

الضرر بين أحكام الضمان في الفقه الإسلامي وأحكام المسؤولية التقصيرية في القانون الوضعي

الدكتور
محمود محمد عبد النبي

الضرر بين أحكام الضمان في الفقه الإسلامي وأحكام المسؤولية التقصيرية في القانون الوضعي

قال الله تعالى

+ لَنْ يَضُرُّكُمْ إِلَّا أَدَىٰ وَإِنْ يُقَاتِلُوكُمْ يُؤَلُّوكُمْ الْأَدْبَارَ ثُمَّ لَا
يُنصَرُونَ "

(آل عمران - الآية 111)

مقدمة:

الحمد لله رب العالمين حمداً ينبغى لجلال وجهه وعظيم سلطانه ،
والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء والمرسلين سيدنا محمد وعلى آله
وصحبه أجمعين .

وبعد ...

تحتل المعاملات المالية بين أفراد المجتمع الواحد أو بينه وبين
غيره من المجتمعات أهمية قصوى وموقفاً لا يباريه أى مجال آخر من
مجالات النشاط الإجماعى ، وتزداد تلك الأهمية يوماً بعد يوم كما تقدم
المجتمع وازدادت من ثم لروابطه بين أفرادهم وهم بصدد تدبير إحتياجاتهم
المعيشية ، وذلك إنطلاقاً من مفهوم واقعى للتكامل يمكن من خلاله لأفراد
أى مجتمع الوفاء بكامل تلك الإحتياجات .

وقارنت تلك الأهمية للمعاملات المالية فى المجتمعات البشرية
إهتماماً موازياً من المعنيين بصياغة القواعد الواجب إتباعها لضبط إيقاع
حركة تلك المعاملات المالية فى إطار من التوازن بين الحقوق والواجبات
بين أطراف تلك المعاملات .

وتتعدد الصياغات الفنية للعديد من الأنظمة القانونية الوضعية
تعدداً تعزى أسبابه فى إختلاف المصادر التاريخية لتلك الأنظمة التى
إستعنت منها أحكامها ، وكذلك فى الظروف السياسية والإقتصادية
والإجتماعية التى تعد بمثابة الموجه لتلك الأنظمة نحو تبنى إتجاه بعينه فى
مجال تلك المعاملات .

وعلى خلاف تلك الأنظمة القانونية يمكن أن نلمح بحق إتجاهاً
فريداً ونسقاً مختلفاً للمعالجة التنظيمية لقواعد المعاملات المالية سواء من
حيث المصادر التى تستند إليها ذلك الإتجاه فى وضع قواعده ، أم فى
خلال الصياغة الفنية لتلك القواعد وهو ما تجده فى ما إصطلح على
تسميته " الفقه الإسلامى " .

ولعل من الأهمي ة التعرف على ملامح ذلك الفقه فى أحد أهم
الموضوعات المتعلقة بالمعاملات المالية وهى " الضمان " ، وذلك فى
مقابلة مع ما يطلق عليه فى الفقه الوضعى " المسؤولية " من خلال ركن
الضرر فيهما بوصفه نقطة البدء فى إثارة تطبيق أياً من قواعد الضمان
فى الفقه الإسلامى، أو قواعد المسؤولية فى القانون الوضعى وذلك من
خلال دراسة موجزة تهدف إلى التعرف على موقع ركن الضرر من البناء

● مجلة الشريعة والقانون ● العدد الواحد والثلاثون المجلد الأول (2016-1437) ●

التنظيمى لكليهما من خلال مقابلة بين قواعدهما وأحكامهما للوصول إلى أوجه الإتفاق والخلاف بما من شأنه إستخلاص ثمرة عملية لتلك المقابلة ، يمكن من خلالها الوصول إلى نظام أمثل للتطبيق على أحكام الضمان والمسئولية فى ظل المعاملات المالية المعاصرة.

والله سبحانه وتعالى هو الموفق وهو الهادى إلى سواء السبيل .

المؤلف

الضرر بين أحكام الضمان في الفقه الإسلامي وأحكام المسؤولية التقصيرية في القانون الوضعي

تمهيد

على الرغم من أهمية المعاملات المالية بين المجتمعات البشرية وأفرادها بهدف الوصول إلى تكامل يهدف إلى تلبية إحتياجاتهم ، إلا أن ذلك التكامل المنشود لا يُقابلة بذات القدر تكاملاً مثالياً في تنفيذ كافة إلتزاماته المالية المترتبة على تلك المعاملات من خلال ما يُبرم بينهم من عقود .

وعلى الوجه الآخر فإن الإلتزامات المالية بين الأفراد لا تترتب فحسب على مجرد العقود التي تُبرم بينهم ، وإنما تُنشأ في جانب منها من أعمال ضارة تترتب في الفقه الإسلامي تحت ما يُسمى " ضمان الفعل " ، وتترتب في القانون الوضعي تحت مسمى " العمل الضار " أو " العمل غير المشروع " ، إذ أن ما يترتب كلاً الأمران من ضرر يعد بذاته منشأ لقواعد التعويض وسبباً لوجوب جبره ، وهو أمر ذات أهمية بالغة لإعادة التوازن المنشود في العلاقة بين الأطراف وبعضهم .

ولعل ذلك هو ما حدا ببعض علماء الفقه الإسلامي إلى تقرير أن معرفة مسائل الضمانات من أهم الأمور لوقوع أكثر المنازعات فيها وعقد الخصومات بسببها أمام القضاء والإفتاء ، وأن معرفتها أمر وجوبى على كل مسلم ليحترز عما يترتب عليه بسبب حق من حقوق العباد التي إذا وجبت في الذمة لا تنقضى إلا بالإبراء والإستحلال وطلب الرضا فيما له وما لها وتكون ذات بال على من تترتب عليه⁽¹⁾ .

وفي المقابل أرجع بعض فقهاء القانون الوضعي أهمية العلم بكافة نواحي المسؤولية المدنية لكونها من أهم الموضوعات القانونية العملية في المحيط القضائي والتي يتكرر نظرها عملياً في ساحات القضاء في دعاوى التعويض المختلفة ، فضلاً عن ازدياد أهميتها بعد تقدم المدنية والصناعة في المجتمعات الحديثة وبعد سن العديد من التشريعات التي تتضمن صوراً

(1) مجمع الضمانات في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان - طبعة عالم الكتب - بيروت - الطبعة الأولى 1407 هـ - 1987 م - ص 2.

من المسؤولية لم تكن مألوفة من قبل مثل تشريعات العمل ، والمسئولية عن حراسة الأشياء⁽¹⁾ .
ولعل ما يجمع قواعد الضمان في الفقه الإسلامي ، وقواعد المسؤولية في القانون الوضعي هو ركن الضرر ، إذ بغيره لا يستقيم وجود أيهما ولا تثار أية أقضية للتعويض الذي يعد منشأه جبر ذلك الضرر .

ولا تخلو الدراسة المقارنة في هذا المجال من فائدة جمة توضح لنا أوجه الإتفاق أو الإختلاف بين الأنظمة المتعددة التي تتناول تنظيم الموضوعات الخاصة بالمسئولية ، وهو ما يلزم معه إلقاء الضوء على أحكام الفقه الإسلامي في مجال الضمان أو ما إصطلح قانوناً على تسميته المسئولية (مبحث أول) ، ثم إلقاء الضوء بعد ذلك على أحكام القانون المدني المصري (مبحث ثان) ، وأخيراً نعقد من خلال الخاتمة مقارنة بين التنظيم الخاص بالضمان في الفقه الإسلامي والمسئولية في القانون المدني لنستخلص منها الثمرة العملية لأوجه الخلاف بين كلا النظامين ، وذلك من خلال دراسة تركز بصفة أساسية على المفاهيم العامة دون الخوض في تفصيلات قد تنتشعب معها الموضوعات وتبتعد عن إيضاح المنظومة العامة للضمان أو المسئولية بصورة إجمالية .

(1) المسئولية العقدية والتقصيرية في القانون المدني الجديد وفقاً لأحدث التشريعات المعدلة وأحكام الفقه والقضاء - حسن عكوش - دار الفكر الحديث للطبع والنشر - الطبعة الثانية 1970 ص 4.

الضرر بين أحكام الضمان في الفقه الإسلامي وأحكام المسؤولية التقصيرية في القانون الوضعي

نطاق البحث:

تتعدد أنواع الضمان أو المسؤولية وتنقسم في الفقه الإسلامي إلى ما يُعرف بضمان العقد وهو ما يعنى وجود عقد صحيح ونافذ شرعاً ، وضمان الفعل أى ما يمكن أن يطلق عليه العمل غير المشروع ، وبذات الدرجة تنقسم المسؤولية في القانون المدنى المصرى إلى مسؤولية عقدية تفترض وجود عقد صحيح ونافذ ومسؤولية تقصيرية تنجم عن ما يطلق عليه العمل غير المشروع. ويمكن القول إجمالاً بعدم وجود ثمة تفرقة بين كل من ضمان العقد في الفقه الإسلامى والمسؤولية العقدية في القانون المدنى المصرى إذ يستند كلاهما في وجوده على عقد صحيح ونافذ مكتمل الأركان بدايةً، وأركان ثلاثة للضمان والمسؤولية تتمثل في الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما بمعنى أن يكون الخطأ هو المسبب للضرر⁽¹⁾. ومن ثم

(1) فى الفقه الإسلامى وتطبيقاً على عقد الإجارة فإن " كل فعل ليس للمستأجر أن يفعله فإنه يضمن ما تلف بفعله ولا تظن أنها منحصرة المستأجر بل هى أصل شامل لجميع مسائل الضمان فى جميع الأبواب ". مجمع الضمانات : للعلامة أبى محمد بن غانم بن محمد البغدادى - عالم الكتب - بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى - سنة 1407هـ - 1987م - ص 13 ، ويظهر من ذلك أن ثمة قاعدة عامة تنظم مسائل ضمان العقد تتمثل فى إرتكازها على ثلاثة أركان هى الخطأ الذى يتمثل فى الحالة المعروضة بإثبات فعل ليس للمستأجر أو لأى عاقد أن يفعله ، والضرر المتمثل فى التلف ، وركن السببية بأن يكون ما تلف بفعله أى أن يكون التلف سببه الفعل، وتسرى ذات القاعدة على أى عقد آخر وهو ما يؤكد قول صاحب مجمع الضمانات من أنه " ولا تظن أنها منحصرة المستأجر بل هى أصل شامل لجميع مسائل الضمان فى جميع الأبواب "

= وفى عقد البيع ورد أن " رجل رفع قارورة من دكان الزجاج فقال أرفعها حتى أريها غيرى فسقطت إن بين الثمن ضمن وإن لم يبين لا وإن أخذها بغير إذن ضمن فى الوجهين " . والمعنى أن الرجل إذا بين الثمن فقد إنعقد العقد بإيجاب وقبول صحيحين وأنه يضمن ثمن القارورة للبائع لأن أركان مسؤولية ذلك الرجل قد إنعقدت من ركن الخطأ المتمثل فى سقوط القارورة من يده وركن الضرر المتمثل فى نتيجة سقوط القارورة وهى إنكسارها وعلاقة سببية بين الخطأ

والضرر كون إنكسار القارورة كان سببه سقوطها من يد الرجل ، مجمع الضمانات - ص 213.

وفي عقد الوكالة ورد أن " الوكيل بالبيع إذا باع ووكّل غيره بقبض الثمن فقبض فهلك الثمن عند القابض ، قال أبو حنيفة الضمان على الوكيل بالبيع لا على القابض فعنده القابض بمنزلة مودع المودع " فعقد الوكالة بالبيع قد إنعقد صحيحاً وثبتت مسؤولية الوكيل من خلال أركان ثلاثة هي خطأ المتمثل في توكيل غيره لقبض الثمن على خلاف مراد الموكل ، والضرر المتمثل في هلاك الثمن في يد وكيل الوكيل ، وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر المتمثلة في توكيل الوكيل لغيره في قبض الثمن على خلاف مقتضى عقد الوكالة قد أدى إلى هلاك الثمن . مجمع الضمانات - ص 246.

وفي القانون المدني المصري وتطبيقاته يجب أن يكون الضرر ناشئاً عن الخطأ وهذه العلاقة مفروضة لا يطلب من الدائن إثباتها وهذا الفرض قابل لإثبات عكسه ، وقد نصت المادة / 215 من القانون المدني على أنه : " إذا إستحال على المدين أن ينفذ الإلتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بإلتزامه ما لم يثبت أن إستحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه (حسن عكوش : المسؤولية العقدية والتقصيرية في القانون المدني الجديد - دار الفكر الحديث للطبع والنشر - طبعة سنة 1970 - ص 541) . ومن خلال نص المادة / 215 من القانون المدني فإن الخطأ العقدي يتمثل دائماً في عدم الوفاء بالإلتزام العقدي إما كلية بعدم تنفيذه أو بتنفيذه =تنفيذاً جزئياً أو بتنفيذه تنفيذاً معيباً ، فإذا إتفق شخص مع فنان على رسم لوحة مقابل مبلغ من المال فإن خطأ الفنان التعاقدى يمكن أن يأخذ صورة من ثلاث صور ، فإما ألا يقوم برسم اللوحة مطلقاً خلال مدة العقد ، أو أن يقوم برسم جزء منها فقط ، أو أن يقوم برسمها بطريقة معيبة لا تتفق والأصول الفنية الواجب مراعاتها في مثل هذه الحالات ، خاصة إذا كان الفنان مشهوراً أو على درجة كبيرة من الخبرة ، بينما يتمثل الضرر العقدي في مجرد عدم الوفاء بالإلتزام محل العقد إذ يعد مجرد تفويت رغبة العاقد في إدراك محل العقد بتنفيذه بمثابة ضرر عقدي ، وأخيراً تمثل علاقة السببية بين الخطأ والضرر الركن الثالث من أركان المسؤولية العقدية في القانون المدني المصري إذ يلزم أن يكون عدم وفاء العاقد بالإلتزامه العقدي راجعاً إلى خطأ العاقد المفترض في القيام بالإلتزامه ، فإذا تدخل سبب ما وحال دون قيام العاقد بتنفيذ إلتزامه العقدي مثل السبب الأجنبي إنقطعت علاقة السببية بين العاقد وبين عدم تنفيذ التزامه العقدي وما يترتب عليه من ضرر للمتعاقد الآخر وأصبح التعويض عن المسؤولية العقدية في هذه الحالة أمراً غير منطقي وغير مبرر .

الضرر بين أحكام الضمان في الفقه الإسلامي وأحكام المسؤولية التقصيرية في القانون الوضعي

يقتصر نطاق البحث فحسب على ضمان الفعل غير المشروع في الفقه الإسلامي الذي ينال المال بالضرر وهو ما يقابل ما يُعرف بالمسؤولية التقصيرية في القانون المدني .

المبحث الأول الضرر في أحكام الضمان في الفقه الإسلامي

أولاً : مفهوم الضرر في اللغة :
ورد في المعجم الوجيز في معنى الضرر إلحاق المكروه
أو الأذى بالغير ، والضرر: العلة تُفقد عن جهاد ونحوه (١).
وقد ورد في القرآن الكريم قوله تعالى : " وَإِنْ تَصَبَّرُوا وَتَتَّقُوا
لَا يَضُرُّكُمْ كَيْدُهُمْ شَيْئاً " (٢) ، وقوله تعالى " قَالَ أَفَتَعْبُدُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ مَا
لَا يَنْفَعُكُمْ شَيْئاً وَلَا يَضُرُّكُمْ " (٣) ، وقوله تعالى " وَيَعْبُدُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ
مَا لَا يَضُرُّهُمْ وَلَا يَنْفَعُهُمْ " (٤) ، وقوله تعالى: " وَإِنْ تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَنْ
يَضُرُّوكَ شَيْئاً " (٥) ، وقوله تعالى : " وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ
وَلَا شَهِيدٌ " (٦) ، وقوله تعالى : " قُلْ لَا أَمْلِكُ لِنَفْسِي نَفْعاً وَلَا ضَرّاً إِلَّا مَا
شَاءَ اللَّهُ " (٧) ، وقوله تعالى: " يٰٓعُو لَمَنْ ضَرُّهُ أَقْرَبُ مِنْ نَفْعِهِ " (٨) ، وقوله
تعالى: " وَإِذَا مَسَّ الْإِنْسَانَ الضُّرُّ دَعَانَا لِجَنبِهِ أَوْ قَاعِداً أَوْ قَائِماً فَلَمَّا كَشَفْنَا
عَنْهُ ضَرَّهُ مَرَّ كَأَنْ لَمْ يَدْعُنَا إِلَىٰ ضُرِّ مَسَّهُ " (٩) ، وقوله تعالى : " لَا
يَسْتَوِي الْقَاعِدُونَ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ غَيْرُ أُولِي الضَّرَرِ " (١٠) ، وقوله تعالى "

(١) المعجم الوجيز - مجمع اللغة العربية - طبعة سنة 1410 هـ - 1990 م - ص 379.

(٢) سورة آل عمران - الآية : 120.

(٣) سورة الأنبياء - الآية : 66.

(٤) سورة يونس - الآية : 18.

(٥) سورة المائدة - الآية : 42.

(٦) سورة البقرة - الآية : 282.

(٧) سورة الأعراف - الآية : 188.

(٨) سورة الحج - الآية : 13.

(٩) سورة يونس - الآية : 12.

(١٠) سورة النساء - الآية : 95.

الضرر بين أحكام الضمان في الفقه الإسلامى وأحكام المسؤولية التقصيرية في القانون الوضعى

وَالصَّابِرِينَ فِي الْبَأْسَاءِ وَالضَّرَّاءِ وَحِينَ الْبَأْسِ " (١)، وقوله تعالى " وَلَا تُمَسِّكُوهُمْ ضِرَاراً لِّتَعْتَدُوا " (٢)، وقوله تعالى : " مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍ " (٣).

وعلى ذلك تتعدد الألفاظ فى اللغة الغربية وفقاً لما ورد فى القرآن الكريم من صيغة أفعال : " يضر - يضرار - يضرار " ، وصيغة أسماء : " ضراً - ضرراً - الضراء - ضراراً - مضار " يترادف المعنى لكلمة الضرر .

ويقصد بالضرر مطلق الأذى الذى يصيب الإنسان ، وقد قال تعالى: " لَنْ يَضُرُّوَكُمْ إِلَّا أَدَىٰ وَإِنْ يُقَاتِلُوَكُمْ يُؤَلُّوْكُمْ الْأُدْبَارَ ثُمَّ لَا يُنصِرُونَ " (٤)، ويقصد بالأذى فى الآية الكريمة الضرر غير الجسيم (٥)، وقال ابن عباس أن المقصود بالأذى فى الآية الكريمة ما يكون باللسان بالشتم والطعن (٦).

وإذ ثبت أن ما يكون من أذى هو الضرر غير الجسيم وهو ما يكون باللسان والشتم والطعن ، أمكن أن يشمل الأذى كذلك الضرر الجسيم لكونه يتأذى أى يتضرر به الإنسان من باب أولى ، وهو ما يمكن تصوره من أفعال أكثر جسامة من الشتم والطعن ، بأن تكون بالقتل أو الجرح أو الضرب بالنسبة لنفس الإنسان ، أو بالغصب والإتلاف بالنسبة لماله .

ويعد ذلك شبيهاً بما يعرف فى أصول الفقه الإسلامى بالقياس الجلى وهو الذى يتبادر إلى الذهن فى أول الأمر لكون علة الفرع فيه أقوى من الأصل ، ويشمل ذلك النوع من القياس ما يعرف بالقياس المساوى وهو ما يكون ثبوت الحكم فى الفرع مساوياً لثبوته فى الأصل ،

(١) سورة البقرة - الآية : 177 .

(٢) سورة البقرة - الآية : 231 .

(٣) سورة النساء - الآية : 12 .

(٤) سورة آل عمران - الآية : 111 .

(٥) المعجم الوجيز - ص 11 .

(٦) تنوير المقباس من تفسير ابن عباس - لأبى طاهر بن يعقوب الفيروزابادى - مطبعة الأنوار العجبية - ص 54 (بدون سنة نشر) .

والقياس الأولوى وهو ما يكون ثبوت الحكم فى الفرع أكثر من ثبوته فى الأصل^(١).

ووجه الإستدلال بذلك تطبيقاً على الحالة الماثلة أن مفهوم الضرر الذى يثبت فيه حكم الضمان وهو تعويض الضرر إذا لزم إنفاذه بالنسبة للضرر اليسير المترتب على الشتم والطعن ، فإنه يستلزم ويقدر أكبر ضرورة التعويض عما ينتج من فعل غير مشروع من ضرر أكبر سواء كان على النفس أم على المال بأية صورة .

ثانياً : مفهوم الضرر فى إصطلاح الفقهاء :
حتى يمكن الإحاطة بمفهوم الضرر فى الإصطلاح الفقهي فلا بد بداية من رده إلى مصدره أى عرض الأمور التى تعد بذاتها مصدراً للضرر فى الفقه الإسلامى وهو العمل الضار أى غير المشروع . ويمكن القول بصفة عامة أن العمل غير المشروع فى الفقه الإسلامى لا يرتبط بقاعدة عامة تجعله مصدراً للضمان ولكن الفقهاء تناولوا العديد من التطبيقات التى تغنى عن القاعدة^(٢) .
وبداية القول بالنسبة للعمل الضار فى نطاق الفقه الإسلامى هو لزوم مساسه بحق ثابت شرعاً بما ينجم عنه ضرراً يلزم تداركه والتعويض عنه ، والأمر بذلك يستلزم الحديث عن ثلاثة أمور هى : مفهوم الحق ، وأقسامه ، وجزاء الإعتداء عليه .
ويقصد بالحق فى إصطلاح الفقهاء جميع الحقوق المالية وغير المالية^(٣) .

ويقصد به كذلك كل ما هو ثابت شرعاً سواء كان هذا الثبوت ممثلاً لإختصاص أم لملك ، فقد إستعمل لفظ الحق بهذا الإعتبار فيما للإنسان من حظ ونصيب وفيما يجب للإنسان قبل غيره^(٤) .

-
- (١) فى ذلك المعنى : د. / عبدالعزيز رمضان سمك - أصول الفقه الإسلامى - دار النهضة العربية - طبعة سنة 1430 هـ ، 2009م - ص 238 - 239) .
(٢) د. عبدالرازق أحمد السنهورى - مصادر الحق فى الفقه الإسلامى - دار النهضة العربية - المجلد الأول (الجزء الأول) ص 44 .
(٣) د. عبدالرازق أحمد السنهورى - المرجع السابق - المجلد الأول (الجزء الأول) ص 9 .
(٤) الشيخ على الخفيف : التصرف الإنفرادى والإرادة المنفردة - طبعة سنة 1964- ص 9 .

الضرر بين أحكام الضمان في الفقه الإسلامي وأحكام المسؤولية التقصيرية في القانون الوضعي

وفي إطار ذلك المعنى فقد تعددت تعريفات الحق فمن تلك التعريفات ما يعرف الحق بأنه : " مصلحة مستحقة شرعاً " ، أو أنه : " ما ثبت بإقرار الشارع وأضفى عليه حمايته " (١) ، أو أنه " ما ثبت في الشرع للإنسان أو لله تعالى على الغير " (٢).

ومن خلال تلك التعريفات المتعددة للحق يمكن القول أن الحق في الفقه الإسلامي يثبت بتوافر عناصر عدة تتمثل في إقرار الشارع للحق ، ونسبة الحق إلى الله تعالى أو إلى الإنسان ، وإسباغ الحماية للحق لصاحبه في مواجهة الغير .

وتنقسم الحقوق إلى عدة أقسام فمن حيث صاحب الحق تنقسم الحقوق إلى ما يلي :

- 1 - حقوق الله تعالى : ويقصد بها تلك الحقوق التي يكون الغرض منها التقرب إلى الله سبحانه وتعالى أو يقصد بها حماية المجتمع من غير اختصاص بأحد (٣).
- 2 - حقوق العباد : ويقصد بها تلك الحقوق التي تتعلق بها مصالح دنيوية خاصة بكل إنسان (٤).
- 3 - الحقوق المشتركة : وهي تلك الطائفة من الحقوق التي يجتمع فيها حق الله وحق الإنسان .

ومن حيث النظر إلى محل الحق تنقسم الحقوق إلى ما يلي :

- 1 - الحقوق المالية : وهي تلك التي ترتبط بالمال إرتباطاً أساسياً بأن يكون المال موضوع هذه الحقوق ، وهي إما أن تكون حقوقاً مالية ثابتة لله تعالى مثل الزكاة المفروضة في الأموال وعلى الأشخاص ، أو تكون حقوقاً مالية ثابتة للإنسان ، وهي إما أن تكون ثابتة في الذمة مثل الحقوق التي تنشأ بين شخصين نتيجة دين لأحدهما على الآخر ، وإما أن تكون متعلقة بالأعيان مثل حق الملكية وحقوق الإرتفاق .

(١) الشيخ على الخفيف - المرجع السابق - ص 9 - 10.

(٢) الشيخ أحمد أبو سنة " النظريات العامة للمعاملات في الشريعة الإسلامية " -

طبعة سنة 1387 هـ - 1967 م - ص 50.

(٣) محمد سلام مذكور - المدخل للفقه الإسلامي - طبعة سنة 1966 - ص 56.

(٤) محمد سلام مذكور - المرجع السابق - ص 63.

2 - الحقوق غير المالية : وهى تلك الحقوق التى لا ترتبط بالمال إرتباطاً أساسياً بمعنى ألا يكون المال هو موضوع تلك الحقوق ، مثل حق الإنسان فى الحياة ، وحقه فى سلامة جسمه ، وحقه فى الدفاع عن شرفه وكرامته ، ومنها كذلك حقوق الأسرة التى تثبت لأحد الزوجين على الآخر ، أو تعد حقوقاً متبادلة تثبت لكليهما معاً على الآخر^(١) .
وتعد حقوق العباد المالية هى موضع الدراسة فى مجال بيان الضرر الذى يعد محلاً للضمان فى الفقه الإسلامى ، إذ يترتب على الإضرار بأى من تلك الحقوق ضرورة ضمان فعل التعدى أياً كانت صورته أو درجته طالما أنه يمس حقاً مالياً من حقوق العباد .
وبذلك يتحدد مفهوم الضرر فى مجال بحث أحكام الضمان فى الفقه الإسلامى بكافة صور الأذى الذى يلحق بالحقوق المالية نتيجة فعل غير مشروع أو ما يطلق عليه العمل الضار .
والمُتتبع لطريقة أئمة الفقه فى بحث العمل الضار يجد أنهم لم يقوموا بوضع نظرية عامة للعمل الضار حيث أنهم لم يعرضوا له بصفة عامة ، وإنما تناولوه فى حديثهم فى أبواب متعددة فى هيئة جزئيات منفصلة بعضها عن بعض^(٢) .
ويمكن القول أن أئمة الفقه قد استغنوا بالتطبيقات عن القاعدة فنصوا على الأحوال التى يجب فيها الضمان ، ومن هذه الأحوال يمكن إستخلاص قاعدة مؤداها أن الأعمال غير المشروعة التى تصيب المال تستوجب التعويض^(٣) .
ويتمثل جزاء الإعتداء على الحق المالى الخاص بحقوق العباد - وهو موضع الدراسة - فى ضرورة جبر الضرر الناجم عن ذلك الإعتداء. الأمر الذى يستلزم دراسة مفهوم العمل الضار لكونه السبب فى حدوث ذلك الضرر .

(١) راجع فى تقسيم الحقوق تفصيلاً : د. يوسف قاسم - مبادئ الفقه الإسلامى - دار النهضة العربية - طبعة سنة 1417 هـ - 1997 م ، ص 256 : 271 .
(٢) د. سليمان محمد أحمد - ضمان المتلفات فى الفقه الإسلامى - رسالة دكتوراه - جامعة الأزهر - الطبعة الأولى سنة 1405 هـ - 1985 م - ص 651 .
(٣) د. عبدالمنعم فرج الرصدة - نظرية العقد فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى - دار النهضة العربية - طبعة سنة 1990 - الجزء الأول - ص 76-77 .

الضرر بين أحكام الضمان في الفقه الإسلامى وأحكام المسؤولية التصهيرية في القانون الوضعى

ثالثاً : دليل عدم مشروعية العمل الضار :
دللت على عدم مشروعية العمل الضار للأموال نصوص من
القرآن الكريم والسنة النبوية المُطهرة نعرض لبعض منها وذلك على
النحو التالى :
أ - الإلتلاف :
ويتنوع الإلتلاف إلى أنواع منها :

- الإلتلاف مباشرة :
ومن ذلك قول الله تبارك وتعالى : " فَاَنْطَلَقَا حَتَّى إِذَا رَكَبَا فِي
السَّفِينَةِ خَرَقَهَا قَالَ أَخَرَقْتَهَا لِتُغْرِقَ أَهْلَهَا لَقَدْ جِئْتَ شَيْئاً إِمْرًا " (١).
وهنا نجد الإلتلاف وقد حدث مباشرة من العالم ولذلك نجد إنكار
موسى عليه وعلى نبينا أفضل الصلاة والسلام لذلك الفعل .

- تحمل تبعه الإلتلاف :
ومن ذلك قول الله تبارك وتعالى : " وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي
الْحَرْثِ إِذْ نَفَسَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَاهِدِينَ * فَفَهَّمْنَاهَا سُلَيْمَانَ
وَكُلًّا آتَيْنَاهَا حُكْمًا وَعِلْمًا " (٢).

(١) سورة الكهف : الآية 71.

وقد جاء فى تفسير هذه الآية : " فانطلق موسى والعالم يسيران يطلبان سفينة
يركبانهما حتى إذا أصابها ركبا فى السفينة وخرقها العالم قال له موسى أخرجتها
بعدما لججنا فى البحر لتغرق أهلها لقد جئت شيئاً إمرأ يقول لقد جئت شيئاً
عظيماً وفعلت فعلاً منكراً " جامع البيان فى تفسير القرآن (تفسير الطبرى) :
الإمام أبى جعفر محمد بن جرير الطبرى - المطبعة الميمنية - الجزء الخامس -
ص 169.

(٢) سورة الأنبياء : الآية 78 ، أول الآية 79.

وقد جاء فى تفسير هذه الآية أن " النفس بالليل والهمل بالنهار ، ذكر لنا أن غنم
القوم وقعت فى زرع ليلاً فرفع ذلك إلى داود فقاضى بالغنم لأصحاب الزرع
فقال سليمان ليس كذلك ولكن نسلها ورسلاها وعوارضها وجزازها حتى إذا كان

وهنا نلاحظ أن المسؤولية قد وقعت على أصحاب الغنم ليس نتيجة فعل مباشر منهم وإنما استند ذلك إلى مسئوليتهم عن حفظ الغنم وتقصيرهم في ذلك في الليل أي في الوقت الذي يجب عليهم حفظها فيه مما أدى إلى إتلاف الغنم للزرع فترتبت مسئوليتهم بناء على ذلك .

ب - الغضب :

ويتضح ذلك من رد العالم على سيدنا موسى - عليه السلام حينما استنكر ما فعله العالم بالسفينة التي ركبها وقام العالم بخرقها وأوضح بعد ذلك السبب الذي دعاه إلى ذلك الفعل كما يتضح من قوله تعالى : " أَمَّا السَّفِينَةُ فَكَانَتْ لِمَسَاكِينَ يَعْمَلُونَ فِي الْبَحْرِ فَأَرَدْتُ أَنْ أَعِيبَهَا وَكَانَ وَرَاءَهُمْ مَلِكٌ يَأْخُذُ كُلَّ سَفِينَةٍ غَضْبًا " (١) .

وكان العالم يريد أن يوضح أن ذلك العيب الذي أحدثه بالسفينة إنما كان ليرد الملك عن أخذها غضباً والغضب في نظر ذلك العالم أشد من تعيب السفينة فكان الغضب بذلك عملاً ضاراً .

ج - في السنة النبوية :

وردت أحاديث من السنة النبوية تحرم القيام بالعمل الضار بكافة أشكاله وصوره بما يمكن معه القول بأن السنة النبوية قد استقتت من معينها الأول وهو القرآن الكريم تقرير قاعدة عامة في تحريم العمل الضار وكذلك في جبر الضرر الناشئ عنه في حالة وقوعه .
ونتناول الآن بعضاً من تلك الأحاديث النبوية الشريفة :

أ - عمدة الاستدلال في تحريم العمل الضار في السنة النبوية :
ولعل الحديث الذي يعتبر الأساس في تحريم العمل الضار في السنة النبوية والذي يعتبر كذلك حثاً على الإبتعاد عن العمل الضار بكافة صورته هو الحديث الوارد في صحيح مسلم من أنه " حدثنا أبو بكر ابن أبي

من العام المقبل كهينته يوم أكل دفعت الغنم إلى ربها وقبض صاحب الزرع زرعه فقال الله : ففهمناها سليمان " تفسير الطبرى - الجزء الثالث - ص 35 .
(١) سورة الكهف - الآية : 79 ، وقد جاء في تفسير هذه الآية " أما فعلى ما فعلت بالسفينة فلأنها كانت لقوم مساكين يعملون في البحر فأردت أن أعيبها بالخرق الذي خرقتها " تفسير الطبرى - الجزء السادس عشر - ص 2.

الضرر بين أحكام الضمان في الفقه الإسلامي وأحكام المسؤولية التصهيرية في القانون الوضعي

شيبية ويحيى بن حبيب الحارثي (وتقاربا في اللفظ) قال حدثنا عبدالوهاب الثقفي عن أيوب ابن سيرين عن ابن أبي بكرة عن أبي بكرة عن النبي ﷺ أنه قال : " إن الزمان قد إستدار كهيئته يوم خلق الله السماوات والأرض السنة اثنا عشر شهراً منها أربعة حرم ثلاثة متواليات ذى القعدة وذو الحجة والمحرم ورجب شهر مُضر الذي بين جمادى وشعبان ثم قال أى شهر هذا قلنا الله ورسوله أعلم قال فسكت حتى ظننا أن سيسميه بغير اسمه قال أليس ذى الحجة . قلنا بلى قال فأى بلد هذا قلنا الله ورسوله أعلم قال فسكت حتى ظننا أنه سيسميه بغير اسمه قال أليس البلدة (أى البلد الأمين الجامع للخير) قلنا بلى قال فأى يوم هذا قلنا الله ورسوله أعلم قال فسكت حتى ظننا أنه سيسميه بغير اسمه قال أليس يوم النحر قلنا بلى يا رسول الله قال فإن دماءكم وأموالكم (قال محمد وأحسبه قال) وأعراضكم حرام عليكم كحرمة يومكم هذا في بلدكم هذا في شهركم هذا وستلقون ربكم فيسألکم عن أعمالکم فلا ترجعن بعدى كفاراً (أو ضلالاً) يضرب بعضكم رقاب بعض ألا يبلغ الشاهد الغائب فلعن بعض من يبلغه يكون أوعى له من بعض من سمعه ثم قال ألا هل بلغت " (١).

ويلاحظ أن التحريم هنا منصب على جميع أشكال العمل الضار وسواء كان على النفس أو الأموال فيقع تحته القتل والجرح والسرقة والغصب والإتلاف وما إلى ذلك من أوجه العمل الضار . ومن ذلك أيضاً الحديث الذي إشتمل على كل أنواع الضرر وأوردها رسول الله ﷺ في كلمات موجزة ومعان مؤثرة في الحديث

(١) الجامع الصحيح (صحيح مسلم) : للإمام أبى الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري - المكتب التجارى للطباعة والنشر والتوزيع - بيروت - لبنان - الجزء

الخامس - ص 107 - 180 ، راجع في هذا الحديث : دعائم الإسلام وذكر الحلال والحرام والقضايا والأحكام عن أهل بيت رسول الله عليه وعليهم أفضل السلام : أبى حنيفة النعمان بن محمد بن منصور بن أحمد بن منون التميمي المغربي - دار المعارف - طبعة سنة 1379 هـ - 1960م - الجزء الثانى : ص 482.

الحسن الذي رواه أحمد في مسنده ورواه ابن ماجه عن ابن عباس وعن عبادة أن رسول الله ﷺ قال: " لا ضرر ولا ضرار" (١).

ب - الإتيان :

وهو إما أن يكون إتيان مباشرة أو مسئولية عن الإتيان : ففي الإتيان مباشرة ورد في سنن أبي داود تحت عنوان " باب فيمن أفسد شيئاً يغرم مثله " أنه " حدثنا مسدد ثنا يحيى عن سفيان حدثني فليت العامري عن جسة بنت دجاجة قالت : قالت عائشة (رضي الله عنها، ما رأيت صانعاً طعاماً مثل صافية ، صنعت لرسول الله ﷺ طعاماً فبعثت به، فأخذني أفكل (٢) فكسرت الإناء . فقلت يارسول الله : ما كفارة ما صنعت ؟ قال : " إناء مثل إناء ، وطعاماً مثل طعام " (٣).

وأما بخصوص المسئولية عن الإتيان فقد ورد في سنن أبي داود تحت عنوان : " باب المواشى تفسد زرع قوم ، حدثنا أحمد بن ثابت المروزي ، حدثنا عبدالرازق ، أخبرنا معمر ، عن الزهوي ، عن حرام بن محيصة عن أبيه أن ناقة للبراء بن عازب دخلت حائطاً فأفسدته عليهم ف قضى رسول الله ﷺ على أهل الأموال حفظها بالنهار ، وعلى أهل المواشى حفظها بالليل " (٤).

وحدثنا محمود بن خالد حدثنا الفريابي عن الأوزاعي عن الزهري عن حرام بن محيصة الأنصاري عن البراء بن عازب قال : كانت لي ناقة

(١) الجامع الصغير في أحاديث البشير النذير - جلال الدين عبدالرحمن بن أبي بكر السيوطي - شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده - الطبعة الخامسة - الجزء الثاني - ص 210 - صحيح الترمذي - للإمام الحافظ أبي عبدالله محمد = = بن عيسى بن سورة الترمذي - الجزء الأول - ص 261 ، والأفكل : الرعدة من برد أو خوف - سنن أبي داود - الجزء الثاني ص 291 هامش 1.

(٢) سنن أبي داود - الجزء الثاني - ص 291.

(٣) صحيح مسلم - المجلد الثاني - الجزء الخامس - ص 107 - 180 ، راجع في هذا الحديث : دعائم الإسلام - الجزء الثاني : ص 482.

(٤) سنن أبي داود - الجزء الثاني - ص 291 - 292.

الضرر بين أحكام الضمان في الفقه الإسلامى وأحكام المسؤولية التقصيرية في القانون الوضعى

ضارية^(١) فدخلت حائطاً فأفسدت فيه ، فكلم رسول الله ﷺ فيها ، ففضى أن حفظ الحوائط بالنهار على أهلها، وأن حفظ الماشية بالليل على أهلها، وأن على أهل الماشية ما أصابت ماشيتهم بالليل^(٢).

وهكذا نجد فى الأحاديث النبوية تقريراً وتأكيداً للقاعدة العامة فى العمل الضار والتي أمكن إستخلاصها من الآيات الخاصة بعدم مشروعية العمل الضار فى القرآن الكريم والخاصة بتحريم كل عمل ضار من شأنه إلحاق الأذى بالمال وإعطاء الحق للمضرور فى جبر الضرر اللاحق به عن طريق التعويض المالى .

ج - قيد التحريم والنظرة المادية للعمل الضار :

يرتكز قيد التحريم فى النظرية المادية أو الموضوعية فى العمل الضار على تحريم الإخلال بالتوازن المالى بين الأشخاص، فإذا ما ظهر هذا الإخلال على الساحة العملية نتيجة قيام أحد الأشخاص بعمل ضار أدى ذلك إلى وجوب القول بترتيب التعويض لصالح الطرف المضرور . ويستند التحريم فى العمل الضار على الحديث الحسن الذى رواه الإمام أحمد فى مسنده ورواه ابن ماجه عن ابن عباس وعن عبادة أن رسول الله ﷺ قال " لا ضرر ولا ضرار " ^(٣).

وحيث كان معنى الضرر هو الأذى وقد وردت كلمة " ضرر فى الحديث الشريف مطلقة فإن ذلك يدل على عدم جواز العمل الضار بكافة صورته وأشكاله ويدخل فى ذلك الإعتداء على النفس أو العرض أو المال بأى من صور الإعتداء .

فإذا كان الإعتداء بأخذ المال كان من قبيل أكل المال بالباطل ويدخل بذلك فى معنى الآية الكريمة " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ " ^(٤).

أما إذا كان الإعتداء بفعل من شأنه الإنتقاص من قيمة الشئ وثمانه كان ذلك من قبيل الإتلاف ، وبالتالي فإن النظرية المادية فى العمل الضار

(١) ضارية : أى معتادة لرعى زرع الناس – سنن أبى داود – الجزء الثانى

ص 292 – هامش 1.

(٢) سنن أبى داود : الجزء الثانى – ص 292.

(٣) الجامع الصغير – الجزء الثانى – ص 210

(٤) سورة النساء – الآية 29 .

حيث كان يهدف إلى إعادة التوازن المالي بين أطراف الإلتزام إلى ما قبل وقوع العمل الضار فإنه يركز بذلك على قيد التحريم بإعتبار عدم جواز القيام بالعمل الضار بكافة أشكاله ، وبالتالي فإن العمل الضار بإعتباره مصدرًا للإلتزام يستند على قيد التحريم ذاته، ويرتب الضمان على ذلك العمل الضار بهدف جبر أية خسائر مالية لحقت بالمضرور سواء من جراء فعل الغصب أم الإلتلاف.

رابعاً : أطراف الإلتزام فى العمل الضار :
يقصد بالعمل الضار كل فعل سبب أدى للغير ، ويتمثل أطراف الإلتزام فى أشخاص ذلك العمل وهم من صدر منه الفعل الضار ومن وقع عليه الضرر من جراء ذلك الفعل ، ويعد محل النظر الأساسى فى ذلك المجال هو جبر الضرر المالى الناجم عن ذلك الفعل الضار .
ومن هنا لم يكن التمييز شرطاً فى كل من طرفى الإلتزام فى العمل الضار بإعتبار أن المقصود هو الأداء المالى ولذلك فإن الضمان فى العمل الضار يترتب حتى ولو كان من قام بالعمل الضار سبباً^(١) .
ويترتب على كون جبر الضرر فى العمل الضار هو المقصود الأول من ترتيب الإلتزام بالعمل الضار على شخص من وقع منه الفعل الضار ، أنه يتم إثبات الضمان فى مال المخطئ إذ لا يجوز مقابلة الإلتلاف بمثله لعدم مشروعية القصاص فى الأموال لأن المقصود هو إحلال مال محل المال الذى تلف^(٢) .
وعلى ذلك فإن الضمان فى العمل الضار يتعلق بفكرة مالية بحتة، وهو ما يتضح من ترتيب الضمان فى حق الصبى والمجنون الذى يقوم

(١) أصول السرخسى - الجزء الثانى - ص 336 .

(٢) د. / سليمان محمد أحمد - المرجع السابق - ص 659- 660 .

الضرر بين أحكام الضمان في الفقه الإسلامي وأحكام المسؤولية التقصيرية في القانون الوضعي

وليهما بأدائه عنهما (١) وكذلك يترتب الضمان في حق كل من المخطئ والناسي (٢).

ويلاحظ أنه حيثما كان الفعل الضار قد ظهر في صورة جنائية فإن ثمة أمراً إضافياً يترتب إلى جوار الضمان المالي هو ما إصطلح على تسميته في الفقه الجنائي الإسلامي بالعقوبة الجنائية ، والذي ينتظمه مبدأ شخصية العقوبة والذي يحدد مجال تطبيق العقوبة الجنائية باعتبار أن الفرد مرتكب الفعل الضار هو وحده الذي يتحمل تلك العقوبة دون غيره من الأشخاص حتى ولو كانت العاقلة التي ينتمي إليها ، ومن البدهي أن العقوبة بمعناها الجنائي لا يمكن توقيعها على الفرد الذي ارتكب العمل الضار إلا إذا كان مُكلفاً أي يمكن مخاطبته بأحكام التشريع وهو ما يستتبع وجوب كونه بالغاً وعاقلاً باعتبار أن كل من البلوغ والعقل هما مناط فهم التكليف (٣)، أما إذا كان الشخص الذي ارتكب الفعل الضار غير مكلفاً بأن كان غير بالغاً أو كان بالغاً ولكنه غير عاقل فإنه بداهة لا يمكن مخاطبته بأحكام التشريع وبالتالي لا يمكن توقيع العقوبة الجنائية عليه ومن باب أولى لا يمكن توقيعها على عاقلته وإنما يستعاض عنها بالعقوبة المالية . وتطبيقاً لذلك فإن صورتي الإعتداء على المال إما أن يكون في صورة غصب لذلك المال عن طريق السرقة ويدخل – إذا ما توافرت شروط محددة – في نطاق جرائم الحدود التي يُحد بها السارق ، أو أن تكون في صورة إتلاف ذلك المال فيدخل في نطاق الجرائم التعزيرية متى كان الفعل متعمداً وهي طائفة الجرائم التي يترك لولي الأمر تقدير العقوبة المقدره عليها ، وهي بكل حال ليست موضعاً لبحثنا هذا .
خامساً : محل الإلتزام في العمل الضار :
يقصد بمحل الإلتزام في العمل الضار ما يلتزم به من نسب إليه العمل الضار من قيمة مالية يؤديها إلى المضرور لجبر الضرر الواقع

(١) الإحكام في أصول الأحكام – الأمدى – الجزء الأول ص 216-217 ، الأشباه والنظائر ابن نجيم الحنفى – المجلد الثاني – ص 78 ، التلويح والتوضيح ص 738-739 ، د. / صبحي محمصاني – النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية – بحث مقارن في المذاهب المختلفة والقوانين الحديثة – الجزء الأول – ص 223 .

(٢) أصول السرخسى – الجزء الثاني ص 295 ، حسن أحمد الخطيب – فقه الإسلام ص 232.

(٣) د. / يوسف قاسم – أصول الأحكام الشرعية – ص 247.

عليه ويتخذ محل الإلتزام فى العمل الضار صوراً مختلفة تمثل طبيعة أشكال الضرر التى يلتزم بها المسئول عن الضرر الواقع على الملتزم له بقصد جبر الضرر المالى الواقع على المضرور نتيجة مسؤولية الملتزم عن الضرر أو مسؤليته عن سبب الضرر . وتتعدد الصور التى تجب إحداها على الملتزم فى العمل الضار وهو بصدد جبر الضرر المالى الناتج عن العمل الضار الذى قام به وتتناول ذلك فيما يلى :

- (أ) محل الإلتزام الأصى فى العمل الضار : يعتبر المالى هو محل الإلتزام الأصى فى العمل الضار سواء كان مثلى أو قىمى ومن الأمثلة على ذلك من قام بغصب شيئاً كالمكيل والموزون فهلك فى يده فعليه مثله فإن لم يقدر على مثله فعليه قيمته^(١) .
- (ب) المنفعة محلاً للإلتزام فى العمل الضار : غير أنه لا يوجد ما يمنع من أن تكون المنفعة هى محل الإلتزام فى العمل الضار فقد ورد فى قول الله تبارك وتعالى : " وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفِثَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَاهِدِينَ " (٢) ما يلى :
- " وقصة داود وسليمان عليهما السلام ... أن الماشية كانت قد أتلفت حرث القوم فقضى داود بالغنم لأصحاب الحرث كأنه ضمنهم ذلك بالقيمة ، ولم يكن لهم مالى إلا الغنم فأعطاهم الغنم بالقيمة ، وأما سليمان فحكم بأن أصحاب الماشية يأخذون منفعتها عوضاً عن المنفعة التى فاتت من غلة الحرث إلى أن يعود"^(٣)

(١) فى الفقه الحنفى : الهداية شرح بداية المبتدى - أبى الحسن على بن أبى بكر بن عبدالجليل الرشدانى الميرغينانى - المجلد الثانى - ص4 ص 11-12 ، وفى الفقه المالى: القوانين الفقهية ص 282 ، وفى الفقه الشافعى : تحرير تنقيح اللباب : أبى يحيى زكريا الأنصارى ص 67 ، وفى الفقه الحنبلى : منتهى الإرادات فى جمع المقنع مع التنقيح وزيادات تقى الدين محمد بن أحمد الفتوحى الحنبلى المصرى الشهير بأبن النجار - القسم الأول - ص509-521 .

(٢) سورة الأنبياء - الآية 78.

(٣) أعلام الموقعين عن رب العالمين : ابن قيم الجوزية - ج2 - ص25.

الضرر بين أحكام الضمان في الفقه الإسلامى وأحكام المسؤولية التقصيرية في القانون الوضعى

ويعتبر ما جاء فى الآية الكريمة مما جاء فى شريعتنا دون إنكار فنكون
مأمورين به لكونه جاء فى شريعتنا لا لكونه شرع من
قبلنا^(١)

(ج) العمل محلاً للإلتزام فى العمل الضار : وتطبيقاً للقواعد الشرعية
فإنه لا يوجد ما يمنع من أن يكون محل الإلتزام فى العمل الضار
عملاً يقوم به الملتزم كما إذا إلتزم للمضروب بأن يعمل لديه حتى
يعود الشئ إلى أصله إذا كانت طبيعة ذلك الشئ تمكن المسئول
عن الضرر بإعادته إلى حالته الأصلية عن طريق العمل كما تدل
على ذلك الأصول الكلية والقاعدة الشرعية القاضية بأن " الضرر
يزال " ^(٢) فهى قاعدة عامة مطلقة وحيث كانت عامة أمكن إزالة
الضرر بأية وسيلة كانت وحيث كانت مطلقة فهى لم تقصر وسائل
إزالة الضرر على وسيلة بعينها لجبر الضرر وتعويض المضروب
عن الضرر الذى أصابه .

نخلص مما تقدم إلى أن محل الإلتزام فى العمل الضار إما أن يكون :

المال أو المنفعة أو العمل .

سادساً : أركان العمل الضار :

اختلفت نظرة كل من أئمة الفقه والفقهاء المحدثين للعمل الضار
وذلك بخصوص طريقة بحثه عند كل من الفريقين ، وبيان ذلك أن أئمة
الفقه فى بحثهم للعمل الضار قد إقتصروا على الفروع والجزئيات دون
الأصول والكلديات فهم قد إستغنوا بالتطبيقات عن القاعدة ^(٣) ، أما بالنسبة
للفقهاء المحدثين فقد أهتموا بالأصول والكلديات دون الفروع والجزئيات
التي لم يلجأوا إليها إلا لتوضيح المعنى أو ضرب الأمثال .
يتضح ذلك من دراسة كل من الفريقين لجوانب معينة فى العمل
الضار فبينما تناول أئمة الفقه العمل الضار بالحديث عن الموجب
والموجب فيه والواجب بخصوص كل عمل غير مشروع على حده، نجد
الفقهاء المحدثين يتناولون فى قواعد عامة الخطأ والضرر ، وعلاقة

(١) د. / محمد مصطفى شلبى - أصول الفقه الإسلامى - ص 367.

(٢) المادة / 20 من مجلة الأحكام العدلية .

(٣) د. السنهورى - المرجع السابق - الجزء الأول - ص 44.

السببية بينهما بإعتبارها أركان لا بد من توافرها لترتيب الضمان ، وقاموا بتطبيق هذه القواعد على الأمور التي إستجدت في عصرهم .
وبالنظر إلى منهج كل من الفريقين في بحث العمل الضار يتضح إنفاق كل من أئمة الفقه والفقهاء المحدثين في تناولهم للعمل الضار من حيث الأخذ بالفعل الضار ويطلق عليه عند أئمة الفقه الموجب والذي يمكن أن يكون واقعاً على النفس^(١) أو على المال^(٢)، بينما يطلق عليه عند الفقهاء المحدثين الخطأ^(٣) وينتج عن فعل إيجابي أو عن فعل سلبي مثل الإمتناع عن ما يجب القيام به^(٤).
وأما بالنسبة للركن الثاني من أركان العمل الضار فبنظرة فاحصة نجد كلا الفريقين يتفقان في المصلحة المحمية وهي المال ، ولكن تختلف نظرة كل فريق إليه فعلى حين ينظر أئمة الفقه إلى المال ذاته ويطلقون عليه الموجب فيه ويقصدون به المال المعصوم من عين أو منفعة^(٥)، نجد الفقهاء المحدثين ينظرون إليه من قبل صاحب المال ويطلقون على ذلك الركن إسم الضرر بإعتباره الآفة التي لحقت بهذه المصلحة ويستوى عندهم أن يكون الضرر مادياً أو أدبياً مثل الإهانة التي تمس كرامة الإنسان أو تلحق به سمعة سيئة^(٦) وبالتالي لا يكون هناك مجالاً للرأى

(١) الأشباه والنظائر - السيوطي ص 390.

(٢) في الفقه الحنفي رسالة الإمام إبي الحسن الكرخي ص 113 مطبوع مع تأسيس النظر لعبدالله عمر الدبوسى الحنفي، تأسيس النظر ص 115 ، وفي الفقه المالكي ، القوانين الفقهية ص 284 ، وفي الفقه الشافعي - حاشية الشرقاوى على التحرير الهامش - الجزء الثاني ص 150، الأشباه والنظائر - السيوطي - ص 390 ، وفي الفقه الحنبلي : القواعد ص 204 القاعدة التاسعة والثمانون ..

(٣) د. شفيق شحاته - النظرية العامة للإلتزامات في الشريعة الإسلامية - ص 172 - 173، د. محمد فرحات - الإلتزامات في الفقه الإسلامي مصادر وأحكامها - دراسة مقارنة - ص 193.

(٤) د. صبحي محمصاني - المرجع السابق ص 169-170 ، د. وحيد الدين سوار - التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ص 18 ، د. يوسف قاسم ، بحث "

جرائم الإمتناع في الفقه الإسلامي - مجلة القانون والإقتصاد - تصدر عن كلية الحقوق جامعة القاهرة - السنة الثالثة والخمسون ص 269-274.

(٥) الغاية القصوى في دراية الفتوى - الجزء الأول - ص 572.

(٦) د. محمد فرحات - المرجع السابق - ص 200.

الضرر بين أحكام الضمان في الفقه الإسلامي وأحكام المسؤولية التقصيرية في القانون الوضعي

الذاهب إلى كون الضرر الأدبي ليس من موجبات الضمان لكونه غير متقوم^(١)، وبيان ذلك أن الضرر الأدبي يقع تحت طائلة العقوبات التعزيرية التي تترك لولى الأمر ليحدد الوسيلة المناسبة لدفعه ولا يوجد ما يمنع من كون العقوبة التعزيرية عقوبة مالية يتحملها المخطئ لصالح المضرور .

وأما بالنسبة للركن الثالث من أركان الضمان فعلى حين تحدث أئمة الفقه عن الواجب نجد الفقهاء المحدثين وقد تحدثوا عن علاقة السببية بين كل من الخطأ والضرر ، ولكن ليس ثمة فارق جوهري بين كلا الفريقين ، فالواجب عند أئمة الفقه هو ما يترتب على الفعل الضار ويثبت للمضرور على عاتق المسئول عن الضرر تطبيقاً للقاعدة الشرعية " الضرر يزال " ^(٢) وهو نفس ما رتبته الفقهاء المحدثون نتيجة إكمال أركان الضمان في العمل الضار وهو وجوب الضمان على المخاطب بأحكام العمل الضار في الفقه الإسلامي

على أن تطلب الفقهاء المحدثين لعلاقة السببية بين الخطأ والضرر بمعنى كون الخطأ هو الذي سبب الضرر^(٣) لا يعتبر من قبيل التزديد عما يتطلبه أئمة الفقه في هذا الخصوص إذ يمكن إستخلاص ذلك ضمناً عند أئمة الفقه من القول بترتيب الضمان على كل من المباشر^(٤) والمتسبب^(٥) والمتسبب^(٥) ، وكذلك من القول بوجود حالات تنتفي فيها المسؤولية عن العمل الضار وهي الهلاك بفعل أجنبي^(٦) أو بأفة سماوية^(٧) .
وعلى ذلك نكاد نلمح إتفاقاً في قواعد العمل الضار عند كل من أئمة الفقه والفقهاء المحدثين برغم إختلاف طريقة بحث كلا الفريقين للعمل الضار .

سابعاً : المفاهيم الأساسية للضمان في الفقه الإسلامي :

- (١) د. وحيد الدين سوار - التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي - ص22.
- (٢) مجلة الأحكام العدلية المادة / 20.
- (٣) د. صبحي محمصاني - المرجع السابق - ص168 ، د. شفيق شحاته - المرجع السابق ص180:171 ، د. محمد محمد فرحات - المرجع السابق ص193.
- (٤) مجلة الأحكام العدلية المادة / 93 .
- (٥) غمز عيون البصائر - المجلد الأول ص 196.
- (٦) مرشد الحيران : المادة / 368.
- (٧) مرشد الحيران : المادة / 366 ، أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك ص 144 ، تصحيح التنبيه بهامش التنبيه ص 72 ، فقه الكتاب والسنة ورفع الحرج عن الأمة ص179.

يُمكن القول بوجود ثمة إختلاف بين تبعة العمل الضار من حيث العقوبة الجنائية ، وبين تبعته من حيث الضمان المالي ، فإذا كانت تلك التبعة من حيث العقوبة الجنائية تتحدد من خلال مبدأ شخصية العقوبة والتي يقصد بها العقوبة الجنائية بمعنى أن شخص من قام بالعمل الضار هو وحده المسئول جنائياً عن فعله في حالة كونه مكلفاً ، فإن تلك التبعة من حيث الضمان المالي تتحدد من خلال الطبيعة المالية التي تأخذها وسيلة جبر الضرر الواقع على المضرور بإعتبار أن جبر الضرر المالي هو الغرض الأساسي من ترتيب الضمان في حق من قام بالعمل الضار في حالة كونه مكلفاً أو في حق وليه في حالة كونه غير مكلف ، وهو ما يعني أن النظرة المالية للضرر الواقع على المضرور هي محل النظر الرئيسي في جبر العمل الضار ، ومن هنا كان تحمل الولي بالأداء المالي عن كل من الصغير والمجنون لكون كل منهما غير مكلفاً لعدم تحقيق البلوغ والعقل معاً في أي منهما بإعتبارهما مناط التكليف وكون التكليف خطاباً من الشارع ، ومن البدهي أن كل من الصغير والمجنون ليس لدى أي منهما القدرة على فهم خطاب الشارع فلا يعقل أن يطالب أيّاً منهما باتيان أمور داخلية في تكليف الله سبحانه وتعالى^(١).

ولا يعد وجوب النفقات والضمان في مال أيّاً من الصغير أو المجنون في حالة إتيانهم لفعل ضار من قبيل الإستثناء على مبدأ عدم جواز مخاطبة غير المكلف بقدر ما هو محافظة على حقوق الغير التي لا يصح المساس بها ، ويكون لا عقل لهما وبالتالي فهما غير صالحين للمخاطبة بأحكام التشريع . وبيان ذلك أن كل من الصغير والمجنون غير عاقلين لأنه بالنسبة للأول لم يتحقق له البلوغ ، أما بالنسبة للمجنون فإنه حتى في حالة كونه بالغاً إلا أنه غير عاقل والتكليف لغير العاقل مستحيل، فقام الولي مقامهما وكان هو المطالب بالأداء عنهما من مالهما لا من ماله هو^(٢).

ولعل تحمل العاقلة للدية في حالة قيام أحد أفرادها حال كونه صغيراً أو مجنوناً بقتل إقتضى ترتيب الدية ، فإن ذلك لا يعد من قبيل

(١) د. يوسف قاسم - أصول الأحكام الشرعية - ص 247.

(٢) يوسف قاسم - أصول الأحكام الشرعية ص 249.

الضرر بين أحكام الضمان في الفقه الإسلامي وأحكام المسؤولية التقصيرية في القانون الوضعي

الخروج على مبدأ شخصية العقوبة بقدر ما يعد ضماناً كافياً لوصول الدية كاملة إلى مستحقيها (1).

وعلى ذلك فإن مسؤولية الولي عن أداء النفقات والضمان وكون القيمة المالية لذلك الأداء إنما يتم تحميلها على أموال كل من الصغير والمجنون ، وكذلك مسؤولية العاقلة عن أداء الدية إلى مستحقيها هو ما يؤكد المفهوم المادي في العمل الضار باعتبار النظر إلى القيمة المالية للضرر وليس إلى شخص من ارتكب العمل الضار والذي يتحمل العقوبة الجنائية كاملة بمفرده تطبيقاً لمبدأ شخصية العقوبة وذلك في حالة كونه مكافئاً .

ومن ثم يمكن القول إجمالاً بوجود ثمة مفاهيم عامة أساسية تحكم العمل الضار في الفقه الإسلامي ، يتمثل أهمها فيما يلي :

- أن العمل الضار تحكمه قواعد موضوعية سلفاً لا دخل فيها لإرادة الطرف المضروب أو إرادة مسبب الضرر ، وهي من العمومية بحيث تنطبق على كافة حالات العمل الضار وإن كان يلاحظ بالنسبة لهذه القواعد إختلافاً في المسميات بالنسبة لها عند أئمة الفقه عنها عند الفقهاء المحدثين .
- أن هذه القواعد تهتم أساساً بجبر الضرر المادي الذي أصاب المضروب من جراء العمل الضار ، ولا تنظر إلى أشخاص العمل الضار سواء الملتزم أكان محدث الضرر أم كان المضروب .
- أنه لا دخل لإرادة الأشخاص في ترتيب الإلتزام بالعمل الضار بداية أو في تعديل قواعده ، وبيان ذلك أن الغرض من قواعد جبر الضرر الناشئ عن العمل الضار هو التعويض المالي الذي يُعطى للمضروب بقصد جبر الخسارة التي لحقت به من جراء العمل الضار وذلك دون إعتداد بشخص المضروب أو شخص المسئول عن العمل الضار من أثر للإرادة في مجال العمل الضار هو حق المضروب في التنازل عن حقه في مواجهة الشخص محدث الضرر أو المسئول عن جبره بحسب الأحوال وسواء كان ذلك بالإبراء أو الصلح ، ولا يثبت للمضروب هذا الحق في التنازل إلا

(1) ويسرى ذلك المعنى في خصوص وجوب الزكاة في أموال اليتامى كما ورد في الحديث عن أنس عن رسول الله ﷺ أنه قال : " إتجروا في أموال اليتامى حتى لا تأكلها الزكاه " الجامع الصغير - الجزء الأول ص 7 ، فالمطالب بالأداء هو الولي ويكون الأداء من مال اليتيم لا من مال الولي - د. يوسف قاسم - أصول الأحكام الشرعية - ص 248-249.

بعد ثبوت حقه في التعويض لعدم جواز التنازل عن الحقوق إلا بعد ثبوتها .

ثامناً : القواعد الكلية في الفقه الإسلامي الخاصة بالضرر :
يقصد بالقاعدة لغة : أساس الشيء ، وفي إصطلاح الفقهاء هو الحكم الكلي أو الأكثرى الذي يراد به معرفة حكم الجزئيات^(١) .
وتتعدد في الفقه الإسلامي القواعد الكلية التي تستقى من أصول الشرع الإسلامي ، وتتسع لتشمل في تطبيقاتها فروع الفقه الإسلامي ، وتتمثل تلك القواعد في نطاق التطبيق على الضرر وما يترتب عليه من ضمان فيما يلي :

القاعدة الأولى : لا ضرر ولا ضرار^(٢) :
يجب أن لا يفهم من كلمة (لا ضرر) أنه لا يوجد ضرر بل الضرر في كل وقت موجود والناس لا يزالون يفعلونه وإنما المقصود هنا أنه لا يجوز الضرر أى الإضرار ابتداءً كما لا يجوز الضرر أى إيقاع الضرر مقابلة لضرر .

وتتضمن هذه القاعدة على حكمين الأول أنه لا يجوز الإضرار ابتداءً أى لا يجوز للإنسان أن يضر شخصاً آخر في نفسه وماله لأن الضرر هو ظلم والظلم ممنوع في كل دين وجميع الكتب السماوية قد منعت الظلم . مثال ذلك : لو كان لشخص حق المرور من طريق شخص آخر فلا يجوز منع ذلك الشخص عن المرور في تلك الطريق . كذلك لا يجوز لأهل قرية أن يمنعوا شخصاً من أن يسكن في قريتهم بداعي أنهم لا يريدون أن يسكنوه لأن عملهم هذا ضرر وإجراء الضرر ممنوع .

أما حكم الفقرة الثانية من هذه المادة وهو أنه لا يجوز مقابلة الضرر بمثله وهو الضرر كما لو أضر شخص آخر في ذاته أو ماله لا يجوز للشخص المتضرر أن يقابل ذلك الشخص بضرر بل يجب عليه أن يراجع الحاكم ويطلب إزالة ضرره بالصورة المشروعة . كذلك لو أتلّف شخص "كرماً" لآخر مثلاً فليس للمتضرر أن يقابل الشخص الذي

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام - على حيدر - دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع- الرياض ، طبعة سنة 1423هـ - 2003 م - الجزء الأول - ص 19 .
(٢) يلاحظ أن تلك القاعدة قد وردت بذات صياغة الحديث الشريف الذي رواه أحمد في مسنده ورواه ابن ماجه عن ابن عباس وعن عبادة .

الضرر بين أحكام الضمان في الفقه الإسلامى وأحكام المسؤولية التقصيرية في القانون الوضعى

أضره بإتلاف كرمه بل عليه مراجعة المحكمة وإذا لم يعمل على مراجعتها وأتلف كرم المُتلف لكرمه فكما يحكم على المتلف الأول يحكم على المتلف الثانى ويكونان ضامنين بما أتلفا .

القاعدة الثانية : الضرر يزال :

لأن الضرر هو ظلم وغدر والواجب عدم إيقاعه . وإقرار الظالم على ظلمه حرام وممنوع أيضاً فيجب إزالته فتجوز وتضمن المال المُتلف للمُتلف ، إنما هو بقصد إزالة الضرر . كذلك لو أحدث شخص بناء فى ملكه وتسبب عن ذلك حصول الظلام فى غرفة جاره بصورة لا تستطيع معها القراءة والكتابة وبما أن ذلك ضرر فاحش يزال ، وإذا وجد لشخص نحل عسل والنحل يأكل أثمار جاره الموجودة فى بستانه يحكم بإبعاد النحل من ذلك المكان دفعاً للضرر .

القاعدة الثالثة : الضرر لا يزال بمثله :

ولا بأكثر منه بالأولى فيشترط أن يزال الضرر بلا إضرار بالغير إن أمكن وإلا فبأخف منه . مثال : لو أن شخصاً فتح حانوتاً فى سوق وجلب أكثر المشترين لجانبه بصورة أوجبت الكساد على باقى التجار فلا يحق للتجار أن يطالبوا بمنع ذلك التاجر عن المتاجرة بداعى أنه يضر بمكاسبهم لأن منع ذلك التاجر عن التجارة هو ضرر بقدر الضرر الحاصل للتجار الآخرين . كذلك الشركة بالأموال هى ضرر ولذلك قد جوزت القسمة بين الشركاء إزالة للضرر والحاكم عند الإيجاب يحكم بالمقاسمة بين الشركاء جبراً . أما إذا كان المال المشترك طاحوناً وطلب أحد الشركاء تقسيمه فلأن تقسيم الطاحون يوجب ضرر الشركاء الآخرين الذين يرفضون المقاسمة فالحاكم لا يجيز الشركاء على المقاسمة حيث يكون قد أزال الضرر بمثله أو بأكثر منه . كذلك يجوز لمن تحقق الهلاك جوعاً أن يأخذ من غيره ما يدفع به الهلاك أيضاً لا يحق له أن يأخذه منه إذ أنه بدفع ضرره يجلب ضرراً لغيره مساوياً لضرره .

القاعدة الرابعة : يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام :

بما أن الضرر الخاص لا يكون مثل الضرر العام بل دونه فيدفع الضرر العام به فمنع الطبيب الجاهل والمفتى الماجن والمكارى المفلس من مزاوله صناعتهم ضرر لهم إلا أنه خاص بهم ولكن لو تركوا وشأنهم يحصل من مزاولتهم صناعتهم ضرر عام كإهلاك كثير من الناس بجهل الطبيب ، وتضليل العباد مع تشويش كثير فى الدين بمجون المفتى ، وغش

الناس من المكارى وكذلك جواز هدم البيت الذى يكون أمام الحريق منعاً لسراية النار . كذلك إذا كانت هناك أبنية آيلة للسقوط والإهدام يجبر صاحبها على هدمها خوفاً من وقوعها على المارة . كما أنه يجوز تحديد أسعار المأكولات عند طمع التجار فى زيادة الأرباح زيادة تضر بمصالح العامة وكذلك يمنع إخراج بعض الغلال من بلدة لأخرى إذا كان فى إخراجها ارتفاع الأسعار فى البلدة . وكذلك يمنع الطباخ من فتح دكانه فى سوق التجار خوفاً من لحوق التلف ببضائع التجار من دخان طعامه .

القاعدة الخامسة : الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف :
يعنى أن الضرر تجوز إزالته بضرر يكون أخف منه ولا يجوز أن يزال بمثله أو بأشد منه . مثال : إذا أدخل فرس تساوى قيمته ثلاثين جنيهاً رأسه فى إناء شخص تساوى قيمته ثلاث جنيهاً مثلاً ولا يمكن إخراج رأس الفرس من الإناء إلا بكسره فخوفاً من موت الفرس يدفع صاحبه قيمة الإناء لصاحبه ويكسره لأن ذلك أخف ضرراً من موت الفرس كما لا يخفى .

القاعدة السادسة : الضرر يدفع بقدر الإمكان :
فمثلاً إذا اغتصب شخص مال آخر وإستهلكه فلأن إرجاع المال المغصوب المستهلك بعينه غير ممكن يضمن الغاصب مثل ذلك المال إذا كان من المتليات وقيمه إن كانت من القيميات .

القاعدة السابعة : الخراج بالضمان :
هذه المادة هى نفس الحديث الشريف " الخراج بالضمان " .
والخراج هو الذى يخرج من ملك الإنسان أى ما ينتج منه من النتائج وما يغل من الغلات كلبن الحيوان ونتاجه ، وبدل إجارة العقار ، وغلال الأرضين وما إليها من الأشياء . ويقصد بالضمان المؤونة كالإنفاق على الحيوان ومصاريف العمارة للعقار ويفهم منها أنه من يضمن شيئاً لو تلف ينتفع به فى مقابلة الضمان مثلاً لو رد المشتري حيواناً بخيار العيب وكان قد إستعمله مدة لا تلزمه أجرته لأنه لو كان قد تلف فى يده قبل الرد لكان من ماله .
يعنى أن من يضمن شيئاً إذا تلف يكون نفع ذلك الشئ له فى مقابلة ضمانه حال التلف ومنه أخذ قولهم الغرم بالغرم .

الضرر بين أحكام الضمان في الفقه الإسلامي وأحكام المسؤولية التقصيرية في القانون الوضعي

وقد حكم عمر بن عبدالعزيز في هذه المسألة بالأجرة للبائع ولكنه
لما إطلع بعد ذلك على الحديث الشريف " الخراج بالضمان " نقض ذلك
الحكم.

القاعدة الثامنة : الأجر والضمان لا يجتمعان :

ويفهم من هذه القاعدة أنه لا تجب الأجرة في الحال التي يجب فيها الضمان يعنى أن الإنسان إذا إستأجر دابة وهلكت بلا تعد لا يضمن سوى الأجرة. وإذا غصب دابة فهلكت يضمن قيمتها ولا أجرة عليه . والضمان هو إعطاء مثل الشيء إذا كان من المثليات وقيمه إذا كان من القيميات .

مثال : إذا إستكرى حيوان للركوب لا يجوز تحميله فإذا حمل وتلف يضمن المستأجر قيمة الحيوان ومن ثم لا يجوز تكليفه بتأدية الأجر المسمى .

كذلك إذا غصب شخص حيواناً وإستعمله فلو تلف بيده يكون ضامناً فإذا رده لصاحبه لا تلزمه أجره على إستعماله إياه ما لم يكن مال يتيم أو وقف أو مالا معداً للإستغلال .

كذلك إذا إستعمل المستأجر الحيوان المأجور مدة تزيد عن مدة الإجارة فيما أنه يكون حينئذ حكمه حكم الغاصب ويكون ذلك الحيوان في ضمانه فلا تلزمه أجرة عن المدة الزائدة .

ويشترط في عدم إجتماع الأجرة والضمان إتحاد السبب والمحل فيهما وإلا فالاثنتان قد يلزمان في وقت معاً ومثال ذلك :

لو أجر شخص حيواناً من آخر ليركبه وحده إلى محل معين فركب الرجل وأردف خلفه شخصاً آخر ولو صغيراً " بحيث يستطيع الوقوف بنفسه " فتلف الحيوان بعد الوصول إلى المحل المقصود ، ينظر فإذا كان

الحيوان قادراً على حمل الإثنين يلزم الأجر المسمى مع ضمان نصف قيمة ذلك الحيوان . فيلزم الأجر على المستأجر لأنه قد إستوفى المنفعة المرادة من إستئجار ذلك الحيوان بوصوله للمكان المقصود ويلزم ضمان نصف قيمة الحيوان لأنه يكون قد تعدى بإردافه شخصاً خلفه والحاصل أنه لما كان سبب لزوم الأجر وسبب الضمان مختلفين يلزمان في وقت معاً ولا يقال بأن الضمان قد إجتمع والأجر فلكل سبب غير سبب الآخر .

القاعدة التاسعة : يضاف الفعل إلى الفاعل لا الأمر ما لم يكن مجبراً :

مثال ذلك : لو قال إنسان لآخر إتلف مال فلان ففعل كان الضمان على المأمور إذا فعل حيث لا يعد الأمر مجبراً شرعاً ولأن الأمر إذا لم يكن مالكاً فأمره بالتصرف في ملك الغير باطل.

الضرر بين أحكام الضمان في الفقه الإسلامى وأحكام المسؤولية التقصيرية في القانون الوضعى

كذلك لو أمر شخص رجلاً بذبح شاة قد باعها من آخر ولم يسلمها فذبحها الرجل وهو يعلم أنها مبيعة فللمشتري حق تضمينها للذابح وليس لهذا أن يرجع بذلك على الأمر ، والحاصل أنه لا يرجع بالضمان على الأمر ما لم يكن مكرهاً إكراهاً مُعتبراً .

ولهذه القاعدة مستثنى واحد : وهو أنه لو أمر رجل بالغ عاقل صبياً بإتلاف مال فأتلفه الصبي فالضمان فى مال الصبي إلا أن لوليه الرجوع على الأمر بما دفعه من مال الصبي بخلاف ما لو كان الأمر صبياً فليس للولى حق الرجوع عليه .
القاعدة العاشرة : إذا اجتمع المباشر والمتسبب أضيف الحكم إلى المباشر :

ويفهم فى هذه القاعدة أنه إذا اجتمع المباشر أى عامل الشئ وفاعله بالذات مع المتسبب وهو الفاعل للسبب المفضى لوقوع ذلك الشئ ولم يكن السبب مما يؤدى إلى النتيجة السيئة إذا هو لم يُتبع بفعل فاعل آخر ، يضاف الحكم الذى يترتب على الفعل إلى الفاعل المباشر دون المتسبب وبعبارة أخرى يقدم المباشر فى الضمان عن المتسبب .
تعريف المباشر : هو الذى يحصل التلف من فعله دون أن يتخلل بينه وبين التلف فعل فاعل آخر .

مثال : لو حفر رجل بئراً فى الطريق العام فألقى أحد حيوان شخص فى ذلك البئر ضمن الذى ألقى الحيوان ولا شئ على حافر البئر . لأن حفر البئر بحد ذاته لا يستوجب تلف الحيوان ولو لم ينضم إليه فعل المباشر وهو إلقاء الحيوان فى البئر لما تلف الحيوان بحفر البئر فقط . ورب قائل يقول بأنه لو لم يحصل فعل الحفر لما تأتى فعل الإلقاء فيما أن فعل الإلقاء هو الوصف الأخير فقد أضيف التلف إليه .
أما إذا كان ذلك الحيوان سقط بنفسه فى البئر فإذا كان حافر البئر قد حفره بدون أمر من ولى الأمر فالضمان كما سيرد فى المادة الآتية يترتب على حافر البئر .

كذلك لو دل شخص لصاً على مال لآخر ليسرقه فسرقه اللص فليس على الدال ضمان وإنما الضمان على اللص فليس على الدال ضمان وإنما الضمان على اللص .

كذلك لو فتح أحد باب دار آخر وفك فرسه من قيوده فجاء لص وسرق الفرس فالضمان على السارق .

كذلك لو أمسك شخص بآخر وجاء ثالث فأغتصب ما مع الرجل من النقود فالضمان على المغتصب المباشر لإستلاب المال دون الآخر المتسبب بذلك .

أما إذا كان السبب مما يفضى مباشرة إلى التلف فيترتب الحكم على المتسبب مثال ذلك لو تماسك شخصان فأمسك أحدهما بلباس الآخر فسقط منه شيء كساعة مثلاً فكسرت فيترتب الضمان على الشخص الذي أمسك بلباس الرجل رغباً من كونه متسبباً والرجل الذي سقطت منه الساعة مباشرة لأن السبب هنا قد أفضى إلى التلف مباشرة دون أن يتوسط بينهما فعل فاعل آخر .

كذلك لو شق شخص زقاً مملوءاً زيتاً أو قطع حبلاً معلقاً به قنديل فتلف الزيت الذي فيه فيترتب الضمان عليه وإن لم يخرج عن كونه متسبباً فقط لأن فعل الشق وفعل القطع سببان نشأ عنهما التلف مباشرة . ولهذه القاعدة مستثنيات ، فمثلاً لو دل مودع لصاً على مكان الوديعة التي أودعت عنده فسرقها اللص فالضمان على المودع المتسبب لتقصيره بحفظ الوديعة واللص بما أنه مباشر يترتب الضمان عليه فيحقق للمودع أن يرجع بالضمان عليه أيضاً .

كذلك القضاء هو من مستثنيات هذه المادة وإيضاح ذلك هو أنه إذا رجع الشهود عن شهادتهم بعد أن حكم الحاكم بمقتضاها يترتب الضمان على الشهود المتسببين دون الحاكم المباشر مع أنه بمقتضى هذه المادة كان من الواجب أن يكون الضمان على الحاكم دون الشهود ، وقد ذهب الإمام الشافعي إلى هذا الرأي تمسكاً بهذه القاعدة ووجه إستثناء هذه المسألة هو أنه لما كان الحاكم مجبراً على الحكم بعد أداء الشهود الشهادة وتحققه من عدالتهم ويأثم فيما لو إمتنع عنه ، فهو بمنزلة المكره على الحكم والشهود هم المكرهون له على ذلك ولو وجب الضمان على الحاكم لإمتنع الناس عن تقلد القضاء . وفي ذلك ما فيه من اختلال الأمور . فقد ترتب الضمان على الشهود وهم المتسببون دون الحاكم المباشر .

القاعدة الحادية عشر : الجواز الشرعي يناقئ الضمان :
ويفهم منها أنه لو فعل شخص ما أجاز له فعله شرعاً ونشأ عن فعله هذا ضرر ما فلا يكون ضامناً للخسارة الناشئة عن ذلك .
مثال : لو حفر إنسان في ملكه بئراً فوقه فيه حيوان رجل وهلك لا يضمن حافر البئر شيئاً . لأن تصرف المرء بملكه غير مقيد بشرط

الضرر بين أحكام الضمان في الفقه الإسلامى وأحكام المسؤولية التقصيرية في القانون الوضعى

السلامة ، أما لو تلف الحيوان فى بئر حفره شخص فى الطريق العام بدون إذن ولى الأمر أو فى ملك الغير أو فى الملك المشترك فيلزم حينئذ ضمانه لأنه لا يحق لأحد أن يحفر بئراً فى أرض بدون مسوغ شرعى . ولكن المقدار الذى يلزم ضمانه فيما لو كانت الأرض مشتركة بين إثنين مناصفة مثلاً وحفر أحدهما فيها بئراً فسقط فيه حيوان وتلف ضمن نصف قيمة الحيوان .

القاعدة الثانية عشرة : المباشر ضامن وإن لم يتعمد:
أى أنه سواء تعمد المباشر إتلاف مال الغير أو لم يتعمد يكون ضامناً .

والفرق بينه وبين المتسبب هو أنه يشترط لضمان المتسبب أن يكون متعدياً والمباشر يضمن على حالين ، والسبب فى ذلك أن المباشرة هى علة مستقلة وسبب للتلف قائم بذاته فلا يجوز إسقاط حكمها بداعى عدم التعمد . وبما أن السبب ليس بالعلة المستقلة لزم أن يقترن العمل فيه بصفة الإعتداء ليكون موجباً للضمان .
فعلية لو أتلف أحد مال غيره الذى فى يده أو فى يد أمينه قصداً أو من غير قصد فيكون ضامناً ، كذلك يضمن من يتلف مالاً لآخر بسقوطه عليه .

القاعدة الثالثة عشرة : المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد :
وقد أخذت هذه القاعدة عن قاعدة " المباشر ضامن والمتسبب غير ضامن إلا إذا كان متعمداً " الواردة فى الأشباه ، ويشترط فى ضمان المتسبب شيئان :

(1) أن يكون متعمداً .

(2) أن يكون متعدياً .

فعلية لو ذعر حيوان شخص من آخر وفر فلا ضمان على الشخص الذى فر منه الحيوان ما لم يكن متعمداً .
كذلك لو أحرق شخص أعشاباً جافة فى أرضه فسرت النار إلى شئ لأحد ما فأحرقته فلا ضمان عليه إلا إذا كان متعدياً بأن كان إحراق الأعشاب فى يوم شديد الريح .

كذلك لو حفر شخص بئراً في الطريق العام ولم يكن مأذوناً بذلك من قبل ولي الأمر فسقط في البئر حيوان وتلف فيكون ضامناً بإفئته على ما ليس له فيه حق وتعديه ، بخلاف ما لو استأذن لحفره فلا ضمان عليه . أما لو حفر إنسان بئراً في ملكه فليس عليه ضمان لأن للإنسان أن يتصرف في ملكه كيفما شاء فلا يعد تصرفه فيه مهما كان تعدياً . كذلك : لو أسقى من له حق الشراب أراضيها حسب العادة فطفت المياه على أراضي جيرانه فأحدثت ضرراً فيها فليس من ضمان عليه أما لو كان الإسقاء على خلاف العادة فيكون ضامناً . وفي حالة ما إذا اجتمع مسببان كاجتماع حال القيد وفتح الباب فالضمان على فاتح الباب .

مثال : لو وضع شخص فرسه مقيداً في إصطبله فجاء شخصان فحل أحدهما قيد الفرس وفتح الآخر باب الإصطبل فالضمان على فاتح الباب .

القاعدة الرابعة عشرة : جناية العجماء جبار :
هذه القاعدة مأخوذة من الحديث الشريف المروى عن أبي هريرة رضي الله عنه " العجماء جبار " وقد فسره بقوله " إتلاف البهيمة هدر لا ضمان على صاحبها " .

أي أن الحيوان إذا أتلّف شيئاً أو تسبب بخسارة وضرر لأحد الناس فليس على صاحبه شيء من الضمان ما لم ينشأ ذلك عن تعد منه أو تقصير

مثال ذلك : لو ربط شخصان فرسيهما في مكان معد لذلك فأتلّف فرس أحدهما فرس الآخر فليس من ضمان على صاحب الحيوان المتلف . كذلك لا يترتب على صاحب الهرة ضمان فيما لو أتلّفت طيراً لإنسان وإن نطحت جاموسة إنساناً فقتلته فلا ضمان على صاحبها وإذ رفس حيوان إنسان حيواناً لآخر وتلف فلا ضمان كذلك على صاحب الحيوان المتلف .

قلنا (ما لم ينشأ ذلك عن تعد من صاحب الحيوان أو تقصير) لأنه إذا أتلّف الحيوان شيئاً وكان ذلك بتعد من صاحبه أو تقصير يكون بما أتلّف الحيوان ضامناً ، ومثلاً على ذلك لو أطلق شخص حيوانه في مزرعات آخر يكون ضامناً بما يتلف الحيوان . ولو رأى إنسان حيوانه وهو في مزرعات آخر ولم يمنعه فيكون ضامناً بكل ما يحدثه الحيوان

الضرر بين أحكام الضمان في الفقه الإسلامي وأحكام المسؤولية التقصيرية في القانون الوضعي

من الأضرار لأنه يكون متعدياً في الحال الأولى ومقصرأ في الحال الثانية.

ولو ترك إنسان حيوانه مطلقاً في الطريق العام وهو مما لا يطلق في الشوارع فأتلف مالا أو قتل إنساناً فتلزمه دية القتل أو قيمة المال المتلف .

القاعدة الخامسة عشر: لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي: وقد ورد في الحديث الشريف " لا يحل لأحد أن يأخذ متاع أخيه لاعباً ولا جاداً فإن أخذه فليرده " فإذا أخذ أحد مال الآخر بدون قصد السرقة هازلاً معه أو مختبراً مبلغ غضبه فيكون قد ارتكب الفعل المحرم شرعاً لأن اللعب في السرقة جد . فعلى ذلك يجب أن ترد اللقطة التي تؤخذ بقصد إمتلاكها أو المال الذي يؤخذ رشوة أو سرقة أو غضباً لأصحابها عيناً إذا كانت موجودة وبدلاً فيما إذا استهلكت .

كذلك لو ادعى إنسان على آخر بحق وبعد أن تصالحا ظهر بأن ليس للمدعى حق بما ادعى فيحقق للمدعى عليه إسترداد بدل الصلح منه . كما لو صالح البائع المشتري على عيب إدعاء في المبيع بعد أن أنكره هو فتبين له بعد ذلك أن المبيع خال من العيب أو كان فيه فزال بنفسه فللبائع حق إسترداد بدل الصلح من المشتري .

وهكذا إذا دفع إنسان شيئاً إلى آخر غير واجب عليه أدائه فله إسترداده ما لم يكن أعطاه إياه على سبيل الهبة ووجد ما يمنع من ردها . فإذا دفع إنسان رشوة لقاض فندم على إعطائه إياها فله حق إستردادها .

وقد قيدت هذه المادة بقوله " بلا سبب شرعي " لأنه بالأسباب الشرعية كالبيع ، والإجارة ، والهبة ، والكفالة ، والحوالة يحق أخذ مال الغير فلو باع إنسان مالا بخمسين قرشاً فللمشتري أخذ ذلك المال كما للبايع أيضاً أخذ الخمسين قرشاً⁽¹⁾ .
تاسعاً : نظرة عامة لموقف الفقه الإسلامي من النظرية الموضوعية في المسؤولية :

(1) درر الحكام شرح مجلة الأحكام - الجزء الأول ص 36 - 37 - 40 - 41 - 42 - 88 - 89 - 90 - 91 - 92 - 93 - 94 - 95 - 98 .

ومن خلال ما سبق يمكن إستخلاص رؤية عامة للفقهاء الإسلامى لمفهوم جبر الضرر - وهو ما إصطلح على تسميته فى الفقه الوضعى بالنظرية الموضوعية فى المسئولية - وذلك بداءة إنطلاقاً من تفرقة فقهاء الشريعة الإسلامية بين الجرائم العامة والجرائم الخاصة وذلك حين قسموا الحق إلى نوعين: حق الله وحق العبد . ويطلقون حق الله على كل ما تعلق به نفع عام يتصل بالمجتمع لذا نسب إلى الله تعالى لما فيه من عظيم الخطر، ومن هذه الحقوق الخالصة حد الردة. أما حق العبد فهو ما تعلق به مصلحة خاصة، أى يخص إنساناً بعينه، ويدخل فى هذا النوع الدية. وهناك حالات يجتمع فيها الحقان : حق الله وحق العبد. فإذا اجتمع الحقان وكان حق الله غالباً ألحق بحقوق الله مثل حد القذف ، فإن كان حق العبد هو الغالب ألحق بحقوق العبد مثل القصاص .

وجزاء حقوق الله عقوبة كالحد والتعزير والكفارة والحرمان من الميراث . وتتميز العقوبة العامة بأنه لا يصح فيها لا العفو ولا الإبراء ولا الصلح ، وبأن استيفاءها متروك للإمام ، وأن الإرث لا يجرى فيها فلا تنتقل العقوبة إلى ورثة الجانى بعد وفاته ولا يطالب بها ورثة المجنى عليه بعد موته لأن استيفاءها مفوض إلى الحاكم .

وجزاء حق العبد إما ضمان أو جزاء يدور بين الضمان والعقوبة مثل الدية، وإما عقوبة خالصة كما فى القصاص والتعزير فى حقوق العبد. وتتميز هذه العقوبة الخالصة بصفات تختلف عن العقوبة العامة . فيجوز فيها العفو والإبراء والصلح، واستيفؤها متروك للمجنى عليه أو لوليه ، ولا يجرى فيها التداخل فيتكرر تطبيقها بتكرار الفعل ويجرى فيها الإرث بالنسبة للمجنى عليه أو لوليه فلورثته المطالبة بإستيفاء العقوبة بعد وفاته، ولكن لا يجرى فيها الإرث من جهة الجانى فلا يعاقب ورثته مكانه بعد وفاته (1).

ويدخل فى حقوق العبد موضوع المسئولية المدنية ، وقد عكف فقهاء الشريعة الإسلامية على استنباط أركان وشروط وأحكام هذه المسئولية على ضوء المنازعات والوقائع الإجتماعية التى كانت تثور فى

(1) الدكتور عبدالرازق أحمد السنهورى ، " مصادر الحق فى الفقه الإسلامى " ، ج1 طبعة 1967، ص47 وما بعدها ، فضيلة الأستاذ محمد أبو زهرة ، " فلسفة العقوبة فى الفقه الإسلامى " ، القاهرة 1963 ، محاضرات ألقاها على طلبة قسم الدراسات القانونية بمعهد الدراسات العربية العالية ، ج1 ، نبذة 44 ص68.

الضرر بين أحكام الضمان في الفقه الإسلامي وأحكام المسؤولية التقصيرية في القانون الوضعي

عصورهم ووضعوها لها أحكامها في أبواب مختلفة من الفقه أهمها باب الجنائيات ، باب الدييات ، باب الحدود ، باب الغصب ، باب الإلتلاف^(١) . ولم تشترط الشريعة الإسلامية لكي يترتب التعويض عن الضرر أن يكون الضرر قد نشأ عن إعتداء أو ارتكاب فعل محظور ، بل يلزم الضمان مطلقاً سواء نشأ عن إعتداء أم لم يكن كذلك . فالشريعة الإسلامية تجعل الضرر علة وسبباً للتضمين فإذا وجدت العلة تترتب المعلول^(٢) . ويميز الفقه الإسلامي بين الإتصال المباشر ومجرد التسبب . والضرر المباشر هو ما كان نتيجة لإتصال آلة التلف بمحلّه ، والضرر المسبب هو ما أدى إليه فعل بواسطة فعل آخر متوسط بينهما تترتب عليه مباشرة^(٣)

مثال الضرر المباشر : من حمل شيئاً في الطريق فسقط على إنسان ضمن ما تلف بسقوطه^(٤) وكذلك من قتل دابة إنسان أو أحرق ثوبه أو قطع شجرة إنسان أو أراق عصيره أو هدم بناءه^(٥) . ومثال التسبب عن قصد : لو فزعت دابة أحد من الآخر وفرت وضاعت لا يلزم الضمان ، وأما إذا كان أفرعها قصداً ضمن ، وكذلك إذا فزعت الدابة من صوت البندقية التي رماها الصياد^(٦) . ومثال التسبب عن اهمال : من يحفر بئراً في الطريق أو يضع حجراً فيسقط إنسان أو يتعثّر حيوان كان مسؤولاً عن التعويض^(٧) . وكذلك

- (١) سيد أمين " المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير في الفقه الإسلامي المقارن " - رسالة دكتوراه - ص 39.
- (٢) فضيلة الأستاذ على الخفيف ، " الضمان في الفقه الإسلامي " ، محاضرات ألقاها على طلبة قسم البحوث والدراسات القانونية والشرعية بمعهد البحوث والدراسات العربية ، ج 1 ، ص 68 ، الدكتور شفيق شحاته ، النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية ، الجزء الأول ، رسالة دكتوراه من الجامعة المصرية ، 1936 ، نبذة 215 ص 172 .
- (٣) على الخفيف ، المرجع السابق ، ص 74 .
- (٤) الزيلى : تبين الحقائق شرح كنز الدقائق طبعة بولاق 1315 هـ ، ج 6 ص 146 ، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ، طبعة المطبعة العامرة 1328 هـ ، ج 2 ص 653 - 654 ، أيضاً المادة 926 من مجلة الأحكام العدلية شرح محمد سعيد المحاسنى ، دمشق 1927 مطبعة الترقى . ومشار إلى نص المادة أيضاً في رسالة سيد أمين ، المرجع السابق ، ص 41.
- (٥) الكاسانى : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، مصر 1910 المطبعة الجمالية ، ج 7 ص 165.
- (٦) الكاسانى - بدائع الصنائع ج 7 ص 166 .
- (٧) تبين الحقائق للزيلى ج 6 ص 143 ، مجمع الضمانات للبغدادى طبعة القاهرة 1308 هـ ، المطبعة الخيرية ص 146.

من يضع فى الطريق جمراً فيحرق به شيئاً لزمه الضمان^(١)، فإذا لم يكن هناك قصد ولا إهمال فلا إلتزام بجبر الضرر إذا كانت العلاقة مجرد تسبب : فمن يحفر بئراً فى ملكه فيقع فيه إنسان لا يضمن ولو مات الواقع فى البئر جوعاً أو غماً^(٢) .
والقاعدة فى الفقه الإسلامى أن المباشر ضامن وإن لم يتعد ، والمتسبب لا يضمن إلا إذا كان متعدياً^(٣)، فحيث يوجد إتصال مباشر فلا ضمان إلا إذا توافر قصد أو تسبب بإهمال .
ويبين من الحالات السابقة أن الفقه الإسلامى قد جعل للمسئولية عن الفعل الضار مجالات ثلاث :
قصد إرتكاب الفعل الضار وذلك بوجه عام ، والإهمال الذى يؤدى إلى الإضرار ، وذلك فى حالات معينة ، والفعل المجرى عن أى قصد أو إهمال وذلك فى حالات الإتصال المباشر .
ويرى البعض أن الشريعة الإسلامىة قد أخذت بما هو معروف حالياً فى القوانين الحديثة بنظرية المسئولية الموضوعية .
فالمسئولية الناشئة عن حالات الإتصال المباشر هى مسئولية بعيدة تماماً عن أى خطأ أو تعد من جانب مرتكب الفعل^(٤) . وأهم تطبيق لهذه النظرية حالة تضمين من لا إدراك له فى ماله كالمجنون والصغير .
ويقول الفقه الإسلامى فى هذا الصدد " إذا انقلب النائم على متاع وكسره يجب الضمان " ^(٥) ومن الواضح أن النائم يتحرك دون وعى ولا يرتكب

(١) مجمع الأنهر فى شرح ملتقى الأبحر ، ج2 ، ص653 .

(٢) مجمع الضمانات ، ص146 ، ومجمع الأنهر ، ج2 ، ص653 .

(٣) مجمع الضمانات ص146 ، كما تنص المادة 92 من المجلة العدلية على الضرر المباشر، وتنص المادة 93 على الضرر نتيجة التسبب .

(٤) سيد أمين ، المرجع السابق ، ص87 ، مسعد صالح ، عن المسئولية عن الضرر فى الفقه الإسلامى . مجلة إدارة قضايا الحكومة ، العدد الثانى ، السنة الثامنة

عشر إبريل - يونيه 1974 ، ص 453 - 454 ، الدكتور بدر جاسم محمد اليعقوب ، " المسئولية عن إستعمال الأشياء الخطرة فى القانون الكويتى " ،

رسالة دكتوراه من جامعة القاهرة 1977، ص 95، ص 106 - 107 .

(٥) مجمع الضمانات ص146 .

الضرر بين أحكام الضمان في الفقه الإسلامى وأحكام المسؤولية التقصيرية في القانون الوضعى

فعله عن إدراك ومع ذلك يلتزم بتعويض ما يلحق غيره من أضرار فهى إذن مسئولية موضوعية أساسها الضرر^(١).
ويعلل فقهاء الشريعة الإسلامية الحكمة من الضمان فى حالة الضرر المباشر أن اتلاف الشئ يعنى اخراجه من أن يكون منتفعاً به منفعة مطلوبة منه عادة ، وهذا اعتداء وإضرار .
وقد تعذر نفي الضرر من حيث الصورة فيجب نفيه من حيث المعنى بالضمان ليقوم الضمان مقام التلّف^(٢).
ويرى البعض أن هذه المسئولية الموضوعية التى أقامها الفقه الإسلامى هى إستثناء من الأصل العام الذى يجعل المسئولية تقوم أساساً إما على القصد أو مجرد الخطأ أو الإهمال .
ولا توجد فى الفقه الإسلامى التفرقة بين المسئولية التعاقدية والمسئولية غير التعاقدية ولو أنه فى الظاهر توجد نصوص كثيرة تقابل بين " ضمان العقد " و " ضمان الإتلاف " ^(٣) ويلاحظ أن فقهاء الشريعة الإسلامية يعبرون بلفظ الضمان فى مقام الكلام عن المسئولية .

(١) ثروت أنيس الأسيوطى ، مبادئ القانون جـ 2 ، نبذة 314 ص176 ، بدر جاسم

محمد اليعقوب ، المرجع السابق ، ص95 .

(٢) الكاسانى - كتاب بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع - ج7 ، ص164 - 165 .

(٣) شفيق شحاته ، المرجع السابق ، نبذة 215 ص172 .

المبحث الثاني

أحكام المسؤولية التقصيرية في القانون الوضعي

أولاً : الضرر كركن في المسؤولية التقصيرية :
الضرر هو الركن الثاني للمسؤولية ، فليس يكفي لتحقق المسؤولية أن يقع خطأ ، بل يجب أن يحدث الخطأ ضرراً .
وقد يكون الضرر مادياً يصيب المضرور في جسمه أو في ماله ، وهو الأكثر الغالب ، وقد يكون أدبياً يصيب المضرور في شعوره أو عاطفته أو كرامته أو شرفه أو أى معنى آخر من المعانى التى يحرص الناس عليها^(١)
والضرر - كما تقدم - شرط أولى لقيام المسؤولية المدنية وإمكان المطالبة بتعويض . فإذا وقعت جريمة شروع في سرقة أو شروع في قتل - فإن الجانى يسأل عن ذلك جنائياً ، ولكنه لا يلزم بأى تعويض قبل من شرع في سرقة أو قتله إذا كان هذا لم يتأثر بالمحاولة التى كانت موجهة ضده ولم يلحقه منها أى ضرر .
لذلك يجب البدء بإثبات الضرر قبل إثبات ركن الخطأ والسببية^(٢)

وتطبيقاً لذلك فقد أستقرت المبادئ القضائية فى هذا المجال على ما يلي :
- أن مفاد نصوص المواد 163 ، 170 ، 121 من القانون المدنى أن الضرر ركن من أركان المسؤولية وثبوته شرط لازم لقيامه تبعاً لذلك

(١) د. عبدالرزاق أحمد السنهورى - الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد - طبعة منشأة المعارف - الجزء الأول - ص 713-714 ، عز الدين الدناصورى - د. عبدالحميد الشواربى - المسؤولية المدنية فى ضوء الفقه والقضاء - طبعة مكتبة رجال القضاء - سنة 1988 - ص 157 وما بعدها ، محمد عزمى البكرى - موسوعة الفقه والقضاء فى القانون المدنى - دار محمود للنشر - سنة 2006 - المجلد الثالث - ص 1018 .
(٢) سليمان مرقص ، الفعل الضار ، ص 43 .

الضرر بين أحكام الضمان في الفقه الإسلامى وأحكام المسؤولية التقصيرية في القانون الوضعى

يستوى^(١) فى إيجاب التعويض عن الضرر أن يكون هذا الضرر مادياً أو أدبياً

- أن الحكم بمبلغ معين على سبيل التعويض بناء على مجرد القول بأن هذا المبلغ هو تعويض عما أصاب الطالب من ضرر دون بيان عناصر الضرر الذى أشير إليه ذلك يجعل الحكم باطلاً بطلاناً جوهرياً يتعين معه نقضه^(٢)

- ضرورة التزام محكمة الموضوع ببيان عناصر الضرر الذى قضت من أجله بالتعويض ومناقشة كل منها ، وأن عدم مراعاة ذلك يعد بمثابة قصور فى تسبيب الحكم يستوجب نقضه^(٣)

- متى كان الحكم المطعون فيه قد قضى للمطعون عليه بمبلغ معين على سبيل التعويض ، لم يبين عناصر الضرر الذى قضى من أجله بهذا المبلغ ، فإنه يكون قاصراً يستوجب نقضه^(٤)

- متى كان الحكم الابتدائى المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه إذ قضى للمطعون عليه بالتعويض عن الضرر الذى أصابه بسبب الدعاوى الكيدية التى رفعها الطاعن ، قرر أن مسلك هذا الأخير استنفذ من وقت المطعون عليه ومجهوده وماله الشئ الكثير ليجابه نشاط خصمه. وأن هذه الإجراءات الكيدية التى عانى منها المطعون عليه وأقلقت باله فى مدى أحد عشر عاماً ، تقدر المحكمة عنها المبلغ الذى قضت به. فإن فى هذا الذى أورده الحكم البيان الكافى لعناصر الضرر الذى قضى بالتعويض عنه^(٥)

- أنه متى إنتفى ركن الضرر فلا محل للحكم بالتعويض^(٦)

(١) نقض مدنى فى الطعن رقم 308 لسنة 58 ق جلسة 15/3/1990 ، 644 لسنة 53 ق جلسة 17/6/1986 .

(٢) نقض مدنى - 1949/2/10 - طعن رقم 162 سنة 17 ق - مجموعة القواعد المدنية لربع قرن رقم 15 ص 260 .

(٣) نقض مدنى - 1983/6/21 - الطعن رقم 90 لسنة 50 ق .

(٤) نقض مدنى - 1952/3/27 - طعن رقم 107 سنة 20 ق - مجموعة القواعد المدنية لربع قرن رقم 14 ص 260 .

(٥) نقض مدنى - 1952/4/10 - طعن 269 سنة 20 ق مجموعة القواعد المدنية لربع قرن رقم 16 ص 260 .

(٦) محكمة إستئناف القاهرة - الدائرة الثانية عشر المدنية - 1957/6/30 إستئناف رقم 722 سنة 72 ق.

- أن التعويض عن التعدي على ملك الغير يجب أن يكون أساسه الضرر الناشئ عن الخطأ الذي ارتكب بهذا التعدي^(١).
- أن التزوير هو تغيير الحقيقة تغييراً من شأنه أن يسبب ضرراً^(٢).
- ان كان يجوز لمحكمة الموضوع أن تقضى بتعويض إجمالي عن جميع الأضرار التي حاققت بالمضروب ، الا أن ذلك مشروط بأن تبين عناصر الضرر الذي قضت من أجله بهذا التعويض ، وأن تناقش كل عناصر منها على حدة ، وتبين وجه أحقية طالب التعويض فيه أو عدم أحقيته^(٣).
- بطلان الإجراء لا يستتبع حتما المساءلة بالتعويض ، إلا إذا ترتب عليه لمن وقعت المخالفة في حقه ضرر بالمعنى المفهوم في المسؤولية التقصيرية . ومن ثم لا يكفي الضرر في معنى المادة 2/25 من قانون المرافعات التي يتمخض في ثبوت تخلف الغاية من الإجراء الجوهري الذي نص عليه المشرع ، إذ أن الضرر بهذا المعنى شرط لترتيب بطلان الإجراء وعدم الإعتداد به ، وليس للحكم بالتعويض^(٤).
- متى كان الحكم قد بين أركان المسؤولية التقصيرية – من خطأ وضرر وعلاقة سببية ، فانه يكون قد أحاط بعناصر المسؤولية المدنية احاطة كافية ، ولا تثريب عليه بعد ذلك إذا هو لم يبين عناصر الضرر^(٥).

(١) محكمة إستئناف القاهرة – الدائرة الثالثة عشر المدنية – 1958/1/23 إستئنافان رقما 177 و134 سنة 74ق.

(٢) محكمة إستئناف القاهرة – الدائرة الخامسة المدنية – 1960/4/28 إستئناف رقم 863 سنة 75ق – وفي نفس الجلسة الإستئناف رقم 864 سنة 75ق .

(٣) نقض مدني – 1965/12/9 – طعن رقم 242 سنة 31ق – مجموعة الأحكام "مدني" السنة 16 قاعدة 194 ص 1244.

(٤) نقض مدني – 1965/11/16 – طعن رقم 27 سنة 31ق – مجموعة الأحكام "مدني" السنة 16 قاعدة 167 ص 1075 .

(٥) نقض مدني – 1966/3/7 – طعن 1986 سنة 35ق – مجموعة الأحكام "جنائي" السنة 17 ص 247.

الضرر بين أحكام الضمان في الفقه الإسلامى وأحكام المسؤولية التقصيرية في القانون الوضعى

- من المقرر أنه يكفى في بيان وجه الضرر المستوجب للتعويض أن يثبت الحكم ادانة المحكوم عليه عن الفعل الذى حكم بالتعويض من أجله^(١)

- سلطة محكمة الموضوع فى تقدير التعويض تخولها أن تدخل فى حسابها جميع عناصر الضرر ، ومنها ما يصيب المضرور بسبب طول أمد التقاضى^(٢).

ثانياً : الضرر المادى :

1 - أنواع الضرر المادى :

أ - الإخلال بحق للمضرور :

الضرر المادى هو الإخلال بمصلحة للمضرور ذات قيمة مالية. وقد تكون المصلحة المالية للمضرور حقاً أو مجرد مصلحة مالية^(٣).

فقد يكون الضرر إخلال بحق للمضرور فالتعدى على الحياة

ضرر، بل هو أبلغ الضرر ؛ إذ لكل شخص الحق فى سلامة حياته

وسلامة جسمه واتلاف عضو أو احداث جرح أو إصابة الجسم أو العقل بأى أذى آخر من شأنه أن يخل بقدرة الشخص على الكسب أو يكبده نفقة فى العلاج هو أيضاً ضرر مادى .

والتعدى على الملك هو اخلال بحق ويعتبر ضرراً . فإذا أحرق شخص منزلاً لآخر أو قلع زراعته أو خرب أرضه أو أتلّف له مالا كآثاث أو عروض أو غير ذلك ، كان هذا ضرراً مادياً أصاب المضرور فى حق ثابت له . وكل اخلال بحق مالى ثابت ، عينياً كان هذا الحق أو شخصياً هو ضرر مادى.

وقد يصيب الضرر شخصاً بالتبعية عن طريق ضرر أصاب

شخصاً آخر . فالقتل ضرر أصاب المقتول فى حياته وعن طريق هذا

(١) نقض مدنى - 1966/10/18 - طعن 1375 سنة 36ق - مجموعة الأحكام "جنائى" السنة 17 ص 998.

(٢) نقض مدنى - 1967/2/16 - طعن 375 سنة 32ق - مجموعة الأحكام "جنائى" السنة 18 قاعدة 57 ص 373.

(٣) راجع فى ذلك المعنى : الحكم الصادر من الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية بمحكمة النقض بتاريخ 1994/2/22 فى الطعن رقم 3517 لسنة 62ق.

الضرر أصيب أولاد المقتول بضرر لحرمانهم من العائل . وهذا عدا الضرر الأول الذي أصاب المقتول نفسه . والحق الذي يعتبر الإخلال به ضرراً أصاب الأولاد تبعاً ، هو حقهم في النفقة قبل أبيهم . ويكفي أن يكون من فقد العائل له حق النفقة ، أما إذا كان ليس له حق في النفقة ولكن كان يعال فعلاً ، فإن الضرر الذي ينزل به في هذه الحالة يكون إخلالاً بمصلحة مالية لا إخلالاً بحق ثابت – أما الزوج فلا يطالب بتعويض عن ضرر مادي بسبب موت زوجته ، لأن الزوج لا تجب له النفقة على زوجته^(١) . ولكن الزوجة تطالب بتعويض عن الضرر المادي لأن لها النفقة على زوجها فإذا تزوجت ثانية بعد موت زوجها الأول كان هذا محل اعتبار في تقدير التعويض^(٢) ، ولا يتقاضى الوالد تعويضاً عن ضرر مادي أصابه من موت ولده الصغير إلا إذا كان الوالد يستفيد من عمل ولده^(٣) ، ولا يدخل في تقدير التعويض ما أنفقه الوالد في تعليم ابنه المصاب ؛ لأن التعليم واجب عليه^(٤) .

والقضاء مضطرد في جواز الحكم بتعويض عن الضرر المادي الذي يصيب من فقد العائل^(٥) ، وهذا الحق ليس ميراثاً يتلقاه ، بل هو حق شخصي له فلا يعطى بنسبة النصيب في الارث بل بمقدار الضرر الذي وقع^(٦) ، ولا ينتقل حق التعويض إلى ورثة من فقد العائل حتى لو مات هذا بعد رفع الدعوى^(٧) . أما إذا ثبت أن أقارب المصاب مستقلون عنه، وأنه ليس يعولهم فلا حق لهم في التعويض كابنة متزوجة أو شقيقة تزاول مهنة تستطيع أن تعيش منها أو بنت متزوجة مستقلة مع زوجها وأولاد بلغوا سن الرشد موظفون في الحكومة ويعيشون مع والدهم ولكنه لا ينفق عليهم بل هم الذين يساعدونه^(٨) .

(١) استئناف مختلط 1944/4/19 ، م56 ، ص106 .

(٢) استئناف مختلط 1942/4/7 ، م540 ، ص161 .

(٣) استئناف مختلط 1938/11/30 ، م51 ، ص32 ، م55 ، ص195 .

(٤) استئناف مختلط 1930/5/1 ، م42 ، ص473- وأنظر عكس ذلك استئناف

مختلف 1946/6/5 ، م58 ، ص224 .

(٥) استئناف مختلط 1897/4/28 ، م9 ، ص296 .

(٦) استئناف مختلط 1905/5/24 ، م17 ، ص296 .

(٧) استئناف مختلط 1905/5/24 ، م17 ، ص295 .

(٨) د. السنهوري ، المرجع السابق ، ص 715 – هـ 2 ، د. عبدالودود يحيى – المرجع السابق – ص251 ، عز الدين الدناصوري – المرجع السابق – ص 161 ، 163 ، محمد عزمى البكرى – المرجع السابق – ص1029 .

الضرر بين أحكام الضمان في الفقه الإسلامى وأحكام المسؤولية التقصيرية في القانون الوضعى

ولكن إذا كان الضرر المادى الذى أصاب المضرور هو الموت، بأن اعتدى شخص على حياته فمات فى الحال . فيمكن فى هذه الحالة للوارث أن يطالب بالتعويض بوصفه خلفاً للمضرور لأن الموت ضرر مادى يصيب الميت ، ويتبين من ذلك أن هناك ضرراً مادياً أصاب الميت فللوارث أن يطالب مكانه بتعويض هذا الضرر ، وكذلك للدائن أن يطلب تعويضاً باسم مدينه الميت^(١) .
وتطبيقاً لذلك فقد أستقرت المبادئ القضائية فى هذا المجال على ما يلى :

- أن المال الذى تقدره لجنة التعويضات لشخص تعويضاً عن موت مورثه فى أثناء الإضطرابات ، ليس مالا متروكاً عن المورث ، بل هو تعويض شخصى يعطى للوارث من باب السلوى عما فقده من النفع ونكب به من الخسارة وفجع فيه من عز العائل وعونه ، فلا يجوز إذن لدائن المورث أن يحجز عليه إبقاء لدينه الذى كان على المورث^(٢) .
- إذا طالب بعض الورثة بتعويض عن قتل مورثهم وحكم لهم بالتعويض ، فلا يعتبر المحكوم به تركة عن المورث ، ومن ثم لا يكون تقسيمه طبقاً للأحكام الشرعية ولا يتعين أن يشترك فيه جميع الورثة، بل يقتصر فى تقسيمه على الورثة الذين طالبوا بالتعويض . ولا محل لإعتبار المبلغ فى حكم الدية ، لأنه متى كان هناك قصاص فلا دية شرعاً^(٣) .
- أن صلح المجنى عليه قبل وفاته مع من تعدوا عليه بالضرب لا يؤثر فى حقوق الورثة فى المطالبة بتعويض ما نالهم بعد وفاة والدهم من جراء الإعتداء عليه . لأن الأساس القانونى لطلب الورثة ذلك التعويض هو الضرر الذى لحقهم من عمل من اعتدى على والدهم وفقاً للمادة 163 من القانون المدنى ، وليس أساسه وراثتهم للحق الذى ثبت لوالدهم قبل وفاته – فإذا تنازل الوالد عما ثبت له قانوناً من الحق فى تعويض الضرر الذى ناله ممن اعتدى عليه ، فإن هذا التنازل لا يؤثر فى

(١) نقض جنائى 1944/3/14 المحاماة رقم 212 ، ص 565 – وتعليق سليمان مرقص ، القانون والإقتصاد 18 العدد الأول . والسهنورى ، المرجع السابق ، ص 714 : 716 ، د.عبدالودود يحيى – المرجع السابق – ص 254 .

(٢) محكمة مصر الإبتدائية 1923/12/10 – المحاماة ، السنة 4 رقم 352 ص 456 .

(٣) محكمة مصر الحسبية (عال) 1942/11/2 – المجموعة الرسمية ، السنة 25 رقم 100 ص 187 .

حق الورثة المستمد مباشرة من القانون والذي لا يملك الوالد أن يتنازل عنه قبل وجوده ، إذ حقهم لا يولد إلا من تاريخ موته هو^(١) .

- إذا تسببت وفاة المجنى عليه عن فعل ضار من الغير ، فإن هذا الفعل لا بد وأن يسبق الموت ولو بلحظة مهما قصرت كما يسبق كل سبب نتيجته ، وفي هذه اللحظة يكون المجنى عليه مازال أهلاً لكسب الحقوق ، ومن بينها حقه في التعويض عن الضرر الذي لحقه وحسبما يتطور إليه هذا الضرر ويتفاقم . ومتى ثبت له هذا الحق قبل وفاته فإن وراثته يتلقونه عنه في تركته ويحق لهم بالتالي مطالبة المسئول بجبر الضرر المادى الذى سببه لورثتهم ، لا من الجروح التى أحدثها به فحسب، وإنما أيضاً من الموت الذى أدت إليه هذه الجروح بإعتباره من مضاعفاتها ، ولئن كان الموت حقاً على كل إنسان ، إلا أن التعجيل به إذا حصل بفعل فاعل يلحق بالمجنى عليه ضرراً مادياً محققاً ، إذ يترتب عليه فوق الآلام الجسيمة التى تصاحبه حرمان المجنى عليه من الحياة وهى أعلى ما يمتلكه الإنسان بإعتبارها مصدر طاقاته وتفكيره^(٢) .

- ان شرط توافر الضرر المادى هو الإخلال بحق أو بمصلحة للمضرور وفي اعتداء الجانى على المجنى عليه والقضاء على حياته اخلال جسيم بحقه فى سلامة جسمه وصون حياته ، وإذ كان الإعتداء يسبق بدهاءة الموت بلحظة ، فإن المجنى عليه يكون خلالها - مهما قصرت - أهلاً لكسب الحقوق ومن بينها الحق فى التعويض عن الضرر الذى لحقه وحسبما يتطور إليه هذا الضرر ويتفاقم . ومتى ثبت له ذلك الحق قبل الموت ، فإنه ينتقل من بعده إلى وراثته فيحق لهم مطالبة المسئول بجبر الضرر الذى لحق مورثهم من جراء الجروح التى أحدثها به. ومن جراء الموت الذى أدت إليه تلك الجروح ، بإعتباره من مضاعفاتها . ولئن كان الموت حقاً على كل إنسان إلا أن التعجيل به بفعل الغير عن عمد أو خطأ يلحق بالمجنى عليه ضرراً محققاً بل هو أبلغ الضرر إذ يسلبه أتمن ما يملكه الإنسان وهو الحياة . والقول بغير ذلك

(١) نقض جنائى - 1934/5/28 - طعن رقم 1368 سنة 4 ق مجموعة القواعد المدنية لربع قرن - الملحق - رقم 102 ص 1301 .

(٢) نقض مدنى - 1966/2/17 - طعن 352 سنة 31 ق - مجموعة الأحكام " مدنى " السنة 17 قاعدة 47 ص 337.

الضرر بين أحكام الضمان في الفقه الإسلامي وأحكام المسؤولية التقصيرية في القانون الوضعي

وإمتناع الحق في التعويض على المجنى عليه الذي يموت عقب الإصابة مباشرة وبجواز ذلك الحق لمن يبقى على قيد الحياة مدة عقب الإصابة يؤدي إلى نتيجة تتأبى على المنطق . وإلا كان الجاني الذي يصل في إعتدائه إلى حد الإجهاز على ضحيته فوراً في مركز يفضل ذلك الذي يقل عنه خطورة فيصيب المجنى عليه بأذى دون الموت^(١) .

- الأصل في دعاوى الحقوق المدنية التي ترفع إستثناء للمحكمة الجنائية بطريق التبعية للدعوى الجنائية أن يكون الحق المدعى به ناشئاً عن ضرر للمدعى من الجريمة المرفوعة بها الدعوى الجنائية . كما أنه يشترط للحكم بالتعويض عن الضرر المادى أن يكون هناك إخلال بمصلحة مالية للمضرور^(٢) .

ب - الإخلال بمجرد مصلحة مالية للمضرور :

وقد يكون الضرر إخلالاً لا بحق للمضرور ، ولكن بمجرد مصلحة مالية له . فيكون المسئول عن إصابة العامل قد أصاب رب العمل في مصلحة مالية له إذ جعله مسئولاً عن معاش العامل . والإخلال بالمصلحة المالية على هذا النحو يعد ضرراً . ومثل آخر للمصلحة المالية التي يصاب فيها المضرور أن يفقد عائلته دون أن يكون له حق ثابت في النفقة . وهذا بخلاف من له حق ثابت في النفقة، فإن الضرر يصيبه في حق لا في مصلحة . ويقع ذلك إذا كان الشخص يعول أحداً من أقاربه أو ممن يلوذ به دون أن يلزمه القانون بالنفقة عليه . فمن يعال إذا فقد العائل يكون قد أصيب في مصلحة مالية - لا في حق - إذا هو أثبت أن العائل كان يعول فعلاً وعلى نحو مستمر دائم وأن فرصة الإستمرار على ذلك في المستقبل كانت محققة فيقدر القاضى ما ضاع على المضرور من فرصة بفقد عائلته ويقضى له بالتعويض على هذا الأساس . كذلك الضرر الذي يصيب الخطيبة من فقد خطيبها يقاس بمقدار ما كلفتها الخطبة من

(١) نقض مدنى - 1967/3/14 - طعن رقم 1394 سنة 36ق - مجموعة الأحكام "جنائى" السنة 18ص 415.

(٢) نقض جنائى - 1970/5/25 - طعن رقم 543 سنة 40ق - مجموعة الأحكام س21 قاعدة 174 ص739.

نفقات وبمقدار ما ضاع عليها من فرصة فى إتمام الزواج ، وهذا أمر يترك تقديره للقاضى .

ويراعى أن المصلحة التى يعد الإخلال بها ضرراً هى المصلحة المشروعة . أما المصلحة غير المشروعة فلا يعتد بها ، ولا يعتبر الإخلال بها ضرراً يستوجب التعويض . فالخليلة لا يجوز أن تطالب بتعويض عن ضرر أصابها بفقد خليلها ، لأن العلاقة فيما بينهما كانت غير مشروعة .

وتطبيقاً لذلك فقد أستقرت المبادئ القضائية فى هذا المجال على ما

يلى :

- لا يترتب على إنقطاع العلاقات غير الشريفة بين رجل وإمرأة المطالبة بأى تعويض ، لأن مثل هذه العلاقات لا تبررها الشرائع ولا ترضى بها الآداب^(١) .

- شروط الضرر المسوغة لرفع الدعوى المدنية ثلاثة : أن يكون الضرر شخصياً ، ومباشراً ، ومحققاً – فإذا إنعدم أحد هذه الشروط كانت الدعوى المدنية غير مقبولة . وكما يكون الضرر مادياً يكون أدبياً . فإذا إدعى مدنياً مدير المحل التجارى بصفته الشخصية على محصل متهم بتبديد مبالغ قام بتحصيلها لحساب المحل بسبب ما يلحقه من الضرر الذى قد ينشأ عن تسجيل سوء الإدارة عليه، كانت الدعوى غير مقبولة . لأن الضرر لم يقع عليه ولا على ماله ، بل وقع على أصحاب المحل . والضرر المباشر فى هذه الحادثة من الوجهة المادية هو ضياع المال ، ومن الوجهة الادبية ضياع الثقة فى معاملة المحل عند العملاء وكلا الضررين عائد على المحل لا على مديره . وليس لأحد أن يدعى مدنياً عن ضرر أصاب غيره ، إلا إذا كان وكيلاً عنه وكالة تعاقدية أو قانونية كالولى والوصى وغيرهما^(٢) .

(١) محكمة إستئناف مصر – 1926/12/26 – المجموعة الرسمية السنة 28 رقم

20 ص-27- المحاماة ، السنة 7 رقم 431 ص 687 ، ويراجع استئناف مختلط

1925/6/25 – التشريع والقضاء السنة 37 ص 498 و1928/1/12 –

التشريع والقضاء السنة 134 .

(٢) محكمة المنشية الجزئية – 1933/1/4 – المجموعة الرسمية ، السنة 35 رقم

الضرر بين أحكام الضمان في الفقه الإسلامي وأحكام المسؤولية التقصيرية في القانون الوضعي

- يشترط للحكم بالتعويض عن الضرر المادي أن يكون هناك إخلال بمصلحة مالية للمضرور . وأن يكون هذا الضرر محققاً - فإذا أصاب الضرر شخصاً بالتبعية عن طريق ضرر أصاب شخصاً آخر ، فلا بد من توفر حق لهذا الغير يعتبر الإخلال به ضرراً أصابه . فالعبرة في تحقق الضرر المادي للشخص الذي يدعيه نتيجة لوفاة آخر ، هو أن يثبت أن المجنى عليه كان يعوله فعلاً وقت وفاته وعلى نحو مستمر دائم، وأن فرصة الإستمرار على ذلك في المستقبل كانت محققة فيقدر القاضي ما ضاع على المضرور من فرصة بفقد عائلته، ويقضى له بتعويض على هذا الأساس^(١) .

ح - أنواع الضرر المادي :

I - الضرر الحالي والضرر المستقبل:

ولا يكفي أن يكون هناك إخلال بمصلحة مالية للمضرور - على ما تقدم - بل يشترط أيضاً أن يكون الضرر محققاً ، بأن يكون قد وقع فعلاً أو سيقع حتماً .
ومثال الضرر الذي وقع فعلاً - وهو الضرر الحال - هو أن يموت المضرور أو يصاب بتلف في جسمه أو ماله أو في مصلحة مالية له على النحو الذي تقدم .
ومثال الضرر الذي سيقع حتماً - وهو الضرر المستقبل - هو أن يصاب عامل فيعجز عن العمل ، فيعوض - ليس فحسب عن الضرر الذي وقع فعلاً من جراء عجزه عن العمل في الحال - بل وعن الضرر الذي سيقع حتماً من جراء عجزه عن العمل في المستقبل ؛ فإذا كان هذا الضرر يمكن تقديره فوراً قدره القاضي وحكم به كاملاً .
أما إذا كان هذا الضرر لا يمكن تقديره ، فقد يرجع ذلك إلى أن الضرر يتوقف تقديره على أمر لا يزال مجهولاً . كما إذا أصيب العامل في ساقه ، وتوقف تقدير الضرر على ما إذا كانت الساق ستبتر أو ستبقى ، فللقاضي في هذه الحالة أن يقدر التعويض على كلا الفرضين، ويحكم بما قدر . ويتقاضى العامل التعويض الذي يستحقه وفقاً لأى من الفرضين يتحقق في المستقبل . وقد يرجع عدم إمكان التقدير في الحال إلى أن العامل سيبقى عاجزاً كلياً أو جزئياً طول حياته ، ولا يعلم أحد في أي وقت

(١) نقض مدني - 1956/3/13 - طعن 1422 سنة 25ق - مجموعة الأحكام الجنائي ، السنة 7 ص 330 .

يموت ، فيجوز للقاضي في هذه الحالة أن يجعل التعويض إيراداً مرتباً مدى الحياة^(١).

فالضرر المستقبل ضرر تحقق سببه ، وتراخت آثاره كلها أو بعضها إلى المستقبل . كإصابة شخص بعاهة مستديمة تعجزه عن الكسب، فإن الإصابة في ذاتها محققة ، ولكن الخسارة المالية التي تصيب هذا الشخص من جراء عجزه عن الكسب ، وهي تشمل كل ما سيربحه من عمله في مستقبل حياته ، يعتبر أكثر ضرراً مستقبلاً . وهذا النوع يعتبر في حكم الضرر المحقق ويستتبع المسؤولية والتعويض^(٢).

وقد لا يكون الضرر المستقبل متوقعاً وقت الحكم بالتعويض ، فلا يدخل في حساب القاضي عند تقديره ، ثم تتكشف الظروف بعد ذلك عما تفاقم منه . كأن يكف بصر العامل الذي أصيب في عينه أو أن تؤدي إصابته إلى وفاته ؛ فهنا يجوز للمضرور أو لورثته أن يطالبوا في دعوى جديدة بالتعويض عما استجد من الضرر ، مما لم يكن قد دخل في حساب القاضي عند تقدير التعويض الأول . ولا يمنع من ذلك قوة الشيء المقضي . لأن الضرر الجديد لم يسبق أن حكم بتعويض عنه أو قضى فيه . ولا يعتبر نزول النقد ظرفاً من شأنه أن يزيد في الضرر ، فإذا حكم لشخص بإيراد أو مرتب تعويضاً عن الضرر الذي وقع به ، وقدر الإيراد بمبلغ من النقود ، ثم إنخفضت قيمة النقد بعد ذلك، فلا يستطيع المضرور أن يطالب بإعادة النظر في تقدير الإيراد، ما لم يكن المبلغ المحكوم به قد روعى فيه أن يكون كافياً لنفقة المضرور؛ فيجوز عند ذلك زيادة الإيراد أو إنقاصه تبعاً لإنخفاض قيمة النقد أو ارتفاعها . أما إذا كان القاضي قدر قيمة الضرر وحكم بالتعويض وفقاً لهذا التقدير ، ثم تكشفت الظروف بعد ذلك عن تناقص الضرر تناقصاً لم يكن متوقعاً ، كان قضي لعامل بتعويض عن إصابة أدت إلى كف بصره ، ثم تبين بعد ذلك أن العامل قد استرد شيئاً من قوة الإبصار ؛ فلا يجوز في هذه الحالة أن يعاد النظر في تقدير التعويض لإنقاصه ، لأن هذا التقدير قد حاز قوة الشيء المقضي^(٣) . وتطبيقاً لذلك فقد أستقرت المبادئ القضائية في هذا المجال على ما يلي :

(١) السنهوري ، المرجع السابق ، ص 717 ، د. عبدالودود يحيى - المرجع السابق - ص 252 وما بعدها .

(٢) سليمان مرقص ، المرجع السابق ، ص 36.

(٣) د. السنهوري - المرجع السابق - ص 717 : 721.

163 - من المقرر أن دعاوى التعويض التي تركز على المادة مدنى يجب أن يتوافر فيها أهم ركن وهو الضرر ، ويلزم أن يكون الضرر (أولاً) محققاً لا وهمياً ولا خيالياً (وثانياً) مباشراً أى نتيجة للفعل الذى وقع (١).

- إذا كان الحكم الصادر فى الدعوى المرفوعة على وزارة المواصلات بتعويض المدعى عما أصابه من ضرر فى ملكه بسبب نقل محطة باب اللوق إلى جوار ملكه وبإبدال عربات الديزل بالقطارات البخارية، لم يقل بانتفاء الضرر كلية عن ملك المدعى ، بل قال بأن الأضرار الثابتة بمحضر المعاينة التي أجرتها المحكمة والمترتبة على نقل المحطة وتعديل الخط أقل من جميع الوجوه من الأضرار التي كانت موجودة من قبل ، ثم أقام على ذلك قضاءه برفض طلب التعويض ، فإنه لا يصح وصفه بقصور أسبابه (٢).

- إذا كان الثابت فى الحكم المطعون فيه أن الضرر الذى يشكو منه طالب التعويض ويدعى لحوقه به من جراء تنفيذ مشروع للرى (مشروع الرى الصيفى مركز ادفو) كان مؤقتاً ثم زال سببه وان المدعى سيفيد من المشروع المذكور فى المستقبل . فائدة عظمى تعوض عليه الضرر حتماً فى زمن وجيز ثم تبقى له على مر الزمن ، وبناء على ما استخلصته المحكمة من ذلك قضت بأنه ليس هناك محل للتعويض، فإنها لا تكون قد أخطأت (٣).

- متى إرتفع الضرر لم يبق أساس للمساءلة . ومثال ذلك أن يكون المالك قد صدر قرار من مصلحة التنظيم بهدم منزله لخلل به ، ويقوم جاره بحفر أساس فى أرض يملكها بجواره لإقامة منزل آخر ، ويترتب على هذا الحفر سقوط المنزل المختل بخطأ المالك المجاور ، فإنه لا يكون مسئولاً عن تعويض صاحب المنزل المنهار ، لأن ضرر الهدم كان واقعاً به لا محالة . وأيضاً إذا أتلّف شخص زراعة بخطئه ثم حدث فيضان غمر الأطنان التي بها الزراعة دون أن يمضى وقت بين الاتلاف والفيضان بما

(١) محكمة إستئناف أسيوط - 1971/12/12 - المحاماة ، السنة 12 ق رقم 382 ص774.

(٢) نقض مدنى - 1944/2/24 - طعن رقم 76 سنة 13 ق - مجموعة القواعد المدنية لربع قرن رقم 33 ص 263

(٣) نقض مدنى - 1944/5/4 - طعن رقم 101 سنة 13 ق - مجموعة القواعد المدنية لربع قرن رقم 35 ص 263.

يمكن الزراع من الانتفاع دون أن يمضى وقت بين الاتلاف لا يسأل عن الضرر متى كان واقعاً لا محالة من جراء الفيضان^(١).
- أن التعويض كما يكون عن ضرر حال ، فإنه يكون أيضاً عن ضرر مستقبل متى كان محقق الوقوع . فإذا كانت محكمة الموضوع قد إنتهت فى حدود سلطتها التقديرية إلى أن هدم المبنى أمر محتم ولا محيص من وقوعه ، فإنها حين قدرت التعويض المستحق للمطعون ضدها على أساس وقوع هذا الهدم لا تكون قد قدرته عن ضرر إحتمالى، وإنما عن ضرر مستقبل محقق الوقوع^(٢).

التعويض المؤقت :

قد يرجع عدم إمكان تقدير الضرر إلى أسباب أخرى . فيجوز للقاضى بعد أن يقدر الضرر ، وفقاً لما تبينه الظروف ، أن يحتفظ للمضروب بالحق فى أن يطالب فى خلال مدة معينة ، بإعادة النظر فى التقدير . وقد أشار إلى هذه الفروض القانون المدنى فى المادة 170 والتي نصت على أنه " يقدر القاضى مدى التعويض عن الضرر الذى لحق المضروب طبقاً لأحكام المادتين 221 و222 مراعيأ فى ذلك الظروف الملايسة ، فان لم يتيسر له وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعييناً نهائياً ، فله أن يحتفظ للمضروب بالحق فى أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر فى التقدير " .

وقد جرى القضاء فى عهد القانون القديم على هذا المبدأ ، فكان يسمح للمضروب أن يطلب تعويضاً مؤقتاً ، ثم يستكمله بعد ذلك فى دعوى تالية . كما جرت العادة عندما كان القضاء المختلط قائماً اذا كانت دعوى المسؤولية من إختصاصه والدعوى المدنية من إختصاص المحاكم الوطنية أن يدخل المضروب مدعياً مدنياً فى الدعوى الجنائية بمبلغ ضئيل على سبيل التعويض المؤقت ، ثم يرفع دعوى المسؤولية أمام المحاكم المختلطة مطالباً بتعويض كامل .

(١) محكمة إستئناف القاهرة - الدائرة الثالثة عشر المدنية - 1960/3/3 -

إستئنافان رقما 742 سنة 75 ق و584 سنة 76 ق.

(٢) نقض مدنى - 1965/6/10 - طعن رقم 325 سنة 30 ق - مجموعة الأحكام

"مدنى" السنة 16 ق قاعدة 117 ص 736.

الضرر بين أحكام الضمان في الفقه الإسلامى وأحكام المسؤولية التقصيرية في القانون الوضعى

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي فى صدد المادة سالفه الذكر ما يأتى : " وقد لا يتيسر للقاضى أحياناً أن يحدد وقت الحكم مدى التعويض تحديداً كافياً. كما هو الشأن مثلاً فى جرح لا تستبين عقباه إلا بعد إنقضاء فترة من الزمن ؛ فللقاضى فى هذه الحالة أن يقدر تعويضاً مؤقتاً بالتثبت من قدر الضرر المعلوم وقت الحكم ، على أن يعيد النظر فى قضائه بعد فترة معقولة يتولى تحديدها ، فإذا إنقضى الأجل المحدد أعاد النظر فيما حكم به وقضى للمضروب بتعويض إضافى إذا إقتضى الحال ذلك ، وعلى هذا سار القضاء المصرى ^(١) وقيل فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ فى صدد الإعتراض على النص بمبدأ قوة الشئ المقضى ما يأتى : " إذا رأى القاضى أن الموقف غير جلى وإحتفظ فى حكمه للمضروب بالرجوع بتعويض تكملى خلال مدة يعينها فلا يتنافى ذلك مع قاعدة حجية الأحكام ^(٢) وتطبيقاً لذلك فقد أستقرت المبادئ القضائية فى هذا المجال على ما

يلى :

- إذا دخل شخص مدعياً بحق مدنى أمام محكمة الجرح ، طالباً أن يقضى له بمبلغ بصفة تعويض مؤقت عن الضرر الذى أصابه بفعل شخص آخر مع حفظ الحق له فى المطالبة بالتعويض الكامل عن المسئول عنه بقضية على حدة ، وقضى له بالتعويض المؤقت ، فذلك لا يمنعه من المطالبة بتكملة التعويض بعد أن تبين له مدى الأضرار التى لحقت من الفعل الذى يطلب التعويض بسببه ^(٣).
- إذا ادعى شخص بحق مدنى أمام محكمة الجرح ، وطلب القضاء له بمبلغ بصفة تعويض مؤقت عما أصابه من ضرر بفعل المتهم ، فالحكم الذى يصدر فى صالحه لا يمنعه من المطالبة بتكملة التعويض بعد ما يتبين مدى الضرر الذى لحقه ^(٤).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى - ج 2 ص 393.
(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية 2 ص 394. ويراجع جندى عبدالمك (الموسوعة الجنائية) جزء 3 ص 732 رقم 219.
(٣) نقض مدنى - 1924/6/7 - طعن رقم 69 سنة 3 ق ، مجموعة القواعد المدنية لربع قرن رقم 37 ص 264.
(٤) نقض مدنى - 1942/3/26 - طعن رقم 55 سنة 11 ق - مجموعة القواعد المدنية لربع قرن رقم 38 ص 264.

- من حيث أنه تبين من الإطلاع على قضية الجنحة .. التي كان متهماً فيها المستأنف عليه بأنه أهان بالقول والإشارة المستأنف وهو شيخ بلد بأن قال له ... ورفع في وجهه عصا كانت بيده وذلك أثناء تأدية وظيفته وهي مرافقة الصراف لتحصيل الأموال الأميرية ، وحكم نهائياً بتعريمه ، كما قضى للمستأنف بمبلغ على سبيل التعويض والمصاريف المدنية المناسبة . وثابت أيضاً من الإطلاع على هذه القضية أن المستأنف طلب التعويض بصفة مؤقتة.

ومن حيث أن المستأنف قد حدد قدر التعويض وصفته ، وأثبتت محكمة الجرح أنه إنما يطلب تعويضاً مؤقتاً ، أى شيئاً بسيطاً مما يستحق له من التعويض محتفظاً بحقه في طلب التعويض الكامل . وإذن يكون موضوع هذه الدعوى هو غير موضوع الدعوى الأولى بل تكمله له . ولهذا يكون الدفع بعدم جواز نظر الدعوى في غير محله ويتعين رفضه (١).

- ومن حيث أنه قد نال المستأنف ضرر من الإعتداء عليه وإهانته، وقد حكم نهائياً بإدانة المستأنف عليه ، فإن للمحكمة أن تقدر التعويض تكملة لما سبق أن قضى للمستأنف به بمبلغ ما (٢).

II - الضرر المحتمل :

الضرر المحتمل ضرر غير محقق قد يقع وقد لا يقع ، فلا يكون التعويض عنه واجباً إلا إذا وقع فعلاً . مثل ذلك أن يحدث شخص بخطئه خلافاً في منزل جاره فالضرر المحقق هنا هو ما وقع من هذا الخلل ، ويلتزم المسئول بإصلاحه ، ولكنه لا يلتزم بإعادة بناء المنزل ، إذا لم يكن من المحقق أن الخلل سيؤدي إلى إنهدامه ، ويتربص صاحب المنزل حتى إذا إنهدم منزله فعلاً بسبب هذا الخلل رجع على المسئول بالتعويض عن ذلك (٣).

(١) يراجع في ذلك حكم محكمة النقض الصادر في القضية رقم 69 سنة 3 ق

والمنشور بمجموعة القواعد القانونية المدنية بند رقم 190 ص 415 .
(٢) محكمة المنصورة الابتدائية - 1943/9/12 - حمامة ، السنة 24 رقم 130 ص 395.

(٣) د. السنهوري - المرجع السابق - ص 718 ، د. عبدالودود يحيى - المرجع السابق، ص 253 .

الضرر بين أحكام الضمان في الفقه الإسلامي وأحكام المسؤولية التقصيرية في القانون الوضعي

وتفاوتت درجة الإحتمال في الضرر قوة وضعفاً . وقد تبلغ من الضعف حداً يعتبر وهمياً ، وهو على أي حال لا يكفي لقيام المسؤولية المدنية ، ولا تقوم هذه المسؤولية إلا بعد أن يتحقق فعلاً^(١) . وتطبيقاً لذلك فقد أستقرت المبادئ القضائية في هذا المجال على ما يلي :

- أن تعويض الوالد عن فقد ولده لا يعتبر تعويضاً عن ضرر محتمل الحصول في المستقبل ، إذ مثل هذا التعويض إنما يحكم به عن فقد الولد، وما يسببه هذا الحادث من اللوعة للوالد أي في الحال^(٢) .

- أن إحتمال حصول الضرر لا يصلح أساساً لطلب التعويض ، بل يلزم تحققه^(٣) .

- أن مجرد إحتمال وقوع الضرر في المستقبل ، لا يكفي للحكم بالتعويض^(٤) .

- لا يعيب الحكم أنه فيما قرر استبعاده من عناصر الضرر لم يدخل في إعتباره حرمان الطاعن من مكافآت الدروس الخصوصية والندب للمراقبة في الإمتحانات ، طالما أن نظره في هذا الخصوص بني كما هو مفهوم من أسبابه على أن الضرر الذي يدعيه الطاعن في هذا الصدد هو ضرر إحتمالي ، وليس بضرر محقق الوقوع^(٥) .

- ان الضرر الموجب للتعويض يجب أن يكون ضرراً محققاً ، بمعنى أن يكون قد وقع أو أنه سيقع حتماً . أما الضرر الإحتمالي غير محقق الوقوع ، فإن التعويض عنه لا يستحق ، إلا إذا وقع فعلاً .

وإذا كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بالتعويض للمطعون ضدهم على أساس أن الطاعن مازال تحت يده حكم المديونية رغم الوفاء ويستطيع التنفيذ به على أموالهم ، إذا وجد لديهم ما يمكن التنفيذ عليه، وكان ذلك التنفيذ الذي جعله الحكم مناطاً للضرر المحكوم بالتعويض عنه غير محقق الحصول ، فإن الضرر الناشئ عنه يكون ضرراً إحتمالياً لا

-
- (١) سليمان مرقص - المرجع السابق ، ص36 .
(٢) نقض جنائي - 1932/11/7 - طعن رقم 2405 سنة 2 ق - مجموعة القواعد المدنية لربع قرن الملحق رقم 17 ص 1287 .
(٣) نقض جنائي - 1955/3/5 - طعن رقم 2451 سنة 24 ق مجموعة القواعد المدنية لربع قرن - الملحق - رقم 19 ص 1288 .
(٤) نقض مدني - 1956/3/13 - طعن رقم 1422 سنة 25 ق - مجموعة الأحكام الجنائية السنة 7 قاعدة 99 ص 330 .
(٥) نقض مدني - 1959/12/3 - طعن 299 سنة 25 ق - مجموعة الأحكام - مدني - السنة 10 ص 750 .

يصح التعويض عنه . وبالتالي فإن قضاء الحكم بالتعويض عن هذا الضرر مخالف للقانون^(١) .

III - تفويت الفرصة :

- يجب التمييز بين الضرر المحتمل وهذا لا يعرض عنه - وتفويت الفرصة ويتم التعويض عنه . ذلك أن الفرصة إذا كانت أمراً محتملاً، فإن تفويتها أمر محقق . وعلى هذا الأساس يجب التعويض . فإذا أهمل محضر في إعلان صحيفة الاستئناف إلى أن فات ميعاده ، أو قصرت جهة عقدت مسابقة في اخطار أحد المتسابقين عن ميعاد المسابقة ففاته التقدم إليها ؛ فإنه إذا كان لا يمكن القول بأن المستأنف كان يكسب الاستئناف حتماً لو أنه رفع في الميعاد . أو أن المتسابق كان يفوز حتماً في المسابقة لو أنه تقدم إليها - فلا يمكن القول من جهة أخرى أن الأول كان سيخسر الاستئناف حتماً وان الثاني كان لا يفوز حتماً في المسابقة . وكل ما يمكن قوله ان كلا منهما قد فوتت عليه فرصة الكسب أو الفوز . وهذا هو القدر المحقق من الضرر الذي وقع . وعلى القاضى أن يقدر هذا الضرر ، بأن ينظر إلى أى حد كان الإحتمال كبيراً في كسب الاستئناف أو في الفوز في المسابقة ويقضى بتعويض يعدل هذا الإحتمال ، والأمر لا شك يتسع فيه مجال الاجتهاد ويختلف فيه التقدير . وعلى القاضى أن يأخذ بالأحوط وأن يتوقى المبالغة في تقدير الإحتمال في نجاح الفرصة .

- ومما جرى به القضاء المصرى التعويض عن تفويت فرصة النجاح في الامتحان^(٢) والتعويض عن تفويت الفرصة في كسب دعوى الشفعة^(٣) والتعويض عن تفويت الموظف الفرصة في الترقية إلى درجة أعلى^(٤) .

(١) محكمة النقض 1965/5/13 - طعن رقم 25 لسنة 29 ق - مجموعة الأحكام "مدنى" السنة 16 قاعدة 93 ص570.

(٢) مصر الكلية 1930/11/23 - الجريدة القضائية 53 ص49 .

(٣) استئناف مصر 1910/4/7 المجموعة الرسمية 11 رقم 134 ص366 .

(٤) نقض مدنى 1943/4/1 - مجموعة عمر 4 رقم 44 ص107 وفى

1946/12/12 المجموعة المشار إليها 5 رقم 120 ص275 وفى

1949/2/3 المجموعة المشار إليها 5 رقم 378 ص709 ، ويراجع د.

السنهورى ، المرجع السابق ص

د. عبدالودود يحيى - المرجع السابق - ص253 ، محمد عزمى البكرى -

المرجع السابق، ص1046 .

الضرر بين أحكام الضمان في الفقه الإسلامي وأحكام المسؤولية التقصيرية في القانون الوضعي

- ولا شك في أنه إذا كان الأمر متعلقاً بفوات فرصة قضائية كتفويت ميعاد شفعة أو معارضة أو إستئناف أو طعن بالنقض ، فإن المحكمة المرفوعة إليها دعوى التعويض تستطيع أن تقدر بنفسها مقدار نصيب طالب التعويض من النجاح في طلب الشفعة أو في الطعن الذي فاتته فرصته لو لم تفته هذه الفرصة ، وأن تقدر التعويض على أساس ذلك . أما إذا كان الأمر يتعلق بفوات فرصة غير قضائية كفرصة الزواج أن السباق أو النجاح في إمتحان أو في استغلال عمل تجارى أو صناعى ، فإن تقدير نسبة إحتمال النجاح قد لا يكون ميسوراً للمحكمة أن تقوم به وحدها فلا بأس من الإستعانة فيه برأى الخبراء^(١).

وتطبيقاً لذلك فقد أستقرت المبادئ القضائية في هذا المجال على ما يلي :

- إذا أغفل ذكر تاريخ الجلسة في إعلان عريضة الإستئناف ، وقضى بعدم قبول الإستئناف ونشأ عن ذلك رفع دعوى تعويض على المتسبب في هذا البطلان ، فلا يصح الحكم بالتعويض لمجرد عدم نظر الدعوى موضوعياً ، بل يجب على المحكمة التي تنتظر في هذا التعويض أن تبحث في الموضوع الأصلي المرفوع عنه الإستئناف . لأن الدعوى الجديدة معناها الضرر فيجب التحقق من وجوده أولاً ، وهذا لا يتأتى إلا بفحص الموضوع ، ولا يصح الحكم بالتعويض إلا إذا كان هناك ما يقنع المحكمة بكسب الدعوى الأصلية إستئنافياً حيث يكون الضرر قد تحقق فعلاً^(٢).

- إذا لم تكن الفرصة مجرد خيال ، وأن ثمة ضرراً في تفويتها في ذاتها والحرمان مما كان يتوقع المضرور من تحقيقه منها بغض النظر إلى النتيجة فيها ، فإنه يستحق تعويضه أصلاً . وبعد ذلك يدخل في الحساب قدر الأهمية في الفرصة وقدر ما كان يهيأ له من نصيب في النفع منها^(٣).

- تفويت الفرصة على الموظف في الترقية إلى درجة أعلى من درجته بسبب إحالته إلى المعاش بغير حق قبل إنتهاء مدة خدمته ، يعد

(١) سليمان مرقص - المرجع السابق - ص38 وما بعدها .

(٢) محكمة مصر الابتدائية - 1927/10/27 - المحاماة ، السنة 8 رقم 264 ص371.

(٣) محكمة إستئناف القاهرة - الدائرة الثانية عشر المدنية - 1958/5/18 استئناف رقم 596 سنة 73ق.

عنصر من عناصر الضرر الذي يجب النظر في تعويض الموظف عنه. وإذا كانت الفرصة أمراً محتملاً ، فإن تفويتها أمر محقق . ولا يمنع القانون من أن يحسب في الكسب الفائت وهو عنصر من عناصر التعويض ما كان المضرور يأمل الحصول عليه من كسب مادام لهذا الأمل أسباب مقبولة . ومن ثم فإذا كان الحكم المطعون فيه قد قال في سبيل رفض طلب التعويض أن تفويت فرصة احتمال ترقية الطاعن لا يدخل في تقدير الضرر المادى الذى أصابه من جراء فصله من الخدمة قبل بلوغه سن المعاش ، لأنه مجرد احتمال ، ولا يصح أن يبنى عليه حق ، فإن هذا ينطوى على خطأ في القانون . ولا ينال من ذلك أن تكون الترقية تتم بالإختيار دون التقيد بالأقدمية وأنها من الإطلاقات التى تملكها الجهات الرئاسية للموظف ، إذ محل ذلك أن يكون الموظف باقياً فى الخدمة (١).

- ليس فى القانون ما يمنع من أن يدخل فى عناصر التعويض ما كان للمضرور من رجحان كسب فوته عليه العمل غير المشروع ، ذلك أنه إذا كانت الفرصة أمراً محتملاً فإن تفويتها أمر محقق يجب التعويض عنه (٢).

(١) نقض مدنى - 1962/3/29 - طعن رقم 300 سنة 26 ق - مجموعة الأحكام "مدنى" السنة 13 قاعدة 55 ص350.

(٢) نقض مدنى - 1965/4/29 - طعن رقم 203 سنة 30 ق - مجموعة الأحكام "مدنى" السنة 16 قاعدة 86 ص527.

الضرر بين أحكام الضمان في الفقه الإسلامى وأحكام المسؤولية التقصيرية في القانون الوضعى

ثالثاً : الضرر الأدبى :

1 - تحديده :

الضرر الأدبى لا يمس المال ولكن يصيب مصلحة غير مالية . ويمكن إرجاع الضرر الأدبى إلى أحوال معينة :

1 - ضرر أدبى يصيب الجسم . فالجروح والتلف الذى يصيب الجسم والألم الذى ينجم عن ذلك وما قد يعقبه من تشويه فى الوجه أو فى الأعضاء أو فى الجسم بوجه عام. كل ذلك يكون ضرراً مادياً وأدبياً إذا نتج عنه إنفاق المال فى العلاج أو نقص فى القدرة على الكسب المادى ، ويكون ضرراً أدبياً فحسب إذا لم ينتج عنه ذلك .

2 - ضرر أدبى يصيب الشرف والإعتبار والعرض . فالقذف والسب وهتك العرض وإيذاء السمعة بالتقولات والتخرصات والإعتداء على الكرامة، كل هذه أعمال تحدث ضرراً أدبياً ، إذ هى تضر بسمعة المصاب وتؤذى شرفه وإعتباره بين الناس .

3 - ضرر أدبى يصيب العاطفة والشعور والحنان . فإنتزاع الطفل من حضن أمه وخطفه والإعتداء على الأولاد أو الأم أو الأب أو الزوج أو الزوجة . كل هذه أعمال تصيب المضرور فى عاطفته وشعوره وتدخل إلى قلبه الغم والأسى والحزن . ويلحق بهذه الأعمال كل عمل يصيب الشخص فى معتقداته الدينية وشعوره الأدبى .

4 - ضرر أدبى يصيب الشخص من مجرد الإعتداء على حق ثابت له . فإذا دخل شخص أرضاً مملوكاً لآخر بالرغم من معارضة المالك ، جاز لهذا أن يطالب بتعويض عما أصابه من الضرر الأدبى من جراء الإعتداء على حقه حتى لو لم يصبه ضرر مادى من هذا الإعتداء .

ويعنى ذلك أن الضرر الأدبى يشمل كل ما يؤذى الإنسان فى شرفه وإعتباره أو يصيب عاطفته وإحساسه ومشاعره⁽¹⁾ .

(1) حكم الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية بمحكمة النقض الصادر بتاريخ 1994/2/22 فى الطعن رقم 3517 لسنة 62ق.

ويجب في جميع هذه الأحوال أن يكون الضرر الأدبي كالضرر المادى ، ضرراً محققاً وليس مجرد محتمل^(١) .
وتطبيقاً لذلك فقد أستقرت المبادئ القضائية فى هذا المجال على ما يلي :

- ما دامت المحكمة قد قدرت أن الحادث قد تسبب عنه ضرر أدبي للمجنى عليه، ولو أنه لم يصب من العيار النارى ، فإنها لا تكون قد أخطأت فى قضائها له بالتعويض المدنى لما تحدثه هذه الجريمة من إزعاج وترويع للمجنى عليه^(٢) .
- متى كان الحادث الذى أصاب الصغير الذى فقئت عينه بفعل زميل له ، قد أحدث به ضرراً فادحاً من نواحي متعددة ، فالإلام التى احتملها الصغير ، والمصاريف التى صرفت فى علاجه ، وحرمانه من الدراسة ، بالإضافة إلى ما إنتهى إليه الأمر من حدوث عاهة أصبحت تلازم الصغير طيلة حياته ، فأفقدته نور عينه وشوهت خلقه . كل ذلك يجب أن يراعى فى تقدير التعويض^(٣) .
- وحيث أنه فى خصوص الضرر الذى لحق المستأنف (متعهد أغذية) من احتجاز المبلغ المقضى به والسابق توقيعه كغرامة (لمخالفة مواصفات الأغذية) فإن المستأنف يشتغل بالتجارة ، ومن حقه أن يستغل هذا المبلغ فى أعماله التجارية ، وكان له الحق فى الإستفادة منه كتاجر ، فيكون إحتجازه من المبلغ المستحق له إنما هو بمثابة تعطيل لاستغلاله ، ومن حقه أن يتقاضى مقابل ذلك التعطيل .
- للمستأنف الحق فى التعويض عن الضرر المادى ، وهو ما لحقه من عدم استغلال المبلغ المحتجز . أما الضرر الأدبي وهو ما يدعيه المستأنف من أنه لحقه أضرار جسيمة لعدم وفائه ببعض التزاماته مما عرضه لسوء السمعة ، وهو التاجر ذو السمعة الحسنة والمعاملة الطيبة – فان هذا لا دليل عليه . والواقع أنه معدوم إذ أن المتعهدين جميعاً عرضة لتوقيع الغرامات طبقاً للشروط المتفق عليها والتي يزايدون على أساسها

(١) د. السنهورى – المرجع السابق – ص723 : 728 ، د. عبدالودود يحيى – المرجع السابق – ص253 : 255 ، طعن نقض رقم 5054 لسنة 70 ق – جلسة 02003/6/30
(٢) نقض مدنى – 1952/5/7 – مجموعة الأحكام – السنة 3 رقم 332 ص 893.
(٣) محكمة استئناف القاهرة الدائرة الثالثة المدنية 1958/5/13 استئناف رقم 1026 سنة 74 ق.

الضرر بين أحكام الضمان في الفقه الإسلامى وأحكام المسؤولية التقصيرية في القانون الوضعى

ويوقعون عليها بقبولها ، وأنهم (أى المتعهدين) ومنهم المستأنف يقبل سلفاً توقيع الغرامة وأنه يتوقع حدوثها ، وليس فى ذلك سوء لحقه أو اساءة (١)

2 - قابلية الضرر الأدبى للتعويض :

لا صعوبة فى التسليم بأن الضرر الأدبى متى توافرت فيه الشروط اللازمة ، يستوجب التعويض إذا كان يكفى التعويض الأدبى لجبره . كالنشر فى الصحف أو تقديم اعتذار أو الحكم بمبلغ رمزى فى حالات القذف والسب ، إذ يكون الجزاء من جنس العمل . أما فى الأحوال التى لا يكفى فيها التعويض الأدبى لجبر الضرر الأدبى ، فقد أثار ذلك الموضوع الصعوبات وقامت بشأنه الخلافات واتجهت فيه الآراء تدريجياً نحو مساواة الضرر الأدبى بالضرر المادى على الأقل من حيث مبدأ إيجابهما التعويض ومدى التعويض.

وقد أكد القانون المدنى هذا الحكم إذ نص فى المادة 222 فى فقرتها الأولى على ما يأتى " يشمل التعويض الضرر الأدبى أيضاً " (٢).

وتطبيقاً لذلك فقد أستقرت المبادئ القضائية فى هذا المجال على ما

يلى :

- الضرر الأدبى يصلح أن يكون أساساً للحكم بالتعويض ، كلما كان ناشئاً عن فعل غير مشروع (٣) .
- أن المعول عليه لدى جمهرة علماء القانون تساوى الضرر المادى والضرر الأدبى فى إيجاب التعويض لمن أصابه شئ منهما . وأنه إذا كان الضرر الأدبى متعذر التقويم ، خلافاً للضرر المادى ، فكلاهما خاضع فى التقدير لسلطان المحكمة . فمتى رأت فى حالة معينة أن الضرر الأدبى يمكن تعويضه بقدر معين من المال وجب الإذعان لرأيها، إذ لا شك فى

(١) محكمة استئناف القاهرة - الدائرة الرابعة المدنية - 1959/11/21 استئنافان رقما 322 و388 سنة 75ق.

(٢) يراجع تفصيلاً : سليمان مرقص ، المرجع السابق ص 39 ، ود. السنهورى - المرجع السابق - 725 : 728 ، د. عبد الودود يحيى - المرجع السابق - ص 254 - 255.

(٣) محكمة استئناف مصر - 1931/11/26 - الجريدة القضائية - العدد 109 - ص15.

أن التعويض المادى يساعد ولو بقدر ، على تخفيف الألم عن نفس المضرور^(١)

- يجوز المطالبة بتعويض الضرر الذى يصيب الخصم فى ماله أو سمعته من دعوى لم ترفع عليه إلا لمجرد المعاكسة أو الأضرار به بناء على نص المادة 163 مدنى بدعوى أصلية أو فرعية^(٢) .
- من المقرر قانوناً تساوى الضرر المادى والأدبى فى إيجاب التعويض لمن أصابه شئ منهما . وتقديره فى كل منهما خاضع لسلطة محكمة الموضوع^(٣) .

- رأى المشرع المصرى أن يقنن أحكام المحاكم فى شأن الضرر الأدبى . بل أنه وضع الضرر الأدبى من حيث إيجاب التعويض على قدم المساواة مع الضرر المادى ، فأفرد له نص المادة 222 مدنى . وترتب على ذلك أنه لم يعد ثمة محل لما كانت تأخذ به المحاكم من التقدير فى تقدير التعويض المالى عن الضرر الأدبى ، وصار يتعين عليها أن تقدره تقديراً كاملاً يكفل جبر ذلك الضرر^(٤) .

- يتساوى الضرران المادى والأدبى فى إيجاب التعويض لمن أصابه شئ منهما وتقديره فى كل منهما خاضع لسلطة محكمة الموضوع بغير معقب عليها . وإذا كان الحكم المطعون فيه قد بين أحكام المسؤولية التقصيرية من خطأ وضرر وعلاقة سببية ، فإنه يكون قد أحاط بعناصر المسؤولية المدنية إحاطة كافية . ولا تثير عليه بعد ذلك إذا هو لم يبين مقدار التعويض الذى قضى به ، عن كل من الضررين على حدة^(٥) .

(١) نقض مدنى "جنائى" - 1932/11/7 - طعن رقم 2405 سنة 2 ق مجموعة القواعد المدنية لربع قرن - الملحق رقم 90 ص 1300 - والجريدة القضائية العدد 151 ص 6 .

(٢) محكمة الأزبكية الجزئية - 1972/11/24 - المحاماة ، السنة 53 رقم 229 ص 458 .

(٣) نقض مدنى 1959/1/27 - طعن 1332 سنة 28 ق - مجموعة الأحكام الجنائية ، لسنة 10 قاعدة 23 ص 91 و 1961/11/27 - طعن 910 سنة 31 ق السنة 12 قاعدة 180 ص 899 وفى نفس المعنى 32/11/7 طعن 2405 سنة 2 ق مجموعة القواعد الجنائية لربع قرن ، ص 633 قاعدة 220 و 1954/5/1 ص 633 قاعدة 222 .

(٤) محكمة بنها الابتدائية - 1959/2/28 - المجموعة الرسمية ، الجدول العشرى السادس ، القسم الجنائى - قاعدة رقم 335 ص 60 .

(٥) نقض مدنى - 1967/3/14 - طعن رقم 1394 سنة 36 ق - مجموعة الأحكام "جنائى" السنة 18 ص 415 .

الضرر بين أحكام الضمان في الفقه الإسلامى وأحكام المسؤولية التقصيرية في القانون الوضعى

3- من له حق التعويض عن الضرر الأدبى :

نصت المادة 222 من القانون المدنى على ما يأتى :

" 1- يشمل التعويض الضرر الأدبى أيضاً . ولكن لا يجوز فى هذه

الحالة أن ينتقل إلى الغير ، إلا إذا تحدد بمقتضى إتفاق أو طالب الدائن به أمام القضاء .

2 - ومع ذلك لا يجوز الحكم بتعويض الا للأزواج أو الأقارب إلى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب "(1).

فلكل من أصيب بضرر أدبى له الحق فى المطالبة بتعويض عنه، فإذا كان الضرر الأدبى هو موت شخص ، وجب التمييز بين الضرر الذى أصاب الميت نفسه ويراد أن ينتقل حق التعويض عنه بموته إلى ورثته ، والضرر الذى أصاب أقارب الميت وذويه فى عواطفهم وشعورهم الشخصى من جراء موته .

أما الضرر الذى أصاب الميت نفسه ، فلا ينتقل حق التعويض عنه إلى ورثته . ذلك أن التعويض عن الضرر الأدبى لا ينتقل بالميراث إلا إذا تحدد بمقتضى إتفاق ، أو طالب الدائن به أمام القضاء . ولا يتصور شئ من ذلك . إذ الضرر الأدبى هو موت الشخص نفسه فلا يمكن أن يكون التعويض عن هذا الموت قد تحدد بمقتضى اتفاق مع الميت أو طالب به أمام القضاء .

أما بالنسبة للضرر الذى يصيب ذوى الميت بطريق مباشر ، فقد عرض نص المادة 222 من القانون المدنى إلى تحديد من يجوز الحكم له بالتعويض ، فذكر أنه لا يجوز الحكم بتعويض الا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية . ويتبين من ذلك أن الحق فى المطالبة بالتعويض يقتصر على الزوج الحى وأقارب الميت إلى الدرجة الثانية ، وهم أبوه وأمه وجدته وأبيه أو لأمه وأولاده وأولاد أولاده وأخوته وأخواته . ولا يعطى القاضى تعويضاً لهؤلاء جميعاً إذا وجدوا ، بل يعطى التعويض لمن منهم أصابه ألم حقيقى بموت المصاب . والمقصود هنا التعويض عن الضرر الأدبى لا عن الضرر المادى ، فهذا الضرر الأخير (المادى) العبرة فيه بمن له حق النفقة على الميت ، ومن كان الميت يعوله فعلاً .

(1) راجع تطبيقاً لذلك : نقض مدنى رقم 3635 لسنة 59 ق جلسة 1994/3/30 ،
نقض مدنى رقم 3312 لسنة 59 ق جلسة 1993/12/19 ، نقض مدنى رقم
107 لسنة 67 ق جلسة 1998/4/29 .

فإذا كانت الأقارب لا تدخل فيمن تقدم ذكرهم ، لم يجز الحكم لهم بالتعويض من الضرر الأدبي ، مهما كانت دعواهم فيما أصابهم من ألم بموت المصاب ، فلا يحكم بتعويض عن الضرر الأدبي لأولاد الأخوة والأخوات ، ولا للأعمام والأخوال ، والعمات والخالات ، ولا لأولادهم من باب أولى ولا للخطيب والخطيبة ، ولا للأصدقاء ، مهما كان الميت قريباً إلى نفوسهم .

وتطبيقاً لذلك فقد أستقرت المبادئ القضائية فى هذا المجال على ما

يلى :

- الحكم بتعويض للأُم نظير وفاة ولدها ، لا يمنع الأب من المطالبة بتعويض آخر . إذ أن لكل منهما شخصية مستقلة يتبعها حق مستقل فى المطالبة بالتعويض عما لحق شخصه من الضرر (١) .

- طلب التعويض المرفوع من أقارب المجنى عليه مهما اختلفت صلتهم به ودرجة قرابتهم له ؛ متروك تقديره للمحكمة ، تقدر كل حالة بطروفيها (٢) .

- كون المجنى عليه كان ابناً للمدعيين لا عائلاً لهما ، وكونه واحداً من أولاد عدة ، لا يمنع أن المدعيين قد أصابهما ضرر من جراء قتل هذا الابن (٣) .

- الأم التى قتلت ابنتها بسبب حادث سيارة تستحق تعويضاً عن الضرر الذى أصابها بفقد ابنتها . ولا محل لدفع مسئولية المتهم عن التعويض المدنى بأن القتيلة كانت صغيرة السن لا تعول والدتها ، وأن موتها لم يسبب لوالدتها إلا ضرراً أدبياً محضاً . لأن قتل الأبناء ، فضلاً عما يتركه فى نفوس أهليهم من اللوعة والحسرة وما يسبب لهم من الأشجان والألام المبرحة التى قد تضر بهم اضراراً بالغة ، لا يصح أن ينظر فيه إلى الوجهة المادية فقط ، لأنها قد تكون أقل الوجهات إعتباراً فى مثل هذه الظروف (٤) .

(١) محكمة استئناف مصر - 1927/2/5 - المحاماة ، السنة 7 رقم 498 ص873

(٢) محكمة استئناف شبين الكوم الابتدائية - 1929/4/3 - المحاماة ، السنة 10 رقم 172 ص343 .

(٣) محكمة مصر الابتدائية - 1930/1/16 - الجريدة القضائية ، العدد 5 ص24 .

(٤) محكمة استئناف مصر - 1931/11/17 - المحاماة ، السنة 12 رقم 310 ص615 والمجموعة الرسمية ، السنة 33 رقم 116 ص222 .

الضرر بين أحكام الضمان في الفقه الإسلامى وأحكام المسؤولية التقصيرية في القانون الوضعى

- أن الضرر إذا كان أديباً فقط ، كما لو كان ناشئاً عن آلام نفسية سببها فقد المصاب ، فليس يشترط في طالب التعويض أن يكون ممن يعولهم الفقيد وإنما يكفى فيه أن يكون قريباً له ، قرابة تجيز الإدعاء بأن موته قد ألمه وأذى إحساسه . ولقد قضت محكمة الإستئناف الأهلية بتاريخ 17 نوفمبر سنة 1931 بأن الأم التى قتلت إبنتها بسبب حادثة سيارة ، تستحق تعويضاً عن الضرر الذى أصابها بسبب فقط إبنتها ، ولو أن القتيلة كانت صغيرة السن لا تعول والدتها . ذلك لأن قتل الأبناء، فضلاً عما يتركه في نفوس أهليهم من اللوعة والحسرة وما يسبب لهم من الأشجان والألام المبرحة التى تضر بهم أضراراً بالغة ، لا يصح أن ينظر فيه إلى الوجهة المادية فقط ، بل ينظر فيه من الناحية الأدبية (١) ويتفرع على هذا أنه إذا بعدت صلة القربى بين المدعية والقتيلة – إذ أنها ابنة عمتها – فلا يمكن أن يكون للضرر الأدبى وزن فى هذه الحالة فى التقدير (٢)

- أن القانون يسوى بين الضرر الأدبى والضرر المادى فى إيجاب التعويض للمضروور وترتيب حق الدعوى به . والضرر الأدبى متى ثبت وقوعه كان لمحكمة الموضوع أن تقدره بمبلغ من المال . وحق المورث فى تعويض الضرر الأدبى والدعوى به ، هو من الحقوق المالية التى تعد جزءاً من تركته وتنتقل بوفاة إلى ورثته ، ما دام أنه لم يأت ما يفيد نزوله عنه . وإذن فإذا ادعى والد المجنى عليه مدنياً وطلب الحكم على المتهمين بالتعويض ، فحكمت محكمة الدرجة الأولى له بتعويض ، ثم إستأنف المحكوم عليه واستأنفت النيابة . وتوفى المدعى بالحقوق المدنية قبل نظر الإستئناف فحل محله فيه ورثته ، فقضت المحكمة بعدم قبول الدعوى المدنية لزوال الصفة ؛ فإنها تكون قد أخطأت (٣) .

- أن القول بأن الدعوى المدنية المرفوعة من ورثة المجنى عليه لا تقبل ، هو قول للقانون الرومانى ، تأسيساً على أنها دعوى ناشئة عن ضرر شخصى لحق بالمورث ، ويحتمل أن يكون قد تنازل عنه قبل وفاته. أما القانون المصرى فإنه لم يأخذ بذلك ، بل رأى أن الحق فى

(١) محاماة س 13 حكم رقم 210 صحيفة 615 .

(٢) محكمة الاسكندرية الابتدائية – 1943/12/30 – قضية 484 سنة 43 المجموعة الرسمية ، الأعداد 5 و6 و7 السنة 44 قاعدة 16 ص 229 .

(٣) نقض مدنى – 1950/11/27 – مجموعة الأحكام ، السنة 2 رقم 114 ص 308.

التعويض ينتقل للورثة ، ما لم يكن قد تنازل عنه قبل وفاته ، أو يلحقه التقادم المسقط للحقوق قانوناً^(١) .

- متى كان مدار النزاع في هذه الدعوى ، هو معرفة ما إذا كان أشقاء المتوفى (قائد طائرة توفى نتيجة حادث لطائرتة) - وكان والدهم على قيد الحياة وقت وفاة شقيقهم ، وهو الذى ينفق عليهم فعلاً - يستحقون تعويضاً عن وفاته أم لا ، فإن هذه المحكمة ترى أن الحق في التعويض يقوم على معرفة الضرر المادى والأدبى الذى يصيب من لحقه الضرر . ولا نزاع في أن أخوة وأخوات المتوفى كانوا وقت وفاة شقيقهم في سنة 1940 أطفالاً صغاراً لا يدركون معنى لفقد أحيهم ولا أثره الأدبى عليهم ، إذ هم لا يزالون إلى الآن قصرأ . وعلى ذلك فالضرر الأدبى لم يتوفر بالنسبة لهم ، وهو ما قالته محكمة أول درجة في هذا الصدد ، إذ جاء في أسباب حكمها أن المدعية الأولى وأشقاءها كانوا في وقت وقوع الحادث أحداثاً صغاراً يكادون لا يحسون فواجع الحياة وآلامها وهو ما توافقها عليه هذه المحكمة وتقرها عليه .

أما عن الضرر المادى فقد قالت محكمة أول درجة أن الأخوة أصيبوا بضرر مادى وقع على شئ تافه ، وذلك بفرض أن قدرأ تافهاً من مرتب شقيقهم المتوفى كان يحصل عليه أشقاؤه ، وقضت لهم بالتعويض على هذا الأساس .

وهذه المحكمة لا توافق محكمة أول درجة فيما ذهبت إليه . وترى أن هؤلاء الأخوات لم يخلق بهم أى ضرر من جراء وفاة شقيقهم، إذ أنهم وقت وفاته كانوا في كنف والدهم ، وهو الذى ينفق عليهم والملزم بهم شرعاً دون غيره .

- ولذلك تكون محكمة أول درجة قد جانبها الصواب عندما قررت بتوافر الضرر المادى في الدعوى ، إذ أنها أسست قضاءها على "فرض" أنه من المحتمل أن قدرأ تافهاً من مرتب المتوفى كان يحصل عليه اخواته وهو فرض لا دليل عليه في الدعوى - وهذا ما لا يجوز قانوناً^(٢) .

(١) نقض مدنى "جنائى" - 1951/10/30 - طعن رقم 1042 سنة 20 ق مجموعة

القواعد المدنية لربع قرن - الملحق رقم 103 ص 1301.

(٢) محكمة إستئناف القاهرة - الدائرة الرابعة المدنية - 1954/1/10 استئنافان رقما 450 و788 سنة 69ق.

الضرر بين أحكام الضمان في الفقه الإسلامي وأحكام المسؤولية التقصيرية في القانون الوضعي

- للزوج أن يبقى على الزوجة التي لم ترفع عليها دعوى الزنا ولم يصدر ضدها حكم يدينها . وليس في القضاء له بالتعويض عن قتلها ما يخالف الآداب والنظام العام^(١) .

- الأصل في المساءلة المدنية ، وجوب تعويض كل من أصيب بضرر يستوي في ذلك الضرر المادي والضرر الأدبي . على أنه إذا كان الضرر أدبياً ناشئاً عن موت المصاب فإن أقرباءه لا يعوضون جميعهم عن الضرر الذي يصيبهم شخصياً ، إذ قصر المشرع في المادة 2/222 التعويض على الأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية . ولازم ذلك أن المشرع إن كان قد خص هؤلاء الأقارب بالحق في التعويض عن الضرر الأدبي فلم يكن ذلك ليحرمهم مما لهم من حق أصيل في التعويض عن الضرر المادي إن توافرت شروطه^(٢) .

- الضرر الأدبي الذي يلحق بالزوج والأقارب – وهو ضرر شخصي مباشر – قصر الشارع وفقاً لنص المادة 2/222 مدني الحق في التعويض عنه على الزوج والأقارب إلى الدرجة الثانية لما يصيبهم من جراء موت المصاب (الزوجة)^(٣) .

- إذ نصت المادة 222 من القانون المدني صراحة على أنه يجوز الحكم بالتعويض للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب ، وكانت الأخت تعتبر قريبة من الدرجة الثانية بالنسبة لأختها القتيلة – فان هذه القرابة تتحقق بها المصلحة في رفع الدعوى المدنية ، بصرف النظر عن كونها وارثة للمجنى عليها أم لا . ومن ثم يكون الحكم المطعون فيه ، إذ قضى لأخت المجنى عليها بالتعويض المؤقت عن الضرر الأدبي الذي أصابها من جراء فقد أختها ، لم يخطئ في تطبيق القانون^(٤) .

(١) محكمة النقض – 1956/3/15 – طعن 36 – مجموعة الأحكام الجنائية ،

السنة 7 قاعدة 107 ص 361 .

(٢) نقض مدني – 1964/4/30 – طعن رقم 450 سنة 29 ق مجموعة الأحكام

"مدني" السنة 15 قاعدة 99 ص 631 .

(٣) نقض مدني – 1966/3/22 طعن رقم 381 سنة 31 ق مجموعة الأحكام "مدني"

السنة 17 قاعدة 88 ص 636 .

(٤) نقض مدني – 1969/1/27 – طعن رقم 1849 سنة 38 ق مجموعة الأحكام

"جنائي" السنة 19 ص 168 .

إستلزام توافر ركنى الخطأ والسببية فى المسئولية التقصيرية إلى جانب ركن الضرر :

والضرر على المفهوم السابق إيراده وسواء كان ضرراً مادياً أم ضرراً أدبياً يلزم للتعويض عنه ضرورة توافر ركنى الخطأ وعلاقة السببية، بمعنى وجود رابطة بين ركن الخطأ وركن الضرر ومؤداها وجود علاقة بحكم اللزوم العقلى تفيد أن الخطأ هو السبب فى إحداث الضرر ، وأنه لولا وقوع ذلك الخطأ فما كان للضرر من وجود ، وذلك كله فيما يتعلق بثبوت المسئولية التقصيرية القائمة على أساس أركان ثلاثة هى : الخطأ والضرر وعلاقة السببية ، أما وجود الضرر فحسب فإنه يفسح المجال للأخذ بنوع خاص من المسئولية التقصيرية لا يستلزم وجود ركنى الخطأ والسببية ، وإنما يكتفى فحسب بركن الضرر ، وذلك فيما يعرف بـ " المسئولية بلا خطأ " وذلك على النحو التالى.

الضرر فى المسئولية بلا خطأ :

نظرة تاريخية :

على حين تثبت المسئولية العقدية بمقتضى أركان ثلاثة هى الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما ، إلا أن المسئولية التقصيرية يتنازعها عدة إتجاهات تمثل فى مجملها التطور التاريخى لتلك المسئولية، وذلك من خلال مراحل ثلاث :

المرحلة الأولى : القانون الرومانى :

إذ لم تكن هناك قاعدة عامة فى ذلك القانون تقرر أن كل خطأ ينشأ عنه ضرر يوجب التعويض ، وإنما كانت هناك أعمال معينة تحدها النصوص القانونية هى وحدها التى ترتب المسئولية ، ولم يكن جزاء تلك الأعمال دائماً يتمثل فى التعويض المدنى بل إختلط به فكرة العقوبة الجنائية ، ولم تظهر فكرة الخطأ كأساس للمسئولية إلا بالتدرج حتى إستغرقت فى منتهاها فكرة الضرر .

المرحلة الثانية : القانون الفرنسى القديم :

وفى ظل هذا القانون والتطورات المتعاقبة بدا يتم تمييز المسئولية المدنية عن المسئولية الجنائية ، وفى داخل المسئولية المدنية تم تمييز

الضرر بين أحكام الضمان في الفقه الإسلامي وأحكام المسؤولية التقصيرية في القانون الوضعي

المسؤولية التقصيرية في تقرير التعويض عن كل الخسائر والأضرار التي تقع على شخص سواء رجع هذا الفعل إلى عدم التبصر أو الخفة أو الجهل أو لخطأ ، وتمخض جزاء المسؤولية تعويضاً مدنياً طالما كان متعلقاً بالضرر الذي يقع على المال ، أما الضرر الذي يقع على النفس أو الشرف فيبقى الجزاء عليه يحمل أثراً من فكرة العقوبة، وأخيراً ظهرت فكرة الخطأ في مجال المسؤولية التقصيرية كأساس لها ينتفي بعدمه وجود تلك المسؤولية .

المرحلة الثالثة : التقنين المدني الفرنسي :

وفي هذه المرحلة بدأت تتعدد أنواع المسؤولية التقصيرية وشملت إيراد قاعدة قانونية مؤداها أن كل عمل أياً كان يوقع ضرراً بالغير ويلزم من وقع بخطأه هذا الضرر أن يقيم بتعويضه ، ثم أخذ التعويض يمتد بعد ذلك ليشمل كذلك الضرر الناشئ عن الإهمال أو عدم التبصر ، وشمل التعويض - فضلاً عن الأخطاء الشخصية أياً كان نوعها - المسؤولية عن الأشخاص مثل الأولاد والتلاميذ وصبيان الحرفة ومسؤولية المتبوع عن أعمال التابع ، والمسؤولية كذلك عن الأشياء مثل المسؤولية عن الحيوان والمسؤولية عن البناء ، وتتأسس هذه المسؤولية في كافة تلك الحالات على خطأ منسوب إليه شخصياً باعتباره قد قصر في رقابة الغير أو أهمل في حراسة الشيء .

المرحلة الرابعة : بدء ظهور النظرية الموضوعية فى المسئولية " نظرية تحمل التبعات المستحدثة":

وتفصيل ذلك أن المسئولية الناجمة عن الخطأ الشخصى تندرج تحت ما يسمى " النظرية الشخصية " والتي ظهر فى مقابلها تحت تأثير عوامل متعددة ما يطلق عليه " النظرية الموضوعية " .

النظرية الموضوعية فى المسئولية التقصيرية كأساس لفكرة المسئولية بلا خطأ :

وتتمثل ملامح تلك النظرية بصفة عامة فيما يلى :
أولاً : كان للتطور الإقتصادى السريع منذ القرن التاسع عشر أكبر الأثر فى تطور نظريات المسئولية التقصيرية . فقد تقدمت الصناعة تقدماً عظيماً بإستحداث الآلات الميكانيكية وشتى وسائل النقل . ونجم عن ذلك أن اصبح الخطر الكامن فى إستعمال هذه المخترعات أقرب احتمالاً وأكثر تحقيقاً مما كان عليه الأمر فى الماضى . فعاد ركن الضرر فى المسئولية التقصيرية إلى البروز حتى كاد يغطى على ركن الخطأ . وبدأ تطور المسئولية يرجع إلى نقطة الإبتداء حيث كان المعيار مادياً لا شخصياً .

ثانياً : كان الفقه أول من إستجاب لهذا التطور ، متأثراً بعاملين ، أولهما علمى : هو ما نشرته المدرسة الوضعية الإيطالية من وجوب التعويل على الناحية الموضوعية لا على الناحية الذاتية ، حتى فى المجرم نفسه ، فيعاقب لا بالنظر لما يستحقه لشخصه ، بل بالنظر لما تقتضيه حماية المجتمع ، وإذا أمكن القول بالنظرية الموضوعية فى القانون الجنائى ، فأولى بالقانون المدنى أن يكون الميدان الخصب لهذه النظرية ، والعامل الثانى عملى : يرجع إلى إزدياد مخاطر العمل زيادة كبيرة من شأنها أن تجعل عسيراً على العامل فى الكثرة الغالبة من الأحوال أن يثبت الخطأ فى جانب رب العمل حتى يستطيع الرجوع عليه بالتعويض . وقد حاول الفقه فى البدء أن يعالج الأمر عن طريق الإحتيال على بعض نصوص التقنين المدنى الفرنسى . فشبه الآلات بالبناء ، ومادام يكفى فى البناء إثبات العيب حتى يكون صاحبه مسئولاً . كذلك الآلات إذا اثبت العامل عيباً فيها كان رب العمل مسئولاً عما تحدثه الآلات المعيبة من الضرر . ولكن تيسير الإثبات على هذا النحو لم يكن كافياً . فإن

الضرر بين أحكام الضمان في الفقه الإسلامي وأحكام المسؤولية التقصيرية في القانون الوضعي

الصعوبة في إثبات العيب في الآلة تكاد لا تقل عن الصعوبة في إثبات الخطأ في جانب رب العمل . ثم لجأ الفقه إلى طريقة أخرى، فجعل رب العمل مسئولاً مسئولية عقدية عن سلامة العامل بموجب عقد العمل ذاته . ولكن القضاء لم يساير الفقه في إستخلاص إلترام من عقد العمل بضمان سلامة العامل.

ومنذ رأى الفقه أن هذه المحاولات لم تجد نفعاً ، واجه الصعوبة من طريق مباشر . فنأدى بأنه ليس من الضروري أن يكون الخطأ أساساً للمسئولية التقصيرية ، ويجوز أن تقوم هذه المسؤولية لا على فكرة الخطأ بل على فكرة الضرر وتحمل تبعته . وهذه هي نظرية تحمل التبعة . فمن خلق تبعات يفيد من مغانمها يجب عليه أن يحمل عبء مغارمها . وقد قام على رأس الفقها ، ينادى بهذه النظرية ، سالى وجرسران ، وبنياها على تفسير جديد محور للمادتين 1382 و1384 من التقنين المدنى الفرنسى . فذهبوا إلى أن المشرع الفرنسى لا يشترط ركن الخطأ فى المادة 1382 إذ يقول : " كل عمل أيا كان يوقع ضرراً بالغير .. " ، وأنه رسم قاعدة عامة فى المسؤولية عن الأشياء فى الفقرة الأولى من المادة 1384 إذ يقول : " يكون الشخص مسئولاً ... عن الضرر ... الذى يحدث بفعل الأشياء التى هى فى حراسته " على أن الفقهاء لم يعتمدوا على النصوص وحدها ، بعد تحويرها هذا التحوير الذى لم يخطر ببال المشرع الفرنسى وقت وضع التقنين ، بل اعتمدوا فوق ذلك على صياغة نظرية فقهية كاملة أطلقوا عليها " نظرية تحمل التبعات المستحدثة " أو النظرية الموضوعية يقابلون بها النظرية الشخصية التى تقوم على فكرة الخطأ . وقالوا أن النظرية الشخصية لم تعد تتفق لا مع المنطق ولا مع التطور الإقتصادى . فهى أولاً تصطدم مع المنطق ، فمنذ انفصلت المسؤولية المدنية عن المسؤولية الجنائية ، وأصبح التعويض المدنى لا دخل للعقوبة فيه ، لم يعد هناك معنى لاستبقاء الخطأ أساساً للمسئولية المدنية ، ويجب أن يكون أساس هذه المسؤولية الضرر الذى يستوجب التعويض ، لا الخطأ الذى يقتضى العقوبة ، وهى بعد ذلك تصطدم مع التطور الإقتصادى ، وذلك منذ أصبحت المخترعات الحديثة مورد رزق كبير ومصدر خطر جسيم . فمادام الشخص ينتفع بالشئ فمن العدل أن يحمل تبعته ، والغرم بالغنم . وإذا كانت المسؤولية الشخصية تصلح فى نظام إقتصادى يقوم على الزراعة ، ففى نظام إقتصادى قوامه الصناعة لا تصلح

إلا المسؤولية الموضوعية ، فالواجب إذن في رأى هؤلاء الفقهاء هجر المسؤولية الشخصية إلى المسؤولية الموضوعية ، أى هجر المسؤولية القائمة على خطأ ولو كان مفروضاً إلى المسؤولية المجردة عن أى خطأ. ويوجه هذا النظر أساس معقول يقوم على الإعتبار الآتى : يقع ضرر لا بخطأ من أحد ، فمن الذى يجب أن يتحمل هذا الضرر؟ أيتحملة المضرور ، وهو الذى خضع لتبعة لم يكن له يد فى إيجادها وليس هو الذى يفيد منها ، أم يتحملة محدث الضرر وهو الذى أوجد هذه التبعة وهو الذى يفيد منها؟ أضف إلى ذلك أن العلاقات المدنية أصبحت الآن علاقات مالية أكثر منها علاقات شخصية . وليس يرهق صاحب المصنع أن يحمل عن عماله عبء ما يصيبهم من ضرر ، فإن هذا يدخل فى مخاطر صنغته ، وهو أقدر من العامل على مواجهة هذه المخاطر ، وبحسبه أن يلجأ إلى التأمين لمصلحة عماله ، فإن ذلك لا يبهظه ، بل هو يحقق به معنى التضامن الإجتماعى . ومن هنا يمكن تحديد نطاق للنظرية الموضوعية : عمل كثير الأخطار ، كبير المنفعة، يسهل التأمين فى شأنه . هذه هي العناصر الثلاثة التى إذا اجتمعت جعلت تطبيق النظرية الموضوعية أمراً ميسوراً ، لا عنت فيه ولا إرهاق.

ثالثاً : أن الفرق الجوهرى ما بين المسؤولية الشخصية والمسؤولية الموضوعية هو أن الأولى تقوم على الخطأ ، ولو كان هذا الخطأ مفروضاً ، ولو كان هذا الفرض غير قابل لإثبات العكس . فأساس المسؤولية الخطأ لا الضرر ، والمسئول هو الحارس لا المنتفع . أما المسؤولية الموضوعية فتقوم على الضرر لا على الخطأ ، والمسئول هو المنتفع لا الحارس . ويترتب على ذلك أن المدين فى المسؤولية الشخصية، إذا كانت المسؤولية قائمة على خطأ واجب الإثبات ، يستطيع أن يدفعها عن نفسه إذا عجز الدائن عن إثبات خطأ فى جانبه . فإذا كانت المسؤولية قائمة على خطأ مفروض فرضاً يقبل إثبات العكس، استطاع أن يدفعها بإثبات أنه لم يخطئ . فإن كان فرض الخطأ لا يقبل إثبات العكس، استطاع المدين أن يدفع المسؤولية بإثباته السبب الأجنبى . فالمدين يستطيع دائماً أن يدفع المسؤولية الشخصية عن نفسه ، إما بنفى الخطأ فى ذاته وإما بنفيه كسبب للضرر الذى وقع . أما المسئول فى المسؤولية الموضوعية فلا يستطيع دفع هذه المسؤولية حتى لو نفى الخطأ، وحتى لو أثبت السبب الأجنبى . فما دام الضرر قد وقع من جراء نشاطه، ولو بغير خطأ منه ، فهو المسئول عنه .

الضرر بين أحكام الضمان في الفقه الإسلامى وأحكام المسؤولية التقصيرية في القانون الوضعى

هذا هو ما إنتهى إليه فقه النظرية الموضوعية فى أوج إنتشارها .
ولكن ما لبث الفقه أن تحول عنها شيئاً فشيئاً ، ووجد غناء فى نظرية
الخطأ المفروض . ولم يبق ثابتاً على النظرية فى معناها الواسع الشامل
إلا قلة من الفقهاء ، وكان السبب فى وقوف الفقه عن المضى فى النظرية
الموضوعية موقف كل من التشريع والقضاء فى فرنسا .
موقف التشريعين الفرنسى والمصرى من النظرية الموضوعية فى
المسؤولية التقصيرية :

1 - موقف التقنين الفرنسى : أما التشريع الفرنسى فقد حدد نطاقاً ضيقاً
للنظرية الموضوعية ، وبقي بعيداً عن أن يأخذ بها كقاعدة عامة . فقد
اقتصر على الأخذ بها فى بعض نواحي النشاط وما يتولد عنها من تبعات
أخذ بها فى تبعات الحرفة وذلك فى تشريع العمال الذى صدر فى سنة
1898 ، ثم امتد بتشريعات متعاقبة من الصناعة إلى التجارة ، ثم إلى
الزراعة ، ثم إلى الخدمة المنزلية . وأدمجت كل هذه التشريعات فى
تشريع موحد صدر فى 19 أكتوبر سنة 1945 ، ثم فى 30 أكتوبر سنة
1946 .

والتشريع يرتب المسؤولية على مخاطر العمل ، فإذا أصيب العامل
بضرر فى أثناء عمله أو بمناسبة هذا العمل ، حكم له بتعويض مقدر
لا يصل إلى التعويض الكامل ، ولا تنتفى المسؤولية عن رب العمل حتى
لو أثبت الحادث الفجائى أو خطأ المضرور أو عمل الغير ، وإنما تنتفى
بإثبات القوة القاهرة . وأخذ المشرع الفرنسى بالمسؤولية الموضوعية أيضاً
فى " تبعات الطيران " ، فقد صدر تشريع فى سنة 1924 يجعل المنتفع
بالطيارة مسئولاً عن كل ما تحدثه طيارته من اضرار . ولا تنتفى
المسؤولية حتى لو أثبت المسئول القوة القاهرة أو الحادث الفجائى أو عمل
الغير ، وإنما تنتفى بإثبات خطأ المضرور . وأخذ المشرع الفرنسى
بالمسؤولية الموضوعية أخيراً فى "تبعات التضامن الإجتماعى" .

من ذلك أن تشريعاً صدر فى سنة 1895 يجعل الدولة مسئولة عن
تعويض المحكوم عليه فى جنحة أو جناية فى الأحوال التى يجوز له فيها
طلب مراجعة القضية ، ويثبت عند المراجعة أنه برئ وفقاً لما تنص عليه
المادة 446 من قانون الإجراءات الجنائية . وهذه مسؤولية موضوعية عن
تبعات الأخطاء القضائية ، ومن ذلك أيضاً أن تشريعاً صدر فى سنة
1919 وآخر فى سنة 1921 يوجبان تعويض ضحايا الحرب وضحايا
مصانع الذخيرة فى أحوال معينة ، وهذه مسؤولية موضوعية عن تبعات

الدفاع الوطني . ولا يزال أنصار المسؤولية الموضوعية ينظرون إلى هذه التشريعات المختلفة في كثير من التفاؤل. فهذه تبعات الحرفة ، وتبعات الطيران ، وتبعات التضامن الإجتماعي، قد رتب المشرع المسؤولية عليها جميعاً . فليس بعيداً أن يرتب المسؤولية بعد ذلك على "تبعات الملكية" ، ثم على تبعات النشاط بوجه عام، حتى يستكمل بذلك جميع الصور في "تبعات الخطر المستحدث". ولكننا لانزال بعيدين كثيراً في ميدان التشريع عن استغراق كل هذه الصور. بل إن أهم صورة فيها ، وهي صورة تبعات الحرفة ، ليست تسجيلاً كاملاً للمسؤولية الموضوعية مادام المضرور لا ينال تعويضاً شاملاً عن كل ما لحقه من الضرر. ثم إن المشرع الفرنسي قد اصدر، من جهة أخرى ، تشريعات هي نفى صريح للمسؤولية الموضوعية، بل ورجوع عن الخطأ المفروض إلى الخطأ الواجب الإثبات⁽¹⁾.

2 - موقف التقنين المصري : وأما القضاء الفرنسي فلم يسلم بالمسؤولية الموضوعية . بل هو يشترط دائماً أن تقوم المسؤولية على الخطأ . ولكنه سار شوطاً بعيداً في جعل هذا الخطأ مفروضاً في أحوال كثيرة . واستعان القضاء الفرنسي ، إلى جانب الخطأ المفروض في المسؤولية التقصيرية ، بالمسؤولية العقدية في بعض الحالات ، وذلك عن طريق استخلاص التزام بضمان السلامة في بعض العقود وبخاصة في عقد النقل . ومهما يكن من أمر ، فإن القضاء الفرنسي ثبت على فكرة الخطأ أساساً للمسؤولية التقصيرية ، ولم يجد عن ذلك إلى نظرية تحمل التبعة . وهو مع ذلك قد وصل إلى كثير من النتائج العملية التي تقول بها أنصار المسؤولية الموضوعية ، وذلك عن طريق الخطأ المفروض . أ - المسؤولية التقصيرية في التقنين المصري القديم :

(1) من ذلك قانون 5 أبريل سنة 1937 ويتعلق بمسؤولية المعلمين عند تلاميذهم ، وقد ألغى به قانون 20 يولية سنة 1899 . وقد استبقى هذا القانون مسؤولية الدولة قائمة مكان مسؤولية المعلمين ، ولكنه تطلب لتحقيق هذه المسؤولية إثبات خطأ في جانب المعلم بعد أن كان هذا الخطأ مفروضاً . ومن ذلك أيضاً قانون 7 نوفمبر سنة 1922 يستثنى فيه من المادة 1384 - بعد أن سلم أن هذه المادة تقيم المسؤولية عن الأشياء على خطأ مفروض - حالة الحريق ، فجعل المسؤولية فيها تقوم على خطأ واجب الإثبات . د. عبدالرازق السنهوري - المرجع السابق - ص 631 : 637.

الضرر بين أحكام الضمان في الفقه الإسلامي وأحكام المسؤولية التقصيرية في القانون الوضعي

وقد أخذ التقنين المصري القديم قواعد المسؤولية التقصيرية عن القانون الفرنسي في وقت كان القضاء الفرنسي فيه قد بدأ يأخذ بالخطأ المفروض . فوضع القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية ، وأقامها على خطأ واجب الإثبات. إذ نص في المادتين 212، 151 على مايتى : " كل فعل نشأ عنه ضرر للغير يوجب ملزومية فاعله بتعويض الضرر " ثم عرض لحالات الخطأ المفروض على غرار القانون الفرنسي، فأكمل نص المادتين 212/151 بما يقرر مسؤولية المكلف بالرقابة عنهم تحت رعايته ، وأقام هذه المسؤولية على خطأ مفروض ، إذ قضى في عبارة غامضة بما يأتى : " وكذلك يلزم الإنسان بضرر الغير الناشئ عن إهمال من هم تحت رعايته أو عدم الدقة والإنتباه منهم أو عن عدم ملاحظته أيامهم " . ثم انتقل إلى مسؤولية المتبوع عن التابع (م) 214/152 ، فالمسؤولية عن الحيوان (م) 215/153 ، فبنى المسؤولية في هاتين الحالتين أيضا على خطأ مفروض . ولم ينقل عن القانون الفرنسي النص الخاص بالمسؤولية عن البناء^(١) . كذلك لم ينقل عن القانون الفرنسي النص الخاص بالمسؤولية عن الأشياء على الوجه الذى استقر عليه هذا القضاء أخيراً في تفسيره للفقرة الأولى من المادة 1384 من التقنين المدنى الفرنسي ، إذ لم يكن هذا القضاء وقت ظهور التقنين المصرى القديم قد استقر على هذا التفسير . أما نظرية تحمل التبعة فلم يأخذ بها التقنين المدنى القديم . وإذا كان بعض الفقهاء في مصر نادى بوجود الأخذ بها^(٢) ، فإن القضاء

- (١) وتطبيقاً لذلك فقد قضى بأنه متى كان الحكم المطعون فيه إذ قضى بالتعويض للمطعون عليهم عن الأضرار التى لحقت بمنزلهم قد حمل الطاعنة مسؤولية سقوط حائط منزلها دون بيان وجه خطئها فى ذلك مع وجوب هذا البيان عملاً بالمادة 151 من القانون المدنى القديم المنطبق على واقعة الدعوى والذى لم يرد فيه نص كالمادة 177 من القانون المدنى الجديد التى تفترض مسؤولية حارس البناء عما يحدث إنهدامه من ضرر ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع إلى إهمال فى الصيانة أو تدمير فى البناء أو عيب فيه ، وهذا تشريع مستحدث لا يسرى إلا من تاريخ العمل به ، فإن هذا الحكم يكون قد خالف القانون وشابه القصور (جلسة 1953/9/22 مجموعة أحكام النقض السنة 5 ص98) .
- (٢) الدكتور عبدالسلام ذهنى - نظرية الإلتزامات فقرة 781 ومابعدھا .

المصرى في أحكامه ، عدا النذر اليسير ^(١)، قد قطع في عدم الأخذ بها، وأعلنت محكمة النقض هذا في عبارات واضحة صريحة ^(٢).

ب - المسؤولية التقصيرية في التقنين المصرى الجديد :
كان التقنين المصرى القديم قد إلتزم الإيجاز التام فى النصوص التى أوردتها فى المسؤولية التقصيرية ، أما التقنين الجديد فقد أورد فى هذا الموضوع الكبير الأهمية عدداً غير قليل من النصوص ، عالج فيها العيوب الجسيمة التى كانت تشوب نصوص التقنين القديم ^(٣).

(١) أنظر فى هذه الأحكام الموجز فى النظرية العام للإلتزامات - د. عبدالرزاق السنهورى ص 383 هامش رقم 2 ، محكمة استئناف مصر الوطنية فى 10 أبريل سنة 1927 المجموعة الرسمية 28 عدد 59 - محكمة الزقازيق الكلية فى 9 ابريل سنة 1929 المحاماة 10 رقم 88 ص 169 - محكمة مصر الكلية المختلطة فى 17 يونيو سنة 1929 - 20 رقم 188 ص 195 .

(٢) وهذا ما قضت به محكمة النقض بقولها : " إن القانون المصرى لم يرد فيه ما يجعل الإنسان مسئولاً عن مخاطر ملكه التى لا يلبسها شئ من التقصير ، بل إن هذا النوع من المسؤولية يرفضه الشارع المصرى بتاتا ، فلا يجوز للقاضى إعتماذاً على المادة 29 من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية إن يترتب على اعتبار أن العدل يسيغه ، إذ أن هذه المادة لا يصح الرجوع إليها إلا عند عدم معالجة الشارع لموضوع ما وعدم وضعه لأحكام صريحة فيه جامعة مانعة. وإذن فالحكم الذى يرتب مسؤولية الحكومة مدنياً عما يحدث لعامل على نظرية مسؤولية مخاطر الملك التى لا تقصير فيها والمسؤولية الشنيئة يكون قد أنشأ نوعاً من المسؤولية لم يقرره الشارع ولم يرده ، ويكون إذن قد خالف القانون ويتعين نقضه" (نقض مدنى فى 15 نوفمبر سنة 1934 مجموعة عمر 1 ص 485) .
وأنظر أيضاً " استئناف مصر الوطنية فى 26 نوفمبر سنة 1940 المحاماة 21 رقم 328 ص 745 - استئناف مختلط فى 23 أبريل سنة 1941 م 53 ص 154- وفى 22 أبريل سنة 1947 م 59 ص 1810 - وفى 10 مارس سنة 1949 م 61 ص 109 (تحمل التبعة الإجتماعية) .

د. عبدالرزاق السنهورى - المرجع السابق - ص 637 - 638 .
(٣) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي فى هذا الصدد ما يأتى :
"بالغ التقنين السابق فى إلتزام الإيجاز بصدد الأحكام الخاصة بالعمل غير المشروع . وليس يخلو هذا الوضع من شئ من الغرابة ولاسيما إذا روعى أن

الضرر بين أحكام الضمان في الفقه الإسلامى وأحكام المسؤولية التقصيرية في القانون الوضعى

ويتبين من النصوص التى أوردها التقنين الجديد أمران :
أولاً - أن هذا التقنين لم يأخذ بنظرية تحمل التبعة . وقد أحسن فى ذلك صنعا . إذ يجب فى هذا الصدد أن يسلك المشرع المصرى الطريق الذى سبقه إليه المشرع الفرنسى ، فيصدر تشريعات خاصة فى مسائل معينة يقتضى التطور الإقتصادى أن يؤخذ فيها بنظرية تحمل التبعة، فيأخذ بها فى هذه التشريعات إلى حد معقول. وهذا هو النهج الذى سار عليه المشرع المصرى فعلاً ، متمشياً فى ذلك مع مقتضيات الظروف الإقتصادية للبلاد .

ثانياً - جعل التقنين الجديد المسؤولية عن الأعمال الشخصية قائمة على خطأ واجب الإثبات . أما المسؤولية عن عمل الغير والمسؤولية الناشئة عن الأشياء فقد أقامهما على خطأ مفروض (1) .

أحكام المسؤولية التقصيرية قد أصابت، منذ صدور التقنين المدنى الفرنسى ويوجه خاص منذ صدور التقنينات المصرية، من بسطة النطاق ما يؤهلها لأن تشغل فى تقنين عصرى مكاناً لا يدانيه فى أهمية ما أفرد لها حتى اليوم. وقد عرض المشروع لأحكام العمل غير المشروع فى قسمين رئيسيين . أفرد أولهما للمسؤولية عن الأعمال الشخصية ، وهى المسؤولية العامة أصلاً ، وقوامها إثبات الخطأ. أما القسم الثانى فقد جمعت فيه أحوال المسؤولية عن عمل الغير والمسؤولية الناشئة عن الأشياء ، وهى أحوال تقوم فيها المسؤولية على إفتراض الخطأ. وقد استهل المشروع القسم الأول بالقاعدة الأساسية فى المسؤولية عن الخطأ الثابت ، فأفرغها فى نص واضح موجز اقتبس من المشروع الفرنسى الإيطالى. والواقع أن التقنينات اللاتينية ، فى هذه الناحية، أرقى فى صياغتها التشريعية من التقنين الألمانى فهذا التقنين، بدلاً من أن يضع مبدأ تنطوى فى عمومها جميع التطبيقات التفصيلية للخطأ الشخصى، يبدأ بطائفة من النصوص تعرض لحالات خاصة، ومن هذه الحالات يستخلص المبدأ العام ومذهبه هذا يقرب من مذهب القانون الإنجليزى. ولكنه أخلق بنظام قانونى يقوم على أحكام القضاء، وعلى التطبيق فى المسائل التفريعية، منه بتقنين يقصد به إلى تقرير مبادئ عامة ولهذه العلة أعرضت عنه ذات التقنينات التى درجت على استلهاهم التقنين الألمانى، كتقنين الالتزامات السويسرى والتقنين النمساوى المعدل والتقنين البولونى". مجموعة الأعمال التحضيرية 2 ص 350).

(1) د. عبدالرزاق السنهورى - المرجع السابق - ص 638 - 639 ، راجع فى تطور المسؤولية التقصيرية بصفة عامة : د. عبدالودود جيبى - المرجع السابق ،

ص 227 : 230 .

تطبيقات المسؤولية بلا خطأ في التشريع المصري :
وقد أورد التشريع المصري في العديد من القوانين بالإشارة إلى تطبيقات متفرقة للمسؤولية بلا خطأ ، وذلك دون أن يقرن تلك التطبيقات بذلك المسمى إكتفاءً بما تدل عليه تلك التطبيقات من حالات للمسؤولية يتوافر فيها عدة أمور تتمثل فيما يلي :
- عدم إستلزام وجود خطأ ما لترتيب تلك المسؤولية .
- الإكتفاء بمجرد وقوع الضرر لترتيب التعويض عنه ، وتأسيس ذلك التعويض على نظرية تحمل التبعة .
- عدم إثارة فكرة السببية كركن لازم للربط بين الخطأ والضرر ، وذلك كنتيجة منطقية لعدم إستلزام ركن الخطأ لثبوت التعويض عن الضرر المستند إلى نظرية تحمل التبعة .
وتتمثل أهم تطبيقات المسؤولية بلا خطأ في التشريع المصري في الحالات التالية :

أولاً : الغلو في إستعمال حق الملكية :
أورد نص المادة / 807 من القانون المدني النص على تلك الحالة من حالات المسؤولية بلا خطأ وذلك بالنص على أنه :
" 1 - على المالك ألا يغلو في إستعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار .
2 - وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة التي لا يمكن تجنبها وإنما له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف ، على أن يراعى في ذلك العرف ، وطبيعة العقارات ، وموقع كل منها بالنسبة إلى الآخر ، والغرض الذي خصصت له ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون إستعمال هذا الحق " .

ويُلاحظ على ذلك النص توافر حالة من حالات المسؤولية بلا خطأ ، ويعد مرجع ذلك إفتراض الفقرة الأولى من تلك المادة أن المالك إنما يستعمل حقاً مقررأ له بمقتضى القانون ⁽¹⁾ ، وأن ذلك الحق قد شابه نوع

(1) نصت المادة /802 من القانون المدني على أنه " لمالك الشئ وحده ، في حدود القانون ، حق إستعماله وإستغلاله والتصرف فيه " .

الضرر بين أحكام الضمان في الفقه الإسلامى وأحكام المسؤولية التقصيرية في القانون الوضعى

من الغلو فى إستعماله لم يصل إلى حد التعسف فى إستعمال الحق (١)، ولذلك كان إستخدام المشرع لفظ "الغلو" للدلالة على عدم التعدى الطائل أو الكبير أو المبالغ فيه لاستخدام الحق ، وتفادى فى إستخدامه لذلك اللفظ التعبير عن ذلك الغلو بإستخدام لفظ "التعسف" تمييزاً له عن تطبيقات نظرية التعسف فى إستعمال الحق .

وقد أورد المشرع فى حكم الفقرة الثانية من تلك المادة الإشارة إلى معيار الضرر بوصفه الركن الوحيد المتطلب لثبوت مسؤولية المالك، دون أن يقرن تلك المسؤولية بإستلزام وجود خطأ فى جانب المالك ، ومن ثم لم يستلزم وجود علاقة سببية إذ لا حاجة إلى إثارتها لعدم وجود مجال للخطأ.

ويدل ذلك على إنتهاج المشرع النظرية الموضوعية التى تستند إلى الضرر فحسب فى إثبات حق الجار فى إزالة هذه المضار ، وإتبع فى إثبات ذلك الضرر معيار أطلق عليه " الحد المألوف " ورتب المسؤولية على المالك فى حالة تجاوز هذه الأضرار " الحد المألوف " .

ويؤسس البعض تلك المسؤولية للمالك على نظريات عدة يعد من بينها نظرية " تحمل التبعة " (٢) . التى تبنى فى مفهومها على فكرة الغنم بالغرم " بمعنى أن من يغنم من شئ فعليه أن يتحمل تبعة الأضرار التى تصيب الغير من جرائه ، وتطبيقاً لذلك فطالما تجاوز المالك فى إستعمال

(١) أورد القانون المدنى فى نص المادتين الرابعة والخامسة التنظيم القانونى لنظرية التعسف فى استعمال الحق ، وذلك بالنص فى المادة الرابعة منه على أن : " من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسؤولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر " ، كما نصت المادة الخامسة منه على أنه : " يكون استعمال الحق غير مشروع فى الأحوال الآتية :

- (أ) إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير .
 - (ب) إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية ، بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها .
 - (ج) إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة " .
- (٢) د. نزيه محمد الصادق المهدي - الحقوق العينية الأصلية - طبعة سنة 2005 - ص 67-68 .

ملكه حداً يمكن أن يوصف "بالغلو" فلا بد أن يتحمل عبء إزالة الأضرار التي تصيب الجار .

1 - جزاء الغلو في استعمال حق الملكية :
وفى إطار الطبيعة القانونية للغلو في استعمال حق الملكية والذي يؤسسه البعض على نظرية " تحمل التبعة " ومن ثم عدم ظهور فكرة الخطأ فيه ، لم يكن هناك مجالاً لترتيب تعويض للمضروب من ذلك الغلو، وإنما تمثل التدخل التشريعي لإزالة مضار الجوار التي أصابت الجار فيما أورده نص الفقرة الثانية / 807 من القانون المدني من إعطاء الحق للمضروب في " طلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف " .

وعلى ذلك إذا لم تتجاوز مضار الجوار الحد المألوف لم يكن هناك مجالاً أمام الجار المضروب لإزالة الضرر ، على حين أن تجاوزت تلك المضار للحد المألوف يفسح المجال أمام الجار المضروب لطلب إزالة ذلك الضرر ، وقد أورد نص الفقرة المشار إليها عدة ضوابط يمكن من خلال الاحتكام إليها تحديد ما إذا كانت المضار قد تجاوزت الحد المألوف أم لم تتجاوز ذلك الحد تتمثل في العرف ، وطبيعة العقارات، وموقع كل منها بالنسبة إلى الآخر ، والغرض الذي خصصت له، ولا يدخل في تلك الضوابط وجود ترخيص صادر من الجهات المختصة أو عدم وجود مثل ذلك الترخيص إذ لا دخل في ذلك في ثبوت حالة المضار غير المألوفة للجوار ، ويرجع ذلك إلى أمرين :

الأول: أن حالة مضار الجوار غير المألوفة لا تعد من قبيل المسؤولية الشخصية التي يلزم لثبوتها وجود الخطأ ، والذي ينتفى في حالة ممارسة نشاط ما وفقاً للترخيص الصادر من الجهة المختصة ، ويثبت في حالة ممارسة النشاط دون ترخيص من الجهة المختصة.

الثاني: أن حالة مضار الجوار غير المألوفة تدخل في نطاق القيود التي ترد على حق الملكية ، حيث أوردها القانون المدني تحت ذلك المسمى ، وهي بذلك تأخذ طبيعة منفردة عن مفهوم نظرية التعسف في استعمال الحق ، والتي يتمثل تطبيقها في حالات ثلاث ليس من بينها تعدى الحد المألوف في استعمال حق الملكية.

2 - تطبيقات قضائية للغلو في استعمال حق الملكية :

الضرر بين أحكام الضمان في الفقه الإسلامى وأحكام المسؤولية التقصيرية في القانون الوضعى

وتطبيقاً لذلك فقد قضى بأن " فقهاء القانون قد توافقوا تقريباً على

رفع مسؤولية أصحاب المصانع التي تضايق الجيران ، وتسبب لهم أضراراً كتصاعد الدخان أو الحرمان من السكون والهدوء ، إذا كان أولئك الجيران قد أقبلوا على البناء بجوارهم بعد أن أقاموا مصانعهم، إذ من الواضح الجلى أنهم بنوا وهم على بيئة من معائب الجيرة وأضرارها فالغرم عليهم " (١).

كما قضى فى مجال الأضرار المألوفة فى إستعمال حق الملكية نطاق التقنين المدنى الملغى بأنه " لا حق للجار فى مطالبة جاره بتعويض عما يلحق زراعته من الضرر بسبب ظل الأشجار إلا إذا ثبت أن مالك الشجر تعتمد بغرسه الإضرار به أو أهمل فى إتباع الأصول الزراعية فوق الضرر نتيجة لهذا الإهمال وفى غير هاتين الحالتين يعتبر ما يحدثه الظل من الأضرار العادية التى لا مفر للجيران من التسامح فيها(٢).

ثانياً : تأمين بيئة العمل :

أورد قانون العمل الصادر بالقانون رقم 137 لسنة 1981 فى المادة /115 منه إلتزاماً على المنشأة العمالية بتوفير وسائل السلامة والصحة المهنية فى أماكن العمل وذلك حيث نصت على أنه : " على

المنشأة توفير وسائل السلامة والصحة المهنية فى أماكن العمل بما يكفل الوقاية من مخاطر العمل وأضراره وعلى الأخص ما يأتى :
(أ) المخاطر الميكانيكية : وهى كل ما ينشأ عن الإصطدام أو الإلتصال بين جسم العامل وبين جسم صلب كمخاطر المباني والإنشاءات ومخاطر الأجهزة ، والآلات ومخاطر وسائل الإنتقال والتداول ويدخل فى ذلك مخاطر الإنهيار .

(ب) المخاطر الطبيعية : وهى كل ما يؤثر على سلامة العامل وصحته نتيجة لعوامل خطر أو ضرر طبيعى كالحرارة أو الرطوبة أو البرودة أو الكهرباء أو الإضاءة أو الضوضاء أو الإشعاعات الضارة أو الخطرة أو الإهتزازات أو زيادة أو نقص فى الضغط الجوى الذى يجرى فيه العمل ويدخل فى مخاطر الإنفجار .

(١) محكمة إستئناف مصر الأهلية - 1927/12/31 - مجلة المحاماة - السنة الثامنة ، العددان 4 ، 5 رقم 326 ص498 .

(٢) محكمة الزقازيق الجزئية فى 1933/10/22 - مجلة المحاماة - ص224 .

(ج) المخاطر الكيماوية : وهو ما يحدث من تأثير مواد كيميائية مستعملة أو تنتسرب إلى جو العمل كالغازات أو الأبخرة أو الأتربة وما قد يوجد في بيئة العمل من سوائل ويدخل في ذلك مخاطر الحرائق .

(د) المخاطر السلبية : وهي التي ينشأ الضرر أو الخطر من عدم توافرها كوسائل الإنقاذ والإسعاف ووسائل النظافة والتغذية . وتحدد الإشتراطات والإحتياجات اللازمة لدرء هذه المخاطر وغيرها مما يؤثر على سلامة بيئة العمل بقرار من وزير الدولة للقوى العاملة والتدريب بعد أخذ رأى وزيرى الدولة للصحة والسكان " .

جزاء الإخلال بتأمين بيئة العمل :

يلاحظ أن قانون العمل قد أورد العديد من الجزاءات جراء الإخلال بتأمين بيئة العمل ، وذلك على النحو التالى :

أ) الجزاء الإدارى :

ويتمثل فيما أوردته المادة / 120 من القانون من النص على أنه: " للجهة المختصة فى حالة إمتناع المنشأة عن تنفيذ ما أوجبه الأحكام السابقة والقرارات المنفذة لها وفى المواعيد التى تحددها هذه الجهة أو فى حالة وجود خطر داهم على صحة العاملين أو سلامتهم أن تأمر بإغلاق المنشأة كلياً أو جزئياً أو بإيقاف آلة أو أكثر حتى تزول أسباب الخطر . وينفذ القرار الصادر بالإغلاق أو الإيقاف بالطرق الإدارية مع عدم الإخلال بحق العاملين فى تقاضى أجورهم كاملة . وللجهة الإدارية المختصة أن تقوم بإزالة اسباب الخطر بطريق التنفيذ المباشر على نفقة المنشأة " .

ويعنى ذلك أن المشرع قد رتب بمقتضى المادة المشار إليها جزاء إدارى جراء الإخلال باتخاذ كافة الإجراءات اللازمة لتأمين بيئة العمل يتمثل فى إغلاق المنشأة المخالفة أو إيقاف النشاط الذى تمارسه ، فضلاً عن إزالة أسباب الخطر من خلال الجهة الإدارية المختصة .

ب) الجزاء الجنائى :

ويتمثل فيما أوردته المادة / 172 من القانون على أنه : " يعاقب كل من يخالف حكماً من أحكام الباب الخامس بشأن السلامة والصحة المهنية والقرارات الصادرة تنفيذاً لها بالعقوبات الآتية :

الضرر بين أحكام الضمان في الفقه الإسلامى وأحكام المسؤولية التقصيرية في القانون الوضعى

- الحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر وغرامة لا تقل عن خمسين جنيهاً أو بإحدى العقوبتين بالنسبة لمخالفة المواد 115 ، 116 ، 117 ، 122 ، 128 ، 129 .

.....
"
ويعنى ترتيب ذلك الجزاء الجنائى إفتراض مخالفة صاحب المنشأة العمالية لقيم تتعلق بسلامة المجتمع فى جزء منه هو ذلك الجزء المتعلق بسلامة العمال فى المنشآت التى قرر المشرع إمكان تعرضهم لمخاطر نتيجة عملهم بها.

ج (الجزاء المدنى :

ويمكن تصور ترتيب ذلك الجزاء المدنى من خلال مطالبة المضرور بتعويض عن الضرر اللاحق به من صاحب المنشأة العمالية، وهو ما يمكن أن يتم عن طريقين :

الأول: تحريك الدعوى المدنية بالتبعية للدعوى الجنائية :
إذ تعد تبعية الدعوى المدنية أمام القضاء الجنائي للدعوى الجنائية
قاعدة جوهرية تحكم الإدعاء المدنى أمامه ، فهى وحدها التى تبرر مخالفة
القواعد العامة فى الإختصاص المتعلق بالولاية – رغم أنها من النظام
العام – فتسبغ على القضاء الجنائى ولاية الفصل فى الحقوق المدنية
إستثناء من تلك القواعد ، فإذا لم تتحرك الدعوى الجنائية أمام القضاء
تحركاً صحيحاً فلا يمكن الإدعاء مدنياً أمامه ⁽¹⁾.

وفى هذه الحالة فإنه يتم تطبيق القاعدة الواردة فى المادة 456/ من
قانون الإجراءات الجنائية والتي تنص على أنه : " يكون للحكم الجنائى
الصادر من المحكمة الجنائية فى موضوع الدعوى الجنائية بالبراءة أو
الإدانة قوة الشئ المحكوم فيه أمام المحاكم المدنية فى الدعاوى التى لم
يكن قد فصل فيها نهائياً ، فيما يتعلق بوقوع الجريمة ، وبوصفها القانونى
ونسبتها إلى فاعلها ، ويكون للحكم بالبراءة هذه القوة سواء بنى على إنتفاء
التهمة أو عدم كفاية الأدلة ، ولا تكون له هذه القوة إذا كان مبنياً على أن
الفعل لا يعاقب عليه القانون " .

الثانى: إقامة الدعوى المدنية إستقلالاً عن الدعوى الجنائية :
إذ يمكن للعامل المضرور من عدم إتباع المنشأة التى يعمل بها
قواعد تأمين بيئة العمل إقامة الدعوى المدنية أمام المحكمة المختصة دون
إنتظار للفصل فى الدعوى الجنائية ، ويلاحظ أن إقامة تلك الدعوى المدنية
بالإستقلال عن الدعوى الجنائية لا يقوم على خطأ واجب الإثبات يلتزم
العامل بالتدليل على وقوعه من قبل المختص بالمنشأة العمالية ، وإنما يقوم
على قرينة لا تقبل إثبات العكس بوقوع خطأ مفترض من قبل المسئولية
فى المنشأة العمالية متى تحققت إحدى الحالات المنصوص عليها فى المادة
115/ من قانون العمل تمثلت فى المخاطر الميكانيكية والمخاطر الطبيعية
والمخاطر الكيماوية والمخاطر السلبية.
ويعد السند القانونى للإلتزام بالتعويض فى هذه الحالة هى نظرية
تحمل التبعة بمفهومها المستمد من قاعدة الغنم بالعزم ، فمتى كان مالكو

(1) د. رؤوف عبيد – مبادئ الإجراءات الجنائية فى القانون المصرى – دار الجيل
للطباعة، الطبعة السادسة عشرة – 1985 – ص 221 - 222 .

الضرر بين أحكام الضمان في الفقه الإسلامى وأحكام المسؤولية التقصيرية في القانون الوضعى

المنشأة العمالية يغنمون من تلك المنشأة فعليهم الغرم الناجم عنها والمتضمن التعويض الواجب الحكم به لصالح المضرورين .

ثالثاً : تأمين إصابات العمل :

وذلك حيث أصدر المشرع المصرى القانون رقم 79 لسنة 1975 بشأن التأمين الإجتماعى ، وضمنه العديد من القواعد التى تستند إلى قاعدة تحمل التبعة والتى تعد تطبيقاً للمسئولية بلا خطأ ، وحيث يمتد نطاق تطبيق ذلك القانون ليشمل - وفقاً لما نصت عليه المادة الأولى منه التأمين ضد إصابات العمل ، والتأمين ضد المرض ، وهو ما يتضح من النصوص التالية :

أ) نص الفقرة هـ من المادة (5) على أنه " يقصد بإصابة العمل :

الإصابة بأحد الأمراض المهنية المبينة بالجدول رقم 1 المرافق .
أو الإصابة نتيجة حادث وقع أثناء تأدية العمل أو بسببه ، وتعتبر الإصابة الناتجة عن الإجهاد أو الإرهاق من العمل إصابة عمل متى توافرت فيها الشروط والقواعد التى يصدر بها قرار من وزير الشؤون الإجتماعية والتأمينات بالاتفاق مع وزير الصحة .

ويعتبر فى حكم ذلك كل حادث يقع للمؤمن عليه خلال فترة ذهابه لمباشرة عمله أو عودته منه بشرط أن يكون الذهاب أو الإياب دون توقف أو تخلف أو إنحراف عن الطريق الطبيعى " . وعرفت الفقرة (و) المصاب بأنه هو من أصيب بإصابة عمل، كما أوضحت الفقرة (ز) المريض أنه هو من أصيب بمرض أو حادث غير إصابة عمل.

ب) نص المادة 49 من ذات القانون على أنه : إذا حالت الإصابة بين المؤمن عليه وبين أداء عمله تؤدى الجهة المختصة خلال فترة تخلفه عن عمله بسببها تعويضاً عن أجره يعادل أجره المسدد عنه الاشتراك ويصرف هذا التعويض للمصاب فى مواعيد صرف الأجور بالنسبة لمن يتقاضون أجرهم بالشهر ، وأسبوعياً بالنسبة لغيرهم . ويستمر صرف ذلك التعويض طوال مدة عجز المصاب عن أداء عمله أو حتى ثبوت العجز المستديم أو حدوث الوفاة ، وتقضى المادة 57 بأنه لا يستحق تعويض الأجر وتعويض الإصابة فى الحالات الآتية : (أ) إذا تعدد المؤمن عليه إصابة نفسه . (ب) إذا حدثت الإصابة بسبب

سوء سلوك فاحش ومقصود من جانب المصاب ويعتبر في حكم ذلك

(1) كل فعل يأتيه المصاب تحت تأثير الخمر أو المخدرات . (2) كل مخالفة صريحة لتعليمات الوقاية المعلقة في أمكنة ظاهرة في محل العمل .

وذلك كله ما لم ينشأ عن الإصابة وفاة المؤمن عليه أو تخلف عجز مستديم تزيد نسبته على 25% من العجز الكامل ، وتنص المادة 66 على " إلتزام الجهة المختصة بجميع الحقوق المقررة وفقاً لأحكام هذا الباب ولو كانت الإصابة تقتضى مسؤولية شخص آخر خلاف صاحب العمل دون إخلال بما يكون للمؤمن عليه من حق قبل الشخص المسئول".

(ج) وتقتضى المادة 68 بأنه لا يجوز للمصاب التمسك ضد الهيئة المختصة بالتعويضات التي تستحق عن الإصابة طبقاً لأى قانون آخر . كما لا يجوز له ذلك بالنسبة لصاحب العمل إلا إذا كانت الإصابة عن خطأ من جانبه . وبذلك عدل القانون عن المبدأ الذى كان معمولاً به من أنه لا يجوز للمصاب ذلك أيضاً بالنسبة لصاحب العمل إلا إذا كانت الإصابة قد نشأت عن خطأ جسيم من جانب صاحب العمل ومن ثم يكون للمؤمن عليه أن يلجأ إلى القضاء للحصول على تعويض تكميلي من صاحب العمل إذا كان التعويض المقرر له بمقتضى هذا التأمين غير كاف لجبر الضرر الذى لحق به بسبب الإصابة وذلك أيا كانت درجة خطأ صاحب العمل⁽¹⁾.

1 - الأساس القانونى لحق التعويض عن إصابات العمل :
وأخذت المحاكم فى مصر تتوسع فى تطبيق مواد القانون الخاصة بالمسئولية توسعاً خرجت به من حدود النصوص الواردة فى هذه المواد لتخفيف عبء الإثبات عن العامل ولإطراد تقدم الصناعة على الوجه الذى نتج عنه إزدياد المخاطر التى يستهدف لها العامل وكانت أحكامها غير

(1) تقرير لجنة القوى العاملة عن مشروع القانون رقم 79 لسنة 1975.

الضرر بين أحكام الضمان في الفقه الإسلامى وأحكام المسؤولية التقصيرية في القانون الوضعى

مستقرة فكان البعض يرى أن الخطأ من جانب رب العمل مفروض ويرى البعض الآخر الأخذ إطلاقاً بنظرية مخاطر المهنة التي توجب مسؤولية صاحب العمل لمجرد وقوع الضرر دون التفات إلى شرط الخطأ وكان من الضروري تدخل المشرع لسن قواعد خاصة لمسئولية صاحب العمل عن أخطار المهنة ولمنع تضارب الأحكام وهذا ما أشارت إليه المادة 178 من القانون المدنى فحول القانون حق التعويض لكل عامل يصاب من حوادث العمل دون أن يكلفه إثبات خطأ صاحب العمل أو من ينوب عنه. وقد أصبح التعويض مطلقاً ولكنه في دائرة محدودة وبيئت مقادير التعويض بنسب محددة في جدول موضح به النهاية القصوى لهذه المقادير وقضت المادة الرابعة بحرمان العمال الخاضعين لأحكام هذا القانون من التمسك ضد رب العمل بأحكام قانون آخر ما لم يكن الحادث قد نشأ عن خطأ فاحش من جانب رب العمل .

2 - الأشخاص الملزمون بالتعويض :

يلزم رب العمل بالتعويض وقد يلزم به أشخاص آخرون معه كما إذا عهد بالعمل إلى مقاول من الباطن أو أعار العامل للغير أو تسبب الحادث عن فعل شخص أجنبي عن المحل الذى وقع به الحادث كما إذا وقع حريق فى المصنع من شرر تطاير من عقار مجاور له. وإذا منح العامل أجازة للعمل عند الغير فينشأ عقد عمل جديد بين العامل والغير ولا يسأل رب العمل الأول عما يصيب العامل فى أثناء عمله عند الغير .

3 - ضمانات لحصول العامل على التعويض .

قرر القانون بطلان كل إتفاق يقصد به تخفيض قيمة التعويض وبالزام رب العمل بإخطار مصلحة العمل كتابة عن مقدار التعويض الذى دفع أو تعهد بدفعه والفصل فى المنازعات الخاصة بالتعويض على وجه السرعة وإعتبار ديون المصابين وورثتهم ممتازة .

4 - التأمين الإجبارى عن حوادث العمل⁽¹⁾ :

ألزم القانون رقم 86 لسنة 1942 أصحاب الأعمال بالتأمين على عمالهم من حوادث العمل . وأن العمال الذين يقومون بأعمال صناعية فى المحال الصناعية أو التجارية يؤمن عليهم ضد حوادث العمل.

(1) راجع القانون رقم 86 لسنة 1942 بشأن التأمين الإجبارى عن حوادث العمل .

وعلى صاحب العمل الأصلي مراقبة قيام المقاول من الباطن بالتأمين على عماله قبل التاريخ المحدد للبدء في العمل بفترة معينة والا يقوم بنفسه بعملية التأمين ويرجع على المقاول من الباطن بنفقات هذا التأمين وجزاء عدم التأمين هو الغرامة عن كل عامل . ولا يسرى هذا التأمين بالنسبة للمصالح الحكومية وما في حكمها لملاءتها ولكن لا يجرى هذا الإعفاء بالنسبة للمقاولين الذين يقومون بأعمال لها .

الحاجة إلى إقرار قواعد المسؤولية بلا خطأ في التقنين المدني :
وعلى هدى ما سبق فإن قواعد المسؤولية بلا خطأ قد تم تضمينها في بعض قواعد التشريع المصري في تطبيقات متفرقة إستناداً إلى قواعد تحمل التبعة ، وذلك دون إقرار مبدأ عام لتلك المسؤولية يمكن القضاء من بسط رقابته على بعض الحالات التي ينشأ عنها ضرر .
وتفصيل ذلك أن التطبيقات القانونية في مجال المسؤولية بلا خطأ تتمثل في حالات الغلو في إستعمال حق الملكية ، وتأمين بيئة العمل ، وما يرتبط بها من إصابات العمل ، ومن ثم لا يتم مدها في ضوء القصور التشريعي إلى حالات أخرى ، وذلك على الرغم من التطور الهائل والمطرد لكافة التطبيقات العملية للمشروعات الإقتصادية تطوراً ينال في جزء منه العديد من أفراد المجتمع ، والذي قد ينجم عنه مخاطر أكثر تأثيراً من مجرد حالات الغلو في إستعمال حق الملكية أو إصابات العمل . الأمر الذي يلزم معه إقرار مبدأ عام للمسؤولية بلا خطأ يتم تضمينه في القانون المدني بوصفه الشريعة العامة للمعاملات ، والتي تضمن تطبيقاً عاماً لكافة حالات المسؤولية بلا خطأ التي تستند إلى نظرية تحمل التبعة ، وذلك دون قصرها فحسب - في معظم التطبيقات - على حالات إصابات العمل.

خاتمة

تناول بحث الضرر بين أحكام الضمان في الفقه الإسلامي وأحكام المسؤولية التقصيرية في القانون الوضعي إيضاح مفهوم الضرر وأبعاد جبره في كلا النظامين ، وذلك بوصفه سبباً لنشوء إلزام في جانب المسئول عن ذلك الضرر .

وقد تناول المبحث الأول شرح الضرر في أحكام الضمان في الفقه الإسلامي من خلال بيان مفهوم الضرر في اللغة وكون المقصود منه مطلق الأذى الذي يصيب الإنسان ، وقد تطلب بيان مفهوم الضرر في الإصطلاح الفقهي إيضاح مفهوم الحق بكونه شاملاً لجميع الحقوق المالية وغير المالية لكل ما هو ثابت شرعاً للإنسان من حظ ونصيب وفيما يجب للإنسان قبل غيره ، وتم تحديد مضمون البحث فحسب في مجال حقوق العباد المالية ، وأمكن من خلال ذلك تحديد مفهوم الضرر في مجال بحث أحكام الضمان في الفقه الإسلامي بكافة صور الأذى الذي يلحق بالحقوق المالية نتيجة فعل غير مشروع أو ما يطلق عليه العمل الضار .

ومن خلال بعض آيات القرآن الكريم – الأصل الأول للتشريع – تم التذليل على عدم مشروعية العمل الضار سواء في مجال الإلتلاف بنوعيه مباشرة أو بتحمل تبعية الإلتلاف، أم في مجال الغصب ، وكذلك من خلال السنة النبوية – الأصل الثاني للتشريع – تم التذليل على تحريم العمل الضار من خلال بعض الأحاديث النبوية المطهرة التي تمثل أصلاً عاماً في تجريم الضرر بكافة أنواعه ، وكذلك بعض الأحاديث النبوية التي دللت على عدم شرعية الإلتلاف كأحد صور العمل الضار .

وقد تبين أن قيد التحريم في النظرة المادية أو الموضوعية في العمل الضار يركز على تحريم الإخلال بالتوازن المالي بين الأشخاص لإعادته إلي ما كان عليه قبل وقوع ذلك العمل الضار، ومن ثم لم يكن هناك محلاً للإعتبار بالنسبة لطرفي الإلتزام وهما من صدر منه الفعل الضار ، ومن وقع عليه الضرر وهو ما إنعكس على عدم اشتراط التمييز في أي من طرفي الإلتزام لإمكان ترتيب آثار جبر الضرر .

وتتعدد في الفقه الإسلامي صور جبر الضرر ، ويتمثل محل الإلتزام الأصلي في أداء ذات الشيء الذي تم غصبه أو قيمته في حالة فقدته أو تلفه ، فإن لم يمكن ذلك حلت المنفعة محل الشيء ذاته الذي تلف متى كانت طبيعة جبر التلف في ذلك الشيء تنفق مع المنفعة كوسيلة لجبر

الضرر ، وكذلك يمكن أن يكون العمل محلاً للإلتزام في العمل الضار حتى يعود الشيء إلى أصله .
وقد تم تناول أركان العمل الضار والتي تراوحت عند أئمة الفقه في الموجب والموجب فيه والواجب ، وعند الفقهاء المحدثين في الخطأ والضرر وعلاقة السببية ، وقد أسفرت المقابلة بين آراء كلا الفريقين عن عدم وجود ثمة فارق في قواعد وأركان العمل الضار إذ لا يعدو الإختلاف بينهما سوى إختلاف في طريقة البحث إنعكس بدوره على الألفاظ دون إختلاف في المعنى أو المبنى الفقهي .
وإنطلاقاً مما سبق تناوله تم عرض المفاهيم الأساسية للضمان في الفقه الإسلامي والتي تمثلت في وجود ثمة إختلاف بين تبعة العمل الضار من حيث العقوبة الجنائية والتي تحكمها المسؤولية الشخصية لمن قام بالعمل الضار عن فعله ، وهو ما يلزم معه أن يكون مميزاً ومدركاً لأفعاله ، وبين المسؤولية في مجال الضمان المالي والذي يتحملة الشخص في ماله ولا يشترط أن يكون مميزاً أو مدركاً بإعتبار أن محل النظر الأساسي في حالة الإضرار بالمال هو جبر الضرر المالي .
ويعنى ذلك أن ثمة نظرة عامة تحكم مفهوم جبر الضرر في الفقه الإسلامي هو ما إصطلح على تسميته بالنظرية الموضوعية التي تتناول القيمة المالية لمحل الإلتزام ولا تنظر إلى طرفيه لكون جبر الضرر المالي يعد محل النظر الأساسي في الإلتزام الناشئ عن العمل الضار .
وقد تناول المبحث الثاني شرح الضرر في أحكام المسؤولية التقصيرية في القانون الوضعي، وذلك من خلال بيان أن الضرر يتردد بوصفه أمراً متطلباً لترتيب التعويض في حالات المسؤولية التقصيرية بين كونه ركناً من أركان ثلاثة هي الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما ، أو كونه الركن الوحيد المتطلب في حالات المسؤولية التقصيرية التي تستند على فكرة تحمل التبعة ويطلق عليها جانباً من الفقه "المسؤولية بلا خطأ" .
وقد تم تناول ركن الضرر في المسؤولية التقصيرية ذات الثلاثة أركان (الخطأ - الضرر - علاقة السببية) ، وتم إيضاح الأنواع المختلفة للضرر سواء الضرر المادي أم الضرر الأدبي والتطبيقات القضائية لركن الضرر .
كما تطرق البحث إلى حالات الضرر والتي تتمثل في الإخلال بحق المضرور ، أو الإخلال بمجرد مصلحة مالية للمضرور ، وكذلك أنواعه من حيث الضرر الحالى والضرر المستقبل ، والإشارة إلى

الضرر بين أحكام الضمان في الفقه الإسلامى وأحكام المسؤولية التقصيرية في القانون الوضعى

موضوع التعويض المؤقت ، والضرر المحتمل ، وتفويت الفرصة ، وتحديد أنواع الضرر الأدبى ، وقابلية الضرر الأدبى للتعويض ، وتحديد من له حق التعويض عن الضرر الأدبى .

وفى المقابل فقد تم تناول الضرر فى المسؤولية بلا خطأ وشمل فى مبدأه نظرة تاريخية لمفهوم المسؤولية التقصيرية فى القانون الرومانى ثم فى القانون الفرنسى القديم ، ثم فى التقنين المدنى الفرنسى الحالى ، وما نجم عن التطورات التاريخية من بدء ظهور النظرية الموضوعية فى المسؤولية التقصيرية كأساس لفكرة المسؤولية بلا خطأ .

ثم إنتقل البحث بعد ذلك إلى إيراد تطبيقات المسؤولية بلا خطأ فى التشريع المصرى والتي تمثلت فى حالة الغلو فى إستعمال حق الملكية ، والتي تناولنا من خلالها جزاء الغلو فى استعمال حق الملكية والتطبيقات القضائية الخاصة به ، والتي يرجعها البعض إلى "نظرية تحمل التبعة " ،

وحالة تأمين بيئة العمل وأنواع الإخلال بذلك التأمين من حيث المخاطر الميكانيكية والمخاطر الطبيعية والمخاطر الكيماوية والمخاطر السلبية ، وإيضاح الجزاء المترتب على الإخلال بتأمين بيئة العمل ، والذي تردد بين " الجزاء الإدارى " ، و" الجزاء الجنائى " ، و" الجزاء المدنى " ،

وأخيراً تناولنا التطبيق الأخير من تطبيقات المسؤولية بلا خطأ وهى تأمين إصابات العمل من خلال إيراد نصوص قانون التأمين الإجتماعى الخاصة بتلك التطبيقات ، وإيضاح الأساس القانونى لحق التعويض .

وقد أسفر ذلك كله عن الحاجة إلى إقرار قاعدة عامة للمسؤولية بلا خطأ فى التقنين المدنى المصرى ، يمكن من خلالها للقضاء التوسع فى تطبيق تلك القاعدة دون حاجة إلى النص على كل حالة صراحة ، خاصة فيما يتعلق بالأضرار التى تصيب آحاد الناس – وليس مجرد العمال – من التطورات التقنية والمشروعات الإقتصادية التى يجنى من ورائها ملاكها والقائمون عليها أرباحاً طائلة يلزم معها ضرورة تحملهم مغبة الأضرار الناتجة عنها .

وفى مجال المقابلة بين الضرر فى أحكام الضمان فى الفقه الإسلامى ، وفى أحكام المسؤولية التقصيرية فى القانون الوضعى يمكن أن نخلص إلى ما يلى :

أولاً : أنه ليس من ثمة محاولة للتقريب بين مفهوم الضرر سواء فى مجال أحكام الضمان فى الفقه الإسلامى أم فى مجال أحكام المسؤولية التقصيرية فى القانون الوضعى وبقدر أدق فى القانون

المدنى المصرى ، إذ ليس من مهام الدراسة المقارنة إزالة الفارق بين النظم الفقهية والقانونية محل المقارنة ، وإنما بالدرجة الأولى إظهار ذلك الفارق وتحليل المفاهيم المتعلقة به وصولاً إلى تحديد كيفية تحقيق أهدافه .

ثانياً : وجود خلاف جوهري بين أساس الضمان فى الفقه الإسلامى ، وأساس المسؤولية فى القانون المدنى المصرى ، فإذا كان الأول يتمثل فى الإستناد إلى قيد التحريم الشرعى بالإضرار بالغير ، أى كان سبب ذلك الإضرار وسواء كان بقصد أم بغير قصد ، نجد الثانى يستند بصفة عامة إلى فكرة الخطأ وأن سبب إيجاب التعويض هو ذلك الفعل الذى يخرج عن السلوك المعتاد للشخص ويمكن إعتباره بمثابة خروجاً عن السلوك المألوف الذى إعتادته الجماعة .

ثالثاً : وجود إنفاق بين مجالى البحث – الفقه الإسلامى والقانون المدنى المصرى – فى عدم تحديد الأفعال التى توجب الضمان أو المسؤولية بصفة حصرية ، وذلك لإمكان إدراج أى فعل يؤدى إلى حدوث ضرر مالى ضمن نطاق جبر ذلك الضرر والتعويض عنه، ويدخل فى ذلك أيضاً جبر الضرر الأدبى الذى يمس الشخص أياً كانت صورته أو درجته .

رابعاً : أن الفقه الإسلامى فى تنظيمه لأحكام جبر الضرر إنما ينبع من فكر يهدف إلى إعادة التوازن المالى إلى ما قبل وقوع العمل الضار ، وهو ما يدل على أن محل النظر الأساسى لدى الفقه الإسلامى هو المفاهيم المالية بعيداً عن أشخاص الإلتزام ، وهو ما يعكس نظرة موضوعية يستند إليها الفقه الإسلامى كأساس لصياغة القواعد الكلية الخاصة بجبر الضرر المالى الناشئ عن العمل الضار ، وما يتبعها من تطبيقات جزئية فى هذا المجال . وعلى العكس من ذلك نجد التقنين المدنى المصرى وقد أقام أساس التعويض على فكرة الخطأ من خلال العديد من التطبيقات التى تستند على الخطأ الشخصى أو على إفتراض الخطأ من خلال العديد من صور المسؤولية الأخرى مثل مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع والمسؤولية عن حراسة الأشياء ، ولا يوجد من صدى للأخذ بالنظرة الموضوعية فى مجال المسؤولية سوى فى تلك الحالات المحدودة التى أخذ فيها التشريع المصرى بفكرة المسؤولية بلا خطأ مثل حالات إصابة العمل .

الضرر بين أحكام الضمان في الفقه الإسلامى وأحكام المسؤولية التقصيرية في القانون الوضعى

خامساً: أن تطبيق فكرة العدالة وإعتبارات التوازن المالى بين أفراد المجتمع فى مجال فكرة الضرر الذى يحيق بالأشخاص أياً كان مصدره تستلزم من المشرع المصرى تبنى المفاهيم الناجمة عن النظرية الموضوعية لجبر الضرر فى الفقه الإسلامى ، وعدم الإكتفاء بتطبيقات محدودة لتلك النظرية ، وهو ما يمكن أن يتم من خلال تضمين القانون المدنى المصرى نصاً عاماً فى الجزء الخاص بالمسؤولية يجعل من الضرر أساساً للتعويض دون حاجة لبحث فكرة الخطأ . الأمر الذى من شأنه أن يحتوى العديد من التطبيقات الفرعية التى تصب فى معين جبر ذلك الضرر دون أية احتمالية لوقوف عدم ثبوت الخطأ حجر عثرة أمام تعويض من لحقه ذلك الضرر .

ثم بحمد الله تعالى وتوفيقه

المراجع

أولاً : كتب اللغة :

- 1 - المعجم الوجيز : مجمع اللغة العربية - طبعة سنة 1410 هـ - 1990 م .

ثانياً : كتب التفسير :

- 1 - تنوير المقباس من تفسير ابن عباس : أبى طاهر بن يعقوب الفيروز أبادى - مطبعة الأنوار المحمدية .
2 - جامع البيان فى تفسير القرآن : (تفسير الطبرى) : الإمام أبى جعفر محمد بن جرير الطبرى - المطبعة الميمنية بمصر .

ثالثاً : كتب الحديث :

- 1 - الجامع الصحيح : (صحيح مسلم) : للإمام أبى الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابورى - المكتب التجارى للطباعة والنشر والتوزيع - بيروت - لبنان.
2 - الجامع الصغير فى أحاديث البشير النذير ، جلال الدين عبدالرحمن بن أبى بكر السيوطى ومعه بالهامش كنوز الحقائق فى حديث خير الخلائق للإمام عبدالرؤوف المناوى - شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابى الحلبي وأولاده - الطبعة الخامسة.
3 - دعائم الإسلام وذكر الحلال والحرام والقضايا والأحكام عن أهل بيت رسول الله عليه وعليهم أفضل السلام : أبى حنيفة النعمان بن محمد بن منصور بن أحمد بن متون التميمي المغربي - دار المعارف - طبعة سنة 1379 هـ - سنة 1960 م.
4 - سنن أبى داود : للإمام الحافظ أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق الأزدي السجستاني - شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابى الحلبي وأولاده بمصر - الطبعة الثانية سنة 1403 هـ - 1983 م .
5 - صحيح الترمذى : للإمام الحافظ أبى عبدالله محمد بن عيسى بن سورة الترمذى .

رابعاً : كتب القواعد :

الضرر بين أحكام الضمان في الفقه الإسلامى وأحكام المسؤولية التقصيرية في القانون الوضعى

- 1 - الأشباه والنظائر فى قواعد وفروع فقه الشافعية : الإمام جلال الدين عبدالرحمن السيوطى - توفى سنة 911هـ - دار إحياء الكتب العربية .
- 2 - الأشباه والنظائر مع شرحه غمز عيون البصائر : زين العابدين المشتهر بإبن نجيم الحنفى والشرح للسيد أحمد بن محمد الحنفى الحموى - دار الطباعة العامرة .
- 3 - القواعد : للحافظ أبى الفرج عبدالرحمن بن رجب الحنبلى - توفى سنة 795 هـ - مطبعة الصدق الخيرية بمصر - الطبعة الأولى - سنة 1352 هـ - سنة 1933 م
- 4 - القوانين الفقهية : أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزى الكلبى الغرناطى (693 هـ - 741 هـ) .

خامساً : كتب أصول الفقه عند أئمة الفقه :

- 1 - الإحكام فى أصول الأحكام : سيف الدين أبى الحسن على بن أبى على بن محمد الأمدى - مطبعة المعارف - طبعة سنة 1332 هـ - سنة 1914 م .
- 2 - أصول السرخسى : أبى بكر محمد بن أحمد بن أبى سهل السرخسى - توفى سنة 490 هـ - دار الكتاب العربى - طبعة سنة 1372 م .
- 3 - التلويح والتوضيح : التلويح لسعد الدين التلغنازانى وبهامشه كتاب التوضيح للإمام فى علم الفروع والأصول صدر الشريعة والإسلام شرح التنقيح للشيخ ابن الحاجب .

سادساً : كتب أصول الفقه عند الفقهاء المحدثين :

- 1 - أصول الأحكام الشرعية : د. / يوسف قاسم - دار النهضة العربية طبعة سنة 1408 هـ - سنة 1988 م .
- 2 - أصول الفقه الإسلامى : د. / محمد مصطفى شلبى - الدار الجامعية للطباعة والنشر - بيروت - لبنان - الطبعة الرابعة سنة 1403 هـ - سنة 1983 م .
- 3 - عبدالعزيز رمضان سمك - أصول الفقه الإسلامى - دار النهضة العربية - طبعة سنة 1430 هـ - 2009 م .

سابعاً : كتب المذاهب الفقهية :

(أ) الفقه الحنفى :

- 1 - بدائع الصنائع : للعلامة الفقيه علاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاسانى الحنفى - توفى سنة 587هـ - مطبعة الإمام .
- 2- درر الحكام شرح مجلة الأحكام - على حيدر - دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع - الرياض - طبعة سنة 1423هـ - 2003م .
- 3- رسالة الإمام أبى الحسن الكرسفى - مطبوع مع تأسيس النظر لعبدالله عمر الدبوسى الحنفى .
- 4- مجمع الضمانات : للعلامة أبى محمد بن غانم بن محمد البغدادى - عالم الكتب - بيروت - لبنان - الطبعة الأولى سنة 1407 هـ ، سنة 1987م .
- 5- مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان فى المعاملات الشرعية - محمد قدرى - المطبعة الكبرى الأميرية - الطبعة الثانية : سنة 1308هـ - سنة 1891م .
- 6- الهداية شرح بداية المبتدى : شيخ الإسلام على بن أبى بكر المرغينانى - توفى سنة 593هـ - شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابى الحلبي وأولاده بمصر .

(ب) الفقه المالكى :

- 1 - أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك : أحمد بن محمد بن أحمد الدردير - توفى سنة 1201 هـ - شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابى الحلبي وأولاده بمصر - الطبعة الثانية - سنة 1374 هـ - سنة 1954م .

(ج) الفقه الشافعى :

- 1 - تحرير تنقيح اللباب : لأبى يحيى زكريا الأنصارى (825 - 925 هـ) شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابى الحلبي وأولاده بمصر .
- 2 - التنبيه فى الفقه على مذهب الإمام الشافعى : أبى إسحاق إبراهيم بن على بن يوسف الشيرازى الفيروز ابادى وبالهامش تصحيح التنبيه للإمام محيي الدين يحيى النووى - شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابى الحلبي وأولاده بمصر - الطبعة الأخيرة سنة 1370هـ - سنة 1951م .

الضرر بين أحكام الضمان في الفقه الإسلامي وأحكام المسؤولية التقصيرية في القانون الوضعي

3 - الشرقاوى على التحرير : حاشية خاتمة المحققين- العلامة الشيخ الشرقاوى على شرح التحرير لشيخ الإسلام : زكريا الأنصارى وبهامشه الشرح المذكور - دار إحياء الكتب العربية .

(د) الفقه الحنبلي :

- 1 - أعلام الموقعين عن رب العالمين : شمس الدين أبي عبدالله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية - توفي سنة 751 هـ - دار الفكر - بيروت - لبنان .
 - 2 - فقه الكتاب والسنة ورفع الحرج عن الأمة : للإمام تقي الدين ابن تيمية - دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان .
 - 3 - منتهى الإرادات : لتقى الدين محمد بن أحمد الفتوحى الحنبلى المصرى الشهير بابن النجار - مكتبة دار العروبة .
- ثامناً : كتب الفقه عند الفقهاء المحدثين :
- 1 - الإلتزامات فى الفقه الإسلامى - مصادرهما وأحكامها - دراسة مقارنة د. / محمد محمد فرحات - الناشر سيد عبدالله وهبه - طبعة سنة 1405 هـ - سنة 1985 م .
 - 2 - التصرف الإفرادى والإرادة المنفردة - الشيخ / على الخفيف - طبعة سنة 1964 م .
 - 3 - التعبير عن الإرادة فى الفقه الإسلامى - وحيد الدين سوار .
 - 4 - الضمان فى الفقه الإسلامى - فضيلة الأستاذ / على الخفيف - محاضرات ألقاها على طلبة قسم البحوث والدراسات القانونية والشرعية بمعهد البحوث والدراسات العربية .
 - 5 - فلسفة العقوبة فى الفقه الإسلامى - القاهرة 1963 م - فضيلة الأستاذ/على الخفيف - محاضرات ألقاها على طلبة قسم الدراسات القانونية بمعهد الدراسات العربية العالية .
 - 6 - مبادئ الفقه الإسلامى : الدكتور / يوسف قاسم : دار النهضة العربية - طبعة سنة 1417 هـ - 1997 م .
 - 7 - المدخل للفقه الإسلامى : تاريخه ومصادره ونظرياته العامة - الأستاذ / محمد سلام مذكور - دار النهضة العربية - الطبعة الثالثة - سنة 1386 هـ - 1966 م .
 - 8 - النظريات العامة للمعاملات فى الشريعة الإسلامية - الشيخ / أحمد أبو سنة - طبعة سنة 1387 هـ - 1967 م .

- 9 - النظرية العامة للإلتزامات فى الشريعة الإسلامية - دكتور / شفيق شحاته .
- 10 - النظرية العامة للمعاملات فى الشريعة الإسلامية - الشيخ/أحمد أبوسنة - طبعة سنة 1387هـ-1967م .
- تاسعاً : كتب الفقه المقارن : بين الشريعة والقانون :
- 1 - مصادر الحق فى الفقه الإسلامى - دراسة مقارنة بالفقه الغربى . د. / عبدالرازق أحمد السنهورى - دار النهضة العربية .
- 2 - النظرية العامة للموجبات والعقود فى الشريعة الإسلامية : بحث مقارن فى المذاهب المختلفة والقوانين الحديثة - دكتور / صبحى محمصانى - الناشر مكتبة الكشاف ومطبعتها - بيروت - لبنان - طبعة سنة 1948م .
- 3 - نظرية العقد فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى : د. / عبدالمنعم فرج الصدة - دار النهضة العربية - طبعة سنة 1990م .
- عاشراً : الرسائل العلمية :
- 1 - ضمان المتلفات فى الفقه الإسلامى : د. / سليمان محمد أحمد رسالة دكتوراه من جامعة الأزهر - الطبعة الأولى سنة 1405هـ-1985م .
- 2 - المسئولية التقصيرية عن فعل الغير فى الفقه الإسلامى المقارن - سيد أمين - رسالة دكتوراه .
- حادى عشر : الدوريات :
- 1 - مجلة القانون والإقتصاد للبحوث القانونية والإقتصادية : تصدر عن كلية الحقوق جامعة القاهرة - السنة الثالثة والخمسون - بحث "جرائم الإمتناع فى الفقه الإسلامى" أ.د. / يوسف قاسم .
- 2 - مجلة إدارة قضايا الحكومة - العدد الثانى - السنة الثامنة عشر - إبريل / يونيه 1974م ، بحث " المسئولية عن الضرر فى الفقه الإسلامى " - مسعد صالح .

ثانى عشر : الكتب القانونية :

- 1 - ثروت أنيس الأسيوطى ، مبادئ القانون- ج 2 .
- 2 - جندى عبدالملك - الموسوعة الجنائية .

الضرر بين أحكام الضمان في الفقه الإسلامى وأحكام المسؤولية التقصيرية في القانون الوضعى

- 3 - حسن عكوش : المسؤولية العقدية والتقصيرية في القانون المدنى الجديد - دار الفكر الحديث للطبع والنشر - طبعة سنة 1970م.
- 4- سليمان مرقص ، الفعل الضار .
- 5- د. عبدالرزاق أحمد السنهورى - الوسيط في شرح القانون المدنى الجديد - طبعة منشأة المعارف - الجزء الأول.
- 6- د. عبدالسلام ذهنى - نظرية الإلتزامات .
- 7- د. عبدالودود يحيى - الموجز فى النظرية العامة للإلتزامات - القسم الأول ، مصادر الإلتزام - دار النهضة العربية - طبعة سنة 1987م .
- 8- عز الدين الدناصورى ، د. عبدالحميد الشواربى - المسؤولية المدنية فى ضوء الفقه والقضاء - طبعة مكتبة رجال القضاء - سنة 1988م.
- 9- محمد عزمى البكرى - موسوعة الفقه والقضاء فى القانون المدنى - دار محمود للنشر - سنة 2006م.
- 10- د. نزيه محمد الصادق المهدي - الحقوق العينية الأصلية - طبعة سنة 2005م .

فهرس

صفحة	الموضوع
274	مقدمة.....
276	تمهيد
	نطاق البحث
278	المبحث الأول : الضرر فى أحكام الضمان فى الفقه الإسلامى
281	أولاً : مفهوم الضرر فى اللغة
283	ثانياً : مفهوم الضرر فى إصطلاح الفقهاء
287	ثالثاً : دليل عدم مشروعية العمل الضار
293	رابعاً : أطراف الإلتزام فى العمل الضار
295	خامساً : محل الإلتزام فى العمل الضار
	سادساً : أركان العمل الضار
301	سابعاً : المفاهيم الأساسية للضمان فى الفقه الإسلامى
303	ثامناً : القواعد الكلية فى الفقه الإسلامى الخاصة بالضرر
315	تاسعاً : نظرة عامة لموقف الفقه الإسلامى من النظرية الموضوعية فى المسئولية
321	المبحث الثانى : أحكام المسئولية التقصيرية فى القانون الوضعى ..
321	أولاً : الضرر كركن فى المسئولية التقصيرية
325	ثانياً : الضرر المادى
325	1 - أنواع الضرر المادى :
	أ - الإخلال بحق للمضور
325	ب- الإخلال بمجرد مصلحة مالية للمضور
333	ج - أنواع الضرر المادى
333	I - الضرر الحالى والضرر المستقبل
340	II - الضرر المحتمل
342	III - تقويت الفرصة
346	ثالثاً : الضرر الأدبى

صفحة	الموضوع
346	1 - تحديده
348	2 - قابلية الضرر الأدبى للتعويض
351	3 - من له حق التعويض عن الضرر الأدبى
358	الضرر فى المسؤولية بلا خطأ
358	نظرة تاريخية
360	النظرية الموضوعية فى المسؤولية التقصيرية كأساس لفكرة المسؤولية بلا خطأ
364	موقف التشريعيين الفرنسى والمصرى من النظرية الموضوعية فى المسؤولية التقصيرية
364	1 - موقف التقنين الفرنسى
365	2 - موقف التقنين المصرى
370	تطبيقات المسؤولية بلا خطأ فى التشريع المصرى
370	أولاً : الغلو فى إستعمال حق الملكية
370	1- جزاء الغلو فى إستعمال حق الملكية
372	2- تطبيقات قضائية للغلو فى إستعمال حق الملكية
373	ثانياً : تأمين بيئة العمل
374	جزاء الإخلال بتأمين بيئة العمل
375	أ (الجزاء الإدارى .
376	ب) الجزاء الجنائى .
376	ج (الجزاء المدنى .
378	ثالثاً : تأمين إصابات العمل
380	1 - الأساس القانونى لحق التعويض عن إصابات العمل
381	2 - الأشخاص الملزمون بالتعويض
381	3 - ضمانات لحصول العامل على التعويض
381	4 - التأمين الإجبارى عن حوادث العمل ...
382	الحاجة إلى إقرار قواعد المسؤولية بلا خطأ فى التقنين المدنى
384	خاتمة

صفحة	الموضوع
390	المراجع.....
398	الفهرس.....