أسباب الضمان الفقهية
(موجبات الضمان)

د٠ فهد العيفي عبيد الدوسري (*)

المقدمة :

إن الحمد لله، نحمدُه ونستغفره ونستعينه ونستهديه ونعوذُ بالله من شرورِ أنفسنا ومن سيئاتِ أعمالنا، من يهْدِ اللهُ فلا مضِلَّ له ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أنْ لا إله إلا اللهُ وحده لا شريك له وأشهد أنَّ محمداً عبدُه ورسولُه، بعثه اللهُ رحمةً للعالمين هادياً ومبشراً ونذيراً، بلّغ الرسالة وأدّى الأمانة ونصحَ الأمّةَ فجزاهُ اللهُ خيرَ ما جزى نبيًّا من أنبيائه. صلواتُ اللهِ وسلامه عليه وعلى جميع الأنبياء والمرسلين، وعلى صحابته وآل بيته، وعلى من أحبهم إلى يوم الدين.

وبعد:

إن لعلم الفروق الفقهية أهمية كبيرة وفوائد عديدة جليلة؛ إذ به يتمكن الفقيه من الاطلاع على مدارك الأحكام وعللها، وبمعرفة هذا الفن يستطيع إلحاق المسائل الفقهية المتشابة في الصورة ببعضها البعض أو عدم إلحاقها للفرق بينها، ولا يكون هذا إلا بدراية تامة بهذا الفن، وقد نبه جمع من المتقدمين والمتأخرين إلى أهمية هذا الفن، قال الجويني(١)– رحمه الله: " فإن مسائل الشرع ربما تتشابه صورها وتختلف أحكامها لعلل أوجبت اختلاف الأحكام، ولا يستغني أهل التحقيق عن

(*) دكتوراه في الفقه المقارن من جامعة الكويت.

(١) هو إمام الحرمين أبو المعالي عبدالملك بن عبدالله بن يوسف الجويني، ولد في بيت علم وفضل برع في الفنون، وله كتاب "البرهان"، و "ونهاية المطلب في دراية المذهب "، ولد ٤١٩ هـ، توفي ٤٧٨ هـ.. انظر طبقات الشافعية الكبرى ٥ / ١٧٤.

الاطلاع على تلك العلل التي أوجبت افتراق ما افترق منها واجتماع ما اجتمع منها"[١].

وقال الزركشي[٢] – رحمه الله: "من أنواع الفقه معرفة الجمع والفرق، وعليه جل مناظرات السلف، حتى قال بعضهم: الفقه جمع وفرق"[٣]، وقال ابن سعدي[٤] – رحمه الله: " إن معرفة جوامع الأحكام وفوارقها من أهم العلوم و أكثرها فائدة وأعظمها نفعا"[٥].

وغيرها من النقول وهي كثيرة تدل على شرف هذا العلم المنيف وأهميته لطالب علم الفقه الشريف، وقد بحثت في هذا البحث الفرق بين ما يضمن وما لا يضمن، وهو مندرج تحت علم الفروق بين الفروع الفقهية، وهو عين الفقه كما قيل: الفقه الجمع والفرق، سائلا الله التوفيق والمعونة .

أسباب اختيار الموضوع :

اختيار هذا البحث لعدة أسباب :

١. المشاركة في حل الإشكالات التي تدور حول ما يضمن وما لا يضمن.

٢. جمع ما يتعلق بهذا الموضوع في بحث مستقل بحيث يسهل على الباحث الوصول إليه.

---

(١) الفروق للجويني، رسالة ماجستير ١/ ١٧.

(٢) هو بدر الدين أبو عبد الله محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي فقيه محدث أصولي، وله " البحر المحيط "، و " البرهان في علوم القرآن "، و " المنثور في القواعد الفقهية "، ولد ٧٤٥ هـ ، وتوفي ٧٩٥ هـ. انظر الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة ٣ / ٣٩٧.

(٣) المنثور في القواعد للزركشي ١/١٢.

(٤) هو أبو عبد الله عبدالرحمن بن ناصر السعدي فقيه مفسر، له " تيسير الكريم المنان "، و " القواعد الحسان "، و " والقواعد والأصول الجامعة "، ولد ١٣٠٧، وتوفي ١٣٧٦هـ انظر علماء نجد خلال ستة قرون للبسام ٣ / ٣٥٠ .

(٥) القواعد والأصول الجامعة لابن سعدي ص٢٥.

مشكلة البحث:

تتمثل مشكلة البحث في بيان حجية المصلحة المرسلة والتطبيقات المعاصرة، وذلك من خلال الإجابة عن الأسئلة الآتية:

١. ما هي الأشياء التي يمكن ضمانها؟

٢. ما هي الأشياء التي لا يمكن ضمانها؟

أهداف البحث :

يهدف البحث إلى تحقيق مجموعة من الأهداف منها:

١. بيان الأشياء التي تضمن .

٢. بيان الأشياء التي لا تضمن.

منهج البحث:

أما المنهج الذي سرت عليه في أثناء جمع المادة العلمية وكتابة البحث، فيمكن تلخيصه في النقاط الآتية:

أولا: منهج الاستقراء الناقص، وذلك من خلال استقراء أقوال الفقهاء قديما وحديثا عن الضمان، وذكر أهم الأدلة التي تشهد للضمان، ووضعها مرتبة كما وضعها الفقهاء.

ثانيا: المنهج الوصفي والتحليلي: ومن خلاله يقوم الباحث بوصف المسائل المتعلقة بالبحث، وبيان المسائل المعاصرة.

ثالثا: المنهج الذي اعتمدته في التخريج: إذا كان الحديث في الصحيحين أو في أحدهما أكتفي به.

رابعا: ذكر معاني الألفاظ الغريبة بما تدعو إليه الحاجة لتوضيح هذه الدراسة وبيانها.

خطة البحث:

قد قسمت البحث إلى تمهيد ومبحثين:

التمهيد

تعريف الضمان لغة واصطلاحاً.

المبحث الأول: ما يجب فيه الضمان :

المطلب الأول: الإتلاف.

المطلب الثاني: اليد.

المطلب الثالث: العقد.

المطلب الرابع: الشرط.

المطلب الخامس: الحيلولة.

المبحث الثاني: ما لا يجب فيه الضمان :

المطلب الأول: القاعدة فيما لا يضمن.

المطلب الثاني: ما لا يضمن بالإتلاف.

الخاتمة، ثم المراجع.

التمهيد

تعريف الضمان لغة واصطلاحاً

الضمان لغة:

قال الزبيدي[١] – رحمه الله: "ضَمِنَ الشَّيءَ وضَمِنَ بِهِ، كعَلِمَ ضَماناً وضَمْناً، فَهُوَ ضامِنٌ وضَمِينٌ: كَفَلَهُ".

وَفِي حدِيثٍ آخَر: "**الإمامُ ضامِنٌ والمُؤَذِّنُ مُؤْتَمَنٌ**"[٢]، أَرادَ بالضَّمَانِ هُنَا الحِفْظَ والرِّعايَة، لَا ضَمَان الغَرامَة؛ لأنَّه يَحْفَظ على القوْمِ صَلاتَهم، وقيلَ: إنَّ صَلاَة المقتدى فِي عهْدَتِه وصحَّتها مَقْرُونَة بصحَّةِ صَلاتِه، فَهُوَ كالمُتَكفِّل لَهُم صحَّة صَلاتِهم.

وضَمَّنْتُهُ الشَّيءَ تَضْمِيناً فَتَضَمَّنَهُ عَنِّي : أَي غَرَّمْتُهُ فالتَزَمَهُ.

وضَمَّنَ الشَّيءَ الشَّيءَ: إذا أَوْدَعَه إيَّاه كَمَا تُودِعُ الوِعاءَ المتاعَ والميتَ القبرَ، وَقد تضَمَّنَه هُوَ؛ قالَ ابنُ الرِّقَاعِ يَصِفُ ناقَةً حامِلاً:

أَوْكَتْ عَلَيْهِ مَضِيقاً من عَواهِنِها كما تضَمَّنَ كَشْحُ الحُرَّةِ الحَبَلا عليه

أَي على الجَنِينِ.

---

(١) هو أبو الفيض الشريف محمد بن محمد بن محمد الزبيدي، عالم باللغة والرجال والأنساب، له " تاج العروس "، و " ألفية السند "، و " أسانيد الكتب الستة "، ولد ١١٤٥ هـ. وتوفي ١٢٠٥هـ .

(٢) رواه الترمذي في سننه (١/ ٤٠٢)، أبواب الصلاة، باب: ما جاء أن الإمام ضامن، والمؤذن مؤتمن، رقم ٢٠٧، حديث صحيح، وهذا إسناد ضعيف لجهالة الرجل الذي روى عنه الأعمش، لأنه قد رواه جماعة عن الأعمش، فقالوا: الأعمش عن أبي صالح، لم يذكروا الرجل المبهم، فيما ذكر الدارقطني في "العلل" ٣/ ورقة ١٦٠، وهو ثقة– عن الأعمش عن رجل، وقال: قال الأعمش: وقد سمعته من أبي صالح، ورواه هشيم عند الطحاوي في "شرح المشكل" (٢١٨٧) عن الأعمش قال: حدَّثنا أبو صالح، فالإسناد صحيح على هذا، فالأعمش سمع هذا الحديث من رجل عن أبي صالح، ثمَّ سمعه من أبي صالح نفسه وهو مشهور بالرواية عنه، فرواه بالوجهين جميعاً.

وكلُّ مَا جَعَلْتَهُ فِي وِعاءٍ فقد ضَمَّنْتَهُ إيَّاهُ"(١).

قال ابن فارس – رحمه الله:" ضَمَنَ الضَّادُ وَالْمِيمُ وَالنُّونُ أَصْلٌ صَحِيحٌ، وَهُوَ جَعْلُ الشَّيْءِ فِي شَيْءٍ يَحْوِيهِ. مِنْ ذَلِكَ قَوْلُهُمْ: ضَمَّنْتُ الشَّيْءَ، إِذَا جَعَلْتَهُ فِي وِعَائِهِ. وَالْكَفَالَةُ تُسَمَّى ضَمَانًا مِنْ هَذَا ؛ لِأَنَّهُ كَأَنَّهُ إِذَا ضَمِنَهُ فَقَدِ اسْتَوْعَبَ ذِمَّتَهُ"(٢).

قال البعلي – رحمه الله:" الضمان مصدر ضمن الشيء ضمانًا، فهو ضامن وضمين: إذا كفل به. وقال ابن سيده: ضمن الشيء ضمنًا وضمانًا، وضمنه إياه، كفله إياه، وهو مشتق من التضمن؛ لأن ذمة الضامن تتضمن الحق، قاله القاضي أبو يعلى: وقال ابن عقيل: الضمان مأخوذ من الضمن، فتصير ذمة الضامن في ذمة المضمون عنه، وقيل: هو مشتق من الضم؛ لأن ذمة الضامن، تنضم إلى ذمة المضمون عنه، والصواب الأول؛ لأن "لام" الكلمة في الضم "ميم" وفي الضمان "نون" وشرط صحة الاشتقاق، كون حروف الأصل موجودةً في الفَرْع"(٣).

فتبين من هذا أن الضمان هو جعل شيء في شيء يحويه كأنه وعاء له، فلهذا سمي الضمان ضماناً؛ لأنا جعلنا ذمة الضامن في ذمة المضمون عنه .

واصطلاحاً :

وردت عدة تعاريف للضمان؛ منها:

١- قال ابن عابدين الحنفي(٤)- رحمه الله: "وشرعا ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بنفس أو دين أو عين"(٥).

---

(١) تاج العروس ٣٣٣/٣٥-٣٣٤.

(٢) مقايس اللغة ٣٧٢/٣.

(٣) المطلع في حل ألفاظ المقنع ٢٩٨-٢٩٧.

(٤) هو محمد أمين بن عمر بن عبدالعزيز ابن عابدين فقيه الديار الشامية و إمام الحنفية في عصره ، وله " رد المحتار على الدر المختار"، و " العقود الدرية "، و " الحواشي على تفسير البيضاوي"، ولد ١١٩٨هـ، وتوفي ١٢٥٢ هـ. انظر الأعلام للزركلي ٥ / ٢٢٠.

(٥) حاشية ابن عابدين ٧ / ٤٣٠.

٢– قال النفراوي[١] المالكي – رحمه الله: " وأما في الاصطلاح فيتنوع إلى ثلاثة أقسام: ضمان مال، وضمان وجه، وضمان طلب، فضمان المال التزام دين لا يسقطه عمن هو عليه، وضمان الوجه عبارة عن إحضار الغريم وقت الحاجة إليه، وضمان الطلب عبارة عن التفتيش على الغريم الذي عليه الدين، ثم يخبر صاحب الدين به ولا يلزمه إحضاره"[٢].

٣– قال الخطيب الشربيني[٣] الشافعي – رحمه الله: " وشرعا يقال حق ثابت في ذمة الغير، أو إحضار من هو عليه، أو عين مضمونة، ويقال للعقد الذي يحصل به ذلك، ويسمى الملتزم لذلك ضامنا وضمينا وحميلا وزعيما وكافلا وكفيلا وصبيرا وقبيلا"[٤].

٤– قال الحجاوي[٥] الحنبلي – رحمه الله–:

"الضمان: التزام من يصح تبرعه أو مفلس برضاهما ما وجب أو يجب على غيره مع بقائه عليه"[٦].

تعقيب:

إن الصلة بين المعنى اللغوي والمعنى الاصطلاحي للضمان: أن في كل منهما التزاماً، إلا أن المعنى اللغوي أعم؛ فإنه يشمل كل التزام، أما المعنى الاصطلاحي فإنه خاص بالتزام الحقوق عن الغير.

---

(١) هو شهاب الدين أحمد بن غانم بن سالم النفراوي الأزهري المالكي، وله " الفواكه الدواني "، و " التعليق على البسملة "، ولد ١٠٤٤ هـ ، وتوفي ١١٢٦ هـ .

(٢) الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني ٢/٢٤٠.

(٣) هو شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي فقيه مفسر نحوي، له " الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع "، و " مغني المحتاج "، و " منسك في الحج " توفي ٩٧٧ هـ انظر شذرات الذهب ١٠ / ٥٦٢ .

(٤) مغني المحتاج ٣/١٩٨.

(٥) هو شرف الدين أبو النجا موسى بن أحمد بن موسى الحجاوي الصالحي فقيه مفتٍ، وله " زاد المستقنع "، و " الإقناع " و " حاشية التنقيح "، ولد ٨٩٥ هـ، توفي ٩٦٨ هـ .

(٦) الإقناع ٢/١٧٥.

وبهذا يتبين أن الضمان مشتق من الضم، ورد بأن لام الكلمة في الضم ميم، وفي الضمان نون، وشرط صحة الاشتقاق توافق الأصل والفرع في الحروف، وأجيب بأنه من الاشتقاق الأكبر، وهو المشاركة في أكثر الأصول مع ملاحظة المعنى.

وهو ثابت بالإجماع، وسنده قوله- تعالى: **﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ﴾** [يوسف: ٧٢] ، والزعيم الكفيل.

* *

المبحث الأول

ما يجب فيه الضمان

في موقف ويوم مهيب عظيم في آخر سني عمره عليه –الصلاة والسلام– وقف خطيباً في عرفة قائلاً : "يا أيها الناس أي يوم هذا "، قالوا يوم حرام، قال" فأي بلد هذا "، . قالوا بلد حرام قال"فأي شهر هذا "، قالوا شهر حرام، قال " فإن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في بلدكم هذا في شهركم هذا ". فأعادها مرارا ، ثم رفع رأسه فقال: "اللهم هل بلغت اللهم هل بلغت". قال ابن عباس –رضي الله عنهما– فوالذي نفسي بيده إنها لوصيته إلى أمته " فليبلغ الشاهد الغائب لا ترجعوا بعدي كفارا يضرب بعضكم رقاب بعض "[١].

فهذا نص نبوي واضح يعلن حرمة أموال الناس، وأنه لا يجوز التعدي عليها بغير حق، قال القرطبي[٢] – رحمه الله:" وهذا منه –صل الله عليه وسلم– مبالغة في بيان تحريم هذه الأشياء، وإغياء في التنفير عن الوقوع فيها؛ لأنهم كانوا قد اعتادوا فعلها واعتقدوا حليتها كما تقدم من بيان أحوالهم وقبح فعالهم "[٣] .

فلهذا جاءت النصوص الشريعة آمرةً بحفظ الأموال والممتلكات، ووضعت إزاء ذلك العديد من التشريعات، فأمرت بحفظها ورعايتها وتنميتها، وحفظت حق التملك والتمليك للإنسان، وحرمت الاعتداء على ماله بغير وجه حق ، فمن اعتدى على

---

(١) رواه البخاري باب الخطبة أيام منى ح ١٦٥٢ ، ومسلم باب حجة النبي –صلى الله عليه وسلم– ح ٢٩٢٢.

(٢) هو ضياء الدين أبو العباس أحمد بن عمر بن إبراهيم الأنصاري المالكي القرطبي، وله "المفهم لما أشكل من تلخيص مسلم "، و " مختصر البخاري "، و "كشف القناع عن حكم مسائل الوجد والسماع "، ولد ٥٧٨ هـ ، وتوفي ٦٥٦ هـ انظر تذكرة الحفاظ ٤ / ١٤٣٨، البداية والنهاية ١٣ / ٢١٦ .

(٣) المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم ٦ / ١٢٨ .

مال الغير ضمنه المعتدي وفق القواعد والضوابط الشرعية، وفي المبحثين القادمين سنتعرف على ما يجب فيه الضمان وما لا يجب فيه الضمان والفرق بينهما .

وأسباب الضمان ثلاثة عند المالكية، وهي التي يجب معها الضمان

قال القرافي[١] – رحمه الله:" اعلم أن أسباب الضمان في الشريعة ثلاثة لا رابع لها أحدها العدوان... ، وثانيها التسبب للإتلاف ...، وثالثها وضع اليد التي ليست مؤتمنة"[٢].

وعند الشافعية أربعة:

قال الزركشي – رحمه الله:" أسباب الضمان أربعة.: عقد، ويد، وإتلاف، وحيلولة"[٣].

قال العز[٤] ابن عبدالسلام – رحمه الله: "يجب الضمان بأربعة أشياء: اليد والمباشرة والتسبب والشرط "[٥].

وعند الحنابلة ثلاثة: قال ابن رجب[٦] – رحمه الله: "أسباب الضمان ثلاثة عقد ويد وإتلاف"[٧].

---

(١) وهو شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي المصري، كان عالما بالفقه والأصول واللغة وغيرها، وله " تنقيح الفصول "، و " الفروق "، و " الذخيرة " وغيرها، ولد ٦٢٦ هـ، وتوفي ٦٨٤ هـ .

(٢) الفروق للقرافي ٣٦٣/٢، ٣٦٤. بتصرف.

(٣) المنثور في القواعد للزركشي ٢/ ٣٢٢ ، وانظر الأشباه والنظائر للسيوطي.

(٤) هو عز الدين أبو محمد عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم الشافعي، عالم وقاض برع في الفنون، وله " قواعد الأحكام في مصالح الأنام " ، و "صلاة الرغائب " و " التفسير " ولد ٥٧٧ هـ وتوفي ٦٦٠ هـ . انظر طبقات الشافعية الكبرى ٨ / ٢١٨ و النجوم الزاهرة ٧ / ٢٠٨ .

(٥) قواعد الأحكام للعز ابن عبدالسلام ٢ / ٢٦٥.

(٦) هو زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن عبد الرحمن الدمشقي الحنبلي محدث فقيه حافظ ، وله " فتح الباري شرح البخاري " ، و " جامع العلوم والحكم "، و " لطائف المعارف "، ولد ٧٣٦ هـ وتوفي ٧٩٥ هـ .

(٧) قواعد ابن رجب ٢/ ٣١٦.

يتضح مما تقدم أن أسباب الضمان خمسة :

١. اثنان ذكرهما الجميع : الإتلاف سواء كان بمباشرة أو تسبب كالحرق، واليد، ووضع اليد غير المؤتمنة كالبيع الفاسد يضمنه المبتاع بالقبض بخلاف الخيار إذا أصيب بسماوي.

٢. ثلاثة ذكرها بعضهم:

العقد، الشرط، الحيلولة.

المطلب الأول : الإتلاف:

والإتلاف يكون بالمباشرة أو بالتسبب، وما له مدخل في الهلاك، فقد يضاف إليه الهلاك حقيقة، وقد لا، وما لا فقد يقصد بتحصيله حصول ما يضاف إليه الهلاك حقيقة، وقد لا؛ لأن الذي يضاف إليه الهلاك يسمى علة والإتيان به مباشرة، وما لا يضاف إليه الهلاك ويقصد بتحصيله ما يضاف إليه، يسمى سببا، والإتيان به تسببا، وهذا القصد والتوقع قد يكون لتأثيره بمجرده فيه، وهو علة العلة، وقد يكون بانضمام أمور إليه وهي غير بعيدة الحصول، فمن المباشرة: القتل، والأكل، والإحراق، وعلى هذا فمن الأسباب الموجبة للضمان إتلاف مال الغير وهو نوعان:

١. ضمان بالمباشرة

قال القرافي – رحمه الله:" كالقتل والإحراق وهدم الدور وأكل الأطعمة وغير ذلك من أسباب إتلاف الممولات، فمن تعدى في شيء من ذلك وجب عليه الضمان"(١).

قال ابن رجب – رحمه الله:" وأما إتلاف فالمراد به أن يباشر الإتلاف بسبب يقتضيه كالقتل والإحراق "(٢).

---

(١) الفروق للقرافي ٢ / ٣٦٣.

(٢) قواعد ابن رجب ٢ / ٣١٦.

قال العز بن عبد السلام – رحمه الله :" وأما المباشرة فهي إيجاد علة الهلاك، وتنقسم إلى القوي والضعيف والمتوسط، فأما القوي فكالذبح والإحراق... والضعيف، فظن المغرور بنكاح الأمة إذا أحبلها ظانًّا أنها حرة فإنه يضمن ما فات من حرية الولد بظنه فتلزمه قيمته عند ولادته، والمتوسط فكالجراحات السارية "[1] .

٢. ضمان بالتسبب :

قال القرافي – رحمه الله: "لإتلاف كحفر الآبار في طرق الحيوان في غير الأرض المملوكة للحافر أو في أرضه، لكن حفرها لهذا الغرض، وكوقيد النار قريبا من الزرع أو الأندر فتعدو فتحرق ما جاورها، وكرمي ما يزلق الناس في الطرقات فيعطب بسبب ذلك حيوان أو غيره، وكالكلمة الباطلة عند ظالم إغراء على مال إنسان فإن الظالم إذا أخذ المال بذلك السبب من الكلام ضمنه المتكلم "[2].

قال العز ابن عبدالسلام – رحمه الله:" والتسبب إيجاد علة المباشرة، وهو منقسم إلى قوي وضعيف ومردد بينهما، وله أمثلة؛ أحدها الإكراه وهو موجب للقصاص والضمان على المُكرِه.. "[3].

قال ابن رجب – رحمه الله: " أو ينصب سببا عدوانا فيحصل به الإتلاف، بأن يحفر بئرا في غير ملكه عدوانا، أو يؤجج نارا في يوم ريح عاصف فيتعدى إلى إتلاف مال الغير، أو كان الماء محتبسا بشيء وعادته الانطلاق فيزيل احتباسه، وسواء كان له اختيار في انطلاقه، أو لم يكن فدخل تحت ذلك ما إذا حل وكاء زق مائع فاندفق، أو فتح قفصا عن طائر فطار، أو حل عبدا آبقا فهرب، هذا هو

---

(١) قواعد الإحكام ٢ / ٢٦٦. بتصرف.

(٢) الفروق للقرافي ٢ /٣٦٣ .

(٣) قواعد الأحكام ٢ / ٢٦٦.

الذي ذكره ابن حامد والقاضي والأكثرون ؛ لأنه تسبب إلى الإتلاف بما يقتضيه عادة"[١].

قال القرافي – رحمه الله: " وللسبب الموجب للضمان نظائر كثيرة؛ منها متفق عليه، ومنها مختلف فيه، لكن حصل الاتفاق من حيث الجملة على أن التسبب موجب للضمان "[٢].

المطلب الثاني: اليد :

من الأسباب الموجب للضمان أيضا اليد، وهي قسمان :

١. يد عادية.

إن إثبات اليد العادية سبب للضمان، وينقسم إلى مباشرة بأن يغصب الشيء فيأخذه من يد مالكه، وإلى التسبب، وهو في الأولاد وسائر الزوائد؛ لأن إثبات اليد على الأصول سبب لإثباتها على الفروع، فيكون ولد المغصوب وزوائده مغصوبة، ثم إثبات اليد العادية يكون في المنقول والعقار.

أما المنقول: فالأصل فيه النقل، لكن لو ركب دابة غيره، أو جلس على فراش غيره ولم ينقله، في كونه غاصبا ضامنا.

وأما العقار، فإن كان مالكه فيه، فأزعجه ظالم ودخل الدار بأهله على هيئة من يقصد السكنى، فهو غاصب، سواء قصد الاستيلاء أم لا، لأن وجود الاستيلاء يغني عن قصده، ولو سكن بيتا من الدار ومنع المالك منه دون باقي الدار فهو غاصب لذلك البيت دون باقي الدار.

قال القرافي – رحمه الله: " اليد العادية تختص بالسراق والغصاب ونحوهم"[٣].

قال العز بن عبد السلام – رحمه الله: "هي" الغصوب"[٤].

---

(١) قواعد ابن رجب ٢ / ٣١٦.

(٢) الفروق القرافي ٢ / ٣٦٤.

(٣) السابق نفسه ٢ / ٣٦٤.

(٤) قواعد الأحكام للعز ابن عبدالسلام ٢ / ٢٦٥.

قال الزركشي – رحمه الله: "يد غير مؤتمنة كيد الغاصب والمستام والمستعير والمشتري فاسدا، (وكذلك) الأجير على قول"(١).

٢. يد غير عادية:

قال الزركشي – رحمه الله: "ويد أمانة كالوديعة والشركة والمضاربة والوكالة ونحوها إذا وقع منها التعدي صارت اليد يد ضمان فيضمن إذا تلفت بنفسها، كما لو لم يكن مؤتمنا"(٢).

قال القرافي – رحمه الله: "وتبقى من الأيدي الموجبة للضمان قبض بغير عدوان، بل بإذن المالك كقبض المبيع أو بقاء يد البائع، فإنه من ضمان البائع قبل القبض، ومن ضمان المشتري بعد القبض مع عدم العدوان، وكقبض المبيع بيعا فاسدا، فإنه من ضمان المشتري عندنا بالقيمة إذا تغير سوقه، أو تغير في ذاته، أو تعلق به حق الغير، أو تلف بآفة سماوية، أو أتلفه المشتري..، وكقبض العواري والرهون التي يعاب عليها كالحلي والسلاح وأنواع العروض على الخلاف في ذلك بيننا وبين الشافعي، وكقبض الأعيان التي تقترض فإن المقترض يضمنها اتفاقا مع عدم العدوان ونظائرها كثيرة "(٣).

تعقيب: والفرق بين ضمان اليد وضمان الإتلاف: أنّ ضمان اليد متعلّق بالمباشرة والسّبب لوجوده في كلّ منهما، وضمان الإتلاف يتعلّق الحكم فيه بالمباشرة دون السّبب سواء كان نفساً أو مالاً.

المطلب الثالث: العقد

قال الزركشي – رحمه الله: "العقد كالبيع والثمن المعين قبل القبض والسلم والإجارة ونحوها"(٤).

---

(١) المنثور في القواعد للزركشي ٢/ ٣٢٣.
(٢) المصدر السابق ٢ / ٣٢٣.
(٣) الفروق للقرافي ٢ / ٣٦٤.
(٤) المنثور في القواعد للزركشي ٢ / ٣٢٣.

قال محمد الزحيلي – رحمه الله: " الضمان بالعقد، كعقد البيع يُضمن به، وعقد الضمان، والكفالة يضمن بهما، وعقد الإجارة، وعقد العارية، وتسمى عقود الضمان"(١).

تعقيب:

إن الضمان بالعقد الفاسد يتقدر بالمثل شرعا كما بالإتلاف، فلما استوت المنافع والأعيان في الضمان بالعقد وجب أن يتساويا في الضمان من غير عقد.

والّذي يحكيه أصحابنا البغداديون عن مالك أنّه إنَّما يتعلّق الضّمان بالعقد ولا يقف تعلّقه على حصول القبض بعد العقد. هكذا يورد أصحابنا، وغيرُهم نقلَ هذه المذاهب إيرادًا مطلقًا.

والّذي يتحقّق من مذهبنا أنّ البائع إن أمكن المشتري من قبض المبيع الّذي ذكرناه فتركه عند البائع اختيارًا منه، أنّ الضّمان يسقط عن البائع بالتمكّن، ويقدّر بقاء المبيع في يديه، بعد تمكين المشتري من قبضه، كقبض المشتري له ثمّ ردّه على البائع على جهة الوديعة عنده(٢).

المطلب الرابع: الشرط:

قال العز بن عبدالسلام – رحمه الله: " وأما الشرط فهو إيجاد ما يتوقف عليه الإتلاف وليس بمباشرة ولا تسبب كالممسك مع المباشر أو المتسبب؛ لأنه لم يصدر منه شيء من أجزاء القتل، و إنما هو ممكّن للقاتل من القتل"(٣).

قال محمد الزحيلي – رحمه الله: "ومثل تقديم الطعام المسموم إلى الضيف، وتقديم الطعام المغصوب للضيف"(٤).

---

(١) القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة ١ / ٤٧٩.

(٢) شرح التلقين، ٢/ ٧٨٤.

(٣) قواعد الأحكام للعز بن عبدالسلام ٢ / ٢٦٧.

(٤) القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة ١/ ٤٧٧.

المطلب الخامس: الحيلولة:

قال الزركشي – رحمه الله:

"الحيلولة كما لو غصب عبدا فأبق، أو ثوبا فضاع، أو نقله إلى بلد آخر فيغرم الغاصب (القيمة؛ للحيلولة بين المالك وملكه، كما يغرم لو ظفر به في غير بلد الغصب) مع بقاء العبد، وكما لو شهدوا بمال فرجعوا (فإنهم) يغرمون "[1].

قال السيوطي[2] – رحمه الله: "الحيلولة ما تؤخذ قيمته للحيلولة، وما لا تؤخذ فيه فروع:

الأول: المسلم فيه: إذا وجد المسلم إليه في مكان لا يلزم فيه الأداء، وفيه وجهان، الصحيح: لا تؤخذ ؛ لأن أخذ العوض عنه غير جائز.

الثاني: إذا قطع صحيح الأنملة الوسطى ممن لا عليا له فهل له طلب الأرش للحيلولة؟ وجهان: الصحيح: لا، حتى يعفو.

الثالث: إذا نقل المغصوب إلى بلد آخر وأبق، فللمالك المطالبة بالقيمة في الحال للحيلولة قطعا، فإذا رده ردها.

الرابع: إذا ادعى عينا غائبة عن البلد وسمع القاضي البينة، وكتب بها إلى قاضي بلد العين ليسلمها للمدعى بكفيل، لتشهد البينة على عينها، ويؤخذ من الطالب القيمة للحيلولة قطعا.

الخامس: إذا حال بين من عليه القصاص، ومستحق الدم، لا يؤخذ قطعا.

السادس: إذا أقر بعين لزيد ثم بها لعمرو غرم له قيمتها في الأصح ؛ لأنه حال، بينه وبينها بإقراره الأول"[3].

---

(١) المنثور في القواعد للزركشي ٢/ ٣٢٢.

(٢) هو جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد السيوطي، برع في الفنون كلها ، وله "التفسير"، و " الأشباه والنظائر " ، و "ألفية الحديث " ، ولد ٨٤٩ هـ، و ٨١٦ هـ .

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ١ / ٣٦٢.

المبحث الثاني

ما لا يجب فيه الضمان

المطلب الأول: القاعدة فيما لا يضمن.

قال القرافي بعد ذكر الأسباب الثلاثة التي يجب معها الضمان:" فهذه الأسباب الثلاثة هي أسباب الضمان، فهي قاعدة ما يضمن، وما عداها فهو قاعدة ما لا يضمن كما تقدم من النظائر "[١].

قال المنجور:" الأمناء لا يضمنون: المودع، عامل القراض، الأجير، الحارس، السمسار، الراعي، ولي المحجور، فيما ادعى تلفه من مال الحجور لا فيما ادعى دفعه، الخاتن والطبيب والحاجم والبيطار، إن لم يخالفوا قانون المهنة، المعلم والمؤدب إن لم يتجاوزا المعهود في الأدب، النوتي صاحب السفينة إذا غرقت سفينته مصدق في دعوى ما ضاع من متاع الوكيل بأنواعه بأجرة أو بغير أجرة مفوض أو خاص مصدق في دعوى تلف ما وكل عليه"[٢].

تعقيب:

أنه لا ضمان على الأجير الخاص ما لم يتعمد، وذكر ابن قدامة روايات نقلها مهنا عن أحمد تنص على ذلك. ثم قال: لأن الأجير الخاص نائب عن المالك في صرف منافعه إلى ما أمره به: فلم يضمن من غير تعد، كالوكيل والمضارب. أما ما يتلف بتعديه: فيجب ضمانه.

وذكر في الإنصاف[٣] أنه: لا ضمان عليه إلا أن يتعدى، وهو المذهب، وقيل: يضمن، وحكى فيه عن الإمام أحمد رواية بتضمينه ما تلف بأمر خفي لا يعلم إلا من جهته.

---

(١) الفروق للقرافي ٢ / ٣٦٥ .

(٢) شرح المنهج المنتخب ص٥٤٩.

(٣) الإنصاف ٧٣/٦.

وأخرج عبد الرزاق، وابن أبي شيبة عن الشعبي، وزهير العبسي: أن رجلاً استأجر رجلاً يعمل على بعير فضربه، ففقأ عينه فخاصمه إلى شريح، فضمنه وقال: إنما استأجرك لتصلح، ولم يستأجرك لتفسد، وهذا اللفظ لا بن أبي شيبة.

وذكر ابن أبي شيبة في الباب، عن عبد الله بن مسعود قوله: الأجير مضمون له أجره، ضامن لما اسْتُودِعَ.

وعن الحكم، وابن سيرين أنهما كانا يضمنان الأجير ما تلف في يده.

أما ابن شبرمة، والشعبي، وابن أبي ليلى فقالوا: لا يضمن إلا ما أعنتت يده(١).

المطلب الثاني: ما لا يضمن بالإتلاف:

قال محمد الزحيلي:" فائدة ما لا يضمن بالإتلاف، قال ابن عبد الهادي – رحمه الله تعالى: "ما لا يضمن بالإتلاف أشياء: الخمر، وآلة اللهو، وآلة الخمر إذا لم ينتفع بها في غيره، ونص أحمد على إحراق بيت الخمر وكتب السحر والتنجيم والكلب "(٢).

وبعد عرض كلام أهل العلم يتضح الفرق بين ما يضمن وما لا يضمن.

الفرق الأول: أنه إذا حصل إتلاف بمباشرة أو تسبب أو شرط وجب الضمان، وإذا تلف الشيء بنفسه وبدون تسبب أو شرط فلا ضمان.

الفرق الثاني: أن عقود الضمانات كالعارية توجب الضمان مطلقاً، أما عقود الأمانات كالوديعة فلا ضمان إلا بالتعدي والتفريط .

الفرق الثالث: أن يحول بين العين وبين مالكها كالغاصب فقد أحال وفرق بين العين وصاحبها فوجب عليه الضمان، أما إذا لم يحل بين العين وصاحبها فلا ضمان عليه.

الفرق الرابع: أن إتلاف المال الحلال يوجب الضمان كما هو في الفرق الأول، أما إتلاف المال الحرام فلا يوجب الضمان لو أتلفه.

---

(١) انظر: مصنف عبد الرزاق كتاب البيوع: باب ضمان الأجير الذي يعمل بيده ٢١٧/٨، ٢١٨، ومصنف ابن أبي شيبة: باب في الأجير يضمن أم لا ١٢٦/٦، ١٢٧، ١٢٩.

(٢) القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب للزحيلي ١ / ٤٧٧.

الخاتمـــة

الحمد الله الذي بنعمته تتم الصالحات. لا بد للباحث بعد بحثه أن تظهر له بعض النتائج والثمار، ومن أهم النتائج التي توصلت إليها:

١- أن الضمان لغة : هو جعل شيء في شيء يحويه كأنه وعاء له فهو الضم.
واصطلاحاً : هو التزام من يصح تبرعه أو مفلس برضاهما ما وجب أو يجب على غيره مع بقائه عليه.

٢- أن أسباب الضمان التي ذكرها العلماء على سبيل الأجمال خمسة: الإتلاف واليد والعقد والشرط والحيلولة.

٣- أن ما عدا الأسباب المذكور فلا ضمان فيها كأمين أتلف بغير تعد ولا تفريط.

٤-"لا يصح الضمان إلا من جائز التصرف، ولرب الحق مطالبة من شاء منهما، في الحياة والموت، فإن برئت ذمة المضمون عنه برئت ذمة الضامن لا عكسه، ولا تعتبر معرفة الضامن للمضمون عنه ولا له بل رضا الضامن. ويصح ضمان المجهول إذا آل إلى العلم، والعواري والغصوب، والمقبوض بسوم وعهدة البيع، لا ضمان الأمانات بل التعدي فيها".

٥- أن إتلاف المال الحلال يوجب الضمان كما هو في الفرق الأول، أما إتلاف المال الحرام فلا يوجب الضمان لو أتلفه.

٦- لا ضمان على الحجام يأمره الرجل أن يحجمه أو يختن غلامه أو يبيطر دابته.

٧- لا ضمان على الأجير المشترك فيما تلف في يده من غير عمله عند الحنفية.

٨- من موجبات الضمان إثبات اليد في المنقول بالنقل إلا في الدابة فيكفي فيها الركوب.

التوصيات:

يوصي الباحث بدراسة موجبات الضمان فيما يحدث من جرائم في العصر الحديث.

المصادر والمراجـــع

- الأشباه والنظائر للسيوطي ت ٩١١ هـ مطبعة الباز .
- الأصول الجامعة لابن سعدي ت ١٣٧٦ هـ مطبعة ابن الجوزي .
- الإقناع للحجاوي ت ٩٦٨ هـ، مطبعة دار هجر، تحقيق عبدالمحسن التركي.
- التعريفات للجرجاني ت ٨١٦ هـ، مطبعة دار الفضيلة، تحقيق محمد صديق المنشاوي .
- الجمع والفرق للجويني ت ٤٨٧ هـ، مطبعة الجيل، تحقيق عبدالرحمن المزيني.
- الفروق للقرافي ت ٦٨٤ هـ، مطبعة الرسالة، تحقيق عمر القيام .
- الفواكه الدواني للنفراوي ت ١١٢٦ هـ ، مطبعة دار الفكر.
- القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة لمحمد الزحيلي، مطبعة دار الفكر.
- المطلع للبعلي ت ٧٠٩ هـ، مطبعة السوادي، تحقيق شعيب الأرناؤوط وياسين الخطيب .
- المنثور في القواعد الفقهية للزركشي ت ٧٩٤ هـ مطبعة وزارة الأوقاف الكويتية.
- تاج العروس للزبيدي ت ١٢٠٥ هـ، مطبعة وزارة الأعلام بالكويت.
- تقرير القواعد وتحرير الفوائد لابن رجب ت ٧٩٥ هـ، مطبعة دار ابن القيم وابن عفان، تحقيق مشهور حسن.
- حاشية ابن عابدين ت ١٢٥٢ هـ، مطبعة التراث العربي، تحقيق صبحي حلاق وعامر حسين.
- صحيح البخاري ت ٢٥٦ هـ، مطبعة دار ابن كثير.
- صحيح مسلم ت ٢٦١ هـ، مطبعة دار طيبة.
- قواعد الأحكام في إصلاح الأنام لعز الدين بن عبدالسلام ت ٦٦٠هـ، مطبعة دار القلم، تحقيق نزيه حماد وعثمان ضميرية.

– معجم الفقهاء لمحمد قلعجي، مطبعة دار النفائس.
– معجم مقايس اللغة لابن فارس ت ٣٩٥ هـ، مطبعة دار الفكر.
– مغني المحتاج للشربيني ت ٩٧٧ هـ، مطبعة دار المعرفة، تحقيق محمد خليل.
– المفهم للقرطبي ت ٦٥٦ هـ، مطبعة دار ابن كثير، تحقيق محي الدين مستو.
– المصباح المنير للفيومي ت ٧٧٠ هـ، مطبعة دار المعارف، تحقيق عبدالعظيم الشناوي.

* * *