

## ضمان التعدي في الفقه الإسلامي

عبدالرحمن عمر محمد اسبينداري

توطئة:

من الحقائق المقررة علمياً أن الشريعة الإسلامية جاءت موافقة ومناسبة لفطرة الإنسان التي خلق عليها من حبه وتعلقه بالحياة ومستلزماتها، لذا كان على رأس المقاصد الشرعية الحفاظ على النفس والمال. ووضعت الشريعة لذلك أحكاماً وقوانين عامة يتم في إطارها الحفاظ على المقاصد الآتفة الذكر. ووضع لمنتهاك تلك القواعد والحدود عقوبات بدنية ومالية. فإذا ما أتلّف إنسان ما يعود لغيره أو ألحق الضرر به فإنه لا بد من جبر ذلك الضرر، وتضمين تلك الخسارة.

وفي هذه الصفحات حاول الباحث أن يلخص قدر الإمكان ما يتعلق بالضمان في الفقه

الإسلامي.

المبحث الأول: تعريف الضمان ومشروعيته

تعريف الضمان لغة واصطلاحاً

الضمان لغة:

ضمان المال لغة؛ أي: التزامه. يقال: ضمنت المال وبالمال ضماناً، فأنا ضامن وضمنين؛ أي:

ألتزمه، وضمنته الشيء تضميناً، فَتَضَمَّنَهُ معنَى: غَرَمْتُهُ فَالْتَزَمَهُ<sup>(١)</sup>.

الضمان اصطلاحاً:

للضمان تعاريف كثيرة وقد ورد كل تعريف باعتبار خاص. فهناك تعريف عام للضمان وهو:

”شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل“<sup>(٢)</sup>. وكما يظهر فهو تعريف عام يشمل الضمان الناتج

١ - محمد بن يعقوب الفيروز آبادي: القاموس المحيط، ضبط وتوثيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، إشراف:

مكتب البحوث والدراسات، بيروت: دار الفكر، د. ط، ١٤١٥هـ/١٩٩٥م، ص ١٠٩٢.

٢ - علي الخفيف: الضمان في الفقه الإسلامي، د. م: معهد البحوث والدراسات العربية، د. ط، ١٩٧١م،

القسم الأول، ص ٥.

عن تعدّد وغيره، فالذمة تشتغل بالوفاء بأشياء دون أن يكون هناك تعدّد من صاحب الذمة. لذا فإن هذا التعريف لا يدخل ضمن حدود هذا البحث والذي يتمحور حول الضمان المترتب على التعدي.

وقد ذكر الفقهاء للضمان تعاريف عديدة، من ذلك:

تعريف الإمام الغزالي رحمه الله: "هو واجب ردّ الشيء أو بدله بالمثل أو بالقيمة"<sup>(٣)</sup>.

وعرّفه الإمام الشوكاني رحمه الله ب: "عبارة عن غرامة التّألف"<sup>(٤)</sup>.

وعرّفه الأستاذ مصطفى أحمد الزرقاء ب: "التزام بتعويض مالي عن ضرر للغير"<sup>(٥)</sup>.

والتعريف الذي نختاره هو تعريف الأستاذ وهبة الزحيلي الذي مزج بين التعاريف السالفة، فهو يعرف الضمان بأنه: "الالتزام بتعويض الغير عما ألحقه من تلف المال أو ضياع المنافع، أو عن الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية"<sup>(٦)</sup>.

تعريف التعدي: "هو المجاوزة الفعلية إلى حق الغير أو ملكه المعصوم"<sup>(٧)</sup>.

وهو شرط أساسي في مسؤولية كل من المباشر والمتسبب على سواء، ولا يشترط لمسؤولية المتعدي بهذا المعنى مباشراً كان أو متسبباً، أن يكون متعمداً أي قاصداً الإضرار، بل يستوي عند وجود التعدي الخطأ والعمد.

### المبحث الثاني: أركان الضمان

وكما سلف فإن الشريعة الإسلامية قررت مبدأ التضمين للحفاظ على حرمة أموال الناس وأنفسهم إلا أنه لا يجب ضمان الشيء إلا بعد توفر وجود ركنين اثنين، وهما الاعتداء والضرر. وعليه فأركان<sup>(٨)</sup> الضمان الأساسية والجوهرية اثنان، يضاف إليهما الإفضاء أو الرابطة بين التعدي والضرر.

٣ - أبو حامد الغزالي: الوجيز في فقه مذهب الإمام الشافعي، مصر: مطبعة الآداب والمؤيد، د. ط، ١٣١٧هـ، ج ١، ص ٢٨٠.

٤ - محمد بن علي الشوكاني: نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، تحقيق: طه عبدالرؤوف سعد ومصطفى محمد الهواري، المطبعة العثمانية المصرية، د. ط. ١٣٥٧هـ، ج ٥، ص ٢٩٩.

٥ - مصطفى أحمد الزرقاء: المدخل الفقهي العام، دمشق: دار القلم، ط ١، ١٤١٨هـ/١٩٩٨م، ج ٢، ص ١٠٣٥.

٦ - وهبة الزحيلي: نظرية ضمان التعدي أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، د. ط، ١٤٠٢هـ/١٩٨٢م، ص ١٥.

٧ - مصطفى أحمد الزرقاء: الفعل الضار والضمان فيه، دار القلم، دمشق، ط ١، ١٤٠٩هـ/١٩٨٨م، ص ٧٨.

٨ - الركن: هو جزء الشيء الداخل في حقيقته وماهيته بحيث لا يتم تصوره بدونه، كالركوع والسجود في الصلاة.

## الركن الأول: الاعتداء أو التعدي

والمراد به هنا: الظلم والعدوان ومجاوزة الحق، وضابطه: هو انحراف عن السلوك المألوف للرجل المعتاد أو أنه العمل الضار بدون حق أو جواز شرعي<sup>(٩)</sup>. فمقياسه هو مخالفة المعتاد<sup>(١٠)</sup>. والقصد هنا هو حصول الاعتداء بغض النظر عن أهلية المعتدي، فلا فرق بين البالغ وغيره فإنه يضمن إذا ما أتلف مال غيره. وكذلك لا ينظر إلى نية المعتدي، فسواء صدر منه متعمداً أو عن طريق الخطأ فإنه يضمن ما أتلفه أو ألحق به الضرر ولا سيما في الأموال، وعليه يتم ضمان الأموال إذا ما أتلفت من قبل كبير أو صغير، وسواء صدر منه ذلك عمداً أو عن طريق الخطأ. وكذلك يضمن المضطر إذا ما أتلف مال الغير أو ألحق به الضرر، فالذي يدفعه الجوع الشديد إلى أكل طعام غيره فإنه - وإن كان فعله جائزاً - يضمن ثمن الطعام. أما في ضمان الأنفس فيتم التفريق بين المتعمد وغيره، وبين الصغير والكبير، وبين العاقل وغيره. وربما يكون الفعل مباحاً أو واجباً في بعض الأحيان إلا أنه مع ذلك يضمن، مثال ذلك: أن الإنسان لو اضطر إلى أكل طعام غيره بلا إذن لدفع الهلاك عن نفسه، فإن فعله جائز، بل واجب، لكنه لا ينفي الضمان. وكذا لو أتى فعلاً غير إرادي مما لا يوصف بالجواز أو الحظر، كما لو زلق إنسان أو أغمي عليه فوقع على مال غيره فأتلفه، فإنه ضامن وإن لم يأت عملاً محظوراً<sup>(١١)</sup>.

أما ما ذكره بعض الفقهاء أنه: "إذا نزلت برجل مخمصة، ووجد طعاماً مع رجل فسأومته فيه فلم يبعه منه، واستطعمه فلم يطعمه، فإنه يجوز له قتاله، فإن مات ربُّ الطعام قدمه هدر، وإن مات الجائع وجب القصاص، وإن أخذه قهراً فعليه الضمان"<sup>(١٢)</sup>. فإن هذا الكلام غير مسلم به، لأنه لا يجوز للإنسان المحافظة على نفسه بإهلاك غيره سواء بالقتل أو غيره، مثله في ذلك مثل المكره فإنه لا يجوز له أن يقتل غيره بذريعة الإكراه لأن نفسه ليست أولى من نفس غيره. ثم هناك تناقض واضح في ذلك حيث أوجبوا على الغاصب قهراً الضمان في الطعام، وفي نفس الوقت أهدروا دم صاحب الطعام مع أن نفس صاحب الطعام أولى بالضمان من طعامه الذي لا قيمة له مقارنة بنفسه.

٩ - الزحيلي: نظرية الضمان، ص ١٨.

١٠ - انظر: محمد فوزي فيض الله: نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام، الكويت: دار التراث، الطبعة الثانية، ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م، ص ٩٣.

١١ - الزرقاء: الفعل الضار، ص ٧٩. وانظر: الزحيلي: نظرية الضمان، ص ١٩-٢٠.

١٢ - الزرقاء: الفعل الضار، ص ٨٢.

## أنواع التعدي:

يقسم التعدي تقسيمات كثيرة، باعتباريات متعددة:

أولاً: يقسم باعتبار السلبية وعدمها إلى قسمين:

١- التعدي الإيجابي.

٢- التعدي السلبي: ويتمثل بترك الحفظ، وكذا في الامتناع من إغاثة الملهوف، ونجدة

الغريق، وإطعام المضطر حتى يهلكوا.

يرى الجمهور التأثيم فيها ديانة، لا التضمين قضاءً. ولكن يرى بعض الحنابلة التضمين

قضاءً<sup>(١٣)</sup>. والراجح هو ما ذهب إليه الجمهور، وإن كان هذا الفعل منافياً للأخلاق الحميدة.

ثانياً: ويقسم باعتبار الجسامة والطفافة، إلى ثلاثة أقسام:

١- تعدد يسير: وهو ما لا يفوت به شيء من المنفعة بل يدخل النقصان على الأشياء، كخرق الثوب.

٢- تعدد فاحش: وهو ما يفوت به بعض العين، وبعض المنفعة لا كلها.

٣- تعدد كلي: وهو ما يفوت به العين والمنفعة.

ثالثاً: ويقسم باعتبار القصد وعدمه، إلى عمد وخطأ. فالعمد قصد النتيجة المترتبة على التعدي.

والخطأ: قصد الفعل دون النتيجة المترتبة عليه.

وللتفرقة بين العمد والخطأ أهمية كبيرة تبدو في المبادئ والأحكام الآتية:

١- لا يجب القصاص إلا في القتل العمد، وفي القتل الخطأ تجب الدية المالية ونحوها.

٢- لا يتصور العمد في الصغار ونحوهم من عديمي التمييز، إذ القصد يعتمد تمام العقل، وهو

البلوغ وتعديهم كله خطأ، ولهذا قرر الفقهاء أن عمد الصبي خطأ<sup>(١٤)</sup>.

٣- اختلاف الخطأ عن العمد في تضمين الأنفس والجراحات.

أما في الأموال فلا يختلف الحكم في الصنفين<sup>(١٥)</sup>.

١٣ - انظر: أبا محمد عبدالله بن قدامة: المعني، الرياض: مكتبة الرياض الحديثة، د. ط، ١٤٠١هـ/ ١٩٨١م،

ج ٩، ص ٥٨٠-٥٨١.

١٤ - ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار؛ شرح تنوير الأبصار، بيروت: دار الفكر، ط ٢،

١٣٨٦هـ، ج ٨، ص ١٠٣.

١٥ - فيض الله: نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام، ص ٩٥-٩٦.

## الركن الثاني: الضرر

هو إلحاق مفسدة بالآخرين أو هو كل إيذاء يلحق الشخص، سواء أكان في ماله أو جسمه أو عرضه أو عاطفته. فهو يشمل الضرر المادي كتلف المال، والضرر الأدبي كالإهانة التي تمسّ كرامة الإنسان، سواء أكان ذلك بالقول كالقذف والشتم، والرجوع عن الشهادة بعد صدور الحكم على المتهم، أو بالفعل الإيجابي كالضرب والإحراق والإغراق والترويع وإتلاف الزروع والأشجار وهدم المباني، أو الفعل السلبي كالامتناع عن ترميم الحائط أو إغاثة الملهوف أو عن تسليم الوديعة بعد طلب صاحبها لها، أو كضياع مصلحة محققة لعدم قيام المتعهد بتوريد السلعة في الوقت المحدد، أو الوفاء بالالتزام بشحن وتصدير البضاعة في زمان معيّن<sup>(١٦)</sup>.

فإلحاق الضرر بالشخص نفسه هو ما يدخل تحت باب الجنائية عليه، ولبيان ذلك لا بد من الإشارة إلى شروط كل من الجاني والمجني عليه بإيجاز:

### يشترط في الجاني:

- ١- أن يكون مكلفاً: أي: عاقلاً، بالغاً، مختاراً، فلا يعتبر قتل الصبي ونحوه عمداً، ولا يقتص منه ولا من المجنون، لأن القلم مرفوع عنهما، وتجب الدية على عواقلهما.
- ٢- أن يكون قاصداً الفعل أو القتل.
- ٣- انتفاء شبهة الولادة، بأن لا يكون القاتل والد المقتول، لأن الوالد سبب في وجود الولد، فلا يكون الولد سبباً في عدمه<sup>(١٧)</sup>.

وهذا كله في القتل العمد، أما في القتل الخطأ فلا تشترط فيه هذه الشروط، لأن الضمان يكون

من الناحية المالية.

### ويشترط في المجني عليه

- ١- أن يكون آدمياً حياً.
- ٢- أن يكون معصوماً محقون الدم على التأبيد<sup>(١٨)</sup>.

١٦ - الزحيلي: نظرية الضمان، ص ٢٣-٢٤.

١٧ - فيض الله: نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام، ص ٧٤.

١٨ - وقد اختلف الفقهاء بأي شيء تتحقق العصمة؟ فاشتراط البعض الإسلام وهم الجمهور، فإذا ما قتل مسلم ذمياً فإنه لا يقتص منه، وعلى العكس إذا ما قتل ذمياً مسلماً فإنه يقتص منه. إلا أن الحنفية لم يشترطوا الإسلام في المجني عليه، فيقتص من المسلم إذا ما قتل ذمياً. انظر: الكاساني، أبو بكر مسعود: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق: محمد عدنان بن ياسين درويش، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط ٢، ١٤١٩هـ/١٩٩٨م، ج ٦، ص ٢٧٦.

إضافة إلى ذلك فإنه لا بد أن يكون الفعل مفضياً إلى الهلاك ونحوه حتى تتحقق الجنائية، بحيث لا يتخلل بين الفعل وبين القتل فعل شخص ثالث، فلو جرح اثنان رجلاً واحتز الآخر رقبتة، فالقصاص على المحتز لا على الجارح<sup>(١٩)</sup>.

أما ضمان الأموال فيتحقق بعدة صور من الاعتداء، وفي كلها يجب الضمان على المعتدي.

#### أقسام الضرر من حيثيات مختلفة:

##### أولاً: الضرر القولي والضرر الفعلي

كما في رجوع الشاهدين عن شهادتهما قبل القضاء. وقبض المدعى المال، فلا يفسخ الحكم، ويضمنان ما أتلفاه على المشهود عليه بسبب شهادتهما. والفعلي كتمزيق الثياب، وقطع الأشجار وكسر الأدوات.

##### ثانياً: الضرر الإيجابي والضرر السلبي

والإيجابي معروف، أما مثال السلبي: امرأة تُصرَع أحياناً، فتحتاج إلى حفظها، فإن لم يحفظها الزوج حتى أُلقت بنفسها في النار عند الصرَع، فعليه ضمانها.

##### ثالثاً: الضرر بإتلاف المال، والضرر بتفويت المنفعة

ومثال الضرر بتفويت المنفعة، كمن غصب سيارة - مثلاً - فترة فوّت على صاحبها منافعها خلالها، فإنها تضمن عند الجمهور خلافاً للحنفية، لأن المنافع أموال عند الجمهور خلافاً للحنفية.

##### رابعاً: الضرر المادي والضرر المعنوي

والأول: هو الضرر الذي يلحق مفسدة في أموال الآخرين، بإتلافها كلها أو بإتلاف بعضها أو جزء منها أو بإزالة بعض أوصافها. والآخر: هو إلحاق مفسدة في شخص الآخرين، لا في أموالهم وإنما فيما يمسّ كرامتهم، أو يؤذي شعورهم، أو يخذش شرفهم أو يتهمهم في دينهم، أو يسيء إلى سمعتهم أو نحو ذلك، من الأضرار التي يطلق عليها اليوم اسم الأضرار الأدبية. وجمهور الفقهاء لا يستوجبون التعويض عنها، ولا يستجيزون التعويض المادي عنها إلا فريقاً منهم<sup>(٢٠)</sup>.

١٩ - انظر: فيض الله: نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام، ص ٧٦.

٢٠ - انظر تفاصيل هذا في: فيض الله: نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام، ص ٨٩-٩٢.

### الركن الثالث: الإفضاء أو الرابطة بين التعدي (الخطأ) والضرر

وهو أن يكون الفعل موصلاً إلى نتيجة لا تتخلف عنه، إذا انتفت الموانع (٢١). إما مباشرة أو تسبباً، وهو الأساس الثالث للضمان، إلا أنه لا ينطبق عليه معنى الركن المقصود هنا: وهو ما يتوقف عليه وجود الشيء، وإنما هو بمعنى اشتراط عدم المانع للسبب... وعليه فلا ضمان في غير المباشرة والتسبب (٢٢). والتسبب: أن يتصل أثر فعل الإنسان بغيره، لا حقيقة فعله، فيتلف به، كما في عملية حفر البئر، فإن أثر الحفر وهو العمق هو الذي اتصل بمن وقع فيه فمات، فالتلف لم يحدث بحقيقة الفعل وهو الحفر، لأن الحفر متصل بالمكان لا بالواقع في البئر (٢٣). والإضرار بالتسبب قد يكون بالفعل، أو بعدم الفعل، أو بالتقصير، والتعدي شرط فيها جميعاً لأجل المسؤولية. فمثال التسبب بالفعل مع وجود التعدي ولزوم المسؤولية: ما لو نخس إنسان دابةً آخر فنفتحت برجلها فأضرت بمال أو نفس، أو حفر حفرة في الطريق العام بدون إذن ولي الأمر، فوقع فيها شخص أعمى. ومثال التسبب بعدم الفعل: ما لو اضطر إنسان إلى طعام أو شراب غيره فطلبه منه فمنعه إياه مع غناه عنه في تلك الحال فمات المضطر بذلك المنع ضمنه المطلوب منه (٢٤). ومثال التسبب بالتقصير: ما لو حفر شخص حفرة في الطريق العام بإذن ولي الأمر ولكنه أهمل بعض القيود، فلم يضع مثلاً حواجز حول الحفرة، فوقع فيها حيوان فتلف (٢٥). والإضرار بالمباشرة: هو إيجاد علة التلف كالقتل والأكل والإحراق. وحد السبب: إيجاد ما يحصل الهلاك عنده لكن بعلة أخرى إذا كان السبب مما يقصد لتوقع تلك العلة فيجب الضمان على المكره على إتلاف المال (٢٦).

#### شروط الإتلاف مباشرة وتسبباً:

الإتلاف مباشرة كما سبق يكون سبباً للضمان، سواء أكان الإتلاف عمداً أم خطأً أم سهواً، وسواء أكان المتلف صغيراً أم كبيراً، عالماً بأنه مال غيره، أم جاهلاً لأن ضمان المتلفات ينظر فيه إلى أنه بدل مال، لا جزاء فعل، حفاظاً على حقوق الناس في أموالهم. فلو أتلف إنسان مال غيره سهواً

٢١ - فيض الله: نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام، ص ٩٦.

٢٢ - الزحيلي: نظرية الضمان، ص ٢٦.

٢٣ - فخر الإسلام البيهقي، كشف الأسرار على أصول البيهقي، ج ٢، ص ١٢٦٩.

٢٤ - اختلف في ذلك الفقهاء كما سبق، ورأي الجمهور هو الأولى والراجح في ذلك وهو عدم الضمان.

٢٥ - الزرقاء: الفعل الضار، ص ٨١-٨٢.

٢٦ - الغزالي: الوجيز، ج ١، ص ٢٠٥-٢٠٦.

مثلاً أو نائماً أو جاهلاً أنه مال غيره، فهو ضامن، فتدفع من ماله إن كان له مال، وإلا فيظل الضمان ديناً في ذمته إلى وقت يساره، ولا يكون وليه ضامناً<sup>(٢٧)</sup>. وأما الإلتلاف تسبباً: وهو ما تسبب عنه إلتلاف شيء للغير أو نقصان قيمته، فشروط الضمان فيه ثلاثة، وهي<sup>(٢٨)</sup>:

**الأول:** التعدي: وهو تجاوز الحق أو ما يسمح به الشرع، كأن يحفر شخص بئراً في الطريق العام من غير إذن الحاكم، أو في غير ملكه عدواناً فإذا سقط فيه إنسان أو حيوان فالحافر ضامن<sup>(٢٩)</sup>.

**الثاني:** التعمد: وهو أن يصدر الفعل عن قصد وإرادة، كأن يتلف شرب إنسان بأن يسقي بشرب غيره، أو يسد الماء عن أرض جاره، فتبيس مزروعاته، أما إذا لم يكن هناك تعمد، كما لو جفقت دابة من رجل، فهربت وضاعت، فلا يضمن، لأنه غير متعمد.

**الثالث:** ألا يكون التلف قد نشأ عن فعل آخر مباشر، فإن اشترك المباشر والمتسبب، ضمن المباشر إن كان السبب لا يؤثر في التلف بانفراده عادة، كمن حفر بئراً في مكان عدواناً، فجاء غير الحافر، وأردى فيه إنساناً أو حيواناً، فالضمان عليه دون الحافر؛ أما إن تردى فيه بهيمة أو غيرها بنفسها فالحافر هو الضامن. وإن كان السبب يؤثر بانفراده، فإن المتسبب والمباشر يشتركان في الضمان، كما لو نحس رجل دابة راكب بإذنه فوطئت إنساناً، فالضمان عليهما، لأن السبب هنا يؤثر بانفراده<sup>(٣٠)</sup>.

#### تعدد الأسباب

إذا اعتدى جمع من الأشخاص، وأحدثوا ضرراً، فإما أن يكون اعتداؤهم من نوع واحد، بأن يكون بعضهم متسببين أو مباشرين، وإما أن يكون اعتداؤهم مختلفاً، بأن يكون بعضهم مباشراً، والآخر متسبباً، فهذان حالان:

**الأول:** أن يكونوا جميعاً مباشرين، أو متسببين:

فإما أن يتحد عملهم في النوع أو يختلف:

١- ففي الصورة الأولى أي إذا كانوا جميعاً مباشرين أو متسببين واتحد عملهم نوعاً، كان الضمان عليهم بالسوية، كما لو تعمد جماعة إطلاق النار على شخص واحد، ولم تعلم إصابة واحد

---

٢٧ - أبو محمد غانم بن محمد البغدادي: مجمع الضمانات في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، بيروت: عالم الكتب، ط ١، ١٤٠٧هـ/١٩٨٧م، ص ١٤٦.

٢٨ - الزحيلي: نظرية الضمان، ص ٧٧.

٢٩ - انظر: البغدادي: مجمع الضمانات، ص ١٤٦. وانظر: الزرقاء: المدخل الفقهي، ج ٢، ص ١٠٤٦-١٠٤٧.

٣٠ - الزحيلي: نظرية الضمان، ص ٧٨. وانظر: الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ط ٣،

١٤٠٩هـ/١٩٨٩م، ج ٦، ص ٣٧٤-٣٧٩.



منهم، اقتص منهم جميعاً، وهذا محمل قول عمر: "لو اشترك في قتله أهل صنعا لقتلتهم جميعاً" (٣١).

٢- وفي الصورة الأخرى، أي إذا كانوا جميعاً متسببين أو مباشرين واتحد عملهم نوعاً، لكن اختلف عملهم قوة وضعفاً، كما لو حفر شخص حفرة في الطريق العام وجاء آخر ووسع رأسها، أو حفر الأول حفرة وعمق الآخر أسفلها، فتردّى في الحفرة حيوان أو إنسان، فالقياس عند الحنفية هو الاعتداد بالسبب القوي، لأنه كالعلة عند اجتماعهما مع السبب، وهذا رأي الإمام محمد منهم (٣٢). والاستحسان عندهم هو الاعتداد بالأسباب التي أدت إلى الضرر جميعاً، قلت أو كثرت، وتوزيع الضمان عليها بحسب القوة والضعف فيجب الضمان أثلاثاً، وهو رأي أبي حنيفة وأبي يوسف والحنبلين (٣٣).

#### الحالة الثانية:

أن يكون المعتدون مختلفين: بعضهم مباشر، وبعضهم متسبب: فالأصل في هذا الحال، تقديم المباشر على المتسبب في التضمين، وهذا للقاعدة العامة المعروفة عند جميع الفقهاء، وهي أنه: "إذا اجتمع المباشر والمتسبب، أضيف الحكم إلى المباشر (٣٤)، تقديماً للعلة على السبب. مثال ذلك: لو حفر شخص حفرة في الطريق فألقى آخر نفسه أو غيره فيها عامداً، لا يضمن الحافر، بل الملقى وحده، لأنه المباشر (٣٥).

ويستثنى من قاعدة تقديم المباشر على المتسبب هذه الحالات التالية: إذا تعدّرت الإضافة إلى العلة بالكلية، فيضاف الحكم إلى التسبب وحده. ومثاله: ما إذا دفع رجل إلى صبي سكيناً ليحمله له، فسقط من يده، فجرحه، ضمن الدافع لأن السبب هنا في معنى العلة (٣٦). وكذا إذا كان السبب

- 
- ٣١ - انظر: أبا بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، المصنف، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، بيروت: المكتب الإسلامي، ط ٢، ١٤٠٣ هـ، ج ٩، ص ٤٧٦.
- ٣٢ - فيض الله: نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام، ص ٩٨-٩٩.
- ٣٣ - منصور بن يونس بن إدريس البهوتي: كشف القناع عن متن الإقناع، مراجعة وتعليق: هلال مصيلحي هلال، بيروت: دار الفكر، د. ط. ١٤٠٢ هـ/١٩٨٢ م، ٧/٦.
- ٣٤ - زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم: الأشباه والنظائر، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، باكستان، (د. ط. ت)، ص ٨١.
- ٣٥ - البغدادي: مجمع الضمانات، ص ١٤٦.
- ٣٦ - علاء الدين بن أحمد البخاري: كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، الفاروق الحديثة للطباعة، القاهرة، ط ٢، ١٤١٦ هـ/١٩٩٥ م، ج ٤، ص ١٨٠-١٨١.

في معنى العلة، وليس سبباً محضاً. وذلك: أن تكون المباشرة مبنية على السبب، بحيث لو تخلف السبب زالت العلة فيضاف الحكم في هذه الصورة بمعنييها إلى السبب والعلة معاً. ومثاله: ما إذا اتفق شخصان على حفر حفرة وتردية ثالث فيها، فحفر أحدهما وردى الآخر الثالث، فإنه يضمن الحافر مع المردي، ما دام الحافر عالماً بقصد المردي(٣٧).

### المبحث الثالث: أسباب الضمان

يمكن تلخيص أسباب الضمان في الفقه الإسلامي في ثلاثة أسباب رئيسية؛ وهي: العقد ووضع اليد والإتلاف.

#### أولاً: العقد:

وهو الالتزام بالتعويض عن عدم تنفيذ المتعاقد لما التزم به، والالتزام العقدي قد يكون التزاماً تقتضيه طبيعة العقد، وقد يكون ناشئاً عن شرط منصوص عليه صراحة في العقد، أو عن شرط مدلول عليه بالعرف(٣٨). وهو مصدر الضمان إذا نصّ فيه صراحة على شرط من الشروط، أو كان الشرط مفهوماً ضمناً حسب العرف والعادة، ثم أخل العاقد بما تقتضيه طبيعة العقد أو يتطلبه الشرط، فلم يتم بتنفيذ التزامه على الوجه المتفق عليه...فمقتضى عقد البيع مثلاً تسليم المبيع والثمن، وسلامة العوضين من العيب، وعدم استحقاق أحدهما لغير صاحبه، فإذا لم يقدّم المدين بتنفيذ التزامه أو تبين وجود عيب في المبيع، أو كان الثمن أو المبيع مستحقاً لغير من سلّمه، كانت المسؤولية عقدية مستوجبة للضمان لخطأ عقدي(٣٩).

#### ثانياً: الإتلاف:

وهو إخراج الشيء من أن يكون منتفعاً به منفعة مطلوبة منه عادة، ويرد على النفس الإنسانية والبهائم والجمادات والأشياء. والإتلاف إما إتلاف بالمباشرة أو إتلاف بالتسبب. فالإتلاف بالمباشرة: هو ما أثر في التلف وحصله(٤٠). أو هو: إيجاد علة التلف كالإحراق كما قاله الغزالي. والإتلاف بالتسبب: هو إحداث أمر في شيء يفضي إلى تلف شيء آخر. أو هو: ما أثر في التلف ولم

٣٧ - فيض الله: نظرية الضمان، ص ١٠١-١٠٢.

٣٨ - محمد عبدالمعنى أبو زيد: الضمان في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في المصارف الإسلامية، المعهد الإسلامي للفكر الإسلامي، القاهرة، ط ١، ١٤١٧هـ/١٩٩٦م، ص ٢٣.

٣٩ - الزحيلي: نظرية الضمان، ص ٦٢.

٤٠ - عبدالقادر عودة: التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، دار الكاتب العربي، بيروت،

د. ط. ت، ج ٢، ص ٣٦.

يحصله...مثل حفر البئر في موضع لم يؤذن فيه، كالطرقاات العامة. أو كإيقاد النار قريباً من الزرع أو البيدر الذي يجمع فيه الحَبُّ<sup>(٤١)</sup>، وكتمزيق الثياب وتهشيم الزجاج وقتل الحيوان. ومن الإتلاف: إدخال نقص يسير على الأعيان، أو إتلاف المال في منفعة الإنسان، كأكل الطعام، وإشعال النار للتدفئة<sup>(٤٢)</sup>.

ثالثاً: وضع اليد:

وهو مصدر للضمان سواء أكانت اليد غير مؤتمنة أم مؤتمنة. واليد غير المؤتمنة: إما أن تكون بغير إذن المالك مثل يد السارق، أو بإذن المالك كيد البائع على المبيع قبل القبض، والمشتري بعد قبض المبيع سواء أكان البيع صحيحاً أم فاسداً، ومقترض الأعيان بعد قبضها...ونحو ذلك، فإن يد هؤلاء يد ضمان يضمنون الشيء مهما كان سبب التلف ولو بأقفة سماوية أي بقوة القاهرة<sup>(٤٣)</sup>. أما اليد المؤتمنة: كيد الوديع في الودائع، وعامل المضاربة والمساقاة والأجير الخاص، وكأيدي الأوصياء على أموال اليتامى، والحكام على تلك الأموال وعلى أموال الغائبين والمجانين ونحوهم، فهؤلاء لا يضمنون هلاك الشيء إلا بالتعدّي أو بالتقصير، لأن الأيدي هنا مؤتمنة<sup>(٤٤)</sup>. وأما اليد الثالثة: فهي اليد العادية التي يترتب عليها الضمان، كيد الغاصب والسارق ونحوهما. والغصب: وهو أخذ مال متقوم محترم بلا إذن من له الإذن على وجه يزيل يده بالفعل في العين<sup>(٤٥)</sup>. فمثلاً الخنزير لا يعتبر أخذه من المسلم غصباً، لعدم التقوم، ومال الأعداء المحاربين لا يعدّ غصباً، لأنه مال مهدر غير محترم، وكذا أخذ المال الموهوب لوجود الإذن، والمال المسروق لا يعتبر غصباً لانعدام وصف الجهرية فيه.

واختلف الفقهاء فيما لا ينقل ولا يحول مثل العقار؛ فقال الجمهور: إنها تضمن بالغصب، أعني أنها إن انهدمت الدار ضمّن قيمتها؛ وقال أبو حنيفة: لا يضمن، وسبب اختلافهم هل كون يد الغاصب على العقار مثل كون يده على ما ينقل ويحول؟ فمن جعل حكم ذلك واحداً قال بالضمان، ومن لم يجعل حكم ذلك واحداً، قال: لا ضمان<sup>(٤٦)</sup>. ولا شك أن رأي الجمهور هنا هو الأولى بالأخذ والعمل، وأنه لا بد من ضمان ما يفوت من صاحب العقار من منافع.

٤١ - الزحيلي: نظرية الضمان، ص ٧٠. وانظر: الفقه الإسلامي وأدلته، ج ٦، ص ٣٧٤.

٤٢ - انظر: فيض الله: نظرية الضمان، ص ٨٦-٨٧.

٤٣ - الزحيلي: نظرية الضمان، ص ٦٥.

٤٤ - المرجع السابق، ص ٦٦.

٤٥ - البغدادي: مجمع الضمانات، ص ١١٧.

٤٦ - انظر: ابن رشد: بداية المجتهد: ج ٢، ص ٣٤٢.

## الفرق بين ضمان العقد و ضمان اليد و ضمان الإتلاف

والفرق بين ضمان العقد و ضمان اليد: أن ضمان العقد مرده إلى ما اتفق عليه المتعاقدان أو بدله، و ضمان اليد مرده المثل أو القيمة. ويفارق الإتلاف ضمان اليد في أنه "أي الإتلاف" يتعلق بالحكم فيه بالمباشرة دون السبب، و ضمان اليد يتعلق بالمباشرة والسبب(٤٧). وعليه فالفرق بين ضمان الإتلاف و ضمان اليد: أن مصدر الضمان في الإتلاف هو مباشرة الفعل، و أما مصدر ضمان اليد فهو إما المباشرة أو التسبب. إلا أن الحنفية قالوا: إذا كان المسبب في الإتلاف متعدياً يجعل كالمباشر(٤٨). و يتضح الفرق بين ضمان العقد من جهة و ضمان اليد أو الإتلاف من جهة أخرى على النحو الآتي في الأمور التالية(٤٩).

- ١- الأهلية: يشترط لضمان العقد عند الحنفية الأداء الناقص أي التمييز، وعند جمهور الفقهاء: البلوغ مع العقل. و أما ضمان اليد فيكفي للالتزام به أهلية الوجوب الكاملة أي توفر الصفة الإنسانية بعد الولادة، فسواء أكان الصبي مميّزاً أو غير مميّز، فإنه يلتزم بضمان المتلفات(٥٠).
- ٢- كيفية التعويض: يقدر التعويض أو الغرامة في ضمان العقد حسبما جرى الاتفاق أو التراضي عليه، لأن المقصود من العقود هو الاسترباح... و أما ضمان اليد فيراعى فيه مبدأ المماثلة بقدر الإمكان، لأن المقصود من ضمان المتلفات هو تغطية الضرر الواقع فعلاً.
- ٣- المسؤول عن التعويض: قد يكون هناك تضامن في المسؤولية في ضمان العقد، كما في الكفالة حيث يمكن للدائن مطالبة الأصيل أو الكفيل بالدين المكفول به. وكذلك العقد الذي فيه معنى الكفالة كشركة المفاوضة عند الحنفية(٥١). أما في ضمان اليد ما عدا الغصب، فإن كل جانٍ مسؤولٌ بانفراده ومستقلٌ عن الجنّة الآخرين. لأن المبدأ المقرر في الإسلام هو المسؤولية الفردية لقوله تعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِيْنَةٌ﴾(٥٢)، أما الغصب فيمكن مطالبة الغاصب أو غاصب الغاصب الضمان.

٤٧- عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي: الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٤٠٣هـ، ج ١، ص ٣٦٢.

٤٨- شمس الدين السرخسي: كتاب المبسوط، دار المعرفة، بيروت، ط ١، ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م، ج ١١، ص ٥٤.

٤٩- الزحيلي: نظرية الضمان، ص ٧٩-٨١.

٥٠- البزدوي: كشف الأسرار على أصول البزدوي، ج ٢، ص ١٣٨٣.

٥١- هي أن يتعاقد اثنان فأكثر على أن يشتركا في عمل بشرط التساوي في رؤوس الأموال والتصرفات والأرباح.

٥٢- سورة المدثر، الآية: ٣٨.

٤- الإجازة: الإجازة تلحق العقد كما في تصرف الفضولي، وكذا تلحق الأفعال عند الإمام محمد خلافاً لأبي حنيفة، فلو رد الغاصب الشيء المغصوب إلى شخص أجنبي، فأجاز المالك المغصوب منه قبض ذلك الأجنبي أي فعله، برئ الغاصب من الضمان عند محمد، وعند أبي حنيفة لا يبرأ من الضمان. أما في ضمان الإتلاف: ففي قول مرجوح أن الإجازة لا تلحق الإتلاف، فلو أتلّف انسان مال غيره تعدياً، فقال المالك: أجزت أو رضيت أو أمضيت، لم يبرأ من الضمان<sup>(٥٣)</sup>. والصحيح أن الإجازة تلحق الإتلاف كبقية الأفعال.

٥- وقت تملك المضمون: إن المضمون ضمان عقد لا يملكه مستحقه إلا بقبض الضامن، أما المضمون ضمان يد، فيملكه مستحقه من تاريخ حدوث سبب استحقاقه.

#### المبحث الرابع: شرائط الضمان

لا بد أن يتوفر في الشيء المتلف عدة شروط حتى يجب الضمان على التالف، وهي:

١- أن يكون مالاً: فلا ضمان في إتلاف مية، أو قطرة ماء، أو كفّ تراب، والكلب<sup>(٥٤)</sup>، ونحو ذلك مما ليس بمال عرفاً وشرعاً<sup>(٥٥)</sup>.

٢- أن يكون متقوماً بالنسبة للمُتلف عليه: وهو الذي له قيمة شرعية، فلا يتحقق الضرر في إتلاف خمر على مسلم، لعدم ماليتها شرعاً في حقه<sup>(٥٦)</sup>. أما إذا كانت الخمر والخنازير لغير مسلم أي لذمي، فأتلّفها له مسلم أو غيره، ضمن له قيمتها إذا كان مسلماً، ومثلها إذا كان غير مسلم عند الحنفية والمالكية<sup>(٥٧)</sup>، لتعدييه ولأنها مال محترم عند غير المسلمين يتمولونها، بدليل أنه روي عن عمر رضي الله عنه أن عامله كتب إليه: إن أهل الذمة يمرّون بالعاشر ومعهم الخمر، فكتب إليه عمر: ولوهم يبيعها، وخذوا منهم عشر أثمانها، فقد جعلها مالاً متقوماً، وإذا كانت مالاً، وجب ضمانها كسائر أموالهم... وأما كون الخمر ونحوها غير متقومة فهذا بالنسبة للمسلم فقط<sup>(٥٨)</sup>.

٥٣- الدر المختار، بيروت: دار الفكر، ط ٢، ١٣٨٦هـ، ج ٦، ص ١٩٨.

٥٤- هذا إذا لم يكن معلماً، حيث يضمن في الكلب المعلم أو الفهد المعلم إذا أتلّفه.

٥٥- فيض الله: نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام، ص ٨٩.

٥٦- المرجع السابق، ص ٨٩.

٥٧- علي بن أحمد بن حزم: المحلّي بالآثار، تحقيق: عبدالغفار سليمان البنداري، بيروت: دار الكتب

العلمية، د. ط، ١٤٠٨هـ/١٩٨٨م، ٤٤٦/٦، المسألة: ١٢٦٧.

٥٨- الزحيلي: نظرية الضمان، ص ٥٨-٥٩.

وقالت الشافعية والحنابلة: لا يجب ضمان الخمر والخنزير، سواء أكان متلفه مسلماً أو ذمياً لمسلم أو ذمياً، إذ لا قيمة لها كالدّم والميتة وسائر الأعيان النجسة، وما حرم الانتفاع به لم يضمن ببطل عنه، بدليل أن الرسول صلى الله عليه وسلم حرّم بيعها وأمر بإزالتها، فما لا يحل بيعه ولا تملكه، فلا ضمان فيه، وتحريم البيع ثابت بحديث جابر أنه سمع الرسول صلى الله عليه وسلم يقول: "إن الله ورسوله حرّم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام"<sup>(٥٩)</sup> أخرجه البخاري ومسلم، ثم إن الخمر ونحوها محرّمة العين، ولا ضمان بإتلافها لمسلم، فكذلك الذي مثله، أي فكان هؤلاء يعتبرون هذا التحريم من قواعد النظام العام<sup>(٦٠)</sup>. والأولى أن يقال أنه إذا أتلف مسلم ذمياً خمرًا أو ما شابهه أنه يضمن إذا كان في فعله تعدياً بحيث يدخل على بيوتهم ويتلف الخمر الذي عندهم. أما إذا أظهرها ذلك فأتلفه مسلم فلا يضمن في هذه الحالة. وقد أشار الإمام الغزالي إلى ذلك بقوله: "ولا يضمن الخمر على ذمّي ولا مسلم... ولا يراق على أهل الذمة إلا إذا أظهرها، فإن أريق فلا ضمان"<sup>(٦١)</sup>.

٣- أن يكون مملوكاً: فلا ضرر ولا تعويض، في إتلاف المباحات التي لا يملكها أحد، كالكلأ في منابته، والماء في منابعه، والأسماك في البحار، والطيور في الهواء<sup>(٦٢)</sup>.

٤- أن يكون محترماً: أي غير مهدر، فلا ضمان في إتلاف أموال المحاربين من أعداء المسلمين، لانعدام فائدة التضمين لانتفاء الولاية عليهم<sup>(٦٣)</sup>.

٥- أن يكون التلف أو الضرر محققاً بشكل دائم: فإذا أعيد الشيء إلى الحالة التي كان عليها، فلا ضمان، كأن عولج المرض أو نبتت سنّ الحيوان في المدة التي بقي فيها الشيء المغصوب في يد الغاصب، لأن النقص الحاصل عندما أزيل أو السنّ لما نبتت ثانياً، جعل الضرر كأن لم يكن، ويُردُّ على الغاصب أو المعتدي ما أخذ منه بسبب النقصان، لأنه تبيّن أن ذلك النقصان لم يكن موجباً للضمان لعدم تحقق شرط الوجوب، وهو العجز عن الانتفاع على طريق الدوام على حدّ تعبير

٥٩ - الإمام أبو عبدالله محمد بن إسماعيل البخاري: صحيح البخاري، تحقيق: مصطفى ديب البغا، دار ابن كثير، اليمامة، بيروت، ط ٣، ١٤٠٧ هـ/١٩٨٧ م، ج ٢، ص ٧٧٩.

٦٠ - انظر: ابن حزم: المحلى، والزحيلي: نظرية الضمان، ص ٥٩.

٦١ - الغزالي: الوجيز، ج ١، ص ٢٠٨.

٦٢ - انظر: فيض الله: نظرية الضمان، ص ٨٩. وفي الأمثلة نظر ولا سيما في عصرنا الحاضر حيث تعتبر هذه من الثروة الوطنية، والدولة كفيلة بحماية ذلك، ويعاقب من يتعدى على واحدة مما ذكر.

٦٣ - انظر: أبا بكر مسعود الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق: محمد عدنان بن ياسين درويش، بيروت: دار الكتاب العربي، ط ٢، ١٤١٩ هـ/١٩٨٢ م، ج ٧، ص ١٥٥.

الكاساني، وهذا عند أبي حنيفة. وقال الصحابان: على الجاني الأرش كاملاً: لأن الجناية وقعت موجبة له، والذي نبت نعمة جديدة من الله (٦٤). والراجح ما قاله أبو يوسف والشيباني، لأن الضرر وقع ولذا لا بد من التعويض عنه سواء نبتت السن أو لم تنبت.

## ٦- أن يكون المتلف أهلاً لوجوب الضمان:

الأصل في فعل الحيوان وما ينشأ عنه من ضرر أن يكون جُبَّاراً، أي هدرًا لا يستتبع مساءلة. ذلك لأنه لا ذمّة له ولا إدراك، فتنفي الضمان إن لم يكن للحيوان مالك. فلا يضمن ما تتلفه بهيمة من الأموال، لأن فعل العجماء جُبَّار أي هدر (٦٥). وما أفسدت البهائم بالليل من الزرع فهو مضمون على أهلها وما أفسدت من ذلك نهاراً لم يضمنه (٦٦). أما إذا كان له مالك فإنه يكون مسؤولاً عند إهماله أو تقصيره أو تعديّه، وهذا ما يشير إليه حديث عازب حرام بن محبصة، فقد روى أن ناقة البراء بن عازب دخلت حائطاً فأفسدت فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن على أهل الحوائط حفظها بالنهار وأن ما أفسدته المواشي بالليل ضامن (مضمون) على أهلها، فإن المواشي حين كانت تترك نهاراً للرعي والسوم لم يكن في تركها تقصير إذ كانت هذه عادتهم وكان على أرباب الحوائط وهم يعلمون فيها نهاراً أن يحفظوها ويذودوا عنها، فإذا ما دخلت حوائطهم فأفسدت فيها كان ذلك من تقصيرهم في حراستهم حوائطهم لا من تقصير أرباب المواشي ولذلك لا ضمان عليهم فيما أفسدت. أما إذا كان الليل فعلى أرباب المواشي حفظها ومنعها حيث لا سوم ولا رعي وحيث تحبس في حظائرها فإذا ما انفلتت ليلاً فأفسدت كان ذلك من تقصير أربابها في حفظها فكان عليهم ضمان ما أفسدت (٦٧). ولا يشترط في الضامن كونه بالغاً عاقلاً، فإن الصبي والمجنون يضمنان ما يتلفان من أموال. وكذا لا تكون الضرورة سبباً للإعفاء من الضمان. وكذا لا يعتبر الجهل بكون المال المتلف مال الغير، فالعلم بذلك ليس بشرط لوجوب الضمان، فمن أتلف مالاً ظاناً أنه ملكه، ثم تبين أنه مملوك لغيره، ضمنه، لأن الإتلاف واقعة مادية، لا يتوقف وجودها على العلم بكون المتلف مال الغير، كل ما في الأمر أن الإتلاف إذا تم مع العلم فإنه يستوجب الضمان والإثم الأخروي، وإذا حدث جهلاً فإنه

٦٤ - نظرية الضمان، ص ٨٩.

٦٥ - الزحيلي: نظرية الضمان، ص ٦١.

٦٦ - ابن قدامة: المغني، ٣٣٦/٨.

٦٧ - الخفيف: الضمان في الفقه الإسلامي، ص ٢٤٢.

يستوجب الضمان فقط، ويرتفع الإثم، لأن الخطأ مرفوع المؤاخذة شرعاً<sup>(٦٨)</sup>. فالأشهر أن الأموال تضمن عمداً وخطأً<sup>(٦٩)</sup>.

#### المبحث الخامس: الواجب في الضمان التعويضي:

القصد من التعويض: هو تغطية الضرر الواقع بالتعدّي أو الخطأ، والمبدأ المقرر في المسؤولية المدنية هو عدم مقابلة الإتلاف بمثله، إذ لا ضرر ولا ضرار في الإسلام، والمقصود من منع الضرر نفي فكرة الثأر التي كانت سائدة في الجاهلية، إذ لا فائدة منها، بل في ذلك خطر وحمق ومفسدة محضة، وهو اتساع دائرة الأضرار الواقعة نتيجة انتشار فكرة المقابلة بالمثل، والضرر لا يزال بالضرر. أما التعويض أو التضمين ففيه نفع بجبر الضرر وترميم آثاره. وعلى هذا فليس للمتضرر أن يتلف مال غيره، كما أتلف ماله، وإنما له القيمة أو المثل<sup>(٧٠)</sup>.

#### كيفية التعويض:

لا شك أن الإسلام حرم الغصب والإتلاف ونحوهما من الاعتداء على أموال الآخرين، ويظهر ذلك جلياً من خلال آيات قرآنية كريمة وأحاديث نبوية شريفة. من ذلك قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾<sup>(٧١)</sup>، وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إن دماءكم وأموالكم حرام عليكم..."<sup>(٧٢)</sup>، وقوله صلى الله عليه وسلم: "من أخذ شبراً من الأرض بغير حقه طوفه في سبع أرضين يوم القيامة"<sup>(٧٣)</sup>.

- 
- ٦٨ - انظر: الزحيلي: نظرية الضمان، ص ٦٢.
- ٦٩ - ابن رشد: بداية المجتهد، د. م: مكتبة الكليات الأزهرية، د. ط، ١٣٨٩هـ/١٩٦٩م، ج ٢، ص ٣٤٢.
- ٧٠ - الزحيلي: نظرية الضمان، ص ٨٨.
- ٧١ - سورة النساء، الآية: ٢٩.
- ٧٢ - مسلم، صحيح مسلم، ج ٢، ص ٨٨٩.
- ٧٣ - الإمام أبو الحسين مسلم بن الحجاج النيسابوري: صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت: د. ط. ت، ج ٣، ص ١٢٣٠.



وقاعدة الضمان أو كفيته بالنسبة للأموال بسبب الغصب أو الإتلاف ونحوهما: هو أنه يجب ضمان المثل باتفاق العلماء إذا كان المال مثلياً<sup>(٧٤)</sup>، لقوله تعالى: ﴿فَمَنْ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾<sup>(٧٥)</sup>، وقوله تعالى: ﴿وَجَزَاءٌ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا﴾<sup>(٧٦)</sup>، قال الزيلعي: وضمان العدوان مشروط بالماتلة بالنص والإجماع، وسُمِّي الضمان المقابل اعتداءً بطريق المقابلة لفعل الاعتداء أو الإضرار مجازاً لا حقيقة؛ لأن المجازاة أو الضمان لا يكون سيئة.. ولأن المقصود من التضمين جبران الضرر، وذلك أعدل وأتم في مثل الشيء المتلف، لأن المثل معادل صورة ومعنى، أي مراعى فيه جنس التالف وماليته، فكان الإلزام بالمثل "أي مثلما استهلك صفة ووزناً" أقرب إلى الأصل من القيمة، والواجب في الضمان الاقتراب من الأصل بقدر الإمكان تعويضاً للضرر: ولكن إذا تعدر وجود المثل ينتقل إلى القيمة للضرورة<sup>(٧٧)</sup>.

وأما إذا كان المال قيمياً كالعروض التجارية والحيوان ونحوها مما لا مثل له، فيجب ضمان القيمة باتفاق العلماء، لأنه تعذر الوفاء بالمثل تماماً صورة ومعنى، فيجب المثل معنى: وهو القيمة، لأنها تقوم مقامه، ويحصل بها مثله، واسمها ينبئ عنه. وتجب القيمة في ثلاث حالات:

- ١- إذا كان الشيء غير مثلي كالحيوانات والدور والمصوغات، فلكل واحد منها قيمة تختلف عن الأخرى باختلاف الصفات المميزة لكل واحد.
- ٢- إذا كان الشيء خليطاً مما هو مثلي بغير جنسه كالبر مع الشعير.
- ٣- إذا كان الشيء مثلياً تعذر وجود مثله إما حقيقة أو حكماً<sup>(٧٨)</sup>.

#### تقدير التعويض ووقت تقديره:

يقدر القاضي التعويض بالاستعانة بالخبراء، ويلاحظ ما حدث من الأضرار المادية الملموسة الواقعة فعلاً، أما الأضرار المحتملة فإن كان وقوعها مؤكداً فهي في حكم الواقعة. وأما ضياع المصالح

- 
- ٧٤ - المثلي: هو ما يوجد له مثل في الأسواق بلا تفاوت يعتد به. أو هو ما تماثلت آحاده أو أجزاؤه بحيث يمكن أن يقوم بعضها مقام بعض دون فرق يعتد به. والأموال المثلية أربعة: المكيلات، والموزونات، والعدديات المتقاربة، وبعض أنواع الذرعيات.
  - ٧٥ - سورة البقرة، الآية: ١٩٤.
  - ٧٦ - سورة الشورى، الآية: ٤٠.
  - ٧٧ - الزحيلي: نظرية الضمان، ص ٩٢-٩٣.
  - ٧٨ - المرجع السابق، ص ٩٤.

والخسائر المنتظرة غير المؤكدة (أي المستقبلية) أو الأضرار الأدبية أو المعنوية فلا يعوض عنها في أصل الحكم الفقهي، لأن محل التعويض هو المال الموجود المحقق فعلاً. والمتقوم شرعاً، والأضرار المستقبلية غير محققة حالاً، وكذا الضرر الأدبي غير متقوم شرعاً، لكن يمكن أن نجد مستنداً لتعويض تلك الأضرار في السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي فيما لا نص عليه، عملاً بمبدأ السياسة الشرعية لإحقات الحق وإقرار العدل ودفع الحرج والمشقة، وأخذاً بمشروعية التعزيرات أو الغرامات المالية، يفعل القاضي في ذلك ما يراه حسب الحاجة (٧٩).

والمبدأ العام في تعويض الأضرار الناشئة عن ضمان اليد أو المسؤولية التصديرية: هو الماثلة بين التعويض والضرر أي أنه يجب تعويض جميع الضرر، لأن ضمان الإلتلاف ضمان اعتداء، والاعتداء لم يشرع إلا بالمثل في النص القرآني. أما في ضمان العقد أو المسؤولية العقدية فلا يشترط التقييد بالمثل، وإنما ينفذ الشرط المتفق عليه قدر الإمكان عملاً بقاعدة (يلزم مراعاة الشرط قدر الإمكان).

ويلاحظ أن الضمان يجب في مال الجاني نفسه، وهو الأصل العام في المسؤولية لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾ (٨٠) هذا في المسؤولية المدنية. أما في المسؤولية الجنائية فإن الشريعة راعت عرف العرب في ذلك فأوجبت الدية على عاقلة القاتل، تضامناً معه، لأن الأسرة كانت تربطها رابطة التضامن، والآن تجب الدية على القاتل نفسه، إذ لا تناصر بين أفراد الأسرة (٨١).

#### وقت تقدير التعويض:

يختلف فيه الحكم بين الغضب والإلتلاف فالمختار عند الحنفية: هو ما قاله أبو يوسف من أنه: تجب القيمة يوم الغضب، لأنه لما انقطع المثل فقد التحق المغصوب بما لا مثل له في وقت اعتبار القيمة، وخلف الشيء إنما يجب بالسبب الذي يجب به الأصل، وهو الغضب، فتعتبر قيمة يوم الغضب (٨٢). وأما المال القيمي فتجب فيه بالهلاك أو التلف يوم الغضب باتفاق الحنفية، وكذا إذا استهلك عند أبي حنيفة. وعند الصحابين: تجب القيمة يوم الاستهلاك. وأما الإلتلاف دون غضب: فتجب فيه القيمة يوم التلف اتفاقاً (٨٣). وكذلك قالت المالكية: يجب ضمان المغصوب يوم الغضب،

٧٩ - الزحيلي: نظرية الضمان، ص ٩٦.

٨٠ - سورة الزمر، الآية: ٧.

٨١ - أحمد فتحي بهنسي: شرح وتعليق على رسالة الشيخ محمود شلتوت في المسؤولية الجنائية، القاهرة: مؤسسة الخليج العربي، ط ١، ١٤٠٧هـ/١٩٨٧م، ص ١٤٠.

٨٢ - الزحيلي: نظرية الضمان، ص ٩٧.

٨٣ - ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ج ٢، ص ٢١٩. والبغدادي: مجمع الضمانات، ص ١٤٦.

والمتلف يوم الاستهلاك أو الإتلاف<sup>(٨٤)</sup>. وقالت الشافعية: إذا كان الإتلاف بلا غضب كالمستعار، فتجب القيمة يوم التلف إن كان الشيء مثلياً، لأنه لم يدخل في ضمانه قبل ذلك. وتعتبر القيمة في موضع الإتلاف، إلا إذا كان المكان لا يصلح كالمفاضة فتعتبر القيمة في أقرب البلاد. وأما في الغصب ومثله المقبوض على سوم الشراء أو بالشراء الفاسد: فإن كان المال مثلياً فالأصح أن المعتبر في الضمان هو أقصى قيمة له من وقت الغصب في بلد الغصب إلى وقت تعدد وجود المثل. وإذا كان المثل مفقوداً عند التلف، فالأصح وجوب الأكثر قيمة من الغصب إلى التلف، سواء أكان ذلك بتغيير الأسعار أم بتغيير المصوب في نفسه.

وأما المال القيمي: فيضمن بأقصى قيمة له من يوم الغصب إلى يوم التلف<sup>(٨٥)</sup>. وقالت الحنابلة: تجب قيمة المتلف في بلد التلف ويوم التلف، وفيما يجب عليه حفظه إلى مدة معلومة. لزمه ضمانه بالإتلاف وقت انتهاء حفظه لا يوم تلفه. وإن تلف المصوب المثلي، وفقد مثله، تجب قيمته يوم انقطاع المثل، لأن القيمة وجبت في الذمة حينئذ.

وفي الغصب: يجب الضمان بتقدير أكثر قيمة للتالف من حين الغصب إلى وقت وجوب ردّ القيمة إذا حدث التغيير في المصوب نفسه من كبر وصغر، وسمن وهزال، وتعلم ونسيان ونحو ذلك من المعاني التي تزيد بها القيمة وتنقص، لأن هذه المعاني مغبوبة في الحال التي زادت فيها والزيادة لملكها مضمونة على الغاصب. وليس على الغاصب ضمان نقص القيمة الحاصل بتغيير الأسعار نصاً عليه أحمد وهو قول جمهور العلماء، وحكى عن أبي ثور أنه يضمنه لأنه يضمنه إذا تلفت فيلزمه إذا ردّها كالسمن<sup>(٨٦)</sup>. والراجح، والله أعلم، هو الرأي القائل بالضمان لما في ذلك من مصلحة لصاحب الحق ومن ردع للغاصب، فيعاقب بدفع أعلى قيمة وصل إليها من يوم الغصب إلى وقت الفقد.

#### المبحث السادس: محل الضمان:

يمكن تقسيم المضمونات إلى قسمين إذا ما أردنا تعميم معنى الضمان:

- ١- ما ليس بمال وهم البشر، فيضمنون بالجناية على النفس أو الأعضاء إما بالمباشرة وإما بالتسبب.
- ٢- ما هو مال: وينقسم إلى أعيان ومنافع وزوائد ونواقص وأوصاف<sup>(٨٧)</sup>.

٨٤ - ابن رشد: بداية المجتهد، ج ٢، ص ٣٤٢.

٨٥ - الغزالي: الوجيز، ج ١، ص ٢٠٨-٢٠٩. وابن قدامة: المغني، ج ٥، ص ٢٦٣.

٨٦ - ابن قدامة: المغني، ج ٥، ص ٢٦٠.

٨٧ - الزحيلي، نظرية الضمان، ص ١١٢.

## الأعيان:

أما الأعيان فنوعان: أمانات ومضمونات، وتضمن الأمانات في حالة التعدي أو التقصير كإهمال حفظ الوديعة مما أدى إلى تلفها أو ضياعها أو سرقتها، وحينئذٍ لا تبقى أمانة مغطوية. فإن هلكت بلا تعدٍ فلا شيء في مقابلتها. والمضمونات: يجب ضمان تلفها أو إتلافها في كل الحالات، حتى ولو كان التلف قضاءً وقدرًا.

والأمانات: هي التي يجب تسليمها بذاتها، فإذا هلكت لا تضمن إلا بالتعدي أو بالتقصير، وهو نوعان:

١- أمانة حصلت في يد المؤتمن برضا صاحبها، وحكمها أنه لا يجب أداؤها إلا بعد المطالبة بها، مثل الودائع.

ويحصل الرضا أو الإذن بها إما بعقد، أو بإذن شرعي كاللقطة، أو بإذن عرفي كالمنقذ لمال غيره من التلف ونحوه.

٢- أمانة حصلت في يد المؤتمن بدون رضا صاحبها، وحكمها أنه يجب المبادرة إلى ردها مع العلم بمستحقها والتمكّن منه، ولا يجوز التأخير مع القدرة على الرد، مثل اللقطة إذا علم صاحبها<sup>(٨٨)</sup>.

والأعيان المضمونة عند الحنفية من ناحية الالتزام برد المثل أو القيمة نوعان:

١- عين مضمونة بنفسها أي في حد ذاتها: وهي التي يجب ضمان ردها بعينها ما دامت موجودة، فإن هلكت وجب الإتيان بمثلها إن كان لها مثل، وإلا فعليه قيمتها، مثل المقبوض ببيع فاسد<sup>(٨٩)</sup>.

٢- عين مضمونة بغيرها: هي العين التي يجب تسليمها ما دامت موجودة، فإذا هلكت لا يجب تسليم مثلها ولا قيمتها. فهي إذاً ليست بمضمونة، ولكنها تشبه المضمونة، كالمبيع قبل قبض المشتري له مضمون بالثمن، والمرهون مضمون بالدين. فإذا هلك المبيع قبل القبض لا يجب على البائع أو غيره شيء لا المثل ولا القيمة ولكن يسقط الثمن عن ذمة المشتري، وهو غير المثل والقيمة<sup>(٩٠)</sup>.

٨٨ - الزحيلي: نظرية الضمان، ص ١١٢-١١٣.

٨٩ - علي حيدر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب: فهمي الحسيني، دار الكتب العلمية، بيروت، د. ط. ت، ص ٢٣٩-٢٤١. المادتين: ٢٩٨، ٢٩٩ من المجلة.

٩٠ - الكاساني: بدائع الصنائع، ج ٦، ص ١٤٣.

والأعيان المضمونة عند المالكية إما أن تكون:

أولاً: بسبب العدوان كالمغصوبات والمسروقات ونحوها.

ثانياً: أو بسبب قبض بغير عدوان بل بإذن المالك كقبض المبيع الذي يصبح المشتري بقبضه ضامناً له، أو بقاء يد البائع. فإن المبيع يكون من ضمان البائع قبل القبض، وكقبض المبيع بيعاً فاسداً فإنه من ضمان يد المشتري، ويضمن عندهم بالقيمة إذا تغير في ذاته، أو تغير سوقه، أو تعلق به حق الغير، أو تلف بأقاة سماوية أو أتلغه المشتري... (٩١). ومثل هذا التقسيم موجود عند الشافعية، وقد عدد السيوطي أنواع المضمونات التي يفهم منها ذلك وهي ستة عشر منها (٩٢): الغصب، والإتلاف بلا غصب، واللقطة إذا جاء مالها بعد التملك وهي تالفة، والمقبوض بالشراء الفاسد إذا تلف، والقرض، والعارية... إلخ.

وقالت الحنابلة: الأعيان المضمونة وهي التي يجب ضمانها بالتلف والإتلاف بكل حال: تجب المبادرة إلى ردها في كل الأحوال، سواء أكان حصولها بيد الضامن بفعل مباح أو محظور. فالأول كالعواري إذ هي مضمونة عندهم، فيجب ردها إذا استوفى المستعير منها الغرض المستعار له، سواء طالبه المالك أو لم يطالب، لأنها عندهم من المضمونات فهي شبيهة بالمغصوب. والثاني كالمغصوب والمقبوض بعقد فاسد ونحوهما (٩٣).

### المنافع:

ما كان من قبيل الأعراض كسكنى الدار وركوب الحيوان، وعمل الإنسان، وهي لفظ عام يطلق على كل ما ينتفع به. ولبيان مذاهب الفقهاء في ضمان المنافع لابد قبل ذلك ذكر خلافهم في مالية المنافع. فقد اختلف الفقهاء في اعتبار المنافع أموالاً، على عدة أقوال: قال أئمة الحنفية: المنافع ليست أموالاً، لكن يمكن تملكها، لأن المال عندهم مقصور على الأشياء المادية، والمنافع ليست ذات وجود مادي، وإنما هي أغراض متجددة تحدث شيئاً فشيئاً على ممر الزمن، لذا فإنه لا يمكن أن يرد عليها الغصب، ولا تضمن بالتلف ضمان يد، لكن تكون مضمونة أي ذات قيمة، إذا عقد عليها عقد من العقود كالإجارة والزواج، فيصبح تقويمها عندئذٍ للضرورة، ولرضا المتعاقدين، وبهذا الاتفاق أو

٩١ - الزحيلي: نظرية الضمان، ص ١١٦.

٩٢ - السيوطي: الأشباه والنظائر، ج ١، ص ٣٥٦-٣٦٠.

٩٣ - ابن قدامة: المغني، ج ٤، ص ٣١١.

التراضي تصبح مالاً متقوماً<sup>(٩٤)</sup>. وعليه لا تضمن عندهم منافع المصوب، سواء استوفاه الغاصب أم عطلها، فإذا كان المصوب سيارة أو دابة مثلاً فلا يلزم بضمان أجر المثل مدة عطلها، إذ ليس للمنفعة مثل، فلا يمكن الحكم ببدلها. وإنما يؤاخذ الغاصب ديانة في الدار الآخرة<sup>(٩٥)</sup>. والتحقيق عند الجمهور أن المنفعة مال، بل هي الغرض الأظهر من الأموال، إذ لا يحصر الناس على الأعيان ولا يكتنونها ويبدلون الأموال في الحصول عليها إلا لما تجره من منافع، فإذا أهدرنا مالية المنافع أدى ذلك إلى إهدار مالية الأعيان من باب أولى، بحكم أن المنافع هي المقصود المباشر، والأعيان هي الوسيلة إليها ويؤدي إهدار مالية أي منهما إلى منافاة قصد الشارع وأعراف الناس<sup>(٩٦)</sup>.

وقد أفتى متأخرو الحنفية بضمان منافع المصوب، والإلزام بدفع أجر المثل عن مدة الاستعمال في ثلاثة أشياء: وهي أن يكون المصوب مالاً موقوفاً للسكنى أو للاستغلال أو لغيرهما، أو مال يتيم، أو معدداً للاستغلال بأن بناه صاحبه لذلك، أو اشتراه لذلك، أو أجره أكثر من ثلاث سنين متتابعة بشرط استعمال المعدد للاستغلال بغير تأويل ملك أو عقد، فإذا استعمل بتأويل ملك، كما لو سكن أحد الشركاء بيتاً مشتركاً بدون إذن الشريك الآخر فلا أجر عليه لأنه استعمله على أنه ملكه<sup>(٩٧)</sup>.

وقد اختلف الفقهاء في ضمان المنافع بناء على اختلافهم في ماليتها على عدة مواقف:

**أولاً:** موقف النافين لضمان المنافع، وهو رأي الأحناف.

**ثانياً:** موقف المثبتين لضمان المنافع بالتفويت دون الفوات. وهو مذهب المالكية في منافع الأموال، كما أنه هو مذهب الإمامية والراجح من مذهب الشافعية في ضمان منافع الإنسان الحر.

**ثالثاً:** موقف المثبتين لضمان المنافع مطلقاً، سواء فوتها المعتدي واستفاد بها أو فاتت عنده وعطلها، كما لو غصب داراً ولم يسكنها، وسواء كانت المنفعة منفعة مال (عقار أو منقول) أو منفعة إنسان. وهذا هو الراجح من مذهب الحنابلة وهو الرأي المرجوح في المذهب الشافعي. وإنما يقوم هذا النظر على إيجاب ضمان المنفعة بإتلافها جبراً للضرر الواقع على المستحق

٩٤ - الزحيلي: نظرية الضمان، ص ١٢٠.

٩٥ - المرجع السابق، ص ١٢٠.

٩٦ - محمد أحمد سراج: ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، د. م: المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر

والتوزيع، د. ط. ت، ص ١٣١.

٩٧ - ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ج ٢، ص ١٠٠.

للمنفعة. وهذا النظر الموجب لضمان المنافع بإطلاق أبلغ في تحقيق المقصد الشرعي: رفع الضرر، وأعون على صياغة قاعدة عامة لضمان الأضرار الناشئة عن التعدي، سواء تعلق الضرر بالأعيان أو بالمنافع(٩٨).

### الزوائد:

اختلف الفقهاء في ضمان نماء أو غلة المغصوب على قولين: الأول: ذهب الشافعية والحنابلة إلى القول بالضمان. والثاني: عدم الضمان وهو ما ذهب إليه الحنفية والمالكية. فقالت الحنفية وهو الراجح عند المالكية: إن الزيادة الحادثة في المغصوب في يد الغاصب، سواء أكانت متصلة به كالسمن والجمال، أو منفصلة عنه كالولد واللبن وثمره البستان والصوف ونحو ذلك، أمانة في يد الغاصب، فإن هلك فلا ضمان عليه، إلا بالتعدي عليها كالإتلاف أو الأكل أو البيع، أو بالامتناع عن أدائها بعد طلبها من مالكها، لأن الزيادة ليست مغصوبة لفقدان شرط الإزالة من يد المالك، لأنها لم تكن في يده وقت الغصب(٩٩). وقالت الشافعية والحنابلة: زوائد المغصوب في يد الغاصب مضمونة لضمان الغصب إذا تلف شيء منها في يده، سواء أكانت الزيادة متصلة مثل السمن وتعلم الصناعة وغيرها، أو منفصلة كثمره الشجرة وولد الحيوان، لأن الزوائد ملك المغصوب منه، وقد صارت في يد الغاصب بالغصب، فتضمن بالهلاك أو التلف كأصلها الذي تولدت منه(١٠٠). وقال أبو حنيفة: لا يجب ضمان زوائد الغصب(١٠١). والراجح هو ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة، لأن هذه الزوائد قد تولدت من الأصل الراجع للمغصوب منه، ومن جانب آخر فإنه لا بد من التشدد مع الغاصب من باب الردع.

### النواقص:

يقسم الفقهاء النقصان المحتمل حدوثه للعين المغصوبة إلى أربعة أنواع(١٠٢):

- ١- النقصان بتراجع السعر وانخفاض القيمة.
- ٢- النقصان بفوات جزء من أجزاء العين كاليد والرجل والذنب والهزال للدابة.

٩٨ - محمد أحمد سراج: ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، ص ١٣١.

٩٩ - الكاساني: بدائع الصنائع، ج ٧، ص ١٣٢-١٣٥. والبغدادي: مجمع الضمانات، ص ١٢٩.

١٠٠ - ابن قدامة: المغني، ج ٥، ص ٢٦٠.

١٠١ - ابن قدامة: المغني، ج ٥، ص ٢٦٠.

١٠٢ - محمد أحمد سراج: ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، ص ١٤٨.

- ٣- النقصان بفوات وصف مرغوب فيه كالصنعة في الذهب واليبس في الحنطة.
- ٤- النقصان بفوات معنى مرغوب فيه كالعبد المحترف إذا نسي الصنعة في يد الغاصب أو إذا كان شاباً فشاح في يده (١٠٣).

ذهب الجمهور إلى عدم جبر النقصان بتراجع السعر (١٠٤).. ولا يوجب الشافعية ضمان نقصان السعر من حيث المبدأ، لأن المصوب لم يلحقه نقص في ذاته ولا في صفاته، والفائت إنما رغبات الناس وهي غير متقومة فلا تضمن (١٠٥). أما إذا تلف المصوب فإنه يضمن تفاوت الأسعار ونقصانها إذا كان من القيميات. أما المثلي فإنه يضمن إذا ما انقطع جنسه في الأسواق، فإنه على الغاصب أقصى القيم من حين الغصب إلى حين التلف.

أما النقصان بفوات جزء من أجزاء العين فإنه يضمن بدون خلاف عند الفقهاء (١٠٦). إلا في كيفية التضمنين، حيث فرق بعضهم بين الضرر اليسير والفاحش (١٠٧).

وأما النقص الطارئ بسبب فوات وصف مرغوب فيه: فهو مضمون باتفاق الفقهاء، مثل حدوث الصمم والعمى والشلل والمرض، أو نسيان الحرفة وتعطل الآلة.. فعلى الغاصب ضمان مقدار النقص الحاصل بقيمة أمثاله جبراً للضرر (١٠٨).

#### المبحث السابع: أقسام الضمان وأنواعه:

ينقسم الضمان إلى قسمين أساسيين هما: ضمان النفس وهو الدية في القتل الخطأ، أو في القتل العمد إذا حدث عفو أو صلح عن القصاص - وضمان المال: وهو التعويض المالي عن الضرر اللاحق بالغير.

وضمان المال يكون بقدر الضرر أو التعدي الحاصل، فينقسم باعتبارات عديدة:

#### أولاً: تقسيم ضمان المال باعتبار مقداره:

إلى ضمان كلي وضمان جزئي.

- ١٠٣ - انظر: البغدادي: مجمع الضمانات، ص ١٣٣.
- ١٠٤ - سبق ذكر الخلاف في ذلك، أما إذا تلف الشيء فالأصح وجوب الأكثر قيمة من يوم الغصب إلى حين التلف.
- ١٠٥ - ابن قدامة: المغني، ج ٥، ص ٢٦٠.
- ١٠٦ - محمد أحمد سراج: ضمان العدوان، ص ١٤٩.
- ١٠٧ - البغدادي: مجمع الضمانات، ص ١٣٥.
- ١٠٨ - انظر: ابن قدامة: المغني، ج ٥، ص ٢٥٢.



**الضمان الكلي:** هو الالتزام بدفع قيمة جميع الشيء المتلف إذا كان التلف كلياً أو جزئياً فاحشاً شبيهاً بالتلف التام... فللمالك الخيار بين أن يطلب قيمة النقصان فقط، أو أن يترك للغاصب ويضمنه جميع قيمته<sup>(١٠٩)</sup>. وأما في حالة التلف الفاحش أو الجنابة على الشيء بدون غصب، فكذلك يرى الحنفية والمالكية أن صاحب الشيء مخير بين أن يسلم الشيء للجاني، ويأخذ منه قيمته، أو أن يأخذ قيمة الناقصة فقط.

**وأما الضمان الجزئي:** فهو الالتزام بدفع قيمة النقصان اليسير في المغصوب، أو في الإتلاف الجزئي، وذلك بأن يقوم الشيء صحيحاً من كل شيء، ويقوم مجنياً عليه ويعطي المالك ما بين القيمتين، وهذا باتفاق الفقهاء<sup>(١١٠)</sup>. والنقصان الموجب للضمان الجزئي: هو كل عارض يطرأ على العين في يد الغاصب فيوجب نقصان قيمتها، كأن يتلف جزء من العين، أو تزول صفة مرغوب فيها، دون أن يؤدي إلى زوال منفعتها تماماً، لأنه إذا زالت المنفعة كان ذلك هلاكاً لا نقصاناً<sup>(١١١)</sup>.

**ثانياً: تقسيم ضمان المال باعتبار تقديره شرعاً**

ينقسم بهذا الاعتبار إلى مضبوط وغير مضبوط<sup>(١١٢)</sup>. فالمضبوط: هو ما حدد الشرع بإتلافه مُقدراً معيناً من الأموال، إما لحقّ الله تعالى أي رعاية لمصلحة عامة، أو لحقّ شخص معين، مثال الأول: إتلاف الصيد البري في الحرم، أو في أثناء الإحرام بالحج والعمرة، قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمِّدًا فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ هَدْيًا بَالِغَ الْكَعْبَةِ...﴾<sup>(١١٣)</sup> ومثال الثاني: ضمان الأموال المثليات لأنه محدد شرعاً بالمثل<sup>(١١٤)</sup>، كما جاء في الحديث: "طعام بطعام وإناء بإناء،"<sup>(١١٥)</sup>. وأما غير المضبوط: فهو التعويض غير المقدّر شرعاً، وإنما فوض لاجتهاد الأئمة والقضاة بحسب المصالح، وهو كل ما لم تأت به الشريعة

١٠٩ - الزحيلي: نظرية الضمان، ص ١٣١-١٣٢.

١١٠ - ابن رشد: بداية المجتهد، ج ٢، ص ٢٣٩. طبعة دار الفكر.

١١١ - الزحيلي: نظرية الضمان، ص ١٣٤.

١١٢ - الزحيلي: نظرية الضمان، ص ١٣٥.

١١٣ - سورة المائدة، الآية: ٩٥.

١١٤ - الزحيلي: نظرية الضمان، ص ١٣٥-١٣٦.

١١٥ - أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي: الجامع الصحيح سنن الترمذي، تحقيق: أحمد محمد شاكر وآخرون، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د. ط. ت، قال الترمذي حسن صحيح. ج ٣، ص ٦٤٠.

تأت به الشريعة بقاعدة عامة، وقد لا يزداد فيه ولا ينقص. ومنه: كل ما فوض به القاضي من إصدار الحكم بالتعويض المالي على الأضرار الأدبية، أو المادية حسب تقديره إذا لم يكن هناك مقدار محدد شرعاً... والراجع في ذلك هو مشروعية التغيريم المالي (١١٦).

ثالثاً: تقسيم ضمان المال باعتبار استقراره وتحوله:

ينقسم إلى مستقر ومتحوّل.

فالمستقر: هو أن يلتزم الشخص التعويض عن فعل نفسه دون أن يكون له الحق في الرجوع بما يدفعه على أحد، كضمان المتلفات، وضمان الغاصب هلاك الشيء المغصوب، وضمان الأجير المشترك ما يهلك في يده على الراجح عند المالكية والصاحبين ومتأخري الحنفية، ولو بغير تعدد أو تقصير منه، إلا إذا حصل الهلاك بقوة قاهرة كحريق عام أو غرق عام ونحو ذلك، ويضمن الأجير المشترك بإيداع ما تحت يده عند غيره، قالت الحنفية: ولو أودع الدلال ضمن (١١٧). والضمان المتحوّل: هو الذي من شأنه أن يعطي للضامن الذي دفع الضمان حقاً في الرجوع بما ضمنه على شخص آخر (١١٨). كما في غاصب الغاصب: إذا ما غصب شخص من آخر شيئاً، فجاء إنسان وغصبه منه، فهلك في يده أو أتلّفه، فالمالك بالخيار: إن شاء ضمّن الغاصب الأول لوجود فعل الغصب منه: وهو إزالة يد المالك عنه، وإن شاء ضمّن الغاصب الثاني أو المتلف سواء علم بالغصب أو لم يعلم لإزالة يد الغاصب الأول الذي هو بحكم المالك في أنه يحفظ ماله، ويتمكّن من ردّه عليه أي على المالك، ولأنه أثبت يده على مال الغير بغير إذنه، والجهل غير مسقط للضمان، أو لإتلافه الشيء، فإن اختار المالك تضمين الأول، رجع بالضمان على الثاني، لأنه يدفعه قيمة الضمان، ملك الشيء المضمون (أي المغصوب) من وقت غصبه، فكان الثاني غاصباً للملك الأول. وإن اختار تضمين الثاني أو المتلف، لا يرجع هذا الضمان على أحد، ويستقر الضمان في ذمته، لأنه ضمن فعل نفسه: وهو إزالة يد المالك أو استهلاكه وإتلافه (١١٩).

١١٦ - المرجع السابق، ص ١٣٧ - ١٤٦.

١١٧ - ابن عابدين: حاشية رد المحتار على الدر المختار، ج ٨، ص ٣٩١.

١١٨ - الزحيلي: نظرية الضمان، ص ١٣٧-١٣٨.

١١٩ - الكاساني: بدائع الصنائع، ج ٧، ص ١٣١.

