

بمَحْثُ

المسؤولية العقدية

بكر بن عبد اللطيف الهمري

المحامي والمستشار القانوني

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيد المرسلين، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، وبعد:

فإنَّ للعقود اعتباراً واحتراماً في الإسلام، لذا أمر الله تعالى عباده بالوفاء بها وحذّر من خيانتها، فقد قال في محكم كتابه العزيز: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾.

ولما كان من أركان العقد وجود العاقدین المؤهلين شرعاً، كان على كل منهما التزام، ولكل واحد منها حقوقٌ بموجب العقد الذي أبرماه.

وحيث إن الطبيعة البشرية قد تتهاون في أداء ما وجب عليها من التزام أو تفرط في أدائه، أو قد تملي ظروف معينة على أحد الأطراف الإخلال بالتزاماته تجاه الطرف الآخر، فتنشأ المساءلة عن ذلك والتعويض عن الضرر الذي لحق بالطرف الآخر جراء هذا الإخلال؛ لذا كانت المسؤولية العقدية من الموضوعات المهمة والجديرة بالبحث والتأمل؛ لهذا آثرت بحث هذا الموضوع بدراسة مقارنة في فقه الشريعة الإسلامية والقانون، للوصول لرؤية أوضح لطبيعة العلاقة بين طرفي العقد، وتحديد معالم المسؤولية، ليسهل بعد ذلك تناول مسائل التعويض والضمان، وقد قسمت البحث إلى مقدمة وأربعة مباحث وخاتمة:

- المبحث الأول: تعريف المسؤولية بالمعنى العام.
- المبحث الثاني: معيار قيام المسؤولية العقدية.
- المبحث الثالث: أركان المسؤولية العقدية.
- المبحث الرابع: دفع المسؤولية.

والله أسأل أن يلهمني التوفيق والسداد، وأن يجعله عملاً خالصاً لوجهه الكريم،
والحمد لله رب العالمين.

المبحث الأول: تعريف المسؤولية بالمعنى العام

أولاً: تعريف المسؤولية في اللغة :

المسؤولية لغةً: مَنْ سَأَلَ يُسْأَلُ سُؤْالاً وَسْأَلَةً وَمَسْأَلَةً وَتَسْأَلًا وَسْأَلَةً^(١)، ومنه قوله تعالى: ﴿كَانَ عَلَى رَبِّكَ وَعَدَاً مَسْئُولًا﴾^(٢) قال ثعلب: معناه وعداً مسؤولاً إنجازاً، قال الفراء: «وقد يكون في الكلام أن تقول: لأعطينك ألفاً وعداً مسؤولاً؛ أي هو واجب لك فتسأله؛ لأن المسؤول واجب، وإن لم يسأل كالدين»^(٣).

والسؤال استدعاء معرفة أو ما يؤدي إلى المعرفة واستدعاء مال أو ما يؤدي إلى مال، فاستدعاء المعرفة جوابه على اللسان واليد خليفة له بالكتابة أو الإشارة، واستدعاء المال جوابه على اليد واللسان خليفة لها، إما بوعده أو برد^(٤).

والمسؤولية بوجه عام: حال أو صفة من يسأل عن أمر تقع عليه تبعته، يقال: أنا بريء من مسؤولية هذا العمل، وتطلق أخلاقياً على التزام الشخص بما يصدر عنه قولاً أو عملاً، وتطلق قانونياً على الالتزام بإصلاح الخطأ الواقع على الغير طبقاً لقانون^(٥). ومن ناحية الرسم الإملائي ففيها وجهان:

الأول: (مسؤولية) وهي موافقة للقواعد التي ذكرها النحاة، فالهمزة (حشو وهي متحركة بعد ساكن تكتب حرفاً من جنس حركتها سواء كان ذلك الساكن صحيحاً أو

(١) لسان العرب/ ابن منظور: ٣١٨ / ١١، مادة سأل، دار الفكر (تصوير).

(٢) سورة الفرقان: من الآية ١٦.

(٣) معاني القرآن/ الفراء: ٢ / ٢٦٣، عالم الكتب.

(٤) المفردات في غريب القرآن/ الراغب الأصفهاني: ١ / ٣٣٠، ط مصطفى الباز-الأول، بصائر ذوي التمييز في لطائف الكتاب العزيز/ الفيروزآبادي: ٣ / ١٦٢، المكتبة العلمية، تحقيق محمد النجار، الطبعة الأولى.

(٥) المعجم الوسيط/ إبراهيم أنيس ورفاقه: ١ / ٤١١، دار الفكر-توزيع.

حرف علة لأنها تُسهّل على نحوه)، وهو الأصح^(٦).

الثاني: (مسئولية) فمنهم من يجعل صورة الهمزة على حسب حركتها، إلا إن كان بعدها حرف علة زائد لمد نحو مسئول فلا يجعل لها صورة^(٧)، قال أبو حيان: «ومن عادتهم عند اجتماع صورتين في كلمة واحدة حذف إحداهما، فلذلك كتبت واحدة إلا أنه قد يختار في غير القرآن أن يكتب بواوين»^(٨).

ثانياً: تعريف المسؤولية في الاصطلاح:

المسؤولية بمعناها العام قد تكون مسؤولية قانونية أو نظامية لها جزاء قانوني، وقد تكون أخلاقية أو أدبية، ليس لها جزاء مادي ملموس، وإنما لها جزاء أخلاقي فقط يتمثل في لوم النفس وهو عظيم الأثر رغم أنه ذاتي^(٩)، والمسؤولية القانونية تتنوع بالإضافة إلى المسؤولية الإدارية وما إليها إلى مسؤولية جنائية ومسؤولية مدنية^(١٠). والمسؤولية الجنائية «Responsibility Criminal»^(١١) هي جزاء فعل أضر بالمجتمع، أما المسؤولية المدنية «Civil Responsibility»^(١٢) فهي جزاء أضر بشخص معين، لذا فإن الذي يطالب بالتعويض كجزاء للمسؤولية المدنية هو الشخص المضروب وليس ممثل المجتمع الذي يطالب بعقوبة مؤلمة كجزاء للمسؤولية الجنائية.

(٦) انظر همع الهوامع شرح جمع الجوامع/ للسيوطي: ٣/ ٤٦٥، تحقيق: أحمد شمس الدين، دار الكتب العلمية، ط: الأولى، والمرشد في الإملاء والترقيم والتحرير العربي/ لمحمود شاكر سعيد: ٢٥، دار معارف الفالوجي، ط: الثانية.

(٧) نتيجة الإملاء وقواعد الترقيم لمصطفى عناني: ١٠، ط: الخامسة ١٣٥٦، القاهرة مطبعة حجازي.

(٨) همع الهوامع ٣/ ٤٦٥.

(٩) الوسيط في شرح القانون المدني/ عبد الرزاق السنهوري ١/ ٧٤٣-٧٤٤ بند ٥٠٥- دار إحياء التراث العربي- بيروت ١٩٦٤م.

(١٠) المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء/ عز الدين الدناصري وعبد الحميد الشواربي ٣٨٦ القاهرة ١٩٨٨م.

(١١) القاموس القانوني/ إبراهيم الوهب: ٦٨.

(١٢) القاموس القانوني/ إبراهيم الوهب: ٢٨٠.

والمسؤولية المدنية كجزاء فعل أضر بشخص معين تنقسم إلى قسمين أساسيين:

١- مسؤولية عقدية وهي جزء الإخلال بالتزام عقدي «Contractual Obligation»^(١٣).

٢- مسؤولية تقصيرية «Neglect Responsibility»^(١٤) وهي جزء الإخلال بالواجب العام الذي يلزم الأفراد بعدم الإضرار بالغير. وبصورة عامة، فإن المسؤولية المدنية إذن هي إخلال بالتزام ناجم عن عقد، أو إرادة منفردة، أو فعل ضار، وفي الفرضين الأولين تعرّف هذه المسؤولية بالمسؤولية العقدية، بينما يسبغ عليها وصف المسؤولية المدنية أيضاً، إذا كانت إخلالاً بالنظام العام أو الآداب الإسلامية^(١٥).

والفقه الإسلامي لم يعرّف المسؤولية كمصطلح قائم بذاته^(١٦)، لكن بالنظر إلى أحكام المسؤولية المدنية عموماً، وما تشمله من تعويض ضرر يحدثه الشخص بغيره نتيجة إخلاله بالتزام سابق، سواء كان هذا الالتزام ناشئاً عن عقد أو غير عقد (الفعل الضار)^(١٧)، فنجد أن المسؤولية مرادفة لضمان الأموال في الفقه الإسلامي، وقد عالج الفقهاء موضوع الضمان وأفاضوا في جزئياته حتى تكونت منه نظريات عامة كضمان العقد والضمان الناجم عن الاعتداء، وضمان المتلفات، والضمان حال الغضب، والضمان الناجم عن التعيب والتفويت والتغيير، وضمان اليد، وضمان الشرط، والضمان الناجم عن الحيلولة بين المال وصاحبه، وتضمنين الغازّ

(١٣) القاموس القانوني/ إبراهيم الوهب: ٦١

(١٤) القاموس القانوني/ إبراهيم الوهب: ٢٠٣

(١٥) تعريف المسؤولية المدنية بوصفها جانباً من الضمان في الفقه الإسلامي/ محمد بن محمد شتا أبو السعد،

بحث منشور في مجلة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية العدد: ٦، لعام: ١٤١٣هـ.

(١٦) مصادر الحق في الفقه الإسلامي/ السنهوري: ٦/ ١٢٨، دار المعارف، الأولى.

(١٧) المسؤولية عن الأشياء وتطبيقها على الأشخاص المعنوية بوجه خاص دراسة مقارنة/ إياد عبد الجبار

ملوكي: ٧ جامعة بغداد ١٩٨٢م.

بسبب غروره وغير ذلك^(١٨).

وبصورة عامة يمكن القول بأن المسؤولية العقدية في الفقه الإسلامي؛ إمّا الالتزام الذي يثقل كاهل الملتزم باعتبار أن هذا الالتزام هو أثر للعقد، وإمّا الجزاء المترتب عن الإخلال بهذا الالتزام باعتبار أن هذا الإخلال هو الجزاء المترتب على عدم ترتيب أثر العقد، وعلى هذا فإن مفهوم المسؤولية العقدية في الشريعة الإسلامية أعم منه في القوانين الوضعية، إذ يشمل الالتزام، وأثر عدم تنفيذ الالتزام^(١٩).

ويمكن تحديد معالم المسؤولية التقصيرية في الفقه الإسلامي بكون الضرر هو أساس الضمان أو المسؤولية التقصيرية، وأن الفقه الإسلامي يقر فكرة ضمان الغير وفعل الشيء والحيوان^(٢٠).

(١٨) الضمان في الفقه الإسلامي الشيخ علي الخفيف: ١٦ وما بعدها، القسم الأول، معهد البحوث والدراسات

العربية القاهرة - ١٩٧١ م.

(١٩) تعريف المسؤولية / ٢٠٤.

(٢٠) تعريف المسؤولية / ٢١٣.

البحث الثاني: معيار قيام المسؤولية العقدية:

تقدم أن المسؤولية المدنية تنقسم إلى مسؤولية تقصيرية ومسؤولية عقدية، وأن الأخيرة هي مدار البحث، وإن كان الحديث قد يتعرض للمسؤولية التقصيرية، ذلك أن مصدر الالتزام في المسؤولية العقدية هو العقد المبرم بين طرفي العقد، الذي ينشئ العديد من الالتزامات «Contractual Obligations»^(٢١) بخلاف المسؤولية التقصيرية التي لا تقتصر المسؤولية فيها على أحد المتعاقدين^(٢٢).

ولقيام المسؤولية العقدية يفترض أن هناك عقداً صحيحاً واجب التنفيذ لم يتم المدين بتنفيذه، ففي هذه الحالة يتعين على المدين تنفيذ التزامه العقدي تنفيذاً عينياً متى كان ممكناً. فإذا أمكن التنفيذ العيني وطلبه الدائن، أجبر المدين عليه. وإلى هنا لا تقوم المسؤولية العقدية، إذ نحن في صدد التنفيذ العيني للالتزام، لا في صدد التعويض عن عدم تنفيذه.

أمّا إذا لم يمكن التنفيذ العيني، أو أمكن ولكن الدائن طلب التعويض، ولم يبد المدين استعداداً للتنفيذ العيني ففي هذه الحالة لا يسع القاضي إلا أن يحكم بالتعويض إذا توافرت شروطه، جزاء عدم تنفيذ الالتزام، وهنا تقوم المسؤولية العقدية، فالدائن يطالب بالتعويض، فعلى القاضي أن يبحث هل المدين مسؤول حقاً عن عدم تنفيذه التزامه العقدي؟

ويكون المدين مسؤولاً عن عدم تنفيذ التزامه، ويحكم عليه بالتعويض، ما لم يثبت أن تنفيذ الالتزام أصبح مستحيلًا لسبب أجنبي لا يد له فيه. وهذه المسؤولية عن

(٢١) القاموس القانوني/ إبراهيم الوهب: ٦١.

(٢٢) لمزيد من الفروق بين المسؤولية العقدية والتقصيرية، انظر: الوسيط / السنهوري بند ٥٠٩، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المصري/ محمود جمال الدين زكي ٤٤٩؛ مطبعة جامعة القاهرة - الثالثة ١٩٧٨ م.

التعويض هي المسؤولية العقدية^(٢٣).

من هنا يتبين أن المسؤولية العقدية لا شأن لها بالتنفيذ العيني للالتزام العقدي، وهي أيضاً لا تتحقق إذا أثبت المدين أن الالتزام قد أصبح تنفيذه مستحيلًا بسبب أجنبي، فلا تتحقق المسؤولية العقدية إذن إلا إذا لم ينفذ المدين التزامه العقدي تنفيذًا عينيًا، وفي الوقت ذاته لم يستطع أن يثبت أن التنفيذ قد أصبح مستحيلًا بسبب أجنبي^(٢٤).

(٢٣) الوسيط/ السنهوري: ١ / ٨٨٩ وما بعدها.

(٢٤) مصادر الحق/ السنهوري: ٦ / ١١١-١١٢، الوجيز/ محمود جمال الدين زكي ٢٢٦- وما بعدها.

المبحث الثالث: أركان المسؤولية العقدية^(٢٥)

الأصل أن يكون المدين مسؤولاً عن خطئه العقدي؛ لأن المسؤولية هي جزاء الإخلال بالالتزامات الناشئة عن العقد، ولكي تقوم هذه المسؤولية لابد من توفر أركانها: وهي الخطأ العقدي والضرر وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر.

الركن الأول: الخطأ العقدي

الخطأ العقدي هو عدم تنفيذ المدين لالتزامه الناشئ من العقد، وعرف بأنه: انحراف في السلوك بحيث لا يقدم عليه الرجل الفطن، إذا وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالمسؤول^(٢٦).

واختار بعض المعاصرين إطلاق لفظ: (التعدي) كمصطلح شرعي على ما يعبر عنه الحقوقيون بالخطأ، وتعريف التعدي لغة: الظلم، وأصله مجاوزة الحد والقدر والحق. يقال: تعديت الحق واعتديته وعدوته أي: جاوزته^(٢٧). وأما تعريف التعدي في اصطلاح الفقهاء: فهو التعدي على العين أو المنافع، سواء كان للمتعدي في ذلك يد بإذن أربابها أو لم يكن، كالقراض والودائع والإجارة والصنائع والبضائع والعواري^(٢٨)، وقيل: بأنه مجاوزة ما ينبغي أن يقتصر عليه شرعاً أو عرفاً أو عادة.

وضابط التعدي هو: مخالفة ما حده الشرع أو العرف. ورُجِّحَ التعبير بالتعدي

(٢٥) وأدخلت معها ضمناً أركان المسؤولية التقصيرية، ولمزيد من التفصيل انظر: الوجيز ٤٤١، لأن الموضوع يدور في الأغلب الأعم حول المسؤولية العقدية، وإن كانت أحكام المسؤولية التقصيرية تسري على المسؤولية العقدية، وبوجه عام، فكل ما سيقال في المسؤولية التقصيرية ينطبق على المسؤولية العقدية إلا إذا تعارض مع القواعد الخاصة التي تقرر للمسؤولية العقدية، انظر: الوسيط/ السنهوري ١/ ٧٣٤.

(٢٦) وهو تعريف الأخوين القانونيين (هنري وليون ماوز) انظر: الوسيط ١/ ٧٨٤ بند ٥٢٨.

(٢٧) المصباح المنير/ الفيومي مادة ع د و ٣٩٧.

(٢٨) مواهب الجليل/ الخطاب: ٥/ ٢٧٤، منح الجليل/ عليش: ٧/ ٧٧، بلفظ «... وَالصُّنَاعِ وَالْبَضَائِعِ...».

على التعبير بالخطأ لأسباب^(٢٩):

١- لأن التعدي يوحي بأن الالتزام رابطة مادية، والخطأ يوحي بأنه رابطة شخصية.
٢- ولأن الشأن في الخطأ تحري الموصوف به من خلال النظر في سلوكه. أما التعدي فالشأن فيه النظر إلى واقع السلوك في عالم المادة الخارجي، بغض النظر عمّن أوقعه. أي أنه ينظر في التعدي إلى الفعل في الخارج وفي الخطأ إلى فاعل الفعل.

٣- كما إن التعبير بالتعدي يشمل الخطأ والعمد ويشمل التقصير والإهمال ونحوهما؛ أما التعبير بالخطأ فمجرد النطق به يوهم مقابله العمد ولا يشمل العمد إلا باصطلاح خاص.

ويمكن اعتبار هذا الملحظ صائباً من حيث اعتبار التعدي بمقابل الخطأ من جهة لغوية، وهي تجاوز الحد المعروف شرعاً وعرفاً، وجعل التجاوز بشقيه السلبي (الامتناع عن العمل) أو الإيجابي (القيام بعمل) معبراً عن الخطأ؛ لأن فقهاء الشريعة يعبرون في الغالب عن هذا المدلول القانوني بلفظ التعدي، وقد يعبرون عنه أحياناً بالألفاظ الأخرى؛ كالتقصير والإهمال والتفريط وعدم التحرز أو الاحتياط، وإن كانت هذه الألفاظ في مجموعها لا تخرج عندهم عن لفظ التعدي في معناه ومدلوله اللغوي والاصطلاحي؛ لأن مفهوم الخطأ عند فقهاء الشريعة يغيّر مفهوم الخطأ عند القانونيين؛ لأنه عندهم ما يقابل العمد خصوصاً في النظر لنية القتل في أبواب الجنايات وهو أيضاً المعنى اللغوي للخطأ يقال: «خَطِيءٌ إِذَا تَعَمَّدَ مَا نَهَى عَنْهُ فَهُوَ خَاطِئٌ وَأَخْطَأَ إِذَا أَرَادَ الصَّوَابَ فَصَارَ إِلَى غَيْرِهِ فَإِنْ أَرَادَ غَيْرَ الصَّوَابِ وَفَعَلَهُ قِيلَ قَصَدَهُ أَوْ تَعَمَّدَهُ»^(٣٠).

(٢٩) انظر: نظرية الضمان في الفقه الإسلامي / محمد فوزي فيض الله: ٩٢ وما بعدها، مكتبة دار التراث الكويت، الأولى ١٤٠٣هـ، حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامي والقانون المدني / محمد فتح الله النشار: ١٤٥، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٢م.

(٣٠) المصباح المنير: ١٨٩ مادة خ ط و.

١ - مقياس الخطأ - التعدي -:

إذا لم يقيم المدين في العقد بتنفيذ التزامه كان هذا هو الخطأ العقدي، ويستوي في ذلك أن يكون عدم قيام المدين بالالتزام ناشئاً عن عمدته أو عن إهماله أو عن فعله، بل إن الخطأ العقدي يتحقق حتى لو كان عدم قيام المدين بالالتزام ناشئاً عن سبب أجنبي لا يد له فيه كالقوة القاهرة، ولكن يلاحظ في هذه الأخيرة أنه إذا سلمنا بتحقق الخطأ العقدي، فإن علاقة السببية وهي ركن المسؤولية العقدية مع ذلك تنعدم، فلا تتحقق المسؤولية^(٣١).

إن مقياس التعدي وضابطه: هو مخالفة المعتاد والمنظور إليه في هذا الضابط هو سلوك الرجل العادي، أو الإنسان العادي، لا الإنسان الحاذق النبيه^(٣٢).
أما بالنسبة لضابط التعدي عند فقهاء الشريعة فإنهم لم ينصوا صراحة على معياره وضابطه كما فعل القانونيون، ولكن ليس معنى ذلك أنهم لم يواجهوا فكرة ضابط التعدي، أو أنه لا أساس له لديهم، فمن المقررات الشرعية أن الحاكم على أفعال العباد هو الشارع دون سواه، وبالتالي فإن معرفة حد التجاوز أو المجاوزة يرجع أصلاً إلى الشارع في الأحوال التي ينص فيها على مشروعية الأفعال، ومن ثم يكون ضابط التعدي في تلك الحالات هو مجاوزة ما يجوز إلى ما لا يجوز، أو ما شرع إلى غير ما شرع، أو مجاوزة ما ينبغي أن يقتصر عليه شرعاً وإذا كان الشارع يتولى في معظم الحالات بيان شرعية الأفعال، فإنه في بعض الأحوال يترك بيان ذلك إلى العرف، وهو ما تعارفه الناس واعتادوه من معاملات، وبهذا يُعَدُّ من الأصول الفقهية الشرعية، وهذا الضابط موضوعي، وعلى ذلك فإن ضابط التعدي عند علماء الشريعة ومعيار الخطأ

(٣١) الوسيط: ١/ ٨٩٢، الوجيز: ٣٣٠

(٣٢) مصادر الحق: ٦/ ١٢٨ وما بعدها، نظرية الضمان ٩٣

عند فقهاء القانون يلتقيان في الوجهة الموضوعية التي يميلان إليها^(٣٣).

ومن قواعد الفقه الإسلامي في هذا الموضوع ونظائره: «أن كل ما ورد به الشرع مطلقاً، ولا ضابط له فيه، ولا في الفقه، يرجع فيه إلى العرف»^(٣٤)، وهذا الضابط أي السلوك المعتاد للإنسان العادي موضوعي، لا ذاتي شخصي.

وإذا كان فقهاء القانون قد صرحوا وهم بصدد تقدير عنصر التعدي بالاعتداد بالظروف الخارجية - كظرف الزمان والمكان - التي أحاطت بالمسؤول، وتجريده من الظروف الذاتية المتصلة كظرف السن والجنس والمرض وغيرها، فإن فقهاء الشريعة اعتادوا تأسيس القواعد على الأمور الظاهرة دون الباطنة وبناء الفروع على معايير وضوابط موضوعية ثابتة مما جاء في فروعهم اعتداداً بظرف الزمان، قولهم: «لو رش الماء في الطريق أو توضع فيه ضمن ولم يُفَصَّلْ قالوا: إنما يضمن الراش إذا مرَّ المار على موضع الرش ولو لم يعلم به بأن كان ليلاً أو أعمى فعثر به ومات، وأما إذا علم المار بالرش والصب فلا يضمن»^(٣٥)، وقد صرح ابن عابدين - رحمه الله - بما يوحى باعتبار الظروف الخارجية التي تحدد بالمسؤول في تعليل وجوب الكفارة فضلاً عن الضمان في صورة النائم، إذا انقلب في نومه على إنسان فقتله، بقوله: (وإنما وجبت الكفارة لترك التحرز عن نومه في موضع، يتوهم أن يصير قاتلاً، والكفارة في قتل الخطأ، إنما تجب لترك التحرز)^(٣٦).

وما يجب التنبيه عليه أن استعمال فقهاء الشريعة للفظ التعدي أدق من لفظ الخطأ عند القانونيين، ذلك أن استعمال فقهاء القانون للفظ الخطأ، واعتمادهم في تفسيره على ركنيه الأساسيين جعل الشأن فيه النظر إلى سلوك الإنسان، ومدى تأثيره بمداركة

(٣٣) حق التعويض المدني ١٤٦ وما بعدها بتصرف.

(٣٤) الأشباه والنظائر/ السيوطي ٨٨.

(٣٥) الفتاوى الهندية/ مجموعة من علماء الهند برئاسة الشيخ نظام ٦/ ١٤ المطبعة الكبرى الأميرية ١٣١٠هـ.

(٣٦) رد المحتار: ٥/ ٥٢٥.

أو بمدى قسطه من التمييز والإدراك حتى يتسنى الحكم عليه بما إذا كان قد انحرف في سلوكه فيوصف بوصف الخطأ، أو أنه لم ينحرف فلا يوصف بهذا الوصف، وترتب على ذلك التفرقة بين خطأ الصغير غير المميز وخطأ الكبير المميز، فالأول عندهم لا يتصور وصفه بالخطأ لعدم إدراكه بالواجب المفروض عليه، بخلاف الثاني المميز فهو محل للمساءلة.

أما علماء الشريعة الذين عبّروا بالتعدي دون الخطأ فهم ينظرون إلى واقع السلوك في الخارج كما يجب أن يكون، بغض النظر عن ذات شخص السالك ومداركة من الداخل، ولذلك فإن فقهاء الشريعة لم يفرقوا بين خطأ الصغير والكبير، ولا بين خطأ المجنون وخطأ العاقل، بل سواوا بينهم في ترتيب الغرم والضمان على ما يحدثونه من أضرار، طالما تحققت منهم المجاوزة، أي أن فقهاء الشريعة لم يشترطوا التمييز والإدراك لتحقق المسؤولية ووجوب الضمان، وبالتالي لم يحتاجوا إلى ما لجأ إليه القانونيون من لي ذراع النصوص القانونية - بعد الانتقادات التي وجهت إليهم من عدم مساءلة عديم التمييز - لكي يصلوا عن طريق الاستثناءات إلى مساءلته^(٣٧).

٢- أنواع التعدي:

يقسم التعدي إلى تقسيمات كثيرة، باعتبارات:

أولاً: يقسم باعتبار السلبية وعدمها، إلى قسمين:

- ١- التعدي الإيجابي، كما لو أتلّف الأجير المشترك ما تحت يده للمؤجر.
- ٢- التعدي السلبي، ويتمثل بترك الحفظ - كما ذكرنا - ويتمثل أيضاً في الامتناع من إغاثة الملهوف ونجدة الغريق، وإطعام المضطر، حتى يهلكوا^(٣٨).

(٣٧) حق التعويض المدني: ١٤٥-١٤٦

(٣٨) فإن بعض الفقهاء يرتب الضمان على هذه السلبيات وإن كان الجمهور من الفقهاء، يرون التأثيم فيها ديانة لا التضمن قضاء، انظر: المغني ٩/ ٥٨٠-٥٨١.

ثانياً: ويقسم باعتبار الجسامة والطفافة، إلى ثلاثة أقسام:

١- تعدٍ يسير، وهو ما لا يفوت به شيء من المنفعة، بل يدخل النقصان على الأشياء، كخرق الثوب.

٢- تعدٍ فاحش، وهو ما يفوت به بعض العين، وبعض المنفعة لا كلها.

٣- تعدٍ كلي، وهو ما يفوت العين ومنفعتها^(٣٩).

ثالثاً: ويقسم باعتبار القصد وعدمه، إلى عمد وخطأ:

فالعمد: قصد النتيجة المترتبة على التعدي.

والخطأ: قصد الفعل دون النتيجة المترتبة عليه.

وللتفرقة بين العمد والخطأ أهمية كبيرة تبدو في المبادئ والأحكام الآتية:

١- لا يجب القصاص إلا في القتل العمد؛ وفي القتل الخطأ تجب الدية المالية ونحوها^(٤٠).

٢- لا يتصور العمد في الصغار ونحوهم من عديمي التمييز، إذ القصد يعتمد تمام العقل، وهو البلوغ، وتعديهم كله خطأ؛ ولهذا قرر الفقهاء أن عمد الصبي خطأ^(٤١).

٣- اختلاف القصد عن العمد في تضمين الأنفس والجراحات، أما في الأموال فلا يختلف الحكم في التضمين.

ولكن يزيد العمد على الخطأ بوصف الإثم، فللقاضي تعزيز المعتدي على المال عمداً، مع التضمين، وفي هذا يقول المالكية: «ويجتمع في الغصب حق الله، وحق المغصوب منه؛ فيجب على الغاصب لحق الله تعالى الأدب والسجن، على قدر اجتهاد

(٣٩) انظر: تبين الحقائق ٥/ ٢٢٩، رد المحتار ٥/ ١٢٣.

(٤٠) المبسوط: ١٨/ ١٢٦، بدائع الصنائع: ٧/ ٢٣٤، منح الجليل: ٩/ ٩٠، مغني المحتاج: ٥/ ٣١٠، المغني: ٨/ ٢١٧.

(٤١) بدائع الصنائع: ٧/ ١٨٠.

الحاكم، ليتناهى الناس عن حرمان الله، ولا يسقط ذلك عند عفو المغصوب منه»^(٤٢).

٣- أنواع الالتزام العقدي:

يجب التمييز بين نوعين من الالتزام، فهناك التزام تنفيذه لا يكون إلا بتحقيق غاية معينة هي محل الالتزام، فالالتزام بنقل حق عيني كنقل ملكية المبيع إلى المشتري، والالتزام بعمل كتسليم أو إقامة مبنى ونحو ذلك، كل هذه الالتزامات يقصد بها تحقيق غاية معينة هي نقل الحق العيني أو القيام بالعمل أو الامتناع عن العمل، فتنفيذها لا يكون إلا بتحقيق هذه الغاية فإذا لم تتحقق بقي الالتزام غير منفذ وهذا ما يعرف بالالتزام بنتيجة أو الالتزام بتحقيق غاية.

وهذا النوع من الالتزام ليس بجديد في الفقه الإسلامي، فقد عرّفه في بعض الالتزامات الملقاة على أحد العاقدين، فمثلاً يلتزم البائع بنقل وتسليم المبيع، فما لم يقبض المشتري المبيع لا يعتبر البائع قد نفذ التزامه، مهما كانت الأسباب التي حالت دون القبض، جاء في المبسوط: «قبل قبض المبيع مضمون بغيره وهو الثمن، والعقار في هذا كالمنقول، حتى إذا استحق أو تصور هلاكه فهلك، سقط الثمن»^(٤٣)، وكذلك التزام البائع بضمان الاستحقاق وبضمان العيب^(٤٤)، وكذلك التزام المؤجر بنقل منفعة العين المؤجرة إلى المستأجر، وكذلك التزام الأجير المشترك كالنسّاج والحياط والبناء فإن التزامه يكون التزاماً بنتيجة، ومهما كانت الأسباب التي حالت دون إنجازه للعمل، فإن عدم إتمام العمل يعد خطأً عقدياً يستوجب المسؤولية العقدية وهي هنا تنحصر في عدم استحقاق الأجر^(٤٥).

والنوع الثاني من الالتزام هو التزام يبذل الجهد للوصول إلى غرض، تحقق هذا

(٤٢) مواهب الجليل: ٥ / ٢٧٥.

(٤٣) المبسوط: ٩ / ١٣.

(٤٤) انظر: مجمع الضمانات: ٢٢٣.

(٤٥) جاء في مجمع الضمانات: «الأجير المشترك هو الذي يستحق الأجرة بالعمل»: ٢٧.

الغرض أو لم يتحقق فهو التزام بعمل هو بذل الجهد ولكنه عمل لا تضمن نتيجته، والمهم فيه أن يبذل المدين لتنفيذه مقداراً معيناً من العناية والأصل أن يكون هذا المقدار هو العناية التي يبذلها الشخص العادي، ويزيد هذا المقدار أو ينقص تبعاً لما ينص عليه القانون أو يقضي به الاتفاق .

وهذا الالتزام ليس غريباً على الفقه الإسلامي، فالأصل أن يبذل المدين القدر الكافي المعتاد من العناية وإلا عُدَّ مقصراً. (من ذلك التزام الوكيل بالوكالة)، فمثلاً الوكيل بالخصومة مطلوب منه أن يدافع عن موكله وليس مطالباً بمقتضى عقد الوكالة أن يكسب موكله قضيته^(٤٦)، وكذلك التزام المودع عنده بالمحافظة على العين المودعة، حتى يردها للمودع ويبذل عناية الرجل المعتاد في ذلك، فإذا انحرف عن السلوك المألوف في حفظها كان متعدياً وضامناً^(٤٧)، ونحو ذلك.

٤- عبء إثبات الخطأ العقدي - التعدي -:

الأصل أن الدائن هو المكلف بإثبات الدين، والمدين هو المكلف بإثبات التخلص منه^(٤٨)، ولكن مجال تطبيق هذه القاعدة يكون عندما يطالب الدائن المدين بتنفيذ التزامه عيناً، أما في إثبات الخطأ العقدي فالأمر مختلف: الدائن لا يطالب المدين بتنفيذ الالتزام عيناً، بل يطالبه بتعويض لعدم تنفيذ الالتزام، فالدائن هو الذي يدعي أن المدين لم ينفذ التزامه ومن أجل ذلك يطالب بالتعويض، فعلى الدائن إذن إثبات أن المدين لم ينفذ التزامه^(٤٩).

والفقه الإسلامي أكثر دقة من القانون في مسألة عبء الإثبات، فقد فرّق بين يد

(٤٦) المبسوط: ١٩ / ٥، بدائع الصنائع: ٦ / ٣١، مواهب الجليل: ٥ / ١٨٢-١٨٣، تحفة المحتاج: ٥ / ٣٠٥، الإنصاف: ٥ / ٣٩٤.

(٤٧) مجمع الضمانات: ٦٩.

(٤٨) انظر: المادة ٣٨٩ من التقنين المصري.

(٤٩) الوسيط: ١ / ٨٩٨ بند ٤٢٩، والوجيز: ٣٤٢ بند ١٨٤.

المدين إذا كانت يد أمانة أو يد ضمان، فيقع عليه إثبات أنه قام بالتزامه وهو التزام بتحقيق غاية، وبين ما إذا كانت يده يد أمانة، فيقع على الدائن عبء إثبات أن المدين -الذي التزامه ببذل عناية- لم يبذل العناية الواجبة^(٥٠).

وأصل هذه المسألة راجع لحقيقة موقف المدعي من المدعى عليه والتمييز بينهما^(٥١)، حيث إن المدعي كقاعدة عامة يجب عليه إثبات ما يدعيه؛ لأنه يدعي خلاف الظاهر، والأصل براءة ذمة المدعى عليه، فوجبت البينة لإظهار الخفي، وكشف المستور، وإثبات الأمور العارضة، وبيان خلاف الأصل والمعهود، ولا يكلف المدعى عليه بالبينة؛ لأن قوله مؤيد بالأصل أو العرف أو ظاهر الحال^(٥٢)، والحكمة من فرض البينة على المدعي وإلقاء عبء الإثبات الثقيل عليه أنه يدعي أمراً ساكناً وحقاً خفياً، والشارع يهدف إلى استقرار المعاملات ومنع النزاع والمخاصمات فجانب المدعي ضعيف وموقفه واهٍ لادعائه خلاف الأصل، لذا كلفه الشارع بالحجة القوية والدليل المجرد^(٥٣).

وتطبيقاً لما سبق فلو طلب الدائن من مدينه السداد وأقام الدائن العقد الثابت، وادعى المدين الوفاء بما عليه، كُلف ببينة؛ لأن الأصل عدم ذلك وثبوت المبلغ في ذمته^(٥٤)، ولو ادعى الأجير المشترك هلاك العين المطلوب خياطتها بحريق أو سرقة كُلف ببينة فلا يصدق قوله بلا برهان؛ لأن يده يد ضمان والبرهان ينفعه فيما لا يمكنه الاحتراز منه كالحريق الغالب ونحوه^(٥٥)، وكذلك لو اختلف الراهن والمرتهن في تلف

(٥٠) مصادر الحق/ السنهوري ٦/ ١٥٢، وانظر: وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية/ محمد مصطفى الزحيلي ٦٧٢ مكتبة دار البيان دمشق ١٤٠٢هـ.

(٥١) انظر: الفروق/ القرافي: ٤/ ٧٥ في حديثه عن الفرق الثاني والثلاثين والمائتين في الفرق بين قاعدة المدعي وقاعدة المدعى عليه.

(٥٢) شرح الخرشي: ٧/ ١٥٣، منح الجليل: ٤/ ١٧٤.

(٥٣) المقدمات والمهمدات: ٢/ ٣١٧.

(٥٤) البحر الرائق: ٧/ ٢٢٨.

(٥٥) مجمع الضمانات: ٢٨، بدائع الصنائع: ٤/ ٢١٠، انظر: تفصيل ضمان الأجير المشترك في المطلب الأول من المبحث الثاني.

العين المرهونة فالقول قول المرتهن مع يمينه؛ لأن يده يد أمانة، ويتعذر عليه إقامة البينة على التلف، فقبل قوله فيه، كالمودع^(٥٦).

الركن الثاني: الضرر

الضرر: كُلُّ مَا كَانَ سُوءَ حَالٍ وَفَقْرَ وَشِدَّةٍ فِي بَدَنٍ فَهُوَ ضَرْبٌ بِالضَّمِّ وَمَا كَانَ ضِدَّ النَّفْعِ فَهُوَ بَفَتْحِهَا، وَالْأَسْمُ الضَّرْرُ وَقَدْ أُطْلِقَ عَلَى نَقْصٍ يَدْخُلُ الْأَعْيَانَ^(٥٧)، واصطلاحاً: قيل: هو الألم الذي لا نفع فيه يوازيه أو يربي عليه^(٥٨)، وقيل: هو إلحاق مفسدة بالغير مطلقاً^(٥٩). ولا يخرج استعمال الفقهاء للفظ الضرر عن المعنى اللغوي؛ فيعد الفقهاء كل فعل يؤدي إلى إلحاق الأذى بمال الغير ضرراً، إلا أنهم لا يلتزمون في التعبير عنه لفظاً واحداً فيذكرون الضرر مرة، ويعبرون عنه بالإتلاف أو بالإفساد، أو غير ذلك من الألفاظ الدالة عليه.

بينما اختلفت تعبيرات فقهاء القانون في تعريفهم للضرر، واستعمل كل منهم اصطلاحاً يختلف عن الآخر فقيل: إنه إخلال بحق أو مصلحة ذات قيمة للمضرور^(٦٠)، وقيل: إنه ما يصيب الشخص في حق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة له^(٦١).

وغالباً ما ينجم عن حدوث الخطأ -التعدي- وجود ضرر، لكن لا يكفي لقيام المسؤولية العقدية ثبوت خطأ المدين، بل يجب أن ينجم عن هذا الخطأ ضرر في جانب الدائن، فإذا لم يقع ضرر أصلاً، فلا تعويض^(٦٢)، كتأخر الراكب في الوصول في الميعاد

(٥٦) المغني: ٤ / ٢٥٩.

(٥٧) المصباح المنير: ٣٦٠، مادة ضرر.

(٥٨) أحكام القرآن / ابن العربي: ١ / ٨١، عند الحديث عن الآية ٣١ من سورة البقرة، طبعة دار الكتب العلمية.

(٥٩) وهو تعريف ابن حجر الهيتمي، انظر: فتح المبين بشرح الأربعين: ٢٢٧، دار إحياء الكتب العربية، طبعة عام ١٣٥٢هـ.

(٦٠) الوسيط / السنهوري: ١ / ٩٧١.

(٦١) مصادر الالتزام / عبد المنعم الصدة: ٤٨٧، بند ٤٤٦.

(٦٢) الضمان / الخفيف: ٤٦.

المحدد قد لا ينجم عنه أي ضرر، فلا يرجع الراكب بتعويض على أمين النقل، ومثال آخر: إذا قطع شخص شجرة من دار غيره بغير إذنه، وكانت قيمتها لا تزيد على قيمتها مقطوعة، فليس هناك ضرر ولا ضمان على القاطع؛ لأنه لم يتلف شيئاً^(٦٣).

فالضرر هو الركن الثاني لقيام المسؤولية العقدية أو التقصيرية، والضرر عند القانونيين نوعان مادي وأدبي، وكلاهما يجب التعويض عنه ولا فرق بينهما من حيث الشروط التي يجب توافرها ليرتب الحق في التعويض عنه «Compensation of damage»^(٦٤) ولا من حيث مدى التعويض عنه^(٦٥).

ويستحق الدائن تعويضاً عن الضرر الذي لحقه من عدم تنفيذ المدين لالتزامه كلياً أو جزئياً، أو من تأخره في تنفيذه فالتعويض قد يكون عن عدم تنفيذ الالتزام، وقد يكون عن التأخر في تنفيذه، ويخضع النوعان لقاعدة واحدة^(٦٦).

١ - شروط الضرر:

ويشترط لتحقيق وقوع الضرر ثلاثة شروط:

الشرط الأول: أن يكون محل الضرر مالاً، فلا ضمان في إتلاف ميتة، أو قطرة ماء، أو كف تراب^(٦٧)، متقوماً، وهو الذي له قيمة شرعاً، فلا يتحقق الضرر في إتلاف خمر على مسلم، لعدم ماليتها شرعاً في حقه^(٦٨)، مملوكاً، فلا ضرر ولا تعويض في إتلاف المباحات التي لا يملكها أحد، كالكلأ في منابته، والماء في منابعه، والأسماك في البحار،

(٦٣) مجمع الضمانات: ١٥٠.

(٦٤) القاموس القانوني/ إبراهيم الوهب ٥١ أو (Redress of damage).

(٦٥) الوجيز/ محمود جمال الدين: ٣٤٧ وما بعدها.

(٦٦) الوجيز: ٣٥٠.

(٦٧) انظر تفصيل ذلك في: تبين الحقائق: ٥ / ٢٣٤، المبسوط: ١١ / ٧٨، الأشباه والنظائر/ السيوطي: ٣٢٧،

الموافقات/ الشاطبي: ٢ / ٨-٥، نهاية المحتاج: ٥ / ١٦٧، المغني: ٥ / ٢٨٩، مصادر الحق: ١ / ٥٤.

(٦٨) انظر: الموافقات: ٢ / ١٧، وهناك اختلاف بين الفقهاء في ضمان المتلفات للذمي كالخمر ونحوه، فيرى

الحنفية والمالكية: أنه مال متقوم وخالفهم الشافعية والحنابلة فذهبوا إلى أنه مال ليس متقوماً، للتفصيل

انظر: المبسوط: ١١ / ١٠٢ حاشية الدسوقي: ٣ / ٤٤٧، نهاية المحتاج: ٥ / ١٦٧، المغني: ٥ / ٢٨٩.

والطير في الهواء، محترماً، أي غير مهدر، فلا ضمان في إتلاف أموال المحاربين من أعداء المسلمين، لانعدام فائدة التضمين، لانتفاء الولاية عليهم^(٦٩).

الشرط الثاني: أن يكون الضرر محققاً، أي قد وقع فعلاً؛ لأن الضرر سبب التعويض، ولا يتقدم المسبب على سببه، ولا المعلول على علته، ومن ثم ينشأ حق التعويض من الوقت الذي يصبح فيه الضرر محقق الوقوع وليس من الوقت الذي يقع فيه الفعل الضار أو الفعل المسبب للضرر، ومما يذكر في صدد ما تقدم: «إذا ذبح رجل شاة لآخر لا ترجى حياتها لم يضمن قيمتها، سواء أكان أجنبياً أم راعياً لها استحساناً، إذ إنه بعمله أفاد مالها ولم يضره، لأنه لم يفوت عليه لحمها، على حين يفوت عليه لو أنه تركها فتلفت بدون ذبح»^(٧٠)، ومن ذلك: «إذا مال الحائط إلى طريق المسلمين فطوب صاحب به بنقضه، وأشهد عليه فلم ينقضه في مدة يقدر على نقضه حتى سقط ضمن ما تلف به من نفس أو مال»^(٧١)، فهذا النص جعل التعويض على التحقق من ميل الحائط وسقوطه ولما كان الميل من الحائط ينبنى عليه حتماً سقوطه في المستقبل لم يقتض التعويض عن أمرٍ مستقبل محتمل الوقوع.

فالفقه الإسلامي يأبى التعويض عن الضرر المحتمل أو الضرر المستقبل؛ لأن القول به يؤدي إلى عدم العدالة؛ لأنه يتوقف على أمر لم تعرف حقيقته بعد، ويؤدي إلى نتائج غير مقبولة^(٧٢).

ولهذا نص الفقهاء^(٧٣) على أنه: لا يقاد جرح إلا بعد برئه، لما روى في الحديث

(٦٩) بدائع الصنائع: ٧ / ١٦٨.

(٧٠) مجمع الضمانات: ٢٠٨.

(٧١) الهداية: ٤ / ١٩٥.

(٧٢) حق التعويض المدني: ١٩٨.

(٧٣) المنتقى شرح الموطأ/ الباجي: ٧ / ٧٥، قال ابن المنذر: كل من نحفظ عنه من أهل العلم يرى الانتظار

بالجرح حتى يبرأ. انظر: المغني: ٨ / ٢٩٦، مواهب الجليل: ٦ / ٢٣٥

الشريف أنه - عليه الصلاة والسلام - «نهى أن يقتص من جرح حتى يبرأ صاحبه»^(٧٤)؛ ولأن الجراحات يعتبر فيها مآلها لاحتمال أن تسري إلى النفس فيظهر أنه قتل فلا يعلم أنه جرح إلا بالبرء فيستقرّ به^(٧٥).

بخلاف القانون الذي أجاز التعويض عن الضرر الحال والمحتمل والمستقبل^(٧٦)، فقد لا يقع الضرر في الحال، ولكن يكون محقق الوقوع في المستقبل، فإذا تعاقد المصنع على استيراد خامات لا لصنعها في الحال، بل ليدخرها للمقبل من الأيام فيخل المورد بالتزامه، فالضرر هنا لا يلحق المصنع في الحال، إذ عنده خامات كافية، ولكن يلحق به الضرر مستقبلاً حينما ينفد ما عنده من الخامات ويصبح في حاجة إلى الجديد الذي تعاقد على استيراده، فيحق للمصنع أن يرجع فوراً بالتعويض على المورد^(٧٧)، ومثل الضرر المحتمل أن يُحدث المستأجر بالعين المستأجرة خللاً يخشى معه أن تهدم العين، فالخلل ضرر حال، ولكن تهدم العين ضرر محتمل فلا يعوز عن الضرر المحتمل إلا إذا تحقق.

الشرط الثالث: أن يكون الضرر مباشراً وشخصياً:

مفهوم المباشرة في هذا الشرط ينصرف إلى كون الضرر نتيجة طبيعية ومباشرة لفعل التعدي الواقع من المسؤول مهما تعددت الأضرار عن الفعل الواحد، طالما كانت

(٧٤) أخرجه الدار قطني في سننه، بهذا اللفظ في الحديث ٢٤ من كتاب الحدود والديات ٣ / ٨٨، دار الكتب العلمية، تحقيق عبد الله هاشم المدني، دار المعرفة بيروت، طبعة عام ١٣٨٦هـ، وأخرجه البيهقي في سننه الكبرى ٨ / ٦٧، باب ما جاء في الاستثناء بالقصاص من الجرح والقطع، تحقيق محمد عبد القادر عطا ١٤١٤هـ، مكتبة الباز بمكة المكرمة، قال الزليعي - عبد الله بن يوسف - «وقد روى هذا الحديث عن ابن جريج من غير وجه فإن صح سماع ابن جريج من عمرو بن شعيب فهو حديث حسن يقوي الاحتجاج به لمن يدعي النسخ، انظر: نصب الراية، ٤ / ٢٧٩، تحقيق: محمد يوسف النوري لعام ١٣٥٧، دار الحديث، بالقاهرة.

(٧٥) تبين الحقائق: ٦ / ١٣٨، حاشية ابن عابدين: ٦ / ٥٥٠.

(٧٦) مصادر الالتزام / الصدة: ٤٩٠ بند ٤٤٩، الوسيط / السنهوري: ١ / ٩٢٨.

(٧٧) مصادر الحق / السنهوري: ٦ / ١٢١ وما بعدها.

الأضرار مترتبة على ذلك الفعل الذي كان سبباً فيها^(٧٨)، فالقاعدة في الفقه الإسلامي أن الضرر يشمل كل أثر للفعل المتلف أو الضار، فإذا ترتب على الفعل الضار أكثر من ضرر فإن الشخص يسأل عن كل الأضرار التي أدى إليها فعله، مادام لفعله أثر فيها، أما إذا انقطع أثر فعله، وأضيف الضرر إلى غيره فلا ضمان عليه حينئذ فمن القواعد المعروفة في الفقه الإسلامي أن المباشر ضامن وإن لم يتعد والمتسبب لا يضمن إلا إذا كان متعدياً^(٧٩).

فإذا اجتمع المباشر والمتسبب أضيف الحكم للمباشر، جاء في القواعد في الفقه الإسلامي^(٨٠): «إذا استند إتلاف أموال الأدميين ونفوسهم إلى مباشرة وسبب، تعلق الضمان بالمباشرة دون السبب، إلا أن تكون المباشرة مبنية على السبب وناشئة عنه». ولو مرَّ رجل في طريق وهو يحمل حملاً فوق الحمل على شيء فأتلفه ضمن، ولو عثرت دابة بذلك الحمل الواقع في الطريق، وحصل لها عطب ضمن أيضاً؛ لأنه أثر فعله، حيث لم يتخلل بين وقوع الحمل في ذلك الموضع وعطب الدابة لغيره^(٨١). من خلال هذه الفروع يتضح لنا أن تسلسل الأضرار يوجب الضمان في الفقه الإسلامي على صاحب السبب الأول عن كل الأضرار الناتجة عنه، طالما كانت هذه الأضرار متسببة عنه، أما إذا انقطع أثر فعله، وأضيف الضرر إلى غيره فلا ضمان عليه^(٨٢). أمّا في القانون فإن مدى التعويض الذي يترتب على الإخلال بتنفيذ الالتزام، يشمل أضراراً عديدة، بعضها قريب، والآخر بعيد، ولا يمكن عقلاً أن يسأل المدين عن

(٧٨) انظر: نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية/ وهبة الزحيلي ٢٨ دار الفكر - دمشق ١٣٨٩ هـ

الأولى، الضمان في الفقه الإسلامي/ الخفيف: ٥٥ حق التعويض المدني: ٢٠٠، وما بعدها.

(٧٩) مجمع الضمانات: ١٦٥، غمز عيون البصائر: ٢/ ٢١٤، درر الحكام: ١/ ٩٤، والمجلة العدلية: المادة ٩٢-٩٣.

(٨٠) القواعد في الفقه الإسلامي/ ابن رجب: ٢٨٥.

(٨١) المبسوط: ٢٦/ ١٨٩ - ١٩٠.

(٨٢) مجمع الضمانات: ١٧٨ بتصرف.

تعويض جميع الأضرار مهما كانت بعيدة وضعفت صلتها بالخطأ الذي نسب إليه، بل يتعين الوقوف عند الضرر الذي ينتج مباشرة عن إخلال المدين بالتزامه، أو ما يعبر عنه، بالضرر المباشر وهو ما يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالتزام أو للتأخر في الوفاء به^(٨٣).

وليس قصر التعويض على الضرر المباشر قاعدة خاصة بالمسؤولية العقدية، بل يعتبر مبدأ عاماً في المسؤولية المدنية عقدية أو تقصيرية، فلا يلتزم المدين في أي حالة، بتعويض الضرر غير المباشر، مهما كانت جسامة الخطأ الذي ينسب إليه^(٨٤).

وبالمقارنة الحاطفة بين الفقهاء - الإسلامي والقانوني - نجد اختلافاً بيناً، إذ يقتصر التعويض في الفقه القانوني على الضرر المباشر ولا يتعداه إلى غيره من الأضرار التي يكون سبباً فيها، بينما يختلف الأمر في الفقه الإسلامي، إذ يترتب الضمان فيه على كافة الأضرار التي تترتب على الفعل المسبب فيها، والسر في ذلك أن الفقه الإسلامي لا يؤسس التعويض على مجرد وقوع الضرر، فطالما وجد الضرر قام الحق في التعويض والتزم به من أوقع ذلك الضرر المباشر أو تسبب فيه تعدياً، فقد التزم الفقه الإسلامي منهجاً موضوعياً قوامه إيجاب التعويض متى وقع الضرر، بغض النظر عن وقوع خطأ من الفاعل أم لا، أما الفقه القانوني فمن المعلوم أنه لا يقيم المسؤولية على مجرد الضرر إلا في أحوال استثنائية يقيمها على أساس نظرية تحمل التبعة، وإنما يجعل الضرر ركناً من أركان المسؤولية إلى جانب الخطأ الذي يمثل الركن الأهم وعلاقة السببية^(٨٥).

٢- أنواع الضرر:

تتنوع بحسب اعتبارات مختلفة:

(٨٣) الوسيط/ السنهوري: ١/ ٩٢٧ بند ٤٤٤.

(٨٤) الوجيز: ٣٥٠، مصادر الالتزام/ الصدة: ٥١٠ بند ٤٧١.

(٨٥) حق التعويض المدني: ٢١٢-٢١٣.

أولاً: باعتبار الضرر القولي والضرر الفعلي:

• فقد ينشأ الضرر عن القول، كما في رجوع الشاهدين عن شهادتهما بعد القضاء، وقبض المدعي المال، فلا يفسخ الحكم، ويضمنان ما أتلّفاه على المشهود عليه بسبب شهادتهما^(٨٦).

• وقد ينشأ عن الفعل وهو كثير، كتمزيق الثياب، وقطع الأشجار، وكسر الأدوات. ومنه تضمين السعاة أو المخربين المفسدين، أو السعاة بغير حق^(٨٧).

ثانياً: باعتبار الضرر الإيجابي والضرر السلبي:

• قد ينشأ عن الفعل الإيجابي كما تقدم من أمثلة، وقد ينشأ عن الفعل السلبي وذكر الفقهاء صوراً لذلك:

١- امرأة تصرع أحياناً، فتحتاج إلى حفظها، فإن لم يحفظها الزوج حتى ألتقت نفسها في النار عند الصرع فعليه ضمانها^(٨٨).

٢- صغيرة تحتاج الحفظ، سلّمت إلى الزوج، إن لم يحفظها وضيعها ضمن^(٨٩).

٣- رأى دابته تأكل حنطة غيره، فلم يمنعها، الصحيح: أنه يضمن^(٩٠).

٤- غصب دابة، فتبعها ولدها، فأكله الذئب، يضمنه مع أنه لم يباشر فيه فعلاً^(٩١).

ثالثاً: الضرر الحائق والضرر اللاحق:

الأول: هو الضرر النازل في الحال كما مثل.

والآخر: هو الضرر المتوقع في المستقبل ويكثر هذا في الجراحات والشجاج،

ولهذا نص الفقهاء على أنه: لا يقاد جرح إلا بعد برئه، لما روي في الحديث الشريف

(٨٦) تبين الحقائق: ٤ / ٢٤٤، شرح الخرشي: ٧ / ٢٢٢، أسنى المطالب: ٤ / ٢٨٥، كشف القناع: ٦ / ٤٤٢.

(٨٧) حاشية ابن عابدين: ٥ / ١٣٥.

(٨٨) مجمع الضمانات: ٤٥٨.

(٨٩) جامع الفصولين / ابن قاضي سماوه: ٢ / ٨١، وحاشية الرملي عليه، طبعة بولاق، الأولى.

(٩٠) جامع الفصولين: ٢ / ٨٧.

(٩١) حاشية ابن عابدين: ٥ / ١٢٧.

أنه - عليه الصلاة والسلام - «نهى أن يقتص من جرح حتى يبرأ صاحبه»^(٩٢)؛ ولأن الجراحات يعتبر فيها مآلها لاحتمال أن تسري إلى النفس فيظهر أنه قتل فلا يعلم أنه جرح إلا بالبرء فيستقرّ به^(٩٣).

رابعاً: الضرر بإتلاف المال، والضرر بتفويت المنفعة، أو تفويت الفرصة:

الأول: يتمثل فيما لو أتلّف عيناً مالىة، كما لو هدم منزله أو مزق ثوبه ونحوه.

الثاني: في غضب سيارة - مثلاً - فترة فوّت على صاحبها منافعها خلالها فإنها تضمن عند الجمهور خلافاً للحنفية؛ لأن المنافع أموال عند الجمهور، خلافاً للحنفية^(٩٤).

والثالث: يتمثل في إهمال موظف مثلاً واجب وظيفته، ففوّت على من كان يطمع في التقدم إلى الوظيفة، أو أداء طالب الامتحان في موعده المحدد، ونحو ذلك، ولا نص في الفقه على التضمن في هذه الأحوال سوى القواعد الفقهية العامة التي تستبعد إيقاع الضرر وتستوجب إزالة آثاره بعد وقوعه، كقاعدة: (لا ضرر ولا ضرار)^(٩٥)، وقاعدة: (الضرر يزال)، فلا بد أن يجبر الضرر الحاصل بالتعويض.

خامساً: الضرر المادي والضرر غير المادي (الضرر المعنوي أو الأدبي):

الضرر المادي: «Material damage»^(٩٦) هو الضرر الذي يلحق مفسدة وأذى في جسم الإنسان أو في أمواله، بإتلافها كلها، أو بإتلاف بعضها، أو جزء منها، أو بإزالة بعض أوصافها.

فهو بذلك ينقسم إلى قسمين

١- ضرر جنائي، ويتمثل في كل أذى يصيب الشخص في جسمه، من اعتداء

(٩٢) سبق تخريجه في هذا المبحث.

(٩٣) تبين الحقائق: ٦ / ١٢٨.

(٩٤) المغني: ٥ / ٤٣٥، قواعد الأحكام: ١ / ١٧٢، المبسوط: ١١ / ٧٨.

(٩٥) الأشباه والنظائر / ابن نجيم: ٨٥، الأشباه والنظائر / السيوطي: ٨٣.

(٩٦) القاموس القانوني / إبراهيم الوهب: ١٨٩.

على النفس أو على طرف من أطرافها، أو جرح يترتب عليه تشويه في جسم الإنسان، أو عجز عن العمل، أو ضعف في كسبه، والضرر الجنائي في الفقه الإسلامي يستوجب القصاص^(٩٧) أو الديات^(٩٨) أو الأروش^(٩٩)، والأخيرة إما مقدرة من الشارع، وإما متروكة لتقدير القاضي، وهذا الجزء لا شأن له بالتعويض؛ لأنه مفروض كعقوبة زاجرة للجاني^(١٠٠).

٢- ضرر مالي، ويتمثل الضرر المالي في تفويت مال على مالكه، فهو ما يصيب الإنسان في أمواله ويسبب له خسارة مالية متمثلة في إتلافه كله أو بعضه أو بتعيب في المال ينقص به قيمته أو بتفويت منفعة من منافعه على مالكه، فمناطق التعويض في الضرر المالي هو إتلاف المال وذلك بإخراجه من أن يكون منتفعاً به منفعة مطلوبة منه عادة^(١٠١)، فالضرر المالي هو ما تسبب بخسارة مادية للمضروب؛ لأن الأصل أن يتم التعاقد على شيء ذي قيمة مالية، وهذا يتفق مع قواعد الضمان في الفقه الإسلامي^(١٠٢)، فيلزم التعويض الجابر للضرر بإحلال مال محل المال الذي أتلّف، وذلك بدفع مثله أو قيمته، ولا يتحقق بمقابلة الإتلّف بمثله، بخلاف الدماء، فإن الغرض فيها تأديب الجاني وزجر غيره، لقمع الجريمة ولا سبيل لذلك إلا بالقصاص ومقابلة الجريمة بعقوبة تناسبها وبهذا تظهر الحكمة من تشريع الضمان في الأموال والقصاص في الدماء، فما سوى الله بين الأمرين في طبع ولا عقل ولا شرع^(١٠٣).

(٩٧) هو أن يفعل بالفاعل مثل ما فعل، التعريفات/ الجرجاني: ٢٢٥.

(٩٨) الدية: المال الذي هو بدل النفس، التعريفات الجرجاني: ١٤٢.

(٩٩) الأروش: هو اسم الواجب على ما دون النفس، التعريفات/ الجرجاني: ٣١.

(١٠٠) تفصيل ذلك في أحكام المسؤولية الجنائية.

(١٠١) انظر: بدائع الصنائع: ٧/ ١٦٤.

(١٠٢) بدائع الصنائع: ٧/ ١٦٨.

(١٠٣) انظر: إعلام الموقعين: ٢/ ١٢٥ بتصرف.

الضرر غير المادي: ويراد به الضرر الذي لا يترتب عليه إتلاف مال أو نفس أو عضو وينقسم إلى نوعي: ن ضرر أدبي، وضرر معنوي.

١- الضرر الأدبي: هو 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 كما في القذف والسب.

٢- ضرر معنوي: يتمثل في تفويت مصلحة غير مالية ملتزم بها، مما يتسبب بأذى معنوي ونفسي للمضرور، كما لو أذاع الطبيب المعالج سراً للمريض لا تجوز إذاعته فأصيب المريض بضرر نفسي جراء ذلك في سمعته، لأن المتعاقد يرى مصلحة أدبية ومعنوية في تنفيذ العقد، فإذا أخل المدين بالتزامه لحق الدائن من ذلك ضرر أدبي، كما لو تأخر القطار عن الوصول في الموعد المحدد وترتب عليه أن الراكب لم يستطع تشييع جنازة قريبه، ونحو ذلك^(١٠٤).

٣- عبء إثبات الضرر:

وإثبات الضرر يقع على الدائن، فعليه أن يثبت قيام الدليل على الضرر الذي لحقه من عدم تنفيذ المدين لالتزامه^(١٠٥)؛ لأن البيئة تقع على عاتق مدعي خلاف الظاهر، وشرعت البيئة في حقه لإظهار المستور الخفي وإثبات الأمور العارضة، ولا يكلف المدعى عليه بالبيئة؛ لأن قوله مؤيد بالأصل أو العرف أو ظاهر الحال^(١٠٦)، ويتوافق هذا مع ما قرره الشريعة من أن البيئة على المدعي واليمين على من أنكر^(١٠٧).

(١٠٤) مصادر الحق: ٦/ ١٢٣، الوجيز: ٣٤٨ الوسيط: ٩٢٩ بند ٤٤٨.

(١٠٥) الوسيط: ٩٢٥ بند ٤٤٢، الوجيز: ٣٥٢.

(١٠٦) انظر: منح الجليل: ٤/ ١٧٤، وسائل الإثبات/ الزحيلي: ٦٧٣.

(١٠٧) فتح القدير: ٨/ ١٧٦، مواهب الجليل: ٥/ ٣٢، أسنى المطالب: ٤/ ٣٨٧، إعلام الموقعين: ١/ ٧١ شرح منتهى الإرادات: ٣/ ٥٥٥ وما بعدها.

الركن الثالث: توافر علاقة السببية بين الخطأ والضرر:

يقصد بذلك إيجاد علاقة بين حدوث الخطأ والضرر، واختار بعض المعاصرين^(١٠٨) تسمية ذلك بالإفضاء كمصطلح فقهي يُعبر عنه في مقابل لغة الحقوق الرابطة السببية. ويؤخذ على هذا الملاحظ: أنه ليس مُوصِلاً لما عبر عنه؛ فليس الإفضاء في اصطلاح الفقهاء بهذا المعنى، إذ يطلق الفقهاء الإفضاء، ويريدون به معاني: الأول: الملامسة^(١٠٩)، والثاني: الجماع^(١١٠)، والثالث: خلط السبيلين^(١١١)، وما عبّر عنه أقرب للمعنى اللغوي من الفقهي، حيث إن الإفضاء في اللغة قد يخدم ما عبّر به إذا أَفْضَى إِلَى الشَّيْءِ: وَصَلَ إِلَيْهِ، وَأَفْضَى إِلَيْهِ بِالسَّرِّ: أَعْلَمَهُ^(١١٢).

١- أنواع الرابطة السببية:

والرابطة السببية في الاصطلاح الفقهي تشمل كلاً من السبب وما يقارب السبب في المعنى، فالسبب اسم مشترك في اصطلاح الفقهاء، وأصل اشتقاقه من الطريق ومن الحبل الذي به ينزح الماء من البئر، وحده ما يحصل الشيء عنده لا به، فإن الوصول بالسير لا بالطريق ولكن لا بد من الطريق، ونزح الماء بالاستقاء لا بالحبل ولكن لا بد من الحبل، فاستعار الفقهاء لفظ السبب من هذا الموضع وأطلقوه على أربعة أوجه: الوجه الأول: في مقابلة المباشرة: فيقال: إن حافر البئر مع المردي فيه صاحب سبب، والمردي صاحب علة فإن الهلاك حصل بالتردية لكن عند وجود السبب.

(١٠٨) نظرية الضمان/ محمد فوزي فيض الله: ٩٦ وما بعدها حيث قال: « الإفضاء في اصطلاح الفقهاء الإسلاميين: هو أن يكون الفعل موصلاً إلى نتيجة لا تتخلف عنه، إذا انتفتت الموانع».

(١٠٩) قال الشافعي- رحمه الله -: الملامسة أن يفضي الرجل بشيء من جسده إلى جسد المرأة، أو تفضي إليه بشيء منها بلا حائل، الأم ٨/ ٩٦ من مختصر المزني، باب الاستطابة.

(١١٠) ومن ذلك قوله تعالى: ﴿ وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ ﴾ فالمراد بالإفضاء الجماع عند بعض الفقهاء، المغني: ٧/ ١٩١.

(١١١) مثل أن يجامع الرجل امرأته الصغيرة التي لا تحتمل الجماع، فيصير مسلکها مسلکاً واحداً. أسنى المطالب: ٤/ ٦٤.

(١١٢) المصباح المنير: ٤٧٦.

الوجه الثاني: علة العلة: كما في الرمي سبب للقتل من حيث إنه سبب للعلة، فالموت لم يحصل بمجرد الرمي بل بالواسطة فأشبه ما لا يحصل الحكم إلا به.

الوجه الثالث: ذات العلة بدون شرطها: كقولهم: الكفارة تجب باليمين دون الحنث، فاليمين هو السبب سواء وجد الحنث أم لم يوجد. وكقولهم: الزكاة تجب بالحوال فإن ملك النصاب هو السبب سواء وجد الحوال الذي هو شرط وجوب الزكاة أم لم يوجد. ويريدون بهذا السبب ما تحسن إضافة الحكم إليه ويقابلونه بالمحل والشرط فيقولون: ملك النصاب سبب والحوال شرط.

الوجه الرابع: الموجب: والسبب بهذا الإطلاق يكون بمعنى العلة الشرعية. والعلل الشرعية فيها معنى العلامات المظهرة فشابهت الأسباب من هذا الوجه^(١١٣). قال الزركشي: العلة الشرعية هي المجموع المركب من المقتضى والشرط وانتفاء المانع ووجود الأهل والمحل^(١١٤). والفرق بين السبب وبين العلة، هو: أن السبب يوصل إلى الحكم أو الأثر، بحسب جري العادة ولا يؤثر بنفسه فيه، أما العلة فإنها تؤثر في الحكم باعتبار الشارع إياها فيه. فالسبب غير مؤثر، والعلة مؤثرة، والسبب لا يباشر النتيجة أو الحكم، والعلة تباشر النتيجة أو الحكم. والسبب موصل بالواسطة، والعلة مباشرة بنفسها^(١١٥)، ويتضح ما تقدم من خلال الأمثلة الآتية:

١- قطع السلك الكهربائي، علة مباشرة في إتلاف السلك، وهو أيضاً سبب في سقوط المصباح الكهربائي.

(١١٣) انظر: المستصفي/ الغزالي: ١/ ٩٧، في الفن الرابع من القطب الأول، الفروق ١/ ٦١-٦٢، البحر المحيط: ٧/ ١٤٨، كشف الأسرار: ٤/ ١٩٦-١٧٠، المنثور: ٢/ ١٩٠ وما بعدها.

(١١٤) البحر المحيط: ٢/ ٧-٨

(١١٥) قال إلكيا: المتكلمون لا يفرقون بين العلة والسبب، والفقهاء يقولون: العلة هي التي يعقبها الحكم، والسبب ما تراخى عنه الحكم ووقف على شرط أو شيء بعده. للتفصيل انظر: البحر المحيط: ٨/ ١٤٨ وما بعدها، كشف الأسرار: ٤/ ١٧٠-١٧١، فواتح الرحموت: ٢/ ٢٦٠.

٢- وحفر الحفرة في الطريق، سبب في ارتطام السيارات، وتردي المشاة، ولكن قوة السيارة، وثقل الماشي، هو العلة التي يوجد عندها الضرر، وهو تحطم السيارة وانكسار رجل الماشي.

٣- نقب جدار الأجنبي سبب موصل إلى سرقة ماله، ولكن أخذ السارق المتاع، وإحراز المجوهرات، هو العلة المباشرة في ضياع مال صاحب الجدار؛ ولهذا لو نقب الجدار شخص، وسرق المأل شخص آخر، كان الضمان على السارق لا الناقب، لأن الناقب يمثل السبب، والسارق تتمثل فيه المباشرة والعلة^(١١٦).

٢- تعدد الأسباب:

إذا اعتدى جمع من الأشخاص، وأحدثوا ضرراً، فإما أن يكون اعتداؤهم من نوع واحد، بأن يكونوا جميعاً متسببين أو مباشرين، وإما أن يكون اعتداؤهم مختلفاً، بأن يكون بعضهم مباشراً، والآخر متسبباً، فهذان حالان:

الحال الأولى: أن يكونوا جميعاً مباشرين، أو يكونوا متسببين، فإما أن يتحد عملهم في النوع أو يختلف:

- ففي الصورة الأولى، أي إذا كانوا جميعاً مباشرين أو متسببين واتحد عملهم نوعاً، كان الضمان عليهم بالسوية، كما لو تعمد جماعة إطلاق النار على شخص واحد، ولم تعلم إصابة واحد منهم، واقتصر منهم جميعاً^(١١٧) هذا محمل قول سيدنا عمر - رضي الله تعالى عنه - : « لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم به جميعاً »^(١١٨).

(١١٦) انظر: جامع الفصولين: ٢/ ٨٤، ومجمع الضمانات: ١٥٣.

(١١٧) المبسوط: ٢٦/ ١٢٦-١٢٧، مواهب الجليل: ٦/ ٣١٦-٣١٧، تحفة المحتاج: ٨/ ٤٠٧، كشف القناع: ٥/ ٥١٤.

(١١٨) أخرجه الإمام مالك في الموطأ برقم ١٥٦١، باب ما جاء في الغيلة والسحر، ٢/ ٨٧١، تحقيق محمد فؤاد عبد

الباقي، دار إحياء التراث، وأخرجه الدارقطني برقم ٣٦٠ ضمن كتاب الحدود والديات وغيره، ٣/ ٢٠٢.

• وفي الصورة الأخرى، أي إذا كانوا جميعاً متسببين أو مباشرين واتحد عملهم نوعاً، لكن اختلف عملهم قوة وضعفاً؛ كما لو حفر شخص حفرة في الطريق العام، وجاء آخر ووسع رأسها، أو حفر الأول حفرة، وعمق الآخر أسفلها، فتردى في الحفرة حيوان أو إنسان: فالقياس عند الحنفية^(١١٩) هو الاعتداد بالسبب القوي، لأنه كالعلة عند اجتماعها مع السبب وهذا رأي الإمام محمد منهم، فيضمن الأول؛ ويسمى بنظرية السبب الفعال في لغة القانون اليوم^(١٢٠). والاستحسان عندهم، هو الاعتداد بالأسباب التي أدت إلى الضرر جميعاً، قلت أو كثرت، وتوزيع الضمان عليها بحسب القوة والضعف، فيجب الضمان أثلاثاً^(١٢١)، وهو رأي أبي حنيفة وأبي يوسف وآخرين من الحنابلة؛ وإن لم يميزوا بين القوة والضعف، واعتبروا الاشتراك، وربما رجح بعضهم السبب الأول، كحافر الحفرة وناصب السكين فيها^(١٢٢)، ويسمى بنظرية تعادل الأسباب في لغة القانون^(١٢٣). ويلاحظ في هذا العرض أسبقية الفقه الإسلامي فيما أتت به النظريات الحديثة المستوردة من الغرب قبل قرون سحيقة^(١٢٤).

الحال الثانية: أن يكون المعتدون مختلفين: بعضهم مباشر، وبعضهم متسبب: فالأصل في هذه الحال تقديم المباشر على المتسبب في التضمين^(١٢٥)، وهذا للقاعدة العامة المعروفة عند جميع الفقهاء، وهي أنه (إذا اجتمع المباشر والمتسبب، أضيف الحكم إلى المباشر)، تقديماً للعلة على السبب^(١٢٦).

(١١٩) تكملة البحر الرائق/ الطوري: ٣٩٧/٨.

(١٢٠) الوجيز: ٥٦٥ الوسيط: ١/ بند ٦٠٥ وتسمى أيضاً بنظرية السبب المنتج خصوصاً في الفقه الألماني.

(١٢١) مجمع الضمانات: ١٨٠.

(١٢٢) كشاف الفناع: ٧/٦.

(١٢٣) الوجيز: ٥٦٤.

(١٢٤) نظرية الضمان: ٩٩.

(١٢٥) مجمع الضمانات: ٢٠٣، الأشباه والنظائر لابن نجيم: ١٦٣ القاعدة ١٩.

(١٢٦) انظر: الأشباه والنظائر/ السيوطي: ١٦٢ القاعدة ٤٠ والقواعد لابن رجب: ٢٨٥ القاعدة ١٢٧، المغني: ٨/ ٥٦٤-٥٦٥.

ومن أمثلة هذه القاعدة:

١- لو حفر شخص حفرة في الطريق، فألقى آخر نفسه أو غيره فيها عامداً، لا يضمن الحافر، بل الملقى وحده؛ لأنه المباشر^(١٢٧).

٢- لو دل شخص آخر على مال ثالث، فسرقه المدلول، لا يضمن الدال، لأنه متسبب، ويضمن المدلول؛ لأنه مباشر^(١٢٨).

لكن يستثنى من قاعدة تقديم المباشرة على التسبب، صور يقدم فيها السبب على المباشرة وهي العلة، منها:

الصورة الأولى: إذا تعذرت الإضافة إلى العلة بالكلية، فيضاف الحكم إلى السبب وحده^(١٢٩).

الصورة الأخرى: إذا كان السبب في معنى العلة، وليس سبباً محضاً^(١٣٠) وذلك:

١- بأن يعمل بانفراده - كما يعبر الحنفية^(١٣١) والشافعية^(١٣٢).

٢- أو بأن تكون المباشرة مبنية على السبب، بحيث لو تخلف السبب زالت العلة - كما يعبر المالكية^(١٣٣) والحنابلة^(١٣٤) - فيضاف الحكم في هذه الصورة بمعنيها إلى السبب والعلة معاً.

فمثال الصورة الأولى: ما إذا دفع رجل إلى صبي سكيناً ليحمله له، فسقط من يده،

(١٢٧) مجمع الضمانات: ١٨٠، القواعد لابن رجب: ٢٨٥.

(١٢٨) مجمع الضمانات: ٢٠٣.

(١٢٩) شرح التلويح على التوضيح: ٢ / ٢٧٧.

(١٣٠) كشف الأسرار/ البخاري: ٤ / ١٧٥، شرح التلويح على التوضيح: ٢ / ٢٧٤.

(١٣١) تبيين الحقائق: ٦ / ١٥٠، تكملة البحر الرائق: ٨ / ٤٠٩.

(١٣٢) تحفة المحتاج: ٨ / ٤٠٧، نهاية المحتاج: ٧ / ٢٧٥.

(١٣٣) شرح الخرشي: ٨ / ١٠ حيث جاء فيه « كما إن المتسبب يقتل مع المباشر كمن حفر بئراً ليقع فيها شخص معين فوقف على شفيرها فرداه غير الحافر».

(١٣٤) القواعد لابن رجب: ٢٨٤، القاعدة ١٢٧.

فجرحه، ضمن الدافع لأن السبب هنا في معنى العلة^(١٣٥).

وكذلك لو شهدا بجمال عند القاضي، فحكم به، وقبضه المدعي، ثم رجعا، يضمنان: لأن في إيجاب الضمان على القاضي صرف الناس عن تقلد القضاء فكان متعذراً؛ كما يتعذر الاستيفاء من المدعي، لأن الحكم مضى ونفذ، فاعتبر التسيب، وضمن المتسبب^(١٣٦).

ومثال الصورة الأخرى: ما إذا اجتمع على قيادة الدابة، راكب وسائق، وأتلفت شيئاً، فالراجع عند الحنفية تضمينهما؛ لأن السوق متلف، وإن لم يكن على الدابة راكب^(١٣٧).

وكذلك من أمثلتها بينة الزور، إذا كان القاضي على اتفاق مع الشاهدين بها^(١٣٨). ومن أمثلتها أيضاً: ما لو نقب شخص جداراً، وأخرج آخر المال من الحرز وكانا على اتفاق في ذلك بينهما:

(١) فبعض المالكية، يرون قطع أيديهما^(١٣٩).

(٢) ومذهب المدونة: قطع يد السارق فقط^(١٤٠)، وهو قول الشافعية^(١٤١) والحنابلة^(١٤٢).

٣- تسلسل الأضرار:

وهو أن يترتب على التعدي أضرار متسلسلة عنه متعددة والحكم فيها: أنه يضمن المتعدي جميع الأضرار المترتبة، ما بقي أثر تعديه فيها، فإن انقطع بتعداً آخر لم يضمن. فمن صور ذلك عند الحنفية:

(١٣٥) كشف الأضرار: ٤ / ١٨١، شرح التلويح على التوضيح: ٢ / ٢٧٧.

(١٣٦) المبسوط: ١٦ / ١٨٠، مجمع الضمانات: ٣٥٩.

(١٣٧) تبيين الحقائق: ٦ / ١٥٠.

(١٣٨) منح الجليل: ٧ / ٨٩.

(١٣٩) ومنهم ابن الحاجب وابن شاس، حاشية الدسوقي: ٤ / ٣٤٤.

(١٤٠) مواهب الجليل: ٦ / ٣١٢، المدونة: ٤ / ٥٣٢.

(١٤١) الأم: ٨ / ٣٧٠، مغني المحتاج: ٥ / ٤٨٥، تحفة المحتاج: ٩ / ١٤٥.

(١٤٢) المغني: ٩ / ١٢٢.

١- سقط حائط إنسان على حائط إنسان آخر، فسقط الحائط الثاني على رجل فقتله، كان ضمان الحائط الثاني والقتيل، على صاحب الحائط الأول^(١٤٣)؛ لأن تسبب حائطه لم ينقطع .

فإن عثر إنسان بأنقاض الحائط الثاني، فانكسر، لم يضمن الأول؛ لأن التفريغ ليس عليه؛ ولا يضمن صاحب الحائط الثاني، إلا إذا علم بسقوط حائطه، ولم ينقل ترابه في مدة تسع النقل^(١٤٤).

٢- لو أشهد على حائطه بالميل، فلم ينقضه صاحبه حتى سقط، فقتل إنساناً، وعثر بالأنقاض شخص فعطب، وعطب آخر بالقتيل، كان ضمان القتل الأول وعطب الثاني على صاحب الحائط؛ لأن الحائط وأنقاضه مطلوبان منه؛ أمّا التلف الحاصل بالقتيل الأول فليس عليه؛ لأن نقله ليس مسؤولاً منه، بل هو لأولياء القتل^(١٤٥).

فتسلسل السببية، يوجب الضمان على صاحب السبب الأول، إذا بقي معنى تسببه في السبب الأخير، أما إذا انقطع وأضيف الضرر إلى غيره، فإنه لا يضمن^(١٤٦).

وهنا تبرز عراقة ورقي الفقه الإسلامي الذي سبق كثيراً من الأفهام والنظريات الغربية التي وصلت إلى هذه النتيجة بعد مشوار طويل، وقد سبقها الفقه الإسلامي بفروعه وروعها ودقة التصوير النابع من تراث نبوي كريم^(١٤٧).

(١٤٣) مجمع الضمانات: ١٨٥، تكملة البحر الرائق: ٨ / ٤٠٤.

(١٤٤) تبين الحقائق: ٦ / ١٤٨، حاشية ابن عابدين: ٦ / ٦٠٢.

(١٤٥) تكملة البحر الرائق/ الطوري: ٨ / ٤٠٤، مجمع الضمانات: ١٨٥.

(١٤٦) انظر: المسؤولية المدنية والجنائية في الشريعة الإسلامية/ محمود شلتوت: ٢٦ مطبعة الأزهر القاهرة، نظرية الضمان: ١٠٣.

(١٤٧) انظر للمقارنة: الوجيز: ٥٧٠، الوسيط: ١ / بند ٦٠٧.

٤- عبء إثبات السببية:

لا يكفي أن يكون هناك خطأ وضرر، بل يجب أيضاً أن يكون الخطأ هو السبب في الضرر، أي أن تكون هناك علاقة سببية ما بين الخطأ والضرر، والمفروض أن علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر قائمة، فهي مفترضة فلا يكلف الدائن إثباتها، بل إن المدين هو الذي يكلف بنفي هذه العلاقة، إذا ادعى أنها غير موجودة فعلى الإثبات يقع عليه، لا على الدائن، والمدين لا يستطيع نفي علاقة السببية إلا بإثبات السبب الأجنبي، وذلك بأن يثبت أن الضرر يرجع إلى قوة قاهرة أو حادث فجائي، أو يرجع إلى خطأ الدائن أو يرجع إلى خطأ الغير^(١٤٨).

مثل أن يقود عامل النقل المركبة التي ينقل فيها بضائع الدائن بسرعة أكبر مما يجب، ولكن البضائع كانت قابلة للكسر ولم يصفها صاحبها بحيث لا تتكسر حتى لو كان عامل النقل يسير بسرعة معتدلة فتتكسر البضائع، فيكون الضرر الذي أصاب الدائن في هذه الحالة غير ناشئ من خطأ المدين، بل من خطأ الدائن نفسه، فيتخلص عامل النقل من المسؤولية بإثبات أن صاحب البضاعة قد أهمل فلم يصف البضاعة بحيث يأمن عليها من الكسر لو كانت السرعة معتادة^(١٤٩).

والأصل في الشريعة الإسلامية هو أن المعتدى عليه، وهو الذي وقع عليه الضرر، هو المكلف بإثبات الضرر وإثبات تعدي من أنزل به الضرر، وأن تعديه كان هو السبب في الضرر. وذلك تطبيقاً للقاعدة الفقهية العامة، والتي تلقته الأمة بالقبول، وهي أن (البينة على المدعي، واليمين على من أنكر)^(١٥٠) فالمدعي يقيم الدعوى على المدعي عليه بعد أن أثبت لحوق الضرر به، وعلاقة السببية الرابطة بين تعديه وخطأ المتعدي، فعلى

(١٤٨) الوسيط: ١/ ٩٣٩، الوجيز: ٣٥٧ وما بعدها.

(١٤٩) مصادر الحق: ٦/ ١٢٨.

(١٥٠) فتح القدير: ٨/ ١٧٦، مواهب الجليل: ٥/ ٣٢، أسنى المطالب: ٤/ ٣٨٧، إعلام الموقعين: ١/ ٧١ شرح

منتهى الإرادات: ٣/ ٥٥٥ وما بعدها.

نفي المسؤولية بعد قيامها قائم على المدعى عليه وليس له التخلص من المسؤولية إلا بالسبب الأجنبي والقوة القاهرة، حيث تنتفي العلاقة السببية، ويصبح الخطأ والتعدي الذي حصل غير موصل للنتيجة الضارة بالمدعي؛ لأن قاعدة البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه تعتمد أساساً على معرفة المدعي من المدعى عليه^(١٥١)، وأن ترجيح جانبه بسبب من الأسباب التي تدل على صدقه وقوة جانبه، فالضعيف يحتاج لبينة تقوي موقفه^(١٥٢)، وهنا موقف المدين (المدعى عليه) ضعيف لوجود خطئه وتعيده الموصل للضرر بالمدعي، فلكي تبرأ ساحتها من المسؤولية لا بد وأن ينفي المسؤولية بإثبات قيام السبب الأجنبي.

(١٥١) انظر الفروق/ القرائي: ٤ / ٧٥.

(١٥٢) وسائل الإثبات: ٦٨٢.

المبحث الرابع: دفع المسؤولية

تقدم في أركان المسؤولية أنها متى اكتملت قامت المسؤولية تجاه الطرف الآخر، وتقدم أن الركن الثالث من أركان المسؤولية هو توافر علاقة السببية بين الخطأ والضرر، ويقصد بذلك إيجاد علاقة بين حدوث الخطأ والضرر، والمفروض أن علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر قائمة، فهي مفترضة فلا يكلف الدائن إثباتها، بل إن المدين هو الذي يكلف بنفي هذه العلاقة إذا ادعى أنها غير موجودة، فعبد الإثبات يقع عليه، لا على الدائن، والمدين لا يستطيع نفي علاقة السببية إلا بإثبات السبب الأجنبي، وذلك بأن يثبت أن الضرر يرجع إلى قوة قاهرة أو حادث فجائي، أو يرجع إلى خطأ الدائن أو يرجع إلى خطأ الغير^(١٥٣).

حالات نفي السببية

إذا أثبت المدعي المضرور الضرر، ووجدت العلاقة السببية بين خطأ المدعى عليه المعتدي الذي أنزل الضرر، وبين الضرر الحاصل، وجب الضمان على المعتدي، ولم يكن له دفع الاعتداء والضمان عنه، إلا بالسبب الأجنبي، الذي يتمثل بأحد هذه الأمور الثلاثة:

الأول: القوة القاهرة، «secnatsmucric yroslupmoC»^(١٥٤) والحادث الفجائي. وهما على الصحيح شيء واحد، وإذا كان التعبيران مختلفين فإن أحدهما يكمل الآخر، فالقوة القاهرة تبرز خصيصة استحالة الدفع، والحادث الفجائي يبرز خصيصة

(١٥٣) الوسيط: ١ / ٩٣٩، الوجيز: ٣٥٧ وما بعدها.

(١٥٤) القاموس القانوني / إبراهيم الوهب: ٥٢.

عدم إمكان التوقع ، واشترط القانونيون لذلك شروطاً:

- ١- أن يكون الحادث غير ممكن التوقع ، فإذا أمكن توقع الحادث حتى لو استحال دفعه لم يكن قوة قاهرة أو حادثاً فجائياً. ويجب أن يكون الحادث غير مستطاع التوقع لا من جانب المدعي فحسب، بل أيضاً من جانب أشد الناس يقظة، فالمعيار هنا موضوعي لا ذاتي، وعدم إمكان التوقع يكون وقت إبرام العقد.
- ٢- يجب أن يكون الحادث أيضاً مستحيل الدفع ، فإذا أمكن دفع الحادث حتى لو استحال توقعه لم يكن قوة قاهرة أو حادثاً فجائياً.

٣- أن يكون الحادث من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً، وأن تكون الاستحالة مطلقة فلا تكون استحالة بالنسبة إلى المدين وحده^(١٥٥).

فهنا تنتفي علاقة السببية فلا تتحقق المسؤولية، لأنه أثبت أن الضرر لم يكن بسببه هو، بل بسبب أمر عارض خارج عن تدخل الإنسان، لا قبل له هو به، كالأفة السماوية، المعروفة في الفقه الإسلامي^(١٥٦).

ومن التطبيقات التي وردت في نصوص الفقه الإسلامي للأفة السماوية وللجائحة، هلاك الشاة بأفة سماوية، والحريق الغالب، وغرق السفينة، وأمر السلطان، وسقوط الأنية بغير فعل المدين، والبرد، والقحط، والعفن، والعطش، ويظهر من نصوص الفقهاء أن الأفة السماوية هي أمر ليس في الإمكان الاحتراز عنه، ولا في الوسع توقعه، ويجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً^(١٥٧)، ويلاحظ أن السبب الأجنبي لا ينفي الضمان في الفقه الإسلامي إلا إذا كانت يد المدين يد أمانة، فالمستعير والمستأجر والمودع عنده والوكيل والشريك وغيرهم ممن يده يد أمانة، تنتفي المسؤولية عنهم، ولا يضمنون إذا

(١٥٥) الوجيز: ٣٦٠ وما بعدها الوائ/ مرقس: ٢-١ / ٥٢٥ وما بعدها.

(١٥٦) انظر: مصادر الحق: ٦ / ١٧٦.

(١٥٧) راجع للأمثلة والصور، مجمع الضمانات: ٢٨، وما بعدها، إعلام الموقعين: ٤ / ١٢٤، الإنصاف: ٤ / ٤٥٥

وما بعدها، أسنى المطالب: ٢ / ٥٤-٧٨، منح الجليل: ٥ / ٢٣٩، حاشية العدوي: ٢ / ٢١٧.

هلك الشيء بسبب أجنبي، بل يكفي في كثير من الأحوال لانتفاء المسؤولية أن يكون الهلاك بغير فعل المدين، وهي مرتبة أدنى من السبب الأجنبي، وعبء الإثبات على الدائن، فإذا ادعى أن الهلاك كان بفعل المدين، فعليه هو إثبات ذلك.

أما إذا كانت يد المدين يد ضمان، كيد البائع قبل تسليم المبيع، وكما في ضمان الاستحقاق، وفي تسليم منافع العين المؤجرة، فإن الالتزام يصبح التزاماً بتحقيق غاية، فلا تنتفي المسؤولية ولا يسقط الضمان بالسبب الأجنبي، ذلك أن الفقه الإسلامي يكتفي في هذه الأحوال بفسخ العقد كما قدمنا، ولا يوجب فوق الفسخ تعويضاً آخر، فلم يمنع السبب الأجنبي من الفسخ، أما الفقه الغربي فهناك تعويض فوق الفسخ، وهذا التعويض وحده الذي يمتنع بالسبب الأجنبي، ويبقى الفسخ لا يمنعه السبب الأجنبي^(١٥٨).

الثاني: خطأ المضرور:

إذا كانت يد المدين يد أمانة، وهلك الشيء بخطأ الدائن أي خطأ المضرور لم يضمن المدين الهلاك، فقد قام بواجبه من الحفظ، والهلاك قد حدث بسبب أجنبي عنه وهو خطأ المضرور.

أما إن كانت يد المدين يد ضمان، كيد البائع قبل تسليم المبيع، فالأصل أن البائع يضمن هلاك المبيع قبل القبض حتى لو حدث الهلاك بسبب أجنبي، وهذا ما لم يكن السبب الأجنبي هو خطأ المشتري أي خطأ المضرور. فإذا كان الهلاك بخطأ المشتري، ولو قبل قبض المبيع لم يضمن البائع، ونرى أن خطأ المضرور عندما تكون يد المدين يد ضمان أبعد أثراً من خطئه عندما تكون يد المدين يد أمانة، حيث ذكر الفقهاء لو أن

(١٥٨) مصادر الحق: ٦/ ١٨٢-١٨٣.

رجلاً اشترى سمناً ودفع إلى البائع ظرفاً وأمره بأن يزن فيه، وفي الظرف خرق لا يعلم به المشتري والبائع يعلم به، فتلف كان التلف على البائع ولا شيء على المشتري، وإن كان المشتري يعلم به والبائع لا يعلم به أو كانا يعلمان جميعاً كان المشتري قابضاً للمبيع وعليه جميع الثمن^(١٥٩).

وكما لو تعمد رجل أن يتزلق على خشبة وضعها رجل في الطريق، أو يلقي بنفسه في حفرة احتفرها رجل فيه، فلا ضمان على الواضع والحافر؛ لأنهما متسببان، وفعل العامد مباشر، وطريان المباشرة على التسبب ينسخه^(١٦٠)، وكذا لو ضرب دابة فنفتحت فمات، «فدمه هدر، لأنه بمنزلة الجاني على نفسه»^(١٦١).

الثالث: تعدي شخص آخر (خطأ الغير):

إذا كان هلاك الشيء بفعل أجنبي، انتفت علاقة السببية بين الخطأ والضرر، فلا يضمن المدين لو هلكت الوديعة^(١٦٢) بفعل عدو مكابر^(١٦٣)، كان هذا فعل الأجنبي ولم يضمن المودع عنده^(١٦٤)، وكما لو حفر إنسان حفرة في الطريق، فعمد شخص إلى آخر، فأرداه فيها، لا يضمن الحافر، بل المردى، أو كان سائقاً يقود سيارة بسرعة محظورة، غير معتادة، فعمد شخص إلى عدوه، فدفعه أمامها، وهي منطلقة بسرعتها، لا يضمن السائق، ويضمن الدافع، لمباشرته.

(١٥٩) مجمع الضمانات: ٢٣٦.

(١٦٠) المبسوط: ٥ / ٢٧، مجمع الضمانات: ١٧٠.

(١٦١) المبسوط: ٢ / ٢٧.

(١٦٢) الوديعة ما يترك عند الأمين وهي أمانة في يد المودع إذا هلكت لا يضمنها كما في الهداية وغيرها قال في

الأشباه: الوديعة أمانة إلا إذا كانت بأجر فمضمونة. انظر: مجمع الضمانات/ البغدادي: ٦٨.

(١٦٣) ويشهد لذلك ما روي عن ابن سيرين قال: «كل أجبر أخذ أجراً فهو ضامن إلا من عدو مكابر أو أجبر يده

مع يدك» أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه كتاب البيوع والأقضية باب في الأجبر يضمن أم لا؟

(١٦٤) انظر للنصوص الفقهية: مجمع الضمانات ٦٦، ٧٦.

ويكون الشخص مسؤولاً عن فعل الغير في حالتين، الأولى: حالة من تجب عليه رقابة شخص آخر في حاجة إلى الرقابة، فيكون مسؤولاً عن أفعاله الضارة، والثانية: حالة المتبوع، ويكون مسؤولاً عن أفعال تابعه غير المشروعة في حال تأدية وظيفته أو بسببها.

ويمكن القول هنا: إن السبب الأجنبي المتمثل في الأمور الثلاثة المذكورة يؤول - في الواقع - إلى توسط العلة المباشرة بين السبب وبين المسبب وهو الضرر^(١٦٥)، وقد تقدم ذكر القاعدة الفقهية في هذا الصدد وهي (إذا اجتمع المباشر والمتسبب، أضيف الحكم إلى المباشر).

(١٦٥) انظر: الوجيز: ٥٩٩، نظرية الضمان: ١٠٦.