

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كلية الشريعة والقانون

الجامعة الإسلامية العالمية

قسم الدراسات العليا

اسلام آباد - باكستان

7-1682

ضمان الفعل الشخصي

دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

(بحث لنيل درجة الماجستير في الشريعة والقانون)



تحت إشراف: فضيلة الأستاذ الدكتور: سيد عواد علي عواد

من إعداد الطالب: عبد الرزاق ياسين شيخ علي

العام الجامعي: ١٤١٨هـ - ١٤١٩هـ

١٩٩٨م - ١٩٩٩م

رقم التسجيل: ٢٣٦-SF/LL.M / ٩٤

4/2/2011
C

MS
٢٩٧٤ ١٤
ع ل ض
فقہ اسلامی - خان

T-1682

Accession No

Ed
C
26/2/2011

DATA ENTERED

Amz 17/01/14

R
T-1682

C
26/2/2011

لجنة المناقشة

تمت مناقشة هذا البحث في يوم

التاريخ: / / م الموافق / / هـ

توقيعاتهم	اسماء اعضاء لجنة المناقشة
	* المناقش الداخلي:
	* المناقش الخارجي:
	* المشرف على البحث: أ.د. سيد عواد على عواد
	* الملاحظات:



الإهداء

إلى والديّ الكريمين اللذين ربّيانى صغيراً وإلى من أنار لى
طريق الحياة بالعلم والمعرفة وقام بتعليمى وتهذيبى .
وإلى جميع من يهتم بدين الإسلام وتطبيق أحكامه أهدى
إليهم جميعاً هذا البحث المتواضع ، سائلاً ربّ العالمين أن
يمنّ عليهم بالرحمة والمغفرة وأن يدخلنا وإياهم فى عباده
الصالحين .

شكر وتقدير

الحمد لله وحده والصلاة والسلام على من لا نبى بعده، يقول المولى عز وجل: [لئن شكرتم لأزيدنكم] ^(١)، ويقول المصطفى صلى الله عليه وسلم «من لم يشكر الناس لم يشكر الله» ^(٢)، وانطلاقاً من هذا أتوجه بالشكر إلى كل الذين أعانوا على إنجاز هذا البحث المتواضع .

وأبادر بتسجيل شكرى الخاص لأستاذى الجليل الدكتور: سيد عواد على عواد، إذ تكرم بقبول الإشراف على هذه الرسالة، وقد فتح لي صدره الرحب، ومنحني خلال فترة البحث الكثير من وقته الثمين، وزودني بتوجيهاته العلمية الدقيقة، وملاحظاته القيمة العميقة، كل ذلك في طلاقة وجه ورحابة صدر وعناية ورعاية. فجزاه الله خير الجزاء وامد الله في عمره لخدمة الدين والإسلام.

وجزى الله بالخيرات أسرة الجامعة الإسلامية العالمية بإسلام آباد، والأساتذة بكلية الشريعة والقانون بالجامعة الإسلامية الذين وقفوا معي طيلة سنوات الدراسة والبحث مساندين ومؤازرين.

وأشكر الأخ محمد حفيظ موظف الكمبيوتر بالجامعة على جهوده الكريمة في طباعة وإخراج هذا البحث، وأسأل الله أن يضع ذلك الجهد في ميزان حسناتهم، وأن ينفع بهذا البحث ويجعله خالصاً لوجهه الكريم.

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

١ - سورة إبراهيم ، الآية / ٧ .

٢ - سنن الترمذي - حديث رقم ١٩٥٥ ، ج ٤ / ٣٣٩ دار الدعوة - استنبول - تركيا .

المقدمة

وتشمل:

- أ. أهمية الموضوع.
- ب. سبب اختيار الموضوع.
- ج. منهجى فى البحث.
- د. خطة البحث.

مقدمة

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستهديه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضلّ له ومن يضلله فلا هادي له، ونشهد أن لا إله إلا الله ونشهد أن محمداً عبده ورسوله وصفيه من خلقه وحبيبه، فصلاة الله وسلامه عليه وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

وبعد:

فلقد شاء الله لي أن أكون من طلبة هذه الجامعة العريقة في رسالتها ومعناها. هذه الجامعة التي ظلت - ولا تزال - تصارع وتقاوم الزوابع الغربية والشرقية برسالتها ومعناها، وظلت أيضاً - ولا تزال - منارة يستهدي بها أبناء المسلمين في ظلمات الجهل، ويهرعون إليها من مشارق الأرض ومغاربها، من كل فج عميق «ليتفقوا في الدين ولينذروا قومهم إذا رجعوا إليهم لعلهم يحذرون»^(١).

أ. أهمية البحث:

إن الشريعة الإسلامية هي المنهج الرباني المقرر لأهل الأرض لتدبير شؤون حياتهم، وقد تناول فقهاء الشريعة الإسلامية موضوع الضمان كسلطة وقائية لدفع الأخطار عن النفس والعرض والمال واعتبروا أنه من أهم دعائم النظام والاستقرار في المجتمع، فبحثوا في أحكامه وفصلوا قواعده وبيّنوا شروطه وآثاره.

وفي عصرنا الحاضر نرى أن الجرائم والاعتداءات في الأموال قد كثرت كثرة ملحوظة في الوقت الذي فشل فيه القانون في الحد أو التخفيف من هذه الظاهرة. لذلك تزداد الحاجة إلى تطبيق نظام إسلامي لصيانة أموال الناس وذلك بمنع ينوي الاعتداء عليها.

والبحث الذي بين أيدينا هو موضوع ضمان الفعل الشخصي وأحاول بقدر المستطاع أن أجمع

١ - سورة التوبة آية رقم ١٢٢ .

أطرافه المبعثرة في كتب الفقه، مع المقارنة بالقانون الوضعي لأظهر عالمية الفقه الاسلامي وصلاحيته لكل مكان وزمان إلى قيام الساعة، كما أن هذا البحث هو عبارة عن بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير في الشريعة والقانون، أسأل الله أن يوفقني لما فيه الخير والسداد.

ب: سبب اختيار الموضوع:

إن الدافع لاختيار موضوع ضمان الفعل الشخصي عدة أسباب أهمها:

١ - تناول الفقهاء موضوع الضمان باعتباره أهم ركائز المجتمع واستقراره لمنع وقوع أضرار الجرائم على الأموال وقد عازمت - بعد توكلّى على الله تعالى - أن أجمع شتات مادة الموضوع، وأقرب بين أطرافه وأنسق بين جزئياته.

٢ - أن منع الاعتداء على الأموال له أهمية كبرى إذ أن صيانة وحفظ الاعراض والأموال من مقاصد الشريعة.

٣ - رغبتى في الكتابة في موضوع الضمان، لذا فقد جعلت موضوع رسالتى في أحد جزئياته، وهو "ضمان الفعل الشخصي" دراسه مقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعي.

٤ - أن هذا الموضوع - فيما أعلم - لم يتعرض إليه أحد من طلاب الدراسات العليا بالجامعة.

جـ: منهجى في البحث:

لقد ألزمت نفسى وأنا أبحث في موضوع الرسالة أن أكون باحثاً في الفقه الاسلامى سالكاً النهج الحديث في التعبير والعرض والتبويب وقد كان منهجى في هذا البحث كما يلي:

١ - الدقة في النقل وإسناد كل رأى لصاحبه.

٢ - استعنت بالقرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة، واعتمدت على الكتب الفقهية المعتمدة في المذاهب الأربعة.

٣ - استدلت بالآيات القرآنية مشيراً إلى سورها وأرقامها في المصحف الشريف.

٤ - حاولت - بقدر الإمكان - أن أرجع أولاً إلى كتب الحديث الستة - وهي - البخارى ومسلم والترمذى والنسائى وابو داود وابن ماجة وغيرها من الكتب الحديث الأخرى.

٥ - ذكرت - مواضع الخلاف والاتفاق - بين الفقهاء، في كل مسألة وذكرت أدلة كل مذهب، ورجحت ما رأيته راجحاً بلا تعصب إلا لقوة الدليل النقلى أو العقلى.

٦ - المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى فيما تمكن فيه المقارنة .

٧ - ذكرت النتائج التى توصلت إليها من خلال معالجتي لهذا الموضوع في خاتمة البحث.

٨ - ذكرت المصادر والمراجع التى استعنت بها في اعداد هذا البحث المتواضع.

٩ - على الرغم من أنى جعلت عنوان هذا البحث "ضمان الفعل الشخصى" إلا أننى استعملت كثيراً عبارة الفعل الضار أو المسئولية التقصيرية - لأنها لا تخرج في معناها عن ضمان الفعل الشخصى.

١٠ - وأخيراً حاولت بقدر المستطاع أن أذكر في الهامش تراجم الاعلام .

١١ - جعلت عدة فهارس من الآيات القرآنية والأحاديث النبوية الشريفة وموضوعات البحث.

د- خطة البحث:

موضوع البحث هو : ضمان الفعل الشخصى، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى.

وتتكون هذه الخطة بمشيئة الله تعالى من:

- مقدمة

- وتمهيد

- وثلاثة فصول

- وخاتمة .

الفصل الأول : ماهية الضمان والأفعال الضارّ وبعض متعلقاتها وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: تعريف الضمان وبيان أدلة مشروعيته. وقسمت هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: تعريف الضمان.

المطلب الثاني: بيان أدلة مشروعية الضمان.

المبحث الثاني: ماهية الفعل الضارّ وبيان أدلة تحريمه. وفيه مطلبان.

المطلب الأول : تعريف الفعل الضارّ في اللغة والاصطلاح الفقهي وعند أهل القانون .

المطلب الثاني : أدلة تحريم الفعل الضارّ.

المبحث الثالث : علاقة الفعل الضارّ بنظرية تحمل التبعة وفيه ثلاثة مطالب.

المطلب الأول : تحديد المراد بتحمل التبعة.

المطلب الثاني: نشأة هذه النظرية.

المطلب الثالث : علاقة الفعل الضار بنظرية تحمل التبعة.

المبحث الرابع : التطور التاريخي للفعل الضار عند أهل القانون، وفيه فرعان:

الفرع الأولي : المسؤولية من حيث أساسها.

الفرع الثاني : المسؤولية من حيث الجزاء فيها.

الفصل الثاني : المسؤولية التقصيرية عن الخطأ الشخصي وفيه مبحثان :

المبحث الأول : تعريف المسؤولية في اللغة والاصطلاح الفقهي وعند أهل القانون.

وقسمته إلى مطلبين:

المطلب الأول : تعريف المسؤولية.

المطلب الثاني : نظرية المسؤولية في الشريعة الإسلامية وفي القانون.

المبحث الثاني : أركان المسؤولية التقصيرية عن الخطأ الشخصى وفيه تمهيد وثلاثة مطالب.

المطلب الأول : الخطأ التقصيري.

المطلب الثاني : الضرر .

المطلب الثالث : علاقة السببية بين الضرر والخطأ .

الفصل الثالث: أنواع الضرر في المسؤولية التقصيرية وطرق التعويض عنه.

وفيه مبحثان :

المبحث الأول : انواع الضرر في المسؤولية التقصيرية وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : الضرر الجسدى.

المطلب الثاني : الضرر المالى.

المطلب الثالث : الضرر التعسفى.

المبحث الثاني: طرق التعويض عن الضرر والعوامل المؤثرة فيه، وأثر إنتفاء المسؤولية.

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : طرق تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية.

المطلب الثاني : العوامل المؤثرة في تقدير التعويض.

المطلب الثالث : بعض حالات انتفاء المسؤولية.

الخاتمة:

وأما الخاتمة فقد جعلتها فى أهم ما توصلت إليه من خلال معالجتى لفصول هذا البحث ومباحثه ومطالبه وفروعه، والله سبحانه المستعان ولا حول ولا قوة إلا بالله العلى العظيم.

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه أجمعين.

تمهيد

الضمانات الأساسية في المجتمع

الحمد لله وحده والصلاة والسلام على من لا نبي بعده ؛

لمعالجة هذا الموضوع كان لا بد من الحديث أولاً عن الضمانات كمبدأ عام ثم اتباع ذلك بالكلام عن ضمان الفعل الشخصي بوجه خاص وذلك في فرعين:

الفرع الأول : الضمانات بوجه عام:

الإسلام هو الدين الذي رسمه الله تعالى للبشر فهو المصدر للضمانات التي تحقق لكل فرد السعادة والأمن لا في الدنيا فحسب بل في الدنيا والآخرة. فإن الضمانات الجديرة بالاعتبار هي الضمانات التي تقررها الشارع الحكيم، ولا يستطيع البشر مهما أوتوا من فكر وذكاء أن يضعوا لأنفسهم مثل هذه الضمانات، ولذلك جاءت الرسل تنبئ إلى هذه البشرية لتعرفها كيف تعيش في أمن وكيف تتوفر لها الضمانات التي تحفظ لها هذا الأمن.

وما دامت الشريعة الإسلامية جاءت من عند الله سبحانه وتعالى كاملة شاملة لا عيب فيها ولا نقص، فأول مزية من مزاياها هي القيام بالعدل الكامل إذ لم تأت إلا لإقامة القسط والميزان العادل بين الناس بواسطة الرسل، وقد قال الله تعالى في هذه المعنى: ﴿لقد أرسلنا رسلنا بالبينات وأنزلنا معهم الكتاب والميزان ليقوم الناس بالقسط﴾^(١).

ومقتضى العدل ومؤداه المنع من جميع أنواع الظلم والتعدي بمراعاة المصالح العامة والخاصة، لأن الإسلام قد بنى نظامه الوقائي على مصالح المجتمع عاجلاً وأجلاً، بحيث لم تكن غايته من العقوبات إلا المحافظة على الضرورات الخمس وهي: المحافظة على الدين والنفس والعقل والنسل والمال.

١ - سورة الحديد الآية / ٢٥ .

وأحسن القول في ذلك كله ما قاله ابن قيم الجوزية: "إن الشريعة مبناه وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد، وهي عدل كلّها ورحمة كلّها ومصالح كلّها وحكمة كلّها، فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور، وعن الرحمة إلى ضدها، وعن المصالح إلى المفسدة، وعن الحكمة إلى العبث، فليست من الشريعة"^(١).

ولكن عندما يغتر البشر بأنفسهم ويرون أنهم ليسوا في حاجة إلى هدى السماء، من هنا يأتي الفشل في الحياة، وتسود بينهم شريعة الغابة، ثم تحقق عليهم كلمة العذاب، وقد قال المولى عز وجل: ﴿وَكَانَ مِنْ قَرْيَةٍ عَتَتْ عَنْ رَبِّهَا وَرَسُولِهِ فَحَاسِبْنَاهَا حِسَابًا شَدِيدًا وَعَذَبْنَاهَا عَذَابًا نَكْرًا. فَذَاقَتْ وَبَالَ أَمْرِهَا وَكَانَ عَاقِبَةُ أَمْرِهَا خُسْرًا﴾^(٢).

ولقد تحمل البشر عاقبة اغترارهم وعتوهم عن أمر ربهم وإهدارهم للضمانات التي قررتها السماء وجاءت على السنة الرسل، وكانت العاقبة خسران الدنيا والآخرة.

والذي يطلع على تاريخ البشرية - وقد أهدرت هذه الضمانات - يرى مأسى تقشعر لها الابدان، ويشيب لها الولدان، فقد كان تعذيب المتهمين بأقصى أنواع العذاب أمراً عادياً ومألوفاً في تشريعات وأعراف الأمم السابقة.

ففي القانون الروماني مثلاً - كانت الوحشية والقسوة هما القاعدة في تعذيب المتهمين^(٣). وكان القانون الصيني يقضى على أقرباء المجنون والصغير اللذين ارتكبا جريمة قتل بأشد أنواع العقوبات واقساها التي أقلها القتل.

وحتى في القرون الوسطى - وهي قرون وسطى بالنسبة للغرب - وهذه القرون تبدأ بعد ظهور الاسلام بستة قرون تقريباً، وتستمر حتى أواخر القرن الثامن عشر، كانت أحكام الملوك قوانين

١ - إعلام الموقعين عن رب العالمين - لأبي عبد الله محمد بن أبي بكر - المعروف - بإبن قيم الجوزية المتوفى عام ٧٥١هـ - ج ٣/٣ دار الجيل - بيروت.

٢ - سورة الطلاق الأيتان ٨ و ٩ .

٣ - الدفاع الاجتماعي - للدكتور نيازى حتاة ص/ ٥٨ .

نافذة، فلا راد لقضائهم ولا معقب لحكمهم، فيحكمون بالموت على من يشاعون، ويحكمون بالحياة لمن يشاعون.^(١)

وفي عصرنا هذا وقد كثرت صيحات تهتف بالاهتمام بالإنسان ورعاية حقوقه وإشباع حاجاته وتحقيق أماله ، نرى أن بعض الحكام ينقضون حقوق الانسان، إذ يحرمون العمال في الدول الخاضعة للحكم الشيوعي من هذه الحقوق فإن الحكومات الماركسية لا تسمح لأية طائفة في المجتمع أن تنارعها أو تشاركها السلطة على أية صورة من الصور.

الفرع الثاني: ضمان الفعل الشخصي بوجه خاص:

موضوع ضمان الفعل الشخصي في الشريعة موضوع دقيق يحتاج إلى كثير من البحث والتفكير والتنظيم والتنسيق لإعطائه الصورة التي تجعله قريباً من العقلية المعاصرة والتفكير الحديث.

و ضمان الفعل الشخصي من الأمور الأساسية التي لا بد أن تكون راسخة في اذهان الناس حيث ترتبط بكل انواع العلاقات بين البشر - اعنى علاقة الفرد بالفرد، وعلاقة القبيلة بالقبيلة وعلاقة الحكام بالمحكومين.

وهذا الضمان الاساسى قرره القرآن في عدة مواضع من سوره، مثل:

قوله تعالى: ﴿لَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾^(٢)، ﴿لَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا﴾^(٣)، ﴿مَنْ عَمِلْ صَالِحًا فَلِنَفْسِهِ وَمَنْ أَسَاءَ فَعَلَيْهَا﴾^(٤)، ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾^(٥)، ﴿مَنْ يَكْسِبْ إِثْمًا فَإِنَّمَا يَكْسِبْهُ عَلَى

١ - محاضرات بالفرنسية في تاريخ القانون الجنائي:

Cours d. histoire dudroiy penal Bongert, pp-17-18 .

٢ - سورة الاسراء الآية / ١٥، وسورة فاطر الآية / ١٨ .

٣ - سورة الانعام الآية / ١٦٤ .

٤ - سورة فصلت الآية / ٤٦ .

٥ - سورة المدثر الآية / ٣٨ .

نفسه^(١).

وكذلك فقد ورد في السنة النبوية الشريفة عدّه أحاديث تدل على تقرير مبدأ ضمان الفعل الشخصي منها مايلي:

- قوله صلى الله عليه وسلم: « لا يجنى جان إلا على نفسه، لا يجنى والد على ولده، ولا مولود على والده»^(٢) رواه الإمام أحمد في مسنده.

- قوله صلى الله عليه وسلم: « لا يؤخذ الرجل بجريرة إبنه ولا بجريرة أخيه»^(٣).

- ومنها قوله صلى الله عليه وسلم « لا يجنى عليك ولا تجنى عليه»^(٤).

مسألة :

ولكن يثور هنا تساؤل عن موضوع الديات حيث يجب على العاقلة^(٥) أن تدفع دية المقتول بدلا من الجاني في القتل الخطأ، أليس هذا ضدّ مبدأ ضمان الفعل الشخصي، لأنّ تحمل العاقله نوع من العقاب الجمعي الذي يتعدى الجاني إلى غيره.

فالجواب عن هذا السؤال فقد قرر الفقهاء أن الدية في خطأ البالغ العاقل أو في جرائم ناقص الأهلية تثبت أولاً على مرتكب الجرم، ثم تنتقل المطالبة والمسئولية إلى الأسرة او القبيلة من قبيل التعاون بين أحادها.

فقد قال أبو بكر الجصاص^(٦): "لقد تواترت الآثار عن النبي صلى الله عليه وسلم في ايجاب دية

١ - سورة النساء الآية / ١١١ .

٢ - مسند احمد ج ٤٩٩/٣ طبعة دار الدعوة استنبول - تركيا .

٣ - مجمع الزوائد ومنبع الفوائد - للحافظ نور الدين على ابي بكر الهيثمي - المتوفى ٨٠٧ هـ ج ٦ / ٢٨٣ دار الكتاب العربي - بيروت .

٤ - مسند احمد ج ١٤/٤ ، أنظر ايضاً : إرواء الغليل في تخريج احاديث منار السبيل ج٣٢٢/٧ - المكتبة الإسلامية - بيروت - للشيخ محمد ناصر الدين الألباني .

٥ - العاقلة : هم العصابة وهم القرابة من قبل الأب الذين يعطون دية قتل الخطأ - انظر لسان العرب ج١١/٤٦٠ .

٦ - أحكام القرآن - للإمام أبي بكر احمد بن علي الرازي الجصاص - ج٣/١٩٤ ، دار المصنف - عبد الرحمن محمد بالقاهرة .

الخطأ على العاقلة واتفق السلف وفقهاء الأمصار عليه، وأما الآيات التي تدل على مبدأ ضمان الفعل الشخصي، فلا دلالة فيها على نفى وجوب الدية على العاقلة، لأن الآية إنما نفت أن يؤخذ الإنسان بذنب غيره وليس في إيجاب الدية على العاقلة أخذهم بذنب الجاني، إنما الدية عندنا على القاتل وأمر هؤلاء القوم بالدخول معه في تحملها على المواساة له من غير أن يلزمهم ذنب جنايته.

وهذا. مثل: الزكاة : فقد أوجب الله في أموال الاغنياء حقوقاً للفقراء من غير إلزامهم ذنباً لم يذنبوه بل على وجه المواساة وأمر بصلة الأرحام بكل وجه أمكن وأمر ببر الوالدين وهذه كلها أمور مندوب إليها للمواساة وصلاح ذات البين فكذا أمرت العاقلة بتحمل الدية عن قاتل الخطأ على جهة المواساة من غير اجحاف بهم، وإنما يلزم كل رجل منهم ثلاثة دراهم أو أربعة دراهم، وقد كان تحمل الديات مشهوراً في العرب قبل الإسلام وكان ذلك مما يعد من جميل أفعالهم ومكارم الأخلاق، وقال النبي صلى الله عليه وسلم «بعثت لأتمم مكارم الأخلاق»^(١) فهذا فعل مستحسن في العقول مقبول في الأخلاق والعادات».

ومن هذا يتضح أن هذا الضمان لا يعكر عليه ما أثير من موضوع الديات وأن الشريعة قد قررتة ضماناً عاماً للجميع فلا يسأل عن الجناية إلا من ارتكبها ولا يؤخذ أحد بجريمة غيره مهما كانت الجريمة ومهما كان مرتكبها.

لذلك يجب على الانسان الذي يعيش في مجتمع أن ينظر إلى جانبيين متلازمين:

١ - جانب الحقوق .

٢ - جانب الواجبات.

فكما له أن يأخذ عليه أن يعطى، وسنة الحياة أن يسير مجتمع الناس على هذا الأساس من الأخذ والعطاء.

ولذلك رأيت أن أجعل بحثي حول هذا المبدأ الاساسى وهو ضمان الفعل الشخصى.

١ - موطأ - الامام مالك بن أنس - كتاب حسن الخلق ج٢/٩٠٤ دار الدعوة - استنبول - تركيا - (رواية مالك هي: بعثت لأتمم حُسن الأخلاق).

الفصل الأول

**ماهية الضمان والأفعال الضارة وبعض متعلقاتها.
وفيه أربعة مباحث :-**

- المبحث الأول : تعريف الضمان وبيان أدلة مشروعيته.**
- المبحث الثاني: ماهية الفعل الضار وبيان أدلة تحريمه.**
- المبحث الثالث : علاقة الفعل الضار بنظرية تحمل التبعة.**
- المبحث الرابع: التطور التاريخي للفعل الضار عند أهل القانون**

المبحث الأول

تعريف الضمان وبيان أدلة مشروعيته.

وفيه مطلبان :-

المطلب الأول: تعريف الضمان.

المطلب الثاني: بيان أدلة مشروعية الضمان.

المطلب الأول:

تعريف الضمان وفيه ثلاثة فروع :-

الفرع الأول: تعريف الضمان في اللغة .

الفرع الثاني: تعريفه في اصطلاح الفقهاء .

الفرع الثالث: تعريف الضمان في القانون الوضعي.

الفرع الأول

تعريف الضمان في اللغة:

جاء في لسان العرب^(١) وفي المصباح المنير^(٢) بأن الضامن في اللغة: اسم فاعل من ضَمِنَ، والضمين على وزن الفعيل وهو الكفيل.

يقال: ضمن الشيء وبه ضَمْنًا وضماناً أي كفل به، وضَمْنُهُ إيَّاه: أي كَفَلَهُ.

وفي الحديث «فهو على ضامن أن أدخله الجنة أو أرجعه إلى مسكنه الذي خرج منه نائلاً ما نال من أجرٍ أو غنيمة»^(٣)

وفي القاموس المحيط للفيروز آبادي^(٤).

١ - لسان العرب - لابن منظور الافريقي، ج ١٣ / ٢٥٧ طبعة دار صادر - بيروت،

إبن منظور الافريقي: هو محمد بن مكرم بن علي بن أحمد بن أبي القاسم بن حبة بن منظور الأنصاري، الرويفعي الافريقي، المصري، ولد في أول محرم ٦٣٠ هـ بمصر، وقيل بطرابلس، وتوفي بها في مصر في شعبان ٧١١ هـ. ومن آثاره: مختار الأغاني في الأخبار والتهاني، ولسان العرب وغيرها، أنظر - معجم المؤلفين تراجم مصنفى الكتب العربية ج ٤٦/١٢ لعمر رضا كحالة، دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان.

٢ - المصباح المنير - لأحمد بن محمد المقرئ - الفيومي ج ٢ / ٤٩٧ المطبعة الأميرية - بالقاهرة. الفيومي هو: أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي الحموي (أبو العباس) فقيه، لغوي، نشأ بالفيوم ومهر بالعربية والفقه وتوفي ٧٧٠ هـ. ومن آثاره: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير . أنظر : معجم المؤلفين ج ١٢٢/٢ ، كشف الظنون - لحاجي خليفة ص ١٧١٠ .

٣ - سنن ابن ماجه - للحافظ ابي عبد الله محد بن يزيد بن ماجه - كتاب الجهاد ج ٢ / ٩٢٠ دار إحياء التراث العربي . أنظر أيضاً : سنن النسائي - للحافظ أحمد بن شعيب النسائي - كتاب الجهاد ج ١٧/٦ دار البشائر الاسلامية للطباعة والنشر والتوزيع - بيروت.

٤ - القاموس المحيط: للفيروز آبادي مادة (ضمن) ج ٤ / ٢٤٣ مؤسسة الحلبي وشركاؤه - القاهرة. الفيروز آبادي: هو محمد بن يعقوب بن محمد بن ابراهيم بن عمر بن ابي بكر بن فضل الله الفيروز آبادي - الشيرازي - الشافعي (مجد الدين - أبو طاهر) لغوي مشارك في عدة علوم ولد بكازرون من اعمال شيراز سنة ٧٢٩ هـ، ونشأ بها، وانتقل إلى شيراز وأخذ العلم عن والده، وتوفي بزييد سنة ٨١٧ هـ. ومن تصانيفه: القاموس المحيط والقاموس الوسيط الجامع لما ذهب من كلام العرب. أنظر : معجم المؤلفين ج ١٢ / ١١٨ كشف الظنون ص / ١٤ .

إن قولك: ضمنت الشيء تضميناً فتضمنه، بمعنى غرّمته. الضامن: هو الكفيل والملتزم والغارم، والجمع ضمّان.

وجاء في القرآن المجيد قوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَخْرُجْ مِنْ بَيْتِهِ مُهَاجِرًا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ ثُمَّ يُدْرِكْهُ الْمَوْتُ فَقَدْ وَقَعَ أَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ﴾^(١)

قال سيد قطب في تفسيره: عالجت هذه الآية عوامل الطمأنينة - سواء وصل المهاجر إلى وجهته أو مات في طريقه - في حالة الهجرة في سبيل الله، وبضمان الله للمهاجر منذ أن يخرج من بيته مهاجراً في سبيله، وقال: فماذا بعد ضمان الله من ضمان؟^(٢)

ويستخلص مما تقدم من كلام أهل اللغة ، أن كلمة «ضمن» تدور حول معان خمسة وهي:

المعنى الأول: الضمان بمعنى الكفالة،

فيقال: ضمن الرجل ما على أخيه بمعنى تكفل وجاء في الحديث ما يؤيد ذلك: يقول النبي صلى الله عليه وسلم : من يضمن لى مابين لحبيه ومابين رجليه أضمن له الجنة».^(٣)

ويقصد بما بين لحبيه: اللسان أو الفم كلّّه وحينئذٍ يضمن ما يدخل الفم من طعام فإنه يشترط فيه أن يكون من كسب حلال ويقصد بما بين رجليه: الفرج.

المعنى الثاني: الضمان بمعنى الغرم :

يقال: ضمنت الشيء تضميناً فتضمنه أي غرّمته، فالتزم بأداء هذا الغرم.

وجاء في الحديث ما يؤيد هذا المعنى: - وهو قوله صلى الله عليه وسلم «الخارج بالضمان».

١ - سورة النساء الآية / ١٠٠ .

٢ - في ظلال القرآن - لسيد قطب المجلد الثاني ج ٥ / ٧٤٥ ، دار الشروق - الطبعة الحادية عشرة ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.

٣ - صحيح البخاري - كتاب الأداب - باب حفظ اللسان - ج ٧/ ١٨٤ دار الفكر العربي.

البخاري : هو محمد بن اسماعيل بن ابراهيم بن المغيرة البخارى، الجعفى (ابو عبد الله محدث، حافظ، فقيه، مؤرخ، مشارك في علوم، ولد ١٢ ليلة خلت من شوال سنة ١٩٤هـ، ورحل في طلب العلم ، وتوفى ليلة عيد الفطر سنة ٢٥٦هـ في قرية على فرسخين من سمرقند. ومن آثاره: الجامع الصحيح، التاريخ الكبير، السنن في الفقه.

انظر: معجم المؤلفين - ج ٩ / ٥٢ وفيات الاعيان - لابن خلكان ج ١ / ٥٧٦ .

وهو قوله صلى الله عليه وسلم «الخراج بالضمان»^(١) قال الفقهاء: معنى الحديث: - أن ما خرج من الشيء من غلة، ومنفعة، وعين فهو للمشتري عوض ما كان عليه من ضمان الملك، فإنه لو تلف المبيع كان من ضمانه، إذن فالغلة له ليكون الغنم في مقابلة الغرم.

وخراج الشيء: منافعه وكل ما خرج فهو خراجه فخراج الشجرة ثمرها، وخراج الحيوان: دره ونسله.

المعنى الثالث: الضمان بمعنى الحفظ

يقال: ضمن الشيء أى حفظه، فقد جاء في الحديث: قوله صلى الله عليه وسلم «الإمام ضامن والمؤذن مؤتمن»^(٢) ومعنى الحديث: أن صلاة المقتدين متعلقة به - أى الإمام - في صحتها فهي مقرونة بصحة صلاة الإمام، فهو كالتكفل لهم بصحة صلاتهم.

وقال ابن منظور في لسان العرب.^(٣) المراد بالضمان هنا الحفظ والرعاية لا ضمان الغرامة لأنه يحفظ على القوم صلاتهم.

المعنى الرابع: الضمان بمعنى شغل الشيء بغيره واشتماله عليه:

يقال: شُرِّبَ مضمَّن إذا كان في كوز أو في إناء. والمضامين: ما في بطون الحوامل، ولكن

١ - رواه الترمذى - في كتابه الجامع الصحيح - كتاب البيوع ج ٢/ ٥٨١ باب ما جاء في من يشتري العبد ويستغله، وقال هذا حديث صحيح. نشر دار الدعوة - استنبول - تركيا.

* الترمذى هو: محمد بن عيسى بن سورة بن موسى ابن الضحاك السلمى - الضرير، الترمذى (ابو عيسى) محدث، حافظ، مؤرخ، فقيه، ولد في ٢١٠هـ وتلمذ لمحمد بن اسماعيل البخارى، وتوفى بترمذ في ١٣ رجب سنة ٢٧٩ هـ. ومن تصانيفه: الجامع الصحيح، العلل في الحديث وغيرها. معجم المؤلفين: ج ١/ ٢٤٤، وفيات الأعيان. لابن خلكان ٢٥/١.

٢ - رواه ابو داود - في كتاب الصلاة - باب ما يجب على المؤذن من تعاهد الوقت. ج ١/ ٢٨٢ - المكتبة الأثرية - باكستان وابن ماجه - في الإقامة - حديث ٩٨١ باب ما يجب على الامام ج ١/ ٢١٤ طبع عيسى البابى الحلبي وشركاه الطبعة - ١٣٧٢هـ - ١٩٥٢م.

* ابو داود: هو سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد الأزدي، السجستانى (ابو داود) محدث، حافظ فقيه رَحَلَ وطوف وجمع وصنف، ولد سنة ٢٠٢هـ، وتوفى بالبصرة ٣ شوال سنة ٢٧٥هـ ومن آثاره: كتاب السنن. انظر: معجم المؤلفين: ج ٤ / ٢٥٥، وفيات الاعيان ١٦٨/١.

٣ - لسان العرب - لابن منظور - ج ١٣ / ٢٥٨ طبع دار صادر - بيروت.

يستعمل غالباً للناقطة..^(١) ومنه الحديث: في الموطأ: أن النبي صلى الله عليه وسلم «نهى عن بيع الملاقيح والمضامين».^(٢) .

المعنى الخامس: الضمان بمعنى الجزم بخلو الشيء عن العيوب.

١ - نفس المرجع السابق.

٢ - الموطأ - للإمام مالك - كتاب البيوع - ج ٢ / ٦٥٤ . دار إحياء التراث العربي - بيروت.

* الامام مالك:

هو مالك بن أنس بن مالك بن أبي عامر بن عمرو بن الحارث الاصبحي، المدني (ابو عبد الله) أحد الأئمة المذاهب المتبعة في العالم الاسلامي ولد بالمدينة سنة ٩٣هـ، وكان بعيداً عن الأمراء، وتوفي بالمدينة في ١٤ ربيع الأول سنة ١٧٩هـ ودفن بالبقيع ومن آثاره : الموطأ، رسالة إلى رشيد .

أنظر : معجم المؤلفين: ج ٨ / ١٦٢ .

الفرع الثاني

تعريف الضمان في اصطلاح الفقهاء

أولاً: تعريفه عند الأقدمين:

١ - الضمان عند الحنفية

عرف الحنفية الضمان بقولهم: "ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بنفس أو دين أو عين"^(١) والمقصود بكفالة النفس: إلزام إحضار شخص لمجلس القاضى، ويقصد بكفالة الدين: مالو أراد شخص أن يستدين من آخر ديناً، فإن للدائن والحالة هذه مطالبة هذا الطالب بكفيل حفاظاً على حقه قبل المدين. ويقصد بكفالة العين: ضمان رد العين المغصوبة أو المستعارة.

٢ - الضمان عند المالكية :

عرّف المالكية الضمان بقولهم: "شغل ذمة أخرى بالحق"^(٢) قولهم: شغل ذمة : جنس، وقولهم: أخرى فصل أخرج به البيع والحوالة إذ ليس فيهما شغل بل براءة. فالضمان والكفالة والحمالة عندهم بمعنى واحد - وهو: أن يشغل صاحب الحق ذمة الضامن مع ذمة المضمون سواء كان شغل الذمة متوقفاً على شئ أو لم يكن متوقفاً.

١ - حاشية رد المحتار - لمحمد أمين بن عمر الشهير - بابين عابدين على الدر المختار للحصكفى. ج ٤/٢٧٨ المكتبة الماجدية - كوثته - باكستان . وانظر أيضاً: كتاب الفقه على المذاهب الأربعة - لعبد الرحمن الجزيري ج ٢ / ٢٢١ طبع: دار الارشاد للتأليف والطبع والنشر.

* الجزيري : هو عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري - فقيه من علماء الأزهر، ولد بجزيره شندويل - بمصر وتعلم في الأزهر ودرس فيه، وعين استاذاً في كلية أصول الدين، ثم كان من اعضاء هيئة كبار العلماء وتوفي بحلول سنة (١٣٦٠ هـ - ١٩٤١م) ، ومن تصانيفه: توضيح العقائد، أدلة اليقين في الرد على بعض المبشرين وغيرها .

٢ - الخرشي - مختصر سيدى خليل بشرح الدردير - باب الضمان ج ٦/٢١ دار الفكر.

* الخرشى: هو أبو عبد الله محمد بن عبد الله ابن علي الخرشى، ولد سنة ١٠١٠ هـ، كان اماماً فى العلوم والمعارف، متواضعاً، أخذ العلوم عن عدة من العلماء الاعلام، ومات سنة ١١٠١ هـ. أنظر: مقدمة كتاب الخرشى - على مختصر سيد خليل ج ١/٢ دار الفكر للطباعة والنشر.

إذن الضمان عندهم ينقسم إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: ضمان المال :

فإذا ضمن شخص آخر في مال فإن ذمته تشغل بذلك المال كما شغلت به ذمة الأصيل بدون أن يتوقف على أمرٍ آخر.

القسم الثاني: ضمان الوجه :

وهو إلزام الإتيان بالغريم الذي عليه الدين عند الحاجة. فهذا الضمان لم يصح في غير المال، ولا تشغل ذمة الضامن بالمال إلا إذا لم يحضر المدينون، أما إذا أحضره فلا يلزم بالدين. فهذا القسم يتوقف فيه شغل الذمة بالحق على عدم إحضار المضمون.

وهذا النوع لا يختلف عن النوع الأول عند الحنفية الذي يسمى ضمان النفس.

القسم الثالث : ضمان الطلب

وهو أن يلتزم الضامن بطلب الغريم والتفتيش عليه، وهذا القسم يصح فيه ضمان غير المال ولا تشغل ذمة الضامن بالمال إلا إذا ثبت تفريطه في الإتيان بالمضمون.

٢ - الضمان عند الشافعية

عرّف الشافعية الضمان بقولهم: عقد يقتضى التزام حق ثابت في ذمة الغير أو إحضار عين مضمونة أو إحضار بدن من يستحق حضوره.^(١)

ويشتمل هذا التعريف على كفالة النفس، والدين والعين على ما ترى. لذلك فهم يقسمون الضمان إلى ثلاثة أقسام:

١ - مغنى المحتاج إلى معرفة معاني الفاظ المنهاج للشيخ محمد الشربيني الخطيب ج ٢ / ١٩٨ دار إحياء التراث العربى - بيروت - لبنان.

الشربيني (الخطيب) هو : محمد بن احمد الشربيني، القاهري، الشافعي، المعروف بالخطيب الشربيني (شمس الدين) فقيه، مفسر، متكلم توفي ٩٧٧هـ. ومن تصانيفه: السراج المنير في الاعانة على معرفة بعض معاني كلام ربنا الحكيم. معجم المؤلفين: ٨ / ٢٦٩ مغنى المحتاج . المذكور اعلاه. وغيرها.

القسم الأول: ضمان النفس

وهو التزام إحضار شخص ويسمى بضمان الأبدان، مثلاً: أن يكون لزيد من الناس عند حسن دين، فإنه يصح لخالد أن يضمن إحضار حسن عند الحاجة، وإلا يكون خالد ضامناً، ومن هذا تعلم أنها كفالة، والكفالة نوع من الضمان.

القسم الثاني كفالة الدين

ومعناه، أن الضامن يلتزم ما في ذمة المدين من حق، بحيث تشغل به ذمته، كما شغلت ذمة المدين، وإذا دفع أحدهما برئت ذمة الآخر، وهذا معنى قولهم: التزام حق ثابت.

القسم الثالث : ضمان ردّ العين

وهو في الحقيقة ضمان ردّ العين المفقودة أو العين المستعارة فإذا اغتصب شخص من آخر شيئاً، فإنه يصح لثالث أن يضمن ردّ تلك السلعة المفقودة، ويكون ملزماً في هذه الحالة بردها ما دامت باقية، أما إذا هلك فلا شيء عليه.^(١)

٤-تعريف الضمان عند الحنابلة

عرفوا الضمان بأنه التزام ما وجب أو يجب على الغير مع بقائه على المضمون، أو التزام إحضار من عليه حق.^(٢) أو هو «ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق».^(٣) والتعريف الأول يشمل أربعة أقسام:

القسم الأول : ضمان الديون الثابتة:

فإذا ضمن شخص آخر في دين فقد شغلت ذمته بذلك الدين كذمة المدين الأصلي، فلم ينتقل الدين من ذمة المضمون إلى الضامن - بل هو باق مع شغل ذمة الضامن، ولصاحب الدين الحق في مطالبة الاثنين.

١ - كتاب الفقه على المذاهب الأربعة - للشيخ عبد الرحمن الجزيري ج ٢ / ٢٢٥ دار الارشاد للتأليف والطبع.

٢ - كتاب الفقه على المذاهب الأربعة - للجزيري ج ٢/ ٢٢٤ دار الارشاد للتأليف والطبع.

٣ - المغنى لابن قدامة - ج ٤ / ٥٩٠ . باب الضمان - مكتبة الرياض الحديثه.

* ابن قدامة هو : عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة المقدس - الجماعيلي - الحنبلي (أبو محمد - موفق الدين) عالم، فقيه، مجتهد، ولد بجماعيل سنة ٥٤١هـ، وتوفي بها سنة ٦٢٠هـ . ومن آثاره:

البرهان في علوم القرآن، المغنى في شرح الخرقى في سبع مجلدات . أنظر: معجم المؤلفين - ج ٦ / ٢٠ .

فإذا برئت ذمة المضمون الأصلي بقضاء أو بحوالة فقد برئت ذمة الضامن تبعاً لذلك.

القسم الثاني: ضمان ما يتول إلى الوجوب وإن لم يكن واجباً بالفعل. وذلك كالأعيان الموصوبة والمستعارة فإن مثل هذه الأعيان وإن لم تكن واجبة فهي في ذمة الغاصب أو المستعير بالفعل - ولكنها تتول إلى وجوب ردّها إلى صاحبها ما دامت قائمة.

القسم الثالث : ضمان الديون التي تجب في المستقبل بأن يضمن ما يلزمه من دين مثلاً إذا كان شخص يعمل تاجراً فإن له أن يأتي بضامن يضمنه فيما يلزمه من دين التجارة التي يأخذها شيئاً فشيئاً.

القسم الرابع: أن يضمن احضار من عليه حق مالى عند الحاجة وهي في ذلك بمعنى كفالة الأبدان أو الكفالة بالنفس.

وحاصل التعريفات السابقة لدى الفقهاء رحمهم الله تعالى: يدور على أن معنى الضمان عندهم إما الكفالة بالدين أو النفس أو حوالة الدين من ذمة المضمون إلى ذمة الضامن، وأشار بعضهم إلى ضمان رد العين كضمان عين الموصوب أو العين المستعارة.

ثانياً: تعريف الضمان عند الفقهاء المعاصرين :

أولاً: تعريف الضمان عند الدكتور / وهبه الزحيلي^(١)

فقد عرفه بأنه: الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال أو ضياع المنافع أو الضرر الجزئي أو الكلي الحادث. النفس الإنسانية.

وإذا تأملت هذا التعريف تجد بأنه يدور حول شغل الذمة بوجوب معاوضة مالية تجب وفقاً للأسس الآتية:

١ - إذا أتلّف أحد مال غيره يكون ضامناً له بالمثل أو بالقيمة.

٢ - إذا عطّل أحد مال الغير، بأن لم يمكنه من الاستفادة بماله وإن كان وجوده باقياً، ففي هذه الحالة يجب التعويض.

١ - نظرية الضمان. ص / ١٦ د. وهبه الزحيلي دار الفكر.

٣ - إذا احدث شخص ضرراً في بدن آخر مثل كسر العظام أو إحداث الجراح وقطع أحد الاعضاء يجب الأرش، فهذا أيضا نوع من الضمان.

٤ - إذا قتل شخص إنساناً خطأ وجبت عليه الدية، وضمان الديات والأروش من إلزام الشارع، لأن الشارع الحكيم هو الذي أوجب الضمان في مثل هذه الحالات .

فمجموع هذه الحالات يمكن إطلاق الضمان عليها في ضوء تعريف الاستاذ الزحيلي.

ولكن يلاحظ: أنه لا يشمل الالتزام بطريق الكفالة والواجبات التي تنشأ على العقود حيث تكون هذه الأمور خارجة عن التعريف.

ثانيا : تعريف الأستاذ مصطفى أحمد الزرقاء^(١)

حيث عرف الضمان بأنه: "التزام بتعويض مالى عن ضرر للغير" ويلاحظ على هذا التعريف أنه قريب في المعنى من تعريف الدكتور الزحيلي وليس بينهما من فرق سوى أن الأستاذ الزرقاء لم يشر في تعريفه إلى تفصيل الضرر الذى أشار إليه الاستاذ الزحيلي.

ثالثا : تعريف الأستاذ على الخفيف^(٢)

وقد عرف الضمان بأنه "شغل الذمة لما يجب الوفاء به من مال او عمل"

وهذا التعريف أعم من التعريفات السابقة جميعها حيث اشتمل على جميع أنواع الضمان.

مثل: ضمان العقد، وضمان اليد وضمان العدوان - الغصب والسرقة والضمان بمعنى الكفالة.

رابعا : تعريف الأستاذ / محمد فوزى فيض الله^(٣).

فقد عرف الضمان بأنه "شغل الذمة بحق، أو بتعويض عن ضرر".

١ - المدخل الفقهي العام للأستاذ مصطفى أحمد الزرقاء ص/ ١٠١٧ فقره ٦٤٨ دار الفكر - بيروت.

٢ - الضمان في الفقه الاسلامي - للأستاذ على الخفيف. القسم الأول - ص / ٥ نشر معهد البحوث والدراسات العربية - القاهرة.

٣ - نظرية الضمان في الفقه الإسلامى العام - أ . د . محمد فوزي فيض الله استاذ ورئيس قسم الفقه الاسلامي ومذاهبه في جامعة دمشق واستاذ في كلية الشريعة بجامعة الكويت، ص / ١٤ مكتبة دار التراث - الكويت.

شرح التعريف:

شغل الذمة: يستوى فيه الإلزام من الشارع للاعتداء جزاء المخالفة - كضمان الديات، وضمان الأرض، وضمان قيمة صيد الحرم، وضمان كفارة اليمين، وضمان الظَّهَار، وكفارة الإفطار عمداً في رمضان، كما يشمل الالتزام الشخص بالعقد ونحوه.

قوله بحق: يشمل حق الشارع، كما في جزاء الصيد ونحوه، وحق الانسان مثل الدين والكفالة بالمال. والتعويض عن الضرر: يشمل:

١ - الاضرار الجزئية أو الكلية الواقعة على النفس الانسانية مما يدخل في المسؤولية الجنائية .

٢ - ويشمل أيضاً الأضرار الواقعة على المال وتنقسم إلى قسمين:

أحدها: الأضرار المالية ضمن العقود، عينية كانت أو غيرها، كالدين مما يدخل في نطاق المسؤولية العقدية.

ثانيهما: الأضرار المالية في غير دائرة العقود، كالغصب، والاتلافات مما يدخل في نطاق المسؤولية التقصيرية. ونحن نركز في بحثنا هذا على القسم الثاني من الأضرار المالية. والتي تسمى المسؤولية التقصيرية.

وبعض الفقهاء يسمى هذا النوع من الأضرار المالية "ضمان المال بالتعدي"^(١).

ويقصدون بذلك بأنه: تضمين مفسدة مالية لم تقترب بعقد أو نية لم تسبق بقصد .

وهذا التعريف: هو الذي يفصل بين ضمان المال بالتعدي، وعن ضمان العقد، وضمان العدوان.

والتعريف الأخير وهو شغل الذمة بحق أو بتعويض عن ضرر هو المختار عندي لاشتماله على كل ما يدخل في دائرة الضمان، واحترازه لما لا يدخل فيه. فهو تعريف جامع ومانع والله أعلم بالصواب.

١ - نظرية الضمان في الفقه الاسلامي - د. محمد فوزي فيض الله - ص / ٨٥ مكتبة دار التراث - الكويت.

الفرع الثالث

تعريف الضمان مند أهل القانون

والذى يتتبع كتب القانون يجد أن أهل القانون الوضعى يستعملون كثيراً كلمة "الالتزام" بدلاً من كلمة الضمان، لذلك فمنهم من عرف الضمان بالالتزام مباشرة، ومنهم عرف الالتزام نفسه بطريق العقد أو التعهد والواجب. وعملاً على البيان أجد أنه من الواجب تعريف الالتزام عند أهم هذه القوانين وهي:

١ - القانون الرومانى. ٢ - القانون الفرنسى. ٣ والقانون البريطانى. ٤ - ثم عند المشرع المصرى وذلك على ما يلى:

أولاً: تعريف الالتزام عند الرومان^(١)

كان الرومان يعرفون الالتزام بأنه "رابطة قانونية توجب على شخص أن يقوم بوفاء شئ طبقاً للقانون" وفى تعريف آخر عندهم: الالتزام "هو رابطة تخول شخصاً أن يجبر آخر على أن يعطيه شيئاً أو يقوم بعمل أو يمتنع عن عمل"

شرح التعريف:

هذان التعريفان يشيران إلى أن الالتزام فى القانون الرومانى عبارة عن رابطة قانونية بين شخصين مثلاً: دائن ومدين، وأن محل هذه الرابطة أو الغرض المباشر هو:

إعطاء المدين شيئاً للدائن أو قيامه أو إمتناعه عن عمل من أجله.

والمراد بالرابطة القانونية: أنها علاقة تقوم وفقاً للقانون. ولا بد أن يكون قيامها بين شخصين على الأقل، وأن يكون موضوعها إعطاء شئ أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل.

١ - موجز أصول الالتزامات . د/ سليمان مرقس ص/ ١١ مطبعة لجنة البيان العربى - القاهرة.

ثانياً: تعريف الإلتزام في القانون الفرنسي^(١).

لم يتعرض المشرع الفرنسي لتعريف الإلتزام بصفة أصلية مباشرة، وإنما تعرض له بمناسبة تعريفه العقد. ومعنى ذلك أنه عرف العقد والالتزام بتعريف واحد، حيث قالوا: العقد هو إتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر نحو شخص أو أكثر باعطاء شئ أو القيام بعمل أو بالامتناع عن عمل.

شرح التعريف:

يؤخذ من هذا النص: أن العقد اتفاق ينشئ التزاماً، وإن الإلتزام حالة قانونية - أو رابطة بين شخصين - يكون فيها شخص أو أكثر ملزماً أن يعطى غيره شيئاً أو يقوم له بعمل أو أن يمتنع من أجله عن عمل.

وهذا التعريف يقارب تعريف الرومانيين السابق .

ثالثاً: تعريف الضمان في القانون البريطاني

لم يعرف القانون البريطاني الضمان بطريق الإلتزام مباشرة، بل عرفه بكونه مسئولية أو خطأ في العقد ويتضح ذلك من التعريفات التالية:

فقد عرّف: كلارك ولندسيل^(٢) : الضمان، بأنه ذلك الخطأ الذي هو خارج العقد ويوجب تعويضاً مناسباً بواسطة القانون المدني العام.

وعرّف أيضاً: اندرهيل^(٣) الضمان : بما يقارب التعريف السابق فقال: الضمان: هو عمل إيجابي أو سلبي مخالف للقانون وخارج عن العقد.

١ - القانون المدني الفرنسي - المادة - ١١٠١ نقلاً عن كتاب : موجز أصول الإلتزامات ص / ١٢ د/ سليمان مرقس مطبعة لجنة البيان العربي - القاهرة ١٩٦١ .

2- See - Salmond's Jurisprudence - p. 320 by Sir John Mansoor Book House - Lahore.

Clerk and Lindsell define tort as under: A tort may be described as: a wrong independent of Contract for which the appropriate remedy is Common law action.

3- Underhill defines tort as follows:

A Tort is an act or Omission which independent of contract is unauthorised by law.

شرح التعريفات:

وإذا نظرت في تعريف كل من كلارك ولندسيل وأندرهيل، وجدت أنهم يجعلون الخطأ في العقود هو الذى يسبب الضمان، ويجب على مرتكبى ذلك الخطأ أن يعرضوا من أضرارهم نتيجة لهذا الخطأ.

والضمان عندهم مأخوذ من كلمة "Tort" التى هى مأخوذة من كلمة "Tortum" التى بمعنى: خطأ أو إعوجاج، وهو ضد كلمة "Rectum" بمعنى: الإستقامة، والمراد هو: أن كل شخص عليه أن يمشى على طريق مستقيم ولكنه إذا خالف ومشى في طريق منحني، فيقال: إنه قد ارتكب "Tort".

وبعض القانونيين يعرف الضمان بالمسئولية، ومنهم : وين فيلد: فقد عرّف الضمان بالمسئولية فقال^(١): " أن المسئوليات الضمانية تظهر عند مخالفة المسئولية التى أوجبها القانون أساساً، على كل شخص عموماً، ومخالفتها توجب تعويضات غير مقدّرة^(٢)."

رابعاً: تعريف الالتزام عند المشرع المصرى

عرّف المشروع المصرى القديم الالتزام تعريفاً مستقلاً عن العقد: وذلك في أول مادة من الباب الأول الخاص بالتعهدات - حيث نص في المادة ٤٤١/٩٠ على:

أن التعهد هو إرتباط قانونى، الغرض منه حصول منفعة لشخص بالزام المتعهد بعمل شئ معين او بإمتناعه عنه. وبناء على هذا فتعريف الالتزام فى هذا المشروع لا يخرج عن معنى التعهد أو الواجب.

شرح التعريف:

يؤخذ على هذا التعريف: ان المشروع المصرى قد عبر عن الالتزام بالتعهد أو الواجب وهو تعبير يوحي بأن الالتزام ناشئ بإرادة الشخص في حين أن المقصود هو الالتزام بوجه عام سواء كان مصدره الإرادة أو غيرها.

1 - Winfield defines tort as: "Tortious liability arises from the breach of a duty primary Fixed by the law: this duty is towards persons generally and its breach is redressible by an action for unligudated damages".

2 - See, Salmond's Jurisprudence. p/ , Edition 1997. by Pakistan printing works - Lahore Monsoor Book House - Lahore.

مقارنة على تعريفات الفقهاء والقانونيين وبيان التعريف الراجع عندي

وبالنظر فيما سبق من تعريف الضمان في اللغة والاصطلاح الفقهي، نجد أن هذه التعريفات لا تختلف مع تعاريف أهل القانون في الجملة، حيث أن المقصود في كل منها واحد.

ومع ذلك نلاحظ أن أهل القانون قد اقتصرت تعريفاتهم على الخطأ الذي ينتج عن مخالفة العقد - وهو الإلتزام بين الشخصين المتعاقدين - وهذا أحد أسباب الضمان عند فقهاء الإسلام وأهملوا الأسباب الأخرى للضمان.

مثل: إلزام الشارع الحكيم وكذلك الفعل الضار - أي الذي يترتب عليه الاتلافات والغصب.

بيان التعريف الراجع

لذلك فالراجع في نظري المتواضع هو تعريف فقهاء الإسلام لوجاهته وشموله والله تعالى أعلم.

تعريف ضمان الفعل الشخصي

بعد عرض تعريفات الضمان عند الفقهاء وأهل القانون، أتناول الآن الكلام عن تعريف موضوع البحث ألا وهو "ضمان الفعل الشخصي" فأقول وبالله التوفيق:

سبق لنا بيان المقصود من الضمان، وبقي علينا أن نعرف المراد من "الفعل الشخصي" وهذا العنوان مركب من لفظين هما:

١ - الفعل.

٢ - الشخصي

وأحاول بيان المقصود من كل منهما على حدة.

أولاً: الفعل:

الفعل: كناية عن كل عمل متعدي أو غير متعدي فَعَلَ - يَفْعَلُ فِعْلاً - وَفِعْلاً.^(١) والفعل : هنا المراد به الفعل الضار، وليس بالفعل المحمود أو الحسن إذ ليس فيه الضمان على الإطلاق.

١ - لسان العرب - لابن منظور الأفريقي - مادة (فعل) ج ١١ / ٥٢٨ دار صادر بيروت.

الشخص: في اللغة: كل شيء رأيت جسمانه فقد رأيت شخصه.^(١)

وقيل الشخص: كل جسم له ارتفاع وظهور، والمراد به إثبات الذات، فاستعير لها لفظ الشخص وفي الحديث: «لا شخص أغير من الله»^(٢) وفي رواية: «لا شيء أغير من الله»^(٣) ومعنى الحديث أنه: لا ينبغي لشخص أن يكون أغير من الله عزوجل.

إذن فالشخص هنا يراد به الانسان نفسه، وهو الشخص الحقيقي.

أما تعريف كلمة «شخص» عند الفقهاء وعند أهل القانون فعلى ما يلي:

أولاً : عند الفقهاء:

الشخص في اصطلاح الفقهاء: هو كل إنسان مكلف ويسمى عندهم المحكوم عليه، لأنه هو الذى يحكم على أفعاله بالقبول أو الرد، وأساس التكليف هو العقل والفهم، لأن التكليف خطاب، وخطاب من لا عقل له ولا فهم محال. كالجماد والبهيمة.^(٤)

ومن وجد له أصل الفهم لأصل الخطاب دون تفاصيله من كونه^(٥) أمراً أو نهياً، ومقتضياً للثواب والعقاب ومن كون الأمر به هو الله تعالى، وأنه واجب الطاعة كالمجنون والصبي الذى لا يميز - فهو بالنظر إلى فهم التفاصيل كالجماد والبهيمة.

ودليل ذلك: قوله صلى الله عليه وسلم "رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يبلغ، وعن النائم حتى يستيقظ، وعن المجنون حتى يفيق"^(٦)

١ - لسان العرب - لابن منظور الافريقي - ج ٤٥/٧ طبع دار صادر بيروت .

٢ - صحيح مسلم - ج ١٠ / ١٣٢ كتاب اللعان - طبع: دار الفكر - بيروت - لبنان.

٣ - صحيح البخارى ج ١٥٦/٦ باب الغيرة نشر المكتب الاسلامي استانبول - تركيا.

٤ - اصول الفقه - الامام محمد ابو زهرة - ص / ٢٥٩ - الباب الرابع ط. دار الفكر العربي - القاهرة .

٥ - أى كون الخطاب أمراً أو نهياً.

٦ - سنن أبي داود - لابي داود سليمان السجستاني - ج ٤٠ / ٤٠ - حديث ٤٤٠٢ ، ٤٤٠٣ . دار الفكر - بيروت.

ثانيا : الشخص عند أهل القانون:

عرف سالmond :

الشخص بأنه "هو الكائن الذي اعتبره القانون بتحملة حقوق والواجبات"^(١) . ومعنى التعريف: أن الشخص الذي يستطيع ان يتحمل المسؤولية يصدق عليه أن يسمى شخصاً ولو لم يكن الشخص الحقيقي - بل كان شخصاً اعتبارياً، فهم قسموا الشخصية إلى قسمين:

١ - الشخص الطبيعي - Natural Person

٢ - الشخص الاعتباري - Artificial person

وسيأتى الكلام تفصيلاً عن الشخص بقسميه في الفصل الثاني من هذا البحث ان شاء الله تعالى. وذلك عند الكلام عن المسؤولية التقصيرية عن الخطأ الشخصي. والآن بعد ما انتهينا من بيان تعريفات الضمان في اللغة وعند الفقهاء وأهل القانون وبيان المراد من مصطلح "الفعل الشخصي"، أدخل في صلب موضوع البحث، وهو ضمان الفعل الشخصي: تعريف: ضمان الفعل الشخصي: عرّف الدكتور / محمد فوزي فيض الله، ضمان الفعل الشخصي بأنه: تعويض الآخرين عن الضرر الذي يوقعه الشخص في أموالهم وما هو في حكمها.^(٢)

شرح التعريف :

وبالنظر في هذا التعريف أجد ان الباحث الكريم قد عبّر بلفظ التعويض بدلاً عن لفظ الضمان، لأن الضمان في مضمونه لا يخرج عن تعويض الآخرين عن الضرر الواقع على أموالهم وما في حكمها. ولأن إزالة الضرر الواقع على الأموال، وجبر الفاقد منه لا يتحقق إلا بالتعويض.

ويلاحظ أن الباحث لم يذكر الضرر الواقع على النفس الانسانية أو أطرافها، لأن تعويضهما يسمى إما قصاصاً إذا كان التعدي على النفس كلها، أو أروشاً إذا كان التعدي على بعض الأطراف مما يدخل في باب المسؤولية الجنائية، ومن ثم اقتصر تعبيره على الأموال.

1- Salmand, Jurisprudence (12th ed) p. 299. Climpe of Jurispradence by R.D. Yadav - Criterion Publication - New Delhi.

٢ - نظرية الضمان في الفقه الاسلامي العام للدكتور : محمد فوزي فيض الله ص / ١٥٧ طبعة - مكتبة دار التراث الكويت.

المطلب الثاني

بيان أدلة مشروعية الضمان

قررت الشريعة الإسلامية الغراء مبدأ التضمن للحفاظ على حرمة أموال الآخرين وأنفسهم، وجبراً للضرر الواقع عليهم، وقمعاً للعدوان، وزجراً للمعتدين، وذلك في مناسبات كثيرة في القرآن الكريم، والسنة النبوية الشريفة.

اما الكتاب الكريم فمن وجوه:

أولاً : فيما يتصل بمعنى الكفالة

قال تعالى: ﴿ولن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم﴾^(١) ووجه الاستدلال أن سيدنا يوسف عليه السلام ضمن - لمن جاء بصواع الملك وهو إناؤه الذي كان يشرب فيه، أنه يضمن له قدر ما يحمله البعير من الطعام.

ثانياً : وما يتصل بالجنايات بوجه عام ومنها:-

أ - قوله تعالى: ﴿وان عاقبتكم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به﴾^(٢)

ب - قوله تعالى ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾^(٣)

ج - قوله تعالى: ﴿وجزاء سيئة سيئة مثلها﴾^(٤) ووجه الاستدلال بهذه الآيات الثلاثة متقارب جداً، حيث إن الله تبارك وتعالى أمر المعتدى عليه ألا يرد الاعتداء إلا بمثله.

وتفريم المعتدى قيمة ما أُلِف أو ما فوّت من منفعة يكون رداً للاعتداء بالمثل، وهذا هو معنى الضمان.

١ - سورة يوسف - الآية / ٧٢ .

٢ - سورة النحل - الآية / ١٢٦ .

٣ - سورة البقرة الآية / ١٩٤ .

٤ - سورة الشورى الآية / ٤٠ .

وأما السنة النبوية المطهرة فمن وجوه أيضا:

أولا : ما يتصل بالإتلافات ونحوها

أ - حديث أنس رضي الله عنه: قال: أهدت بعض أزواج النبي صلى الله عليه وسلم طعاما في قصعة، فضربت عائشة القصعة بيدها، فألقت ما فيها، فقال النبي صلى الله عليه وسلم «طعام بطعام وإناء بإناء»^(١) رواه الترمذي وصححه.

ب - ما رواه السائب بن يزيد عن أبيه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «لا يأخذن أحدكم متاع أخيه جادا ولا لاعبا، وإذا أخذ أحدكم عصا أخيه فليردّها عليه»^(٢) رواه أبو داود.

ج - ما روي عن أنس رضي الله عنه: «أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه»^(٣) رواه الدار قطني .

ووجه الاستدلال بهذه الأحاديث: أن من اتلف شيئا لغيره، فهو يضمن مثله إن كان متليا، أو قيمته إن كان قيميا وهذا ما يفهم من حديث أنس الأول، وكذلك أن من أكل مال مسلم بغير طيبة نفسه أي بدون موافقته فهو أكل له بالباطل - وهو مصرح به في عدة أحاديث ومنها .

١ - سنن الترمذي - حديث رقم ١٢٥٩ ج ٢ / ٦٤٠ طبعة - دار الدعوة استنبول - تركيا. وفي رواية للبخاري - «فضمها وجعل فيها الطعام» كتاب المظالم والغصب - ج ٢ / ٢٧٣، أبو داود - ج ٢ / ٢٦٧ - طبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده - بمصر.

٢ - سنن أبي داود - باب من يأخذ الشيء على المزاح ج ٥ / ٢٧٣ طبعة استنبول - تركيا. انظر أيضاً: نصب الراية - للزيلعي - ج ٤ / ١٦٨ المكتبة الإسلامية لصاحبها الحاج رياض الشيخ.

٣ - سنن الدار قطني - المتوفى ٣٨٥ هـ - ج ٢ / ٢٦ طبعة عالم الكتب - بيروت، وانظر السنن الكبرى - للبيهقي ج ٦ / ١٠٠ ، ٨ / ١٨٢ . مجمع الزوائد - للحافظ نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي المتوفى ٨٠٧ هـ ج ٤ / ١٧٢ دار الكتاب العربي - بيروت.

* الدار قطني: هو: علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن النعمان بن دينار بن عبد الله البغدادي ، الدار قطني، الشافعي (أبو الحسن) محدث حافظ، فقيه، ولد في ذي القعد سنة ٣٠٦ هـ، ورحل إلى الشام ومصر وتوفي ببغداد سنة ٣٨٥ هـ ومن آثاره: كتاب السنن. والمعرفة بمذاهب الفقهاء. وغيرها، أنظر : معجم المؤلفين: ج ٧ / ١٥٧ .

* الهيثمي: هو علي بن أبي بكر بن سليمان الهيثمي الشافعي (نور الدين، أبو الحسن) محدث، حافظ، ولد سنة ٧٣٥ هـ، رافق العراقي في السماع ولازمه، وتوفي بالقاهرة في ١٩ رمضان سنة ٨٠٧ هـ. ومن آثاره: موارد الظمان في زوائد صحيح ابن حبان. مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، وغيرها. المعجم المؤلفين ج ٧ / ٤٥ .

قوله صلى الله عليه وسلم: «إنما أموالكم ودماؤكم عليكم حرام».

ثانيا : ما يتصل إتلافات البهائم

ومن ذلك: أ - ما روى عن حرام بن محيصة «أن ناقة البراء بن عازب دخلت حائطاً^(١) فأفسدت فيه، فقضى نبي الله صلى الله عليه وسلم أن على أهل الحوائط حفظها بالنهار، وأن ما افسدت المواشى بالليل ضامن على أهلها»^(٢)

ب - ما روى عن النعمان بن بشير رضى الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «من وقف دابة في سبيل من سبل المسلمين^(٣) أو في سوق من أسواقهم، فأوطأت بيدٍ أو رجلٍ فهو ضامن»^(٤)

وجه الاستدلال بهذين الحديثين على المدعى : ان الضمان مشروع عند اتلاف المال ولو كان بواسطة البهائم في بعض الأحوال، وذلك صيانة لأموال المسلمين عن الاتلاف.

كما يدل الحديث الأخير على أن أهل الحوائط يجب عليهم ألا يهملوا في حفظ الحوائط نهائراً فانهم مسئولون عما يحدث بالنهار من اتلاف بهائم الآخرين وعلى أهل الماشية أن يحفظوا الماشية بالليل،

١ - الحائط: هو البستان - انظر المصباح المنير - مادة - (حوط)

٢ - سنن ابن ماجه - كتاب الاحكام - باب الحكم فيما أفسدت المواشي حديث ٢٣٣٢ .

ابن ماجه : هو محمد بن يزيد بن ماجه الربيعي - القزويني (أبو عبد الله) محدث، حافظ، مفسر، ولد سنة ٢٠٩هـ، وارتحل إلى بغداد والبصرة والكوفة والشام ومصر وتوفي سنة ٢٧٣هـ. ومن آثاره: تفسير القرآن، والسنن في الحديث وغيرها . معجم المؤلفين ج ١٢/ ١١٥ .

سنن أبي داود - كتاب البيوع حديث ٣٥٦٩ دار إحياء السنة النبوية.

٣ - هو إذا أوقفها في طريق ضيق أو حيث تضر بالمار.

٤ - السنن الكبرى - للبيهقي - ج ٨/ ٣٤٤ دار الفكر - بيروت انظر ايضاً: إرواء الغليل للالباني ج ٥/ ٣٦١ - المكتب الاسلامي - بيروت.

البيهقي : هو احمد بن الحسين بن علي بن عبد الله بن موسى البيهقي، الخراساني، الشافعي (أبو بكر) محدث، فقيه، ولد في شعبان سنة ٣٨٤هـ، وتوفي بنيسابور في جمادى الأولى سنة ٤٥٨هـ. ومن تصانيفه:

كتاب السنن الكبرى، المبسوط في نصوص الشافعي، شعب الايمان وغيرها: معجم المؤلفين ج ١/ ٢٠٦ الكامل في التاريخ - لابن الاثير ج ١٠ / ١٨ .

فلو أن أهل الماشية أهملوا في حفظ مواشيهم ليلاً حتى تسببت في إلحاق الضرر بأهل الحوائط فإنهم يضمنون الضرر الذي حدث نتيجة إهمالهم.

أما لو حدث هذا الضرر في النهار فلا يضمن مالك البهيمة وإنما الضامن هو صاحب الحائط.

ثالثاً : ومما يتصل بالضمان وضع اليد على الشيء بطريق غير مشروع.

ومن ذلك حديث سمرة بن جندب رضى الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»^(١)

ومعنى الحديث:

أنه على اليد ضمان ما أخذت حتى ترده أو ترجعه لصاحبه سليماً ويشمل هذا الحديث كل طرق الأخذ، سواء منها ما كان عن طريق العدوان كالغصب، وما كان مأثوماً فيه في البداية .

لكنه جحد في النهاية كجحد العارية والوديعة.

رابعاً : وما يتصل بضمان الدين (أي اداؤه لصاحبه). ما روى عن أبي قتادة رضى الله عنه قال: أقبل بجنازة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: هل على صاحبكم من دين فقانوا عليه ديناراً، قال صلى الله عليه وسلم صلّوا على صاحبكم، فقال أبو قتادة هما على يا رسول الله صلى الله عليه وسلم، فصلى عليه.^(٢)

ووجه الاستدلال من هذا الحديث: امتناع النبي صلى الله عليه وسلم أولاً عن الصلاة على جنازة الميت المدين - فلما ضمن أبو قتادة رضى الله عنه ما على الميت صلى عليه النبي صلى الله عليه وسلم

١ - سنن أبي داود - باب في تضمين العارية - ج ٢٩٦/٣ حديث رقم ٣٥٦١ دار الفكر - بيروت، انظر أيضاً سنن الترمذى - باب العارية - حديث رقم ١٢٦٦ طبعة - استنبول - تركيا.

٢ - صحيح البخارى - باب من تكفل عن ميت ديناً فليس له أن يرجع - ج ٥٧/٣ دار الفكر، فتح البارى - لابن حجر العسقلانى - نفس الباب السابق ج ٥٤/٤ دار الريان للتراث - القاهرة، وفي السنن الكبرى - في باب الضمان: قال على رضى الله عنه، هما على يا رسول الله، وكذا في السنن الدار قطنى - ج ٤٧/٣ - طبعة عالم الكتب - بيروت - نيل الاوطار - للشوكانى - باب ضمان دين الميت المفلس ج ٢٧٦/٥ طبعة - مصطفى البابى الحلبي - بمصر.

ويدل ايضاً: أنه لا يسقط حق الانسان بموت المدين. وأنه ضامن ولو كان ميتاً حتى يدفع عنه أو عفى صاحب الدين عن دينه.

ثالثاً : الاجماع

فقد أجمع أهل العلم على أن الدماء والأموال مضمونة في الشرع، وأن الأصل فيها الحظر اي المنع، وأنه لا يحل دم المسلم، ولا يحل ماله إلا بحق. ونقل ابن عابدين^(١):

عن أبي يوسف في كتابه "الخراج" قوله "وليس للإمام أن يخرج شيئاً من يد أحد إلا بحق ثابت معروف".

فيفهم من هذا أن أى واحد يخرج شيئاً من يد صاحبه بدون حجة أو برهان، فإنه يضمن ولو كان إماماً.

١ - حاشية ابن عابدين: رد المختار على الدر المختار ج ٣/٢٥٧ دار إحياء التراث العربى.
* ابن عابدين هو: محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقى، الحنفى، فقيه أصولى، ولد بدمشق سنة ١١٩٨هـ، وتوفى بها فى ٢١ ربيع الثانى سنة ١٢٥٢هـ .
ومن تصانيفه: رد المختار على الدر المختار على تنوير الأبصار، عقود اللالى فى الاسانيد العوالى وغيرها.
أنظر : معجم المؤلفين ج ٩/٧٧ .

المبحث الثاني

ماهية الفعل الضارّ وبيان أدلة تحريمه :-

المطلب الأول: :

تعريف الفعل الضار في اللغة والاصطلاح الفقهي

وعند أهل القانون:

وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: تعريف الفعل الضار في اللغة.

الفرع الثاني: تعريفه في الإصطلاح الفقهي.

الفرع الثالث: تعريفه عند أهل القانون.

الفرع الأول

تعريف الفعل الضار في اللغة

الفعل الضار: هو مركب من صفة وموصوف - الموصوف هو "الفعل" والصفة هي "الضار". ومعناه، كل فعل اتصف بصفة الضرر سواء كان الضرر مادياً أو معنوياً.

والفعل: ^(١) كناية عن كل عمل متعد أو غير متعد وقد تقدم ذكره ^(٢) أما الفعال: قال الأزهري: ^(٣) الفعال: فعل الواحد خاصة في الخير والشر يقال: فلان كريم الفعال، وفلان لئيم الفعال وهذا هو الصواب.

وأما كلمة : الضار: فهي صفة المبالغة بكلمة ضرر والضرار معناه كثير الضرر.

وجاء في أسماء الله تعالى: النافع الضار، أي وهو الذي ينفع من يشاء من خلقه ويضره حيث هو خالق الأشياء كلها: خيرها وشرها وضرها ونفعها. قال ابن منظور: الضر والضُر لغتان وهي ضد النفع الضر هو المصدر، والضر هو الاسم. وهي مثل كلمة الشهد والشهد. ^(٤)

قيل: إذا جمعت بين الضر والنفع فتحت الضاد، وإذا أفردت الضر ضمنت هكذا تستعمله العرب وقيل: الضر: هو سوء الحال، ومنه جاء قوله تعالى: ﴿وَإِذَا مَسَّ الْإِنْسَانَ الضُّرُّ دَعَانَا لَجْنِبْهُ أَوْ قَاعِدًا أَوْ قَائِمًا فَلَمَّا كَشَفْنَا عَنْهُ ضُرَّهُ مَرَّ كَأَن لَّمْ يَدْعُنَا إِلَى ضُرِّ مَسَّهُ﴾، كذلك زُيِّنَ للمسرفين ما كانوا يعملون ^(٥)

إذن فكل ما كان من سوء حال وفقير أو شدة في بدن الإنسان أو ماله فهو ضرر.

١ - لسان العرب - لابن منظور - مادة فعل - ج ١١ / ٢٨٥ دار صادر - بيروت.

٢ - تقدم في المبحث الأول عند تعريف ضمان الفعل الشخصي.

٣ - الأزهري: هو أبو منصور محمد بن أحمد بن طلحة بن نوح بن الأزهري، الهروي الشافعي، ولد في هراة من بلدان خراسان سنة ٢٨٢هـ وتوفي بها سنة ٣٧٠هـ. ومن آثاره: تهذيب اللغة، تفسير الفاظ مختصر المزني وغيرها. أنظر: مقدمة تهذيب اللغة، للأزهري.

٤ - لسان العرب - لابن منظور ج ٤ / ٤٨٢ دار صادر بيروت.

٥ - سورة يونس - آية ١٢ .

وأما كلمة الضَّرُّ: بكسر الضَّاد فهو أن يتزوج الرجل امرأةً على ضرّة، يقال: فلان صاحب ضرّة. والضرّتان: امرأتا الرجل، سُميتا ضرّتين لأنّ كلّ واحدة منهما تُضارُّ صاحبتهما في حقها في الاستمتاع بالزوج والأنس به.

الفرع الثاني

تعريف الفعل الضار في الاصطلاح الفقهي

الفعل الضار في اصطلاح الفقهاء:

وأتناول هذا التعريف عند القدامى والمحدثين منهم على ما يلي:

أولاً : تعريف الفعل الضار عند الفقهاء القدامى

إذا تتبعنا كتب القدامى من الفقهاء فلا نجد تعريفاً خاصاً للفعل الضار، بل نجده متفرقاً في أبواب مختلفة من كتبهم. مثلاً: تجد كتاب الجراح^(١) في كتب الشافعية ويقصدون بهذا التعبير الفعل الضار الواقع على النفس أو أحد أطرافها. والفعل الضار الواقع على الأموال تجده في أبواب الغصب أو العارية المجحودة أو الحوالة أو الكفالة فالفعل الضار موجود على وجه التفرق في هذه الأبواب وليس في مقام واحد.

ومنهم من نظر إلى الفعل الضار باعتبار محله فقسمه قسمين: فقال الكاساني في بدائعه^(٢) الجناية في الأصل نوعان:

١ - جناية علي الأدمى.

١ - مغنى المحتاج - للشيخ محمد الشربيني الخطيب - ج ٤ / ٢ - المكتبة الاسلامية لصاحبها الحاج رياض الشيخ.

٢ - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع - للعلامة علاء الدين ابي بكر الكاساني الحنفى - ج ١٠ / ٤٦٦ ط: الامام ١٣ شارع محمد كريم بالقاهرة.

الكاساني هو: أبو بكر بن مسعود بن احمد الكاساني، (علاء الدين) فقيه، اصولي، حنفى توفى بطلب سنة ٥٨٧هـ - ١١٩١م ومن آثاره: السلطان المبين في اصول الدين، وبدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. معجم المؤلفين ٧٥/٣ .

٢ - وجناية على البهائم والجمادات.

فالأول يدخل فيه أ - الجناية على النفس مطلقاً . ب - والجناية على ما دون النفس. وأما الثاني فيدخل فيه جميع الاتلافات الواقعة على الأموال والغصب.

ثانياً : تعريف الفعل الضار عند الفقهاء المعاصرين

الفعل الضار: هو فعل محذور جعله الشارع سبباً لضمان ما ترتب عليه من تلف.^(١)

شرح التعريف :

ان كل فعل إذا كان مؤدياً إلى ضرر في ذاته استوجب الضمان لما ترتب عليه من تلف، لأنه حينئذ يكون فعلاً محظوراً - اي ممنوعاً - بالنظر إلى نتائجه فتقع تبعته على فاعله.

فإن كان الفاعل عديم الأهلية - كالصغير والمجنون - لم يؤثر ذلك في السمولية المدنية ولا يخرج من هذه السببية إلا يوصف فاعله بالاعتداء والمخالفة بسبب عارض خارج عنه، كفقْد أهلية التكليف لأن سببته ترتبط بذاته وبآثاره لا بقصد فاعله وإدراكه، ولذا يترتب عليه أثره - إذا صدر من نائم، أو مجنون أو طفل لأن الأمر في اقتضائه التضمين مبني على المعاوضة. وجبر الفاقْد، ولذلك قال الفقهاء: إن العمد والخطأ في الأموال سواء، ويريدون بالخطأ هنا وقوع الشيء على خلاف الإرادة، وهو ما يدل عليه قوله صلى الله عليه وسلم : «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»^(٢)

وبالنظر في كتب الفقهاء المعاصرين نجد أنهم قد اتفقوا على أن الفعل الضار يعتبر السبب الثالث من أسباب وجوب الضمان.^(٣)

١ - الضمان في الفقه الاسلامي - للأستاذ على الخفيف ج ١ / ص ٤٣ نشر معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة.

٢ - فتح الباري - لابن حجر العسقلاني - ج ٥ / ١٦٠ كتاب العتق باب - الخطأ والنسيان في العتاقة والطلاق - طبع: دار الفكر - بيروت.

ابن حجر العسقلاني: هو: احمد بن علي بن محمد بن علي بن احمد الكتاني العسقلاني - المصري الشافعي ولد سنة ٧٧٣ هـ، ويعرف بابن حجر (شهاب الدين، ابو الفضل) محدث، مؤرخ، أديب، وتوفي سنة ٨٥٢ هـ بمصر، ومن تصانيفه: فتح الباري بشرح صحيح البخاري، شرح على الارشاد في فروع الفقه الشافعي وغيرها. معجم المؤلفين ج ٢ / ٢٠ شذرات الذهب لابن العماد ج ٧ / ٢٧ .

٣ - الضمان في الفقه الاسلامي - للأستاذ على الخفيف ص ٤٠ نشر معهد البحوث والدراسات العربية - القاهرة .

وقد عرّف الاستاذ منذر الفضل الفعل الضارّ بأنه: «حالة الشخص الذي ارتكب فعلاً سبب به ضرراً للآخرين فاستوجب مؤاخذه القانون إياه على ما سبب من اذى للغير»^(١)

شرح التعريف:

يدل هذا التعريف أنه لا يوجد مسؤولية أو ضمان إلا إذا وجد الضرر بالفعل، سواء لحق بالفرد أم الجماعة.

تقسيم الفعل الضار

قسم الفقهاء رحمهم الله تعالى الفعل الضار إلى أقسام هي:

أ - الفعل الضارّ الواقع على النفس الإنسانية ومثل هذا يترتب مسؤولية جنائية.

ب - الفعل الضارّ الواقع على أموال الآخرين، والذي يدخل تحت المسؤولية المدنية.

ولا فرق في القسم الأخير بين أن تكون المسؤولية عقدية أو تقصيرية وسيأتى الكلام عن كل هذا بالتفصيل في الفصل الثانى عند الكلام عن المسؤولية التقصيرية بإذن الله تعالى.

بعض أمثلة للفعل الضارّ

لا شك أن الفعل الضارّ الموجب للضمان هو: كل فعل ترتب عليه تلف مال أو فقد منفعة أو كل فعل ترتب عليه إزهاق روح إنسان أو إتلاف طرف من أطرافه ولا فرق بين أن يكون التلف هلاكاً للمال كله، أم هلاكاً لبعض المال أم تعيباً له.^(٢)

وفيما يلى نشير إلى بعض الأمثلة لبيان ما فيه إتلاف المال جميعه أو بعضه وذلك عملاً على البيان:

أولاً: إتلاف المال جميعه:

مما يوجب الضمان الكلى استهلاك المال كله أو إتلافه أو إخراج المال عن ان يكون منتفعاً به

١ - النظريات العامة للالتزامات - للدكتور منذر الفضل ج ١/ ٣٢٤ مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان - الأردن.

الدكتور منذر الفضل: هو استاذ القانون المدنى المساعد، محاضر في الدراسات العليا. ومحاضر في المعهد القضائى - وزارة العدل - العراق واستاذ القانون المدنى المشارك - كلية الحقوق - جامعة الزيتونة.

٢ - الضمان في الفقه الاسلامي - للأستاذ على الخفيف ج ١/ ٧٠ نشر معهد البحوث والدراسات العربية.

الانتفاع المطلوب منه عادةً.

- كهلاك عين من الاعيان جميعها بحيث لا تبقى لها قيمة بعد تلفها - كما في إحراق ثوب.

- ومن ذلك أيضاً التعيب الذي يؤدي إلى زوال جميع منافع المال او معظمه مع زوال اسمه - كما في قطع الثوب بحال لا يمكن معه الانتفاع به على الوجه المطلوب.

- ومن ذلك أيضاً : تقيب العين في محل مجهول بحيث لا يتيسر الوصول إليه . فكل هذه الأمثلة وغيرها مما هو في معناها يعتبر إتلافاً كلياً للمال، ومن ثم يجب إيقاع الضمان كاملاً على من وقع منه الفعل الضار.

ثانياً : إتلاف بعض المال

أما إذا أدى الفعل الضار إلى نقص منافع المال أو نقص في مادته أو نقص في صفاته، وترتب على ذلك نقص قيمة ذلك الشيء:

فإن من أحدث هذا الفعل يلزم بضمان ما نقص من القيمة ومثل هذا يسمى إتلافاً جزئياً، ومن ثم يستوجب تعويضاً جزئياً. وطريقة التعويض في هذه الحالات: أن يقوم المال الذي وقع عليه الفعل الضار قبل حدوثه، وبعد حدوثه، وما يوجد من فرق بين القيمتين يلزم به من أحدث ذلك الفعل.

فإذا لم يوجد فيه فرق بين القيمتين كان الضرر غير معتبر وكذلك إذا كان الفرق تافهاً أى يسيراً لا يأنه له الناس عادةً بأن جرت عادة الناس بالتسامح فيه.^(١)

١ - الضمان في الفقه الإسلامي للشيخ علي الخفيف ج١/ ٧٠ .

الفرع الثالث

تعريف الفعل الضار عند أهل القانون

لم يذكر القانونيون تعريفاً خاصاً للفعل الضار، وإنما يمكن استخلاصه من كلامهم عن المسؤولية بقسميها: جنائية، ومدنية. فأما المسؤولية الجنائية فهي تعنى عندهم:

الفعل الضار الواقع على النفس الانسانية ويسمّون الضمان هنا ضمان الدماء في النفس وما دونها. وأما المسؤولية المدنية فقد قسموها إلى ثلاثة أقسام:

١ - ضمان الأموال بسبب العقد.

٢ - ضمان الأموال بسبب الاعتداء.

٣ - ضمان الأموال بسبب التقصير

و النوع الثانى إما أن يكون:

اعتداء على الأموال بسبب السرقة Theft

اعتداء على الأموال بسبب الابتزاز Extortion

اعتداء على الأموال بسبب قطع الطريق Robbery

وهذان الأخيران يسميان عند فقهاء الشريعة بالترتيب جريمة الغصب وجريمة الحرابة، وأهل القانون يعتبرون جرائم الحرابة داخلة في المسؤولية الجنائية، ولها عقوبات مقدرة عندهم.^(١)

وأرى أنه من المناسب والمفيد هنا أن أعرف الجرائم السابقة من وجهة نظر أهل القانون فأقول وبالله التوفيق

السرقة هي: Theft

استيلاء شخص على مال منقول، بأن حازه باطلاً وسراً من صاحبه أو ممن عهد إليه بحفظه، وذلك

١ - قانون العقوبات الباكستاني - شوكت محمود ج ٢ / ١٥٦٩ وما بعده. طبعه - لامور - Legal Research Centre.

ليستأثر لنفسه بمنفعته دون علم صاحبه.^(١)

اما الابتزاز فمعناه عندهم: Extortion

الحصول على أموال أو منافع بإستغلال ظروف قاهرة أو بسبيل التهديد أو الوعد بكتمان جناية أو النفوذ أو الوظيفة أو اي وسيلة أخرى من الوسائل غير المشروعة.^(٢)

وقطع الطريق^(٣): Robbery

فهو يعنى سلب الأشخاص أموالهم بالقوة أو إكراههم على تسليمها بالقوة أو الإرهاب أو التهديد أو العنف.

ولا يؤثر في الوصف القانوني للجريمة الواقعة عظم قيمة الشيء المسلوب أو تفاهته - فيعاقب على هذه الجرائم حسب القانون الانكليزي - بالسجن مدة اقصاها أربع عشرة سنة.

اما قانون العقوبات الباكستاني فيعاقب مرتكبي هذه الجريمة بالسجن لمدة لا تقل عن ثلاث سنوات ولا تزيد عن عشر سنوات، كما يكونون مسئولين أيضاً عن دفع الغرامة المناسبة بالاضافة إلى السجن المذكور.^(٤)

١ - قانون العقوبات الباكستاني - ج ٣ / ١٥٦٩ ،

- Law Dictionary p-470 By E. R Hordy Ivomy. Butterworths. London - Sydney - Toronto.

المعجم القانوني - لحارث سليمان الفاروقي - ص / ٦٩٢ مكتبة لبنان - بيروت ،

٢ - قانون العقوبات الباكستاني ج ٣ / ١٥٧٥ .

- Law Dictionary p. 177 By E.R. Hardy Ivamy

المعجم القانوني - إنكليزي - عربي - لحارث سليمان الفاروقي ص / ٢٧٢ مكتبة لبنان بيروت الطبعة الرابعة ١٩٨٢ م.

٣ - القاموس القانوني - حارث سليمان فاروقي ص / ٦١٦ . بيروت.

Libraire DV Liban - Riad Solh Square.

٤ - قانون العقوبات الباكستاني - المادة ٣٩٠ - باب الجرائم الواقعة على الأموال ج ٢ ص / ١٥٨٥ - شوكت محمود طبعة ١٩٨٢ لاهور.

هذا إذا ارتكب الجريمة في مكان خاص. أما إذا ارتكب مثل هذه الجرائم في طريق مطروق للعامه فتصل العقوبة إلى أربع عشرة سنة.

واما النوع الثالث من المستوليه الذي هو ضمان الأموال بسبب التقصير فيسمى في القانون الوضعي الباكستاني بالمسئولية التقصيرية.

وتدخل تحت هذه المسئولية أنواع الضمان المختلفة ونوضح هذا بالامثلة التالية^(١):

أ - المبادئ العامة والخاصة في الإهمال - General & Special Principles of Negligence.

ب - التدخلات في شؤون الآخرين - Interference with the person's affair.

ج - التدخلات في أموال الانسان - Interference with person's property.

د - المسئولية الشخصية ويدخلون تحتها ثلاثة أنواع من المسئولية.

١ - مسئولية الشخص عن فعله - Strict Liability

٢ - مسئولية الشخص عن فعل غيره . - Vicarious Liability.

٣ - مسئولية الشخص عن الحيوان والاشياء - Liability for Animals and things.

وبعض القانونيين يسمى المسئولية التقصيرية بالعمل غير المشروع، وبعضهم يسميها بالمسئولية الخطئية، نسبة إلى الخطأ الواقع من مرتكب الفعل الضار، ذلك الفعل المحظور الذي يخرج به فاعله عن جادة النظام والطريق المستقيم وعن سلوك الرجل المعتاد.^(٢)

مقارنة تعاريف الفقهاء وأهل القانون للفعل الضار:

وإذا قارنا ما تقدم من تعريفات الفقهاء للفعل الضار وعند أهل القانون يخرج بالنتائج التالية:

١ - أن الأصل في الشريعة الإسلامية في الأموال والنفوس العصمة بمعنى أنها غير مباحة فكل

1 - Tort Law By R. W. M Dias & B.S Markesin is printed in Great Britain - At University Press Oxford.

٢ - الفعل الضار والضمان فيه - للأستاذ مصطفى احمد الزرقا ص / ٥٩ دار القلم - دمشق .

فعل ضار بالانسان أو بماله مضمون على فاعله.

٢ - أن التعدي على الأشياء بالاتلاف يرتب إما عقوبة جنائية إذا كان الفعل واقعا على النفس الانسانية أو بعض أطرافها وإما تعويضا مالياً إذا كان الأمر متعلقاً بالأموال.^(١)

وإذا كان الفعل معاقباً عليه فهو جريمة، أما إذا لم يكن معاقباً عليه فلا يعتبر جريمة، ولا يسمى بهذا الاسم وإنما هو فعل ضار. إذن فلا مناسبة تجمع بين الجريمة والفعل الضار، إلا أن كليهما مضمون على فاعله.

واعلم أنه قد يكون الفعل جريمة يستحق الجاني عليها العقاب، ثم يكون الفعل في الوقت نفسه فعلاً ضاراً، فيضمنه الجاني للمجنى عليه، وذلك مثل: استهلاك صيد مملوك في الحرم، وشرب خمر الذمي^(٢).

فإن الفاعل في هاتين الحالتين يعاقب علي الصيد والشرب، وعليه قيمة الصيد والخمر لصاحبيهما. وهذا قريب مما في القانون الوضعي حيث أن بعض الجرائم في القانون تكون تحت نطاق المسؤولية الجنائية وفي نفس الوقت تكون هناك مسؤولية مدنية.

لذلك يمكن القول:

بأن القوانين الوضعية في اتفقت في هذه الناحية، مع الشريعة الإسلامية حيث تجعل الانسان مسؤولاً مدنياً عن كل فعل ضار بغيره، سواء كان القانون يعتبره جريمة أم لا يعتبره كذلك.

فإن كان الفعل جريمة وكان ضاراً في الوقت نفسه بالغير، كان الفاعل مستحقاً للعقوبة، وضامناً للضرر الذي لحق بالغير كما هو الحال في الشريعة. * ويصطلح شراح القانون الوضعي المصري على تسمية الفعل الضار بالجريمة المدنية.^(٣) ولعل ذلك التعبير مأخوذ مما في القانون الفرنسي الذي هو أصل القانون المدني المصري.

١ - التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي - لعبد القادر عودة - ج ١ / ٧٦ - ط: دار الكاتب العربي بيروت.

٢ - وذلك عند من ذهب إلى اعتبار مالية الخمر أو الخنزير في حالة اتلافهما الذمي - وهم الحنفية والمالكية.

٣ - التشريع الجنائي - لعبد القادر عودة - ج ١ / ٧٧ - ط: دار الكاتب العربي - بيروت.

المطلب الثاني

من المبحث الثاني

أدلة تحريم الفعل الضارّ

ويظهر مما تقدم أن الفعل الضارّ هو فعل محظور جعله الله سبباً لضمان ما ترتب عليه من تلف لحق بالغير. لذلك فقد ثبت تحريم الفعل الضارّ بالكتاب والسنة النبوية الشريفة وقد جعلت الكلام عن كل ذلك في الفروع التالية:

الفرع الأول

أولاً: الأدلة من الكتاب الكريم

وردت نصوص كثيرة تدل على تحريم الفعل الضارّ، منها ما يدل على تحريم الفعل الضارّ الواقع على النفس وما دونها ومنها ما يدل على تحريم الضرر الواقع على الأموال والأعراض.

فأما القسم الأول وهو أدلة تحريم الفعل الضارّ الواقع على النفس وما دونها : فنجدته متمثلة في الآيات الآتية بيانها:

١ - ففي جريمة القتل العمد يقول الله عز وجلّ : ﴿لَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾^(١). ويقول عز من قائل: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ، الْحَرُّ بِالْحَرِّ، وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ، وَالْأَنْثَى بِالْأَنْثَى، فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ﴾^(٢).

وقال سبحانه وتعالى: ﴿وَكُتِبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنْ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾^(٣) فهذه النصوص تحرم القتل العمد

١ - سورة الاسراء آية : ٣٣ .

٢ - سورة البقرة / ١٧٨ .

٣ - سورة المائدة / ٤٥ .

وتجعل عقوبته القصاص إلا إذا عفا ولى الدم، فتكون العقوبة الدية، وهى مائة من الإبل أو ما يقوم مقامها من الأموال الأخرى" والمراد من القصاص هنا هو المحافظة والابقاء على النفس الانسانية مصداق ذلك في قول الله عز وجل ﴿ولكم في القصاص حياة يا أولى الألباب﴾^(١).

٢ - وفى جريمة القتل الخطأ

قال تعالى: ﴿وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً إلا خطأ، ومن قتل مؤمناً خطأً فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا﴾^(٢).

شرح الآية :

يقول الله تعالى: ليس لمؤمن أن يقتل أخاه المؤمن بوجه من الوجوه كما ثبت في الصحيحين عن ابن مسعود: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله، وأنى رسول الله إلا باحدى ثلاث:

النفس بالنفس والثيب الزانى والتارك لدينه المفارق للجماعة"^(٣) متفق عليه. واختلف في سبب نزول هذه الآية^(٤): قيل بأن الآية نزلت في عياش بن أبي ربيعة أخى أبي جهل لأمه، وهى اسماء بنت أخرمه وذلك أنه قتل رجلاً يعذبه مع أخيه على الإسلام وهو الحرث بن يزيد الغامدى، فأضمر له عياش السوء فأسلم ذلك الرجل وهاجر، وعياش لا يشعر، فلما كان يوم الفتح رآه فظن أنه على دينه، فحمل عليه وقتله، فأنزل الله هذه الآية:

١ - سورة البقرة / ١٧٩ .

٢ - سورة النساء / ٩٢ .

٣ - صحيح البخارى - كتاب الديات - باب قول الله تعالى النفس بالنفس - ج ٢٨/٨ دار الفكر . أنظر أيضاً صحيح مسلم بشرح النوى - كتاب القسامة - باب ما يباح به دم المسلم ج ١٦٤/١١ دار الفكر - بيروت . وسنن الدار قطنى - كتاب الحدود والديات ج ٨٢/٣ طبعة عالم الكتب - بيروت. والسنن الكبرى - للبيهقى - كتاب الحدود ج ٨ / ٢١٣ دار الفكر - بيروت.

٤ - تفسير القرآن العظيم - لابن كثير - ج ١ / ٢٤٤ دار الفكر - بيروت.

ابن كثير : هو: اسماعيل بن عمر بن كثير ابن زرع الدمشقى، الشافعى - المعروف بابن كثير (عماد الدين، ابو الفداء) ولد سنة ٧٠٠هـ بجندل من اعمال مصر، وتوفى فى دمشق سنة ٧٧٤هـ ومن تصانيفه: تفسير القرآن العظيم، البداية والنهاية في التاريخ، معجم المؤلفين ج ٢ / ٢٨٢ .

وقيل نزلت في الدرداء - لأنه قتل رجلاً وقد قال كلمة الإيمان حين رفع عليه السيف فأهوى به إليه فقال كلمته، فلما ذكر ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم قال: إنما قالها متعوذاً فقال له هل شققت عن قلبه ^(١).

ومحل الشاهد في هذه الآية : هو أن الفعل الضارّ حرام ولو كان قد حصل عن طريق الخطأ، .

٢ - وفي جريمة إتلاف الأطراف :

قال تعالى ﴿وَكُتِبْنَا عَلَيْهِمْ أَنِ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ، وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ، وَالْأَنفَ بِالْأَنفِ، وَالْأُذْنَ بِالْأُذُنِ، وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ، وَالْجُرُوحَ قِصَاصًا﴾ ^(٢).

ويقول عز من قائل ﴿فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾ ^(٣)

ويقول سبحانه وتعالى: ﴿وَأَنِ عَاقِبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عَاقِبْتُمْ بِهِ﴾ ^(٤) فهذه الآيات ذات نصوص صريحة في تحريم إتلاف الأطراف والجراح.

٤ - وفي تحريم إتلاف المال:

قال تعالى ﴿وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفِثَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحَكْمِهِمْ شَاهِدِينَ. فَفَهِمْنَاهَا سُلَيْمَانَ وَكَلَّا أَتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا﴾ ^(٥).

والنفث : هو الرعي بالليل، ونقل عن ابن جرير الطبري ^(٦): في تفسيره عن ابن مسعود: أن الحرث المذكور كان كرماً قد أنبتت عناقيده، فأفسدته الغنم، فقضى داود عليه السلام بالغنم لصاحب الكرم أى قضى بتمليك الغنم تعويضاً عما أتلفته له، فقال سليمان - عليه السلام - غير هذا يا نبي الله.

١ - تفسير القرآن العظيم - لابن كثير - ج ١ / ٥٣٤ طبعه - دار الفكر - بيروت.

٢ - سورة المائدة - الآية ٤٥ .

٣ - سورة البقرة الآية - ١٩٤ .

٤ - سورة النحل الآية / ١٢٦ .

٥ - سورة الانبياء الآية / ٧٨ ، ٧٩ .

٦ - ابن جرير الطبري هو: محمد بن جرير بن يزيد الطبري (أبو جعفر) مفسر، محدث، فقيه، مجتهد ولد بأمل طبرستان سنة ٢٢٤هـ، وتوفي في بغداد سنة ٣١٠هـ. ومن تصانيفه: جامع البيان في تأويل القرآن، تاريخ الأمم والملوك انظر معجم المؤلفين ج ٩ / ١٤٧، وفيات الاعيان ج ٤ / ١٩١ دار صادر بيروت.

قال: وما ذاك؟ قال: يدفع الكرم إلى صاحب الغنم فيقوم عليه حتى يعود كما كان وتدفع الغنم إلى صاحب الكرم فيصيب منها.^(١)

ففى هذا النص القرآنى الكريم ذكرت حادثة معينة من حالات الفعل الضار، وهو رعى غنم شخص لحرث شخص آخر تعدياً وصدر فيها الحكم القضائى السابق بما يتناسب مع حجم الضرر الذى ألحقته الغنم بصاحب الحرث.

واختلف فيه الرأى القضائى بين داود وسليمان - عليهما السلام - دون أن يذكر فى الآية كيف كان الحكم، ولكن أشارت الآية إلى أن رأى سليمان هو الصواب والعدل لأنه الفاهم بتفهيم الله تعالى حيث قال عز من قائل: ﴿فَفَهَّمْنَاهَا سُلَيْمَانَ﴾ وكان الهدف فى رأى كل من داود وسليمان عليهما السلام هو التعادل بين الضرر والعوض على ما تقدم فى بيان. رأى كل منهما عليهما السلام:

ويستفاد من الآية بالاضافة إلى ما سبق أن التعويض قد يكون بإصلاح الضرر عيناً، كما يستفاد أيضاً لزوم تعويض الضرر عن تعطيل المال على صاحبه، وذلك واضح بانتظار صاحب الكرم ليعود كرمه كما كان.

وما تقدم مثال للضرر الذى وقع على مال إنسان ﴿وقال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾﴾^(٢)

ينهى الله تبارك وتعالى عباده المؤمنين أن يأكلوا أموال بعضهم بالباطل أى بأنواع المكاسب التى هى غير شرعية.

كأنواع الربا والقمار وما جرى مجرى ذلك من سائر صنوف الحيل.^(٣) فأكل الأموال بالباطل هو من صميم الاتلاف.

١ - جامع البيان فى تأويل القرآن - لابن جرير الطبرى ج ٢٨/١٢ دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت - لبنان طبعة ١٤٠٠ هـ ١٩٨٠ م.

٢ - سورة النساء - آية / ٢٩ .

٣ - تفسير القرآن العظيم - للحافظ ابن كثير القرشى ج ١ / ٤٩٠ . طبعة: دار المعرفة بيروت.

٥ - وفي الضرر الواقع بين أفراد الأسرة

قال تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجْلَهُنَّ فَمَسْكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سِرْحَوْهُنَّ بِمَعْرُوفٍ. وَلَا تَمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾^(١)

شرح الآية:

قال: إِبْنُ كَثِيرٍ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي تَفْسِيرِهِ^(٢): هَذَا أَمْرٌ مِنَ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ لِلرِّجَالِ إِذَا طَلَّقَ أَحَدُهُمُ الْمَرْأَةَ طَلَاقًا لَهُ عَلَيْهَا فِيهِ رَجْعَةٌ أَنْ يَحْسِنَ فِي أَمْرِهَا إِذَا انْقَضَتْ عِدَّتُهَا وَلَمْ يَبْقَ مِنْهَا إِلَّا مَقْدَارٌ مَا يُمْكِنُهُ فِيهِ رَجْعَتُهَا، فَمَا أَنْ يُمْسِكَهَا أَوْ يَرْتَجِعَهَا إِلَى عَصْمَةِ نِكَاحِهِ بِمَعْرُوفٍ وَهُوَ أَنْ يَشْهَدَ عَلَى رَجْعَتِهَا وَيَنْوِي عَشْرَتَهَا بِالْمَعْرُوفِ أَوْ يَسْرِحَهَا أَوْ يَتْرُكَهَا حَتَّى تَنْقُضِيَ عِدَّتَهَا وَيُخْرِجَهَا مِنْ مَنْزِلِهِ بِالتَّيِّبِ هِيَ أَحْسَنُ مِنْ غَيْرِ شِقَاقٍ وَلَا مَخَاصِمَةٍ.

ومحل الشاهد في هذه الآية هو ﴿وَلَا تَمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا﴾ قال إِبْنُ عَبَّاسٍ^(٣) رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُمَا: كَانَ الرَّجُلُ يَطْلُقُ الْمَرْأَةَ فَإِذَا قَارَبَتْ انْقِضَاءَ الْعِدَّةِ رَاجِعَهَا ضِرَارًا لِّئَلَّا تَذْهَبَ إِلَى غَيْرِهِ ثُمَّ يَطْلُقُهَا فَتَعْتَدُ فَإِذَا شَارَفَتْ عَلَى انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ طَلَّقَ لِتَطُولَ عَلَيْهَا الْعِدَّةُ، فَزَهَّاهُمُ اللَّهُ عَنْ ذَلِكَ وَتَوَعَّدَهُمْ عَلَيْهِ فَقَالَ ﴿وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾ وَقَالَ الْإِمَامُ الْقُرْطُبِيُّ^(٤): فِي كِتَابِهِ^(٥):

رَوَى مَالِكٌ عَنْ ثَوْرِ بْنِ زَيْدٍ الدِّيلِيِّ: أَنَّ الرَّجُلَ كَانَ يَطْلُقُ امْرَأَتَهُ ثُمَّ يَرَاجِعُهَا وَلَا حَاجَةَ لَهُ بِهَا وَلَا يُرِيدُ إِمْسَاكَهَا، لِيَطُولَ بِذَلِكَ الْعِدَّةُ عَلَيْهَا وَلِيُضَارَّهَا - فَأَنْزَلَ اللَّهُ تَعَالَى هَذِهِ الْآيَةَ ﴿وَلَا تَمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا﴾.

١ - سورة البقرة آية / ٢٣١ .

٢ - تفسير القرآن العظيم - لابن كثير - ج ١ / ٢٨١ دار الفكر - بيروت - لبنان.

٣ - ابن عباس رضي الله عنه هو: أبو العباس عبد الله بن العباس بن عبد المطلب ابن عم رسول الله صلى الله عليه وسلم، وأخذ الفقه عنه جماعة منهم عطاء بن أبي رباح، وطاوس ومجاهد وسعيد بن جبير، مات ابن عباس بالطائف ٧٨ هـ وهو ابن ٧٢ سنة. وفيات الأعيان ج ٦٢/٣ لابن خلكان وحققه الدكتور إحسان عباس.

٤ - الإمام القرطبي هو: محمد بن أحمد أبي بكر بن فرح الانصاري - الخزرجي - الاندلسي القرطبي المالكي (أبو عبد الله) مفسر، توفي بمصر في شوال ٦٧١ هـ. ومن تصانيفه: الجامع لأحكام القرآن . معجم المؤلفين ٢٣٩/٨ .

٥ - الجامع لأحكام القرآن - للقرطبي ج ١٥٦/٣ دار الكتاب العربي للطباعة والنشر .

وقال تعالى: ﴿والوالدات يرضعن أولادهنّ حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف، لا تكلف نفس إلا وسعها، لا تضارّ والدّة بولدها ولا مولود له بولده وعلى الوارث مثل ذلك﴾.^(١)

فعلى الأم ألا تتبى ارضاع الولد إضراراً بأبيه أو تطلب أكثر من أجر مثلها، هذا من جانب الأم، ومن جهة الأب: لا يحل للأب أن يمنع الأم من ذلك مع رغبتها في الإرضاع.^(٢)

وهذا قول جمهور المفسرين: فوضح مما تقدم ان الله تبارك وتعالى يمنع الضرر الواقع من كلا الجانبين: الأم والأب، فما يلحقه أحدهما بالآخر من صنوف الكيد والأذى هو من صميم الفعل الضار الذي حرّمته الشريعة الإسلامية الغراء.

٦ - تحريم الضرر الواقع على الأعراض

قال تعالى: ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة، ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون، إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحو﴾.^(٣) الخ.

فالآية الأولى فيها بيان حكم القاذف للمحصنة وهي الحرّة البالغة العفيفة، فإذا كان المقذوف رجلاً فكذلك يجلد قاذفة أيضاً وليس فيه نزاع بين العلماء.^(٤)

وقال تعالى: ﴿إن الذين يرمون المحصنات الغافلات المؤمنات لعنوا في الدنيا والآخرة ولهم عذاب عظيم﴾.^(٥)

فالنصوص القرآنية السابقة تقرر أن الضرر الأدبي بالمقياس الشرعي والاجتماعي له اعتباره

١ - سورة البقرة آية / ٢٢٣ .

٢ - الجامع لأحكام القرآن - لأبي عبد الله القرطبي ج ١٦٧/٣ - دار الكاتب العربي للطباعة والنشر ١٩٦٧م.

٣ - سورة النور - آية / ٤ ، ٥ .

٤ - انظر - الجامع لأحكام القرآن - لأبي عبد الله القرطبي ج ١٢ / ١٧٢ دار الكاتب العربي للطباعة والنشر - القاهرة - ١٩٦٧م وتفسير القرآن العظيم - لابن كثير القرشي ج ٣ / ٢٦٤ دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت - ١٣٨٨هـ -

١٩٦٩م.

٥ - سورة النور - آية / ٢٣ .

المتميز في نظر الشريعة الاسلامية وأنه قد يكون بحسب نوعيته أشد وأعظم في الميزان الشرعى من الاضرار المادية الكبرى.

فإذا ارتكب إنسان هذه الجريمة عدواناً وإفتراءً استحق القمع في الدنيا، والعذاب في الآخرة، حتى يصبح من الملعونين في الدارين.

ويستفاد من الآية: بالاضافة إلى ما تقدم أن موجب الضرر الأدبي هنا هو العقوبة لا التعويض المالى.

الفرع الثانى

ثانياً: أدلة تحريم الفعل الضار من السنة

جاءت السنة النبوية المطهرة بالنهى عن مضارة المسلم في أحاديث كثيرة منها:

١ - ما روى عن أبى صرمة رضى الله عنه قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - «من ضارَّ مسلماً ضارَّه الله، ومن شاق مسلماً شق الله عليه»^(١)

ومعنى الحديث: من أدخل على مسلم مضرة في ماله أو نفسه أو عرضه بغير حق، ضاره الله اي جازاه من جنس فعله، وأدخل عليه المضرة والمشقة.

ففى هذا الحديث دلالة واضحة على التحذير من أذى المسلم بأى صنوف الأذى والأذى من الفعل الضار، والفعل الضار منهى عنه بمنطوق هذا الحديث الشريف.

١ - سنن ابن ماجه حديث / ٢٣٤٢ - عيسى الباب الحلبى.

سنن الترمذى حديث / ١٩٤٠ - مصطفى الباب الحلبى

سنن الكبرى للبيهقى - ج ٦ / ٧٠ بيروت

سنن الدار قطعى - ج ٢ / ٧٧ .

سبل السلام - للصنعانى ج ٤ / ١٥٩١ مكتبة عاطف بجوار إدارة الازهر .

٢ - ما روى عن عائشة رضى الله عنها قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «اللهم من ولى من أمر أمتي شيئاً فشقّ عليهم فاشقق عليه»^(١)

ووجه الاستدلال بهذا الحديث على أنه يجب على الوالى تيسير الأمور على من هم تحت ولايته والرفق بهم ومعاملتهم بالعفو والصفح لئلا يدخل عليهم المشقة والمضرة.

والدعاء من النبى صلى الله عليه وسلم بالمشقة على من فعل ذلك إنما هو جزاء من جنس الفعل وتامم الحديث كان «ومن ولى من أمر أمتي شيئاً فرفق بهم فارفق به».

كما جاءت السنة المطهرة في نصوصها المنادية بحرمة النفس وما دونها ومن ذلك:

١ - عن ابن مسعود رضى الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «لا يحل دم امرئ مسلم إلا باحدى ثلاث: الثيب الزانى، والنفس بالنفس، والتارك لدينه المفارق للجماعة»^(٢) متفق عليه.

٢ - ما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خطب يوم النحر، فقال: يا أيها الناس أى يوم هذا؟ قالوا: يوم حرام، قال: فأى بلد هذا؟ قالوا: بلد حرام، قال: فأى شهر هذا؟ قالوا: شهر حرام، قال: فإن دماكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام، كحرمة يومكم هذا، في بلدكم هذا، في شهركم هذا ثم رفع رأسه فقال: اللهم هل بلغت، اللهم هل بلغت^(٣)

١ - سبل السلام - للصنعاني ج ٤ / ١٥٧٩ - مكتبة عاطف بجوار الازهر، وفتح البارى لابن حجر العسقلاني ج ١٣ / ١٣٠ دار الفكر - بيروت ،

وسنن البيهقي [السنن الكبرى للبيهقي] ج ٩ / ٤٣ بيروت

وجمع الجوامع - للسيوطي / ٩٨٣٧ مجمع البحوث.

٢ - صحيح مسلم - كتاب القسامة، باب ما يباح به دم المسلم ج ١١ / ١٦٤ دار الفكر - بيروت.

ورواه النسائي في كتابه سنن النسائي - ج ٧ / ١٠٤ .

ونصب الراية للزيلعي ج ٤ / ٣٣٣ .

والسنن الكبرى للبيهقي - ج ٨ / ١٨٨ .

٣ - أخرجه البخاري في الحج - باب الخطبة ايام منى - ج ١ / ٢٣٤ . ونصب الراية - للزيلعي - ج ٤ / ٣٢٥ ، المكتبة الاسلامية لصاحبها الحاج رياض..

* الزيلعي هو: عبد الله بن يوسف الزيلعي - الحنفى (جمال الدين، أبو محمد) محدث، أصولى توفى ٧٦٢هـ. ومن آثاره: نصب الراية لأحاديث الهداية في فروع الفقه الحنفى، وتخرىج احاديث الكشاف. أنظر : معجم المؤلفين ج ٦ / ١٦٥ .

وفي رواية لمسلم، زيادة - وستلقون ربكم فيسألكم عن أعمالكم فلا ترجعن بعدي كفاراً يضرب بعضكم رقاب بعض إلا ليلغ الشاهد الغائب فلعل بعض من يبلغه يكون أوعى له من بعض من سمعه ثم قال ألا هل بلغت^(١).

٢ - ما روى عن عبد الله بن عمر: قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أمرت أن أقاتل الناس حتى يشهدوا أن لا إله إلا الله، وأن محمداً رسول الله، ويقيموا الصلاة، ويؤتوا الزكاة، فإذا فعلوا ذلك عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها وحسابهم على الله^(٢).

٤ - ما روى عن أنس: قال: كسرت الربيع، عمة أنس، ثنية جارية، فطلبوا العفو فأبوا، فعرضوا عليهم الأرضين فأبوا، فأتوا النبي صلى الله عليه وسلم، فأمر بالقصاص، فقال أنس بن النضر يا رسول الله تكسر ثنية الربيع؟ والذي بعثك بالحق لا تكسر. فقال النبي صلى الله عليه وسلم: يا أنس كتاب الله القصاص. قال: فرضى القوم فعفوا. فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم «إن من عبادي من لو أقسم على الله لأبره»^(٣).

وفي رواية للبخاري - إن ابنة النضر لطمت جارية فكسرت ثنيتهما، فأتوا النبي صلى الله عليه وسلم فأمر بالقصاص^(٤).

كما نادت السنة أيضاً بحرمة الأموال والأعراض في أحاديث كثيرة منها:

١ - ما روى عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اتدرون ما المفلس^(٥) قالوا: المفلس فينا من لا درهم له ولا متاع فقال: إن المفلس من أمتي من يأتي يوم القيامة بصلاة وصيام وزكاة ويأتي وقد شتم هذا وقذف هذا وأكل مال هذا وسفك دم هذا وضرب هذا فيعطى

١ - صحيح مسلم بشرح النووي - ج ١١ / ١٦٩ دار الفكر - بيروت.

٢ - نصب الراية - للزيلعي ج ٤ / ٣٢٤ - الطبعة السابقة واخرجه البخاري (في باب - فإن تابو وأقاموا الصلاة) ج ٨ / ٨ ، واخرجه مسلم - في باب الأمر بقتال الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله ج ٢٧ / ١ .

٣ - سنن ابن ماجه - كتاب الديات ج ٢ / ٨٨٤ حديث رقم ٢٦٤٩، طبعة: دار إحياء التراث العربي.

٤ - فتح الباري - لابن حجر العسقلاني - ج ٢٦ / ٤٧ . نشر مكتبة الكليات الأزهرية بالقاهرة طبعة جديدة - ١٣٩٨ هـ - ١٩٧٨ م.

٥ - فلس - بفلس إفلاساً أي صار مفلساً - كأنما صارت دراهمه فلوساً. انظر - لسان العرب - من مادة فلس - ج ٦ / ١٦٥ - دار صادر بيروت.

هذا من حسناته وهذا من حسناته فإن فנית حسناته قبل أن يقضى ما عليه أخذ من خطاياهم فطرحت عليه ثم طرح فى النار»^(١)

ووجه الاستدلال بهذا الحديث على المدعي: أن الشتم والقذف من جملة التعدي على النفس وأكل أموالهم تعد فيصدق على الجميع أنه تعد .

ما روى عن عائشة رضى الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: من ظلم شبراً من الأرض طوقه الله من سبع أرضين»^(٢) (متفق عليه) البخاري ومسلم.

وأخرج البيهقي في "السنن الكبرى" عن سعيد بن زيد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: من اقتطع شبراً من الأرض ظلماً طوقه الله يوم القيامة من سبع أرضين»^(٣) (رواه مسلم في صحيح).

وفي مجمع الزوائد للهيثمي: أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: من اقتطع شبراً من الأرض ظلماً طوقه الله يوم القيامة إياه من سبع أرضين، ومن تولى قوماً بغير إذنهم فعليه لعنة الله، ومن اقتطع مال امرئ مسلم بيمين فلا بارك الله له فيه»^(٤)

وهناك نصوص أخرى كثيرة في الكتاب والسنة النبوية المطهرة لم اذكر جميعها لكثرتها وتقارب معانيها، وكلها يدل على تحريم الفعل الضار باى وجه كان فمن ارادها فعليه بكتب آيات الأحكام وأحاديث الأحكام وكتب التراث الفقهي وبعد هذا العرض لأدلة تحريم الفعل الضار انتقل الآن الى الكلام عن مدى علاقة الفعل الضار بنظرية تحمل التبعة في البحث التالى مباشرة.

-
- ١ - صحيح مسلم بشرح النووي - ١٦ / ١٣٥ دار الفكر - بيروت الطبعة الثانية ١٣٩٢ هـ - ١٩٧٢ م.
 - الامام مسلم: هو أبو الحسين مسلم القشيري النيسابوري، صاحب الصحيح، أحد الأئمة الحفاظ، واعلام المحدثين، ولد سنة ٢٠٦ هـ، وتوفى سنة ٢٦١ هـ.
 - انظر: وفيات الاعيان وانباء ابناء الزمان - لابن خلكان ج ٥/ ١٩٤ دار صادر - بيروت وكذلك البداية والنهاية - لابن كثير ج ٣٣/ ١١ - المكتبة القدسية أهل الحديث لاهور - باكستان.
 - ٢ - صحيح البخارى ج ٢/ ٦٨ دار المعرفة للطباعة والنشر - بيروت - لبنان .
 - ونيل الأوطار - للامام الشوكاني ج ٦/ ٦٣ دار الجيل - بيروت.
 - ٣ - السنن الكبرى - للامام أبى بكر احمد بن الحسين بن على البيهقي. ج ٦/ ٩٨ دار الفكر.
 - ٤ - مجمع الزوائد - للحافظ نور الدين على الهيثمي - ج ٤ / ١٧٩ دار الكاتب العربى - بيروت ط : ١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢ م.
 - انظر أيضاً: كنز العمال في سنن الاقوال والافعال - للعلامة - علاء الدين على المتقى بن حسام الدين الهندى البرهان فورى ج ١٠ ص ٦٤٠ الحديث رقم ٣٠٣٥٧ وما بعدها - نشر مؤسسة الرسالة - بيروت ط : ١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩ م.

المبحث الثالث

علاقة الفعل الضارّ بنظرية تحمل التبعة

المبحث الثالث

علاقة الفعل المضارع بنظرية تحمل التبعة

و بعد الإنتهاء من تعريف الفعل المضارع وبيان أدلة تحريمه من الكتاب والسنة، أتناول الآن الكلام عن الفعل المضارع من حيث علاقته بنظرية تحمل التبعة.

وقد قسمت العمل في هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب هي:

المطلب الأول: تحديد المراد بتحمل التبعة.

المطلب الثاني : نشأة هذه النظرية

المطلب الثالث : الفعل المضارع وعلاقته بنظرية تحمل التبعة.

واليك البيان:

المطلب الأول

تحديد المراد بتحمل التبعة

تحمل التبعة مركب إضافي أبين كلا منهما على الوجه الآتي:

لفظ تحمل في اللغة: مشتق من مادة "حَمَلَ"، يقال: حمل الشيء يحمله حملاً وحملناً فهو محمول وحميل.^(١)

ويقال أيضاً : حَمَلَهُ الأمر تحميلاً وحمالاً، فتحمله تحملاً، ومنه قوله تعالى ﴿وَلِيَحْمِلَنَّ أَثْقَالَهُمْ وَأَثْقَالاً مَعَ أَثْقَالِهِمْ﴾^(٢) فأعلم الله تعالى أن من باء بالإثم يسمى حاملاً للإثم.

١ - لسان العرب - لابن منظور الافريقي - مادة "حمل" ج ١١ / ١٧٤ دار صادر بيروت - لبنان.

٢ - سورة العنكبوت - الآية / ١٣ .

ومنه قوله تعالى: ﴿وَإِنْ تَدْعُ مَثْقَلَةً إِلَى حِمْلِهَا لَا يَحْمِلُ مِنْهُ شَيْءٌ وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ﴾^(١).

ومعنى ذلك: وإن تدع نفس مثقلة بأوزارها ذا قرابة لها إلى أن يحمل من أوزارها شيئاً لم يحمل من أوزارها شيئاً. لأن الله تعالى يقول ﴿لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ﴾^(٢) ويقول عز وجل أيضاً ﴿وَلَا تَزِرْ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾^(٣)

وفي مختار الصحاح: حمل فلاناً وتحمل به وعليه أى تحملت بفلان على فلان أى استشفعت به إليه.^(٤)

أما التبعة لغة: فأصلها من مادة تبع، يقال: تبع الشيء تبعاً، وتباعاً في الأفعال^(٥)، وتبعت الشيء تبوعاً: أى سرت في إثره.

وقال الازهرى: التَّبَعُ: هو ما تبع أثر شئ فهو تبعه وتبعت الشيء وأتبعت: أى ردفته وأردفته. ومنه قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَنْ خُطِفَ الْخُطْفَةُ فَاتَّبَعَهُ شَهَابٌ ثَاقِبٌ﴾^(٦).

التببع: كون الشيء مرتبطاً بغيره بحيث لا ينفك عنه^(٧) وجاء في المصباح المنير.^(٨)

من مادة - تبع - تتابع القوم أى تبع بعضهم بعضاً وتتابع الأخبار: أى جاء بعضها أثر بعض بلا فصل.

ويقال أيضاً: تبعته واتبعته إذا مشيت خلفه أو مر بك فمضيت معه.^(٩) ومنه قوله صلى الله عليه

١ - سورة فاطر - الآية / ١٨ .

٢ - سورة البقرة : الآية / ٢٨٦ .

٣ - سورة فاطر : الآية / ١٨ .

٤ - مختار الصحاح مادة "حمل" ص / ١٥٥ دار نهضة مصر للطبع والنشر - الفجالة، القاهرة.

٥ - لسان العرب - لابن منظور الافريقي - ج ٨ / ٢٧ - بيروت.

٦ - سورة الصافات الآية / ١٠ .

٧ - الموسوعة الفقهية ج ١٠ / ٩٣ وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - الكويت .

٨ - المصباح المنير ، للعلامة احمد بن على المقرئ - الفيومي - ص/ ٩٩ بالمطبعة الأميرية - القاهرة.

٩ - المغرب - للمطرزى ج ١ / ١٠١ إدارة دعوة الاسلام - كراتشي.

وسلم «من أتبع على ملئٍ فليتبع»^(١) يقال: اتبع فلان بفلان أى احيل عليه،^(٢) ومنه قوله تعالى: «ثم لا تجدوا لكم علينا به تبيعاً»^(٣).

أما المعنى الاصطلاحي: لنظرية تحمل التبعة:

فقد عرفها فقهاء القانون بالتعريفات التالية:

قال سالي وجوسران^(٤) اللذين هما رأس نظرية تحمل التبعة: إن نظرية تحمل التبعة هي نظرية تقوم على أساس الضرر الذي يستوجب التعويض.

ويسمى بعض أهل القانون هذه النظرية بنظرية تحمل التبعات المستحدثة^(٥)

وقال بعض الفقهاء^(٦):

إن نظرية تحمل التبعة موضوعها الأصلي وميدانها هو حالة هلاك الأموال التي تهلك قضاءً وقدرًا بأفة سماوية لا دخل فيها بتعد أو خطأ أو تقصير.

ومضمون هذه النظرية عند هؤلاء الفقهاء: تعيين من يجب عليه أن يتحمل نتيجة هذا الهلاك.

١ - صحيح البخارى - ج ٢ / ٥٥ - باب - في الحوالة - دار الفكر - بيروت.

٢ - المعجم الوسيط - مجمع اللغة العربية ج ١ / ١٢ مادة : تبع، إدارة إحياء التراث الاسلامي بيروت.

الصاح: للجوهري - ج ٢ / ١١٩٠ نفس المادة - دار العلم للملايين - بيروت.

٣ - سورة الاسراء - الآية / ٦٩ .

٤ - مصادر الالتزام - د/ احمد حشمت أبو ستيت - ج ٢ / ٣٩٨ - فقره - ٤٢٤ في الالتزامات النظرية العامة - د/ عبد

السلام ذهني بك - الفقرة - ٧٥٤ ص / ٧٠١ - شركة مساهمة مصرية.

٥ - الوسيط للسنيهوري - ج ١ / ٧٦٨ دار النشر للجامعات المصرية - القاهرة.

٦ - الفعل الضار والضمنان فيه - للاستاذ مصطفى احمد الزرقا ص / ٦٧ دار القلم - دمشق.

المطلب الثاني

نشأة هذه النظرية^(١)

تكلمت كتب القانون المدنى، عن نشأة هذه النظرية من أنها عُرِفَت في القرن التاسع عشر نتيجة لتطور نظريات المسؤولية التقصيرية عند تقدم الصناعات تقدماً عظيماً باستحداث الآلات الميكانيكية واتساع وسائل النقل، التي ترتب عليها الكثير من إصابات العمل بتعدد الأعمال المختلفة وبدا واضحاً عجز العمال عن إثبات خطأ رب العمل إزاء هذه الإصابات البدنية التي لحقت بهم وأصبح الخطر الكامن في إستعمال هذه المخترعات أقرب احتمالاً وأكثر تحققاً مما كان عليه الأمر في الماضي. فصار ركن الضرر في المسؤولية التقصيرية إلى البروز والظهور حتى كاد أن يغطى على ركن الخطأ.

"ومن البديهي ان المسؤولية الموضوعية (تحمل التبعة) لا تبني على الخطأ وإنما على الضرر الذي أصاب المتضرر من نشاط المسئول الخطر"^(٢)

من هنا فقد حاول رجال القانون في الغرب أن يعالجوا الأمر عن طريق تفسير بعض نصوص التقنين المدنى الفرنسى بما يساعد على ظهور هذه المسؤولية تجاه أرباب الأعمال.

فأول مرة شبهوا الآلات بالبناء، وما دام يكفى في البناء إثبات العيب حتى يكون صاحبه مسئولاً.

كذلك الآلات إذا أثبت العامل عيباً فيها، كان ربّ العمل مسئولاً عما تحدثه الآلات المعيبة من الضرر هذه هى محاولتهم الأولى في هذا الموضوع أما محاولتهم الثانية فتتجلى في جعل رب العمل مسئولاً مسؤولية عقدية عن سلامة العامل بموجب عقد العمل ذاته - أى بأن ينص نفس العقد المبرم بين رب العمل والعامل صراحة على ان رب العمل مسئول عن كل ما يصيب العامل من ضرر ولكن لم تأت هذه المحاولة بأى نفع يذكر كما يذكر الأستاذ السنهورى في الوسيط.^(٣)

١ - في الالتزامات النظرية العامة - د/ عبد السلام ذهني بك - الفقرة - ٧٥٣ ص/ ٧٠٠ - شركة مساهمة مصرية.

أنظر ايضاً : المصادر غير الارادية - ص / ٣٩٣ د/ احمد حشمت أبو ستيت انظر الوسيط: للسنهورى - ج ١/ ٧٦٦ دار إحياء التراث العربى - بيروت.

٢ - النظريات العامة للالتزامات د/ منذر الفضل ص ٢٤٣ - دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامى والقوانين المدنية الوضعية. نشر - مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع .

٣ - الوسيط في شرح القانون المدنى - للسنهورى - ج ١/ ٧٦٧ - دار النشر للجامعات المصرية القاهرة.

وبعد هذه المحاولات التي لم تؤت ثمرتها والصعوبات فكر الغريبيون في مخرج من هذه الأزمة فذهبوا إلى القول: بأن أي شخص يترتب على فعله مخاطر مستحدثة لتابعيه من العمال يتحمل هو تبعاتها.^(١)

ومن هنا نادى "سالي وجوسران" وهما من أنصار هذه النظرية - بأنه ليس من الضروري أن يكون الخطأ أساساً للمسئولية التقصيرية، بل يجوز أن تقوم هذه المسئولية على فكرة الضرر وتحمل التبعه فقررا في هذا الشأن أن من أنشأ مؤسسات يفيد من مغانمها وجب عليه في الوقت نفسه أن يحمل عبء مغارمها.

ونصوا على هذه الفكرة في المادتين: ١٣٨٢ ، ١٣٨٤ من التقنين المدني الفرنسي. وتفصيل نص هاتين المادتين على مايلي:

المادة ١٣٨٢ :

كل عمل أيّاً كان يوقع ضرراً بالغير يكون الشخص مسئولاً عن الضرر.^(٢)

وفي مادة: ١٣٨٤ :

"يكون الشخص مسئولاً عن الضرر الذي يحدث بفعل الأشياء التي هي في حراسته"^(٣)

ومع ذلك لم يقتصروا على النصوص وحدها بل اعتمدوا فوق ذلك صياغة نظرية كاملة أسموها: "نظرية تحمل التبعات المستحدثة". باعتبار أن نظرية الخطأ او النظرية الشخصية لا تتفق مع المنطق لأنه منذ إنفصال المسئولية المدنية عن المسئولية الجنائية صار الأمر محصوراً في التعويض المدني فلم يعد هناك معنى استبقاء الخطأ كركن أساسى للمسئولية المدنية.

ويجب أن يكون أساس هذه المسئولية الضرر الذي يستوجب التعويض.

١ - الوسيط ج ١ / ٧٦٧ - دار احياء التراث العربي - بيروت - لبنان.

٢ - القانون المدني الفرنسي - المادة - ١٣٨٢ / ١٣٨٤ .

٣ - الوسيط - للسنهوري ج ١ / ٧٦٧ .

ولا تتفق النظرية الشخصية (نظرية القائلين بالخطأ) مع التطور الاقتصادي^(١). لأن المخترعات الحديثة أصبحت مورد زرق كبير للعاملين في مجالها. وفي نفس الوقت أصبحت مصدر خطر جسيم لهم.

فيجب أن تكون هذه النظرية على الضرر الذي يصيب شخصاً من جراء تبعة أوجدها شخص آخر فيلزمه أن يتحمل ما ينجم عنها ما دام أنه يفيد من مغانمها إذ الغرم بالغنم.

وبناء على ذلك فلا يطلب من المضرور إلا أن يثبت الضرر وعلاقة السببية بين الضرر والتبعة وتسمى هذه النظرية أحياناً بالموضوعية (أو المادية).

ويترتب على هذه النظرية:

أنه لو حدث ضرر بغير خطأ من أحد، فمن الذي يتحمل هذا الضرر والحالة هذه أيتحملة المضرور وهو العامل في الوقت الذي لم يحدث منه أدنى تقصير في عمله، أم يتحملة صاحب المؤسسة المستفيد الأكبر من نتائج عماله؟

لأجل هذا فكر عدد غير قليل من كبار الباحثين في تقرير نظرية جديدة، لا يشترط فيها تقصير أو خطأ بل يشترط حصول الضرر فقط.^(٢)

مستعينين في كل ذلك بما جاء في المادتين ١٣٨٢، . و ١٣٨٦ من القانون المدني الفرنسي، حيث فسروا المادتين السابقتين تفسيراً مقررراً لنظريتهما، وأيدوا هذا التفسير بأقوال بعض المقررين في المجالس التشريعية التي انعقدت لوضع قانون نابليون. وقد شاعت هذه النظرية بالمفهوم السابق، وقال بها شراح القانون في كل من فرنسا وبلجيكا، حتى أن القضاء فيهما قد تأثر بما تقدم في أحكامه، وانتهى الأمر في النهاية إلى وضع قانون خاص سنة ١٨٩٨ في فرنسا عبر عن هذه النظرية - بنظرية مخاطر الصناعة أو الحرفة.^(٣) ولا زال القضاء يأخذ بها في كثير من القضايا في غير احوال حوادث العمل.

١ - الوسيط في شرح القانون المدني - للدكتور : عبد الرزاق احمد السنهوري ج ١/ ٧٦٨ دار إحياء التراث العربي، بيروت.

٢ - النظريات العامة في الالتزامات د/ عبد السلام ذهني بك ص/ ٧٠٠ وما بعده طبعة شركة مساهمة مصرية.

٣ - النظرية العامة في الالتزامات د/ عبد السلام ذهني بك ص/ ٧٠١ شركة مساهمة مصرية.

المطلب الثالث

الفعل الضار وملاقته بنظرية تحمل التبعة

علمنا مما سبق أن الفعل الضار^(١) هو فعل محظور جعله الشارع سبباً لضمان ما ترتب عليه من تلف، ومعنى هذا: أن الفعل الضار إذا كان مؤدياً إلى الضرر بالغير استوجب ضمان ما ترتب عليه من تلف لأنه يكون فعلاً محظوراً بالنظر إلى نتائجه فتقع تبعته على فاعله، ولا فرق بين أن يكون هذا الفعل قد حصل بخطأ أو تعد.

ومن هذه الناحية يمكن أن نقول إن نظرية تحمل التبعة تتفق مع الفعل الضار حيث إن نظرية تحمل التبعة هي نظرية تقوم على أساس الضرر الذي يستوجب التعويض ولا تشترط أن يكون هذا الضرر قد حصل بخطأ، بل مناط هذه النظرية هو حصول الضرر فقط وبيان المتحمل لتبعة هذا الضرر الحاصل.

وانطلاقاً من هذا المعنى المتفق عليه بين النظريتين أقول: إذا حدث ضرر من غير خطأ - كما إذا أتلف صغير لا يعقل أو مجنون مالاً لزمهما الضمان في مالهما، وكذلك إذا انقلب نائم على مال فأتلفه لزمه الضمان في ماله لأن العمد والخطأ في الأموال سواء.^(٢)

وكذلك الحال في الضرر الحاصل من غير تعد كأن صدر نسيانا أو صدر من فاعله على ظن أنه يحدثه في ماله أو صدر خطأ منه على ظن أنه مال لمن أمره بذلك الفعل فإذا هو مال لغيره.

ومن هنا يمكن أن نقول إن الفعل الضار ونظرية تحمل التبعة لهما علاقة على النحو الذي أشرت إليه حيث إن النظريتين بينهما اتفاق على أن الضرر هو العلة والسبب للتضمنين فإذا وجدت العلة وجد المعلول. ولذا لزم الضمان على من لا إدراك له.

١ - الضمان في الفقه الاسلامي - للاستاذ على الخفيف ج ١/٤٣ نشر - معهد البحوث والدراسات العربية - القاهرة.

٢ - الضمان في الفقه الاسلامي - للاستاذ على الخفيف القسم الاول - ص / ٤٣ .

- كذلك الوسيط في شرح القانون المدني - ج ١/٨٠٤ - د/ عبد الرزاق السنهوري مسئولية عديم التميز دار احياء التراث العربي - بيروت - ١٩٥٢ .

ولكن مع هذا المعنى المتقارب في الفقه الإسلامى نجد أن أهل القانون يخالفون هذا الاتجاه فهم لا يقصدون بنظرية تحمل التبعة أفعال القاصرين (MINOR ACTS) من الصبيان والمجانين وغيرهم لمن لهم أهلية وجوب ناقصة بل يقصدون بهذه النظرية تحمل أهل الثروة والمصانع الذين لهم عمال يخضعون لرقابتهم.

فقد يحدث الضرر من قبل آلات المصانع التى تصيب العامل صدفة أثناء ممارسته لعمله من غير قصد لربّ العمل في ذلك. فإذا طالب العامل بتعويض الضرر الحاصل له نتيجة لذلك، فعليه أن يقيم الدليل على أن هذا الضرر جاء نتيجة لخطأ من صاحب العمل أو تقصيره، فإذا لم يثبت العامل ما سبق فإن دعواه لا تسمع قضاء هذا بالنسبة للفعل الضار.

ولكن بالنسبة لنظرية تحمل التبعة فلا يطالب العامل بإثبات خطأ صاحب العمل، بل تنتظر المحكمة المختصة هل حدث الضرر الذى يدعيه العامل أم لا؟ فنظرتهم منحصرة في وجود الضرر وعدمه.

وإذا ثبت وجود الضرر ففي هذه الحالة يجب على ربّ العمل أن يعرض العامل عما أصابه من ضرر أثناء عمله لأنه كان والحالة هذه في خدمة المصنع وصاحبه ومصلحته، لذلك فصاحب المصنع عليه أن يتحمل تبعة مصنعه ما دام هو المستفيد الأوحد من انتاجات العامل وهذا هو مفهوم قاعدة "الغرم بالغنم"^(١) التى يقول بها الفقه الإسلامى.

موقف الشريعة الاسلامية من نظرية تحمل التبعة

الشريعة الاسلامية تأبى أن يسأل الانسان عن ضرر لا يد له في إحداثه، وذلك ما يدل عليه قوله تعالى: ﴿لَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾^(٢)، وفي آية اخرى قال تعالى ﴿لَا يَكْفِيكَ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وَسْعُهَا لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ﴾^(٣)

وعلى ذلك لا يسأل الانسان عن ضرر أحدثه خيوانه إلا إذا كان ذلك نتيجة إهمال أو تقصير منه

١ - مجلة احكام العدلية - المادة

٢ - سورة فاطر الاية / ١٨ .

٣ - سورة البقرة - الاية / ٢٨٦ .

في حفظه وحراسته.^(١)

وإجمالاً فإن المبدأ العام هو عدم مساعلة الإنسان عن ضرر يحدثه غيره ولا يدلّه فيه.

ولا شك أن مبدأ تحمل التبعة لا أساس له من العدالة فإن المال وثمراته لصاحبه - فلا يؤخذ شيء إلا بحقه وأخذه بغير حقه أكل للمال بالباطل. والله يقول: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتَدُلُّوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لَتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾^(٢)

لذلك فأخذ التعويض من صاحب المصنع على الوضع السابق يعتبر أخذاً بغير حق ومن ثمّ يعتبر نوعاً من أكل أموال الناس بالباطل.

نعم يجوز للعامل طلب التعويض عما أصابه من ضرر ولكن ليس على سبيل الوجوب على ربّ العمل، بل على سبيل الإحسان والتفضل، لأن هذا الضرر حدث بسبب ليس لرب العمل دخل فيه.

ومعلوم أن العامل يأخذ الرواتب الشهرية من صاحب العمل فهو يستفيد من هذه الناحية كما يستفيد صاحب المصنع من عائد عمل العامل.

وإذا كان كل منهما مستفيداً، فمن الظلم أن يتحمل صاحب المصنع وحده كل التبعة، وإذن فلا وجه لما ذهب إليه جوسران وسالي من تحمل صاحب المصنع كل التبعة.

خلاصة

وفي ضوء ما تقدم من كلام أهل القانون وموقف الشريعة من نظرية تحمل التبعة يمكن أن أقول بإطمئنان:

إنه لا توجد علاقة وثيقة بين الفعل الضار ونظرية تحمل التبعة والدليل على ذلك ما يلي:

١ - مثل الحديث الخاص بضمان ما أتلفته الحيوانات وهو مروي عن حرام بن محيصة أن ناقة البراء بن عازب دخلت حائطاً فافسدت فيه، فقضى نبي الله صلى الله عليه وسلم أن على أهل الحوائط حفظها بالنهار، وأن ما افسدت المواشي بالليل ضامن على أهلها" رواه احمد وابو داود وابن ماجه. وقد مرّ في المبحث الأول عند الكلام عن أدلة مشروعية الضمان.

٢ - سورة البقرة - الآية / ٨٨ ١.

أولاً: أن الفعل الضارّ هو مبدأ عام يتعلق بالإضرار بالغير، وفاعله يستوجب الضمان على أساس الخطأ أو الاعتداء. بينما نظرية تحمل التبعة هي مبدأ خاص يتعلق فقط بهلاك الشئ وإصابة العامل من خلال ممارسته لعمله بدون وجود أى خطأ أو تقصير لا منه ولا من صاحب العمل.

ثانياً : مهمة نظرية تحمل التبعة هي تعيين من يجب أن يتحمل نتيجة هلاك الأموال وما حدث للعامل من إصابات أثناء العمل.^(١)

ولكن الفعل الضارّ يستوجب إيجاب الضمان أو التعويض على مباشر الفعل الضارّ أو المتسبب فيه.

ثالثاً : المسؤولية عن الفعل الضارّ تأتي إذا وجد عدوان ترتب عليه هلاك مال سواء كان ذلك مباشرة أو تسبباً، ويطبق فيه قواعد التعدي، وذلك مثل غصب الأموال أو إتلافها. بينما نظرية تحمل التبعة تطبق على حالة هلاك الأموال وإصابة العمال بحوادث العمل قضاءً وقدرًا بأفه سماوية.^(٢)

وأنا شخصياً أرجح موقف فقهاء الاسلام من هذه النظرية لوجهة حجتهم التي تقدمت نقلاً وعقلاً هذا ما توصلت إليه من نتائج من خلال بحثي للعلاقة بين الفعل الضارّ ونظرية تحمل التبعة والله أعلم بالصواب.

١ - الفعل الضارّ والضمان فيه - للأستاذ مصطفى احمد الزرقا ص / ٦٧ دار القلم دمشق.

٢ - الفعل الضار والضمان فيه / للأستاذ مصطفى احمد الزرقا ص / ٦٧ دار القلم دمشق.

المبحث الرابع

التطور التاريخي للفعل الضارّ منذ أهل القانون

بينت فيما سبق الفعل الضارّ عند أهل القانون، والآن أتكلّم عن التطور التاريخي للفعل الضارّ عند أهل القانون، لأنهم هم الذين اختلفوا في شأنه من حيث نشأة المسؤولية عنه، وإيجاب التعويض تبعاً لذلك.

واليك البيان^(١):

كانت المسؤولية المدنية والجناحية في العصور القديمة مختلطتين الواحدة بالأخرى وكان ما يقع من جرائم هو الثأر مهما كانت نوعية الجريمة، ثم الدية التي كانت تختلط فيها فكرة التعويض بفكرة العقوبة، إلى أن قوى سلطان الدولة واعتبرت أن ما يقع من جرائم هو أخص مهامها كفالة لقيام النظام ونشر السلام في المجتمع.

ومنذ ذلك الوقت انفصلت المسؤولية المدنية عن الجناحية في عهد القانون الفرنسي القديم ١٨٠٤م هذا كان إجمالاً أما التفصيل فقد جعلته في الفرعين الآتين:

الفرع الأول : المسؤولية من حيث أساسها.

الفرع الثاني : المسؤولية من حيث الجزاء فيها.

١ - مصادر الالتزام د/ احمد حشمت ابو ستيت ج٢/٣٩٢ دار الفكر العربي.
الوسيط في شرح القانون المدني - للسنيهوري - فقرة ٥١٦ .

الفرع الأول

المسئولية من حيث أساسها

والكلام في هذا القسم يشمل اختلاف الأمم السابقة والشعوب المعاصرة في الأساس الذي قامت عليه المسؤولية.

ومن هنا يمكن أن أقول كانت هناك مدرستان هما:

١ - مدرسة القدماء القائلين بتأسيس المسؤولية على الخطأ، وتسمى عندهم بالنظرية الشخصية [أو الذاتية]. فهم ينظرون إلى الشخص الذي وقع منه الضرر وما يستتبعه من المسؤولية.

٢ - ومدرسة المعاصرين [سالي وجوسران] القائلين بتأسيس المسؤولية على وقوع الضرر، بمعنى إن حصل الضرر قامت المسؤولية، وإن انعدم الضرر لا تكون هناك مسؤولية، وتسمى عندهم بالنظرية الموضوعية [أو المادية] كما تقدم.

المدرسة الأولى: القدماء من أهل القانون:

فأصحاب هذه المدرسة هم أغلبية فقهاء القانون القدامى، ويرون أن المسؤولية لا توجد إذا لم يوجد الخطأ.

فعنصر الخطأ هو الأساس الأوحد الذي تنشأ عنه المسؤولية ومن ثم سميت نظريتهم «بالنظرية الشخصية» بالنظر للشخص المخطئ نفسه.

ومبدأ التعويض عندهم إنما يبحث في مسلك «المسئول» أي محدث الضرر دون نظر إلى الضرر الذي أصاب المضرور. سواء كانت مسؤولية الشخص عن عمله، أو عمل غيره .

فالهم أن المسؤولية لا تقوم إلا إذا وجد الخطأ، يستوى في ذلك أن يكون الخطأ مما يجب على المصاب إثباته كما هو الأصل، أو أن يكون الخطأ قد فرضه القانون، وحتى أواخر القرن التاسع عشر لم يكن ثم أحد يجادل في ذلك الأساس التقليدي للمسئولية وهو الخطأ.^(١)

١ - مصادر الالتزام - د/احمد حشمت ابوستيت - ج ٢/٣٩٧ دار الفكر العربي.

المدرسة الثانية: أهل القانون من المعاصرين (سالي وجوسران):

وأصحاب هذه المدرسة هم القائلون بالضرر كما تقدم من أن المسؤولية لا توجد إلا إذا وجد أو حدث الضرر ، فعنصر الضرر هو الأساس التي تقوم عليه المسؤولية، ولأن الإعتبار في المسؤولية عندهم هو التعويض إذن لا بد أن يعوّض المضرور عما أصابه من ضرر.

وقد وجه أنصار هذه المدرسة انتقادات كثيرة لأنصار المدرسة الأولى فقالوا: ماذا تقولون إذا كان الخطأ قد صدر من قبل الاشياء من المسئول؟ وتعلمون أنه قد توسعت في عصرنا الحالى الاختراعات التكنولوجية والصناعات الحديثة وكثرت اصابات العمال من هذه الاشياء في اثناء عملهم، فلا بد من تأسيس المسؤولية على الضرر لا الخطأ.

وتسمى أيضاً هذه النظرية بنظرية «تحميل التبعة» لأنها لا تعنى أصلاً بالخطأ بل تعنى بالضرر الذي يصيب العامل من جراء وعمله كما تقدم وإلزام أصحاب الأعمال بتحمل الضرر المتوقع من الآلات التي تحويها مصانعهم ومؤسساتهم ماداموا يستفيدون من عائدها. ولكن رغم كل ما بذل من جهد في سبيل دعم نظرية تحميل التبعة والدفاع عنها، وجدنا في النهاية بعض كبار دعايتها يسلمون بقيام المسؤولية الشخصية بجوار المسؤولية الموضوعية^(١) هذا ما يسره الله تعالى لى في هذا المقام وهو سبحانه وتعالى أعلم بالصواب.

١ - مصادر الالتزام د/احمد حشمت ابوستيت ج ٢/٤٠٠ دار الفكر العربي.

الفرع الثاني

المسئولية من حيث الجزاء

والمقصود من هذا الفرع بيان الجزاء في حالة ما إذا حدث ضرر في جسم الإنسان أو لحق أى تلف بماله.

ففى العصور القديمة كانت الشعوب ترى بأن الوسيلة الوحيدة في إصلاح الضرر الناشئ عن الفعل الضار هو العقوبة.^(١)

ولكن في نفس الوقت لم تكن هناك عقوبة مقدرة تتلاءم مع الضرر الحادث، ولم توجد كذلك محاكم تقرر وتعاقب مرتكبي الجريمة. بل كان الأمر مفوضاً إلى الشخص الذى وقع عليه الضرر، ولم يتقرر حكم التعويض إلا فى العصور الحاضرة.

لذلك يمكن القول بأن الشعوب القديمة والحديثة مرت في تقرير هذه النظرية بأربعة مراحل. وهى كما يلي:

المرحلة الأولى: الثأر المثلئ.

وهذه المرحلة تعنى دور قانون الأخذ بالثأر المثلئ - إذ كان يباح للفرد الذى أصابه ضرر ما، أن يحدث بخصمه مثل ما أحدثه، والحقيقة أن هذا الدور يحكى دور الطفولة - لأن الأخذ بالثأر المثلئ هو ما تميل إليه طبيعة الطفل الذى يحاول الثأر لنفسه فوراً عندما يتعرض لأذى من الآخرين.

ويلاحظ على هذا الدور أنه لم توجد محاكم تقرر قدر العقوبة، بل كان الأمر في كل ذلك راجع إلى المضرور ذاته حيث كان يثأر لنفسه بطريقته الخاصة التى كان يحاول فيها إلحاق الضرر الأشد على من أوقع به أذى ضرر، الأمر الذى ترتب عليه ذهاب الأعضاء أو تفويت منافعها. ومن هذا نعلم أن هذه المرحلة قد اتسمت بالانتقام الفوري.

١ - في الالتزامات النظرية العامة - د/ عبد السلام زهنى بك ص / ٦٩٣ الفقرة - ٧٤٥ شركة مساهمة مصرية القاهرة.

كما يلاحظ^(١) أن العقوبة كانت تصيب الأموات كما تصيب الأحياء، ولم يكن الموت من الأسباب التي تعفى الميت من المحاكمة^(٢) والعقاب ولم يكن الإنسان مسئولاً جنائياً عن أعماله فقط، وإنما كان يسأل عن عمل غيره ولو لم يكن عالماً بعمل هذا الغير.

ولم تكن الأفعال المحرمة معلومة لكل الناس قبل مؤاخذتهم عليها، كما كانت العقوبات التي توقع غير معينة في الغالب، بل تتفاوت.

ويلاحظ أيضاً أن الإنسان إذا أحدث فعلاً ضاراً يكون مسئولاً عن هذا الفعل، سواء أكان رجلاً أو أنثى أو طفلاً مميزاً أو غير مميز، وسواء كان مختاراً أو غير مختار، مدركاً أو فاقد الإدراك.

ويدل ذلك على أن الشرائع الصينية القديمة^(٣) كانت تقضى على المجنون إذا قتل أحد أبويه بأن يقطع جسمه إرباً إرباً، وإذا قتل غير أبويه بأن يسجن ويشد بوثق من حديد، وكانت هذه عقوبة للعاقل أيضاً.

وأما اليونانيون: فلم يكونوا أقل قسوة في معاقبة المجانين والصغار من سابقهم، بل كانوا أكثر عنفاً وأشدّ قسوة حتى إن أفلاطون اقترح في كتابه «القانون» إذا ارتكب الصغير أو المجنون جريمة غير جريمة القتل لا توقع عليه إلا غرامات مالية، جزاء ما أحدث من ضرر، أما إذا ارتكب الصغير أو المجنون جريمة قتل فلا بد أن يعاقب عقوبة قاسية في شخصه.

وفي هذه المرحلة لم يكن هناك اعتبار للملكات الجاني الذهنية، وقدرته على التفكير والتمييز وتوجيه إرادته للفعل الضار ومدى اتصال ذلك كله بالفعل المحرم وأثره. لذلك اعتبر كثير من الباحثين أن هذه المرحلة هي أسوأ مرحلة مرت بها البشرية .

١ - التشريع الجنائي - للأستاذ عبد القادر عودة ج١/ ٢٨٠ دار الكاتب العربي - بيروت.

٢ - كان يطالب المضرور ورثة الميت بالتعويض نيابة عنه.

٣ - مقومات الجريمة ودوافعها - للدكتور احمد حمد ص/ ١٩ الطبعة الأولى - ١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢ م. دار القلم - الكويت.

وانظر أيضاً: المسئولية والجزاء - للدكتور على عبد الواحد وافي - ص/ ٤٢ ومابعده.

المرحلة الثانية: التصالح بالمال:

وفي هذه المرحلة ظهر التطور واضحاً إلى الأحسن حيث تحول الأمر من الثأر المثلث إلى جواز الصلح على دفع مال معين يدفعه المتهم إلى المجنى عليه بعد مراعاة الظروف الخاصة لكل منهما.

وقد اصطلح الباحثون على تسمية هذه المرحلة بالصلح الاختياري، لأنه انحصر في العقوبة المالية بدلا من البدنية.

ويلاحظ على هذه المرحلة عدم وجود محاكم تقضى بين الناس، بل كان الأمر مفوضاً إلى الجاني والمجنى عليه وما يقرانه من تحديد لمبلغ العقوبة المالية.

المرحلة الثالثة: تدخل الحكومة في تقرير الحكم:

وقد ظل الحال في المراحل السابقة على النحو الذي أشرت إليه والأسباب في الواقع راجعة إلى المسؤولية المادية التي كانت تسيطر على القوانين الوضعية في تلك الأزمنة ولم يتغير هذا الحال ولم تخف شدته إلا بقيام الثورة الفرنسية.^(١)

والثورة الفرنسية عملت بدورها على قيام نظام الحكومات التي ظهر أثرها في المجتمع، فبدأ الناس يطورون نظام حياتهم وتهذيب سلوكهم، ومن هنا جاءت فكرة ضرورة تدخل الحكومة في الأمر والإشراف على الأفراد حيث انتزعت من أيديهم حق تقرير وتقدير الغرامة، واستأثرت بهذا الحق لنفسها، حيث كانت تتولى بنفسها أمر العقوبة توقيفاً وتقديراً.

ويلاحظ على هذه المرحلة أنها مرحلة تميزت بالقضاء على الأوضاع الجائرة السابقة حيث بدأ يحل محلها منذ ذلك الوقت مبادئ جديدة تقوم على أساس العدالة وعلى جعل الإدراك والإختيار أساساً للمسئولية، وأن يوضع قانون يرسم نظام القضاء وتنفيذاً لذلك وضع الفرنسيون قانون نابليون الجديد عام ١٨٠١م.

ومن هنا أصبح الإنسان الحيّ وحده هو محل المسؤولية الجنائية وأصبحت العقوبة شخصية لا تصيب إلا من أجرم ولا تتعدى إلى غيره.

١ - الثورة الفرنسية كانت في سنة ١٧٨٩ إلى ١٧٩٩ .

كما رفعت المسؤولية عن الأطفال الذين لم يبلغوا سن التمييز ووضعت عقوبات بسيطة للأطفال المميزين، كما ارتفعت المسؤولية عن المكره، وفاقد الادراك.

وأصبح من المبادئ الأساسية في القوانين ان لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون، وان لا عقوبة إلا على الأفعال اللاحقة لصدور القوانين

وأخيراً قيدت حرية القضاة في اختيار العقوبة وتقديرها.

المرحلة الرابعة: تغيير أمر العقوبة :

وفي هذه المرحلة تغير نهائياً أمر العقوبة، فبعد أن كان بيد الأفراد تولت أمره الحكومة، أي أنه بعد أن كان عقوبة خاصة أصبح عقوبة عامة، وما على المجنى عليه إلا أن يقدم بلاغاً للحكومة بما أصابه من الحوادث الجنائية ثم يطالب بتعويض نظير ما أصابه من الضرر.^(١)

والتعويض هذا مستقل تمام الإستقلال عن حق الحكومة في العقوبة المدنية أو المالية.

وفي هذه المرحلة قوى سلطان الدولة حيث اعتبرت أن منع وقوع الجرائم من أهم واجباتها عملاً على استتباب الأمن وسلام المجتمع.

ومنذ ذلك الوقت انفصلت المسؤولية المدنية عن المسؤولية الجنائية، وأصبحت الدولة هي التي تتولى فرض العقاب.

وفي أواخر القرن التاسع عشر، وبعد أن كثرت المخترعات الميكانيكية، وأنشئت المصانع الضخمة في شتى الصناعات، وما صاحب ذلك من انتشار مبدأ الاشتراكية وما فيه من الحث على المطالبة بتعويض المصاب الذي هو عادة من غالبية الشعب. بدأ الحال يتغير الى أحسن حال عما كان قبلاً، فكثرت قضايا المسؤولية كثرة هائلة لدى المحاكم للمطالبة بحقوق المضرورين.

والآن وبعد ان تكلمت عن تطور الفعل الضار عند أهل القانون، فهل يوجد مثل هذا التطور في الشريعة الاسلامية أم لا ؟ الجواب عن ذلك من ناحيتين:

١ - في الالتزامات النظرية العامة - د/عبد السلام ذهني بك ص/٦٩٤ - شركة مساهمة مصرية - القاهرة.

الناحية الأولى : من حيث المصدر في كل من التشريعيين : الاسلامي والوضعي.

والناحية الثانية : من حيث التطور والنشأة.

أما الأولى: فإن القوانين الوضعية من صنع البشر وهي قوانين مؤقتة، وتسد حاجة الذين صاغوها، وتتبدل كلما تغيرت الحاجة أو انقطعت.

أما الشريعة الإسلامية فهي منزلة من عند الله تعالى وهي شريعة مؤبدة، وأحكامها أنزلت لمصالح الناس جميعاً، في معاشهم ومعادهم، والله بصير بعباده، خبير. بمصالحهم. وقد أنزل عليهم هذه الأحكام المؤبدة، لأنه يعلم أنه لا صلاح لهم إلا بها. قال تعالى: ﴿ومن أحسن من الله حكماً لقوم يوقنون﴾^(١) وقال تعالى: ﴿والله يعلم وأنتم لا تعلمون﴾^(٢)

فأحكام الله تعالى القائمة على النص، لا تتبدل حيث قال تعالى ﴿لا تبدل لكلمات الله﴾^(٣) لأنها ليست في حاجة للتغيير والتبديل مهما تغيرت الأوطان والازمان وتطور الإنسان.^(٤)

وأما الثانية: من حيث النشأة والتطور فإن نشأة القانون كانت مع الأسرة والقبيلة، ثم تطور مع الجماعة ثم تطور مع الدولة، التي أخذت العادات والتقاليد، وجعلتها قانوناً ملزماً.

وبالتالي: فإن القوانين قد اختلفت باختلاف الدول وتطورت بتطورها، حتى إذا كان القرن الثامن عشر، بلغ التطور أعلاه، في ضوء النظريات الفلسفية والعلمية والاجتماعية.

أما الشريعة الإسلامية: فلم تنشأ هذه النشأة، ولم تتطور هذا التطور على مر السنين، لأنها نزلت من عند الله شاملة كاملة، صالحة للإنسانية حيثما كانت ليست لقوم دون آخرين، ولا لدولة دون أخرى.

وما يتباهى به أهل القانون من العدالة والحرية والمساواة ونحوها، فإن الشريعة الإسلامية قد نزلت بأفضل منه وطبقته الأمة في حكمها وفي حكوماتها.

١ - سورة المائدة الآية / ٥٠ .

٢ - سورة النور الآية / ١٩ .

٣ - سورة يونس الآية / ٦٤ .

٤ - التشريع الجنائي - للأستاذ عبد القادر عودة - ج ١/ ١٨ دار الكاتب العربي بيروت.

الفصل الثاني

المسئولية التقصيرية عن الخطأ الشخصى

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: تعريف المسئولية في اللغة والاصطلاح

وعند أهل القانون.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول : تعريف المسئولية.

المطلب الثانى : نظرية المسئولية في الشريعة الاسلامية وفي القانون.

المبحث الثانى : أركان المسئولية التقصيرية عن الخطأ الشخصى.

وفيه تمهيد وثلاثة مطالب:

المطلب الأول : الخطأ التقصيرى.

المطلب الثانى : الضرر.

المطلب الثالث : علاقة السببية بين الضرر والخطأ.

المطلب الأول

من المبحث الأول

تعريف المسؤولية والكلام عن هذا المطلب جعلته على ثلاثة فروع هي:

الفرع الأول

تعريف المسؤولية في اللغة

المسئول: لفظ يطلق على أى رجل من رجال الدولة يكون منوطاً به عمل تقع عليه تبعته.

ويقال بوجه عام : حالة أو صفة من يسأل عن أمرٍ تقع عليه تبعته.^(١)

يقال : أنا برئ من مسؤولية هذا العمل.

وتطلق أخلاقياً : على إلزام الشخص بما يصدر عنه قولاً أو عملاً.

وتطلق قانوناً: على الالتزام بإصلاح الخطأ الواقع على الغير طبقاً للقانون.^(٢)

وجاء في المختار من صحاح^(٣) اللغة:

مادة «سأل»: السؤال: ما يسأله الانسان وفي القرآن الكريم ﴿قد اوتيت سؤلك يا موسى﴾^(٤) بالهمزة وبغيرها.

وفى لسان العرب لابن منظور^(٥) سأل يسأل سؤلاً ، وقد جاء في القرآن ما يؤكد هذا المعنى اللغوي من ذلك قول الله تعالى ﴿سأل سائل بعذاب واقع﴾^(٦)

١ - المعجم الوسيط - ج ١/٤١١ للدكتور إبراهيم أنيس وآخرين، انتشارات ناصر خسرو طهران - إيران.

٢ - نفس المرجع السابق

٣ - المختار من صحاح اللغة : - تأليف الشيخ محمد محي الدين عبد الحميد ومحمد عبد اللطيف السبكي.

مادة: سأل - ص/٢٢٤ ومابعده. انتشارات ناصر خسرو - إيران. وانظر أيضا : مختار الصحاح - للشيخ الامام

محمد ابن أبى بكر بن عبد القادر الرازى ص/ ٢٨١ - مادة - سأل طبع، دار نهضة مصر للطبع والنشر.

٤ - سورة طه: الآية ٦٧ - ٥ - لسان العرب - للإمام العلامة ابن منظور الأفرقي ج ١١/٢١٨ ، طبع دار صادر - بيروت.

٦ - سورة المعارج : الآية ١ .

وقوله تعالى تعالى ﴿وقفوههم إنهم مسئولون﴾^(١) قال القرطبي في تفسيره^(٢): معنى هذه الآية أى قفوههم للحساب ثم سوقوههم إلى النار.

وقيل يساقون إلى النار أولاً ثم يحشرون للسؤال إذا قربوا من النار. إنهم مسئولون: أى عن أعمالهم وأقوالهم وأفعالهم. وقوله تعالى : ﴿فوربك لنسألنهم أجمعين، عما كانوا يعملون﴾^(٣) أى لنسألن هؤلاء عما عملوا في الدنيا.

وقوله تعالى: ولا تَقْفُ ما ليس لك به علمٌ إن السمع والبصر والفؤاد كل أولئك كان عنه مسئولاً^(٤) أى يسأل كل منها عن ذلك كله، فيسأل الفؤاد عما اعتقد، والسمع والبصر عما رأى من ذلك أو سمع.^(٥)

وقوله تعالى : ﴿وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولاً﴾^(٦) قال الزجاج: كل ما أمر الله به ونهى عنه فهو من العهد، وقيل: إن العهد يسأل تبكيتاً لناقضه، فيقال: لم نقضت؟ كما تسأل الموعودة تبكيتاً لوائدها.

ومن ذلك قوله تعالى ﴿وانه لذكر لك ولقومك وسوف تسئلون﴾^(٧) ومعنى ذلك: "وانه" أى القرآن لشرف وذكر "لك" يا محمد - صلى الله عليه وسلم - "ولقومك" فيه قولان - أحدهما: من اتبعك من امتك، قاله قتادة وذكره الثعلبي عن الحسن، والثانى: لقومك من قريش - قاله مجاهد^(٨)، والصحيح: أنه شرف لمن عمل به، كان من قريش أو من غيرهم "وسوف تسئلون" أى سوف تسئلون عن شكر ما خلقه الله لكم من الشرف والذكر.^(٩)

-
- ١ - سورة الصافات الآية / ٢٤ .
 - ٢ - الجامع لأحكام القرآن - للقرطبي ج ٦٠/١٠ دار الكتاب العربى للطباعة والنشر القاهرة.
 - ٣ - سورة الحجر آية / ٩٢، ٩٣ .
 - ٤ - سورة الاسراء : آية / ٣٦ .
 - ٥ - أحكام القرآن لأبى بكر - المعروف بابن العربي ج ١٢١٢/٣، دار المعرفة للطباعة والنشر - بيروت - لبنان.
 - ٦ - سورة الاسراء آية / ٣٤ .
 - ٧ - سورة الزخرف - آية ٤٤ .
 - ٨ - الجامع لأحكام القرآن - لأبى عبد الله القرطبي ج ١٦ / ٩٣، ٩٤ ، دار الكاتب العربى للطباعة والنشر بالقاهرة.
 - ٩ - لسان العرب - لابن منظور الافريقي المصرى - ج ٣١٨/١١ دار صادر بيروت.

وقيل : تسألون عما عملتم فيه والمعنى متقارب وهذا ما ورد عن لفظ المسؤولية في القرآن الكريم.

ثانياً : وأما الحديث الشريف فقد تكلم أيضاً عن المسؤولية .

من ذلك: ما روى عن عبد الله بن عمر يقول: سمعت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقول كلّكم راعٍ وكلّكم مسئول عن رعيته، الإمام راعٍ ومسئول عن رعيته والرجل راعٍ في أهله وهو مسئول عن رعيته، والمرأة راعية في بيت زوجها ومسئولة عن رعيتها، والخادم راعٍ في مال سيده ومسئول عن رعيته^(١).

إلى غير ذلك من الأحاديث التي هي بنفس المعنى فكل ما تقدم من الآيات والأحاديث يدل بوضوح على أن كلمة المسؤولية قد استعملت في اللغة بمعنى الأهلية أو التكليف على ما سيأتى إيضاحه .

١ - صحيح البخارى - ج١/٢١٥ دار الفكر - كتاب : الجمعة .

الفرع الثاني

تعريف المسؤولية في اصطلاح الفقهاء

لقد تناول بعض الفقهاء المعاصرين الكلام عن ماهية المسؤولية فقد عرف الأستاذ / علي الخفيف المسؤولية :

بأنها: "مخالفة الانسان لما تجب عليه الطاعة فيه" أو هي "تبعة مخالفتها لما تجب عليه فيه الطاعة".^(١)
وعرف الأستاذ / مصطفى الزرقاء المسؤولية :

بأنها: كل ضرر يلحقه أحد بآخر دون مسوغ مشروع يجعل فاعله مسئولاً تجاه المضرور"^(٢).

وهذا هو الأسلوب الذي اختاره رجال الفقه الاسلامي المعاصرون.

حيث يعبرون عن الإخلال بما إلزم الانسان بإرادته او بدونها باسم المخالفة ويرتبون التبعة على ذلك وهي الضمان المالي او العقوبة المحضة.

اما رجال القانون فقد كان لهم في هذا البيان أسلوب آخر يختلف قليلاً عن أسلوب رجال الفقهاء وإن كان لا يختلف في المعنى. فاستعملوا كلمة المسؤولية عن كل ما يستوجب الضمان.

١ - نظرية الضمان في الفقه الإسلامي - للأستاذ / علي الخفيف ص ٣ مطبعة معهد البحوث والدراسات العربية - جامعة الدول العربية - القاهرة.

٢ - الفعل الضار والضمان فيه - للأستاذ / مصطفى احمد الزرقاء ص/٦٣ دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع دمشق - وبيروت.

الفرع الثالث

تعريف المسؤولية عند أهل القانون

وقد عرفها روسكو بوند :^(١) بقوله :

المسؤولية : هي رابطة قانونية بين شخصين بمقتضاها يستحق احدهما حقاً والآخر يكون ملزماً بأمر معين.

وتناول سالمد : Salmond تعريف المسؤولية فقال :

أن من ارتكب فعلاً ضاراً يكون مسئولاً عنه، فإن المسؤولية لا تخرج عن كونها رابطة إجبارية بين مرتكب الضرر والجزاء المترتب عليه.^(٢)

ويرشد التعريف الأخير الى أن سبب المسؤولية هو الضرر، بينما مصدر الرابطة الاجبارية هو القوة القاهرة من السلطة العامة المتمثلة في القانون.

وعرفها ديود والكر^(٣)،

بأنها مسؤولية الشخص عن أى أمر طلب منه القانون عمله أو الامتناع عنه. وعلى هذا تنشأ المسؤولية بفعل إرادى من الشخص او بنص من نصوص القانون.

ملاحظات على تعريف المسؤولية عند أهل القانون

يلاحظ أن كلا من هذه التعريفات للمسؤولية نظر للمسؤولية من زاوية خاصة:

فبعضها يشير إلى عنصر الضرر على ما ذهب اليه سالمد، وبعضها يشير إلى جهة الالتزام المترتب عليها، كما هو تعريف روسكوبوند ومع ذلك فانهم متفقون جميعاً على أن أساس المؤاخذه في المسؤولية القانونية هو تحقق الضرر الذى يشترط فيه أن يكون القانون قد أقره، ووجود القوة الاجبارية المتمثلة في السلطة العامة التي تكون وراء هذا القانون حتى لا يكون القانون عبثاً.

1- An Introduction to the Philosophy of Law p.73 .

2 - Salmond an Jurisprudeuce p.396 .

3 - The Oxford Companion to Law (D. Walker) p.769 .

المطلب الثاني

نظرية المسؤولية في الفقه الاسلامي وفي القانون الوضعي

وفيه فرعان:

الفرع الأول

نظرية المسؤولية في الشريعة الإسلامية

إن المسؤولية أو التكليف مبدأ أساسي في الشريعة الإسلامية وله مبادئ ثابتة.

ويثور هنا التساؤل عن أسس هذه المسؤولية المتمثلة في حرية الاختيار والارادة واتناولها في العصور المختلفة على الوجه الآتي:

أولاً : المسلمون في الصدر الأول وفهمهم للمسؤولية :

يلاحظ أن المسلمين في الصدر الأول لم يكونوا يبحثون في مباحث القدر والجبر، إنما آمنوا بحرية الارادة والاختيار للإنسان بمقتضى روح الشريعة الاسلامية.

ولكن بعد فترة، بدأت تظهر إلى الوجود بوضوح المذاهب القائلة بالجبر المطلق أو الاختيار المطلق. فإن الجهمية والجبرية: اتجهوا إلى القول - بالجبر المطلق، بينما المعتزلة اتجهوا إلى القول بالاختيار المطلق.

واليك التفصيل :

أ. الجبرية:

اتجهت هذه الفرقة إلى القول بأن الإنسان ليس له أى اختيار ولا إرادة في إصدار العمل منه. بل

هو مجبور من عند الله.^(١)

فالجبر في مفهومهم هو نفى الفعل حقيقة عن العبد وإضافته إلى الربّ سبحانه وتعالى.

وعلى ذلك فالجبرية : هي التي لا تثبت للعبد فعلاً ولا قدرة على الفعل أصلاً.

ب. الجهمية:

وأما الجهمية^(٢):

فقالوا: في القدرة الحادثة: إن الإنسان لا يقدر على شيء، ولا يوصف بالاستطاعة، وإنما هو مجبور في أفعاله، لا قدرة له، ولا إرادة، ولا إختيار.^(٣)

وإنما يخلق الله تعالى الأفعال فيه على حسب ما يخلق في سائر الجمادات، وتنسب إليه الأفعال مجازاً كما تنسب إلى الجمادات.

كما يقال: أثمرت الشجرة، وجرى الماء، وتحرك الحجر، وطلعت الشمس وغربت، وتغيّمت السماء وامطرت، واهتزت الأرض وانبتت إلى غير ذلك.

والثواب والعقاب جبر، كما أن الأفعال كلها جبر . لذلك: إذا ثبت الجبر فالتكليف أيضاً كان جبراً^(٤).

١ - الملل والنحل - لأبي الفتح محمد بن أبي بكر أحمد الشهرستاني ج ١ / ٨٥ - مطبعة مصطفى الحلبي وأولاده - بمصر .

الشهرستاني : هو أبو الفتح محمد بن أبي القاسم عبد الكريم بن أبي بكر أحمد الشهرستاني - المتكلم على مذهب الأشعرى، ولد سنة ٤٦٧، وتوفي في أواخر شعبان سنة ٥٤٨هـ. ومن تصانيفه: نهاية الأقدام في علم الكلام، كتاب الملل والنحل. وانظر : معجم المؤلفين ج ١٠ / ١٨٧ . .

٢ - الجهمية: هم أصحاب جهنم بن صفوان وهو من الجبرية الخالصة، ظهرت بدعته بترمز، وقتله مسلم بن الحوز المازني بمرور في آخر ملك بني أمية. وكان جهنم تلميذ الجعد بن درهم الذي كان أول من ابتدع بخلق القرآن وتعطيل الله عن صفاته. أنظر الملل والنحل ج ١ / ٨٦ .

٣ - الملل والنحل - لأبي الفتح محمد الشهرستاني - ج ١ / ٨٧ - ط: مصطفى الحلبي مصر.

٤ - نفس المرجع السابق.

ويترتب على قولهم هذا بأن الانسان ليس مسئولاً عن ما يحدثه من الضرر ما دام مجبوراً، لا يستطيع الامتناع عنه.

جـ. المعتزلة:

أما المعتزلة: فقد اتجهوا اتجاهها مخالفاً لسابقيهم حيث صاروا الى القول بالاختيار المطلق، مع وجود اختلافهم في بعض الأمور. فقد اتفقوا على أشياء منها: أن العبد قادر خالق لأفعاله خيرها وشرها، مستحق على ما يفعله ثواباً وعقاباً في الدار الآخرة.^(١)

ثانياً: مفهوم الفقهاء للمسئولية:

بعض الفقهاء المسلمين يستعملون كلمتي: التكليف أو الأهلية بدلا من المسئولية وعلى هذا الأساس يربتون موضوع المسئولية. وهنا أشير في لمحة سريعة إلى معنى التكليف والأهلية: أقول وبالله التوفيق.

التكليف

التكليف لغةً : لفظ مشتق من مادة "كف" والكف لغة: المشقة. وكلفه تكليفاً: أى أمره بما يشق عليه.^(٢)

وقيل التكليف : هو إلزام ما فيه كلفة ومشقة.^(٣)

١ - الملل والنحل - للشهرستاني - ج ١ / ٤٠٥ - ط: مصطفى البابي الحلبي - مصر. والمعتزلة ينقسمون الى فرق هي: الواصلية : نسبة إلى أبي حذيفة واصل بن عطاء الغزال - كان تلميذاً للحسن البصري يقرأ عليه العلوم والأخبار، وكان في أيام عبد الملك بن مروان وهشام ابن عبد الملك - ويعدّ هو من مؤسسي فرقة "المعتزلة". الهذيلية : وهم أصحاب أبي الهذيل حمدان بن أبي الهذيل العلاف - شيخ المعتزلة أخذ الاعتزال عن عثمان بن خالد الطويل عن واصل بن عطاء. النظامية : وهم أصحاب إبراهيم بن سيار بن هاني النظام، قد طالع كثيراً من كتب الفلاسفة وخلط كلامهم بكلام المعتزلة.

أنظر - الملل والنحل: للشهرستاني - ج ١ / ٤٦ وما بعده - مصطفى البابي الحلبي مصر.

٢ - لسان العرب - ج ٩ / ٣٠٧ من مادة "كف" دار صادر.

٣ - القاموس المحيط للفيروز أبادي مادة "كف" ١٩٨/٣ .

التكليف في اصطلاح الفقهاء :

التكليف هو فعل المكلف نفسه ويسميه الأصوليون "المحكوم فيه" أو المحكوم به^(١)

التكليف شرعاً "إلزام مقتضى خطاب الشرع"^(٢) فيتناول الأحكام الخمسة - الوجوب والندب الحاصلين عن الأمر، والحرام والكراهة الحاصلين عن النهي. والاباحة الحاصلة عن التخيير.

إذن: التكليف عندهم: هو إلزام المخاطب بما فيه كلفة ومشقة من فعل أو ترك. والأهلية وصف للمكلف.

والتكليف يرادف كلمة التحميل أحياناً^(٣)، ولكنهما يفترقان في أن التحميل لا يكون إلا لما يستثقل - ولهذا قال تعالى : ﴿رَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْ عَلَيْنَا إَصْرًا﴾^(٤) والاصر هو الثقل، والتكليف قد يكون لما لا ثقل له - نحو الاستغفار، فيقال : كلفه الله الاستغفار، ولا يقال: حملة الاستغفار.

ويشترط في الفعل حتى يصح التكليف^(٥) به:

أولاً : أن يكون معلوماً للمكلف علماً تاماً حتى يتصور قصده إليه وقيامه به كما طلب منه.

والمراد بالعلم: علم المكلف فعلاً أو إمكان علمه بأن يكون قادراً بنفسه أو بالواسطة على معرفة ما كلف به وذلك بأن يسأل أهل العلم عما كلف به.

والقرينة على إمكان علمه وجوده في دار الاسلام، لأن هذه الدار دار علم بالأحكام لشيوعها. والشيوع قرينة العلم والقانون يوافق هذا المعنى.

-
- ١ - ارشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول - للشوكاني - ص ٩ - نظرية الحكم ومصادر التشريع في اصول الفقه الاسلامي - ص ١٨٧ مكتبة الكليات الأزهرية د/احمد الحصري. فواتح الرحموت - للعلامة عبد العلي محمد بن نظام الدين الانصارى ج ١/ ١٢٢ - ط: الاميرية ببولاق - مصر .
 - ٢ - شرح الكوكب المنير - المسمى بمختصر التحرير في أصول الفقه - العلامة الشيخ : محمد بن أحمد الفتوحى الحنبلى المعروف - بابن النجار ج ١/ ٤٨٣ - دار الفكر - بدمشق ط، ١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠ م.
 - ٣ - الفروق في اللغة - لأبى هلال العسكري ص/ ٢١٠ مكتبة اسلامية كوتة - باكستان.
 - ٤ - سورة البقرة : الآية / ٢٨٦ .
 - ٥ - الوجيز في أصول الفقه - د/ عبد الكريم زيدان ص/ ٧٦ - ط: نشر إحسان.

فالقانون يعتبر معلوماً لدى المكلفين إذا نشر بالطرق القانونية كأن ينشر في الجريدة الرسمية.

ثانياً : أن يكون الفعل المكلف به مقدوراً^(١).

ومعنى ذلك أنه لا بد أن يكون الفعل من الأفعال التي يمكن للمكلف فعلها أو تركها. لأن المقصود من التكليف الإمتثال - فإذا خرج الفعل عن قدرة المكلف وطاقته، لم يتصور الإمتثال. ويكون التكليف عبثاً ينزه عن الشارع الحكيم.

ويترتب على هذا الشرط:

بأنه لا تكليف بما لا يدخل تحت إرادة الإنسان، وكذلك لا تكليف بالمستحيل - كالجمع بين النقيضين - ولا تكليف بالأمر القلبية التي تستولي على النفس ولا يملك الإنسان دفعها.

والدليل على ذلك: قوله تعالى: ﴿لا يكلف الله نفساً إلا وسعها﴾^(٢)

وقوله تعالى : ﴿وما جعل عليكم في الدين من حرج﴾^(٣). لأن المؤاخذه بما ليس في الطاقة فيها حرج وضيق. وقوله صلى الله عليه وسلم: في قسمه بين أزواجه «اللهم هذا قسمي فيما أملك، فلا تلمني فيما تملك ولا أملك»^(٤). قال هذا صلى الله عليه وسلم لأنه وجد قلبه يميل الى حب عائشة رضى الله عنها أكثر من غيرها.

فإذا لم يتحقق وجود الشرطين السابقين في المكلف فلا مسئولية عليه.

ويثور هنا تساؤل وهو : أن المجنون والذي هو فاقد التمييز، والصبي غير المميز تتعلق بكل منهما التزامات مالية، فإذا أتلّف أحدهما شيئاً وجب في ماله، وكذلك قرر جمهور الفقهاء أن الزكاة تجب في

١ - الوجيز في أصول الفقه - د/ عبد الكريم زيدان ص/ ٧٦ إرشاد الفحول - للشوكاني ص/ ٨ - ط: مصطفى الحلبي - مصر . المستصفى في علم الأصول - للإمام الغزالي - ج ٨٤/١ أنظر مسألة تكليف الناس والغافل عما يكلف محال - إذ من لا يفهم كيف يقال له. دار صادر، ط: المطبعة الأميرية - ببلاق، مصر.

٢ - سورة البقرة الآية / ٢٨٦ .

٣ - سورة الحج الآية / ٧٨ .

٤ - سنن أبي داود - باب في القسم بين النساء ج٢/ ٣٤٢ ، دار الفكر - بيروت.

مالهما ويخرجها الولي نيابة عنهما .

ولقد أوضح علماء الأصول ذلك فقرروا أنهما وإن كانا غير مخاطبين بأحكام التكليف لعدم وجود التمييز الذي هو عماد التكليف - الفهم والعقل أساس التكليف والتكليف خطاب، وخطاب من لا عقل له ولا فهم محال . مع ذلك قد تحققت فيهما معنى الإنسانية، وإن هذه الإنسانية جعلت لهما حقوقاً، وتعقلت بذمتها واجبات.^(١)

الأهلية

الأهلية: مصدر صناعي لكلمة "أهل" ومعناها في اللغة: الصلاحية.^(٢)

يقال: فلان أهل لعمل كذا، إذا كان صالحاً للقيام به والأهلي: هو الإنسي^(٣) وفي الحديث: نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أكل لحوم الأهلية يوم خيبر» وهي الحمر التي تألف البيوت ولها أصحاب.

والأهلية اصطلاحاً^(٤): هي صلاحية الشخص للالتزام والإلتزام، بمعنى أن يكون الشخص صالحاً لأن تلتزمه حقوق لغيره، وتثبت له حقوق على غيره، ويرشد هذا التعريف الى أقسام الأهلية. وهما : أهلية الوجوب، وأهلية الأداء.

أولهما : أهلية الوجوب

فأهلية الوجوب: هي صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه.

يعنى: أهليته لأن تثبت له حقوق، وأن تثبت عليه حقوق. وأساس ثبوت أهلية الوجوب ومناطها هو "الحياة" يعنى الأصل في ثبوتها كونه إنساناً. ولا فرق بين أن يكون بالغاً أم صبيّاً رشيداً أم غير رشيد، وسواء أكان ذكراً أم أنثى، وسواء كان حراً أم عبداً.

١ - أصول الفقه - الإمام محمد أبو زهرة ص/٢٦٠ دار الفكر العربى - القاهرة.

٢ - لسان العرب - مادة "أهل" ج ٢٩/١١ دار صادر.

٣ - نظرية الحكم ومصادر التشريع في اصول الفقه الإسلامى - د/ احمد الحصرى ص/٢٢٨ مكتبة الكليات الأزهرية - القاهرة، كشف الاسرار عن أصول فخر الإسلام البرنوي للشيخ عبد العزيز أحمد البخاري ج ٢٣٧/٤ .

٤ - أصول الفقه - للإمام محمد أبى زهرة ص/٢٦١ دار الفكر العربى - القاهرة - نظرية الحكم ومصادر التشريع في اصول الفقه الإسلامى - احمد الحصرى ص/٢٢٨ مكتبة الكليات الأزهرية - بالقاهرة.

وأهلية الوجوب بالمعنى المذكور يسميها رجال القانون - "بالشخصية القانونية"^(١) وهي ثابتة عندهم لكل إنسان.

وثانيهما : أهلية الأداء:

فأما أهلية الأداء: فهي صلاحية الإنسان لصدور الفعل منه على وجه يعتد به شرعاً. ومناطها العقل - فإذا كمل العقل ثبتت أهلية أداء كاملة وإذا نقص العقل - كانها أهلية الأداء ناقصة - كالصبي المميز ونكتفى بهذا القدر حتى لا نخرج عن غايتنا في البحث.

١ - الوجيز في أصول الفقه - للدكتور عبد الكريم زيدان ص / ٩٣ طبع ناصر خسرو - طهران - إيران.

الفرع الثاني

نظرية المسؤولية في القانون

وبعد أن تكلمت عن نظرية المسؤولية في الشريعة عبر العصور الإسلامية المختلفة ، وبعد بيان مفهومها في كل هذه العصور أتكلم الآن عن فكرة المسؤولية عند أهل القانون فأقول وبالله التوفيق:

لقد قرر أهل القانون معنى المسؤولية فذكروا أنها عبارة عن الحالة التي تنتج عن واجب يؤدي على الفور أو في المستقبل.

فهى تعنى في اصطلاح أهل القانون: كون الإنسان مؤاخذاً مسئولاً عن أعماله.

وبذلك تكون: المسؤولية عندهم: ناتجة عن العدوان على حقوق الغير، أو للاخلال بالواجب إذن - فهى عبارة عن الربط القانونى بين المعتدى والتعويض القانونى للعدوان على حقوق الغير.^(١)

ويسمى بعض أهل القانون الالتزامات بدلاً عن المسؤولية. فالالتزام المشتري بدفع الثمن مصدره عقد البيع، والتزام المتسبب عن الضرر بالتعويض مصدره العمل غير المشروع، والتزام الأب بالنفقة على عياله مصدره نص القانون .

لذلك تجد كتبهم زاخرة بموضوع يسمى مصادر الالتزام ويقصدون به السبب القانونى الذى أنشأ الالتزام.

أقسام الالتزامات^(٢)

تذكر القوانين الوضعية عادة أن مصادر الإلتزام خمسة: أولاً : العقد: وهو توافق إرادتين على إنشاء التزام - كعقد البيع يتفق بمقتضاه البائع والمشتري على إنشاء التزامات وهى من جانب البائع التزام بنقل الملكية والمبيع، ومن جانب المشتري: إلتزامه بدفع الثمن. فالتملك قائم بينهما معاً التزام البائع بتمليك المبيع للمشتري والتزام المشتري بتمليك الثمن للبائع .

١ - المسؤولية عن الإهمال - للأستاذ / بروفيز أختار ص/ ٤٦ .

٢ - الوسيط في شرح القانون المدني - ج ١ / ١١٩ د / عبد الرزاق السنهوري ط: دار احياء التراث العربي - بيروت.

ثانياً : شبه العقد :

وهو عمل اختياري مشروع ينشأ عنه التزام نحو الغير - وذلك مثل: عقد الفضولي^(١) باعتبار أنه يقوم بعمل يريد به مصلحة الغير دون أن يتعاقد معه الغير على ذلك، ومن هنا فإن نفاذ هذا العقد يكون موقوفاً على رضا صاحب الشأن، فإن أجاز عمل الفضولي جاز وإلا فلا. إذن فهو إلتزام إختياري يترتب من جانب واحد.

ثالثاً : الجريمة :

وهي عمل ضار يأتيه فاعله متعمداً. الاضرار بالغير - كما إذا أُلْتَف شخص عمداً مالاً مملوكاً لغيره - فينشأ عن هذا العمل الضارّ التزام في جانب فاعله بأن يلزم بأداء التعويض المناسب عن المال الذي أُلْتَفه.

رابعاً : شبه الجريمة:

وهو عمل يصيب الغير بالضرر كالجريمة، ولكنه يختلف عنها في أنه غير مصحوب بنية الإضرار بالغير، بل يأتيه فاعله عن إهمال وعدم احتياط.

من هنا يلزم فاعله بتعويض الضرر كما في الجريمة وعلى سبيل المثال: إذا قاد شخص سيارة بسرعة غير معتادة، وتسبب عن ذلك إصابة شخص في الطريق، فإنه يلزم بتعويض المصاب عما حدث له من جراحات او ورثته عن الضرر الذي أحدثه اذا ترتب على الحادث موت المصاب.

خامساً : الالتزامات القانونية أي التي مصدرها القانون:

فهى التزامات أفراد الأسرة بعضها لبعض من نفقة، ورضاع وحضانة، ووصاية إلى غير ذلك.^(٢)

١ - انظر المادة : ١٣٧١ من القانون المدني الفرنسي. نقلاً عن "الوسيط" للسنهوري.

٢ - الوسيط في شرح القانون المدني - د/ عبد الرزاق السنهوري ج ١/ ١٢٠ ، دار إحياء التراث العربى - بيروت.

المبحث الثاني

أركان المسؤولية التقصيرية من الخطأ الشخصي

ويحتوى هذا المبحث على تمهيد وثلاثة مطالب. وقد جعلت الكلام عن كل ركن في مطلب مستقل وهى كالآتى:

المطلب الأول: الخطأ التقصيرى [الركن الأول].

المطلب الثانى: الضرر [الركن الثانى].

المطلب الثالث: علاقة السببية بين الضرر والخطأ [الركن الثالث].

تمهيد

قبل أن نتعرض لأركان المسؤولية التقصيرية عن الخطأ الشخصي، لا بد من الكلام بإيجاز عن ثلاثة مسائل كمدخل لفهم المسؤولية التقصيرية عن الخطأ الشخصي وهي:

أ - متى يعتبر الإنسان مسئولاً ومتى لا يعتبر.

ب - مفهوم الشخص وهل يدخل الشخص الاعتباري في المسؤولية .

ج - الأقسام الرئيسية للمسؤولية.

المسألة الأولى : متى يعتبر الانسان مسئولاً ومتى لا يعتبر؟

إتفق علماء الفقه الإسلامي ورجال القانون الوضعي على أن الضمان يقوم بناء على أساس المسؤولية، فإذا لم يكن الانسان مسئولاً عن شيء فلا يعتبر ضامناً له، وكما هو معلوم شرعاً أن الأصل في الانسان عدم شغل ذمته بالديون من أي نوع كانت على ما تقرره القاعدة الفقهية الشهيرة "الأصل براءة الذمة"^(١) لكن إذا ألتف إنسان شيئاً فان ذمته تكون مشغولة بأداء بدل التالف جبراً للفاقد حتى لا يظلم أحد في ماله فإذا ألتف رجل مال آخر، واختلفا في مقداره يكون القول للمتلف والبيئة على صاحب المال لإثبات الزيادة.

لأن الأصل براءة الذمة كما تقدم - وهذا الأصل يؤيده حديث نبوي شريف وهو ما روى عن عبد الله ابن عمرو رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: البيئة على المدعى واليمين على المدعى عليه^(٢) رواه الترمذي، ورواه الطبراني والبيهقي بلفظ: "ولكن البيئة على المدعى واليمين على من أنكر". فنص هذا الحديث قاعدة عظيمة في إثبات الحقوق، فلو أعطى كل مدع ما يدعيه بمجرد دعواه

١ - مجلة الأحكام العدلية - (المادة ٨) ص / ١٧ ، طبعة: تنوير بروسس - كراچی - باكستان.

٢ - صحيح البخاري - باب في الرهن - إذ اختلف الراهن والمرتهن ونحوه . ج ١٨٧/٣ - دار الجيل - بيروت. أنظر : التاج الجامع للأصول في احاديث الرسول صلى الله عليه وسلم - للشيخ منصور على ناصف من علماء الازهر الشريف. ج ٦١/٣ دار إحياء التراث العربي .

لوقع الظلم وضاعت الحقوق ولكن الشارع الحكيم جعل للمدعى برهاناً على صدقه وهو الشهود وجعل للمدعى عليه ما يصون به حقه وهو اليمين فإن نكل عنه حلف المدعى واستحق دعواه، وهذا ليقوم العدل بين الناس وليأمنوا على اعراضهم وأموالهم.

وإذا كان الأصل في الانسان أنه حر لكن حريته تنتهى حيث تبدأ حريات الآخرين فحريته حرية مقيدة بقيود شرعية وقانونية قررتها طبيعة الحياة، وطالما أن عمل المرء يقع في حدود حقه مع مراعاة ما يحدده الشارع لذلك يعتبر الانسان مسئولاً إذا خالف وجاوز حدود حقه.

المسألة الثانية

مرّ بنا تعريف كلمة الشخص الطبيعي عند تعريف "ضمان الفعل الشخصى" وبقي علينا أن نبين هنا مفهوم: الشخص الاعتبارى أو المعنوى أو الحكمى:

والكلام عن هذا أتناوله على ما يلي:

أ - الشخص الاعتبارى في نظر القانون.

ب - الشخص الاعتبارى في نظر الشريعة الإسلامية.

١ - الشخص الاعتبارى في نظر القانون:

فالشخص الاعتبارى هو شخص معنوى ذو صفة معينة يتمتع بكافة الحقوق التى يتمتع بها الشخص الطبيعى أو الحقيقى، ويسميه بعض الباحثين بالشخص القانونى أو الحكمى.

ويعرّف هولند^(١) Holland

الشخص القانونى: بأنه هو ما تمثله الأموال^(٢) ذات الأحجام الكبيرة أو مجموعة من الناس^(٣) في

1- Salmond's Jurisprudence pp.267-268 . 1987 - Mansoor Book house - Lahore.

Holland defines: Juristic Person:

As such Masses of property or groups of human beings as are in the eye of the law Capable of rights and liabilities.

٢ - الاموال : يقصد به الأوقاف والصدقات واموال الشركات التجارية .

٣ - مجموعة من الناس: هم المؤسسات والجمعيات وما شاكل بهم.

نظر القانون لهم قابلية الحقوق والواجبات.

ومثال الأشخاص الاعتباريين^(١):

البنوك والشركات والجمعيات التعاونية، والجمعيات الخيرية والمعاهد الأدبية حيث يمثلها مديروها أو وكلاؤها المفوضون لهذا الغرض طبقاً لعقود تأسيسها.

وإذا طالعت كلا من القانون المدني المصري^(٢) والمدني العراقي^(٣)، فستجد أنهما يطلقان الاشخاص الاعتبارية او المعنوية على ما يلي:

أ - الدولة

ب - الادارات والمنشآت العامة التي يمنحها القانون شخصية معنوية مستقلة عن شخصية الدولة بالشروط التي يحددها.

ج - البلديات والقرى التي يمنحها القانون شخصية معنوية بالشروط التي يحددها.

د - الطوائف الدينية التي يمنحها القانون شخصية معنوية بالشروط التي يحددها.

هـ - الأوقاف

و - الشركات التجارية والمدنية إلا ما استثنى منها بنص القانون.

ز - الجمعيات والمؤسسات وفقاً للأحكام المقررة في القانون.

ح - كل مجموعة من الأشخاص او الأموال يمنحها القانون شخصية معنوية.

ب : الشخصية الحكية أو الاعتبارية في نظر الفقه الإسلامي^(٤):

وإذا رجعنا إلى النصوص والمصادر الأصلية في الشريعة، وجدنا فيها أحكاماً تشعر بأنها إنما

١ - الموسوعة القانونية في الشهر العقاري والتوثيق - أ - زكي محمود ج ٧٢/١ مكتبة الانجلو المصرية - ط الأولى - ١٣٧٤هـ - ١٩٥٥م.

٢ - القانون المدني المصري - من مادة ٥٤ - ٨٠ ، مجموعة الأعمال التحضيرية نشر مكتبة الحلبي.

٣ - القانون المدني العراقي - من مادة ٤٧ - ٥١ وزارة العدل مطبعة الحكومة - بغداد .

٤ - المدخل الفقهي العام - للأستاذ / مصطفى أحمد الزرقاء ج ٢٥٦/٣ - دار الفكر - بيروت.

بنيت شرعاً على فكرة الشخصية الاعتبارية بنظر إجمالى يستلزمه إيجاب الحكم.

ومثال ذلك :

أ - ما ورد في الحديث النبوى الشريف : يقول المصطفى صلى الله عليه وسلم "المسلمون تتكافأ دماؤهم، ويسعى بذمتهم أدناهم وهم يد على من سواهم"^(١)

فالفقرة الثانية من الحديث (وهى)يسعى بذمتهم أدناهم) قد اعتبر بها النبى صلى الله عليه وسلم ما يعطيه أحد المسلمين للمحارب طالب الأمان من ذمة وتأمين، سارياً على جماعتهم وملزماً لهم كما لو صدر منهم جميعاً وهذا مثال واضح للشخصية الاعتبارية.

ففى هذا الحكم اعتبار مجموع الأمة كشخص واحد يمثلها في بعض النواحي كل فرد منها.

ب - ومثل ذلك ما أقره الإسلام في نصوص مصادره الأصلية من حق كل فرد من الناس أن يخاصم ويدعى في الحقوق العامة من عقوبات الحدود وسائر أمور الحسبة كإزالة الأذى عن الطريق - وقمع الغش وغير ذلك.

والشخصية الاعتبارية تتجلى بأجلى بيان ووضح صورة وأكملها في الشريعة الإسلامية بأمور منها.

١ - بيت المال^(٢) ونظام الوقف^(٣) وفى الدولة^(٤).

والخلاصة مما سبق:

ان الشخص المعنوى يسأل مسئولية عقدية ومسئولية تقصيرية كما يسأل الشخص الطبيعى، تماماً

١ - السنن الكبرى - للبيهقى - ج ٢٩/٨ - دار الفكر - بيروت.

٢ - بيت المال : ففى بيت المال الذى هو خزينة الدولة العامة جاء الشرع الإسلامى بنظرية فصل بيت المال عن مال السلطان وملكه الخاص - فاعتبر الشرع بيت المال جهة ذات قوام حقوقى مستقل يمثل مصالح الأمة في الأموال العامة.

٣ - الوقف : وكذلك نظام الوقف في الإسلام، فإن نظامه منذ أول نشأته في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم يقوم على أساس اعتبار الشخصية الاعتبارية للوقف بالمعنى الحقوقى المعاصر.

٤ - الدولة : وذلك فيما ذكره الفقهاء لها من الأحكام وأمور الحكم وتصرف السلطان الأمر الذى لا يمكن تفسيره إلا باعتبار أن الدولة لها شخصية حكمية عامة يمثلها في التصرفات والحقوق والمصالح رئيسها ونوابه من سائر العمال والموظفين في فروع الأعمال: المدخل الفقهي العام للزرقا ج ٢/٢٥٦ .

وهذا ما تجمع عليه أحكام القضاء وأراء الفقهاء.^(١)

لأن الشخص المعنوى يقوم في المجتمع الحديث بنشاط بالغ الخطر، فإذا حدث الضرر من شخص معنوى، فعلى من تكون مسئولية هذا الضرر، وذلك

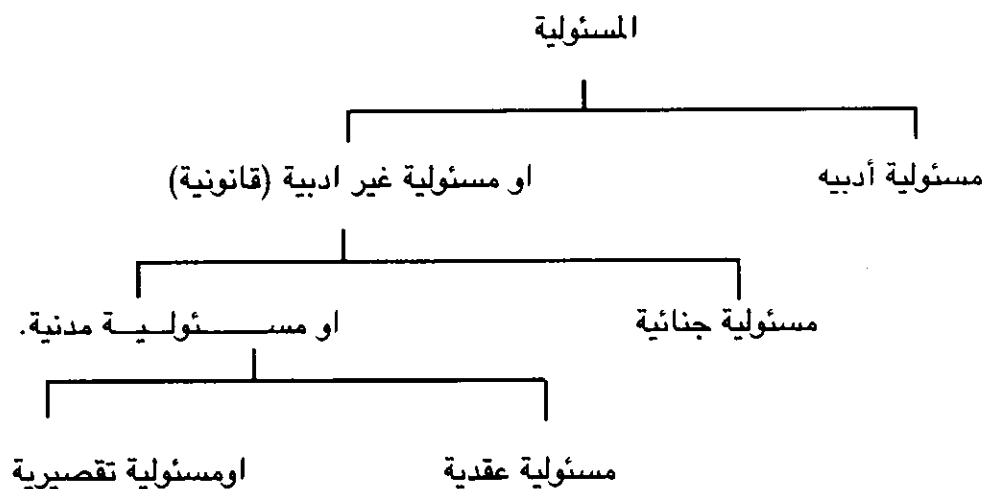
- كفصل عامل في وقت غير لائق وهو ما يطلق عليه الفصل التعسفى.

قيام شركة بتقليد علامة تجارية لشركة أخرى تنافسها في مجال نشاطها فعلى من يكون الضمان؟، الواقع أن الشخص المعنوى مسئول عن كل ذلك.

المسألة الثالثة: الأقسام الرئيسة للمسئولية

بتتبع موضوع المسئولية نجد أنها لا تخلو من أن تكون: اما مسئولية أدبية أو قانونية، والمسئولية القانونية إما أن تكون جنائية واما أن تكون مدنية.

والمسئولية المدنية أيضا: اما أن تكون مسئولية عقدية وإما أن تكون مسئولية تقصيرية على ما هو موضح في الشكل التالي:



١ - مصادر الالتزام - د/أحمد ابوستيت ج ٢/٤٢٢ دار الفكر العربي.

- الوسيط في شرح القانون المدنى - نظرية الالتزام بوجه عام د/ عبد الرزاق أحمد السهنورى - فقرة ٥٤١. ٥٤٢ ط: دار النشر للجامعات المصرية - القاهرة.

وفى هذا المقام أحاول بيان هذه التقسيمات بإيجاز عملاً على البيان والايضاح وذلك على ما يلى:

١ - المسؤولية الادبية:^(١)

هى: مخالفة المكلف للواجب الخلقى أو السلوكى، والقانون لا يتعرض لمثل هذه المخالفة ولا يرتب عليه أى عقوبة أو تعويض.

ومن المعلوم أن دائرة الأخلاق أوسع من دائرة القانون، باعتبار أن دائرة الأخلاق:

١ - تشمل سلوك الإنسان نحو خالقه ونحو نفسه ونحو غيره.

٢ - وأنها تأمر بالخير وتؤاخذ من يزيغ عن هذا السبيل.

وهذه المسؤولية تستوجب جزاء أدبياً أو دينياً لا دخل فيه للقانون ولا شأن به للدولة.

٢ - المسؤولية القانونية

ويعني بها أهل القانون حالة الشخص الذى ارتكب فعلاً سبب به ضرراً للغير، فاستوجب مؤاخذة القانون إياه على ذلك الفعل فالشأن فيها أنها عبارة عن مسلك خارجى يسلكه شخص ما ويترتب عليه وقوع ضرر للمجتمع أو لأحد أفراد.

وإذا تعارضت مخالفة قواعد الاخلاق مع مخالفة القواعد القانونية، فالمعول عليه في هذا المقام هو المسؤولية القانونية باعتبارها المرتبة للجزاء القانونى.

والجزاء القانونى في مثل هذا الحال يكون في الأعم الأغلب عقوبة توقع على المسئول أو تعويضاً يلزم به قِبَل الشخص المضرور أو بكليهما معا فيما إذا كانت مخالفة القاعدة القانونية تمس المصلحة العامة للمجتمع فضلاً عن الأفراد.

١ - موجز أصول الالتزامات - د/ سليمان مرقس ص/ ٣٢٨ ط: لجنة البيان العربى - القاهرة.

ومقدمة نظرية الضمان في الفقه الاسلامي للشيخ علي الخفيف .

والمسئولية القانونية تنقسم إلى قسمين^(١):

أ - المسئولية الجنائية.

ب - المسئولية المدنية.

أ - المسئولية الجنائية^(٢):

والكلام عن هذا أتناول مفهومه في القانون وفي الشريعة الإسلامية على مايلي :

أولاً : مفهوم المسئولية في القانون :

المسئولية الجنائية: هي الحالة التي يكون مرتكب الفعل الضار فيها مسئولاً قبل الدولة باعتبارها الشخص الاعتباري - للمجتمع، ويكون جزاؤه في هذه الحال عقوبة توقع عليه باسم المجتمع زجراً له وردعاً لغيره.

وتتولى النيابة العامة إقامة الدعوى عليه أمام المحاكم الجنائية وتقوم الدولة بتنفيذ العقوبة عليه بما لها من عمال تابعين لسلطانها التنفيذية.

لذلك رأت الشرائع الحديثة ضرورة تعيين الأفعال التي ترتب مسئولية جنائية وتحديد العقوبة التي يستوجبها كل فعل من هذه الأفعال - حتى أصبح من المبادئ الأساسية في دساتير الدول أنه "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص".

ثانياً : مفهوم المسئولية الجنائية في الشريعة^(٣):

تعنى المسئولية الجنائية في الشريعة الإسلامية الغراء تحمل الإنسان لنتائج الأفعال المحرمة التي يأتئها وهو مختار، مدرك لمعانيها ونتائجها. فمن أتى فعلاً محرماً وهو لا يريد كالمكره أو المغمى عليه لا يسأل جنائياً عن فعله.

١ - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - للأستاذ السنهاوي - ج ١ ص/٧٤٢ ، موجز أصول الالتزامات - د/سليمان مرقس ص/٣٢٨ .

٢ - موجز أصول الالتزامات د/ سليمان مرقس ص/٣٢٨ لجنة البيان العربي - بالقاهرة.

٣ - التشريع الجنائي الاسلامي - للأستاذ عبد القادر عودة ج ١/٣٩٢ دار الكاتب العربي.

ومن أتى فعلاً محرماً وهو يريده ولكن لا يدرك معناه كالطفل أو المجنون لا يسأل أيضاً عن فعله.

إذن فالمسئولية الجنائية تقوم على ثلاثة أسس:

أولها : أن يأتى الانسان فعلاً محرماً.

ثانيها: أن يكون الفاعل مختاراً.

ثالثها: أن يكون الفاعل مدركاً.

فإذا وجدت هذه الأسس الثلاثة وجدت المسئولية الجنائية، وإذا انعدم احدها انعدمت المسئولية.

ب- المسئولية المدنية^(١)

المسئولية المدنية : هى الحالة التى يكون الفاعل قد أخل فيها بالتزام مقرر في ذمته وترتب على هذا الإخلال ضرر للغير، فيصبح والحالة هذه مسئولاً قَبْلَ المضرور، وملتزماً بتعويضه عما أصابه من ضرر. ويكون للمضرور وحده حق المطالبة بالتعويض أو من ينوب عنه.

وبناء على ذلك فإن المسئولية التى تنشأ عن الإخلال بالتزام عقدى تسمى مسئولية عقدية، وتختلف هذه باختلاف ما اشتمل عليه العقد من التزامات.

والمسئولية التى تترتب على الإخلال بالتزام قانونى تسمى مسئولية تقصيرية أساسها الالتزام بعدم الأضرار بالغير.^(٢)

المقارنة بين المسئولية الجنائية والمدنية^(٣)

تتفق هاتان المسئوليتان في أن كل منهما التزام: الأول جنائى والثانى مدنى هذا عن الاتفاق أما الاختلاف بينهما فأهمه في الأمور الآتية:

١ - موجز أصول الالتزامات - د/ سليمان مرقس ص/٣١٩.

٢ - الوسيط في شرح القانون المدنى - د/ السنهورى - مصادر الالتزام ج ١/ص/٧٤٨ نشر : دار النشر للجامعات المصرية - القاهرة.

٣ - موجز أصول الالتزامات د/ سليمان مرقس ص/٣٢٩ نشر : لجنة البيان العربي.

أولاً : المسؤولية من حيث محلها أى محل وقوعها:

في المسؤولية الجنائية - الفعل الضارّ يكون متوجّهاً إلى المجتمع، أما المسؤولية المدنية فإنها تقوم على حدوث ضرر يصيب الفرد.

ثانياً : المسؤولية من حيث أساسها:

في المسؤولية الجنائية لا تنشأ المسؤولية إلا إذا ارتكب شخص عملاً تحرمه القوانين الجنائية بنص خاص، إذ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص كما تقدم أما المسؤولية المدنية: فلا حصر للأعمال التي تنشأ عنها، فكل عمل غير مشروع يسبب ضرراً للغير يوجب المسؤولية.

ثالثاً : المسؤولية من حيث القصد إلى الفعل:

في المسؤولية الجنائية: القصد هو ركن من أركان الجريمة، لأن المسؤولية الجنائية لا تقوم إذا انعدم القصد الإجرامى وقت ارتكاب الفعل.

أما المسؤولية المدنية: فإن القصد لا يشترط فيها ولذا يترتب الجزاء على العمل غير المشروع دون تفريق بين العمد وغير العمد.

رابعاً : من حيث دعوى المسؤولية:

فإن الدعوى الناشئة عن المسؤولية الجنائية دعوى عمومية تقوم بها الدولة نيابة عن المجتمع، وتباشرها النيابة العمومية عن الدولة وتختص بها المحاكم الجنائية دون سواها.

أما الدعوى الناشئة عن المسؤولية المدنية - فهي دعوى خاصة يملكها المضرور وحده، وتختص بها المحاكم المدنية، ويترتب على ما تقدم أنه: لا يجوز في الدعوى العمومية النزول عنها بعد رفعها ولا الصلح في شأنها، أما الدعوى المدنية فيجوز فيها ذلك.

خامساً : من حيث الجزاء المترتب عليها:

الجزاء في المسؤولية الجنائية هو عقوبة توقع على مرتكب الجريمة زجراً له وردعاً لغيره ولو كانت هذه العقوبة غرامة مالية. لكن الجزاء في المسؤولية المدنية هو تعويض للمضرور عما أصابه من ضرر.

المسئولية المدنية تنقسم إلى عقدية وتقصيرية

فالمسئولية العقدية: تترتب بناء على الإخلال بالتزام عقدي - وتختلف باختلاف ما اشتمل عليه العقد من التزامات.^(١)

وبعبارة أخرى: هي التي ترسم حدوداً تطبق على الالتزامات التعاقدية، أي الناشئة^(٢). وهذا يبحث عنه في نظرية العقد.

ويشترط في المسئولية العقدية شرطان:

الأول : أن يكون هناك عقد صحيح بين المسئول والمضروب، فإذا لم يكن هناك عقد أصلاً فالمسئولية تنقلب إلى مسئولية تقصيرية.

والأمثلة في ذلك كثيرة:

منها: أن يدعو صديق صديقه للركوب معه في عربته مجاملة او يدعوه للغذاء او للسهرة أو يخطب رجل امرأة فلا عقد في مثل هذه الأحوال، والمسئولية لا تكون إلا تقصيرية. ويكفى أن يثبت المضروب أن هناك خطأ ارتكبه المسئول.

كأن يرتكب الصديق خطأً ما في قيادة العربة، او يعتمد الاخلال بالدعوة إضراراً بصديقه او يعدل الخاطب عن الزواج إضراراً بخطيبته.

الشرط الثاني: ان يكون الضرر قد نتج من خرق التزام فرضه العقد. وبعبارة أخرى - أن يكون الضرر الذي أصاب المضروب قد وقع بسبب عدم تنفيذ العقد.^(٣)

فإذا كان الضرر قد حدث من عمل لا يعتبر عدم تنفيذ للعقد فإن المسئولية العقدية في هذه الحال لا تتحقق - بل تتحقق المسئولية التقصيرية.

١ - الوسيط في شرح القانون المدني - ج١/٧٤٨ د/ عبد الرزاق السنهوري دار النشر للجامعات المصرية - القاهرة.
٢ - المدخل الفقهي العام - للأستاذ - مصطفى احمد الزرقاء ج٢/٩ - دار الفكر - بيروت، أنظر أيضاً : مصادر الالتزام د/احمد حشمت أبو ستيت ج٢/٣٨٣ دار الفكر العربي.
٣ - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - للدكتور السنهوري - ج١/٧٥٦ - دار النشر للجامعات المصرية - القاهرة .

مثال ذلك: عقد الهبة:

فإن الواهب لا يضمن خلو الشيء الموهوب من العيب إلا إذا تعمد إخفاء العيب أو ضمنه، فإن كان الشيء الموهوب معيباً ولم يضمن الواهب العيب ولم يتعمد إخفائه، وتسبب عن العيب ضرر للموهوب له فإن مسؤولية الواهب تكون هنا مسئولية تقصيرية ويكون على الموهوب له أن يثبت خطأ في جانب الواهب.

أما إذا وقع الضرر بسبب عدم تنفيذ العقد، فإن المسؤولية العقدية تتحقق.

كما إذا امتنع البائع عن تسليم المبيع إلى المشتري، وهلك المبيع في يد البائع، فالبائع مسئول مسؤولية عقدية. لأنه قد أخل بالتزام عقدي.

المسئولية التقصيرية:

الناظر في كتب أهل القانون الوضعي يجد أن القانون لم يضع للتقصير تعريفاً معيناً، متفقاً عليه لذا، فقد اختلفت أنظار الباحثين منهم في هذا وأحاول هنا أن أشير إلى تعريف المسؤولية التقصيرية عموماً، من وجهة نظر بعض الباحثين من رجال القانون.

المسئولية التقصيرية: تعنى على وجه العموم عدم قيام الإنسان بما كان يجب أن يقوم به، وعمل ما كان يجب أن يتركه.

وأساسها مقارنة المقصر بالرجل العادى المتبصر في أمره. فإذا وقع من المقصر ما لا يقع عادة من الرجل المتبصر في أمره اعتبر ذلك تقصيراً.^(١)

وقال الأستاذ: الزرقاء^(٢) المسئولية التقصيرية:

هى التى ترسم حدوداً تطبق على الالتزامات الناشئة عن كل فعل ضار ولم يكن بين صاحب الحق والملتزم عقداً - وهذه المسئولية يبحث عنها في نظرية الفعل الضار وعرف بعض رجال القانون

١ - في الالتزامات النظرية العامة - د/ عبد السلام ذهني بك. ص/ ٧٤٠ طبعة: شركة مساهمة مصرية بالقاهرة.

٢ - المدخل الفقهي العام - في ثوبة الجديد - للأستاذ / مصطفى احمد الزرقاء ج ٩٧/٣ دار الفكر - بيروت.

المسئولية التقصيرية: بأنها هي الإخلال بالتزام قانوني واحد، ولا يتغير - لأنه التزم بعدم الإضرار بالغير.^(١)

مثال ذلك: أن تكون العين في يد مالكها، ويتعرض له فيها أجنبي، فمسئولية المتعرض هنا، هي مسئولية تقصيرية لا عقدية، لأنه لم يخل بالتزام عقدي يوجب عليه عدم التعرض للعين، بل أخل بالتزام قانوني عام يفرض عليه عدم الإضرار بالغير.

وعرف آخرون المسئولية التقصيرية:^(٢)

بأنها الثقة والعقيدة الشرعية المخدوعة.

شرح التعريف:

الناس في حياتهم المدنية في حاجة إلى ثقة بعضهم البعض، أي أنه من الواجب على كل واحد أن يعمل نحو الآخر بحيث لا يخدع هذا الآخر فيما وثق به في شخص الأول.

ولذلك تحل المسئولية التقصيرية إذا خدعت هذه الثقة. ومن أمثلة ذلك:

رجال الفن - كالطبيب والمحامي وغيرهما - فإنهم في حاجة إلى بث روح الطمأنينة في نفوس المتعاملين معهم عملاً على ثقة هؤلاء المتعاملين معهم.

وسياتي تفصيل هذه الأمثلة في تطبيقات فكرة الخطأ إن شاء الله.

١ - الوسيط في شرح القانون المدني - للأستاذ د/ عبد الرزاق احمد السنهاوري ج ١/ ٧٤٨ دار إحياء التراث العربي بيروت.

٢ - أنظر : في الالتزامات النظرية العامة - د/ عبد السلام دهنى بك - ص/ ٧٤٠ - شركة مساهمة مصرية بالقاهرة.

المطلب الأول

الخطأ التقصيري

ويعتبر الخطأ التقصيري هو الركن الأول من المسؤولية التقصيرية. وقد جعلت الكلام عن هذا المطلب في ثلاثة فروع:

الفرع الأول: تحديد المعنى المراد من لفظ الخطأ.

الفرع الثاني: عناصر الخطأ وهو نوعان.

أ - العنصر المادي - (وهو التعدي).

ب - العنصر المعنوي (وهو الإدراك).

الفرع الثالث. تطبيقات للمسؤولية التقصيرية عن الخطأ الشخصي.

الفرع الأول

مفهوم الخطأ في اللغة والاصطلاح الفقهي وعند أهل القانون

أولاً : الخطأ في اللغة : ضد الصواب^(١)، أو هو ما قابل العمد خطئاً وأخطأ لغتان بمعنى واحد.

وفي المعجم الوسيط: ^(٢) خطئ - خطئاً - وخطئاً : أي اذنب أو تعمد الذنب وجاء في التنزيل ما يؤكد ذلك المعنى اللغوي: يقول الله تعالى: ﴿قَالُوا يَا أَبَانَا اسْتَغْفِرْ لَنَا ذُنُوبَنَا إِنَّا كُنَّا خَاطِئِينَ﴾^(٣) وفي لسان العرب لابن منظور والصاح^(٤) لاسماعيل بن حماد الجوهري:

١ - تاج العروس من جواهر القاموس - للسيد محمد مرتضى الزبيدي ج١/٢١١ مطبعة حكومة الكويت ١٣٨٥هـ - ١٩٦٥م

٢ - المعجم الوسيط - مادة - خطئ - ج١/٢٤٢ - لمجمع اللغة العربية للدكتور ابراهيم أنيس وآخرين - إبتشارات ناصر خسرو طهران - إيران.

٣ - سورة يوسف - الآية / ٩٧ .

٤ - لسان العرب - لابن منظور الافريقي - ج١/٦٥ - دار صادر - الصلاح - تاج اللغة وصحاح العربية - لاسماعيل بن حماد الجوهري - ج١/٤٦ - دار العلم للملايين.

الخطأ: لغة : نقيض الصواب، يقال: أخطأ الطريق : أي عدل عنه. وأخطأ الرامي: أي لم يصبه.

وجاء في المصباح المنير^(١) (مادة - خطأ)

خطئ في دينه خطأ - أي أثم فيه - يعنى الخطء : هو الذنب والا ثم يقال: إن أخطأت فخطئني - وإن أصبت فصوبني. ولذلك وردت كلمة أخطأ - في الكتاب الكريم والسنة النبوية الشريفة:

أما الكتاب: فقوله تعالى ﴿وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به﴾^(٢) أي فيما عثرتم أو غلطتم - يقول الحافظ - ابن كثير^(٣): معنى هذه الآية أي: إذا نسبتم بعضهم إلى غير أبيه في الحقيقة خطأ بعد الاجتهاد واستفراغ الوسع - فإن الله قد وضع الحرج في الخطأ ورفع إثمه. كما أرشد إليه في قوله تبارك وتعالى : أمراً عباده أن يقولوا ﴿ربنا لا تؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا﴾^(٤).

أما السنة النبوية المطهرة: فقد ورد فيها ما يؤيد المعنى اللغوي: وهو قول الرسول صلى الله عليه وسلم: «إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر» ذكره البخاري - في صحيحه عن عمرو بن العاص.^(٥)

ثانياً : الخطأ في اصطلاح الفقهاء:

الخطأ في اصطلاح جمهور الفقهاء يأتي مساوياً للفظ الغلط. فقد جاء في حاشية العدوي على الخرشي تعريف الغلط: (بأنه تصور الشيء على خلاف ما هو عليه)^(٦).

وفي حاشية الدسوقي على الشرح الكبير^(٧): تفرقه بين كلمتي الخطأ والغلط. فقال الدسوقي:

-
- ١ - المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي - للعلامة أحمد على المقرئ الفيومي - المطبعة الأميرية بالقاهرة.
 - ٢ - سورة الاحزاب - الآية / ٥ .
 - ٣ - تفسير القرآن العظيم - لابن كثير الدمشقي ج ٣ / ٤٦٧ - نشر : امجد اكيدي لاهور - باكستان ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٢ م.
 - ٤ - سورة البقرة - الآية / ٢٨٦ .
 - ٥ - صحيح البخاري - ج ٩ / ١٩٤ - كتاب الإعتصام، نشر إدارة الطباعة المنيرية - بمصر
 - ٦ - حاشية العدوي على الخرشي - للشيخ علي بن احمد الصعيدي - العدوي المالكي - ج ٧ / ١٢٢ دار الفكر للطباعة والنشر.
 - ٧ - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - لشمس الدين محمد الدسوقي ج ٢ / ١٤٢ - طبعة عيسى البابي الحلبي وأولاده.

١ - إن متعلق الخطأ - هو الجنان .

٢ - ومتعلق الغلط - هو اللسان.

وفرق أيضاً : أبو هلال العسكري^(١) - بين هذين فقال: إن الغلط : هو وضع الشيء في غير موضعه، ويجوز أن يكون صواباً في نفسه.

والخطأ - لا يكون صواباً على وجهه.

وعرف الأستاذ : عبد القادر عودة الخطأ - بقوله : "وقوع الشيء على غير إرادة فاعله"^(٢)

فالفاعل في جرائم الخطأ لا يأتي الفعل عن قصد ولا يريده، وإنما يقع الفعل منه على غير إرادته، وبخلاف قصده.

وقيل : الخطأ: هو فعل أو قول يصدر عن الإنسان بغير قصده؛ بسبب ترك التثبت عند مباشرة أمر مقصود سواه.

والخطأ يطلق تارة على ما هو ضد الصواب، وأخرى على ما ليس بعمد^(٣) أما إطلاق الخطأ على ضد الصواب - فمنه يسمى الذنب خطيئة.

كما في قوله تعالى: ﴿إِنْ قَتَلْتُمْ كَافِرًا كَانَ خَطِيئَةً كَبِيرًا﴾^(٤) أما إطلاق الخطأ على ضد العمد: فمنه قوله تعالى ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٌ﴾^(٥) الخ.

١ - الفروق اللغوية لأبي هلال العسكري - ص / ٤٤ نشر: مكتبة إسلامية - الكويت - باكستان.

٢ - التشريع الجنائي الإسلامي - مقارناً بالقانون الوضعي - للأستاذ / عبد القادر عودة ج١/ ١٣٢ دار الكاتب العربي - بيروت.

٣ - نظرية الحكم ومصادر التشريع في أصول الفقه الإسلامي - ص/ ٣٧٤ وما بعده د/ أحمد الحصري - استاذ الفقه المقارن بكلية الشريعة والقانون جامعة الأزهر والمعهد العالي للقضاء - جامعة الامام محمد بن سعود الإسلامية مكتبة الكليات الأزهرية - ط: ١/ ١٤٠١ هـ - ١٩٨١ م.

٤ - سورة الاسراء - الآية / ٣١ .

٥ - سورة النساء - الآية / ٩٢ .

مسألة : هل يعتبر الخطأ عذراً شرعياً أم لا؟

اختلف العلماء في جواز المؤاخذه على الخطأ على النحو التالي:^(١)

الرأى الأول: للمعتزلة:

ويرون عدم جواز المؤاخذه على الخطأ. لأن الخاطئ غير قاصد الخطأ والجناية لا تتحقق بدون القصد.

الرأى الثاني: لجمهور الفقهاء من أهل السنة والجماعة:

ويرون جواز المؤاخذه على الخطأ عقلاً، لقوله تعالى: ﴿رَبِّنا لا تُؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا﴾. ووجه الدلالة من الآية الكريمة على المدعى: إن الله تعالى وضع لنا أن الخطأ تجوز المؤاخذه عليه ولذا الزمنا عز شأنه أن ندعوه أن لا يؤاخذنا بسبب أخطائنا.

الرأى الثالث : للحنفية

اما الحنفية فقد فرقوا بين الخطأ فيما يتعلق بحقوق الله تعالى، وفيما يتعلق بحقوق العباد. وبيان هذه التفرقة على ما يلي:

أولاً : الخطأ فيما يتعلق بحقوق الله تعالى:

الخطأ وإن كانت تجوز المؤاخذه عليه باعتبار أنه لا يخلو من تقصير لكنه مع ذلك يعتبر عذراً شرعياً صالحاً لسقوط حق الله تعالى إذا حصل عن إجتهد. ومثال ذلك أنه لو اجتهد شخص مكلف في التوجه إلى القبلة وأخطأ في القبلة، وصلى جازت صلاته ولا إثم عليه.

وكذلك، لو اجتهد آخر في الفتوى لكنه أخطأ بعد ما اجتهد وأعمل فكره وبذل وسعه لا يأتهم بل يستحق أجراً واحداً.

١ - نظرية الحكم ومصادر التشريع في أصول الفقه الاسلامى - ص / ٣٧٥ للدكتور / احمد الحصرى - مكتبة الكليات الازهرية - ط: ١٤٠١ هـ - ١٩٨١ .

ثانياً : الخطأ فيما يتعلق بحقوق العباد:

لم ير الحنفية اعتبار الخطأ عذراً صالحاً لسقوط حق العباد، فمثلاً: فلو أُلُف شخص مال إنسان خطأ، بأن رمى إلى شاة أو بقرّة على ظن أنها صيد، أو أكل مال إنسان على ظن أنه ملكه فإنه يجب الضمان والحالة هذه .

لأن ضمان المال جزاء فعل في محل معصوم، وكون الفاعل خاطئاً معذوراً لا ينفي عصمة المحل.^(١) ولأن الضمان في مثل هذه الأحوال مبني على جبر الفاعل حتى لا يظلم أحد في ماله نظراً لأن العمد والخطأ في الأموال سواء.^(٢)

والراجع من هذه الآراء في نظري المتواضع - والله أعلم - هو رأي السادة الحنفية القائل بالتفرقة في الخطأ بين ما يتعلق بحقوق الله تعالى وحقوق العباد لوجهة ما استدلوا به.

ثالثاً : تعريف الخطأ عند أهل القانون.

الخطأ بصفة عامة: هو إنحراف في السلوك فهو تعدد يقع من الشخص في تصرفه، ومجاوزة الحدود التي يجب عليه التزامها في سلوكه.

وقد اختلف أهل القانون في تحديد معنى الخطأ التقصيري، على آراء كثيرة أهمها ما يلي:

أولاً: تعريف جوسران.^(٣)

فقد عرف الخطأ بقوله: الخطأ: هو انتهاك لحرمة حق لا يستطيع من انتهكت حرمة أن يعارضه بحق أقوى أو بحق مماثل.

فيلاحظ على هذا التعريف أنه لم يحدد معنى الخطأ بأنه اعتداء على الحقوق، ولم يوضح المراد بالحق الأقوى ولا الحق المماثل فكل ما أتى به ألفاظ غير واضحة تحتاج إلى إيضاح وبيان ولم يرقم

١ - نظرية الحكم ومصادر التشريع في أصول الفقه الاسلامي - د/ احمد الحصري ص / ٢٧٥ .

٢ - الضمان في الفقه الاسلامي - للأستاذ علي الخفيف ص / ٤٤ .

٣ - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - للسنيهوري - ج ١/ ٧٧٧ وما بعده - دار النشر للجامعات المصرية - بالقاهرة وجوسران هذا قانوني فرنسي شهير وهو واضع القانون اللبناني.

بهذا الدور، وكان يجب عليه أن يوضح لأن المقام مقام ايضاح وبيان لا مقام تجهيل وتلبيس.

وعرّف الأستاذ بلانويل^(١) : الخطأ: "

بأنه الإخلال بالتزام سابق" ويلاحظ أيضاً هنا أنه لم يحدد معنى الخطأ - ولم يبين هذه الالتزامات التي يعتبر الإخلال بها خطأ.

وقال: الأستاذ إيمانويل Immanuel في تعريف الخطأ:

إن تحديد الخطأ يقتضى التوفيق مابين أمرين:

الأمر الأول : توفير مقدار معقول من الثقة بين المجتمع وأى فرد من أفرادهم فمن حقهم عليه أن يترك الأشياء التي تضر بهم.

الأمر الثاني: تحقيق مقدار معقول من الثقة بين الشخص الواثق من نفسه والمجتمع الذى يعيش فيه بحيث يقدم على العمل دون الحاق ادنى ضرر بالغير لذلك نجده يقول: إن الخطأ هو الإخلال بالثقة المشروعة.^(٢)

وعلى كل حال: فالشائع بين أهل القانون^(٣) : تعريف الخطأ بأنه: العمل الضار غير المشروع - أى الفعل الضار . وعلى ضوء ما تقدم لا يخرج معنى الخطأ التقصير عن كونه إخلالا بالتزام قانونى هو التزام ببذل عناية الرجل المعتاد بمعنى أن يحقق الشخص في سلوكه قِبَلَ الآخرين اليقظة والتبصر حتى لا يضر بهم، فإذا انحرف عن هذا السلوك الواجب إتباعه وكان من القدرة على التمييز بحيث يدرك أنه قد انحرف - كان هذا الانحراف ممثلاً لخطأ يستوجب مسئولية تقصيرية.

ملاحظة عامة بين تعريفات فقهاء الإسلام وأهل القانون:

بالتأمل في تعريفات الفقهاء السابقة نجد أن الخطأ عندهم منه ما يتعلق بحق الله تعالى ومنه ما يتعلق بحق العباد، كما يشمل معنى النسيان والغلط والاعتداء.

١ - الوسيط للسنهورى ج ١/٧٧٧ الطبعة السابقة.

٢ - مصادر الالتزام د/ احمد حشمت أبو ستيت - ج ٢/٤٠٨ دار الفكر العربي .

٣ - الوسيط شرح القانون المدنى الجديد - للسنهورى. ج ١/٧٧٧

أما تعريفات أهل القانون - فيلاحظ عليها أمران: الأمر الأول: أنها قد إنحصرت فيما يتعلق بحقوق العباد.

الأمر الثاني: الخطأ جاء في مفهومهم بمعنى الاعتداء فقط.

ومما يستخلص أيضاً من التعريفات السابقة أن الخطأ هو إنحراف في السلوك، فهو تعد يقع من الشخص في تصرفه، ومجاوزة الحدود التي يجب عليه التزامها في سلوكه.

هذا ما يسره الله تعالى في هذا المقام وهو سبحانه وتعالى أعلم بالصواب.

الفرع الثاني

مناصر الخطأ

للخطأ عنصران (التعدي والادراك) وتفصيل الكلام عن كل منهما على الوجه الآتي:

العنصر الأول: وهو التعدي ويسمى بالعنصر المادي:

أولاً: تعريف التعدي:

التعدي لغة: مجاوزة الشيء إلى غيره.^(١)

يقال: عداه - تعدية فتعدي أي تجاوزه. ويقال: عدا عليه: أي جاوز الحد في الظلم - وفي لسان العرب^(٢) لابن منظور الأفريقي: التعدي: هو التجاوز مطلقاً وقيل معنى التعدي هو الظلم وأصله مجاوزة الحد والحق.

يقال: تعديت الحق، واعتديته أي جاوزته وفي التنزيل ما يؤيد هذا المعنى اللغوي: قال تعالى ﴿فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾^(٣)

التعدي في إصطلاح الفقهاء:

لا يخرج استعمال الفقهاء لهذا اللفظ عن معناه في اللغة فيستعمل التعدي عندهم بمعنى: الاعتداء على حق الغير وبذلك يكون التعدي بجميع أنواعه حرام، إلا ما استثنى منه كحالات: ١ - الدفاع الشرعي. ٢ - حالة الضرورة. ٣ - وتنفيذ امر صادر من الرئيس. وسيأتي تفصيل هذه الحالات قريباً.

١ - المغرب في ترتيب المغرب - للمطرزي - مادة - عدو - ج ٤٧/٢ طبعة دار الكتاب العربي - بيروت.
- المختار من صحاح اللغة - محمد محي الدين عبد الحميد - ومحمد عبد اللطيف السبكي ص / ٢٢١ انتشارات ناصر خسرو - إيران.
- الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية - إسماعيل بن حماد الجوهري - ج ٢٤٢١/٦ دار العلم للملايين.
- مختار الصحاح : الامام محمد بن ابي بكر عبد القادر الرازي - ص/٤١٤ ط.
٢ - لسان العرب - لابن منظور - الافريقي - ج ٣٢/١٥ - دار صادر - بيروت.
٣ - سورة البقرة - الآية / ١٩٤ .

وقد عرّف الأستاذ : محمد فوزي فيض الله - التعدي : بأنه : مجاوزة ما ينبغي أن يقتصر عليه شرعاً أو عرفاً^(١). ويعبر عنه الحقوقيون بالخطأ، ولكن تعبير الفقهاء أولى من تعبير الحقوقيين، لأن التعدي يوحى بأن الالتزام رابطة مادية مالية والخطأ يوحى بأنه رابطة شخصية.

ولأن الشأن في الخطأ تحرى الموصوف به من خلال النظر في سلوكه، أما التعدي فالشأن فيه النظر إلى واقع السلوك في عالم المادة الخارجى ومعنى ذلك: أن الخطأ ينظر فيه إلى فاعل: الفعل أما التعدي فينظر فيه إلى الفعل نفسه.

ومقياس التعدي: هو المخالفة المعتادة، والضابط هو سلوك الرجل المعتاد ومن قواعد الفقه الاسلامى في هذا الموضوع ونظائره - "أن كل ما ورد به الشرع مطلقاً، ولا ضابط له فيه، ولا في الفقه يرجع فيه إلى العرف".^(٢)

وعرّف الأستاذ : الزرقاء^(٣)، التعدي بمعنيين:

أحدهما - ان التعدي هو المجاوزة الفعلية إلى حق الغير أو ملكه المعصوم، وثانيهما ان التعدي هو العمل المحظور في ذاته شرعاً، بقطع النظر عن كونه متجاوزاً على حدود الغير أم لا؟

كما ورد في الحديث الشريف: قال صلى الله عليه وسلم: «إن الله تعالى فرض فرائض فلا تضيعوها، وحدّ حدوداً فلا تعتدوها، وحرم أشياء فلا تنتهكوها، وسكت عن أشياء رحمة بكم غير نسيان فلا تبحثوا عنها».^(٤)

فالتعدي بالمعنى الأول "وهو التجاوز" هو المقصود هنا في هذا المقام وهو شرط أساسى في مسئولية كل من المباشر والمتسبب على سواء.

لأنه قد يتحقق التعدي ولا يكون الفعل محظوراً شرعاً، بل قد يكون واجباً، ويثبت معه الضمان.

١ - نظرية الضمان في الفقه الإسلامى العام - د/محمد فوزى فيض الله ص/٩٢ مكتبة دار التراث - الكويت.

٢ - الاشباه والنظائر - للسيوطى المتوفى ٩١١ - ص - ٩٨ نشر دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى - ١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩ م.

٣ - الفعل الضار والضمان فيه - للأستاذ مصطفى احمد الزرقاء ص/٧٨ - ٧٩ دار القلم دمشق .

٤ - كتاب الأربعين النووية - للإمام النووى - حديث رقم /

كما لو اضطر احد إلى أكل طعام غيره بلا إذن لدفع الهلاك عن نفسه، فإن فعله جائز، بل واجب لكنه لا ينفي الضمان، وكذلك لو زلق إنسان فوق وقع على مال غيره فانتلفه، فإنه ضامن وإن لم يأت عملاً محظوراً. فإن من القواعد الفقهية: (الاضطرار لا يبطل حق الغير)^(١).

وعرّف الأستاذ الزحيلي: التعدي^(٢) :

بأنه : "العمل بدون حق ولا إباحة شرعية". ويفهم من كلام الزحيلي بأن التعدي هو عمل غير مباح ولا مأذون به شرعاً أو من صاحب الحق. أما إذا كان الفعل مأذوناً به شرعاً كما في حالة الدفاع الشرعي، أو كان الاذن بحق بأن صدر من ولي الأمر الحاكم كما في حال هلاك المحدود أو المعزر حين إقامة العقوبات الشرعية أو كان امراً بالاتلاف من صاحب المال نفسه، فكل هذه الحالات لا يكون الفعل مستوجباً لضمان المال أو النفس عملاً بالقاعدة الفقهية القائلة : "الجواز الشرعي ينافي الضمان"^(٣)

تعريف التعدي عند أهل القانون:

اما التعدي عند اهل القانون فهو نفس تعريف الخطأ - فهم لا يفرقون بين الخطأ والتعدي على ما سبق إيضاحه .

ثانياً: أنواع التعدي :

وللتعدي أنواع كثيرة، لا يمكن حصرها وأهمها ما يلي:

أولاً : التعدي على النفس وما دونها:

وهو التعدي على النفس أو على الأطراف بما يوجب القصاص، والتعدي هذا إما أن يكون بالباشرة والمباشرة معروفة وأما التعدي بالتسبب فمثاله يظهر فيمن حفر بئراً في غير ملكه فوقع فيه إنسان. والتعدي بأنواعه يوجب الضمان لأن كل واحد منها يلحق ضرراً بالغير. اما القتل من غير تعد - فهو القتل بحق - فلا ضمان فيه - كرجم الزاني المحصن أو دفاع الشخص عن نفسه، أو عرضه، أو

١ - مجلة الاحكام العدلية - المادة - ٢٢ ص/ ١٩ طبعة: تنوير بروسس - كراچي.

٢ - نظرية الضمان في الفقه الإسلامي - للدكتور/ وهبه الزحيلي ص/ ٢٠ الطبعة ١٣٨٠هـ - ١٩٧٠م.

٣ - مجلة الاحكام العدلية - مادة / ٩١ ص/ ٢٧ طبعة تنوير بروسيس كراچي.

ماله مما أدى إلى قتل من أراد منه هذه الأشياء.

ثانياً : التعدى على الأموال:

كالغصب، والاتلاف والسرقة والاختلاس، فمن تعدى على غيره فغصبه مالا أو أتلف مالا غير مأذون في إتلافه شرعاً أو سرقة أو اختلسه يترتب عليه حكمان:

أحدهما: أخرى - وهو الإثم لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾^(١).

والآخر دنيوى: وهو الحد أو التعزير مع وجوب الضمان فيه. لقوله صلى الله عليه وسلم «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»^(٢)

ثالثاً : التعدى في العقود.

كالتعدى بجحد الوديعة ونحو ذلك.

رابعاً : التعدى على العرض:

الأعراض يجب أن تصان من الدنس، وقد أباح الاسلام دم من اعتدى على العرض، لأن حفظ الأعراض من مقاصد الشريعة الغراء فمن قتل وهو يدافع عن عرضه فهو شهيد، بدليل: قوله صلى الله عليه وسلم : «من قتل دون أهله فهو شهيد ...»^(٣).

خامساً : التعدى المشروع:

ومن ذلك الدفاع الشرعى^(٤):

فالدفاع الشرعى عن النفس أو المال يبيح التعدى ويجعله مشروعاً، ولكن في نفس الوقت يجب توفر

١ - سورة البقرة الآية - ١٨٨ .

٢ - سنن أبى داود - للامام الحافظ ابى داود سليمان بن الأشعث السجستاني الازدى - المتوفى ٢٧٥هـ بالبصرة . ج ٢٩٦/٣ حديث رقم ٢٥٦١ باب في تضمين العارية - دار الفكر. أنظر ايضاً : نصب الراية - للزيلعى - المتوفى ٧٦٢ - ج٣/٢٧٦ دار الحديث بجوار ادارة الازهر.

٣ - أخرجه الترمذى ج٤/٣٠ - طبعة : عيسى البابى الحلبي، القاهرة .

٤ - الوسيط - للسنهورى - ج ١/٧٨٦ . النظريات العامة للالتزامات - د/ منذر الفضل - ج١/٣٤٨. نظرية الضمان في الفقه الاسلامى - د/ وهبه الزحيلي ص/١٩ - ٢٠ .

شروط الدفاع الشرعي الآتي بيانها:

أولاً : أن يكون هناك خطر حال على نفس الدافع أو ماله أو على الغير.

ثانياً : أن يكون إيقاع هذا الخطر عملاً غير مشروع. فليس لمن ألقى القبض عليه بطريق قانوني أن يقاوم رجال الشرطة بحجة الدفاع الشرعي.

ثالثاً : أن يكون دفع الاعتداء بالقدر اللازم دون مجاوزة أو إفراط. فإن جاوز حدود الدفاع الشرعي كان معتدياً والمعتدى عليه الضمان.

ومن القواعد الفقهية "الضرر يدفع بقدر الإمكان"^(١) وهكذا نصت (المادة : ١٦٦ من القانون المدني المصري، والمادة: ٢١٢ من القانون المدني العراقي، والمادة ٢٦٢ من القانون الأردني)^(٢)

الحالة الثانية: تنفيذ امر من رئيس تجب طاعته: إذا كان التعدي بحق صادر من ولي الأمر الحاكم، كما في حال هلاك المحدث أي الذي أقيم عليه الحد أو المعز حين إقامة العقوبات الشرعية، أو وقوع إنسان في بئر حفر في السوق بإذن ولي الأمر.^(٣) فلا ضمان على الذي باشر الفعل.

ويشترط لكي ينتفى التعدي عن الفاعل ثلاثة شروط^(٤):

١ - أن يكن من صدر منه العمل موظفاً عاماً.

٢ - أن يكون قد صدر للموظف العام أمر بتنفيذ هذا العمل من رئيس طاعته واجبة.

١ - مجلة الأحكام العدلية - مادة : ٣١ .

٢ - وإليك نص المراء من القانوني المصري والاردني (فمن أحدث ضرراً وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه او ماله كان غير مسؤول، على ألا يجاوز في دفاعه القدر الضروري، والا يصبح ملزماً بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة).

٣ - نظرية الضمان في الفقه الاسلامي - د/وهبة الزحيلي ص/٢٢ ونصت المادة ١٦٧ من القانون المدني الجديد المصري - والمادة ٢١٥ من القانون المدني العراقي كما يلي: "لا يكون الموظف العام مسئولاً عن عمله الذي أضر بالغير إذا قام به تنفيذاً لأمر صدر إليه من رئيس، متى كانت أطاعة الأمر واجبة عليه او كان يعتقد أنها واجبة، وأثبت أنه كان يعتقد مشروعية العمل الذي وقع منه وكان اعتقاده مبنياً على أسباب معقولة، وأنه راعى في عمله جانب الحيطة أنظر: النظرية العامة للالتزامات - د/منذر الفضل - ج١/٢٥٣ - ط: دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان - الاردن.

الوسيط - للسنيهوري - ج١/٧٩٠ فقره - ٥٣٣ دار النشر للجامعات المصرية.

٤ - النظرية العامة للالتزامات - د/ احمد حشمت ابوستيت ج٢/٤١٨ . دار الفكر العربي.

٣ - أن يثبت الموظف العام أنه كان يعتقد مشروعية الأمر الذي قام بتنفيذه وأنه لم يرتكب العمل إلا بعد أن تحرى وتثبت، وأنه قد راعى في عمله جانب الحيطة اللازمة.

الحالة الثالثة : حالة الضرورة ^(١):

وحالة الضرورة تقرب كثيراً من حالة الدفاع الشرعى، والفرق بينهما هو أنه في حالة الضرورة لا يوجد تدخل من جانب المضرور، خلافاً لما يحدث في حالة الدفاع الشرعى.

العنصر الثانى: الادراك وهو ما يسمى بالعنصر المعنوى:

الإدراك لغة: يراد به اللحق، والبلوغ في الحيوان والثمر يقال: مشى حتى ادركه، وتدارك القوم أي تلاحقوا أي لحق آخرهم أولهم. ^(٢)

وقد يأتى الإدراك بمعنى العلم، ولكن يفترقان في أن الإدراك يقع على الموجود، والعلم يقع على المعدوم ^(٣).

وقد استعمل الفقهاء الإدراك في هذا المعنى اللغوى ومن ذلك قولهم: ادركه الثمن أى لزمه وهو لحق معنوى. وادرك الغلام: أى بلغ الحلم، وادركت الثمار أي نضجت ولذلك جعل فقهاء القانون الإدراك ركناً مهماً في إثبات المسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصى، إذ لا يكفى لاعتبار الشخص مخطئاً أن ينحرف عن سلوك الشخص المعتاد، وإنما يلزم أيضاً إدراكه لهذا الانحراف.

ومناط المسؤولية التمييز وهو الإدراك، فالصبي غير المميز، والمجنون، والمعتوه، والمصاب بمرض النوم كل هؤلاء لا يمكن أن ينسب إليهم خطأ لأنهم غير مدركين لأعمالهم.

ولذلك فإن عديمى التمييز لا يتصور فيهم أن يتصرفوا تصرف المميزين، وبناء على هذا فإن عديم

١ - نفس المرجع السابق، الوسيط - للسنهورى ج١/ص٧٩٢ فقره ٥٣٤، النظرية العامة للالتزامات - د/منذر الفضل ج١/ص٣٥٩ دار الثقافة للنشر والتوزيع الطبعة الثالثة: ١٩٩٥م - عمان - الأردن. ونصت أيضاً المادة ١٦٨ من القانون المدنى الجديد المصرى "من سبب ضرراً للغير ليتفادى ضرراً أكبر، محدقاً به أو بغيره، لا يكون ملزماً إلا بالتعويض الذى يراه القاضى مناسباً. ونصت المادة ٢١٣ من القانون المدنى العراقى على ما يقرب من هذا المعنى المذكور.

٢ - مختار الصحاح - لمحمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازى - ص/٢٠٣ مادة : درك دار القبة للثقافة الإسلامية - جده - ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.

٣ - الفروق في اللغة : لأبى هلال العسكري - ص/٨١ المكتبة الاسلامية ميزان ماركت - كويتا.

التمييز غير مسئول حيث لا يعتبر سلوكه تعدياً.

ولكن مع هذا التقرير انعدام مسئولية عديمي التمييز مبدأ منتقد من رجال القانون أنفسهم إذ ليس من العدل أن لا يتعرض للمسئولية عديمو التمييز الذين يلحقون الضرر بالغير ومن ثم فقد نص القانون المدني المصري الجديد على ما يلي:^(١)

يكون الشخص مسئولاً عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز، ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز، ولم يكن هناك من هو مسئول عنه، أو تعذر الحصول على التعويض من المسئول، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعيًا في ذلك مركز الخصوم.^(٢)

وبعض القوانين المدنية الغربية والعربية لا تجعل عدم الإدراك أساساً لانعدام مسئولية عديم التمييز، وإنما تثبت المسئولية والحالة هذه استناداً إلى نظرية تحمل التبعة.^(٣)

أي استناداً إلى الضرر الذي يلزم تعويضه انتصاراً لفكرة النظرية المادية في الالتزام الناشئ عن الإخلال بالقانون.

وكذلك بعض القوانين العربية مثل القانون المدني العراقي نصت على أن الفعل الضار يجري على أحكام الفقه الإسلامي بمعنى أنهم لم يعتبروا الإدراك عنصراً في الخطأ، وإنما أقاموا المسئولية التقصيرية عن الخطأ الشخصي على أساس التعدي فقط.

فالتعدي عندهم هو العنصر الأوحد في الخطأ التقصيري وفي نفس الوقت جعلوا عديم التمييز ومن في حكمه في ضوء "نص المادة ١٩١"^(٤) مسئولاً وهو لا يدرك الفعل الذي اقترفه. ولعل "التعمد" هو الجوهر الذي يفصل بين من يقع منه الفعل الضار عن قصد وإدراك فيكون مسئولاً في هذه الحال أما أن كان العكس فلا يكون مسئولاً.

١ - وذلك في المادة ١٦٤ منه.

٢ - مصادر الالتزام - د. احمد حشمت أبو ستيت ج٢/٤٢٢. دار الفكر العربي .

٣ - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - للسنهوري ج ٨/٨٠٤ - دار النشر للجامعات المصرية - القاهرة.

٤ - تنص المادة ١٩١ من المدني العراقي على ما يلي:

أ - إذا ائلف صبي مميز أو غير مميز ومن في حكمهما مال غيره لزمه الضمان من ماله.

ب: وإذا تعذر الحصول على التعويض من اموال من وقع منه الضرر بأن كان صبياً غير مميز أو مجنون جاز للمحكمة أن

تلزم الولى أو القيم أو الوصى بمبلغ التعويض. على أن يكون لهذا الرجوع بما دفعه على من وقع منه الضرر.

ج - عند تقدير التعويض العادل عن الضرر لا بد للمحكمة أن تراعى في ذلك مركز الخصوم.

خلاصة

ومما تقدم علمنا أن للخطأ ركنين، أولهما: هو التعدى وهو ما يسمى بالعنصر المادى. وثانيهما: الادراك، وهو ما يسمى بالعنصر المعنوى وحصر أركان الخطأ التقصيرى في عنصرين أولى الترجيح ممن حصر الخطأ في عنصر واحد هو التعدى، لأن الاعتداء على الحق هو عنصر موضوعى، وإدراك المعتدى بأنه يعتدى على حق الغير هو عنصر شخصى، وأنا أميل إلى هذا القول.

والله أعلم بالصواب .

الفرع الثالث

بعض التطبيقات للمسئولية التقصيرية من الخطأ الشخصي

الأمثلة التي تطبق فيها المسؤولية التقصيرية عن الخطأ الشخصي كثيرة جداً، بل هي تحدث في حياتنا اليومية، وأحاول هنا أن اقتصر على بعض الأمثلة التي يظهر فيها معنى المسؤولية التقصيرية بوضوح وهي:

أ - أخطأ تحدث من أصحاب المهن.

ب - وحوادث تقع أثناء العمل.

ج - والحوادث الناتجة عن وسائل النقل والمواصلات.

والكلام عنها بالترتيب الآتي:

أولاً: أخطاء أصحاب المهن^(١) ويسمى بالخطأ المسلكي أو السلوكي ويراد به الخطأ الذي يرتكبه الشخص من خلال ممارسته لمهنته كالطبيب، والمحامي أو المهندس أو الصيدلي. فقد يقدم هؤلاء لعملائهم أعمالاً يصاحبها إهمال، أو عدم احتراز من جانبهم.

- فالطبيب قد يخطئ في العلاج مما يودي بحياة المريض.

- والمحامي قد يهمل في الدفاع عن حقوق موكله، مما يترتب عليه ضياعها.

- والمهندس قد يخطئ في تصميمه للبناء على الوجه الأمثل.

- والصيدلي قد يخطئ في تركيب الدواء مما قد ينجم عنه الاصابات والوفيات.

واعلم بأن المسؤولية التقصيرية تتحقق إذا لم يوجد ثم إتفاق بين العملاء وأصحاب المهن، وأما إذا وجد هناك إتفاق بينهم . فالمسئولية في هذه الحال تكون عقدية . ولتوضيح ما نقول نذكر مثالا واحداً: عملاً على البيان والايضاح.

١ - النظريات العامة للالتزام - محمد وحيد الدين سوار - استاذ في كلية الحقوق بجامعة دمشق - ج ١/١٠٦ - المطبعة الجديدة - دمشق.

مسئولية الطبيب: فللطبيب في اللغة معان: منها: المداواة - يقال: طبَّ فلان فلاناً أى داواه. والطبّ: علاج الجسم والنفس^(١)، وأهم الحالات التى يضمن فيها الطبيب^(٢) ما يكون سببا في إتلافه من أنفـس وأعضاء تكون فيما لو جهل قواعد الطب أو كان غير حاذق، فداوى مريضاً واتلفه بمداواته أو أحدث به عيباً.

- كما تكون فيما لو اعلم قواعد الطب ولكنه قصر في تطبيقه لإنسان - فسرى التلف أو العيب إلى باقى أعضاء الجسم.

كما تكون أيضاً فيما لو علم قواعد التطبيق إلا أنه طبب المريض بلا إذن منه كما لو ختن صغيراً بغير إذن وليه، أو كبيراً قهراً عنه فترتب على ذلك تلف أو عيب. أو كان تطبيقه بإذن من شخص لكن إذن هذا الأخير غير معتبر كما لو كان صادراً من صبي إذن للطبيب في قطع بعض أعضائه. ففي كل الحالات السابقة وما يماثلها يضمن الطبيب للأسباب أنفة الذكر.

وذكر بعض الباحثين^(٣) أن سبب ضمان الطبيب في الحالات السابقة هو التعدى الذى يقاس بفوات الشروط الموضوعه له لمزاولة مهنته وومنها:

١ - أن يكون التدخل الجراحى للطبيب بإذن المريض أو وليه.

٢ - أن يوافق تدخله بالطريق المعتاد بين الأطباء والمألوف في عملهم.

٣ - موافقة عمله لرسوم مهنة الطب وأصولها الفنية.

إلا أنه يتجاوز عن الخروج اليسير الذى لا يرقى إلى مرتبة الإهمال أو التعدى. أما الخروج الفاحش على أصول المهنة ورسومها فيعد من التعدى الموجب للضمان كما فى الأمثلة السابقة.

١ - لسان العرب - لابن منظور - ج١/٥٥٣ - مادة - طب - دار صادر بيروت.

والمصباح المنير - لآحمد بن محمد بن على المقرئ الفيومى - ص/٧٧٠ المطبعة الاميرية - بالقاهرة.

٢ - جواهر الاكليل شرح مختصر خليل - للعلامة الشيخ صالح عبد السميع، ج٢/٢٩٦ مطبعة عيسى البابى الحلبي بمصر.

- الدكتور محمد احمد سراج في كتابه "ضمان العدوان" ص/٥٧١ مطبعة دار الثقافة - بالقاهرة.

٣. الالتزامات النظرية العامة - د/ عبد السلام ذهني بك ص/٧٤٢ ف- ٨٠٤ شركة مساهمة مصرية - بالقاهرة.

وفي مجمع الضمانات^(١) سنل شمس الأئمة "الطواني" عن قصة صبية سقطت من السطح، فانتفخ رأسها، فقال كثير من الجراحين إن شققتم رأسها تموت. وقال واحد منهم إن لم تشقوه اليوم تموت، وأنا أشقه وأبرئها، فشقه تم ماتت بعد يوم أو يومين هل يضمن؟ فتأمل ملياً ثم قال لا يضمن - إن كان قد شق بإذن وكان الشق معتاداً ولم يكن فاحشاً خارج الرسم.

وهذا يدل على أن التزام الطبيب بالشفاء لا يغير من طبيعة التزامه.

ثانياً: حوادث العمل^(٢) وإصاباته:

وليست حوادث العمل بأقل من حوادث النقل وبخاصة بعد تقدم المخترعات الجديدة الميكانيكية وشيوع الصناعات الكبرى. وهى أبلغ الحوادث أثراً فى تطور المسؤولية التقصيرية. وقبل صدور قانون العمل المصرى الصادر عام ١٩٤٦م، كان القضاء المصرى لا يجعل صاحب العمل مسؤولاً قَبْل العامل عن حوادث العمل. إلا إذا أثبت العامل خطأ فى جانب صاحب العمل. ولكن قد أصبحت حوادث العمل الآن - خاضعة لحكم قانون التأمينات الاجتماعية الذى صدر فى مصر عام ١٩٥٩م - وهو يقيم مسؤولية رب العمل على أساس مسؤولية (تحميل التبعة) ولذلك: فإن العامل يستحق التعويض دون حاجة إلى إثبات خطأ رب العمل. ويقدر مبلغ التعويض بصورة جزافية عن كل إصابة من إصابات العمل وكل ذلك خاضع لرأى القاضى الذى ينظر الموضوع وتقديره حسب ملابسات القضية المعروضة عليه.

ثالثاً : حوادث النقل^(٣)

من صور الخطأ التقصيرى الكثيرة الوقوع فى الحياة اليومية - الحوادث الناشئة عن وسائل النقل - كالسيارات والقطارات . وأكثر حوادث النقل ناتج عن مخالفة قواعد المرور - كعدم الإضاءة ليلاً،

١ - مجمع الضمانات - لابي محمد بن غانم بن محمد البغدادي - ص/٤٨ المطبعة الخيرية.

* غانم البغدادي: هو غانم بن محمد البغدادي، الحنفى (غياث الدين - أبو محمد) عالم مشارك فى بعض العلوم - توفى ١٠٣٠هـ - ١٦٢١م . ومن تصانيفه : ترجيح البيانات ، ومجمع الضمانات . وأنظر : معجم المؤلفين ج٨/٢٧ .

٢ - النظريات العامة للالتزام - للأستاذ محمد وحيد الدين سوار - ج١/١٠٦ المطبعة الجديدة - دمشق. والوسيط - للسنيهورى - ج١/٨١٩ دار النشر للجامعات المصرية.

٣ - الوسيط - للسنيهورى ج ١/٨١٢ دار النشر للجامعات المصرية.

- النظريات العامة للالتزام - محمد وحيد الدين سوار ج ١/١١٢ ، المطبعة الجديدة - دمشق.

- النظريات العامة للالتزام - د/احمد حشمت أبو ستيت - ج ٢/٤١٤ دار الفكر العربي.

والزيادة في السرعة، عما هو مقرر لكل طريق من الطرق وعدم مراعاة الأولوية عند تقاطع الطرق ومحاولة قائدى السيارات ان يسبق كل منهم الآخر مهما ترتب على فعله من خسائر ومضار. والنقل قد يكون بأجر أو بغير أجر، وإذا كان النقل بأجر فالمسئولية في هذه الحال تكون مسئولية عقدية ولا فرق في ذلك بين نقل الأشخاص أو الأشياء.

أما إذا كان النقل بدون أجر، فالمسئولية في هذه الحال مسئولية تقصيرية وهذا ما يسمى في عرف القانون "مسئولية الناقل بالمجان"، وصورته تكون فيما لو اصطحب شخص صديقاً له في سيارته للقيام بنزهة، فإذا أصيب الصديق بحادث من جراء ركوب السيارة - فهل يكون صاحب السيارة مسئولاً؟ الرأى الراجح: فقهاً وقضاءً - ان الناقل بالمجان مسئول، ومسئوليته هى مسئولية تقصيرية - لإنتفاء أى رابطة تعاقدية بينه وبين الراكب المصاب.

المطلب الثاني

الضرر (وهو الركن الثاني) من المسؤولية التقصيرية

الفرع الأول

تعريف الضرر

الضرر في اللغة : يطلق ويراد به ما هو ضد النفع.^(١)

وقد ذكر علماء اللغة للفظ الضرر عدة معان: سبق تناولها عند الكلام عن الفعل الضار.

أما الضرر في اصطلاح الفقهاء: فيطلق على عدة معان: منها: الإلتلاف: والاستهلاك والإفساد، كما يطلق على الأفعال الموجبة للضمان، والواقع أن هذه المعاني غير مقصودة لذات التعريف، بل هي وصف للأفعال الموجبة للضمان.^(٢)

وقد عرّف العلامة ابن حجر الهيثمي^(٣) الضرر:

بأنه إلحاق مفسدة بالغير مطلقاً، أو هو كل أذى يلحق بالشخص سواء كان ذلك في ماله أم جسمه أم عرضه، أم عاطفته، فيسبب له خسارة مالية سواء بالنقص أو التلف المادي أو ينقص المنافع أو يساعد على زوال بعض الأوصاف.

-
- ١ - مختار الصحاح - للعلامة محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي ص / ٢٧٩ دار الفكر ولسان العرب - لابن منظور الافريقي (مادة - ضرر) ج ٤/٤٨٢ ، دار صادر - بيروت .
 - ٢ - بدائع الصنائع - للكاساني - ج ٦/٢٨٦ . الضمان في الفقه الاسلامي - للشيخ علي الخفيف ص/٤٦ . مجمع الضمانات - للبغدادى ص/١٥٢ .
 - ٣ - فتح المبين لشرح الاربعين - لابن حجر الهيثمي - ص/٢٣٧ دار إحياء الكتب العربية . المدخل الفقهي العام - للأستاذ مصطفى احمد الزرقاء ج ٢ .

وقد عرّف الأستاذ الشيخ على الخفيف الضرر:

بأنه: : كل أذى يصيب الإنسان فيسبب له خسارة مالية في أمواله سواء أكانت ناتجة عن نقصها، أم عن نقص منافعها أو عن زوال بعض أوصافها ونحو ذلك من كل ما يترتب عليه نقص في قيمتها عما كانت عليه قبل حدوث ذلك الضرر^(١).

وعرّف الدكتور حسن على الزنون الضرر:

بأنه: الأذى الذي يصيب الشخص في نفسه أو ماله أو شرفه أو عواطفه^(٢).

وعرّف الأستاذ الدكتور / أحمد حشمت ابوستيت الضرر:

بأنه ما يصيب الشخص في حق من حقوقه، أو في مصلحة مشروعة له^(٣).

ملاحظات على التعريفات:

وبالتأمل في هذه التعريفات يظهر أنها متقاربة جداً في المعنى حيث تشير جميعها إلى كل انواع الضرر الذي يصيب الانسان سواء كان هذا الضرر واقعا على الشخص في نفسه أو ماله أو شرفه أو عواطفه.

وعلى كل حال فركن الضرر هو قوام المسؤولية المدنية وعمادها، ولا خلاف بين الفقه والقضاء على أنه إذا إنتفى الضرر فقد انتفت المسؤولية قطعاً.

ولا يكفي لتحقيق المسؤولية أن يقع خطأ فقط، بل يجب أن يحدث الخطأ ضرراً كما يقول الأستاذ السنهوري^(٤).

وعلى ذلك فجوهر المسؤولية عموماً هو الضرر؛ وبغيره لا تنجح دعوى المسؤولية تطبيقاً لمبدأ "لا دعوى بغير مصلحة"^(٥) فمثلاً: إذا أخطأ كاتب الرهون في اتخاذ ما يلزم لقيد الرهن، فلا مسؤولية إذا

١ - الضمان في الفقه الاسلامي - للأستاذ على الخفيف ص/٤٦ ، نشر معهد البحوث والدراسات العربية بالقاهرة.

٢ - النظريات العامة للالتزام للدكتور حسن على الزنون ج١/٣٠٥ فقرة ٢٦٢، مطبعة المعارف - بغداد ١٣٦٨هـ - ١٩٤٩م.

٣ - النظريات العامة للالتزامات - للدكتور أحمد حشمت أبى ستيت ج٢/٤٣٥ دار الفكر العربي القاهرة.

٤ - الوسيط في شرح القانون المدنى الجديد - للأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهورى - ج١/٨٥٥ دار النشر للجامعات المصرية - القاهرة.

٥ - النظرية العامة للالتزامات - للدكتور احمد حشمت أبى ستيت ج٢/٤٣٥ دار الفكر العربي.

ظهر أن الرهن لو قيد ما تغيرت النتيجة بسبب استغراق العقار بالرهن السابقة.

ونخلص مما تقدم: أن الضرر هو ما يقصد منه المساس بحقوق أو مصلحة مشروعة لشخص ما،
مساساً يترتب عليه جعل مركزه أسوأ مما كان قبل ذلك.

فالضرر لا يعتد به إلا إذا جعل مركز صاحب الحق أو المصلحة أسوأ مما كان قبل ذلك، وإلا فلا
فائدة في دعوى مسئولية الضرر.

الفرع الثاني

الشروط الواجبة في الضرر القابل للتعويض

لم يتفق علماء القانون الوضعي على موقف موحد من تعداد الشروط الواجب توافرها في الضرر، فمنهم من رأى أنها شرطان فقط.^(١) ومنهم من رأى أنها ثلاثة شروط والصحيح أنها أربعة شروط، بيانها بإيجاز فيما يلي:

الشرط الأول: أن يكون الضرر محققاً.^(٢)

والمقصود بهذا الشرط هو أن الضرر يجب أن يكون ثابتاً على وجه اليقين والتأكيد واقعاً ولو في المستقبل وهذا الأخير يسمى في عرف أهل القانون "بالضرر المستقبل".

ولا يراد بالضرر المحقق الضرر الحال فحسب، بل يقصد به كل ضرر قام سببه وإن تراخت آثاره كلها أو بعضها إلى المستقبل، كالحروق الحادثة من الأشعة والتي تبدو أول الأمر هيئة ثم تتمحض عن ضرر جسيم في المستقبل.

وبناء على هذا: إذا أصيب شخص بضرر حال لم تعرف بعد درجة خطورته فإن القاضي يستطيع أن يقضى بالتعويض عما وقع فعلاً من ضرر ويحفظ للمضرور الحق في الرجوع بتعويض آخر فيما لو ساءت حالته في المستقبل ومثال ذلك: أن يكون المصاب تحت العلاج بحيث لا يعرف ما إذا كان الخطأ سيؤدي إلى الوفاة أو تخلف عاهة.^(٣)

الشرط الثاني: ألا يكون الضرر قد سبق تعويضه:

الأصل أن الغاية من التعويض هو جبر الضرر وليس إنزال العقاب على الفاعل لأن التعويض مقصده رفع الأذى أو التخفيف منه . ولهذا لا يجوز أن يحصل المتضرر على أكثر مما يلزم لجبر الضرر أو على تعويضين عن فعل ضار واحد.

وهذا يعني أن المتضرر لا يجوز له أن يقبض التعويض مرتين، وإنما له الحق في الحصول على

١ - النظريات العامة للالتزامات للدكتور حشمت أبي ستيت ج ٤٣٦/٢ دار الفكر العربي، الوسيط: السنهوري.

٢ - النظريات العامة للالتزامات للدكتور منذر الفضل ج ٢٧٠٩/١ ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان - الاردن.

٣ - النظريات العامة للالتزامات : للدكتور حشمت أبي ستيت ج ٤٣٩/ص ١/ص ٤٣٩ دار الفكر العربي.

التعويض لمرة واحدة عن نفس الضرر إلا إذا اختلف مصدر الضرر.

الشرط الثالث : أن يكون الضرر شخصياً:

فالمراد بهذا الشرط أن يكون الضرر قد أصاب طالب التعويض (المدعى) بصورة شخصية فيكون الأذى قد لحق بجسد المتضرر أو ماله أو الجانب المعنوي منه فيتقدم بدعوى يطلق عليها (الدعوى الشخصية).

ومن المعلوم أن طلب التعويض لا يقبل إلا من المتضرر نفسه، وهذا لا يقتصر على الشخص الطبيعي وإنما قد يلحق الشخص المعنوي فيلحق الأذى في الذمة المالية أو يصيب الجانب المعنوي كالشركات والمنظمات والاتحادات والدولة وغيرها.

الشرط الرابع: ان يصيب الضرر حقاً مكتسباً^(١) او مصلحة مشروعة للمتضرر:

ومن المعلوم أن لكل شخص الحق في السلامة أى سلامة حياته وسلامة جسده، فالتعدى على الحياة ضرر، بل هو أبلغ الضرر وكذلك إتلاف عضو أو إصابة الجسم أو العقل بأذى ضرر، وكذلك الاعتداء على الملك هو إخلال بحق ويعتبر ضرراً.

فمثلاً : إذا أحرق شخص منزلاً لآخر، أو قلع زراعته، أو خرّب أرضه، أو أتلف له مالا كاثاث كان هذا ضرراً مادياً أصاب المضرور في حق ثابت له.

وقد يكون الضرر إخلالاً لا بحق للمضرور ولكن بمجرد مصلحة مالية له، مثل ذلك أن يصاب عامل فيستحق معاشاً عند رب العمل، فيكون المسئول عن إصابة العامل قد أصاب رب العمل في مصلحة مالية له، والإخلال بالمصلحة المالية على هذا النحو يعد ضرراً.

ويراعى أن المصلحة التي يعد الإخلال بها ضرراً هي المصلحة المشروعة - اما المصلحة غير المشروعة فلا يعتد بها، ولا يعتبر الإخلال بها ضرراً يستوجب التعويض.

مثلاً: فالخليفة لا يجوز أن تطالب بتعويض عن ضرر أصابها بفقد خليلها، لأن العلاقة فيما بينهما كانت غير مشروعة.

١ - النظريات العامة للالتزامات - للدكتور / منذر الفضل ج١/ ٣٨٩، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع.
النظرية العامة للالتزامات - للدكتور احمد حشمت أبي ستيت ج١/ ٤٣٩ دار الفكر العربي.
الوسيط - للسنبورى - ج١/ ٨٥٦ دار النشر للجامعات المصرية - القاهرة.

المطلب الثالث

علاقة السببية بين الضرر والخطأ

وهو الركن الثالث من المسؤولية التقصيرية وفيه فرعان:

الفرع الأول

تحقق السببية بين الخطأ والضرر^(١)

لقيام المسؤولية التقصيرية يلزم توافر علاقة السببية بين الضرر والخطأ بمعنى أن يكون الخطأ هو السبب في حصول الضرر الحاصل للمتضرر فيكون الضرر في هذه الحال نتيجة طبيعية للخطأ. وبعبارة أخرى لا بد من تحقق علاقة مباشرة بين الخطأ الذي ارتكبه المسئول، والضرر الذي أصاب المضرور.

والسببية هي الركن الثالث من أركان المسؤولية كما تقدم، وهي ركن مستقل عن ركن الخطأ. إذ لا يتصور أن يسأل شخص عن ضرر لم يكن نتيجة مباشرة لخطئه، وهذا هو المقصود بالسببية. ويسمى بعض الشراح وبعض الباحثين هذا الركن : برابطة السببية^(٢) أو السببية المباشرة. ومع هذا فإن تقدير قيام علاقة السببية من عدمه من أدق المسائل التي تثيرها المسؤولية المدنية. ومرجع هذه الدقة هو تعدد الأسباب حيث يندر أن يكون للضرر سبب واحد بل قد تساهم في ذلك عدة أسباب من بينها خطأ المدعى عليه وكذلك الظروف والأحوال وتداخلها بحيث لو تخلف أحد هذه الظروف أو انعدم حال من هذه الأحوال لما وقع الفعل الضار الذي نجم عن اجتماعها كلها في وقت واحد.^(٣) ففي بعض الأحيان يكون خطأ المضرور هو السبب الوحيد في تحقق الضرر، فإذا كان ذلك فلا تكون هناك أدنى مسؤولية على المدعى عليه.

١ - الوسيط: للسنهوري - ج١/٨٧٢ .

النظرية العامة للالتزامات - للدكتور منذر الفضل ، ج ١/٤٤٩ .

النظرية العامة للالتزامات - د/ احمد حشمت أبو ستيت، ص ٤٤٣ .

٢ - نظرية العامة للالتزامات - د/ منذر الفضل ج١/٤٤٩ ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان - الأردن.

٣ - النظريات العامة للالتزامات - د/ احمد حشمت أبو ستيت ٤٤٣ نشر دار الفكر العربي - بيروت.

وإذا كانت السببية مستقلة عن الخطأ، إلا أن هذا الاستقلال لا يظهر إلا عندما يكون الخطأ واجب الإثبات، ذلك أن المضرور، عندما يكلف بإثبات الخطأ يلجأ في العادة إلى إثبات خطأ يكون هو نفسه السبب في إحداث الضرر.

ومن ثم فإن إثبات الخطأ يكون في الغالب إثباتاً لعلاقة السببية. فتفسير السببية وراء الخطأ ولا يتبين في وضوح أنها ركن مستقل وإنما يتضح استقلالها في الأحوال التي تقوم فيها المسؤولية على خطأ مفترض - مثل : - مسؤولية الحارس عن الحيوان ففي هذه الحالة الخطأ مفترض ولا يكلف المضرور بإثبات الخطأ.

لذلك ان عبء الإثبات^(١) في الرابطة السببية على المدعى، كما أن عبء إثبات الخطأ التقصيري على المدعى عليه.

وإثبات المدعى لدعواه بحصول الضرر يحصل بجميع طرق الإثبات الممكنة^(٢).

ويوضح ما تقدم :

ما نصت عليه المادة : ١٦٥ في القانون المدني المصري - من أنه: "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ من سبب أجنبي لا يد له فيه، كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك".

وما نص عليه في المادة : ٢١٥ من القانون المذكور من:

أنه "إذا استحال على المدين (المدعى عليه) أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه".

ففي هذين النصين وضع القانون عبء الإثبات من الناحية العملية المحضة على عاتق المدين (المدعى عليه) لا على عاتق الدائن (المدعى).

١ - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - للدكتور - عبد الرزاق السنهوري - ج١/٩٤٠ .

٢ - وسائل الإثبات - في الضرر والسببية هي: المعاينة المادية أو بشهادة طبيه او بتقدير الخبراء. وفي الخطأ: شهادة من عاينوا الحادث، وبالتحقيق الجنائي وبالقرائن القضائية والقانونية. - الوسيط - ج٢/٩٤٤ .

الفرع الثاني

الحالات التي تنعدم فيها رابطة السببية^(١)

ومما سبق تبين أن الخطأ يجب أن يكون هو السبب في الضرر، فإذا رجع الضرر إلى سبب أجنبي انعدمت السببية، وأجدني في هذا المقام مضطراً لبيان الحالات التي يصدق عليها أنها سبب أجنبي وذلك عملاً على البيان والايضاح حيث يقرر أهل القانون أن ما يصدق عليه أنه سبب أجنبي لا يخرج عن ثلاثة أمور هي:

١ - القوة القاهرة او الحادث الفجائي.

٢ - خطأ المضرور.

٣ - خطأ الغير.

والتفصيل في ذلك على الوجه الآتي:

أولاً : القوة القاهرة او الحادث الفجائي:

هذا التعبير استعمله شائع عند رجال القانون، اما الفقهاء المسلمون فيعبرون عنه بالآفة السماوية ويقصدون منه النازلة او الأمر غير المتوقع حصوله كالأمطار الغزيرة، والحريق والصاعقة والزلازل وغيرها.

ويرى بعض القانونيين (ان القوة القاهرة والحادث الفجائي) شيئان مختلفان لكنهم لا يتفقون على فيصل التفرقة فيما بينهما. فمنهم من يقول إن القوة القاهرة هي الحادث الذي يستحيل دفعه.

اما الحادث الفجائي : فهو الحادث الذي لا يمكن توقعه.

وفي رأيي المتواضع - والله اعلم - أنه لا فرق بين كلمتي القوة القاهرة والحادث الفجائي، لأن كلا منهما مستحيل الدفع فضلاً عن أنه غير ممكن التوقع وما ذهب إليه الفقهاء المسلمون من تسمية هذه

١ - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - للدكتور / السنهوري ج١/ ٨٧٥ دار النشر للجامعات المصرية - القاهرة.

الأمور بالآفة السماوية أولى بالرجحان لوضوحه.

أمثلة للقوة القاهرة: فالحرب على سبيل المثال قد تكون قوة القاهرة بما يترتب عنها من أحداث مادية ومن ازِمات اقتصادية، وقد تكون في نفس الوقت غير متوقعة والذي يستحيل توقعه ودفعه ليس هو الحرب ذاتها، بل ما خلفته من أحداث واضطرابات.

فإذا هاجم العدو بلداً، ودخلها فاتحاً، وطرد منها سكانها، كان هذا الحادث قوة القاهرة تعفى المستأجر من التزاماته المترتبة على عقد الإيجار، والوديع من التزامه بالمحافظة على الوديعة، والمقاول من التزامات المقاولة لاستحالة كل من التوقع والدفع.

أما إذا كانت الظروف التي تحيط بالمدين تمكنه من اتخاذ احتياطات معقولة ولكنه أهمل في إتخاذها، فإن هذا الإهمال يمثل خطأً من جانبه ومن ثم تتحقق مسؤوليته إذا ما تحقق أدنى ضرر.

وكذلك : وقوع زلزال أو حريق أو غرق أو هبوب عاصفة أو حدوث مرض طارئ كل هذا يعد آفة سماوية.

وأثر القوة القاهرة في المسؤولية التقصيرية كآثرها في المسؤولية العقدية من حيث الإعفاء من المسؤولية. حيث لا توجد علاقة السببية بين المدعى عليه (الفاعل) والضرر.

ولكن إذا ساهمت القوة القاهرة مع خطأ المدعى عليه؛ كما إذا قام مقاول ببناء لم يراع فيه الأصول الفنية اللازمة، وحدثت أمطار غزيرة ترتب عليها تدهم جانب من البناء مع عدم تدهم الأبنية العادية المجاورة كان مقاول البناء في هذه الحال مسئولاً عن تدهم البناء ففي هذا المثال تحققت مسؤولية المدعى عليه عن الضرر رغم حصوله بفعل القوة القاهرة.

ثانياً : خطأ المضرور (فعل المصاب)

اشرت فيما تقدم أن فعل المصاب قد يكون هو السبب الوحيد في حصول الضرر له، ولذلك تنتفى مسؤوليته في مثل هذه الأحوال فمثلاً : لو قام شخص بالتسلق على سور حديقة الحيوانات والتقرب من حيوان مفترس أصابه بضرر لا مسؤولية على مالك الحيوان، لأن المصاب سعى على قدميه إلى الحادث.

وكذلك المريض الذي تعمد إصابة جسده أو أهمل ارشادات الطبيب يعتبر في هذه الحال مرتكباً

لخطأ جسيم يتحمل هو وحده الضرر الناتج عن ذلك، ومن باب أولى فإنه لا مسئولية على الطبيب - الذى لم يثبت حصول خطأ منه بأن كان فشل العلاج وتردى حالة المريض إلى الأسوأ راجعاً إلى خطأ المريض وحده.

وكذلك الحال إذا قام صغير مميز أو غير مميز أو أى شخص آخر بتحريك قنينة المياه الغازية فادى إلى انفجارها وإصابته بضرر حيث لا يمكن القول في مثل هذا أن هناك خطأ من قبل الشركة المنتجة لأن العبث قام به المتضرر نفسه ومن ثم يكون متحملاً لتبعته.

ثالثاً : خطأ الغير:

قد يكون خطأ الغير هو السبب الوحيد في حصول الضرر، فتنتفى المسئولية عن المدعى عليه، والمراد بالغير " هنا هو كل شخص غير المتضرر نفسه وغير حارس الشئ سواء الحيوان او البناء. وليس من الضروري أن يكون الغير معروفاً إذ قد يكون مجهولاً ويبقى مع ذلك خطأ الغير الذى إذا ثبت تنتفى المسئولية لإنقطاع رابطة السببية . ويشترط أن يكون فعل الغير خطأ، ويقاس الخطأ بمعياره المعروف، وهو الانحراف عن السلوك المألوف للرجل المعتاد، ولا بد ايضاً أن يكون خطأ الغير له شأن في إحداث الضرر وإلا لم تقبل دعوى تعويض الضرر.

أما إذا تحقق الضرر نتيجة لخطأ كل من المدعى عليه والغير والمضرور، ففي هذه الحالة يتحمل المضرور نسبة الخطأ الذى ثبت في جانبه فليس له الحق في تعويض ثلث الضرر الحاصل حيث كان سببا له، ويرجع المضرور بالثلثين الباقيين من التعويض على كل من المدعى عليه والغير فيتحمل كل منهما ثلثاً.

خلاصة عامة:

ومن هذا الذى تقدم يتبين بجلاء أنه لا يكفى أن يكون هناك خطأ وضرر فقط، بل يجب مع هذا أن يكون الخطأ هو السبب في الضرر بأن تكون هناك علاقة سببية بين كل الخطأ والضرر.

لأنه قد يكون هناك خطأ من المدعى عليه، كما يكون هناك ضرر أصاب المضرور (المدعى) دون أن يكون ذلك الخطأ هو السبب في هذا الضرر.

وأسوق مثالا توضيحيا لهذا بالإضافة إلى ما تقدم من أمثلة:

فقد يقود (المدعى عليه) المركبة التى ينقل فيها بضائع (المدعى) المضرور بسرعة أكبر مما يجب، ولكن البضائع المحمولة كانت من النوع القابل للكسر غير أن صاحب البضائع لم يوضح لقائد المركبة قابلية الأشياء المحملة للكسر حتى يراعى السائق السير بالسرعة المعتدلة.

فاذا انكسرت البضائع المحملة فيكون الضرر الذى أصاب المدعى في هذه الحالة غير ناشئ من خطأ المدعى عليه وهو قائد السيارة، بل من المدعى نفسه.

فلا يتخلص (المدعى عليه) من المسؤولية إلا إذا أثبت أن صاحب البضاعة (المدعى) قد أهمل فلم يصف البضاعة بحيث يأمن عليها من الكسر لو كانت السرعة معتادة.

الفصل الثالث

أنواع الضرر في المسؤولية التقصيرية وطرق التعويض عنه.

وفيه مبحثان :-

المبحث الأول : أنواع الضرر في المسؤولية التقصيرية.

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول : الضرر الجسدي.

المطلب الثاني: الضرر المالي.

المطلب الثالث : الضرر التعسفي.

المبحث الثاني : طرق التعويض عن الضرر والعوامل المؤثرة فيه،

وأثر إنتفاء المسؤولية.

المبحث الأول

أنواع الضرر في المسؤولية التقصيرية

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول:

الضرر الجسدي وفيه فرعان

الفرع الأول: الضرر الجسدي المميت.

الفرع الثاني: الضرر الجسدي غير المميت

والكلام عن هذين النوعين يأتي على النحو التالي:

الفرع الأول

الضرر الجسدي المميت

حياة الانسان هي مصدر قوته في نشاطه المالى وغير المالى، وفقدان هذا الحق يعتبر شر المصائب. ولذلك فإن الإصابة الجسدية المميتة تعتبر ضرراً يصيب الانسان في حياته ومثل ذلك يسمى في الفقه الاسلامي بازهاق روح، ولا شك أن هذا الضرر الجسدي كان محرماً في جميع الشرائع السماوية السابقة على الإسلام، لأن نفس الانسان من خلق الله سبحانه وتعالى، ومن ثم كان الاعتداء عليها عدواناً على حقوق الله عز وجل.^(١)

ومن الاضرار الجسدية المميتة الاعتداء على الجنين قبل ولادته مما ينهى حياته قبل كماله وإنفصاله حياً من بطن أمه، ومن ذلك أيضاً الأخطأ الطبية الواقع عن الاطباء من خلال ممارستهم المهنة الطبّ دون إكتساب المهارات اللازمة لمهنتهم.

١ - النظريات العامة للالتزامات - د/ منذر الفضل ج ١/ ٤٠٣ . مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان - الاردن.

والقتل (ازهاق روح) تجرى فيه الأحكام الخمسة، المعنى أنه قد يكون واجباً: كقتل المرتد إذا لم يتب بعد الإستتابة، والزانى المحصن بعد ثبوت الزنا عليه شرعاً. وقد يكون مكروهاً: كقتل الغازى قريبه الكافر إذا لم يسمعه يسب الله تعالى او رسوله، وقد يكون مندوباً: كقتل الغازى قريبه الكافر إذا سمعه يسب الله ورسوله، وقد يكون مباحاً: كقتل الامام الأسير فإنه مخير فيه، وقد يكون حراماً: إذا كان القتل لنفس معصومة.^(١)

والذى نحن بصددده وما يتصل به موضوع بحثنا هو النوع الخامس وهو القتل المحرم فهو في الحقيقة فعل ضار، فإذا أحدث شخص فعلاً أدى إلى إزهاق روح معصومة، فإنه هو وحده المسئول عن هذا الفعل. وقتل النفس التى حرّم الله قتلها من أكبر الكبائر بعد الكفر بالله، لأنه إعتداء على صنع الله واعتداء على الجماعة والمجتمع.

فقد قال الله عز وجل : ﴿ ولا تقتلوا النفس التى حرم الله إلا بالحق ومن قُتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً فلا يسرف فى القتل إنه كان منصوراً ﴾.^(٢)

وقال عز من قائل: ﴿ ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها وغضب الله عليه ولعنه وأعد له عذاباً عظيماً ﴾.^(٣)

وفى الحديث الشريف، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «إجتنبوا السبع الموبقات، قيل: وما هن يا رسول الله؟ قال: الشرك بالله، والسحر، وقتل النفس التى حرّم الله إلا بالحق، وأكل الربا، وأكل مال اليتيم، والتولى يوم الزحف وقذف المحصنات المؤمنات الغافلات».^(٤)

وكذلك الحال بالنسبة للقوانين الوضعية - ففيها بيان للعقوبات اللازمة لمن ارتكب جريمة القتل وعلى سبيل المثال لا الحصر:

-
- ١ - مغنى المحتاج - للشيخ محمد الشريبنى الخطيب - ج ٢/٤، المكتبة الإسلامية لصاحبها ونهاية المحتاج - لشمس الدين الرملى الشهير بالشافعى الصغير - المتوفى ١٠٠٤هـ ج ٢٢٣/٧ - المكتبة الإسلامية لصاحبها الحاج رياض الشيخ.
 - ٢ - سورة الاسراء الآية : ٣٣ .
 - ٣ - سورة النساء : الآية: ٩٢ .
 - ٤ - صحيح البخارى ج ٨ / ٣٣ ، باب رمى المحصنات - دار الفكر - بيروت - و صحيح مسلم بشرح النورى - ج ٨٣/٢ - إدارة القرآن للطباعة والنشر والتوزيع - كراتشى ، باكستان طبعة ١٤٠٨هـ - ١٩٨٧م.

فقد جاء في قانون العقوبات العراقي^(١) - المادة ١٤، بأنه: يعاقب مرتكب القتل قصداً بالاعدام في الأحوال الآتية:

أولاً : إذا حصل القتل باستعمال السم.

ثانياً: إذا كانت فظاعة ظروف القتل أو وحشية ارتكابه تدل على قسوة في اخلاق الجاني او عدم مبالاة بحياة الأفراد مما يجعل وجوده خطراً على المجتمع.

١ - قانون العقوبات البغدادي - ص / ١٢٩ - كامل السامرائي - مدير المكتب الفني (بمحكمة تمييز العراق) منشورات مكتبة المثني - بغداد.

الفرع الثاني

الضرر الجسدي غير المميت

وهذا النوع من الضرر الجسدي يراد به "الضرر أو الأذى الذي يصيب جسم الإنسان ولا يصيب الروح"^(١) أى بأن يصيب فقط بعض وظائف البدن كالأذى الواقع على العين أو اليد أو الأصبع أو الساق أو الجلد بفعل الضرب أو الجرح أو العمل الطبي الخاطئ أو ما تسببه حوادث السيارات.

ويعبر فقهاء الشريعة عن الضرر الجسدي غير المميت، بالجناية على ما دون النفس^(٢). فيدخل في هذا النوع: الضرب والجرح والدفع والجذب والعصر والضغط على الجسم ونتف الشعر من أماكن تواجد جسم الإنسان.

ويعبر قانون العقوبات المصري عن نفس المعنى بالجرح والضرب فقط. وهو تعبير ناقص من حيث إنه لا يتسع لغير الجرح والضرب من أنواع الأذى. ولكن محكمة النقض حكمت بأن عبارة الضرب والجرح تشمل كل فعل يقع على الجسم ويكون له تأثير ظاهري أو باطني.

وقد لا ينشأ هذا الضرر الجسدي غير المميت عن الضرب أو الجرح أو الكسور وإنما لمجرد الإضرار بالصحة بسبب استنشاق الهواء الملوث الذي يسببه الغير.

فمثلاً : قيام صاحب معمل مجاور لبيت المتضرر باستعمال إطارات السيارات كمادة مولدة للطاقة الحرارية للمعمل المذكور مما يترتب اشعالها ادخنة كثيرة وغباراً أسود وهواءاً ملوثاً تؤدي في النهاية بالاضرار بصحة ساكن البيت المجاور.

والحقيقة أن الضرر الجسدي غير المميت قد يؤثر على الكسب المالى للمتضرر فيعدمه أو ينقصه وبخاصة إذا كان المتضرر صاحب مهنة حرة، أو موظفاً، ويسمى هذا النوع من الضرر عند بعض شراح القانون بالضرر الواقع على مبدأ التكامل الجسدي أو الحق في السلامة الجسمية.

١ - النظريات العامة للالتزامات د/منذر الفضل ج ١ / ٤٠٥ نشر: مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان - الأردن.

٢ - التشريع الجنائي الإسلامى - للأستاذ / عبد القادر عوده - ج ٢ / ٢٠٤، نشر دار الكاتب العربي - بيروت.

ويضاف إلى ما تقدم أن الضرر الجسدى غير المميت ليس بالضرورة أن يقع على الجسم الطبيعى والأعضاء البشرية المتكاملة وإنما قد يقع هذا الضرر على الأعضاء الصناعية للإنسان حتى إنه إذا وقع الضرر عليها استحق المتضرر التعويض حسب مدى الضرر وجسامة الاعتداء.

ومن الأضرار الجسديه غير المميتة الإصابات بالأمراض السارية كأمراض السل (الدرن الرئوى) أو ما يسمى بفروس الكبد الوبائى الحاصل نتيجة الأخطاء الطبية أثناء نقل الدم وجراحات الأسنان. ولذلك يستحق المتضرر في مثل هذه الحالات التعويض إذا توافرت أركان المسؤولية التقصيرية على ما أوضحته سابقاً.

أما بالنسبة للقوانين الوضعية فهم يرتبون عقاباً مقدراً لمن ارتكب الضرر الجسدى غير المميت. يرشد إلى ذلك:

ما جاء في قانون العقوبات العراقى^(١) من أن من ارتكب الضرر الجسدى غير المميت من جرح أو ضرب لغيره عمداً أو اعطاه مواد ضارة بقصد إيذائه أو ارتكب فعلاً مخالفاً للقانون فترتب على فعله هذا:

أ - قطع يده أو قدمه أو فقد منفعة احدهما.

ب - أو كف بصر إحدى عينيه أو طرش لأحدى اذنيه.

ج - أو قطع لعضو التناسل فيه.

د - أو جنون دائم أو عاهة مستديم في عقله.

هـ - أو تشويه فظيع دائم في وجهه.

و - أو خطر لحق بحياته.

فإن مرتكب الضرر في مثل هذه الحالات يعاقب بالاشغال أو الحبس مدّة لا تزيد عن سبع سنين.

١ - قانون العقوبات البغدادي - كامل السامرائي ص / ١٣٣ منشورات مكتبة المتبنى.

المطلب الثاني

الضرر المالي

وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول

فكرة الضرر المالي (المادى) في الفقه الاسلامى

من الحقائق التى لا يشك فيها أحد: أن المال ضرورة من ضروريات الحياة التى لا غنى للإنسان عنها في قوته ولباسه ومسكنه وسائر التزاماته.

وقد ورد ذكر المال في القرآن الكريم في مواطن كثيرة، ومن ذلك أنه مع البنين زينة الحياة كما أخبر المولى عز وجل في قوله سبحانه ﴿ المال والبنون زينة الحياة الدنيا ﴾^(١)

والشارع الحكيم لم يحدد للمال معنى خاصا، كما حددت معانى غيره من المصطلحات - كالصلاة والزكاة والحج.

ولذا فإنى حينما أتكلم عن فكرة الضرر المالى أجد أنه من المناسب تحديد المعنى المراد من المال في اللغة وفي اصطلاح فقهاء الشريعة فأقول وبالله التوفيق.

المال في اللغة : معروف وهو ما ملكته من جميع الأشياء^(٢) وقيل: المال في الأصل ما يملك من الذهب والفضة ثم أطلق على كل ما يقتنى ويملك من الأعيان، وأكثر ما يطلق المال عند العرب على الإبل لأنها كانت أكثر أموالهم.

اما المال في اصطلاح الفقهاء:

فقد عرفه ابن عابدين من الحنفية ، بقوله: المال "ما يميل إليه طبع الإنسان ويمكن إدخاره لوقت

١ - سورة الكهف الآية / ٤٦ .

٢ - لسان العرب - لابن منظور الأفرقي - ج ٦٣٦/١١ دار صادر - بيروت والمصباح المنير - ل احمد بن على المقرئ الفيومى - ج ٨٠٦/٢ المطبعة الاميرية بالقاهرة.

الحاجة^(١) ولكن هذا التعريف منتقد لأنه ناقص غير شامل لأنواع المال وذلك من وجوه:

الوجه الأول : أن الخضروات والفواكه تعتبر مالا، وإن لم تدخر لتسرع الفساد إليها.

الوجه الثاني : أن الأدوية المرة تنفر منها الطبائع البشرية، رغم أنها مال في الحقيقة لأنها تشتري بمال وتباع بمال أيضا .

الوجه الثالث : أن المباحات الطبيعية قبل إحرازها تعد أموالاً - كالصيود، ووحوش الغابات، والأشجار ذات القيم العالية الموجودة في الغابات.

وجاء تعريف المال في البحر الرائق (شرح كنز الدقائق) بأنه "إسم لغير الآدمي خلق لصالح الآدمي وأمكن إحرازه والتصرف فيه على وجه الاختيار".^(٢)

وعرف المالكية المال بأنه : "ما يقع عليه الملك، ويستبد به المالك عن غيره، إذا أخذه من وجهه"^(٣) شرح التعريف : قولهم: "يستبد به" أى يختص به. وقولهم "إذا أخذه من وجهه" أى من طريق حلال. ويستوى في ذلك الطعام، والشراب واللباس.

وعرف الشافعية المال بأنه: "ما ينتفع به"

قال الشافعي رحمه تعالى: لا يقع اسم مال إلا على ماله قيمة يباع بها، وتلزم متلفه، وإن قلت، وما لا يطرحه الناس غالباً ، مثل الفلس وما أشبه ذلك.^(٤)

١ - رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار - للعلامة الفقيه الشيخ محمد أمين الشهير - بابن عابدين ج٣/٤ - المكتبة المجادية - الكويت - باكستان.

٢ - البحر الرائق شرح كنز الدقائق - للعلامة زين الدين الشهير بابن نجيم الحنفى ج٥/٢٥٧ - المكتبة المجادية - الكويت.
٣ - الموفقات في اصول الشريعة - لأبى اسحاق الشاطبي - المتوفى ٧٩٠هـ ج ١٧/٢ - دار المعرفة للطباعة والنشر - بيروت - لبنان.

* الشاطبي: هو إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي - الغرناطي، المالكي: الشهير بالشاطبي (أبو إسحاق) محدث فقيه، اصولي، مفسر، مات في شعبان ٧٩٠هـ. ومن مؤلفاته: الموافقات في أصول الأحكام، الاعتصام وغيرها. معجم المؤلفين: ١١٨/١ .

٤ - الاشباه والنظائر - في قواعد وفروع فقه الشافعية - للإمام جلال الدين عبد الرحمن السيوطي - المتوفى ٩١١هـ ص/٢٤٧ نشر دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان.

* الإمام السيوطي: هو عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد بن عثمان الخضري - الطولوني، الشافعي (جلال الدين، أبو الفضل) عالم مشارك في انواع من العلوم ولد رجب ٨٤٩هـ ونشأ بالقاهرة يتيماً، وقرأ على جماعة من العلماء وتوفي في ١٩ جمادى الأولى ٩١١هـ ومن مؤلفاته: الدر المنثور في التفسير المأثور، الجامع الصغير في الحديث وغيرها - أنظر - معجم المؤلفين ج ١٢٨/٥ .

وعرف الحنابلة: المال بأنه: "ما فيه منفعة مباحة، لغير حاجة أو ضرورة"^(١)

فيخرج عنه هذا التعريف:

- ما لا نفع فيه أصلاً - كالحشرات.
- وما فيه منفعة محرمة - كالخمر.
- وما فيه منفعة مباحة للحاجة - كالكلب.
- وما فيه منفعة مباحة للضرورة، كالميتة في حال المخصصة.

ملاحظات على التعريفات وبيان الرأي الراجح:

بالتأمل في كل من تعريف الحنفية والحنابلة يلاحظ أنه لا يشمل المنافع مع أن بعض الحنابلة يعدونها مالا.

أما تعريف المالكية والشافعية فإنه يشمل الأعيان والمنافع على ما رأيت.

ويمكن أن يقال في تعريف المال بأنه:

"ما كان له قيمة شرعاً، وجاز الانتفاع به في حال الاختيار" فلفظ شرعاً: فيخرج به الأشياء التي أهدر الشارع ما ليتها، وإن كان لها قيمة عند البعض - كالخمر بالنسبة للمسلم.

وأما شطر الثاني: جاز الانتفاع به في حال الاختيار: يخرج ما حرمه الشارع حال السعة والاختيار مثل لحم الميتة والطعام المسموم، وما أباحه عند الاضطرار كإزالة الغصة بالخمر عند عدم وجود غيره.

وفي نظري المتواضع أرى أن تعريف المالكية والشافعية هو أقرب للصواب لشموليته كل أنواع المال والله اعلم بالصواب.

١ - كشف القناع عن متن الاقتناع - للشيخ منصور البهوتي - ج ٢/١٥٢ مكتبة النصر الحديثة الرياض.

* البهوتي: هو: منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن البهوتي، الحنبلي، فقيه، ولد سنة ١٠٠٠هـ، وتوفي ١٠٥١هـ بمصر، ومن مصنفاته: الروض المربع في شرح زاد المستقنع في اختصار المقنع لابن قدامة، كشف القناع عن الاقتناع وغيرها. أنظر: معجم المؤلفين: ٢٢/١٣ .

فكرة الضرر المالي (المادى) في الفقه الاسلامى:

من أبرز صور العمل غير المشروع الواقع على المال:

- الاتلاف .

- والغصب.

وأحاول في هذا الفرع الكلام عن هذين النوعين بشئ من التفصيل فأقول وبالله التوفيق وفيه العون والسداد:

الصورة الأولى: الإتلاف.

والإتلاف : مشتق من كلمة تلف التى هى: الهلاك والعطب في كل شئ^(١)، يقال: تلف الشئ تلفاً أي هلك فهو تالف. فالإتلاف هو إحداث التلف ولا يخرج إستعمال الفقهاء للتلف عن معناه اللغوى.

والتلف اعم من الإتلاف وذلك لأن التلف:

تارة يكون نتيجة لفعل الغير، وتارة أخرى يحدث نتيجة لأفه سماوية لا يد للغير فيها. وبالتالي فإن التلف لا يوصف بحل أو حرمة.

اما الإتلاف: فحكمه حرام إذا كان غير مأذون فيه شرعاً، وقد يكون الاتلاف واجباً إذا كان مأموراً به من الشارع.

ومن ذلك: إتلاف مال الغير عن طريق أكله دون إذن منه في حالة المخصصة، فإن إتلافه على هذا الوجه مرخص به من الشارع إلا أنه يلزم متلفه الضمان. كما هو نص القاعدة الفقهية القائلة بأن: "الاضطرار لا يبطل حق الغير"^(٢).

ومن ذلك أيضاً : إتلاف بناء أهل الحرب وشجرهم لإضعافهم في القتال والظفر بهم، والأصل في ذلك قوله تعالى : ﴿ ما قطعتم من لينة أو تركتموها قائمة على أصولها فبإذن الله وليخزي

١ - لسان العرب - لابن منظور - ج ١٢/٩ مادة ت ل ف - دار صادر - بيروت المصباح المنير - لاحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي - ج ١/١٠٥ المطبعة الاميرية بالقاهرة.

٢ - مجلة الاحكام العدلية - مادة ٣٣ - ص/١٩ طبعة نور محمد - كراچي.

الفاسقين^(١) وما أخرجهم الشيخان: "أن النبي صلى الله عليه وسلم: حرق نخل بني النضير فقطع - وهي البويرة"^(٢)

وكل ما تقدم ينصب على الضرر المالي المادي فيؤدى إلى تلفه كلاً أو جزءاً.

وقد يقع الضرر على الذمة المالية للشخص فيخل بالمصلحة المالية للمتضرر.

ومثاله:

إتلاف المحاصيل الزراعية أو غصب الأرض أو كسر زجاج السيارة وغيرها.

لأن الأذى المذكور يسبب للشخص المتضرر خسارة مالية.

ومن الأضرار المادية: المساس بحقوق الشخص المالية كحق الملكية وحق الانتفاع وحقوق التأليف والاختراع والابتكار.

الصورة الثانية : الغصب

والغصب لغةً: هو أخذ الشيء ظلماً وقهراً . يقال: غصب غصباً من ضرب ضربياً؛ وأغتصبه أى أخذه ظلماً وقهراً، فهو غاصب، والجمع غصاب.^(٣)

الغصب في إصطلاح الفقهاء : وأتناول تعريفه في المذاهب الفقهية على ما يلي:

أولاً : عند الحنفية : عرّف الكمال بن الهمام الغصب بأنه "أخذ مال متقوم محترم بغير إذن المالك على وجه يزيل يده".^(٤)

١ - سورة الحشر آية / ٥ .

٢ - فتح الباري شرح صحيح البخاري - للحافظ ابن حجر العسقلاني، (تفسير سورة الحشر) ج ٦٢٩/٨ دار الفكر.

٣ - لسان العرب - لابن منظور (مادة : غصب) ج ٦٤٨/١ دار صادر المصباح المنير : للفيومي ص / ، المطبعة الأميرية بالقاهرة.

٤ - شرح فتح القدير للعاجز الفقير - للشيخ الكمال ابن الهمام ج ٢٤٤/٨ نشر دار إحياء التراث العربى - بيروت - لبنان.

* ابن الهمام هو: محمد بن عبد الواحد ابن مسعود السواسي - الحنفى، المعروف بابن الهمام (كمال الدين) عالم مشارك في الفقه والأصول والتفسير - ولد سنة ٧٩٠هـ، بالاسكندرية وتوفى بالقاهرة سنة ٨٦١هـ، ومن آثاره: شرح الهداية في فروع الفقه الحنفى وسماه فتح القدير للعاجز الفقير، التحرير في اصول الفقه - وغيرها. معجم المؤلفين ج ٢٦٤/١٠ .

فأخذ المال: يشمل المغصوب وغيره.

- وقولهم: متقوم: يخرج منه غير المتقوم - كالخمر والخنزير.

- وقولهم: محترم: احتراز عن مال الحربى فإنه غير محترم.

- وقولهم: إذن المالك: لإخراج المأذون فيه - كالموهوب وغيره مما يتم على طريق المبادلة عليه بعقد من العقود.

- وقولهم: "على وجه يزيل يده": يترتب عليه عندهم أن زوائد المغصوب كالولد والثمره لا تعتبر مضمونه حيث لم يتحقق فيها أزالة اليد.

وعرّف المالكية الغصب: بأنه: "أخذ مال قهراً تعدياً بلا حراية"^(١)

شرح التعريف: فكلمة "أخذ مال" يقصد به الاستيلاء عليه وهو جنس يشمل الغصب وغيره - كأخذ إنسان ماله من وديع أو مدين. وكلمة المال: يراد بها الذوات أى الاعيان المادية - فيخرج بها الاستيلاء على المنافع كسكنى الدار وركوب الداية.

وكلمة قهراً: فيخرج منه السرقة ونحوها إذ لا قهر فيها حال الأخذ - بل هى خفية. وكذلك يخرج المأخوذ اختياراً كالمستعار وكلمة تعدياً: يخرج منه: المأخوذ قهراً يحق - كالدين المأخوذ من مدين مماطل أو من غاصب.

وقوله: بلا حراية: أى بدون مقاتلة - لأن حقيقتها غير حقيقة الغصب. وبناء على تعريف المالكية هذا يظهر لى: أن الغصب أخص، والتعدى أعم، لأن التعدى يكون في الأموال والفروج والنفوس والأبدان، والنوع الأخير يدخل تحت باب الجنايات أو الدماء.

وعرّف الشافعية الغصب بأنه: "الاستيلاء على حق الغير عدواناً"^(٢) أى على وجه التعدى أو القهر بغير حق.

١ - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٤٤٢/٢ - للعلامة شمس الدين محمد بن عرفة الدسوقي والشرح الكبير: لأبى البركات احمد الدردير طبع: عيسى البابى الحلبي وشركاة.

٢ - مغنى المحتاج إلى معرفة معانى الفاظ المنهاج - للشيخ محمد الشربيني الخطيب ج ٢٧٥/٢ نشر دار إحياء التراث العربى - بيروت - لبنان.

وعرّف الحنابلة بقولهم: "الاستيلاء على مال غيره بغير حق"^(١) وهذان التعريفان: يشمل أخذ الأموال المتقومة والمنافع وسائر الاختصاصات - كحق التحجر - أي إحياء الأرض الموات بوضع الأحجار على حدودها.

ملاحظات على تعاريف الفقهاء:

بالتأمل في تعاريف الفقهاء رحمهم الله تعالى للغصب أجد أنهم يختلفون الضابط الذي يتحقق به الغصب وذلك على رأيين:

الرأي الأول: لأبي حنيفة وأبي يوسف^(٢) رحمهما الله تعالى، ويذهبان إلى أن حقيقة الغصب يتحقق بإزالة يد المالك عن ماله المتقوم على سبيل المجاهرة والمغالبة، بفعل في المال، وعلى هذا فإن الغصب لا يتحقق عندهما إلا بأمرين:

أولهما: إثبات يد الغاصب (العادية).

ثانيهما: إزالة يد المالك (المحقة).

الرأي الثاني: لجمهور الفقهاء^(٣): ومنهم فقهاء المذاهب الثلاثة، ومحمد بن الحسن الشيباني وزفر من الحنفية وهؤلاء رحمهم الله تعالى يذهبون إلى القول بأن الغصب يتحقق بمجرد الاستيلاء، أي إثبات اليد على مال الغير بغير إذنه، ولا يشترط إزالة يد المالك، وليس المقصود من الاستيلاء أو أخذ مال الغير - الأخذ أو الاستيلاء الحسى بالفعل وإنما يكفي الحيلولة بين المال وصاحبه ولو أبقاه بموضعه الذي هو منه.

ويظهر أثر الاختلاف بين الرأيين: في غصب العقار.

فعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى لا يتصور الغصب في العقار ولا يتحقق إلا في

١ - المغنى لابن قدامة - ج ٢٣٨/٥ - كتاب الغصب - مكتبة الرياض الحديثة بالرياض.

٢ - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع - للكاساني - ج ١٤٣/٧ إيج - إيم سعيد كمبني - كراچی - باكستان.

٣ - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - للعلامة الدسوقي - ج ٤٤٢/٣ دار إحياء التراث العربي،

ومغنى المحتاج - للشرييني الخطيب - ج ٢٧٥/٢ المكتبة الإسلامية لصاحبها الحاج رياض وكشاف القناع ج ٨٣/٤ - للبهوتي - مكتبة النصر الحديثة.

غصب المنقول فقط^(١) ، لأن إزالة يد المالك إنما تكون بالنقل والتحويل ولا يكون هذا إلا في غصب المنقولات.

وأما العقار: كالأرض والدار وما في معناهما فلا يتصور وجود الغصب في هذه الأشياء لإستحالة النقل والتحويل فمن غصب عقاراً فهلك في يده بأفقه سماوية - لا يضمنه عندهما لعدم تحقق إزالة اليد.

أما عند جمهور الفقهاء:

فيتصور غصب العقار عندهم من الأراضى والدور، ويجب ضمانها على غاصبها - لأنه يكفى - إثبات يد الغاصب على أماكن السكنى ووضع الامتعة - لاستحالة اجتماع اليدين^(٢) على محل واحد في حالة واحدة. ويستدلون لقولهم هذا بقول النبی صلی الله علیه وسلم: «من ظلم من الأرض شيئاً طوّقه الله من سبع أرضين»^(٣). ومعنى طوّقه أى كلف حمله، وقيل يجعل في حلقه كالطوق. وفي الحديث دليل في تحريم الظلم والغصب وتغليط عقوبته، وإمكان غصب الأرض وأنه من الكبائر.

بيان الرأى الراجع :

ففى هذه المسألة أنا أميل إلى رأى الجمهور اى بأنه يكفى إثبات يد الغاصب بدون فرق بين المنقول والعقار (اى غير المنقول) والله اعلم بالصواب.

١ - بدائع الصنائع - للكاسانى - ج٧/ ١٤٥ ايج - إيم - سعيد كمبنى كراچي - باكستان.

٢ - اى يد المحقه ويد العادية.

٣ - فتح البارى - لابن حجر العسقلانى - ج ١٠ / ١٨٥ . مكتبة القاهرة لصحابها على يوسف سليمان - القاهرة.

الفرع الثاني

فكرة الضرر المالي في القوانين الوضعية

إن النظرة القانونية الحديثة إلى المال ومفهومه تختلف عن نظره الفقه الاسلامي على ما سبق بيانه.

فالقانون يتجه إلى اعتبار كل ما يتعارف الناس تداوله والاعتياض عنه داخل في معنى المال.

هذا ما نصت عليه المادة ٦٤ من قانون أصول المحاكمات الحقوقية السورية. فقد نصت الفقرة الثانية من نصها المعدل: على ما يلي:

"إن كل ما كان مالا متقوما يجوز أن يكون معقوداً عليه، فالأعيان والمنافع والحقوق مما كان تداوله متعارفاً على الاطلاق هي في حكم المال المتقوم"^(١).

وبناء على هذا الاطلاق - فجميع الحقوق المجردة، كحق الابتكار (الملكية الصناعية والأدبية للمخترعين والمؤلفين)، وحق استعمال عناوين المحلات التجارية، فكل ذلك ونحوه أصبح في القانون في حكم الأموال.

وقد جاء تعريف المال في القانون المدني العراقي بأنه: "كل حق له قيمة مادية" وهذا التعريف قد قصر مفهوم المال على الحقوق، فأخرج بذلك الأعيان، وقالوا: إن الأعيان إنما ماليتها بإعتبار ما فيها من حقوق لأصحابها فتدخل في زمرة الحقوق.

وقد انتقد هذا التعريف من جانب بعض الباحثين المعاصرين.^(٢)

لأن الأعيان التي هي من المباحات غير المحرزة، كصيد البر والبحر والجو، وكالشجر والحطب والعشب المباح فإنها أعيان مالية لم تدخل في ملك شخص ولم تقع تحت حق أحد، فتبقى خارجة عن

١ - المدخل الفقهي العام - مصطفى احمد الزرقاء ج ٣/ ١٢١ دار الفكر.

٢ - الأستاذ مصطفى الزرقاء في المدخل الفقهي العام - الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد ج ٣/ ١٢٢ الفقرة ٧٦ دار الفكر.

معنى المال بمقتضى نص القانون المدنى العراقى، ولذلك أصبح التعريف القانون المدنى العراقى قاصراً على الحقوق، ولذا فإن التعريف السورى - وبخاصة المادة ٦٤ من قانون أصول المحاكمات الحقوقية السابق احسن وأحكم دلالة وشمولاً، وبالتالي فإنه كان من المناسب أن يكون تعريف المال فى القانون المدنى العراقى بأنه: كل عين أو حق ذى قيمة مادية، فتجتمع فيه عندئذٍ مزية حسن الدلالة والشمول إلى جانب الاختصار.^(١)

١ - المدخل الفقهى العام للأستاذ الزرقاء ج٢/الفقرة ٧٦ ص ١٢٢ نشر دار الفكر.

الفرع الثالث

الضرر المعنوي

الضرر المعنوي أو الضرر الأدبي في الفقه الإسلامي:

هو جزء من الأضرار التي تقع على النفس الإنسانية، وقد سبق تعريف الضرر بوجه عام بأنه: المساس بحق أو مصلحة مشروعة لشخص ما، ويترتب على هذا المساس جعل مركزه الشخصي في المجتمع أسوأ مما كان قبل ذلك، لأنه انتقاص من المزايا أو السلطات التي يخولها ذلك الحق لصاحبه.^(١)

تعريف الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي:

وعبارة الضرر المعنوي أو الأدبي عبارة مستحدثة إلى حد كبير، ولم تكن معروفة في كتب الفقهاء القدامى بالصورة التي هي عليها الآن وإن كانت أصول فكرتها قد وجدت متناثرة فيما كتبوه في الأبواب المختلفة - كباب الجنايات أو الحدود أو الفصص.

ولهذا لم يحدد قدامى الفقهاء تعريفا للضرر المعنوي على حدة، كما لم يعنوا بدراسته على نحو مستقل مثلما يجرى عليه العمل عند المعاصرين من الفقهاء.

وعملا على الفائدة إني اتناول تعريف الضرر المعنوي عند باحثين من الفقهاء المعاصرين:

أولهما: الأستاذ د/ محمد فوزي فيض الله حيث عرف الضرر المعنوي بأنه:^(٢)

إلحاق مفسدة في شخص الآخرين، لا في أموالهم، وإنما فيما يمس كرامتهم، أو يؤذي شعورهم، أو يخدش شرفهم أو يتهمهم في دينهم أو يسئ إلى سمعتهم أو نحو ذلك من الأضرار التي يطلق عليها اليوم (الأضرار الأدبية أو المعنوية).

١- النظريات العامة للالتزام - الدكتور احمد حشمت ابن ستيت ج ٢/ ٤٣٥ ، دار الفكر العربي.

٢- نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام للدكتور محمد فوزي فيض الله - ص / ٩٢ دار التراث الكويتي ط - ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٢ م.

وثانيهما: الأستاذ: وهبه الزحيلي: ^(١) الذي عرف الضرر المعنوي بأنه: "عبارة عن الألم والحزن الذي يصيب الإنسان"

وبالتأمل في تعريف الدكتور محمد فوزي فيض الله وتعريف الدكتور الزحيلي، يظهر أن تعريف الزحيلي قد عبر بعبارة موجزة مع أنها شاملة لأن كل ما يصيب الإنسان من أذى النفس أو الشعور أو العاطفة يترتب عليه الألم والحزن في نفس المضرور، لذا فإن المضرور في هذه الحال يستحق التعويض عن الأذى الذي أصابه من قبيل الآخرين وبخاصة عند من ذهب إلى جواز التعويض عن الضرر الأدبي على ما سيأتي تفصيله في موضع من هذا البحث.

مفهوم الضرر الأدبي (أو المعنوي) في القوانين الوضعية :

وإذا كان الضرر بصفة عامة كما سبق يعنى الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له، فإنه يستوى في ذلك أن يكون ذلك الحق أو تلك المصلحة مما يتعلق بسلامة جسمه أو عاطفته أو ماله أو حريته أو شرفه واعتباره أو غير ذلك.

وعلى ضوء ذلك يعتبر ضرراً معنوياً^(٢) : - في القانون - كل مساس بشرف الشخص واعتباره كما في القذف والسب وكل ألم يصيب الإنسان في جسده أو عاطفته كما في الضرب والإهانة وقتل عزيز.

وعرف الدكتور السنهوري - الضرر المعنوي بأنه: ^(٣) "الأذى الذي يصيب المضرور في جسمه أو ماله أو شرفه أو عواطفه". ويرشد هذا التعريف إلى أن الضرر المعنوي هو الأذى الذي لا يمس مال الانسان ولكن يمس مصلحة غير مالية له.

ملاحظات على مفهوم الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية:

وبالتأمل في تعاريف الفقهاء وأهل القانون يظهر بوضوح إقتراب عباراتهم بعضها من بعض، وكان أهل القوانين قد تأثروا بما هو موجود في كتب القدامى الفقهاء في هذا المجال.

١ - مقال منشور ، مجلة البحث العلمي والتراث الإسلامي للدكتور - وهبه الزحيلي - العدد الأول ١٣٩٨ هـ مركز البحث العلمي واحياء التراث الإسلامي - مكة المكرمة.

٢ - النظريات العامة للالتزامات - مصادر الالتزام - د/ احمد حشمت ابوستيت ج ٢ / ٤٤٠ دار الفكر العربي.

٣ - الوسيط في شرح القانون المدني - للدكتور - عبد الرزاق احمد السنهوري ج ١ / ٨٥٥ .

وبالجملة فإن الضرر المعنوي أو الأدبي يتحقق في الحالات التي يقع فيها اعتداء على حق من حقوق الشخص غير المالية أو الجسدية، لأن الضرر الواقع على الجسد يسمى جناية على النفس أو مادونها، والضرر الذي يصيب الإنسان في ماله يسمى الضرر المادي وهو الاتلاف أو الغصب، أما الضرر المعنوي فهو ما يصيب الإنسان في شعوره أو عاطفته أو الألم والحزن الذي يترتب عند إصابته بالجرح والكسور والتشويه في الجسد، ويترتب ذلك عدم استطاعته نفع نفسه أو من يعوله.

مجالات الضرر المعنوي :

الحقيقة أن مجالات الضرر المعنوي كثيرة، وأهمها ما يلي:

أ - **الضرر المعنوي الواقع على عاطفة الإنسان وشعوره.**^(١) وهذا النوع من الضرر المعنوي هو كل فعل يصيب المضرور في عاطفته وشعوره، وتدخل إلى قلبه الغم والأسى والحزن، كانتزاع طفل من حضن أمه أو خطفه منها، وكذلك الاعتداء على الأولاد أو الأم أو الأب أو الزوج أو الزوجة.

ب - **الضرر المعنوي الواقع على شرف الإنسان واعتباره :**

وهو الضرر الذي يضر بسمعة المضرور وتؤدى شرفه واعتباره بين الناس، كالقذف والسب وهتك العرض، وإيذاء السمعة بالتقولات الكاذبة والاعتداء على الكرامة، فكل هذه الأعمال محرمة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، لأن الشريعة الإسلامية تحرص على حماية الإنسان عما يمس شرفه وعرضه واعتباره. ولذلك حرمت الشريعة القذف ووضعت له عقاباً محدداً.

ويلحق هذا النوع من الضرر المعنوي عند أهل القانون - كل ضرر يصيب الإنسان في معتقداته الدينية.^(٢)

غير أن الشريعة الإسلامية تعتبر الضرر الذي يصيب المعتقدات الدينية مكوناً لجريمة الردة إذا

١ - الضرر الادبي ومدى ضمانه في الفقه الاسلامي والقانون - دراسة مقارنة - للدكتور/عبد الله مبروك النجار - استاذ القانون المدني المساعد بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة - جامعة الأزهر دار النهضة العربية.
- الوسيط : للسنهوري ج١/٨٦٥ دار النشر للجامعات المصرية.

٢ - نفس المرجع السابق ج١/ص ٨٦٥ .

وقعت من مسلم^(١) وإذا وقعت من غير مسلم - يعنى ذمى - فإنها تعد نقضاً لعهدہ. وكذلك من سب رسول الله صلى الله عليه وسلم أو الله تعالى أو نبياً من الأنبياء أو ملكاً من الملائكة أو إنساناً من الصالحين هل يكون بذلك مرتداً إن كان مسلماً أم لا؟ أو يكون نقضاً للعهد إن كان ذمياً؟ الواقع أن الأقوال هذه وما شاكلها لا تعتبر ضرراً أدبياً عند الفقهاء. لأن مذهبهم من كفر قاتل هذا وأباح دمه ومنهم من توقف.^(٢)

ج - ضرر معنوي يصيب الشخص من مجرد الاعتداء على حق ثابت له:^(٣)

مثلاً : إذا دخل شخص أرضاً مملوكة لآخر بالرغم من معارضة المالك، جاز للمالك والحالة هذه ان يطالب بتعويض عما أصابه من ضرر معنوي من جراء الاعتداء على حقه في الملكية.

ويشترط في جميع هذه الأنواع أن يكون الضرر المعنوي كالضرر المادي ضرراً محققاً غير احتمالي.

مسألة :

مدى جواز التعويض عن الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي والقانون :

أولاً : التعويض الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي: ما دام الضرر المعنوي هو ما لا يمس المال ولكن يصيب مصلحة غير مالية فقد ثار هنا تساؤل عن تعويض هذا الضرر، وقد اختلفت كلمة الفقهاء حول هذا الموضوع على قولين:

القول الأول : للجمهور^(٤)، لا تعويض عن الضرر المعنوي لأن الضمان مال، والضرر المعنوي لا يمكن تقويمه بالمال، والضرر الذي لا يتبدل في فقد مال قائم لا تعويض منه.

١ - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - للشيخ محمد عرفة الدسوقي على الشرح الكبير - لأبي البركات سيدي أحمد الدردير ج ٤ / ٣٠١ - باب في الردة واحكامها .

٢ - المحلى - لابن حزم - المتوفى ٤٥٦ هـ منشورات دار الافاق الجديد - بيروت .

٣ - الضرر الأدبي ومدى ضمانه في الفقه الإسلامي والقانون - للدكتور / عبد الله مبروك - دار النهضة العربية . الوسيط - للسنتوري - ج ١ / ٨٦٥ - دار النشر للجامعات المصرية - القاهرة .

٤ - الضرر الادبي ومدى ضمانه في الفقه الإسلامي والقانون - للدكتور / عبد الله مبروك النجار. انظر ايضاً المقال المنشور في مجلة البحث العلمى والتراث الإسلامى - د/ وهبه الزحيلي العدد الأول ١٣٩٨ هـ - ١٩٨٢ م.

القول الثاني: لأبي يوسف ومحمد صاحبى أبا حنيفة وقد ذهبوا إلى القول بأنه: يجب التعويض عن الضرر المعنوى في حالة الألم الجسمى، وعبرة محمد هي: تجب حكومة عدل - تعويض يقدره القاضى على الجانى بقدر ما لحق بالمضروب أو المجروح من الألم، وعبرة أبي يوسف: للمجنى عليه أن يرجع على الجانى بم أنفقه من ثمن الدواء وأجرة الاطباء.^(١)

أدلة الجمهور القائلين بعدم مشروعية التعويض عن الضرر المعنوى: وهؤلاء رحمهم الله تعالى يستدلون بالأدلة العقلية وذلك على ما يلي:

أولاً: ان في تقرير التعويض عن الضرر الأدبى او المعنوى بالمال، تعزيز بالمال، والتعزيز بأخذ المال لا يجوز في الراجح عند الأئمة.^(٢) والتعزيز يكون بالضرب أو الحبس أو التوبيخ، ومن ثم لا يجوز أخذ ماله لأن الشرع لم يرد بشئ من ذلك، ولأن الواجب أدب والتأديب لا يكون بالإتلاف (إى إتلاف مال).

ثانياً: أن القول بجواز التعويض عن الضرر المعنوى، يفتح الباب أمام القاضى على مصراعيه للتحكم في تقدير التعويض المعنوى^(٣)، فهي إضافة تعويض آخر زائد عما حدده الله ورسوله فوق الدية المقررة شرعاً تحت مسمى الضرر المعنوى بينما الشريعة قد حددت مقدار الواجب .

ثالثاً: أن الضرر المعنوى الخالى من الآثار المالية هو من الأمور الاعتبارية اعتباراً محضاً، وذلك كالشرف والسمعة ومن ثم كان غير صالح للتعويض عنه بالمال. والأولى أن يخضع لقواعد التعزيز الشرعي.

أدلة القائلين بجواز التعويض عن الضرر المعنوى :

استدل القائلون بجواز التعويض عن الضرر المعنوى، بالكتاب والسنة النبوية وأثار الصحابة والإجماع والمعقول:

أما الكتاب فمن ثلاثة وجوه:

الأول - قوله تعالى : ﴿ وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عَاقَبْتُمْ بِهِ ﴾^(٤)

-
- ١ - المبسوط - لشمس الأئمة السرخسى - دار المعرفة للطباعة والنشر - بيروت - لبنان.
 - ٢ - المغنى لابن قدامة - ج ٨ / ٣٢٦ . انظر حاشية الدسوقي علي شرح الكبير ج ٤ / ٢٥٤، بدائع الصنائع للكاسانى ج ٧ / ٦٣ .
 - ٣ - الفعل الضار والضمان فيه - للأستاذ مصطفى احمد الزرقاء ص / ١٢٦ دار القلم - دمشق .
 - ٤ - سورة النحل آية / ١٢٦ .

والثاني: قوله عزوجل: ﴿وجزاء سيئة سيئة مثلها﴾^(١)

والثالثة قوله عز من قائل: ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾^(٢)

ووجه الاستدلال بالآيات الكريمة على المدعى: أن الله تبارك وتعالى قد أوجب المماثلة في العقاب، والمماثلة في العقاب تعنى أن يفعل بالجاني مثل ما فعل من غير حيف أو زيادة، ذلك هو ما يقتضيه عدل الله عز وجل والمماثلة إنما تشترط فيما يمكن فيه المماثلة من التعويضات المالية أو القصاص والجروح .

- اما حين تتعذر المماثلة فإن البديل هو الأرض، وحكومة العدل^(٣) وإلا فإن جانب الردع - سيضيع، وسيفلت عدد كبير من المجرمين من العقاب وهذا أمر غير مقصود شرعاً.

وكذلك ليس من الحكمة أن تمس كرامة المسئ بمثل ما مست به كرامة المساء إليه وإلا كان في ذلك إشاعة للفاحشة بين الناس وتثبيتاً لمعناها في نفوسهم، وإنما المفيد عقاب المسئ بما يردعه ويزجر غيره - وهذا هو معنى تعويض الضرر المعنوى.

وأما السنة النبوية المطهرة: فيما أخرجه الإمام مسلم في صحيحه من حديث أبى هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال «كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه» وفي رواية للبخارى من حديث ابن عباس رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خطب الناس يوم النحر فقال يا أيها الناس أى يوم هذا قالوا يوم حرام قال فأى بلدٍ هذا قالوا بلد حرام قال فأى شهر هذا قالوا شهر حرام، قال: فإن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في بلدكم هذا في شهركم هذا» الخ^(٤).

١ - سورة الشورى آية / ٤٠ .

٢ - سورة البقرة آية / ١٩٤ .

٣ - وحكومة العدل معناها حالات الاعتداء التي لم يقدر فيها الشارع جزاء ماليا وتركت تقديره لذوى الخبرة والنظر - إذ لا يخلو ذلك التقدير فيها من مراعاة المعادلة بين الضرر والجزاء بواسطة ذوى الخبرة.

انظر - الضمان في الفقه الاسلامى - لاستاذ على الخفيف - ص / ١١ نشر معهد البحوث والدراسات العربية جامعة الدول العربية.

٤ - صحيح البخارى - للإمام محمد بن اسماعيل البخارى - المتوفى ٢٥٦هـ ج ٢ / ١٩١ باب الخطبة أيام منى نشر المكتبة الاسلامية - استنبول - تركيا.

وجه الاستدلال بهذا الحديث على المدعى :

ان تحريم الاعتداء على العرض جاء معطوفاً على أمرين لا يخالف أحد من أهل العلم في تقرير مبدأ الضمان فيهما إجمالاً، فدل ذلك على أن المعطوف وهو العرض له حكم ما عطف عليه في الضمان - وإذا كان معنى العرض يغلب في جانب الحق الأدبي أو المعنوي فإن هذا الحديث يدل على جواز الضمان في حالة التعدي عليه - لأن العرض هو موطن الشرف في الانسان أو ما به قوام شرفه واعتباره مما يتعلق بكيانه الأدبي.

وأما الآثار الدالة على جواز التعويض عن الضرر المعنوي فهي كثيرة ومنها:

ما رواه ابن حزم في كتابه "المحلى بالآثار"^(١) أن رجلاً كان يقص شارب عمر بن الخطاب فأفزعته هيبة عمر فضرط الرجل، فقال عمر رضى الله عنه: أما إنا لم نرد هذا ولكن سنعقلها - فأعطاه اربعين درهما قال: واحسبه قال: شاة أو عناقاً^(٢).

وجه الاستدلال بهذا الأثر:

أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قد قام بضمان الخوف الذى تسبب في حصوله للرجل حتى أفزعته، وظهرت علامات الفزع عليه، فما لبث عمر حتى ضمن والخوف والفزع هما نوع من الضرر المعنوي - فدل هذا الأثر على جواز التعويض عن الضرر المعنوي .

أما الدليل من الإجماع: فهو ما حكاه ابن قدامة في "المغنى"^(٣): في حكم قضى به عثمان رضى الله عنه، وذلك في قضية رجل ضرب آخر حتى أحدث^(٤). فقضى عثمان رضى الله عنه بثلاث الدية، خلافاً للقياس الذى يقتضى بأن الدية لا تجب إلا لاتلاف منفعة أو عضو أو إزالة جمال، وليس في القضية المحكوم فيها شئ من ذلك، وإنما ذهب من ذهب إلى إيجاب الثلاث - لأنها في مظنة الشهرة ولم ينقل خلاف فيكون إجماعاً.

١ - المحلى - لابن حزم - المتوفى ٤٥٦هـ ج ١٠ / ٤٥٩ منشورات دار الافاق الجديدة - بيروت - لبنان.

٢ - العناق : ولد الماعز الصغير .

٣ - المغنى - لابن قدامة - المتوفى ٦٢٠هـ، ج ٧ / ٨٢٥ . مكتبة الكليات الزهرية - بالقاهرة.

٤ - سواء كان الحدث ريحاً أو غائطاً أو بولاً.

أما الدليل من المعقول:

لمن قال بجواز التعويض عن الضرر المعنوي فهو أن الضرر المعنوي لا يقل أثراً في النفس من ناحية تخفيف الألم الذي يقع عن الضرر المالي، بل أن الضرر المالي قد يكون أهون من الضرر المعنوي، وإذا كان التعويض عن الضرر مطلقاً مبعثه تخفيف حدة الألم في نفس المضرور بإزالة الضرر عنه، ومحو بقاءه. فالضرر الذي يترتب عن الضرر المعنوي يستحق كذلك أن يعرض صاحبه حتى يخفف الألم الواقع في شعوره وعاطفته ومستواه في المجتمع.^(١)

مناقشة أدلة القائلين بجواز التعويض عن الضرر المعنوي من قِبَل المخالف:

وقد ناقشهم الجمهور الداهيون إلى عدم جواز التعويض عن الضرر المعنوي بقولهم: إن الأمثلة الفقهية التي استشهدت بها على جواز التعويض عن الضرر المعنوي، ليست من الضرر المعنوي في شيء، فالألم وفوات الزينة الطبيعية بفقدان الشعر كلها، أضرار مادية لانزاع في جواز التعويض المالي عنها.

وأن ما يوصف تساهلاً بأنه ضرر معنوي هو في الحقيقة ضرر مادي يمكن تعويضه بالمال، وفق القواعد الشرعية في تعويض الأضرار المادية. ومن ذلك إيقاع الألم بالضرب واللطم، كل هذا قابل للتعويض المالي لا على أساس الضرر المعنوي.

مناقشة أدلة المانعين بتعويض المال عن الضرر المعنوي من قِبَل المجيزين:

وهذه المناقشة على مايلي:

أولاً: قولكم ان اعتبار التعويض عن الضرر المعنوي بالمال - تعزيز بالمال ، وتعزيز بالمال غير جائز عند الأئمة. هذا الاستدلال مردود بما قرره كثير من الفقهاء من أن التعزيز بأخذ المال جائز.^(٢)

١ - الفعل الضار - للأستاذ مصطفى احمد الزرقاء ص / ١٢٥ دار القلم - دمشق .

٢ - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق - للزيلعي - ج ٢٠٨/٢ مكتبة امدادية - ملتان - باكستان . وحاشية ابن عابدين - ج ١٧٨/٢ - دار إحياء التراث العربي - بيروت .

وقد أثبت ابن تيمية^(١) وتلميذه ابن القيم الجوزية^(٢): أن التعزير بالعقوبات المالية مشروع. ومن ذلك:

تحريق عمر وعلى رضى الله عنهما المكان الذى يباع فيه الخمر وهذا هو إتلاف مال فهى عقوبة مالية، وبناء على هذا يكون التعزير بأخذ المال أمر جائز.

ثانياً: ما استدللتم به من أن في تقرير التعويض عن الضرر المعنوى - مخالفة شرعية حيث ينطوى هذا التقرير على إضافة أمر زائد على ما قرره الله ورسوله، مما سيؤدى إليه ذلك تحكم القضاة في تقدير التعويض.

جوابه: أنه يمكن أن يقال لكم أن ما تقولون هنا هو أمر صائب ونحن نوافقكم عليه - إذا كان التعويض المعنوى جاء على غير ما ورد فيه نص عن الشارع الحكيم، ففي هذه الحالة يكون أمراً زائداً، أما ما ورد عن الشارع فيه نص أو تقدير فإنه يكون هو الواجب الاتباع فليس زياده، وقد تقدم البيان في تحريق عمر وعلى رضى الله عنهما.

ثالثاً: وأما ما استدللتم من أن الضرر المعنوى من الأمور الاعتبارية التى لا يمكن مقابلتها بالمال، فمردود: بأن مقصود الشارع من التعويض هو المواساة للمضرور، ورفع ما أحدثه الضرر من حزن في نفسه، وهذا المعنى موجود في الضرر المعنوى، والضرر المالى على حد سواء.

بيان الراجع :

وبالنظر في أدلة الفريقين وما ورد عليها من مناقشة فإن ما يترجح لدى في هذا المقام هو القول القائل، بجواز التعويض عن الضرر المعنوى لقوة أدلتهم في مقابلة أدلة مخالفيهم. وبخاصة أن أدلة القائمين بالمشروعية من الكتاب والسنة والآثار مما تطمئن إليه النفس وهذا أمر مفتقد في أدلة مخالفيهم.

وهذا أيضاً أمر يلتقى مع ما هو مقرر في القوانين المدنية المعاصرة. كما سيأتى قريباً عند الكلام عن تعويض الضرر المعنوى في القانون واللّه أعلم بالصواب.

١ - الحسبة في الإسلام - لابن تيمية ص / ٤٩ .

٢ - اعلام الموقعين - لابن قيم الجوزية - المتوفى / ٧٥١هـ ، ج ٢ / ٩٨ مطبعة السعادة - بمصر .

والطرق الحكمية في السياسة الشرعية - لابن قيم الجوزية ص / ٢٢٦ وما بعده، نشر دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان

ثانياً: تعويض الضرر المعنوى في القانون:

لقد تتابع كلام أهل القوانين عن جواز التعويض عن الضرر المعنوى.

فالقانون الرومانى يقر أحوالاً كثيرة يعوض فيها عن الضرر الأدبى في كل من المسئوليتين التقصيرية والعقدية.

وتلاه القانون الفرنسى القديم، فأجاز التعويض عن الضرر المعنوى، ولكن قصر ذلك على المسئولية التقصيرية. وفي مصر استقر الفقه والقانون على جواز التعويض عن الضرر المعنوى حيث نص (المادة ٢٢٢) من القانون المدنى المصرى على ما يلي:

"يشمل التعويض الضرر الأدبى أيضاً، ولكن لا يجوز في هذا الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق، أو طائب الدائن به أمام القضاء"^(١).

ويرشد هذا النص إلى أنه يجوز التعويض عن الضرر المعنوى.

١ - الوسيط في شرح القانون المدنى - للدكتور / عبد الرزاق احمد السنهاوى ج- ١ / ٨٦٢ دار النشر للجامعات المصريه.

المطلب الثالث : الضرر التعسفي

وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: تعريف التعسف لغة واصطلاحاً.

الفرع الثاني: مفهوم التعسف في القوانين الوضعية.

الفرع الثالث: انواع التعسف وجزاؤه وتكييفه في الفقه الاسلامي.

الفرع الأول

تعريف الضرر التعسفي

أولاً: تعريفه في اللغة:

جاء في "لسان العرب" لابن منظور الأفريقي، وفي "المصباح المنير" للفيومي، وفي "مختار الصحاح للرازي"^(١) بأن: العسف: السير بغير هداية، والأخذ على غير الطريق وجاء في المورد^(٢) (قاموس عربي - إنجليزي) - بأنه الظلم . يقال: عسف فلان فلاناً عسفاً أى ظلمه . وعسف السلطان يعسف واعتسف وتعسف: أى ظلم.

ثانياً: تعريف التعسف في الاصطلاح:

ترتبط نظرية التعسف أساساً بنظرية الحق وطبيعته ومدى استعماله .

وعلى ذلك يمكن تعريف التعسف في اصطلاح الفقهاء : "مناقضة قصد الشارع في تصرف مأنون فيه شرعاً بحسب الأصل".^(٣)

١ - لسان العرب لابن منظور ج ٩ / ص ٢٤٥ دار صادر - بيروت المصباح المنير للعالم احمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي - المتوفى - ٧٧٠ هـ / ص ٥٦٠ المطبعة الاميرية - بالقاهرة. مختار الصحاح - للامام محمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازي - ص/٣٢٩ .

٢ - المورد - د/ روى البعلبكي ص/ ٧٦١ نشر دار العلم للملايين - بيروت - الطبعة الاولى - ١٩٨٨ م.

٣ - نظرية التعسف في استعمال الحق - للدكتور فتحي الدريني ص/ ٧٨ . مؤسسة الرسالة للنشر والتوزيع - بيروت.

ملاحظة التعريف:

مناقضة قصد الشارع: أى مضادة قصد الشارع، وهذه المضادة لا تخلو من:

١ - أن تكون مقصودة للاضرار، وقصد الشارع من شرعية الحق تحقيق المصالح لا المضار، وذلك بأن يقصد المكلف في العمل المأذون فيه هدم قصد الشارع عيناً بأن يستعمل الحق لمجرد قصد الإضرار.^(١)

٢ - أو أن يتذرع مما ظاهره الجواز إلى تحليل ما حرم الله أو إسقاط ما أوجبه عليه. ومثال الأول: بيع العينة^(٢).

والثاني: هبة الواهب ماله قرب نهاية الحول فراراً من الزكاة، فإن أصل الهبة على الجواز، ولو منع الزكاة من غير هبة لكان ممتنعاً.

ثالثاً : مفهوم التعسف في الفقه الاسلامي وأدلة حرمة: لما كانت الشريعة موضوعة لمصالح العباد على الاطلاق، فإن قصد الشارع من المكلف، أن يكون قصده في العمل موافقاً لقصد الشارع.

وعلى هذا فإن من يجعل تكاليف الشريعة في غير ما وضعت له فقد ناقضها، وعمله باطل^(٣). لأن الشريعة تهدف رلى تحقيق المصالح، ودرء المفسد وأن احكامها مبناهما العدل والاحسان.

ولذلك على الانسان أن يستعمل حقه وفقاً لما أمر به الشرع وأذن به، فليس له ممارسة حقه على نحو يترتب عليه الاضرار بالغير فرداً أو جماعةً، سواء أقصد الاضرار أم لا؟ وليس له إتلاف شئ من أمواله أو تبذيرها لأن ذلك غير مشروع.

فإن مارس الانسان ما ليس حقاً له فلا يسمى تعسفاً، وإنما هو اعتداء على حق الغير.

كالمستأجر الذى ينتفع بالدار على وجه يضربها يعد متعسفاً أما الغاصب فإنه يعد متعدياً.

١ - ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية - للدكتور / محمد سعيد رمضان البوطي ص/ ٢٩٢ مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر.

٢ - جاء في التعريفات للجرجاني - ص/ ١١٤ للسيد الشريف على الجرجاني المتوفى ٨١٦هـ العينة: هي أن يأتي الرجل رجلاً ليستقرضه فلا يرغب المقرض في الاقراض طمعاً في الفضل الذي لا ينال بالقرض.

الجرجاني هو: على بن محمد بن على الجرجاني، الحسيني، الحنفي، ويعرف بالسيد الشريف (أبو الحسن) عالم، مشارك في أنواع من العلوم، ولد بجرجان ٧٤٠هـ، وتوفى بشيراز سنة ٨١٦هـ.

ومن تصانيفه: حاشية على شرح التنقيح للتفتازاني في الأصول، حاشية على تفسير البيضاوي. وغيرها.

انظر: معجم المؤلفين - ج٧/٢١٦ دار إحياء التراث العربي - بيروت.

٣ - الموافقات - للشاطبي - ج ٢/٣٣١ دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت - لبنان.

ادلة حرمة التعسف: وهى من الكتاب والسنة.

- أما الكتاب فمن ثلاثة وجوه:

الأول قوله تعالى : ﴿ وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجْلَهُنَّ ، فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ، أَوْ سَرَحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ، وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَاراً لِّتَعْتَدُوا ﴾^(١)

وجه الاستدلال بالآية الكريمة:

هو أن الشارع الحكيم نهى عن استعمال حق المراجعة بقصد الإضرار، كما كان يفعل في الجاهلية وصدر الاسلام حيث يطلق الرجل زوجته، ثم إذا قاربت عدتها على الانتهاء راجعها، ثم طلقها، فنهى الشرع عن ذلك. والنهى يفيد التحريم، فيكون التعسف حراماً.

الثانى - قوله عز من قائل: ﴿ وَلَا تَوْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَاماً وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ ﴾^(٢)

وجه الاستدلال بالآية الكريمة على المدعى:

أن الله عز وجل نهى عن إعطاء الأموال للسفهاء حفاظاً عليها من الضياع لأن الإنفاق في غير موضعه تعسف ومن ثم يكون المتعسف في استعمال حق الإنفاق ممنوعاً من التصرف ومستحقاً للتأديب والحجر.

الثالث : قوله سبحانه وتعالى: بعد بيان أنصباء الورثة ﴿ من بعد وصية يوصى بها أو دينٍ غير مضار، وصية من الله ﴾^(٣) الخ.

وجه الاستدلال بالآية:

أن الله عز وجل نفى الإضرار الوصية منعاً من الإضرار بالورثة كالوصية لوارث أو بأكثر من الثلث، والنهى للتحريم ومن ثم تكون التعسف حراماً.

أما السنة النبوية الشريفة فمن ثلاثة وجوه أيضاً: الأول أخرجه البخارى عن النعمان بن بشير أنه

١ - سورة البقرة الآية / ٢٣١ .

٢ - سورة النساء الآية / ٥ .

٣ - سورة النساء الآية / ١٢ .

صلى الله عليه وسلم قال: مثل القائم في حدود الله^(١) والواقع فيها، كمثل قوم استهموا^(٢) على سفينة، فأصاب بعضهم أعلاها، وبعضهم أسفلها، وكان الذين في أسفلها إذا استقوا من الماء مروا على من فوقهم، فقالوا: لو أنا خرقنا في نصيبنا خرقاً^(٣) ولم نؤذ من فوقنا؟ فإن تركوهم^(٤) وما أرادوا هلكوا جميعاً، وإن أخذوا على أيديهم نجوا، ونجوا جميعاً^(٥).

وجه الاستدلال بالحديث :

أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بمنع من في أسفل السفينة من خرقها، مع أن لهم حق التصرف فيها، لما فيه من الضرر للغير وهو هلاك الجميع، ففعلهم هذا يكون تعسفاً والتعسف حرام.

الوجه الثاني من السنة: عن أبي صرمة - وهو صاحب النبي صلى الله عليه وسلم - عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «من ضارَّ أضرَّ الله به، ومن شاقَّ شاقَّ الله عليه»^(٦).

الوجه الثالث : ما روى عن سمرة بن جندب «أنه كانت له عضد^(٧) من نخل في حائط رجل من الأنصار، قال: ومع الرجل أهله، قال: فكان سمرة يدخل إلى نخله، فيتأذى به صاحب الحائط، ويشق عليه، فطلب إليه أن يبيعه، فأبى، فطلب إليه أن يناقله، فأبى، فأتى النبي - صلى الله عليه وسلم - فذكر ذلك له، فطلب إليه النبي صلى الله عليه وسلم أن يبيعه، فأبى، فطلب أن يناقله، فأبى، قال: فهبه له، ولك كذا وكذا - أمراً، رغبة فيه - فأبى، فقال: أنت مضارٌّ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم للأنصاري: اذهب فأقلع نخله»^(٨).

وفى الحديث : أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بإزالة الضرر الذي يتأذى به الأنصاري.

ونشير هنا أيضاً إلى بعض القواعد الفقهية التي تهدف إلى منع التعسف في استعمال الحق ومن ذلك:

١ - "يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام"^(٩)

-
- ١ - والمراد بالحدود : ما نهى الله عنه.
 - ٢ - فرجة لنصل إلى الماء بدون تأذى المروء.
 - ٣ - أخذ كل واحد سهماً بالقرعة.
 - ٤ - أهل العو أهل السند من غير منع فعله.
 - ٥ - رياض الصالحين من كلام سيد المرسلين - للنووي - المتوفى ٦٧٦ هـ / ص ١٠٤ دار الفكر.
 - ٦ - سنن أبي داود - للإمام حافظ أبي داود سليمان ج ٣ / ٣١٥ - أبواب من القضاء - دار إحياء السنة النبوية.
 - ٧ - والعضد من النخل : الطريقة منه، وقيل: إنما هو عضيد من النخل. أنظر: لسان العرب - ج ٣/ ٢٩٤ دار صادر.
 - ٨ - سنن أبي داود - للإمام حافظ أبي داود سليمان ج ٣/ ٣١٥ أبواب من القضاء.
 - ٩ - شرح المجلة - للعلامة محمد خالد الاتاسي المادة / ٢٦ ج ١/ ٦٦ مكتبة إسلامية - ميزان ماركيت - كويتا - باكستان.

٢ - "درء المفسد أولى من جلب المنافع"^(١)

ومعنى ذلك:

- فإن كان جلب المصلحة، أو دفع المفسدة لا يحدث ضرراً للغير فلا إشكال فيه.

- أما إذا تسبب جلب المصلحة في أحداث ضرر للغير فإنه فيه ثلاث حالات:

أ - إذا قصد فيه الأضرار بالغير - فلا شك في منع القصد إلى الأضرار - من حيث هو أضرار لقيام الدليل على أنه "لا ضرر ولا ضرار"^(٢) في الإسلام.

ب - ولكن إذا اقترن في العمل الواحد، قصد نفع النفس بقصد إضرار الغير، فإنه إذا كان من الممكن أن يتحقق للمرء ما يريد من جلب المصلحة أو درء المفسدة بوجه آخر، فلا شك أيضاً في منعه، لأنه لم يكن قد قصد الوجه الأول إلا لأجل الإضرار.

ج - أما إذا كان جلب المنفعة (المصلحة) أو درء المفسدة لم يقصد فيه إضرار بأحد، ولكن تسبب عنه ضرر للغير، فإنه إذا كان الضرر عاماً، فيمنع الجالب أو الدافع مما هم به لأن المصالح العامة مقدمة على المصالح الخاصة.

خلاصة:

يتضح مما تقدم أن الشريعة الإسلامية تقيد الحقوق الخالصة للإنسان عند استعماله إياها حتى لا يضارَ الغير بهذا الاستعمال.

سواء توافرت نية الإيذاء والأضرار، أو كان الاستعمال متجاوزاً للحدود المألوفة، أو لتنافره مع ما تقتضيه المصلحة الاجتماعية - وهذه جميعاً هي مبادئ نظرية سوء استعمال الحقوق التي نبنت من قديم في الشريعة الإسلامية قبل أن نتحدث عنها القوانين الأوروبية الحديثة، ولذلك فلا معنى لما قاله الغربيون من أن البروسى - هو أول من نادى بهذه النظرية سنة ١٧٧٨م.^(٣)

١ - نفس المرجع السابق - ج١/٧٠ - المادة / ٢٠ .

٢ - سبق تحريجه وانظر أيضاً مجلة الأحكام العدلية للشيخ محمد خالد الاتاسي ج١/ المادة ١٩ .

٣ - التعسف في استعمال الحقوق - للدكتور حسين عامر ص / ٢٩ شركة مساهمة مصرية - بالقاهرة.

الفرع الثاني

مفهوم التصف في القوانين الوضعية

كانت النظرية التقليدية في المسؤولية المدنية تفرق بين الحقوق المعينة والرخص.

فالحق^(١): هو سلطة القيام بأعمال معينة تحقيقاً لمصلحة يحميها القانون كحق الملكية وحق الدعوى.

وهذا المفهوم الحق لا ينكره الفقه الاسلامي.

فقد جاء في شرح المجلة^(٢): المادة ١١٩٢ ما يلي:

"كل - شخص - يتصرف في ملكه كيف شاء لكن إذا تعلق به حق الغير يمنع المالك من تصرفه بوجه الاستقلال، فلو كان السفل لواحد، والعلو لآخر، فلصاحب العلو حق القرار على السفل ولصاحب السفل حق السقف في العلو - يعني حق الستر من الشمس والتحفظ من المطر - ولهذا ليس لأحدهما أن يفعل شيئاً مضرّاً بالآخر".

ولذلك فإن استعمال الحقوق في القانون لا يترتب عليه أدنى مسؤولية ولو لحق الاضرار بالغير من جراء هذا الاستعمال..

فمثلاً : لو أن أحد الملاك حفر أرضه أو بنى فيها فانه لا يسأل عما يحدث الأملاك المجاورة من اضرار ما دام يتصرف في حدود ملكه إلا إذا تجاوز في الحفر والبناء إلى حدود الأرض المملوكة للغير.

اما الرخصة^(٣) فهي حرية القيام بما لا يحرمه القانون، كحرية السير في الطريق العام، وحرية الاتجار وحرية القول.

١ - موجز اصول الالتزامات - د/ سليمان مرقس ص/ ٣٦٥ .

٢ - شرح المجلة - للمرحوم / سليم رستم باز اللبناني - من أعضاء شورى الدولة العثمانية - سابقاً - ص/ ٦٥٤ / دار احياء التراث العربي بيروت - لبنان.

وانظر ايضاً شرح المجلة - لمحمد خالد الاتاسي ج٤/ ١٢٢ مكتبة اسلامية - باكستان.

٣ - موجز اصول الالتزامات - للدكتور / سليمان مرقس ص/ ٣٦٥ .

وكانت النظرية التقليدية تفرض الواجبات والقيود في استعمال الرخص دون الحقوق، وكانت تقصر دائرة المسؤولية المدنية على ما يقع في استعمال الرخص العامة من أفعال ضارة.

فعلى سبيل المثال:

الشخص الذى يقود سيارته في الطريق العام يجب عليه في استعمال لهذه الرخصة أن يتخذ الحيطة اللازمة لعدم الإضرار بالغير. اما إذا تجاوز حدود هذه الرخص وترتب الإضرار بالغير فهو مسئول عن ذلك الضرر.

ونظرية إساءة استعمال الحقوق التى ظهرت في أواخر القرن التاسع عشر كان الهدف منها الرغبة في توسيع دائرة المسؤولية وتسهيل الحصول على التعويض.

وغرضها تقرير صورة ثالثة من الخطأ يترتب عليها مساعلة الشخصى عن فعله الضار ولو لم يخرج عن حدود حقه المشروع.

ولم تكن هذه النظرية مستحدثة بل وجد لها أصل في القانون الرومانى وفى القانون الفرنسى.

متى يعتبر الانسان مسيئاً في استعمال حقه عند أهل القانون؟

من المقرر أصلاً - على ما تقدم - ان استعمال الشخص لحقه لا يوجب أية مسؤولية عليه، ولا يمكن أن يكون أساساً للمطالبة بتعويض، ولكن مبادئ نظرية: إساءة استعمال الحقوق التى نتكلم عنها هنا توجب المساعلة إذا ما حدث للغير ضرر أثناء هذا الاستعمال^(١).

وهذا ما نصت إليه المادة ٤، هـ من القانون المدنى الجديد^(٢)

نصت المادة ٤ : "من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسئولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر"

١ - التعسف في استعمال الحقوق والغاء العقود - للدكتور / حسين عامر شركة مساهمة مصرية - بالقاهرة الطبعة الأولى ١٣٧٩هـ - ١٩٦٠م.

٢ - الوسيط في شرح القانون المدنى - للدكتور عبد الرزاق احمد السنهورى ج ١/٨٤١ - دار النشر للجامعات المصرية القاهرة.

اما المادة ٥ : "يكون استعمال الحق غير مشروع في الاحوال الآتية:

١ - إذا لم يقصد الشخص باستعمال الحقوق سوى الإضرار بالغير.

٢ - إذا كانت المصالح التي يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب ألبتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.

٣ - إذا كانت المصالح التي يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة.

إن هذه الضوابط الثلاثة تهيئ للقاضي عناصر نافعة للإسترشاد، فهي إذن قد وردت على سبيل الإشارد والتوجيه.

الفرع الثالث

أنواع التعسف وجزاؤه وتكييفه في الفقه الإسلامي

أنواع التعسف في استعمال الحق كثيرة جداً ولكن أحاول أن أشير هنا إلى أهم هذه الحالات وذلك على مايلي:

١. تعمد الاضرار بالغير^(١)

إذا تعمد الإنسان من استعمال حقه الإضرار بغيره لا المصلحة المنشودة من الحق، كان استعماله هذا تعسفاً محرماً، ووجب منعه.

مثال:

أ - تحريم الرجعة إضراراً بالزوجة،

ب - الوصية إضراراً بالورثة والدائنين،

ج - وطلاق المريض مرض الموت زوجته فرراً من ميراثها. فكل ذلك تعسف حرام، ويترتب على هذا التعسف ثلاثة أمور: منها:

١ - تأديب صاحب الحق المتعسف، وتعزيزه بما يراه القاضي رادعاً لأمثاله.

٢ - بطلان التصرف إذا كان قابلاً للإبطال.

٣ - تعويض الضرر عن هذا التعسف.

٢. قصد غرض غير مشروع:

إذا قصد الشخص من استعمال حقه تحقيق غرض غير مشروع لا يتفق مع المصلحة المقصودة من الحق، وإنما يستتر وراء استعمال الحق المشروع وصولاً للقرض غير المشروع:

١ - الوسيط للسنهوري ج ١/٨٤٤ دار إحياء التراث العربي - بيروت . - الفقه الاسلامي وأدلة للدكتور وهبة الزحيلي ج ٤/٣٢٢٠ دار الفكر - دمشق.

من ذلك:

١ - اتخاذ عقد الزواج وسيلة لتحليل المطلقة ثلاثاً لزوجها الأول ولا يقصد به الزواج الدائم.

٢ - اتخاذ عقد البيع وسيلة للربا أو الفائدة. كبيع العينه - على ما سبق إيضاحه فذلك كله تعسف حرام - لقوله صلى الله عليه وسلم «لعن الله المحلل والمحلل له»^(١).

٣-رجحان المصلحة:

ومعنى ذلك استعمال الانسان حقه بقصن مشروعة منه، ولكن ترتب على فعله هذا ضرر يصيب غيره أعظم من المصلحة المقصودة منه أو يساويها، فإنه يمنع من ذلك سداً للذرائع، سواء أكان الضرر الواقع يصيب الجماعة او فرداً من أفراد المجتمع^(٢) والدليل على المنع - قوله صلى الله عليه وسلم «لا ضرر ولا ضرار».

من ذلك:

١ - الاحتكار - وهو شراء ما يحتاجه الناس وادخاره لبيعه وقت غلاء الزسعار وحاجة الناس إليه. وهو ممنوع لقوله صلى الله عليه وسلم «لا يحتكر إلا خاطئ»^(٣).

٢ - بيع السلاح زثناء الفتة، وبيعه لقطاع الطرق - لأنه في ذلك يضر الجماعة، فيمنع التاجر منه.

٤-الاستعمال غير المعتاد:

إذا استعمل الانسان حقه علي نحو غير معتاد في عرف الناس، ثم ترتب عليه ضرر للغير، كان متعسفاً.

من ذلك:

١ - رفع صوت المذياع المزعج للجيران.

١ - سنن أبي داود - للامام الحافظ أبي داود سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني - ج١/٤٧٩ باب في التحليل. مطبعة مصطفى البابي الحلبي واولاده بمصر.

٢ - الوسيط - للسنيهوري - ج١/٨٤٥ دار إحياء التراث العربي بيروت.

٣ - صحيح مسلم بشرح النووي - كتاب المساقاة ب ٢٦ ، حديث رقم ١٣٠ ، ج ٣ / ١٢٢٧ دار احياء التراث العربية - بيروت . والسنن الكبرى - للبيهقي - المتوفى ٤٤٨هـ ج٢/٢٠ نشر دار الفكر.

٢ - استئجار بيت، وترك المستأجر صنايع المياه مفتوحة دون داعٍ لذلك.

٣ - استئجار سيارة وتحميلها أكثر من حمولتها، ففي كل ذلك يعتبر متعسفاً، فيمنع من تعسفه ويعوض المتضرر عما أصابه من ضرر. ^(١)

٥- استعمال الحق مع الإهمال:

إذا استعمل الإنسان حقه على وجه ليس فيه احتياط واحتراس وثبتت، فأضر بالغير، كان متعسفاً ومسئولاً مسؤولية تقصيرية.

وهذا ما يعرف بالخطأ، ولا فرق بين أن يكون الخطأ في القصد أو في الفعل.

من ذلك:

١ - الخطأ في القصد ^(٢) - كما إذا رأى الصياد شبحاً ^(٣) من بعيد فظنه صيداً فأطلق عليه النار، فإذا هو إنسان.

٢ - أو كان الخطأ في الفعل - كما إذا صوب الصياد الرمية على الصيد، فأنحرفت وأصابته إنساناً.

٣ - حوادث السير بدون قصد من قتل وإتلاف مال، وحالات تجاوز حدود الدفاع الشرعي من الأخف إلى الأثقل.

فكل ذلك إساءة لاستعمال الحق يترتب عليها تعويض الضرر الذي أصاب الغير - لأنه كان يجب عليه التثبت والانتباه في كل من القصد والفعل.

١ - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - للدكتور عبد الرزاق السنهوري ج١/٨٤٦ دار إحياء التراث العربي - بيروت.
٢ - التشريع الجنائي الإسلامي - مقارناً بالقانون الوضعي - للزستاد عبد القادر عودة ج١/٤٣٦ - دارالكاتب العربي بيروت.

٣ - والشبح: ما بدا لك شخصه غير جليٍّ من بعد د/ إبراهيم أنيس. والشبح الشيء: ظلّه وخياله. أنظر: المعجم الوسيط - للدكتور إبراهيم أنيس وآخرين - ج١/٤٧٠ انتشارات ناصر خسروا - طهران - إيران - الطبعة الثانية.

التكييف الفقهي للتعسف:

أود أن أبين هنا ماهية التعسف وطبيعته تمييزاً عن مجاوزة الحق بإبداء الفوارق القائمة بينهما من حيث الحقيقة ومن حيث الجزاء، وهذا البحث له أهمية كبيرة لأنه ينتهي بنا إلى تقرير استقلال نظرية التعسف عن نظرية التعدي.

تمييز التعسف في استعمال الحق عن مجاوزة الحق (التعدي)

أولاً: من حيث الطبيعة أو الحقيقة:

صحيح أن كلاً من مجاوزة الحق (الاعتداء) والتعسف في استعمال الحق أمر محظور شرعاً، ولكن وحدة الوصف الشرعي لا تنفي إختلاف حقيقة كل منهما.

فالتعسف يعتمد في الأصل أو الحقيقة وجود الحق، وهذا يستلزم مشروعية الفعل اللازم لاستعماله إبتداءً. وبعبارة أخرى: التعسف هو أن يمارس الشخص فعلاً مشروعاً في الأصل بمقتضى حق شرعي ثبت له.

ولكن إذا لم يوجد هذا الأصل أي وجود الحق - فإنه يكون متعدياً لا متعسف.

وتوضيح ذلك بالأمثلة التالية:^(١)

١ - إذا بنى رجل في أرضه ضمن حدودها حائطاً عالياً فسدَّ على جاره منافذ الضوء والهواء حتى أصبح من المتعذر على جاره الانتفاع بملكه على الوجه المعتاد.

فهذا المالك يعتبر متعسفاً في استعمال ملكه، لأنه وإن تصرف في حدود حقه الموضوعية، لكن لزم عن هذا التصرف اضرار بيّنة بالجار. فتصرفه في الأصل مشروع لأنه يستند إلى ما يمنحه حق ملكيته من سلطات:

ومآتى التعسف هو ما آل إليه تصرفه من أضرار فاحشة بغيره.

١ - نظرية التعسف في استعمال الحق - للدكتور فتحي الدريني ص/٤٧ مؤسسة الرسالة - بيروت الطبعة الثانية ١٤٠١هـ ١٩٨١م.

- اما إذا أقام مالك بناء على أرض غيره، أو زرع أرض غيره اعتبر غاصباً أو معتدياً. لأن فعله هذا غير مشروع أصلاً، ولا يستند إلى حق ولو كان فيه نفع لغيره.

٢ - من أوصى بما زاد على الثلث يعتبر مجاوزاً حدود حقه الذي منحه إياه الشرع (وهو التصرف في حدود الثلث) ففعله غير مشروع في الأصل.

لأنه لا يستند إلى حق، والتعسف فرع وجود الحق، فهو إذن متعد لا متعسف.

- أما إذا أوصى بالثلث أو بما دونه وقصد بذلك الإضرار بالورثة، وقامت الأدلة على هذا القصد اعتبر متعسفاً لأن الأصل في الفعل أنه مشروع لاستناده إلى حق ثابت له في الشرع.

ثانياً - التفرقة من حيث الجزاء

مجاورة الحق: اعتداء وظلم ويترتب عليه جزاءان دنيوي وأخروي .

الجزاء الدنيوي :

- يكون بإزالة آثار التعدي عيناً إن أمكن.

- أو تعويض المضرور عما لحقه من ضرر.

أو كليهما معاً حسب الأحوال وقطع سبب الضرر حتى لا يستمر وقوعه مستقبلاً.

أما الجزاء الأخروي:

وهو الإثم والعقاب، وقد يكون الجزاء أخروياً فقط إذا وقع الاعتداء خطأ دون قصد.

أما جزاء التعسف - فقد يكون في التصرفات القولية أو الفعلية، فإذا كان في التصرفات القولية - كأن يهب أمواله سوريا قرب نهاية الحول لإسقاط الزكاة مثلاً فيترتب على ذلك جزاءان:

دنيوي - بإبطال التصرف

وأخروي - وهو الإثم

أما التصرفات الفعلية: إذا كان هدفها قصد الإضرار، ووقع الضرر فعلاً - أزيل الضرر بالتعويض، لأن الواقع لا يرتفع، ويمنع استمراره في المستقبل بقطع سببه.

ملاحظة:

يذهب بعض الأصوليين كالامام الشاطبي «في الموافقات»^(١)، إلى ان التعسف في استعمال الحق من باب «التعدي بطريق التسبب» ومعنى ذلك: أن التكيف الفقهي للتعسف معناه التعدي.

وعناصر التعدي عند الامام الشاطبي على ما يلي:

أولاً : مظنة قصد الإضرار التي يستفاد من القرائن .

ثانيا : تمحص قصد الاضرار بالفعل، وهو يعتبر تعدياً .

ثالثاً : الإهمال للمعنى الاجتماعي الذي أمر به الاسلام في قوله تعالى ﴿وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان﴾^(٢)

والخلاصة مما سبق:

ان الامام الشاطبي رحمه الله تعالى يكتف التعسف على أنه : تعد بطريق التسبب وهو ضباط موضوعي يعتمد على أمور مادية خارجية من كون الفعل غير مشروع، ولا يستند إلى حق أصلاً وبذلك يتفق مع القائلين بأن نظرية التعسف مبناها "الخطأ التقصيري" أي التي تتولد من الرخصة^(٣)، في النظرية التقليدية للمسئولية المدنية.

الرأي الراجح:

وما يبدو لي رجحانه في هذا المقام أن التكيف الفقهي للتعسف عند جمهور الفقهاء غير الشاطبي افضل واحسن، حيث ظهرت عندهم بوضوح التفرقة بين ما هو تعسف وما هو مجاوزة الحق (التعدي) والله أعلم بالصواب.

١ - الموافقات - للامام - الشاطبي ج٢/٣٤٨ وما بعدها، أنظر: نظرية التعسف في استعمال الحق د/ فتحي الدريني ص/٥٥ .

٢ - سورة المائدة الآية / ٢ .

٣ - فالرخصة كما سبق: في النظرية التقليدية عند أهل القانون في المسئولية المدنية هي: حرّية القيام بما لا يحرمه القانون - كحرية السير في الطريق وحرية الاتجار - أ. هـ.

المبحث الثاني

طرق التعويض من الضرر والعوامل المؤثرة فيه، وأثر انتفاء المسؤولية، وفيه ثلاثة مطالب:

١ - طرق تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية.

٢ - العوامل المؤثرة في تقدير التعويض.

٣ - سقوط المسؤولية أو انتفاؤها.

المطلب الأول

طرق تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية

قبل الكلام عن هذا المطلب أرى أنه من المناسب في هذا المقام بيان معنى التعويض والمستحق له فأقول وبالله التوفيق.

أولاً: تعريف التعويض:

أصل التعويض لغةً: العوض وهو البديل^(١)، تقول: عوضته تعويضاً إذا أعطيته بدل ما ذهب منه.

وتعوض منه واعتاض: أي أخذ العوض، وعوّضني: أي اعطاني البديل والقصد من التعويض: تغطية الضرر الواقع بالتعدي أو الخطأ.

والمبدأ المقرر في المسؤولية المدنية هو عدم مقابلة الاتلاف بمثله، إذ "لا ضرر ولا ضرار في

١ - لسان العرب - لابن منظور الأفريقي - ج٧/١٩٢ نشر دار صادر وتاج العروس من جواهر القاموس - للسيد محمد مرتضى الحسيني الزبيدي ج ١٨/٤٤٩ (مادة: عوض) مطبعة حكومة الكويت - طبعة ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م والمصباح المنير - للشيخ أحمد بن علي المقرئ الفيومي - ص ٥٩٩ / المطبعة الأميرية - بالقاهرة. ومختار الصحاح - للامام محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي ص ٢٥٩ / مطبعة عيسى البابي الحلبي - بصرى .

الاسلام^(١) كما هو نص الحديث.

والمقصود من منع الضرر هو نفي فكرة الثأر التي كانت سائدة في الجاهلية، إذ لا فائدة منها. بل في ذلك خطر وحمق ومفسدة محضة، وهو اتساع دائرة الأضرار الواقعة نتيجة انتشار فكرة المقابلة بالمثل، و "الضرر لا يزال بالضرر".

ونصت إليه (المادة ٢٥) من القواعد الفقهية "الضرر لا يزال بمثله"^(٢) أما التعويض أو التضمين ففيه نفع بجبر الفاقد. وعلى هذا فليس للمتضرر أن يتلف مال غيره كما أُلّف ماله، وإنما له القيمة أو المثل.

ونصت المادة (٩٢١) من مجلة الأحكام العدلية على ما يأتي:

"ليس للمظلوم أن يظلم غيره لأنه ظلم"^(٣) مثلاً: لو أُلّف زيد مال عمرو مقابلة لأنه أُلّف ماله كان كل منهما ضامناً.

ثانياً: من يستحق التعويض^(٤)

ومن البدهي أن حق التعويض في دعوى المسؤولية إنما هو للمضرور، فغير المضرور ليس له حق في التعويض، ويقوم مقامه نائبه. ثم إن المضرور تارة يكون قاصراً، وتارة يكون محجوراً عليه أو وقفاً (شخصيه اعتبارية) أو رشيداً.

ونائب المضرور: فإذا كان المضرور قاصراً يكون حق المطالبة بالتعويض لوليّه أو وصيه.

وإذا كان المضرور محجوراً عليه - فالقيم يقوم مقامه، وإذا كان وقفاً (يعنى شخصية اعتبارية) فناظر الوقف، وإذا كان رشيداً، فنائبه هو الوكيل.

١ - سبق تخريجه في الفصل الأول .

٢ - شرح المجلة - للشيخ محمد خالد الاتاسي - المادة ٢٥ - ج١/٦٢ مكتبة اسلامية - الكويت - باكستان.

٣ - شرح المجلة - للاتاسي - ج٣/٤٦٣ مكتبة إسلامية - ميران ماركيث - الكويت - باكستان.

٤ - الوسيط في شرح القانون المدني - للدكتور - عبد الرزاق احمد السنهوري ج١/٩١٨ دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان.

اما بالنسبة لخلف المضرور - وهم الوارث والدائن، والمحال له فإنه يجب التمييز بين التعويض عن الضرر المادي والتعويض عن الضرر الأدبي.

فإن كان التعويض عن ضرر مادي - (يعنى تلف مال أو إصابة في الجسم اعجزت عن العمل) فإن الحق في التعويض إذا ثبت للمضرور فإنه ينتقل منه إلى خلفه، فيستطيع وارث المضرور أن يطالب بالتعويض الذي كان لمورثه الحق في المطالبة به لو كان حيا.

ويستطيع أيضاً دائن المضرور أن يطالب بهذا التعويض باسم مدينة عن طريق الدعوى غير المباشر. وكذلك يستطيع المضرور أن يحول حقه في التعويض إلى شخص فينتقل هذا الحق إلى المحال له.

اما إذا كان التعويض عن ضرر أدبي أو المعنوي: فإنه لا ينتقل إلى خلف المضرور إلا إذا كان هناك إتفاق بين المضرور والمسئول - اعني المدعى عليه - أمام القاضي المختص.

وإذا تعدد المضرورون، بمعنى اصابه كل منهم بضرر مستقل عن الضرر الذي أصاب الآخر - مثل حريق حصل بخطأ شخص، واحتترقت بسببه منازل عدة، ففي مثل هذه الحال من حق صاحب كل منزل أن يطالب بالتعويض نتيجة لما لحقه من ضرر. والمدعى عليه في هذه الحال فإنه يصبح مسئولا عن تعويض كل هؤلاء عما لحقهم من أضرار.

طرق التعويض عن الضرر:

علمنا مما سبق أنه متى توافرت شروط استحقاق التعويض - اعنى من توافر أركان المسؤولية الثلاثة : الخطأ - والضرر - وعلاقة السببية بينهما - وجب على القاضي ان يحكم بالتعويض المناسب.

والتعويض اما أن يكون عيناً، وإما أن يكون بمقابل نقدي وهو الغالب لذا فإننى أجعل الكلام عن هذا المطلب في فرعين هما:

الفرع الأول : التعويض العيني

الفرع الثاني: التعويض النقدي.

الفرع الأول

التعويض العيني

التعويض العيني: يراد به اصلاح الضرر إصلاحاً تاماً بإعادة المتضرر (طالب التعويض) إلى نفس الوضع الذي كان عليه قبل الإصابة أو الحادث^(١)، وبعبارة أخرى: فإن التعويض العيني: هو الذي يمكن أن يحقق للمضرور ترضية من جنس ما أصابه من ضرر .

يوضح ذلك ما قاله الاستاذ السنهاوري في كتابه "الوسيط" "من أن التعويض العيني هو الوفاء بالالتزام عيناً، ويقع هذا كثيراً في الالتزامات العقدية، اما في المسؤولية التقصيرية فيمكن كذلك لأن المدعى عليه في المسؤولية التقصيرية قد أدخل بالتزامه القانوني من عدم الاضرار بالغير دون حق".^(٢)

كما إذا بنى شخص حائطاً في ملكه ليسد على جاره الضوء والهواء تعسفاً منه، ففي هذه الحالة يكون الباني مسئولاً مسئولية تقصيرية نحو الجار بتعويض ما أحدثه من الضرر، ويجوز هنا أن يكون عيناً بهدم الحائط على حساب الباني.

فللمضرور الحق في التعويض العيني كلما كان ذلك ممكناً، وإلا فلا يبقى له إلا التعويض النقدي.

يضاف إلى ما تقدم أن القانون المدني العراقي أشار إلى بعض التطبيقات للتعويض العيني في نطاق التعسف في استعمال الحق سواء أكان الضرر المتولد مادياً أم معنوياً^(٣)، حيث جاء في المادة (٤١) ما يخص التعويض العيني في الضرر المعنوي حين ذكرت: "لكل من نازعه الغير في استعمال لقبه بلا مبرر ولكل من انتحل الغير لقبه أن يطلب وقف هذا التعرض".

لذلك إذا لم يتوقف المدعى عليه - من استعمال لقب المدعى، وترتب الضرر، بأن نقصت سمعة المدعى، من هنا له حق طلب التعويض عن ما لحقه من ضرر.

١ - موجز أصول الالتزامات د/ سليمان مرقس ص / ٦٧٢ مطبعة لجنة البيان العربي القاهرة.
٢ - الوسيط في شرح القانون المدني - للدكتور : عبد الرزاق احمد السنهاوري ج١/ ٩٦٦ دار النشر للجامعات المصرية - القاهرة.
٣ - النظريات العامة للالتزامات - للدكتور منذر الفضل - ج١/ ٤٢٧ دار الثقافة للنشر والتوزيع.

الفرع الثاني

التعويض بمقابل نقدي

يقصد بالتعويض النقدي التعويض ببديل او مبلغ من النقد يحكم له به كي يوفر من المزايا أو الترضيات ما يعوض المضرور عن الاضرار التي اصابته بفعل المدعى عليه وهو الاصل في تقدير التعويض عن العمل غير المشروع^(١)، لأن للنقود وظيفة إصلاح الضرر الناتج عن الفعل الضار مهما كان نوع الضرر جسدياً أم مالياً أم معنوياً.^(٢)

هذا بالإضافة إلى أن الحكم الصادر بهذا التعويض يسهل تنفيذه، والقاضي هو الذي يتولى تقدير مبلغ التعويض الذي يحكم به إذا لم يكن هذا المبلغ مقدراً في العقد أو بنص القانون.

وإذا كان الأصل في التعويض النقدي أن يكون دفعةً واحدةً يدفع إلى المتضرر إلا أنه ليس هناك ما يمنع من أن يكون التعويض النقدي مبلغاً مقسماً، أو على شكل إيراد مرتب مدى حياة المتضرر.^(٣)

وإلى هذا ذهبته المادة (٢٠٩) من القانون المدني العراقي بالقول: "ويصح أن يكون التعويض أقساطاً أو إيراداً مرتباً ويجوز في هذه الحالة الزام المدين بأن يقدم تأميناً".

وعلى هذا النوع نصت المادة ١/١٧٨ من القانون المدني المصري، والمادة ١٣٢ من القانون المدني الجزائري وكذلك المادة ١/١٢٩ من القانون المدني الاردني.

خلاصة:

مما سبق علمنا أن التعويض عبارة عن وسيلة لإزالة الضرر أو التخفيف منه فهو في الحقيقة وسيلة لجبر الضرر الذي وقع، في تقدير التعويض.

١ - النظرية العامة للالتزامات - د/ احمد حشمت ابو ستيت ص/٤٥٩ .

٢ - الوسيط - للسنيهوري ج١/١٠٩٣ فقره ٤٥٩ .

٣ - النظرية العامة للالتزامات - للدكتور / احمد حشمت أبي ستيت ج٢/٤٥٨ فقره ٤٨٧ دار الفكر العربي.

المطلب الثاني

العوامل المؤثرة في تقدير التعويض

فيما سبق أن التعويض عبارة عن جبرالضرر الذي اصاب المضرور، ولكن لا بد أن يكون التعويض عن الضرر كاملاً وعادلاً لذلك لا يجوز إهمال الظروف أو العوامل التي لها تأثير في تقدير التعويض عن الضرر، وهذه العوامل استقرت عليها التشريعات الوضعية، وطبقتها المحاكم، فهناك عوامل خاصة بالمسئول عن الفعل الضار تؤثر على مبلغ التعويض المحكوم به، وهناك عوامل خاصة بالمتضرر لا يصح إهمالها .

فقد نصت المادة ١٧٠ من القانون المدني المصري الجديد على ما يأتي:

"يقدر القاضى مدى التعويض عن الضرر الذى لحق المضرور طبقاً لأحكام المادتين (٢٢١ و ٢٢٢)" مراعيًا في ذلك الظروف الملائسة، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يعيّن مدى التعويض تعييناً نهائياً، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة باعادة النظر في التقدير".

فيرشد هذا النص القانونى إلى أن القاضى يراعى في تقدير التعويض "الظروف الملائسة" ويقصد بالظروف الملائسة هنا الظروف التى تلابس المضرور.

لذلك أحاول أن أشير هنا بصورة موجزة إلى هذه العوامل وذلك على النحو التالى:

الفرع الأول

أولاً: العوامل الخاصة بالمتضرر وأثرها على مبلغ التعويض.^(١)

تقضى قواعد العدالة عند تقدير التعويض عن الضرر في نطاق المسئولية التقصيرية أن يراعى القاضى ثلاثة حالات بالنسبة للمضرور (المدعى) وهى كالاتى:

١ - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - للدكتور / السنهوري ج١/ ٩٧١ - الفقرة ٦٤٨ - دار النشر للجامعات المصرية القاهرة. النظرية العامة للالتزامات - للدكتور منذر الفضل - ج١/ ٤٣٦ الطبعة الثالثة ١٩٩٥م - مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان الاردن.

أ - الحالة الصحية للمضرور

ب - حالة المضرور الاقتصادية

ج - خطأ المضرور

أ - الحالة الصحية للمضرور^(١)

ويقصد من ذلك أن تكون محلاً للاعتبار حالة المضرور الجسمية والصحية، قبل وقوع الفعل الضار حيث تبدو أهمية ذلك بصورة خاصة لدى تقدير التعويض، ولا فرق بين أن يكون تقدير التعويض عن الضرر المادى أو الضرر المعنوى.

وبعض الشراح يسمى هذه الحالة (حالة المضرور السابقة على الحادث).

والمثال على ذلك:

أن من كان عنده مرض عصبى، فإن الانزعاج الذى يتولاه من حادث يكون ضرره أشد بكثير مما يصيب شخصاً سليم الأعصاب.

- ومن كان مريضاً "بالسكر" ويصاب بجرح، كانت خطورة هذا الجرح أشد بكثير من خطوره الجرح الذى يصيب السليم.

- وكذلك الشخص الذى فقد العين الأخرى وصار مكفوف البصر أشد بكثير من الضرر الذى يصيب من كان سليم العينين فيفقد عيناً واحدة.

- فالمريض بمرض القلب قد تؤدى حادثة بسيطة إلى إصابته بنوبة قلبية لم تكن بنفس النتيجة لو كان الشخص سليماً معافى . ولذلك لكى يكون التقدير القضائى للتعويض عادلاً يلزم أن يدرس القاضى الوضع الصحى للمتضرر قبل وقوع الفعل الضار ويعدده حسب الميعار الذاتى، ويمكن الوقوف على عوامل متعددة تساعد القاضى في ذلك مثل - العمر والعضو المصاب ونوع الإصابة وغيرها .

١ - الوسيط في شرح القانون المدنى الجديد - للدكتور السنهوري ج١/٩٧١ - الفقرة ٦٤٨ ، دار النشر للجامعات المصرية - ١٩٥٢م - القاهرة.

ب - حالة المضرور الاقتصادية^(١)

وليس المقصود من هذه الحالة أن المضرور إذا كان غنياً كان أقل حاجة إلى التعويض من الفقير، فالضرر واحد أصاب غنياً أو فقيراً.

ولكن القصد من هذه الحالة هو اختلاف الكسب الذي يفوت المضرور من جراء الإصابة التي لحقت، فمن كان كسبه أكبر كان الضرر الذي يلحق به أشد.^(٢)

مثلاً: حالة المضرور المهنية - فالحريق الذي يصيب بناء اتخذ تاجر يمارس مهنته فيه أشد ضرراً مما يصيب شخصاً اتخذ هذا البناء مسكناً له.

وكذلك الضرر المادي أو المعنوي لأستاذ الجامعة أكبر من الضرر الذي يلحق شخصاً أمياً جاهلاً يرعى الأبل والغنم، والقاضي غير حفار القبور، وأبرز مثال في هذه الحالة: هو من يعول زوجة وأطفالاً يكون ضرره أشد من ضرر الأعزب الذي لا يعول إلا نفسه.

ويرشد ما تقدم إلى أن الوضع المالي والمركز الاجتماعي للمتضرر يعتبران من الظروف الخاصة التي يلزم عدم اغفالها من القضاء عند تقدير التعويض عن الضرر.

ج - خطأ المضرور (أو المصاب) :

ومن قواعد العدالة أيضاً الوقوف على خطأ المضرور إذا إشتراك مع خطأ الفاعل - يعني قد يكون الخطأ من الطرفين (المضرور - والفاعل) وهذا ما يطلق عليه (الخطأ المشترك)^(٣)، وقد يكون خطأ المصاب أكثر من خطأ الفاعل وبالعكس أي بأن تكون خطأ الفاعل أعظم من خطأ المضرور لذلك: يجب على القاضي أن يعين نسبة الخطأ لكل واحد منه، وهذا مما يؤثر على تقدير مبلغ التعويض المحكوم به.

ويرشد إلى ذلك ما ذهب إليه القضاء العراقي حيث قرر: "أن إشتراك المدعى عليه في ارتكاب

١ - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - للدكتور السنيهوري ج١/٩٧٢ - دار النشر للجامعات المصرية بالقاهرة.

٢ - الوسيط - للسنيهوري ج١/٩٧٢ - دار النشر للجامعات المصرية - بالقاهرة النظرية العامة للالتزامات - للدكتور منذر الفضل - ج١/٤٤٢ مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع.

٣ - النظريات العامة للالتزامات - د/ منذر الفضل ج١/٤٢٨ مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان - الأردن.

الخطأ الذي تسبب عنه الإضرار بالمدعى يوجب مساعلة المدعى عليه عن التعويض بما يتناسب مع مدى مساهمته في هذا الخطأ".

ولهذا فإن قواعد العدالة كما تقدم توجب الوقوف على خطأ المتضرر كظرف خاص بالمضرور لتقليل مبلغ التعويض أو نفي المسؤولية عن الفاعل.

الفرع الثاني

العوامل الخاصة بالفاعل وأثرها على مبلغ التعويض

الأصل أنه لا ينظر إلى جسامة الخطأ الذي صدر من المسئول عند تقدير التعويض، وإذا تحققت المسؤولية، قدّر التعويض بقدر جسامة الضرر لا بقدر جسامة الخطأ، وعلى هذا فإن الظروف الشخصية التي تحيط بالمسئول لا تدخل في الحساب عند تقدير التعويض.^(١)

ومع وجود هذا الأصل وهو تقدير التعويض بقدر جسامة الضرر لا بقدر جسامة الخطأ المسئول إلا أن القوانين المدنية جاءت على خلاف ذلك ومن ذلك: ما جاء في المادة ٢٣٧ من المشروع التمهيدي من القانون المدني المصري من أن "تقرير مدى التعويض عن الذي - أصاب - المصاب، إنما يكون مع مراعاة الظروف وجسامة الخطأ المسئول على ما نطقت به المادتان ٢٢٩ و ٢٣٠" إذن جسامة الخطأ تدخل في عموم عبارة "الظروف الملازمة".

وجاء أيضاً في المادة ٢٦٥ من القانون المدني الأردني ما يشير إلى فكرة جسامة خطأ المسئول في حالة تعدد المسئولتين^(٢) عن الفعل الضار، ورجوع من قام بدفع التعويض بأكمله على بقية المسئولتين بنصيب يحدده القاضي تبعاً لجسامة خطأ كل منهم فإن استحالة عليه ذلك قسم التعويض بالتساوي.

وكذلك لم يهمل القضاء حالة المسئول المالية عند الحكم بالتعويض فهناك من يرى مراعاة الظروف الشخصية للمسئول، ولا سيما ظروفه المالية، كأن يكون غنياً أو فقيراً عند تقدير التعويض وهذا ما جاء في القانون المدني العراقي (المادة ١٩١) الذي أشار صراحة إلى أخذ مركز الخصوم بنظر الاعتبار - العامل الخاص بالمسئول عند تقدير التعويض.

١ - الوسيط في شرح القانون المدني - للدكتور السنهاوي ج١/٩٧٣ والنظرية العامة للالتزامات - د/ منذر الفضل ج١/٤٣٣ مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع - الأردن.

٢ - المسؤولية الجنائية والمدنية.

وإذا أنهيت حتى هذه اللحظة قد تكلمت عن العوامل المؤثرة في تقدير التعويض بالنسبة لكل من الفاعل والمضرور فإن هناك عوامل أخرى لا تقل أهمية عن هذه العوامل منها ما يلي:

١ - التضخم الاقتصادي وارتفاع الأسعار وانخفاض القوة الشرائية للنقود حيث يلزم أخذها في الاعتبار عند الحكم بالتعويض، إذ أن المتضرر الذي يستحق التعويض يوم وقوع الضرر بمائة ألف روبية (١٠٠ ألف) مثلاً ولكن تأخر صدور الحكم الى في سنوات قادمة.

فإنه لا يمكن أن يكون مبلغ التعويض عادلاً عن صدور الحكم لاختلاف القوة الشرائية للنقود قلة وكثرة، ولذلك فإن طول حسم الدعوى والفترة التي تستغرقها الدعوى من تأخر في فض النزاع مما يلزم أخذه في الاعتبار عند تقدير التعويض وصولاً للعدالة فيه. وهذا ما يرشد إليه نص: في المادة (٤٣٤) من القانون المدني العراقي الجديد الذي أوجب على المحكمة مراعاة الظروف الاقتصادية والأسعار وصولاً للتعويض العادل.^(١)

٢ - الحالة العلمية او التحصيل العلمي للمضرور، مثلاً: فحامل شهادة الدكتوراه في الطب او في القانون أو في الهندسة يلزم أن يكون تعويضه أكبر من الحاصل على الشهادة الابتدائية.

١ - النظرية العامة للالتزامات للدكتور/ منذر الفضل ج١/٤٤٥ مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان - الاردن.

المطلب الثالث

بعض حالات انتفاء المسؤولية

المقصود بانتفاء المسؤولية هنا، لا يعنى انتفاء المسؤولية العقدية أو الجنائية، بل المراد هو انتفاء المسؤولية التقصيرية، وهذا لا يكون إلا حالات معينة منها ما يلي:

أ - خطأ الشخص الأجنبي

ب - الخطأ من المدعى نفسه (المضرور)

ج - القوة القاهرة أو الآفة السماوية.

وقد سبق تفصيل القول فيها عند الكلام عن الركن الثالث من أركان المسؤولية التقصيرية وهو علاقة السببية بين الضرر والخطأ وفى هذا المقام أشير إلى بعض الأمثلة الموضحة لتلك الحالات الثلاثة وذلك على مايلي:

أ. الخطأ من الشخص الأجنبي (أو الثالث):

ويقصد به الفعل الذى وقع من رجل ثالث غير المدعى (المضرور) والمدعى عليه (فاعل الضرر)، كأن يفتح شخص رأس وعاء فيه شئ جامد ثم يأتى آخر، فيقرب ناراً من هذا الجامد، الأمر الذى ترتب عليه تحول الجامد إلى سائل فانساب إلى الأرض فالضمان هنا على مقرب النار، لأن قيامه بتقريب النار كان سبباً في التضيق والاتلاف.^(١)

وكذلك من تعثر بحجر فسقط في بئر حفرها رجل، فالضمان على واضع الحجر، فلو لم يضعه أحد فعلى الحافر.

وكذلك لو زلقت رجل شخص بماء صبه رجل آخر، فوقع الأول في البئر فالضمان هنا على الصاب، ولو كان الماء ماء مطر فعلى الحافر.^(٢)

١ - فتح العزيز شرح الوجيز بهامش المجموع - للشيخ العلامة عبد الكريم الرافعي - المتوفي ٦٢٣هـ. طبع على نفقة علماء الأزهر.

٢ - حاشية ابن عابدين - رد المحتار على الدر المختار - ج٥/٢٧٨ دار إحياء التراث العربي .

فكل هذه الأمثلة تدخل تحت القاعدة الفقهية القائلة "إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر".^(١)، والمباشر - هو الذى حصل التلف مثلاً بفعله بلا واسطة^(٢)، فكان هو صاحب العلة التى يضاف إليها التلف. والمتسبب - هو لم يحصل التلف لا فعله مباشرة بل بواسطة هى العلة لحصول المعلوم.

ب: الخطأ من المدعى نفسه (المضروب):

ويقصد بذلك أن يقع الخطأ من المدعى عليه، ولكن فى الوقت نفسه فالمضروب هو الذى الجق الضرر بنفسه نتيجة لخطئة فخطأ المضروب له أثر فى انتفاء مسئولية المدعى عليه أو تقليل مبلغ التعويض، لأنه إذا تحقق وثبت أن هذا الضرر قد حصل بخطأ المضروب نفسه فتنفى مسئولية المدعى عليه فى هذه الحال و يشترط فى هذه الحال أن يكون الخطأ الذى وقع من المضروب، خطأ له شأن ومدخل فى إحداث الضرر.^(٣)

لأن مجرد الفعل الذى يصدر من المضروب بلا خطأ منه لا يصح ولا يترتب عليه محو أو تخفيف مسئولية المدعى عليه. ويقاس الخطأ هنا بمعياره المعروف - على ما تقدم - وهو: إنحراف المضروب فى سلوكه عن المألوف من سلوك الرجل المعتاد.

وأوضح ما تقدم بمثال وهو: إذا حَفَرَ رجل بئراً فى الطريق العام، فأتى آخر، فألقى نفسه فيها متمعداً، لا يضمن الحافر، وإن لم يوقع فيها نفسه فسقط خطأ وسلم من السقوط ولكنه مات جوعاً فى داخل البئر - لا يضمن الحافر فى قول أبى حنيفة - وقال محمد: يضمن الحافر فى الوجوه السابقة كلها، لأن الموت حصل بسبب الوقوع فى البئر.^(٤)

ج. القوة القاهرة أو الآفة السماوية:

وإذا كانت القوة القاهرة أو الحادث الفجائى (الآفة السماوية) هى السبب الوحيد فى وقوع الضرر

١ - شرح المجلة - للتفتازانى - المادة / ٩٠ - ص / ٢٤٩ .

٢ - معجم لغة الفقهاء - للاستاذين : د/ محمد رواس، ود. حامد صادق ص / ٣٩٩ منشورات إدارة القرآن والعلوم الإسلامية - كراتشي باكستان.

٣ - الوسيط - للسهرورى ج ١ / ٨٨١ . طبعة ١٩٥٢م . دار النشر للجامعات المصرية - القاهرة.

٤ - مجمع الضمانات - لأبى محمد بن غانم البغدادي ص/ ١٨٠ - بالمطبعة الخيرية - ١٣٠٨هـ بمصر.

انعدمت علاقة السببية ولا تتحقق المسؤولية على المدعى عليه.

مثال ذلك:

أن يضع رجل جمرة على الطريق، فهبت بها الريح وأزالتها عن مكانها، فاحترقت شيئاً، لا يضمن الواضع، وكذا لو وضع رجل حجراً في الطريق فجاء السيل ودحرجه، فكسر شيئاً، لا يضمن الواضع لأن جنائيته زالت بالماء والريح.^(١)

وهناك موانع أخرى لنفى المسؤولية عند الفقهاء لم يذكرها أهل القانون في هذه الحال وهذه الموانع هي: إذن صاحب الحق، وإذن ولي الأمر.

ومن الأمثلة الفقهية في ذلك على أن إذن صاحب الحق يمنع الضمان، ما ذكره الفقهاء - من أن من حفر بئراً في ملك غيره بإذنه، فلا ضمان عليه - لأنه غير متعد بحفرها.^(٢)

وكذلك لو قال شخص لآخر: "أحرق ثوبى أو القه في البحر، فلا ضمان على المخرق ولا على الملقى".^(٣)

سقوط المسؤولية عند أهل القانون:

يتفق بنصوص المادة ٢٦١ من القانون المدنى الاردنى، مع ما نصت عليه المادة ١٦٥ من القانون المدنى المصرى، والمادة ١٦٦ من القانون السورى على أنه: "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ بسبب أجنبى لا يد له فيه، كافة سماوية أو حادث فجائى أو قوة قاهرة، أو فعل الغير أو فعل المتضرر كان غير ملزم بالضمان في مثل هذه الأحوال مالم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك".^(٤)

ويلاحظ ان كلا من الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي تتقارب الأمثلة منها في الجملة في هذا المجال،

١ - نفس المرجع السابق - ص / ١٤٩ .

٢ - المغنى لابن قدامة - ج ٩ / ٦٦٥ طبعة المنار .

٣ - حاشية الدسوقي على شرح الكبير ج ٤ / ٢٤٠ ط - المطبعة الأزهرية.

٤ - الفصل الضار والضمان فيه - للأستاذ مصطفى احمد الزرقاء - ص / ٩٦ دار القلم - دمشق.

ونخلص من كل ما تقدم بما يلي:

الى أن المسؤولية التقصيرية في القانون هي نظرية شخصية ترتبط بأهلية الفاعل وإرادته وحينئذ يتوسع المجال للنظر في حالات يقع فيها الفعل لكن تنتفى فيها الإرادة كما في حالات القوة القاهرة والسبب الأجنبي ومن ثم تنتفى المسؤولية.

اما في الفقه الاسلامي فإن نظرية الضرر والضمان تراعى من الناحية المادية (لا الشخصية)، فترتبط هذه المسؤولية التقصيرية - بمصدر الضرر من مباشر أو متسبب دون نظر شخصية الفاعل أو أهليته وإدراكه - فعديم التمييز مسئول بالضمان أصالة عما يلحقه بغيره من ضرر مباشرة أو تسبباً.^(١)

هذا ما يسره الله تعالى في هذا المقام وهو سبحانه وتعالى اعلم بالصواب وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم .
تم هذا البحث بعون الله.

١ - نظرية الضمان في الفقه الاسلامي - للدكتور وهبة الزحيلي ص / ٢٠ - ٢١.

الغاية

وبعد هذا التطواف الطويل في جوانب مختلفة من الموضوع المطروح للبحث اقدم أهم النتائج التى وفقنى الله تعالى للوصول إليها، وتتلخص تلك النتائج فيما يلي: -

١ - أن الضمان هو "شغل الذمة بحق أو بتعويض عن ضرر" فهو تعريف اشتمل على جميع أنواع الضمان مثل: ضمان الديات والأروش وهو من الزام الشارع، كما يشمل ضمان الالتزام وهو العقود، وضمان العدوان - كالغصب والاتلافات.

٢ - أنه لا توجد علاقة وثيقة بين الفعل الضار ونظرية تحمل التبعة .

٣ - أن التطور التاريخى للفعل الضار في الشريعة الإسلامية مختلف عن التطور فى القانون الوضعي.

٤ - أن نشأة القانون كانت مع الأسرة والقبيلة، ثم تطور مع الجماعة ثم مع الدولة وتختلف باختلاف الدول.

٥ - أن الشريعة الإسلامية لم تتطور بمثل التطور السابق لأنها نزلت من عند الله شاملة كاملة صالحة للإنسانية، ولا تختلف باختلاف الدول.

٦ - مفهوم الخطأ عند أهل القانون ينحصر بمعنى "التعدى" أما فى الفقه الاسلامى فإنه يشمل معنى النسيان والغلط والاعتداء.

٧ - أن الركن الثانى من المسؤولية التقصيرية وهو الضرر - لا يعتد به إلا إذا جعل مركز صاحب الحق اسوأ مما كان قبل ذلك، وإلا فلا فائدة فى دعوى المسؤولية تجاه فاعل الضرر.

٨ - وأنه لا يكفى أن يكون هناك خطأ وضرر فقط في المسؤولية التقصيرية، بل يجب مع هذا أن يكون الخطأ هو الذى سبب ذلك الضرر، أنه لا بد من رابطة السببية بينهما.

٩ - أن تعريف المال في الجملة "ما كان له قيمة شرعاً، وجاز الانتفاع به فى حال الاختيار".

١٠ - وأنه يجوز التعويض عن الضرر المعنوى.

١١ - وأن نظرية التعسف في استعمال الحق، هي نظرية نبتت من قديم في الشريعة الإسلامية قبل أن تنطق بها السنة أهل القانون الوضعي الحديثة.

١٢ - وأن مبدأ التعويض هو في الحقيقة وسيلة لجبر الضرر الذي وقع، ولا بد أن يراعى القاضي عند تقدير التعويض ظروف الملابس بكل من فاعل الضرر والمضرور، حتى يكون الحكم عادلاً ومناسباً.

١٣ - فليست مطلقاً على إيجاب المسؤولية على المدعى عليه (فاعل الضرر) بل هناك أمور إذا تحققت تنتفي مسؤولية المدعى عليه بتعويض الضرر الذي حدث من ذلك :

أ - خطأ الشخص الأجنبي.

ب - الخطأ من المدعى نفسه (المضرور).

ج - القوة القاهرة أو الآفة السماوية.

وهذا بلا خلاف بين أهل الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

وختاماً أسأل الله تعالى أن يكتب عملنا هذا في الصالحات، وأن يغفر لنا بفضل ما سبق إليه القول أو القلم من الزلات وهو وحده حسبنا ونعم الوكيل وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

المراجع والمصادر

✓ أولاً: القرآن الكريم وعلومه:

أ. المصحف الشريف

ب - كتب التفسير

✓ * تفسير القرآن العظيم - للحافظ عماد الدين أبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير - الدمشقي - المتوفي سنة ٧٧٤هـ . دار الفكر - بيروت.

✓ * احكام القرآن - للعلامة أبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص الحنفى - المتوفي سنة ٣٧٠هـ . دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع - بيروت - لبنان.

✓ * الجامع لأحكام القرآن - للإمام محمد بن أحمد القرطبي المالكي - المتوفي ٦٧١هـ . دار الكتاب العربي للطباعة والنشر - بالقاهرة.

✓ * جامع البيان في تأويل أى القرآن - للإمام محمد بن جرير الطبرى - المتوفى ٣١٠هـ - دار المعرفة للطباعة والنشر - بيروت.

✓ * في ظلال القرآن الكريم - للشيخ سيد قطب - دار الشروق - الطبعة الحادية عشرة ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م بيروت - لبنان .

ثانياً: كتب السنة وشروحها:

✓ * الموطأ - للإمام مالك بن أنس - المتوفى ١٧٩هـ - تصحيح وترقيم محمد فؤاد عبد الباقي دار إحياء الكتب العربية - عيسى البابى الحلبي وشركاه - مصر .

✓ * صحيح البخارى للإمام محمد بن اسماعيل البخارى - المتوفى ٢٥٦هـ . دار الفكر العربي .

✓ * صحيح مسلم - للإمام مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري - النيسابوري - المتوفى ٢٦١هـ . دار إحياء الكتب العربية - عيسى البابى الحلبي وشركاه - مصر.

- * سنن الترمذى - للشيخ محمد بن عيسى بن سورة الترمذى - المتوفى سنة ٢٧٩هـ دار الدعوة - استنبول - تركيا .
- * سنن أبى داود - للشيخ سليمان بن الاشعث بن اسحاق - السجستاني، المتوفى سنة ٢٧٥هـ - المكتبة الاثرية باغوالى - باكستان - سانكله هل.
- * سنن ابن ماجه : للشيخ أبى عبد الله محمد بن يزيد القزوينى - المعروف بابن ماجه المتوفى سنة ٢٧٥هـ عيسى البابى الحلبي وشركاه - مصر الطبعة - ١٢٧٢هـ - ١٩٥٢م.
- * السنن الكبرى - للحافظ أحمد بن الحسين - البيهقي - المتوفى سنة ٤٥٨هـ، المكتبة الاسلامية - بيروت - لبنان.
- * سنن الدار قطنى - للشيخ على بن عمر بن احمد الدار قطنى - المتوفى سنة ٣٨٥هـ دار الكتاب العربى بيروت.
- * فتح البارى بشرح صحيح البخارى - للشيخ أحمد بن على بن حجر العسقلانى المتوفى سنة ٨٥٢هـ دار الفكر - بيروت - لبنان.
- * صحيح مسلم بشرح النووي - للامام محي الدين أبى زكريا - يحيى بن شرف - النووي - الشافعى - المتوفى ٦٧٦هـ دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع بيروت - لبنان.
- * سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام - للشيخ محمد بن اسماعيل الصنعانى - المتوفى سنة ١١٨٢هـ مكتبة عاطف بجوار الازهر - مصر .
- * نصب الراية لأحاديث الهداية : للشيخ جمال الدين عبد الله بن يوسف الزيلعى - المتوفى سنة ٧٦٢هـ - المكتبة الإسلامية لصاحبها الحاج رياض.
- * نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار - شرح منتقى الأخبار - للشيخ محمد بن على بن محمد الشوكانى المتوفى سنة ١٢٥٥هـ دار الجيل - بيروت.
- * مجمع الزوائد ومنبع الفوائد - للحافظ نور الدين على الهيثمى - المتوفى سنة ٨٠٧هـ . دار

الكاتب العربي - بيروت - لبنان .

✓ * كنز العمال في سنن الاقوال والأفعال - للعلامة علاء الدين علي المتقي - الهندي - المتوفى ٩٧٥هـ - مؤسسة الرسالة - بيروت.

✗ * التاج الجامع للأصول في احاديث الرسول صلى الله عليه وسلم - للشيخ منصور علي ناصف - من علماء الازهر الشريف - دار إحياء التراث العربي.

✗ * رياض الصالحين من كلام سيد المرسلين - للامام النووي - المتوفى ٦٧٦هـ - دار الفكر - بيروت - لبنان.

✗ * الأربعون النووية في الاحاديث الصحيحة النبوية - للامام الحافظ - محي الدين أبي زكريا يحيى ابن شرف النووي - المتوفى ٦٧٦هـ - دار الثقة للنشر والتوزيع - لصاحبها - حسين جميل - مكة المكرمة.

ثالثاً : كتب الفقه :

أ - الفقه الحنفي :

✓ * بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع : للامام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني - الحنفي - المتوفى سنة ٥٨٧هـ طبعة إيج - إيم - سعد كمبني كراچي - باكستان.

✓ * تبين الحقائق شرح كنز الدقائق - للشيخ فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي المتوفى ٧٤٣هـ - مكتبة إمدادية - ملتان - باكستان.

✓ * حاشية رد المحتار على الدر المختار - شرح تنوير الأبصار - للشيخ محمد أمين - الشهير بابن عابدين - المتوفى ١٢٥٢هـ - المكتبة الماجدية - كويتا - باكستان.

✓ * الدر المختار شرح تنوير الأبصار على هامش رد المحتار - للشيخ إبراهيم بن احمد ابن علي الحصكفي - المتوفى سنة ١٠٨٨هـ .

✓ * شرح فتح القدير على الهداية للعاجز الفقير - الشيخ كمال الدين محمد بن عبد الواحد

السيواسى ثم السكندرى - المعروف بابن الهمام الحنفى المتوفى ٨٦١هـ - دار احياء التراث العربى - بيروت.

* المبسوط - للشيخ أبى بكر محمد بن أبى سهل السرخسى - المتوفى سنة ٤٨٣هـ دار المعرفة للطباعة والنشر - بيروت.

* مجلة الأحكام العدلية - لجنة مؤلفة من العلماء المحققين - طبعة تنوير بررسس .

ب - الفقه المالكي:

✓ * حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - للشيخ محمد أحمد بن عرفة الدسوقي - المتوفى سنة ١٢٣٠هـ - عيسى البابى الحلبي وشركاه - مصر.

* الخرشي - على مختصر سيدى خليل - لابی عبد الله محمد بن عبد الله بن على الخرشي - المالكي - المتوفى ١١٠١هـ - دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع - بيروت .

* الشرح الكبير على مختصر خليل - للشيخ احمد بن محمد بن احمد العدوى الشهير بالدردير - المتوفى سنة ١٢٠١هـ .

* جواهر الاكليل شرح مختصر خليل - للعلامة الشيخ صالح عبد السميع مطبعة عيسى البابى الحلبي وشركاه - مصر.

* حاشية العدوى على الخرشي - للشيخ على بن احمد الصعیدی - العدوى المالكي - المتوفى ١١٨٩هـ دار الفكر - بيروت - لبنان .

ج - الفقه الشافعى :

* مغنى المحتاج إلى معرفة معانى الفاظ المنهاج على متن المنهاج - للشيخ محمد الشربيني الخطيب - المتوفى ٩٧٧هـ دار إحياء التراث العربى - بيروت - لبنان .

✓ * نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج - للشيخ شمس الدين محمد بن احمد الرملى - الشهير بالشافعى الصغير - المتوفى سنة ١٠٠٤هـ المكتبة الاسلامية لصاحبها الحاج رياض الشيخ.

د - الفقه الحنبلي :

* المغنى : للشيخ أبى محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسى المتوفى سنة ٦٢٠هـ مكتبة الرياض الحديثة - المملكة العربية السعودية طبعة ١٤٠١هـ - ١٩٨١ م .

* كشف القناع عن متن الإقناع - للشيخ منصور البهوتى الحنبلى - المتوفى ١٠٥١هـ مكتبة النصر الحديثة - الرياض .

* منتهى الارادات - للشيخ تقي الدين بن محمد بن أحمد الشهير بابن النجار المتوفى سنة ٩٧٢هـ - تحقيق عبد الغنى عبد الخالق نشر عالم الكتب - بيروت - لبنان .

* الطرق الحكمية في السياسة الشرعية : للشيخ أبى عبد الله محمد بن أبى بكر - الدمشقى - الشهير بابن القيم المتوفى ٧٥١هـ - المؤسسة العربية للطباعة والنشر القاهرة - مصر - طبعة ١٣٨٠هـ - ١٩٦١م .

* اعلام الموقعين عن رب العالمين - لابن القيم - المتوفى ٧٥١هـ تحقيق وضبط عبد الرحمن الوكيل - دار الكتب الحديثة - مصر - ١٣٨٩هـ - ١٩٦٩م .

هـ - الفقه الظاهرى :

* المحلى : لأبى محمد على بن أحمد بن سعيد - الشهير بابن حزم المتوفى سنة ٤٥٦هـ - منشورات دار الافاق الجديد بيروت - تحقيق الشيخ أحمد محمد شاكر .

رابعاً: كتب أصول الفقه والقواعد الفقهية :

* الاشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية - للامام جلال الدين عبد الرحمن السيوطى - المتوفى ٩١١هـ دار الكتب العلمية - بيروت .

* الموافقات في أصول الشريعة - لابي اسحاق ابراهيم بن موسى اللخمى الغرناطى - الشاطبى المالكى - المتوفى سنة ٧٩٠هـ - دار المعرفة للطباعة والنشر - بيروت - لبنان .

* المستصفى من علم الأصول - للامام أبى حامد محمد بن محمد الغزالى المتوفى سنة ٥٠٥ هـ
دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع - بيروت .

* إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول - للشيخ محمد بن على بن محمد الشوكانى -
المتوفى سنة ١٢٥٥ هـ . مصطفى البابى الحلبي مصر.

* كشف الاسرار عن أصول فخر الاسلام البزدوى - للشيخ عبد العزيز أحمد البخارى.

* أصول الفقه - للامام محمد أبى زهرة - دار الفكر العربى - القاهرة .

* أصول الفقه - للشيخ عبد الكريم زيدان .

* نظرية الحكم ومصادر التشريع في أصول الفقه الاسلامى . للدكتور أحمد الحصرى - مكتبة
الكلية الأزهرية - القاهرة .

خامساً: الكتب الفقهية العامة والمقارنة

* كتاب الفقه على المذاهب الأربعة - للشيخ عبد الرحمن الجزيرى المتوفى سنة ١٣٦٠ هـ .

* الموسوعة الفقهية - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - الكويت الطبعة الثانية ١٤١٢ هـ -
١٩٩٢ م.

✓ * المدخل الفقهي العام - للأستاذ مصطفى أحمد الزرقاء دار الفكر - بيروت - لبنان - طبعة
١٩٦٧ م.

✓ * الفعل الضار والضمان فيه - للأستاذ مصطفى احمد الزرقاء - دار القلم - دمشق .

✓ * التشريع الجنائي مقارناً بالقانون الوضعى - للأستاذ عبد القادر عودة دار الكاتب العربى -
بيروت - لبنان .

✓ * الضمان فى الفقه الإسلامى - للأستاذ على الخفيف - نشر معهد البحوث والدراسات العربية .

✓ * نظرية الضمان في الفقه الاسلامى - للدكتور وهبة الزحيلي دار الفكر - بيروت .

- ✓ * نظرية الضمان في الفقه الاسلامي - للدكتور محمد فوزي فيض الله دار التراث - الكويت .
- ✓ * مقومات الجريمة ودوافعها - للدكتور أحمد حمد - دار القلم - الكويت .
- ✓ * الملل والنحل - لابي الفتح محمد بن أبي بكر احمد الشهرستاني المتوفى ٥٤٨هـ - مصطفى البابي الحلبي واولاده .
- ✓ * المسؤولية عن الاهمال - للأستاذ برون اختر - .
- ✓ * مجمع الضمانات - لابي محمد بن غانم بن محمد البغدادي - المطبعة الخيرية .
- ✓ * مجلة البحث العلمي والتراث الاسلامي - مقال منشور مركز البحث العلمي - دار إحياء التراث الاسلامي مكة المكرمة .
- ✕ * الضرر الادبي ومدى ضمانه في الفقه الاسلامي والقانون - دراسة مقارنة - للدكتور عبد الله مبروك النجار دار النهضة العربي - القاهرة.
- ✓ * نظرية التعسف في استعمال الحق - للدكتور - فتحى الدرينى مؤسسة الرسالة - للنشر والطبع والتوزيع - بيروت .
- ✓ * التعسف في استعمال الحقوق والغاء العقود - للدكتور حسين عامر شركة مساهمة مصرية - بالقاهرة - الطبعة الأولى ١٣٧٩هـ - ١٩٦٠ م.

سادساً : كتب المعاجم

- ✓ * لسان العرب : للعلامة : محمد بن جمال الدين بن منظور، المتوفى سنة ٧١١هـ دار صادر بيروت - لبنان .
- ✓ * القاموس المحيط : لمجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادى المتوفى سنة ٨١٧هـ مؤسسة الحلبي وشركاه - القاهرة.
- ✓ * المصباح المنير - لاحمد بن محمد المقرئ - الفيومي - المتوفى سنة ٧٧٠هـ المطبعة الأميرية - بالقاهرة.

✓ * المعجم الوسيط : للدكتور إبراهيم أنيس، وعبد الحليم منتصر، وعطيه الصوالحي ومحمد خلف الله أحمد - دار إحياء التراث الإسلامى - بيروت.

✓ * معجم المؤلفين تراجم مصنفى الكتب العربية - للاستاذ عمر رضا كحالة - المتوفى ، دار إحياء التراث العربى .

✓ * المعجم القانون - إنكليزي - عربى - لحارث سليمان الفاروقى إدارة دعوة الإسلام - كراتشى.

✓ * مختار الصحاح - للشيخ محمد بن أبى بكر بن عبد القادر الرازى - المتوفى ٦٩١هـ دار النهضة للطبع والنشر - القاهرة - مصر.

✓ * المختار من صحاح اللغة - للشيخ محمد محى الدين عبد الحميد - ومحمد عبد اللطيف السبكى إنتشارات - ناصر خسروا - إيران.

✓ * تاج العروس من جواهر القاموس - للسيد محمد مرتضى الزبيدى - مطبعة حكومة الكويت - طبعة ١٣٨٥هـ - ١٩٦٥م.

✓ * الفروق في اللغة - لأبى هلال العسكري - مكتبة إسلامية - كويتا - باكستان.

✓ * المورد - للدكتور روى البعلبكي - دار القلم للملايين - الطبعة الأولى ١٩٨٨هـ.

* كتاب التعريفات للسيد الشريف على بن محمد الجرجانى - المتوفى ٨١٦هـ طبعة: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع - بيروت . الطبعة الأولى - ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.

سابعاً: كتب القوانين:

* الوسيط في شرح القانون المدنى الجديد - للدكتور : عبد الرزاق أحمد السنهورى - دار النشر للجامعات المصرية - القاهرة .

* موجز أصول الالتزامات - للدكتور : سليمان مرقس - مطبعة لجنة البيان العربى - القاهرة - مصر.

* النظريات العامة للالتزامات - للدكتور / منذر الفضل مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان - الأردن.

* قانون العقوبات الباكستان - شوكت محمود:
Legal Research Centre ` Lahore

* النظريات العامة للالتزامات - للدكتور - احمد حشمت أبى ستيت دار الفكر العربي.

* في الالتزامات النظرية العامة - للدكتور : عبد السلام زهنى بك شركة مساهمة مصرية - القاهرة - مصر.

* الموسوعة القانونية في الشهر العقارى والتوثيق - للأستاذ زكى محمود - مكتبة الانجلو المصرية، طبعة الأولى، ١٣٧٤هـ - ١٩٥٥م.

* القانون المدنى العراقى، وزارة العدل - مطبعة الحكومة - بغداد .

* النظريات العام للالتزامات - للدكتور محمد وحيد الدين سوار - المطبعة الجديدة دمشق.

* قانون العقوبات البغدادى - للأستاذ : إشراف كامل السامرائى - منشورات مكتبة المثنى - بغداد - ١٩٦٤ .

* أصول القانون المدنى - الجزء الأول - الحقوق العينية الأصلية أحكام حق الملكية - للدكتور: حسن كيره - الناشر منشأة المعارف الاسكندرية ١٩٦٥م.

* The Law of Tots - by: Shafqat Wali khan senior advocate - Irfan Law book house - Lahore .

* Tort Law by R.W.M Dias at university press oxford - London.

* Salmond's Jurisprudence - by - John Salmond Monsoor Book house - Lahore.

* قانون العقوبات السورى - القسم العام - للدكتور : عبود السراج مطبعة جامعة دمشق - ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.

فهرس الآيات

الصفحة	رقم الآية	السورة
		سورة البقرة
٤٥	١٧٨	* ﴿ يا أيها الذين آمنو كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد﴾ الخ
١٣٣، ٦٤	١٨٨	* ﴿ ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام لتأكلوا فريقاً من أموال الناس﴾
١٥٤، ١١٠، ٣٠	١٩٤	* ﴿ فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾
٤٩	١٣١	* ﴿ وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فامسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف﴾ الخ
٥٠	٢٣٣	* ﴿ والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين﴾
٨٤، ٥٧، ٦٣	٢٨٦	* ﴿ لا يكلف الله نفساً إلا وسعها، لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت﴾ الخ.
١٠٤، ٨٥		
		سورة النساء
١٦١	٥	* ﴿ ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياماً﴾
١٦١	١٢	* ﴿ من بعد وصية يوصى بها أو دين غير مضار﴾
٤٨	٢٩	* ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل﴾ الخ
١٠٥	٩٢	* ﴿ ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة﴾ الخ
١٣٥	٩٣	* ﴿ ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزؤه جهنم خالداً فيها﴾
١٥	١٠٠	* ﴿ ومن يخرج من بيته مهاجراً إلى الله ورسوله ثم يدركه الموت فقد وقع أجره على الله﴾
١٠	١١١	* ﴿ ومن يكسب إثماً فإنما يكسبه على نفسه﴾
		سورة المائدة
١٧٢	٢	* ﴿ وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان﴾
٤٧، ٤٥	٤٥	* ﴿ وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس﴾ الخ.
٧٤	٥٠	* ﴿ ومن أحسن من الله حكماً لقوم يوقنون﴾.
		سورة الانعام
٩	١٦٤	* ﴿ ولا تكسب كل نفس إلا عليها﴾
		سورة التوبة
٢	١٢٢	* ﴿ فلو لا نفر من كل فرقة منهم طائفة ليتفقهوا في الدين ولينذروا قومهم إذا رجعوا إليهم لعلهم يحذرون﴾

سورة يونس		
٣٦	١٢	* ﴿وَإِذَا مَسَ الْإِنْسَانَ الضُّرُّ دَعَانَا لِجَنبِهِ أَوْ قَاعِدًا أَوْ قَائِمًا﴾.
٧٤	٦٤	* ﴿لَا تَبْدِيلَ لِكَلِمَاتِ اللَّهِ﴾.
سورة يوسف		
٣٠	٧٢	* ﴿وَلَمَّا جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾.
١٠٣	٩٧	* ﴿قَالُوا يَا أَبْنَا اسْتَغْفِرْ لَنَا ذُنُوبَنَا إِنَّا كُنَّا خَاطِئِينَ﴾.
سورة الحجر		
٧٧	٩٢	* ﴿فَإِن رَّبَّكَ لَنَسْأَلَنَّهُمْ أَجْمَعِينَ﴾.
سورة النحل		
٤٧، ٣٠	١٢٦	* ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عَاقَبْتُمْ بِهِ﴾.
سورة الإسراء		
٦٣، ٩	١٥	* ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾.
١٠٥	٣١	* ﴿إِنْ قَتَلْتُمْ كَانَ خَطِئًا كَبِيرًا﴾.
٤٥، ١٣٥	٣٣	* ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾.
٧٧	٣٤	* ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾.
٧٧	٣٦	* ﴿وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ إِنَّ السَّمْعَ وَالْبَصَرَ وَالْفُؤَادَ كُلُّ أُولَئِكَ كَانَ عَنْهُ مَسْئُولًا﴾.
٥٨	٦٩	* ﴿ثُمَّ لَا تَجِدُوا لَكُمْ عَلَيْنَا بِهِ تَبِيعًا﴾.
سورة الكهف		
١٣٩	٤٦	* ﴿الْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا﴾.
سورة الانبياء		
٤٧	٧٨	* ﴿وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفِثَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحَكْمِهِمْ شَاهِدِينَ﴾.
٤٧	٧٩	* ﴿فَفَهَّمْنَاهَا سُلَيْمَانَ وَكَلَّمْنَا هَكِيمًا وَعَلَمًا﴾.
سورة الحج		
٨٥	٧٨	* ﴿وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾.
سورة النور		
٥٠	٤	* ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلَدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾ الخ.
٥٠	٢٣	* ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ الْغَافِلَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ لُعِنُوا فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾.
٧٤	١٩	* ﴿وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾.

		سورة العنكبوت
٥٦	١٣	* ﴿وَلِيَحْمِلْنَ أَثْقَالَهُمْ وَأَثْقَالًا مَعَ أَثْقَالِهِمْ﴾
		سورة الأحزاب
١٠٤	٥	* ﴿وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ﴾
		سورة فاطر
٥٧، ٩	١٨	* ﴿وَلَا تَزِرْ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ وَإِنْ تَدْعُ مُثْقَلَةٌ إِلَىٰ جِهَةٍ لَا يُحْمَلُ مِنْهُ شَيْءٌ وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ﴾
٥٧	١٠	* ﴿إِلَّا مَنْ خَطِفَ الْخَطْفَةَ فَأَتْبَعَهُ شِهَابٌ ثَاقِبٌ﴾
٧٧	٢٤	* ﴿وَقَفَّوْهُمْ إِنَّهُمْ مَسْزُولُونَ﴾
		سورة فصلت
٩	٤٦	* ﴿مَنْ عَمِلْ صَالِحًا فَلِنَفْسِهِ وَمَنْ أَسَاءَ فَعَلَيْهَا﴾
		سورة الشورى
١٥٤، ٣٠	٤٠	* ﴿وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا﴾
		سورة الزخرف
٧٧	٤٤	* ﴿وَإِنَّهُ لَذِكْرٌ لَّكَ وَلِقَوْمِكَ وَسَوْفَ تُسْأَلُونَ﴾
		سورة الحديد
٧	٢٥	* ﴿لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ﴾ الخ
		سورة الحشر
٤٣	٥	* ﴿مَا قَطَعْتُمْ مِنْ لَيْنَةٍ أَوْ تَرَكْتُمُوهَا قَائِمَةً عَلَىٰ أُصُولِهَا فَبِإِذْنِ اللَّهِ وَلِيُخْزِيَ الْفَاسِقِينَ﴾
		سورة الطلاق
٨	٩، ٨	* ﴿وَكَأَيِّنْ مِنْ قَرْيَةٍ عَتَتْ عَنْ أَمْرِ رَبِّهَا وَرَسُولِهِ فَحَاسِبْنَاهَا حِسَابًا شَدِيدًا وَعَذَبْنَاهَا عَذَابًا نَكْرًا، فَذَاقَتْ وَبَالَ أَمْرِهَا وَكَانَ عَاقِبَةُ أَمْرِهَا خُسْرًا﴾
		سورة المعارج
٧٦	١	* ﴿سَأَلَ سَائِلٌ بِعَذَابٍ وَاقِعٍ﴾
		سورة المدثر
٩	٣٨	* ﴿كُلْ نَفْسٌ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةً﴾

فهرس الأحاديث

الصفحة	طرف الحديث النبوية
	« أ »
١٦	* «الإمام ضامن والمؤذن مؤتمن».
٥٤	* «أتدرون ما المفلس؟ قالوا: لمفلس فينا من لا درهم له ولا متاع، فقال: إن المفلس من أمتى من يأتي يوم القيامة» الخ
١٣٥	* «اجتنبوا السبع الموبقات، قيل: وما هن؟ يا رسول الله؟ قال: الشرك بالله، والسحر، وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق» الخ
١٠٤	* «إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر».
٥٣	* «أمرت أن أقاتل الناس حتى يشهدوا أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله» الخ
٥٣	* «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خطب يوم النحر، فقال: يا أيها الناس أي يوم هذا؟» الخ
٥٣	* «إن من عبادى من لو أقسم على الله لأبره».
٣٢	* «إنما أموالكم ودمانكم عليكم حرام» الخ.
١٤٣	* «أن النبى ﷺ «حرق نخل بنى النضير فقطع - وهى البويرة»
	"ب"
١١	* «بعثت لأتمم مكارم الأخلاق».
٩١	* «البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه».
	"ج"
١٦	* «الخراج بالضمان».
	"ط"
٣١	* «طعام بطعام وإناء بإناء».
٣٣	* «على اليد ما أخذت حتى تؤديه».
	"ف"
٦٤، ٣٢	* «فقضى نبى الله ﷺ أن على أهل الحوائط حفظها بالنهار، وأن ما أفسدت المواشى بالليل ضامن على أهلها».
	"ك"
٧٨	* * «كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته، الامام راع ومسئول عن رعيته» الخ.

- * «كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه» ١٥٤
- "ل"
- * «لا ضرر ولا ضرار» ١٦٣
- * «لا يأخذن أحدكم متاع أخيه جاداً ولا لاعباً» الخ ٣١
- * «لا يجنى جان إلا على نفسه، لا يجنى والد على ولده» الخ. ١٠
- * «لا يجنى عليك ولا تجنى عليه» ١٠
- * «لا يحتكر إلا خاطئ» ١٦٨
- * «لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأنى رسول الله إلا باحدى ثلاث» الخ. ٥٢، ٤٦
- * «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه» ٣١
- * «لعن الله المحلل والمحلل له» ١٦٨
- * «اللهم هذا قسمي فيما أملك، فلا تلمني فيما تملك ولا أملك» الخ. ٨٥
- * «اللهم من ولى من أمر أمتي شيئاً فشق عليهم فاشقق عليه» ٥٢
- "م"
- * «مثل القائم في حدود الله والواقع فيها، كمثل قوم استهموا على سفينة» الخ. ١٦٢
- * «المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم وهم يد على من سواهم» ٩٤
- * «من اتبع على ملي فليتبع» ٥٨
- * «من اقتطع شبراً من الأرض ظلماً طوّقه الله يوم القيامة من سبع اراضين» ٥٤
- * «من ضارّ مسلماً ضارّه الله، ومن شاق مسلماً شق الله عليه» ١٦٢
- * «من ظلم من الأرض شيئاً طوّقه الله من سبع ارضين» ٥١
- * «من لم يشكر الناس لم يشكر الله» ٥
- * «من وقف دابة في سبيل من سُبُل المسلمين أو في سوق من اسواقهم» الخ. ١٤٦
- * «من بضمن لى ما بين لحييه وما بين رجليه أضمن له الجنة» ٣٢١٥
- "ن"
- * «نهى عن بيع الملاقيع والمضامين» > ١٧
- "هـ"
- * «هل على صاحبكم من دين فقالوا : عليه ديناران قال ﷺ صلوا على صاحبكم» ٣٣

فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع
٢	* مقدمة
٧	تمهيد "الضمانات الاساسية في المجتمع".
٧	الفرع الأول : الضمانات بوجه عام
٩	الفرع الثاني: ضمان الفعل الشخصي بوجه خاص
١٠	* الفصل الأول : ماهية الضمان والأفعال الضارة وبعض متعلقاتها :
١٣	المبحث الأول: تعريف الضمان وبيان أدلة مشروعيته
١٣	المطلب الأول: تعريف الضمان وفيه ثلاثة فروع:
١٤	الفرع الأول : تعريف الضمان في اللغة.
١٨	الفرع الثاني : تعريف الضمان في اصطلاح الفقهاء.
٢٤	الفرع الثالث : تعريف الضمان عند أهل القانون.
٣٠	المطلب الثاني: بيان أدلة مشروعية الضمان.
٣٥	المبحث الثاني: ماهية الفعل الضارّ وبيان أدلة تحريمه .
٣٥	المطلب الأول : تعريف الفعل الضار في اللغة والاصطلاح الفقهي وعند أهل القانون.
٣٦	الفرع الأول : تعريف الفعل الضار في اللغة.
٣٧	الفرع الثاني : تعريفه في الاصطلاح الفقهي.
٤١	الفرع الثالث : تعريفه عند أهل القانون.
٤٥	المطلب الثاني : أدلة تحريم الفعل الضارّ.
٤٥	الفرع الأول : أدلة من الكتاب الكريم.
٥١	الفرع الثاني: أدلة تحريم الفعل الضار من السنة.
٥٥	المبحث الثالث : علاقة الفعل الضارّ بنظرية تحمل التبعة.
٥٦	المطلب الأول : تحديد المراد بتحمل التبعة.
٥٩	المطلب الثاني: نشأة نظرية تحمل التبعة.
٦٢	المطلب الثالث : الفعل الضارّ وعلاقته بنظرية تحمل التبعة.
٦٦	المبحث الرابع: التطور التاريخي للفعل الضارّ عند أهل القانون
٦٨	الفرع الأول : المسئولية من حيث أساسها.

	الفرع الثاني: المسئولية من حيث الجزاء.
٧٥	* الفصل الثاني: المسئولية التقصيرية عن الخطأ الشخصي
٧٥	المطلب الأول : تعريف المسئولية في اللغة والاصطلاح وعند أهل القانون.
٧٦	الفرع الأول : تعريف المسئولية في اللغة.
٧٩	الفرع الثاني: تعريف المسئولية في اصطلاح الفقهاء
٨٠	الفرع الثالث : تعريف المسئولية عند أهل القانون.
٨١	المطلب الثاني: نظرية المسئولية في الفقه الاسلامى وفي القانون
٨١	الفرع الأول : نظرية المسئولية في الشريعة الإسلامية.
٨٨	الفرع الثاني: نظرية المسئولية في القانون.
٩٠	المبحث الثاني: أركان المسئولية التقصيرية عن الخطأ الشخصى.
١٠٣	المطلب الأول : الخطأ التقصيري.
١٠٣	الفرع الأول : مفهوم الخطأ في اللغة والاصطلاح الفقهي وعند أهل القانون.
١١٠	الفرع الثاني : عناصر الخطأ (التعدي والادراك).
١٢٢	المطلب الثاني : الضرر
١٢٢	الفرع الأول : تعريف الضرر
١٢٥	الفرع الثاني: الشروط الواجبة في الضرر القابل للتعويض.
١٢٧	المطلب الثالث : علاقة السببية بين الضرر والخطأ.
١٢٧	الفرع الأول : تحقق السببية بين الخطأ والضرر.
١٢٩	الفرع الثاني : الحالات التى تنعدم فيها رابطة السببية.
١٣٣	* الفصل الثالث : أنواع الضرر في المسئولية التقصيرية وطرق التعويض عنه.
١٣٤	المبحث الأول: انواع الضرر في المسئولية التقصيرية.
١٣٤	المطلب الأول : الضرر الجسدي وفيه فرعان.
١٣٤	الفرع الأول: الضرر الجسدى المميت.
١٣٧	الفرع الثاني: الضرر الجسدي غير المميت.
١٣٩	المطلب الثاني : الضرر المالي وفيه ثلاثة فروع:
١٣٩	الفرع الأول: فكرة الضرر المالي (المادي) في الفقه الاسلامي.
١٤٧	الفرع الثاني: فكرة الضرر المالي في القوانين الوضعية.
١٤٩	الفرع الثالث : الضرر المعنوى.
١٥٩	المطلب الثالث : الضرر التعسفى وفيه ثلاثة فروع.

١٥٩	الفرع الأول: تعريف الضرر التعسفي لغة واصطلاحاً.
١٦٤	الفرع الثاني: مفهوم التعسف في القوانين الوضعية.
١٦٧	الفرع الثالث : أنواع التعسف وجزاؤه وتكييفه في الفقه الاسلامي.
١٧٣	المبحث الثاني : طرق التعويض عن الضرر والعوامل المؤثرة فيه، وأثر انتفاء المسؤولية.
١٧٣	المطلب الأول : طرق تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية :
١٧٦	الفرع الأول : التعويض العيني
١٧٧	الفرع الثاني : التعويض بمقابل نقدي.
١٧٨	المطلب الثاني: العوامل المؤثرة في تقدير التعويض.
١٧٨	الفرع الأول : العوامل الخاصة بالمتضرر وأثرها على مبلغ التعويض.
١٨١	الفرع الثاني: العوامل الخاصة بالفاعل وأثرها على مبلغ التعويض.
١٨٣	المطلب الثالث : بعض حالات انتفاء المسؤولية.
١٨٧	* الخاتمة
١٨٩	* المراجع والمصادر
١٩٨	* فهرس الآيات
٢٠١	* فهرس الاحاديث

بعض تصويبات

الغالب	السطر	رقم الصفحة	الصواب
يمنع ينوى	١٨	٢	يمنع من ينوى
بالبيع	٥ ٦	١٧	بالبيع
ومنهم عرف	٤	٢٤	ومنهم من عرف
Salmond's Jurisprudence P - 320	٥ ٤	٢٦	Salmond's Jurisprudence P - 320
رد المختار	٥٤١	٣٤	رد المختار
تبعته	٨	٣٨	تبعته
في المسؤولية	٩	٣٨	في المسؤولية
من المستوليه	٣	٤٣	من المسؤولية
Ngligence	٦	٤٣	Negligence
القوانين الوضعية في تنققت في	١٤	٤٤	القوانين الوضعية اتفقت في
ومن قتل ومنا	٥	٤٦	ومن قتل مؤمنا
بشرح للنوى	٥ ٤	٤٦	بشرح النووي
وسمل	٨	٥٢	وسلم
تنية جارية	٧	٥٣	ثنية جارية
الأرشن	٨	٥٣	الأرش
يربتون	١٠	٨٣	يربتون
كانها	٥	٨٧	كان
لو اعلم	٥	١١٩	لو علم
بحق	٢	١٢٤	بحق
الاشعت بن إسحاق بن بشر بن شداد	٥ ١٠	١٦	الاشعت بن إسحاق بن بشر بن شداد
سفاجن	١٣	١٢٨	فجائي
سفن الكبرى	٥ ٣	٥١	السفن الكبرى
الايه / ٩٢	٥ ٤	١٣٥	الاية / ٩٢
بحق	١٣	١٤٤	بحق
الني	٨	١٤٦	النبي
رلى	١٣	١٦٠	إلى
أهل العو أهل السند	٥ ٢	١٦٢	أهل العلو أهل السفلى
يقصن مشروعة	٦	١٦٨	يقصد مشروع
الزسعار	١١	١٦٨	الأسعار
زثناء للفته	١٣	١٦٨	لثناء الفتنة
للزستاذ	٥ ٢	١٦٩	للأستاذ
والشبح للشئ	٥ ٤	١٦٩	وشبح الشئ
الميعار	١٨	١٧٩	المعيار
التي يستفاد	٥	١٧٢	التي تستفاد
تمحص	٦	١٧٢	تمحص

(٥ = الهامش)