



دار المنظومة  
DAR ALMANDUMAH  
الرواد في قواعد المعلومات العربية

العنوان:	تعريف المسؤولية المدنية بوصفها جانباً من الضمان في الفقه الإسلامي
المصدر:	مجلة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية
الناشر:	جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية - عمادة البحث العلمي
المؤلف الرئيسي:	أبو سعد، محمد بن محمد شتا
المجلد/العدد:	ع 6
محكمة:	نعم
التاريخ الميلادي:	1992
الشهر:	محرم / يوليو
الصفحات:	171 - 231
رقم MD:	21247
نوع المحتوى:	بحوث ومقالات
قواعد المعلومات:	EcoLink, EduSearch, AraBase, HumanIndex, IslamicInfo
مواضيع:	القرآن، الإسلام، الفقه الإسلامي، الحقوق المدنية، البحث العلمي، المستشرقون، الضمان، القانون المدني، الإسلام والعلم، العقود، الميراث، العقيدة، مصر، طرق البحث، القانون الدولي، الديون
رابط:	<a href="http://search.mandumah.com/Record/21247">http://search.mandumah.com/Record/21247</a>

© 2021 دار المنظومة. جميع الحقوق محفوظة.  
هذه المادة متاحة بناء على الإتفاق الموقع مع أصحاب حقوق النشر، علماً أن جميع حقوق النشر محفوظة.  
يمكنك تحميل أو طباعة هذه المادة للاستخدام الشخصي فقط، ويمنع النسخ أو التحويل أو النشر عبر أي وسيلة (مثل مواقع الانترنت أو البريد الإلكتروني) دون تصريح خطي من أصحاب حقوق النشر أو دار المنظومة.

# تعريف المسؤولية المدنية بوصفها جانبا من الضمان في الفقه الإسلامي

للدكتور

محمد بن محمد شتا أبو سعد

مستشار التأمينات الاجتماعية

بالرياض

تهييد وتقسيم:

لعل أشق مجالين من مجالات البحوث العلمية هما مجالاً التعريفات والتقسيمات من جهة، واستظهار حقيقة المعايير التي تضبط الآراء العلمية من جهة أخرى، لأنها يدفعان الباحث إلى ولوج خضم التأصيل لا التحليل، ابتغاء الوصول إلى الحد الجامع لأهم الصفات المبينة له، المانع من اختلاط غيره به، وهذا يقتضي الغوص أحياناً في صميم التصورات دون الوقوف عند ظاهر الصياغات، مع الإفادة من كل المعطيات التي تعين على تثبيت الحقيقة العلمية المرجو إليها، من خلال تفنيد الآراء، بمحااجة يحدوها الحماس اللازم للوصول إلى نتائج يأمل الباحث لو أنها أُنعت المتلقي، ولكن هيهات! فليس في ساحة البحث العلمي ثوابت مستقرة، إلا بقدر ما يُترك الموضوع دون أن يُطرق، فإن طُرق فلا بد أن تتكشف بعض الأمور وتمتد بعض المفاهيم، لأنها قاصرة قصور البشر أنفسهم، فلا كمال إلا لله وحده، ولا استقرار أو استمرار إلا لشرعه وحكمه، لأنه شرع الحكيم الخبير الذي لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه.

ويسرى هذا القول على هذا البحث، الذي يلتقط من البيئة الإسلامية اصطلاحاً شائعاً، وقد مع الاستعمار والمستشرقين، وهو اصطلاح المسؤولية المدنية، الذي صار استعماله بمثابة الخبز اليومي في محاكم معظم بلدان العالم الإسلامي، فطغى على اصطلاح الضمان، حتى توهم البعض أن مكان الضمان هو بطون كتب فقهاء الإسلام، حيث لا قدرة له على قهر اصطلاح المسؤولية المدنية والتعايش معه، وما علم هؤلاء أن اصطلاح المسؤولية هو من صميم اصطلاحات الإسلام، نطق به القرآن

الكريم والسنة المطهرة، قبل أن نستورده من الخارج وننسى به الأصول الإسلامية التي ينبثق عنها.

والحق أن اصطلاح المسؤولية المدنية هو جزء من اصطلاح الضمان في فقه الشريعة الإسلامية، التي أخذت منذ أربعة عشر قرناً ونيف بالمسئولية الموضوعية من خلال حديث نفي الضرر والضرار وجعل الضرر أساس الضمان، وقاعدة الغرم بالغنم، وتضمين الصغار وعديمي التمييز وفاقدي الإرادة في أموالهم، ويبقى من الضروري رد الاصطلاح إلى أصوله، ليفهم من خلالها، ويفسر حسب قواعدها، وينطلق كمنظريه عامة إسلامية، لا يُقعدّها تصور حوادث الاصطلاح، مع أنه لا مشاحة في الاصطلاحات، عن بلورة عدل الإسلام وحلوله الرائدة، لتقدم للعالم معيناً لا ينضب في مجال التأصيل العلمي لأمّهات المشكلات المعاصرة، التي تقتضى ضبطها بقواعد المسئولية التي ورد النص عليها صراحة في القرآن الكريم في عشرة مواضع ونيف، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾. [الإسراء: من الآية ٢٤]. وقوله سبحانه: ﴿وَقَفُّهُمْ إِنَّهُمْ مَسْئُولُونَ﴾. [الصفات: ٢٤]. وقوله جلت حكمته وسمت مشيئته ﴿لَا يَسْتَلْ عَمَّا يَفْعَلُ وَهُمْ يُسْتَلُونَ﴾. [الأنبياء: ٢٣].

ولكي تتبلور حقيقة سبق الإسلام إلى معالجة أمّهات مشكلات المسئولية المدنية كجزء من نظرية الضمان، فإنني أكتفي بالتفاصيل من خلال التعريف دون تزيد، وأقسم هذا البحث إلى مبحثين. أولهما: في تعريف المسئولية المدنية من خلال مشكلاتها في الأنظمة المعاصرة، تأكيداً لحقيقة تخلف الحلول الفقهية والقضائية الوضعية المعاصرة عما قدمته الشريعة الغراء منذ أكثر من أربعة عشر قرن، ومن ثم أكرس المبحث الثاني لتعريف هذه المسئولية كجزء من نظرية الضمان في الفقه الإسلامي.

## المبحث الأول

تعريف المسؤولية المدنية من خلال مشكلاتها الهامة في القانون المدني الوضعي .

### ١ - تمهيد : فكرة المسؤولية المدنية :

المسؤولية بمعناها العام<sup>(١)</sup> قد تكون مسؤولية قانونية أو نظامية لها جزاء قانوني<sup>(٢)</sup> وقد تكون أخلاقية<sup>(٣)</sup> أو أدبية، ليس لها جزاء وضعي مادي ملموس<sup>(٤)</sup>، وإنما لها جزاء أخلاقي فقط، يتمثل في لوم النفس<sup>(٥)</sup> وهو عظيم الأثر رغم أنه ذاتي فقد أقسم الله عز وجل بالنفس اللوامة ﴿ وَلَا أَقْسِمُ بِالنَّفْسِ اللَّوَّامَةِ ﴾ . [القيامة : ٢] . أو يتمثل في وخز الضمير<sup>(٦)</sup> .

والمسؤولية القانونية تتنوع بالإضافة إلى المسؤولية الإدارية وما إليها، إلى مسؤولية جنائية<sup>(٧)</sup> ومسؤولية مدنية<sup>(٨)</sup> . والمسؤولية الجنائية هي جزاء فعل أضر بالمجتمع، أما

(١) مازو، المطول النظري والعملي للمسؤولية المدنية ج ١ بمعاونة تونك ط ٦ باريس بند ١ .

(٢) سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية ١٩٧١م، القسم الأول، الأحكام العامة بند ٢ ص ١ .

(٣) ريبير، القاعدة الخلقية في الإلتزامات المدنية، باريس ١٩٤٩م بند ٢ وما بعده .

(٤) عبدالرزاق السنهوري، الوسيط ج ١ بند ٥٠٥ ص ٧٤٣ - ٧٤٤ .

(٥) نزيه المهدي، نظرية القانون ١٩٧٩/٧٨م ص ٩٦ - ٩٧؛ على سيد حسن، نظرية القانون ١٩٨٩م ص ٦٨ وما بعدها .

(٦) عزالدين الدناصوري وعبدالحاميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء ١٩٨٨م ص ٣٨٦ .

(٧) حبيب الخليلي، مسؤولية الممتنع المدنية والجنائية ط ١ ص ٧ وما بعدها .

(٨) مازو وتونك، المرجع السابق بند ١ .

المسئولية المدنية فهي جزء فعل أضر بشخص معين؛ لذا فإن الذى يطالب بالتعويض كجزء للمسئولية المدنية هو الشخص المضرور وليس ممثل المجتمع الذى يطالب بعقوبة مؤلة كجزء للمسئولية الجنائية، كما أن الأصل أنه لا صلح في مجال المسئولية الجنائية في الأنظمة والقوانين الوضعية، ولكن الصلح جائز بصدد المسئولية المدنية، وإذا ترتب على الفعل الواحد مسئولية مدنية ومسئولية جنائية في نفس الوقت، فإن المسئولية الجنائية باعتبارها الأقوى والمجسدة لحق المجتمع تؤثر في المسئولية المدنية من نواح عديدة أهمها جواز رفع الدعوى المدنية أمام المحكمة التى تنظر الدعوى الجنائية، كما أنه إذا رفعت الدعوى المدنية ثم رفعت الدعوى الجنائية تعين وقف الدعوى المدنية حتى يصدر حكم في الدعوى الجنائية، كما تنقيد المحكمة المدنية بالحكم الصادر من المحكمة الجنائية بشأن الوقائع دون تكييف هذه الوقائع.

والمسئولية المدنية كجزء فعل أضر بشخص معين، تنقسم إلى قسمين أساسيين: مسئولية عقدية<sup>(٩)</sup> ومسئولية تقصيرية<sup>(١٠)</sup>؛ فالمسئولية العقدية هي جزء الإخلال بالتزام عقدي<sup>(١١)</sup>، والمسئولية التقصيرية هي جزء الإخلال بالواجب العام الذى يلزم الأفراد بعدم الإضرار بالغير<sup>(١٢)</sup>، ويترتب على هذا أن المسئولية التقصيرية لها أحكام تختلف عن أحكام المسئولية العقدية من أوجه أهمها: أنه لا يجوز الاتفاق على الإعفاء من المسئولية التقصيرية، والتعويض في المسئولية التقصيرية يكون عن كل الضرر المباشر متوقعا كان - كما في المسئولية العقدية - أم غير متوقع، فضلا عن تضامن المسئولين في المسئولية التقصيرية.<sup>(١٣)</sup>

ولكن هذه الفوارق بين نوعي المسئولية المدنية، لا تعنى انعدام مشكلاتها وهذا ما ننتقل إلى إثارته الآن، لنستخلص من ثناياه المفهوم ممكن القبول، ولو مؤقتا، لتعريف المسئولية المدنية في مجال الأنظمة الوضعية، لنرى، بعد ذلك، كيف أن الفقه

(٩) عبدالودود يحيى، مصادر الإلتزام ١٩٨٩م بند ١١٧ ص ١٨١.

(١٠) حسن الخطيب، نطاق المسئولية المدنية التقصيرية والمسئولية التعاقدية، رسالة باريس، مترجمة للعربية،

ص ٤٥.

(١١) (١٢) عبدالودود يحيى، المرجع السابق بند ١٤٠ ص ٢٢١.

(١٣) انظر المواد ٢١٧، ٢٢١، ٢٧٨ مدني مصري بشأن بعض أحكام المسئولية العقدية.

الإسلامي الغني بأصوله، يستوعب مثل هذا الاصطلاح الدارج في العالم الإسلامي، ويبقى إسباغ الإطار الشرعي عليه، حتى تنفك الصبغة الوضعية عنه، ويصبح أحد مجالات المعالجة الفقهية الإسلامية الزاهرة.

## ٢ - مشكلات المسؤولية المدنية: (١٤)

لازال الخلاف، في مجال المسؤولية المدنية، «يستعر أواره في أمهات مسائلها»<sup>(١٤)</sup> ولذا فإنها ستظل مهذاً للاجتهاد، بالنسبة لمدى وحدة أو ازدواج المسؤولية المدنية، وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر، واتفاقات المسؤولية. ونشير إلى كل مسألة من هذه المسائل الثلاث بكلمة موجزة حتى تتضح أبعاد هذه المسؤولية، كما سنشير في ثنايا ذلك إلى بعض الأفكار الأخرى وثيقة الصلة بها.

### ١ - مشكلة ازدواج أو وحدة المسؤولية المدنية

أولاً : عرض عام:

الصحيح أنه «لا توجد في القانون المدني مسئوليتان إحداهما عقدية والأخرى تقصيرية، وإنما يوجد نظامان أو نوعان لمسؤولية مدنية واحدة»<sup>(١٥)</sup>، فكل منهما تقوم على أركان الخطأ والضرر وعلاقة السببية فيما بينهما، وإن كانتا تستقلان بعد ذلك بأحكام خاصة، تتجلى في وجود فروق تفصيلية هامة في التنظيم القانوني لكل منهما.

ورغم ذلك فلازال صحيحاً إطلاق لفظ الخطأ العقدي كتعبير عن الإخلال بالتزام عقدي، ولفظ الخطأ التقصيري كتعبير عن إخلال بالتزام غير عقدي، ولم تفلح فكرة ضمهما معاً ليكونا مجرد شيء واحد، أو على الأقل يرتبطان بجامع ظاهري واحد، هو أنها معاً جزء الإخلال بالتزام سابق<sup>(١٦)</sup>. وظلت المسؤولية التقصيرية بمثابة مصدر

(١٤) محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية ج ١ (القاهرة ١٩٧٨) ص ١ - ٥٧٨.

(١٥) المرجع السابق بند ١ - ص ١.

(١٦) المرجع السابق بند ٢١ ص ٩٨.

(١٧) بييرينو، تقسيمات الالتزامات، دروس دكتوراه بالفرنسية بحقوق القاهرة ١٩٧٣ ص ٨ وما بعدها.

للإلتزام، والمسئولية العقدية كأثر له، أو بالأحرى مؤثر فيه، لما أنها إخلال به، وإن كانت كل منهما لا تقوم دون توافر ركن الخطأ، أي كان مضمون هذا الخطأ بعد ذلك، وشريطة ألا يتم خلط بين مضمون الإلتزام من جهة، وبين فكرة جسامته الخطأ من جانب آخر، أو بين الإلتزام الناشيء عن العقد من جهة، والأثر المترتب على الإخلال بهذا الإلتزام من جهة ثانية.

انه لكي تكون هناك مسئولية عقدية، فيجب أن يكون هناك عقد بين المضرور وبين المسئول، مع ملاحظة أن هناك رأي يقول إن المجانية في عقود النقل لا تعني النفي المطلق لوجود العقد<sup>(١٨)</sup>، لكن إذا لم يوجد عقد، أساساً، بين المسئول والمضرور، فإنه لا يكون هناك موضع للمسئولية العقدية، ولا وجود للعقد إلا من لحظة إبرامه، أما الفترة السابقة عليه فهي خارجة عن نطاقه، كما أنه إذا اقترن بطلان العقد بخطأ صادر عن أحد المتعاقدين، فإن المسئولية في هذه الحالة تكون مسئولية تقصيرية لا عقدية، وتكون المسئولية تقصيرية كذلك، وليست عقدية، إذا قطع شخص المفاوضات فجأة ودون مسوغ مشروع، فإن ذلك مما يتنافى مع حسن النية في العلاقات التجارية<sup>(١٩)</sup>، وإن كان يلزم رغم ذلك إثبات توافر ركن الخطأ في جانب المسئول، ويمكن أن تكون الفجاءة وانعدام السبب المشروع لقطع المفاوضات بعد أن تكون المفاوضات قد استغرقت وقتاً طويلاً، مما ييسر إثبات الخطأ، إن لم يكن هذا هو الخطأ بعينه<sup>(٢٠)</sup>، وهذا ما يعرف في فرنسا بالقطع التعسفي للمفاوضات، وإذا انقضى العقد فقد انقضت المسئولية العقدية<sup>(٢١)</sup>، ولكن المادة ٦٨٥ د/ مدني مصري تنص على أن يحتفظ العامل «بأسرار العمل الصناعية والتجارية حتى بعد انقضاء

(١٨) إسبان، تعليق على نقض فرنسي ١٥ يونيو ١٩٢٦، سيري ١٩٢٦-١-٢٤٩؛ ريكول، تعليق على استئناف جرينوبل ١٥ نوفمبر ٢١ نوفمبر ١٩٢١، دالوز ١٩٢٦-٢-١٢١.

(١٩) نقض فرنسي ٢٠ مارس ١٩٧٢، مجلة الأسبوع القانوني ١٩٧٢-٢-١٧٥٤٣.

(٢٠) محسن شفيق، قانون التجارة الدولية، دروس في اتفاقيات لاهاي لعام ١٩٦٤ في شأن بيع المنقولات المادية دولياً، قسم الدكتوراه بحقوق القاهرة ١٩٧٣ ص ٥٠ وما بعدها (غير مطبوعة).

(٢١) - مازوتنك، المرجع السابق بند ١٢٢.

العقد» ولذا فإن العامل الذي يفشي هذا السر أو ذاك، بعد انقضاء العقد، يعتبر، بنص القانون، مسئولاً مسؤولية عقدية لا تقصيرية.

ويجب أن يكون العقد بعد ذلك صحيحاً، فالعقد الباطل لا يرتب التزامات، سواء كان بطلانه لمخالفة النظام العام أو الآداب<sup>(٢١)</sup>، أو لأي سبب آخر.

كما يجب أن يكون العقد الصحيح قائماً بين المسئول والمضروب، ويفيد من هذا العقد، الغير الذي يتم الاشتراط فيه لمصلحته، فإذا أخل المدين بالتزام تعهد به في اشتراط لمصلحة الغير، كانت مسئوليته أمام الغير مسؤولية عقدية، وتسرى قواعد المسؤولية العقدية بالنسبة للخلف العام - دون إخلال بقواعد الميراث - والخلف الخاص أيضاً.

كما يجب لتوافر المسؤولية العقدية أن ينجم الضرر عن الإخلال بهذا العقد الصحيح<sup>(٢٢)</sup>.

### ثانياً: تطبيقات:

إذا لم ينفذ المدين التزاماً عقدياً، كان ذلك خطأً منه مرتباً بمسئوليته العقدية، تماماً كما هو الشأن في التزام الناقل إذا لم يحقق النتيجة التي التزم بها وهي توصيل الأشياء المراد نقلها سليمة إلى المرسل إليه<sup>(٢٤)</sup>؛ ذلك أن عدم تنفيذ الإلتزام التعاقدي، هو خطأ يرتب المسؤولية<sup>(٢٥)</sup>، سواء كان الإلتزام قد نص عليه صراحة، أو اقتضته طبيعته، كالإلتزام صاحب الفندق برد غائلة ما يتهدد سلامة النزول من مخاطر<sup>(٢٦)</sup>، أو كان أمراً يفهم من طبائع الأمور، فمن يلتزم التزاماً عقدياً يكون مسئولاً عن خطأ الأشخاص الذين يستخدمهم في تنفيذ التزامه العقدي، كحالة مقاول، يتسبب عماله بخطئهم في تهدم المبنى فهو مسئول مسؤولية عقدية<sup>(٢٧)</sup> من حيث الأصل.

(٢٢) المرجع السابق بند ١٢٥. (٢٣) نقض فرنسي ٢٧ يناير ١٩١٣ سيري ١٩١٣-١-١٧٧ وتعليق ليون كان.

(٢٤) نقض مصري ١٦/٦/١٩٨٦ الطعن ٨٦٥ س ٥٠ ق.

(٢٥) نقض مصري ١٣/١/١٩٨٦ الطعن ١٩٤٣ س ٥٠ ق.

(٢٦) نقض مصري ٨/١٢/١٩٨٣ الطعن ٨٧٣ س ٤٩ ق.

(٢٧) نقض مصري ٢٣/١/١٩٨٠ س ٣١ ج ١ ص ٢٥٥.

ولكن إذا انتفى الخطأ العقدي فقد انتفت المسؤولية العقدية<sup>(٢٨)</sup>، وينتفى الخطأ وترتفع المسؤولية بإثبات أن الصورة التي تجسدها كعدم التنفيذ، ترجع «إلى قوة قاهرة أو سبب أجنبي أو خطأ المتعاقد الآخر»<sup>(٢٩)</sup>، ويقع عبء إثبات الخطأ على من يدعي هذا الخطأ<sup>(٣٠)</sup>، فإذا أثبت والد التلميذ أن ابنه أصيب أثناء الرحلة فانعدت مسؤولية المدرسة العقدية، فإن المدرسة لا تستطيع نفي مسؤوليتها إلا بإثبات أن ذلك قد نجم عن سبب أجنبي كقوة قاهرة أو خطأ التلميذ نفسه<sup>(٣١)</sup>.

ويلاحظ أن القضاء المصري، على ما تقدم، يقع في تناقض غير مبرر، عندما ينفي الخطأ بالسبب الأجنبي مع أنه يقطع رابطة السببية بين الخطأ والضرر، والأمر بعد ذلك يحتاج إلى وقفات ليس هذا مجالها الآن. إنما نشير إلى أنه حيث يوجد خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما، وذلك بمئأي عن العقد - على تفصيل - فإن المسؤولية تكون تقصيرية لا عقدية.

## ٢ - مشكلة الخيرة والجمع بين «المسئوليتين» العقدية والتقصيرية :

أولاً : عرض عام :

القاعدة العامة التي تبلورت في هذا الصدد أيضاً، أنه لا يجوز الجمع<sup>(٣٢)</sup> بين المسئوليتين العقدية والتقصيرية من جهة، كما أنه لا يجوز الخيرة<sup>(٣٣)</sup> بينهما من جهة أخرى.

فالجمع بين المسئوليتين غير جائز؛ فعندما تتوافر شروطها «كأن يخطيء الناقل

(٢٨) نقض مصري ١٦/٢/١٩٧٨ س ٢٩ ج ١ ص ٤٩٧ .

(٢٩) نقض مصري ٣/٦/١٩٧٥ س ٢٦ ع ١/١٤١ بصدد عقد إداري .

(٣٠) نقض مصري ٢٤/١١/١٩٧٠ س ٢١ ع ٣ ص ١٤٨ .

(٣١) نقض مصري ٩/٢/١٩٦٧ س ١٨ ع ١ ص ٣٣٤ .

(٣٢) نقض مصري ١٢/١١/١٩٦٤ س ١٥ ع ٣ ص ١٠٢٢ .

(٣٣) نقض مصري ٥/١/١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٥٤ ص ٤٥٢ .

فتتلف الأشياء المنقولة»<sup>(٣٤)</sup>، لا يحق للمضروب أن يرفع دعوى المسؤولية العقدية حتى إذا ما حصل على تعويض أو خسر الدعوى قام برفع دعوى المسؤولية التقصيرية<sup>(٣٥)</sup> ليحصل على تعويض<sup>(٣٦)</sup> آخر، أو ليتدارك خسارته الدعوى الأولى<sup>(٣٧)</sup>، كما أنه لا يحق للمضروب أن يجمع في الدعوى الواحدة بين شروط من دعوى المسؤولية العقدية وشروط من دعوى المسؤولية التقصيرية<sup>(٣٨)</sup>، فهذا تلفيق لا يقره القانون.

والخيرة بين المسئوليتين غير جائزة، ولم يسلم أغلب الفقه بهذه المسألة إلا قريبا، فهناك رأي يقول إنه إذا توافرت للدائن شروط رفع كل من دعوى المسؤولية العقدية ودعوى المسؤولية التقصيرية، فإن له أن يختار بينهما وأن يرفع الدعوى التي تحقق مصلحته<sup>(٣٩)</sup>، أما أغلب الباحثين<sup>(٤٠)</sup>، فيرون أنه في هذه الحالة، لا يجوز للدائن أن يرجع على مدينه إلا بدعوى المسؤولية العقدية؛ فطالما كان هناك عقد صحيح بين المضرور والمسئول، فإن علاقة الطرفين لم تنبثق إلا عن طريق هذا العقد، فإذا أخل المدين بالتزامه، لم يكن أمام الدائن من خيار في الرجوع عليه بغير دعوى المسؤولية العقدية وحدها، وأيا كان التبرير القانوني لذلك، فإن الحقيقة التي لا مراء فيها، أن الدائن إذا أراد ترك المسؤولية العقدية لم يعد المدين «ملتزما في مواجهته بشيء، ولم يعد - بالتالي - مخللاً بأي التزام، أو مرتكبا لأي خطأ، فيمتنع عليه الرجوع عليه أصلاً»<sup>(٤١)</sup>،

---

(٣٤) عبدالرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق بند ٥١٥ ص ٧٦١ «فنحن نأخذ بالرأي الذي يقول بالأخيرة للدائن».

(٣٥) عبدالودود يحيى، المرجع السابق بند ١٤٢ ص ٢٢٦.

(٣٦) عبدالرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق بند ٥١٥ ص ٧٥٨.

(٣٧) محكمة استئناف الاسكندرية الوطنية في ١٩٥٠/٢/٥، المحاماة ٣٠ رقم ٢٧٦ ص ٥٠١ في إثبات عناصر دعوى بعد الإخفاق في أخرى.

(٣٨) عبدالودود يحيى، المرجع والموضع السابقان.

(٣٩) محمد شتا أبوسعد، تاريخ المسؤولية التقصيرية في السودان، مطبعة جامعة القاهرة ١٩٨٤ ص ٨٠.

(٤٠) مصطفى مرعي، المسؤولية المدنية ط ١ بند ٢٨.

(٤١) سليمان مرقس، مذكرات في الفعل الضار ص ١٧؛ عبدالودود يحيى، المرجع والموضع السابقان، عبدالرزاق أحمد السنهوري، المرجع والموضع السابقان؛ سمير تناغو، مصادر الالتزام ط ١ ص ٢٢١، حسن عامر، المسؤولية المدنية ط ١ ص ١٠٩.

وبالتالي لا يمكنه الرجوع عليه : لا بدعوى المسؤولية العقدية إن تركها وأضاع حقه فيها، ولا بدعوى المسؤولية التقصيرية لعدم توافر موجبها، لكن الباب يبقى مفتوحاً فحسب أمام المسؤولية العقدية ما بقيت شروط رفع دعواها.

### ثانياً : تحليل وتطبيق :

كان القضاء المصري ينزع إلى فكرة جواز الخيرة،<sup>(٤٢)</sup> ثم صدرت أحكام حديثة عن محكمة النقض، عادت وأنكرت هذا المسلك، وقالت إنه إذا ترتب الضرر على إخلال بعقد تعين الأخذ بأحكام العقد دون غيرها، ولا يجوز الأخذ بقواعد المسؤولية التقصيرية في هذه الحالة، واستثنت المحكمة حالة ما إذا كان الإخلال بالإلتزام العقدي يشكل جريمة جنائية، أو ينطوي على غش أو خطأ جسيم، فتترتب المسؤولية التقصيرية، في هذه الحالة، استناداً إلى أن المدين قد أحل بالتزام قانوني يوجب عليه الامتناع عن هذا الفعل، سواء كان يستجمع صفة العاقد أم لا، وقد نقضت المحكمة، تبعاً لذلك حكماً كان قد ألزم بالتعويض مؤجر عقارٍ كان قد انهار فأصاب مستأجره ومات بعضهم، وتم التعويض طبقاً للمادة ١٧٧/١ في نطاق المسؤولية التقصيرية<sup>(٤٣)</sup>، بيد أن المحكمة قالت في حكم آخر إن الغش الذي يأتيه المدين - وهو أمين نقل - أثناء تنفيذ العقد، يجعل مسؤوليته تقصيرية لا عقدية، وتخضع، تبعاً لذلك، للتقادم الثلاثي، وليس بمضي خمسة عشر عاماً<sup>(٤٤)</sup>، وقد انتقد الفقه هذا المسلك لأن الإخلال بالإلتزام العقدي مهما بلغت جسامته لا يرتب سوى مسؤولية عقدية، وفي إطار ذلك عادت محكمة النقض<sup>(٤٥)</sup> لتقرر أن المنظم خصّ كلا من المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية بأحكام تستقل عن الأخرى. فإذا قامت علاقة تعاقدية، وكان الضرر الذي أصاب أحد المتعاقدين قد وقع بسبب إخلال الطرف الآخر بتنفيذ العقد، تعين الأخذ بأحكام العقد، ولا يجوز الأخذ بأحكام المسؤولية

(٤٢) سمير تناغو، المرجع السابق ص ٢٢١.

(٤٣) إستئناف الاسكندرية الوطنية ١٩٥٠/٢/٥، السابق.

(٤٤) عز الدين الدناصوري، المرجع السابق ص ٢٢، ٢٣؛ ونقض ١٩٦٨/٤/١٦ س ١٧ ص ٧٦٢.

(٤٥) نقض ١٩٦٥/١١/٣٠ مجموعة أحكام النقض س ١٦ ص ١٦٠.

التقصيرية، التي لا يرتبط المضرور فيها بعلاقة عقدية سابقة، لأنه يترتب على غير ذلك إهدار نصوص العقد المتعلقة بالمسئولية عند عدم تنفيذه، بما يحل بالقوة الملزمة له، ثم تصدى الحكم للاستثناء المشار إليه آنفاً.<sup>(٤٦)</sup>

والواقع ان الأمر يرتبط بمفهوم المسئولية التقصيرية ذاته، كفرع على مفهوم المسئولية المدنية، فالمسئولية التقصيرية عند كل أنصار الخيرة، ليست إخلالاً بواجب قانوني عام وكفى، وإنما هي «جزء الالتزامات القانونية كافة، من ناحية، وتكمل الجزاءات التي تفرضها النصوص الخاصة، تعويضاً للضرر الذي لا تكفي هذه الجزاءات لجبره، من ناحية أخرى، وتعديل كثيراً من الأوضاع القانونية»<sup>(٤٧)</sup> سواء بإناطة التمسك بقواعد القانون، بعدم ارتكاب أي خطأ تقصيري، أو بالتدخل بين المتعاقدين لتعديل أو حذف الآثار العادية للعلاقة القانونية. فمن يتعاقد يلتزم، حقيقةً، بتنفيذ العقد، ولكنه لا يجوز له الإضرار بالآخرين، ومن الآخرين من تعاقد معه، ولازم ذلك، عند هؤلاء، هو عدم جواز تضيق نطاق المسئولية التقصيرية عن طريق إضافة شروط إليها دون مبرر منطقي أو نص قانوني، وعليه فإن قيام العقد لا يوجد، عندهم، أي تعارض مع وجود المسئولية التقصيرية، ولكن هؤلاء، لم يمتصوا في الشوط حتى النهاية، بل قالوا إن العقد إذا رتب التزامات عقدية بحتة، فإن الإخلال بها يقيم المسئولية العقدية وحدها ولا تقوم بجانبه مسئولية تقصيرية، ولكن تحديد الالتزامات العقدية البحتة، ووجود أنماط منها، تهم الجماعة بأسرها، بحيث يترتب على مخالفتها مسئولية تقصيرية، يوقع ثانياً في لبس شديد<sup>(٤٨)</sup>، وهذا ما يستلزم وضع تعريف محدد للمسئولية المدنية بشقيها، يعكس الاختلاف القائم في نظامها القانوني، حتى إذا ما أراد الباحثون في فقه الشريعة الغراء جلاء مشكلاتها، بحثوها بمنأى عن كل تصورات تنأى بها عن هدي الإسلام، وأخص خصائص شرع الله،

(٤٦) نقض ١٩٨١/١/٢٧ س ٣٢ ق ج ١ ص ٣٥٥ ونقض ١٩٦٨/٤/١٦ س ١٩ ق ع ٢ ص ٧٦٢، المشار إليه.

(٤٧) محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق بند ٧٠ ص ٤٩٨.

(٤٨) رينيه رودير، موسوعة دالوز تحت عنوان مسئولية، أرقام ١١٠-١١٦؛ جاك غستان، مطول القانون المدني:

الالتزامات والمسئولية، المكتبة العامة للقانون والقضاء باريس ١٩٨٢ بمعاونة جنيف فيني، أرقام ٧٣١ - ٧٣٩

ص ٨٢١ وما بعدها فيما يتعلق بالجمع والخيرة بين المسئولية بالنسبة للمالك السفينة.

أنه لا يذهب حقٌ هدرًا فيه، فالدماء حرام، والأموال حرام، ولا يجوز لأي فكرة وضعية يراد لها الاتساح بوشاح الشرعية، أن تنال هذا الشرف، إلا إذا تخلصت من كل ما علق بها من مفاهيم حقيقية أو محتملة، إن كانت هذه المفاهيم لا تتفق وشرع الله، ذلك أن أحدا لا يقبل أن يستبدل الذي هو أدنى بالذى هو خير.

### ٣ - المشكلات التي تثيرها فكرة علاقة السببية بين الخطأ والضرر:

#### أولاً: عرض عام:

علاقة السببية بين الخطأ والضرر هي من المسائل التي تثير مشكلات بالغة الأهمية، على الصعيدين العلمي والعملي، رغم غزارة البحوث التي تناولتها<sup>(٤٩)</sup>؛ ذلك أنه إذا كان الخطأ والضرر لا يكفيان لقيام المسؤولية المدنية، بل يلزم أن يكون الخطأ هو سبب الضرر<sup>(٥٠)</sup>، فإنه يحدث لبس شديد عند الحديث عن قواعد نفي المسؤولية المدنية عندما تكون مسؤولية خطئية، ولا شك أن نفي الخطأ، يجب أن ينصرف فيه دفاع المدين، إلى إثبات أنه كان في حالة من حالات انعدام الخطأ وهي حالة الدفاع الشرعي<sup>(٥١)</sup>، وحالة صدور أمر من رئيس فنفذه الموظف معتقداً مشروعيته ومتخذاً جانب الحيطة فيه<sup>(٥٢)</sup>، وحالة الضرورة<sup>(٥٣)</sup>؛ فوجود المدعى عليه في إحدى هذه

(٤٩) أجيلا، رابطة السببية في «مجال» المسؤولية في القانون الفرنسي والشيلي، رسالة تولور ١٩٦٧ ص ١٨ /؛ مارتو، السببية في المسؤولية المدنية، رسالة جامعة إيكس دي بروفانس ١٩١٤ ص ٣٨؛ فاقية: علاقة السبب بالأثر أو النتيجة في المسؤولية شبه التقصيرية، رسالة باريس ١٩٥١م؛ جيوفانو فيتش، السببية الفعالة وتطبيقاتها في مجال القانون الجنائي، رسالة باريس ١٩٠٨ ص ٣٠؛ مأمون شديد (عبدالرشيد)، علاقة السببية في المسؤولية المدنية، دار النهضة العربية (مستخرج من مقال بمجلة القانون والاقتصاد) ص ٤٠ب؛ محمد شتا أبوسعد، مفهوم القوة القاهرة، مجلة مصر المعاصرة س ٧٤ ع ٣٩٣ - ٣٩٤ أكتوبر ١٩٨٣ ص ١٧٥ - ١٩٥، وخطأ المضرور نفس المجلة أكتوبر ١٩٨٤ (س ٧٥) ص ٣٢٠ وما بعدها.

(٥٠) عبدالودود مجي، المرجع السابق بند ١٥٩ ص ٢٥٦.

(٥١) ويشترط عدم تجاوز الحدود وكفي وقوع فعل يخشى منه حدوث الاعتداء، نقض ج ١٢/٢٨/١٩٤٢، المحاماة ٤٢ رقم ٩٨ ص ٣٢١؛ مازووتنك، المرجع السابق بند ٤٨٩.

(٥٢) مازووتنك، المرجع السابق بند ٤٩٧؛ عبدالرزاق السنهوري، المرجع السابق بند ٥٣٣ ص ٧٩٠.

(٥٣) ريبين، القاعدة الخلقية، المرجع السابق بند ٤٦.

الحالات يحول دون مسؤوليته حيث لا يعتبر فعله خاطئاً، وتتفرع على ذلك قواعد فرعية في المجال التطبيقي، ولا شك كذلك أن بنفي الضرر تنتفي المسؤولية المدنية.

وما يتم اللجوء إليه في أغلب الأحوال لنفي المسؤولية المدنية، مع تنكب سبيل التعبير السوي قانوناً في بعض الأحكام، هو إثبات انعدام السببية من خلال إثبات قيام السبب الأجنبي سواء كان حادثاً مفاجئاً أو قوة قاهرة أو خطأ المضرور أو خطأ الغير، أو إثبات أن الخطأ لم يكن هو السبب المباشر أو المنتج.

ففيما يتعلق بنفي المسؤولية المدنية من خلال إثبات قيام السبب الأجنبي في صورة حادث مفاجيء أو قوة قاهرة، فإنه لكي يعتبر الحادث قوة قاهرة أو حادثاً مفاجئاً، فيجب أن يكون غير ممكن التوقع<sup>(٥٤)</sup> ومستحيل الدفع<sup>(٥٥)</sup> استحالة مطلقة<sup>(٥٦)</sup> لا نسبية، وأن يجعل هذا الحادث تنفيذ الالتزام مستحيلاً استحالة - مادية أو معنوية - مطلقة<sup>(٥٧)</sup>، بحيث لا يستطيع أي شخص في مركز المدين أن ينفذ التزامه مع وجودها. فإذا كانت القوة القاهرة، هي وحدها، التي أفضت إلى حدوث الضرر، فإن رابطة السببية تنتفي كلية، سواء تعلق الأمر بمسؤولية عقدية أم بمسؤولية تقصيرية، ويترتب على ذلك إعفاء المدين أو المدعى عليه من المسؤولية المدنية بإطلاق. ولكن ذلك لا يعني أن مفعول القوة القاهرة في المسؤولية ذو نمط واحد محدد، لأنه حتى في إطار المسؤولية العقدية، فإن أثر القوة القاهرة قد يكون مؤقتاً، فيقف تنفيذ الالتزام العقدي حتى يزول أثر القوة القاهرة، فيلزم أداء كل الأداءات في العقود الفورية،

(٥٤) يرى تونك إحلال فكرة الاحتمال محل فكرة التوقع، مقاله: القوة القاهرة وانعدام الخطأ في المواد التعاقدية، المجلة الفصلية للقانون المدني الفرنسي ١٩٤٥ رقم ١٣؛ سليمان مرقس، في نظرية دفع المسؤولية المدنية، رسالة القاهرة، النسخة العربية ص ١٨٩ بشأن مفهوم القوة القاهرة، وبشأن القول بعدم إمكان التفرقة بين عدم إمكان التوقع وعدم استطاعة الدفع؛ بنكاز في تكملة بودري ج ٣ رقم ٢٧٥، ولكن انظر أجيلا في الرسالة السابقة ص ٤٧٤.

(٥٥) ديموج، مطول الالتزامات ج ٦ رقم ٦٠٥ (باريس ١٩٣١).

(٥٦) عبدالرشيد مأمون شديد، البحث السابق ص ١٢٠.

(٥٧) عبدالودود يحيى، المرجع السابق، نفس الموضوع.

أما في العقود الزمنية فلا يمكن التعويض عن فترة وقف التنفيذ المشار إليها، لأن الزمن ملحوظ في هذه العقود، والزمن ذو اتجاه واحد وما مضي منه لا يعود.<sup>(٥٨)</sup>

أما إذا كان هناك سبب آخر، خلاف القوة القاهرة ساهم في حدوث الضرر؛ فإذا كان ذلك السبب متمثلاً في خطأ مؤثر، كخطأ متعهد النقل في الإقلاع بالركب في الموعد وتحميلها بضائع تفوق طاقتها فهبت عاصفة فأغرقتها فإنه هو المسئول وحده<sup>(٥٩)</sup>. أما إن كان خطؤه غير مؤثر على الإطلاق، فإنه لا يعتد به، وفكرة الجوائح من الأفكار الثابتة في فقه الشريعة الغراء، وفي مخطوطة أكرية النوتية بمكتبة الاسكوريال ما يبين سبق فقه الشريعة الغراء بصدد المسؤولية بوجه عام ومسئولية صاحب السفينة والملاحين بوجه خاص.

وفما يتعلق بنفي هذه المسؤولية بإثبات السبب الأجنبي المتمثل في خطأ المضرور<sup>(٦٠)</sup>، كأن يقرأ شخص صحيفة وهو يقطع الطريق العام فتصدمه سيارة كان سائقها يقودها بسرعة فائقة خلافا لقواعد المرور أو السير، فإن خطأ المضرور له دخل في حدوث الضرر. ويلزم في هذه الحالة التفرقة بين فروض. أولها: أن يستغرق أحد الخطأين الخطأ الآخر، ويحدث هذا إذا كان أحد الخطأين يفوق الآخر في جسامته أو أن يكون أحد الخطأين نتيجة للآخر؛ فإن كان أحد الخطأين يفوق الآخر في جسامته، فإن ذلك يحدث في حالة ما إذا كان أحد الخطأين متعمداً، فمن يتعمد

(٥٨) عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام ١٩٦٠ ص ٥٠٣.

(٥٩) استئناف مختلط، ١٨٩٧/١٢/٣٠ م ١٠ ص ٦٣.

(٦٠) عبد الوود مجي، المرجع السابق، نفس الموضوع، وفي أثر فعل المضرور غير الخاطيء انظر: عبدالرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق بند ٥٩٢ ص ٨٨١؛ مازووتنك، السابق بند ١٤٦٤ ط ٣، ٦-؛ أنور سلطان - مصادر الالتزام ط ٢ (١٩٥٨) بند ٤٦٠؛ وفي القول باشتباه فعل المضرور غير الخاطيء بالقوة القاهرة، انظر محمود جمال الدين زكي، الوجيز، مصادر الالتزام ط ٢ بند ١٩٠ ص ٣٦٥؛ سليمان مرقس، رسالته السابقة ص ٢٩٣/٢٩٢؛ وفي أثر هذا التكييف أنظر محمد لبيب شنب، المسؤولية عن الأشياء، رسالة ١٩٥٧ هامش ١ ص ٢٤٠؛ وفي اعتبار فعل الغير معنياً من المسؤولية كلياً أو جزئياً بقدر التسبب في إحداث الضرر، انظر إبراهيم الدسوقي، الإعفاء من المسؤولية عن حوادث السيارات، ط ١ بند ١٧٣ ص ٢٤١، وفي الفعل الخاطيء وأثره، انظر جميل الشراوي، المصادر غير الارادية، دار النهضة ط ١ ص ٢١.

الخطأ من الطرفين: المسئول أو المضرور، فإنه يتحمل المسؤولية وحده؛ فإذا كان السائق تعمد قتل من يقرأ الصحيفة، سئل. وإذا كان قارئ الصحيفة المذكور هو الذي تعمد الخطأ انعدمت رابطة السببية، ومثاله أن يلقي ذلك القارئ بنفسه أمام السيارة قاصدا التخلص من حياته. كما قد يحدث ذلك في حالة رضاء المضرور، ولكن رضاء المضرور لا يعني رضاه بإلحاق الأذى بنفسه، لذا فإن رضى المضرور، في غير الحالات التي تضبطها قواعد خاصة، تقطع رابطة السببية، ومن ثم تنتفي المسؤولية المدنية. أما إذا أسهم رضاء المضرور في إيقاع الضرر، فإن الخطأ يكون مساهما بين المضرور والمسئول وهذا يخفف من مسؤولية المسئول. ومثاله من يقبل ركوب سيارة بادية الخلل أو يظهر على سائقها أنه لا يجيد القيادة. أما إن كان خطأ المضرور جسيما، إلى حد استغراقه خطأ المسئول فإن رابطة السببية تنتفي ولا تقوم، تبعا لذلك، مسؤولية مدنية، كصاحب سفينة ينقل عليها جواهر مخدرة، فتضبط وتصادر، فهو لا يملك الرجوع على صاحب السلع المهربة أو المواد المخدرة المنقولة فيها، رغم مسئوليته جنائياً.

أما إذا كان أحد الخطأين نتيجة للآخر، فإن الخطأ الذي وقع أولاً يستغرق الخطأ الثاني، فإذا استغرق خطأ المضرور خطأ المسئول، انعدمت رابطة السببية، وانتفت، بالتالي، موجبات أعمال المسؤولية المدنية، كان يداعب المضرور صديقه الذي يقود السيارة فيترك عجلة القيادة، وتنحرف السيارة وتضطدم بجسم صلب، فيقضي المضرور نحبه، فإذا قام الدليل على ذلك، فلا مسؤولية على قائد السيارة. وإذا استغرق خطأ المضرور خطأ المسئول نتيجة خطأ المسئول، فإن المسئول هو الذي يتحمل المسؤولية فيعتد بخطئه هو دون خطأ المضرور.

ويلاحظ أنه إذا أخطأ كل من المسئول والمضرور دون أن يستغرق خطأ أحدهما خطأ الآخر، فإن كلاً منهما يتحمل نصف الضرر، فإذا كان أحد الخطأين أكبر، وزع القاضي التعويض على هذا الأساس، إعمالاً للمادة ٢١٦ مدني مصري وماشابهها من الأنظمة الوضعية.

ويلاحظ أن الخطأ المساهم (المشترك)، يسري على «المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية على حد سواء»<sup>(٦١)</sup> وتقضي المادة ٣٥٤ من القانون المدني الألماني بأنه «إذا كان خطأ المضرور نصيب في إحداث الضرر عند وقوعه، توقف قيام الالتزام بالتعويض ومدى التعويض الواجب أدائه على الظروف، وبوجه خاص على مبلغ رجحان نصيب أي من الطرفين في إحداث الضرر» ولنا أن نؤكد أن كثيرا من جزئيات المسئولية في الأنظمة اللاتينية مثل النظام الفرنسي وما أخذ عنه (كالمصري والسوري . . .) والانجلوسكونية مثل الإنجليزي وما أخذ عنه كالقانون السوداني الملغي، والجرمانية كالنص الألماني المشار إليه، تم الإفادة فيها من تراجم كتاب الأحكام الفقهية لابن جزئي، ومجمع الضمانات للبغدادى، واختيارات شيخ الإسلام ابن تيمية.

وفيما يتعلق بنفي المسئولية بإثبات السبب الأجنبي المتمثل في خطأ الغير،<sup>(٦٢)</sup> فإنه إذا استغرق خطأ المسئول خطأ الغير فلا عبرة بخطأ الغير، ولكن إذا استغرق خطأ الغير خطأ المسئول تحمل الغير وحده المسئولية، ويستغرق أحد الخطأين الخطأ الآخر إذا كان متعمدا أو كان قد ترتب عليه ارتكاب الخطأ الآخر، أما إذا لم يستغرق أحد الخطأين الخطأ الآخر، اعتبر كل من الخطأين سبباً في إحداث الضرر، وعندئذ يتم إعمال مثل حكم المادة ١٦٩ مدني مصري، عند تعدد المسئولين في مواجهة المضرور، وتكون المسئولية بالتساوي، ما لم يحدد القاضي نصيب كل منهم في التعويض. وتوزع المسئولية بنفس الطريقة إذا ساهم في إحداث الضرر خطأ المسئول وخطأ الغير وخطأ المضرور.

وقد استقر القضاء الفرنسي على أنه لا ضرورة لتعيين شخص الغير لإعفاء المدين أو المدعي عليه من المسئولية، طالما ثبت أن شخصا آخر سواه هو الذى سبب الضرر<sup>(٦٣)</sup>.

(٦١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج ٢ ص ٥٤٩-٥٥٠.

(٦٢) عبدالودود مجي، المرجع والموضع السابق؛ عبدالرشيد شديد، المرجع السابق من بند ١٠٨ ص ١١٢ حتى

بند ١٢٠ ص ١٢٣. (٦٣) ايكس ٩ مارس ١٩٤٩، دالوز ١٩٥٠ - ٣٣٧.

وفما يتعلق بإثبات انعدام السببية لكون السبب غير منتج أو غير مباشر: فإنه من حيث تعدد الأسباب التي تشترك في إحداث الضرر: فإن هذه الأسباب قد تتعدد ويستغرق أحدها الأسباب الأخرى، فصاحب هذا الخطأ يسأل وحده، أما إذا لم يستغرق أحد الأسباب المتعددة الأسباب الأخرى، بل تفاوتت دورها في إحداث الضرر، فإن النظرية المرجوحة وهي نظرية تكافؤ الأسباب تعتد بكل سبب له دخل ولو محدود في إحداث الضرر، ولكن النظرية السائدة هي نظرية السبب المنتج، أو السبب الفعال، أو السبب المباشر، لا تعتد إلا بالسبب المنتج دون السبب العارض.

ومن حيث تعاقب الأضرار مع وحدة السبب المؤدي إلى الضرر الذي تفاقم فأحدث أضراراً مباشرة، وأضراراً غير مباشرة فالقاعدة أنه لا تعويض إلا عن الضرر المباشر، وهو ما كان نتيجة طبيعية للخطأ، ويكون الضرر المباشر نتيجة طبيعية للخطأ، وفقاً للمادة ٢٢١ مدني مصري «إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول».<sup>(٦٤)</sup>

### ثانياً : وقفة مع الحلول التطبيقية:

ثبت الآن أن هناك فوارق بين نفي الخطأ ونفي رابطة السببية، ولكن الأحكام، تجوزاً، تتكلم عن نفي رابطة السببية متصورة أنها بذلك تنفي الخطأ، من ذلك قول محكمة النقض المصرية حديثاً، إن وقوع عجز بعهددة أمين المخزن، قرينة على ثبوت الخطأ في جانبه وبالتالي مسئوليته عن قيمة العجز، ودرء هذه المسئولية شرطة إثبات القوة القاهرة أو قيام ظروف خارجة عن إرادته لا يمكنه التحوط لها<sup>(٦٥)</sup>. فإذا كانت القوة القاهرة تنفي رابطة السببية وتعدم المسئولية، فما هي هذه الظروف الخارجية وما طبيعتها وتأثيرها؟ حبذا لو كان قد تم الاكتفاء بالقوة القاهرة والإشارة إلى أنها تقطع رابطة السببية، بعد ذكر توافر عنصري الخطأ والضرر. ومع ذلك فمن الممكن تصور

(٦٤) في نقد هذا المعيار، جمال زكي، المرجع السابق ص ٥٠٤، وانظر ثروت أنيس الأسيوطي، مسئولية الناقل

الجوي، رسالة القاهرة ١٩٦٠ ص ٤٠٤ هامش ٢، وفي الدفاع عن المعيار السنهوري، السابق بند ٦١٠

ص ٩١١.

(٦٥) نقض ١٦/٥/١٩٨٥ - الطعن ٤٤٦ س ٥١ قضائية.

أن المسألة مجرد مسايرة لعبارات الأحكام دون تنقيتها مما لا ضرورة له، كقول محكمة النقض المصرية إنه إذا كان الحكم المطعون فيه قد نفى مسئولية المطعون ضدها الثانية بسبب عدم توافر أي خطأ قبل قائد السيارة، وانتهى إلى ثبوت وقوع الحادث بسبب أجنبي هو انفجار لغم بالسيارة، فإن النعي على الحكم بما نعى عليه به يكون على غير أساس<sup>(٦٦)</sup>، ولكن المحكمة في أحكام أخرى جرت على نفي المسئولية على أساس ثبوت سبب أجنبي ينفي علاقة السببية بين الفعل والضرر<sup>(٦٧)</sup>. كما قضت بأن خطأ المضرور قاطع لرابطة السببية متى استغرق خطأ الجاني وكان كافيا لحدوث الضرر.<sup>(٦٨)</sup> وهو رجوع إلى الصواب.

وعلى ذلك فإن نفي الخطأ شيء، وقطع رابطة السببية بين الخطأ والضرر شيء آخر، ولكن أيًّا من الأمرين ينفي المسئولية المدنية كليةً، وتوجد آلاف الأحكام القضائية في هذا الصدد، ولكن الذي يهمننا ليس سرد الأحكام وإنما الإشارة إلى فكرتها المحورية، لا سيما وأن بعضها يقر مبادئ تتنافى مع أصول الشريعة الإسلامية كإباحة، الفوائد الربوية أو إباحة التعويض عن حالات لا تستوجب التعويض، أساساً، في ضوء المفاهيم الإسلامية الكبرى التي تنفي مطلق الضرر وتحول دون كل أموال الناس بالباطل على ما سيلي بيانه.

المسئولية المدنية: إذن هي إخلال بالتزام ناجم عن عقد أو إرادة منفردة أو فعل ضار، وفي الفرضين الأولين تعرف هذه المسئولية بالمسئولية العقدية، بينما يُسبغُ عليها وصف المسئولية التقصيرية إذا نجمت عن الفعل الضار، وتعتبر المسئولية مدنية أيضاً إذا كانت إخلالاً بالتزام نظامي لا يخالف شرع الله أو إخلالاً بالنظام العام أو الآداب الإسلامية.

(٦٦) نقض /٢٧/٣/١٩٨٠ س ٣١ ج ١ ص ٩٣٠.

(٦٧) نقض /٩/٢/١٩٧٨ س ٢٩ ج ١ ص ٤٣٧ (مسئولية حارس مفترضة) ونقض /١٥/٢/١٩٧٧ س ٢٨ ج ١

ص ١٨١٥ (انخفاض منسوب المياه في النهر) ونقض /١٩/١٢/١٩٦٨ س ١٩ ج ٣ ص ١٥٥١.

(٦٨) نقض /٢٦/٢/١٩٨٥ الطعن ٢٣١١ س ٥١ قضائية.

ويلاحظ بشأن هذه المسئولية ما يلي :

١ - انها تكاد تكون واحدة في مفاهيمها في الأنظمة الوضعية الموجودة في العالم، بصرف النظر عن كون النظام الانجلوسكسوني يعالج الأمور بمناسبة كل حالة على حده؛ فهناك الإهمال، والتعدي وشبه التعدي، ولا توجد نظرية عامة للخطأ، ولكن الحلول في السوابق القضائية تنحو نحو وضع أطر نظرية عامة للمسئولية المدنية عقدية وتقصيرية.

٢ - إن اصطلاح المسئولية المدنية إذا تم إعماله في فقه الشريعة الغراء على نطاق يلبي حاجة العمل، سيفضي لا محالة إلى نشوء مبادئ إسلامية جديدة، يمكن أن تكون أساسا للتأثير في الأنظمة الأخرى، ومن ثم سبيلا من سبل الدعوة الإسلامية، ربانية المصدر، سامية الأهداف، بعيدة النظر.

## المبحث الثاني

### تحديد معنى المسؤولية المدنية كمرادف لضمان الأموال

### في الفقه الاسلامي

#### ١ - تمهيد:

موضوع الضمان، هو واحد من أهم الموضوعات التي عالجها فقهاء الشريعة الغراء، فقد أفاضوا في معالجة جزئياته، حتى تكونت منه نظريات عامة من نظريات الفقه الإسلامي، من ذلك مثلاً، ضمان العقد، والضمان الناجم عن الاعتداء، وضمان التلغات، والضمان في حالة الغصب، والضمان الناجم عن التفويت والتعيب والتغيير، وضمان اليد، وضمان الشرط، والضمان الناجم عن الحيلولة بين المال وصاحبه، وتضمنين الغار ما تلف بسبب غروره وغير ذلك.<sup>(٦٩)</sup>

والمصدر الأساسي للضمان في الأحوال المتقدمة يكمن في أمرين:  
أولهما : الضمان بناء على عقد ويدخل في ذلك الضمان بناءً على إلزام الشخص نفسه بإرادته وحده.

وثانيهما: الضمان بناء على ترتب الضرر ذاته، سواء قام الضرر غير مستند إلى خطأ أو قام بسبب خطأ. فحيث يوجد إخلال بالعقد أو التعهد يوجد الضمان، وحيث يوجد الضرر يوجد الضمان.

(٦٩) الشيخ على الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، القسم الأول، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة

١٩٧١ ص ٩ وما بعدها.

وقد يلزم الشارع الحكيم بالضمان، جبراً للضرر، وعندئذ يكون أساس الضمان هو إلزام الشارع، وحتى تبقى نظرية الضمان في إطارها الفقهي كنظرية للتعويض، فإنه لا يجوز التوسع فيها باقحام بعض الأمور التي ألزم بها الشارع الحكيم كجزاء، مثل ضمان السديت، ما لم يتعلق الأمر بتعويض، وضمان قيمة صيد الحرم عند الاعتداء عليه، وضمان ما يجب من كفارات الأيمان والظهار والإفطار عمداً في رمضان، وضمان ما أوجبه الشارع في الأموال من زكاة، وكذلك النفقات<sup>(٧٠)</sup> على خلاف ما ذهب إليه بعض المحدثين من الباحثين<sup>(٧١)</sup>، ومثل ذلك يقال بالنسبة لضمان النفس والكفالة، فتلك أمور لا تنطوي على فكرة جبر الضرر التي تهدف إليها المسؤولية التقصيرية أو المسؤولية العقدية.

وأدلة الضمان في الشريعة الغراء متعددة، فالقرآن الكريم والسنة المطهرة يقرران حرمة الأموال ومحرمات الاعتداء عليها، ويلزمان برد الأموال المقبوضة.

قال تعالى في بيان حرمة الأموال:

﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ [النساء: من الآية ٢٩] وقال سبحانه:  
﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ إِلَىٰ أَمْوَالِكُمْ﴾ [النساء: من الآية ٢].

وقال جل شأنه في مجال النهي أيضاً:

﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ إِسْرَافًا وَبِدَارًا﴾ [النساء: من الآية ٦].

(٧٠) انظر في هذه المسائل على التوالي؛ حاشية الجمل على شرح المنهج للشيخ سليمان الجمل على الشرح المذكور للشيخ زكريا الأنصاري، مطبعة مصطفى محمد، بدون تاريخ ج ٥٨؛ الأم لمحمد بن إدريس الشافعي رحمه الله، دار المعرفة، بيروت، ج ٧ ص ١٥٠؛ المقنع لموفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي ط ٣ (١٣٩٣هـ) ج ٢ ص ١١٢؛ البسوط لشمس الدين السرخسي، مطبعة السعادة ١٣٢٤هـ ج ٩ ط ١ ص ٥ وما بعدها؛ البناية في شرح الهداية لأبي محمد محمود بن أحمد العيني، دار الفكر ط ١ (١٤٠٠هـ) ج ٣؛ بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع لعلاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، مطبعة الإمام ج ٢ ص ٨٠٩؛ المغني، لأبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة (على مختصر الحرقي) ج ٢ مكتبة الرياض الحديثة ص ٥٩٠.

(٧١) الشيخ على الخفيف، المرجع والموضع السابقان.

وقال عز من قائل: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَحُونُوا اللَّهَ وَالرُّسُولَ وَتَحُونُوا ءَامَنَاتِكُمْ﴾ . [الأنفال من الآية ٢٧]. وقال سبحانه: ﴿لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾ . [البقرة من الآية: ٢٧٩]. كل هذا فضلاً عن الآيات التي تحرم السرقة والغش والخداع والربا وكل تملك غير مشروع، والظلم والتواطؤ على ضياع الحقوق ونقض العهد.

وفي الإلزام برد الأموال المقبوضة وأداء الأمانات والوفاء بالعهد، يقول الله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا ءَالِئِمَاتِكُمْ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾ . [النساء: من الآية: ٥٨]. وقال سبحانه: ﴿فَلْيُؤَدِّ الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْ تَمِنَ ءَامَنَاتُهُمْ﴾ . [البقرة: من الآية: ٢٨٣] وقال جل شأنه: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْ فُؤَادًا أَوْ بِلُحْيَةٍ﴾ [المائدة: من الآية: ١]. وفي وجوب الوفاء بالالتزام العقدي في الإجارة. قال تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَارْتُوهُنَّ بِأَجْرِهِنَّ﴾ . [الطلاق: من الآية: ٦] وقال سبحانه: ﴿وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ جِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَابَ إِلَيْهِ زَعِيمٌ﴾ [الكهف: من الآية: ٧٧] وقال جل شأنه [يوسف: من الآية: ٧٢] أي كفيل.

وأما السنة المطهرة فقد جاءت بأمور كلية وقواعد تفصيلية أيضا: فعن الضرر كأساس للضمان ونفي مطلق الضرر والضرار. قال صلى الله عليه وسلم: «لا ضرر ولا ضرار» وهذا حديث حسن، رواه ابن ماجه والدارقطني وغيرهما، كما رواه الإمام مالك في الموطأ مرسلًا عن عمرو بن يحيى عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم، فأسقط أباسعيد، وله طرق يقوي بعضها بعضها. وهذا الحديث يصلح أساسا لنظرية المسؤولية المدنية برمتها، عقدية كانت أم تقصيرية.

وفي مطلق الضمان قال صلى الله عليه وسلم «الزعيم غارم» أي ضامن، وهو حديث صحيح، رواه الإمام أحمد رحمه الله، في مسنده، والبيهقي وأبو داود وابن ماجه<sup>(٧٢)</sup>.

(٧٢) انظر المغني لابن قدامة، المرجع السابق ج ٤ ص ٥٩٢.

وفي ضرورة وجوب أداء ما دخل الذمة لأي سبب، أورد الإمام أحمد في مسنده، قوله صلى الله عليه وسلم «على اليد ما أخذت حتى تؤديه». ومن حديث جابر بن عبد الله، رواه الإمام أحمد وأبو داود والنسائي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان لا يصلي على رجل مات وعليه دين.

وستلى اشارات لتلك الآيات وهذه الأحاديث في معرض اقتضاها، ولأحاديث أخرى. كذلك فقد أجمع علماء الأمة على مشروعية الضمان في الجملة. (٧٣)

### ٣ - أمثلة :

ونظرية الضمان في الفقه الإسلامي تتسع في جانب منها لكل قضايا ومشكلات المسؤولية التقصيرية، فإذا قيل إن نظرية المسؤولية المدنية تقوم في الأنظمة الوضعية على قاعدة أن كل خطأ سبب ضرراً للغير، يلزم فاعله بالتعويض، فإنه يصح القول أن الفقه الإسلامي يقيم هذه المسؤولية على قاعدة أدق: هي كل ضرر وإن نجم عن غير مميز يلزم جبره. (٧٤)

والفرق بين القاعدتين واضح: فالمسؤولية المدنية لا تقوم وضعاً، إلا على خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما. من جهة، ولا مسؤولية عن فعل الصغير أو عديم التمييز بعموم، أما في الفقه الإسلامي فالمسؤولية موضوعية أساسها الضرر، ويضمن فيها عديم التمييز ويعوض من ماله، وهو أمر تحاول الأنظمة الوضعية الوصول إليه، بالخروج الصريح على النصوص التي تكبل مقتضى التطور الذي بصرت به النصوص الشرعية الإسلامية منذ فجر الرسالة المحمدية.

وليس هذا فحسب، فقد قدم فقهاء الشريعة الغراء أمثلة لكافة فروع المسؤولية المدنية ومشكلاتها العملية على نحو يختلف عن النظام الانجلوسكسوني الذي وضع

(٧٣) منار السبيل في شرح الدليل للشيخ إبراهيم بن محمد بن سليمان بن ضويان ط ٤ (١٩٧٩م) المكتب الإسلامي - بيروت دمشق، ص ٣٥٩.

(٧٤) ساهم الباحث في إدخال هذه القاعدة في قانون المعاملات المدنية الإسلامي السوداني لعام ١٩٨٤، انظر محمد شتا أبوسعد مذكرات في الضمان لقسم الماجستير بجامعة أم درمان الإسلامية ١٩٨٥ ص ٨٠.

سوابق قضائية في مجال الإهمال ومعاييرها، وعلاقة السببية بينه وبين الضرر، والتعدي المباشر وغير المباشر، والمسئولية المطلقة أو المشددة، وقواعد الإثبات، كقاعدة ريل، التي تعني أن الشيء يتحدث عن نفسه وأن الضرر متى وقع فلا مساغ لإثبات الخطأ، وذلك حسب آخر تطورات هذا النظام؛ وبيان ذلك أن هذه الحلول لا تنبثق عن نصوص عقديّة كما في الإسلام، كما أنه لا ينتظمها نظرية عامة كنظرية الضمان، فضلاً عن عدم مسئولية عديم التمييز فيها، وعدم إطلاق قاعدة الضرر كأساس الضمان بوجه عام والمسئولية بوجه خاص.

أما الفقه الإسلامي ففي كل مذاهب أهل السنة توجد مؤلفات لا يغفل أحدها، معالجة الضمان بعموم، والغصب بخصوص، وغيرهما من الموضوعات التي تضع قواعد عامة لوجوب جبر الضرر أيا كان مصدره،<sup>(٧٥)</sup> على مايلي، ونجتزئ الآن بأمثلة جزئية.

ففيما يتعلق بوجوب جبر الضرر الناجم عن الإتلاف. جاء في شرح التاج والإكليل لمختصر خليل: وقال في رجلين اصطدما وهما يحملان جرتين فانكسرتا، «غرم كل واحد ما كان على صاحبه، وإن انكسرت إحداهما غرم ذلك له صاحبه»<sup>(٧٦)</sup> وجاء في مجمع الضمانات أن الإنسان «لو غصب ماء محرراً في آنية فإنه يضمه بمثله»<sup>(٧٧)</sup>.

وفي مسئولية عديم التمييز جاء في الخرشبي، أن الفعل الضار إذا حدث من صغير

---

(٧٥) ففي تحمل المسئولية العقدية أي ضمان العقد انظر نيل الأوطار للشوكاني، المطبعة العثمانية ١٣٥٧هـ ج ٥ ص ٢٩٥، وفي المسئولية التقصيرية، انظر مجمع الضمانات للبغدادي (أبي محمد بن غانم)، المطبعة الخيرية، القاهرة ١٣٠٨هـ ص ١٤١. وفي ضمان المتلفات، بوجه عام والناجمة عن فعل الحيوان بوجه خاص انظر: سليمان محمد أحمد، ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي، رسالة الأزهر ١٣٩٥هـ - ١٩٧٥م ج ١، ٢، وبخاصة ص ٣٧٢.

(٧٦) الشيخ محمد المدني بوساق، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير من جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، غير مطبوعة، ١٤٠٢هـ ص ٢١ وما بعدها؛ محمد بن يوسف العبدري (المواق) في شرحه التاج والاكليل لمختصر خليل ط ١ مصرح ج ٦ ص ٢٤٣.

(٧٧) مجمع الضمانات للبغدادي، المرجع السابق ص ١٣٨.

أو مجنون ففي ضمانه على ما ذهب إليه ابن الحاجب ثلاثة أقوال... والمذهب الضمان. (٧٨)

وفي دفع المسؤولية ورد في المدونة: (قال) أرأيت لو أن سفينةً صدمت سفينةً أخرى فكسرتها فغرق أهلها (قال) قال مالك: إن كان ذلك من الريح غلبتهم أو من شيء لا يستطيعون حبسها منه فلا شيء عليهم، وإن كانوا لو شأؤوا أن يصرفوها صرفوها فهم ضامنون». (٧٩). وجاء في جامع الفصولين: ولو قال لغيره أخرج ثوبي أو القه في البحر ففعل فلا ضمان عليه، وكذلك لو قال له اهدم منزلي فهدمه فلا ضمان عليه، إذ أن أمره قد صدر في حدود ولايته ولم يكن المأمور متعدياً بسبب ذلك فلا يضمن. (٨٠)

لا حجة، إذن، للمستشرقين، عندما يدخلون في روع أنصار القوانين الوضعية، أن مثل هذه الحلول هي مجرد حلول جزئية، فقد درست من خلال نظرية عامة من جهة، وصيغت بما يؤكد انبثاقها عن أصول كلية من جهة أخرى، فضلاً عن وجود الآيات والأحاديث الدالة على رسوخ نظرية الضمان في الفقه الإسلامي، على نحو ما أجمع عليه علماء الأمة في الجملة. وحاصل ذلك أن من يتتبع الحلول الفقهية الإسلامية في مجال المسؤولية كجزء من نظرية الضمان، يجد أنه ما من جزئية إلا ولها أصل ترجع إليه، وعدم إدراك ذلك هو قصور في فهم الحقيقة الثابتة وهي أن الفقه الإسلامي، بسط نطاق الضمان على نحو أصبحت كثير من مسائله نظريات عامة، كضمان المتلفات، ومسئولية مالك الحيوان وحارسه، والمسئولية عن فعل الغير، وضمان العقد، وضمان اليد، وضمان الغصوب على ما سبقت الإشارة إليه.

والضمان في شقه المقابل للمسئولية المدنية يعني وجوب إلزام الشخص بالوفاء بما

(٧٨) شرح الخرشبي على مختصر خليل لأبي عبدالله محمد بن عبدالله الخرشبي المالكي، دار صادر، بيروت ج ٦ ص ١٥١.

(٧٩) المدونة الكبرى لإمام دار الهجرة مالك بن أنس الأصبحي، رواية سحنون... مطبعة السعادة ١٣٥٣هـ بمصر ج ٤ ص ٥٠٥.

(٨٠) محمود بن اسماعيل الشهرير بابن قاضي سهاوه، جامع الفصولين، الطبعة الأولى، المطبعة الأميرية (١٣٠٠هـ مصر) ج ٢ ص ١١٣ وما بعدها.

التزم به أو الزم نفسه به أو تعويض الضرر عن الضرر الذى ألحقه به . فإن تعاقد شخص مع آخر على أن يبيع أولهما للثاني مائلاً متقوماً وعلى أن يسلمه إياه في موعد معين ، ولم يسلمه إياه رغم انتفاء المانع ، ورغم وفاء الطرف الآخر بالتزامه ، فقد انعقدت مسؤوليته في الإسلام . قال تعالى :

﴿ يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ . [المائدة : من الآية : ١] .

والأمر في هذه الآية يفيد الوجوب لانعدام القرينة الصارفة له عن ذلك . وعدم الوفاء ينجم عنه الضرر لا محالة . ومثل ذلك يقال فيما لو أُلزم الشخص نفسه بأمر مشروع أناطه بقيام المتعهد له بأمر مشروع فنفذه . وكذا فإن من غصب مائلاً ، أو أتلف شيئاً متمولاً ، أو حال دون وجه حق بينه وبين صاحبه فهلك ، أو تعدي على عقار غيره ، فقد انعقدت مسؤوليته في فقه الشريعة الغراء ، ومن ثم فإن هذه الفروض وما سبقها تغطي كل جوانب المسؤولية المدنية ، فما بالنا بالحلول الكثيرة الجامعة الأخرى ، والتي تجعل الضمان معنى عاماً شاملاً ، وليس فقط مجرد الالتزام بدين «ثابت في ذمة الغير أو احضار عين مضمونة ، أو بدن من لا يستحق حضوره»<sup>(٨١)</sup> أو مجرد ، ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق»<sup>(٨٢)</sup> .

ومن يأخذ تعريفاً للضمان دون أن يعي حقيقة فرع الضمان الذى يتم تعريفه ، ويحاول أن يعممه على فكرة الضمان ككل ، بشتي فروعها الماثرة في كل أنواع العقود وكافة الأفعال الضارة ، فقد افترى على فقهاء الإسلام إثمًا مبينًا ، ولا يتسع المقام لضرب أمثلة من كافة مذاهب أهل السنة ، ولذا نجتزئ بالإشارة الموجزة إلى فقه الإمام أحمد رحمه الله ، ونكتفي ببعض المصنفات الفقهية المبينة له ؛ ففي المغني (٧١/٤) أن الصفة المقصودة في المبيع ملزمة ، وأن تفريق الصفقة لا مسؤولية معه (٢٦١/٤) وأن الشرط الصحيح في الرهن الصحيح ملزم (٤٢٢/٤) وأن المرتهن إذا تعدي في الرهن أو فرط في الحفظ للرهن عنده حتى تلف فإنه يضمن بلا خلاف

(٨١) شرح المنهاج للشيخ زكريا الأنصاري بهامش حاشية الجمل ، مطبعة مصطفى محمد ، بدون تاريخ ، ج ٣

ص ٣٧٧ .

(٨٢) المقنع لابن قدامة المقدسي ، المرجع السابق ، ص ٥٩٠ .

(٤/٤٣٨) وأن هدم أحد الشريكين الحائط لغير خوف سقوطه . . « فعليه إعادته سواء هدمه لحاجة أو لغيرها . . لأن الضرر حصل بفعله . . » (٤/٥٦٩) ومن ضمن عنه حق بعد وجوبه، أو قال: ما أعطيت فهو عليّ فقد لزمه ما صح أنه أعطاه، إذ الضمان ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق، فثبت في ذمتها جميعا. (٤/٥٩٠) ويصح ضمان كل جائز التصرف. في ماله (٤/٥٩٨) وإذا تعدي المضارب وفعل ما ليس له فعله، أو اشترى شيئا نهي عن شرائه فهو ضامن للمال في قول أكثر أهل العلم (٥/٥٤) وإذا باع الوكيل، ثم ادعى تلف الثمن من غير تعد فلا ضمان عليه. فإن اتهم حلف (٥/١٠٢) ولا تبطل الوكالة بالتعدي فيها وكل فيه . . (٥/١٢٥) وفي كتاب العارية أنه إن شرط نفي الضمان لم يسقط . . ولا بن قدامة «ان كل عقد اقتضي الضمان لم يغيره الشرط» (٥/٢٢٢). ومن غصب مال غيره، بغير حق فقد اقترب أمرا محرما بالكتاب والسنة والإجماع وضمن، على تفصيل (٥/٣٨) وفي تلف العين المستأجرة تفصيل (ذ/٤٧٤) وإذا أتلّف الأجير المشترك العين من حرزه من غير تعد منه فُروى انه لا يضمن (ذ/٥٣٣)<sup>(٨٣)</sup>، والأمثلة كثيرة تعز على التأصيل، ولكن هذه الإشارة تدحض مسلك الهلامي المتوهمين وجود نقص في فقه الشريعة الغراء.

### ٣ - بين التعويض والضمان :

معنى ما تقدم أن للضمان أسبابه المتعددة، وأنه لا يصلح الحكم على حل جزئي دون مراعاة الإطار النظري الكلي الذي نوقش من خلاله، فإذا كانت كل تلك الفروع قد وردت في كتابين اثنين من مؤلف جامع، فإنه ينبغي قبل اطلاق الحكم على الفقه الإسلامي، جمع كل متعلقات النظرية التي يراد الحديث عنها، من أجل تحقق الصدق في تقويمها، فإذا ثبت ذلك، ثبت كذلك الحقيقة الفقهية الكلية القائلة: إنه كلما وجد سبب الضمان فقد «وجب الضمان»<sup>(٨٤)</sup> وغالبا ما يكون من «وقت وجود

(٨٣) المعني لابن قدامة في الأجزاء والصفحات المشار إليها في المتن.

(٨٤) الفُروق للقرافي (شهاب الدين أحمد بن إدريس الصنهاجي المشهور بـ) مطبعة دار إحياء الكتب لعربية ط ١

(٥١٣٤٦هـ) ج ٤ ص ٢٧.

سببه»<sup>(٨٥)</sup>. والمقصود هنا هو التعويض بسبب الضرر، سواء تعلق الأمر بضمان عقد وشرط، أي ضمان مال تالف أو ضرر حاصل بناء على عقد أو شرط يقتضي هذا الضمان، أو بناء على فعل ضار كالغصب، متى توافر ركنانه وهما إثبات اليد أو الاستيلاء وقصد العدوان، أو عن اتلاف مباشرة أو تسببا، أو لغير ذلك من الأسباب الشرعية دون أن ينجم الضرر عن دفاع مشروع، أو تطبيب وتأديب أو إكراه أو قوة قاهرة، على تفصيل، حيث يتخذ الضمان صوراً عديدة منها التعويض باعتباره بدلاً مالياً لا جزءاً لفعل، وبه تصان الأموال في الشريعة، أيا كان مظهر الضرر وموجبه كانقلاب نائم على متاع وإتلافه، أو حرق شخص مال غيره، أو وضع شيء في طريق عام فيتعثر فيه إنسان فيسقط منه متاعه ويتلف،<sup>(٨٦)</sup> والتعويض يمكن أن يكون عن الضرر المباشر في حال الإخلال بالعقد في الفقه الإسلامي، كما يمكن أن يكون عن الضرر غير المباشر، إذا حدث من المباشر تعد، أي تجاوزاً لما يسمح به الشرع كمن يرسل في أرضه ماء لا تحتمله فيتعدى إلى أرض جاره فيفسد ما فيه من زرع<sup>(٨٧)</sup>، وتحققت السببية بين التعدي والضرر<sup>(٨٨)</sup> وإلا فلا تعويض أصلاً، وهناك خلاف فقهي بشأن مدى إمكان التعويض عن الضرر غير المباشر في بعض الحالات، كحالة من حل رباط سفينة فغرقت بها عليها من أمتعة، أو فتح زق سمن فخرج ما فيه من فوره، أو الحيلولة بين صاحب مال وماله حتى تلف، ويلاحظ أن المباشرة تقدم على التسبب كما سيلي، باستثناء حالات يكون فيها المتسبب مسئولاً مع المباشر حيناً ومسئولاً وحده

(٨٥) بدائع الصنائع، المرجع السابق ط ١٣٢٨ هـ ج ٧ ص ١٥١.

(٨٦) البحر الرائق شرح كنز الدقائق لزين الدين بن نجيم، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت ج ٨ ص ٣٩٩؛ مجمع الضمانات للبغدادي، المرجع السابق ص ١٤٦ - ١٥٤ - ١٦١ - ١٦٥؛ جامع الفصولين، المرجع السابق ج ٢ ص ١١٣؛ شرح منتهى الإرادات لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتي، دار الفكر، ج ٢ ص ٤٢٤؛ حاشية العدوي على شرح الخرشي للشيخ علي بن أحمد الصعيدي العدوي، مطبوعة بهامش شرح الخرشي، دار صادر، بيروت ج ٦ ص ١٤٠.

(٨٧) جامع الفصولين، المرجع السابق ج ٢ ص ١١٦، ١٢٢، ١٢٤؛ مجمع الضمانات، المرجع السابق ص ١٦٤؛ شرح الخرشي على مختصر خليل، المرجع السابق ج ٨ ص ١١١.

(٨٨) فتح العزيز شرح الرجز مع المجموع شرح المهذب لأبي القاسم عبدالكريم بن محمد الرافعي، المكتبة السلفية بالمدينة المنورة ج ١١ ص ٢٤٣ - ٢٤٥.

أحياناً، فيضمن المتسبب والمباشر معا إذا أحدثا الضرر معا وكان لكل منهما تأثير واضح فيه، بينما يضمن المتسبب وحده «إذا كانت المباشرة مبنية على السبب وناشئة عنه وكانت المباشرة لا عدوان بالكلية»<sup>(٨٩)</sup> وإذا اجتمع أكثر من متسبب في إحداث الضرر اشتركوا في الضمان<sup>(٩٠)</sup>، كذلك يتم التعويض سواء نجم الضرر عن فعل المباشر مباشرة أو من المتسبب فيه، أم نجم عن حيوانه أو جماداته، ذلك أن الضرر يزال، وهو لا يزال إلا بتعويض أو بشكل آخر من أشكال الضمان، حيث تشغل الذمة بالحق، فيجب رده أو بدله بالمثل أو القيمة، أو غير ذلك، منعا لأكل أموال الناس بالباطل وتغطية للضرر الواقع فعلا على مال متقوم متعلق بالمضور، طالما كانت هناك فائدة شرعية منه وكان المتلف من أهل الضمان.

## والخلاصة :

١ - ان الضمان في الفقه الإسلامي، موضوع ثر وللفقه فيه عطاء كبير، ومن الناحية المنهجية، فإن موضوعاته التي عالجها الفقه الإسلامي، تُعْطَى مايلي :

أ - المسئولية المعروفة في الأنظمة بالمسئولية الخطئية، أي المسئولية القائمة على الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما، وما يستلزمه توافر هذه العناصر من تحقق الضمان أو وجوب التعويض، ولكن النظرية الإسلامية تتفوق في أنها تفترض الخطأ لمجرد حدوث الضرر، عند بعض الفقهاء، ويبني البعض الآخر الضمان على مجرد حدوث الضرر، لذا فان الفرد من المحدودة في الفقه الإسلامي، والمتعلقة بهذه النظرية تتجاوز التقنينات الوضعية العربية برمتها، وهي في هذا الصدد تتفوق على نظرية المسئولية المشددة أو المطلقة بالمفهوم الأنجلوسكسوني والمستمدة من السابقة الشهيرة (ريلاندز ضد

---

(٨٩) القواعد في الفقه الإسلامي للمحافظ أبي الفرج عبدالرحمن بن رجب الحنبلي، راجعه وعلق عليه عبدالرؤوف سعد ١٣٩٢هـ- مكتبة الكليات الأزهرية ص ٣٠٧.

(٩٠) المغني لابن قدامه، المرجع السابق ج ٧ ص ٧٢٣؛ بدائع الصنائع، المرجع السابق ج ٧ ص ١٦٨.

فلتش<sup>(٩١)</sup> الخاصة بالتعويض عن ضرر نجم من تسرب ماء إلى أرض الجار.

ب - النظرية التي لم تُصغ بعد في أي قانون مدني في العالم، رغم الارهاصات الفقهية للتبشير بها، وهي نظرية المسؤولية الموضوعية بمعنى الكلمة، أي المسؤولية القائمة على الضرر وحده بصرف النظر عن وجود خطأ من عدمه، وهذه هي النظرية الأساسية والأصيلة في الفقه الإسلامي وهي نظرية الضرر كأساس للضمان أو التعويض، وتقوم هذه المسؤولية بالنسبة للشخص غير المميز مثلما تقوم بالنسبة للشخص المميز فهما في ذلك سواء.

ج - ان المسؤولية في الفقه الإسلامي لا تقوم عن فعل الشخص فقط بل عن فعل غيره، كمسئولية المتبوع عن أعمال تابعة ومسئولية متولي الرقابة عن اعمال القصر ومن إليهم وليس في هذا حمل مسئولية أو ضمان عن الغير، لأن الملتزم بالتعويض والضمان يرجع على من هو مسئول عنه، وذلك ما لم ترفع الدعوى مباشرة على التابع مثلاً، حيث تكون مسئولية المتبوع احتياطية.

د - إن المسؤولية عن الأشياء ثابتة أيضاً في الفقه الإسلامي، فمالك الحيوان أو حارسه وحارس الشيء الجامد، أو مالكة، وغيرهم ممن يناط بهم واجب شرعي أو اتفاقي يضمنون على تفصيل، لا تتسع له هذه المحاولة التأصيلية.

٢ - إن للضمان في الفقه الإسلامي إطلاقات متعددة، يهمنها ما يتعلق بتأصيل مسئولية الضامن عن مخالفة التزاماته العقدية (فهذه مسئولية عقدية) أو إتيانه أي فعل، أيا كان، ينجم عنه ضرر للغير، أو إحداثه هذا الضرر بالغير، (وتلك هي المسئولية التقصيرية) والإثنان معا يشكلان ما يعرف وضعا بالمسئولية المدنية التي هي، بهذه المثابة، جزء من نظرية الضمان:

(٩١) محمد شتا أبوسعد، تاريخ المسئولية التقصيرية في السودان، طبعة جامعة القاهرة ١٩٨٤م ص ١٣٠ وانظر كليرك وليندسل، الأخطاء، ط ١٢ لندن ١٩٦١ من رقم ١٣٠١ ص ٦٩٢ حتى رقم ١٣٦٠؛ وينفدل في الخطأ ط ٧ بواسطة جولويكز وابليس لويس، لندن ١٩٦٣ ص ٥ ص ٤٤٠ حتى ٤٧٢.

أ - فمن جهة قد يطلق لفظ الضمان ويقصد به المسؤولية العقدية، عند مخالفة التزام عقدي، بل قد يشمل المسؤولية عن التعهد الإرادي الأحادي كالتسليم بالضمان حتى قبل وقوعه كقولهم «التق متاعك في البحر وعليّ ضمانه»<sup>(٩٢)</sup>. وقد يتجاوز الأمر ذلك إلى ضمان تنفيذ الالتزام، بدليل استخلاص صحة الضمان في كل حق «من الحقوق المالية الواجبة أو التي تؤول إلى الوجوب كضمن المبيع في مدة الخيار وبعده، والأجرة والمهر قبل الدخول أو بعده»<sup>(٩٣)</sup> مع عدم صحة ضمان مالا يكون مضموناً على من هو في يده.<sup>(٩٤)</sup>

ب - كذلك فقد يطلق الضمان ويقصد به أحد جانبي المسؤولية المدنية، وهو المسؤولية التقصيرية، حيث لا خلاف مطلقاً بين الفقهاء - وبهنا هنا، تبعاً للسياق مسلك الحنابلة - في أن كل فعل ضار يستلزم الضمان، كما في حالة الغصب، فالغصب إذن مضمون، لأن الغاصب مقارن لفعل ضار تشغل به مسؤوليته في الضمان، ولكن عمق الفقه الحنبلي بعد ذلك يتجلى في بحث مسألة مدى ضمان هذا المضمون من خلال عقد، وتلك مسألة أخرى، ولكن عرضها لا يخلو من فائدة في مسألة ضمان المسؤولية، فهذا سند أصيل له، فالذين يتصورون أن ضمان المسؤولية في الشريعة أمر غير معروف يقعون في خطأ، بدليل ما ورد في المغني لابن قدامة من أنه «يصح ضمان الأعيان المضمونة»<sup>(٩٥)</sup> وضرب مثلاً لذلك بالمغصوب، والأحناف يقولون بذلك، وكذا الشافعي في أحد قوليّه، لأن ذلك ضمان استنقاذ ورد. وإذا عدنا إلى الأصل وهو قيام الضمان في حالة إتيان فعل ضار، فإن ثبوت ذلك ليس محل خلاف في فقه الشريعة الغراء، وهو ما سنعرض له عند الحديث عن الضمان المرادف للمسؤولية المدنية، وعلى ما

(٩٢) المغني لابن قدامة ج ٤، المرجع السابق ص ٥٩٣.

(٩٣) المرجع السابق ص ٥٩٥.

(٩٤) المرجع السابق ص ٥٩٥.

(٩٥) المرجع والموضع السابقان.

ننتقل إليه الآن، ونقسم هذا البحث إلى مطلبين أساسيين. أولهما عن الضمان في حالة مخالفة الالتزامات العقدية في الشريعة الإسلامية ليكون ذلك أساساً لتعريف هذا الشق، وثانيهما عن الضمان في حالة الفعل الضار، ليكون ذلك بدوره أساساً لتعريف هذا الشق ومن حاصلهما، ومن حاصل البحث الأول يمكن تعريف المسؤولية المدنية في فقه الشريعة الغراء.

## المطلب الأول

### تعريف المسؤولية العقدية في الشريعة الإسلامية من خلال أمثلة تبين الضمان في هذا الجانب

المسؤولية العقدية، تعني، في فقه الشريعة الإسلامية، إما الالتزام الذي يثقل كاهل الملتزم، باعتبار أن هذا الالتزام هو أثر للعقد، وأما الجزاء المترتب على الإخلال بهذا الالتزام، باعتبار أن هذا الإخلال هو الجزاء المترتب على عدم ترتيب أثر العقد، وعلى هذا فإن مفهوم المسؤولية العقدية في الشريعة الإسلامية أعم منه في الأنظمة الوضعية إذ يشمل الالتزام وأثر عدم تنفيذ الالتزام.

أولاً: المسؤولية بمعنى الالتزام أو أثر العقد:

١ - قد يكون الضمان أو المسؤولية أثراً للعقد، كما في عقد الكفالة، فعقد الكفالة أياً كان تصويره<sup>(٩٦)</sup>، له حكم أساسي يتمثل في وجود التزام بالضمان على عاتق الكفيل، فالكفيل يلتزم بضمان المكفول، بحيث أنه إذا لم ينفذ المكفول التزاماته، نفذها الكفيل<sup>(٩٧)</sup>، فتتنشغل ذمة الكفيل ليس فقط بمجرد الضمان، أي ضمان الالتزام، بل أيضاً بأداء هذا الالتزام، سواء تعلق الأمر بأداء دين، أم تعلق المكفول به بأداء عمل أو فعل، كما هو الشأن في حالة الكفالة المنصرفة إلى تسليم الأعيان الممكن تسليمها.

(٩٦) المرجع السابق ص ٦١٤.

(٩٧) المرجع السابق ص ٦٢٥ بالنسبة لحالة وجود كفيلين.

- وإذا تعلق الأمر بضمان تسليم أعيان، فإن هذه الأعيان، قد تكون في يد ضمان وقد تكون في يد أمانة:

#### فيد الضمان:

هي من حيث الأصل يد اعتداء على العين، كأن يضع شخص يده على عين بلا إذن من مالكيها ولا إذن من الشارع، على نحو يحول بين المالك وما يملك كلية، أو يمنع من الانتفاع بما يملك على الوجه الذي يرتضيه، وكل يد تحمل محل اليد المعتدية تعتبر بدورها يد ضمان، كما تعتبر يد ضمان كل يد تستند إلى إذن شرعي، ولكن قام الدليل على تضمين ذي اليد عليها، وكل يد تبقي على العين بعد زوال حالة الضرورة التي أعوزت إليها، وكذلك اليد التي توضع على العين بإذن من صاحب المال لمصلحة واضع اليد، أو لمصلحة مشتركة بين صاحب اليد وصاحب المال وكانت مصلحة صاحب اليد أرجح. فهذه اليد تضمن ما يلحق المال من ضرر سواء كان واضع اليد هو الذي أحدث التلف، أم كان الضرر بسبب لا قبل لصاحب اليد به، كالسبب السهاوي، أو ما يسمى بالقوة القاهرة وما إليها، أو كان مترتباً على فعل شخص أجنبي، فهنا تظل يد الضمان مسئولة عن مثل العين أو قيمتها بحسب الأحوال.

#### وأما يد الأمانة:

فهي كل يد تستند في حيازتها للشيء إلى ولاية شرعية دون أن يكون هناك دليل يقضي بتضمين صاحبها، وهذه اليد قد تستند إلى عقد كيد البائع على المبيع قبل تسليمه إلى المشتري، وقد تستند إلى أثر العقد ومقتضاه كيد المستعير على العارية عند الشافعية والحنابلة خلافاً للحنفية، وكيد الوكيل بالقبض، والشريك، والمضارب، وقابض المال لحفظه. والحكم في حال يد الأمانة أنه لا ضمان على ذي اليد عند تلف المال تحت هذه اليد، إلا إذا ثبت تقصيره في حفظه أو تعديه عليه.

٢ - وقد لا يكون الضمان أو المسؤولية أثراً مقصوداً إصالة من العقد وإنما أثراً لازماً لحكم العقد، كما هو الشأن في عقد البيع؛ فمقصود عقد البيع شرعاً هو إفادة

ملك الثمن والمثمن أي المبيع، وهذا يستلزم بحكم اللزوم الشرعي والعقلي، قيام البائع بتسليم المبيع إلى المشتري، وإلا انشغلت ذمته بأداء المبيع أي تسليمه.

٣ - كما قد يكون الضمان أو المسؤولية في العقود أثراً لشرط صحيح مفيد، أو أثراً لحكم العرف

أ - فالضمان أو المسؤولية يجوز أن يكون أثراً لشرط صحيح مفيد، سواء تعلق الأمر بضمان مال أم بضمان فعل، فمن قبيل ضمان المال إعمالاً لشرط صحيح مفيد، ضمان الدرك عند جمهور فقهاء الشريعة الغراء<sup>(٩٨)</sup>، ذلك أنه إذا استحق المبيع انشغلت ذمة الضامن بثمنه، فإن امتنع أجبره القضاء على الوفاء بالثمن، وإن اقتضي الأمر التنفيذ عليه<sup>(٩٩)</sup>، ما لم يكن معسراً، ففي هذه الحالة يمكن أن ينظر إلى ميسرة<sup>(١٠٠)</sup> ولا يلتزم بأداء أي «تعويض أجزاء تأخير الوفاء، وإن ترتب على ذلك ضرر بالدائن»<sup>(١٠١)</sup> على ما يرد لاحقاً. ومن قبيل ضمان الفعل، أن الأجير إذا التزم بالعمل فامتنع عنه أجبر عليه مع تعزيره لقاء ظلمه، ولا يلزم شرعاً بأيّ تعويض عن الضرر الذي يترتب على تأخيره في الوفاء، لكن إذا ترتب على امتناع الأجير عن العمل تلف مال لمن استأجره، فإن الأجير يلزم بأداء قيمة ما تلف لتسببه في التلف حتى وإن

(٩٨) انظر أمثلة متعددة في مجموع فتاوي شيخ الإسلام ابن تيمية ج ٣ ص ٣١٧ - ٣٣٦، وكشاف القناع عن متن الإقناع للشيخ منصور البهوتي، مكتبة النصر الحديثة ج ٢ ص ٣٣٦ وما بعدها؛ نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج لشمس الدين محمد بن أبي العباس الرملي ١٣٨٦هـ - مطبعة الحلبي ج ٥ ص ١٤١؛ حاشية ابن عابدين (رد المحتار على الدر المختار لمحمد أمين ط ٢ (١٣٨٦هـ) م الحلبي ج ٣ ص ٣٤٨.

(٩٩) «وينتقل الضمان إلى المشتري بتمكّنه من القبض» انظر علاء الدين أبا الحسن علي بن محمد بن عباس البعلبي الدمشقي، الاختيارات الفقهية من فتاوي شيخ الإسلام ابن تيمية، ص ٢٢٤.

(١٠٠) عبدالناصر العطار، الأجل في الالتزام ط ٢ ص ٩٠ وما بعدها؛ وتفسير آيات الأحكام للشيخ محمد علي السائس ط ١ ج ١ ص ٦٨ وما بعدها.

(١٠١) الشيخ علي الخفيف، المرجع السابق ص ١٧.

كان ذلك ليس من قبيل ضمان العقد<sup>(١٠٢)</sup>، لأن ضمان العقد يجب أن يكون منصوباً عليه فيه، وهذا ليس منه، بل للتعويض أساس آخر هو التسبب.

وسند الضمان المبني على شرط صحيح مفيد<sup>(١٠٣)</sup>، أن الشرط ملزم<sup>(١٠٤)</sup>، وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «المؤمنون على شروطهم، إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً». فالشرط يصلح سنداً لأنه صحيح<sup>(١٠٥)</sup>، والشرط الصحيح الذي يصح معه العقد الذي اشترط فيه الضمان، هو شرط يقتضيه العقد كشرط تمليك المبيع أو شرط يلائم العقد، كشرط الحصول على رهن بدل الثمن، أو شرط يجري به التعامل، كاشتراط أن يصلح البائع المبيع، وكل ذلك بعكس الشرط الفاسد الذي إما أن يفسد العقد معه، وإما أن يلغو فيه وحده، دون أن يفسد العقد. والشرط الفاسد الذي يفسد العقد يجب أن يرد في عقد من عقود مبادلة مال بمال، كالبيع، فإن ورد في عقد فيه مبادلة مال بغير مال كما في عقد النكاح فإن العقد يصح ويلغو الشرط، كذلك يلغو الشرط وحده ويصح العقد، إذا كان العقد من التبرعات كالهبة، أو من التقييدات كعزل الوكيل، أو من محض الإسقاطات كالطلاق، أو من الإطلاقات كما في حالة الإذن للصبى بالتجارة، وكذلك يسقط الشرط وحده في عقود الإقالة والرهن والحوالة، والكفالة والوكالة والوصية والإيصاء.<sup>(١٠٦)</sup>

كذلك يسقط الشرط وحده دون العقد إذا كان لا يلائم مقتضى العقد ولا منفعة فيه لأحد ولم يجر التعامل به، كما في حالة بيع حيوان مع اشتراط عدم بيعه.<sup>(١٠٧)</sup>

- 
- (١٠٢) كشاف القناع، المرجع السابق ج ٢ ص ٣٠٠؛ محمد شتا أبوسعدي شرح قانون أصول الأحكام القضائية الإسلامي السوداني، مطبعة ج القاهرة ١٩٨٤ ص ١١٢ ومستقبل التشريع الإسلامي ١٩٨٦ ج ٣ ص ٥٠.
- (١٠٣) التفاصيل في مجموع فتاوي شيخ الإسلام ابن تيمية ج ٢٩ ص ٣٤٦.
- (١٠٤) المرجع السابق ج ١١ ص ٨٩ - ٩٠.
- (١٠٥) د. حسين الشاذلي، الشرط في العقد، رسالة الأزهر، غير مطبوعة ص ٣٠ وما بعدها؛ زكي الدين شعبان، الشروط المقترنة بالعقد، رسالة الأزهر (١٩٤٥م) مخطوطة بمكتبة كلية الشريعة والقانون ص ٢ وما بعدها، رسالتنا في الشرط ص ١٨٠ وما بعدها وص ٥٠٠ وما بعدها في الخلاصة.
- (١٠٦) انظر المواد ٣٢٤ - ٣٢٦ من مرشد الحيران.
- (١٠٧) ١ - د. عبدالرزاق السنهوري، مصادر الحق، ج ٣ مطبعة دار الهنا ١٩٥٦ ص ١٣٢.

إنما يلاحظ أن ما تقدم هو مسلك المذهب الحنفي، أما عند المالكية، وفي مذهب الإمام أحمد فإن الإمام ابن تيمية يقول «وأصول أحمد رضي الله عنه المنصوصة يجري أكثرها على هذا القول - أي تصحيح الشروط - ومالك قريب منه، ولكن أحمد أكثر تصحيحاً للشروط، فليس في الفقهاء الأربعة أكثر تصحيحاً للشروط منه». (١٠٨) ويلاحظ أن الإمام ابن تيمية لا يقول بفساد الشرط إلا إذا نافي مقصود العقد أو ناقض الشرع.

ب - والضمان - أو المسؤولية - يجوز أن يكون أثراً لحكم العرف، فما جرى العرف على أن يضمنه أحد المتعاقدين، فلا مناص من إعماله والأخذ به. والقاعدة أن التعيين بالعرف كالتعيين بالنص، ولما كان أغلب المتعاملين في زماننا إما من البسطاء، وإما من رجال الأعمال الذين لا يجدون وقتاً للتفكير في أحكام الأعراف، فقد غصت المحاكم بكثير من قضايا المسؤولية أو الضمان العقدي، ويتم الاستناد عادة إلى العرف أو العادة، فإن ذلك، فضلاً عن الضرورات العلمية يستلزم إشارة موجزة إلى بعض القواعد في هذا الصدد.

ففيما يتعلق بقاعدة التعيين بالعرف كالتعيين بالنص الواردة في المادة ٤٥ من مجلة الأحكام العدلية، فإن الفقه يقرر أن هذه القاعدة وأمثالها<sup>(١٠٩)</sup>، تعبر عن سلطان العرف العملي، وأنه لا مانع، في إطار ذلك من التخصيص ليقال إن المعروف بين التجار كالمشروط بينهم، حيث يعتبر العرف الخاص بين التجار والصناع في بلد معين، ويكون لهذا العرف نفس ما للعرف العام من آثار، ولكن بين متعارفيه دون غيرهم.

ولما كانت الأعراف مما يمكن أن تتغير بتغير الأوقات، فقد صيغت قاعدة شرعية تقضي بأنه لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان، ولكن ذلك منوط بعدم مخالفة نص قرآني أو حديث نبوي.

(١٠٨) انظر محمد وحيد الدين سوار، الشكل في الفقه الإسلامي، الرياض ١٤٠٥ هـ - ص ١٨٣.

(١٠٩) الأستاذ مصطفى أحمد الزرقا، الفقه الإسلامي في توبه الجديد ج ٢، المدخل الفقهي العام، ط ٢ دمشق

بند ٦١٣ ص ٩٩٥.

وفي هذا الصدد فإن هذه القاعدة الواردة في المادة ٣٩ من مجلة الأحكام العدلية، لا يمكن إعمالها إلا بصدد المسائل أو الأحكام التي يجوز فيها الاجتهاد، والتي يمكن أن يلحقها التعديل أو التبديل تبعاً لظروف كل عصر، أما الأحكام القطعية، وما لا يجوزم الاجتهاد فيه، فإنها أحكام أبدية باقية لا تتغير ولا تتبدل مهما تقدم الزمن وتوالت الأحقاب. وفي هذا الإطار ينبغي فهم ما قاله القرافي من «أن الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت، وتبطل معها إذا بطلت...»<sup>(١١٠)</sup>. فالعرف دليل احتياطي، والقضاة لا يمكنهم إعماله في مورد النصوص التي لا مساغ للاجتهاد فيها، وإنما يعتد بالعرف «في غير موضع النص»<sup>(١١١)</sup> كذلك فإنه لا يؤخذ بالعادة إلا إذا كانت مضطردة أو غالبية، وهذا - وليس أكثر منه - هو معنى قول الإمام الشافعي إن «كل ما يتضح فيه اطراد العادة فهو المحكم»<sup>(١١٢)</sup>.

### ثانياً: المسؤولية بمعنى الإخلال بالالتزام أو بأثر العقد:

وإذا صح اعتبار الضمان - أو المسؤولية - بمعنى الالتزام أو أثر العقد، فإنه يصح من باب أولى، أن يطلق اصطلاح الضمان أو المسؤولية العقدية بمعنى الإخلال بالالتزام العقدي أو بأثر العقد، وذلك أنه إذا كان الالتزام ضماناً مرتباً للمسؤولية، فإن أيّ إخلال بهذا الالتزام، سواء كان كلياً، أم جزئياً، يعتبر أساساً لانشغال الذمة، أي أساساً للمسؤولية العقدية.

ولكن يلاحظ في إطار ضمان العقد، أو المسؤولية العقدية، وعلى خلاف ضمان الإلتلاف، أو الفعل الضار، أو المسؤولية التقصيرية عموماً، أن «ضمان العقد في نظر

(١١٠) الفروق للقرافي ج ١ (١٣٤٤هـ طبعة دار إحياء الكتب العربية) ص ١٧٦، ١٧٧.

(١١١) الشيخ محمد أبوزهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي ١٣٧٧هـ ص ٢٧٣؛ عبدالكريم زيدان، الوجيز في

أصول الفقه بغداد ط ٣ (١٣٨٧هـ) ص ٢١٨؛ منير القاضي، شرح المجلة، ج ١ ص ٩٤ وما بعدها؛ د.

محمد السعيد عبدربه، بحوث في الأدلة المختلف فيها عند الأصوليين، ط ١ القاهرة ص ١٩١ وما بعدها؛ د.

محمد عبدالجواد محمد، بحوث في الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، الطبعة الأولى بند ٣٤ ص ١٥٠.

(١١٢) الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية للإمام جلال الدين عبدالرحمن السيوطي، طبعة الحلبي ص ١٠١.

الفقهاء لا يكون إلا فيما نصَّ عليه في العقد كالمبيع في عقد البيع، والثلث إذا كان عينا، والأجرة في عقد الإجارة إذا كانت عينا معينة، وبديل الصلح إذا كان عينا كذلك». (١١٣) وهكذا فمن وجب عليه بالعقد تسليمها، ثم تلفت قبل تسليمها، فإن ضمانها، أو المسؤولية عنها، يصبح أمراً مفروضاً في جانبها (١١٤). ويتركز الضمان في هذه الحالة في الزام الضامن أو المستول، بأداء البديل الذي يستلزمه العقد، فالعبرة بأداء البديل بصرف النظر عن القيمة في حد ذاتها.

١ - فإذا تعلق الأمر بمبيع فإن هلاكه في يد البائع يكون مضموناً بالثلث وحده، وبالهلاك يبطل العقد، أي يصبح البيع كأن لم يكن، وهذه صياغة إسلامية دقيقة؛ ولازم ذلك أن البائع يلزم برد الثلث إن كان قد تقاضاه، ولا يمكن إجبار المشتري بالوفاء به إن لم يكن قد أداه. وإذا كان الثلث عينا وهلك سري نفس الحكم بالنسبة للمثمون، فكلاهما في التصور الفقهي الإسلامي مبيع، ولا اعتبار في هذه الحالة، كذلك، لمسألة التفاوت بين البديلين.

فماد ما تقدم في مثال عقد البيع، أن البيع الصحيح، يرتب أثراً هاماً، هو التزام البائع بضمان المبيع، فإذا هلك في يده، قبل أن يقوم بتسليمه إلى المشتري، فإن الثلث يسقط عن المشتري، فلا يلزم بأدائه إن لم يكن قد أداه، وله أن يستأديه إن كان قد وفاه. (١١٥).

٢ - وإذا تعلق الأمر بعقد إجارة، فإن هذا العقد يفيد ملك المستأجر منفعة العين المستأجرة، مقابل عوض يؤديه إلى المؤجر. ومن لازم ذلك أنه:

أ - إذا كان المستأجر عينا: حق للمستأجر مطالبة المؤجر بتسليمه العين لاستيفاء المنفعة منها، ووجب على المؤجر تسليمها له، فإذا تسلمها المستأجر كانت يده عليها يد أمانة، فإذا تجاوز حقه أو ما ألزمته به شروط العقد أو العرف تحولت يده إلى يد ضمان، فإن تلفت ضمن قيمتها أو مثلها. وبالمقابل يلتزم المستأجر بالأجرة، ويلتزم

(١١٣) الشيخ على الخفيف، المرجع السابق ص ١٩.

(١١٤) السيوطي، المرجع السابق ص ٢٧٧.

(١١٥) الشيخ على الخفيف، المرجع السابق ص ٢١ وما بعدها والمراجع التي أشار إليها.

بمجرد بأدائها، باستيفاء المنفعة عند الحنفية، وبمجرد العقد عند الشافعية، وفي الأمر تفصيل ليس هذا العرض محدد الهدف مجاله.

ب - وإذا كان المستأجر أجيراً: فإنه يلزم بأداء ما استؤجر عليه، بنفسه، أداء فعلياً متقناً، ومن لوازم ذلك تنفيذ الأوامر المشروعة لصاحب العمل، وعدم ارتكاب أيّ تقصير، أو إفشاء أسرار العمل، مع ضمان ما يتلف؛ هذا إذا كان الأجير خاصاً، أما الأجير المشترك الذي يعمل لعامة الناس، فإنه إذا لم يُشترط عليه أداء العمل بنفسه حق له إنهاءه بنفسه أو غيره، لأن التعاقد معه يكون على العمل لا على شخصه وعمله بيده. كما يلتزم صاحب العمل بأداء الأجرة، قال تعالى:

﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَوَسِّئِنَّ أَجْرَهُنَّ ﴾ [الطلاق: من الآية: ٦].

وقال صلى الله عليه وسلم «اعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه». (١١٦) أما التزام العامل بأداء عمله فأساسه قوله تعالى:

﴿ وَقُلْ أَعْمَلُوا سِرّاً لِلَّهِ عَمَلَكُمْ وَرَسُولُهُ وَالْمُؤْمِنُونَ ﴾ [التوبة: ١٠٥].

وهكذا فالضمان يجب أو المسؤولية تنعقد، بمعناها المتقدم، في كافة عقود الضمان، دون عقود الأمانات، والقاعدة العامة في هذا الصدد أن ما يجب الضمان في صحيحه يجب الضمان في فاسده.

لاحظنا إذن أن المسؤولية العقدية لها معنى خاص في عقود الضمان وحدها، وهو الالتزام بأداء ما التزم الشخص بأدائه، على أنه إذا لم يؤد الملتزم التزامه سقط الالتزام المقابل فلا يؤدي ويسترد إن كان قد تم أدؤه.

وهذا المعنى الدقيق لا يحول، دون إمكان التعويض، عن عدم التنفيذ، في كافة العقود، إذا كان عدم التنفيذ يمثل خطأ، يلحق ضرراً بالتعاقد الآخر، ويشترط أن

---

(١١٦) انظر شرحاً وتحليلاً للحديث في مؤلفنا، مستقبل التشريع الإسلامي ج ٣ ص ٤٥ وانظر نبيل الاوطار للشوكاني ١٣٥٧هـ ج ٥ ص ٢٩٥ وما بعدها وعرضه لحديث أبي هريرة «... ومن كنت خصيماً خصمته...» الذي رواه الإمام أحمد والبخاري وانظر د. شرف بن علي الشريف، الاجارة الواردة على عمل الإنسان ١٤٠٠هـ ص ٢٣٧ وما بعدها.

يرتبط الخطأ بالضرر ارتباطاً عِلِّيَّةً بحيث يقال إنه لولا الخطأ لما كان الضرر، أو إذا ترتب على عدم التنفيذ ضرر للمتعاقد الآخر تقضي قواعد العدالة الإسلامية بجبره، وبشرط ألا يترتب على ذلك أكل لأموال الناس بالباطل، وبهذا يمكن إعمال حديث «لا ضرر ولا ضرار» اعمالاً موسعاً مُطَرِّداً، في إطار قاعدة العدالة الإسلامية الكبرى الواردة في قوله تعالى:

﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ ﴾<sup>(١١٧)</sup> [ (البقرة: من الآية ١٨٨) وهذه الآية بدون الواو جزء من الآية ٣٤ من سورة النساء] وفي هذا سبقت الشريعة الإسلامية كافة الأنظمة الوضعية التي أعملت هذا المفهوم عقلاً لا نقلاً.

---

(١١٧) انظر تفسير آيات الأحكام للشيخ محمد علي السائس ط ١ (الأزهر) ج ٢ ص ٨٦.

## المطلب الثاني

### تعريف المسئولية التقصيرية في فقه الشريعة الإسلامية

حتى يمكن استخلاص تعريف سائغ للمسئولية التقصيرية في فقه الشريعة الإسلامية، يلزم بداءة الوقوف على أهم الأفكار الإسلامية الكبرى التي تلقي الضوء على أبعاد هذا التعريف وهي :

أولاً : إن الضرر هو أساس الضمان أو المسئولية التقصيرية في فقه الشريعة الإسلامية:

١ - ليس هناك وضوح في تأكيد هذه الحقيقة، أبلغ من قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: «لا ضرر ولا ضرار». <sup>(١١٨)</sup> فهذا الحديث الشريف يعني من بين ما يعني أنه: (١) لا يجوز لأحد أن يضر غيره، سواء عاد عليه نفع من جراء احداث هذا الضرر أم لا.

(٢) ولا يجوز لأحد أن يقوم بأي فعل، سواء كان هذا الفعل مقصوداً أم غير مقصود، إذا كان من شأن ذلك إلحاق ضرر بالغير، ولذا فإن هذا الحديث يمنع أصل الخطأ الذي يترتب عليه الضرر، كما يمنع الإهمال الذي يترتب عليه الضرر، كما يمنع التعدي الذي يترتب عليه الضرر، كما يمنع وينفي أصل الضرر في حد ذاته، حتى وإن كان ناشئاً عن غير فعل ضار، أو عن

---

(١١٨) انظر نيل الأوطار للشوكاني، الجزء الخامس (التزم عثمان خليفة) الطبعة الأولى، المطبعة العثمانية مصر ١٣٥٧هـ ص ٢٥٩ وما بعدها.

فعل مشروع، فالضرر محذور سواء وقع بطريق المباشرة أو التسبب أو بما دون ذلك أو أكثر منه من الأعمال.

٣) وعليه فيجوز أن يكون هذا الحديث أصلاً لنفي أيّ ضرر، يترتب على أيّ فعل، مهما كان ذلك الفعل جائزاً أو مشروعاً في ذاته، طالما ترتب عليه ضرر للغير. (١١٩)

وهذه المعاني تُفهم من الوضع الصحيح للغة ومن أقوال الأصوليين؛ فاللغويون يذهبون إلى أن الضرر هو ما كان ضد النفع، ويقولون أن الضرر هو فعل الشخص الواحد، كأن يضر الرجل أخاه على أيّ وجه، والضرار هو فعل الإثنين معاً، فيقوم الرجل بالإضرار بصاحبه ويقوم صاحبه بالإضرار به. (١٢٠). والأصوليون يقولون إن الضرر هو الابتداء، ويعني الإضرار بالغير مع انتفاع من قام بالإضرار، أما الضرر فهو الجزاء على الضرر، حيث يضر الإنسان غيره دون أن ينتفع لمجرد الرد على الضرر الذي ألحقه به الغير. (١٢١) بل لقد أكد ذلك الوعيد الوارد في السنة لمن ضارَّ غيره، حيث قال صلى الله عليه وسلم «من ضارَّ أضرَّ الله به، ومن شاقَّ شاقَّ الله عليه»، (١٢٢) وما أثر من فقه الصحابة يؤكد بدوره وجوب منع صاحب الحق من أن يتسبب باستعماله إياه في الحاق الضرر بمن سواه (١٢٣)، فالشريعة، تمنع الضرر، بكافة الطرق، حتى وإن كان ذلك بتقييد الحقوق الخالصة للإنسان، فلا يجوز له أن يضر غيره، وهو

---

(١١٩) انظر فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده بين الشريعة والقانون ط ١ بيروت ص ٣٤٩؛ حسين عامر، التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود ط ١ مطبعة مصر ١٣٧٩هـ بند ٤٣ ص ٢٦ وما بعدهما؛ محمد شوقي السيد، التعسف في استعمال الحق، مصر ١٩٧٩ بند ٢٥٧ ص ٢٥٦.

(١٢٠) انظر لغويًا: لسان العرب ج ٦ ص ١٥٣؛ وانظر النهاية لابن الأثير ج ٣ ص ١٦؛ فتحي الدريني، الرسالة السابقة ص ٣٤٥.

(١٢١) د. محمد شتا أبوسعدي، مستقبل التشريع الإسلامي، ج ٣، ط ١ ديسمبر ١٩٨٦ القاهرة (مطابع الناشر العربي) ص ٥ في عرض مسلك الأصوليين موجزاً.

(١٢٢) المرجع السابق ص ٦ وما بعدها وص ٣٧ وما بعدها.

(١٢٣) - انظر المادة ٣١ من مجلة الأحكام العدلية التي أخذ بها قانون المعاملات المدنية الإسلامي السوداني وانظر مؤلفنا، شرح قانون أصول الأحكام القضائية الإسلامي السوداني ط ١ (١٤٠٤هـ) مصر ص ٢١٦-٢٢٥.

يستعمل هذه الحقوق، وهي لا تحول دون وقوع الضرر الراجح فقط، بل تمنع الضرر الظني، وهذا دور وقائي لا يمكن أن يقوم به أي نظام وضعي، وتلك مسألة أخرى تؤكد مدى سمو التشريع الإسلامي تبعاً لسمو مصدره، وشرف البحث فيه.

٢ - ولأن الشريعة، على خلاف الأنظمة الوضعية حتى ما كان منها أكثر حداثة، تنفي مطلق الضرر، فإنها اشتملت في فقهها على قواعد كثيرة تؤكد هذا المضمون ومنها قاعدة أن الضرر يدفع بقدر الإمكان. وهي قاعدة تتأسس على الحديث المشار إليه «لا ضرر ولا ضار».

وفيما يتعلق بدفع الضرر فإنه قد يكون قبل وقوعه، وقد يكون بعد وقوعه، وذلك بإزالته ولكن ليس بضرر مثله، وهكذا يمكن في الشريعة الغراء دفع الضرر الواقع حالاً ودفع الضرر المتوقع مآلاً، وذلك بقدر الإمكان.

- فإذا كان الضرر حالاً، أي وقع فعلاً، فإنه يجب دفع هذا الضرر بقدر الإمكان، أي إزالته، وقد تكون إزالته بإزالة الأسباب التي أفضت إلى وجوده، أو كانت أساساً لحدوثه، فإذا أزيلت هذه الأسباب، فقد تأكد عدم استمرار الضرر بعد ذلك، وربما تكون إزالة الأسباب المؤدية إلى الضرر غير كافية لإزالته، إذا كان الضرر قد تحقق فعلاً، وعندئذ يحق لمن أضر، أن يطلب من القاضي، أن يحكم له بالتعويض أو الضمان، على من انعقدت مسؤوليته عن الضرر، سواء كان مباشراً له، أو متسبباً فيه وثبت تعديده، فتحقق وجوب التعويض في حقه انبثاقاً من الحديث الشريف «لا ضرر ولا ضار»<sup>(١٢٤)</sup> يستوي في هذا الصدد، أن يكون قصد الشخص قد انصرف إلى الأضرار بغيره تحمُّصاً، أو كان لا يهدف إلى الأضرار به، ومع ذلك ألحق الضرر بغيره.<sup>(١٢٥)</sup>

- وإذا كان الضرر متوقعاً مآلاً، فإنه يلزم دفعه كذلك، ويكون الضرر متوقعاً مآلاً،

(١٢٤) انظر الأم للإمام الشافعي (رواية الربيع سليمان المرادي عنه) ط ١ مصر ١٣٢١هـ ص ٢٢٢ والموافقات في أصول الشريعة للشاطبي، شرح عبدالله دراز، مطبعة الشرق الأدنى مصر ج ٢ ص ٣٤٨ وما بعدها.  
(١٢٥) ابن رجب، جامع العلوم والحكم (لزين الدين أبي الفرج عبدالرحمن شهاب الدين بن حمد بن رجب الحنبلي البغدادي ط ٢، الحلبي ١٣٦٩هـ ص ٢٦٧ وما بعدها.

إذا لم يكن قد وقع بعد، ولكن كافة الظروف والملابسات المحيطة تشير إلى أنه سيقع حتماً، فإذا كان الضرر سيقع حتماً فإن دفعه يكون حقاً، لمن سيحل به ذلك الضرر، ويدفع الضرر في هذه الحالة أيضاً بقدر الإمكان، ولعل هذا هو أحد جوانب تبرير الدفاع المشروع.

ودفع الضرر المتوقع مآلاً، ليس أمراً مسلماً به فقهاً، فقط، بل إنه يصلح سنداً لقيام مبادئ أصولية عليه، مثل سد الذرائع؛ ذلك أن مبدأ سد الذرائع، مبدأ مستقر من الناحية الفقهية، وتوسع في تطبيقه فقهاء الحنابلة والمالكية، تأسيساً على ضرورة دفع الضرر، وتحقيقاً لمبدأ المصالح الذي قامت عليه الشريعة الغراء<sup>(١٣١)</sup>، فالمصلحة تقف من وراء فكرة دفع الضرر، واقعا كان أم متوقعاً، طالما كان الضرر محتم الوقوع، وفقاً للمجرى العادي للأمر، فالأمر يقاس إذن بمعيار إسلامي موضوعي لا شخصي.

وعلى ذلك فإن الضرر إذا كان سيقع، فإن وقوعه يكون ضد المصلحة، أي أنه يعتبر مفسدة، ويلزم منعها، فالذريعة إذا كانت مفسدة يلزم سدها،<sup>(١٣٢)</sup> ومثال ذلك من يحفر بئراً في السبيل التي يسلكها المسلمون، فإن هذا الفعل منه، يعتبر وسيلة لإهلاك المسلمين، وكمن يلقي السم في طعام الناس، فإن هذا العمل يضرُّ بهم لا محالة، وإن الذرائع ها هنا مفاسد، وتفضي لا محالة إلى مفاسد، ولذا يلزم سد هذه الذرائع.<sup>(١٣٣)</sup> ومثال ذلك أيضاً ما يحدث الآن من قيام غير المتخصصين في الشريعة

---

(١٢٦) يقول شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله في مجموع فتاواه ج ٣٠ ط بدون تاريخ «ومعلوم أن الشريعة جاءت بتحصيل المصالح وتكميلها، وتعطيل المفاسد وتقليلها...» وانظر «يوسف العالم، الأهداف العامة للتشريع الإسلامي، رسالة الأزهر، لم تطبع ص ٣٠ وما بعدها؛ د. محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية دمشق ١٣٨٦هـ - ٢٧٦؛ غلال الفاسي، مقاصد الشريعة الإسلامية، مكتبة الوحدة بالرباط ص ٢٠ وما بعدها؛ د. مصطفى زيد، المصلحة في التشريع الإسلامي، دار الفكر العربي ط ٢٠٦ ص ٦٠ وما بعدها؛ عبد الوهاب خلاف مصادر التشريع مرنه... مجلة القانون والاقتصاد ص ١٥ مستخرج ص ٩ وما بعدها.

(١٢٧) محمد شتا أبوسعد، مستقبل التشريع الإسلامي ج ٣ مرجع سابق ص ٧.

(١٢٨) فتحي الدريني، المرجع السابق ص ٣٥٢.

الغراء، بفتح أبواب جدل محسوم، فهذا يوقع الضرر حتماً بجموع المسلمين وليس بأحاديهم فقط، فالقاعدة إذن أن كل توسل بمصلحة أو ببا دونها مما يفضي إلى مفسدة، يعد ذريعة يلزم سدها، لأن الضرر يجب أن يدفع، بقدر الإمكان.

٣ - وهكذا جعل الفقه الإسلامي رفع الضرر، واجبا، بقدر الإمكان، بمعنى أنه كلما كان رفع الضرر ممكناً، وجب رفع هذا الضرر، دون قياس ذلك بشخص معين، وإنما يرتبط الأمر بإطلاق الإمكان، فلا شك أنه إذا كان الضرر واقعاً، أو على وشك أن يقع حالاً، على شخص ما، وتوافرت له شروط الدفاع الشرعي<sup>(١٢٩)</sup>، أمكن له أن يدفع الضرر عن نفسه، كلما كان ذلك ممكناً، ودون تجاوز لحدود الحق، وعندئذ لا تتعقد مسئولته، أي لا تنشغل ذمته بأي تعويض. وإذا كان الضرر قد وقع فعلاً، فإنه لا يجوز لإنسان أن يقيم العدالة لنفسه، وإنما عليه أن يتداعى أمام القضاء ليحكم على المباشر أو المتسبب بالضمان، أي التعويض، إذا توافرت عناصر الضمان قبّله، فالضرر لا يزال بمثله.

٤ - ولما كانت الشريعة الغراء تحمي مصالح العباد المتعلقة بدينهم وديارهم، وتنص في قواعدها الكلية على دفع الضرر بقدر الإمكان، امتثالاً لقوله صلى الله عليه وسلم «لا ضرر ولا ضرار»، فإنها أكدت أيضاً ضرورة إزالة الضرر ولكن ليس بضررٍ مثله، إذ الضرر لا يزال. بمثله؛ فالشريعة رحمة وعدل، ومن عدلها أنها جعلت الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف، سواء تعلق الأمر بتعارض فيما بين الحقوق الخاصة، أو بتعارض بين الحق الفردي والمصلحة العامة، حيث يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام ويختار أهون الشرين.<sup>(١٣٠)</sup>

ويلاحظ في هذا الصدد أن معيار دفع الضرر الأشد بالضرر الأخف هو معيار

(١٢٩) يوسف قاسم، نظرية الدفاع الشرعي في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي ١٣٩٩هـ - بند ١٥٨ ص ٥٥.

(١٣٠) انظر المادتين ٢٦، ٢٩ من مجلة الأحكام العدلية؛ د. صبحي المحمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية ج ١ ط ٢ (١٩٧٢م) ص ٢١٤.

مادي، أساسه أن من يرتجي نفعاً، من تصرفٍ، يقره الشرع ويأذن فيه، يجب عليه أن يضحي بهذا النفع، إذا كان سترتب عليه ضرر أكبر، يحل به أو غيره، فهذا المعيار لا يعتد بالبواعث الخاصة، فهو كما تقدم ليس معياراً ذاتياً وإنما هو معيار مادي، بحث، يوازن القاضي في ضوءه، بين حَجْمَيِّ ومقداريِ الضرر، ويضحي بالضرر الأشد عن طريق دفعه بالضرر الأخف وعلى ذلك، فانه إذا كان الضرر أخف إذا ما قيس بالنفع، فإنه لا يجوز منع الشخص من التصرف، وكذلك الحال عند تماثل الضرر اللازم مع النفع، لأن الضرر لا يزال بمثله، أما إذا كان الضرر اللازم أشد، تعين دفع هذا الضرر وذلك بمنع المتصرف، حتى وإن ترتب على هذا المنع ضرر، لأنه في هذه الحالة يكون أخف. (١٣١)

ولذا فإنه لاصق لأحد في الحصول على منفعة، من جراء فعل، إذا كان هذا الفعل يجزُّ ضرراً أكبر من هذه المنفعة للشخص ذاته، أو لأحد آخر سواه، ولهذا أمر النبي صلى الله عليه وسلم بغلع نخلة سمرة (١٣٢) من بستان جاره، لأن بقاءها أشد ضرراً من قلعها، وهذا مثال واضح لحسم التعارض بين حقين خاصين (١٣٣)

وكمثال لحسم التعارض بين ضرر خاص وضرر عام بمقتضي قاعدة تحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام، فإن مصلحة المسلمين ككل، أولى من مصلحة الأفراد كأفراد، لذا يجب الحيلولة دون المغالاة في الأسعار، في حالة واحدة هي حالة ما إذا كانت هذه المغالاة تخفي احتكاراً لقوت المسلمين، كما يلزم الحجر على الطبيب الجاهل والمكاري المفسد صيانة للمصلحة العامة ودفعاً للضرر العام عن الناس في أمور دينهم وفي أنفسهم وأموالهم، ومما تتحقق به هذه المصلحة العامة أيضاً منع تجار

(١٣١) فتحي الدريني، الرسالة السابقة، ص ٤٥٩.

(١٣٢) يقول ابن القيم في الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، مطبعة السنة المحمدية ١٣٧٢هـ مصر ص ٢٦٤ «فضرر صاحب الأرض ببقائها في بستانه أعظم، فإن الشارع الحكيم يدفع أعظم الضررين بأيسرهما، فهذا هو الفقه والقياس والمصلحة، وإن أباه من أباه».

(١٣٣) انظر أمثلة أخرى في مقدمات ابن رشد على المدونة الكبرى للإمام مالك مصر ١٣٢٤هـ (المطبعة الخيرية) ج ٤

الأسلحة من بيعها في أوقات الفتن، وإلزام صاحب الحائط المائل بهدمه، وإلا فإنه يضمن ما يترتب من أضرار على سقوطه من ضرر.<sup>(١٣٤)</sup>

فالقاعدة على ما ورد في الأشباه والنظائر للسيوطي الشافعي، «أن الضرر يزال، ولكن لا بضرر، لأنه لو أزيل بالضرر لما صدق أن (الضرر يزال)<sup>(١٣٥)</sup> ومن فروع هذه القاعدة، عند الشافعي أن العمارة لا تجب على الشريك (في الجديده)، وأنه لا يجوز إجبار الجار على وضع الجذوع، وأن المضطر لا يجوز له أن يأكل طعام مضطر آخر، ولو وقع دينار في محبرة، واستحال اخراجه إلا بكسرها فانها تكسر ويلزم صاحب الدينار بالأرش، إلا إذا كان وقوع الدينار في المحبرة بفعل صاحب المحبرة فلا شيء في هذه الحالة.

ويلاحظ الفقه أن تطبيق هذه القاعدة، يحقق غاية اجتماعية كبرى، لم يكن من الممكن تحقيقها بدونها، وتتمثل هذه الغاية، في أنه كلما لحق الغير ضرر، أياً كان هذا الضرر، من جراء استعمال صاحب الحق حقّه، وكان هذا الضرر مساوياً للضرر الناتج من حرمان صاحب الحق من ممارسة حقه. فإنه لا يجوز حرمان صاحب الحق من ممارسة حقه.<sup>(١٣٦)</sup>

ويلاحظ كذلك أنه لا يجوز، في فقه الشريعة الغراء، أن يقابل المتضرر الضرر بمثله تشفياً أو انتقاماً، بل يلزمه مراجعة الحاكم، وطلب إعمال قواعد الضمان، وإزالة ما لحقه من ضرر، وفي هذا المعنى تقول مجلة الأحكام العدلية «ليس للمظلوم أن يظلم آخر بما أنه ظلم» فلو أتلف شخص مال آخر، لا فلا يجوز لهذا الأخير أن يتلف مال الأول، ومن أخذ من غيره دراهم زائفة فليس له، شرعاً، أن يصرفها إلى أحد غيره، وللقاعدة مجال إعمال أيضاً في حالات غضب حيازة الآخرين أو الاعتداء عليها.<sup>(١٣٧)</sup>

(١٣٤) د. فتحي الدريني، المرجع السابق ص ٤٦٢.

(١٣٥) الأشباه والنظائر للسيوطي، مرجع سابق ص ٩٥، ٩٦.

(١٣٦) شوقي السيد، المرجع السابق بند ٢٥٧ ص ٢٥٦.

(١٣٧) محمد شتا أبوسعد، منازعات الحيازة، مجلة القضاة ١٩٨٤م ص ١٤، وانظر اقتراحنا بتطبيق نصوص إسلامية

ص ١٣٠ وما بعدها، وقد أخذ المنظم سنة ١٩٨٨/١٩٨٩م باقتراحاتنا عدا أنه لم يورد العقوبات التعزيرية =

٤ - ويتأكد مضمون قاعدة أن الضرر أساس الضمان أو المسئولية في فقه الشريعة  
الغراء من خلال قواعد شرعية أساسية منها:

أ - أنه «على اليد ما أخذت حتى تؤديه» وهذا نص حديث لرسول الله صلى الله عليه وسلم رواه الإمام أحمد في مسنده، وإعمالاً له فإنه يتعين: أولاً: على من قبض ديناً غير مستحق أن يرده إلى الموفي، الذي قام بالوفاء معتقداً على خلاف الحقيقة أنه مدين به.

ثانياً: على ملتقط اللقطة أن يحافظ عليها، وهو لذلك مسئول عنها، فإن لم يظهر لها صاحب في المواعيد الشرعية تصدق بها.

ثالثاً: على المتصالح على بدل، أن يرده إلى صاحبه إذا ثبت أنه لم يكن له حق فيه.

رابعاً: على من مضي زمن طويل والدين في ذمته أو الحق في يده، أن يعي أن مضي الزمن وإن كان مانعاً من سماع الدعوى إلا أنه ليس مانعاً من إعادة الحق إلى ذويه عن رضاً واختيار، فعن الحسن عن سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «على اليد ما أخذت حتى تؤديه» رواه الخمسة إلا النسائي. ويقول الشوكاني في شرح هذا الحديث، (١٣٨)، إن فيه دليلاً على أنه يجب على الإنسان رد ما أخذته يده من مال غيره، بإعارة أو إجارة أو غيرهما إلى مالكة، وبذا استدل من قال أن الوديع والمستعير ضامنان.

ب - أنه «من كسر شيئاً فهو له وعليه مثله»: وهذا نص حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم، في الرواية التي ذكرها ابن أبي حاتم، وقد ورد في فتح الباري بشرح صحيح البخاري، (١٣٩)، في باب إذا كسر قسعة أو شيئاً لغيره «... عن أنس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم كان عند بعض نسائه، فأرسلت إحدى أمهات المؤمنين مع خادم بقسعة طعام،

---

كالجلد والتأديب، وهذا لأنه لم يطبق الشريعة بعد، وكنا قد درّسنا البحث والاقتراحات بالمركز القومي

للدراستات القضائية لرجال النيابة العامة والقضاء العسكري وقضاة السودان بالمركز بمصر.

(١٣٨) نيل الأوطار للشوكاني ج ٥ ط ١، المطبعة العثمانية صفر ١٣٥٧هـ - ص ٢٩٨، ٢٩٩.

(١٣٩) فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ج ٥، المطبعة البهية المصرية ١٣٤٨هـ - ص ٩٥-٩٤

فضربت بيدها فكسرت القصة، فضمها وجعل فيها الطعام، وقال: كلوا. وحبس الرسول القصة حتى فرغوا، فدفع القصة الصحيحة وحبس المكسورة».

ولكن يلاحظ أن مناط إعمال ذلك ألا يكون الإلتلاف بحق، كما لو أتلف مسلم خمر المسلم، أو إذا كان الإلتلاف بأمر المالك، أو بسبب حالة ضرورة لمخمصة دفعت شخصاً إلى أكل مال غيره، أو إذا صار الضمان غير ذي جدوى أو غير ذي فائدة كإلتلاف المسلمين أموال البغاة.

جـ - إذا كان ما خرج من الشيء في مقابل ضمانه إذ «الخراج بالضمّان»:

قاعدة «الخراج بالضمّان» هي نص حديث نبوي معناه أن استحقاق الخراج، أي ما يخرج من الشيء أو يتولد عنه، سببه التحمل بالضمّان، أي تحمل ما يعرف بتبعة الهلاك، فمن يتحمل الخسارة يستحق غلة الشيء مقابل تحمله تلك الخسارة.<sup>(١٤٠)</sup>

ويرجع سبب الحديث إلى واقعة مؤداها: أن شخصاً اشترى غلاماً، ثم استغله زماناً، فوجد فيه عبياً قديماً، فخاصم البائع إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم (فقضى برده إلى البائع). فقال هذا: يارسول الله: إنه قد استغل غلامي، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: الخراج بالضمّان).<sup>(١٤١)</sup> وهذه القاعدة تتعلق، من حيث الأصل بالعقود، وإن كان يمكن الإفادة من حكمها في هذا المجال، أخذ العموم النص لا بخصوص السبب ما أمكن ذلك.

ثانياً: إن الضرر يتحقق من خلال المباشرة بإطلاق أو التسبب مع التعمد:

فالمباشر ضامن وإن لم يتعد أو يتعمد والمتسبب لا يضمن إلا إذا كان متعمداً، وعليه فإنه إذا كان الضرر هو أساس الضمان أو المسؤولية، فإنه لا ضرر، وبالتالي لا ضمان، ولا مسئولية، إلا إذا كان هناك مباشر أو متسبب متعمد.

أ - فالمباشر ضامن وإن لم يتعد أو يتعمد: والمباشر هو الذي أحدث الضرر

(١٤٠) الشيخ مصطفى أحمد الزرقا، المرجع السابق، المجلد الثاني ١٣٧٩هـ - دمشق بند ٦٤٩ ص ١٠٩.

(١٤١) القرطبي، أفضية رسول الله: في البيوع، عن المرجع السابق.

بالمضور، وكان الضرر نتيجة مباشرة لفعله، فلم يتوسط بين الفعل وبين الضرر أي فعل آخر. فالضرر المباشر إذن هو ما يكون نتيجة اتصال آلة التلف بمحل ذلك التلف.<sup>(١٤٣)</sup>

ويتحقق هذا المعنى في كل من يأتي عملاً لاحق له فيه، ولا أذن له الشرع به، وارتبط الضرر بهذا العمل ارتباط معلولٍ بعلّة، فمن يقطع شجراً في ملك غيره، بغير حق، فهو مباشر، ومن يهدم دار غيره، تعدياً، فهو مباشر<sup>(١٤٣)</sup>، ومن يحفر حفرة في الطريق العام فهو مباشر، ولكن إذا حفر إنسان بثراً في ملكه هو، فوقع فيه إنسان لم يضمن.<sup>(١٤٤)</sup>

ومعنى ما تقدم، أن المباشر، أي من استجمع في عمله حقيقة المباشرة يضمن، طالما كان الضرر نتيجة مباشرة لفعله، ولذا فإن الصبي غير المميز - من دون السابعة - إذا أتلّف شيئاً ضمنه، والنائم إذا أتلّف شيئاً ضمنه، يستوي أن يكون إتلافه إياه، قد حدث نتيجة انقلابه عليه، أو إفلاته من يده التي كانت مطبقة عليه قبل النوم فسقط وتهشم، أو نتيجة ضربه إياه بيده. والمجنون إذا أتلّف مالا ضمن، لأنه «لا ضرر ولا ضرار»، فمقتضي هذا الحديث النبوي، أن الضرر يرتبط لا بالتكليف وإنما بإعمال مقتضي خطاب الوضيع، الذي يستلزم ترتيب المسبّب على سببه بصرف النظر عن توافر أو عدم توافر أهلية التكليف، طالما تعلق الأمر بمباشرة، لأن المباشرة علة ولا يبطل حكمها بعذر، وذلك بخلاف التّسبّب الذي ليس بعلّة، والذي لا بد أن يستجمع شرط التعدي ليندرج في إطار العلة. فالمباشر، إذن، ضامن، وإن لم يتعدّد.

والمباشر ضامن كذلك، وإن لم يتعمد، فغير المجنون، والشخص المميز، أو البالغ سن الرشد، والمتيقظ غير النائم، إذا ترتب على فعله ضرر، سواء انصرفت إرادته إلى إحداث الضرر، أو لم تنصرف إرادته إلى إحداثه، وسواء انصرفت إرادته إلى الفعل والنتيجة، أو انصرفت إرادته إلى الفعل دون النتيجة، لأن الفقه الإسلامي، لا

(١٤٢) أنظر الشيخ على الخفيف، الضمان، المرجع السابق (ج ١) ص ١٧٤.

(١٤٣) صبحي المحمصاني، المرجع السابق ص ١٧٥.

(١٤٤) مجمع الضمانات لأبي محمد بن غانم البغدادي، المطبعة الخيرية، القاهرة ١٣٠٨هـ ص ١٤١.

يشترط في الضرر الموجب للضمان أو المسؤولية أو التعويض، أن يكون ناشئاً، بالضرورة، عن اعتداء، وإنما يكفي مجرد الضرر، ليتحقق الضمان بإطلاق، وتنعقد المسؤولية بعموم، فمن اتلف مالا ظن انه ماله واتضح أنه مال غيره يضمن، ومن أتلفه بخطأ أو نسيان منه يضمن، بل إن مجرد تحقق الضرر ممن لم يصدر منه أي فعل قد يكون أساساً للضمان، كالتلف الذي يلحق مالا تحت يد ضمان، بفعل لا علاقة لصاحب يد الضمان به وسبب ذلك كما يقول بعض الفقهاء أن «الشرعة تجعل الضرر علةً وسبباً للتضمنين فإذا وجدت العلةُ وُجد المعلول». (١٤٥)

### ولكن المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد:

التسبب وحده لا يكفي للضمان، وإنما يجب أن يكون مقروناً بالتعمد، فمسئولية المتسبب في الضرر لا تتعقد، إلا إذا تعمد ارتكاب فعل مفضٍ إلى الحاق الضرر بالغير دون وجه حق، فإذا حفر شخص بئراً - أو حفرة - في الطريق العام، دون إذن وليّ الأمر، فترددت فيه دابة مملوكة لآخر، فإنه يضمن تلفها. أما إذا كانت الدابة قد وقعت في بئر حفرها في ملكه، فإنه لا يضمن تلفها، كذلك الحال، فيما «لو وضع أحد على الطريق العام الحجارة وأدوات العمارة، وعثر بها حيوانٌ آخر، وتلف، يضمن، كذلك لو صب أحد على الطريق العام شيئاً يزلق به كالدهن، وزلق به حيوان، وتلف، يضمن». (١٤٦)

ولما كان التسبب لا يصبح علةً إلا إذا انطوي على التعمد مطلقاً، أو تعمد التعدي، فإن المتسبب يضمن حال التعمد أو حال التعدي، أما إذا انتفي التعدي فلا ضمان، ولذا فلا ضمان على الراعي إذا لم يكن متعدياً، أما إن نام عن السائمة أو غفل عنها، أو تركها تتباعد عنه فإنه يكون متعدياً ويضمن.

وعلى ذلك فإنه لا مسؤولية أو ضمان في حالات التسبب كلما انتفي التعدي حتى وإن وُجد التعمد، فلا ضمان رغم التعدي، إذا كان التعدي مستنداً إلى الجواز

(١٤٥) الشيخ على الخفيف، المرجع السابق ص ٦٨.

(١٤٦) المادة ٩٢٧ من مجلة الأحكام العدلية؛ جامع الفصولين ط أولي ج ٢ ص ١٢٢؛ د. صبحي المحمصاني،

السابق ج ١ ص ١٧٥، السرخسي، المسوط ط ١ ج ٢٧ ص ٦.

الشرعي ، فالجواز الشرعي ينافي الضمان ، ولذا فإن الضرر الناجم عن القيام بعمل أو عن استعمال حق ، لا يوجب التعويض أو الضمان ، إلا في حالات استثنائية . كذلك لا ضمان رغم التعدي إذا كان التعدي مستنداً إلى إذن ، فقد يقبل المعتدي عليه إتلاف ماله ، ولم ينجم عن ذلك ضرراً لعموم المسلمين ، وقد يقبل شخص بتر عضو من جسمه عند إجراء عملية جراحية له ، قبولاً صريحاً مسبقاً ، وعندئذ لا ضمان . كما أن حالة الضرورة هي أساس شرعي لنفي الضمان ، ولكن الضرورة تقدر بقدرها .<sup>(١٤٧)</sup>

ويلاحظ في هذا الصدد أمور:

أولها : أنه إذا اجتمع المباشر والمتسبب فإن الحكم يضاف إلى المباشر لا إلى المتسبب ، إنها يلاحظ أن هناك حالات استثنائية لا يضاف الحكم فيها إلى المباشر لترتب الضرر على فعل شخص آخر ، قام فعله بالفصل بين فعل المباشر وبين التلف ، على نحو يحول دون نسبته إليه وهو ما يعرف لدي مطبقي الأنظمة الوضعية بانقطاع رابطة السببية ، وهو اصطلاح يمكن قبوله ، لأنه يؤدي معنياً صحيحاً ، ولا مشاحة في الاصطلاحات ، وقد سبق التعرض لحكم التعدد في التمهيد لهذا المبحث .

ثانيها : ان الفقه الإسلامي يقر فكرة ضمان فعل الغير وفعل الشيء والحيوان :

وإذا كان ضمان الضرر الناجم عن الشيء ، كسقوط منزل كان آيلاً للسقوط وإحداثه ضرراً بالغير . والضرر الناجم عن فعل الحيوان لا يثير جدلاً ، على ما سنشير إليه ، وسبقت به الشريعة الغراء كافة الأنظمة الوضعية التي لا تزال تبحث عن أساس لذلك ، فإن بعض الفقهاء المحدثين التبس عليه الأمر فتصور أن الفقه الإسلامي لا يميز فكرة المسؤولية عن فعل الغير وهذا تضيق لا سند له .

ففي ثنايا نقده لنظرية تحمل التبعة يقول الشيخ على الخفيف رحمه الله «ونظرية تحمل التبعة . . . لا تقوم أيضاً على أساس من المنطق سليم ، . . . ذلك بأنها تقوم

(١٤٧) انظر وهبة الزحيلي ، نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ط ٣

. ١٩٩ (١٤٠٣هـ) ص

على أن المتبوع وقد انتفع بنشاط تابعه . . . فعليه أن يتحمل تبعه هذا النشاط، وما قد يجز إليه من ضرر، والغنم بالغرم، غير أن هذا الربح وقد تولد من مال للمتبوع، وعمل قام به التابع، وأخذ عليه أجره، إنما هو مستحق للمتبوع بما دفعه من أجر، بمقتضى عقد استجاره. التابع ثمرة للملكه، وثمره الملك للمالكه، وإلزامه بعد ذلك بتعويض ما يحدث عن طريق العمل، في ذلك المال من ضرر، لا يد له فيه، ليس له سبب سليم يؤسس عليه»<sup>(١٤٨)</sup>.

ولنا أن هذا القول يصدق تماماً لو كانت الأمور تقف عند حد مسؤولية المتبوع عن عمل التابع بإطلاق، ولكن الحقيقة أن المتبوع يرجع بما أذاه عن التابع على هذا التابع، كما أن الضمان أو المسؤولية منوطَةٌ بشروط كثيرة منها أن يكون الضرر قد وقع أثناء أو بسبب تأدية العمل أو بمناسبة الوظيفة، وهذا يحقق مصالح كثيرة للناس في حياتهم المعاصرة، حيث تعوض الدولة من أضرارها بسبب أخطاء موظفيها أثناء أو بسبب أعمالهم، ولو تركتهم الدولة ليطالبوا التعويض منهم فربما لا يتحصل المضرور على تعويض لإعسار الموظف مثلاً، وهنا يؤدي هذا النوع من الضمان فوائد كثيرة للمضرور أو ورثته، وإذا كان هذا يحقق المصلحة فإنه يصبح أمراً لا بأس به، ولكن الأمر - رغم ذلك - يحتاج لدراسات موسعة.

وأما فيما يتعلق بضمان فعل الحيوان، فإن الأصل فيه، وما ينشأ عنه من ضرر، أن يكون جباراً، أي هدرًا لا ضمان معه ولا مسؤولية بسببه، لأن الحيوان ليست له ذمة، وليس له إدراك، ويؤخذ هذا من قوله صلى الله عليه وسلم فيما رواه أبوهريرة ومسلم «العَجَاءُ جَرَحُهَا جَبَارٌ».

فإذا لم يكن للدابة مالك فجرحها جبار، وإذا كان للدابة مالك ولكنه لم يتعد تقصيراً أو اهمالاً فإن جرحها جبار، وينتفي التعدي إذا كان الضرر لم يقع في ملك الغير ولا في الطريق العام، وإنما في ملك صاحب الحيوان ذاته، ووقع بيدي أو رجلي أو ذيل الدابة، أو حدث الضرر من الدابة في ملك الغير ولكن بعد أن استأذن

(١٤٨) قال بذلك الشيخ على الخفيف، في مؤلفه السابق ص ٦٠.

حائزها، مالك المكان في دخولها، فأحدثت الضرر بالأعضاء المتقدمة، أو إذا وضع شخص دابته في مكان له حق ربطها فيه بالاشتراك مع غيره، فأتلقت دابته دابة غيره.

وعلى العكس مما تقدم فإن مالك الحيوان إذا قصد أو تعمد الإيذاء فإنه يكون مسئولاً ويضمن، كما لو أغري إنسان كلبه ليعض إنساناً أو حيواناً فعقره،<sup>(١٤٩)</sup> أو أرسل بهيمةً فأتلقت فور الإرسال شيئاً.<sup>(١٥٠)</sup>

كذلك فإنه إذا كان الإنسان بمثابة المباشر فإنه يضمن، فلو داست الدابة شيئاً لأحد فأتلفته، ضمن الراكب باعتباره مباشراً، حتى وإن لم يكن متعمداً.

ولما كان النبي صلى الله عليه وسلم قد قضى في جناية البهائم في حال دون حال، فقد بحث الفقهاء ذلك،<sup>(١٥١)</sup> وقسموا جناية البهائم إلى قسمين:

أولهما: جنايتها في المزارع والبساتين.

وثانيهما: جنايتها في غير المزارع والبساتين.

١ - ففيما يتعلق بجناية البهائم في المزارع والبساتين: فإن البهائم بالنسبة لها قد يمكن التحرز عنها وقد لا يمكن ذلك، فجناية البهائم التي يمكن التحرز عنها، في المزارع والبساتين، يقصد بها أي فعل، يصدر عن المواشي والدواب، يفضي إلى إفساد بالمزارع أو البساتين كالتلف وما عداه، ويقول جمهور الفقهاء إن أصحاب البهائم يضمنون ما تفسده المواشي ليلاً في المزارع والبساتين في حالتين: أولاهما: إذا كانت تلك المواشي قد أرسلت، للرعي.

والثانية: إذا كانت المواشي قد انفلتت ليلاً بدون تقصير أصحابها. ولا ضمان على أصحابها فيما أفسدته بالنهار، إذا كانت بلا راع، فإن كان لها راع، حتى وإن كان صبياً، فإن مالكها يضمن، ولا ضمان إن كانت قد سرحت بعيداً عن

(١٤٩) صبحي المحمصاني، السابق ص ٢٣٩.

(١٥٠) جامع الفصولين، المرجع السابق ص ١١٨.

(١٥١) من الباحثين المحدثين انظر بوجه خاص د. سليمان محمد أحمد، ضمان التلقات في الفقه الإسلامي، رسالة

دكتوراه من الأزهر (١٩٧٥م) ١٣٩٥ هـ ج ٢ ص ٣٧٢.

المزارع والبساتين، إلى حد يغلب معه على الظن، أنها لن تصل إليها، أما إذا سرحها صاحبها قرب المزارع والبساتين فعليه ضمان ما أفسدته. (١٥٢)

إنما يلاحظ أن البهيمة إذا كانت معروفة بالعداء، وأفسدت مال الغير، فإن صاحبها يكون ضامناً، سواء حدث الإتلاف ليلاً أو نهاراً، شريطة ألا يكون قد حفظها على نحوٍ يحول، عادة، دون تسربها، أو سلمها إلى راعٍ غير قادر على حفظها.

والسند الشرعي للضمان، في الحالات التي يلزم فيها الضمان، هو:

أولاً: دلالة قوله تعالى:

﴿وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحَكْمِهِمْ شَاهِدِينَ﴾ (٧٨) فَفَهَمْنَاهَا سُلَيْمَانَ وَكُلَّاءِ أَيْدِنَا حُكْمًا وَعِلْمًا

[الأنبياء ٧٨ وجزء من ٧٩].

فالنفش رعي الليل، وقد قضى سليمان عليه السلام، بدفع الغنم لأصحاب الحرث يتفعلون بها، ويدفع الحرث لأصحاب الغنم ليقوموا بعمارته حتى يعود لما كان. وعندئذ يرد كل واحدٍ مال الآخر لصاحبه.

ثانياً: ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، عندما دخلت ناقة البراء بن عازب حائط رجل فأفسدت فيه، من أنه قضى: «أن على أهل الحوائط حفظها بالنهار وأن ما أفسدت المواشي بالليل ضامن على أهلها» أي مضمون عليهم. ولا يخالف هذا الحديث، الذي قال فيه ابن العربي أنه صحيح لا كلام فيه، (١٥٣) حديث «العجماء جرحها جبار» لأن هذا الحديث الأخير عام، أما الحديث المتعلق بناقة البراء، فهو خاص، «والعام ينبني على الخاص ويُردُّ إليه». (١٥٤) وحكمة ضمان صاحب الماشية، ما تفسده الماشية بالليل دون النهار، أن النهار معاش، وأرباب المزارع يجرسونها نهاراً، فإذا ماجن الليل، كان الواجب على أصحاب الماشية حفظها ليلاً، وهذا بدهي،

(١٥٢) المرجع السابق ص ٣٧٢ وما بعدها والشيخ علي الخفيف، السابق ص ٢٤١ وما بعدها.

(١٥٣) أحكام القرآن لأبي بكر محمد بن عبدالله المعروف بابن العربي ط ١ (١٣٧٦هـ) ج ٢ ص ٢٥٥.

(١٥٤) انظر كتابنا مستقبل التشريع الإسلامي ج ٣ ص ٦٤ وما بعدها والمراجع المشار إليها.

فأصحاب المواشي مضطرون إلى إرسال مواشيهم للرعي بالنهار، ويشقُّ عليهم حفظها وقت حاجتها للرعي، ويكون من المناسب قيام أصحاب المزارع بحفظ مزارعهم نهاراً، لا سيما وأن العادة تقضي بأنهم يتواجدون في هذه المزارع نهاراً، ولكن «لو اضطربت العادة في بعض البلاد، فكان بعضهم يرسلها ليلاً، وبعضهم يرسلها نهاراً، فالظاهر - فيما يقرره ابن حَجَرٍ - أنه يُقضي بما دل عليه الحديث»<sup>(١٥٥)</sup>.  
ثالثاً: المعقول: ذلك أن ترك صاحب الماشية ماشيته ليلاً يدل على تفريط في حفظها، كما أن صاحب الزرع لا يمكنه التحفظ على زرعه ليلاً.

ولكن الضمان منوط بكون المزارع مما تتداخل مع المراعي، وهي ما ورد بشأنها حديث ناقة البراء، أما إن كانت المزارع للزارع وحده وليست مسرحاً، فإن على أصحاب الماشية حفظها عنها ليلاً ونهاراً بحيث لا تخرج بدون سائقين، كذلك فإنه إذا كان المكان مكان سرح ليلاً ونهاراً، وقام شخص بالزراعة فيه دون إذن الإمام، فإنه وحده يكون مسئولاً عن حفظ مازرع، ولا ضمان على ما تتلفه الماشية فيه، وكل ذلك باستثناء بعض الآراء للأحناف والليث وعطاء وعمر بن الخطاب.<sup>(١٥٦)</sup>

٢ - وفيما يتعلق بجناية البهائم في غير المزارع والبساتين: فإنه من المستقر عليه: أولاً: أنه إذا أتلقت البهيمة شيئاً ليلاً أو نهاراً ولم تكن لصاحبها يد عليها، فجمهور الفقهاء المسلمين على أنه لا ضمان على مالكها، استناداً إلى قوله صلى الله عليه وسلم: «العجماء جرحها جبار».

ثانياً: إذا أتلقت البهيمة شيئاً في غير الزرع وكان معها راكب أو سائق أو قائد فإن جمهور الفقهاء على أن هؤلاء يضمنون ما أصابت الدابة أو ما أحدثت من تلف وإن كانوا قد اختلفوا في بعض الجزئيات غير المؤثرة، وسند هؤلاء ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه، قضي بالدية على من أجري فرسه، فوطئت آخر، أي مشت عليه، فالحكم أولى بالنسبة لمن يمسك بزمام دابة. كما أحتج البعض

(١٥٥) فتح الباري، السابق، ج ١٢ ص ٢٢٩.

(١٥٦) في تفصيلات ذلك، د. سليمان محمد أحمد، الرسالة المذكورة ص ٤٠١ وما بعدها.

بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم «الرَّجُلُ جُبَارٌ»<sup>(١٥٧)</sup>. فإذا كان لا ضمان على فعل رجل الدابة، فالضمان فيما عداها واجب. مع ملاحظة ما سبق من أن الرجل جبار إذا لم يحدث تقصير أو إهمال، وفعلت الدابة ذلك بنفسها، دون أن يدفعها إليه أحد، ولم يفرط حائزها في حفظها ولم يوقفها في طرق المسلمين وأسواقهم على ما تقدم بيانه، فالمسئولية التقصيرية كجزء من المسئولية المدنية وكمقابل لجانب من الضمان معروفة إذن في الفقه الإسلامي بشكل دقيق.

---

---

(١٥٧) الشيخ علي الخفيف، المرجع السابق ص ٢٤٣؛ ود. سليمان محمد أحمد، الرسالة السابقة ص

## الخلاصة

وعلى ما تقدم فإن المسؤولية المدنية، لها مجال إعمال في فقه الشريعة الغراء بحسبانها جانباً من فكرة الضمان وأساسها في ضوء الأدلة الشرعية المتقدمة:

- أن الضرر الذي يحدث من الشخص، أو ممن هو مسئول عنه، أو تابع له، أو من الشيء المملوك له، أو الذي يجرسه، أو الحيوان الذي في حيازته، هو مناط التعويض وفقاً للقواعد المقررة شرعاً، مع احتفاظ المتبوع بحقه في الرجوع على التابع، كذلك فإن الإخلال بالعقد يوجب التعويض.

- كما أن فكرة الضمان تتسم بالآتي:

- ١ - إنها أوسع نطاقاً من نظرية المسؤولية التقصيرية والعقدية أي المسؤولية المدنية المعروفة وضعاً.
- ٢ - إنه ليس فيها ما يحول دون تخصيص جانب منها لكي يُعالَج تحت عنوان المسؤولية المدنية، طالما أن المسؤولية اصطلاحاً إسلامي عقدي أصيل.
- ٣ - إنه ليس هناك ما يحولُ شرعاً، دون تخصيص جانب من نظرية الضمان، لتبدأ منه دراسات إسلامية متعمقة، لمعالجة فُرْعِي المسؤولية المدنية، وهما المسؤولية العقدية (أو اليد التي تطالب بالتعويض والاستحقاق)، والمسؤولية التقصيرية (أو اليد التي أحدثت الضرر وتَسأل عنه) مع ملاحظة مايلي:

١ - إن الضرر هو أساس الضمان في الفقه الإسلامي، بيد أن الضرر إن نجم عن فعل خاطيء أو عن تعدد، فلا مانع من معالجة الأمر أيضاً في النطاق الإسلامي، حتى يثري الواقع العملي في العالم الإسلامي بحلول تيسر نقل القضاة المتشبعين

بالنزعة الوضعية في كثير من الدول الإسلامية إلى رحاب الفقه الإسلامي، فالمسئولية الموضوعية في الشريعة الإسلامية تتسع أيضاً لإعمال قواعد المسئولية الخطيئة في بعض الفروض بجانبها.

- ٢ - إن الضمان في حالة العقد، قد يكون ضمان عقد بالمعنى الأخص في الأنظمة الوضعية، أي مجرد الالتزام، وقد يكون ضمان ما نجم عن الإخلال بالعقد، حين يكون التعويض بصوره المتعددة هو الجابر للضرر المتولد عن العقد.
- ٣ - إن الجوائح في الشريعة الغراء، لا تنفي مسئولية الملتزم في حالة ما إذا كان هو المتسبب في عدم الوفاء، ولكن لا مسئولية إذا انتفي الضرر، أو انتفي الخطأ في حالة ما إذا كانت المسئولية في بعض الفروض تستلزم هذا الخطأ، أو لم تقم بينه وبين الضرر علاقة سببية، بحيث لم يكن من الممكن عزو الضرر إلى الشخص المطالب بالتعويض أو الضمان.

وعلى ذلك فإن المسئولية المدنية في الفقه الإسلامي، هي الأثر الشرعي المترتب على إخلال الشخص بالتزام عقدي (أو التزام مبني على إرادة الملتزم وحده) أو بالتزام عام في الشريعة بعدم الإضرار بالغير، فإذا أحدث شخص ضرراً بآخر، من جراء مخالفته نصوص العقد أو اتيانه عملاً ضاراً أياً كان، فإنه يضمن أي يلتزم بالتعويض الشرعي، وكل ذلك لا ينفي وجود أصل إسلامي آخر حاصله أنه لا يجوز لأحد أن يثري بلا سبب شرعي على حساب غيره.

هذا وأسأل الله تعالى أن يسامحني عما أكون قد ترديت فيه من خطأ غير مقصود.  
فالكمال لله وحده وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين ..