

المبحث الأول: تعريف الضمان

١- المطلب الأول: تعريف الضمان في اللغة:

يطلق الضمان على معانٍ كثيرة منها :-

(أ) الإلتزام: يقال ضمنتُ المالَ وبالمالِ ضماناً، فأنا

ضامنٌ وضمينٌ: أي التزمتُهُ، ويتعدى بالتضعيف،

فيقال: ضمنتُهُ المالَ، إذا أَلزمتُهُ إياه .

(ب) الكفالةُ: يقال ضَمِنَ الشيءَ ضَمَاناً، فهو ضامنٌ وضمينٌ، إذا كَفَلَهُ .

(ج) التغريم: يقال ضَمَّنْتُهُ الشيءَ تَضْمِيناً، إذا عَزَمْتُهُ فَالتَزَمَهُ^(١) .

(١) لسان العرب لأبي الفضل جمال الدين محمد ابن مكرم المعروف بابن منظور

٢٦١٠/٤ وما بعدها ،

دار المعارف - القاهرة ط ١٩٨١ م - ١٤٠١ هـ .

-المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي :

تأليف أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي ٤٩٧/٢، المطبعة الأميرية ببولاق - القاهرة ، ط

١٣٥٨ هـ - ١٩٣٩ م .

- تاجُ اللغةِ وصحاح العربية لإسماعيل بن حماد الجوهري

٢١٥٥/٦ ، تحقيق أحمد عبد الغفور عطار ، دار العلم للملايين

بيروت - لبنان ، ط الثالثة ١٤٠٤ هـ / ١٩٨١ م .

مختارُ الصِّحاح للشَّيخ محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي

ص ٣٨٤، المطبعة الأميرية بالقاهرة ، ط ١٣٤٠ هـ - ١٩٢٢ م .

المطلب الثاني

تعريف الضمان في الشريعة الإسلامية

استعمل الفقهاء كلمة (الضمان) في معنيين من معانيه اللغوية وهي:-

أولاً: بمعنى الكفالة : وبه قال جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية والزيدية والإمامية والإباضية^(١)

-
- (١) حاشية محمد أمين الشهير بابن عابدين ٥٥٣/٧، تحقيق الشيخ عادل أحمد عبد الموجود وعلى محمد معوض، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان - ط الأولى ١٤١٥ هـ - ١٩٩٤ م .
- تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق لفخر الدين عثمان بن علي الزيلعي ١٤٦/٤، دار المعرفة - بيروت - لبنان، ط ١٣١٥ هـ -
- مواهب الجليل من أدلة خليل للشيخ أحمد بن محمد المختار الجكني ١٥/٤ راجعة عبد الله إبراهيم الأنصاري - مطبعة إحياء التراث الإسلامي بقطر، ط ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧ م .
- معنى المحتاج إلي معرفة الفاظ المنهاج شرح الشيخ محمد الشربيني الخطيب ١٩٨/٢، دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان ط ١٣٧٧ هـ - ١٩٥٨ م
- الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل تأليف أبي محمد موفق الدين عبد الله بن قدامه المقدسي ٢٢٧/٢ تحقيق زهير الشاويش المكتب الإسلامي بيروت - لبنان ط الثالثة ١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢ م
- المحلى لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم ١١٠ / ٨
- تحقيق لجنة إحياء التراث العربي - منشورات دار الآفاق الجديدة بيروت - لبنان ط ١٣٥٢ هـ
- البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار لأحمد بن يحيى ابن المرتضى ٧٥/٥، دار الحكمة البيطانية - صنعاء - اليمن - ط الأولى ١٣٦٦ هـ - ١٩٤٧ م .
- شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام لأبي القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن ١٠٧/ ٢ تحقيق عبد الحسين محمد علي، ط دار الأضواء ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م .
- شرح كتاب النيل وشفاء العليل لمحمد بن يوسف أطفيش مكتبة الإرشاد جدة السعودية ط الثالثة ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م .

ثانياً: بمعنى الإلتزام: بتعويض الغير عمّا أصابه من ضرر
وبه قال بعضُ الفقهاءِ كالحموي من الحنفية والغزالي
والسيوطي من الشافعية والشوكاني من الزيدية (١) .

والذي - يُعِينِنَا - في البحثِ هو التعريف الثاني >

فعرفه الحموي (٢) بقوله: "الضمان عبارة عن رد مثْلِ الهالك
إن كان مثلياً أو قِيمِيَّةً إن كان قِيمِيَّاً" (٣) .

-
- (١) غَمَزُ عِيُونِ البصائرِ شَرَحُ الأشباه والنظائر لأحمد بن محمد الحموي
٦/٤، دار الكتب العلمية - بيروت لبنان، ط الأولى ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م .
- الوجيز في مذهب الإمام الشافعي لحجة الإسلام محمد بن محمد الغزالي ٢٠٨/١
مطبعة الآداب والمؤيد بمصر، ط ١٣١٧ هـ .
- الأشباه والنظائر للإمام جلال الدين عبد الرحمن السيوطي ص ٣٥٦ - مطبعة
مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر - ط ١٣٧٨ هـ - ١٩٥٩ م .
- نيل الأوطار شرح مُنتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخبار لمحمد بن علي ابن
محمد الشوكاني ٢٩٩/٥ دار الكتب العلمية بيروت لبنان ط ١٢٩٧ هـ .
(٢) **الحموي** : هو شهاب الدين أحمد بن محمد الحسيني الحموي الحنفي عالم
مشارك في أنواع من العلوم، وتوفي سنة ١٠٩٨ هـ ومن مؤلفاته غمز عيون
البصائر شرح الأشباه والنظائر، وكشف الرمز عن خبايا الكنز .
مُعْجَم المؤلفين تأليف عمر رضا كحالة ٩٣/٢ دار إحياء التراث العربي -
بيروت - لبنان ، ط ١٣٧٦ هـ - ١٩٥٧ م .
(٣) غَمَزُ عِيُونِ البصائرِ للحموي ٦/٤ .

وما يفهم من كلام الغزالي^(١) : " أن الضمان هو
وجوب رد الشيء أو بدله بالمثل أو بالقيمة^(٢) " .
وعرفه السيوطي^(٣) بقوله: " ضمان المثل بالمثل
والمتقوم بالقيمة^(٤) " .
وعرف الشوكاني^(٥) الضمان هو عبارة عن غرامة
التالف^(٦) " .

(١) الغزالي: هو محمد بن محمد بن محمد بن أحمد
الطوسي الإمام الجليل أبي حامد الغزالي ولد ، بطوس، وله
مصنفات كثيرة منها الوجيز والوسيط والمبسوط، وغيرهم
توفي سنة خمس وخمسمائة .

- كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون للعلامة مصطفى ابن
عبد الله القسطنطيني الرومي الحنفي، المعروف بحاجي خليفة
مج ٢/٢٠٠٢ دار الفكر بيروت لبنان ، ط ١٤٠٢ هـ -
١٩٨٢ م .

- طبقات الشافعية الكبرى لتاج الدين أبي نصر عبد الوهاب ابن
علي بن عبد الكافي السبكي ١٩١/٦ ، مطبعة عيسى البابي
الحلبي وشركاه ، ط الأولى ١٣٨٣ هـ - ١٩٦٤ م .
(٢) الوجيز للغزالي ٢٠٨/١

(٣) السيوطي: هو الإمام جلال الدين عبد الرحمن السيوطي
ومن مؤلفاته تفسير الجلالين وهو تفسير قيم، والأشباه والنظائر
وغيرهما وتوفي سنة ٩١١ هـ .

كشف الظنون لحاجي خليفة مج ١/٤٤٥ .

(٤) الأشباه والنظائر السيوطي ص ٣٥٦ .

(٥) الشوكاني: هو محمد بن علي بن محمد الشوكاني الصنعاني
قاضي القضاة ، كان إمام علماء اليمن في القرن الثالث عشر
الهجري في الحديث والأصول والرواية والدراية توفي سنة ١٢٥٠
هـ ، ومن مؤلفاته نيل الأوطار، وارشاد الفحول وغيرهما
المجددون في الإسلام لعبد المتعال الصعيدي ص ٤٧٣ وما بعدها
مكتبة الآداب القاهرة ط الثانية ١٣٨٢ هـ - ١٩٦٢ م ..

(٦) نيل الأوطار للشوكاني ٥/٢٩٩ ..

وهذه التعريفات تلتقي على تعويض المضمون له لقاء ما أصابه من إعتداء أو ضرر .
 وأن يكون التعويض بالمثل إذا كان من المثلّيات، وهو ما يحصره كيل أو وزن، أو بالقيمة إذا كان مما لا مثّل له كالعروض والحيوان، وكل ما كان من غير مكيلٍ أو موزون (١) .

(١) غمز عيون البصائر للحموي ٧/٤ .

- دررّ الحكام شرح مجلة الأحكام تأليف علي حيدر مج ٣٧٨/١ .

دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان ، ط الأولى ١٤١١ هـ - ١٩٩١ م .

- الموسوعة الفقهية لوزارة الأوقاف والشئون الإسلامية

بدولة الكويت ٢٢٢/٢٨ - مطابع دار الصفاة للنشر والتوزيع ج.م.ع

ط الأولى ١٤١٣ هـ - ١٩٩٣ م .

- نظرية الضمان الشخصي "الكفالة" د. محمد بن إبراهيم بن عبد الله

الموسى ص ٢٣٧، مكتبة العبيكال - الرياض - السعودية ،

ط الأولى ١٤١٩ هـ - ١٩٩٩ م .

المطلب الثالث تعريف الضمان في القانون الوضعي

إن مصطلح (الضمان) بالمعنى الشرعي يعنى في القانون المسؤولية (١) .

إذا أردنا تعريف المسؤولية في القانون فإننا سنجد أن عبارات شرّاح القانون قد تنوعت فيما يأتي:-
فمنهم من يقول بأن المسؤولية تعنى "اقتراف أمر يوجب مؤاخذة فاعلة (٢) " .

وعرفها البعض بأنها: "حالة الشخص الملتزم قانوناً بتعويض ضرر سببه للغير (٣) " .

وعرفها د/ السنهوري بأنها: "التعويض عن الضرر الناشئ عن الفعل غير المشروع" (٤) .

وهذه التعريفات في مجملها وإن تنوعت عباراتها إلا أننا يمكن أن نوجز ما تفيده في تعريف المسؤولية بأنها: "التزام الشخص بتعويض الضرر الناشئ عن فعل غير مشروع" (٥) .

(١) المسؤولية المدنية ، تأليف المستشار حسين عامر ، ط الأولى ١٥٥
١٩٥٦م ، مطبعة مصر .

(٢) المرجع السابق .

(٣) النظرية العامة للالتزام د. جميل الشرقاوى ص ٤٨١
دار النهضة العربية - القاهرة ، ط ١٩٩١ م .

- شرح القانون المدني في الإلتزامات د/ سليمان مرقس
ص ٢٨٩ ، المطبعة العلمية - القاهرة ط ١٩٦٤ م .

- المسؤولية المدنية بين التقْيِيْمِ والإِطْلَاقِ د/ إبراهيم الدعوقي أبو الليل ص ٣٢ ، دار
النهضة العربية - القاهرة .

(٤) الوسيط د / عبد الرزاق أحمد السنهوري مج ١٠٣٩/٢
دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان ط ١٩٥٦ م .

(٥) نظرية الضمان في عقود التبرعات ، لعلى على غازي
ص ١٠ ، رسالة دكتوراه ، ط ١٤٢٢ هـ - ٢٠٠١ م .

- المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير في الفقه الإسلامي المقارن
لسيد أمين محمد ص ٧٧ - رسالة دكتوراه ، ط - ١٣٨٤ هـ - ١٩٦٤ م .

والقانون المدني المصري، ينظم الالتزام بالتعويض عن الفعل الضار على أساس المسؤولية في المواد من ١٦٣ إلى ١٧٨ (١).

مقارنة تعريف الضمان بين الشريعة الإسلامية والقانون

الوضعي :-

بالنظر في تعريف الضمان عند سُراح القانون الوضعي يُؤخذُ عليه أنه يعتبر الإنسانُ مسئولاً كيفما كان عمّا يسببه للغير من ضررٍ، ويلزمه بتعويض هذا الضرر (٢).

والواقع أنه ليس كلُّ مَضْرَة تستوجب التعويض، وليس كل فعل يستوجب مساءلة صاحبه و مجازاته بحسب أن الضرر قد ينتج عن فعل مشروع، ومؤاخذه الفاعل على هذا الفعل - لاشك - مجافٍ للعدالة (٣).

وكذلك يتضح -أيضا- من أن تعريف الضمان في الفقه الإسلامي أعم وأشمل من تعريفه في القانون الوضعي، لأنها تشمل ضمان العين والنفوس كما أنه يُشعر بالمعنى المالي في جبر الضرر (٤).

(١) النظرية العامة للالتزام د/ جميل الشرقاوي ص ٤٧٨ .

(٢) المسؤولية المدنية د/ إبراهيم السوقي ص ٣٦٢ .

(٣) المسؤولية المدنية لحسين عامر ص ٢٠١ .

(٤) نظرية الضمان لعلی علی غازی ص ١١ .

- المسؤولية المدنية د/ إبراهيم السوقي ١٤٥ وما بعدها .

- المسؤولية التقصيرية لسيد أمين محمد ص ١١٥ وما بعدها .

التعريف المختار :-

وعرفه د/ وهبة الزحيلي بقوله : ويمكننا تعريف الضمان -

بما يتلاءم مع عموم نظريته الشاملة للمسئولية المدنية و الجنائية -

بما يأتي: "وهو الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف

المال أو ضياع المنافع أو عن الضرر الجزئي أو الكلي

الحادث بالنفس الإنسانية^(١)."

(١) نظرية الضمان د/ وهبة الزحيلي ص ١٥

دار الفكر المعاصر - بيروت لبنان ط ١٩٩٨ م.

المبحث الثاني مشروعية الضمان

قررت الشريعة الإسلامية مبدأ التضمين للحفاظ على حرمة أموال الآخرين وأنفسهم ، وجبراً للضرر وقمعاً للعدوان وزجراً للمعتدين ، وذلك في نصوص كثيرة من القرآن الكريم والسنة النبوية، وذلك فيما يلي :-
(أ) القرآن الكريم : قوله تعالى :

- { فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ }^(١)
وقوله عز وجل { وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا }^(٢)
وقوله تعالى : { وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ }^(٣)
وهذه الآيات تدل على أن التضمين مشروع عند الإعتداء أو أخذ المال بدون حق ، أو إتلافه لِمَا في ذلك صيانةً لأموال المسلمين وحقوقهم^(٤) .

^(١) سورة البقرة: من الآية ١٩٤ .

^(٢) سورة الشورى: من الآية ٤٠ .

^(٣) سورة النحل : من الآية ١٢٦ .

^(٤) (اللباب في علوم الكتاب: تأليف الإمام . المفسر أبي حفص عمر

ابن علي بن عادل الدمشقي الحنبلي ، ١٢/١٨٩ .

تحقيق الشيخ عادل أحمد عبد الموجود والشيخ علي محمد معوض

دار الكتب العلمية - بيروت، لبنان ، ط ١٤١٩ هـ - ١٩٩٨ م .

(ب) السنة النبوية :-

- ما روى عن ابن عباس - رضى الله عنهما - أنه قال: قال رسول الله

- ﷺ: "لا ضرر ولا ضرار" (١) .

وهذا الحديث قاعدة أساسية في وجوب الضمان علي من اعتدى وأضر بالغير (٢) .

وما روى عن أبي بكر - رضى الله عنه - أنه قال :

أن رسول الله - ﷺ - قال في خطبته يوم النحر بمي: "إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم حرام عليكم كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا" (٣) .

وتحريم ذلك يوجب الضمان على من اعتدى على شيء منها (٤) .

(١) أخرجه ابن ماجه ٢٧ / ٤ كتاب الأحكام ، باب من بنى في حقه

ما يضر بجاره ، وابن أبي شيبة ٧٧/٣ كتاب البيوع ،

وأحمد في مسنده ٢٥٥/١ ، والدارقطني ٧٧/٣ كتاب البيوع ، والحاكم في

المستدرک ٥٨/٢ ، كتاب البيوع باب التشديد في أداء الدين ، وقال صحيح الإسناد على شرط مسلم ووافقه الذهبي في ذلك ، الزيلعي في نصب الراية ٤٢٣ / ٦ كتاب الديات باب ما يحدثه الرجل في الطريق .

(٢) جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم للإمام الحافظ

الفقيه زين الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن شهاب الدين بغدادى الشهير بابن رجب الحنبلي ١٧٩/٢ مكتبة العبيكات الرياض السعودية ط ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م - -

- المجموع المذهب في قواعد المذهب لأبى سعيد خليل بن كيكدي العلاني

الشافعي ٣٧٧ / ٢ ، ط وزارة الأوقاف بالكويت ، ط الأولى ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م .

(٣) أخرجه البخاري ١٦/٨ كتاب الحدود باب ظهر المؤمن حمى إلا في حد أو

حق ، ومسلم ١٠٨ / ٥ كتاب القسامة ، باب تغليظ

تحريم الدماء والأعراض والأموال ، وابن ماجه ٤٢٩/٥ كتاب الفتن ، باب حرمة

دم المؤمن وماله ، وأحمد في مسنده ٣٧١/٣ ،

والطبراني في المعجم الكبير ١١/١٨ ، والبيهقي ١٥٢/٦ كتاب الغصب ، باب

تحريم الغصب وأخذ أموال الناس بغير حق .

(٤) السرج الوهاج لأبى الطيب صديق بن حسن خان الحسيني

القنوجى البخاري ٢٧١/٦ - إحياء التراث الإسلامى بقطر ط ١٩٨٥ م .

(ج) الإجماع :-

فقد أجمع الفقهاء علي أن الدماء والأموال مَصُونَةٌ في الشرع وأن الأصل فيها الحظر ، وأنه لا يحل دم المسلم ولا يحل ماله إلا بحق (١) .

وأما الدليل على مشروعيته من العقل فهو احتياج الناس إلى التوثق في النفس والمال (٢) .

وقد وضع الفقهاء قواعد في "الضمان" منها :-
 ١ - قاعدة "الضرر يزال" أي تجب إزالته (٣) ولا إزالة للضرر إلا بأن يُعْرَم المْتَلِف مثل ما أتلفه أو قيمته إن لم يكن له مثل .
 ٢ - قاعدة "الضرر لا يزال بالضرر" (٤) أي أن الضرر لا يزال بمتله .

لعلو الرين

(١) تحفة الفقهاء للسمرقندي ٢٧٤/٣ دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان ط ١٤٠٥ هـ ١٩٨٤ م .

- مواهب الجليل للجبيني ١٥/٤ .

- مغنى المحتاج للخطيب ١٩٨/٢ .

- المغنى للإمام موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد ^{بن} قدامه ٣١٩/٩ - دار الفكر - بيروت لبنان - ط الأولى ١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م .

(٢) البحر الزخار للمرتضى ٧٢/٥ .

(٣) القواعد الصغرى تأليف العز بن عبد السلام ص ٥

تحقيق عادل أحمد عبد الموجود ، وعلى محمد معوض دار الجيل بيروت - لبنان ط الثانية ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م .

- شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا ص ١٧٩ ، ط دار القلم

- دمشق - سوريا ، ط ١٤٠٩ هـ - ١٩٨٩ م .

- غمز عيون البصائر للحموى ٢٧٤/١ .

(٤) المرجع السابق ٢٧٨/١ .

الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٦ .

- ٣- قاعدة "الضرر الأشد يُزال بالضرر الأخف" " أي أن الضرر تجوز إزالته بضرر أخف منه (١)
- ٤- قاعدة "درء المفسد أولى من جلب المصالح" " أي إذا تعارضت مفسدة ومصالحة يُقدّم دفع المفسدة على جلب المصلحة (٢)
- ٥- قاعدة "الضرر يُدفع بقدر الإمكان" " فمثلاً إذا اغتصب شخص مال آخر واستهلكه، فلا ين إرجاع المال المغصوب المستهلك بعينه غير ممكن ، فيضمن الغاصب مثل ذلك المال إذا كان من المثليات، وقيّمته إن كان القيميّات (٣) .

(١) شرح القواعد الفقهية: لأحمد بن محمد الزرقا ص ١٩٩ .
درر الحكام لعلي حيدر مج ٣٦/١ .

(٢) الأشباه والنظائر لتاج الدين عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي ١٠٥/١، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان ط للأولى ١٤١١ هـ - ١٩٩١ م
- الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٧ .

- شرح القواعد الفقهية لأحمد بن محمد الزرقا ص ٢٠٥ .

- درر الحكام لعلي حيدر مج ٣٧/١ .

(٣) شرح المجلة لسليم رستم باز اللبناني ص ٣٢ دار إحياء التراث العربي-بيروت-لبنان ط الثالثة ١٤٠٦ هـ ١٩٨٦ م .

المبحث الثالث كيفية الضمان ونوعه

المطلب الأول: كيفية الضمان ونوعه في الشريعة الإسلامية

١- الضمان العيني (رد العين نفسها):

أجمع الفقهاء على أنه إذا كانت العين محل الضمان قائمة كان

الواجب ردها إلى صاحبها (١) وذلك لما روى عن النبي - ﷺ - أنه قال: "على اليد ما أخذت حتى تؤديه" (٢).

فإذا تعذر ردُّ الشيء بعينه ، لهلاكه أو استهلاكه أو فقده ، وجب رد مثله ، إن كان من المثليات أو قيمته إن كان قِيمِيًّا (٣).

(١) حاشية ابن عابدين ٢٦٦/٩ .

- القوانين الفقهية لأبي عبد الله محمد بن أحمد بن محمد بن جزي الكلبى ص ٣٥٢ - دار الكتاب العربي - بيروت - لبنان ، ط الأولى ١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م .
- العهد في فقه الإمام الشافعي: لأبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز آبادي الشيرازي ٣ / ٣٦٥ ،
دار الكتب العلمية بيروت- لبنان - ط الأولى ١٤١٦ هـ ، ١٩٩٥ م .
- شرح منتهى الإرادات: للشيخ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي ٣ / ٣٧٤ ، دار الفكر - بيروت - لبنان .

(٢) أخرجه الترمذي ٣ / ٥٦٦ كتاب البيوع - باب ما جاء في " أن العارية مؤداة يلفظ " حتى تؤدى " وقال: حديث حسن صحيح ، وابن ماجه ٤ / ٦٤ كتاب الصدقات ، باب العارية

، والبيهقي ٨ / ٤٨١ كتاب السرقة باب غرم السارق .

(٣) غمز عيون البصائر للحموي ٧ / ٤ .

- القواعد الصغرى للعز بن عبد السلام ص ٨٧ .

٢- الضمان المثلّي:

المثلّي: لغةً: من المُماتلة، والمِثْلُ الشَّبه، يقال هذا مِثْلُه أي شَبَّهُه^(١) أما في الاصطلاح: ما حَصَرَه كَيْلٌ أو وزنٌ أو عددٌ ولم تتفاوت أفراده مع وجوده في الأسواق^(٢).

وضمان المِثْل أعدل في دفع الضرر لما فيه من اجتماع الجنس والمالية، ولأنه ضمان اعتداء،

والاعتداء لم يشرع إلا بالمِثْل لقوله تعالى:

{وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ}^(٣).

وإن الضمان إنما يجب لجبر الضرر، وإنما يجبر الضررُ برد المِثْل، لأنه الأقرب إلى الأصلِ صورةً ومعنى^(٤).

(١) لسان العرب لابن منظور ٤١٣٢/٦ مادة مِثْلٌ .

(٢) حاشية ابن عابدين ٢٧٠/٩ .

(٣) سورة النحل: من الآية ١٢٦ .

(٤) بدائع الصنائع للكاساني ٤٤٢١/٩ ، ط الإمام ١٣ ش محمد كريم بالقلعة

القاهرة ط ١٩٦٨ م .

١- حاشية ابن عابدين ٢٧٠/٩ .

٣- الضمان القيمي :-

القِيمِي : لغةً: نسبة إلى القِيَمَة ، وهي واحد القِيمِ ، وأصله بالواو لأنه من قام يُقَوِّم ، والقِيَمَة : ثمنُ الشيء بالنقويم ، يُقال : كَمْ قَامَتِ هذه السلعة ؟ يعني كم بلغت قيمتها؟

ويقال : قَوِّم السلعة : قَدَّرها (١) .

وإصطلاحاً : هو ما ليس مِنَ المِثْلِيَّات ، كالمزروعات والمعدودات المتفاوتة فعليه قيمته لأنه إذا تعذر إيجاد المِثْل صوراً ومعنى، لأنه لا مِثْلَ لَهُ فيجب المِثْل معنى وهو القِيَمَة لأنها المِثْل الممكن (٢) .

(١) لسان العرب لابن منظور ٣٧٨٣/٥ مادة قَوِّم .

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ٤٤٢١/٩ .

-حاشية ابن عابدين ٢٧٠/٩ .

-الوسيط في المذهب لحجة الإسلام محمد بن محمد الغزالي

مج ٣/٣٩٩ ، مطبعة دار السلام - القاهرة ، ط أولي

١٤١٧ هـ - ١٩٩٧ م .

-الفروق لشهاب الدين أبي العباس الصنهاجي

المشهور بالقرافي ٣٢/٤ ، دار المعرفة - بيروت - لبنان ، ط ١٣٤٧ هـ .

٤- الضمان الجنائي: وينقسم الضمان الجنائي إلى ثلاثة أقسام هي :-

- أ- ضمان الجناية على النفس .
 - ب- ضمان الجناية على ما دون النفس .
 - ج- ضمان الجناية على ما هو نفس من جهة دون جهة وهي الجناية على الجنين^(١) .
- والواجب في الضمان الجنائي هو الدية أو الأرش مُقدراً كان أو غير مُقدراً^(٢) .

تعريف الدية :-

في اللغة: مصدر وَدِيَ، ويقال وَدِيَ القاتلُ المقتولَ إذا أعطى وليَّه المالَ الذي هو بدلُ النفس، وأصلها وَدِيَةٌ فحذفت الواو وأثبتت الهاء بدلَ عنها، تقول وَدَيْتُ القَتِيلَ أدِيَهُ دِيَةً وَوَدِيًّا: إذا أعطيتُهُ دِيَتَهُ وتسمي الدية بالعقل تسميه بالمصدر وإرادة اسم المفعول، أي المعقولة، ثم كثر الاستعمال حتى أطلق العقل على الدية^(٣) .

وفي الاصطلاح :- المالُ الواجبُ بالجناية على النفس أو ما في حكمها^(٤) .

(١) بدائع الصنائع للكاساني ٤٦١٦/١٠ .

(٢) المسئولية التقصيرية لسيد أمين محمد ص ١١٣ .

- ضمان العدوان في الفقه الإسلامي د/ محمد أحمد سراج ص ٧١، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع بيروت - لبنان - ط الأولى ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م .

(٣) لسان العرب لابن منظور ٤٨٠٢/٦ .

- المصباح المنير ٩٠٠/٢ .

- مُختار الصحاح: للرازي ص ٧١٥ .

(٤) أسنى المطالب: لأبي يحيى الأنصاري ٤/ ٤٧، دار الكتاب الإسلامي - القاهرة - ط ١٣١٣هـ .

- معنى المحتاج للخطيب ٥٣/٤ .

- التوضيح في الجمع بين المقنع و التنقيح لأحمد بن محمد بن أحمد الشويكي ١١٦٣، المكتبة الملكية السعودية، ط أولى ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م .

تعريف الأرش :- هو اسم للواجب فيما دون النفس ، (١) وهو نوعان :-

- أ- **أرش مُقدر :-** وهو ما حدّد الشارعُ مقدارَهُ كأرشِ اليَدِ والرِّجْلِ ، وهو أقلُّ من الديةِ الكاملةِ (٢) .
- ب - **أرش غير مُقدر :** وهو الواجب فيما ليس فيه شيءٌ مُقدر من جُرحِ الخطأ ، وتُركُ للقاضي تقديره ، ويسمى هذا النوع من الأرشِ حكومة العدل (٣) .

(١) حاشية ابن عابدين ٢٣٠ / ١٠ .
الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان ٢٤/٦
دار صادر - بيروت لبنان ط ١٤١١ هـ - ١٩٩١ م .

(٢) المهذب للشيرازي ٢١٧ / ٣ .
- مواهب الجليل للجكيني ٢٨٤ / ٤ .

(٣) فتح الوهاب لأبي يحيى الأنصاري ١٤٢/٢
دار إحياء الكتب العربية لعيسى البابي الحلبي وشركاه .
- المهذب للشيرازي ٢١٧/٣ .
- مغني المحتاج للخطيب ٧٧ / ٤ .

المطلب الثاني

كيفية الضمان ونوعه في القانون الوضعي

الأصل في القانون أن المثلّي يضمن بمثله متى كان ذلك ممكناً ، فإن تعذر الضمان بالمثل كان الواجب هو ضمان القيمة ، وهو ما يسمى بالتنفيذ بطريق التعويض (١) .

المطلب الثالث

كيفية الضمان ونوعه بين الشريعة والقانون

إن الضمان في الشريعة الإسلامية أعم واشمل من القانون الوضعي ، لأن الشريعة تشتمل علي ضمان العين والنفس ، أما القانون الوضعي يشتمل علي ضمان العين فقط (٢) . ويتفق القانون الوضعي مع الشريعة الإسلامية في ضمان العين بوجوب رد العين إن كانت قائمة ، أو ضمانها بالمثل إن كانت مثلياً أو قيمتها إن كانت قيمياً (٣) .

(١) الوسيط للسنهوري مج ٢ / ١٠٣٩ وما بعدها

(٢) نظرية الضمان لعلي علي غازي ص ١٤٤

- المسؤولية التقصيريه لسيد أمين محمد ص ١١٥

- ضمان العدوان د/ محمد أحمد سراج ص ٧١

(٣) التقنين المدني في ضوء القضاء والفقهاء

لمجد كمال عبد العزيز ص ٥١٠ ، ط ١٩٨٠م

- نظرية الضمان لعلي علي غازي ص ١٤٤ .