نظرية الضمان
في
الفقه الإسلامي العام

جميع الحقوق محفوظة

الطبعة الأولى
١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م

مكتبة دار التراث
الكويت - الفروانية - الشارع الشمالي
ص.ب (٣٤٢١٦) العديلية - ت: ٧٣٣٨٥٩

نظرية الضمان
في
الفقه الإسلامي العام

تأليف

أ. د. محمد فوزي فيض الله

أستاذ ورئيس قسم الفقه الاسلامي ومذاهبه
في جامعة دمشق سابقا
وأستاذ في كلية الحقوق والشريعة بجامعة الكويت

مكتبة دار التراث

الكويت

بسم الله الرحمن الرحيم

بين يدي الكتاب

الحمد لله رب العالمين ، وأفضل الصلاة وأتم التسليم ، على سيدنا محمد إمام المرسلين ، وخاتم النبيين ، المبعوث رحمة للعالمين ، بأحسن تشريع للدنيا والدين ، وعلى آله وأصحابه أجمعين .

سبحانك لا علم لنا إلا ما علمتنا إنك أنت العليم الحكيم .

اللهم لا سهل إلا ما جعلته سهلا ، وأنت تجعل الحزن إذا شئت سهلا ، سهل لنا أمورنا وارحمنا برحمتك يا أرحم الراحمين .

وبعد : فهذه لمحات في نظرية الضمان ، أكتبها لأول مرة لطلابي في كلية الحقوق والشريعة من جامعة الكويت ، باعتبارها مقرراً درسياً رئيسياً اختيارياً .

وراعيت فيها الإيجاز والوضوح ، والإلمام النسبي بالمذاهب الفقهية ، والمقارنة كلما أمكن بين الفقه وبين القانون في المسائل الرئيسية .

أرجو أن يوفقني الله لخدمة شرعه في أمانة وإخلاص ، وأن ييسر سبيل هذا الموجز إلى قلوب أبنائي طلاب العلم ، وأن يكتب لي المثوبة به عنده في دار الجزاء ، « والله عنده حسن الثواب » . وهو حسبنا ونعم الوكيل .

أ. د. محمد فوزي فيض الله

الكويت :

١٣ من ذي القعدة الحرام ١٤٠١ هـ .

١١ من آب (اغسطس) ١٩٨١ م .

تمهيد

النظرية، في الاصطلاح الحقوقي المعاصر - : مفهوم حقوقي عام، يؤلف نظاماً موضوعياً، تندرج تحته جزئيات، تتوزع في فروع القانون المختلفة: كنظرية الالتزام، ونظرية الحق، ونظرية الملكية، ونظرية العقد.

وقد كتب الغربيون أحكامهم القانونية في نظريات، وحذا حذوهم بعض الفقهاء المسلمين، وقرروا ما كتبوه في الجامعات، ودرسوه للطلاب، وانتفع به الكثيرون.

أما الفقه الإسلامي فلم يقدر له أن يكتب في نظريات، كما قدر للتقنينات الغربية اللاتينية، والتقنينات المدنية التي اشتقت منها.

ذلك أن نشأة القانون كانت مع الأسرة والقبيلة، ثم تطور مع الجماعة، فالدولة، التي اتخذت من العادات والتقاليد قانوناً ملزماً.

واختلفت القوانين باختلاف الدول، وتطورت بتطورها، حتى إذا كان القرن الثامن عشر، بلغ التطور أعلاه، في ضوء النظريات الفلسفية والعلمية والاجتماعية، التي كانت تقوم على أساس العدالة، والمساواة والإنسانية.

أما الشريعة الإسلامية، فلم تنشأ هذه النشأة، ولم تتطور هذا التطور، على مر السنين، لأنها نزلت من عند الله، شاملة كاملة، صالحة للإنسانية حيثما كانت، ليست لقوم دون آخرين، ولا لدولة دون أخرى؛ وما يتخيله القانونيون من العدالة والمساواة، ونحوهما، نزلت بمثله وبأفضل منه الشريعة

الإسلامية السماوية، وطبقته الأمة، في حكمها وفي حكوماتها.

إن القوانين الوضعية، من صنع البشر، وهي قوانين مؤقتة، وتسد حاجة الذين صاغوها، وتتبدل كلما تغيرت الحاجة أو انقطعت.

أما الشريعة الإسلامية فهي منزلة من عند الله، وهي شريعة مؤبدة، وأحكامها تنزلت لمصالح الناس جميعاً في معاشهم ومعادهم، والله بصير بعباده، خبير بمصالحهم، وقد أنزل عليهم هذه الأحكام المؤبدة، لأنه يعلم أنه لا صلاح لهم إلا بها: ﴿ومن أحسن من الله حكماً لقوم يوقنون[1]﴾ ﴿والله يعلم وأنتم لا تعلمون[2]﴾.

قامت الشريعة الإسلامية على أسس: المساواة، والحرية، والعدالة، والإنسانية... لكنها طبقتها وقت النزول، وبعده في سائر العهود والحكومات الإسلامية، أحسن تطبيق...

والمسلم لا يمكن أن يكتمل له وصف الإسلام، حتى يطبق هذه الشريعة في نفسه، وأسرته، وفي صلاته بالحكام والمحكومين:

﴿فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم، ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجاً مما قضيت، ويسلموا تسليماً﴾[3].

﴿ومن لم يحكم بما أنزل الله، فأولئك هم الكافرون[4]﴾

﴿ومن لم يحكم بما أنزل الله، فأولئك هم الظالمون[5]﴾

﴿ومن لم يحكم بما أنزل الله، فأولئك هم الفاسقون[6]﴾

---

(١) سورة المائدة، الآية: ٥٠
(٢) سورة النور، الآية: ١٩
(٣) سورة النساء، الآية: ٦٥
(٤) سورة المائدة، الآية: ٤٤
(٥) نفسها، الآية: ٤٥
(٦) نفسها، الآية: ٤٣.

ومع ذلك فقد اقتضت حكمة الله سبحانه، أن لا يتحول العرب المسلمون من جاهليتهم إلى الأحكام الشرعية جملة واحدة، فتثقل على كواهلهم، أو تنفر منها نفوسهم، فلذلك نزلت آي الأحكام، منجمة حسب الوقائع، وإجابة عن أسئلة كانت توجه إلى الرسول ـ عليه الصلاة والسلام ـ، إذ كان هو المرجع الديني الأول في عهد نزول القرآن.

وكثرت الآيات القرآنية التي صدرت بهذه الكلمة: « يسألونك »

وهذه الكلمة أيضاً: « يستفتونك »..

فلما انقطع الوحي كان مصدر التشريع هو القرآن، وما يحفظه الصحابة من أقضية النبي ﷺ. ثم أضيف اليهما في عهد الشيخين، أبي بكر وعمر، الاجتهاد في الأحكام، عن طريق الإجماع الشوري، بالقياس على المنصوصات الحديثية، والأقضية النبوية.

روى البغوي « عن ميمون بن مهران: قال: كان أبو بكر إذا ورد عليه الخصوم، نظر في كتاب الله، فإن وجد فيه ما يقضي بينهم قضى، وإن لم يكن في الكتاب، وعلم من رسول الله ﷺ في ذلك سنة، قضى بها. فإن أعياه، خرج فسأل المسلمين: أتاني كذا وكذا، فهل تعلمون أن رسول الله ﷺ قضى في ذلك بقضاء؟ فربما اجتمع إليه النفر، كلهم يذكر فيه عن رسول الله ﷺ قضاء. فإن أعياه أن يجد في ذلك سنة، جمع رؤوس الناس وخيارهم فاستشارهم، فإن أجمع رأيهم على شيء قضى به.

وكان عمر يفعل ذلك، فإن أعياه أن يجد في القرآن والسنة، نظر، هل كان فيه لأبي بكر قضاء؟ فإن وجد أبا بكر قضى فيه بقضاء، قضى به، وإلا دعا رؤوس الناس، فإذا اجتمعوا على أمر قضى به ».

كانت الواقعية سمة الفقه الإسلامي، وكان الصحابة والتابعون يتحرجون من الفتوى فيما لم يقع، فكانت الأحكام لفقاً للحوادث، وكانت واقعات

الفتوى تتناقل بين الناس بالرواية، حتى دونت في عصر التدوين في مجموعات، بحسب موضوعاتها، ووصلت إلى المجتهدين، الذين التزموها بالدراسة والتأصيل، والتفريع عنها.

غير أن الأئمة وتلاميذهم أضافوا إليها أحكام ماجد من المسائل، وحكم ما افترضوا وقوعه، وألحقوها بهذه المجموعات الموضوعية، وتكوّن الفقه الإسلامي واقعياً وجزئياً من هذه المجموعات الفردية، والكتب التي رويت عنهم فيها، من: الطهارة، والصلاة، والبيوع، والاجارة، وما إليها.

غير أن هذه الفروع المبثوثة في كتب الفقه، قدر لها أن توضع في قواعد عامة ضابطة، تسهل الاستفادة منها في الفتوى والقضاء، بغض النظر عن الكتب والأبواب التي احتوتها موضوعياً.

فكتب في ذلك الإمام عبدالعزيز بن عبدالسلام، الفقيه الشافعي المتوفي سنة ٦٦٠ هـ. كتابه القيم المعروف: قواعد الأحكام في مصالح الأنام، الذي قال فيه صاحب كشف الظنون: إنه ليس لأحد مثله.

وكتب في ذلك أيضاً الإمام شهاب الدين أبو العباس أحمد ابن إدريس القرافي المالكي المتوفي سنة ٦٨٢ هـ. كتابه: الفروق.

ثم كتب أبو الفرج عبدالرحمن بن رجب الحنبلي المتوفي سنة ٧٩٥ كتابه القواعد.

ثم كتب الإمام جلال الدين السيوطي الشافعي، المتوفي سنة ٩١١ هـ كتابه الأشباه والنظائر.

ثم تلاه زين الدين بن نجيم الحنفي، المتوفي سنة ٩٧٠ هـ فكتب كتابه القيم المعروف أيضاً بالأشباه والنظائر، وشَرَحَهُ الحموي، شرحاً وافياً.

لكن هذه الكتب، التي جمعت الفروع الفقهية في قواعد ضابطة، كانت فكرة لم تكتمل لوضع الفقه الإسلامي، في هياكل وأبنية، تجمع هذه

القواعد، ونظريات تضم هذه الأصول.

فقام المحدثون من الفقهاء في هذا القرن، بهذه المهمة، فصبوا أحكام الفقه الإسلامي في قوالب ونظريات عامة، تحاكي تلك التي صب فيها الرومان والألمان، ومن حذا حذوهما، قوانينهم.

وكانت المبادرة الأولى في هذا الصدد، لشيخ شيوخنا، العلامة المرحوم الشيخ أحمد إبراهيم، في مذكرته المبتدأة في بيان الالتزامات، وما يتعلق بها من الأحكام في الشرع الإسلامي.

وكتب الأستاذ الأكبر الإمام محمود شلتوت ـ شيخ الجامع الأزهر ـ لما كان وكيل كلية الشريعة في الجامع الأزهر، بحثه القيم الذي قدمه إلى مؤتمر (لاهاي) في (المسئولية المدنية والجنائية في الشريعة الإسلامية) وكان تخطيطاً فقهياً منهجياً عريضاً، لمن كتب بعده في المسئوليات.

ثم كتب الأستاذ الشيخ شوكت العدوي (نظرية العقد في الفقه الإسلامي)، رسالته إلى كلية الشريعة من الجامع الأزهر، ونال بها شهادة العالمية من درجة أستاذ (دكتور) في الفقه الإسلامي.

ثم كتب الأستاذ الإمام الشيخ محمد أبو زهرة، كتابه المعروف (الملكية ونظرية العقد) وكان مقرراً في كلية حقوق القاهرة.

ثم كتب من بعده الأستاذ الدكتور محمد يوسف موسى كتابه: (الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي).

كما كتب من قبله أستاذنا الجليل، وأستاذ الجيل، مصطفى أحمد الزرقاء، في كتابه الذائع الصيت: (المدخل إلى الفقه الإسلامي العام) نظريات: الملكية، والعقد، والعرف، والمؤيدات الشرعية، ونظرية الالتزام العامة، وكان مقرراً في شريعة وحقوق جامعة دمشق، معاً.

وتوالت بعد هذا الرعيل السابق على صياغة الفقه الإسلامي، في نظريات

عامة، كتابات الكتب والرسائل الجامعية، فكتب المحدثون من المشتغلين في الفقه الإسلامي في نظريات متعددة: في المسئولية التقصيرية، وفي التعسف في استعمال الحق، وفي الضمان، وفي الضرورة، وغيرها.

والآن سنتناول نظرية الضمان في الفقه الإسلامي، باحثين فيها بعد المقدمة، أسباب الضمان، وشرائطه، وإثباته، وأحكامه العامة والخاصة، وارتفاعه.

ثم نسجل في خاتمة البحث القواعد (أو المبادىء) الفقهية العامة في الضمان، سواء أكان الضمان في الأنفس، أم كان في الأموال. والله ولي التوفيق، وهو حسبنا ونعم الوكيل.

مقدّمة في تعريف الضّمان، وشرعيّته

تعريف الضمان:

١) ـ الضمان في اللغة، يعني الالتزام، تقول: ضمنت المال، إذا التزمته.

ويتعدى بالتضعيف، تقول: ضمّنته المال، إذا ألزمته إياه.

ويأتي بمعنى الكفالة، تقول: ضمن الشيء ضماناً، فهو ضامن وضمين، إذا كفله.

كما يأتي بمعنى التغريم، تقول: ضمنته الشيء تضميناً إذا غرمته فالتزمه[1].

٢) ـ وأطلق في لسان الفقهاء، على المعاني الآتية:

أ ـ أطلق على كفالة النفس وكفالة المال، كذلك استعمله جمهور الفقهاء، ـ ممن سوى الحنفية ـ، إذ عنونوا الكفالة بالضمان.

ب ـ وأطلق أيضاً على غرامة المتلفات والغصوب والتعييبات والتغييرات.

ج ـ كما أطلق على ضمان المال، بعقد وبغير عقد.

---

(١) المصباح المنير، والقاموس المحيط، مادة: (ضمن).

د ـ وأطلق على وضع اليد على المال، بحق وبغير حق ـ على العموم ـ.

٣) ـ والضمان الذي نواجهه في هذه النظرية الخاصة به، يشمل في الواقع هذه المعاني المعروفة عند الفقهاء، ويشمل غيرها مما يجب بإلزام الشارع للاعتداء: كضمان الديات، وضمان الأروش، وضمان قيمة صيد الحرم، وضمان كفارة اليمين، وضمان كفارة الظهار، وكفارة الإفطار عمداً في رمضان.

٤) ـ لهذا وجب تعريف الضمان، بحيث يشمل هذه المعاني كلها. وقد وضعت له تعريفات كثيرة، في كثير منها نظر، وفي بعضها طول، وفي بعضها قصر، وفي بعضها قصور.

ويمكن القول في تعريفه: إنه «شغل الذمة بحق، أو بتعويض عن ضرر».

وشغل الذمة: يستوي فيه الإلزام من الشرع للاعتداء جزاء المخالفة والالتزام الشخصي بالعقد ونحوه.

والحق: يشمل حق الشارع، كما في جزاء الصيد ونحوه.

ويشمل حق الإنسان في مثل الدين والكفالة بالمال.

والتعويض عن الضرر، يشمل:

١ ـ الأضرار الواقعة على النفس الإنسانية، المقدر منها، كالديات، وغير المقدر، كالأروش، مما يدخل في نطاق المسئولية الجنائية.

٢ ـ ويشمل الأضرار المالية، ضمن العقود، عينية وغيرها، مما يدخل في نطاق المسئولية العقدية.

٣ ـ كما يشمل الأضرار المالية في غير دائرة العقود، عينية كانت كالغصوب ووضع اليد، أم غير عينية كالإتلافات، مما يدخل في نطاق المسئولية التقصيرية.

شرعية الضمان:

٥) ـ يستدل لشرعية الضمان في معانيه المذكورة آنفاً، بما يأتي: ـ

١ ـ فيما يتصل بمعنى الكفالة، بقوله تعالى: ﴿ولمن جاء به حمل بعير، وأنابه زعيم[١]﴾ أي كفيل ضامن. فقد ضمن يوسف ـ عليه السلام ـ لمن جاء بصواع الملك، وهو إناؤه الذي كان يشرب به، قدر ما يحمله البعير من الطعام.

٢ ـ وفيما يتصل بالإتلافات ونحوها، بحديث « أنس قال: أهدت بعض أزواج النبي ﷺ طعاماً في قصعة، فضربت عائشة القصعة بيدها، فألقت ما فيها. فقال النبي ﷺ: « طعام بطعام، وإناء بإناء »[٢].

٣ ـ ومما يتصل بضمان المال، بعقد وغيره: حديث أنس، أن النبي ﷺ قال: لا يحل مال امرىء مسلم إلا بطيب نفسه »[٣].

٤ ـ ومما يتصل بضمان وضع اليد:

حديث « عائشة، أن النبي ﷺ قال: « الخراج بالضمان »[٤].

وحديث « عائشة، أن النبي ﷺ قال: من ظلم شبراً من أرض، طوقه الله من سبع أرضين »[٥].

وحديث « سمرة بن جندب، قال: قال رسول الله ﷺ: على اليد ما

---

(١) سورة يوسف، الآية (٧٢).

(٢) رواه الجماعة بمعناه إلا مسلماً، راجع منتقى الأخبار بشرحه نيل الأوطار (٥/٣٦٢، ٣٦٣) ط: مصطفى البابي الحلبي، القاهرة سنة؟

(٣) رواه الدارقطني. انظر المرجع السابق نفسه (/٣٥٥).

(٤) رواه الإمام أحمد وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه وابن حبان.

(٥) متفق عليه. انظر: منتقى الأخبار بشرح نيل الأوطار (٥/٣٥٦).

أخذت حتى تؤديه »[1]. والمتعلق المحذوف عند أهل العلم خاص، تقديره: ضمان ما أخذت.

٥ ـ ومما يتصل بالجنايات، بوجه عام، ونحوها:

أ ـ قوله تعالى: ﴿ولكم في القصاص حياة﴾[2].
ب ـ وقوله: ﴿وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به﴾[3].
جـ ـ وقوله: ﴿وجزاء سيئة سيئة مثلها﴾[4].

٦ ـ ومما يتصل بجنايات البهائم، حديث « حرام بن محيصة، أن ناقة البراء بن عازب دخلت حائطاً[5]، فأفسدت فيه، فقضى نبي الله ﷺ أن على أهل الحوائط حفظها بالنهار، وأن ما أفسدت المواشي بالليل ضامن على أهلها »[6].

٦) ـ وقد أجمع أهل العلم والفقه، على أن الدماء والأموال مصونة في الشرع، وأن الأصل فيها الحظر، وأنه لا يحل دم المسلم، ولا يحل ماله، إلا بحق، ونقل ابن عابدين[7] عن أبي يوسف في كتابه الخراج، قوله: « وليس للإمام أن يخرج شيئاً من يد أحد، إلا بحق ثابت معروف » وسند هذا الإجماع من القرآن الكريم:

١ ـ قوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل،

---

(١) رواه الإمام أحمد وأصحاب السنن الأربعة، وصححه الحاكم، وقال الترمذي: حديث حسن غريب.
(٢) سورة البقرة، الآية: ١٧٩.
(٣) سورة النحل، الآية: ١٢٦
(٤) سورة الشورى، الآية: ٤٠
(٥) أي بستاناً، جمعه حوائط. انظر المصباح المنير، مادة: (حوط).
(٦) منتقى الأخبار مع شرحه نيل الأوطار (٣٦٤/٥).
(٧) رد المحتار (٢٥٧/٣).

إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم، ولا تقتلوا أنفسكم، إن الله كان بكم رحيماً »[1].

٢ ـ ومن السنة:

أ ـ حديث « ... فإذا فعلوا عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها »[2].

ب ـ حديث « عبدالله بن مسعود ـ رضي الله عنه ـ قال: قال رسول الله ﷺ لا يحل دم امرىء مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأني رسول الله، إلا باحدى ثلاث: الثيب الزاني، والنفس بالنفس، والتارك لدينه المفارق للجماعة »[3].

جـ ـ وحديث خطبة حجة الوداع، وجاء فيه: « فإن دماءكم وأموالكم حرام بينكم، كحرمة يومكم هذا، في شهركم هذا، في بلدكم هذا! ألا هل بلغت؟ اللهم اشهد »[4].

* * * *

١/٦) ـ بعد هذه المقدمة في تعريف الضمان وشرعيته، ننتقل إلى القول في أسباب الضمان، وشرائطه، وإثباته، وأحكامه، وارتفاعه، باحثين كلا منها في باب مستقل.

---

(١) سورة النساء، الآية: ٢٩.

(٢) رواه مسلم. انظر مختصر صحيح مسلم للمنذري (١/٨ رقم ٤) ط: الثالثة. الكويت ١٣٩٩ هـ ـ ١٩٧٩ م.

(٣) رواه مسلم انظر المرجع السابق نفسه (٢/٣٢ رقم ١٠٢٣).

(٤) متفق عليه.

البَابُ الأوَّل

في أسْبَاب الضَّمَان

٧) ـ يمكن حصر أسباب الضمان في ثلاثة: إلزام الشارع، والالتزام بالعقد، والإضرار.

فنبحث في هذه الأسباب، في ثلاثة فصول: