المحاضرة السابعة: قواعد فقهية في الضمان.

يستعمل الفقه القانوني مصطلح الضمان garantie و يأتي بمعنى :"حماية شخص من ضرر يهدده أو تعويضه عن ضرر وقع عليه..." أما كلمة الضمان فقد استعملها الفقهاء المتقدمون والمتأخرون عند تعرضهم لما يستدرك به ما فات من المصالح، وهو مدار المسؤولية المدنية والمسئولية الجنائية في الفقه الاسلامي.

أولا-تعريف الضمان ومصادره:

1. **تعريف الضمان:**.

أ. **الضمان في اللغة** يأخذ عدة معاني: فيأتي بمعنى الكفالة ،ضمن الشيء وبه ضمنا وضمانا كفل به وضمّنه إياه كفَّله. كما يأخذ معنى الحفظ والرعاية والاشتمال: ضمن الشيء بمعنى تضمنه، ومنه قولهم مضمون الكتاب كذا وكذا،وما (تضمنه) كتابك أي (اشتمل عليه). وفي الحديث:"الإمام ضامن والمؤذن مؤتمن و المراد بالضمان هنا، الحفظ والرعاية لا ضمان الغرامة، لأَنه يحفظ على القوم صلاتهم.

كما استعمل الضمان في الالتزام والغرامة،ضمنته الشيء تضمينا فتضمنه عنى، أي غرمته فالتزم بأداء هذا الغرم، و يشهد لهذا المعنى قول النبي . صلى الله عليه و سلم . **:(الخراج بالضمان).**

ب. **اصطلاحا**: جاء الضمان في استعمال الفقهاء في أمرين:

- ✓ **الكفالة**، حتى أننا نجد من يعرفها بالضمان، فالضمان :" ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق. فيثبت في ذمتهما جميعا ، ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما ،واشتقاقه من الضم،و هو مشتق من التضمين، لأن ذمة الضامن تتضمن الحق ".وهو المقصود بالكفالة،كما جاء في المجلة العثمانية هي"الكفالة هي: ضم ذمة إلى ذمة."و في هذا المعنى حديث النبي -صلى الله عليه وسلم- في ما رواه عنه أبو سعيد الخذري قوله: "كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في جنازة فلما وضعت قال صلى الله عليه وسلم :هل على صاحبكم من دين ؟ قالوا : نعم . درهمان . قال : صلوا على صاحبكم . قال علي رضي الله عنه يا رسول الله ، هما علي ، وأنا لهما ضامن ، فقام يصلي ...").
- ✓ **التغريم:** ومثله تعريف الشوكاني للضمان بأنه:"عبارة عن غرامة التالف." و بمعنى قريب عرفه الحموي:" رد مثل الهالك إن كان مثليا أو قيمته إن كان قيميّا".كما جاء في مجلة الأحكام العدلية المادة 416 " الضمان هو إعطاء مثل الشيء إن كان من المثلِيات وقيمته إن كان من القيميات أي في الغصب والإتلاف" ، وجاء تعريف الشيخ علي خفيف، ليجمع بين المعنيين الكفالة و التغريم :"الضمان بمعناه الأعم في لسان الفقهاء هو شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل".

والملاحظ في تعريف كل من الدكتور وهبة الزحيلي والأستاذ مصطفى أحمد الزرقاء ، محاولة لتقريب مصطلح الضمان من استعمالات فقهاء القانون في باب المسئولية المدنية، فيعرفه الأول ب:" الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال أو ضياع المنافع أو عن الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية ."

و يرى الثاني –الزرقاء-بأنه : "الالتزام بتعويض مالي عن ضرر للغير"

فالضمان التزام و إن شمل مصطلح الكفالة في استعمال الفقهاء (فيما عدا الحنفية)،فإنه أعم من الكفالة، فالضمان معنى عام يندرج تحته الكفالة بينما الكفالة معنى خاص قصد بها تقوية الالتزام الذي على الأصيل أو الكفيل بأداء الدين أو الوفاء بالحق أو إحضار ما هو مكفول به أو تسليم المال أو أداء العمل ؛وقد شرع الضمان للجبر لا للعقوبة، لذا لم يفرق الفقهاء بين المميّز وغيره و الجاد والهازل والعامد والمخطئ لأن الخطأ لا ينفي عصمة المحل.

وعليه،و إن تعددت معاني الضمان في لغة الفقهاء فإنها تتفق على أنه وسيلة لجبر الضرر واستدراك المصالح الفائتة.وإن اختلف الضرر و محل الالتزام.

2. مصادر الضمان:

مصادر الضمان كما عددها الدكتور وهبة الزحيلي في كتابه"نظرية الضمان" هي العقد ووضع اليد والاتلاف .

أ. أما **العقد:** فيكون الضمان فيه إما بالنص صراحة أو ضمنا على شرط من الشروط في حال إخلال المتعاقد بما يوجبه العقد أو يقتضيه الشرط؛فإذا كان مقتضى عقد البيع صفة في تسليم البضاعة أو قبض الثمن وخالفها من وجبت في حقه كان ضامنا لما يرتبه ذلك الاخلال.

ب. وأما **وضع اليد**:وتكون على نوعين: يد مؤتمنة ويد غير مؤتمنة

فاليد المؤتمنة :مثل يد الوديع والوصي على مال اليتيم وغيرها وسميت كذلك لأن كل منهما لا يضمن الشيء الذي تحت يده إلا بالتعدي أو التقصير.

و **اليد غير المؤتمنة** : صورتها الاستيلاء على الشيء إما باذن من المالك كيد البائع على المبيع قبل القبض أو بغير إذن المالك كيد السارق والغاصب.فهؤلاء يضمنون الشيء مهما كانت الأسباب.

ج. ويقصد **بالاتلاف**: إخراج الشيء من أن يكون منتفعا به ويرد على الإنسان والحيوان والأشياء .

وهو على نوعين اتلاف بالمباشرة أو اتلاف بالتسبيب .

والاتلاف بالمباشرة: يكون سببا للضمان سواء كان عمدا أم خطأ و سواء كان الفاعل صغيرا أو كبيرا ،كأن يتلف أحدهم مال الغير فإنه يضمنه(يعوضه) ولو كان ساهيا أو جاهلا أو صغيرا .

أما الاتلاف بالتسبيب فهو:" إحداث أمر في شيء يفضي إلى تلف آخر..." ..(المادة: 888 مجلة الأحكام العدلية) ويكون سببا للضمان بشروط، أولها أن يكون متعديا ،كمن يحفر بئرا في الطريق العام من غير إذن إذا سقط فيه إنسان أو حيوان وجب الضمان، وثانيها أن يكون متعمدا كمن يسد الماء عن أرض جاره فتيبس مزروعاته؛ والثالث أن لا يكون التلف قد نشأ عن فعل آخر فلو اشترك المتسبب والمباشر ضمن المباشر كمن حفر بئرا في مكان عدوانا وجاء غير الحافر فدفع فيه إنسانا فإن الضمان يكون على من قام بالدفع وليس الحافر.