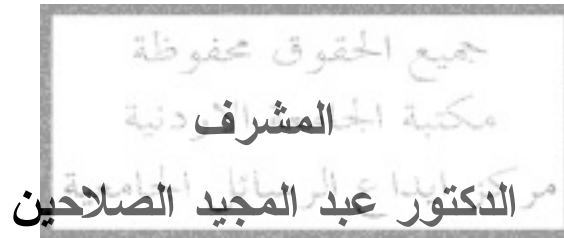


القواعد الفقهية المتعلقة بالمباشرة والتسبب وتطبيقاتها في الفقه
الإسلامي

إعداد

أحمد محمد الحاج خليل



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

كلية الدراسات العليا
الجامعة الأردنية

كانون الثاني ٢٠٠٥م

نوقشت هذه الرسالة وأجيزت بتاريخ : ٢٠٠٥/١/١١م

(القواعد الفقهية المتعلقة بالمباشرة والتسبب وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي)

التوقيع		أعضاء لجنة المناقشة
	مشرفا ورئيسا الجامعة الأردنية	الدكتور عبد المجيد الصلاحيين أستاذ مشارك في الفقه وأصوله
	جميع الحقوق محفوظة مكتبة الجامعة الأردنية الجامعة الأردنية مركز أبحاث الرسائل الجامعية	الدكتور عبد الله الفواز أستاذ مشارك في الفقه وأصوله
	عضوا جامعة اليرموك	الدكتور مصطفى القضاة أستاذ مساعد في الفقه وأصوله
	عضوا الجامعة الأردنية	الدكتور محمد السكر أستاذ مساعد في الفقه وأصوله

الإهداء

إلى اللذين أحسنا تربيته

إلى والدي العزيزين الغاليين اللذين شجعاني على السير في هذا الطريق

وأمداني بالعزم على التحدي والمواصلة

وإلى أخوتي الأعزاء

وإلى المجاهدين في سبيل الله في كل مكان

وإلى الشهداء الأبرار في مشارق الأرض ومغاربها

وإلى الذين على دربهم سائرون

وإلى كل مسلم ومسلمة

أقدم جهدي هذا ... بالحب والوفاء

شكر وتقدير

اعترافا لذوي الفضل بفضلهم ، لا يسعني في هذا المقام إلا أن أتقدم بجزيل الشكر وعظيم الامتنان إلى كل من كانت له يد في إخراج هذا العمل على هذه الصورة .

وأخص بالشكر أستاذي الدكتور عبد المجيد الصالحين الذي تفضل بالإشراف على هذه الرسالة ، ولم يأل جهدا في تقديم النصح والإرشاد ، فجزاه الله ﷻ عني كل خير .

كما وأتقدم بخالص شكري إلى الأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة :-
الدكتور عبد الله الفوزان ، والدكتور مصطفى القضاة ، والدكتور محمد السكر ؛
على تفضلهم بقبول مناقشة هذه الرسالة ، وعلى ما بذلوه من جهد في قراءتها وتدقيقها وتخليصها من كل خطأ يعنورُها ، وكذلك على تقديمهم كل نصح من شأنه تحسين مستوى هذا العمل ، وإخراجه في أحسن صورة .

كما أتقدم بجزيل الشكر إلى كل من أسهم في إنجاز هذه الرسالة ، وكان له فضل المساعدة وتذليل الصعوبات وأخص بالذكر فضيلة الدكتور أحمد سعيد حوى والأخ الدكتور مشهور مشاهرة ؛ على ما قدماه لي من النصح والإرشاد .

قائمة المحتويات

الصفحة	الموضوع
ب	قرار لجنة المناقشة
ج	الإهداء
د	الشكر
هـ	قائمة المحتويات
ح	الملخص باللغة العربية
١	المقدمة
١٠	التمهيد
١١	المبحث الأول : بيان معنى القواعد الفقهية في اللغة والاصطلاح وبيان العلاقة بين المعنيين
١٢	المطلب الأول : معنى القواعد الفقهية في اللغة والاصطلاح
٢٥	المطلب الثاني : العلاقة بين المعنيين اللغوي والاصطلاحي
٢٦	المبحث الثاني : أهمية القواعد الفقهية
٢٩	الفصل الأول: في مفهومي المباشرة والتسبب وما يتعلق بهما
٣٠	المبحث الأول: المباشرة
٣٠	المطلب الأول : مفهوم المباشرة
٣٨	المطلب الثاني : شروط المباشرة
٤٠	المطلب الثالث : - أقسام المباشرة
٤٦	المبحث الثاني : التسبب
٤٦	المطلب الأول : تعريف التسبب
٥٠	المطلب الثاني : شروط التسبب
٥٩	المطلب الثالث : - أقسام التسبب
٦٤	المبحث الثالث : المسؤولية في المباشرة والتسبب
٦٥	المطلب الأول : المسؤولية في اللغة والاصطلاح
٦٧	المطلب الثاني : مسؤولية المباشر

٧٠	المطلب الثالث :- مسؤولية المتسبب
٧٣	الفصل الثاني :- قاعدة : " المباشر ضامن وان لم يتعمد "
٧٤	المبحث الأول : مفردات القاعدة ومعناها الإجمالي
٧٤	المطلب الأول :- مفردات القاعدة
٧٦	المطلب الثاني :- المعنى الإجمالي للقاعدة
٧٧	المبحث الثاني :- أدلة القاعدة والعمل بها عند الفقهاء
٧٧	المطلب الأول :- أدلة القاعدة
٨١	المطلب الثاني :- العمل بالقاعدة عند الفقهاء
٨٣	المبحث الثالث : الأمثلة التطبيقية والتخريج على القاعدة مع الاستثناءات الواردة عليها
٨٣	المطلب الأول :- بعض الأمثلة التطبيقية على القاعدة
٨٩	المطلب الثاني :- التخريج على القاعدة
٩٥	المطلب الثالث :- بعض الاستثناءات الواردة على القاعدة
٩٧	الفصل الثالث :- قاعدة :- " المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد "
٩٨	المبحث الأول : مفردات القاعدة ومعناها الإجمالي
٩٨	المطلب الأول :- مفردات القاعدة
١٠٠	المطلب الثاني :- المعنى الإجمالي للقاعدة
١٠١	المبحث الثاني :- أدلة القاعدة والعمل بها عند الفقهاء
١٠١	المطلب الأول :- أدلة القاعدة
١٠٧	المطلب الثاني :- العمل بالقاعدة عند الفقهاء
١١٢	المبحث الثالث :- الأمثلة التطبيقية والتخريج على القاعدة مع الاستثناءات الواردة عليها
١١٢	المطلب الأول :- بعض الأمثلة التطبيقية على القاعدة
١١٩	المطلب الثاني :- التخريج على القاعدة
١٢١	المطلب الثالث :- بعض الاستثناءات الواردة على القاعدة
١٢٣	الفصل الرابع :- قاعدة :- " إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر "

١٢٤	المبحث الأول : المعنى الإجمالي للقاعدة والاحتجاج بها عند الفقهاء
١٢٥	المطلب الأول :- المعنى الإجمالي للقاعدة
١٢٦	المطلب الثاني :- الاحتجاج بالقاعدة عند الفقهاء
١٢٨	المبحث الثاني :- حالات اجتماع المتلفين
١٢٩	المطلب الأول :- أن يكون المتلفون جميعهم مباشرين
١٣١	المطلب الثاني :- أن يكونوا جميعا متسببين
١٣٣	المطلب الثالث :- أن يكون بعضهم مباشرا وبعضهم متسببا
١٣٤	المبحث الثالث :- الأمثلة التطبيقية والتخريج على القاعدة مع الاستثناءات الواردة عليها
١٣٥	المطلب الأول :- بعض الأمثلة التطبيقية على القاعدة
١٣٧	المطلب الثاني :- التخريج على القاعدة
١٣٩	المطلب الثالث :- بعض الاستثناءات الواردة على القاعدة
١٤٢	الفصل الخامس :- قاعدة :- " يضاف الفعل إلى الفاعل لا إلى الأمر ما لم يكن مجبرا "
١٤٣	المبحث الأول :- المعنى الإجمالي للقاعدة ومفرداتها وأحكامها
١٤٣	المطلب الأول :- المعنى الإجمالي للقاعدة
١٤٤	المطلب الثاني :- مفردات القاعدة وأحكامها
١٥٣	المبحث الثاني :- أمثلة تطبيقية على القاعدة والتخريج عليها
١٥٤	المطلب الأول :- بعض الأمثلة التطبيقية على القاعدة
١٥٦	المطلب الثاني :- التخريج على القاعدة
١٥٨	المبحث الثالث :- بعض الاستثناءات الواردة عن القاعدة
١٦٢	الخاتمة
١٦٤	قائمة المصادر والمراجع
١٧٤	ملخص الرسالة باللغة الإنجليزية

القواعد الفقهية المتعلقة بالمباشرة والتسبب وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي

إعداد

أحمد محمد الحاج خليل

المشرف

الدكتور عبد المجيد الصالحين

الملخص

تناولت هذه الدراسة موضوع القواعد الفقهية المتعلقة بالمباشرة والتسبب ، وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي ، بهدف جمع هذه القواعد في مؤلف واحد ؛ حتى يسهل على باغيها تناولها ودراستها .


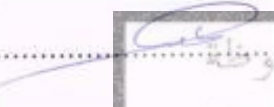


فكانت هذه الدراسة محاولة متواضعة لجمع القواعد الفقهية التي تتعلق بالمباشرة والتسبب ، وذلك بذكر نبذة عن القواعد الفقهية ، من حيث التعريف والأهمية ، وبتتبع خلاصة ما قاله الفقهاء في المباشرة والتسبب ، ثم استقصاء هذه القواعد وجمعها من مظانها في كتب القواعد الفقهية وغيرها من المصنفات الفقهية عند المذاهب الأربعة . ثم عمدت إلى بيان معاني مفرداتها بالقدر الكافي ، على النحو الذي يخدم غرضنا في هذه الدراسة ، وقد تتبعنا الأدلة من مظانها ، وأوردت استدلالات الفقهاء بهذه الأدلة من كتبهم المعتمدة ، ثم ذكرت بعض التطبيقات الفقهية على هذه القواعد ، وخرجت عليها بعض المسائل المعاصرة ، ومن ثم ختمت الحديث عن كل قاعدة بذكر بعض المستثنيات الواردة عليها .

ولقد بينت أثناء حديثي عن هذه القواعد أن الفقهاء قد استخدموا كلمة الضمان في هذا الباب على إطلاقها ، وأن مقصدهم منها هو ما يتعلق من الضمان بباب الإلتافات ، لأنه كما هو معلوم أن الضمان يدخل في باب الكفالة وغيره من الأبواب الفقهية ، وقد بينت أيضا أن كلام الفقهاء في التعدي والتعمد بالنسبة للمباشرة والتسبب في باب الإلتافات يتعلق بالفعل وطبيعته ، وليس بالفاعل وشخصه ، وغيرها من الأمور .

هذا وإن من الثمرات المرجوة من هذه الدراسة هي تخريج المسائل المستجدة على هذه القواعد ، وذلك من باب تخريج الفروع على الأصول ، ومن ثم بيان أن الفقه الإسلامي حي يصلح للتطبيق في كل زمان ومكان ، وذلك ردا على الذين تركوا حكم الله ﷻ وكتابه ، وتمسكوا بالقوانين الوضعية ، بغض النظر عن الحجج الواهية التي تمسكوا بها .

نوقشت هذه الرسالة وأجيزت بتاريخ : ٢٠٠٥/١/١١ م

(القواعد الفقهية المتعلقة بالمباينة والتسبيب وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي)

التوقيع		أعضاء لجنة المناقشة
	مشرقا ورئيسا الجامعة الأردنية	الدكتور عبد المجيد الصلاحيين أستاذ مشارك في الفقه وأصوله
	عضوا الجامعة الأردنية مكتبة الجامعة الأردنية	الدكتور عبد الله الفواز أستاذ مشارك في الفقه وأصوله
	عضوا جامعة اليرموك	الدكتور مصطفى القضاة أستاذ مساعد في الفقه وأصوله
	عضوا الجامعة الأردنية	الدكتور محمد العسكر أستاذ مساعد في الفقه وأصوله

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

الحمد لله على نِعَمَائِهِ ، والشكر له على آلائه ، وصلى الله على سيدنا محمد خاتم أنبيائه ، وعلى آله وصحبه وأوليائه ، أحمدُه ﷺ حمداً يكون سبباً مدنياً من رضاه ، وأشكره شكراً يكون مقرباً من الفوز بمغفرته وحنانه .

أما بعد :-

فإن الدين القويم هو الإسلام العظيم ، الذي بُعث به سيدنا محمد ﷺ للناس كافة وهو الشريعة الخالدة الصالحة لكل زمان ومكان ، وقد جاءت هذه الشريعة بمقاصد تهدف من خلالها إلى المحافظة على النفس والعرض والمال ، وجعلت الحفاظ على هذه الأشياء في مقدمة اهتماماتها ومقاصدها ، حيث شرعت للحفاظ عليها أحكاماً خاصة ، وأحاطتها بسور منيع ، فمنعت الاعتداء على النفس بأي شكل من الأشكال ، كما ضمنت لكل إنسان حقه في الحياة ، فأثبتت له الحقوق من حين ولادته ، بل حتى قبل ذلك . كما حرمت القتل بغير حق .

كما وأكدت الأمر في المحافظة على العرض ، فشرعت الأحكام التي تضبط كل ذلك ، وتحيطه بالإجراءات الوقائية كافة ، تلك التي تمنع أي تعدٍ عليه أو خلط فيه ، فشرعت الزواج ، وسهلت أموره ، وحضت عليه ، وحرمت الزنى ، وشددت عقوبته ، وتشدت في إثباته ، فحرمت الفذف وعاقبت عليه . وقد حفظت المال ، ببيان وسائل الكسب المشروع ، وحرمت ما دونها من الوسائل التي تؤدي إلى الحرام أو إلى ضياع المال ، وفي الجملة فإن هذه الشريعة جاءت بأحكام متنوعة لتحفظ هذه المقاصد ، كالحدود والقصاص والتعازير وغير ذلك من الأحكام .

ولأن الأحكام الشرعية تتعلق بأفعال المكلفين ، وهذه الأفعال تختلف في طبيعتها من نوع الفعل من حيث القوة والضعف ، فمنها ما يقع مباشرة ومنها ما يقع بالسبب ، ومن هنا فقد اجتهد الفقهاء في بيان هذه الأفعال ، وضبطها ووضع القواعد الخاصة بذلك ، حتى تترتب نتائج الأفعال عليها ، ويتحمل كل شخص نتيجة فعله دون خلط أو لبس ، حتى يتحقق الحق المنشود والعدالة المرجوة .

١. أهمية الموضوع :-

تبرز أهمية الموضوع من جهات متعددة منها :-

- ١- تعلق هذا الموضوع بأفعال المكلفين الناتجة عن المباشرة والتسبب ، فهو موضوع مهم وحساس في الضمان ؛ من ناحية ترتيب النتيجة على الفاعل الحقيقي ، وتحمله تبعات فعله .
- ٢- ارتباط هذا الموضوع بحياة الناس في جميع أحوالهم ، إذ أن كل فعل يصدر عنهم يكون بحاجة إلى الحكم عليه ، وذلك بمعرفة نوع ذلك الفعل ، هل هو من المباشرة أم من التسبب .
- ٣- ولما كان موضوع المباشرة والتسبب يحتل هذا الموقع من الأهمية فقد رأيت أن أخدم هذا الدين العظيم بجهد القاصر بحثا ودراسة في هذا الموضوع الشائك ، ويظهر تشابك هذا الموضوع في امتزاج أحكام المباشرة والتسبب بعضها مع بعض ؛ إذ إنها بحاجة إلى جهد كبير للفصل بينها ، وإخراجها في صورة أكثر وضوحا وانضباطا .
- ٤- تساعد هذه الدراسة في توضيح أحكام المباشرة والتسبب ، والفصل بينها حتى تكون أسهل تناولا وأكثر انضباطا ، إذ يمكن تيسير ذلك من خلال دراسة القواعد الفقهية وتجلية الغموض الذي يكتنفها .
- ٥- عدم وجود بحث متخصص في القواعد الفقهية لأحكام المباشرة والتسبب في كتاب واحد في حدود إطلاعي ، ولذلك فإنني أمل في هذه الدراسة أن ييسر الله ﷻ لي العمل لجمع شتات الموضوع وتنسيقه بشكل سلس ميسر .
- ٦- كثرة الفروع الفقهية التي تندرج تحت هذه القواعد وتشعبها في جميع أبواب الفقه ، وعدم جمعها في كتاب مستقل .
- ٧- أهمية دراسة هذه القواعد ومعرفة مدى تأثيرها في الفروع الفقهية ، ومكانتها عند الفقهاء . وإلى غير ذلك من الأسباب .

٢- الدراسات السابقة :-

اهتم الفقهاء منذ القدم بالحكم على الأفعال التي يقوم بها الناس ، حتى يتسنى للحياة أن تستمر وتستقيم ، ومن أهم الأفعال التي انكبوا على دراستها بحثا وتمحيصا ، وقعدوا لها من القواعد ما يتعلق بالمباشرة والتسبب ، وما يتعلق منها بجانب الضمان خاصة ، إلا أن هذا الاهتمام والبحث لم يكن بشكل مستقل ، وإنما كان في ثنايا كتبهم . وأيضا في الوقت الحاضر لم أجد - في حدود اطلاعي ومعرفتي - أحداً أفرد قواعد المباشرة والتسبب في الفقه الإسلامي ببحث مستقل مع ذكر أدلتها وتطبيقاتها والتخريج عليها . هذا وتذكر كتب القواعد الفقهية بعض هذه القواعد متناثرة غير كاملة ولا شاملة ، وذلك مثل كتب الأشباه والنظائر ، وغيرها من كتب القواعد الفقهية . وهناك من الفقهاء المعاصرين من تحدث عن بعض هذه القواعد بشكل مختصر وسريع مع ذكر بعض التطبيقات عليها ، ومن هذه الدراسات :-

أ- نظرية الضمان ، أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة - لفضيلة الدكتور وهبة الزحيلي . محفوظة

ولقد تحدث الدكتور في كتابه عن المباشر والمتسبب بشكل عام ، عند حديثه عن الرابطة بين التعدي (الخطأ) والضرر ، حيث ذكر بعض الأمثلة على كل منهما ، وشروط تضمين المتسبب والحالات التي يضمن فيها ، كما تحدث عن القواعد الفقهية بشكل مختصر ، حيث ذكر بعض الأمثلة الواردة على القاعدة والاستثناءات الواردة عليها .

ورغم ذلك فحديث الدكتور الزحيلي عن هذه القواعد لم يكن شاملا ، بل كان إشارات سريعة ، دون التطرق إلى الحجية والاحتجاج بهذه القواعد عند الفقهاء .

ب- بحوث في قضايا فقهية معاصرة ، تأليف محمد تقي العثماني ، ذكر فيه بعض القواعد الفقهية المتعلقة بالمباشرة والتسبب مع بعض التوضيح عليها ثم أتبع ذلك ببعض الأمثلة التطبيقية الواردة على هذه القواعد .

ج- شرح القواعد الفقهية ، تأليف الشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا .

د - القواعد الفقهية على المذهب الحنفي والشافعي ، أ.د. محمد الزحيلي .

هـ- الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية ، تأليف : الدكتور عبد الكريم زيدان .

- و - القواعد الفقهية الكبرى وأثرها في المعاملات المالية ، تأليف الدكتور عمر عبد الله كامل .
 ز - المدخل إلى القواعد الفقهية الكلية ، تأليف الدكتور إبراهيم محمد محمود الحريري .
 ح - القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية ، تأليف الأستاذ الدكتور محمد عثمان شبير .

وهذه الدراسات جميعها ذكر فيها مؤلفوها القواعد الفقهية المتعلقة بالمباشرة والتسبب ، وتحدثوا عن هذه القواعد من حيث الشرح ، حيث أتبعوا كل قاعدة منها شرحا يسيرا بينوا فيه المعنى الإجمالي المقصود من القاعدة ، ثم بعد ذلك أوردوا بعض الأمثلة التطبيقية عليها . وختتم بعضهم بالحديث عن بعض المستثنيات الواردة على كل قاعدة منها ، على اختلاف يسير بينهم لا يكاد يذكر . غير أن الدكتور محمد شبير لم يبحث إلا في قاعدة واحدة هي قاعدة اجتماع المباشر مع المتسبب ، فقد بحثها من حيث المعنى والحكم ، وأورد عليها بعض التطبيقات .

ومن هنا فهذه الدراسات كانت بمثابة الإشارات السريعة ، فهي في معظمها اكتفت بذكر الأمثلة التطبيقية على القواعد ، أو بإيراد الشرح اليسير مع بعض الأمثلة والتطبيقات ، دون الإشارة إلى أدلة تلك القواعد ، أو حجيتها ، وكذلك أغفلت التعريف بالمباشرة والتسبب وما يتعلق بهما .

وهناك أيضا من بحث بعض نواحي المباشرة والتسبب ، وما يتعلق بها ، دون التطرق

إلى القواعد الفقهية المتعلقة بها بشكل خاص ، ومن هذه الدراسات : -

- ١- أحكام التسبب في الفقه الإسلامي - رسالة جامعية قدمت استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الدكتوراة في الفقه وأصوله في الجامعة الأردنية سنة ١٩٩٧م - قدمها محمد علي سليم الهواري .

حيث تحدث فيها عن التسبب بشكل خاص من حيث المفهوم والأقسام والضوابط ، وبعض الأحكام الخاصة به ، دون الحديث عن المباشرة أو التطرق لها إلا بذكر التعريف ضمن الألفاظ ذات الصلة بالموضوع ، وكذلك لم يتطرق بالبحث إلى القواعد الفقهية المتعلقة بهما .

٢- كما تم التطرق لهذا الموضوع في ثنايا بعض الكتب ، والدراسات في بعض المباحث أو المطالب ومن هذه الدراسات التي ورد فيها ذكر الموضوع :-

أ- ضمان العدوان في الفقه الإسلامي - دراسة فقهية مقارنة بأحكام المسؤولية التقصيرية في القانون - للدكتور محمد أحمد سراج .

تحدث فيه تحت عنوان علاقة السببية في مبحث واحد عن السبب والتسبب من حيث التعريف ، وبعض أشكال التسبب وحالاته .

ولم يبحث أي جانب من جوانب المباشرة ولا القواعد الفقهية المتعلقة بالمباشرة والتسبب .

ب- التشريع الجنائي الإسلامي مُقارنا بالقانون الوضعي ، تأليف عبد القادر عودة . تحدث فيه عن المباشرة والتسبب المتعلقة بالجرائم ، وعن الاشتراك بين المباشر والمتسبب ، وحالات الاشتراك بالاجتماع أو بالتتابع وشروط الاشتراك ، مع ذكر بعض الأمثلة المتعلقة بهما وآراء الفقهاء في ذلك ، ولم يتحدث عن القواعد الفقهية المتعلقة بالمباشرة والتسبب وما يتصل بها .

ج- الضمان في الفقه الإسلامي - محاضرات لفضيلة الأستاذ علي الخفيف ، تحدث فيها عن المباشرة والتسبب ، من حيث التعريف ، وحالات الضمان ، وبيّن بعض الأحكام المتعلقة بهما وحالات اجتماعهما ، كما بين بعض آراء الفقهاء في المباشرة والتسبب وقواعدهم التي اعتمدها ، ولم يتحدث عن القواعد الفقهية المتعلقة بهذا الجانب وما يتعلق بها .

د- التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي - للدكتور محمد بن المدني بوساق .

تحدث فيه عن المباشرة والتسبب ، من حيث حالات الضمان ومقداره على كل منهما ، ثم ذكر بعض الأمثلة المتعلقة بذلك ، مع بيان رأي الفقهاء في الموضوع .

ولم يتطرق إلى التعريف والشروط والقواعد الفقهية المتعلقة بهذا الجانب .

هـ- ضمان عثرات الطريق في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية - دراسة مقارنة -

أ.د. أحمد بخيت الغزالي .

تحدث فيه عن المباشرة والتسبب من حيث التعريف والضوابط ، وعن قاعدة اجتماع

المباشر مع المتسبب ، ولم يتحدث عن باقي القواعد الفقهية المتعلقة بالموضوع .

وإجمالاً فإن هذه الدراسات على عظم فائدتها ، فإنها لم تأت بشكل مستقل للبحث في موضوع قواعد المباشرة والتسبب ، وليس بينها دراسة مستوعبة لكامل جوانب الموضوع من حيث الأحكام والشروط والقواعد ، وغيرها من جوانب الموضوع ، وهي أيضاً تحتاج إلى جمع وترتيب وبيان .

وبناء عليه فقد بدا لي أن أكتب في هذا الموضوع ، لما رأيت أنه بحاجة إلى زيادة في البحث ، لجمع شتاتة في دراسة واحدة يسهل الرجوع إليها ، وذلك ببيان ما يتعلق بالمباشرة والتسبب من المفهوم والشروط والأقسام ، ثم الحديث عن القواعد الفقهية المتعلقة بهذا الجانب ، وذلك من حيث المعنى الإجمالي للقاعدة ، والحكم المأخوذ منها ، وحجيتها ، والاحتجاج بها عند الفقهاء ، مع ذكر بعض الأمثلة التطبيقية عليها ، وبعض الاستثناءات الواردة عليها في حال وجود الاستثناءات .

٣- منهجية الدراسة :-

سأسلك منهجاً استقرائياً تحليلياً يمكن توضيح أهم معالمه فيما يلي :-

أولاً :- محاولة استقراء بعض كتب الفقه وكتب القواعد الفقهية لاستخراج أهم القواعد المتعلقة بالمباشرة والتسبب واستقراء الفروع الفقهية لاستخراج بعض التطبيقات على تلك القواعد .

ثانياً :- بيان معاني هذه القواعد ، وأهم الأدلة المتعلقة بها ، ومدى اعتبارها عند الفقهاء والأخذ بها .

ثالثاً :- ذكر بعض الفروع التطبيقية لهذه القواعد والاستثناءات الواردة عليها مع محاولة ذكر بعض الفروع الفقهية المعاصرة تخريجاً عليها .

رابعاً :- الرجوع إلى المصادر الأصلية ، في أخذ الآراء من المذاهب ، وذلك بأخذ رأي كل مذهب من مصادره المعتمدة ، وذكر أدلتهم من كتبهم ، مع محاولة الترجيح بين الآراء عند الحاجة لذلك .

وقد بنيت هذه الدراسة على مقدمة وتمهيد وخمسة فصول وخاتمة :-

المقدمة :-

الفصل التمهيدي وفيه مبحثان :

المبحث الأول : بيان معنى القواعد الفقهية في اللغة والاصطلاح ، وبيان العلاقة بين المعنيين .

المطلب الأول : معنى القواعد الفقهية في اللغة والاصطلاح .

المطلب الثاني : العلاقة بين المعنيين اللغوي والاصطلاحي .

المبحث الثاني : أهمية القواعد الفقهية .

الفصل الأول: في مفهومي المباشرة والتسبب وما يتعلق بهما :

المبحث الأول: المباشرة .

المطلب الأول : مفهوم المباشرة .

المطلب الثاني : شروط المباشرة .

المطلب الثالث :- أقسام المباشرة .

المبحث الثاني : التسبب .

المطلب الأول : تعريف التسبب .

المطلب الثاني : شروط التسبب .

المطلب الثالث :- أقسام التسبب .

المبحث الثالث : المسؤولية في المباشرة والتسبب .

المطلب الأول : المسؤولية في اللغة والاصطلاح .

المطلب الثاني : مسؤولية المباشر .

المطلب الثالث :- مسؤولية المتسبب .

الفصل الثاني :- قاعدة : " المباشر ضامن وإن لم يتعمد " .

المبحث الأول : مفردات القاعدة ومعناها الإجمالي .

المطلب الأول :- مفردات القاعدة .

المطلب الثاني :- المعنى الإجمالي للقاعدة .

المبحث الثاني :- أدلة القاعدة والعمل بها عند الفقهاء .

المطلب الأول :- أدلة القاعدة .

المطلب الثاني :- العمل بالقاعدة عند الفقهاء .

المبحث الثالث : الأمثلة التطبيقية ، والتخريج على القاعدة ، مع الاستثناءات الواردة عليها .

المطلب الأول :- بعض الأمثلة التطبيقية على القاعدة .

المطلب الثاني :- التخريج على القاعدة .

المطلب الثالث :- بعض الاستثناءات الواردة على القاعدة .

الفصل الثالث :- قاعدة :- " المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد " .

المبحث الأول : مفردات القاعدة ومعناها الإجمالي .

المطلب الأول :- مفردات القاعدة .

المطلب الثاني :- المعنى الإجمالي للقاعدة .

المبحث الثاني :- أدلة القاعدة والعمل بها عند الفقهاء .

المطلب الأول :- أدلة القاعدة جميع الحقوق محفوظة

المطلب الثاني :- العمل بالقاعدة عند الفقهاء .

المبحث الثالث :- الأمثلة التطبيقية ، والتخريج على القاعدة ، مع الاستثناءات الواردة عليها .

المطلب الأول :- بعض الأمثلة التطبيقية على القاعدة .

المطلب الثاني :- التخريج على القاعدة .

المطلب الثالث :- بعض الاستثناءات الواردة على القاعدة .

الفصل الرابع :- قاعدة :- " إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر " .

المبحث الأول : المعنى الإجمالي للقاعدة والاحتجاج بها عند الفقهاء .

المطلب الأول :- المعنى الإجمالي للقاعدة .

المطلب الثاني :- الاحتجاج بالقاعدة عند الفقهاء .

المبحث الثاني :- حالات اجتماع المتلفين .

المطلب الأول :- اجتماع المباشرين .

المطلب الثاني :- اجتماع المتسببين .

المطلب الثالث :- اجتماع المباشرة والسبب .

المبحث الثالث :- الأمثلة التطبيقية ، والتخريج على القاعدة ، مع الاستثناءات الواردة عليها .

المطلب الأول :- بعض الأمثلة التطبيقية على القاعدة .

المطلب الثاني :- التخريج على القاعدة .

المطلب الثالث :- بعض الاستثناءات الواردة على القاعدة .

الفصل الخامس :- قاعدة :- " يضاف الفعل إلى الفاعل لا إلى الأمر ما لم يكن مجبراً " .

المبحث الأول :- المعنى الإجمالي للقاعدة ومفرداتها وأحكامها .

المطلب الأول :- المعنى الإجمالي للقاعدة .

المطلب الثاني :- مفردات القاعدة وأحكامها .

المبحث الثاني :- أمثلة تطبيقية على القاعدة ، والتخريج عليها .

المطلب الأول :- بعض الأمثلة التطبيقية على القاعدة .

المطلب الثاني :- التخريج على القاعدة .

المبحث الثالث :- بعض الاستثناءات الواردة عن القاعدة .

وأخيراً :- فهذا جهد المقل ، فإن وفقنا بفضل الله ﷻ ورحمته ، وإن كانت الأخرى فمن

عجزي وتقصيري ، وأستغفر الله ﷻ عما بدر مني . الجامعة

وها أنا ذا أضع جهدي المتواضع بين يدي الأساتذة الأفاضل ليسدوا الخلل ويقوموا الزلل

ويقيلوا العثرات ، وأسأله سبحانه أن يوفقنا إلى الحق واتباعه ، فإنه لا علم لنا إلا ما علمنا ، إنه

هو العليم الحكيم .

الفصل التمهيدي

في بيان معنى القواعد الفقهية في اللغة

والاصطلاح، وبيان أهميتها

يعد الحديث عن "القواعد الفقهية" وأهميتها في هذا الفصل مقدمة مهمة للدخول في دائرة قواعد التسبب والمباشرة ، وذلك حتى يكون عند الباحث المعرفة والإطلاع على أهمية ما هو مقبل عليه ، وحتى تتحقق له الفائدة المرجوة من دراسة هذا الموضوع.

وقد احتوى هذا الفصل على المبحثين التاليين :-

المبحث الأول :- في بيان معنى القواعد الفقهية في اللغة والاصطلاح، وبيان

العلاقة بين المعنيين .

المبحث الثاني :- أهمية القواعد الفقهية .

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المبحث الأول

في بيان معنى القواعد الفقهية في اللغة والاصطلاح وبيان العلاقة بين المعنيين

يجدر بنا قبل البدء بالحديث عن القواعد الفقهية المتعلقة بالمباشرة والتسبب أن نقف على معنى " القواعد الفقهية " ، لغة واصطلاحاً، و بالاعتبارين أيضاً: أي باعتبارها مركباً إضافياً ، حيث تُعرّفُ " القواعد " في اللغة والاصطلاح ، ثم نعرف " الفقهية " في اللغة والاصطلاح . ومن ثمّ باعتبارها علماً على هذا الفن، إلى أن

نختم بالحديث عن أهمية القواعد الفقهية بشكل عام وذلك في مطلبين:-

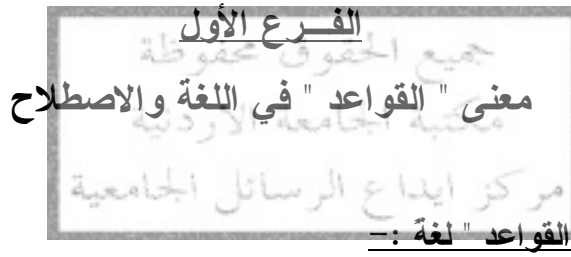
- المطلب الأول:- معنى القواعد الفقهية في اللغة والاصطلاح .
- المطلب الثاني:- العلاقة بين المعنيين: اللغوي والاصطلاحي .

المطلب الأول

معنى "القواعد الفقهية" في اللغة والاصطلاح

درجت العادة أن يبدأ الباحثون بحوثهم بتوضيحات لغوية واصطلاحية، تكون بمثابة التهيئة بين يدي البحث ، وعلى هذا النحو فقد بنيت هذا المطلب على ثلاثة فروع :-

- الفرع الأول :- معنى " القواعد " في اللغة والاصطلاح .
 - الفرع الثاني :- معنى " الفقهية " في اللغة والاصطلاح .
 - الفرع الثالث :- معنى " القواعد الفقهية " باعتبارها علماً على هذا الفن .
- ويمكن النظر في هذه الفروع كما يأتي:-



أولاً :- معنى " القواعد " لغة :-

وردت كلمة " القواعد " في كتب اللغة بمعانٍ عدةٍ منها :-

١. الأسس و الأصول :- جاء في لسان العرب في معنى القاعدة " والقاعدة أصل الأُس، والقواعد :-الإسأسُ ، وقواعد البيت إيساسه ، وواحدتها قاعدة ، والقواعد أساطين البناء التي تَعْمَدُه " .^(١)

(١) - ابن منظور ، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري ، لسان العرب دار صادر للطباعة والنشر بيروت ١٩٥٦م-١٣٧٤هـ ، مادة : قعد ، ج٣ ص٣٦١ . وانظر: الأزهرى ، أبو منصور محمد بن أحمد (٢٨٢-٣٧٠) تهذيب اللغة ، المؤسسة المصرية العامة للتأليف والنشر ، تحقيق عبد السلام محمد هارون ، مادة : قعد ، ج١ ص٢٠٢ . — ابن فارس ، أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا (٣٩٥هـ) ، معجم مقاييس اللغة ، دار الفكر للنشر والتوزيع - بيروت ، الطبعة الثانية ١٤١٨هـ-١٩٩٨م ، حققه شهاب الدين أبو عمرو ، ص٨٩٧ .

وجاء في محكم التنزيل:- ﴿ وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ وَإِسْمَاعِيلُ رَبَّنَا

تَقَبَّلْ مِنَّا ۗ ﴾ (١) وهو المعنى المراد هنا ، إذ إن القواعد الفقهية تعتبر أسسا وأصولا لما يدخل تحتها من الأحكام .

٢. **الحبس والاحتواء والمنع** :- يقال: ما قعدك واقعدك أي حبسك ، ويقال ما تقعدني عن ذلك الأمر إلا شغل ، أي حبسني . (٢)

٣. **الجلوس** :- قال ابن فارس : " قعد أصل مطرد مُنْقاس لا يُخالف ، وهو يضاهي الجلوس " (٣) ، وذكر الراغب الأصفهاني :- " أن القيام يقابل القعود " (٤) ، وجاء في اللسان : " والقعود نقيض القيام ، قال أبو زيد : قعد الإنسان أي قام وقعد ، وهو من الأضداد " . (٥)

٤. **المال والمستقر والمكان** :- والمقاعد هي : مواضع قعود الناس في الأسواق وغيرها

، وجاء في محكم التنزيل :- ﴿ فِي مَقْعَدِ صِدْقٍ عِنْدَ مَلِكٍ مُّقْتَدِرٍ ﴾ (٦) أي في

مكان هدوء ، وجاء أيضاً :- ﴿ وَإِذْ غَدَوْتَ مِنْ أَهْلِكَ تُبَوِّئُ الْمُؤْمِنِينَ مَقْعِدَ

لِلْقِتَالِ ۗ وَاللَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴾ (٧) كناية عن المعركة التي بها المستقر . (٨)

(١) - سورة البقرة: من الآية ١٢٧ .

(٢) - الأزهري ، تهذيب اللغة ، ج١ ص٢٠٦ . - ابن منظور ، لسان العرب ، ج٣ ص٣٥٧-٣٥٨ .

(٣) - ابن فارس ، معجم مقاييس اللغة ، ص ٨٩٦ .

(٤) - الراغب الأصفهاني ، الحسين بن محمد بن المفضل ، مفردات ألفاظ القرآن ، دار القلم - دمشق ، الدار الشامية ، الطبعة الثالثة ١٤٢٣هـ-٢٠٠٢م ، حققه صفوان عدنان داوودي ، ص٦٧٨-٦٧٩ .

(٥) - ابن منظور ، لسان العرب ، ج٣ ص٣٥٧ .

(٦) - سورة القمر : الآية ٥٥ .

(٧) - سورة آل عمران : الآية ١٢١ .

(٨) - الجوهري ، أبو نصر إسماعيل بن حماد ، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية ، دار الكتب العلمية - بيروت ، الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م ، تحقيق : د. إميل بديع يعقوب و د. محمد نبيل طريفي ،

ج٢ ص١٣٣ . - ابن منظور ، لسان العرب ، ج٣ ص٣٥٧ .

٥. وتطلق القواعد على الأسس والأصول المعنوية :- فالقاعدة هي الأساس ، وتجمع على قواعد ، وهي أسس الشيء وأصوله، سواءً أكان ذلك الشيء حسياً كقواعد البيت ، أو معنوياً كقواعد الدين، أي دعائمه .

هذه هي أهم المعاني التي وقفت عليها من خلال البحث في بعض معاجم اللغة في معنى كلمة القواعد ، وهي في مجملها تدل على الأساس ، والأصل ، والثبات ، والرسوخ ، والاستقرار في مكان واحد ؛ وهذا له ارتباط بالمعنى الاصطلاحي كما سيأتي إن شاء الله .

ثانياً

معنى القواعد اصطلاحاً

عرف الأصوليون والفقهاء^(١) القواعد بتعريفات متقاربة^(٢) ، حيث راعى بعضهم كون القواعد جامعة لما تحتها من الفروع ، ولكنهم لم يضعوا في اعتبارهم ما شذ عنها بوصفه نادراً ، واعتبروها قواعد كلية مطردة ، وبعضهم راعى فيها الأكثرية أي أنها مبنية على الأكثر ، باعتبار أن لكل قاعدة مستثنيات ، وربما تكون كثيرة نسبياً وليست نادرة . ولقد عبر الفقهاء من خلال تعريفهم للقاعدة بتعابير متقاربة في مجملها^(٣) ؛ فمنهم من قال : هي الأمر الكلي، وذلك كما في تعريف السبكي حيث قال : " والقاعدة هي الأمر الكلي الذي ينطبق عليه جزئيات كثيرة يفهم أحكامها منها "^(٤) ، أي أنها هي الحكم الذي ينطبق على جزئيات كثيرة ، بحيث يمكن أخذ أحكام هذه الجزئيات منه . ولقد اعتبر السبكي القاعدة أكثرية وليست كلية ، والمقصود

(١) - السبكي ، تاج الدين عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي (ت٧٥٦هـ) ، الأشباه والنظائر ، دار الكتب العلمية بيروت ، الطبعة الأولى ١٤١١هـ-١٩٩١م ، تحقيق : الشيخ عادل أحمد عبد الموجود ، ج١ ص١١ .
 صدر الشريعة ، عبد الله بن مسعود البخاري (ت٧٤٧هـ) ، التوضيح شرح التنقيح بحاشية التلويح ، دار الكتب العربية ، مصر ١٣٢٧هـ ، ج١ ص٢٠ . — التفتازاني ، سعد الدين بن عمر (ت٧٩٢هـ) ، التلويح ، دار الكتب العربية ، مصر ١٣٢٧هـ ، ج١ ص٢٠ . — ابن الهمام ، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي السكندري (ت٨٦١هـ) ، التحرير بشرح التقرير والتحبير ، دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ١٤١٩هـ-١٩٩٩م ، ج١ ص٤١-٤٢ .

(٢) - انظر : المراجع السابقة .

(٣) - انظر : المراجع السابقة .

(٤) - السبكي ، الأشباه والنظائر ، ج١ ص١١ .

بالأمر الكلي عنده هو القواعد الكلية التي لا تدخل تحت غيرها^(١) ، ومنهم من قال : هي : حكم كلي ينطبق على جزئياته ليتعرف أحكامها منه^(٢) ، وكذلك اعتبار الفيومي لها بأنها كلية ، وليست أكثرية بحيث تنطبق على جميع الجزئيات المدرجة تحتها ، وعبر عنها بالأمر الكلي أيضاً فقال : " والقاعدة هي : الأمر الكلي المنطبق على جميع جزئياته"^(٣) أي أنهما اتفقوا في التعبير عن القاعدة بالأمر الكلي ، واختلفوا في الكلية والأكثرية ، على ما تبين .

وعبر عنها آخرون^(٤) بالقضية الكلية ، أي أنهم اعتبروا القاعدة إخباراً عن جميع الجزئيات المدرجة تحتها ، فقال صدر الشريعة : القواعد هي القضايا الكلية^(٥) ، وقال الجرجاني : " والقاعدة :- هي القضية الكلية المنطبقة على جميع جزئياتها"^(٦) . وبهذا التعريف يكون الجرجاني قد جعل القاعدة إخباراً عن الجزئيات ، لا عن حكم هذه الجزئيات .

وفي عصر الحواشي والتعليقات والتقارير ، نرى أن الكفوي يأخذ تعريف الجرجاني أنف الذكر ، مع إضافة يسيرة ، هي قيد " بالقوة " وهذا القيد - كما لا يخفى - من تعبيرات المناطقة ، ليس له عظيم فائدة سوى تأكيد كلية القاعدة ، ومما زاده أيضاً : أحكام الجزئيات ، ونسبتها إلى موضوع القضية ، ولم يقل الجزئيات فقط ، بل قال : " والقاعدة هي : قضية كلية من حيث اشتغالها بالقوة على أحكام جزئيات موضوعها"^(٧) .

(١) - الحريري ، إبراهيم محمد محمود ، المدخل إلى القواعد الفقهية الكلية ، دار المنار - عمان ، الطبعة الثانية ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م ، ص ٩ .

(٢) - النفتازاني ، التلويح ، ج ١ ص ٢٠ .

(٣) - الفيومي ، أحمد بن محمد بن علي (٧٧٠هـ) ، المصباح النير في غريب الشرح الكبير ، المطبعة الأميرية بالقاهرة ، الطبعة الرابعة ١٩٢١م ، ص ٧٠٠ .

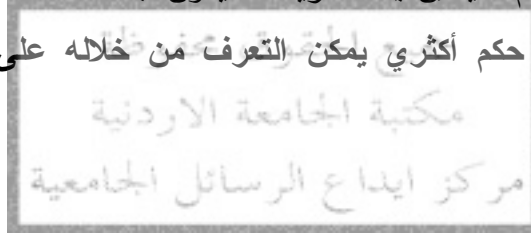
(٤) - صدر الشريعة ، التوضيح بحاشية التلويح ، ج ١ ص ٢٠ . — الجرجاني ، علي بن محمد بن علي (٧٤٠هـ - ٨١٦هـ) ، التعريفات ، دار الكتاب العربي - بيروت ، الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ ، حققه إبراهيم البياري ، ص ٢١٩ .

(٥) - صدر الشريعة ، التوضيح بحاشية التلويح ، ج ١ ص ٢٠ .

(٦) - الجرجاني ، التعريفات ، ص ٢١٩ .

(٧) - الكفوي ، أبو البقاء أيوب بن موسى الحسيني (١٠٩٤هـ) ، الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية ، مؤسسة الرسالة ، الطبعة الأولى ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م ، ص ٧٢٨ .

وشببها بهذا التعريف " أن القاعدة هي: قضية كلية تعرف منها بالقوة القريبة من الفعل
أحوال جزئيات موضوعها ، مثل كل فاعل مرفوع "(١)
ومن الجدير بالذكر أن هذه ليست هي التعريفات الوحيدة للقواعد ، فهناك تعريفات
أخرى كثيرة ، ولكنها في مجملها قريبة مما تقدّم ، ولا تزيد شيئاً ذا بال عمّ سبق .
ولقد أخذ بهذه المعاني في جميع العلوم ؛ من قواعد حسابية ، ونحوية ، وقانونية ، وغير
ذلك. فهي تعريفات عامة ، يُمكن أن تنطبق على مختلف العلوم ؛ إذ العلوم في مجملها تقوم على
أسس، وتتفرّع منها جزئيات تكون عناصر لهذه القواعد ، وتلك الأسس.
ولذلك يبدو لي أن إطلاق الأثرية على القاعدة هو الأرجح ، لأنه ما من قاعدة إلا ولها
شواذ ، ولأن أي خروج على القاعدة يدخلها في باب الأثرية ويخرجها من نطاق الكلية ، ولذلك
فإن هذا الإطلاق يشمل عامة قواعد الفقه ، لأنها في مجملها أثرية وليست كلية .
وبالإضافة مما تقدّم ، يُمكن بناء تعريف ، يكون جامعاً للعناصر الرئيسية . والذي أراه من
ذلك أن القاعدة :- **حكم أكثرية يمكن التعرف من خلاله على أحكام الجزئيات المندرجة**
تحتة .



(١) - الأحمّد نكري ، القاضي عبد النبي عبد الرسول الأحمّد نكري ، جامع العلوم في اصطلاحات الفنون
الملقب بدستور العلماء ، ج٣ ص٥١ ، الطبعة الثالثة ١٣٩٥هـ - ١٩٧٥م ، منشورات مؤسسة
الأعلمي للمطبوعات - بيروت .

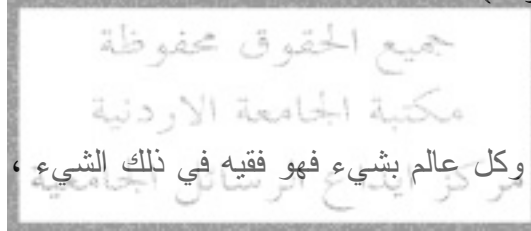
الفرع الثاني

معنى الفقهية في اللغة والاصطلاح

أولاً :- معنى الفقهية في اللغة^(١) :-

" الفقهية " نسبة إلى الفقه ، وكلمة الفقه في أصل تكوينها من الفاء والقاف والهاء أصل واحد صحيح ، يدل على إدراك الشيء والعلم به ؛ تقول فقّهت الحديث أفقهه ، وكل علم بشيء فهو فقه . والفقه هو التوصل إلى علم غائب بعلم شاهد ، فهو أخص من العلم ، قال تعالى :- ﴿ فَمَالِ هَؤُلَاءِ الْقَوْمِ لَا يَكَادُونَ يَفْقَهُونَ حَدِيثًا ﴾^(٢) وقال أيضاً :- ﴿ وَلَكِنَّ

الْمُنْفِقِينَ لَا يَفْقَهُونَ ﴾^(٣) ، وعليه فالفقه هو الفطنة ، وأصل الفقه في اللغة هو فهم غرض



المتكلم من كلامه.

ورجل فقيه أي عالم ، وكل عالم بشيء فهو فقيه في ذلك الشيء ، لأن كل فقه علم ، وليس كل علم فقه .

ويقال :- فلان ما يفقه وما ينقه أي لا يعلم ولا يفهم ؛ وفقه العرب أي عالم العرب ؛ وتفقه أي تعاطى الفقه ؛ وفاقهته إذا باحثته في العلم .

وأخيراً فإن كل المعاني السابقة تدور حول الفهم والعلم ؛ بطريقة أو بأخرى ، فهي في مجملها تدخل ضمن التعريف الاصطلاحي للفقه ، وهو ما سيأتي الحديث عنه في النقطة التالية .

(١) - انظر : ابن فارس ، مقاييس اللغة ، ص ٨٢٣ . — الراغب الأصفهاني ، مفردات ألفاظ القرآن ،

ص ٦٤٢ . — ابن منظور ، لسان العرب ، ج ١٣ ص ٥٢٢-٥٢٣ . — الجرجاني ، التعريفات .

ص ٢١٦ . — القونوي ، قاسم بن عبد الله بن أمير علي القونوي ، أنيس الفقهاء ، دار الوفاء-جده ،

الطبعة الأولى ١٤٠٦هـ ، تحقيق د. أحمد بن عبد الرزاق الكبيسي ، ص ٣٠٨ .

(٢) - سورة النساء : من الآية ٧٨ .

(٣) - سورة المنافقون : من الآية ٧ .

ثانياً :- معنى الفقهية في الاصطلاح :-

" الفقهية " نسبة إلى الفقه ، ولقد عرف العلماء الفقه بتعريفات متعدّدة ، وكان الاختلاف بينهم في الإيجاز والإطناب ، وفي اعتبار بعض القيود عند بعضهم ، وعدم اعتبارها عند آخرين ، ونورد هنا بعضاً من هذه التعريفات مع التعليق عليها ، رجاء الإفادة من ذلك كما يلي :-

١ . قال صاحب كتاب " اللمع " :- " والفقه هو معرفة الأحكام الشرعية " (١).

إنّ تعريف الشيرازي هذا عام ، غير جامع أو مانع ؛ لأنه لا يشتمل على كل ما يدخل تحت مصطلح " الفقه " ؛ حيث لم يحدد نوع الأحكام ، ولا طريق معرفة تلك الأحكام ، كما أنه لا يمنع غير الفقه المقصود من الدخول تحت التعريف ، مثل الأحكام الاعتقادية وغيرها .

٢ . وعرفه الإمام الغزالي في المستصفي فقال :- " هو عبارة عن العلم بالأحكام

الشرعية الثابتة لأفعال المكلفين خاصة " (٢).

وزاد الغزالي على تعريف الشيرازي بعض القيود ، حيث خصص المعرفة بالعلم ؛ لأن المعرفة لها طرق كثيرة منها العلم ، وكذلك خص الأحكام الشرعية بكونها عملية ، أي أنه أخرج الأحكام غير العملية من التعريف .

٣ . وقد عرفه الإمام الرازي في كتابه " المحصول " فقال :- هو عبارة عن العلم

بالأحكام الشرعية العملية ، والمستدل على أعيانها ، بحيث لا يعلم كونها من الدين ضرورة (٣).

٤ . وعرفه الأمدى فقال :- الفقه مخصوص بالعلم الحاصل بجملة من الأحكام الشرعية

الفرعية ، بالنظر والاستدلال (١).

(١) - الشيرازي ، أبو إسحاق إبراهيم بن علي (٤٧٦هـ) ، اللمع في أصول الفقه ، دار الكتب العلمية-بيروت ، الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ-١٩٨٥م ، ص٦ .

(٢) - الغزالي ، أبو حامد محمد بن محمد بن محمد (٥٠٥هـ) ، المستصفي من علم الأصول ، دار إحياء التراث العربي - مؤسسة التاريخ العربي ، الطبعة الأولى ١٤١٨هـ-١٩٩٧م ، مكتب التحقيق بدار إحياء التراث ، ج١ ص١٥ .

(٣) - الرازي ، محمد بن عمر بن الحسيني (٥٤٤-٦٠٦هـ) ، المحصول في علم الأصول ، نشر جامعة محمد بن سعود الإسلامية - الرياض ، الطبعة الأولى ١٤٠٠هـ ، تحقيق طه جابر فياض العلواني ، ج١ ص٩٢ .

٥. وعرفه الإمام السبكي أن الفقه هو :- " العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية " (٢). وهذا التعريف يمكن أن يعد تعريفاً جامعاً لما تحته من الفروع مانعاً من دخول غيرها فيها .

٦. ما جاء عند الإمام البعلي في كتابه " القواعد والفوائد الأصولية " حيث يقول في تعريف الفقه: بأنه العلم بالأحكام الشرعية الفرعية عن أدلتها التفصيلية بالاستدلال (٣). وهذا التعريف شبيه بتعريف السبكي، وقريب منه ، ولا يزيد عليه شيئاً، على أن تعريف السبكي أكثر شهرة عند العلماء، وكذلك أكثر دقة وضبطاً .

٧. وعرفه الإمام الشوكاني في كتابه " إرشاد الفحول " فقال :- هو العلم بالأحكام الشرعية عن أدلته التفصيلية بالاستدلال (٤).

هذه بعض التعريفات التي ذكرها علماء هذا الفن ، وهناك تعريفات أخرى كثيرة يمكن إدخال أغلبها ضمن هذه التعريفات .

التعريف المختار : ويمكن اختيار تعريف الإمام السبكي للفقه ؛ لأنه التعريف الأكثر جمعا ومنعاً بين التعريفات السابقة ؛ ولأنه الأكثر شهرة بين العلماء وطلاب العلم .
وهنا لا بد لنا من إيراد توضيح لبعض القيود الواردة في التعريف الذي اخترناه حتى يتم المعنى وتكتمل الفائدة :-

فقيّد (العلم) فيه احتراز عن الظن بالأحكام الشرعية ، فإنه وإن نُجوزَ بإطلاق اسم الفقه عليه في العرف العامي ، فليس فقهاً في العرف اللغوي والأصولي ، بل الفقه هو العلم بها أو العلم بالعمل بها بناءً على الإدراك القطعي، وإن كانت ظنية في نفسها (٥).

(١) - الأمدي ، علي بن محمد ، الإحكام في أصول الأحكام ، دار الصمعي - دار ابن حزم ، الطبعة الأولى ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م ، ج ١ ص ٢٠ .

(٢) - السبكي ، تاج الدين علي بن عبد الكافي (٧٥٦هـ) ، الإبهاج في شرح المنهاج ، دار الكتب العلمية - بيروت ، الطبعة الأولى ١٤٠٤هـ ، تحقيق جماعة من العلماء ، ج ١ ص ٢٨ .

(٣) - البعلي ، علي بن عباس البعلي الحنبلي (٧٥٢-٨٠٣هـ) ، القواعد والفوائد الأصولية ، مطبعة السنة المحمدية - القاهرة ١٣٧٥هـ - ١٩٥٦م ، تحقيق محمد حامد الفقي ، ص ٤ .

(٤) - الشوكاني ، محمد بن علي بن محمد (١١٧٣-١٢٥٠هـ) ، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول ، مؤسسة الكتب الثقافية ، الطبعة الرابعة ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م ، تحقيق أبي مصعب محمد سعيد البديري ، ص ١٧ .

(٥) - الأمدي ، الإحكام في أصول الأحكام ، ج ١ ص ٢٠ .

وليس المراد بالعلم هنا أن يعلم الشخص جميع مسائل العلم ، وإنما المقصود العلم بجملة من الأحكام الشرعية والتهيؤ لمعرفة باقي الأحكام .

وهذا فيه احتراز عن العلم بالحكم الواحد أو الاثنين لا غير ، فإنه لا يسمى في عرفهم فقهاً ، وإنما لم نقل بالأحكام ؛ لأن ذلك يشعر بكون الفقه هو العلم بجملة الأحكام ، ويلزم منه أيضاً ألا يكون العلم بما دون ذلك فقهاً وليس كذلك (١).

وتقييد العلم (بالأحكام) فيه احتراز عن العلم بالذوات والصفات والأفعال ، وإنما الحكم ؛ لأن الحكم الشرعي كلام يتعلق به ، فهو صفة عرضت لها الإضافة (٢).

وقيد (الشرعي) فيه احتراز عن العلم بالأحكام العقلية ، كالتماثل والاختلاف ، وكذلك الأمور الشرعية ، وما ليس بشرعي (٣).

والمراد بالشرعية أي التي تتوقف معرفتها على الشرع ، والشرع هو الحكم ، والشارع هو الله عز وجل ، ورسوله صلى الله عليه وسلم مبلغ عنه ، فلذلك يطلق الشارع على الله وعلى رسوله صلى الله عليه وسلم ، وفيه أيضاً تنبيه إلى أن المراد الأحكام بحسب الشرع لا بحسب العقل (٤) ، وفيه إخراج للأحكام العادية - أي المأخوذة من العادة - لأن قيد "الشرعية" يخرج ما عداه من الأحكام .

مركز أبحاث الرسائل الجامعية

والتقييد (بالعملية) فيه احتراز عن العلم بكون الإجماع حجة ، أو القياس حجة ، فإن كل ذلك أحكام شرعية ، مع أن العلم بها ليس علماً بكيفية عمل ؛ وفيه احتراز عن أصول الدين ، أي هو للاحتراز عن العلم بالأحكام العلمية أو الاعتقادية (٥).

(١) - المرجع السابق .

(٢) - السبكي ، الإبهاج ، ج ١ ص ٣١ . - الرازي ، المحصول . ج ١ ص ٩٢ .

(٣) - الرازي ، المحصول ، ج ١ ص ٩٢ . - الأمدي ، الإحكام ، ج ١ ص ٢٠ .

(٤) - السبكي ، الإبهاج ، ج ١ ص ٣٤ .

(٥) - السبكي ، الإبهاج ، ج ١ ص ٣٥-٣٦ .

وتقييد العلم بوصفه (مكتسباً) فيه احتراز عن علم الله عز وجل ، وعن ما يلقيه في قلب الملائكة والأنبياء من الأحكام ؛ وفيه احتراز عن العلم بوجوب الصلاة والزكاة والصوم ونحوه مما هو معلوم من الدين بالضرورة ، أي أن من وقف علمه عنده لا يسمى فقيهاً ، لأن لفظ الفقه يشعر بالعلم بما فيه دقة ، ولا دقة في ذلك لأن العوام يعلمون ذلك ولا يُسمون فقهاء^(١).

والتقييد (بالأدلة) فيه إخراج لغير الأدلة مما يمكن أن تؤخذ منه الأحكام وغيرها من الأمور الكونية وقضايا الخلق وغيرها .

وتقييد الأدلة (بالنفسيلية) فيه احتراز عن علم المقلد ، فإنه اعتبار ، وحكم شرعي عملي مكتسب من دليل إجمالي ، وهو أن هذا أفتاني به المفتي، وكل ما أفتاني به المفتي فهو حكم الله في حقي، وهو دليل عام لا يختص بمسألة بعينها^(٢).

الفرع الثالث

معنى " القواعد الفقهية " باعتبارها علماً على هذا الفن

تعرفنا فيما سبق على معنى " القواعد الفقهية " باعتبارها تركيباً إضافياً، مما سهل علينا عملية تعريفها بصفاتها العلميّة ، وقد ذكرت أن تعاريف الفقهاء السابقة للقاعدة كانت عامة ، ولم يكن الغرض منها التعريف بالقاعدة الفقهية بشكل خاص .

وسأذكر هنا بعض التعاريف الخاصة بالقاعدة الفقهية :-

١ . عرفها الحموي الحنفي فقال :- " هي عند الفقهاء حكم أكثرى لا كلي ينطبق على أكثر جزئياته لتعرف أحكامها منه "^(٣).

وهذا تعريف عام ينطبق على القاعدة الفقهية وعلى غيرها ، حيث ينقصه قيد "الشرعية " ليكون ذا دلالة على معنى القواعد الفقهية بشكل خاص .

(١) - الرازي ، المحصول ، ج ١ ص ٩٢ . - السبكي ، الإبهاج ، ج ١ ص ٣٧ .

(٢) - السبكي ، الإبهاج ، ج ١ ص ٣٧-٣٨ .

(٣) - الحموي ، أحمد بن محمد الحموي (ت ١٠٩٨هـ) ، غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر لابن نجيم ، دار الكتب العلمية - بيروت ١٤٠٥هـ-١٩٨٥م ، ج ١ ص ٥١ .

١. وعرفها كذلك الأستاذ مصطفى الزرقا في كتابه المدخل الفقهي العام فقال :- " هي أصول كلية، في نصوص موجزة دستورية، تتضمن أحكاماً تشريعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها ". (١)

٣. وعرفها الدكتور علي أحمد الندوي- بعد أن ذكر بعض تعريفات الفقهاء لها- فقال :- يمكن أن نعرف القاعدة الفقهية بأحد تعريفين :-

الأول :- هي حكم شرعي في قضية أغلبية يتعرف منها أحكام ما دخل تحتها . (٢)

الثاني :- هي أصل فقهي كلي يتضمن أحكاماً تشريعية من أبواب متعددة في القضايا التي تدخل تحت موضوعه . (٣)

٤. وعرفها الدكتور يعقوب الباحثين بأنها :- قضية كلية شرعية عملية ، جزئياتها قضايا شرعية عملية . (٤)

٥. وعرفها الدكتور محمد شبير بأنها :- قضية شرعية عملية كلية تشتمل بالقوة على جزئيات موضوعها . (٥)

ومن هذه التعاريف تتضح لنا معالم القاعدة الفقهية ، فهي من حيث المعنى ، مجموعة من الفروع والجزئيات التي تحتكم إلى أصل واحد ، وتتضبط بأساس واحد ، يشملها جميعها أو يشمل أغلبها ، وهذا الأصل يمكن أن نسميه قاعدة فقهية .

وبالعودة إلى الترجيح السابق ، وهو كون القاعدة حكم أكثرى على العموم ، وكما تبين أيضاً من أن ذلك جارٍ في معظم القواعد في جميع العلوم ، فإن لكل علم قواعد ، تندرج تحتها جزئيات ، نداءً بعضها في الأعم الأغلب مما جعلنا نطلق عليها وصف الأكثرية .

(١) - الزرقا ، مصطفى أحمد محمد ، المدخل الفقهي العام ، دار الفكر ، الطبعة العاشرة ١٣٨٧هـ-١٩٦٨م ، ج٢-ص٩٤٧ .

(٢) - الندوي ، القواعد الفقهية ، ص٤٣ .

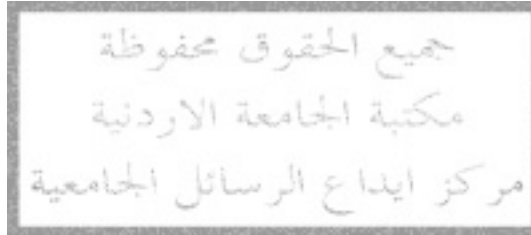
(٣) - الندوي ، القواعد الفقهية ، ص٤٥ .

(٤) - الباحثين ، القواعد الفقهية ، ص٥٤ .

(٥) - شبير ، القواعد الكلية ، ص١٨ .

وأما فيما يتعلق بالقواعد الفقهية ، فيبدو لي أنه لا يمكن تجاهل الجزئيات النادرة عنها بغض النظر عن قلة عددها أو كثرتها ، لأن التعبير بلفظ الكلية سيكون مبنيا على الجميع فإذا ندد فرد من أفرادها لم تعد كلية ، وبذلك نرجح كون القاعدة الفقهية حكما أكثريا وليس كليا ؛ لأن لكل قاعدة مستثنيات ، وربما تكون كثيرة ، وليست نادرة ، أي أنّ وجود هذه الشواذ يسلب القاعدة كليتها .

ومن خلال ما تقدّم، يُمكن أن نبني تعريفا للقاعدة الفقهية ، بحيث يجمع مفردات هذا المركب على نحو سلس قريب ، ويكون كذلك عمدة ومختارا ، والذي أراه يُمثّل ذلك ، ويقوم بهذا الوصف هو أنّ : القاعدة الفقهية هي حكم شرعي أكثرى يتعرف منه على أحكام الجزئيات الفقهية المندرجة تحته .



المطلب الثاني

العلاقة بين المعنيين اللغوي والاصطلاحي

- إنَّ علاقة المعنى اللغوي للقاعدة بالمعنى الاصطلاحي علاقة واضحة يمكن تبيّنها حسب المعاني اللغوية التي أوردناها للقاعدة سابقاً، وذلك كما يلي :-
١. فعلى اعتبار أن القاعدة هي الأساس الذي بُني عليه غيره ، فالقاعدة الفقهية يُبنى عليها غيرها من الفروع والأحكام التي تأخذ أحكامها منها .
 ٢. وعلى اعتبار أن القاعدة معناها الحبس والاحتواء والمنع، فإن القاعدة الفقهية تحتوي على كثير من الفروع الفقهية، وتمنع اختلاطها بغيرها ، وتضبطها لكي يسهل حفظها .
 ٣. وكذلك إطلاق القاعدة على الأسس والأصول المعنوية في اللغة ، فإنه في الاصطلاح تكون القاعدة الفقهية هي الأصل المعنوي الذي يضم فروعاً وأحكاماً فقهية تتدرج تحته.
 ٤. وأما باعتبار القاعدة في اللغة هي المأل والمستقر والمكان الذي يفهم منه أنها ثمرة العمل ونتيجته ، فالقاعدة الفقهية تكون بذلك هي الثمرة والنتيجة التي لا يتوصل إليها إلا بمجهود علمي كبير ، بعد تجربة وزمان طويلين ، واستقراء لفروع فقهية كثيرة .

المبحث الثاني

أهمية القواعد الفقهية

إن علم القواعد الفقهية من العلوم المهمة، فهو عظيم النفع جليل الفائدة ، لما فيه من تنشيط الذهن من خلال الربط بين القواعد الفقهية والفروع المندرجة تحتها ، وهي ذات أثر عظيم على المشتغل بها ، الدارس لها ، ويحسن بي في هذا المقام أن أذكر قول الإمام القرافي في أهمية القواعد الفقهية كمقدمة للبحث فيها :-

قال الإمام القرافي في كتابه أنوار البروق في أنواع الفروق ، بعد أن قسم الشريعة إلى أصول وفروع ، وقسم الأصول إلى قسمين: الأول :- أصول الفقهوالثاني: قواعد كلية فقهية جلية ... ثم تحدث بعد ذلك عن أهميتها فقال :- "وهذه القواعد مهمة في الفقه عظيمة النفع وبقدر الإحاطة بها يعظم قدر الفقيه ويشرف ، ويظهر رونق الفقه ويعرف ، وتتضح مناهج الفتاوى وتكشف ، فيها تنافس العلماء وتفاضل الفضلاء ، وبرز القارح على الجذع ، وحاز قصبُ السبق من فيها برع ، ومن جعل يُخرِّج الفروع بالمناسبات الجزئية دون القواعد الكلية تناقضت عليه الفروع واختلفت ، وتزلزلت خواطره فيها واضطربت ، وضافت نفسه لذلك وقنطت ، واحتاج إلى حفظ الجزئيات التي لا تنتهي ، وانتهى العمر ، ولم تقض نفسه من طلب مناهجها ، ومن ضبط الفقه بقواعده استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات لاندراجها في الكليات ، واتحد عنده ما تناقض عند غيره وتناسب ، وأجاب الشاسع البعيد وتقارب ، وحصل طلبته في أقرب الأزمان وانشرح صدره لما أشرق فيه من البيان، فبين المقامين شأو بعيد ، وبين المنزلتين تفاوت شديد " (١).

(١) - القرافي ، الإمام شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس القرافي المالكي ، أنوار البروق في أنواع

وبعد ، فهذه نقاط رئيسية - إضافة لما تقدم - مُعززة بالدليل والبرهان، أحاول من خلالها التذليل على أهمية القواعد الفقهية:

١. تُكوّن القواعد الفقهية عند الفقيه المشتغل بها المقدرة على ضبط الكثير من الفروع والمسائل الفقهية، إضافة إلى أهمية نظمها في سلك واحد، ولقد قال الإمام القرافي في ذلك " ومن ضبط الفقه بقواعده ، استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات ، لاندراجها في الكليات ، واتحد عنده ما تناقض عند غيره "(١) .

وقال ابن رجب الحنبلي يصف القواعد الفقهية ويبين أهميتها :- " أما بعد ، فهذه قواعد مهمة وفوائد جمة ، تضبط للفقيه أصول المذهب ... وتنظم له منثور المسائل في سلك واحد ، وتقيد له الشوارد وتقرب عليه كل متباعد "(٢) .

وقال الإمام الزركشي في ذلك " وهذه قواعد تضبط للفقيه أصول المذهب، وتطلعه من مأخذ الفقه على نهاية المطلب، وتنظم عقده المنثور في سلك، وتستخرج له ما يدخل تحت الملك " (٣) .

٢. إن القواعد الفقهية تسهل على الفقيه معرفة الحكم في المسائل المستجدة من خلال قياسها على مثيلاتها في الفقه ، لأنه لا تكاد تخلو مسألة من نظير لها في الفقه الإسلامي ، فقد قال الإمام القرافي في وصف القواعد الفقهية : " بها تتضح مناهج الفتاوى وتكشف "(٤) .

وقال ابن رجب عن القواعد الفقهية : " وتطلعه من مأخذ الفقه على ما كان عنه قد تغيب "(٥) .

وقال الإمام السيوطي في كتابه الأشباه والنظائر موضحاً هذه الأهمية :- " فصل : اعلم أن فن الأشباه والنظائر (٦) فن عظيم ، به يطلع على حقائق الفقه ومداركه ... ويُقتدر على

(١) - القرافي ، أنوار البروق في أنواع الفروق ، ج١ ص٢ .

(٢) - ابن رجب ، عبد الرحمن أحمد بن رجب الحنبلي ، القواعد ، الناشر : دار الكتب العلمية ، ص٣ .

(٣) - الزركشي ، محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي أبو عبد الله (٧٤٥-٧٩٤) ، المنثور في القواعد الفقهية ، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - الكويت ، الطبعة الثانية ١٤٠٥هـ ، تحقيق د. تيسير فائق أحمد محمود ، ج١ ص٦٥-٦٦ .

(٤) - القرافي ، أنوار البروق في أنواع الفروق ، ج١ ص٢ .

(٥) - ابن رجب ، القواعد ، ص٣ .

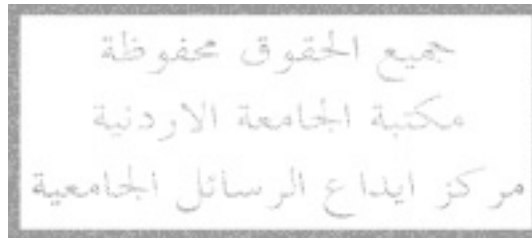
(٦) - علم الأشباه والنظائر من علوم الفقه التي اهتمت ببيان المسائل الفقهية المتشابهة في المعنى المتحدة في الحكم ، والمسائل المتشابهة في الظاهر المختلفة في المعنى الحكم ، ولكن كتب الأشباه والنظائر لم تقتصر

الإلحاق والتخريج ، ومعرفة أحكام المسائل التي ليست بمسطورة ، والحوادث والوقائع التي لا تنقضي على مر الزمان " (١).

٣. تكون القواعد الفقهية عند الفقيه المشتغل بها ملكة فقهية قوية تنير له الدرب لدراسة مجالات الفقه كافة وأبوابه المتعددة ، بحيث تكون عنده معرفة بالأحكام الشرعية في المسائل المطروحة عليه ، وقد قال الإمام السيوطي يوضح فائدة فن الأشباه والنظائر للفقيه، قال: " به يتمهر في فهم الفقه واستحضاره ، ويقندر على الإلحاق والتخريج " (٢).

٤. تعرف الفقيه حكم الشريعة وأسرارها ومعانيها من خلال دراسته للفروع والجزئيات المتعلقة بالقواعد ، وبمعرفة المقاصد التي لأجلها شرعت .

٦. الاشتغال بالقواعد الفقهية يساعد الفقهية على استذكار الفروع، والمسائل الفقهية، وأحكامها، وضبطها في أبوابها .



على تلك المسائل ، وإنما أضافت إليها المسائل المتشابهة في الظاهر والحكم ، وهي التطبيقات الفقهية على القواعد الفقهية ، وهذا النوع من المسائل هو الغالب في تلك الكتب حيث تنصدها القواعد الفقهية ، فيتنفق علم الأشباه والنظائر مع القواعد الفقهية في الموضوع وهو الفروع الفقهية المتشابهة ، وفي الأثر وهو الكشف عن الحكم الشرعي ، ويختلف معها في العموم والخصوص فالأشباه والنظائر أعم وأشمل من القواعد الفقهية . أنظر: شبير ، القواعد الكلية ، ص ٣٢-٣٤ . — الندوي ، القواعد الفقهية ، ص ٧٢-٧٩ .

(١) - السيوطي ، الإمام جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي (ت ٩١١) ، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية ، دار الكتب العلمية ، ١٤٢٢هـ-٢٠٠١م ، تحقيق محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي ، ج ١ ص ٢٩ .

(٢) - السيوطي ، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية ، ج ١ ص ٢٩ .

الفصل الأول

في مفهومي المباشرة والتسبب والمسؤولية المترتبة عليهما

إن الإنسان مؤاخذ بأفعاله وتصرفاته فهو مخلوق مكلف ، خصه الله ﷻ بالعقل الذي ميزه عن سائر المخلوقات ، وهو مستخلف في الأرض لعمارتها ، وحتى تستقيم الحياة ويتحقق الهدف الذي وجد من أجله لا بد له من التعاون مع غيره من بني جنسه ، وما دام ذلك كذلك ، فلا بد من الحكم على أفعاله وتصرفاته بالصواب أو الخطأ حتى يعرف ما له وما عليه ، لضمان استمرار الحياة دون خلل.

والأفعال التي تقع من الإنسان لها طريقتان ؛ فمنها ما يكون بالمباشرة ، ومنها ما يكون بالتسبب ، ولا بد لكل فعل منها أن تترتب عليه نتائج دون شك أو خلط ، حتى يكون الحكم الصادر موافقاً لأحكام الشريعة السمحة ، ليتحقق العدل المنشود ، ولما كان شرع الله تعالى يسيراً لا عسر فيه ولا حرج ، والحكمة من تشريع أحكامه ضمان الحقوق وإبعاد الناس عن الضرر والمنازعة وما إلى ذلك ، بذل الفقهاء وسعهم في التمييز بين المباشرة والتسبب وتحديد الأحكام الخاصة بكل واحدة منها .

وسنتحدث في هذا الفصل عن مفهومي المباشرة والتسبب والمسؤولية فيهما ، وذلك في

ثلاثة مباحث :-

المبحث الأول :- المباشرة .

المبحث الثاني :- التسبب .

المبحث الثالث :- المسؤولية في المباشرة والتسبب .

المبحث الأول

المباشرة

سيكون الحديث في هذا المبحث عن المباشرة من حيث المفهوم ، والشروط ، والأقسام من خلال ثلاثة مطالب :-

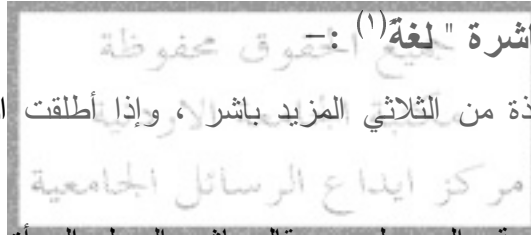
المطلب الأول

مفهوم المباشرة

الحديث عن المباشرة يتطلب منا الحديث عن التعريف ، وما يتعلق به من بيان وتوضيح وذلك في عدة فروع :-

الفرع الأول

تعريف " المباشرة " في اللغة والاصطلاح



المباشرة مأخوذة من الثلاثي المزيد باشراً ، وإذا أطلقت المباشرة في اللغة دلت على معنيين :-

الأول :- الملامسة والوصول :- يقال باشر الرجل المرأة مباشرة ؛ أي كان معها في ثوب واحد فوليت بشرته بشرتها ، وأصل المباشرة لمس بشرة الرجل لبشرة المرأة وقد يرد بمعنى الوطء في الفرج وخارجاً منه ، ومنه قوله تعالى:- ﴿ وَلَا تُبَشِّرُوهُنَّ وَأَنْتُمْ

عَبِكُفُونَ فِي الْمَسْجِدِ ۗ ﴾ (٢)

(١) - انظر : الفراهيدي ، أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد الفراهيدي (١٠٠هـ-١٧٥هـ) ، كتاب العين ، دار ومكتبة الهلال ، تحقيق : د.مهدي المخزومي و د. إبراهيم السامرائي ، ج٦ ص٢٥٩ . — ابن المطرز ، أبو الفتح ناصر الدين بن السيد بن علي بن المطرز (٥٣٨هـ-٦١٠هـ) ، المغرب في ترتيب المعرب ، مكتبة أسامة بن زيد - حلب ، الطبعة الأولى ١٩٧٩م ، تحقيق عبد الحميد مختار ومحمود فاخوري ، ج١ ص٧٤ . — ابن منظور ، لسان العرب ، ج٤ ص٦١ . — الفيومي ، المصباح المنير ، ج١ ص٤٩ .

(٢) - سورة البقرة : من الآية ١٨٧ .

الثاني: - الإشراف والتولي :- فيقال باشر الأمر ؛ أي وليه بنفسه ، وهو أن تحضره بنفسك ، ثم قيل المباشرة أن تفعله بيدك ، وهو المعنى المراد هنا .

ثانياً :- " المباشرة " في الاصطلاح :-

عرّف الفقهاء القدامى " المباشرة " بتعريفات عدة ، وتبعهم فيها المعاصرون ، وساروا على نهجهم ، وسنرى أن تعريفاتهم كلها تتحصر في دائرة الجنايات والإتلافات ، وذلك لأنهم إنما أوجبوا المباشرة ليبينوا حدود مسؤولية المباشر في الجنايات والإتلافات أو الضرر عموماً ونحوها ، ونذكر بعضها فيما يلي :-

أ - تعريفات الفقهاء القدامى :-

١. عرفها صاحب البدائع فقال :- " الإتلاف المباشر هو بإيصال الآلة بمحل التلف " .^(١)
٢. وعرفها صاحب درر الحكام فقال : " المباشر هو الذي يحصل التلف من فعله دون أن يتخلل بينه وبين التلف فعل فاعل آخر " .^(٢)
٣. وعرفها صاحب غمز عيون البصائر فقال : " وحد المباشر أن يحصل التلف بفعله من غير أن يتخلل بين فعله والتلف فعلٌ مختار " .^(٣)
٤. وعرفها صاحب قواعد الأحكام فقال : " هي إيجاد علة الهلاك " .^(٤)

(١) - الكاساني ، الإمام علاء الدين أبو بكر بن مسعود الحنفي الملقب بملك العلماء (ت٥٨٧هـ) ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، دار إحياء التراث العربي ومؤسسة التاريخ العربي - بيروت ، الطبعة الأولى ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م ، تحقيق محمد عدنان بن ياسين درويش ، ج٦ ص١٦٥ .

(٢) - حيدر ، علي ، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ، تعريب : المحامي فهمي الحسيني ، دار الجبل - بيروت ، الطبعة الأولى ١٤١١هـ - ١٩٩١م ، المجلد ٢ ص٤٥٢ .

(٣) - الحموي ، غمز عيون البصائر ، ج١ ص٤٦٦ .

(٤) - ابن عبد السلام ، شيخ الإسلام عز الدين عبد العزيز (ت٦٦٠هـ) ، " القواعد الكبرى" الموسوم بـ قواعد الأحكام في إصلاح الأنام ، دار القلم - دمشق ، الطبعة الأولى ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م ، تحقيق د. نزيه كمال حماد و د. عثمان جمعة ضميرية ، ج٢ ص٢٦٥ .

ب- تعريفات المعاصرين :-

١. عرفها الأستاذ مصطفى الزرقا فقال :- "المباشر هو الذي يحصل الأثر بفعله".^(١)
 ٢. وعرفها الأستاذ علي الخفيف في كتابه الضمان بأنها ما كان نتيجة اتصال آلة التلف بمحلله ؛ أي أنه نتيجة مباشرة لما باشره المتعدي من فعل دون أن يتوسط بينهما فعل آخر يتسبب الضرر عنه.^(٢)
 ٣. ويقول الدكتور وهبة الزحيلي في تعريفها :- "المباشرة هي : إيجاد علة التلف أي أنه ينسب إليه التلف في العرف والعادة كالقتل والأكل والإحراق وبعبارة أخرى المباشرة هي : أن يتصل فعل الإنسان بغيره ويحدث منه التلف كما لو جرح غيره أو ضربه فمات".^(٣)
 ٤. وقال الدكتور محمد بوساق في تعريفها بعد أن أورد بعض تعريفات الفقهاء لها :- "الضرر المباشر هو ما كان من فاعل مباشر ، دون أن يتوسط بين الفاعل وحدوث الضرر فعل آخر غير الأول". أو هو " ما كان نتيجة تأثير لفعل بذاته دون واسطة ، وكان الفعل المنتج للضرر علة مباشرة له كالذبح بالسكين ، فإن الذبح جالب للموت بذاته ، وهو في الوقت نفسه علة للموت".^(٤)
- وبناءً على ما سبق ، ومن خلال النظر في التعريفات السابقة يتبين لنا أنها في مجموعها تقرر أن المباشرة هي : - ترتب النتيجة على الفعل دون واسطة ، أو هي اعتبار هذا الفعل هو العلة المؤدية إلى النتيجة الحتمية من الضرر و غيره .
- وبناء على هذا التعريف يشترط في اعتبار الفعل مباشرة شرطان :-
١. أن يترتب الضرر على الفعل .
 ٢. أن يقع الضرر مباشرة دون تخلل أي واسطة بينه وبين الفعل .

(١) - الزرقاء ، المدخل الفقهي العام ، ج٢ ص١٠٤٤ .

(٢) - الخفيف ، علي ، الضمان في الفقه الإسلامي ، محاضرات ألقاها على طلبة قسم البحوث والدراسات القانونية ، معهد البحوث والدراسات العربية - ١٩٧١م ، ص٧٤ .

(٣) - الزحيلي ، وهبة ، نظرية الضمان ، دار الفكر - دمشق ١٤٠٢هـ-١٩٨٢م ، ص٢٦ .

(٤) - بوساق ، محمد بن المدني ، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي ، دار إشبيلية - الطبعة الأولى

١٤١٩هـ-١٩٩٨م ، ص٤٩-٥٠ .

ويحسن بنا هنا أن نشرح بعض المصطلحات التي وردت في تعاريف الفقهاء للمباشرة ، حتى نتضح لنا الصورة الصحيحة ، والمعنى المقصود من المباشرة ، وذلك مثل الوساطة والعلة ، لنبين كيفية ترتيب المباشرة على الفعل بناءً على المقصود منهما ، وهذا ما سيأتي بيانه في الفرع التالي :-

الفرع الثاني

المقصود "بالوساطة" و "العلة" في "المباشرة"

أولاً :- " الوساطة " :-

هي في اللغة من الوسط ، ووسط الشيء ما بين طرفية ^(١) ، والوساطة في الاصطلاح : هي : الرابطة بين الشئيين .^(٢)

المقصود "بالوساطة" في تعريف الفقهاء :-

اختلف الفقهاء في اعتبار " الوساطة " أي ما هو الشيء الذي يمكن أن نعتبره واسطة يحال الضمان عليه إلى قولين :-

القول الأول :- هناك من اعتبر أن " الوساطة " هي كل ما يحال الهلاك على فعله

دون تفريق بين ما هو أهل للضمان ، وبين ما ليس بأهل له ، وذلك كمن حلّ دابة مربوطة ولم يذهب بها ، فهربت أو فتح باب قفص فيه طير ، أو باب دار فيها دواب فذهبت فلا يضمن ، لأن ذهاب الدواب والطير بفعلها هي لا بنفس فتح الباب ، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال الشافعي :- لو فتح قفصاً عن طائر فوقف ثم ذهب لم يضمنه ؛ لأنه لم يحدث الذهاب ، أما إن طار من فورهِ فهو ضامن ؛ لأن الذهاب بفعله .^(٣)

(١) - ابن منظور ، لسان العرب ، ج٧ ص٤٢٦ .

(٢) - الجرجاني ، التعريفات ، ج١ ص٧٧ .

(٣) - ابن عابدين ، خاتمة المحققين محمد أمين الشهير بابن عابدين ، حاشية رد المحتار على الدر المختار : شرح تنوير الأبصار في فقه مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان ، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده - مصر ، الطبعة الثالثة ١٤٠٤هـ-١٩٨٤م ، ج٤ ص٢٩٩ . - الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٦ ص١٦٧ . - النووي ، للإمام أبي زكريا محيي الدين بن شرف ، كتاب المجموع شرح المهذب للشيرازي تحقيق - محمد نجيب المطيعي ، دار إحياء التراث - بيروت ، الطبعة الأولى ١٤٢٢هـ-٢٠٠١م ، ج١٤ ص٢٧٨ .

القول الثاني :- وهناك من اعتبر أهلية الوسطة لتحمل الضمان وهم الحنابلة والمالكية

ومحمد بن الحسن من الحنفية .

فقال محمد بن الحسن من الحنفية : ولو فتح قفصاً فطار منه الطير فعليه الضمان ؛ لأن فتح الباب وقع إتلافاً للطير تسبباً ؛ لأن الطيران طبع للطير ، فالظاهر أنه يطير إذا وجد المخلص .

وقال ابن رجب في ذلك :- والصحيح التفرقة بين ما يحال الضمان على فعله كالآدمي ، وما لا يحال عليه الضمان كالحيوانات والجمادات .^(١)

والذي يبدو لي أن القول الثاني هو الأوجه والأصوب ؛ لأنه لا يمكن التعويل على أفعال الحيوانات وما شابهها مما هو ليس بأهل للضمان في إصدار الأحكام ؛ لأن هذا ما يقتضيه العدل وما يرضاه العقل والله اعلم .

ثانياً:- " العلة " :-

" العلة " في اللغة عبارة عن معنى يحل بالمحل فيتغير به الحال بلا اختيار منه ، ويسمى المرض علة ؛ لأنه بحلوله يتغير حال الشخص من القوة إلى الضعف ، وقيل : العلة : هي : الحدث الذي يشغل صاحبه عن حاجته ، كأن تلك العلة صارت شغلاً منعه عن شغله الأول ، وعلة الشيء أي سببه ، وقيل : هي : ما يتوقف عليه وجود الشيء ويكون خارجاً مؤثراً فيه .^(٢)

(١) - إبراهيم الحنفي ، إبراهيم بن أبي اليمن محمد الحنفي ، لسان الحكام ، مطبعة البابي الحلبي - القاهرة ، الطبعة الثانية ١٣٩٣هـ-١٩٧٣م ، ص٢٧٨ . - الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٦ ص١٦٧ . - المواق ، أبو عبد الله محمد بن يوسف (ت ٨٩٧هـ) ، التاج والإكليل لمختصر خليل - بحاشية مواهب الجليل للحطاب ، دار الكتب العلمية - بيروت ، ضبط الشيخ زكريا عميرات ، الطبعة الأولى ١٤١٦هـ-١٩٩٥م ، ج٧ ص٣١٤ . - ابن رجب ، عبد الرحمن بن أحمد (ابن رجب الحنبلي) ، القواعد ، دار الكتب العلمية ، ص٢٠٥ .

(٢) - ابن منظور ، لسان العرب ، ج١١ ص٤٧١ . - الجرجاني ، التعريفات ، ج١ ص٢٠١ . - الفيروز آبادي ، محمد بن يعقوب الفيروز آبادي (ت ٨١٧هـ) ، القاموس المحيط ، ص١٣٣٨ .

وأما " العلة " في الاصطلاح الشرعي فتأخذ منحيين :-

الأول :- باعتبارها ركنا للقياس عند الأصوليين ، فقد أورد الشوكاني لها عدة تعريفات نذكر منها^(١) :-

١. أنها المعرفة للحكم بأن جعلت علماً على الحكم ، إن وجد المعنى وجد الحكم ، وهو الراجح : لأن المراد بها هنا ما يتعلق بالقياس ، حيث يدور الحكم معها وجوداً وعدمًا .
٢. أنها الموجبة للحكم بالعادة .

٣. أنها الباعث على التشريع بمعنى أنه لا بد أن يكون الوصف مشتملاً على مصلحة صالحة لأن تكون مقصودة للشارع من تشريع الحكم.

الثاني :- باعتبارها سبباً للضمان عند الفقهاء :-

للعلة معان عدة ولا يصلح قصرها على أحد معانيها دون دليل ، وسبب الاختلاف في معانيها كما يوضحه الإمام الغزالي هو أن الناس تكلموا في تسمية مطلق التماثل علة ، قبل معرفة حد العلة ، وقد أطلق الناس اسم العلة باعتبارات مختلفة ، ولم يشعروا بها ، ثم تنازعا في تسمية مثل هذا علة ، وقد استعملوها في ثلاثة مواضع على أوجه مختلفة كما يلي :-

الأول :- الاستعارة من العلة العقلية ، وهو عبارة عما يوجب الحكم لذاته ، فعلى

هذا لا يسمى التماثل علة ؛ لأنه بمجرد لا يوجب الحكم .

الثاني :- الاستعارة من البواعث ، فإن الباعث على الفعل يسمى علة ، ومن جوز

تسمية الباعث علة ، فيجوز أن يسمى مجرد التماثل علة ، لأنه الذي يبعثنا على إيجاب المثل في الضمان ، وهو المطلوب .

الثالث :- أخذوا العلة من علة المريض ، وما يظهر عنده كالبرودة فإنها علة مثلاً ،

والمرض يظهر عقيب علة البرودة ، وإن كان لا يحصل بمجرد البرودة ، ولكن انضاف المرض إلى البرودة الحادثة^(٢) .

(١) - الشوكاني ، محمد بن علي بن محمد (١١٧٣-١٢٥٠هـ) ، إرشاد الفحول إلى تحقيق علم الأصول ، مؤسسة الكتب الثقافية - بيروت ، الطبعة الرابعة ١٤١٤هـ-١٩٩٣م ، حققه أبو مصعب محمد سعيد البديري ، ص ٣٥١ .

(٢) - الغزالي ، المستصفى من علم الأصول ، ج ٢ ص ١٦٢ .

وبناءً على ما تقدم يمكن القول بأن وجود " الواسطة " في المعنى الذي تقدم ذكره يرتب " المباشرة " على النتيجة وذلك بأن تكون " الواسطة " ذات تأثير ملحوظ في النتيجة حيث يمكن القول بأن وجود " الواسطة " المؤثرة يغني عن طلب " العلة " وذلك لأنه ربما وجدت " العلة " ولم يوجد الحكم ، وكذلك وجودها مع عدم وجود الحكم . وإذا لم تكن " الواسطة " مؤثرة بأن لم يكن هناك اتصال حسي بين الفاعل والنتيجة ، فعندها يبحث عن " العلة " أي كون الاتصال معنويًا بين الفاعل والنتيجة ؛ وذلك كمن حبس رجلاً عن الطعام أو الشراب ، أو طيّن على أحد بيتاً حتى مات جوعاً أو عطشاً فهذا لا يضمن شيئاً عند أبي حنيفة رحمه الله ؛ لأن الهلاك حصل بالجوع والعطش بخلاف الحفر فإنه سبب للوقوع في الحفرة .^(١)

وعند الصحابين عليه الدية لأن التطيين تسبب في إهلاكه ، لأنه لا بقاء للآدمي إلا بالأكل والشرب ، فالمنع عند استيلاء الجوع والعطش عليه يكون إهلاكاً له ، فأشبهه حفر البئر في قارعة الطريق .^(٢)

ولقد ظهر أثر تعريف الحنفية " للمباشرة " في أحكامهم ، وهو اتصال الآلة بمحل التلف ، فهم ينظرون إليها من ناحية الآلة الحسية . وقد فرقوا أيضاً بين الفعل الإيجابي والفعل السلبي . فأبو حنيفة رحمه الله لم يرتب على الأمر شيئاً ، أما الصحابان فكان حكمهما بناءً على الفعل الذي قام به الفاعل وهو التطيين دون المنع من الطعام والشراب فاعتبراه متسبباً في ذلك . وقال الشافعي رحمه الله :- إن كانت مدة الأغلب أنه يموت بمثلها قتل به ، وإن مات في مدة الأغلب أنه يعيش من مثلها ففيه العقل ولا قود فيه^(٣) ، فكان اعتبار الشافعية لهذا الفعل تسبباً لأنهم رتبوا الهلاك على الجوع لا على الحبس والمنع ، وأما عند الجمهور فهو مباشر لأن الحبس مع منع الطعام يؤثر غالباً في الهلاك ويحصل به ، فرتبوا عليه القصاص .^(٤)

(١) - الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٦ ص٢٧٤ .

(٢) - المرجع السابق .

(٣) - الشافعي ، الإمام محمد بن إدريس (١٥٠-٢٠٤هـ) ، الأم ، دار الوفاء - المنصورة ، الطبعة الأولى

١٤٢٢هـ-٢٠٠١م ، تحقيق الدكتور رفعت فوزي عبد المطلب ، ج٧ ص١٨ . — النووي ، المجموع ،

ج٢٠ ص٢١٢ .

(٤) - الدسوقي ، شمس الدين الشيخ محمد عرفة ، حاشية الدسوقي = على الشرح الكبير لأبي البركات سيدي

أحمد الدردير ، دار الفكر - بيروت ، ١٤٢٣هـ-٢٠٠٢م ، ج٤ ص٣٧٣ . — وانظر : ابن مفلح ، شمس

الدين محمد بن مفلح المقدسي (ت٧٦٣هـ) ، كتاب الفروع ، مؤسسة الرسالة - بيروت ، الطبعة الأولى ١٤٢٤

هـ-٢٠٠٣م ، تحقيق الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي ، ج٩ ص٣٥٣ . — ابن حزم ، أبو محمد

المطلب الثاني

شروط "المباشرة"

اتفق الفقهاء على أن كل ما كان من ضرر نتيجة "المباشرة" فإنه يوجب الضمان إلا ما استثناه الدليل ، ولم يفرقوا في ذلك بين العمد والخطأ والإكراه ، فلم يشترطوا التعدي أو التعمد في التضمين فقالوا :- "المباشر ضامن وإن لم يتعمد".^(١)

ومن أقوال الفقهاء في ذلك ما ورد في كتاب مواهب الجليل :- "إن العمد والخطأ في أموال الناس سواء يجب ضمانها ، وهو من خطاب الوضع ، ولا يشترط فيه التكليف والعلم ، فلا فرق في الإلتلاف بين الصغير والكبير والجاهل والعامد".^(٢)

ويقول الإمام الشاطبي رحمه الله في الموافقات :- "إن الأمور المالية تضمن في الجهل والعمد ، لأن الخطأ فيها مساوٍ للعمد في ترتب الغرم في إلتافها".^(٣)

جميع الحقوق محفوظة

علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي (ت ٤٥٦هـ) ، المحلى شرح المجلى ، دار إحياء التراث العربي - بيروت ، الطبعة الأولى ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م ، تحقيق الأستاذ أحمد شاكر رحمه الله ، ج ١٢ ص ٤٠ .

(١) - ابن نجيم ، الشيخ العلامة زين العابدين بن إبراهيم (ت ٩٧٠هـ) ، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان ، المكتبة العصرية - بيروت ، الطبعة الأولى ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م ، تحقيق عبد الكريم الفضلي ، ص ٣١٧ . - حيدر ، علي ، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، دار الجيل ، ج ١ المادة ٩٢ . - البرتكي ، محمد عميم الإحسان المجددي ، قواعد الفقه ، دار الصدف ببليشر - كراتشي ، الطبعة الأولى ١٤٠٧هـ - ١٩٨٦م ، ص ١١٧ . - ابن غانم ، غانم بن محمد البغدادي ، مجمع الضمانات ، دار الكتاب الإسلامي ، ص ١٦٦ . - الحطاب ، أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب الرعيني (ت ٩٥٤هـ) ، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، دار الكتب العلمية - بيروت ، الطبعة الأولى ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م ج ٧ ص ٣١٣ . - ابن رشد ، القاضي أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد القرطبي (٥٢٠-٥٩٥هـ) ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، دار ابن حزم - بيروت ، الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م ، ص ٦٥٣ . - الأنصاري ، القاضي أبو يحيى زكريا الشافعي ، أسنى المطالب شرح روض الطالب ، دار الكتب العلمية - بيروت ، الطبعة الأولى ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م ، ج ٥ ص ٢١٩ . - البهوتي ، منصور بن يونس بن إدريس (ت ١٠٥١هـ) ، كشف القناع عن متن الإقناع للحجاوي ، دار إحياء التراث العربي - بيروت ، الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م ، تحقيق الشيخ محمد عدنان ياسين درويش ، ج ٤ ص ١١٣ .

(٢) - الحطاب ، مواهب الجليل ، ج ٧ ص ٣١٣ .

(٣) - الشاطبي ، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي (ت ٧٩٠هـ) ، الموافقات في أصول الشريعة ، دار الكتب العلمية - بيروت ، الطبعة الأولى ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م ، ج ٢ ص ٢٦٣ .

ولا بد لنا هنا من الإشارة إلى أن ما سبق ذكره من عدم اشتراط أي شرط لضمان الضرر المباشر هو خاص بإتلاف الأموال ، حيث لا أهمية لتحديد نوع المباشرة وشكلها ؛ لأنها في جميع حالاتها في الضمان سواء . وأما بالنسبة لضمان الضرر المباشر الواقع على النفس أو الأعضاء فلا بد من معرفة نوع المباشرة ، حتى نتمكن من ترتيب الحكم المناسب عليها ، لأن في خطئها الضمان المالي ، وفي عمدتها القصاص ، وأما الصبي والمجنون فعمدهما وخطؤهما سواء ، حيث يجب فيهما البذل المالي دائماً .^(١)

وفي ذلك قال الإمام العز بن عبد السلام :- " إن الإلتلاف يقع بالأيدي والأقوال والأفعال ، ويجري الضمان في عمدتها وخطئها ، لأنه من الجوابر ، ولا تجري العقوبة والقصاص إلا في عمدتها ، لأنها من الزواجر " .^(٢)

والخلاصة : أن المباشر ضامن على كل حال عند حصول الضرر ، لأن المباشرة هي علة الضرر في الواقع ، وسبب مستقل للتلف وهي المؤثر الأقوى فيه ، وكذلك فإن الإضرار وحده هو الركن الذي يقوم عليه الضمان ، لذا نجد الفقهاء لا يشترطون التعدي أو التعمد في وجوب ضمان المباشر ، فيشمل العمد والخطأ ، إلا أنه يختلف نوع الضمان مع اختلاف العمد والخطأ . وأما ما يذكره الفقهاء من اشتراط التعدي لتضمين المباشر فهو ناتج عن اختلافهم في تعريفاتهم للتعدي ، فمن قال هو المجاوزة إلى حق الغير ، فقد اشترط التعدي ، وأما من قال هو مجاوزة ما حده الشرع فهم الذين لم يشترطوا التعدي للتضمين ، وعليه فإنه إذا ورد معنا عبارة تشترط التعدي في المباشرة ، فإنها ستكون محمولة على هذا المعنى .

(١) - انظر : بوساق ، محمد بن المدني ، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي ، دار إشبيلية للنشر

والتوزيع ، الطبعة الأولى ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م ، ص ٥٥-٥٦ .

(٢) - ابن عبد السلام ، قواعد الأحكام ، ج ٢ ص ٢٦٨ .

المطلب الثالث

أقسام " المباشرة "

من خلال ما سبق من الحديث عن المباشرة يمكن أن نقسمها باعتبارين كما يلي :-

الاعتبار الأول :- " المباشرة " باعتبار التضمين وعدمه :-

ويمكن تقسيم " المباشرة " باعتبار التضمين وعدمه إلى قسمين كما يلي :-

القسم الأول :- " المباشرة " الموجبة للضمان :-

و " المباشرة " الموجبة للضمان هي ما سبق الحديث عنها في التعريف والشروط ، حيث اتفق الفقهاء على تضمين الذي ترتب الضرر على فعله ، فأوجبوا الضمان عليه مطلقاً دون اشتراط التعدي أو التعمد أو غيرها في ضمان الأموال ، حيث لا أهمية هنا لتحديد نوع " المباشرة " أو المباشر لأنه لا يترتب على هذا التحديد أي أثر في الواقع ، حيث إن الجميع في الضمان سواء .

وأما بالنسبة للاعتداء على النفس أو أي عضو منها ، فإن العقوبة تختلف باختلاف المباشر وباختلاف المباشرة كذلك ، حيث إنها إذا وقعت خطأ وجب فيها الضمان المالي ، وإذا وقعت عمداً وجب فيها الضمان بالمثل ، حيث يقتصر من القاتل والقاطع والشاج إذا لم يعفُ الولي ، ويصار إلى الضمان المالي إذا عفا الولي ، أو تعذر القصاص ، أو كان الجرح مما لا يقتصر بمثله ، هذا بالنسبة للمباشر العاقل البالغ . أما بالنسبة للصبي والمجنون فإنه يجب عليهما الضمان المالي على كل حال ، وإن اختلف المتألف بين المال والنفس ، كذلك وإن اختلف المباشر في نقص الأهلية أو عدمها .

القسم الثاني:- " المباشرة " التي لا ضمان فيها :-

هناك حالات لا ضمان فيها على المباشر لأنها من قبيل الاستثناء من قاعدة " المباشر ضامن وإن لم يتعمد " نذكر بعضها فيما يلي ثم نأتي للحديث عنها بالتفصيل فيما بعد ، عند الحديث عن القاعدة وذلك ضمن النقاط الآتية^(١) :-

١. ما أذن به الشرع من دفع الصائل ، أو استيفاء حق القصاص بعد إذن الحاكم ، ويشترط في الدفاع الشرعي أن يكون الضرر الذي يراد دفعه مدهماً وحالاً لا يمكن دفعه إلا بالإتلاف ، ويشترط ألا يتجاوز قدر الضرورة ، وإلا أصبح مسؤولاً ويطالب بالضمان .

٢. ما أوجبه الله ﷻ على المسلمين من قتال الكفار ، أو إتلاف ما يعصى به الله ﷻ أو إقامة الحدود وغيرها .

٣. ما لا يمكن الاحتراز عنه لعموم البلوى به ، كمن جلس على ثوب شخص في المسجد وقام صاحب الثوب فتمزق .

٤. تسليط المالك كمن أعار صبيلاً شيئاً دون إذن وليه فأتلفه ، فلا ضمان عليه لأن المالك قد سلطه على ملكه .

٥. إذن المالك فلا ضمان على من أذن له رب الشيء بإتلافه .

٦. في حال تنفيذ أمر المسؤول ، فيشترط ألا يكون المأمور مجبراً أو مغرراً به وأن يكون الفعل جائزاً إذ لا طاعة في معصية ، وأن يكون الأمر ذا ولاية على المأمور .

الإعتبار الثاني:- يمكن تقسيم " المباشرة " باعتبار الإقدام على الفعل والامتناع عنه

إلى قسمين:

(١) - الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٦ ص١٧١ . - بوساق ، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي ، ص٥٦-٥٨ . - المحمصاني ، الدكتور صبحي ، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية ، دار العلم للملايين - بيروت ، الطبعة الثانية ١٩٧٢م ، ج١ ص١٧٦-١٧٧ . - الزرقا ، = مصطفى أحمد ، الفعل الضار والضمان فيه ، دار القلم - دمشق ، الطبعة الأولى ١٤٠٩هـ - ١٩٨٨م ، ص١١١-١٠٥ . - فيض الله ، محمد فوزي ، الضمان في الفقه الإسلامي العام ، مكتبة دار التراث - الكويت ، الطبعة الأولى ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م ، ص١٩٥-٢٠١ . - الزعبي ، محمد يوسف ، مسؤولية المباشر والمتسبب في القانون المدني الأردني ، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات - جامعة مؤتة - الأردن - العدد الأول - حزيران ١٩٨٧م ، المجلد الثاني ص١٧٨-١٨٥ .

القسم الأول :- " المباشرة " بالفعل :-

وهي أن يقوم الإنسان بعمل مباشرة يفضي إلى النتيجة ، وهي إيقاع الضرر بالغير ، فيكون فعله إيجابياً مباشراً ، وقد اتفق الفقهاء على تضمين المباشر الذي ترتب الضرر على فعله ، وأن أي فعل ترتب عليه الضرر دون واسطة فإنه يعد مباشرة يترتب على فاعلها الضمان ؛ لأن المباشرة بالنسبة للضمان كالعلة بالنسبة للحكم ، وقد بينا ذلك فيما سبق .

القسم الثاني :- " المباشرة " بالامتناع عن الفعل :-

و" المباشرة " بالامتناع هي أن يمتنع الإنسان عن عمل معين امتناعاً مباشراً ، فيؤدي امتناعه إلى وقوع الضرر ، كمن امتنع عن إخراج حيوان سقط في حفرة وهو قادر على ذلك فيموت الحيوان ، وعليه فالامتناع عن الفعل أو الفعل السلبي يكون بترك القيام بعمل ما امتناعاً مباشراً يترتب عليه فوات نفس أو تلف مال أو ضياعه ، ومن هنا فهل يعتبر الامتناع فعلاً تترتب عليه آثاره في المباشرة والتسبب أم لا ؟

عند النظر في هذه المسألة نجد أن الفقهاء فيها على ثلاثة أقوال :-

القول الأول :- ذهب الأحناف إلى اشتراط الاتصال المادي بين الفعل والضرر في

المباشرة ، وذلك واضح من تعريفاتهم لها بأنها اتصال الآلة بمحل التلف .^(١) فهم يثبتون الحكم حيث وجد الفعل الحسي المباشر ، ولا يرتبون أي حكم على الفعل إذا لم يكن هناك اتصال حسي مباشر بينه وبين النتيجة ، فكيف يرتبون أي أثر على الامتناع عن القيام بالفعل أصلاً فقالوا :- إن الامتناع عن أخذ اللقطة هو امتناع من حفظ غير ملزم ، وهو لا يكون تضييعاً ، وقد رتبوا على ذلك الإثم ولم يرتبوا عليه الضمان . فقالوا : لو مُنِع المالك عن أمواله حتى هلكت يَأثم المانع ، ولا يضمن .^(٢) ومما يدل على أنهم لم يعتبروا الامتناع مباشرة هو اختلافهم في تضمين من رأى حيواناً يأكل زرع غيره ، واتفقوا على عدم التضمين إذا لم يكن الحيوان له ؛ وذلك لأنه إذا كان الحيوان له وتركه صار الفعل منسوباً إليه والنفع عائداً عليه بخلاف حيوان غيره ، فإنه وإن كان الهالك محققاً وهو يتعهد لکنه لا ينتفع به .^(٣)

(١) - الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٦ ص١٦٥ .

(٢) - الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٥ ص٢٩٥ . — ابن نجيم ، زين الدين بن إبراهيم بن محمد الشهير بابن نجيم الحنفي (ت ٩٢٠هـ) ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق للنسفي أبي البركات ، دار إحياء التراث العربي - بيروت ، الطبعة الأولى ١٤٢٢هـ - ٢٠٠٢م ، تحقيق أحمد عزو عناية دمشقي ، ج٥ ص٢٤٢ .

(٣) - ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، ج٤ ص٢٩٩ .

ومما يدل على ذلك أيضاً ما جاء في مجلة الأحكام العدلية (المادة ٨٨٧) من أن الإلتلاف مباشرة هو إلتلاف الشيء بالذات ، ويقال لمن فعله فاعل مباشر ، أي لا يتخلل بين فعل المباشر والتلف فعل آخر ، فيفهم منها أن الفعل لا يعتبر مباشرة إلا إذا اتصل اتصالاً حسياً بالتلف دون تخلل فعل آخر بينهما .^(١)

وقد ذهب إلى هذا المذهب بعض الشافعية حيث رتبوا الإثم ، ولم يرتبوا الضمان على من امتنع عن إلقاء شيء لزمه إلقاءه من السفينة حتى غرقت فهلك به شيء فقالوا أثم ، ولا ضمان عليه كما لو لم يطعم مالك الطعام المضطر حتى مات .^(٢)

وسلك هذا المسلك من المعاصرين أيضاً الأستاذ علي الخفيف في كتابه الضمان ، فقال :- " أما إذا لم يكن الفعل حسياً بأن كان فعلاً نفسياً كالكف يتسبب في تلف مال لآخر ، فلا ضمان بسببه ، فإذا رأى إنسان مالاً لآخر معرضاً للتلف بنار مثلاً وكان في قدرته إنقاذه ولم يفعل فلا ضمان عليه لعدم المباشرة ، وذلك لأن المباشرة تتحقق إذا كان هناك اتصال بين الفعل ومحل الضرر كما في الفعل الحسي " .^(٣)

القول الثاني :- ذهب المالكية^(٤) وبعض الشافعية^(٥) إلى أن الامتناع الذي يؤدي إلى الإضرار بالغير يعد مباشرة في ترتيب الضمان .

ولقد جاء في الشرح الصغير للدردير القول بتضمين من مرَّ على صيد حي وترك تذكئته مع القدرة عليها حتى مات لتفويته على ربه .^(١)

(١) - علي حيدر ، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، المجلد ٢ مادة ٨٨٧ .

(٢) - الأنصاري ، أسنى المطالب شرح روض الطالب ، ج ٨ ص ١٩٤-١٩٥ . — الرملي ، محمد بن شهاب الدين ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، دار الفكر ، ج ٧ ص ٣٦٧ . — الشربيني ، شمس الدين محمد بن محمد الخطيب ، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ، دار الكتب العلمية - بيروت ، تحقيق محمد علي معوض و عادل أحمد عبد الموجود ، دون ذكر رقم الطبعة ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م ، ج ٥ ص ٣٥٣-٣٥٤ .

(٣) - الخفيف ، الضمان في الفقه الإسلامي ، ص ٤٠-٤١ .

(٤) - الدردير ، العلامة أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد ، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك ، دار المعارف ، ج ٢ ص ١٦٨ .

(٥) - الزركشي ، بدر الدين بن محمد بن بهادر أبو عبد الله ، المنثور في القواعد الفقهية ، الناشر وزارة الأوقاف الكويتية - الكويت ، الطبعة الثانية ١٤٠٥هـ ، تحقيق تيسير فائق أحمد محمود ، ج ١ ص ٢٨٤ .

وقال الزركشي في المنثور :- " لو تعمد ترك السقي ففسد الزرع ضمن " (٢)

القول الثالث :- فرق الحنابلة بين الامتناع عن إغاثة المضطر ، وعن الأفعال

الأخرى ؛ من الامتناع عن إنقاذ مال أو غيره من الهلاك ، فرتبوا الضمان في الأولى ولم يرتبوه في الثانية ، فقالوا :- إنه إذا اضطر إنسان إلى طعام أو شراب لغير مضطر فطلبه منه فمنعه إياه فمات بذلك ضمنه المطلوب منه ؛ لأنه تسبب في إهلاكه ، وأن من أمكنه إنجاء آدمي أو حيوان محترم من هلكة كماء أو نار أو سبع فلم يفعل حتى هلك لم يضمن لأنه لم يتسبب إلى إهلاكه (٣).

ومما سبق يتبين لنا أن الجمهور اعتبروا ترك الفعل يعد فعلاً تترتب عليه الآثار التي تترتب على الأفعال ، فقد قال الإمام الشاطبي في ذلك : " أن الترك عند المحققين فعل من الأفعال الداخلة تحت الاختيار ، وان القاعدة أن الأحكام إنما تتعلق بالأفعال أو بالتروك أو بالمقاصد ، وذلك يستلزم رجوع الترك إلى الاختيار كالفعل " (٤)

وقال الإمام الغزالي أيضاً : " فالأمر بالصوم أمر بالكف ، والكف فعل يثاب عليه ، والمقتضى بالنهي عن الزنا والشرب التمس بصد من أضداده وهو الترك ، فيكون مثاباً على الترك الذي هو فعله " (٥)

وبناءً على ما سبق يمكن القول بأن عدم اعتبار الامتناع مباشرة عند الحنفية ومن معهم هو من قبيل براءة ذمة الممتنع عن الفعل من كل حق لغيره عليه لأنه لم يصدر عنه ما يوجب الضمان في نظرهم ، حيث إنه لا يمكن وصفه بالمتعدي في امتناعه ، وكما أنه لم يحصل أي اتصال بينه وبين الضرر الذي حصل ، مع إقرارهم بالإثم ، مما يرجح أن أبا حنيفة أسقط الضمان جرياً على مذهبه الذي توسع فيه بالشبه التي تدرأ العقوبة .

وأما ما ذهب إليه الجمهور فهو الأخرى بالقبول ، لأن فيه إلزاماً للمسلم بالحرص على مال أخيه المسلم كما يحرص على ماله ، وفيه إظهاراً لترايب المجتمع بالحرص على صيانة الثروات وعدم السكوت على الظلم بالامتناع عن أداء الشهادة وغيرها ، ويسمى الامتناع الذي

(١) - الدردير ، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك ، ج٢ ص١٦٨ .

(٢) - الزركشي ، المنثور في القواعد الفقهية ، ج١ ص٢٨٤ .

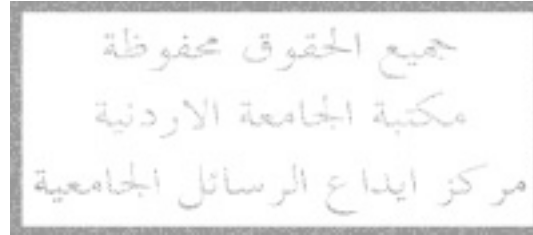
(٣) - البهوتي ، كشاف القناع ، ج٦ ص١٥ .

(٤) - الشاطبي ، الموافقات ، ج١ ص٧٨ .

(٥) - الغزالي ، المستصفي ، ج١١ ص٨٩-٩٠ .

من هذا القبيل بالجرائم السلبية ، وهي : التي تكون من الامتناع عن إثبات فعل مأمور به ، كامتناع الشاهد عن أداء الشهادة .^(١)

وهناك بعض الحالات من هذا الامتناع يمكن اعتبارها من قبيل التسبب الموجب للضمان وليس من قبيل المباشرة ؛ لأنه تخلل بين النتيجة والفعل ما ينفي المباشرة كعدم اتصال الآلة بمحل التلف عند الحنفية ، وهذا ما سيأتي توضيحه عند الحديث عن أقسام التسبب .



(١) - مسفر الدميني ، مسفر غرم الله الدميني ، الجناية بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، بحث قدم لنيل

الشهادة العالية من كلية الشريعة بالرياض ، ص ٣٧ .

المبحث الثاني

"التسبب"

تحدثنا في المبحث السابق عن "المباشرة" ، وما يتعلق بها من حيث التعريف والشروط والأقسام ، وفي هذا المبحث سنتحدث عن "التسبب" من حيث التعريف والشروط والأقسام أيضاً ، من خلال المطالب التالية :-

المطلب الأول

تعريف "التسبب"

نتحدث في هذا المطلب عن التسبب من حيث التعريف وما يتعلق به من بيان وتوضيح من خلال الفروع التالية :-
الفرع الأول

"التسبب" في اللغة (١)

"التسبب" من السبب وهو في اللغة يدل على عدة معان منها :-

١. الحبل :- جاء في مفردات الراغب : والسبب هو الحبل الذي يُصعد به النخل ، قال تعالى : ﴿ فَلْيَرْتُقُوا فِي الْأَسْبَبِ ﴾ (٢)
وقال ﷺ :- ﴿ فَلْيَمْدُدْ بِسَبَبِ إِلَى السَّمَاءِ ﴾ (٣)

وجاء في لسان العرب أن السبب هو الحبل الذي يتوصل به إلى الماء ، ثم استعير لكل ما يتوصل به إلى شيء غيره .

(١) - انظر : الراغب الأصفهاني ، مفردات ألفاظ القرآن ، ص ٣٩١ . - ابن منظور ، لسان العرب ،

ج ١ ص ٤٥٩ . - الفيومي ، المصباح المنير ، ج ١ ص ٢٦٢ . - الفيروزآبادي ، القاموس

المحيط ، ص ١٢٣ . - الرازي ، محمد بن أبي بكر عبد القادر (ت ٧٢١) ، مختار الصحاح . ص ١١٩

. - الأمدي ، الإحكام في أصول الأحكام ، ج ١ ص ١٧٠ .

(٢) - سورة ص: من الآية ١٠ .

(٣) - سورة الحج: من الآية ١٥ .

وجاء في المصباح والسبب الحبل وهو ما يتوصل به إلى الاستعلاء ، ثم استعير لكل شيء يتوصل به إلى أمر من الأمور فقليل هذا سبب وهذا مسبب هذا .

٢. ما يتوصل به إلى غيره :- جاء في مفردات الراغب أن قوله ﷺ :- ﴿وَأَتَيْنَاهُ

مِنْ كُلِّ شَيْءٍ سَبَبًا﴾^(١) يعني أن الله ﷻ آتاه من كل شيء معرفة ، وذريعة يتوصل بها

، فاتَّبَعَ واحدا من تلك الأسباب ، وعلى ذلك قوله ﷺ :- ﴿وَقَالَ فِرْعَوْنُ يَنْهَمْنُ ابْنِ لِي

صَرَخًا لَعَلِّي أَبْلُغَ الْأَسْبَابَ﴾^(٢) أي لعلي أعرف الذرائع والأسباب الحادثة في السماء

فأتوصل إلى ما يدعيه موسى ، وسمي الطريق سبباً لإمكان التوصل به إلى المقصود ، ومنه

قوله ﷺ ﴿ثُمَّ اتَّبَعَ سَبَبًا﴾^(٣) الجامعة الاردنية

وهذه المعاني في مجملها تعتبر وسائل يتوصل بها إلى غيرها ، فالحبل وسيلة

تستخدم في أغراض عدة منها أنه يتوصل به إلى الماء ، والطريق هي التي يتوصل بها إلى

الهدف والغاية وهكذا .

(١) - سورة الكهف: من الآية ٨٤ .

(٢) - سورة غافر: ٣٦ .

(٣) - سورة الكهف: ٨٩ .

الفرع الثاني

التسبب في الاصلح

لقد عرف الفقهاء التسبب بتعريفات عدة تدور في مجموعها حول إثبات العلاقة بين السبب والتلف ، وذلك باعتبار صلته بباب العقوبات ، فقد بحثوه من هذا الجانب ، وإلا فهو أوسع من أن يكون محصورا في باب الاتلافات ، ولقد سار فيها الفقهاء المحدثون على خطى الفقهاء القدامى ، ونذكر بعض هذه التعريفات فيما يلي :-

أولاً:-تعريفات الفقهاء القدامى :-

لقد ذكر الفقهاء القدامى تعريفات كثيرة للتسبب ، نذكر فيما يلي تعريفا واحدا لكل مذهب من المذاهب الفقهية الأربعة ، ثم نتبعه ببعض الشرح والتوضيح رجاء الإفادة :-

١. عرف الكاساني التسبب بأنه :-" هو الفعل في محل التلف ، يفضي إلى تلف غيره عادةً " (١).

أي أن التسبب هو كل فعل أدى إلى تلف غيره عادة ، بحيث تكون النتيجة مرتبطة بالفعل منسوبة إليه دون غيره ، وذلك لكي يتسنى لنا ترتيب الضمان عليه ، لأنه إن لم يكن بالإمكان نسب النتيجة إلى ذلك الفعل ، أو وجد من تنسب النتيجة إليه بالمباشرة ، فإنه يكون قطعاً للتسبب بالمباشرة ، فيحال الضمان عليه دون المتسبب ، وعليه فإن هذا التعريف قد أعطى صورة واضحة عن التسبب من حيث مكان الفعل ، وارتباط التلف به ، إذ لا بد أن يكون هناك علاقة بين التلف والفعل ، وكذلك كون التلف يحصل بحصول ذلك الفعل على جري العادة .

٢. وقال القرافي :- " والتسبب هو ما يحصل الهلاك عنده بعلة أخرى " (٢).

فالتسبب هو الذي يؤدي إلى التلف بواسطة فعل آخر بحيث ينسب الضرر إليه ، وذلك بحصول السبب في المحل الذي حصل فيه التلف ، وهذا فيه تأكيد على العلاقة بين التلف والضرر ، وهذه العلاقة هي العنصر الرئيسي في تضمين المتسبب قبل النظر في الشروط الأخرى .

٣. وقال بعض الشافعية : " التسبب هو ما يؤثر في التلف ولا يحصله ، كالإمساك للقتل " (٣).

(١) - الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٦ ص١٦٥ .

(٢) - القرافي ، أنوار البروق في أنواع الفروق ، ج٤ ص٢٧ .

(٣) - قلوبوي وعميرة ، حاشيتنا قلوبوي وعميرة على شرح العلامة جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين للنووي ، دار إحياء الكتب العربية - مطبعة عيسى البابي الحلبي ، ج٣ ص٢٨ .

أي أن التسبب هو الفعل الذي مهد وسهل الوصول إلى هذه النتيجة ، ويمكن المباشر من فعله ، أي أن له الأثر الأكبر في الوصول إلى النتيجة ، إذ لولاه لكان هناك احتمال أن ينتهي فعل المباشر إلى نتيجة غير التي انتهى إليها ، وكذلك فإن فعل المتسبب وحده لا يؤدي إلى التلف عادة ، إذ لا بد من توفر الوساطة حتى يحصل التلف .

٤. وقال ابن رجب :- " والتسبب هو أن ينصب سبباً عدواناً فيحصل به الإلتلاف ، كأن يوجج ناراً في يوم ريح عاصف فيتعدى الإلتلاف إلى مال الغير " (١).
هذا التعريف بدأ بالحديث عن شروط تضمين المتسبب بكونه حصل عدواناً فحصل به الإلتلاف ، قبل الحديث عن التسبب بشكل خاص .

ثانياً :- تعريفات الفقهاء المحدثين :-

يمكن أن نذكر في هذا المقام بعض تعريفات الفقهاء المعاصرين للتسبب ، إذ نلاحظ أنها مستقاة من تعريفات الفقهاء القدامى ، فهي إما شارحة لها أو مبسطة لمعناها :-

١. قال الدكتور محمد المدني بوساق :- إن التسبب هو " ما كان بفعل في محل أفضى إليه بواسطة فعل آخر ، متوسط بين السبب الأصلي والضرر الحادث ، كأن يتصل أثر الفعل بغيره ، لا حقيقة فعله الذي باشره " (٢).

٢. وقال الدكتور وهبه الزحيلي :- " والمتسبب هو الذي يحدث أمراً يؤدي إلى تلف شيء آخر حسب العادة إلا أن التلف لا يقع فعلاً منه ، وإنما بواسطة أخرى هي فعل فاعل مختار " (٣).

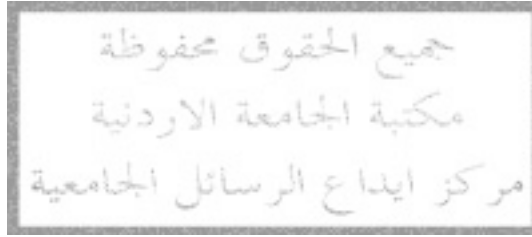
(١) - ابن رجب ، القواعد ، ص٢٠٤ .

(٢) - بوساق ، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي ، ص٦٤ .

(٣) - الزحيلي ، نظرية الضمان ، ص١٨٩ — الفقه الإسلامي وأدلته ، ج٥ ص٧٤١ .

٣. وقال الدكتور عبد القادر عودة :- " إن السبب هو ما أحدث الجريمة لا بذاته بل بواسطة ، وكان علة للجريمة ، كشهادة الزور على بريء بأنه قتل غيره ، فإنها علة للحكم على المشهود عليه بالموت ، ولكن الشهادة لا تُحدث الموت بذاتها ، وإنما يحدث الموت بفعل الجراد الذي يتولى تنفيذ حكم القاضي الذي صدر بالموت " (١).

٤. وقال الأستاذ علي الخفيف :- " والضرر المسبب هو ما كان بفعل في محل أفضى إليه فعل آخر في محل آخر ، مع احتمال تخلف الفعل الثاني عنه " (٢).
هذا وهناك تعريفات أخرى كثيرة للتسبب حيث نخلص من مجموعها إلى تعريف التسبب بأنه :- ترتب الضرر على نتيجة الفعل دون الفعل نفسه ، وهذا ما يجعل ترتيب الضمان على المتسبب مشروطا بعبء شروط تثبت أن التسبب أثر في التلف ولم يحصله .



(١) - عودة ، التشريع الجنائي الإسلامي ، ج ١ ص ٤٥١ .

(٢) - الخفيف ، الضمان في الفقه الإسلامي ، ص ٧٤ .

المطلب الثاني

شروط " التسبب "

لما كان التسبب في الإلتلاف من الأسباب التي يترتب من خلالها الضمان على صاحب السبب ، كان لا بد من وضع قاعدة محددة تضبط حالات تضمين المتسبب وشروطه ، فقد اختلف الفقهاء في وضع هذه القاعدة ، فمنهم من اشترط التعمد وحده ، واعتبره هو السبب الوحيد لضمان المتسبب كما فعل ابن نجيم في أشباهه حيث قال :- " والمتسبب لا يضمن إلا إذا كان متعمداً " (١)

ومنهم من اشترط التعدي وحده ؛ لتضمين المتسبب ، كما قال ابن غانم في كتابه مجمع الضمانات :- " والمتسبب لا يضمن إلا أن يتعداً " (٢)

وعليه فمن خلال النظر في كتب الفقه التي طرقت هذا الموضوع بالبحث يمكن أن نعرض جملة ما ذكره الفقهاء من شروط لتضمين المتسبب ، نناقشها فيما يلي :-

الشرط الأول :- التعدي :-

التعدي من أهم الشروط في تضمين المتسبب ، حيث إن باقي الشروط تدور عليه في تأثيرها فهو الشرط الرئيسي والشروط الأخرى تدخل به ضمناً ، ويمكن الحديث عن التعدي من خلال التعريف وما يتعلق به من أقوال الفقهاء وغيرها :-

التعدي في اللغة (٣) هو الظلم ، وأصله من تجاوز الحد في الشيء ومجاورته إلى غيره ،

ومنه قوله ﷻ : ﴿ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴾ (٤) أي يجاوزها.

(١) - ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص ٣١٧ .

(٢) - ابن غانم ، مجمع الضمانات ، ص ١٦٦ .

(٣) - ابن منظور ، لسان العرب ، ج ١٥ ص ٣٣ . - الرازي ، مختار الصحاح ، ج ١ ص ١٧٦ .

(٤) - سورة البقرة: من الآية ٢٢٩ .

والتعدي في الاصطلاح :- هو تجاوز ما يسمح به الشرع^(١) ، أو هو مجاوزة الحق .^(٢)
أو هو مجاوزة ما ينبغي أن يقتصر عليه شرعاً أو عرفاً أو عادة^(٣) ، والمقصود بهذه التجاوزات في التعدي هو مخالفة ما حدّه الشرع أو العرف أو العادة .

يتضح لنا مما سبق أن استعمال الفقهاء للفظه التعدي ، لا يخرج عن المعنى اللغوي لها ، وعلى ذلك فالتعدي عندهم يشتمل على الاعتداء على النفس وما دونها ، كما يتناول الاعتداء على مال الغير بطريق الغصب والإتلاف ، كما يطلق على تجاوز الأمين حدّه فيما أوّتمن عليه من أموال الغير ، كتعدي الوديع على الوديعة بانتفاعه بها ، أو جحودها ونحو ذلك .^(٤)
ومن خلال النظر في كتب الفقه يتبين لنا أن الفقهاء قد اعتبروا التعدي شرطاً لتضمين المتسبب ، وقد نظروا في ذلك إلى الفعل لا إلى الفاعل ، أي أن وصف التعدي عائد على الفعل لا على الفاعل ، فمن أقوالهم في ذلك ما ذكرنا عن ابن نجيم وابن غانم من اعتبار التعدي شرطاً في ضمان المتسبب .

ومنها أيضاً ما ذكره السرخسي فقال : " المُسَبَّب إذا لم يكن متعدياً في التسبب لا يكون ضامناً " .^(٥)

وجاء أيضاً في تعليل تضمين المتسبب " لأنه تسبب وشرط الضمان فيه التعدي " .^(٦)
وجاء في الحكم بعد ذكر عدة مسائل يبدو التعدي فيها واضحاً " فإن المتسبب في جميعها يضمن ما تلف بسببه " .^(٧)

وجاء أيضاً " ويقتل المتسبب مع المباشر ، كحافر البئر لمعين فردّاه غيره فيها " .^(٨) ، وواضح في هذا المثال أن المتسبب متعد لإرادته الاعتداء على غيره ، وقيامه بعمل لتحقيق هذه الإرادة .

(١) - الزحيلي ، وهبه ، الفقه الإسلامي وأدلته ، دار الفكر - دمشق ، الطبعة الثالثة ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م ، ج٥ ص٧٤٨ .

(٢) - الموسوعة الفقهية ، مادة غصب ، ج٣١ ص٢٢٩ .

(٣) - المرجع السابق ، ضمان ، ج٢٨ ص٢٢٢ .

(٤) - البهوتي ، كشاف القناع عن متن الإقناع ، ج٤ ص١٦٥ .

(٥) - السرخسي ، المبسوط ، ج٣٠ ص٢٩٥ .

(٦) - ابن عابدين ، حاشية رد المحتار على الدر المختار ، ج٦ ص٩٣ . — الطوري ، عبد القادر بن

عثمان (ت١٠٣٠هـ) ، تكملة البحر الرائق ، ج٨ ص٧٥ .

(٧) - القرافي ، أنوار البروق ، ج٢ ص٢٠٤ .

(٨) - الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج٤ ص٣٨٧ .

وبناءً على ما سبق يتبين لنا أن التعدي شرط في ضمان المتسبب عند عامة الفقهاء ،
فالتعدي عندهم يشمل العمد والخطأ ، كما يشمل التقصير والإهمال وعدم التحرز ، فقد قال ابن
عرفة في تعريف التعدي بأنه :- " التصرف في الشيء بغير إذن ربه دون قصد تملكه " .^(١)
والتعدي يمكن أن يكون عمداً ، ويمكن أن يكون من غير عمد ، ويتم التعدي العمدي عندما تتجه
الإرادة إلى إحداث الفعل الضار قاصدةً التعدي ، بحيث تحدث النتيجة المقصودة ، كالصياد الذي
يرمي ببندقيته قاصداً إجمال دابةً ، فتجفل وتتكسر . ويتم التعدي غير العمدي عندما تتحقق
النتيجة بحدوث الضرر وكان ذلك نتيجة إهمال أمر كان يجب عمله ، أو عندما يتصرف
الشخص دون مراعاة الاحتياطات الواجبة ، كما لو فتح قفص طير فطار على الرغم منه .^(٢)

الشرط الثاني :- التعمد :-

إن التعمد هو الشرط الثاني من شروط التسبب ، حيث ذكره بعض الفقهاء ولم يذكره
آخرون لأنه داخل في التعدي ، ولا بد من الإشارة هنا إلى أن المقصود بكلمة التعمد في كلام
ابن نجيم حيث قال " والمتسبب لا يضمن إلا إذا كان متعمداً " ^(٣) وما ورد في مجلة الأحكام
المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد ^(٤) أن المقصود بها هو التعدي ، ويشهد لذلك أقوال الفقهاء في
اشتراط التعدي التي نقلناها سابقاً ، وكذلك تفريق الأستاذ مصطفى الزرقا بين التعدي والتعمد في
كتابه " الفعل الضار " حيث قال ^(٥) : إن التعدي يستعمل في معنيين يجب التفريق بينهما :-

الأول :- التعدي هو المجاوزة الفعلية إلى الغير أو ملكه المعصوم .

الثاني :- العمل المحظور في ذاته شرعاً ، بقطع النظر من كونه متجاوزاً على حدود الغير

أم لا .

(١) - الخطاب ، مواهب الجليل ، ج٧ ص٣٣٧ . - مياره ، محمد بن أحمد الفاسي (مياره) ، الإتيقان

والإحكام شرح تحفة الأحكام المعروف بشرح مياره ، دار المعرفة ، ج٢ ص٢٥٤ .

(٢) - الزعبي . مسؤولية المباشر والمتسبب . ص١٩٤-١٩٥ .

(٣) - ابن نجيم . الأشباه والنظائر . ص٣١٧ .

(٤) - حيدر . درر الحكام . المادة ٩٣ .

(٥) - انظر : الزرقا ، الفعل الضار ، ص٧٨-٧٩ .

فالتعدي بالمعنى الأول (التجاوز) هو المقصود في هذا المقام ، وهو شرط أساسي في مسؤولية كل من المباشر والمتسبب على السواء ، وأما التعدي بالمعنى الثاني (وهو العمل المحظور شرعاً) فليس بشرط للمسؤولية في كل من المباشر والمتسبب ، بعد توافر التعدي بمعنى التجاوز إلى حق الغير أو ماله المعصوم .

فقد يتحقق التعدي بهذا المعنى ولا يكون الفعل محظوراً شرعاً ، بل قد يكون واجباً ويثبت معه الضمان ، كمن اضطر إلى أكل طعام الغير بلا إذن لدفع الهلاك عن نفسه ، فإن فعله جائز بل واجب ، لكنه لا ينفي الضمان ، فهنا قد توافر التعدي بالمعنى الأول (التجاوز) لا بالمعنى الثاني (عدم الجواز) فكان المباشر ضامناً وإن كان عمله جائزاً أو واجباً .

وجاء في كتابه "المدخل الفقهي العام" : "أنه متى وجد التعدي لا ينظر بعد ذلك إلى التعمد والقصد ، لأن حقوق الغير مضمونة شرعاً في حالتي العمد والخطأ ، بل حتى في حال الاضطرار المبيح للمحظورات ، وإن الفروع الفقهية تفيد أن كلاً من المباشرة والتسبب لضرر بالغير موجب للضمان متى وجد التعدي سواء قصد الفاعل الفعل أو الضرر قصداً معتبراً أم لم يقصد" (١).

ومن المعلوم أن العمد والخطأ والإكراه في أموال الناس سواء يجب ضمانها ، وأما الجنايات فالضمان فيها واجب سواء بالقصاص أو بالدية (٢).
وأيضاً فإن وجود التعمد في التسبب لا يكفي للتضمنين لأن "التسبب ليس بعلة ، فلا بد من التعدي ليلتحق بالعلة" (٣).

وعليه فالتعمد في اللغة مصدر من عمَدَ أي قَصَدَ ، وعمَدَ للشيء قصد له أي تعمد وهو ضد الخطأ في القتل وغيره من الجنايات ، وإنما سمي العمد عمداً لاستواء إرادتك إيّاه (٤).

(١) - الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ج٢ ص١٠٤٦-١٠٤٧ .

(٢) - الحطاب ، مواهب الجليل ، ج٧ ص٣١٣ .

(٣) - الطوري ، تكملة البحر الرائق ، ج٨ ص٧٥ .

(٤) - ابن منظور ، لسان العرب ، ج٣ ص٣٠٢ . - الرازي ، مختار الصحاح ، ج١ ص١٩٠ .

ابن فارس ، معجم مقاييس اللغة ، ص٧٠٠ .

وأما التعمد في الاصطلاح الفقهي فهو : أن يصدر الفعل عن قصد وإرادة^(١) أو هو فعل الشيء بقصد الضرر.^(٢)

وهو أيضاً أن يقصد بالفعل الأثر المترتب عليه ، ولا يشترط أن يقصد أيضاً ما ترتب على ذلك الأثر^(٣) ، ولقد بحثه الفقهاء من هذا الجانب - أي في باب الجنایات - لاعتبار صلته بهذا الباب ، وإلا فهو أعم وأوسع من أن يكون محصوراً في باب الإتلافات .

من خلال التعريفات السابقة يمكن تقسيم التعمد إلى قسمين من حيث المعنى كما يلي :-

الأول :- أن التعمد هو قصد الفعل لا قصد الضرر وذلك واضح في التعريف الأول للدكتور وهبة الزحيلي ، أقول : إنه لا يكفي في المتسبب وجود نفس الفعل حتى مع قصده ، فضلاً عن عدم قصده إذا لم يكن هناك تعدد بالفعل أو تعدد بقصد الضرر - كما عند المالكية - وذلك كمن حفر حفرة في ملكه عمداً دون قصد الضرر ووقع فيها إنسان لم يضمه ، ولو في غير ملكه ضممه.^(٤)

الثاني :- أن التعمد هو قصد الضرر لا قصد الفعل ، وهذا القصد يدل على التعدي بقصد الإضرار بالغير ، وهو واضح من التعريف الثاني للدكتور وهبة الزحيلي ، ومن تعريف الشيخ أحمد الزرقا ، وهو ما يراه المالكية لتضمن المتسبب إذا كان يقصد بتسببه إتلاف شيء معين ، ولو لم يتجاوز حدود ملكه ، كمن "حفر بئراً في داره أو جعل حبالاً ليُعطِبَ بها سارقاً فعطب بها السارق أو غيره فهو ضامن لذلك".^(٥) وجاء أيضاً أنه "إن جعل في باب جنانه قصباً يدخل في رجل من يدخله ، أو اتخذ تحت عتبه مسامير لمن يدخل أو رش فناءه ، يريد زلق من يدخله من دابة أو إنسان ، أو اتخذ فيه كلباً عقوراً ، فهو ضامن لما أصيب من ذلك"^(٦) ، أي أن وقوع الضرر بالقصد كاف لإسناد الإتلاف إلى الحافر وبالتالي تضمينه لما تلف ، وإن لم يكن التالف هو الشيء المقصود من عملية الحفر ، لأن هذا العمل فيه تعمد وتعدي ،

(١) - الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، ج٥ ص٧٤٨ .

(٢) - الزحيلي ، نظرية الضمان ، ص١٤٦ .

(٣) - الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص٤٥٥ .

(٤) - ابن غانم ، مجمع الضمانات ، ص١٤٦ .

(٥) - المواق ، التاج والإكليل ، ج٧ ص٣١٣ .

(٦) - الحطاب ، مواهب الجليل ، ج٨ ص٣٠٥-٣٠٦ .

أي أنه إذا قصد شخص إتلاف شيء معين بحفر بئر في ملكه فتلف المقصود ، أو تلف غيره فإنه يضمن لتعمد إيقاع الضرر والتعدي بالقصد ، وقد جاء في تعليل تضمينه لما أتلف بقصده " لأنه احتقره لما لا يجب " (١) .

وقد جاء في كتاب " الموافقات " للشاطبي : " فلا إشكال في منع القصد إلى الإضرار من حيث هو إضرار ، لثبوت الدليل على أنه لا ضرر ولا ضرار في الإسلام (٢) ، لكن يبقى النظر في العمل الذي اجتمع فيه قصد نفع النفس ، وقصد إضرار الغير ، وهو إما أن يكون إذا رفع ذلك العمل ، وانتقل إلى وجه آخر في استجلاب تلك المصلحة ، أو درء تلك المفسدة ، حصل له ما أراد ، أو لا . فإن كان كذلك فلا إشكال في منعه منه ، لأنه لم يقصد ذلك الوجه إلا لأجل الإضرار ، فليقل عنه ولا ضرر عليه ، كما يمنع من ذلك الفعل ، إذا لم يقصد غير الإضرار . وإن لم يكن له محيص عن تلك الجهة التي يستتضر منها الغير ، فحق الجالب أو الدافع مقدم . وهو ممنوع من قصد الإضرار ، ولا يقال إن هذا تكليف بما لا يطاق ، فإنه إنما كلف بنفي قصد الإضرار ، وهو داخل تحت الكسب ، لا ينفى الإضرار بعينه " (٣) .

والخلاصة أن الجمهور اعتبروا أن التعدي هو الشرط الأساسي في تضمين المتسبب ، ولم يشترطوا التعمد ، لأن التعدي أعم وأشمل من التعمد ، علما بأنه يشترط في التعدي التعمد ، وهم يعتبرون قصد الضرر إن وجد علامة على التعدي في التسبب ، فإن لم يوجد التعدي ، ولا قصد الضرر فلا ضمان عندها على المتسبب .

وأما المالكية فيرون أن المتسبب إذا قصد إتلاف شيء معين ، فتلف المقصود أو غيره ضمنه ، وإن كان ذلك داخل ملكه مع قصد الإضرار ، لأنه بذلك القصد يكون متعديا ، فهم يرتبون القود إذا هلك المقصود بالحفر أو بأي سبب جعله ليتلف شخصا معينا ، ويرتبون الدية إذا هلك غير المقصود (٤) .

(١) - المرجع السابق .

(٢) - ستأتي الإشارة إليه لاحقا .

(٣) - الشاطبي ، الموافقات ، ج ٢ ص ٢٦٥ .

(٤) - الدردير ، الشرح الصغير ، ج ٤ ص ٣٤١ .

الشرط الثالث: - أن لا يتخلل بين السبب والتلف فعل آخر يمكن أن ينسب

التلف إليه ، وهو ما عبر عنه الفقهاء المحدثون برابطة السببية ، ومرادنا بها هنا هو الإفضاء إلى الشيء ، والإفضاء في اللغة هو : الانتهاء والوصول .^(١)

والإفضاء في الاصطلاح :- هو أن يكون الفعل موصلاً إلى نتيجة لا تتخلف عنه إذا انتفت الموانع .^(٢)

وجاء في التشريع الجنائي لعبد القادر عودة :- إن الجاني لا يُسأل عن نتيجة فعله ، إلا إذا كان بين الفعل والنتيجة رابطة سببية ؛ وهي الرباط الذي يربط السبب بالمسبب ، والعلة بالمعلول .^(٣)

وضابط السببية أن يؤدي السبب إلى النتيجة على جري العادة ، بحيث تكون الرابطة قوية يمكن إسناد الضرر من خلالها إلى المتسبب ، أما لو كانت ضعيفة بحيث لا تؤدي غالباً إلى الضرر فلا ضمان على المتسبب ، كمن ضرب شخصاً ضربة خفيفة فمات هذا الشخص بعدها ، فإن الضارب لا يكون مسؤولاً عن وفاة المصروب ، وإنما يُعد مسؤولاً عن الضرب وحده ، لأن هذا لا يُجعل سبباً بل هو موافقة قدر ، وغيرها كثير^(٤) . وعليه فإنه إذا تخلل بين الفعل والنتيجة فعل فاعل مختار يمكن أن ينسب إليه التلف ، ويكون من أهل الضمان فإنه يعتبر قطعاً للتسبب بالمباشرة الحادثة ، وعندها ينسب الضرر إلى المباشر ، لا إلى المتسبب فيضمن المباشر عند اجتماعهما بناءً على القاعدة ، ويدل على ذلك ما جاء في شرح المجلة في المادة (٩٢٥) "لو فعل أحد فعلاً يكون سبباً لتلف شيء ، فحل في ذلك الشيء فعل اختياري ، يعني أن شخصاً أتلف ذلك الشيء مباشرة يكون ذلك المباشر الذي هو صاحب الفعل الاختياري ضامناً"^(٥) ،

(١) - ابن منظور ، لسان العرب ، ج ١٥ ص ١٥٧ .

(٢) - فيض الله ، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي ، ص ٩٦ .

(٣) - عودة ، عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي ، مؤسسة الرسالة ١٤٠١ هـ - ١٩٨١ م ، ج ١ ص ٤٦٣ .

(٤) - سراج ، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي ، ص ١٦٦ .

(٥) - حيدر ، درر الحكام ، ج ٢ المادة ٩٢٥ .

وهو ما تدل عليه القاعدة " إذا اجتمع المباشر والمتسبب أضيف الحكم إلى المباشر " (١) ومثال تخلل الفاعل المختار بين المتسبب والتلف ، أنه " لو حفر إنسان بئراً في محل عدوانا ، فجاء آخر فأردى فيها حيوانا فمات ، فالضمان على المردي دون الحافر ، تقديماً للمباشرة على التسبب " (٢) . وأما إذا سقط الحيوان في البئر دون تدخل أي فاعل يمكن إسناد الضمان إليه ، فإن الحافر يضمن في هذه الحالة لأنه متعد ولم يتخلل بينه وبين التلف فعل فاعل مختار . فيتبين لنا أن ضمان المتسبب عند وجود التعدي يتوقف على عدم تدخل أي واسطة بين الفعل والتلف ، وإلا أسند التلف إلى الوسطة التي قطعت التسبب ، لأنها تسمى بالمباشرة الحادثة ، وتقدم على التسبب بناءً على القاعدة .

وعلى الرغم من الاتفاق على هذا الشرط إلا أنه وقع الاختلاف في التطبيق في بعض الفروع ، كمن فتح قفص طائر فطار ، أو حل قيد دابة فهربت ، فللفقهاء في مثل هذه المسائل ثلاثة أقوال كما يلي :-

القول الأول: - ذهب الإمامان أبو حنيفة وأبو يوسف إلى عدم التضمنين ، وعللوا ذلك بأن ذهاب الطير أو الدواب بفعلها هي ، لا بنفس فتح القفص أو الباب (٣) .

القول الثاني: - ذهب المالكية والحنابلة والإمام محمد بن الحسن من الحنفية إلى التضمنين مطلقاً ، فقال محمد يضمن لأن فتح الباب وقع إتلافاً للطير تسبباً ، ولأن الطيران للطير طبع له ، فالظاهر أنه يطير إذا وجد مخلصاً (٤) .

(١) - ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص ١٨٧ . - حيدر ، درر الحكام ، ج ١ مادة ٩٠ . - السيوطي ،

الأشباه والنظائر ، ج ١ ص ٣٥٢ .

(٢) - القرافي ، أنوار البروق في أنواع الفروق ، ج ٢ ص ٢٠٤ .

(٣) - انظر : ابن عابدين ، حاشية رد المحتار على الدر المختار ، ج ٤ ص ٢٩٩ . - الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٦ ص ١٦٧ .

(٤) - انظر : إبراهيم الحنفي ، لسان الحكام ، ص ٢٧٨ . - الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٦ ص ١٦٧ . - المواق ، التاج الإكليل ، ج ٧ ص ٣١٤ . - ابن رجب ، القواعد ، ص ٢٠٥ .

القول الثالث :- فرق الشافعية بين اتصال الطيران بالفتح أو الهروب بالحل وبين تراخيها عن الفعل ، فقالوا بالتضمنين إذا حصل التلف مباشرة ، وبعدمه إذا تأخر التلف عن الفعل .^(١)

وبعد النظر في الأقوال السابقة أرى ترجيح القول الثاني الذي ذهب إليه المالكية والحنابلة والإمام محمد بن الحسن من الحنفية ، القاضي بالتضمنين مطلقاً ؛ لأن هذا الفعل وقع تعدياً من المتسبب ، وبما أن التعدي هو الشرط الرئيسي في تضمين المتسبب فلا بد من اعتباره والأخذ به ، ولأن القول بعدم التضمنين يؤدي إلى إلقاء التبعة على ما لم يعتبره الشارع أهلاً لها من قوى الطبيعة أو الحيوانات أو الطيور وغيرها^(٢)، وهذا ما أوضحناه عند الحديث عن الوساطة في تعريف المباشرة .

وبناءً على ما سبق ذكره من الشروط الموجبة لضمان التسبب ، فإنه يمكن القول بأن التعدي هو الشرط الأساسي في التضمنين ، وأما بالنسبة للتعمد فقد أوضحت الخلاف فيه في موضعه ، وهو داخل في التعدي ، أي أن كل متعد متعمد وليس كل متعمد متعد ، وأما بالنسبة لعدم تخلل الوساطة ، أو الفعل المختار بين الفعل والنتيجة فإنه يتعلق برابطة السببية التي يجب توفرها عند حدوث الضرر سواءً أكان تعدياً أم تعمداً حيث لا يعتبر المتسبب ضامناً إلا بالتعدي كما أوضحنا .

(١) - انظر : النووي ، المجموع ، جـ ١٤ ص ٢٧٨ .

(٢) - انظر : سراج ، محمد أحمد ، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع - بيروت ، الطبعة الأولى ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م ، ص ١٦٩ .

المطلب الثالث

أقسام " التسبب "

تختلف طبيعة التسبب باختلاف الفعل الصادر من المتسبب ، من حيث الإيجاب أو السلب بالنسبة للفعل ، وتختلف في الفعل الإيجابي بحسب طبيعة السبب ، أشرعي هو أم حسي أم مولد للمباشرة ، وتتوعد بالنسبة للفعل السلبي بحسب نوع الامتناع إن كان عن قصد أو خطأ أو إهمال أو غير ذلك ، ويمكن الحديث عن أقسام التسبب :-

١. " التسبب " بالفعل الإيجابي :-

والتسبب الإيجابي هو أن يفعل الإنسان فعلاً ينشأ عنه التلف^(١) ، كمن حفر بئراً في الطريق العام أو وضع حجراً فيه .^(٢)

وبناءً على كون التسبب الإيجابي فعلاً يؤدي إلى وقوع الضرر بطريق غير مباشر من الآخرين يمكن حصر أقسامه في ثلاثة نقاط كما يلي :-

أ - السبب الحسي :- وهو ما يولد المباشرة توليداً محسوساً مدركاً لا شك فيه ، ولا خلاف عليه سواءً أكان السبب معنوياً أم مادياً ، كالإكراه على القتل ، ففيه القصاص ؛ لأنه مما يقصد به الإهلاك ، لأنه يولد داعية القتل في المكروه غالباً ليدفع الهلاك عن نفسه ، وكذلك الإلقاء من شاهق أو الإلقاء في الماء ، أو إطلاق حيوان مفترس على شخص بقصد قتله فيفترسه الحيوان ، وكذلك أمر طفل غير مميز بقتل شخص فيقتله ، فهذه كلها أسباب مادية ومعنوية تؤدي إلى الإلتلاف بطريق محسوس مدرك لا يُشك فيه .^(٣)

ب-السبب الشرعي :-وهو ما يولد المباشرة توليداً شرعياً، أي أن أساسه النصوص الشرعية ، كالشهادة على شخص بما يوجب عليه الحد أو القصاص ، فإن الشهادة تعتبر سبباً شرعياً لأنها مبنية على أساس الشرع ،

(١) - موافي ، الضرر في الفقه الإسلامي ، ج١ ص٣٣٦ .

(٢) - الطوري ، تكملة البحر الرائق ، ج٩ ص١٦٤ .

(٣) - الأنصاري ، أسنى المطالب ، ج٨ ص٩ . — قلوبوي وعميرة ، حاشيتنا قلوبوي وعميرة ، ج٤

وتعتبر تسبباً لأن الشهود تسببوا بالقتل بما يقتل غالباً كالمكره ، ولأن الشهادة تولد في القاضي داعية القتل شرعاً ، وهي سبب يفضي إلى الهلاك غالباً في شخص معين .^(١)

وإذا أدت الشهادة إلى تلف نفس أو عضو أو مال فإنه يقتصر من الشهود إن اعترفوا بالتعمد عند المالكية والشافعية والحنابلة^(٢) ، وعليهما الدية عند الحنفية .^(٣)

ج- السبب العرفي :- وهو ما يولد المباشرة توليداً عرفياً لا حسيماً ولا شرعياً ، وقد يكون مادياً أو معنوياً ، ويسمى بالعرفي لأن حدّ السببية في النوع هو الحد المتعارف عليه ، أي ما أقره عرف الناس وقبلته عقولهم ، كتقديم الطعام المسموم لمن يأكله ، وترك علاج الجرح ، مما يؤدي إلى التلف ، وكذلك القتل بوسيلة معنوية كالسحر والترويع والتخويف كإشهار السيف في وجوه الآخرين والصراخ عليهم حال الغفلة وغيرها .^(٤)

ويدخل تحت السبب العرفي الأسباب الحسية التي بَعُدت فأصبحت مشكوكاً فيها لعدم ظهور المباشرة فيها أو تفردا في الإفضاء وحدها ، ومختلفاً عليها في تحديد ارتباط المباشرة فيها ، كمن أشعل ناراً في بيت شخص بقصد قتله ، فإن إشعال النار يعد سبباً محسوساً للموت إذا مات صاحب البيت محترقاً ، لكن إذا أُنقذ ووضع في المستشفى لعلاج فانهدم المستشفى ومات صاحب البيت تحت الأنتقاض ، فإن إشعال النار يصبح سبباً للموت مشكوكاً فيه أو مختلفاً عليه ، وينقلب إلى سبب عرفي .^(٥)

(١) - انظر : الأنصاري ، أسنى المطالب ، ج٨ ص٩ . - عودة ، التشريع الجنائي الإسلامي ، ج١ ص٤٥٢ .

(٢) - انظر : الدردير ، الشرح الصغير ، ج٤ ص٢٩٥ . - البهوتي ، كشاف القناع ، ج٥ ص٥٢٦ . - الأنصاري ، أسنى المطالب ، ج٨ ص٩ .

(٣) - الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٥ ص٥٣٠ .

(٤) - انظر : قليوبي وعميرة ، حاشيتنا قلوبية وعميرة ، ج٤ ص٩٨ . - الأنصاري ، أسنى المطالب ، ج٨ ص٩-١٠ . - عودة ، التشريع الجنائي الإسلامي ، ج١ ص٤٥٢ .

(٥) - عودة ، التشريع الجنائي الإسلامي ، ج١ ص٤٥٢ .

٢. التسبب بالفعل السلبي :-

والتسبب بالفعل السلبي هو : الامتناع عن الفعل أو الإهمال أو التقصير .^(١)
 أي هو أن يمتنع الإنسان عن عمل بحيث يكون امتناعه سبباً في إحداث الضرر ، كمن يترك مخلفات البناء من أحجار وغيرها في الطريق ، فتصطدم بها سيارة أو يعطب بها شيء ما ، فيكون التقصير في إزالتها سبباً لحدوث الضرر ، وهذا فعل سلبي يرجع التضمين فيه إلى القاعدة الشرعية العامة " إذا قصرَ الإنسان في القيام بما يجب عليه بالشرع أو بالعقد ، فتلفت نفس أو مال وجب عليه ضمان ما تلف " والمقصود بما يجب بالعقد هو ما يقتضيه العقد بين طرفين كسلامة المبيع في عقد البيع ، أو ما يشترطه أحد العاقدين لنفسه بالعقد .^(٢)
 وبناءً عليه يمكن تقسيم التسبب بالفعل السلبي إلى قسمين على حسب التعريف السابق وذلك كما يلي :-

١. التسبب بالامتناع عن الفعل :-

الامتناع أو الفعل السلبي تحدثنا عنه وعن الخلاف في اعتباره فعلاً أو ترتيب أي أثر عليه عندما تحدثنا عن المباشرة بالامتناع ، ويمكن تلخيص ذلك الخلاف كما يلي :-
 إن الفقهاء قد اختلفوا في تضمين الممتنع عن الفعل الذي سبب الضرر للغير بامتناعه على ثلاثة أقوال :-

القول الأول :- ذهب المالكية^(٣) وبعض الشافعية^(٤) إلى تضمين كل من امتنع عن فعل فأدى امتناعه إلى تلف نفس أو مال للغير ، لأن الحفاظ على المسلمين وأموالهم واجب ومن ترك واجبا فهو ضامن .

فقد جاء في ذلك " لأن الشارع جعل الترك سبباً في الضمان "^(٥) وجاء أيضاً أن من منع شخصاً فضل طعام أو شراب حتى مات فإنه يلزمه الدية^(١) ،

(١) - موافي ، الضرر في الفقه الإسلامي ، ج١ ص٣٣٧ .

(٢) - المرجع السابق .

(٣) - انظر : الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج٤ ص٣٧٣ . - الحطاب ، مواهب الجليل ، ج٤ ص٣٣٧ .

(٤) - الزركشي ، بدر الدين بن محمد بن بهادر أبو عبد الله ، المنثور في القواعد الفقهية ، الناشر وزارة الأوقاف الكويتية - الكويت ، الطبعة الثانية ١٤٠٥هـ ، تحقيق تيسير فائق أحمد محمود ، ج١ ص٢٨٤ .

(٥) - عليش ، محمد ، الشرح المذكور مع تقارير محمد عليش ، بهامش حاشية الدسوقي ، دار الفكر - بيروت ، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠٢م ، ج٢ ص١٧٤ .

وقالوا بتضمين من مرَّ على صيد وترك تذكيته حتى مات مع قدرته عليها^(٢) ، وقال الزركشي في المنثور :- لو تعدد ترك السقي ففسد الزرع ضمن^(٣) .

القول الثاني :- ذهب الحنفية^(٤) وبعض الشافعية^(٥) إلى عدم التضمين أو ترتيب أي أثر على الامتناع لأنه عدم ، والعدم لا ينتج إلا العدم ، ولأن مناط التضمين عند الحنفية هو ترتب الضرر على الفعل الإيجابي بالمباشرة أو التسبب ، جاء في البدائع أن الامتناع عن أخذ اللقطة هو امتناع عن حفظ غير ملزم ولا يعد تضييعاً ، حيث رتبوا عليه الإثم دون الضمان^(٦) .
وجاء عند الشافعية أنه من لم يطعم مالك الطعام المضطر حتى مات يأثم ولا يضمن^(٧) .

القول الثالث :- ذهب الحنابلة إلى تضمين من منع الطعام عن المضطر حتى يهلك ، وإلى عدم تضمين من ترك إنقاذ نفس أو مال لغيره من مهلكة وهو قادر على ذلك ، فقالوا : إنه إذا اضطر إنسان إلى طعام أو شراب لغير مضطر فطلبه منه فمنعه إياه فمات بذلك ضمنه المطلوب منه ، لأنه تسبب إلى إهلاكه لما روي أن رجلاً استسقى على باب قوم فأبوا أن يسقوه فأدركه العطش فمات ، فضمنهم عمر رضي الله عنه الدية^(٨) ، وأن من أمكنه إنجاء آدمي أو حيوان محترم من هلكة كماء أو نار أو سبع فلم يفعل حتى هلك لم يضمن لأنه لم يتسبب إلى إهلاكه^(٩) ،

(١) - انظر : الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج٤ ص٣٧٣ . - الحطاب ، مواهب الجليل ، ج٤ ص٣٣٧ .

(٢) - الدردير ، الشرح الصغير ، ج٢ ص١٦٨ . - ابن مفلح ، الفروع ، ج١٠ ص٤٢٤ . - الحطاب ، مواهب الجليل ، ج٤ ص٣٣٦ .

(٣) - الزركشي ، بدر الدين بن محمد بن بهادر أبو عبد الله ، المنثور في القواعد الفقهية ، الناشر وزارة الأوقاف الكويتية - الكويت ، الطبعة الثانية ١٤٠٥هـ ، تحقيق تيسير فائق أحمد محمود ، ج١ ص٢٨٤ .

(٤) - الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٥ ص٢٩٥ .

(٥) - الشربيني ، مغني المحتاج ، ج٥ ص٣٥٤ .

(٦) - الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٥ ص٢٩٥ .

(٧) - الشربيني ، مغني المحتاج ، ج٥ ص٣٥٤ .

(٨) - ابن أبي شيبة ، أبو بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة الكوفي (١٥٩-٢٣٥هـ) ، مصنف ابن أبي شيبة ، مكتبة الرشيد - الرياض الطبعة الأولى ١٤٠٩هـ ، تحقيق كمال يوسف الحوت ، ج٥ ص٤٥٢ .

(٩) - البهوتي ، كشف القناع ، ج٦ ص١٥ . - المرادوي ، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي ثم الدمشقي الصالحي ، الحنبلي (٨١٧هـ-٨٨٥هـ) ، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على

هذا والتفريق بين إنقاذ حياة المضطر ببذل الطعام أو الشراب ، وبين إنقاذ النفس من مهلكة وهو قادر على إنقاذها تفريق دون سبب معقول ، لأن من أوجب الضمان في الأولى لا بد له من إيجابه في الثانية ، لأن هذا التفريق لا يكون إلا من باب النظر الظاهري عند الحنابلة ، ولعل السبب في إيجابهم للضمان على مانع الطعام أو الشراب عن المضطر ، جاء بسبب ورود بعض النصوص الدالة على البذل والكرم ، والتي تفرع وتشدد النكير على من يبيت شعبان وجاره جائع ، وكذلك النص الذي أورده في الدلالة على ذلك ، والله أعلم .

٢. التسبب بالإهمال والتقصير :- وهو ما يفعله الإنسان اختياراً وقصدًا ، دون التبصر الكافي في النتائج الضارة التي تأتي منها ، وضابط التبصر هو ما يمليه السلوك الشرعي أو العرفي على الناس في حياتهم ومعاملاتهم .^(١)

ومثال التسبب بالإهمال كما لو سُلّم صبي إلى سباح ليعلمه السباحة ، فغرق بتعليمه أو بإلقائه في الماء وجبت ديبته على عاقلة السباح لأنه مات بإهماله وكان قد التزم بحفظه^(٢) ، ومثال التسبب بالتقصير ما لو حفر شخص حفرة في الطريق العام بإذن ولي الأمر ولكنه أهمل في بعض القيود والتعليمات ، فلم يضع حواجز حول الحفرة ، فوقع فيها حيوان فتلف^(٣) ، فإنه يضمن لتقصيره فيما يجب عليه عمله عرفاً ولو لم ينص عليه إذن ولي الأمر ، لأن الناس تعارفوا على أنه يجب على صاحب العمل أن يحيط مكان العمل بسياج وأن يضع اللافتات التحذيرية و الإرشادية التي تنبه الناس إلى أن هذا مكان عمل يجب الحذر عند الاقتراب منه .

مذهب الإمام أحمد بن حنبل ، دار إحياء التراث العربي - بيروت ، الطبعة الأولى ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م ، مكتب تحقيق دار إحياء التراث ، ج ١٠ ص ٣٩ .

(١) - المحمصاني ، النظرية العامة للموجبات والعقود ، ج ١ ص ٢٠٢ .

(٢) - أنظر ، الأنصاري ، مغني المحتاج ، ج ٥ ص ٣٣٨ . - قليوبي وعميرة ، حاشيتنا قليوبي وعميرة ،

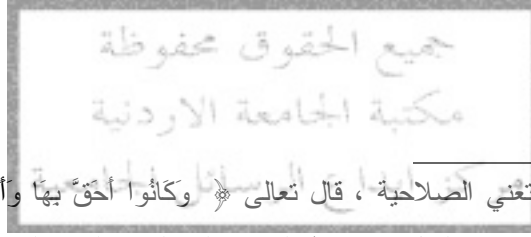
ج ٤ ص ١٤٧

(٣) - الزرقا ، الفعل الضار ، ص ٨٢ .

المبحث الثالث

المسؤولية في المباشرة والتسبب

تكلمنا في المبحثين السابقين عن المباشرة والتسبب من حيث التعريف والشروط والأقسام ، فبيننا مواطن الاتفاق والاختلاف بين الفقهاء فيها ، والآن نتحدث في هذا المبحث عن المسؤولية التي تناط بالمباشر أو المتسبب سواء أكان هذا الفعل إيجابيا أم سلبيا . ونستهل هذا المبحث بتعريف المسؤولية ، ليتبين لنا المقصود منها ليسهل ترتيب الضمان على الفاعل الذي ترتب التلف على فعله دون غيره ، ثم ننقل للحديث عن المسؤولية الملقاة على المباشر والمتسبب ، لنقسم البحث فيها إلى ثلاثة مطالب يبحث الأول منها في المسؤولية من حيث التعريف في اللغة والاصطلاح ، والثاني يبحث في مسؤولية المباشر والمتسبب كاملي الأهلية^(١) ، ويبحث الثالث في مسؤوليتهما إذا كانا من ناقصي الأهلية أو من في حكمهما ، وذلك كالتالي :-



(١) - الأهلية في اللغة تعني الصلاحية ، قال تعالى ﴿ وَكَانُوا أَحَقَّ بِهَا وَأَهْلَهَا ﴾ (سورة الفتح: من الآية ٢٦) والأهلية تتحقق بالعقل والفهم ، والعقل هو مناط القدرة على الفهم بالنسبة لجميع الأفراد ، وهي في الاصطلاح تنقسم إلى قسمين :- أهلية وجوب وأهلية أداء ، فأهلية الوجوب هي صلاحية الإنسان لأن تثبت له حقوق وتجب عليه واجبات ، وأهلية الوجوب تثبت لكل إنسان لأنها مبنية على خاصية فطرية فلا يوجد إنسان عديم أهلية الوجوب ، لأن أهليته للوجوب هي إنسانيته ، وأساس أهلية الوجوب الحياة . وأما أهلية الأداء فهي صلاحية الإنسان لأن تعتبر شرعا أقواله وأفعاله ، بحيث إذا صدر منه عقد أو تصرف كان معتبرا شرعا وترتبت عليه أحكامه ، فأهلية الأداء هي المسؤولية وأساسها في الإنسان هو التمييز بالعقل .

ويشترط لتحقيق الأهلية الكاملة شرطان :- الأول : فهم الخطاب الشرعي ويتحقق بالعقل . والثاني : القدرة على العمل وتنفيذ ما جاء به الخطاب ، وتتحقق بالبدن وسلامته . ولكل واحدة من أهليتي الوجوب والأداء حالات تمر بها وهي :-

١. حالات أهلية الوجوب :- لأهلية الوجوب حالتان ، الأولى : أهلية وجوب ناقصة إذا صلح لأن تثبت له حقوق ، لا لأن تجب عليه واجبات ، مثل الجنين في بطن أمه ، فإنه تثبت له حقوق ، لأنه يرث ويوصى له ، ويستحق في ريع الوقف ، ولكن لا تجب عليه لغيره واجبات ؛ لأن أهليته للوجوب ناقصة ، الثانية : أهلية وجوب كاملة إذا صلح لأن تثبت له حقوق وتجب عليه واجبات فهذه تثبت لكل إنسان من حين ولادته وتبقى معه إلى وفاته .

المطلب الأول

المسؤولية في اللغة والاصطلاح

أولاً :- المسؤولية في اللغة :-

المسؤولية يقصد بها التبعة أي أن الإنسان محل للمؤاخذة وهو مسؤول عن الأفعال التي يقوم بها ، والمسؤولية مأخوذة من سأل يسأل سؤلاً ، وهو سائل ومسؤول وهم سائلون ومسؤولون ومنه قوله تعالى :- ﴿ وَفَوْهُمْ إِنَّهُمْ مَسْئُولُونَ ﴾^(١) ولكن سؤلهم هنا هو سؤال توبيخ وتقريع لإيجاب الحجة عليهم لأن الله ﷻ عالم بأعمالهم^(٢) .

ثانياً :- المسؤولية في الاصطلاح :-

إن التعبير بمصطلح المسؤولية لم يكن مستعملاً عند الفقهاء القدامى للتعبير عن تحميل الشخص لتبعة فعله أو ما في معناه ، وإنما عبروا عنه بمصطلح الضمان للدلالة على بعض

٢ . وأهلية الأداء لها ثلاث حالات :- الأولى : قد يكون الإنسان عديم أهلية الأداء أصلاً أو فاقدها

وهو الطفل في سن الطفولة ما قبل التمييز ، والمجنون في أي سن كان ، الثانية : وقد يكون الإنسان ناقص الأهلية للأداء ، وهو المميز ما لم يبلغ الحلم وهذا يصدق على الصبي الذي لم يبلغ ويصدق على المعتوه ولو بعد البلوغ ، الثالثة : وقد يكون كامل الأهلية للأداء وهو من بلغ الحلم عاقلاً ، فأهلية الإنسان للأداء تتحقق كاملة ببلوغه عاقلاً ، وقد يعرض لها عوارض تنقصها أو تعدمها . وهذه العوارض إما أن تكون سماوية أي ليس للإنسان فيها كسب ولا اختيار ، كالجنون والعتة والنسيان أو النوم والإغماء والمرض والحيض والنفاس والموت ، أو كسبية تقع بكسب الإنسان واختياره كالسكر والسفه والجهل والهزل والخطأ والسفر وهذه تكون منه ، ويمكن أن تكون من غيره كالإكراه بنوعيه . (انظر : البخاري ، كشف الأسرار ، ج٢ ص٢٤٨ . — قطلوبغا ، زين الدين قاسم بن قطلوبغا الحنفي (ت٨٧٩) ، خلاصة الأفكار شرح مختصر المنار ، دار ابن حزم - بيروت ، الطبعة الأولى ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م تحقيق حافظ ثناء الله الزاهدي ص١٧٩-١٨٤ . — الزحيلي ، أصول الفقه الإسلامي ، دار الفكر المعاصر - بيروت ، الطبعة الثانية ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م ، ج١ ص١٦٢-١٩٤ . — خلاف ، عبد الوهاب خلاف ، علم أصول الفقه ، دار القلم - الطبعة الثامنة ١٣٧٦هـ - ١٩٥٦م ، ص ١٣٥-١٤٠) .

(١) - سورة الصافات: ٢٤ .

(٢) - انظر : الفراهيدي ، العين ، ج٧ ص٣٠١ . — ابن منظور ، لسان العرب ، ج١١ ص٣١٩ . — الفيروز أبادي ، القاموس المحيط ، ج١ ص١٣٠٧-١٣٠٨ .

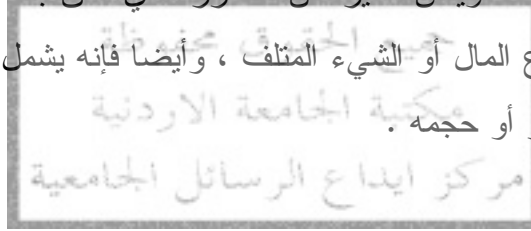
صور المسؤولية التي يجب على الشخص أن يتحملها نتيجة الفعل الذي قام به أو نتيجة التزامه به لغيره ، وقد أشار إلى ذلك الأستاذ مصطفى الزرقا ، واختار التعبير بمصطلح المسؤولية بدلاً

من الضمان ، لأنه أعم وأشمل من حيث صور الفعل التي يمكن أن تحدث الضرر وكذلك من حيث إمكانات التعويض عن ذلك الضرر على حسب كل صورة ، وأيضا لأن المسؤولية تُحدد فيها الصورة لكل فعل على حدة^(١).

وقد عرف الفقهاء الضمان بتعاريف مختلفة نذكر منها :-

قال بعضهم إن الضمان هو عبارة عن ردّ مثل الهالك إن كان مثليا أو قيمته إن كان قيميا^(٢) .

وقال بعضهم الضمان هو التزام بتعويض مالي عن ضرر للغير^(٣) ، وبعد فإن هناك تعريفات كثيرة تدخل في مجملها في مفهوم المسؤولية ، ولعل هذا التعريف هو أشملها وأكملها ، لأن فيه معنى الإيجاب لتعويض الغير عن الضرر الذي لحق به ، والتعويض يكون بالمثل أو بالقيمة على حسب نوع المال أو الشيء المتلف ، وأيضا فإنه يشمل أي ضرر يلحق بالغير دون تفريق بين نوع الضرر أو حجمه .



(١) - انظر : الزرقا ، الفعل الضار ، ص٦٢-٦٣ .

(٢) - الحموي ، غمز عيون البصائر ، ج٤ ص٦ .

(٣) - الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ج٢ ص١٠٣٢ .

المطلب الثاني

مسؤولية المباشر

إن كل إنسان لا بد أن يكون مسؤولاً عن نتائج أي فعل يصدر منه ، وتختلف درجة المسؤولية وقوتها باعتبار وجود الأهلية وعدمها ، حيث تختلف بعض الأحكام المترتبة على الأفعال إذا كان الفاعل من ناقصي الأهلية أو فاقديها خلافاً للفاعل كامل الأهلية ، ويمكن تفصيل ذلك بالبحث في مسؤولية المباشر كامل الأهلية ، ومسؤولية المباشر ناقص الأهلية كما يلي :-

أولاً :- مسؤولية المباشر كامل الأهلية :-

قررنا عند الحديث عن المباشرة من حيث الشروط والأقسام أن كل شخص مكتمل الأهلية والإرادة إذا أتى بفعل فيه إيذاء لغيره فإنه يتحمل تبعه فعله ، ويكون مسؤولاً عن النتيجة المترتبة عليه على حسب قوة الفعل أو ضعفه بالنسبة لإحداث الضرر ، أو بحسب الانفراد في الإضرار أو الاشتراك مع الغير في ترتيب الضرر ، وقلنا إنه لا يُنظر إلى الأهلية عندما يكون الإلتاف متعلقاً بأموال الناس ، لأن العمد والخطأ فيها سواء . وأما إذا كان الإلتاف واقعا على النفس أو الأعضاء فإن الأهلية تعتبر فيه بحيث تختلف العقوبة باعتبار الأهلية إن عمداً أو خطأ .

ثانياً :- مسؤولية المباشر ناقص الأهلية :-

تكلت فيما سبق عن الشخص المكتمل العقل والإرادة إذا فعل أمراً فيه إيذاء لغيره ، ويقصد نتيجة فعله راضياً بها ، ومدى تحمله لتبعه ما ارتكب وكلام الفقهاء في المسألة .
وأتكلم الآن عن الذين لم يكونوا في حال تجعلهم أهلاً لتحمل التبعة كاملة ، لنقص في أهليتهم ، أو أنهم لم يكونوا راضين بالفعل ولا بالنتيجة ، وذلك في المباشر ناقص الأهلية كما يلي :-

قرر الفقهاء أن : " المباشر ضامن وإن لم يتعمد "^(١) واختلفوا في أهلية المباشر على ثلاثة

أقوال :-

(١) - ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص٣١٧ . - حيدر ، درر الحكام ، ج١ المادة ٩٢ . - البرتكي ، قواعد الفقه ، ص١١٧ . - ابن غانم ، مجمع الضمانات ، ص١٦٦ . - الحطاب ، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، ج٧ ص٣١٣ . - ابن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ص٦٥٣ . - الأنصاري ، أسنى المطالب شرح روض الطالب ، ج٥ ص٢١٩ . - البهوتي ، كشف القناع عن متن الإقناع للحجاوي ، ج٤ ص١١٣ .

القول الأول: - ذهب الجمهور إلى أن أهلية الوجوب تكفي في لزوم الضمان ، أي أنهم أوجبوا الضمان على كل إنسان باشر إتلاف شيء ، لأن أهلية الوجوب هي علامة الإنسانية ، فهي تثبت لكل إنسان مهما كانت حاله أو سنه ، فإذا أتلف عديم الأهلية أو ناقصها شيئاً لزمه في ماله ، وإن أتلف نفساً عمداً أو خطأ فالدية على عاقلته ، وقالوا بأن الضمان من خطاب الوضع لا يشترط فيه التكليف والعلم ، فلا فرق في الإتلاف بين الصغير والكبير ولا بين الجاهل والعاقل (١).

القول الثاني: - مذهب المالكية : يرى بعض المالكية أن جنابة عديم الأهلية هدر كجنابة العجماء ، سواء أكانت على المال أم على النفس ، فقد جاء : " أن الصبي الذي لا يعقل فلا شيء عليه فيما أتلف من نفس أو مال كالعجماء " (٢) وذهب بعضهم إلى أن جنابة ناقص الأهلية في المال هدر وفي الدماء على العاقلة (٣) ،

وذهب بعضهم مذهب الجمهور في ذلك .
القول الثالث: - فرق ابن حزم بين جنابة ناقص الأهلية على النفس ، وبين جنابته على المال ، فجعلها هدراً في الأولى حيث جاء في المحلى : " ولا قود على مجنون ولا على سكران ولا على من لم يبلغ ، ولا على أحد من هؤلاء دية ولا ضمان وهؤلاء والبهائم سواء " (٤) ، وقالوا بأن الصبي والمجنون غير مكلفين ولا مخاطبين بالأحكام ، واستندوا في ذلك إلى قول النبي ﷺ ((رفع القلم عن ثلاثة : عن النائم حتى يستيقظ ، وعن الغلام حتى يحتلم ، وعن المجنون حتى يفيق)) (٥) .

(١) - السرخسي ، المبسوط ، ج٦ ص٢٦ - ٩١ . - الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٦ ص١٧٠-١٧١ .

— الخطاب ، مواهب الجليل ، ج٧ ص٣١٣ . - الدردير ، الشرح الصغير ، ج٤ ص٤٠٠ .

— الشاطبي ، الموافقات ، ج٢ ص٢٦٣ . - الأنصاري ، أسنى المطالب ، ج٨ ص١٨ . —

ابن عبد السلام ، قواعد الأحكام ، ج٢ ص٢٦٨ . - البهوتي ، كشف القناع ، ج٤ ص١١٥ .

(٢) - ابن جزى ، محمد بن أحمد الكلبى الغرناطى (٦٩٣-٧٤١) ، القوانين الفقهية ، ص٢١٨ .

(٣) - عليش ، الشرح المذكور ، ج٤ ص٣٦٥ .

(٤) - ابن حزم ، المحلى ، ج١٢ ص٦ .

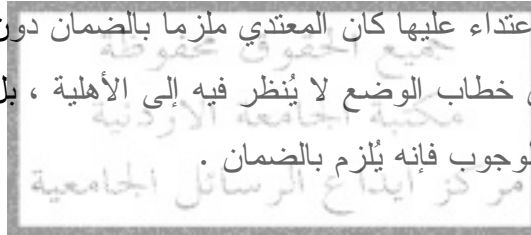
(٥) - ورد هذا الحديث بطرق عدة وألفاظ مختلفة ، وأورده ابن حزم بسنده من طريق عائشة رضي الله عنها ،

وأخرجه من هذا الطريق : البيهقي في سننه ، كتاب الإقرار ، باب من لا يجوز إقراره برقم ١١٢٣٥ ج٦

وأما جنابته على المال ، فإنه يضمن ما أتلف من أموال الغير ولا اعتبار لحاله عندما يتعلق الأمر بالأموال ، فجاء في المحلى : «فمن أخذ شيئاً من مال غيره أو صار إليه بغير الطرق المشروعة ، فإن كان عامداً عالماً بالغاً مميزاً فهو عاص لله ﷻ ، وإن كان غير عالم ، أو غير عامد أو غير مخاطب ، فلا إثم عليه ، إلا أنهما سواء في الحكم بوجوب ردّ ذلك إلى صاحبه ، أو في وجوب ضمان مثله إن كان ما صار إليه من مال غيره قد تلف عينه ، أو لم يقدر عليه^(١) ، واستدلوا على ذلك بقول الله ﷻ : ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ

بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾^(٢)

الرأي المختار: يبدو لي بعد النظر في أقوال الفقهاء ، أن ما ذهب إليه الجمهور هو الأوجه والأعدل ، لأن أموال الناس ونفوسهم محفوظة على السواء دون تفريق بينها لأي سبب كان ، فإن حصل أي اعتداء عليها كان المعتدي ملزماً بالضمان دون النظر إلى حال المعتدي أو سنه ، لأن الضمان من خطاب الوضع لا يُنظر فيه إلى الأهلية ، بل إنه مجرد حصول الإلتلاف مباشرة ممن له أهلية الوجوب فإنه يُلزم بالضمان .



ص ٨٤ . — وأخرجه الدارمي في سننه ، كتاب الحدود ، باب رفع القلم برقم ٢٢٩٦ ، ج ٢ ص ٢٢٥ .

(١) - ابن حزم ، المحلى ، ج ٨ ص ٢٧١ .

(٢) - سورة النساء: من الآية ٢٩ .

المطلب الثالث

مسؤولية المتسبب

إن الحديث عن مسؤولية المتسبب لا بد أن يشمل المتسبب كامل الأهلية وكذلك المتسبب ناقص الأهلية ، وذلك كما يلي :-

أولا :- مسؤولية المتسبب كامل الأهلية :-

لقد تقرر عند الحديث عن التسبب أن كل شخص مكتمل الأهلية والإرادة يكون مسؤولاً عن تبعه فعله والنتيجة المترتبة عليه ، وتبين أن المتسبب يكون ضامناً لما ألتفه بسبب فعله من نفس أو مال ، على حسب قوة السبب أو ضعفه ، وقد تم توضيح ذلك في بداية الرسالة فلا داعي لتكراره في هذا المقام .

ثانيا :- مسؤولية المتسبب ناقص الأهلية :-

تحدثت في النقطة السابقة عن مسؤولية المباشر ناقص الأهلية ، وبينت آراء الفقهاء فيها ، وفي هذا الموضوع من الدراسة سأبحث في مدى مسؤولية ناقص الأهلية المتسبب ، حيث يبدو من خلال البحث في مجمل كتب الفقه ، أن الفقهاء القدامى لم ينصوا صراحة على اعتبار غياب أهلية الأداء في التسبب أو عدم اعتبارها ، كما هو واضح في المباشرة ، حيث قالوا : "المباشر ضامن وإن لم يتعمد" بل نصوا على أن " المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد أو التعدي " وكذلك نلحظ قلة في الأمثلة التي أوردوها على إتلاف المتسبب ناقص الأهلية^(١) ، فأدى هذا كله إلى اختلاف النظر في هذه المسألة عند الفقهاء المحدثين ، بين اشتراط الأهلية في التضمين أو عدم اشتراطها .

(١) - الغزالي ، أحمد بخيت ، ضمان عثرات الطريق في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية ، مكتبة النهضة المصرية - القاهرة ، الطبعة الثانية ١٤٢٢هـ - ٢٠٠٢م ، ص ١٩٩ .

والذين اشترطوا تمام الأهلية لتضمين المتسبب اعتبروا أن ناقص الأهلية لا يُسأل عن نتائج فعله الضار ، وجاء في ذلك "أما في أحوال التسبب فلا بد لوجوب المسؤولية من التمييز والإدراك عند الفاعل"^(١) واستندوا فيما ذهبوا إليه إلى القاعدة الفقهية "المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد ، أو المتسبب لا يضمن إلا بالتعدي"^(٢) فقالوا إن التعدي هو مخالفة الحد المأذون به أو مجاوزته ، والمخالفة لا تتصور ممن لا يفهم الخطاب ، وأن التعدي لا يقع إلا تعمدًا ، والعمد يقتضي العلم ، والإرادة وكلاهما لا يتصور من ناقص الأهلية .^(٣)

وأما الذين لم يشترطوا الأهلية الكاملة لتضمين المتسبب فقالوا : إن ناقص الأهلية المتسبب مسؤول عن نتائج تصرفاته ، فيضمن ما تسبب في إتلافه من نفس أو مال ، وإن الشريعة لا تعند بالتمييز في التضمين .^(٤) يقول الإمام الشوكاني : - "والمجنون غير مكلف ، وكذلك الصبي الذي لم يميز ، لأنهما لا يفهمان خطاب التكليف على الوجه المعتبر"^(٥) ، ويقول الدكتور وهبة الزحيلي في ذلك "إن معيار التعدي عند الشرعيين هو في الغالب مادي موضوعي لا ذاتي ، فينظر إلى الاعتداء على أنه واقعة مادية محضة ؛ تترتب عليها المسؤولية كلما حدثت ، بقطع النظر عن نوع الأهلية في شخص المعتدي وقصده ، فلا فرق بين العامد والمخطئ ، ولا بين الصغير والكبير"^(٦) .

ولقد جاء في كتب الفقه ما يدل على عدم اعتبار أهلية الأداء في تضمين المتسبب ، فمن ذلك "لأن الضمان من خطاب الوضع ، أي لأن الشارع جعل الترك سببا في الضمان فيتناول البالغ وغيره"^(٧) وجاء أيضا " أنه لو أركب صبيين من لا ولاية له عليهما فاصطدما فماتا ، فعلى

(١) - المحمصاني ، النظرية العامة للموجبات والعقود ، ص ٢٢٣ . — وانظر: الزحيلي ، نظرية الضمان .

ص ٧٧ . — السنهوري ، عبد الرزاق ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، المجمع العلمي العربي الإسلامي-بيروت ، الطبعة الأولى ١٩٥٤م ، ج ١ ص ٥٦-٥٧ .

(٢) - ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص ٣١٧ . — ابن غانم ، مجمع الضمانات ، ص ١٦٦ .

(٣) - المحمصاني ، النظرية العامة ، ص ٢٢٣-٢٢٤ . — الزحيلي ، نظرية الضمان ، ص ١٩٦ . — السنهوري ، مصادر الحق ، ج ١ ص ٥٢-٥٦ .

(٤) - فيض الله ، محمد فوزي فيض الله ، المسؤولية التقصيرية بين الشريعة والقانون ، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراة من كلية الشريعة بجامعة الأزهر عام ١٣٨٢هـ-١٩٦٢م ، ص ٢٦٦-٢٦٨ .

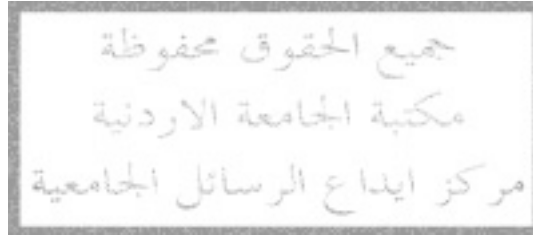
(٥) - الشوكاني ، إرشاد الفحول ، ص ٣٢ .

(٦) - الزحيلي ، نظرية الضمان ، ص ١٨ .

(٧) - عليش ، الشرح المذكور ، ج ٢ ص ١٧٤ .

عاقلة ديتها ، ولو ركب الصغيران من عند أنفسهما ، فهما كالبالغين^(١) ، أي أنه تجب دية كل منهما على عاقلة الآخر ، فهذا يدل على اعتبار أفعالهما ومؤاخذتهما عليها .

وأخيرا فيبدو لي أن القول بعدم اشتراط الأهلية الكاملة لترتيب الضمان على المتسبب هو الأولى والأرجح ، لأن الضمان من خطاب الوضع كما قرره الشارع لا فرق فيه بين صغير وكبير ، ولا بين مخطئ وعامد ، لأن عدم التكليف لا يعني عدم الضمان ، وإنما ثمره عدم التكليف تنحصر في رفع الإثم فقط ، وأما بالنسبة لقلّة الأمثلة الواردة على إتلاف ناقص الأهلية تسببا ، فإنه لا يعني عدم تضمينه وعدم اعتبار فعله ، لأنه ربما يكون ذلك لعدم تصور وقوع كثير من مسائل التسبب من ناقص الأهلية ، ولأنه تقرر عند الفقهاء أن قيد التعدي أو التعمد الوارد في القاعدة الفقهية يعود على الفعل لا على الفاعل ، وهذا يقتضي عدم التفريق بين كامل الأهلية وناقصها في ترتيب الضمان عند حدوث الضرر نتيجة لفعل قام به .



(١) - المرادوي ، الإنصاف ، جـ ١٠ ص ٣١ .

الفصل الثاني

قاعدة "المباشر ضامن وإن لم يتعمد"

كان الحديث في الفصل السابق بمثابة مقدمة للدخول إلى قواعد المباشرة والتسبب ، فقد بحثت فيه المباشرة وما يتعلق بها من التعريف والشروط والأقسام ، والتسبب وما يتعلق به كذلك من حيث ؛ التعريف والشروط والأقسام ، ومسؤولية كل من المباشر والمتسبب ، على اختلاف أشخاصهم من كمال الأهلية أو نقصها .

وأما ما يتعلق بهذا الفصل ، وما بعده من الفصول ، فإنها ستكون مخصصة للبحث في القواعد الفقهية المتعلقة بالمباشرة والتسبب ، وسيتم البحث في كل قاعدة على حدة من نواح عدة منها : البحث في مفردات القاعدة ومعناها الإجمالي ، والأدلة التي تستند إليها القاعدة ، ومدى الاحتجاج بالقاعدة عند الفقهاء ، ثم أقوم بدراسة بعض الأمثلة التطبيقية على القاعدة ، دراسة مقارنة بين المذاهب الفقهية الأربعة بشكل خاص ، إضافة إلى مذهب الظاهرية في بعض المواضع ، ثم أحاول تخريج بعض المسائل المعاصرة على القاعدة ، من خلال النظر والموازنة بين المسائل ، وأخيرا أذكر بعض الاستثناءات التي ترد على القاعدة .

وعليه فإن البحث في قاعدة "المباشر ضامن وإن لم يتعمد" سيكون في ثلاثة مباحث :-

المبحث الأول : مفردات القاعدة ومعناها الإجمالي .

المبحث الثاني : أدلة القاعدة والعمل بها عند الفقهاء .

المبحث الثالث : الأمثلة التطبيقية ، والتخريج على القاعدة ، مع الاستثناءات الواردة عليها .

المبحث الأول

مفردات القاعدة ومعناها الإجمالي

نتناول في هذا المبحث مفردات القاعدة ومعناها الإجمالي بالبيان والتوضيح ، وذلك بتخصيص كل مفردة من مفردات القاعدة ببيان معناها الخاص بها ، ثم أحاول إجمال معنى القاعدة بشكل عام على انفراد ، وذلك في مطلبين كالتالي :-

المطلب الأول : مفردات القاعدة .

المطلب الثاني : المعنى الإجمالي للقاعدة .

ويمكن النظر في هذين المطلبين كالتالي :-

المطلب الأول

مفردات القاعدة

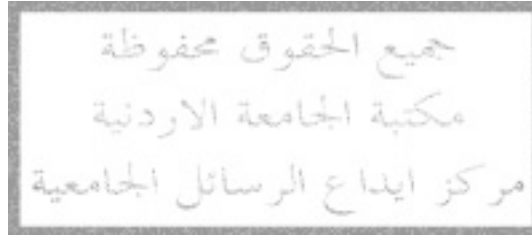
إن البحث في المفردات التي رُكبت منها القاعدة يتطلب بيان المعنى المقصود من هذه المصطلحات ، وإزالة الغموض عنها .
 • المباشر^(١) . مركز ايداع الرسائل الجامعية
 • الضمان : الضمان في اللغة^(٢) يدل على الكفالة والالتزام والتغريم : وهو مصدر ضمنته أضمنه ضمانا إذا كفلته ، وضمنت المال به ضمانا ، فأنا ضامن وضمين : التزمته ، ويتعدى بالتضعيف فيقال : ضمنته المال ألزمته إياه ، وضمنته الشيء تضمينا فتضمنه عني : غرمته فالتزمه .

(١) - تحدثت في الفصل الأول من الدراسة عن تعريف المباشرة ، وأيضا المتسبب في ذلك سواء أكان ذلك من حيث اللغة أم الاصطلاح ، وتقرر أن المباشر هو الذي يحصل الضرر بفعله بلا واسطة .
 أنظر : ص ٣١-٣٢ من الرسالة .

(٢) - النووي ، يحيى بن شرف بن مري أبو زكريا (٦٣١-٦٧٦) ، تحرير ألفاظ التنبيه ، دار القلم - دمشق ، الطبعة الأولى ١٤٠٨هـ تحقيق : عبد الغني الدقر ، ص ٢٠٣ . — الفيومي ، المصباح المنير ، ج ٢ ص ٣٦٤ . — الفيروزآبادي ، القاموس المحيط ، ج ١ ص ١٥٦٤ .

وأما الضمان في الاصطلاح : فهو التزام حق ثابت في ذمة الغير ، أو إحضار من هو عليه ، أو عين مضمونة^(١) ، فهذا التعريف هو الأشمل والأكثر جمعا لأنه يدخل فيه جميع أنواع الضمان ، والمراد هنا نوع من أنواع الضمان وهو الضمان المالي .

● **التعمد**: هو صدور الفعل عن قصد وإرادة^(٢).



(١) - الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج ، ج٣ ص١٩٨ .

(٢) - لقد تحدثت عن التعمد على نحو من الإطناب والتفصيل في المبحث الثاني من الفصل الأول من الدراسة ، ثم فرقت بينه وبين التعدي ، وبينت فيه أن المقصود به في القاعدة هو التعمد المشتمل على التعدي ، وأن هذه الصفة منسوبة للفعل وليست للفاعل . أنظر : ص٥٠-٥٥ من الرسالة .

المطلب الثاني

المعنى الإجمالي للقاعدة

هذه القاعدة من أظهر القواعد الحاكمة في ضمان الفعل ، وقد اشتهر أن هذه القاعدة استخلصها الفقيه المصري ابن نجيم الحنفي من عبارات المتقدمين في بيان أحكام الإلتلاف والجنایات^(١) ، وتعني بشكل مجمل أن من يحصل الهلاك بفعله دون أي واسطة ، فإنه يكون ضامناً لما أتلّف من مال سواءً أكان قاصداً أم مخطئاً ، عامداً أم غير عامد ، عالماً أم جاهلاً ، بالغاً أم غير بالغ ، عاقلاً أم مجنوناً ، وأما النفس ففيها القصاص على الفاعل العاقل البالغ المتعمد ، فإن سقط القصاص ، أو أسقط ، وجب الضمان المالي ، وذلك على المخطئ ، أو الصبي ، والمجنون ، أو في حال العفو عن القصاص وطلب الدية ، وإنما جاء حكم القاعدة بتضمين المباشر مع عدم تعمده أخذاً بالاعتبار بأن دماء الناس وأموالهم معصومة ، فلا تذهب هدراً بأية حال ، وطالما أن القاعدة قد أثبتت الضمان مع عدم العمد ، فلأن تثبته مع العمد من باب أولى .

كل ذلك إذا كان متعمداً بفعله – أي متجاوزاً إلى حق الغير أو ملكه ، وهذا التعبير تابع لتعريف الشيخ الزرقا للتعدي ، أي إذا أتلّف ماله أو عمل أي شيء داخل ملكه فلا ضمان عليه إن لم يتعسف في تصرفه داخل ملكه – ويكفي في التعدي بالفعل أن يتصل ذلك الفعل بملك الغير في ما لا مسوغ له ، سواء أكان نفس الفعل سائغاً ، كما لو زلق إنسان فوق على مال آخر فأتلّفه ، أم أتلّف إنسان مال غيره يظنه ماله ، فإنه يضمن في الحالين ، أم غير سائغ كمن أراد ضرب معصوم ، فأصاب آخر نظيره فيضمن ، وإن لم يتعمد الإلتلاف ، لأن الخطأ يرفع إثم المباشرة ولا يرفع عنه الضمان بعد أن كان متعمداً بفعله ، ولأن المباشرة علة صالحة لترتيب الضمان عليها ، وسبب مستقل للإلتلاف ، فلا يصلح عدم التعمد أن يكون عذراً مسقطاً للحكم^(٢) .

(١) - الغزالي ، احمد بخيت ، ضمان عثرات الطريق في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية ، الناشر : مكتبة النهضة المصرية - القاهرة ، الطبعة الثانية ١٤٢٢هـ - ٢٠٠٢م ، ص ١٥٩-١٦٠ .

(٢) - أنظر : الزرقا ، الشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، دار القلم - دمشق ، الطبعة السادسة ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م ، ص ٤٥٣ .

المبحث الثاني

أدلة القاعدة والعمل بها عند الفقهاء

نتناول في هذا المبحث أدلة القاعدة التي استند إليها الفقهاء لإثبات صحتها ووجاهتها ، سواء أكانت هذه الأدلة نقلية أم عقلية ، ثم ننتقل للحديث عن مدى اعتبارها ، والعمل بها في المذاهب الفقهية ، وذلك بنقل بعض أقوال الفقهاء في الاستدلال بها ، وبعض تعليقاتهم للأحكام واستدلالاتهم ، وذلك في مطلبين :-

المطلب الأول : أدلة القاعدة .

المطلب الثاني : حجية القاعدة .

ويمكن البحث في هذين المطلبين كالتالي :-

المطلب الأول

جميع أدلة القاعدة

إن هذه القاعدة تحتل جانباً كبيراً من أحكام المباشرة والتسبب ، فهي من القواعد التي لا يكاد يكون فيها خلاف عند الفقهاء ، لأن المضمون القاعدة أصبح من الأمور المسلم بها عند الفقهاء ، ومن هنا يمكن التدليل على تضمين المباشر بعدة أدلة :-

أولاً : من القرآن الكريم :-

١. قال الله ﷻ ﴿ فَمَنْ أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ ﴾^(١)

إن من أتلف مالا للغير ، أو نفسه ، أو عضواً من أعضائه ، فإن هذا الفعل يعد في اللغة والشرع اعتداءً ، به يلزم المعتدي برد المثل في المال المثلي ، والقيمة في القيمي ، وكذلك يلزم بالدية ، أو القصاص فيما يتعلق بالنفس ، وهذا كله يدخل في المعنى العام للضمان .
وأيضاً فإن هذه الآية ، وإن وردت في باب الجنايات على النفس ، لكنها تعم الجنايات الواقعة على النفس والمال أيضاً ، لأن العبرة بالألفاظ العموم ، ومما يدل على أنه يؤخذ بهذه الآية في الجناية على المال أيضاً : ما جاء في أحكام القرآن للقصاص ، حيث قال بعد أن ذكر الآية : هي : " عموم في أن من استهلك لغيره مالا كان عليه مثله " ^(٢) ،

(١) - سورة البقرة : من الآية ١٩٤ .

(٢) - القصاص ، أبو بكر بن علي الرازي ، أحكام القرآن ، دار الفكر ، ج ١ ص ٣٥٩ .

وقال الكاساني في ذلك بعد ما ذكر أن الإلتلاف يعد سبباً لوجوب الضمان: "لأن إلتلاف الشيء إخراجاً من أن يكون منتفعاً به منفعة مطلوبة منه عادة ، وهذا اعتداء وإضرار" (١) .

٢. قال الله ﷻ: ﴿ وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ ۗ ﴾ (٢)

تدل هذه الآية على أنه من أوقع ضرراً بغيره فإنه يكون ملزماً بجبر ذلك الضرر ، بمثل ما أفسد إن كان مثلياً ، أو بقيمته إن كان قيمياً ، وقد ذكر ابن حزم هذه الآية في موضع الاستدلال على ضمان ما أتلّف من أموال وقال: "إن من أخذ شيئاً من مال أو غيره أو صار إليه ... ، فإن كان عامداً عالماً بالغا مميزاً فهو عاص لله ﷻ وإن كان غير عالم ، أو غير عامد ، أو غير مخاطب فلا إثم عليه ، إلا أنهما سواء في الحكم في وجوب رد ذلك إلى صاحبه ، أو في وجوب ضمان مثله" (٣)

وقد ذكرها أيضاً ابن قيم الجوزية في معرض استدلاله على ضمان إلتلاف المال ، فذكر أن حكمة الشريعة الكاملة الباهرة وقياسها يأبى أن يسبب المتلف الأذى لصاحب المال في ماله وفي نفسه بغيظه على ماله ثم يعطيه قيمة ما أتلّف . ثم قال إن لصاحب المال أن يطلب إلتلاف مثل ما أتلّف من ماله (٤) ، ولعل المراد هنا الإلتلاف المتعمد ، فهو يعطي للمتعدى عليه حق الإلتلاف المماثل .

فعبّرت الآية بأن العقاب يكون بالمثل لأن به يتحقق العدل . لكن الأصل أن يرد الشيء نفسه ما دام قائماً موجوداً ، لم يدخله عيب ينقص من منفعته ، فإذا تعذر رده ، يُرد مثله إن كان مثلياً أو بقيمته إن كان قيمياً . (٥)

(١) - الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٦ ص١٦٥ .

(٢) - سورة النحل : من الآية ١٢٦ .

(٣) - ابن حزم ، المحلى ، ج٨ ص٢٧١ .

(٤) - انظر : ابن القيم ، محمد بن أبي بكر الزرعي بن قيم الجوزية ، إعلام الموقعين عن رب العالمين ، دار الكتب العلمية ، ج١ ص٢٤٧ .

(٥) - انظر الموسوعة الفقهية ، مادة ضمان ، ج٢٨ ص٢٦٩ .

٣. وقال الله ﷻ : ﴿ وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا حَطَأً ۚ وَمَنْ قَتَلَ

مُؤْمِنًا حَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا ۗ ﴾ (١) .

إن هذه الآية الكريمة تدل على تضمين المباشر وإن لم يعتمد ، حيث ذكرت صورة لا تعتمد فيها ومع ذلك فقد رتب الشارع فيها الضمان المالي على المخطئ المباشر .

ثانيا : من السنة المطهرة :-

١. ما أخرجه البخاري عن أنس رضي الله عنه ((أن النبي ﷺ كان عند بعض نسائه ، فأرسلت إحدى أمهات المؤمنين مع خادم بقصعة فيها طعام ، فضربت بيدها فكسرت القصعة فضمها وجعل فيها الطعام ، وقال : " كلوا " وحبس الرسول والقصعة حتى فرغوا ، فدفع القصعة الصحيحة وحبس المكسورة)) (٢) .

فالرسول ﷺ أعطى القصعة المكسورة للتي كسرتها ، وأعطى القصعة الصحيحة للتي كسرت قصعتها ، وهذا يدل على تضمين المباشر لما نتج من ضرر عن الفعل الذي قام به .

٢. واستدل الكاساني بقوله ﷻ ((لا ضرر ولا ضرار في الإسلام)) (٣) .

ثم قال " وقد تعذر نفي الضرر من حيث الصورة ، فيجب نفيه من حيث المعنى بالضمان ، ليقوم الضمان مقام المتلف فينتفي الضرر بالقدر الممكن ، ولهذا وجب الضمان بالغضب ، فبالإتلاف أولى ، لأنه في كونه اعتداءً وإضراراً فوق الغضب ، فلما وجب بالغضب ، فلأن يجب بالإتلاف أولى ، سواء وقع إتلافاً له صورة ومعنى بإخراجه عن كونه صالحاً للإنتفاع به ، أو معنى بإحداث معنى فيه يمنع من الإنتفاع به مع قيامه في نفسه ، لأن كل ذلك اعتداء وإضرار ، وسواء كان الإتلاف مباشرة أو تسبياً " (٤) .

(١) - سورة النساء: من الآية ٩٢.

(٢) - البخاري ، صحيح البخاري ، باب إذا كسر قصعة أو شيئاً لغيره ، برقم (٢٣٤٩) ، ج٢ ص ٨٧٧ .

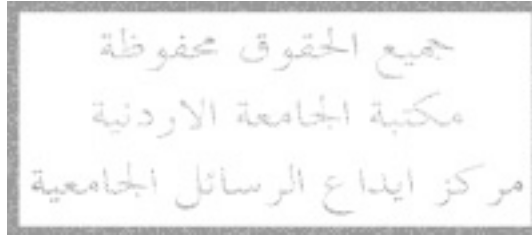
(٣) - البيهقي ، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر (٣٨٤ - ٤٥٨) ، سنن البيهقي الكبرى ، دار النشر مكتبة دار الباز - مكة المكرمة (١٤١٤هـ - ١٩٩٤م) ، المحقق محمد عبد القادر عطا ، باب لا ضرر

ولا ضرار ، برقم (١١١٦٦) ، ج٦ ص ٦٩ .

(٤) - الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٦ ص ١٦٥ .

ثالثاً : المعقول :- ومن الأدلة على تضمين المباشر أيضا ، أن العقل يقضي بتضمين كل من باشر إتلاف شيء ونسب الإتلاف إليه ، وأيضا فإننا لم نجد من نفى الضمان عن المباشر ، أو قال بعدم تضمينه مع كون الضرر منسوبا إليه ، فيحتمل أن يكون هذا بمثابة الإجماع ، لأننا لم نقف على مخالف له .

وبعد فهذه الأدلة في مجموعها تؤكد وجوب الضمان على المباشر للإتلاف سواءً تعدد أم لم يتعدد بالغا أم غير بالغ ، في النفس والمال على السواء ، وذلك بأن يرد العين إن كانت قائمة لا عيب فيها ، أو يرد مثلها إن كانت مثليه أو أمكن رد مثلها أو قيمتها إن كانت قيمية .



المطلب الثاني

العمل بالقاعدة عند الفقهاء

يتضمن هذا المطلب البحث في مدى احتجاج الفقهاء بهذه القاعدة ، وأقوالهم في تضمين المباشر ، فقد وجدت أن القاعدة متفق عليها عند جميع الفقهاء ، مع وجود الخلاف في اعتبار بعض الصور من المباشرة أم من التسبب . وكذلك لم أجد من نسب الضمان إلى غير المباشر ، مع وجود المباشر ووضوح نسبة الضرر إليه ، ولم أجد من قال بعدم تضمين المباشر للإتلاف . ويبدو لي أن هذه القاعدة لم ترد بنصها عند غير الحنفية ، مع أن معناها موجود في جميع المذاهب ، وربما وردت عندهم كتعليل ، مما يدل على أنهم يستدلون بها ، وعليه فإنني سأقوم بذكر طائفة من أقوال الفقهاء في نسبة الضمان إلى المباشر ، أو تعليلهم لتضمينهم للمباشر ، وذلك عند الحكم على المسائل المتعلقة بالإتلاف :-

- فقد ذكروا القاعدة صراحة أو بالمعنى في كثير من كتب الفقه ، فقالوا : " المباشر ضامن وإن لم يتعمد " (١).
- وجاء في العناية شرح الهداية أن " المباشر يضمن كان متعديا أو لم يكن " ، وكذلك ما يدل على معناه عند المالكية ، والحنابلة (٢).
- وجاء عند الحنفية وقريب منه عند الشافعية : " يضمن لأنه مباشر ، فلا يشترط فيه التعدي ؛ لأن المباشرة علة ، فلا يبطل حكمها بعذر " (٣).

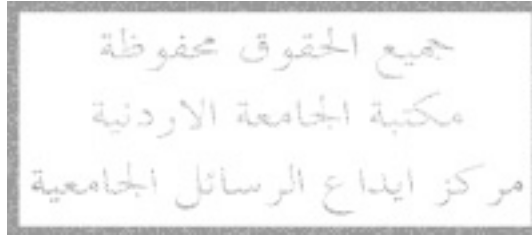
(١) - ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص٣١٧ . - ابن غانم ، مجمع الضمانات ، ص١٦٦، ١٤٦ . - علي حيدر ، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، مادة (٩٢) ، ج١ ص٩١١ . - البرتكي ، قواعد الفقه ، ص١١٧ ، برقم ٣٠١ . - وانظر : البهوتي ، كشف القناع ، ج٤ ص٣٥ . - الحريري ، القواعد الفقهية ، ص١٥٥ . - الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ص١٠٤٤ ، فقرة ٦٥٧ .

(٢) - البابرتي ، محمد بن محمد بن محمود ، العناية شرح الهداية ، دار الفكر ، ص٣٢٥ . - وانظر : الخطاب ، مواهب الجليل ، ج٧ ص٣١٣ . - البهوتي ، كشف القناع ، ج٤ ص١١٣ .

(٣) - الطوري ، تكملة البحر الرائق ، ج٨ ص٧٥ . - وانظر : الزركشي ، بدر الدين محمد بن بهادر ، البحر المحيط ، ج٧ ص١٤٩ .

• وجاء عند الحنفية والشافعية والحنابلة والظاهرية : يضمن المتلف لأنه باشر الإلتلاف ، والإلتلاف ناشئ عن فعله فلا يعتبر فيه معنى التعدي .^(١)

وعليه فإن هناك الكثير من نظائر هذه التعليقات في كتب الفقه ، حيث إنهم في كل مسألة ضمنوا فيها المتلف ، وعللوا ذلك بكونه مباشرا ، وأنه يضمن ، وإن لم يتعمد . وبناء عليه يبدو لي أن هذه القاعدة لم ترد بهذا النص عند غير الحنفية مع أن معناها موجود في جميع المذاهب كما رأينا سابقا ، وهذا يمكن أن يعد بمثابة الإجماع على الأخذ بهذه القاعدة التي يذكرها الفقهاء بالنص أو بالمعنى ، وذلك كلما عللوا حكما من أحكامهم ، وكأنها من المسلمات في الفقه الإسلامي إذا ذكرت لم يناقش فيها أحد ، وسيتأكد ذلك من خلال الأمثلة التطبيقية .



(١) - انظر : السرخسي ، المبسوط ، ج٤ ص١٨٤ . — ابن عابدين ، حاشية رد المحتار على الدر المختار ، ج٩ ص٩٣ . — الأنصاري ، أسنى المطالب ، ج٣ ص٢٧٦-٢٧٧ / ج٥ ص٢١٩ . — ابن قدامة ، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة ، المغني ، دار إحياء التراث ، ج٨ ص٢١٤ ، ٢٧١ ، ٣٣٧ / ج١٠ ص٣١٤ . — المرادوي ، الإنصاف ، ج٩ ص٣٥٩ . — ابن حزم ، المحلى ، ج١٢ ص١٥٥ ، مسألة ٢١٠ .

المبحث الثالث

بعض الأمثلة التطبيقية على القاعدة ، والتخريج عليها ، مع الاستثناءات الواردة عليها

وفيه ثلاثة مطالب : -

الأول : أمثلة تطبيقية على القاعدة .

الثاني : التخريج على القاعدة .

الثالث : بعض الاستثناءات الواردة على القاعدة .

ويمكن الحديث عن هذه المطالب كآتي :-

المطلب الأول

بعض الأمثلة التطبيقية على القاعدة

لما كان إلحاق الشرح بالمثل له الأثر العظيم في زيادة الفهم وزيادة العلم وتقويمه ، بدأ لي في هذا المقام أن أذكر بعض الأمثلة التي وردت في كتب الفقه تطبيقاً على القاعدة ، وذلك بذكر آراء الفقهاء فيها من المذاهب الأربعة المشهورة بالإضافة إلى مذهب الظاهرية ، بعزو المثل إلى مكان ذكره في كتب تلك المذاهب ، وإن وجد فيها خلاف بينته بذكر رأي كل فريق ، مع أدلته التي يستدل بها ، ومن ثم أرجح بما ييسره الله ﷻ .

ويمكن أن نقسم الأمثلة التي سنوردها تحت القاعدة إلى ثلاث مجموعات :-

١ . الأفعال التي لا قدرة للمباشر على منعها ولا اختيار له فيها : -

وذلك كالسقوط ، أو الانقلاب أثناء النوم ، أو الإغماء ، أو غيرهما ، فمن أتلّف شيئاً بفعل من هذه الأفعال فإنه يكون ضامناً لما أتلّفه ، ويمكن أن نوضح هذا من خلال بعض المسائل الواردة في ذلك :-

• إذا انقلب النائم على متاع فكسره ، أو أتلّف أي شيء حال نومه ، فإنه يكون ضامناً لما أتلّف من الأموال والأنفس ، فيضمن المثلي بمثله والقيمي بقيمته .^(١)

(١) - انظر : السرخسي ، المبسوط ، ج٦ ص٢٦ - ج٧ ص٧٤ . الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٦ ص٣٣٠ . الحطاب ، مواهب الجليل ، ج٨ ص٢٩٢ . ابن قدامة ، المغني ، ج٨ ص٢٢٦ . ابن حزم ، المحلى ، ج١٢ ص١٦٩ ، مسألة ٢١٢٠ .

وقول الفقهاء بتضمين النائم لما أتلفه ، مع أن النائم لا قصد له ، عائد إلى أن الضمان من خطاب الوضع كما تقدم^(١) ، فلا ينظر فيه إلى شخص المتلف ، وإنما جُل النظر فيه إلى الفعل الذي أدى إلى الإلتلاف ، وأيضا فإن ما ورد من رفع القلم عن النائم في الحديث^(٢) لا يعني رفع الضمان عنه ، وإن كل ما يعنيه هو رفع الإثم فقط لا غير ، ولأن تعلق الضمان خاص بحقوق العباد المبنية على المشاحة وعدم المسامحة ، فلا ينظر فيه إلى عين الفاعل .

• إذا زلق أحد ، وسقط على مال آخر وأتلفه فإنه يكون ضامنا لما أتلفه ، وذلك كمن دخل إلى حانوت بقال فزلقت رجله فسقط على خابية العسل فانقلبت ، وتلف ما فيها من العسل ، يضمن ذلك الشخص العسل للبقال .^(٣) وأيضا فإن من حمل شيئا فسقط على إنسان أو مال فأتلفه فهو ضامن مع أنه لم يقصد أصل الفعل ، وعدم قصده له لا يمنع من نسبته إليه ، ولأن حامل الشيء قاصد لحفظه .^(٤) وكذلك لو سقط إنسان من سطح على قاعد فقتله ، فإنه يكون ضامنا دية المقتول .^(٥)

ويمكن تعليل هذه المسائل بما عللنا به المسألة الأولى - مسألة انقلاب النائم بكون الضمان من خطاب الوضع ، وكون السقوط فعلا خارجا عن الإرادة والقدرة سواء أكان ذلك السقوط لمرض من صرع أم إغماء أم كان السقوط من سطح أم غيره أم سقوط شيء على الناس ، أو أموالهم فإنه لا يتعارض مع ضمان المتلفات ، بحجة انتفاء القصد والإرادة ، ولأن ترتيب الضمان عليهم من باب ربط الحكم بسببه .

(١) - انظر : ص ٣٥ من الرسالة .

(٢) - سبق تخريجه انظر : ص ٦٤ .

(٣) - حيدر ، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، ج ٢ ص ٦٠٣ ، م ٩١٣ . — وانظر : الرملي ، نهاية المحتاج ، ج ٥ ص ١٥٢ . — ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج ٢ ص ٣٣ .

(٤) - انظر : المرغيناني ، برهان الدين أبو الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الراشداني (ت ٥٩٣هـ) ، الهداية شرح بداية المبتدي ، دار إحياء التراث العربي - بيروت ، اعتنى به الشيخ طلال يوسف ، ج ٤ ص ٤٧٦ . — الطوري ، تكملة البحر الرائق ، ج ٩ ص ١٧١-١٧٢ . — عليش ، الشرح المذكور ، ج ٤ ص ٣٨ .

(٥) - انظر : الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٦ ص ٣٣٠ . — ابن غانم ، مجمع الضمانات ، ص ١٦٥ . — الشريبي ، مغني المحتاج ، ج ٥ ص ٥٤٣ . — ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج ٢ ص ٣٣ . — ابن حزم ، المحلى ، ج ١٢ ص ١٣٥ .

- وكذلك لو أن حدادا يضرب على حديد محمي ، فانترعت شرارة من ضربه فوقعت على ثوب مار في الطريق فأحرقته ضمن الحداد (١) ، وأما لو دخل محددة والحداد يطرق الحديد فطارت شرارة فأحرقت ثوبه كان هدرا ، ولو دخل بإذن الحداد (٢).
- وواضح في هذه المسألة أن التفريق بين كون الضرر حصل أثناء المرور بالطريق — وهذا مضمون — وبين كونه حصل داخل دكان الحداد فهو غير مضمون ، لأن المرور بالطريق مشروط بشرط السلامة ، والحداد ملزم بضمان ما أتلفه في الطريق . وأما ما كان داخل دكانه فإن من الطبيعي أن يتطاير الشرر داخله ، لأنه مكان عمل ، وهذا لا يمكن الاحتراز عنه ، وما لا يمكن الاحتراز عنه لا ضمان فيه .

٢. الأفعال الداخلة تحت القدرة ولكنها وقعت دون قصد :-

- وهي الأفعال التي قصد الشخص القيام بها ، ولكنه لم يقصد النتيجة المترتبة عليها ، كأن أخطأ المقصود أو أخطأ تقديره ، فهذا أيضا يشمل نوعي الخطأ المذكورين عند الفقهاء في باب الجنائيات ، وهما الخطأ في القصد والخطأ في الفعل ، ومن هذه الأفعال :-
- كمن رمى إلى هدف فأصاب إنسانا ، فإنه يضمن ، ولو تجاوز السهم الهدف فأنلف شيئا لغيره فإنه يكون ضامنا أيضا (٣).
 - ولو رمى شخصا يظنه صيدا فإذا هو آدمي ، أو رمى حربيا فإذا هو مسلم ، وجبت الدية (٤).
 - ولو ساق أحد حيوان غيره الذي دخل زرعه ، وضربه بالحجارة وهو يخرج من الزرع فتلف الحيوان بسبب ذلك ضمن (١) ، وإن كان قصده إخراجه فقط .

(١) - حيدر ، درر الحكام ، ج١ ص٩٤ / ج٢ ص٦٠١ . — وانظر : ابن غانم ، مجمع الضمانات ،

ص١٦١ . — الموسوعة الفقهية ، ج٢٨ ص٢٩١ .

(٢) - الشريبي ، مغني المحتاج ، ج٣ ص٣٣٩ .

(٣) - انظر : ابن غانم ، مجمع الضمانات ، ص١٤٦، ١٦٥ . — السرخسي ، المبسوط ، ج٤ ص١٨٤

. — الطوري ، تكملة البحر الرائق ، ج٨ ص٧٥ . — ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص٣١٧ . —

الأنصاري ، أسنى المطالب ، ج٨ ص٦٠٦-٦٠٧ . — المرادوي ، الإنصاف ، ج٩ ص٣٤٥ . —

ابن حزم ، المحلى ، ج١٢ ص١٥٥ ، مسألة ٢١١١ .

(٤) - ابن غانم ، مجمع الضمانات ، ص١٦٥ . — ابن قدامه ، المغني ، ج٩ ص١٤٠ . — البهوتي ،

كشاف القناع ، ج٦ ص٨٧-٨٨ . — الموسوعة الفقهية ، ج١٧ ص٢٦٩ .

- ولو أتلف أحد مال غيره قصداً أو من غير قصد ، فإنه يكون ضامناً لما أتلف .^(٢)
- ولو أنه أتلف مال غيره ظناً منه أنه ماله فإنه يضمن .^(٣)
- ولو أن صبياً بال على سطح ، فنزل البول من الميزاب ، وأصاب ثوباً فأفسده غرم الصبي .^(٤)
- وكذلك لو مر رجل بنار في ملكه أو في غير ملكه ، فوقعت شرارة من النار على ثوب إنسان فإنه يضمن وإن لم يتعمد .^(٥)
- ولو جلس رجل على ثوب رجل ، فقام صاحب الثوب فتخرق الثوب من جذبه ، فالضمان على الجالس عليه ، لأنه معتد بالجلوس على ذيل الغير بغير إذنه .^(٦)
- وإن كان جلوس الرجل على ثوب غيره في الصلاة ، أو في مكان يجوز له فيه الجلوس معه فلا ضمان ، لأن هذه المجالس مما تعم به البلوى ، فيشق الاحتراز عنه فيها .^(٧)
- ولو أشرفت سفينة على الغرق ، فألقى بعض الركاب متاع غيره من غير إذنه ليخففها ، فإنه يكون ضامناً لما ألقى .^(٨)
- ومن خلال النظر في المسائل السابقة ، نجد أن الفقهاء قد رتبوا الضمان على الفاعل المباشر ، وإن لم يتعمد إتلاف ما تلف بفعله ، فيدخل تعليل هذه المسائل بالتعليل الذي عللنا به المسائل الواردة تحت النوع الأول ، لأن كل ما يتعلق بأموال الناس وحقوق العباد لا يشترط فيه القصد أو التعمد .

(١) - حيدر ، درر الحكام ، ج٢ ص٦٠٠ .

(٢) - المصدر السابق ، ج١ ص٩٣ ، ج٢ ص٥٩٧ ، م٩١٢ .

(٣) - المصدر السابق ، ج٢ ص٦٠٣ ، م٩١٤ .

(٤) - انظر : ابن غانم ، مجمع الضمانات ، ص١٦٥ . — حيدر ، درر الحكام ، ج٢ ص٦٠٤ .

(٥) - ابن غانم ، مجمع الضمانات ، ص١٦١ .

(٦) - انظر : السرخسي ، المبسوط ، ج٢٦ ص١٩٤ . — الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٦ ص٣٣٤ .

(٧) - انظر : الدسوقي ، الحاشية ، ج٣ ص٦٩٨ . — المواق ، التاج والإكليل ، ج٧ ص٣٢٤ .

(٨) - انظر : ابن عابدين ، رد المحتار على الدر المختار ، ج٦ ص٢٨٩ . — ابن غانم ، مجمع الضمانات ، ص١٥٢ . — الشربيني ، مغني المحتاج ، ج٥ ص٣٥٣-٣٥٤ . — ابن رجب ، القواعد ، ص٣٦ . — البهوتي ، كشف القناع ، ج٤ ص١٢٩-١٣٠ .

٣. الأفعال المقصودة والمختارة :-

وهي الأفعال المباشرة التي أدت إلى تلف نفس أو مال للغير ، تعمدًا للفعل ، وقصدًا للنتيجة ، فيرتب الضمان على ما كان منها واقعا على المال دون النظر إلى شخص الفاعل أو حاله ، وأما الواقعة على النفس ، فإذا كان الفعل عمداً من عاقل بالغ ، فإن فيه القصاص في النفس والعضو والشجاج ، إلا إذا عفا ولي الدم فيصارعها إلى البذل المالي ، وأما إن كان خطأً من عاقل بالغ ، فإنه يجب عليه الضمان المالي في ذلك ، وأما الصبي والمجنون فإن عمدتهما وخطأهما سواء ، إذ يجب عليهما الضمان المالي في ذلك ، ومن هذه الأفعال :-

• لو أن صبياً أو مجنوناً أتلف شيئاً من نفس أو مال ، فضمانه في مالهما ، وسواء في ذلك العمد والخطأ كما أوضحنا ذلك سابقاً .^(١)

• ولو أتلف أحد مال آخر فقابله بإتلاف ماله ، يكون كل واحد منهما ضامناً لما أتلف من مال الآخر ، وكذلك لو مزق أحد صك آخر أو سنده فإنه يضمن قيمة السند مكتوباً .^(٢)

• لو هدم أحد عقاراً لآخر بغير حق ، فإنه يكون ضامناً .^(٣)

• ولو قطع أحد الأشجار التي في أرض لآخر بدون حق يضمن .^(٤)

وأخيراً فهذه جملة من الأمثلة التطبيقية على القاعدة ، رتب فيها الفقهاء الضمان على المباشر في كل أحواله دون النظر إلى عين الفاعل أو إلى صنف الفعل إن كان عمداً أو خطأً ، لأنهم قرروا أن الضمان من خطاب الوضع الذي لا فرق فيه بين عالم أو جاهل ، عامد أو مخطئ ، صغير أو كبير ، عاقل أو مجنون .

(١) - انظر : الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٦ ص١٧٦ . - حيدر ، درر الحكام ، ج٢ ص٦٠٤ م .

٩١٦ . - الزركشي ، البحر المحيط ، ج٢ ص٦٤ . - الموسوعة الفقهية ، ج١ ص٢٢٥ .

(٢) - حيدر ، درر الحكام ، ج٢ ص٦٠٠ .

(٣) - انظر : الوضع السابق . - الخطاب ، مواهب الجليل ، ج٧ ص١١٦ . - الأنصاري ، أسنى

المطالب ، ج٤ ص٥٥٤ . - البهوتي ، كشف القناع .

(٤) - حيدر ، درر الحكام ، ج٢ ص٦٠٠ .

المطلب الثاني

بعض الاستثناءات الواردة على القاعدة

تحدثت فيما سبق عن المباشر وما يتعلق به ، وذكرت أن المباشر ضامن وإن لم يعتمد ، وأنه متى وقع الإلتلاف من أي شخص ، ونسب إليه الفعل وجب عليه الضمان ، بغض النظر عن حاله وشخصه ، والحقيقة أن هذا القول ليس على إطلاقه ، إذ إنه يوجد بعض الحالات التي تثبت فيها المباشرة ولا يثبت فيها الضمان ، أي أن هذا العام مخصوص في بعض النواحي ، في ظروف وأحوال خاصة ، يمكن أن نبين بعضها كما يلي :-

١. حالة الإذن الشرعي :-

والإذن في اللغة هو : الإعلام ، وفي الشرع هو : فك الحجر وإطلاق التصرف لمن كان ممنوعاً منه شرعاً .^(١)

أي أنه تُرفع المسؤولية عن المأذون له ، وذلك بعدم تضمينه لما أئلف في حالة الإذن ، ومنطلق الشريعة في جعل الأفعال ممنوعة أي معاقبا عليها ، أو مشروعة : هو درء المفسد وجلب المصالح ، التي يمكن أن تنتج عن أي تصرف ، وذلك بالتغليب النسبي ، فإذا غلبت المصلحة نسبياً في الفعل أقرته الشريعة ، وإذا غلبت المفسدة فيه نسبياً منعت ، أي أن الأفعال المحرمة إذا أصبح فعلها يؤدي إلى حفظ الحق أو جلب مصلحة ودرء مفسدة ، فإنها تصبح مشروعة مسموحاً بها ، أو حتى واجبة في بعض الأحوال ، ويمكن بيان بعض صور الإذن الشرعي فيما يلي :-

١. إلتلاف الدفع أو الدفاع الشرعي ، أو ما يعبر عنه الفقهاء بدفع الصائل ، وهو الذي يثب على غيره ليعتدي عليه في نفسه أو عرضه أو ماله ، ففي هذه الحالة يباح رد المعتدي بضربه أو جرحه أو قتله ؛ حماية لحقوق المدافع ، ولكن بشرط أن يكون ذلك على سبيل التدرج

(١) - انظر : الراغب الأصفهاني ، المفردات ، ص ٧١ . - الجرجاني ، التعريفات ، ص ٣٠ . - المناوي ، محمد عبد الرؤوف (٩٥٢-١٠٣١هـ) ، التوقيف على مهمات التعاريف ، دار الفكر - بيروت ، الطبعة الأولى ١٤١٠هـ ، تحقيق : محمد رضوان ، ص ٤٧ .

في الدفع ، فما أمكن دفعه بالقول لا يدفع بالضرب ، وما أمكن دفعه بالضرب لا يدفع بالقتل ، ومن تعدى ذلك ضمن ، ويشترط في الدفاع أن يكون الخطر محدقا ، بحيث لا يمكن للشخص أن يلجأ للحاكم وسلطته ، وذلك لأنه المسؤول الأول عن الأمن ، وصيانة الأنفس والأموال ، فالدفاع عنها مع إمكان اللجوء إليه يعتبر افتياتا وتجاوزا عليه .^(١)

ولما كان الدفاع حقا للمعتدى عليه يدرأ به الاعتداء الواقع على نفسه أو عرضه أو ماله ، فلا يعقل أن يتم ترتيب الضمان على مستخدم هذا الحق بحدوده دون مجاوزة أو تعسف ، ولذلك فإن الشريعة الإسلامية السمحة رفعت المسؤولية عن المدافع إذا وقع الدفاع بالتدرج وعدم مجاوزة الحد ، أي أنه لا ضمان على المدافع فيما أتلفه حال المدافعة ، ومن الأمثلة على ذلك :-

١. كما لو قتل إنسان من جاء ليقته أو ليأخذ ماله ، وكان لا يمكن دفعه إلا بالقتل ، فإنه لا يضمن مع أنه مباشر للفعل^(٢) ، ويؤيد هذا نصوص كثيرة تدل على عدم التضمن في دفع الصائل ، فمنها ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه قال : جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله أرأيت إن جاء رجل يريد أخذ مالي ، قال : ((فلا تعطه مالك)) ، قال : أرأيت إن قاتلني ، قال : ((قاتله)) ، قال : أرأيت إن قتلني ، قال : ((فأنت شهيد)) ، قال : أرأيت إن قتلته ، قال : ((هو في النار))^(٣) .

٢. لا ضمان على من قتل الصائل على بضع أهله أو غير أهله أو ماله أو مال غيره أو نفسه أو نفس غيره ، فلا ضمان عليه لا بقصاص ولا بدية ولا كفارة ولا قيمة ، وكذلك لا إثم عليه لأنه مأمور بذلك شرعا من باب انصر أخاك ظالما أو مظلوما .^(٤)

(١) - فيض الله ، نظرية الضمان ، ص ١٩٥-١٩٦ .

(٢) - الشيخ الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص ٤٥٤ .

(٣) - مسلم ، صحيح مسلم ، صحيح مسلم ، ج ١ ص ١٢٤ ، باب الدليل على أن من قصد أخذ مال غيره بغير حق كان القاصد مهدر الدم في حقه وإن قتل كان في النار وأن من قتل دون ماله فهو شهيد ، برقم (١٤٠) .

(٤) - انظر : ابن عابدين ، رد المحتار على الدر المختار ، ج ٦ ص ٥٨١ . — الحموي ، غمز عيون

البصائر ، ج ١ ص ٢٧٦ . — قلوبوي وعميرة ، الحاشيتان ، ج ٤ ص ٢٠٦ . — الموسوعة الفقهية ،

ج ٢٨ ص ١٠٦ .

٣. إقامة الحدود والقصاص ما لم يجاوز الحد ، أي أن ولي المقتول إذا قام باستيفاء حق القصاص بإذن الحاكم وتمكينه فلا ضمان عليه ، لأن القصاص حق للمقتول أو عصبته ، وقد أذن الشارع فيه ما لم يكن هناك مجاوزة للحق (١).

وأما ما وقع من إتلاف لإصلاح الأجساد وحفظ الأرواح ، مثل إتلاف الأطعمة والأشربة والأدوية ، وذبح الحيوان المباح حفظاً للأنفس البشرية فإفساد هذه الأشياء جائز شرعاً للإصلاح ، بل ربما يكون واجباً إذا خشى على نفسه الهلاك ، غير أنه يلزم من أتلفه قيمة المتلف ، أي أن المضطر ضامن لأن الاضطرار لا يبطل حق الغير (٢).

٢. حالة إقامة واجبات الدين :-

إن الأمة الإسلامية مكلفة بحمل دين الله ﷻ إلى العالم ، فهي تقوم بنشر الدين حتى تكون شاهدة على الناس يوم القيامة ، ولتتحقق هذه الشهادة لا بد من كسر كل حاجز يقف أمام إيصال الدين للناس ، ومنع كل ما يؤدي إلى إفساد هذا الدين عند المسلمين بكل الوسائل من قتل أو إتلاف مال أو غير ذلك ، وحتى يكون القيام بهذا العمل العظيم سهلاً ميسراً فقد نفت الشريعة الحكيمة الضمان عن القائمين به إذا أتلفوا شيئاً في سبيل الوصول إلى إقامة شعائر الدين والحفاظ عليه ، لئلا يحجموا عن القيام بما فيه المصلحة خوفاً من تحمل التبعات المترتبة عليه ، ومن الأمثلة على ذلك :-

• " قتال الكفار دفعا لمفسدة الكفر في قتال الطلب ، ودفعا لمفسدة الكفر والإضرار بالمسلمين في قتال الدفع ، وكقتل البغاة دفعا لبغيهم وخروجهم على الجماعة ، أو لدفع معصية كقتال الظلمة دفعا لظلمهم وعصيانهم ، وكذلك تخريب ديار الكفار وقطع أشجارهم وتحريقها ، وإتلاف ملابسهم وتمزيقها ما دام ذلك ضرورياً " (٣) .

(١) - انظر : بوساق ، التعويض عن الضرر ، ص٥٦ .

(٢) - انظر : ابن عبد السلام ، قواعد الأحكام ، ج٢ ص٢٩٩ . - الغزالي ، المستصفى ، ج١ ص٨٩ .

— بوساق ، التعويض عن الضرر ، ص٥٦ .

(٣) - بوساق ، التعويض عن الضرر ، ص٥٧ .

• " إتلاف ما يعصى الله ﷻ به كالملاهي والصلبان والأوثان ، أو تنفيذ حد من حدود الله

ﷻ ، كرجم الزاني وقتل وقطع المحاربين والسراق زجرا لهم عن السرقة والجناية " (١).

٣. ما لا يمكن الاحتراز عنه :-

لأن ضرورة الانتفاع بالمباح تقتضي المجاوزة على ما لا يمكن تجنبه ، وحتى لا يسد باب المباح ، ورفعاً للضيق والحرص ، فلا ضمان على من جلس على ثوب رجل في الصلاة فتمزق الثوب ، لعموم البلوى ، ويتجاوز كذلك عن الضرر اليسير التافه ، لأنه لا يمكن الاحتراز عنه عادة ، كإثارة الغبار أو الحصى الصغير في الطريق بالمشي أو بسير الدابة ، فلا يضمن ما تولد منه لأنه لا يمكن الاحتراز عنه (٢).

٤. الإذن الصادر من المالك :-

من أذن لغيره بالتصرف في ماله أو بإتلافه مع كونه مالكا للتصرف في هذا المال ، لكون التصرف مما يجري فيه الإذن ، فلا ضمان على المتلف المأذون له بالتصرف أو بالإتلاف ، أما إذا أذن شخص لآخر بإتلاف ملك غيره فأتلفه ضمن المتلف ، لأن التصرف في ملك الغير لا يجوز بلا إذن منهم ، فالإذن باطل بخلاف ما لو قال له : أتلف كتابي هذا فأتلفه ، لا يضمن ، ومن قال لآخر أحرق ثوبي أو ألقه في البحر ، فلا قيمة له عليه ، أي لا ضمان عليه .
وأما إذا لم يكن التصرف مباحا ، كأن قال له اقتلني فقتله ، ضمن ديته ، لأن الإباحة لا تجري في النفس ، لأن الإنسان لا يملك إتلاف نفسه ، لأنه محرم شرعا ، ولكن يسقط عنه القصاص لشبهة الإذن (٣).

(١) - المرجع السابق .

(٢) - انظر : الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٦ ص٣٣١ . — بوساق ، التعويض عن الضرر ، ص٥٨ .

(٣) - انظر : فيض الله ، نظرية الضمان ، ص١٩٩-٢٠٠ . — المحمصاني ، النظرية العامة للموجبات والعقود ، ص١٧٦-١٧٧ . — الزرقا ، الفعل الضار ، ص١٠٥ .

٥. التطبيب^(١) :-

من المعلوم في الشريعة أن تعلم فن الطب فرض من فروض الكفاية ، وأنه واجب حتم على كل شخص لا يسقط عنه إلا إذا حصلت الكفاية بغيره ، وقد اعتبر تعلم الطب فرضاً لحاجة الجماعة للتطبيب ؛ لأنه ضرورة اجتماعية ، وإذا كان الغرض من تعلم الطب هو التطبيب ، وكان تعلم الطب واجباً ، فيرتب على هذا أن يكون التطبيب واجباً على الطبيب لا مفر له من أدائه إذا لم يوجد غيره ، فهو واجب غير قابل للسقوط ، والنتيجة البديهية لاعتبار التطبيب واجباً أن لا يكون الطبيب مسؤولاً عما يؤدي إليه عمله قياماً بواجب التطبيب ؛ لأن القاعدة تنص على أن الواجب لا يتقيد بشرط السلامة ، ولكن لما كانت طريقة أداء الواجب متروكة لاختيار الطبيب وحده ولاجتهاذه العلمي والعملي ، فإنه لا يعتبر مسؤولاً في النطاق الذي تقره أصول هذا الفن ويقره أهل العلم به ، وعليه فإن الطبيب غير مسؤول عن نتائج عمله ، ولو أخطأ فإنه لا يسأل عن خطئه إلا إذا كان هذا الخطأ فاحشاً ، والخطأ الفاحش هو ما لا تقره أصول فن الطب ولا يقره أهل العلم بهذا الفن .

وعليه فإن ما سبق ذكره من رفع المسؤولية وغيرها ، هو بالنسبة للطبيب الحاذق الذي يلتزم بقواعد هذا العلم ويأخذه من طريقه الصحيح ومن أهله ، ولا يتصدر للتطبيب إلا إذا أجاز بذلك ، وأما الطبيب الجاهل الذي يخدع الناس بمظهره ويضرهم بجهله فمن المعلوم أنه يمنع من العمل ، فمن القواعد المقررة في الحجر : أن ثلاثة يحجر عليهم ؛ أي يمنعون من العمل : المفتي الماجن ، والطبيب الجاهل ، والمكاري المفلس^(٢) .

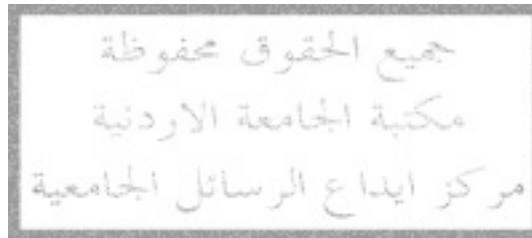
ولأن القاعدة الشرعية في المسؤولية الطبية تنص على أن : كل من يزاول عملاً لا يعرفه يكون مسؤولاً عن الضرر الذي يصيب الغير نتيجة هذه المزاولة ، وجاء في هذه المسؤولية

(١) - انظر : عودة ، التشريع الجنائي ج١ ص٥٢٠-٥٢٢ . التايه ، أسامة إبراهيم علي ، مسؤولية الطبيب الجنائية في الشريعة الإسلامية ، دار البيارق - عمان ، الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م ، ص١٣٢-١٣٨ . - الغامدي ، عبد الله بن سالم ، مسؤولية الطبيب المهنية ، دراسة تأصيلية مقارنة بين الشريعة والقوانين المعاصرة ، دار الأندلس الخضراء - جدة ، الطبعة الأولى ١٤١٨هـ-١٩٩٧م ، ص٣٤٥-٣٥٥ . - الإنترنت : WWW.ISLAMSET.COM ، المسؤولية الطبية في الشريعة الإسلامية ، محمد فؤاد توفيق ، أخذ بتاريخ ١٧/٥/٢٠٠٤م .

(٢) - المكاري المفلس : هو الذي يتقبل الكراء ، ويؤجر الإبل ، وليس له إبل ولا ظهر يحمل عليه ، ولا مال يشتري به الدواب . انظر : الجرجاني ، التعريفات ، ج١ ص٢٩٢ .

حديث الرسول ﷺ)) من تطبب ولم يكن بالطب معروفا فأصاب نفسه فما دونها فهو ضامن ((^(١) .

فهذا الحديث استدل به على وجوب الضمان على الطبيب الجاهل ، وهو يدل بمفهومه على أنه إذا كان طبيبا وأخطأ في تطبيقه فلا ضمان عليه ؛ أي أنه إذا عرف منه طب وأخطأ ، لم يضمن .^(٢)



(١) - البيهقي ، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر (٣٨٤-٤٥٨) ، السنن الكبرى ، دار النشر مكتبة دار الباز - مكة المكرمة (١٤١٤هـ - ١٩٩٤م) ، المحقق : محمد عبد القادر عطا ، باب ما جاء فيمن تطبب بغير علم فأصاب نفسه ، ج٨ ص١٤١ ، رواه الدارقطني والنسائي مسندا ومرسلا ، وقال النيسابوري في مستدرکه هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه .

(٢) - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج٤ ص٢٢٦ ، ٣٩٥ .

المطلب الثالث

تخريج بعض المسائل المعاصرة على القاعدة

هذه القاعدة من القواعد المهمة في الفقه الإسلامي ، وقد تقرر عند الحديث عن أهمية القواعد الفقهية أنها تسهل على الفقيه معرفة الحكم في المسائل المستجدة ، من خلال قياسها على مثيلاتها في الفقه ؛ لأنه قلما تخلو مسألة من نظير لها ، ونحن في هذا المطلب نحاول أن نذكر بعض المسائل المعاصرة التي خرجها الفقهاء على القاعدة ، وأن نقيس بعضها عليها كما قاسوا ومن ذلك : -

١. لو أن سائق السيارة لم يستطع إيقافها لخلل أصابها ، فقتل إنسانا أو أتلّف مالا ، فهو ضامن لأنه مباشر وإن لم يعتمد أو يتعد .

٢. إذا صدمت سيارة سائرة سيارة واقفة في ملك صاحبها ، أو خارج طريق السيارات ، أو على جانب طريق واسع ، ضمن سائق السيارة ما أتلّف في السيارة الواقعة من نفس أو مال بصدمته . (١)

٣. إذا ساق إنسان سيارة في شارع عام ملتزما السرعة المقررة ، ومتبعاً خط السير حسب النظام ، فقفز رجل فجأة أمامه فصدّمته السيارة فمات أو أصيب بجروح أو كسور ، رغم قيام السائق بما وجب عليه من الفرملة ونحوها ، فإنه يقال بتضمين السائق بناء على تضمين القائد أو الراكب أو السائق ما وطأت الدابة بيدها . (٢)

٤. إذا سقط شيء من حمولة السيارة أو جزء منها ، أو تطايرت حصة من عجلاتها فأصابت شخصا ، فمات أو جرح ، أو مالا فأتلّفته ، ضمن ما تلّف من نفس أو مال .

٥. إذا أطلق أحد على آخر عيارا ناريا من مسدس أو غيره ، عامدا أو مخطئا فإنه يكون ضامنا .

(١) - العماري ، عبد القادر ، ضمان الأشياء التابعة لشخص طبيعي أو اعتباري من بناء وآلات وحيوان بالخطأ المفترض ، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي ، السنة الثامنة ، العدد العاشر ١٤١٧هـ-١٩٩٦م ، البحث رقم ٨ ، ص-١٩٩ .

(٢) - المرجع السابق ، ص-٢٠٠ .

٦. يُسأل الطبيب إذا كان خطؤه في التشخيص راجعا إلى عدم استعمال الوسائل العلمية الحديثة التي اتفق على استخدامها في مثل هذه الأحوال ، كالسماعة أو الأشعة أو الفحص المجهرى أو غير ذلك مما يُعرف عند أهل الطب . ولا يعفى من المسؤولية في هذه الحالة إلا إذا كانت حالة المريض لا تسمح باستعمال الوسائل المتبعة .^(١)

٧. يُلزم الطبيب بمراعاة الحد اللازم من الحيطة في وصفه للعلاج ، إذ ينبغي عليه مراعاة بنية المريض ، وسنه ، وقوة مقاومته ، ودرجة احتمالته للمواد الكيماوية التي يحتويها الدواء ، ويُسأل إذا أعطى المريض جرعة من الدواء أزيد من اللازم .^(٢)

٨. إذا أدى عمل طبيب جاهل باشرت يده المريض إلى تلف نفس أو عضو أو ذهاب صفة فإنه يُلزم بالضمان .

٩. إذا أخطأ طبيب حاذق ، بأن تعدت يده إلى عضو سليم فأتلفته فأدى ذلك إلى تلف العضو أو النفس أو ذهاب صفة ، فإنه يلزم بالضمان لأن هذا الفعل يُعد جنائية خطأ وليس خطأ طبيا .

١٠. شخص يعمل في مصنع على آلة ما ، فأصاب بها زميلا له مما أدى إلى موته أو جرحه فالضمان على الأول وإن لم يقصد الرسائل الجامعية

١١. شخص يعمل على إصلاح أسلاك الكهرباء ، وفي أثناء ذلك أصاب شخصا يمر في الطريق ، فالضمان على العامل .

ومما يمكن ذكره من قبيل الاستثناءات المعاصرة الواردة على القاعدة ، إتلاف الدولة للمواد الغذائية الفاسدة أو الأدوية الضارة أو الحيوانات المريضة ، فإن الدولة في هذه الحالة لا تلزم بالضمان مع وجود المباشرة ، ولأنه من الواجب على من يتعامل في مثل هذه الأشياء التي تتعلق بها مصلحة المجتمع أن لا يألوا جهدا في اختيار الأفضل والأجود .

(١) - الغامدي ، مسؤولية الطبيب المهنية ، ص ٢٤٧ .

(٢) - المرجع السابق ، ص ٢٤٨ .

الفصل الثالث

قاعدة : " المتسبب لا يضمن إلا بالتعدي "

تحدثنا في الفصل السابق عن قاعدة تضمين المباشر – قاعدة : المباشر ضامن وإن لم يتعمد – من حيث المفردات والمعنى الإجمالي والأدلة والاحتجاج بها عند الفقهاء ، وبعض الأمثلة التطبيقية والاستثناءات الواردة على القاعدة ، وفي هذا الفصل أبحث بإذن الله ﷻ قاعدة : - " المتسبب لا يضمن إلا بالتعدي " على وفق الحثيات التي بحثناها في الفصل السابق ، وعليه فإن هذا الفصل مبني على ثلاثة مباحث :-

المبحث الأول : مفردات القاعدة ومعناها الإجمالي .

المبحث الثاني : أدلة القاعدة والعمل بها عند الفقهاء .

المبحث الثالث : بعض الأمثلة التطبيقية ، والتخريج على القاعدة ، مع

الاستثناءات الواردة عليها.

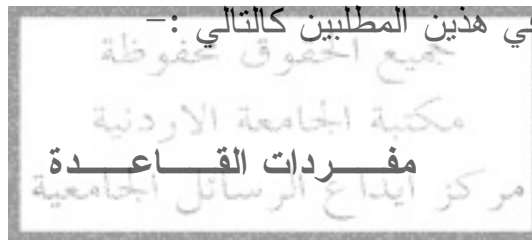
المبحث الأول

مفردات القاعدة ومعناها الإجمالي

أتحدث في هذا المبحث عن قاعدة التسبب من حيث المعنى اللغوي والاصطلاحي للمفردات التي رُكبت منها ، فإن كان ورودها في الرسالة لأول مرة عرفت بما يلزم ويكفي ، وإن كان قد مر ذكرها سابقا ذكرنا تعريفها المختار ثم أحلنا إليها في موضعها من الرسالة ، ثم بعد ذلك نتحدث عن المعنى الإجمالي الذي تفيده القاعدة بعمومها دون الدخول في الخلافات والتفاصيل ، وذلك في مطلبين :-

المطلب الأول : مفردات القاعدة .

المطلب الثاني : المعنى الإجمالي للقاعدة .



ويمكن النظر في هذين المطلبين كالتالي :-

المطلب الأول

قاعدة " المتسبب لا يضمن إلا بالتعدي " أو " المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد " مرّ التعريف بمفرداتها كاملة عند الحديث عن التسبب وشروطه ، حيث عرفت هناك التسبب والتعدي والتعمد ، وأما الضمان فقد مرّ تعريفه أيضا عند الحديث عن مسؤولية كل من المباشر والمتسبب ، وعند الحديث عن قاعدة ضمان المباشر . ويجدر بي في هذا المقام أن أذكر التعريفات المختارة لمفردات القاعدة على التوالي بناء على ما سبق :-

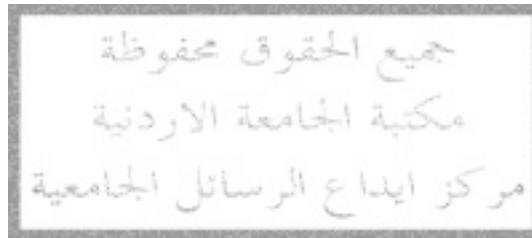
- المتسبب :- هو الذي حصل التلف بفعله ، وتخلل بين فعله والتلف فعل فاعل مختار .^(١)
- يضمن :- من الضمان ، والضمان : هو التزام حق ثابت في ذمة الغير أو إحضار من هو عليه أو عين مضمونه^(٢) ، والمقصود هنا هو الضمان الناشئ عن التعدي والإتلاف ، وليس المقصود ما يتعلق في باب الكفالة .

(١) - انظر : ص٤٧-٤٩ من الرسالة .

(٢) - انظر : ص٦٥-٦٦ من الرسالة .

- التعدي :- هو مجاوزة ما ينبغي أن يقتصر عليه شرعا أو عرفا أو عادة .^(١)
- التعمد :- هو صدور الفعل عن قصد وإرادة^(٢) ، والفعل المراد هنا هو الفعل الذي ينتج عنه إتلاف نفس أو مال للغير .

وجاء الاختلاف في التعبير بالتعدي وبالتعمد بناء على ذكر القاعدة عند الفقهاء ، بألفاظ مختلفة ، وعليه فإن التعدي أعم من التعمد ، وهو سبب في الضمان سواء تعمد أم لا ، والأصح أن يقال "بالتعدي" مع العلم بأنه يشترط في التعدي التعمد ، وذلك لأن شرط تضمين المتسبب بغير حق هو التعدي ، سواء أكان يقصد أم لا ، والتعدي يكون بمجاوزة الحد المسموح به شرعا أو عادة ، فكل فعل ألحقَ ضررا بالغير بغير حق كان سببا موجبا للضمان ، فإن لم يكن هناك تعد فلا ضمان على المتسبب .^(٣)



(١) - انظر : ص٤٧-٤٩ من الرسالة .

(٢) - انظر : ص٤٩-٥١ من الرسالة .

(٣) - الزحيلي ، نظرية الضمان ، ص١٩٨-١٩٩ .

المطلب الثاني

المعنى الإجمالي للقاعدة

إن من تسبب في إتلاف شيء بفعله أمرا يفضي إلى التلف ، أو من يكون فعله مفضيا إلى الضرر دون مباشرة إليه ، فإنه لا يضمن ما أفضى إليه فعله من الضرر إلا إذا كان متعديا ؛ لأنه بانفراده لا يصلح علة مستقلة للإتلاف ، ويكفي في كونه متعديا أن يتصل فعله بغير ملكه بما لا مسوغ له ، وأن يكون فعله مقرونا بالتعمد ، لأن الحكم لا يضاف إلى السبب الصالح إلا بالقصد ، ونعني بالتعمد أن يقصد الأثر المترتب عليه ، ولا يشترط أن يقصد أيضا ما ترتب على ذلك الأثر ، فلو رمى بالبندقية ، فخافت الدابة فندت أو أتلفت شيئا ، فإنه يشترط لصيرورته ضامنا أن يكون قصد الإخافة فقط^(١) ، وكذلك لو كان في ملكه ولكن بقصد الإضرار فإنه يكون

ضامنا لما أتلف كما سبق ذكره عند الحديث عن شروط التسبب .

مركز ايداع الرسائل الجامعية

(١) - الشيخ الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص ٤٥٥ . — الزحيلي ، محمد ، القواعد الفقهية على المذهب الحنفي والشافعي ، لجنة التأليف والتعريب والنشر ، ص ٥٢١ .

المبحث الثاني

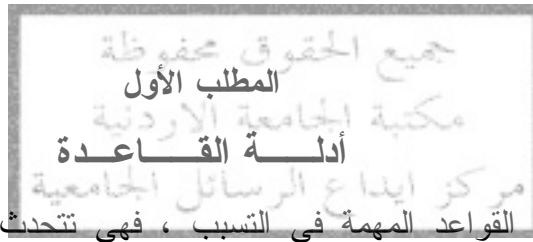
أدلة القاعدة والاحتجاج بها عند الفقهاء

في هذا المبحث أتحدث عن الأدلة التي استند إليها الفقهاء في تضمين المتسبب سواء أكانت هذه الأدلة نقلية أم عقلية ، وذلك بذكر الدليل مع بيان وجه الاستدلال به قدر الإمكان ، ثم أنقل بعد ذلك للحديث عن احتجاج الفقهاء بالقاعدة ، وذلك بذكر أقوالهم فيها ، وذكر التعليقات التي أوردوها بعد إصدارهم لأحكامهم في المسائل التي تدخل تحت القاعدة ، وذلك في مطلبين :-

المطلب الأول : أدلة القاعدة .

المطلب الثاني : العمل بالقاعدة عند الفقهاء .

ويمكن توضيح هذين المطلبين كما يأتي :-



هذه القاعدة من القواعد المهمة في التسبب ، فهي تتحدث عن المسؤولية التي تلحق بالمتسبب عن أفعاله المدنية أو الجنائية ، ونظرا لأهمية هذا الجانب من الفقه الإسلامي فقد أيد الفقهاء أحكامهم في تضمين المتسبب بالأدلة النقلية والعقلية ، تحقيقا للمصلحة وتحريا للعدل . ويمكن أن أورد في هذا المقام بعض الأدلة الدالة على إيجاب الضمان على المتسبب المتعدي :-

أ . ما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: ((من أخرج من حده شيئا فأصاب إنسانا فهو له ضامن))^(١) ، ولقد جاء في مصنف ابن أبي شيبة أثر عن شريح القاضي يدل على مثل هذا المعنى : حدثنا أبو بكر قال : حدثنا أبو أسامة عن مجالد

(١) - عبد الرزاق ، أبو بكر بن همام الصنعاني(١٢٦-٢١١) ، المصنف ، المكتب الإسلامي - بيروت ، الطبعة الثانية ١٤٠٣هـ ، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي ، ج١٠ ص٧٤ ، وأخرجه البزار :- حدثنا عمرو بن مالك قال : حدثنا حماد بن خالد قال : حدثنا حماد بن مالك الصائغ عن الحسن عن أبي بكر . وقال : هذا الحديث لا نعلم أحدا رواه عن رسول الله ﷺ إلا من هذا الوجه ، والناس يرونه عن الحسن مرسلا ، وحماد بن مالك الصائغ ليس بالقوي من أصحاب الحسن .

عن الشعبي عن شريح قال : من أخرج من داره شيئاً فهو له ضامن من حجر أو عود أو حفر بئراً في طريق المسلمين تؤخذ ديبته ولا يقاد منه^(١) ، وقد روي هذا الأثر عن علي رضي الله عنه ، ولم يعرف له مخالف من الصحابة رضوان الله عليهم .

ويدل الحديث السابق ، وهذا الأثر ، على تضمين من تسبب في إلحاق الأذى بالمسلمين في طريقهم حيث احتج به الجمهور على تضمين المتسبب ، وضعفه ابن حزم في معرض رده على أدلة الجمهور فقال : " أما الخبر المذكور فلا يصح ، لأنه مرسل عن الحسن ، والمرسل لا حجة فيه ، ولم يسنده أحد إلا حماد عن مالك ، وليس بالقوي ، قاله البزار وغيره فسقط التعلق به ، وأما الرواية عن علي رضي الله عنه فباطلة ، لأنها عن الحجاج بن أرطاة وعبد الوهاب بن مجاهد ، وكلاهما غاية في السقوط ، ثم عن الحكم ومجاهد وكلاهما لم يدرك علي بن أبي طالب رضي الله عنه فسقط الخبر جملة " (٢)(٣) .

ب . حديث الشاة المسمومة التي أهدتها المرأة اليهودية لرسول الله صلى الله عليه وسلم عند فتح خيبر ، فأكل منها رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه فمات أحدهم ، وقد تعددت الروايات في هذه الحادثة ، فمنها ما ذكر أن النبي صلى الله عليه وسلم قد اقتص من اليهودية على اعتبار أن تقديم الطعام المسموم صورة من صور التسبب ، ولا شك أنه هنا يعتبر تعدياً ، ومنها ما ذكر أنه صلى الله عليه وسلم عفا عنها ومن هذه الروايات ما رواه أبو داود :-

(١) - ابن أبي شيبة ، المصنف ، ج ٥ ص ٣٩٩ .

(٢) - ابن حزم ، المحلى ، ج ١٢ ص ١٥٤ .

(٣) - سيأتي الرد على ابن حزم عند الحديث عن الاحتجاج بالقاعدة عند الفقهاء .

١. ماروي عن أنس بن مالك رضي الله عنه أنه قال : أن امرأة يهودية أتت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بشاة مسمومة ، فأكل منها فجيء بها إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فسألها عن ذلك فقالت: أردت لأقتلك فقال : ((ما كان الله ليسطك على ذلك)) أو قال "علي" ، قال : فقالوا : ألا نقتلها قال : " لا " فما زلت أعرفها في لهوات رسول الله صلى الله عليه وسلم (١).

٢. ما روي عن ابن شهاب أنه قال : كان جابر بن عبد الله رضي الله عنهما يحدث أن يهودية من أهل خيبر سمت شاة مصلية^(٢) ثم أهدتها لرسول الله صلى الله عليه وسلم فأخذ رسول الله صلى الله عليه وسلم الذراع ، فأكل منها ، وأكل رهط من أصحابه معه ، ثم قال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم : " ارفعوا أيديكم " ، وأرسل رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى اليهودية ، فدعاها فقال لها : " أسممت هذه الشاة ؟ " ، قالت اليهودية : من أخبرك ؟ قال : " أخبرتني هذه في يدي " " للذراع " قالت : نعم ، قال : " فما أردت إلى ذلك ؟ " ، قالت : قلت إن كان نبيا فلن يضره ، وإن لم يكن نبيا استرحنا منه ، فعفا عنها رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يعاقبها ، وتوفي بعض أصحابه الذين أكلوا من الشاة ، واحتجم رسول الله صلى الله عليه وسلم على كاهله من أجل الذي أكل من الشاة ، حجه أبو هند بالقرن والشفرة وهو مولى لنبى بياضة من الأنصار .^(٣)

٣. ما روي عن أبي سلمة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أهدت له يهودية بخيبر شاة مصلية ، نحو حديث جابر ، قال : فمات بشر بن البراء بن معرور الأنصاري ، فأرسل إلى اليهودية ، وقال : " ما حملك على الذي صنعت " ، فذكر نحو حديث جابر فأمر بها رسول الله صلى الله عليه وسلم فقتلت ، ولم يذكر أمر الحجابة .^(٤)

(١) - أبو داود ، سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي (٢٠٢ - ٢٧٥) ، سنن أبي داود ، دار الفكر ، تحقيق

محمد محيي الدين عبد الحميد ، باب فيمن سقى رجلا سما أو أطعمه فمات أيقاد منه ، حديث رقم

(٤٥٠٨) ، ج٤ ص١٧٣ .

(٢) - أي : شاة مشوية .

(٣) - المرجع السابق ، حديث رقم (٤٥١٠) .

(٤) - أبو داود ، سنن أبي داود ، باب فيمن سقى رجلا سما أو أطعمه فمات أيقاد منه ، ج٤ ص١٧٤ ،

حديث رقم (٤٥١١) .

٤. ما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال : كان رسول الله ﷺ يقبل الهدية ، ولا يأكل الصدقة . وحدثنا وهب بن بقية في موضع آخر عن خالد عن محمد بن عمرو عن أبي سلمة رضي الله عنه ولم يذكر أبا هريرة رضي الله عنه ، قال : كان رسول الله ﷺ يقبل الهدية ولا يأكل الصدقة ، زاد فأهدت له يهودية بخيبر شاة مصلية سمتها فأكل رسول الله ﷺ منها وأكل القوم ، فقال : " ارفعوا أيديكم فإنها أخبرتني أنها مسمومة " ، فمات بشر بن البراء بن معرور الأنصاري رضي الله عنه فأرسل إلى اليهودية : ما حملك على الذي صنعت ، قالت : إن كنت نبيا لم يضرك الذي صنعت ، وإن كنت ملكا أرحت الناس منك ، فأمر بها رسول الله صلى الله عليه وسلم فقتلت ثم قال في وجعه الذي مات فيه " ما زلت أجد من الأكلة التي اكلت بخيبر ، فهذا أوان قطعت أبهري (١) " . (٢)

وبعد فإن هذا الخلاف في الروايات يمكن أن يوفق بينه بأن النبي ﷺ في بداية الأمر لم يأمر بقتلها لعدم علمه بموت أحد بأثر سمها ، ولما علم بذلك أمر بقتلها . وبهذا فإن هذه الروايات تصلح للاحتجاج بها على العقوبة ، رغم اختلافها في إثباتها ونفيها ، ورغم ما قيل فيها من تضعيف أو إرسال ، أو إعلال بعدم العقوبة ، أو قيل بأنه تطرق إليه الاحتمال ، فإنه يمكن الاستئناس بها في الاستدلال على تضمين المتسبب . الجامعية

ج . قوله ﷺ ((إذا أمسك الرجل الرجل وقتله الآخر ، يقتل الذي قتل ويحبس الذي أمسك)) (٣) .

فهذا الحديث يدل على أن المتسبب يعاقب على عمله الذي قام به ، وأن العقوبة تختلف باختلاف العمل الذي يقوم به المتسبب ، فالممسك تسبب بالقتل بإمساكه للمقتول ، فلو أنه لم

(١) - الأبهري : هو عرق مستبطن الصلب والقلب متصل به فإذا انقطع لم تكن معه حياة . انظر : ابن الجوزي ، أبو الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد بن علي ابن عبيد الله بن حمادي بن أحمد بن جعفر (٥١٠-٥٩٧هـ) ، غريب الحديث ، دار الكتب العلمية - بيروت ، الطبعة الأولى ١٩٨٥م ، تحقيق : د. عبدالمعطي أمين قلعي ، ج١ ص٩٢ .

(٢) - أبو داود ، سنن أبي داود ، باب فيمن سقى رجلا سما أو أطعمه فمات أيقاد منه ، ج٤ ص١٧٤ ، حديث رقم (٤٥١٢) .

(٣) - الدارقطني ، علي بن عمر أبو الحسن البغدادي (٣٠٦-٣٨٥) سنن الدارقطني ، دار المعرفة - بيروت - ١٣٨٦ - ١٩٦٦م ، تحقيق السيد عبد الله هاشم يماني المدني ، ج٣ ص١٤٠ ، حديث رقم (١٧٦) ، وقد رواه موصولا ومرسلا ، ورجاله ثقافت . - البيهقي ، السنن الكبرى ، ج٨ ص٥٠ ، وقد رجح الرواية المرسلة .

بمسكه لكان بإمكانه الدفاع عن نفسه أو الهروب من قبضة القاتل ، ولم يقتص من المتسبب في هذه الحالة لوجود المباشر فيقدم عليه ، لأنه عند اجتماع المباشر والمتسبب فإن الحكم يضاف إلى المباشر للقاعدة العامة في ذلك ، ولكن هذا لا يعفي المتسبب من المسؤولية وبالتالي العقاب .

د . عن عبد الرزاق عن معمر عن مطر الوراق وغيره عن الحسن قال : أرسل عمر بن الخطاب رضي الله عنه إلى امرأة مغيبة كان يدخل عليها فأنكر ذلك ، فأرسل إليها فقبل لها أجيبني عمر رضي الله عنه ، فقالت : يا ويلها ما لها ولعمر ، قال : فبينما هي في الطريق فزعت فضربها الطلق ، فدخلت دارا فألقت ولدها ، فصاح الصبي صيحتين ثم مات ، فاستشار عمر رضي الله عنه أصحاب النبي صلى الله عليه وآله ، فأشار عليه بعضهم أن ليس عليك شيء إنما أنت وال ومؤدب ، قال : وصمت علي رضي الله عنه ، فأقبل عليه ، فقال : ما تقول ، قال : إن كانوا قالوا برأيهم فقد أخطأ رأيهم ، وإن كانوا قالوا في هواك فلم ينصحوا لك ، أرى أن ديتك عليك ، فإنك أنت أفزعتها ، وألقت ولدها في سببك ، قال : فأمر عليا أن يقسم عقله على قریش ، يعني يأخذ عقله من قریش .^(١)

وفي هذا الأثر دليل على أن التسبب من الحاكم ، كالتسبب من الأفراد يوجب الضمان^(٢) ، مع أن هذه الصورة لا تعدي فيها من عمر رضي الله عنه ؛ لأنه من حقه كأمر أن يستدعيها للسؤال وهو لم يعتمد إفزاعها أيضا ، وهذا يدل على أن تعليل مجموع الصحابة رضوان الله عليهم لفعل عمر رضي الله عنه كان صوابا ويندرج تحت القاعدة ، وأما تعليل علي رضي الله عنه فكان من قبيل ضمان النفس ، والنفس تضمن في كل حال ، ومن هنا فإن عليا رضي الله عنه رتب الضمان مع عدم وجود التعمد فمن باب أولى أن يرتب الضمان مع وجوده ، فإن قيل هذا قول صحابي ، وقول الصحابي مختلف فيه ، قلنا : إن من الفقهاء من أخذ به ولم يخرج عنه إلى غيره ، وهو من باب الاستئناس في الدلالة على المعنى المراد أيضا .

هـ . وما روي أن رجلاً استسقى على باب قوم فأبوا أن يسقوه فأدركه العطش فمات ،

فضمنهم عمر رضي الله عنه الدية^(٣) .

(١) - عبد الرزاق ، أبو بكر بن همام الصنعاني (١٢٦-٢١١) ، المصنف ، المكتب الإسلامي - بيروت ، الطبعة الثانية ١٤٠٣هـ ، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي ، باب من أفزعه السلطان ، ج ٩ ص ٤٥٩ .

(٢) - الزرقا ، الفعل الضار ، ص ٤٢ .

(٣) - ابن أبي شيبة ، مصنف ابن أبي شيبة ، ج ٥ ص ٤٥٢ .

فهذا الأثر يدل على تضمين المتسبب الممتنع عن الفعل ، والامتناع عن الفعل نوع من أنواع التسبب بالفعل السلبي الذي مر ذكره عند الحديث على أنواع التسبب ، لأن أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه قضى على المانعين بالدية لما علم أنهم لم يكونوا بحاجة إلى الماء وقت المنع ، مع اضطرار المستسقي إليه .

و . وجاء في المصنف لابن أبي شيبة : حدثنا أبو بكر قال : حدثنا يزيد بن هارون عن

هشام عن الحسن ، قال : من أحدث شيئاً في طريق المسلمين فهو ضامن .^(١)

وهذا أيضاً أثر يدل على أن كل من تسبب بضرر يصيب المسلمين في طريقهم بغض النظر عن نوع الضرر الناتج عما أحدثه من إشراع خشبة أو ميزاب أو غيره فهو ضامن .

ز . وجاء أيضاً : حدثنا أبو بكر ، قال : حدثنا وكيع ، قال : حدثنا المسعودي عن القاسم

بن عبد الرحمن ، قال : أقبل رجل بجارية من القادسية ، فمر على رجل واقف على دابة فنخس الرجل الدابة ، فرفعت الدابة رجلها فلم تخطئ عين الجارية ، فرفع إلى سلمان بن ربيعة الباهلي

فضمن الراكب ، فبلغ ذلك ابن مسعود رضي الله عنه ، فقال : على الرجل ! ، إنما يضمن الناخس .^(٢)

وهذا أيضاً يدل على أن الضمان على المتسبب ، لأن الناخس تسبب في إثارة الدابة ، فكان إتلافها وفعالها مرتباً بالعمل الذي قام به ، فكان عليه ضمان النفس أو المال الذي تلف بسببه .

ومما تقدم من أحاديث نبوية شريفة وأثار ، يمكن أن يدل مجموعها على إيجاب الضمان

على المتسبب المتعدي في تصرفه ، إذا أدى هذا التصرف إلى هلاك نفس أو تلف مال ، حيث

تم ترتيب العقوبة على تصرف المتسبب ، بغض النظر عن جنس العقوبة ومقدارها ، لأن مجرد

إيجاب العقوبة يكفي في الدلالة على المسؤولية التي يتحملها المتسبب نتيجة قيامه بهذا العمل .

ح . الدليل العقلي : - ويمكن الاستدلال بأنه لو لم يكن هناك عقوبة للمتسبب في مثل

هذه الحوادث لفتح باب شر لا يمكن إغلاقه ، أي أن كل من أراد أن يتخلص من شخص دون

أن يعاقب فما عليه إلا أن يقدم له السم ، وهذا غير مقبول عقلاً فكيف يكون مقبولاً شرعاً .

(١) - المرجع السابق ، ج ٥ ص ٣٩٩ ، برقم (٢٧٣٥٨) .

(٢) - المرجع السابق ، ج ٥ ص ٤٥٨ ، برقم (٢٧٩٥٨) .

المطلب الثاني

العمل بالقاعدة عند الفقهاء

أتحدث في هذا المطلب عن احتجاج الفقهاء بالقاعدة ، ومدى أخذهم بها ، واعتمادهم عليها في إصدارهم لأحكامهم ، وذلك بذكر أقوالهم في مدى نسبة المسؤولية إلى المتسبب ، ومن ثم ترتيب الضمان عليه ، مع ذكر بعض التعليقات التي يوردونها على أحكامهم التي تقضي بضمان المتسبب ، والفقهاء في تضمين المتسبب والأخذ بالقاعدة على قولين :-

القول الأول :- اتفق الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة إلى إيجاب الضمان

على المتسبب المتعدي في فعله :-

جاء في المبسوط : " والمتسبب إذا كان متعديا في تسببه كان ضامنا ، وإذا لم يكن متعديا

لا يكون ضامنا كمن حفر بئرا في ملك نفسه " (١) .

وجاء في حاشية ابن عابدين : " ... وكذا الأصل أن المتسبب ضامن إذا كان متعديا وإلا

لا يضمن " (٢) .

وجاء في درر الحكام : " المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد " و " المتسبب لا يكون ضامنا ما

لم يكن متعمدا " (٣) .

وجاء أيضا : " ... لأن المتسبب لا يضمن إلا بالتعدي ، كحافر البئر إن كان في ملكه لا

يضمن وإلا ضمن " (٤) .

وجاء : " ... لأنه متسبب وليس بمتعد فلا يضمن ، لأن شرط وجوب الضمان في السبب

أن يكون متعديا " (٥) .

(١) - السرخسي ، المبسوط ، ج٤ ص١٨٤ .

(٢) - ابن عابدين ، حاشية رد المحتار على الدر المختار ، ج٦ ص٦٤٣ . وانظر : ابن غانم ، مجمع

الضمانات ، ص١٤٦ ، ١٦٥ . الموسوعة الفقهية ، مادة ضمان ، ج٢٨ ص٢٨٩ .

(٣) - حيدر ، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، ج١ ص٩٤ ، مادة ٩٢ ، ج٢ ص٦١٥ ، مادة ٩٢٣ .

— وانظر : ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص٣١٧ . الحريري ، القواعد الفقهية ، ص١٥٥ .

الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ص١٠٤٥ ، ف٦٥٨ .

(٤) - ابن نجيم ، البحر الرائق ، ج٣ ص٣٣٨ .

(٥) - الطوري ، تكملة البحر الرائق ، ج٨ ص٤٣٦ .

وجاء في أنوار البروق : " ... ومنها الكلمة الباطلة عند ظالم ، إغراء على مال إنسان فيأخذه الظالم ، فإن المتسبب في جميعها يضمن ما تلف بسببه " (١) .

وجاء في الشرح المذكور في تعليقه لتضمنين من منع الوديعة عن صاحبها حتى ضاعت : " ... وحينئذ فهو متسبب في ضياعها بحبسها لها ، واعلم أن مثل الوديعة الرهن ، فإذا طلب ربه فكاكه فامتتع المرتهن من دفعه حتى يأتي الحاكم ، فتلف قبل إتيانه ، فإنه يضمن إن لم يكن قبضه بيينة مقصودة للتوثيق " (٢) أي إن كان منعه للرهن بدون سبب .

وجاء : " ويقتل المتسبب مع المباشر ، كحافر البئر لمعين ، فرداه غيره فيها " (٣) .
وجاء في أسنى المطالب " ولو نخس الدابة شخص بغير إذن الراكب ضمن ما أتلفته ؛ لأنه المتسبب " (٤) .

وجاء في إعلام الموقعين : " ... والقياس العدل يقتضي أن من تسبب إلى إتلاف مال شخص أو تغريمه ، أنه يضمن ما غرّمه كما يضمن ما أتلّفه ، إذ غايته أنه إتلاف بسبب ، وإتلاف المتسبب كإتلاف المباشر في أصل الضمان " (٥) .

وجاء : " ... ضمن المتسبب جميع ما تلف بسبب تعديه سواء تعقب ذلك فعله أو تراخي عنه ، كمن قطع علاقة قنديل فسقط فانكسر " (٦) .
وقد استدل الفقهاء على تضمين المتسبب بجملة الأدلة التي أوردناها سابقاً (٧) ، واستدلوا

أيضاً بالأحاديث النبوية الشريفة الدالة على تضمين من عمل عملاً أفضى إلى ضرر تسبباً ، وبأقضية الصحابة في الحوادث التي وقعت لهم على تضمين المتسبب وتغريمه ، فمن الأحاديث النبوية التي استدلوا بها ، الأحاديث الدالة على رفع الضرر ، فمن ذلك ما أوردناه سابقاً قول الرسول ﷺ " لا ضرر ولا ضرار في الإسلام " الذي أصبح فيما بعد قاعدة من أهم القواعد الفقهية في تحمل المسؤولية الناتجة عن الأفعال الشخصية وغيرها ، وفي نفي الضرر الواقع على النفس أو الغير . وقال الشيخ مصطفى الزرقا في ذلك " وهذا الحديث يرسى قاعدة هي من

(١) - القرافي ، أنوار البروق في أنواع الفروق ، ج٢ ص٢٠٤ .

(٢) - عليش ، الشرح المذكور ، ج٣ ص٦٦٦ .

(٣) - الدسوقي ، الحاشية ، ج٤ ص٣٨٧ .

(٤) - الأنصاري ، أسنى المطالب ، ج٨ ص٤٣٧ .

(٥) - ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج٢ ص٣٥-٣٦ .

(٦) - البهوتي ، كشف القناع ، ج٤ ص١١٤ .

(٧) - انظر : ص من الرسالة .

أركان الشريعة ، وهي أساس لمنع الفعل الضار ، وترتيب نتائجه في التعويض المالي أو العقوبة . ونص الحديث ينفي الضرر ويوجب منعه مطلقا ، ويشمل الضرر العام والضرر الخاص^(١)

وعليه يتبين لنا مما سبق : أن الفقهاء في المذاهب الأربعة متفقون على أن التسبب موجب للضمان ضمن الشروط التي وضعوها لذلك .

القول الثاني :- ذهب ابن حزم إلى عدم اعتبار التسبب موجبا للضمان مطلقا .

لم يوجب ابن حزم الضمان على المتسبب مطلقا ، وهذا ما دفعه إلى إدخال بعض صور التسبب تحت اسم المباشرة ، عندما رأى أنه لا بد في مثل هذه الصور من الضمان ، أي أنه وسع باب المباشرة وأدخل فيها ما ليس منها ، حيث جاء في المحلى : " وأما من ركب دابة ولها قلو^(٢) يتبعها ، فأصاب الفلو إنسانا أو مالا فهو الحامل له على ذلك ، فإن عمد فالقود ، وإن لم يعمد فهو قاتل خطأ ... فهو مباشر لاستجلابه^(٣) .

وقد استدل ابن حزم على ما ذهب إليه بعدة أدلة ، وردّ على بعض الأدلة التي استدل بها الجمهور ، فمن الأدلة التي استدل بها :-

أولا :- لقد صح أن الأموال محترمة ، فلا يحل إلزام أحد غرامة لم يوجبها نص ، أو إجماع ، فوجب أن لا ضمان^(٤) ، هذا ولقد أوردنا سابقا رد ابن حزم على الرواية والأثر التي احتج بها الجمهور لتضمين المتسبب .

ثانيا :- لقد وسع ابن حزم دائرة المباشرة ، فأدخل فيها ما ليس منها من مسائل التسبب التي رأى فيها وجوب التضمين ، فسامها مباشرة ، مثل مسألة الفلو التي أوردناها سابقا ، وكذلك قوله : " لو أن إنسانا يعمل في بئر وآخر يستقي فانقطع الحبل ، فهو قاتل خطأ والدية على العاقلة ، وعليه الكفارة لأنه مباشر لقتله " .^(٥)

(١) - الزرقا ، الفعل الضار ، ص ٢٣ .

(٢) - أي : المهر الصغير الذي يتبع أمه .

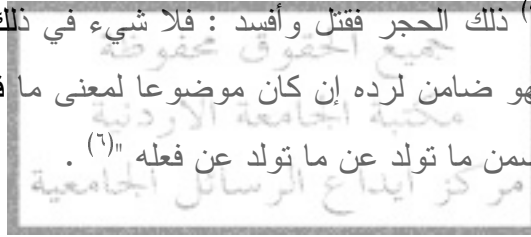
(٣) - ابن حزم ، المحلى ، ج ١٢ ص ١٦٠ ، مسألة ٢١١٣ .

(٤) - ابن حزم ، المحلى ، ج ١٢ ص ١٥٤ .

(٥) - ابن حزم ، المحلى ، ج ١٢ ص ١٥٥ مسألة ٢١١١ .

ثالثاً : - واحتج في بعض المسائل التي نفى فيها الضمان عن المتسبب ، بأنه لا يوجد نص شرعي ، أو بأن الفاعل لا يسمى مباشراً لأنه لم يباشِر أي عمل ، فمن ذلك : " لو أن رجلاً رمى حداً^(١) فخرت الحدأة على صبي فقتلته ... وأما الحدأة تقع ، فإن الرامي بها لم يباشِر إلقاءها " ^(٢) . وكذلك " من أفزعه السلطان فتلف فزعا من بعثه إليه ... فلقد بعث فيها بالحق ، ولم يباشِر الباعث فيها شيئاً أصلاً فلا شيء عليه " ^(٣) وكذلك " صاحب المعبر يعبر بدواب فغرقت ، فلا ضمان عليه ، إلا أن يباشِر تعطيب المعبر أو السفينة ، فيضمن " ^(٤) .

وغيرها كثير كتقديم الطعام المسموم ، وإغراء الحيوان المفترس ... حيث إنه لم يوجب الضمان على المتسبب بحجة عدم النص أو عدم المباشرة ، أو بحجة أن المرء مسؤول عن ما يتولد عن فعله فقط ، وليس بمسؤول عن ما تولد عن ما تولد عن فعله ، أي أنه مسؤول عن أثر فعله دون الأثر المترتب على أثر فعله ، فقال في ذلك : " فلو رمى حجراً فأصاب ذلك الحجر حجراً فقلعه ، فتدهده^(٥) ذلك الحجر فقتل وأفسد : فلا شيء في ذلك ، لأنه إنما تولد عن رميه انقلاع الحجر فقط ، فهو ضامن لرده إن كان موضوعاً لمعنى ما فقط ، وإنما يضمن المرء ما تولد عن فعله ، ولا يضمن ما تولد عن ما تولد عن فعله " ^(٦) .



(١) - والحدأة هي : الطائر المعروف ، من الفواشق الخمس التي تقتل في الحل والحرم ، وقيل هي الفأس

العظيمة ، أو رأس الفأس ونصل السهم . انظر : لسان العرب ، ج ١ ص ٥٥ ، ج ٤ ص ١٤٩ .

(٢) - ابن حزم ، المحلى ، ج ١٢ ص ١٥٥ مسألة ٢١١١ .

(٣) - ابن حزم ، المحلى ، ج ١٢ ص ١٧٣ ، مسألة ٢١٢٤ .

(٤) - ابن حزم ، المحلى ، ج ١٢ ص ١٦٤ ، مسألة ٢١١٧ .

(٥) - أي : تدحرج .

(٦) - ابن حزم ، المحلى ، ج ١٢ ص ١٥٥ مسألة ٢١١١ .

رابعاً : - وقال في مسألة النار التي يشعلها الشخص فتمتد إلى مال غيره : " إن كل ما تلف بالنار فهو هدر إلا نارا اتفق الجميع على تضمين طارحها ، وليس ذلك إلا ما تعتمد الإنسان طرحتها للإفساد والإتلاف ، فهذا مباشر متعمد فعليه القود فيما عمد قتله ، والدية على العاقلة في الخطأ ، وأما نار أوقدها غير متعمد فهي جبار "(١) أي أنه حصر إيجاب الضمان في المتعمد للإفساد والإتلاف ، وأما غير المتعمد فلا ضمان عليه عنده .

الترجيح :- والذي يبدو لي والله ﷻ أعلم أن قول الجمهور بتضمين المتسبب إذا تعدى ، وأدى السبب إلى النتيجة قطعاً ، هو الراجح ، وأما ما استدل به ابن حزم فيمكن الإجابة عنه بما يلي :-

١. أما قوله بعدم وجود نص فليس مسلماً ، فقد وجد النص الصريح الدال على تضمين المتسبب ، وكذلك وجدت النصوص التي تنهض بهذا الاستدلال وتقويه فيجب الذهاب إليه ، وعدم الالتفات إلى القول بالإرسال ؛ لأن المرسل حجة عند جمهور الفقهاء ، فـ " العدل الثقة إذا قال : قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - : كذا ، مظهراً للجزم بذلك ، فالظاهر من حاله أنه لا يستجيز ذلك إلا وهو عالم أو ظان أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال ذلك ، فإنه لو كان ظاناً أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يقله ، أو كان شاكاً فيه ، لما استجاز في دينه النقل الجازم عنه لما فيه من الكذب والتدليس على المستمعين ، وذلك يستلزم تعديل من روى عنه ، وإلا لما كان عالماً ، ولا ظاناً بصدقه في خبره "(٢) .

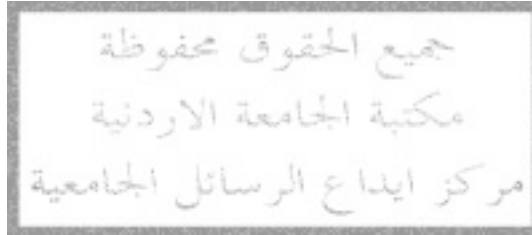
٢. وأما توسيعه لدائرة المباشرة ، وإدخاله لبعض صور التسبب فيها ، فلا يستقيم ؛ لأن شرط المباشرة هو عدم تخلل الوساطة بين الفعل والنتيجة ، وهذا غير موجود في المسائل التي طرحتها على أنها من المباشرة ، وأيضاً فإن الحوادث التي أدخلها ابن حزم في المباشرة يثبت فيها الضمان عند الجمهور دون اللجوء إلى توسيع دائرة المباشرة .(٣)

(١) - ابن حزم ، المحلى ، ج٢ ص١٦٩ ، مسألة ٢١٢١ .

(٢) - الأمدى ، الإحكام في أصول الأحكام ، ج٢ ص١٥١ .

(٣) - بوساق ، التعويض عن الضرر ، ص٥١ .

٣. وأما احتجابه بأن الفاعل لا يعد مباشرا لأنه لم يباشر أي شيء ، فيقال فيه بأن هناك حالات يتم فيها تضمين المتسبب وحده دون المباشر ، وذلك كما جاء في كتاب " القواعد " لابن رجب " إذا كانت المباشرة مبنية على السبب وناشئة عنه ، وكانت المباشرة لا عدوان فيها بالكلية ، استقل السبب وحده بالضمان "(١) ، فإذا كانت المباشرة مغمورة بقوة السبب ، ولا يظهر لها أثر في إحداث النتيجة ، أو تعذر تضمين المباشر ، إما لأنه ليس من أهل الضمان ، أو لأنه غير موجود ، أو غير معروف ، أو كان المتسبب ساعيا بظلم إلى من له القهر فأتلف مال إنسان .(٢)



(١) - ابن رجب ، القواعد ، ص ٢٨٤ .

(٢) - بوساق ، التعويض عن الضرر ، ص ٨١-٨٢ .

المبحث الثالث

بعض الأمثلة التطبيقية ، والتخريج على القاعدة ، مع الاستثناءات

الواردة عليها

أتحدث في هذا المبحث بإذن الله ﷻ عن المجال التطبيقي للقاعدة ، من حيث المسائل المندرجة تحتها ، وذلك بذكر بعض المسائل التي ذكرها الفقهاء تطبيقاً على القاعدة ، ثم أحاول أن أذكر بعض المسائل المعاصرة التي تدخل تحت القاعدة ، ثم أختتم بذكر المسائل النادرة عن القاعدة ، وذلك في مطالب ثلاثة كما يلي : -

المطلب الأول : بعض الأمثلة التطبيقية على القاعدة .

المطلب الثاني : التخريج على القاعدة .

المطلب الثالث : الاستثناءات الواردة على القاعدة .

ويمكن النظر في هذه المطالب كما يلي :-

مكتبة الجامعة الأردنية

المطلب الأول : - بعض الأمثلة التطبيقية على القاعدة : -

عرفنا فيما سبق أن جمهور الفقهاء منفقون على إلزام المتسبب بالضمان ، إذا توافرت شروط تضمين المتسبب في الفعل ، غير أنهم اختلفوا في بعض المسائل ، هل هي من قبيل التسبب أم لا ؟ فمنهم من رأى توافر الشروط فيها فاعتبرها من قبيل التسبب ، ومنهم من لم ير ذلك فلم يدخلها في نطاق التسبب ، وسأذكر فيما يلي بعض المسائل التطبيقية على هذه القاعدة محاولاً توضيح الخلاف إن وجد :-

١. لو فتح شخص زق سمن ، أو عسل ، أو زيت ، أو دبس ، فتلف ما فيه بالسيلان ، أو

بالذوبان ، فهذه المسألة عند الفقهاء على شقين ، من حيث الاتفاق والاختلاف :-

أ. اتفق الفقهاء على تضمين فاتح الزق ، إن كان ما بداخله سائلا ، وذلك لعدم وجود الفاصل بين الفعل والتلف ، مما يحقق نسبة التلف إلى الفاعل بيقين ، فقد جاء عند الحنفية " أن من فتح باب مائع حتى سال المائع ، جعل ذلك مضافا إلى الفاتح ، لانعدام اختيار السائل في سيلانه ^(١) وأيضا : إن المائع يسيل بطبعه إذا وجد منفذا ، بحيث يستحيل استمساكه عادة ، فكان حل الرباط إتلافا له تسببا ، فيوجب الضمان ^(٢) .

وجاء أيضا " أن من شق زقا لإنسان فسال ما به من مائع كان فيه ، فهو ضامن ^(٣) .
وجاء عند المالكية " ولو فتح زقا فتبدد ما فيه ضمن ^(٤) . وجاء عند الشافعية " ولو فتح رأس زق مطروح على الأرض ، فخرج ما فيه بالفتح وتلف ، أو زق منصوب فسقط بالفتح لتحريكه وجذبه فخرج ما فيه وتلف ... ضمن لأنه باشر الإتلاف ^(٥) ، والمقصود أنه باشر إتلاف الزق ، فتسبب بإتلاف ما فيه ، وجاء عند الحنابلة : " ولو حل زقا فيه مائع فاندفق ، ضمنه ^(٦) .

يتبين لنا مما سبق أنه لا خلاف بين الفقهاء في تضمين من فتح زقا فيه مائع ، لكون السيلان مضافا إلى الفاتح ، ولاتصاله بالفتح أيضا ، وكذلك فإن السيلان فور الفتح يدل على أن الفاتح هو السبب في السيلان ؛ لإزالته لمانعه .

ب. اختلف الفقهاء في تضمين فاتح الزق إذا كان ما بداخله جامدا فنألف بفعل الشمس أو

بفعل الريح :-

(١) - الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج١ ص٥١٩ .

(٢) - المرجع السابق ، ج٦ ص١٦٨ .

(٣) - السرخسي ، المبسوط ، ج١١ ص١٦٦ .

(٤) - الخرشي ، محمد بن عبد الله ، شرح مختصر خليل ، دار الفكر - بيروت ، ج٦ ص١٣٣ .

(٥) - الشربيني ، مغني المحتاج ، ج٣ ص٣٣٩ .

(٦) - ابن قدامة ، المغني ، ج٥ ص١٧٦ .

١. ذهب الحنفية إلى عدم تضمين من فتح زقا فيه سمن جامد فذاب بفعل الشمس ، وزال ، لأن السيلا ن ليس من طبع الجوامد . جاء في ذلك : " وإن كان السمن جامدا فذاب بالشمس ، وزال لم يضمن ، ... لأن السيلا ن طبع المائع لا طبع الجامد ، وهو إن صار مائعا لكن لا يصنعه بل بحرارة الشمس ، فلم يكن التلف مضافا إليه لا مباشرة ولا تسببا ، فلا يضمن" (١) .

٢. ذهب المالكية والحنابلة إلى تضمين فاتح الزق مطلقا ، بغض النظر عما بداخله إن كان جامدا أو سائلا ، لأن الإلتلاف ما كان ليحصل لو لا الفتح ، ولأن الفتح فيه إزالة لمانع الحفظ ، وهو سبب للتلف ، فجاء في ذلك " ولو فتح زقا فتبدد ما فيه ضمن" (٢) .

فلاحظ هنا أن المالكية أوجبوا الضمان على فاتح الزق مطلقا ، دون النظر إلى ما بداخله إن كان سائلا أو جامدا .

وجاء عند الحنابلة " ولو حل زقا فيه مائع ، فاندفق ، ضمنه ، سواء خرج في الحال ، أو خرج قليلا قليلا ، أو خرج منه شيء بل أسفله فسقط ، أو ثقل أحد جانبيه فلم يزل يميل قليلا قليلا حتى سقط ، أو سقط بريح ، أو بزلزلة الأرض ، أو كان جامدا فذاب بشمس ؛ لأنه تلف بسبب فعله" (٣) .

٣. فرق الشافعية بين كون التلف ناشئا عن الفعل ، أو غير ناشئ عنه ، فإن كان ناشئا عنه ولو لم يكن في الحال فإنه يكون ضامنا لما أتلف ، جاء في ذلك " ولو فتح رأس زق مطروح على الأرض ، فخرج ما فيه بالفتح وتلف ، أو زق منصوب فسقط بالفتح لتحريكه وجذبه فخرج ما فيه وتلف ، أو بتقاطر ماء وابتل أسفله به ، ولو كان التقاطر بإذابة الشمس أو حرارة أو ريح مع مرور الزمن فسال ما فيه وتلف ضمن ؛ لأنه بائس الإلتلاف في الأوليين ، والإلتلاف ناشئ عن فعله في الباقي" (٤) . وأما إن لم يكن التلف ناشئا عن فعله ، فإنه لا يضمن ، جاء في ذلك : " وإن سقط الزق بعد فتحه بعارض ريح ، أو نحوها كزلزلة أو وقوع طائر ، أو جهل الحال فلم يعلم سبب سقوطه ، لم يضمن" (٥) .

(١) - الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٦ ص١٦٨ .

(٢) - الخرشي ، شرح مختصر خليل ، ج٦ ص١٣٣ .

(٣) - ابن قدامة ، المغني ، ج٥ ص١٧٦ .

(٤) - الشربيني ، مغني المحتاج ، ج٣ ص٣٣٩ .

(٥) - المرجع السابق .

الرأي الراجح :- إن ما ذهب إليه المالكية والحنابلة هو الراجح والله ﷻ أعلم ، لأنه لولا الفتح لما حصل التلف ، لأن الفاتح أزال المانع الذي يحفظ محتوى الزق من أي تأثير خارجي ، كإذابة الشمس وغيرها ، ولأن الفاتح متعدد بفعله هذا ، لأنه تصرف في ملك غيره دون إذنه .

٢. من حفر بئراً في غير ملكه في طريق المسلمين ، أو حفرها في أرض رجل بغير إذنه ، أو حفرها إلى جانب بئر ماشية وهي تضر ببئر الماشية دون إذن رب البئر، فعطب فيها شيء من دابة أو إنسان فهو ضامن باتفاق الفقهاء .^(١)

وقد جاء في المبسوط " ... فأما ما ليس بعمد ولا خطأ ولا أجري مجرى الخطأ فهو حافر البئر وواضع الحجر في الطريق فليس بمباشر للقتل ، لأن مباشرة القتل بإيصال فعل القاتل بالمقتول ولم يوجد ، وإنما اتصل فعله بالأرض ، فعرفنا أنه ليس بقاتل عمد ، ولا شبه عمد ، ولا خطأ ، ولا شبه خطأ ، ولا ما أجري مجرى الخطأ ، بل هو بسبب متعدد ، فنوجب الدية على عاقلته للحاجة إلى صيانة النفس المتلفة عن الهدر "^(٢) . وجاء في مغني المحتاج : وتجب الدية " إن كان القاتل متسبباً كالمكره ، والأمر لمن لا يميز ، وشاهد الزور ، وحافر بئر عدواناً ، ولو حصل الترددي بعد موت الحافر "^(٣) . وجاء في المغني : " يجب الضمان بالسبب ، كما يجب بالمباشرة ، فإذا حفر بئراً في طريق لغير مصلحة المسلمين ، أو في ملك غيره بغير إذنه ، أو وضع في ذلك حجراً أو حديدة ، أو صب فيه ماء ، أو وضع فيه قشر بطيخ أو نحوه ، وهلك فيه إنسان أو دابة ، ضمنه ؛ لأنه تلف بعدوانه فضمنه ، كما لو جنى عليه "^(٤) .

(١) - مالك ، مالك بن أنس الأصبحي ، المدونة ، دار الكتب العلمية ج٤ ص٤٧٤ . — وانظر : ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، ج٥ ص٣٢٩ . — السرخسي ، المبسوط ، ج٢٦ ص٧٤ . — قليوبي وعميرة ، الحواشي ، ج٤ ص١٦٢ . — الشربيني ، مغني المحتاج ، ج٥ ص٣٧٦ . — ابن قدامة ، المغني ، ج٨ ص٣٣٠ . — ابن رجب ، القواعد ، ص٢٠٥ .

(٢) - السرخسي ، المبسوط ، ج٢٦ ص٧٤ .

(٣) - الشربيني ، مغني المحتاج ، ج٥ ص٣٧٦ .

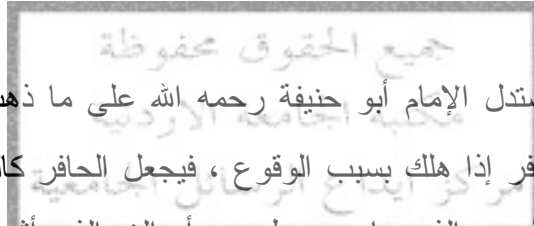
(٤) - ابن قدامة ، المغني ، ج٨ ص٣٣٠ .

٣. وإذا مات الساقط في البئر المحفورة عدوانا بالسقوط ، فالحافر ضامن كما مر سابقا ، أما إذا لم يمت بعدما سقط في البئر ، وإنما مات بعد ذلك بسبب الجوع أو العطش أو الغم ، فالفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة أقوال^(١) : -

القول الأول : - قول أبي حنيفة : إذا مات بالسقوط فالحافر ضامن ، وأما إذا مات غما أو جوعا أو عطشا فلا ضمان على الحافر .^(٢)

القول الثاني : - قول أبي يوسف : أنه إن مات جوعا فلا ضمان ، وإن مات غما فالحافر ضامن .^(٣)

القول الثالث : - قول الإمام محمد بن الحسن من الحنفية ، والمالكية والشافعية والحنابلة ، بأن الحافر ضامن في كل الوجوه ، سواء كان الموت بالسقوط ، أم بالجوع أم بالعطش أم بالغم .^(٤)



الأدلة :- أ. استدل الإمام أبو حنيفة رحمه الله على ما ذهب إليه بقوله : " إنما يصير هلاكه مضافا إلى الحافر إذا هلك بسبب الوقوع ، فيجعل الحافر كالدافع له ، فأما إذا طرأ عليه سبب آخر لهلاكه ، كالجوع الذي هاج من طبعه ، أو الغم الذي أثر في قلبه ، فإنما يكون هلاكه مضافا إلى هذا السبب ، ولا صنع للحافر فيه "^(٥) . وخالصة قوله رحمه الله أن ما لا صنع ، ولا إحداث له من الحافر فلا ضمان عليه فيه ، وإنما يضمن ما اتصل بفعله فقط ، وهذا من باب توسع الإمام رحمه الله في مبدأ درء الحدود بالشبهات .

(١) - انظر : الخطيب ، ياسين بن ناصر ، البئر وضمانه ، مجلة البحوث الإسلامية ، العدد ٥٦ ، (١٩٤١هـ) -

(٢٠٤٢هـ) ص ٢٧٧-٢٨٠ .

(٢) - السرخسي ، المبسوط ، ج ٢٧ ص ١٨ .

(٣) - المرجع السابق .

(٤) - انظر : السرخسي ، المبسوط ، ج ٢٧ ص ١٨ . مالك ، المدونة ، ج ٤ ص ٤٧٤ .

الشربيني ، مغني المحتاج ، ج ٥ ص ٣٧٦ . ابن قدامة ، المغني ، ج ٨ ص ٣٣٠ .

(٥) - السرخسي ، المبسوط ، ج ٢٧ ص ١٨ .

ب. واستدل أبو يوسف رحمه الله تعالى ، بأنه لما لم يكن للغم سبب سوى الوقوع ، فإنه يكون ضامنا لما نتج عنه ، ويكون مضافا إلى فعله ، وأما الجوع فله سبب آخر ، وهو بعد الطعام عنه ، واحتراق معدته ، حتى لم يبق فيها شيء من مواد الطعام .^(١)

ج. واستدل الإمام محمد بن الحسن بقوله : " كل ذلك إنما حدث بسبب الوقوع في البئر ، فلولاها لكان الطعام قريبا منه والحافر متعد في ذلك السبب " .^(٢)

وأما غير الحنفية فرتبوا الضمان مطلقا على حافر البئر عدوانا ، دون تفريق بين الموت بالسقوط أو بغيره .

الترجيح : - والذي يبدو لي رجحانه - والله تعالى أعلم - هو قول جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة والإمام محمد بن الحسن من الحنفية ، القاضي بترتيب الضمان على الحافر تعديا دون تفريق بين كون التلف وقع بالسقوط أو بغيره .

ويمكن أن نقول فيما ذهب إليه الإمامان أبو حنيفة وأبو يوسف بأن حصول الجوع كان بسبب السقوط في البئر ، وهو ما منع ذلك الشخص من طلب الطعام ، فكان بمثابة الحبس له ، وأما الغم فما كان ليحصل لذلك الشخص لولا السقوط ، وعدم القدرة على الخروج من البئر .

٤. ذكرت عند الحديث عن قاعدة المباشرة أن من مزق صكا لآخر ، فإنه يضمن قيمة الصك مكتوبا ، ولكن إذا تسبب إتلاف الصك إلى ضياع حق صاحبه لعدم البيينة ، أو لإنكار الذي عليه الحق ، فإن للفقهاء في مثل هذه المسألة قولين :-

القول الأول :- ذهب الحنفية والشافعية إلى أنه يجب على المتلف ضمان قيمة الصك مكتوبا فقط ، دون اعتبار تسببه في ضياع حق غيره بإنكاره من قبل من له عليه ، وإن كان لا يثبت المال إلا به .^(٣)

(١) - السرخسي ، المبسوط ، ج٢٧ ص١٨ .

(٢) - المرجع السابق .

(٣) - انظر : ابن غانم ، مجمع الضمانات ، ص١٤٦ . - حيدر ، درر الحكام ، ج٢ ص٣٣٢ ، مادة ٨٠٣ . - الهيثمي ، أحمد بن محمد بن علي بن حجر ، تحفة المحتاج في شرح المنهاج ، دار إحياء التراث العربي-بيروت ، ج٥ ص٣٩ . - الرملي ، محمد بن شهاب الدين ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، دار الفكر-بيروت ، ج٥ ص١٧٩ .

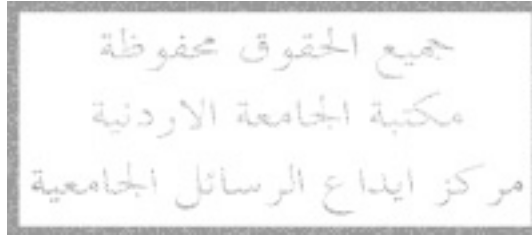
ولقد جاء في درر الحكام " ... فيلزم ضمان ذلك السند مكتوبا ، مهما كانت قيمته ، ولا يلزم ضمان المبلغ الذي يحتويه السند ، لأن الإلتلاف والاستهلاك قد صادف الورق ، لا المبلغ الذي يحتويه ، ولا يسقط الدين بضياع السند ، أما إذا عجز عن إثبات الدين ، وحلف المديون اليمين ، وتلف الدين على هذه الصورة ، فيضاف التلّف على إنكار المديون وحلفه اليمين " (١) .

القول الثاني :- ذهب المالكية والحنابلة إلى أن من أتلف وثيقة لا يثبت المال إلا بها ،

وتعذر ثبوته ضمنه متلفها ، لأنه تسبب في إضاعته . (٢)

الترجيح :- والذي يبدو لي رجحانه — والله أعلم — هو ما ذهب إليه المالكية والحنابلة ،

من القول بتضمين متلف الصك أو السند ، إذا تسبب ذلك الإلتلاف في ضياع الدين ، لأنه لا أهمية لقيمة الورق المكتوب ، أو أجرة الكتابة إذا لم تؤد إلى حفظ الحق لصاحبه .



(١) - حيدر ، درر الحكام ، ج٢ ص٣٣٢ ، مادة ٨٠٣ .

(٢) - انظر : ابن جزري ، القوانين الفقهية ، ص٢١٨ . — البهوتي ، كشف القناع ، ج٤ ص١١٦ .

المطلب الثاني

تخريج بعض المسائل المعاصرة على القاعدة

تعد هذه القاعدة الأساس في تحديد مسؤولية المتسبب ، وضبط أفعاله وتصرفاته ، وهذا ليس مقصوراً على المسائل التي أوردها الفقهاء القدامى فقط ، بل ينطبق ذلك أيضاً على كل مسألة تخضع لشروط القاعدة ، وهذا ما ذكرته عند الحديث على أهمية القواعد الفقهية ، من حيث تسهيلها على الفقيه معرفة الحكم في المسائل المستجدة ، لأنه قلما تخلو مسألة من نظير لها في الفقه الإسلامي .^(١)

وعليه فيمكن ذكر بعض المسائل المعاصرة التي تتخرج على القاعدة كما يلي :-

١. إذا انزلت سيارة في منحدر فأصابت رجلاً ، وكانت كوابح السيارة غير سليمة ، فالضمان على السائق لتقصيره في صيانة السيارة .^(٢)

٢. إذا خالف سائق سيارة " نقل الركاب " العدد المسموح به ، فأركب فيها زيادة عن هذا العدد ، فسقط منها أحدهم فمات أو أصيب ، ضمن السائق .
٣. إذا توقف سائق السيارة بشكل مفاجئ تقادياً لحادث سير ، فسقط أحد الركاب على أرضية السيارة أو خارجها ، فمات أو أصيب ، ضمن السائق لأن السقوط كان بقوة التوقف .

٤. وإذا خرج رجل ومعه مسدس غير مؤمّن فاحتك برجل آخر فانطلقت رصاصة فأصابت قدم رجل ثالث ، فعلى صاحب المسدس الضمان لأنه خرج بسلاح إلى أماكن تواجد الناس ، فيقاس على نصل الرمح الواجب رفعه حتى لا يؤذي المسلمين ، وكذلك هذا الرجل لم يؤمن مسدسه فعليه الضمان .^(٣)

(١) - انظر : ص من الرسالة .

(٢) - كامل ، عمر عبد الله ، القواعد الفقهية الكبرى وأثرها في المعاملات المالية ، دار الكتبي ، الطبعة الأولى

١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م ، ج ١ ص ٥٢٥ .

(٣) - المرجع السابق .

٥. الباعة الذين يقعدون على أبواب المساجد ، وغيرها من الأماكن ، دون ترخيص من البلدية ، يضمنون ما يتلف بقعودهم ، وأما إذا قعدوا بترخيص فإنهم لا يضمنون ما تلف بقعودهم ما لم يتعدوا .

٦. إذا استخدم سائق ضوء سيارته ليبهز به نظر سائق آخر ، في ظلمة الليل ، قاصدا إلحاق الأذى به ، فإنه يكون ضامنا لكل ضرر يلحق بذلك السائق . وكذلك لو تعمد سائق سيارة التضيق على سائق آخر في الطريق مما أدى إلى اصطدامه بالرصيف ، أو بالمارة ، أو في أي شيء آخر ، فإن السائق الأول يكون مسؤولا عن تبعات عمله هذا . وكذلك كل سيارة تخالف أنظمة المرور فإن السائق المخالف يكون مسؤولا عما يسببه من ضرر للآخرين .

٧. إن الطبيب إذا أعطى المريض جرعة من الدواء أكبر من الجرعة المناسبة لسنه ، أو أنه قد اكتفى بالعلاج البيتي لحالة تستوجب الذهاب إلى المستشفى ، مما تسبب في وفاة المريض فإن الطبيب يكون مسؤولا عن تصرفه هذا لأنه يعد من التسبب بالإهمال .

٨. إن من قدم لشخص أي شيء سام من عقاقير أو طعام أو غيره مما يؤدي إلى الإضرار بمتناوله ، فإنه يكون مسؤولا عن نتيجة تصرفه ، كمن قدم طعاما مسموما للضيف عالما بوجود السم قاصدا للقتل . ايداع الرسائل الجامعية

٩. إذا رفض الطبيب معالجة مريض ، أو إجراء عملية جراحية له ، مع عدم وجود من يقوم بهذا العمل غيره ، فإنه يكون مسؤولا عن النتائج المترتبة على هذا الترك .

١٠. المهندس المعماري ، أو القائم على البناء ، إذا أخل بالمواصفات المطلوبة منه في البناء ، مما أدى إلى انهيار البناء فيما بعد ، فإنه يعد مسؤولا عن تبعات هذا الفعل .

١١. لو أن شخصا ترك كلبا في الطريق ، فتسبب هذا الكلب في سقوط راكب دراجة عن دراجته ، فإذا أثبت المصاب أن سقوطه تسبب به الكلب ، فإن على صاحب الكلب ضمان الضرر الذي لحق براكب الدراجة ودراجته .^(١)

(١) - العماري ، ضمان الأشياء التابع لشخص طبيعي أو اعتباري ، ص ٢٠٤-٢٠٥ .

المطلب الثالث

بعض الاستثناءات الواردة على القاعدة

عرضت فيما تقدم لقاعدة المتسبب ، من حيث المعنى ، والحجية ، والاحتجاج بها عند الفقهاء ، ثم ذكرت بعض الأمثلة التطبيقية المندرجة تحتها ، وكذلك ذكرت طرفا من المسائل المعاصرة التي تندرج تحت القاعدة ، وفي هذا المقام سأذكر بعض الاستثناءات الواردة على القاعدة ، علما بأنها قليلة جدا ، وذلك لأن المتسبب أصلا لا يضمن إلا بالتعدي ، فإذا تعدى لم يبق هناك احتمال لعدم ترتيب الضمان عليه لأي أمر كان ، ومن هنا فإن الاستثناءات يمكن أن ترد على هذه القاعدة من وجهين كالآتي :-

أ. أن يضمن المتسبب رغم أنه لم يتعد .

ب. أن المتسبب لا يضمن رغم تعديه ، والله ﷻ أعلم .

ومما يمكن ذكره من المسائل بناء على ما سبق :-

١. من تعدى بالحفر في الطريق العام ، ولكن هذا التعدي صحبه أو تبعه إذن من الإمام بالحفر ، فإنه في مثل هذه الحالة ، أعني إذا قام شخص بأي عمل من هذا القبيل ، مع أخذه إذنا من الإمام ، واتخاذهِ للاحتياطات اللازمة لذلك عرفا أيضا ، فإنه لا يكون ضامنا إذا أدى هذا العمل إلى ضرر ما ، أو كان هذا الفعل في نطاق الطاعة الواجبة للإمام ، فإن الفاعل لا يضمن أيضا .^(١)

وأما أقوال الفقهاء في مثل هذه المسألة فقد كانت على النحو التالي :-

أ. ذهب الحنفية^(٢) والمالكية^(٣) والشافعية^(٤) إلى أنه لا ضمان على من قام بعمل من هذه

الأعمال بإذن الإمام ، أو في ملكه دون قصد الضرر عند المالكية ،

(١) - انظر : فيض الله ، نظرية الضمان ، ص ٢٠٠-٢٠١ . - الزرقا ، الفعل الضار ، ص ١٠٦ .

المحمصاني ، النظرية العامة ، ص ١٧٦-١٧٧ .

(٢) - ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، ج ٦ ص ٦٣٣-٦٣٤ .

(٣) - الصاوي ، أبو العباس أحمد ، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح

الصغير ، دار المعارف ، ج ٣ ص ٥٨٧ .

(٤) - الزركشي ، المنثور ، ج ٢ ص ٢٠٠ .

ولقد جاء في ذلك عند الحنفية : " فإن أذن له الإمام في ذلك ... فلا ضمان ، لأن للإمام ولاية عامة على الطريق ، إذ ناب عن العامة ، فكان كمن فعله في ملكه " (١) .

وجاء عند المالكية : " وحافر البئر تعدياً بأن حفرها في طريق الناس ، أو في ملك غيره بلا إذن ، أو في ملكه بقصد الضرر ، فتردى فيها شيء ، فإنه يضمن " (٢) ، فهذا يدل على أنه إذا حفر شخص بإذن ، أو في ملكه دون قصد الضرر فلا ضمان عليه .

وجاء عند الشافعية : " ولو حفرها في الطريق لمصلحة عامة ، فلا بد من إذن الإمام ، فلو لم يأذن ، ثم أقره الإمام على ذلك ينزل منزلة الحفر ابتداء ، حتى لا يضمن بالواقع فيها ... ، ومثله ما إذا حفرها لمصلحة نفسه ، ثم أذن الإمام ولا فرق " (٣) .

ب. وأما الحنابلة فقد فرقوا بين كون الطريق واسعاً أو ضيقاً ، فقالوا بجواز الحفر في الطريق الواسع بإذن الإمام ، وجاء في ذلك : " وإذا حفر في طريق واسع بنراً لنفع المسلمين ... إن كان بإذن الإمام جاز " (٤) ، وأما إن كان الطريق ضيقاً فقالوا : بالتضمن ، حتى مع وجود الإذن من الإمام ، ولقد جاء في ذلك : " وإن فعل شيئاً من ذلك في طريق ضيق ، فعليه ضمان من هلك به ؛ لأنه متعد . وسواء أذن له الإمام فيه ، أو لم يأذن ؛ فإنه ليس للإمام الإذن فيما يضر بالمسلمين ، ولو فعل ذلك الإمام لضمن ما تلف به ؛ لتعديه " (٥) .

٢. أن الوكيل بالشراء له حبس المبيع عن موكله ، حتى يقبض منه الثمن ، ولكن لو هلك المبيع في يده والحالة هذه ، يلزم الوكيل الثمن . (٦)

٣. لو تصدق الملتقط باللقطة بعد تعريفها زمنياً كافياً ، ثم جاء صاحبها فهو بالخيار بين أن يجيز تصدقه أو يضمه . (٧)

(١) - ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، ج ٦ ص ٦٣٣-٦٣٤ .

(٢) - الصاوي ، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير ، ج ٣ ص ٥٨٧ .

(٣) - الزركشي ، المنثور ، ج ٢ ص ٢٠٠ .

(٤) - ابن رجب ، القواعد ، ص ٢٠١ .

(٥) - ابن قدامة ، المغني ، ج ٨ ص ٣٣١ .

(٦) - الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص ٤٥٢ .

(٧) - الموضع السابق .

الفصل الرابع

قاعدة " إذا اجتمع المباشر والمتسبب أضيف الحكم إلى المباشر "

بحثنا فيما سبق قاعدتي التضمين المتعلقةتين بالمباشرة وبالتسبب كل على حدة ، وتقرر أن المباشرة والتسبب من أسباب الضمان التي يضاف إليها الإلتلاف ، وأما الآن فسأبحث في قاعدة اجتماع المباشر مع المتسبب ، حتى تكتمل الصورة في إثبات الضمان على من باشر الإلتلاف ، أو تسبب به دون شك أو ريب ، ومن هنا سيكون البحث في هذه القاعدة من نواح عدة ، مع التجاوز عن نواح أخرى . فأما المتجاوز عنها فتتخصص في ناحيتين : الأولى :- البحث في معاني المفردات التي تتكون منها القاعدة ، لأنها وردت في سياق البحث سابقا عدة مرات ، حيث يمكن العودة إليها في مواضعها عند الحاجة ، وأما الثانية :- فهي الأدلة على تضمين كل من المباشر والمتسبب ، فقد أوردتها عند الحديث عن القاعدتين السابقتين ، ولا داعي لتكرارها هنا . وفيما يتعلق بالنواحي التي أود بحثها في هذه القاعدة ، فإنه يمكن حصرها في ثلاثة مباحث كما يلي :-

المبحث الأول :- المعنى الإجمالي للقاعدة ، والاحتجاج بها عند الفقهاء .

المبحث الثاني :- حالات اجتماع المتلفين .

المبحث الثالث :- بعض الأمثلة التطبيقية ، والتخريج على القاعدة مع

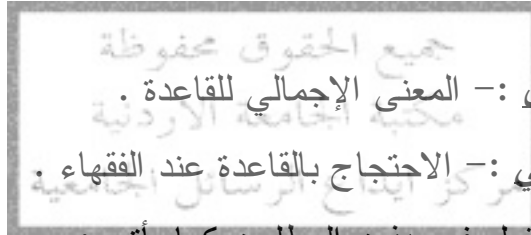
الاستثناءات الواردة عليها.

المبحث الأول

المعنى الإجمالي للقاعدة والاحتجاج بها عند الفقهاء

أعرض في هذا المبحث لمعنى قاعدة " اجتماع المباشر والمتسبب " ، واحتجاج الفقهاء بها ، حيث أورد المعنى الإجمالي للقاعدة ، ثم أحاول من خلاله إظهار أهم المعاني الواردة في القاعدة ، وكذلك إظهار الحالة التي يتم فيها تقديم المباشرة على المتسبب . ثم أنتقل للحديث عن القاعدة عند الفقهاء ، واحتجاجهم بها ، وذلك بذكر الألفاظ التي وردت بها القاعدة عندهم على اختلاف المذاهب الفقهية ، وكذلك أذكر بعض الأمثلة التي عللوا أحكامهم بها بناء على القاعدة ، وذلك في مطلبين كما يلي

-:



ويمكن بسط القول في هذين المطلبين كما يأتي :-

المطلب الأول :- المعنى الإجمالي للقاعدة :-

إذا اجتمع على إتلاف الشيء شخصان ، أحدهما المباشر للفعل ، وهو الذي يحصل الأثر من تلف أو غيره بفعله ، من غير أن يتخلل بينهما فعل فاعل مختار ، يضاف حكم الفعل إلى المباشر ، لأن الفاعل هو العلة المؤثرة ، والأصل في الأحكام أن تضاف إلى عللها المؤثرة ، لا إلى أسبابها الموصلة لأنها أقرب وأقوى ، فلو أن رجلا حفر بئرا في الطريق العام بدون إذن ولي الأمر ، فأتى آخر فألقى في الحفرة حيوانا أو إنسانا ضمنه الملقى ، لأنه العلة المؤثرة ، ولم يتخلل بين فعله والتلف فعل فاعل مختار ، لأنه إذا اجتمع المباشر والمتسبب فالمباشر مقدم ، كالعلة وعلة العلة ، والحكم يضاف إلى العلة ، لا إلى علة العلة .

وعليه فإن الضمان يكون على المباشر ، وذلك في جميع الأحوال التي يجتمع فيها مع المتسبب ، إلا إذا كان تأثير السبب أقوى من تأثير المباشرة ، فإن الحكم يضاف إلى المتسبب ، كالمكره إكراهها ملجئا مع المكره ، وكذلك إذا كان المتسبب متعديا والمباشر غير متعد ، فإن الحكم يضاف إلى المتسبب لا إلى المباشر ، كمن نخس دابة فقتلت رجلا ، فإن الضمان على الناحس دون الراكب .^(١)

(١) - الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص٤٤٧ . - الحريري ، القواعد الفقهية الكلية ، ص١٥٤ . - الزحيلي ، القواعد الفقهية ، ص٤٢٣ . - عثمان ، محمد تقي الدين ، بحوث في قضايا فقهية معاصرة ، دار القلم - دمشق ، الطبعة الأولى ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م ، ص٣٠٥-٣٠٨ .

المطلب الثاني :- الاحتجاج بالقاعدة عند الفقهاء :-

هذه القاعدة محل اتفاق عند جمهور الفقهاء في المذاهب الأربعة ، حيث وردت بألفاظ مختلفة في كتب تلك المذاهب ، ولكنها تبدو متحدة في الدلالة حيث إن مدلولها واحد ، وسأذكر فيما يلي الألفاظ التي وردت بها القاعدة ، إضافة إلى بعض الأمثلة التي علل الفقهاء أحكامهم فيها بالقاعدة :-

أولاً :- القاعدة عند الحنفية :-

فقد جاء في كتاب الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفي ما نصه : " إذا اجتمع المباشر والمتسبب ، أضيف الحكم إلى المباشر " (١) .

ومما يدل على أنهم احتجوا بالقاعدة ، ما جاء في كتاب المبسوط للسرخسي " ...ومعلوم أن المباشر والمتسبب إذا اجتمعا في الإلتاف ، فالضمان على المباشر دون المتسبب " (٢) .

ثانياً :- القاعدة عند المالكية :-

لقد وردت هذه القاعدة عند المالكية في الفروق للقرافي المالكي : " إذا اجتمع من أسباب الضمان سببان كالمباشرة والتسبب من جهتين غلبت المباشرة على التسبب " (٣) .

ومن المسائل التي عللوا الحكم فيها بالقاعدة ما جاء في كتاب التاج والإكليل للمواق : " يجب الضمان على من حفر بئراً في محل عدوانا فتردت فيه بهيمة أو إنسان ، فإن رده غيره فعلى المردي تقديماً للمباشرة على التسبب " (٤) .

(١) - ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص ١٨٧ .

(٢) - السرخسي ، المبسوط ، ج ٢٤ ص ٧٥ .

(٣) - القرافي ، أنوار البروق في أنواع الفروق ، ج ٢ ص ٢٠٨ .

(٤) - المواق ، التاج والإكليل ، ج ٧ ص ٣١٤ .

ثالثاً :- القاعدة عند الشافعية :-

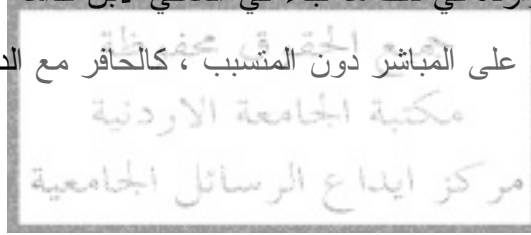
لقد ذكرها السيوطي في كتابه الأشباه والنظائر فقال : " إذا اجتمع السبب أو الغرور والمباشرة ، قدمت المباشرة " (١) .

ومن المسائل التي جاءت على القاعدة " إذا أمسك شخص شخصاً فقتله آخر فالقصاص على القاتل ، تقديماً للمباشرة على السبب " (٢) .

رابعاً :- القاعدة عند الحنابلة :-

فقد نص عليها ابن رجب في قواعده فقال في القاعدة السابعة والعشرين بعد المائة :- " إذا استند إتلاف أموال الأدميين ونفوسهم إلى مباشرة وسبب ، تعلق الضمان بالمباشرة دون السبب " (٣) .

ومن المسائل الواردة في ذلك ما جاء في المغني لابن قدامة : " ... ومتى اجتمع المباشر والمتسبب كان الضمان على المباشر دون المتسبب ، كالحافر مع الدافع " (٤) .



(١) - السيوطي ، الأشباه والنظائر، ج١ ص٣٥٢.

(٢) - الزركشي ، المنثور ، ج١ ص١٣٦ .

(٣) - ابن رجب ، القواعد ، ص٢٨٤ .

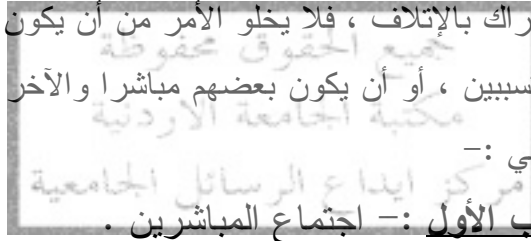
(٤) - ابن قدامة ، المغني ، ج٨ ص٢٧١ .

المبحث الثاني

حالات اجتماع المتلفين

إن الأفعال التي ينتج عنها الإلتلاف سواء كانت مباشرة أم تسببا ، يمكن أن تصدر من شخص واحد على انفراد في المباشرة والتسبب ، كما يمكن أن تصدر من عدة أفراد ، بحيث يقوم كل منهم بفعل مؤثر فيها ، أو يتعاونون على تنفيذها ، وقد بين ابن رجب في كتابه " القواعد " مسؤولية المشتركين في الإلتلاف فقال : " إذا استند إلتلاف أموال الأدميين ونفوسهم إلى مباشرة وسبب ، تعلق الضمان بالمباشرة دون السبب ، إلا إذا كانت المباشرة مبنية على السبب ، وناشئة عنه ، سواء كانت ملجئة أم غير ملجئة ، ثم إن كانت المباشرة والحالة هذه ، لا عدوان فيها بالكلية ، استقل السبب وحده بالضمان ، وإن كان فيها عدوان شاركت السبب في الضمان " (١) .

فإذا حصل الاشتراك بالإلتلاف ، فلا يخلو الأمر من أن يكون المتلفون جميعهم مباشرين ، أو أن يكونوا جميعا متسببين ، أو أن يكون بعضهم مباشرا والآخر متسببا ، ويمكن تفصيل ذلك في مطالب ثلاثة كما يلي :-



المطلب الأول :- اجتماع المباشرين .

المطلب الثاني :- اجتماع المتسببين .

المطلب الثالث :- اجتماع المباشرة مع السبب .

ويمكن النظر في هذه المطالب كالاتي :-

(١) - ابن رجب ، القواعد ، ص ٢٨٤ .

المطلب الأول : أن يكون المتلفون جميعهم مباشرين :-

إذا اشترك جماعة في إتلاف شيء ما من نفس أو مال ، وكانوا جميعا مباشرين ، فإنه يحتمل أن يكون عملهم في الإتلاف من نوع واحد في قوة التأثير أو ضعفه ، أو أن تختلف أعمالهم بين القوة والضعف ، فإذا علم ذلك فإنه يمكن تقسيم هذا المطلب إلى مسألتين على حسب الاختلاف ، أو التساوي في القوة والضعف في الأفعال .

المسألة الأولى : إذا كانت أفعال المباشرين متساوية بالقوة والضعف :-

إذا تعددت أسباب التلف بتعدد المتلفين وكانوا جميعا مباشرين ، ولم تختلف أفعالهم قوة وضعفا في إحداث الضرر ، أو لم يتبين اختلافها في إحداثه ، لزمهم الضمان جميعا على التساوي بينهم ، كجماعة اشتركوا في حمل حجر ، ثم ألقوه على إناء ، فكسروه ، أو على حيوان فنفق ، لأن الضرر قد نتج عن فعل اشتركوا فيه جميعا ، فوجب اشترакهم في تبعته .^(١) وجاء في المغني : " وإن اشترك جماعة في عدوان تلف فيه شيء ، فالضمان عليهم " ^(٢) . وجاء في مواهب الجليل : " إذا اجتمع القوم في الغصب أو السرقة أو الحراة ، فكل واحد منهم ضامن لجميع ما أخذوه ، لأن بعضهم قوي ببعض " ^(٣) . هذا ما يتعلق بالمال ، ومثله ما يتعلق بالنفس ، حيث يجب فيها القصاص على الجميع ، وهو ما يسميه الفقهاء بالتالمؤ ^(٤) .

ولقد جاء في ذلك " فإن لم تتميز الضربات ، بأن تساوت ، أو لم تعلم الأقوى قتل الجميع " ^(٥) .

(١) - انظر : الخفيف ، الضمان ، ص ٩٠ .

(٢) - ابن قدامة ، المغني ، ج ٨ ص ٣٣٢ . وانظر : الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٢ ص ٤٣٨ .

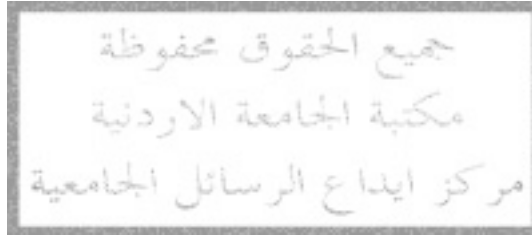
(٣) - الحطاب ، مواهب الجليل ، ج ٨ ص ٤٣٢ .

(٤) - عودة ، التشريع الجنائي ، ج ٢ ، ص ٣٩-٤٠ .

(٥) - الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج ٤ ص ٣٨٤ .

المسألة الثانية : إذا كانت أفعال المباشرين مختلفة في القوة والضعف :-

وإذا تعددت أسباب التلف ، وكانوا جميعا مباشرين ، وتبين لكل واحد منهم مدى تأثير فعله ، فإن كلا منهم يلزم بتحمل تبعه فعله ، وإذا اختلفت الأفعال بالقوة والضعف ، يقدم الفعل الأقوى في التضمين^(١) ، ولقد جاء في ذلك " ... أو قصد كل ضربه بلا قصد قتل فمات ، قدم الأقوى فعلا ، حيث تمايزت أفعالهم ، فيقتل ويقتص ممن جرح أو قطع ، ويؤدب من لم يجرح"^(٢) ، وجاء أيضا " وإن تعدد المباشرة ، ففي الممالة يقتل الجميع ، وإلا قدم الأقوى"^(٣) .



(١) - انظر : الخفيف ، الضمان ، ص ٩٠ .

(٢) - الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج ٤ ص ٣٨٣-٣٨٤ .

(٣) - المواق ، التاج والإكليل ، ج ٨ ص ٣١٠ .

المطلب الثاني :- أن يكونوا جميعا متسببين :-

وإذا وقع إتلاف من جماعة على شيء ما ، وكانوا جميعا متسببين ، كمن حفر بئرا في الطريق العام عدوانا ، فجاء آخرون فوضعوا حجرا على حافة البئر فتعثر به إنسان أو حيوان ، فسقط في البئر وتلف ، فعلى من يكون الضمان ؟ ففي هذه الحالة من اجتماع المتسببين أو ما شابهها ، فإن احتمال صدور الأفعال من أصحابها وتمايزها لا يخرج عن إحدى حالتين ، الأولى :- بأن تتساوى الأفعال بالقوة ، والثانية :- أن تتفاوت هذه الأفعال بالقوة والضعف ، ويمكن تفصيل ذلك في مسألتين كما يلي :-

المسألة الأولى : إذا تساوت أفعال المتسببين بالقوة والضعف :-

وذلك كأن يشترك جماعة في إحداث الضرر ، وكانوا جميعا متسببين ، وكانت أفعالهم متساوية بالقوة والضعف ، ولم يعرف المتقدم منهم من المتأخر في إحداث الضرر أو التسبب به ، فإن الضمان يكون عليهم جميعا ، كما لو اشتركوا في حفر بئر في الطريق ، دون أن يتبين ما حفره كل منهم ، فوقع فيه حيوان فنفق فإن الضمان يكون عليهم جميعا ، لأن الضرر قد تسبب عن فعل ضار ، اشتركوا فيه جميعا ، فوجب اشترآكهم في تبعته^(١) .

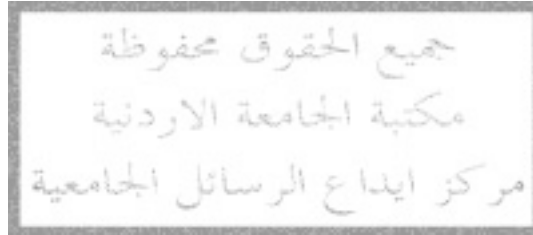
وأما إذا عرف المتقدم منهم من المتأخر ، فإن الضمان يكون على السبب الأسبق في التأثير بالضرر ، وليس الأسبق بالفعل . كمن وضع حجرا في الطريق فتعثر به رجل فوقع في بئر كان قد حفرها آخر ، فالضمان على واضع الحجر ، لأن الوقوع بسبب التعثر ، والتعثر بسبب وضع الحجر ، وإن لم يضعه أحد بأن حملة السيل ، فالضمان على الحافر^(٢) .

(١) - انظر : الخفيف ، الضمان ، ص ٩٠ .

(٢) - ابن قدامة ، المغني ، ج ٨ ص ٣٣٠ . وانظر : الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٦ ص ٣٣٧ .

المسألة الثانية : إذا تفاوتت أفعال المتسببين بالقوة والضعف :-

وذلك كأن يحصل ضرر أو تلف ، وكان ناتجا عن مجموعة أفعال ، من مجموعة متسببين تفاوتت أفعالهم قوة وضعفا ، فإنه يؤخذ بالسبب الأقوى ، دون النظر إلى المتقدم أو المتأخر منها^(١) . ومما ورد فيه : أنه إذا اجتمع مسببان ، كاجتماع حال القيد ، وفتح الباب ، فالضمان على فاتح الباب ، فلو وضع شخص فرسه مقيدا في اصطبله ، فجاء شخصان فحل أحدهما قيد الفرس ، وفتح الآخر باب الاصطبل ، فالضمان على فاتح الباب ، لأن فتح الباب سبب قوي لفرار الحيوان ، وذلك لأن الفرس لا يمكنها الفرار ، ولو رفع القيد ما دام الباب مقفلا ، أما بعد فتح الباب فيمكنها الفرار ولو كانت مربوطة^(٢) .



(١) - انظر : الخفيف ، الضمان ، ص ٩٠ .

(٢) - حيدر ، درر الحكام ، ج ٢ ص ٦١٥ .

المطلب الثالث :- أن يكون بعضهم مباشرا وبعضهم متسببا :-

إذا حصل إتلاف أو ضرر من مجموعة من الأشخاص ، فكان هذا الفعل من بعضهم على سبيل المباشرة ، ومن البعض الآخر على سبيل التسبب ، فعلى من يكون الضمان ؟ ومن هو المقدم في تحمل المسؤولية ؟

لقد عالج الفقهاء هذه الحالة بوضع قاعدة فقهية عامة تضبطها ، وهذه القاعدة هي : " إذا اجتمع المباشر والمتسبب أضيف الحكم إلى المباشر " وقد تقدم أن هذه القاعدة متفق عليها بين المذاهب الفقهية الأربعة ، حيث طبقوا القاعدة على المسائل التي عرضت لهم وواجهتهم ، وبينوا الاستثناءات الواردة عليها ، فقرروا أن الضمان يكون على المباشر وحده إذا غلبت المباشرة السبب ، ويكون ذلك بأن تطرأ المباشرة على السبب ، فتقطع عمله بحيث ينسب التالف إلى المباشرة دون السبب^(١) ، وذلك كمن حفر حفرة في الطريق العام ، فألقى آخر حيوان الغير فتلف في البئر لزم الضمان على الملقى ، وليس على حافر البئر^(٢) ، أي أن الضمان يكون على المباشر دون المتسبب ، لأن المباشرة علة صالحة لإضافة الحكم إليها بانفرادها دون الحاجة إلى غيرها .

وأما إذا غلب السبب المباشرة بأن لم تكن المباشرة عدوانا ، ففي هذه الحالة تكون المسؤولية على المتسبب دون المباشر ، وذلك كقتل المحكوم عليه بالإعدام ، بناء على شهادة الزور ، وكذلك في حال تساوي السبب مع المباشرة ، فإن الضمان يكون بينهما ، لتساوي آثارهما في إحداث الضرر أو في الجريمة ، ففي هذه الحالة يكون كل من المباشر والمتسبب مسؤولا عن نتيجة الفعل كالإكراه على القتل ، والأمر به^(٣) .

وعليه فإن هاتين الحالتين تعتبران من قبيل الاستثناءات الواردة على القاعدة ، والتي سيأتي الحديث عنها فيما بعد بإذن الله تعالى .

(١) - عودة ، التشريع الجنائي ، ج١ ص٤٥٧ .

(٢) - حيدر ، درر الحكام ، ج٢ ص٦١٨ .

(٣) - عودة ، التشريع الجنائي ، ج١ ص٤٥٧-٤٥٨ .

المبحث الثالث

بعض الأمثلة التطبيقية ، والتخريج على القاعدة ، مع الاستثناءات الواردة

أتحدث في هذا المبحث بإذن الله ﷻ عن المجال التطبيقي لقاعدة اجتماع المباشر والمتسبب ، وذلك بذكر بعض الأمثلة التطبيقية المندرجة تحت مضمون القاعدة ، ثم أحاول تخريج بعض المسائل المعاصرة على القاعدة ، وذلك بقياسها على نظيراتها التي ذكرها الفقهاء القدامى ، ثم بعد ذلك أنتقل للحديث عن الاستثناءات الواردة على القاعدة ؛ أي الحالات التي يشترك فيها المباشر مع المتسبب في الضمان ، أو الحالات التي ينفرد فيها المتسبب عن المباشر في الضمان أيضا ، وعليه فإنه يمكن الحديث عن هذه العناصر في مطالب ثلاثة كما يلي :-

المطلب الأول :- بعض الأمثلة التطبيقية الواردة على القاعدة .

المطلب الثاني :- تخريج بعض المسائل المعاصرة على القاعدة .

المطلب الثالث :- بعض الاستثناءات الواردة على القاعدة .

ويمكن النظر في هذه المطالب كالتالي :-
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المطلب الأول :- بعض الأمثلة التطبيقية على القاعدة :-

تقدم أن هذه القاعدة من القواعد المتفق عليها عند الفقهاء ، حيث ذكروها بنصوص مختلفة بعض الشيء ، ولكنها في المضمون سواء ، وقد ذكرت نصوصها عندهم سابقا ، أما الآن فأحاول توضيح اتفاهم على القاعدة ، وذلك من خلال إدراج بعض الأمثلة ، والتطبيقات التي ذكرها فقهاء المذاهب ، وذلك كما يلي :-

١. لو حفر رجل بئرا في الطريق العام بلا إذن ولي الأمر ، فألقى أحد حيوان شخص في تلك البئر ، ضمن الملقى لأنه العلة المؤثرة ، ولم يتخلل بين فعله والتلف فعل فاعل مختار دون حافر البئر ، لأنه وإن كان فعله مفضيا وموصلا إلى التلف ، إلا أن التلف لم يحصل بفعله ، بل تخلل بين فعله والتلف فعل فاعل مختار ، وهو مباشر الإلقاء بلا واسطة ، فكان الضمان عليه^(١).

٢. لا يضمن من دل سارقا على مال إنسان فسرقه ، أو دل آخر على القتل أو قطع الطريق ، أو دل على أي فعل ما ، ففعل المدلول ، فالضمان على السارق والقائل وقاطع الطريق لأنهم مباشرون^(٢) ، وأما إذا ثبت على شخص ، أنه دل على شيء من هذا القبيل ، فإنه لا يحد ولكن لا يعفى من العقوبة .

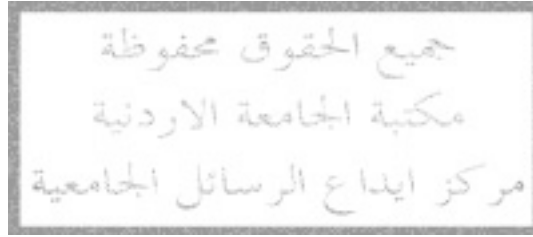
(١) - الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص٤٤٧ . وانظر : السرخسي ، المبسوط ، ج١٧ ص١٣ .
 - حيدر ، درر الحكام ، ج٢ ص٦١٨ ، مادة ٩٢٥ . - المواق ، التاج والإكليل ، ج٧ ص٣١٤ .
 - القرافي ، أنوار البروق ، ج٢ ص٢٠٤ . - الأنصاري ، أسنى المطالب ، ج٨ ص١٢ .
 - الشربيني ، مغني المحتاج ، ج٥ ص٢٢٠ . - ابن قدامة ، المغني ، ج٥ ص١٧٥ . - ابن رجب ، القواعد ، ص٢٨٤ .

(٢) - البابرتي ، العناية شرح الهداية ، ج٣ ص٧١ . - البخاري ، عبد العزيز بن أحمد بن محمد ، كشف الأسرار ، دار الكتاب الإسلامي ، ج٤ ص١٨٠ . - المواق ، التاج والإكليل ، ج٤ ص٢٥٨-٢٥٩ .
 - الأنصاري ، أسنى المطالب ، ج٣ ص٢٧٦ . - المرادوي ، الإنصاف ، ج٣ ص٣٣٨ .

٣. لو دفع سكيناً إلى صبي مميّز ليمسكها له ، فقتل الصبي بها نفسه ، فلا ضمان على الدافع المتسبب ، لأنه تخلل بين فعله والتلف فعل فاعل مختار وهو الصبي ، لأنه ضرب نفسه باختياريه ، فلو لم يحصل باختياريه بأن وقعت السكين من يد الصبي فجرحته ، كان الضمان على الدافع^(١) .

٤. ولو أكل مالك الطعام طعامه المغصوب جاهلاً به ، فلا ضمان على الغاصب ، وكذا لو قدمه الغاصب للمالك على أنه ضيافة فأكله ، فإن الغاصب يبرأ^(٢) .

٥. لو فتح أحد باب دار آخر وفك فرسه من قيوده ، فجاء لص وسرق الفرس فالضمان على السارق^(٣) .



(١) - الزحيلي ، القواعد الفقهية ، ص ٤٢٥ . — وانظر : التفزازي ، مسعود بن عمر ، شرح التلويح على

التوضيح ، مكتبة صبيح-مصر ، ج ٢ ص ٢٧٧ . — ابن غانم ، مجمع الضمانات ، ص ١٨٨ . —

الحموي ، غمز عيون البصائر ، ص ٣٢٧ . — ابن مفلح ، الفروع ، ج ٩ ص ٣٦٣ .

(٢) - السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج ١ ص ٣٥٢ . — الأنصاري ، أسنى المطالب ، ج ٥ ص ٤٤٠ .

(٣) - حيدر ، درر الحكام ، ج ١ ص ٩١ .

المطلب الثاني :- تخريج بعض المسائل المعاصرة على القاعدة :-

إن هذه القاعد من القواعد المتفق عليها عند الفقهاء ، وتعتبر من أهم القواعد التي تضبط العلاقة بين المباشر والمتسبب ، وكذلك فإنها تحتل جانبا كبيرا في هذا المجال أيضا ، وعليه فالعمل بها يبدأ من لدن الفقهاء القدامى ، وتابع في ذلك المحدثون بالسير على خطى الأوائل عن طريق التفريع والتخريج على القاعدة ، ونحن الآن نخصص هذا المقام لذكر بعض المسائل المعاصرة الداخلة تحت القاعدة ، وذلك كما يلي :-

١. حفرت شركة مقاولات حفرة لتمديدات الكهرباء ، بناء على إذن مسبق ، أو أن عملها كان للمصلحة العامة ، ووضعت العلامات الإرشادية للتنبيه ، ولوجوب الانحراف عن مكان الحفرة ، وجاء شخص يقود سيارة فوق وقع فيها دون الانتباه لوجود إشارات التنبيه ، فالضمان على السائق لأنه مباشر ، وقد أخلت الشركة مسؤوليتها بوضعها لإشارات الإرشاد ، والتحذير من الوقوع في الخطر^(١) .

٢. دل رجل آخر على بنك من البنوك يصدر بطاقات ائتمان ، فذهب إلى البنك وحصل على بطاقة ائتمان ، وقرأ نشرة الإصدار ، وما يترتب عليه من فوائد في حال عدم السداد ، ثم استخدم البطاقة واحتسبت عليه فوائد ، فيكون الشخص الآخر هو المسؤول لأنه المباشر رغم أن الشخص الأول هو الذي دله على البنك^(٢) .

٣. وكذلك من ألقى شخصا في ماء بقصد إغراقه فخنقه آخر كان يسبح في الماء ، وكمن ألقى بإنسان من شاهق فأطلق عليه آخر عيارا ناريا فقتله قبل وصوله إلى الأرض ، فالمسؤول عن القتل في هذه الصور ، هو المباشر وعليه وحده القصاص ، وأما المتسبب فيعزر على فعله فقط ولا يحاسب عن نتيجته وهي الموت^(٣) .

٤. إذا أراد شخص أن يعبر الشارع ، فأشار له سائق إحدى السيارات بالعبور ، فصدمته سيارة أخرى مما أدى إلى إصابته بجروح أو موته ، فالضمان على السائق الثاني لأنه مباشر .

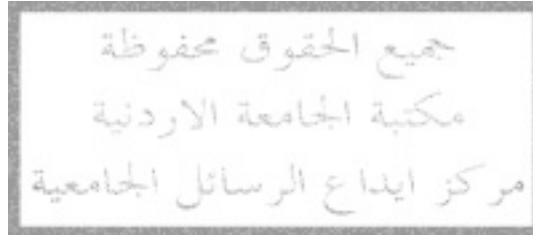
(١) - كامل ، عمر عبد الله ، القواعد الفقهية الكبرى وأثرها في المعاملات المالية ، دار الكتبي ، الطبعة الأولى

١٤٢١هـ-٢٠٠٠م ، ج١ ص٥١٧ .

(٢) - كامل ، القواعد الفقهية الكبرى ، ج١ ص٥١٧ .

(٣) - عودة ، التشريع الجنائي ، ج١ ص٤٥٧ .

٥. دل شخص آخر على مشتر ليبيعه سيارته ، فاتفقا على كل ما يتعلق بالبيع دون تدخل من الشخص الأول ، ثم تنصل المشتري من الاتفاق فيما بعد ، ولم يدفع كامل الثمن المتفق عليه ، فلا ضمان عندها على الدال لأنه متسبب مع وجود المباشر .
٦. وضع الطبيب المسؤول عن الأدوية في المستشفى حقنة سامة في مكان ظاهر ، فجاء الممرض وأخذها فحقنها للمريض ظنا منه أنها الحقنة المطلوبة ، مما أدى إلى وفاة المريض فالضمان عندها على الممرض ، لأنه مباشر ، وقد اجتمع مع الطبيب المتسبب بالإهمال .
٧. أوقف سائق سيارته في منحدر دون أن يحكم إغلاق أبوابها ، فجاء صبي فركبها وقادها فأتلف بها أموالا للغير وأتلفها ، فالضمان على الصبي في ماله لأنه مباشر .



المطلب الثالث :- بعض الاستثناءات الواردة على القاعدة :-

إن الأصل في ترتيب الضمان عند اجتماع المباشر والمتسبب هو تضمين المباشر ، وهذا على حسب القاعدة العامة في اجتماع المباشرة مع السبب وهذا مأخوذ به عند الفقهاء عامة ، ولكن هذا الأصل قد ينخرم في بعض الأحيان ، وهو ما يعبر عنه بالاستثناءات الواردة على قاعدة تقديم المباشرة على السبب ، وبناء عليه فإن الضمان في الحالات المستثناة يمكن أن يكون على المتسبب وحده ، أو على المتسبب والمباشر معا ، وفقا لتأثير عمل كل منهما في النتيجة ، وقوة ذلك العمل ، ومن هنا يمكن توضيح هذه الاستثناءات كما يلي :-

أولا :- ترتيب الضمان على المتسبب وحده :-

قد يجتمع المباشر مع المتسبب في إتلاف شيء ما ويكون الضمان فيها على المتسبب وحده ، وذلك إذا كان عمل المتسبب هو الأكبر تأثيرا في إحداث الضرر ، ويكون ذلك في حال تكون المباشرة فيها مبنية على السبب ، ومتولدة منه سواء كانت ملجئة إليه أم غير ملجئة ، أو أن تكون المباشرة لا عدوان فيها بالكلية ، أو تعذر تضمين المباشر ، لكونه ليس من أهل الضمان ، أو لأنه غير موجود أو غير معروف^(١) . ومما يدل على ذلك ما جاء في كتاب " القواعد " لابن رجب " إذا كانت المباشرة مبنية على السبب وناشئة عنه ، سواء كانت ملجئة إليه أو غير ملجئة ، ثم إن كانت المباشرة والحالة هذه لا عدوان فيها بالكلية استقل السبب وحده بالضمان "^(٢) .

(١) - انظر : الزحيلي ، نظرية الضمان ، ص ١٩١ .

(٢) - ابن رجب ، القواعد ، ص ٢٨٤ .

ففي مثل هذه الأحوال يكون الضمان على المتسبب وحده دون المباشر ، أي أنه يتم تقديم المتسبب على المباشر في الضمان ، ومن الأمثلة على ذلك :-

١. إذا رجع الشهود عن شهادتهم بعد أن حكم الحاكم بمقتضاها ، فإن الضمان عندها يكون على الشهود المتسببين وليس على الحاكم المباشر ، مع أنه بمقتضى القاعدة يكون الضمان على الحاكم دون الشهود ، وهو ما أخذ به الإمام الشافعي تمسكا بالقاعدة ، فلا ضمان على الشهود إذا رجعوا عن الشهادة عنده ، إلا إذا شهدوا على رجل أنه أعتق عبده ثم رجعوا عن الشهادة بذلك ، ففي هذه الحالة يوجب على الشهود تعويض قيمة العبد لأنهم أتلّفوه ، فلزمهم الضمان كما لو قتلوه ، ووجه الضمان في هذه المسألة هو أن الحاكم كان مجبرا على الحكم بعد أداء الشهود الشهادة وتحققه من عدالتهم . ويأثم فيما لو امتنع عنه ، فهو بمنزلة المكره على الحكم ، والشهود هم المكرهون له على ذلك ، ولو وجب الضمان على الحاكم لامتنع الناس عن تقلد القضاء ، وفي ذلك ما فيه من اختلال الأمور ، وعليه فقد ترتب الضمان على الشهود ، وهم متسببون دون الحاكم المباشر^(١) .

٢. لو أن رجلا دفع إلى صبي سكيناً فوقع عليها فجرحته لكان الضمان على الدافع^(٢) .

٣. إذا سار الرجل على دابة في الطريق فنخسها رجل آخر أو ضربها ، فنفتحت برجلها رجلا فقتلته كان ضمان ذلك على الناحس دون الراكب ، إلا إذا كان النخس بإذن الراكب ، فهما عندهما في الضمان سواء^(٣) .

٤. إذا دفع شخص آخر فوقع على زجاج الخزاف وقدوره فانكسرت ، أو وقع على شخص فقتله أو على مال فأتلّفه ، كان الضمان على الدافع إذا حصل الضرر بقوة الدفع^(٤) .

(١) - انظر : ابن غانم ، مجمع الضمانات ، ص ٣٥٩ . - حيدر ، درر الحكام ، ج ١ ص ٩٢ . - القرافي ، أنوار البروق ، ج ٢ ص ٢٠٨ . - الشيرازي ، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف ، المهذب ، دار الفكر - بيروت ، ج ٢ ص ٣٤١ .

(٢) - ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص ١٨٧ .

(٣) - انظر : السرخسي ، المبسوط ، ج ٢٧ ص ٥ .

(٤) - انظر : ابن غانم ، مجمع الضمانات ، ص ١٤٩ .

ثانياً :- اشتراك المباشر والمتسبب في الضمان :-

هناك حالات يجتمع فيها المباشر مع المتسبب ، ويكون الضمان عليهما جميعاً ، لا على المباشر وحده ، وذلك إذا كان السبب مساوياً للمباشرة ؛ أي أنه لكل واحد منهما تأثير واضح في حصول الضرر بالقوة نفسها ، بحيث لو انفرد كل منهما لكان له تأثير مساو لتأثير الآخر ، أو أن تكون المباشرة التي فيها عدوان مبنية على السبب^(١) .

ويدل على هذا ما ورد عند الفقهاء حيث جاء في البحر الرائق " إن المتسبب لا يضمن مع المباشر إلا إذا كان السبب شيئاً لا يعمل بانفراده في الإلتلاف ، كالحفر مع الإلقاء ، فإن الحفر لا يعمل شيئاً بدون الإلقاء ، وأما إذا كان السبب يعمل بانفراده في الإلتلاف فيشتركان^(٢) .

وجاء في أنوار البروق " ... أن تكون المباشرة مغمورة كقتل المكره ، فإن القصاص يجب عليهما ولا تُغلب المباشرة لقوة السبب^(٣) .

ومن الأمثلة على مثل هذه الأحوال :-

١. إذا اجتمع على قيادة الدابة سائق وراكب ، فالضمان عليهما لأن سوق الدابة وحده يؤدي إلى التلف ، وإن لم يكن هناك شخص راكب عليها^(٤) .

٢. إذا مشى رجل في الطريق ، فوقع على صبي ، ووقع الصبي على طفل فقتله أو على متاع فأفسده ، ضمن الرجل والصبي الدية ، أو قيمة المال^(٥) .

٣. إذا نخس رجل الدابة بأمر ركبها ، فوطئت إنساناً فمات ، فإن الضمان يكون على الاثنين لأن الناحس بمنزلة السائق ، فإن فعل ذلك في مكان مأذون فيه كالطريق العام أو في موضع أذن فيه بالوقوف ، فنفتحت برجلها إنساناً فقتلته ، فلا ضمان على أحد لأنه فعل فعلاً يملكه الراكب ، ولو فعله الراكب لا يضمن ما أصابت الدابة برجلها^(٦) .

(١) - انظر ، بوساق ، التعويض عن الضرر ، ص ٨٠ .

(٢) - ابن نجيم ، البحر الرائق ، ج ٩ ص ١٨٥ . — وانظر : ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، ج ٦ ص ٦٤٥ .

(٣) - القرافي ، أنوار البروق ، ج ٢ ص ٢٠٨ .

(٤) - انظر : الزيلعي ، تبين الحقائق ، ج ٦ ص ١٥٠ . — الزحيلي ، نظرية الضمان ، ص ١٩٣ .

(٥) - انظر : بوساق ، التعويض عن الضرر ، ص ٨٠ .

(٦) - انظر : الزيلعي ، تبين الحقائق ، ج ٦ ص ١٥٠ . — الزحيلي ، نظرية الضمان ، ص ١٩٣ .

الفصل الخامس

قاعدة " يضاف الفعل إلى الفاعل ، لا إلى الأمر ما لم يكن مجبراً "

أعرض في هذا الفصل بإذن الله عز وجل لقاعدة الأمر بالتصرف ، أو الأمر بالقيام بأي عمل كان ، ويأتي حديثي هنا في هذا الموضوع تبعا للحديث السابق في قواعد المباشرة والتسبب ، حيث أفردت كلا من قاعدتي المباشر والمتسبب ، حال الانفراد في وجوب الضمان بالبحث على حدة ، ثم بحثت في اجتماعهما ، وحالات الاجتماع ، وعلى من يكون الضمان في كل حالة ، وتكمن صلة هذه القاعدة بالقواعد السابقة أي بوصفها قواعد للمباشرة والتسبب بأن الأمر هو السبب في حصول الفعل والفاعل هو العلة المباشرة لذلك الفعل .

وعليه فسأبحث في هذا الفصل هذه القاعدة من نواح عدة في مباحث ثلاثة ، كما يأتي :-

المبحث الأول :- المعنى الإجمالي للقاعدة ومفرداتها وأحكامها .

المبحث الثاني :- بعض الأمثلة التطبيقية على القاعدة مع التخريج عليها .

المبحث الثالث :- بعض الاستثناءات الواردة على القاعدة .

المبحث الأول

المعنى الإجمالي للقاعدة ومفرداتها وأحكامها

أتحدث في هذا المقام عن القاعدة من حيث ؛ المعنى الإجمالي لها ، والمفردات وأحكامها ، بحيث أحاول حصر المعنى الإجمالي العام للقاعدة ، ثم أوضح ما هو بحاجة إلى التوضيح من المفردات المكونة للقاعدة ، كل على حدة ، وإظهار الحكم المستخلص منها ، ويمكن توضيح ذلك في مطلبين رئيسيين كما يلي :-

المطلب الأول :- المعنى الإجمالي للقاعدة .

المطلب الثاني :- مفردات القاعدة وأحكامها .

ويمكن النظر في هذين المطلبين على النحو التالي :-

المطلب الأول :- المعنى الإجمالي للقاعدة^(١) :-

إذا اجتمع على إتلاف شيء ما شخصان ، أحدهما فاعل متلف والآخر أمر لهذا الفاعل ، فإن حكم الفعل في هذه الحالة ينسب إلى الفاعل إذا كان حراً بالغاً عاقلاً ، لأنه هو علة الفعل ، ولا ينسب حكم الفعل إلى الأمر لأن هذا الأمر باطل بناء على القاعدة " الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل " ، ولذا فإنه عند اجتماع العلة ، وهو الفاعل مع السبب ، وهو الأمر فإن حكم الفعل ينسب إلى العلة لا إلى السبب ، لأن الأصل في المعلومات أن تنسب إلى عللها لأنها المؤثرة فيها ، لا إلى أسبابها لأنها الموصلة إليها في الجملة .

وهذا لا يكون على إطلاقه ، بل هو مشروط بكون الفاعل غير مجبر ، أو مكره على القيام بهذا العمل ، إكراهه ملجئاً ترتفع معه المسؤولية عن الفاعل المكره لتلقى على الأمر المكره ، لأن الفاعل بالإكراه أصبح كالآلة في يد المكره .

وبناء عليه يمكن التفريق بين مجرد الأمر وبين الإكراه ، بأنه في حالة الأمر ينسب حكم الفعل إلى الفاعل لا إلى الأمر ، وأما في حال الإكراه المعتبر فإن حكم الفعل ينسب إلى المكره لا إلى المكره .

(١) - انظر : الحريري ، المدخل إلى القواعد الفقهية الكلية ، ص ١٥٣-١٥٤ . — الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص ٤٤٣ . — الزحيلي ، القواعد الفقهية ، ص ٥١٥-٥١٦ . — الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ص ١٠٤٢-١٠٤٣ . — زيدان ، الوجيز في شرح القواعد الفقهية ، ص ١٥٨ .

المطلب الثاني :- مفردات القاعدة وأحكامها :-

أبحث في هذا المطلب في معاني المفردات التي تركبت منها القاعدة ، وذلك من حيث المقصود بإضافة الفعل إلى الفاعل ، ثم أبحث في معنى الأمر ، وشروط تضمين الأمر ، ثم أخيرا أبحث في الإكراه ، من حيث المعنى ، ومتى يكون معتبرا ، ومتى لا يكون ، وذلك في ثلاثة فروع كما يلي :-

الفرع الأول :- المقصود بإضافة الفعل :-

إن الشريعة الإسلامية المطهرة لم تبحث في أفعال المكلفين من حيث ذواتها وشكلها ، ولكنها تبحث هذه الأفعال من حيث حكمها ، في الأحكام التكليفية الخمسة المتعلقة بأفعال المكلفين خاصة ، دون أفعال غيرهم ، وإضافة الفعل إلى الفاعل هي نسبة حكم ذلك الفعل إلى فاعله الذي هو علة الفعل ، والذي ينظر في أحكام أفعال المكلفين خاصة ويظهرها ، ويطلع المكلفين عليها هو الفقيه^(١) .

وإضافة حكم الفعل تكون إلى فاعله ، لا إلى الأمر به إذا لم يكن الأمر صحيحا ، وذلك بأن يكون للأمر ولاية على المأمور ، وأن يكون الفعل المأمور به جائز الفعل على ما سيأتي تفصيله ، أو أن يكون الشيء المتصرف فيه ملكا للأمر للقاعدة الفقهية التي تنص على أن " الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل " أي أن من أمر غيره بالتصرف في غير ملكه فهذا الأمر لا حكم له بالنسبة للأمر إذا كان المأمور عاقلا بالغاً غير مجبر على الفعل ، وتكون العهدة فيه حينئذ على المأمور المتصرف ، لأنه العلة المؤثرة والأمر سبب ، والأصل في الأحكام أن تضاف إلى العلة المؤثرة ، لا إلى الأسباب المفضية الموصلة^(٢) .

(١) - انظر : الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص٤٤٣ . — الزحيلي ، القواعد الفقهية ، ص٥١٥ . —

زيدان ، عبد الكريم ، الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية ، مؤسسة الرسالة ، الطبعة الأولى (١٤٢٢هـ-٢٠٠١م) ، ص١٥٨ .

(٢) - الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص٤٤٣ .

الفرع الثاني :- معنى الأمر :-

أولاً : تعريف الأمر :-

أ. الأمر في اللغة^(١) :- الأمر نقيض النهي ، ويطلق في اللغة على معان عدة ، منها :-

١. الحال والشأن :- وجمعه أمور ومصدره أمر ، فيقال : أمر فلان مستقيم ، وأموره

مستقيمة ، وأمرته ، إذا كلفته أن يفعل شيئاً ، والأمر لفظ عام للأفعال والأقوال كلها ،

ومنه قوله تعالى : ﴿ وَمَا أَمْرٌ فِرْعَوْنَ بِرَشِيدٍ ﴾^(٢) وقوله ﷺ : ﴿ لَيْسَ لَكَ مِنَ الْأَمْرِ شَيْءٌ ﴾^(٣).

٢. الإبداع :- حيث يقال للإبداع أمر ، نحو قول الله ﷻ : ﴿ أَلَا لَهُ الْخَلْقُ وَالْأَمْرُ ﴾^(٤)

تَبَارَكَ اللَّهُ رَبُّ الْعَالَمِينَ ﴾^(٥) ، ويختص ذلك بالله تعالى دون الخلائق ، وقد حمل على

ذلك قوله تعالى : ﴿ وَأَوْحَىٰ فِي كُلِّ سَمَاءٍ أَمْرَهَا ﴾^(٦) ، وقوله ﷻ : ﴿ وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ

الرُّوحِ قُلِ الرُّوحُ مِنْ أَمْرِ رَبِّي وَمَا أُوتِيتُمْ مِنَ الْعِلْمِ إِلَّا قَلِيلًا ﴾^(٧) ، أي إبداعه .

(١) - الراغب الأصفهاني ، مفردات ألفاظ القرآن ، ص ٨٨ . - ابن منظور ، لسان العرب ، ج ٤ ص

٢٦-٢٧ . - الفيومي ، المصباح المنير ، ج ١ ص ٢١ . - الرازي ، مختار الصحاح ، ص ١٠ .

(٢) - سورة هود: من الآية ٩٧ .

(٣) - سورة آل عمران: من الآية ١٢٨ .

(٤) - سورة لأعراف: من الآية ٥٤ .

(٥) - سورة فصلت: من الآية ١٢ .

(٦) - سورة الإسراء: ٨٥ .

٣. **الطلب** :- ويأتي الأمر بمعنى الطلب ، ويجمع على أوامر ، ومنه قوله تعالى : ﴿

وَأْمُرْ أَهْلَكَ بِالصَّلَاةِ وَاصْطَبِرْ عَلَيْهَا ۖ ﴿١﴾ ، ومنه أولو الأمر ، أي الذين يملكون التصرف

في أمور الناس ، وهم والعلماء الرؤساء ، وهو المعنى المراد في هذا المقام .

٤. **الوعد** :- ويأتي الأمر بمعنى الوعد ، ولقد جاء في محكم التنزيل : ﴿

فَلَا تَسْتَعْجِلُوهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى عَمَّا يُشْرِكُونَ ۖ ﴿١﴾ .

ب. الأمر في الاصطلاح :-

ولقد جاء في تعريف الأمر بأنه الأمر هو : القول المقتضي طاعة المأمور بفعل المأمور به^(٣) .

وجاء أن الأمر هو : طلب الفعل بالقول على وجه الاستعلاء^(٤) .

وجاء في التعريفات أن الأمر هو : قول القائل لمن دونه افعل^(٥) ، وهذا يدل على أن الأمر إنما يصدر ممن هو في موقع يسمح له بالتصرف ، ويكون على سبيل الاستعلاء من الأمر على المأمور ، وإذا عُرف هذا فإن للأمر أحوال تكون معها المسؤولية على الأمر ، وأحوال أخرى تكون فيها على المأمور وهو الأصل ، وسيأتي الحديث عنها لاحقاً إن شاء الله^(٦) .

(١) - سورة طه: من الآية ١٣٢ .

(٢) - سورة النحل: ١ .

(٣) - الغزالي ، المستصفى ، ج١ ص٢٥٣ .

(٤) - الموسوعة الفقهية ، ج٢٤ ص٩٥ .

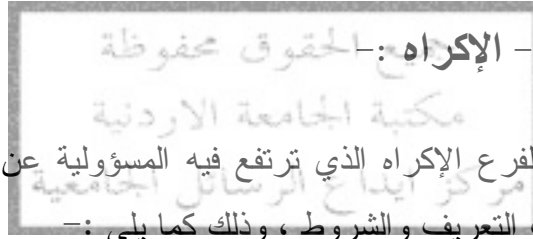
(٥) - الجرجاني ، التعريفات ، ج١ ص٥٣ .

(٦) - انظر : ص٥٨-٦١ من الرسالة .

ثانياً :- شروط تضمين الأمر :-

يشترط في الأمر حتى يكون صحيحاً يترتب من خلاله الضمان على الأمر دون المأمور شروط ، كما يلي :-

١. أن يكون الفعل المأمور به جائزاً ، فلو لم يكن جائزاً فعليه ضمن الفاعل لا الأمر ، فلو أمر شخص غيره بتخريق ثوب ثالث ضمن المخرق لا الأمر .
٢. أن تكون للأمر ولاية على المأمور ، فإن لم يكن له ولاية عليه لم يصح الأمر ، وفي كل موضع لم يصح الأمر كان الضمان على المأمور ، ولم يضمن الأمر ، ويكون الأمر صحيحاً بالشرطين السابقين ، ومتى صح الأمر كان الضمان على الأمر لا على المأمور^(١) .



أبحث في هذا الفرع الإكراه الذي ترتفع فيه المسؤولية عن المأمور ، وتضاف به إلى الأمر ، وذلك من حيث التعريف والشروط ، وذلك كما يلي :-

١. تعريف الإكراه :-

الإكراه في اللغة من أكره أو كره ، ويدل على البغض ، وعدم الرضى ، وهو حمل الإنسان على أمر وهو كارهه ، ومنه قوله تعالى : ﴿ مَن كَفَرَ بِاللَّهِ مِن بَعْدِ إِيْمَانِهِ إِلاَّ

مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيْمَانِ ﴾^(٢)^(٣) .

(١) - الموسوعة الفقهية ، ج ٢٨ ص ٢٩٥-٢٩٦ .

(٢) - سورة النحل: من الآية ١٠٦ .

(٣) - انظر : الفراهيدي ، العين ، ج ٣ ص ٣٧٦ . — الراغب الأصفهاني ، مفردات ألفاظ القرآن ، ص

والإكراه في الاصطلاح :- اسم لفعل يفعله المرء بغيره ، فينتفي به رضاه ، أو يفسد به اختياره من غير أن تتعدم به الأهلية ، أو يسقط عنه الخطاب ، لأن المكره مبتلى ، والابتلاء يقرر الخطاب^(١) هذا عند الحنفية ، وعند المالكية : حد الإكراه ما فعل بالإنسان مما يضره أو يؤلمه^(٢) ، وأما عند الشافعي : أن يغلب بغير فعل منه^(٣) .

٢. أقسام الإكراه^(٤) :-

قسم الحنفية الإكراه إلى قسمين^(٥) :-

الأول :- الإكراه الملجئ :- وهو الذي لا يبقى للشخص معه قدرة ، ولا اختيار ، كالإلقاء من شاهق ونحو ذلك من كل ما يتلف النفس ، أو أي عضو من أعضائها ، وحكمه : أنه يعدم الرضا^(٦) ويفسد الاختيار^(٧) .

الثاني :- الإكراه غير الملجئ :- هو التهديد بما لا يتلف النفس أو العضو ، كالإكراه بالقيد أو الحبس مدة ، أو الضرب الذي لا يخاف على نفسه به التلف ، وحكمه أنه يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار .

أما غير الحنفية فلم يقسموا الإكراه إلى ملجئ وغير ملجئ كما فعل الحنفية ، ولكنهم تكلموا عما يتحقق به الإكراه وما لا يتحقق به ، ومما قرروه في هذا الموضوع يؤخذ أنهم جميعا

(١) - السرخسي ، المبسوط ، ج٤ ص٢٤٠ .

(٢) - المواق ، التاج والإكليل ، ج٤ ص٤٥ .

(٣) - الشافعي ، الأم ، ج٨ ص١٧٥ .

(٤) - انظر : الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٦ ص١٨٤-٢٠٨ . المواق ، التاج والإكليل ، ج٨ ص

٣٠٧ ، ص٤٣٤ . الشافعي ، الأم ، ج٤ ص٤٩٦-٤٩٨ . السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج١

ص٤٤٠-٤٤١ . ابن مفلح ، الفروع ، ج٩ ص٣٦٣ ، ج١٠ ص٦١ . الزحيلي ، أصول الفقه

، ج١ ص١٨٦-١٩٤ . الموسوعة الفقهية ، ج٦ ص٩٨-١١٢ .

(٥) - انظر : الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٦ ص١٨٤-٢٠٨ .

(٦) - الرضا هو : الارتياح إلى فعل الشيء والرغبة به ، أو إثارة الشيء واستحسانه .

(٧) - الاختيار هو : ترجيح فعل الشيء على تركه أو العكس ، أو هو : القصد إلى الشيء وإرادته .

يقولون بما سماه الحنفية إكراها ملجئاً ، أما ما يسمى بالإكراه غير الملجئ فإنهم يختلفون في اعتباره إكراها وفي عدم اعتباره^(١).

. أثر الإكراه :- هذا الأثر موضع خلاف بين الحنفية وغير الحنفية ، وهو على النحو الآتي^(٢) :-

أثر الإكراه عند الحنفية^(٣) :- يختلف أثر الإكراه عند الحنفية باختلاف القول أو الفعل الذي يقع الإكراه عليه .

الأقوال :-

١ . فإن كان المكره عليه من الإقرارات ، كان أثر الإكراه يبطل الإقرار وإلغاؤه ، سواء كان الإكراه ملجئاً أم غير ملجئ .

٢ . وإن كان المكره عليه من العقود والتصرفات الشرعية ، كالبيع ، والإجارة ، والرهن ونحوها ، كان أثر الإكراه فيها إفسادها لا إبطالها ، فيترتب عليها ما يترتب على العقد الفاسد ، أنه ينقلب صحيحاً لازماً بإجازة المكره . وحجتهم في ذلك أن الإكراه عندهم لا يعدم الاختيار ، وإنما يعدم الرضى ، والرضى ليس ركناً من أركان هذه التصرفات ، ولا شرطاً من شروط انعقادها ، وإنما هو شرط من شروط صحتها ، فإذا فقد ترتب على فقدانه فساد العقد لا بطلانه . ولكنهم استثنوا من ذلك بعض التصرفات ، فقالوا بصحتها مع الإكراه ، ولو كان ملجئاً ، ومن هذه التصرفات :- الزواج ، والطلاق ، ومراجعة الزوجة ، والنذر ، واليمين . وعللوا هذا بأن الشارع اعتبر اللفظ في هذه التصرفات - عند القصد إليه - قائماً مقام إرادة معناه ، فإذا وجد اللفظ ترتب عليه أثره الشرعي ، وإن لم يكن لقائله قصد إلى معناه ، كما في الهازل ، فإن الشارع اعتبر هذه التصرفات صحيحة إذا صدرت منه ، مع انعدام قصده إليها ، وعدم رضاه بما يترتب عليها من الآثار .

(١) -انظر : المواق ، التاج والإكليل ، ج ٨ ص ٣٠٧ ، ص ٤٣٤ . - الشافعي ، الأم ، ج ٤ ص ٤٩٦ - ٤٩٨ . - السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج ١ ص ٤٤٠-٤٤١ . - ابن مفلح ، الفروع ، ج ٩ ص ٣٦٣ ، ج ١٠ ص ٦١ . - الزحيلي ، أصول الفقه ، ج ١ ص ١٨٦-١٩٤ . - الموسوعة الفقهية ، ج ٦ ص ٩٨-١١٢ .

(٢) -انظر : الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٦ ص ١٨٤-٢٠٨ . - المواق ، التاج والإكليل ، ج ٨ ص ٣٠٧ ، ص ٤٣٤ . - الشافعي ، الأم ، ج ٤ ص ٤٩٦-٤٩٨ . - السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج ١ ص ٤٤٠-٤٤١ . - ابن مفلح ، الفروع ، ج ٩ ص ٣٦٣ ، ج ١٠ ص ٦١ . - أصول الفقه ، ج ١ ص ١٨٦-١٩٤ . - الموسوعة الفقهية ، ج ٦ ص ٩٨-١١٢ .

(٣) -انظر : الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٦ ص ١٨٤-٢٠٨ .

الأفعال :- وإن كان المكره عليه من الأفعال ، كالإكراه على قتل من لا يحل قتله ، أو إتلاف مال لغيره ، أو شرب الخمر ، وما أشبه ذلك ، فالحكم فيها يختلف باختلاف نوع الإكراه والفعل المكره عليه - فإن كان الإكراه غير ملجئ - فلا يحل الإقدام على الفعل .

وعليه فالأفعال بالنسبة إليه أربعة أنواع :-

أ - أفعال أباحها الشارع أصالة دون إكراه كالأكل ، فإنه إذا أكره على ارتكابها ، وجب على المكره أن يرتكب أخف الضررين .

ب - أفعال أباح الشارع إتيانها عند الضرورة ، كشرب الخمر وأكل لحم الميتة ، وغير ذلك من كل ما حرم لحق الله لا لحق الآدمي . فالعقل - مع الشرع - يوجب ارتكاب أخف الضررين ، فهذه يباح للمكره فعلها ، بل يجب عليه الإتيان بها ، إذا ترتب على امتناعه قتل نفسه ، أو تلف عضو من أعضائه ، لأن الله تعالى أباحها عند الضرورة ، ولا شك أن الإكراه الملجئ من الضرورة التي رفع الله الإثم فيها ، فيباح الفعل عند تحققها . وتناول المباح دفعا للهلاك عن النفس ، أو بعض أجزائها ، واجب . فلا يجوز تركه ، ولو شرب الخمر مكرها لم يحد ، لأنه لا جنابة حينئذ ، والحد إنما شرع زجراً عن الجنایات .

ج - أفعال رخص الشارع في فعلها عند الضرورة ، إلا أنه لو صبر المكره على تحمل الأذى ، ولم يفعلها حتى مات ، كان مثاباً من الله تعالى ، وذلك كالكفر بالله تعالى أو الاستخفاف بالدين ، فإذا أكره الإنسان على الإتيان بشيء من ذلك جاز له الفعل متى كان قلبه مطمئناً بالإيمان .

د - أفعال لا يحل للمكره الإقدام عليها بحال من الأحوال ، كقتل النفس بغير حق ، أو قطع عضو من أعضائها ، أو الضرب الذي يؤدي إلى الهلاك ، فهذه الأفعال لا يجوز للمكره الإقدام عليها ، ولو كان في امتناعه عنها ضياع نفسه ، لأن نفس الغير معصومة كنفس المكره ، ولا يجوز للإنسان أن يدفع الضرر عن نفسه بإيقاعه على غيره ، فإن فعل كان أثماً ، ووجب عقاب الحامل له على هذا الفعل ، ومن هذا النوع أيضاً : الزنى ، فإنه لا يرخص فيه مع الإكراه ، كما لا يرخص فيه حالة الاختيار ، لأن حرمة الزنى لا ترتفع بحال من الأحوال ، فإذا فعله إنسان تحت تأثير الإكراه كان أثماً ، ولكن لا يجب عليه الحد ، لأن الإكراه يعتبر شبهة ، والحدود تدرأ بالشبهات .

أثر الإكراه عند المالكية^(١) :- يختلف أثر الإكراه عندهم باختلاف المكره عليه :-

(١) - انظر : المواق ، التاج والإكليل ، ج ٨ ص ٣٠٧ ، ص ٤٣٤ .

أ - فإن كان المكره عليه عقداً ، أو فسخاً ، أو إقراراً ، أو يمينا ، لم يلزم المكره شيء ، ويكون الإكراه في ذلك بالتهويل بقتل أو ضرب مؤلم ، أو سجن ، أو قيد ، أو صفع لذي مروءة على ملام من الناس . وإن أجاز المكره شيئاً مما أكره عليه - غير النكاح - طائعا بعد زوال الإكراه لزم ، وأما النكاح فلا تصح إجازته .

ب - وإن كان الإكراه على الكفر بأي صورة من صورته ، أو القذف بالزنى ، أو الزنى بامرأة طائفة خلية^(١) ، فلا يحل له الإقدام على شيء من هذه الأشياء إلا في حالة التهديد بالقتل ، لا فيما دونه من قطع أو سجن ونحوه ، فإن فعل ذلك اعتبر مرتداً ، ويحد في قذف المسلم ، وفي الزنى .

ج - وإن كان الإكراه على قتل مسلم ، أو قطع عضو منه ، أو على زنى بمكرهة ، أو بامرأة لها زوج ، فلا يجوز الإقدام على شيء من ذلك ولو أكره بالقتل . فإن قتل يقتص منه ، وإن زنى يحد .

د - وأما لو أكره على فعل معصية - غير الكفر - لا حق فيها لمخلوق كشراب خمر وأكله ميتة ، فيتحقق الإكراه بأية وسيلة من قتل أو غيره ، ولا يحد في موجبات الحدود .

أثر الإكراه عند الشافعية^(٢) :- يختلف أثر الإكراه عندهم باختلاف المكره عليه :-

أ - الإكراه بالقول : إذا كان المكره عليه عقداً أو فسخاً أو أي تصرف قولي أو فعلي ، فإنه لا يصح .

ب - الإكراه بالفعل : لا أثر للإكراه بالفعل عند الشافعية إلا فيما يأتي :-

١. الفعل المضمن فاعله كالقتل ، أو إتلاف المال ، أو الغصب ، فعلى المكره القصاص أو الضمان ، وقرار الضمان على المكره ، وإن قيل : لا رجوع له على المكره بما غرم في إتلاف المال ، لأنه افتدى بالإتلاف نفسه عن الضرر .

٢. الزنى وما إليه : يآثم المكره بالزنى ، ويسقط الحد للشبهة ، ويترتب على وطء الشبهة حكمه .

٣. الرضاع : فيترتب عليه التحريم المؤبد في المناكحات ، وما ألحق بها .

(١) - أي غير متزوجة .

(٢) - انظر : الشافعي ، الأم ، ج٤ ص٤٩٦-٤٩٨ . - السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج١ ص٤٤٠-

٤. كل فعل يترتب عليه بطلان الصلاة ، كالتحول عن القبلة ، وغيره ، فتبطل الصلاة برغم الإكراه عليه .

٥. ذبح الحيوان : تحل ذبيحة المكروه الذي تحل ذبيحته ، كالمسلم والكتابي ولو كان المكروه مجوسيا ، أو محرما والمذبوح صيد .

أثر الإكراه عند الحنابلة^(١) :- يختلف أثر الإكراه عند الحنابلة باختلاف المكروه عليه :-

أ - فالتصرفات القولية :- تقع باطلة مع الإكراه إلا النكاح ، فإنه يكون صحيحا مع الإكراه ، قياسا للمكروه على الهازل . وإنما لم يقع الطلاق مع الإكراه لورود النص في ذلك .

ب - ومن أكره على الكفر لا يعتبر مرتدا ، ومتى زال عنه الإكراه ، أمر بإظهار إسلامه ، والأفضل لمن أكره على الكفر أن يصبر ، وإذا أكره على الإسلام من لا يجوز إكراهه كالذمي والمستأمن ، فأسلم لم يثبت له حكم الإسلام ، حتى يوجد منه ما يدل على إسلامه طوعا ، أما من يجوز إكراهه على الإسلام كالمترد ، فإنه إذا أكره فأسلم حكم بإسلامه ظاهرا .

ج - والإكراه يسقط الحدود عن المكروه ، لأنه شبهة ، والحدود تدرأ بالشبهات .

د - الإكراه على القتل :- وإذا أكره رجل آخر على قتل شخص فقتله ، وجب القصاص على المكروه والمكروه جميعا ، وإن صار الأمر إلى الدية وجبت عليهما ، وإن أحب ولي المقتول قتل أحدهما ، وأخذ نصف الدية من الآخر أو العفو فله ذلك . والقصاص عندهم لا يجب على المكروه والمكروه ، إلا إذا كان المطلوب قتله شخصا ثالثا غيرهما ، فإن كان المطلوب قتله هو المكروه فإنه يكون هدرا ، ولا قصاص ولا دية في المختار عندهم ، وأما إن كان المطلوب قتله هو المكروه ، فلا يتحقق الإكراه في هذه الحالة ، ولا دية ولا قصاص عند بعضهم ، إلا إذا كان التهديد بقتل أشنع فعليه أن يختار أهون الميتين في إحدى الروايتين .

(١) - انظر : ابن مفلح ، الفروع ، ج ٩ ص ٣٦٣ ، ج ١٠ ص ٦١ .

المبحث الثاني

بعض الأمثلة التطبيقية على القاعدة مع التخرّيج عليها

إن هذه القاعدة هي الأصل في قواعد المباشرة والتسبب ، حيث تفرعت عنها قاعدة المباشر ، وقاعدة المتسبب ، وقاعدة اجتماعهما وغيرها من القواعد^(١) . وكذلك فقد أخذ بها الفقهاء وطبقوها على الوقائع التي عرضت لهم ، ومن هنا أود في هذا المقام أن أذكر بعضاً من هذه الحوادث كأمثلة تطبيقية على القاعدة ، تمثل وتوضح مدى احتجاج الفقهاء وأخذهم بالقاعدة ﷺ ، ثم أحاول أن أخرج بعض المسائل المعاصرة المنطبقة على القاعدة ، فأظهر من خلال عرضها أصالة هذه الشريعة ، وصلاحيتهما لكل زمان ومكان ، وذلك في مطلبين كما يأتي :-

المطلب الأول :- بعض الأمثلة التطبيقية على القاعدة .

المطلب الثاني :- التخرّيج على القاعدة .

ويمكن توضيح هذين المطلبين كالتالي :-

(١) - الحريري ، المدخل إلى القواعد الفقهية الكلية ، ص ١٥٤ .

المطلب الأول :- بعض الأمثلة التطبيقية على القاعدة :-

أتحدث في هذا المطلب عن بعض الجوانب التطبيقية للقاعدة ، وذلك بذكر بعض المسائل

التي تم فيها بناء الحكم على القاعدة ، وذلك كما يلي :-

١. لو أمر إنسان غيره بإتلاف مال أو تعييبه ، أو بقطع عضو محترم ، أو بقتل نفس أو بحفر حفرة في الطريق العام ، فوقع فيها حيوان ، أو بارتكاب جريمة كقتل نفس معصومة ، ففعل المأمور ذلك ، فالضمان والقصاص على الفاعل ، لا على الأمر ، لأن المأمور هو المباشر والمؤاخذ والضامن ، فهو الفاعل دون الأمر ، إلا إذا كان الأمر مجبراً ومكرهاً للفاعل على الفعل ، فالضمان والقصاص يكون على الأمر إذا كان الإكراه ملجئاً ، ولا عبرة لغير الملجئ في مثل هذا لأنه من التصرفات الفعلية ، وكذلك إن كان الأمر سلطاناً لأن أمره إكراه^(١) .

٢. لو أن رجلاً له شاة ، فأمر رجلاً بأن يذبحها ، ثم باع الشاة قبل أن يذبحها المأمور ، فذبحها ، كان للمشتري أن يضمن الذابح ولا يرجع الذابح على الأمر وإن لم يعلم المأمور بالبيع^(٢) .

٣. رجل أمر رجلاً بوضع الحجر في الطريق ، فعطب به الأمر ضمن الواضع ، وكذا لو قال له أشرع جناحاً من ذلك ، أو ابن دكاناً على بابك فعطب به الأمر أو غلامه ، وكذا لو بنى الأمر للمأمور بأمره ثم عطب به الأمر ، ضمن^(٣) .

٤. لو أمر رجل رجلاً أن يذبح هذه الشاة وهي لجاره ، ولم يعلم المأمور بذلك ، فإنه يصح الأمر في حقهما ، حتى إذا ضمن الذابح للجار قيمة الشاة يرجع بها على الأمر ، فإن علم أن الشاة لغيره ، وهو حر بالغ ، فلا يصح الأمر حتى لا يرجع على الأمر بما لحقه من مغرم^(٤) .

(١) - حيدر ، درر الحكام ، ج١ ص٩٦ . - الشافعي ، الأم ، ج٧ ص١٥٤ . - الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص٤٤٣-٤٤٤ . - الزحيلي ، نظرية الضمان ، ص٢٠٢ . - الزحيلي ، القواعد الفقهية ، ٥١٦ .

(٢) - ابن غانم ، مجمع الضمانات ، ص٢٣٦ .

(٣) - المرجع السابق ، ص١٨١ .

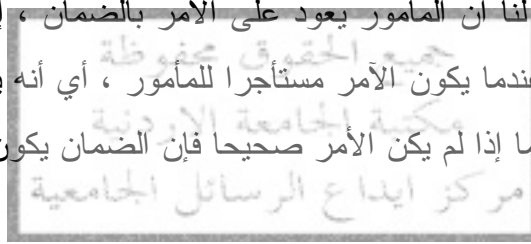
(٤) - الطوري ، تكملة البحر الرائق ، ج٩ ص٢١٥ .

٥. لو جاء رجل بصبي ليس ابنه ولا مملوكه ، وليس له بولي ، إلى ختان أو طبيب ، فقال :- اختن هذا ، أو بط الجرح له ، أو اقطع هذا الطرف له من قرحة به ، فتلف ، كان على عاقلة الطبيب أو الختان ديته ، وعليه رقبة ، ولا ترجع عاقلته على الأمر بشيء ، وهو كمن أمر رجلا بقتل^(١) .

٦. رجل قال لآخر : احفر لي بابا في هذا الحائط ، وكان الحائط لغيره ، ضمن الحافر ويرجع على الأمر ، وكذا لو قال : احفر في حائطي ، وكان ساكنا في تلك الدار ، لأنهما من علامات الملك ، وكذا لو استأجره على ذلك ، وأما لو قال له : احفر ولم يقل لي ، ولا قال في حائطي ، ولم يكن ساكنها ولم يستأجره عليه ، لا يرجع بالضمان على الأمر^(٢) .

٧. من أمر غيره بإجراء عقد ، كان المأمور هو المسؤول عن تنفيذ مقتضى العقد ، إلا إذا تم العقد بإكراه فيسأل عنه المكروه ويكون الأمر باطلا لاغيا^(٣) .

ومما تقدم يتبين لنا أن المأمور يعود على الأمر بالضمان ، إذا كان الأمر الصادر له من باب التعرير به ، أو عندما يكون الأمر مستأجرا للمأمور ، أي أنه يكون الضمان على الأمر إذا كان الأمر صحيحا ، أما إذا لم يكن الأمر صحيحا فإن الضمان يكون على المأمور .



(١) - الشافعي ، الأم ، ج٧ ص١٥٤ .

(٢) - انظر : ابن غانم ، مجمع الضمانات ، ص١٦٠ .

(٣) - الزحيلي ، نظرية الضمان ، ص٢٠٢ .

المطلب الثاني :- تخريج بعض المسائل المعاصرة على القاعدة :-

تعتبر هذه القاعدة من القواعد المهمة في ترتيب المسؤولية على المؤدي الحقيقي سواء أكان ذلك على الفاعل أم الأمر . ومن هنا فهذه القاعدة كغيرها من القواعد ، من حيث امتداد العمل بها ، والتخريج عليها إلى الوقت الحاضر ، حيث أخذ بها في الاعتبار عند إصدار الأحكام من قبل العلماء ، وعليه فإنني في هذا المقام سأحاول تخريج بعض المسائل المعاصرة على القاعدة كما يلي :-

١. لو أن رجلا أمر آخر بكسر زجاج سيارة لثالث ، ففعل المأمور ما طلب منه كان الضمان على الفاعل دون الأمر ، إلا إذا كان الفاعل مكرها فيكون الضمان على الأمر ، وتم ترتيب الضمان على الفاعل لأن هذا الأمر لا يصح ، لأن الفعل المأمور به غير جائز ؛ لأنه تصرف في ملك الغير عدا عن كونه إتلافا للمال ، وإهدارا له .

٢. احتاج رجل إلى آلة حلاقة فطلب من صديقه أن يحضرها من البقالة المجاورة له على أن يدفع له ثمنها لاحقا ، فذهب الصديق وأحضر الآلة ، ولم يخبر صاحب البقالة بأن طالبا هو فلان وهو الذي سيدفع ثمنها ، ثم بعد ذلك رفض الطالب أن يدفع الثمن ، فعلى من أحضر الآلة ضمان ثمنها لأنه أحضرها دون أن يبلغ المالك بذلك^(١) .

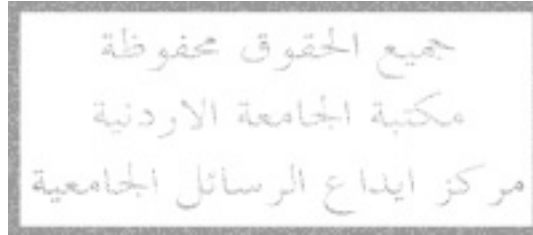
٣. لو أن راكبا في السيارة أمر السائق بعبور الإشارة الحمراء ، مما أدى إلى إلحاق الضرر بالمارة فالضمان عندها يكون على السائق ما لم يكن مكرها على الفعل ، لأنه مباشر ، وعدا عن ذلك ، فإن هذا الأمر ليس صحيحا ، لأنه مخالف للأنظمة والقوانين .

٤. أمر المريض الطبيب بإخراجه من المستشفى أو بنزع الأجهزة عنه ، مما أدى إلى إلحاق الضرر به أو وفاته ، ففي هذه الحالة تكون المسؤولية على الطبيب ، لأنه باشر عملا يعلم ضرره ، وعدم شرعيته أي أن مثل هذا الأمر لا يصح ، ومتى كان الأمر غير صحيح كان الضمان على المأمور .

٥. إذا أمر رجل رجلا بعبور الشارع ، وكان عالما أنه إذا عبر سيلحق به ضرر ما ، فعبر وتضرر ، كانت المسؤولية عليه ، ولا شيء على الأمر .

(١) - كامل ، القواعد الفقهية ، ج ١ ص ٥٢٨ .

٦. لو أن نجارا أمر رجلا بأن يساعده في قص الخشب ، فجرح المأمور نفسه ، أو أصاب غيره كان الضمان عليه ولا شيء على النجار لأنه متسبب والمأمور مباشر .
٧. إذا أمر الرجل الرجلَ بدس السم لآخر في طعامه أو شرابه ، ففعل ذلك عالما بحرمة الفعل مما أدى إلى وفاة الأكل فالمسؤولية والضمان عندها على المأمور ما لم يكن مجبرا ، ولا شيء على الأمر .
٨. إذا أمر رجل آخر بإطلاق النار على صيد ، فأصاب شخصا فإن المسؤولية عندها تكون على المأمور دون الأمر .



المبحث الثالث

بعض الاستثناءات الواردة على القاعدة

إن حكم القاعدة بتحميل المأمور نتيجة العمل الذي قام به بأمر من غيره له ما لم يكن مجبرا عليه ، عام في جميع أحواله متى كان الأمر صحيحا ، إلا ما تم استثناءؤه . ولقد ذكر الفقهاء بعض الاستثناءات الواردة على القاعدة ، رغم ورود الأمر صحيحا ، حيث جاء في حاشية رد المحتار في ذلك " واعلم أن الأمر لا ضمان عليه بالأمر إلا في ستة :- إذا كان الأمر سلطانا أو أبا أو سيدا ، أو المأمور صبيا ، أو عبدا أمره بإتلاف مال غير سيده ، وإذا أمره بحفر باب في حائط الغير غرم الحافر ، ورجع على الأمر "(١) .

ومن هنا يمكن توضيح بعض الحالات التي يكون فيها الضمان على الأمر بناء على ما سبق ذكره ، وذلك كالتالي :-

١. إذا كان الأمر سلطانا :-

إن أمر السلطان الذي تجب طاعته ، أو الذي يخاف المأمور من عقوبته إن لم يمتثل أمره ، اعتبره الفقهاء بمنزلة الإكراه ، ويأخذ الحكم نفسه ، ولقد تحدثت سابقا عن الإكراه وحكمه ، ولا داعي لتكرار ذلك هنا . وأما أقوال الفقهاء في ذلك فهي على النحو التالي :

جاء في حاشية رد المحتار قوله : " أمر السلطان إكراه ، وإن لم يتوعده "(٢) .

وجاء في أشباه السيوطي " اختلف في أمر السلطان ، هل ينزل منزلة الإكراه ؟ على

وجهين ، أو قولين :- أحدهما :- لا ، وإنما الإكراه بالتهديد صريحا ، كغير السلطان .

الثاني :- نعم ، لعنتين :- إحدهما :- أن الغالب من حال السلطان السطوة عند

المخالفة .

والثانية :- أن طاعته واجبة بالجملة ، فينتهض ذلك شبهه "(٣) .

وعليه فإن أمر السلطان يعد إكراها ، ويدخل في بابه ، والسلطان يتحمل الضمان في ما

نتج عن أمره في كل حال وهو استثناء من القاعدة " لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق "(٤) .

(١) - ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، ج٦ ص٢٢٧-٢٢٨ . — انظر : ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص٣١٥-٣١٦ .

(٢) - ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، ج٦ ص١٤٠ .

(٣) - السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج١ ، ص٤٤١ .

(٤) - الزحيلي ، نظرية الضمان ، ص٢٠٣-٢٠٤ .

٢. إذا كان الأمر أبا للمأمور :-

إذا أمر الأب ابنه الصغير أو الكبير ، لا فرق في ذلك بين كون ابنه عاقلا بالغاً أم لا ، وكان هذا الأمر بما له مسوغ شرعي ، لأنه لا طاعة في معصية ، فإنه يعد إكراها معنوياً ، لأن طاعة الوالد واجبة على أبنائه فيكون كأنه مجبر لهم^(١) . ومما جاء في ذلك لو أمر الأب ابنه البالغ أن يوقد ناراً في أرضه ، ففعل ، وتعدت النار إلى أرض جاره ، فأثقلت شيئاً يضمه الأب ، لأن الأمر صحيح ، فانتقل الفعل إليه كما لو باشره الأب^(٢) ، وهذا ليس على إطلاقه بل " ظاهر هذا التصوير أنه ليس المراد كل أمر من الأب للبالغ ، حتى لو أمره بإتلاف مال ، أو قتل نفس يكون ضمانه على الابن لفساد الأمر ، ووجهه أنه في الحالة الأولى استخدام ، فصح الأمر لوجوب خدمة الأب ، بخلاف غيره فإنه عدوان محض"^(٣) .

٣. إذا كان المأمور صبياً :-

إن الصبي إذا قام بأي عمل من تلقاء نفسه ، فنتج عنه إتلاف لمال أو غيره ، فإن ضمان ذلك يكون في ماله إن كان له مال ، أو في مال وليه ، لأن الضمان من خطاب الوضع ، لا فرق فيه بين صغير أو كبير ، أو عالم أو جاهل ، أو مخطئ أو عامد .
وأما إذا قام الصبي بعمله هذا نتيجة أمر صدر له من غيره ، فإن أمر الصبي إما أن يكون حراً بالغاً ، وإما أن يكون صبياً أو عبداً ولو مأذوناً ، وتفصيل ذلك فيما يلي :-

أ. فإن كان أمر الصبي شخصاً حراً بالغاً عاقلاً ، فالضمان عندها على الصبي أو عاقلته في حال القتل ثم يرجع بها على الأمر وعاقلته ، وقد جاء في ذلك :- لو أن حراً بالغاً أمر صبياً بقتل شخص أو بإتلاف مال ، ففعل الصبي ما طلب منه ، فإن الضمان يكون على الصبي أو عاقلته في حال القتل ، ثم يرجعون على عاقلة الأمر بالدية عند الحنفية ، وأما عند الشافعية والحنابلة ففي القتل القصاص من الأمر دون المباشر ، وفي السرقة قطع الأمر أيضاً^(٤) .

وقال الشيخ أحمد الزرقا في ذلك : " إن كان الفاعل غير عاقل ، أو كان صبياً ، فإن الفعل يضاف إلى الفاعل ، ويضمن المال الذي أتلفه ، ودية العضو والنفس ، لأن المحجورين

(١) - المحمضاني ، النظرية العامة ، ج ١ ص ٢٢٩ .

(٢) - ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، ج ٦ ص ٢٢٧ .

(٣) - المرجع السابق .

(٤) - انظر : السرخسي ، المبسوط ، ج ٢٦ ص ١٨٨ . — ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، ج ٦ ص

٢٢٧ . — الأنصاري ، أسنى المطالب ، ج ٨ ص ١٨ . — ابن قدامة ، المغني ، ج ٨ ص ٢٨٨ .

يضمنون الضرر الذي نشأ من فعلهم ، ولكن لا يقتصر الضمان عليه ، بل يرجع بما ضمنه على أمره إذا كان أمره معتبرا بأن كان عاقلا بالغاً^(١) .

ب.وأما إذا كان أمر الصبي صبياً أو عبداً ، ولو مآذونا ، فإن الصبي يضمن ما أتلف من مال أو دية النفس ، أو العضو ، ولا يرجع على الأمر بشيء^(٢) . ومما جاء في ذلك " وإذا أمر الصبي الحر الصبي الحر أن يقتل إنساناً فقتله فالدية على عاقلة القاتل ، وليس على الأمر شيء^(٣) .

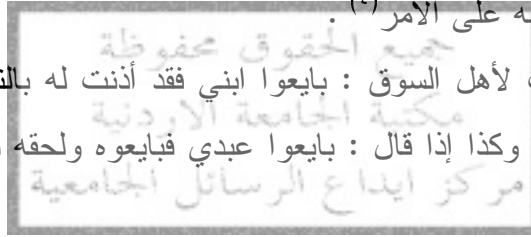
٤. تضمين الأمر المغرر بالغير :-

يكون الضمان على الأمر إذا غرر بغيره ، فجعله يتلف شيئاً ما موهما إياه أنه له ، سواء كان هذا الغير أجيراً للأمر ، أم أي شخص آخر ، لأنه حملهم على الفعل الذي قاموا به بتغريره ، ومن الأمثلة على ذلك :-

١. إذا أمر رجلاً بحفر باب في حائط الغير قائلًا له : احفر لي باباً في حائطي ، فالضمان

على الحافر ، ويرجع به على الأمر^(٤) .

٢. إذا قال الأب لأهل السوق : بايعوا ابني فقد أذنت له بالتجارة ، فظهر أنه ابن غيره رجعوا عليه للضرر ، وكذا إذا قال : بايعوا عبدي فبايعوه ولحقه دين ، ثم تبين أنه عبد للغير رجعوا عليه^(٥) .



(١) - الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص٤٤٤ .

(٢) - انظر : ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، ج٦ ص٢٢٧ .

(٣) - السرخسي ، المبسوط ، ج٢٦ ص١٨٨ .

(٤) - زيدان ، الوجيز في شرح القواعد الفقهية ، ص١٥٩ .

(٥) - الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٦ ص٢٢٣ .

الخاتمة

الحمد لله رب العالمين الذي أعانني على إتمام هذا الجهد المتواضع ، والحمد والشكر له سبحانه ، خير ما يختتم به المرء أعماله .

وبعد :-

وقد خلصت هذه الدراسة إلى جملة من النتائج ، منها ما يتعلق بالتعريف ، ومنها ما يتعلق بالتطبيق وغير ذلك من النتائج على النحو التالي :-

١. القاعدة الفقهية هي :- حكم أكثرى يمكن التعرف من خلاله على أحكام الجزئيات المندرجة تحته .

٢. تكمن أهمية دراسة القواعد الفقهية في أي موضوع كان ، بأنها تكون عند المشتغل بها تصورا كليا واضحا عن ذلك الموضوع ، لأنه بدأ البحث في هذا الموضوع من قواعده التي تؤدي إلى عمق الفهم وشمول التصور ودقة التعبير للباحث في الموضوع الذي تتعلق به .

٣. المباشرة هي :- ما كان نتيجة تأثير لفاعل بذاته دون واسطة ، وكان الفعل المنتج للضرر علة مباشرة له .

٤. التسبب هو :- ما كان بفعل في محل أفضى إليه بواسطة فعل آخر ، متوسط بين السبب الأصلي والضرر الحادث .

٥. عند حدوث أي ضرر من فاعل مباشر ، فإنه يكون مسؤولا عن تبعات فعله بغض النظر عن شخصه ، وعن نوع فعله إلا في الحالات التي تم استثناءها . وأما بالنسبة للمتسبب فإنه لا ينظر إلى شخصه أيضا وإنما ينظر إلى فعله ، هل فيه تعد أو تعدد أم لا ؟

٦. إن المراد بالضمان في هذه القواعد هو الضمان المالي المتعلق بباب الإلتافات دون غيره من أقسام الضمان .

٧. إن ترتيب المسؤولية على المباشر أو المتسبب يكون بالنظر إلى الفعل ونوعه ، لا إلى شخص الفاعل أو جنسه .

٨. عند اجتماع المباشر والمتسبب فإن حكم الفعل يضاف إلى الفاعل المباشر لا إلى المتسبب في كل حال إلا ما تم استثناءه من القاعدة .

٩. إن نتيجة الفعل تكون منسوبة إلى الفاعل لا إلى الأمر ، والفاعل مسؤول عنها ما دام أن أمر الأمر ليس صحيحا ، ولا يكون الأمر صحيحا إلا بشرطين : **الأول** :- أن يكون الفعل المأمور به جائزا ، فلو لم يكن جائزا فعله ضمن الفاعل لا الأمر .
الثاني :- أن تكون للأمر ولاية على المأمور ، فإن لم يكن له ولاية عليه لم يصح الأمر ، وفي كل موضع لم يصح الأمر كان الضمان على المأمور ولم يضمن الأمر ، ويكون الأمر صحيحا بالشروطين السابقين ، ومتى صح الأمر كان الضمان على الأمر لا على المأمور .

١٠. إنه في كل حين تستجد مسائل فقهية معاصرة تتعلق بضمان المباشر والمتسبب ، تقتضيها حياة الناس وذلك لأن استمرار الحياة يعني استمرار صدور الأفعال ، وهذا ينتج عنه غالبا بالقصد أو بغيره إتلاف وإضرار ، وهو مما يلقي على عاتق الباحثين كامل المسؤولية في تقعيد الفقه الإسلامي ، وتنظيمه ، وتوضيحه ، حتى يكون سهل المنال ، واضح المقال في بيان أحكام الشرع في أفعال الناس بوضوح دون شك أو لبس .

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

فهرس المصادر والمراجع

- القرآن الكريم .
- إبراهيم الحنفي ، إبراهيم بن أبي اليمن محمد الحنفي (١٣٩٣هـ-١٩٧٣م) ، لسان الحكام ، (ط٢) ، مطبعة البابي الحلبي - القاهرة .
- الأحمد نكري ، القاضي عبد النبي عبد الرسول (١٣٩٥هـ-١٩٧٥م) ، جامع العلوم في اصطلاحات الفنون الملقب بدستور العلماء ، (ط٣) ، منشورات مؤسسة الأعلمي للمطبوعات - بيروت .
- الأزهرى ، أبو منصور محمد بن أحمد (ت٣٧٠هـ) ، تهذيب اللغة ، المؤسسة المصرية العامة للتأليف والنشر ، (تحقيق عبد السلام محمد هارون) .
- الأمدي ، علي بن محمد (١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م) ، الإحكام في أصول الأحكام ، (ط١) ، دار الصمعي-الرياض ، دار ابن حزم - بيروت .
- الأنصاري ، أبو يحيى زكريا الشافعي (ت٩٢٦هـ) ، أسنى المطالب شرح روض الطالب ، (ط١) ، دار الكتب العلمية - بيروت ١٤٢٢هـ-٢٠٠١م .
- البابرتي ، محمد بن محمد بن محمود ، العناية شرح الهداية ، دار الفكر .
- البخاري ، محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري الجعفي (ت٢٥٦هـ) ، صحيح البخاري (ط٣) ، دار ابن كثير ، (تحقيق د. مصطفى ديب البغا) ، اليمامة -١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م .
- البرتكي ، محمد عميم الإحسان المجددي (١٤٠٧هـ-١٩٨٦م) ، قواعد الفقه ، (ط١) ، دار الصدف ببشر - كراتشي .
- البعلي ، علي بن عباس البعلي الحنبلي (ت٨٠٣هـ) ، القواعد والفوائد الأصولية ، (تحقيق محمد حامد الفقي) ، مطبعة السنة المحمدية - القاهرة ١٣٧٥هـ-١٩٥٦م .
- البهوتي ، منصور بن يونس بن إدريس (ت١٠٥١هـ) ، كشف القناع عن متن الإقناع (ط١) ، (تحقيق الشيخ محمد عدنان ياسين درويش) ، دار إحياء التراث العربي - بيروت ، ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م .

- بوساق ، محمد بن المدني ، (١٤١٩هـ-١٩٩٨م) ، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي (ط١) ، دار إشبيلية .
- البيهقي ، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر (ت ٤٥٨هـ) ، سنن البيهقي الكبرى ، (المحقق محمد عبد القادر عطا) ، دار النشر مكتبة دار الباز - مكة المكرمة (١٤١٤هـ - ١٩٩٤م) .
- التايه ، أسامة إبراهيم علي (١٤٢٠هـ-١٩٩٩م) ، مسؤولية الطبيب الجنائية في الشريعة الإسلامية ، (ط١) ، دار البيارق - عمان .
- الجرجاني . علي بن محمد بن علي (ت ٨١٦هـ) ، التعريفات ، (تحقيق إبراهيم البياري) ، دار الكتاب العربي - بيروت ، الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ .
- الجصاص ، أبو بكر بن علي الرازي ، أحكام القرآن ، دار الفكر .
- ابن الجوزي ، أبو الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد بن علي ابن عبيد الله بن حمادي بن أحمد بن جعفر (ت ٥٩٧هـ) ، غريب الحديث ، (ط١) ، (تحقيق : د. عبد المعطي أمين قلنجي) ، دار الكتب العلمية - بيروت ١٩٨٥ م .
- الجوهري ، أبو نصر إسماعيل بن حماد (١٤٢٠هـ-١٩٩٩م) ، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية ، (ط١) ، (تحقيق د. محمد نبيل طريفي و د. إميل بديع يعقوب) ، دار الكتب العلمية - بيروت .
- الحريري ، إبراهيم محمد محمود الحريري (١٤٢٢هـ-٢٠٠١م) ، المدخل إلى القواعد الفقهية الكلية ، (ط٢) ، دار المنار - عمان .
- ابن حزم ، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي (ت ٤٥٦هـ) ، المحلى شرح المجلى ، (ط١) ، (تحقيق الأستاذ أحمد شاكر رحمه الله) ، دار إحياء التراث العربي - بيروت ١٤١٩هـ-١٩٩٩م .
- الحطاب ، أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب الرعيني (ت ٩٥٤هـ) ، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، (ط١) ، دار الكتب العلمية - بيروت ١٤١٦هـ-١٩٩٥م .
- الحموي ، أحمد بن محمد الحموي (ت ١٠٩٨هـ) ، غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر لابن نجيم ، دار الكتب العلمية - بيروت ١٤٠٥هـ-١٩٨٥م .

- حيدر ، علي ، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ، دار الجيل .
- الخرشبي ، أبو عبد الله محمد بن عبد الله (ت ١١٠١هـ) ، شرح مختصر خليل ، دار الفكر - بيروت .
- الخطيب ، ياسين بن ناصر (١٤١٩هـ - ١٤٢٠هـ) ، البئر وضمانه ، مجلة البحوث الإسلامية ، (العدد ٥٦) .
- الخفيف ، علي (١٩٧١م) ، الضمان في الفقه الإسلامي ، معهد البحوث والدراسات العربية .
- خلاف ، عبد الوهاب خلاف (١٣٧٦هـ - ١٩٥٦م) ، علم أصول الفقه (ط ٨) ، دار القلم .
- الدارقطني ، علي بن عمر أبو الحسن البغدادي (ت ٣٨٥هـ) سنن الدارقطني ، (تحقيق السيد عبد الله هاشم يمانى المدني) ، دار المعرفة - بيروت - هـ ١٣٨٦ - ١٩٦٦م .
- أبو داود ، سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي (ت ٢٧٥هـ) ، سنن أبي داود ، (تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد) ، دار الفكر .
- الدردير ، العلامة أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد ، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك ، دار المعارف .
- الدسوقي ، شمس الدين الشيخ محمد عرفة ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، (١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م) ، دار الفكر - بيروت .
- الدميني ، مسفر غرم الله الدميني ، الجناية بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، بحث قدم لنيل الشهادة العالية من كلية الشريعة بالرياض .
- الرازي ، محمد بن أبي بكر عبد القادر (ت ٧٢١هـ) ، مختار الصحاح .
- الرازي ، محمد بن عمر بن الحسيني (ت ٦٠٦هـ) ، المحصول في علم الأصول ، (تحقيق طه جابر فياض العلواني) ، نشر جامعة محمد بن سعود الإسلامية - الرياض ، الطبعة الأولى ١٤٠٠هـ .
- الراغب الأصفهاني ، الحسين بن محمد بن المفضل ، (١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م) ، مفردات ألفاظ القرآن ، (ط ٣) ، (تحقيق صفوان عدنان داوودي) ، دار القلم - دمشق .

- ابن رجب ، عبد الرحمن أحمد بن رجب الحنبلي (ت٧٩٥هـ) ، القواعد ، الناشر : دار الكتب العلمية .
- ابن رشد ، القاضي أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد القرطبي (ت٥٩٥هـ) ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، (ط١) ، دار ابن حزم - بيروت (١٤٢٠هـ-١٩٩٩م) .
- الرملي ، محمد بن شهاب الدين ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، دار الفكر .
- الزحيلي ، محمد ، القواعد الفقهية على المذهب الحنفي والشافعي ، لجنة التأليف والتعريب والنشر .
- الزحيلي ، وهبة ، (١٤٢٢هـ-٢٠٠١م) ، أصول الفقه الإسلامي ، (ط٢) ، دار الفكر المعاصر - بيروت .
- الزحيلي ، وهبة (١٤٠٢هـ-١٩٨٢م) ، نظرية الضمان ، دار الفكر - دمشق .
- الزحيلي ، وهبة (١٤٠٩هـ-١٩٨٩م) ، الفقه الإسلامي وأدلته ، (ط٣) ، دار الفكر - دمشق .
- الزرقا ، الشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا (١٤٢٢هـ-٢٠٠١م) ، شرح القواعد الفقهية ، (ط٦) ، دار القلم - دمشق .
- الزرقا ، مصطفى أحمد محمد (١٤٠٩هـ-١٩٨٨م) ، الفعل الضار والضمان فيه ، (ط١) ، دار القلم - دمشق .
- الزرقا ، مصطفى أحمد محمد (١٣٨٧هـ-١٩٦٨م) ، المدخل الفقهي العام ، (ط١٠) ، دار الفكر .
- الزركشي ، محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي أبو عبد الله (ت٧٩٤هـ) ، المنثور في القواعد الفقهية ، (ط٢) ، (تحقيق د. تيسير فائق أحمد محمود) ، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - الكويت (١٤٠٥هـ) .
- الزعبي ، محمد يوسف ، مسؤولية المباشر والمتسبب في القانون المدني الأردني ، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات ، (العدد الأول - حزيران ١٩٨٧م) - جامعة مؤتة - الأردن .

- زيدان ، عبد الكريم ، (١٤٢٢هـ-٢٠٠١م) ، الوجيز في شرح القواع الفقهية في الشريعة الإسلامية ، (ط١) ، مؤسسة الرسالة .
- الزيلعي ، عثمان بن علي ، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ، دار الكتاب الإسلامي .
- السبكي ، تاج الدين عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي (ت٧٥٦هـ) ، الأشباه والنظائر ، (ط١) ، (تحقيق الشيخ عادل أحمد عبد الموجود) ، دار الكتب العلمية - بيروت ١٤١١هـ-١٩٩١م .
- السبكي ، تاج الدين علي بن عبد الكافي (ت٧٥٦هـ) ، الإبهاج في شرح المنهاج ، (ط١) ، (تحقيق جماعة من العلماء) ، دار الكتب العلمية - بيروت (١٤٠٤هـ) .
- سراج ، محمد أحمد ، (١٤١٤هـ-١٩٩٣م) ، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي ، (ط١) ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع - بيروت .
- السنهوري ، عبد الرزاق ، (١٩٥٤م) ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، (ط١) ، المجمع العلمي العربي الإسلامي - بيروت .
- السيوطي ، الإمام جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي (ت٩١١هـ) ، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية ، (تحقيق محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي) ، دار الكتب العلمية ، (١٤٢٢هـ-٢٠٠١م) .
- الشاطبي ، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي (ت٧٩٠هـ) ، الموافقات في أصول الشريعة ، (ط١) ، دار الكتب العلمية - بيروت ١٤٢٢هـ-٢٠٠١م .
- الشافعي ، الإمام محمد بن إدريس (ت٢٠٤هـ) ، الأم ، (ط١) ، (تحقيق الدكتور رفعت فوزي عبد المطلب) ، دار الوفاء - المنصورة (١٤٢٢هـ-٢٠٠١م) .
- الشربيني ، شمس الدين محمد بن محمد الخطيب ، (١٤٢١هـ-٢٠٠٠م) ، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ، (تحقيق محمد علي معوض و عادل أحمد عبد الموجود) ، دار الكتب العلمية - بيروت .
- الشوكاني ، محمد بن علي بن محمد (ت١٢٥٠هـ) ، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول ، (ط٤) ، (تحقيق أبي مصعب محمد سعيد البدري) ، مؤسسة الكتب الثقافية (١٤١٤هـ-١٩٩٣م) .

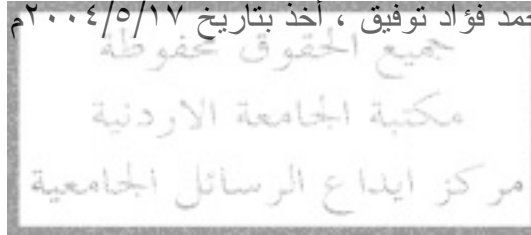
- ابن أبي شيبة ، أبو بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة الكوفي (ت ٢٣٥هـ) ، **مصنف** ابن أبي شيبة ، (ط ١) ، (تحقيق كمال يوسف الحوت) ، مكتبة الرشيد - الرياض (١٤٠٩هـ) .
- الشيرازي ، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف (ت ٤٧٦هـ) ، **اللمع في أصول الفقه** ، (ط ١) ، دار الكتب العلمية - بيروت (١٤٠٥هـ-١٩٨٥م) .
- الشيرازي ، أبو إسحاق إبراهيم بن علي (ت ٤٧٦هـ) ، **المهذب** ، دار الفكر - بيروت .
- الصاوي ، أبو العباس أحمد (ت ١٢٤١هـ) ، **بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير** ، دار المعارف .
- ابن عابدين ، خاتمة المحققين محمد أمين الشهير بابن عابدين ، (١٤٠٤هـ-١٩٨٤م) ، **حاشية رد المحتار على الدر المختار : شرح تنوير الأبصار في فقه مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان** (ط ٣) ، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده - مصر .
- عبد الرزاق ، أبو بكر بن همام الصنعاني (ت ٢١١هـ) ، **المصنف** ، (ط ٢) ، (تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي) ، المكتب الإسلامي - بيروت ١٤٠٣هـ .
- ابن عبد السلام ، شيخ الإسلام عز الدين عبد العزيز (ت ٦٦٠هـ) ، " **القواعد الكبرى** " ، (ط ١) ، (تحقيق د. نزيه كمال حماد و د. عثمان جمعة ضميرية) ، دار القلم - دمشق (١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م) .
- عثمان ، محمد تقي الدين ، (١٤١٩هـ-١٩٩٨م) ، **بحوث في قضايا فقهية معاصرة** ، (ط ١) ، دار القلم - دمشق .
- عليش ، محمد (١٤٢٢هـ-٢٠٠٢م) ، **الشرح المذكور مع تقارير محمد عليش** ، بهامش حاشية الدسوقي ، دار الفكر - بيروت ، .
- العماري ، عبد القادر ، ضمان الأشياء التابعة لشخص طبيعي أو اعتباري من بناء وآلات وحيوان بالخطأ المفترض ، **مجلة المجمع الفقهي الإسلامي** ، (العدد العاشر ١٤١٧هـ-١٩٩٦م) ، السنة الثامنة .
- عودة ، عبد القادر ، (١٤٠١هـ-١٩٨١م) ، **التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي** ، مؤسسة الرسالة .

- الغامدي ، عبد الله بن سالم ، (١٤١٨هـ-١٩٩٧م) ، مسؤولية الطبيب المهنية - دراسة تأصيلية مقارنة بين الشريعة والقوانين المعاصرة ، (ط-١) ، دار الأندلس الخضراء - جدة .
- ابن غانم ، محمد البغدادي ، مجمع الضمانات ، دار الكتاب الإسلامي .
- الغزالي ، أبو حامد محمد بن محمد بن محمد (ت٥٠٥هـ) ، المستصفى من علم الأصول ، (ط-١) ، (مكتب التحقيق بدار إحياء التراث) ، دار إحياء التراث العربي - مؤسسة التاريخ العربي (١٤١٨هـ-١٩٩٧م) .
- الغزالي ، أحمد بخيت ، (١٤٢٢هـ-٢٠٠٢م) ، ضمان عثرات الطريق في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية ، (ط-٢) ، مكتبة النهضة المصرية - القاهرة .
- ابن فارس ، أبو الحسين أحمد بن زكريا (ت٣٩٥هـ) ، معجم مقاييس اللغة ، (ط-٢) ، (حقيقه شهاب الدين أبو عمرو) ، دار الفكر للنشر والتوزيع - بيروت (١٤١٨هـ-١٩٩٨م) .
- الفراهيدي ، أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد (ت١٧٥هـ) ، كتاب العين ، (تحقيق د.مهدي المخزومي و د.إبراهيم السامرائي) ، دار ومكتبة الهلال .
- الفيروز آبادي ، محمد بن يعقوب (ت٨١٧هـ) ، القاموس المحيط .
- فيض الله ، محمد فوزي ، (١٤٠٣هـ-١٩٨٣م) ، الضمان في الفقه الإسلامي العام ، (ط-١) ، مكتبة دار التراث - الكويت .
- فيض الله ، محمد فوزي ، (١٣٨٢هـ-١٩٦٢م) ، المسؤولية التقصيرية بين الشريعة والقانون ، رسالة الدكتوراة غير منشورة ، جامعة الأزهر - القاهرة ، إشراف الأستاذ محمد السعداوي .
- الفيومي ، أحمد بن محمد بن علي (ت٧٧٠هـ) ، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير ، (ط-١) ، المطبعة الأميرية بالقاهرة (١٩٢١م) .
- ابن قدامه ، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامه ، المغني ، دار إحياء التراث .
- القرافي ، الإمام شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس المالكي ، أنوار البروق في أنواع الفروق ، الناشر : عالم الكتب .

- قطلوبغا ، زين الدين قاسم بن قطلوبغا الحنفي (ت ٨٧٩هـ) ، خلاصة الأفكار شرح مختصر المنار ، (ط ١) ، (تحقيق حافظ ثناء الله الزاهدي) ، دار ابن حزم - بيروت (١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م) .
- قليوبي وعميرة ، حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح العلامة جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين للنووي ، دار إحياء الكتب العربية - مطبعة عيسى البابي الحلبي .
- القونوي ، قاسم بن عبد الله بن أمير علي ، أنيس الفقهاء ، (ط ١) ، (تحقيق د. أحمد بن عبد الرزاق الكبيسي) ، دار الوفاء - جده (١٤٠٦هـ) .
- ابن القيم، محمد بن أبي بكر الزرعي بن قيم الجوزية ، إعلام الموقعين عن رب العالمين ، دار الكتب العلمية .
- الكاساني ، الإمام علاء الدين أبو بكر بن مسعود الحنفي الملقب بملك العلماء (ت ٥٨٧هـ) ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، (ط ١) ، (تحقيق محمد عدنان بن ياسين درويش) ، دار إحياء التراث العربي ومؤسسة التاريخ العربي - بيروت (١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م) .
- كامل ، عمر عبد الله ، (١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م) ، القواعد الفقهية الكبرى وأثرها في المعاملات المالية ، (ط ١) ، دار الكتبي .
- الكفوي ، أبو البقاء أيوب بن موسى الحسيني (ت ١٠٩٤هـ) ، الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية ، (ط ١) ، مؤسسة الرسالة (١٤١٢هـ - ١٩٩٢م) .
- مالك ، مالك بن أنس الأصبحي (ت ١٧٩هـ) ، المدونة الكبرى ، دار الكتب العلمية .
- المحمصاني ، الدكتور صبحي ، (١٩٧٢م) ، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية ، (ط ٢) ، دار العلم للملايين - بيروت .
- المرادوي ، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان الدمشقي الصالحي ، الحنبلي (ت ٨٨٥هـ) ، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل ، (ط ١) ، (مكتب تحقيق دار إحياء التراث) ، دار إحياء التراث العربي - بيروت (١٤١٩هـ - ١٩٩٨م) .

- المرغنياني ، برهان الدين أبو الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الراشداني (ت ٥٩٣هـ) ، الهداية شرح بداية المبتدي ، (اعتنى به الشيخ طلال يوسف) ، دار إحياء التراث العربي - بيروت .
- مسلم ، مسلم بن الحجاج أبو الحسين القشيري النيسابوري (ت ٢٦١هـ) ، صحيح مسلم ، (تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي) ، دار إحياء التراث العربي - بيروت .
- ابن المطرز ، أبو الفتح ناصر الدين بن السيد بن علي (ت ٦١٠هـ) ، المغرب في ترتيب المغرب ، (ط ١) ، (تحقيق عبد الحميد مختار ومحمود فاخوري) ، مكتبة أسامة بن زيد - حلب (١٩٧٩م) .
- ابن مفلح ، شمس الدين محمد المقدسي (ت ٧٦٣هـ) ، كتاب الفروع ، (ط ١) ، (تحقيق الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي) ، مؤسسة الرسالة - بيروت (١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م) .
- المناوي ، محمد عبد الرؤوف (ت ١٠٣١هـ) ، التوقيف على مهمات التعاريف ، (ط ١) ، (تحقيق : محمد رضوان) ، دار الفكر - بيروت (١٤١٠هـ) .
- ابن منظور ، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم الإفريقي المصري (١٩٥٦م - ١٣٧٤هـ) ، لسان العرب ، دار صادر للطباعة والنشر - بيروت .
- المواق ، أبو عبد الله محمد بن يوسف (ت ٨٩٧هـ) ، التاج والإكليل لمختصر خليل - بحاشية مواهب الجليل للحطاب ، (ط ١) ، (ضبط الشيخ زكريا عميرات) ، دار الكتب العلمية - بيروت (١٤١٦هـ - ١٩٩٥م) .
- مياره ، محمد بن أحمد الفاسي ، الإتقان والإحكام شرح تحفة الأحكام المعروف بشرح مياره ، دار المعرفة .
- ابن نجيم ، الشيخ العلامة زين العابدين بن إبراهيم (ت ٩٧٠هـ) ، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان ، (ط ١) ، (تحقيق عبد الكريم الفضلي) ، المكتبة العصرية - بيروت (١٤١٨هـ - ١٩٩٨م) .
- ابن نجيم ، زين الدين بن إبراهيم بن محمد الشهير بابن نجيم الحنفي (ت ٩٢٠هـ) ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، (ط ١) ، (تحقيق أحمد عزو عناية دمشقي) ، دار إحياء التراث العربي - بيروت (١٤٢٢هـ - ٢٠٠٢م) .

- الندوي ، علي أحمد ، (١٤٢٠هـ-٢٠٠٠م) ، القواعد الفقهية ، (ط٥) ، دار القلم - دمشق .
- النووي ، الإمام أبو زكريا محيي الدين بن شرف(ت٦٧٦هـ) ، كتاب المجموع شرح المهذب ، (ط١) ، (تحقيق - محمد نجيب المطيعي) ، دار إحياء التراث - بيروت (١٤٢٢هـ-٢٠٠١م) .
- النووي ، الإمام أبو زكريا محيي الدين بن شرف(ت٦٧٦هـ)، تحرير ألفاظ التنبيه ، (ط١) ، (تحقيق : عبد الغني الدقر) ، دار القلم - دمشق (١٤٠٨هـ) .
- الهيثمي ، شهاب الدين أبو العباس أحمد بن محمد بن علي بن حجر (ت٩٧٤هـ) ، تحفة المحتاج في شرح المنهاج ، دار إحياء التراث العربي-بيروت .
- الإنترنت : WWW.ISLAMSET.COM ، المسؤولية الطبية في الشريعة الإسلامية ، محمد فؤاد توفيق ، أخذ بتاريخ ١٧/٥/٢٠٠٤م .



Legal Maxims relating to Committing and causing and their Applications
in Islamic Jurisprudence

By

Ahmad Mohammad AL Haj Khalil

Supervisor

Dr. Abdul Majeed AL Salahin

Abstract

This study dealt with the legal maxims relating to committing and causing and their applications in Islamic jurisprudence with the aim to compile these maxims in one compilation to make it easy for the one seeking them to deal with and study them.

Therefore, this study has been a modest attempt to compile legal maxims relating to committing and causing by mentioning a brief about legal maxims in terms of definition and importance and tracing the summary of jurists opinion in committing and causing. It then discussed investigated these maxims and compiling them from the most likely references in the legal maxim books and other juristic publications in the four Islamic schools of thought. I then indicated to the meaning of their terms in a sufficient manner, which is neither a defaulting short nor a boring long. After that I traced their proofs from their most likely and mentioned the jurists inferences in such proof from their reliable books. I then pointed out to certain juristic applications on these maxims and compared some contemporary issues with them and concluded the discourse of each maxim by stating some of their exclusions.

During my discourse of such maxims I have indicated that jurists have used the word guarantee in this context in its absolute meaning and that they meant the guarantees related to damages, because as is known a guarantee falls under surety domain and other juristic domains. I also demonstrated that the jurists words in purposefulness and transgression related to

committing and causing under the damages domain is related to the deed and its nature and not the doer and his character and other matters.

As such, the outcome expected from this study is to highlight the authenticity of the issues new to these maxims through relating the subsidiaries to their origins and then to indicate that the Islamic jurisprudence is vivid and applicable to every time and place. This is an answer to those who have abandoned the ordinance of the Almighty God and held fast to substantive laws regardless of the trivial argument which they persisted in.

