المبحث الأول: تعريف الضمان

١- المطلب الأول :تعريف الضمان في اللغة:

يطلق الضمان على معانٍ كثيرة منها :-

(ا)الإلتزام :يقال ضمنتُ المالَ وبالمال ضماناً ،فأنا ضَامِن وضَمِنَ :أي التزمتُه ،ويتعدى بالتضعيف ، فيقال :ضَمَّنْتُه المالَ ،إذا أَلزمْتُه إياه .

(ب)الكَفَالَةُ :يقال ضَمِنَ الشيءَ ضَمَّانًا ،فهو ضامِن وَضَمِين ،إذا كَفَلَه .

(ج)التغريم :يقال ضَمَّنتُهُ الشيءَ تضميناً ،إذا غَرَّمْتُه فالتزمَهُ[1] .

---

(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 : تاليف أحمد بن محمد بن على المقري الفيومي ٤٩٧/٢ ،المطبعة الأميرية ببولاق –القاهرة ،ط ١٣٥٨هـ-١٩٣٩م.

-تاجُ اللغةِ وصحاح العربية لإسماعيل بن حماد الجوهري ٢١٥٥/٦ ، تحقيق أحمد عبد الغفور عطار ،دار العلم للملايين –بيروت –لبنان ،ط الثالثة ١٤٠٤هـ-١٩٨٤م .

-مختارُ الصِحاح للشيخ محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازى ص ٣٨٤،المطبعة الأميرية بالقاهرة ،ط ١٣٤٠هـ –١٩٢٢م .

obeikandl.com

المطلب الثاني
تعريف الضمان في الشريعة الإسلامية

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

أولا: بمعنى الكفالة: وبه قال جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية والزيدية والإمامية والإباضية[1]

---

(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 ١٤١٥هـ –١٩٩٤م .
- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق لفخر الدين عثمان بن على الزيلعى ١٤٦/٤، دار المعرفة –بيروت –لبنان ،ط ١٣١٥هـ-
- مواهب الجليل من أدلة خليل للشيخ أحمد بن محمد المختار الجكينى ١٥/٤ راجعة عبد الله إبراهيم الأنصاري–مطبعة إحياء التراث الإسلامي بقطر ، ط ١٤٠٧هـ –١٩٨٧م .
- مغنى المحتاج إلي معرفة ألفاظ المنهاج شرح الشيخ محمد الشربينى الخطيب ١٩٨/٢ ، دار إحياء التراث العربي –بيروت –لبنان ط ١٣٧٧هـ –١٩٥٨م
- الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل تأليف أبي محمد موفق الدين عبد الله بن قدامه المقدسى ٢٢٧/٢ تحقيق زهير الشاويش المكتب الإسلامي بيروت –لبنان ط الثالثة ١٤٠٢هـ –١٩٨٢م
- المحلى لأبي محمد على بن أحمد بن سعيد بن حزم ٨/ ١١٠ تحقيق لجنة إحياء التراث العربي – منشورات دار الآفاق الجديدة بيروت –لبنان ط ١٣٥٢هـ
- البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار لأحمد بن يحيي ابن المرتضى ٧٥/٥ ،دار الحكمة اليمانية –صنعاء –اليمن-ط الأولى ١٣٦٦هـ-١٩٤٧م .
- شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام لأبي القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن ١٠٧/٢ تحقيق عبد الحسين محمد على ،ط دار الأضواء ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣ م .
- شرح كتاب النيل وشفاء العليل لمحمد بن يوسف أطفيش مكتبة الإرشاد جدة السعودية ط الثالثة ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥م .

obeikandl.com

ثانيا: بمعنى الإلتزام :بتعويض الغيرِ عمَّا أصابَهُ مِنْ ضرر وبه قال بعضُ الفقهاءِ كالحموي من الحنفية والغزالى والسيوطى من الشافعية والشوكانى من الزيدية [١] .

والذي- يُعنينَا- في البحثِ هو التعريف الثاني ؛

فعرفه الحموي[٢] بقوله:"الضمان عبارة عن رد مثلِ الهالِك إن كان مِثْليًّا أو قِيمَتِه إنْ كانَ قَيْمِيًّا[٣]" .

---

(١) غَمْزُ عيونِ البصائر شَرْحُ الأشباه والنظائر لأحمد بن محمد الحموي ٦/٤،دار الكتب العلمية –بيروت لبنان ،ط الأولى ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م .
- الوجيز في مذهب الإمام الشافعي لِحجة الإسلام محمد بن محمد الغزالي ٢٠٨/١ مطبعة الآداب والمؤيد بمصر ،ط ١٣١٧هـ .
- الأشباه والنظائر للإمام جلال الدين عبد الرحمن السيوطى ص ٣٥٦-مطبعة مصطفى البابى الحلبي وأولاده بمصر – ط ١٣٧٨هـ - ١٩٥٩م .
- نيلُ الأوطار شرح مُنتقَى الأخبارِ مِنْ أحاديثِ سيد الأخبارِ لمحمد بن على إبن محمد الشوكاني ٢٩٩/٥ دار الكتب العلمية بيروت لبنان ط ١٢٩٧هـ

(٢) **الحموي** : هو شهاب الدين أحمد بن محمد الحسينى الحموى الحنفي عالم مشارك في أنواع من العلوم، وتوفى سنة ١٠٩٨ هـ ومن مؤلفاته غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر، وكشف الرمز عَنْ خبايا الكنز .
مُعجم المؤلفين تأليف عمر رضا كحالة ٢ /٩٣ دار إحياء التراث العربي – بيروت- لبنان ، ط ١٣٧٦ هـ - ١٩٥٧ م .

(٣) غَمْزُ عيونُ البصائرِ للحموي ٦/٤.

ومـــا يُفهَـــمُ مِـــن كـــلام الغزّالـــي [١] :" أن الضـــمان هـــو وجوب رد الشيء أو بدله بالمِثْلِ أو بالقيمةِ [٢] " .

وعرفـــه الســـيوطي [٣] بقولـــه:" ضـــمان المثـــل بالمثـــل والمتقوم بالقيمة [٤] " .

وعـــرف الشـــوكاني [٥]" الضـــمان هـــو عبـــارة عـــن غرامـــة التالف [٦]" .

---

(١) الغزالـــي: هـــو محمـــد بـــن محمـــد بـــن أحمـــد الطوســـي الإمـــام الجليـــل أبـــي حامـــد الغزالـــي ولـــد ، بطـــوس، ولـــه مصـــنفاتٌ كثيـــرةٌ منهـــا الـــوجيز والوســـيط والمبســـوط، وغيـــرهم توفي سنة خمس وخمسمائة .

- كشـــف الظنـــون عـــن أسـامي الكتـــب والفنـــون للعلامـــة مصـــطفي ابـــن عبـــد اللـــه القســـطنطيني الرومـــي الحنفـــي، المعـــروف بحـــاجي خليفـــة مـــج ٢/٢٠٠٢ دار الفكـــر بيـــروت لبنـــان ، ط ١٤٠٢ هـــ - ١٩٨٢ م .
- طبقـــات الشـــافعية الكبـــرى لتـــاج الـــدين أبـــي نصـــر عبـــد الوهـــاب ابـــن علـــي بـــن عبـــد الكـــافي السُـــبكي ١٩١/٦ ، مطبعـــة عـــيسى البـــابي الحلبي وشركاه ، ط الأولي ١٣٨٣ هـ - ١٩٦٤ م .

(٢) الوجيز للغزالي ١/٢٠٨

(٣) الســـيوطي: هـــو الإمـــام جـــلال الـــدين عبـــد الـــرحمن الســـيوطى ومـــن مؤلفاتـــه تفســـير الجلالـــين وهـــو تفســـير قـــيم والأشـــباه والنظـــائر وغيرهما وتوفي سنة ٩١١ هـ .

كشف الظنون لحاجي خليفة مج ٤٤٥/١ .

(٤) الأشباه والنظائر السيوطى ص ٣٥٦ .

(٥) الشـــوكاني: هـــو محمـــد بـــن علـــي بـــن محمـــد الشـــوكاني الصـــنعاني قاضـــي القضـــاة ، كـــان إمـــام علمـــاء الـــيمن فـــي القـــرن الثالـــث عشـــر الهجـــري فـــي الحـــديث والأصـــول والروايـــة والدرايـــة تـــوفي ســـنة ١٢٥٠ هـــ ، ومـــن مؤلفاتـــه نيـــل الأوطـــار، وارشـــاد الفحـــول وغيرهمـــا المجـــددون فـــي الإســـلام لعبـــد المتعـــال الصـــعيدي ص ٤٧٣ومـــا بعـــدها مكتبة الآداب القاهرة ط الثانية ١٣٨٢ هـ - ١٩٦٢ م ..

(٦) نيل الأوطار للشوكاني ٢٩٩/٥ ..

وهذه التعريفات تلتقي على تعويض المضمون له لقاء ما أصابه من إعتداء أو ضرر .
وأن يكون التعويض بالمثل إذا كان من المِثْليات، وهو ما يحصره كيل أو وزن ،أو بالقِيمة إذا كان مما لا مِثْل لَهُ كالعروض والحيوان ،وكل ما كان من غير مَكيلٍ أو موزون [١] .

---

(١) غمز عيون البصائر للحموي ٧/٤ .
- دُرَر الحكام شرح مجلة الأحكام تأليف علي حيدر مج ٣٧٨/١ .
دار الكتب العلمية –بيروت –لبنان ،ط الأولى ١٤١١ هـ - ١٩٩١م .
- الموسوعة الفقهية لوزارة الأوقاف والشئون الإسلامية
بدولة الكويت ٢٢٢/٢٨- مطابع دار الصفوة للنشر والتوزيع ج.م.ع
ط الأولى ١٤١٣ هـ - ١٩٩٣م .
- نظرية الضمان الشخصي "الكفالة"د.محمد بن إبراهيم بن عبد الله الموسى ص ٢٣٧، مكتبة العبيكال –الرياض –السعودية ، ط الأولى ١٤١٩هـ-١٩٩٩م .

obeikandl.com

المطلب الثالث
تعريف الضمان في القانون الوضعي

إن مصطلح (الضمان) بالمعنى الشرعي يعني في القانون المسئولية [١] .

إذا أردنا تعريف المسئولية في القانون فإننا سنجد أن عبارات شرَّاح القانون قد تنوعت فيما يأتي:-

فمنهم من يقول بأن المسئولية تعنى "اقتراف أمر يوجب مؤاخذة فاعلة [٢]" .

وعرفها البعض بأنها: "حالة الشخص الملتزم قانوناً بتعويض ضرر سببه للغير [٣]" .

وعرفها د/ السُّنهوُري بأنها :"التعويض عن الضرر الناشئ عن الفعل غير المشروع "[٤] .

وهذه التعريفات في مجملها وإن تنوعت عباراتُهَا إلا أننا يمكن أن نوجز ما تفيده في تعريف المسئولية بأنها:" التزام الشخص بتعويض الضرر الناشئ عن فعل غير مشروع [٥]" .

---

(١) المسئولية المدنية ، تأليف المستشار حسين عامر، ص١ ،ط الأولي ١٩٥٦م، مطبعة مصر .

(٢) المرجع السابق .

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

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

- المسئولية المدنية بين التقييد والإطلاق د/ إبراهيم الدسوقي أبو الليل ص ٣٢،دار النهضة العربية –القاهرة .

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

(٥)نظرية الضمان في عقود التبرعات ،لعلى على غازي ص١٠، رسالة دكتوراه ، ط ١٤٢٢هـ –٢٠٠١ م.

- المسئولية التقصيرية عن فعل الغير في الفقة 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 المسئولية
في المواد من ١٦٣ إلى ١٧٨ [١] .

مقارنة تعريف الضمان بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي :-

بالنظر في تعريف الضمان عند شُرَّاح القانون الوضعي يُؤخذُ عليه أنه يعتبر الإنسانُ مسئولاً كيفما كان عمَّا يسببه للغير من ضررٍ ، وَيُلزَمه بتعويض هذا الضرر [٢] .

والوَاقع أنه ليس كلُّ مَضَرة تستوجب التعويض ،
وليس كل فعل يستوجب مساءلةَ صاحبهُ و مجازاته
بحسب أن الضرر قد ينتج عن فعل مشروع ، ومؤاخذة
الفاعل على هذا الفعل – لاشك –مجافٍ للعدالةِ [٣] .

وكذلك يتضح –أيضا –من أن تعريف الضمان في الفقه الإسلامي أعم وأشمل من تعريفة في القانون الوضعي ،لأنها تشمل ضمان العين والنفس كما أنه يُشعر بالمعنى المالي في جبر الضرر [٤] .

---

(١) النظرية العامة للالتزام د/ جميل الشرقاوى ص ٤٧٨ .
(٢) المسئولية المدنية د/ إبراهيم السوقي ص ٣٦٢ .
(٣) المسئولية المدنية لحسين عامر ص ١ ،٢ .
(٤) نظرية الضمان لعلى على غازي ص ١١ .
- المسئولية المدنية د/ إبراهيم السوقي ١٤٥ وما بعدها .
- المسئولية التقصيرية لسيد أمين محمد ص ١١٥ وما بعدها .

التعريف المختار :-

وعرفة د/ وهبة الزحيلي بقوله : ويمكننا تعريف الضمان ـ

بما يتلاءم مع عموم نظريته الشاملة للمسئولية المدنية و الجنائية ـ

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

المال أو ضياع المنافع أو عن الضرر الجزئى أو الكلى

الحادث بالنفس الإنسانية[١]".

---

(١) نظرية الضمان د/ وهبة الزحيلي ص١٥

دار الفكر المعاصر –بيروت لبنان ط ١٩٩٨م.

obeikandl.com

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 : قولة تعالى :

{ فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ} [١]

وقولة عزّ وجل {وَجَزَاء سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا } [٢]

وقولة تعالى : {وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِ} [٣]

وهذه الآيات تدل على أن التضمين مشروع عند الإعتداء أو أخذ المال بدون حق ، أو إتلافه لِمَا في ذلك صيانةً لأموالِ المسلمينَ وحقوقِهم [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 على بن عادل الدمشقي الحنبلى ،١٢/١٨٩.
تحقيق الشيخ عادل أحمد عبد الموجود والشيخ على محمد معوض دارا لكتب العلمية – بيروت، لبنان ، ط ١٤١٩ هـ-١٩٩٨م .

(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 اعتدي وأضر بالغير (٢) .

وما روى عن أبي بكرةَ- رضى الله عنة- أنه قال :

أن رسول الله -ﷺ- قال في خُطبَتِهِ يومَ النَّحرِ بِمِنى: "إنَّ دماءَكم وأموالَكم وأعراضَكم حرامٌ عليكم كحرمةِ يَومِكم هذا في شهرِكم هذا في بلدِكم هذا"(٣) .

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

---

(١) أخرجه ابن ماجه ٤/ ٢٧ كتاب الأحكام ، باب من بَنِىَ في حقه ما يضرُّ بجاره ، وابن أبي شيبة ٣/٧٧ كتاب البيوع ، وأحمد في مُسنده ١/٢٥٥، والدَّارُ قطْنى ٣/٧٧كتاب البيوع ، والحاكم في المستدرك ٢/٥٨، كتاب البيوع باب التشديد في أداءِ الدين ، وقال صحيح الإسناد على شرط مسلم ووافقه الذهبى في ذلك، الزيلعى في نصب الرايةِ ٦/ ٤٢٣ كتاب الديات باب ما يُحْدِثُه الرجل في الطريق .

(٢) جامع العلوم والحِكمْ في شرح خمسين حديثا من جوامع الكلم،للإمام الحافظ الفقيه زين الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن شهاب الدين بغدادي الشهير بابن رجب الحنبلي ٢/١٧٩ مكتبة العبيكات الرياض السعودية ط ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م - - - المجموع المُذهْب في قواعد المذهب لأبى سعيد خليل بن كيكدي العلائي الشافعي ٢/ ٣٧٧ ، ط وزارة الأوقاف بالكويت ، ط الأولى ١٤١٤ هـ-١٩٩٤ م.

(٣)أخرجه البخاري ٨/١٦ كتاب الحدود باب ظهر المؤمن حمى إلا في حد أو حق ،ومسلم ٥/ ١٠٨ كتاب القسامة ، باب تغليظ تحريم الدماء والأعراض والأموال ،وابن ماجه ٥/٤٢٩ كتاب الفتن ، باب حرمة دم المؤمن وماله ،وأحمد في مسنده٣/٣٧١ ، والطبرانى في المعجم الكبير ١٨/١١، والبيهقي ٦/١٥٢ كتاب الغصب ، باب تحريم الغصب وأخذ أموال الناس بغير حق .

(٤)السرج الوهاج لأبي الطيب صديق بن حسن خان الحسينى القنوجى البخاري ٦/٢٧١ – إحياء التراث الإسلامي بقطر ط ١٩٨٥م .

(ج) الإجماع :-

فقد أجمع الفقهاء علي أن الدماءَ والأموال مَصونة 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 يُغرَم المتلِف مثل ما أتلفه أو قيمته إن لم يكن له مثل .
٢- قاعدة" الضرر لا يزال بالضرر"[٤]أي أن الضرر لا يزال بمثله .

لعلاء الدين

(١) تحفة الفقهاء للسمرقندي ٢٧٤/٣ دار الكتب العلمية – بيروت –لبنان ط ١٤٠٥هـ ١٩٨٤م.
- مواهب الجليل للجكيني 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 ١٤٠٤هـ ١٩٨٤م .
(٢) البحر الزخار للمرتضى ٧٢/٥ .
(٣)القواعد الصغرى تأليف العز بن عبد السلام ص ٥
تحقيق عاد ل 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 ١/ ٢٧٤ .
(٤)المرجع السابق ٢٧٨/١.
الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٨٦ .

٣- قاعدة" الضرر الأشد يُزال بالضرر الأخف "
أي أن الضرر تجوز إزالته بضرر أخف منه [١]
٤- قاعدة "درء المفاسد أولىَ منْ جَلب المصَالح "
أي إذا تعارضت مفسدة ومصلحة يُقدّمَ دفع المفسدة علي جلب المصلحة [٢]
٥- قاعدة "الضرر يُدْفَع بقدرِ الإمكان "
فمثلا إذا اغتصب شخص مالَ آخَر واستهلكه، فلإن إرجاع المال المغصوب المستهلك بعينه غير مُمكن ، فيضمن الغاصب مثل ذلك المال إذا كان من المِثْليات، وَقيمته إن كانَ من القيَميات [٣] .

---

(١)شرح القواعد الفقهية لأحمد بن محمد الزّرقا ص ١٩٩ .
درر الحكام لعلى حيدر مج ١/٣٦ .
(٢)الأشباة والنظائر لتاج الدين عبد الوهاب بن على بن عبد الكافي السُّبكى ١/١٠٥،دار الكتب العلمية بيروت –لبنان ط للأولى ١٤١١هـ - ١٩٩١م
- الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٨٧ .
- شرح القواعد الفقهية لأحمد بن محمد الزرقا ص ٢٠٥.
- درر الحكام لعلى حيدر مج ١/٣٧.
(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 تعذّر ردُّ الشيءُ بعينة ، لهلاكه أو استهلاكه أو فقده ، وجب رد مِثله ، إن كان من المِثليات أو قِيمته إن كان قيّميًا [٣] .

---

(١)حاشيةابن عابدين ٩/٢٦٦ .
- القوانين الفقهية لأبي عبد الله محمد بن أحمد بن محمد بن جُزَى الكلبي ص ٣٥٢- دار الكتاب العربي – بيروت – لبنان ، ط الأولى ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م .
- المهذب في فقه الإمام الشافعي:لأبي إسحاق إبراهيم بن على بن يوسف الفيروز آبادى الشيرازي ٣/ ٣٦٥ ، دار الكتب العلمية بيروت- لبنان - ط الأولى ١٤١٦هـ ، ١٩٩٥ م .
- شرح منتهى الإرادات:للشيخ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي ٣/ ٣٧٤ ، دار الفكر –بيروت –لبنان .

(٢) أخرجه الترمذى ٣/ ٥٦٦ كتاب البيوع – باب ما جاء في" أن العارية مؤداة "بلفظ "حتى تؤدى" وقال: حديث حسن صحيح ، وابن ماجه ٤/٤٦كتاب الصدقات ، باب العارية ، والبيهقى ٨ / ٤٨١ كتاب السرقة باب غرم السارق .

(٣) غمز عيون البصائر للحموي ٤/٧.
- القواعد الصغري للعز بن عبد السلام ص ٨٧.

obeikandl.com

٢- الضمان المثلي:

المثلي: لغة: من المماثلة ،والمِثْل الشَّبه ،يقال هذا مِثْلُه أي شَبهُه[١]
أما في الاصطلاح :ما حصَره كيَل أو وزنَ أو عدد ولم تتفاوت أفرادُه مع وجودِه في الأسواق[٢] .
وضمان المِثْل أعدل في دَفع الضرر لِمَا فيه من اجتماع الجنسِ والمالية ،ولأنه ضمانَ اعتداء،
والاعتداء لم يشرع إلا بالمِثْل لقوله تعالى:
{وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِ}[٣] .
وإن الضمان إنما يجب لجبر الضَّرر،و إنما يُجبر الضرر برد المِثْل ،لأنه الأقرب إلى الأصل صورةً ومعنى[٤] .

---

(١) لسان العرب لابن منظور ٤١٣٢/٦ مادة مثل .
(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 ٩/ ٢٧٠ .

obeikandl.com

٣-الضمان القيمي :-

القيمي :لغةً نسبةً إلى القيمة ، وهى واحد القِيَمِ ،وأصلُه بالواو لأنه من قام يُقَوَّمَ ،والقيمة :ثمنُ الشيءِ بالتقويم ،يُقال :

كَمْ قَامَتْ هذه السلعة ؟يعنى كم بلغت قِيمتُهَا؟

ويقال :قَوَّم السلعةَ: قدَّرها (١) .

واصطلاحاً :هو ما ليس مِنْ المِثْليات ، كالمزروعاتِ والمعدُوداتِ المتفاوتة فَعَليهِ قِيمتُه لأنه إذا تعذَّر أيجاد المِثْل صورةً ومَعنى،لأنهُ لا مِثْل لَهُ فيجب المِثل معنَى وهو القِيمة لأنها المِثْل الممُكِن(٢) .

---

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

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ٤٤٢١/٩ .

-حاشية ابن عابدين ٢٧٠/٩ .

-الوسيطُ في المذهب لحجةِ الإسلام محمد بن محمد الغزالى مج ٣٩٩/٣، مطبعة دار السلام –القاهرة، ط أولي ١٤١٧هـ- ١٩٩٧م .

-الفروق لشهاب الدين أبي العباس الصنهاجى المشهور بالقرافي ٣٢/٤ ، دار المعرفة –بيروت –لبنان ،ط ١٣٤٧هـ.

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

أ- ضمان الجناية علي النفس .

ب-ضمان الجناية على ما دون النفس .

ج-ضمان الجناية على ما هو نفس من جهة دون جهة وهى الجناية على الجنين[١] .

والواجب في الضمان الجنائي هو الدية أو الأَرْش مُقدرًا كان أو غير مُقدّر[٢] .

تعريف الدية :-

في اللغة: مصدر وَدَيَ ،ويقال وَدَيَ القاتلُ المقتُولَ إذا أعطى وليَّهَ المالَ الذي هُوَ بدلُ النفس ،وأصلها وَدْيَة فحذفت الواو وأُثبتت الهاء بَدل عنها ، تقول وَديتُ القتيلَ أَدِيه دِيَةً ووَدْياً : إذا اعطيتُهُ دِيتَهَ وتسمي الدية بالعقل تسميه بالمصدر وإرادة اسم المفعول ، أي المَعْقُولة ، ثم كثر الاستعمال حتى أطلق العقل علي الدية [٣] .

وفي الاصطلاح :-المالُ الواجبُ بالجنايةِ على النفس أو مَا في حُكمِهَا [٤] .

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني ١٠/ ٤٦١٦ .

(٢) المسئولية التقصير يه 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 للرازى ص ٧١٥ .

(٤) أسني المطالب لأبي يحيي 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 ٣/ ١١٦٣ ،المكتبة الملكية السعودية ، ط أولى ١٤١٨هـ - ١٩٩٧ م.

تعريف الأَرْش :- هو اسم للواجبِ فيما دون النفس ، [١]
وهو نوعان :-
أ- أَرْشٌ مُقدر :- وهو ما حددَ الشارعُ مقدارَهُ كأرشِ اليدِ والرِجل ،وهو أقل من الديةِ الكاملةِ [٢] .
ب – أَرْشٌ غير مقدر: وهو الواجب فيما ليس فيه شيء مُقدر من جُرحِ الخطأ ، وتُركَ للقاضي تقديره ، ويسمي هذا النوع مِن الأَرشِ حكومة العدل [٣] .

---

(١) حاشية ابن عابدين ١٠/ ٢٣٠ .
الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان ٦/٢٤
دار صادر – بيروت لبنان ط ١٤١١ هـ - ١٩٩١ م .
(٢) المهذب للشيرازي ٣/ ٢١٧ .
- مواهب الجليل للجكيني ٤/ ٢٨٤ .
(٣) فتح الوهاب لأبى يحيي الأنصاري ٢/١٤٢
دار إحياء الكتب العربية لعيسي البابي الحلبي وشركاه .
- المهذب للشيرازي ٣/٢١٧ .
- مغني المحتاج للخطيب ٤/ ٧٧ .

obeikandl.com

المطلب الثاني
كيفية الضمان ونوعه في القانون الوضعي

الأصل في القانون أن المِثلي يضمن بمِثله متى كان ذلك ممكنا ، فإن تعذر الضمان بالمِثل كان الواجب هو ضمان القيمة ، وهو ما يسمي 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 مثليا أو قِيمتُها إن كانت قيميا [٣] .

---

(١) الوسيط للسنهوري مج ٢/ ١٠٣٩ وما بعدها

(٢) نظرية الضمان لعلي علي غازي ص ١٤٤

- المسئولية التقصير يه لسيد آمين محمد ص ١١٥

- ضمان العدوان د/ محمد أحمد سراج ص ٧١

(٣)التقنين المدني في ضوء القضاء والفقه لمجد كمال عبد العزيز ص ٥١٠ ، ط ١٩٨٠م

- نظرية الضمان لعلي علي غازي ص ١٤٤ .