كلية الحقوق
قسم القانون المدني

فكرة الضمان في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية

(دراسة مقارنة)

رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق

مقدمة من الباحثة
نرجس محمد سلطان

لجنة المناقشة والحكم على الرسالة

أ.د/ فيصل زكي عبد الواحد (مشرفا ورئيساً)
أستاذ ورئيس قسم القانون المدني الأسبق – كلية الحقوق – جامعة عين شمس

أ.د/ محمد عبد المنعم حبشي (مشرفا وعضوا)
أستاذ ورئيس قسم الشريعة الإسلامية – كلية الحقوق – جامعة عين شمس

أ.د/ محمد محيي الدين ابراهيم سليم (عضواً)
أستاذ القانون المدني – كلية الحقوق – جامعة مدينة السادات

أ.د/ ممدوح واعر عبد الرحمن (عضواً)
أستاذ الشريعة الإسلامية المساعد – كلية الحقوق – جامعة عين شمس

١٤٤٠ هـ - ٢٠١٩ م

كلية الحقوق
قسم القانون المدني

صفحة العنوان

اسم الباحثة : نرجس محمد سلطان

عنوان الرسالة : فكرة الضمان في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية "

(دراسة مقارنة)

الدرجة العلمية : الدكتوراه.

القسم التابع له : القانون المدني

الكلية : الحقوق.

الجامعة : جامعة عين شمس.

سنة التخرج :

سنة المنح : ٢٠١٩

كلية الحقوق

قسم القانون المدني

رسالة دكتوراه

اسم الباحثة : نرجس محمد سلطان

عنوان الرسالة : فكرة الضمان في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية "

(دراسة مقارنة)

الدرجة العلمية : الدكتوراه.

لجنة المناقشة والحكم على الرسالة

أ.د/ فيصل زكي عبد الواحد (مشرفا ورئيساً)

أستاذ ورئيس قسم القانون المدني الأسبق – كلية الحقوق – جامعة عين شمس

أ.د/ محمد عبد المنعم حبشي (مشرفا وعضوا)

أستاذ ورئيس قسم الشريعة الإسلامية – كلية الحقوق – جامعة عين شمس

أ.د/ محمد محيي الدين ابراهيم سليم (عضواً)

أستاذ القانون المدني – كلية الحقوق – جامعة مدينة السادات

أ.د/ ممدوح واعر عبد الرحمن (عضواً)

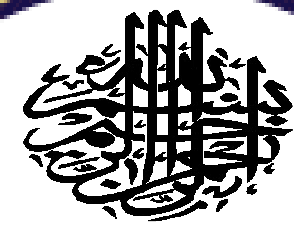
أستاذ الشريعة الإسلامية المساعد – كلية الحقوق – جامعة عين شمس

الدراسات العليا

ختم الإجازة: أُجيزت الرسالة: بتاريخ / /

موافقة مجلس الكلية
بتاريخ / /

موافقة مجلس الجامعة
بتاريخ / /



﴿ كَمَآ أَرۡسَلۡنَا فِيكُمۡ رَسُولٗا مِّنكُمۡ يَتۡلُواْ

عَلَيۡكُمۡ ءَايَٰتِنَا وَيُزَكِّيكُمۡ وَيُعَلِّمُكُمُ ٱلۡكِتَٰبَ

وَٱلۡحِكۡمَةَ وَيُعَلِّمُكُم مَّا لَمۡ تَكُونُواْ تَعۡلَمُونَ ١٥١ ﴾

صدق الله العظيم

(سورة البقرة، آية ١٥١)

إهداء

إلى :

إلى من كلله الله بالهيبة والوقار ..

إلى من علمني العطاء بلا انتظار

والدي قرة عيني

والى سراجي المنير

امي الغالية الحبيبة

والى زوجي العزيز

و أبنائي يمان وشدن

والى كل من جاد بعلمه ونفعني في رحلة بحثي

الباحثة

شكر وتقدير

- أما وقد أنهيت كتابة هذه الرسالة، كان حقا عليّ أن اتقدم بخالص الشكر والتقدير وأسمى عبارات الامتنان لأستاذي الفاضل العالم الجليل والقامة الرفيعة صاحب الأخلاق الأبوية **الأستاذ الدكتور/ فيصل ذكي عبد الواحد** أستاذ ورئيس قسم القانون المدني – كلية الحقوق– جامعة عين شمس بقبولي تلميذا عنده، وتلطفه بالإشراف على هذه الرسالة، وترأسه لجنة الحكم عليها وتقويمها، حيث كان لي شرف ارتباط اسمي باسم فقيه كبير، وعلم من أعلام القانون المدني، فمنحني بذلك شرفا عظيما ووساما رفيعا، ويسر لي السبيل وتكرم علي بجهده ووقته، فواكبها منذ بدايتها كفكرة في الذهن إلى أن ظهرت بهذه الصورة التي بين أيديكم والذي وجدته عظيما في تواضعه كبيرا في ترفعه، عالما في فكره. ولمست منه اسداء المعروف وسماحة الخلق وطيب المعدن وسخاء النفس، ففي كل مقابلة معه كان يخط لي منهجا في البحث ويحيطني برعاية الأب لإبنته. ولا يسعني في هذا المقام، أمام عجزي عن وفائه، إلا أن أدعوا الله عز وجل ان يحفظه ويبقيه للعلم ذخرا ولطلبة العلم عونا، أسأل الله تعالى أن يجزيه عني خير الجزاء وأن يرفع قدره، وأن يجعل مجهوداته في ميزان حسناته، إنه ولي ذلك والقادر عليه.

كما أتقدم بخالص الشكر والتقدير إلى القامة العلمية وصاحب الأخلاق الرفيعة **الأستاذ الدكتور/ محمد عبد المنعم حبشي** ، أستاذ ورئيس قسم الشريعة الإسلامية –كلية الحقوق – جامعة عين شمس، الذي أدين له بالفضل والعرفان، على شموله لى بالرعاية والتوجيه، حيث كان لي شرف الإشراف على رسالتي، فله مني عظيم الامتنان على ما بذله من جهد في القراءة وإبداء الملاحظات السديدة والنصائح القيمة والغالية طوال فترة الرسالة، والتي كان لها أعظم الأثر في إتمام هذه الرسالة، فكان نعم المُعلم، فجزاه الله خيرا وبارك له في صحته وعلمه. وأن يجعل مجهوداته في ميزان حسناته، إنه ولي ذلك والقادر عليه.

كما أتقدم بخالص الشكر والتقدير إلى العالم الجليل **أ.د/ محمد محيي الدين ابراهيم سليم** أستاذ القانون المدني– وكيل كلية الحقوق سابقاً – جامعة مدينة السادات، لتفضله بقبول عضوية لجنة المناقشة والحكم على الرسالة مما سيمنحها تميزا وجودة حيث ستلقى ملحوظاته طريقها السريع إلى هذا العمل فجزاه الله عنا خير الجزاء .

كما أتقدم بخالص الشكر والتقدير إلى العالم الجليل **أ.د/ ممدوح واعر عبد الرحمن** ، أستاذ الشريعة الإسلامية المساعد –كلية الحقوق – جامعة عين شمس، لتفضله بقبول عضوية لجنة المناقشة والحكم على الرسالة مما سيمنحها تميزا وجودة حيث ستلقى ملحوظاته طريقها السريع إلى هذا العمل فجزاه الله عنا خير الجزاء.

الباحثة

المقدمة

يتمتع كل فرد في مجتمعات العدالة بمجموعة من الحقوق التي يتمتع بها والالتزامات التي يجب أن ينفذها بالمقابل، وذلك هو الأصل العام وفقا لما يجيزه وينظمه الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، فهذان الأخيران لم يتركا الإنسان حرا في تصرفاته بحيث يؤذي الغير ويضره وإنما نظما سلوكه وعلاقته مع الغير ضمن قواعد قانونية ملزمة، وبما أن الشريعة الإسلامية الغراء قامت على مبدأ العدالة، فقد أوجدت فكرة التضمين أو ما يسمى اليوم بالمسئولية المدنية.

وعليه عرفت المسئولية المدنية تطورات مختلفة، حيث ظهرت في أول الكيانات البشرية وفي أولى صورة لها إلى حين وجودها كنظرية قانونية مستقلة قائمة بذاتها، وهذه المرحلة تمتد من المجتمع البدائي إلى القانون الفرنسي القديم، فقد عرفت فترتين أساسيتين، الفترة الأولى امتدت إلى بداية العهد الروماني حيث كانت العبرة بالثأر ومن ثم كانت المسئولية المدنية مختلطة المسئولية الجنائية، أما الفترة الثانية فهي فترة القانون الفرنسي القديم والذي قام بفصل المسئولية المدنية عن المسئولية الجنائية، بوضع نظرية لأول مرة وكان ذلك في بداية القرن التاسع عشر ميلادي من خلال التقنين المدني الفرنسي.

وتعد المسئولية المدنية من المواضيع المهمة التي تناولها الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، حيث ان الفقه الاسلامي لم يعترف من حيث المبدأ بفكرة المسئولية المدنية، والتي كانت ومازالت تتصدر قمة المسائل والموضوعات القانونية الجذرية بالبحث والدراسة أضف إلى أننا كباحثة نجدها فلسفة قائمة بحد ذاتها تحتاج إلى التأمل والتدقيق، فهي تمثل المحور الأساسي الذي تدور حوله معظم القضايا اليوم، حتى باتت تشغل مركز القلب في القانون المدني والشغل الشاغل في المحاكم والمحامين، وقد وصفها الفقيه

الفرنسي (جوسران) بأنها أصبحت محور القانون المدني وبالتالي محور القانون بأكمله.

وحدا هذا الأمر بالفقهاء إلى أن يتوغلوا في كينونة المسئولية المدنية فباتوا يرون بأنها: التزام الشخص بالتعويض عن الضرر الناشئ عن الإخلال بالتزام عقدي أو قانوني، أي يمكن أن يقع الفعل الضار عمدا أو مجرد إهمال سببه فعل شخصي أو بفعل الغير، وعلى هذا النسق نجدها ترمي إلى إصالح الضرر الذي لحق بالمضرور، وذلك بتقديم تعويض مالي، وتجدر الإشارة إلى ان مفردة المسئولية قد وردت بهذا اللفظ في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، وقد جاءت بمعان عدة، منها قول الباري جل وعلا: (وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ ۖ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا)[1]، وقوله صلى الله عليه وسلم: (أَلَا كُلُّكُمْ رَاعٍ، وَكُلُّكُمْ مسئولٌ عَنْ رَعِيَّتِه).

وتنقسم المسئولية إلى: المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية والمسئولية الموضوعية، فالأولى التي تترتب عن عدم تنفيذ الالتزام الناشئ عن العقد على الوجه المتفق عليه، والثانية فهي التي تنشأ عن الإخلال بالتزام فرضه القانون وذلك بالتعويض عن الضرر الذي ينشأ دون وجود علاقة عقدية بين المسئول عن هذا الضرر وبين المضرور، أي ينشأ على عاتق الشخص بسبب الأفعال التي صدرت عنه، وأحدثت ضررا للغير، كما قد تنشأ على عاتقه أيضا نتيجة الأضرار التي يحدثها حيوان أو شيء يتولى حراسته، وقد تنشأ أيضا من جراء الإضرار التي تحصل من فعل أشخاص آخرين يخضعون لرقابته وتوجيهه، وبما أن المسئولية المدنية عبارة عن التزام بالتعويض، فإن هذا الأخير يلتزم به المتسبب في الضرر، وهذا ما يعرف بمصطلح (الضمان) والذي يعد أثر من الآثار التي يرتبها الشرع على التصرفات الشرعية بوجه عام.

---

[1] القرآن الكريم، سورة الإسراء، الآية (٣٤).

ففكرة وأحكام الضمان الواردة في القوانين المدنية التي هي في أساسها مزاج ما بين الفقه الإسلامي والفقه الفرنسي، وعنيت هذه الدراسة بتسليط الضوء على كلا الفقهين، مع مقاربة النصوص التشريعية المصرية والعراقية والأردنية، لموازنتها بالفقه الإسلامي. كما بينت مواطن الضعف والقوة في التشريعات العربية تحديدا ما يخص الضمان.

ومن خلال دراستنا هذه سنتطرق إلى الفقه الإسلامي لكونه هو العصب الأساسي للقانون المدني بوجه عام، وللضمان بوجه خاص، فحري بنا أن نبرز جهود الفقهاء الأجلاء الذين تناولوا بالتفصيل أحكام الضمان وأركانه وشرائطه الفقهية، الأمر الذي يسهل معه تمييز الضمان، فمن منطلق قول الرسول صلى الله عليه وسلم (لاضرر ولا ضرار) أخذ الفقهاء الأجلاء في التصدي للضمان سواء أكان واردا على العقود، أو على الأفعال الشخصية، فبينوا أن أحكام الشريعة الإسلامية لا ترضى بالضرر للآخرين بل إنها تسعى جاهدة لإبراز روح المحافظة على الإنسان وممتلكاته، وهذا الأمر جلي من خلال حرص الفقهاء المسلمين على التعويض عن الأضرار وأهمية تضمينها، بحيث كل شخص يضر بالآخرين يضمن أفعاله ويضمن أفعال من هم تحت رقابته من الأشخاص والأشياء وحتى الحيوانات لكون (جناية العجماء جبار)، لهذا فإن الأرواح والأموال التي تهدر أو تضار لابد من أن يحاسب من أهدرها وفقا لأحكام الفقه الإسلامي، وقد سعت المذاهب الفقهية الأربعة (الحنفي والحنبلي والشافعي والمالكي) جميعا على إيراد الضمان في كتب العبادات والمعاملات الخاصة بكل مذهب، فهناك اتفاق وإجماع على ضرور الضمان لكل مضرور سواء بالقيمة أو المثل وفقا للشرائط الفقهية.

وقد واصل المتأخرون من فقهاء الشريعة الإسلامية مسيرة المتقدمين، فقد فصلوا الضمان بالشكل الكافي وميزوه عما يشتبه به من الفاظ ظهرت في وقتنا الحالي، ولم يكتفوا بذلك بل زادوا عليه وفقا لمقتضيات