



جامعة اليرموك

كلية الشريعة والدراسات الإسلامية

قسم الفقه وأصوله

الضرر المحتمل: تأصيله وآثاره

"دراسة فقهية قانونية"

Potential Damage, Rooting and Effects
Legal Jurisprudence Study""

إعداد الطالب

محمد حميد محمد عباينه

الرقم الجامعي : 2016391028

إشراف الأستاذ الدكتور

عبد الجليل زهير ضمرة

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه وأصوله

الفصل الثاني

2019/2018م—1440/1439هـ

الضرر المحتمل: تأصيله وآثاره

"دراسة فقهية قانونية"

إعداد الطالب

محمد حميد محمد عبابنه

بكالوريوس الفقه وأصوله، جامعة اليرموك ٢٠٠٥م

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في تخصص الفقه

وأصوله في جامعة اليرموك

لجنة المناقشة:

١- الأستاذ الدكتور: عبد الجليل زهير ضمرة..... مشرفاً رئيساً

أستاذ الفقه وأصوله-جامعة اليرموك

٢- الأستاذ الدكتور: أسامة علي الفقير الزبابعة..... عضواً

أستاذ الفقه وأصوله-جامعة اليرموك

٣- الأستاذ الدكتور: عبد الله علي الصيفي..... عضواً

أستاذ الفقه وأصوله-الجامعة الأردنية



الإهداء

إلى الذي وهبني كل ما يملك حتى أحقق له آماله
إلى من كان يدفعني قدما نحو الأمل لنيل المبتغى
إلى الذي سهر على تعليمي بتضحيات جسام
أبي الغالي على قلبي أطال الله في عمره
إلى التي رعتني حق الرعاية وكانت سندي في الشدائد، وكانت دعواها لي بالتوفيق تتبطني خطوة
خطوة، أمتي جزاها الله خير الجزاء عني في الدارين
إلى زوجتي الغالية، إلى أولادي وابنتي الغالية
إليهم أهدي هذا العمل المتواضع.
إلى لكل من أدخل إلى قلبي السعادة إلى أخي وأخواتي وأصدقائي وأخص بالذكر منهم أخي
وصديقي أشرف عاصم حتامله
الذين تقاسموا معي عبء الحياة
كما أسدي ثمرة جهدي لأستاذي الفاضل الأستاذ الدكتور: عبد الجليل ضمرة، الذي كلما أظلمت
الطريق أمامي لجأت إليه فأنارها لي، وكلما طلبت من وقته الثمين وفره لي، بالرغم من مسؤولياته

الكثيرة

إلى كل من له فضل عليّ؛ أساتذتي في كليّة الشريعة
إلى هؤلاء جميعا أهدي هذا العمل المتواضع

الشكر والتقدير

الحمد لله رب العالمين، وأصلي وأسلم على رسوله الأمين، وعلى آله وأصحابه والتابعين، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

اعترافاً مني بالفضل لأهله، أتوجه بالشكر والامتنان إلى: جامعة اليرموك منارة العلم والمعرفة ممثلة بمعالى رئيسها المحترم.

والشكر موصول إلى كلية الشريعة ممثلة بعميدها الفاضل، وإلى رئيس قسم الفقه وأصوله وإلى جميع أساتذته، على ما قدموه وبذلوه في العلم والخير لي ولجميع الدارسين.

كما أتقدم بالشكر الجزيل لأستاذي الفاضل الأستاذ الدكتور عبد الجليل زهير ضمرة فقد كان نعم الموجه لي في رسالتي، ولم يأل جهداً من أجل إنجاح هذا العمل، جعل الله ذلك الجهد والتعب في ميزان حسناته، وجزاه عني خير الجزاء.

كما أتقدم بالشكر إلى لجنة المناقشة، التي تكرّمت بمناقشة رسالتي، فبذلت جهداً طيباً، في مراجعة صفحاتها، لتخرج في أفضل حلّة، فجزاهم الله عني خير الجزاء.

كما أتقدم بالشكر لكل من أسهم في إنجاز هذه الرسالة، وعلى رأسهم أخي وصديقي أشرف عاصم حتامله، وأنس ماجد البنكاني، فجزاهم الله عني خير الجزاء.

والله الموفق

فهرس الموضوعات

ج.....	الإهداء.....
د.....	الشكر والتقدير.....
ه.....	فهرس الموضوعات.....
ح.....	الملخص.....
١.....	المقدمة.....
٤.....	مشكلة الدراسة.....
٤.....	أهداف الدراسة.....
٥.....	أهمية الدراسة.....
٥.....	محددات الدراسة.....
٦.....	مصطلحات الدراسة.....
٧.....	الدراسات السابقة.....
١٢.....	منهج الدراسة.....
١٣.....	خطة الدراسة.....
	الفصل التمهيدى: المسؤولية عن الفعل الضار وأقسامه من جهة الصورة والوقوع في الفقه الإسلامي والقانون والآثار المترتبة عليها.....
١٤.....	المبحث الأول: المسؤولية عن الفعل الضار في الفقه الإسلامي والقانون.....
١٥.....	المطلب الأول: المسؤولية عن الفعل الضار في الفقه الإسلامي والقانون.....
١٥.....	الفرع الأول: مفهوم الضرر في الفقه الإسلامي.....
١٨.....	الفرع الثاني: الفعل المسبب للضرر في الفقه الإسلامي.....
٢٣.....	الفرع الثالث: العلاقة بين الضرر والفعل المسبب له في الفقه الإسلامي.....
٢٥.....	المطلب الثاني: أساس المسؤولية عن الفعل الضار في القانون.....
٢٨.....	المبحث الثاني: أقسام الضرر من جهة الصورة والوقوع.....
٢٨.....	المطلب الأول: أقسام الضرر من جهة الصورة.....
٢٨.....	الفرع الأول: الضرر المادي.....
٣٠.....	الفرع الثاني: الضرر الأدبي (المعنوي).....
٣٤.....	المطلب الثاني: أقسام الضرر من جهة الوقوع.....
٣٤.....	الفرع الأول: الضرر المباشر.....
٣٥.....	الفرع الثاني: الضرر المتسبب.....
٣٧.....	الفرع الثالث: الضرر المحتمل.....

المبحث الثالث: الآثار المترتبة عن المسؤولية عن الفعل الضار (الضمان).....	٤٠
المطلب الأول: مفهوم الضمان لغة واصطلاحاً.....	٤٠
الفرع الأول: الضمان لغة.....	٤٠
الفرع الثاني: الضمان اصطلاحاً.....	٤١
المطلب الثاني: موجبات الضمان.....	٤٢
الفرع الأول: إلزام الشارع.....	٤٢
الفرع الثاني: ضمان العقد.....	٤٣
الفرع الثالث: الإلتلاف.....	٤٣
المطلب الثالث: آثار الضمان.....	٤٥
الفصل الأول: التأسيس الفقهي للضرر المحتمل لإثبات أو انتفاء المسؤولية.....	٤٨
المبحث الأول: التأسيس الفقهي للضرر المحتمل على الجملة.....	٤٩
المطلب الأول: الأدلة الشرعية المثبتة لرعاية الضرر المحتمل في الأحكام الشرعية.....	٤٩
الفرع الأول: الأدلة الشرعية المثبتة للمسؤولية عن الضرر المحتمل على جهة العموم.....	٥٠
الفرع الثاني: الأدلة الشرعية المثبتة للمسؤولية عن الضرر المحتمل إذا ورد بصفة الديمومة على المعين.....	٥٩
الفرع الثالث: الأدلة الشرعية المثبتة لعدم المسؤولية عن الضرر المحتمل إذا ورد بصيغة العروض على المعين.....	٦٣
الفرع الرابع: الأدلة الشرعية على عدم المسؤولية الواردة على المعين بصفة التأقيت.....	٦٥
المطلب الثاني: سد الذرائع أحد الأصول المقاصدية المثبتة لرعاية الضرر المحتمل في الأحكام الشرعية على الجملة.....	٦٦
المطلب الثالث: الضرر المحتمل وعلاقته بمبدأ موجبات المسؤولية من الناحية الشرعية.....	٧١
المبحث الثاني: التكييف الفقهي للضرر المحتمل في عدم إثبات المسؤولية وضوابطه واتجاهاته الفقهية.....	٧٩
المطلب الأول: الضرر المحتمل الوارد على المعين بصفة العروض.....	٧٩
المطلب الثاني: الضرر المحتمل الوارد على المعين بصفة التأقيت.....	٨٢
المطلب الثالث: الاتجاهات الفقهية في إثبات المسؤولية فيما يرد من الضرر المحتمل العارض المؤقت.....	٨٦
المبحث الثالث: التكييف الفقهي للضرر المحتمل المثبت للمسؤولية وضوابطه واتجاهاته الفقهية.....	٩٧
المطلب الأول: الضرر المحتمل الموصوف بصفة العموم في المكلفين وتطبيقاته.....	٩٧

المطلب الثّاني: الضرر المحتمل الموصوف بصفة الدّيمومة في المكلفين وتطبيقاته.....	١٠٢
المطلب الثّالث: الضرر المحتمل المقترن بصفة الاعتداء أو التقصير في المسؤوليّة	
التعاقدية.....	١٠٨
المطلب الرّابع: الاتجاهات الفقهيّة فيما كان عامّاً مؤبداً من الضرر المحتمل في ظلّ المسؤوليّة	
التقصيريّة مدنيّاً أو جنائيّاً.....	١١٢
الفصل الثّاني: التطبيقات الفقهيّة والقانونيّة في إثبات المسؤوليّة أو انتفائها في الضرر	
المحتمل.....	١١٨
المبحث الأوّل: نظريّة الظروف الطّارئة وعلاقتها بتطبيقات الضرر المحتمل	١١٩
المطلب الأوّل: نظريّة الظروف الطّارئة وصلتها بالمسؤوليّة المدنية المتعلقة	
بالضرر المحتمل.....	١١٩
الفرع الأوّل: نظريّة الظروف الطّارئة.....	١١٩
الفرع الثّاني: أركان نظريّة الظروف الطّارئة.....	١٢١
الفرع الثّالث: الظرف الطّارئ وعلاقته بالأضرار المحتملة.....	١٢٣
المطلب الثّاني: نظريّة الظروف الطّارئة في نفي المسؤوليّة المدنيّة المتعلّقة بالضرر المحتمل.....	١٣٢
المبحث الثّاني: التطبيقات المعاصرة للضرر المحتمل في المسؤوليّة الجنائيّة.....	١٣٧
المطلب الأوّل: ضمان الضرر الأدبيّ أو المعنويّ وعلاقته بالضرر المحتمل.....	١٣٧
المطلب الثّاني: الاتجاهات الفقهيّة والقانونيّة في الضرر الأدبيّ وعلاقته بالضرر المحتمل.....	١٣٨
الفرع الأوّل: الاتجاهات الفقهيّة في الضرر الأدبيّ.....	١٣٨
الفرع الثّاني: علاقة القانون بالضرر الأدبيّ.....	١٤٠
المطلب الثّالث: صور إثبات المسؤوليّة في الضرر المحتمل في الجانب الطبيّ.....	١٤٤
الفرع الأوّل: التكييف الفقهيّ لإثبات المسؤوليّة في الخطأ الطبيّ.....	١٤٥
الفرع الثّاني: علاقة القانون بالخطأ الطبيّ.....	١٤٧
أولاً: عناصر الخطأ الطبيّ في القانون المدنيّ.....	١٤٧
ثانياً: الأساس القانونيّ للخطأ الطبيّ في القانون المدنيّ الأردنيّ.....	١٤٩
ثالثاً: صور الخطأ الطبيّ.....	١٤٩
الخاتمة.....	١٥١
المصادر والمراجع.....	١٥٥
فهرس الآيات.....	١٦١
الملخّص باللغة الإنجليزيّة.....	١٦٢

الملخص

عبابنه، محمد حميد، الضرر المحتمل: تأصيله وآثاره "دراسة فقهية قانونية"، رسالة ماجستير، جامعة اليرموك، ٢٠١٩، بإشراف الأستاذ الدكتور عبد الجليل زهير ضمرة.

إنّ الضرر في الشريعة الإسلامية ممنوع، ويكون مضموناً إذا كان محققاً، فإذا ورد بصيغة الاحتمال، فالأصل فيه الإلغاء، لذا تناولت في هذه الدراسة فكرة نتائج الضرر المثبتة للمسؤولية المدنية والجنائية من خلال دراستي الضرر المحتمل غير المحقق وقوعه، وقد اتجهت هذه الدراسة إلى استقراء الاتجاهات الفقهية والقانونية عن طريق المنهج الاستقرائي.

حيث إن مشكلة الدراسة تدور حول مدى إثبات المسؤولية المترتبة على ضرر موصوف بصفة الاحتمال في الوقوع على الجملة، مع بيان أحوال إثبات التبعة عن هذا النوع من الأضرار، أو انتفائها، وتوصلت هذه الدراسة إلى نتائج من أبرزها، ضبط مفهوم الضرر المحتمل وتأصيله فقهاً، وآثاره من خلال النصوص الشرعية وفقه الصحابة، مع بيان الاتجاهات الفقهية فيه إثباتاً أو نفيًا، لاسيما كونه تعلق بعموم الأفراد، أو اختص مقتراً بصفة الديمومة أو العروض الطارئ.

المقدمة :

الحمد لله رب العالمين، القائل في محكم كتابه "عَلَّمَ الْإِنْسَانَ مَا لَمْ يَعْلَمْ"^(١)، وأشهد أن لا إله إلا الله، وأنّ محمداً عبده ورسوله، أدّى الرسالة وبلّغ الأمانة، وأخرجنا من ظلمات العمى والجهل إلى مراقي النور والمعرفة والهداية أحمده حمداً يوافي نعمه ويكافئ مزيده، وبعد:

فإنّ الحقوق المتعلقة بالمكلفين تعد من جملة المقاصد التشريعية التي أولتها الشريعة غاية الرعاية وخصّتها بالمتابعة والعناية سواء على صعيد الفرد أو المجتمع المسلم، والمنتبّع للتوجهات الفقهية لدى الفقهاء يجد أنها تنبّهت إلى رعاية الحقوق وصيانتها دون الاعتداء عليها، ابتداءً من عصمة الإنسان ورفع الضرر عنه، بشتى الطرق والوسائل، سواء أكانت في المال أم الجسد. فجعل الإسلام نظاماً لحماية الإنسان متكاملًا يكفل له حياته، ويحميه من الأضرار سواء كانت مباشرة أو غير مباشرة، في معايير ضابطة تحدد المسؤولية عن الأضرار بغض النظر عن حجمها وجسامتها - على النحو المعتمد في القوانين المعاصرة - ثم ضبطت سبل رفع هذا الضرر إن غدا واقعاً محققاً.

ومن هنا جاءت فكرة البحث في الأضرار المحتملة تأصيلاً وآثاراً، إذ تميزت الشريعة ببناء نظام للمحتمل من الأضرار، فضلاً عن المتحقق، أو الغالب سواء في بناء الأحكام ابتداءً، أو في صيانة حقوق المكلفين أفراداً أو مجتمعات، في حين أن المنتبّع للتشريع الفرنسي المعاصر وما تبعه من قوانين عربية، يلاحظ أنها نظرت إلى الضرر المحتمل بأنه لا يشكل مصدراً في تحقيق معنى السببية المثبتة للمسؤوليتين المدنية فضلاً عن الجنائية، بحيث يلاحظ أنه لا عبرة بهذا النوع من الأضرار على الجملة.

^١سورة العلق: الآية ٥.

أما في الشريعة الإسلامية فيلاحظ أنها رسمت منها متكاملاً للتعامل مع ورود الضرر وإن كان محتملاً غير محقق الوقوع؛ ففرقت فيه بين حالتَي الورد على الفرد المعين، وبين حالة وروده على العامة، ففي حالة وروده على الفرد المعين يتعين التمييز بين كونه وارداً بصفة التأييد أو التأقيت، فالضرر المحتمل الوارد على المعين من المكلفين إن كان مؤبداً فالشارع يحتاط لحق المعين بحيث يرتب على الضرر آثار الصيانة للحيلولة دون استفحاله فإراعيه كما في مثال الشفعة المثبتة لحق التملك للعقار دعواً للضرر المحتمل للشريك الجديد، أما إن كان الضرر المحتمل لاحقاً بالعامة فيحتاط له الشارع حيلةً أقوم مما تعلق بالمعينين فيدروءه درء الغالب من الأضرار صيانة لعامة المكلفين، حيث وردت النصوص بالنهي عن تلقي الركبان أو الجلب مطلقاً سواء كان الناس في حالة احتياج، أو توافرت السلع بين أيديهم، صيانة من ترتب المحتمل من الأضرار وإحاقاً له بالمحقق، أو الغالب من الضرر، وعلى هذا المسلك اختلف الفقهاء في ضابط الحركة أو الاحتكار، فهل يشمل النهي فيه على ما كان مشترى من الأسواق؟ أو أن النهي يتعلق بكل سلعة مما شأنها أن يحتاجها العامة حيلولة دون احتمال الضرر؟

ويلاحظ أن الضرر المحتمل إذا تعلق بالعامة من المكلفين وإن اتصف بصفة الديمومة المورثة ظن المشقة فيهم، فهو لا يلتفت إليه إذا عارضه معارض مقاصدي يتعين رعايته، كما في التعارض الواقع بين الدين والنفس في مثال الخروج في الجهاد في سبيل الله، المتوقع فيه ورود الضرر محتملاً في حق آحاد المقاتلين جرحاً أو قتلاً، لكن الشارع مع هذا ألغى هذا الضرر المحتمل لمعارضته مقصوداً أهم وأحفل بالرعاية شرعاً.

وعليه فالضرر المحتمل في تأصيله، إما أن يتعلّق بحالة التأييد أو بحالة التأقيت، وهما إما أن يتصلا بعامة المكلفين، أو بالمعين منهم، فكان لا بد من ضبطه تأصيلاً، وتتبع آثاره في النصوص الشرعية، وفقه الصحابة، والاتجاهات الفقهية.

لذا سأتناول في دراستي هذه الضرر المحتمل، متى تثبت فيه المسؤولية، ومتى تنتفي، وما هي التطبيقات الفقهية والقانونية المعاصرة في إثباته للمسؤولية؟ وما علاقته بنظرية السببية في إسناد الفعل لفاعله بالمباشرة أو التسبب؟ وما صلته بالالتزامات التعاقدية، أو غير التعاقدية؟ رغبةً في تحليل هذا البحث تحليلاً دقيقاً، وإيجاد الحلول الشرعية لهذا الموضوع، سائلاً المولى-عز وجل- التوفيق والسداد.

مشكلة الدراسة:

تدور مشكلة هذه الدراسة حول تحديد مفهوم الضرر المحتمل وبيان أحوال الاعتداد به أو عدمه في إثبات المسؤولية، ويمكن التعبير عن هذا بطرح سؤالين رئيسيين هما: متى يلتفت الشارع إلى الضرر المحتمل غير المحقق ليرتب عليه الآثار التشريعية الصيانة للحيلولة دون ترتيب آثاره؟ ومتى يكون الضرر المحتمل موجباً للمسؤولية على الجملة؟ ومتى تنتفي المسؤولية عن فاعله؟ ويتفرع عن هذين السؤالين الأسئلة الفرعية الآتية:

١- ما مفهوم الضرر المحتمل؟

٢- ما التأصيل الفقهي في إثبات المسؤولية أو نفيها؟

٣- ما أثر اختلاف التوجهات الفقهية في الاعتداد بالضرر المحتمل في عقود المعاوضات أو

الجنايات؟

٤- ما التطبيقات الفقهية والقانونية المعاصرة التي تبنى على فرضية الضرر المحتمل؟

أهداف الدراسة:

وتهدف الدراسة إلى تحقيق الآتي:

١- بناء تصور فقهي متكامل حول الضرر المحتمل وتأصيله وآثاره.

٢- يتوقع من هذه الدراسة تأصيل مفهوم الضرر المحتمل، وبيان علاقته بنظرية المسؤولية مع

تحديد صلته بالمفاهيم القانونية: كفوات الفرص، وغيرها من المفاهيم المعاصرة.

٣- إظهار الخلافات الفقهية في الضرر المحتمل بين المسؤوليتين التعاقدية والتقصيرية عند

المتقدمين من الفقهاء، مقارنة بالتوجهات القانونية المعاصرة.

٤- إبراز علاقة الأصول الشرعية في موضوع الضرر المحتمل.

٥- بيان التّطبيقات الفقهيّة والقانونيّة المعاصرة في إثبات المسؤولية للضرر المحتمل وانتفاؤها.

أهمية الدّراسة:

تبرز أهمية هذه الدّراسة في النّقاط الآتية:

١- إظهار تكامل التشريع الإسلاميّ في بناء مفهوم المسؤولية، وتحمل التّبعة من خلال

مقارنته بالقانون الذي اضطربت تطبيقاته بين المسؤولية التّعاقديّة (معاهدات الإغراق

السّلي، وفوات الفرصة في العناية الطبيّة مثلاً) وبين المسؤولية التقصيريّة.

٢- إبراز نقاط الاتفاق والاختلاف بين الفقه الإسلاميّ، والقانون المدنيّ الأردنيّ حول موضوع

الأضرار المحتملة.

محددات الدّراسة:

ستقوم الدّراسة على التّأصيل التّشريعيّ، والفقهيّ والقانونيّ للأضرار المحتملة من خلال دراسة

الاتجاهات الفقهيّة مقارنة بالقانون المدنيّ الأردنيّ.

مصطلحات الدراسة:

تدور الدراسة حول ضبط مفهوم الضرر المحتمل وآثاره الفقهية، والمنتبَع للدراسات الفقهية يلفي أنها لم تكن بضبط اصطلاحى للضرر المحتمل، وإن استعملته بمعناه اللغوي ، فهو كل ضرر لم يتحقق من حصوله بحيث يورث التشكك بوقوعه، هذا على الجملة، وقد ورد ذكر الضرر المحتمل في كتب الأصوليين أثناء الحديث عن القياس على التقليد في مسائل الأصول ووجوب الاجتهاد في الأصول الكلية القطعية فإن لزومها محقق علاوة عن ان ضررها محتمل وقوعا ومع التحقق من نفعها ولزوم أهميتها^(١).

في حين يلاحظ عناية القانونيين في ضبط مفهوم الضرر المحتمل فقد ورد في القانون المدني الأردني مبينا ماهيته بكونه: "هو كل ضرر غير محقق قد يقع وقد لا يقع، ولا يوجب التعويض عنه"^(٢)، ويعرفه القانونيون: "بأنه الضرر المستقبلي الذي لم يتحقق من وقوعه إذا لم يتم اتخاذ الإجراءات الحمائية اللازمة"^(٣).

علماً بأن التوجه العام عند القانونيين التفرقة في الضرر من جهة ضالته وجسامته، فالضرر عندهم إما ضئيل ويرد الحديث في المحتمل منه، أو مألوي متحقق واقعاً، أو قام سبب تحققه، أو جسيم متعاضم الأثر.

^١ الفناري، فصول البدائع في أصول الشرائع ، ج٢، ص٤٩٠، الفخر الرازي، المحصول في علم الأصول ، ج٦، ص٨٠.
^٢ القسطاس، تمييز حقوق، www.qistas.com، (٢٠١٨/١١/٣٠، الساعة ٩:٠٠ مساءً).
^٣ هيمن، ماذا تعرف عن الإغراق (١٢١)، فكرة الخطأ المهني للطبيب، ص١٣٩.

الدّراسات السابقة :

بعد البحث والمطالعة في الدّراسات المعاصرة في الفقه الإسلامي، فإنه لم يوجد دراسة مستقلة متخصصة بهذا الموضوع حسب علم الباحث، لكن هناك كتب فقهية معاصرة تناولت موضوع الضمان بشكل عام، أو جزئية معينة في الضرر، وإثباته للمسؤولية، وهي تختلف عن هذه الدّراسة على الجملة.

وهذه الدّراسات هي:

١-رسالة بعنوان "الضرر في الفقه الإسلامي"^(١) وقد قسم الباحث دراسته في ستة فصول وخاتمة:

تناول في الفصل الأول: تعريف الضرر، وأما في الفصل الثاني فقد تناول فيه: أنواع الضرر في العلاقات المختلفة، ومدى اعتبار الشّرع لكل واحد منها، وأما في الفصل الثالث فقد تناول فيه: العلاقة بين الضرر وبعض المصطلحات الأصولية، وأما في الفصل الرابع فقد تناول فيه: العلاقة بين الضرر وبعض المبادئ والقواعد الفقهية، وأما في الفصل الخامس فقد تناول فيه: ضوابط اعتبار الفقه الإسلامي للضرر، وأما في الفصل السادس فقد تناول فيه: جزاء الضرر في الفقه الإسلامي.

وتلتقي الدّراسة الحالية مع الدّراسة السابقة في الفصل الأول، وهو تعريف الضرر، وتلتقي أيضاً في الفصل الخامس، وهو ضوابط اعتبار الفقه الإسلامي للضرر.

وتفترق الدّراسة الحالية عن الدّراسة السابقة، بأنّ الدّراسة السابقة تناولت الضرر في الفقه الإسلامي من خلال تعريفه، وأنواعه، وعلاقاته، وضوابطه، وجزاءه.

(١)الموافي، أحمد، الضرر في الفقه الإسلامي، (السعودية: دار ابن عفان للنشر والتوزيع، ١٤١٨هـ-١٩٩٧)، الطبعة الأولى، ١٩٩٧م.

وتتميز الدراسة الحالية عن الدراسة السابقة :

١- أنها تبحث في ماهية الضمان، وأسبابه، ونتائجه، وماهية الضرر المحتمل، وعلاقته بأنواع

الضرر الموجب للمسؤولية.

٢- تناولت التأصيل الفقهي للضرر المحتمل في إثبات أو انتفاء المسؤولية.

٣- تناولت التطبيقات الفقهية والقانونية في إثبات المسؤولية أو انتفائها في الضرر المحتمل في

الجانب المدني والجنائي.

٢-رسالة بعنوان "موانع الضمان"^١ وقد قسم الباحث دراسته إلى مقدمة وتمهيد وبابين وخاتمة:

تناول في التمهيد: تعريف موانع الضمان لغة واصطلاحاً، ومشروعيته، وقواعده الفقهية،

وتناول في الباب الأول: موانع الضمان في حال إتلاف المال، وتناول في الفصل الأول: موانع

الضمان في الجانب المالي للعبادات، وتناول في الفصل الثاني: موانع ضمان العقود المالية،

وتناول في الفصل الثالث: موانع ضمان الأفعال الصّارة بالأموال، وتناول في الفصل الرابع: موانع

ضمان الأحوال الشخصية والشهادات.

وتناول في الباب الثاني: موانع ضمان الجنايات والحدود، وتناول في الفصل الأول: موانع

ضمان الجناية على النفس وما دونها، وتناول في الفصل الثاني: موانع ضمان جنايات الحدود

والردة والبغاة.

وتلتقي الدراسة الحالية مع الدراسة السابقة في المطلب الثالث من الفصل الأول من

الباب الأول، وهي الأحوال التي يمكن أن يسقط فيها الضمان في الضرر المحتمل.

^١ العموش، محمد محمود دوجان، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، الجامعة الأردنية، الأردن، ١٤٣٠هـ-٢٠١٠م.

وتفترق الدّراسة الحاليّة عن الدّراسة السّابقة، بأنّ الدّراسة السّابقة تناولت موانع الضّمان

من ناحية إتلاف المال، وضمان الجنايات والحدود.

وتتميز الدّراسة الحاليّة عن الدّراسة السّابقة :

١- أنّها تبحث في ماهيّة الضّمان، وأسبابه، ونتائجه، وماهيّة الضرر المحتمل، وعلاقته بأنواع

الضرر الموجب للمسؤوليّة.

٢- تناولت التّأصيل الفقهي للضرر المحتمل في إثبات أو انتفاء المسؤوليّة.

٣- تناولت التّطبيقات الفقهيّة والقانونيّة في إثبات المسؤوليّة أو انتفائها في الضرر المحتمل في

الجانب المدنيّ والجنائيّ.

٣-رسالة بعنوان "مسؤوليّة الطبيب المدنيّة عن أخطائه المهنيّة في القانون الأردنيّ" وقد قسم

الباحث دراسته إلى ثلاثة فصول:

تناول في الفصل الأوّل: ماهيّة المسؤوليّة المدنيّة للطبيب.

وتناول في الفصل الثّاني: أركان المسؤوليّة المدنيّة للطبيب.

وتناول في الفصل الثّالث: الأثر المترتب على مسؤوليّة الطبيب المدنيّة.

وتلتقي الدّراسة الحاليّة مع الدّراسة السّابقة في المطلب الأوّل والثّاني من المبحث الثّاني

في الفصل الثّاني وهو تعريف الضرر، وفي الفصل الثّالث في الأثر المترتب على مسؤوليّة

الطبيب المدنيّة.

وتفترق الدّراسة الحاليّة عن الدّراسة السّابقة، بأنّ الدّراسة السّابقة تناولت المسؤوليّة

المدنيّة للطبيب، وأركانها، والآثار المترتبة على المسؤوليّة المدنيّة للطبيب.

الرقاد، أسماء محمد خلف، رسالة مقدّمة لنيل درجة الدكتوراة، جامعة العلوم الإسلاميّة، الأردن، ٢٠١٣.

وتتميز الدراسة الحالية عن الدراسة السابقة :

١- أنها تبحث في ماهية الضمان، وأسبابه، ونتائجه، وماهية الضرر المحتمل وعلاقته بأنواع

الضرر الموجب للمسؤولية.

٢- تناولت التأصيل الفقهي للضرر المحتمل في إثبات أو انتفاء المسؤولية.

٣- تناولت التطبيقات الفقهية والقانونية في إثبات المسؤولية، أو انتفائها في الضرر المحتمل

في الجانب المدني والجنائي.

٤- رسالة بعنوان "الفعل الضار (الخطأ السلبي) في المسؤولية التقصيرية" وقد قسم الباحث

دراسته إلى مقدمة، وثلاثة فصول، وخاتمة، وتحت كل فصل مباحث ومطالب وخاتمة:

تناول في الفصل الأول: مفهوم الخطأ (الفعل الضار) وكيفية تطوره في الأنظمة القانونية.

وتناول في الفصل الثاني: تحديد ماهية الفعل الضار.

وتناول في الفصل الثالث: الأحكام العملية للفعل الضار.

وتلتقي الدراسة الحالية مع الدراسة السابقة في المطلب الأول من المبحث الأول من

الفصل الثاني، وهو تعريف الضرر، وتلتقي أيضا مع المبحث الأول من الفصل الثالث وهو صور

الفعل الضار (الخطأ السلبي).

وتفترق الدراسة الحالية عن الدراسة السابقة، بأن الدراسة السابقة تناولت الفعل الضار (الخطأ

السلبي) من ناحية المسؤولية التقصيرية.

الشوابكة، محمد كامل مسلم، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير، جامعة مؤتة، الأردن، ٢٠١٤م.

وتتميز الدراسة الحالية عن الدراسة السابقة :

١- أنها تبحث في ماهية الضمان، وأسبابه، ونتائجه، وماهية الضرر المحتمل، وعلاقته بأنواع

الضرر الموجب للمسؤولية.

٢- تناولت التأصيل الفقهي للضرر المحتمل في إثبات أو انتفاء المسؤولية.

٣- تناولت التطبيقات الفقهية، والقانونية في إثبات المسؤولية، أو انتفائها في الضرر المحتمل

في الجانب المدني والجنائي.

٥- رسالة بعنوان "ضمان المتلفات المالية بفعل الأدمي" وقد قسم الباحث دراسته إلى مقدمة

وتمهيد، وأربعة فصول، وتحت كل فصل مباحث ومطالب وخاتمة:

تناول في التمهيد: مصطلحات الدراسة.

وتناول في الفصل الأول: ضمان ما أتلّف بحيازة صحيحة في الشريعة والنظام والمقارنة بينهما.

وتناول في الفصل الثاني: ما أتلّف بحيازة غير صحيحة (المعتدي) في الشريعة والنظام والمقارنة

بينهما.

وتناول في الفصل الثالث: ضمان ما أتلّفه فاقد الأهلية، ومن في حكمه في الشريعة والنظام

والمقارنة بينهما.

وتناول في الفصل الرابع: ضمان ما أتلّف في حالة الضرورة في الشريعة والنظام والمقارنة بينهما.

وتلتقي الدراسة الحالية مع الدراسة السابقة في التمهيد وفي المطلب الأول من المبحث الثاني من

الفصل الأول وهي أحوال الضمان في الضرر الغالب والمباشر.

^١الصاعدي، محمد بن ملغي بن ناعم، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير، الجامعة الإسلامية، السعودية، ١٤٣٥هـ-٢٠١٤م.

وتفترق الدّراسة الحاليّة عن الدّراسة السّابقة، بأنّ الدّراسة السّابقة تناولت ضمان ما أتلف بحيّزة صحيحة في الشّريعة والنّظام والمقارنة بينهما، وما أتلف بحيّزة غير صحيحة (المعتدي) في الشّريعة والنّظام والمقارنة بينهما، وما أتلفه فاقد الأهليّة، ومن في حكمه في الشّريعة والنّظام والمقارنة بينهما، وما أتلف في حالة الصّورة في الشّريعة والنّظام والمقارنة بينهما.

وتتميز الدّراسة الحاليّة عن الدّراسة السّابقة:

١- أنّها تبحث في ماهيّة الضمان، وأسبابه، ونتائجه، وماهيّة الضرر المحتمل وعلاقته بأنواع الضرر الموجب للمسؤوليّة.

٢- تناولت التّأصيل الفقهي للضرر المحتمل في إثبات أو انتفاء المسؤوليّة.

٣- تناولت التّطبيقات الفقهيّة والقانونيّة في إثبات المسؤوليّة، أو انتفائها في الضرر المحتمل في الجانب المدنيّ والجنائيّ.

منهج الدّراسة :

سيّتبّع الباحث المناهج الآتية :

١- المنهج الاستقرائيّ: بنتبّع واستقصاء النّصوص الشّرعية المتعلّقة بالأضرار المحتملة وتتبع كتب الفقه عند العلماء السّابقين، وذلك لخصر المظان الفقهيّة والتّشريعيّة للموضوع.

٢- المنهج الاستنباطيّ: باستنباط الأصول التّشريعيّة والأحكام الفقهيّة المتعلّقة بالأضرار المحتملة مع توجيهها وضبط أحوالها.

٣- المنهج الوصفيّ: محاولة تتبع الوصف الفقهي لنتائج الضرر و مآلاته في إثبات المسؤولية في المسائل الفقهيّة والقانونية، لتتضح صورته عند إيرادها لدى الباحثين.

خطة الدراسة:

اشتملت الدراسة على ثلاثة فصول وخاتمة على النحو الآتي:

جاء في الفصل التمهيدي بعنوان: المسؤولية عن الفعل الضار وأقسامه من جهة الصورة والوقوع في الفقه الإسلامي والقانون والآثار المترتبة عليها، وفيه مبحثان: المبحث الأول: المسؤولية في الفقه الإسلامي والقانون، واشتمل على مطلبين، والمبحث الثاني: أقسام الضرر صورةً وحصلاً، والمبحث الثالث: الآثار المترتبة عن المسؤولية عن الفعل الضار (الضمان) واشتمل على مطلبين.

أما الفصل الأول بعنوان: التأصيل التشريعي والفقهية للضرر المحتمل في إثبات أو انتفاء المسؤولية، وفيه ثلاثة مباحث: المبحث الأول: التأصيل الشرعي للضرر المحتمل على الجملة، واشتمل على مطلبين، والمبحث الثاني: التكييف الفقهي للضرر المحتمل في عدم إثبات المسؤولية وضوابطه واتجاهاته الفقهية، واشتمل على ثلاثة مطالب، والمبحث الثالث: التكييف الفقهي للضرر المحتمل المثبت للمسؤولية وضوابطه واتجاهاته الفقهية، واشتمل على أربعة مطالب.

أما الفصل الثاني بعنوان: التطبيقات الفقهية والقانونية في إثبات المسؤولية أو انتفائها في الضرر المحتمل، وفيه مبحثان: المبحث الأول: نظرية الظروف الطارئة في إثبات المسؤولية أو انتفائها، واشتمل على مطلبين، والمبحث الثاني: التطبيقات المعاصرة للضرر المحتمل في المسؤولية الجنائية، واشتمل على ثلاثة مطالب.

وأما الخاتمة: فجاء فيها أهم النتائج التي توصلت لها الدراسة، مذيلةً بالتوصيات.

الفصل التمهيدِي

المسؤولية عن الفعل الضار ، أقسامه من جهة الصورة والوقوع في الفقه الإسلامي والقانون

والآثار المترتبة عليه

المبحث الأول: المسؤولية عن الفعل الضار في الفقه الإسلامي والقانون.

المطلب الأول: المسؤولية عن الفعل الضار في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: المسؤولية عن الفعل الضار في القانون.

المبحث الثاني: أقسام الضرر من جهة الصورة والوقوع.

المطلب الأول: أقسام الضرر من جهة الصورة.

المطلب الثاني: أقسام الضرر من جهة الوقوع.

المبحث الثالث: الآثار المترتبة على المسؤولية عن الفعل الضار(الضمان).

المطلب الأول: مفهوم الضمان لغة واصطلاحاً.

المطلب الثاني: موجبات الضمان.

المطلب الثالث: آثار الضمان.

المبحث الأول: المسؤولية عن الفعل الضار وأقسامه من جهة الصورة والوقوع في الفقه الإسلامي والقانون والآثار المترتبة عليها.

وسيتم الحديث فيه عن مفهوم المسؤولية لغة واصطلاحاً، مع توضيح علاقتها بالفعل الضار في الفقه الإسلامي والقانون، ثم أقسام الضرر من جهة الصورة والوقوع، مع ذكر الآثار المترتبة عليها .

المطلب الأول: المسؤولية عن الفعل الضار في الفقه الإسلامي.

الفرع الأول: مفهوم المسؤولية لغة واصطلاحاً.

أولاً: ماهية المسؤولية.

لقد أولت الشريعة الإسلامية اهتماماً عن غيرها من الشرائع والقوانين الوضعية، بأن خصت المسؤولية بالأهمية العظيمة، سواء كان ذلك في ما تقتضيه الأمور الدنيوية أو الأخروية، ولذا سأتناول في هذا المبحث أساس المسؤولية في الفقه الإسلامي والقانون، وقبل البدء بذلك سأبين معنى المسؤولية لغة واصطلاحاً.

ثانياً: المسؤولية لغة:

وتأتي بمعنى "سأله عن كذا وعن كذا وبكذا بمعنى سؤالاً وسأله ومسألة، وتَسْأَلُ وسألاً، والأمر سل أي استخبره عنه، وسأل المحتاج الناس: طلب منهم صدقة"^١.

ثالثاً: المسؤولية اصطلاحاً:

إن مصطلح المسؤولية لم يرد في كتب الفقهاء على هذا النحو، وإنما ورد بصيغ أخرى كضمان العيوب، أو التغريم^٢، ومع ذلك فإن الفقهاء تكلموا عنها بشكل مفصل تحت مسمى ما يترتب عليها من آثار، فبحثوها في أبواب الإلتلاف، والجنايات، والغصب تحت مسمى الضمان، أو الغرم.

^١ ابن منظور، محمد بن مكرم، لسان العرب، ج ١١، ص ٣١٨.

^٢ ينظر: الكاساني، أبو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج ٧، ص ١٦٧.

وقد جاء في معجم لغة الفقهاء "إلزام شخص بضمان الضرر الواقع بالغير نتيجة لتصرف قام به"^١.

وأما المسؤولية بشكل عام فهي تكون بمعنى المحاسبة، أو التبعة، أو المؤاخذة، وهي كما يلي:
ذكر محمد فوزي مفهوم المسؤولية بقوله "المؤاخذة على الفعل الضار"^٢، وتأتي المسؤولية بمعنى "المؤاخذة على أمر محرم شرعاً"^٣

ويرتبط بفكرة المسؤولية مفهومان:

أ- "مفهوم يتعلق بما هو مطلوب من الفرد على وجه الإلزام، بحيث يكون الإنسان مسؤولاً كونه مكلفاً بأن يقوم ببعض الأشياء، ومن هذا قوله صلى الله عليه وسلم: "كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته"^٤ فكل فرد في مجاله مسؤول عن حسن سير الأمور التي أوكلت إليه بمعنى أنه مكلف بذلك.

ب- ومفهوماً يتعلق بما يتحمله الفرد من نتائج متولدة عن فعله بشكل عام، فيكون الإنسان مسؤولاً كونه أهلاً لأن يتحمل عواقب أفعاله، بمعنى أن يحاسب عليها، خاصة الأفعال التي تمس الغير، وتشكل تعدياً عليهم وعلى حقوقهم"^٥.

والمسؤولية عند القانونيون: "محاسبة الشخص عن فعله الذي أحدث به ضرراً للغير، ويفترض فيه أنه مخالف لقاعدة قانونية أو خلقية"^٦

^١ // قلنجي، محمد رواس، معجم لغة الفقهاء، ج ١، ص ٤٢٥.

^٢ فيض الله، محمد فوزي، المسؤولية التصيرية بين الشريعة والقانون، رسالة دكتوراة، جامعة الأزهر-مصر، ١٩٦٣، ص ٧٣.

^٣ المكحل، عبد الله ماجد محمد، مسؤولية القاضي في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير منشورة، الجامعة الأردنية-عمان، ص ٥.

^٤ البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله الجعفي، صحيح البخاري، تحقيق: محمد بن زهير ناصر الناصر، حديث رقم ٦٧١٩، ج ٨، ص ١٦٠.

^٥ الطويلة، محمد محمود علي، المسؤولية المدنية والجناحية عن فعل الغير في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراة منشورة-الجامعة الأردنية-عمان، ص ١٦.

^٦ القضاة، سهير محمد يوسف، سقوط المسؤولية المدنية دراية مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، رسالة دكتوراة منشورة، الجامعة الأردنية-عمان، ٢٠١١م، ص ١٢.

والمسؤولية المدنية في القانون فهي إما عقديّة، أو تقصيريّة، فالفقهاء عالجوا المسؤولية المدنية في كثير من مسائلهم الفقهيّة، أمّا القانونيون فينظرون إلى هذا النوع من المسؤولية على أنّه التزام يفرضه القانون على شخص معين لتعويض الضرر الذي أحدثه^١.

رابعاً: علاقة مفهوم المسؤولية بالفعل الضار:

والمتنبّع لكلام الفقهاء يجد أنّهم لم يعبروا عن المسؤولية كمصطلح، ولم يفرّدوا لها تعريفاً، وعبروا عنها بكلمات وألفاظ تظهر معناها، مثل: الضمان أو التّضمين أو التّغريم^٢.
و قد عرّفها السنهوري بأنّها: تعويض الضرر النّاشئ عن عملٍ غير مشروع سببه، الإخلال بعقد مُبرم، وهذه هي المسؤولية التّعاقديّة أو إضرار بالغير عن عمد أو غير عمد^٣.

^١ المكحل، عبد الله ماجد محمد، مسؤولية القاضي في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير منشورة، الجامعة الأردنية- عمان، ص ١٤.
^٢ ينظر: الكاساني، أبو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج ٧، ص ١٦٧.
^٣ ينظر: السنهوري، عبد الرزاق، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، ص ٣١١.

الفرع الثاني: مفهوم الضرر في الفقه الإسلامي.

أولاً: الضرر لغة:

"الضرر ضدّ النّفع، والضرر: الضيق، والضيّق والمضر: الدّاني، والضرور: الحاجة،

والاضطرار الاحتياج إلى الشّيء" ^١.

ثانياً: الضرر اصطلاحاً:

"هو أذى يلحق بالإنسان سواء في ماله من خلال نقصها، أو زوال منافعها، أو نقصان

بعض أوصافه مما يترتب عليه نقص في القيمة مما كانت عليه قبل إحداث الضرر، وفي مصطلح

آخر هو ما كان ضدّ النّفع" ^٢، وقد وردت كلمة الضرر في عدة آيات من كتاب الله، كقوله تعالى

"غَيْرُأُولِي الضَّرَرِ" ^٣ أي: "غير أولي الزّمانة" ^(٤)، وفي البلاء والشّدّة لقوله تعالى: "وَلِذَا مَسَّ الْإِنْسَانَ

الضَّرُّ" ^٥، وفي الفقر والحاجة لقوله تعالى "وَإِنْ يَمَسُّكَ اللَّهُ بِضُرٍّ فَلَا كَاشِفَ لَهُ إِلَّا هُوَ" ^٦، وفي

ضيّق العيش لقوله تعالى "مَسَّتْهُمُ الْبَأْسَاءُ وَالضَّرَاءُ" ^٧.

ومن أمثلة استعمال الضرر في السنّة النّبويّة الشّريفة، قوله صلّى الله عليه وسلّم: "لا

ضرر ولا ضرار" ^٨.

^١ الفيروزآبادي، مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، ج ١، ص ٤٢٨.

^٢ الخفيف، علي، الضمان في الفقه الإسلامي، ج ١، ص ٤٦.

^٣ سورة النساء: الآية (٩٥).

^٤ القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر، الجامع لأحكام القرآن (تفسير القرطبي)، تحقيق: أحمد البردوني، ج ٥، ص ٣٤١.

^٥ سورة يونس، آية ١٠٧.

^٦ سورة الأنعام، آية ١٧.

^٧ سورة البقرة، آية ٢١٤.

^٨ ابن ماجه، ابو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ج ٢، ص ٧٨٤، حديث رقم ٢٣٤٠ // ابن

حنبل، أبو عبد الله أحمد بن محمد بن هلال، مسند الإمام أحمد، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، ج ٥، ص ٥٥، حديث رقم ٢٨٦٥، حديث صحيح

لغيره ، الدارقطني، أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد، سنن الدارقطني، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرون، ج ٤، ص ٢٢٨، حديث رقم

٨٦، ابن البيع، أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد بن حمداوي، المستدرک على الصحيحين، تحقيق: مصطفى عبد القادر

عطا، ج ٢، ص ٥٧٧، قال الحاكم: صحيح الإسناد على شرط مسلم ووافقه الذهبي // البيهقي، أحمد بن الحسن بن علي، السنن الكبرى،

تحقيق: محمد عبد القادر عطا، ج ٦، ص ٦٩.

ووصف الفقهاء الضرر باعتبار أثره إلى ما يكون موجبا للضمان، أو الإفساد^١، والضرر الذي يستوجب الضمان لا يشترط فيه أن يكون فاحشاً، أو كبيراً، فسواء كان يسيراً أو كبيراً، فإنه يستوجب الضمان، فإذا لم يكن هناك ضرر لم يكن هناك ضمان، ومثال ذلك:

- يقول ابن غانم البغدادي في مجمع الضمانات "ذكر في النوازل، شاة الإنسان سقطت وخيف عليها الموت، فذبحها إنسان كي لا تموت، لا يضمن استحساناً، لأته مأذون له دلالة"^٢.

وعلى هذا فإن الضرر يشمل كل أذى تم إلحاقه بالغير سواء في النفس، أو المال، وإن تعريف الضرر بالإفساد يعدُّ أعم وأشمل؛ لاشتماله على الضرر المادي والأدبي. وحتى يكون الضرر موجباً للضمان، فلا بد أن يكون المتضرر قادراً على إثبات الضرر، لقوله صلى الله عليه وسلم: "البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه"^٣، فإن لم يستطع المدعي على إثبات الضرر فيبقى دعوى عرية عن الإثبات. وكلام الفقهاء في الضرر، هو المعني في رسالتنا هنا بالفعل الضار، إذ هو محله وحقيقته.

^١ ينظر: الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٢، ص٢٠٩/الهيثمي، أحمد بن محمد بن علي بن حجر، الفتح المبين بشرح الأربعين، ج١، ص٥١٦.
^٢ البغدادي، أبو محمد غانم بن محمد، مجمع الضمانات، ج١، ص٢٠٩.
^٣ الترمذي، محمد بن عيسى بن موسى، سنن الترمذي، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ج٣، ص٦١٨، حديث رقم ١٣٤٢، حديث حسن صحيح.

الفرع الثاني: الفعل المسبب للضرر في الفقه الإسلامي.

يشترط لقيام المسؤولية أن يكون هناك فعلاً مسبباً للضرر، ومن المعروف أنّ طريقة

حدوث الضرر لا يتم إلا بأحد طريقين، إمّا بالمباشرة، أو بالتسبب.

والمباشرة تُؤدي إلى النتيجة بصورة محققة مباشرة، سواء كان فيه اعتداء، أو لا يوجد فيه

اعتداء، وقد عرّف الفقهاء المباشرة بتعريفات منها:

١- يقول الكاساني: "إيصال الآلة بمحل التّلف".^١

٢- يقول العز بن عبد السلام: "هو إيجاد علّة الهلاك".^٢

٣- ورد النص في مجلة الأحكام العدليّة بأنه: "هو إتلاف الشّيء بالذّات، ويقال لمن فعله

فاعلٍ مباشر".^٣

٤- يقول مصطفى الزّرقا: "المباشر الذي يحصل الأثر بفعله".^٤

٥- يقول وهبة الزّحيلي: "هي إيجاد علّة التّلف؛ أيّ: أنّه ينسب إليه التّلف في العرف والعادة،

كالقتل والأكل والإحراق".^٥

ويفهم من هذه التّعريفات، أنّ الضرر الحاصل بالمباشرة، هي نتيجة قيام شخص مباشرة

الإتلاف دون وجود واسطة بين الفعل والمباشر، ومن أمثلته كالذي يقوم بعملية القتل، أو الإتلاف،

فإنّ هذا يضاف إلى شخص بعينه، والضرر المباشر سواء كان متعمداً، أم غير متعمد استحق

الضمان.

^١ الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٧، ص١٦٥.

^٢ سلطان العلماء، أبو محمد عز الدين بن عبد العزيز بن عبد السلام، قواعد الاحكام في مصالح الأنام، ج٢، ص١٥٤.

^٣ مجلة الأحكام العدلية، تحقيق: نجيب هوايني، المادة ٨٨٧، ج١، ص١٧١.

^٤ الزرقا، مصطفى، المدخل الفقهي العام، ج٢، ص١٠٤٤.

^٥ الزحيلي، وهبة، نظرية الضمان، ص٢٦.

• تعليل عدم اشتراط الإعتداء في المباشرة لوجوب قيام المسؤولية.

لأنّها علّة كافية في إحداث الضرر المحقق، فلا حاجة إلى أن تؤكد باعتداء، إذ الاعتداء فيها وصف لازم.

ولذا فحتى يكون الضرر موجباً للمسؤوليّة، فلا بد أن يكون محققاً وقوعه، وذلك أساس لقيام المسؤولية، وهذا أحد موجبات إثباتها، ولذلك فإنّ من طرق إثبات التّعويض، أو الضمان أن يكون وقع بطريق المباشرة، أو التّسبب.

أمّا التّسبب بإحداث الضرر فقد عرّفه الفقهاء بعدة تعريفات منها:

١- الشّافعيّة: "ما يؤثّر في الهلاك ولا يحصله"^١.

٢- القرافي: "ما يحصل الهلاك عنده بعلة أخرى، إذا كان السّبب هو المقتضي لوقوع الفعل

بتلك العلة، كمن حفر البئر في محل عدوان، فتردى فيه بهيمة"^٢.

وهو مع المباشرة كأحد طرق حدوث الضرر، فإنّ ثبوت الضرر به مقيد لإثباته بالتعمّد، أو

التّدي، فلماذا يشترط في التّسبب ما لا يشترط في المباشرة من صفة الاعتداء؟

وذلك لأجل ربط قوة التّسبب بضعفه، بحيث تجتمع عنده جميع عناصر إثبات الضرر،

ذلك أنّ اعتبار التّسبب ليس علّة مستقلة إذا لم يقترن به ركن التّدي لتقويته، كما هو الحال في

المباشرة، إذ أنّ التّسبب ضرر محتمل، وتقوى درجة الاحتمال فيه بتحقق وصفه على أنّه اعتداء، إذ

لو خلا عن صفة الاعتداء يتجرد إلى الاحتمال الذي لا يتحقق معه إثبات مسؤولية صاحب الفعل

الضار عن فعله^٣.

^١ الغزالي، محمد، الوجيز في فقه الإمام الشافعي، ج ١، ص ٢٠٥.

^٢ القرافي، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن ادريس بن عبد الرحمن، الفروق، ج ٤، ص ٢٧.

^٣ ينظر: لقضاء، عمار محمد، المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ص ٢٨٢.

إذ أنّ الضرر المحتمل جزء علة من الضرر بالتسبب، يقوى فيه أثر إثبات المسؤولية كلما توفر عنصر الاعتداء، ولقد اقترب أهل القانون من هذا الفهم، فشعروا أنّ التسبب ضعيف بحاجة إلى تقوية، وجاء ذلك في نص المادة (٢٥٧)، والمادة (٢٥٨) الضرر المباشر حيث جاء في هذه المادة :

١- "يكون الإضرار بالمباشرة أو التسبب.

٢- فان كان بالمباشرة لزم الضمان ولا شرط له، وإذا وقع بالتسبب فيشترط التعدي أو التعمد أو أن يكون الفعل مفضيا إلى الضرر"^١، كما ورد في المادة (٢٥٨) من القانون "إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر"^٢.

تقديم المسبب على المباشر:

إنّ الأفعال المفضية إلى إلحاق الضرر بالآخرين إنّما يقسمها الفقهاء بين المباشرة والتسبب وذلك اعتمادا على القوة في الرابطة السببية؛ أي بين الفعل والضرر مع عدم توسط إرادة تؤثر بين السبب والنتيجة، فالمباشرة إنّما تكون إذا لم يكن بين الفعل والضرر أي واسطة بينهما متصفة بإرادة مؤثرة، وفي حال وجدت واسطة كذا أمام حالة التسبب، ولذا نجد أنّ منهم من أفتى بمسؤولية المتسبب وحده حتى لو اجتمع مع المباشر، وكذا قولهم بمسؤولية المباشر وحده بنفس العلة^٣.

والخلاصة أنّ السبب قد يكون أقوى من المباشر إذا تغلب عليه كما في المثال الآتي: ومن حفر بئراً في داره، وغطاها، أو ربط كلباً قرب باب الدار، ثم أذن لرجل بالدخول، فوقع في البئر ومات، أو عقره الكلب، فمات وجب عليه الضمان الدية عند الحنفية، وفي الأصح عند الشافعية^٤.

^١ المادة ٢٥٧ من القانون المدني الأردني.

^٢ المادة ٢٥٨ من القانون المدني الأردني.

^٣ ينظر: غايب، مدحت صالح، المباشرة والمتسبب في القانون، مجلة جامعة تكريت، ص ٥٣.

^٤ الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، ج ٧، ص ٥٦٤٧.

ويرى الباحث بناء على ما سبق أنّ موجبات المسؤولية في الشريعة الإسلامية إما بالمباشرة، أو التسبب، وحتى تكون المسؤولية موجبة للضمان يجب أن يكون هناك ضرر، فالضرر هو نتيجة لسبب قيام المسؤولية، والسبب أقوى من المباشر، لأنه إذا انتفى السبب مع وجود الضرر انتفت معه المسؤولية .

فوضع اليد على العين بغير صدور اعتداء لا يشكل أساساً في إثبات المسؤولية، وإنما يجب أن يحدث معه تقرر صفة الاعتداء لتعدو اليد متعدية، حيث إنّ الضمان مرتبط بالتعدي في التسبب، فإذا وجد التعدي وجد الضمان وإذا انتفى، انتفى الضمان^١.
"ويتحقق التعدي وإلحاق الضرر، فيما إذا كان الشخص مقصراً بواجبه مما ترتب عليه إحداث الضرر"^٢.

الفرع الثالث: العلاقة بين الضرر والفعل المسبب له في الفقه الإسلامي.

ذكرنا لقيام المسؤولية وإثباتها أن يكون هناك ضرر وأن يكون هناك فعل مسبب للضرر، وقد يكون ذلك إما بالمباشرة، أو التسبب، ولإثبات هذه المسؤولية لا بدّ أن تكون علاقة مثبتة بين الضرر والفعل المسبب له، وليتضح الأمر فيجب تعريف ما سبق على النحو الآتي:
أولاً: العقد لغةً: "العين والقاف والدال أصل واحد يدل على شدّ وشدّة وثوق"^٣.

ثانياً: العقد اصطلاحاً: ولا يختلف المعنى اللغوي للعقد عن المعنى الفقهي، فقد عرف الفقهاء العقد بتعريفات عدّة؛ منها: "ربط أجزاء التصرف بالإيجاب والقبول شرعاً"^٤.

يعتبر العقد من موجبات الضمان وأسبابه، لأنه يحتوي نظاماً وأحكاماً، أو يكون العقد اقترن به شرط، فإذا أخل أحد الأطراف بالتزام معين، فإنّه يستوجب الضمان على المخالف.

^١ ابن عابدين، علاء الدين محمد بن عمر بن عبد العزيز، رد المحتار على الدر المختار، ج٨، ص٤٣٦.

^٢ القرافي، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن ادريس بن عبد الرحمن، الفروق، ج٤، ص٢١٢.

^٣ ابن فارس، أبو الحسين أحمد بن فارس، مقاييس اللغة، باب عقد، ج٤، ص٨٦.

^٤ الجرجاني، علي بن محمد بن علي الزين، التعريفات، ج١، ص١٥٣.

والعقود التي تستوجب الضمان^(١) على النحو الآتي:

- ١- عقد شرع لإفادة الضمان بذاته، وهو الكفالة.
 - ٢- عقود يترتب عليها الضمان، باعتباره أثراً لها كعقد البيع والقسمة^٢ والمخارحة^٣ والقرض.
 - ٣- وهناك عقود تظهر فيها الحفظ والأمانة، والربح أحياناً، ويكون المال المقبوض أمانةً في يد القابض ولا يضمن إلا بتلف أو تقصير، كعقد الإيداع.
- والفعل الضار هو الإخلال بمقتضى التعاقد وهو حقيقته.
- والأصل في الشريعة الوفاء بالعقود لقوله تعالى: "يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ"^٤، إذا بالنظر فيما سبق يتبين أن العقود التي تكون محلاً للضمان، إما عقود ضمان، أو أمانة، أو يظهر فيها الجمع.

ثالثاً: العلاقة غير العقدية.

ويرى الباحث أن العلاقة غير العقدية كعلاقة مثبتة بين الضرر والفعل المسبب له لقيام المسؤولية وثبوت التعويض فهو قد يكون بالإتلاف سواء أكان هذا الإتلاف بمخالفة العبد أوامر الشريعة كصيد الحرم، أم الكفارات، كالحنث في اليمين، أو كفارة الظهار، أو أن يتضمن إلحاقاً بالضرر بالغير، كالقتل والهدم، وقد تم بيانها عن طريق المباشرة والتسبب.

وبذلك تكون شروط قيام المسؤولية في الفقه الإسلامي -بناء على ما سبق- أن يكون هناك ضرر، وأن يكون هناك فعل مسبب له وأن هذا الفعل قد يكون بطريق المباشرة أو التسبب،

^١ ينظر: فيض الله، محمد فوزي، نظرية الضمان، ص ٢٥.

^٢ القسمة: تمييز الحقوق والأنصبة، ابن منظور، محمد بن مكرم بن علي، لسان العرب، ج ١٢، ص ٤٧٨.

^٣ المخارحة: أن يصطلح الورثة على إخراج بعضهم بشيء معلوم // قلجبي، محمد رواس، معجم لغة الفقهاء، ج ١، ص ٤١٤.

^٤ سورة المائدة: الآية (١).

ولإثبات المسؤولية بين الضرر والفعل الضار أن تكون العلاقة مثبتة بينهما، إما بالطريقة العقديّة أو بالطريقة الغير العقديّة.

المطلب الثاني: المسؤولية عن الفعل الضار في القانون.

إنّ القانون المدني الأردنيّ قد وافق الفقه الإسلاميّ، باعتبار أنّ أساس المسؤولية هو الضرر (الفعل الضار)، والضرر وفقاً لأحكام القانون المدنيّ هو الأذى الذي يلحق بالشخص في ماله، أو جسده، أو عرضه، أو عاطفته، وهو واجب التعويض مهما كان نوعه مادياً أم معنوياً، وتقوم عليه المسؤولية ويكون الضمان موجبا لقيام المسؤولية عن طريق إحداث هذا الفعل، سواء كان محققاً (المباشرة)، أو بغلبة الظن (التسبب)، وبناء على ما سبق فإذا وُجد الفعل الضار والنتيجة المؤدية له ووجدت العلاقة السببية بينهما فإنّ المسؤولية أصبحت جلية واضحة، وهذا ما تمّ بيانه سابقاً، ويوضّح ذلك ما جاء في المادّة (٢٥٦): "كل إضرار بالغير يلزم صاحبه، ولو غير مميز بضمن الضرر"^(١).

فإنه يستوحى من المادّة القانونيّة السابقة أنّ القانون المدنيّ الأردنيّ يعتبر الضرر أساساً لقيام المسؤولية، وأنّ الفعل المؤدي لنتيجة قيام المسؤولية عن فعل الضرر، لا بد أن يكون إمّا بالمباشرة أو التسبب، وجاء ذلك في نص المادّة (٢٥٧)، والمادّة (٢٥٨) الضرر المباشر حيث جاء في هذه المادّة :

١- "يكون الإضرار بالمباشرة أو التسبب.

^١ المادّة (٢٥٦) من القانون المدني الأردني.

٣- فان كان بالمباشرة لزم الضمان ولا شرط له، وإذا وقع بالتسبب فيشترط التعدي أو التعمد أو أن يكون الفعل مفضيا إلى الضرر"^١، كما ورد في المادة (٢٥٨) من القانون "إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر"^٢.

وتنافي المباشرة الضمان أحيانا فيما إذا استعمل الإنسان حقه استعمالاً مشروعاً، حتى وإن نشأ عنه ضرر، كما جاء في المادة (٦١) ما نصه: "الجواز الشرعي ينافي الضمان، فمن استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يضمن ما ينشأ عن ذلك من ضرر"^٣، ويكون استعمال الحق غير مشروع ويجب فيه الضمان، كما ورد في المادة (٦٦) ما نصه:

"١- يجب الضمان على من استعمل حقه استعمالاً غير مشروع.

٢- ويكون استعمال الحق غير مشروع:

أ- إذا توفر قصد التعدي.

ب- إذا كانت المصلحة المرجوة من الفعل غير مشروعة.

ج- إذا كانت المنفعة منه لا تتناسب مع ما يصيب الغير من الضرر.

د- إذا تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة"^٤.

ويلاحظ من قراءة المواد القانونية السابقة أنّ المباشر لا يضمن في جميع الحالات، بينما المتسبب أعم في إثبات الضرر، كما أوردناه في المادة السابقة، وحيث إن الرابطة السببية إذا انتفتت؛ انتفت معها المسؤولية حتى مع وجود الضرر.

ويبدو للباحث أنه يشترط في إثبات الضرر أن يكون محققاً، وأن تكون العلاقة بين الفعل

الضار ونتيجته مثبتة، كما هي الحال في المسؤولية العقدية، ومثالها: المسؤولية العقدية بين

^١المادة ٢٥٧ من القانون المدني الأردني.

^٢المادة ٢٥٨ من القانون المدني الأردني.

^٣المادة رقم (٦١) من القانون المدني الأردني.

^٤المادة رقم (٦٦) من القانون المدني الأردني.

المريض والطبيب؛ فإنّ الطبيب لا يضمن إلا إذا أخل بالالتزام، فتكون هذه العلاقة في حال ثبوتها موجبة لقيام المسؤولية بين الضرر ونتيجته.

كما جاء في قرار محكمة التمييز رقم (٢٠١٥/١٧٠) فصل ٢٠١٥/٦/٨ أنه : "وحيث

نجد أنّ الدّعى مقامة على أساس المسؤولية العقدية، فإن من المفترض إثبات قيامها بثبوت أركانها وعناصرها من خطأ عقديّ يتمثل بالإخلال في التزام عقديّ يمكن أن يكون عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه العقديّ أو أن يتأخّر في تنفيذه، أو تنفيذه بشكل معيب، أو جزئيّ وأن يثبت عنصر الضّرر الذي تدور المسؤولية العقدية معه وجوداً أو عدماً بأن يكون ضرراً حالاً أي واقع فعلاً، وأن يكون هذا الضرر نتيجة طبيعية، ومباشرة للإخلال العقديّ أي توافر علاقة السبب بين الخطأ العقديّ والضرر المتحقق، وحيث أن قرار محكمة الاستئناف لم يبحث فيما تقدم مما يجعل قرارها في غير محله".

وبناء على ما سبق فإن المسؤولية أساس قيامها وثبوتها في القانون هو الفعل الضار، ويكون الفعل المفضي إليه، إما بالمباشرة أو بغلبة الظنّ (بالتسبب) مثبتاً لحقيقته وترتيب آثاره، غير أن السؤال الذي يطرح هل ينحو الضرر المحتمل نحو الضرر الحاصل بالتسبب أو لا؟

وسيتم تفصيل ذلك في الفصل القادم إن شاء الله.

المبحث الثاني: أقسام الضرر من جهة الصورة والوقوع.

وسيتّم الحديث فيه عن أقسام الضرر من جهة الصورة والوقوع في القانون، ومن جهة حصوله إمّا بالمباشرة أو التسبب.

المطلب الأول: أقسام الضرر من جهة الصورة في القانون.

ويقسّم الضرر حسب صورته بشكل عام إلى الضرر المادي والضرر المعنوي.

لا خلاف بين الفقه والقانون في جواز التعويض عن الضرر المحقق، سواء كان في المسؤولية التقصيرية (الفعل الضار) أو في المسؤولية العقدية، وإنّما الخلاف في نوع الضرر الذي يعرض عنه، ففي القانون يعرض عن الضرر المالي، والضرر الأدبي، وما لحق الدائن من خسارة، وما فاته من كسب، ويوافق الفقه القانون في التعويض عن الضرر المالي، فلا خلاف بين الفقهاء المتقدمين والمعاصرين في جوازه، أمّا التعويض عن الضرر الأدبي، فإن الفقهاء المتقدمين لم يتعرضوا له بالاسم، واختلف فيه الفقهاء المعاصرون اختلافًا كبيراً^١.

وأصل القسمة عند القانونيين تنقسم إلى:

الفرع الأول: الضرر المادي.

وسيتّم إيراد تعريفات الضرر المادي من الفقه الإسلامي والقانون على النحو الآتي:

ورد في مجلة مجمع الفقه الإسلامي أنه "الضرر الذي يلحق مفسدة في أموال الآخرين بإتلافها كلّها، أو بإتلاف بعضها، أو جزء منها، أو بإزالة بعض أوصافها"^٢.

ونذكر محمد فوزي "أنّه الذي يؤدي إلى إخلال بمصلحة تلحق بالإنسان، أو بمصلحة مائيّة، أو أيّ مساس بحقوق الإنسان، كقتل النفس، أو بحسب حقوقه المائيّة، ونقل عن الفقهاء أن العقار يضمن

^١ مجلة مجمع الفقه الإسلامي، منظمة المؤتمر الإسلامي، جده، ١٢، ص ٥٠٤.
^٢ فيض الله، محمد فوزي، نظرية الضمان، ص ٩٢.

حال إتلافه بوضع اليد"^١، والحق والمصلحة بينهما فرق واضح "فلو قتل إنسان شخصاً كان على ورثته الرجوع عليه بالتعويض، لأنه أخل بحق لهم، أو فوت عليهم مصلحة، وهو الإنفاق عليهم بشرط إثبات هذا الضرر وهو استمرار النفقة"^٢، ومثال كسب الحقوق المالية أن يقتل شخص حيواناً للغير، أو يفوت عليه شيئاً له ذا قيمة بإلحاق الأذى به.

وبذلك يكون الضرر المادي:

١- "إما أن تصيب الإنسان في جسمه، كالجروح أو العجز، وهذه يستحق بها التعويض، وذلك

بشرط أن يكون الضرر محققاً؛ أي: واقع فعلاً.

٢- الضرر الذي يلحق بكسب حقوقه المالية، ويكون التعويض فيه بحسب النقص في القيمة،

وتعدّد آراء العلماء فيما إذا كان المال الذي لحق به أذى ويستحق الضمان متقوم أم لا"^٣.

فالحنفية قالوا في المال الواجب التعويض عنه أن يكون متقوماً، فلا يصح بالخمير والخنزير

إذا كانا لمسلم، ويضمن متلف الخمر والخنزير إذا كانتا بحوزة ذميّ لأنه عندهم مال متقوم^٤، ويفهم

من كلام المالكية أن الخمر متقومة إلى الذميّ وليس إلى المسلم^٥، وعند الشافعية وأحمد لاضمان

في الخمر والخنزير سواء كانا لمسلم أم ذمي^٦.

وقد عالج المشرع الأردني الضرر المادي في الأحكام الناظمة للفعل الضار، حيث نصّت

المادة ٢٥٦ من القانون المدني على أن "كل إضرار بالغير يلزم فاعله الضمان ولو غير مميّز

بضمان الضرر"^٧، كما أن المادة ٢٦٦ من ذات القانون عالجت معايير تقدير الضرر، حيث جاء

^١الرافعي، عبد الكريم بن محمد، فتح العزيز بشرح الوجيز، ج ١١، ص ٢٥١.

^٢سلطان، أنور، الموجز في مصادر الإلتزام، ج ١، ص ٣٤٤.

^٣الخفيف، علي، الضمان في الفقه الإسلامي، ص ٤٦.

^٤ينظر: السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل، المبسوط، ج ١١، ص ٧٩.

^٥ينظر: الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفه، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج ٣، ص ٤٤٨.

^٦ينظر: الزيلعي، عثمان بن علي بن محجن البارعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، ج ٥، ص ٢٣٤.

^٧المادة ٢٥٦ من القانون المدني الأردني.

فيها "يقدر الضمان في جميع الأحوال بقدر ما لحق المضرور من ضرر، وما فاتته من كسب شريطة أن يكون ذلك نتيجة طبيعية للفعل الضار"^١.

ومن تطبيقات محكمة التمييز على هذا الموضوع ما جاء في قرارها رقم ٢٠١٨/٧٣٠٦ فصل بتاريخ ٢٠١٨/١٢/١٨ م "أنه من الرجوع إلى أوراق الدعوى يتبين أن محكمة استئناف إربد وبصفتها محكمة موضوعية، وبما لها من صلاحية قد قامت بإجراء خبرة جديدة تحت إشرافها، بمعرفة خمسة خبراء من أهل الدراية والاختصاص في الطب والقانون، وقدموا تقريراً خطياً واضحاً، ومفصلاً بينوا من خلاله ظروف وقوع الحادث والإصابات الجسدية التي لحقت بالمدعية، ومدة التعطيل وتخلف العاهة الدائمة الجزئية لديها وبيّنوا مقدار الضرر المادي الذي أصابها، وفقاً للمادتين ٢٦٦/٢٥٦ من القانون المدني والضروريين الأساس والاعتبارات التي قاموا بمراعاتها لتقدير التعويض وجاء تقريرهم واضحاً ومفصلاً، وفي الغاية منه ويعتبر بينة قانونية صالحة لبناء الحكم عليه، وإن اعتماده من محكمة الاستئناف في محله"^٢.

الفرع الثاني: الضرر الأدبي (المعنوي).

وهو أذى يلحق الإنسان في كرامته، أو عرضه، أو شرفه، ويكون إما بالقول كالسب أو الشتم، أو القذف، أو بالفعل كالإحراق، والضرب، أم بالفعل السلبي كالامتناع عن إنقاذ غريق، وهذا يستحق التعويض المالي، والشريعة الإسلامية حفظت الإنسان في كرامته وبدنه وشعوره، لذا ذهب جمهور الفقهاء بعدم الضمان بهذا الجانب، لكنه يستحق العقاب كالتعزير مثلاً، ووضعت الشريعة الإسلامية عقوبات لحماية الأعراض وصيانة الإنسان من الأذى^٣.

^١ المادة ٢٦٦ من القانون المدني الأردني.

^٢ تمييز حقوق رقم ٧٣٠٦ لسنة ٢٠١٨ تاريخ ٢٠١٨/١٢/١٨ مأخوذ من قرار ك. <http://iba.qarark.com>

^٣ ينظر: الخفيف، علي، الضمان في الفقه الإسلامي، ص ٢١٣.

ومثال ذلك حد القذف في قوله تعالى: " إِنَّ الَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ الْغَافِلَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ

لُعْنُوا فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ " ^١، وهذه الآية الكريمة تدل على أنّ للضرر الأدبي في الشريعة الإسلامية اعتباراً ومكانة متميزة، فإذا ارتكب إنسان أي عدوان بحق إنسان آخر في شرفه أو عرضه استحق العقاب في الدنيا والآخرة، وفي هذه الآية دلالة أيضاً على أنّ التعويض في الضرر الأدبي ينحصر على العقوبة، وليس التعويض المادي.

كذلك عالج القانون المدني الضرر الأدبي ضمن أحكام المواد ٢٥٦ أنفة الذكر والمادة ١/٢٦٧ والتي نصت على أن "يتناول حق الضمان الضرر الأدبي كذلك، فكل تعدّد على الغير في حرّيته، أو في عرضه، أو في شرفه، أو في سمعته، أو في مركزه الاجتماعي، أو في اعتباره المالي، يجعل المتعدّي مسؤولاً عن الضمان " ^٢.

وهذا ما أكدته محكمة التمييز في قرارها رقم ٢٠٠٤/٣٩٠٤ فصل بتاريخ

٢٨/٣/٢٠٠٥م والذي جاء فيه "حيث أن مسؤولية الضمان عن الفعل الضار يشمل الضرر المادي، والضرر المعنوي، والكسب الفائت عملاً بأحكام المادتين ٢٦٦ و٢٦٧ من القانون المدني باعتبار أن الضرر الأدبي مضمون على المؤمن بحكم القانون، ذلك أن الإصابات الجسدية قد تسبب للمصاب إلى جانب الأضرار المادية، أضراراً أدبية كالألام الجسدية التي يحسها المصاب في لحمه وعظمه، والألام النفسية التي يعانها نتيجة التشويه الذي أحدثته الإصابة والألام التي يكابدها بسبب حرمانه من مباحج الحياة وهذه الألام الجسدية والنفسية يتفق الفقه والقضاء على وجوب التعويض عنها، وهذا ما أكدته المذكرة الإيضاحية للقانون المدني عند بحث المادة ٢٦٧ منه حيث جاء فيها: وظاهر من هذه النصوص أن الألم يعوض عنه، وكذا الشين وتقويت الجمال،

^١سورة النور: الآية (٢٣).

^٢المادة ١/٢٦٧ من القانون المدني الأردني.

وهذه كلها تتطوي على أضرار أدبية، لما تحدثه في نفس المضرور من ألم حسي أو نفسي وأن القول بعدم التعويض عن الضرر الأدبي يفتح الباب على مصراعيه للمعتدين على أعراض الناس وسمعتهم.

وحيث إن إصابة ابن المدعي الناتجة عن جريمة قد أفضت إلى قصر ظاهر في الطرف السفلي الأيمن، مع وجود تغيير في المشي السريع، ووجود ندب جراحية واسعة في أعلى وحشية الفخذ الأيسر، وجذع الفخذ الأيسر، وفي منتصف الفخذ الأيمن، وفي منتصف وحشية الفخذ الأيسر، وجميع هذه الندب مشوهه، ومن شأن هذه الإصابة التأثير مستقبلاً على قدرة المصاب على الكسب بنسبة عجز جزئي دائم، وهو ٢٠% من مجموع قواه العامة كما أنها خلفت لديه شعوراً بالنقص، واكتئاباً وانطواءً على نفسه، وبالتالي فإن هذه العاهة تلحق ضرراً بمركز المصاب الاجتماعي، وبالتالي فإن من حق المدعي المطالبة بالضرر الأدبي الذي لحق بابنه المصاب، لأن هذا الضرر يعتبر جسدياً موازياً لمصلحة حقيقية، ويشكل ضرراً اجتماعياً".

أما بالنسبة لما جاء في هذه المادة من صور للتعدي على الغير كالتعدي على الحرية، أو العرض، أو الشرف، فهي ليست واردة على سبيل الحصر ولم يرد في المادة آفة الذكر ما يدل على ذلك وهذا ما خلصت له محكمة التمييز الموقرة في قرارها سابق الذكر حيث جاء فيه "وحيث لا يوجد في نص المادة ١/٢٦٧ من القانون المدني ما يمكن أن يفهم منه أن الضرر الأدبي، يقتصر على الحالات الواردة فيها، وأنه لا يشمل الآلام الناشئة عن الجروح والعاهات وعليه يكون الحكم بالتعويض عن الضرر، كما جاء بتقرير الخبرة التي أجرتها محكمة الاستئناف يتفق وحكم المادة ٢٦٧ من القانون المدني".^١

^١ قرار تمييز رقم ٢٠٠٤/٣٩٠٤ فصل بتاريخ ٢٨/٣/٢٠٠٥م.

أما بالنسبة لما جاء في هذه المادة من صور للتّعي كالتّعي على الحرّية، أو العرض، أو الشّرف فهي ليست واردة على سبيل الحصر، ولم يرد في هذه المادة ما يدل على ذلك، وهذا ما خلصت له محكمة التمييز في قرارها سابق الذكر .

المطلب الثاني: أقسام الضرر من جهة الحصول.

ينقسم الضرر حسب حصوله بشكل عام، إلى ضرر مباشر، وضرر بالتسبب، والضرر المحتمل.

الفرع الأول: الضرر المباشر.

ولقد تمّ الحديث عن المباشرة بشكل مفصّل، من حيث المعنى، ومن حيث كونه إحدى موجبات المسؤولية، وما نحن بصدد الحديث عنه هو درجات المباشرة في الإفضاء إلى الضرر، فهو ما تكون نتيجته محققة في الإفضاء إلى الضرر دون أن يتوسطه أمر، وهو يختلف من حيث درجات حصوله، وقد فصلّ الفقه الإسلامي في ذلك، ووافقه القانون المدني الأردني، وفي ما يلي تفصيل ذلك:

أولاً: "أنّ المباشرة ضامن وإن لم يتعمّد"^١، ومثاله: "لو وضع شيئاً على طريق العامة فعثر به إنسان، فسقط، وهلك ذلك الشيء من غير قصد منه، يضمن، وهو الصحيح"^٢.
ثانياً: "إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر"^٣، ومثاله: "رجل حفر بئراً في ملكه، ثم سقط فيها إنسان، وفيها إنسان، أو دابة فقتل الساقط، ذلك الإنسان، أو الدابة كان الساقط ضامناً"^٤.

ويقول الدكتور علي الخفيف: "إذا كان الضرر نتيجة مباشرة لفعل، لزم من أحدثه الضمان

اتفاقاً، سواء كان من أحدثه متعمداً فيه، أو غير متعمّد وذلك محل اتفاق"^٥.

^١ المادة (٢٥٧) من القانون المدني الأردني/ الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، ج٧، ص٥٦٤٤.

^٢ البغدادي، أبو محمد غانم بن محمد، مجمع الضمانات، ج١، ص١٤٦.

^٣ المادة (٢٥٨) من القانون المدني الأردني

^٤ المرجع السابق، ج١، ص١٧٨.

^٥ الخفيف، علي، الضمان في الفقه الإسلامي، ص٧٤.

الفرع الثاني: الضرر المتسبب.

ولقد تمّ الحديث عن المتسبب بشكل مفصّل، من حيث المعنى، ومن حيث كونه إحدى موجبات المسؤولية، وما نحن بصدد الحديث عنه هو درجات المتسبب في الإفضاء إلى الضرر، فهو: ما تكون نتيجته غالبية الظنّ في الإفضاء إلى الضرر، وهو يختلف من حيث درجات حصوله، وقد فصلّ الفقه الإسلاميّ في ذلك، ووافق القانون المدنيّ الأردنيّ، بأنّ المتسبب لا يضمن، إلا في حالة التّعدي، حتى ينتقل من الظنّ الغالب إلى اليقين المحقق في إثبات الضرر، وفي ما يلي تفصيل ذلك:

أولاً: "المتسبب لا يضمن إلا بالتعدي"^١، فالتعدي شرط في إثبات الضرر بالتسبب، فإذا لم يوجد التعدي تنتفي المسؤولية في إثبات الضرر، ومثاله: فلو صاح مجنون بدابة شخص، فجفّلت ووقع الرّاكب أو الحمل، فتلف، كان ضامناً المال^٢.

ثانياً: أن يؤدي السبب إلى النتيجة، أو أن يكون قوامه حدوث الضرر أو أن يؤدي إليه، وذلك يتوصل إليه من الأدلة التي يتبعها القاضي في التأكد من ذلك ومثاله: كمن حفر بئراً في مكان عدواناً، فجاء غير الحافر، وأردى فيها إنساناً أو حيواناً، فالضمان عليه دون الحافر، أما إن تردى فيها بهيمةً، أو غيرها بنفسها، فالحافر هو الضامن^٣.

^١ ينظر: البغدادي، أبو محمد غانم بن محمد، مجمع الضمانات، ج ١، ص ١٦٥.

^٢ ينظر: الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، ج ٦، ص ٤٨٣٤.

^٣ ينظر: خصاونه، مها يوسف، فعل المباشرة والتسبب في الأضرار غير المشروع في القانون المدني الاردني دراسة مقارنة، جامعة آل البيت، المفرق، رسالة ماجستير، ٢٠٠٠، ص ٣٦ // الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، ص ٤٨٣٤.

ثالثاً: إن كان السبب يؤثر بانفراده، كأن يكون بمنزلة المباشر بإحداث الضرر، وذلك لأن فعله اتصل بالضرر مباشرة، فإن المتسبب والمباشر يشتركان في الضمان، ومثاله: كما لو نخس رجل دابة آخر بإذنه، فوطئت إنساناً، فالضمان عليهما؛ لأن السبب هنا يؤثر بانفراده^١.

رابعاً: إذا اجتمع المباشر مع المتسبب كانت المسؤولية على المباشر دون المتسبب، إلا إذا كان المتسبب متعدياً، ذلك أن الفاعل في المباشر أنتج الضرر وأحدثه دون وجود أي واسطة بين الفاعل والضرر، وهذه التفرقة لها أساس في تحديد المسؤولية^٢.

خامساً: "يضمن المتسبب مع المباشر إذا كان للسبب تأثير يعمل بانفراده في الإلتلاف متى انفرد عن المباشرة، أي إذا تعادلت قوة التسبب والمباشرة، ومثاله: كأن اجتمع على قيادة دابة سائق وراكب عليها، فما أحدثته من تلف، كان الضمان عليهما"^٣.

وقد وافقت نصوص القانون المدني الأردني^٤ الفقه الإسلامي في ما يتعلق بالمباشرة والتسبب في طريقة حصول الضرر بهما، وتتضح المباشرة والتسبب، في قرارات محكمة التمييز من خلال القرار التمييزي الآتي:

وهذا ما أكدته محكمة التمييز في قضائها، حيث جاء في قرار رقم ٢٠١٨/١٦١٥ فصل بتاريخ ٢٠١٨/٥/٦م "وحيث إنه تبين مما تقدم بأن المدعو فلان هو من انتقلت إليه حصص المدعوة فلانه، بموجب عقدي البيع اللذين تم إبطالهما بموجب حكم قضائي، اكتسب الدرجة القطعية، الأمر الذي يوجب القول بأن عقدي البيع قد تما لمصلحة المدعو فلان شقيق المدعوة فلانه، وتم ذلك بموافقة وعلمه، وتحت إشرافه، حيث تم تنظيم العقدين بحضوره، وتم التنازل

^١ أحمد، محمد شريف، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني دراسة مقارنة مع الفقه الإسلامي، ص ٢١٦//الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، ج ٦، ص ٤٨٣٥.

^٢ خصاونه، مها يوسف، فعل المباشرة والتسبب في الأضرار غير المشروع في القانون المدني الاردني دراسة مقارنة، جامعة آل البيت، المفرق، رسالة ماجستير، ٢٠٠٠، ص ٣٦//الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، ج ٧، ص ٥٢١٧.

^٣ الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، ج ٧، ص ٥٦٤٧.

بحصص فلانه، أي أن فعل التزوير الذي جرى على عقديّ البيع تم بمعرفته وعلمه، وأنه اشترك بفعل التزوير الذي أدى إلى تسجيل حصص شقيقته فلانه باسمه.

أي إن فعل التزوير تم بفعله وفق ما تشير إليه الأحكام القضائية الصادرة بموضوع دعوى إبطال عقديّ البيع المبرزة في الدّعى، حيث إنّه وقع كمشتري، وهو على علم ودراية بأن شقيقته كانت قاصرة عند إبرام تلك العقود، وتم الأمر بموافقتها، وعليه فإن المرحوم فلان يكون هو المباشر في حصول الضرر الناجم عن فعل التزوير، وإن الخطأ الذي ارتكبه موظف الأراضي والمساحة، والمتمثل بإخلاله بواجباته الوظيفيّة في عدم التثبت من هوية الأطراف في عقديّ البيع، ومنها الطرف البائع، متسبباً بحصول الضرر، وفقاً للمادة (٢٥٧) من القانون المدنيّ التي يستفاد منها بأنّ الإضرار يكون بالمباشرة، أو التسبب، فإن كان بالمباشرة لزم الضمان، ولا شرط له، وإذا وقع بالتسبب فيشترط التعدي، والتعمد، أو أن يكون الفعل مفضياً إلى الضرر".

وكما أنّ المادة (٢٥٨) من القانون ذاته فقد نصّت على أنّه: "في حال الاشتراك المباشر، أو التسبب في المسؤوليّة فيضاف في الحكم للمباشر" وحيث إنّ النصّ جاء مطلقاً، والمطلق يجري على إطلاقه، بحسب المادة (٢١٨) من القانون نفسه، مما يوجب القول إنّ النصّ المذكور هو الواجب التطبيق".^١

الفرع الثالث: الضرر المحتمل.

وقد تمّ بيان معنى الضرر لغة واصطلاحاً في المبحث الأول، وهو وفقاً لأحكام القانون المدني هو الأذى الذي يلحق بالشخص في ماله، أو جسده، أو عرضه، أو عاطفته.

وأما **المحتمل لغة**: "أصلها حَمَلَ يَحْتَمِلُ، فهو حَمَلٌ، والمفعول مُحْمَلٌ، واحتمال مصدر احتمل، وهو افتراض تحقق المخاطر ومن معانيه، إمكان، جواز، أرجحيه، وعكسه يقين"^٢.

^١ قرار تمييز رقم ٢٠١٨/١٦١٥ فصل بتاريخ ٢٠١٨/٥/٦م هيئة خماسية مأخوذ من <http://jba.qarark.com>.

^٢ عمر، أحمد مختار عبد الحميد، معجم اللغة العربية المعاصرة، ج ١، ص ٥٦١-٥٦٣.

وأما المحتمل اصطلاحاً:

ومن خلال الإطلاع على القوانين في معظم الدول نجد أنّ تعريف الضرر المحتمل

يتفاوت من قانون إلى آخر، وفي ما يلي تفصيل ذلك:

فقد ذهب محكمة النقض الفرنسية إلى أنّ الضرر المحتمل "لا يوجب التعويض عنه

إذ يعدّ بحسب رأيهم أنّه ضرر مستقبلي غير مؤكد الوقوع، أي لا يوجد ما يؤكد أنّه سيقع،

وبالتالي لا يكون كافياً لقيام مسؤولية محدث الضرر بتعويض المضرور عنه، وذهب تجاه آخر

إلى أنّ الضرر المحتمل غير مؤكد الحصول، إذ يخرج عن دائرة المطالبة بالتعويض، وذلك

بسبب تعذر تحديد تاريخه، وبالتالي تعذر تقدير التعويض عنه"^١.

ويفهم من قراءة القانون المدني؛ "أنّ الضرر المحتمل لا يتم التعويض عنه على أساس

أن الضرر لم يقع فعلاً، كما أن وقوعه في المستقبل أمر غير مؤكد"^٢.

ويفهم من قراءة القانون المدني؛ "أنه الضرر الذي لم يقع بعد ولكن وقوعه مستقبلاً غير

محقق الوقوع، فهو يختلف عن الضرر المستقبلي، ولا تقوم عليه المسؤولية المدنية، بل ينتظر

حتى يصبح الاحتمال يقيناً، فلا تعويض عنه إلا إذا تحقق فعلاً"^٣.

ويضبط الضرر المحتمل في القانون المدني الأردني بأنه "كل ضرر غير محقق، قد يقع

وقد لا يقع، ولا يوجب التعويض عنه"^٤.

في حين يلاحظ عناية القانونيين في ضبط مفهوم الضرر المحتمل فقد ورد في القانون

المدنيّ الأردنيّ مبيناً ماهيته بكونه: "هو كل ضرر غير محقق قد يقع وقد لا يقع، ولا يوجب

^١مسك، أحمد ياسر، التعويض عن ضرر تفويت الفرصة، رسالة ماجستير منشورة، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، ص ٥٧.

^٢عطية، مصطفى، المسؤولية المدنية في التشريع المصري، ص ٥٠.

^٣أبو جاموس، نبهان سالم مرزوق، شروط الضرر الموجب للتعويض في المسؤولية التقصيرية، بتاريخ ٢٠١٩/٢/١٩، الساعة ٤٥:٨ مساءً، www.specialties.bayt.com، القانون المدني الجزائري.

^٤القسطاس، تمييز حقوق، رقم ١٧٧٥/٢٠٠٦، فصل بتاريخ ٢٠٠٦/١٢/١٧، www.qistas.com، ٢٠١٩/١/١٦، الساعة ٨:٠٠ مساءً.

التعويض عنه"^(١)، ويعرفه القانونيون: "بأنه الضرر المستقبلي الذي لم يتحقق من وقوعه إذا لم يتم اتخاذ الإجراءات الحمائية اللازمة"^(٢).

علماً بأن التوجه العام عند القانونيين التفريق في الضرر من جهة ضالته وجسامته، فالضرر عندهم إما ضئيل ويرد الحديث في المحتمل منه، أو مآلي متحقق واقعاً، أو قام سبب تحققه، أو جسيم متعاضم الأثر.

ويرى الباحث أن الدراسات الفقهيّة لم تعتنى بضبط اصطلاحي للضرر المحتمل، ومن خلال التأمل فيه نجد أنه كل ضرر لم يتم تأكيد حصوله بحيث يولد الشكّ اتجاهه من حيث وقوعه، أو عدم وقوعه، وإن كان قد أشار إلى مفهومه أصوليو الحنفية بحديثهم عن عارض الصغر تحديداً في موضوع أهلية الأداء^٣.

^١ القسطاس، تمييز حقوق، www.qistas.com، (٢٠١٨/١١/٣٠)، الساعة ٩:٠٠ مساءً).
^٢ هيمن، ماذا تعرف عن الإغراق (١٢١)، فكرة الخطأ المهني للطبيب، ص ١٣٩.
^٣ ينظر: الأزمري، محمد، المرأة بشرح المرقاة مع حواشيتها، ج ١، ص ٣٨٠.

المبحث الثالث: الآثار المترتبة عن المسؤولية عن الفعل الضار (الضمان).

وسيتم الحديث فيه عن مفهوم الضمان لغة واصطلاحاً، مع ذكر موجبات الضمان، والآثار المترتبة عليه.

المطلب الأول: مفهوم الضمان لغة واصطلاحاً.

الفرع الأول: الضمان لغة:

أصلها "ضمن الشيء وبه ضمنا وضماناً؛ أي: كفل به، وضمّنه إياه؛ أي: كفله".^١

ويأتي بعدة معانٍ منها:

١- الالتزام: ويقال "ضمنت المال وبه ضمنا فأنا ضامن وضمّين ألتزمته ويتعدّى بالتضعيف

فيقال ضمّنته المال ألتزمته إياه".^٢

٢- الكفالة: لقوله "ضمن الشيء ضمنا وضماناً؛ أي: كفل به".^٣

٣- التغريم: ويقال "وضمنته الشيء تضمينا، فتضمنه عني: غرّمته فالتزمه، وما جعلته في

وعاء فقد ضمّنته إياه".^٤

٤- الاشتغال على الشيء: ويقال "فهمت ما تضمّنه كتابك، أي ما أشتمل عليه".^٥

٥- الاحتواء: ويقال "هو جعل الشيء في شيء يحويه".^٦

٦- الحفظ: "قال السنوسي في حفيظته، وأصبحت وأمّسيت في جوار الله الذي لا يرام ولا يضام

ولا يستباح، وفي ذمّته وضمانه الذي لا يخفر ضمان عبده".^٧

^١ ابن منظور، محمد بن مكرم، لسان العرب، باب فصل الضاد المعجمة، ج ١٣، ص ٢٥٧.

^٢ الفيومي، أحمد بن محمد بن علي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية، باب ضمن، ج ٢، ص ٣٦٤.

^٣ ابن منظور، محمد بن مكرم، لسان العرب، باب فصل الضاد المعجمة، ج ١٣، ص ٢٥٨.

^٤ الفيروز آبادي، مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، باب فصل الطاء، ج ١، ص ١٢١٢.

^٥ مرتضى الزبيدي، محمد بن محمد بن عيد الرزاق، تاج العروس من جواهر القاموس، باب ضمن، ج ٣٥، ص ٣٣٦.

^٦ ابن فارس، أبو الحسين أحمد بن فارس، مقاييس اللغة، باب ضمن، ج ٣، ص ٣٧٣.

^٧ الصاوي، أبو العباس أحمد بن محمد أخلوتي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، باب تعريف الضمان، ج ٣، ص ٤٢٩.

وأقرب هذه المعاني للمعنى اللغوي المختار هو المعنى الأول الالتزام "ضمنت المال وبه

ضمانا فأنا ضامن وضمّين التزمته ويتعدى بالتضعيف فيقال ضمّنته المال ألزمته إياه".

الفرع الثاني: الضمان اصطلاحاً:

ووردت كلمة الضّمان اصطلاحاً عند الفقهاء بمعنيين، وهما من المعاني اللغوية.

أولاً: الكفالة، وقد عرفه الفقهاء عدة تعريفات منها:

١- الحنفية: "ضم ذمة إلى ذمة في حق المطالبة أو في حق أصل الدين"^١.

٢- المالكية: "شغل ذمة أخرى بالحق"^٢.

٣- الشافعية: "التزام دين ثابت في ذمة الغير"^٣.

٤- الحنابلة: "جعل ذمة الضمان والمضمون سواء في ضمان الحق"^٤.

ثانياً: الالتزام، وعرفوه بتعريفات منها:

١- الحموي: "الضمان عبارة عن رد مثل الهالك إن كان مثلياً أو قيمته إن كان قيمياً"^٥.

٢- الشوكاني: "الضمان بقدر التالف"^٦.

٣- الغزالي: "إشغال الذمة برد الشيء أو بدله ودخول في ذمة الضامن"^٧.

- **ومن التعريفات التي تأخذ الطابع القانوني للضمان وتوضح ترابطه بالمسؤولية التقصيرية هو**

"الالتزام بتعويض الغير عما لحق به من تلف أو ضياع للمنافع، أو عن الضرر الجزئي أو الكلي

الحادث بالنفس الإنسانية"^١.

^١ السمرقندي، محمد بن أحمد، تحفة الفقهاء، ج٣، ص٢٣٧.

^٢ الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج٣، ص٣٢٩.

^٣ الأنصاري، زكريا بن أحمد بن زكريا، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، ج١، ص٢٥٣.

^٤ ابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد، المغني، ج٤، ص٤٠٨.

^٥ الحموي، أحمد بن محمد بن مكي، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، ج٤، ص٦.

^٦ الشوكاني، محمد بن علي بن محمد، نيل الأوطار، ج٥، ص٢٥٧.

^٧ الرافعي، عبد الكريم بن محمد، فتح العزيز بشرح الوجيز، ج١١، ص٢٤١.

-التعريف المختار للضمان:

ويلاحظ من التعريفات السابقة للضمان عند الفقهاء، التقارب الواضح بين المعنى اللغوي والاصطلاحي، لذا يمكن تعريفه بأنه: انشغال الذمة، بحق وجب عليها أداءه، إذا تحقق به شرط الأداء، ويجب الوفاء به إذا ألزمه به.

المطلب الثاني: موجبات الضمان.

ويعني بها الفقهاء أسباب الضمان، وشرع الفقهاء في الحديث عن الأسباب دون اتفاق على مقتضياته، لذا عند قراءتنا لأسباب الضمان لدى الفقهاء، نجد الأسباب تختلف في تحديدها من واحد لآخر، وربما تكون متشابهة.

لذا سأتناول منها الأسباب الرئيسية وهي: إلزام الشارع، ضمان العقد، الإلتاف.

الفرع الأول: إلزام الشارع^١.

وهي الغرامة التي تجب حال مخالفة العبد لأوامر الشريعة، أو حال وقوعه في محذور شرعي، ومنها:

أ- صيد الحرم: قال تعالى "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ"^٢، وفي حال وقوعه بهذه المخالفة، استحق قيمة الصيد، أو مثله، أو الصيام، أو الإطعام، سواء تعدى عليه بالصيد، أو تعرض له بشيء من التلف.

^١ الزحيلي، وهبة، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، ص ١٥.
^٢ ينظر: فيض الله، محمد فوزي، نظرية الضمان، ص ٢١.
^٣ سورة المائدة: الآية (٩٥).

ب-الكفارات ومنها:

١- الحنث في الإيمان: قال تعالى "لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا كَسَبْتُمْ

فُلُوبِكُمْ وَاللَّهُ عَفُورٌ حَلِيمٌ"^١.

٢- كفارة الظهار: قال تعالى "وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ

مِّن قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّ ذَلِكُمْ تُوعَظُونَ بِهِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ"^٢.

الفرع الثاني: ضمان العقد.

وقد تم الحديث عنه في العلاقة بين الضرر والفعل المسبب له في الفقه الإسلامي^٣.

الفرع الثالث: الإلتلاف.

ويطلق عليه الفعل الضار أيضاً، وهو موجب للضمان، لأنه يتضمن إلحاق الضرر

بالغير، والتمتعن في كلام الفقهاء يجد أنهم يستخدمون هذه العبارة في الأنفس أو الأموال.

والإلتلاف الموجب للضمان لا بد من أن تتوفر فيه شروطاً وهي:

١- المباشرة: "هي مدخل في هلاك الشيء، بإضافة الهلاك أو التلف إليه، وما يضاف الشيء

الهالك إليه يكون سبباً في وجوده"^٤.

فإذا كان الإلتلاف بصورة مباشرة نقول هذا ضرر مباشر مثل؛ القتل والهدم، ولا يشترط

لتضمين المتلف أن يكون متعمداً، فالعمد والخطأ سواء في وجوب تضمين المتلف، وقد أُنْفَقَتْ

^١سورة البقرة: الآية (٢٢٥).

^٢سورة المجادلة: الآية (٣).

^٣سبق الكلام عنه ص٢٢.

^٤الرافعي، عبد الكريم بن محمد، فتح العزيز بشرح الوجيز، ج١١، ص٢٤١.

الإتجاهات الفقهية على أن القصد ليس ضروريا في وجوب التضمن في الفعل الضار^١؛ فإن الضمان وجب على المتلف سواء كان عامدا، أو مخطئا، مادام أن علة الحكم قد وجدت وهي المباشرة.

وتقول مجلة الأحكام العدلية "لو أتلف أحد مال غيره على زعمه أنه ماله يضمن"^٢، مما يدلنا ذلك على أنه لا يشترط العلم في أن المال المتلف مال غيره، لأن الأئفس والأموال مصونة في الشريعة والقانون، قال صلى الله عليه وسلم "لا ضرر ولا ضرار"^٣.

ومن صور المباشر أن يكون لحفظ الأرواح كإتلاف الأطمعة الفاسدة، وهذا لا إثم فيه لأنه من قبيل المصلحة، وقد يكون للدفع مثل الدفاع عن النفس، أو قتل حيوان مؤذي، أو دحر الأعداء وإلحاق الأذى بهم.

٢- بالتسبب: يعرف التسبب الفقهاء بمعان متقاربة حاصلة أن يفضي الفعل الصادر إلى إحداث نتيجة ملحقة للتلف بالعين، ومن أمثلته؛ كمن رمى قشرا في طريق عام أدت إلى انزلاق إنسان فعطب ومات أو كسر^٤، ويتضح بهذا أن التسبب لا يضمن إلا في حالة التعدي، أما إذا لم يكن متعديا فلا يضمن كمن حفر بئرا في ملكه فوقع فيها الداخل لا عن إذن^٥.

ويرى الباحث أن التسبب من صورته أنه قد يرد في الإيجاب؛ ومثاله: كمن أوقف دابته في الطريق العام لرشه بالماء فأحدث تلفا، وقد يكون سلبيا كمن رأى مال غيره يتعرض للتلف فلم يهب للمساعدة.

^١ البغدادي، أبو محمد غانم بن محمد، مجمع الضمانات، ج ١، ص ١٨٢.

^٢ مجلة الأحكام العدلية، تحقيق: نجيب هواويني، الناشر: أنور محمد، مادة ٩١٤، ج ١، ص ١٧٧.

^٣ سبق تخريجه ص ١٨.

^٤ الزحيلي، وهبة، نظرية الضمان، ج ١، ص ٦٨-٦٩.

^٥ البغدادي، أبو محمد بن غانم بن محمد، مجمع الضمانات، ج ١، ص ١٤٦.

وللضمان بالتسبب شروطٌ وهي على النحو الآتي:

- ١- أن يكون الفعل وقع تعدياً، كمن حفر بئراً في طريق عام^١.
 - ٢- أن تتحقق السببية بين الفعل والضرر، وذلك بأن يكون السبب موصلاً للنتيجة غالباً، كمن صاح بوجه رجل فمات، فإن هذا الفعل عادة لا يؤدي لذلك فلا يستوجب ضماناً.
 - ٣- ألا يكون بين السبب والمسبب إرادة مستقلة، فإذا كان هناك واسطة بينهما نسب الفعل إلى المباشر.
- والتسبب يختلف عن المباشرة بأنه لا يشترط لزمانه حصول الفعل، فالتعدي شرط لضمان الإلتاف تسبباً، وإذا اجتمع المباشرة مع التسبب يضاف الحكم إلى المباشر كما ورد في المجلة "إذا اجتمع المباشر والمتسبب أضيف الحكم إلى المباشر"^٢.

المطلب الثالث: آثار الضمان.

الضمان من الآثار التي يربتها الشارع على العقود بشكل عام، والضمان إما أن يكون على فعل، أو قول كما مر معنا وهو ما يسمى ضمان العقد.

ويترتب الضمان في الفقه الإسلامي على بعض العقود كعقد البيع، فإنه يلزم من هذا العقد تسليم السلعة للمشتري في حال سداد الثمن، وتصبح السلعة مضمونة في يد البائع كما ورد في بدائع الصنائع "أن المبيع في يد البائع مضمون بأحد الضمانين، وهو الثمن ألا ترى: لو هلك في يده سقط الثمن عن المشتري فلا يكون مضموناً بضمان آخر، إذ المحل الواحد لا يقبل الضمانين، لأن المبيع في يد البائع مضمون بالثمن في الحالين فيمنع كونه مضموناً بضمان آخر، وإن

^١ ينظر: الخرشبي، محمد بن عبد الله، شرح مختصر خليل للخرشي، (دار الفكر- بيروت)، ج٦، ص١٣٢.
^٢ مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، مادة ٩٠، ج١، ص٢٧.

هلك بفعل المشتري لا يفسخ البيع، وعليه الثمن؛ لأنه بالإتلاف صار قابضاً كل المبيع؛ لأنه لا يمكنه إتلافه إلا بعد إثبات يده عليه، وهو معنى القبض فيتقرر عليه الثمن^(١).

وإن كان العقد قد تعلق به شرط فإنه يضمن تحقيقه أثراً للعقد، قال عليه السلام "المسلمون على شروطهم"^٢، وإذا كان العقد يتعلق بفعل، كالتزام العامل بالقيام بعمل معين فإنه يضمنه، والعقود التي يترتب عليها الضمان فيها مثل عقد الإجارة والبيع، والنكاح، والطلاق.

ويبدو لدى الباحث أنه في حال إذا كان الضمان يتعلق بمال، فإذا كان الضرر الواقع قائماً كما هو الحال في المغصوب وجب رد العين رداً كاملاً، أو قاصراً مع أخذ قيمة ما تلف منها.

وإذا كان المال قيمياً فإنه يعوض بالقيمة، أو مثله إن كان مثلياً، فإنّ الذمة تتشغل به كما في ضمان الدين، وإذا كان يتعلق بفعل كالتزام العامل بعمل معين فإنه يلزم به وإلا أجبر^٣.

والكفالة بمعنى الضمان لقوله عليه السلام "الزعيم غارم"^٤ أي: الكفيل ضامن.

والعقد في الشريعة يترتب عليه حدوث علاقة بين الأطراف الأصيلة في العقد، وهذه تتطلب

وجود كفيل أو ضامن يضمن هذه العلاقة.

وأهم الآثار التي تترتب على ذلك:

أ- "عند حلول الأجل المحدد للسداد، وفي حال عجز المدين يحق للدائن مطالبة الضامن

(الكفيل) بالسداد^٥.

^١ الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج ٥، ص ٢٣٨-٢٣٩.

^٢ أبو داود، سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد السجستاني، سنن أبي داود، تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد، باب الصلح، ج ٣، ص ٣٠٤، حديث رقم ٣٥٩٤، حديث حسن صحيح، وأخرجه البخاري معلقاً.

^٣ ينظر: الخفيف، علي، الضمان في الفقه الإسلامي، ج ١، ص ١٧-٢١.

^٤ ابن ماجه، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، باب الكفالة، ج ٣، ص ٤٨٢، حديث رقم ٢٤٠٥، حديث حسن // ابن حنبل، أبو عبد الله أحمد بن محمد بن هلال، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، ج ٣٦، ص ٦٣٢، وأسناده صحيح.

^٥ ابن قدامه، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد، المغني، ج ٤، ص ٣٩٩.

ب- حق الخيار في مطالبة أيّ من المدين، أو الضامن وهذا قول الجمهور^١.

ت- "في حالة وفاة المدين، يتم استحقاق الدين حالاً من تركته، ويصبح الضمان عن الميت عند الجمهور في حال ترك ديناً، ولا يصح إذا لم يخلف مالاً، أو لم يضمه ضامن وعند مالك، وأبو يوسف ومحمد يصح ضمان الدين عن الميت سواء خلف، أم لم يخلف، وبه قال الثوري، وأبو حنيفة"^٢.

ث- "يحق للضامن الرجوع على المدين بمطالبته بأداء الدين عنه، ما لم يكن ذلك الأداء بصيغة التبرع "لأنه التزام بغير عوض فكان تبرعا.

ج- يجوز تعدد الضّامين للحق عن الشخص الواحد، وذلك بقسمة الحق الواجب على كل شخص"^٣.

^١المرجع السابق: ج ٤، ص ٣٩٩.

^٢النوي، أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب' دار الفكر، تكملة السبكي والمطيعي، ج ١٤، ص ٨.

^٣أبو الفضل الحنفي، عبد الله بن محمود بن مودود الموصلّي البلدحي، الاختيار في تعليل المختار، ج ٢، ص ١٦٧.

الفصل الأول

التأصيل الفقهي للضرر المحتمل في إثبات أو انتفاء المسؤولية

المبحث الأول: التأصيل الفقهي للضرر المحتمل على الجملة

المطلب الأول: الأدلة الشرعية المثبتة لرعاية الضرر المحتمل في الأحكام الشرعية على الجملة.
المطلب الثاني: تخريج سد الذرائع في الأصول المقاصديّة المثبتة لرعاية الضرر المحتمل في الأحكام الشرعية على الجملة.

المطلب الثالث: الضرر المحتمل وعلاقته بمبدأ موجبات المسؤولية من الناحية الشرعية.

المبحث الثاني: التكيف الفقهي للضرر المحتمل في عدم إثبات المسؤولية وضوابطه واتجاهاته الفقهية

المطلب الأول: الضرر المحتمل الوارد على المعين بصفة العروض.

المطلب الثاني: الضرر المحتمل الوارد على المعين بصفة التأييت.

المطلب الثالث: الاتجاهات الفقهية في إثبات المسؤولية فيما يرد من الضرر المحتمل العارض المؤقت.

المبحث الثالث: التكيف الفقهي للضرر المحتمل المثبت للمسؤولية وضوابطه واتجاهاته الفقهية

المطلب الأول: الضرر المحتمل الموصوف بصفة العموم في المكلفين وتطبيقاته.

المطلب الثاني: الضرر المحتمل الموصوف بصفة الديمومة في المكلفين وتطبيقاته.

المطلب الثالث: الضرر المحتمل المقترن بصفة الاعتداء أو التقصير في المسؤولية التعاقدية.

المطلب الرابع: الاتجاهات الفقهية فيما كان عاماً مؤبداً من الضرر المحتمل في ظل المسؤولية التقصيرية مدنياً، أو جنائياً.

المبحث الأول: التأصيل الفقهي للضرر المحتمل على الجملة.

وسيتّم الحديث في هذا المبحث عن الأدلة الشرعية المثبتة للضرر المحتمل من القرآن الكريم والسنة النبوية، وأقوال الصحابة، مع تخريج الأصول المقاصدية على سد الذريعة المثبتة للضرر المحتمل، وربط الضرر المحتمل مع موجبات المسؤولية، مع ذكر التكيف الفقهي، واتجاهات الفقهاء في إثباته وعدم إثباته على النحو الآتي:

المطلب الأول: الأدلة الشرعية المثبتة لرعاية الضرر المحتمل في الأحكام الشرعية على الجملة.

إنّ الأصل في الضرر المحتمل كما مرّ سابقاً، أنّه لا اعتبار له في القانون، والأصل فيه الإلغاء، إلا أنّ الشريعة الإسلامية رسمت منهجاً كاملاً للتعامل مع الضرر حين وروده، فنلاحظ أنّها فرّقت بين حالتي الورد على الفرد المعين، وبين حالة وروده على العامّة، ذلك أنّ في حالة وروده على الفرد المعين يتعين التمييز بين كونه وارداً بصفة التأبید، أو التأقیت، فالضرر المحتمل الوارد على المعين من المكلفين، إن كان مؤبداً فالشارع يحتاط لحق المعين من المكلفين، وإن كان مؤبداً فالشارع يحتاط لحق المعين، بحيث يرتب على الضرر آثار الصيانة للحيلولة دون استفحاله فيراعيه، أمّا إن كان الضرر المحتمل لاحقاً بالعامّة فيحتاط له الشارع حيطة، أقوم مما تعلق بالمعین، فيدرؤهُ درء الغالب من الأضرار صيانة لعمامة المكلفين، وعليه فالضرر المحتمل في تأصيله، إمّا أن يتعلق بحالة التأبید، وإمّا أن يتعلق بحالة التأقیت، فالضرر المحتمل في المؤقت يجريه الشارع مجرى الدائم، إذا كانت العبادة المشروعة فيها صيغة العروض بالتأقیت، فالمؤقت العائد على المؤقت يأخذ معنى الديمومة، فكان لا بدّ من ضبطه تأصيلاً، وتتبع آثاره في النصوص الشرعية، وفقه الصحابة، والاتجاهات الفقهيّة.

الفرع الأول: الأدلة الشرعية المثبتة للمسؤولية عن الضرر المحتمل على جهة العموم.

فإذا كان سالماً عن المعارض فإنه يترجح إثباته ومثاله ذلك:

١- في تفسير يوسف -عليه السلام- لرؤيا الملك.

يقول الله تعالى ^{١١} وَقَالَ الْمَلِكُ إِنِّي أَرَى سَبْعَ بَقَرَاتٍ سِمَانٍ يَأْكُلُهُنَّ سَبْعٌ عِجَافٌ وَسَبْعَ سُنبُلَاتٍ خُضِرٍ وَأُخْرٍ يَأْسِتُ يَأْتِيهَا الْمَلَأُ أَفْتُونٍ فِي رُءْيَايَ إِنْ كُنْتُمْ لِلرُّءْيَا تَعْبُرُونَ ﴿١٢﴾ قَالُوا أَضْغَثُ أَحْلَمٍ وَمَا نَحْنُ بِتَأْوِيلِ الْأَحْلَمِ بِعَلِيمِينَ ﴿١٣﴾ وَقَالَ الَّذِي نَجَا مِنْهُمَا وَادَّكَرَ بَعْدَ أُمَّةٍ أَنَا أُنَبِّئُكُمْ بِتَأْوِيلِهِ فَأَرْسِلُونِ ﴿١٤﴾ يُوسُفُ أَيُّهَا الصِّدِّيقُ أَفْتِنَا فِي سَبْعِ بَقَرَاتٍ سِمَانٍ يَأْكُلُهُنَّ سَبْعٌ عِجَافٌ وَسَبْعِ سُنبُلَاتٍ خُضِرٍ وَأُخْرٍ يَأْسِتُ لَعَلِّي أَرْجِعُ إِلَى النَّاسِ لَعَلَّهُمْ يَعْلَمُونَ ﴿١٥﴾ قَالَ تَزْرَعُونَ سَبْعَ سِنِينَ دَأَبًا فَمَا حَصَدْتُمْ فَذَرُوهُ فِي سُنْبُلِهِ إِلَّا قَلِيلًا مِمَّا تَأْكُلُونَ ﴿١٦﴾ ثُمَّ يَأْتِي مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ سَبْعٌ شِدَادٌ يَأْكُلْنَ مَا قَدَّمْتُمْ لَهُنَّ إِلَّا قَلِيلًا مِمَّا تُحْصِنُونَ ﴿١٧﴾ ثُمَّ يَأْتِي مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ عَامٌ فِيهِ يُغَاثُ النَّاسُ وَفِيهِ يَعْرِضُونَ ﴿١٨﴾^١.

فلماذا اعتبر الضرر في تفسير رؤيا الملك ضرراً محتملاً، وعمل سيدنا- يوسف عليه السلام- به مع أنه يندر فيه الضرر، وأقره الشارع الحكيم ، وذلك لأن هذا النوع من الضرر المحتمل يتصف بصفة العموم.

٢- تعطيل توزيع أراضي الفتح: وقد بينت الآيات الكريمة أن أربعة أخماس الغنائم للفاتحين قال الله تعالى ^١ وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسْكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ إِنْ كُنْتُمْ ءَامِنْتُمْ بِاللَّهِ وَمَا أُنزَلْنَا عَلَىٰ عَبْدِنَا يَوْمَ الْفُرْقَانِ يَوْمَ

^١سورة يوسف: الآية ٤٣-٤٩.

التقى الجَمْعَانِ^١ وَاللَّهُ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ^٢، لكن عمر رضي الله عنه وقف ارض العراق بعد فتحها، ولم يوزعها على الفاتحين لمصلحة عموم المسلمين، لأنه من المحتمل حال توزيعها على المجاهدين أن يتقاعسوا عن الجهاد في سبيل الله^٣، ذلك بأنَّ الجهاد في سبيل الله يتطلب الهمة والعزيمة والدوام فيه، وكانت الدولة الإسلامية آنذاك في توسع وازدهار وحاجة الخزينة للأموال كبيرة، فنظر عمر -رضي الله عنه- في هذا الأمر نظرة مقاصدية وضع فيها مصلحة العموم، ومن ذلك تخوفه على خزينة الدولة من النفاذ، وتخوفه من احتمال ركون المجاهدين للدنيا من خلال توزيع أراضي الفتح، فرأى وقفها لمصلحة العموم خوفاً من مظنة احتمال ما سبق.

٣- حديث أهل الحوائط.

عن حرام بن سعد بن محيصة، أن ناقة للبراء بن عازب دخلت حائط رجل فأفسدت فيه، ف قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أن على أهل الحوائط حفظها بالنهار، وأن ما أفسدت المواشي بالليل ضامن على أهلها"^٤.

إنَّ الحكمة في التفريق بين الليل والنهار كما ورد في الحديث الشريف له دلالة على ثبوت المسؤولية في الضرر المحتمل من جهة العموم، فقد ورد عن الليث بن سعد ما مقصوده أنَّ أهل المواشي عليهم رعايتها نهاراً، وهذا العرف السائد؛ فإذا ما حلَّ الليل حفظوها، فإذا حصل تقصير في حفظهم أو تفريط في حبسها عن أراضي الغير، فإنَّهم يضمنون ما تلف بسبب تقصيرهم بذلك^٥.

^١سورة الأنفال: الآية (٤١).

^٢ينظر: القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر، الجامع لأحكام القرآن (تفسير القرطبي)، ج ٨، ص ٥٥.

^٣مالك، أنس بن مالك بن عام، موطأ الإمام مالك، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، حديث رقم ٣٧، ج ٢، ص ٧٤٧ // ابن حنبل، أبو عبد الله أحمد بن محمد بن هلال، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، ج ٣٩، ص ٩٧، إسناده مرسل صحيح // الألباني، أبو عبد الرحمن محمد ناصر الدين، سلسلة الأحاديث الصحيحة، ج ١، ص ٤٧٧، حديث رقم ٢٣٨، إسناده صحيح.

^٤ينظر: القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر، الجامع لأحكام القرآن (تفسير القرطبي)، ج ١١، ص ٣١٥.

ويرى الباحث أنّ النبي صلى الله عليه وسلم - احتاط في قضائه، فلم يحكم بالضمان حال التقصير في عدم التحوط لحصول الضرر ومثاله؛ أنّه من الطبيعي على أصحاب البساتين أن يجرسوها نهاراً وأنّ على أصحاب الماشية حفظها ليلاً، لأنّه في النهار ترعى الماشية للحصول على الطعام، فيجب التحوط من أصحاب البساتين لرعاية محاصيلهم، فإذا قصّروا في ذلك كأنّهم سمحوا للسائمة من الماشية أن ترعى فيها، وإذا ما دخلت الماشية البساتين ليلاً، فإنّ على أصحابها الضمان لأنّهم لم يحتاطوا بحراستها.

٤- قصة المرأة التي أرسل إليها عمر.

"عن المغيرة بن شعبة، قال: سألت عمر بن الخطاب عن إملاص المرأة، هي التي يضرب بطنها فتلقي جنيناً، فقال: أيكم سمع من النبي صلى الله عليه وسلم فيه شيئاً؟ فقلت: أنا، فقال: ما هو؟ قلت: سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقول: «فيه غرة، عبد أو أمة»، فقال: لا تبرح حتى تجيئني بالمخرج فيما قلت"^١.

كما جاء في المذهب؛ أنّه نقل إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه - كلاماً عن امرأة بسوء فأرسل في طلبها، فأصابها الفزع، وفي طريقها لملاقاة سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه - أملت حملها، فشاور عمر الصحابة الكرام - رضوان الله عليهم - في ذلك، وكان الرأي عندهم، أنّه لا شيء عليه بحجة أنّه وال ومؤدب، إلا أنّ علي رضي الله عنه - أوجب عليه الدية،

^١ البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله الجعفي، صحيح البخاري، تحقيق: محمد بن زهير ناصر الناصر، دار طوق النجاة، حديث رقم ٧٣١٨، ج ٩، ص ١٠٢ / ورواه مسلم، متفق عليه.

لأنه رأى -رضي الله عنه- أنه كان سبباً في إفراغها وإجهاضها، فطلب حينئذ عمر من علي أن يقسم دية جنينها على قریش وهي عاقلته^١.

إنَّ علي بن أبي طالب -رضي الله عنه- نظر إلى المسألة من وجهة نظر تختلف عن الصحابة، ذلك أنهم نظروا إليه كمؤدب ووالٍ، وعلي بن أبي طالب قضى بالدية لأنه كان على عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- أن يتحوط في طلب المرأة، ذلك أنَّ شخصيته -رضي الله عنه- تمتاز عن جميع الولاة بهيبة ووقار أكبر تسبب في قلب من يراه الرهبة، فقضى بالدية على هذه الميزة المنفردة التي يتصف بها عمر بن الخطاب -رضي الله عنه-.

٥- تعدي الطبيب.

عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، أنَّ النبي صلى الله عليه وسلم، قال: "من تطبَّب ولم يعلم منه الطب قبل ذلك فهو ضامن"^٢.

ويدل هذا الحديث الشريف كما يبدو للباحث على أن الطبيب المتعدِّي في عمله، وذلك كأن يطبَّب دون خبرة، أو دون دراسة حالة المريض بشكل جيد، وسواء كان متعمداً أم مخطئاً، فيعتبر ضامناً لما يحدث من أضرار محتملة قد تلحق بالمريض، لأنها ترجع على العموم، مع أن الفقهاء اسقطوا خطأ الطبيب حتى لا يبتعد الأطباء عن التطبَّب.

^١ ينظر: الشيرازي، أبو اسحق إبراهيم بن علي بن يوسف، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج ٣، ص ٢٠٥.

^٢ الدارقطني، أبو الحسن علي بن عمر بن احمد، سنن الدارقطني، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرون، ج ٤، ص ٢٦٥، حديث رقم ٣٤٣٨ // أبو داود، سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد السجستاني، سنن أبي داود، تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد، ج ٤، ص ١٩٥، حديث رقم ٤٥٨٦، إسناده حسن لغيره.

٦- إذا تزوجت المرأة رجلاً به غُثَّة، فالشارع لا يقبل طلبها الطلاق، وإنما يمهلها القاضي سنة، فإذا ثبت بتقرير طبي أنه لم يشف، فإن القاضي يقبل طلبها الطلاق حينئذ؛ وذلك لأنَّ الضرر أصبح مؤبداً، فراعى الشارع مصلحتها عندما صار الضرر المحتمل غالب التحقق من جهة التأبيد.

٧- عدم ضمان الإمام أو القاضي.

فالإمام، أو القاضي أمين في عمله على حقوق العباد، فلماذا إذا جعل الشارع خطأه على بيت المال ولم يجعله في ماله، وذلك حتى لا يتجنب الناس العمل العام، ونلاحظ أنَّ الشارع اعترف بالضرر المحتمل ولكنه أبطل العمل به مراعاة لمصلحة العموم^١، ففي السياسة الشرعية للدولة تكون مصلحة العموم هي الاعتبار الأول، ولأنَّ الإمام، أو القاضي أمين على مصالح العباد فقد نهى من أن يتحمل خطأه في عاقلته، ذلك أنَّ لا ذنب لهم في ذلك ولا يقصده فلو حُمِّلَ خطأه في عاقلته لاحتمل أن يعتزل الولاية، والقضاة مناصبهم، فلأجل مصلحة العموم كان تحميل الخطأ في بيت المال.

٨- "إن الخلفاء الراشدين قضوا بتضمين الصنّاع، قال علي - رضي الله عنه -: لا يصلح الناس إلا ذاك، ووجه المصلحة فيه أنَّ الناس لهم حاجة إلى الصنّاع، وهم يغيبون عن الأمتعة في غالب الأحوال، والأغلب عليهم التفريط وترك الحفظ، فلو لم يثبت تضمينهم مع مسيس الحاجة إلى استعمالهم لأفضى ذلك إلى أحد أمرين: إما ترك الاستصناع بالكلية، وذلك شاق على الخلق، وإمّا أن يعملوا، ولا يضمنوا ذلك بدعواهم الهلاك والضياع، فتضيع الأموال، ويقف الاحتراز، وتتطرق الخيانة، فكانت المصلحة التضمين.

^١ ينظر: العمراني، أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم، البيان في مذهب الإمام الشافعي، تحقيق: قاسم محمد النوري، ج ١٢، ص ٥٣٧.

هذا معنى قوله: لا يصلح الناس إلا ذاك^١، ويرى الباحث أن هذا ضرر محتمل اتّصل بحق العامة، فنهى عنه صيانة للعموم، فإن كان فعل علي -رضي الله عنه- بتضمينهم يعدّ ظلماً، جاز ذلك لأنّه دفع لمظلمة أعظم، وهي مصلحة العموم.

٩- تعمية قبر دانيال عليه السلام.

"عن قتادة قال: لما فتحت السوس وعليهم أبو موسى الأشعري وجدوا دانيال في أتون إلى جنبه مال موضوع من شاء أتى فاستقرض منه إلى أجل فأتى به إلى ذلك الأجل وإلا برص، فالتزمه أبو موسى وقبله وقال: دانيال ورب الكعبة ثم كتب في شأنه إلى عمر، فكتب إليه عمر أن كفنه وحنطه وصل عليه ثم ادفنه كما دفنت الأنبياء، وانظر ماله فاجعله في بيت مال المسلمين، فكفنه في قباطى بيض وصلى عليه ودفنه أبو عبيد"^٢.

والضرر في ما سبق يتصل بالعموم، فيما يتعلق به فساد المعتقد، فألحقه عمر رضي الله عنه بالمحقق لقضيتين وهما:

أ- لأنه يتعلق بعموم.

ب- لأنّ الفساد في هذا الباب يتعلق بمظنة أصل في أصول التلقي عن الله عز وجل.

١٠- قطع شجرة بيعة الرضوان، وكذلك أرسل عمر رضي الله عنه أيضاً فقطع الشجرة التي بايع

تحتها أصحاب -رسول الله صلى الله عليه وسلم- لما رأى الناس يصلون عندها"^٣.

ويرى الباحث أن فعل عمر -رضي الله عنه- هو دفع لضرر محتمل يتّصف بالعموم لصلته

بالعقيدة.

^١ الشاطبي، إبراهيم بن موسى بن محمد، الاعتصام، تحقيق: سليم بن عيد الهلالي، ج٢، ص ٦١٦.

^٢ السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر، جامع الأحاديث، ج٢٨، ص ٣٧١.

^٣ ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين، إغاثة اللهفان من مصايد الشيطان، تحقيق: محمد حامد الفقي، ج١،

ص ٢٠٥.

١١- ترك بعض الأفعال المباحة من الصحابة حتى لا تكون سنة.

"ولقد دخل ابن عمر على عثمان وهو محصور؛ فقال له: "انظر ما يقول هؤلاء، يقولون: اخلع نفسك أو نقتلك، قال له: أمخذ أنت في الدنيا؟ قال: لا. قال: هل يملكون لك جنّة، أو ناراً؟ قال: لا، قال: فلا تخلع قميص الله عليك فتكون سنة، كلما كره قوم خليفتهم خلعوه أو قتلوه".^١

ويرى الباحث أنّ ما فعله الصحابة-رضوان الله عليهم-، فهو من باب الضرر المحتمل الذي يلحق بالعموم، لأنّ فعل الصحابة بالنسبة إلى من بعدهم في معنى التلقّي عن النبي صلى الله عليه وسلم-، فمن حافظ على فعل بصورة الديمومة، قد يظن المتلقي أنّ المسألة معناها دينٌ يلزم. ١٢- عزل عمر رضي الله عنه لخالد بن الوليد رضي الله عنه خشية الفتنة، وما فعله عمر - رضي الله عنه- من باب الضرر المحتمل الذي يعود على العموم.

"عن عدّي بن سهيل، قال: كتب عمر إلى الأمصار: إنّي لم أعزل خالدًا عن سخطه ولا خيانه، ولكن الناس فتنوا به، فخفت أن يوكلوا إليه، ويبتلوا به، فأحببت أن يعلموا أنّ الله هو الصانع، وألّا يكونوا بعرض فتنة"^٢.

١٣- منع النساء من الذهاب إلى المسجد، قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا تمنعوا إماء الله مساجد الله"^٣، وهذا عمل بالضرر المحتمل، الذي يعود على العموم، ولأجل الخوف على المسلمين من الفتنة قالت عائشة رضي الله عنها: "لو أدرك رسول الله صلى الله عليه وسلم ما أحدث النساء لمنعهن كما منعت نساء بني إسرائيل" قلت لعمره: أو مُنعن؟ قالت: نعم"^٤.

^١ الشاطبي، إبراهيم بن موسى بن محمد، الموافقات، ج ٤، ص ١١٣.

^٢ الطبري، محمد بن جرير بن يزيد بن كثير، تاريخ الطبري، دار التراث-بيروت، ٢، ١٣٨٧هـ، ج ٤، ص ٦٨.

^٣ البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله الجعفي، صحيح البخاري، تحقيق: محمد بن زهير ناصر الناصر، دار طوق النجاة، حديث رقم ٩٠٠، ج ٢، ص ٦/ ورواه مسلم، متفق عليه.

^٤ البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله الجعفي، صحيح البخاري، تحقيق: محمد بن زهير ناصر الناصر، دار طوق النجاة، ط ١، حديث رقم ٨٦٩، ج ١، ص ١٧٣/ ورواه مسلم، متفق عليه.

١٤- نفي من تفتتن به النساء، وهذا ضرر محتمل اتّصف بصفة العموم، "ونفى عمر - رضي

الله عنه - نصر بن حجاج من المدينة حين سمع قائلة تقول:

هل من سبيل إلى خمر فأشربها ... أو هل سبيل إلى نصر بن حجاج

فنفاها، والجمال لا يوجب النفي، ولكن فعل ذلك للمصلحة، فإنّه قال: وما ذنبي يا أمير المؤمنين

قال: لا ذنب لك وإنّما الذنب لي حيث لا أظهر دار الهجرة منك".^١

فهل لحق نصر من ذلك ظلم بنفيه؟ فلما أدرك عمر - رضي الله عنه - أنّ مصلحة العموم

تقتضي ذلك لدرء مفسدة قضى بها، لدرء مفسدة أعظم، ولكن عمر - رضي الله عنه - ألحق به

ابن عمه حتى يكون رقيباً عليه، ليدرأه من أيّ مفسدة محتملة.

١٥- حدثنا جابر بن عبد الله: أنّ معاذ بن جبل رضي الله عنه، كان يصلي مع النبي - صلى الله

عليه وسلم -، ثمّ يأتي قومه فيصلّي بهم الصلاة، فقرأ بهم البقرة، قال: فتجوز رجل فصلّى صلاة

خفيفة، فبلغ ذلك معاذ، فقال: إنّّه منافق، فبلغ ذلك الرجل، فأتى النبي - صلى الله عليه وسلم -

فقال: يا رسول الله، إنّنا قوم نعمل بأيدينا، ونسقي بنواضحنا، وإنّ معاذ صلى بنا البارحة، فقرأ البقرة،

فتجوزت، فزعم أنّي منافق، فقال النبي - صلى الله عليه وسلم -: " يا معاذ، أفتان أنت - ثلاثا -

اقرأ: والشمس وضحاها وسبح اسم ربك الأعلى ونحوها "^٢.

إنّ طول الصلاة أمر مستحب، إلا أنّه إذا كان فعله يظن منه حصول مفسدة، كوسواس، أو ترك

صلاة، فإنّه ينهى عنه، وهذا من قبيل الضرر المحتمل الذي يلحق بالعموم.

١٦- أنّه صلى الله عليه وسلم نهى الوالي عن قبول الهدية، لأنّ ذلك ذريعة إلى فساد كبير، فمن

أهدى حاكماً ممن بيده مصالح العامة، فقد أغراه بالظلم، وهنا يجب أن نفرق بين أسبقية المعرفة

^١ السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل، المبسوط، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م، ج ٩، ص ٤٥.

^٢ البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله الجعفي، صحيح البخاري، حديث رقم ٦١٠٦، ج ٨، ص ٢٦.

بينهما وعدم أسبقية المعرفة، فإذا كان قريبا، أو صديقا تربطه به سابق معرفه فالضرر المحتمل هنا عارض، وإن لم يكن بينهما سابق معرفة فقد أخذ الضرر المحتمل صفة الديمومة من جهة العموم^١.

١٧-الابتعاد عن فعل الشبهات، حتى لا تكون مطية لحصول المفاسد، كما جاء في الحديث الشريف "قال: قلت للحسن بن علي -رضي الله عنهما-: ما حفظت من رسول الله -صلى الله عليه وسلم-؟ قال: حفظت منه: " دع ما يريبك إلى ما لا يريبك"^٢، ويرى الباحث أنّ الابتعاد عن فعل الشبهات، هو صيانة عن الضرر المحتمل، وهو عام في العارض، والدائم، لكن العارض الحذر منه ضعيف، فيباح عند الحرج.

١٨- عن عبد الله بن واقد، قال: "تهى رسول الله -صلى الله عليه وسلم- عن أكل لحوم الضحايا بعد ثلاث"، قال عبد الله بن أبي بكر: فذكرت ذلك لعمرة، فقالت: صدق، سمعت عائشة، تقول: دف أهل أبيات من أهل البادية حضرة الأضحى زمن رسول الله -صلى الله عليه وسلم-، فقال رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: "ادّخروا ثلاثا، ثمّ تصدقوا بما بقي"، فلما كان بعد ذلك، قالوا: يا رسول الله، إنّ الناس يتخذون الأسقية من ضحاياهم، ويحملون منها الود، فقال رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: وما ذاك؟ قالوا: نهيت أن تؤكل لحوم الضحايا بعد ثلاث، فقال: إنما نهيتكم من أجل الدافة التي دفت، فكلوا، وادّخروا، وتصدّقوا"^٣.

^١ ينظر: ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز، رد المحتار على الدر المختار، ج٥، ص٣٧٤/ السمرقندي، محمد بن أحمد بن أبي أحمد، تحفة الفقهاء، ج٣، ص٣٧٤.

^٢ أبو يعلى، أحمد بن علي بن المثنى بن يحيى بن عيسى بن هلال، مسند أبي يعلاء، تحقيق: حسين سليم أسد، ج١٢، ص١٣٢، حديث رقم ٦٧٦٢، حديث حسن.

^٣ النيسابوري، مسلم بن الحجاج أبو الحسن، صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، حديث رقم ١٩٧١، ج٣، ص٣، ص١٥٦١.

الفرع الثاني: الأدلة الشرعية المثبتة للمسؤولية عن الضرر المحتمل إذا ورد بصفة الديمومة على المعين.

فقد يكون الضرر المحتمل من جهة الانفراد على الديمومة، وفي هذه الحالة يتم إثباته، وفي حالة عدم الديمومة يلغيه الشارع، ولا يعمل به، كالغمر اليسير في البيوع، ومثال إثبات الضرر المحتمل على جهة الديمومة:

أولاً: الشفعة.

قال الله تعالى: "وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ الْخَاطِئِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ إِلَّا الَّذِينَ ءَامَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَقَلِيلٌ مَّا هُمْ".^١

و الخاطئ هم الشركاء، ولذا احتمال الظلم من الشريك لشريكه وارد، لذا احتاط الشارع لهذا الأمر من خلال الشفعة، حرصاً في حماية الشريك، لأنّ في حال ورود الضرر يكون مؤبداً، فلذا قرر الشارع الحكيم حق الشفعة حماية للملاك، وقوله تعالى " إِلَّا الَّذِينَ ءَامَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَقَلِيلٌ مَّا هُمْ " أي: قليل من لا يقع في الظلم والبغي من الشركاء.

ثانياً: قصة خرق الخضر للسفينة.

يقول الله تعالى " فَأَنْطَلَقَا حَتَّىٰ إِذَا رَكِبَا فِي السَّفِينَةِ خَرَقَهَا قَالَ أَخَرَقْتَهَا لِتُغْرِقَ أَهْلَهَا لَقَدْ جِئْتَ شَيْئًا إِمْرًا ".^٢

^١سورة ص: الآية ٢٤.

^٢سورة الكهف: الآية ٧١.

فلماذا اعتبر الشارع هذا الضرر مع أنه محتمل، وذلك مراعاة لحفظ حقوق أصحاب السفينة، لأنّ دفع اغتصاب السفينة بضرر أصغر، أفضل من ذهابها بالكلية لأنّ الضرر ملتحق بالتأبيد فالشارع احتاط له.

ثالثاً: قال تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَىٰ ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ ۗ ذَٰلِكُمْ خَيْرٌ لَّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ" ^١.

ويرى الباحث أنّ الانشغال للبيع هنا بمعنى المؤبد على جهة الديمومة، فالبيع ضرر محتمل، لأنّه مؤقت والصلاة مؤقتة، والمؤقت إذا اجتمع مع المؤقت أخذ فعل الديمومة، لأنه يستنفذ الوقت، وبالتالي أخذ حكم الديمومة، لأنّ الحاجة إلى الكينونة في الصلاة وقت قصير، والانشغال عن القصير بالقصير يأخذ حكم الديمومة.

رابعاً: عن جابر بن عبد الله قال: كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في غزاة، فلما أقبلنا تعجلت على بعير لي "قطوف" ^٢، فلحقني راكب خلفي، فنخس بعيري "بعنزة" ^٣ كانت معه، فانطلق بعيري كأجود ما أنت راء من الإبل، فالتفت، فإذا أنا برسول -الله صلى الله عليه وسلم-، فقال: "ما يعجلك يا جابر؟ قلت: يا رسول الله، إني حديث عهد بعرس، فقال: "أبكرًا تزوجتها، أم ثيبًا؟" قال: قلت: بل ثيبًا، قال: "هلا جارية تلاعبها وتلاعبك" قال: فلما قدمنا المدينة، ذهبنا لندخل، فقال: "أمهلوا حتى ندخل ليلاً - أي عشاء - كي تمتشط الشعثة" ^٤، وتستحدّ المغيبة" ^٥.

^١ سورة الجمعة، الآية ٩.

^٢ قطوف: كأنه من سرعة نقله قوائمه يقطف من الأرض شيئاً، معجم مقاييس اللغة، ج ٥، ص ١٠٣.

^٣ بعنزة: عصا نحو نصف الرمح في أسفلها زج، شرح النووي على مسلم، ص ٤٣.

^٤ الشعثة: الشعر المغبر، لسان العرب، ج ٣، ص ١٤٢.

^٥ تستحدّ: هو الحلق بالآلة حادة، لسان العرب، ج ٣، ص ١٤٢.

^٦ القشيري النيسابوري، مسلم بن الحجاج أبو الحسن، صحيح مسلم، دار إحياء التراث العربي-بيروت، ج ٢، ص ١٠٨٨، حديث رقم ٧١٥.

فمنع من الطروق، وأمر بإمهالها لتصلح أمرها^١، ويرى الباحث أنّ هذا دليل على الضّرر المحتمل، إذ أنّ الشارع أجرى الضّرر المحتمل مجرى الغالب، إذا اتصل بصفة الديمومة، لأنّه من الممكن أن يرى من سوء حالها ما يؤدي إلى إنهاء العشرة الزوجية، ويقوّي الطلب من جهته على طلاقها.

خامساً: قال أبان: سمعت عثمان بن عفان، يقول: قال رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: "لا ينكح المحرم، ولا ينكح، ولا يخطب"^٢. "ولا ينكح فمعناه لا يزوج امرأة بولاية، ولا وكالة، وقيل سببه أنه لما منع في مدة الإحرام من العقد لنفسه صار كالمرأة فلا يعقد لنفسه، ولا لغيره، وظاهر هذا العموم أنّه لا فرق بين أن يزوج بولاية خاصة، كالأب، والأخ، والعم، ونحوهم، أو بولاية عامة، وهو السلطان، والقاضي، ونائبه، وهذا هو الصحيح عندنا، وبه قال الجمهور، واعلم أنّ النهي عن النكاح، والإنكاح في حال الإحرام نهي تحريم، فلو عقد لم ينعقد، سواء كان المحرم هو الزوج والزوجة، أو العاقد لهما بولاية، أو وكالة، فالنكاح باطل في كل ذلك"^٣، وهذا الحديث مثال في الضّرر المحتمل على الديمومة، إذ أنّ إجراءات النكاح مؤقتة ويتعلق الإحرام في مؤقت، فصيانة للمؤبد من الإفساد يكون في معنى الديمومة من الضّرر، لذا نهى عنه لذلك.

سادساً: **مجانبة أهل الهوى والفساد**، فلا يلبث المخالط أن يرى نفسه يخوض معهم في الهوى والمفاسد، وكما يبدو للباحث أن ما يقصد من ذلك الصحبة التي فيها ضرر بمعنى الديمومة، أما الجلوس العارض فهو غير مقصود له، لذا متى نهى النبي -صلى الله عليه وسلم- عن مجالسة

^١ ينظر: ابن قدامه، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن احمد بن محمد، المغني، ج٧، ص٢٩٤.

^٢ النيسابوري، مسلم بن الحجاج أبو الحسن، صحيح مسلم، ج٢، ص١٠٣٠، حديث رقم ١٤٠٩.

^٣ النووي، أبو زكريا محيي الدين بن شرف، المنهاج شرح صحيح مسلم، ج٩، ص١٩٥.

أهل المعاصي كما قال تعالى: "فَلَا تَقْعُدُوا مَعَهُمْ حَتَّىٰ يَخُوضُوا فِي حَدِيثٍ غَيْرِهِ إِنَّكُمْ إِذَا مَثَلْتُمْ"¹،

فيحتمل أن يتكلموا، فإذا تكلموا أسقطت هيبة المعظم، وأسقطوا فيك هيبة الذي عظمت.

سابعاً: عن نافع عن ابن عمر - رضي الله عنهم - أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال

"لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه"²، وهناك من الفقهاء³ من فرق بين من يعلم، ومن لا يعلم،

وكما يبدو للباحث الذي لا يعلم، فالضرر عنده بصفة العروض، والذي يعلم فالضرر المحتمل

المنهي عنه هنا قد أخذ صفة الديمومة لما تنتج عنه من آثار سلبية.

ثامناً: الخلع القضائي: ذهب الفقهاء⁴ إلى أنّ المرأة إذا كرهت زوجها، وبغضت الحياة معه أن لها

أن تطلب الطلاق، أو الخلع مقابل أن تردّ له مهرها وكافة حقوقها، مع اشتراط رضا الزوج عند

بعضهم دون البعض الآخر، وخلع الرجل من المرأة لم تثبت فيه الزوجة شيء محقق على الرجل،

فهو ضرر محتمل اعتبره الشارع؛ لأنه اتصل بمؤيد من الضرر.

¹سورة النساء، الآية ١٤٠.

²القشيري النيسابوري، مسلم بن الحجاج أبو الحسن، صحيح مسلم، ج ٢، ص ١٠٣٢، حديث رقم ١٤١٢.

³ينظر: الشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس، الأم، ج ٥، ص ٤١//البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس، كشف القناع عن متن الإقناع، ج ٥، ص ١٨//الحطاب، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ج ٣، ص ٤١١.

⁴ينظر: ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج ٦، ص ٢٨١//السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل، المبسوط، ج ٦، ص ١٧٣//ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد، فتح القدير، ج ٤، ص ٨٦//الشيرازي، أبو اسحق إبراهيم بن علي بن يوسف، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج ٢، ص ٤٩٠//ابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٣، ص ٩٦.

الفرع الثالث: الأدلة الشرعية المثبتة لعدم المسؤولية عن الضرر المحتمل إذا ورد بصيغة العروض على المعين.

أولاً- عن نافع عن ابن عمر - رضي الله عنهم - أنّ رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال "لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه"^١، وهناك من الفقهاء^٢ من فرق بين من يعلم ومن لا يعلم وكما يبدو للباحث الذي لا يعلم، فالضرر عنده بصفة العروض، والذي يعلم فالضرر المحتمل المنهي عنه هنا قد أخذ صفة الديمومة لما تنتج عنه من آثار سلبية، وأن الخطبة على الخطبة قبل الموافقة ضرر محتمل وهو مباح لأنه خاص عارض بمعين، وأمّا بعد الموافقة أصبح ضرراً غالباً.

ثانياً- العرايا يتضمنها الربا، والربا يتعلق بمحتمل، أن تشتري القديم بالجديد خرصنه^٣ فهو احتمال، فلماذا الشارع ألغى فيه احتمال الربا، مع أنّ الربا يلحق بما تحقق منه، ودليل ذلك ما روى عن أبي سعيد الخدري - رضي الله عنه - أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - "رخص في بيع العرايا بالتمر فيما دون خمسة "أوسق"^٤ كما جاء في الحديث الشريف، عن أبي سعيد الخدري، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة، ولا فيما دون خمس "ذود"^٥ صدقة، ولا فيما دون خمس أواق صدقة"^٦، لأنه عارض مؤقت محقق لمقصود صلة الفقير، ومثاله شخص باع نخلته بما عليها من رطب، مقابل كمية من التمر، فيأتي المشتري بخمسين كيلو من التمر القديم نقيض أخذه النخلة برطبها الحديث، وهذا يتضمن احتمال الربا^٧، فلم ألغى الشارع هذا

^١القسيري النيسابوري، مسلم بن الحجاج أبو الحسن، صحيح مسلم، ج ٢، ص ١٠٣٢، حديث رقم ١٤١٢.

^٢ينظر: الشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس، الأم، ج ٥، ص ٤١//البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس، كشف القناع عن متن الإقناع، ج ٥، ص ١٨//الخطاب، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ج ٣، ص ٤١١.

^٣أرخص النخل والشجر: قدر ما عليه من التمر تقديراً جزافياً، مقاييس اللغة، ج ٢، ص ١٦٩.

^٤الوسق: ستون صاعاً، مقاييس اللغة، ج ٦، ص ١٠٩.

^٥ذود: من الثلاثة إلى العشرة، مقاييس اللغة، ج ٢، ص ٣٦٥.

^٦النيسابوري، مسلم بن الحجاج أبو الحسن، صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ج ٢، ص ٦٧٣، حديث رقم ٩٧٩.

^٧ينظر: الكاساني، أبو بكر بن مسعود بن أحمد، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج ٥، ص ١٩٤.

الاحتمال؟ لأنه متعلق بمعين وهو الفقير، ولأن قضية سريان هذه الحالة عارضة في الناس، راجعة إلى مقصود الشارع، فلما كان مفضي إلى العموم كان حراماً، ولما صار الضرر المحتمل عارضا مؤقت لمعين دخل في مقصود الشارع، ألغى الشارع العروض من الضرر المحتمل فيه فأباحه، وبالتالي الشارع يلغي المحتمل من الأضرار إذا حقق مقصوده، فأباح الغرر اليسير لانتظام المعاملات، فالإحسان إلى الفقير عارض، فأباحه الشارع لأتته عارض.

ثالثاً- كالتوسل إلى فداء الأسرى بدفع المال للكفار الذي هو عارض في الزمان، فهو محرم عليهم الانتفاع به، بناء على أنهم مخاطبون بفروع الشريعة عندنا وكدفع مال لرجل يأكله حرام حتى لا يزني بامرأة إذا عجز عن دفعه عنها إلا بذلك، وكدفع المال للمحارب حتى لا يقع القتل بينه، وبين صاحب المال عند مالك - رحمه الله تعالى - ولكنه اشترط فيه أن يكون عارضاً، فهذه الصور كلها الدفع وسيلة إلى المعصية بأكل المال ومع ذلك فهو مأمور به لرجحان ما يحصل من المصلحة على هذه المفسدة¹.

¹ ينظر: القرافي، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن، ج ٢، ص ٣٣.

الفرع الرابع: الأدلة على عدم المسؤولية الواردا على المعين بصفة التأقيت.

١- النظر إلى المرأة^١، ضرر محتمل لكن يتصل بعموم، ولكن عندما ينتفي العموم ويرد فكرة القصد إلى الخطبة، فصار المقصد صحيح، فيباح النظر حينئذ، فتحول الضرر من العموم إلى العروض المؤقت، فالشارع أباحه لأن الضرر الواردا فيه التأقيت والعروض.

٢- النهي عن التنفل ومنعه وقت الغروب أو الشروق^٢، سدا لذريعة الشرك، ولأن ذلك يفضي إلى الوقوع بمعصية السجود للشمس، ومصالحة التنفل ألغيت لضرر محتمل مؤقت وهو مظنة مشابهة من يعبدون الشمس، لأن الوقت متعين لها حتى لو نوى تطوعا كان عن سنة الفجر من غير تعيين منه فلا يظهر في حق الفرض^٣، فأبيح في الفرائض لضيق الوقت القصير.

٤- روي عن بريدة أنه - عليه الصلاة والسلام - قال "كنت نهيتكم عن الأشربة في ظروف الأدم فاشربوا في كل وعاء غير أن لا تشربوا مسكرا"^٤، وفي رواية "نهيتكم عن الظروف وإن ظرفا لا يحل شيئا ولا يحرمه وكل مسكر حرام"^٥ وكان الانتباز في هذه الأوعية حرام قال ابن عمر "نهى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - عن "الحنتمة"^٦، وهي الجرة ونهى عن "الدباء"^٧، وهي القرعة ونهى عن "النقير"^٨، وهي أصل النخل ينقر نقرا أو ينسج نسجا ونهى عن المزفت وهي القير "الحديث ثم نسخ بما روينا وقال أبو هريرة - رضي الله عنه - الحنتم الجرار الخضر وفسر النبي - صلى الله عليه وسلم - النقير بالجذع ينقر وسطه وقيل الحنتم الجرار الحمر ثم إن انتبذ في هذه الأوعية قبل استعمالها في الخمر فلا إشكال في حله وطهارته، وإن استعمل فيها الخمر ثم

^{١١} النووي، أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي، المجموع شرح المذهب دار الفكر، تكملة السبكي والمطيعي، ج ١٦، ص ١٣٦.

^٢ ينظر: الكاساني، أبو بكر بن مسعود بن أحمد، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج ١، ص ١٢٦.

^٣ عليش، محمد بن أحمد، منح الجليل شرح مختصر خليل، ج ١، ص ٤٢١.

^٤ النيسابوري، مسلم بن الحجاج ابو الحسن، صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ج ٣، ص ١٥٨٥، حديث رقم ١٩٩٩.

^٥ المرجع السابق، ص ١٥٨٥.

^٦ الحنتمة: الجرة.

^٧ الدباء: يقال: ركب فلان دبة فلان، وأخذ بديته، إذا فعل مثل فعله، كأنه مشى مثل مشيه. والدباء: القرع، مقاييس اللغة، ج ٢، ص ٢٦٣.

^٨ النقير: أصل شجرة ينقر وينبذ فيه، مقاييس اللغة، ج ٥، ص ٤٦٩.

انتبذ فيها ينظر فإن كان الوعاء عتيقا يطهر بغسله ثلاثا، وإن كان جديدا لا يطهر عند محمد لتشرب الخمر فيه بخلاف العتيق وعند أبي يوسف رحمه الله يغسل ثلاثا ويجفف في كل مرة، وهي من مسائل غسل ما لا ينعصر بالعصر، وقيل عند أبي يوسف يملأ ماء مرة بعد أخرى حتى إذا خرج الماء صافيا غير متغير لونا، أو طعاما، أو رائحة حكم بطهارته^١، فالضرر المحتمل إباحة شرب النبيذ بزمن قصير، فإذا طال زمانه صار الضرر غالبا.

المطلب الثاني: سد الذرائع أحد الأصول المقاصدية المثبتة لرعاية الضرر المحتمل في الأحكام الشرعية على الجملة.

والذريعة: "هي التوسل بما هو مصلحة إلى مفسدة"^٢.

لقد جاءت الشريعة الإسلامية لتحقيق مصالح العباد، والامتثال لأحكامها الكلية، والجزئية يجد أنها وضعت لمصالح العباد، ويقصد من فعل بعض الأمور سواء كانت بالمعنى العام، أو الخاص ضرراً، يعود على العموم، وقد يكون محتملاً لكن الشارع أثبتته من ناحية مقاصدية فألغى العمل به لمصلحة العموم، ومنها ما يفهم من كلام الشاطبي رحمه الله: وهو أن يلزم من فعل الأمر لا يقصد به إضراراً بأحد، ومثاله: كنهى الشارع الحكيم عن تلقّي الجلب، وبيع الحاضر للبادي^٣، ولأن ذلك قد يقصد منه مظنة الاحتكار، أو غلاء أسعار السلع، وقد ذكر النهي في الحديث الشريف "لا تلقوا الركبان، ولا يبيع حاضر لباد"^٤.

^١ الزيلعي، عثمان بن علي بن محجن البارعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، القاهرة، ج ٦، ص ٤٨..

^٢ الشاطبي، إبراهيم بن موسى بن محمد، الموافقات، ج ٤، ص ١١٣.

^٣ ينظر: المرجع السابق: ج ٣، ص ٥٩.

^٤ البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله الجعفي، صحيح البخاري، تحقيق: محمد بن زهير ناصر الناصر، حديث رقم ٢١٥٠، ج ٣،

ص ٧١.

ومن الأمور المقاصدية المثبتة لرعاية الضرر المحتمل في سد الذرائع، ما كان يلحق الضرر بالعموم، حتى لو كان فعله مباحا، مثل:

١- إتلاف الأسلحة غير المقدور حملها في أرض المعركة خوفا من أن يستعملها العدو، إن خيف من انتفاع المحاربين الكفار به، لأنّ في تركه بدون إتلاف، أو إحراق إعانة لهم، وفي إتلافه وإحراقه حرمان لهم من الانتفاع به^١، وتم اعتبار الضرر المحتمل هنا لأنه يعود على العموم، وبيع السلاح أيام الفتن^٢، والزواج من أجنبيات، فالمنع فيها للاحتياط فيما يكثر فعله ويؤدي إلى مفسدة، ومن ذلك أيضا عزل الأمير الفاسق والخروج عليه لأنّ الخروج عليه، وعزله ربما يؤدي إلى ضرر ومفسدة أكبر، وإذا حصل تعارض بين مقصدين في أمر معين، كأن يتبرع شخص بقطعة أرض لبناء حديقة أو مكان ترفيهي فهذا أمر كمالي، فإن كان إنفاقها في التعليم أو الصحة كبناء مستشفى أمر ضروري، فإنّ الضروري يقدم على الحاجي إذا كانت الحاجة له أكبر لمصلحة العموم^٣، وإسقاط حد السرقة عام المجاعة كما فعل عمر -رضي الله عنه- فلأنّ الناس في عوز، وحاجه، فأحياء النفوس شبهة قويّة تدرأ الحد^٤.

٢- كراهية النوم قبل العشاء: عن سيار بن سلامة، قال: دخلت أنا وأبي على أبي برزة الأسلمي، فقال له أبي: كيف كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي المكتوبة؟ فقال: "كان يصلي الهجير، التي تدعونها الأولى، حين تدحض الشمس، ويصلي العصر، ثم يرجع أحننا إلى رحله في أقصى المدينة، والشمس حية - ونسيت ما قال في المغرب - وكان يستحب أن يؤخر العشاء، التي تدعونها العتمة، وكان يكره النوم قبلها، والحديث بعدها، وكان ينتقل من صلاة الغداة حين

^١ ينظر: الدسوقي، محمد بن احمد بن عرفه، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج ٢، ص ١٨١.

^٢ ينظر: ابن القيم، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد بن شمس، أعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، ج ١، ص ٣٤.

^٣ ينظر: البرهاني، محمد هشام، سد الذرائع في الشريعة الإسلامية، ص ٢١٦.

^٤ ينظر: ابن القيم، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد بن شمس، أعلام الموقعين عن رب العالمين، ج ٣، ص ١٧.

يعرف الرجل جليسه، ويقراً بالستين إلى المائة"^١، وكما يبدو للباحث من الحديث أن النبي - صلى الله عليه وسلم- كان لا يحبذ السهر والحديث بعد العشاء لما فيه من احتمال فوات فريضة الفجر.

٣- كراهية كتابة السنة مع كتابة القرآن: وما يفهم من فقه الصحابة -رضي الله عنهم- كراهية كتابة السنة التي هي موضحة لكتاب الله، حتى لا يحتمل خلطها بالقرآن "من أجل هذا أولى الصحابة - رضوان الله عليهم - كتاب الله - عز وجل - في هذه الحقبة عناية الحفظ في الصحف، والمصاحف، وفي الصدور، وجمعه في عهد الصديق، ونسخه في عهد عثمان، وبعثوا به إلى الآفاق، ليضمنوا حفظ المصدر التشريعي الأول من أن تشوبه أية شائبة، ثم حافظوا على السنة بدراستها، و مذاكرتها، وكتابتها أحيانا عند زوال مانع الكراهة، وقد ثبت عن كثير من الصحابة الحث على كتابة الحديث، وإجازة تدوينه^٢، ويدلنا على أن الصحابة -رضوان الله عليهم- كانوا في فعلهم لهذا الأمر بين مقصدين؛ وهما مقصد حفظ القرآن الكريم الذي هو مصدر التشريعي الأول، وبين حفظ السنة التي هي موضحة لهذا المصدر، وخوفاً من احتمال ضياع القرآن بكتابة السنة، فقدموا بهذا الاحتمال القرآن في الحفظ على السنة.

٤- وفي معنى تضمين الصنّاع: "إذا دفع ولده الصغير إلى سابح ليعلمه السباحة فغرق الصبي فعلى عاقلة السابح ديتة، وعليه الكفارة في ماله لأنه أخذته للتعليم، فإذا تلف في طريق التعليم كان عليه ضمانه، كالمعلم إذا ضرب صبياً فمات ولأنّ هذا في الغالب لم يغرق، إلا بتفريط من السابح فيكون عمد خطأ، وإن سلم البالغ نفسه إلى السابح، ليعلمه السباحة فغرق لم يجب ضمانه، لأنه في يد نفسه، ولا ينسب التفريط في هلاكه إلى غيره فلا يجب ضمانه"^٣.

^١ البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله الجعفي، صحيح البخاري، تحقيق: محمد بن زهير ناصر الناصر، حديث رقم ٥٤٧، ج ١، ص ١١٤.

^٢ ينظر: الخطيب، محمد عجاج بن محمد تميم بن صالح بن عيدا لله، السنة قبل التدوين، رسالة ماجستير-جامعة القاهرة، ج ١، ص ٣١٥.

^٣ النووي، أبو زكريا محيي الدين بن شرف، المجموع شرح المهذب، تكملة السبكي ولطيعي، ج ١٩، ص ١٢.

٥- وفي حال الحرب مع الكفار، فإن تترسوا بأطفالهم، ونسائهم، فإن كان في حال التحام الحرب جاز رميهم، ويتوقى الأطفال، والنساء، وانتق الفقهاء على ذلك^١، لأننا لو تركنا رميهم جعل ذلك طريقا إلى تعطيل الجهاد، وذريعة إلى الظفر بالمسلمين^٢، وتبين أنّ المسلمين في هذا الأمر بين مقصدين؛ مقصد حفظ الدين الذي يتطلب جرأة في اتخاذ القرار، ولوحظ من المثال السابق أنّ تترسهم ربما يؤدي إلى هزيمة المسلمين، وإلحاق الأذى بهم، وليس القصد إيذاء أطفالهم، أو نسائهم من استمرار القتال، ذلك أنّ الإسلام دين رحمة، ويتمثل ذلك من الأحاديث النبوية الشريفة وأفعال الصحابة رضي الله عنهم-، التي دلت على احترام أعراض الكفار، وأطفالهم، ومزارعهم وشيوخهم.

٦- ومنه أيضا عدم صحة بيع العنب لمن يتخذه خمرًا، لقوله تعالى: "وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ

وَالْعَدْوَانِ"^٣، إن علم قصد المشتري من ذلك، وربما نستدل على ذلك إمّا بقوله، أو من خلال القرائن التي يستدل بها على ذلك^٤، كطلبه شراء كمية كبيرة لا يحتمل معها إلا أن يتخذها خمرًا، فإذا كان المباح يحتمل معه حصول ضرر يلحق بالعموم فإنه ينهى عنه^٥، وبني النهي في هذا الأمر احتمالاً لسد ذريعة تسبب في هدم المجتمع، ومنه عدم بيع الخمر كما ورد لمن يتخذه خمرًا، فإن قال أحدهم وما يدرينا عن قصده؛ فالجواب أنّه يظهر قصده من خلال فعله، فهناك فرق بين من يشتري كمية بسيطة لغرض الأكل، وبين من يشتري بستاناً، فيظهر القصد في ذلك، ولأنّ في منع بيعه احتمالاً لإلحاق أذى بالغير، فنهى عن البيع مظنة لظهور قصده لمصلحة العموم.

^١ ينظر: السمرقندي، محمد بن أحمد، تحفة الفقهاء، ج٣، ص٢٩٥// الغرناطي، محمد بن يوسف بن أبي قاسم بن يوسف، التاج والإكليل لمختصر خليل، ج٤، ص٥٤٥// الشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس، الأم، ج٤، ص٢٥٨// ابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن احمد بن محمد، المغني، جامعة القاهرة، ج٨، ص٣١٠.

^٢ ينظر: ابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن احمد بن محمد، المغني، ج١٩، ص٢٦٩.

^٣ سورة المائدة، آية ٢.

^٤ ينظر: البرهاني، محمد هشام، سد الذرائع في الشريعة الإسلامية، جامعة القاهرة، ص٦٤٣.

^٥ ينظر: ابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن احمد بن محمد، المغني، ج٤، ص١٩٩.

٧- البيع عند النداء لصلاة الجمعة: وقد ثبت النهي بقول الله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نُودِيَ

لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَىٰ ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ ۚ ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَّكُمْ إِن كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ ﴿٦١﴾

فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ وَاذْكُرُوا اللَّهَ كَثِيرًا لَّعَلَّكُمْ

تُقْلِحُونَ" ^١، وقد اجمع العلماء على النهي ^٢، وعدوه الحنفية من البيع المكروه، لأنه يقصد به

الانشغال عن الصلاة، ومن المحتمل فواتها، فأمر بترك البيع عند النداء نهياً عن البيع لكن لغيره،

وهو ترك السعي فكان البيع في ذاته مشروعاً جائزاً لكنه يكره؛ لأنه اتصل به غير مشروع وهو ترك

السعي ^٣.

٨- قوله تعالى: " وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ " فحرم الله

تعالى سب آلهة المشركين، مع كون السب حمية لله وإهانةً لآلهتهم، لكونه يؤدي إلى سبهم الله

تعالى، وكانت مصلحة ترك مسبته تعالى أرجح من مصلحة سبنا لآلهتهم، وهذا كالتببيه، بل

كالتصريح على المنع من الجائر، لئلا يكون سبب في فعل ما لا يجوز" ^٤.

^١ سورة الجمعة، الآية ٩-١٠.

^٢ ينظر: الكاساني، أبو بكر بن مسعود بن أحمد، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط٢، ج٥، ص٢٣٢ // ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد، الكافي في فقه أهل المدينة، ج١، ص٢٥٠ // الشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس، الأم، ج١، ص١٧٩ // ابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج١، ص٣٣٠.

^٣ ينظر: الكاساني، أبو بكر بن مسعود بن أحمد، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط٢، ج٥، ص٢٣٢.

^٤ سورة الأنعام، الآية ١٠٨.

^٥ ابن القيم، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد بن شمس، أعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، ج٣،

ص١١٠.

٩- قوله تعالى: " وَلَا يَضْرِبَنَّ بِأَرْجُلِهِنَّ لِئَلَّا يَكُنَّ مِنَ الْمُضْرِبِينَ " فممنوع من الضرب

بالأرجل، وإن كان جائزاً في نفسه، لئلا يكون سبباً إلى سماع الرجال صوت الخلال، فيثير ذلك دواعي الشهوة منهم إليهن^٢.

١٠- "أنه تعالى نهى المؤمنين في مكة عن الانتصار باليد، وأمرهم بالعفو والصفح؛ لئلا يكون انتصارهم ذريعة إلى وقوع ما هو أعظم مفسدة من مفسدة الإغضاء واحتمال الضيم، ومصالحة حفظ نفوسهم، ودينهم، وذريتهم راجحة على مصلحة الانتصار والمقابلة"^٣.

١١- تلقي الركبان: وهم الذين يحملون المتاع إلى البلد قبل أن يقدموا لمحل بيعها، وقد ثبت النهي عنه في السنة النبوية الشريفة، عن أبي عثمان، عن عبد الله، عن النبي -صلى الله عليه وسلم- "لا تلقوا الركبان ولا يبيع حاضر لباد"^٤، فيشترون منهم الأمتعة قبل أن تنزل الأسواق، وربما أضروا بأهل البلد، وذلك بغلاء سعرها عليهم، واختلف الفقهاء فيما بينهم في حكم تلقي الركبان بين محرم وكره ومجيز لها، إلا أنه يفهم من الحديث المذكور أعلاه أنه -صلى الله عليه وسلم- نهى عن تلقي الركبان مظنة الاحتكار، أو احتمال غلاء السعر على أهل البلد، فاحتمال الضرر هنا غالب في حدوثه من جهة العموم.

المطلب الثالث: الضرر المحتمل وعلاقته بمبدأ موجبات المسؤولية من الناحية الشرعية.

إن الضرر المحتمل كما ورد سابقاً، فإنه لا يعتد به قانوناً، والأصل فيه الإلغاء، وفي الشريعة الإسلامية الأصل فيه الإلغاء أيضاً، وسأتناول ما يبين ذلك بالتفصيل في هذا المطلب، إلا

^١ سورة النور، الآية ٣١.

^٢ ابن القيم، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد بن شمس، أعلام الموقعين عن رب العالمين، ج ٣، ص ١١٠.

^٣ المرجع السابق: ج ٣، ص ١١١.

^٤ البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله الجعفي، صحيح البخاري، تحقيق: محمد بن زهير ناصر الناصر، حديث رقم ٢١٥٠، ج ٣،

ص ٧١.

أنه يستثنى من المحتمل ما كان على العموم، أو الديمومة، أو العارض من المحتمل، أو المؤقت، وهذا سيتم إيرادها في توضيح علاقته مع المحقق من الضرر، ومع غلبة الظن من موجبات المسؤولية.

ويرى الباحث أن إثبات المسؤولية في الضرر لثبوت التعويض يجب أن يكون قائماً على المحقق من الضرر، وهذا ما اشترطته الشريعة الإسلامية، والقانون المدني لثبوت المسؤولية فيه، وأما فكرة المحتمل من الضرر لثبوت المسؤولية، فهو ملغي، "لأنه نادر والنادر ملتحق بالعدم"¹، ولا يستند إلى أصل وما لا يستند إلى أصل فأصله السقوط.

وعند النظر في أصل الشريعة نجد أن الأدلة تلغي الاحتمال في بناء الأحكام، وقيام الحجة عليها، "لأن الأحكام لا تقوم إلا على المتحقق"²، ومثاله قول الله تعالى "يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَجْتَبِنُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ"³، "مثل أن يظن بإنسان أنه زنى، أو سرق، أو قطع الطريق، أو قتل نفس، أو أخذ مال، أو سلب عرض، فأراد أن يؤاخذه بذلك من غير حجة شرعية يستند إليها ظنه"⁴.

وأصل فكرة الاحتمال أيضاً ملغية من جهة التعاقد، والعقد الذي يتضمن الاحتمال يسمى كذلك بعقد الغرر وهو الذي لا يمكن فيه وقت إبرامه تقدير الفائدة، أو النفع الذي سيجنيه من ورائه كل من طرفيه لتوقف ذلك على حدث غير محقق، ومن أمثلة العقود الاحتمالية عقود التأمين والرهان، ولا يعتبر العقد احتمالي إلا إذا توفر عنصر الاحتمال أو الغرر. عقدا احتماليا.

¹ السمرقندي، محمد بن أحمد بن أبي أحمد، تحفة الفقهاء، ج ٣، ص ٢٠٠.

² الزحيلي، وهبه، الفقه الإسلامي وأدلته، ج ٢، ص ٤٩٦.

³ سورة الحجرات: الآية ١٢.

⁴ سلطان العلماء، أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ج ٢، ص ٦٢.

"ولذلك الاحتمال إذا كان عالي الأثر يكون قماراً"^١، عن أبي هريرة: "نهى رسول الله -صلى

الله عليه وسلم- عن بيع الحصة وعن بيع الغرر"^٢، وبيع الحصة، قد فسر بعدة تفاسير، وكلها فيها الخطر، والغرر الذي يجعلها كالقمار، فلماذا الشريعة الإسلامية حرمت القمار؟.

وكما يبدو للباحث أنه ملتحق بالعدم لأنه بُني على الاحتمال، والاستحقاق المبني على

النادر ملتحق بالعدم، "عن سويد بن غفلة أنه قال: سألت أبا بكر وعمر - رضي الله عنهما- عن الصلاة في السفينة فقالوا: إن كانت جارية يصلي قاعدا، وإن كانت راسية يصلي قائما من غير فصل بين ما إذا قدر على القيام، أو لا؛ ولأن سير السفينة سبب لدوران الرأس غالبا، والسبب يقوم مقام المسبب إذا كان في الوقوف على المسبب حرج، أو كان المسبب بحال يكون عدمه مع وجود السبب في غاية الندرة، فألحقوا النادر بالعدم، ولهذا أقام أبو حنيفة المباشرة الفاحشة مقام خروج المذي"^٣، لما أنّ عدم الخروج عند ذلك نادر ولا عبرة بالنادر.

ومن أمثلة أن الاستحقاق المبني على النادر ملتحق بالعدم ما ورد عن عائشة رضي الله

عنها، أنها قالت: "اختصم سعد بن أبي وقاص وعبد بن زمعة في غلام، فقال سعد: هذا يا رسول الله ابن أخي عتبة بن أبي وقاص، عهد إلي أنه ابنه، انظر إلي شبيهه، وقال عبد بن زمعة: هذا أخي يا رسول الله، ولد على فراش أبي من وليدته، فنظر رسول الله -صلى الله عليه وسلم- إلى شبيهه فرأى شبيهاً بيناً بعتبة، فقال: هو لك يا عبد بن زمعة، الولد للفراش وللعاهر الحجر، واحتجبي منه يا سودة بنت زمعة قالت: فلم ير سودة قط"^٤ "الحق أن الذي أبطل دعوى سعد علم النبي صلى الله عليه وسلم بالفراش الذي أدعاه عبد ابن زمعة"^٥.

^١ الكاساني، أبو بكر بن مسعود بن أحمد، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٥، ص١٢٧.

^٢ أبو الفضل، عياض بن موسى بن عياض، إكمال المعلم بفوائد مسلم، تحقيق: يحيى إسماعيل، ج٥، ص١٣٣.

^٣ الكاساني، أبو بكر بن مسعود بن أحمد، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج١، ص١١٠.

^٤ البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله الجعفي، صحيح البخاري، حديث رقم ٦٧٦٥، ج٨، ص١٥٦.

^٥ الملطي، يوسف بن موسى بن محمد، المعتصر من المختصر من مشكل الآثار، ج٢، ص٤٤.

ولا بد أن نتساءل ما علاقة الاحتمال بالنصوص الظاهرة؟ فإننا نلاحظ عند قراءة الحديث

السابق، نجد أن الاحتمال سقط لمخالفته أصل الظاهر.

لذا لو أراد زوج أن يتهم زوجته بالزنا فهل يحق له أن يرميها بذلك لمجرد الاحتمال؟ بل نظم الشارع ذلك من خلال أحكام "اللعان" ^١، التي يزول بها الاحتمال والشك لتصبح بمرتبة اليقين، فهو مبني على الاحتياط والتغليظ، فبإشارته إليها قد زال الاحتمال لتعيينها بالإشارة ^٢، فاللعان جاء لدرة الاحتمال، ولدرة التهمة، فإن امتنع عن اللعان حبس، وإلا حد الرجل حد القذف لرميه زوجته بغير إثبات، ورتب الشارع عليه أحكام، فنلاحظ أن هذه من الصور التي يمنع فيها الاحتمال وتلحق بالعدم.

و يرى الباحث أن الضرر المحتمل تم اعتباره في بعض الأحوال، وأشار لها في المطالب

السابق، عند حديثنا عن التأصيل الشرعي للضرر المحتمل.

وما يفهم من فقه الصحابة -رضي الله عنهم- كراهية كتابة السنة التي هي موضحة لكتاب

الله حتى لا يحتمل خلطها بالقرآن، في عصر كان احتمال الخلط قائم.

"من أجل هذا أولى الصحابة - رضوان الله عليهم - كتاب الله - عز وجل - في هذه

الحقبة عناية الحفظ في الصحف، والمصاحف، وفي الصدور، وجمعه في عهد الصديق، ونسخه

في عهد عثمان، وبعثوا به إلى الآفاق، ليضمنوا حفظ المصدر التشريعي الأول من أن تشوبه أية

شائبة، ثم حافظوا على السنة بدراستها و مذاكرتها، وكتابتها أحياناً عند زوال مانع الكراهة، وقد ثبت

عن كثير من الصحابة الحث على كتابة الحديث، وإجازة تدوينه ^٣، ويدلنا على أن الصحابة -

^١ اللعان: هي شهادات مؤكدة بالأيمان، مقرونة باللعن، قائمة مقام حد القذف في حقه، ومقام حد الزنا في حقه، الجرجاني، علي بن محمد، التعريفات، ج١، ص١٩٢.

^٢ الكاساني، أبو بكر بن مسعود بن أحمد، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٣، ص٢٣٧// النووي، أبو زكريا محيي الدين بن شرف، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي-بيروت، ط٣، ج٨، ص٣٢٤.

^٣ الخطيب، محمد عجاج بن محمد تميم بن صالح بن عبد الله، السنة قبل التدوين، رسالة ماجستير-جامعة القاهرة، ج١، ص٣١٥.

رضوان الله عليهم - كانوا في فعلهم لهذا الأمر بين مقصدين؛ وهما مقصد حفظ القرآن الكريم الذي هو مصدر التشريعي الأول، وبين حفظ السنة التي هي موضحة لهذا المصدر وخوفاً من احتمال ضياع القرآن بكتابة السنّة فقدموا بهذا الاحتمال القرآن في الحفظ على السنة.

وعند النظر في الشريعة الإسلامية نجد أن الفقهاء اعتبروا وجود العدم من خلال التقدير

فأما إعطاء المعدوم حكم الموجود فله أمثلة.

"أحدها: إيمان الصبيان في وقت الطفولة فإنهم لم يتصفوا به حقيقة وإنما قدر وجوده وأجري على ذلك الموجود المقدر أحكام الإيمان، وكذلك تقدير الإيمان في حق البالغين إذا غفلوا عنه، أو زال إدراكهم بنوم، أو إغماء، أو جنون"^١.

المثال الثاني: تقدير الكفر في أولاد الكفار مع أنهم لا يتعقلون إيماناً، ولا كفراً وتجري عليهم في الدنيا أحكام آباءهم"^٢.

وكذلك في الجهاد في سبيل الله، هناك أضرار محتملة من المحتمل أن تصيب المسلم، الشارع اعتبرها لكنه قدر إلغائها، لأنها تعارض مقصد كلي وهو حفظ الدين .

وكذلك خطأ الإمام، نلاحظ أن الشارع اعتبره، لكنه ألغى وجوده واعتبره معدوم لمصلحة العموم، "لأن السلطان إنما يؤدب لجماعة المسلمين فيما فيه صلاحهم فالعقل عليهم في بيت مالهم"^٣، فالضرر المحتمل تم اعتباره لمصلحة العموم و الديمومة.

والقسامة أصل من أصول الشريعة في الضرر المحتمل، "وأما تفسير القسامة وبيان من

تجب عليه فهو ما روى أبو يوسف عن أبي حنيفة -رحمه الله- عليهما أنه قال في القتل يوجد في المحلة أو في دار رجل في المصر إن كانت به جراحة، أو أثر ضرب، أو أثر خنق، فإن هذا

^١ سلطان العلماء، أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ج ٢، ص ١١٢.

^٢ المرجع السابق نفسه، ج ٢، ص ١١٢.

^٣ الشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس، الأم، ج ٦، ص ١٩٠.

قتيل، وفيه القسامة على عاقلة رب الدار إذا وجد في الدار، وعلى عاقلة أهل المحلة إذا وجد في المحلة يقسم خمسون رجلا كل رجل منهم بالله ما قتلته، ولا علمت له قاتلا^١، فلماذا تكون الدية فيهم وقد أقسموا بأنهم لم يقتلوه؟ لاحتمال أن يكون المسبب فيهم، أو أنهم قصرُوا في حق الله في قبول المعصية بالعامّة، وإما أن يكونوا تساعدوا على قتله، فيقسم الشارع الدية احتياطا على الخمسين، ولصيانة الدماء من الهدر.

وكذلك ضمان الدرك، فقد عرف الحنفية ضمان الدرك: "بأنه ضمان الثمن عند استحقاق المبيع"^٢، "ولأبي حنيفة - رحمه الله - أن العهدة تحتل الدرك وتحتل الصحيفة وهو الصك وأحدهما وهو الصك غير مضمون على الأصيل فدارت الكفالة بالعهدة بين أن تكون بمضمون وغير مضمون فلا تصح مع الشك فلم يكن عدم الصحة عنده لجهالة المكفول به بل لوقوع الشك في وجود شرط الجواز وهو كونه مضمونا على الأصيل وضمن الدرك هو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع وإذا استحق المبيع يخاصم المشتري البائع أولا فإذا قضى عليه بالثمن يكون قضاء على الكفيل وله أن يأخذ من أيهما شاء وليس له أن يخاصم الكفيل أولا في ظاهر الرواية وروي عن أبي يوسف أنه قال الكفيل يكون خصما هذا إذا كان المبيع ما سوى العبد فإن كان عبدا فظهر أنه حر بالبينة فللمشتري أن يخاصم أيهما شاء بالإجماع، ولو انفسخ البيع بينهما بما سوى الاستحقاق بالرد بالعيب أو بخيار الشرط أو بخيار الرؤية لا يؤخذ به الكفيل لأن ذلك ليس من الدرك، ولو أخذ المشتري رهنا بالدرك لا يصح بخلاف الكفالة بالدرك والفرق عرف في موضعه ولو بنى المشتري في الدار بناء ثم استحققت الدار ونقض عليه البناء فللمشتري أن يرجع على بائعه بالثمن وبقيمة بنائه مبنيا إذا سلم النقص إلى البائع وإن لم يسلم لا يرجع عليه إلا بالثمن"^٣.

^١ السمرقندي، محمد بن أحمد بن أبي أحمد، تحفة الفقهاء، ج٣، ص١٣١.

^٢ الكاساني، أبو بكر بن مسعود بن أحمد، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٦، ص٩.

^٣ المرجع السابق نفسه، ج٦، ص٩.

وروي عند الشافعية أنه إذا عمل الطبيب عملية لرجل فيها احتمال موته، فإنه يؤذن له في عملها لاحتمال الديمومة في أثر الحياة، ومثاله "أن يأمر الرجل به الداء الطبيب أن يبسط جرحه أو الأكلة أن يقطع عضوا يخاف مشيها إليه أو يفجر له عرقا، أو الحجام أن يحجمه أو الكاوي أن يكويه أو يأمر أبو الصبي أو سيد المملوك الحجام أن يخنته فيموت من شيء من هذا ولم يتعد المأمور ما أمره به فلا عقل، ولا مأخوذية إن حسنت نيته إن شاء الله تعالى وذلك أن الطبيب والحجام إنما فعلاه للصلاح"^١، وقوله تعالى: "وَمَا كَانَ لِلْمُؤْمِنِ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَاً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَرِيَّةٌ مُسْلَمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ"^٢، ويشير الإمام الشافعي إلى هذا المعنى بقوله "إن فعل ما يفعل مثله مما فيه الصلاح للمفعول به عند أهل العلم بتلك الصناعة فلا ضمان عليه، وإن كان فعل ما لا يفعل مثله ممن أراد الصلاح وكان عالما فهو ضامن"^٣.

وعند الحديث عن موجبات المسؤولية في الشريعة، نجد أنها تنحصر في المحقق بالمباشرة، أو بغلبة الظن منها (التسبب)، وأما علاقتها بالمحتمل، فما كان في إفادته يتعلق بصفة الديمومة أو العموم.

وقد ذكر في مبحث سابق أنّ المباشرة: هي إيجاد علة التلف كالقتل والأكل والإحراق، والتسبب هو إيجاد ما يحصل الهلاك عنده، ولكن بعلة أخرى، أو هو ما أحدث الجريمة لا بذاته، ولكن بواسطة، وكان علة للجريمة كحفر البئر بطريق المجني عليه وتغطيتها، بحيث إذا مر عليها سقط فيها وجرح أو مات، والضرر المحتمل كما ورد في اعتباره من جهة العموم، أو التأبيد، هو ضرر بالتسبب، ولكنّه اقترن بتعدي أو خطأ أفضى إلى غلبة من وجهة نظر الشارع.

^١ الشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس، الأم، ج٦، ص ١٩٠.

^٢ سورة النساء، الآية ٩٢.

^٣ الشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس، الأم، ج٦، ص ١٧٢.

يقول الزحيلي: "ولا فرق بين أن يقع الإلتلاف مباشرة، وهو إلحاق الضّرر من غير واسطة بمحل المتلف، أو تسبب، وهو ارتكاب فعل في محل يفضي إلى تلف غيره"^١.

وقد أورد القانون المدني الأردني كذلك مبدأ المباشر ومبدأ المتسبب، حيث نصت المادة (٢٥٧) منه على:

١- يكون الإضرار بالمباشرة والتسبب.

٢- فإن كان بالمباشرة لزم الضمان، ولا شرط له، وإذا وقع بالتسبب، فيشترط التعدي، أو التعمد، أو أن يكون الفعل مفضيا إلى الضرر.

"وكل تسبب مفض إلى ضرر، وإلا لا يسمى تسببا، فالإفضاء إلى الضرر جزء من مفهوم التسبب، وليس شرطا يطلب فيه"^٢.

^١ الزحيلي، وهبه، الفقه الإسلامي وأدلته، ج٦، ص٤٨٢٥.
^٢ المادة ٢٥٧ من القانون المدني الأردني.

المبحث الثاني: التكيف الفقهي للضرر المحتمل في عدم إثبات المسؤولية وضوابطه واتجاهاته
الفقهية.

المطلب الأول: الضرر المحتمل الوارد على المعين بصفة العروض.

ولقد ذكرنا سابقا أنّ الضرر المحتمل الأصل فيه الإلغاء، ما لم يكن العارض منه قد ورد على مجموع، أو معين من الأفراد، فإن ورد على فرد معين، فإنّه يلغى تحقيقا للمقصود من باب التيسير على العباد، وإذا ما ورد على عموم، فإنه يلغى صيانة للعموم منه. وورد العارض من الضرر المحتمل في كثير من توجيهاتهم للأمثلة الفقهية .

ومنه ما ورد في الأم للشافعي^١ "عن نافع عن ابن عمر - رضي الله عنهم - أنّ رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال "لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه"^٢، وكما يبدوا للباحث في التفريق بين من يعلم، ومن لا يعلم، فالذي لا يعلم، فالضرر عنده بصفة العروض، والذي يعلم فالضرر المحتمل المنهي عنه هنا قد أخذ صفة الديمومة، لما تنتج عنه من آثار سلبية.

ويلاحظ عند المالكية أنّهم راعوا الضرر المحتمل في حال عروضه على الفرد المعين، ومن ذلك أنّ الوشم، أو وصل الشعر للنساء، وغيره مما يغيرن به خلق الله تعالى هو منهي عنه، عن أبي هريرة رضي الله عنه، عن النبي -صلى الله عليه وسلم- قال: "لعن الله الواصلة، والمستوصلة، والواشمة، والمستوشمة"^٣، لكنّ العارض منه مباح، كما في الحنّاء الذي يغير منظر اليد، أو الكحل التي توسع به العين الضيقة^٤، وهذا من باب التيسير المباح المقصود في عروضه للفرد المعين.

^١ ينظر: الشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس، الأم، ج ٥، ص ٤١//البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس، كشف القناع عن متن الإقناع، ج ٥، ص ١٨//الحطاب، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ج ٣، ص ٤١١

^٢ النيسابوري، مسلم بن الحجاج أبو الحسن، صحيح مسلم، ج ٢، ص ١٠٣٢، حديث رقم ١٤١٢.

^٣ البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله، صحيح البخاري، الطبعة الأولى، حديث رقم ٥٩٣٣، ج ٧، ص ١٦٥.

^٤ ينظر: النفراوي، أحمد بن غانم بن سالم بن مهنا، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، ج ٢، ص ٣١٤.

وذهب الجمهور من المالكية^١، والحنفية^٢، والشافعية^٣، والحنابلة^٤ على أن كل ما منعه المحرم من لباس الثياب المخيطة وحلق الرأس وقص الأظفار، أنه إذا استباحه فعليه الفدية، أي: دم على اختلاف بينهم في ذلك، أو إطعام، ولم يفرقوا بين الضرر، وغيره في هذه الأشياء، وكذلك استعمال الطيب، وقال قوم: ليس في قص الأظفار شيء، وقال قوم: فيه دم، وحكى ابن المنذر أن منع المحرم قص الأظفار إجماع، واختلفوا فيما أخذ بعض أظفاره فقال الشافعي، وأبو ثور: إن أخذ واحد أطعم مسكينا واحداً، وإن أخذ ظفرين أطعم مسكينين، وإن أخذ ثلاثاً، فعليه دم في مقام واحد، وقال أبو حنيفة في أحد أقواله: لا شيء عليه حتى يقصها كلها^٥.

ونلاحظ أن جمهور الفقهاء تشددوا في العارض من الضرر المحتمل، الذي يلحق

بالعموم، لما ينتج عنه من أضرار سلبية، وأحقوه بالديمومة من الضرر.

ويرى الباحث أن الضرر المحتمل عند الفقهاء الوارد بصيغة العروض على الفرد المعين قد

روعي تيسيراً للمقصود، ويلاحظ من التطبيقات السابقة ما يؤيد ذلك، وما كان العارض منه يلحق فعله الضرر بالعموم، فصار مؤيداً على الديمومة.

ومن التطبيقات الفقهية على الضرر المحتمل الوارد على المعين بصفة العروض:

١- أنه -صلى الله عليه وسلم- نهى الوالي عن قبول الهدية، لأن ذلك ذريعة إلى فساد كبير، فمن أهدى حاكماً ممن بيده مصالح العامة، فقد أغراه بالظلم، وهنا يجب أن نفرق بين أسبقية المعرفة بينهما، وعدم أسبقية المعرفة، فإذا كان قريباً، أو صديقاً تربطه به سابق معرفته فالضرر المحتمل

^١ ينظر: ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج٢، ص ١٣١.

^٢ ينظر: الكاساني، أبو بكر بن مسعود بن أحمد، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٢، ص ١٨٥.

^٣ ينظر: الشيرازي، أبو اسحق إبراهيم بن علي بن يوسف، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج١، ص ٣٨٢.

^٤ ينظر: ابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد، المغني لابن قدامة، ج٣، ص ٢٩٤.

^٥ ينظر: ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج٢، ص ١٣١.

هنا عارض، وإن لم يكن بينهما سابق معرفة خاصة، فقد جرى الضرر المحتمل هنا بصفة العموم المحقق^١.

٢- عن نافع عن ابن عمر - رضي الله عنهم - أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال "لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه"^٢، وكما يبدوا للباحث من قراءة النص^٣ في التفريق بين من يعلم، ومن لا يعلم، فالذي لا يعلم، فالضرر عنده بصفة العروض، والذي يعلم فالضرر المحتمل المنهي عنه هنا قد أخذ صفة الديمومة، لما تنتج عنه من آثار سلبية.

٣- الابتعاد عن فعل الشبهات حتى لا تكون مطية لحصول المفساد كما جاء في الحديث الشريف "قال: قلت لحسن بن علي رضي الله عنهما: ما حفظت من رسول الله - صلى الله عليه وسلم -؟ قال: حفظت منه: "دع ما يريبك إلى ما لا يريبك"^٤، والابتعاد عن فعل الشبهات، هو صيانة عن الضرر المحتمل، وهو عام في العارض، والدائم، لكن العارض الحذر منه ضعيف، فيباح عند الحرج.

^١ ينظر: ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز، رد المحتار على الدر المختار، ج٥، ص٣٧٤/ السمرقندي، محمد بن أحمد بن أبي أحمد، تحفة الفقهاء، ج٣، ص٣٧٤.

^٢ القشيري النيسابوري، مسلم بن الحجاج أبو الحسن، صحيح مسلم، دار إحياء التراث العربي-بيروت، ج٢، ص١٠٣٢، حديث رقم ١٤١٢.

^٣ ينظر: الشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس، الأم، ج٥، ص٤١// البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس، كشف القناع عن متن الإقناع، ج٥، ص١٨// الحطاب، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ج٣، ص٤١١.

^٤ الترمذي، محمد بن عيسى بن سورة بن موسى، سنن الترمذي، تحقيق: بشار عواد معروف، ج٤، ص٢٤٩، حديث رقم ٢٥١٨، وهذا حديث صحيح.

المطلب الثاني: الضرر المحتمل الوارد على المعين بصفة التأقيت.

ذكرنا سابقاً أن الأصل في الضرر المحتمل الإلغاء، واستثنى من إغائه ما ورد ذكره، أن يكون في العموم، أو الديمومة، أو الوارد على الفرد المعين بصفة العروض، أو الوارد على المعين بصفة التأقيت.

وسأبحث في هذا المطلب الاتجاهات الفقهية على الضرر المحتمل الوارد على المعين بصفة التأقيت، ولأن قضية سريان هذه الحالة عارضة في الناس، راجعة إلى مقصود الشارع، فلما كان مفضي إلى العموم كان حرام، ولما صار الضرر المحتمل عارضاً مؤقتاً لمعين دخل في مقصود الشارع، ألغى الشارع العروض من الضرر المحتمل فيه فأباحه، وبالتالي الشارع يلغي المحتمل من الأضرار إذا حقق مقصوده، ومثاله إباحة الشارع الغرر اليسير لانتظام المعاملات، وورد الضرر المحتمل الوارد على المعين بصفة التأقيت، في كثير من توجيهات الفقهاء للأمتة الفقهية ومنها.

ما ورد عند الحنفية في حديثهم عن بيع العرايا^١ لما روى أبو هريرة أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - "رخص في بيع العرايا بالتمر فيما دون خمسة أوسق"، فقد رخص رسول الله - صلى الله عليه وسلم - من جملة ما حرم من المزبنة^٢ ما دون خمسة، والمرخص من جملة ما حرم يكون مباحاً وتفسير العرية^٣، ما ذكره مالك بن أنس في الموطأ - رضي الله عنه - وهو أن يكون لرجل نخيل، فيعطي رجلاً منها ثمرة نخلة أو نخلتين يلقطهما لعياله، ثم يتقل عليه دخوله حائطه، فيسأله أن يتجاوز له عنها، على أن يعطيه بمكيلتها تمراً عند إصرام النخل وذلك ما لا بأس به عندنا؛ لأنه لا يبيع هناك، بل التمر كله لصاحب النخل، فإن شاء سلم له ثمر النخل، وإن شاء أعطاه بمكيلتها من التمر، إلا أنه سماه الراوي بيعاً لتصوره بصور البيع، لا أن يكون بيعاً حقيقة،

^١المزبنة: بيع التمر على رؤوس النخل بالتمر خرصاً، مقاييس اللغة، ج٣، ص٤٦.

^٢العرية: العطية، وأعرى فلان فلاناً ثمر نخلة إذا أعطاه إياها يأكل رطبها، وليس في هذا بيع، لسان العرب، ج١٥، ص٥٠.

بل هو عطية، ألا ترى أنه لم يملكه المعرى له لانعدام القبض؟ فكيف يجعل بيعاً؟ ولأنه لو جعل بيعاً لكان بيع التمر بالتمر إلى أجل، وإنه لا يجوز بلا خلاف، دلّ أنّ العريّة المرخص فيها ليست ببيع حقيقة، بل هي عطية، ولأنّ العريّة هي العطية لغة^١.

فلم ألغى الشارع هذا الاحتمال؟ لأنه متعلق بمعين، وهو الفقير، فلما كان الربا حراماً، جوّز الحنفية رحمهم الله ذلك في العرايا لما "ورد عن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- في ترخيصه لها، لما سئل ما عراياكم هذه قال: إن الرطب ليأتينا ولم يكن في أيدينا بعد ما نبتاعه به وعندنا فضالات من التمر فرخص لنا رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أن نبتاع بخرصها تمر فنأكل مع اليابس الرطب ولأن ما على رعوس النخل لا يتأتى فيها الكيل" فأقام الشرع الخرص فيها مقام الكيل للحاجة تيسيراً بخلاف ما إذا كانا موضوعين على الأرض، وهذه الحاجة في القليل دون الكثير والتفاوت مع الخرص^٢ ينعدم، أو يقل في القليل، ويكثر في الكثير^٣، ولم يرخص النبي - صلى الله عليه وسلم - في غير الرطب، ودليل ذلك ما روي عن زيد بن ثابت "أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - رخص في بيع العرايا بالرطب، وبالتمر، ولم يرخص في غير ذلك"^٤، وذهب مالك رحمه الله إلى ما ذهب إليه الحنفية فقد جوز في بيعها قبل أن يبدو صلاحها لما أراد رسول الله - صلى الله عليه وسلم - من إتمام المعروف وطرح المضرة والضيق^٥.

وقال الشافعي رحمه الله في بيع العرايا "والأحاديث قبله تدل عليه إذا كانت العرايا داخلة في بيع الرطب بالتمر، وهو منهي عنه في المزبنة، وخارجة من أن يباع مثلاً بمثل بالكيل فكانت داخلة في معان منهي عنها كلها خارجة منه منفردة بخلاف حكمه إما بأن لم يقصد بالنهاي قصدها، وإما

^١ الكاساني، أبو بكر بن مسعود بن أحمد، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٥، ص١٩٤

^٢ خرص التمر: قدر ما عليه من الثمر تقديراً جزافياً، مقاييس اللغة، ج٢، ص١٦٩.

^٣ ينظر: السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل، المبسوط، ١٤١٤هـ-١٩٩٣م، ج١٢، ص١٩٢.

^٤ النسائي، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب، سنن النسائي، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، ج٧، ص٢٦٧، حديث رقم ٤٥٤٠.

^٥ ينظر: الأصبحي المدني، مالك بن أنس بن مالك، المدونة، ج٣، ص٢٨٥.

بأن أخص فيها من جملة ما نهى عنه، والمعقول فيها أن يكون أذن لمن لا يحل له أن يبتاع بتمر من النخل ما يستجنيه رطباً كما يبتاعه بالدنانير والدرهم فيدخل في معنى الحلال، أو يزيل معنى الحرام وقوله - صلى الله عليه وسلم - "يأكلها أهلها رطباً" خبر أن مبتاع العرية يبتاعها ليأكلها يدل على أنه لا رطب له في موضعها يأكله غيرها، ولو كان صاحب الحائض هو المرخص له أن يبتاع العرية ليأكلها كان له حائطه معها أكثر من العرايا فأكل من حائطه، ولم يكن عليه ضرر إلى أن يبتاع العرية التي هي داخلة في معنى ما وصفت من النهي وأكثر منها سواء، ولكنه أخص له فيه بما يكون مأكولاً على التوسع له ولعياله"^١، وذهب الحنابلة إلى ما ذهب إليه الفقهاء رحمهم الله في الرخصة في بيع العرايا فيما كان دون خمسة أوسق، ويبقى التحريم على العموم فيما كان أكثر من ذلك^٢.

ولأن قضية سريان هذه الحالة عارضة في الناس، راجعة إلى مقصود الشارع، ولما صار الضرر المحتمل مؤقتاً لمعين وارد بصفة العروض دخل في مقصود الشارع، ألغى الشارع العروض حينها من الضرر المحتمل فيه فأباحه.

وذهب الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة رحمهم الله أن النظر إلى المرأة، ضرر محتمل لكن يتصل بعموم، لأن النظر عن شهوة سبب الوقوع في الحرام، ولكن عندما ينتفي العموم، ويرد فكرة القصد إلى الخطبة، صار المقصد صحيحاً، فيباح النظر حينئذ، فتحول الضرر من العموم إلى العروض المؤقت، فالشارع أباحه لأن الضرر الوارد فيه التأقيت والعروض، لأن الحرمات قد يسقط اعتبارها لمكان الضرورة ألا ترى أنه خص النظر إلى عين الفرج لمن قصد إقامة حسبة الشهادة على الزنا؟ ومعلوم أن النظر إلى الفرج في الحرمة فوق النظر إلى الوجه، ومع ذلك سقطت حرمة لمكان الضرورة، فهذا أولى، وكذا إذا أراد أن يتزوج امرأة، فلا بأس أن ينظر إلى

^١ينظر: الشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس، الأم، ج ٣، ص ٥٥.

^٢ابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد، المغني لابن قدامة، ج ٤، ص ٤٥.

وجهها، وإن كان عن شهوة، لأن النكاح بعد تقديم النظر أدل على الألفة والموافقة الداعية إلى
تحصيل المقاصد على ما قال النبي - عليه الصلاة والسلام - "للمغيرة بن شعبة - رضي الله عنه
- حين أراد أن يتزوج امرأة، فقال له: اذهب؛ فانظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما"^١ دعاه - عليه
الصلاة والسلام - إلى النظر مطلقا وعلل - عليه الصلاة والسلام - بكونه وسيلة إلى الألفة
والموافقة"^٢.

ويتبين مما سبق أنّ الفقهاء قد ذكروا صراحة التفريق بين الضرر المحتمل الذي يرجع

على العموم بالمحقق منه، وبين العارض المؤقت من الضرر المحتمل الذي يظهر فيه التيسير
والإباحة، لعدم إحاق مظنة المشقة في الفرد، فدلّ ذلك على إباحتهم للعارض المؤقت من الضرر
المحتمل الوارد على الفرد المعين تحقيقاً للمقصود، بخلاف ما لو رجع على العموم.

ومن التطبيقات الفقهيّة التي تدل على إباحة الضّرر المحتمل الوارد على المعين بصفة

التأقيت:

١- النظر إلى المرأة^٣، ضرر محتمل لكن يتصل بعموم، ولكن عندما ينتفي العموم، ويرد فكرة
القصد إلى الخطبة، فصار المقصد صحيح، فيباح النظر حينئذ، فتحول الضرر من العموم إلى
العروض المؤقت، فالشارع أباحه، لأنّ الضّرر الوارد فيه التأقيت والعروض^٤.

^١ الدارمي، أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمن بن الفضل، سنن الدارمي، تحقيق: حسين سليم أسد الدارني، ج٣، ص١٣٨٩، حديث رقم
٢٢١٨، وقال إسناده صحيح.

^٢ ينظر: الكاساني، أبو بكر بن مسعود بن أحمد، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٥، ص١٢٢/ النووي، أبو زكريا محيي الدين بن
شرف، المجموع شرح المهذب، تكملة السبكي ولمطيعي، ج١٦، ص١٣٨// الثعلبي، أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر، المعونة
على مذهب عالم المدينة، ج١، ص١٧٢٦// المرادوي، محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، الفروع ومعه تصحيح الفروع، ج٨،
ص٢٨٨// النووي، أبو زكريا محيي الدين بن شرف، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج٧، ص٢٠.

^٣ ينظر: الكاساني، أبو بكر بن مسعود بن أحمد، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٥، ص١٢٢/ النووي، أبو زكريا محيي الدين بن
شرف، المجموع شرح المهذب، تكملة السبكي ولمطيعي، ج١٦، ص١٣٨// الثعلبي، أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر، المعونة
على مذهب عالم المدينة، ج١، ص١٧٢٦// المرادوي، محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، الفروع ومعه تصحيح الفروع، ج٨،
ص٢٨٨// النووي، أبو زكريا محيي الدين بن شرف، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج٧، ص٢٠.

^٤ ينظر: الكاساني، أبو بكر بن مسعود بن أحمد، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٥، ص١٢٢/ النووي، أبو زكريا محيي الدين بن
شرف، المجموع شرح المهذب، تكملة السبكي ولمطيعي، ج١٦، ص١٣٨// الثعلبي، أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر، المعونة

٢- النهي عن التنفل ومنعه وقت الغروب أو الشروق^١، سدًا لذريعة الشرك، ولأنّ ذلك يفضي إلى الوقوع بمعصية السجود للشمس، ومصالحة التنفل ألغيت لضرر محتمل مؤقت، وهو مظنة مشابهة من يعبدون الشمس، لأنّ الوقت متعين لها حتى لو نوى تطوعا كان عن سنة الفجر من غير تعيين منه فلا يظهر في حق الفرض^٢، فأبيح في الفرائض لضيق الوقت القصير.

المطلب الثالث: الاتجاهات الفقهيّة في إثبات المسؤولية فيما يرد من الضرر المحتمل العارض المؤقت.

وسيتّم الحديث في هذا المطلب عن الاتجاهات الفقهيّة على الضرر المحتمل في إثبات المسؤولية فيما يرد من الضرر المحتمل العارض المؤقت، ولأنّ قضية سريان هذه الحالة ترد على المعين من الناس بصفة العروض، فإن كان الضرر المحتمل إفضائه إلى العموم يترجح من إفضائه على الفرد المعين، فإن العمل به ملغي، بخلاف ما لو كان يعود على فرد معين فإنه يباح للتيسير لعروض سريته فيهم، ومثاله : فسخ الإجارة بالعدر، بناء على الشروط المقيدة للانتفاع بالعين المستأجرة بناء على ورود الضرر المحتمل.

والمقصود بعقد الإجارة: "أنه عقد لازم لكلا المتعاقدين، المؤجر والمستأجر، يلتزم المؤجر بمقتضاه تسليم العين المستأجرة إلى المستأجر، ويلتزم المستأجر دفع الأجرة الى انتهاء مدة الإجارة"^٣.
والمقصود بالعدر: "عجز العاقد عن المضي في موجب العقد إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق بالعقد"^٤.

على مذهب عالم المدينة، ج١، ص١٧٢٦// المرادوي، محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، الفروع ومعه تصحيح الفروع، ج٨، ص٢٨٨// النووي، أبو زكريا محيي الدين بن شرف، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج٧، ص٢٠.
^١ ينظر: الكاساني، أبو بكر بن مسعود بن أحمد، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج١، ص١٢٦.
^٢ عيش، محمد بن أحمد، منح الجليل شرح مختصر خليل، ج١، ص٤٢١.
^٣ أبو سرحان، أحمد شحده، فسخ الإجارة بالعدر في الفقه الإسلامي وموقف القانون المدني الأردني، ص١.
^٤ البابرتي، محمد بن محمد بن محمود، العناية شرح الهداية، ج٩، ص١٤٧.

والضرر المقصود به "نقصان أحد المتعاقدين بنا، أو مالا"^١.

وللمالكية شروط خاصة في تقييد الانتفاع بالعين بناء على ورود الضرر المحتمل:

"بأن يشترط تعجيلها في نفس العقد، وبتعجيلها من غير شرط؛ لأنّ تأخير التزام المستأجر بالأجرة ثبت حقاً له، فيملك إبطاله بالتعجيل، كما لو كان عليه دين مؤجل فعجله، وباستيفاء المعقود عليه، وهو المنافع شيئاً فشيئاً، أو بالتمكين من الاستيفاء بتسليم العين المؤجرة إلى المستأجر، وتسليم المفتاح أيضاً؛ لأنّ المستأجر يملك حينئذ المعوض، فيملك المؤجر العوض في مقابلته تحقيقاً للمعاوضة المطلقة، وتسوية بين العاقدين في حكم العقد"^٢.

وبناء على ما سبق فإن هذه الشروط ملزمة لطرفي العقد على المضي بها حال الانعقاد،

فإذا حصل عذر طراً من جهة العاقد منعه من استيفاء المنفعة، وحيل بينه، وبين المنفعة، فهل

يفسخ العقد للضرر المحتمل أو للعذر الطارئ، أو الغالب؟.

إنّ الفقهاء متفقون على أنّ العذر الذي يمنع من استيفاء المنفعة في الشريعة يكون

موجب لفسخ العقد^٣، ووجه الاتفاق تعذر استيفاء المنفعة شرعاً، واختلف الفقهاء في فسخ الإجارة

بعذر، وفرقوا في ذلك بين العذر العام، والخاص، وأما في العذر العام، فالراجح فيه عند الفقهاء

الفسخ^٤، وصورته كما في حال حصول فتنه منعت من سكنى المكان المستأجر.

^١ شيخه زاده، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ومعه الدر المنقى، ج٣، ص٥٥٧.

^٢ الزحيلي، وهبه، الفقه الإسلامي وأدلته، ج٥، ص٣٨٣٩.

^٣ ابن الحاجب، عثمان بن عمر بن أبي بكر بن يونس، تحقيق: أبو عبد الرحمن الأخضر الأضرى، ج١، ص٤٣٨/الهيتمي، احمد بن محمد بن علي بن حجر، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ج٦، ص١٢١/ابن قدامه، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن احمد بن محمد، المغني، ج٥، ص٣٣٦.

^٤ ينظر: ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز، رد المحتار على الدر المختار، ط٢، ج٦، ص٧٨/الغرناطي، محمد بن يوسف بن أبي قاسم بن يوسف، التاج والإكليل لمختصر خليل، ج٢، ص١١٥.

وأما بالنسبة لفسخ الإجارة بالعدر الخاص، كما في المثال الذي ورد ذكره في بداية
المطلب، وهو إذا اضطر المستأجر إلى الرحيل عن البلد لعذر خاص، فقد اختلف فيه بين الفقهاء
على قولين:

المسألة الأولى:

المذهب الأول: تفسخ الإجارة بالعدر الخاص بجامع عجز العاقد عن المضي في موجب العقد إلا
بضرر زائد لم يستحق بالعقد، وهو مذهب الحنفية^١.

وأدلتهم:

١- "قياساً استأجر حدادا ليقلع ضرسه لوجع به فسكن الوجع، أو استأجر طباخاً ليطبخ له طعام
الوليمة، فاختلفت منه تفسخ الإجارة"^٢، لأنه في إلزامه يلحق به ضرر كبير لم ينص عليه
حين كتابة العقد.

٢- "إنكار الفسخ عند تحقق العذر خروج عن العقل، والشرع؛ لأنه يقتضي أن من اشتكى ضرره
فاستأجر رجلاً ليقلعه فسكن الوجع يجبر على القلع ومن وقعت في يده أكلة فاستأجر رجلاً
ليقطعها فسكن الوجع، ثم برئت يده يجبر على القطع، وهذا قبيح عقلاً، وشرعاً"^٣.

المذهب الثاني: لا تفسخ الإجارة بالعدر الخاص، وهذا مذهب المالكية^٤، والشافعية^٥، والحنابلة^٦.

وأدلتهم:

١- قول الله تعالى: " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ "^٧.

^١ينظر: المرغيناني، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل، الهداية في شرح بداية المبتدى، تحقيق: طلال يوسف، ج١، ص١٩٢.

^٢المرجع السابق: ج١، ص١٩٣.

^٣الكاساني، أبو بكر بن مسعود بن أحمد، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٤، ص١٩٧.

^٤ينظر: الأصبحي المدني، مالك بن أنس بن مالك، المدونة، ج٣، ص٤٥٣.

^٥ينظر: الشيرازي، أبو اسحق إبراهيم بن علي بن يوسف، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج٢، ص٢٦١.

^٦ينظر: الكلوثاني، محفوظ بن أحمد بن الحسن، الهداية على مذهب الإمام أحمد، تحقيق: عبد اللطيف هميم، ج١، ص٢٩٤.

^٧سورة المائدة: الآية (١).

وجه الدلالة: "أوفوا بالعهود التي عاهدتموها ربكم، والعقود التي عاقدتموها إياه، وأوجبتم بها على أنفسكم حقوقاً، وألزمتم أنفسكم بها لله فروضاً"^١، فيجب الوفاء به، وعدم فسخه بالعدر^٢.

٢- ولأن الإجارة عقد لازم، فلا يجوز فسخه بغير عذر، أو عذر قياساً على البيع^٣.

-الراجع:

وكما يبدو للباحث من الخلاف الفقهي السابق، وعرض الأدلة، فإن الراجح منها المذهب

الأول، ويؤيدهم في ذلك القواعد الفقهية التي جاءت تدعم دفع الضرر عن الإنسان ومنها:

- "المشقة تجلب التيسير"^٤، فإنّ هناك مشقة كبيرة من إلزام الشخص بالعين المؤجرة، مع وجود

العدر الذي يعجز معهم عن الاستمرار، فتطلب ذلك التيسير من أجل رفع المشقة.

ويتبين من قراءتنا للمسألة السابقة، أنّ الضابط للعدر الذي يفسخ به العقد، هو عجز

العاقد عن المضيّ في العقد لضرر، لا يوجد بالعقد، فإذا لم يتحقق هذا الضابط لم يكن هناك

فسخ، وبناء على ذلك، فإنّ الضرر المحتمل المتمثل بالعدر الطارئ يعدّ مثبتاً للمسؤولية في فسخ

العقد، وموجباً لذلك.

المسألة الثانية:

صورتها؛ رجل ادعى على آخر عند القاضي، على له أنّ له عليه دين، فطلب القاضي منه

اليمين لعدم وجود بينة يملكها، فرفض المدعى عليه اليمين، فهل يعتبر الحق ثابتاً على المدعي

حال لنكول المدعى عليه؟

اختلف الفقهاء في أنّ النكول يثبت الحق بناء على فرضية أنّ النكول على اليمين يتضمن قبول

أداء الحق، على النحو الآتي:

^١ الطبري، محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب، جامع البيان في تأويل القرآن، تحقيق: أحمد محمد شاكر، ج ٩، ص ٤٤٧.

^٢ ينظر: الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، تحقيق: علي محمد معوض، ج ١٤، ص ٣٤٠.

^٣ المرجع السابق: ج ٧، ص ٣٩٣.

^٤ الزحيلي، محمد مصطفى، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، ج ١، ص ٥٤.

المذهب الأول: وإليه يذهب جمهور الفقهاء^١، أنّ الناكل عن أداء اليمين مقر بضرر محقق، لأنّ الناكل قد صرح بالإنكار، وأنه لا يستحق المدعى به وهو يصر على ذلك، فتورع عن اليمين.

المذهب الثاني: الحنفية^٢، النكول ضرر محتمل لا يجوز أن يثبت الحق بناء عليه.

والنكول عن اليمين بناء على ما سبق ضرر محتمل؛ لأنّه من الممكن أن يرجع المدعي ويدعي شيئاً آخر على المدعى عليه، وقد يحلف، وقد لا يحلف، فهل يعد إثبات الحق بمجرد النكول؟

والذي يميل إليه الباحث أن مذهب الجمهور المثبت للضرر المحتمل حال نكول المدعى عليه عن اليمين؛ ذلك أن النكول من شأنه بين يدي القاضي أن يترتب عليه صحة دعوى الخصم ، لأنه يعد مقراً بالدعوى المقامة عليه بإنكاره، لأنه لو كان مقراً لم تسمع منه بينة بعد نكوله بالإبراء، أو الأداء؛ فيكون مكذباً نفسه.

المسألة الثالثة:

وصورتها أن يستأجر شخص من آخر منزلاً، فيشترط المؤجر عليه أن لا يسكن معه أحد، فهل يشرع للمؤجر هذا الشرط للحيلولة دون الضرر المحتمل؟ فهل يجوز هذا الشرط؟؟

المذهب الأول: الجمهور يجيزون ذلك، ويذهبون إلى اعتبار الشرط، فليس له أن يسكن معه غيره، إلا ما جرى به العرف، والشافعية ذهبوا إلى فساد الشرط، لأنّ هذا الشرط لا يقتضيه العقد، وفيه

١ ينظر: الزبيدي، عثمان بن المكي التوزري، توضيح الأحكام شرح تحفة الحكام، ج٢، ص٦٥// الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، ج٦، ص٣٧٨// المرداوي، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج١١، ص٢٥٦.
٢ ينظر: الكاساني، أبو بكر بن مسعود بن أحمد، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٦، ص٢٢٦.

منفعة للمؤجر، فيكون شرطاً فاسداً، ويفسد به العقد، وإذا لم يكن هناك شرط، فالعبرة في ذلك بعدم الضرر أولاً، والرجوع للعرف ثانياً^١.

المذهب الثاني: الحنفية آيرون أنّ الشرط لاغ والعقد صحيح.

ويرى الباحث أنّ الراجح هو ما ذهب إليه المالكية والحنابلة من اعتبار الشرط، المثبت للضرر المحتمل الوارد من قبل المؤجر في اشتراطه على المستأجر، لأنّ الشرط ملزم في العقود لقوله - صلى الله عليه وسلم - "المُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ"^٢.

المسألة الرابعة: ادخار مالا حاجة فيه.

ويشمل الادخار كل ما يزيد عن حاجة الإنسان، حيث يدخل في ذلك الطعام والقوت، فهل ادخار الإنسان مالا حاجة له فيه، من الضرر الذي يحتمل فيه إحاق الضرر بالعامّة.

ومن خلال النظر في أقوال الفقهاء، نجد أنهم يميزون في كلامهم بين الادخار، والاحتكار، وخالصة القول عندهم، أنّ كل ما يكون ادخاره لا يلحق ضرر بالناس يمكن ادخاره.

فقد جاء عند الحنفية "يجوز ادخار القوت للأهل والعيال وأنه ليس حكرة، كما أنّ ما ضمه الإنسان من زرعه، أو وجد من نخله، وثمره، وحبسه لقوته، لا يسمى حكرة، ولا خلاف في هذا، ويكره الاحتكار في أقوات الأدميين كالبر، ونحوه، كالشعير، والتبن ببلد يضر بأهله، لأنه تعلق به حق العامة قيد بقوله يضر بأهله؛ لأنه لو كان المصر كبيراً لا يضر بأهله فليس بمحتكر، لأنه حبس ملكه، ولا ضرر فيه لغيره، وعند أبي يوسف لا يختص بالأقوات، بل يكره الاحتكار في كل ما يضر احتكاره بالعامّة، أو نحو ذلك؛ لأنه اعتبر حقيقة الضرر، إذ هو المؤثر في الكراهة"^٤.

^١ ينظر: الجزيري، عبد الرحمن بن محمد بن عوض، الفقه على المذاهب الأربعة، ج ٢، ص ٨٣ // الموسوعة الفقهية الكويتية، دار السلاسل-الكويت، ج ١، ص ٢٨٤.

^٢ ينظر: الكاساني، أبو بكر بن مسعود بن أحمد، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج ٤، ص ١٩٨.

^٣ أبو داود، سليمان بن الأشعث، سنن أبي داود، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية-لبنان، ج ٣، ص ٣٠٤، حديث رقم ٣٥٩٤، وقال الألباني حسن صحيح.

^٤ شيخي زاده، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ج ٢، ص ٥٢٧.

وورد عند المالكية: " فإنّ منهم من يخزن ما جلبه من مدينة أخرى، ويدخره، ومنهم من يشتريه بمدينة فيدخره، فأما من يدخره، وقد جلبه إلى مدينته، فإنّه لا يمنع من خزنه وادخاره رجاء غلاته، وقد روى مالك في الموطأ: إنّ عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- قال: لا حكرة في سوقنا، لا يعتمد رجال إلى فضول أذهاب عندهم فيشترون بها من رزق الله الذي نزل بساحتنا، لكن من جلب على كبده في الشتاء، والصيف، فذلك ضيف عمر، يبيع إذا شاء، ويمسك إذا شاء، فأخبر أن الجالب المسافر إلى مدينة بالطعام بخلاف الساكن بها المشتري للطعام منها، فأباح ذلك للجالب، ووجه هذه التفرقة أنّ الجالب للطعام لم يزاحم أهل البلد على شرائه، وإذا لحق ضرر بالادخار ارتفع الخلاف في المنع من الادخار"^١.

وورد عند الشافعية: "يجوز ادخار القوت للأهل والعيال مدة سنة، و أنه ليس حكرة، ولا ما اشتراه في وقت الغلاء لنفسه، و عياله، أو ليبيعه بمثل ما اشتراه، ويختص تحريم الاحتكار بالأقوات، ومنها الذرة والأرز والتمر والزبيب فلا يعم جميع الأطعمة"^٢.

وورد عند الحنابلة: "يجوز ادخار القوت للأهل والعيال، أما إذا كانت مما لا حاجة إليها، كان يحتكر النوى، والخيط، والبرز ولأن هذه الأشياء مما لا تعم الحاجة إليها، فأشبهت الثياب، والحيوانات، أن يضيق على الناس بشرائه"^٣.

ويرى الباحث أنه لا خلاف في أن ما يدخره الإنسان من قوت وما يحتاجون إليه من سمن وعسل وغير ذلك جائز لا بأس به، ويدل على ذلك ما ثبت أنّ النبي -صلى الله عليه وسلم- كان يعطي كل واحدة من أزواجه مائة وسق من خبير قال وقد كان رسول الله -صلى الله عليه وسلم- يدخر لأهله قوت سنتهم من تمر وغيره.

^١ المازري، ابو عبد الله محمد بن علي بن عمر، شرح التلقين، ج٢، ص١٠٠٥.
^٢ الشريبي، شمس الدين محمد بن احمد الخطيب، مغني المحتاج الى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج٢، ص٣٩٢.
^٣ ابن قدامه، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن احمد بن محمد، المغني، جامعة القاهرة، ج٤، ص١٦٧.

وأما ادخار ما لا حاجة فيه فقد نهي عنه، فعن معقل بن يسار عند أحمد، والترمذي، قال رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: "من دخل في شيء من أسعار المسلمين ليغليه عليهم كان حقا على الله أن يعقده بعظم من النار يوم القيامة"^١، أما قوله: "مع الحاجة" فهذا القيد لا بد منه، لأن ادخار ما لا حاجة للناس إليه لا يضربهم إلا إذا كان فعله لذلك يقضي إلي الغلاء فإنه يتناوله قوله صلى الله عليه وسلم: "ليغليه عليهم"^٢، قال ابن عبد البر: إنما كانا يحتكران الزيت، وحملنا الحديث على احتكار القوت عند الحاجة إليه، وكذلك حمله الشافعي، وأبو حنيفة وآخرون، ويدل على اعتبار الحاجة، وقصد إغلاء السعر على المسلمين"^٣.

"لأنه يعم كل ما له سعر، فلا يكون التخصيص على الطعام في بعض الأحاديث مقتضيا لتخصيص تحريم الاحتكار، لأن ذلك من التخصيص على بعض أفراد العام، وأيضا إذا كانت العلة الإضرار بالمسلمين فهو يشمل كل ما يتضررون باحتكاره، وتدعو حاجتهم إليه، وإن كان التضرر باحتكار الطعام أكثر لمزيد الحاجة إليه، ويدخل في ذلك قوت الدواب"^٤، "ذهب الشافعية إلى أن المحرم إنما هو احتكار الأقوات خاصة، لا غيرها، ولا مقدار الكفاية منها"^٥.

قال الغزالي: الورع أقسام.

^١ ابن حنبل، أبو عبد الله أحمد بن محمد بن هلال الشيباني، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: شعيب الارناؤوط، ج ٣، ص ٤٢٥، حديث رقم ٢٠٣١٣، إسناده جيد، وقال أبو داود السجستاني لا بأس به.

^٢ الشوكاني، محمد بن علي بن محمد، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، ج ١، ص ٥١٥.

^٣ الشوكاني، محمد بن علي بن محمد، نيل الأوطار، تحقيق عصام الدين الصبابي، ج ٥، ص ٢٦٢.

^٤ الشوكاني، محمد بن علي بن محمد، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، ج ١، ص ٥١٥.

^٥ الشوكاني، محمد بن علي بن محمد، نيل الأوطار، تحقيق عصام الدين الصبابي، ج ٥، ص ٢٦٢.

" ورع الصديقين: وهو ترك ما لم يكن عليه بينة واضحة وورع المتقين: وهو ترك ما لا شبهة فيه ولكن يخشى أن يجر إلى الحرام، وورع الصالحين، وهو ترك ما يتطرق إليه احتمال التحريم بشرط أن يكون لذلك الاحتمال موقع، فإن لم يكن، فهو ورع الموسوسين"^١.

ومن خلال النظر في ما سبق، نجد أنّ الفقهاء رحمهم الله يجيزون ادخار ما لا شبهة في ادخاره من إلحاق الضرر، وأن ما لا حاجة فيه، ويتطرق له احتمال الحكرة، ولحاق الأذى بالناس فقد ألحقه بالتحريم، وبالتالي الشارع يلغي المحتمل من الأضرار إذا حقق مقصوده.

المسألة الخامسة: قسمة الأعيان المشتركة.

فهل يحق للشريك أن يجبر شريكه على قسمة العين المشتركة بناء على ورود الضرر المحتمل، ذهب الحنفية إلى أنّ القسمة في الأملاك المشتركة نوعان" قسمة الأعيان، وقسمة المنافع، وهي المهياة، أمّا قسمة الأعيان المشتركة، فمشروعة عرفنا شرعيتها بحديث رسول -صلى الله عليه وسلم- أنه قسم خيبر بين الغانمين، وعليه توارث الأمة، والأعيان المشتركة قد تكون أمثالا متساوية، فقسمتها تكون تمييز الأنصباء، لا غير مثل المكيل، والموزون، والعدي المتقارب، وقد تكون أشياء مختلفة مثل الدور، والعقار، والعروض، والحيوان، وقسمتها تكون في معنى البيع، ثم القسمة قد تكون من القاضي وأمينه بإذنه، وقد تكون من الشركاء عند التراضي، فإن كانت القسمة من القاضي عند المرافعة إليه، فإن كان في ذلك منفعة لهم فإنه يقسم، وإن كان فيه ضرر، أو لا حاجة لهم إلى ذلك، فإنه لا يفعل، وإن تراضيا عليه، ولكن يفوض الأمر إليهم حتى يقسموا بأنفسهم، فإن الحمام المشترك بين اثنين إذا طلبا من القاضي القسمة لا يقسم، لأن في القسمة ضررا، لأنهما يتضرران بذلك، لأنه لا يمكن الانتفاع ببعض الحمام دون البعض، ولو قسما بأنفسهما جاز، لولايتهما على أنفسهما^١.

المالكية: فيجوز أن تقسم بالتراضي، و بالسهمه إذا عدلت بالقيمة، وأما إذا انقسمت إلى ما لا منفعة فيه: فاختلف في ذلك مالك وأصحابه، فقال مالك: إنها تنقسم بينهم إذا دعا أحدهم إلى ذلك، ولو لم يصر لواحد منهم إلا ما لا منفعة فيه، فعمدة من منع القسمة: قوله - صلى الله عليه وسلم -
: "لا ضرر ولا ضرار"^٢٣.

^١ السمرقندي، محمد بن أحمد بن أبي أحمد، تحفة الفقهاء، ج ٣، ص ٢٧٩.

^٢ ابن ماجه، ابو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ج ٢، ص ٧٨٤، حديث رقم ٢٣٤٠ // ابن حنبل، أبو عبد الله أحمد بن محمد بن هلال، مسند الإمام أحمد، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، ج ٥، ص ٥٥، حديث رقم ٢٨٦٥، حديث صحيح لغيره.

^٣ ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج ٤، ص ٤٨.

الشافعية: " إنَّ طلب أحد الشريكين القسمة، وامتنع الآخر نظرت، فإن لم يكن على واحد منهم ضرر في القسمة كالحبوب، والأدهان، والثياب الغليظة، وما تساوت أجزاءه من الأرض والدور أجبر الممتنع، لأنَّ الطالب يريد أن ينتفع بماله على الكمال، وأن يتخلص من سوء المشاركة من غير إضرار بأخذ، فوجبت إجابته إلى ما طلب، وإن كان عليهما ضرر كالجواهر، والثياب المرتفعة التي تنقص قيمتها بالقطع والرحى الواحدة، والبشر، والحمام الصغير، لم يجبر الممتنع لقوله - صلى الله عليه وسلم-: "لا ضرر ولا إضرار"^١.

الحنابلة: "وإن طلب قسمها أعيانا بالقيمة، لم يجبر؛ لأنَّ هذا بيع نوع بنوع آخر، وليس بقسمة، فلم يجبر عليه كغير الشريك، فإن تراضيا عليه جاز، وكان بيعا يعتبر له التقابض قبل التفريق فيما يعتبر فيه التقابض، لأنَّ في الإيجاب عليهما حكما على الممتنع منهما، فلا يثبت إلا بما يثبت به الملك لخصمه، بخلاف حالة الرضا؛ فإنه لا يحكم على أحدهما، ولم يذكره آخرون، وجزم به في الروضة"^٢

فالجهور قيدوا القسمة بحصول المنفعة للطرفين، فنلاحظ أنهم احتاطوا للقسمة من ورود الضرر المحتمل عليها، بأنها إذا أدت إلى ضرر بالشريك، فإنها لا تثبت، ونجد ذلك جليا عند النظر في تفصيل المسألة لديهم، كيف تحوطوا للقسمة بالإيجاب، أنَّ المنفعة قد تتحصل فيها وقد لا تتحصل، فأجمعوا في كلامهم على النهي تحوطا، مما يثبت أن الضرر المحتمل محل قيام المسؤولية عندهم فاحترزوا له.

^١ ابن ماجه، ابو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ج٢، ص٧٨٤، حديث رقم ٢٣٤٠// ابن حنبل، أبو عبد الله أحمد بن محمد بن هلال، مسند الإمام أحمد، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، ج٥، ص٥٥، حديث رقم ٢٨٦٥، حديث صحيح لغيره، الدارقطني، أبو الحسن علي بن عمر بن احمد، سنن الدارقطني، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرون، ج٤، ص٢٢٨، حديث رقم ٨٦، ابن البيع، أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد بن حمداوي، المستدرك على الصحيحين، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، ج٢، ص٥٧٧، قال الحاكم: صحيح الإسناد على شرط مسلم ووافقه الذهبي// البيهقي، أحمد بن الحسن بن علي، السنن الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، ج٦، ص٦٩

^٢ برهان الدين، إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، ج٨، ص٢٣٦.

المبحث الثالث: التكيف الفقهي للضرر المحتمل المثبت للمسؤولية وضوابطه واتجاهاته
الفقهية.

المطلب الأول: الضرر المحتمل الموصوف بصفة العموم في المكلفين وتطبيقاته.

تكلّما في ما سبق في أنّ الأصل في الضرر المحتمل، أنّه ملغي العمل به، واستثنى منه ذكر ما سبق في الاستثناءات التي وردت في المبحث السابق.

إنّ أي مصلحة شرعت لا بدّ من النظر في مآلها من حيث ما ينتج عنها من حصول ضرر قد يلحق بالعموم، فإنّ الشارع حرّم اعتبار الضرر المحتمل الذي يلحق بالعموم، لأنّه مناقض لمقصد الشارع، وإن كان إفضاء الضرر فيه محتملا.

ومن ذلك تحريم الشارع بيع العينة، ربما التاجر لا يقصد الربا، ولكن التعامل بها يفضي إلى ذلك، فالشريعة سدّت العمل بها، حتى لا يتخذها الناس وسيلة للربا، فحسّمت الشريعة هذا الضرر المحتمل بإغلاقه لمصلحة العموم، حتى لا يتذرّع من يتعامل بالعينة بقوله أعرف، أو لا أعرف،^١ فالمالكية رحمهم الله احتاطوا في درء المفسد من الأضرار المحتملة، فيمنع الوصول إلى الفعل الممنوع بكثرة قصده من قبل المتبايعين، فيكتفي لمنعه بكثرة الوقوع، فالكثرة هي علة المنع، فاستدل المالكية والحنفية والحنابلة على تحريم بيع العينة بأحاديث لم تكن لها القوة الكافية في الاحتجاج، ولكن أيدها من جهة النظر بأنّها عقدة ربا، وإنما استعير لها اسم البيع وألقي عليها ثوب المعاملة الجائزة، ولا عبرة بالصورة ما دامت الحقيقة التي تترتب عليها المفسدة قائمة، والشافعية رحمهم الله لا يجيز البيع الذي قصد به التوصل إلى الربا^٢.

^١ابن تيمية، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلّيم، الفتاوى الكبرى، ج ٤، ص ٢١.
^٢ينظر: الشاطبي، إبراهيم بن موسى بن محمد، الموافقات، ج ١، ص ٣٨٠// النووي، أبو زكريا محيي الدين بن شرف، المجموع شرح المهذب، تكملة السبكي ولمطيعي، ج ١٠، ص ١٥٥.

ولهذا نلاحظ مما سبق أنّ الفقهاء احتاطوا للضرر المحتمل الذي يلحق بالعموم، ويؤدي

إلى علة حصوله فسّدوا طريقه بالمنع .

ومن تطبيقات الفقهاء في منع الضرر المحتمل الذي يلحق بالعموم ما يكون على النحو الآتي:

١- عزل عمر رضي الله عنه لخالد بن الوليد- رضي الله عنه- خشية الفتنة، وما فعله عمر -

رضي الله عنه- من باب الضرر المحتمل، الذي قد يعود على العموم.

"عن عدي بن سهيل، قال: كتب عمر إلى الأمصار: إنّي لم أعزل خالدًا عن سخطه، ولا خيانه،

ولكن الناس فتتوا به، فخفت أن ياكلوا إليه ويبتلوا به، فأحببت أن يعلموا أن الله هو الصانع، وألا

يكونوا بعرض فتنة"^١.

٢-حدثنا جابر بن عبد الله: أنّ معاذ بن جبل رضي الله عنه، كان يصلي مع النبي -صلى الله

عليه وسلم-، ثم يأتي قومه فيصلي بهم الصلاة، فقرأ بهم البقرة، قال: فتجوز رجل فصلى صلاة

خفيفة، فبلغ ذلك معاذ، فقال: إنه منافق، فبلغ ذلك الرجل، فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: يا

رسول الله، إنا قوم نعمل بأيدينا، ونسقي بنواضحنا، وإنّ معاذ صلى بنا البارحة، فقرأ البقرة،

فتجوزت، فزعم أنّي منافق، فقال النبي -صلى الله عليه وسلم-: " يا معاذ، أفتان أنت - ثلاثا -

اقرأ: والشمس وضحاها وسبح اسم ربك الأعلى ونحوها "^٢.

إنّ طول الصلاة أمر مستحب، إلّا أنّه إذا كان فعله يظن منه حصول مفسدة، كوسواس،

أو ترك صلاة، فإنّه ينهى عنه، وهذا من قبيل الضرر المحتمل، الذي يلحق بالعموم.

^١الطبري، محمد بن جرير بن يزيد بن كثير، تاريخ الطبري، ج٤، ص٦٨.

^٢البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله الجعفي، صحيح البخاري، حديث رقم ٦١٠٦، ج٨، ص٢٦.

ونلاحظ من الأمثلة السابقة، كيف أنّ الشارع حرم الضرر المحتمل الذي يلحق بالعموم، لكن الشارع يبيحه، إذا التحق بالمكلفين ضرر مؤبد أصله ليس محتملاً، فيلغي ما حرّمه، لأجل الضرر المحتمل، ويسميه عموم البلوى، ومن أمثلته:

١- "عن عائشة رضي الله عنها، قالت: خرجت سوده بعدما ضرب الحجاب لحاجتها، وكانت امرأة جسيمة لا تخفى على من يعرفها، فرأها عمر بن الخطاب فقال: يا سوده، أما والله ما تخفين علينا، فانظري كيف تخرجين، قالت: فانكفأت راجعة، ورسول الله -صلى الله عليه وسلم- في بيتي، وإنه ليتعشى وفي يده عرق، فدخلت فقالت: يا رسول الله، إني خرجت لبعض حاجتي، فقال لي عمر كذا وكذا، قالت: فأوحى الله إليّ ثم رفع عنه، وإن العرق في يده ما وضعه، فقال: "إنه قد أذن لكن أن تخرجن لحاجتك".^١

فخروج المرأة إلى السوق مظنة الفتنة، وهذا ضرر محتمل يعود على العموم، وغيره عمر -رضي الله عنه- على أزواج النبي -صلى الله عليه وسلم- هي ما دعت له لذلك، إلا أنّ الشارع راعى خروج المرأة لأمر محقق مقصود، سواء لقضاء حاجتها، أو للتسوق، أو صلة الرحم، وبالتالي فإن الضرر المحتمل إذا قابله محقق فإنه يباح.

ولم يمانع الحنفية في خروج المرأة لمحقق مثل الصلاة وغيرها مما سبق، كصلاة العيدين، أو الخروج للسوق، ولكن اشترطوا اختيار الأوقات التي لا توجد شبهة في الخروج فيها^٢.
وذهب المالكية إلى ما ذهب إليه الحنفية، خروج المرأة أيضاً لمحقق، واحتاطوا له بحصولها على الإذن من زوجها^٣.

^١ البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله الجعفي، صحيح البخاري، تحقيق: محمد بن زهير ناصر الناصر، حديث رقم ١٤٦، ج١، ص ٤١.

^٢ الكاساني، أبو بكر بن مسعود بن أحمد، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٨، ص ٢٨٨.
^٣ ينظر: الحطاب، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ج٤، ص ١٨٨.

وقد جوز الشافعية خروج المرأة لمحقق، كزيارة أهلها، أو رحمها، حيث لا ريبة بشرط حصول الأذن من زوجها^١.

وذكر الحنابلة "ولا بأس بخروج النساء يوم العيد إلى المصلى، وقال ابن حامد: يستحب ذلك، وقد روي عن أبي بكر، وعلي - رضي الله عنهما -، أنهما قالوا: حق على كل ذات نطاق أن تخرج إلى العيدين. وكان ابن عمر يخرج من استطاع من أهله في العيدين.

وروت أم عطية، قالت: "أمرنا رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أن نخرجهن في الفطر والأضحى: العواتق، وذوات الخدور، فأما الحيض فيعتزلن الصلاة، ويشهدن الخير، ودعوة المسلمين، قلت: يا رسول الله: إحدانا لا يكون لها جلباب؟ قال: لتلبسها أختها من جلبابها"^٢.

ويرى الباحث من كلام الفقهاء، ما يؤيد أن الضرر المحتمل الذي يلحق بالعموم، إذا قوبل بمحقق، فإنه يباح لمصلحة المكلف، فإذا كان الشارع قد رخص في المحذور لمصلحة الإنسان، فمن باب أولى أن يبيح له الضرر المحتمل، إذا كان حاجة، ومصلحة محققة.

وضابط إباحة الضرر في الضرر المحتمل الذي يلحق بالعموم لمصلحة المكلفين:

- ١- أن يكون سبب المشقة مما يعسر التخلص منه.
- ٢- أن يكون هذا السبب مما لا بد للفرد من أن يتعرض له.
- ٣- أن يكون هذا السبب عامًا، إما عمومًا نوعيًا بأن يكون شاملًا للأفراد، وإما عمومًا للتعرض للشيء، وإن كان من فرد واحد^٣.
- ٤- ألا يترتب على اعتبار عموم البلوى مخالفة نص صريح، يقول ابن نجيم: لا اعتبار عند أبي حنيفة بالبلوى في موضع النص، كما في بول الأدمي، فإن البلوى فيه أعم^٤.

^١ القليوبي، أحمد سلامة وآخرون، حاشيتنا قليوبي وعميرة، ج ٤، ص ٨٠.

^٢ ابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن احمد بن محمد، المغني، ج ٢، ص ٢٧٨.

^٣ ينظر: الباحثين، يعقوب بن عبد الوهاب، القواعد الفقهية، ص ١٦٥.

^٤ ينظر: ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، الأشباه والنظائر، ج ١، ص ١٨٩.

ومن التطبيقات الفقهية على إباحة الضرر المحتمل الموصوف بصفة العموم في المكلفين:

١- العفو من نجاسة المعذور عن طين الشارع الغالب عليه النجاسة، وغير ذلك، فقد أعتيد في القدم إلقاء زبل الدواب في مجاري الماء إلى البيوت، لسد خلل تلك المجاري المسماة بالقساطل فيرسب فيها الزبل، ويجري الماء فوقها، فهو مثل مسألة الجيفة، وفي ذلك حرج عظيم إذا قلنا بالنجاسة، والحرج مدفوع بالنص، وذكر الحنفية والشافعية ذلك في مذهبهم^١.

ويظهر أنّ المصلحة التي تتعلق بالمكلف العفو عنها، فأبيح العفو عن هذا النوع من النجاسة، لأنّ مصلحته المحققة أرجح من مفسدته الظاهرة، فأبيح الضرر هنا مع أنّه محتمل لمصلحة المكلف، من باب المثقّة تجلب التيسير.

٢- خروج المرأة للسوق أو لزيارة أهلها، أو صلة رحمها، أو للتعليم، أو كما ينتشر من اختلاط في زماننا في مراكز تسوق، فإنّ خروج المرأة مع أنّه مظنة الفتنة، وهو من الضرر المحتمل الذي قد يلحق أثره في العموم، إلا أنّه من عموم البلوى في زماننا، وقد أباحه الفقهاء رحمهم الله لأنّه في مقابل المحقق من مصالح المكلفين.

٣- مظاهر الفرح في الأعراس كما هو منتشر بيننا في هذا الزمان، فإنّها من عموم البلوى التي شاعت، كأصوات السيارات أثناء مسير العروسين، أو الزغاريد وغيرها من التصرفات فهي ضرر محتمل يلحق أثره بالعموم، إلا أنّه مباح، لأنه إلى ما يقصد إليه من تحقيق مقصود النكاح، وأن يكون في حدود الشرع، ودليله ما ورد في حديث النبي -صلى الله عليه وسلم- عن عائشة، أنّها زوّت امرأة إلى رجل من الأنصار، فقال نبي الله -صلى الله عليه وسلم-: "يا عائشة، ما كان معكم لهو؟ فإنّ الأنصار يعجبهم اللهو"^٢، والزغاريد نوع من اللهو الشائع في الأفراح والأعراس في بلادنا.

^١ينظر: ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز، رد المحتار على الدر المختار، ج٥// النووي، أبو زكريا محيي الدين بن شرف، المجموع شرح المهذب، تكملة ألسبكي ولطيعي، ج١، ص٢٠٩.

^٢البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله الجعفي، صحيح البخاري، تحقيق: محمد بن زهير ناصر الناصر، حديث رقم ٥١٦٢، ج٧، ص٢٢.

المطلب الثاني: الضرر المحتمل الموصوف بصفة الديمومة في المكلفين وتطبيقاته.

إنّ الشريعة الإسلامية حرمت الضرر، وكل ما يوصل إليه، فقال -صلى الله عليه وسلم- في الحديث الذي يرويه عبادة بن الصامت " أن رسول الله- صلى الله عليه وسلم-، قضى أن لا ضرر ولا ضرار"^١، والضرر المحتمل، ومن صورته أن يكون في العموم، أو الديمومة، أو العارض، أو المؤقت، فالأصل فيه الإلغاء في الشريعة والقانون، واستثني منه ما التحق بالمكلفين من ضرر، فألغى ما حرم لأجل الضرر، وقد سبق الحديث عن هذه الاستثناءات إلغاءً، وإثباتاً مع ذكر تطبيقاتها.

وسيتم الحديث في هذا المطلب عن الضرر المحتمل الموصوف بصفة الديمومة في

المكلفين وتطبيقاته، كيف أثبت الشارع الحكيم التعامل به إذا ما لحق بالمكلفين ضرر ومشقة، فقد تناولنا الديمومة من الضرر المحتمل في التأصيل الشرعي، أنه ملغي العمل به، وكل ما يؤدي إلى الديمومة من الضرر، فقد تقرر إلغاؤه ولو كان ضرراً محتملاً.

ومن تطبيقاته كما مر معنا:

١- قال الله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَىٰ ذِكْرِ

اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْمَلُونَ"^٢.

والانشغال للبيع هنا بمعنى المؤبد على جهة الديمومة، فالبيع ضرر محتمل لأنه مؤقت

والصلاة مؤقتة، والمؤقت إذا اجتمع مع المؤقت أخذ فعل الديمومة لأنه يستنفذ الوقت، وبالتالي أخذ

^١ابن ماجه، ابو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ج٢، ص٧٨٤، حديث رقم ٢٣٤٠// ابن حنبل، أبو عبد الله أحمد بن محمد بن هلال، مسند الإمام أحمد، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، ج٥، ص٥٥، حديث رقم ٢٨٦٥، حديث صحيح لغيره ، الدارقطني، أبو الحسن علي بن عمر بن احمد، سنن الدارقطني، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرون، ج٤، ص٢٢٨، حديث رقم ٨٦، ابن البيع، أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد بن حمداوي، المستدرک على الصحيحين، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، ج٢، ص٥٧٧، قال الحاكم: صحيح الإسناد على شرط مسلم ووافقه الذهبي// البيهقي، أحمد بن الحسن بن علي، السنن الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، ج٦، ص٦٩.

^٢سورة الجمعة، الآية ٩.

حكم الديمومة، لأنّ الحاجة إلى الكينونة في الصلاة وقت قصير، والانشغال عن القصير بالقصير يأخذ حكم الديمومة.

٢- عن جابر بن عبد الله قال: كنا مع رسول الله -صلى الله عليه وسلم- في غزاة، فلما أقبلنا تعجلت على بعير لي قطوف، فلحقني راكب خلفي، فنخس بعيري بعنزة كانت معه، فانطلق بعيري كأجود ما أنت راء من الإبل، فالتفت، فإذا أنا برسول الله -صلى الله عليه وسلم-، فقال: "ما يعجلك يا جابر؟ قلت: يا رسول الله، إني حديث عهد بعرس، فقال: "أبكرًا تزوجتها، أم ثيبًا؟" قال: قلت: بل ثيبًا، قال: "هلا جارية تلاعبها وتلاعبك" قال: فلما قدمنا المدينة، ذهبنا لندخل، فقال: "أمهلوا حتى ندخل ليلاً - أي عشاء - كي تمتشط الشعثة^١، وتستحد^٢ المغيبة^٣".

فمنع من الطروق، وأمر بإمهالها لتصلح أمرها^٤، وهذا دليل على الضرر المحتمل، إذ أنّ الشارع أجرى الضرر المحتمل مجرى الغالب، إذا اتصل بصفة الديمومة، لأنّه من الممكن أن يرى من سوء حالها ما يؤدي إلى إنهاء العشرة الزوجية، ويقوي الطلب من جهته على طلاقها.

ومن خلال هذه الأمثلة السابقة يتبين لنا كيف سد الشارع الطرق التي يتحصل بها الضرر من جهة ديمومتها، ولو كان ضرراً محتملاً، لكن الشارع يبيحه إذا التحق بالمكلفين ضرر مؤبد أصله ليس محتملاً، فيلغي ما حرمه، لأجل الضرر المحتمل، "فإذا كان الشرع قد رخص في المحظور؛ لحاجة الإنسان، فمن باب أولى له حق استيفاء المباح، ما دام لم يتقرر

^١الشعثة: الشعر المغبر.

^٢ تستحد: هو الحلق بألة حادة.

^٣ النيسابوري، مسلم بن الحجاج أبو الحسن، صحيح مسلم، ج ٢، ص ١٠٨٨، حديث رقم ٧١٥.

^٤ ابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن احمد بن محمد، المغني، ج ٧، ص ٢٩٤.

فيه حق للغير، لأن الأول أحق منه بالسبق^١، والأفعال والتصرفات تأخذ أحكامها بحسب غاياتها.

ومن التطبيقات الفقهية على إباحة الضرر المحتمل الموصوف بصفة الديمومة ما يلي:

١- التورق الفردي.

ومعنى التورق الفردي: أن يشتري من يحتاج مالا سلعة بثمن مؤجل بأكثر من قيمتها حالا، ثم يبيعها على آخر نقدا^٢، والتورق الفردي من المواضيع المعروفة عند الفقهاء السابقين، وذلك يتضح من حديثهم في مسائل البيوع، والفقهاء احتاطوا فيه، فالكثير من فقهاء المذاهب يدرجونها تحت مسائل الربا وبيع العينة، وفقهاء الحنفية يكرهونه، و كل بيع عند الشافعية فيه شبهة التحايل على الربا فهو ربا^٣.

والتورق الفردي في هذا الزمان يكثر التعامل فيه، لأنّ الناس في حاجة وشدة، والناس في حاجة للبضائع والسلع، وهناك الكثير ممن يتعامل بالتقسيط، وهذه من القضايا المستحدثة في زماننا.

حيث يشتري الشخص السلعة بالتقسيط بأكثر من ثمنها نقدا، ثم يبيعها في الحال، للانتفاع بثمنها، وهذا الذي يكثر التعامل به في زماننا، فإذا قلنا بعدم جوازها للفرد، فإن ذلك يؤدي لإلحاق المشقة بعموم الناس من المكلفين أو الأفراد^٤.

^١ الدريني، فتحي، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ط٤، ص ١٩٤.

^٢ ينظر: الراميني، محمد بن مفلح بن مفرج، الفروع، ج٦، ص ٣١٦.

^٣ ينظر: السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل، المبسوط، ج١٤، ص ٣٦/ الهيتمي، احمد بن محمد بن علي بن حجر، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ج٤، ص ٣٢٣.

^٤ ينظر: الدوسري، مسلم بن محمد بن ماجد، عموم البلوى، ج١، ص ٤٦٦.

^٤ مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السادس، ج٢، ص ٩٢٦.

فإن جواز التعامل فيها من باب المشقة التي تجلب التيسير، بشرط أن لا يخل التعامل بما سبق من طريق التعامل بالتورق الفردي، فيتربط عندئذ على التعامل بها تحقيق مصلحة لعموم المكلفين وأفرادهم، حيث أن الناس في زماننا في أشد الحاجة إليه. وذهب أكثر العلماء إلى جوازه، وذلك لأدلة كثيرة أهمها حاجة الناس لمثل هذا التعامل^١، وهذا مذهب الحنابلة، وقال به كثير من العلماء المتأخرين.

ويلاحظ مما سبق أن التورق تنزه الفقهاء عن ذكر إباحته، وذلك سدا لذريعة الربا، فكان التعامل به منهيًا عنه، وأنهم احتاطوا في حديثهم عن التورق، كذريعة يتوصل بها إلى الربا، فكروها التعامل به كما مر معنا، ولما اقتضت الحاجة بتغيير الزمان، رأينا كيف أبيع التعامل به ضمن قيود، خوفا من وقوع الناس في الحرج، فمصلحة المجتمع أباحت ما سد على الديمومة ذريعة الوصول إلى الربا، من باب المشقة تجلب التيسير.

٢- إجراء العقود عبر الوسائل والأجهزة الإلكترونية الحديثة كالإنترنت والهاتف.

إن حياتنا اليومية تلحظ تطورا هائلا ومستمرًا، لا يكاد يخفى على أحد، فهناك الأقمار الصناعية، وشركات الاتصالات السلكية واللاسلكية، وهذه تولدت من حاجة الإنسان والمجتمعات لمثل هذا التطور، لتسهيل التواصل والتعامل.

وصارت هذه الأمور تعمل على تسهيل حياتنا اليومية، من تبادل للتجارة، أو التراسل بين الأفراد والجماعات، والاستغناء عنها صار أمرا عسيرًا، بل مستحيلًا^٢.

فالبيوع التي كان يعبر عنها بالقول والفعل وغيرها من وسائل التعبير، صارت هذه الوسائل تقوم مقام طرفي العقد، والقول بعدم جوازها يؤدي إلى إلحاق المشقة بعموم المكلفين، فالضرر المترتب على عدم اعتبارها كبير، إذا ما قلنا أنها تحتل التزوير، أو تنافي شرط اتحاد

^١ المر داوي، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج ٤، ص ٣٣٧/ مجلة البحوث الإسلامية، العدد السابع، ص ٥١.

^٢ ينظر: الدوسري، مسلم بن محمد بن ماجد، عموم البلوى، ج ١، ص ٤٦٩.

المجلس، أو قد يترتب على انعقاد العقد بها أخطاء، لأنه إذا ما تذرنا بذلك ألحقنا بكثير من التجار الضرر الفاحش، لذا أباح العمل بها كثير من الفقهاء^١، لقوله تعالى "وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ"^٢، فالعقد بالتليفون كالعقد بين شخصين بعيدين لا يرى أحدهما الآخر، ولكنه يسمعه، يقول الإمام النووي: "لو تناديا وهما متباعدا وتبايعا صح البيع بلا خلاف"^٣، فالقاعدة الأساسية في العقود هي تحقق الرضا للطرفين، والتعبير عنه، وإظهاره بأية وسيلة مفهومة، كما أن العرف له دور أساسي في باب العقود، حتى صاغت الحنفية منه قاعدة: العادة مُحَكِّمَةٌ، وقال ابن نجيم بعد سردها: واعلم أن اعتبار العادة، والعرف يرجع إليه في الفقه في مسائل كثيرة، حتى جعلوا ذلك أصلاً، فقالوا في باب ما تترك به الحقيقة: تترك الحقيقة بدلالة الاستعمال والعادة"^٤، وكذلك أفاض القرافي المالكي في هذه المسألة، وذكر أن العرف يقضي في زمن معين، حتى بعدم قبول بعض ألفاظ مقبولة في زمن ما نظراً لأنها أصبحت متروكة غير مفهومة، كما يقضي بقبول ألفاظ مفهومة لعصر لم تكن مقبولة من قبل، ونقل ذلك من الإمام الكبير أبي عبد الله المازري قوله: فإنَّ النقل إنما يحصل باستعمال الناس، لا بتسطير ذلك في الكتب، بل المسطر في الكتب تابع لاستعمال الناس: أحدها أن مالكا، وغيره من العلماء، إنما أفتى في هذه الألفاظ بهذه الأحكام، لأنَّ زمانهم كان فيه عوائد اقتضت نقل هذه الألفاظ للمعاني التي أفتوا بها فيها صوتاً لهم عن الزلل"^٥، ويقول الدسوقي: "والحاصل أن المطلوب في انعقاد البيع ما يدل على الرضا عرفاً"^٦، ويقول ابن قدامة: إنَّ الله أحلَّ البيع، ولم يبيِّن كيفيته فوجب الرجوع فيه إلى العرف"^٧.

^١ ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السادس، ج ٢، ص ٩٢٦.

آسورة الحج، الآية ٧٨.

^٢ النووي، أبو زكريا محيي الدين بن شرف، المجموع شرح المهذب، تكملة السبكي ولمطيعي، ج ٩، ص ١٨١.

^٣ ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، الأشباه والنظائر، ج ١، ص ٧٩.

^٤ القرافي، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن، الفروق، ج ١، ص ٤٥.

^٥ الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفه، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج ٣، ص ٤.

^٦ ينظر: ابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد، المغني، ج ٣، ص ٤٨١.

والخلاصة: أنّ اللفظ - كما يقول الشاطبي - "إنّما هو وسيلة إلى تحصيل المعنى المراد، والمعنى هو المقصود"^١، ومن هنا فما التليفون إلا آلة معتبر عرفاً لتوصيل تلك الوسيلة - اللفظ - إلى سمع الآخر، فيكون مقبولاً شرعاً، إلا أنّه من قيودها، ألا يترتب على اعتبارها مفسدة، ولعلنا نجد أن الشارع الحكيم أباح المحتمل من الضرر إذا ما لحق بالمكلفين ضرر على الديمومة، ولتحرز منه قيده بالمصلحة المؤبدة، انطلاقاً من قاعدة "لا ضرر ولا ضرار"^٢.

^١ الشاطبي، إبراهيم بن موسى بن محمد، الموافقات، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، ج ٢، ص ١٣٨.

^٢ الزرقاء، أحمد بن الشيخ محمد، شرح القواعد الفقهية، ج ١، ص ١٦٥.

المطلب الثالث: الضرر المحتمل المقترن بصفة الاعتداء أو التقصير في المسؤولية التعاقدية.

إن إثبات المسؤولية في الضرر لثبوت التعويض يجب أن يكون قائماً على المحقق من الضرر، وهذا ما اشترطته الشريعة الإسلامية، والقانون المدني لثبوت المسؤولية فيه، وعند الحديث عن موجبات المسؤولية في الشريعة، نجد أنها تنحصر في المحقق بالباشرة، أو بغلبة الظن منها (التسبب)، وأمّا علاقتها بالمحتمل من الضرر، فما كان في إفادته يتعلق بصفة الديمومة، أو العموم، والضرر المحتمل، كما ورد في اعتباره من جهة العموم، أو التأيد، هو ضرر بالتسبب، ولكنه اقترن بتعدي، أو خطأ أفضى إلى غلبة من وجهة نظر الشارع، وقد ذكرنا سابقاً، أن القانون المدني الأردني أورد مبدأ المباشر، ومبدأ التسبب، حيث ورد في المادة (٢٥٧) منه على أنه:

١- يكون الإضرار بالباشرة والتسبب.

٢- فإن كان بالباشرة لزم الضمان، ولا شرط له، وإذا وقع بالتسبب فيشترط التعدي، أو التعمد، أو أن يكون الفعل مفضياً إلى الضرر.

"وكل تسبب مفض إلى ضرر، وإلا لا يسمى تسبباً، فالإفضاء إلى الضرر جزء من مفهوم التسبب، وليس شرطاً يطلب فيه".^١

فالضرر المحتمل إذا اقترن باعتداء صار ضرراً بالتسبب، فيصبح حينئذ محققاً، وسيتم

الحديث في هذا المطلب عن إثبات المسؤولية في الضرر المحتمل المقترن بصفة الاعتداء، أو التقصير في المسؤولية التعاقدية، مع ذكر الأمثلة على ذلك، والاتجاهات الفقهية الواردة فيه.

ومن الأمثلة على الضرر المحتمل المقترن بصفة الاعتداء، أو التقصير في المسؤولية التعاقدية.

^١ المادة ٢٥٧ من القانون المدني الأردني.

-التعاقد الطبي.

عند الحديث في المسؤولية نجد أنّ تحمل التبعة بها يكون فيما يصدر عن الإنسان، وعليه تتم المحاسبة في الدنيا والآخرة، ولما كان الضرر المحتمل ضرراً بالتسبب، إذا ما اقترن به تعدي أو تقصير، فإننا سنعلل ذلك إثباتاً من خلال تعليل هذا المثال والتفصيل فيه.

والتعاقد الطبي كأحد أركان قيام المسؤولية الطبية، فإنّه عبارة عن عقد يتم بين الطبيب

والمريض، ويكون هذا العقد مرجعاً بينهما حال وقوع الخصومة، وسماه الفقهاء قديماً عقد إجارة، ومن الفقهاء من أدخل الطبيب ضمن ما يسمى بالأجير المشترك، أو هو الذي يستحق الأجرة بالعمل، لا بتسليم النفس كالصباغ والحداد^١.

ولأنّ عقد الإجارة لما جعل يد المستأجر يد أمانة وجب أن يجعل يد الأجير يد أمانة، ولأنّه

لما كان أحد الأجيرين وهو المنفرد مؤتمناً، وجب أن يكون الأجير المشترك مؤتمناً^٢.

ولما كان الأصل في التعامل بين الطبيب والمريض العقد، فإنّ محور الحديث في هذا

المطلب سيكون عن الضرر المحتمل فيه، المتمثل في الاعتداء، أو التقصير.

"فإذا كانت المسؤولية الطبية عقدية كما تقدم، فماذا لو قام الطبيب بمعالجة حالة دون

حصول التعاقد، كما يحصل عند إسعاف الحالات الطارئة في المستشفى، فالقول في ذلك لو

حصل خلل فيما يجب فعله تجاه المريض، وهنا لو حدث خلل من جهة الطبيب، فإنّه يضمن لما

يربطه البعض بالمسؤولية التقصيرية^٣، ولعله يجدر الملاحظة أنّ العلاقة التي تربط بينهما العقد،

وفي حال عدم وجود العقد كالحالة الواردة في الطوارئ، فإنّ الضابط للعلاقة بين الطبيب والمريض

هي القواعد العامة للطب وأخلاقياته، والتي هي المرجع عند الاحتكام.

^١ينظر: الكاساني، أبو بكر بن مسعود بن أحمد، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٤، ص٢٠٥.

^٢ينظر: الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، تحقيق: علي محمد معوض، ج٧، ص٤٢٧.

^٣القاسم، محمد هشام، المسؤولية الطبية من الوجهة المدنية، مجلة الحقوق والشريعة-الكويت، ص٨٢.

وفي حال حدوث تعدٍ من جهة الطبيب، فإنه يضمن عند الفقهاء اتفاقاً، أما في ما جرى من عدم التعدي في حال حدوث خلل عند المريض فقد اختلف في هذه الحالة عند الفقهاء على قولين، وهي على النحو الآتي:

القول الأول: وهو ما ذهب إليه أبو حنيفة، والمالكية، والشافعي، وأحمد في رواية، أن الأجير المشترك لا يضمن إلا بالتعدي^١.

أدلتهم:

١- قوله تعالى: " فَلَا عُدْوَانَ إِلَّا عَلَى الظَّالِمِينَ "٢، ووجه الدلالة: "أنه لا ينبغي أن يُعتدى إلا

على الظالمين وهم المشركون بالله، والذين تركوا عبادته وعبدوا غير خالقهم"^٣ فلا يضمن إلا بالتعدي.

٢- "ومن جهة القياس فإنَّ الطبيب كما تقدم يده يد أمانة، قياساً على الشريك المضارب"^٤.

القول الثاني: وهو قول الصحابان^٥ ورواية عند المالكية، والشافعية، وأحمد، أن الأجير المشترك ضامن مطلقاً، سواء أتلّف بتعد، أو بدون تعدٍ^٦.

أدلتهم:

١- قوله تعالى: " فَمَنْ أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ يَمِثِلْ مَا أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ "١، ووجه الدلالة:

"فمن قاتلكم أيها المؤمنون من المشركين، فقاتلوهم كما قاتلوكم"^٢.

^١ ينظر: السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل، المبسوط، ج ١٥، ص ١٠٣// ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج ٤، ص ١٦// الشربيني، شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج ٣، ص ٢٢٩// ابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد، المغني، ج ٥، ص ٣٠٦.

^٢ سورة البقرة: الآية ١٩٣.

^٣ الطبري، محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب، جامع البيان في تأويل القرآن، ج ٣، ص ٥٧٢.

^٤ الشربيني، شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج ٣، ص ٢٢٩.

^٥ الصحابان: أبو يوسف ومحمد بن الحسن الشيباني.

^٦ ينظر: الحطاب، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ج ٦، ص ١٥٦// الدسوقي، محمد بن

أحمد بن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج ٤، ص ٢٨.

٢- ومن باب سد الذرائع، لتحقيق مصلحة العموم من العباد لفساد الذمم، لأنّه ادعاء لما فيه

فساد بسبب خارج عن إرادة الأجير، سيؤدي إلى ضياع أموال الناس^٣.

ونلاحظ ممّا سبق أنّ التعدي عند الفقهاء من قبل الطبيب لم يجر الخلاف في عدم ضمانه، لاتفاقهم على الضمان فيه، وبناءً على ذلك فإنّ المطلوب من الطبيب بذل العناية أثناء معالجته للطبيب، فإذا ما تحقق ذلك، ولو أدى إلى تلف فإنّه لا يضمن، وإلا لحق الحرج بالأطباء، وربما أدى ذلك إلى لحاق ضرر بالعموم من عدم ممارسة المهنة لخوف الضمان عند حدوث الضرر، ويمكن القول عندئذ، أنّه إذا ما خرج الطبيب عن العقد المتفق عليه مع مريضه، أو عن القواعد العامة لمهنة الطب وضوابطها؛ فإنّ ذلك يعرضه للمسائلة العقدية أو التقصيرية، وهو ما يسمى بالمسؤولية المدنية التي من مقتضاها الإخلال بالعقد، وأما بالنسبة للمسؤولية الجنائية فإنّها تترتب على الطبيب حال موافقته القيام بالمسؤولية العقدية التي بنيت على حرام وخالف الشريعة، فإنّ الطبيب يسأل عن ذلك مسؤولية مدنية وجنائية.

ومن عالج كأن حجم، أو فصد بإذن ممن يعتبر إذنه، فأفضى إلى تلف، لم يضمن، وإلا لم يفعله أحد، ولو أخطأ الطبيب في المعالجة، وحصل منه التلف وجبت الدية على عاقلته، وكذا من تطبب بغير علم، كما قاله في الأنوار لخبر "من تطبب، ولم يعرف الطب فهو ضامن"^٤.

ويتبين أنّ الضرر المحتمل إذا اقترن بصفة الاعتداء، أو التقصير، فإنّه صار محققاً، لأنّ ذلك أفضى إلى حدوث الضرر، وبإفصائه صار متعين الوجود، ومتحقق الثبوت، ممّا يظهر لنا أنّ الضرر المحتمل يكون مثبتاً، إذا ما اقترن به تعد، أو تقصير.

^١ سورة البقرة: الآية ١٩٤.

^٢ الطبري، محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب، جامع البيان في تأويل القرآن، ج ٣، ص ٥٨٠.

^٣ ينظر: الحطاب، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ج ٥، ص ٣٩٥.

^٤ الشربيني، شمس الدين محمد بن احمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج ٨، ص ٣٥.

المطلب الرابع: الاتجاهات الفقهيّة فيما كان عاما مؤبدا من الضرر المحتمل في ظل المسؤولية التقصيريّة مدنيا، أو جنائيا.

وسيتّم الحديث في هذا المطلب عن ثبوت المسؤولية، فيما يكون مؤبداً على جهة العموم من الضرر المحتمل، أي ما ينعكس أثر حصوله على عموم الناس من جهة التأبيد، وقد تمّ الحديث في بداية المبحث عن الضرر المحتمل الموصوف بصفة العموم، والديمومة، وقد تمّ تفصيلهما من جهة ثبوت المسؤولية كل على حده، وما سيتمّ تفصيله في هذا المطلب ما يكون مؤبداً على جهة العموم من الضرر المحتمل في ظل المسؤولية التقصيريّة مدنياً، أو جنائياً، مع ذكر الاتجاهات الفقهيّة الواردة فيه.

١- ضمان الإمام أو القاضي.

لقد تمّ الحديث في ضمان القاضي، أو الإمام أنّه أمين على العباد في قضائه، إن كان قاضياً، أو في رعايته لشؤون الرعية، إن كان إماماً، خاصة وأنّ من صفاته أن يكون جيد الفطنة بعيداً من السهو، والغفلة، حتى يتوصل بذكائه إلى موضع ما أشكل وفصل ما عضل، ولذا فالشريعة الإسلاميّة لا تحمل الإمام، أو القاضي التبعة في ما يصدر عنهما حال ثبوت الخطأ في عاقلتهما، وإنّما تجعله في عاقلة المسلمين، لأنّ الأصل فيه أنه أمين على العباد في قضائه، أو حكمه، فإذا ألزماه بالغرامة حال خطأه في ماله، ألحقنا فيه الحرج، وربما أدى ذلك إلى النفور من الولاية، أو القضاء، واعتزلهما الناس.

ولمّا كان خطأ الإمام أو القاضي يعود أثره على العموم، فقد يكون هذا الخطأ أيضاً على صيغة التأبيد، كالقاضي الذي يقع في الخطأ في جنابة القصاص، فهل يكون أثر هذا الخطأ في عاقلة بيت المال أيضاً؟ وهل يفرق في هذه الحالة بين العمد، والخطأ؟.

الحنفية: ذهب الحنفية إلى التفريق في هذه الحالة بين الخطأ، والعمد، فإن ثبت تعدد الخطأ في حكمه فإنّ الدية تكون في ماله، ويستحق التعزيز، وأمّا إن كان خطأه غير مقصود، فإنّ الدية تكون في بيت المال، وورد في البحر الرائق "إن كان في حقوق العباد كالطلاق، والعتاق والقصاص، أو ظهر أن الشهود عبيد، أو محدودون في قذف، إن قال القاضي تعددت فالضمان في ماله، ويعزر للجناية، وفي الخطأ يضمن من بيت المال هذا إذا ظهر الخطأ بالبينة، أو بإقرار المقضي له".^١

المالكية: وذهب المالكية إلى ما ذهب إليه الحنفية، إلا أنّهم قالوا في حالة تعدد القاضي في خطأه، ففي حالة التأييد في الخطأ، فإنّه يغرم في ماله الدية ويقتص منه، وأمّا في حالة الخطأ بدون تعدد، فإنّه يكون في بيت المال، لأنّ ولاية الأمور لو غُرموا مع تصديهم للأحكام لأدى ذلك لزهادة في الولايات فتتعطل المصالح.^٢

الشافعية: وقال الشافعية أنّ القاضي إذا جنى على إنسان خطأ، فإنّه يكون في بيت المال، لأن عاقلته جميع المسلمين، وإذا كان متعمداً فإنه يكون في ماله لأنّه متعمد^٣، وقيل يضمن، أو أكثر من أربعين فمات وجب قسطه بالعدد، ففي إحدى وأربعين جزء من أحد وأربعين جزءاً من الدية^٤ الحنابلة: وفي مسؤولية القاضي عن التجاوز في الحكم، فإنّ فيه الدية عندهم، وجاء في المغني لابن قدامة "وإن قال الإمام له: اضرب ما شئت، فالضمان على عاقلته، وإن كان له من يعد عليه، فزاد في العدد، ولم يخبره، فالضمان على من يعد، سواء تعدد ذلك، أو خطأ في العدد؛ لأنّ الخطأ منه، وإن أمره الإمام بالزيادة على الحد، فزاد، فقال القاضي: الضمان على الإمام^٥، وأمّا في حالة خطأ فإنّها تكون في بيت المال.

^١ ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج ٦، ص ٢٨١ // ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد، فتح القدير، ج ٥، ص ٢٩٧.
^٢ ينظر: القرافي، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن، الذخيرة، ج ٢، ص ٣٣ // القرافي، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن، الذخيرة، ج ١٢، ص ٣٩٢.
^٣ ينظر: السمرقندي، محمد بن أحمد بن أبي أحمد، تحفة الفقهاء، ج ٣، ص ٣٥٢ // ابن الصلاح، عثمان بن عبد الرحمن، شرح مشكل الوسيط، تحقيق: عبد المنعم خليفة، ج ٤، ص ٣٩٥.
^٤ الغمراوي، محمد الزهري، دار المعرفة، ج ١، ص ٥٣٧.
^٥ ابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد، المغني، ج ٩، ص ١٦٥.

وعند النظر في أقوال الفقهاء، نجد أنهم يفرقون في خطأ القاضي بين العمد، والخطأ، ذلك أنّ الشريعة الإسلاميّة تستهدف حماية الحقوق، إذا ما شابها تعدي، أو تعسف، أو إهدار لحقوق المحكومين، لذا وجب على القاضي أن يتحوط في قضائه من أي ضرر محتمل، قد يؤدي إلى ضرر مؤبد في حق العموم من العباد، خاصة فيما يتعلق بأحكام القصاص والحدود.

فلما كان الخطأ بطريق التعدي، وجب الضمان في عاقلته، أو التعزير، وبذلك نجد من خلال أقوال الفقهاء الضمان فيما يتعلق من أضرار محتمله تلحق بالعموم من جهة التأبيد، سواء عن طريق العمد، أو الإهمال، أو التقصير.

٢- الأجير المشترك.

ويقصد بالأجير المشترك صاحب الصنعة الذي يستحق عليها الأجر، ويقبل العمل عند أكثر من واحد من الناس؛ أي يجمع بين أكثر من عمل واحد، ومن أمثله الخياط والراعي^١.

والغالب من الصنّاع أنّ حالهم الصلاح، والأمانة، لذا كان كانوا في زمان النبي -صلى الله عليه وسلم- لا يضمنون، لأنّ صاحب العين التالفة إذا رفع الأمر إلى القاضي، فالأصل فيه إبداء البينة على صدق قوله، لأنّه يدعي أمراً على خلاف الظاهر، فلما تغيرت أحوال الصنّاع بعد ذلك بظهور شيء من الجشع، والطمع وكثرة ما يتقبلونه من أعمال، ظهر فيهم التفريط في العمل لسرعة انجازه، ولما كان الأصل في الضرر المحتمل الإلغاء، لم يتم تضمينهم، ولما ظهرت صور الضرر المحتمل من تقصير، وتفريط، وإهمال صار الضرر يجري مجرى الغالب، أو المحقق، فتنبه علي بن أبي طالب لذلك ذهب لتضمينهم فقال معللاً "لا يصلح الناس إلا ذاك"^٢، "وجه المصلحة فيه أنّ الناس لهم حاجة إلى الصنّاع، وهم يغيبون عن الأمتعة في غالب الأحوال، والأغلب عليهم التفريط،

^١ ينظر: بن مازة، أبو المعالي برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز، المحيط البرهاني، تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي، ج٧، ص٥٨٦.

^٢ الشاطبي، إبراهيم بن موسى بن محمد، الاعتصام، تحقيق: سليم بن عيد الهلالي، ج٢، ص٦١٦.

وترك الحفظ، فلو لم يثبت تضمينهم مع مسيس الحاجة إلى استعمالهم لأفضى ذلك إلى أحد أمرين: إما ترك الاستصناع بالكلية، وذلك شاق على الخلق، وإما أن يعملوا، ولا يضمنوا ذلك بدعواهم الهلاك والضياع، فتضيع الأموال، ويقل الاحتراز، وتتطرق الخيانة، فكانت المصلحة التضمين، هذا معنى قوله: لا يصلح الناس إلا ذاك^١.

وذهب الفقهاء رحمهم الله إلى تضمينهم بناء على ما سبق على النحو الآتي:

الحنفية:

"أما الأجير المشترك فلا يكون ضامنا، وتكون العين التي في يده أمانة عند أبي حنيفة وزفر، وفي قول أبي يوسف ومحمد يكون مضمونا لو هلك بغير صنعه يضمن إلا إذا هلك بحرق غالب، أو بغرق غالب، ونحو ذلك، وأما على أصلهما، فلأنّ وجوب الضمان في الأجير المشترك ثبت استحسانا صيانة لأموال الناس، ولا حاجة إلى ذلك في الأجير الخالص؛ لأنّ الغالب أنه يسلم نفسه، ولا يتسلم المال فلا يمكنه الخيانة"^٢.

المالكية:

"وذهب المالكية إلى تضمين الصانع الذي يفرط، أو يتعدى، أو يضيع، ولا ضمان عندهم على العامل، وإنما على الصانع لقولهم "أنّ الأجير الذي يعمل عند الصانع، لا ضمان عليه، والضمان على الصانع قال في المدونة في أول كتاب تضمين الصانع: ويضمن القصار ما أفسد أجيره، ولا شيء على الأجير، إلا أن يتعدى، أو يفرط انتهى"^٣.

^١الشاطبي، إبراهيم بن موسى بن محمد، الاعتصام، تحقيق: سليم بن عيد الهلالي، ج٢، ص٦١٦.

^٢السمرقندي، محمد بن أحمد بن أبي أحمد، تحفة الفقهاء، ج٢، ص٣٥٢//الكاساني، أبو بكر بن مسعود بن أحمد، بدائع الصنائع في

ترتيب الشرائع، ج٤، ص٢١١.

^٣القيرواني، خلف بن أبي القاسم محمد، التهذيب في اختصار المدونة، تحقيق: محمد الأمين ولد محمد سالم، ج٣، ص٣٩٦//الخطاب،

شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ج٥، ص٤٢٩.

الشافعية:

وذهب الشافعية أنه "إذا ظهر منه التفريط، والتقصير، فإنه يضمن، وإلا فلا لقولهم" أما اليد الأمانة فيه الوكيل والمضارب، والشريك، والمودع، والمستأجر، والمرتهن فهؤلاء كلهم لا ضمان عليهم ما لم يتعدوا، ويفرطوا لأنه ليس فيهم متعد بيده، ولا معاوض على غير، وأما اليد المختلف فيها قيد الأجير المشترك، إذا هلك بيده ما استوَجِر على عمله من غير تفريط فيه، ولا تعد عليه. ففيه قولان:

أحدهما: إنها يد ضامنة يلزمها ضمان ما هلك فيها كالمستعير.

والقول الثاني: إنها يد أمانة لا ضمان فيما هلك فيها كالمودع^١

والشافعي - رحمه الله تعالى - قال: "والأجراء كلهم سواء، فيكون على قولين، لأنه منفرد باليد فأشبهه الأجير المشترك، ومنهم من قال لا يجب عليه الضمان قولاً واحداً لأنه منفرد بالعمل فأشبهه إذا كان عمله في دار المستأجر فإن قلنا إنه أمين، فتعدى فيه، ثم تلف ضمنه بقيمته أكثر ما كانت من حين تعدي إلى أن تلف، لأنه ضمن بالتعدي، فصار كالغاصب"^٢.

الحنابلة: وورد عندهم في ضمان الأجير المشترك قولهم "والمشترك: الذي يقع العقد معه على عمل معين، كخياطة ثوب، وبناء حائط، وحمل شيء إلى مكان معين، أو على عمل في مدة لا يستحق جميع نفعه فيها، كالكمال، والطبيب، سمي مشتركاً لأنه يتقبل أعمالاً لاثنتين، وثلاثة، وأكثر في وقت واحد، ويعمل لهم، فيشتركون في منفعته، واستحقاقها، فسمي مشتركاً لاشتراكهم في منفعته. فالأجير المشترك هو الصانع الذي ذكره الخرقى، وهو ضامن لما جنت يده، فالحائك إذا أفسد حياكته ضامن لما أفسد.

^١الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، تحقيق: علي محمد معوض، ج٦، ص٥٠١.

^٢الشيرازي، أبو اسحق إبراهيم بن علي بن يوسف، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج٢، ص٢٦٧.

ونص أحمد على هذه المسألة، في رواية ابن منصور، والقصار ضامن لما يتخرق من دقه أو مده أو عصره أو بسطه، والطباخ ضامن لما أفسد من طبيخه، والخباز ضامن لما أفسد من خبزه، والحمال يضمن ما يسقط من حمله عن رأسه، أو تلف من عثرته، والجمال يضمن ما تلف بقوده، وسوقه، وانقطاع حبله الذي يشد به حمله، والملاح يضمن ما تلف من يده".^١

ويرى الباحث مما سبق، أنّ جمهور الصحابة، والفقهاء وافقوا على أنّ تضمين الأجير المشترك ضمانا للضرر المحتمل المترتب بين يديه على خلاف أصل المستقر، وذلك لعموم تقبله صنائع الناس المستأجرة بين يديه للعمل، ولو كان على ضرر محتمل، لأنهم لاحظوا فيه صفة تقبل الصنائع من العموم.

^١ ابن قدامه، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن احمد بن محمد، المغني، ج ٥، ص ٣٨٩.

الفصل الثاني

التطبيقات الفقهية والقانونية في إثبات المسؤولية أو انتفائها في الضرر المحتمل

المبحث الأول: نظرية الظروف الطارئة وعلاقتها بتطبيقات الضرر المحتمل.

المطلب الأول: نظرية الظروف الطارئة وصلتها بالمسؤولية المدنية المتعلقة بالضرر المحتمل
المطلب الثاني: نظرية الظروف الطارئة في نفي المسؤولية المدنية المتعلقة بالضرر المحتمل

المبحث الثاني: التطبيقات المعاصرة للضرر المحتمل في المسؤولية الجنائية.

المطلب الأول: ضمان الضرر الأدبي أو المعنوي وعلاقته بالضرر المحتمل
المطلب الثاني: الاتجاهات الفقهية والقانونية في الضرر الأدبي وعلاقته بالضرر المحتمل
المطلب الثالث: صور إثبات المسؤولية في الضرر المحتمل في الجانب الطبي

المبحث الأول: نظرية الظروف الطارئة وعلاقتها بتطبيقات الضرر المحتمل.

سيتم الحديث في هذا المبحث عن التطبيقات المعاصرة في الفقه، والقانون المدني في إثبات المسؤولية في الضرر المحتمل في الجانب المدني، من خلال نظرية الظروف الطارئة، فإنّ الذين أصّلوا لنظرية الظروف الطارئة أصّلوا لها على أنّها ظرف محتمل يطرأ على التعاقد من شأنه أن يخل بالالتزامات، وبالتالي الذي يخل بالالتزامات هو الضرر المحتمل، لذا سيتم الحديث في هذين المطلبين في نظرية الظروف الطارئة من حيث تأصيلها، وبيان علاقتها بالضرر المحتمل من جهة الإثبات، والنفي.

المطلب الأول: نظرية الظروف الطارئة وصلتها بالمسؤولية المدنية المتعلقة بالضرر المحتمل.

ويرى الباحث أنّ الشريعة الإسلامية تقوم على أساس العدل، ويظهر ذلك بصورة واضحة وجلية، من خلال تشريعاتها ورفع الحرج عن العباد والتيسير عليهم، وما نحن بصدد توضيح ذلك انطلاقاً من نظرية الظروف الطارئة، وذلك من خلال بيان وجه الشبه بينها وبين الضرر المحتمل، وذكر ما يثبت ذلك .

الفرع الأول: نظرية الظروف الطارئة.

معناها العام:

إنّ الفقهاء لم يعنوا بتعريف نظرية الظروف الطارئة، ذلك أنّهم كانوا يهتمون ببحث النظريات على جهة العموم، فيتناولون كل مسألة على حدا مستتبطين منها ما ورد^١.

^١ ينظر: الدريني، فتحي، النظريات الفقهية، ص ١٣٩.

ويقصد بالظروف الطارئة:

كل حادث غير متوقع يطرأ عند التعاقد ويكون عاماً، وينجم عنه إخلال بين في المنافع، ويتطلب تنفيذه إرهاباً شديداً، وخسارة تخرج عن المألوف^١.

ويمكن تعريفها في القانون المدني الحديث بأنها "حوادث استثنائية عامة، وقعت أثناء

تنفيذ العقد، غير متوقعة، تطرأ فجأة على الالتزام التعاقدية، ولا دخل لإرادة المتعاقد في حدوثها، ولا يملك دفعها عند وقوعها، تختل معه اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً، فيصير تنفيذه مرهقاً وفادحاً لأحد طرفيه"^٢. وقد عرفها بعض المعاصرين بأنها: "مجموعة القواعد، والأحكام التي تعالج الآثار الضارة اللاحقة بأحد العاقدين الناتجة عن تغيير الظروف التي تم بناء العقد في ظلها"^٣.

المعنى الإجمالي للنظرية هو: "أن المقصود بالظرف أو الحادث الطارئ هو كل حادث

عام، لاحق على تكوين العقد، وغير متوقع الحصول عند التعاقد، ينجم عنه اختلال بين في المنافع المتولدة عن عقد يتراخى تنفيذه إلى أجل أو آجال، ويصبح تنفيذ المدين لالتزامه كما أوجبه العقد يرهقه إرهاباً شديداً، يتهدهد بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف في خسائر التجار، وذلك كخروج سلعة تعهد المدين بتوريدها من التسعيرة وارتفاع سعرها ارتفاعاً فاحشاً غير مألوف ولا متوقع"^٤.

"وقد بين الزحيلي أن هذه النظرية تقوم على فكرة إنصاف المتعاقد المنكوب، الذي اختل

توازن عقده اقتصادياً بسبب ظرف طارئ، وتهدف من ذلك إلى تحقيق العدالة في العقود، ورفع

^١ ينظر: القباني، محمد رشيد، نظرية الظروف الطارئة، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد الثاني، السنة الثانية، ١٩٨٥م، ص ١٣١.

^٢ السنهوري، عبد الرزاق، مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، ج ٦، ص ٢٤.

^٣ منصور، محمد خالد، تغير قيمة النقود وتأثر ذلك بنظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي المقارن، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، المجلد (١)، العدد ١، ١٩٩٨، ص ١٥٣.

^٤ السنهوري، عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ١، ص ٦٣١.

الغبين منها، الأمر الذي يجيز للقاضي أن يتدخل ليوزع تبعه هذا الحادث على الأطراف المتعاقدة، وذلك برد التزامات العقد إلى الحد المعقول، والمألوف في مثل هذه الحالة^١.

الفرع الثاني: أركان نظرية الظروف الطارئة:

الركن الأول: العقد أو (الالتزام التعاقدية) :

ويشترط في تطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يكون الالتزام ناشئا عن عقد، سواء أكان هذا العقد من العقود ثنائية الطرف كعقود التوريد، أو الإجارة.

والعقد هنا ليس أي عقد تتحقق به النظرية، وإنما يشترط في العقد شروط ثلاثة هي:

١- "العقود المتراخي إتمامها عن وقت إبرام العقد، كعقود بيع الثمر القائم على الشجر، وبعد بدو صلاحه، فإنه يقطف بطونها متلاحقة على النضارة عادة، فيستمر في تنفيذ العقد، ولا يتعاصر مع وقت إبرامه"^٢.

والطارئ لا يكون إلا بعد إنجاز العقد، ونخرج من ذلك ما كان متوقعا، فالشرط في اعتبار الطارئ أن يكون خارجا عما كان متوقعا.

٢- "أن يكون ثمة حادثا قد طرأ بعد إتمام العقد لم يكن متوقعا ولا كان بالوسع توقعه، كما لا يمكن دفعه، وهذا في الأعم الأغلب من التطبيقات، ويشترط له:

أ- ألا يكون حدوثه بسبب أي من المتعاقدين وإلا كان مسئولا عن آثاره وحده.

ب- ألا يكون منه تقصير في دفعه والتحرز منه وإلا كان مقصرا.

ت- يستوي أن يكون الظرف عاما، أم خاصا لاحقا بشخص أي من المتعاقدين"^١.

^١الزحيلي، وهبه، نظرية الضرورة الشرعية دراسة مقارنة مع القانون الوضعي، ص ٢٩٧-٢٩٨.
^٢الدريبي، فتحي، النظريات الفقهية، جامعة دمشق، ص ١٤٩.

٣- أن يحدث ضرر زائد، أو فاحش غير معتاد نتيجة لهذا العذر الطارئ، لا نتيجة للإلتزام نفسه، وملازم حدوثه لتنفيذ موجب العقد، بحيث لا يمكن انفكاكه في الأعم الأغلب".^٢.

٤- "يستوي أن يكون الضرر مادياً أو اقتصادياً يخل بالتوازن بين الإلتزامات الناشئة عن العقد، أو أن يكون معنوياً بسبب الاعتبار"^٣.

الركن الثاني: الظرف الطارئ

يوجب هذا الركن وجود ظروف طارئة بعد إبرام العقد، وقبل تنفيذه تؤدي إلى اختلال الإلتزام التعاقدى وتوازنه، وليس كل ظرف، أو حادث يكون سبباً لتطبيق النظرية، بل يتعين في هذا الظرف، أو الحادث أن يتصف بأوصاف معينة، يمكن تقسيمها إلى :

- من حيث طبيعته ومنشؤه:

يشترط في الحادث الذي يطرأ على العقد فيما بين إبرامه وتنفيذه، والذي يترتب عليه جواز تعديل العقد، أو فسخه، الشروط التالية:

الشرط الأول:

أن يكون الظرف، أو الحادث استثنائياً والمقصود بالحادث الاستثنائي أن يكون غير مألوف، أي نادر الوقوع^٤.

^١ الدريني، فتحي، النظريات الفقهية، جامعة دمشق، ص ١٤٩.

^٢ المرجع السابق: ص ١٥٠.

^٣ المرجع السابق: ص ١٥٠.

^٤ ينظر: الدريني، النظريات الفقهية، ص ١٥٠.

الشرط الثاني:

أن يكون الحادث الاستثنائي عاما:

ويقصد من ذلك أن يشمل هذا العذر الطارئ أكبر قدر ممكن من الناس، أما إذا كان خاصا لفرد فلا تطبق عليه هذه النظرية لأنها خاصة به ولم تتعدى إلى العموم^١.

الشرط الثالث:

أن يكون الحادث غير متوقع ولا يمكن دفعه^٢:

ويرى الباحث أنه إذا كان المتعاقد قد توقع الحادث، أو العذر، أو الظرف، أو كان في وسعه توقعه، فليس له أن يطالب بتطبيق النظرية، كمن يتعاقد على توريد سلعة مستوردة من الخارج مع قيام نذر حرب تهدد بقطع المواصلات وارتفاع أسعار السلع المستوردة، أو فرض القيود عليها، فهذا لا يستطيع أن يطلب تعديل التزاماته إذا صارت مرهقة بقيام الحرب، إلا إذا كان قد اشترط ذلك لأن هذه الحرب كانت متوقعة عند إبرام العقد.

الفرع الثالث: الظرف الطارئ وعلاقته بالأضرار المحتملة.

إن مقتضى الظروف الطارئة هو حدوث أمر لم يكن في الحسبان ولم يستطع المتعاقد دفعه، وهذه الظروف الطارئة يكون لها أثر كبير في حدوث الخسائر، لذا كان لا بد من مشاركة المتضرر بنصيب من الخسائر حتى لا يعود على المرافق العامة، أو المجتمع بضرر، والهدف

^١ينظر: شليبيك، أحمد الصويغي، نظرية الظروف الطارئة: أركانها وشروطها، كلية الشريعة، جامعة الشارقة،
^٢ينظر: الأصبحي المدني، مالك بن أنس بن مالك، المدونة، ج ١١، ص ١٧٢.

الأساس من الاعتداد بهذه النظرية كما نلاحظ، هو تحقيق مصلحة العامة، فعدم التعويض لا يتفق ومصلحة العموم.

وأما الضرر المحتمل كما مر معنا فإنه من حيث تحمل المسؤولية هو ضرر بالتسبب، لأنه يفضي إلى غلبة الظن، ويكون إثباته بحالتي التعدي وهي عند الفقهاء مجاوزة الحد، أو التقصير، من خلال إثبات السببية بين الضرر والفعل، التي هي من أركان المسؤولية التقصيرية، التي يعالجها القانون الأردني تحت عنوان الفعل الضار، أو عدم الالتزام التي تدخل ضمن المسؤولية التقصيرية في حال الإخلال بالالتزام العقدي، ويكون الضرر المحتمل إما بالعامّة، أو بالأفراد، وقد يكون على جهة التأييد، أو الديمومة، أو العروض المؤقتة، وقد يكون في العقود وفي غير العقود كما مر معنا في الفصل التأصيلي.

ويرى الباحث عند النظر أنّ الذين أصلوا لفكرة نظرية الظروف الطارئة هم الذين أصلوا للأضرار المحتملة، فهما يتفقان من حيث أنّ أساس كل منهما التسبب، ويستندان إلى طبيعة الحق في الفقه الإسلامي، والهدف منهما التحوط لمصلحة العموم، وهي تكون فقط في العقود، والضرر المحتمل قد يكون في العقود وغيرها، وأنها حالة استثنائية لم يكن في الوسع توقعها، لذا تحوط لها الفقه والقانون من خلال تأصيلها كما ورد من خلال شروط معينة، تعيد التوازن، كما في الأضرار المحتملة، فإذا ما قورنت الظروف الطارئة بالضرر المحتمل من خلال ما مر معنا من أمثلة، فهي نوع من أنواع الأضرار المحتملة في العقود، ويكون أثرها من جهة العموم.

ومن تطبيقات الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي في إثبات المسؤولية المدنية المتعلقة بالضرر المحتمل ما يلي.

ويقسم العذر إلى قسمين:

١- متوقع:

وهو ما يطرأ على العقد، ويكون متوقع الحصول من قبل أطراف الدين (الدائن والمدين)، ويكونوا ناشئاً عن إرادة المتعاقدين، ويكونوا متوقع الحدوث مسبقاً، ومن تطبيقاته في العقود؛ ترك البناء أو القسارة^١.

٢- غير المتوقع:

وهو ما يطرأ على العقد، ولم يكن متوقع الحدوث من أطراف العقد، لأنه خارج عن إرادتهما، وذلك كحدوث ما يمنع من استيفاء العين المستأجرة، من مرض بالأجير يمنعه من الالتزام بالعقد^٢.

ومن العقود التي يدخلها مبدأ العذر في الظروف الطارئة:

أولاً: العقود اللازمة:

واللزوم فكرة أساسية لا يصح الاستغناء عنها، وإلا فقد العقد أهم خصائصه^٣، والعقود اللازمة لا تقبل الفسخ بمجملها على مبدأ العذر الطارئ، فبعضها يتفق معه، والآخر لا يتفق.

^١ الزيلعي، عثمان بن علي بن محجم، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، ج ٥، ص ١٣٤

^٢ السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل، المبسوط، ج ١٦، ص ٧.

^٣ ينظر: حماد، نزيه، معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء، ص ٦٩١.

وأشأن العقود اللازمة على النحو الآتي:

١- نوع لا يقبل الفسخ مطلقاً:

لأن طبيعته لا تقتضي غير ذلك، فهو لازم لكلا الطرفين؛ كالنكاح فإن الآثار تترتب عليه بعد تمامه، فإذا رغب بإنهائه فله ذلك بالطرق الشرعية، ومثاله الطلاق، ولا يجوز في هذا النوع من العقود اشتراط الخيار فيها، للقاعدة ما لا يثبت فيه الفسخ لا يثبت فيه الخيار^١.

٢- نوع يقبل الفسخ:

ومن أمثلتها عقود المعاوضات المالية؛ كعقد الإجارة والمساقاة، وهذه تقبل الآثار التي تترتب على العذر الطارئ^٢، وذلك لأمرين:

أ- أنها تقبل الفسخ بالخيار، أو باتفاق المتعاقدين.

ب- أنها من العقود التي تبنى على المعاوضة القائمة من تبادل العوضين، والفسخ يقوم شرعاً على فكرة المعاوضة المعتبرة^٣.

- ومن أمثلته فسخ الإجارة بالعذر في الفقه الإسلامي:

والمقصود بعقد الإجارة: "أنه عقد لازم لكلا المتعاقدين، المؤجر والمستأجر، يلتزم المؤجر بمقتضاه تسليم العين المستأجرة إلى المستأجر، ويلتزم المستأجر دفع الأجرة إلى انتهاء مدة الإجارة"^٤.
والضرر المقصود به "نقصان أحد المتعاقدين بدناً أو مالاً"^٥، وقد قيد الضرر بأن يكون زائداً عن مقتضى العقد.

^١ ينظر: الغنائيم، قذافي عزات عبد الهادي، العذر وأثره في عقود المعاوضات المالية، رسالة دكتوراة منشورة- الجامعة الأردنية، ص ١٠٠.

^٢ ينظر: الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، ج ٩، ص ٢٩٠.

^٣ ينظر: المرجع السابق: ج ٩، ص ٢٦٠.

^٤ أبو سرحان، أحمد شحنة، فسخ الإجارة بالعذر في الفقه الإسلامي وموقف القانون المدني الأردني، ص ١.

^٥ الحصكفي، محمد بن علي بن محمد الحصني، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ومعه الدر المنقى، تحقيق: خليل عمران المنصور، ج ٣، ص ٥٥٧.

والشروط المقيدة للانتفاع بالعين المستأجرة بناء على ورود الضرر المحتمل هي على

النحو الآتي:

١- "أن تكون العين المستأجرة معلومة والأجرة معلومة والمدة معلومة بيوم أو شهر أو سنة لأنه عقد

معاوضة كالبيع وإعلام المبيع والتمن شرط في البيع"^١.

٢- "القدرة على تسليمها فلا يجوز إيجار عبد آبق ولا دابة شاردة"^٢.

٣- "معرفة العين المؤجرة للعاقدين برؤية أو صفة كالمبيع لاختلاف الغرض باختلاف العين

وصفاتها.

٤- "قدرة المؤجر على تسليمها أي: العين المؤجرة (كمبيع) ; لأنها بيع منافع أشبهت بيع الأعيان

فلا تصح إجارة آبق ولا شارد ولا مغصوب ممن لا يقدر على أخذه كما لا يصح بيعه"^٣.

وللمالكية شروط خاصة:

"بأن يشترط تعجيلها في نفس العقد، وبتعجيلها من غير شرط؛ لأن تأخير التزام المستأجر

بالأجرة ثبت حقاً له، فيملك إبطاله بالتعجيل، كما لو كان عليه دين مؤجل فعجله، وباستيفاء

المعقود عليه وهو المنافع شيئاً فشيئاً، أو بالتمكين من الاستيفاء بتسليم العين المؤجرة إلى

المستأجر، وتسليم المفتاح أيضاً؛ لأن المستأجر يملك حينئذ المعوض، فيملك المؤجر العوض في

مقابلته تحقيقاً للمعاوضة المطلقة وتسوية بين العاقدين في حكم العقد"^٤.

وبناء على ما سبق فإن هذه الشروط ملزمة لطرفي العقد على المضي بها حال الانعقاد،

فإذا حصل عذر طرأ من جهة العاقد منعه من استيفاء المنفعة، وحيل بينه وبين المنفعة، فهل

يفسخ العقد للضرر المحتمل أو للعذر الطارئ، أو الغالب؟.

^١ السمرقندي، محمد بن أحمد بن أبي أحمد، تحفة الفقهاء، ج٢، ص٣٤٧.

^٢ الحصني، أبو بكر بن محمد بن عبد المؤمن بن حريز بن معلى، كفاية الأختار في حل غاية الاختصار، تحقيق: علي عبد الحميد بلطجي ومحمد وهبي سليمان، ج١، ص٢٩٥.

^٣ البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص٢٥٢.

^٤ الزحيلي، وهبه، الفقه الإسلامي وأدلته، ج٥، ص٣٨٣٩.

إنّ الفقهاء متفقون على أن العذر الذي يمنع من استيفاء المنفعة شرعا يكون موجبا لفسخ العقد^١، ووجه الاتفاق تعذر استيفاء المنفعة شرعا، واختلف الفقهاء في فسخ الإجارة بعذر، وفرقوا في ذلك بين العذر العام والخاص، وأما في العذر العام فالراجح فيه عند الفقهاء الفسخ^٢، وصورته كما في حال حصول فتنه منعت من سكنى المكان المستأجر.

وأما بالنسبة لفسخ الإجارة بالعذر الخاص، كما في المثال الذي ورد ذكره في بداية المطلب وهو إذا اضطر المستأجر إلى الرحيل عن البلد لعذر خاص، فقد اختلف فيه بين الفقهاء على قولين:

المذهب الأول: تفسخ الإجارة بالعذر الخاص بجامع عجز العاقد عن المضي في موجب العقد إلا بضر زائد لم يستحق بالعقد، وهو مذهب الحنفية^٣.

وقد جاء في بدائع الصنائع دليل مشروعية الفسخ وبيان ذلك :
"أن الحاجة تدعو إلى الفسخ عند العذر؛ لأنه لو لزم العقد عند تحقق العذر؛ للزم صاحب العذر ضرر لم يلتزمه بالعقد"^٤.

وأدلتهم:

١- "قياساً استأجر حدادا ليقلع ضرسه لوجع به فسكن الوجع أو استأجر طباحا ليطبخ له طعام الوليمة فاختلفت منه تفسخ الإجارة"^٥، لأنه في إلزامه يلحق به ضرر كبير لم ينص عليه حين كتابة العقد.

^١ابن الحاجب، عثمان بن عمر بن أبي بكر بن يونس، تحقيق: أبو عبد الرحمن الأخضر الأخضرى، ج١، ص٤٣٨/الهيتمي، احمد بن محمد بن علي بن حجر، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ج٦، ص١٢١/ابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن احمد بن محمد، المغني، ج٥، ص٣٣٦.

^٢ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز، رد المحتار على الدر المختار، ط٢، ج٦، ص٧٨/الغرناطي، محمد بن يوسف بن أبي قاسم بن يوسف، التاج والإكليل لمختصر خليل، ج٢، ص١١٥.

^٣المرغيناني، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل، الهداية في شرح بداية المبتدى، تحقيق: طلال يوسف، ج١، ص١٩٢.

^٤الكاساني، أبو بكر بن مسعود بن أحمد، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٤، ص١٩٧.

^٥المرغيناني، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل، الهداية في شرح بداية المبتدى، ج١، ص١٩٣.

٢- "إنكار الفسخ عند تحقق العذر خروج عن العقل والشرع؛ لأنه يقتضي أن من اشتكى ضرسه فاستأجر رجلاً ليقطعه فسكن الوجع يجبر على القلع ومن وقعت في يده أكلة فاستأجر رجلاً ليقطعها فسكن الوجع ثم برئت يده يجبر على القطع وهذا قبيح عقلاً وشرعاً".^١

المذهب الثاني: لا تفسخ الإجارة بالعذر الخاص، وهذا مذهب المالكية^٢، والشافعية^٣، والحنابلة^٤.

وأدلتهم:

١- قول الله تعالى: " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ"^٥.

وجه الدلالة: "أوفوا بالعهود التي عاهدتموها ربكم، والعقود التي عاقدتموها إياه، وأوجبتم بها على أنفسكم حقوقاً، وألزمتم أنفسكم بها لله فروضاً"^٦، فيجب الوفاء به، وعدم فسخه بالعذر^٧.

٢- ولأن الإجارة عقد لازم، فلا يجوز فسخه بغير عذر، أو عذر قياساً على البيع^٨.

-الراجع:

وعند قراءتنا للخلاف الفقهي السابق، وعرض الأدلة فإن الراجح منها المذهب الأول،

ويؤيدهم في ذلك القواعد الفقهية التي جاءت تدعم دفع الضرر عن الإنسان ومنها:

- "المشقة تجلب التيسير"^٩، فإنّ هناك مشقة كبيرة من إلزام الشخص بالعين المؤجرة، مع وجود

العذر الذي يعجز معهم عن الاستمرار، فتطلب ذلك التيسير من أجل رفع المشقة.

^١ الكاساني، أبو بكر بن مسعود بن أحمد، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج ٤، ص ١٩٧.

^٢ الأصبحي المدني، مالك بن أنس بن مالك، المدونة، ج ٣، ص ٤٥٣.

^٣ الشيرازي، أبو اسحق إبراهيم بن علي بن يوسف، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج ٢، ص ٢٦١.

^٤ الكلوزاني، محفوظ بن أحمد بن الحسن، الهداية على مذهب الإمام أحمد، ج ١، ص ٢٩٤.

^٥ سورة المائدة: الآية (١).

^٦ الطبري، محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب، جامع البيان في تأويل القرآن، ج ٩، ص ٤٤٧.

^٧ ينظر: الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، ج ١٤، ص ٣٤٠.

^٨ ينظر: المرجع السابق: ج ٧، ص ٣٩٣.

^٩ الزحيلي، محمد مصطفى، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، ج ١، ص ٥٤.

ويتبين من قراءتنا للمسألة السابقة، أنّ الضابط للعدر الذي يفسخ به العقد، هو عجز العاقد عن المضي في العقد لضرر لا يوجد بالعقد فإذا لم يتحقق هذا الضابط لم يكن هناك فسخ، وبناء على ذلك فإنّ الضرر المحتمل المتمثل بالعدر الطارئ يعدّ مثبتاً للمسؤولية في فسخ العقد، وموجباً لذلك.

ونجد أن الفقهاء فرقوا في فسخ العقد في الظروف الطارئة بين العذر العام والخاص، فنجدهم في العذر الذي يعود على العموم بالمشقة يحتاطوا له بالفسخ، كما في الأضرار المحتملة، ولأنّ قضية سريان هذه الحالة عارضة في الناس، راجعة إلى مقصود الشارع، فلما كان مفضي إلى العموم كان منهيًا عنه، ولما صار الضرر المحتمل عارضا مؤقت لمعين دخل في مقصود الشارع، ألغى الشارع العروض من الضرر المحتمل فيه فأباحه، وبالتالي الشارع يثبت المحتمل من الأضرار إذا حقق مقصوده.

الرأي القانوني في تأصيل إثبات المسؤولية المتعلقة بالضرر المحتمل من خلال نظرية الظروف الطارئة.

جاء في المادة (٢٠٥) من القانون المدني أنه "إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها إن تنفيذ الالتزام التعاقدية وان لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن ترد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إن اقتضت العدالة ذلك، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"، ويتبين من هذا النص أن الإرهاق يختص بذات العقد لا بذات المتعاقد.

ويجوز للمستأجر فسخ العقد في الحالات الآتية كما ورد في المادة (٦٩٩) من القانون المدني:

١- "إذا استلزم تنفيذه إلحاق ضرر بين بالنفس أو المال له أو لمن يتبعه في الانتفاع بالمأجور. ٢-
إذا حدث ما يمنع تنفيذ العقد"^١.

وجاء في المادة (٧١٠) من القانون المدني الأردني ما يلي:

١- "يجوز لأحد المتعاقدين لعذر طارئ يتعلق به أن يطلب فسخ عقد الإيجار، وحينئذ يضمن ما
ينشأ عن هذا الفسخ من ضرر للمتعاقد الآخر في الحدود التي يقرها العرف .

٢- إذا كان المؤجر هو الذي يطلب إنهاء العقد فلا يجبر المستأجر على رد المأجور حتى يستوفي
التعويض، أو يحصل على تأمين كاف"^٢.

ويلاحظ هنا أنّ القانون أجاز فسخ الإجارة بالعذر الخاص المتمثل بالظرف الطارئ، وهو

بهذا قد أخذ بمذهب الحنفية، ونلاحظ أنّ القانون أجاز فسخ الإجارة بالعذر الخاص للمستأجر،
والمؤجر.

^١ المادة ٦٩٩ من القانون المدني الأردني.
^٢ المادة ٧١٠ من القانون المدني الأردني.

المطلب الثاني: نظرية الظروف الطارئة في نفي المسؤولية المدنية المتعلقة بالضرر

المحتمل.

وسيتم الحديث في هذا المطلب عن نفي المسؤولية المدنية المتعلقة بالضرر المحتمل من خلال وضع الجوائح في الفقه الإسلامي.

وصورته: وضع الجوائح في الفقه الإسلامي.

المقصود بوضع الجوائح^١: أن من اشترى ثمرة دون أصلها بعد بدو صلاحها، وخلى البائع بينه وبين قطفها، لكنّه أبقاها إلى أن يكمل نضجها، فهلكت كلها أو بعضها قبل ذلك، بما لا يستطاع دفعه كمطر أو ريح أو برد، فيجب على البائع أن يضع عن المشتري من الثمن بمقدار ما تلف بالجائحة.

وللفقهاء المتقدمين في وضع الجوائح مذهبان:

المذهب الأول: عدم وضع الجوائح، فما يهلك، يهلك على المشتري، وهو مذهب الحنفية والشافعية^٢.

وقد احتج الذين قالوا بعدم وضع الجوائح: بأن القبض قد حصل بالتخلية، فتعلق الضمان

به، قالوا: والدليل على أن التخلية قبضٌ جواز التصرف.

المذهب الثاني: وضع الجوائح، فما يهلك يهلك على البائع، وهو مذهب المالكية والحنابلة^٣.

أدلة المذهب الثاني:

^١ينظر: الشوكاني، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله، نيل الاوطار، ج٥، ص١٩٠.
^٢ينظر: لمنبجي، جمال الدين أبو محمد علي بن أبي يحيى زكريا ابن مسعود، ج٢، ص٥١٣-٥١٤// الشربيني، شمس الدين محمد بن احمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج٢، ص٥٠١.
^٣ابن قدامه، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن احمد بن محمد، المغني، جامعة القاهرة، ج٤، ص٧٧// ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد، الكافي في فقه أهل المدينة، ج٢، ص٦٨٦.

- عن أبي الزبير، أنه سمع جابر بن عبد الله، يقول: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لو بعت من أخيك ثمرا، فأصابته جائحة، فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئا، بم تأخذ مال أخيك بغير حق؟"^١.

- وقالوا أيضا: إنَّ القبض لم يكمل ولم يتم، فتعلق الضمان بالبائع حتى يتم القبض، ولا يتم القبض إلا ببلوغ الثمرة كمال الصلاح إذ العرف يقضي بتبقيتها إلى هذا الحين والدليل على أن القبض لم يتم: أن على البائع حق توفية بتعهد الثمار حتى يكمل صالحها، حتى إذا هلكت بعطش كانت من ضمانه باتفاق، ولا يلزم من إباحة التصرف تمام القبض بدليل المنافع في الإجارة فالتخلية وجواز التصرف في العين المستأجرة حاصل مع أن ضمان استمرار المنفعة على المؤجر.

- يقول النووي: "واحتج القائلون بوضعها بقوله أمر بوضع الجوائح بقوله صلى الله عليه وسلم فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئا ولأنها معنى الباقية في يد البائع، من حيث إنه يلزم بسقيها، فكأنها تلفت في يده قبل القبض فكانت من ضمان البائع"^٢.

ووجه تخريج نظرية الظروف الطارئة على التطبيق المذكور: أن الجائحة حدث طارئ

وقع بعد العقد قبل تنفيذه، يسوغ الخروج عن بنود العقد التي تقتضي تمامه بقبض كل طرف لما امتلكه، إلى فسخ العقد في القدر التالف من الثمار ورد الثمن المقبوض المقابل لها، رفعا للضرر.

^١النيسابوري، مسلم بن الحجاج أبو الحسن، صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ج٣، ص١١٩٠، حديث رقم ١٥٥٤.

^٢النووي، أبو زكريا محي الدين بن شرف، المنهاج شرح صحيح مسلم، ج١٠، ص٢١٧.

نقد التخريج على وضع الجوائح عند المالكية والحابلية^١:

بما أن نظرية الظروف الطارئة استثناء من مبدأ القوة الملزمة للعقد، فإنّ التخريج على مسألة وضع الجوائح لا يعد تخريجا صحيحاً، لأنّ وضع الجوائح عند القائلين به، وهم المالكية والحابلية، ليس استثناءً من مبدأ القوة الملزمة للعقد، وبيان ذلك:

إنّ عامة الفقهاء المتقدمين متفقون على أنّ هلاك المبيع قبل القبض بسبب سماوي، يُفسخ به البيع، ويكون الهلاك من ضمان البائع، وأن هلاكه بعد القبض يكون من ضمان المشتري، وإنما هم متنازعون في تحقيق مناط القبض في مسألة وضع الجوائح.

فالذين أخذوا بوضع الجوائح، يقولون: إن القبض لم يتحقق أصلاً، وبالتالي يكون الهلاك على البائع والذين لم يأخذوا بوضع الجوائح، يقولون: إن القبض قد تحقق، والهلاك حدث بعد القبض، وبالتالي يكون الهلاك على المشتري.

'فبالخلاف في تحقيق المناط، لا في المناط نفسه، ذلك أن الثمار غير المقطوفة عند البيع، تحتاج إلى تبقية على أصولها كي يكتمل نضجها، فهل تبقيتها على أصولها التزام على البائع سابق على التسليم ولا بد منه لتمام تسليم المبيع، كما لو كان المبيع يحتاج إلى وزن أو تغليف، أم هو من الأعمال اللاحقة لتمام التسليم، والتي تقع على عاتق المشتري؟

ومما ذكره القائلون بوضع الجوائح في الفرق بين الثمار وغيرها من المبيعات، أنّ الثمر بقي فيها حق توفية من السقي واستحقاق البقاء إلى اليبس، فلم يحصل فيها القبض^٢.

^١الدباغ، أيمن، منهج الفقهاء المعاصرين في تناول الظروف الطارئة، ص ١٦٨٤-١٦٨٧.
^٢القرافي، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن ادريس بن عبد الرحمن، الذخيرة، ج ٥، ص ٢١٤.

وأكثر الذين يقولون بوضع الجوائح: يقولون إن الجائحة لا توضع بعد طيب الثمر ومضي وقت كاف لقطفه، لأن التسليم يحصل بذلك، ولو لم يتم قطفها فعلاً والمصيبة بعد التسليم من المشتري.

وكما يبدو للباحث أن المالكية والحنابلة لم يتكلموا عن الجوائح في عدا الثمار، ولو كان مذهبهم قام على أساس الاستثناء في وضع الجوائح، انطلاقاً من القوة الملزمة للعقد لعمموا العمل بها في كل أمر غير الثمار، وفي كل العقود سوى البيع، ولو كانت الجوائح من الظروف الطارئة لكان العدل فيها أن يتم توزيع الهلاك على جميع الأطراف بالتساوي، والحاصل أن الهلاك في الجائحة يتحملها البائع وحده، فلا يجوز تخريج نظرية الجوائح على الظروف الطارئة، لأن الفرق بينهما جوهرى فوضع الجوائح عند القانونيين يسمى القوة القاهرة، وليس له علاقة بالظروف الطارئة، ولا من أي وجه على النحو الآتي:

١- أن القوة القاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً بخلاف الظروف الطارئة التي تجعل تنفيذ العقد مرهقاً لا مستحيلاً.

٢- الجزاء في القوة القاهرة فسخ العقد تلقائياً، أما في الظروف الطارئة فقد يكون الجزاء التعديل في الالتزام.

فتخريج الجوائح على الظروف الطارئة يعد تخريجا غير دقيق؛ ذلك أن أساس نظرية الطوارئ أنها استثناء من مبدأ القوة الملزمة للعقد، ووضع الجوائح موافق لقاعدة القوة الملزمة للعقد لا مخالف لها.

مقارنة الفقه الإسلامي في نفي الجوائح على أنها ظروف طارئة:
وعند مقارنة القانون المدني مع الفقه الإسلامي يتبين لنا الفوارق بين الظروف الطارئة والقوة القاهرة، كما أسلفنا عند الحديث عن العلاقة بينهما، فقد جاء في القانون المدني أيضا نكر

الفوارق في نفي الظرف الطارئ عن القوة القاهرة كالجائحة، ومنه أنه: "في العقود الملزمة للجانبين إذا طرأت قوة القاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً انقضى معه الالتزام المقابل له وانفسخ العقد من تلقاء نفسه فإذا كانت الاستحالة جزئية انقضى ما يقابل الجزء المستحيل ومثل الاستحالة الجزئية الاستحالة الوقتية في العقود المستمرة وفي كليهما يجوز للدائن فسخ العقد بشرط علم المدين"^١، وورد أيضاً في القانون المدني؛ أنه: "إذا اثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كآفة سماوية أو حادث فجائي أو قوة القاهرة أو فعل الغير أو فعل المتضرر كان غير ملزم بالضمان ما لم يقض القانون أو الاتفاق بغير ذلك"^٢.

ومن التطبيقات على ذلك قرار محكمة التمييز رقم ١٩٧٥/٣١:

"إن ادعاء المستأنف بأنه لم يتمكن من تقديم الاستئناف خلال الميعاد بسبب مرضه هو ادعاء غير مقبول، لأنّ هذه الحالة لا تشكل قوة القاهرة بالمعنى القانوني".

ف نجد أنّ القانون نفى اعتبار القوة القاهرة ظرفاً طارئاً، لأنّ حضوره يعد مرهقاً له وليس

أمراً مستحيلاً، فكان الأصل في نظر القانون حضوره.

^١ المادة ٢٤٧ من القانون المدني الأردني.
^٢ المادة ٢٦١ من القانون المدني الأردني.

المبحث الثاني: التطبيقات المعاصرة للضرر المحتمل في المسؤولية الجنائية.

وسيمت التفصيل في هذا المبحث ذكر التطبيقات الخاصة بالضرر المحتمل من حيث الإثبات والنفي؛ وذلك من جهة الجانب الجنائي في مطلبين، وذلك من خلال المقارنة بين الفقه والقانون.

المطلب الأول: ضمان الضرر الأدبي أو المعنوي وعلاقته بالضرر المحتمل.

- مفهوم الضرر الأدبي أو المعنوي.

"وهو أذى يلحق الإنسان في كرامته أو عرضه أو شرفه، ويكون إما بالقول كالسب أو الشتم أو القذف أو بالفعل كالإحراق والضرب، أم بالفعل السلبي كالامتناع عن إنقاذ غريق، وهذا يستحق التعويض المالي، والشريعة الإسلامية حفظت الإنسان في كرامته وبدنه وشعوره، لذا ذهب جمهور الفقهاء بعدم الضمان بهذا الجانب"^١.

ويذكر الدكتور السنهوري "أن الضرر الأدبي قد يصيب الجسم فيما يلحق به من ألم أو يحدث فيه من تشويه، وقد يصيب الشرف والاعتبار والعرض، وقد يصيب العاطفة والحنان والشعور"^٢.

وقد عرفه الدكتور سليمان مرقس على أنه: "كل مساس بحق أو بمصلحة مشروعة يسبب لصاحب الحق أو المصلحة أذى في مركزه الاجتماعي أو في عاطفته أو شعوره ولو لم يسبب له خسارة مالية"^٣.

وأورد القانون المدني الأردني في المادة (١/٢٦٧) "بشمول الضمان الضرر الأدبي، حيث نصت المادة المذكورة على أنه: "يتناول حق الضمان الضرر الأدبي كذلك، فكل تعدٍ على الغير

^١ انظر: الخفيف، علي، الضمان في الفقه الإسلامي، ص ٢١٣.

^٢ السنهوري، عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني - نظرية الالتزام - الجزء الأول، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص ٥٥٩.

^٣ مرقس، سليمان، المسؤولية المدنية، دروس لقسم الدكتوراه بجامعة بغداد، ص ١٤٠.

في حريته أو في عرضه أو في شرفه أو في سمعته أو في مركزه الاجتماعي أو في اعتباره المالي يجعل المعتدي مسئولاً عن الضمان".

المطلب الثاني: الاتجاهات الفقهية والقانونية في الضرر الأدبي وعلاقته بالضرر المحتمل.

الفرع الأول:الاتجاهات الفقهية في الضرر الأدبي.

فإذا رمى إنسان غيره بالأذى من القول أو الفعل، سواء بالسب، أو إصاق التهم، أو بوصفه بما يستقبح من الصفات الذميمة، فهل يستحق العقوبة أم الغرامة.

وقد أجمع الفقهاء على أنّ من رمى غيره بأذى من قول أو فعل، فإنه يستحق التعزير،

وورد ذلك في أقوالهم على النحو الآتي:

فقد جاء عند الحنفية: "وأما قدر التعزير فإنه إن وجب بجناية ليس من جنسها ما يوجب الحد، كما إذا قال لغيره: يا فاسق، يا خبيث، يا سارق، ونحو ذلك؛ فالإمام فيه بالخيار إن شاء عزره بالضرب، وإن شاء بالحبس"^١.

وجاء عند المالكية: "لو قال لجماعة أحدكم زان، أو ابن زانية فلا حد، ولو قاموا كلهم لعدم تعيين المعرفة وهذا إذا كثرت الجماعة كأن زادوا على ثلاثة، ولو قال له: يا ابن الخبيثة، حلف أنه ما أراد قذفاً، فإن لم يحلف سجن حتى يحلف، فإن طال سجنه نكل، والنكال على قدر ما يراه الإمام"^٢.

وجاء عند الشافعية: فهو لا يرى الحد في التعريض من الشتائم^٣.

وجاء عند الحنابلة: "أو الجناية على إنسان بما لا يوجب حدا ولا قصاصا ولا دية، أو شتمه بما ليس بقذف، ونحو ذلك يسمى تعزيراً؛ لأنه منع من الجناية"^٤.

^١ الكاساني، أبو بكر بن مسعود بن أحمد، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٧، ص٦٤.

^٢ الدسوقي، محمد بن احمد بن عرفه، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج٤، ص٣٣٠// القيرواني، خلف بن أبي القاسم محمد، التهذيب في اختصار المدونة، ج٤، ص٤٨٦.

^٣ ينظر: النووي، أبو زكريا محيي الدين بن شرف، المجموع شرح المذهب، تكملة السبكي ولمطيعي، ج٢٠، ص٦٠.

^٤ ابن قدامه، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن احمد بن محمد، المغني، جامعة القاهرة، ج٩، ص١٧٦.

وبذلك نلاحظ أن الضرر الأدبي عند الفقهاء لا يوجب حداً لأنه لا يمكن إثباته إلا عن

طريق الاحتمال وبالتالي يسقط لعدم تفرده.

ويرى جمهور الفقهاء " أن الواجب في هذا النوع من الضرر تأديب الجاني فحسب" ^١، وقال

أبو يوسف من الحنفية عليه أرش الألم ^٢، وذهب ابن عرفة من المالكية أن في الجرح الذي ليس فيه أرش مقدر أجره الطيب ^٣.

وبذلك يتبين لنا أن الضرر الأدبي الأصل فيه عند الفقهاء أنه غير محسوس وهو أمر

احتمالي لا يوجب التعويض، " أن الضرر المعنوي ليس فيه خسارة مالية، وهو شيء غير محسوس، وغير ممكن تحديده وتقديره، ولا يترك آثاراً ظاهرة في الجسم، والتعويض في الفقه الإسلامي لا يكون إلا عن ضرر مالي واقع فعلاً، أو ما في حكمه؛ كتنقص في جزء من أجزاء الجسم البشري، أو تشويه في خلقته، فالتعويض المالي إذا شرع لمقابلة مال ضائع على المضرور، أو بدلاً عن القصاص إذا تعذر إجراؤه؛ لكون الضرر وقع خطأ، أو عُفي المجني عليه أو وليه، أو لأسباب أخرى؛ فلأن الضرر في هذه الحالة تسبب في فقد شيء محسوس، وغالباً ما يتبع الضرر الجسمي خسارة مالية، وأن الضرر المعنوي لا يجبره التعويض المالي؛ ولذلك وضعت له الشريعة الإسلامية ما يناسبه من الحد والتأديب، وهذا تعويض كاف، يزيل آثار الضرر، و يشفي غيظ المتضرر، ويزيل العار عنه، ويعيد له اعتباره" ^٤.

^١ ابن قدامه، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن احمد بن محمد، المغني، جامعة القاهرة، ج٩، ص١٧٨// الشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس، الأم، ج٦، ص٨٣.

^٢ ينظر: ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز، رد المحتار على الدر المختار، ج٦، ص٥٦٢.

^٣ ينظر: الصاوي، أبو العباس أحمد بن محمد الخلوئي، بلغة السالك لأقرب المسالك، دار المعارف، ج٤، ص٣٨١.

^٤ بوساق، محمد بن المدني، التعويض عن الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي، <http://ijtihadnet.net>

الفرع الثاني: علاقة القانون بالضرر الأدبي.

ويتبين لنا عند مقارنة الفقه مع القانون المدني، نجد تعارضا بينهما فيما يتعلق بالضرر المحتمل في الجانب الأدبي من حيث الإثبات، أو النفي، فالفقه الإسلامي فرق في الضرر الأدبي بين الجانب النفسي والجانب المالي، فالقانون وقع في مطب هنا؛ لأنّ الضرر الأدبي ضرر محتمل، لعلاقته بالضمان وهو متعلق بمعين خاص، والأصل إطراره لا إعماله، لا يقال يعاقب الساب بالتعزير، لأنّ السباب اعتداء على شخص المتضرر.

والضرر الأدبي في القانون" هو الذي لا يتصل بأي ضرر مادي، كالمساس بالشرف والشعور نتيجة السب والشتم والقذف، أو الضرر الذي يلحق بفتاة نتيجة خدش في سمعتها أو شرفها، أو الضرر الذي يلحق الوالدين في عاطفتيهما نتيجة فقدان ولدهما، أو الآلام التي تلحق الزوجة لفقدان زوجها، أو التي تلحق الابن لفقد أحد والديه، وكذلك الضرر الذي لحق أحد الأشخاص نتيجة مقالة تتضمن قدحا أو ذما أو تحقيرا له فجميع هذه الأضرار تلحق المتضرر في شعوره وعاطفته وسمعته فتسبب له أضرارا أدبية محضة غير مصحوبة بأي ضرر مادي".^١

وقد قضت محكمة التمييز الأردنية أنه " لا تتوقف إقامة دعوى التعويض والضمان على الصحيفة بسبب نشرها مقالا يتضمن القذف والذم والتحقير بالمدعي على إقامة الدعوى الجزائية لإثبات إدانة الفاعل بالذم والتحقير، لأن المادة (١٨٨) من قانون العقوبات فقرة (١) عرفت الذم بأنه إسناد مادة معينة إلى شخص ولو في معرض الشك والاستفهام، من شأنها أن تنال من شرفه وكرامته أو تعرضه إلى بغض الناس واحتقارهم سواء أكانت تلك المادة جريمة تستلزم العقاب أم لا، وبالتالي فليس من الضروري أن تكون مادة الذم المسندة إلى شخص تشكل جريمة يعاقب عليها القانون وعليه فإن إقامة الدعوى الجزائية وإدانة الفاعل ليس ضروريا لإقامة الدعوى المدنية، وكذلك

^١ سلطان، أنور، مصادر الالتزام، ص ٣٣١.

القدح الذي يستفاد من تعريفه الوارد في المادة (١٨٨) من قانون العقوبات فقرة (٢) بأن القدح هو الاعتداء على كرامة الغير أو شرفه أو اعتباره، ولو في معرض الشك والاستفهام، من دون بيان مادة معينة^١.

وورد بناء على ما سبق في قرار محكمة التمييز الأردنية رقم ٨٩/٩٨٦ من مجلة نقابة المحامين الأردنيين لسنة ١٩٩١ "أن محكمة الاستئناف ومن تقدير الخبرة بأن ما نشرته الصحيفة المدعى عليها يشكل ذماً وقدحا بحق المدعي، واعتداء على كرامته وشرفه واعتباره الشخصي بدون حق فيكون إلزامها بمبلغ التعويض الذي قدره الخبير متفقاً والقانون"

بالرجوع إلى نصوص القانون المدني نجد إن المادة ٢٦٧ بفقرتيها ١ و ٢ تنص على مايلي:

١- يتناول حق الضمان الضرر الأدبي كذلك، فكل تعد على الغير في حريته أو في عرضه أو في شرفه أو في سمعته أو في مركزه الاجتماعي أو في اعتباره المالي يجعل المتعدي معتدي.
٢- ويجوز إن يقضي بالضمان للأزواج وللأقربين من الأسرة عما يصيبهم من ضرر أدبي بسبب موت المصاب.

وجعل القانون المدني الأردني حق إقرار التعويض للمحكمة فقد ورد في المادة ٢٦٨ من القانون المدني الأردني ما يلي:

"إذا لم يتيسر للمحكمة أن تعين مدى الضمان تعييناً نهائياً فلها أن تحتفظ للمتضرر بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير"^٢.

^١ المادة (١٨٨) من قانون العقوبات الأردني وتعديلاته رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠م.

^٢ المادة (٢٦٨) من القانون المدني الأردني.

وورد في المادة ٢٦٩ من القانون المدني الأردني

"١- يصح أن يكون الضمان مقسطا كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا ويجوز في هاتين الحالتين إلزام

المدين بان يقدم تأمينا تقدره المحكمة

٢-- ويقدر الضمان بالنقد على انه يجوز للمحكمة تبعا للظروف وبناء على طلب المضرور ان

تأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه أو إن تحكم بأداء أمر معين متصل بالفعل الضار وذلك

على سبيل التضمين"^١.

"كما أن نص المادة ٢٦٧ فقرة ١ من القانون المدني جاءت بصيغة لا تسمح بالقول

بأنها حددت صور الضرر الأدبي على سبيل الحصر، فقد جاءت صيغتها كالتالي يتناول حق

الضمان الضرر الأدبي كذلك. فكل تعد... سيما أن حرف الغاء في كلمة "فكل" جاءت للتوضيح

والبيان ولا يمكن أن تكون جاءت للحصر، وحين يقوم الشك في مدى حصر النص لحالات

الضمان فإن علينا الرجوع إلى نص المادة (٢٥٦) من القانون المدني التي جاءت بصيغة العموم

والإطلاق في حكم التعويض لجميع صور الضمان بما في ذلك جميع صور الضرر الأدبي، طالما

أن العبرة لتحققكم الضمان، هي في تحقق الضرر أيا كان نوعه وصورته، فالآلام النفسية شأنها

شأن أي ضرر آخر ذي طبيعة أدبية، من المتصور أن تتوافر فيه شرائط قابلية الضرر للضمان،

فهو ضرر محقق الوقوع وليس مجرد ضرر احتمالي، ويتبين من خلال هذه المقارنة بين الفقه

والقانون ، معارضة القانون للفقه الإسلامي فالقانون يرى أن الضرر المعنوي محقق الوقوع

وليس احتماليا.

كما وورد في قرار تمييز رقم(١٩٩٠) آخر لها قولها، "أن المقصود بالضرر الأدبي

حسب مفهوم القانون هو الضرر الناتج عن التعدي على الغير في حريته أو في عرضه أو في

^١ المادة (٢٦٩) من القانون المدني الأردني.

شرفه أو في سمعته، أو في مركزه الاجتماعي أو في اعتباره المالي حسب أحكام المادة ٢٦٧ من القانون المدني، وبناء على ذلك فإن مطالبة المدعي بالتعويض عن الضرر المعنوي بناء على ما عاناه من الآلام النفسية التي عانى منها نتيجة مشاهدته اصغر أبنائه فاقد الوعي من جراء حادث الصدم الذي تعرض له، هو خروج على مفهوم الضرر الأدبي لان مشاعر الآلام من الجروح لتدخل في اعتبار الضرر الأدبي الذي يتناوله حق الضمان"

وكما ورد في قرار تمييز رقم(٢٠٠٢) من القانون المدني"إن مسؤولية الضمان عن الفعل الضار تشمل الضررين المادي والمعنوي، كما استقر اجتهاد محكمة التمييز في العديد من قراراتها على أن شركة التأمين تعتبر ضامنة للضرر الأدبي، ولو لم يكن منصوصا عليه في عقد التأمين، وأن هذا الضرر يشمل المعاناة من الآلام النفسية التي لحقت بالمصاب، ولما كانت محكمة الموضوع قد ألزمت الممينة بما لحق المضرور من ضرر أدبي؛ فيكون قرارها موافق للأصول والقانون مما يتعين معه رد هذا السبب".

المطلب الثالث: صور إثبات المسؤولية في الضرر المحتمل في الجانب الطبي.

تكلمنا في المطلب الأول عن انتفاء الضرر المحتمل في الفقه ومقارنته بالقانون، وما نحن بصدده في هذا المطلب الحديث عن إثبات الضرر المحتمل من خلال الجانب الطبي ومقارنته بالقانون؛ إن إثبات المسؤولية أو انتفائها في الأخطاء الطبية لا بد فيه من ثبوت عناصر المسؤولية، والأخطاء الطبية عند القانونيين تقسم إلى " قسمين^١ :

١- الأخطاء العادية: تلك الأخطاء التي لا يتصل معيار تقديرها بالأصول الفنية للمهنة الطبية بل يتعلق تقديرها بحسب الشخص العادي ذي الحيطة والحرص، فوقوع الطبيب بخطأ لا يقع به شخص عادي يتصف بالحرص والحيطة يعد هذا خطأ طبيا عاديا.

ومن أمثلته: إجراء الطبيب عملية جراحية بناء على نتائج مخبرية لا تختص بمن أجريت له العملية الجراحية تسرعاً أو غفلة.

٢- الأخطاء الطبية الفنية: هي تلك الأخطاء التي يرتكبها المعالج، والتي يخرج بها عن الأصول والقواعد المتعارف عليها في مهنة الطب؛ سواء كانت نظرية أم عملية.

ومن أمثلته: إجراء عملية جراحية قبل استكمال الفحوصات والتحاليل اللازمة للتحقق من سلامة المريض، أو صرف دواء خطأ لا يناسب حالة المريض أو عمره مما يؤدي إلى حدوث مضاعفات ضرورية".

^١ ينظر: ضمرة، عبد الجليل زهير، الخطأ الطبي مفهومه ومعايير ومسؤولية مرتكبه، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، الكويت، العدد ١٠١، ص ٢٩٤.

الفرع الأول: التكيف الفقهي لإثبات المسؤولية في الخطأ الطبي.

تتوقف ثبوت المسؤولية على الطبيب من انتقائها على مخالفته أصول الإجراءات العلاجية المعتمدة بين الأطباء وقد نبه الفقهاء على ذلك.

فالحنفية اشتروا عدم مخالفة أصول الإجراءات الطبية وذلك من خلال عدم التعدي بمجازة الموضع المعتاد لقولهم "الضمان ينتفي بعدم مجازة المعتاد"^١.

والمالكية نبهوا لذلك من خلال أنه يتعين على الطبيب أن يكون من أهل المعرفة والاختصاص^٢.

والشافعية قرروا مثل ذلك في معيار ثبوت المسؤولية من عدمها بقولهم "فإن كان فعل ما يفعل مثله مما فيه الصلاح للمفعول به عند أهل العلم بتلك الصناعة فلا ضمان عليه وإن كان فعل ما لا يفعل مثله من أراد الصلاح وكان عالما به فهو ضامن"^٣.

ويمثل ابن مفلح من الحنابلة صورة لقلة تحرز الطبيب لمخالفته الإجراءات المتبعة من أمثاله من الأطباء "إن فعل به في شدة حر أو برد، أو مرض يخاف من مثله الموت من الختان فحكمه كالحاد في ذلك يضمن"^٤.

^١ ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، ج٨، ص٣٣.

^٢ ينظر: الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفه، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج٤، ص٣٥٥.

^٣ الشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس، الأم، ج٦، ص١٨٥.

^٤ الراميني، محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، الفروع ومعه تصحيح الفروع، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، ج١، ص١٥٧.

فإذا ما خرج الطبيب عن أصول الإجراءات الطبية في المعالجة كان معتديا، والاعتداء من أركان الضمان بالتسبب الذي يعد الضرر المحتمل صورة عنه.

والأساس الفقهي المثبت لمسؤولية الطبيب عن الخطأ الطبي الخروج عن الأصول والإجراءات الطبية المقررة والمعتمدة، ذلك أن تعريض المريض للخطر، هي غير واردة في مفهوم الخطأ الطبي بل إنها خارجة عن هذا المفهوم، وهي مسؤولية جنائية^١.

فقد ورد عند الحنفية أن ارتكاب الطبيب ما يجافي في فعله الالتزامات التعاقدية مما يفضي إلى حصول أذى فاحش، فإنه يعد مرتكبا لجناية على أساس المسؤولية التقصيرية لقولهم"وقد أتى به فلا يضمن إلا أن يخالف لمجاوزة الحد أو يفعل بغير أمره فيكون ضامنا حينئذ".

وبناء على ما سبق في الحديث من كلام الفقهاء يتقرر لنا أن الطبيب يضمن حال ارتكابه ما يفضي إلى حدوث ضرر بالمريض، وفي حال ارتكابه خطأ لا يبرر بالتعدي فإنهم ينفون عنه المسؤولية التقصيرية لقولهم"ولم يتعد المأمور ما أمره به فلا عقل ولا مأخوذية إن حسنت نيته إن شاء الله تعالى وذلك أن الطبيب والحجام إنما فعلاه للصلاح"^٢.

ولعل وصف صنيع الطبيب بالمشروعية يعتمد على مدى التزامه بحدود العقد مع المريض، ويوصف فعله بعدم المشروعية عند مخالفته أصول العقد، لذا وصف صنيعه بالمشروعية من عدمها تابع للعقد، وهو ما يميل إليه الحنفية^٣.

ونستنتج مما سبق أن الفقهاء يقرون الضرر المحتمل في صنيعه الطبي إذا كان صادرا عن تعدي أو إهمال أو خطأ وخالف في ذلك أصول الإجراءات المتبعة طبيا.

^١ ينظر: ضمرة، عبد الجليل زهير، الخطأ الطبي مفهومه ومعايير ومسؤولية مرتكبه، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، الكويت، العدد ١٠١، ١٤٣٦هـ-٢٠١٥م، ص ٢٩٣.

^٢ الشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس، الأم، ج ٦، ص ١٩٠ // البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٢٦٩.

^٣ ينظر: ضمرة، عبد الجليل زهير، الخطأ الطبي مفهومه ومعايير ومسؤولية مرتكبه، ص ٣١٨.

الفرع الثاني: علاقة القانون بالخطأ الطبي.

وعند مقارنة القانون مع الفقه في مجال الخطأ الطبي، نجد أن القانون يتوافق مع الفقه في إثبات المسؤولية فيما يتعلق بالضرر المحتمل في ذلك؛ وذلك من خلال قراءة المواد القانونية في القانون المدني الأردني.

وسأبين طرق إثبات ذلك في القانون من خلال الآتي:

أولاً- عناصر الخطأ الطبي في القانون المدني:

أشار القانون الأردني إلى الإهمال وعدم الاحتراز في المادة ٣٤٣ من قانون العقوبات الأردني رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠ وأضاف إليها عدم مراعاة القوانين والأنظمة من هذه العناصر:

١- الإهمال.

ومن التطبيقات القضائية للإهمال، قرار محكمة التمييز الأردنية (٥/٦/٢٠٠٠ تاريخ ٦٢٢٦/٢٠٠٦) فإن محكمة التمييز الأردنية قضت بالمسؤولية المدنية للطبيب، اعتماداً على الإهمال وعدم الانتباه؛ وذلك لعدم أخذ الطبيب بعين الاعتبار، المرض الذي كانت تعاني منه الضحية من قبل، وأمر بإعطاء دواء غير لائق في مثل هذه الحالة، مما يجعل إهماله خطأ طبيًا موجباً للمسؤولية.

٢- عدم الإحتراز.

"وهي توقعه للأخطار التي قد تترتب على عمله ومُضيه فيه دون أن يتخذ الوسائل الوقائية بالقدر اللازم لدرء هذه الأخطار"^١، وقد قضت محكمة التمييز الأردنية قرار رقم (٢٤٦/٢٠٠٠ تاريخ ٢٠٠٠/٥/٤ م) بأن: "المميز وهو أخصائي قد أخطأ بقيامه بإجراء الجراحة في العينين معا وفي وقت واحد مع عدم الحاجة أو الإسراع في إجراء الجراحة، وفي كل الظروف والملابسات

^١ الشورة، فيصل، أبو مغلي، مهندس، المسؤولية المدنية عن الخطأ الطبي في القانون المدني الأردني، مجلة علوم الشريعة والقانون، المجلد ٤٤، العدد ٤، ملحق ٣، ٢٠١٧، ص ٣٢٦.

المشار إليها في التقارير الفنية دون اتخاذ الإحتياطات التامة الكافية لتأمين نتائجها والتزام الحيطة الواجبة التي تتناسب وطبيعة الأسلوب الذي اختاره، فعرض المريض بذلك إلى حدوث مضاعفات سيئة في العينين معا وفي وقت واحد، الأمر الذي انتهى بالمريض إلى فقدان بصره بصفة كلية، فإن هذا القدر الثابت من الخطأ يكفي وحدة لتحميل مسؤولية المميز جنائيا ومدنيا ذلك أنه من المقرر أن إباحة عمل الطبيب مشروطة بأن يكون ما يجريه مطابقا للأصول العلمية المقررة، فإذا فرط في إتباع هذه الأصول أو خالفها حقت عليه المسؤولية الجنائية والمدنية بحسب تعمد الفاعل وإن كان نتيجته أو تقصيره وعدم تحرزه في أداء عمله وإذا كان يكفي للعقاب على جريمة الإصابة الخطأ أن تتوافر صورة واحدة من صور الخطأ التي أوردتها المادة (٣٤٣) من قانون العقوبات، فإن الطعن على الحكم بالخطأ في تطبيق القانون في هذا الخصوص يكون في غير محله"، وهذه الصورة حسب علم الباحث لم تذكر نصا في قانون العقوبات.

٣- عدم مراعاة القوانين والأنظمة

وجاء الفصل الثاني من قانون الصحة العامة الأردني تحت عنوان "ممارسة المهن الطبية والصحية"، وجاء بالمادة (٥) فقرة (ب) بأنه: "لا يجوز لأي شخص القيام بأعمال الدعاية والإعلان أو ممارسة أي من المهن الطبية أو الصحية ما لم يحصل على ترخيص لذلك من الوزير وفقا للقوانين والأنظمة الموضوعة لهذه الغاية".

وتنص المادة (٩) بأنه: "كل من مارس مهنة طبية أو صحية دون ترخيص يعتبر مخالفا لأحكام هذا القانون، ويعاقب بالعقوبات المقررة بمقتضى أحكامه وللوزير أو من يفوضه إغلاق المحل الذي تمت ممارسة العمل فيه لحين صدور قرار قطعي من المحكمة بهذا الشأن".^٢

^١ المادة ٥ من قانون الصحة العامة الأردني.
^٢ المادة ٩ من قانون الصحة العامة الأردني.

ثانياً- الأساس القانوني للخطأ الطبي في القانون المدني.

١- الخطأ الطبي التقصيري: " هو الإخلال بالتزام قانوني يتمثل في الالتزام بعدم الإضرار بالغير

فهو الخطأ المعتبر ركناً من أركان المسؤولية المدنية التقصيرية للطبيب"^١.

٢- الخطأ الطبي العقدي

وبناء على قانون المسؤولية الطبية والصحية رقم ٢٥ لسنة ٢٠١٨ فإن تعريف الخطأ الطبي هو"

أي فعل أو ترك أو إهمال يرتكبه مقدم الخدمة ولا يتفق مع القواعد المهنية السائدة ضمن بيئة العمل

المتاحة وينجم عنه ضرر".

والخطأ الطبي العقدي: "هو الخطأ المنشئ للمسؤولية المدنية العقدية للطبيب، وقد تبين أن الطبيب

عندما يتدخل في العمل الطبي دون وجود اتفاق مسبق بينه وبين المريض، فإن المسؤولية المدنية

لخطأ الطبيب هنا تكون مسؤولية تقصيرية لغياب الرابطة العقدية في هذه الحالة"^٢.

ثالثاً- صور الخطأ الطبي.

١- ومنه الخطأ في التشخيص، وقد قضت محكمة التمييز الأردنية بأن: "الخطأ في التشخيص

أدى إلى خطأ في المعالجة وحدثت العاهة الدائمة للطفلة، وبالنتيجة يلزم المستشفى وصاحبه

بالتعويض عن الضرر الذي لحق بالطفلة"^٣.

٢- الخطأ في وصف العلاج: قد نصت المادة (١٣/ب) من الدستور الطبي الأردني بأنه: "على

الطبيب في مجال الرعاية الطبية الخاصة مراعاة التقاليد التالية: ب- حرية الطبيب فيما يصفه مع

^١ الشورة، فيصل، ابو مغلي، مهند، المسؤولية المدنية عن الخطأ الطبي في القانون المدني الأردني، مجلة علوم الشريعة والقانون، المجلد ٤٤، العدد ٤، ملحق ٣، ص ٣٢٨.

^٢ المرجع السابق: ص ٣٢٩.

^٣ قرار محكمة التمييز الأردنية رقم ١٢٤٦ / ٩٠ تاريخ ١٢/٥/١٩٩١.

مراعاة ظروف المريض المادية"^١، والخطأ حينئذ يكون في حق الطبيب ملزماً ما لم يراعي حالة المريض.

ويتبين لنا من خلال ما سبق ومن خلال قراءة المادة ٢٥٧ من القانون المدني التي تنص على أنه:
١- "يكون الإضرار بالمباشرة أو التسبب.

٢- فإن كان بالمباشرة لزم الضمان ولا شرط له وإذا وقع بالتسبب فيشترط التعدي أو التعمد أو أن يكون الفعل مفضياً إلى الضرر"^٢.

والضرر المحتمل الأصل فيه كما مر معنا أنه ضرر بالتسبب، الذي من أركانه التعدي أو

الإهمال أو الخطأ أو الإفضاء إلى ضرر.

^١ المادة ١٣ فقرة (ب) من الدستور الطبي الأردني
^٢ المادة ٢٥٧ من القانون المدني الأردني.

الخاتمة

بفضل الله تعالى وتوفيقه أن منّ علي بإتمام هذا البحث الذي توصلت فيه إلى النتائج

والتوصيات الآتية:

- النتائج:

١- الضرر المحتمل هو نوع من الضمان بالتسبب، وأصل حدوثه وتحققه أو بلوغه درجة الغلبة من التحقق، يكون إما بالتعدي ومن صورته الخطأ أو الإهمال أو التقصير، أو باستعمال الحق بطريق غير مشروع بقصد الإضرار بالغير.

٢- الضرر المحتمل إذا اقترن باعتداء صار ضرراً بالتسبب، فيصبح حينئذ محققاً.

٣- الضرر المحتمل يفرق في وروده بين أن يكون وروده على الفرد المعين، وبين حالة وروده على العامة، ذلك أنّ في حالة وروده على الفرد المعين يتعين التمييز بين كونه وارداً بصفة التأييد أو التآقيت.

٤- إذا كان الضرر المحتمل لاحقاً بالعامة فيحتاج له الشارع حيطة، أقوم مما تعلق بالمعين فيدرؤه درء الغالب من الأضرار صيانة لعامة المكلفين.

٥- الضرر المحتمل في المؤقت يجريه الشارع مجرى الدائم، إذا كانت العبادة المشروعة فيها صيغة العروض بالتآقيت، فالمؤقت العائد على المؤقت يأخذ معنى الديمومة.

٦- أن الضرر المحتمل الأصل فيه الإلغاء ما لم يكن العارض منه قد ورد على مجموع أو معين من الأفراد، فإن ورد على فرد معين فإنه يلغى تحقيقاً للمقصود من باب التيسير، وإذا ما ورد على عموم فإنه يلغى صيانة للعموم منه.

٧- أنّ الفقهاء قد ذكروا صراحة التفريق بين الضرر المحتمل الذي يرجع على العموم بالمحقق منه، وبين العارض المؤقت من الضرر المحتمل الذي يظهر فيه التيسير والإباحة لعدم إلحاق مظنة المشقة في الفرد، فدلّ ذلك على إباحتهم للعارض المؤقت من الضرر المحتمل الوارد على الفرد المعين تحقياً للمقصود، بخلاف ما لو رجع على العموم.

٨- الضرر المحتمل قد يكون عارضا مؤقت لمعين يدخل في مقصود الشارع، فيلغي الشارع العروض من الضرر المحتمل فيه فيبيحه، وبالتالي الشارع يلغي المحتمل من الأضرار إذا حقق مقصوده.

٩- أن الشارع حرم الضرر المحتمل الذي يلحق بالعموم، لكن الشارع يبيحه إذا التحق بالمكلفين ضرر مؤبد أصله ليس محتملاً، فيلغي ما حرمه لأجل الضرر المحتمل ويسميه عموم البلوى.

١٠- إن الذين أصلوا لنظرية الظروف الطارئة أصلوا لها على أنها ظرف محتمل يطرأ على التعاقد من شأنه أن يخل بالالتزامات.

١١- الضرر المحتمل والظروف الطارئة يتفقان من حيث أن أساس كل منهما التسبب، ويستندان إلى طبيعة الحق في الفقه الإسلامي، والهدف منهما التحوط لمصلحة العموم، وهي تكون فقط في العقود، والضرر المحتمل قد يكون في العقود وغيرها.

١٢- أن الجوائح ليست من الظروف الطارئة لأنه لو كانت كذلك لكان العدل فيها أن يتم توزيع الهلاك على جميع الأطراف بالتساوي، والحاصل أنّ الهلاك في الجائحة يتحملها البائع وحده، فلا يجوز تخريج نظرية الجوائح على الظروف الطارئة، لأنّ الفرق بينهما جوهرى فوضع الجوائح عند القانونيين يسمى القوة القاهرة، وليس له علاقة بالظروف الطارئة.

١٣- أن الضرر الأدبي الأصل فيه عند الفقهاء أنه غير محسوس وهو أمر احتمالي لا يوجب التعويض.

١٤- يتبين لنا عند مقارنة الفقه مع القانون المدني، نجد تعارضاً بينهما فيما يتعلق بالضرر المحتمل في الجانب الأدبي من حيث الإثبات أو النفي.

١٥- وعند مقارنة القانون مع الفقه في مجال الخطأ الطبي، نجد أن القانون يتوافق مع الفقه في إثبات المسؤولية فيما يتعلق بالضرر المحتمل في ذلك؛ وذلك من خلال قراءة المواد القانونية في القانون المدني الأردني.

- التوصيات:

١- اختيار موضوعات معاصرة ذات أثر بالبناء القانوني، فأكثر المعاصرين ينسجون على ما بناه القانون كمسلمين له.

٢- ينبغي على طلبة الفقه الإسلامي أن يعيد نسج النظريات الفقهية لبناء الفروق في التقعيد والتأصيل بين الأصول الشرعية والأصول القانونية.

٣- التقلل من طرح الموضوعات المكررة وقليلة النتائج في الواقع العملي على الصعيد الفقهي والقانوني.

٤- إعادة تأصيل نظرية المسؤولية على الفعل الضار بطريقة أكثر اتصالاً بالتأصيل الشرعي والفقه مع التقلل بالاعتماد على الاتجاه القانوني.

المصادر والمراجع:

- ١- البغدادي، غياث الدين أبو محمد بن غانم بن محمد، مجمع الضمانات، دار الكتب الإسلامي، ط١، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م.
- ٢- البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح، شرح منتهى الإرادات، عالم الكتب، ط١، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م.
- ٣- الترمذي، محمد بن عيسى بن سورة بن موسى بن الضحاك، سنن الترمذي، تحقيق أحمد شاکر ومحمد فؤاد عبد الباقي، مطبعة ومكتبة الياس الحلبي، مصر، ط٢، ١٣٩٥هـ - ١٩٧٥م.
- ٤- ابن تيمية، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم، الفتاوى الكبرى، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٧م.
- ٥- الثعلبي، أبو محمد بن عبد الوهاب بن علي بن نصر، المعونة على مذهب عالم المدينة، تحقيق حميت عبد الحق، المكتبة التجارية، مكة المكرمة.
- ٦- الجرجاني، علي بن محمد بن علي الزين، التعريفات، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.
- ٧- الجزيري، عبد الرحمن بن محمد بن عوض، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ط٢، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.
- ٨- ابن الحاجب، عثمان بن عمر بن أبي بكر بن يونس، جامع الأمهات، اليمامة للطباعة والنشر، ط٢، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م.
- ٩- الحصني، أبو بكر بن محمد بن عبد المؤمن بن حريز بن معلى، كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، تحقيق: علي عبد الحميد بلطجي ومحمد وهبي سليمان، دار الخير، دمشق، ط١، ١٩٩٤م.
- ١٠- الحصني، محمد بن علي بن محمد، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر، ومعه الدرر المنتقى، تحقيق: خليل عمران المنصور، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م.

- ١١- الخطاب، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، ط٣، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.
- ١٢- ابن حنبل، أبو عبد الله أحمد بن محمد بن هلال الشيباني، مسند الأمام أحمد بن حنبل، تحقيق: أحمد محمد شاكر، دار الحديث، القاهرة، ط١، ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م.
- ١٣- الخفيف، علي، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر، بيروت، ٢٠٠٠م.
- ١٤- الدارقطني، أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد، سنن الدارقطني، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرون، ط١، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م.
- ١٥- الدارمي، أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمن بن الفضل، سنن الدارمي، تحقيق: حسين سليم أسد الدارمي، دار المغني للنشر والتوزيع، السعودية، ط١، ١٤١٢هـ - ٢٠٠٠م.
- ١٦- الدريني، فتحي، التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط٤، ١٣٨٧هـ - ١٩٩٨م.
- ١٧- الدريني، فتحي، النظريات الفقهية، جامعة دمشق، ط٢، ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م.
- ١٨- الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، بيروت.
- ١٩- الدوسري، مسلم بن محمد بن حامد، عموم البلوى، مكتبة الرشيد، السعودية، ط١، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م.
- ٢٠- الرافعي، عبد الكريم بن محمد، العزيز شرح الوجيز، تحقيق: علي معوض وعادل عبد الموجود، ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م.
- ٢١- الدباغ، أيمن، منهج الفقهاء المعاصرين في تناول الظروف الطارئة، كلية الشريعة، فلسطين، ٢٠١٣.
- ٢٢- ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث، القاهرة، د.ط، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.

- ٢٣- الزبيدي، عثمان بن المكي التوزري، توضيح الأحكام شرح تحفة الحكام، المطبعة التونسية، ط١، ١٣٩٩هـ.
- ٢٤- الزحيلي، محمد مصطفى، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، دار الفكر، دمشق، ط١، ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م.
- ٢٥- الزحيلي، وهبه، نظرية الضمان، دار الفكر، دمشق، ط٩، ١٤٣٣هـ - ٢٠١٢م.
- ٢٦- الزرقا، أحمد بن الشيخ محمد، شرح القواعد الفقهية، دار القلم، دمشق، ط٢، ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م.
- ٢٧- الزيلعي، عثمان بن علي بن محجن البارعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، المطبعة الكبرى الأميرية، القاهرة، ط١، ١٣١٣هـ.
- ٢٨- أبو داود، سليمان بن الأشعث، سنن أبي داود، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، لبنان.
- ٢٩- السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، د. ط، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م.
- ٣٠- أبو سرحان، أحمد شحدة، و علي عبد الله أبو يحيى، فسخ الإجارة بالعدر وموقف القانون المدني الأردني، مجلة علوم الشريعة والقانون، المجلد ٤٠، العدد ١، ٢٠١٣م.
- ٣١- سلطان، أنور، الموجز في مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٦م.
- ٣٢- سلطان العلماء، أبو محمد عز الدين بن عبد العزيز بن عبد السلام، الأحكام في مصالح الأنام، دار الكتب العلمية، بيروت.
- ٣٣- السمرقندي، علاء الدين، تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٤م.
- ٣٤- السنهوري، عبد الرزاق، مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، دار الفكر، بيروت.
- ٣٥- السنهوري، عبدالرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، بيروت، دار أحياء التراث.

- ٣٦- الشاطبي، إبراهيم بن موسى بن محمد الاعتصام، تحقيق: سليم بن عيد الهلالي، دار أبان عفان، السعودية، ط١، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.
- ٣٧- الشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس، الأم، دار المعرفة، بيروت، د. ط، ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م.
- ٣٨- الشربيني، شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.
- ٣٩- شليبيك، أحمد الصويغي، نظرية الظروف الطارئة: أركانها وشروطها، كلية الشريعة، جامعة الشارقة، دراسات وبحوث.
- ٤٠- الشورة، فيصل أبو مغلي مهند، المسؤولية المدنية عن الخطأ الطبي في القانون المدني الأردني، مجلة علوم الشريعة والقانون، المجلد ٤٤، العدد ٤، ملحق ٣، ٢٠١٧م.
- ٤١- الشوكاني، محمد بن علي بن محمد، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، دار أبان حزم، ط١، د. ت.
- ٤٢- الشوكاني، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله، نيل الأوطار، تحقيق: عصام الدين الصبايطي، دار الحديث، مصر، ط١، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م.
- ٤٣- الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف، المهذب في فقه الإمام الشافعي، تحقيق: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٦هـ - ١٩٥٥م.
- ٤٤- الصاوي، أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي، بلغة السالك لأقرب المسالك، دار المعارف.
- ٤٥- ابن الصلاح، عثمان بن عبد الحمن، شرح مشكل الوسيط، تحقيق: عبد المنعم خليفة، دار كنوز اشبيليا، ط١، ١٤٢٢هـ - ٢٠١١م.
- ٤٦- ضمرة، عبد الجليل زهير، الحكم الشرعي بين الثبات والصلاحية، رسالة دكتوراه، الجامعة الأردنية، ١٩٩٩م.
- ٤٧- الطبري، محمد بن جرير بن يزيد بن كثير، تاريخ الطبري، دار التراث، بيروت، ط٢، ١٣٨٧هـ.

- ٤٨- الطبري، محمد بن جرير بن يزيد بن كثير، جامع البيان في تأويل القرآن، تحقيق: أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م.
- ٥٠- ابن عابدين، علاء الدين محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز، رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، ط٢، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.
- ٥١- ابن عساكر، أبو القاسم علي بن الحسن، تاريخ دمشق، تحقيق: عمرو بن غرامة العمروي، دار الفكر، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م.
- ٥٢- العمراني، يحيى بن أبي الخير بن سالم، البيان في مذهب الإمام الشافعي، تحقيق: قاسم محمد النوري، دار المنهاج، جدة، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م.
- ٥٣- الغزالي، أبو حامد، الوجيز في فقه الأمام الشافعي، دار الأرقم بن أبي الأرقم، تحقيق: علي معوض وعادل عبد الموجود، ط١، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.
- ٥٤- ابن فارس، أحمد بن فارس بن زكريا القزويني، مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام هارون، دار الفكر، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م.
- ٥٥- الفيروز ابادي، مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ٢٠٠٥م.
- ٥٦- فيض الله، محمد فوزي، نظرية الضمان، مكتبة التراث الإسلامي، الكويت، ط١، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.
- ٥٧- القرافي، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس، الذخيرة، تحقيق: محمد حجي وسعيد أعراب، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط١، ١٩٩٤م.
- ٥٨- القرطبي، أبو عبد الله بن أحمد بن أبي بكر، الجامع لأحكام القرآن (تفسير القرطبي)، تحقيق: أحمد البردوني، دار الكتب المصرية، القاهرة، ط٢، ١٣٨٤هـ - ١٩٦٤م.
- ٥٩- قليوبي، أحمد سلامة وآخرون، حاشيتنا قليوبي وعميرة، دار الفكر، بيروت، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م.

٦٠- مالك، أنس بن مالك، موطأ الأمام مالك، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٥م.

٦١- الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب، الحاوي الكبير في فقه مذهب الأمام الشافعي، تحقيق: علي محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م.

٦٢- المازري، أبو عبد الله محمد بن علي بن عمر، شرح التلغين، تحقيق: محمد المختار السلامي، دار الغرب الإسلامي، ط١، ٢٠٠٨م.

٦٣- ابن ماجه، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن أبن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، د. ط، د. ت.

٦٤- النووي، أبو زكريا محيي الدين بن شرف، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، ط٣، ١٤١٢هـ - ١٩٩١م.

٦٥- النفراوي، أحمد بن غانم، الفواكه الدواني على رسالة أبن أبي زيد القيرواني، دار الفكر، د. ط، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م.

٦٦- الهيثمي، أحمد بن محمد بن علي بن حجر، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، المكتبة التجارية، مصر، ١٣٥٧هـ - ١٩٨٣م.

فهرس الآيات

رقم الآية	اسم السورة	الآية	رقم التسلسل
٢١٤	البقرة	مَسَّتْهُمُ الْبَأْسَاءُ وَالضَّرَاءُ	١
١٩٣	البقرة	فَلَا عُدُونَ إِلَّا عَلَى الظَّالِمِينَ	٢
١٩٤	البقرة	فَمَنْ أَعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ يَمِثِلِ مَا أَعْتَدَى عَلَيْكُمْ	٣
١٩٩-١٩٨	البقرة	فَإِذَا أَفْضَيْتُمْ مَنْ عَرَفْتُمْ فَادْكُرُوا اللَّهَ	٤
١٤٠	النساء	فَلَا تَقْعُدُوا مَعَهُمْ حَتَّى يَخُوضُوا فِي حَدِيثٍ غَيْرِهِ	٥
٩٥	النساء	غَيْرُ أُولِي الضَّرَرِ	٦
١	المائدة	يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْ هُمُ الْغَافِقُونَ	٧
٢	المائدة	وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ	٨
١٧	الأنعام	وَلَنْ يَمَسَّ سَكَّ اللَّهِ يَضْرِبُ فَلَا كَاشِفَ لَهُ إِلَّا هُوَ	٩
١٠٨	الأنعام	وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ	١٠
٤١	الأنفال	وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ	١١
٤٩-٤٣	يوسف	وَقَالَ الْمَلِكُ إِنِّي أَرَى سَبْعَ بَقَرَاتٍ	١٢
٧١	الكهف	فَأَنْطَلَقَا حَتَّى إِذَا رَكِبَا فِي السَّفِينَةِ خَرَقَهَا قَالَ أَخَرَقْتَهَا	١٣
٧٨	الحج	وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ	١٤
٢٣	النور	إِنَّ الَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ الْغَافِلَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ لُعْنَةُ الدُّنْيَا	١٥
٣١	النور	وَلَا يَضْرِبَنَّ بِأَرْجُلِهِنَّ لِيُعْلَمَ مَا يُخْفِينَ مِنْ زِينَتِهِنَّ	١٦
٢٤	ص	وَلَنْ كَثِيرًا مِنَ الظَّالِمِينَ لِيَتَّبِعِي بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ	١٧
١٢	الحجرات	يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِمَّن ظَنَّ أَنْ بَعْضُ الظَّنِّ إِنَّهُ	١٨
٩	الجمعة	يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ	١٩
٥	العلق	عَلَّمَ الْإِنْسَانَ مَا لَمْ يَعْلَمَ	٢٠

Abstract

Ababneh, Mohammed Hameed, Potential Damage, Rooting and Effects Legal Jurisprudence Study, Master Thesis, Yarmouk University, ٢٠١٩, under the supervision of Professor Abduljaleel Zuheir Dhamra.

The damage in the Islamic Sharia is prohibited by law and it should entail the penalty if it is realized. If the damage is stated in the form of the probability, it should be cancelled. In this study, therefore; I dealt with the idea of the consequences of the damage requiring the civil and criminal liability through my study of the potential damage that is not realized. The study aimed to extrapolate the jurisprudential and legal trends by using the inductive method.

This study has reached significant results. The potential damage has been determined, in terms of rooting and implications, by the provisions of the Islamic Shariah and the jurisprudence of the Companions, and the jurisprudential trends, whether on the level of proof and negation and that it occurs to public or individuals and in the form of permanence or temporary. In the second stage, that the potential damage was intended indirectly or unintended, is associated with the predominance until it is certain, and it is proved in cases of infringement, which is determined by the jurists as a violation of the bounds, or default, by proving the causality between the damage and the act. The third stage is the applications of jurisprudence on the occurrence of potential damage, whether proof and negation with detail and stating the sayings of jurists. The researcher has concluded that the contingencies have been rooted in Islamic Shariah as potential damage.