

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي  
جامعة عمار ثليجي - الأغواط  
كلية العلوم الإنسانية والإسلامية والحضارة



# الضرر وَضَمَاتِهِ فِي الشريعة الإسلامية

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية (L.M.D)  
التخصص : فقه مقارن وأصوله

❖ إشراف الدكتورة:  
فاطمة عامر

إعداد الطلبة :

- حريري أحمد
- عقافتة عبد الحميد

الجامعية

1440 - 1441 هـ / 2019 - 2020 م

السنة



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

## إهداء

إلى والدي الذي آلى على نفسه ، وهو العامل البسيط أن يعمل على ظهره ، ويعمل ويشقى لكي أطلب العلم ، فأنال أعظم الدرجات فيه ، إلى الوالد العظيم . أهدي له هذا البحث ، وهي أول باكورة فهي بعض حبات العرق الذي سال على جبينه ، لأحقق له بعض الذي كان يتمناه حفظه الله و جزاه عني خير ما يجزى به والد إلى من ربنتي صغيرا، وما زالت ترعاني كبيرا بدعائها إلى والدتي الغالية أطال الله في عمرها .

إلى جميع إخوتي وأخواتي . ومن جعل الله بيني وبينهم صلة العروة الوثقى التي لا انفصام لها.....

تحية تقدير ووفاء و اعتراف إلى جميع أساتذتي و أقاربي وأحبابي تحية و تقدير إلى لجنة المناقشة و نخص بالذكر المشرفة على بحثنا الدكتورة الوالدة عامر فاطمة التي لم تبخل علينا في التوجيه و النصائح رغم مشاغلها إلى كل من له صفة محبة المسلمين و الدعاء لهم و ينشد عزة دين ضاع بين أذعيانه قبل أعدائه .  
إليهم جميعا أهدي نتاج جهدي هذا .

### شكر وتقدير

بعد حمد الله وشكره والثناء عليه، الذي أعاننا ووفقنا إلى إنجاز هذا العمل، فاتيه لمن دواعي الفرح والسرور والحبور والامتنان، أن نتقدم بالشكر الجزيل إلى فضيلة الأستاذة الدكتورة عامر فاطمة حفظها الله - على تفضلها بقبول الإشراف على هذه الرسالة رعاية، وعناية، وتوجيها، فكانت نبراسا أضاءت دربنا في الولوج إلى خضم هذا البحث في دروبه الوعرة، ومسالكه الصعبة، فيسرت وذلت - بفضل الله سبحانه وتعالى - الصعاب وأدنت لنا البعيد، ولم تدخر وقتا ولا جهدا في القيام بإرشادنا وتوجيهنا، فنسال الله العلي القدير أن يجعل كل نفس من حياتها، وكل لحظة من عمرها في ميزان حسناتها، ويرفع لها يوم القيامة من درجاتها ويجعلها من العلماء العاملين المخلصين لدينه وعقيدته. كما نقدم شكرنا وامتناننا إلى الدكتورة الأفاضل - المتمثلين في لجنة المناقشة حفظهم الله تعالى الذين تكرموا علينا بقبول مناقشة هذه الرسالة، والتي منحوها من أوقاتهم الغالية والعزيرة، من أجل تقييم الرسالة وتقويمها، وكذا تصويب كاتبها. وأخيرا الشكر موصول إلى جامعة الأغواط العتيقة، وإلى قسم العلوم الإسلامية كلية الشريعة وأساتذتها وموظفيها خاصة. كما نشكر كل من ساعدنا في إخراج هذا العمل، إما بالدعاء لنا في ظهر الغيب، أو بتوفير كتاب، أو تشجيع، أو دعم، من أجل إكمال مسيرة البحث...

فجزاهم الله عنا كل خير.

مَقَامًا

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا، ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن سيدنا محمدا عبده ورسوله بلغ الرسالة وأدى الأمانة وكشف الغمة، ونصح الأمة، وجاهد في الله حق جهاده حتى أتاه اليقين - صلى الله عليه وسلم - وعلى آله وصحبه ومن سار على دربه، واقتفى أثره إلى يوم الدين .

من المعلوم أن علم الفقه علم جليل في موضوعه فهو العلم الوحيد الذي يضمن للإنسانية كامل الراحة والسعادة والهناء، باعتبار ما تتسم به الشريعة الإسلامية من جلب للمصالح ودرء المفسدات، وبهذا نعلم لما شمر علماء الفقه عن ساعد الجد وبذل الجهد الكبير في نشر هذا العلم العظيم وتمحيصه و تدوينه، وتفريع مسائله التي تجد من حوادث وقضايا، و التي لم ينص عليها دليل شرعي من كتاب الله أو السنة المطهرة الشريفة وهذا بدءا من صحابة رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وتلاميذهم من التابعين وتابعي تابعيهم، مروراً إلى الأئمة المجتهدين ومن جاء بعدهم.

فكان من بين المواضيع المتواترة موضوع "الضرر و ضمانه" و هو فن من فنون الفقه الذي ساعد على نمو الفقه بشكل واسع ودقيق، ومما لاحظ الفقهاء عند استعمال النظر ودقة الاستنباط من نصوص الكتاب والسنة واستقراء الأحاديث الدالة على الضرر و تتبع بعض القواعد الفقهية التي تحوي على الضرر والضمان، أن استنتجوا متى يكون الضمان و متى لا يكون و وضعوا ضوابط و قواعد فقهية تدل على ذلك . ولما كان البحث حول موضوع وإعداد مذكرة علمية باعتبار كوننا طالبين في قسم العلوم الإسلامية في الدراسات العليا لنيل درجة الماجستير، وبعد التردد والإقدام والإحجام وقع اختيارنا على موضوع الضرر و ضمانه في الشريعة الإسلامية، وهو الذي نص عليه الفكر والاختيار، وانتهى إليه الأمر بعد عون الله سبحانه وتعالى .

### ◆ مشكلة الدراسة وأهميتها:

إن الإسلام كما وضع قواعد العبادات وأصولها من صلاة وزكاة وصيام وحج وضع كذلك قواعد المعاملات بين الناس.

وإن كان الملاحظ أن أغلب الناس يهتمون ويعتنون بأحكام العبادات خاصة العوام والسواد الأعظم من الناس، و في المقابل يهملون دراسة المعاملات من فقه و أحكام ومسائل من الناحية الشرعية، وهذا خطأ كبير، إذ إن المعاملات في الفقه الإسلامي لا تقل أهمية عن العبادات، بل ربما العكس أن الالتزام بالمعاملات الشرعية دليل صدق الالتزام بشرع الله ودينه، فلو رجعنا إلى القرآن الكريم لوجدنا أن أطول آية في القرآن الكريم هي في المعاملات، وهي آية الدين التي وردت بعد آية إباحة البيع وحرمة الربا وكذلك فإن السنة النبوية الشريفة تضمنت كثيرا من الأحاديث، من أقوال النبي عليه الصلاة والسلام، حتى جعل معيار حسن الدين هو المعاملة، وحسن الخلق إلى غيرها من نصوص شرعية تبين أهمية فقه المعاملات في الشريعة الإسلامية ومعرفة أصول التعامل وضوابطه الشرعية لمعرفة الأوامر والنواهي والحلال والحرام والمباح والمندوب والواجب.

حتى جعل النبي صلى الله عليه وسلم التفقه في الدين من أساسيات هذا الدين الحنيف من هنا تأتي أهمية موضوع الضرر و الضمان في الفقه الإسلامي، أنه ليس موضوعا على سبيل الإطلاق و التعميم بل هو مقيد بقيود الشرع وفق قواعد وضوابط فقهية رصينة ومقاصد عظيمة في حفظ الكليات العامة في الشريعة الإسلامية الغراء.

فأصبح موضوع الضرر والضمان من أكثر المواضيع التي تطرح على أهل الفتوى والعلم الشرعي:

### إشكالية البحث :

1. عن أحكام الضرر ومقومات الضمان وأسسها.
2. وعلى من يقع الضمان إن كان الاعتداء عمدا أو خطأ؟
3. هل يحكم بالتعويض الكامل عن كل ضرر مباشر يلحق المتضرر؟

4. هل الضمان في الماديات، كحوادث الإلتلاف الواقعة في الحياة اليومية فقط أم يشمل أيضا المعنويات؟

5. وما معنى قاعدة «لا ضرر ولا ضرار»، وما يتفرع عنها من القواعد الفقهية؟ .  
**أهمية الموضوع "**

إن بحث الضرر والضمان في الشريعة الإسلامية تكمن أهميته بالخصوص في:

1. توظيف القواعد الفقهية ذات الموضوع الواحد لإيجاد الحلول والمستجدات التي يعوزها النص المباشر.

2. يحل مشكلة كبرى لكل فئات الناس وطبقاتهم الاجتماعية ، وبالأخص العلماء، و القضاة والمحامون، فضلا عن التجار والصانعين، والمتعاملين في المضاربات والشركات والوكالات والجنایات والديات والإيجارات والأمانات وغير ذلك .

3. إبراز حفظ الإسلام لحقوق الأفراد من كل أذى وتلف وضياع . و كيفية تطبيق القواعد لمبدأ العدالة التي قامت له السماوات والأرض .

4. بيان مقاصد الشريعة من خلال القواعد والضوابط الفقهية للضرر والضمان.

5. أنه يظهر صلاحية الشريعة الإسلامية لكل زمان ومكان؛ ومعالجتها للأمور كل حسب حاجته. تطبيقا لمبادئ اليسر والسعة في الشريعة الإسلامية.

### أهداف الموضوع:

- 1 . بيان أحكام الضرر ومبادئه ومقومات الضمان والقواعد الفقهية المندرجة تحتها
2. إبراز أهمية القواعد والضوابط الفقهية الواجب مراعاتها و احترامها لحل مشكلة الضرر و ما يترتب عنها من ضمان

3. بيان الرؤية الإسلامية في حفظ حقوق الإنسان بضمان أمواله وممتلكاته عند التلف والإهمال، وعرض ما اشتملت عليه الشريعة و الفقه الإسلامي من حقوق و غيره في هذه الظروف.
4. العمل على توضيح الصورة نتيجة للجهل الكبير لعموم الناس بالأحكام الشرعية التي تتعلق بالضرر والضمان خاصة ظروف أحوال أصحاب الصناعات والحرف التي يمارسونها .
5. بيان فقه الضرر و الضمان بضوابطه وقواعد الفقهية له من شمولية الإسلام وإحاطته بكافة نواحي الحياة وجوانبها فوق كل أرض وتحت كل سماء .
6. توضيح الأحكام الشرعية التي استنبطها الفقهاء والعلماء في مختلف المذاهب الإسلامية في هذا الجانب، اعتمادا على النصوص الشرعية الخاصة بالضرر و الضمان.
7. بيان القواعد الفقهية والضوابط التي وضعها الإسلام لتنظيم أحكام الضرر و الضمان .

#### ◆ سبب اختيار الموضوع :

إختيارنا لموضوع الضرر وضمانه في الشريعة الإسلامية وهو : أنه في حدود إطلاعنا لا توجد فيه دراسة علمية أو كتاب خاص، وإنما جاء ذكرها في فصول أو في مباحث أو في مطالب.

لذا فقد عزمنا على الكتابة في الضرر وضمانه في الشريعة الإسلامية وسنحاول إن شاء الله جمع شتات هذا البحث من مختلف المصادر الحديثة والقديمة

#### ◆ الدراسات السابقة :

لقد تكلم العلماء والفقهاء قديما وحديثا في موضوع الضرر بشكل عام،و كما نوهنا سابقا أنه لا توجد فيه دراسة علمية أو كتاب خاص، وإنما جاء ذكرها في فصول أو في مباحث أو في مطالب و ليس كموضوع خاص وبصورة إجمالية وذلك في الأبواب الفقهية وفي ما يلي بعض من الكتب سواء القديمة أو الحديثة من الدراسات السابقة التي كتبت في موضوع الضرر والضمان :

1. التعويض عن الضرر لمحمد بوساق، رحمه الله، ففي هذا الكتاب ذكر كيفية التعويض وكل ما يختص بالضرر وهو شبيه بموضوع دراستنا.
  2. شرح القواعد الفقهية للزرقا رحمه الله، حيث ألف هذا الكتاب وشرح القواعد الفقهية الموجودة في مجلة الأحكام العدلية، ومع ذلك لا يوجد جزء مستقل، أو فصل خاص بموضوعنا.
  3. القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها لصالح السدلان . و في هذا الكتاب ألم المصنف بالقواعد الفقهية الكبرى والمشهورة وذكر كل ما يتفرع عنها ، وهناك علاقة كبيرة بين موضوع دراستنا وهذا الكتاب .
  4. نظرية الضمان لوهبة الزحيلي، وقد اركزت هذه الدراسة على بيان نظرية الضمان كنظرية خاصة. ولم نجد فصلا أو بابا شاملا لموضوع دراستنا .
  5. الضمان في الفقه الإسلامي لعلي الخفيف حيث تناول هذا الكتاب أهم مسائل الضمان فيما يتلف من الأموال وهذا الكتاب له علاقة وطيدة بموضوع بحثنا . وهناك كتب خاصة بالقواعد الفقهية استفدنا منها في إبراز الأحكام الفقهية والقواعد الفقهية، ومع ذلك نلاحظ أن هذه الكتب لم تبحث في موضوع الضرر كموضوع خاص في الفقه وإن بحثوا فيه فنرى عدم التوسع .
- وجديد بحثنا اقتصر على الجمع والترتيب، ولم شتات الموضوع، وربطه بالتطبيقات في الفقه الإسلامي والنوازل المالية المعاصرة إجمالاً.

#### ◆ المنهج المتبع:

اتبعنا في هذا البحث المنهج الوصفي التحليلي، إضافة إلى المنهج الاستقرائي بحيث قمنا بتتبع كافة وحيثيات العناوين الخاصة ببحثنا من شتى المصادر الدالة عليه.

#### منهجية البحث:

وتتلخص أهم الخطوات التي سلكتها في كتابة البحث، فيما يلي :

- 1- التركيز على أحكام الضرر و الضمان .
- 2- الحرص على الإستدلال بالقضايا والمسائل المعاصرة .

3- العمل على عزو الآيات الشريفة، إلى مواضعها من السور الكريمة .

4- تخريج الأحاديث النبوية.

وقد جاءت خطة هذا البحث مجملة على النحو التالي :

مقدمة : و تناولنا فيها تمهيدا للموضوع.

وأما الفصل الأول : فجاء بعنوان الضرر وضمانه في الشريعة الإسلامية .

و فيه ثلاثة مباحث تحت كل مبحث مطلبان .

تحدثنا في هذا الفصل عن ماهية الضرر وعن أنواعه وعن المبادئ التي تحكم

الضرر، ثم تطرقنا إلى مقومات الضمان وشكليات تحقيقه .

ثم جاء الفصل الثاني : معنونا بالقواعد الفقهية المندرجة تحت الضرر والضمان و فيه

ثلاثة مباحث تحت كل مبحث مطلبان.

شرحنا فيه قاعدة "لا ضرر ولا ضرار". ثم تناولنا ما يتفرع عن هذه القاعدة من القواعد

الفقهية الكلية.

وبعدها درسنا القواعد والضوابط الفقهية المندرجة تحت الضمان مع إعطاء دليل وأمثلة

لكل قاعدة وضابط .

و بعدها درسنا أثر قاعدة الضرر يزال في علاج مشكلة المماثلة . و في الوفاء بالدين

عن تغير قيمة العملة .

وختمنا بحثنا هذا بجملته من النتائج وبعض التوصيات التي توصلنا إليها. وألحقنا في

الأخير فهرس الآيات القرآنية وفهرس للأحاديث النبوية الشريفة و قائمة المصادر و

المراجع .

## الفصل الأول:

ماهية الضرر و ضمانه في  
الشريعة الإسلامية

### تمهيد :

سنتطرق في هذا الفصل إلى موضوع مهم ومستجد ويتمثل في الضرر وضمنه من تعريف كل من الضرر والضمان وبيان أنواعهما وأحكامهما و بعض المبادئ التي تحكم الضرر .

وقد أثرى الفقهاء المسلمون هذا المجال بكثير من الأحكام لكثير من الحوادث الجزئية التي حدثت في زمانهم، مما يمكن عده ثروة ضخمة في هذا المجال يمكن تطبيقها على حوادث العصر؛ ذلك لأن حوادث الضرر وضمنه لا تختلف كثيرا من عصر إلى عصر؛ لأن طبائع الناس متشابهة غالبا، وأنواع الأذى والإعتداءات الناتجة عنهم متقاربة، والغاية منها والباعث عليها معروف في كل جيل، كما أن محل الضرر واحد في كل زمان، فهو إما جثماني أو مالي، والأموال المتداولة الآن هي نفسها المتداولة من قبل، فهي إما عقارات، أي: أراضي وأبنية وأشجار وثمار، أو منقولات مختلف أنواعها، وغير ذلك من وسائل المعيشة والتثقيف والمعرفة.

وعليه، فمن الممكن إيجاد حكم كل واقعة في العصر الحديث قياسا على أمثالها مما أورده الفقهاء في مؤلفاتهم وهذه المؤلفات معروفة و كثيرة .

## المبحث الأول : مفهوم الضرر وأنواعه

معلوم أن الضرر هو أحد أركان المسؤولية التقصيرية، فهو الأذى الذي يلحق بالشخص في ماله أو جسده أو في عاطفته و شعوره. فالتشريعات على اختلاف مشاربها تكاد تلتقي على وجوب تحقق الضرر الناجم عن الفعل الضار ليصار إلى تعويض الضرر. وهذا ما سنعالجه في هذا المبحث ضمن مطلبين

### المطلب الأول: تعريف الضرر

#### الفرع الأول: معنى الضرر لغة

جاء في لسان العرب :<sup>1</sup> الضر ضد النفع، والضر بالضم الهاء والواو سوء الحال . ويضيف صاحب لسان العرب قوله : والمضرة خلاف المنفعة، والضر وراء القحط والشدة، والضر سوء الحال وجمعها ضر ومن ذلك قولهم: وخلال لأضر جم من العيش \* \* يعفى كل ومنهن البواقي إنما كني عن سوء حاله في الجهل وقلة التمييز

وقيل : الضراء النقص في الأموال والأنفس.

وكذلك الضرة و الضرارة والضرر فيمالي، وسئل أبوا لهيثم عن قولاً لأعشى : ثم وصلت ضرة بريع، فقال :الضرة شدة الحائف علة من الضر .وأضاف صاحب لسان العرب: والضر أيضا هو حالا لضير وهو الزمن، والضراء الزمانة، قال ابن الأعرابي: الضرة الأذاة. وقوله عز وجل" : ﴿غَيْرُ أُولِي الضَّرَرِ﴾<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - ابن منظور أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري ، لسان العرب، دار صادر ، بيروت 1374هـ ( 6/153-154) .

<sup>2</sup> - سورة النساء [الآية 92] .

أي: غير أولي الزمانة، وقال ابن عرفة: أي غير منبه علة تضره وتقطعه عن الجهاد، وهي الضرارة أيضا، يقال: ذلك في البصر وغيره<sup>1</sup>.

- وجاء في المحيط ما يلي: ضر هو ضربه ضرا وضره ضد نفعه، أي: جلب إليها لضرر، والضر بالفتح مصدر وبالضم اسم، ويقال: أضرتني فلان إذا دنا مني دنوا شديدا، وأضر الرجل: راحت عليه ضرة في المال، ومن ذلك قولهم:

بحسبك في القوم أن يعلموا \* \* أنك فيهم غني مضر

وأضاف صاحب المحيط: الضرر سوء الحال والضيق والنقصان يدخل في الشيء<sup>2</sup>.

وقد ورد لفظ الضرر في القرآن والسنة في مواضع نذكر منها:

- قوله تعالى: ﴿وَإِذَا مَسَّ الْإِنْسَانَ الضُّرُّ دَعَانَا لِجَنبِهِ أَوْ قَاعِدًا أَوْ قَائِمًا﴾<sup>3</sup>.

- وقال جل شأنه أيضا: ﴿مَرَّ كَأَنْ لَمْ يَدْعُنَا إِلَىٰ ضُرِّ مَسَّهُ﴾<sup>4</sup>.

- وقال أيضا: ﴿قُلْ فَمَنْ يَمْلِكُ لَكُمْ مِنَ اللَّهِ شَيْئًا إِنْ أَرَادَ بِكُمْ ضَرًّا أَوْ أَرَادَ بِكُمْ نَفْعًا﴾<sup>5</sup>

- ومن السنة:

قوله صلى الله عليه وسلم «لا ضرر ولا ضرار»<sup>6</sup>. ومعنى الضرر هنا: ما كان ضد النفع.

### الفرع الثاني: تعريف الضرر اصطلاحا

1- محمد بن المديني بوساق، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، م. عبد الرحمن النجدي، دار اشبيلية السعودية، ط-1 1419 هـ ص 20.

2- بطرس البستاني، محيط المحيط قاموس مطول للغة العربية، مكتبة لبنان، بيروت، 1870م 1241/2-1242.

3- سورة يونس [الآية 12].

4- سورة يونس [الآية 12].

5- سورة الفتح [الآية 11].

6- رواه يحيى بن عمارة في موطأ مالك، كتاب الأفضية، باب القضاء في المرفق، تحقيق محمد فؤاد، دار إحياء التراث العربي رقم 31 ص 745، 1406 هـ ج 2.

هناك عدة تعريفات للضرر عند الفقهاء والأصوليين نقوم بذكر أوجزها وأهمها :

- 1- الضرر : هو النقص الذي يلحقه الرجل في شيء أخيه.
- 2- الضرر : هو الفعل الضار من واحد فقط.
- 3- الضرر : هو الفعل الضار ابتداء.
- 4- الضرر : هو ما تضر به صاحبك وتنتفع به أنت.
- 5- الضرر : هو إلحاق مفسدة بالآخرين مطلقا .
- 6- قال بعض المالكية : إن الضرر هو الذي لك فيه منفعة وعلى جارك فيه مضرة<sup>1</sup>.
- 7- الضرر: هو النقص في النفس أو الطرف أو العرض أو المال.

#### مناقشة التعريفات السابقة وبيان محترزاتها

يظهر على التعريف الأول والثاني والثالث قصور بيّن ولعل ذلك ناتج عن مقابلة الشراح للضرر بالضرار، و اعتمادهم في تعريفه على السياق في الحديث وبخاصة التعريف الثاني والثالث.

- أما الأول :

فقد اكتفى صاحبه بالمعنى اللغوي لفظ الضرر لذلك نجد هذه التعاريف للضرر غير وافية، ولا تكاد تلمح فيها المعنى الذي تقصده.

- أما التعريف الرابع:

ففيه معنى إلحاق مفسدة بالآخرين لكنه قيده بقوله : "وتنتفع به أنت" والصواب: أنه ليس هناك لزوم لهذا القيد، فإلحاق الضرر بالغير لا يستلزم دائما أن تكون فيه منفعة للضار؛ ولعل صاحب هذا التعريف يقصد الضرر الذي ينتج عن فعل مقصود، ولم يضع في اعتباره أن الضرر كما يكون مقصودا يمكن أن يكون كذلك من غير قصد، فالعمد والخطأ في أموال الناس سواء، وحتى لو كان يقصد بهذا التعريف

1- الشوكاني محمد بن علي، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، دار الجيل بيروت، 1973م 383/5.

الضرر الذي ينتج بسبب انتفاع المرء بملكه، فلا نسلم له كون حصول المنتفعة للضار ملازماً للفعل الضار الذي يصدر عنه<sup>1</sup>

#### - أما التعريف الخامس :

الذي ذكره بعض فقهاء المالكية، فهو وإن كان قريباً من التعريف الرابع؛ إلا أنه أضاف إليه قيوداً أخرى زيادة على القيد الذي أورده التعريف السابق؛ فكان بذلك أكثر التعاريف بعداً عن الصواب؛ لأنه قيد تعريفه للضرر بقيدتين، فحصره بذلك في صورة ضيقة جداً، وهذا نقداً لهما:

أولاً : بأن يكون النفع ملازماً للفعل الضار، بالنسبة لمن صدر عنه .

ثانياً: كون الضرر خاصاً بالجار، وهذا لم يقلبه أحد، والجمهور على خلافه، بل هو محض تحكم، ولا دليل يسنده؛ ولذلك وجدنا أن العلامة الشوكاني -رحمه الله - يقول : "إن الضرر على أي صورة كان فهو محرم من غير فرق بين الجار وغيره فلا يجوز في صورة من الصور إلا بدليل يخص به هذا العموم، فعليك بمطالبة من جوز المضارة في بعض الصور بالدليل، فإن جاء به قبلته وإلا ضربت بهذا الحديث وجهه"<sup>2</sup> ولعل التعريف السادس أقرب التعاريف السابقة إلى المراد؛ وإن كان ينقصه التفصيل من جهة، ومن جهة أخرى فقد أطلق المعنيون قيداً؛ مما جعل التعريف غير مانع لدخول ما ليس مراداً في التعريف؛ لأن التعازير الشرعية ضرر، ولكن إجراءها جائز، وكذلك الدخان الذي ينتشر من مطبخ دار شخص إلى دار جاره يعد ضرراً لأنه قد يضر بالجيران مباشرة، ويسبب اشتهاً الأظعمة للفقراء منهم فينشأ عن ذلك ضرر لهم، فهذه الأضرار وما شابهها لا مؤاخذه فيها، في جباً لا تدخل في تعريف الضرر<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - محمد بوساق، التعويض عن الضرر ، ص 25.

<sup>2</sup> - المرجع السابق ص 25

<sup>3</sup> - علي حيدر، شرح مجلة الأحكام العدلية ، تعريب المحامي فهمي الحسيني، بيروت، لبنان

دار الكتب العلمية، 33/1.

وهناك تعريفات للفقهاء المحدثين نذكر منهم :

- تعريف لعلي الخفيف:

"المراد بالضرر كآذى يصيب الإنسان فيسبب له خسارة مالية في أمواله سواء كانت ناتجة عن نقصها أم عن نقص منافعها أو من زوال بعض أوصافها"<sup>1</sup>.

- عرفه وهبة الزحيلي بقوله:

"الضرر هو إلحاق مفسدة بالآخرين، أو هو كآذى يلحق الشخص، سواء أكان في ماله أو جسمه أو عرضه أو عاطفته"<sup>2</sup>.

- عرفه محمد بوساق بقوله:

"الضرر هو كآذى يلحق الشخص سواء أكان في مال متقوم محترم، أو حسم معصوم، أو عرض مصون"<sup>3</sup>.

**المطلب الثاني : أنواع الضرر**

**الفرع الأول :الضرر المعنوي**

**أولاً: تعريف الضرر المعنوي**

هو كل أذى، يصيب الإنسان في عرضه أو عاطفته أو شعوره. وسمي بالضرر الأدبي أو المعنوي؛ لأنه غير مادي؛ فإن محله العاطفة والشعور، و يظهر في ما لو

<sup>1</sup> - علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، م. حسن الشريف ، دار الفكر العربي، القاهرة ، 2000م ، ص 46.

<sup>2</sup> - وهبة الزحيلي ، نظرية الضمان ، م.عبد الرحمن النجدي، دار الفكر، دمشق ، 1997م ، ط2 ، ص 25.

<sup>3</sup> - محمد بوساق، التعويض عن الضرر، ص 28.

شتم أحد غيره فألمه في نفسه، أو رماه بما يكره، أو لطمه على وجهه أو جرحه ولم يترك أثر أو لم يفوت منفعة.

وقد اعتنت الشريعة الإسلامية بحماية الجنس البشري من جميع الآفات، وخصته بالتكريم والتفضيل<sup>1</sup>. قال تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا (70)﴾<sup>2</sup>. فجاءت الشريعة تجسيماً لهذا التكريم الرباني للإنسان، فصانت كل مقوماته وحفظتها من عبث العابثين، يعبث به من شاء و متى شاء ومن هنا حرمت شريعة الإسلام إيذاء الناس بغير حق، سواء في أموالهم، أو في أجسادهم، أو في أعراضهم وعواطفهم ومشاعرهم.

فكما وضعت حدوداً لردع وزجر المعتدي على أموال الناس وأنفسهم، كذلك وضعت حداً لقفز وعقوبات تعزيرية أخرى غير مقدرة حماية للأعراض، وصيانة للمجتمع من شيوع الرذيلة والفساد، فالجانب المعنوي في الإنسان لا يقل أهمية عن الجانب المادي فيه.

### الفرع الثاني: الضرر المادي<sup>3</sup>

وينقسم إلى : ضرر جسدي، و ضرر مالي

#### أولاً: الضرر الجسدي

هو ما كان محله جسد الإنسان، سواء أكان بإبانة عضو من الأعضاء، أم بتعطيل

<sup>1</sup> - محمد بوساق، التعويض عن الضرر، المرجع السابق، ص 29.

<sup>2</sup> - سورة الإسراء [الآية 70].

<sup>3</sup> - محمد بوساق، التعويض عن الضرر، ص 39.

معنى من المعاني، أم جرح أو تشويه ينقص الجمال، أم عاهة تقعد عن العمل والكسب.

وفارق الضرر الجسمي الضرر المالي في كونه شرع فيه القصاص العيني في العمد، وقد خص الضرر الجسمي بذلك؛ لحكمة عظيمة اقتضتها ضرورة المحافظة على حياة الخلق وأمنهم، قال تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ﴾<sup>1</sup> وهذا الجانب في الضرر الجسمي من قسم الجنایات.

أما الجانب الثاني في الضرر الجسمي: فهو ما نتج عن غير قصد، أو كان عمدة و امتنع القصاص، لسبب من الأسباب، أو مانع من الموانع، ففي هذه الحالة يصار إلى العوض المالي أصالة في الضرر الناتج عن غير قصد، وبدلاً في غيره. ويتمثل العوض المالي في الدية، أو الأرش مقدرة أو غير مقدر.

### ثانياً: الضرر المالي

و هو ما كان محله مالا، سواء أكان حيوانا، أم منقولاً، أم عقارا سواء أكان الضرر الذي لحق به إتلافاً إما للذات، أم تعطيلاً لبعض الصفات، أم حدوث نقص فيها أو تعيب. حيث يخرج المال من أن يكون منتقياً بها لمنفعة المطلوبة، أو أدى ذلك إلى نقصان قيمته وينفرد الضرر المالي عن الضرر الجسمي في كونه مضمونة بالهلاك تحت الأيدي الضامنة ولو لم يحدث من الضامن مباشرة أو تسبب في إحداث الضرر حيث حدث الهلاك بسبب أجنبي لا بد للضامن فيه كالآفة السماوية أو بفعل غيره جاء في الفروق للقرافي بعدما ذكر السبب الأول والثاني في إحداث كل من الضرر المالي والضرر الجسمي، أضاف إليهما السبب الثالث، وهو خاص بالضرر المالي

<sup>1</sup> - سورة البقرة [الآية 179].

دون الضرر الجسمي<sup>1</sup>.

فقال: "و ثالثهما وضع اليد غير المؤمنة، فيندرج في غير المؤمنة يد الغاصب والبائع يضمن المبيع الذي يتعلق به حق توفية قبل القبض، فإن ضمان المبيع الذي هذا شأنه منه؛ لأن يده غير مؤمنة، ويد المتعدي بالدابة في الإجارة ونحوها".

والقول: اليد غير المؤمنة خير من قول من قال: اليد العادية لأنها لا تعم هذه الصورة المتقدمة به.<sup>2</sup> و جاء في فتح العزيز: "أما إثبات اليد فهو مضمن و إن كان عدوانا فهو غصب، و المودع إذا جحد فهو من وقت الجحد غاصب<sup>3</sup>".

وجاء في الأشباه و النظائر للسيوطي: من أسباب الضمان مايلي:

1. العقد كالبيع و الثمن المعين قبل القبض و العلم والإجارة .

2. اليد مؤتمنة كانت كالوديعة والشرك هو الوكالة و المقارضة إذا حصل التعدي

أو لآك الفم و السوم والعارية والشراء فاسدا

و جاء في منتهى الإرادات: "ويضمن عقار أو أم ولد وقنب غصب<sup>4</sup>". ومنه:

أن اليد الضامنة كالغاصب وما في معناه ملزمة بتعويض التالف متى هلك عند هو لو كان سبب هلاكه أمر خارج عن طاقته، فقيل: "إن الغاصب يضمن الشيء المغصوب بالاستيلاء، أي يتعلق الضمان به، والمراد بالاستيلاء مجرد حصول الشيء المغصوب في حوز الغاصب، ولكن لا يحصل الضمان بالفعل إلا إذا حصل مفوت يوم الاستيلاء و لو سماوية، أو جنائية غيره."

<sup>1</sup> - محمد بوساق، التعويض عن الضرر، ص 40-43.

<sup>2</sup> - القرافي أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس، الفروق وأنوار البروق، دار المعرفة، بيروت ص 27.

<sup>3</sup> -الرافعي أبو القاسم عبد الكريم بن محمد، فتح العزيز شرح الوجيز مع المجموع في شرح المهذب، المكتبة السلفية، بالمدينة المنورة، 249/11.

<sup>4</sup> - محمد بن أحمد الفتوح الحنبلي ابن النجار تقي الدين، منتهى الإرادات، م عبد الله بن عبد المحسن، مؤسسة الرسالة، ناشرون ط1، 508/1.

قد عرف الحنفية الغصب بقولهم: "هو إزالة اليد المحققة، بإثبات اليد المبطلّة في ما لم تقوم محترم قابل للنقل بغير إذن مالكه."

و بناء على هذا التعريف قالوا: لا يتحقق الغصب في العقار؛ لأنه غير قابل للنقل وبنوا على ذلك أنه لا تعويض في عقار تلف في يد الغاصب ما لم يكن ذلك مباشرة منه أو تسبب<sup>1</sup>.

### قول الجمهور :

- على أن العقار تثبت عليه اليد، فيدخله الغصب، مثله في ذلك مثل المنقول، وعليه فلا بد من التعويض إذا هلك في يد الغاصب أو من في حكمه<sup>2</sup>.

- وقد وافق المالكية الجمهور في ضمان العقار و غيره، إذا هلك تحت الأيدي العادية في ما لو قصد الغاصب غصب ذات المغصوب، لكنه ينفرد ويقول خاص فيما لو قصد الغاصب غصب المنفعة دون الذات، فلا يضمن عنده مهلاك ذات العين في هذه الحالة، و عللوا وجهتهم في ذلك بأنه لم يقصد غصبها، بل قصد غصب المنفعة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - محمد بوساق، التعويض عن الضرر، ص 44.

<sup>2</sup> - الرافي، فتح العزيز، 11/ 251.

<sup>3</sup> - الدردير، الشرح الكبير، 3/ 448.

## المبحث الثاني : المبادئ التي تحكم الضرر

و في هذا المبحث سنتناول فيه مطلبان و هما مبدأ الضرر يزال و عن الضرر لا يزال بالضرر و سنفصل فيهما إن شاء الله تعالى .

### المطلب الأول :مبدأ الضرر يزال

#### الفرع الأول: معنى المبدأ

أصل هذا المبدأ<sup>1</sup> هو قوله صلى الله عليه وسلم: «لا ضرر ولا ضرار»<sup>2</sup>.

إنه أحد ركائز هذا الدين فكان بحق أساسا لمنع الفعل الضار في أي صورة من الصور، ومن ثم ترتيب نتائجه لأن الضرر ظلم وغدر، والواجب عدم إبقائه وإقرار الظالم على ظلمه حرام وممنوع شرعا فيجب إزالته. وإزالة الضرر تكون بإحدى الطريقتين:

1- وقف استمراره ومنع تكراره وتجده: يدفع الضرر بإزالته عينا سواء كان عاما أم خاصا، فيؤمر المتسبب في الضرر بإزالته، وقطع دابره، فيلزم صاحب الرحا التي تفسد الجدران بتوقيفهما، ويؤمر الدباغ الذي يتأذى الجيران بنتن مصنعه بإبعاده عنهم وسل ذلك إزالة الاندر؟ المحدثه التي تسبب في إفساد الجنان<sup>3</sup> وإذا سلط إنسان ميزابه على الطريق العام بحيث يضر المارة فإنه يزال، وكذلك من كانت له ساحة يلقي فيها التراب والحيوانات ويتضرر الجيران بذلك فإنه يجب على صاحبها أن يدفع الضرر عن الجيران إما بعمارتها أو إعطائها لمن يعمرها أو يمنع أن

<sup>1</sup> - ابن نجيم ، الأشباه والنظائر، ص 85.

<sup>2</sup> - سبق تخريجه ، ص 15.

<sup>3</sup> - أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب الباجي الأندلسي، المنتقى شرح الموطأ ، مطبعة السعادة ، مصر، ط1، 1332هـ ج/6 ص 41 - 44.

يلقى فيها ما يضر بالجيران.<sup>1</sup>

وإذا طالت أغصان شجرة لشخص ونزلت على دار جاره فأضرت به فيكلف صاحبها برفعها أو قطعها<sup>2</sup>. ويزال كل تعد يسبب ضررا عاما كعرقلة السير في الطرق بإحداث بناء فيه، أو حفر بالوعة أو تضيقه بحيث يصعب على الناس المرور فيه بدولبهم وأمتعتهم<sup>3</sup>.

ومثال ذلك أيضا ما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «إذا اختلفتم في الطريق فاجعلوه سبعة أذرع»<sup>4</sup>.

والمراد بالطريق هنا تلك التي تكون مجرى عامة المسلمين بأعمالهم ومواشيهم ولذلك وردت في رواية أخرى بلفظ الميتاء؟ شرح قيل: أنها بمعنى أعظم الطرق أو الطريق الواسع<sup>5</sup>.

2- ترميم آثاره بعد وقوعه : من الأبواب التي بنيت على ذلك ضمان المتلفات<sup>6</sup>.

فضمان المال المتلف للمتلف شرع لإزالة ضرر الإلتلاف وقيل: لاشك أن الإلتلاف سبب لوجود الضمان لأن إلتلاف الشيء إخراجة أن يكون منتفعا به منفعة مطلوبة من عادة وهذا اعتداء وإضرار وحيث أنه لا ضرر ولا ضرار في الإسلام، والضرر يزال وقد تعذر نفي الضرر من حيث الصورة، فيجب نفيه من حيث المعنى بالضمان ليقوم

<sup>1</sup> - عبد الرحمان بن محمد بن قاسم - إحكام الأحكام شرح أصول الأحكام - المطبعة التعاونية بدمشق - ط2 - 1406 هـ - ج/3 ص 86 - 87

<sup>2</sup> - أبويعلى محمد بن حسين الفراء ، الأحكام السلطانية ، شركة و مكتبة و مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر ، ط2 ، 138 هـ ، ص 300.

<sup>3</sup> - محمد بوساق، التعويض عن الضرر، ص 137.

<sup>4</sup> - رواه ابو داوود في سننه ، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت ، باب من القضاء، ج 3،

ص314.

<sup>5</sup> - عبد الرحمان بن محمد بن قاسم ، إحكام الأحكام شرح أصول الأحكام ، ج/3 ، ص 87.

<sup>6</sup> - ابن نجيم ، الأشباه والنظائر، ص 85.

الضمان مقام المتلف، فينتفي الضرر بالقدر الممكن<sup>1</sup>.

كما يزال الضرر بأخذ المتضرر نظير ماله ويزال كذلك بتغريم صاحب الفعل الضار قيمة المتلف إذا تقدر وجود نظير له، وذلك دفعا للضرر بقدر الإمكان. فالمتضرر في كلى الحالتين صار كما لم يفت عليه شيء فإذا كان الضرر في شأنه الاستمرار إذا لم يزل عينيا وقد نتجت عنه أضرار قبل ذلك فلا بد من الجمع بين الطريقتين إزالته عينيا؟ وترميم آثاره وذلك بوقف استمراره وتجده في المستقبل وتغريم المتسبب نظير ما تسبب فيه من ضرر في الماضي<sup>2</sup>.

**المطلب الثاني: مبدأ الضرر لا يزال بالضرر**

**الفرع الأول: معنى المبدأ**

جاء في كتاب الأشباه والنظائر أن هذا المبدأ مقيد لقولهم: الضرر يزال أي لا يضرر فهو كعائد يعود على المبدأ الأول نشأتها في ذلك الشأن الأخص مع الأعم لأنه لو أزيل بالضرر لما صدق الضرر يزال<sup>3</sup>.

- إذا فهذا المبدأ يضع قيودا يقيد المبدأ السابق، فإن إزالة الضرر لا يجوز أن تكون بإحداث ضرر مثله لأن هذا الشيء إزالة له<sup>4</sup>. بالإضافة إلى ذلك فإنه يمكن القول: أن هذا المبدأ مستفاد أيضا من الأصل العام لهذه القواعد جميعا ولعل الجزء الثاني من الحديث يعني هذا المبدأ بالذات وهو قوله صلى الله عليه وسلم: «...و لا ضرار» فمعنى "لا ضرار" في الحديث عند جل الفقهاء: عدم جواز إزالة الضرر بمثله. وإذا كان لا يجوز لإزالة الضرر بمثله بإزالته بأعظم منه أشد في المنع فلا يجوز من باب أولى لأن السعي في إزالة الضرر بضرر حيث لا فائدة فيه والمقبول المعقول هو إزالته

<sup>1</sup> - علاء الدين أبوبكر الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، م.علي محمد، المطبعة الجمالية مصر، ط1، 1328هـ ج/7 ص164.

<sup>2</sup> - محمد بوساق، التعويض عن الضرر، ص 139.

<sup>3</sup> - ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص 87.

<sup>4</sup> - مصطفى أحمد الزرقاء، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد المدخل الفقهي العام، مطبعة طربين دمشق، ط6، 1384هـ، ج/2، ص 921-977.

بلا ضرار أصلا أو بضرر أخف<sup>1</sup> .  
ويستفاد من هذا المبدأ مسألتان هما:

- **المسألة الأولى:** لقد أبطلت شريعة الإسلام فكرة الثأر المقيتة، فلا يجوز مقابلة الضرر بمثله في كل الأحوال، وهو الضرر الذي نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم. فلو أضر شخص آخر في ماله فليس من حق المتضرر أن يقابل الضرر الذي لحقه بإحداث ضرر لصاحب الفعل الضار، بل عليه أن يراجع الحاكم ويطلب إزالة ما لحقه من ضرر بالصورة المشروعة. فإذا أتلّف شخص شجرة من أضره فالطريق المشروع في هذه الحالة أن يطلب من المحكمة إزالة الضرر الذي أصابه، وذلك بفرض تعويض يعوض كان جبرا لضرره.

ولا يخف على أحد ما في فكرة الثأر الخاطئة من خطر وحمق ومفسدة محضة حيث تؤدي إلى اتساع دائرة الأضرار الواقعة نتيجة فكرة المقابلة بالمثل وهو ما دعى ابن القيم -رحمه الله- إلى القول: "إن مقابلة الإتلّاف بمثله في كل الأحوال... شرع الظالمين المعتدين الذي تنتزه عنه شريعة أحكم الحاكمين<sup>2</sup>". ولذلك اقتضت السنة التعويض بالمثل لإتلّاف النظير.

ولا شك أن هذا أقل فسادا وأصلح للطرفين والمجتمع بصفة عامة فإن اتساع الأضرار يسيء في مصلحة أحد فلو تسرع القصاص في الأموال لبقى جانب الجني عمله غير مراعي بل يبقى متألما موثورا غير مجبور.

واتساع الأضرار بهذه الكيفية يعود فسادها على المجتمع عموما لأن هذه الأموال التي تتلف إن كانت ملكا خاصا لأفراد ألا أن مجموع ما يملكه الأفراد ملكا للجماعة المسلمة بطريق غير مباشر ومقابلة الضرر بالضرر في الأموال يؤدي حتما إلى

نقص في ثروة المسلمين مما يضعف شوكتهم لأن جزءا من هذه الأموال يؤول للملكية العامة للمسلمين عن طريق الزكاة وغيرها.

<sup>1</sup> - محمد بوساق، التعويض عن الضرر، ص 140.

<sup>2</sup> - ابن القيم، إعلام الموقعين، ج/2، ص 123.

- **المسألة الثانية:** عدم جواز دفع الضرر عن المال والنفس لإلحاق الضرر بالغير<sup>1</sup>:

تمشياً مع مبدأ: الضرر لا يزال بمثله فلا يجوز لأحد دفع الضرر عن نفسه ليلحق بغيره ضرراً مثله أو أشد منه.

وقد ذكرت كتب الأشباه والنظائر أمثلة كثيرة لهذا النوع فمن ذلك: لا يجوز لإنسان محتاج إلى دفع الهلاك عن نفسه جوعاً أن يأخذ مال محتاج مثله، كما لا يجوز لمن أكره بالقتل على القتل أن يقتل إذا كان المراد قتله مسلماً. ولو انخدع أحد بأخذ دراهم زائفة من لأحد فليس له أن يصرفها إلى غيره ومن ذلك أيضاً: لا يجوز إصلاح الملك بإدخال النقص على ملك الغير، ومن فعل ذلك لزمه الضمان. فإذا التقت دابتان على شاطئ ولم يمكن تخليص إحدى الدابتين إلا بإتلاف الأخرى فلا يجوز لصاحب واحدة منهما أن يلقي الأخرى وإن فعل ضمنها إزالة للضرر.

وكذا لو حدث عيب في المبلغ عند المشتري ثم ظهر فيه عيب قديم كان عند البائع فليس للمشتري أن يرده على بائعه بالعيب القديم لأن الضرر لا يزال بمثله كما لا يجبر الشريك على قسمة المال المشترك غير القابل للقسمة لأن في قسمته ضرر أعظم من ضرر الشركة والضرر لا يزال بمثله ولا بأعظم منه وكذا لا ينقض بناء غصب خشبه وأدخلها في بنائه إذا كانت قيمتها أقل من قيمة البناء<sup>2</sup>.

ويستثنى من هذه المسألة حالتان:

- **الحالة الأولى:** هي جواز إزالة الضرر الأشد بالضرر الأخف لأن هذا من باب إزالة الضرر بقدر الإمكان جاء في الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفي: "لو كان أحدهما أعظم ضرراً من الآخر فإن الأشد يزال بالأخف"<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - محمد بوساق، التعويض عن الضرر، ص 142.

<sup>2</sup> - ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص 87.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص 88.

- الحالة الثانية: وهي توقي الضرر العام وذلك بالتضحية بالضرر الخاص لأن الضرر الخاص لا يكون في حجم الضرر العام سواء في عدد المتضررين أو من حيث جسامته الضرر لذلك لزم دفع الضرر العام بالضرر الخاص انسجاماً مع مقاصد الشريعة التي تدور حول جلب المصلحة ودرء المفسدة.

### المبحث الثالث : مقومات الضمان

و سنتطرق فيه عن تعريف الضمان و مشروعيته و شكليات تحقيقه بحول الله تعالى .

#### المطلب الأول: تعريف الضمان

##### أولاً : الضمان لغة

الضمان كلمة مأخوذة من فعل (ضمن) بفتح الضاد و كسر الميم وفتح النون، ولديه عدة تعريفات نذكر أبرزها :

1- جاء في لسان العرب:

ضمن الشيء وبه ضمنا وضمانا كفل به، و ضمنتهاه أي كفله، و فلا نضامن

وضمنين : أي كافل وكفيل<sup>1</sup>، وهذا المعنى ورد في تفسير قوله تعالى ﴿ كَفَّلَهَا زَكَرِيَّا

كُلَّمَا دَخَلَ عَلَيْهَا زَكَرِيَّا الْمِحْرَابَ وَجَدَ عِنْدَهَا رِزْقًا ﴾<sup>2</sup>، أي بمعنى ضمن القيام بها.

2- جاء في معجم الوسيط :

ضمن المال أي إلتزمه، ويتعدى إلى مفعولين، تقول : ضمنته المال أي لزمته به<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - ابن منظور، لسان العرب، ج13/ص 257.

<sup>2</sup> - سورة آل عمران [الآية : 37]

<sup>3</sup> - مصطفى إبراهيم، أحمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد النجار، المعجم الوسيط ، م.مجمع

اللغة العربية ، دار الدعوة بمصر ص 565.

3- وأيضا جاء في معجم الوسيط :

ضمن الشيء أي جزم بصلاحيته وخلوه مما يعيبه<sup>1</sup>.

4- جاء في القاموس المحيط:

أن قولك ضمنته الشيء تضمينا فتضمنه عني بمعنى غرمته فالتزمت<sup>2</sup>. و قد وردت

كلمة الضمان في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم بهذا المعنى في مواطن .

مثل قوله عليه الصلاة والسلام: «الخارج بالضمان»<sup>3</sup>.

وعرفه الدكتور وهبة الزحيلي لغة بأنه: ضمان المال لغة أي التزامه، يقال : ضمننت

المال وبالمال ضمانا ، فأنا ضامن وضمين: أي ألتزمته، وضمنته المال: ألتزمته إياه<sup>4</sup>.

**ثانيا :الضمان اصطلاحا:**

هناك عدة تعريفات ذكرها الفقهاء في تعريفهم للضمان تقوم بانتقاء التعريفات الشاملة

والمختصرة ومنها :عرفه الغزالي بأنه: هو واجب رد الشيء أو بدله بالمثل أو بالقيمة<sup>5</sup>.

- عرفه الحموي : قال الضمان عبارة رد مثل الهالك أو قيمته<sup>6</sup>.

- عرفه الشوكاني : الضمان عبارة عن غرامة التالف<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> - المصدر السابق، ص 565

<sup>2</sup> - محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، القاموس المحيط م.محمد نعيم، مؤسسة الرسالة، ط8،

1426هـ ، ص 1212.

<sup>3</sup> - رواه أبو داود، في سننه ، المكتبة صيدا، بيروت ، باب فيمن اشترى عبدا فاستعمله ثم وجد

به عيبا ، ج3، ص384 ، رقم 3510

<sup>4</sup> - وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، ص 21.

<sup>5</sup> - أبو حامد الغزالي، الوجيز في فقه الإمام الشافعي ، م.علي معوض، دار الأرقم بن أبي الأرقم،

ط1، 1418هـ ، ج1/ص208.

<sup>6</sup> - ابن نجيم المصري شهاب الدين الحموي، غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر، دار

الكتب العلمية ، دار الباز، ط1، 1405هـ ج 2/ص 211.

<sup>7</sup> - الشوكاني، نيل الأوطار، ج 5/ص 299.

- عرفه علي الخفيف رحمه الله فقال :

الضمان هو شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل، و المراد ثبوته فيها مطلوباً أدائه شرعاً عند تحقق شرط أدائه سواء أكان مطلوباً أدائه في الحال كالدين الحال أم في الزمن المستقبل المعين كالدين المؤجل إلى وقت معين<sup>1</sup>.

- وفقهاء المالكية والشافعية والحنابلة يستعملون في كتبهم الفقهية كلمة "الضمان" بمعنى الكفالة، فهو مشتق من ضمن الشيء تضمينة أي غرمه إياه فالتزمه، وعليه يقول المالكية:

- الضمان: شغل أمة أخرى بالحق<sup>2</sup>.

- مشروعية الضمان

جاءت الشريعة الإسلامية كاملة بدون نقص وتضمنت عدة مبادئ ومن أهمها مبدأ الضمان وذلك للحفاظ على أموال الناس وصد العدوان وزجر المعتدي وجبرا للأضرار وكل هذا من خلال الكتاب والسنة.

أولاً: من الكتاب

هناك عدة آيات تدل على مشروعية الضمان ونقتصر على ثلاث آيات فقط وهم كالتالي :

- قال تعالى: ﴿فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾<sup>3</sup>

- وقال أيضاً: ﴿وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا﴾<sup>4</sup>

- وقال سبحانه: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ﴾<sup>5</sup>

ثانياً : من السنة

<sup>1</sup> - علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، ص 8.

<sup>2</sup> - الدردير، الشرح الكبير، ج 3/ص 329.

<sup>3</sup> - سورة البقرة [الآية 194].

<sup>4</sup> - سورة الشورى [الآية 42].

<sup>5</sup> - سورة النحل [الآية 126].

جاءت السنة مكملة للكتاب و متممة له، وهناك عدة أحاديث دالة على مشروعية الضمان نقوم بذكرها :

- ما رواه أنس قال: أهدت بعض أزواج النبي إليه طعاما في قصعة، فضربت عائشة القصعة بيدها، فألقت ما فيها، فقال النبي : «طعام بطعام، وإناء بإناء»<sup>1</sup>
- وروى النعمان بن بشير قال: قال رسول الله : «من وقف دابة في سبيل الله من سبل المسلمين، أوفي سوق من أسواقهم، فأوطأت بيد أو رجل، فهو ضامن»<sup>2</sup>.
- وفي الغصب والإيداع والإعارة: روى سمرة بن جندب قال: قال رسول الله : «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»<sup>3</sup>.
- وعن أبي بكرة أن النبي قال في خطبته يوم النحر بمنى: «إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا»<sup>4</sup>.
- ومنه قوله صلى الله عليه وسلم: «لا ضرر ولا ضرار»<sup>5</sup>.

### المطلب الثاني : شكليات تحقيق الضمان

#### الفرع الأول : شروط الضمان

- 
- <sup>1</sup> - رواه الترمذي ، في سننه، باب من جاء فيمن يكسر له الشيء ، تحقيق أحمد محمد شاكر ، البابي الحلبي مصر ، ط 2 ، 139 هـ ، (ج 3 ص 632).
  - <sup>2</sup> - رواه الدارقطني ، في سننه، كتاب الحدود و الديات ، تحقيق شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة ، بيروت، لبنان، ط 1، 1424 هـ، (ج 4 ، ص 235).
  - <sup>3</sup> - رواه ابن ماجه ، في سننه، باب العارية، تحقيق محمد فؤاد، دار إحياء الكتب العربية فيصل البابي الحلبي، ج 2، ص 802، رقم 2400 .
  - <sup>4</sup> - رواه البخاري، في صحيحه، كتاب صحيح البخاري باب الخطبة أيام منى، كتاب العلم. تحقيق محمد زهير ، دار طوق النجاة، ط 1 ، 1422 هـ، ج 2، ص (176 رقم 1741).
  - <sup>5</sup> - سبق تخريجه، ص 15.

للشريعة الإسلامية نظرة دينية معروفة إلى المعاملات المدنية التي تتخذ منها مؤيدة لاحترام أحكامها العامة، وضامنة لتنفيذ سياستها التشريعية في الإصلاح والمحافظة على مصالح الناس، ومن خلال تلك النظرة وبراعمها المتفتحة، نجد عناية خاصة بناحية واقعية في الحياة العملية وهي مسألة الضمانات، التي يشترط لوجوبها بسبب الإلتاف وتحقق الضرر شرائط، حتى إذا فقدت أو فقد بعضها لم يجب الضمان وهي ما يأتي :

#### أولاً: شرائط وجوب الضمانات<sup>1</sup>

- 1- أن يكون الشيء المتلف مالا فلا ضمان بإتلاف المبنية وجلدها، والدم والتراب العادي، والكلب والسرجين النجس، ونحو ذلك مما ليس بمال عرفة وشرعا.
- 2- أن يكون متقوما بالنسبة للمتلف عليه، و المتقوم هو ما يباح الانتفاع به شرعا في غير حال الاضطرار، فلا ضمان بإتلاف خمر أو خنزير لمسلم، سواء أكان الملف مسلمة أم ذمية أي معاهدة من غير المسلمين بأن يقيم إقامة دائمة مع المسلمين، وذلك لعدم تقوم الخمر والخنزير في حق المسلم، إذ لا يباح له الانتفاع بهما شرعا. أما إذا كانت الخمر والخنزير لغير مسلم أي لذمي، فأتلفها له مسلم أو غيره، ضمن له قيمتها إذا كان مسلمة، ومثلها إذا كان غير مسلم عند الحنفية والمالكية<sup>2</sup>. التعديه عليه، ولأنها مال محترم عند غير المسلمين يتمولونها.

- وقال الشافعية والحنابلة: لا يجب ضمان الخمر والخنزير، سواء أكان متلفه مسلمة أم ذمية لمسلم أو ذمي، إذ لا قيمة لها كالدّم والميتة وسائر الأعيان النجسة وما حرم الانتفاع به لم يضمن ببطل عنه، بدليل أن الرسول صلى الله عليه وسلم حرم بيعها وأمر بإزالتها، فيما لا يحل بيعه ولا تملكه، فلا ضمان فيه، وتحريم البيع ثابت بحديث جابر أنه سمع من رسول الله يقول عام الفتح: «إن الله ورسوله حرم بيع الخمر

<sup>1</sup> - السرخسي شمس الدين، المبسوط، دار المعرفة، بيروت لبنان، ط1، 1409هـ، ج

11/ص53.

<sup>2</sup> - الكاساني، البدائع الصنائع، ج 7/ص 147.

والميتة والخنزير والأصنام»<sup>1</sup>، ثم إن الخمر ونحوها محرمة العين، ولا ضمان بإتلافها لمسلم، فكذاك الذي مثله<sup>2</sup>. أي فكان هؤلاء يرون هذا التحريم من قواعد النظام العام. ويترتب على اشتراط تقوم المتلفات أيضا أنه لا ضمان عند جمهور الفقهاء بإتلاف الأصنام وآلات اللهو والفساد كالطبل والمزمار والدف ونحوها من أدوات الموسيقى، لعدم تقومها، إذ إن منفعتها محرمة لا تقابل بشيء، لأنها أدوات لهو، فلا قيمة لها بدليل الحديث السابق: إن الله تعالى حرم بيع الأصنام، وما لا قيمة له لا يضمن، لذا شرط هؤلاء الفقهاء أن يكون المال مباحا.

- وقال أبو حنيفة والشافعي: تضمن باعتبارها خشبة منحوتة مثلا؛ لأن هذه الآلات كما تصلح للهو والفساد، تصلح للانتفاع بها من وجه آخر، فكانت مالا متقوما من تلك الناحية فقط<sup>3</sup>

ولا ضمان كذلك بإتلاف الأموال المباحة التي ليست مملوكة لأحد لعدم تقومها، إذ التقوم ينبني على كون الشيء عزيز المثال، خطير الأهمية، وهذا المعنى لا يتحقق إلا بالإحراز والاستيلاء.

ولا ضمان أيضا بتحريق كتب الفسق والضلال، لاشتغالها على الكذب وإلحاقها أضررا كبيرة بعقيدة الأمة ووحدتها، فيجب إتلافها وإعدامها وهي أولى بذلك من إتلاف آلات اللهو والمعازف وإتلاف أنية الخمر الذي أمر به رسول الإسلام<sup>4</sup>، فإن ضررها أعظم من ضرر هذه، ولا ضمان فيها، كما لا ضمان في كسر أواني الخمر وشق زقاقها أي ظروفها وأوعيتها، وقد حرق الصحابة جميع المصاحف المخالفة للمصحف الموحد

<sup>1</sup> - رواه ابن ماجه، في سننه، باب ما لا يحل بيعه، م. محمد فؤاد، دار إحياء الكتب العربية، البابي الحلبي، (ج2، ص732، رقم 2167).

<sup>2</sup> - محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، م. محمد علي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1421هـ، ج2/ ص 285.

<sup>3</sup> - الكاساني، البدائع، ج 7/ ص 168.

<sup>4</sup> - الشوكاني، نيل الأوطار، ج 5/ ص 329.

الخط وهو مصحف عثمان، لما خافوا على الأمة من الاختلاف في التلاوة، لاختلاف اللهجات وطرائق النطق<sup>1</sup>.

1- أن يكون التلف أو الضرر محققا بشكل دائم فإذا أعيد الشيء إلى الحالة التي كان عليها، فلا ضمان، كأن عولج المرض أو نبتت سن الحيوان في المدة التي بقي فيها الشيء المغصوب في يد الغاصب، لأن النقص الحاصل عندما أزيل أو السن لما نبتت ثانية، جعل الضرر كان لم يكن، ويرد على الغاصب أو المعتدي 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 على حد تعبير الكاساني، وهذا عند أبي حنيفة. وقال الصحابان على الجاني الأرش كاملة لأن الجناية وقعت موجبة له، والذي نبت نعمة جديدة من الله<sup>2</sup>.

2- أن يكون المتلف أهلا لوجوب الضمان، فلا يضمن المالك ما تتلفه بهيمته من الأموال، لأن فعل العجماء جبار أي هدر. ولا يشترط التمييز لإيجاب الضمان، نصت مجلة الأحكام العدلية على ما يأتي :

- إذا أتلف صبي مال غيره يلزم الضمان من ماله، وإن لم يكن له مال ينتظر إلى حال يساره، ولا يضمن وليه<sup>3</sup>.

- أن يكون في إيجاب الضمان فائدة، حتى يتمكن صاحب الحق من الوصول إلى حقه، فإن لم يكن في التضمين فائدة فلا ضمان، وعلى هذا فلا ضمان على المسلم بإتلاف مال الحربي"، ولا على الحربي بإتلاف مال المسلم في دار الحرب، إذ ليس لحاكم بلد سلطة أو ولاية لتنفيذ الأحكام على رعايا بلد آخر، وليس مال الحربي بالنسبة للمسلم وعكسه محترمة، أي مصونة يجب الحفاظ عليه وإنما هو هدر، لهذا شرط

<sup>1</sup> - ابن القيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، م. نايف بن أحمد ، مجمع الفقه

الإسلامي ، بجدة ، ط1 ، 1428هـ ، ص 275.

<sup>2</sup> - الكاسان، البدائع، ج 7/ ص 155-157.

<sup>3</sup> - وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، ص 60.

الفقهاء في الضمان أن يكون المال محترماً، فمال الحربي في نظر الشرع مباح، فمن أخذه لا يعد غاصباً<sup>1</sup>.

- وكذا لا ضمان على العادل إذا أتلّف مال الباغي، ولا على الباغي إذا أتلّف مال العادل؛ لأنه لا فائدة في التضمين، لعدم إمكان الوصول إلى الضمان لعدم وجود الولاية والسلطة.

وأضاف الشافعية على هذه الشروط أن تثبت اليد على المال : فلا يضمن الشخص طائراً فزع من مسيره من غير قصد، فخرج من القفص الذي كانت مفتوحة، ولا يضمن المشتري مبيعاً تلف قبل القبض<sup>2</sup>.

هذا ولا يشترط في الضامن كونه بالغاً عاقلاً، فإن الصبي والمجنون يضمنان ما يتلفانه من أموال.

ولا تكون حالة الضرورة سبب للإعفاء من الضمان، فمن اضطر حال الجوع مثلاً لتناول مال الغير، فإنه يلزمه ضمانه، بالرغم من إباحة تناول حفاظاً على النفس من الهلاك<sup>3</sup>.

ولا يعتبر الجهل بكون المال المتلف مال الغير، فالعلم بذلك ليس بشرط لوجوب الضمان، فمن أتلّف مالا ظاناً أنه ملكه، ثم تبين أنه مملوك لغيره، ضمنه؛ لأن الإلتاف واقعة مادية، لا يتوقف وجودها على العلم بكون المتلف مال الغير، كل ما في الأمر أن الإلتاف إذا تم مع العلم، فإنه يستوجب الضمان والإثم الأخروي، وإذا حدث جهة فإنه يستوجب الضمان فقط، ويرتفع الإثم لأن الخطأ مرفوع المؤاخذه شرعاً، لقوله : «إن الله تجاوز عن أمّتي الخطأ والنسيان، وما استكروها عليه»<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - شمس الدين محمد بن أبي العباس شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1404هـ

ج 4 / ص 111.

<sup>2</sup> - المصدر نفسه، ص 113.

<sup>3</sup> - وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، ص 61.

<sup>4</sup> - روه ابن ماجه، في سننه، باب طلاق المكره و الناسي، م.محمد فؤاد، دار إحياء الكتب

العربية، فيصل البابي الحلبي، (ج 1 ص 659، رقم 2043).

### الفرع الثاني: أركان الضمان

إذا توفر معنى التضمين بكل خصوصياته فهنا يجب الضمان والضمان لا يتحقق إلا بوجود ركنين أساسيين هما :

**أولاً: ركن الاعتداء أو التعدي:** لغة تجاوز الحد، ويراد به عند الفقهاء معنى الظلم والعدوان ومجاوزة الحق، وضابطه هو انحراف عن السلوك المألوف للرجل المعتاد أو أنه العمل الضار من دون حق أو جواز شرعي<sup>1</sup>.

- فمعيار التعدي عند الشرعيين هو في الغالب مادي موضوعي لا ذاتي<sup>2</sup>. فينظر إلى الاعتداء على أنه واقعة مادية محضة يترتب عليها. المسؤولية أي ضرورة تعويض المتضرر كلما حدثت، بقطع النظر عن نوع الأهلية في شخص المعتدي وقصده، ففي ضمان الأموال لا فرق بين العمد والخطأ، ولا بين الكبير والصغير<sup>3</sup>، إلا أن بعض المالكية قالوا : لا شيء على الصبي غير المميز فيما أتلفه من نفس أو مال كالعجماء.

- أما في ضمان الأنفس فيميز بين القتل العمد والقتل الخطأ، ويقتص من الكبير دون الصغير، قال الشاطبي: إن الخطأ في الحكم بالتضمين بالأموال مساو للعيد في ترتب الغرم في إتلافها<sup>4</sup>.

وقال شيخ الإسلام عز الدين بن عبد السلام: إن الإلتلاف يقع بالظنون والأيدي والأقوال والأفعال، ويجري الضمان في عملها وخطئها، لأنه من الجوابر، ولا تجري

<sup>1</sup> - ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص 413.

<sup>2</sup> - عبد الرزاق السنهوري، مصادرالحق في الفقه الإسلامي، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، ط1، 1953م، ج 6/ ص161.

<sup>3</sup> - محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الأندلسي، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، م.محمد صبحي، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، ط1 1415هـ، ج 2/ ص 211.

<sup>4</sup> - إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي، الموافقات، م.مشهور بن حسن، دار ابن عفان، ج 2/ ص347.

العقوبة والقصاص إلا في عمدها لأنهما من الزواجر<sup>1</sup>. وكذلك لا يختلف حكم الضمان بالتعدي، سواء أكان أمر إيجابية كالإحراق والإغراق والإتلاف، أم أمراً سلبية كترك حفظ الوديعة فإنه موجب للضمان، فمن رأى إنسانة يسرق الوديعة وهو قادر على منعه، ضمن المال، لترك الحفظ الملتزم بالعقد، ومن امتنع عن بذل الطعام للمضطر إليه، أو عن تقديمه لسجين حتى مات، كان ذلك إعانة على القتل ومسببة للهلاك المستوجب للضمان<sup>2</sup>.

ولا فرق أيضاً بين أن يكون التعدي حاصلًا مباشرة أو تسببًا مثل قطع أشجار الغير من دون حق، وحفر بئر في الطريق العام من دون ترخيص من السلطة الإدارية المختصة يفهم من كلمة التعدي أنه عمل غير مباح ولا مأذون به شرعاً أو من صاحب الحق، أما إذا كان الفعل مأذوناً به شرعاً كما في حالة الدفاع عن النفس أو المال أو العرض، أو عند الاطلاع على بيت الآخرين من السطح أو من ثقوب الباب ونحو ذلك، أو كان الإذن بحق صادرة من ولي الأمر الحاكم، كما في حال هلاك المحدود أو المعزر حين إقامة العقوبات الشرعية، أو وقوع إنسان في بئر حفره في السوق بإذن ولي الأمر، أو كان أمراً بالإتلاف من صاحب المال نفسه، أو كان الفعل ناتجة عن استعمال وممارسة الحق من دون تعسف، ففي هذه الحالات الأربع لا يكون الفعل مستوجباً لضمان المال أو النفس، عملاً بالقاعدة الفقهية القائلة: "الجواز الشرعي ينافي الضمان"<sup>3</sup>.

### ثانياً: ركن الضرر

فهو إلحاق مفسدة بالآخرين، أو هو كل إيذاء يلحق الشخص، سواء أكان في ماله أم جسمه أم عرضه أم عاطفته<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، م. طه عبد الرؤوف مكتبة الكليات، الأزهرية، القاهرة 1411هـ، ج 2/ ص 133.

<sup>2</sup> - المصدر نفسه.

<sup>3</sup> - وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي، مؤسسة الرسالة، ط4، 1405هـ، ص 299.

<sup>4</sup> - الزرقا، المدخل الفقهي العام، ص 586.

فهو يشمل الضرر المادي كتلف المال، والضرر الأدبي كالإهانة التي تمس كرامة الإنسان أو تلحق به سمعة سيئة، سواء أكان ذلك بالقول كالقذف والشتم أم بالسعاية من دون حق إلى الحاكم، والرجوع عن الشهادة بعد صدور الحكم على المتهم، أم بالفعل الإيجابي كالضرب والإحراق والإغراق والترويع والتهديد وإتلاف الزروع والأشجار وهدم المباني، أم بالفعل السلبي كالامتناع عن ترميم الحائط أو إغاثة الملهوف أو عن إطعام المضطر 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 معين .

كل هذه الأضرار المادية والأدبية أو المعنوية إذا كانت محققة الوقوع تستوجب الضمان في العرف الحاضر، إلا أن جمهور فقهاءنا اقتصروا في تعريف الأضرار على النواحي المادية، دون المعنوية، فإنهم أكتفوا فيها بإيجاب عقوبة جنائية عليها كحد القذف ثمانين جلدة الثابت بالقرآن الكريم، أو التعزير أي العقوبة غير المقدرة المفوضة إلى رأي القاضي وذلك في كل معصية أو جنائية لا حد فيها<sup>1</sup>.

ومع هذا فقد قرر أبو يوسف ومحمد صاحباً أبي حنيفة أنه يجب التعويض بسبب الضرر الأدبي في حالة الألم الجسماني، فقال محمد تجب حكومة عدل "أي تعويض بقدره القاضي" على الجاني بقدر ما لحق المضروب أو المجروح من الألم.

وقال أبو يوسف للمجني عليه أن يرجع على الجاني بما أنفقه من ثمن الدواء وأجرة الأطباء<sup>2</sup>.

- وأما تعويض الضرر لضياع المصلحة فهو وإن لم ينص فقهاؤنا عليه إلا أنه يمكن للحاكم الحكم به بناء على القواعد العامة التي تنفي وقوع الضرر، وتطالب بضمان الأضرار المترتبة على الفعل بسبب تقصير أو إهمال أو عدم احتراز أو لتعارف الناس ذلك، مثل قاعدة "الضرر يزال" و"لا ضرر ولا ضرار في الإسلام" .

<sup>1</sup> - الزحيلي، نظرية الضمان، ص 29.

<sup>2</sup> - السرخسي، المبسوط، ج 26/ ص 81.

ومما يؤيد وجوب تعويض الأضرار عموماً أن أبا يوسف من الحنفية، والمفتى به عند علماء المالكية، وبعض الشافعية، وابن تيمية وتلميذه ابن القيم من الحنابلة، كل هؤلاء يجيزون للقاضي أن يحكم في نطاق التعزيرات بالعقوبات المالية، أي بالجزاء النقدي بدلاً من الحبس وغيره على الأضرار التي لا عقوبة مقدرة فيها شرعاً، بدليل ما ثبت في سنة رسول الله من أمره بكسر دنان الخمر وشق ظروفها، وهدمه مسجد الضرار للمنافقين، ومضاعفته الغرم على سارق ما لا حد فيه بالقطع من الثمر أو من غير حرز أو عام المجاعة، وأخذ شطر مال مانع الزكاة عزمة من عزمات الرب تبارك وتعالى، ومثل تحريق عمر وعلي المكان الذي يباع فيه الخمر، ومصادرة عمر ما وجده من طعام مع سائل فوق كفايته، ونحو ذلك كثير، حتى إن من قال إن العقوبات المالية منسوخة، وأطلق ذلك، فقد غلط في نقل مذاهب الأئمة والاستدلال عليها.

- بل إن أئمة المذاهب الأربعة الذين لا يجيزون التعزير بأخذ المال في الراجح عندهم، نظروا إلى اعتبارات سياسية محضة وهي خشية أن يتسلط الظلمة من الحكام على أموال الناس، فيأخذوها بغير حق باسم العقوبة، ثم يأكلونها<sup>1</sup>.

### ثالثاً: ركن العلاقة السببية بين الخطأ والضرر

أوهي أيضاً علاقة التعدي بالضرر كما يفهم من كلام فقهاء الإسلام، فإن الفقه والقانون يلتقيان - في الجملة - في النتائج المترتبة على وجود هذه العلاقة إذ هي تعني عند القانونيين: أن توجد علاقة مباشرة ما بين الخطأ الذي ارتكبه المسؤول، والضرر الذي أصاب المضرور<sup>2</sup>.

ويسأل الشخص قانوناً عن الأضرار المباشرة وغير المباشرة المتصلة بالخطأ اتصالاً واضحاً.

وأما الفقهاء المسلمون فيقررون أنه لا بد في الضمان من أن يكون الضرر مرتبطة بالفعل ارتباط النتيجة بالسبب، ويسأل الشخص شرعاً من الأضرار المباشرة التي يلحقها بغيره، وكذا عن الأضرار التي يكون متسببة في إحداثها مباشرة، والأصل العام

<sup>1</sup>- الزحيلي، نظرية الضمان، ص 30

<sup>2</sup>- السرخسي، المبسوط، ج 26/ ص 82

هو مسؤولية المباشر، لكن قد ينفرد المتسبب بالضمان، وقد يشترك هم مع المباشر، ولا ضمان في غير المباشرة والتسبب<sup>1</sup>.

ويتفق القانون وفقه الإسلام في الأحوال التي تنتفي أو تنعدم فيها السببية وهي قيام السبب الأجنبي لقوة قاهرة، أو خطأ المضرور أو خطأ الغير.

وفي حال تعدد الأسباب ووحدة الضرر يتفق جمهور الفقهاء مع ما تقرره نظرية السبب المنتج ومقتضاها الاعتداد في المسؤولية المدنية بالسبب الأقوى أو السبب الذي يؤدي عادة إلى إحداث الضرر، ويتفق مقتضى الاستحسان عند الحنفية مع ما تقرره نظرية تكافؤ الأسباب التي ترى الأسباب كلها متكافئة في إحداث الضرر بحيث لا يغلب سبب على آخر، ولا تخفف المسؤولية بسبب تدخل أسباب أخرى.

هذا بالنسبة للمسؤولية المدنية، أما بالنسبة للمسؤولية الجنائية فإن رأي المالكية في قتل الجماعة بالواحد أو التماثل على القتل يتفق مع ما جرى عليه القانون الجنائي في معاقبة الشريك كالفاعل الأصلي، وهذا ما يعرف بالاشتراك الجرمي الذي يتم بإحدى صور ثلاث: هي : التحريض والاتفاق والمساعدة<sup>2</sup>.

### الفرع الثالث: أقسام الضمان

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 إلى نوعين : ضمان كامل وضمان جزئي وينقسم أيضا بحسب تقديره شرعا إلى نوعين : مضبوط وغير مضبوط كما أنه ينقسم بحسب استقراره على الضامن أو عدم استقراره إلى مستقر ومتحول.

أولا: تقسيم ضمان المال باعتبار مقداره

<sup>1</sup> - المحمصاني، النظرية العامة للموجبات، ج 1/ ص 180.

<sup>2</sup> - وهبة الزحيلي، نظرية الضمان ، ص 55.

**1- الضمان الكلي :** هو الالتزام بدفع قيمة جميع الشيء المتلف إذا كان التلف كلياً، أو جزئية فاحشة شبيها بالتلف التام. و أما النقصان في المغصوبات فإنه إذا كان النقصان كبيراً في قيمة الشيء، فللمالك الخيار بين أن يطلب قيمة النقصان فقط، أو أن يترك الشيء للغاصب ويضمنه جميع قيمته<sup>1</sup>.

وأما في حالة التلف الفاحش أو الجنابة على الشيء من دون غضب، فكذلك يرى الحنفية والمالكية أن صاحب الشيء مخير بين أن يسلم الشيء للجاني، ويأخذ منه قيمته، أو أن يأخذ قيمة الناقصة فقط<sup>2</sup>.

- **ومن أمثله :** لو أتلف رجل مصراعي باب، أو أحد زوجي خف أو مكعب، كان للمالك أن يسلم إليه الآخر، ويضمنه قيمتها .

لو قطع رجل أغصان شجرة : إن كان النقصان فاحشة، يضمن قيمة الشجرة وإلا فالنقصان . وقد يضمن النقصان فقط عند الحنفية، مثاله من حفر حفيرة في أرض غيره فأضر بالأرض، يلزمه النقصان، من هدم حائط دار يضمن النقصان<sup>3</sup>. وقال الشافعي وأحمد: يضمن الجاني في النقصان ما نقص يوم الجنابة.

و الهلاك الذي يوجب الضمان الكلي إما أن يكون حقيقياً بإتلاف الشيء وزواله صورة و معنى كأكل الطعام المغصوب وموت الدابة المغصوبة، وإما أن يكون حكماً وذلك في ثلاث حالات :

أ- إذا زال اسم الشيء وأعظم منافعه، مثل خرق الثوب خرقة فاحشة؛ لأن الخرق الفاحش يفوت على المالك بعض الشيء المتلف وجنس منفعتة. وهذا يعد استهلاكاً موجباً للضمان. ومثله تخريب آليات السيارة .

ب- إذا تعذر رد الشيء إلى المالك، والتعذر إما لاستحالة فصل الشيء عن غيره كالصباغ من الثوب، وإما ألا يكون في فصله استحالة ولكن فيه ضرر كبير بالمتعدي، ودفع الضرر واجب كبناء الدار بأحجار مغصوبة مثلاً .

<sup>1</sup>- الزحيلي، نظرية الضمان ص 118.

<sup>2</sup>- ابن رشد، بداية المجتهد، ج 2/ ص 313.

<sup>3</sup>- البغدادي ، مجمع الضمانات ، ص 146.

ج. حين اختلاط الشيء بغيره اختلاط ممزوجة، بحيث لا يمكن التمييز بين المخلوطين بالقسمة، كخلط دقيق الحنطة بدقيق الشعير، أو كان مما يمكن التمييز بينهما عند أبي حنيفة خلاف لصاحبيه، مثل خلط الحنطة بالحنطة من نوعين مختلفين<sup>1</sup>. وأما خلط المجاورة فإن كان يمكن التمييز بين الخليطين من دون كلفة ولا مشقة، فلا ضمان، وإن كان لا يمكن التمييز كخلط الحنطة بالشعير، فيجب الضمان الاعتبار ذلك هلاك.

2. **الضمان الجزئي:** فهو الالتزام بدفع قيمة النقصان اليسير في المغصوب أو في الإلتاف الجزئي، وذلك بأن يقوم الشيء صحيحة من كل شيء، ويقوم مجنبه عليه، ويعطي المالك ما بين القيمتين، وهذا باتفاق الفقهاء<sup>2</sup>.

والنقصان الموجب للضمان الجزئي: هو كل عارض يطرأ على العين في يد الغاصب فيوجب نقصان قيمتها، كأن يتلف جزء من العين، أو نزول صفة مرغوب فيها دون أن يؤدي إلى زوال منفعتها تماما؛ لأنه إذا زالت المنفعة كان ذلك هلاك لا نقصانا. وفي العارية يجب ضمان ما تلف من أجزائها التي لا تذهب بالاستعمال؛ لأن ما ضمن جملة ضمننت أجزاؤه كما ذكرنا. وأما ما يذهب بالاستعمال كما في حال استعمال المنشفة والقطيفة، ففيه رأيان عند الحنفية قيل: يضمن، والأرجح أنه لا يضمن للإذن بالاستعمال.

### ثانيا: تقسيم المال باعتبار تقديره شرعا

ينقسم ضمان المال بحسب تقديره شرعا إلى مضبوط و غير مضبوط<sup>3</sup>.

1. **النوع المضبوط:** هو ما حدد الشرع بإتلافه مقدارا معيناً من الأموال إما لحق الله تعالى أي رعاية لمصلحة عامة أو لحق شخص معين مثال الأول: إلتاف الصيد البري في حرم مكة أو في أثناء الإحرام بالحج و العمرة قال تعالى:

﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمِّدًا فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَا

<sup>1</sup> - وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، ص 119.

<sup>2</sup> - ابن رشد، بداية المجتهد ج 3/ ص 313.

<sup>3</sup> - ابن القيم، أعلام الموقعين، ج 2/ ص 98.

قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ هَدْيًا بَالِغَ الْكَعْبَةِ<sup>1</sup>  
 و قال سبحانه : ﴿ أَجَلٌ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ وَطَعَامُهُ مَتَاعًا لَكُمْ وَلِلسَّيَّارَةِ وَحَرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ  
 الْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًا<sup>2</sup>  
 ومثال الثاني ضمان الأموال المثليات؛ لأنه محدد شرعا بالمثل: « طعام بطعام وإناء  
 بإناء<sup>3</sup>».

ومن هذا النوع: مقابلة الجاني بنقيض قصده من الحرمان من الإرث أو الوصية  
 كعقوبة القاتل لمورثه بحرمانه من الميراث، وعقوبة الموصى له القاتل للموصي ببطلان  
 وصيته وحرمانه منها عند الجمهور غير الشافعية .  
 ومنه عقوبة الزوجة الناشز بسقوط نفقتها وكسوتها.

**1- غير المضبوط :** فهو التعويض غير المقدر شرعا، وإنما فرض الاجتهاد الأئمة  
 والقضاة بحسب المصالح، وهو كل ما لم تأت به الشريعة بقاعدة عامة، وقد لا يزداد فيه  
 ولا ينقص، وهذا الذي اختلف فيه العلماء وهو التغريم المالي أو التعزير المالي وقد  
 سبق الكلام عليه. ومن هذا النوع ما يسمى بحكومة العدل أي التعويض الذي يقدره  
 الخبراء في حالة الجراح التي ليس لها أرش تعويض مقدر فيه الشرع<sup>4</sup>  
**2- قال ابن القيم<sup>5</sup>:** والصواب أنه يختلف باختلاف المصالح، ويرجع فيه إلى اجتهاد  
 الأئمة في كل زمان ومكان بحسب المصلحة ؛ إذ لا دليل على النسخ (أي إبطال  
 حكمه ومشروعيته)، وقد فعله الخلفاء الراشدون، ومن بعدهم من الأئمة.  
**من أمثله :** مضاعفة الغرامة على سارق الثمار المعلقة، وعلى كاتم الضالة الملتقطة  
 (أي البهيمة الضائعة) وأخذ شطر مال مانع الزكاة.

<sup>1</sup> - سورة المائدة: [الآية 95].

<sup>2</sup> - سورة المائدة: [الآية 96].

<sup>3</sup> - سبق تخريجه، ص 31.

<sup>4</sup> - وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، ص 122.

<sup>5</sup> - ابن القيم ، أعلام الموقعين، ج2/ص 98.

ومن هذا النوع كل ما فوض به القاضي من إصدار الحكم بالتعويض المالي على الأضرار الأدبية، أو المادية حسب تقديره إذا لم يكن هناك مقدار محدد شرعا. ومن ذلك في اصطلاح القانونيين تعويض الضرر الاحتمالي وهو الضرر المستقبل غير المؤكد الوقوع، إلا أنه قانونا وشرعا لا يحكم به بتعويض إلا إذا وقع فعلا.

ومنه ما يسمى عند القانونيين أيضا تعويض تقويت الفرصة وهو مبلغ معين يحكم به كتعويض المتضرر عن مجرد فوات الفرصة. وهذا إن جاز قانونا، فلم نجد أحدا من الفقهاء الشرعيين يقول به، كأن يحكم قانونا بتعويض الورثة قتل موصى له بمبلغ من المال، فعند فقهاءنا لا نرى إلا القول ببطلان الوصية في هذه الحالة؛ لأن الوصية لا تستحق ولا تملك إلا بعد موت الموصي<sup>1</sup>.

### ثالثا: تقسيم ضمان المال باعتبار استقراره وتحولته

**1- الضمان المستقر :** 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 و متأخري الحنفية، ولو بغير تعد 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 .

**2- الضمان المتحول:** هو الذي من شأنه أن يعطي للضامن الذي دفع الضمان حقا في الرجوع بما ضمنه على شخص آخر، علما بأن الأصل العام أن يسأل كل شخص عن فعل نفسه، وهذا هو المبدأ المقرر في الإسلام .

- مبدأ المسؤولية الفردية أو الشخصية : لا تزر وزارة و زر أخرى، إلا أنه يستثنى من هذا المبدأ حالة وجود التعدي، سواء أكان الفعل تعديا بنفسه وطبيعته كما في الغصب، أم بسبب صدور تصرف عدواني من الشخص كإعارة الشيء المستعار إلى

<sup>1</sup> - الزحيلي، نظرية الضمان ص 122.

آخر، أم بسبب إهمال أو تقصير أو تهاون بالمحافظة على أمتعة الناس كالأجير العام أو المشترك<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> - الزحيلي، نظرية الضمان ص 123.

## الفصل الثاني:

القواعد الفقهية المندرجة تحت  
الضرر و الضمان وتطبيقاتها

### تمهيد :

في هذا المبحث سنتكلم عن قاعدة عظيمة ألا و هي "لا ضرر و لا ضرار" والتي  
عنونت في كثير من كتب القواعد الفقهية ب"الضرر يزال".  
لكن في الأصل منطوقها نص حديث نبوي كريم، و هو يعد من جوامع كلمه صلى  
الله عليه و سلم سار مسار القواعد الفقهية الكلية.  
و سنحاول جاهدين التكلم و الإمام بمعنى هذه القاعدة و أهميتها و ما يتفرع عنها  
من القواعد الفقهية بحول الله تعالى .

## المبحث الأول: قاعدة لا ضرر و لا ضرار و ما يتفرع عنها

المطلب الأول : معنى قاعد لا ضرر و لا ضرار

الفرع الأول: شرح القاعدة<sup>1</sup>:

أي لا فعل ضرر ولا ضرار بأحد في ديننا، أي لا يجوز شرعا لأحد أن يلحق بأخر ضرر، وقد سبق ذلك بأسلوب نفي الجنس ليكون أبلغ في النهي والزجر. هذه القاعدة لفظ حديث شريف حسن<sup>2</sup>.

والضرار (بكسر الضاد) من ضره وضاره بمعنى وهو خلاف النفع، كذا قاله الجوهري فيكون الثاني على هذا تأكيدا للأول، لكن المشهور أن بينهما فرق فحمل اللفظ على التأسيس أولى من التأكيد. واختلف في الفرق على أقوال ذكرها ابن حجر الهيثمي في شرح الأربعين النووية، أحسنها:

أولاً: المعنى الأول إلحاق مفسدة بالغير مطلقاً.

ثانياً: المعنى الثاني إلحاق مفسدة بالغير على وجه المقابلة له، لكن من غير تقييد بقيد الاعتداء بالمثل والانتصار للحق. وهذا أليق بلفظ الضرار، إذ الفعال مصدر قياسي لفاعل الذي يدل على المشاركة.

القاعدة مقيدة إجماعاً بغير ما أذن به الشرع من الضرر، كالتقصاص والحدود وسائر العقوبات و التعازير، لأن درء المفساد مقدم على جلب المصالح، على أنها لم تشرع في الحقيقة إلا لدفع الضرر أيضاً.

<sup>1</sup> - أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، دار القلم بدمشق، ط 2، 1409هـ،

ص 165.

<sup>2</sup> - رواه ابن ماجه والدارقطني، وغيرهما عن أبي سعيد الخدري وابن عباس وعبادة بن الصامت رضي الله تعالى عنهم مسنده ، ومالك في الموطأ مرسلًا.

- وذكرت المجلة ثلاث قواعد بشأن الضرر هي أصول بالنسبة لغيرها:
- الأولى: للنهي عن إيقاعه وهي هذه القاعدة. (لا ضرر و لا ضرار).
  - الثانية: لوجوب إزالته إذا وقع، وهي القاعدة التي تليها. (الضرر يزال).
  - الثالثة: لبيان أن إزالته إذا لم تكن تماما فبقدر ما يمكن. (الضرر لا يزال بالضرر).

#### الفرع الثاني: أمثلة تطبيقية حول هذه القاعدة

يتفرع على هذه القاعدة كثير من أبواب الفقه مما كانت مشروعيته توقيا من وقوع الضرر.

فمن ذلك<sup>1</sup>

**أولاً- اتخاذ السجون** ثم جعلها على صورة مضجرة لا يمكن فيها المسجون من بسط فراش ولا غطاء، ولا من التكبس، ولا يمكن أحد من الدخول عليه للاستئناس وهو وإن كان أسلم العقوبات فهو من العقوبات العظيمة ومقرون بالعذاب الأليم في قوله سبحانه وتعالى في سورة يوسف ﴿إِلَّا أَنْ يُنَجِّنَ أَوْ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾<sup>2</sup>، فإن من يعلم من الدعار وأهل الفساد أن مثل هذا السجن واقف له بالمرصاد يرتدع ويكف أذاه عن الناس.

على أن منفعة السجن ليست مقصورة على ردع الدعار، بل هناك أيضا منفعة أخرى وهي وقاية المجرم من أضرار الحاكم به إذا عاقبه في وقت غضبه من جرمه، فإن الحاكم ممنوع شرعا من معاقبة المجرم وقت غضبه منه لئلا يجاوز في عقوبته الحد الكافي لجره، بل يرفعه إلى الحبس ريثما يسكن غضبه فيعاقبه حينئذ ما يستحقه .

**ثانيا- خيار الرؤية وإخبار الشرط** فإن الأول شرع لدفع الضرر عن المشتري بدخول ما لا يلائمه في ملكه. والثاني شرع للحاجة إلى التروي لئلا يقع في ضرر الغبن.

**ثالثا- أنواع الحجر** فإنها شرعت توقيا من وقوع الضرر العائد تارة لذات المحجور وتارة لغيره، فإن من وجب حجره إذا ترك بدون حجر قد يضر بنفسه وقد يضر بغيره كما هو ظاهر. ومنها : الشفعة، فإنها شرعت توقيا من ضرر جار السوء.

<sup>1</sup> - محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص 166.

<sup>2</sup> - سورة يوسف [الآية 25].

رابعاً - جبر الشريك على العمارة إذا أبأها في ثلاثة محلات وهي :

أ. ما إذا كان وصي يتيم .

ب. أو من ولي وقف .

ج. وعند ضرورة تعذر القسمة<sup>1</sup>.

فإنه شرع توكياً من تضرر الصغير والوقف والشريك من تداعي العقار للخراب .

بشيء لو نقص الثمن الثاني عن الأول..

خامساً- ما صرح به في كثير من الكتب من أنه لو انتهت مدة إجارة الظئر والصغير

لا يأخذ ثدي غيرها ولم يستغن بالطعام، فإنها تجبر على إرضاعه بأجر المثل توكياً

من تضرر الصغير<sup>2</sup>.

سادساً- ما لو ثبت الحق على المدعى عليه بالبينة وبإقراره وقضي عليه، فإنه يعتبر

قضاء بالإقرار لأنه أقوى لكن إذا كان في اعتباره قضاء بالبينة تحرز عن إيقاع ضرر

بالمدعى عليه، فحينئذ يعتبر القضاء مستندا إلى البينة، وذلك كما إذا استحق المبيع

من يد المشتري بإقراره وبالبينة وقضي عليه، فإنه يعتبر القضاء مستندا إلى البينة لا

إلى الإقرار، إذ في اعتباره قضاء عليه بالإقرار إيقاع ضرر به وهو عدم تمكنه من

الرجوع على بائعه بالثمن، لأن الإقرار حجة قاصرة لا يتعدى إلى البائع بخلاف البينة

فإنه حجة متعدية، فإذا أعتبر القضاء مستندا إليها يتمكن المشتري من الرجوع على

بائعه بالثمن ولا يتضرر<sup>3</sup>.

سابعاً- ما لو اشترى شيئاً فأجره ثم اطلع على عيب قديم فيه فله نقض الإجارة ليرده

بالعيب وكان الفرق بين الرهن والإجارة هو أن الإجارة تفسخ بالأعدار وهذا منها،

بخلاف الرهن<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص 167.

<sup>2</sup> - المصدر نفسه، ص 168.

<sup>3</sup> - المصدر السابق، محمد الزرقا. ص 128

<sup>4</sup> - ابن القاضي محمود بن إسرائيل، جامع الفصولين، طبعة بولاق، 1300هـ، ص 49.

**ثامنا- ما لو أعار شيئاً ليرهنه المستعير** فرهنه بدين عليه ثم أراد المعير استرداده فله أن يدفع الدين للمرتهن ويأخذ العين المرهونة، ولا يعد متبرعا بل يرجع ما دفع على الراهن المستعير. وكذلك ما لو رهن الأب بدين عليه مال ولده الصغير الذي تحت ولايته، فبلغ الصغير فله أن يقضي دين أبيه ويفك الرهن، ولا يكون متبرعا بل يرجع على أبيه بجميع ما قضاه عنه<sup>1</sup>.

**تاسعا- ما لو أمر غيره بشراء شيء معلوم** بألف مثلا، فشراه ولم يقبضه ولم يدفع الثمن إلى البائع حتى أعطى الأخر الثمن للمأمور ليدفعه إلى البائع فأتلف المأمور الثمن وهو معسر فللبائع أن يحبس المبيع إلى أن يأخذ الثمن فإذا دفع الأمر الثمن إلى البائع كان عليه أن يسلمه المبيع، وللأمر أن يرجع على المأمور بالثمن لأنه مضطر في فضائه فهو كمصير<sup>2</sup>.

**عشرة- ما لو أحدث الغاصب في العين المغصوبة** ما بقطع حق المالك في استردادها، كما إذا كان المغصوب فقطعه وخاله ثوبا أو كان حديدا فصنعه سلاحا مثلا أو كان نحاسة فصنعه آنية ثم مات الغاصب أو حجر عليه وكان له غرماء فإن المالك يجعل أحق بالعين المغصوبة من سائر الغرماء حتى يأخذ منها حقه، وهذه العين المحبوسة لحق المغصوب منه إذا ملكت قبل أن يستوفي منها حقه تكون مضمونة على الغاصب، ولا تكون مضمونة بهذا الهلاك على المغصوب منه ضمان الرهن، وإن كانت محبوسة لحقه، كل ذلك دفعة للضرر عن المغصوب منه، فقد قال صاحب جامع الفصولين ما لفظه: "وفي كل موضع ينقطع حق المالك فالمالك أحق بذلك الشيء من الغرماء حتى يأخذ حقه فلو ضاع فهو من مال غاصبه ولم يكن كرهن"<sup>3</sup>.

**إحدى عشرة- أن الوكيل بشراء شيء معين لا يملك أن يشتريه لنفسه** من غير أن يعلم الموكل بأنه يريد أن يشتريه لنفسه، كما ذكروه في الوكالة، فمنعهم له عن شرائه

<sup>1</sup>- الكاساني، بدائع الصنائع، ص 135.

<sup>2</sup>- ابن القاضي، جامع الفصولين، ج17/ ص229.

<sup>3</sup>- نفس المصدر، ج33/ ص134.

لنفسه إنما كان دفعة للضرر عن الموكل، إذ عساه أن يتضرر من عدم الحصول على مقصوده ليسد حاجته<sup>1</sup>.

اثني عشرة - منعهم شراء الحبوب وإخراجها من بلدة يضر بأهلها، فقد قال صاحب جامع الفصولين: وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى لو أن أعرابا قدموا الكوفة وأرادوا أن يمتاروا منها ويضر ذلك بأهلها أمنعهم عنه، ألا يرى أن أهل البلدة يمنعون عن الشراء للحكرة فهذا أولى<sup>2</sup>.

ثلاثة عشرة - أن المعروفين بالدعارة والفساد يستدام حبسهم حتى تظهر توبتهم فقد جوزوا إدامة حبسهم إلى أن تظهر عليهم علامة التوبة، من غير أن يثبت عليهم بالقضاء بطريقه الشرعي ما يوجب ذلك بعد أن كانت دعارتهم مستفيضة معروفة، دفعة لضررهم عن العباد، ولو أنيط ذلك بثبوتهم بطريقه الشرعي لا ملئوا الدنيا فسادة لندرة ثبوتهم بالبينة أو بإقرارهم.

**المطلب الثاني : ما يتفرغ عن قاعدة لا ضرر و لا ضرار**

**الفرع الأول: قاعدة الضرر يدفع بقدر الإمكان<sup>3</sup>**

**أولاً: أدلة هذه القاعدة**

قام الدليل العام على أن الشارع يراعي مصالح الخلق، ويقصد إليها في كل ما شرع من أحكام كما يقصد رفع الضرر والفساد عنهم ماديا كان أو معنويا . وكان الصحابة وهم أئمة الناس لهذه الشريعة - رضي الله عنهم أكثر الناس استعمالا لهذا الأصل واستنادا إليه فالعقوبات التعزيرية والأحكام التي تقتضيها السياسة الشرعية الوقتية التي رويت عن الخلفاء الراشدين وغيرهم من الصحابة ومن بعدهم بل من ذلك بعض ما روي عن النبي نفسه؛ خير برهان على أن الشارع يسد الطريق إلى المفاصد بكل ممكن والأمثلة على ذلك لا يحصرها عد وإليك بعضا منها.

<sup>1</sup> - محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص 172.

<sup>2</sup> - المصدر نفسه، ص 172.

<sup>3</sup> - صالح السدلان، القواعد الفقهية الكبرى و ما تفرع عنها، ص 508-510.

ثانيا: أمثلة القاعدة

### 1- فني جانب المصلحة العامة

شرع الجهاد لدفع شر الأعداء ووجبت العقوبات لقمع الإجرام وصيانة الأمن وردع الظلمة ومن شهر على المسلمين سيفا فعليهم أن يقتلوه إذا مست الضرورة

### 2- جانب الحقوق الخاص

شرع حق الشفعة لدفع الضرر المتوقع عن الجار كذلك إذا اغتصب شخص مال آخر و إستهلكه فلأن إرجاع المال المغصوب المستهلك بعينه غير ممكن ويضمن الغاصب مثل ذلك المال إذا كان من المثليات وقيمه إن كان من القيميات وشرع الحجز على المفلس منعا للضرر عن الدائنين ولو امتنع الأب من الإنفاق على ولده القاصر أو العاجز يحبس لدفع ضرر الهلاك عن الولد .

الفرع الثاني: قاعدة الضرر لا يزال بمثله أو بالضرر

أولا: صلتها بقاعدة الضرر يزال

قاعدة « الضرر لا يزال بالضرر » تدخل في قاعدة: «لا ضرر ولا ضرار» أو «الضرر يزال»، وهي كعائد يعود على قولهم «الضرر يزال» ولكن بلا ضرر فشأنهما شأن الأخص مع الأعم في الحقيقة. بل هما سواء؛ لأنه لو أزيل بالضرر لما صدق: «الضرر يزال» فالشرط إذا أن يزال الضرر بلا إضرار بالغير إن أمكن وإلا فبأخف منه<sup>1</sup> .

ثانيا: أمثلة القاعدة

1- بناء على ما تقدم يجوز لإنسان محتاج إلى دفع الهلاك عن نفسه جوعا أن يأخذ مال محتاج مثله. كما لا يجوز لمن أكره بالقتل على القتل أن يقتل إذا كان قتله مسلما بغير وجه حق.

<sup>1</sup> - تاج الدين السبكي عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي، الأشباه و النظائر، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 1411هـ، ج 1، ص 41.

2- لو ظهر في المبيع عيب عند المشتري لا يحق له رد المبيع لوجود عيب قديم فيه إلا أنه يحق للمشتري أن يرجع على البائع بنقصان الثمن أي بالفرق بين قيمة المبيع و قيمته سالماً<sup>1</sup>.

### الفرع الثالث: قاعدة درء المفسد أولى من جلب المصالح

يعبر عن المصالح و المفسد بالخير و الشر و النفع و الضرر و الحسنات و السيئات لأن المصالح كلها خير نافعات حسنات و المفسد بأسرها شرور مضرات سيئات و قد غلب في القرآن استعمال الحسنات في المصالح و السيئات في المفسد قال تعالى ﴿ إِنَّ الْحَسَنَاتِ يُذْهِبْنَ السَّيِّئَاتِ ﴾<sup>2</sup> و معظم مقاصد القرآن باكتساب المصالح و أسبابها والزجر عن اكتساب المفسد و أسبابها .  
أولاً: أدلة هذه القاعدة

#### 1. من القرآن:

يستدل لهذه القاعدة من القرآن الكريم بقوله تعالى : ﴿ يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا ﴾<sup>3</sup> ولا شك أن منفعة الخمر في الاتجار والانتفاع بثمنها ومنفعة الميسر في ما يأخذه المقامر من المقمور وإثمه في إفساد العقل والإضرار بالصحة وإحداث الشقاق بين الناس المؤدي إلى تفريق كلمة المسلمين ولا شك أن هذا الإثم أكبر من ذلك النفع فوجب درء مفسدة الإثم على جلب مصلحة النفع .

#### 2- من السنة:

ابن عجلان عن أبيه عن أبي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ذروني ما تركتكم فإنما أهلك من كان قبلكم كثرة سؤالهم واختلافهم على أنبيائهم ما نهيتكم عنه

<sup>1</sup> - صالح السدلان، القواعد الفقهية الكبرى و ما تفرع عنها، ص 513.

<sup>2</sup> - سورة هود [الآية: 114].

<sup>3</sup> - سورة البقرة [الآية: 219].

فانتهوا و ما أمرتكم به فأتوا منه ما استطعتم»<sup>1</sup> قال الحافظ ابن حجر : قال النووي: ويدخل فيه كثير من الأحكام واستدل به على أن اعتناء الشرع بالمنهيات فوق اعتناؤه بالمأمورات لأنه أطلق الاجتناب في المنهجات ولو ما المشقة في الترك وقيد في المأمورات بقدر الطاقة<sup>2</sup>.

### ثانيا: أمثلة القاعدة<sup>3</sup>

- 1- أنه يجب شرعا منع التجارة بالمحرمات من خمر ومخدرات ولو إن فيها أرباح ومنافع اقتصاديا.
2. ويمنع مالك الدار من فتح نافذة تطل على مقر نساء جاره ولو كان له فيها منفعة.
3. يمنع أيضا كل جار يتصرف في ملكه تصرفا يضر بجيرانه كاتخاذ معصرة أو فرن يؤذيان الجيران بالرائحة أو الدهان.

### الفرع الرابع: القواعد الثلاث ووجه الجمع بينهما

الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف و قاعدة يختار أهون الشرين أو أخف الضررين وقاعدة إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضررا بارتكاب أخفهما. ووجه الجمع بين هذه القواعد الثلاث<sup>4</sup>:

هذه القواعد الثلاث وإن تباينت ألفاظها وصيغها، إلا أن معانيها ومؤداها واحد وأن الأمر إذا دار بين ضررين أحدهما أشد من الآخر فيستعمل الضرر الأخف ولا يرتكب الأشد وهي منبثقة من القاعدة الشرعية الفقهية السابقة " درء المفسد أولى من جلب

<sup>1</sup> - رواه الحميدي ، في مسنده، باب جامع عن أبي هريرة، م.حسن سليم أسد الداراني، ط1، 1996م، دار السقى دمشق سوريا، (ج2 ص272، رقم1159).

<sup>2</sup> - الحافظ ابن حجر العسقلاني ، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، م.محمد فؤاد، المطبعة السلفية بمصر، 1381هـ، 1 ج 13 / ص262.

<sup>3</sup> - صالح السدلان، القواعد الفقهية الكبرى و ما تفرع عنها ، ص 523.

<sup>4</sup> - المصدر نفسه، ص 527.

المصالح" ومتفرعة من القاعدة الكلية: "لا ضرر ولا ضرار".

### أولاً: الأصل هذه القاعدة

من ابتلي ببليتين وهما متساويتان يأخذ أيهما يختار أهونهما لأن مباشرة الحرام لا تجوز إلا بذرة في حق الزيادة .

### ثانياً : أدلة هذه القاعدة

- قال تعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الشَّهْرِ الْحَرَامِ قِتَالٍ فِيهِ قُلْ قِتَالٌ فِيهِ كَبِيرٌ وَصَدٌّ عَن سَبِيلِ اللَّهِ وَكُفْرٌ بِهِ وَالْمَسْجِدِ الْحَرَامِ وَإِخْرَاجُ أَهْلِهِ مِنْهُ أَكْبَرُ عِنْدَ اللَّهِ وَالْفِتْنَةُ أَكْبَرُ مِنَ الْقَتْلِ﴾<sup>1</sup>

فإذا كان من نعمة الكفار على المسلمين من قتال في الشهر الحرام مفسدة فإن ما هم عليه من الصد عن سبيل الله والكفر به وسبيل هداه و بالمسجد الحرام وإخراج أهله منه أكبر عند الله أشد ذنبا من القتال في الشهر الحرام .

و أصل هذه القاعدة قصة الحديبية و مصلحه النبي صلى الله عليه وسلم يومئذ المشركين على الرجوع منهم و أن جاء أحد من أهل مكة مسلماً رده إليهم ومن راح من المسلمين لا يردونه وكان في ذلك إدخال خيمه على المسلمين وإعطاء الدنيا في الدين ولذلك إستشكله عمر بن الخطاب رضي الله عنه لكنه احتمل لدفع ما فسدت أعظم منه وهي قتل المؤمنين والمؤمنات الذين كانوا خاملين بمكة ولا يعرفهم أكثر الصحابة وفي قتلهم معرة عظيمة على المؤمنين فاقتضت المصلحة احتمال أخف المفسدتين لدفع أقواها والى هذا يشير قوله تعالى: ﴿وَلَوْلَا رِجَالٌ مُّؤْمِنُونَ وَنِسَاءٌ مُّؤْمِنَاتٌ لَّمْ تَعْلَمُوهُمْ أَنْ تَطَّوُّوهُمْ فَتُصِيبَكُمْ مِنْهُمْ مَعَرَّةٌ بِغَيْرِ عِلْمٍ﴾<sup>2</sup>. فلما قدر الله تمييز المؤمنين المستضعفين بمكة وخروجهم من بين أظهر المشركين سلط الله تعالى حين إذن ورسوله صلى الله عليه وسلم والصحابة رضوان الله عليهم على أهل مكة

<sup>1</sup> - سورة البقرة [الآية: 217].

<sup>2</sup> - سورة الفتح [الآية: 24].

فافتتحوها.

ثالثا: أمثلة عن هذه القواعد<sup>1</sup>.

1. يجوز شق بطن المرأة الميتة لإخراج الجنين المرجو حياته<sup>2</sup>
2. جواز السكوت عن إنكار المنكرات إذا كان يترتب على إنكارها ضرر أعظم
3. ولو ابتلعت دجاجة شخص لؤلؤة ثمينة لغيره فلصاحب اللؤلؤة أن يملك الدجاجة بقيمتها كي يذبحها ويستخرج لؤلؤته .
4. ولو أن مصليا لو يصلى قائما ينكشف من عورته ما يمنع جواز الصلاة ولو صلى قاعدا لا ينكشف منه شيء فإنه يصلي قاعدا لأن ترك القيام أهون.

الفرع الخامس: قاعدة يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام<sup>3</sup>

هذه القاعدة مقيدة لقاعدة: " الضرر لا يزال بالضرر " إذ أن في حال تعارض المصلحة العامة مع المصلحة الخاصة يترتب عليه الإضرار بأحدهما فيدفع الضرر العام بتحمل الضرر الخاص .

أولا: أهمية القاعدة

هذه القاعدة مقاصد الشريعة هي في مصالح العباد استخرجها المجتهدون من الإجماع ومعقول النصوص فالشرع إنما جاء ليحفظ على الناس دينهم وأنفسهم وعقولهم وأنسابهم فكل ما يؤدي إلى الإخلال بواحد منها فهو مضره يجب إزالتها ما أمكن وفي سبيل تأييد مقاصد الشرع يدفع الضرر الأعم بارتكاب الضرر الأخص ولهذا الحكمة شرع حد القطع حماية للأموال وحد الزنا والقذف صيانة للأعراض. وشرع قتل الساحر المضر والكافر المضل لأن أحدهم يفتن الناس والآخر يدعوهم

<sup>1</sup> - صالح السدلان، القواعد الفقهية الكبرى و ما تفرع عنها، ص 529.

<sup>2</sup> - ابن نجيم، الأشباه و النظائر، ص 88.

<sup>3</sup> - صالح السدلان ، القواعد الفقهية الكبرى و ما تفرع عنها ، ص 534.

إلى الكفر فيتحمل الضرر الأخص ويرتكب لدفع الأعم .

ثانيا: أمثله القاعدة<sup>1</sup>

- جواز التسعير لتحديد الأسعار على الباعة و غلوهـم فيها دفع لضررهـم عن العام  
ومن حبس ما يتضرر الناس بقصد تحين الغلاء والبيع بأعلى الأسعار كان محتكرا  
محرم عليه ذلك الحبس و للقاضي أن يبيع أموال المحتكرين و إن أضرهم ذلك دفعا  
لضرر الاحتكار عن العامة.

---

<sup>1</sup>-صالح السدلان ، القواعد الفقهية الكبرى و ما تفرع عنها ، ص 534.

## المبحث الثاني : القواعد و الضوابط الفقهية المندرجة تحت الضمان

و هنا سنتكلم عن القواعد الفقهية المتعلقة بالضمان و عن ضوابطه الفقهية مع إعطاء أمثلة و أدلة لكل قاعدة و ضابط

### المطلب الأول : القواعد الفقهية المتعلقة بالضمان

الفرع الأول: إذا اجتمع المباشر والمتسبب أضيف الحكم إلى المباشر

أولاً: مصدر هذه القاعدة

وجدت هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية المادة رقم 90 وتعتبر من أهم القواعد في هذا المجال.

### ثانياً: معنى القاعدة

أنه إذا اجتمع على إتلاف الشيء شخصان، أحدهما كان هو المباشر للفعل الضار وهو الذي به يحصل الضرر أو التلف بفعله هو، من غير أن يتدخل بين الشخص المباشر و فعله أي فعل لفاعل آخر مختار، ففي هذه الحالة يكون الشخص المباشر هو المسؤول عن الضمان، لأن المباشر هو في الحقيقة يعتبر هو العلة الظاهرة في الضرر في الواقع<sup>1</sup>.

وعلى هذا فإذا اجتمع المباشر والمتسبب، كان الضمان على المباشر، لأن السبب وحده لا ينفرد بالتلف أو الضرر إذا ترك وحده دون مباشر، فلهذا كان المباشر أقرب إلى الحكم منه إلى المسبب، فالمباشر هنا مقدم على المتسبب كالعلة وعلة العلة فالحكم يضاف طبعاً إلى العلة المباشرة، لا إلى علة العلة وعليه ففي جميع الأحوال التي يتم فيها اجتماع المباشر والمتسبب، فإن الضمان يكون على المباشر، إلا إذا كان

<sup>1</sup> - محمد الزحيلي، القواعد الفقهية على المذهب الحنفي و الشافعي، مجلس النشر العلمي، الكويت، ط1، 1420هـ، ص 423.

تأثير المتسبب أقوى من تأثير المباشر، ففي هذه الحالة يكون الحكم بالضمان على المتسبب كالمكروه<sup>1</sup>.

### ثالثاً: أمثلة تطبيقية على هذه القاعدة

1- لو حفر رجل بئراً في الطريق العام بلا إذن ولي الأمر، فألقى أحد حيوان شخص تلك البئر ضمن الذي ألقى الحيوان، لأنه العلة المؤثرة ولم يتخلل بين فعله والتلف فعل فاعل مختار دون حفر البئر<sup>2</sup>.

2- لو دفع شخص سكيناً إلى صبي مميز ليمسكها له، فقتل الصبي بها نفسه فلا ضمان على الدافع المتسبب، لأنه تخلل بين فعله و التلف فعل فاعل مختار وهو الصبي، لأنه ضرب نفسه باختياره، فلو لم يحصل التلف باختياره بأن وقعت السكين من يد الصبي فجرحته، كان الضمان على الدافع<sup>3</sup>.

3- لو أكل صاحب الطعام طعامه المغصوب جاهلاً به، فلا ضمان على الغاصب في الأظهر وكذا لو قدمه الغاصب للمالك على أنه ضيافة فأكله فإن الغاصب يبرأ<sup>4</sup>.

### الفرع الثاني: المباشر ضامن وإن لم يعتمد

#### أولاً: مصدر القاعدة

قاعدة المباشر ضامن وإن لم يعتمد، مصدرها مجلة الأحكام العدلية وأخذت رقم 92 وهي من أبرز القواعد لدى الضمان.

#### ثانياً: معنى القاعدة

إن المباشر لأي فعل هو ضامن لما سوف يتلف من جراء فعله إذا كان متعدياً فيه و أما إن لم يكن متعدياً في الإلتلاف فإنه يكون أيضاً ضامناً المتلف، لأن الخطأ هنا يرفع فقط عنه الإثم أي إثم مباشرة الإلتلاف دون عمد ولكن لا يرفع عنه ضمان

<sup>1</sup> - الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص 447.

<sup>2</sup> - الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص 447.

<sup>3</sup> - الحموي، غمز عيون البصائر، ص 427.

<sup>4</sup> - السيوطي، الأشباه والنظائر، ص 206.

المتلفات، وبالتالي يكون الضمان على من أتلف شيئاً من مال سواء أكان قاصداً أم مخطئاً، عامداً أم غير عامد، عالماً أم جاهلاً بالغا أم غير بالغ، وسواء أكان عاقلاً أم مجنوناً. هذا في الأموال، أما في الأنفس فيكون القصاص على القاتل العاقل المتعمد وإن كان مخطئاً وجب الضمان المالي. وقد نصت هذه القاعدة الفقهية على تضمين المباشر رغم عدم تعمه من أجل الحفاظ على مقصد من مقاصد الشريعة وهو حفظ أموال ودماء الناس من أي عبث، فلا تذهب بالتالي هدرا في أي حال من الأحوال<sup>1</sup>.

### ثالثاً: أدلة هذه القاعدة

تعتبر هذه القاعدة الفقهية من القواعد المتفق عليها عند الفقهاء ومن هنا يمكن الاستدلال عليه بعدة أدلة :

#### 1. من القرآن الكريم:

- قال الله تعالى: ﴿فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾<sup>2</sup>. هذه الآية وردت في باب الجنايات على النفس، ووجه الاستدلال : أنه عند النظر فيها فهي تعم الجناية والاعتداء على النفس والمال معاً، لأن العبرة في الألفاظ هي العموم<sup>3</sup>.
- وقال تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ﴾<sup>4</sup> قال ابن حزم - رحمه الله تعالى - عند استدلاله على ضمان المتلفات المالية بقوله : "... إن من أخذ شيئاً من مال أو غيره أو صار إليه، فإن كان عامداً عالماً بالغا مميزاً فهو عاص لله، وإن كان غير عالم أو غير عامد أو غير مخاطب فلا إثم عليه، إلا أنهما سواء في الحكم في وجوب رد ذلك إلى صاحبه، أو في وجوب ضمان مثله<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - الزرقا، شرح القواعد الفقهية ، ص453.

<sup>2</sup> - سورة البقرة [الآية :194].

<sup>3</sup> - ابن العربي محمد بن عبد الله الجصاص، أحكام القرآن، م.محمد عبد القادر عطا ، دار الكتب العلمية ، بيروت، لبنان، ط1، 359/1.

<sup>4</sup> - سورة النحل [الآية: 126].

<sup>5</sup> - أبو محمد علي بن أحمد ابن حزم، المحلى شرح المجلى، م.أحمد شاكر ، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط1، 1419هـ ج8/ ص 271.

## 2. من السنة النبوية المطهرة

- ما أخرجه البخاري عن أنس رضي الله عنه: « أن النبي صلى الله عليه و سلم كان عند بعض نسائه، فأرسلت إحدى أمهات المؤمنين مع خادم بقصعة فيها طعام فضربت بيدها فكسرت القصعة، فضمها، و جعل الطعام فيها، وقال: كلوا، و حبس الرسول والقصعة حتى فرغوا، فرفع القصعة الصحيحة وحبس المكسورة »<sup>1</sup>
- قوله عليه الصلاة والسلام: « لا ضرر ولا ضرار »<sup>2</sup>. لأن كل اعتداء أو إضرار أو وقع إتلافاً، فهذا أمر موجب للضمان، ليقوم الضمان مقام المتلف، فينتفي الضرر بالقدر الممكن سواء كان التلف الواقع أخرجه من كونه صالحاً للانتفاع به، أو بمعنى إحداث يمنع من الانتفاع به مع قيامه في نفسه<sup>3</sup>.

### رابعاً: أمثلة تطبيقية على القاعدة

ذكر الفقهاء عدة أمثلة تطبيقية خاصة بهذه القاعدة من بينها ما يلي :

1. لو زلق إنسان فوق وقع على مال آخر فأتلفه، أو التلف إنسان مال غيره يظنه مال نفسه فإنه يضمن في الصورتين<sup>4</sup>.
2. من حفر بئراً في ملكه فدخل إليه داخل، فسقط في البئر لم يضمن، ومن حفر في ملك غيره ضمن<sup>5</sup>.
3. طارت شرارة من مكان حداد، فأحرقت ثوب رجل يمر في الطريق، ضمن الحداد<sup>1</sup>.
4. لو انقلب النائم أو الصغير، و لو لا يعقل أصلاً على مال لغيره فأتلفه، أو شخص فقتله، فإنه يضمن وإن لم يتعمد<sup>2</sup>.

<sup>1</sup>- رواه البخاري، في صحيحه، باب إذا كسر قصعة أو شيئاً لغيره، كتاب المظالم م.محمد زهير، ط1، 1422هـ، رقم 2349/ج 1/ص 877).

<sup>2</sup>- سبق تخريجه، ص 15.

<sup>3</sup>-الكاساني، بدائع الصنائع، ج 6/ص 165.

<sup>4</sup>-الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص 453.

<sup>5</sup>-أبي عبد الله بدر الدين محمد الزركشي، المنشور في القواعد، م.محمد حسن، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ج 2/ص 74-75.

### الفرع الثالث: المتسبب لا يضمن إلا بالنقد

#### أولاً: مصدر القاعدة

المتسبب لا يضمن إلا بالنقد مصدرها مجلة الأحكام العدلية وأخذت المادة رقم 93.

#### ثانياً: معنى القاعدة

أن المتسبب هو الذي يكون فعله يفضي إلى الضرر دون مباشرة، ففي هذه الحالة لا يضمن، لأنه بإنفراده لا يصلح علة مستقلة للإلتلاف إلا إذا كان متعدياً<sup>3</sup>.

#### ثالثاً: أدلة هذه القاعدة

أورد الفقهاء للاستدلال على هذه القاعدة جملة من الأدلة الدالة عليها ما يلي :

1. ما روي عن أبي سلمة رضي الله عنه أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم «أهدت له يهودية بخبير شاة مصلية فمات بشر بن البراء بن معرور الأنصاري فأرسل إلى اليهودية، فأمر بها رسول الله - صلى الله عليه وسلم فقتلت»<sup>4</sup>.
2. ما روي أن رجلاً استسقى على باب قوم فأبوا أن يسقوه، فأدركه العطش فمات فضمنهم عمر بن الخطاب - رضي الله عنه الدية<sup>5</sup>. قضى أمير المؤمنين عمر رضي الله عنه - على الذين منعوا الماء بالدية، لأنهم تسببوا في موت طالب الماء.

<sup>1</sup>-البغدادي، مجمع الضمانات، ص 161.

<sup>2</sup>- الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص 454.

<sup>3</sup>- الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص 455.

<sup>4</sup>- رواه أبي داود في سننه، م.محمد محي الدين، المكتبة العصرية صيدا بيروت، باب من سقى

رجلاً سما حديث (ج3، ص174

رقم 4511).

<sup>5</sup>- مصنف، ابن أبي شيبة، باب الرجل يستسقى فلا يسقى حتى يموت، م.كمال يوسف، ط1،

1409هـ، ج5، ص453

رقم 278995).

3. حدثنا أبو بكر قال: حدثنا وكيع قال: حدثنا المسعودي عن القاسم بن عبد الرحمن قال: أقبل رجل بجارية من القادسية، فمر على رجل واقف على دابة فنخس الرجل الدابة، فرفعت الدابة رجلها فلم تخطئ عين الجارية، فرفع إلى سلمان بن ربيعة الباهلي، فضمن الراكب، فبلغ ذلك ابن مسعود - رضي الله عنه - فقال: على الرجل، إنما يضمن الناخس<sup>1</sup>.

#### رابعاً: أمثلة تطبيقية على هذه القاعدة

1. من حفر بئراً في طريق لغير مصلحة المسلمين، أو في غير ملك غيره بغير إذنه، أو وضع في ذلك حجراً أو حديدة، أو صب فيه ماء،....، وهلك في إنسان أو دابة، ضمنه، لأنه تلف بعدوانه فضمنه، كما لو جني عليه<sup>2</sup>.
2. إذا خرج رجل ومعه مسدس غير مؤمن، فاحتك برجل آخر فانطلقت رصاصة فأصابت قدم رجل ثالث، فعلى صاحب المسدس الضمان، لأنه خرج بسلاح إلى أماكن وجود الناس، فيقاس على نصل الرمح الواجب رفعه حتى لا يؤذي المسلمين وكذلك هذا الرجل لم يؤمن مسدسه فعليه الضمان<sup>3</sup>.
- 3 - المهندس المعماري، أو القائم على البناء، إذا أخل بالموصفات المطلوبة منه في البناء، مما أدى إلى انهيار البناء فيما بعد، فإنه يكون مسؤولاً عن تبعات هذا الفعل مادياً وجزائياً<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - مصنف، ابن أبي شيبة، باب الرجل ينخس الدابة فتضرب السابق حديث رقم 27958 ج5/ ص458.

<sup>2</sup> - المغني، لابن قدامة، ج 8/ ص 330.

<sup>3</sup> - عمر عبد الله كامل، القواعد الفقهية الكبرى و أثرها في المعاملات المالية، دار الكتبي، ط1، 1421هـ، ج1/ ص525.

<sup>4</sup> - المرجع السابق، ج1/ ص525.

الفرع الرابع: يضاف الفعل إلى الفاعل لا إلى الأمر ما لم يكن مجبراً  
مصدر القاعدة : هذه القاعدة من الأهم والأبرز في الضمان ومصدرها مجلة الأحكام  
العدلية وأخذت رقم 89. وأيضا تعتبر فرعا من قاعدة " إذا اجتمع المباشر والمتسبب  
أضيف الحكم إلى المباشر وفيما يلي بيان معناها :

#### أولاً: بيان معنى القاعدة<sup>1</sup>

" يُضَافُ الْفِعْلُ " أَيْ يُنْسَبُ حُكْمُهُ، لِأَنَّ الشَّرْعَ يَبْحَثُ عَنِ أَفْعَالِ الْمُكَلَّفِينَ مِنْ حَيْثُ  
أَحْكَامَهَا، لَا مِنْ حَيْثُ ذَوَاتِهَا " إِلَى الْفَاعِلِ " وَيَقْتَصِرُ عَلَيْهِ إِذَا كَانَ عَاقِلًا بِالْعَا، وَلَمْ  
يَصِحَّ أَمْرُ الْأَمْرِ فِي رَعْمِهِ، لِأَنَّهُ \_ أَيْ الْفَاعِلِ \_ هُوَ الْعِلَّةُ لِلْفِعْلِ. وَ " لَا " يُنْسَبُ  
الْفِعْلُ إِلَى " الْأَمْرِ " بِهِ، لِأَنَّ الْأَمْرَ بِالتَّصَرُّفِ فِي مَلِكِ الْغَيْرِ بَاطِلٌ وَمَتَى بَطَلَ الْأَمْرُ  
لَمْ يَضْمَنْ الْأَمْرُ.

وَلِأَنَّ الْأَمْرَ قَدْ يَكُونُ سَبَبًا وَالْفَاعِلَ عِلَّةً، وَالْأَصْلُ فِي الْمَعْلُولَاتِ أَنْ تُضَافَ إِلَى عِلْمِهَا،  
لِأَنَّهَا هِيَ الْمُؤَثَّرَةُ فِيهَا، لَا إِلَى أَسْبَابِهَا، لِأَنَّهَا مُوصَلَةٌ إِلَيْهَا فِي الْجُمْلَةِ، وَالْمُوصَلُ دُونَ  
الْمُؤَثَّرِ.

ثُمَّ إِنَّمَا يُنْسَبُ حُكْمُ الْفِعْلِ إِلَى الْفَاعِلِ دُونَ الْأَمْرِ " مَا لَمْ يَكُنْ " الْأَمْرُ " مُجْبِرًا " أَيْ  
مُكْرَهًا لِلْفَاعِلِ عَلَى الْفِعْلِ، فَإِذَا كَانَ مُكْرَهًا لَهُ عَلَيْهِ فَحِينَئِذٍ تَنْسَبُ مَا يُمَكِّنُ نَسْبَتَهُ مِنْ  
حُكْمِ الْفِعْلِ إِلَيْهِ، لَا إِلَى الْفَاعِلِ، لِأَنَّ الْفَاعِلَ بِالْإِكْرَاهِ صَارَ كَالآلَةِ فِي يَدِ الْمُكْرِهِ.

#### ثانياً: أدلة القاعدة

- قوله تعالى : ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - محمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص 443.

<sup>2</sup> - سورة المدثر [ الآية : 38].

- قوله تعالى : ﴿ وَمَا أَصَابَكُمْ مِنْ مُصِيبَةٍ فِيمَا كَسَبَتْ أَيْدِيكُمْ ﴾<sup>1</sup>.
- قوله تعالى : ﴿ وَأَنْ لَيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى ﴾<sup>2</sup>.

### ثالثا: تطبيقات على هذه القاعدة

- 1- لو أن راكبا في السيارة أمر السائق بعبور الإشارة الحمراء ، مما أدى إلى إلحاق الضرر بالمارة، فالضمان يكون على السائق ما لم يكن مكرها على الفعل، لأنه مباشر<sup>3</sup>.
- 2- أمر المريض الطبيب بإخراجه من المستشفى، أو بنزع الأجهزة عنه، مما أدى إلى إلحاق الضرر به أو وفاته، ففي هذه الحالة تكون المسؤولية على الطبيب، لأنه هو المباشر والعالم بالضرر<sup>4</sup>.

### الفرع الخامسة : الضرر يزل

#### أولا: مصدر القاعدة

تعتبر الأهم والأصل العظيم ومصدرها مجلة الأحكام العدلية رقم 20.

هذه القاعدة هي أصل عظيم من أصول الإسلام، بحيث بنيت عليها أبواب كثيرة من أبواب الفقه، وهي متداخلة مع كبرى القواعد الفقهية الكلية وهي "المشقة تجلب التيسير"، وهي تعبر في حقيقتها على وجوب رفع الضرر بعد وقوعه. وهذه القاعدة هي الأساس في وجوب ضمان المتلفات، لأن المتلف عليه ضمان ما اتلف وتعويض الضرر الذي ألحقه. وفيما يلي بيان هذه القاعدة.

#### ثانيا: معنى القاعدة

<sup>1</sup> - سورة الشورى [الآية: 30].

<sup>2</sup> - سورة النجم [ الآية: 39].

<sup>3</sup> - كامل، القواعد الفقهية، ج4/ ص528.

<sup>4</sup> - المصدر نفسه، ج4 / ص528.

نبدأ أولاً بتعريف معنى الضرر، كان اختياري على تعريف الشيخ علي الحفيظ رحمه الله بقوله :

" المراد بالضرر هو كل أذى يصيب الإنسان، فيسبب له خسارة مالية في أمواله سواء أكانت ناتجة عن نقصها، أم عن نقص منافعها، أو عن زوال بعض أو صافها ونحو ذلك عن كل ما يترتب عليه نقص في قيمتها عما كانت عليه قبل حدوث ذلك الضرر<sup>1</sup>.

ثالثاً: أدلة هذه القاعدة

ويستشهد لهذه القاعدة العظيمة، نصوص كثيرة من كتاب الله وسنة رسوله عليه الصلاة والسلام، منها :

1. من القرآن الكريم

- قوله تعالى : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرِ مُضَارٍّ ﴾<sup>2</sup>.
- وقوله تعالى : ﴿ لَا تَضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدِهِ ﴾<sup>3</sup>
- وقوله سبحانه: ﴿ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِنَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ ﴾<sup>4</sup>.
- وقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَضَارُّوهُنَّ لِنُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ ﴾<sup>5</sup> .

2. من السنة

- قوله صلى الله عليه و سلم : « لا ضرر ولا ضرار »<sup>6</sup> .
- ما رواه سيدنا أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا

<sup>1</sup> - الخفيف ، الضمان في الفقه الإسلامي، ص46.

<sup>2</sup> - سورة النساء [الآية :12].

<sup>3</sup> - سورة البقرة [الآية :213].

<sup>4</sup> - سورة البقرة [الآية :233].

<sup>5</sup> - سورة الطلاق [الآية :6].

<sup>6</sup> - سبق تخريجه ص15.

يمنع فضل الماء ليمنع به الكلاً<sup>1</sup> » وقال: العلامة الحافظ ابن حجر العسقلاني - رحمه الله - في شرحه لهذا الحديث، قوله: " والمعنى أن يكون حول البئر كلاً ليس عنده ماء غيره، ولا يمكن أصحاب المواشي رعيه إلا إذا تمكنوا من تلك البئر لئلا يتضرروا بالعطش بعد الرعي، فيستلزم منعهم من الماء منعهم من الرعي " <sup>2</sup>.  
- وقوله عليه الصلاة و السلام : « لا يمنعن أحدكم جاره أن يغرز خشبة على جداره»<sup>3</sup>.

#### رابعاً: أمثلة تطبيقية على هذه القاعدة

نذكر فيما يلي بعض المسائل التطبيقية على هذه القاعدة

1. من سلط ميزابه على الطريق العام بحيث يضر بالمارين فإنه يزال، و يضمن الملف عوض ما أتلّف للضرر الذي أحدثه<sup>4</sup>.
2. لو باع مال غيره فضولاً وقبض ثمنه، فهلك في يده، ولم يجز المالك بيعه وكان المشتري حين دفع له الثمن لا يعلم أنه فضولي، فإنه يضمن الثمن<sup>5</sup>.
3. لو وقع دينار في محبرة، و لم يخرج إلا بكسرهما، كسرت، و على صاحبه الأرش ، فلو كان بفعل صاحب الجرة فلا شيء<sup>6</sup> .
4. لو دفن ميت بلا تكفين لا ينبش عليه، لأن مفسدة هتك حرمة أشد من عدم تكفينه الذي قام الستر بالتراب مقامه<sup>7</sup>.
5. لو أحاط الكفار بالمسلمين، ولا مقاومة بهم مجاز دفع المال إليهم، وكذا استنقاذ

<sup>1</sup>-رواه البخاري، في صحيحه، باب من قال إن صاحب الماء أحق بالماء،(ج3 ، ص110، رقم 2353).

<sup>2</sup>-ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، شرح صحيح البخاري، ج 3/ص 40.

<sup>3</sup>-رواه ابن ماجه ، في سننه، باب الرجل يضع خشبة على جدار جاره، ( ج2ص 783 رقم2337).

<sup>4</sup>- وهبة الزحيلي ، القواعد الفقهية، ص 198.

<sup>5</sup>- مصطفى الزرقا، شرح القواعد الفقهية ، ص 780.

<sup>6</sup>-ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص 95.

<sup>7</sup>- ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص 95.

الأسرى منهم بالمال إذا لم يمكن بغيره، لأن مفسدة بقائهم في أيديهم للمسلمين أعظم من بذل المال<sup>1</sup>.

الفرع السادس: " الجواز الشرعي ينافي الضمان"  
أولاً: مصدر القاعدة

هذه القاعدة حملت رقم المادة 97 من مجلة الأحكام العدلية.

ثانياً: معنى القاعدة

معنى الجواز الشرعي : هو كون الأمر مباحاً، غير ممنوع في الشرع الحنيف بأي وجه من الوجوه، فعلا كان أو تركاً. ينافي الضمان أي لا ضمان على الفاعل، ولا يسأل مسؤولية مدنية لما حصل منه من التلف، لأنه أمر جائز.

فالمعنى الإجمالي لهذه القاعدة : أنه لا يترتب على شخص الضمان بسبب فعله أو عدم فعله شيئاً إذا كان ذلك منه جائزاً شرعياً، وهذا في حالة ما إذا كان الفعل الضار على الجواز المطلق وغير ممنوع في الشرع، فلا ضمان بالتالي على الفاعل ولا يسأل ولا يتبع مسؤولية مدنية<sup>2</sup>.

ثالثاً: أدلة هذه القاعدة

ومن أدلة هذه القاعدة مايلي :

- روي أن رجلاً كان يسير بأمه على حمار، فجاء رجل على فرس يركض، فنفر الحمار من وقع حافر الفرس، فوثب الحمار، فوقعت المرأة فماتت، فاستأذن ابن المرأة على عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - فقال عمر: ضرب الحمار؟ قال لا، فقال: أصاب الحمار من الفرس شيء؟ قال: لا، قال: أمك أتت على أجلها فاحتسبها<sup>3</sup>.

<sup>1</sup>- السيوطي، الأشباه والنظائر، ص 116.

<sup>2</sup>- مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج 2/ ص 1035.

<sup>3</sup>- مصطفى أحمد الزرقا، الفعل الضار والضمان فيه، ص 49.

- مر سيدنا عمر تحت ميزاب العباس - رضي الله عنهما - فقطرت عليه قطرة فأمر بقلعه. فخرج العباس وقال: قلعت ميزابا نصبه رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقال عمر: لا ينصبه إلا من يرقى على ظهري، فانحنى عمر وصعد العباس على ظهره فوضعه<sup>1</sup>.

#### رابعاً: بعض الأمثلة التطبيقية على هذه القاعدة

من بينها:

1. لو حفر إنسان بئراً في ملكه الخاص به، أو في طريق العام و لكن بإذن ولي الأمر فوقع فيها حيوان رجل، أو وقع فيها إنسان فهلك، لا يضمن حفر البئر شيئاً فحفر البئر فعل مباح<sup>2</sup>.
2. لو حمل المستأجر الدابة المأجورة قدر المعتاد فهلكت، فإنه لا يضمنها لأن فعله جائز، أما لو حملها أكثر من المعتاد فإنه يضمنها<sup>3</sup>.
3. إذا أذن الحاكم بفعل كهدم جدار أو دار أثناء الحريق، أو كالإنفاق على الأقارب من ودائع الأموال الخاصة بشخص غائب، فلا ضمان على الهادم و الوديع، للإذن بذلك لمصلحة عامة<sup>4</sup>.
4. إذا تصرف الشريك بأموال الشركة بما تقتضيه التجارة عادة كالبيع، أو كرهن شيء من المال، أو استئجار محل لتخزين البضاعة، أو المضاربة بمال الشركة و نحو ذلك، فإنه لا يضمن شيئاً من الضرر المترتب على فعله<sup>5</sup>.

#### الفرع السابعة " الخراج بالضمان "

أولاً: مصدر القاعدة

مصدرها مجلة الأحكام العدلية أخذت المادة رقم 85.

<sup>1</sup> - المرجع نفسه، ص 50.

<sup>2</sup> - الزحيلي، القواعد الفقهية، ص 490/489.

<sup>3</sup> - الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج 2/ ص 1035.

<sup>4</sup> - الزحيلي، نظرية الضمان، ص 212.

<sup>5</sup> - المرجع نفسه، ص 213.

### ثانيا: أدلة هذه القاعدة

- قوله تعالى: ﴿أَمْ تَسْأَلُهُمْ خَرْجًا فَخَرَجُ رَبِّكَ خَيْرٌ وَهُوَ خَيْرُ الرَّازِقِينَ﴾<sup>1</sup>.
- ما روت السيدة عائشة - رضي الله عنها - قالت: أن رجلا ابتاع غلاما، فأقام عنده ما شاء الله أن يقيم، ثم وجد به عيبا، فخاصمه إلى النبي - صلى الله عليه وسلم - فرده إليه، فقال الرجل: يا رسول الله قد استغل غلامي. فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - : « الخراج بالضمان»<sup>2</sup>.

### ثالثا: أمثلة عن هذه القاعدة

1. لو رد المشتري المبيع بعد قبضه بخيار العيب، وكان قد استعمله مدة لا يلزمه أجرته، لأنه لو كان قد تلف في يده قبل الرد لكان يتلف من ماله<sup>3</sup>.
2. لو اشترى شخص شاة، وولدت عنده، ثم ردها للبائع بعيب فالولد للمشتري<sup>4</sup>.
3. لو اشترى شخص شجرة فأثمرت عنده، ثم ردت للبائع، فالثمرة للمشتري<sup>5</sup>.
4. لو رد المشتري على البائع سيارة أجرة بخيار العيب بعد أن استعملها أسبوعا، لا تلزم المشتري أجرة تلك المدة، لأنه لو تلف حال وجوده عنده كان عليه ضمان المال أو القيمة<sup>6</sup>.
5. لو وهب شخص هبة لأخر فأجرها ثم رجع الواهب عن هبته فالغلة للموهوب له<sup>7</sup>.

<sup>1</sup>- سورة المؤمنون [الآية: 82].

<sup>2</sup>- سبق تخريجه ص 29.

<sup>3</sup>- الزرقا ، شرح القواعد الفقهية، ص 429.

<sup>4</sup>- الزركشي، المنتور في القواعد، ج 2/ ص192.

<sup>5</sup>- السيوطي، الأشباه والنظائر، ص 121.

<sup>6</sup>- محمد عثمان شبير، القواعد الكلية و الضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية، دار الفرقان،

عمان، ط1، 1422هـ ، ص 315.

<sup>7</sup>- الزركشي، المنتور في القواعد، ج 1/ ص119.

### المطلب الثاني : الضوابط الفقهية المتعلقة بالضمان

#### الفرع الأول: ضابط من قبض مغبوباً من غاصبه ولم يعلم أنه مغبوب<sup>1</sup>

المشهور عن الأصحاب أنه منزلة الغاصب في جواز تضمينه ما كان الغاصب بضمه من عين ومنفعة ثم إن كان القابض قد دخل على ضمان عين أو منفعة استقر ضمانها عليه ولم يرجع على الغاصب وإن ضمنه المالك ما لم يدخل على ضمانه ولم يكن حصل له بما ضمنه نفع رجع به على الغاصب وإن كان حصل له به تقع فهل يستقر ضمانه عليه أم يرجع على الغاصب على روايتين هذا ما ذكره القاضي والأكثر وهذه الأيدي القابضة من الغاصب مع عدم العلم بالحال عشرة نذكر منها ما يلي :

1. الغاصبة يتعلق بها المضمن كاملها ويستقر عليها مع التلف عنها ولا يطالب بما زاد على مدتها.
2. الآخذة لمساحة الدافع كالاستيداع والوكالة بغير جعل فالمشهور أن للمالك تضمينها ثم يرجع بما ضمن على الغاصب تغريره وفيه وجه آخر باستقرار الضمان عليها لتلف المال تحتها من غير إذن صرح به القاضي في المجرى في باب المضاربة وأصله و يخرج فيه وجه آخر أنه لا يجوز تضمينها بحال من الوجه المحكي كذلك في المرتهن ونحوه.

<sup>1</sup> - أبي الفرج عبد الرحمن ابن رجب الحنبلي، القواعد في الفقه الإسلامي، دار الفكر، ص 210.

- وخرجه الشيخ تقي الدين من مودع المودع حيث لا يجوز له الإيداع فإن الضمان على الأول وحده كذلك قال القاضي في المجرى وابن عقيل في الفصول وذكر أنه ظاهر كلام أحمد ومن الأصحاب من منع ظهوره وعلى تقدير أنه كذلك فرقوا بين مودع المودع ومودع الغاصب فإن الموجب الضمان في الأول القبض وهو سبب واحد فلا يجب به الضمان من جهتين بخلاف مودع الغاصب فإن قبضه صالح لتضمينه حيث كان الضمان مستقرا على الغاصب قبله وبأن الضمان يترتب على القبض فهو متأخر عن القبض من يد أمينه ولا عدوان فيه لعدم العلم فاخص الضمان بالمتعدي بخلاف مودع الغاصب لقبضه من يد ضامنه قبل القبض واعلم أن ما ذكره الأصحاب في الوكالة والرهن أن الوكيل والأمين في الرهن إذا باعا وقبضا الثمن ثم بأن المبيع مستحقا لم يلزمها شيء لا تناقض هذه المسألة ولأن مراد الأصحاب بقولهم لم يلزم الوكيل شيء أنه لا يطالبه المشتري بالثمن الذي أقبضه إياه لأن حقوق العقد يتعلق بالموكل دون الوكيل. أما أن الوكيل لا يطالبه المستحق للعين بالضمان فهذا لم يتعرضوا له هاهنا البتة. وهو بمعزل عن مسألتهم بالكلية.

3. القابضة لمصلحتها ومصلحة الدافع الشريك والمضارب و الوكيل جعل والمرتهن، فالمشهور جواز تضمينها أيضا وترجع بما ضمننت لدخولها على الأمانة<sup>1</sup>.

- وذكر القاضي في المجرى وابن عقيل وصاحب المغني في الرهن احتمالين آخرين أحدهما أنه يستقر الضمان على القابض لتلف مال الغير تحت يده التي لم يؤذن له في القبض في المسالمة بالحال و حكوا هذا الوجه في المضارب أيضا والثاني لا يجوز تضمينها بحال لدخولها على الأمانة وينبغي أن يكون هو المذهب وأنه لا يجوز تضمين القابض ما لم يدخل على ضمانه في جميع هذه الأقسام فإن المنصوص عن أحمد فيمن اشترى أرضا فغرس فيها ثم ظهرت مستحقة أنه لا يملك المستحق قلعه إلا مع ضمان نقصه كالغراس المحترم الصادر عن إذن المالك فجعل المغرور كالمأذون له فلا يضمن ابتداء ما لم يلزم ضمانه، وكذلك نقل حرب وغيره عن أحمد في المغرور في النكاح أن فداء ولده على من غيره ولم يجعل على الزوج مطالبة .

<sup>1</sup> - ابن رجب - القواعد في الفقه الإسلامي - ص 211

وقريب من ذلك ما نقل عنه فيمن بعث رجلا إلى رجل له عنده مال فقال له خذ منه دينارا فأخذ منه أكثر أن الضمان على المرسل لتغيره ويرجع هو على الرسول و حكى القاضي وغيره في المضاربة. وجها آخر أن الضمان في هذه الأمانات يستقر على من ضمن منهما فأيهما ضمن لم يرجع على الآخر.

4. القابضة لمصلحتها خاصة<sup>1</sup> إما باستيفاء العين كالقرض أو باستيفاء المنفعة العارية فهي داخلة في الضمان في العين دون المنفعة فإذا ضمنت العين والمنفعة رجعت على الغاصب بضمان المنفعة لأن ضمانها كان بتغيره وفي المذهب رواية ثانية لا يرجع بضمان المنفعة إذا تلفت بالاستيفاء ويستقر الضمان عليها في مقابلة الانتفاع لاستيفائها بدله كيلا يجتمع لها العوض والمعوض وأصل الروايتان في رجوع المغرور بالمهر على من غره وأن ضمن الغاصب المنفعة ابتداء ففيه طريقان أحدهما البناء على الروايتين فإن قلنا لا يرجع القابض عليه إذا ضمن ابتداء رجع الغاصب هنا عليه وإلا فلا وهي طريقة أبي الخطاب ومن اتبعه والقاضي وابن عقيل في موضع والثاني أنه لا يرجع الغاصب على القابض قولاً واحداً قاله القاضي وابن عقيل في موضع آخر. وأما العين فلا يرجع بعض مانها حيث دخلت على ضمانها وعلى الاحتمال الأول في القسم الذي قبله يستقر هاهنا عليها ضمان العين والمنفعة سواء تلفت المنفعة باستيفاء أو بتقويت وعلى الاحتمال الآخر وهو أنه لا يجوز تضمينها بالكلية فلا تطالب هذه ضمان مال يلتزم ضمانه ابتداء، و يستقر عليها ضمان ما دخلت على ضمانه ما دخلت على ضمانه ويتخرج لنا وجه آخر انه لا يستقر عليها ضمان شيء، وسنذكر أصله في القسم الذي بعده.

5. اليد الخامسة القابضة عوضاً مستحقاً بغير عقد البيع الصداق و عوض الخلع والعتق والصلح عن دم عمد<sup>2</sup>، فإذا كان معيناً منه أو كان القبض وفي كدين مستقر

<sup>1</sup> - نفس المصدر، ص 211.

<sup>2</sup> - ابن رجب، القواعد في الفقه الإسلامي، ص 212.

في الذمة من ثمن مبيع أو غيره وصادق أو قيمة متلف ونحوه فإذا تلفت هذه الأعيان في يد من قبضها ثم استحققت للمستحق الرجوع على القابض يدل العين والمنفعة على ما تقرر، وتخرج وجهاً آخر أن لا مطالبة له عليه وهو ظاهر كلام ابن أبي موسى في الصداق والباقي مثله على القول بالتضمن فيرجع على الغاصب بما غرم من قيمة المنافع التغيرية إلا بما انتفع به فإنه مخرج على الروايتين. وأما في الأعيان فمقتضى ما ذكره القاضي ومن اتبعه إنه لا يرجع بها لأنه دخل على أنها مضمونة عليه عفه وسواء كانت القيمة المضمونة وفق حقه أو دونه أو أزيد منه إلا على الوجه المذكور في البيع بالرجوع بفضل القيمة ثم أن كان القبض وفاء من دين ثابت في الذمة فهو باقى بحاله وإن كان عوضاً متعيناً في العقد لم يفسخ العقد هاهنا بإستحقاقه فيه ولو قلنا أن النكاح على المغصوب لا يصح لأن القول بانتفاء الصحة مختص بحالة العلم كذلك ذكره ابن أبي موسى ويرجع على الزوج بقيمة المستحق في المنصوص وهو قول القاضي في خلافه، وقال في المجرى وجب مهر المثل وأما عوض الخلع والعتق والصلح عن دم العمد ففيها وجهان، أحدهما يجب الرجوع فيها قيمة العوض المستحق وهو لأن هذه العقود لا تفسخ بإستحقاق أعراضها يجب قيمة المرض وهو قول القاضي في أكثر كتبه و جزم به صاحب المحرر والثاني يجب قيمة المستحق في الخلع و العتق الصلح عن الدم بخلاف العتق فإن الواجب فيه قيمة العبد لأن العبد له قيمة في نفسه فيرجع بقيمته بخلاف البضع والدم فإن القيمة لعوضهما وهو قول القاضي في البيوع من خلافه و يشبه قول أصحابنا فيما إذا جعل عتق أمته صداقها وقلنا لا ينعقد به النكاح فأبى أن تزوجه على ذلك فإن عليها قيمة نفسها لا قيمة مهر مثلها وعلى الوجه المخرج في البيع أن المغرور يرجع بقيمة العين على الغاصب فهنا كذلك.

6. اليد السادسة القابضة معاوضة عن المنفعة وهي يد المستأجر فقال القاضي والأكثر<sup>1</sup>، فإذا ضمننت المنفعة لم يرجع بها ولو زادت أجره المثل على الأجرة المسماة ففيه ما مر من زيادة قيمة العين على الثمن وإذا ضمننت قيمة العين رجعت بها على الغاصب لتغيره.

<sup>1</sup> - ابن رجب، القواعد في الفقه الإسلامي، ص 214.

الفرع الثاني: ضابط قبض مال الغير من يد قابضه بحق بغير إذن مالكه<sup>1</sup>

إن كان يجوز له إقباضه فهو أمانة عند الثاني إن كان الأول أميناً وإلا فلا، وإن لم يكن إقباضه جائزاً فالضمان عليها، ويتخرج وجه آخر ألا يضمن غير الأول و يندرج تحت ذلك صور نذكر منها :

- مودع المودع فإن كان حيث يجوز الإيداع فلا ضمان على واحد منهما، وإن كان حيث لا يجوز فالضمان على الأول.

- المستأجر من المستأجر فإن كان حيث يجوز الإيجار بأن كان لمن يقوم مقامه في الانتفاع فلا ضمان وإلا فلا يثبت الضمان عليها و قراره في العين على الأول و يتخرج وجه آخر أنه لا ضمان على الثاني بحال من المودع.

- مضارب المشارب حيث يجوز له فهو أمين وهل الثاني مضارب للمالك والأول وكيل في العقد لا شيء، له من الربح أو هو مضارب للأول فالربح بينهما على وجهين جرم به القاضي في المجرى بالأول ثم اختار الثاني فيما إذا دفعه مضاربة وقلنا لا يجوز له ذلك وحيث منع من دفعه مضاربة فللمالك تضمين أيهما شاء ويرجع الثاني على الأول أن لم يعلم بالحال لدخوله على الأمانة. وفيه وجه آخر لا يرجع لحصول التلف تحت يده وقد سبق أصله و يتخرج أن لا يضمن الثاني بحال وإن علم بالحال فهل هو الغاصب لا أجره له أو كالمضارب المتعدي له أجره المثل يحتمل وجهين قاله صاحب التلخيص وحكماها صاحب الكافي روايتين من غير تقييد بحالة العلم.

- وكيل الوكيل حيث لا يجوز له التوكيل فهو كالمضارب في الضمان.

- المستعير من المستعير فإن قلنا بجوازه فكل منهما ضامن للعين دون المنفعة لدخوله على ذلك على بصيرة فإذا تلفت عند الثاني ضمنه المالك كما لو كان هو المعير له ولم يرجع على الأول لانقضاء التغيرير و أن قلنا بالمنع وهو المشهور فللمالك مطالبة كل منهما بضمان العين والمنفعة والمدار على الثاني لحصول التلف في يده إن كان عالماً بالحال ومع عدم العلم يستقر عليه ضمان العين دون المنفعة فإنه يستقر ضمانها على الأول لتغيريره، كذا قال الأصحاب، ويتخرج وجه آخر أنه لا يضمن الثاني إذا لم يعلم

<sup>1</sup> - المصدر نفسه، ص 217.

بالحال<sup>1</sup>.

- المستعير من المستأجر قال في التلخيص هو أمين على الصحيح لقبضة من يد أمين فلا يكون ضامنا.

- المشتري من الوكيل المخالف مخالفة يفسد بها البيع إذا تلف المبيع في يده فالموكل تضمين القيمة من ثناء منها من الوكيل والمشتري على المشهور، ثم إن ضمن الوكيل رجوع على المشتري لتلفه في يده.

الفرع الثالث: ضابط من أتلف مال غيره وهو يظن أنه له أو تصرف فيه يظن لنفسه ولاية عليه ثم يتبين خطأ ظله<sup>2</sup>

فإن كان مستندا إلى سبب ظاهر من غيره ثم تبين خطأ المتسبب أو أقر بتعمده للجناية ضمن المتسبب.

وإن كان مستندا إلى اجتهاد مجرد كمن دفع مال تحت يده إلى من يظن أنه مالك أو أنه يجب الدفع إليه أو أنه يجوز ذلك أو دفع ماله الذي يجب عليه إخراجة لحق الله إلى من يظنه مستحقا ثم تبين الخطاء في ضمانه قولان وإن تبين أن المستند لا يجوز الاعتماد عليه ولم يتبين أن الأمر بخلافه فإن تعلق به حكم فتنقص فالضمان على المتلف وإلا فلا ضمان و يندرج تحت هذه الجملة مسائل نذكر منها<sup>3</sup>:

- أن يشهد شاهدان بموت زيد بقسم ماله بين ورثه ثم يتبين بطلان الشهادة بقدمه حيا فنص أحمد في رواية الميموني أنهما يضمنان المال ولم يتعرض للورثة وظاهر كلامه استقرار الضمان على المشهور أو اختصاصهم به وهو في الجملة موافق لقوله المشهور عنه في تقرير الضمان على الغار كما سبق وقال القاضي يحتمل أن يكون أغرم الورثة رجعوا بذلك على الشهود لتغيرهم ولا ضمان هنا على الحاكم لأنه ملجأ إلى الحكم من جهة الشهود ونقل أبو النضر العجلي عن أحمد في حاكم رجم رجلا

<sup>1</sup> - ابن رجب، القواعد في الفقه الإسلامي، ص 217.

<sup>2</sup> - ابن رجب، القواعد في الفقه الإسلامي، ص 218.

<sup>3</sup> - المصدر نفسه، ص 220/219.

بشهادة أربعة بالزنا ثم تبين أنه مجبوب أن الضمان على الحاكم ولعل تضمينه هنا لتفريطه أن المجبوب لا يخفى أمره غالباً فتركه الفحص عن حاله تفريط.

- لو حكم الحاكم بمال ثم رجع الشهود وصرحوا بالخطأ أو التعمد بشهادة الزور فإن الضمان يختص بهم لاعترافهم ولا ينتقض حكم الحاكم بمجرد ذلك ولا يرجع على المحكوم له بشي. كما لو باع عيناً أو وهبها أو أقر بها لرجل ثم أقر بها بعد ذلك لآخر فإنه لا يقبل إقراره على الأول و يضمن الثاني.

- أن يحكم الحاكم بمال و يستوف ثم يتبين أن الشهود فساق أو كفار فإن حكمه في الباطن غير نافذ بالاتفاق.

- إذا وصى إلى رجل بتفريق ثلثه ففعل ثم يتبين أن عليه ديناً مستغرقاً للتركة في ضمانه روايتان ولكن هنا لم يتصرف في ملك الغرماء بل فيما تعلق به حقهم ولكنه تعلق قوى لاسيما أن قلنا لم ينتقل إلى الورثة ولهذا قال أحمد في رواية ابن منصور في التركة هي للغرماء لا للورثة ولهذا لا يملك الورثة التصرف فيها إلا بشرط الضمان.

**الفرع الرابع: ضابط ما تدعو الحاجة إلى الانتفاع به من الأعيان ولا ضرر في بذله لتيسيره وكثرة وجوده أو المنافع المحتاج إليها بحب بذله مجاناً بغير عوض في الأظهر<sup>1</sup>**

يندرج تحت هذا الضابط عدة مسائل نذكر أهمها :

1. وضع الخشب على جدار الجار إذا لم يضر وكذلك إجراء الماء على أرضه.
2. إعاره الحلي ظاهر كلام أحمد وجماعة من الأصحاب وجوبه وصرح به بعض المتأخرين واختار بعضهم وجوب بذل الماعون وهو ما خف قدره وسهل كالدلو والقدر.

3. المصحف تجب عليه إعارته لمن احتاج إلى القراءة فيه ولم يجد مصحفاً غيره نقله القاضي في الجامع الكبير وذكر ابن عقيل في كلام مفرد له أن الأصحاب عللوا

<sup>1</sup> - ابن رجب ، القواعد في الفقه الإسلامي ، ص 227.

قولهم لا يقطع لسرقة المصحف فإن له فيه حق النظر لاستخراج أحكام الشرع إذا خفيت عليه وعلى صاحبه بذله .

كذلك قال ابن عقيل وهذا تعليل يقتضي التسوية بين سرقة كتب السنن فإنها مضمنة من الأحكام أمثال ذلك والحاجة داعية إليها وبذلها من المحاوج إليها من القضاة والحكام وأهل الفتاوى واجب على مالكا .

4. ضيافة المجتازين المذهب وجوبها وأما إطعام المضطرين فواجب لكن لا يجب بذله مجانا بل بالعوض وأما المنافع المضطر إليها كمنفعة الظهر للمنقطعين في الأسفار وإعارة ما يضطر إليه ففي وجوب بذلها مجانا وجهان واختيار الشيخ تقي الدين أن المضطر إلى الطعام إن كان فقيرا وجب بذله له مجانا لأن إطعامه فرض كفاية لا يجوز أخذ المرض عنه بخلاف الغني فإن الواجب معاوضته فقط<sup>1</sup>.

5. رباة مكة لا يجوز بيعها ولا إجارتها على المذهب المنصوص واختلف في مأخذه قيل لأن مكة فتحت عنوة فصارت وقفا أو فيئا فلا ملك فيها لأحد وعلى هذا فينبني الخلاف في البيع والإجارة على الخلاف في فتحها عنوة أو صلحا، وقيل بل لأن الحرم حريم البيت والمسجد الحرام وقد جعله الله للناس سواء العاكف فيه والباد فلا يجوز لأحد التخصيص بملكه وتحجيره بل الواجب أن يكون الناس فيه شرعا واحدا لعموم الحاجة إليه فمن احتاج إلى ما يده منه سكنه وإن استغني عنه وجب بدل فاضله للحاج إليه .

الفرع الخامس: ضابط كل يد ترتبت على يد الغاصب فهي يد ضمان في تخير المالك عند التلف بين مطالبة الغاصب وبين ما ترتبت يده على يده سواء على الغصب أم لا ثم إن علم الغصب، فهو غاصب من الغاصب<sup>2</sup>

تنبيهات حول هذا الضابط :

أولا: الاستيلاء

<sup>1</sup> - ابن رجب، القواعد في الفقه الإسلامي، ص 228.

<sup>2</sup> - السبكي، الأشباه والنظائر، ج 1/ص 322.

أن محل اليد المقصود بها الاستيلاء لوضعها، أما التي يقصد بها واضعها الحفظ للمالك فلم يقصدها، وقد علم من ترجيح الرافعي والنووي أنه ليس لأحد الناس انتزاع المغصوب وعلى هذا فمنتزعه غاصب، ولكن الذي نص عليه الشافعي رحمه الله عنه أن لأحد الناس انتزاع المغصوب.

والراجع عند السبكي الفصل بين من ظهر منه أنه لو وجد سبيلا إلى الرد لرد فلا ينتزع منه لئلا يكون المنتزع ناقلا للعين من الضمان إلى الأمانة بلا نص.

### ثانيا:

محل القاعدة يد ترتبت، أما تصرف غير ذي اليد ممن هو كالألة فلا يضمن إذ لا يد في الحقيقة، وذلك كمن رفع كتاب شخص من بين يديه قاصدا أن ينظره ويرده في الحال، فإنه لا يضمن، قاله القاضي الحسين وطرده الإمام ذلك في الدنانير المغصوبة التي تمر بأيدي النقاد، وليس من فعل هذا توكيل الغاصب لأن الوكيل منفرد باليد، والنقاد لا ينفرد باليد بل هو بلحاظ من الدافع فلا بد له البتة .

مثال : قالوا فيمن غصب شاة وأمر قصابة فذبحها جاهلا بالحال، وكذا كل من استعان به الغاصب كطحن الحنطة وخبز العجين أن القرار على الغاصب، وفي هذا شاهد لما ذكرتم، غير أن تضمين هؤلاء وإن لم يكن القرار عليهم - يرد على قولكم: أنهم كالألة، ولما ذكر في النقاد، ومن رفع كتابا<sup>1</sup>.

ويستنتج مما سبق أن الضمان هنا إنما يكون بطريق الجنائية لا بطريق الغصب فلا يرد البتة ومن هنا نلاحظ مدى اهتمام الشريعة الإسلامية بحفظ المال من جانبي الوجود والعدم، ورفع الضرر المتوقع على المتضرر وإيجاب ما يناسب ذلك من ضمان.

### ثالثا :

قولهم: "وغاصب من الغاصب"، فيه مناقشة لفظية، فإن الغاصب هو المستولي على حق الغير عدوانا والأخذ من الغاصب لم يستول على حقه، ولا تعدى عليه، وإنما هو

<sup>1</sup> - السبكي، الأشباه والنظائر، ج 1/ص 323.

غاصب من المالك باستيلائه على المال الذي كان عند الغاصب وليس، بخصوص  
الأخذ من الغاصب مدخل في الغصب.

رابعاً :

القول " أن المالك عند التلف بتخير بين مطالبة الغاصب، وغاصب الغاصب "لم تبيينوا  
حاله عند بقاء العين، وقد يفهم من هذا الإطلاق أنه لا يطالبهما إذا كانت العين باقية  
وإنما يطالب من هي عنده، لانحصار حقه فيها، والذي يظهر أنه يطالب غاصب  
الغاصب بالعين ويطالب الغاصب بقيمة الحيلولة وهل يطالبه بنفس العين مع العلم  
بأنها ليست عنده ، وأنه ليس له أن ينتزعها من غاصبه إذ لا حق له فيها ولا ولاية  
عليها.

الفرع السادس: ضابط هل يتوقف الملك في العقود القهرية على دفع الثمن أو يقع  
بدونه مضمونا في الذمة<sup>1</sup>  
على هذا الضابط ضربين :

أولاً : التملك الاضطراري

كمن اضطر إلى طعام الغير ومنعه وقدر على أخذه فإنه يأخذه مضمونا سواء كان  
معه ثمن يدفعه في الحال أولاً لأن ضرره لا يندفع إلا بذلك .

ثانياً : ما عدده من التعليمات المشروعة لإزالة ضرر ما

كالأخذ بالشفعة وأخذ الغراس والبناء من المستعير والمستأجر والزرع من الغاصب و  
تقويم الشقص من العبد المشترك إذا قيل إنه تملك يقف على التقويم، وكالفسبوخ التي  
يستقل بها البائع بعد قبض الثمن يتخرج ذلك كله على وجهين فإن لأصحابها في  
الأخذ بالشفعة وجهين :

1. لا يملك بدون دفع الثمن وهو محكى عن ابن عقيل ويشهد له نص أحمد أنه إذا لم  
يحضر المال مدة طويلة بطلت شفته .

<sup>1</sup> - ابن رجب، القواعد في الفقه الإسلامي، ص 73.

2. تملك بدون مضمونا في الذمة ونص أحمد في فسخ البائع أنه لا ينفذ بدون رد الثمن قال أبو طالب: قلت لأحمد: يقولون إذا كان له الخيار فيقال اخترت داري أو أرضي فالخيار له و يطالب بالثمن قال كيف له الخيار ولم يعمله ماله ليس هذا بشيء إن إعطاء فله الخيار وإن لم يعطه ماله فليس له الخيار، و اختار الشيخ تقي الدين ذلك، وقد يخرج مثله في سائر المسائل لأن التسليط على انتزاع الأموال قهرا إن لم يقترن به دفع العوض وإلا حصل به ضرورة فساد. وأصل الانتزاع القهري إنما شرع لدفع الضرر والضرر لا يزال بالضرر.

وقد يفرق بين مسألة أبي طالب ريفية المسائل بأن البائع لو فسخ من غير دفع الثمن اجتمع له العوض والمعوض، وذلك ممتنع ولا وجد مثله في بقية الصور إن أكثر ما فيها التملك و يعرض في الذمة وهو جائز كالقرض وغيره.

#### تنبيه حول الأملاك القهرية :

الأملاك القهرية تخالف الاختيارية من جهة أسبابها وشروطها وأحكامها وتملك مالا يملك بها، أما الأول فيصل التملك القهري بالاستيلاء على ملك الغير الأجنبي بخلاف الاختياري، وأما الثاني فالتملك القهري كالأخذ بالشفعة هل يشترط منفعته كالبيع أم لا لأنه قهري كالميراث وغيره، وأما الثالث فلا بد من اشتراط دفع ثمن التملك القهري، والمشتري حبس الشخص المشفوع على دفع الثمن، وإن قلنا يملك بدون تنفيذ تصرف الشفيع فيه قبل قبضه<sup>1</sup>. والرابع فيملك الكافر العبد المسلم بالإرث ورده عليه بعيب ونحوه في أحد الوجهين وبإستيلاء المسلم أمته وبالقهر وكذلك تملك المصاحف بهذه الأسباب وهل يملك أم ولد المسلم بالقهر على روايتين وتملك بالميراث الحر والكلب وكذا الصيد في حق المحرم على أحد الوجهين ولا يملك ذلك كله بالاختيار.

<sup>1</sup> - ابن رجب، القواعد في الفقه الإسلامي، ص 73.

الفرع السابع: ضابط فيما يعتبر القبض لدخوله في ضمان مالي وما لا يعتبر له الملك يقع تارة بعقد وتارة بغير عقد<sup>1</sup>

في هذا الضابط ذكر العقد ولا بد من معرفة أنواع العقود :

#### أولاً: عقود المعاوضات المحضة

فينتقل الضمان فيها إلى من ينتقل الملك إليه بمجرد التمكن من القبض التام والحياسة إذا تميز المعقود عليه من غيره و تعين فأما المبيع المبهم غير المتعين فلا ينتقل ضمانها بدون القبض وهل يكفي كي له و تمييزه أم لا بد من نقله. حكى الأصحاب فيه روايتين ثم لهم فيه طريقان :

- منهم من يقول هل التخلية قبض في جميع الأعيان المباعة أم لا بد من نقله، حكى الأصحاب فيه روايتين، ومنهم من يقول التخلية قبض في البيع المتعين رواية واحدة وفيما ليس بمتعين إذا عين وخلق بينه وبينه روايتين وكلا الطريقتين مسلك القاضي في خلافه وله طريقة ثالثة لها في المجرى أن الكيل قبض للمبهم رواية واحدة .

ونكر قول أحمد في رواية الحسن بن هارون قبضه كي له وهل التخلية قبض في المعينات على روايتين وهذه أصح ما قبلها وقد فرق أحمد بين المبهم جعل قبضه كي له و بين الصبرة جعل نبضها نقلها في رواية الأثرم لأن المبهم إذا كيل قد حصل فيه التمييز وزيادة وهي اعتبار قدره ولا هما من فعل البائع وهو الواجب عليه ولم يوجد في بقية المعينات شيء من ذلك سوى تمييزها بنفسها، وعلى الطريقة الأولى فيكون بعد كله و تمييزه كسائر الأعيان المتميزة وما عدا ذلك من الأعيان المتميزة فهو داخل في ضمان المشتري بالعقد في ظاهر المذهب لتمكنه من قبضه التام بالحياسة وقد انقطعت علق البائع منه لأن عليه تسليمه والتمكين من قبضه وقد حصل إلا الثمر المشتري في رؤوس الأشجار فإن المشتري لا يتمكن من تمام قبضه في الحال بحيازته إليه .

<sup>1</sup> - ابن رجب، القواعد في الفقه الإسلامية، ص 75.

### ثانيا: عقود لا معاوضة فيها

كالصدقة والهبة والوصية، فالوصية تملك بدون القبض والحبة والصدقة فيهما خلاف سبق فإذا قيل لا يملكان بدون القبض فلا كلام لكن هل يكفي بالقبض فيها بالتخلية على رواية البيع لأم لا بد من النقل.

- جمهور الأصحاب على تسوية المهر والهبة بالبيع في كيفية القبض، واختار صاحب التلخيص أنه لا يكفي التمكين منها في اللزوم ففي أصل الملك أولى تقال لأن القبع هنا سبب الاستحقاق بخلاف القبض في البيع فإن العقد سبب لاستحقاق القبض فيكفي فيه التمكّن. وإن قيل يحصل الملك بمجرد العقد فلا ينبغي أن يكون مضمونا على الملك إذا تلف في يده من غير منع لأنها عقود بر وتبرع فلا يقتضي الضمان وكلام الأصحاب يشهد لذلك<sup>1</sup>.

- وأما الوصية إذا ثبتت الملك للموصى له أما بالموت بمجرد من غير قبول أو بالموت مراعى بالقبول أو بالقبول من حيثه دون ما قبله على اختلاف الوجوه في المسألة فإن ضمانه من حين القبول على الموصى له من غير خلاف نعلمه إذا كان متمكنا من قبضه وأما قبل القبول فيه وجهان :

1. أنه من ضمان الموصى له أيضا وهو ظاهر كلام أحمد و الخرقى و صرح به القاضي و ابن عقيل في كتاب العتق، وكذلك صاحب المغني والترغيب و غيرهم ولم يحكوا به خلافا، وهذا لأن إن قلنا يملكه بمجرد الموت أما مع القبول أو بدون هو ملك فإذا تمكن من قبضه كان عليه ضمانه كما لو ملك هببة أو غيرها من العقود وإن قلنا لا يملكه إلا من حين القبول فلأن حقه تعلق بالغير تعلقا بمنع الورثة من التصرف به فأشبهه العبد الجاني إذا أضر المجني عليه استيفاء حقه حتى نقص أو تلف ولأن حق الموصى له في التملك ثابت لا يمكن أبطاله فكان ضمان النقص عليه وإن لم يحصل له الملك كما في ربح المضاربة إذا قلنا لا يملك إلا بالقسمة نصف الصداق إذا قلنا لا يملك إلا بالتملك والمغانم إذا قلنا لا تملك بدون القسمة بخلاف بقية العقود فإن الحق

<sup>1</sup> - ابن رجب ، القواعد في الفقه الإسلامي، ص 76.

فيها يمكن إبطاله<sup>1</sup>.

2. لا يدخل في ضمانه إلا بالقبول على الوجوه كله وهو المجزوم به في المحرر لأنه أن قبل لا يملك إلا من حينه فواضح لأنه لم يكن قبل ذلك على ملك فلا يحسب نقصه عليه، وإن قيل يملكه بالموت فالعين مضمونة على التركة بدليل ما لو تلفت قبل القبول فإنها تتلف من التركة لا من مال الموصى له فكذلك أجزؤها، لأن القبول وإن كان مثبتا للملك من حين الموت إلا أن ثبوته السابق تابع لثبوته من حين القبول والمعدوم حال القبول لا يتصور الملك فيه فلا يثبت فيه ملك، نعم إن قيل يملكه بمجرد الموت من غير قبول فينبغي أن يكون من ضمانه بكل حال كالموروث وهذا كله في المملوك بالعقد فأما ما ملك بغير عقد فنوعان :

أ- الملك القهري كالميراث وفي ضمانه وجهان<sup>2</sup>:

- أنه يستقر على الورثة بالموت إذا كان المال عينا حاضرة يتمكن من قبضها قال أحمد في رواية ابن منصور في رجل ترك مائتي دينار وعبدا قيمته مائة دينار وأوصى الرجل بالعبد فسرقت الدنانير بعد موت الرجل وجب العبد للموصي له وذهبت دنانير الورثة وهكذا ذكر الخرقى و أكثر الأصحاب، لأن ملكهم استقر بثوت سببه إذ هو لا يخشى انفساخه، ولا رجوع لهم بالبدل على أحد فأشبهه ما في يد المودع و نحوه بخلاف المملوك بالعقود لأنه إما أن يخلى انفساخ سبب الملك فيه أو يرجع ببذله فلذلك أعتبر له القبض وأيضا المملوك بالبيع ونحوه ينتقل الضمان فيه بالتمكن من القبض فالميراث أولى، وقال القاضي و ابن عقيل في كتاب العتق لا يدخل في ضمانهم بدون القبض لأنه لم يحصل في أيديهم ولم ينتفعوا به .

ب- ما يحصل بسبب الأدمي يترتب عليه الملك فإن كان حيازة مباح كالإحتشاش و الاحتطاب ونحوهما فلا إشكال ولا ضمان هنا على أحد سواه .

<sup>1</sup>- نفس المصدر ص 77.

<sup>2</sup>- ابن رجب، القواعد في الفقه الإسلامي، ص 77.

### الفرع الثامن: ضابط الأيدي المستولية على مال الغير بغير إذنه<sup>1</sup>

أولاً: يد يمكن أن يثبت باستيلائها الملك فينتفى الضمان، عما يستولى عليه سواء حصل الملك به أولم يحصل .

ثانياً: يد لا يثبت لها الملك و ينتفي عنها الضمان.

ثالثاً: يد لا يثبت لها الملك ويثبت عليها الضمان.

#### 1. صور النوع الأول من اليد

هناك عدة صور في هذا النوع نذكر منها مايلي:

- منها استيلاء المسلمين على أموال أهل الحرب .
- ومنها استيلاء أهل الحرب على أموال المسلمين لأنهم يملكون علينا بالاستيلاء وهو المشهور عند الأصحاب و ينتفي الضمان عنهم فيما لم يملكوه أيضا ما تثبت عليه الأيدي كأم الولد وما لم يحوزوه، إلى دارهم وما شرد إليهم من دواب المسلمين وأرقائهم على قولنا أنهم لا يملكون ذلك أيضا .
- استيلاء الأب على مال الابن فإن كان استيلاء يحصل به الملك فلا إشكال في انتفاء الضمان وإن كان على غير وجهه وجه التملك فلا يثبت به الضمان ولو أتلفه على أصح الوجهين .

#### 2. أما اليد الثانية ففيها أيضا صور نذكر أهمها

- منها من له ولاية شرعية بالقبض .
- ومنها من قبض المال لحفظه على المالك فإنه لا يضمنه .
- ومنها الطائفة الممتنعة عن حكم الإمام كالبغاة لا يضمن الإمام وطائفته ما أتلفوه عليهم حال الحرب وفي تضمينهم ما أتلفوه على الإمام في تلك الحال روايتان :
- أصحابهما نفي الضمان إلحاقا لهم بأهل الحرب.
- وأما أهل الردة إذا لحقوا بدار الحرب أو اجتمعوا بدار منفردين ولهم منعة ففي

<sup>1</sup>- نفس المصدر، ص 206-207.

تضمينهم روايتان .

3. أما بالنسبة لليد الثالثة وهي التي لا يثبت لها الملك ويترتب عليها الضمان فتعتبر اليد العارية الموجبة للضمان.

**المبحث الثالث: أثر قاعدة الضرر يزال في استيفاء الدين عند المماطلة وتغير القيمة**

و هنا سنتطرق إلى مشكلة المماطلة و الوفاء بالدين عند تغير العملة و أثرهما في قاعدة الضرر يزال .

**المطلب الأول: أثر قاعدة الضرر يزال في علاج مشكلة المماطلة**

**الفرع الأول: تعريف المماطلة بالدين و أنواعها**

**أولاً: المماطلة اللغة**

التسويق، والمدافعة، وأصله من مد الشيء، كمطل الحبل، أي مده، ومطل الحديد، أي إذابته بالنار وطرقه حتى يمتد<sup>1</sup>.

**ثانياً: المماطلة اصطلاحاً**

منع قضاء ما استحق أداءه مع التمكن، و عليه فلا يكون منع ما لم يحل أجله من الديون مطلاً، لأنه لم يستحق بعد، وإنما يكون مطلاً بعد حلول أجل<sup>2</sup>.

**ثالثاً: أنواع المماطلة**

المماطلة عند أهل العلم أنواع:

**1- مماطلة المدين المعسر:** وهو الذي لا يقدر على الأداء، وسداد ما عليه من دين.

وحكمة: أنه يجب إنظاره، ولا تحل مطالبته بسداد الدين إلى أن يوسر لقول الله تعالى: ﴿

وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - ينظر: تاج العروس، للزبيدي، ج30، ص408.

<sup>2</sup> - الكاساني، بدائع الصنائع، ج7، ص173.

<sup>3</sup> - سورة البقرة الآية: 280.

**2-مطل المدين الغني المعذور:** وهو المدين الغني الذي يجد من المال ما يسد دينه، إلا أنه منعه عذر عن سداد هذا الدين، كأن يكون مسافرا، أو لم تكن أمواله تحت يده وقت حلول الأجل، ولم يكن قد تعمد خروجها من تحت يديه، ومن ذلك أيضا، ما لو كانت عنده أصول ثابتة من الأموال، ولكن عنده نقص في السيولة.  
وحكم هذا النوع: الجواز، فيجوز للمدين التأخير إلى الوقت الذي يتمكن فيه من الأداء.

**3-مطل المدين الموسر بلا عذر:** وهو الممتنع من سداد الدين مع قدرته، ولا عذر له في التأخير والتأجيل.

وحكم هذا النوع: أنه محرم شرعا، ومن الظلم وكبائر الذنوب. ودليل على ذلك قول النبي : "مطل الغني ظم"<sup>1</sup>، وهذا لا خلاف فيه بين الفقهاء ومن هنا تتعين إزالة الضرر الذي يلحق بالدائن بسبب المماطلة من غير إفسار .

### الفرع الثاني: العلاج الشرعي لمشكلة المماطلة بالدين

لقاعدة" الضرر يزال "أثر كبير في علاج مشكلة المماطلة بالدين، وذلك أن المماطلة إما أن تكون من المعسر، أو من الموسر المعذور، أو من الموسر غير المعذور، كما تقدم **أولا: في حالة المعسر**

أما المعسر فلم تجعل الشريعة عليه سبيلا، لا في المطالبة ولا في التعزير، بينما وجدنا بعض المصارف والشركات، لم تراع حاله، وفرضت عليه عند المماطلة غرامة مالية تأخيرية، وحكم الشريعة في هذه الحالة أقرب للحق وللإنسانية، لأن هذا المعسر معذور متضرر بالإعسار، فليس من الحق أن نزيد عليه في الضرر، بفرض غرامة مالية عليه، أو أي عقوبة أخرى، فالضرر منفي في الشريعة وإزالته واجبة.

### ثانيا: في حالة الموسر المعذور

<sup>1</sup> - أخرجه البخاري، كتاب الحوالات، باب في الحوالة وهل يرجع في الحوالة، ج2، ص799. ومسلم، كتاب المساقاة، باب تحريم مطل الغني وصحة الحوالة واستحباب قبولها إذا أحيل على مليء، ج3، 1197.

أما الموسر المعذور، فإنه معذور بمماطلته، فلا يصح فرض عقوبة عليه، لأنه لا موجب لها شرعا وعقلا، وفرضها ضرر عليه بغير حق، ولذلك لم تحل الشريعة فرض غرامة مالية عليه كبعض المصارف والبنوك، انطلاقا من قواعد نفي الضرر وإزالته، ومنها قاعدتنا قاعدة "الضرر يزال".

### ثالثا: في حالة الموسر غير المعذور

وأما الموسر غير المعذور، فإنه ملحق للضرر بالدائن أو البنك، فوجب في الشريعة إزالة هذا الضرر، الواقع بالطرف الدائن، فعالجت هذه المشكلة، وأزالت هذا الضرر، بتشريع عدة طرق منها: الحجر على أمواله، أو حل عرضه، أو عقوبته بالحبس والضرب، وغير ذلك، كل هذا انطلاقا من قاعدة "الضرر يزال"، إذ الشريعة لا تسكت على الضرر إذا وقع، بل تسعى في إزالته فورا<sup>1</sup>.

وفي الوقت الذي سعت فيه الشريعة لإزالة الضرر انطلاقا من قواعدها المتينة، راعت أن تكون إزالة الضرر، مضبوطة ومشروطة بأن لا يزال الضرر بضرر مثله، أو أكبر منه، انطلاقا من القاعدة المتفرعة عن قاعدة "الضرر يزال"، والتي تنص على أن: "الضرر لا يزال بمثله ولا بما هو فوقه"، وبناء عليه حرمت الغرامة المالية التأخيرية، التي تفرضها كثير من البنوك والمصارف والشركات لمجرد التأخير، على الرأي الراجح، لأن مجرد التأخير ليس ضررا متحققا، بل هو محتمل الوقوع، فلا يزال بالحاق ضرر بالمماطل محقق الوقوع. وفي الوقت نفسه رأينا أهل العلم المعاصرين من علماء الشريعة، اختلفت أنظارهم فيما لو كان الضرر متحققا وواقعا فعلا بسبب التأخير بالسداد، فرأى بعضهم أن هذا الضرر تجب إزالته، ويكون ذلك بفرض عقوبة مالية تأخيرية على المماطل، ورأت أن الضرر المترتب على فرض هذه الغرامة، ليس مماثلا ولا يفوق الضرر الواقع على البنك الدائن بسبب التأخير، فوجببت إزالته انطلاقا من قاعدة "الضرر يزال"، وأن "الضرر الأشد

<sup>1</sup> - أجد درويش أبو موسى، قاعدة الضرر يزال وأثرها في المعاملات المالية والطبية المعاصرة دراسة فقهية تطبيقية، الرسالة استكمالا لمتطلبات درجة الماجستير في الدراسات الإسلامية\_الفقه المقارن، من كلية التربية\_جامعة الأزهر\_غزة، 1433هـ، ص173.

يزال بالضرر الأخف. " بينما رأى فريق آخر منهم أن الضررين متساويان، أو أن الأدلة الأخرى من شبهة الربا وغير

ذلك مما تقدم من أدلة المحرمين، مؤثرة في الحكم، وتشارك قواعد الضرر في بيان الحكم الشرعي لهذه المعاملة، ولا تجعل قواعد الضرر منفردة في الحكم في هذه المعاملة. والحاصل: أن لقاعدة "الضرر يزال"، وما يتفرع عنها من قواعد، أثر كبير في التكيف الفقهي، لمشكلة مماثلة المدين بالدين، وقد رأينا أثناء بحث المسألة وتكييفها الفقهي، كيف كان لهذه القاعدة أثر كبير في ذلك<sup>1</sup>.

**المطلب الثاني: أثر قاعدة الضرر يزال في الوفاء بالدين عند تغير قيمة العملة**

الفرع الأول: تعريف بالعملة النقدية وقيمتها

**أولاً: تعريف الغزالي**

"إن الدراهم والدنانير لا غرض في أعيانها، إذ لا تصلح لمطعم ولا مشرب ولا منكح ولا ملبس، وإنما هي والحصباء بمثابة واحدة، ولكنهما محبوبان لأنهما وسيلة إلى جميع المحاب، وذريعة إلى قضاء الشهوات"<sup>2</sup>.

**ثانياً: تعريف ابن رشد**

"العدل في المعاملات إنما هو مقارنة التساوي، ولذلك لما عسر إدراك التساوي في الأشياء المختلفة الذوات، جعل الدينار والدرهم لتقويمها أعني تقدير"<sup>3</sup>.

**ثالثاً: تعريف معاصر**

ما اتخذته الناس وسيطاً للتبادل، ومخزناً للقيم، ومقياساً للأسعار<sup>4</sup>.

ولهذه الممطالة عند أهل العلم أنواع

**الفرع الثالث: بيان أثر قاعدة "الضرر يزال" في سداد الديون عند تغير قيمة العملة.**

<sup>1</sup> - أمجد درويش أبو موسى، قاعدة الضرر يزال وأثرها في المعاملات المالية والطبية المعاصرة دراسة فقهية تطبيقية، ص174.

<sup>2</sup> - الغزالي، إحياء علوم الدين، ج3، ص 289.

<sup>3</sup> - لابن رشد، بداية المجتهد، ج2، 132.

<sup>4</sup> - محمد الأشقر، النقود وتقلب قيمة العملة"، ج1، ص267.

إن أساس هذه القضية بفروعها واختلافها، قائم على اعتبار أمرين:

الأول: الضرر وكيفية إزالته، الثاني: الربا.

فالقائلون بأداء القيمة في حالة الكساد، نظروا إلى الضرر اللاحق بالدائن، فإن سداه بالعملة الكاسدة، لا يحقق له نفعاً، ويتضرر به، لأن العملة الكاسدة باتت كالهالكة لا ينتفع بها. أما المخالفون لهم فإنهم نظروا إلى تحقق الربا في العقد عند رد القيمة، فلم يجسروا على إباحتها، ونظروا إلى أن المدين إذا رد بالقيمة ولم يرد بالمثل قد يلحقه ضرر، كما يلحق الدائن، والضرر في الشريعة لا يزال بضرر مثله.

وكذلك القائلون بأداء القيمة في حالة الرخص والغلاء، فإنهم راعوا حال الدائن والضرر اللاحق به، إذا ما أعطي المثل الثابت في الذمة، ولم يعط القيمة، لأن المثل بعد التغير أصبح رخيصاً، وفي هذا غبن وخسارة على الدائن، وعليه فإن قواعد الشريعة كقاعدة: "الضرر يزال"، يجب إعمالها هنا، ويجب رفع هذا الضرر الواقع على الدائن. أما المخالفون لهم، فرأوا أن إعطاء القيمة في شبهة الربا، كما أن فيه إضرار بالمدين، وليس إلحاق الضرر بالمدين أولى من إلحاقه بالدائن، والضرر لا يزال بالضرر. وكذلك في حالة انقطاع العملة من البلد، فإن تكلفة المدين بالسفر خارج البلد للإتيان بالعملة المماثلة لما ثبت في الذمة فيه مشقة وجرح وضرر، والجرح والضرر منفيان في الشريعة، فجاز أن يعطيه القيمة بدلاً من المثل.

وبذلك يتضح أن لقاعدة الضرر يزال أثر كبير في تشخيص قضية سداد الديون باختلاف العملات والنقود، والله أعلم<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - أمجد درويش أبو موسى، قاعدة الضرر يزال وأثرها في المعاملات المالية والطبية المعاصرة دراسة فقهية تطبيقية، ص 185.

الخاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات والصلاة والسلام على أشرف وأفضل الكائنات. الحمد لله الذي أعاننا على إتمام هذه الرسالة التي لا تخلو من نقص فالكمال لله وحده.

وفي ختام هذه الرسالة يطيب لنا أن نعرض في الختام أهم النتائج التي توصلنا إليها وهي كالتالي :

1. أن أنواع الضرر مادي ومعنوي.
2. "أن الضرر يزال" و "الضرر لا يزال بالضرر" من المبادئ التي تحكم الضرر..
3. أنه إذا كان التلف كبيراً فإن الضمان يكون كلياً.
4. يكون الضمان جزئياً إذا كان الإلتلاف جزئياً .
5. أن لمالك نقصان المصوب الخيار بين أن يطلب قيمة النقصان فقط، أو أن يترك الشيء للغاصب ويضمنه جميع قيمته.
6. أن القواعد الفقهية التي لها أصل من القرآن أو السنة تعتبر مصادر شرعية يمكن الاستناد إليها في استنباط الأحكام الفقهية .
7. أن مسائل الفقه في الضرر والضمان لا تنتهي بل تستجد كل عصر.
8. أن للقواعد والضوابط الفقهية دوراً بارزاً في تيسير الشريعة الإسلامية.
9. عالجت الشريعة مشكلة المماثلة في المدينة، بتحريمها وتعزير صاحبها، إما بالضرب أو الحبس، رفعا للضرر وتضمينا للدائن، وتعد "الغرامة التأخيرية" بديلاً شرعياً في علاج هذه المشكلة على مستوى البنوك والشركات المعاصرة.
10. لقاعدة "الضرر يزال" أثر على قضية التغيرات الطارئة على النقود من كساد ورخص وغلاء وانقطاع ، و في كيفية سداد الدين، إذ في حالة الكساد العام يرد بالقيمة، وفي حالة انقطاع العملة يرد بالمثل، إلا إن تعذر، وفي حالة الرخص والغلاء يرد بالمثل عملاً بقول الجمهور.

**التوصيات:**

1. الدعوة إلى الإعتناء بالقواعد الفقهية، المتعلقة بالضرر والضمان من قبل الباحثين، وتناولها بالبحث والدراسة. و التخريج أحكام النوازل عليها لأهميتها والثمره العائده من دراستها.

2. أفراد قاعدة" الضرر يزال"، بالبحث والدراسة، لأثرها الكبير في الشريعة ومعاملاتنا اليومية وخاصة النوازل الطيبة.  
و في الأخير الشكر موصول لكل من ساهم في هذا البحث من قريب أو بعيد و صلى الله و سلم على نبينا محمد و على آله و صحبه و سلم تسليما .

## فهارس عامة

وتشتمل على:

أولاً: فهرس الآيات

ثانياً: فهرس الأحاديث

ثالثاً: قائمة المصادر والمراجع

رابعاً: فهرس المحتويات

## فهرس الآيات

الرقم	طرف الآية	رقم الآية	إسم السورة	الصفحة
1	غَيْرُ أُولِي الضَّرَرِ	92	النساء	14
2	وَإِذَا مَسَّ الْإِنْسَانَ الضُّرُّ	12	يونس	15
3	مَرَّ كَأَن لَّمْ يَدْعُنَا	12	يونس	15
4	قُلْ فَمَنْ يَمْلِكُ لَكُمْ مِنَ اللَّهِ شَيْئًا	11	الفتح	19
5	وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ	70	الإسراء	19
6	وَأَلَّكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةً	179	البقرة	20
7	كَفَّلَهَا زَكَرِيَّا كُلَّمَا دَخَلَ	37	آل عمران	28
8	فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ	194	البقرة	30
9	وَجَزَاءٌ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا	42	الشورى	30
10	وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ	126	النحل	30
11	يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ	95	المائدة	43
12	أَحَلَّ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ	96	المائدة	43

فهرس الآيات

49	يوسف	25	إِلَّا أَنْ يُسَجَّنَ	13
54	هود	114	إِنَّ الْحَسَنَاتِ يُذْهِبْنَ السَّيِّئَاتِ	14
54	البقرة	219	يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ	15
56	البقرة	218	يَسْأَلُونَكَ عَنِ الشَّهْرِ الْحَرَامِ	16
56	الفتح	24	وَلَوْلَا رِجَالٌ مُؤْمِنُونَ	17
61	البقرة	194	فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ	18
61	النحل	126	وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا	19
65	المدثر	38	كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ	20
65	الشورى	30	وَمَا أَصَابَكُمْ مِنْ مُصِيبَةٍ	21
65	النجم	39	وَأَنْ لَيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى	22
67	النساء	12	مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ	23
67	البقرة	213	لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ	24
67	البقرة	233	وَلَا تُمْسِكُوهُمْ ضِرَارًا	25

## فهرس الآيات

67	الطلاق	6	وَلَا تُضَارُّوهُنَّ	26
70	المؤمنون	82	أَمْ تَسْأَلُهُمْ خَرْجًا	27
87	البقرة	280	وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ	28

## فهرس الأحاديث

الرقم	طرف الحديث	الراوي	الصفحة
1	لا ضرر ولا ضرار	مالك	15
2	لا ضرر ولا ضرار	مالك	23
3	إذا اختلفتم في الطريق	أبو داود	24
4	الخراج بالضمنان	أبو داود	29
5	طعام بطعام و إناء بإناء	الترمذي	31
6	من وقف دابة	الدارقطني	31
7	على اليد ما أخذت	إبن ماجه	31
8	إن دماءكم	البخاري	31
9	لا ضرر ولا ضرار	مالك	31
10	إن الله ورسوله حرم بيع الخمر	إبن ماجه	33
11	إن الله تجاوز عن أمتي	إبن ماجه	35
12	طعام بطعام و إناء بإناء	الترمذي	43

فهرس الأحادس

55	الحمس	ذروى ما ترككم	13
62	البخارى	فرع القصعة الصالحة وحبس المكسورة	14
62	مالك	لا ضرر ولا ضرار	15
63	أبو داوود	، فأمر بها رسول الله - صلى الله عليه وسلم فقتلت	16
67	مالك	لا ضرر ولا ضرار	17
67	البخارى	لا يمنع فضل الماء	18
68	إبن ماجه	لا يمنعن أحدكم جاره	19
71	أبو داوود	الخراج بالضمان	20
88	البخارى	مطل الغنى ظلم	21

## فهرس المحتويات

الصفحة	المحتوى
أ	الإهداء
ب	شكر وعرهان
ج	المقدمة
ج	الإشكالية
ج	أهمية الموضوع
د	أهداف الموضوع
د	أسباب اختيار الموضوع
هـ	الدراسات السابقة
و	منهج الموضوع
و	منهجية الموضوع
و	خطة البحث
<b>الفصل الأول : الضرر وضمانه وفق الشريعة الإسلامية</b>	
13	تمهيد
14	المبحث الأول: مفهوم الضرر و أنواعه
14	المطلب الأول: تعريف الضرر
18	المطلب الثاني : أنواع الضرر

## فهرس المحتويات

23	المبحث الثاني : المبادئ التي تحكم الضرر
23	المطلب الأول : الضرر يزال
25	الطلب الثاني : الضرر لا يزال بضرر
28	المبحث الثالث : مقومات الضمان
28	المطلب الأول : تعريف الضمان
30	مشروعية الضمان
32	المطلب الثاني : شكليات تحقيق الضمان
32	الفرع الأول : شروط الضمان
36	الفرع الثاني : أركان الضمان
40	الفرع الثالث : أقسام الضمان
<b>الفصل الثاني : القواعد الفقهية المندرجة تحت الضرر و الضمان و تطبيقاتها</b>	
47	تمهيد
48	المبحث الأول: معنى لاضرر و لا ضرار و ما يتفرع عنها
48	المطلب الأول : معنى قاعدة لا ضرر و لا ضرار
52	المطلب الثاني : ما يتفرع عن قاعدة لا ضرر ولا ضرار
59	المبحث الثاني : القواعد و الضوابط الفقهية المندرجة تحت الضمان
59	المطلب الأول : القواعد الفقهية المتعلقة بالضمان

## فهرس المحتويات

72	المطلب الثاني : الضوابط الفقهية المتعلقة بالضمان
87	المبحث الثالث: أثر قاعدة الضرر يزال في استيفاء الدين عند المماطلة وتغير القيمة
87	المطلب الأول: أثر قاعدة الضرر يزال في علاج مشكلة المماطلة
90	المطلب الثاني: أثر قاعدة الضرر يزال في الوفاء بالدين عند تغير قيمة العملة
92	خاتمة
95	فهارس عامة
96	فهرس الآيات
99	فهرس الأحاديث
101	قائمة المصادر والمراجع
108	فهرس المحتويات
111	الملخص عربي- إنجليزي

قائمة المصادر و المراجع :

- القرآن الكريم رواية ورش.
- إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي الموافقات-م. مشهور بن حسن-دار -  
إبن عفان .
- أمجد درويش أبو موسى، قاعدة الضرر يزال وأثرها في المعاملات المالية والطبية المعاصرة  
دراسة فقهية تطبيقية، الرسالة إستكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في الدراسات الإسلامية الفقهه  
المقارن من كلية التربية جامعة الأزهر غزة 1433 هـ
- أحمد بن محمد مكي أبو العباس شهاب الدين الحموي -غمز عيون البصائر شرح  
الأشباه والنظائر-دارالكتب العلمية- ط1-1405 هـ .
- أحمد بن الشيخ محمد الزرقا-شرح القواعد الفقهية-دار القلم بدمشق-ط2-1409 هـ
- أبو بكر عبد الله بن الزبير بن عيسى الأسدي الحميدي -المتوفى 219 هـ -مسند -  
أبي يعلى محمد بن حسين الفراء الأحكام السلطانية -شركة و مكتبة و مطبعة  
مصطفى البابي الحلبي بمصر-ط2-1386 هـ.
- الحميدي - م.حسن سليم -دار السقا -دمشق-سوريا-ط1.
- أبو بكر بن أبي شيبة عبد الله بن محمد -المتوفى 235 هـ - الكتاب المصنف في  
الأحاديث و الآثار -م.كمال يوسف الحوت - مكتبة الرشد - الرياض-السعودية-ط1.
- بطرس السبتاني -محيط المحيط قاموس مطول للغة العربية -مكتبة لبنان -

بيروت- 1870م

- تاج الدين السبكي عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي-الأشباه و النظائر-دار

الكتب العلمية-لبنان-ط1-1411هـ

- أبو حامد الغزالي الوجيز في فقه الامام الشافعي -م.علي معوض-دار الأرقم بن

أبي الأرقم ط1 1418هـ.

- أبو الحسن علي بن عمر بن احمد الدار قطني -المتوفى 385هـ -سنن الدار

قطني-م.شعيب الأرنؤوط - مؤسسة الرسالة -بيروت -لبنان- ط.1

- الحافظ ابن حجر العسقلاني - فتح الباري بشرح صحيح البخاري-م.محمد فؤاد-

المطبعة السلفية بمصر-1381هـ.

-إبن العربي محمد بن عبد الله الجصاص- أحكام القرآن-م.محمد عبد القادر عطا-

دار الكتب العلمية -بيروت -لبنان-ط1

-أبي عبد الله بدر الدين محمد الزركشي- المنثور في القواعد-م.محمد حسن-دار

الكتب العلمية -بيروت-لبنان

-محمد بن المدني بوساق- التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي- م.عبد الرحمان

النجدي- دار إشبيلية السعودية -ط1-1419هـ

-أبو محمد علي بن أحمد إبن حزم- المحلى شرح المجلى-م.أحمد شاكر-دار إحياء

التراث العربي -بيروت-ط1-1419هـ

- مالك بن أنس بن عام الأصبحي المدني - المتوفى 179هـ - موطأ الإمام مالك -  
م. محمد فؤاد - دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان - 1406هـ
- محمد بن أحمد الفتوح الحنبلي ابن النجار تقي الدين - منتهى الإرادات - م عبد  
الله بن عبد المحسن - مؤسسة الرسالة - ناشرون
- مصطفى أحمد الزرقاء - الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد المدخل الفقهي العام -  
مطبعة طربين - دمشق - ط6 1384هـ.
- مصطفى ابراهيم - أحمد الزيات - حامد عبد القادر - محمد النجار - المعجم الوسيط  
م. مجمع اللغة العربية - دار الدعوة - بمصر.
- محمد بن يعقوب الفيروز آبادي - القاموس المحيط - م. محمد نعيم - مؤسسة الرسالة -  
ط8-1426هـ.
- محمد بن عيسى بن سورة بن موسى بن الضحاك الترمذي - المتوفى 279هـ -  
سنن الترمذي - م. محمد شاكر - مصطفى بابي الحلبي - مصر - ط2
- محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري - صحيح البخاري - م. محمد زهير - دار  
طوق النجاة - ط1
- محمد بن محمد الخطيب الشربيني مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج -  
م. محمد علي - دار الكتب العلمية بيروت لبنان 1421هـ
- محمد بن أبي بكر بن ايوب بن سعد ابن القيم الجوزية - الطرق الحكمية في السياسة

- الشرعية-م.نايف بن احمد -مجمع الفقه الإسلامي بجدة ط1 1428هـ.
- محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الأندلسي بداية المجتهد و نهاية المقتصد -م.محمد صبحي -مكتبة ابن تيمية القاهرة ط1 1415هـ
- محمد محمود حجازي -التفسير الواضح-دار الجيل الجديد-بيروت-ط10-1413هـ
- محمد الزحيلي - القواعد الفقهية على المذهب الحنفي و الشافعي-مجلس النشر العلمي-الكويت-ط1-1420هـ
- مصطفى أحمد الزرقا- المدخل الفقهي العام-دار القلم-دمشق-ط1-1418هـ .
- مصطفى أحمد الزرقا- الفعل الضار والضمان فيه -دار القلم-دمشق-ط1-1409هـ.
- محمد عثمان شبير-القواعد الكلية و الضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية -دار الفرقان-عمان-ط1-1422هـ .
- إبن منظور أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الاثري المصري لسان العرب دار صادر - بيروت 1374هـ
- ابن نجيم زين الدين بن ابراهيم الأشباه والنظائر م.محمد مطيع دار الفكر دمشق 142هـ
- ابن نجيم المصري شهاب الدين الحموي غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر-دار الكتب العلمية دار الباز ط1 1405هـ.

- صالح بن غانم السدلان - القواعد الفقهية الكبرى و ماتفرع عنها - دار بلنسية-  
1417هـ

- علي حيدر شرح مجلة الأحكام العدلية تعريب المحامي فهمي الحسيني بيروت لبنان  
دار الكتب العلمية

- علي الخفيف الضمان في الفقه الإسلامي تصمي و إخراج حسن الشريف ص دار  
الفكر العربي القاهرة -2000م

- عبد الرحمان بن محمد بن قاسم إحكام الأحكام شرح أصول الأحكام- المطبعة  
التعاونية بدمشق- ط2- 1406هـ

- أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني ابن ماجه -المتوفى 273هـ -سنن ابن ماجه -  
م.محمد فؤاد -دار إحياء الكتب العربية -فيصل عيسى البابي الحلبي .

- علاء الدين أبي بكر الكاساني -بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع م.علي محمد -  
المطبعة الجمالية مصر- ط1-1328هـ

- عبد الرزاق السنهوري مصادر الحق في الفقه الإسلامي- دار إحياء التراث العربي-  
بيروت لبنان - ط1 1953م

- عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام قواعد الأحكام في مصالح الأنام-م.طه عبد  
الرؤوف مكتبة الكليات الأزهرية القاهرة -1411هـ

- عثمان بن علي الزيلعي فخر الدين- تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق-المطبعة

الأميرية ببولاق-ط1-1314هـ

-علي بن محمد السيد الشريف الجرجاني- التعريفات- دار الكتب العلمية-بيروت-

ط1-1403هـ

- عمر عبد الله كامل- القواعد الفقهية الكبرى و أثرها في المعاملات المالية-دار

الكتبي-ط1-1421هـ

- غياث الدين البغدادي-مجمع الضمانات-عالم الكتب -بيروت لبنان-1407هـ

-الغزالي- إحياء علوم الدين المطبعة الأولى- بيروت -لبنان

- أبي الفرج عبد الرحمن ابن رجب الحنبلي-القواعد في الفقه الإسلامي-دار الفكر.

-ابن القيم حمد بن أبي بكر الزرعي بن القيم الجوزية- أعلام الموقعين عن رب

العالمين- دار الكتب العلمية- بيروت- لبنان.

-القرافي أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس- الفروق وأنوار البروق -دار

المعرفة- بيروت.

-أبي القاسم عبد الكريم بن محمد -الرافعي فتح العزيز شرح الوجيز مع المجموع في

شرح المذهب- المكتبة السلفية -بالمدينة المنورة.

-إبن قدامة عبد الله بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي الدمشقي ابو محمد-

المغني-م.عبد الله بن عبد المحسن -دار عالم الكتب-ط3-1417هـ

-أبو القاسم الحسين بن محمد الأصفهاني - المفردات في غريب القرآن - م.صفوان

عدنان- دار القلم- دمشق بيروت ط1-

- ابن القاضي محمود بن إسرائيل- جامع الفصولين- طبعة بولاق-1300هـ

-السيوطي جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر محمد الأشباه والنظائر م.طه عبد

الرؤوف شركة الطبعة الفنية القاهرة 1395هـ

-سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير أبو داوود -سنن أبو داوود -المتوفى

275هـ -م.محمد محي الدين -المكتبة العصرية -بيروت-لبنان.

-السرخسي شمس الدين المبسوط-دار المعرفة-بيروت لبنان ط1-1409هـ

-الشوكاني محمد بن علي نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار-

دار الجيل بيروت 1973م

-شمس الدين محمد بن أبي العباس شهاب الدين الرملي نهاية المحتاج إلى شرح

المنهاج-دار الفكر بيروت لبنان 1404هـ

-وهبة الزحيلي نظرية الضمان م.عبد الرحمن النجدي-دارالفكر -دمشق-1997م ط2

-وهبة الزحيلي نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي-مؤسسة الرسالة-

ط4-

-أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب الباجي الأندلسي المنتقى شرح الموطئ

مطبعة السعادة -مصر- ط1- 1332هـ.

موضوع الضرر وضمانه في الشريعة الإسلامية طارئ على سائر مناحي الحياة. فهو كل إيذاء يلحق الشخص، سواء أكان في ماله أم جسمه أو عرضه أو عاطفته، شاملاً الضرر المادي كتلف المال، والضرر الأدبي كالإهانة التي تمس كرامة الإنسان أو تلحق به سمعة سيئة، أو كل مفسدة بالآخرين. وقد تناولنا بالدراسة الضرر من حيث مفهومه وبيان أنواعه والمبادئ التي تحكمه، ثم تتابع البحث حول مقومات الضمان ومشروعيته وشكليات تحقيقه وأحكامه، و كذا القواعد والضوابط الفقهية المتعلقة بالضرر وبالضمان، لما يترتب عليه من آثار وحفظ للشكليات الخمس، وصيانة للحقوق.

**The summing up**

The harming and its Compensation in Islam to gather everything about that we mentioning the juristic rules them the links between them in give a of the subject.

first we took the definition of the harming and its types of the Principles which control it. in addition and Formalities to Prove also we mentioning the definition of juristic rules and then we took an explanation of then we extracted what can be extracted from the branches of this rule .

after of Compensation and collected from the books of juristic rules to explained each rule with simplified examples that helped to understand .