

مقدمة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المقدمة

الحمد لله حمداً طيباً مباركاً فيه ، كما ينبغي لجلال وجهه وعظيم سلطانه ،
أحمدُه سبحانه وأستعين به وأستغفره من ذنبي الذي أعلم والذي لا أعلم ،
وأسأله سبحانه أن يجنّبني الزلل في القول والعمل ، وأصلي وأسلم على
المبعوث رحمة للعالمين محمد ﷺ وعلى آله وصحبه وسلم ، وبعد :

فإن الإسلام كما وضع قواعد العبادات وأصولها من صلاة وزكاة وصوم
وحج إلى بيت الله الحرام ، وضع كذلك قواعد المعاملات بين الناس .

وإذا كانت الدول الحديثة قد وضعت قوانين لتنظيم قواعد المعاملات
بين مواطنيها ، فإن الشريعة الإسلامية كانت أسبق في هذا الميدان وكانت
أحكامها أدق وأعدل وأقرب للعقل والمنطق ، لأنها شريعة عامة خالدة
لا تخاطب عصراً بعينه ولا حِقْبة دون حقبة ، بل هي شريعة الزمان كله ،
وشريعة العالم كله .

من هنا تأتي أهمية موضوع ضمان العقد في الفقه الإسلامي والقانون
المدني ، في أنه يبين أن نطاق التعامل بين الناس ليس على عمومه ، وإنما
هو مقيد بقيود الشرع ومقاصده العامة في إقرار الحق والعدل بين الناس
دون أن يطغى طرف على آخر ، وكذلك تبدو أهمية الموضوع في إبعاد

الضرر عن المتعاقدين ما أمكن ، ذلك المبدأ الذي أقره الشرع الحنيف بقوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام»^(١).

وإن أغلب الناس يُعْتَوْنَ فقط بأحكام العبادات ، ويهملون دراسة المعاملات من الناحية الشرعية ، وهذا خطأ كبير ، إذ إن المعاملات لا تقل أهمية عن العبادات ، بل إن الالتزام بالمعاملات الشرعية دليل صدق الالتزام بشرع الله ودينه ، ولو رجعنا إلى القرآن لوجدنا أن أطول آية في القرآن وردت بعد الكلام على إباحة البيع وحرمة الربا هي في المعاملات ، وهي آية كتابة الدين وكيفية كتابته وتوثيقه ومطلعتها: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنَتْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَكًّى فَآكْتُسِبُوهُ...﴾ [البقرة: ٢٨٢] .

ووردت أحاديث كثيرة ثابتة تُبَيِّن مجمل القرآن ، وتوضح أصول التعامل وضوابطه ، لمعرفة الحلال والحرام ، فيكون التفقه فيها من ضروريات الدين ، لقوله ﷺ: «من يرد الله به خيراً يُفَقِّهُهُ في الدين»^(٢).

ومع ذلك كثيراً ما يسأل الناس أهل العلم عن أحكام ضمان العقود وعلى من يقع التعويض ، وهل التعويض عيني أم نقدي ، ومن هو المسؤول عن التقصير الذي سَبَّبَ ضرراً أهو البائع أم المشتري أو هو المؤجر أم المستأجر وهكذا في كل العقود. ومن ثم تنشأ مسألة الضمان في الفقه الإسلامي يقابلها المسؤولية العقدية في القانون المدني.

(١) أخرجه ابن ماجه ، كتاب: الأحكام ، باب: من بنى في حقه ما يضر بجاره ، رقم (٢٣٤٠): ٧٨٤/٢ ، وأحمد ، ومن مسند بني هاشم ، بداية مسند عبد الله بن عباس ، رقم (٢٨٦٢). ومالك في الموطأ ، كتاب: الأفضية ، باب: القضاء في المرفق ، رقم (١٤٢٩): ٧٤٥/٢ . قال النووي: هذا الحديث حسن وله طرق يقوي بعضها بعضاً. وقال العلائي: له شواهد يرتقي بمجموعها إلى درجة الصحة. أوجز المسالك ، الكاندهلوي: ٢٢٥/١٢ . الدراية في تخريج أحاديث الهداية ، ابن حجر: ٢٨٢/٢ .

(٢) أخرجه البخاري ، كتاب: العلم ، باب: من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين ، رقم (٧١): ٣٩/١ . ومسلم كتاب: الزكاة ، باب: النهي عن المسألة ، رقم (١٠٣٧): ٧١٨/٢ .

وموضوع ضمان العقد مهم لكل فئات الناس وبالأخص التجار حتى لا يقعوا في الربا ، لذلك كان سيدنا عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - بفقهه العميق وفهمه الواسع لمقاصد الشريعة يحاول أن لا يدخل تاجراً سوق المسلمين إلا إذا كان عالماً بفقه المعاملات ، فكان رضي الله عنه يريد من التاجر المسلم الذي يدخل في سوق المسلمين ويتعامل معهم أن يكون عالماً بفقه المعاملات حتى لا يقع في الربا ، ثم بعد هذا يقول رضي الله عنه : «كنا نترك تسعة أعشار الحلال مخافة الربا»^(١).

وهذا مصداق قول الرسول ﷺ : «الحلال بين والحرام بين وبينهما أمور مشبهات ، فمن اتقى الشبهات استبرأ لدينه وعرضه ، ومن حام حول الحمى أوشك أن يقع فيه»^(٢).

وقد اخترت دراسة ضمان العقد في الفقه الإسلامي مقارناً مع القانون المدني ، لما في المقارنة من أهمية سواء اتفق الرأي القانوني مع الرأي الشرعي أو لم يتفق ، وتبدو هذه الأهمية في النقاط التالية:

أ - في حالة عدم الاتفاق يفيد ذلك في معرفة المخالفات الشرعية في القوانين الوضعية ، حتى ينظر في تعديلها أو استبدالها بحيث تصبح متفقة مع الشريعة.

ب - أما في حالة الاتفاق فالدراسة المقارنة مهمة كذلك ، وقد قدم المستشار طارق البشري بحثاً مهماً في مؤتمر عُقد في قطر بتاريخ ١٢/٢٦/١٩٩٥ م ، تحدث فيه بإسهاب عن هذا الأمر ، وهو يرى أن كثيراً من القوانين الوضعية الحالية تتفق في الحكم مع أحد الآراء الفقهية في مذهب من المذاهب ، وهو يرى إسناد الحكم القانوني إلى الرأي الفقهي الذي يتفق معه ، مما يجعل له أساساً فقهياً ويقطع صلته بمصدره الوضعي

(١) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه ، باب : طعام الأمراء وأكل الربا ، رقم (١٤٦٨٣) : ١٥٢/٨.

(٢) أخرجه البخاري ، كتاب : البيوع ، باب : الحلال بين والحرام بين وبينهما مشبهات ، رقم (١٩٤٦) : ٧٢٣/٢.

الأجنبي ، وهذا ما سيراه القارئ في هذه الرسالة إن شاء الله .

والحقيقة إن القانون الوضعي استفاد كثيراً من الفقه الإسلامي في وضع مواده ونظرياته ، وقد ذهب المرحوم عبد الله الحنين إلى أن القانون الأوربي استفاد من المذهب المالكي منذ سنة (٢٠٠) للهجرة ، يوم كان يُحكم به في أوروبا ، وكانت الأندلس منارة العلم ، وكانت أوروبا في جهالة عمياء ، فدخل الإسلام أوروبا وحكم أهلها وأسس فيها قواعده العادلة ، ووفد على الأندلس جميع سكان أوروبا يغترفون من نور العلم ، ورأى هذا الباحث أن القانون المدني الفرنسي ، وهو أصل القوانين التشريعية الوضعية ، مأخوذ من مذهب الإمام مالك بن أنس^(١) .

وقد يظن البعض أن في مقارنة الشريعة بالقانون قليلاً من شأن الشريعة ومصدرها الرباني ، وهذا من ضعف الثقة بالنفس ، والواقع خلاف ذلك ، فإن الدراسة المقارنة تجلّي من مزايا الشريعة ، ومن ثراء الفقه ما يجعلهما محل تقدير واحترام الجهات العلمية العالمية .

ثم إن الدراسة المقارنة لا يُنكر فائدتها للطالب والباحث والعالم والقاضي والمحامي ، فإنها تفتح الذهن وتنمي الملكة العقلية وتضع اليد على الآراء المتنوعة والبحوث الفقهية ، والأدلة المتباينة والحجج المتعارضة ، وأخيراً تمنحه السلاح القوي والحجة المقنعة والوقوف على الحق والتمسك به وعدم الحياد عنه مهما كانت الظروف والأسباب .

ولهذا أوصت ندوة عمداء وكليات الحقوق والقانون والشريعة في الجامعات العربية المنعقدة في جامعة بغداد في شهر آذار (١٤ - ٢٠) لعام ١٩٧٤ م أوصت بوجوب الاهتمام بالدراسات المقارنة سواء بين القوانين العربية أو بينها وبين الفقه الإسلامي ، باعتبارها من أهم أسس التوحيد القانوني في البلاد العربية^(٢) .

(١) ضمان العدوان ، د. محمد سراج ، ص ١٧ .

(٢) العقود المسماة ، د. محمد الزحيلي ، ص ٤ .

سبب اختيار البحث :

يمكن حصر أسباب اختيار البحث بالنقاط الآتية :

١ - إن موضوع ضمان العقد في الفقه الإسلامي والقانون المدني الوضعي مهم من الناحية الفقهية والقضائية ، لتزايد أعداد الحوادث والإصابات وتَعَقُّد الحياة الاجتماعية وكثرة مشاكلها ، وتنوع الأضرار المحتملة الوقوع .

٢ - ليست هذه الدراسة أول ما كتب مما يتصل بالموضوع ، بل سبق إلى ذلك علماء أفاضل بالكتابات التالية :

أ - أستاذنا الدكتور وهبة الزحيلي في كتابه : «نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة» ، عام ١٩٧٠ م .

ب - الأستاذ الشيخ علي الخفيف في مؤلفه : «الضمان في الفقه الإسلامي» عام ١٩٧١ م .

ج - الدكتور محمد فوزي فيض الله في كتابه «نظرية الضمان في الفقه الإسلامي» عام ١٩٨٣ م .

د - الدكتور محمد الشحات الجندي في كتابه : «ضمان العقد أو المسؤولية العقدية في الشريعة الإسلامية مقارناً بالقانون المدني» عام ١٩٩٠ م .

هـ - الشيخ مصطفى الزرقا في كتابه : «الفعل الضار والضمان فيه» عام ١٩٨٤ م .

هذه الكتب وغيرها قدم مؤلفوها جهداً كبيراً في إبراز الأحكام الفقهية ثم موقف القانون المدني ، لكن يلاحظ أن هذه الكتب بحثت في الضمان كنظرية تشمل كل أنواعه : ضمان العقد ، وضمان اليد ، وضمان الإتلاف ، أو ما يسمى في المصطلح القانوني : المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية . وكانت بعض الكتب تقتصر أحياناً على مذهب فقهي واحد وكانت الإشارة إلى القانون مختصرة أحياناً أخرى ، كما أن عدداً من هذه

الكتب التي بحثت في الموضوع لم تبحث في كل عقود الضمان ، فأجبت أن أتمم هذا العمل بعرض نظرية متكاملة حول ضمان العقد في الفقه الإسلامي مقارناً مع القانون المدني .

٣ - هناك تطبيقات كثيرة لموضوع ضمان العقد في معاملات المصارف الإسلامية ، بينتُ حكمها ومدى الاستفادة منها في بيوت التمويل الإسلامية وفي التطبيقات المصرفية الحديثة .

٤ - هذه الرسالة تعطي للمفتي والقاضي والمحامي الحلول لكثير من المشكلات ، والإجابة عن كثير من الأسئلة التي تواجههم .

خطة البحث :

تشتمل الرسالة على تمهيد وثلاثة أبواب :

أما التمهيد فيتضمن الكلام عن تعريف العقد ، وتعريف الضمان ، ومفهوم ضمان العقد ، ومشروعية الضمان ، والفرق بين ضمان العقد و ضمان اليد و ضمان الإلتلاف ، وأنواع من الضمان ذكرها الفقهاء .

ثم يأتي الباب الأول ، وتكلمت فيه عن الركن الأول للمسؤولية العقدية وهو : الخطأ العقدي في الفقه الإسلامي والقانون المدني . ويتضمن مقدمة وثلاثة فصول .

المقدمة تتحدث عن كيفية تحقق المسؤولية العقدية ، وأن لها ثلاثة أركان وهي :

الركن الأول : حصول خطأ في الإلتزام التعاقدي ، ويتضمن الكلام عن الإلتزام بتحقيق غاية والإلتزام ببذل عناية .

والركن الثاني : ترتب ضرر من جراء الخطأ التعاقدي .

والركن الثالث : علاقة السببية بين الخطأ والضرر .

أما الفصل الأول فتكلمت فيه عن الإلتزام بتحقيق غاية في الفقه الإسلامي والقانون المدني . وتضمن خمسة مباحث وهي على الترتيب :

- التزام البائع بضمان العيب .

- التزام البائع بنقل المبيع وتسليمه .
 - التزام البائع بضمان التعرض والاستحقاق .
 - التزام المؤجر بنقل منفعة العين المؤجرة .
 - التزام المؤجر بضمان التعرض وبضمان العيب .
- ثم يأتي الفصل الثاني ، وتكلمت فيه عن الالتزام ببذل عناية في الفقه الإسلامي والقانون المدني . وتضمن خمسة مباحث هي على الترتيب :
- التزام المستأجر بالمحافظة على العين المستأجرة .
 - التزام المودع عنده بالمحافظة على العين المودعة .
 - التزام المستعير بالمحافظة على العين المستعارة .
 - التزام المرتهن بالمحافظة على العين المرهونة .
 - التزام الوكيل بحسن إدارة أعمال الموكل .
- أما الفصل الثالث فخصصته لدراسة باقي عقود الضمان .
- ثم يأتي الباب الثاني ويتكلم عن الركن الثاني للمسؤولية العقدية وهو : الضرر في الفقه الإسلامي والقانون . ويتضمن ثلاثة فصول :
- الفصل الأول : يبحث في أنواع الضرر ، ويتضمن بحثين :
- الأول عن الضرر المادي ، والثاني عن الضرر الأدبي .
- أما الفصل الثاني : فيتكلم عن التعويض عن الضرر ، وفيه بحثان :
- الأول يقرر متى يُعوّض عن الضرر ، والثاني يتحدث عن ضمان المنافع .
- أما الفصل الثالث : فيتكلم عن الركن الثالث في المسؤولية العقدية وهو : علاقة السببية بين الخطأ والضرر ، وفيه خمسة مباحث هي على الترتيب :
- مفهوم السبب .

- السبب الأجنبي وأثره في الضمان .
- نظرية الحوادث الطارئة .
- بعض أشكال التسبب .
- التمييز بين يد الأمانة ويد الضمان .
- أما الباب الثالث فخصّص للكلام عن مسائل تتعلق بضمان العقد ، ويتضمن سبعة فصول وهي على الترتيب :
- الضمان في العقد الصحيح والباطل وبعد الفسخ .
- اشتراط التخفيف أو الإعفاء من المسؤولية التعاقدية .
- إثبات الخطأ التعاقدى .
- ضمان المناقصات .
- صيانة المديونيات من المماطلة .
- المسؤولية العقدية عن الأشياء .
- القواعد الفقهية المتعلقة بضمان العقود .
- ثم ختمت الرسالة بأهم النتائج والمقترحات .

منهج البحث :

منهجي في البحث يكون بعرض الأحكام الفقهية أولاً مُفَصَّلة عند المذاهب الفقهية الأربعة (الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة) مبيناً حالات الاتفاق والاختلاف بينها ، مع بيان دليل المذهب ووجه الاستدلال المستنبط من الدليل ، بعد ذلك إن تمكنت من الترجيح حسب وجهة نظري رجحت .

وقد كان الاعتماد في كل ذلك على الكتب الفقهية القديمة ، بنقل النص الفقهي المتعلق بالمسألة أحياناً ، وعند الاتفاق على المسألة قد أنقل نصاً لمذهب واحد وأشير بكلمة انظر: للمراجع الفقهية المتعلقة بكل مذهب . وفي بعض الأحيان أستعين بالكتب الفقهية المعاصرة لتوضيح المعنى

للقارئ ، أو لبيان مسألة جديدة لم ينص عليها الفقهاء ، أو للإشارة للكتب المعاصرة التي بحثت الفكرة .

وأيضاً قد أستعين بكتب تفسير القرآن الكريم وكتب شرح الأحاديث النبوية وكتب أصول الفقه لزيادة الاستدلال ولتأييد الحكم الفقهي .

وبعد بيان الحكم الفقهي أبينُ رأيي القانون مقتصراً على القانون المدني المصري المعمول به حالياً في مصر والقانون المدني السوري المعمول به حالياً في سورية والمستمد من القانون المصري مع الاختلاف في رقم المواد فقط .

وكان الاعتماد لبيان رأي القانون على نص القانون الأصلي مع بعض شروحه ، ومن ثم على الكتب القانونية البحتة والكتب التي قارنت بين أحكام الشريعة الإسلامية والقانون المدني . وقد يكون هناك بعض الاختصار في عرض أحكام القانون خشية الإطالة أو لوضوح الحكم في الفقه الإسلامي بسبب أن القانون استمد الحكم منه .

ثم في أغلب المسائل أقارن بين أحكام الفقه الإسلامي والقانون المدني ، مبيناً الراجح وأسباب الترجيح منها وكيف استمد القانون الحكم من الفقه الإسلامي أو من مذهب معين مع بيان ذلك المذهب ، وأيضاً كيف سبق الفقه الإسلامي التفكير القانوني في معظم أحكام هذا الموضوع .

وقد اعتمدت المنهج الذي سار عليه علماء القانون في عرضهم لمسألة ضمان العقد ، لبيان أن الفقه الإسلامي يتسع لهذا المنهج خلافاً لمن ينكر ذلك من بعض كتاب القانون المدني .

وأخيراً أسجل شكري الخالص لأستاذنا الدكتور وهبة الزحيلي - حفظه الله - الذي تكرم بقبول الإشراف على هذه الرسالة ، على الرغم من كثرة أشغاله ، وقلة فراغه ، سائلاً الباري سبحانه أن يمدد في عمره وأن ينفع بعلمه وفقهه جميع المسلمين ، فجزاه الله كل خير .

كما وأشكر أخي الدكتور صالح العلي حفظه الله الذي أفادني كثيراً بملاحظاته الدقيقة وخاصة العلمية منها .

وفي الختام أسأل الله العليّ القدير أن يمن عليّ بقبول هذا العمل المتواضع ، وأن يجعله خالصاً لوجهه الكريم ، وأن يثقل به ميزان حسناتي يوم القيامة ، يوم لا ينفع إلا العمل الصالح والخالص لله تعالى ، وأن يجنبني حظوظ نفسي من كبر ورياء بأن يجعلني متواضعاً له سبحانه ولعباده المؤمنين ، اللهم إني أسألك حسن الختام عند انتهاء الأجل آمين .

والحمد لله رب العالمين

* * *

تہذیب

تعريف العقد

لغةً: كلمة العقد مأخوذة من (عقد) وله معنيان :

الأول: الجمع بين الأجزاء جمعاً خاصاً. فيقال: عَقَدْتُ الحبل إذا جُمعت أجزاؤه جمعاً خاصاً. ويُطلق على المعقود مجازاً. وهو تلك الأجزاء المجموعة من تسمية المفعول بالمصدر^(١).

وهذا الجمع بين الأجزاء أو الأطراف قد يكون ربطاً بسيطاً أو معنوياً من جانب واحد أو من جانبين. جاء في المصباح المنير: «عقدت الحبل عقداً والعقدة ما يمسكه ويوثقه ومنه قيل: عقدت البيع وعقدت اليمين»^(٢).

وجاء في المعجم الوسيط: «عَقَدَ طرفي الحبل ونحوه أي: وصل أحدهما بالآخر بعقدة تمسكُهُما فأحكم وصلهما. وعَقَدَ العهد واليمين والعهد: أَكَّده. والعَقْد: اتفاق بين طرفين يلتزم بمقتضاه كل منهما تنفيذ ما اتفقا عليه ، كعقد البيع والزواج»^(٣).

(١) لسان العرب ، ابن منظور: ٢٩٦/٣.

(٢) المصباح المنير ، أحمد الفيومي ، ص ١٦٠. مختار الصحاح ، الرازي: ١٨٦/١.

(٣) المعجم الوسيط ، ص ٦٣٦.

وهذا المعنى يدل على بناء العقد الشرعي ، وهو رَبطُ أجزاء العقد بالإيجاب والقبول الدَّالِّين على اجتماع الرايين على موضوع واحد.

الثاني: إحكام الشيء وتقويته ، لأن العقد في اللغة الشَّد.

وهذا المعنى يدل على إلزام العقد وتنفيذه ، قال الجصاص - رحمه الله -: «العقد إذا كان في أصل اللغة الشد ثم نُقِلَ إلى الإيمان والعقود وعقود المبيعات ونحوها فإنما يريد به إلزام الوفاء بما ذكره وإيجابه عليه»^(١).

والعقد بهذا المعنى ذو مفهوم واسع ، لأنه يشمل ما عقده المرء على نفسه ، من بيع وشراء وإجارة وكِراءٍ ومناكحة وطلاق ، ومزارعة ومصالحة وتمليك وتخيير وعتق وتدبير ، وغير ذلك من الأمور ، ما كان ذلك غير خارج عن الشريعة. وكذلك ما عقده على نفسه الله من الطاعات كالحج والصيام والاعتكاف والقيام والنذر ، وما أشبه ذلك من طاعات ملة الإسلام ، وأما نذر المباح فلا يلزم بإجماع من الأمة^(٢).

تعريف الفقهاء للعقد:

عرف الحنفية العقد بأنه: «ارتباط أجزاء التصرف الشرعي بالإيجاب والقبول»^(٣).

وتشرح المجلة العدلية أجزاء التصرف الشرعي بالآتي: «العقد: ارتباط الإيجاب بالقبول»^(٤) على وجه مشروع يثبت أثره في محله. فإذا قلت:

(١) أحكام القرآن ، أبو بكر الجصاص: ٢٨٥/٣.

(٢) الجامع لأحكام القرآن ، القرطبي: ٣٢/٦. ضمان العقد أو المسؤولية العقدية في الشريعة الإسلامية مقارناً بالقانوني المدني ، د. محمد الشحات الجندي ، ص ٢٦.

(٣) رد المحتار ، ابن عابدين: ٢٦٢/٢.

(٤) الإيجاب: لغة: الإثبات ، وشرعاً عند الحنفية: هو الكلام الصادر من أحد =

زوجت ، وقال الآخر قبلت ، وُجد معنى شرعي هو النكاح ويترتب عليه حكم شرعي وهو ملك المتعة^(١).

ويمتاز هذا التعريف بوجازته حيث أغفل فيه ذكر المتعاقدين لأنه من لوازم الإيجاب والقبول.

تحليل التعريف:

١ - الارتباط يعني (الصيغة) أي انعقاد العقد.

٢ - يجب أن يصدر العقد من إرادتين وهما الإيجاب والقبول. وهذا المعنى هو المعنى الخاص وهو المعنى الغالب الشائع في عبارات الفقهاء^(٢).

وهذا الذي سأدرسه في هذه الرسالة إن شاء الله تعالى.

ويؤخذ على هذا التعريف أنه قصر العقد على وجود إرادتين في حين أن هناك نوعاً من العقود ينعقد بإرادة واحدة كالوقف والإبراء والطلاق واليمين ، لذلك فإن فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة عرفوا العقد بأنه: «كل ما عزم المرء على فعله سواء صدر بإرادة منفردة كالوقف والإبراء والطلاق واليمين ، أم احتاج إلى إرادتين في إنشائه كالبيع والإيجار والتوكيل...»^(٣). فالعقد بهذا المعنى يتنظم جميع الالتزامات الشرعية. وهذا يرادف كلمة الالتزام وهو المعنى العام للعقد كما سيأتي.

= المتعاقدين أولاً ، والقبول: هو اللفظ الصادر ثانياً من أحدهما ، المادة (١٠١) ، (١٠٢) من المجلة العدلية. حاشية ابن عابدين: ٧٠٦/٤. وعند الجمهور: الإيجاب هو: ما صدر ممن يكون منه التملك وإن جاء متأخراً ، والقبول: هو ما صدر ممن يصير له الملك ، وإن صدر أولاً. حاشية الدسوقي: ٣/٣. مغني المحتاج ، الشرييني الخطيب: ٤/٢ ، ٥. كشف القناع ، البهوتي: ١٤٦/٣. (١) المجلة العدلية: ٢٩/١.

(٢) رد المحتار ، ابن عابدين: ٢٦٢/٢.

(٣) قواعد الفقه ، البركتي ، ص ٣٨٣. أصول السرخسي: ١٩٨/١.

ويؤخذ على هذا التعريف أيضاً أنه قصر الصيغة المنشئة للعقد على «الكلام» في حين أن «الصيغة» قد تكون من وسائل التعبير عن الإرادة من الكتابة أو الإشارة أو المبادلة الفعلية الدالة على التراضي «التعاطي» فالتعريف غير جامع.

ويمكن أن يُقال: قد نص التعريف على ما هو الأصل في عنصر التعبير عن الإرادة الباطنة أو الأكثر وقوعاً ولهذا يمكن أن يُضاف إلى التعريف السابق عبارة: أو ما يقوم مقامه.

٣ - يجب أن تتوافق الإرادتان على أمر معين فلو أراد أحدهما البيع والآخر الاستئجار لا يثبت العقد.

٤ - يجب أن يكون العقد على وجه مشروع ، وهو المقصود بقولهم «التصرف الشرعي» ، أما الاتفاق على أمر غير مشروع ، كالاتفاق على بيع الخمر ، أو على قتل فلان ، أو سرقة ماله ، فلا ينعقد به العقد لما في ذلك من تعاون على الإثم والعدوان وفي هذا الصدد يقول الشاطبي - رحمه الله تعالى - : «قَصْدُ الشَّارِعِ مِنَ الْمُكَلَّفِ أَنْ يَكُونَ قَصْدُهُ فِي الْعَمَلِ مُوَافِقاً لِقَصْدِ اللَّهِ فِي التَّشْرِيعِ»^(١). والسبب في ذلك قوله: «من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له ، فقد ناقض الشريعة ، ومن ناقضها فعمله في المناقضة باطل ، فما يؤدي إليها باطل»^(٢).

التعريف الراجح للعقد:

بعد الكلام عن تعريف العقد لغة وشرعاً ، أرى أن يُعرَّف العقد بأنه : ارتباط على وجه مشروع ، يثبت أثره في المعقود عليه ، سواء كان هذا الارتباط ناشئاً عن توافق إرادتين (الإيجاب والقبول) أو إرادة واحدة ، والله أعلم.

(١) الموافقات ، الشاطبي : ٢٥١ / ٢ .

(٢) المرجع السابق : ٢٥٢ / ٢ .

ويقترح الدكتور حمزة حمزة - حفظه الله - التعريف الآتي للعقد: «ارتباط الإيجاب بالقبول على وجه يثبت أثره في المعقود عليه شرعاً» فقد استبدل بكلمة المحل المعقود عليه ، لأن لكلمة المحل دلالة مزدوجة إذ تدل على الغرض والهدف وتدل أيضاً على المعقود عليه وهو عيب في الاصطلاح^(١).

تعريف القانون للعقد:

يعرف القانون العقد بأنه: «توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني من إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه»^(٢).

تحليل التعريف:

يتبين من تعريف القانون للعقد أن قوامه أمران: الأول: توافق إرادتين أو أكثر. والثاني: أن يكون هذا التوافق بغية إحداث أثر قانوني.

١ - يجب أن يكون هناك توافق إرادتين. فلو أراد أحد الطرفين البيع وأراد الآخر الإيجار فلا ينعقد العقد.

٢ - يجب أن تتجه إرادة الطرفين في توافقهما هذا إلى إحداث أثر قانوني ، أما أعمال المجاملات فلا تُنشئ عقوداً ، فلو أن شخصاً دعا صديقاً إلى وليمة أو حفل زفاف فقبل الصديق الدعوة فلا يقوم بينهما عقد في هذه الحالة^(٣).

تعريف العقد بين الفقه والقانون:

١ - تعريف القانون للعقد وإن كان واضحاً سهلاً لكنه يعرف العقد

(١) نظرية العقد ، د. حمزة حمزة ، ص ٨ ، ٩.

(٢) نظرية العقد ، عبد المنعم فرج الصدة ، ص ٥١. الوسيط ، السنهوري ، ص ١٣٨. الالتزام ، فريد عقل ، ص ٢٧. تاريخ الفقه الإسلامي ، بدران ، ص ٢٦٤.

(٣) نظرية العقد ، عبد المنعم الصدة ، ص ٥١.

بواقعة المادية وهي الاتفاق أو تلاقي الإرادتين ، إلا أن تعريف الفقهاء أدق لأنه يعرف العقد بواقعة الشرعية ، ولأن العقد ليس هو اتفاقاً بين الإرادتين ذاته ، وإنما هو الارتباط الذي يقره الشرع ، فقد يحدث الاتفاق بين الإرادتين ، ويكون العقد باطلاً لعدم توافر الشروط المطلوبة شرعاً ، وهذا ما تُشعر به كلمة «الارتباط» وتؤكدته عبارة «على وجه مشروع» .

فالتعريف القانوني يشمل العقد الباطل لأن فيه اتفاق إرادتين وإن لم يحصل فيه ارتباط ، وهذا لا يجوز .

٢ - ثم إن مجرد توافق الإرادتين دون وساطة للتعبير عنهما من كلام أو إشارة أو فعل لا يدل على وجود العقد ، وتظل الإرادة حينئذٍ أمراً خفياً غير معروف ، وبذلك يشمل التعريف القانوني الوعد بالعقد مع أنه ليس بعقد^(١) .

٣ - كما يُلاحظ أن نطاق العقد في الفقه الإسلامي يتسع عنه في النظر القانوني ، إذ يندرج في مفهومه الاتفاقات المالية وغير المالية فكما أن البيع والإجارة والشركة وغيرها عقد ، فإن الزواج وما يرتبط به من حقوق الأسرة يُعد عقداً ، وهو صريح نص القرآن في قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا عَهْدَ الْيَتَامَى حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكَفْلُ أَجَلَهُ ﴾ [البقرة: ٢٣٥] .

وهذا ما يخالف فيه بعض شراح القانون ، حيث يذهب إلى أن الاتفاقات التي تتم في دائرة علاقات الأسرة ، لا يجوز أن تعد عقداً ، كالاتفاق على الزواج ، وحجتهم في ذلك أن القانون - وليست إرادة الطرفين - هو الذي ينظم هذه الاتفاقات ، فضلاً عن أن الحقوق الناشئة عنها غير مالية ، بينما يقتصر العقد في تصورهم على ما يتعلق بالحقوق المالية^(٢) .

(١) تاريخ الفقه الإسلامي ، بدران بدران ، ص ٣٦٤ . القانون المدني السوري ، مصطفى الزرقا ، ص ٢٣ .

(٢) ضمان العقد أو المسؤولية العقدية ، د. محمد الشحات الجندي ، ص ٢٨ .

ما استفاده القانون من الفقه الإسلامي في تعريف العقد:

بالنظر إلى الشريعة الإسلامية نجد أن نزعتها نزعة موضوعية ، فإنه وإن كانت العبرة فيها بالمعاني دون الألفاظ ، إلا أن المعاني التي تقف عندها هي التي تستخلص من الألفاظ ، لا من النيات المستكنة في الضمير ، بدليل ما روي أن النبي ﷺ قال: «أمرت أن أحكم بالظاهر والله تعالى يتولى السرائر»^(١).

فالعبرة في الفقه الإسلامي بالإرادة الظاهرة لا بالإرادة الباطنة عند جماعة من الفقهاء وهم الحنفية والشافعية^(٢) ، وذلك حفظاً لثبات التعامل واستقراره ، وهذا ما يعبر عنه الفقه بتعريفه للعقد - كما مر - بأنه: «ارتباط الإيجاب بالقبول...» وقد اقتفى القانون المدني أثر الشريعة الإسلامية في نزعتها المادية في تعريفه للعقد حيث أخذ بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة. فقد نصت المادة (٨٩) من القانون المدني المصري يقابلها مادة (٩٢) مدني سوري على الآتي: «يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين ، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد»^(٣).

(١) لا وجود لهذا الحديث في كتب الحديث المشهورة ولا الأجزاء المثورة وجزم الحافظ العراقي وغيره بأنه لا أصل له. ولكن جاء في شرح مسلم للنووي في قوله ﷺ: «إني لم أؤمر أن أنقب عن قلوب الناس ولا أشق بطونهم ما نصه معناه: إني أمرت بالحكم بالظاهر والله يتولى السرائر كما قال ﷺ». شرح النووي على صحيح مسلم: ١٦٣/٧. كشف الخفاء: ٢٢٢/١.

(٢) البحر الرائق ، ابن نجيم: ٢٣٠/٨. الأم ، الشافعي: ٧٤/٣. بينما المالكية والحنابلة يعتدون بالبائع والإرادة الباطنة. انظر: مواهب الجليل ، الحطاب: ٢٥٣/٤. كشاف القناع ، البهوتي: ١٨١/٣ ، ١٨٢.

(٣) الشريعة الإسلامية والقانون المدني المصري ، عبد الستار آدم ، ص ٨٢. النظرية العامة للالتزام ، د. عبد الحي حجازي ، ص ٢٥٥. القانون المدني السوري ، ص ٢١.

الفرق بين العقد والالتزام:

مما سبق يتبين أن العقد هو: ما صدر من طرفين بارتباط إيجاب أحدهما بقبول الآخر. وهذا هو المعنى الخاص السائد عند بعض الفقهاء ومنهم الحنفية وعند القانونيين.

وهناك معنى عام للعقد بمعنى التصرف يُقصد به: كل تصرف يُعبر عنه بالقول أو ما يقوم مقامه سواء أكان قَوامه إرادة منفردة تنشئ التزاماً كالوقف واليمين والنذر ، أم كان قوامه ارتباط إيجاب بقبول لإحداث أثر شرعي ، فالعقد بالمعنى العام يتتظم جميع الالتزامات الشرعية. وهذا المعنى أقرب إلى المعنى اللغوي ، حتى إن اليمين على المستقبل يسمى عقداً ، لأن الحالف قد ألزم نفسه الوفاء بما حلف عليه من فعل أو ترك. وكذلك النذر والتزام القربة ، والعهد والأمان^(١).

وهذا المعنى أخذ به جمهور فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة.

أما الالتزام: فهو يطابق العقد بمعناه العام وبهذا المعنى يكون أعم من العقد بالمعنى الخاص ، ويكون كل عقد التزاماً وليس كل التزام عقداً.

على أن بعض الفقهاء يطلق الالتزام على التصرف بإرادة منفردة ، فيكون مقابلاً للعقد بالمعنى الخاص^(٢).

أما القانون فيعرّف الالتزام بأنه: كون الشخص مكلفاً تجاه آخر بعمل ذي قيمة لمصلحته ، أو بامتناع عن عمل مناف لمصلحته^(٣). أو هو كما عرفه العلامة السنهاوري: حالة قانونية يرتبط بمقتضاها شخص بنقل حق عيني ، أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل^(٤).

(١) المعاملات المالية المعاصرة ، د. وهبة الزحيلي ، ص ٢٣ .

(٢) النظريات الفقهية ، د. فتحي الدريني ، ص ٢٦٥ ، ٢٦٦ .

(٣) الالتزام ، فريد عقيل ، ص ٨ .

(٤) نظرية الالتزام ، أحمد حشمت أبو ستيت ، ص ٢١ .

وبهذا يتفق الفقه الإسلامي والقانوني المدني على كون الالتزام أعم من المفهوم الاصطلاحي الخاص للعقد. إذ يشمل الالتزام التصرفات الفردية التي تنشأ التزاماً. ويشمل الارتباط الإيجاب والقبول لإحداث أثر شرعي.

* * *

تعريف الضمان

لغة: فعل «ضَمِنَ» في اللغة يدل على الكفالة والتفريم.

١ - الكفالة:

جاء في لسان العرب: «ضمن الشيء وبه ضمناً كَفَلَ له ، وضَمَّنَه إياه: كَفَّلَه . وفلان ضامن وضمين: كافل وكفيل»^(١) وهذا المعنى ورد في تفسير قوله تعالى: ﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾ [آل عمران: ٧] . أي ضمن القيام بها^(٢).

٢ - الالتزام:

ضمن المال التزمه ويتعدى إلى مفعولين ، تقول: ضَمَّنْتُ المال أي: ألزمته به^(٣).

٣ - التفريم:

جاء في القاموس المحيط: «أن قولك ضَمَّنْتُ الشيء تَضَمُّناً فَتَضَمَّنَهُ عني بمعنى: غَرَمْتَهُ فَالْتَزَمَهُ»^(٤).

وقد وردت هذه الكلمة في السنة النبوية بهذا المعنى في مواطن كثيرة.

(١) لسان العرب ، ابن منظور: ٢٥٧/١٣ . وانظر: تهذيب الأسماء واللغات ، النووي: ١٨٣/٢ .

(٢) الجامع لأحكام القرآن ، القرطبي: ٧٠/٤ .

(٣) المعجم الوسيط ، ص ٥٦٥ .

(٤) القاموس المحيط ، الفيروز آبادي ، ص ١٢١٢ .

من ذلك قوله ﷺ: «الخراج بالضمان»^(١). وقوله: «من تطبّب وهو لا يعلم منه طب فهو ضامن»^(٢).

وهناك معان أخرى للضمان في اللغة فقد جاء في المعجم الوسيط:
«ضمن الشيء جزم بصلاحيته وخلوه مما يعيبه»^(٣) والضمان هو: جعل الشيء في شيء يحويه ، ولذلك كل شيء جعلته في وعاء فقد ضمته إياه. والكفالة تسمى ضماناً بهذا المعنى ، كأنه إذا ضمنه فقد استوعب ذمته^(٤).

وكل المعاني التي ذكرت للضمان تصب في معنى الكفالة والالتزام بمعنى شغل الذمة بحق لآخر وهو يطابق لحد كبير التعريف الاصطلاحي للضمان كما سألينه في الفقرة التالية.

تعريف الضمان في اصطلاح الأصوليين والفقهائ:

يختلف الفقهاء والأصوليون في تحديد معنى الضمان على عدة معان:

المعنى الأول: الالتزام بالتعويض عن الضرر أو شغل الذمة بحق أوجب

(١) أخرجه الترمذي ، كتاب: البيوع ، باب: ما جاء فيمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد به عيباً ، ، رقم (١٢٨٥): ٥٨١/٣. وقال: حسن صحيح غريب. والنسائي ، كتاب: البيوع ، باب: الخراج بالضمان ، رقم (٦٠٨١): ١١/٤. وأبو داود ، كتاب البيوع ، باب: فيمن اشترى عبداً فاستعمله ثم وجد به عيباً ، رقم (٣٥٠٨): ٢٨٤/٣. وابن ماجه ، كتاب: التجارات ، باب: الخراج بالضمان ، رقم (٢٢٤٣) : ٧٥٤/٢. وأحمد ، باقي مسند الأنصار ، حديث السيدة عائشة ، رقم (٢٤٢٧٠): ٤٩/٦. قال في تلخيص الحبير: «صححه ابن قطان ، وقال ابن حزم: لا يصح»: ٢٢/٣.

(٢) أخرجه ابن ماجه ، كتاب: الطب ، باب: من تطبّب ولم يعلم منه طب ، رقم (٣٤٦٦): ١١٤٨/٢. والنسائي ، كتاب: القسامة ، باب: تضمين المتطبّب ، رقم (٧٠٦٨): ٢٤٨/٤. وأبو داود ، كتاب: الديات ، باب: فيمن تطبّب بغير علم فأعنت ، رقم (٤٥٨٦): ١٩٥/٤. والحديث صححه الحاكم في مستدركه: ٢٣٦/٤.

(٣) المعجم الوسيط: ٥٦٥.

(٤) لسان العرب ، ابن منظور: ٢٥٨/١٣. معجم مقاييس اللغة ، ابن فارس: ٣٧٢/٣.

الشرع الوفاء به لسبب من الأسباب التي تُنشئه. وإلى هذا مآل الحنفية في تعريفهم للضمان ، فقد جاء في المادة (٤١٦) من مجلة الأحكام العدلية أن: «الضمان: هو إعطاء مثل الشيء إن كان من المثليات ، وقيمته إن كان من القيميات».

وبهذا المعنى عرفه الشوكاني في نيل الأوطار فقال: «الضمان عبارة عن غرامة التالف»^(١).

وهذا المعنى كما يتحقق في ضمان التصرفات الفعلية غير المشروعة ، فيما يتعلق بالأموال ، يتحقق كذلك في ضمان العقود. غير أنه فيما يتعلق بضمان العقود ، كشغل ذمة البائع بمثل أو قيمة المبيع الهالك في يده قبل تسليمه ، إنما هو أثر لازم لحكم العقد من وجود التسليم عند أداء المشتري الثمن وليس أثراً مباشراً للعقد ، كذلك ضمان الوديعة مثل أو قيمة العين المودعة ، أثراً لحكم عقد الوديعة من التزامه بالمحافظة عليها إذا هلكت بتقصير منه أو تعد ، وعلى هذا كان الضمان في جانبه المدني لا الجنائي عند الفقهاء على نوعين:

أ - ضمان الإنلاف.

ب - ضمان العقد^(٢).

المعنى الثاني: استعمل فقهاء الشافعية والمالكية والحنابلة مفهوم الضمان على أنه الكفالة. فقال الشافعية: «الضمان: هو التزام حق ثابت في ذمة الغير أو إحضار من هو عليه أو عين مضمونه» وبعبارة مختصرة: «إنه التزم دين أو إحضار عين أو بدن»^(٣).

وقال المالكية: «الضمان: شغل ذمة أخرى بالحق»^(٤).

وقال الحنابلة: «ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام حق

(١) نيل الأوطار ، الشوكاني: ٤١/٦.

(٢) النظريات الفقهية ، د. فتحي الدريني ، ص ١٩٥.

(٣) الإقناع ، الشرييني الخطيب: ٢/٢١٣. مغني المحتاج ، الشرييني الخطيب: ٢/٢٦٩.

(٤) الشرح الكبير ، أحمد الدردير: ٣/٣٢٩.

فيثبت في ذمتها جميعاً ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما»^(١).

وقد ورد هذا المعنى للضمان في السنة النبوية ، فقد روى سلمة بن الأكوع - رضي الله عنه - : «أن النبي ﷺ أتى بجنازة ليصلي عليها فقال: هل عليه من دين؟ قالوا: لا ، فصلى عليه . ثم أتى بجنازة أخرى فقال: هل عليه من دين؟ قالوا: نعم ، قال: صلوا على صاحبكم . قال أبو قتادة: علي دينه يا رسول الله فصلى عليه»^(٢).

من هذه التعاريف يتبين أن الكفالة تشمل الكفالة بالمال والنفس وهذا المعنى للضمان خارج عن نطاق البحث ، وإنما سأبحث في الضمان بمعنى الالتزام بالتعويض عن الضرر.

ومن التعريفات الحديثة للضمان تعريف الشيخ مصطفى الزرقا - رحمه الله - فيقول: «الضمان: التزام بتعويض مالي عن ضرر الغير»^(٣). وهو من أوجز التعاريف.

أما الشيخ علي الخفيف - رحمه الله - فيعرفه بأنه: «شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل ، والمراد ثبوته فيها (أي: الذمة) مطلوباً أداؤه شرعاً عند تحقق شرط أدائه»^(٤). وفيه زيادة على التعريف السابق أنه ذكر المال والعمل.

وأنقلُ لتعريف أستاذنا الدكتور وهبة الزحيلي - حفظه الله - فالضمان عنده: «التزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال أو ضياع المنافع أو عن الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية»^(٥). وقد ذكر التعريف التعويض وفيه كلمة عامة تشمل كل أنواع التعويض من مال وعمل

(١) المغني ، ابن قدامة: ٣٨١/٤.

(٢) أخرجه البخاري ، كتاب: الحوالات ، باب: من تكفل عن ميت ديناً فليس له أن يرجع ، رقم (٢١٧٣): ٨٠٣/٢.

(٣) الفعل الضار ، مصطفى الزرقا ، ص ٦٢.

(٤) الضمان في الفقه الإسلامي ، علي الخفيف ، ص ٥.

(٥) نظرية الضمان ، د. وهبة الزحيلي ، ص ١٥.

وغيرها مما يستجد مع الأيام من أشكاله .

وهذه التعاريف قريبة من تعريف الشوكاني لأنها تشترك في إطلاق الضرر وسببه الموجب للتعويض . وبهذا الإطلاق يشمل الضمان ما وجب في الذمة رفعاً للضرر الناشئ بمخالفة العقد أو ارتكاب فعل أو ترك حرّمه الشارع في ذاته أو باعتبار ما يؤول إليه من مفسد^(١) .

وأنتهي إلى تعريف الدكتور محمد سراج - حفظه الله - الذي استخلصه من كل التعاريف السابقة مع ما عليها من ملاحظات فيقول: «والتعريف الذي استخلصه من هذه الملاحظات السابقة وأجده أوفق لمقصود هذا البحث وأوضح في الدلالة عليه من غيره أن الضمان هو: شغل الذمة بحق مالي أوجب الشارع أداءه جبراً لضرر لحق بالغير في ماله أو بدنه أو شعوره ، سواء نشأ هذا الضرر بمخالفة العقد أو شرط من شروطه أو بارتكاب فعل أو ترك حرّمه الشارع ذاتاً أو مآلاً»^(٢) .

وقد ذكر الدكتور محمد سراج ما يتضمنه هذا التعريف ، وسأبينه مع بعض الاختصار فيقول:

أ - محل الواجب بالضمان هو الذمة ، ولا يسقط هذا الواجب إلا بأدائه أو الإبراء منه ممن له حق الإبراء . . . والذمة في اللغة: العهد ، وفي عُرف الفقهاء: وصف يصير به الإنسان أهلاً لما لَهُ أو عليه ، وأهل الذمة هم المعاهدون الذين أصبحوا بحكم معاهدتهم أهلاً لثبوت الحقوق والواجبات . ويعكس اكتشاف الفقهاء لهذا الوصف قدرتهم على التخيل وإحاطتهم بما تمليه الصناعة الفنية للعمل التشريعي ، فقد أمكنهم بهذا الاكتشاف المبكر أن يقيموا المسؤولية ومباحث الأهلية على أسس واضحة .

ب - يختلف الواجب بالضمان عن العقوبة في طبيعته والمقصود منه ، إذ الواجب بالضمان إنما شرع رعاية لحقوق العباد على حين شرعت العقوبة

(١) ضمان العدوان ، د. محمد سراج ، ص ٦٠ .

(٢) المرجع السابق ، ص ٦١ .

في مقابلة التعدي على حقوق الله عز وجل ، وقد شرع الواجب في الضمان جبراً للضرر الواقع على الفرد بينما شرعت العقوبة للزجر عن الجنائية .

ج - سبب الضمان هو التعدي بارتكاب فعل محظور شرعاً أو ترك أداء واجب من الواجبات .

د - يشترط في التعدي الموجب للضمان أن ينشأ عنه ضرر .

هـ - يشترط قيام علاقة السببية بين التعدي والضرر ، أما لو أضيف الضرر إلى سبب آخر غير فعل المتعدي فلا يجب عليه الضمان ، ولذا لو ألقى شخص غيره في ماء ضحل فامتنع عن الخروج منه مع قدرته عليه حتى مات لم ينسب الموت إلى فعل المتعدي بالإلقاء .

و - عموم الضرر الذي قصد الشارع إلى جبره وعدم اختصاص الضرر المقصود رفعه بنوع منه دون آخر ، إلا إذا كان من التفاهة بحيث لا يُعدّ ضرراً في عرف الناس ، دليله إطلاق قوله ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار في الإسلام »^(١) .

ز - يجري تقدير التعويض الواجب بالتعدي بقدر الضرر^(٢) .

مقاصد الضمان :

حدّد القرافي والعز بن عبد السلام والكاساني ، وغيرهم مقصد الشارع من وضع حكم الضمان وشرعه برفع الضرر وجبره ، وهم يعدونه من الجوابر التي شرعت في مقابل الزواجر .

وإذ كانت الأموال لا تُجبر إلا بجابر مالي فقد ناسبه تقدير الواجب في الضمان بالأموال . والواجب عموماً هو رد المثل أو القيمة أو الديات والأروش^(٣) أو حكومة العدل . وبهذا اعتبر الفقهاء أن جلب مافات من

(١) الحديث سبق تخريجه ، ص ٨ .

(٢) ضمان العدوان ، د . محمد سراج ، ص ٦١ ، ٦٢ ، ٦٣ .

(٣) الأرش : هو العوض المالي الذي يقدر شرعاً ، ويجب على الجاني في غير النفس والأعضاء ، فإذا كان العوض في النفس أو العضو فيسمى دية ، والأرش مأخوذ من التأريش أي : الخصومة ، فسمي نقص السلعة أرشاً لكونه سبباً للخصومة . تحرير ألفاظ التنبيه ، النووي ، ص ١٧٨ .

المصالح وجبر ما فات منها بالجوابر المالية هو المقصد الأساسي للضمان، وهو الذي يفرقه عن العقوبة، لأن المقصد الأساسي منها هو الردع والزجر^(١).
بين الضمان والعقوبة^(٢):

يشارك الضمان والعقوبة بما يأتي:

- ١ - في السبب الموجب لهما ، وهو التعدي بمخالفة أحكام الشرع الملزمة في السلوك ، وارتكاب المحظورات الشرعية التي نهى الله عز وجل عنها وتوعد على فعلها بالمجازاة والمؤاخذه والمساءلة.
- ٢ - ويشتركان في القصد إلى الحث على عدم التعدي ، بزجر المتعدي ، ورفع أثر عدوانه ، وتحميله الضرر الناشئ عن فعله .
ويختلفان بما يأتي:

- ١ - شُرعت العقوبات لزجر الجناة عما يرتكبونه من محظورات شرعية زجر الله عز وجل عن فعلها بحد أو قصاص أو تعزير . . . أما الضمان فقد شُرِع لجبر الضرر الناشئ عن التعدي وإن أفاد الزجر ، وبهذا فإن الأفعال الموجبة للضمان ليست محددة تحديد الأفعال الموجبة للعقوبة.
- ٢ - الفعل الموجب للضمان قد لا يكون جريمة ، ولهذا لا تشترط فيه النية أو القصد إلى إيقاعه ، ويترتب على ذلك الحكم بضمان الصغير والمعتوه والمجنون والمخطيء والناسي والنائم والمهمل وغيرهم ممن لا يقصدون إيقاع الفعل أو إحداث الضرر .
أما الجريمة فإنها لا تنشأ إلا بقيام ركنها المعنوي وهو القصد إلى الفعل واتجاه النية إلى نتيجته .

- ٣ - طبيعة الحق المُعتدى عليه في الضمان مختلفة عنه في الجرائم ، فالعدوان الموجب للضمان متجه إلى حقوق الأفراد أو حقوق العباد في الاصطلاح الفقهي في حين أن العدوان في الجرائم على حقوق الله عز وجل^(٣).

(١) قواعد الأحكام ، العز بن عبد السلام ، ص ١٥٠ . أصول السرخسي: ٢/٢٩٥ .

(٢) ضمان العدوان ، د. محمد سراج . ص ٦٧ وما بعدها .

(٣) حق الله تعالى ما يتعلق به النفع العام للعالم فلا يختص به أحد ، وينسب إلى الله =

٤ - يترتب على تعلق الضمان بحقوق العباد أنه لا حق للإمام في العفو عن المعتدي ، على حين أعطته الشريعة هذا الحق بالنسبة لجرائم التعزير .

٥ - الحق في رفع دعوى الضمان للمتضرر ، بخلاف الدعوى الجنائية التي تعد من دعاوى الحبة في الشريعة ، والتي يحق لأي مسلم تحريكها ورفعها إلا في دعوى القذف ، فإن المقدوف أو ورثته هم الذي يحق لهم رفع الدعوى فيه .

وقد بسط العز بن عبد السلام والقرافي هذه الفروق في فصل خاص عقده للمقارنة بين الزواجر والجوابر . . . وقررا أن الجوابر تقع في الأموال والعبادات والنفوس والأعضاء والجراح والمنافع ، بخلاف الزواجر فإنها تقع في الجنايات والمخالفات . وأن ما رتبته الشارع على النفوس والأعضاء والجراح من ديات أو كفارات أو حكومة عدل فجوابر وما رتبته الشارع عليها من القصاص أو الضرب أو السجن أو التأديب فزواجر .

وبذلك يكون الفقه الإسلامي قد سبق القوانين الغربية إلى صياغة التفريق بين العقوبات والضمانات ، وأن هذه القوانين أخذت بما قرره الفقه الإسلامي في هذا التفريق الذي يخالف بين المسؤولية المدنية والجنائية في نوع الجزاء وقصد الشارع منه ، وأن القوانين الغربية لم تعرف الفصل بين المسئوليتين إلا على مشارف العصر الحديث ، وأن هذا الفصل هو الذي أقدرها على تطوير مباحث المسؤولية المدنية في هذا العصر^(١) .

* * *

= تعالى تعظيماً أو لثلا يختص به أحد من الجابرة كحرمة البيت وكحرمة الزنى ، وحق العبد ما يتعلق به مصلحة خاصة كحرمة مال الغير فإنه حق العبد فلهذا يباح مال الغير بإباحة المالك ، ولا يباح الزنى بإباحتها وإباحة أهلها . كشف الأسرار ، النسفي : ١٣٥ / ٤ . إعلام الموقعين ، ابن قيم الجوزية : ١٠٨ / ١ . الملكية ، علي الخفيف ، ص ٨ . الملكية ، عبد الله يونس ، ص ١٢٠ .

(١) ضمان العدوان ، محمد سراج ، ص ٧٠ ، ٧١ بتصرف في العبارة .

مفهوم ضمان العقد

مقدمة:

هذا المصطلح تفرد به فقهاء الشافعية ، حيث إنهم قَصَمُوا الضمانات بحسب البذل الواجب أدائه بالضمان إلى قسمين: ضمان عقد و ضمان يد.

وعرّف الزركشي ضمان العقد بأنه: ضمان العوض المعين في عقد المعاوضة المحضة ، كالبيع والتمن المعين قبل القبض ، وكذا السلم في رأس المال المعين ، وكذلك الأجرة المعينة في الإجارة... إلخ.

ومن أمثلته عند الشافعية ضمان العين المعينة مهراً إذا هلك في يد الزوج قبل أن تقبضها الزوجة ، وهو الجديد والأظهر من قولي الإمام ، وذلك لأنها مملوكة بعقد معاوضة ، فأشبهت المبيع في يد البائع إذا هلك في يد البائع قبل قبضه ، فيفسخ عقد الصداق ، ويُقدَّر عودُ المِلْك إليه بعد التلف. قال الشيرازي: وترجع عليه بمهر المثل ، لأنها عوضٌ معين تلف قبل القبض وتعدَّر الرجوع إلى المعوِّض ، فوجب الرجوع إلى بدل المعوض ، كما لو اشترى ثوباً بشاة ، فلو قبض الشاة ولم يسلم الثوب ، وتلف عنده ، فإنه يجب عليه قيمة الثوب^(١).

تعريف ضمان العقد:

يعرّف الدكتور محمد سراج - حفظه الله - ضمان العقد بأنه: «شغل الذمة

(١) الأشباه والنظائر ، السيوطي: ١٧٣/١ . الروضة ، النووي: ٢٥١/٧ .

بحق مالي للغير جبراً للضرر الناشئ عن عدم تنفيذ العقد أو الإخلال بشروطه»^(١).

ثم يذكر من المسائل الموضحة لهذا المفهوم ما رُوي عن الإمام أحمد بن حنبل - رحمه الله - : «في رجل استأجر أجيراً على أن يحتطب له كل يوم، فكان للرجل حماران ينقل عليهما وعلى حمار لرجل آخر ويأخذ منه الأجرة ، فإن كان يدخل عليه ضررٌ يرجع عليه بالقيمة. فظاهر هذا أن المستأجر يرجع على الأجير بقيمة ما استضرر بانشغاله عن عمله ؛ لأنه قال : إن كان يدخل عليه ضرر يرجع عليه بالقيمة فاعتبر الضرر. وظاهر هذا أنه إذا لم يستضر لا يرجع بشيء لأنه اكتراه لعمل فوفاه على التمام فلم يلزمه شيء ، كما لو استأجره لعمل فكان يقرأ القرآن في حال عمله ، فإن ضرر المستأجر يرجع عليه بقيمة ما عمله لغيره ، لأنه صرف منافعه المعقود عليها إلى عمل غير المستأجر فكان عليه قيمتها كما لو عمل لنفسه. وقال القاضي أبو يعلى : معناه أنه يرجع عليه بالأجر الذي أخذه من الآخر، لأن منافعه في هذه المدة مملوكة لغيره ، فما حصل في مقابلتها يكون للذي استأجره»^(٢).

ويؤكد هذه الحقيقة الشيخ علي الخفيف - رحمه الله - بقوله :^(٣) «كما يترتب الضمان على بعض العقود أثراً لازماً لأحكامها يترتب عليها أثراً لاشتراط شرط صحيح فيها ، أو لاشتراط فرضه العرف ، لأن المعروف عرفاً كالمشروط فيها شرعاً ، وأساس ذلك قوله ﷺ : «المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً»^(٤).

(١) ضمان العدوان ، محمد سراج ، ص ٧٤. انظر : الشرط الجزائي ، د. أسامة الحموي ، ص ٢٢٢.

(٢) المغني ، ابن قدامة : ٢٦٩/٥.

(٣) الضمان في الفقه الإسلامي ، علي الخفيف ، ص ١٧.

(٤) أخرجه أبو داود ، كتاب : الأقضية ، باب : في الصلح ، رقم (٣٥٩٤) : ٣/٣٠٤. والترمذي ، كتاب : الأحكام ، باب : ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح بين الناس ، رقم (١٣٥٢) : ٣/٦٣٤. وقال حديث حسن صحيح ، وفي هذا نظر ، فهناك من حكم بضعفه ، وسكت عنه الحاكم في المستدرک ، وقال =

ويذكر أستاذنا الدكتور وهبة الزحيلي - حفظه الله - أن العقد مصدر من مصادر الضمان فيقول: «أما العقد فهو مصدر للضمان إذا نص فيه صراحة على شرط من الشروط، أو كان الشرط مفهوماً ضمناً حسب العرف والعادة، ثم أدخل العاقد بما تقتضيه طبيعة العقد أو يتطلبه الشرط فلم يقم بتنفيذ التزامه على الوجه المتفق عليه. قال السيوطي - رحمه الله - «ما يضمن ضمان عقد قطعاً: هو ما عين في صلب عقد بيع أو سلم أو إجارة أو صلح»^(١). فمقتضى عقد البيع مثلاً تسليم المبيع والثمن، وسلامة العوضين من العيب، وعدم استحقاق أحدهما لغير صاحبه، فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه أو تبين وجود عيب في المبيع، أو كان الثمن أو المبيع مستحقاً لغير من سلمه، كانت المسؤولية عقدية مستوجبة للضمان لخطأ عقدي»^(٢).

والضمان الناشئ عن العقد إما أن يكون مطلقاً في جميع الحالات سواء أكان هناك تعد أو تقصير أم لا، وهذه هي عقود الضمان كالبيع ونحوه، وإما أن يكون حال العدوان فقط، وهذه هي عقود الأمانة كالوديعة ونحوها، وإما أن يكون في بعض الحالات أو الأوجه، وهذه هي العقود المزدوجة الأثر كالإجارة^(٣).

وأساس الالتزام بتنفيذ العقد وما فيه من شروط قوله تعالى: ﴿يَأْتِيَهَا الَّذِينَ أَمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]. وقوله ﷺ: «المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً»^(٤).

= الذهبي: هو حديث واه. نصب الراية، الزيلعي: ١١٢/٤. خلاصة البدر المنير، عمر الأنصاري: ٨٧/٢.

- (١) الأشباه والنظائر، السيوطي، ص ٢٧٧.
- (٢) نظرية الضمان، د. وهبة الزحيلي، ص ٦٣.
- (٣) المرجع السابق، ص ٦٥.
- (٤) الحديث سبق تخريجه في الصفحة السابقة.

بين ضمان العقد وضمن العدوان:

يصب مفهوم ضمان العقد على المسؤولية الناشئة عن الإخلال في تنفيذ العقد.

أما ضمان العدوان: فهو شغل الذمة بحق مالي للغير جبراً للضرر الناشئ عن التعدي بمخالفة القواعد الشرعية العامة القاضية بحرمة مال المسلم ودمه وعرضه وسائر حقوقه، مما لا يرجع إلى واجب الوفاء بالعقود. وبذلك يتبين أن الضرر المنفي في ضمان العقد يتعلق بالحقوق الشخصية التي تنشأ لفرد على غيره بدخوله معه في علاقة تعاقدية، على حين يتعلق الضرر المنفي في ضمان العدوان بالحقوق العامة التي تجب للفرد على الكافة، كحقه في سلامة نفسه وممتلكاته^(١).

وأهم ما يشتركان فيه ما يأتي:

- ١ - أن الواجب بهما هو الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من ضرر.
- ٢ - وأن سبهما هو السلوك مصلحاً مخالفاً للقواعد الشرعية الرامية إلى دفع الضرر.
- ٣ - وأن التعدي فيهما أو الخطأ متعلق بمصالح العباد أو الأفراد.
- ٤ - وأن الضرر المضمون منهما يشمل أعيان الأموال ومنافعها والبدن الإنساني ومنافعه وسائر الحقوق المالية الأخرى.
- ٥ - ويشتركان كذلك في أن مفهوم السببية فيهما واحد حتى لا يُسأل المرء إلا عن النتائج الطبيعية لفعله.

اجتماع ضمان العقد وضمن العدوان:

يمكن أن ينشأ ضمان العدوان في الفقه الإسلامي على الرغم من وجود العقد لمببين:

أولهما: إذا كانت المخالفة لشروط العقد كاملة وانتسب الضرر إليها.

(١) ضمان العدوان ، د. محمد سراج ، ص ٨٥.

الثاني: إذا كان الضرر غير داخل فيما اتفق عليه أطراف العقد. يقول الكاساني - رحمه الله -: «لو حمل المُكاري بني آدم ، فما عطب من سوقه وقوده لا يضمنه من جهة الإجارة ، ولا يشبه المتاع ، لأن ضمان بني آدم ضمان جنائية ، وضمن الجنائية لا يجب بالعقد»^(١).

وتدل هذه المسألة على أن ما يضمنه الأجير المشترك من الأمتعة مضمون عليه بالعقد ، لأن وجوب الضمان فيه بالخلاف - أي مخالفة العقد - ، أما إذا كان المضمون عليه إنساناً فإنه يكون من ضمان العدوان ، لوجوبه عليه بالإتلاف لا بالخلاف.

وكذلك يجوز في الفقه الإسلامي تخيير المدعي بين المسؤوليةين فيما أورده صاحب مجمع الضمانات بقوله: «لو أردف المستأجر خلفه آخر بغير ذكره في العقد فعطبت الدابة فعليه نصف قيمتها ولو أردف اثنين ضمن ثلثي قيمتها...» ، ثم المالك بالخيار إن شاء ضمنَّ المستأجر ولا يرجع على الرديف ، وإن شاء ضمن الرديف ورجع على المستأجر»^(٢).

ويستند اختيار تضمين الرديف على ضمان التعدي ، بحكم تصرفه في مال غيره من دون إذنه ، وكونه غاصباً بذلك على حين يستند اختيار تضمين المستأجر إلى ضمان العقد^(٣).

ضمان العقد والمسؤولية العقدية في القانون:

تنقسم المسؤولية المدنية^(٤) في القانون إلى مسؤولية عقدية ومسؤولية تقصيرية ، تقابل في الفقه الإسلامي ضمان العقد وضمن الفعل (ضمان العدوان).

(١) البدائع ، الكاساني: ٢١٢/٤ .

(٢) مجمع الضمانات ، البغدادي ، ص ١٥ .

(٣) ضمان العدوان ، محمد سراج ، ص ٩٧ .

(٤) المسؤولية المدنية في التفكير القانوني تعني: ما وجب في الذمة لحق الغير جبراً للضرر الواقع عليه بمخالفة العقد أو بالتعدي بارتكاب فعل غير مشروع. ضمان العدوان ، د. محمد سراج ، ص ٦٣ .

أما المسؤولية العقدية: فتنشأ إذا تخلف أحد المتعاقدين عن الوفاء بما أوجبه العقد ، دون عذر طارئ يبرر هذا التخلف ، ولم يكن من الممكن إجبار هذا المتعاقد على الوفاء بالمعقود عليه ، وأدى تخلفه هذا إلى الإضرار بالعائد الآخر. وبعبارة مختصرة المسؤولية العقدية هي: «جزاء الإخلال بتنفيذ التزام ناشئ عن العقد»^(١).

مثال ذلك: مسؤولية الناقل في عقد النقل عن عدم تنفيذ التزامه بالنقل ، ومسؤولية المدين بعدم الوفاء بالدين في عقد القرض .

أما المسؤولية التقصيرية فتنشأ عن جزاء العمل غير المشروع والإخلال بالتزام فرضه القانون. مثل إخلال الطبيب بالتزامه في علاج المريض ، ومسؤولية الشخص الذي أتلف مال الغير^(٢).

فالمسؤولية العقدية هي مسؤولية المتعاقد في عقد يستوجب تعويض عقد صحيح لازم عن عدم تنفيذ التزاماته الناشئة من ضرر له. وهذا يتفق مع رأي جمهور الفقهاء غير الحنفية الذي اشترطوا صحة العقد لقيام ضمان العقد واستحقاقه. أما الحنفية فأجازوا ضمان العقد في العقد الفاسد أيضاً إذا تم فيه التقاوض. وبالإضافة لوجود الضرر المترتب عن المسؤولية العقدية يجب أن يكون هناك علاقة سببية بين الخطأ والضرر أيضاً.

والقصد من المسؤولية العقدية في القانون أن يحرص الملتزم على تنفيذ التزامه الناشئ عن العقد ، وأن يحافظ على أداء الواجبات المتفق عليها فيه^(٣).

لكن بعض الباحثين فرقوا بين ضمان العقد في الفقه الإسلامي والمسؤولية العقدية في القانون، فقصرُوا ضمان العقد على إتلاف المال بينما التعويض

(١) الشرط الجزائي ، د. أسامة الحموي ، ص ٢٣٠. ضمان العدوان ، محمد سراج ، ص ٦٣.

(٢) ضمان العقد أو المسؤولية العقدية ، د. محمد الجندي ، ص ٣٢.

(٣) الشرط الجزائي ، د. أسامة الحموي ، ص ٢٣٠.

في المسؤولية العقدية يكون عن الضرر الناشئ عن عدم تنفيذ العقد.

وفي ذلك يقول الشيخ علي الخفيف - رحمه الله - «كما يتبين أن ضمان العقد الذي يعرفه الفقهاء غير المسؤولية العقدية في اصطلاح فقهاء التشريع الوضعي ، فضمان العقد ضمان مال تلف ، وإنما التعويض في المسؤولية العقدية عن ضرر نشأ عن عدم تنفيذ ما التزم به بناء على العقد . . . وذلك ما لا يراه فقهاء الشريعة ، فإن عدم قيام الملتزم بالتزامه يستلزم شرعاً إلزامه وإجباره عليه ، فإن امتنع كان امتناعه معصية يستحق عليها التعزير إلا أن يمثل ، أما إلزامه بمال على وجه التعويض عما أحدثه بامتناعه من ضرر لا يمثل في فقد مال ، فلا تبيحه القواعد الفقهية والأصول الشرعية . . . لأن أساس التعويض في نظر الفقهاء هو مقابلة المال بالمال . . . وعلى هذا الأساس فالفقه الإسلامي لا يعرف المسؤولية العقدية التي يعرفها الفقه الوضعي»^(١).

ويتفق الدكتور فتحي الدريني والدكتور وهبة الزحيلي مع رأي الشيخ علي الخفيف^(٢).

وأخذ بهذا الرأي الدكتور عبد الرزاق السنهوري - رحمه الله - الذي يرى أنه لا يمكن القول بأن هناك نظرية في الفقه الإسلامي للمسؤولية العقدية على النحو السائد في الفقه الغربي ، بناء على أن الضرر في الفقه الإسلامي محدود ضيق إذا ما قورن بنظيره الغربي ، وذلك لأن: «الفقه الغربي يعوض عن كل ضرر مادي أو أدبي . وفي الضرر المادي يعوض عن كل ما يتحمله الدائن من خسارة ، وما فاته من ربح ، ولو كان ذلك منفعة أو عمل أو أي أمر آخر . . . ولا يشترط في الضرر إلا أن يكون مباشراً . . . ومتوقفاً . أما

(١) الضمان في الفقه الإسلامي ، علي الخفيف ، ص ٢٠ . انظر: الشرط الجزائي ، د. أسامة الحموي ، ٢٣١ . ضمان العقد أو المسؤولية العقدية ، د. محمد الجندي ، ص ١٣٩ .

(٢) النظريات الفقهية ، د. فتحي الدريني ، ص ٢٢٦ . نظرية الضمان ، د. وهبة الزحيلي ، ص ٨٢ .

في الفقه الإسلامي فإنه يُشترط في الضمان أن يكون المضمون مالاً متقوماً في ذاته وأن توجد المماثلة بينه وبين المال الذي يعطى بدلاً عنه ، فلا تعويض عن المنافع ولا عن العمل إلا في استثناءات محددة... ومن باب أولى لا تعويض عن أية خسارة تحملها الدائن أو عن أي ربح فاته إذا لم يكن هناك مال متقوم في ذاته ضاع على الدائن»^(١).

ويلاحظ أن هذا الكلام غير دقيق ، وأن الفقه الإسلامي يجيز التعويض المالي في حال تأخير تنفيذ الالتزام ، فقد أشار الدكتور محمد سراج في كتابه «ضمان العدوان» إلى مفهوم أعم لضمان العقد في الفقه الإسلامي ، بحيث يشمل هذا المفهوم فيما يشمل ضمان الضرر الناتج عن عدم تنفيذ العقد أو التأخر في تنفيذه ، وأقام الدكتور سراج الدليل على صحة ما ذهب إليه ، وأن مفهوم ضمان العقد بهذا التحديد يتطابق مع مفهوم ضمان العقد في القانون المدني^(٢).

وهذا ما سأدرسه مفصلاً عند الكلام عن صيانة المديونيات في الفقه الإسلامي إن شاء الله تعالى .

الفرق بين المسؤولية العقدية والتقصيرية في الفقه الإسلامي والقانوني المدني :

يمكن حصر الفروق الآتية بين المسؤوليتين :

١ - إن الالتزام الذي يحصل الإخلال به في المسؤولية العقدية هو التزام عقدي ينشأ بإرادة الدائن والمدين الذين يحددان مدى هذا الالتزام . أما في حالة المسؤولية التقصيرية فإن الالتزام الذي يحصل الإخلال به التزام قانوني ويحدد مداه دون تدخل بين إرادة المتعاقدين . أي أن المسؤولية التقصيرية تترتب على وقوع عمل ضار يصبح بها شخصاً مسؤولاً قبلاً آخر^(٣).

(١) مصادر الحق ، السنهوري : ١٦٨ / ٦ .

(٢) ضمان العدوان ، د. محمد سراج ، ص ٦٦ . انظر : الشرط الجزائي ، د. أسامة الحموي ، ص ٢٣٣ .

(٣) النظرية العامة للالتزام ، د. توفيق فرج الصدة ، ص ٣٦٥ .

٢ - من حيث الشروط:

تُشترط في المسؤولية العقدية أهلية الرشد ولا بد من إعذار الدائن للمدين حتى يستحق التعويض. فقد نصت المادة (٢١٨) مدني مصري والمادة (٢١٩) مدني سوري على أنه «لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين ، ما لم ينص على غير ذلك». وتنص المادة التالية على أنه: «يكون إعذار المدين بإذاره ، أو بما يقوم مقام الإنذار. . وفائدة الإعذار قانوناً تظهر في ناحيتين:

١ - سريان التعويضات المدنية أو فوائد التأخير.

٢ - لنقل تبعة الهلاك.

أما في المسؤولية التقصيرية فتكفي أهلية التمييز ولا تحتاج إلى إعذار^(١).

وفي الفقه الإسلامي لا تشترط أهلية التمييز في المسؤولية التقصيرية. ولا تشترط أهلية الرشد في المسؤولية التعاقدية عند الحنفية خلافاً لجمهور الفقهاء ويختلف تحديد سن الرشد في الفقه الإسلامي عنه في القانون ، فهو قانونياً (١٨) أو (٢١) سنة وفي الفقه (١٥) سنة^(٢) ، وعلى هذا نصت المادة (٩٨٦) من المجلة العدلية فجاء فيها: «على أن منتهى البلوغ خمس عشرة سنة».

أما إعذار المدين فمن حيث المبدأ لا يخالف الفقه الإسلامي ولكن لا فائدة منه ، لأن عدم تنفيذ الالتزام يُعتبر إخلالاً بالالتزام ديني خُلقي ، ولأن الربا محرم شرعاً فلا يترتب فوائد على التأخير ، ولأن المدين لا يلتزم إلا بتسليم الشيء عيناً فلا توجد فائدة من إذاره^(٣).

(١) نظرية الضمان ، د. وهبة الزحيلي ، ص ٨٤. نظرية الضمان ، د. فوزي فيض الله ، ص ٣٩. نظرية الالتزام ، أحمد أبو ستيت ، ص ٣٠٠.

(٢) نظرية الضمان ، د. وهبة الزحيلي ، ص ٨٥.

(٣) المرجع السابق ، ص ٨٦.

٣ - من حيث الإثبات :

يُعفى الدائن في المسؤولية التعاقدية من إثبات خطأ المدين أي أن الخطأ مُفترَض ، أما في المسؤولية التقصيرية فيجب على الدائن (المضرور) أن يثبت خطأ المدين ، وبذلك يكون عبء الإثبات في المسؤولية التعاقدية أخف بكثير منه في المسؤولية التقصيرية .

أما في الفقه الإسلامي فلا فرق بين نوعي المسؤولية بالنسبة للإثبات ، إذ يكفي أن يقوم الدائن بإثبات وقوع الضرر ، وليس عليه إثبات خطأ المدين ، ولكن للمدين التخلص من المسؤولية إذا أثبت أن الضرر قد وقع لسبب أجنبي لا يد له فيه ، أو إذا وجهت إليه اليمين ، فيحلف على أنه لا علاقة له بالضرر^(١) .

٤ - مدى التعويض :

يختلف مدى التعويض في كل من المسؤوليتين ، إذ في المسؤولية العقدية يرسم الطرفان مدى التعويض عن الضرر ، ولا يُدخلون في حسابهما إلا الضرر المتوقع فقط ، أما بالنسبة للمسؤولية التقصيرية فإنه لا يدخل في حساب الطرفين شيء من ذلك ولهذا يجب التعويض عن الضرر المباشر سواء توقعه الطرفان أو لم يتوقعاه^(٢) .

٥ - من حيث التضامن^(٣) :

لا يقوم التضامن في المسؤولية العقدية إلا إذا اتجهت الإرادة إلى ذلك

(١) نظرية الضمان ، د. وهبة الزحيلي ، ص ٨٥. نظرية الالتزام ، أحمد أبو ستيت ، ص ٣٠١ .

(٢) النظرية العامة للالتزام ، د. توفيق الصدة ، ص ٣٦٥ . نظرية الضمان ، د. فوزي فيض الله ص ٣٩ . ضمان العقد ، د. محمد الجندي ، ص ٣٢ . نظرية الالتزام ، أحمد أبو ستيت ، ص ٣٠٠ .

(٣) التضامن يعني : أن الدائن يستطيع أن يطالب كل مدين بكل الدين (وهو ما يسمى بحق الاختيار) وأن يطالبهم به مجتمعين فإذا وفى أحد المدينين بكل الدين انقضى الدين بالنسبة لهم جميعاً نظرية الالتزام ، أحمد أبو ستيت ، ص ٥٢٥ .

ونُصَّ عليه صراحة . وعلى خلاف ذلك فإن التضامن يُفترض في المسؤولية التقصيرية وذلك عندما يشترك أكثر من شخص واحد في إحداث الضرر، إذ يعتبر كل منهم متسبباً في هذا الضرر، وبالتالي يجب عليه التعويض كاملاً^(١)، وهذا ما نصت عليه المادة (١٥٠) و(٢١١) مدني مصري ومادة (١٧٠) مدني سوري .

٦ - من ناحية الإعفاء من المسؤولية :

لما كانت الإرادة تؤثر في المسؤولية العقدية من حيث إنها هي التي تنشئ الالتزام السابق وتحدد مداه . فإن لهم الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية .

أما في حالة المسؤولية التقصيرية فليس للإرادة تأثيرها في قيام المسؤولية حيث يفرض القانون الالتزام دون دخل لإرادة الأفراد ، وبالتالي فإنه لا يجوز لهم التراضي على الإعفاء من المسؤولية ، والقانون هو الذي يُعفي من المسؤولية في الحالات التي ينص عليها^(٢) .

٧ - من ناحية التقادم :

لا يتم في حالة المسؤولية العقدية إلا بالمدة الطويلة نظراً لأن الطرفين قد ارتضيا الالتزام ولم يفرضه عليهما القانون .

أما في المسؤولية التقصيرية حيث يفرض القانون الالتزام على المدين دون أن يرتضيه ، فإن التقادم يكون بمدة أقصر من مدة التقادم في المسؤولية العقدية .

٨ - من ناحية الإعذار :

لا محل للإعذار في المسؤولية التقصيرية ، أما في المسؤولية التعاقدية

(١) نظرية الضمان ، د. محمد فوزي فيض الله ، ص ٣٩ . نظرية الالتزام ، أحمد أبوستيت ، ص ٣٠٠ .

(٢) نظرية الضمان ، د. محمد فوزي فيض الله ، ص ٣٩ .

فوضع المدين موضع التأخير وتسجيل ذلك عليه بالإعذار هو الأصل المقرر^(١).

بعد الانتهاء من تعريف ضمان العقد وبيان الفرق بين ضمان العقد وضمان العدوان ، ثم بيان الفرق بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية ، أنتقل للبحث في مشروعية الضمان في الفقه الإسلامي .

* * *

(١) نظرية الالتزام ، أحمد أبو ستيت ، ص ٣٠٠ .

مشروعية الضمان

شُرِعَ الضمان حفظاً للحقوق ، ورعاية للعهود ، وجبراً للأضرار ، وزجراً للجنة ، وحداً للاعتداء^(١) . والأصل في جواز الضمان : الكتاب والسنة والإجماع .

أ - الكتاب :

أولاً : قوله تعالى : ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا ﴾

[النساء : ٥٨] .

وجه الاستدلال : أن الله تعالى أوجب أداء الأمانة بصريح الأمر ، وهذا يستلزم شغل الذمة به وإلا كان توجه الخطاب بالطلب في غير مطلوب ، وهذا لا يتصور ، وشغل الذمة مما يتحقق به الضمان الذي يستوجب الأداء . وعلى هذا فالضمان بنوعيه ضمان الإلتلاف ، وضمان العقد يشملهما عموم الآية الكريمة^(٢) .

وبعبارة أخرى : إن استحقاق الشيء موضوع العقد من تحت يد حائِزه يجعل ما تم دفعه للطرف الآخر في العقد من مقابل لهذا الشيء أمانة في يده ويلتزم برده^(٣) .

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية : ٢٨ / ٢٢١ .

(٢) النظريات الفقهية ، د . فتحي الدريني ، ص ١٩٧ .

(٣) التزام المؤجر بضمان التعرض والاستحقاق ، علي إبراهيم ، ص ٥٦ .

ثانياً: قوله تعالى: ﴿وَلِنْ عَاقِبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوِفْتُمْ بِهِ﴾ [النحل: ١٢٦] .

وجه الاستدلال: بَيَّنَّت الآية أن مبدأ المماثلة في العقوبة ، وجبر الضرر عن طريق التضمن ، هو نوع من المماثلة التي هي مبدأ عام يقرره العدل في المعاملات .

يقول الدكتور فتحي الدريني - حفظه الله - تعليقاً على هذه الآية: «إن الآية صريحة الدلالة على وجوب تحقيق مماثلة العقوبة للفعل الجرمي ، وهذا وإن كان نصاً في العقوبات الزاجرة للعدوان على النفس ، غير أنه يُستأنس به في الاستدلال على مبدأ المماثلة في العدوان على الأقوال كذلك ، من قبل أن «المماثلة» مبدأ عام يقرره العدل في الجزاء على العدوان بإطلاق عقوبة أو تعويضاً وجبراً»^(١) .

ثالثاً: قوله تعالى: ﴿وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ جِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَّى لَهُ زَعِيمٌ﴾ [يوسف: ٧٢] .

وجه الاستدلال: أن الزعيم هنا بمعنى الكفيل كما روي عن ابن عباس رضي الله عنه^(٢) ، والكفالة هي من معاني الضمان كما سبق في تعريفه اللغوي .

لكن هذه الآية لم يستدل بها الشافعية والسبب في ذلك كما جاء في مغني المحتاج: «لأنه شرع من قبلنا وهو ليس شرعاً لنا على الصحيح وإن ورد في شرعنا ما يقرره خلافاً لبعض المتأخرين»^(٣) .

أما الجمهور غير الشافعية فيقررون أن شرع ما قبلنا شرع لنا ، لذلك استدلو بها^(٤) .

رابعاً: قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١] .

وجه الاستدلال: أن الوفاء بالعقد يقتضي عدم القيام بأي عمل يؤدي إلى

(١) النظريات الفقهية ، د. فتحي الدريني ، ص ١٩٩ . نظرية الضمان ، د. وهبة الزحيلي ، ص ١٦ .

(٢) المغني ، ابن قدامة: ٣٨١/٤ .

(٣) مغني المحتاج ، الشربيني الخطيب: ٢٧٠/٢ .

(٤) إرشاد الفحول ، الشوكاني ، ص ٣٩٩ .

الإخلال بالعقد ، لذلك فإن أي ضرر يحدث من أحد المتعاقدين من شأنه أن يفوت على المتعاقد الآخر الانتفاع الكامل والمتوقع بالمعقود عليه . وبالتالي يتوجب عليه إزالة هذا الضرر .

خامساً: قوله تعالى : ﴿ وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا ﴾ [الشورى : ٤٠] .

وجه الاستدلال: أن التعويض المالي ضرب من الجزاء ، لأنه من قبيل إزالة الضرر المالي الذي أحدثه المعتدي ، وأمثلة طريق لذلك ، هو إحداث نقص في مال المعتدي مماثل الذي أحدث في مال المعتدى عليه ، ويُردُّ على هذا الأخير جبراً وعوضاً^(١) .

ب - الثَّانِيَّة :

أولاً: عن سلمة بن الأكوع رضي الله عنه : « أن النبي ﷺ أتني بجنابة ليصليَ عليها فقال: هل عليه دين ؟ قالوا: لا ، فصلى عليه ثم أتني بجنابة أخرى فقال: هل عليه من دين ؟ قالوا: نعم ، قال: صلوا على صاحبكم ، فقال أبو قتادة: عليّ دينه يا رسول الله فصلى عليه »^(٢) .

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ طلب من الصحابة أن يلتزم أحدهم بالدين حتى تبرأ ذمة الميت، وهذا هو الضمان الذي يعني: «التزام حق ثابت في ذمة الغير». ففي الحديث جواز الضمان عن الميت وعن الحي من باب أولى .

ثانياً: عن أنس بن مالك رضي الله عنه قال: «أهدى بعض أزواج النبي ﷺ قصعة فيها ثريد وهو في بيت بعض أزواجه ، فضربت - أي التي كان عندها - القصعة فانكسرت فجعل النبي ﷺ يأخذ الثريد فيرده في الصَّحْفة وهو يقول: كلوا غارت أمكم ، ثم انتظر حتى جاءت قصعة صحيحة فأخذها فأعطاهها صاحبة القصعة المكسورة»^(٣) .

(١) النظريات الفقهية ، د. فتحي الدريني ، ص ١٩٩ . نظرية الضمان ، د. وهبة الزحيلي ، ص ١٦ .

(٢) الحديث سبق تخريجه ، ص ٣٢ .

(٣) أخرجه البخاري ، كتاب: النكاح ، باب: الغيرة ، رقم (٤٩٢٧) : ٢٠٠٣/٥ .
والنسائي ، كتاب: عشرة النساء ، باب: الغيرة ، رقم (٨٩٠٣) : ٢٨٥/٥ . وابن =

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ أعاد صفحة سليمة لصاحب المكسورة جبراً وتعويضاً للضرر الذي أصابها ، ومعلوم أن القيمي يُضْمَن بقيمته والمثلي بمثله^(١).

ثالثاً: قوله ﷺ: «العارية مؤداة والزعيم غارم والدين مقضي»^(٢).
وجه الدلالة: الزعيم هو الكفيل والغارم الذي يلزم ما ضمنه وتكفل به ويؤديه^(٣).

رابعاً: قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام»^(٤).
وجه الدلالة: أن الذي يُحدث ضرراً لأحد يضمن هذا الضرر ويعوّض عنه.

وقد رُوي هذا الحديث من طريق عبادة بن الصامت وابن عباس وأبي سعيد الخدري وأبي هريرة وجابر بن عبد الله وعائشة ويذكر النووي أن هذا الحديث حسن ، وله طرق وشواهد يقوي بعضها بعضاً ، ويرتقي بمجموعها إلى درجة الصحة^(٥). ولا يتقوى هذا الحديث بتعدد طرقه وتنوعها فحسب ، بل تسانده قواعد الشرع وأحكامه القاضية بمنع الظلم ، والإضرار بالغير ، وإقامة العدل والإحسان ، وحرمة مال المسلم ودمه

-
- = ماجه، كتاب: الأحكام، باب: الحكم فيمن كسر شيئاً، رقم (٢٣٣٤): ٧٨٢/٢.
وأبو داود ، كتاب: البيوع ، باب: فيمن أفسد شيئاً يغرم مثله ، رقم (٣٥٦٧): ٢٩٧/٣. وأحمد، باقي مسند المكثرين، مسند أنس بن مالك ، رقم (١١٦١٦).
(١) النظريات الفقهية ، د. فتحي الدريني ، ص ٢٠٠.
(٢) أخرجه الترمذي عن أبي أمامة ، كتاب: البيوع عن رسول الله ، باب: ما جاء في أن العارية مؤداة ، رقم (١٢٦٥): ٥٦٥/٣. وأحمد ، باقي مسند الأنصار ، حديث عبد الله بن سعد ، رقم (٢٢٣٤٩): ٢٦٧/٥. وأبو داود ، كتاب البيوع ، باب: في تضمين العوّز ، رقم (٣٥٦٥): ٢٩٦/٣. والحديث ضعيف. انظر: تلخيص الحبير ، ابن حجر: ٤٧/٣.
(٣) تحفة الأحوذني ، المباركفوري: ٤٨٢/٤.
(٤) الحديث سبق تخريجه ، ص ٨.
(٥) أوجز المسالك إلى موطأ مالك ، الكاندهلوي: ٢٢٥/١٢.

وعرضه ، والأمر بالرفق بالجار والإحسان إلى الضعاف . ويبلغ الحديث بالالتفات لذلك مبلغ التواتر المعنوي ، ولذا لا ينازع أحد في صحته من هذا الوجه ، بل ويراه البعض أحد الأحاديث الخمسة التي يدور عليها الفقه^(١) .

ويعتبره السيوطي وابن نجيم أصلاً لكثير من أبواب الفقه كالضمان والشفعة والقصاص والديات والحجر^(٢) .

وهذا الحديث بمثابة القاعدة العامة في مشروعية الضمان ، أما الفرق بين الضرر والضرار فقد بيّنه الشوكاني بقوله : «واختلفوا في الفرق بين الضرر والضرار ، فقليل : إن الضرر فعل الواحد والضرار فعل الاثنين فصاعداً ، وقيل : الضرار أن تضر أخاك بغير أن تنتفع والضرر أن تضره وتنتفع به أنت ، وقيل : الضرار الجزاء على الضرر والضرر الابتداء وقيل بمعنى واحد»^(٣) .

والواقع أن الضرار : مقابلة الضرر بالضرر ، والضرر : الابتداء في إحداث الضرر وهذا هو الراجح ، واستناداً على قاعدة المفاعلة التي ترجع إلى فعل الاثنين فصاعداً^(٤) .

خامساً : روى قبيصة بن المخارق أن النبي ﷺ قال : «لا تحل الصدقة إلا لثلاثة : فذكر رجلاً تحمل بحمالة ، فحلت له المسألة حتى يؤديها ، ثم يمسك»^(٥) .

وجه الدلالة : هذا الرجل الذي تحمل حمالة بسبب إصلاح الناس أو

(١) المرجع السابق . خلاصة البدر المنير ، عمر الأنصاري : ٤٣٨/٢ .

(٢) الأشباه والنظائر ، السيوطي : ٨٣/١ .

(٣) نيل الأوطار ، الشوكاني : ٣٨٧/٥ .

(٤) الفعل الضار والضمان فيه ، مصطفى الزرقا ، ص ٢٢ .

(٥) هذا جزء من حديث أخرجه مسلم ، كتاب : الزكاة ، باب : من تحل له المسألة ، رقم (١٠٤٤) : ٧٢٢/٢ . والنسائي ، كتاب : الزكاة ، باب : الصدقة لمن تحمل حمالة ، رقم (٢٣٦٠) : ٤٧/٢ . وأبو داود ، كتاب : الزكاة ، باب : ما تجوز فيه المسألة ، رقم (١٦٤٠) : ١٢٠/٢ . وأحمد : مسند المكيين ، حديث قبيصة بن مخارق برقم (١٥٤٨٦) .

غير ذلك أباح له النبي ﷺ الصدقة حتى يؤدي ما ضمن أدائه ، ثم يمسك ولا تحل له الصدقة فدل على أن الحمالة قد لزمته .

سادساً: روي عن سمرة بن جندب رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»^(١).

وجه الدلالة: أن المعنى الذي يفهم من النص هو الضمان . جاء في تحفة الأحوزي وهو يشرح هذا الحديث: «أي ما أخذته اليد ضمان على صاحبها . . . واستدل بهذا الحديث من قال بأن الوديعة والمستعير ضامنان ، وهو صالح للاحتجاج به على التضمن ، لأن المأخوذ إذا كان على اليد الأخذ حتى ترده فالمراد أنه في ضمانها كما يشعر لفظ «على» من غير فرق بين مأخوذ ومأخوذ»^(٢).

ج - الإجماع: فقد أجمع المسلمون على جواز الضمان في الجملة ولم يخالف في صحته أحد^(٣).

* * *

(١) أخرجه الترمذي ، كتاب: البيوع عن رسول الله ، باب: ما جاء في أن العارية مؤداة ، رقم (١٢٦٦): ٥٦٦/٣ . وقال: حديث حسن صحيح . وأبو داود ، كتاب: البيوع ، باب: في تضمين العَوَر ، رقم (٣٥٦١): ٢٩٦/٣ . وابن ماجه ، كتاب: الأحكام ، باب: العارية رقم (٢٤٠٠): ٨٠٢/٢ . وأحمد أول مسند البصريين ، ومن حديث سمرة بن جندب عن النبي ، رقم (١٩٥٨٢) . والحديث صححه الحاكم ، وقال بعضهم موقوف ، وروي هذا عن الحسن عن سمرة ، وأعله البعض بأن الحسن لم يسمع من سمرة . خلاصة البدر المنير ، عمر الأنصاري: ٩٧/٢ .

(٢) تحفة الأحوزي ، المبار كفوري: ٤٠٢/٤ .

(٣) الإجماع ، ابن المنذر ، ص ٩٩ . جواهر العقود ، محمد الأسيوطي: ١٤٦/١ .

أركان الضمان

الأركان: جمع ركن ، وهو جزء الشيء الداخل في حقيقته وماهيته ، بحيث لا يتم تصوره دونه ، وذلك كالقيام أو الركوع أو السجود في الصلاة ، فكل واحد من هذه الأفعال ركن فيها ، بحيث يعد جزءاً من حقيقتها ، ولا يتحقق وجودها الشرعي دونه . أما الشرط فيتوقف وجود المشروط على وجوده ، كالركن في هذا ، ولكنه أمر خارج عن حقيقته . وذلك كالوضوء ، فإنه شرط لصحة الصلاة ، إذ لا وجود لها دونه ، وإن لم يدخل في حقيقتها ، ولا يعد جزءاً منها . وحضور الشاهدين شرط في صحة النكاح ، ولكنه أمر خارج عن حقيقة العقد ، بخلاف الإيجاب والقبول فإنهما ركنا العقد الذي لا يتم تصوره دونه ، وهذا عند الحنفية ، أما الجمهور فالركن عندهم ما يتوقف عليه أساساً وجود الشيء وإن كان خارجاً عن ماهيته^(١) . وسيكون الكلام عن أركان الضمان في هذه الرسالة وفقاً لمذهب الحنفية .

والمقصود بأركان الضمان الناشئ عن العدوان أجزاءه التي لا وجود لهذا النوع من الضمان دونها ، وهي :

١ - الخطأ أو التعدي .

٢ - الضرر .

(١) التعريفات ، الجرجاني ، ص ٤٩ . التوضيح ، عبيد الله بن مسعود : ٦٩٤ / ٢ .

٣ - علاقة السببية بين الخطأ والضرر .

وإنما اعتبرت هذه المعاني أركاناً لضمان العدوان لدخولها في حقيقة ، ولتوقف وجوده على وجودها ، فإن ضمان العدوان يعني المسؤولية الناشئة عن التعدي ، ولا يتحقق تصور هذه المسؤولية إلا إذا وجد التعدي المنشئ للضرر^(١) .

وقد تعرض الفقهاء لهذه الأركان على نحو يفتقر إلى الترتيب ، ويتسم بتشتت المعالجة وتوزعها في أماكن متفرقة من كتب الفروع والقواعد الفقهية والأصول ، على الرغم من وضوح هذه الأركان في أذهانهم عند تعرضهم لأحكام الجزئيات والفروع الفقهية . ويرجع السبب في ذلك إلى طريقتهم الخاصة في التأليف ، تلك التي تختلف عن الطريقة المألوفة لنا في العصر الحديث .

* * *

(١) المرجع السابق .

الفرق بين ضمان العقد و ضمان اليد و ضمان الإلتلاف

قبل أن أبين هذه الفروق لا بد من تعريف كل مصطلح على حدة. وقد سبق تعريف ضمان العقد ضمن فقرة مفهوم ضمان العقد:

أولاً - مفهوم ضمان اليد:

ويقصد به: الأثر الشرعي لفعل ارتكبه شخص سبَّب فيه ضرراً لغيره. وعَرَّفَه الدكتور محمد فوزي فيض الله بأنه: «تعويض تلف المال المحوز بائتمان أو بغير ائتمان»^(١).

إذاً وضع اليد مصدر للضمان سواء أكانت اليد مؤتمنة أم غير مؤتمنة. واليد غير مؤتمنة: إما أن تكون بغير إذن المالك كيد السارق والغاصب ، أو بإذن المالك كيد البائع على المبيع قبل القبض ، والمشتري بعد قبض المبيع سواء أكان البيع صحيحاً أم فاسداً ، ومقترض الأعيان بعد قبضها ، والقابض على سوم الشراء ومستأجر الدابة المعتدي المخالف للشرط أو للمعتاد ، ونحو ذلك ، فإن يد هؤلاء يد ضمان يضمنون الشيء مهما كان سبب التلف ولو بآفة سماوية أي بقوة قاهرة.

واليد المؤتمنة: كيد الوديع في الودائع ، وعامل المضاربة والمساقاة والأجير الخاص ، وكأيدي الأوصياء على أموال اليتامى والحكام على تلك

(١) نظرية الضمان ، د. محمد فوزي فيض الله ، ص ٦٦.

الأموال وعلى أموال الغائبين والمجانين ونحوهم ، فهؤلاء لا يضمنون هلاك الشيء إلا بالتعدي أو التقصير ، لأن الأيدي هنا مؤتمنة^(١).

ثانياً - مفهوم ضمان الإلتلاف :

الإلتلاف : هو إخراج الشيء من أن يكون منتفعاً به منفعة مطلوبة منه عادة^(٢). والإلتلاف أو الضرر بشرط التعدي هو علة الحكم في التضمين ، لأنه اعتداء وضرر ، وقد قال ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار في الإسلام »^(٣).

وعرّفه الدكتور محمد فوزي فيض الله بأنه : «تعويض مفسدة مالية لم تقترب بعقد ، كقطع الشجرة ، وإفساد الثمر ، وكسر الزجاج ، وما إلى ذلك»^(٤).

ويمكن أن يحصل التلف بطريق المباشرة أو بطريق السبب .

فالإلتلاف بالمباشرة يعني : إيجاد علة الهلاك أو إيصال الآلة بمحل التلف^(٥). وهو معنى القاعدة الفقهية : «المباشر ضامن وإن لم يتعمد»^(٦) ويمكن تعريفه بأنه : اتصال الفعل الضار ذاته بالمال فيتلفه ، أو : إيجاد علة إتلافه دون أن يتوسط بينهما فعل آخر يتسبب عنه الضرر^(٧). وكمثال على الإلتلاف بالمباشرة : إحراق الزرع أو قطع الشجر أو تمزيق الثوب . . . الخ .

وليست الأهلية والتمييز شرطاً في حكم التضمين ، لأن الإسلام رتب

(١) نظرية الضمان ، د. وهبة الزحيلي ، ص ٦٥ ، ٦٦ .

(٢) البدائع ، الكاساني : ١٦٤/٧ .

(٣) النظريات الفقهية ، د. فتحي الدريني ، ص ٢١٧ . والحديث سبق تخريجه ، ص ٨ .

(٤) نظرية الضمان ، د. محمد فوزي فيض الله ، ص ٦٦ .

(٥) البدائع ، الكاساني : ١٦٥/٧ .

(٦) قواعد الفقه ، البركتي ، ص ١١٧ .

(٧) النظريات الفقهية ، د. فتحي الدريني ، ص ٢١٧ . نظرية الضمان ، د. وهبة الزحيلي ، ص ٦٨ . المجلة العدلية ، المادة (٨٨٧) .

الضمان على التعدي لذاته فكان التعدي وصفاً مادياً (متعلقاً بكل شخص) لا وصفاً تكليفاً^(١).

جاء في المجلة العدلية المادة (٩١٦): «إذا أتلّف صبي مال غيره ، فيلزم الضمان من ماله وإن لم يكن له مال ينتظر إلى حال يساره ولا يضمن وليه».

أما الإتلاف بالتسبب: فيعني كما جاء في المجلة العدلية المادة (٨٨٨): «إحداث أمر في شيء يفضي إلى تلف شيء آخر على جري العادة».

وقال العز بن عبد السلام: «التسبب إيجاد علة المباشرة»^(٢).

ومثال ذلك: أن يحفر أحد حفرة في الطريق العام فيسقط فيها حيوان أو تلقي به الريح فيه فيتلف ، يضمن الحافر لتعديه بالحفر وتسميه بالإتلاف ، ولنسبة الإتلاف إليه عادة سواء بسقوط الحيوان من تلقاء نفسه ، أو بفعل الريح ، وكإيقاد النار قريباً من الزرع أو البيدر الذي يجمع فيه الحطب.

بعد تعريف المصطلحات أنتقل لذكر أهم الفروق بينها:

الفروق بين المصطلحات:

ذكر الإمام السيوطي - رحمه الله - الفرق بين أسباب الضمان الثلاثة (ضمان اليد وضمان العقد وضمان الإتلاف) فقال: «الفرق بين ضمان العقد وضمان اليد: أن ضمان العقد مرده ما اتفق عليه المتعاقدان أو بدله ، وضمان اليد مرده المثل أو القيمة. ويفارق الإتلاف ضمان اليد في أنه (أي الإتلاف) يتعلق الحكم فيه بالمباشرة دون السبب ، وضمان اليد يتعلق بالمباشرة والسبب»^(٣).

(١) خطاب التكليف: هو خطاب الله المتعلق بأفعال العباد (المكلفين) طلباً أو تخيراً ، وخطاب الوضع: هو خطاب الله المتعلق بجعل الشيء ركناً أو شرطاً أو سبباً أو علة أو مانعاً وما إلى ذلك. فصول من الفقه الإسلامي ، فوزي فيض الله ، ص ٣٥.

(٢) قواعد الأحكام ، العز بن عبد السلام: ١٣٢/٢.

(٣) الأشباه والنظائر ، السيوطي ، ص ٣٦٢.

وذكر السرخسي أيضاً هذه الفروق بقوله: «إن ضمان الإلتلاف مبني على المماثلة وبهذا فارق ضمان العقد ، فإنه غير مبني على المماثلة باعتبار الأصل ، بل على المراضاة ، وكيف ينهني على المماثلة والمقصود بالعقد طلب الربح ، ثم ضمان العقد مشروع وفي المشروع يُعتبر الوسع والإمكان ولهذا يجب الضمان باعتبار التراضي ، فاسداً كان العقد أو جائزاً فيسقط اعتبار التفاوت الذي ليس في وسعنا الاحتراز عنه في ضمان العقد. وأما الإلتلاف فمحظور غير مشروع ، وضمانه مُقَدَّرُ بالمثل بالنص^(١) ، فلا يجوز إيجاب الزيادة على قدر المتلف بسبب الإلتلاف. بهذا يتضح الفرق بين ضمان الإلتلاف وضمنان اليد ، فمصدر الضمان في الإلتلاف هو مباشرة الفعل ، وأما مصدر ضمان اليد فهو إما المباشرة أو التسبب. إلا أن الحنفية قالوا: إذا كان المسبب في الإلتلاف متعدياً يُجْعَلُ كالمباشرة»^(٢).

وهناك وجوه أخرى يتضح الفرق فيها بين ضمان العقد من جهة وضمنان اليد أو الإلتلاف من جهة أخرى بما يأتي^(٣):

١ - الأهلية:

فالأهلية المعتبرة في ضمان العقد عند الحنفية والمالكية^(٤) هي أهلية الأداء الناقصة أي التمييز ، وهي: صلاحية الشخص لصدور الفعل منه على وجه يُعْتَدَ به شرعاً. وفي هذا يقول الحنفية: «إنه يشترط لانعقاد العقود أن يكون كل من العاقلين مميزاً يعقل معنى العقد وقصده»^(٥).

(١) بقوله تعالى: ﴿وَحَرِّدُوا سِنِينَ سَنَتَهُنَّ مَثَلَهُ﴾. وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْبِضُوا عَقَابُكُمْ إِنِّي أَعْلَمُ بِمَا تَعْمَلُونَ﴾.

(٢) المبسوط ، السرخسي: ٨٠/١١.

(٣) نظرية الضمان ، د. وهبة الزحيلي ، ص ٧٩ ، ٨٠ ، ٨١. نظرية الضمان ، د. فوزي فيض الله ، ص ٦٨.

(٤) رد المحتار ، ابن عابدين: ٥/٤. الشرح الكبير ، الدردير: ٥/٣.

(٥) أصول السرخسي: ٣٤٠/٢. مرشد الحيران ، قدري باشا المادة (١٧٤).

وعند الشافعية^(١) والحنابلة^(٢) المعتبرة هي أهلية الأداء الكاملة وهي: البلوغ مع العقل. أما في الإتلافات المالية فإن الأهلية المجتزأ (المعتبر) بها أهلية الوجوب وهي: صلاحية الشخص للإلزام والالتزام ، أو هي كما يقول أهل الأصول: صلاحية الحقوق المشروعة له وعليه^(٣). والمقصود بهذه الأهلية أهلية الوجوب الكاملة - أي توفر الصفة الإنسانية بعد الولادة - فسواء أكان الصبي مميزاً أم غير مميزاً فإنه يلتزم بضمان المتلفات.

٢ - كيفية التعويض:

أما في ضمان العقد فلا يقوم التعويض على اعتبار المماثلة لأن المقصود الربح بل التعويض على ما تراضيا عليه. أما في المتلفات فإن التعويض يقوم على اعتبار المماثلة لأن المقصود دفع الضرر المحظور فتعتبر فيه المماثلة.

٣ - التضامن^(٤):

فالتضامن بين العاقلين يجب أن ينص عليه في العقد ، كما في الكفالة حيث يمكن للدائن مطالبة الأصيل أو الكفيل بالدين المكفول به.

أما التضامن بين المتلفين أو المجرمين فغير معتبر في أصل الشريعة. والمجرم لا يُسأل إلا عن مقدار أثره في الجريمة وقد جاء في نصوص الحنفية: «حصل التلف من فعلهما انقسم الضمان عليهما»^(٥).

٤ - وقت تملك المضمون:

المضمون ضمان عقد لا يملكه مستحقه إلا بقبض الضامن ، أما

(١) مغني المحتاج ، الشربيني: ١٠/٢ .

(٢) الروض المربع ، البهوتي ، ص ٢٧٦ .

(٣) قواعد الفقه ، محمد البركتي ، ص ١٩٨ . وانظر: أصول السرخسي: ٣٣٢/٢ .

(٤) سبق تعريفه ص ٤٦ .

(٥) البدائع ، الكاساني: ٢٧٤/٧ .

المضمون ضمان يد، فيملكه مستحقه من تاريخ حدوث سبب استحقاقه^(١)، مثاله: إذا كان المهر المعين بذاته - كسيارة مثلاً - في يد الزوج مضموناً ضمان العقد، فإن المرأة لا تملكه، إلا تسلمها إياه، وإذا كان مضموناً ضمان يد، فتملكه المرأة بمجرد انعقاد الزواج، وعندئذ يحق لها التصرف فيه بالبيع مثلاً بعد تملكه.

٥ - من حيث الأوصاف والعوارض الذاتية:

فقد فرق الفقهاء في ضمانها بين العقود وبين الإلتلافات. وقرر الحنفية أن الأوصاف^(٢) لا تضمن بالعقد، وتضمن بالغصب، لأن الغصب قبض، والأوصاف تضمن بالفعل، وهو القبض، أما العقد فيرد على الأعيان، لا على الأوصاف والغصب والإلتلاف فعل يحل بالذات بجميع أجزائها فكانت مضمونة^(٣).

* * *

-
- (١) الأشباه والنظائر، السيوطي، ص ١٧٣.
(٢) أوصاف المبيع هي: كل ما يدخل في البيع تسمية كالشجر والبناء في الأرض، وأطراف الحيوان والجودة في المكيل والموزون. البدائع، الكاساني: ٢٣٩/٥.
(٣) الهداية، المرغيناني: ١٥١/٢. البحر الرائق، ابن نجيم: ١٥٥/٣. البدائع، الكاساني: ٢٤٠/٥. لسان الحكام، إبراهيم الحنفي، ص ٣٠٥.

أنواع من الضمان ذكرها الفقهاء

أولاً: ضمان الدرك:

تعريفه:

لغةً: الدَّرْك بفتح الدال وبفتحتين وسكون الراء اسم من أدركت الرجل أي لحقته ، وقد جاء عن النبي ﷺ: «أنه كان يتعوذ من جَهْدِ البلاء وَدَرَكِ الشقاء»^(١). أي: من لحاق الشقاء^(٢). وقال ابن منظور في لسان العرب: «الدرك: اللحق من التبعة ، ومنه ضمان الدرك في عهدة البيع»^(٣). وفي المعجم الوسيط: «الدرك التبعة ، يقال ما لحقك من درك فعلي خلاصه ، ومنه ضمان الدرك في الفقه»^(٤).

وشرعاً: ضمان الدرك هو الكفالة برد الثمن للمشتري عند استحقاق المبيع بأن يقول له: تكفلت أو ضمنت بما يدركك في هذا المبيع ، أو الكفالة برد المبيع إلى البائع إن ظهر الثمن المعين مستحقاً. وإنما سُمي

(١) أخرجه البخاري ، كتاب: الدعوات ، باب: التعوذ من جهد البلاء ، رقم (٥٩٨٧): ٢٣٣٦/٥. ومسلم ، كتاب: الذكر والدعاء والتوبة والاستغفار ، باب: التعوذ من سوء القضاء ودرك الشقاء وغيره ، (٢٧٠٧): ٤/٢٠٨٠.

(٢) الموسوعة الفقهية الكويتية: ٣١١/٢٨.

(٣) لسان العرب ، ابن منظور: ٤١٩/١٠.

(٤) المعجم الوسيط ، ص ٢٩١.

دركاً لالتزامه الغرامة عند إدراك المستحق عين ماله^(١). مثاله: ضمان الثمن للبائع ، فالبائع الذي يبيع آجلاً ، قد يطلب كفيلاً يضمن الثمن الذي في ذمة المشتري ، وفي البيع الحال ، ومع قبض الثمن قد يظهر أن النقود مغشوشة ، أو معيبة ، لذا كان يطلب بعض البائعين كفيلاً يضمن لهم سلامة الثمن ، وقد تكون النقود سلمت من الغش أو العيب ولكن يظهر لها مالك غير المشتري ، كالمغصوب أو المسروق مثلاً ، ومن هنا كانت الحاجة إلى كفيل يلتزم بأداء الثمن في الحال .

والمشتري قد يطلب كفيلاً يلتزم برد الثمن إذا ظهر أن المبيع به عيب يستوجب الرد ، أو أن أحداً يتحقه غير البائع ، كأن يُعرَف له مالك آخر ، أو أن أحداً أحق به من المشتري كأن يكون لغيره حق الشفعة . وهذا ضمان للثمن ، وقد يكون لجزء منه كأرث العيب وهو ما يسترد من ثمن المبيع إذا ظهر فيه عيب ورضي المشتري استبقاءه^(٢).

وقد ذكر الفقهاء السبب في إجازتهم هذا الضمان وذكروا أن الحاجة تدعو إلى الوثيقة والوثائق ثلاث: الشهادة والرهن والضمان ، فأما الشهادة فلا يُستوفى منها الحق ، وأما الرهن فلا يجوز في ذلك بالإجماع ، لأنه يؤدي إلى أن يبقى أبداً مرهوناً ، حيث يلزم حبس الرهن إلى أن يؤدَّى ، وهو غير معلوم ، فلم يبق إلا الضمان ، فلو لم يصح لامتنعت المعاملات مع من لم يعرف وفيه ضرر عظيم رافع لأصل الحكمة التي شرع البيع من

(١) البحر الرائق ، ابن نجيم: ٢٣٧/٦ . المادة (٦١٦) من المجلة العدلية . الفواكه الدواني ، ابن غنيم: ١٥٢/٢ . الكافي ، ابن عبد البر ، ص ٤٥٤ . تحرير ألفاظ التنبيه ، النووي ، ص ٢٠٤ . مغني المحتاج ، الشربيني الخطيب: ٢٧٣/٢ . المهذب ، الشيرازي: ٣٤٢/١ . المغني: ابن قدامة: ٣٨٥/٤ . الروض المربع ، البهوتي ، ص ٣٢٣ . المطلع على أبواب الفقه ، محمد البعلبي الحنيلي: ٢٤٩/١ . التعريفات ، الجرجاني ، ص ٧٣ .

(٢) الاقتصاد الإسلامي ، د. علي السالوس: ٧٧٧/٢ . الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة ، د. علي السالوس ، ص ١٤٦ .

أجلها فهم أجازوه إذاً لجلب المصلحة ومنع الضرر^(١).

وهذا الضمان يلتزم به البائع بمقتضى عقد البيع دون حاجة إلى اشتراط صريح عليه ، لأن المفروض في البيع أن المشتري لم يلتزم الثمن إلا على أساس سلامة المبيع من كل علاقة للغير به ، وعلى هذا يتوقف تحقق معنى المبادلة التي هي موضوع البيع .

ويكثر بين الناس التجاء المشتريين إلى توثيق سلامة المبيع من الحقوق بكفالة الدرك عندما يكون البائع مجهولاً ، ولا سيما في بيع المصوغات ، خوفاً من أن تكون مسروقة فيظهر صاحبها ويستحقها .

ويدخل في هذا الباب ضمان البائع نقص المكيل أو الموزون أو المذروع ، ويسميه الفقهاء : ضمان نقص الصنجة أو المكيال أو الذراع .

مثاله : لو اشترى شخص موزوناً فشك في نقص الصنجة ، أو مكيالاً فشك في نقص المكيال أو مذروعاً فشك في نقص الذراع ، فضمن شخص النقص ، صح ضمانه فيرجع المشتري فيما نقص والقول يمينه وهذا جائز عند الشافعية والحنابلة^(٢) .

ما يترتب على ضمان الدرك :

أ - حق المشتري في الرجوع بالثمن :

يترتب على ضمان الدرك حق المشتري في الرجوع بالثمن عند استحقاق المبيع ، ويحق له مطالبة الضامن والأصيل به^(٣) . إلا أن الفقهاء اختلفوا في وقت مطالبة الضامن بالثمن .

فذهب جمهور الفقهاء ومعهم أبو يوسف من الحنفية إلى أن مجرد

(١) المذهب ، الشيرازي : ٣٤٢/١ .

(٢) روضة الطالبين ، النووي : ٢٤٦/٤ . مغني المحتاج ، الشربيني : ٢٧٣/٢ . الإنصاف ، المرادوي : ١٩٩/٥ . المادة (١٠٩١) من مجلة الأحكام الشرعية في مذهب الإمام أحمد .

(٣) بداية المجتهد ، ابن رشد : ٢٤٤/٢ .

القضاء بالاستحقاق يكفي لمواخذه ضامن الدرك والرجوع بالثمن عليه^(١).

وذهب الحنفية إلى أنه لا يؤخذ ضامن الدرك إن استحق المبيع ما لم يقض بالثمن على البائع ، لأن البيع لا ينتقص بمجرد الاستحقاق ، ولهذا لو أجاز المستحق البيع قبل الفسخ جاز ولو بعد قبضه وهو الصحيح ، فما لم يقض بالثمن على البائع لا يجب رد الثمن على الأصل فلا يجب على الكفيل^(٢).

وذهب المالكية إلى أن الضامن يغرم الثمن حين الدرك في غيبة البائع وعدمه^(٣).

ب - حق البائع في الرجوع بالمبيع :

ويترتب على ضمان الدرك ، حق البائع في الرجوع بالمبيع إذا ظهر أن الثمن مستحق أو معيب أو ناقص^(٤).

ج - منع دعوى التملك والشفعة :

ضمان الدرك للمشتري عند البيع تسليم من الضامن بأن المبيع ملك البائع فيكون مانعاً لدعوى التملك والشفعة بعد ذلك ، لأن هذا الضمان لو كان مشروطاً في البيع فتمامه بقبول الضامن فكأنه هو الموجب له ثم بالدعوى يسعى في نقض ما تم من جهته ، وإن لم يكن مشروطاً فالمراد به إحكام البيع وترغيب المشتري في الابتاع ، إذ لا يرغب فيه دون الضمان فنزل الترغيب منزلة الإقرار بملك البائع ، فلا تصح دعوى الضامن الملكية لنفسه بعد ذلك للتناقض ، وهذا عند الحنفية^(٥).

(١) البدائع ، الكاساني : ٩/٦ . مغني المحتاج ، الشربيني : ٢٧٣/٢ . الروض المربع ، البهوتي ، ص ٣٢٣ .

(٢) البدائع ، الكاساني : ٩/٦ . الهداية ، المرغيناني : ٩٦/٣ .

(٣) الكافي ، ابن عبد البر : ٤٥٤/١ .

(٤) مغني المحتاج ، الشربيني : ٢٧٣/٢ . المغني ، ابن قدامة : ٣٨٥/٤ .

(٥) البحر الرائق ، ابن نجيم : ١٥٨/٦ .

وذهب الحنابلة والشافعية إلى أنه إن ضمن الشفيع العهدة للمشتري لم تسقط شفعته ، لأن هذا سبب سبق وجوب الشفعة فلم تسقط به الشفعة كالإذن في البيع والعفو عن الشفعة قبل تمام البيع^(١).

د - الإبراء من ضمان الدرك :

لو أحب البائع أن يأمن غائلة الرد بالاستحقاق فأبرأه المشتري من ضمان الاستحقاق كقوله : لا أرجع بالثمن إن ظهر الاستحقاق ، فظهر ، كان له الرجوع ، ولا يعمل بما قاله ، لأن لإبراء لا يصح تعليقه بالشرط^(٢).

بعض التطبيقات المعاصرة لضمان الدرك :

١ - ورد سؤال لبيت التمويل الكويتي رقم (٨٧٢) الفتوى رقم (٤٤٨) هذا نصه : تواعدنا مع عميل على بضاعة (سكر) ، وبعد فتحنا الاعتماد وصلت الأوراق إلى بيت التمويل ، فأخبرنا العميل بموجب الأوراق أن البضاعة سُحِتَ ويستطيع الحضور للتعاقد واستلامها ، وبعد ذلك تبين أن المستندات مزورة ، وعند مطالبة العميل بالتعويض مقابل الإقرار والضمن الموقع من قبله كضمان للمصدر ، أبدى العميل تحفظاً حول كيف يمكن مطالبته بالتعويض في الوقت الذي أرسلنا له كتاباً يبين استلام البضاعة؟

وكان الجواب من هيئة الفتوى والرقابة الشرعية ما يأتي :

المطالبة بالتعويض لا علاقة لها بالمواعدة ولا بإجراءات التعاقد والتليم وإنما هي نتيجة كفالة سابقة ، حيث كفل الواعد المصدر في حسن أداء ما يتم التعامل به معه وأن يتحمل (العميل) كل ما يترتب على مخالفة المصدر لأي مواصفات أو قيود يترتب على مخالفتها تبعة مالية ، وهو ما يعرف بضمان الدرك ، فمسؤولية الواعد ناشئة عن الكفالة لا عن المواعدة وما بعدها من إجراءات ومنها إجراء مخاطبته للحضور للتعاقد.

٢ - ورد سؤال لبيت التمويل الكويتي رقم (٦٣٦) ، الفتوى

(١) حاشية البجيرمي : ٢٨/٣ . المغني ، ابن قدامة : ٣٨٦/٤ .

(٢) البحر الرائق ، ابن نجيم : ١٥٨/٦ .

رقم (٢٠٢). ونصه: ما هو الرأي الشرعي في الحصول على كفالة من الواعد بالشراء في بيع المرابحة لضمان وصول البضاعة إلى الكويت سليمة وفي حالة جيدة.

الجواب: يجوز ذلك شرعاً لأن الكفالة عقد تبرع ويجوز صدورها قبل نشوء الحق وهي هنا من قبيل ضمان الدرك.

ثانياً: ضمان السوق:

وهي من الكفالات التجارية. قال ابن تيمية - رحمه الله -: «ضمان السوق: وهو أن يضمن الضامن ما يجب على التاجر من الديون، وما يقبضه من الأعيان المضمونة ضمان صحيح، وهو ضمان ما لم يجب، وضمان المجهول، وذلك جائز عند جمهور العلماء، كمالك وأبي حنيفة وأحمد بن حنبل. وقد دل عليه الكتاب كقوله تعالى: ﴿وَلَمَن جَاءَ بِهِ جُمْلٌ بَعِيرٌ وَأَنَّىٰ بِهِ زَعِيمٌ﴾ [يوسف: ٧٢] والشافعي يبطله، فيجوز للكاتب والشاهد أن يكتبه ويشهد عليه، ولو لم ير جوازه لأنه من مسائل الاجتهاد، وولي الأمر يحكم بما يراه من القولين»^(١).

وفي مجلة الأحكام الشرعية في مذهب الإمام أحمد، تنص المادة (١٠٩٤) على ما يأتي: «يصح ضمان السوق، مثلاً: لو ضمن ما يلزم التاجر، أو ما يبقى عليه للتجارة، أو ما يقبض من الأعيان المضمونة، صح الضمان».

وذكر ابن عابدين أن صاحب الفتاوى الحامدية سئل فيما إذا قال زيد مخاطباً لجماعة معلومين من أهل سوق كذا: ما بايعتم عمراً أنتم وغيركم، فهو علي، فهل يلزم زيداً دين من خاطبهم دون غيرهم، فأجاب: نعم»^(٢).

(١) فتاوى ابن تيمية: ٥٤٩/٢٩. انظر: المبدع، ابن مفلح: ٢٥٣/٤. كشف القناع، البهوتي: ٣٦٧/٣.

(٢) العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية: ٢٨٥/١. انظر: الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة، د. علي السالوس، ص ١٤٧.

وهذا المصطلح ورد على ألسنة فقهاء الحنابلة فقط^(١).
وبعد الانتهاء من تعريف العقد وبيان معنى ضمان العقد ، أنتقل للباب
الأول ، والذي يبحث في الركن الأول من أركان ضمان العقد وهو الخطأ
العقدي.

* * *

(١) المبدع ، ابن مفلح: ٢٥٣/٤. الفروع المقدسي: ١٨٢/٤. كشف القناع ،
البهوتي: ١٧٢/٤.