

جامعة القاهرة
كلية الحقوق

٢٥ / ١

٥٦٤

٣١

٣٤ / ١

٣١

الفصل الموحد للضميمة

في الفقه الإسلامي
دراسة مقارنة

٣١

رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق
إعداد
محمد فاروق بدرى العكام

بجنت الحكم :

- الأستاذ الدكتور محمد سلام مذكور « المشرف على الرسالة » رئيس
رئيس قسم الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق - جامعة القاهرة
الأستاذ الدكتور عبد الوارث عبيد
أستاذ القانون المدني بكلية الحقوق - جامعة القاهرة
الأستاذ الشيخ محمد أنيس عيادة
رئيس قسم أصول الفقه المقارن بكلية الشريعة والقانون - جامعة الأزهر



T01-00370

دار المصطفى

شارع المرقان بمصر

١٣٩٧ هـ

١٩٧٧ م

قال الله تعالى :

" فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم "

(البقرة - ١٩٤)

قال رسول الله :

من قال :

لا حول ولا قوة الا بالله

لم يضره شيء

والله

طوبى



قال الله تعالى :

" فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم "

(البقرة - ١٩٤)

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :

" لا ضرر ولا ضرار "

(رواه الدارقطني والبيهقي والحاكم)

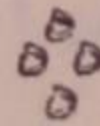
والشريعة مبنية على الاحتياط والأخذ بالحنم والتحرز مما عسى أن يكون
طريقا الى مفسدة "

(الامام الشاطبي)

الاهـداء

==

الى روح والدى الطاهرة • رحمه الله
الى من حملت الأمانة من بعده ، وكافحت من أجل
أبنائها • والدتي أطال الله في عمرها •
الى الذين دفعوني الى استكشاف آفاق المعرفة ،
وكانوا أوفياء بعهدهم أسخياء في بذلهم • اخوتي حفظهم الله



بسم الله الرحمن الرحيم

تقد يسم

=

الحمد لله الذى علم الانسان ما لم يعلم • والصلاة والسلام على سيدنا محمد
نبي الرحمة الذى شملت دعوته كل أمة ، وأوجبت شريعته حفظ الدين والنفس والنسل
والعقل والمال •

وبعد :

فانه لاغنى لأى مجتمع من المجتمعات عن وجود قانون يحكم العلاقات
القائمة بين أفرادها وما يصدر عنهم من تصرفات ، وتراعى قواعده مصالحهم من جانب
العدم بعد مراعاتها من جانب الوجود ، قطعا لدابر المنازعات وحفظا للنظام •

وقد أرسى الشارع الاسلامى قواعد مسئولية الفرد عما يصدر عنه من تصرفات
ضارة بالغير • فأجمل الأسس التى ينبغى أن تقوم عليها تصرفات الناس بعضهم
تجاه بعض ، حيث قد وقف عند المبادئ العامة التى تحكم السلوك الانسانى ، دون
تعرض للتفاصيل ، وجماعها ، أنه لايجوز للشخص أن يدخل ضررا على من لا يستحقه •
كما وضع الى جانب ذلك ، الجزاءات لمواجهة ما يقع من الأفراد من تجاوزات على
حقوق الآخرين •

ومن النصوص الشرعية ، فى القرآن الكريم والسنة والنبوية ، استقى فقهاء
الأمة الاسلامية أحكام مسئولية الفرد عن أفعاله الضارة • فوضعوا الضوابط التى
تكشف عن السلوك الانسانى الذى يكون محلا للمؤاخذه والتضمين • كما اضطلموا
بمهمة التفصيل والتطبيق على الصور العديدة والمتشعبة للسلوك الانسانى ، بقصد
استنباط حكم الشرع فيها • وبلغ اهتمام الفقهاء بموضوع الضمان وأسبابه الموجبة ،
ومنها الفعل ، مبلغا كبيرا ، حتى أن البعض منهم صنفوا كتباً مستقلة فيه •

الفهرس
===

الموضوع	الصفحة
تقديم	٣
باب تمهيدى ماهية الضمان وبيان موجبه	
تمهيد وتقسيم	٧
الفصل الأول : التعريف بالضمان ودليل شرعيته	٨
المبحث الأول : التعريف بالضمان	٨
أولا : فى اللفه	٨
ثانيا : فى الشرع	٩
١- الضمان بمعنى الكفالة	٩
٢- الضمان بمعنى التعويض	١٢
٣- فى القانون	١٧
المبحث الثانى : أدلة شرعية التضمين	١٨
الفصل الثانى : فى موجبات الضمان وأنواعه • وفى تحديد نطاق ضمان	
المقد وضمان الفعل	٢٥
المبحث الأول : موجبات الضمان وأنواعه	٢٥
منهج	٢٥
أولا : معنى الموجب	٢٥
١- فى القانون	٢٨
ثانيا : حصر موجبات التضمين فى موجبين اثنين : عقد وفعل	٢٨
٢- رأى القائل بوحدة الضمان والرد عليه	٣٢

الموضوع	الصفحة
— ازدواج الضمان في الفقه الاسلامي	٣٣
— النتائج المترتبة على ازدواج الضمان	٣٥
أ — من حيث الأهلية	٣٥
ب — من حيث التمويض	٣٧
ج — من حيث التضامن	٣٩
د — من حيث تضمين الأوصاف ..	٤٠
هـ — من حيث ثبوت اليد على الشيء المضمون وقت الهلاك	٤١
و — مسائل خلافية في المذهب الحنفي وغيره من المذاهب الفقهية	٤٤
— في القانون	٤٦
المبحث الثاني : نطاق ضمان العقد ونطاق ضمان الفعل ..	٥٢
— منهج	٥٢
أولا — تحديد نطاق ضمان العقد	٥٢
ثانياً — تحديد نطاق ضمان الفعل : ..	٥٧
— الفعل غير المشروع والجناية	٥٩
— الرأي القائل بعدم وجود قاعدة عامة في الفقه الاسلامي تجعل الفعل غير المشروع مصدرا للضمان * والرد عليه	٦٠
— مفهوم عدم مشروعية الفعل * ومحاولة تقسيم الفعل غير المشروع الى ما هو غير مشروع في ذاته وما هو غير مشروع لغايته	٦٢

الباب الأول
الفعل غير المشروع لذاته

٦٨	 تمهيد وتقسيم
٧٠	 الفصل الأول : التعدى
٧٠	 - تقسيم
٧١	 البحث الأول : تعريف التعدى ومياريه
٧١	 المطلب الأول : تعريف التعدى
٧١	 أولا : فى اللغة
٧١	 ثانيا : فى الشرع
٧٢	 ١- التعدى بمعنى الاستيلاء على المنافع
٧٤	 ٢- التعدى بمعنى مجاوزة الحد وعدم الاذن
٧٦	 - فى القانون
٧٨	 المطلب الثانى : معيار التعدى
٨٣	 - عدم اعتداد الفقهاء بالظروف الذاتية للفاعل
	 - اعتداد الفقهاء بالظروف الخارجية للقضى
٧٤	 أحاطت بالفاعل
٨٧	 - فى القانون
٩٢	 البحث الثانى : التمييز ليس بشرط لقيام التعدى والتضمين
٩٢	 - تمهيد
٩٣	 أولا : الضمان من خطاب الوضع
٩٥	 ثانيا : من أقوال العلماء فى تضمين عدم التمييز
٩٨	 ثالثا : من تعليقات العلماء فى تضمين عدم التمييز
١٠٠	 رابعا : تضمين عدم التمييز فى حال المباشرة والتسبب
١٠٣	 - فى القانون

<u>الموضوع</u>	<u>الصفحة</u>
المبحث الثالث : أنواع التمدي	١٠٨
المطلب الأول : التمدي بالعمد والتمدي بالخطأ ..	١٠٨
تمهيد	١٠٨
أولاً : التمدي العمد : تعريفه ومعياره	١٠٩
— في عمد الصبي والمجنون	١١٠
— في القانون	١١٣
ثانياً : التمدي خطأ	١١٥
أ — معنى كلمة خطأ واستعمالها الفقهي	١١٥
ب — تعريف التمدي خطأ وأنواعه ومعياره . . .	١١٦
— في القانون	١٢٠
المطلب الثاني : التمدي الايجابي والتمدي السلبي	١٢١
— تمهيد	١٢١
أولاً — التمدي الايجابي : تعريفه ومعياره	١٢٢
— في القانون	١٢٤
ثانياً — التمدي السلبي أو التمدي بالترك	١٢٤
(١) الترك أو الامتناع بمشابة الفعل المادي . . .	١٢٥
(٢) الامتناع المجرد والامتناع بمناسبة عمل . . .	١٢٨
أ — الامتناع المجرد	١٢٨
— الدعوى بعدم امكان اعتبار " المسؤولية عن عدم مساعدة الغير " مبدءاً عاماً من مبادئ الشريعة الاسلامية ونقضنا لها	١٢٩
— شروط مسؤولية الممتنع عن مساعدة الغير	١٣٤

<u>الموضوع</u>	<u>الصفحة</u>
ب - الامتناع بمناسبة عمل	١٣٦
- في القانون	١٣٧
المبحث الرابع : طرؤ المشروعية على الفعل المتعمد فيه	
وأسبابها	١٤١
تمهيد	١٤١
المطلب الأول : دفع الصائل	١٤٤
- مفهومه	١٤٤
- شرائطه	١٤٧
- حكمه	١٥٣
- في القانون	١٥٥
المطلب الثاني : حالة الضرورة	١٥٧
- مفهومها	١٥٧
- شرائطها	١٥٩
- حكمها	١٦١
- الفرق بين حالة الضرورة ودفع الصائل	١٦٣
- في القانون	١٦٤
المطلب الثالث : الاكراه	١٦٦
- معناه	١٦٦
- شرائطه	١٦٧
- أنواعه	١٦٩
- حكم الاقدام كراهية على اتلاف مال	١٧٠
- حكم الاقدام كراهية على القتل	١٧٤
- في القانون	١٧٧

<u>الموضوع</u>	<u>الصفحة</u>
المطلب الرابع : أداء الواجب وكيفية الأمر	١٧٩
أولا : أداء الواجب	١٧٩
ثانيا : تنفيذ الأمر	١٨٣
— فى القانون ..	١٨٩
المطلب الخامس : رضا المضرور	١٩١
— فى القانون	١٩٤
الفصل الثانى : الضرر	١٩٦
تقسيم	١٩٦
المبحث الأول : أهمية الضرر فى وجوب التضمين وتعريف	
الضرر	١٩٧
أولا : أهمية الضرر فى وجوب التضمين ..	١٩٧
— فى القانون	١٩٩
ثانيا : تعريف الضرر وتقسيمه الى مادي ومعنوي ...	٢٠٠
— فى القانون	٢٠٢
المبحث الثانى : الضرر المادي	٢٠٤
تمهيد ومنهج	٢٠٤
المطلب الأول : الضرر المادي العالى ..	٢٠٤
أولا : الحاق مفسدة بحال الغير	
١— الأعيان	٢٠٥
٢— المنافع	٢١١
أ — فى المذهب الحنفى ..	٢١٢
ب — فى المذهب الشافعى والحنبل ..	٢١٤
ج — فى المذهب المالكى	٢١٥

الصفحةالموضوع

٢١٥	د - في مذهب الامامية
٢١٦	هـ - في مذهب الزيدية
٢١٦	و - في مذهب الاباضية
٢١٧	٣- الأوصاف
٢١٨	ثانيا : أن يكون المال متقوما
٢٢٢	ثالثا : تحقق الضرر
٢٢٢	١- مايشمله الضرر المحقق
٢٢٤	٢- الضرر المحتمل
٢٢٤	٣- تفويت فرصة على المضرور
٢٢٦	المطلب الثاني : الضرر المادي الجسماني
٢٣٥	- في القانون
٢٤١	المبحث الثالث : الضرر المعنوي
٢٤٣	- في القانون
٢٤٥	الفصل الثالث : علاقة التعدي بالضرر
٢٤٥	تمهيد وتقسيم
٢٤٨	المبحث الأول : في المباشرة والتسبب
٢٤٨	المطلب الأول : في المباشرة
٢٥١	المطلب الثاني : في التسبب
٢٥١	أولا : معنى التسبب
٢٥٣	ثانيا : حكم التسبب وشروط التضمين فيه
٢٥٤	١- أن يكون المتسبب متعديا
٢٥٥	٢- عدم وجود مانع من نسبة الضرر الى المتسبب
٢٦٠	- في القانون

الصفحةالموضوع

٢٦٢	المبحث الثاني : في تعدد الأسباب
٢٦٢	تمهيد
٢٦٢	المطلب الأول : وحدة عمل الفاعلين
٢٦٣	أولا : تعدد المباشراً والمتسبب بالتعاقب
٢٦٥	ثانيا : تعدد المباشراً والمتسبب على سبيل التعاقب
٢٦٩	المطلب الثاني : اختلاف عمل الفاعلين
٢٦٩	منهج
	أولا : القاعدة في اجتماع التسبب والمباشرة :
٢٦٩	(تقديم المباشرة على التسبب)
	ثانيا : استثناءات من قاعدة تقديم المباشرة
٢٧١	على التسبب
٢٧٢	١- تضمين التسبب وحده
٢٧٦	٢- تضمين التسبب مع المباشرة
٢٧٦	ثالثا : قاعدة التسبب والمباشرة عند الحنابلة
٢٧٨	- في القانون
٢٨١	المبحث الثالث : تعدد المسببات أو تسلسل النتائج
٢٨٤	- في القانون
٢٨٦	المبحث الرابع : انتفاء علاقة التعدي بالضرر
٢٨٦	تمهيد وتقسيم
٢٨٧	المطلب الأول : الآفة السعوية أو القوة القاهرة
٢٩٠	- في القانون
٢٩٢	المطلب الثاني : فعل المضرور
٢٩٧	- في القانون

الموضوع	الصفحة
المطلب الثالث : فعل شخص ثالث	٣٠٠
— في القانون	٣٠٢
الفصل الرابع : ضمان ما يحدثه الغير والحيوان والجماد من أضرار ..	٣٠٦
منهجه	٣٠٦
المبحث الأول : ضمان الضرر الناشئ عن فعل الانسان ..	٣٠٧
المطلب الأول : ضمان الضرر الناشئ عن فعل	
الخاضع للرقابة	٣٠٧
— في القانون	٣٠٩
المطلب الثاني : ضمان الضرر الناشئ عن فعل التابع	٣١١
— في القانون	٣١٥
المبحث الثاني : ضمان ما يحدثه الحيوان من أضرار	٣٢٠
أولا : مذاهب الفقهاء في تضمين فعل الحيوان ..	٣٢١
١- مذهب اليه الحنفية والظاهرية	٣٢١
٢- مذهب اليه الشافعية والمالكية والحنابلة	
والامامية والزيدية والاباضية	٣٢٦
ثانيا : الضامن في جناية الحيوان	٣٢٦
— في القانون	٣٢٧
المبحث الثالث : ضمان ما يحدثه الجماد من أضرار (البناء —	
الآلات)	٣٣١
المطلب الأول : ضمان الضرر الناشئ عن تهدم البناء	٣٣١
أولا : شرائط ضمان تهدم البناء	٣٣٤
١- التعدى في جانب صاحب البناء	٣٣٤
٢- أن يحدث الضرر بسبب سقوط البناء ..	٣٣٧

الموضوع	الصفحة
ثانيا : كيفية دفع المسؤولية عن تهدم البناء	٣٣٧
— في القانون	٣٣٧
المطلب الثاني : ضمان الضرر الناشئ عن الأشياء	
والآلات	٣٤٢
أولا : شرائط التضمن	٣٣٤
١- التعدى في جانب صاحب الشئ أو الآلة	٣٤٤
٢- ان يحدث الضرر بفعل الشئ أو الآلة	٣٤٤
ثانيا : كيفية دفع المسؤولية	٣٤٥
— في القانون	٣٤٥
الباب الثاني	
الفعل غير المشروع لغايته	
تمهيد وتقسيم	٣٤٩
الفصل الأول : في مفهوم الحق والحكمة من مشروعيته	٣٥١
تقسيم	٣٥١
المبحث الأول : في الحق والاباحة	٣٥٢
أولا : في الحق : شرعا وقانونا	٣٥٢
ثانيا : في الاباحة شرعا وقانونا	٣٥٦
المبحث الثاني : الغاية من مشروعية الحق	٣٥٩
أولا : نظرة في اعتبار الحق حكما	٣٥٩
ثانيا : المصلحة التي شرع الحق من أجلها	٣٦١
الفصل الثاني : التعسف في استعمال الحق	٣٦٥
تمهيد وتقسيم	٣٦٥

الموضوع	الصفحة
المبحث الأول : في معنى التعسف	٣٦٦
المبحث الثاني : معايير التعسف	٣٧٣
المطلب الأول : المعايير الذاتية	٣٧٤
أولا : تمحيز قصد الاضرار	٣٧٤
— انعدام المصلحة المشروعة قرينة على تمحيز	
قصد الاضرار	٣٧٧
— في القانون	٣٨٠
ثانيا : الباعث غير المشروع ..	٣٨٢
— في القانون	٣٨٣
المطلب الثاني : المعايير الموضوعية	٣٨٥
أولا : اختلال التوازن البين بين المصالح المتعارضة	٣٨٥
— تعارض مصلحة خاصة مع مصلحة عامة	٣٨٦
— تعارض مصالح الخصوص	٣٨٧
— تخيير صاحب الحق وجهها لاستعمال حقه يستتضر	
منه الغير	٣٨٩
— في القانون	٣٩٠
ثانيا : الضرر الفاحش	٣٩١
١— مذهب الحنفية	٣٩٢
٢— مذهب الشافعية	٣٩٣
٣— مذهب المالكية	٣٩٤
٤— مذهب الحنابلة	٣٩٥
٥— مذهب الظاهرية	٣٩٦
— مذهب الامامية	٣٩٦

٣٩٧	٧- مذهب الزيدية
٣٩٨	٨- مذهب الاباضية
٣٩٨	- موقف القانون من معيار الضرر الفاحش ...
٤٠١	المبحث الثالث : تأصيل التعسف
	- الدعوى بأن عدم الحيطة والتبصر في السلوك أصل من
٤٠٣	أصول التعسف ، ونقضنا لها
٤٠٦	- في القانون

الباب الثالث

اثبات الفعل غير المشروع ، وأثره الشرعى

والضمان المبني على تحمل التبعة

٤٠٩	منهج
٤١٠	الفصل الأول : اثبات الفعل غير المشروع
٤١٣	- في القانون
٤١٦	الفصل الثانى : الأثر الشرعى للفعل غير المشروع
٤١٦	تمهيد وتقسيم
٤١٧	المبحث الأول : القاعدة فى الضمان
٤١٨	أولا : الأداء
٤٢١	ثانيا : القضاء
٤٢٣	- فى القانون
٤٢٥	المبحث الثانى : تقدير الضمان ، والوقت الذى يقدر فيه
٤٢٥	أولا : تقدير الضمان ، أو تقدير التمويض
٤٢٦	ثانيا : وقت تقدير التمويض
٤٢٦	الحالة الأولى : انقطاع المثل