقل ما أمكن اتماما للفائدة.

وتقتضى طبيعة الدراسة تقسيم الفصل الى المباحث التالية:

المبحث الأول: العقد.

المبحث الثاني: اليد.

المبحث الثالث: الاتلاف.

المبحث الرابع: الفرق بين ضمان العقد وضمان الاتلاف.

المبحث الأول

العقد

يعتبر العقد مصدرا للضمان اذا نص فيه صراحة على شرط من الشروط، أو كان الشرط مفهوما ضمنا حسب العرف والعادة، ثم أخلى العاقد بما تقتضيه طبيعة العقد أو يتطلبه الشرط، فلم يقم بتنفيذ التزامه على الوجه المتفق عليه.

قال السيوطى: ما يضمن ضمان عقد قطعا: هو ما عين فى صلب عقد بيع أو سلم أو إجارة أو صلح.

فعقد البيع مثلا شرع لافادة الملك فى المبيع والثمن، ويلزم ذلك التزام البائع بتسليم المبيع الى المشترى عند أدائه الثمن فتشغل به ذمته كما قد تشغل ذمته بالمبيع نفسه دينا للمشترى اذا كان المبيع مسلما فيه، وكذلك يلتزم المشترى بتسليم الثمن الى البائع وتشغل بتسليمه ذمته، كما تشغل به ذمته أيضا اذا كان دينا.

وعقد العارية شرع لافادة ملك منفعة العين المستعارة أو اباحتها على الخلاف فيما تفيده العارية من اباحة أو تمليك، فاذا لم يتم المتعاقدان تنفيذ ما يقتضيه العقد كانت المسئولية عقدية مستوجبة للضمان لخطأ عقدى.

وكما يترتب الضمان على بعض العقود أثرا لازما لأحكامها يترتب عليها أثرا لاشتراط شرط صحيح فيها، أو لاشتراط فرضه العرف، لأن المعروف عرفا فى العقود كالمشروط فيها شرطا.

مدي الالتزام بمراعاة الشروط:

اختلف الفقهاء فى مدى الالتزام بما تقتضيه الشروط على رأيين:

الأول: لفقهاء الحنفية والمالكية: حيث قالوا: بوجوب تنفيذ مقتضى الشرط متى

كان مفيدا[1]

الثـــانى: لفقهاء الشافعية والحنابلة: حيث قالوا: بوجوب مراعاة الشرط متى أمكن وان لم يكن التقييد مفيدا[2].

أساس الالتزام بتنفيذ مقتضى العقود والشروط:

أولا – أساس الإلتزام بمقتضي العقد وشروطه:

من الكتاب: قوله الله تعالى: {**يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ....**}[3].

ومن السنة: قـوله ﷺ: «المسلمون على شروطهم الا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما»[4].

ثانيا – أساس الالتزام بتنفيذ الشروط المتعارف عليها:

أما الأساس فى تنفيذ الشروط المتعارف عليها فما قرره الفقهاء من قواعد ومنها:

١- «المعروف عرفا كالمشروط شرطا».

٢- «التعيين بالعرف كالتعيين بالنص»[5].

---

(١) البدائع جـ ٦/ ٢١٠ ط الجمالية، حاشية الدسوقي جـ ٣/ ٤٢٣ .
(٢) المهذب جـ ١/ ٣٥٩ ط عيسي البابي الحلبي، المغني جـ ٦/ ٣٨٧ ط٣ دار المنار.
(٣) سورة المائدة آية ١ .
(٤) الحديث أخرجه أبو داود جـ ٢/ ٦٨٥ قضية باب ١٢ ط مكتب التربية العربي لدول الخليج، والبيهقي جـ ٦/ ٧٩ ط مجلس دائرة المعارف بحيدر آباد.
(٥) راجع نظرية الضمان للزحيلي ص ٦٥ - ٦٦ .

المبحث الثانى

اليـــد

من المعلوم أن حيازة الانسان للشئ تعنى وضع يده عليه، وقد اعتبر الفقهاء وضع اليد سبباً من أسباب الضمان، سواء كانت هذه اليد يد أمانة أم يد ضمان.

هذا ولما كان وضع الانسان يده على الشئ قد يكون عن ولاية شرعية، وقد لا يكون: كان من المناسب أن نبين ماهية كل منهما أو بمعنى آخر ماهية يد الضمان ويد الأمانة.:

١- يد الضمان: وتتمثل فى حيازة المال للتملك أو لمصلحة الحائز، هذه الحيازة قد تكون باذن المالك كيد البائع على المبيع قبل القبض والقابض على سوم الشراء: ومستأجر الدابة المتعدى المخالف للشرط أو للمعتاد ونحو ذلك، وقد لا تكون بل يكون وضعها على المال اعتداء كيد الغاصب والسارق، ومن وضع يده على مال غيره بغير رضاه وبغير اذن من الشارع.

حكم هذه اليد:

أن واضع اليد على المال، على وجه التملك أو الانتفاع به لمصلحة نفسه، يضمنه فى كل حال، حتى لو هلك بآفة سماوية، أو عجز عن رده الى صاحبه كما يضمنه بالتلف والاتلاف.

٢- يد الأمانة: وتتمثل فى حيازة الإنسان الشئ على وجه النيابة لا التملك كيد الوديع، والمستعير، والمستأجر، والشريك، والمضارب وناظر الوقف والوصى.

حكم هذه اليد:

واضع اليد أمانة لا يضمن ما هو تحت يده الا بالتعدى أو التقصير، من أجل ذلك ضمن الوديع اذا أودع الوديعة عند من لا يودع مثلها عند مثله، لتعديه بذلك[1].

هذا ولقد قسم ابن رجب الحنبلى الأيدى المستولية على الأموال بغير اذن ملاكها الى ثلاثة اقسام رأيت من الجدير ذكرها هنا اتماما للفائدة، وهاك تلك الأقسام[2].

١- يد لا تفيد الملك ولا تثبت الضمان وهى اليد العادية التى يترتب عليها الضمان كيد الغاصب والسارق ونحوهما.

٢- يد لا تفيد الملك بالاستيلاء وتنفى الضمان وتتمثل فى ما يأتى:

(أ) استيلاء الأب على مال الابن.

(ب) من قبض المال لحفظه للمالك كواجد اللقطة.

(جـ) البغاة: وهم الطائفة الممتنعة عن حكم والى المسلمين العام لا يضمنون فى الأصح ما يتلفونه لجماعة المسلمين حال الحرب، وكذلك لا يضمن المسلمون لهم ما يتلفونه لهم حال الحرب أيضا.

٣- يد تفيد الملك بالاستيلاء وتنفى الضمان مثل استيلاء الحربيين على أموال المسلمين، فاذا استولى الأعداء بسبب الحرب على أموال اسلامية فانهم يتملكونها عند جمهور الفقهاء[3]، ولا يضمنونها كما لا يضمنون ما وضعوا أيديهم عليه،، ولكنهم لم يجوزه الى بلادهم ولا ما شرد اليهم من دواب المسلمين.

---

(١) راجع في هذا التقسيم الي: القواعد لابن رجب الحنبلي ص٢٢٠ ط مؤسسة الفكر العربي للطباعة، المغني لابن قدامة جـ ٣٩٦/٤ ط المنار نهاية المحتاج جـ ١٤١/٥ ط مصطفي الحلبي، البدائع جـ ١٤٦/٧ ط الجمالية.

(٢) القواعد لابن رجب الحنبلي ص٢٢٠ .

(٣) خلافا للشافعية، والظاهرية: حيث قرروا عدم تملك غير المسلم مال المسلم أو الذمي بالحرب، راجع قواعد ابن رجب ص٣٢٠ .

المبحث الثالث

الاتـــلاف

الحديث عن الاتلاف كسبب من أسباب الضمان نتناوله من خلال النقاط الآتية:

ماهية الإتلاف:

الاتلاف لغـة: مصدر تلف أى هلك أو عطب، فيقال تلف الشئ يتلف تلفا فهو تالف، وتلف الشئ وأتلفه غيره اتلافا أى فناه، ورجل متلف لماله أى مهلك له فيما لا يفيد[1].

والاتلاف اصطلاحـا[2]: هو اخراج الشئ من أن يكون منتفعا به منفعة مطلوبة منه، وهو سبب موجب الضمان، لأنه اعتداء واضرار، والله تعالى يقول: {**فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم**}[3]، وقال عليه الصلاة والسلام: «لا ضرر ولا ضرار فى الاسلام»[4] واذا وجب الضمان بالغصب فبالاتلاف أولى لأنه اعتداء واضرار محض.

هذا ولا يخلو الاتلاف من أن يكون اتلافا للشئ صورة ومعنى وهذا يتحقق باخراج الشئ عن أن يكون صالحا للانتفاع به كما لو أحرق شخص المال أو أغرقه. أو يكون معنى فقط، ويتحقق باحداث معنى فى الشئ يمنع من الانتفاع به مع قيامه فى نفسه حقيقة، وذلك كمن رأى لصا يسرق مال غيره فتركه مع أنه كان قادرا على منعه[5].

---

(١) المصباح المنير مادة تلف. (٢) البدائع جـ ١٦٤/٧ . (٣) سورة البقرة ١٩٤ .

(٤) أخرجه البيهقي جـ ٢٣٨/٨ ط مجلس دائرة المعارف بحيدر آباد.

(٥) راجع: الشرح الصغير للدردير جـ ٥٩٠/٣ ط دار المعارف بمصر بداية المجتهد جـ ٤٠٤/٢، تبيين الحقائق جـ ٢٢١/٥ ط باكستان، البدائع جـ ١٦٤/٧ ط الجمالية، كشاف القناع جـ ١٢٨/٤، مغني المحتاج جـ ٢٧٧/٢ ط مصطفي الحلبي.

من كلام الفقهاء يتضح أن الاتلاف عندهم على نوعين:

١- **اتلاف بالمباشرة:** هو اتلاف الشئ بالذات، من غير أن يتخلل بين فعل المباشر والتلف فعل آخر، كذبح شخص بسكين فان الذبح يحدث الموت بذاته، وهو فى الوقت نفسه علة الموت، وكاشعال نار فى الشئ المحترق، فان اشعال النار يحدث الحريق بذاته وهو فى الوقت نفسه علة الحريق.

٢- **اتلاف بالتسبب:** وهو ما يؤثر فى الهلاك ولا يحصله.

أو هو احداث أمر فى شئ يفضى الى تلف شئ آخر على جرى العادة وذلك كشهادة الزور على برئ بأنه قتل غيره، فانها علة للحكم على المشهود عليه بالموت، ولكن الشهادة لا تحدث بذاتها الموت. وانما يحدث الموت بواسطة فعل الجلاد الذى يتولى تنفيذ حكم القاضى الذى صدر بالموت[٦].

هل يلزم توافر التمييز أو الادراك لقيام المسئولية في حالة المباشرة أو التسبب؟

يذهب الفقه الاسلامى: الى قيام المسئولية فى حالة المباشرة على مجرد حصول الضرر، ولا يشترط أن يصدر من الفاعل تعد أو تعمد، حتى يسأل عن فعله.

لذلك نجد أن فقهاء الشريعة على اختلاف مذاهبهم، يذهبون الى تضمين المباشر، سواء كان صغيرا أو كبيرا، عاقلا أو مجنونا[٧].

فلو اتلف صبى مال انسان ضمنه فى ماله، ولو كان غير مميز[٨] لأنه وان كان محجورا عليه فى الأصل بالنسبة لتصرفاته القولية، الا أن تصرفاته الفعلية لا يعفى عنها، فيضمنها اذا أحدثت ضررا بالغير، وان لم يكن له مال يستطيع دفعه حالا، فانه

(٦) راجع التشريع الجنائي الاسلامي جـ ٤٥١/١، نظرية الضمان للزحيلي ٦٩ - ٧١، مجلة الاحكام العدلية مادة «٨٨٧».

(٧) استثني الشافعية وغيرهم من ضمان المتلفات حالات تقتضيها الضرورة أو الدفاع عن النفس أو تنفيذ أمر الشرع - راجع: نهاية المحتاج جـ ١١١/٤، جـ ٢١/٨ ط مصطفي الحلبي.

(٨) يذهب الظاهرية الي هدر جناية عديم التمييز بالنسبة للجناية علي النفس المحلي جـ ٣٤٤/١٠ ط ادارة الطباعة المنيرية بمصر، أما بالنسبة للجناية علي الأموال فيتفقون مع الجمهور في وجوب مسذولية عديم التمييز المحلي جـ ١٣٥/٨ ط دار الأوقاف الجديدة بيروت.

ينظر الى حين ميسرة ولا يضمن وليه[٩]، واذا أمر الصبى الحر صبيا حرا، أن يقتل انسانا فقتله، فالدية على عاقلة القاتل «المأمور»، لأنه مباشر وليس على الآمر شئ، لأن الصبى الآمر ليس مسئولا عما يصدر منه من أقوال لا تلزمه بالضمان «بالغرم» فيكون وجودها كعدمه، فتبقى مباشرة القتل من الصبى القاتل.

أما بالنسبة لمسئولية عدم التمييز فى حالة التسبب، فان الفقهاء لم يعرضوا لها، فلم يبينوا رأيهم فى اشتراط التمييز فى المتسبب، لتقوم مسئوليته أو عدم اشتراطه ولكن بعض المحدثين[١٠] رجح عدم اشتراطه، بحيث يكون المتسبب مسئولا ولو كان عديم التمييز، ذلك أنه نظر الى نفس الفعل وكونه محظورا، وأوجب الضمان على فاعله، ولم ينظر الى كون فاعله غير مدرك لما يفعل، فلا يعتبر فعله تعديا كما استند الى الرغبة فى المحافظة على الأموال.

والحق وجوب توافر الادراك لدى المتسبب، حتى يمكن أن تقوم مسئوليته، ولا نستطيع أن ننسب التعدى الى الصغير أو المجنون لأنه لم يدرك ما اذا كان الفعل الذى يقوم به له حق فيه أم ليس له هذا الحق، والا لما كان هناك أى فرق بين العاقل والمجنون أو الصغير، ولاستطعنا، من ثم أن نلغى التفرقة القائمة بين المباشر والمتسبب، لأن المجنون أو الصغير. سيكون فى الحالتين ضامنا، ولا يشترط صدور خطأ منه، فى حين أن البالغ العاقل سيكون له وضع أفضل منه فى حالة التسبب، اذ أن الخطأ شرط أساسى لقيام مسئوليته، وهذا ما لم يقل به أحد، ومما يؤيد ذلك ما جاء فى المبسوط[١١] «أنه لو سار الصغير على الدابة فأوطأ انسانا فقتله، فان كان هو ممن يمسك عليها، فديته على عاقله الصبى، وان كان مما لا يسير على الدابة لصغره ولا يستمسك عليها، فدم القتيل هدر».

(٩) راجع: المحلي مادة ٩١٦ - ٩٦٠، نهاية المحتاج جـ ١٥٠/٥ ط مصطفي الحلبي، حاشية الدسوقي جـ ٣٤٣/٣ مجمع الضمانات ص١٤٦ .

(١٠) الشيخ علي الخفيف في الضمان ص٧٥ .

(١١) المبسوط للسرخسي جـ ١٨٧/٢٦ ط١، ١٣١٤هـ.

المبحث الرابع

الفرق بين ضمان العقد وضمان الاتلاف

بعد أن انتهينا من دراسة أسباب الضمان، والوقوف على أهمها وهى: العقد، واليد، والاتلاف، آن لنا أن نتحدث فى عجالة عن الفرق فى الضمان بين هذه الأسباب الثلاثة اتماما للفائدة ما أمكن.

وإليك أهم الفروق:

١- **ضمان العقد:** هو تعويض مفسدة مالية مقترنة بعقد.

أى سببه مخالفة العقد أو مخالفة شرط من الشروط المنصوص عليها أو المتعارف عليها من العرف والعادة.

وضمان الاتلاف: هو تعويض مفسدة مالية لم تقترن بعقد.

أى سببه مخالفة دليل من أدلة الشرع الموجبة أو المحرمة.

٢- **من حيث الأهلية:** ففى العقود لابد من توافر أهلية الأدلة: أى أهلية الانسان لأن ينشئ التزامات على نفسه وتصرفات تجعل له حقوقا قبل غيره، والأصل فى ثبوتها للانسان هو التمييز.

أما ضمان اليد: فيعتبر فيه أهلية الوجوب، وهذا النوع من الأهلية تثبت للانسان بمقتضى كونه انسانا، فهى أهلية الإنسان وصلاحيته لوجوب الحقوق المشروعة وعليه، فتحقق فى الانسان بمجرد وجوده سواء كان بالغا أم صبيا رشيدا أم غير رشيد، ذكرا كان أم أنثى، حرا كان أم عبدا[١].

(١) راجع: التوضيح والتلويح جـ ٢/ ١٦٤ م صبيح ط دار العهد الجديد، البدائع جـ ٥/ ١٣٥ .

٣- **من حيث التعويض:** ففى ضمان العقد، لا يقوم التعويض على اعتبار المماثلة بل يكون بناء على ما تراضيا عليه.

أما الاتلافات المالية: فان التعويض فيها يقوم على اعتبار المماثلة، اذ المقصود فيها دفع الضرر، وازالة المفسدة، والضرر محظور، فتعتبر فيه المماثلة[٢]، وذلك بعموم النص الكريم، وهو قوله تعالى: {**وجزاء سيئة سيئة مثلها**}[٣].

وقوله: {**وان عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به ....**}[٤].

٤- **من حيث الأوصاف:** فقد قرر الفقهاء أنها لا تراعى فى العقد لأنه يرد على الأعيان لا على الأوصاف.

أما ضمان الاتلاف فتراعى فيه أوصاف التالف عند التقدير لأن الاتلاف يرد على العين وعلى أوصافها، ولذلك يجب مراعتها فى التقدير[٥].

٥- **من حيث المسئولية عن التعويض:** المسئولية فى العقد قد تكون تضامنية كما فى الكفالة، حيث يمكن للدائن مطالبة الأصيل أو الكفيل بالدين المكفول به أما فى ضمان اليد فان كل شخص مسئول بانفراده عن جنايته الا فى الغاصب من الغاصب فيمكن مطالبته أو مطالبة الغاصب الأول بالضمان[٦].

(٢) المبسوط جـ ١١/ ٨٠ ط السعادة بمصر، التوضيح ق ٣/ ١٦٣ .

(٢) سورة الشورى آية ٤٠ .

(٤) سورة النحل آية ١٢٦ .

(٥) المبسوط جـ ١١/ ٨٠ ط دار المعرفة.

(٦) راجع: معين الحكام للطرابلسي ص١٩٥ الأميرية ببولاق، حاشية الدسوقي جـ ٤/ ٣٥٠ الأشباه والنظائر للسيوطي ص٣٦١ ط دار الكتب العلمية بيروت.

الفصل الرابع
محل الضمان

تمهيد وتقسيم:

الواقع أن محل الضمان ينبغى أن يكون من كل ما يجب فيه الضمان، سواء أكان الضمان ناشئاً عن عقد، أم كان ناشئا عن اتلاف ويد. وقد جاءت أقوال العلماء مؤيدة ذلك.

قال ابن رشد: محددا لمحل الضمان: «فهو كل ما أتلفت عينه، أو اتلفت عند الغاصب عينه، بأمر من السماء أو سلطت اليد عليه»(١).

وقال ابن القيم: «محل الضمان هو ما كان يقبل المعاوضة» أى ما يكون قابلا للبيع والشراء(٢).

وان من يرجع الى أقوال الفقهاء فى هذا الصدد يجد أنهم قد توسعوا فى ذلك حيث جعلوا الضمان يشمل الانسان وذلك بالجناية على النفس أو الأطراف كما يشمل الأموال بأقسامها المتعددة من أعيان ومنافع وزوائد ونواقص وأوصاف.

يقول الكاسانى فى بدائعه: «والجناية فى الأصل نوعان: جناية على البهائم والجمادات وجناية على الآدمى»(٣).

هذا ونجعل الحديث هنا قاصرا على الأموال بأقسامها السالفة الذكر، نظرا لأن الاعتداء عليها يستوجب ضمان التعويض.

---

(١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد جـ ٢/٣٨٧ ط دار التوفيق النموذجية بالقاهرة.
(٢) الطرق الحكمية لابن القيم ص٢٧٣ .
(٣) البدائع جـ ٧/٢٣٣ .

خطة الدراسة:

المبحث الأول: الأعيان.

المبحث الثاني: المنافع وأقوال الفقهاء فى مدى اعتبار ماليتها.

المبحث الثالث: الزوائد.

المبحث الرابع: النواقص.

المبحث الخامس: الأوصاف وضمانها.

المبحث الأول
الأعيـــان

الأعيان عند الفقهاء على نوعين:

١- أمانات. ٢- مضمونات.

أما الأمانات: فيجب تسليمها بذاتها، وأداؤها فور طلبها، ولا تضمن إلا فى حالة التعدى أو التقصير، كما إذا أهملت الوديعة فى الحفظ فتلفت أو ضاعت.

أما المضمونات: فتضمن بالإتلاف وبالتلف ولو كان سماوياً.

هذا وتقتضى طبيعة دراسة الأعيان المضمونة بحثها عند الفقهاء كل على حدة.

أولاً: الأحناف: الأعيان المضمونة عند الحنفية نوعان:

١- عين مضمونة بنفسها، وهى التى يجب ضمان ردها بعينها ما دامت موجودة، فإن هلكت فلا تخلوا أما أن تكون مما لها مثل، وأما أن تكون مما لا مثل لها، فإن كانت مما له مثل كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة وجب الأتيان بمثلها لأنه ضمان اعتداء والاعتداء لم يشرع إلا بالمثل قال الله تعالى: {**فمن اعتدى عليكم**

فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم}[١] والمثل المطلق هو المثل صورة ومعنى، وان كانت مما لا مثل له وجب الإتيان بقيمتها[٢].

٢- عين مضمونة بغيرها: وهى التى يجب بهلاكها الثمن أو الدين، كالمبيع اذا هلك قبل القبض، سقط الثمن، والرهن اذا هلك سقط الدين.

ثانياً: المالكية: الأعيان المضمونه عند المالكية أما أن تكون بسبب العدوان، كالمغصوبات، واما أن تكون مضمونة بسبب قبض بغير عدوان، بل باذن المالك كقبض المبيع الذى يصبح المشترى بقبضه ضامنا له، أو بقاء يد البائع، فان المبيع يكون من ضمان البائع قبل القبض، وكقبض المبيع بيعا فاسدا فانه من ضمان المشترى، ويضمن عندهم بالقيمة اذا تغير فى ذاته، أو تغير سوقه، أو تعلق به حق الغير، أو تلف بآفة سماوية، أو آتلفه المشترى، وكقبض العوارى والرهون التى يغاب عليها «أى يمكن اخفاؤها» كالحلى والسلاح وأنواع العروض التجارية وكقبض الأعيان التى تقترض، فان المقترض يضمنها[٣].

ثالثاً - الحنابلة: عرف الحنابلة الأعيان المضمونة، بأنها التى يجب ضمانها بالتلف والاتلاف، سواء أكان حصولها بيد الضامن بفعل مباح كالعارية، أو محظور كالمغصوب والمقبوض بعقد فاسد ونحوهما[٤].

رابعا - الشافعية: الحاصل ان من ينظر الى كتب الشافعية يجد أنهم قد قسموا المضمونات الى أنواع عديدة لكنها قريبة فى المعنى مما ذكره الفقهاء غير الحنفية، حيث

---

(١) سورة البقرة آية ١٩٤ .

(٢) البدائع جـ ٧/ ١٥٠ ط كرتش، تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق جـ ٨/ ١٠٩ - المكتبة الماجدية باكستان.

(٣) راجع: الفروق للقرافي جـ ٤/ ١٠٦ ط الأولي سنة ١٣٤٤، نظرية الضمان للزحيلي ص١١٣ .

(٤) القواعد لابن رجب ص٥٤ - ٣٠٨ .

عد السيوطى المضمونات وأوصلها الى ستة عشر[٥] وبين حكم كل نوع منها.

ومن تلك الأنواع:

١- الغصب.

٢- الاتلاف بلا غصب.

٣- اللقطة: اذا جاء مالكها بعد التملك وهى تالفة، فيها المثل فى المثلى والقيمة فى المتقوم.

٤- المقبوض بالشراء الفاسد.

٥- القرض، وفيه المثل بالمثلى، وكذا فى المتقوم على الأصح.

٦- العارية.

٧- المعجل فى الزكاه: اذا ثبت استرداده، وهو تالف.

٨- المستلم أو المقبوض بسوم كأن يأخذ سلعة ليتأملها هل تعجب فيشتريها، أو لا، فيردها، فاذا تلفت فى يد القابض ضمنها، ودليل الضمان فى هذه الحالات ونحوها هو قوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»[٦].

والخلاصة أن تقسيم الأعيان المضمونة عند غير الحنفية واحد وهو اما ان يكون الضمان بسبب العدوان أو التعدى، أو بسبب قبض مأذون فيه[٧].

---

(٥) الأشباه والنظائر للسيوطي ص٣٥٦ ط دار الكتب العلمية بيروت.

(٦) الحديث أخرجه أحمد في مسنده جـ ٨/٥ ط دار صادر بيروت، والبيهقي في السنن جـ ٩/٦ ط مجلس دائرة المعارف العثمانية بحيدر أباد.

(٧) راجع نظرية الضمان للزحيلي ص١١٦ .

المبحث الثانى

المنافع وأقوال الفقهاء فى مدى اعتبار ماليتها

تمهيد:

الحديث عن ضمان المنافع وعدم ضمانها: أو بمعنى آخر جعلها من المضمونات، يدعونا أولا أن نتوقف على ماهية المنفعة ومدى اعتبارها مالا عند الفقهاء.

هذا والوقوف على ماهية المنفعة يحتم علينا أن نتعرض لتعريف المال فى عجالة حتى يمكننا أن نخرج محترزاته ومنها نعلم ما اذا كانت المنفعة مالا أو لا؟

خطة الدراسة:

المطلب الأول: تعريف المال.

المطلب الثاني: ماهية المنفعة.

المطلبالثالث: مدى اعتبار المنفعة مالا.

المطلب الرابع: ضمان المنفعة.

المطلب الأول: تعريف المال

يطلق المال لغة على ما ملكه الانسان من كل شئ ويجمع على أموال[١].

وفى لسان العرب: المال معروف، وهو ما ملكته من جميع الأشياء[٢].

وعلى ذلك فالمال فى اللغة يشمل جميع ما يملكه الانسان من ذهب، وفضة، وحيوان ونبات وأرض ومنفعة.

---

(١) القاموس المحيط جـ ٤ باب اللام فصل الميم.

(٢) لسان العرب لابن منظور جـ ٦٣٢/١١ مادة «مول».

أما ما لا يملكه الانسان فلا يسمى مالا فى اللغة، وذلك كالطير فى الهواء والسمك فى الماء[٣].

المال فى اصطلاح الفقهاء:

اختلفت تعاريف الفقهاء للمال تبعا لاختلافهم فى أحكامه على اصطلاحين رئيسيين:

هما اصطلاح الحنفية واصطلاح الجمهور.

١- اصطلاح الحنفية:

عرف المتقدمون من فقهاء المذهب الحنفى المال بتعريفات كثيرة، وهى وان اختلفت فى ألفاظها الا انها تتفق فى معناها ومرماها.

وأوضحها تعريفه: بأنه عين يجرى فيه التنافس والابتذال، اى بذل العوض[٤].

ومن هذه التعاريف: «المال ما يميل اليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة»[٥].

وطبقا لذلك: لا يعتبر الشئ مالا عند الحنفية **الا اذا توافر أمران:**

الأمر الأول: العينية - بأن يكون الشئ ماديا له وجود خارجى ذلك أن العين يراد منها الشئ المادى الذى له مادة وجرم، ويتأتى احرازه وحيازته.

وعلى ذلك فما ليس له مادة وجرم فى العالم الخارجى، كمنافع الأعيان مثل سكنى الدار وركوب السيارة لا يعتبر مالا، لأن المنافع فوائد وليس لها جرم: ولا يمكن حيازتها، لأنها عرض يتجدد بالاكتساب فى الزمان الآتى شيئا فشيئا.

---

(٣) الملكية الخاصة في الشريعة الاسلامية للدكتور/ عبد الله المصلح ص٧ ط الاتحاد الدولي للبنوك الاسلامية.

(٤) مجمع الأنهر جـ ٣/٢ المطبعة العثمانية سنة ١٣٢٧ .

(٥) حاشية ابن عابدين جـ ٥٠١/٤ ط الحلبي.

ومثل المنافع فى عدم اعتبارها مالا: الحقوق المحضة كحق التعلى، وحق الأخذ بالشفعة.

الأمر الثانى: التمول: ويقصد به التنافس وبذل العوض وذلك بأن تجرى عادة الناس كلا أو بعضا على التنافس على هذه العين وحيازتها، وفى سبيل الحصول عليها يهون عليهم بذل أموالهم.

وعلى ذلك فالأشياء التى لا يجرى عليها التنافس بين الناس لا تكون مالا وذلك مثل الميتة، وحبة القمح، والقليل من التراب[٦].

٣- اصطلاح الجمهور:

عرف جمهور الفقهاء ومنهم الشافعية والحنابلة والمالكية المال بعدة تعريفات يؤخذ منها أن المال يطلق على كل ما له قيمة مادية بين الناس وأجاز الشارع الانتفاع به فى حالة السعة والاختيار[٧].

وفقا لما ذهب اليه جمهور الفقهاء، فالمال عندهم يشمل الماديات والمنافع، حيث يطلق على كل ما له قيمة مادية بين الناس، وجائز الانتفاع به انتفاعا مشروعا حال السعة والاختيار: فلبن الآدمية عندهم مال، ودم الانسان عندهم مال، والحقوق الذهنية، وحقول الابتكار مال، والتركة عندهم كل ما خلفه الميت من أموال وحقوق كان يملكها الميت فى حال حياته ويدخل فيها العقارات والمنقولات وما الى ذلك.

أما فقهاء الحنفية أو متقدمو الحنفية على الأخص فالمال عندهم لا يشمل المنافع كما أشرنا اذ المنفعة عندهم ليست مالا لعدم انطباق التحديد الذى وضعوه للمال عليها.

---

(٦) الملكية ونظرية العقد د/ أحمد فراج ص٩ .

(٧) الأشباه والنظائر للسيوطي ص٣٢٧ ط دار الكتب العلمية ببيروت، الموافقات في أصول الشريعة للشاطبي جـ ١٧/٢ ط الشرق الأدني كشاف القناع عن متن الاقناع لابن مفلح جـ ٧/٢ المطبعة العامرة.

فالحنفية يرون أن المال ليس على السعة التى ذكرها جمهور الفقهاء، فاسمه يدل عليه، وهو أنه الشئ الذى ترغب فيه الطباع بحيث تضن به النفوس الا بمقابل وأنه يمكن ادخاره للانتفاع به عند الحاجة[٨].

المطلب الثانى: ماهية المنفعة

بعد أن انتهينا من تعريف المال، وتبين لنا فى وضوح من خلال اخراج محترزاته ان خلافا نشأ بين الفقهاء حول اعتبار مالية المنافع نرى أنه من المناسب أن نتعرض هنا لبيان ماهية المنفعة مع الوقوف على مدى اعتبار ماليتها حتى يتأتى لنا الحكم بالضمان أو بعدمه على متلفها.

ماهية المنفعة لغة:

المنافع جمع منفعة من النفع، وهو فى اللغة: الخير، وهو كل ما يتوصل به الانسان الى مقصوده ومطلوبه يقال: انتفعت بالشئ، والمنفعة اسم منه[٩].

وفى المصباح: النفع الخير: وهو ما يتوصل به الانسان الى مطلوبه[١٠].

ماهية المنفعة اصطلاحا:

المنفعة فى الاصطلاح: ما كان من قبيل الأعراض كسكنى الدار، وركوب الحيوان وعمل الانسان وهى لفظ عام يطلق على كل ما ينتفع به[١١].

وتشمل المنافع بذلك كلا من منافع الأموال، ويلاحظ أن المنفعة ليست بجزء مما أضيفت اليه، فالانتفاع بسكنى الدار مثلا ليس جزءا من الدار وان كانا متلازمين[١٢].

---

(٨) السياسة الاقتصادية والنظم المالية في الفقه الاسلامي أ. د/ أحمد الحصري ص٤٧٢ الناشر مكتبة الكليات الأزهرية – القاهرة.

(٩) القاموس المحيط للفيروز آبادي باب العين فصل النون ط الحلبي.

(١٠) المصباح المنير للفيومي جـ ٦١٨/٢ منشورات المكتبة العلمية بيروت.

(١١) شرح المجلة ص ٣١٨ ط بيروت.

(١٢) ضمان العدوان د/ سراج ص١٧١ ط دار الثقافة للنشر والتوزيع القاهرة.

المطلب الثالث: مدى اعتبار المنفعة مالا

سبق أن ذكرنا أن الحنفية قد حصروا معنى المال فى الأشياء أو الأعيان المادية – أى التى لها مادة وجرم محسوس، أما المنافع فليست أموالا عندهم وانما هى ملك لا مال، أما غير الحنفية فقد تقدم أنهم قد اعتبروا مالية المنافع اذ المقصود من الأشياء منافعها لا ذواتها.

بناء على ذلك نستطيع أن نقول ان الفقهاء قد اختلفت كلمتهم فى كون المنفعة مالاً أو لا على رأيين:

الرأى الأول: وبه قال جمهور الفقهاء: الحنابلة والشافعية والمالكية[١٣]. وقد ذهب الجميع الى القول باعتبار المنفعة من الأموال، وذلك لأن مصادرها وهى الأعيان يجرى عليها الاحراز والحيازة.

ولأن الأعيان لا تراد بذاتها بل لمنافعها، ولولا لها ما تنافسوا وبذلوا أموالهم. حتى ما لا منفعة له، لا طلبه له ولا رغبة فيه.

ولأن الشارع أجاز أن تكون مهرا فى النكاح: فى قصة موسى وشعيب – عليهما السلام – مع اشتراط كون المهر فيه مالا بالنص بقوله تعالى: {**أن تبتغوا بأموالكم** ...}[١٤].

ولأن المال اسم لما هو مخلوق لاقامة مصالحنا به، أو هو كما يقول الشاطبى: «ما يقع عليه الملك، ويستبد به المالك، والمنافع منا أو من غيرنا بهذه الصفة»[١٥] وعلى ذلك فجمهور الفقهاء يرى أن المنافع أموال متقومة فى ذاتها فتضمن بالاتلاف، كما تضمن الأعيان.

---

(١٣) المغني جـ ٤٠٨/٥، ٤٢٥ ط المنار، الأشباه والنظائر للسيوطي ص٣٢٧ ط دار الكتب العلمية بيروت، بداية المجتهد جـ ٢٦٥/٢ ط الاستقامة بمصر.

(١٤) سورة النساء آية ٢٤ .

(١٥) المبسوط جـ ٧٨/١١ ط دار المعرفة.

الرأى الثاني: لفقهاء الحنفية[١٦] حيث قالوا: بعدم اعتبار مالية المنافع لعدم انطباق التحديد الذى وضعوه للمال عليها، اذ المال عندهم مشروط بأنه مادى يمكن حيازته.

ولأن المنافع فوائد ليس لها جرم ولا يمكن حيازتها لأنها عرض يتجدد بالاكتساب فى الزمان الآتى شيئا فشيئا، وتغنى حال وجودها وهى من قبل اكتسابها تكون معدومة لا وجود لها.

ولأن المنفعة انما ورد تقويمها فى الشرع - مع أنها ليست ذات قيمة فى نفسها - بعقد الاجارة، استثناء على خلاف القياس للحاجة لورود العقد عليها، وما ثبت على خلاف القياس يقتصر فيه على ورد النص[١٧].

وعلى هذا فلا تضمن عندهم منافع المغصوب سواء استوفاها الغاصب أم عطلها فاذا كان المغصوب سيارة أو دابة مثلا، فلا يضمن أجر المثل مدة الغصب اذ ليس للمنفعة مثل، فلا يمكن الحكم ببدلها، وإنما يؤاخذ الغاصب ديانة فى الدار الآخرة، وليس هنا عقد حتى تصبح المنافع متقومة، ودليلهم على عدم تضمين المنافع هو قول النبى ﷺ: «الخراج بالضمان»[١٨].

الرأى الراجح:

بعد عرض آراء الفقهاء واقامة الأدلة عليها نرى أنه الرأى المختار هو ما ذهب اليه جمهور الفقهاء من اعتبار مالية المنافع لاتفاقه مع العرف وملائمته لاغراض الناس ومعاملاتهم، ولاسيما أن متأخرى الأحناف قد أطلقوا المال على الأعيان والمنافع وعلى كل ماله قيمة نقدية حيث جاء فى الدار المنتقى شرح الملتقى «ويطلق المال على القيمة،

(١٦) البحر الرائق جـ ٢٥٦/٥ م الماجدية باكستان.
(١٧) تبيين الحقائق جـ ٢٣٤/٥ ط ملتان باكستان.
(١٨) سبق تخريجه.

وهو ما يدخل تحت تقويم مقوم من الدراهم والدنانير»[١٩]، ويستفاد من هذا الاطلاق، أن كل ما يمكن تقديره وتقويمه بالنقد مالا عينا كان أو منفعة أو حقا من الحقوق.

وعلى ذلك فلا تتطلب المالية للأشياء، سوى امكان تقديرها بالنقد - أى أن الشى اذا كان له قيمة فانه يكون مالا.

وابتناء مالية الأشياء على القيمة وفقا لهذا الاطلاق سوف يسمح بتوسيع دائرة الأموال، وبخاصة فى هذا العصر الذى اتسم بالتطور العلمى والحضارى، ليشمل أشياء لم تكن معروفة من قبل مادام يمكن تقديرها بالنقود، ومن ذلك الأشياء المعنوية فيما يعرف بالحقوق الذهنية أو حقوق الابتكار، والدم البشرى الذى يؤخذ فى العمليات الجراحية والجراثيم التى يتم تصنيعها فى معامل الأدوية الى أمصال لمقاومة الأمراض، وغير ذلك من كل ما له قيمة بين الناس ويمكن تقديره بالنقد[٢٠].

المطلب الرابع: أقوال الفقهاء فى ضمان المنفعة

ترتب على الخلاف السابق بين الفقهاء بعض النتائج أو الثمرات فى الغصب والميراث والاجارة، فمن غصب شيئا وانتفع به مدة ثم رده الى صاحبه فانه يضمن قيمة المنفعة عند غير الحنفية، وعند الحنفية: لا ضمان عليه الا اذا كان المغصوب شيئا موقوفا، أو مملوكا ليتيم، أو معدا للاستغلال كعقار معد للايجار كفندق أو مطعم، لأن هذه الأملاك بحاجة شديدة للحفظ ومنع العدوان عليها، وهذا المعنى فى الواقع موجود فى كل المنافع، فينبغى الافتاء بالضمان فى كل المغصوبات.

(١٩) مجمع الأنهر جـ ٣/٢ ط المطبعة العثمانية سنة ١٣٢٧ .
(٢٠) الملكية ونظرية العقد د/ أحمد فراج ص١٠، ١١ .

والاجارة تنتهى بموت المستأجر عند الحنفية، لأن المنفعة ليست مالا حتى تورث، وغير الحنفية يقولون: لا تنتهى الاجارة بموت المستأجر وتظل باقية حتى تنتهى مدتها.

والحقوق لا تورث عند الحنفية كالحق فى خيار الشرط أو خيار الرؤية وتورث عند غير الحنفية[٢١].

والخلاصة في ذلك تكمن فيما يلي:

١- أن من عد المنافع مالا جعل فى تفويتها أو تفويت بعضها الضمان، ومن لم يعدها مالا لم يجعل فى تفويتها الضمان.

٢- أن من لم يعد المنافع مالا قال بعدم ارثها ومن عدها مالا أجاز ارثها.

(٢١) راجع: المغني لابن قدامة جـ ٢١٨/٥ ط دار المنار، الأشباه والنظائر للسيوطي ص٣٢٧، مغني المحتاج جـ ٤٥/٢ مصطفي البابي الحلبي، حاشية الدسوقي جـ ٤٤٨/٣، حاشية ابن عابدين جـ ٢٠٦/٦.

المبحث الثالث

الزوائـــد

تتمثل الزوائد فى غلة المغصوب أو نمائه، وقد اختلف الفقهاء فى ضمان غلة أو نماء المغصوب على رأيين:

الرأى الأول: لفقهاء الحنفية[١] والمالكية فى الراجح عندهم[٢]: حيث قالوا: ان زوائد المغصوب - سواء أكانت متصلة كالسمن والجمال، أم منفصلة كاللبن والولد، وثمرة البستان، وصوف الغنم - أمانة فى يد الغاصب، بحيث لا تضمن الا بالتعدى عليها، بالأكل أو الاتلاف أو بالمنع من تسليمها بعد طلب مالكها، وذلك لأن الغصب ازالة يد المالك باثبات اليد عليه، وذلك لا يتحقق فى الزوائد، لأنها لم تكن فى يد المالك.

جاء فى البدائع(٣): «وعلى هذا الأصل يخرج زوائد الغصب أنها ليست بمضمونه سواء كانت منفصلة كالولد واللبن والثمرة، أو متصلة كالسمن والجمال لأنها لم تكن فى يد المالك وقت غصب الأم فلم توجد ازالة يده عنها فلم يوجب الغصب».

(١) البدائع جـ ١٤٣/٧، تبيين الحقائق جـ ٢٣٣/٥ .

(٢) فصل المالكية في المسألة علي النحو التالي:

أولا: ما كان متولدا في الأصل وعلي خلقته كالولد فهو مردود مع الأصل.

ثانيا: ما كان متولدا من الأصل علي غير خلقته مثل الثمر ولبن الماشية ففيه قولان: أحدهما: أنه للغاصب، والآخر أنه يلزمه رده قائما وقيمته تالفا.

ثالثا: ما كان غير متولد، ففيه خمسة أقوال:

١- قيل برد الزوائد مطلقا لتعديه.

٢- وقيل لا يردها مطلقا، لأنها في مقابلة الضمان.

٣- وقيل برد قيمة منافع الأصول والعقار، لأنه مأمون ولا يتحقق الضمان فيه.

٤- يردها ان انتفع بها ولا يردها ان عطلها.

٥- وقيل يردها ان غصب المنافع خاصة ولا يردها ان غصب المنافع والرقاب، بداية المجتهد جـ ٣١٥/٢ ط لاهور باكستان.

(٣) جـ ١٤٣/٧ .

الرأى الثاني: لفقهاء الشافعية والحنابلة[٤]: حيث قالوا زوائد المغصوب ونماءه مضمونة ضمان الغصب على الغاصب، سواء أكانت متصلة كالثمن وتعليم الصناعة، أو منفصلة كثمرة الشجرة وولد الحيوان.

وذلك لأن غلة المغصوب ونمائه مملوكة للمغصوب منه: وقد انتقلت فى يد الغاصب بالغصب فيضمنها بالتلف أو الهلاك كالأصل الذى تولدت منه[٥].

(٤) مغني المحتاج جـ ٢/٢٩١، المغني لابن قدامة جـ ٥/ ٢٤٠ ط ٣ المنار.

المبحث الرابع

النواقص

اتفق الفقهاء على القول بضمان النقصان الناتج عن الغصب أو الاتلاف أو نحو ذلك من أنواع الأيدى العادية سواء أكان ذلك النقص عمدا أو خطأ أو تقصيرا، وذلك لأن ضمان الغصب كما يقول الكاسانى: «ضمان جبر الفائت فيتقدر بقدر الفوات، ومن نقص فى يده شئ فعليه ضمان النقصان»[١].

هذا واتماما للفائدة نذكر هنا نماذج عن أهم حالات النقصان عند الفقهاء تطبيقا على ما نحن بصدد الحديث عنه: ولكى يسهل علينا معرفة ما يكون مضمونا من النقصان وما لا يكون مضمونا منه.

عند الحنفية:

ذهب فقهاء الحنفية الى القول بأن النقصان الحادث لعين المغصوب، اما أن يكون يسيرا أو كبيرا فاحشا.

فان كان يسيرا ضمن الغاصب العين وظلت العين المغصوبة ملكا لمالكها.

وأما اذا كان فاحشا فالمالك بالخيار بين أن يأخذ العين ويضمن الغاصب قيمة النقصان، وبين أن يترك العين للغاصب ويضمنه قيمتها، وذلك سواء أكان النقص حادثا بأفة سماوية أم بفعل الغاصب وهذا ما نصت عليه مجلة الأحكام العدلية فى مادتها ١٩٧، «لو أطرأ أحد على مال غيره نقصانا من جهة القيمة يضمن نقصان القيمة»[٢].

(١) بدائع الصنائع جـ ٧/١٥٥ - ١٥٦، تكملة البحر الرائق جـ ٨/١١١ - ١١٤ - المكتبة الماجدية باكستان.

(٢) البدائع جـ ٧/١٥٥، تبيين الحقائق جـ ٥/٢٢٩، المجلة مادة «١٩٧»، نظرية الضمان للزحيلي ص ١٢٤ - ١٢٥.

تقدير اليسير والفاحش:

اختلف فقهاء الحنفية فى تحديد اليسير والفاحش على النحو التالى:

١- اليسير: ما لم يبلغ ربع القيمة، والفاحش: ما يساوى ربع القيمة فصاعدا.

٢- اليسير: ما لا يفوت به شئ من المنفعة بل يدخل فيه نقصان فى المنفعة كالخرق فى الثوب، والفاحش: ما يفوت به بعض العين وبعض المنفعة، ويبقى بعض العين وبعض المنفعة.

ولعل الرأى المختار فى هذا التحديد ما أخذت به المجلة وهو أن النقصان اليسير ما لم يكن بالغا ربع القيمة، والفاحش ما كان مساويا لربع القيمة أو أزيد[٣].

وتطبيقا على ما تقدم يقول الكاسانى فى بدائعه[٤]: «اذا غصب ثوبا فقطعه ولم يخطه أن للمغصوب منه أن يضمنه النقصان، غير أن النقصان ان كان يسيرا لا خيار للمغصوب منه، وليس له الا ضمان النقصان لأن ذلك نقص وتعييب فيوجب ضمان نقصان العيب، وان كان فاحشا بأن قطعه قباء أو قميصا فهو بالخيار ان شاء أخذه مقطوعا وضمنه ما نقصه القطع وان شاء تركه عليه وضمنه قيمة ثوب غير مقطوع: لأن القطع الفاحش يفوت بعض المنافع المطلوبة ... وكذا لو غصب شاة فذبحها ولم يشوها ولا طبخها فالمغصوب منه بالخيار ان شاء أخذ الشاة وضمنه نقصان الذبح وان شاء تركها عليه وضمنها قيمتها يوم الغصب».

مذهب المالكية:

يرى المالكية أن النقص الحادث بعين المغصوب، اما أن يكون ناتجا عن فعل الغاصب، أو عن فعل غيره كما لو نقص بأفة سماوية.

(٣) المراجع السابقة.
(٤) بدائع الصنائع جـ ١٥٨/٧ .

فان كان ناتجا عن فعل الغاصب فالمالك بالخيار بين أن يترك له المغصوب ويضمنه قيمته يوم الغصب، وبين أن يأخذه ويضمنه قيمة النقصان يوم الجناية أو يوم الغصب.

وأما ان كان النقص قد حدث نتيجة أفة من السماء ففى هذه الحالة ليس للمالك الا أن يأخذه ناقصا دون أن يأخذ قيمة النقص، أو يضمن الغاصب قيمة الشئ يوم الغصب[٥].

وقد ميز المالكية بين حالتى هدم البناء وقلع الشجر، فمن غصب أرضا فبنى عليها، فصاحبها بالخيار بين هدم البناء وازالته ويأخذ الغاصب أنقاضه، وبين تركه على أن يعطى الغصب قيمة أنقاض البنيان من خشب وقرميد[٦]، وغير ذلك تقوم منقوضة بعد طرح أجرة القطع.

ومن غصب أرضا: فغرس فيها أشجارا لا يؤمر بقلعها، وللمغصوب منه أن يعطيه قيمتها بعد طرح أجرة القطع كالبنيان، أما ان غصب أشجارا فغرسها فى أرضه فيؤمر بقلعها[٧].

مذهب الشافعية:

يذهب الشافعية الى القول بأن كل عين معصوبة، على الغاصب ضمان نقصانها اذا كان نقصا مستقرا تنقص به القيمة، سواء كان باستعماله، أم كان بغير استعماله كمرض الحيوان، وكثوب تخرق، واناء تكسر، وطعام سوس، ومن ثم فعلى الغاصب ردها لمالكها وضمان أرش النقص مع أجرة المثل[٨].

(٥) بداية المجتهد جـ ٣١٢/٢، القوانين الفقهية ص ٣٣١، الفروق جـ ٢٢/٤، نظرية الضمان للزحيلي ص١٢٧ .
(٦) القرميد: يطلق علي الآجر وعلي ما يطلي للزيني كالجص وغير ذلك، المصباح المنير جـ ٥٠٠/٢ .
(٧) القوانين الفقهية ص٣٣١ .
(٨) مغني المحتاج جـ ٢٨٦/٢، المهذب جـ ٣٦٩/١ .

جاء فى مغنى المحتاج[٩]: «واذا نقص المغصوب عند الغاصب بغير استعمال - كسقوط يد العبد بآفة وعماء وجب الأرش - للنقص - مع الأجرة - للفوات لأن السبب مختلف، ويضمن بأجرة المثل سليما قبل النقص ومعيبا بعده - وكذا - يجب الأرش مع الإجرة لو نقص به - أى الاستعمال - بأن - أى كأن - بلى الثوب بالبس فى الأصح ....».

مذهب الحنابلة:

مذهب الحنابلة كالشافعية تماما يجب رد المغصوب الى صاحبه وضمان أرش النقصان - أى مقدار نقص القيمة اذا كان نقصا مستقرا كثوب تخرق واناء تكسر ونحو ذلك لأنه نقص حصل فى يد الغاصب فوجب ضمانه[١٠].

(٩) مغني المحتاج جـ ٢٨٦/٢ .
(١٠) المغني لابن قدامة جـ ٢٣٨/٥ - ٢٤١ مكتبة الرياض.

المبحث الخامس

الأوصاف وضمانها

نقصان العين المغصوبة بسبب فوات الوصف اما أن يكون بسبب فوات وصف مرغوب فيه، وأما أن يكون بسبب هبوط الأسعار، وقد تكلم فقهاؤنا عن ضمان المغصوب فى كلتا الحالتين على النحو التالى:

أولا - النقص بسبب فوات وصف مرغوب فيه:

اتفق الفقهاء على ضمان نقص المغصوب بسبب هبوط فى الأسعار: فيرى لفقهاء أنه ليس على الغاصب أو المتعدى ضمان نقص القيمة، وذلك لأن المضمون نقصان المغصوب، ونقصان السعر ليس بنقصان المغصوب بل لفتور يحدثه الله عز شأنه فى قلوب العباد لا صنع للعبد فيه، فلا يكون مضمونا وهذا ما أخذت به المجلة مادة «٩٠٠»[١].

(١) البدائع جـ ١٥٥/٧، الخرشي جـ ١٣٩/٥ - ١٤٠ دار الفكر للطباعة والنشر، مغني المحتاج جـ ٢٨٩/٢ ، المغني لابن قدامة جـ ٤٢٧/٥، نظرية الضمان للزحيلي ص١٢٨، مجلة الاحكام العدلية المادة ٩٠٠ .

الفصل الخامس

أقسام الضمان وأنواعه

تمهيد وتقسيم:

ان من يرجع الى ما كتبه الفقهاء فى مسائل الضمان يجد أنهم قد قسموا الضمان الى قسمين أساسيين هما: ضمان النفس: وهو الدية فى القتل الخطأ أو فى القتل العمد اذا حدث عفو أو صلح عن القصاص.

وضمان المال: وهو التعويض المالى عن الضرر اللاحق بالغير.

ولما كان ضمان المال يقدر على قدر الضرر أو التعدى، لذا فقد انبثق عنه الضمان الكلى، والضمان الجزئى.

هذا ولضمان المال تقسيمات أخرى عند الفقهاء باعتبارات مختلفة فهو بحسب تقديره شرعا يتنوع الى نوعين:

١- مضبوط. ٢- غير مضبوط.

وبحسب استقراره على الضامن أو عدم استقراره يتنوع الى:

١- مستقر. ٢- متحول.

وأفرد مبحثا لكل واحد من هذه الأقسام فيما يلى:

خطة الدراسة:

المبحث الأول: التقسيم الأول لضمان المال باعتبار مقداره.

المبحث الثاني: التقسيم الثانى لضمان المال باعتباره تقديره شرعا.

المبحث الثالث: التقسيم الثالث لضمان المال باعتبار استقراره وتحوله.

المبحث الأول

التقسيم الأول لضمان المال باعتبار مقداره

سبق أن ذكرنا أن الفقهاء قد قسموا ضمان المال باعتبار مقداره الى قسمين أساسيين هما:

١- ضمان كلى. ٢- ضمان جزئى.

واليك بيان ماهية كل منهما:

أما الضمان الكلى: فهو الالتزام بدفع قيمة جميع الشئ المتلف اذا كان الاتلاف كليا، أو جزئيا فاحشا شبيها بالاتلاف التام، وقد سبق أن ذكرنا أنه اذا كان النقصان فى المغصوبات وكان النقص كبيرا فى قيمة الشئ فللمالك فى هذه الحالة الخيار بين أن يطلب قيمة النقصان فقط، أو أن يترك الشئ للغاصب ويضمنه جميع قيمته[١]،

ونصت مجلة الأحكام العدلية على ذلك[٢]، وهذا هو مذهب الحنفية والمالكية[٣].

وأما فى حالة التلف الفاحش أو الجناية على الشئ بدون غصب، فكذلك يرى الحنفية والمالكية أن صاحب الشئ مخير بين أن يسلم الشئ للجانى، ويأخذ منه قيمته أو أن يأخذ قيمة الجناية فقط[٤].

ومن الأمثلة على ذلك:

١- لو أتلف رجل واحدا من مصراعى باب، أو أحد زوجى خف، كان للمالك أن يسلم اليه الآخر، ويضمنه قيمتها.

---

(١) البدائع جـ ١٥٥/٧، بداية المجتهد جـ ٣١٢/٢، نظرية الضمان للزحيلي ص١٣١ .
(٢) المجلة مادة « ١٠ ».
(٣) المراجع السابقة نفس الصفحات.
(٤) بداية المجتهد جـ ٣١٣/٢، تكملة البحر الرائق جـ ١١١/٩ - ١١٤ .

٢- لو قطع رجل أغصان شجرة: إن كان النقصان فاحشا يضمن قيمة الشجر، والا فانه يضمن النقصان.

وقد يضمن النقصان فقط عند الحنفية، مثاله «من حفر حفيرة فى أرض غيره فأضر بالأرض، يلزمه النقصان» «ومن هدم حائط دار يضمن النقصان»(٥).

متي يعتبر الشئ هالكا هلاكا تاما:

لا يخلو الهلاك الذى يوجب الضمان الكلى من أن يكون حقيقيا، وذلك واضح فى اتلاف الشئ وزواله صورة ومعنى كأكل الطعام المغصوب وموت الدابة، وأما أن يكون حكميا.

هذا وقد حدد د/ الزحيلى الهلاك الحكمى فى ثلاث حالات ذكرها على النحو التالى:

١- اذا زال اسم الشئ وأعظم منافعه مثل خرق الثوب خرقا فاحشا، لأن الخرق الفاحش يفوت على المالك بعض الشئ المتلف وجنس منفعته، وهذا يعتبر استهلاكا للثوب موجبا للضمان.

٢- اذا تعذر رد الشئ الى المالك، والتعذر اما لاستحالة فعل الشئ عن غيره كالصباغ مع الثوب، واما الا يكون فى فصله استحالة، ولكن فيه ضرر كبير بالتعدى عليه، ودفع الضرر واجب كبناء الدار بأحجار مغصوبة مثلا.

٣- اذا اختلط الشئ بغيره خلط ممازجة بحيث لا يمكن التمييز بين المخلوطين بالقسمة كخلط الحنطة بدقيق الشعير، أو كان مما يمكن التمييز بينهما عند أبى حنيفة خلافا لصاحبيه مثل خلط الحنطة بالحنطة من نوعين مختلفين(٦).

(٥) جامع الفصولين جـ ٢/ ١٣٠ .

(٦) المبسوط للسرخسي جـ ١١/ ٩٤ ط دار المعرفة، الهداية جـ ٤/ ١١ الناشر المكتبة الاسلامية.

وأما خلط المجاورة، فان كان يمكن التمييز بين الخليطين بدون كلفة ولا مشقة، فلا ضمان، وان كان لا يمكن التمييز كخلط الحنطة بالشعير، فيجب الضمان لاعتبار ذلك هلاكا.

وأما الضمان الجزئى: فهو الالتزام بدفع قيمة النقصان اليسير فى المغصوب أو فى الاتلاف الجزئى، وذلك بأن يقوم الشئ صحيحا سليما من كل شئ، ويقوم مجنيا عليه ويعطى المال؛ ما بين القيمتين وهذا باتفاق الفقهاء(٧). ويؤيده ما ذكره السيوطى فى الأشباه والنظائر(٨) «ما ضمن كله ضمن جزؤه بالأرش».

والنقصان الموجب للضمان الجزئى: هو كل عارض يطرأ على العين فى يد الغاصب فيوجب نقصان قيمتها، وذلك بأن يتلف جزء من العين، أو تزول صفة مرغوبة فيها: دون أن يؤدى الى زوال منفعتها تماما، لأنه اذا زالت المنفعة كان ذلك هلاكا لا نقصانا(٩).

(٧) بداية المجتهد جـ ٢/ ٢١٣ .

(٨) الاشباه والنظائر للسيوطي ص٣٦١ .

(٩) نظرية الضمان للزحيلي ص١٣٣ .

المبحث الثانى

التقسيم الثانى لضمان المال باعتبار تقديره شرعا

ضمان المال بحسب تقديره شرعا ينقسم الى مضبوط وغير مضبوط.

فالنوع المضبوط: هو ما حدد الشرع باتلافه مقدارا معينا من الأموال، اما لحق الله تعالى - أى رعاية لمصلحة عامة، أو لحق شخص معين.

مثال الأول: اتلاف الصيد البرى فى حرم مكة[1] أو فى أثناء الاحرام بالحج والعمرة، قال تعالى: {**يا أيها الذين آمنوا لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم ومن قتله منكم متعمدا فجزاء مثل ما قتل من النعم يحكم به ذوا عدل منكم هديا بالغ الكعبة**}[2].

وقال سبحانه: {**أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعا لكم وللسيارة وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما**}[3].

ومثال الثانى: ضمان الأموال المثليات، لأنه محدد شرعا بالمثل على ما هو واضح فى الحديث الشريف «إناء باناء وطعام بطعام»[4].

ومن هذا النوع: مقابلة الجانى بنقيض قصده من الحرمان من الأرث أو الوصية كعقوبة القاتل لمورثه بحرمانه من الميراث، وعقوبة الموصى له القاتل للموصى ببطلان وصيته وحرمانه منها عند الجمهور غير الشافعية.

ومنه عقوبة الزوجة الناشزة بسقوط نفقتها وكسوتها.

وأما النوع الثانى: غير المضبوط: فهو التعويض غير المقدر شرعا، وانما فوض

(١) شرح الأشباه للحموي جـ ٢/٢٢٧ - منشوران ادارة القرآن كرتش - باكستان.
(٢) سورة المائدة آية ٩٥ .
(٣) سورة المائدة آية ٩٦ .
(٤) أخرجه أحمد في المسند جـ ٦/١٤٨ .

لاجتهاد الأئمة والقضاة بحسب المصالح، وهذا النوع هو الذى اختلف فيه العلماء ويسمى فى الفقه الاسلامى بالتغريم المالى أو التعزير المالى[5].

ومن هذا النوع ما يسمى بحكومة العدل - أى التعويض الذى يقدره الخبراء فى حالة الجراح التى ليس لها أرش - أى «تعويض مقدر فى الشرع» وفى تقرير مشروعية التغريم المالى. قال ابن القيم[6] «والصواب أنه يختلف باختلاف المصالح ويرجع فيه الى اجتهاد الأئمة فى كل زمان ومكان بحسب المصلحة، اذ لا دليل على الفسخ - أى على ابطال حكمة مشروعيته - وقد فعله الخلفاء الراشدون ومن بعدهم من الأئمة».

ومن أمثلته مضاعفة الغرامة على سارق الثمار المعلقة، وعلى كاتم الضالة الملتقطة - أى البهيمة الضائعة - وأخذ شطر مانع الزكاة.

ومن هذا النوع كل ما فوض به القاضى من اصدار الحكم بالتعويض المالى على الأضرار الأدبية أو المادية حسب تقديره اذا لم يكن هناك مقدار محدد شرعا[7].

(٥) اختلف الفقهاء في مشروعية التعزير بأخذ المال: فمنهم من يراه مشروعا، ومنهم من يمنعه والاصل في مذهب الحنفية أن التعزير بأخذ المال غير جائز، وهذا خلافا لما روي عن أبي يوسف من جواز الزجر والتعزير بأخذ المال ان رؤيت في ذلك مصلحة حاشية ابن عابدين جـ٣/١٨٤ ط المطبعة الميمنية.
وعند الشافعية التعزير بالعقوبات المالية شروع في قول عندهم نهاية المحتاج علي شرح المنهاج جـ ٨/١٩ ط مصطفي البابي الحلبي.
أما المالكية فقد قالوا في جرائم معينة تبصرة الحكام لابن فرحون هامش فتح العل المالك جـ ٢/٢٩٥، ط مصطفي البابي الحلبي.
وكذلك قال به الحنابلة في مواضع. كشاف القناع جـ ٦/١٢٥ مطبعة الحكومة بمكة.
(٦) اعلام الموقعين جـ ٢/٨٩ ط دار الجيل للنشر والتوزيع بيروت.
(٧) راجع المبسوط للسرخسي جـ ٢٦/٥٥، الضمان للشيخ علي الخفيف ص١١، نظرية الضمان للزحيلي ص١٣٧ .

المبحث الثالث

التقسيم الثالث لضمان المال باعتبار استقراره وتحوله

يقسم ضمان المال باعتبار استقراره وتحوله الى مستقر ومتحول.

فالضمان المستقر: هو أن يلتزم الشخص بالتعويض عن فعل نفسه دون أن يكون له الحق فى الرجوع بما يدفعه على أحد، كضمان المتلفات، وضمان الغاصب هلاك الشئ المغصوب، وضمان الأجير المشترك ما يهلك فى يده على الراجح عند المالكية والصاحبين ومتأخرى الحنفية، ولو بغير تعد أو تقصير منه الا اذا حصل الهلاك بقوة قاهرة كحريق عام أو غرق عام ونحو ذلك[1].

أما الضمان المتحول، فهو الذى من شأنه أن يعطى للضمان الذى دفع الضمان حقا فى الرجوع بما ضمنه على شخص آخر.

ويتضح الضمان المتحول فى موضوع غاصب الغاصب، وهلاك المغصوب أو اتلافه. فانه اذا غصب شخص من آخر شيئا فجاء انسان وغصبه منه، فهلك فى يده، أو أتلفه، فالمالك بالخيار ان شاء ضمن الغاصب الأول لوجود فعل الغصب منه وهو ازالة يد المالك عنه، وان شاء ضمن الغصب الثانى المتلف سواء علم بالغصب أو لم يعلم، لازالة يد الغاصب الأولى الذى هو بحكم المالك فى أنه يحفظ ماله، ويتمكن من رده عليه - أى على المالك، ولأنه أثبت يده على مال الغير بغير اذنه والجهل غير مسقط للضمان، أو لاتلافه الشئ، فان اختار المالك تضمين الأول رجع هذا بالضمان على الثانى، لأنه بدفعه قيمة الضمان، ملك الشئ المضمون - أى المغصوب - من وقت غصبه فكأن الثانى غاصبا لملك الأول، وان اختار تضمين الثانى أو المتلف لا يرجع هذا بالضمان على أحد، ويستقر الضمان فى ذمته، لأنه ضمن فعل نفسه، وهو ازالة يد المالك أو

(١) البدائع جـ ١٧ ص١٤٤ - ١٤٦، الاشباه والنظائر لابن نجيم جـ ٩٦/٢ ط ادارة القرآن كرتش.

استهلاكه واتلافه[2] وهذا ما نصت عليه مجلة الأحكام العدلية فى المادة « ٩١٠ »[3].

والراجح عند الحنفية أن المالك متى اختار تضمين أحدهما - أى رفع الدعوى على الغاصب أو غاصب الغاصب - يبرأ الآخر عن الضمان بمجرد الاختيار فلو أراد تضمينه بعدئذ لم يكن له ذلك[4].

واذا رد غاصب الغاصب الشئ المغصوب على الغاصب الأول برئ عن الضمان، كما لو دفع له قيمته اذا هلك فى يده، واذا رده الى المغصوب منه برئ الاثنان. وهذا ما جاءت به المجلة فى المادة ٩١١ - «اذا رد الغاصب المال المغصوب الى الغاصب الأول يبرأ وحده، واذا رده الى المغصوب منه يبرأ هو الأول»[5].

هذا وصلى الله على سيدنا محمد
وعلى آله وصحبه وسلم

(٢) البدائع جـ ١٤٤/٧، الأشباه والنظائر لابن نجيم جـ ٩٦/٢ ط دار القرآن كراتش مغني المحتاج جـ ٢٨٩/٢ ط مصطفي الحلبي.
(٣) مجلة الأحكام العدلية المادة رقم ٩١٠ .
(٤) الفرائد البهية في القواعد الفقهية للشيخ محمود حمزة مفتي دمشق سابقا ص٧٧ .
(٥) المجلة مادة رقم ٩١١ .