العلاقة بين التعدي والضرر في وجوب الضمان في الفقه الإسلامي

د. سوار أحمد عنانبة*

تاريخ وصول البحث: ٢٠٢٢/١٢/٢٦م تاريخ قبول البحث: ٢٠٢٣/٦/١١م

الملخص

تهدف الدراسة إلى بيان حقيقة كلٍ من الضمان، والتعدي، والضرر، وتوضيح العلاقة التي تجمع بينهما، مع بيان وجه الضمان فيها، وبيان الفارق بينهما في إيجاب الضمان.

واتّبعت الدراسة كلًّا من المنهج الاستقرائي، والتحليلي، وذلك بتتبع واستقراء المادة العلمية، وتحليها، واستعراض أقوال الفقهاء في ذلك، مع بيان وجه الضمان في حالة التعدي والضرر.

وقد خلُصت الدراسة إلى أن العلاقة بين التعدي والضرر إما أن تكون مباشرة أو بالتسبب، ويجب الضمان في كلتا الحالتين، كما أن التسبب إذا تخلله فعل شخص آخر غير السبب والمسبب أصبح مباشرة.

الكلمات المفتاحية: الضمان، التعدي، الضرر، المباشرة، والتسبب.

The Relationship between Infringement and Damage in the Obligation of Guarantee in Islamic Jurisprudence

ABSTRACT

The study aims to clarify the reality of each of the guarantee, infringement ,and damage ,and clarify the relationship that unites them, with a statement of the face of the guarantee in it and a statement of the difference between them in the affirmative of the guarantee .

The study followed both the inductive and analytical approaches ,by tracking and extrapolating the scientific material ,analyzing it ,and reviewing the statements of jurists in that , with a statement of the face of the guarantee in the event of infringement and damage.

The study concluded that the relationship between infringement and damage is either direct or casual and must be guaranteed in both cases ,and that the causation if permeated by the act of someone other than the cause, and the cause became direct.

Keywords :Warranty, Infringement ,Damage ,Directness, Causation .

* باحثه، دكتوراه في فلسفة الفقه وأصوله

المقدمة:

الحمد لله الذي أنار قلوبنا بالقرآن، ووفقنا إلى طاعة الرحمن، واتباع خير الأنام، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين، الذي جاءنا بالإيمان، وهدانا للإسلام، ودلنا على الصراط المستقيم، وعلى آله الأخيار، وصحبه الأبرار، وعلى من سار مسارهم وسلك سبيلهم إلى يوم الدين، وبعد:

إن الشريعة الإسلامية جاءت كاملةً متكاملةً، بما تحويه من نصوص وأحكام، حافظةً لحقوق الناس، آمرةً بالعدل ومحققةً له، وشرع الله تعالى فيها من الأحكام ما من شأنه حماية النفس والمال والعرض من كل اعتداء، كما شرع من الأحكام ما يضمن إقامة العدل وصيانة الحقوق إن حصل الاعتداء، والعداوات والمنازعات حاصلةٌ بين الناس بطبيعة البشر، فقد قال تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا۟ بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِۦ ۖ وَلَئِن صَبَرْتُمْ لَهُوَ خَيْرٌ لِّلصَّٰبِرِينَ ﴿١٢٦﴾﴾ [النحل:١٢٦].

وإن من أهم الأحكام التي جاءت في سياق حفظ الحقوق وصيانتها أحكام ضمان، فقد حرصت على حماية الأموال والتصرفات المرتبطة بها من أي ضرر متوقع، وذلك بوضع جملة من الأركان، متى توافرت هذه الأركان وجب الضمان على الفاعل؛ لرفع كل ضرر واقع يلحق بالأموال، أو الأشخاص، ومن هنا جاءت دراستي هذه والتي هي بعنوان "العلاقة بين التعدي والضرر في وجوب الضمان في الفقه الإسلامي" في بيانها وتفصيلها، واللهَ أسألُ العون والتوفيق والسداد.

أهمية الدراسة:

تظهر أهمية هذه الدراسة فيما يأتي:

أولًا: إن نظرية الضمان في الشريعة الإسلامية حرصت على حماية الأشخاص والأموال والتصرفات المرتبطة بها من أي تعدٍّ أو ضرر، وأوجبت الضمان على فاعلها؛ لرفع كل تعد أو ضرر يلحق بالأموال، أو الأشخاص.

ثانيًا: إن أركان الضمان تتجلى في التعدي والضرر، فإذا حصل التعدي سواء أكان متعمدا أو غير متعمد وأحدث ضررا، فالواجب عليه إزالة هذا الضرر بالتعويض عنه؛ وذلك تحقيقًا لمبدأ العدالة والمساواة التي حثت عليها الشريعة الإسلامية.

مشكلة الدراسة وأسئلتها:

تسعى الدراسة لتوضيح المقصود بالضمان والتعدي، وما التعدي الموجب للضمان بالفقه الإسلامي، وتوضع مقدار الضرر الذي يجب فيه الضمان على المتعدي، مع بيان الفرق بين التعدي والضرر برؤية فقهية، ويمكن التعبير عن مشكلة الدراسة بالسؤال الرئيس الآتي: **ما العلاقة بين التعدي والضرر في وجوب الضمان في الفقه الإسلامي؟**

ويتفرع عنه الأسئلة الآتية:

أولًا: ما التعدي، وما هي شروطه ومعياره؟

ثانيًا: ما ضوابط الضرر الذي يجب به الضمان؟

ثالثًا: ما الفرق بين التعدي والضرر في إيجاب الضمان وتطبيقاته المعاصرة؟

أهداف الدراسة:

هدفت هذه الدراسة إلى الإجابة عن أسئلتها من خلال تحقيق الآتي:

أولًا: بيان التعدي، وبيان شروطه ومعياره.

ثانيًا: بيان ضوابط الضرر الذي يجب به الضمان.

ثالثًا: بيان الفرق بين التعدي والضرر في إيجاب الضمان وتطبيقاته المعاصرة.

منهج الدراسة:

ستتّبع الدراسة المناهج الآتية:

أولًا: المنهج الاستقرائي: وذلك من خلال تتبّع واستقراء ما جاء في كتاب الله، وسنّة نبيّه ﷺ، وأقوال الفقهاء من الصحابة والتابعين، وغيرهم، فيما يتعلق بالتعدي والضرر.

ثانيًا: المنهج التحليلي: وذلك بتحليل النصوص المتعلقة بالتعدي والضرر، وبيان وجه الضمان فيها.

الدراسات السابقة:

الدراسة الأولى: العتيبي، محمد محسن، **قواعد الضمان في الفقه الإسلامي**، مجلة محكمة، عدد٢٢، ج٣، جامعة الأزهر - كلية الشريعة والقانون، ٢٠٢٠م.

تضمنت الدراسة مقدمة وتمهيد في التعريف بعلم القواعد الفقهية، ثم تبع ذلك الفصل الأول وفيه بيان تعريف الضمان وأدلة مشروعيته والمقاصد الشرعية

المتعلقة بالضمان، وأسباب الضمان، وتبعه الفصل الثاني وفيه بيان أركان الضمان، ثم سرد للقواعد المتعلقة بالضمان وبيان معنى كل قاعدة وذكر مثال عليها.

تتفق الدراسة مع موضوع دراستي، في التعريف بالضمان، وفي أركان الضمان، وتختلف دراستي بتناولها موضوع التعدي والضرر وبيان المباشرة والتسبب فيها، والعلاقة التي جمع بينهما في وجوب الضمان، وبيان الفارق بينهما في إيجاب الضمان بالتعدي وحده، وإيجابه بالضرر وحده، دون ذكر للقواعد التي توجب الضمان.

الدراسة الثانية: إدريس، عبدالفتاح محمود، **أحكام الضمان في الفقه الإسلامي وتطبيقاته المعاصرة**، بحث محكم، مجلة البحوث والدراسات الشرعية، مج٣، عد١٩، ٢٠١٤م.

وتضمنت الدراسة سبعة مباحث، تناول الأول معنى الضمان، لغة واصطلاحا، وتناول الثاني مشروعية الضمان، وتناول الثالث أركان الضمان، وتناول الرابع أسباب الضمان، أما الخامس فقد تناول محل الضمان (الأمانات والمضمونات)، أما السادس فقد تناول القواعد الفقهية المتعلقة بالضمان، وتناول المبحث الأخير أمثلة من الواقع المعاصر على الضمان والتعويض.

تتفق الدراسة مع موضوع دراستي، في المبحث الثالث بتناولها موضوع أركان الضمان، وتختلف بأنها تناولتها بشكل موجز دون إسهاب أو تفصيل، بينما دراستي تناولتها بشكل مفصل ووضحت العلاقة بين كل ركن منها.

الدراسة الثالثة: فقيه، إدريس صالح الشيخ، **القواعد والضوابط الفقهية في نظرية الضمان: دراسةٌ فقهيةٌ تحليلية**، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية-كلية الدراسات العليا، عمّان- الأردن، ٢٠٠٦م.

احتوت الدراسة على تمهيد وثلاثة فصول، تناول الفصل التمهيدي بيان نشأة القواعد الفقهية وفروقها أهميتها، وتناول الفصل الأول توضيح معنى الضمان وتوضيح مشروعيته، وبيان أركانه، وأما الثاني فقد تناول بيان القواعد المتعلقة بالضمان، بالإضافة الفصل الثالث فقد تناول إلى بيان الضوابط الفقهية المتعلقة بالضمان.

تتفق الدراسة مع موضوع دراستي، في الفصل الأول بتناولها موضوع أركان الضمان، وتختلف بأنها تناولتها بشكل موجز دون إسهاب أو تفصيل، بينما دراستي تناولتها بشكل مفصل ووضحت العلاقة بين كل ركن منها، كما تختلف هذه الدراسة بكونها تختص بالقواعد الفقهية.

الدراسة الرابعة: الخفيف، علي، **الضمان في الفقه الإسلامي**، القاهرة، دار الفكر العربي، ٢٠٠٠م.

احتوت الدراسة على تمهيد وثلاثة فصول، تناول الفصل التمهيدي بيان نشأة القواعد الفقهية وفروقها أهميتها، وتناول الفصل الأول توضيح معنى الضمان وتوضيح مشروعيته، وبيان أركانه، وأما الثاني فقد تناول بيان القواعد المتعلقة بالضمان، بالإضافة الفصل الثالث فقد تناول إلى بيان الضوابط الفقهية المتعلقة بالضمان.

تتفق الدراسة مع موضوع دراستي، في التعريف بالضمان، وتختلف دراسة الخفيف عن دراستي بأنها تناولت نشأة القواعد الفقهية، ومشروعية الضمان وأركانه، واحتوى على القواعد والضوابط الفقهية التي تتعلق بالضمان، بينما تميزت دراستي بأنها جاءت للتعريف بالضرر والتعدي وبيان الفرق بينهما لوجوب الضمان في الفقه الإسلامي، وبيان العلاقة التي تربط الضرر بالتعدي.

الدراسة الخامسة: الخصاونة، مها يوسف، **فعل المباشرة والتسبب في الإضرار غير المشروعة في القانون المدني الأردني "دراسة مقارنة"**، رسالة ماجستير، الأردن، المفرق، جامعة آل البيت، ٢٠٠٠م.

تضمنت الدراسة أربعة فصول، تناول الأول مفهوم المباشرة والتسبب، وتناول الثاني مسؤولية عدم التميز في المباشرة والتسبب، وأمّا الثالث فتحدث عن دور المباشرة والتسبب في تحديد علاقة السببية.

تتفق الدراسة مع موضوع دراستي، في الفصل الأول بتناولها موضوع المباشرة والتسبب، وتختلف في أن هذه الدراسة هي دراسة مقارنة بين أحكام الشريعة والقانون، وأن دراستي اقتصرت على الجانب الفقهي فقط، وتناولت جميع أركان الضمان.

الدراسة السادسة: الزحيلي، وهبة، **نظرية الضّمان أو أحكام المسؤوليّة المدنيّة والجنائيّة في الفقه الإسلاميّ-دراسة مقارنة**، دار الفكر، دمشق، ط٣، ١٩٩٨م.

تضمنت الدراسة ثلاثة أبواب، تناول الباب الأول النظرية العامة للضمان وفيه ثلاثة فصول، مقومات الضمان الأساسية، وآفاق الضمان، وقواعد الضمان الفقهية، وتناول الباب الثاني الضمان في نطاق المسؤولية المدنية، وفيه أربعة فصول أهم حالات الضمان في المسؤولية العقدية، أهم حالات الضمان في المسؤولية التقصيرية، عوارض المسؤولية، إثبات المسؤولية، وتناول الباب الثالث

الضمان في نطاق المسؤولية الجنائية، فيه ثلاثة فصول، ضمان النفس الإنسانية، ضمان الجناية على ما دون النفس، ضمان الأموال بسبب الجرائم المخلة بالأمن.

تتفق الدراسة مع موضوع دراستي، في التعريف بالضمان، وتختلف دراسة الزحيلي عن دراستي بأنها تناولت الضمان بشكل واسع وبجميع مجالاته، بينما تميزت دراستي بأنها جاءت للتعريف بالضرر والتعدي وبيان الفرق بينهما لوجوب الضمان في الفقه الإسلامي.

الدراسة السابعة: محمّد فوزي فيض الله، **نظرية الضّمان في الفقه الإسلاميّ العام**، مكتبة دار التّراث، الكويت، ط١، ١٤٠٣هـ/ ١٩٨٣م.

الكتاب في أصله رسالة دكتوراة، وهو مقرّر دراسيّ لطلبة كلّية الحقوق والشّريعة في جامعة الكويت، ولم أستطع الوصول إلى الكتاب؛ لأنه غير متاح.

خطّة الدراسة:

وقد جاءت خطة الدراسة على النحو الآتي: **المقدِّمة، وأهميّتها، مشكلة الدراسة، وأسئلتها، وأهدافها، والدراسات السابقة، ومنهج الدراسة، وخطتها...**

المبحث الأول: التعريف بالضمان.

المطلب الأول: التعريف بالضمان لغةً.

المطلب الثاني: التعريف بالضمان اصطلاحًا.

المبحث الثاني: حقيقة التعدي.

المطلب الأول: التعريف بالتعدي.

المطلب الثاني: شروط التعدي ومعيار.

المبحث الثالث: حقيقة الضرر.

المطلب الأول: التعريف بالضرر.

المطلب الثاني: أنواع الضرر.

المبحث الرابع: الرابطة بين التعدي والضرر.

المطلب الأول: رابطة الإضرار بالمباشرة.

المطلب الثاني: رابطة الإضرار بالتسبب.

المبحث الخامس: الفرق بين التعدي والضرر في إيجاب الضمان وتطبيقاته المعاصرة.

المطلب الأول: إيجاب الضمان بالتعدي.

المطلب الثاني: إيجاب الضمان بالضرر.

المطلب الثالث: إيجاب الضمان باجتماع التعدي والضرر.

الخاتمة.

المبحث الأول: التعريف بالضمان.

يتألف هذا المبحث من مطلبين رئيسين، الأول التعريف بالضمان لغةً، والثاني التعريف بالضمان اصطلاحًا، وسيتم بيانها على النحو الآتي:

المطلب الأول: التعريف بالضمان لغةً.

الضمان لغةً: هو مصدر مشتق من الفعل الثلاثي ضَمِنَ، ويأتي بمعنى الالتزام، والغرامة، والكفالة، والتعهد، وهو جعل الشيء في شيء يحويه، يقال: ضمن المال منه: أي كفل له به وهو ضمينه، وضمّنته أي: غرمته، ورجل ضمن وقوم ضمني، وهو من الضمان ومعناه لزم مكانه كما يلزم الكفيل العهدة أو لزم علته[١].

يتضح من المعنى اللغوي للضمان أنه على عدةِ معانٍ، إلا أن المعنى المراد في الدراسة هو الغرامة؛ لأنه التعويض عن ضرر الواقع بغرامته.

المطلب الثاني: التعريف بالضمان اصطلاحًا.

لقد ورد تعريف الضمان عند الفقهاء في عدة معانٍ، فمنه من عرفه بمعنى الكفالة، أي ضم ذمة إلى ذمة وانشغال الذمتين في المطالبة بالحق، والهدف من هذه الكفالة هو تحقيق الضمان. ومنه من عرفه بمعنى التعويض عن الضرر، وهذا هو المعنى المراد في الدراسة، فقد أورد الفقهاء عدة تعريفات لهذا المعنى، ومن هذه التعريفات:

تعريف **الحنفية** فقالوا إن الضمان هو: **"إيجاب مثل التالف إن أمكن أو قيمته، نفيًا للضرر بقدر الإمكان"**[٢].

فيتضح من تعريف الحنفية أنهم قالوا بوجوب رد التالف بالمثل إذا كان من الممكن إيجاده مثليًا، وإذا تعذر المثل يصار إلى القيمة، ويرد بالقيمة إذا كان قيميًا، دون النظر إذا كان التالف مالًا أو غير مالًا، ومتعمدًا أو غير متعمدًا؛ وذلك تعويضًا للضرر الواقع على العين أو الأنفس.

ووافق الشافعية[٣]، والحنابلة[٤]، الحنفية في تعريفهم للضمان، حيث قالوا بوجوب رد التالف بالمثل أولًا، ثم يصار إلى القيمة عند تعذر المثل، وذلك في جميع الأحوال دون النظر إلى حال المتعدي إذا كان متعمدًا أم لا، وعلى أن يكون التعويض عادلًا، ومتناسبًا مع حجم الضرر الذي حل به. إلا أن المالكية[٥] خصصوا الضمان بأن يكون التعويض بالقيمة -المال- فقط دون المثل، وبينوا أيضًا شرطًا أخر للضمان وهو أن يكون الفاعل متعمد الإتلاف، فإذا لم يكن متعمدًا فلا ضمان عليه. وهذا المعنى غير شامل لأنواع الضرر فقد اقتصر على الضرر المالي فقط، بينما جمهور الفقهاء تضمن جميع أنواع الضرر المالي والأبدان وكل ما يكون فيه ضرر.

فيتبين مما سبق أن لضمان المال أنواعًا وذلك بالنظر إلى أسبابه: وهي ضمان العقد، وضمان اليد، وضمان والإتلاف، وقد فرق السيوطي بينهم حيث قال: " والفرق بين ضمان العقد واليد: أن ضمان العقد مرده: ما اتفق عليه المتعاقدان، أو بدله. وضمان اليد مرده المثل أو القيمة"(٦).

فضمان العقد وهو "شغل الذمة بحق مالي للغير جبرًا للضرر الناشئ عن عدم تنفيذ العقد أو الإخلال بشروطه"(٧). فضمان العقد قائم على إخلال أحد المتعاقدين بشروط العقد، أو الخروج عما يقتضيه طبيعة العقد، ويكون الضمان فيه حسب ما اتفقا عليه في العقد أو بدله ؛ لأن العقد يوجب حقوقًا والتزامات يجب الوفاء بها، فقد قال علي الخفيف: "فمقتضى عقد البيع - مثلا - تسليم المبيع للمشتري والثمن للبائع وسلامة العوضين من العيب وعدم استحقاق أحدهما لغير صاحبه، فإذا حدث خلل في ذلك المقتضى ترتب الضمان على من حصل من جانبه بناء على العقد، ويكون الضمان عندها مبنيًا على ما تم الاتفاق عليه"(٨).

فالإخلال بمقتضى العقد يوجب الضمان، وكذلك الإخلال بشروط العقد. أما ضمان اليد وهي التي تعتدي على حق الغير سواء أكانت يدا مؤتمنة أو غير مؤتمنة فإن الضمان فيها يكون إما رد مثل الشيء أو قيمته، وهذا هو ضمان العدوان.

أما ضمان الإتلاف، فيكون عند إتلاف الشيء مباشرة دون أن يقترن بعقد، والضمان فيه بالمثل إذا كان من المثليات، وبالقيمة إذا كان من القيميات(٩)، وهذا ما يسمى بضمان المتلفات.

المبحث الثاني: حقيقة التعدي.

أتناول في هذا المبحث التعريف بالتعدي لغةً واصطلاحًا، وهذا سيندرج تحت المطلب الأول، وأتناول في المطلب الثاني شروط التعدي ومعياره.

المطلب الأول: التعريف بالتعدي.

الفرع الأول: التعريف بالتعدي لغةً:

يراد بالتعدي لغةً: وهو والظُلم والتجاوز في الحد بما ليس له، وهو بمعنى العدوان، أي(ظلمه) ظلما جاوز فيه القدر، وهذا تجاوز في الإخلال بالعدالة فهو عاد، والاعتداء في قوة أو فعل أو حال(١٠).

فيتبين من المعنى اللغوي: إن التعدي يأتي بمعنى الظلم، والعدوان، والتجاوز بالحد، ولا يخرج استعمال الفقهاء لهذا اللفظ عن ذلك المعنى.

الفرع الثاني: التعريف بالتعدي اصطلاحًا:

وأما في الاصطلاح: فقد أورد الفقهاء المعاصرون تعريفات كثيرة للتعدي من أهمها:

أولًا: تعريف محمد فوزي: "التعدي مجاوزة ما ينبغي أن يقتصر عليه شرعا أو عرف"(١١).

يتبين من التعريف أن التعدي هو بمعنى الاعتداء والمجاوزة في الحد، سواء كان ذلك شرعا أي بما ينص الشارع على عدم الاعتداء عليه، أو عرفًا أي بما تعارف الناس على استعماله واستهلاكه والمتعدي تجاوز هذا الحد(١٢).

ثانيًا: وعرفه وهبة الزحيلي: "التعدي هو انحراف عن السلوك المألوف للرجل المعتاد أو أنه العمل من دون حق أو جواز شرعي"(١٣).

يتضح من التعريف هنا أن الزحيلي عرف التعدي بمعنى الانحراف وهذا لا يتفق مع المعنى اللغوي فهو معيار غير دقيق، وجعل السلوك المعتاد أو المألوف هو الضابط في التعدي، فمن كان سلوكه سويا أو متعارفا عليه لا يكن معتديًا، والعرف من الممكن أن يكون فاسداً فلذلك لا يصح وضعها ضابطا، ثم إن الزحيلي قدم العرف على الشرع وهذا لا يصح (١٤).

ثالثًا: وعرفه أيضا المحمصاني: "التعدي هو العمل بدون حق أو جواز شرعي، أو هو مجاوزة في حق الغير"(١٥).

شابه تعريف المحمصاني هنا تعريف الزحيلي في الشق الأول منه وذلك بجعل العمل والشرع هو معيار للحكم إذا كان الشخص معتديا أم لا، ثم أكمل تعريفه بقوله أو هو مجاوزة في حق الغير، فلو اقتصر تعريفه على الشق الأول لكان أفضل فهو أشمل وأعم؛ لأن العمل بدون حق يشمل حقه وحق الغير كما أنه لم يشمل الجواز الشرعي في الشق الثاني من التعريف(١٦).

التعريف المختار:

بعد بيان تعريف التعدي وتوضيح كل واحد منها، نجد أن جميعها يتفق في مفهومها مع المعنى اللغوي، في أن التعدي هو الظلم والاعتداء والتجاوز بالحد، وذلك يكون إما بالشرع، أو العرف، أو العادة، إلا أن الدراسة تميل إلى وضع تعريف للتعدي وهو: **المجاوزة على الغير بغير حق.**

فالمقصود بالمجاوزة هنا هو جميع المعاني السابقة التي تم بيانها للتعدي، فيشمل بذلك الظلم والاعتداء، والتجاوز في الحد، ويكون ذلك في حق الغير، بدون وجه حق، سواء كان ذلك شرعًا، أم عرفًا، أم قانونًا.

المطلب الثاني: شروط التعدي ومعياره.

الفرع الأول: شروط التعدي:

بعد الانتهاء من تعريف التعدي وبيان أنه المجاوزة على حق الغير بدون وجه شرعي أو عرفي أو عادة، فإنه يتضح أن التعدي متى وجد فلا يلتفت بعد ذلك إذا كان إحداث ذلك الضرر بقصد أو بغير قصد، وسواء كان الجاني متعمدا أم غير متعمد[١٧]؛ لأن حقوق العباد محفوظة لا مفر من تبعتها إلَّا بالبراءة منها[١٨]. فمتى تعدى عليها الشخص فهو ضامن ولا فرق في ذلك بين صغير أو كبير، وبين بالغ عاقل، وصغير غير مميز[١٩]، فالتعدي يتحقق بالفعل المادي للجاني سواء أكان ذلك الفعل إتلافا، أو قبضا، أو غصبا، أو غير ذلك، وهذا التعدي يوجب الضمان على فاعله[٢٠]، وعليه فإن للضمان أسبابا يجب أن تتوافر بالفعل حتى يعد الشخص ضامنا، ويمكن تلخيصها بما يأتي:

أولًا: ألا يخرج الشخص عن نطاق حقه في الصرف، فإذا تجاوز الحد بالتعدي على الغير، لأي سبب من الأسباب، فإنه يضمن ذلك التعدي، ولا فرق في ذلك بين إذا كان الضمان أمرا إيجابيًا كالحرق والإغراق، أم أمرًا سلبيًا كحفظ الوديعة[٢١]. فقد جاء في بدائع الصنائع: "فسبب وجوب الضمان هو التعدي بالتسبب إلى الإتلاف بترك النقض المستحق مع القدرة على النقض"[٢٢].

ثانيًا: أن يقترن الضرر بالفعل، أي أن ينتج عن ذلك التعدي ضرر يوجب الضمان، فإذا كان الفعل غير ضار فلا ضمان عليه، كمان أنه إذا لم يقترن الضرر بالفعل لا يعد ضامنا ولا معتديا[٢٣].

الفرع الثاني: معيار التعدي:

إن التعدي على الغير سواء أكان ماديا أم معنويا يقوم على معايير أساسية يتم الرجوع إليها؛ عند المجاوزة في الحد، وهي:

المعيار الأول: الشريعة الإسلامية: فقد وضح الشارع للمكلف الأمور التي يجب أن يتجنبها ويبتعد عنها في حفظ للأنفس والأموال، فإذا خالف الشرع في ذلك وقام بفعلها كان متعديا، ويجب عليه الضمان[٢٤].

المعيار الثاني: العرف والعادة: فإنه يتم الرجوع إليهم في معرفة الحد المتجاوز، فإذا خالفهما كان ضامنا، فقد جاء في الأشباه والنظائر: "كل ما ورد به الشرع مطلقا ولا ضابط له فيه ولا اللغة يرجع فيه إلى العرف"[٢٥]. وجاء في المغني: "وإن فعل فعلا اختلفا في كونه تعديا، رجع إلى أهل الخبرة"[٢٦]. مثال ذلك طارت شرارة من النار من مزرعته إلى مزرعة جاره فحرقتها فإن كانت النار بعيدة عن مزرعة جاره بحيث لا تصل الشرارة إليها عادة فلا يلزم ضمان[٢٧].

الفرع الثالث: تطبيقات على التعدي:

أولًا: التعدي المادي (المالي):

يوجد تطبيقات كثيرة ومتعددة على التعدي المادي، ونذكر ومن هذه التطبيقات الغصب على سبيل المثال لا الحصر:

(الغصب):

الغصب لغة: من الفعل الثلاثي غصب، وغصب الشيء: أخذه ظلمًا، وغصب فلانًا على الشيء: قهره، وغصب الجلد: أزال عنه شعره، وغصب بالمرأة: زنى بها، والاسم غصب ومغصوب [٢٨].

الغصب اصطلاحا: "هو الاستيلاء على مال غيره بغير حق"[٢٩]. ومثاله أن يستولي شخص على أرض غيره قوة وقهرًا.

ثانيًا: التعدي على النفس: يوجد تطبيقات كثيرة ومتعددة على التعدي على النفس، ونذكر من هذه التطبيقات:

١. **القتل العمد**: وهو أن يقتل الشخص غيره وهو قاصد القتل، كأن يطلق عليه الرصاص [٣٠].

٢. **القتل الخطأ**: وهو أن يقتل شخص غيره وهو غير متعمد ذلك، كأن يدهس إنسان خطًا [٣١].

المبحث الثالث: حقيقة الضرر.

أتناول في هذا المبحث الركن الثاني من أركان الضمان وهو الضرر، بحيث أنه لا يحكم بالضمان إلا بوجود الضرر، وعليه سأتناول التعريف بالضرر لغةً واصطلاحًا وهذا سيندرج تحت المطلب الأول، وأتناول في المطلب الثاني أنواع الضرر، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول: التعريف بالضرر.

الفرع الأول: التعريف بالضرر لغةً.

الضرر لغةً: مأخوذ من ضرَّ، والضر: ضد النفع: وهو الهزال وسوء الحال، والضرر: النقصان، تقول: دخل عليه ضرر في ماله[٣٢]. وقال العسكري: الضر خلاف النفع ويكون حسنا وقبيحا فالقبيح الظلم وما بسبيله، وأما المضرور: فسيء الحال، والضراء هي المضرة الظاهرة وذلك أنها أخرجت مخرج الأحوال الظاهرة[٣٣].

يتبين من المعنى اللغوي للضرر: أنه ضد النفع والحسن، وهو الإساءة والظلم، وسوء الحال.

الفرع الثاني: التعريف بالضرر اصطلاحًا.

وأما في الاصطلاح فقد أورد الفقهاء المعاصرون تعريفات كثيرة للضرر من أهمها: تعريف وهبة الزحيلي: بأنه " إلحاق مفسدة بالآخرين، أو هو كل إيذاء يلحق الشخص، سواء أكان في ماله، أم جسمه، أم عرضه، أم عاطفته"[٣٤].

بين التعريف أن الضرر يكون على عمومه وإطلاقه بكل ما يلحق بالآخرين من مفسدة، سواء أكانت مالية أم جسدية أم غيرها. فتعريفه للضرر، يشمل جميع أنواع الضرر المادي والمعنوي، فالضرر لا يقتصر على نوع معين وإنما يعم في جميع أفراده، ليشمل كل ما يلحق بالآخرين من مفسدة[٣٥].

فالقاعدة الأساسية التي يرتكز عليها النظام الشرعي للضمان هي: أن الآدمي خلق في الأصل معصوم النفس، محقون الدم، مضمونا عن الهدر، فيجب صون حقه، وبما أن الأصل في الناس التساوي في السلامة الجسدية فإنه يتعين إعادة التساوي ما أمكن عن طريق الضمان [٣٦].

المطلب الثاني: أنواع الضرر.

بعد التعريف بالضرر لغةً واصطلاحًا، فإنه لابد من توضيع الأنواع التي يشمل عليها الضرر، المتمثلة في نوعين الضرر المادي، والضرر المعنوي، ولا فرق في ذلك بين إذا كان الضرر نتيجة العمد أو الخطأ (القصد وعدمه)، أو نتيجة فعل إجابي أو سلبي، فتناول هذا المطلب بيان الضرر المادي والضرر المعنوي على التفصيل، من خلال ما يأتي:

الفرع الأول: الضرر المادي (النقدي):

وهو الذي يصيب الإنسان حقا ويتسبب بالضرر في الذمة المالية، مما يسبب للشخص خسارة مالية، والضرر المادي يشمل أنواع عدة، منها:

أولًا: أن يكون الضرر عبارة عن إتلاف المال كحرق عقار، أو إتلاف سيارة بحادث اصطدام فيعتبر ضررا ماديا[٣٧].

ثانيًا: الأضرار التي تصيب الشخص في سلامة جسمه وصحته على وجه يترتب عليه خسارة مادية، كالإصابة التي تعجز الشخص عن الكسب عجزا كليا أو جزئيا أو تقتضي علاجا يكلف نفقات مالية معينة[٣٨].

ثالثًا: إن يكون الضرر بالمساس بحقوق الشخص المالية، كحق الملكية والانتفاع وحقوق المؤلف والمخترع، حيث يترتب على هذا المساس انتقاص للمزايا المالية التي تخولها هذه الحقوق لأصحابها كالمنافسة غير المشروعة أو نتيجة الاعتداء على حقوق الملكية الفكرية والأدبية والصناعية كطبع كتاب دون

إذن مؤلفه أو استغلال براءة اختراع مسجلة باسم المتضرر أو تقليد علامة تجارية مملوكة للغير[٣٩].

خلاصة القول: إن الضرر المادي يشمل كل صور الخسارة المالية الناجمة عن فعل من أفعال التعدي الذي ينسب للغير، ومتى وقع هذا الضرر وجب التعويض عنه.

الفرع الثاني: الضرر المعنوي (الأدبي):

وهو الضرر الذي لا يصيب الشخص بماله، بل يصيبه في عرضه أو عاطفته، على وجه لا يترتب عليه خسارة مادية. والضرر المعنوي يشمل أنواع عدة من أهمها:

أولًا: الضرر الذي يصيب الأنسان في الجانب الاجتماعي، فهذا النوع من الضرر يضعف علاقة الشخص من الناحية الاجتماعية ويقلل من مكانته، كأن يضره في عرضه، أو سمعته، أو شرفه، أو كان يقذفه ويشتمه[٤٠].

ثانيًا: الضرر الذي يصيب الإنسان في نفسيته وعاطفته، كالإحساس بالألم أو الحزن بسبب تشويه حصل له من الاعتداء عليه، فإنه يتعذب نفسيا بفعل ما حل به[٤١].

خلاصة القول: إن الضرر المعنوي يشمل كل صور الخسارة غير المالية الناجمة عن فعل من أفعال التعدي الذي ينسب للغير، سواء أكان التعدي اجتماعيًا أم نفسيًا أم غير ذلك.

المبحث الرابع: الرابطة بين التعدي والضرر.

بعد توضيح كل من التعدي والضرر كأركان للضمان لا بد من بيان العلاقة السببية بين كل منهما، فمنه ما كان سببه المباشرة، ومنه ما كان سببه التسبب، ولكل منها نتائج وأحكام خاصة تختلف بها عن غيرها؛ وذلك لتحقيق مبدأ العدالة في الشريعة الإسلامية، وعليه أتناول في المطلب الأول الإضرار بالمباشرة، وفي المطلب الثاني الإضرار التسبب، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول: الإضرار بالمباشرة.

الفرع الأول: تعريف المباشرة لغةً واصطلاحًا:

أولًا: المباشرة لغةً: من مادة (باشر) تأتي بمعنى الملامسة والوصول، باشر الرجل امرأته مباشرة، والمباشرة: كان معها في ثوب واحد فوليت بشرته بشرتها، وتأتي بمعنى مباشرة الفعل من غير واسطة أي أن تحضره بنفسك[٤٢].

يتبين من المعنى اللغوي للمباشرة: أنها تأتي بمعنى الملامسة والوصول، وتأتي وبمعنى الإشراف وتولي الأمر بدون واسطة وهذا المعنى المقصود في البحث.

ثانيًا: المباشرة اصطلاحًا: هناك تعريفات كثيرة ومتعددة للمباشرة عند الفقهاء القدامى والمعاصرين، وجميعها متفقة مع المعنى اللغوي للمباشرة، بأنها ترتيب النتيجة على الفعل دون واسطة، وأذكر من هذه التعريفات: "أن يتصل فعل الإنسان بغيره ويحدث منه التلف كما لو جرح إنسان غيره أو ضربه فمات"(٤٣).

يتضح من التعريف أن الزحيلي جعل الاتصال شرطا للمباشرة، والاتصال يكون بوقوع الضرر مباشرة دون انقطاع فبمجرد الفعل تظهر النتيجة، أي أن يترتب الضرر على الفعل، كأن يضرب غيره فيموت(٤٤).

الفرع الثاني: الضمان في المباشرة:

أولًا: المباشرة الموجبة للضمان: إن المباشر للضرر ضامن في جميع الأحوال، سواء أكان متعمدا فعل الضرر أم لا؛ وذلك لأن المباشرة بالضرر ركن أساسي من أركان الضمان، فمتى وجد وجب الضمان، "فالمباشر ضامن وإن لم يتعد"(٤٥)، إلا أن الضمان يختلف في المباشرة بحسب الفعل الواقع عليه الضرر، فضمان قتل العمد ليس كضمان قتل الخطأ، وليس كضمان الإتلاف أو الإحراق(٤٦). قال العز بن عبدالسلام: "إن الإتلاف يقع بالظنون والأيدي والأقوال والأفعال، ويجري الضمان في عمدها وخطئها لأنه من الجوابر، ولا تجري العقوبة والقصاص إلا في عمدها لأنهما من الزواجر"(٤٧).

ثانيًا: المباشرة غير الموجبة للضمان:

هناك حالات مستثناة لا يكون فيها ضمان على المباشر في الضرر؛ لأن التعدي كان على وجه حق، ونذكر منها على سبيل المثال لا الحصر(٤٨):

١.حالة الدفاع عن المال أو العرض.

٢.إذا كان الفعل ناتج عن استعمال الحق دون تعسف.

٣.ما أوجبه الله تعالى على المسلمين، قتال الكفار، أو إتلاف ما يعصي به الله، وإقامة الحدود، وغير ذلك.

٤.إذا كان هناك إذن صادر من الحاكم بذلك، فإنه لا يجب عليه الضمان؛ امتثالا لأمر الحاكم.

المطلب الثاني: الإضرار بالتسبب.

بعد التعريف بالمباشرة وبيان أقسامها، سننتقل الآن إلى تعريف التسبب، وبيان أقسامه وذلك في الفروع الآتية:

الفرع الأول: تعريف التسبب لغةً واصطلاحًا:

أولًا: التسبب لغةً: جاء بمعنى الحبل أو الخيط، يقال: بيني وبين فلان سبب، أي حبل يوصل[٤٩]، وجاء بمعنى التوصل إلى الشيء "وهو من السبب، وهو الحبل الذي يتوصل به إلى الماء، ثم استعير لكل ما يتوصل به إلى شيء"[٥٠].

يتبين من المعنى اللغوي للتسبب: أنه بمعنى الوصول إلى الشيء، أي الطريقة التي يتوصل بها إلى الهدف كما يتوصل بالحبل إلى الماء.

ثانيًا: التسبب اصطلاحًا: جاءت تعريفات كثيرة ومتعددة للتسبب عند الفقهاء القدامى والمعاصرين وجميعها تصب في معنى واحد وهو إثبات العلاقة بين السبب والتلف، ونذكر من هذه التعريفات: "أن يتصل أثر فعل الإنسان بغيره، لا حقيقة فعله، فيتلف به"[٥١].

معنى ذلك أن يكون العمل الذي قام به سببا في التلف لغيرة، كما لو حفر بئرا ووقع به غيره فمات، فإن العمل لا يقصد به موته، ولكن كان سببا في ذلك، فالرابط بين التعدي والضرر في التسبب أضعف وأقل منها في المباشرة؛ لأن الضرر في المباشرة نتيجة الفعل ذاته، أما في التسبب فليس نتيجة الفعل ذاته، لذلك لكي نقضي بالضمان في التسبب يجب أن يحقق شروطا تثبت أن التسبب أثر للتلف من الفعل[٥٢].

الفرع الثاني: شروط التسبب:

إن للتسبب شروطا فمتى توافرت هذه الشروط وجب الضمان على المتسبب، ويمكن أن نلخصها فيما يأتي:

أولًا: التعدي.

ثانيًا: التعمد.

ثالثًا: أن يفضي الفعل إلى الضرر[٥٣].

الشرط الأول: التعدي:

أي أن يحصل تعد من فاعل السبب، فهو ركن أساسي من أركان الضمان سواء أكان ذلك في التعدي المباشر أم في التعدي بالتسبب (وقد سبق بيان ذلك).

الشرط الثاني: التعمد:

أي أن يقع الضرر بتعمد المتسبب، وقد عد بعض الفقهاء هذا شرطا ثانيا للتسبب، ومنهم من عده داخلًا في التعدي وأنه لا يتجزأ عنه سواء أكان هناك قصد أم لا[٥٤].

فالتعمد: "هو أن يصدر الفعل عن قصد وإرادة"[٥٥].

أي أن يقع الضرر بقصد المتسبب وإرادته ويكون مدركا لذلك، فالفاعل قصد الفعل والضرر معًا؛ لأنه لا يتحقق معنى التعمد إذا كان قاصدًا الفعل وغير قاصد النتيجة، فالقاعدة العامة تقضي: "أن المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد"(٥٦)، أي أنه لا يضمن الفاعل الضرر؛ إلا إذا كان قاصدًا الإضرار بالغير، والقصد أمرٌ غير ظاهر ولا نحكم به إلا إذا كان هناك قرينه تدل عليه؛ لذلك نجد أن كثيرًا من الفقهاء جعلوا العمد داخلًا في التعدي فهو أشمل وأعم من العمد، فبمجرد التعدي وجب الضمان دون الالتفات إلى قصد التعمد، فإن لم يوجد التعدي ولا قصد الضرر فلا ضمان على المتسبب(٥٧)، "فلو صاح مجنون بدابة شخص، فجفلت ووقع الراكب أو الحمل، فتلف، كان ضامنًا المال. وإن لم يكن عنده قصد الإضرار، لكنه متعد"(٥٨).

الشرط الثالث: أن يفضي الفعل إلى الضرر (أن يؤدي السبب إلى النتيجة قطعًا دون تدخل سبب آخر حسب العادة).

المقصود بذلك أن يكون هناك رابطة سببية بين التعدي والضرر الواقع، والعرف هو الذي يحكم بذلك، وهذه الرابطة هي التي تحدد إذا وجب على المتسبب الضمان أم لا، فإذا كانت الرابطة قوية ويؤدي الفعل إلى الضرر عادة، حكم بالضمان باعتباره مباشرا، أما إذا كانت الرابطة ضعيفة ولا يؤدي الفعل إلى الضرر الواقع عادة لا يجب الضمان، فإذا ضرب شخصًا ضربة خفيفة غير قاتلة ومات الشخص فإن المتسبب لا يعد قاتلا؛ لأن العلاقة السببية بين الفعل والضرر ضعيفة فلا يضمن إلا بمقدار الضربة الموجهة إليه، فلا يسأل إلا عن نتيجة فعلة؛ لأنه وافق قدره(٥٩).

وقد يكون الفاعل بالتسبب بمنزلة الفاعل المباشر؛ لأن اتصال الفعل بالضرر يكون قويًا ولا يتخلل بين الفعل والضرر شيء آخر(٦٠)، "فإذا اجتمع المباشر والمتسبب أضيف الحكم إلى المباشر، فلا ضمان على حافر البئر تعديا بما أتلف بإلقاء غيره، كذلك من دل سارقا على مال إنسان فسرقه"(٦١).

المبحث الخامس: الفرق بين التعدي والضرر في إيجاب الضمان وتطبيقاته المعاصرة.

بعد بيان تعريف كل من التعدي والضرر، وبيان العلاقة بينها بالمباشرة والتسبب، فإنه لابد من بيان الفرق بالضمان في التعدي وحده دون الضرر، وبين الضرر وحده دون التعدي، وبين الضمان الحاصل باجتماع الضرر والتعدي معًا، مع بيان تطبيقات معاصرة توضح ذلك، من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول: إيجاب الضمان بالتعدي.

لقد سبق بيان التعدي وما يتعلق به من شروط ومعاير، إلا أنه لم يتم بيان الحالات التي يضمن فيها بالتعدي وحده، لذلك لا بد من بيان يد الأمانة ويد ضمان أولًا، ومن ثم البحث في التعدي وضمانه.

الفرع الأول: يد الأمانة:

"وهي اليد الحائزة للعين بولاية شرعية ابتدائية من الشارع للحفظ، أو نيابية بإذن المالك، والتي تنتفي التبعية للذمة لحيازتها"(٦٢).

فيتبين من التعريف أن يد الأمانة إما أن تكون بولاية شرعية ابتدائية من الشارع الحكيم، وهي اليد الأمينة الحاكمة على أموال القُصرُ والغائبين، أو اللقطة، ولا ضمان فيها؛ لأن الولاية عليها بإذن من الشارع، وإما أن تكون يد الأمانة بولاية شرعية نيابية مصدها المالك، وهي المؤتمنة التي تكون إما بصورة عقد إجارة، أو وكالة، أو وديعة، وعند الحصول على الإذن من المالك تثبت حيازة اليد للعين، ولا يضمن العين إذا كانت ضمن الإذن الممنوح من المالك(٦٣).

يتبين من تعريف يد الأمانة أيضًا أن السبب الموجب للضمان هو التعدي أو التقصير، فقد قال الإمام تقي الدين الحصني: "العامل أمين؛ لأنه قبض المال بإذن مالكه، فأشبه سائر الأمناء فلا ضمان عليه إلا بالتعدي لتقصيره كالأمناء"(٦٤).

فالتعدي في يد الأمانة يكون بكل فعل أو ترك مخالف للإذن الشرعي، أو مخالف لإذن المالك، ومن الحالات الموجبة للضمان بالتعدي في يد الأمانة:

أولًا: الانتفاع والاستعمال للأمانة دون إذن صاحبها.

ثانيًا: إتلاف الأمانة.

ثالثًا: جحود الأمانة عند طلبها.

رابعًا: التقصير في حفظ الأمانة أو تركه.

خامسًا: خلط الأمانة بغيرها بحيث لا تتميز.

سادسًا: ترك الإيصاء بالأمانة، فإذا مرض الأمين مرضا مخوفا فمات قبل أن يوصي بها، فإنه يضمنها مِن تركته؛ وذلك لتفريطه بترك الإيصاء بها(٦٥).

الفرع الثاني: يد الضمان:

"هي اليد الحائزة للعين، والتي يترتب على حيازتها تحمل الذمة التبعية، بدل العين المحازة"(٦٦).

يتبين من التعريف أن يد الضمان إما أن تكون حائزة للعين بدون إذن شرعي من الشارع أو من المالك، وهي ما تسمى باليد العادية، وإما أن تستند إلى ولاية شرعية، ولكن دل دليل على ضمان صاحبها وهي ما تسمى بيد الضمان العقدي،

فهي كل يد ترتبت على يد معتدية من غير استناد إلى ولاية شرعية، أو استندت إلى ذلك، ولكن كان وضعها لمصلحة صاحبها خاصة[٦٧].

ويتبين من تعريف يد الضمان أيضًا أن السبب الموجب للضمان هو وضع اليد، أو الاعتداء، أو الغصب. وتضمن ما يتلف تحتها من الأموال، سواء كان التلف بتعدّ أو تفريط منها أم لم يكن[٦٨].

فالتعدي في يد الضمان يكون بكل فعل أو ترك مخالف للإذن الشرعي، أو مخالف لإذن المالك، أو أن تستند إلى إذن، ولكن دل دليلٌ على الضمان، ومن الحالات الموجبة للضمان في يد الضمان:

أولًا: أخذ مال الغير بغير إذن من الشّرع ولا من المالك، صراحة أو ضمنا أو عرفا. مثال ذلك يد الغاصب، وآخذ المبيع بعقد فاسد[٦٩].

ثانيًا: إذا وجد من اليد قصدُ تملّك الشيء الواقع تحتها على وجه العوض والبدل، ومثال ذلك: ما يقبضه المشتري زيادة على حقّه غلطا، والمبيع في يد المشتري بعد الإقالة[٧٠].

ثالثًا: قبض المال على وجه الاستيفاء والوثيقة، مثال ذلك: يد المرتهن وما في معناها[٧١].

الفرع الثالث: تطبيقات على الضمان بالتعدي:

إن الضمان بالتعدي له عدة أشكال وصور، فمنها القديمة والحديثة، ومنها ما كان تعديا بيد الأمانة أو تعديا بيد الضمان، ومن الأمثلة على ذلك:

المثال الأول: في عملية المرابحة للآمر بالشراء[٧٢]، إذا امتنع الوكيل بالشّراء -البنك- عن تسليم المبيع إلى الآمر-العميل- ؛ حتى يستوفي منه الثّمن، فإنّ هذا الامتناع حقٌّ للوكيل، غير أنّ المبيع يكون مضمونا بيده كالرّهن؛ لأنّه قبضه على وجه الثّقة والاستيفاء[٧٣]، فالعميل لا يكون ضامنًا للمبيع إلا بعد تملكه، أما قبل تملّكه للمبيع فضمان المبيع يكون على المصرف في حالة التعدي؛ لأنه يده يد ضمان.

المثال الثاني: المبضع -الذي يدفع له المالك المال بضاعةً- وهو أمين فيما يقبضه من رب المال؛ لأن عقد الإبضاع عقد أمانة، فلا ضمان عليه إلا بالإهمال أو التعدي. وهو وكيل رب المال في ماله، وهناك أعمال لا يحتاج فيها إلى إذن رب المال مثل البيع والشراء مما فيه إنماء للمال، على ما جرى به عرف التجار، وهناك أعمال يحتاج فيها لإذن رب المال، كالإقراض، والتبرعات، والصدقات، والهبات، من رأس المال المخصص لأغراض الإنماء والتجارة، فلو قام المبضع بأحد هذه الأعمال يجب عليه الضمان؛ لأنه تعدى[٧٤].

المثال الثالث: إذا أعطي البنك وديعة وقام باتخاذ الإجراءات الاحتياطية اللازمة لحفظها وصونها وقدر لها أن تضيع أو تسرق، فالوديعة في هذه الحالة غير مضمونة إلا في حال التعدي أو التقصير بأي صورة تعتبر في العرف تعديًا أو تقصيرًا؛ لأن يده يد أمانة.

المطلب الثاني: إيجاب الضمان بالضرر.

إن الضرر الموجب للضمان له عدة أشكال، فإما أن يكون الضرر واقعا بسبب الإتلاف، وإما أن يكون بسبب آفة سماوية، ولا يشترط في الضرر الموجب للضمان أن يكون ناشئًا عن تعد أو مخالفة لمحظور، وعليه بحثت الدراسة في المطلب الأول الضرر الواقع بسبب الإتلاف، وبحث في المطلب الثاني الضرر الواقع بسبب آفة سماوية، موزعين على النحو الآتي:

الفرع الأول: ضمان ضرر الإتلاف:

أولًا: تعريف الإتلاف: وهو "إتلاف الشيء وإخراجه من أن يكون منتفعًا به، منفعة مطلوبة منه عادةً"(٧٥).

يتبين من التعريف بأن الإتلاف فوات للمنفعة، وفوات المنفعة إما أن تكون بفعل المباشرة أي أنه حصل تعد أدى إلى إتلاف المنفعة، وإما أن يكون بالتسبب أي لم يحصل تعد إلا أنه حصل إتلاف للمنفعة، والذي تبحثه الدراسة في هذا المطلب هو الإتلاف بالتسبب؛ لأنه لا وجود للتعدي فيه، ولكن يوجد ضرر.

ثانيًا: الإتلاف بالتسبب: وهو "أن يتصل أثر فعل الإنسان بغيره، لا حقيقة فعله، فيتلف به"(٧٦).

يتبين من التعريف أنه ليس شرطًا أن يكون الضرر بالمباشرة وحدها، بل يكون شيئًا آخر، فقد يتوسط بين التعدي والضرر فعل آخر نشأ عنه الضرر، والضمان في هذه الحالة يختلف فقط يضمن المتسبب؛ لأنه كان متعديًا، وقد لا يضمن لأنه ليس بمتعد.

وعليه لا يجب الضمان على المتسبب غير المتعدي، إلا في الحالات الآتية:

أولًا: أن يقع الضرر بتعمد المتسبب(٧٧)، **مثاله**: أن المهندس المعماري، إذا أخل بالمواصفات المطلوبة للبناء، مما أدى إلى انهدام، أو انهيار البناء، فإنه يضمن هذا الضرر. **ومثاله أيضًا**: أن يتعمد شخص وضع شاخصات مرور أمام منزله لكيلا يمر جاره من أمام المنزل، وجاء شخص آخر وتسبب له بحادث سير أدى إلى وفاة السائق، أو تضرر السائق ضررًا كبيرا، ففي هذه الحالة يضمن المتسبب مع أنه لم يتعد، إلا أنه تعمد الفعل.

ثانيًا: أن يؤدي السبب إلى النتيجة قطعًا، دون تدخل سبب آخر حسب العادة. وهي على عدة حالات[٧٨]:

١.**إذا كان السبب نتيجة لفعل إيجابي**: إذا قاد شخص سيارة، وكان ملتزما بقواعد المرور، والسرعة، إلا أن هناك شخصا قفز أمام السيارة فصدمته، فمات أو تضرر ضررا كبيرا، فإن السائق يضمن الضرر الواقع على هذا الشخص؛ لأن السبب أدى إلى النتيجة.

٢.**إذا كان السبب نتيجة لفعلٍ سلبي: أن المتسبب أدى إلى الضرر نتيجة عدم الاحتراز في الفعل الإيجابي**: كأن يقوم شخص بحفر حفرة ليجمع فيها القمامة وحرقها ولم يضع إشارة على وجود حفرة، فمر شخص فوقع فيها فألحق الضرر فيه، يجب عليه الضمان لعدم الاحتراز في الفعل الإيجابي، **أو أن يمتنع المتسبب عن القيام بالقوانين والتعليمات المفروضة عليه**: كأن يعطي الممرض أحد المرضى دواء، منع الأطباء إعطاءه له، وكان هذا مسجلا في ملف المريض، إلا أن الممرض تجاوز القانون والتعليمات الموجودة لدية وأعطاه الدواء، فأدى إلى إلحاق ضرر به، ففي هذه الحالة الممرض ضامن لأنه امتنع عن الأخذ بالتعليمات.

الفرع الثاني: ضمان ضرر التلف بآفة سماوية[٧٩]:

إن من الحالات التي يجب فيها الضمان للضرر دون أن يكون هناك تعد، أو إهمال، أو تقصير، أو أي حالة من حالات التسبب الموجبة للضمان، هو أن يكون هناك آفة سماوية كالجوائح توقع الضرر بالتلف على الثمار، فهذه من الأضرار التي لا ضمان فيها في يد الأمانة، أما في يد الضمان فإن الأمر على خلاف ذلك.

فإن حصلت الجائحة في يد البائع قبل تسليم المبيع إلى المشتري، فإنه لا ينتفي الضمان بهلاكه بذلك، بل يفسخ العقد، ويسقط الثمن، لعدم الفائدة من بقائه، لعجز البائع عن تسليم المبيع [٨٠]. فقد جاء عن البغوي (٥١٦ هـ) يقول: "إذا أصابتها -أي: الثمار- الجائحة قبل التخلية بينها وبين المشتري، فيكون من ضمان البائع، بالاتفاق"[٨١]. ولكن إذا فرط المشتري في قطف الثمار فإن الضمان على المشتري لا البائع.

المطلب الثالث: إيجاب الضمان باجتماع التعدي والضرر.

بعد العرض المفصل لحالات إيجاب الضمان بالتعدي والضرر، لا بد الآن من بيان وجوب الضمان عند اجتماع التعدي والضرر معًا وهذا ما يعرف بالمباشرة بين الفعل والضرر، وقد تم بيانها سابقًا، إلا أنه لابد من وضع شروط لاعتبار

الضمان في التعدي والضرر، مع بيان نماذج تطبيقية معاصرة عليها، وهذا يبحث فرعين:

الفرع الأول: شروط الضمان:

أولًا: أن يكون المتلف مالًا[٨٢]. فما ليس بمال شرعًا كالدم، والجلد، والميتة فلا ضمان فيه.

ثانيًا: أن يكون متقومًا بالنسبة للمتلف عليه[٨٣]، أي ما يباح الانتفاع به شرعًا، فلا ضمان بالخمر والخنزير.

ثالثًا: أن يكون المُتلِف من أهل وجوب الضمان عليه[٨٤]، أي أن الذي يحدث الضرر يكون ذا أهلية، فلا ضمان على الدابة إذا لم يكن صاحبها مقصرا فيها حفظها.

رابعًا: أن يكون الضرر أو التلف محققًا بشكلٍ دائم[٨٥].

الفرع الثاني: نماذج تطبيقية على اجتماع التعدي والضرر:

أولًا: ضمان حقوق الابتكار:

عرف الابتكار في الاصطلاح بأنه: "الصور الفكرية التي تفتقت عنها الملكة الراسخة في نفس العالم أو الأديب ونحوه مما يكون قد أبدعه ولم يسبقه إليه أحد"[٨٦].

يتبين من التعريف أن الابتكار ناتج عن شيء غير محسوس، من خلال عملية عقلية، جسدها المبتكر على شكل عين ملموسة، مما يجعله ينتج شيئا غير موجود من قبل، فيكون هو الأسبق بإنجازه، أو الأسبق بنتائجه لذلك يعتبر هذا حقا له ولا يحق لأحد التعدي عليه.

وشمل حق الابتكار "الحقوق الأدبية كحق المؤلف في استغلال كتابه، والصحفي في امتياز صحيفته، والفنان في أثره الفني من الفنون الجميلة، كما يشمل الحقوق الصناعية والتجارية مما يسمونه اليوم بالملكية الصناعية، كحق مخترع الآلة ومبتدع العلامة الفارقة التي نالت الثقة، ومبتدع العنوان التجاري الذي أحرز الشهرة" [٨٧].

ويعد حق الابتكار من الحقوق المالية، ويؤكد ذلك قرار مجمع الفقه الإسلامي: "أن التأليف والاختراع أو الابتكار هي حقوق خاصة لأصحابها، أصبح لها في العرف المعاصر قيمة مالية معتبرة لتمول الناس لها. وهذه الحقوق يعتد بها شرعًا، فلا يجوز الاعتداء عليها. وأن حقوق التأليف والاختراع أو الابتكار مصونة شرعًا، ولأصحابها حق التصرف فيها، ولا يجوز الاعتداء عليها"[٨٨].

وبناءً على ما سبق فإن أي اعتداء على الحقوق الفكرية أو على حقوق الابتكار، وسبب الاعتداء ضرر للشخص، فإنه يضمن ذلك الضرر، **فمثلًا**: الكتب أو البرامج غير المتاحة مجانًا على الإنترنت، إن محتواها له ملكية فكرية حق للمؤلف بعدم نشرها أو نسخها، أو التصرف بها بشكل يؤدي إلى الإضرار بالمؤلف، فإذا تصرف بها على شكل غير مشروع أدى إلى الضرر بالمكلف فإنه يعد ضامنا لذلك؛ لأنه تعدى على المؤلف وألحق الضرر به.

فالاسم التجاري، والعنوان التجاري، والعلامة التجارية، والتأليف والاختراع أو الابتكار هي حقوق خاصة لأصحابها أصبح لها في العرف المعاصر قيمة مالية معتبرة لتموّل الناس لها، وهذه الحقوق يعتد بها شرعًا فلا يجوز الاعتداء عليها.

ثانيًا: ضمان إتلاف الطبيب:

إن الأصل في الطب أن يمارسه الطبيب الحاذق، الماهر، العارف بأصول الطب، وأن يعطي الطبيب المهنة حقها ويعالج المريض بحسب القواعد الطبية المعتبرة، ليؤدي الأمانة الواجبة عليه، إما أذا تصدر مهنة الطب، الطبيب غير الحاذق والعارف بالطب وأصوله، فتسبب هذا الطبيب أثناء عمله بقتل نفس، أو تلف عضو، وإلحاق ضرر كبير بالمريض، فإن الطبيب يضمن نتيجة فعله، فهو متعد وتسبب بالضرر، لذلك يجب عليه الضمان لموافقة شروط الضمان(٨٩).

ثالثًا: الضمان في حوادث السيارات:

فالأصل أن سائق السيارة مسؤول عن كل ما يحدث بسيارته خلال تسييره إيّاها، وذلك لأن السيارة آلة في يده، وهو يقدر على ضبطها، فكل ما ينشأ عن السيارة، فإنه مسؤول عنه.

"فالسائق ضامن لكل ضرر ينشأ من عجلاتها أو مقدمتها أو من خلفها أو من أحد جانبيها؛ لأن السيارة آلة محضة في يد السائق، فتنسب مباشرة الأضرار إليه. فإن كان متعديًا بمخالفة قواعد المرور كأن يسوق بسرعة غير معتادة، فلا خفاء في كونه ضامنًا؛ لأن الضرر نشأ بتعديه، والمتعدّي ضامن في كل حال"(٩٠).

مثال: إذا أوقف السائق سيارته أمام إشارة المرور منتظرا إشارة فتح الطريق، فصدمته سيارة من خلفه ودفعتها إلى الإمام، فصدمت سيارته أحدا، فليس الضمان على سائق السيارة الأمامية، بل الضمان على سائق السيارة التي صدمتها من خلفها؛ لأنها هي المتعدية وهي التي أحدثت الضرر، فهو مباشر للضرر ومحقق لشروط الضمان(٩١).

ومثاله أيضًا: بينما كان قائد السيارة يقود سيارته بسرعة كبيرة في اتجاه مضاد لاتجاه سيارتين، وكانتا تلتزمان يمين الطريق في اتجاههما، إذ بقائد السيارة

الأولى ينحرف تجاه السيارتين فصدم بهما على التوالي حيث وقع الحادث وانتهى بوفاته، لا بد هنا أن يقال: إنه هو الذي باشر الصدم ونجم القتل نتيجة لاصطدام فهو المسؤول وهو المباشر، فلا يتحمل سائقها أي مسؤولية مع المباشر لأن الضرر لم ينجم مباشرة عن حركة السيارتين لتدخل أمر بين حركتهما وبين الضرر الناجم، وهو الصدمة التي أحدثتها سيارة المتوفى بهما[٩٢].

الخاتمة:

الحمد الله الذي بحمده تتم الصالحات والصلاة والسلام على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، وبعد:

فهذه نتائج الدراسة وتوصياتها.

النتائج:

ففي ختام هذه الدراسة أذكر أبرز النتائج التي توصلت إليها من خلاله، وهي:

أولًا: ضمان المال هو: إيجاب مثل التالف إن أمكن أو قيمته، نفيًا للضرر بقدر الإمكان. ولضمان المال أنواع وذلك بالنظر إلى أسبابه وهي: ضمان العقد، وضمان اليد، وضمان، والإتلاف.

ثانيًا: التعدي هو: المجاوزة على الغير بغير حق. ويشترط به شرطان: الأول ألا يخرج الشخص عن نطاق حقه في الصرف، والثاني أن يقترن الضرر بالفعل.

ثالثًا: إن لوجوب الضمان في التعدي معيارين الأول: ألا يخالف الفعل أحكام الشريعة الإسلامية، والثاني: ألا يخالف الفعل العرف والعادة.

رابعًا: الضرر هو: كل إيذاء يلحق الشخص، سواء أكان في ماله، أم جسمه، أم عرضه، أم عاطفته. وينقسم الضرر إلى نوعين الضرر المادي، والضرر المعنوي.

خامسًا: إن التعدي والضرر أركان للضمان والعلاقة السببية بينهما، إما أن تكون مباشرة أو بالتسبب، وأن التسبب إذا تخلله فعل شخص آخر غير السبب والمسبب أصبح مباشرة.

سادسًا: إن من موجبات الضمان في التعدي وحده، هو التعدي أو التقصير في يد الأمانة، أو وضع اليد، أو الاعتداء، أو الغصب في يد الضمان.

سابعًا: إن من موجبات الضمان في الضرر وحده، أن يكون الضرر واقعًا بسبب الإتلاف بالتسبب، أو أن يكون بسبب آفة سماوية، ولا يشترط في الضرر الموجب للضمان أن يكون ناشئًا عن تعد أو مخالفة لمحظور.

ثامنًا: إنه لا بد لإيجاب الضمان بالتعدي والضرر معًا من توافر عدة شروط، من أهمها أن يكون المُتلِف من أهل وجوب الضمان عليه.

التوصيات:

ويمكن أن أخلص من هذه الدراسة إلى عدد من التوصيات، منها:

أولًا: أوصي طلبة العلم الشرعي القيام بدراسة متخصصة في الضرر المعنوي (الأدبي) وبيان ما يجب التعويض عنه، وما العقوبة المترتبة عليه.

ثانيًا: كما أوصي طلبة العلم الشرعي القيام بدراسة متخصصة بتأصيل التعدي والضرر، تأصيلا شرعي.

ثالثًا: وأوصي أهل الاختصاص أن يتم ضبط معيار التعدي بوضع تطبيقات معاصرة في الفقه الإسلامي، أو أن يضعوا لجنة متخصصة لذلك.

الهوامش:

(١) محمود بن عمرو الزمخشري، **أساس البلاغة**، تحقيق: محمد باسل عيون السود، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، (ط١)، ١٤١٩هـ- ١٩٩٨م، ج.١، ص٥٨٧. محمد بن مكرم بن منظور، **لسان العرب**، دار صادر، بيروت، ط٣، ١٤١٤هـ، ج١١، ص٥٩٠. علي بن إسماعيل المرسي، **المخصص**، تحقيق: خليل إبراهيم جفال، دار إحياء التراث العربي، بيروت- لبنان، (ط١)، ١٤١٧هـ- ١٩٩٦م، ج.٤، ص٤٤٠.

(٢)عثمان بن علي الزيلعي، **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي**، المطبعة الكبرى الأميرية، القاهرة- مصر، (ط١)، ١٣١٣هـ، ج.٥، ص٢٢٣.

(٣) علي بن محمد الماوردي، **الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني**، تحقيق: علي محمد معوض- عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، (ط١)، ١٤١٩هـ- ١٩٩٩م، ج.٦، ص٥٢٥.

(٤) المرداوي، علاء الدين أبو الحسن، **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف**، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط٢، د.ت، ج٥، ص١٩٩.

(٥) محمد بن يوسف العبدري، **التاج والإكليل لمختصر خليل**، دار الكتب العلمية، (ط١)، ١٤١٦هـ- ١٩٩٤م، ج.٨، ص٢٤٠.

(٦) السيوطي، جلال الدين. **الأشباه والنظائر**، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٩٩٠م، ص٣٦٢.

(٧) محمد سراج، **ضمان العدوان**، ص٥٦.

(٨) الخفيف، **الضمان في الفقه الإسلامي**، ص٢٠.

(٩) **المرجع السابق نفسهُ**.

(١٠) الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم البصري الفراهيدي، **كتاب العين**، تحقيق: مهدي المخزومي، د إبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال، (د.ط)، (د.ت)، ج٢، ص٣١٣. أحمد بن فارس بن زكريا القزويني، **معجم مقاييس اللغة**، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، (د.ط)، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م، ج٤، ص٢٤٩. زين الدين محمد أبو عبد الله، **مختار الصحاح**، تحقيق: يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية - الدار النموذجية، بيروت – صيدا، ط٥، ١٤٢٠هـ/ ١٩٩٩م، ص٣٧. محمّد بن محمّد بن عبد الرزّاق مرتضى الزبيدي، **تاج العروس من جواهر القاموس**، كتاب: عدو، تحقيق: مجموعة من المحققين، دار الهداية، (د.ط)، (د.ت)، ج٣٩، ص٦.

(١١) فيض الله محمد فوزي، **نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العامر**، مكتبة التراث الإسلامي، (د.ط)، ١٩٨٣م، ص٩٢.

(١٢) **المرجع السابق نفسهُ**.

(١٣) وهبة الزحيلي، **نظرية الضمان**، دار الفكر، دمشق، ط٣، ١٩٨٢، ص٢٤.

(١٤) الزحيلي، **نظرية الضمان**، ص٢٤.

(١٥) صبحي المحمصاني، **النظرية العامة في للموجبات والعقود**، مكتبة الكشاف، بيروت، ط١، ج١، ص١٧٣.

(١٦) **المرجع السابق نفسهُ.**

(١٧) محمد بن أحمد ابن رشد، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، دار الحديث – القاهرة، (د.ط)،٢٠٠٤م، ج٤، ص١٠٠. الشاطبي، **الموافقات في أصول الشريعة**، تحقيق: عبد الله دراز، مصر، المكتبة التجارية الكبرى، ج٢، ص٣٤٧.

(١٨)عبد الله بن عبد الرحمن ابن صالح، **توضِيحُ الأحكَامِ مِن بُلوُغ المَرَام**، مكتَبة الأسدي، مكّة المكرّمة، (ط٥)، ١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٣ م، ج٤، ص٥٩٦.

(١٩) محمد بن الحسن الشيباني، **الأَصْلُ**، تحقيق: الدكتور محمَّد بوينوكالن، دار ابن حزم، بيروت – لبنان، ط١، ١٤٣٣ هـ - ٢٠١٢ م، ج٨، ص١٩١. مصطفى الزرقا، **الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد**، مج ٢، ج١، ط٦، مطبعة جامعة دمشق، ١٣٧٩هـ، ص١٣٠٢.

(٢٠) أحمد بن محمد القدوري، **التجريد للقدوري**، تحقيق: مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية، دار السلام - القاهرة، (ط٢)، ١٤٢٧ هـ - ٢٠٠٦ م، ج٧، ص٣٣٥٥.

(٢١) علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني، **بدائع الصنائع**، دار الكتب العلمية، (ط٢)، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م، ج٧، ص١٤٧. الزحيلي، **نظرية الضمان**، ص٢٥.

(٢٢) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج٧، ص٢٨٣.

(٢٣) **المصدر السابق نفسهُ.**

(٢٤) ابن رشد، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، ج٤، ص١٠٠. الشاطبي، **الموافقات**، ج٢، ص٣٤٧، ابن صالح، **توضِيحُ الأحكَامِ مِن بُلوُغ المَرَام**، ج٤، ص٥٩٦. جبار صابر طه، **إقامة المسؤولية عن العمل الغير المشروع على عنصر الضرر**، بغداد، مديرية مطبعة الجامعة، ١٩٨٤، ص١٨٣. – إبراهيم الدسوقي أبو الليل، **المسؤولية المدنية بين الإطلاق والتقييد**، موسوعة الفقه والقضاء للدول العربية، مجلد ١١٦، لبنان، الدار العربية للموسوعات، ص١٦٩.

(٢٥) السيوطي، **الأشباه والنظائر في الفروع**، مصر، مطبعة مصطفى محمد، ص٨٨.

(٢٦) ابن قدامة، **المغني**، ج٨، ص١٢٤.

(٢٧)علي حيدر، **درر الحكام في شرح مجلة الأحكام**، تحقيق: فهمي الحسيني، دار الجيل، (ط١)، ١٤١١هـ - ١٩٩١م، ج٢، ص٦١٧.

(٢٨) الرازي، **مختار الصحاح**، ج١، ص٢٢٧. ابن منظور، **لسان العرب**، ج١، ص٦٤٨. الفيومي، **المصباح المنير**، ج٢، ص٤٤٨. الفيروزآبادي، **القاموس المحيط**، ج١، ص١٢٠. مجمع اللغة العربية، **المعجم الوسيط**، ج٢، ص٦٥٤.

(٢٩) ابن قدامة، **المغني**، ج٥، ص١٧٧.

(٣٠) المصدر السابق نفسهُ.

(٣١) المصدر السابق نفسهُ.

(٣٢) محمد بن أحمد الهروي، ، **تهذيب اللغة**، تحقيق: محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي، لبنان- بيروت، ط.١، ٢٠٠١م، ج.١١، ص٣١٤.

(٣٣) الحسن بن عبد الله العسكري، **الفروق اللغوية**، تحقيق: محمد إبراهيم سليم، دار العلم والثقافة للنشر والتوزيع، مصر- القاهرة، (د.ط)، (د.ت)، ج.١، ص١٩٨.

(٣٤) الزحيلي، **نظرية الضمان**، ص٢٩.

(٣٥) **المرجع السابق نفسهُ.**

(٣٦) سالم صالح الرواشدة، **ضمان الضرر الجسدي في القانون المدني الأردني "دراسة مقارنه"**، قسم الدراسات الفقهية والقانونية، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، المفرق، الأردن، ص ١٦.

(٣٧) وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، دار الفكر، دمشق، ط.٤، (د.ت)، ج.٤، ص٢٨٦٢. منظمة المؤتمر الإسلامي، **مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة**، (د.ط)، (د.ت)، ج٥، ص١٠٤٠، ج١٢ ص٥٠٤. عَبد الله بن محمد الطيّار، وآخرون، **الفِقهُ الميَسَّر**، مَدَارُ الوَطن للنَّشر، الرياض - المملكة العربية السعودية، ط١، ٢٠١١م، ج١٠، ص٣١.

(٣٨) الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، ج.٤، ص٢٨٦٢. منظمة المؤتمر الإسلامي، **مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة**، ج١٢ ص٥٠٤. الطيّار، **الفِقهُ الميَسَّر**، (ط١)، ٢٠١١م، ج١٠، ص٣١.

(٣٩) **المرجع السابق نفسهُ.**

(٤٠) الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، ج.٤، ص٢٨٦٢. منظمة المؤتمر الإسلامي، **مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة**، ج٥، ص١٠٤٠، ج١٢ ص٥٠٤. دبيان بن محمد الدبيان، **المعاملات المالية أصالة ومعاصرة**، ط٢، ١٤٣٢هـ، ج٥، ص٤٨٣.

(٤١) **المصدر السابق نفسهُ**.

(٤٢) الفراهيدي، **كتاب العين**، ج٦، ص٢٥٩. ابن منظور، **لسان العرب**، فصل الباء الموحد، ج٤، ص٦١.

(٤٣) الزحيلي، **نظرية الضمان**، ص٣١.

(٤٤) **المصدر السابق نفسهُ**.

(٤٥) الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، ج٦، ص٤٨٣٤.

(٤٦)زين الدين العابدين ابن نجيم، **الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان**، تحقيق: عبد الكريم الفضلي، المكتبة العصرية، بيروت، ط١، ١٩٩٨م، ص٣١٧. الشاطبي، **الموافقات**، ج٢، ص٢٦٣. شمس الدين، محمد بن محمد، **مواهب الجليل في شرح مختصر خليل**، دار الفكر، (ط٣)، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م، ج٧، ص٣١٣.

(٤٧) عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام سلطان العلماء، **قواعد الأحكام في مصالح الأنام**، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية – القاهرة، (د.ط)، ١٤١٤ هـ - ١٩٩١م، ج٢، ص١٥٦.

(٤٨) الزحيلي، **نظرية الضمان**، ص٢٦. الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج٦، ص١٧١. المحمصاني، **النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية**، ج١، ص١٧٦.

(٤٩) محمد بن الحسن ابن دريد، **جمهرة اللغة**، تحقيق: رمزي منير بعلبكي، دار العلم للملايين – بيروت، (ط١)، ١٩٨٧م، ج٢، ص١٠٠٠.

(٥٠) ابن منظور، **لسان العرب**، فصل السين، ج١، ص٤٥٩.

(٥١) الزحيلي، **نظرية الضمان**، ص٣٢.

(٥٢) **المرجع السابق نفسهُ**.

(٥٣) **المرجع السابق نفسهُ**.

(٥٤) الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، ج٦، ٤٨٣٤.

(٥٥) الزحيلي، **المرجع السابق نفسهُ**.

(٥٦) عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، **مجلة الأحكام العدلية**، المادة ٩٣، تحقيق: نجيب هواويني، الناشر: نور محمد، كارخانه تجارتِ كتب، آرام باغ، كراتشي، ص٢٧.

(٥٧) مصطفى أحمد الزرقا، **الفعل الضار والضمان فيه**، دار القلم، دمشق، بيروت، (ط ١)، ١٩٨٨م، ص٨٠.

(٥٨) الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، ج٦، ٤٨٣٤.

(٥٩) سراج، **ضمان العدوان في الفقه الإسلامي**، ص١٦٦.

(٦٠) **المرجع السابق نفسهُ**.

(٦١) ابن نجيم، **الأشباه والنظائر**، ص١٣٥.

(٦٢) عبد الجليل ضمرة، **اليد بين صفة الأمانة والضمان في الفقه الإسلامي**، مجلة أبحاث اليرموك، سلسلة العلوم الإنسانية، مجلد١٨، عدد٤، ٢٠٠٢م، ص١٤٩٠.

(٦٣) المرجع السابق، ص١٤٩٠- ١٤٩٣.

(٦٤) الحصني، تقي الدين، **كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار**، تحقيق: علي بلطجي، دار الخير، دمشق، ط١، ١٩٩٤م، ص٢٩٠.

(٦٥) علاء الدين الحصفكي، **الدر المختار**، تحقيق عبد المنعم خليل، دار الكتب العلمية، لبنان - بيروت-، ط١، ٢٠٠٢م، ج٥، ص٦٦٥ – ٦٦٩. النووي، أبو زكريا محيي الدين. **روضة الطالبين**، ت: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، ط٣، ١٩٩١م، ج٦، ص٣٢٧ – ٣٤٣. الشربيني، شمس الدين. **مغني المحتاج**، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٩٩٤م، ج٣، ص٨١ - ٨٨.

(٦٦) المرجع السابق، ص١٤٩٣.

(٦٧) أحمد، سليمان محمد، **ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي**، ط١، مطبعة السعادة، ١٩٨٥هـ، ص ٦٦.

(٦٨) الحصفكي، **الدر المختار**، ج٥، ص٦٦٥ – ٦٦٩. النووي، أبو زكريا، **روضة الطالبين**، ج٦، ص٣٢٧ – ٣٤٣. الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٣، ص٨١ - ٨٨.

(٦٩) عبد العزيز بن عبد السّلام السّلميّ، **قواعد الأحكام في مصالح الأنام**، تحقيق: طه عبد الرّؤوف سعد، مكتبة الكلّيات الأزهريّة، القاهرة، ١٣٨٨هـ/١٩٦٨م (د ط)، ج١، ص٨٤.

(٧٠) ابن قدامة، **المغني**، ج٨، ص٧١.

(٧١) محمّد بن يوسف أطفيّش، **شرح النّيل وشفاء العليل**، مكتبة الإرشاد، جدّة، ١٤٠٥هـ/١٩٨٥م (ط٣)، ج٩، ص١٢٦.

(٧٢) وهو "أن يتفق البنك والعميل على أن يقوم البنك بشراء البضاعة، ويلتزم العميل أن يشتريها من البنك بعد ذلك، ويلتزم البنك بأن يبيعها له، وذلك بسعر عاجل أو بسعر آجل، تحدد نسبة الزيادة فيه على سعر الشراء مسبقاً". الأشقر، د.محمد، **بيع المرابحة كما تجريه البنوك الإسلامية**، مكتبة الفلاح، بيروت، ص٦.

(٧٣) أطفيّش، **شرح النّيل وشفاء العليل**، ج٩، ص١٢٦.

(٧٤) وزارة الأوقاف الكويتية، **الموسوعة الفقهية الكويتية**، الكويت، ط٢، ١٤٠٤ – ١٤٢٧هـ، ج١، ص١٧٥.

(٧٥) الكساني، **بدائع الصنائع**، ج٧، ص١٤٦.

(٧٦) الزحيلي، **نظرية الضمان**، ص٣٢.

(٧٧) الزحيلي، المرجع السابق، ص٢٧.

(٧٨) المرجع السابق نفسهُ.

(٧٩) كل آفة لا صنع للآدمي فيها، فيدخل في ذلك المطر الشديد، والحر والبرد، والريح، والجراد، والغبار المفسد ونحو ذلك من الآفات السماوية.

(٨٠) الكاساني، البدائع، ج٥، ص٢٤٨. روضة الطالبين، ج٣، ص٤٩٩.

(٨١) البغوي، الحسين، **شرح السنة**، تحقيق: شعيب الأرناؤوط ومحمد زهير الشاويش، بيروت، دمشق، المكتب الإسلامي، ط٢، ١٤٠٣هـ -١٩٨٣م، ج٨، ص١٠٠.

(٨٢) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج٧، ص١٦٧. الزحيلي، **نظرية الضمان**، ص٥٧.

(٨٣) المصدر السابق نفسهُ.

(٨٤) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج٧، ص١٦٨.

(٨٥) الزحيلي، **نظرية الضمان**، ص٥٧. الزيلعي، **تبين الحقائق**، ج٦، ص١٣٧.

(٨٦) الدريني، محمد فتحي، **بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله**، بيروت، مؤسسة الرسالة، ط٢ ، ٢٠٠٨م ، ج٢/ص٦

(٨٧) الزرقا، مصطفى أحمد، **المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي**، دمشق، دار القلم، ط١ ، ١٩٩٩م، ص٣٢.

(٨٨) قرار رقم (٤٣) **مجلة المجمع**، العدد الخامس ،ج ٣، ص: ٢٢٦٧.

(٨٩) الهيتمي، أحمد بن محمد بن علي، **تحفة المحتاج في شرح المنهاج**، المكتبة التجارية الكبرى، د.ط، ١٩٧٣م.

(٩٠) صدر الشريعة، ، عُبيد الله بن مسعود، **شرح الوقاية**، تحقيق: د صلاح محمد أبو الحاج، دار الوراق - عمان، الأردن، ط١، ٢٠٠٦م، ج٥، ص١٦١.

(٩١) مجلة البحوث الإسلامية، عدد (٢٦) ١٤٠٩ و١٤١٠ هـ

(٩٢) منظمة المؤتمر الإسلامي، **مجلة مجمع الفقه الإسلامي**، الدورة ١٩، العدد ١٩،ج ٨، ص: ٧٦٠.