

قرار لجنة المناقشة

نوقشت هذه الرسالة :

المسؤولية المدنية عن حراسة الأشياء والآلات في الفقه الإسلامي
" دراسة فقهية مقارنة "

وأجيزت يوم الثلاثاء في الأول من ذي الحجة لعام ١٤٢٥ للهجرة المباركة ، الموافق (١١ / ١ / ٢٠٠٥ م)

أعضاء لجنة المناقشة

التوقيع

الأستاذ الدكتور محمود علي السرطاوي أستاذ الفقه المقارن
في الجامعة الأردنية مشرفاً ورئيساً



الأستاذ الدكتور محمد القاضي أستاذ الفقه المقارن محفوظة
في الجامعة الأردنية مناقشاً
مكتبة الجامعة الأردنية
الدكتور عارف أبو محمد أستاذ الفقه المقارن المشارك بالجامعة
في الجامعة الأردنية مناقشاً





الأستاذ الدكتور محمد عقلة الإبراهيم أستاذ الفقه المقارن
في جامعة اليرموك مناقشاً خارجياً

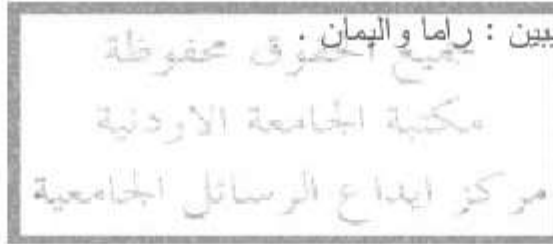


تعتمد كلية الدراسات العليا
هذه الرسالة من الرسالة
التاريخية ١٤٢٥

الإهداء

- إلى المبعوث رحمة للعالمين ؛ سيدي رسول الله .
- إلى كل من يتوق أن يرى شرعة الله هي الحاكمة .
- إلى روح والدي الذي كان شهود هذا الموقف من أعظم أمنياته استجابة لما كان يدعو ، وتحقيقاً لما كان يرجوه ، ومبرة مني إليه ، أستديم بها عمله .
- إلى أمي الغالية التي لا يعرف لعطائها حدود ، والتي بذلت الغالي والرخيص من أجل إسعادي .
- إلى إخوتي وأخواتي الذين لم يدخروا جهداً في مد يد العون لإنهاء دراستي.
- إلى من أتكرت ذاتها في سبيل إسعادي ؛ زوجتي ...
- إلى قرتي العين وفنذتي الكبد ، إلى اللذين منحاني أثنى وأغلى ما عندهم ؛ طفولتهم البريئة ، إلى اللذين منحاني ساعات لهوهم ومرحهم ولعبهم من أجل إتمام هذا العمل ، إلى ولدي الحبيبين : راما واليمان .

أهدي عملي المتواضع
الباحث



شكر وتقدير

لا يسعني بعد إتمام هذا البحث إلا أن أشكر الباري جل وعلا ، الذي استعملني في خدمة دينه ، ويسر لي أسباب دراسة العلم الشرعي وأعانني على عقباته وصعوباته .

وانطلاقاً من قوله تعالى في الحديث القدسي : " لم تشكرني إذ لم تشكر من أجريت نك النعمة على يديه " (١) ، فإنني أغتنم هذه الفرصة لأتقدم بأسمى آيات الشكر والامتنان ، والتقدير والعرفان ، لفضيلة أستاذي العلامة الأستاذ الدكتور محمود السرطاوي الذي تفضل أولاً بقبول الإشراف على رسالتي ، والذي لم يبخل في إبداء آرائه وملاحظاته ، والذي أعطاني من أدبه العظيم ، وخلقه الرفيع ، وتواضعه الجم ، أكثر مما أعطاني من وقته الثمين ، حتى خرج البحث بهذه الصورة .

كما أتقدم بجزيل الشكر إلى السادة الأفاضل والعلماء الأجلاء ، رئيس وأعضاء لجنة المناقشة ، الذين شرفوني بمناقشتهم رسالتي ، وإهدائي عيوتي .

مركز إبداع الرسائل الجامعية

وأتقدم بالشكر إلى كلية الشريعة في الجامعة الأردنية عموماً ، وإلى قسم الفقه وأصوله خصوصاً ؛ أساتذة وإداريين ، على ما بذلوه من جهد وقدموه من عون في مرحلة الدراسة ، فجزاهم الله تعالى كل خير .

ولا يفوتني أن أتقدم بالشكر لكل من مد لي يد العون والمساعدة لإتمام هذا البحث ، وأخص منهم بالذكر :

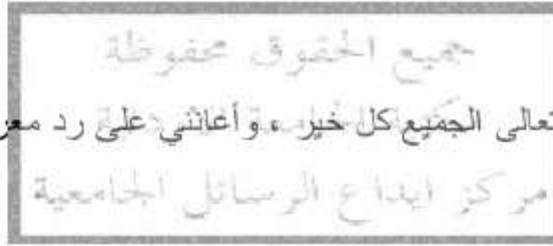
- ١ - الأخ الدكتور علي المهداوي ؛ أستاذ الفاتون المدني في جامعة الزرقاء الأهلية .
- ٢ - الأستاذ الدكتور محمد عفة الإبراهيم ؛ أستاذ الفقه المقارن في كلية الشريعة بجامعة اليرموك .
- ٣ - الأخ الدكتور أمجد منصور ؛ أستاذ القانون المدني في جامعة فيلادلفيا .

(١) جزء من حديث طويل رواه أم المؤمنين السيدة عائشة رضي الله عنها عن رسول الله ﷺ ، وفيه : " ... نعم يا عائشة : إذا حشر الله الخلائق يوم القيامة ، قال لعبد من عباده : اصطنع إليك عبد معروفاً ، هل شكرته ؟ فيقول : يا رب علمت أن ذلك منك فشكرتك عليه ، فيقول : لم تشكرني إذا لم تشكر من أجريت لك النعمة " . وقد أخرجه الطبراني في الأوسط (٤ / ٥٠) ، وكذلك في الصغير (١ / ٢٧٦ رقم ٤٥٤) ، وهو في مسند الشاميين (١ / ١٧٥) .

- ٤ - الأخ الدكتور أسامة علي الفقير ؛ أستاذ الفقه في كلية الشريعة بجامعة اليرموك .
 ٥ - الأخ الدكتور ماجد النعواشي ؛ أستاذ الفقه في كلية الشريعة بجامعة إربد الأهلية .
 ٦ - الأخ الدكتور علي القضاة .
 ٧ - الأخ خالد العزام .

٨ - إلى الأخوة الكرام زملاء الدراسة رفقاء الدرب ؛ الأخ أشرف العمري ، الأخ منصور مقدادي ، الأخ الدكتور محمد الطوانبة ، الأخ الدكتور إبراهيم جوارنة ، الأخ الدكتور محمد طلافحة ، الأخ أشرف بني كنانة ، الأخ عبد الله ربابعة .

٩ - الأفاضل أسرة مكتبة كامل ومكتبة العلوم والتكنولوجيا ؛ الأخ عمر عمارين ، الأخ بسمان العجلوني ، الأخ طراد عكور ، الأخ بلال الفالح ؛ لما بذلوه من جهد صادق في سبيل إنجاز هذه الرسالة .

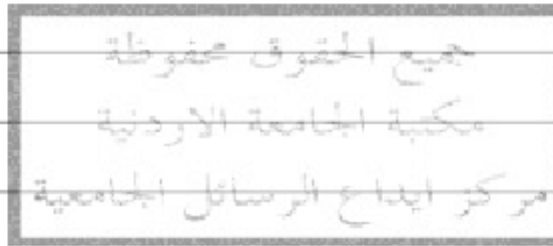


جزى الله تعالى الجميع كل خير، وأعانني على رد معروفهم، إنه سميع مجيب .

مركز أبحاث الرسائل الجامعية

فهرست الموضوعات

رقم الصفحة	الموضوع
ب	فُرار لجنة المناقشة
ج	الإهداء
د	شكر وتقدير
و	فهرست الموضوعات
ل	المُلخص باللغة العربية
١	المقدمة
٢	مشكلة البحث
٣	أهمية ومبررات البحث
٤	منهج البحث
٤	عملي في البحث
٥	خطة البحث
٨	الفصل التمهيدي
٩	المبحث الأول : الدراسات السابقة
٩	المطلب الأول : الدراسات السابقة في القانون الوضعي
١٢	المطلب الثاني : الدراسات السابقة في الفقه الإسلامي
٩١	المطلب الثالث : النتائج
٢٢	المبحث الثاني : التطور التاريخي لأحكام المسؤولية المدنية (التفسيرية) عن الأشياء والآلات
٢٢	المطلب الأول : في القانون الوضعي
٢٢	الفرع الأول : تطور المسؤولية التفسيرية
٣٣	الفرع الثاني : تطور المسؤولية المدنية عن الأشياء والآلات
٣٥	المطلب الثاني : دراسة التطور التاريخي للمسؤولية في الفقه الإسلامي
٣٨	الفصل الأول : ماهية المسؤولية المدنية والحراسة والأشياء والآلات
٣٩	المبحث الأول : المسؤولية المدنية مفهومها أنواعها أركانها



٤٠	المطلب الأول : معنى المسؤولية والألفاظ ذات الصلة
٤١	الفرع الأول : المسؤولية في اللغة والاصطلاح الفاتوني والفقهية
٤٧	الفرع الثاني : الألفاظ ذات الصلة
٤٧	أولاً : الضمان لغة واصطلاحاً
٤٩	ثانياً : التعويض لغة واصطلاحاً
٥٠	الفرع الثالث : الموازنة
٥٢	المطلب الثاني : أنواع المسؤولية
٥٣	الفرع الأول : أنواع المسؤولية في القوانين الوضعية
٥٧	الفرع الثاني : أنواع المسؤولية (الضمان) في الفقه الإسلامي
٦٢	الفرع الثالث : الموازنة
٦٤	التقسيم القانوني في ميزان الفقه الإسلامي
٦٤	المسألة الأولى : حكم الشريعة الإسلامية في المسؤولية الأخلاقية القانونية
٦٦	المسألة الثانية : حكم تقسيم المسؤولية إلى مدنية وجزائية في الفقه الإسلامي
٦٨	المسألة الثالثة : موقف الفقه الإسلامي من الفروق بين المسئولين المدنيين والجزائية
٦٩	حكم التأمين " حاشية "
٧٠	المسألة الرابعة : المسؤولية المدنية (التعاقدية والتقصيرية) في الفقه الإسلامي
٧٥	المطلب الثالث : أركان المسؤولية المدنية في القانون الوضعي والفقه الإسلامي
٧٥	تمهيد : معنى الركن والمقصود به هنا
٧٧	الفرع الأول : أركان المسؤولية في القوانين الوضعية
٧٧	الركن الأول : الخطأ
٨٢	الركن الثاني من أركان المسؤولية : الضرر
٨٤	الركن الثالث من أركان المسؤولية : علاقة السببية بين الفعل الضار والضرر
٨٥	الفرع الثاني : أركان المسؤولية في الفقه الإسلامي
٨٥	الركن الأول : الضرر
٨٦	الركن الثاني : الفعل الضار

٨٨	الركن الثالث : علاقة السببية (الإفضاء)
٨٨	المباشرة في اللغة والاصطلاح
٨٨	التسبب في اللغة والاصطلاح
٩٠	أمثلة تطبيقية على قواعد المباشرة والتسبب
٩١	الفرع الثالث : الموازنة
٩٣	ثانياً : أركان (عناصر) المسؤولية المدنية عن حراسة الأشياء
٩٤	المبحث الثاني : الحراسة
٩٥	تمهيد
٩٥	المطلب الأول : الحراسة في القانون الوضعي
٩٥	الفرع الأول : تعريف الحراسة
١٠٠	الفرع الثاني : عناصر الحراسة في القوانين الوضعية
١٠٠	العنصر المادي للحراسة
١٠٣	تجزئة الحراسة
١٠٥	العنصر المعنوي للحراسة
١٠٦	المطلب الثاني : وضع اليد في الفقه الإسلامي
١٠٦	الفرع الأول : معنى اليد في اللغة والاصطلاح
١١١	الفرع الثاني : الألفاظ ذات الصلة
١١٣	المطلب الثالث : الموازنة
١١٦	تجزئة الحراسة في الفقه الإسلامي
١١٧	حكم نظريات الحراسة في الفقه الإسلامي
١٢٠	المبحث الثالث : الأشياء والآلات
١٢١	تمهيد
١٢١	المطلب الأول : مفهوم الأشياء والآلات لغة
١٢٢	المطلب الثاني : الأشياء والآلات في القوانين الوضعية
١٢٧	المطلب الثالث : الأشياء والآلات في الفقه الإسلامي
١٣٣	المطلب الرابع : صور تطبيقية على الضرر الناشئ بفعل الشيء
١٣٣	أولاً : إصابات العمال في المصانع

١٣٩	ثانياً : الإصابات في المصاعد الكهربائية
١٤٠	المطلب الخامس : الموازنة
١٤٤	الفصل الثاني : أساس المسؤولية المدنية عن الأشياء والآلات
١٤٥	تمهيد
١٤٥	الأساس في اللغة والاصطلاح
١٤٦	تعريف السبب
١٤٨	علة اصطلاحاً
١٤٩	الفرق بين السبب والعلة
١٥٠	المبحث الأول : أساس المسؤولية المدنية عن الأشياء والآلات في القانون الوضعي
١٥١	تمهيد
١٥١	المطلب الأول : النظريات التي قبلت في أساس المسؤولية المدنية عموماً
١٥٤	المطلب الثاني : أساس المسؤولية المدنية عن الأشياء والآلات
١٥٤	تمهيد
١٥٥	المطلب الأول : نظرية الخطأ
١٥٦	الفرع الأول : نظرية الخطأ المفترض أو قرينة الخطأ
١٥٨	الفرع الثاني : نظرية الخطأ الثابت أو الخطأ في الحراسة
١٦١	المطلب الثاني : " نظرية الضرر " أو " نظرية تحمل التبعية " أو " نظرية المخاطر "
١٦٥	المبحث الثاني أساس المسؤولية المدنية عن الأشياء والآلات في الفقه الإسلامي
١٦٦	تمهيد
١٦٧	أساس المسؤولية المدنية في الفقه الإسلامي
١٧٠	المبحث الثالث : الموازنة
١٧٣	الفصل الثالث : شروط المسؤولية المدنية
١٧٤	تعريف الشرط لغة واصطلاحاً
١٧٦	المبحث الأول : شروط المسؤولية المدنية عن الأشياء والآلات في القانون الوضعي
١٧٧	أولاً : شروط مرتكب الفعل الضار

١٧٩	ثانياً : شروط الضرر
١٨٠	التعويض عن الضرر الأدبي في القانون الوضعي
١٨٣	ثالثاً : شروط العلاقة السببية
١٨٥	المبحث الثاني : شروط المسؤولية في الفقه الإسلامي
١٨٦	الشرط الأول : أن يكون الشيء المتلف مالا
١٩١	أولاً : التعويض عن الضرر الأدبي في الفقه الإسلامي
١٩٨	ثانياً : الضمان بالفعل السلبي
٢٠٢	الشرط الثاني : أن يكون الشيء المتلف متقوماً
٢٠٢	أولاً : ضمان الخمر والخنزير
٢٠٦	ثانياً : ضمان آلات اللهو
٢٠٨	ثالثاً : ضمان كتب الفسق والضلال
٢٠٨	الشرط الثالث : أن يكون المال المتلف مملوكاً
٢٠٩	الشرط الرابع : أن يكون الضرر محققاً بشكل دائم
٢١٠	حكم الضمان من تقويت الفرصة وتضييع المصلحة
٢١٢	الشرط الخامس : أن يكون في إيجاب الضمان فائدة
٢١٤	الشرط السادس : ثبوت اليد على المال عند الشافعية
٢١٥	الشرط السابع : أن يكون المتلف أهلاً لوجوب الضمان
٢١١	شرط الإدراك في الفقه الإسلامي
٢١٦	شروط الضمان بالتسبب
٢٢١	المبحث الثالث : الموازنة
٢٢٦	الفصل الرابع موانع المسؤولية المدنية عن حراسة الأشياء والآلات
٢٢٧	التمهيد : في تعريف المانع لغة واصطلاحاً
٢٢٩	المبحث الأول : موانع المسؤولية في القانون الوضعي
٢٣٠	المطلب الأول : الموانع المتعلقة بالخطأ :
٢٣٥	المطلب الثاني : الموانع المتعلقة بالسببية
٢٤١	المبحث الثاني : موانع المسؤولية في الفقه الإسلامي
٢٤٢	المطلب الأول : الموانع المتعلقة بالفعل الضار

٢٥٢	المطلب الثاني : الموانع المتعلقة بالسببية
٢٦١	المبحث الثالث : الموازنة
٢٦٤	الخاتمة
٢٦٨	ملحق الآيات الكريمة
٢٧٠	ملحق الأحاديث النبوية
٢٧٢	ملحق الآثار
٢٧٣	قائمة المصادر والمراجع
٣٠٠	الملخص باللغة الإنجليزية

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المسؤولية المدنية عن حراسة الأشياء والآلات في الفقه الإسلامي

" دراسة فقهية مقارنة "

إعداد

أحمد شحادة بشير الرعبي

المشرف

الأستاذ الدكتور محمود علي السرطاوي

الملخص

تتاولت هذه الدراسة أحكام المسؤولية المدنية عن حراسة الأشياء الخطرة والآلات الميكانيكية في الفقه الإسلامي مقارنة بالقوانين الوضعية. وتأتي أهمية هذه الدراسة بسبب كثرة الحوادث والمشاكل التي تنشأ من جراء استخدام الآلة ، ودخولها جميع ميادين الحياة .

وتناولت هذه الدراسة المصطلحات الفقهية والقانونية المعبرة عن الغرض نفسه ، وناقشتها وبينت الراجح منها ، وهو ما لا يؤدي إلى لبس في معناه .

كما تتاولت تطور التقنين الوضعي في بيانه لأحكام المسؤولية عن الأشياء الخطرة وتطوره حتى وصلت أحكامه على ما هي عليه اليوم .

وتطرق إلى موضوع الأساس القانوني للمسؤولية ، وفصلت القول في شروط المسؤولية ، وناقشت آراء الفقهاء السابقين حولها ، وختمت ببيان موانع المسؤولية ؛ كل ذلك بمقارنة الفقه الإسلامي بالقوانين الوضعية .

وخلصت الدراسة إلى جملة من النتائج ؛ أهمها : ضرورة تعويض المصاب في الفقه الإسلامي ، وأنه لا يطل (يهدر) دم في الإسلام ، وإلى وجوب إحلال نظام جديد محل نظام العاقلة الذي كان معمولاً به في واقع الحياة الإسلامية ، سواء أكان هذا النظام الجديد رسمياً (حكومياً) أم خاصاً ، وسواء أكان كذلك تعاونياً أم ريحياً ، وأن واضع اليد في الفقه الإسلامي هو المسؤول عما ينشأ عن ذلك الشيء من أضرار ، وأن المسؤولية عن الأشياء تخضع للقواعد

العامّة للضمان في الفقه الإسلامي ، ويعد إيراد المادة (٢٩١) من القانون المدني الأردني التي تتعلق بالمسؤولية عن الأشياء هو نوع من التكرار ، والمقتن الأردني أوردتها محاكاة للقانون الفرنسي والقوانين العربية التي استقت منه ؛ لأنه لا فرق في الفقه الإسلامي أن يقع الضرر بفعل الشخص أم بغيره .

كما خلصت إلى : ضرورة أن يتسلح رجال القانون والشريعة على السواء بعلم أصول الفقه ؛ لأنه ميزان مانع من الخطأ في التعريفات وبيان المصطلحات ، وبالنسبة للتعويض عن الضرر الأدبي ، والتعويض عن الضرر بالفعل السلبي فقد خلصت الدراسة إلى أن الفقه الإسلامي يجيز التعويض عنهما في بعض الصور ، ويحرمه في بعض الصور .

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز أبحاث الرسائل الجامعية

المقدمة

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على سيد المرسلين ؛ سيدنا محمد ، وعلى آله وصحبه الطيبين الطاهرين ، وعلى التابعين وتابعيهم بإحسان إلى يوم الدين .

الحمد لله القائل : { وَمَا كَانَ الْمُؤْمِنُونَ لِيَنْفِرُوا كَافَّةً فَلَوْلَا نَفَرَ مِن كُلِّ فِرْقَةٍ مِّنْهُمْ طَائِفَةٌ لِّيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ وَلِيُنذِرُوا قَوْمَهُمْ إِذَا رَجَعُوا إِلَيْهِمْ لَعَلَّهُمْ يَحْذَرُونَ } (١) .

والصلاة والسلام على رسوله الكريم ؛ سيدنا محمد القائل : " من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين " (٢) .

اللهم لا سهل إلا ما جعلته سهلاً ، وأنت تجعل الحزن إذا شئت سهلاً .
وبعد :

فلا يخفى على أحد فضل علم الفقه وعظيم أثره ؛ إذ به تميز الأحكام ، ويعرف الحلال والحرام ، ولهذا ندب الله طوائف من الأمة للتفقه في الدين ، وجعل الله تعالى ذلك من فروع الكفايات كما هو معلوم .

ولما كان حفظ النفس وأموال من المقاصد التي جاءت الشرائع لتحقيقها ، كان لزاماً على أهل الفقه أن يبينوا أحكام المال والنفس وما يتعلق بهما من أمور .
ولما أكرمني الله تعالى بأن جعلني من طلبة العلم ، وكلف لزاماً علي أن أضرب بسهم في هذا الميدان ، وذلك بتقديم موضوع يكون أطروحة لاستكمال متطلبات درجة الدكتوراة ، أثرت أن أكتب في ضمان الأنفس والأموال ؛ لما لهما من أهمية بالغة في حياة الناس ، فوقع اختياري على موضوع بكر لم يفرد يابحث في الفقه الإسلامي ، ولم يعط حقه من الاهتمام في البحوث الشرعية ، وهو موضوع : المسؤولية المدنية عن حراسة الأشياء والآلات في الفقه الإسلامي ، فبينت المراد بهذا العنوان وما يقابله من ألفاظ استخدمها فقهاؤنا الأوائل ، وبينت الأحكام الفقهية في هذا الشأن ، وقد قارنت أحكام الفقه الإسلامي في هذا الموضوع بما توصل إليه القانون الوضعي ، والله تعالى أسأل التوفيق والعناية والسداد ، وأن يجنبني الخطأ والزلل ، وفيما يأتي أذكر مشكلة البحث ، وأهميته ، وميررات الدراسة فيه ، والمنهج الذي سرت عليه في إعدادة ، وعملي في البحث ، والخطة التي انتهجتها في هذه الدراسة .

(١) الآية (١٢٢) من سورة التوبة .

(٢) متفق عليه عن سيدنا معاوية بن أبي سفيان رضي الله عنه ؛ البخاري - مع فتح الباري - كتاب العلم ، باب من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين (١ / ٢١٧ رقم الحديث ٧١) وفي عدة مواضع من صحيحه ، ومسلم - بشرح النووي - كتاب الإمارة ، باب قوله ع : لا تزال طائفة من أمتي ظاهرين على الحق لا يضرهم من خالفهم (١٣ / ٦٩ رقم ١٩٢٣) .

أولاً : مشكلة البحث :

نظرا لتعدد الحياة وتطورها ، ودخول التقنيات الحديثة في حياة الإنسان المعاصر ، كان لزاما على أهل الفقه أن يبحثوا أحكام ما استجد من مسائل بناءً على أحكام الشرع الحنيف ، ضرورة أنه لا توجد مسألة إلا والله تعالى فيها حكم ، ومن هذه المستجدات الآلات والتقنيات الحديثة والمعقدة ، والمواد الكيماوية الخطرة ، ووسائل المواصلات من طائرات وقاطرات وسيارات .

ولهذا كان لزاما على التشريعات أن تولي هذه الموضوعات العناية اللائقة والاهتمام المناسب ، وهو ما فعله القانون المدني الأردني المستمد من الشريعة الإسلامية في مواد الفعل الضار .

حيث قسم القانون المدني الأردني مواد الفعل الضار إلى أربعة فروع : الفرع الأول : أحكام عامة شملت من المواد (٢٥٦ - ٢٧٢) ، والفرع الثاني جاء بلا عنوان ، وتحتها العناوين الفرعية التالية : ما يقع على النفس ، إتلاف المال ، الغصب والتعدي ؛ وذلك في المواد (١٧٣ - ٢٨٧) ، أما الفرع الثالث فهو : المسؤولية عن فعل الغير في المادة (٢٨٨) ، وجاء الفرع الرابع بعنوان : صور من المسؤولية ، وفيه الموضوعات التالية : جناية الحيوان في المادة (٢٨٩) ، انهيار البناء في المادة (٢٩٠) ، الأشياء والآلات في المادتين (٢٩١ - ٢٩٢) .

وجاءت هذه الدراسة لتعالج الموضوع الثالث من الفرع الرابع ، وهو المسؤولية المدنية عن حراسة الأشياء والآلات ، وذلك من خلال التعريف بهذه المصطلحات في اللغة وفي الاصطلاح الشرعي والقانوني ، وبيان أحكام المسؤولية المدنية المترتبة على الضرر الناشئ عنهما في ضوء أحكام انضمام في الفقه الإسلامي ، مع بيان ما ذهب إليه القانون الوضعي في هذا الموضوع .

وعليه فستحاول هذه الدراسة الإجابة على الاستفسارات التالية :

١ . ما مدى مسؤولية حارس الآلات أو المواد الخطرة عما تحت يده من مواد ، في

الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية ؟

٢ . من المسؤول عن الضرر الناشئ عن الأشياء الخطرة والآلات ، المباشر أم

المتسبب ، ومتى يشتركان في الضمان ؟

٣ . متى يسقط الضمان عن المباشر أو المتسبب ؟

٤ . ما شروط المسؤولية المدنية في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية ؟

٥. ما موانع المسؤولية المدنية في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية ؟

ثانياً : أهمية البحث ومبرراته :

إن أهم ما يميز هذه الدراسة هو جمعها بين الأصالة والمعاصرة فهي دراسة معاصرة تبين أحكام الضمان عن الضرر الواقع من هذه الآلات والمواد الخطرة التي غص بها عالمنا اليوم ، والحاجة إلى إعادة النظر في الأحكام الاجتهادية السابقة المبنية على أعراف تغيرت . إن هذه الدراسة تعنى ببحث ضمان الأنفس و الأموال ، بعد تلفها أو إتلافها بالأشياء (خطرة كانت أو غير خطرة) أو الآلات التي تتطلب عناية خاصة ، وغني عن البيان ذكر أهمية النفس والمال ورعاية الشريعة الإسلامية لهما ، فهما من الضرورات الخمس التي جاءت الشرائع لحفظها .

وممن مميزات هذه الدراسة :

- ١ - أنها تخص الحوادث الناجمة عن الآلات والأشياء الخطرة وغير الخطرة بالبحث ، وتربطها بأحكام الضمان وقواعده بالفقه الإسلامي المقارن بالقانون المدني ، وتناقش القوانين الوضعية في ضوء أحكام الشريعة . **الحقوق محفوظة**
- ٢ - أنها تقارن ما وصل إليه القانون الوضعي في أحكام المسؤولية عن الأشياء والآلات بالذي توصل إليه الفقه الإسلامي ، **البيان عظمة هذه الشريعة جلية**
- ٣ - وهي مساهمة جادة للعودة بالأمة إلى كتاب ربها وسنة نبيها والثروة الفقهية التي استنبطت منهما ، ففيهما الخير الكثير ، مما يغني عن استيراد الأحكام من الشرق والغرب ، ودعوة للمشرعين من أبناء جلدتنا للاستفادة من أحكام الإسلام في أحكام المسؤولية المدنية عامة وحوادث الأشياء والآلات خاصة .
- ٤ - وأخيراً ، فهذه الدراسة - حسب علم الباحث - هي الدراسة الشرعية الوحيدة التي أفردت أحكام المسؤولية المدنية عن الأشياء والآلات .

ثالثاً : منهج البحث :

أما منهجية البحث ؛ فتقوم على التالي :

- أولاً : المنهج الاستقرائي ؛ وذلك باستقراء وتتبع أحكام الضمان أو المسؤولية المدنية وتطبيقاتها في المسؤولية عن الأشياء والآلات في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية .

ثانيا : المنهج الوصفي ؛ وذلك ينقل أقوال الفقهاء من المصادر الفقهية ونسبها إلى أصحابها ، وكذا النصوص القانونية .

ثالثا : المنهج التحليلي ؛ وذلك بتفسير آراء الفقهاء ومقارنتها ببعضها ومناقشتها ومناقشة القوانين الوضعية ومقارنتها بالفقه الإسلامي .

رابعا : عملي في البحث :

وقد راعيت في هذا العمل عدة أمور ، أخصها بما يلي :

- ١ - قمت بتوثيق الآيات القرآنية ، وكتابتها بالرسم العثماني .
- ٢ - قمت بتخريج الأحاديث النبوية والحكم عليها حسب قواعد هذا الفن ، وما أخرجه شيخا المحدثين البخاري ومسلم أو أحدهما لا أحكم عليه ؛ لأنه قد جاوز القنطرة كما يقولون ، وأما ما رواه غيرهما فكنت أورد أقوال النقاد في الحكم عليه .
- ٣ - استخدمت تعبير " الشراح " عند الكلام عن علماء القانون الوضعي ، ومصطلح " الفقهاء " للتعبير عن علماء الشريعة الإسلامية .

٤ - ميزت بين أحكام القانون الوضعي وأحكام الفقه الإسلامي ، وذلك بجعل كل منها في مبحث مستقل ، كما أنني التزمت بأن أنقل كلام القانونيين من كتبهم ، وكذا في النقل عن المذاهب ، فكنت أوثق النقل عن المذاهب من كتب المذاهب نفسها لا من كتب غيره .

٥ - أنني جعلت الكلام عن القانون الوضعي أولا ، ثم ثنيت بالفقه الإسلامي (والرسالة في الفقه الإسلامي) مخالفاً بذلك المعهود في الرسائل العلمية ؛ لأن الرسالة في الفقه الإسلامي ، وذلك لأننا أمام واقعة قانونية تعورف عليها في كافة دول العالم واسمها : " نظرية الحراسة " ، فأرت لبيان حكمها أن أبينها وأبين معانيها ومرادها ، ثم أبين الحكم الشرعي فيها ؛ ولأن معرفة الواقع سابقة على التعرف على الحكم ، وكذلك فالحكم على الشيء فرع عن تصوره ، فلا بد لي حتى أبين الحكم الشرعي في الحراسة وأحكامها أن أتعرف عليها كما يريد أصحابها ، ثم أبين موقعها من الأحكام الشرعية^(١) ، كما أن التقديم في الذكر لا يلزم منه أفضلية المقدم^(٢) .

(١) وأسوتي في ذلك حجة الإسلام أبو حامد الغزالي الذي وضع الفلسفة بأوضح من عبارات أصحابها في كتابه " مقاصد الفلاسفة " ثم بين الحكم الشرعي فيها في كتابه : " تهافت الفلاسفة " .

(٢) قال الله تعالى : (قَالَ يَا إِبْلِيسُ مَا مَنَعَكَ أَنْ تَسْجُدَ لِمَا خَلَقْتُ بِإِيْدِي) (ص : ٧٥) ، فقدم إبليس في الذكر على آدم عليه السلام (المعبر عنه ب " ما ") ، وقدمهما على " بيدي " .

٦ - كما أنني استخدمت مصطلح " الموازنة " على مصطلح " الترجيح " بعد إيراد الأحكام القانونية والشرعية ؛ لأنه لا يحق لي ولا لغيري أن يرجح بين شريعة الله تعالى وشرائع البشر ، وإنما نوازن بين الأحكام .

خامساً : خطة البحث :

جاءت هذه الرسالة بمقدمة وفصل تمهيدي وأربعة فصول وخاتمة ، على النحو التالي :
أما المقدمة فتناولت مشكلة البحث ، وأهميته ، والمنهج المتبع في البحث ، ثم طريقتي في تناول موضوعات الدراسة ، والخطة التي قام عليها البحث .
وقد جاءت الدراسة على النحو التالي :

الفصل التمهيدي ، في مبحثين :

المبحث الأول : الدراسات السابقة ، وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : الدراسات السابقة في القانون الوضعي .

المطلب الثاني : الدراسات السابقة في الفقه الإسلامي .

المطلب الثالث :- النتائج .محفوفة

المبحث الثاني :- التطور التاريخي للمسؤولية المدنية عن الأشياء والآلات ،

مركز ابداع الرسائل الجامعية

في مطلبين :

المطلب الأول : التطور التاريخي في القانون الوضعي .

المطلب الثاني : التطور التاريخي في الفقه الإسلامي .

الفصل الأول : ماهية المسؤولية المدنية والحراسة والأشياء والآلات ؛ وقد جاء في ثلاثة

مباحث :

المبحث الأول : المسؤولية المدنية ؛ مفهومها ، أنواعها ، أركانها ؛ وفيه ثلاثة

مطالب :

المطلب الأول : معنى المسؤولية والألفاظ ذات الصلة .

الفرع الأول : المسؤولية في اللغة والاصطلاح .

الفرع الثاني : الألفاظ ذات الصلة (الضمان ، والتعويض) .

الفرع الثالث : الموازنة .

المطلب الثاني : أنواع المسؤولية في الفقه الإسلامي والقوانين

الوضعية ، في ثلاثة فروع :

الفرع الأول : أنواع المسؤولية في القوانين الوضعية .

الفرع الثاني : أنواع المسؤولية (الضمان) في الفقه

الإسلامي .

الفرع الثالث : الموازنة .

المطلب الثالث : أركان المسؤولية المدنية في القانون الوضعي والفقه

الإسلامي ، في تمهيد وثلاثة فروع :

التمهيد : في بيان معنى الركن والمقصود به هنا .

الفرع الأول : أركان المسؤولية في القوانين الوضعية .

الفرع الثاني : أركان المسؤولية في الفقه الإسلامي .

الفرع الثالث : الموازنة .

المبحث الثاني : الحراسة ؛ في تمهيد وثلاثة مطالب :

المطلب الأول : الحراسة في القانون الوضعي ، وفيه فرعان :

الفرع الأول : تعريف الحراسة .

الفرع الثاني : عناصر الحراسة .

المطلب الثاني : وضع اليد في الفقه الإسلامي ، في فرعين :

الفرع الأول : معنى اليد في اللغة والاصطلاح .

الفرع الثاني : الألفاظ ذات الصلة : (التصرف ، المنك

والتولي) .

المطلب الثالث : الموازنة .

المبحث الثالث : الأشياء والآلات ، في تمهيد وخمسة مطالب :

المطلب الأول : مفهوم الأشياء والآلات

المطلب الثاني : الأشياء والآلات في القوانين الوضعية .

المطلب الثالث : الأشياء والآلات في الفقه الإسلامي .

المطلب الرابع : الموازنة .

المطلب الخامس : صور تطبيقية لبعض الأحكام الناشئة عن الحراسة .

الفصل الثاني : أساس المسؤولية المدنية عن الأشياء ، في تمهيد وثلاثة مباحث :

التمهيد : بيان المعنى اللغوي للأساس والألفاظ ذات الصلة .

المبحث الأول : أساس المسؤولية المدنية في الفقه الوضعي ، في مطلبين :

المطلب الأول : النظريات التي قيلت في المسؤولية المدنية عموماً.

المطلب الثاني : أساس المسؤولية عن الأشياء والآلات .

أولاً : نظرية الخطأ .

ثانياً : نظرية الضرر .

المبحث الثاني : أساس المسؤولية المدنية في الفقه الإسلامي .

المبحث الثالث : الموازنة .

الفصل الثالث : شروط المسؤولية المدنية ، في تمهيد وثلاثة مباحث :

التمهيد : بيان معنى الشرط

المبحث الأول : شروط المسؤولية في القانون الوضعي .

المبحث الثاني : شروط المسؤولية في الفقه الإسلامي .

المبحث الثالث : الموازنة .

الفصل الرابع : موانع المسؤولية المدنية ، في تمهيد وثلاثة مباحث :

التمهيد : في معنى المانع ، *محفوفة*

المبحث الأول : موانع المسؤولية في القانون الوضعي .

المبحث الثاني : موانع المسؤولية في الفقه الإسلامي .

المبحث الثالث : الموازنة .

الخاتمة : وفيها نتائج الدراسة وانتوصيات .

الفصل التمهيدي

في مبحثين :

المبحث الأول : الدراسات السابقة ، في ثلاثة مطالب ؛

المطلب الأول : في القانون الوضعي

المطلب الثاني : في الفقه الإسلامي

المطلب الثالث : النتائج

المبحث الثاني : التطور التاريخي لأحكام المسؤولية المدنية عن الأثماء

والآلات ، في مطلبين :

المطلب الأول : في القانون الوضعي

المطلب الثاني : في الفقه الإسلامي

المبحث الأول : الدراسات السابقة :

سأتناول في هذا المبحث الدراسات السابقة المتعلقة بموضوع البحث ، وقد جعلتها في ثلاثة مطالب ؛ المطلب الأول جعلته للدراسات السابقة في القانون الوضعي ، والمطلب الثاني

جعلته للدراسات السابقة في الفقه الإسلامي ، والمطلب الثالث في النتائج التي توصلت إليها من خلال النظر في الدراسات السابقة .

المطلب الأول : الدراسات السابقة في القانون الوضعي :

الدراسات السابقة حول موضوع المسؤولية المدنية عن الأشياء والآلات كثيرة جداً ، منها ما كان شرحاً لنصوص القانون المدني كاملاً، ومنها ما كان شرحاً لمواد الفعل الضار فقط ، ومنها ما كان تأليفاً علمياً مستقلاً أو جاء على شكل أطروحات علمية تتناول بعض عناوين المسؤولية ، ونظراً لكثرتها وتشعبها فإنني سأتناول منها ما تحدث عن الأشياء والآلات خصوصاً .

١ - شنب : محمد نبيب (١٩٥٧) المسؤولية عن الأشياء " دراسة في القانون المصري مقارناً بالقانون الفرنسي ، طباعة مكتبة النهضة المصرية بالقاهرة .

وجاء هذا الكتاب في مقدمة وفصل تمهيدي وقسمين ؛ المقدمة تناول فيها تعريف المسؤولية المدنية والأشياء ، والفصل التمهيدي بحث فيه تطور المسؤولية عن الأشياء ، وبحث في القسم الأول : أركان المسؤولية عن الأشياء في تمهيد وأربعة فصول ؛ فذكر في التمهيد اختلاف القوانين في النظر في الأشياء التي تستوجب المسؤولية ، وجاءت الفصول بعده ؛ الأشياء ، الحارس ، رابطة السببية ، نطاق مسؤولية حارس الأشياء .

والقسم الثاني من الكتاب في : وسائل دفع المسؤولية عن الأشياء وأساسها القانوني وعلى الرغم من أهمية هذه الدراسة ، وقدمها تسيباً ، وتعويل الكثير ممن جاء بعدها عليها ، إلا أنها كانت مقتصرة على القانونين الفرنسي والمصري ولم تشر إلى غيرهما من القوانين الوضعية ، فضلاً عن الفقه الإسلامي .

٢ - الرحو : محمد سعيد أحمد ، فكرة الحراسة في المسؤولية المدنية عن الأشياء غير الحية " دراسة مقارنة " ، دار الثقافة (٢٠٠١) .

وكانت هذه الدراسة في بايين كل منهما في ثلاثة فصول ؛ الباب الأول : ماهية الحراسة ؛ أركان الحراسة: الشيء محل الحراسة ، والحارس ، ثم تناول عناصر الحراسة ، وصور من الحراسة ، هي : تعدد الحراسة وتعدد الحراس ، الحراسة المشتركة ، حراسة الشخص المعنوي .

والباب الثاني : أحكام الحراسة ؛ انتقال الحراسة وانقضاؤها وإثباتها ، الحراسة في الفقه الإسلامي ، تطبيقات عملية لفكرة الحراسة على بعض الأشياء .

إلا أن هذه الدراسة ، وإن تناولت أحكام الحراسة في الفقه الإسلامي في الفصل الثاني من الباب الثاني ، إلا أنها اقتصرت على انقانون المدني العراقي والمصري والفرنسي ، ولم تشر إلى القانون المدني الأردني ، وكان إيرادها لأحكام الفقه الإسلامي بشكل مبسّس وجزئي .

٣ - منصور : أمجد محمد ، المسؤولية عن الأضرار الناجمة عن الجمادات ، دار الثقافة (٢٠٠٢) .

وقد جاءت الدراسة في باب تمهيدي ويابين بعده ؛ الباب التمهيدي وهو عن التطور التاريخي للمسؤولية عن والباب الأول : عناصر المسؤولية عن فعل الأشياء الجامدة ، أما الباب الثاني : ففي الأساس القانوني للمسؤولية عن فعل الأشياء ، أما الباب الثالث ، فهو في التطبيقات القضائية في تحديد أشخاص المسؤولين عن فعل الجمادات .

وهذه الدراسة كسابقتها ؛ إذ أنها تطرقت بعض الشيء لأحكام المسؤولية المدنية عن الأشياء والآلات في الفقه الإسلامي ، إلا أنها لم تشر إلى القانون المدني الأردني .

٤ - ملوكي : اياد عبد الجبار ، المسؤولية عن الأشياء وتطبيقها على الأشخاص المعنوية بوجه خاص " دراسة مقارنة " رسالة دكتوراة قدمت إلى كلية القانون والسياسة بجامعة بغداد سنة (١٩٧٨) ، طبع مكتبة بابل بمساعدة جامعة بغداد (١٩٧٩ - ١٩٨٠) .

وجاء هذا البحث في قسمين ؛ القسم الأول : في المسؤولية عن الأشياء بوجه عام ، في بابين ؛ الباب الأول : في شروط المسؤولية ، والباب الثاني : في إثبات المسؤولية ودفعها .

أما القسم الثاني : فهو في تطبيق المسؤولية على الأشخاص الاعتبارية بوجه خاص ، وفيه بابان ؛ الباب الأول : صفة الشخص المعنوي كحارس للشيء ، والباب الثاني : دفع مسؤولية الشخص المعنوي باعتباره حارسا .

٥ - النقيب : عاطف ، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن فعل الأشياء في مبادئها القانونية وأوجهها العملية ، ديوان المطبوعات الجامعية / الجزائر ، ومنشورات عويدات / بيروت - باريس .

وجاء هذا الكتاب في سبعة فصول ؛ في تعريف الحراسة والحارس المسؤول ، الأشياء التي يتناولها حكم المسؤولية عن فعل الشيء ، وفوق الضرر بفعل الشيء (دور الشيء والترايط السببي) ، الأشخاص الذين يحق لهم الإفادة من حكم المسؤولية عن فعل الشيء ، أسباب الإعفاء من المسؤولية الناشئة عن فعل الشيء ، الأساس القانوني لنظرية المسؤولية الناشئة عن فعل الشيء ، تنازع قواعد المسؤولية في نطاق التطبيق .

وهذا الكتاب في القانون الفرنسي واللبناني فقط .

٦ - موافي : يحيى أحمد ، المسؤولية عن الأشياء في ضوء الفقه والقضاء . منشأة المعارف بالإسكندرية .

وجاء هذا الكتاب في مقدمة وبابين ؛ المقدمة في تطور المسؤولية الناشئة عن الأشياء ، والباب الأول في عناصر المسؤولية عن الأشياء ؛ أركان المسؤولية ، حكم المسؤولية عن فعل الأشياء ، نظرية الوضع غير المألوف ننشئ ومظاهره ، الترابط السببي ومسألة تعدد الأسباب . والباب الثاني : أسباب الإعفاء من المسؤولية عن الأشياء ، الأساس القانوني للمسؤولية عن فعل الشيء .

وما يؤخذ على هذه الدراسات الثلاث :

— أنها لم تتطرق إلى القانون الأردني كسابقاتها .

— أنها لم تبحث في الفقه الإسلامي .

٧ - أبو هزيم : عبد الحليم عبد القادر ، المسؤولية عن الأشياء غير الحية في القانون المدني الأردني ، وهي أطروحة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون من الجامعة الأردنية سنة (١٩٩٥) **مجموع محفوظات** وجاءت في ثلاثة فصول ؛ الفصل التمهيدي في التعريف بالمسؤولية المدنية وأساسها وأركانها ، والفصل الأول : المسؤولية عن الأشياء غير الحية تطورها ، تحديد نطاق مسؤولية حارس الأشياء ، الحراسة ، والفصل الثاني : مصدر وأساس المسؤولية عن الأشياء وطرق دفعها .

وهذه هي الدراسة الوحيدة التي تناولت القانون المدني الأردني ، إلا أنها لم تتناول الفقه الإسلامي بالبحث .

المطلب الثاني : الدراسات السابقة في الفقه الإسلامي :

إن الكلام عن انضمان وأركانه وأسبابه وشروطه وما يتعلق به لا يكاد يخلو منه كتاب من الكتب والموسوعات الفقهية السابقة ، ولكن موضوع الضمان الناشئ عن الأشياء والآلات لم يتطرق له الفقهاء المسلمون الأوائل — اللهم إلا في حدود ضيقة كمسألة النيل وفأس القصاب — ، وذلك لعدم ظهور الحاجة الماسة إلى ذلك في عصورهم .

وسأتناول الدراسات الشرعية السابقة من خلال ثلاثة أقسام ؛ القسم الأول : الدراسات الشرعية السابقة العامة ، وهي التي تناولت أحكام الضمان بعمومه ، والقسم الثاني : الدراسات الخاصة التي تناولت بعض موضوعات الضمان ولكن غير الأشياء والآلات ، والقسم الثالث : ما تناول الأشياء والآلات تحديداً .

القسم الأول : الدراسات الشرعية السابقة في أحكام الضمان العامة :

الدراسات الحديثة العامة في الضمان وأحكامه كثيرة ، وأهمها :

- ١ - الخفيف : علي ، (١٩٧١) الضمان في الفقه الإسلامي (دراسة لأهم مسائل الضمان فيما يتلف من الأموال مع الموازنة بين آراء الفقهاء) .
حيث عرف الضمان وبين دليل مشروعيته ، ثم تناول : أسبابه ، وشروط وجوبه ، وأساسه ، وأحكامه ؛ تناول منها مسؤولية المتبوع ، وجناية الحيوان ، وسقوط المباني .
وعلى الرغم من أهمية هذا الكتاب ، وكونه مرجعاً في بابه ، إلا أنه لم يتطرق لموضوع المسؤولية المدنية عن الأشياء والآلات من قريب أو بعيد .
- ٢ - الزحيلي : وهبة ، (١٩٩٨) نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة) ، دار الفكر - دمشق ، تصوير عن الطبعة الثانية (١٩٨٢) .

وكان بحثه في ثلاثة أبواب ؛ الباب الأول : النظرية العامة للضمان ؛ تناول فيها : مقومات الضمان الأساسية ، أفاق الضمان ، قواعد الضمان الفقهية ، حيث ذكر الباحث عشرين قاعدة وشرحها شرحاً مجملاً ، والباب الثاني الضمان في نطاق المسؤولية المدنية ؛ أهم حالات الضمان في المسؤولية العقابية ، أهم حالات الضمان في المسؤولية التقصيرية ، عوارض المسؤولية ، إثبات المسؤولية ، والباب الثالث : الضمان في نطاق المسؤولية الجنائية ؛ ضمان الجناية على النفس ، ضمان الجناية على ما دون النفس ، ضمان الجناية على الأموال بسبب الجرائم .

أما ما يتعلق بموضوعنا ، وهو المسؤولية المدنية عن الأشياء والآلات ، فقد تطرق له الباحث الفاضل في الفصل الثاني من الباب الثاني ، ولكن في حدود صفحة واحدة فقط ، مع إشارته إلى أن الفقهاء المسلمين ، وإن بحثوا في المسؤولية عن الأشياء غير الحية كالبناء والحجارة والرمال ، إلا أنهم لم يبحثوا في المسؤولية الناشئة عن الآلات الميكانيكية - لا لقصور منهم - وإنما لعدم ظهور الحاجة إلى ذلك .

- ٣ - فيض الله : محمد فوزي ، (١٤٠٦ - ١٩٨٦) نظرية الضمان في الفقه الإسلامي ، مكتبة دار التراث - الكويت .

وهذا الكتاب كتاب مختصر وضعه مؤلفة لطلاب مرحلة البكالوريوس بكلية الحقوق والشريعة في جامعة الكويت ، وقد جاء الكتاب في ثلاثة أبواب وتمهيد ومقدمة ؛ التمهيد لبيان معنى النظرية ، والمقدمة في تعريف الضمان ومشروعيته ، أما الباب الأول : في أسباب

الضمان ، والباب الثاني في : أحكام الضمان ، أما الباب الثالث : ففي ارتفاع الضمان ، وختم الكتاب بذكر أهم قواعد الضمان حيث ذكر اثنتي عشرة قاعدة سردها سرداً .

وهذا الكتاب وعلى الرغم من صغر حجمه ، فإنه أفضل من تناول هذا الموضوع ، حيث تناول فيه ضمان التلف بالأشياء عموماً ، ثم ضمان التلف بالأشياء الخطرة ، ثم عقب ذلك في ضمان أخطار المصانع وإصابات العمال ، ولكن كل ذلك كان بإشارات بسيطة لم تقم بالغرض .

٤ - الزرقا : مصطفى أحمد ، الفعل الضار والضمان فيه (دراسة وصياغة قانونية مؤصلة على نصوص الشريعة الإسلامية وفقهها انطلاقاً من نصوص القانون المدني الأردني) ، دار القلم - دمشق (١٩٨٨) .

وقد جاء كتابه هذا في ثلاثة أقسام ؛ القسم الأول : عرض عام لنصوص الشريعة وفقه الصحابة في الفعل الضار مع إيضاح موجز لدلالاتها ، والقسم الثاني : مقدمات تمهيدية وملاحظات ، أما القسم الثالث : فقد استعرض فيه مواد القانون المدني الأردني في الفعل الضار ومناقشتها ، وقدم له بتمهيد : تقسيم فصل الفعل الضار ، ثم عقبه بأحكام عامة .

وهذا الكتاب - على الرغم من أهميته - فإنه تأصيل لأحكام الضمان الناشئ عن الفعل الضار في القانون المدني الأردني - المستمد من الشريعة الإسلامية - ، والقانون المدني الموحد على أساس الفقه الإسلامي .

٥ - الموسوعة الفقهية مصطلح : " ضمان " ، مطابع دار الصفوة للطباعة والنشر والتوزيع بمصر ، الطبعة الرابعة (١٤١٤ - ١٩٩٣) ، وحقوق النشر لمصلحة وزارة الأوقاف الكويتية .

وتكلمت الموسوعة الفقهية الكويتية عن الضمان ، فتناولت تعريفه ، ومشروعيته ، وما يتحقق به الضمان ، تعدد محدثي الضرر ، تتابع الأضرار ، إثبات السببية ، شروط الضمان وأسبابه ، الفرق بين ضمان العقد وضمن الإلتلاف ، محل الضمان ، تصنيف العقود من حيث الضمان ، يد الأمانة ويد الضمان ، القواعد الفقهية في الضمان حيث ذكرت تسع قواعد وشرحتها بإيجاز ، ثم تناولت أحكام الضمان في الدماء والعقود والإلتلاف ، وطريقة التضمن ووقته والتقدم فيه ، والضمان من الأشياء غير الخطرة والخطرة ، ثم حوالت الاصطدام في السفن والسيارات ، وأخيراً في انتفاء الضمان .

وتناولت الموسوعة أحكام الضمان الناشئة عن الأشياء بشكل مختصر ؛ حيث قسمتها إلى أشياء عادية وأشياء خطيرة ، ثم تكلمت بشكل مختصر عن حوادث الاصطدام بين الأشياء كالسفن والسيارات .

٦ - أحمد : سليمان محمد ، ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي .

وجاء في مقدمة وأربعة أبواب ؛ أما المقدمة ففي تعريف الضمان وبيان أسبابه ، وتعريف المال وبيان أقسامه ومكانته والمحافظة عليه والدفاع عنه .

وجاء الباب الأول بعنوان الإلتلاف بالمباشرة والتسبب وذكر أحكام الإلتلاف بانمباشرة والتسبب وشروطهما ، وطرق إثبات الضمان ، وانتقاه ، والاشترائك في الضرر ، وتعدد الأسباب وتسلسل الأضرار ، أما الباب الثاني فيعنوان : الإلتلاف الحادث في الطريق العام ؛ تناول فيه : الإلتلاف الناشئ عن قلة الاحتراز ، والإلتلاف الناشئ عن الجمادات ؛ الأبنية والحيطان ، ما يلحق بالأبنية ، وفوق بعض الأشياء المنقولة ، والباب الثالث : الضمان في جنابة الحيوان ، و الباب الرابع : الواجب في الضمان واستيفاؤه ؛ تناول فيه : أساس الضمان ، كيفية الضمان وطرقه ونوعه ، تقدير الضمان ووقته ومكانه ، الضمان في الإلتلاف الجزئي ، ثم بحث بعض الاستثناءات من الأسس العامة للضمان .

وهذا الكتاب - كما هو ظاهر من سرد موضوعاته - يعتبر موسوعة في هذا المجال ، ولكنه لم يتطرق لموضوع المسؤولية المدنية عن الأشياء الخطرة والآلات .

٧ - سراج : محمد أحمد (١٤١٠ - ١٩٩٠) ضمان العدوان في الفقه الإسلامي .

وجاء هذا الكتاب في مقدمة وتمهيد وثلاثة أقسام ؛ المقدمة كانت في أهمية البحث في هذا الموضوع والصعوبات التي تواجه الباحث فيه ، وتناول في التمهيد تتبع التاريخي لأحكام الضمان في الفقه الإسلامي والتاريخ الوضعي .

والقسم الأول كان بعنوان : مفهوم الضمان وحكمه وأركانه ، والقسم الثاني : موجبات الضمان ، أما القسم الثالث فهو بعنوان : الواجب بالضمان وتطبيقاته ، وجاء الفصل الثالث من هذا القسم بعنوان : بعض التطبيقات العملية للضمان ؛ ذكر منها المسؤولية عن فعل الغير ، مسؤولية الطبيب ، المسؤولية عن الحيوانات ، المسؤولية عن الأشياء غير الحية .

وفي هذا المبحث (المسؤولية عن الأشياء غير الحية) - تناول الباحث مسألة البناء من شقين ؛ الشق الأول : المسؤولية عن المباني والحوائط ، والشق الثاني : المسؤولية عن سقوط الأشياء من المباني وعن الآلات ، حيث تناول الآلات في حوالي صفحة واحدة ، لكنه أشار إلى

ضرورة النظر إلى البحث في ضمان الأضرار الناشئة عن الآلات من سيارات وطائرات ومصاعد ، والحاجة فيها إلى اجتهاد جديد .

٨ - الأحمد : محمد سليمان المدخل لدراسة الضمان .

وقد جعله مصنفه في ثلاثة مباحث ؛ المبحث الأول : ماهية الضمان بوجه عام ، أما المبحث الثاني : تمييز الضمان عما يشبهه به ، أما المبحث الثالث : طبيعة الحكم بالضمان وما يتعلق به من حقوق .

وهو كتيب صغير الحجم غزير الفائدة ؛ لكنه مدخل كما سماه صاحبه .

القسم الثاني : الموضوعات الخاصة ؛ غير الأشياء والآلات :

١ - فيض الله : محمد فوزي ، المسؤولية التقصيرية بين الشريعة والقانون ، وهي

أطروحته لنيل درجة الدكتوراة من كلية الشريعة من جامعة الأزهر عام ١٩٦٢ .

وجاء بحثه في مقدمة وبابين ؛ تناول في المقدمة نظرية الالتزام وموقع المسؤولية التقصيرية منها ، ومعنى المسؤولية وأنواعها ، والباب الأول : المسؤولية عن الفعل الشخصي ؛ أركانها وأحكامها ، والباب الثاني في المسؤولية عن عمل الآخرين والمسؤولية الناشئة عن الأشياء .

وفيما يتعلق بموضوعنا فقد تناولته الباحثة في الباب الثاني ، في المطب الثالث من الفصل الأول منه ، ذكرا شروط المسؤولية عن الأشياء وأساسها في الشريعة والقانون ، ولكن بشكل مختصر لم يتجاوز عشر أوراق .

٢ - الزحيلي ، وهبة : المسؤولية عن فعل الغير ، الطبعة الأولى (١٩٩٥) ، وهو

ضمن سلسلة " بين الأصالة والمعاصرة " التي تصدر عن دار المكتبي بدمشق .

وهو كتيب صغير جاء تحته العناوين التالية : معنى المسؤولية أو الضمان ومشروعيتها وأسبابها ، المبدأ الأصلي العام في المسؤولية أو الضمان ، أساس المسؤولية ، نوع الضرر الذي يجب ضمانه ، ضمان الضرر حال الإكراه والأمر ، شروط وجوب الضمان ، موانع الضمان ، موقف القوانين الوضعية في المسؤولية عن فعل الغير ، إجماع الفقهاء في مسؤولية الأولياء والأوصياء عن الصغار ونحوهم ، الحكم الفقهي في مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع ، موقف القوانين الإسلامية الحديثة من المسؤولية عن فعل الغير بنوعيتها ، وأخيراً الخلاصة .

٣ - الدبو : إبراهيم فاضل ، مسؤولية الإنسان عن حوادث الحيوان والجماد ،

الطبعة الأولى (١٩٨٣) ، مكتبة الأقصى - عمان ، بمساعدة جامعة بغداد .

وقد جاء الكتاب بتمهيد وفصلين ؛ تناول في التمهيد مدى مسؤولية المتبوع عن تابعه ، المسؤولية الجنائية ، والمسؤولية المدنية ، شروط تحقق الضرر ، الخطأ ، أساس وجوب الضمان في الشريعة الإسلامية ، وأنواع الضمان ، رأي القانون في ضمان المباشر والمتسبب . والفصل الأول في : المسؤولية الجنائية عن حوادث الحيوان والجماد والفصل الثاني فعن المسؤولية المدنية عن حوادث الحيوان والجماد .

إلا أن هذه الدراسة خلطت بين أحكام المسؤولية المدنية والجزائية ، كما أنها كانت تقليدية ؛ فتناولت أحكام البناء والبنر وتصادم السفن ، على نحو ما كتب الفقهاء السابقون .
٤ - الطوالبه : محمد محمود علي ، المسؤولية المدنية عن فعل الغير في الفقه الإسلامي ، وهي أطروحته التي قدمها لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الدكتوراة في الفقه الإسلامي التي نوقشت في الجامعة الأردنية سنة (٢٠٠٣) .

وجاء بحثه في ستة فصول ؛ تناول فيها : التعريف بالمسؤولية ، تعريف المسؤولية عن فعل الغير وبيان مشروعيتها ، مسؤولية الولي عن جنابات الصغار ومن في حكمهم ، مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه ، المسؤولية عن فعل الغير بالتسبب ، المسؤولية عن جنابة الحيوان وحوادث الجماد .

وفيما يتعلق بموضوعنا ؛ فقد تناول الباحث في المبحث الثاني من الفصل السادس موضوع المسؤولية عن الضرر الناتج عن الأشياء الخطرة في مطلبين ؛ المطلب الأول : موقف السنة من الأشياء الخطرة ، والمطلب الثاني : المسؤولية عن الضرر الناتج عن الأشياء الخطرة ، وتناول في المبحث الثالث : المسؤولية الناشئة عن الأشياء في القانون .

٥ - يوساق : محمد بن المدني (١٤١٩ - ١٩٩٩) التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي ، الطبعة الأولى (١٤١٩ - ١٩٩٩) ، دار إسبيليا - الرياض .

وجاء بحثه في تمهيد وبابين ؛ أما التمهيد فعن : مدى تطور مفهوم التعويض عن الضرر باختلاف الزمان ، وقد جاء الباب الأول " الضرر " ؛ في التعريف بالضرر وبيان أنواعه ، تقسيم الضرر حسب طريقة حدوثه ، المبادئ التي تحكم الضرر .

أما الباب الثاني ففي التعويض ؛ تناول فيه : التعريف بالتعويض وذكر مشروعيتها وحكمته ، المبادئ التي تحكم التعويض ، التعويض عن الضرر الجسدي ، تقادم الحق .

وفي الفصل الثاني من الباب الأول تناول الباحث : الضرر الناشئ عن الجمادات ، الضرر الناشئ عن إصابة العمل ، الضرر الناشئ عن حوادث الاصطدام ، الضرر الناشئ عن تقويت الفرصة .

٦ - الغامدي : عبد الله بن سالم ، مسؤولية الطبيب المهنية ، دراسة تأصيلية مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين المعاصرة مع دراسة معمقة للنظام السعودي ، الطبعة الأولى (١٤١٨ - ١٩٩٧) ، دار الأندلس الخضراء - جدة .

وأصل هذا الكتاب رسالة علمية بعنوان : " مسؤولية الطبيب المهنية دراسة تأصيلية مقارنة بين الشريعة الإسلامية والأنظمة المعاصرة " تقدم بها صاحبها إلى جامعة انملك سعود لنيل درجة الماجستير من قسم الفقه وأصوله ، كلية التربية .

وجاء الكتاب في مقمة وخمسة فصول ؛ المقدمة لبيان أهمية الموضوع وسبب اختياره ؛ ثم المسؤولية ؛ تعريفها ، وأساسها الشرعي والقانوني ، مسؤولية الطبيب الجنائية بين الشريعة الإسلامية والنظم الوضعية ، مسؤولية الطبيب المدنية بين الشريعة الإسلامية والنظم الوضعية ، إثبات مسؤولية انطبيب وأثارها ، انتفاء مسؤولية الطبيب وسقوطها .

القسم الثالث : الدراسات السابقة في الأشياء والآلات :

توجد دراسة بنيمة تناولت أحكام المسؤولية عن الأشياء والآلات في الفقه الإسلامي ، وهي لفضيلة أستاذنا الأستاذ الدكتور **وهبة الزحيني** ، وهي : المسؤولية الناشئة عن الأشياء والآلات ؛ إصابات العمل ، وانهدام البناء ، وضرر الحريق ، الطبعة الأولى (١٩٩٥ م) . وهذا البحث عبارة عن كتيب لم يتجاوز ثمانين ورقة ، ضمن سلسلة " بين الأصالة والمعاصرة " الصادرة عن دار المكتبي بدمشق ، وقد جاء البحث في أربعة أقسام ؛ مسؤولية حارس الحيوان (جنابة الحيوان) ، مسؤولية حارس البناء (انهيار البناء أو الحادث) ، مسؤولية حارس الآلات والأشياء (الآلات والأشياء الجامدة غير البناء) ، المسؤولية عن الإتلاف باستعمال الطريق العام .

وفي القسم الثالث - وهو موضوع دراستنا - فقد بدأه الباحث ببيان الفرق بين المسؤولية الناشئة عن فعل الحيوان والمسؤولية الناشئة عن الآلة ، ثم بين السبب في عدم توسع الفقهاء المسلمين في بيان الأضرار الناشئة عن الآلة ، ثم تناول الأحكام القانونية في هذه المسألة ؛ وشروط مسؤولية حارس الأشياء في القوانين الوضعية ، ثم بين أساس مسؤولية حارس الأشياء في القانون الوضعي ، ثم بين الحكم الشرعي فيما ذهبت إليه القوانين الوضعية ، كما تناول هذه المادة في القوانين المدنية الإسلامية (الأردني والإماراتي) ، كما تطرق إلى القواعد التي أقام الفقهاء المسلمون هذه المسؤولية على أساسها .

وعلى الرغم من أهمية هذه الدراسة ، إلا أن نصيب الأشياء والآلات منها - وهو موضوع دراستنا - لم يتجاوز تسع ورقات من القطع الصغير .

المطلب الثالث : النتائج :

ومن خلال الاستعراض السابق للدراسات السابقة ، فإنني أسجل النتائج التي خلصت إليها في النقاط التالية :

أولاً : الدراسات القانونية السابقة :

تتصف الدراسات القانونية في مجال المسؤولية عموماً ، والمسؤولية المدنية عن حراسة الأشياء والآلات بما يلي :

١ - كثرة المؤلفات القانونية في مجال المسؤولية المدنية عموماً ، والمسؤولية عن الأشياء والآلات خصوصاً ، وتنوعها ، ودقتها .

٢ - إلا أنها كانت في الغالب ترجمة للقانون الفرنسي ، ولم تكن تعبيراً صادفاً عن واقع الناس وحاجتهم في التشريع ؛ يرشدك إلى هذا ما يقوله الدكتور شنب عن المقتن المصري : " إن واضع القوانين المصرية لم يكن يحاول أن يضع قانوناً يتفق مع البيئة المصرية وفي حاجة المجتمع المصري بقدر ما كان يقلد القانون الفرنسي " (١) .

٣ - وهي في مجملها لم تتطرق إلى بيان أحكام الفقه الإسلامي إلا قليلاً ، ونحن نلتمس العذر لإخواننا أصحاب الاختصاص القانوني في هذا ، لعدم اطلاعهم على كنوز شريعتنا ، ومشقة المطالعة في الكتب الشرعية القديمة ، وعدم قيام طلبة العلم من أهل الاختصاص الشرعي بتوضيح هذه الكتب بلغة سهلة ميسطة يستفيد منها الجميع .

ثانياً : الدراسات الشرعية السابقة :

أما الدراسات في المجال الشرعي ، فيلاحظ عليها ما يلي :

٢ - لا زالت الدراسات الشرعية في موضوع المسؤولية أو الضمان عامة ، تتناول أحكام الضمان بعمومها - في الغالب - وإن وجد بعض الدراسات المتخصصة بموضوع معين فهي قليلة جداً .

(١) شنب : المسؤولية عن الأشياء (٢٦) .

٢ - ومن هذا العموم أيضاً أن الدراسات الشرعية لا زالت تجمع بين المسؤولية المدنية والمسؤولية الجزائية ، مع أن الواقع اليوم يفضي بالتفرقة بينهما .

٣ - ولئن اتصفت كتب القانونيين بالترجمة الحرفية لنصوص القوانين الغربية وعدم مراعاتها الواقع ، فإن كتب الشرعيين اتسمت بالنقل الحرفي - غالباً - عن الفقهاء السابقين وعدم مراعاتها الواقع أيضاً ، والدليل على ذلك أن ما يضربه فقهاء اليوم من أمثلة لأحكام الضمان هي ذاتها ما يضربه فقهاء القرن الرابع الهجري ، وكذلك ذكرهم أحكام الحيوان والبناء أضعاف ما يتناولون الآلات ، مع أن الأضرار الناشئة عن الآلات تفوق الأضرار الناشئة عن البناء أو الحيوان ، وما ذلك إلا محاكاة للفقهاء السابقين .

وعلى الرغم من الجهود العظيمة التي بذلها أصحابها في هذه المصنفات ، إلا أننا بحاجة إلى استكمال ما لم يرد فيها ، والتوسع فيما ورد فيها مختصراً ، وإعادة النظر في الأحكام التي بنيت على أعراف قد تغيرت ؛ فقد أدت الثورة الصناعية والتكنولوجية في العقدين الأخيرين إلى تطور كبير يحتاج أن تواكبه التشريعات القانونية خصوصاً في مجال المسؤولية المدنية وما يترتب على الآلات والأشياء المستحدثة من ضمان ورعاية لحقوق الناس .

إضافة إلى حاجتنا الماسة في هذا العصر إلى إبراز قضايا المسؤولية المدنية عن الأشياء والآلات بشكل مفصل ومستقل عن أحكام الضمان العامة ؛ وذلك لمراعاة مسألة التخصص في هذا العصر من ناحية ، ومن ناحية أخرى ازدياد المشاكل والتساؤلات والاستفسارات عن هذه القضايا بالذات .

وإنني أهيب بإخواني طلبة العلم في الاختصاص الشرعي التوجه إلى مثل هذه الدراسات القانونية ؛ لأنها هي التي يحتاجها الناس ، ولأن قانوننا المدني الأرنطي مستمد من الشريعة الإسلامية فهذه الدراسات هي مجال اختصاصهم ، وهم أقدر على التعامل مع الكتب الشرعية من إخوانهم أهل الاختصاص القانوني ، وذلك من أجل إبراز محاسن هذه الشريعة الخالدة ، والتطور التشريعي والفقهني الذي وصل إليه أسلافنا العظام ، ومساعدة أصحاب الاختصاص القانوني في الاطلاع على تراثنا الفقهي العظيم الذي يغنينا عن الرجوع إلى غيره ؛ كما يقول الأستاذ الدكتور السنهاوري عن الفقه والقضاء الفرنسيين : " إتني جعلت الفقه والقضاء الفرنسيين هما من بين سائر النظم القانونية والأجنبية التي رجعت إليها ؛ لم أفعل ذلك دراية للقضاء الفرنسي ، فهو القضاء الذي نزلنا ضيوفاً في ساحته الواسعة ، ولكن أن للضيف أن يعود إلى بيته " (١) .

ولهذا كله كانت الحاجة ماسة إلى هذا البحث الذي يهدف إلى بيان أحكام المسؤولية المدنية عن الأشياء والآلات في الفقه الإسلامي ، وتسليط الضوء على آراء الفقهاء المسلمين ، وهو ما أغفلته معظم هذه الدراسات .

كما يهدف أيضا إلى تسليط الضوء على المسؤولية المدنية عن الأشياء والآلات في القانون المدني الأردني والقوانين الوضعية الأخرى ومقارنتها بالشرعية الإسلامية .

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المبحث الثاني :

التطور التاريخي لأحكام المسؤولية المدنية

(التقصيرية)



المبحث الثاني : التطور التاريخي لأحكام المسؤولية المدنية (التقصيرية) عن الأشياء والآلات

:

وقد جعلته في مطلبين ؛ المطلب الأول : لبيان التطور في القانون الوضعي ، والمطلب

الثاني : في الفقه الإسلامي .

المطلب الأول : في القانون الوضعي :

سأتناول تطور المسؤولية في القوانين الوضعية في الفرعين التاليين :

الفرع الأول : تطور المسؤولية التقصيرية :

وسأبحث تطور المسؤولية المدنية ضمن المحاور التالية : الجماعات البدائية ، القانون الروماني ، العرب قبل الإسلام ، القانون الفرنسي ، القوانين العربية .

أولاً : المسؤولية التقصيرية في الجماعات البدائية :

لم تعرف الجماعات البدائية نظام التقاضي والدفاع عن الحق أمام قضاء رسمي ، بل كان يقوم المضرور بالقصاص من الفاعل بنفسه - إن استطاع - أو بعشيرته وقبيلته ، وهذا الوضع هو الذي أوجد شرعة الثأر في المجتمعات البدائية ؛ وهو الوسيلة المتلى - عندهم - لشفاء غيظ المجني عليه أو ذويه (١) .

ومن البدهي أن طبيعة هذا التقاضي الخاص كان يدفع المضرور إلى الثأر حسبما تمليه عليه أهواؤه ونوازعه ، مما قد يستدعي في أحيان كثيرة الحروب الحقيقية والطاحنة بين القبائل ، وغالباً ما كان يقوم طرف ثالث برأب الصدع وفك النزاع ، الأمر الذي جعل الحاجة ماسة إلى تحديد حق الثأر وعدم الإسراف فيه ؛ لإعادة الطمأنينة إلى النفوس وحفظ الأمن والاستقرار بتنظيم القصاص ، مما أنشأ ما يسمى بالدية الاختيارية ؛ فكان على المضرور أن يلجأ إلى الفصاح بنفسه أو ما يسمى بالانتقام الخاص ، أو الاتفاق مع المعتدي (سواء من الطرفين فقط أو بوجود طرف ثالث) على تعويض ما ، وهو ما يسمى بالدية الاختيارية (٢) .

ولما نشأت الدولة ضيقت من نطاق الثأر والدية الاختيارية ، وأجبرت المتخاصمين على التحكيم الإجمالي ، وتدخلت في فض المنازعات بين الناس ، ونشأ من هذا التدخل نوعان من الجرائم ؛ هي :

١ - جرائم عامة : وتفرض فيها الدولة عقوبة على الجاني باسم المجتمع .

٢ - جرائم خاصة : ويقتصر فيها حق الدولة على فرض الدية على الجاني لصالح

المضرور (٣) .

(١) مرقس : الوافي (١ / ٨٨) ، حمزة : العمل غير المشروع (٣٨) ، منصور : أمجد محمد (٢٠٠١) النظرية العامة للالتزامات " مصادر الالتزام " (٢٥١) ، الطبعة الأولى ، عمان - الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع ، جبر : عزيز كاظم (١٩٩٨) الضرر المرتد وتعويضه في المسؤولية التقصيرية " دراسة مقارنة " (١٠) ، الطبعة الأولى ، عمان - دار الثقافة للنشر والتوزيع .

(٢) مرقس : الوافي (١ / ٨٩) ، حمزة : العمل غير المشروع (٣٨) .

(٣) مرقس : الوافي (١ / ٨٩) ، حمزة : العمل غير المشروع (٣٩) .

هذا ، ومما يجدر ذكره أن شريعة حمورابي قد اشتملت على واحد وثلاثين نصاً عن المسؤولية التقصيرية (١) .

ومما يميز المسؤولية في هذه العصور :

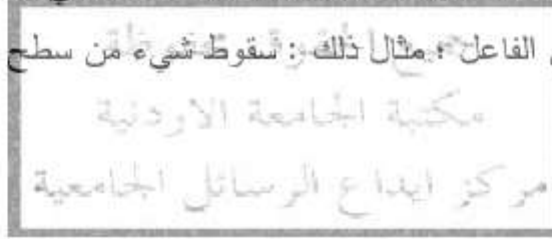
١ - تأسيس المسؤولية المدنية والجنائية على مجرد إحداث الضرر ، دون التفات إلى قصد الفاعل ونيته .

٢ - حصر أنواع الجرائم المدنية والجنائية ، بحيث لا يستوجب الفعل الضار مسؤولية صاحبه إلا إذا كان منصوصاً عليه .

ثانياً : المسؤولية التقصيرية في القانون الروماني :

قسم الرومان الالتزامات أول الأمر إلى التزامات عقنية (تنشأ عن عقد) والتزامات جنائية (تنشأ عن جرم) ، ثم جاء جوستينيان فجعل التقسيم رباعياً ؛ التزامات عقنية ، التزامات شبيهة بالعقنية ، التزامات جرمية ، التزامات شبيهة بالجرمية (٢) .

والمراد بالالتزامات الشبيهة بالجرمية : الالتزامات التي مصدرها الفعل الضار دون وجود نية الإضرار من الفاعل ؛ مثال ذلك : سقوط شيء من سطح المنزل على أحد المارة (٣) .



كما فرق الرومان بين الجرائم العامة والجرائم الخاصة ؛ الجرائم العامة محدودة العدد وهي التي تقع على أمن الدولة وتضر بمصالحها وتجلب غضب الآلهة ويعاقب عليها بعقوبات دينية أو جسدية أو نقدية (٤) .

وقد نص قانون الألواح الاثني عشر على وجود جرائم خاصة ؛ وهي : الأعمال غير المشروعة التي يرجع أمر المطالبة بها إلى المضرور حسب أساليب الدفاع العادية ، وكان من

(١) سعيد : ليلي عبد الله (٢٠٠١) المسؤولية المدنية في شريعة حمورابي (٣٣) ، بغداد - دار الشؤون الثقافية العامة (أفاق عربية) ، الطبعة الأولى ، وانظر : الجراح : شفيق (١٤٠٧ - ١٤٠٨ / ١٩٨٧ - ١٩٨٨) دراسات في تاريخ الحقوق (المؤسسات الحقوقية في بابل (٤٦) ، دمشق - مطبعة جامعة دمشق ، مطبوع مع كتاب " دراسات في تطور الحقوق الرومانية .

(٢) حمزة : العمل غير المشروع (٤٠) ، الذنون : المبسوط (٢٦) .

(٣) حمزة : العمل غير المشروع (٤٠) .

(٤) حمزة : العمل غير المشروع (٤٠) ، وانظر في أحكام الالتزام في القانون الروماني : الجراح : شفيق (١٤٠٧ - ١٤٠٨ / ١٩٨٧ - ١٩٨٨) دراسات في تطور الحقوق الرومانية (٣٣١ - ٣٥١) ، دمشق - مطبعة جامعة دمشق .

أهم الجرائم الخاصة عندهم السرفة والإضرار ضد الملكية ، والإيذاء بالضرب والجراح ضد الوطنيين (١) .

وقد أخذ نطاق الجرائم العامة يتسع تدريجياً حتى غدت الدولة هي صاحبة الحق بالعقاب إلى جانب حق المضرور بالثأر أو الدية ، إضافة إلى أن قانون الألواح الاثني عشرية قد نص على بعض الجرائم التي تعتبر فيها الدية اختيارية ، وبعض الجرائم التي تكون فيها الدية إجبارية (٢) .

ثم تطور الأمر فانتسعت حدود الأضرار ، فصار القانون يعاقب في بعض الحالات الخاصة من الأضرار ؛ كإدخال الماشية في أرض الغير لترعى الكلاً ، وقطع شجر الغير (٣) .

ثم توج التطور الروماني بقانون " أكيليا " (٢٨٧ ق . م) الذي نص على بعض أنواع الجرائم ؛ مثل قتل الرقيق والبهائم ، وكذا جرائم جرح الرقيق والبهائم ، وبعض حالات الإلتاف الأخرى ، وكان مما شرعه من عقوبات لهذه الجرائم غرامة خاصة يتقاضاها المجني عليه ، وتقدر بأعلى قيمة بلغها الرقيق أو البهيمة في خلال السنة الأخيرة ، أو أعلى قيمة بلغها الشيء (غير الرقيق والبهائم) خلال الثلاثين يوماً الأخيرة ، وعلى أن قيمة هذه الغرامة تضاعف إن

أنكر المدعى عليه ثم ثبتت عليه (٤) . الجامعة الأردنية

إلا أنه ومع هذا التطور في القانون الروماني ، لم يعترف الرومان نظرية عامة للمسؤولية التقصيرية بوجه عام ، وإن تقررت حالات فردية لتلك المسؤولية ؛ إذ أن التعويض المحكوم به كان إلى العقوبة أقرب منه إلى التعويض (٥) .

ثالثاً : المسؤولية التقصيرية عند العرب قبل الإسلام :

غني عن الذكر أن العرب قبل الإسلام كانوا قبائل متفرقة متشرذمة ، وكان رؤساء القبائل يستمدون قوتهم من العصبية القبلية ، وهذه العصبية كانت تفرض التضامن الداخلي لرد أي عدوان من الخارج ، وهو مستعدون يحملون السلاح دائماً لرد أي عدوان محتمل ، وقد كانت شريعة الثأر من أبرز ملامح حياتهم ، وكان الثأر لا تضبطه قواعد ولا تحده حدود ، وقد تسمر الحروب بينهم أجيالاً (٦) .

(١) حمزة : العمل غير المشروع (٤١) .

(٢) حمزة : العمل غير المشروع (٤١) .

(٣) حمزة : العمل غير المشروع (٤١) .

(٤) مرقس : الوافي : (٩١ / ١) .

(٥) أمجد : مصادر الالتزام (٢٥٢) .

(٦) حمزة : العمل غير المشروع (٤٣) ، رفاعي : الضرر كأساس (٢٥) ، الذنون : المبسوط (٢٧) .

وإن كان العرب قد عرفوا الدية ، إلا أنهم لم يصلوا لجعلها إجبارية ، كما هو الحال عند الرومان (١) ، والسبب في هذا واضح ، وهو وجود الدولة التي تملك جعل الأمر إجبارياً عند الرومان ، وبقاء العرب في حالة التشرذم .

أقول : إلا أنه مما يسجل لعرب هذه الفترة ويحسب لهم ، إقرارهم لمبدأ تحميل الدية لعاقلة الجاني ، وهو إجراء متطور يسعى لتخفيف العبء عن الجاني في جمع قيمة الدية ، وضمان وصول التعويض إلى ورثة المجني عليه إن كان الجاني فقيراً ، وهو ما تسعى إليه أرقى التشريعات اليوم ؛ إذ يحاولون إعطاء ورثة القتيل من خزينة الدولة .

كما أنه قد يستنتج تمييز عرب هذه الفترة بين الجريمة المدنية والجريمة الجزائية ، وذلك من خلال تشريعهم الدية وانقصاص .

رابعاً : القانون الفرنسي (٢) :

أ - القانون الفرنسي القديم (٣) :

لم تختلف المسؤولية التقصيرية في التقنين الفرنسي القديم كثيراً عما كانت عليه في القانون الروماني ، إلا أن أهم ما يميز هذه الفترة هو فصل المسؤولية المدنية عن المسؤولية الجزائية في القرن الثالث عشر ، وذلك من خلال التفريق بين الجرائم الواقعة على الأموال والجرائم الواقعة على النفس ؛ ففي الجرائم الواقعة على المال يكون حق المضرور في التعويض فقط ، بينما هو في الضرر الواقع على النفس يكون عقوبة (٤) .

كما تأثر التقنين الفرنسي بآراء العالم "دوما" وأهمها اشتراط الخطأ في جانب مرتكب الفعل الضار ؛ إذ صاغ قاعدة عامة توجب على كل من سبب بخطئه ضرراً للغير يلتزم بالتعويض .

وأهم ما يميز هذه المرحلة (٥) :

(١) حمزة : العمل غير المشروع (٤٣) .
 (٢) انظر : مرقس : الوافي (١٠٨ / ١) ، رفاعي : الضرر كأساس (٣٤) ، حمزة : العمل غير المشروع (٤٨) ، أمجد : مصادر الالتزام (٢٥٢) ، الذنون : المبسوط (٢٩) .
 (٣) يجعل الشراح الحد الفاصل بين التقنين الفرنسي القديم والجديد هو العام (١٨٠٤) ؛ إذ به صدر القانون الحديث المسمى بقانون نابليون ، ولكنني لم أجد عند الشراح تحديداً زمنياً فاصلاً (ولا حتى تقريبياً) بين الحد بين القديم وما قبله .

(٤) مرقس : الوافي (١٠٨ / ١) ، رفاعي : الضرر كأساس (٣٤) ، حمزة : العمل غير المشروع (٤٨) ، أمجد : مصادر الالتزام (٢٥٢) .
 (٥) المراجع السابقة ، الصفحات نفسها .

١ - اشتراط الخطأ لثبوت المسؤولية ، والقاعدة العامة في ذلك : " لا مسؤولية بدون خطأ " .

٢ - استقلال المسؤولية المدنية تماماً عن المسؤولية الجزائية في أواخر القرن الثامن عشر أي قبيل الثورة الفرنسية (١) .

٣ - مساءلة المرء عن فعل غيره في بعض الأحيان ، ومساءلته كذلك عن الأضرار التي تقع بفعل حيواناته ، وعن الأشياء التي تسقط من مبانیه .

ب - المسؤولية التصديرية في القانون الفرنسي لعام (١٨٠٤) المعروف بقانون نابليون (٢) :

لم يختلف قانون نابليون عما استقر عليه الأمر في القانون الفرنسي القديم ، بل لقد صاغ هذه النتائج التي توصل إليها القانون الفرنسي القديم في المواد (١٣٨٢ - ١٣٨٦) من قانونه ، وهي في جملتها لا تخرج عما استقر في القانون الفرنسي السابق ، وأهمها : اشتراط الخطأ لثبوت المسؤولية ، ومساءلة الإنسان عما يصدر عن حيواناته ومن تحت رقابته ، ومن فصل

بين المسؤوليتين المدنية والجزائية. الحقوق محفوظة
ويقول أستاذنا الدكتور جلال حمزة: " ولم يضع المشرع الفرنسي للمسؤولية المدنية في القانون المدني الفرنسي الجديد سوى خمس مواد، في وقت لم تكن الحاجة تدعو إلى أكثر من ذلك " (٣) .

ج - المسؤولية المدنية في أواخر القرن التاسع عشر :

في الربع الأخير من القرن التاسع عشر حصل تطور كبير للمسؤولية القانونية بشقيها المدني والجزائي ؛ إذ كان السائد في المسؤولية الجزائية بالنسبة لتقدير الخطأ المعياري الذاتي أو الشخصي ، مما جعل القضاة يتساهلون كثيراً مع المتهمين (وغالبهم ممن احترف الإجرام) ، فحتم هذا الاتجاه على القضاة النظر في دوافع الجريمة ونفسية المتهم وظروفه وبيئته ، وكثيراً ما يجد القضاة أن دوافع الجريمة سوء في التربية ، أو خلل في الوسط الاجتماعي أو المادي للمتهم ، فأدى جميع ذلك إلى انتشار الجريمة بشكل مخيف (٤) .

(١) وقد مر معنا أن بدايات التوجه لهذا الفصل كان في القرن الثالث عشر .
(٢) انظر : مرقس : الوافي (١ / ١١٠) ، حمزة : العمل غير المشروع (٥٠) ، رفاعي : الضرر كأساس (٤٥) .

(٣) حمزة : العمل غير المشروع (٥١) .

(٤) الذنون : المبسوط (٣٥) .

الأمر الذي دفع كثيراً من الشراح إلى الوقوف في وجه هذا الاتجاه ، وأهمهم الإيطالي " فيري " ، وقال هؤلاء : بأن العفوية ليست فميصاً فصله على مقياس كل متهم بما يتناسب مع سنه وجنسه وصفاته الخلقية ، الأمر الذي جعل هؤلاء لا يستبعدون المعيار الشخصي فحسب ، بل وإلى استبعاد فكرة الخطأ ذاته (١) .

هذا في المسؤولية الجزائية ، أما في المسؤولية المدنية فقد لاقت الفكرة الإيطالية من النجاح فيها أكثر مما لاقت في المسؤولية الجزائية ؛ إذ الغاية من المسؤولية المدنية تعويض المضرور وليس معاقبة المدعى عليه ، وعلى هذا الأساس فقد قام فريق من الشراح في فرنسا باستبعاد فكرة الخطأ ، والقول بنظرية تحمل التبعة التي نادى بها " فيري " في المسؤولية الجزائية ، الأمر الذي أثلج صدر " فيري " ، فقال : " تنتشر اليوم في فرنسا نظرية مادية عن المسؤولية المدنية ، تستند إلى نفس الأسس والأفكار التي ناديت بها في نطاق المسؤولية الجنائية ، والتي تدعو إلى تحرير المسؤولية المدنية من الخطأ ، وفي هذا تأكيد للغرض أو الهدف المشترك من المسؤولية القانونية كلها ، مدنية كانت أو جنائية " (٢) .

هذا التحول في سير المسؤولية المدنية يقول عنه الدكتور الذنون : " وعلى هذا النحو ولدت نظرية تحمل التبعة التي تعتبر أبرز معالم تطور المسؤولية المدنية ، بل ومن أبرز معالم تطور القانون المدني كغيره (٣) . ابداع الرسائل الجامعية

ومع هذا التطور في أفكار كثير من الشراح إلا أن المقنن الفرنسي تعامل بحذر مع المواد السابقة في قانون نابليون التي تناولت أحكام المسؤولية المدنية ، فأبقاها على حالها لكنه عدل فيها مضيفاً بعض التعديلات ، أهمها : ما أدخله المقنن الفرنسي على المادة (١٣٨٤) عام (١٨٩٩) وهي : حلول الدولة محل رجال التعليم العام في مسؤوليتهم الناجمة عن أخطاء تلامذتهم ، ومن هذه التعديلات التعديل الذي أضاف فقرة إلى المادة (١٣٨٤) سنة (١٩٧٠) وهو النص : " يكون الأب والأم اللذان لهما حق الرعاية ، مسؤولين بالتضامن عن الأضرار التي يحدثها أولادهم القصر الذين يقيمون معهما " ، ويقول الدكتور الذنون عن أهمية إضافة هذه الفقرة : " فإذا عرفت أن النصوص الخاصة بالمسؤولية التصيرية في القانون الفرنسي لا

(١) الذنون : المبسوط (٣٥) .

(٢) نقلاً عن الذنون : المبسوط (٣٦) ، وهو نقله بدوره عن مازوف الذي أخذه من كلام فيري في كتابه " علم الاجتماع " .

(٣) الذنون : المبسوط (٣٦) ، أقول : وهذه المبادئ التي كانت أبرز معالم تطور القانون المدني قد أثبتتها الإسلام في قول الرسول الكريم ﷺ : " لا ضرر ولا ضرار " ، والتي صاغها فقهاؤنا في كثير من القواعد الفقهية ، مثل : " الضرر يزال " .

تحتوي على أي نص يجعل المسؤولين المتعددين ملزمين على سبيل التضامن ، عرفت ما لهذه الفقرة من أهمية وأثر كبيرين " (١) .

خامساً : القوانين العربية :

سأقتصر في دراسة التطور في القوانين العربية على القوانين المصري والسوري والأردني ؛ باعتبار أن هذه القوانين تمثل الاتجاهين العامين للقوانين العربية ؛ فاستمداد المصري والسوري من القوانين الغربية ، والأردني من الفقه الإسلامي .

أ - القانون المصري والسوري :

لم يمر القانون السوري بالمراحل التي مر بها القانون المصري ، وإنما احتذى المقنن السوري حذو المقنن المصري مرتين ؛ الأولى : ترك العمل بمجلة الأحكام العرفية ، التي سبقت مصر جميع الدول العربية في ذلك ، والثانية : في إصداره القانون المدني السوري سنة (١٩٤٩) ؛ فكان نسخة عن القانون المدني المصري الصادر سنة (١٩٤٨) ، يقول أساتذنا الدكتور جلال حمزة : " وهكذا جاءت نصوص القانون المدني السوري مطابقة للتقنين المصري بشكل عام ، وخاصة فيما يتعلق بأحكام المسؤولية عن الفعل الضار ، فقد جاءت مطابقة كل المطابقة للتقنين المدني المصري ، ولا تختلف عنها في شيء " (٢) .

أما مصر فقد كانت أول الدول العربية التي تركت العمل بمجلة الأحكام العرفية ، وكان ذلك بإصدار التقنين المختلط والأهلي للذين لم يكونا إلا ترجمة لما جاء في القانون الفرنسي ، يقول الدكتور مرقس : " وهكذا كان التقنين المختلط والأهلي لا يختلفان في جوهرهما عن القانون الفرنسي فيما يتعلق بأحكام المسؤولية المدنية " (٣) ، وسأتناول تطور المسؤولية التصديرية في القانون المصري من خلال التشريع المختلط ، والتشريع الأهلي ، والتشريع الجديد .

(١) الذنون : المبسوط (٣٦) .

(٢) حمزة : العمل غير المشروع (٥٩) .

(٣) مرقس : الوافي (١٢٩ / ١) .

أ - التشريع المختلط :

والتشريع المختلط أشرف على وضعه المحامي الفرنسي " مونوري " سنة (١٨٧٥) ، يقول عنه أستاذنا الدكتور جلال حمزة : " قلند فيه المشرع الفرنسي في كثير من المواضع ، ولكن التقليد جاء أبتر ممسوخاً " (١) .

ومع أن هذا التقنين كان ترجمة للقانون الفرنسي الصادر (١٨٠٤) والمعروف بقانون نابليون ، إلا أنه لم يراع التغيير والتطور الذي طرأ على القانون في تلك الفترة ، وجاء حظ المسؤولية التصهيرية في هذا القانون أربع مواد .

ب - التشريع الأهلي :

أما التشريع الأهلي فقد أشرف على وضعه القاضي الإيطالي " موريوندو " سنة (١٨٨٣) ، فعدل الأخير بعض الفجوات في التقنين السابق ، مع الأخذ بعين الاعتبار التطور القضائي في الفترة بين التقنينين (٢) .

ولم يكن هذا التقنين أحسن حالاً من سابقه ، بل اختزل المواد الأربع المتعلقة بالمسؤولية التصهيرية إلى ثلاث ، إضافة إلى سقوط بعض الكلمات الجوهرية في الترجمة ، ومن ذلك نص المادة (١٥١) من القانون الأهلي : " كل فعل نشأ عنه ضرر للغير يوجب ملزومية فاعله بتعويض الضرر ، وكذلك ينزّم الإنسان بضرر الغير عن إهماله من هم تحت رعايته ، أو عدم الدقة والانتباه منهم ، أو عدم ملاحظته إياهم " (٣) ، يقول أستاذنا الدكتور جلال حمزة : " وقد سقطت كلمة " خطأ " سهواً من الترجمة العربية على الرغم من ذكرها في النص الفرنسي لنمادة المذكورة " (٤) .

بيد أن هذه الترجمة لم تكن حرفية تماماً ، وإنما كان هناك بعض اختلاف ، منها ما قاله مرقس عن التقنين الأهلي : " وقد استكثر المشرع الأهلي في سنة (١٨٨٣) على المسؤولية المدنية هذه المواد الأربع فأدمجها في ثلاث فقط (المواد ١٥١ إلى ١٥٣) ردد فيها نصوص القانون المختلط مع بعض تعديلات لا تمس جوهر الموضوع " (٥) .

(١) حمزة : العمل غير المشروع (٥٣) .

(٢) حمزة : العمل غير المشروع (٥٣) .

(٣) نقلاً عن حمزة : العمل غير المشروع (٥٦) .

(٤) حمزة : العمل غير المشروع (٥٦) .

(٥) مرقس : الوافي (١٢٩ / ١) .

وأهم فرق كان بين القانون المصري وأصله الفرنسي عدم اشتراط الخطأ لثبوت المسؤولية كما يقول الأستاذ الدكتور شنب^(١) ، وإن علل بعضهم ذلك بأن كلمة " الخطأ " سقطت سهواً^(٢) .

ج - القانون الجديد الصادر سنة (١٩٤٨) (٣) :

عالج القانون المصري الجديد عيوب القوانين السابقة ، وفصل في أحكام المسؤولية التقصيرية ، وجعلها في ثلاثة أقسام ، القسم الأول : المسؤولية عن العمل الشخصي في المواد (١٦٣ - ١٧٢) وجعل قوامها الخطأ الواجب الإثبات ، والقسم الثاني : تناول فيه المسؤولية عن عمل الغير في المواد (١٧٣ - ١٧٥) ، أما القسم الثالث : فللمسؤولية عن الأشياء في المواد (١٧٦ - ١٧٨) .

ب - القانون المدني الأردني :

تختلف المراحل التي مر بها القانون المدني الأردني عن القوانين المدنية العربية الأخرى ، فقد كان المعمول به في المحاكم الأردنية قبل (١ / ١ / ١٩٧٧) مجلة الأحكام العدلية ، والمجلة تقنين للمعاملات **حلب المذهب الحنفي صدرت في الدولة العثمانية سنة (١٨٧٦ م - ١٢٨٦ هـ) وتحتوي على (١٨٥١) مادة في ستة عشر كتاباً .**

ونظراً لقدم صورها والعمل بها **كانت الحاجة ماسة إلى إصدار قانون مدني أردني** معاصر أسوة بالدول العربية التي استصدرت قوانين خاصة لها بعد الاستقلال ، وهو ما فعلته الحكومة الأردنية ؛ إذ قدمت إلى مجلس النواب مشروع قانون استمد من القانون المصري والسوري بتاريخ (٤ / ٢ / ١٩٥٤) ، فأقره المجلس بتاريخ (١٠ / ١٢ / ١٩٥٤) ، ورفع مشروع القانون إلى مجلس الأعيان بتاريخ (٢٥ / ١ / ١٩٥٥) فرده بتاريخ (٩ / ١٢ / ١٩٥٧) ، وكانت توصية مجلس الأعيان لمجلس النواب بأن يوضع : " مشروع قانون مدني يقتبس من المجلة ، ومن كنز شريعتنا ، ويضاف إليه من الأحكام ما يتطلبه تعامل عصرنا " .

واستمر مشروع القانون بين مد وجزر بين مجلسي الأعيان والنواب حتى حسم الخلاف الرسالة الملكية السامية الموجهة لدولة رئيس الوزراء ، ونصها : " تعلمون سيانكم مدى اهتمام الرأي العام بمشروع القانون المدني المعروض على مجلس الأمة ؛ لما لهذا القانون من صلة ومساس بمجتمعنا وعقيدته وتنظيم أمور حياته ومعاملاته ، ولما كان عدد كبير من رجال العلم

(١) شنب : المسؤولية عن الأشياء (٢٤) .

(٢) حمزة : العمل غير المشروع (٥٦) .

(٣) انظر : مرقس : الوافي (١ / ١٢٩) ، شنب : المسؤولية عن الأشياء (٢٤) ، حمزة : العمل غير المشروع (٥٦) .

والفقه والفكر والقانون قد توجهوا إلينا منتمسين أن تظل مملكتنا الأردنية الهاشمية متمسكة بقانون مدني منبثق عن شريعتنا الإسلامية ، وإتنا لما لهذا القانون من أهمية وخطورة ، ترغب في أن يصار إلى تأليف لجنة تضم كبار العلماء والفقهاء ورجال القانون لدراسة مشروع القانون المدني وإعادة النظر فيه ، حتى يظل هذا القانون عند تطبيقه والتوسع في فهمه والاجتهاد في معانيه ومرامييه ، نابعاً في أصوله ومصادره من حياتنا وحاجاتنا وأخلاقنا وتقاليدينا ، مؤملين أن تولوا سيادتكم هذا الأمر بما يستحقه من العناية ، وأن تتخذوا من الخطوات ما يكفل تحقيق الغاية " (١) .

وتنفيذاً لهذه التوصية الملكية وجه مجلس الأعيان دعوة إلى الأستاذ الدكتور السنهوري والأستاذ الشيخ مصطفى الزرقا " رحمه الله تعالى " للاشتراك بوضع قانون مدني ، وبسبب ظروف الحرب تأخر المشروع حتى صدر عام (١٩٧٦) (٢) .

إلا أن هذا القانون لم يكون إسلامياً خالصاً ، يقول أستاذنا الأستاذ الدكتور عيد الناصر أبو البصل عن هذا القانون بأنه : " لم يلتزم نظاماً تشريعياً واحداً ، بل خلط أكثر من نظام في وقت واحد ، فهو يجمع الفقه الإسلامي ، والقانون المصري ، والقانون العراقي وغيرها ، وإن كان اعتماده على الفقه متمثلاً بالمجلة ومرشد الحيران أكثر " (٣) .

إلا أن المقنن الأردني لم يوفق في صياغة أحكام المسؤولية التقصيرية التي جاءت مزيجاً من القانون المصري الجديد والقانون العراقي ؛ فقد سبق معنا التقسيم المصري لأحكام المسؤولية ، وهو مسؤولية الشخص عن فعل نفسه ، ومسؤولية الشخص عن فعل غيره ، ومسؤولية الشخص عن الأشياء والحيوانات ، أما التقسيم العراقي فقد غير التقسيم المصري بعض الشيء مع استخدام بعض تعبيرات إسلامية ، فأفرد العمل غير المشروع الذي يقع على المال عن العمل غير المشروع الذي يقع على النفس ، وأدخل فيما يقع على المال بايين ؛ باب الغصب وباب الإلتاف من الفقه الإسلامي ، ثم عفاً فرعاً للمسؤولية عن عمل الغير ، وفرعاً آخر للمسؤولية عن الأشياء (٤) .

(١) أبو البصل : عيد الناصر موسى (١٤١٩ - ١٩٩٩) دراسات في فقه القانون المدني الأردني " النظرية العامة للعقد " (٨) ، عمان - دار النفائس ، الطبعة الأولى .

(٢) انظر التسلسل التاريخي لمشروع القانون المدني : أبا البصل : نظرية العقد " (ص ٥ وما بعدها) .

(٣) أبو البصل : نظرية العقد (٦) .

(٤) الزرقا : الفعل الضار (٦٣) .

أما القانون المدني الأردني فقد حاول الاقتباس من التقنينين السابقين ؛ جاء في المذكرة الإيضاحية : " وقد رؤي في هذا المشروع الإفادة في المنهج من القانون المصري والقانون العراقي معاً ، دون تقييد بهما ، ومعالجة الفعل الضار في خمسة فروع ... " (١) .

ولكن الذي جاء في القانون المدني الأردني مخالف لما جاء في المذكرة الإيضاحية ؛ إذ جعل القانون الأردني أحكام الفعل الضار في الفصل الثالث منه باسم الفعل الضار ، في أربعة فروع لا خمسة ؛ الفرع الأول : أحكام عامة من المادة (٢٥٦ - ٢٧٢) ، والفرع الثاني في ثلاثة محاور ؛ المحور الأول : ما يقع على النفس ، ويتضمن المواد (٢٧٣ - ٢٧٤) ، والمحور الثاني : إتلاف المال ويتضمن المواد (٢٧٥ - ٢٧٨) ، أما المحور الثالث فهو : الغصب والتعدي ، تضمن المواد (٢٧٩ - ٢٨٧) ، أما الفرع الثالث فهو : المسؤولية عن فعل الغير وقد تضمن المادة (٢٨٨) ، والفرع الرابع : صور من المسؤولية ؛ تناول فيها محاورها الثلاثة ؛ جنابة الحيوان في المحور الأول في المادة (٢٨٩) ، وانتهيار البناء في المحور الثاني في المادة (٢٩٠) ، أما المحور الثالث فلأشياء والآلات في المادتين (٢٩١ - ٢٩٢) ؛ وإن كانت المادة الأخيرة تتعلق باستعمال الحق العام ، وتخصها : " استعمال الحق العام مقيد بسلامة الغير ؛ فمن استعمل حقه العام وأضر بالغير ضرراً يمكن التحرز منه كان ضامناً " (٢) .

وإن كان ظاهر هذه المادة يوحي بأنه لا علاقة لها بالأشياء والآلات ، ولكن قد يلتمس العذر لو اضعها بأنه يريد من وضع أشياء وآلاته في مكان عام ؛ فإنه يتضمن الضرر الناشئ عنها .

يقول العلامة الشيخ الزرقا " رحمه الله تعالى " عن هذا التقسيم الأردني : " نكن القانون الأردني قد غاير في عناوين الفروع وعندها مغايرة لم تكن في نظري أفضل من النسق القانوني المعهود ، بل اضطرب فيها البحث ؛ فقد عدل عن عنوان : " مسؤولية الشخص عن فعل نفسه " ووزع مضمونه على فرعين ؛ الفرع الأول : جاء تحته عنوان : أحكام عامة ، والثاني جاء تحته مباشرة ثلاثة عناوين : ١ - ما يقع على النفس ، ٢ - إتلاف المال ، ٣ - الغصب والتعدي . والناظر في مضمون كلا الفرعين الأول والثاني يجدها لا تخرج عن الفرع الأول المعهود في التقسيم القانوني ، وهو : " مسؤولية الشخص عن فعل نفسه . ولكن العنوان القانوني أجمع للفكر وأبين للحدود الفاصلة المميزة بين أنواع المسؤولية ، ، وقد جاء الفرع الثالث في القانون الأردني بعنوان : " المسؤولية عن فعل الغير " ، وهذا التعبير يوحي بأنه قد

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني (١ / ٢٧١) ، وانظر : الزرقا : الفعل الضار (٦٣) .

(٢) المادة (٢٩٢) من القانون المدني الأردني .

سبقة مسؤولية الشخص عن فعل نفسه (كما هو في التقسيم القانوني) بينما لا يوجد في القانون الأردني قبل ذلك عنوان : مسؤولية الشخص عن فعل نفسه ؛ كما بينا آنفاً . ثم جاء الفرع الرابع الأخير في القانون الأردني بعنوان : " صور من المسؤولية " ذكر تحته المسؤولية عن الأشياء والحيوان ، دون أن يجعل موضوع هذه المسؤولية هو العنوان فيها ؛ كما هو المعهود في القوانين ، ولا يخفى أن عنوان : " صور " ليس أفضل من العنوان الذي يحدد موضوع ذلك الفرع ، وهو : المسؤولية عن الأشياء والحيوان ، لذلك أرى عند صياغة نصوص نظرية الفعل الضار ، أن يؤخذ بالتقسيم التقليدي وعناوينه المعهودة في القوانين الحديثة جميعاً ^(١) . وما ذكره الأستاذ العلامة الزرقا " رحمه الله تعالى " كلام دقيق يؤيده الباحث .

الفرع الثاني : تطور المسؤولية المدنية عن الأشياء والآلات :

يقول الدكتور النقيب : " المسؤولية الناشئة عن فعل الأشياء الجامدة مرت في تطورها بحقبات ؛ أولاها كانت عاصفة ، فكتب الفقهاء فيها وأكثروا ، ورسم الاجتهاد خطوطاً لها في مجال تطبيقها وأبرز هذه الخطوط ، وكلما ظن البعض أنها استقرت على إطار ثابت لها طرأ ما يعيدها إلى الواجهة في البحث القانوني الحديث ^(٢) محفوظة

وأود أن أشير إلى أن ما يعيننا في دراسة تطور المسؤولية عن الأشياء والآلات ، هو القانون الفرنسي والقانون المصري ؛ لأن التشريعات التي لم يكن فيها استقلال أحكام المسؤولية المدنية عامة ، لن تجد فيها بالضرورة شيئاً ذا بال عن الأشياء والآلات ، وهي التشريعات البدائية والقانون الروماني ، أما القانون المدني السوري الذي صدر عام (١٩٤٩) فليس إلا ترجمة حرفية للقانون المدني المصري الجديد الصادر عام (١٩٤٨) .

أما القانون المدني الأردني فقد انتقل من مجلة الأحكام العدلية إلى القانون المدني الجديد المستمد من الشريعة الإسلامية الصادر عام (١٩٧٦) ، ولا يحتاج الأمر فيه أية دراسة . ومما تجدر الإشارة إليه في هذا الموضوع أن شريعة حمورابي تناولت الأشياء في بعض موادها ؛ فتناولت أحكام جنائية الحيوان في المواد (٥٧ ، ٥٨ ، ٢٥٠ ، ٢٥١ ، ٢٥٢ ، ٢٦٦ ، ٢٦٧) ، وتناولت المسؤولية عن العقار في المواد (٥٣ ، ٥٤) ، كما تناولت الآلة (السفينة) في المادة (٢٤٠) ^(٣) .

(١) الزرقا : النعل الضار (٧٠) .

(٢) النقيب : فعل الأشياء (٥) .

أ - القانون المدني الفرنسي :

رأينا أن الذي استقر عليه أمر المقنن الفرنسي كان اشتراط عنصر الخطأ لثبوت المسؤولية على مرتكب الفعل الضار ، سواء أكانت المسؤولية ناشئة عن فعل شخصي أم عن تابع أم عن شيء أو آلة ، وإذا حصل الضرر فلا يد للمضروب أن يثبت الخطأ في جانب مرتكب الفعل الضار ، هذا ما كانت تقضي به نصوص القانون ، ويقول الدكتور شنب عن هذا الاتجاه : " وقد سار الفقه والقضاء في فرنسا ما يقرب من ثمانين عاماً على هذا التفسير " (١) .

وهذه السياسة - حسب المقنن الفرنسي - كانت متفقة مع واقع الناس واحتياجاتهم ، ولكن مع اكتشاف البخار ثم الكهرباء ، وما ترتب عليه من ثورة صناعية ، أوتت بحياة آلاف العمال أو بأعضائهم ، نون معرفة سبب الحادث ، وعجز المضروب أو ورثته عن إثبات الخطأ في جانب صاحب العمل ، التفت الشراح إلى ذلك النص الذي لم يكن يؤبه له ، وهو الفقرة الأولى من المادة (١٣٨٤) وهو : " لا يسأل عن الضرر الذي يحدثه بفعله الشخصي فحسب ، وإنما يسأل أيضاً عن الضرر الناتج عن فعل الأشخاص الذين يسأل عنهم ، أو عن الأشياء التي هي في حراسته " (٢) ، ويقول الدكتور النقيب : " وهكذا كان من حصيلة ذلك الجهد من القضاء والفقه تولد نظرية عامة للمسؤولية عن فعل الشيء ، وهي نظرية أمست قائمة بذاتها لها مبادئ وشروط ، فجاءت مسيرة العصر الحديث فيما جد فيه من نهضات علمية وصناعية واقتصادية ، ومن توسع وشمول في وسائل النقل الآلية ، وكانت هذه النظرية من أروع ما خلقه الاجتهاد والفقه الفرنسيان ، انطلاقاً من نص كان منسياً ، فانصب الاهتمام عليه لاستقراره مبدأ لم يكن وارداً في ذهن واضعه أو في تصوره " (٣) .

ب _ القانون المدني المصري :

لقد أغفل المقنن المصري في التقنينين الأهلي والمختلط ذكر الأشياء والآلات ، ويقول الدكتور شنب في ذلك : " إن القانون المصري لم يتضمن ما يقابل الفقرة الأولى من المادة (١٣٨٤) من القانون الفرنسي ، وهي التي تقرر أن الإنسان لا يسأل عن فعله الشخصي فحسب ، وإنما يسأل أيضاً عن الأشياء الموجودة في حراسته ، كذلك لم يتضمن القانون

(٣) سعيد : شريعة حمورابي (٤٣) وما بعدها .

(١) شنب : المسؤولية عن الأشياء (١٤) .

(٢) النقيب : فعل الأشياء (٦) .

(٣) النقيب : فعل الأشياء (٦) .

المصري نصاً يقابل المادة (١٣٨٦) من القانون الفرنسي ، وهي المادة التي تقرر مسؤولية مالك البناء عن الضرر الذي يحدثه تهدم هذا البناء " (١) .

ويعلل الدكتور شنب هذا الاتجاه من إغفاله الأشياء في التشريعين المصريين ؛ الأهلي والمختلط بما يلي ، يقول : " والواقع أنه يجب ملاحظة أمرين :

الأول : إن الاتجاه الغالب في انقضاء القضاء الفرنسيين في فترة وضع القوانين المصرية ، أي ما بين عامي (١٨٧٥ - ١٨٨٣) كان في جانب تطبيق القواعد العامة على الأضرار الناشئة عن الأشياء ، وأن تفسير الفقرة الأولى من المادة (١٣٨٤) على نحو يجعلها تتضمن نظرية عامة للمسؤولية عن الأشياء لم يكن يمثل إلا رأياً وليداً ، لم يكن قد لفت إليه الأنظار بعد

الثاني : إن واضع القوانين المصرية لم يكن يحاول أن يضع قانوناً يتفق مع البيئة المصرية ، وفي حاجة المجتمع المصري ، بقدر ما كان يقلد القانون الفرنسي ، وأنه كان يحذف بعض النصوص ، ويوجز بعض الموضوعات دون أن يصدر في عمله عن خطة موضوعية أو هدف يسعى إلى الوصول إليه ، ودون أن يكون لعمله هذا حكمة تبرره " (٢) .

وجاء التقنين المصري الجديد ليؤكد التقنين الفرنسي في إدراج مواد عن حراسة الأشياء والآلات ، وعن البناء ، يقول الدكتور شنب عن هذا القانون : " على أن المشرع المصري لم يحذو حذو القضاء الفرنسي ، وحذو بعض التشريعات الأجنبية في تعميم هذه المسؤولية على الجمادات بجميع أنواعها ، بل قصر المسؤولية على الأشياء التي تتطلب حراستها خاصة وعلى الآلات الميكانيكية " (٣) .

المطلب الثاني : دراسة التطور التاريخي للمسؤولية في الفقه الإسلامي

إن أهم ما يميز الشريعة الإسلامية عن الفواتين الوضعية أنها وحي من عند الله ، وبناءً على هذا الفارق الأساسي بين شرعة الله وشرائع البشر ، فقد ترتب عليه اختلاف كبير في نشأة كل من التشريعين (٤) .

فالقانون الوضعي الذي يحكم جماعة من الناس وينظم أموراً ، يبدأ ضئيلاً محدود القواعد ، ثم يتطور بتطور الجماعة ويرتقي كلما تقدمت هذه الجماعة في علومها وأخلاقها

(١) شنب : المسؤولية عن الأشياء (٢٤) .

(٢) شنب : المسؤولية عن الأشياء (٢٤) .

(٣) شنب : المسؤولية عن الأشياء (٤٣) .

(٤) عودة : التشريع الجنائي (١٣) وما بعدها ، فيض الله : المسؤولية التصديرية (٤) وما بعدها ، المحمصاتي : صبحي (١٩٧٢ م) النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية " بحث مقارن في المذاهب المختلفة والقوانين الحديثة " (٥ / ١) ، الطبعة الثانية ، بيروت - دار العلم للملايين .

وآدابها ، وهو في هذا - كما يشبهه الأستاذ عبد القادر عودة - يبدأ كالطفل الصغير صغيراً ضعيفاً ، ثم يكبر ويشب .

والقانون الوضعي في بداية نشأته ، نشأ مع الأسرة والقبيلة ، وكانت كلمة رب الأسرة وشيخ القبيلة هي القانون ، واستمر الأمر على هذا حتى وجدت الدولة ؛ فوحدت القوانين والعادات - على اختلافها بين القبائل - وجعلت منها قانوناً ملزماً (١) .

ولهذا فقد اضطر المقنن الوضعي إلى مساهرة تطور الناس في مسألة الأشياء والآلات أما الشريعة الإسلامية فليست كذلك ؛ يقول الأستاذ عودة : " وإذا كانت هذه هي نشأة القانون ؛ فإن الشريعة الإسلامية لم تنشأ هذه النشأة ، ولم تسر في هذا الطريق ، لم تكن الشريعة قواعد قليلة ثم كثرت ، ولا مبادئ متفرقة ثم جمعت ، ولا نظريات أولية ثم تهذبت ، ولم تولد الشريعة طفلة مع الجماعة الإسلامية ثم سايرت تطورها ونمت ينموها ، وإنما ولدت شابة مكتملة ، ونزلت من عند الله شريعة كاملة شاملة جامعة مانعة ، لا ترى فيها عوجاً ، ولا تشهد فيها نقصاً ، أنزلها الله تعالى من سمائه على قلب رسوله محمد ﷺ في فترة قصيرة لا تتجاوز المدة اللازمة لنزولها ، فترة بدأت ببعثة الرسول وانتهت بوفاته ، أو انتهت يوم قال الله تعالى : { الْيَوْمَ اكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيْتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا } (٢) .

ولم تأت الشريعة لجماعة دون جماعة ، أو لقوم دون قوم ، أو لدولة دون دولة ، وإنما جاءت للناس كافة ؛ من عرب وعجم ، شرقيين وغربيين ، على اختلاف مشاربهم ، وتباين عاداتهم وتقاليدهم وتاريخهم ، فهي شريعة كل أسرة ، وشريعة كل قبيلة ، وشريعة كل جماعة ، وشريعة كل دولة ، بل هي الشريعة العالية التي استطاع علماء القانون الوضعي أن يتخيلوها ، ولكنهم لم يستطيعوا أن يوجدوها " (٣) .

ثم قال الأستاذ عودة : " ولقد جاءت الشريعة من يوم نزولها بأحدث النظريات التي وصل إليها أخيراً القانون الوضعي مع أن القاتون أقدم من الشريعة ، بل جاءت الشريعة من يوم نزولها بأكثر مما وصل إليه القانون الوضعي ، وحسبنا أن نعرف أن كل ما يتمنى رجال القانون اليوم أن تتحقق من المبادئ موجود في الشريعة من يوم نزولها " (٤) .

(١) عودة : التشريع الجنائي (١٥) .

(٢) جزء من الآية (٣) من سورة المائدة .

(٣) عودة : التشريع الجنائي (١٦) .

أقول : والدليل الفاطح على ما قاله الأستاذ عودة (وإن لم يحتج الأمر دليلاً) :
 أن النصوص التشريعية التي احتاج إليها المجتهد من الصحابة الكرام ، أو المجتهد من التابعين ،
 أو المجتهد في عصر الازدهار الفقهي (أعني به عصر نشوء المذاهب) ، هي نفس النصوص
 التشريعية التي يحتاجها المجتهد اليوم ؛ إذ لا مجال لزيادة هذه النصوص أو تعديلها بعد موت
 المصطفى ع .

ولهذا كله فإنه لا يوجد في الفقه الإسلامي ما يعرف بتطور أحكام المسؤولية ؛ سواء في
 المسؤولية المدنية عموماً ، أو في المسؤولية عن الأشياء والآلات خصوصاً .
 ولا يعني هذا عدم مراعاة الشريعة الإسلامية لحاجات البشر ، وإنما وضع الله عز وجل
 القواعد العامة والأسس التي يسير عليها المجتهد ، وترك للمجتهدين مساحة واسعة من الاجتهاد
 ومراعاة الواقع وحاجات الناس ، لكن كل ذلك حسب القواعد العامة والمقاصد الشرعية .
 ولئن احتاجت الشرائع الوضعية إلى تطور في أحكامها ، فإن ما أقرته الشريعة
 الإسلامية في بداية أمرها ، هو عين ما توصل إليه الفكر الوضعي في آخر أحكامه ، كما سيمر
 معنا في ثنايا البحث .

جميع الحقوق محفوظة
 مكتبة الجامعة الأردنية
 مركز أبحاث الرسائل الجامعية

الفصل الأول

ماهية المسؤولية المدنية والحراسة والأشياء والآلات

وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : المسؤولية المدنية .

المبحث الثاني : الحراسة .

المبحث الثالث : الأشياء والآلات .

جميع الحقوق محفوظة - المبحث الأول

المسؤولية المدنية : مفهومها وأنواعها وأركانها

مركز أبحاث الرسائل الجامعية

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : معنى المسؤولية .

المطلب الثاني : أنواع المسؤولية .

المطلب الثالث : أركان المسؤولية .

المطلب الأول : معنى المسؤولية والألفاظ ذات الصلة :

لا يوجد اتفاق بين شراح (١) القانون الوضعي على استخدام كلمة المسؤولية ؛ فبينما نجد أن مصطلح الضمان ومشتقاته - وهو استعمال الفقهاء المسلمين (٢) - هو اللفظ المتداول لدى واضعي التقنين المدني الفرنسي (٣) ، والمقنن الأردني (٤) ، نجد أن الفقه الإنجليزي قد استخدم كلمة المسؤولية (٥) ثم تويج عليها حتى أصبح هذا المصطلح هو الأكثر تداولاً (٦) ، أما المقنن العراقي فقد استعمل مصطلح الضمان ومشتقاته في بعض النصوص ، ومصطلح المسؤولية في نصوص أخرى (٧) ، كما استخدم مصطلح التعويض في بعض الأحيان (٨) ، بينما عبر الشراح الفرنسيون عن المسؤولية التصهيرية بالجريمة المدنية أو شبه الجريمة المدنية (٩) .

ولهذا ، فإنني سأقتصر في بحثي على تعريف المسؤولية في اللغة والاصطلاح الفقهي والقانوني في فرع ، ثم أتناول في الفرع الثاني الألفاظ ذات الصلة بالمسؤولية ؛ الضمان والتعويض في اللغة والاصطلاح بشكل موجز ، وجعلت الفرع الثالث للموازنة .

الفرع الأول : المسؤولية في اللغة والاصطلاح القانوني والفقهي :

مكتبة الجامعة الأردنية
مركز أبحاث الرسائل الجامعية

(١) أثرت أن استخدم لفظ " الشراح " عند الكلام عن فقهاء القانون الوضعي ، ولفظ " الفقهاء " عند الكلام عن علماء الشريعة الإسلامية ، وهو تقسيم للأستاذ عبد القادر عودة (رحمه الله) ارتأيت حسنه ، وقد علل هذه التفرقة (رحمه الله) بقوله : " فالعالم في الشريعة يشرح النصوص وهي قليلة ، ويستنبط القواعد والمبادئ التي تترتب على هذه النصوص ويرتب على أساسها الأحكام ؛ فأكثر عمله فقه وأقله شرح ، ومن ثم غلب عليه لفظ الفقيه ، والعالم في القانون أكثر عمله شرح النصوص التي لا حد لها من الكثرة ، وهو يشرحها طبقاً للقواعد والمبادئ التي جاءت بها النصوص العامة ، وهذا لا يمتعه أن يستنبط بين الحين والآخر مبدأ جديداً أو نظرية حديثة ، إلا أن استنباط المبادئ والنظريات هو أقل عمله وشرح النصوص هو أكثر عمله ... " عودة : عبد القادر (١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م) التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي (٨ / ١) الطبعة الثامنة - بيروت ، مؤسسة الرسالة .

(٢) الزحيلي : وهبة (١٩٩٥) : المسؤولية عن فعل الغير (٩) ، الطبعة الأولى ، دمشق - دار المكتبي ، الدريني : فتحي (١٤٠١ - ١٤٠٢ / ١٩٨١ - ١٩٨٢) النظريات الفقهية (١٩٤) ، مقرر على طلبية السنة الرابعة من كلية الشريعة بجامعة دمشق ، دمشق - مطبعة خالد بن الوليد ، الطوالة : محمد محمود (٢٠٠٣) المسؤولية المدنية والجنائية عن فعل الغير في الفقه الإسلامي (١٥) ، أطروحة دكتوراة نوقشت وأجيزت في قسم الفقه وأصوله بكلية الشريعة في الجامعة الأردنية بتاريخ (٢٠٠٣ / ٨ / ١٨) .

(٣) الذنون : حسن علي ، المبسوط في المسؤولية المدنية (١١ / ١) ، بغداد - شركة التاييس للطبع والنشر المساهمة .

(٤) الزرقا : مصطفى أحمد (١٩٨٨) الفعل الضار والضمان فيه (٦٢) ، الطبعة الأولى ، دمشق - دار القلم .

(٥) الذنون : المبسوط (١١ / ١) .

(٦) انظر : سراج : محمد أحمد (١٤١٠ - ١٩٩٠) ضمان العدوان في الفقه الإسلامي (٦٣) ، القاهرة - دار الثقافة للنشر والتوزيع .

(٧) الذنون : المبسوط (١١ / ١) .

(٨) محمد : محمد نصر الدين (١٩٨٣) أساس التعويض (٤) ، أطروحة دكتوراة في القانون نوقشت في جامعة القاهرة سنة (١٩٨٣ م) .

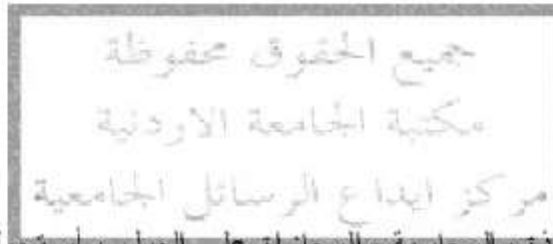
(٩) الذنون : المبسوط (١١ / ١) ، عودة : التشريع الجنائي (٧٧ / ١) .

أولاً : المسؤولية لغة :

الأصل الثلاثي نكلمة المسؤولية هو الفعل " سال " ، وسألَ يسألُ سؤالاً وسألته وسألته وسألته وسألته وسألته (١) ، وقد ورد هذا اللفظ ومشتقاته في القرآن الكريم مائة وتسع وعشرون مرة (٢) ، وجاء في عدة معان .

منها : الاستفهام عن الشيء في مقابلة الجواب ، أو الاستفسار عن مجهول ؛ كقوله تعالى : (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَسْأَلُوا عَنْ أَشْيَاءَ إِنْ تُبَدَّ لَكُمْ تَسْؤُكُمْ) (٣) ، وقوله تعالى : (يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَهْلِ) (٤) .

ومنها الطلب ؛ كما في قوله تعالى : (وَقَدَّرَ فِيهَا أَفْوَانَهَا فِي أَرْبَعَةِ أَيَّامٍ سَوَاءً لِّلْمَسْأَلِينَ) (٥) ، قال الزجاج : " لأن كلا يطلب القوت ويسأله (٦) ، وكما في قوله تعالى : (وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ) (٧) ، والمعنى : تطلبون حقوقكم به (٨) ، ومن هذا القبيل يطلق على الفقير المحتاج سائل ؛ كما في قوله تعالى : (وَأَمَّا السَّائِلَ فَلَا تَنْهَرْ) (٩) .



ومنها : المؤاخذه والمحاسبة والمجازاة على العمل ، أو تحمل التبعة (١٠) ؛ كما في قوله تعالى : (فَوَرَبِّكَ لَنَسْأَلَنَّهُمْ أَجْمَعِينَ) (١١) ، وكما في قوله تعالى : (وَقِفُوهُمْ إِنَّهُمْ مَسْئُولُونَ)

(١) ابن منظور : جمال الدين محمد بن مكرم ، لسان العرب (٣١٨ / ١١) ، بيروت - دار صادر ، الفيروز أبادي : القاموس المحيط (١٣٠٨ / ١) ، الرازي : محمد بن أبي بكر بن عبد القادر ، مختار الصحاح (١١٩) ، بيروت - مكتبة لبنان ، سنة الطبع ١٩٨٦ .
(٢) عبد الباقي : محمد فؤاد (١٣٦٤ هـ) المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم (٣٣٨) ، القاهرة مطبعة دار الكتب المصرية .

(٣) جزء من الآية (١٠١) من سورة المائدة .

(٤) جزء من الآية (١٨٩) من سورة البقرة .

(٥) جزء من الآية (١٠) من سورة فصلت .

(٦) ابن منظور : لسان العرب (٣١٨ / ١١) .

(٧) جزء من الآية (٢) من سورة النساء .

(٨) ابن زنجلة : حجة القراءات (٨٨) .

(٩) الآية (١٠) من سورة الضحى .

(١٠) أبو جيب : سعدي (١٩٨٨) القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً (١٦٢) ، الطبعة الثانية ، دمشق - دار

الفكر .

(١١) الآية (٩٢) من سورة الحجر .

(^١) ، أي : عن أعمالهم في الدنيا (^٢) ، وقد قال الإمام ابن كثير في تفسير هذه الآية : " أي : ففهوم حتى يسألوا عن أعمالهم وأقوالهم التي صدرت عنهم في الدنيا ، كما قال الضحاك عن ابن عباس : يعني احبسوهم إنهم محاسبون " (^٣) ، ومن هذا القبيل ما جاء من قوله ع : " كنكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته " (^٤) .

والخلاصة أن المسؤولية في اللغة تأتي بمعنى الاستفسار ، والطلب ، والمؤاخذة والمحاسبة ، وهذا المعنى الأخير (المؤاخذة والمحاسبة) هو أقرب المعاني للمعنى المقصود من المسؤولية في الاصطلاح .

ثانياً : المسؤولية في الاصطلاح القانوني :

تكاد تتفق كلمة شراح القانون على أن المسؤولية هي المحاسبة والمؤاخذة وتحمل تبعه الفعل ، في حين اختلفوا بعد ذلك في الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية ، أهو الخطأ أم الضرر ؟ واضطرارهم الانحياز إلى إحدى النظريات التي تحدد أساس المسؤولية أثر على اختلافهم في التعريف (^٥) ، وفيما عدا اختلافهم في الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية ، فإن الاتفاق بين شراح القانون يرجع إلى أن المسؤولية هي المحاسبة والمؤاخذة على الفعل وتحمل تبعاته ، كما سترى ذلك بعد قليل .

فممن عرف المسؤولية بناءً على أن أساسها الخطأ الدكتور الهمشري بقوله : " هي حالة الشخص الملتزم قانوناً بتعويض الضرر الذي سببه للغير بفعله الخاطئ " (^٦) .

وممن عرفها حسب النظرية الموضوعية التي تستبعد الخطأ الفرنسي سافاتييه ، إذ عرف المسؤولية بأنها : " الالتزامات التي تؤخذ على عاتق من يكون مسؤولاً عن نتائج النشاط الخالي من أي خطأ كان " (^٧) .

(١) الآية (٢٤) من سورة الصافات .

(٢) الفخر الرازي : محمد بن عمر (٥٤٤ - ٦٠٤ هـ) تفسير الفخر الرازي المشتهر بالتفسير الكبير ومفاتيح الغيب (١٣ / ١٣٢) ، تقديم : خليل الميس ، بيروت - دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، القرطبي : أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري ، الجامع لأحكام القرآن (١٥ / ٥٠) ، الطبعة الأولى (١٤٠٨ - ١٩٨٨) ، بيروت - دار الكتب العلمية .

(٣) ابن كثير : عماد الدين أبو الفداء إسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي (٧٧٤ هـ) تفسير القرآن العظيم (٤ / ٦) ، الطبعة الأولى (١٤١٠ - ١٩٩٠) ، دمشق / بيروت - دار الخير .

(٤) الحديث منقول على صحته ؛ البخاري في صحيحه - مع فتح الباري - (٢ / ٤٨٢ حديث رقم ٨٩٣) ، كما أخرجه البخاري أيضاً بالأرقام التالية : (٢٤٠٩ ، ٢٥٥٤ ، ٢٥٥٨ ، ٢٧٥١ ، ٥١٨٨ ، ٥٢٠٠ ، ٧١٣٨) ، ومسلم - بشرح النووي - (١٢ / ٢١٣ حديث رقم ١٨٩٢) .

(٥) طه : جبار صابر ، إقامة المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع على عنصر الضرر (١١) ، منشورات جامعة صلاح الدين - العراق .

(٦) الهمشري : محمود عثمان (١٩٧١) المسؤولية الجنائية عن فعل الغير (٧٢) ، أطروحة دكتوراة من كلية الحقوق بجامعة القاهرة ، الطبعة الأولى ، إصدار دار الفكر العربي - طبع دار الحمامي .

وقد حاول بعض القانونيين الابتعاد عن إقحام عنصر الخطأ في التعريف ، فعرف الأستاذ بسام محتسب بالله المسؤولية بأنها : " الالتزام بالتعويض عن الضرر " (٢) .

وقد عرف الدكتور سليمان مرقس المسؤولية بقوله هي : " حالة الشخص الملتزم قانوناً بتعويض ضرر سببه للغير " (٣) ، كما عرفها مرقس نفسه بتعريف آخر واقتبسه منه الدكتور جلال حمزة ، وهو أن المسؤولية : " حالة الشخص الذي ارتكب أمراً يستوجب المؤاخظة " (٤) ، وبقریب من هذا التعريف عرفها النقيب ففال : " المسؤولية بوجه عام ، هي : الحالة التي يؤخذ فيها الشخص عن عمل آتاه " (٥) .

أما الدكتور الذنون فقد عرف المسؤولية بقوله : " المسؤولية المدنية هي الالتزام الذي يقع على الإنسان بتعويض الضرر الذي ألحقه بالآخرين ، بفعله أو بفعل الأشخاص أو الأشياء التي يسأل عنها " (٦) .

على أنه إذا كان الاتجاه العام في القوانين الوضعية بالنسبة للمسؤولية ، أن يكون الإنسان مؤاخذاً على أمر ما ، فإن هذه المسؤولية لا تكون ولا توجد أو لا تترتب ، إذا كان المتضرر نفسه هو مرتكب الفعل الضار ، أي أن المرء لا يجوز أن يكون مسؤولاً - بالمعنى القانوني - عن الضرر الذي يلحقه بنفسه ، وعليه فالذي يلحق إتلافاً بنفسه أو ممتلكاته فإنه لا يستحق التعويض (٧) ، خلافاً لما ذهب إليه جوسران من توسيعه للمعنى المسؤولية حتى تشمل فعل الشخص نفسه (٨) ، والخلاصة في تعريف المسؤولية المدنية في القوانين الوضعية أنها : " محاسبة المرء عن فعله ، أو فعل من هم تحت رقابته ، أو تبعيته " .

ثالثاً : المسؤولية في الاصطلاح الفقهي :

- (١) طه : إقامة المسؤولية المدنية (١٩) .
 (٢) محتسب بالله : بسام (١٩٨٤) المسؤولية الطبية المدنية والجزائية بين النظرية والتطبيق (٧٩) ، الطبعة الأولى ، دمشق - دار الإيمان .
 (٣) مرقس : سليمان (١٩٦٨) مسؤولية الراعي المفترضة عن فعل المرعي (٧) .
 (٤) مرقس : سليمان (١٩٩٢) الوافي في شرح القانون المدني (١ / ١) ، تنقيح الدكتور حبيب إبراهيم الخليلي ، حمزة : محمود جلال (١٤٠٥ - ١٩٨٥) العمل غير المشروع باعتباره مصدراً للالتزام (١١) ، دمشق - مطبعة الاتحاد .
 (٥) النقيب : عاطف (١٩٨٤) النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي - الخطأ والضرر - (١٥) ، الطبعة الثالثة ، بيروت / باريس - منشورات عويدات ، الجزائر : ديوان المطبوعات الجامعية .
 (٦) الذنون المبسوط : (١٢ / ١) .
 (٧) قد يظن البعض أنه لا فائدة من هذا القيد ؛ إذ ما دام المالك هو المثلّف فمن الذي يطالب بالتعويض ؟ ولكن هذا الاعتراض يزول اليوم ؛ لأن التأمين في معظم دول العالم دخل جميع مجالات الحياة ، وعليه فثمرة الخلاف في اعتبار ما يتلفه الإنسان لنفسه هل يدخل تحت مسمى المسؤولية أم لا ، تكون في تغطية شركات التأمين لمثل هذا النوع من الضرر ، ومن فائدته تضمين العاقلة للضرر الذي لحق أحد أفرادها بفعل نفسه ، كما أثر عن سيدنا عمر ^٢ .
 (٨) انظر هذا الرأي والردود عليه في : الذنون : المبسوط (١٢ / ١) ، النقيب : الفعل الشخصي (١٥) .

أما فقهاء الشريعة فإن كلمتهم تكاد تتفق على أن المسؤولية هي : " المؤاخذة على فعل ضار " (١) ، ولم تخرج تعريفاتهم عن تعريفات شراح القانون في هذا ، فقد عرفها الدكتور الزحيلي : " المسؤولية هي : حال أو صفة من يسأل عن أمر تقع عليه تبعته " (٢) ، وعرفها الدكتور الدبو بقوله : " حالة الشخص الذي يرتكب أمراً يستحق مؤاخذته عليه " (٣) ، وقال الدكتور الطوالبه : " تحمل الإنسان تبعه أعماله " (٤) .

ولا يسأل الإنسان عن عمل غيره في الإسلام ، سواء أكان تابعاً أم مشمولاً برقابة ؛ فكل نفس بما كسبت رهينة ، إلا في حدود ما تضمنه العاقلة من جنابة بعض أفرادها . والاتجاه العام في القوانين الوضعية في عدم ترتب المسؤولية إذا كان مرتكب الفعل الضار هو المضرور نفسه ، لا اعتراض عليه من الناحية الشرعية في قول جمهور الفقهاء ؛ إلا أن الشريعة الغراء تزيد على القوانين الوضعية في ترتيبها الإثم الأخروي على إتلاف المال بلا مصلحة .

ولكن هذا إذا كان الإتلاف عمداً ، أما في الخطأ أو عدم القصد ؛ فقد جاء عن الحنابلة قولان في هذه المسألة ، قال الإمام ابن قدامة في المغني : فصل : وإن جنى الرجل على نفسه خطأ ، أو على أطرافه ، ففيه روايتان . قال القاضي : أظهرهما (٥) أن علي عاقلته ديته لورثته إن قتل نفسه ، أو أرش جرحه لنفسه إذا كان أكثر من الثلث . وهذا قول الأوزاعي ، وإسحاق ؛ لما روي أن رجلاً ساق حميراً فضربه بعصا كانت معه ، فطارت منها شظية ، فأصابته عينه ففقأها فجعل عمر ، ديته على عاقلته ، وقال : هي يد من أيدي المسلمين ، لم يصبها اعتداء على أحد . ولم نعرف له مخالفاً في عصره ، ولأنها جنابة خطأ ، فكان عقلاً على عاقلته ، كما لو قتل غيره (٦) ، وهذا الأثر الذي استدل به الإمام ابن قدامة أخرجه الإمام (٧) ابن أبي شيبة في مصنفه عن عبد الله بن عمرو - رضي الله عنهما - ، كما أخرج ابن أبي شيبة عن ابن

(١) فيض الله : محمد فوزي (١٣٨٢ - ١٩٦٢) المسؤولية التقصيرية بين الشريعة والقانون (٧٣) ، أطروحة دكتوراه مقدمة للأزهر الشريف نوقشت وأجيزت سنة (١٩٦٢) .

(٢) الزحيلي : فعل الغير (١٠) .

(٣) الدبو : إبراهيم فاضل (١٩٨٣) مسؤولية الإنسان عن حوادث الحيوان والجماد (٨) ، الطبعة الأولى ، عمان - دار الأقصى .

(٤) الطوالبه : فعل الغير (١٦) .

(٥) والرواية الثانية : جنابته هدر ، انظر : ابن قدامة : المغني (٣٠٣ / ٨) .

(٦) ابن قدامة : المكان السابق .

(٧) ابن أبي شيبة : المصنف (٤٢٩ / ٥) ، باب : الرجل يصيب نفسه بالجرح ، رقم الباب ١٤٧ حديث رقم (٢٧٦٩٥) .

جريح قال : قلت لعطاء : " الرجل يصيب نفسه بالجرح خطأ ، عليه بيعة ؟ قال : يعقله عاقلته " (١).

وفي هذا الأثر دلالة عظيمة على مدى الرقي التشريعي الذي تحلى به التشريع الإسلامي ومجتهوده ، وبيان لعظمة التكافل والتناصر بين أفراد العاقلة الواحدة ، وأنه لا يطل دم في الإسلام ، وأن التعويض يجب أن يشمل كل مضرور حتى ولو كان المضرور هو المتسبب في إحداث الضرر .

كما يعتبر هذا الأثر مستندا لوجوب إيجاد مؤسسات أو هيئات حكومية أو خاصة ؛ كمؤسسات الضمان ، أو النقابات المهنية ، أو شركات التأمين ، أو أية مؤسسة - على غرار العاقلة أو الديوان - تؤدي هذا الغرض ، من أجل جبر الضرر وتعويض المصاب .

رابعا : موازنة :

أولاً : أوجه الاتفاق :

ونستخلص من هذا ، وبغض النظر عن الأساس الذي بنيت عليه المسؤولية ، أنه لا خلاف في معنى المسؤولية بين القانون الوضعي والفقہ الإسلامي بشكل عام ، فهي تعني المؤاخذه أو المساعلة أو تحمل تبعه الفعل. **المادة الأردنية** كما أنه من الأمور التي اتفق فيها القانون الوضعي مع الفقہ الإسلامي ، أنه لا يستحق الإنسان تعويضاً إذا تعمد إلحاق الأذى بنفسه أو بماله .

ثانياً : أوجه الاختلاف :

إلا أنه يجدر التنبيه على بعض الفوارق الجوهرية بين المسؤولية في الفقہ الإسلامي والقوانين الوضعية ، وذلك في النقاط التالية :

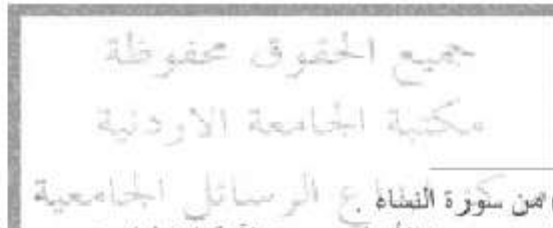
١ - رأينا أن الاتجاه العام في القوانين الوضعية أن الإنسان لا يستحق تعويضاً إذا ألحق الأذى بنفسه سواء أكان متعمداً أم مخطئاً ، وهذا الاتجاه موافق للفقہ الإسلامي فيما إذا كان إلحاق الأذى عمداً ، أما إذا كان إلحاق الأذى بالنفس والمال عن طريق الخطأ ، فهناك أثر عن سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه يقضي بتعويض المضرور على العاقلة .

٢ - كما يختلفان من حيث نطاق المسؤولية ؛ فتطابقها في القانون الوضعي دنيوي فقط ، بينما المسؤولية في الفقہ الإسلامي تشمل الدنيا والآخرة (٢) .

(١) ابن أبي شيبة : المصنف (٥ / ٤٢٩) ، باب : الرجل يصيب نفسه بالجرح ، رقم الباب ١٤٧ حديث رقم (٢٧٦٩٦) .

(٢) الغامدي : مسؤولية الطبيب المهنية (٣٩) .

٣ - إن المسؤولية تعني أن يحاسب المرء على فعله ، أو عن عمل أتاها ، فلا يسأل الإنسان إلا عن فعله ؛ نقوله تعالى : { مَنْ يَعْمَلْ سُوءًا يُجْزَ بِهِ } ^(١) ، وقوله تعالى : { وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى } ^(٢) ، وليس له علاقة بفعل التابعين له أو من هم تحت رقابته ؛ يقول الدكتور الطوالبة في هذا : " وهذا المبدأ يطبق في الشريعة الإسلامية تطبيقاً دقيقاً من يوم وجودها ، وليس لهذا المبدأ العام إلا استثناءات محدودة ، وأساس هذه الاستثناءات تحقيق العدالة المطلقة ؛ أي نفس الأساس الذي قام عليه مبدأ شخصية المسؤولية " ^(٣) .



- (١) جزء من الآية (١٢٣) من سورة النمل .
 (٢) جزء من الآية (١٦٤) من سورة الأنعام ، ومن الآية (١٥) من سورة الإسراء ، ومن الآية (١٨) من سورة فاطر ، ومن الآية (٧) من سورة الزمر .
 (٣) الطوالبة : فعل الغير (٥٩) ، ومن الاستثناءات التي وردت على هذا المبدأ مسؤولية السولي عن خطأ الصغير ، ومسؤولية الدولة عن أخطاء موظفيها ، ومسؤولية العاقلة عن أخطاء أفرادها ، وبالنسبة لما يتلفه الصبي فقد ذهب جمهور الفقهاء الحنفية ، والمالكية ، والشافعية ، والحنابلة إلى أن جناية الصغير في ماله ، انظر : الكاساني : بدائع الصنائع (١٧١ / ٧) ، الباهرتي : العناية على الهداية (٢٥٥ / ٩) ، القرافي : الفروق (٢٩٨ / ١) ، الدسوقي : حاشية الدسوقي (٢٩٦ / ٣) ، الرافعي : فتح العزيز (٧٨ / ٥) ، الرملي : نهاية المحتاج (٣٥٨ / ٤) البهوتي : كشاف القناع (١١٦ / ٤) ، ابن تيمية الفتاوى (٦٧٦ / ٣) .
 وفي قول مرجوح عند المالكية والحنابلة : جناية الصغير في مال أبيه ، انظر : ابن جزى : القوانين الفقهية (٢١٨) . ابن تيمية : الفتاوى الكبرى (٦٧٦ / ٣) ؛ قال ابن تيمية : " إذا وجب على الصبي شيء ولم يكن له مال حمله عنه أبوه في إحدى الروايتين عن أحمد ، وروي ذلك عن ابن عباس . وفي الرواية الأخرى وهو قول الأكثرين : أنه في ذمته ؛ وليس على أبيه شيء " ابن تيمية : الفتاوى الكبرى (٦٧٦ / ٣) وستأتي هذه المسألة بإذنه تعالى بتوسع أكثر في الفصل الثالث ؛ شروط المسؤولية عند شرط الإدراك . ومما يتعلق بالمسؤولية عن الغير ؛ مسؤولية الدولة عن خطأ الموظف ، ومسؤولية العاقلة عن فعل أحد أفرادها ؛ أما الموظف فقد قال جمهور الفقهاء إلى أن خطأ القاضي والحاكم يتحمله بيت المال ، وقال المالكية والشافعية والحنابلة (في قولين مرجوحين عندهما) : إنها على العاقلة ، وانظر في هذا : الكاساني : بدائع الصنائع (٧ / ١٦) ، المرغيناني : الهداية (١٧ / ٤) ، القرافي : الذخيرة (١٤٢ / ١٠) ، الدسوقي : حاشية الدسوقي (٤ / ٣٥٥) ، الشافعي : الأم (١٧٣ / ٦) الفووي : روضة الطالبين (١٨٣ / ١٠) ، المرادوي : الإنصاف (١٠ / ١٢١) ، ابن مفلح : المبدع (١٨ / ٩) ، البهوتي : الروض المربع شرح زاد المستقنع (٥٤٦) .
 وأما العاقلة ؛ فهي محل اتفاق بين الفقهاء في الجملة في ضمانهم ما يسببه بعض أفرادها ، وإن وقع الخلاف في بعض المسائل الفرعية ؛ كخلافهم في تحديد العاقلة ، وما تحمله العاقلة من الجنائيات ، ومقداره ، ودخول الجنائي في العاقلة وغير ذلك ، انظر : نظام : الفتاوى الهندية (٢٢ / ٦) ، المرغيناني : الهداية (٤ / ٢٢٤) ، الدسوقي : حاشية الدسوقي (٤ / ٢٨٣) ، الرافعي : فتح العزيز (٤٦٥ / ١٠) ، المرادوي : الإنصاف (١١٩ / ١٠) .

الفرع الثاني : الألفاظ ذات الصلة :

أولاً : الضمان لغة واصطلاحاً :

الضمان لغة :

يطلق الضمان في اللغة ويراد به أكثر من معنى ؛ فمن معاني الضمان في اللغة (١) :
الالتزام ، تقول : ضمانت المال إذا التزمته ، ومنها : الكفالة : تقول : ضمانت الشيء ضماناً فهو
ضامن وضمين إذا كفله ، ومنها التبريم ، تقول : ضمانت الشيء تضميناً إذا غرمته فالتزمه .

الضمان اصطلاحاً :

ويطلق الضمان في اصطلاحات الفقهاء على أكثر من معنى :

أ - كثيراً ما يطلق المحدثون والفقهاء الضمان بمعنى الكفالة (٢) ، فقد ذكر الإمام البيهقي
في السنن الكبرى : " كتاب الضمان " ثم ذكر الباب الأول منه " باب وجوب الحق بالضمان "
وأورد فيه قول الله تعالى : (قَالُوا نَفَقْدُ صَوَاعِ الْمَلِكِ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ
(٣) ، وقوله تعالى : (سَأَلْتَهُمْ لِيَهْمُ بِذَلِكَ زَعِيمٌ) (٤) ، ثم ذكر سنده : " عن أبي أمامة أن
رسول الله ﷺ قال : قال : الزعيم غارم " ، قال المزني : والزعيم في اللغة هو الكفيل " (٥) .

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز أبحاث الرسائل الجامعية

(١) انظر المعنى اللغوي للضمان في : ابن منظور : لسان العرب (٢٥٧ / ١٣) ، الزمخشري : جار الله محمود
بن عمر (٥٨٣ هـ) الفائق في غريب الحديث (٢ / ٢٩٠) ، تحقيق : إبراهيم شمس الدين ، الطبعة الأولى (١٤١٧ - ١٩٩٦) ، بيروت - دار الكتب العلمية ، النووي : محيي الدين يحيى بن شرف (٦٧٦ هـ) تحرير
ألفاظ التنبيه أو لغة الفقه (٢٠٣) ، تحقيق : عبد الغني الدقر ، الطبعة الأولى (١٤٠٨ - ١٩٨٨) ، دمشق - دار
القلم ، النووي : تهذيب الأسماء واللغات (ج ١ ق ٢ ص ١٨٣) بيروت - دار الكتب العلمية .
(٢) الدريني : النظريات الفقهية (١٩٤) ، الخفيف : علي (١٩٧١) الضمان في الفقه الإسلامي (٥) ، الغامدي
: مسؤولية الطبيب (٢٥) ، سراج : ضمان العنوان (٥٦) ، أحمد : سليمان محمد (١٤٠٥ - ١٩٨٥) ضمان
المتلفات في الفقه الإسلامي (٢٩) ، الطبعة الأولى ، القاهرة - مطبعة السعادة ، الكمالي : عبد الرؤوف محمد
أحمد : مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية ، السنة السادسة عشرة ، العدد الخامس والأربعون ، ربيع الأول
١٤٢٢ / يونيو ٢٠٠١ (١٧٣ - ٢٥٠) بحث بعنوان : " شروط الضمان " .

(٣) الآية (٧٢) من سورة يوسف .

(٤) الآية (٤٠) من سورة القلم .

(٥) رواه من حديث أبي أمامة الأربعة وابن حبان وأحمد والبيهقي ؛ أبو داود (٢٩٥ / ٣) حديث رقم (٣٥٦٥) ،
والترمذي وحسنه - بشرح ابن العربي - (٢٦٨ / ٥) ، وابن ماجه : سنن ابن ماجه (٨٠٤ / ٢) حديث رقم
(٢٤٠٥) ، وأحمد في المسند (٣٠٤ / ٨) حديث رقم (٢٢٣٥٧) ، والبيهقي : السنن الكبرى ، (٦ / ٧٢) حديث
رقم (١١١٧٤) ، قال الإمام الزيلعي عن هذا الحديث : " روي من حديث أبي أمامة ، ومن حديث أنس ، ومن
حديث ابن عباس " ، الزيلعي : نصب الراية (٥٧ / ٤) ، وانظر تخريج الحديث في : ابن كثير : إسماعيل بن
كثير الدمشقي (٧٧٤ هـ) إرشاد الفقيه إلى معرفة أدلة التنبيه (٥٨ / ٢) تحقيق : بهجة يوسف حمد أبو الطيب ،
الطبعة الأولى ، بيروت - مؤسسة الرسالة : (١٤١٦ - ١٩٩٦) .

كما جاء في كتاب جواهر العقود للإمام محمد بن أحمد المنهاجي الأسيوطي : " كتاب الضمان والكفالة وما يتعلق بهما من أحكام : الأصل في وجوب الضمان الكتاب والسنة والإجماع ... " (١) .

والكفالة في اللغة (٢) : الضم ، ومنه قوله تعالى : (وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا) (٣) ، وهي اصطلاحاً : " ضم ذمة إلى ذمة في حق المطالبة " (٤) ، وعرفها المالكية بأنها : " شغل ذمة أخرى بالحق " (٥) .

ب - ويطلق الضمان - أيضاً - على : " الالتزام بدين أو عين " (٦) ، قال الشيخ الشرييني من فقهاء الشافعية في تعريف الضمان : " هو لغة : الالتزام ، وشرعاً : يقال للالتزام حق ثابت في ذمة الغير ، أو إحضار من هو عليه ، أو عين مضمونة ، ويقال للعقد الذي يحصل به ذلك ، ويسمى الملتزم لذلك ضامناً وضميناً وحميلاً وزعيماً وكافلاً وكفيلاً وصبيراً وقبيلاً ، قال الماوردي : غير أن العرف جار بأن الضمين مستعمل في الأموال ، والحميل في السديت ، والزعيم في الأموال العظام ، والكفيل في النفوس ، والصبير في الجميع " (٧) .

ج - كما عرفت مجلة الأحكام العدلية الضمان في المادة (٤١٦) بقولها : " الضمان إعطاء مثل الشيء إن كان من التمثيلات ، وقيمته إن كان من القيميات " (٨) .

مركز ابحاث الرسائل الجامعية

- (١) الأسيوطي : محمد بن أحمد المنهاجي ، جواهر العقود (١ / ١٤٦) ، تحقيق : مسعد عبد الحميد محمد السعدني ، الطبعة الأولى (١٤١٧ - ١٩٩٦) ، بيروت - دار الكتب العلمية .
- (٢) انظر المعنى اللغوي للكفالة في : ابن منظور : لسان العرب (١١ / ٥٨٨) ، الرازي : مختار الصحاح (٢٣٩) ، الفيومي : المصباح المنير (٢٠٥) .
- (٣) جزء من الآية (٣٧) من سورة آل عمران .
- (٤) القوتوي : أنيس الفقهاء (٢٢٣) ، أبو جيب : القاموس الفقهي (٣٢٢) ، وانظر هذا التعريف والانتقادات عليه : حيدر : علي ، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١ / ٧٢٣) تعريب المحامي : فهمي الحسيني ، الطبعة الأولى (١٤١١ - ١٩٩١) ، بيروت - دار الجبل .
- (٥) الدسوقي : شمس الدين محمد عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لأبي البركات سيدي أحمد الدردير مع تقارير العلامة الشيخ محمد عيش (٣ / ٣٢٩) ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع .
- (٦) الدمياطي : أبو بكر المشهور بالسيد البكري ابن السيد محمد شطا الدمياطي ، حاشية إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين لشرح قرّة العين بمهمات الدين لزين الدين بن عبد العزيز المليباري الفناني (٣ / ٧٧) ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع .
- (٧) الشرييني : الشيخ محمد الشرييني الخطيب ، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج على متن المنهاج للإمام النووي (٢ / ١٩٩) بيروت - دار إحياء التراث العربي ، وانظر : الأزهرري : أبا منصور محمد بن أحمد الأزهرري (٣٧٠ هـ) الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي - مطبوع مع كتاب الحاوي الكبير للماوردي - (٢٤ / ١٥٦) تحقيق : شهاب الدين أبو عمرو ، (١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م) بيروت - دار الفكر .
- (٨) حيدر : شرح المجلة (١ / ٤٨٨) .

ثانياً : التعويض لغة واصطلاحاً :

التعويض لغة :

العَوْضُ لغة (١) : البَدَل ؛ تقول العرب : عَضْتُ فلاناً ، وَأَعْضْتُهُ ، وَعَوَّضْتُهُ تَعْوِضًا ؛ إذا أعطيتَه بدل ما ذهب منه . وَتَعَوَّضَ منه . وَأَعْتَاضَ : أَخَذَ العَوْضَ . وَأَعْتَاضَهُ مِنْهُ ، وَأَسْتَعَاضَهُ ، وَتَعَوَّضَهُ ، كَلَهُ : سَأَلَهُ العَوْضَ .

وإن كانت النصوص تُوحي بأن التعويض (لغة) أعم من الضمان ؛ لأن الضمان لا يكون إلا من البشر ، والتعويض قد يكون من الله تعالى ومن البشر ، ومن ذلك ما ذكره العجلوني في كشف الخفاء : " من ترك شيئاً عوضه الله خيراً منه " (٢) ، وما قاله الإمام الشافعي رحمه الله : " فأما آل محمد الذين جعل لهم الخمس عوضاً من الصدقة ، فلا يعطون من الصدقات المفروضات شيئاً ؛ قل أو كثر " (٣) ، كما أن الضمان لا يد فيه من الإلزام أو الالتزام ، بخلاف التعويض فقد يكون التزاماً وقد يكون طوعاً .

كما قد يطلق العوض على الثمن في البيع ، أو الأجرة في الإجارة ؛ قال الإمام الشافعي

في الهبة وشرط القبض فيها : " هكذا كل هبة ونحلة وصدقة غير محرمة فهي كلها من العطايا التي لا يؤخذ عليها عوض ، ولا تتم إلا بقبض المعطي " (٤) . وقال العاملي في تعريف عقد البيع : " الإيجاب والقبول الدالان على نقل الملك بعوض معلوم " (٥) .

التعويض اصطلاحاً :

لم يرد لفظ التعويض عند الفقهاء السابقين للدلالة على ذات المعنى المقصود به هنا ، ولكن هذا لا يعني عدم تعريفه من قبل الفقهاء المعاصرين فقد عرفه الشيخ محمود شلتوت

(١) ابن منظور : لسان العرب (١٩٢ / ٧) ، الفيروز أبادي : القاموس المحيط (١ / ٨٣٦) ، الرازي : مختار الصحاح (١٩٢) ، الفيومي : المصباح المنير (١٦٦) .

(٢) العجلوني : إسماعيل بن محمد الجراحي العجلوني الشافعي (١١٦٢) كشف الخفاء ومزيل الإلباس عما اشتهر من الأحاديث على ألسنة الناس (٢ / ٢١٣) ، تحقيق : محمد عبد العزيز الخالدي ، الطبعة الأولى ، بيروت - دار الكتب العلمية (١٤١٨ - ١٩٩٧) ، وعزاه إلى مسند أحمد ولكن بلفظ آخر .

(٣) الشافعي : الأم (٢ / ٨٨) .

(٤) الشافعي : الأم (٤ / ٦٤) .

(٥) العاملي : زين الدين بن علي العاملي : الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية (٣ / ٢٢١) ، بيروت - دار العالم الإسلامي .

بقوله : " التعويض هو : المال الذي يحكم به على من أوقع ضرراً على غيره في نفس أو مال أو شرف " (١) ، كما يستنتج من ثانياً كلام الدكتور المحمصاني بأنه : " رد بدل التالف " (٢) .

الفرع الثالث : الموازنة :

على أنني قبل أن أشرع في الموازنة بين المصطلحات أقول : إنه لا مانع شرعاً من استخدام هذا المصطلح : " المسؤولية " بدلاً من مصطلح : " الضمان " أو " التعويض " ؛ فالمعنى اللغوي والاصطلاحي للمسؤولية وهو التبعة والمؤاخذه والمحاسبة (٣) قريب من معنى الضمان والتعويض ؛ لأنه اصطلاح ولا مشاحة في الاصطلاح .

أولاً : المسؤولية والضمان والتعويض :

يرى العلامة الزرقا " رحمه الله تعالى " أن استخدام لفظ " المسؤولية " أدق من استخدام لفظ " الضمان " الذي استعمله القانون الأردني مقتبساً إياه من الفقه الإسلامي ، ومن تعبير " التعويض " الذي استخدمه بعض شراح الفاتون (٤) ؛ لأنه كما يقول الزرقا : " على أنه قد يكون مقتضى الفعل الضار إزالة أثره وإعادة الحال إلى ما كانت عليه ؛ كمن وضع أحجاراً ومواد بناء في ملك غيره دون إذنه ، فإن مقتضاه تكليفه رفعها منه ، وكذا إذا حفر في ملك غيره أو في الطريق العام ، فإنه يلزم برده ما حفره ، وليس شيء من ذلك من قبيل الضمان المالي أو التعويض ، ولكنه مسؤولية والتزام (٥) ، ثم قال : " ولفظ المسؤولية " هو اللفظ الأعم الذي تدخل تحته جميع صور مقتضى الفعل الضار ، من رد المثل أو القيمة أو الإزالة أو القيام بأي فعل يجبر الضرر بحسب الأحوال " (٦) .

وأرى بأن القول بأن إزالة آثار الفعل الضار لا يعتبر ضماناً ليس سديداً ؛ فمن يهدم جداراً يلتزم ببناؤه وإعادة الحال إلى ما كانت عليه ، ومن يعطب سيارة أو آلية يلتزم بإصلاحها وإعادة الحال إلى ما كانت عليه ، وكلا الأمرين ضمان كما هو واضح ، ثم إن عملية ردم الحفرة أو إزالة الحجارة ومواد البناء ، مع ما تتطلبه من وقت وجهد وأجور عمال وغيره تعتبر ضماناً بالمعنى المالي للضمان .

(١) شلتوت : محمود : المسؤولية المدنية والجنائية في الشريعة الإسلامية (٣٥) ، نشر : مكتب شيخ الجامع الأزهر للشؤون العامة ، ووافق الدكتور بوساق الشيخ شلتوت في هذا التعريف ، ولكنه اعترض على الكلمة الأخيرة منه " شرف " ، لينفي القول بجواز التعويض عن الضرر الأدبي .

(٢) المحمصاني : نظرية الموجبات (١ / ١٥٨) ، وانظر : بوساق : التعويض عن الضرر (١٥٤) .

(٣) سديني قريباً - بإذنه تعالى - بيان المعنى اللغوي للمسؤولية .

(٤) انظر : الزرقا : الفعل الضار (٦٢) .

(٥) الزرقا : الفعل الضار (٦٢) .

(٦) الزرقا : الفعل الضار (٦٢) .

والذي يراه الباحث أن استخدام لفظ " الضمان " هو الأتق من بين سائر الألفاظ المستخدمة للدلالة على هذا المعنى ، وذلك من خلال مقارنة هذه الألفاظ والنظر في متعلقاتها ؛ فإن المسؤولية صفة الحكم بالنظر لمرتكب الفعل الضار أو من تقع عليه المساءلة ، والتعويض صفة الحكم بالنظر إلى المتضرر أو المضرور ، أما الضمان فهو صفة الحكم باعتبار الإلزام القانوني (أو الشرعي) بوجوب التعويض ، ولما كان كلامنا هنا عن المسؤولية باعتبارها مصدراً من مصادر الالتزام ؛ فإن استخدام مصطلح الضمان الذي هو صفة هذا الالتزام يكون أفضل من غيره .

يقول الدكتور بوساق وقد خلص إلى وجود فرق دقيق بين مصطلحي الضمان والتعويض معاً هذا : " ذلك لأن الضمان هو مطلق الالتزام بالتعويض ، سواء حصل الضرر فعلاً أو كان متوقع الحدوث . أما التعويض فلا يجب إلا إذا حدث الضرر فعلاً ، وبذلك يكون التعويض هو نتيجة الضمان " (١) .

والخلاصة أن المسؤولية تنظر إلى مرتكب الفعل الضار باعتباره محلاً للمساءلة ، والتعويض هو الثمرة المتوخاة من هذه المساءلة ، أو هو الواجب في الضمان (٢) ، والضمان هو النظر إلى كليهما سائلاً ومسؤولاً ، والله تعالى أعلم .

ثانياً : الفعل الضار والمسؤولية التقصيرية والعمل غير المشروع :

وقد أطلق القانون المدني المصري (٣) والمدني السوري (٤) على المسؤولية التقصيرية مصطلح : " العمل غير المشروع " ؛ ، وأطلق القانون المدني الأردني (٥) على المسؤولية التقصيرية مصطلح : " الفعل الضار " .

ويرى العلامة الشيخ الزرقا - بحق - أن مصطلح " الفعل الضار " الذي استخدمه القانون المدني الأردني أدق من مرادفاته من المصطلحات التي استخدمتها القوانين الأخرى ، وذلك للأسباب التالية :

(١) بوساق : التعويض عن الضرر (١٥٥) .

(٢) كما يقول الدكتور الزحيلي ، الزحيلي : الضمان (٨٧) .

(٣) انظر : العدوي : جلال علي (١٩٩٧) أصول الالتزامات " مصادر الالتزام " (٣١٢) ، الإسكندرية - منشأة دار المعارف .

(٤) حمزة : العمل غير المشروع (٥٩) ، سوار : محمد وحيد الدين ، النظرية العامة للالتزام " الجزء الأول : مصادر الالتزام " (٥) .

(٥) الزرقا : الفعل الضار (٦١) ، سلطان : أنور (١٩٨٧) مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني " مقارناً بالفقه الإسلامي " (٢٨٢) ، الطبعة الأولى ، عمان - منشورات الجامعة الأردنية .

١ - لأن مصطلح " الفعل الضار " تعبير عن السبب المصدري المنشئ للالتزام الذي يترتب ، بينما مصطلح " المسؤولية التقصيرية " تعبير عن الأثر أو المسبب ، والتعبير بالمصدر في هذا المقام أفضل من التعبير بالأثر .

٢ - إن مصادر الالتزام الأخرى غير الفعل الضار ، وهي : (العقد والإرادة المنفردة والإثراء بلا سبب والقانون) قد عبر عنها بالمصدر ؛ فكان من الأفضل عدم المغايرة في التعبير بين هذا المصدر من مصادر الالتزام وبقيّة المصادر .

٣ - أما التعبير بـ : " العمل غير المشروع " فهو لا ينبئ بسبب المسؤولية وهو الإضرار بالغير ، فلربما لا يؤدي العمل غير المشروع إلى إضرار بالغير ، أما مصطلح " الفعل الضار " فهو ينبئ بعلة المسؤولية (١) .

وأضيف إلى ما ذكره العلامة الزرقا " رحمه الله تعالى " : أنه ليس بالضرورة لثبوت المسؤولية أن يكون سببها فعلاً غير مشروع ؛ فقد يكون الفعل مشروعاً في ذاته وأدى إلى إضرار بالغير فيسأل صاحبه ؛ وذلك كالذي يقود سيارته بسرعة مسموح بها ، وأنت إلى إضرار بأحد المارة أو بشيء من الممتلكات ، فالمسؤولية ثابتة مع أن الفعل في أصله مشروع ، وغني عن البيان أن المسؤولية التقصيرية ، وإن كانت تشعر أن هناك تقصيراً وعدم حيطة من مسبب الضرر ، إلا أن أحكامها تشمل الأفعال الضارة سواء كانت ناشئة عن تقصير أم لا ، كما تشمل الأفعال الممنوعة قانوناً (٢) .

المطلب الثاني : أنواع المسؤولية :

لقد سبق القول إن الفقهاء المسلمين عبروا عن معنى المسؤولية بالضمان ، وعليه فلا يتصور أن تكون أنواع الضمان في الفقه الإسلامي هي نفسها أنواع المسؤولية في القوانين الوضعية ، وعليه فإنني سأتناول أنواع المسؤولية في القوانين الوضعية في فرع ، ثم أذكر تقسيم الفقهاء للضمان والحق بشكل موجز في فرع ثان ، ثم أبين في الفرع الثالث إن كان في الشريعة ما يسمح أو يمنع من هذا التقسيم القانوني .

(١) الزرقا : الفعل الضار (٦١) .
(٢) العدوي : أصول العدوي (٣١٢) .

الفرع الأول : أنواع المسؤولية في القوانين الوضعية (١) :

قسم القانونيون المسؤولية إلى مسؤولية أخلاقية ومسؤولية قانونية ، ثم قسموا المسؤولية القانونية إلى مسؤولية مدنية ومسؤولية جزائية (أو جنائية) (٢) ، وقسموا المسؤولية المدنية إلى مسؤولية عقدية (أو تعاقدية) ومسؤولية تقصيرية .

وإن محور التقسيم بين هذه الأنواع من المسؤولية هو السائل ، أو هو بتعبير آخر الجهة التي تمت مخالفتها (٣) ؛ فإن كانت المخالفة لمبدأ من مبادئ الأخلاق أو قاعدة من قواعده ، كانت المسؤولية أخلاقية ، وإن كانت المخالفة لمبدأ قانوني كانت المسؤولية قانونية ، وهكذا .

أولاً : المسؤولية الأخلاقية والمسؤولية القانونية

تنشأ المسؤولية الأخلاقية (ويسمىها البعض مسؤولية أدبية) في القوانين الوضعية ، إذا خالف الإنسان مبدأ من مبادئ الأخلاق أو قاعدة من قواعده ، وتنشأ المسؤولية القانونية إذا أخل المرء بالترام قانوني (٤) .

وتتور فكرة المسؤولية الأخلاقية حول فكرة الخطيئة ؛ فيكون الإنسان مسؤولاً عن أمر أتاه أو امتنع عنه ، وكان عليه الإيفاء بذلك ، يكون مسؤولاً أمام الله تعالى إن كان يؤمن بالله ، أو أمام الضمير إن لم يكن يؤمن بالله (٥) جامعة الأردنية . ويشترك كل من الأخلاق والقانون في وضع القواعد التي تضبط سلوك الناس ، وهذه القواعد والضوابط هي التي تفرض على الناس اتباع سلوك معين أو الامتناع عن سلوك معين ،

(١) انظر : السنهوري : عبد الرزاق أحمد (١٩٥٢) الوسيط في شرح القانون المدني الجديد " نظرية الالتزام بوجه عام " مصادر الالتزام (٧٤٣) ، القاهرة - دار النشر للجامعات المصرية .

(٢) وإن كان الأصح أن يقال في التعبير عنها " الجزائية " ؛ ذلك أن الجنائية في أعراف القانونيين هي قسم للجنحة والمخالفة ، فقد قسمت معظم القوانين الوضعية الجرائم من حيث جسامتها الفعل إلى : الجنائيات والجفح والمخالفات ، ورتبت على هذه الجرائم العقوبات الجزائية ؛ فالعقوبات الجنائية على الجنائيات ، والعقوبات الجنحية على الجفح ، والعقوبات التكميلية على المخالفات ، وكل ذلك جزاء أو عقوبة جزائية ، انظر : السراج : عبود (١٤١٠ - ١٤١١ / ١٩٨٩ - ١٩٩٠) التشريع الجزائي المقارن في الفقه الإسلامي والقانون السوري (٤٤) ، الطبعة الرابعة ، مقرر على طلبه السنة الثانية بكلية الشريعة في جامعة دمشق ، دمشق - مطبعة جامعة دمشق .

وإن وقع من بعض فقهاء الشريعة التعبير بـ : " الجنائية " ؛ كما وقع للدكتور الزلمي ، وللدكتور الزحيلي وغيرهم ، فليتمس لهم العذر ؛ لأن تقسيم الشريعة الإسلامية للجرائم كان بصورة مختلفة عن التقسيم الوضعي ، والجنائية في الفقه الإسلامي تعتبر لفظاً مرادفاً للجريمة .

(٣) أحمد : محمد شريف (١٩٩٩) مصادر الالتزام في القانون المدني (١٨٦) عمان - دار الثقافة .

(٤) مرقس : الوافي (٢ / ١) ومسؤولية الراعي (١) ، أمجد : نظرية الالتزام (٢٤٤) ، عابدين : محمد أحمد (١٩٩٥) التعويض بين الضرر المادي والأدبي والموروث (٧) ، الإسكندرية - منشأة المعارف ، طه: إقامة المسؤولية المدنية (٢٢) ، أبو هزيم : المسؤولية عن الأشياء (١٠) ، حمزة : العمل غير المشروع (١١) ، الذنون : المبسوط (١٣ / ١) ، حجازي : عبد الحي (١٩٥٤) النظرية العامة للالتزام " الجزء الثاني - مصادر الالتزام " (٤١١) ، مطبعة نهضة مصر ، شريف : مصادر الالتزام (١٨) .

(٥) السنهوري : الوسيط (٧٤٤) ، الذنون : المبسوط (١٣ / ١) ، عابدين ، التعويض (٧) ، أبو هزيم : المسؤولية عن الأشياء (١٠) ، طه: إقامة المسؤولية المدنية (٢٢) .

بحيث إذا أخل المرء بهذه القواعد كان مسؤولاً عن هذا الإخلال تجاه الجهة التي فرضت هذه المبادئ^(١) .

ولما كانت الأخلاق تشمل علاقة الإنسان مع خالقه ومع نفسه ومع أخيه الإنسان ، كانت دائرة الأخلاق أوسع من دائرة القانون^(٢) . وكذلك فإن المسؤولية القانونية تنشأ من فعل ضار مخالف للالتزام قانوني ، أي أنه يشترط لوجود المسؤولية القانونية ، أن تكون مخالفة القانون قد سببت ضرراً للغير ، ولا يشترط ذلك في المسؤولية الأخلاقية ، فمخالفة مبادئ الأخلاق تستوجب المسؤولية الأخلاقية ، وإن لم يكن ثمة ضرر ؛ كالحسد ، أو حاق الضرر بالمضروب نفسه ؛ وذلك كمن يحاول الانتحار^(٣) .

وتختلف المسؤولية القانونية حسب اختلاف القاعدة القانونية ذاتها ؛ فإذا كانت القاعدة المخالفة قاعدة قانونية جزائية كانت المسؤولية جزائية ، وإن كانت القاعدة مدنية كانت المسؤولية مدنية^(٤) .

ولما كانت المسؤولية القانونية تنشأ من مخالفة مبدأ قانوني ، فإنه يجب أن تتعدد أنواع المسؤولية القانونية بتعدد أنواع القانون نفسه ، فتكون المسؤولية إدارية إذا كانت القاعدة التي خولفت من مبادئ القانون الإداري ، وعند مخالفة مبادئ القانون الدولي فتكون المسؤولية دولية ، وهكذا .

ولكن الذي جرى عليه القانونيون جميعهم ، تقسيم المسؤولية القانونية إلى مسؤولية مدنية ومسؤولية جزائية ، مع أنهم متفقون على أن نوع المسؤولية الناشئة مرتب على نوع القاعدة التي تمت مخالفتها ، يقول الدكتور شريف : " والمسؤولية تختلف باختلاف القاعدة التي خالفها الإنسان في المجتمع ؛ فإن كانت القاعدة أدبية خلقية كانت المسؤولية أدبية ، وإن كانت القاعدة دينية كانت المسؤولية دينية ، وإن كانت القاعدة قانونية كانت المسؤولية قانونية ، وإن كانت القاعدة القانونية جنائية كانت المسؤولية جنائية ، وإن كانت القاعدة القانونية مدنية - تقف عند الالتزام بتعويض الضرر الذي يسببه الشخص للغير - كانت المسؤولية مدنية " ^(٥) .

فالدكتور شريف قد قرر القاعدة أولاً ، ووقف في أنواع المسؤولية القانونية على المسؤولية المدنية والمسؤولية الجزائية .

(١) انظر : مرقس : الوافي (٢ / ١) ، الذنون : المبسوط (١٣ / ١) .

(٢) السنهوري : الوسيط (٧٤٤) .

(٣) السنهوري : الوسيط (٧٤٤) ، الذنون : المبسوط (١٣ / ١) ، طه : إقامة المسؤولية المدنية (٢٣) .

(٤) شريف : مصادر الالتزام (١٨٦) .

(٥) شريف : مصادر الالتزام (١٨٦) .

ويرى البعض أن سبب ذلك هو أن هذا التقسيم القانوني للمسؤولية القانونية إلى مدنية وجزائية قبل أن تتنوع أقسام القانون (١) ، قال الدكتور الطوالة : " وإذا صح هذا التقسيم في القديم حيث كانت الأنظمة القانونية لا تعرف إلا هذين النوعين من المسؤولية ؛ فإن هذا التقسيم يفقد صلاحيته بعد أن تعددت فروع القانون " (٢) .

وأياً ما كان الأمر ، فإننا سنتناول المسؤولية القانونية ، كما نتاولها القانونيون أنفسهم ، من خلال المسؤولية المدنية والمسؤولية الجزائية .

ثانياً : المسؤولية القانونية ؛ المدنية والجزائية

ذكرنا أن القانونيين قسموا المسؤولية القانونية إلى مسؤولية مدنية ومسؤولية جزائية ، فما هو معيار التفرقة بين المسؤوليةين ؟ إن معيار التفرقة بين المسؤوليةين المدنية والجزائية ، هو من وقع عليه الاعتداء (٣) ؛ فإن كان الفعل الضار واقعاً على فرد أو أفراد فالمسؤولية مدنية ، وإن كان واقعاً على المجتمع فالمسؤولية جزائية .

وعليه ، فيكون الفعل الضار في المسؤولية الجزائية جريمة تستوجب عقاباً من قبل الدولة باعتبارها مشخصة للمجتمع ، وفي المسؤولية المدنية يكف مرتكب الفعل الضار بتعويض المضرور أو إعادة الحال إلى ما كانت عليه (٤) .

مركز ابداع الرسائل الجامعية

(١) إمام : محمد كمال الدين (١٤١١ - ١٩٩١) المسؤولية الجنائية (٨١) .

(٢) الطوالة : المسؤولية عن فعل الغير (٤٤) .

(٣) السنهوري : الوسيط (٧٤٤) ، الذنون : المبسوط (١٤ / ١) ، أمجد : نظرية الالتزام (٢٤٥) ، شريف : مصادر الالتزام (١٨٧) ، طه : إقامة المسؤولية المدنية (٢٤) .

(٤) وقد استنتج الشراح فروقاً جوهرية بين المسؤوليةين المدنية والجزائية ، وذلك من عدة نواح ، منها ؛ سبب المسؤولية ؛ فسبب المسؤولية الجزائية هو : الضرر الذي لحق بالمجتمع في أمنه واستقراره ورخائه ؛ كالقتل والسرقه والغش والاحتكار ، بينما سبب المسؤولية المدنية هو الضرر الذي لحق بفرد من الأفراد ؛ كامتاع البائع من تسليم المبيع . كما يختلفان في أساس المسؤولية ؛ فالأساس في الجزائية هو الإخلال بواجب منصوص عليه في قانون العقوبات ؛ إذ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص ، أما المدنية فأساسها إما الإخلال بواجب اتفاقي يتفق عليه الطرفان (وهو ما يسمى بالمسؤولية العقدية) ، أو الإخلال بواجب قانوني غير منصوص عليه (وهو ما يسمى بالمسؤولية التقصيرية) . والنية ركن لتحقق المسؤولية الجزائية ، وهو ما يعبر عنه بـ : " القصد الجنائي " ، ومعناه : أن تتجه نية مرتكب الفعل إلى إحداث الضرر ، وتثبت المسؤولية المدنية دون وجود هذا الركن ، فتثبت مسؤولية مرتكب الفعل الضار مدنياً ، ولو لم تتجه نيته لإحداث الضرر .

كما أنه يحق للنيابة العامة أن تباشر الدعوى نيابة عن المجتمع أمام المحاكم الجزائية ، بخلاف المسؤولية المدنية التي لا يجوز فيها المطالبة بالتعويض إلا من المضرور ، ولهذا يجوز للمضرور أن يتنازل عن حقه في الدعوى المدنية ، ولا يجوز له ذلك في الدعوى الجزائية . والحكم في الدعوى الجزائية يكون عقوبة متوصفاً عليها في قانون العقوبات ؛ أما في المسؤولية المدنية فيحكم بالتعويض أو إعادة الحال إلى ما كانت عليه . إضافة إلى أن التأمين لا

ثالثاً : المسؤولية المدنية : العقدية والتقصيرية

لما كانت المسؤولية هي إخلال بانتزام سابق ، فقد تعددت أنواعها بتعدد أنواع الالتزامات السابقة .

والالتزامات السابقة التي يرتب الإخلال بها مسؤولية مدنية نوعان ؛ إما التزام ناشئ عن عقد أبرم بين طرفين ، وإما التزام ناشئ عن القانون نفسه ، وسمي الأول مسؤولية عقدية ؛ كالتزام البائع بتسليم المبيع ، والآخر مسؤولية تقصيرية ؛ كالتزام السائق بإضاءة مصابيح سيارته ليلاً (١) .

ويرى فريق من شراح القانون أن لا فرق بين نوعي المسؤولية المدنية ، بل كلاهما شيء واحد ، هو إخلال بالتزام سابق ، ولا فرق في هذا الالتزام السابق أن يكون عقداً بين طرفين ، أو إلزام من القانون ؛ إذ كلاهما التزام (٢) .

يصح أبداً في المسؤولية الجزائية ، أما في المسؤولية المدنية فمجاله رحب وواسع . ويختلفان في آلية قياس درجة خطورة الفعل ؛ فهي في المسؤولية الجزائية تقاس بدرجة = خطورة الفعل لا بمقدار الضرر ؛ ففي جرائم الشروع الذي لا يوقع ضرراً توقع العقوبة ، أما المسؤولية المدنية فتقاس بمقدار الضرر لا بدرجة خطورة الفعل الذي أحدث الضرر ، ثم إن المسؤولية المدنية منقبة أصلاً إن لم يحدث ضرر . وأخيراً فيختلفان في الاختصاص القضائي ، وفي مدة تقادم كل منهما . انظر : السهوري : الوسيط (٧٤٥) ، مرقس : الوافي (٥ / ١) ، حمزة : العمل غير المشروع (١٤) ، أمجد : نظرية الالتزام (٢٤٥) ، شريف : مصادر الالتزام (١٨٧) .

(١) حمزة : العمل غير المشروع (١٩) ، أبو هزيم : المسؤولية عن الأشياء (١٢) .
(٢) وهناك فروق جوهرية بين نوعي المسؤولية ، ذكرها أصحاب نظرية ازواج المسؤولية منها : أنه يشترط في المسؤولية العقدية أهلية التعاقد في المتعاقدين ، بينما في المسؤولية التقصيرية يكفي بالتمييز ، بل إن بعض القوانين الوضعية لم تشترط التمييز أصلاً لإثبات المسؤولية التقصيرية ، فيحاسب الشخص غير المميز على فعله الضار ، ومنها القانون الأردني ، كما أنه يشترط لاستحقاق التعويض في المسؤولية التعاقدية إعدار المدين للوفاء بالتزامه التعاقدية ، وإذا لم يوجد الإعدار فلا ضمان ، بينما لا يشترط شرط الإعدار (إعدار المدين) لاستحقاق التعويض في المسؤولية التقصيرية ، ويجوز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية التعاقدية ، إلا ما استثنى بنص ، أو الاتفاق على قيمة التعويض المترتب عليها ، وذلك بخلاف المسؤولية التقصيرية ؛ إذ يقع هذا الاتفاق - لو حصل - يائلاً ، والفرق بينهما : أن قواعد المسؤولية التقصيرية من النظام العام ، ومصدرها القانون ، فلا يجوز الاتفاق على الإعفاء منها ، خلافاً للمسؤولية التعاقدية التي مصدرها إرادة المتعاقدين

إضافة إلى أن عبء الإثبات في المسؤولية التعاقدية يقع على عاتق المدين (المدعي عليه) ، فعليه إثبات أنه قام بتنفيذ التزامه العقدي ، وليس على المدعي إلا أن يثبت وجود التعاقد ، أما في المسؤولية التقصيرية فيكلف الدائن (المدعي أو المضرور) إثبات أن المدين قد خرق التزامه القانوني ، والتعويض في المسؤولية العقدية لا يكون إلا عن الضرر المباشر المتوقع ، أما في المسؤولية التقصيرية فالتعويض يكون عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع ، وإذا تعدد المسؤولون تعاقدياً في المسؤولية التعاقدية ، فإن التضامن بينهم لا يفترض إلا إذا اتفقوا على ذلك صراحة ، أما إذا تعدد المسؤولون عن الفعل الضار فإن التضامن

ومع ما ذكر من فروق بين نوعي المسؤولية المدنية ، يبقَى التقسيم الثنائي للمسؤولية المدنية هو السائد اليوم ، يقول الدكتور الذنون : " إن التقسيم الثنائي للمسؤولية المدنية بالرغم مما وجه إليه من نقد من دعاة وحدة الخطأ ووحدة المسؤولية ، لا يزال هو التقسيم الأساسي الذي يقرره معظم الفقهاء وتسير عليه أحكام القضاء " (١) .

الفرع الثاني : أنواع المسؤولية (الضمان) في الفقه الإسلامي :

لقد مر معنا أن الفقهاء المسلمين عبروا عن المسؤولية المدنية بالضمان ، والضمان في الفقه الإسلامي ينقسم إلى قسمين أساسيين (٢) ؛ هما : ضمان النفس وضمان المال ؛ فـضمان النفس هو الدية في القتل الخطأ ، أو في القتل العمد إذا حدث عفو أو صلح عن القصاص ، وضمان المال : هو التعويض المالي عن الضرر اللاحق بالغير .

على أنه إذا كان مصطلح المسؤولية أعم من مصطلح الضمان (٣) ، فإن المسؤولية الخلقية ثابتة في الشريعة الإسلامية ، وهي فسيم للأحكام العملية كما نكرنا قبل قليل ، وعليه فيوجد في الفقه الإسلامي مسؤولية أخلاقية أو أدبية كما سبق أن بينا ذلك ، ولكن لا نستطيع أن نسميها ضماناً ؛ وذلك لأن أمرها مردود إلى رب العباد ، وبالمعنى الأخص للضمان فلا يترتب على المخالفة الأخلاقية تعويض أو ضمان أبداً **الأردنية** وبحكم الظاهر أو القضاء ، فقد قسم الضمان في الفقه الإسلامي إلى قسمين ؛ ما يوجب العقوبة ، وما يوجب التعويض المالي .

أولاً : التقسيم الجزائي للمسؤولية :

أما ما كان موجه العقوبة ، فهو ما سمي بالعقوبات في الفقه الإسلامي ، وسمها إن شئت المسؤولية الجزائية ، والتقسيم المشهور للعقوبات في الفقه الإسلامي (٤) .

مفترض فيما بينهم ، ويختلفان أيضاً في تقادم كل منهما ؛ فقد نص القانون المدني الأردني في المادة (٤٤٩) على أنه لا تسمع الدعوى التعاقبية بعد مرور خمس عشرة سنة ، أما في المسؤولية التقصيرية فإن دعوى الضمان الناجمة عن الفعل الضار لا تسمع بعد انقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالمسؤول عنه ، وفي كل الحالات بانقضاء خمس عشرة سنة من حدوث الفعل الضار وذلك في المادة (٢٧٢) ، انظر : مرقس : الوافي (١ / ١٩) ، حمزة : العمل غير المشروع (٢٤) ، أمجد : نظرية الالتزام (٢٤٨) ، شريف : مصادر الالتزام (١٨٩) ، الذنون : المبسوط (١ / ٦١) ، أبو هزيم : المسؤولية عن الأشياء (١٣) .

(١) الذنون : حسن علي (١٩٧٦) النظرية العامة للالتزامات " مصادر الالتزام - أحكام الالتزام - إثبات الالتزام " ، طبع على نفقة الجامعة المستنصرية وبإشرافها .

(٢) الزحيلي : الضمان (١٣١) ، سراج : ضمان العدوان (٧٦) ، الطوالب : المسؤولية عن فعل الغير (٤٢) .

(٣) لأن المسؤولية تشمل المسؤولية الأدبية أو الخلقية والتي لا يشملها الضمان .

(٤) عودة : التشريع الجنائي (٧٨) ، العاني : التشريع الجنائي (ص ٤) .

١ - جرائم الحدود : والحد هو العقوبة المفدرة من الشارع التي وجبت حقاً لله تعالى .
٢ - جرائم القصاص : والقصاص هو العقوبة المفدرة من الشارع ، ووجبت حقاً للإنسان .

٣ - جرائم التعزير : والتعزير عقوبة غير مفدرة على كل معصية لم يرد فيها حد أو فصاص ، وقد تكون حقاً لله تعالى ، وقد تكون حقاً شخصياً (١) .
ثانياً : التقسيم المالي للمسؤولية :

أما ما كان موجباً التعويض المالي ، فيقسم لعدة اعتبارات ؛ من حيث النظر إلى كماله ونقصانه ، أو إلى تقديره وعدمه ، أو إلى استقراره وتحوّله ، أو بالنظر إلى محله ، أو بالنظر إلى نوع المال المضمون انتملي أو القيمي ، أو بالنظر إلى سببه ؛ ضمان العقد وضمن اليد وضمن الإلتلاف .

١ - تقسيم الضمان من حيث الكمال وعدمه (٢) :

أما تقسيم ضمان المال باعتبار مقداره كمالاً ونقصاناً ، فيقسم إلى :

أ - ضمان كلي : وهو الإلتزام بدفع قيمة الشيء المتلف ؛ إذا كان التلف كلياً أو جزئياً فاحشاً شبيهاً بالتلف العام ، ومثال التلف الكلي ما لو أحرق المتاع كاملاً ، والتلف الجزئي الشبيه بالتام ؛ كما لو أحرق أحد زوجي الحذاء . الرسائل الجامعية
ب - ضمان جزئي : وهو الإلتزام بدفع قيمة النقصان اليسير في المغصوب أو في الإلتلاف الجزئي ؛ وذلك كإلتلاف زجاج السيارة (بالنسبة للسيارة كاملة) ، أو أحد مصراعي الباب (٣) .

٢ - تقسيم الضمان باعتبار تقديره شرعاً (٤) :

كما يقسم الضمان باعتبار تقديره وعدم تقديره إلى نوعين ؛ مضبوط وغير مضبوط :

(١) وهناك تقسيمات أخرى للجرائم في الفقه الإسلامي ؛ انظرها في عودة : التشريع الحناني (٧٨) وما بعدها ، العاني : التشريع الجنائي (٤) وما بعدها ، الطوالب : المسؤولية الجنائية (٤٢) .
(٢) الزحيلي : الضمان (١٣١) ، الطوالب : المسؤولية عن فعل الغير (٤٠) .
(٣) قلت : كان الفقهاء قديماً يعتبرون إلتلاف إحدى فرنتي الخف كإلتلاف أحد مصراعي الباب ، يعتبرونه إلتافاً فاحشاً ، ويلزمون المتلف بأخذ باقي الخف والباب ، وإعطاء المضرور المثل أو القيمة ، ولكنني ضربت إلتلاف إحدى فرنتي الخف مثلاً على هذا النوع من الإلتلاف ، وضربت إلتلاف أحد مصراعي الباب على الإلتلاف اليسير ؛ لأنه من السهل الآن على أرباب الصنائع ؛ إن حدادة أو نجارة ، أن يصنعوا مصراعاً آخر للباب حديثاً كان أم خشباً ، وليس من الحكمة والعدالة تغريم مرتكب الفعل الضار الباب كاملاً ، وفيه ما فيه من إضاعة المال المنهي عنه شرعاً ، كما أن الضرورة تقدر بقدرها ، والمسألة بكل أبعادها راجعة إلى العرف ، والله تعالى أعلم .
(٤) الزحيلي : الضمان (١٣٥) ، الطوالب : المسؤولية عن فعل الغير (٤١) .

أ - الضمان المضبوط (أو المقدر) : ما حدد الشارع بإتلافه مقدارا محددًا من المال ، إما لحق الله تعالى ؛ كإتلاف صيد البر في حرم مكة أو أتناء التلبس بالإحرام ، وإما لحق شخصي ؛ كضمان المال المنطلي المحدد بالمثل شرعاً لقوله ع : " إناء بإناء وطعام بطعام " (١) .

ب - الضمان غير المضبوط : وهو التعويض غير المقدر شرعاً ؛ وإنما فوض لاجتهاد الأئمة والقضاة بحسب المصالح والعوائد ؛ ومنه التعزير بأخذ المال (٢) ، والتعويض عن الأضرار الأدبية ، وحكومة العدل ، كما يدخل فيه أيضاً ما يسمى بنقصان السعر ، وذلك إذا كان الضرر قد حاق بسيارة مثلاً ، فلو قام مرتكب الفعل الضار بإصلاح ما تعطل منها ، إلا أنها فقدت بعض قيمتها بعد الإصلاح ، فيجب ضمان نقصان السعر ، ومقدار النقص يقدره أهل الخبرة .

٣ - تقسيم الضمان باعتبار استقراره وتحوله (٣) :

كما ينقسم الضمان بهذا الاعتبار إلى :

أ - ضمان مستقر : وهو أن يلتزم الشخص بالتعويض دون أن يكون له حق الرجوع بما يدفعه على أحد ؛ وذلك كضمان الغاصب الشيء المعصوب ، وضمان المتلفات .

ب - ضمان متحول : وفيه يصح لمن دفع التعويض أن يرجع بالذي دفعه على آخر ؛ وذلك كالغاصب من الغاصب ، فإذا غصب إنسان متاعاً لآخر ، فعصبه شخص ثالث ، وتلف المتاع بيد الثالث ، فالمالك مخير في تضمين أي الغاصبين شاء ؛ فإن اختار المالك تضمين الغاصب الأول ، فيجوز لهذا الغاصب أن يرجع بما دفع على الغاصب الثاني ، فهو ضمان متحول ، ولكن إن اختار المالك تضمين الغاصب الثاني فلا يرجع الأخير على الغاصب الأول ؛ لأن الضمان مستقر عليه (٤) .

ومن الأمثلة على هذا النوع أيضاً : وديع الوديع ، والمستعير من المستعير أو المستأجر ، والمستأجر من المستأجر أو المستعير ، ومضارب المضارب .

(١) البخاري : صحيح البخاري - بشرح ابن حجر - (٥ / ١٥٦ حديث رقم ٢٤٨١) ، والترمذي وهذا لفظه : سنن الترمذي - بشرح ابن العربي - (٦ / ١١٣) وقال : هذا حديث حسن صحيح .

(٢) سيأتي تفصيل القول فيه عند الكلام عن الضرر الأدبي في الفقه الإسلامي .

(٣) السرخسي : المبسوط (١١ / ٧٦) ، الكاساني : بدائع الصنائع (٦ / ٢٠٢) ، البغدادي : مجمع الضمانات (١٢١) ، ابن رجب : القواعد (٢١٧) ، الزحيلي : الضمان (١٣٧) ، الطوالة : المسؤولية عن فعل الغير (٤١) .

(٤) السرخسي : المبسوط (١١ / ٧٦) ، الكاساني : بدائع الصنائع (٦ / ٢٠٢) ، البغدادي : مجمع الضمانات (١٢١) .

٤ - تقسيم الضمان بالنظر إلى محله (١) :

يقسم الضمان بالنظر إلى محله إلى ضمان مال و ضمان عمل :

أ - ضمان المال : شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال ؛ كالغصب والإتلاف .

ب - ضمان العمل : شغل الذمة بما يجب الوفاء به من عمل ؛ وذلك يظهر في الضمان

بتسليم الأعيان ، وإحضار الخصم .

٥ - تقسيم الضمان بالنظر إلى نوع المال (٢) :

ويقسم الضمان بالنظر إلى نوع المال المضمون إلى المال المثلّي والمال القيمي :

أ - والمال المثلّي : هو الذي يقوم بعضه مقام بعض عند الوفاء

ب - والمال القيمي : عكسه .

وهذه التقسيمات الخمسة السابقة لا تعتبر أقساماً للضمان من حيث كونه مصدراً من

مصادر الالتزام ، وإنما تعرضت لأثار الضمان أو أنواع التعويض ، ولعله لا فرق في هذا بين

الفقه الإسلامي والقانون الوضعي .

والذي يهتما من تقسيمات الضمان هو التقسيم السادس ؛ وهو :

٦ - تقسيم الضمان بالنظر إلى سببه (٣) : لاولدية

ويقسم الضمان بالنظر إلى سببه إلى ضمان العقد ، و ضمان اليد ، و ضمان الإتلاف :

أ - ضمان العقد : ضمان مال تالف بناءً على عقد اقتضى الضمان .

ب - ضمان اليد : حيث يكون الإنسان ضامناً للشيء الذي تحت يده مطلقاً ؛ كأن يهلكه

هو أو أن يهلك بأفة سماوية ، سواء أكانت يده على الشيء عن ولاية شرعية ؛ كالمبيع في يد

البائع ، أم غير شرعية ؛ كيد السارق أو الغاصب على الشيء ، ما لم يكن هناك مباشر لإتلاف

الشيء أو متسبب فيه ، فيكون الضمان عليهما (٤) .

ج - و ضمان الإتلاف : أن يضمن الإنسان ما أنلفه بشكل مباشر ، أو ما تسبب في

إتلافه بشرط التهدي والتقصير .

(١) الأحمد : محمد سليمان (٢٠٠٢) المنخل لدراسة الضمان (١٢)

(٢) الأحمد : المرجع السابق ، المكان نفسه .

(٣) الأحمد : المرجع السابق ، المكان نفسه .

(٤) انظر : الكاساني : البدائع (٤ / ٢١٠) ، الزيلعي : تبيين الحقائق (٣ / ١٨٥) ، النووي : المجموع (٩ /

٢٦٥) ، الزركشي : المنتور (٢ / ٣٢٥) ، المغني (٥ / ١٧٧) نسخة إحياء التراث .

أقسام الحق في الفقه الإسلامي :

ومن المناسب في هذا المقام أن أتناول أقسام الحق في الفقه الإسلامي لعلاقتها بأنواع المسؤولية ، فقد قسم الفقهاء الحق إلى ثلاثة أقسام ، هي :

١ - حق الله تعالى أو الحق العام (١) :

وهو ما يتعلق به انفع العام لجميع الناس فلا يختص به واحد بعينه ، وإضافته إلى الله تعالى لعظيم خطره وشمول نفعه (٢) .

٢ - حق العبد :

وهو ما يقصد منه حماية مصلحة الشخص ، ويصح إسقاطه من قبله ، سواء أكان الحق عاما ؛ كالحفاظ على الصحة والأموال والأولاد ، وتحقيق الأمن وقمع الجريمة ، أم كان الحق خاصا كراية حق المالك في ملكه ، وحق البائع في الثمن والمشتري في المبيع .
والمراد بحق العباد الخالص ما جاز لهم إسقاطه ، وإلا فما من حق للعبد إلا والله تعالى فيه حق (٣) .

٣ - الحق المشترك (٤) : نوع الحقوق محفوظة

وهو الحق الذي يجتمع فيه الحقان ؛ حق الله تعالى وحق العبد ، وقد يكون حق الله فيه هو الغالب ؛ كعدة المطلقة فإنها شرعت حق الله تعالى ، وذلك لصيانة الأنساب عن الاختلاط ، وفيه حق شخصي وهو المحافظة على نسب أولاده .

(١) الشاطبي : أبو إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي (٧٩٠ هـ) الموافقات في أصول الأحكام (٢ / ٢٢١) : علق عليه : الأستاذ الشيخ محمد حستين مخلوف ، بيروت - دار الفكر ، الزحيلي : وهبة (١٩٨٩) الفقه الإسلامي وأدلتها (٤ / ١٣) دمشق - دار الفكر ، الزحيلي : وهبة (١٩٩٦) أصول الفقه الإسلامي (١ / ١٥٣) ، دمشق - دار الفكر ، تصوير عن الطبعة الأولى (١٩٨٦) ، القضاة : نوح علي سلمان (١٤٠٧ - ١٩٨٦) إبراء الذمة من حقوق العباد (١٦) ، عمان - دار البشير ، الطبعة الأولى : الكباشي : الذمة والحق (٦٧) .

(٢) وقد أدرج العلماء تحته ثمانية أنواع من الحقوق ؛ العبادات المحضة ؛ كالصلاة والصيام ، والعبادات التي فيها معنى المؤونة ؛ كصدقة الفطر ، والمؤونة فيها عبادة ؛ كالعشر يؤخذ من خراج الأرض الزراعية للمسلم ، والمؤونة فيها معنى العقوبة ؛ كالخراج ، العقوبات الكاملة ؛ كحد السرقة ، وعقوبات قاصرة ؛ كحرمان القاتل من الإرث والوصية ، وعقوبات فيها معنى العبادة ؛ كالكفارات ، والحق القائم بذاته ؛ كخمس الغنائم وزكاة المعادن ، انظر : القضاة : إبراء الذمة (١٦) ، الكباشي : الذمة والحق (٦٧) .

(٣) القضاة : إبراء الذمة (١٨) ، الكباشي : الذمة والحق (٧٠) .

(٤) هذا ، ومن العلماء من جعل التقسيم رباعيا ؛ إذ جعل المشترك نوعين لا نوعاً واحداً ، فقال : حق مشترك يغلب فيه حق الله تعالى ، وحق مشترك يغلب فيه حق العبد ، انظر : الإمام أبا زهرة : محمد : أصول الفقه (٣٢٣) ، الزحيلي : أصول الفقه الإسلامي (١ / ١٥٣) ، الزحيلي : الوجيز في أصول الفقه الإسلامي (١٥١) ، محمد الزحيلي : أصول الفقه الإسلامي (٣٨٩) ، القضاة : إبراء الذمة (١٩) .

وقد يكون حق العبد هو الغالب ؛ وذلك كحق القصاص الثابت لولي المقتول ، فقد اجتمع فيه الحقان ، حق لله وهو تطهير المجتمع من جريمة القتل النكراء ، وحق للشخص وهو شفاء غيظه وتطبيب نفسه بقتل القاتل ، وغلب حق العبد ؛ لأن القصاص مبني على المماثلة ، لقوله تعالى : { وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنْ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ } ^(١) ، المماثلة ترجح حق الشخص ، ولهذا جاز للولي أن يصفح عن القاتل .

الفرع الثالث : الموازنة :

قبل الموازنة يجدر بي أن أبين طبيعة كل من التشريعين الإسلامي والوضعي ، وصعوبة قياس أحدهما على الآخر ؛ إذ لا قياس بين مختلفين ^(٢) ؛ فالفقه الإسلامي في نشأته لم ينشأ ولن يد نظريات عامة ^(٣) ، ولم ينشأ ناقصاً ثم نما وتطور كما هو الشأن في القانون الوضعي الذي يبدأ ضئيلاً ثم يكبر ، بل ولدت الشريعة شابة مكتملة ، ونزلت من عند الله شريعة كاملة لا ترى فيها عوجاً ^(٤) ، ولا تشهد فيها نقصاً ، قال تعالى : { الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتَمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا } ^(٥) ، كما سبق أن بينا ذلك .

وليس التطور في الشريعة الإسلامية في نصوصها (كما في القانون الوضعي) ؛ بل النصوص ثابتة ^(٦) ، ولكنها أعطت المجتهدين مساحة واسعة من الاجتهاد ومراعاة الظروف والأحوال والأعراف مما جعلها صالحة للتطبيق في كل زمان ومكان .

ولهذا فإنه في مجال المقارنة في تقسيم المسؤوليات وغيرها بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية ، لا نبحث فقط عن التقسيمات التي قسمها فقهاؤنا الأوائل ثم نقرر موافقة أو مخالفة هذه التشريعات الوضعية للفقه الإسلامي ؛ ذلك أن هذه الاجتهادات الفقهية ليست هي الشريعة الإسلامية كلها ، وإنما هي اجتهادات بشرية حسب أصول الشريعة ومقاصدها وقواعدها العامة ، وهذه التقسيمات والتفريعات قابلة للزيادة والنقصان والتغيير والتبديل حسب الحاجة ومقتضيات العصر وتغير الأعراف .

(١) جزء من الآية (٤٥) من سورة المائدة .

(٢) عودة : التشريع الجنائي (١٣) .

(٣) عودة : التشريع الجنائي (١٣) وما بعدها ، فيض الله : المسؤولية التصويرية (٤) وما بعدها ، المحمصاني :

صبحي (١٩٧٢ م) النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية " بحث مقارن في

المذاهب المختلفة والقوانين الحديثة " (١ / ٥) ، الطبعة الثانية ، بيروت - دار العلم للملايين .

(٤) وقد فصلنا ذلك في الفصل التمهيدي ، انظر صفحة (٣٦) من الرسالة .

(٥) جزء من الآية (٣) من سورة المائدة .

(٦) والنص حمال أوجه كما يقولون .

ولهذا - أيضاً - رأيت الجهابذة من علماء الأمة يدونون مصنفاتهم حسب ما يرون من تقسيمات دون أن يكون هذا الترتيب منصوصاً عليه في كتاب أو سنة ، أو يكونوا مسبوقين في ذلك من أحد ؛ فالإمام الشافعي دون في كتاب " الأم " الأحكام المبعثرة المتعلقة بالطهارة في باب ، وكذا أحكام الصلاة ، ... وكذلك فعل أئمة الحديث وأصول الفقه وغيرهم .

ومن هذه المحاولات الجادة للترتيب والتبويب ، ما قاله العلامة فيض الله : " ولعل حصر الفروع الفقهية في قواعد ضابطة ، كانت فكرة - لم تكتمل - لوضع الفقه الإسلامي في هياكل وأبنية تجمع هذه القواعد ، ونظريات تضم هذه الأصول ، على نحو ما نجده في النظريات القانونية الرومانية ، والتي أخذت عنها " (١) .

وإنما الأصح أن نبحث عما إذا كان في الإسلام ما يمنع من هذا التقسيم أو لا ؛ ولا يجوز قصر التقسيمات الفقهية على الصورة الواردة سابقاً ، واعتبار أن الفقه الإسلامي لا يجوز الأخذ بغيرها ؛ إذ أن هذه التقسيمات الواردة سابقاً ، معظمها من الاجتهاد الفقهي الناضج لعلمائنا الأوائل (٢) .

وعليه فلا حرج أن نعيد هذه التقسيمات متى كان في إعادة النظر فائدة ؛ ذلك أن الشريعة الإسلامية كما أسلفت لم تكن وليدة نظريات عامة ، وإنما كانت تعنى ببيان أحكام الوقائع والحوادث مجزأة (٣) ، ولهذا فبأي سنك نظمت هذه الأحكام المجزأة فلا ضير في ذلك ، إذا كان هذا النظم منطقياً غير معرب ، ولا مخالف لأحكام الإسلام المعينة

الذي نبحث عنه في عملية الترتيب والتبويب ليس ما هو حاصل فعلاً ، وإنما ما يجوز وما لا يجوز أن يحصل ، بغض النظر عن حصوله أم لا .

وبناءً على ما تقدم ، فإنني أرى عدم دقة ما يرد عن كثير من المحدثين ، عندما يتكلمون عن الفقه الإسلامي ومقارنته بالقوانين الوضعية ، من أنه لا يوجد في الفقه الإسلامي كذا ويوجد كذا ، ومن ذلك ما يقوله الذنون نقلاً عن الدكتور الستهوري : " في العمل غير المشروع ، كما في العقد ، وكما في الإرادة المنفردة ، لا توجد قاعدة عامة في الفقه الإسلامي تجعله مصدراً للالتزام " (٤) .

أما أن الفقهاء السابقين لم يصوغوا هذه الأحكام في نظريات عامة فصحيح ؛ لأنهم كانوا يبحثون الفقه فروعاً وجزئيات ، وأما أن الفقه الإسلامي لا يوجد فيه قاعدة عامة للالتزام في العمل غير

(١) فيض الله : المسؤولية التصيرية (٨) .

(٢) وإن كان في نصوص الشريعة ما يشير إلى بعض التقسيمات الكبرى ؛ كالعبادة والشريعة والأخلاق الموجودة في حديث جبريل عليه السلام ، وسيأتي تخريجه بعد قليل .

(٣) ولهذا رأيت كثرة الاستثناء من القواعد الفقهية العامة التي صاغها الفقهاء لنظم هذه الأحكام المتناثرة .

(٤) الذنون : المبسوط (٣٧) .

المشروع أو العقد أو الإرادة المنفردة ، فكلام غير دقيق ؛ لأن الكثير من علماء الفقه الإسلامي المعاصرين قد صاغوا هذه الأحكام في نظريات عامة ، كما فعل العلامة الزرقا رحمه الله تعالى في كتابه " نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي " (١) .

التقسيم القانوني في ميزان الفقه الإسلامي :

وبناءً على هذا الكلام فإنني سأتناول التقسيم القانوني ، وأبين الحكم الشرعي فيه من خلال المسائل التالية :

المسألة الأولى : موقف الفقه الإسلامي من المسؤولية الأخلاقية القانونية :

لعل من نافلة القول إن الشريعة الإسلامية ركزت على الجانب الخلفي في حياة الأفراد والجماعات ، وهذا بعض معنى قوله ع في الحديث الشريف الذي رواه أبو هريرة وزيد بن أرقم رضي الله عنهما : " إنما بعثت لأتمم صالح الأخلاق " (٢) .

وقد اعتبرت الشريعة الأخلاق جزءاً قائماً بذاته في الدين الإسلامي ؛ فهي قسيم لنفقه وليست قسماً منه ، بذلك على هذا الحديث المعروف باسم حديث جبريل (٣) ، الذي قسم الدين

إلى قيده وشريعة وإحسان (وهو الأخلاق) (٤) . محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز أبحاث الرسائل الجامعية

(١) الزرقا : مصطفى أحمد (١٤٢٠ - ١٩٩٩) المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي " إخراج جديد مع صياغة كاملة لنصوص تلك النظرية " (١١٣) ، الطبعة الأولى ، دمشق - دار القلم ، الدررني : النظريات الفقهية (٢٤٨) .

(٢) ابن أبي شيبة : المصنف ، من حديث سيدنا زيد بن أرقم ع ، (٦ / ٣٢٨ حديث رقم ٣١٧٦٤) قال الإمام العجلوني : رواه مالك في الموطأ بلاغا عن النبي ع ، وقال ابن عبد البر : هو متصل من وجود صحاح عن أبي هريرة وغيره ؛ منها ما رواه أحمد والخرائطي في أول المكارم بسند صحيح عن أبي هريرة " العجلوني : كشف الخفاء (١ / ١٩١) .

(٣) متفق عليه ؛ ولفظ مسلم في صحيحه عن سيدنا عمر بن الخطاب ع قال : " بينما نحن جلوس عند رسول الله ع ذات يوم ، إذ طلع علينا رجل شديد بياض الثياب ... وفيه السؤال عن الإسلام والإيمان والإحسان والساعة وأشراطها (وهي من أركان الإيمان) ، وفي آخر الحديث : " ثم انطلق ، فلبثت ملياً ، ثم قال : يا عمر : أتدري من السائل ؟ قلت : الله ورسوله أعلم ، قال : فإنه جبريل أتاكم يعلمكم دينكم " والبخاري - بشرح ابن حجر - (١ / ١٥٣ حديث رقم ٥٠) .

(٤) يقول الأستاذ الدكتور محمد فاروق العكام ، وهو يتكلم عن مكانة الفقه الإسلامي من بنية التشريع الإسلامي : " وعلى هذا ، فالتشريع الإسلامي بناء ينهض على :

أولاً : على الأحكام الاعتقادية التي يجب على المكلف اعتقادها والإيمان بها ، ...

ثانياً : وعلى هذا الأساس من بيان العقيدة الحقة في مفهومها الديني والسياسي والإنساني ، نهض مبدأ آخر أحاط العقيدة بأحكام تتناول الأخلاق والوجدانيات وكل ما يرجع إلى تهذيب النفس البشرية ، وترويضها على حب الخير والفضائل ...

ثالثاً : وبعد أن وضع الإسلام العقل البشري على جادة الاستقامة ، جادة التوحيد اعتقاداً ، وبعد أن هذب النفوس البشرية ، هبأ الناس لتقبل الأحكام العملية ... " العكام : محمد فاروق (١٤٠٧ - ١٤٠٨ هـ / ١٩٨٧ - ١٩٨٨ م) تاريخ التشريع الإسلامي (٣٠) ، مقرر على الطبعة السنة الأولى من كلية الشريعة بجامعة دمشق ،

والدليل القاطع على تفريق الشريعة الإسلامية بين المسؤولية الأخلاقية والمسؤولية القانونية ، وجود ما يسمى بالفقه الإسلامي ؛ الحكم الدياني والحكم القضائي (١) .

والسبب في ذلك أن الشريعة - لأنها إلهية المصدر - قد رتبت صحة التصرف على صلاحية الظاهر والباطن ، فنشأ الحكم الدياني الذي يتحرى حقائق الأفعال والتصرفات ولا يجتزئ بظواهرها وصورها ، ولما كان القضاء عاجزاً عن إدراك كنه البواطن اكتفى بالظاهر ، يرشدك إلى هذا قوله ع : " إنما الأعمال بالنيات ، وإما لكل امرئ ما نوى ، فمن كانت هجرته إلى الله ورسوله ، فهجرته إلى الله ورسوله ، ومن كانت هجرته إلى دنيا يصيبها ، أو امرأة يتزوجها ، فهجرته إلى ما هاجر إليه " (٢) .

أما الحكم القضائي واختلافه عن الحكم الدياني ؛ فالأصل فيه ما روت أم سلمة عن النبي ع : " إنكم تختصمون إلي ، وإنما أنا بشر ، ولعل بعضكم يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو ما أسمع منه ، فمن قطعت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه ، فإنما أقطع له قطعة من النار " (٣) .

إلا أن من المناسب القول في هذا المقام أن الشريعة الإسلامية لما كانت شريعة دينية ، فهي شريعة قائمة على الأخلاق ، وأمر آخر يترتب على كون الشريعة الإسلامية شريعة دينية أنها ، ركزت على الجانب الأخلاقي ، ورتبت على مخالفته العقاب الأخروي ، وهو ما تقتصر إليه الشرائع الوضعية (٤) .

على أن قولية القواعد الأخلاقية في قواعد قانونية غاية يطمح لها كل من يتصدر للتشريع والتقنين ، يقول الدكتور محمد الزحيلي : " أصبحت القوانين أخيراً تتطلع إلى هذا الجانب العظيم في الشريعة وهو العقيدة والأخلاق ، وتحاول جاهدة التوفيق بينه وبين قواعدها ،

مطبعة جامعة دمشق ، وانظر : الفرغور : محمد عبد اللطيف (١٤١٠ هـ - ١٩٩٠ م) من ذخائر الفكر الإسلامي (١٢٧) ، دمشق - دار البيروني ، الطبعة الأولى .

(١) العكام : تاريخ التشريع الإسلامي (٤٠) .
(٢) الحديث : رواه الجماعة ؛ البخاري - بشرح ابن حجر - (١٢ / ٤٠٥ حديث رقم ٦٩٥٣) وفي عدة مواضع من صحيحه ، ومسلم - بشرح النووي - (١٣ / ٥٣ حديث رقم ١٩٠٧) ، قال الشوكاني : " ولم يبق من أصحاب الكتب المعتمدة من لم يخرج سوى مالك ؛ فإنه لم يخرج في الموطأ " الشوكاني : نيل الأوطار (١ / ١٥٦) .

(٣) أخرجه الإمام مسلم واللفظ له - بشرح النووي - (١٢ / ٤) حديث رقم ١٧١٣ ، وأبو داود (٣ / ٣٠٠) حديث رقم ٣٥٨٣ ، والترمذي - بشرح ابن العربي - (٦ / ٨٣) .

(٤) يقول الأستاذ أحمد إبراهيم بك : " ويزيد الشرع الإسلامي على تلك القوانين بما يهذب النفوس ويزكيها ، ويحفظ العقل البشري ويصونه من كل ما يؤوفه " ، إبراهيم بك : أحمد (١٣٦٣ - ١٣٦٤ / ١٩٤٤ - ١٩٤٥) منكرة مبتدأة في بيان الالتزامات وما يتعلق بها من الأحكام في الشرع الإسلامي (٤) ، مصر - مكتبة وهبة .

وتسعى لتقنين القواعد الأخلاقية في قواعد قانونية تدريجياً ، وكان هذا أمل الفلاسفة والمصلحين في الماضي ، وهو أمل البشرية في الحاضر " (١) .

المسألة الثانية : موقف الفقه الإسلامي من تقسيم المسؤولية إلى مدنية وجنائية :

وهذا التقسيم القانوني والتفريق بين المسؤوليتين المدنية والجزائية (٢) ، لا يمانع منه الفقه الإسلامي ، وذلك من خلال ما سمي بالفقه الإسلامي يحق الله تعالى (أو المجتمع) ، وحق العبد ، والحق المشترك .

وقد استدل العلامة محمد فوزي فيض الله على التفرقة بين المسؤوليتين في الفقه الإسلامي بعدة أمور ، منها :

١ - أفراد الفقهاء مباحث الحدود والقصاص والتعزيرات عن مباحث العقود والمعاملات المالية والتعويضات .

٢ - ما ذكره العلامة ابن عابدين عن التتارخانية ، من الفرق بين جنابة العبد على الأدمي وجنابته على المال ، ففي الأول خير المولى بين الدفع والفداء ، وفي الثاني خير بين الدفع والبيع (٣) .

جميع الحقوق محفوظة

٣ - وما نقله عن فقهاء الحنفية من تعريفهم الجنابة بأنها : " لغة : اسم لما يكتسب من الشر ، وشرعا : اسم لفعل محرم حل بمال أو نفس ، وخص الفقهاء الغصب والسرقه بما حل بمال ، والجنابة بما حل بنفس واطراف " (٤) . إلا أنهم بحثوا السرقه في الحدود والغصب في العقود والمعاملات المالية ؛ إذ الغصب مع أنه جنابة ، إلا أنه جنابة مدنية مالية لا تستوجب إلا التعويض .

أقول : ومن الأدلة على تفريق الفقه الإسلامي بين المسؤوليتين الجزائية والمدنية - إضافة إلى ما ذكره فيض الله - أن الفقه الإسلامي لا يرى بأساً بالفروق التي أوردها القانونيون بين نوعي المسؤولية ، على أهم هذه الفروق على الإطلاق ، وهو جواز التنازل عن الحق في المسؤولية المدنية ، وعدم جواز ذلك مطلقاً في المسؤولية الجزائية (في الحدود) إذا رفع الأمر للفضاء ، وذلك بنصوص الأحاديث النبوية الشريفة الصحيحة؛ كحديث المرأة المخزومية التي

(١) الزحيلي : محمد مصطفى (١٤٠٢ - ١٩٨٢) وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية (٤٣) ، دمشق - مكتبة دار البيان ، الطبعة الأولى .

(٢) انظر : فيض الله : المسؤولية التقصيرية (٨١) ، الزلمي : مصطفى إبراهيم (١٩٨٢ - ١٩٨١) المسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية " دراسة مقارنة بالقانون " ، بغداد - مطبعة أسعد .

(٣) ابن عابدين : محمد أمين : حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار المشهورة بحاشية ابن عابدين (٦ / ٦١٣) ، بيروت - دار الفكر ، (١٤١٢ هـ - ١٩٩٢ م) .

(٤) حاشية ابن عابدين (٦ / ٥٢٧) .

سُرقت^(١) ، وحديث سارق رداء صفوان^(٢) ، بينما يستحب العفو فيما دون الحد ؛ لما رواه الإمام الشافعي وغيره عن أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " نجافوا لذوي الهيئات عن عثرتهم " ^(٣) .

وكذلك فإن الفقه الإسلامي في تقسيمه للمسؤولية (أو الضمان) ، قسمه إلى ما يوجب التعويض المادي ، وإلى ما يوجب العقوبة^(٤) ، وهذا هو أحد معايير التفرقة بين المسؤولية الجزائية والمدنية في القوانين الوضعية ؛ إذ كان بعض الفروق بينهما الفرق من حيث الحكم ، فهو في الدعوى الجزائية يكون عقوبة متوصفاً عليها في قانون العقوبات ؛ أما في المسؤولية المدنية فيحكم بالتعويض أو إعادة الحال إلى ما كانت عليه^(٥) .

المسألة الثالثة : موقف الفقه الإسلامي من الفروق بين المسؤولية المدنية

والجزائية

أقول : ولا يمانع الفقه الإسلامي من هذه الفروق ، فسبب كل من المسؤولية الجزائية ، وأساسهما ، وصاحب الحق في إقامة الدعوى وجواز أو عدم جواز التنازل عنها ، كل هذا مقرر ومقبول من وجهة النظر الشرعية ؛ وذلك من خلال ما ورد عن الفقهاء من تقسيمهم للحق إلى ثلاثة أقسام ، هي : حق الله تعالى وحق الفرد والحق المشترك بينهما .

وأما ما يتعلق بطبيعة الحكم في الدعوى الجزائية ، ومقاييسها ، ففارق صحيح ؛ إذ أن هذا التقسيم مشابه إلى حد كبير ما نص عليه الفقه الإسلامي من عقوبة الجرائم الكبرى ، وهي

(١) حديث المرأة المخزومية متفق عليه ؛ ولفظ مسلم : عن عائشة - رضي الله عنها - أن قریشاً أهمهم شأن المرأة المخزومية التي سرقت ، فقالوا من يكلم فيها رسول الله ﷺ فقالوا : ومن يجترئ عليه إلا أسامة حب رسول ﷺ فكلمه أسامة ، فقال رسول الله ﷺ : " أتشفع في حد من حدود الله ؟ " ثم قام فاختطب ، فقال : " أيها الناس ، إنما أهلك الذين قبلكم أنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه ، وإذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد ، وأيم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها " مسلم - بشرح النووي - (١١ / ١٨٦ حديث رقم ١٦٨٨) ، والبخاري - بشرح ابن حجر - (١٢ / ١٠٣ حديث رقم ٦٧٨٨) .

(٢) حديث سارق رداء صفوان : أخرجه مالك - بشرح السيوطي تنوير الحوالك - (٣ / ٤٩) ولفظه : " أن صفوان بن أمية قبل له إنه إن لم يهاجر هلك ، فقدم صفوان بن أمية المدينة فقام في المسجد وتوسد رداءه ، فجاء سارق فأخذ رداءه ، فأخذ صفوان السارق فجاء به إلى رسول الله ﷺ فأمر به رسول الله ﷺ أن تقطع يده ، فقال له صفوان : إني لم أرد هذا يا رسول الله هو عليه صدقة ، فقال رسول الله ﷺ فهلا قبل أن تأتيني به " ، وأحمد : مسند أحمد (٥ / ٢٢٤ حديث رقم ١٥٣٠٦ ورقم ١٥٣١٠) ، وأبو داود : سنن أبي داود (٤ / ١٣٦ حديث رقم ٤٣٩٤) ، وابن ماجه : سنن ابن ماجه (٢ / ٨٦٥) ، والبيهقي : السنن الكبرى (٨ / ٢٦٦) ، وانظر : ابن عبد البر : الاستنكار (٩ / ١٢٤) .

(٣) الشافعي : المسند (٣٦٣) ، أبو داود : سنن أبي داود (٤ / ١٣١ حديث رقم ٤٣٧٥) ، البيهقي : السنن الكبرى (٨ / ٢٦٧) ، البخاري في الأدب المفرد (٤٦٥) ، والحديث اختلف في تصحيحه وتضعيفه ، فضعفه ابن عدي وأبو زرعة والعقيلي والمنذري ، وصححه ابن حبان وابن الجارود والحاكم وابن عبد البر ، انظر : ابن الملقن : الخلاصة (٢ / ٣٢٥) ، الصنعاني : سبل السلام (٧ / ٤٧) .

(٤) الطولية : المسؤولية عن فعل الغير (٤٠) .

(٥) وقد بحثت المسألة قبل قليل .

التي تسمى بالحدود ؛ وهذا التقسيم ظاهر إلى حد كبير في جريمة الحزابة ، وغني عن البيان أن الشريعة الإسلامية لا ترتب المسؤولية المدنية أصلاً إذا لم يوجد ضرر .

ومثل هذا الكلام ينطبق على القصد والنية ؛ فالمسؤولية المدنية لا يشترط فيها قصد ، بل إن الفقه الإسلامي يزيد على الاتجاه العام في الفواتين الوضعية من ترتيبه المسؤولية المدنية على عديم التمييز ، وهو ما لم تعرفه القوانين الوضعية إلا في بداية القرن التاسع عشر .

وأما ما يتعلق بإجراءات رفع الدعوى والتقدم وقواعد الاختصاص ، فهذه إجراءات إدارية شكلية ، لا يمتنع منها الفقه الإسلامي ، وهي داخلة في باب المصالح المرسلة ، وهو مصدر ثري مرن ، جعل الشريعة الإسلامية صالحة للتطبيق في كل زمان وفي كل مكان . ما من حيث التأمين ؛ فالتأمين في المسؤولية الجزائية غير متصور أبداً في الفقه الإسلامي ، إذ لا يتصور أبداً أن يؤمن المرء لدى شركة تأمين على ضمان الجرائم التي ستصدر عنه ، وأما التأمين في المسؤولية المدنية فينتازه رأيان في الفقه الإسلامي ؛ رأي بالجواز ورأي بالحرمة (١) .

جميع الحقوق محفوظة

(١) والذي يراه الباحث جواز عقد التأمين التعاوني والتجاري بكافة أنواعه ، ولا أريد أن أتناول المسألة بادلتها فذلك يخرج بالبحث عن موضوعه ، والحق أن أدلة المحرمين ليست كافية للقول بحرمة ، ومعظمها في غير محل النزاع ، ومن ذلك القول بأن شركات التأمين تستغل أمرها بالربا ، فهذا شيء آخر لا علاقة له بأصل العقد ؛ فالتأمين جائز واستثمار الأموال بالربا لا يجوز ، ومعظم التجار اليوم يتعاملون بالربا ، فهل المعاملات التجارية معهم محرمة ؟ واليهود والنصارى يتعاملون بالربا قطعاً ، أفيحرم التعامل معهم ببيعاً وشراءً وإجازة ورهنًا ؟ وأما بالنسبة للغرر في عقد التأمين فهو غرر يسير إذا ما قورن بالأضرار الناجمة عن ترك التأمين ، يقول الإمام ابن تيمية : " إن تحريم ما تدعو إليه الحاجة لكونه غرراً ، أشد ضرراً من ضرر كونه غرراً " ابن تيمية : الفتاوى الكبرى (٤ / ١٨) ، وانظر : إبراهيم بك : مذكرة مبتدأة (١١) ، كما أن الضرر الأشد يدفع بالضرر الأخف ، كما هو مقرر . وقولهم : إن التأمين فيه بيع الأمان والأمان لا يباع ولا يشتري ، وعليه فلا يجوز أن يكون محل معاوضة أو تجارة ، معارض بجواز الاستئجار لحراسة البيوت والحوانيت ، على أن الأمان قد يكون في أولويات الإنسان مقدم على الطعام والشراب ، ثم أين الدليل على عدم جواز أن يكون الأمان محل معاوضة ؟ وأما قولهم بأنه يعد تحدياً لقدرة الله ، فهذا قول مردود ، بل إن الله ﷻ أمرنا بالأخذ بالأسباب _ والتأمين بعضها - ، وفي هذا القول دعوة للخمول والراحة بحجة عدم معاوضة القدر ، ومن ذلك استدلالهم بأنه جهالة ومقامرة ورهان محرم ، أقول : أين الرهان والمقامرة التي هي لعب بالحظوظ من التأمين الواقع على ترميم الكوارث والأخطار ؟ وأخيراً ، فالتأمين عقد جديد يفتت الأضرار ويوزعها على عدد كبير من الناس ، وهو في هذا كنظام تحميل الدية للعاقلة ، وهو مبدأ جاهلي أقره الإسلام لما رأى حسنه ، مع أنه بتطبيق القواعد العامة فيه ظلم لأقرباء الجاني ؛ إذ يدفعون المال دون جنائية ، ولكن بالمقارنة مع ما يضيع على أهل المجني عليه لو كان الجاني فقيراً ، لم يلتفت لهذا الضرر ، ودفع الضرر الأشد بالضرر الأخف ، والله تعالى أعلم .

وانظر : الزرقا : مصطفى (١٤١٥ - ١٩٩٤) نظام التأمين ؛ حقيقته والرأي الشرعي فيه ، الطبعة الرابعة ، بيروت - مؤسسة الرسالة ، القرضاوي : يوسف (١٤٠٥ - ١٩٨٥) الحلال والحرام في الإسلام (٢٦٣) ، الدار البيضاء - دار المعرفة . ملحم : أحمد سالم (١٤٢٠ - ٢٠٠٠) التأمين التعاوني الإسلامي وتطبيقاته في شركة التأمين الإسلامية (الأردن) ، الطبعة الأولى ، حميش : عبد الحق ، وشواط : الحسين (١٤٢١ - ٢٠٠١) فقه العقود المالية (١٢٤) ، دار البيارق / عمان - بيروت ، الطبعة الأولى ، الزين ، سميح عاطف ، (١٣٩٨ - ١٩٧٨) . الإسلام وثقافة الإنسان (١٩٢) . الطبعة الخامسة ، بيروت : دار الكتاب اللبناني ، القاهرة : دار الكتاب المصري النمر : عبد المنعم أحمد ، علم الفقه (١٨٧) ، بغداد - مطبعة الخلود ، بإشراف وزارة الأوقاف والشؤون الدينية بالعراق ، وقد تناول فيه مؤلفه التسلسل التاريخي لفتاوى التأمين ؛ ذاكرة آراء جميع من أتلى يدلوه في هذا المجال مانعين ومجيزين ، وهو كتاب نفيس يجدر بكل طالب علم مراجعته .

وبناءً على الرأي الفقهي الذي يجيز التأمين ، فهذا الفارق بين المسؤولينتين المدنية والجزائية فارق مقبول شرعاً .

المسألة الرابعة : المسؤولية المدنية (التعاقدية والتقصيرية) في الفقه الإسلامي :

أسباب الضمان أو مصادره في الفقه الإسلامي كما هو مقرر (١) هي : العقد واليّد والإتلاف (٢) ، وكل له شروطه المبنوثة في كتب الفقه .

والإتلاف في الفقه الإسلامي يقابل المسؤولية التقصيرية في القوانين الوضعية (٣) .

أما ضمان العقد فالمقصود به في الفقه الإسلامي : " ضمان مال تالف بناءً على عقد اقتضى الضمان " (٤) .

فهل يقابل ضمان العقد في الفقه الإسلامي المسؤولية التعاقدية في القوانين الوضعية ؟ وقد عرفنا أن المسؤولية التعاقدية في القانون الوضعي هي : " تعويض عن ضرر نشأ عن عدم تنفيذ المدين التزامه الناشئ عن العقد " (٥) .

من خلال التعريفين الواردين لضمان العقد وللمسؤولية التعاقدية ، نجد أن المسؤولية التعاقدية ليست هي ضمان العقد في الفقه الإسلامي (٦) ، ذلك أنها في القانون الوضعي تعويض عن الضرر الحاصل من عدم تنفيذ العقد ، أو هي تعويض عن الضرر الناشئ عن المماطلة في تنفيذ العقد ، وهي في الفقه الإسلامي ما يضمنه الإنسان بناءً على عقد يقتضي الضمان ؛ كالمبيع في يد المشتري بعد عقد البيع ، فضمان المشتري للمبيع الهالك سببه العقد ، وضمان البائع ثمن المبيع إذا هلك سببه العقد أيضاً ، وهذا هو ضمان العقد في الفقه الإسلامي ، خلافاً لما قاله بعض شراح القاتون المعاصرين عن هذه الأسباب والمصادر للضمان ، وتفريقها بين الضمان الناشئ عن العقد والضمان الناشئ عن الإتلاف ، بأنه من الممكن القول بأن التشريعة

(١) يقول القرافي : " اعلم أن أسباب الضمان في الشريعة ثلاثة لا رابع لها " الفروق (٢ / ٢٠٦) ، وقال الغزالي عن موجب الضمان : " وهو ثلاثة : التفويت بالمباشرة ، أو التسبب ، أو إثبات اليد العادية " الغزالي : أبو حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي (٥٠٥ هـ) الوجيز في فقه مذهب الإمام الشافعي (١٦٨) ، ضبط وتصحيح خالد العطار ، بيروت - دار الفكر (١٤١٤ - ١٩٩٤) .

(٢) القرافي : الفروق (٢ / ٢٠٦) ، الغزالي : الوجيز (١٦٨) ، ابن رجب : عبد الرحمن بن رجب الحنبلي (٧٩٥ هـ) القواعد في الفقه الإسلامي (٢٢١) تحقيق : طه عبد الرؤوف سعد ، بيروت - دار الجيل ، الطبعة الثانية (١٤٠٨ - ١٩٨٨) ، ابن رشد ، محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (٥٩٥) بداية المجتهد ونهاية المقتصد (٢ / ٣١٩) بيروت - دار القلم ، الطبعة الأولى (١٤٠٨ - ١٩٨٨) ، الرافعي : أبو القاسم عبد الكريم بن محمد (٦٢٣ هـ) فتح العزیز شرح الوجيز (١١ / ٢٣٩) بهامش المجموع للنووي ، بيروت - دار الفكر ، الزحيلي : الضمان (٦٣) ، الدريني : النظريات الفقهية (٢٠٣) .

(٣) القرافي : الفروق (٢ / ٢٠٦) .

(٤) الزحيلي : الضمان (٨٢) ، أحمد : ضمان المتلفات (٦٩) .

(٥) الزحيلي : الضمان (٨٢) ، الخفيف : الضمان (٢٠) ، الدريني : النظريات الفقهية (١٩٧) ، وانظر : الذنون : الميسوط (٤٠) .

(٦) الزحيلي : الضمان (٨٢) ، الخفيف : الضمان (٢٠) ، الدريني : النظريات الفقهية (٢٢٦) .

الإسلامية فرقت بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية ، وأن ضمان العقد في الشريعة الإسلامية يقابل المسؤولية التعاقدية (١) .

ومما يستدل به على أن ضمان العقد يختلف عن المسؤولية العقدية ، ما قاله فقهاؤنا في التفرقة بين ضمان العقد و ضمان الإلتزام من أن ضمان العقد مشروع ، يقول الإمام السرخسي : " ثم ضمان العقد مشروع وفي المشروع يعتبر الوسع والإمكان " (٢) ، بينما المماثلة في تنفيذ الإلتزام وتأخيرها (وهذا التأخير هو المسؤولية العقدية قانوناً) ليست مشروعة (مع القدرة على التنفيذ) اتفاقاً (٣) ؛ لقوله ع : " مطل الغني ظم ... " (٤) .

والسؤال الذي يطرح نفسه الآن : هل المسؤولية العقدية بمعناها القانوني مضمونة في الفقه الإسلامي (٥) ؟

بعد أن عرفنا المقصود بالمسؤولية التعاقدية في القوانين الوضعية ، و ضمان العقد في الشريعة الإسلامية ، يرد السؤال التالي ، وهو : ما حكم المسؤولية التعاقدية من حيث الضمان وعدمه في الشريعة الإسلامية ؟

بداية لم أجد فيما اطلعت عليه عن الفقهاء السابقين شيء في هذه المسألة ، أما الفقهاء المعاصرون فقد انقسموا فيها إلى فريقين : كثر في جامعة الأردنية
الزاري الأول : وهو عدم مشروعية الضمان في المسؤولية التعاقدية ، ذهب إلى هذا الأستاذ الدكتور الزحيلي (٦) ، والأستاذ الشيخ الخفيف ، والأستاذ الدكتور السريني ، والأستاذ الدكتور علي الصوا (٧) ، ونقله الأستاذ الدكتور الصوا عن الأستاذ الدكتور نزيه حماد ، والأستاذ الدكتور محمد عثمان شبيب (٨) ، يقول الدكتور الزحيلي عن المسؤولية التعاقدية في القانون

(١) جبر : الضرر المرتد (١٣) .

(٢) السرخسي : المبسوط : (٨٠ / ١١) .

(٣) قلت : والخلاف الذي سيرد فيها في المسألة التالية ، ليس في مشروعية التأخير ، وإنما في وجوب التعويض المالي على هذا التأخير ، فتأمل .

(٤) الحديث متفق على صحته من حديث أبي هريرة ؓ ؛ أخرجه البخاري - بشرح ابن حجر - (٤ / ٥٨٥ حديث رقم ٢٢٨٧) ، كما أخرجه البخاري أيضاً بإسناد آخر (٤ / ٥٨٨ حديث رقم ٢٢٨٨) ، ومسلم - بشرح النووي - (١٠ / ٢٢٧ حديث رقم ١٥٦٤) ، كما أخرجه الترمذي : صحيح الترمذي - بشرح الإمام ابن العربي - (٦ / ٤٣) ، وابن ماجه (٢ / ٨٠٣ حديث رقم ٢٤٠٣) ، وأحمد : المسند (٣ / ٧٦ حديث رقم ٧٥٤٤) .

(٥) سراج : ضمان العدوان (٧٥) .

(٦) الزحيلي : الضمان (٨٢) ، الخفيف : الضمان (٢٠) ، الدريني : النظريات الفقهية (٢٢٦) .

(٧) الصوا : علي محمد الحسين الصوا (٢٠٠٤) الشرط الجزائري في الديون " دراسة فقهية مقارنة " . مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية ، السنة التاسعة عشرة ، (العدد الثامن والخمسون) ، (٢٢١ - ٢٦٢) .

(٨) الصوا : المصدر السابق .

الوضعي : " وهذا المعنى غير مضمون شرعاً ، وإنما يجبر المدين على الوفاء بالتزامه ؛ فإن امتنع كان امتناعه معصية يستحق عليها التعزير " (١) .

وقد استدل هؤلاء على أن أخذ المال في الشريعة الإسلامية لا يكون إلا تبرعاً ، أو في مقابلة مال أخذ أو أتلف ، وإلا كان أكلاً لأموال الناس بالباطل (٢) ، كما أن أساس التعويض في الفقه الإسلامي هو مقابلة المال بالمال ، فإذا قوبل المال بغير مال كان أكلاً له بالباطل ، وبما أن المنافع ليست أموالاً عند الحنفية ، فقد علل الشيخ الخفيف جواز الإجارة (وهي مقابلة مال بغير مال) للضرورة وللصلحة العامة التي افتضت ذلك (٣) ، إضافة إلى أن هذا التعويض هو من ربا النسئنة ، كما استدل الشيخ سيد عبد الله علي حسن لهذا القول ، بأنه ما دام المتعهد في التعاقد يعلم جيداً أنه مكره لنهاذ ما تعهد به بطريق الإكراه البدني فلن يقصر ولن يتوانى في التنفيذ (٤) .

الرأي الثاني : وهو جواز التعزيم على هذا النوع من المسؤولية ، وإليه ذهب الدكتور سراج (٥) وحكاه الأستاذ الدكتور علي الصوا عن مصطفى الزرقا والصديق الضرير وعبد الله ابن متيع وعن لجنة الفتوى في المصرف الإسلامي الدولي بمصر ولجنة الفتوى في مجموعة دلة البركة وهيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية (٦) ، وقد استدل هؤلاء بالعمومات الواردة عنه E من رفع الضرر ووجوب إزالته ، وأن التصويض الشرعية لم تفرق بين ضرر مالي وغير مالي ؛ كما في الديات والأروش المقطرة وغير المقطرة ، إضافة إلى الأمر الإلهي بوجود الوفاء بالعقود ، المتمثل بقوله تعالى : { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ } (٧) .

ويرد على ما استدل به الفريق الأول : بأن التعويضات في الفقه الإسلامي ليست دائماً هي مقابلة مال بمال ، كما يظهر ذلك في الديات والأروش ؛ فالدية عقوبة مالية ، وهي تعويض

(١) الزحيلي : الضمان (٨٢) ، الخفيف : الضمان (٢٠) ، الدريني : النظريات الفقهية (١٩٧) .

(٢) الخفيف : الضمان (٢٠) ، الدريني : النظريات الفقهية (٢٢٦) .

(٣) الخفيف : الضمان (٢١) .

(٤) نقلاً عن سراج : ضمان العدوان (٧٥) .

(٥) سراج : ضمان العدوان (٧٥) .

(٦) الصوا : المصدر السابق .

(٧) جزء من الآية (١) من سورة المائدة ، ولا يقال : إن هذه الآية ليست في محل النزاع ، لأن الخلاف ليس في وجوب الوفاء بالعقد أو عدمه ، وإنما الخلاف في التعزيم المالي على من ينكل عن الوفاء بالعقد ؛ وذلك لأن الاستدلال مبني على اعتبار التعويض من آثار العقد حال الإخلال به ، وترتب الضرر على هذا الإخلال ، وبالتالي فهو داخل في عموم الوفاء .

للمجني عليه أو لورثته^(١) ، والأرش : " هو عبارة عن الشيء المقدر الذي يحصل به الجبر عن الفأنت " ^(٢) ، وكلاهما ليس في مقابلة مال .

أما ما استدل به الشيخ حسن من أن التنفيذ الجبري سيدفع المتعهد إلى الالتزام بالعقد ، فيرد عليه بأن التنفيذ الجبري وحده لا يجبر الضرر دائماً ، وتوضيح ذلك من خلال المثالين التاليين :

١ - لو أن شخصاً تعاقد مع آخر ، وأعطاه مبلغاً من المال ليستورد له ألف مدفأة ، واتفقا على أن يكون تسليم البضاعة في شهر أيلول - مثلاً - ، فتأخر المستورد عن تسليم البضاعة حتى نهاية العام ، وقام غريمه برفع الأمر للقضاء ، وحكم القضاء بتنفيذ العقد جبراً ، لكن في شهر تموز ، فماذا سيستفيد هذا من المدافئ إذا حصل عليها في هذا الوقت ، حيث سيتكلف أجور التخزين والنقل وتعرضها للعوامل الطبيعية من حرارة ورطوبة ، ثم في العام القادم ستكون هذه البضاعة قديمة وقد أفرزت المصانع خيراً منها ، فضلاً عن تجميد رأس المال طوال هذه الفترة ، فلو أنه قضى بفسخ العقد أو إقالته لكان خيراً له من تنفيذه جبراً ، وإعطائه البضاعة التي ستكون عبئاً مالياً زائداً عليه. **رق محفوظ**

٢ - وماذا لو أن شخصاً تعاقد مع معسكر أو مستشفى ، لتزويدهم باللحوم أو السكر أو الأرز أو أي مادة غذائية ، والزموه بخرامه مالية إذا تخلف أو تأخر عن توريد هذه المادة ، وتعاقد هو مع تاجر لتوفير هذه المادة في وقتها ، فماذا سيفيده التنفيذ القسري إذا ما تباطأ هذا التاجر في التوريد ؟ وماذا عن الخسائر التي ستلحق به جراء هذا التأخير ؟ فأين تعويض المتضرر في هذه الحالة وأمثالها ؟ وأين الفوائد العامة التي تأمر برفع الضرر .

والذي يراه الباحث أن طبيعة الحياة الاجتماعية والاقتصادية اليوم قد اختلفت اختلافاً جذرياً عنها في العصور السابقة ، ويجب على المجتهد أو الفقيه أن يفتي الناس حسب واقعهم وعرفهم لا واقع وعرف السابقين ، والمهم هو جبر الضرر ؛ كما يقول الدكتور الزحيلي : " المهم في نظرية الضمان أو المسؤولية في الإسلام هو تعويض المتضرر ، سواء أكانت المسؤولية تعاقدية أم تقصيرية " ^(٣) .

(١) الزحيلي : محمد (١٤١٤ - ١٩٩٣) النظريات الفقهية (٥٤) ، دمشق - دار القلم / بيروت - الدار الشامية ، الطبعة الأولى .

(٢) أبو جيب : القاموس الفقهي (١٩) .

(٣) الزحيلي : الضمان (٧٨) .

ولا شأن لنا فيما إذا كان الناس - غالبهم - في السابق لا يتضررون كثيراً من عدم تنفيذ الالتزام ، فهم اليوم يتضررون ، و " الضرر يزال " كما تنص القاعدة الفقهية .

على أن ما ادعاه الشيخ الخفيف من أن التعويض في الفقه الإسلامي هو مقابلة مال بمال غير مسلم ، وذلك للأسباب التالية :

١ - أن هذه الدعوى بحاجة إلى دليل ، خاصة أن الأدلة الواردة بنقيضها ، وذلك بمشروعية النيات والأروش وحكومة العدل (١) .

٢ - أننا لا نسلم بالمعنى الضيق للمال الذي يراه هؤلاء الفقهاء ؛ فهذا التأخير مع ما يستلزم منه من أجور عمال وتخزين ، ونفقات زائدة على أصل العقد سببها مماثلة المتعاقد في التنفيذ ، يجب أن يقابل بالمال ؛ لأن ما خسره المتعاقد المتضرر من عدم تنفيذ العقد ليس التأخير لذاته بل المال الذي فاتته بسبب التأخير ، فيكون التعويض في مثل هذا النوع من الإضرار مقابلة مال بمال .

٣ - ثم إنه بإعمال القواعد العامة للضمان في الفقه الإسلامي فإن الضمان على مثل هذا النوع من الضرر واجب ؛ لأن المتعاقد المماثل (والمماثلة نوع تعد وتقصير) تسبب في خسارة المتعاقد الآخر بسبب تأخير تنفيذ الالتزام ، والمتسبب ضامن في الفقه الإسلامي . على أنه إذا كان عدم تنفيذ الالتزام بسبب قاهر أو اجبتي لا دخل للمتعاقد فيه أو لإعساره (٢) ، فللقضاء شأن آخر ؛ نقوله ع : " مطل الغني ظلم ... " (٣) .

والذي يؤيد هذا الاجتهاد ، أن هذه المسألة برمتها اجتهادية ، لم يرد فيها نص لا في كتاب ولا في سنة ، فيكون الفيصل فيها العرف والمقاصد العامة للشريعة الإسلامية التي تنادي بالتيسير ورفع الحرج وإزالة الضرر (٤) .

(١) وستأتي المسألة بأدلتها عند الكلام عن التعويض عن الضرر الأدبي .
(٢) لقوله تعالى : { وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنُظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ } ، الآية (٢٨٠) من سورة البقرة .
(٣) الحديث : منفق عليه ، وقد سبق تخريجه .
(٤) أقول : وهذه المسألة تختلف عما إذا كان التأخير في سداد دين ؛ فإن التغيريم هنا عين الربا ؛ وقد نقل فضيلة الأستاذ الدكتور علي الصوا اتفاق العلماء سلفاً وخلفاً على حرمة التغيريم في هذه الصورة ، انظر : الصوا : المرجع السابق ، وقد جاء قرار مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورة انعقاد مؤتمره الثاني بجدة من (١٠ - ١٦ ربيع الثاني ١٤٠٦ هـ / ٢٢ - ٢٨ ديسمبر ١٩٨٥ م) بهذا الشأن ، وهو : " أن كل زيادة أو فائدة على الدين الذي حل أجله وعجز المدين عن الوفاء به مقابل تأجيله ، وكذلك الزيادة (أو الفائدة) على القرض منذ بداية العقد ! هاتان صورتان ربا محرم شرعا " ، وانظر هذا القرار في : الزحيلي : الفقه الإسلامي وأدلتها المستدرك (٩ / ٤٨٨) .

المطلب الثالث : أركان المسؤولية المدنية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي :

تمهيد : معنى الركن والمقصود به هنا

إن العناصر الثلاثة التي يتكون منها الضمان هي : الفعل الضار ^(١) والضرر وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر (وبتعبير علماء الشريعة الإسلامية الإفضاء) ^(٢) ، وقد عبر عنها معظم شراح القانون بالأركان ^(٣) ، وتبعهم على ذلك كثير من الفقهاء المعاصرين ^(٤) ، كما أن بعض شراح القانون عبر عن هذه العناصر بالشروط ^(٥) .

والتعبير عن هذه العناصر الثلاثة بالأركان أو الشروط مجانب للدقة ؛ فركن الشيء لغة : جانبه القوي ، واصطلاحاً : ما يتم به وهو داخل فيه ^(٦) ، والشرط : ما يتم به الشيء وهو خارج عن ماهيته ^(٧) ، يقول الدكتور فيض الله عن التعبير بالركن والشرط : " وكلا التعبيرين يجافي الصحة والدقة ، فالركن : ما يتوقف عليه وجود الشيء وهو داخل في ماهيته ، والشرط : ما يتوقف عليه وجود الشيء وهو خارج عن ماهيته ، والضرر : هو العلة في وجوب الضمان وتكوين المسؤولية ، أما الخطأ أو التعدي فهما سبب أو علة في الضرر ، وأما الرابطة بين التعدي والضرر فهي شرط ، ففي التعبيرين إخلال ؛ فإن أريد بالركن والشرط ما يتوقف عليه وجود ، أعم من أن يكون داخل في ماهيته أو خارجاً عنها ، كان التعبيران سليمين بشيء من التجوز " ^(٨) مركز ابداع الرسائل الجامعية

وقال الأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي : " وأما الرابطة بين الاعتداء والضرر إما مباشرة أو تسبباً ، فهو من قبيل عدم وجود المانع للسبب ، والمانع للسبب : هو الأمر الذي يلزم من وجوده عدم تحقق السبب ، وأما معنى الركن المقصود هنا : وهو ما يتوقف عليه وجود الشيء ، فلا ينطبق على هذه الرابطة " ^(٩) .

(١) أو الخطأ في القانونين المصري والفرنسي .
 (٢) الدريني : النظريات الفقهية (٢٠٤) ، فيض الله : الضمان (٩٦) .
 (٣) السنهوري : الوسيط (٧٧٥) .
 (٤) كالدكتور الدريني : النظريات الفقهية (٢٠٤) .
 (٥) كالدكتور المحمصاني والدكتور توفيق حسن فرج ؛ انظر : المحمصاني : نظرية الموجبات (١ / ١٦٨) ، فرج : توفيق حسن (٢٠٠٢) النظرية العامة للالتزام " مصادر الالتزام " (٣٦٩) ، بيروت - منشورات الحلبي الحقوقية .
 (٦) الجرجاني : التعريفات (١٤٩) ، سراج : ضمان العدوان (١٢٨) .
 (٧) الجرجاني : التعريفات (١٤٩) ، سراج : ضمان العدوان (١٢٨) .
 (٨) فيض الله : المسؤولية التقصيرية (١٠٨) .

(٩) الزحيلي : الضمان (١٨) .

وعلى الرغم من عدم الدقة في التعبير عن هذه العناصر بالأركان أو الشروط ، إلا أنني أثرت استخدام التعبير عن هذه العناصر بالأركان ؛ لأن الاتفاق انعقد على ذلك بين علماء الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي كما سبق بيان ذلك .

ومما يجدر التنبيه إليه أن بعض الفقهاء توسع في مفهوم أركان المسؤولية ؛ فقال : * يتحدث الفقهاء عن أركان الضمان ويحددونها بأنها ثلاثة ؛ وهي : الركن الأول : الموجب للضمان . الركن الثاني : ما يجب فيه الضمان . الركن الثالث : الواجب في الضمان . ويعنون بالموجب للضمان أسباب الضمان ... أما الركن الثاني ، وهو ما يجب فيه الضمان - ويعبر عنه بعضهم بقوله الموجب فيه - فيفقدون به محل الضمان ، أي : ما يجب أن يضمن من المال ... ، أما الركن الثالث ، وهو الواجب في الضمان ، فيريدون به : ما يكون به الضمان من مثل أو قيمة أو غير ذلك " (١) . فهذا توسع لا ميرر له ، ولا يتفق مع المعنى الاصطلاحي للركن ، وفيه خلط الأسباب والآثار والشروط بالأركان .

كما حاول بعض المؤلفين الخروج من هذه الإشكالية بالتعبير عن هذه الأمور بعناصر المسؤولية (٢) .

وعلى أية حال فهذه العناصر الثلاثة وهي : الضرر والفعل والضرر وعلاقة السببية بين الفعل والضرر ، هي محل اتفاق في الغالب بين الفقهاء والشراح ، سواء أعيرونها بالأركان أم بالشروط أم بالعناصر ، ولا مشاحة في الاصطلاح .

جميع الحقوق محفوظة

(١) أحمد : ضمان المتلفات (٣٩) .
 (٢) الفقي : محمد السيد أحمد (١٩٩٨) المسؤولية المدنية عن أضرار التلوث البحري بالزيت (١٣) ، الإسكندرية - دار الجامعة الجديدة للنشر ، موافى : يحيى أحمد المسؤولية عن الأشياء في ضوء الفقه والقضاء (٢٧) ، الإسكندرية - منشأة المعارف ، أمجد : المسؤولية عن الجمادات (٤٥) .

الفرع الأول : أركان المسؤولية في القوانين الوضعية :

الركن الأول : الخطأ : (١)

عبر الفقهاء عن هذا الركن بالفعل الضار ، وعبر عنه الشراح بالخطأ ، وفرق ما بين التعبيرين : أن مجرد صدور الفعل الضار موجب للمسؤولية في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية التي وافقته ، بينما لا تجب المسؤولية في القوانين الوضعية إلا إذا رافق الفعل انضار خطأ من الفاعل ، فلا يد في القوانين الوضعية من فعل وخطأ حتى تثبت مسؤولية مرتكب الفعل الضار (٢) ، وثرنت على هذا عدم قيام المسؤولية على عديمي الأهلية في القوانين الوضعية ؛ لعدم تصور الخطأ منهم ، خلافاً للفقه الإسلامي .

والذي ذهب إليه القانون المدني الأردني هو عدم اشتراط الخطأ في الفعل ، بل يكفي أن يكون الفعل ضاراً بالغير (٣) ، قال الدكتور أنور سلطان في تعريفه للخطأ : " هو انحراف في سلوك الشخص مع إدراكه لهذا الانحراف ، وهذا التعريف كما هو ظاهر يبني الخطأ على ركنين : أحدهما مادي وهو الانحراف والتعدي ، وهذا الركن يكفي بمفرده لقيام المسؤولية في القانون الأردني ، والأخر معنوي وهو الإدراك (٤) . وندية وهناك اتجاهات وضعية حديثة لم تنبثق إلى الخطأ أبداً بل رتبت المسؤولية على مجرد صدور الفعل الضار .

إلا أنه مما ينبغي ذكره أن القانون المدني الأردني كما الفقه الإسلامي ، لم يأخذ بفكرة الخطأ إذا كان الإضرار على سبيل المباشرة ، أما في التسبب فقد اشترط الخطأ أو التعدي (٥) ، وهو - كما ترى - موقف متوسط بين النظريتين السابقتين ، يجعل للشرعية الإسلامية تميزها وتفردتها ؛ إذ كلا طرفي قصد الأمور ذميم كما يقولون (٦) . وستتناول بالدراسة الخطأ ؛ تعريفه وأركانه وأنواعه في القوانين الوضعية .

(١) مرقس : مسؤولية الراعي (٧) ، فرج : مصادر الالتزام (٣٧٠) ، شنب : مبادئ القانون : (٣٧٦) ، عطا الله : نظرية الالتزام (٦) ، حمزة : العمل غير المشروع (٦٢) .

(٢) أبو هزيم : المسؤولية عن الأشياء غير الحية (٣٥) .

(٣) كما نصت على ذلك المادة (٢٥٦) من القانون المدني الأردني : " كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بالضمآن " ، ويقابلها المادة (١٦٣) من القانون المدني المصري الجديد ، والتي تنص على : " كل خطأ سبب ضرراً للغير ، يلزم من ارتكبه بالتعويض " .

(٤) أنور سلطان : مصادر الالتزام (٢٩٩) .

(٥) المحمصاني : نظرية الموجبات (١٩٧) .

(٦) وسيتي قريباً - بإذنه تعالى - تفصيل القول في المباشرة والتسبب في الفقه الإسلامي .

أولاً : تعريف الخطأ :

الخطأ لغة :

والخطأ لغة : يطلق على عدم القصد ، كما يطلق الخطأ على نقيض الصواب ^(١) ، قال الإمام النووي : " الخطأ : مهموز ، يقال : أخطأ يخطئ إخطاءً وخطأً : إذا لم يتعمد ، وأما الخطئ (بكسر الخاء وإسكان انطاء بعدها همزة) فهو الإثم ، يقال : خطئ خطأ فهو خاطئ (مهموز كله) ؛ كَعَلِمَ يَعْلَمُ عِلْمًا ، قال الله تعالى : { إِنَّ قَتْلَهُمْ كَانَ خِطْئًا كَبِيرًا } ^(٢) ، وقال تعالى : { إِنَّا كُنَّا خَاطِئِينَ } ^(٣) ، وقد يطلق الخاطئ على المخطئ في لغة قليلة ^(٤) ، وقال أيضاً : الخطأ : نقيض الصواب ^(٥) .

الخطأ اصطلاحاً :

لأن معظم القوانين التي اعتمدت الخطأ ركناً من أركان المسؤولية المدنية لم تقم بتعريف الخطأ ^(٦) ، فقد وقع خلاف كبير بين القانونيين في تحديد مفهوم الخطأ ^(٧) .

وقد عزا بعض القانونيين صعوبة تحديد معنى الخطأ ، واختلاف الشراح فيه ، إلى كونه غير منضبط ؛ وذلك لاتصاله بمبدأ الأخلاق ، وفكرة الأخلاق فكرة مرنة يعوزها التحديد والضبط ^(٨) ، إضافة إلى نسبية فكرة الخطأ وتأثرها بظروف الحال والبيئة ^(٩) .

-
- (١) انظر : النووي : التهذيب (ج ١ ق ٢ ص ٩١) ، والتحرير (٢٩٤) ، الجرجاني : التعريفات (١٣٤) ، أبا جيب : القاموس الفقهي (١١٧) .
- (٢) جزء من الآية (٣١) من سورة الإسراء .
- (٣) جزء من الآية (٩٧) من سورة يوسف .
- (٤) النووي : التحرير (٢٩٤) .
- (٥) النووي : التهذيب (ج ١ ق ٢ ص ٩١) .
- (٦) حمزة : العمل غير المشروع (٦٢) .
- (٧) فيض الله : المسؤولية التقصيرية (١٥٢) ، حمزة : العمل غير المشروع (٦٢) ، فرج : مصادر الالتزام (٣٧٠) ، أبو هزيم : المسؤولية عن الأشياء غير الحية (٣٥) ، الفضل : مصادر الالتزام (٣٠١) ، النقيب : الإفعال الشخصي (١١١) ، الحسيني : عبد اللطيف (١٩٨٧) المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية " الطبيب ، المهندس المعماري والمقاول ، المحامي " (٥٣) ، بيروت - الشركة العالمية للكتاب / دار الكتاب اللبناني / دار الكتاب العالمي ، الطبعة الأولى ، سلطان : مصادر الالتزام (٢٩٩) ، الذنون : حسن (١٩٧٦) النظرية العامة للالتزامات " مصادر الالتزام - أحكام الالتزام - إثبات الالتزام " (٢٣١) ، طبع على نفقة الجامعة المستنصرية ، أبو هزيم : المسؤولية عن الأشياء غير الحية (٣٥) .
- (٨) حجازي : مصادر الالتزام (٤٤٣) ، طه : إقامة المسؤولية المدنية (٥٠) .
- (٩) طه : إقامة المسؤولية المدنية (٥٠) .

ويستطيع الباحث أن يضيف سبباً آخر يؤدي إلى الاختلاف في تعريف الخطأ ، وهو :
الاختلاف في بعض الشروط في الخطأ ، وهو شرط الإدراك ، تلاحظ ذلك من خلال الاطلاع
على تعريف الخطأ عند من يرى ذلك القيد ومن لا يراه .

ومما نقله الدكتور السنهوري في هذا : " الخطأ : هو العمل الضار غير المشروع ، أي
العمل المخالف للقانون " (١) ، وانتقد هذا التعريف بأنه لا بد لنا من معرفة الأمور الضارة والتي
نهى عنها القانون ، وهي كثيرة جداً .

ومنها كذلك : " الإخلال بالتزام سابق " (٢) ، وانتقد أيضاً بضرورة معرفة الالتزامات
السابقة (٣) .

ثم قال الدكتور السنهوري بعد أن أورد الآراء والاتجاهات المختلفة في تحديد معنى
الخطأ : " كل هذه الألفاظ لا تحدد معنى الخطأ ، بل هي ذاتها في حاجة إلى تحديد " ، ثم اختار
تعريف الخطأ بأنه : " إخلال بالتزام قانوني " (٤) .

ومن تعريفات الخطأ ما قاله الدكتور عبد الحي حجازي : " الخطأ هو ائحراف الشخص
في سلوكه ، مع إدراكه لهذا الائحراف (٥) ، والدكتور شنب : " انحراف عن سلوك الشخص
المعتاد في نفس الظروف انخارجية نمر تكب الضرر مع إدراك ذلك " (٦) .

ثانياً : أنواع الخطأ : ابداع الرسائل الجامعية

وقد يكون الخطأ في القانون الوضعي خطأ عمد وخطأ إهمال ؛ والمقصود بخطأ العمد :
" الإخلال بواجب قانوني مقترن بقصد الإضرار بالغير " (٧) ، أما خطأ الإهمال فهو : الإخلال
بواجب قانوني سابق دون قصد الإضرار مع إدراك المخل لهذا الإخلال (٨) .

(١) ونقله عن بعض الشراح الفرنسيين ؛ منهم : مينيه وجوسران ، السنهوري : الوسيط (٧٧٧) .

(٢) وهو للفرنسي بلاتويل ، السنهوري : الوسيط (٧٧٧) .

(٣) وأورد السنهوري تعريفات أخرى للخطأ ؛ لكنها لم تخل من نقد ، السنهوري : الوسيط (٧٧٨) .

(٤) السنهوري : الوسيط (٧٧٨) .

(٥) حجازي : مصادر الالتزام (٤٤٣) .

(٦) شنب : مبادئ القانون : (٣٧٦) ، ووافقهما على هذا التعريف (بصيغ أخرى) كثير من القانونيين ؛ منهم

الدكتور برهام عطا الله والدكتور سمير عبد السيد تناغو ، انظر : عطا الله : نظرية الالتزام (٦) ، تناغو : سمير

عبد السيد : نظرية الالتزام (٢٨٥) ، الإسكندرية - منشأة المعارف .

(٧) مرقس : الوافي (١ / ٢٥٥) ، طه : إقامة المسؤولية المدنية (٥٤) .

(٨) انظر : مرقس : الوافي (١ / ٢٥٥) ، طه : إقامة المسؤولية المدنية (٥٥) ، رفاعي : الضرر كأساس

(٣٦٨) .

كما قد يكون الخطأ في القانون الوضعي إيجابياً وقد يكون سلبياً^(١) ، وقد يكون الخطأ جسيمياً وقد يكون يسيراً^(٢) ، وهناك الخطأ المدني والخطأ الجزائي^(٣) ، والخطأ العقدي والخطأ التقصيري^(٤) ، وأخيراً ، هناك الخطأ واجب الإثبات والخطأ المفترض ؛ والخطأ المفترض قد يكون قابلاً لإثبات العكس ، وقد يكون غير قابل لذلك^(٥) .

ثالثاً : أركان الخطأ :

وللخطأ في القانون الوضعي (عند جمهورهم) ركنان مادي ومعنوي^(٦) ؛ أما المادي فهو : الانحراف (أو التعدي) ، وأما المعنوي أو النفسي وهو : الإدراك أو التمييز^(٧) .

الركن الأول للخطأ (المادي) : التعدي

هذا الركن محل اتفاق بين الفقهاء^(٨) والشرح ، وهو قانوناً : " إخلال بالتزام قانوني " كما عرفه الدكتور السنهوري ، وهذا الإخلال هو : " انحراف في سلوك الرجل المعتاد " كما عرفه غيره من الشراح .

ويكون هذا الانحراف على سبيل التعمد ؛ وذلك بأن يتعمد الشخص الإضرار بالغير ، وهو ما يسمى بالجريمة المدنية^(٩) ، ويكون دون تعمد بل بالإهمال والتقصير ، وهو ما يسمى بشبه الجريمة المدنية^(١٠) . مكتبة الجامعة الأردنية

ولكن ما هو الضابط في الانحراف؟ هناك اتجاهان لشرح القانون في هذا ؛ اتجاه ذاتي أو شخصي ، واتجاه موضوعي^(١١) ، ويقضي الاتجاه الشخصي النظر في شخص المعتدي نفسه لا التعدي ذاته ، ويكون النظر في انحرافه في سلوك المعتدي ؛ فالشخص شديد الذكاء الذي يكون على درجة كبيرة من اليقظة والتدبر ، يعتبر متعمداً عند وجود أدنى انحراف في سلوكه ،

-
- (١) مرقس : الوافي (٢٧٠ / ١) ، طه : إقامة المسؤولية المدنية (٥٥) .
(٢) مرقس : الوافي (٢٦٥ / ١) ، نصر الدين : أساس التعويض (٦٥) .
(٣) مرقس : الوافي (٢٧٨ / ١) ، طه : إقامة المسؤولية المدنية (٥٦) .
(٤) طه : إقامة المسؤولية المدنية (٥٧) .
(٥) طه : إقامة المسؤولية المدنية (٥٨) .
(٦) السنهوري : الوسيط (٧٧٩) ، حجازي : مصادر الالتزام (٤٤٥) ، شنب : مبادئ القانون : (٣٧٦) ، حمزة : العمل غير المشروع (٦٨) .
(٧) والحق أن الإدراك ليس ركناً بالمعنى الاصطلاحي للركن ، وإنما هو شرط ، ولهذا سأبحثه في شروط المسؤولية .
(٨) مع ملاحظة أن التعدي في الفقه الإسلامي مجاله الإضرار بالتسبب فقط .
(٩) السنهوري : الوسيط (٧٧٩) .
(١٠) السنهوري : الوسيط (٧٧٩) .
(١١) السنهوري : الوسيط (٧٧٩) .

والشخص متوسط اليقظة لا يكون متعدياً إلا إذا كان الانحراف في سلوكه كبيراً وبارزاً ، وقل مثل ذلك في السفية والأبله (١) .

ومن الطبيعي أن مثل هذا المعيار يوقع القضاء في حيرة واضطراب ؛ لأنه غير منضبط من جهة ، وهو أمر خفي من جهة أخرى ، وهناك انتقادات كثيرة على هذا الاتجاه ، فلجأ جمهور الشراح فقهاً وقضاً إلى الاتجاه الآخر ، وهو الاتجاه الموضوعي (٢) .

والاتجاه الموضوعي أو المجرد يقيس الانحراف بسلوك الشخص المتوسط مجرداً عن الظروف الشخصية ، أو السلوك المألوف للرجل العادي ، وهذا المعيار معيار منضبط ، ولا يحتاج إلى معرفة خبايا النفس ، وباعتماده يصبح الخطأ شيئاً اجتماعياً لا ظاهرة نفسية (٣) .

وبهذا المعيار استطاع الشراح أن يرتبوا المسؤولية التصيرية على الشخص إذا كان محدود الذكاء ، أو قليل الفطنة ضعيف الإدراك ، أو كان بطيء الحركة ، خاملاً بنيد الطبع ، أو ثائراً عصبي المزاج ، وكذلك على السائق ضعيف النظر الذي يقود سيارته ليلاً ، أو الصبي الصغير ، أو الريفى الذي لم يعتد قيادة السيارة في المدن ، أو المرأة التي لا تضبط أعصابها في القيادة (٤) ؛ لأن هؤلاء حسب مقارنتهم بالرجل العادي مخطؤون ، وهم ليسوا كذلك إذا كان المعيار شخصياً .

ويقع عبء إثبات التعدي على المضرور (الدائن) ، فيجب عليه أن يثبت أن المدين قد انحرف في سلوكه عن السنوك المألوف للرجل العادي .

الركن الثاني للخطأ (المعنوي) : الإدراك (٥) :

لا تقوم المسؤولية المدنية في القوانين الوضعية بمجرد التعدي ، بل لا بد مع التعدي أن يكون الفاعل مدركاً أو مميزاً ، وعنده فلا مسؤولية على الصبي غير المميز ، ولا مسؤولية كذلك على المجنون ، والمعتهو عنها تماماً ، ومن فقد عقله لعارض ؛ كالسكر والغيبوبة والمرض والتويم المغناطيسي ، فكل هؤلاء لا ينسب إليهم خطأ ؛ لأنهم غير مدركين لأعمالهم (٦) .

(١) السنهوري : الوسيط (٧٧٩) .

(٢) السنهوري : الوسيط (٧٧٩) .

(٣) السنهوري : الوسيط (٧٨١) .

(٤) انظر هذه الصور والحالات في : السنهوري : الوسيط (٧٨٣) .

(٥) الزحيلي : الضمان (٤٩) ، سراج : ضمان العدوان (١٣٦) .

(٦) السنهوري : الوسيط (٧٩٦) .

والحق أن الإدراك لا يعتبر ركناً بالمعنى الاصطلاحي للركن ، بل هو شرط ، والقانونيون أنفسهم بحثوه مرة في أركان الخطأ ثم بحثوه مرة أخرى في شروط المسؤولية ، ولهذا فإنني سأرجئ بحثه إلى الكلام عن شروط المسؤولية .

الركن الثاني من أركان المسؤولية : الضرر (١) :

يعتبر الضرر الركن الأساسي الذي تدور معه المسؤولية المدنية وجوداً وهدماً (٢) ، سواء في الشريعة الإسلامية أو القوانين الوضعية ؛ فإذا ما انتفى الضرر فلا وجود للمسؤولية أصلاً (٣) .

يقول الدكتور شغب : " الضرر هو ركن المسؤولية الأساسي ؛ إذ لا يتصور وجود التزام بالتعويض إذا لم يكن هناك ضرر ، في حين أن المسؤولية قد تتحقق دون وجود خطأ ، وهو ما أخذ به القانون في بعض الحالات (٤) ، والضرر ليس ركناً في المسؤولية عن الفعل الشخصي فحسب ، بل وفي المسؤولية عن فعل الغير وعن الأشياء ، وهو لا يختلف باختلاف نوع المسؤولية ، ولذلك فإن كل ما سنقول هنا عن الضرر كركن من أركان المسؤولية عن الفعل الشخصي ، ينطبق كذلك على الضرر باعتباراً وكنناً من أركان المسؤولية عن فعل الغير وعن الأشياء " (٤) .

ولأهمية هذا العنصر قال الدكتور حسن الذنون : " ومن هنا قيل : إن الضرر روح المسؤولية المدنية والعنصر الأساسي فيها ... وضرورة توافر الضرر هي التي تميز المسؤولية المدنية من جهة ، عن كل من المسؤولية الخلقية والمسؤولية الجنائية من جهة أخرى " (٥) .

(١) انظر هذا الركن في الكتب القانونية : حمزة : العمل غير المشروع (٩٦) ، محتسب بالله : المسؤولية الطبيعية (٢٣١) ، عطا الله : برهام (١٩٨٢) أساسيات نظرية الالتزام (٩) ، الإسكندرية - مؤسسة الثقافة الجامعية ، فرج : مصادر الالتزام (٣٨٣) ، شنب : محمد لبيب (١٩٧٠) مبادئ القانون " المدخل للدراسات القانونية والنظرية العامة للالتزام (٣٧٣) ، بيروت - دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، مرقس : الوافي (١ / ١٣٣) . وانظر في الكتب الشرعية : الزحيلي : الضمان (٢٣) ، والمسؤولية عن فعل الغير (٣١) ، فيض الله : محمد فوزي الضمان (٨٩) ، و : المسؤولية التقصيرية (١٠٥) ، المحمصاني : نظرية الموجبات (١ / ١٦٩) .

(٢) الذنون : حسن (١٩٥٦) محاضرات في القانون المدني العراقي " نظرية العقد " (١٠٧) ، محاضرات على طلبة قسم الدراسات القانونية ، جامعة الدول العربية - معهد الدراسات العربية العالية : شغب : مبادئ القانون (٣٧٣) .

(٣) مرقس : مسؤولية الراعي (٣) ، سوار : مصادر الالتزام (١٣) ، فودة : عيد الحكم (١٩٩٨) التعويض المدني " المسؤولية المدنية التعاقدية والتقصيرية في ضوء الفقه وأحكام محكمة النقض " (١٧) ، مرقس : الوافي (١ / ١٣٣) .

(٤) شنب : محمد لبيب ، دروس في نظرية الالتزام " مصادر الالتزام " (٣٣٥) ، دار النهضة العربية .
(٥) الذنون : المبسوط (١٥٥) ، وانظر : حمزة : العمل غير المشروع (٩٦) ، الفضل : منذر (١٤١١ - ١٩٩١) النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني " الجزء الأول : مصادر الالتزام " (٣٢٩) ، الطبعة الأولى .

وتكاد تتفق كلمة الشراح على أن الضرر : " إخلال بمصلحة مشروعة للشخص " (١) ،
وتتور تعريفاتهم للضرر حول هذا المعنى

ويجب أن تكون المصلحة التي أخل بها للمضروب مشروعة (٢) ، فإذا كان الإخلال
بمصلحة غير مشروعة فلا يستفيد المضروب من ذلك ؛ فللزوجة المطالبة بالتعويض عن قتل
زوجها، ولا يحق للخيلة المطالبة بتعويض الضرر الحاقق بها بسبب موت خليلها أو هجره
لها (٣) .

ويستوي في القانون الوضعي أن يكون الضرر مادياً ، وهو : إخلال بمصلحة للمضروب
ذات قيمة مالية (٤) ، أو أن يكون أدبياً : وهو إخلال بالناحية النفسية للإنسان دون أن تسبب له
أي خسارة مالية (٥) .

كما يستوي في القوانين الوضعية أن يكون الضرر ناشئاً عن فعل إيجابي ، أو أن يكون
ناشئاً عن فعل سلبي (٦) ، وكذلك الأمر في تقويت الفرصة وتضييع المصلحة عند القانونيين ؛
فالمضمان فيه واجب (٧) .

ونظراً لأن اشتراط الخطأ لم يمنح الكثير من المضرورين تعويضاً على الضرر الذي أصابهم ،
فقد لجأت التشريعات الوضعية إلى اعتماد الضرر ؛ يقول الدكتور خالد جاسم الهندياني : " وفي
سبيل توفير حماية أكثر للمضرورين ، لم يكتف المشرع الكويتي بما هو مطبق من نظام
المسؤولية المدنية في تأسيس حق المضرور في التعويض ، وإنما لجأ أيضاً إلى قواعد ضمان

(١) شنب : مصادر الالتزام (٣٣٥) .

(٢) مرقس : مسؤولية الراعي (٤) .

(٣) مرقس : مسؤولية الراعي (٤) ، إلا أن هناك بعض التشريعات الغربية أعطت الخلائل من الحقوق كما
أعطت للزوجات الشرعيات ، انظر : جبر : الضرر المرتد (١٣٩) .

(٤) قلت : والسبب الذي دفعهم لذلك هو بعدهم عن أحكام الله عز وجل ؛ فالرجل - ليقضي وطره الجنسي - وجد
المخادنة أخف عليه من الزواج الذي يرتب عليه واجبات وتكاليف تنقل كاهله ، فلجأ إلى المرأة خليلة له ليشتع
رغبته دون أن ترتب عليه هذه الخلة أية أعباء ، ثم لما يملها بتركها باحثاً عن فريسة أخرى ، وهكذا ... ، مما
اضطر المقنن في البلاد الغربية للبحث عن وسائل لحماية المرأة من استغلال الرجال ، فرتب الالتزام على هذه
الخلة والمخادنة غير المشروعة .

(٥) فيض الله : المسؤولية التقصيرية (١١٢) ، حمزة : العمل غير المشروع (٩٦) ، بوساق : التعويض عن
الضرر (٣٩) ، أبو السعود : رمضان (١٩٧٧) دروس في مبادئ الالتزام (٢٢٧) ، الذنون : المبسوط
(١٥٨) ، مرقس : الوافي (١ / ١٣٣) ، العدوي : أصول الالتزامات (٤٢٤) ، عابدين : التعويض (٥٥) .

(٦) المراجع السابقة : الصفحات نفسها .

(٧) سوار : الاتجاهات العامة (١٤٨) ، العدوي : أصول الالتزام (٣٥٠) ، عطا الله : نظرية الالتزام (٧) .

(٨) شنب : مصادر الالتزام (٣٣٧) .

أذى النفس ، وفقاً لتنظيم الفقه الإسلامي له ؛ وبمقتضاه يضمن المباشرة الضرر الذي يحدثه ولو لم يخطئ ، ما دام أنه كان مباشراً للضرر وليس متسبباً * (١) .

الركن الثالث من أركان المسؤولية : علاقة السببية بين الفعل الضار والضرر (٢) :

إن هذا العنصر (الركن) من عناصر المسؤولية المدنية هو محل اتفاق - في الجملة - بين الفقهاء والقانونيين ، سواء من اشتراط الفعل الضار ومن اشتراط الخطأ ، فلا بد من أن يكون الضرر ناشئاً عن هذا الخطأ ، بحيث لو زال هذا الخطأ لم يحصل الضرر .

وقد يوجد الخطأ وتنفي علاقة السببية ؛ وذلك كمن يضع السم لآخر في الطعام ، ثم يقوم آخر بإطلاق النار عليه ، فمع أن واضع السم مخطئ إلا أن مسؤولية القتل تقع على من أطلق النار ؛ لأنه لا توجد علاقة بين مقتل الضحية ووضع السم ، والموت سببه العيار الناري ، فلم تتوافر علاقة السببية بين وضع السم والموت (٣) .

ولهذا فعلى المضرور (الدائن) أن يثبت قيام علاقة السببية بين الخطأ من قبل المدين والضرر الحاصل له ، وللمدين درء المسؤولية عن نفسه بإثبات السبب الأجنبي .

وقد يبدو الأمر يسيراً ، ولكن هناك حالات تجعل منه أمراً شاقاً ؛ كما لو تعددت الأسباب المفضية للضرر ، فعلى أيها المقرر المسؤولية ؟ وكما لو تسلسل وتعاقب عن فعل واحد جملة من الأضرار فهل يسأل المتسبب عن جميعها أم يسأل عن فعله المباشر فقط ؟ وهو ما يسمى اليوم في القانون الوضعي بتعدد الأسباب وتسلسل الأضرار (٤) .

(١) الهندياني : خالد جاسم : بحث بعنوان : بعض الإشكالات التي يثيرها ضمان أذى النفس ، مجلة الحقوق ، العدد الأول (٨٣ - ١١٥) السنة ٢٦ / محرم ١٤٢٣ / مارس ٢٠٠٢ / مجلس النشر العلمي : جامعة الكويت .

(٢) شنب : المسؤولية عن الأشياء (١٣٩) ، الذنون : النظرية العامة لالتزامات (٢٤٤) ، مرقس : مسؤولية الراعي (١١) ، حمزة : العمل غير المشروع (١١٤) ، النقيب : عاطف (١٩٨١) النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن فعل الأشياء في مبادئها القانونية وأوجهها العملية (١٣٩) الجزائر - ديوان المطبوعات الجامعية / بيروت ، باريس _ منشورات عوايدات .

(٣) حمزة : العمل غير المشروع (١١٤) .

(٤) وهو ما سنبهته في الفصل الرابع بإذنه تعالى ، وانظر : حمزة : العمل غير المشروع (١١٤) ، أمجد : المسؤولية عن الجمادات (٩١) ، أمجد : مصادر الالتزام (٢٩٣) ، فودة : التعويض المدني (١٤٥) شريف : مصادر الالتزام (٢٠٤) .

الفرع الثاني : أركان المسؤولية في الفقه الإسلامي

الركن الأول : الضرر

يقول الأستاذ الدكتور الدريني : " إن الشريعة اعتبرت الضرر مطلقاً علة في تشريع حكم التضمين ؛ فإذا ما وجدت العلة (الضرر) وجد المعطول ، وهو الحكم حتماً أثراً للعلة ، وهو التضمين ، فكان ذلك الحكم من خطاب الوضع لا من خطاب التكليف " (١) .

وقد عرف الشيخ علي الخفيف الضرر بقوله : " كل أذى يصيب الإنسان ، فيسبب له خسارة مالية في أمواله ، سواء أكانت ناتجة عن نقصها ، أم عن نقص منافعها أو عن زوال بعض أوصافها ، ونحو ذلك عن كل ما يترتب عليه من نقص في قيمتها عما كانت عليه قبل حدوث الضرر " (٢) ، وعرفه الأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي الضرر بأنه : " كل إيذاء يلحق الشخص سواء أكان في ماله أو جسمه أو عرضه أو عاطفته " (٣) ، وعرفه الدكتور فيض الله : " هو إلحاق مفسدة بالآخرين " (٤) .

والخلاف الحاصل بين هذه التعريفات إنما هو بسبب الخلاف الحاصل حول بعض شروط الضرر وحالاته ؛ كالضرر الأبي الذي يجيز الأستاذ الدكتور الزحيلي التعويض عنه ، فلذا أدرجه في التعريف ، بينما لا يركى ذلك الشيخ الخفيف فنص على مالية الضرر .

تقسيم الضرر في الفقه الإسلامي : إبداع الرسائل الجامعية

ذكر الأستاذ الدكتور فيض الله أقسام الضرر في الفقه الإسلامي على النحو التالي (٥) :

- ١ - الضرر الفعلي والضرر القولي ، ومثال الضرر الفعلي إتلاف المال ، والضرر القولي ؛ كالرجوع عن الشهادة ، والسب والشتم .
- ٢ - الضرر الإيجابي والضرر السلبي ، والضرر الإيجابي معروف ، أما السلبي ؛ فكمن رأى دابته تأكل حنطة غيره فتركها ، أو من امتنع عن رعاية من هم تحت ولايته من الصغار .
- ٣ - الضرر الحائق والضرر اللاحق ، أما الضرر الحائق ؛ فهو الضرر النازل في الحال ، واللاحق هو الضرر المتوقع في المستقبل ، وهذا يكثر في الجراحات ؛ إذ نص الفقهاء على أنه : لا يقاد جرح إلا بعد برئه (٦) .

(١) الدريني : النظريات الفقهية (٢١٢) .

(٢) الخفيف : الضمان (٤٦) .

(٣) الزحيلي : الضمان (٢٣) .

(٤) فيض الله : الضمان (٨٩) .

(٥) فيض الله : الضمان (٨٩) .

٤ - الضرر بإتلاف المال ، والضرر بتفويت المنفعة ، أو تفويت الفرصة ، وإتلاف المال معروف ، وتفويت المنفعة ؛ كمن غصب سيارة فحرم صاحبها من منفعتها ، وتفويت الفرصة ؛ كموظف أهمل في واجبه ففوت فرصة التقدم لوظيفة لشخص آخر ، أو حرمه مقعداً جامعياً .

٥ - الضرر المادي والضرر المعنوي ، والضرر المادي ضرر يلحق المال ، أما المعنوي فهو ما يمس الشرف والكرامة ويخدش الشعور .

الركن الثاني : الفعل الضار :

لما لم يشترط جمهور الفقهاء الخطأ لإيجاب مسؤولية مرتكب الفعل الضار ؛ فإن مجرد حصول الفعل الذي أدى إلى الإلتلاف يعتبر كافياً لمساءلة مرتكب هذا الفعل .
والتعدي هو اللفظ الذي استخدمه الفقهاء بمعنى الخطأ في الغالب ، ولكنهم أحياناً يعبرون عنه بالنعمد ، أو التقصير ، أو الإهمال ، أو عدم التحرز ، أو عدم التثبت .

والتعدي لغة : تجاوز الحد ، وهو عند الفقهاء : " العمل الضار بدون حق أو جواز شرعي " (١) ، وهذا العمل الضار ينظر إليه في الفقه الإسلامي على أنه حادثة مادية محضة ، تترتب عليها المسؤولية بمجرد حصولها ، **يغض النظر عن مرتكب الفعل الضار أكان عاقلاً أم مجنوناً ، كبيراً أم صغيراً ، ناسياً أم ذاكراً ، فاصداً أم ساهياً .**

وقد يعبر الفقهاء عن التعدي بالتقصير والإهمال وعدم التثبت والتحرز (٢) ؛ ومن التعبير بالتعدي قول الإمام مالك في المدونة : " فمن تعدى ما شرط عليه ، فتلف شيء مما حمل في ذلك التعدي فهو ضامن له " (٣) ، وقول الإمام الشافعي : " ومن التقط لقطه فاللقطة مباحة ؛ فإن هلك منه بلا تعد ، فليس بضامن لها " (٤) ، ويقول الإمام ابن حزم : " فإن تلفت من غير تعد منه ولا تضييع لها فلا ضمان عليه فيها ؛ لأنه إذا حفظها ولم يتعد ولا ضيع فقد أحسن ، والله تعالى يقول : (ما على الْمُحْسِنِينَ من سبيل) (٥) " (٦) .

(٦) فيض الله : الضمان (٩١) .

(١) الزحيلي : الضمان (١٨) .

(٢) فيض الله : المسؤولية التقصيرية (١٥٨) ، المحمصاتي : نظرية الموجبات (١ / ١٩٤) .

(٣) مالك : المدونة (٣ / ٤٩٨) .

(٤) الشافعي : الأم (٤ / ٧١) .

(٥) جزء من الآية (٩١) من سورة التوبة .

(٦) ابن حزم : المحلى (٧ / ١٣٧) .

ومن استخدام مصطلح التقصير ، ما ذكره الإمام الماوردي في الأحكام السلطانية في أحكام الحسبة : " ومن أخذ لقيطا وقصر في كفالتة أمره ^(١) أن يقوم بحقوق التقاطه ، من التزام كفالتة أو تسليمه إلى من يلتزمها ويقوم بها ، وكذلك واجد الضوال إذا قصر فيها ، يأخذه بمثل ذلك من القيام بها ، ويكون ضامنا للضالة بالتقصير " ^(٢) .

ومن الأمثلة على استعمال لفظ " الإهمال " ما قاله أبو الوليد الباجي حكاية عن الحنفية فيما تتلفه الحيوانات : " قال أبو حنيفة : لا ضمان على أهل المواشي فيما أفسدت في ليل ولا نهار ، ... ومن جهة المعنى أن إهمالها بالليل من باب التعدي ؛ لأنه ليس بوقت رعي معتاد ، فوجب أن يضمن ما أفسدت فيه ؛ كالقائد والسائق فيما أفسدت الدابة " ^(٣) .

على أن الفقهاء قد استعملوا مصطلح الخطأ ؛ لكن في الجنايات ، كما جاء في المدونة : " قلت : فما قول مالك في الحرة يضرب الرجل بطنها فتطرح جنينها حيا فيستهل صارخا ثم يموت وتموت الأم ؟ قال : قال مالك : عليه إن كان ضربها خطأ نية للمرأة ، ودية للجنين كاملة تحمل العاقلة ذلك " ^(٤) ، ويقول الماوردي : " وأما الخطأ المحض فهو أن يتسبب إليه في القتل من غير قصد ، فلا يقاد القاتل بالمقتول ؛ كرجل رمى هدفا فأمات إنسانا " ^(٥) .

ويرى العلامة فيض الله أن التعدي الذي اشترطه الفقه الإسلامي لمساعدة المتسبب يرادف الخطأ في التعبير القانوني الوضعي ، بيد أنه أدق في دلالاته على المقصود ؛ لأنه يشمل العمد والخطأ ، كما يشمل التقصير والإهمال وعدم الاحتراز ، سواء أصدرت عن عمد أم عن خطأ ^(٦) .

ولكن الذي يراه الباحث أنهما مختلفان ؛ ذلك أن المراد بالتعدي في الفقه الإسلامي أن يكون الفعل تعدياً ، والمراد بالخطأ أو التعدي في القانون الوضعي أن يكون الفاعل متعدياً ، ومن هنا نشأ الخلاف في ضمان الصغير والمجنون ؛ فهما ليسا متعديين لا في الفقه الإسلامي ولا في القانون الوضعي ، ولكن فعلهما يعتبر تعد في الفقه الإسلامي ، ولهذا يطالبان بالضمان فقهاً ولا يطالبان به قانوناً .

الركن الثالث : علاقة السببية (الإفضاء) ^(٧) :

(١) أي المحتسب .
 (٢) الماوردي : الأحكام السلطانية (٢٤٧) .
 (٣) الباجي : أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي ، المنتقى (٦ / ٦٢) ، دار الكتاب الإسلامي .
 (٤) مالك : المدونة (١ / ٤٣٧) .
 (٥) الماوردي : الأحكام السلطانية (٢٣٢) .
 (٦) فيض الله : المسؤولية التقصيرية (١٩١) .

وقد حدد الفقهاء هذه الرابطة أو علاقة السببية بين الفعل والضرر بأن تكون على سبيل المباشرة أو السببية ، وهذا الكلام محل اتفاق بين الفقهاء ، وإن حصل خلاف في بعض الصور فمردّه إلى الخلاف في اعتبار هذه الحالة أو تلك مباشرة أو تسبباً ، أو الخلاف في تغليب هذه على تلك ، وستبين معنى المباشرة والتسبب بشكل موجز ثم نمثل لهما بالأمثلة التوضيحية .

المباشرة في اللغة والاصطلاح :

والمباشرة في اللغة من البشرة ؛ والبشرة : أعلى جلدة الرأس والوجه والجسد من الإنسان ، وباشر الأمر : وليه بنفسه ، ومباشرة الأمر : أن تحضره بنفسك وتليه بنفسك ، قال ابن منظور : " وهو مثل بذلك ؛ لأنه لا بشرة للأمر إذ ليس يعين " (١) ، وقال الجرجاني : " المباشرة : كون الحركة بدون توسط فعل آخر " (٢) .

أما اصطلاحاً : فقد عرفها معظم العلماء بقريب من المعنى اللغوي ؛ فقال الإمام الحموي : " المباشر : هو أن يحصل التلف بفعله من غير أن يتخلل بين فعله والتلف فعل مختار " (٣) ، وقال العلامة الزرقي " رحمه الله تعالى " : " المباشر : هو الذي يحصل الأثر بفعله " (٤) ، وعرفها الدكتور وهبة الزحيلي : " المباشر : هو الذي حصل الضرر بفعله بلا واسطة ، أي دون تدخل فعل شخص آخر مختار " (٥) .

التسبب في اللغة والاصطلاح : الرسائل الجامعية

أما التسبب فهو من السبب ، والسبب لغة : الحيل ، وهو ما يتوصل به إلى الاستعلاء ، ثم استعير لكل شيء يتوصل به إلى أمر من الأمور ، فقيل : هذا سبب هذا ، وهذا مسبب عن هذا (٦) ، وفي لسان العرب : " وكل شيء يتوصل به إلى الشيء فهو سبب " (٧) ، وقال الجرجاني : " السبب في اللغة : اسم لما يتوصل به إلى المقصود " (٨) .

(٧) الكاساني : البدائع (٣١٩ / ٧) ، البابرتي : العناية شرح الهداية (٤٩٣ / ٧) ، التفتازاني : شرح التلويح (٢ / ٢٧٧) ، ابن نجيم : الأشباه والنظائر (١٩٠) ، حيدر : درر الحكام (٩١ / ١) ، الزرقي : المدخل الفقهي (٢ / ١٠٤٧) ، محمد الزحيلي : القواعد الفقهية (٤٢٣) .

(١) ابن منظور : لسان العرب (٥٩ / ٤) .

(٢) الجرجاني : التعريفات (٢٥٢) .

(٣) الحموي : غمر عيون البصائر (٤٦٥ / ١) .

(٤) الزرقي : المدخل الفقهي (١٠٤٤ / ٢) .

(٥) الزحيلي : الضمان (١٨٨) .

(٦) الفيومي : المصباح المنير (١٠٠) .

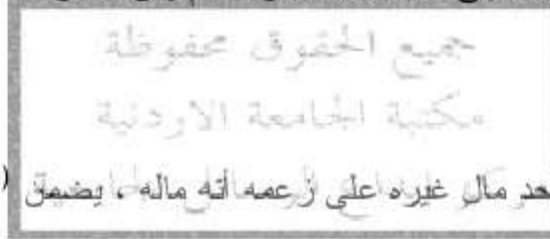
(٧) ابن منظور : لسان العرب (٤٥٨ / ١) .

(٨) الجرجاني : التعريفات (١٥٤) .

وفي الاصطلاح عرف العلامة الزرقا " رحمه الله تعالى " المتسبب بقوله : " المتسبب في حادثة : هو الذي يفعل ما يؤدي إليها ، ولا يباشرها مباشرة " (١) ، وقال الأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي : " والمتسبب هو الذي يحدث أمرا يؤدي إلى تلف شيء آخر حسب العادة ، إلا أن التلف لا يقع فعلا منه وإنما بواسطة أخرى هي فعل فاعل مختار " (٢) .

ولقد صاغ الفقهاء المسلمون قواعد فقهية جامعة ، تجمع شتات أحكام المباشرة والتسبب ، وتنظم عقدها ، وأهمها (٣) :

- ١ - إذا اجتمع المباشر والمتسبب أضيف الحكم إلى المباشر (٤) .
- ٢ - المباشر ضامن وإن لم يتعمد .
- ٣ - المتسبب لا يضمن إلا بالتعدي أو التعمد .
- ٤ - إتلاف المتسبب كإتلاف المباشر في أصل الضمان
- ٥ - لا فرق في ضمان المتلف بين العلم والجهل (٥)
- ٦ - يضاف الفعل إلى الفاعل لا الأمر ما لم يكن مجبرا .



- ٧ - لو أُلّف أحد مآل غيرهِ اعلى زعمه اتل ماله، يضمق (٦) .
- ٨ - جناية العجماء جبار .

(١) الزرقا : المدخل الفقهي (١٠٤٥ / ٢) .

(٢) الزحيلي : الضمان (١٨٩) .

(٣) انظر تفصيل هذه القواعد وشروحها وتعليق العلماء عليها في : ابن تميم : زين الدين بن ابراهيم الحنفي المعروف بابن نجيم (٩٧٠ هـ) الأشباه والنظائر (١٩٠) ، تحقيق محمد مطيع الحافظ ، دمشق - دار الفكر ، تصوير (١٩٨٦) عن الطبعة الأولى (١٤٠٣ - ١٩٨٣) ، حيدر : شرح المجلة (٩١ / ١) الزرقا : المنخل الفقهي (١٠٤٧ / ٢) ، الزحيلي : محمد (١٩٩٩) القواعد الفقهية على المذهب الحنفي والشافعي (٤٢٣) ، إصدار جامعة الكويت ، الطبعة الأولى ، الندوي : القواعد الفقهية (٣٨٥) ، الزحيلي : الضمان (١٨٨) ، الزرقا : شرح القواعد (٤٤٣) ، الكردي : أحمد الحجي (١٤٠٦ - ١٤٠٧ / ١٩٨٦ - ١٩٨٧) المنخل الفقهي " القواعد الكلية والمؤيدات الشرعية " (١١٣) مقرر على طلبة السنة الثالثة من كلية الشريعة بجامعة دمشق ، دمشق - مطبعة جامعة دمشق ، شبير : محمد عثمان (١٤٢٠ - ٢٠٠٠) القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية (٣١١) وما بعدها ، عمان - دار الفرقان ، الطبعة الأولى .

(٤) ذكر العلامة الزركشي هذه القاعدة بصيغة أخرى ، فقال : " إذا اجتمع السبب والمباشرة أو الغرور والمباشرة قدمت المباشرة " ، الزركشي : بدر الدين بن محمد بن بهادر الزركشي ، المنشور في القواعد الفقهية ، (١ / ١٣٤) ، نشر وزارة الأوقاف الكويتية .

(٥) السبكي : تاج الدين عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي (٧٧١) الأشباه والنظائر (٢٧٧ / ١) تحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض ، بيروت - دار الكتب العلمية (١٤٢٢ - ٢٠٠١) .

ولئن حصل خلاف بين الفقهاء فليس في هذا المبدأ ذاته ، وإنما في انطباق الصور على هذا المبدأ أو عدمه (١) ، أو في اجتماع أكثر من مباشر ومتسبب ، وقد تشأ عن هذا صور عديدة أدت إلى اختلاف الفقهاء في تكيف بعض الحالات ، منها : تعدد الأسباب وتسلسل النتائج أو طروء سبب آخر في إحداث الضرر ؛ كالقوة القاهرة والحادث المفاجئ وخطأ المتضرر نفسه أو خطأ شخص غيره (٢) .

أمثلة تطبيقية على قواعد المباشرة والتسبب :

١ - وعلى هذا فلو فتح شخص سيارة أو محلاً تجارياً ، فجاء آخر فسرق شيئاً من محتويات السيارة أو المحل ، فإن الضامن هنا هو السارق دون الفاتح ، وهذا بخلاف ما لو فتح المحل التجاري ، فدخلت فيه بهيمة وعانت فساداً ، أو تلفت بعض محتويات المحل بفعل المطر والريح الشديدة ؛ فإن الفاتح هو الذي يضمن (٣) .

٢ - وكما لو دل سارقاً على مال غيره فسرقه ، فالضامن على السارق وليس على الدال ؛ لأن السارق هو المباشر ، والدال متسبب ، وهذا التسبب لا ينفرد وحده في الجناية .

٣ - لو حفر بئراً في أرضه ، فسقط فيها إنسان ومات ، فلا ضمان على الحافر ؛ لأنه متسبب ، والمتسبب لا يضمن إلا بالتعدي ، ونم يوجد هنا .
ولكن إذا كان الحفر في أرض غيره ، أو في طريق عام (دون إذن) ، أو قصد بالحفر أن يقع ذلك الإنسان ، فيضمن في جميع هذه الحالات ؛ لوجود التعدي .

٤ - لو وضع شخص شيئاً ما ، أو ربط حيواناً على سكة القطار ، فأتلفه القطار فالضامن على الواضع أو الرابط ؛ لأنه وإن كان المتسبب ، فإن المباشر (سائق القطار) منعدمة إرادته .

٥ - إذا كان إنسان يقود سيارته على طريق دولي (٤) ، فقفز شخص أمامه فحاول السائق أن يتلافى اصطدامه ، فاصطدم بعمود للكهرباء أو الهاتف ، فالضامن على المتسبب (القافز) دون المباشر (السائق) ؛ لانعدام إرادة المباشر .

٦ - وقع إنسان على أنية لغيره فأتلفها ، فالضامن عليه ؛ لأنه مباشر ، والمباشرة لا يشترط فيها التعدي .

(١) الزحيلي : الضمان (٢٨) .

(٢) فيض الله : الضمان (٩٨) ، و المسؤولية التقصيرية (٣١٢) ، الزحيلي : الضمان (٢٨) .

(٣) أما بالنسبة للبهيمة ؛ فلأن جناية العجماء جبار ، وأما بالنسبة للمطر وللريح ؛ فلأنه لم يتدخل بين التلف وفعل المتسبب فعل فاعل مختار .

(٤) حيث تكون هناك جسور أو ممرات خاصة للمشاة ، كما يسمح في هذه الطرق بزيادة السرعة نوعاً ما .

٧ - وضع صيدلاني أدوية سامة على المنضدة أمامه ، فجاء شخص فتناول منها شيئاً ، فالضمان على الصيدلاني ؛ لأنه - وإن كان متسبباً - إلا أنه مقصر في حفظ هذه الأدوية .
الفرع الثالث : الموازنة :

إن مما ينبغي ذكره أن القانون المدني الأردني جاء موافقاً للفقهاء الإسلامي في موضوع أركان المسؤولية^(١) ، وعليه فالمقارنة ستكون بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية التي لم تستق أحكامها منه .

أوجه الاتفاق :

اتفقت القوانين الوضعية مع الفقه الإسلامي في ركني الضرر وعلاقة السببية من أركان المسؤولية ، ووقع الخلاف في أمرين ؛ أولهما اشتراط الخطأ ، والآخر : الإلتاف بالتسبب .
أوجه الاختلاف :

أ - المصطلح :

إن أول ما يلاحظ على أركان المسؤولية هو التعبير عنها بالأركان ، ولو استعمل للدلالة عليها مصطلح آخر لكان أولى ؛ ذلك أن هذه العناصر الثلاثة للمسؤولية منها ما هو شرك ومنها ما هو ركن ، وليس تسميتها بالأركان أولى من تسميتها بالشروط .
ويرى الباحث أن يطلق عليها مصطلح عناصر المسؤولية ؛ وذلك للحفاظ على الدقة التي كان يبتغيها أسلافنا في التعبير ؛ لئلا يحصل الخلط بين المصطلحات .

ب - اشتراط الخطأ :

ومما اختلف فيه القانون الوضعي اشتراط خطأ الفاعل ، مع ما يترتب على القول بوجود وجود الخطأ من اضطراب في معيار الخطأ ، وما يتعلق به .
فالقول بالمعيار الشخصي ، وهو النظر في شخص المخطئ ، سيرهق القضاء ، فضلاً عن أنه يستلزم عمل مقياس لذكاء كل شخص ومقارنته بذكاء الشخص الطبيعي ، حتى ينسب الخطأ للفاعل .

وحتى لو اعتمدنا المعيار الموضوعي للخطأ ؛ ففي ذلك ظلم للمضرور وإجحاف به ؛ فإن كان لا بد من أن يلحق الضرر أحد الشخصين ؛ فإن الأولى أن يتحمل الإنسان جزاء فعله ، حتى لو لم يكن مخطئاً ؛ فالشخص الآخر (المضرور) ليس بمخطئ أيضاً فعلا م يتحمل هو جناية غيره .

(١) وما استدركه فضيلة العلامة الزرقا على نصوص القانون في هذا الموضوع ، فهو في الصياغة فقط وليس في المضمون ، انظر : الزرقا : الفعل الضار (٧٣) .

؟ ولو تحلى مرتكب الفعل الضار ببعض اليقظة والتبصر ما حصل الضرر ؛ فليكن الضمان عليه .

وهذا ما تنبّهت له التشريعات الحديثة الآن ، وأخذت تلتف حول هذا الشرط المرهق ، فتارة افترضت الخطأ وجعلته قابلاً لإثبات العكس ، وتارة جعلته غير قابل لإثبات العكس ، كل ذلك لأنهم رأوا في اشتراط الخطأ ضياع حق المضرور .

ج - الإلتلاف بالنسب :

ومما خالف فيه القانون الوضعي الفقه الإسلامي ، ضمان المتسبب ؛ فقد رأينا أن الضمان في الفقه الإسلامي يكون إما على سبيل المباشرة ، وإما على سبيل التسبب .

ويرى الباحث أن في عدم تضمين المتسبب خلل في القانون الوضعي ؛ فالذي يسكب أمام محل تجاري له شحوماً أو زيوتاً معدنية لا يسأل عن الأضرار التي سببها للمارة ، والسائق الذي يكون مسرعاً ويقف بشكل مفاجئ فيؤدي إلى تصادم السيارات خلفه ، لا يسأل عن ذلك فاتونا ، والذي يخرج مسرعاً من شارع فرعي إلى شارع رئيسي ويربك السائقين في الشارع الرئيس ،

ويتسبب في حدوث الاصطدام لا يسأل عن ذلك فاتونا .
مكتبة الجامعة الأردنية
د - التعدي :

كما يختلفان في طبيعة التعدي المشروط ؛ فقد اعتبر الفقه الإسلامي التعدي صفة للفعل لا الفاعل ، فيسأل الصغير والمجنون - كما سيأتي بيانه في فصل الشروط - في الفقه الإسلامي دون القانون الوضعي ؛ لأن فعلهما يوصف بالتعدي .
أما في القانون الوضعي ؛ فالتعدي شرط للفاعل لا الفعل .

ثانياً : أركان (عناصر) المسؤولية المدنية عن حراسة الأشياء

الأركان التي ذكرت آنفاً هي أركان المسؤولية المدنية (العقدية والتقصيرية) وعمومها ، ولكن

ما هي أركان (عناصر) المسؤولية المدنية عن حراسة الأشياء والآلات ؟

إن أركان (عناصر) المسؤولية المدنية عن حراسة الأشياء والآلات هي ^(١) :

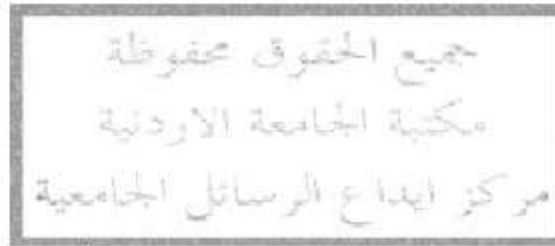
١ - وجود شيء تتطلب حراسته عناية ما .

٢ - أن يكون هذا الشيء تحت حراسة شخص معين .

(١) فيض الله : المسؤولية التقصيرية (٤٣٥) ، مرقس : الوافي (١٠٥٦ / ٢) ، موافي : المسؤولية عن الأشياء (٢٩) ، أمجد : المسؤولية عن الجمادات (٤٥) ، الزحيلي : رهبة (١٤١٦ - ١٩٩٥) المسؤولية الناشئة عن الأشياء والآلات " إصابات العمال وانهدام البناء وضرر الحريق " (٦٣) ، الطبعة الأولى ، دمشق - دار المكتبي ، حمزة : العمل غير المشروع (٢٢٢) .

٣ - أن يتدخل الشيء في إحداث الضرر .

يقول الدكتور إياد ملوكي عن الشرطين الثاني والثالث : " وهذان الشرطان لا يبتعدان كثيراً عن الشروط العامة للمسؤولية المدنية ، وهي الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما ، إلا أنهما قد تحورا بشكل يتلائم مع طبيعة الأشياء ، ومع حقيقة كون هذه الأشياء تحت حراسة شخص من الأشخاص " (١) ، ولهذا فنن أتناول أياً من هذه العناصر بالشرح حتى لا يقع تكرار في البحث ؛ أما الشيء والحراسة فقد عقدت لكل واحد منهما مبحثاً مستقلاً ، وأما الضرر والعلاقة السببية فقد أفردتهما بالبحث قبل قليل .



المبحث الثاني

الحراسة

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : الحراسة في القانون الوضعي ؛ في فرعين :

الفرع الأول : تعريف الحراسة لغة واصطلاحاً .

الفرع الثاني : عناصر الحراسة .

المطلب الثاني : وضع اليد في الفقه الإسلامي في فرعين :

الفرع الأول : معنى اليد في اللغة والاصطلاح .

الفرع الثاني : الألفاظ ذات الصلة .

المطلب الثالث : الموازنة .

تمهيد :

(١) ملوكي : المسؤولية عن الأشياء (٢٠) .

إن مصطلح الحراسة ، لم تكن واضحة معالمه ^(١) حتى في أذهان الذين شرعوه في بادئ الأمر ، ذلك أن هذا المبدأ " انحراسة " ، لم يكن منصوباً عليه بشكل صريح أو مقصود لدى واضعيه ، وإنما هي إشارة في الفقرة الأولى من المادة (١٣٨٤) من القانون المدني الفرنسي ، وهي : " لا يسأل المرء عن الضرر الذي يحدثه بفعله الشخصي فحسب ، وإنما يسأل أيضاً عن الضرر الناتج عن فعل الأشخاص الذين يسأل عنهم ، أو عن الأشياء التي هي بحراسته " ^(٢) .

وكما حصل الأخذ والرد في مدى شمولية الحراسة للأشياء ، وماهية الأشياء ^(٣) ، حصل الخلاف في تعريف الحراسة ومدلولها وأساسها ، وحصل الخلاف كذلك في انتقال الحراسة واجتماع الحراس والحارس المسؤول وما إلى ذلك من أمور ، ونشأت في تعريف الحراسة نظريات متعددة ^(٤) .

ولمعرفة الحراسة - ومرادفاتها - فائدة عظمى ، وهي معرفة الشخص الذي يواجه بدعوى المسؤولية ، وهو الحارس المسؤول عن الضرر ^(٥) .

وستتناول في هذا المبحث الحراسة في القانون الوضعي في الفرع الأول ؛ تعريفها لغة واصطلاحاً في مطلب ، ثم أتكلم في المطلب الثاني عن عناصر الحراسة في القانون الوضعي ، أما الفرع الثاني فقد جعلته نكلام عن وضع اليد في الفقه الإسلامي والألفاظ ذات الصلة ، وفي الفرع الثالث : موازنة بين المصطلحات في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية .

المطلب الأول : الحراسة في القانون الوضعي

الفرع الأول : تعريف الحراسة

أولاً : الحراسة لغة ^(٦) :

حَرَسَ الشَّيْءَ ؛ حَرَسَهُ يَحْرُسُهُ وَيَحْرُسُهُ حَرَسًا وَحِرَاسَةً ؛ حَفِظَهُ ؛ وَهَمَّ : الحُرَّاسُ وَالْحُرَّاسُ والأحراس .

(١) كما تم بيان ذلك في بحث موضوع التطور التاريخي لهذه المسؤولية ، وانظر : النقيب : المسؤولية عن الأشياء (١٧) وما بعدها .

(٢) النقيب : المسؤولية الناشئة عن فعل الأشياء (٧) ، موافق : المسؤولية عن الأشياء (٣٨) .

(٣) سيأتي تفصيل الكلام حول موضوع الأشياء - بإنفقه تعالى - في المبحث التالي .

(٤) حجازي : مصادر الالتزام (٥٤٩) ، حمزة : العمل غير المشروع (٢٣٨) ، ملوكي : المسؤولية عن الأشياء (١٢٨) ، أبو هزيم : المسؤولية عن الأشياء (٧٦) .

(٥) سوار : مصادر الالتزام (١٧٨) ، شنب : مصادر الالتزام (٣٩٩) ، الرحو : فكرة الحراسة (٤٧) .

(٦) ابن منظور : لسان العرب (٤٨ / ٦) ، الرازي : مختار الصحاح (٥٥) ، الفيومي : المصباح المنير ، مادة حرس (٥٠) ، الأزهرى : الزاهر (٢٤٨ / ٢٤) ، الزمخشري : إيفانق (٢٣٦ / ١) .

واحتَرَسَ منه : تحرَّزَ ، وتَحَرَّسْتُ واحْتَرَسْتُ منه ، أي : تحفظت منه . واحترس : إذا استرق الحريسة .

ويقال : حَارَسٌ وَحَرَسٌ للجميع ؛ كما يقال خادم وخدم ، والحَرَسُ والحُرَّاسُ ؛ واحده الحَرَسِيُّ : حرس السلطان ، والحراسة من الأضداد ؛ فكما تأتي للحفظ تأتي للسرق ، فيقال : حَرَسَ الإبل والغنم يَحْرُسُهَا (وَيَحْرُسُهَا) : سرقها ليلاً فأكلها ، وهي الحرائسُ . ويقال للذي يسرق : مُحْتَرَسٌ ، وللشاة التي تسرق : حَرِيسَةٌ وحرائسُ . قال الجوهري : " الحريسة : الشاة تسرق ليلاً ، والحريسة : السرق ، والحريسة أيضاً : ما احترس منها " (١) .

والخلاصة في تعريف الحراسة لغةً : أنها الحفظ وعدمه ، وإن كانت في الغالب تُطلق على الحفظ .

ثانياً : الحراسة اصطلاحاً (٢) :

بسبب التطور الذي حصل على مفهوم الحراسة ، والاختلاف في أساس مسؤولية الحارس (٣) ، وعدم ذكر تعريف لها في القوانين التي اعتمدها أصلاً (٤) ، تعددت الاتجاهات الفكرية التي حاولت تحديدها ، وقد اشتهر في الفقه والقضاء الفرنسي نظريتان تحددان مفهوم الحراسة (٥) ، أما في القوانين الوضعية العربية ، فلم يعد الأمر الترجمة الحرفية لكل ما جاء به القانون الفرنسي ، وهناك النظريتان هما : نظرية الحراسة الفعلية ونظرية الحراسة القانونية .

١ - نظرية الحراسة القانونية :

ومضمون هذه النظرية أن الحارس : هو الذي تثبت له على الشيء سلطة قانونية تتيح له الحق في الاستعمال والرقابة والتوجيه ، يستمدّها من حق له متعلق بهذا الشيء ، سواء أكان الحق عينياً أم شخصياً ، وسواء أكان مصدر الحق عقداً أم أي مصدر من مصادر الحقوق (٦) .

(١) ابن منظور : لسان العرب (٤٨ / ٦) .

(٢) انظر : أمجد : المسؤولية عن الجمادات (٤٨) ، أمجد : مصادر الالتزام (٣٣٣) ، شنب : المسؤولية عن الأشياء (٦٥) ، الرحو : فكرة الحراسة (٤٨) ، اليعقوب : المسؤولية عن الأشياء الخطرة (٦٧) .

(٣) ملوكي : المسؤولية عن الأشياء (١٢٩) ، النقيب : المسؤولية عن الأشياء (١٣) .

(٤) موافي : المسؤولية عن الأشياء (٣٨) ، النقيب : المسؤولية عن الأشياء (١٤) ، الرحو : فكرة الحراسة (٤٨) .

(٥) وهناك نظرية ثالثة تبناها الفقيه الفرنسي سافاتييه ، وهي نظرية الحراسة الاقتصادية التي تقرر بأن حارس الشيء هو المستفيد منه اقتصادياً ، وعليه فالمسؤول عن الضرر الناتج عن الشيء هو الذي تعود منفعة الشيء له ، ولكن هذه النظرية ووجهت بانتقادات عديدة وتلاشت ؛ لأنها عجزت عن إيجاد معيار منضبط لتحديد مدلول الحارس ، وانظر هذه النظرية والانتقادات الموجهة إليها في : الرحو : فكرة الحراسة (٧٢) .

(٦) شنب : المسؤولية عن الأشياء (٧٧) ، شنب : مصادر الالتزام (٤٠٠) ، حجازي : مصادر الالتزام (٥٤٩) ، أمجد : المسؤولية عن الجمادات (٥٠) ، الرحو : فكرة الحراسة (٥٣) ، ملوكي : المسؤولية عن الأشياء (١٢٩) ، اليعقوب : المسؤولية عن الأشياء الخطرة (٦٧) ، أبو هزيم : المسؤولية عن الأشياء (٧٦) .

ويعتبر العالم الفرنسي (هنري مازو) من أوائل القائلين بفكرة الحراسة القانونية^(١) ، ثم انتشرت هذه الفكرة ولاقت قبولا من بعض الاتجاهات الفقهية والقضائية ، وهو ما ذهب إليه العالم الفرنسي جوسران^(٢) ، وبه قضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ (١٥ / ١٢ / ١٩٣٠) أن الحارس هو من له التوجيه والحراسة القانونية للشيء^(٣) . والأصل أن يكون مالك الشيء هو حارسه ، وتنتقل الحراسة من المالك إلى غيره بسبب قانوني كالبيع أو الإيجار أو الإعارة أو التوارث^(٤) .

والتابع - حسب هذه النظرية - لا يكون حارسا للشيء الذي يستخمنه في أداء عمله لمصلحة المتبوع^(٥) ؛ لأن الصفة القانونية بقيت للمتبوع .

والحيازة المادية للشيء حسب هذه النظرية ليست كافية لثبوت الحراسة ، إلا إذا نشأت عن سبب قانوني^(٦) .

على أنه لا يشترط لثبوت الحراسة - حسب هذه النظرية - مباشرة هذه السلطة القانونية فعلا ، بل يكفي وجودها ، وعلى هذا فمالك المصنع هو الحارس ، ولا يعفيه من المسؤولية سفره خارج البلاد أو عدم إتمامه بالأصول الفنية لصيانة الآلات والمعدات ، ما دام له الحق في الرقابة والتوجيه^(٧) .

وقد استدل هؤلاء على ما ذهبوا إليه بنصل المادة (١٣٨٥) من القانون المدني الفرنسي التي نصت على أن حارس الحيوان يكون مسؤولا عنه ولو ضل الحيوان أو تسرب ؛ إذ برر القائلون بالنظرية القانونية مسؤولية حارس الحيوان حال تسربه ، بأنه لم يفقد السلطة القانونية على الحيوان^(٨) .

-
- (١) شنب : المسؤولية عن الأشياء (٧٧) ، الرحو : فكرة الحراسة (٥٣) ، ملوكي : المسؤولية عن الأشياء (١٢٩) ، أبو هزيم : المسؤولية عن الأشياء (٧٦) .
- (٢) حمزة : العمل غير المشروع (٢٣٨) ، ملوكي : المسؤولية عن الأشياء (١٢٩) ، أبو هزيم : المسؤولية عن الأشياء (٧٦) .
- (٣) الرحو : فكرة الحراسة (٥٣) ، شنب : المسؤولية عن الأشياء (٧٨) ، ملوكي : المسؤولية عن الأشياء (١٣٠) .
- (٤) أمجد : المسؤولية عن الجمادات (٥٠) ، ملوكي : المسؤولية عن الأشياء (١٣١) ، النقيب : المسؤولية عن الأشياء (٣٠) ، الرحو : فكرة الحراسة (٥٠) .
- (٥) أمجد : المسؤولية عن الجمادات (٥٠) ، ملوكي : المسؤولية عن الأشياء (١٣١) .
- (٦) أمجد : المسؤولية عن الجمادات (٥٠) ، النقيب : المسؤولية عن الأشياء (١٨) .
- (٧) أمجد : المسؤولية عن الجمادات (٥٠) ، الرحو : فكرة الحراسة (٥٤) ، ملوكي : المسؤولية عن الأشياء (١٣٠) .
- (٨) شنب : المسؤولية عن الأشياء (٧٨) ، ملوكي : المسؤولية عن الأشياء (١٣٠) .

نقد نظرية الحراسة القانونية :

وقد انتقدت هذه النظرية انتقادات شديدة ، أهمها أنه يترتب على القول بنظرية الحراسة القانونية للشيء نتائج غريبة ؛ كأن يبقى المالك أو المستأجر هو الحارس للشيء حال سرقته أو اغتصابه ؛ لأن حيازة هؤلاء للشيء أمر لا يقره القانون ، فيبقى المالك أو المستأجر وهما المسؤولان عن الأضرار التي تنشأ عن الشيء وهو في حيازة السارق أو الغاصب (١) .

وهذا الأمر في حد ذاته مدعاة لارتكاب جرائم السرقة ، لأن السارق يعلم أنه بمنأى عن المسؤولية عن حوادث الإلتاف التي يسببها الشيء المسروق ، بل وستجعله غير مكترث وغير محتاط في استعمال الشيء المغصوب أو المسروق ؛ لأنه ليس حارساً (٢) .

هذا فضلاً عن أن الربط بين الحراسة ووجود حق أو سلطة قانونية على الشيء ليس له سند من القانون ؛ فالفقرة الأولى من المادة (١٣٨٤) من القانون الفرنسي ، لم تشر إلى هذا الشرط لتحقيق السلطة ، والمادة (١٣٨٥) التي لم تشترط الحيازة المادية للحيوان ، لا يلزم منها القول بأن مناط الحراسة هو السلطة القانونية (٣) .

والذي يراه الباحث أن مسؤولية مالك البناء عنه حال تسربه ، ليس سببه القول بالنظرية القانونية ، وإنما لتقصيره في الحفاظ على الحيوان ، كما أن قياس الشيء على الحيوان فيه نظر ؛ لأن الحيوان يتحرك بإرادته ، فنسب الأضرار المالكه ، بخلاف الشيء الذي لا يتحرك إلا بفعل فاعل فوجب أن ينسب الأضرار لهذا الفاعل !

٢ - نظرية الحراسة الفعلية :

كنتيجة طبيعية للنتائج المترتبة على القول بنظرية الحراسة القانونية ، كان لا بد لهذه النظرية أن تهجر وتترك ، وهو ما حصل بالفعل لمخالفتها العدالة والمنطق السليم ، إذ اتجهت الأنظار الفقهية والقضائية للقول بالحراسة الفعلية (أو المادية) سواء أكانت مشروعة أم غير مشروعة ، بدلاً من الحراسة القانونية (٤) ، وبدأ ذلك بحكم لمحكمة النقض الفرنسية في (٢ / ١٢ / ١٩٤١ م) .

(١) حمزة : العمل غير المشروع (٢٣٩) ، شنب : المسؤولية عن الأشياء (٧٨) ، الرحو : فكرة الحراسة (٥٤ ، ٧١) ، أبو هزيم : المسؤولية عن الأشياء (٧٧) .

(٢) الرحو : فكرة الحراسة (٥٦) .

(٣) أمجد : المسؤولية عن الجمادات (٥١) ، ملوكي : المسؤولية عن الأشياء (١٣٢) ، وانظر في نقد نظرية الحراسة القانونية أيضاً : شنب : المسؤولية عن الأشياء (٧٩) ، الرحو : فكرة الحراسة (٥٦) .

(٤) شنب : المسؤولية عن الأشياء (٧٩) ، اليعقوب : المسؤولية عن الأشياء الخطرة (٦٨) ، أبو هزيم : المسؤولية عن الأشياء (٧٧) ، الرحو : فكرة الحراسة (٥٧ ، ٧١) ، ملوكي : المسؤولية عن الأشياء (١٣٤) .

وقد جاء الأخذ بنظرية الحراسة الفعلية بناءً الحكم الذي أصدرته الدوائر المجتمعة في القضية الأنفة الذكر والتي أطلق عليها فيما بعد قضية فراتك ، وقد بررت حكمها في تلك القضية الفاضي : بأن المالك المسروق منه الشيء لا يكون حارساً له ، بررت ذلك الحكم بأنه يكون محروماً من استعمال الشيء ومن توجيهه ورقابته (١) .

وهذا الذي استقر عليه الأمر في القانون الفرثسي من اعتماد نظرية الحراسة الفعلية ، هو الذي انتهى إليه الأمر في القوانين الأردني (٢) ، والكويتي (٣) ، والمصري (٤) ، والسوري (٥) .

فقد عرفت بعض المحاكم المصرية الحارس بأنه : " هو ذلك الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي تكون له السلطة الفعلية على الشيء قصداً واستقلالاً " (٦) .

وبالتسبة لحراسة الحيوان ، فقد عرفت محكمة النقض المصرية فقالت : " حارس الحيوان هو من له السيطرة الفعلية على الحيوان ، ويملك سلطة التصرف في أمره ، والعبارة بسيطرة الشخص على الحيوان سيطرة فعلية لحساب نفسه " (٧) .

وقد تنتقل هذه الحراسة من الشخص برضاه كما في البيع والإيجار والعارية ، أو بغير رضاه ؛ كما في السرقة والغصب (٨) . والتابع الذي يستخدم الشيء لمصلحة متبوعه لا يكون حارساً ، بخلاف التابع الذي يستخدم الشيء لمصلحة نفسه خارج تعليمات متبوعه (٩) .

هذا ، والمفترض أن يكون مالك الشيء هو حارسه ، وبالتالي يكون مسؤولاً عن الأضرار التي يحدثها الشيء ، ولكن هذه القرينة قرينة بسيطة ، فيستطيع المالك إثبات نقل الحراسة إلى الغير بنقل الملكية أو المنفعة أو بغصب الشيء وسرقته (١٠) .

(١) شنب : المسؤولية عن الأشياء (٨٠) ، شنب : مصادر الالتزام (٤٠٠) ، حمزة : العمل غير المشروع (٢٣٩) .

(٢) أمجد : مصادر الالتزام (٣٣٣) ، أبو هزيم : المسؤولية عن الأشياء (٧٦) .

(٣) اليعقوب : المسؤولية عن الأشياء الخطرة (٦٨) .

(٤) حجازي : مصادر الالتزام (٥٥٠) ، شنب : المسؤولية عن الأشياء (٨٢) ، شنب : مصادر الالتزام (٤٠٠) .

(٥) حمزة : العمل غير المشروع (٢٤٠) .

(٦) فودة : التعويض المدني (٤٠٧) .

(٧) أمجد : مصادر الالتزام (٣٢٥) ، وانظر تعريف نظرية الحراسة الفعلية في : سلطان : مصادر الالتزام (٣٧٣ ، ٣٨٠) ، تناغو : نظرية الالتزام (٣٤٤) ، النجار : ندى البديوي (١٩٩٧ م) أحكام المسؤولية (٤٦٢) ، الطبعة الأولى ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس - لبنان .

(٨) حمزة : العمل غير المشروع (٢٤٢) ، الرحو : فكرة الحراسة (٥٨) .

(٩) حمزة : العمل غير المشروع (٢٤١) .

(١٠) حمزة : العمل غير المشروع (٢٤٢) ، شنب : المسؤولية عن الأشياء (٨٨) ، ملوكي : المسؤولية عن الأشياء (١٣٨) ، النقيب : المسؤولية عن الأشياء (٣٠) ، الرحو : فكرة الحراسة (٥٠) .

على أن هذا الكلام لا يعني وجود الحيابة المادية للشيء حتى يكون مالكة حارساً ، فقد يكون الشيء مملوكاً لشخص وهو تحت حيابة آخر ؛ كمن يترك سيارته في موقف عام وتبقى له سلطة الاستعمال والرقابة والتوجيه ، فيبقى هو الحارس (١) .

كما أنه لا يشترط مياشرة الشخص لمظاهر السيطرة الفعلية على الشيء عند وقوع الضرر ، بل الواجب توافره هو القدرة على السيطرة ، فإذا كان بمقدوره أن يسيطر على الشيء فهو حارس له وهو مسؤول عن الضرر الناجم عنه (٢) .

إضافة إلى أنه يشترط فيها أيضاً أن يكون للحارس حق توجيه الشيء بإرادته الحرة ، فإذا ما انتفت إرادته في التوجيه كما في حالة الإكراه فلا مسؤولية عليه (٣) .

وبناءً على ما سبق فإنه يمكن تعريف الحارس بأنه : " كل شخص تكون له على الشيء سلطات الاستعمال والتوجيه والرقابة ، بحيث يستطيع استعمال الشيء مستقلاً به تمام الاستقلال لصالح نفسه " (٤) .

الفرع الثاني : عناصر الحراسة في القوانين الوضعية :

للحراسة الفعلية التي استقر عليها العمل في القوانين الوضعية عنصران ، هما العنصر المادي الذي يعني امتلاك الحارس ثلاث سلطات على الشيء ، والعنصر المعنوي الذي يعني استغلال الشيء لمصلحة الحارس (٥) ، سنتناولهما بشيء من التفصيل :

العنصر المادي للحراسة :

يقوم العنصر المادي للحراسة الفعلية على ثلاثة أسس ؛ هي السلطات التي تكون للحارس على الشيء وهي : سلطة الاستعمال والرقابة والتوجيه (٦) ، وهذه العناصر الثلاثة التي تتطوي عليها الحراسة الفعلية هي من اجتهاد القضاء الفرنسي ، وقد حددت في الحكم المعروف بفضية الدكتور فرانك (٧) .

(١) شنب : مصادر الالتزام (٤٠٣) ، ملوكي : المسؤولية عن الأشياء (١٣٥) ، النقيب : المسؤولية عن الأشياء (١٨) ، أبو هزيم : المسؤولية عن الأشياء (٧٧) .
 (٢) ملوكي : المسؤولية عن الأشياء (١٣٦) .
 (٣) اليعقوب : المسؤولية عن الأشياء الخطرة (٧٢) .
 (٤) حمزة : العمل غير المشروع (٢٤١) ، وانظر : حجازي : مصادر الالتزام (٥٤٩) .
 (٥) أبو هزيم : المسؤولية عن الأشياء (٧٧) ، الرحو : فكرة الحراسة (٧٦) .
 (٦) شنب : المسؤولية عن الأشياء (٨٣) ، اليعقوب : المسؤولية عن الأشياء الخطرة (٦٩) ، أمجد : مصادر الالتزام (٣٣٣) ، الرحو : فكرة الحراسة (٧٧) ، أبو هزيم : المسؤولية عن الأشياء (٧٨) .
 (٧) أمجد : مصادر الالتزام (٣٣٣) .

أولاً : سلطة الاستعمال :

يقصد بسلطة الاستعمال القدرة على استخدام الشيء كأداة لتحقيق غرض معين ^(١) ، أو استخدامه لأداء عمل من أعمال المهنة ^(٢) .

وسلطة الاستعمال هذه لا تعني عند القانونيين بالضرورة وجود الحيابة المادية على الشيء كما سبق ذكره ، فقد يكون الشيء بحيابة التابع ، ويسأل المتبوع عن أضراره ؛ لأنه الحارس ، وذلك كمالك السيارة الذي يستأجر سائقاً لقيادتها ، فالسيارة وإن كانت بحيابة السائق إلا أن الاستعمال للمالك ^(٣) .

واستعمال الشيء يكون بحسب طبيعته ، وما أعد له ذلك الشيء أصلاً ؛ فيكون استعمال السيارة والدراجة بركوبهما أو قيادتهما ، واستعمال الآلة بتشغيلها ، والميكاتيكي الذي يصلح السيارة ، يكون مستعملاً لها أثناء عملية الإصلاح ^(٤) .

وليس المراد في سلطة الاستعمال الاستعمال الفعلي ، وإنما القدرة على الاستعمال دون عائق أو مانع ، فنثبت هذه السلطة ولو لم يستعمل الشيء من قبل حارسه إذا كان بإمكانه استعماله ، بشرط أن تتوفر هذه السلطة للحارس في الوقت الذي حصل فيه الضرر ، فالمالك لا يعتبر حارساً للشيء المسروق ولو استعاد إذا كان الضرر قد حصل أثناء حيازة السارق للشيء المسروق ^(٥) .

وقد يتعدد الأشخاص الذين يستعملون السيارة ؛ كالمالك وأبنائه والتابعين له ، ففي هذه الحالة تثبت الحراسة للأب أو المتبوع إلا إذا ثبت أن استعمال هؤلاء كان لمصلحة أنفسهم فتكون الحراسة لهم ^(٦) .

(١) شنب : المسؤولية عن الأشياء (٨٥) ، شنب : مصادر الالتزام (٤٠٢) ، أمجد : المسؤولية عن الجمادات (٥٤) ، مصادر الالتزام (٣٣٤) ، ملوكي : المسؤولية عن الأشياء (١٣٧) ، اليعقوب : المسؤولية عن الأشياء الخطرة (٧٠) ، الرحو : فكرة الحراسة (٧٩) .
(٢) أمجد : المسؤولية عن الجمادات (٥٤) ، ملوكي : المسؤولية عن الأشياء (١٣٧) ، الرحو : فكرة الحراسة (٨٠) .
(٣) شنب : المسؤولية عن الأشياء (٨٦) ، أمجد : المسؤولية عن الجمادات (٥٤) ، الرحو : فكرة الحراسة (٧٩) .
(٤) أمجد : المسؤولية عن الجمادات (٥٤) ، اليعقوب : المسؤولية عن الأشياء الخطرة (٧٠) ، ملوكي : المسؤولية عن الأشياء (١٣٧) .
(٥) شنب : المسؤولية عن الأشياء (٨٦) ، الرحو : فكرة الحراسة (٧٩) ، ملوكي : المسؤولية عن الأشياء (١٣٨) .
(٦) أمجد : المسؤولية عن الجمادات (٥٤) ، مصادر الالتزام (٣٣٤) ، الرحو : فكرة الحراسة (٨٠) .

وهذه المسألة تختلف عن مسألة تعدد الحراس الذين قد يملكون شيئاً على الشيوع ، أو يشتركون في استعمال شيء واحد الوقت نفسه ، بحيث تكون لكل منهم السلطة الأمر على الشيء ، ويكونون في المركز انقائوني نفسه بالنسبة للشيء ؛ كأن يكونوا وارثين أو مستأجرين أو غاصبين للشيء ، ففي هذه الحالة يعتبرون جميعاً حراساً للشيء ومسؤولين عن الأضرار التي تنتج عنه بالتضامن (١) .

على أن هؤلاء الشركاء المتشايعين قد يستعملون الشيء مهياًة (٢) ، فيكون الحارس المسؤول من له نوبة الاستعمال دون غيره (٣) . وإن اختلف المركز القانوني للأشخاص بالنسبة للشيء ؛ كمالك ومستأجر ، أو مستأجر ومستعير ، فالحارس أحدهم (٤) .

وسلطة الاستعمال قد تثبت للشخص بناءً على حق شخصي ؛ كحق الملكية ، أو بناءً على عقد ؛ كالإيجار والعارية ، أو بناءً على قرار إداري صادر من السلطة العامة ؛ كالاستيلاء على الشيء للمصلحة العامة ، كما قد تثبت سلطة الاستعمال بعمل غير مشروع كالسرقة والغصب (٥) .

ومما ينبغي ذكره هنا أن الحارس يبقى مسؤوليته عن الشيء حتى ولو استعان ببعض الأشخاص في استعمال ذلك الشيء ، ويبقى مسؤولاً كذلك عن مخلفات الشيء بعد الاستعمال ؛ كالدخان المتطاير من الشيء ، والأشياء الساقطة منه ، وعن الشيء الساكن إذا انفجر (٦) .

ثانياً : سلطة التوجيه :

المراد بسلطة التوجيه : سلطة الأمر التي ترد على استعمال الشيء (٧) ، وهي عبارة عن سلطة تقرير كيفية استعمال الشيء ووقته والغرض الذي يستخدم الشيء لتحقيقه والأشخاص الذين يسمح لهم استخدام الشيء .

فإذا كان الشيء سيارة - مثلاً - فإن سلطة التوجيه تكون للشخص الذي يملك الأمر ، بتحريك السيارة أو بقائها في موقفها ، ويملك الأمر بتحديد الشخص الذي يسمح له بقيادتها ،

(١) شنب : المسؤولية عن الأشياء (٩٦) ، أمجد : المسؤولية عن الجمادات (٥٤) ، ملوكي : المسؤولية عن الأشياء (١٤٧) ، النقيب : المسؤولية عن الأشياء (٤١) .

(٢) المهلية : قسمة المنافع ، انظر : أبا جيب : القاموس الفقهي (٣٦٩) .

(٣) شنب : المسؤولية عن الأشياء (٩٦) .

(٤) شنب : المسؤولية عن الأشياء (٩٧) .

(٥) شنب : المسؤولية عن الأشياء (٨٨) ، ملوكي : المسؤولية عن الأشياء (١٣٨) ،

(٦) الرحو : فكرة الحراسة (٨٢) .

(٧) شنب : المسؤولية عن الأشياء (٨٨) ، أمجد : المسؤولية عن الجمادات (٥٥) ، اليعقوب : المسؤولية عن الأشياء الخطرة (٧٠) ، ملوكي : المسؤولية عن الأشياء (١٣٨) ، الرحو : فكرة الحراسة (٨٣) ، أبو هزيم :

المسؤولية عن الأشياء (٧٨) .

وكذلك الزمان والمكان المسموح بالقيادة فيهما . وهذه السلطة لا يشترط فيها الحيازة المادية للشيء ؛ فمالك السيارة الذي يتركها في الشارع هو الحارس ما دام له سلطة توجيه السيارة (١) . وقد اختلف شراح القانون المدني في أي من سلطتي التوجيه والاستعمال هي الأقوى من بين السلطات الثلاث ، والذي رجحه كثير من الباحثين هو أهمية سلطة التوجيه ، وذلك أن مالك السيارة الذي استأجر لقيادتها شخصاً يكون هو الحارس ؛ لأنه الذي يملك سلطة التوجيه ، بينما يملك السائق الأجير سلطة الاستعمال فقط ، بخلاف مستأجر السيارة أو سارقها فإنه يملك السلطتين معاً (٢) .

ثالثاً : سلطة الرقابة :

تتعلق سلطة الرقابة بالشيء ذاته لا باستعماله ، وهي تعني : سلطة فحص الشيء والإشراف عليه وتعهده بالصيانة والإصلاح واستبدال التالف من أجزائه بأخرى سليمة ، لضمان صلاحيته للاستعمال الذي أعد له (٣) .

هذا ، ولا يشترط توافر جميع السلطات الثلاث لتحقيق المسؤولية ، فقد يحدث أن يفقد الشخص سلطة منها عند وقوع الضرر دون أن يؤثر على كونه حارساً طالما أنه يستطيع الهيمنة على الشيء ؛ كمدرّب قيادة السيارة يترك أسنطة الاستعمال للتلميذ مع بقائه هو الحارس ، وذلك لأن المدرّب يقوم بسلطة التوجيه والإشراف (٤) كسائل الجامعة على أن هذه السلطات الثلاث ليست منفصلة الواحدة عن الأخرى ، بل كل واحدة تكمل الأخرى ، ومن مجموعها يظهر المدلول للحراسة ، كما أفرتها القوانين الوضعيّة (٥) .

تجزئة الحراسة :

ولكن ماذا إذا انفصلت هذه السلطات الثلاث عن بعضها البعض ؛ كأن تكون سلطة الاستعمال لشخص والتوجيه أو الرقابة لشخص آخر ؟ فقد يحدث أن يشتري شخص أسطوانة غاز ، فتفجر هذه الأسطوانة وتحدث أضراراً بالأموال والممتلكات ، فمن هو الحارس المسؤول عن الضرر ؟ هل هو المالك أم الموزع أم محطة التعبئة ؟

(١) شنب : المسؤولية عن الأشياء (٨٨) ، أمجد : المسؤولية عن الجمادات (٥٥) ، يعقوب : المسؤولية عن الأشياء الخطرة (٧١) ، ملوكي : المسؤولية عن الأشياء (١٣٨) ، الرحو : فكرة الحراسة (٨٠) .
(٢) أمجد : المسؤولية عن الجمادات (٦٠) ، الرحو : فكرة الحراسة (٨٤) .
(٣) شنب : المسؤولية عن الأشياء (٨٨) ، أمجد : المسؤولية عن الجمادات (٥٥) ، ملوكي : المسؤولية عن الأشياء (١٣٩) ، يعقوب : المسؤولية عن الأشياء الخطرة (٧١) ، الرحو : فكرة الحراسة (٨٦) .
(٤) أمجد : مصادر الالتزام (٣٣٤) ، الرحو : فكرة الحراسة (٧٧) .
(٥) حجازي : مصادر الالتزام (٥٥٢) ، يعقوب : المسؤولية عن الأشياء الخطرة (٦٩) ، الرحو : فكرة الحراسة (٧٧) .

عرفت هذه المسألة في الفقه القانوني الحديث باسم : تجزئة الحراسة (١) ، وانقسم شراح القانون الوضعي بشأنها إلى فريقين :

الفريق الأول : رفض نظرية التجزئة ولم يعمل بها ، وذلك لأنها تحمل الطرف المتضرر عبء معرفة سبب الضرر قبل رفع دعوى التعويض أهو بسبب الاستعمال أم خلل في الصنع أو التخزين ، ففي كل ذلك إرهاب مادي ونفسي له ، خاصة أنه إذا رفع الدعوى على أحدهما وثبت أن الضرر من غيره فلربما يضيع حقه بالتقادم (٢) .

إضافة إلى أن القول بالتجزئة يتعارض مع معيار السلطة الفعلية ؛ ذلك أن السلطة الأمرة على الشيء تتوافر للشخص الذي يقوم باستعمال الشيء بصورة مستقلة (٣) .

كما أنه في كثير من الأحيان ينتج الحادث بسبب راجع إلى استعمال الشيء مع خلل داخلي فيه ، مما يتعذر إثبات الحراسة لشخص واحد بعينه (٤) .

الفريق الثاني : وهم أنصار التجزئة ، وهم يرون أنه في الحالة التي تنفصل فيها سلطة الاستعمال عن سلطة التوجيه أو سلطة الرقابة يجب أن تتجزأ الحراسة ، ونشأ عن ذلك ما سمي بحراسة التكوين وحراسة الاستعمال (٥) محفوفة

حراسة التكوين : وهي سلطة الرقابة على الشيء ، ويكون المسؤول فيها مالك الشيء ؛ فالمحطة المسؤولة عن تعبئة اسطوانات الغاز تكون حارسة عليها حراسة تكوين ، والميكانيكي الذي يطلب منه ضبط وإصلاح كوابح السيارة يكون حارس تكوين ، وهو مسؤول عن الشيء في حدود سلطته .

حراسة الاستعمال : وهي سلطة استعمال الشيء ، ويكون المسؤول فيها الذي يستخدم الشيء ويستعمله ، سواء أكان الاستخدام أو الاستعمال سليماً أم غير سليم (٦) .

(١) حجازي : مصادر الالتزام (٥٥٣) ، شنب : المسؤولية عن الأشياء (٩٠) ، شغب : مصادر الالتزام (٤٠٢) ، أمجد : مصادر الالتزام (٣٣٥) ، النقيب : المسؤولية عن الأشياء (٦٧) ، اليعقوب : المسؤولية عن الأشياء الخطرة (٧٣) ، ملوكي : المسؤولية عن الأشياء (١٤٠) ، الرحو : فكرة الحراسة (٩٩) ، شريف : مصادر الالتزام (٢٥٢) ، أبو هزيم : المسؤولية عن الأشياء (٧٩) .

(٢) ملوكي : المسؤولية عن الأشياء (١٤٢) ، شنب : المسؤولية عن الأشياء (٩٢) .
 (٣) ملوكي : المسؤولية عن الأشياء (١٤٣) ، أبو هزيم : المسؤولية عن الأشياء (٧٩) .
 (٤) ملوكي : المسؤولية عن الأشياء (١٤٣) ، أبو هزيم : المسؤولية عن الأشياء (٧٩) .
 (٥) انظر : شنب : المسؤولية عن الأشياء (٩١) ، النقيب : المسؤولية عن الأشياء (٦٧) .
 (٦) شنب : المسؤولية عن الأشياء (٩١) ، النقيب : المسؤولية عن الأشياء (٦٧) ، الرحو : فكرة الحراسة (١٠١) .

وللتمييز بين الحراستين ، فإن للشيء الواحد جانبين ؛ جانباً خارجياً ظاهراً ، وجانباً داخلياً غير ظاهر ، وحراسة الجانب الخارجي للشيء لمن يقوم باستعماله ، وحراسة الجانب الداخلي للشيء تكون للمالك أو المسؤول عن الرقابة والتوجيه (١) .

والخلاصة في نظرية التجزئة : أنه ينبغي عند حدوث الضرر النظر إلى السبب المنتج للضرر ؛ فإن كان من سوء الاستعمال أو التخزين كان المسؤول عن الضرر هو المستعمل أو المخزن ، وإن كان الضرر ناشئاً عن تقصير من الصانع أو المسؤول عن الصيانة كان هذا المقصر هو الحارس المسؤول (٢) .

ومرد الخلاف بين هاتين الفئتين نظرة كل فريق إلى ماهية الشيء ؛ فمن نظر إلى الشيء على أنه وحدة مادية متكاملة اعتبروا أن الحراسة وحدة واحدة لا تتجزأ ، ومن ذهب إلى أن الشيء يمكن أن يتجزأ بحسب مظاهره المختلفة قال بإمكانية تجزئة الحراسة ، وهو الاتجاه العام الذي سارت عليه معظم القوانين الوضعية (٣) .

العنصر المعنوي للحراسة :

يشترط لاعتبار الشخص حارساً أن يستخدم العنصر المادي للحراسة لمصلحته الشخصية ؛ فإذا لم يعمل لمصلحة نفسه فلا يعتبر حارساً وهو ما يسمى بالعنصر المعنوي للحراسة (٤) ، وقد عرفت محكمة النقض البلجيكية الحارس بأنه : الشخص الذي يستعمل الشيء لحسابه الخاص (٥) .

ولا يشترط في المصلحة التي يحققها صاحب الشيء أن تكون مصلحة مالية أو حتى مادية ، بل قد تكون المصلحة أدبية أو معنوية ؛ فمن يوصل شخصاً بسيارته مجاناً ، فإنه يحقق لنفسه فائدة أدبية ، ويكون مسؤولاً عن الضرر الناتج (٦) .

(١) ملوكي : المسؤولية عن الأشياء (١٤١) .

(٢) الرحو : فكرة الحراسة (١٠٠) .

(٣) أمجد : مصادر الالتزام (٣٣٦) .

(٤) شنب : المسؤولية عن الأشياء (٩٧) ، شنب : مصادر الالتزام (٤٠٤) ، ملوكي : المسؤولية عن الأشياء (١٤٩) ، الرحو : فكرة الحراسة (٨٧) ، أبو مزيم : المسؤولية عن الأشياء (٨١) .

(٥) شنب : المسؤولية عن الأشياء (٩٨) ، ملوكي : المسؤولية عن الأشياء (١٥٠) .

(٦) شنب : المسؤولية عن الأشياء (٩٨) ، شنب : مصادر الالتزام (٤٠٤) ، ملوكي : المسؤولية عن الأشياء (١٥١) ، الرحو : فكرة الحراسة (٨٨) .

بل قد تكون المصلحة المتوخاة تحقيقاً لعمل تطوعي للمصلحة العامة ، فيكون الحارس مسؤولاً عن الضرر الناتج ، كما يسأل أيضاً عن الضرر لو استخدم الحارس هذا الشيء لدرء خطر محقق به ، فادى إلى أضرار بالغير (١) .

وبناءً على هذا ، فإن الشخص التابع الذي يستعمل الشيء لمصلحة متبوعه لا يعتبر حارساً ، والسائق المستأجر للقيادة لا يعتبر حارساً بالرغم من سيطرته عليها ، ما دام يستخدمها لمصلحة متبوعه (٢) .

ويبرر شراح القانون الوضعي شرط الاستخدام للحساب الخاص ، بأن الحارس يجب أن يكون مستقلاً في سيطرته على الشيء ، وبالتالي فالذي يباشر مظاهر السيطرة من استعمال وتوجيه ورقابة لمصلحة شخص آخر لا يعتبر حارساً ، والحارس هو الذي استخدم الشيء لمصلحته (٣) .

ويبحث القانونيون في مسألة الحراسة المعنوية مسألة اشتراط التمييز في الحارس (٤) ، وقد بحثت المسألة سابقاً ، ولا داعي للإعادة هنا .

المطلب الثاني : وضع اليد في الفقه الإسلامي :
 الفرع الأول : معنى اليد في اللغة والاصطلاح :
 أولاً : اليد في اللغة : ايداع الرسائل الجامعية

جاءت اليد في اللغة بمعان عدة (٥) ؛ فاليد من الإنسان : الجارحة المعروفة من المنكب إلى أطراف الأصابع (٦) ، واليد من كل شيء مقبضه ، ومنه يد السيف والسكين والنفأس والرحى ، ويد الثوب كمنه ، واليد النعمة والإحسان ، واليد القوة ، ومنه قوله تعالى :

(١) الرحو : فكرة الحراسة (٨٨) .
 (٢) شنب : مصادر الالتزام (٤٠٤) ، الرحو : فكرة الحراسة (٨٧) ، ملوكي : المسؤولية عن الأشياء (١٥٠) .

(٣) شنب : المسؤولية عن الأشياء (٩٨) ، ملوكي : المسؤولية عن الأشياء (١٥٠) .
 (٤) شنب : المسؤولية عن الأشياء (٩٨) ، شنب : مصادر الالتزام (٤٠٤) ، أمجد : المسؤولية عن الجمادات (٦٧) ، ملوكي : المسؤولية عن الأشياء (١٤٩) ، الرحو : فكرة الرحو (٨٩) ، أبو هزيم : المسؤولية عن الأشياء (٨١) .

(٥) انظر المعنى اللغوي لليد في : النووي : التهذيب (ق ٢ / ج ٢ / ص ١٩٩) ، الزمخشري : الفائق (٢ / ٤٢٠) ، ابن حزم : أبا محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي (٤٥٦ - ١٠٦٣) المحلى بالآثار (١٢ / ٣٥٥) ، تحقيق الدكتور عبد الغفار سليمان البنداري ، بيروت - دار الكتب العلمية ، الفيومي : المصباح المفير (٢٦٠) ، الرازي : مختار الصحاح (٣٠٩) ، القونوي : أنيس الفقهاء (٥٢) ، أبي جيب : القاموس الفقهي (٣٩٢) ، المعجم الوجيز (٦٨٥) .

(٦) وقد يقع تحتها أسماء خاصة ؛ كالعضد والذراع والكف والمرفق . انظر : الأزهرى : الزاهر (٣٣) ، النووي : التهذيب (ق ٢ / ج ٢ / ص ١٩٩) .

{ وَادْكُرْ عَيْدَنَا دَاوُودَ ذَا الْأَيْدِ إِنَّهُ أَوَّابٌ }^(١) أي : ذا القوة ، واليد الجماعة ؛ فيقال : هم يد أي : مجتمعون ، واليد الانقياد والاستسلام ، ومنه قوله تعالى : { حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَن يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ }^(٢) ، واليد السخاء فيقال : طويل اليد لمن كان كريماً سخياً .

ويقال : سقط في يديه إذا ندم وتحسر على الشيء ، وبعته يدا بيد أي حاضراً بحاضر ، قال الفراء : " تقول العرب : باع فلان غنمه باليدين ، يريدون : سلمها بيد وأخذ ثمنها بيد " ^(٣) ، وخرج من تحت يده فلان إذا خرجته وعلمه ورباه ، ومشى بين يديه أي قدامه ، وفي الحديث النبوي : " اليد العليا خير من اليد السفلى " ^(٤) .

واليد الملك ^(٥) والتصرف ، يقال : الأمر بيد فلان أي : في تصرفه ، وهو في يدي : أي تحت ملكي وبحوزتي ، ويقال : يده عليه أي : سلطانه ، ومن هذا المعنى اشتق مصطلح " ذي اليد " ، وهذا المعنى اللغوي هنا هو المراد بوضع اليد في الفقه الإسلامي .

وهي محذوفة اللام والأصل فيها (يدي) قيل بفتح الدال وقيل يسكونها ، وتجمع اليد على : أيدي (جمع قلة) ويدي وأد (جمع كثرة) وأياد وأيادي (جمع جمع) .

ثانياً : اليد في الاصطلاح: الحقوق محفوفة

وعرفت مجلة الأحكام العدلية ذا اليد بأنه : " هو الذي وضع يده على عين بانفعل ، أو الذي ثبت تصرفه تصرف المالك " ^(٦) في الرسائل الجامعية

وضع اليد في الفقه الإسلامي ^(٧) :

(١) جزء من الآية (١٧) من سورة ص .
 (٢) جزء من الآية (٢٩) من سورة التوبة .
 (٣) الأزهري : الزاهر (١٣٤) .
 (٤) متفق عليه ؛ البخاري - بشرح ابن حجر - (٣ / ٣٧٦ حديث رقم ١٤٢٧) ، ومسلم - بشرح النووي - ؛ (٨ / ١٢٤ حديث رقم ١٠٣٣) ، كما أخرجه أبو داود : سنن أبي داود (٢ / ١٢٦ حديث رقم ١٦٤٨) ، والنسائي : السنن الكبرى (٤ / ١٧٧) و (٤ / ١٩٧) ، والدارمي : سنن الدارمي (١ / ٣٨٩) ، وانظر : الشوكاتني .
 (٥) ولا يراد بالملك هنا ملك العين فقط ، بل يدخل فيها ملك المنفعة ؛ كالاستنجار والاستعارة .
 (٦) في المادة (١٦٧٩) .

يعتبر وضع اليد من أهم أسباب الضمان في الفقه الإسلامي ، سواء أكانت مؤتمنة أم غير مؤتمنة ^(١) ، يقول الإمام أبو حامد الغزالي : " أما إثبات اليد فهو سبب للضمان " ^(٢) ، ويقول الإمام ابن حجر العسقلاني : " وحكم العارية إذا تلفت في يد المستعير أن يضمنها " ^(٣) . ويتمثل وضع اليد على الشيء في حيازته ، فإذا حاز إنسان مالا كان تحت يده ، قال في منار السبيل : " وإذا قبض المستعير العارية فهي مضمونه عليه يمثل مثلي وقيمة متقوم " ^(٤) . هذا ، وقد تكون حيازته عن ولاية شرعية ، وقد تكون اعتداءً ^(٥) ، وإذا كانت اليد عن ولاية شرعية ، فقد تكون يدا مؤتمنة وقد تكون غير مؤتمنة ^(٦) ، ومثال اليد المؤتمنة عن ولاية شرعية : يد الوديع وعامل المضاربة ، وغير المؤتمنة مع شرعيها : يد المشتري بعد القبض ، وأما اليد المعتنية فهي غير مؤتمنة ؛ كيد السارق والغاصب ^(٧) . وبناءً على ما سبق فليست اليد ضامنة على الدوام في الفقه الإسلامي ؛ بل هناك يد أمانة ويد ضمان .

وليس المالك مسؤولاً دائماً عما تحت يده من أشياء فقد فرق الفقهاء بين يد المالك ويد الضمان ، ومثال ذلك ما قاله الإمام الرملي **مَنْ أْتَمَّ السَّافِعِيَّةَ : " ودعوى أن القن ^(٨) لا يد له ممنوعة ؛ بأنه ليس المراد باليد هنا المقتضية للملك بل المقتضية للضمان ، وهو بهذا المعنى له يد كما لا يخفى " ^(٩) ، وما قاله الدردير من علماء المالكية في شرحه تعريف الغصب في مختصر الشيخ خليل : " (الغصب : أخذ مال) ^(١٠) أي استيلاء عليه (قهراً) على واضع يده عليه (تعدياً) أي ظلماً (بلا حراة) " ^(١١) .**

(٧) أحمد : ضمان المتلفات (٥٢) ، فيض الله : الضمان (٦٥) ، الزحيلي : الضمان (٦٥) ، الخفيف : الضمان (١٠٢) ، أمجد : المسؤولية عن الجمادات (٥٨) ،
 (١) الزحيلي : الضمان (٦٥) .
 (٢) الغزالي : الوسيط (٣ / ٣٨٦) .
 (٣) ابن حجر : فتح الباري (٥ / ٢٤١) .
 (٤) ابن ضويان : منار السبيل (١ / ٤٣١) .
 (٥) الخفيف : الضمان (١٠٢) ، أحمد : ضمان المتلفات (٥٢) .
 (٦) الخفيف : الضمان (١٠٢) ، أحمد : ضمان المتلفات (٥٢) .
 (٧) الخفيف : الضمان (١٠٩) ، الزحيلي : الضمان (٦٦) ، أحمد : ضمان المتلفات (٥٣) .
 (٨) القن (بكسر القاف وتشديد النون) ، وهو عند الفقهاء : العبد الذي لم يحصل فيه شيء من أسباب العتق ومقدماته ، بخلاف المكاتب والمدير والمعلق عتقه على صفة والمستولدة ، سواء كان أبواه مملوكين أو معتقين أو حرين أصليين بأن كانا كافرين ، وهو عند أهل اللغة : إذا ملك هو وأبواه ، النووي : التهذيب (ق ٢ / ج ٢ / ص ١٠٦) .
 (٩) الرملي : نهاية المحتاج (٨ / ٣٨) .

(١٠) ما بين الأقواس كلام المختصر للشيخ خليل .

(١١) الدردير : الشرح الكبير (٣ / ٤٤٢) ، مع حاشية الدسوقي عليه .

ويد الأمانة : وهي ما كانت عن ولاية شرعية ، ولم تكن لصاحبها مصلحة خاصة ، أو قل : هي ما كانت عن ولاية شرعية ولم يدل دليل على ضمان صاحبها ، وذلك كيد الوديع والوكيل بالقبض والشريك والمضارب (١) .

قال الأزهرى في تعريف الوديعة : " يقال أودعت الرجل وديعة : إذا أقررتها في يده على سبيل الأمانة " (٢) .

ويد الضمان على خلاف ذلك ، وهي : ما كانت اعتداءً ، أو عن ولاية شرعية ودل دليل على ضمان صاحبها ، أو كانت لمصلحته (٣) .

والمثال على اليد المعتدية يد السارق والغاصب - كما سبق - ، واليد ذات الولاية الشرعية التي دل الدليل على ضمانها يد البائع على المبيع قبل التسليم ويد المشتري بعد القبض ، واليد التي لمصلحة صاحبها يد المستعير (٤) .

والأصل في هذا قوله (ع) : على اليد ما أخذت حتى تؤديه (٥) .

وقد استخدم الفقهاء وضع اليد بمعنى الحيازة والاستيلاء والقبض ، قال الإمام النووي : " قال أصحابنا : جهات ضمان الصيد في حق المحرم ثلاث : المباشرة واليد والتسبب ؛ فأما المباشرة فمعروفة ، وأما اليد : فيحرم على المحرم وضع يده على الصيد ، ولا يملكه بذلك ، ويضمنه إن تلف " (٦) ، وجاء في قواعد الأحكام : " وضع اليد يغير إذن المالك مفسدة موجبة

(١) الخفيف : الضمان (١٠٢) ، الزحيلي : الضمان (١٧٤) .

(٢) الأزهرى : الزاهر (١٨١ / ٢٤) .

(٣) الخفيف : الضمان (١٠٣) ، الزحيلي : الضمان (١٧٥) .

(٤) فهي يد ضمان عند الشافعية والحنابلة ، خلافاً للحنفية والمالكية ، قال ابن رشد : " فمنهم من قال إنها مضمونة وإن قامت البينة على متلفها ، وهو قول أشهب والشافعي وأحد قولى مالك ، ومنهم من قال نقيض هذا وهو أنها مضمونة أصلاً ، وهو قول أبي حنيفة ، ومنهم من قال : يضمن فيما يغاب عليه إذا لم يكن على التلف بينة ، ولا يضمن فيما لا يغاب عليه ، ولا فيما قامت البينة على تلفه ، وهو مذهب مالك المشهور وابن القاسم وأكثر أصحابه " بداية المجتهد (٣١٦ / ٢) وانظر : مالك : المدونة (١٩٧ / ٤) ، القرافي : الفروق (٤٤٣ / ٢) ، وعند الحنفية : الجصاص : أحكام القرآن (٢٩٣ / ٢) ، السرخسي : المبسوط (١٣٥ / ١١) ، الكاساني : البدائع (٦ / ٢١٧) ، وعند الشافعية : الشافعي : الأم (١٨٦ / ٦) ، الرملي : نهاية المحتاج (١١٨ / ٥) ، الشرييني : مغنى المحتاج (٢٦٧ / ٢) ، وعند الحنابلة : ابن تيمية : الفتاوى (٤١٣ / ٥) ، ابن مفلح : الفروع (٤٧٤ / ٤) ، وانظر : الخفيف : الضمان (١٠٣) .

(٥) الحديث : رواد بهذا اللفظ النسائي في السنن الكبرى (٤٠٩ / ٣) حديث رقم ٥٧٨٣ ، والحاكم في المستدرک (٥٥ / ٢) حديث رقم ٢٣٠٢ وقال الحاكم : " صحيح الإسناد على شرط البخاري ولم يخرجاه " ، وابن ماجه (٨٠٢ / ٢) ، والبيهقي في السنن الكبرى (٩٠ / ٦) بلفظ تؤديه ، والدارمي (٢٦٤ / ٢) ، وأبو داود في سننه (٣ / ٢٩٤) برقم ٣٥٦١ ، والترمذي في جامعه وحسنه - بشرح ابن العربي - (٢٦٩ / ٥) وعندهما : " تؤدي " بدل " تؤديه " ، وأحمد في مسنده عن سيدنا سمرة بن جندب باللفظين (٢٤٨ / ٧) برقم ٢٠١٠٧ و (٢٥٧ / ٧) برقم ٢٠١٥١ ، انظر : نصب الراية (١٦٧ / ٤) ، سبل السلام (٦٧ / ٣) ، ابن حجر : تلخيص الحبير - بحاشية المجموع - (٢١٧ / ١١) ، ابن الملقن : خلاصة البدر المنير (٩٧ / ٢) رقم ١٦١٧ . والحديث صححه الحاكم وحسنه الترمذي والزيلعي ، وهو نص قاعدة من القواعد الفقهية في الضمان ، المراجع السابقة .

للضمان" (١) ، وقال الإمام القرافي عن موجبات الضمان : " وثالثها وضع اليد التي ليست بمؤتمنة ، وقولي : " ليست بمؤتمنة " خير من قولي اليد العادية ، فإن اليد العادية تختص بالسراق والغصاب ونحوهم ، وتبقى من الأيدي الموجبة للضمان قبض بغير عدوان بل بإذن المالك ؛ كقبض المبيع ، أو بقاء يد البائع ؛ فإنه من ضمان البائع قبل القبض ، ومن ضمان المشتري بعد القبض مع عدم العدوان ؛ وكقبض المبيع بيعا فاسدا ... " (٢) ، ثم قال : " وخرج بقولي : " التي ليست بمؤتمنة " اليد المؤتمنة ؛ كوضع اليد في الودائع والقراض والمساقاة وأيدي الأجراء (٣) .

على أنه مما ينبغي ذكره أن اليد باعتبارها سببا من أسباب الضمان ، فإن المقصود به أن واضع اليد على الشيء يكون من ضمانه إذا تلف الشيء ذاته ، يقول الشيخ الخفيف : " لا ضمان على صاحب يد الأمانة عند تلف المال تحتها إلا إذا قصر في حفظها " (٤) ، وليس الكلام عما إذا حصل التلف أو الإتلاف بالشيء ، وإنما يعود ذلك إلى أحكام الإتلاف بالتسبب في الفقه الإسلامي (٥) .

وبناء على هذا فقد ذكر الفقهاء في مسألة اصطدام السفينتين ، ما إذا كانت السفينة منكأ لشخص ، والربان مستأجر لقيادتها ، ذكروا أنه إن كان هناك تقصير من الربان أو تعدد فالضمان عليه ، وإلا كان وقع التلف بفعل الريح والعواصف فلا ضمان على أحد (أي يكون غرم التلف على المالك) (٦) .

ويقول الإمام الشرفاوي من الشافعية عن جناية الحيوان : " لا تتعلق يرقبتها ، بل بذوي اليد عليها " (٧) . كما يقول الإمام ابن مفلح الحنبلي : " ولأن الغصب إثبات اليد على المال عدوانا على وجه تزول به يد المالك " (٨) . وجاء في الموسوعة الفقهية : " والضامن لجناية الحيوان ، لم يقيد في النصوص الفقهية ، بكونه مالكا أو غيره ، بل هو ذو اليد ، القابض على

(٦) النووي : المجموع (٢٩٨ / ٧) .

(١) ابن عيّد السلام : قواعد الأحكام (٧٩ / ١) .

(٢) القرافي : الفروق (٢٠٧ / ٢) .

(٣) القرافي : الفروق (٢٠٧ / ٢) .

(٤) الخفيف : الضمان (١٠٧) .

(٥) الدبر : مسؤولية الإنسان (١٤٢) .

(٦) الدبر : مسؤولية الإنسان (١٤٢) ، الطوالة : المسؤولية عن فعل الغير (٢٣٥) .

(٧) نقلا عن الموسوعة الفقهية ، وزارة الأوقاف الكويتية : الموسوعة الفقهية (٢٨٢ / ٢٨) .

(٨) ابن مفلح : أبو إسحاق إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح الحنبلي (٨٨٤ هـ) ، المبدع (١٥١ / ٥) ،

بيروت - المكتب الإسلامي ، ١٤٠٠ هـ .

زمامه ، القائم على تصريفه ، ولو لم يكن مالكا ، ولو لم يحل له الانتفاع به ، ويشمل هذا السائس والخادم " (١) .

ولا يعني هذا أن فقهاءنا لم يستخدموا مصطلح وضع اليد إلا في الحيوان ، بل استعملوه في كثير من المواضع ، وكان استعمالهم لهذا المصطلح هو الغالب في الاستعمال من بين المرادفات له .

الفرع الثاني : الألفاظ ذات الصلة

أولاً : التصرف :

التصرف لغة : هو التقلب ؛ تقول : صرفته في الأمر تصرفاً فتصرف ؛ أي قلبته فتقلب (٢) .

وتعددت تعريفات التصرف عند الأصوليين ، إلا أنها متقاربة ؛ فعرفه الزلمي والمهداوي : " اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر يعتد به الشرع (بأن يرتب عليه الأثر) ، سواء كان مشروعاً أم لا ، قولياً أم فعلياً " (٣) ، وعرفه الدكتور الزحيلي : " هو كل ما يصدر عن الشخص بإرادته من قول أو فعل ، يرتب عليه الشرع أثراً من الآثار ، سواء أكان في صالح ذلك الشخص أم لا " (٤) ، وفي الموسوعة الفقهية : " ما يصدر من الشخص من قول أو فعل ، ويرتب عليه الشارع حكماً ؛ كالعقد والطلاق والإبراء والإتلاف " (٥) .

والتصرف نوعان : قولي وفعلي ؛ أما الفعلي ؛ فكإحراز المباحات ، والغصب ، والإتلاف ، وقبض الدين ، وتسلم المبيع ، والفولي ضريان : عقدي وغير عقدي ، أما العقدي ؛ فكالبيع ، والشركة ، والإجارة ، وغير العقدي ؛ كالإفراز ، والوقف ، والإبراء ، والطلاق (٦) .

كما جعل الإمام القفال الشاشي وضع اليد والتصرف كالشيء الواحد ؛ فقال في كتاب الشفعة : " فإن أنكر المشتري شركته ؛ فأخر لعدم البيئة ، ففي كيفية شهادة البيئة وجهان : أحدهما : أنه يكفي أن يشهد له باليد والتصرف ... " (١) .

(١) وزارة الأوقاف الكويتية : الموسوعة الفقهية (٢٨ / ٢٨٢) .

(٢) انظر : ابن منظور : لسان العرب (٩ / ١٨٩) .

(٣) الزلمي والمهداوي : أصول الفقه في نسجه الجديد (٢٠١) ، الزحيلي : وهبة (١٤٠٩ - ١٩٨٩) الفقه الإسلامي وأدلته (٤ / ٨٣) ، دمشق - دار الفكر ، الطبعة الثالثة ، المحمصاني : نظرية الموجبات (٣٣) ، حميش وشواظ : فقه العقود المالية (٢١) ، ملوكي : المسؤولية عن الأشياء (١٢٥) .

(٤) الزحيلي : وهبة (١٤٠٩ - ١٩٨٩) الفقه الإسلامي وأدلته (٤ / ٨٣) ، دمشق - دار الفكر ، الطبعة الثالثة ، وانظر : المحمصاني : نظرية الموجبات (٣٣) ، حميش وشواظ : فقه العقود المالية (٢١) ، ملوكي : المسؤولية عن الأشياء (١٢٥) .

(٥) وزارة الأوقاف الكويتية : الموسوعة الفقهية (٢٨ / ٢٢٠) .

(٦) المراجع السابقة : الصفحات نفسها .

وبهذا يتضح أن لفظ التصرف أعم من المقصود ، فهو أعم من الالتزام ومن العقد ، كما أن التابع يتصرف بالشيء ومسؤوليته تكون على المتبوع .

كما أنه ومن خلال الاطلاع على هذه التعريفات ، نجد أنها اشترطت الإرادة في التصرف ، وهذا ما لا يتسق مع موضوعنا ؛ لأنه لا يشترط في الفعل الضار أن يكون مراداً من فاعله .

ومما ورد ذكر التصرف بمعنى الحراسة المراد هنا ما ذكره العلامة البهوتي : " وإن كانت البهيمة في يد إنسان ؛ كالسائق المتصرف فيها ، والقائد المتصرف فيها ، والراكب المتصرف فيها ، سواء كان كل من السائق والقائد والراكب المتصرف فيها مالكا أو غاصبا أو أجيرا أو مستأجرا أو مستعيرا أو موصى له بالمنفعة أو مرتبها ضمن ما جنت يدها أو فمها أي : جناية يدها أو فمها ، أو وطئها برجلها ، لا ما نفحت بها أي : برجلها " (٢) .

ثانياً : الملك والتولي :

وأما مصطلح الملك الذي استخدمه القانون المدني الأردني بالنسبة للبناء ، فلا يفي بالغرض قطعاً ، وإنما هو من باب التجوز ، ويرد ما جاء في المادة (٢٨٩) التي تتعلق بالحيوان من القانون نفسه ، ونصها : "جناية العجماء جباراً ، ولكن فعلها مضمون على ذي اليد عليها مالكا أو غير مالكا ، إذا قصرت أو تعدت شائل الجامعة"

وهذا يرد أيضاً على مصطلح التولي الذي ذكره القانون الأردني ، والذي يشفع لنص القانون الأردني في هذا أنه أورد المانك للبناء أو المتولي عليه ، وهذان اللفظان معاً يكملان بعضهما ويأتيان بمعنى وضع اليد ، ولكن لا يغنيان عن الآخر لقصوره ، ولا شك بأن استخدام لفظ واحد يجمع المعنيين أولى ، ومع ذلك فمصطلح الملك والتولي لا يدخل فيهما الحيازة غير المشروعة ؛ كالغصب ، فيكون تعبير القانون المدني الأردني قاصراً .

وسواء استخدمنا مصطلح " الحراسة " ، أم مصطلح " التصرف " أم مصطلح " وضع اليد " فالمراد واحد ، يقول الدكتور ملوكي - وقد رجح مصطلح وضع اليد (٣) - يقول : " على أنه إن كان هناك مجال للمفاضلة بين هذه التعبيرات الثلاثة فهو مجال ضيق ودقيق جداً " (٤) .

(١) القفال : حلية العلماء (٥ / ٢٨٩) .

(٢) البهوتي : كشف القناع (٤ / ١٢٦) .

(٣) ملوكي : المسؤولية عن الأشياء (١٢٨) .

(٤) ملوكي : المسؤولية عن الأشياء (١٢٧) .

يقول الشيخ علي الخفيف بياناً لأحكام القانون المدني المصري : " وحارس الحيوان هو من بيده زمامه ، وإن كان مستعيراً أو وديعاً أو مستأجراً أو سارقاً ، وإذا انتقل إلى انتابع ؛ كالخادم ، كان الحارس المالك " (١) .

ويقول في موضع آخر : " والمسؤول عن جناية الحيوان في الشريعة هو ذو اليد عليه المتسبب في الإتلاف ، مالكا كان أم مستعيراً أم مستأجراً أم غاصباً " (٢) .

المطلب الثالث : الموازنة :

الحراسة ووضع اليد :

لم يستخدم الفقه الإسلامي تعبير الحراسة ، للتعبير عن مدلولها القانوني المراد هنا ، وإنما استخدم مصطلح " وضع اليد " . كما أن مصطلح الحراسة بالنسبة للأشياء لم يكن محل اتفاق بين القوانين الوضعية ، فقد استعمل القانون المصري والسوري وأصلهما الفرنسي مصطلح الحراسة بالنسبة للحيوان والبناء والأشياء (٣) ، واستخدم القانون المدني الأردني (٤) والعراقي (٥) مصطلح التصرف .

وإنما أوردت مصطلح الحراسة في العنوان ، مع عدم وروده في نصوص القانون المدني الأردني ، ولم يستخدمه الفقهاء المسلمون للدلالة على هذا النوع من المسؤولية ؛ لأنه أصبح من المتعارف اليوم في الفقه القانوني الوضعي إدراج أحكام مسؤولية الحيوان والبناء والأشياء تحت نظرية الحراسة .

يقول الدكتور أنور سلطان : " للمسؤولية الناشئة عن الأشياء حالات تقوم جميعها على فكرة الحراسة ، وهذه الحالات هي : أولاً : مسؤولية حارس الحيوان ، ثانياً : مسؤولية حارس البناء ، وثالثاً : مسؤولية حارس الأشياء التي تحتاج إلى عناية خاصة " (٦) .

لكنني - وإن فعلت ذلك - لا يفوتني أن أذكر (١) أن مصطلح : " وضع اليد " الذي استخدمه الفقه الإسلامي أدق وأوفى بالدلالة على المقصود من مصطلح : " الحراسة " المستخدم

(١) الخفيف : الضمان (٢٤٥) .

(٢) الخفيف : الضمان (٢٥٢) .

(٣) شنب : المسؤولية عن الأشياء (٧٦) ، حجازي : مصادر الالتزام (٥٣٥) ، ملوكي : المسؤولية عن الأشياء (١٢٦) .

(٤) أبو هزيم : المسؤولية عن الأشياء (٧٥) .

(٥) ملوكي : المسؤولية عن الأشياء (١٢٤) .

(٦) سلطان : مصادر الالتزام (٣٧٢) ، وانظر : فرج : مصادر الالتزام (٤١٥) ، عطا الله : نظرية الالتزام (٢٤) .

قانوناً^(١) ، والذي لجأ إليه المقنن العربي بسبب الترجمة الحرفية لتصوص القانون الفرنسي غير دقيق في هذا المجال ، وذلك لعدة أسباب ، منها :

١ - أن مصطلح " الحراسة " ملتبس بغيره من معاني الحراسة ؛ فهناك الحراسة القضائية ، وهي كما عرفها الشيباب : " تدبير مؤقت غايته حفظ حقوق أصحاب المصلحة ، حتى يحسم النزاع بينهم " (٢) .

٢ - كما أن هناك عقد الحراسة الذي عرفه القانون المدني الأردني بأنه : " عقد يعهد بمقتضاه الطرفان الممتازان إلى آخر بمال ؛ ليقوم بحفظه وإدارته على أن يرده مع غلته إلى من يثبت له الحق فيه " (٣) ، وهناك الحارس الأجير الذي يستأجر لحفظ البيوت والحوادث والشوارع ، وقد عقد البغدادي له فصلاً في مجمع الضمانات ، وهو : " ضمان الحارس " (٤) ، ذكر فيه حالات ضمان من يستأجر لحفظ الخان ونحوه ، ومن يستأجر لحفظ الأمتعة ، وهذا هو المعنى المتبادر للفظ الحراسة .

٣ - ثم إن لفظ الحراسة قد يختلط بمصطلح الوديعة^(٥) ، والوديعة في الاصطلاح : " أمانة تركت للحفظ " (٦) .

٤ - كما أن الحراسة في اللغة يراد بها أمران : الأردنية الأولى : حفظ الشيء من التلف . ابداع الرسائل الجامعية الثاني : حفظه من أن يتسبب بإتلاف شيء آخر (٧) .

فالتعبير عن هذا النوع من المسؤولية بالحراسة لا يفي بالغرض .

(١) وقد ذكر ذلك قبلي الكثير من علماء القانون الوضعي ؛ كالدكتور أمجد منصور ، والدكتور إياد ملوكي ، والأستاذ الرحو .

(٢) أمجد : المسؤولية عن الجمادات (٥٧) ، الرحو : فكرة الحراسة (٤٨) ، ملوكي : المسؤولية عن الأشياء (١٢٨) .

(٣) الشيباب : أحمد إبراهيم مصطفى (١٩٩٦) الحراسة القضائية وأحكامها في الفقه الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي (١١) ، رسالة علمية قدمت لكلية الدراسات العليا بالجامعة الأردنية استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في القضاء الشرعي بإشراف الدكتور ذياب عبد الكريم عقل ، نوقشت وأجيزت بتاريخ (٢٣ / ١٢ / ١٩٩٦) .

(٤) المادة (٨٩٤) من القانون المدني الأردني ، كما تنص المادة (٧٣٤) من القانون المدني المصري على : " يلتزم الحارس بالمحافظة على الأموال المعهود إليه حراستها " .

(٥) البغدادي : مجمع الضمانات (٣٤) .

(٦) النقيب : المسؤولية عن الأشياء (١٨) .

(٧) القنوي : أنيس الفقهاء (٢٤٨) .

(٨) شنب : المسؤولية عن الأشياء (٦٥) ، الرحو : فكرة الحراسة (٤٨) ، ملوكي : المسؤولية عن الأشياء (١٢٦) .

أما مصطلح : " وضع اليد " ، فليس فيه تلك المحاذير التي في غيره ، وهو يدل على مسؤولية من له سلطة استعمال وتوجيه ومراقبة الشيء - التي أرادها القانونيون - دون التباس بغيره من المعاني .

يقول الدكتور النقيب : " الحراسة في معناها العادي المتداول في عرف الناس ، لا تصلح للتعبير عن حقيقة الحراسة كما هي معنية في نطاق المسؤولية عن فعل الشيء ولغايتها " ثم يضيف النقيب : " والمعنى العادي للحراسة قد يحمل على الالتباس ؛ إذ قد يمكن معه تصور التابع حارساً للشيء وهو الذي يستعمله فعلياً لحساب متبوعه ويرعاه حفاظاً عليه بحكم صفته ، في حين أن التابع لا يصح عده الحارس المسؤول عن الضرر والملزوم بالتعويض عنه " (١) .

ويقول الدكتور أمجد منصور : " نشير هنا إلى أن تعبير " ذي اليد " الذي استعمله المشرع الأردني مستوحياً إياه من الفقه الإسلامي قد جاء تعبيراً دقيقاً بحيث يمنع أن يختلط به غيره ، كما أن المعنى المتبادر إلى الذهن بشأنه يتطابق مع حقيقته الشرعية كما أرادها الفقهاء ، على النقيض من ذلك فإن تعبير الحراسة في الفكر القانوني يختلف المعنى المتبادر إلى الذهن منه عن حقيقته المقصودة في مجال المسؤولية عن الأشياء... " (٢) .

وقد أسهب فقهاؤنا في الكلام عن مسؤولية واضع اليد على الحيوان (٣) ، ومالك البناء أو متوليه ، إذ بحثه الكثير منهم تحت عنوان : " الحائض المائل " (٤) ، أما الآلات والأدوات فلم يتطرق لها الفقهاء المسلمون إلا يسيراً ، ويرجع بعضهم السبب في ذلك إلى أن عهدهم لم يكن عهد الآلة والتصنيع ، وعليه فلم تنشأ عندهم حوادث من هذا النوع كالحوادث الناجمة عن المباني والحيوانات (٥) .

أما القانون المدني الأردني فقد أفتى أثر الفقه الإسلامي عند الكلام عن جنائية الحيوان مستخدماً فيها مصطلح : " ذي اليد " ، إلا أنه استخدم مصطلح : " مالك البناء أو المتولي عليه " بالنسبة للبناء ، ومصطلح " التصرف " بالنسبة للأشياء ، وكانت عبارته : " من كان تحت تصرفه أشياء " .

(١) النقيب : المسؤولية عن الأشياء (١٨) .

(٢) أمجد : مصادر الالتزام (٣٢٥) .

(٣) انظر : الباجي : المنتقى شرح الموطأ (٦٤ / ٦) ، البهوتي : كشاف القناع (١٢٦ / ٤) .

(٤) انظر : السرخسي : المبسوط (٩٨ / ١٤) الكاساني : البدائع (٢٨٤ / ٧) ، البغدادي : مجمع الضمانات (١٨٢) ، الزيلعي : تبيين الحقائق (١٤٣ / ٧) ، الباجي : المنتقى شرح الموطأ (٦٤ / ٦) ، الدسوقي : حاشية الدسوقي (٤٢٤ / ٤) ، ابن فرحون : تبصرة الحكام (٣٣٩ / ٢) ، ابن مفلح : الفروع (٥١٧ / ٦) ، البهوتي : كشاف القناع (١٢٦ / ٤) .

(٥) الزحيلي : الضمان (٢٥٨) ، سراج : ضمان العدوان (٦١٥) .

تجزئة الحراسة في الفقه الإسلامي :

أقول : ونظرية التجزئة لا غبار عليها في الفقه الإسلامي ، ولهذا فرق الفقهاء - إذا تلف المغصوب بيد الغاصب - بين غصب العقار وغصب البهيمة في الضمان ، قال الإمام الطبري : " وإذا اغتصب داراً فسكنها أو لم يسكنها ، فاتهدمت الدار فليس عليه شيء ؛ وذلك أنه لم يجرحها ولم يهدمها ، وقالوا في الحيوان كله : إذا مات من غير أن يستخدمه أو يستعمله فعليه الضمان " (١) ، ويقول الشيخ علي الخفيف عن بعض مسائل التلّف بسقوط البناء : " والمسؤول في هذه الحال مالك البناء وناظر الوقف ؛ إن كان البناء وقفاً ، وولي اليتيم إن كان ليتيم ، والقيم على ضعيف الأهلية إن كان لضعيف أهلية ، دون المستأجر والمستعير ؛ لعدم ولايتهم في النقص والإزالة " (٢) .

على أنني أرى أن انفريق بين مصطلحي وضع اليد بالنسبة للحيوان والمنك والتولي بالنسبة للبناء لم تأت اعتباراً أو عفواً ، بل لاعتبار الفقهاء لما يسمى اليوم بتجزئة الحراسة ؛ فاعتبروا وضع اليد بالنسبة للحيوان ؛ لأن جناية الحيوان غالباً لا تكون إلا بتقصير من واضع اليد ، أما البناء فإن معظم الضرر الناشئ عنه من خلل فيه ، وذلك لا يكون التقصير فيه من مستأجر ولا مستعير ولا حتى غاصب ، بل من المالك نفسه .

ولهذا اشترط الحنفية والمالكية (٣) رضمان مالك البناء بشروط ؛ منها : التقدم (٤) والإشهاد ، أي : أن يتقدم (ويشهد على ذلك) شخص إلى مالك البناء ويعلمه بأن حائطه مائل أو آيل للسقوط ، واشترطوا في هذا التقدم أن يكون إلى من يملك التصرف في البناء ؛ كالمالك وقيم الوقف والولي والراهن والوارث ، قالوا : ولا يكفي التقدم إلى المستأجر والمستعير والمرتهن والوديع ؛ لأنهم لا يملكون نفض البناء ولا إصلاحه (٥) .

وعلى هذا فإن حراسة الاستعمال لا تكون في الحيوان إلا للمستعمل أو الحائز أو واضع اليد عليه ، سواء أكان مانكاً أم غيره ، وفي البناء قد يكون الضرر نشأ عن الاستعمال فيتحمله

(١) الطبري : اختلاف الفقهاء (١٧٥) .

(٢) الخفيف : الضمان (٢٥٤) .

(٣) انظر : السرخسي : المبسوط (٩٨ / ١٤) الكاساني : البدائع (٢٨٤ / ٧) ، البغدادي : مجمع الضمانات (١٨٢) ، الزيلعي : تبيين الحقائق (١٤٣ / ٧) ، مالك : المدونة (٤٤٧ / ٦) ، الباجي : المنتقى شرح الموطأ (٦٤ / ٦) ، ابن فرحون : تبصرة الحكام (٣٣٩ / ٢) .

(٤) وقد عرفت المجلة التقدم في المادة (٨٨٩) ب : " التنبيه والتوصية أولاً بدفع وإزالة مضرّة مظنونة " .

(٥) انظر : العثماني : رحمة الأمة (٤٧٩) ، والمراجع السابقة نفسها .

المستعمل أو واضع اليد ، وفي الغالب يكون ناشئاً عن خلل أصلي في البناء (خاصة إذا كان الكلام عن سقوط الحائط المائل) فلا يتحمله إلا المالك .

كما أن في تغريم صاحب المطعم الذي انفجرت اسطوانة الغاز في مطعمه بسبب رداءة الصنع أو خلل فيه ، إجحاف كبير له ، وكذلك تغريم الميكانيكي الذي يصلح السيارة إذا أدت إلى أضرار بالغير بسبب عطل كهربائي فيه ظلم كبير ومجانب للعدالة .

وما ذكره الفريق الأول القائل بوحدة الحراسة : إن القول بالتجزئة يؤدي إلى عبء المتضرر وإتقال كاهله بالإثبات ، أقل ضرراً من أن يسأل عن الضرر شخص برئ لا علاقة له بالضرر .

حكم نظريات الحراسة الوضعية في الفقه الإسلامي :

وتوافق نظرية الحراسة الفعلية الفقه الإسلامي في تضمين واضع اليد أو الحارس السارق للشيء أو غاصبه ، وفي هذا يقول الإمام مالك : " رأيت إذا مال الحائط وفي الدار سكان وليس رب الدار حاضراً ، والدار مرهونة أو مكتراة على من يشهدون ؟ قال : إذا كان رب الدار حاضراً فلا يتفعم الإسهاد إلا عليه ، وإن كان غائباً رفعوا أمرهم إلى السلطان ، ولا يتفعم الإسهاد على السكان " (١) ، وقال الشربيني : " ويجب على السارق رد ما أخذه إن كان باقياً لخبر أبي داود : " على اليد ما أخذت حتى تؤديه " (٢) ، فإن تلف ضمنه ببذله جبراً لما فات " (٣) .

وجاء في كتاب " مطالب أولي النهى " عند الكلام عن حوادث اصطدام السفن : " وإن كانت إحداهما - أي السفينتين المصطدمتين - واقفة وكانت الأخرى سائرة ، واصطدمتا فغرقتا ، فلا ضمان على قيم الواقفة ؛ لأنه لم يتعد ولم يفرط ، أشبه النائم في الصحراء إذا عثر به آخر فتلف ، وضمنها أي : الواقفة وما فيها ، قيم السائرة إن فرط ... ؛ فإن لم يفرط فلا ضمان " (٤) .

ويقول البهوتي في هذه المسألة : " وأما قيم الواقفة فلا ضمان عليه ؛ لأنه لم يوجد منه تعد ولا تفريط " (٥) .

(١) مالك : المدونة (٦ / ٤٤٧) .

(٢) الحديث : سبق تخريجه .

(٣) الشربيني : الإقناع (٢ / ٤٧٥) .

(٤) الرحباني : مصطفى بن سعد بن عبده : مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى ، نشر المكتب الإسلامي ، (٩٣ / ٤) ، نشر : المكتب الإسلامي ، وانظر في هذا المعنى ذاته : البهوتي : منصور بن يونس : شرح منتهى الإرادات ، (٢ / ٣٣٢) ، البهوتي : كشف القناع (٤ / ١٣١) .

(٥) البهوتي : كشف القناع (٤ / ١٣١) .

فأنت ترى من هذين النصين تعليق الضمان على وجود التعدي أو التقصير ، وهي نفس أحكام الإتلاف بالتسبب في انقضاء العقد الإسلامي التي سبق الكلام عنها .
 وهذا الحكم يتفق مع ما ذكره شراح القانون الوضعي من أن السيطرة الفعلية على الشيء إذا كانت للتابع الذي يعمل لمصلحة المتبوع ، وحصل الضرر فهو من ضمان المتبوع (١) .
 ولكن هذا مقيد بما إذا كان فعل المتبوع تسبباً ولم يصدر منه تعد أو تقصير ، وإلا فهو ضامن ما سببه من ضرر ، أما الضرر المباشر فهو من ضمان المباشر تابعاً كان أم متبوعاً ، وهو ما قرره الإمام الرملي في نهايته : " من كان مع دابة أو نواب في طريق مثلاً ، ولو مقطورة ؛ سائقاً أو قائداً أو راكياً سواء أكانت يده عليها بحق أم بغيره ، وإن لم يكن مكلفاً ، أو فناً أن سببه أم لا كما شمله كلامهم ، ... " (٢) ، ثم قال : " ... ويستثنى من إطلاقه ما لو نخسها غير من معها ، فضمان إتلافها على الناخس ما لم يأذن (أي الراكب) له فيه ، وإلا فعليه (٣) ، ولو ردها راد تعلق ضمان ما أتلفته بعده الراد ، وما لو غلبته فاستقبلها آخر وردها فإن الراد يضمن ما أتلفته في انصرافها " (٤) .

وإن اتفق هذا الحكم مع ما ذهب إليه الشريعة الإسلامية ، إلا أن التعليل مختلف ؛ فالعنة في الشريعة أن الخادم والأجير يدهما على الشيء يدرأمانة ، والأمين لا يضمن إلا بالتعدي أو التقصير ، قال الإمام الموصلي عن الأجير : " والمال أمانة في يده ؛ لأنه قبضه بإذن مالكة فلا يضمنه " (٥) .

ومن الفروع الفقهية التي ذكرها الفقهاء في هذا ، عدم ضمان الخادم في المنزل تخريق الثوب من غسله ، و إفساد الطعام بطهوه (٦) .

تعدد الحراس :

وفي حال تعدد الحراس في انقضاء العقد الإسلامي فكلهم مسؤول ، ومن الأمثلة على ذلك ما ذكره البغدادي في مجمع الضمانات : " ولو وجد قتيل في دار مشتركة ؛ نصفها لرجل ، وعشرها لرجل ، ولآخر ما بقي ، فالدية على رؤوس الرجال بمنزلة الشفعة (١) " (٢) .

(١) الدبر : مسؤولية الإنسان (١٤٨) .

(٢) الرملي : نهاية المحتاج (٣٨ / ٨) .

(٣) لأنه الناخس متسبب ، وبالإذن من الراكب يزول التعدي فلا ضمان عليه .

(٤) الرملي : نهاية المحتاج (٣٩ / ٨) .

(٥) الموصلي : الاختيار (٤٠٤ / ١) .

(٦) فيض الله : الضمان (١٧٤) ، وانظر هذه المسألة وأشباهاها في : البغدادي : مجمع الضمانات (٤٩) ، الموصلي : الاختيار (٤٠٤ / ١) .

المبحث الثالث

الأشياء والآلات

وفيه ثلاثة مطالب :

جميع الحقوق محفوظة
 المطلب الأول : الأشياء والآلات في اللغة الأوردنية
 المطلب الثاني : الأشياء والآلات في القانون الوضعي
 المطلب الثالث : الأشياء والآلات في الفقه الإسلامي .

تمهيد

قبل أن أشرع في بيان المعنى اللغوي والاصطلاحي للأشياء والآلات ، أود أن أذكر أن هذا المصطلح : " الآلات والأشياء " ليس محل اتفاق بين القوانين والمؤلفين ، فبعضهم اقتصر على كلمة : " الأشياء " بعمومها ^(١) ، وبعضهم قيدها ببعض القيود ؛ كالأشياء غير الحية ^(٢) ،

(١) هذه المسألة خلافية ؛ وملخصها : إذا ثبت حق الشفعة لعدة أشخاص وحصصهم متفاوتة ، فهل تقسم الشفعة على عدد الأشخاص بالتساوي أم على قدر حصصهم من المال ؟ فقال بالقول الأول الحنفية والشافعية في قول واختاره المزني وهو أحد قولين للإمام أحمد ؛ أما القول الآخر فهو للمالكية والأصح من قولي الشافعية والقول الآخر للإمام أحمد ، انظر : مالك : المتنونة (٤٠٠ / ٥) ، الكاساني : البدائع (٦ / ٥) ، الباجي : المنتقى (٦ / ٢١١) ، ابن قدامة : المغني (٥٢٣ / ٥) ، القفال : حلية العلماء (٢٩١ / ٥) ، العثماني : رحمة الأمة (٣٣٦) ، ابن رشد : بداية المجتهد (٢٦٣ / ٢) ، وقد علل الحنفية مذهبهم بما قاله الإمام الموصلي : " ... فالشفعة للباقيين على السواء ؛ لاستوائهما في السبب وهو الاتصال ، ألا ترى أنه لو انفرد أحدهم أخذ الجميع ، فدل على استوائهم في السبب ، وكذا المعنى يشملهم وهو لحوق الأذى فيستوون في الاستحقاق ، وكذا لو كان لهما جاران أحدهما ملاصق من ثلاثة جوانب والآخر من جانب واحد ، فهما سواء لاستوائهما في لحوق الضرر والسبب " ، الموصلي : الاختيار (٣٨٩ / ١) .

(٢) البغدادي : مجمع الضمانات (١٧٣) .

أو الأشياء الخطرة^(٢) ، وبعضهم استخدم كلمة : " الجماد " أو " الجمادات " ^(٣) ، واستعمل الفقه والقضاء الفرنسيان عبارة " الأشياء الجامدة " ^(٤) ، كما أنه يوجد من استخدم مصطلح الأشياء والآلات ^(٥) .

المطلب الأول : مفهوم الأشياء والآلات :

أولاً : الأشياء لغة ^(٦) :

قال ابن منظور عن الشيء : " وهو يقع على كل ما أخبر عنه " ^(٧) ، وجاء في المعجم الوجيز : " الشيء : ما له وجود ، أو : ما يتصور ويخير عنه " ^(٨) ، وفي المصباح المنير : " والشيء في اللغة عبارة عن كل موجود ؛ إما حساً كالأجسام ، أو حكماً كالأقوال ، نحو : قلت شيئاً " ^(٩) ، وقال الإمام الجرجاني في تعريف الشيء : " هو الموجود الثابت المتحقق في الخارج " ^(١٠) .

ثانياً : الآلات لغة :

تطلق الآلة في اللغة ويراد بها أكثر من معنى ، فمن معانيها : الشدة ، والجنابة ، وتطلق كذلك على سرير الميت ، وبها فسر قول كعب بن زهير :

كل ابن أنتى وإن طالت سلامته ~~جامدة~~ الأيوما على آلة حذباء محمول
وآل الخيمة عفاها ~~كوالآلة واحدة الآل والآلات~~ ، وهي أخشاب تبني عليها الخيمة ، ومنه قول كثر في وصف ناقه :

وَتُعْرَفُ إِنِّ ضَلَّتْ ، فَتُهْدَى نَرْبَهَا لموضع آلات من الطلح أربع
فشبهه قوائم الناقه بالخشاب التي تبني عليها الخيمة لعظمها .

^(١) كالدكتور محمد لبيب شنب في رسالته : " المسؤولية عن الأشياء " ، والدكتور عاطف النقيب في كتابه : " النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن فعل الأشياء في مبادئها القانونية وأوجهها العملية " ، والدكتور إيباد ملوكي في رسالته : " المسؤولية عن الأشياء وتطبيقها على الأشخاص المعنوية بوجه خاص " ، والدكتور يحيى أحمد موافي في كتابه : " المسؤولية عن الأشياء في ضوء الفقه والقضاء " .

^(٢) كما فعل أبو هزيم في رسالته : " المسؤولية عن الأشياء غير الحية " .

^(٣) كما فعل الدكتور يعقوب في رسالته : " المسؤولية عن استعمال الأشياء الخطرة في القانون الكويتي " .

^(٤) كما فعل الدكتور أمجد محمد منصور في كتابه : " المسؤولية عن الأضرار الناجمة عن الجمادات " ، والدكتور إبراهيم فاضل الدبو في كتابه : " مسؤولية الإنسان عن حوادث الحيوان والجماد ، إلا أنه يلتزم العذر للدكتور الدبو باختياره لفظ " الجماد " ذلك أنه جمع أحكام الأشياء والآلات والبناء والبنر والشجر والسفن أو كل ما هو جماد .

^(٥) ملوكي : المسؤولية عن الأشياء (٢٣) .

^(٦) كاستاذنا الدكتور وهبة الزحيلي في كتابه : " المسؤولية الناشئة عن الأشياء والآلات " .

^(٧) الجرجاني : التعريفات (١٧٠) .

^(٨) ابن منظور : لسان العرب (١ / ١٠٤) .

^(٩) مجمع اللغة العربية المصري (١٤١١ - ١٩٩٠) ، المعجم الوجيز (٣٥٦) .

^(١٠) الفيومي : المصباح المنير (١٢٦) .

^(١١) الجرجاني : التعريفات (١٧٠) .

والآلة : الأداة ، والجمع الآلات . والآلة كذلك : ما اعتملت به من الأداة ، يكون واحدا وجمعا (١) .

وعرفها الإمام الجرجاني بأنها : " الواسطة بين الفاعل والمنفعل في وصول أثره إليه ؛ كالمشمار للنجار " (٢) .

وتكلم الفقهاء عن الآلة في كثير من أبواب الفقه ، فتكلموا عن آلة الذبح في مباحث الذبح (٣) ، وآلة الجلد في الحدود والتعازير ، كما تكلموا عن آلات اللهو ؛ كالتبيل والمزمار والعود ، وآلات اللعب ؛ كالشطرنج والنرد ، كما ذكروا آلات الجهاد وحكم إعدادها (٤) ، وحكم الزكاة في آلات العمال ، وعن آلة القصاص في مباحث الجنائيات وعن الآلة في جنائية القتل (٥) ، ومرادهم في كل ذلك الأدوات .

المطلب الثاني : الأشياء والآلات في القوانين الوضعية :

أولاً : الأشياء في القوانين الوضعية :

لقد بينت في التمهيد أن عموم كلمة " الأشياء " ليس مراداً لدى واضعيها ، كما أن هناك أموراً لا يمكن أن تكون مشمولة بالمعنى الاصطلاحي للشيء ؛ كجسم الإنسان ، فيما إذا نتج الضرر من إنسان لآخر بجسمه دون مداخلة شيء آخر (٦) ، فضلاً عن أحكام المسؤولية التي تنظم الفعل الشخصي وفعل الغير والحيوان والبناء ، وكذلك الأشياء المهلة التي لا مالك لها لا تخضع لأحكام حراسة الأشياء ؛ إذ لا يوجد من وضع اليد عليها ممارساً سلطة الحراسة ، وذلك بخلاف الأشياء المملوكة التي تركها صاحبها (٧) .

بل إن معنى الأشياء في الفقه والقضاء الفرنسيين كان محور نقاش طويل ، حتى استقر الأمر في فرنسا على اعتبار جميع الأشياء تخضع لمبدأ الحراسة ، إلا ما نظمت أحكامه بقانون خاص (٨) .

وقبل استقرار القضاء الفرنسي على القول بعموم الأشياء ، كان النزاع قد وقع في

(١) انظر : ابن منظور : لسان العرب (١١ / ٣٩) ، الموسوعة الفقهية الكويتية : (١٠٨ / ١) .

(٢) الجرجاني ، التعريفات (٥٠) .

(٣) ابن حزم : المحلى (٦ / ١٤٢) ، الباجي : المنتقى (٣ / ١٢١) .

(٤) السرخسي : المبسوط (١٠ / ٤٢) ، الباجي : المنتقى (٢ / ١٠٨) .

(٥) الباجي : المنتقى (٧ / ١١٨) .

(٦) النقيب : عاطف (١٩٨١) النظرية العامة للمسؤولية عن فعل الأشياء في مبادئها القانونية وأوجهها العملية (١٢٤) ، الجزائر - ديوان المطبوعات الجامعية ، بيروت - باريس : منشورات عويدات ، الطبعة الثانية .

(٧) النقيب : المسؤولية عن فعل الأشياء (١٢٩) ، موافي : المسؤولية عن الأشياء (١٠٧) .

(٨) حمزة : العمل غير المشروع (٢٢٣) .

اعتبار الأشياء العقارية عدا البناء (حيث وقع الاتفاق على الأشياء المنقولة) ، وترجح عندهم اعتبار الأشياء المنقولة والعقارية ، كما وقع خلاف أيضاً حول اشتراط العيب الذاتي في الشيء ليتمكن تطبيق هذه المادة (١) ، واستقر الأمر على عدم اشتراط ذلك ، وأخيراً وقع الخلاف في اشتراط الخطورة بالشيء (الخطر بنفسه أو بالظروف المحيطة) لتطبيق أحكام الحراسة عليه ، واستقر الأمر عندهم - كما سبق القول - بخضوع جميع الأشياء لمبدأ الحراسة .

ولهذا فإن عملية تعريف الشيء اصطلاحاً لا تصح إلا بعد معرفة الأشياء التي تخضع لحكم هذه المادة ، وغالب التعريفات التي وردت للشيء ينقصها الصناعة اللفظية ، ومعظمها يقع في الدور ، فعرف بعضهم الشيء بقوله : " كل شيء مادي غير حي ، عدا البناء " (٢) ، ولا شك بأن هذا التعريف يستثني انبثات من دخولها تحت مسمى الأشياء ، وهذا غير سليم . كما عرفه بعضهم بأنه : " كل شيء مادي غير حي متى كان آلة ميكانيكية ، أو كان شيئاً غير ذلك ، تتطلب حراسته عناية خاصة " (٣) .

وبمراجعة سريعة للنصوص القانونية لمعرفة الأشياء التي تشملها أحكام الحراسة ، نجد اتجاهين اثنين في هذا المجال (٤) الخ حقوق محفوظة

الاتجاه الأول : ويرى أنه لا يترتب على الإنسان أية مسؤولية عن الأشياء التي تحت حراسته ، إلا إذا كان الشيء خطراً ، أو يحتاج إلى عناية خاصة ، إذ عبرت معظم القوانين عن هذا القيد بعبارة : " أشياء تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها . . . " (٥) .

ويمثل هذا الاتجاه القانون الأردني ، والقانون المصري ، والقانون السوري ، والقانون الفرنسي في بداية أمره (٦) .

(١) وأول ما ظهر هذا القيد في حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في (١٦ / ٦ / ١٨٩٦ م) ، ولكن المحاكم الفرنسية سارعت بعد عقدي من الزمن إلى إلغائه ، رفاعي : الضرر كأساس (٩٢) ، وانظر : سيد : المسؤولية عن فعل الأشياء (٩٣) .

(٢) وممن عرفه بهذا التعريف : أبو هزيم : المسؤولية عن الأشياء غير الحية (٥٨) ، واليعقوب : المسؤولية عن الأشياء الخطرة (٥٢) .

(٣) سوار : مصادر الالتزام (١٧٢) ، أمجد : المسؤولية عن الجمادات (٨٣) .

(٤) انظر هذه الاتجاهات ، ومن قال بها ، ومناقشتها في : شنب : المسؤولية عن الأشياء (٥١) ، رفاعي : الضرر كأساس (٦٥٣) ، حمزة : العمل غير المشروع (٢٢٣) ، اليعقوب : المسؤولية عن الأشياء الخطرة (٦١) ، الرحو : فكرة الحراسة (٢٥) ، ملوكي : المسؤولية عن الأشياء (٢٢) ، أبي هزيم : المسؤولية عن الأشياء غير الحية (٥٨) ، التقيب : المسؤولية عن فعل الأشياء (١٣٧) ، خليل : عزة محمود أحمد (١٩٩٤) مشكلات المسؤولية المنفية في مواجهة فيروس الحاسوب " دراسة مقارنة في القانون المدني والشريعة الإسلامية " (١٤١) ، سرور : محمد شكري (١٩٨٣) مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته الخطرة (٨) ، الطبعة الأولى ، القاهرة - دار الفكر العربي .

(٥) من نص المادة (٢٩١) من القانون المدني الأردني .

(٦) أمجد : المسؤولية عن الجمادات (٨٧) .

الاتجاه الثاني : يعمم هذه المسؤولية على جميع الأشياء غير الحية - باستثناء ما ورد ذكره بقانون خاص (كالبناء) - ، ولا تفرق بين الشيء الخطر وغير الخطر ؛ وذلك كقانون الموجبات والعقود اللبناني (١) ، والقانون الجزائري (٢) ، والقانون الإيطالي (٣) ، والقانون التونسي والمراكشي (٤) ، وعليه استقر الأمر في الفقه والقضاء الفرنسي ؛ إذ نصت الفقرة الأولى من المادة (١٣٨٤) ، على أن : " انمرء لا يسأل فقط عن الأضرار الناشئة عن فعله الشخصي ، بل عن الأشياء الموجودة في حراسته " (٥) ، ولم يستثن من ذلك إلا ما نظمت أحكامه بقانون خاص ؛ كالأبنية التي تظمت أحكامها المادة (١٣٨٦) ، وكالطائرات التي نظمت أحكامها بقانون خاص صدر في العام (١٩٢٤) ، وأنوات البرق والتلغراف التي نظمت بقانون خاص - أيضاً - صدر في العام (١٩٤١) (٦) .

ما هو معيار الخطورة ؟

ولكن السؤال الوارد هنا : ما هو معيار التفرقة بين الشيء الخطر وغير الخطر ؟ أو بعبارة أخرى : متى يكون الشيء خطراً ومتى يكون عادياً ؟ وعلى حسب تعبير القانون المدني

الأردني فالسؤال هو : متى يحتاج الشيء عناية خاصة ؟

يقول الدكتور أشرف جابر سيد : " ويمكن التمييز في خصوص تحديد المقصود بالشيء الخطر بين نوعين من الأشياء الخطرة هما : الأشياء الخطيرة بحسب ظروف الحادث وملايساته ، والأشياء الخطرة بطبيعتها " (٧) .

ومن الأمثلة على الشيء الخطر بسبب ظروف الحادث وملايساته الشجرة والسيارة والدرج وبركة السباحة ؛ فالشجرة مغروسة في مكانها شيء عادي ، فإذا ما اقتلعتها الريح وألقت بها في عرض الطريق أصبحت شيئاً خطراً ، والدرج شيء عادي ، فإذا ما انسكب فيه مادة زيتية تجعل الانزلاق فيه أمراً متوقعاً فيصبح شيئاً خطراً ، وهكذا (٨) .

(١) في المادة (٢٣١) من قانون الموجبات والعقود ، ونصها : " حارس الجوامد المنقولة وغير المنقولة ، يكون مسؤولاً عن الأضرار التي تحدثها تلك الجوامد " .

(٢) حمزة : العمل غير المشروع (٢٣٢) .

(٣) إذ تنص المادة (٢٠٥١) من القانون المدني الإيطالي الصادر عام (١٩٤٢) على : " كل شخص يكون مسؤولاً عن الضرر الذي تحدثه الأشياء التي في حراسته ، إلا إذا أثبت الحادث الفجائي " .

(٤) مرقس : الوافي (١٠٥٦ / ٢) .

(٥) شنب : المسؤولية عن الأشياء (٥١) .

(٦) شنب : المسؤولية عن الأشياء (٥١) .

(٧) سيد : أشرف جابر (٢٠٠٢) المسؤولية عن فعل الأشياء المستخدمة في تنفيذ العقد (٨٨) ، دار النهضة العربية .

(٨) انظر : سيد : المسؤولية عن فعل الأشياء (٨٩) ، حمزة : العمل غير المشروع (٢٣٤) ، سرور : مسؤولية المنتج (٧) ، مرقس : الوافي (١٠٥٩ / ٢) ، سوار : مصادر الالتزام (١٧٢) ،

أما الأشياء الخطرة بطبيعتها ؛ فكالأسلحة والمناجل والفؤوس والمواد الكيماوية والمتفجرات .

وقد اختلف شراح القانون الوضعي أيضاً في أي النوعين المراد بالمادة أهو الخطر بطبيعته أم بظروفه وملابساته ؟ فبعضهم قال بالتوعين ، وبعضهم اقتصر على ما كان خطراً بطبيعته فقط (١) .

وبناءً على الخلاف السابق فقد أخذ القانون المدني المصري والأردني بالعموم الجزئي للشيء الخطر ، وأعني به ما كان خطراً بطبيعته وما كان خطراً بظروفه وملابساته ، وإنما قلت العموم الجزئي ؛ لأن بعض التشريعات العربية ، كالقانون اللبناني والتونسي والمغربي قد أخذت برأي القانون الفرنسي من تعميم الحراسة على جميع الأشياء خطرة كانت أم لا (٢) .

ويرى بعضهم اعتبار العرف معياراً لتتميز بين الخطر وغير الخطر ، يقول أبو هزيم : " والواقع أن هناك (معيار بسيط) (٣) وهو الرأي العام ، فما تعارف عليه الناس بأنه خطر فهو خطر " (٤) .

والحق أن هذا المعيار من أشد المعايير اضطراباً؛ فبركة السباحة للذي لا يجيد السباحة أخطر من قنبلة نووية ، أما الذي يجيدها فهي بالنسبة له نزهة أو سياحة ، فما هو الرأي العام في بركة السباحة (٥) ؟ مركز أبحاث الرسائل الجامعية

ثانياً : الآلات في القوانين الوضعية :

لم يرد نص في القوانين العربية يبين المراد بالآلات الميكانيكية (٦) ، ولفظ : " الميكانيكية " ليس عربياً ، وإنما هو مقتبس من اللغات الأجنبية ، وهذا اللفظ يعني : " كل ما يتعلق بقوانين الحركة والتوازن " (٧) .

(١) هذا الرأي للفرنسي ريبير ، وقد نقله عنه الدكتور جلال حمزة ، حمزة : العمل غير المشروع (٢٢٧) .
 (٢) أمجد : المسؤولية عن الجمادات (٨٣) وما بعدها ، سوار : مصادر الالتزام (١٧٢) .
 (٣) هكذا هي في الأصل ، ولا يخفى على القارئ اللبيب خطؤها .
 (٤) أبو هزيم : المسؤولية عن الأشياء (٦٠) ، وانظر : شنب : المسؤولية عن الأشياء (٧١) .
 (٥) وقد قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها بتاريخ (١٥ / ١ / ١٩٨٩ م) في الطعن رقم (١٧٨١) سنة (٥٦ ق) مجموعة الأحكام : باعتبار أن حمام السباحة من الأشياء الخطرة بظروفها وملابساتها ؛ إذ قال : " ... ومثل هذا الحمام يعتبر شيئاً خطراً في مثل هذه الظروف ... " ، انظر : مرقس : الوافي (١٠٦٢ / ٢) ، أمجد : المسؤولية عن الجمادات (٨٥) .

(٦) شنب : المسؤولية عن الأشياء (٥٥) ، اليعقوب : المسؤولية عن الأشياء الخطرة (٥٤) ، الرحو : فكرة الحراسة (٢٩) .

(٧) شنب : المسؤولية عن الأشياء (٥٤) ، ملوكي : المسؤولية عن الأشياء (٢٨) .

ولكن لم يخل الأمر من محاولات لبعض الباحثين في بيان المراد من الآلات الميكانيكية ؛ فعرفها الدكتور أمجد منصور بأنها : " التي تدار بمحرك ذاتي ؛ أي كان نوعها ، وأي كان مصدر الطاقة التي تحركها ؛ كالكهرباء أو الماء أو البخار أو الهواء أو البترول أو الطاقة الشمسية " (١) .

وعرف محمد لبيب شنب الآلة الميكانيكية وتابعه على ذلك اليعقوب بأنها : " الآلة المزودة بقوة دافعة - باستثناء يد الإنسان (٢) - سواء أكانت تلك القوة هي البخار أو الكهرباء أو البترول أو المياه أو الهواء " (٣) .

وعرفها الدكتور موافي بقوله : " هي الأجسام الصلبة ، وتستخدم لتحويل عمل إلى عمل آخر ، وهي تستمد حركتها من محرك " (٤) .

والحق أن وصف الآلات بأنها أجسام صلبة ليس سديدا ، وإن كان الغالب على الآلات كونها من الأجسام الصلبة ، فإن هذا لا يعني إدراجها في التعريف .

وعرفها الدكتور جلال حمزة بقوله : " هي الأشياء التي تكون مزودة بمحرك لا تعمل إلا به ؛ كالسيارات والقطارات والدراجات النارية ، أو تلك التي لا تزود بمحرك ، ولكنها تعمل بشكل آلي ؛ كالأسلحة الأوتوماتيكية من بنائق ورشاشات ومسدسات وغيرها " (٥) .

فالآلة الميكانيكية هي مجموعة من الآلات أو الأدوات صلبة أو سائلة أو غازية ، وتستمد حركتها من محرك أو قوة دافعة ؛ كالماء أو الغاز أو الكهرباء أو الطاقة الذرية أو النووية ، وبغض النظر عن المادة المصنوعة منها ، ولا يضر أن تكون منقولا أو جزءا من عقار ؛ كالمصاعد الكهربائية ، أو الأبواب التي تفتح بطريقة تلقائية ، وسواء أكان لها محرك واحد أم أكثر ، أو تدار بطريقة يدوية أم بطريقة آلية ميكانيكية ، أم بجهاز التحكم عن بعد (كبتترول) ، بل وحتى لو لم تحتو على محرك (كالدراجة الهوائية) بأن كانت تعمل على قوة الضغط ، أو الفعل وردة الفعل (٦) .

(١) أمجد منصور : المسؤولية عن الجمادات (٨٣) .

(٢) أو قوة الحيوان ، انظر : ملوكي : المسؤولية عن الأشياء (٢٩) .

(٣) شنب : المسؤولية عن الأشياء (٥٤) ، اليعقوب : المسؤولية عن الأشياء الخطرة (٥٣) .

(٤) موافي : المسؤولية عن الأشياء (٣٠) ، وعرفها بمثل هذا التعريف الرحو : فكرة الحراسة (٣٠) .

(٥) حمزة : العمل غير المشروع (٢٣٧) .

(٦) انظر : أمجد : المسؤولية عن الجمادات (٨٣) ، الرحو : فكرة الحراسة (٣٠) .

ولهذا كله فقد أحسنت التشريعات التي لم تورد تعريفاً للآلة الميكانيكية ، حتى تفسح المجال أمام القضاء في اختيار المناسب ؛ لأن تقييد المراد بالآلة الميكانيكية لا يتفق وحركة التقدم العلمي والتطور التكنولوجي التي لا تتوقف (١) .

وإن كان الذي يراه الباحث هو الوقوف على كلمة الأشياء فحسب ، خطرة كانت أم لا ، تحتاج عناية خاصة أم لا ، ويدخل في ذلك الأدوات والآلات الميكانيكية وغيرها ؛ وذلك لإعطاء المرونة للقضاء وعدم تقييده وحيرته في اعتبار هذا الشيء يحتاج عناية خاصة أم لا ، واعتبار هذا الشيء آلة ميكانيكية أم لا .

يقول الأستاذ محمد سعيد الرحو : " إننا نرى إذا كان هناك ما يبرر اقتصار تلك النصوص على شمول بعض الأشياء دون غيرها بنطاقها في زمن تشريعها ، فإنه لا مبرر لاستمرار هذا الاقتصار على تلك الأشياء دون سواها ونحن على أبواب القرن الحادي والعشرين ، وهذه الثورة الصناعية التكنولوجية التي جعلت الآلات في تطور مضطرد ، فلم يعد صالحاً أن نميز بين تلك الأشياء لإمكان سريان النص القانوني على بعضها دون البعض الآخر ، وقد أن الأوان لإطلاق هذه النصوص لكي تحمي المواطن من أضرار تلك الأشياء التي بدأت تزداد مع ازدياد تلك الآلات والمخترعات والعلوم والتكنولوجيا ، وإلغاء تلك القيود التي جعلتها أسيرة الآلات الميكانيكية والأشياء التي تتطلب العناية الخاصة (٢) .

المطلب الثالث : الأشياء والآلات في الفقه الإسلامي :

لم يرتب الفقه الإسلامي المسؤولية على الجمادات ، وإنما رتب المسؤولية على واضع اليد عليها (أو الحارس) ضمن القواعد العامة في الضمان ، وهي قواعد المباشرة والتسبب في الفقه الإسلامي .

ويرى بعض الفقهاء أنه يوجد في الفقه الإسلامي ما يشير إلى التفرقة بين الأشياء الخطرة والأشياء غير الخطرة ، يقول الدكتور محمد فوزي فيض الله : " يمكن القول هنا ، بأن الشريعة الإسلامية قد يبدو في نصوصها ما يشير إلى التفرقة بوجه عام ، بين الأشياء الخطرة والأشياء غير الخطرة ، مما يصح أن تبنى عليه تفرقة في أحكام الضمان والتعويض " (٣) .

واستدل الأستاذ الدكتور فيض الله على ما ذهب إليه :

أ - بما ورد في الصحيحين عن سيدنا أبي موسى الأشعري ؓ قال : قال رسول الله ﷺ

(١) انظر : شنب : المسؤولية عن الأشياء (٥٤) .

(٢) الرحو : فكرة الحراسة (٤٦) .

(٣) فيض الله : نظرية الضمان (١٨٦) ، وواقفه الشيخ الزرقا ، النعل الضار (١٧١) .

: " من مر في شيء من مساجدنا أو أسواقنا ، ومعنه نبل ، فليمسك - أو ليقبض - على نصالها بكفه ، أن يصيب أحداً من المسلمين منها شيء " (١) .

ب - واستدل كذلك بما جاء من فروع الشافعية أنهم فرقوا في جناية الحيوان ، فرقوا بين الحيوان العادي والخطر ، وأن الحيوان العادي يضمن واضع اليد عليه ما يتلفه ، سواء أكان مالكا أم مستأجراً أم غاصباً ، أما الحيوان الخطر فيضمن ذو اليد عليه إذا سببه أو قصر في ربطه إذا كانت العادة جارية في حفظ مثله .

ثم علق الباحث الفاضل بعد ذكر هذين الدليلين بقوله :

" فالحديث الصحيح المذكور وهذا الفرع الفقهي ، يشير إلى أن الخطرات من الحيوان ومن الأشياء ؛ كالنبال في زمانهم والبنادق في زماننا من كل ما يخشى ضرره ، وتتحقق إصابته بأخف لمس وأقل خطأ ، ويدخل في ذلك الآلات الأوتوماتيكية الكهربائية ونحوها ، مما تحتاج عناية خاصة في الحفظ والاستعمال ، واتخاذ الحيطة اللازمة ... وبناءً على ذلك يكون الضرر الذي يلحقه الحيوان الخطر ، والسلاح الناري ، والآلة الأوتوماتيكية ، بالأنفس والأموال مضموناً على صاحبه في كل حال ، في الليل والنهار ، ما لم يثبت أنه بذل العناية المطلوبة ... " (٢) .

وأقول تعليقا على ما قاله الأستاذ الفاضل : إن كان يقصد أن الرسول الكريم ﷺ قد فرق بين الأشياء الخطرة وغير الخطرة في أصل الضمان فهذا كلام غير دقيق ، وإن كان يقصد التفرقة بينهما في الحفظ فهذا ما يؤيده الباحث ؛ لأن الأمر من رسول الله ﷺ لمن كان معه نبل أو شيء خطر بالتحرز ، ليس معناه أن الضمان في هذه الأشياء ولا ضمان في غيرها ، فنقد نقل الأستاذ الفاضل عن الفقهاء كثيراً من الأمثلة (٣) التي تفيد الضمان من الشيء الخطر وغير الخطر ، ومن ذلك ما لو وضع جرة أو شيئاً في طريق لا يملكه ، فتلف به شيء ضمن ، ولو فعد في الطريق فتلف بقعدته شيء ؛ فإن كان بإنز الحاكم لم يضمن وإلا ضمن ، وكما لو حمل في الطريق شيئاً على دابته (أو سيارته) فسقط المحمول على شيء فأتلفه ، أو اصطدم بشيء فكسره ضمن الحامل ، وعلق على هذا الحكم بقوله : " لأن الحمل في الطريق مباح ، لكنه مقيد بشرط السلامة " (٤) .

(١) الحديث متفق عليه ؛ الإمام البخاري : صحيح البخاري (١ / ٧١٩ حديث رقم ٤٥٢) ، ومسلم - بشرح النووي (١٦ / ١٦٩ حديث رقم ٢٦١٥) .

(٢) فيض الله : الضمان (١٨٧) .

(٣) فيض الله : الضمان (١٨٤) .

فأنت ترى من خلال الأمثلة التي ذكرها الباحث أنها لا تفرق بين شيء خطر وشيء غير خطر ؛ فالجرة والشيء المحمول - غالباً - أشياء ليست خطيرة ، ومع ذلك فيضمن صاحبها ما سببته من ضرر .

وغاية ما يدل عليه الحديث الشريف هو زيادة التثبوت والاحتراس من هذه الأمور عند الازدحام ؛ لأن ذلك مظنة الضرر ، وذلك كمن يحذر ولده من الاقتراب من الماء إذا كان في نزهة على الشاطئ ، أو يحذره من انسباع والوحوش إذا كان في غاية أو أرض مسبعة ، فلا يعني هذا أن الوحوش لا خطر منها على الشواطئ مثلاً .

وأما تفريق الشافعية بين الحيوان العادي والخطر ، فقد فرقوا بين الحيوان الضاري وغيره في الحفظ لا في الضمان ، فكلا الحيوانين يضمن واضع اليد عليهما (أو الحارس) ما سببته من ضرر في نفس أو مال ، إلا إذا لم ينسب إليه تقصير في الحفظ والرعاية فلا يضمن ، فحفظ الكلب الضاري أو الشرس ليس كحفظ الخروف الوديع ، واسمع ما يقوله الإمام النووي في المنهاج : " من كان مع دابة أو دواب ضمن إتلافها نفساً ومالاً ليلاً ونهاراً " (١) .

يقول الدكتور سليمان محمد الحمد : " الحيوانات تختلف درجة خطرها ، ومن ثم تتفاوت درجة الحفظ المطلوبة فيها ، ولهذا فإن واجب الحفظ المطلوب في الحيوانات الخطرة المعروفة بالأضرار ؛ كالكلب العقور ، والفرس الكدوم (٢) ، والجمال الغضوض ، والثور والكبش النطوح ، أكثر منه في غيرها " (٣) .

وليس التفريق بين الحيوان الخطر وغير الخطر في إيجاب أصل الضمان ، بل الضمان واجب في كليهما ، إن ثبت أن ثمة تقصير وجد من واضع اليد عليهما (الحارس) .
ومما يقوله الأستاذ الدكتور فيض الله في هذا الموضوع (٤) :

(١) فيض الله : الضمان (١٨٤) ، المسؤولية التقصيرية (٤٣٦) .
(٢) المنهاج للإمام النووي بشرح الغمراوي : محمد الزهري الغمراوي : السراج الوهاج على متن المفهاج للإمام النووي : (٥٣٩) ، بيروت - دار الجيل ، (١٤٠٨ - ١٩٨٧) ، وانظر مسألة ضمان ما تتلفه البهائم في : الماوردي : أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي (٣٦٤ - ٤٥٠ هـ) الحاوي الكبير " شرح مختصر المزني " (١٧ / ٣٨٢) تحقيق الدكتور محمود مطرجي والدكتور ياسين ناصر محمود الخطيب والدكتور عبد الرحمن بن عبد الرحمن شميلة الأهدل والدكتور أحمد حاج شيخ ماضي ، بيروت - دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع (١٤١٤ - ١٩٩٤) ، الشرييني : مغني المحتاج (٤ / ٢٠٤) .
(٣) جاء في المصباح المنير للفيومي : " كدم الحمار كدماً من باب قتل وضرب : عض بلدني فمه ، وكذلك غيره من الحيوانات فهو كدوم " الفيومي : المصباح المنير (٢٠١) .
(٤) أحمد : ضمان المتلفات (٥٥١) ، وقد نقل هذا الكلام عن المحمصاني ، انظر : المحمصاني : نظرية الموجبات (١ / ٢٤٣) .

(٤) فيض الله : الضمان (١٨٣) بتصرف ، وهذه القواعد ذاتها موجودة في الموسوعة الكويتية ، ولعله هو من كتبها .

يرد الفقهاء مسائل التلف الحاصل بالأشياء العادية غير الخطرة ، إلى هذه القواعد والأصول :

- ١ - كل موضع يجوز للواضع أن يضع فيه أشياءه ، لا يضمن ما يترتب على وضعها فيه من ضرر ؛ لأن الجواز الشرعي ينافي الضمان .
 - ٢ - كل موضع لا يجوز له أن يضع فيه أشياءه يضمن ما ينشأ عن وضعها فيه من أضرار ، ما دامت في ذلك الموضع ؛ فإن زالت عنه لم يضمن .
 - ٣ - كل من فعل فعلاً لم يؤذن له فيه ، ضمن ما تولد عنه من ضرر .
 - ٤ - أن المرور في طريق المسلمين مباح ، بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه .
 - ٥ - أن المتسبب ضامن إذا كان متعدياً ، وإلا لا يضمن ، والمباشر ضامن مطلقاً .
- ويرى الباحث أن هذا الكلام ينطبق على الأشياء الخطرة وغير الخطرة ؛ فمن وضع أشياءه الخطرة في مكان مسموح عادة ؛ كالصيدلاني الذي يضع السموم في مكانها لا يضمن ما تسببه من أذى لمن قام بفتحها دون علمه .

وغاية الفرق بين الشيء الخطر وغير الخطر في الحفظ ؛ فحفظ الأدوية والسموم ليس كحفظ غيرها .

وبالنسبة لموضوعنا (الأشياء) لا يختلف الأمر ، فالضرر الذي يلحق بالشخص الذي يحلق شعر رأسه عند الحلاق مضمون ؛ إن كان ثمة تقصير من الحلاق ، سواء أكان الضرر سببه الكرسي الذي يجلس عليه ، أم الموسيقى التي يحلق بها ، أم المنديل التي يُنشف بها ، وغاية ما في الأمر أن حفظ المنديل أو الكرسي والعناية بهما ، ليس كحفظ الموسيقى والعناية به .

وقد عقد الإمام ابن غانم البغدادي في مجمع الضمانات فصلاً بعنوان : " فيما يحدث في الطريق فيهلك به إنسان أو دابة وفيه مسائل الآبار والأنهار " (١) ، لم يفرق فيه بين شيء عادي وشيء خطر ؛ فذكر الحجر في الطريق ، والجذع يخرج من الجدار ، والصخرة الشاخصة ، والكنيف (٢) المشرع وكذا الجناح والميزاب ، والخشب والأحمال والبضائع توضع في الطريق ، والقشر والتلج يلقي في الطريق . ويقول الغنيمي : " وإن أشرع في الطريق روشناً (٣) أو ميزاباً

(١) البغدادي : مجمع الضمانات (١٧٦) .

(٢) الكنيف : الكنة تشرع فوق باب الدار ، قال ابن منظور : " وأهل العراق يسمون ما أشرعوا من أعالي دورهم كنيفاً " ، ابن منظور : لسان العرب (٣١٠ / ٩) .
(٣) الروشن : الرف ، انظر : لسان العرب (١٨٠ / ١٣) .

فسقط على إنسان فعطب ، فالدية على عاقلته " (١) .

يقول الدكتور أمجد منصور : " فاتجاه الفقه الإسلامي هو عدم التفرقة بين الشيء من حيث كونه خطراً أو غير خطر ، فالمسؤولية تلحق صاحب اليد على الشيء دونما نظر إلى طبيعة هذا الشيء ، وإن كان الفقهاء قد أوردوا نصوصاً توجب على صاحب اليد العناية بالأشياء الخطرة ، وعدم التقصير في المحافظة عليها ، حتى لا تسبب أضراراً بالآخرين " (٢) .

وبناءً على هذا فالأشياء خطرة كانت أم لا ، والآلات ، وغيرها مما يمكن أن يكون تحت اليد كالذواب والشجر والآلات ، تخضع لأحكام المباشرة والتسبب في الفقه الإسلامي .

ومما تجدر الإشارة إليه في موضوع الأشياء أن الرسول الكريم عليه صلوات الله وسلامه قد أشار في بعض الأحاديث النبوية إلى ما تتلفه الأشياء ؛ كالبيتر والمعدن والعجماء والرجل أنها جبار ؛ فمما ورد في المعدن قوله : فيما أخرجه الإمام البخاري عن سيدنا أبي هريرة : " العجماء جرحها جبار ، والبيتر جبار ، والمعدن جبار ، وفي الركاز الخمس " (٣) .

كما جاء في بعض روايات الحديث : " النار جبار " ، " الرجل جبار " ، " السائمة جبار " ، " الجب جبار " (٤) .

وجميع هذه الأشياء التي وصفها المصطفى : بأنها جبار ، تخضع لأحكام المباشرة والتسبب في الفقه الإسلامي ؛ جاء في طلبية الطلبة للنسفي : " المعدن جبار أي هدر يعني من عمل في المعدن فانهار عليه فمات فلا دية فيه " (٥) ، قال الإمام ابن حجر العسقلاني : " قوله جبار بضم الجيم وتخفيف الموحدة هو الهدر انذني لا شيء ، ... وأصله أن العرب تسمى السيل جباراً أي لا شيء فيه ... قال أبو عبيد : انمراد بالبيتر هنا العادية القديمة التي لا يعلم لها مالك تكون في البادية فيقع فيها إنسان أو دابة فلا شيء في ذلك على أحد ، وكذلك لو حفر بئراً في ملكه أو في موات فوقع فيها إنسان أو غيره فتلف فلا ضمان ؛ إذا لم يكن منه تسبب إلى ذلك ولا تغرير ... ويلتحق بالبيتر كل حفرة على التفصيل المذكور " (٦) .

قال أستاذنا الدكتور أحمد الحجي الكردي : " هذا ، وكل الجمادات حكمها حكم

(١) الغنيمي : اللباب (٣ / ١٦٢) .

(٢) أمجد : المسؤولية عن الجمادات (٨٩) .

(٣) البخاري - بشرح ابن حجر العسقلاني - (١٢ / ٣١٤ رقم الحديث ٦٩١٢)

(٤) وبعضها مما صح سنده ، وبعضها ليس بصحيح ؛ لكن الحكم فيها واحد ؛ ابن حجر : فتح الباري (١٢ / ٣١٤) .

(٥) النسفي : أبو حفص عمر بن محمد بن أحمد : طلبية الطلبة (٢٠) .

(٦) ابن حجر : فتح الباري (١٢ / ٣١٤) .

الحيوانات في عدم الضمان ؛ لعدم الذمة " (١) .

وعليه فهذه الجمادات إن كان لها مالك أو حارس أو واضع يد ؛ فما يتلف بسببها يكون من ضمانه ؛ لأن هذه الجمادات تختلف عن الحيوانات بأنها لا تتحرك إلا بتحريك صاحبها ، فكان ما ينشأ عنها من ضرر من قبيل الإضرار بالمباشرة - كما قال أستاذنا الزحيلي - ، وهو ما لا يتطلب تقصيراً من واضع اليد عليها أو إهمالاً ، فإن لم يكن لها مالك ؛ فجنايتها جبار كما أخبر المصطفى ع ؛ وذلك كجناية الحيوان الذي لا مالك له .

وعلى هذا فإن حصل الضرر بفعل شيء فالضمان على واضع اليد عليه ، وإن اجتمع فعل الإنسان مع فعل الشيء فنكون أمام اجتماع مباشرين ؛ فإن كان من واضع اليد تعدد أو تقصير فالضمان عليه وحده ، وإن كان التعدي أو التقصير من فعل المضرور وحده فالضمان عليه وحده أيضاً ، وإن اشتركا في التعدي أو التقصير فنكون أمام ما يسمى بتعدد الأسباب ، وإن اجتمع مع فعل الشيء متسبب ، فتأخذ المسألة أحكام اجتماع المباشرة والتسبب ، التي ذكرناها سابقاً .

وبناءً على كل هذا ؛ فإن الباحث يرى أن وضع هذه المادة في القانون الأردني من باب التأكيد وليس من التأسيس ، وقد جاء إزاجها من قبيل الاقتباس من القوانين الغربية ومن اشتق منها كالقانونين المندنيين **المصري والسوري** ؛ لأنها جعلت أساساً المسؤولية الخطأ ، ولئن احتاجت التشريعات التي جعلت الخطأ أساساً للمسؤولية إلى استثناء أحكام الآلة والشيء من هذا العموم لتستطيع تعويض المضرور بعد انتشار الآلة ، فإن التشريعات التي جعلت الضرر هو الأساس لم تكن بحاجة إلى هذا الاستثناء ؛ فالمسؤولية الناشئة عن الإنسان الحيوان والبناء والأشياء الأخرى خطيرة كانت أم لا تخضع لنفس قواعد المسؤولية عن الفعل الشخصي .

المطلب الرابع : صور تطبيقية على الضرر الناشئ بفعل الشيء :

وحتى تكتمل معنا صورة الموضوع ، فسألني الضوء على بعض الصور التي ينشأ فيها

الضرر بفعل الشيء مما استجد من مسائل :

(١) الكردي : المخل الفقهي (١١٧) .

أولاً : إصابات العمال في المصانع :

لعل أكثر ما يتعلق بالمسؤولية عن الأشياء في حياة الناس هو إصابات العمال في المصانع ، بل وهي السبب - كما مر معنا - الذي حدا بالقوانين التي كانت تعتمد الخطأ أساساً للمسؤولية المدنية استثناءً المسؤولية الشئبية عن أحكام المسؤولية العامة . وهذا النوع من الإصابات لم يكن معروفاً عند فقهاءنا الأوائل ، يقول الأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي : " ولم يتعرض الفقهاء المسلمون لبحث المسؤولية الناشئة عن الآلات الميكانيكية وغيرها من الأشياء المادية انجمدة غير الحية ، فيما عدا البناء ؛ مثل الأشجار والحجارة والرمال والأرض ؛ إذ لم يكن عهدهم عهد الآلة والتصنيع ، ولم يحدث في زماهم إصابات للعمال ونحوهم " (١) ، وقال الدكتور سراج : " ولا اعتراض لي على ابتناء ضمان الأضرار الناشئة عن الآلات من سيارات وطائرات ومساعد على المصلحة ، وحفظ النفوس والأموال ، في اجتهاد جديد لا ينسب إلى الفقهاء " (٢) .

وقد رأينا كيف عملت القوانين الوضعية التي كانت تشترط الخطأ في جانب الفاعل لثبوت المسؤولية عليه ، من اعتماد الضرر أساساً في هذه المسؤولية بالذات ، أو افتراض الخطأ في جانب الفاعل ، كل ذلك ليستطيع المضرور الحصول على تعويض مناسب .

ولكن ما هو الحكم الشرعي في هذه المسألة؟ الجامعة

ذكر الدكتور الطوالية لفقهاء المعاصرين رأيين في هذه المسألة :

الرأي الأول : وتبناه الأستاذان الجليلان ؛ الأستاذ الدكتور الزحيلي والأستاذ الدكتور فيض الله وتبعهم على ذلك الدكتور بوساق (٣) ، وهو : ألا يسأل صاحب الآلات عما تحدثه للعمال من إصابات ، ودليلهم :

- المبدأ الفقهي العام يفضي بمسائلة المياشر وإن لم يتعمد ، ومسائلة المتسبب بالتعمد (أو التعدي) والتقصير ، وبما أن صاحب الآلات لم يتعمد الضرر ولم يتعد ولم يقصر فلماذا لا شيء عليه (٤) .

(١) الزحيلي : المسؤولية عن الأشياء (٦١) ، وانظر : الطوالية : المسؤولية عن فعل الغير (٣٣٧) ، بوساق : التعويض عن الضرر (١١٦) .

(٢) سراج : ضمان العدوان (٦٢٠) .

(٣) بوساق : التعويض عن الضرر (١١٨) .

(٤) الطوالية : المسؤولية عن فعل الغير (٢٣٧) ، وانظر : الزحيلي : الضمان (٢٥٨) ، فيض الله : الضمان (١٩٠) .

- ولا يسوغ في الفقه الإسلامي إدراج هذه المسألة تحت قاعدة (الغرم بالغنم) ؛ لأن العامل يتقاضى على عمله أجراً ، فهو غاتم أيضاً ، ولأن العامل ربما حصل له الضرر بتقصير منه أو بإهمال أو عنم احتراز (١) .
- والأخذ بنظرية تحمل التبعة كان وليد الأفكار المادية المعاصرة ، لنصرة العامل في بينات استأسد فيها أرباب الأعمال (٢) .
- وقد علل الدكتور بوساق هذا الحكم ؛ بأن رب العمل إذا لم يقصر ولم يتعد ، فيجري حكم الأصل في فعل الجمادات ؛ وهو أنه جبار ، ولا شيء على مالكه ، إلا ما جادت به نفسه عن طيب خاطر (٣) .

الرأي الثاني : أنه لا يوجد في الفقه الإسلامي ما يتمتع من إلزام الدولة أصحاب المصانع بتعويض إصابات العمال من خلال إصدار القوانين والأنظمة التي تلزم المقاولين وأصحاب العمل بذلك ، من خلال المبادئ الشرعية التي تخول للدولة هذا الحق ؛ كالمصالح المرسلة ، وسد الذرائع ، والغرم بالغنم ، وجلب المصالح ودرء المفسد ، وتبنى هذا الرأي الدكتور العماري (٤) .

جميع الحقوق محفوظة

واستدل الدكتور العماري على ذلك أيضاً بآية:

- ١ - أغنياء الأمة هم أولى بدفع التعويض في هذه الحالات ؛ لأنهم إذا كانوا مسؤولين عن سد حاجات الفقراء غير العاملين عندهم فقيامهم بسد حاجات الفقراء العاملين عندهم ، وتعويضهم عن الضرر الأذى لحق بهم أولى ؛ لأن ثرواتهم قامت على أكتاف هؤلاء العمال .
- ٢ - ولي الأمر مسؤول عن الرعية ، ويستطيع من خلال صلاحياته أن ينظم الأمور بين العمال وأصحاب العمل ، وأن يجعل تعويض الضرر على رب العمل ، وليس في الشرع نص يمنع ذلك .

٣ - كما أن جعل الضمان على أرباب العمل فيه رحمة بالفقراء والمعوزين ، والإسلام دين الرحمة ودين العدالة .

والحق أن ما استدل به الدكتور الفاضل غير دقيق ، والقول بأن الأغنياء هم أولى بدفع التعويض ليس له مستند في الفقه ، ولا أدري من أين جاء به الدكتور الفاضل ، وماذا لو أن سائقاً فقيراً دهس شخصاً غنياً أفيسقط الضمان ؟

(١) فيض الله : الضمان (١٩٠) .

(٢) فيض الله : الضمان (١٩٠) .

(٣) بوساق : التعويض عن الضرر (١١٨) .

(٤) العماري ، ضمان الأشياء التابعة لشخص طبيعي أو اعتباري ، ص ٢١٢ ، وانظر : الطوالية : المسؤولية عن فعل الغير (٢٣٧) .

والقول بأن الإسلام بين الرحمة شيء ، وإلزام أرباب العمل بالتعويض شيء آخر ، ولو صح ما يقوله الدكتور العماري لسقط التعويض عن الصغار والمجانين ! والجمهور من الفقهاء لا يقولون به .

وقد أخذ بهذا الرأي ذاته الدكتور سراج (١) ، إلا أنه خلص لهذه النتيجة بعد ثلاث نتائج قبلها ؛ هي :

١ - يجب العمل على تعيين المخطئ أو المعتدي الذي يرجع إليه السبب في الأضرار الناشئة عن الآلات أو الأدوات الخطرة .

٢ - يجب إلقاء التعويض على الجاني أو عاقلته طبقاً للأسس الفقهية ، مع وضع نظام العاقلة وضعاً يناسب ظروف الحياة الحديثة .

٣ - الإصابات التي لا يجري تعويضها في إطار نظام الضمان ، لوقوعها خطأ من أصحابها ، أو لعدم معرفة المتسبب فيها ، يجب التعويض فيها على أساس آخر غير أساس التعدي أو الخطأ ، سواء بالرجوع إلى مبدأ التكافل الاجتماعي ، أو نظام التأمين التعاوني .

٤ - يجوز لولي الأمر - فيما يظهر لي - إبقاء الضمان عما يعرض للعمال من إصابات أثناء عملهم ، بخطئهم هم أو خطأ زملائهم ، أو عند عدم العلم بالسبب ، على أرباب الأعمال (٢) .

ويؤيد الباحث ما ذهب إليه الدكتور سراج إلا في النقطة الأخيرة ، فلا يجوز في رأبي تحميل الناس أمراً لم يوجبه الشارع (وهو رد أيضاً على ما استدل به الدكتور العماري) ، والعلاقة بين الضرر والضمان هي علاقة سبب بالمسبب ، وهذه العلاقة من وضع الشارع وليست من وضع البشر ، كما أنه لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه ، أو لقاء بدل أو إتلاف ، فلا يجوز فرض التعويض على أرباب الأعمال ؛ لأنهم الأقدر على تحملها .

وأما ما ذكره الدكتور سراج في الملاحظات الثلاث الأولى فهو كلام حسن ، يؤيده الباحث .

كما أن الباحث لا يوافق الفريق الأول على جميع استدلالاته ، ويعترض عليها بما يلي :

- ما استدل به الدكتور بوساق من أن فعل العجماء جبار غير صحيح في هذا المقام ؛ لأن المقصود بالعجماء في هذا الحديث هي التي بلا مالك أو سائق أو قائد ، وهو ما

(١) سراج : ضمان العدوان (٦٢١) .

(٢) سراج : ضمان العدوان (٦٢١) .

نقلته أنفاً عند ذكر رواية : " انبثر جبار " من قول الإمام أبي عبيد : " المراد بالبنر هنا العادية القديمة التي لا يعلم لها مالك تكون في البادية فيقع فيها إنسان أو دابة فلا شيء في ذلك على أحد " (١) ، والحيوان الذي يتلف شيئاً فالضمان على ركبته أو قائده أو سائقه (٢) ، ولا يقال في ذلك جنابة العجماء جبار .

- أما ما قاله فضيلة أستاذنا العلامة الأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي رداً على القانون الأردني : " وقد أخذ القانون الأردني بمسؤولية صاحب المصنع على أساس المباشرة بإحداث الضرر ، وهذا في الحقيقة اجتهاد من واضعيه " (٣) ، فهذا مخالف لما ذكره أستاذنا الفاضل في كتاب آخر ؛ فقال في مسؤولية حارس الأشياء : " الفرق بين هذه المسؤولية وبين حكم الحيوان وما ينشأ عن فعله ، يتميز بسبب طبيعة الوضعين ، وضع الآلة ووضع الحيوان ؛ فالآلة ليس لها من حركة إلا بتحرك صاحبها ، فكان ما يحدث من ضرر من قبيل الضرر المباشر ، والمباشرة لا يشترط فيها التعدي ، والحيوان يتحرك بغير إرادة صاحبه ، فكان ما يحدث عنه من ضرر من قبيل التسبب " (٤) .

أما الدكتور الطوالة فقد فصل في المسألة تفصيلاً حسناً دقيقاً ، وإتي أواقفه في هذا التفصيل وأخالفه في بعض الأحكام التي خرج بها وأويده في بعضها ؛ وخلاصة رأيه (٥) :

أ - إذا كان سبب الضرر تقصير صاحب الآلات أو وازع اليد عليها في حفظها وصيانتها ، والقيام بشانها ، وتقصيره في تحذير العمال من مخاطرها وأضرارها ، فلا شك بأنه هو الضامن لهذا الضرر .

ب - وإذا كانت الآلات سليمة ، ورب العمل قد قام بواجبه الكامل في تحذير العمال من مخاطرها ، وإنما حصلت الإصاية بسبب إهمال العامل وقلة احتراسه ، أو فضوله وعيئه بآلة ليس من صلاحيته العمل فيها ، فلا شك بأن العامل هو الضامن لهذا الضرر ويتحمله وحده .

ويقول الدكتور الطوالة : إن إلزام أرباب العمل بضمان إصابات العمال في هذه الحال يتعارض مع قوله تعالى : (وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ) (٦) .

(١) انظر : ابن حجر : فتح الباري (١٢ / ٣١٤) .

(٢) على تفصيل في ذلك للفقهاء .

(٣) الزحيلي : الضمان (٢٥٨) .

(٤) الزحيلي : المسؤولية الناشئة عن الآلات (٦٠) .

(٥) الطوالة : المسؤولية عن فعل الغير (٢٤٠) .

(٦) جزء من الآية (١٨٨) من سورة البقرة .

ج - وإذا كانت الآلات سليمة ، والعامل غير متعد ولا مقصر ، وحصلت الإصابة نتيجة خلل مفاجئ وغير متوقع ، فهذه الإصابة لا يسأل عنها العامل ولا رب العمل ، بل تعوض من طرق أخرى ؛ سواء عن طريق التكافل الاجتماعي ، أو نظام التأمين التعاوني ، أو التأمين الحرفي .

ويؤيد الباحث التقسيم الذي ذهب إليه الدكتور الطوالية ، كما يؤيده في ضمان رب العمل إن كان مقصراً في صيانة الآلات ، أو كان مقصراً في إحضار الخبراء الذين يستطيعون التعامل مع هذه الآلات ، كما يؤيده في الصورة الثالثة ، وهي إذا لم يكن ثمة تقصير من أحد ؛ فالضمان على العاقلة أو النقابات أو أي صندوق يتخذ لهذا الغرض .

أما الصورة الثانية ، وهي مسألة تقصير العامل ، أو قلة احتراسه ؛ فأرى أن يتم تعويض المضرور فيها ، ولكن على عاقلته ؛ لما روي عن سيدنا عمر فيمن جنى على نفسه أو أطرافه خطأ أن على عاقلته دية لورثته ، وهذا هو الراجح من قولين عند الحنابلة وهو قول الأوزاعي وإسحاق ^(١) .

ولا بد لي من أن أبين أمراً كان مسلماً به في بدايات التشريع الإسلامي ؛ أعني به عصر الرسول الكريم سنوات الله وسلامه عليه ، وأعضاء الصحابة الكرام رضوان الله تعالى عليهم ، وهو : أن المرء في الإسلام كان مشمولاً بنظام العاقلة - شاء أم أبى - إما بالنسب أو بالولاء ، وكانت هذه العاقلة تتحمل ما يسببه أحد أفرادها من ضرر ، وبغض النظر عن العلة من تشريع حكم الضمان على العاقلة ، فلا شك بأن هذا الأمر يريح المرء في المجتمع الإسلامي سواء أكان جانباً أم مجنباً عليه من يفكر في الأضرار التي تنشأ عنه أو له ، وكيفية تعويضها . ومن المفارقات العجيبة أن يكون المرء في القرن الهجري الأول آمناً من هذا الجانب ، ولا يأمن منه في القرن الخامس عشر الهجري ! فلا يجد من يواسيه ويساعده في ضمان الضرر الذي أحدثه .

فالذي يراه الباحث في هذا المجال ضرورة إحلال نظام حديث ومتطور عوضاً عن نظام العاقلة البائد ، سواء أكان عن طريق الدولة أم عن طريق الأشخاص ، وسواء أكان تعاونياً أم ربحياً ؛ المهم أن يخضع الجميع لهذا المبدأ الجديد .

ويجب في هذا النظام أن يشمل جميع الأشخاص وجميع الأضرار ؛ تماماً كما كان نظام العاقلة في السابق ، وشركات التأمين هي صورة قاصرة لهذا النظام المرجو إقامته ؛ لأن شركات التأمين التي تكون على انسيارات أو ضد الحريق لا تشمل إلا المؤمنين فقط ، والنظام

(١) انظر صفحة (٤٣) من الرسالة .

الذي أقترحه هو نظام ملزم لجميع أفراد المجتمع ، وليكن كمنظّم التأمين الصحي أو غيره ، وذلك بأن يدفع كل مواطن صغيراً كان أم كبيراً ، ذكراً أم أنثى ، عاملاً أم غير عامل ، عاقلاً أم غير عاقل ، إما للدولة أو لهيئة عامة أو خاصة كشركات التأمين أو غيرها ، وإما على مستوى الدولة وإما على مستوى المحافظات أو حتى المدن والقرى ، أو الأحياء الكبيرة ، يدفع مبلغاً زهيداً في الشهر ؛ دينار أو نصف دينار فيتحصل لدينا كل شهر مبلغاً من المال بعدد أفراد المجتمع ، ويوضع المبلغ في صندوق يدخر وينمى ، وتدفع منه تعويضات المضرورين حسب أسس ولوائح معينة .

ولا أرى بأساً بأن يلزم مرتكب الفعل الضار بنسبة من التعويض ؛ كالعشر مثلاً والباقي تدفعه العاقلة أو التأمين ، حتى لا يقع من أصحاب المصانع تهاون في صيانة آلياتهم . وقد نص فقهاؤنا على أن أهل الحرفة الواحدة يتضامنون فيما بينهم ، ويكونون كأهل العاقلة إذا انقطعت أو اصر العاقلة (١) .

وفي المجتمعات التي لا زالت روابط العشائرية فيها قوية ، فلا بأس بأن يعاد تأصيل نظام العاقلة مرة أخرى ، كما لا بأس بأن تقوم النقابات المهنية بهذا الدور . وحتى تقوم مثل هذه المؤسسات ، فأرى أن يقوم آرباب المصانع عند التعاقد مع العمال باقتطاع جزء من راتب العامل ، ويدفع رتب العمل مثلها لتكون في صندوق يعد لهذا الغرض . المهم - في رأي الباحث - ألا يهدر دم ، وألا يضيع تعويض على مضرور ، ولكن دون أن يكون ذلك على حساب أحد الأطراف فقط كالعامل أو رب العمل .

وخلاصة ما أراه في هذا الموضوع أن يطبق على الضرر الحاصل عن الآلات والأشياء قواعد المباشرة والتسبب (٢) ، ولما كانت الآلة لا تتحرك بذاتها فما ينشأ عنها من ضرر يكون من قبيل الإضرار بالمباشرة التي لا يشترط فيها تعدد ولا تقصير ، كما أخذ به القانون المدني الأردني (٣) .

وعليه فإذا حصل ضرر من النقاء شخص وشيء ؛ فإن كان الشيء مهملاً لا مالك له فيطبق عليه حديث : " البئر جبار " أو المعدن جبار " أو العجماء جبار " ، وإن كان مملوكاً أو

(١) الرملي : حاشية الرملي على جامع الفصولين (٢ / ٨٢) .

(٢) وهو رأي لجمهور الفقهاء المعاصرين ؛ انظر : الزحيلي : الضمان : (٢٥٨) ، والمسؤولية عن الأشياء :

(٦٠) ، بوساق : التعويض عن الضرر : (١١٨) .

(٣) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني (١ / ٣٢٥) .

يوجد له حارس أو واضع يد ، فإننا ننزل الحارس مكان الشيء فنكون أمام مياشرين ؛ فإن كان التعدي من الشخص كان الضمان على عاقلته ، وإن كان التعدي من واضع الشيء (بأن وضع شيء في المكان الخطأ أو دون إذن السلطات فالضمان على عاقلة الحارس ، وإن كانا مخطئين أو لم ينسب لأحدهما تعد أو تقصير فالضمان على عاقلتيهما .

ثانياً : الإصابات في المصاعد الكهربائية

ومن مسائل الآلات التي لم يتطرق لها فقهاؤنا الأوائل ، ولم تكن موجودة عندهم أصلاً ما ينشأ من ضرر من استعمال المصاعد الكهربائية ، ولم أطلع على رأي خاص فيها نفقهاؤنا المعاصرين .

ولكن من خلال ما ذكرناه سابقاً عن المصانع وما ينشأ فيها من أضرار ، يكون حكم هذه المصاعد كحكم المصانع ، وعليه ؛ فإن كان صاحب المصعد مقصراً في صيانتها ، أو لم يضع فيها إرشادات تبين كيفية استخدامها والحد المسموح به فالضمان عليه وعلى عاقلته ، وإن كان التقصير من المضرور ؛ كأن صعد جماعة في المصعد فوق الحد المسموح به ، أو عيبت ببعض محتويات المصعد فحصل الضرر ، فالضمان عليه وعلى عاقلته ، كما مر معنا في موضوع المصانع .

ولكن هذا إذا كان مالك المصعد واحداً ؛ فإن كان المصعد في بناية يملكها عشرة أشخاص ؟ فكلهم مسؤول بالتضامن فيما بينهم ، ويكون التعويض على عواقلتهم (١) .

وأرى أن تخضع أحكام المصاعد لأحكام الضرر الناشئ عن البناء ؛ فإن اجتمع على البناء مالك ومستأجر ، فالضمان على المالك ؛ لما مر معنا أن الفقهاء اشترطوا لضمان صاحب الحائط المائل التقدم والإشهاد (٢) ، واشترطوا في هذا التقدم أن يكون إلى من يملك التصرف في البناء ؛ كالمالك وقيم الوقف والولي والراهن والوارث ، قالوا : ولا يكفي التقدم إلى المستأجر والمستعير والمرتهن والوديع ؛ لأنهم لا يمكنون نقض البناء ولا إصلاحه (٣) .

(١) أعني بالعاقله المعنى العام لها ؛ فتشمل في رأيي جميع بدائلها ، كالتقابات ومؤسسات الضمان ، وشركات التأمين .

(٢) انظر صفحة (١١٠) من الرسالة .

(٣) السرخسي : المبسوط (٩٨ / ١٤) ، الكاساني : البدائع (٢٨٤ / ٧) ، البغدادي : مجمع الضمانات (١٨٢) ، الزيلعي : تبیین الحقائق (١٤٣ / ٧) ، مالك : المدونة (٤٤٧ / ٦) ، الباجي : المنتقى شرح الموطأ (٦٤ / ٦) ، ابن فرحون : تبصرة الحكام (٣٣٩ / ٢) ، العثماني : رحمة الأمة (٤٧٩) .

المطلب الخامس : الموازنة :

والذي يراه الباحث أن استخدام لفظ : " الجمادات " في هذا المجال ليس سليماً ؛ وذلك لأن الشيء قد يكون سائلاً أو غازاً ، وقد يترتب من المخاطر من جراء بعض السوائل والغازات أضعاف ما يترتب من أخطار بسبب الجوامد (١) .

وما يقال عن الجمادات يقال بالضرورة عن الأشياء غير الحية ؛ وذلك لأن مصطلح الأشياء غير الحية يجب أن يستبعد من أحكامه النباتات ، وهي بلا شك أشياء حية (٢) .

كما يرى الباحث أن الضرر إذا نشأ عن إنسان أو حيوان أو جماد ، سواء كان خطراً بطبيعته أم خطراً بظروفه وملابساته أم غير خطر أصلاً فإنه مضمون ، وضمانه على واضع اليد عليه أو الحارس (بحسب التعبير القانوني) ؛ لأن النصوص في الشريعة الإسلامية لم تفرق في ترتيب الضمان بين شيء وشيء .

يقول الدكتور ملوكي : " وهكذا نجد أن تعبير الأشياء الجامدة ، أو تعبير الأشياء غير الحية ، لا يعد تعبيراً دقيقاً لغرض تحديد الأشياء الخاضعة لنطاق المادة (٢٣١) مدني وما يقابلها ، لذا فنحن نفضل إطلاق تعبير (الأشياء) على المسؤولية الناتجة عن الأضرار التي تحدثها تلك الأشياء ، مع تمييزها من كل من المسؤولية عن الحيوان والمسؤولية عن البناء ، بأن يطلق على الأشياء الأخيرة اسمها المحدد وهو (الحيوان) أو (البناء) (٣) . وهذا كلام دقيق ، وفقه حسن ، وأيده على ذلك الأستاذ الرحو (٤) .

وإن كان من القانونيين من بالغ واعتبر النيات من الأشياء غير الحية ، يقول الدكتور شنب : " أما الأشياء غير الحية : فهي كل ما في الوجود عدا الأشياء الحية ، سواء أكانت صلبة ؛ كالحجارة والحديد والخشب ، أم كانت غازية ، ويدخل في ذلك النباتات بأنواعها ، فهي وإن كانت من الناحية الطبيعية مخلوقات حية ، إلا أن حياتها من نوع خاص يجعلها من ناحية الأضرار التي يمكن أن تتجم عنها تندرج في نطاق الأشياء غير الحية " (٥) .

وهذا الكلام قد يقبل تجوزاً ، وإلا فإنه كلام غير دقيق ، والأصح عدم تقييد الأشياء بأنها حية أو غير حية ، مع استثناء ما وردت أحكامه بمواد خاصة ؛ كالبناء والحيوان .

(١) الرحو : فكرة الحراسة (٢٣) .

(٢) الرحو : فكرة الحراسة (٢٣) ، ملوكي : المسؤولية عن الأشياء (٢٣) .

(٣) ملوكي : المسؤولية عن الأشياء (٢٣) ، وانظر : الرحو : فكرة الحراسة (٢٣) .

(٤) الرحو : فكرة الحراسة (٢٤) .

(٥) شنب : المسؤولية عن الأشياء (٦) .

أما إضافة كلمة الآلات فالذي يراه الباحث أنها ليست دقيقة في هذا المجال ؛ ذلك أن هذه الآلات هي خطرة بطبيعتها ، أو على الأقل تحتاج لعناية خاصة في حراستها ، فإننا إذا رجحنا تقييد الأشياء بالخطرة أو التي تتطلب عناية خاصة في حراستها فالآلات كذلك ، وإن رجحنا عدم التقييد فالآلات أشياء بطبيعة الحال ، فهي إذن مشمولة بعبارة " الأشياء " على كلا الحالين ، وإيرادها نوع من التكرار .

وإن كان من الممكن أن يقال : إن الآلات ذكرت بعد الأشياء لبيان أهميتها ، وذكر الخاص بعد العام مشعر بأهمية الخاص ، إلا أن هذا الكلام يحسن في أثناء صياغة المادة أو في شرحها ، ولا يحسن في العناوين .

إلا أن إيرادها قد يفيد من ناحية أن بعض القوانين التي اشترطت في الأشياء أن تحتاج لعناية خاصة حتى تشملها أحكام هذه المادة ، لم تشترط ذلك في الآلات الميكانيكية ^(١) ، بل اعتبرت الآلة الميكانيكية شيئاً تتطلب حراسته عناية خاصة بشكل تلقائي ، وهذا الكلام يصح إذا أيدنا تقييد الأشياء بالخطرة أو أنها تتطلب عناية خاصة في حراستها ، أما إذا رجحنا الرأي

الآخر فايراد مصطلح " الآلات " نوعاً من التكرار مجفوفة

يقول الدكتور سليمان مرقس : " وقد اعتبرا المشرع الآلات الميكانيكية مما يتطلب حراسته بطبيعته عناية خاصة ، فخصها بالذكر على الإطلاق وترتب على ذلك أن كل ضرر ينشأ من آلة ميكانيكية يوجب قيام المسؤولية المفترضة بقوة القانون دون حاجة إلى إقامة دليل على أن هذه الآلة تتطلب حراستها عناية خاصة " ^(٢) .

ولكن قد يسأل سائل : فلماذا أوردت مصطلح " الآلات " ، في العنوان ، مع أن عدم ذكرها هو الأصح والأدق ؟ والجواب أنني إنما فعلت هذا مجارة للفظ القانون المدني الأردني في هذا .

و قد يثور التساؤل : لم فرقت أحكام الأشياء والآلات عن أحكام جناية الحيوان ؟ والجواب أن هناك فارقاً بين طبيعة المسؤوليتين ؛ فالآلة جامدة لا تتحرك إلا بتحريك صاحبها ، فيكون الضرر الناشئ عنها من قبيل الضرر المباشر ، أما الحيوان فإنه يتحرك بغير إرادة

(١) وذلك كالقانون المدني الأردني والكويتي والمصري والسوري ، انظر : أبا هزيم : المسؤولية عن الأشياء (٥٨) ، يعقوب : المسؤولية عن الأشياء (٥٤) ، موافي : المسؤولية عن الأشياء (٣٠) ، حمزة : العمل غير المشروع (٢٢٣) .

(٢) مرقس : الوافي (١٠٥٩ / ٢) .

صاحبه فيكون الضرر الناشئ عنه من قبيل الضرر بالتسبب ، وغني عن البيان اختلاف أحكام الضمان بين المباشرة والتسبب (١) .

نقد معيار الخطورة :

كما أن معيار الأشياء الخطرة وغير الخطرة قد لاقى عدة انتقادات ، أهمها (٢) :

١ - صعوبة حصر الأشياء الخطرة :

إذ من العسير معرفة وحصر الأشياء الخطرة التي تتطلب حراستها عناية خاصة ، وهل يرفع المضرور دعواه بناءً على قواعد المسؤولية العامة أم بناءً على قواعد الحراسة ؟

٢ - صعوبة تطبيق هذا المعيار :

ذلك لأن كثيراً من الأشياء قد تبدو غير خطرة ، فإذا ما أصبحت في وضع آخر تكون خطرة ؛ فالسكين في يد القصاب ليست خطرة وهي في يد غيره (خاصة الصبيان والمجانين) خطرة جداً ، والسموم عند الطبيب أو الصيدلاني (ومثلها الأدوية) ليست خطرة بل إنها الدواء الناجع والبلم الشافي ، وهي في يد غيرهما من أشد الأمور خطراً ، وقل مثل ذلك في البندقية

مع رجل الأمن والسيارة وغير ذلك الكثير من محفوظات
 ٣ - التقدم العلمي يعارض تحديد الأشياء الخطرة (٣) ، ذلك أن الشيء الخطر بالأمس ليس خطراً اليوم .
 مركز أبحاث الرسائل الجامعية

٤ - ولا يخفى على المنصف صعوبة التعويم الناتجة عن عبارة : " يحتاج عناية خاصة " واختلاف أوجه النظر لدى القضاة في اعتبار الأشياء التي تتصف بهذا القيد أم لا ، ولهذا رأيتَ التنقل السريع في أحكام القضاء الفرنسي حتى وصل الأمر إلى ما وصل إليه ، بل إن شراح القانون اختلفوا في فيروس الحاسوب هل يدخل تحت أحكام الحراسة مع اتفاقهم بأنه ليس خطراً بطبيعته ولا بملاساته ، ورأى ذلك بعض الاتجاهات الفقهية الفرنسية المؤيدة ببعض أحكام القضاء ، وذلك تحت معيار أسموه معيار " الجودة والحداثة " ، ويقضي هذا المعيار بشمول أحكام الحراسة إلى جميع الأشياء الجديدة والمبتكرة ، والتي يوجد في استعمالها نوع من الجودة والحداثة ، بصرف النظر عن خطورتها أو عدم خطورتها (٤) .

(١) الزحيلي : الأشياء والآلات (٦٠) ، أحمد : ضمان المتلفات (٤٦٣) ، سوار : محمد وحيد الدين محمد رضا (١٩٩٦) الاتجاهات العامة في القانون المدني الأردني (١٣٥) ، الطبعة الأولى ، عمان - مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع .

(٢) حمزة : العمل غير المشروع (٢٢٩) ، رفاعي : الضرر كأساس (٩٨) .

(٣) رفاعي : الضرر كأساس (٩٩) .

٥ - وأخيراً ، معيار الشيء الخطر بطبيعته أو بملايساته أو بناءً على العرف العام يبقى ناقصاً ؛ إذ لا يدلنا من معرفة ما هو الشيء الخطر بطبيعته ، وما هو الشيء الخطر بظروفه وملايساته ، وأي رأي عام سيتبع ؟

وقد حاول البعض ^(١) الخروج من هذا المأزق بأن نص على هذه الأشياء التي تحتاج عناية خاصة نصاً ، وذلك بوضع قائمة بالأشياء الخطرة ؛ ولكن من شأن هذه القائمة أن توقع القضاء في جمود إن كانت ثابتة ، وفي بنبلة واضطراب إن كانت متغيرة ، إضافة إلى إغفال التقدم والتطور العلمي السريع الذي يشهده العالم ^(٢) .

يقول الدكتور شريف : " وتحدد الأشياء التي تتطلب هذه العناية أمر متروك لتقديره لفاضي الموضوع ، وفكرة العناية الخاصة فكرة نسبية ، فالشيء الواحد قد تستدعي حراسته عناية خاصة أو لا تستدعي هذه العناية ، بحسب ما يختلف عليه من وضع " ^(٣) .



الفصل الثاني

(٤) خليل : مشكلات فيروس الحاسوب (١٤٢) .
 (١) وهو الأستاذ ريبير ، انظر : شنب : المسؤولية عن الأشياء (٧١) ، ملوكي : المسؤولية عن الأشياء (٤٠) .
 (٢) شنب : المسؤولية عن الأشياء (٧١) .
 (٣) أحمد : محمد شريف أحمد (١٩٩٩) مصادر الالتزام (٢٥٢) ، الطبعة الأولى ، عمان - دار الثقافة .

أساس المسؤولية المدنية عن الأشياء والآلات
في
الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

تمهيد :

قبل أن أبين الأساس القانوني للمسؤولية المدنية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، يحسن بي أن أبين المراد بالأساس القانوني ، وهل له رديف في استعمالات الفقهاء أم لا ؟ وغني عن القول بأن فقهاءنا الأوائل ، لم يستخدموا هذا المصطلح للتعبير عما أراده القانونيون . والفرق بين أساس المسؤولية وبين مصدر المسؤولية أن مصدر المسؤولية في الشريعة والقانون هو الملزم بالتعويض ، وهو نص الشارع أو نص القاتون ، وهذا بخلاف الأساس الذي تبنى عليه المسؤولية على ما سيأتي بيانه (١) .

وعليه فسأتناول تعريف الأساس لغةً واصطلاحاً عند شرح القانون الوضعي والبيدليل المعبر عنه عند أسلافنا ، ثم أبين أساس المسؤولية عن الفعل الشخصي ، وأساس المسؤولية المدنية عن حراسة الأشياء والآلات في القانون الوضعي ، وفي الفقه الإسلامي .

الأساس في اللغة والاصطلاح :**الأساس لغةً :**

الأسُّ والأسُّ والأسُّ والأسُّ (٢) : أَصْلُ الْبِنَاءِ ، وَكُلُّ مَبْتَدَأِ شَيْءٍ أَسَاسُهُ ، وَمِنْهُ قَوْلُهُ تَعَالَى : (أَمَّا مَنْ أَسَّسَ بُنْيَانَهُ عَلَى تَقْوَىٰ مِنَ اللَّهِ وَرِضْوَانٍ خَيْرٍ أَمْ مَنْ أَسَّسَ بُنْيَانَهُ عَلَىٰ شَفَا جُرْفٍ هَارٍ) (٣) .

وأسُّ الإنسان وأسُّه : أصله (٤) ، والأصل لغةً : أسفل الشيء ، أو ما يبنى عليه غيره ، سواء أكان الابتناء حسياً ؛ كالأساس الذي يشيد عليه البناء ، أم كان الابتناء معنوياً (عقلياً) ؛ كابتناء الأحكام الفرعية على القواعد الكلية (٥) .

(١) شنب : المسؤولية عن الأشياء (٢٦٠) ، أمجد : المسؤولية عن الجمادات (١٣٤) ، رفاعي : الضرر كأساس (٣٦٣) .

(٢) ابن منظور : لسان العرب (٦ / ٦) ، الرازي : مختار الصحاح (٧) ، الفيومي : المصباح المنير (٦) .

(٣) جزء من الآية (١٠٩) من سورة التوبة .

(٤) ابن منظور : لسان العرب (٦ / ٦) .

(٥) انظر : ابن منظور : لسان العرب (١٦ / ١١) ، الجرجاني : التعريفات (٤٥) ، الفيومي : المصباح المنير

(٦) .

الأساس اصطلاحاً :

إن المعنى الاصطلاحي للأساس قريب جداً من المعنى اللغوي ، وهو ما يبنى عليه الشيء ، وهو هنا ما تبنى عليه المسؤولية بحيث يدور معها وجوداً وعدمًا ، وقد عرف بعض شراح القانون أساس المسؤولية بقولهم : " أساس المسؤولية إن هو السبب الذي من أجله يضع القانون عبء تعويض الضرر الحاصل على عاتق شخص معين " (١) ، ويقول الدكتور الغامدي : " وقد أرننا بالقول بأساس المسؤولية : بيان الأصل الذي تبنى عليه المسؤولية ، والمناط الذي تتعلق به وجوداً وعدمًا " (٢) . ويقول الدكتور فيض الله عن ركن الضرر : " الضرر : هو العلة في وجوب الضمان وتكوين المسؤولية " (٣) ، وعليه ؛ فالمراد بأساس المسؤولية هو : سبب وجوبها .

ولكن ما هو البديل الذي استخدمه الفقهاء المسلمون والذي يقابل أساس المسؤولية المستخدم في القوانين الوضعية ؟

إن ما يقابل الأساس المستخدم قانونياً هو مصطلح السبب أو العلة في الفقه الإسلامي وسأقوم بتعريف السبب والعلة في اللغة والاصطلاح وبيان أوجه الاتفاق والاختلاف بينهما ، ثم أبين المراد بأساس المسؤولية. ابداع الرسائل الجامعية

تعريف السبب :

السبب لغة : السبب في اللغة الحبل ، ومنه قوله تعالى : { فَلْيَمْنُدْ بِسَبَبٍ إِلَى السَّمَاءِ ثُمَّ لِيَقْطَعْ } (٤) ، وكل شيء يتوصل به إلى غيره فهو سبب (٥) ، قال الفيومي : " والسبب الحبل ، وهو ما يتوصل به إلى الاستعلاء ، ثم استعير لكل شيء يتوصل به إلى أمر من الأمور ، فقيل : هذا سبب هذا ، وهذا مسبب عن هذا " (٦) .

(١) عرف الأساس بهذا التعريف الدكتور شنب ، والدكتور أمجد منصور ، والدكتور حمزة ، والدكتور يعقوب ، والدكتور رفاعي ، وبقریب منه تعريف الدكتور ملوكي ، انظر : شنب : المسؤولية عن الأشياء (٢٦٢) ، أمجد : المسؤولية عن الجمادات (١٣٤) ، حمزة : العمل غير المشروع (٢٥٤) ، يعقوب : المسؤولية عن الأشياء الخطرة (١٣٧) ، ملوكي : المسؤولية عن الأشياء (١٦٦) ، رفاعي : الضرر كأساس (٣٦٣) .

(٢) الغامدي : مسؤولية الطبيب (٣٤) .

(٣) عند كلامه عن أركان المسؤولية ، فيض الله : المسؤولية التصيرية (١٠٧) .

(٤) جزء من الآية (١٥) من سورة الحج .

(٥) ابن منظور : لسان العرب (٤٥٥) ، الجرجاني : التعريفات (١٥٤) ، الرازي : مختار الصحاح (١١٩) ، أبو جيب : القاموس الفقهي (١٦٣) .

السبب اصطلاحاً (١) :

عرف بعضهم السبب بقوله : " ما يلزم من وجوده الوجود ومن عدمه العدم " (٢) ، وعرفه الدكتور السلطيني بقوله : " هو وصف ظاهر منضبط مناسب أو غير مناسب ، يرتب عليه الشارع حكماً يتحقق بتحقيقه وينتفي عند عدمه " (٣) ، وعرفه الدكتور زيدان بأنه : " ما جعله الشارع معرفاً لحكم شرعي ، بحيث يوجد هذا الحكم عند وجوده ، وينعدم عند عدمه " (٤) .

هذا ، وقد يكون السبب داخلاً تحت مقدور المكلف ؛ كالسفر فهو سبب لإباحة الفطر ، والقتل العمد العدوان هو سبب لوجوب انفصاص ، والإتلاف هو سبب لوجوب الضمان ، وقد يكون خارجاً عن مقدور المكلف ؛ كالدلوك لوجوب الصلاة ، ورؤية الهلال لوجوب الصيام (٥) .

وفائدة ربط الحكم بالسبب ، كما قال الإمام الغزالي : " اعلم أنه لما عسر على الخلق معرفة خطاب الله تعالى في كل حال لا سيما بعد انقطاع الوحي ، أظهر الله سبحانه خطابه لخلقهم بأمر محسوسة ، نصبها أسباباً لأحكامه ، وجعلها موجبة ومقتضية للأحكام ، على مثال اقتضاء العلة الحسية معلولها ، ونعني بالأسباب هنا : أنها هي التي أضاف الأحكام إليها ؛ كقوله تعالى : { أقم الصلاة لذلوك الشمس } (١) الآية (٧) .

حكم السبب :

(٦) الفيومي : المصباح المنير (١٠٠) .
 (١) الجرجاني : التعريفات (١٥٤) ، الفخر الرازي : المحصول (١٠٩ / ١) ، صدر الشريعة : التوضيح (٢٨٨ / ٢) ، الشاطبي : الموافقات (١٢٨ / ١) ، الغزالي : المستصفى (٩٣ / ١) التفتازاني : شرح التلويح (٢٨٨ / ٢) ، السبكي : الإبهاج (٦٤ / ١) ، الإسنوي : نهاية السؤل (٥٧ / ١) ، البناني : حاشية البناني (١ / ١٥٥) ، الطوفي : شرح مختصر الروضة (٤٢٥) ، الشوكاني : محمد بن علي (١٢٥٥ هـ) إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول (٦١) تحقيق : محمد صبحي بن حسن الحلاق ، دمشق - دار ابن كثير ، الطبعة الأولى ، (١٤٢١ - ٢٠٠٠) ، أبو زهرة : أصول الفقه (٥٥) ، الزحيلي : أصول الفقه (٩٨ / ١) ، خلاف : علم أصول الفقه (١١٧) ، الزلمي والمهداري : أصول الفقه (٢١٦) ، زيدان : الوجيز (٥٥) ، الخضري : أصول الفقه (٥٤) ، الزحيلي : الوجيز (١٣٥) .

(٢) أبو جيب : القاموس الفقهي (١٦٣) .

(٣) السلطيني : الميسر (٢٢٠) .

(٤) زيدان : الوجيز (٥٥) .

(٥) زيدان : الوجيز (٥٥) .

(٦) جزء من الآية (٧٨) من سورة الإسراء .

(٧) الغزالي : المستصفى (٩٣ / ١) .

إذا وجد السبب وتوافرت الشروط وانتفتت الموانع ترتب عليه مسببه حتماً ، سواء أكان السبب من فعل المكلف ؛ كالإتلاف لنضمام ، أم من غير فعله ؛ كروية الهلال لوجوب الصوم ؛ فالمسببات تترتب على أسبابها إذا وجدت هذه الأسباب ، وتحققت شرعاً لترتب الأحكام عليها ، ولكن لا تترتب هذه الأحكام - كما سبق - إلا إذا توافرت الشروط وانتفتت الموانع ، فدلوك الشمس سبب لوجوب الصلاة ، ولكن الصلاة لا تجب بمجرد تحقق السبب ، بل لا بد من توافر شروط وجوب الصلاة ، وهي : الإسلام والبلوغ والعقل ، ولا بد كذلك من انتفاع الموانع ؛ كالحيض والنفاس (١) .

ولكن ما العلاقة بين السبب كما مر تعريفه وبين العلة ؛ فالسبب يدور مع الحكم وجوداً وعدمًا كما سبق بيانه ، والعلة هي مناط الحكم كما عرفها العلامة ابن قدامة المقدسي (٢) ، وهي تدور مع الحكم وجوداً وعدمًا كما هو معروف .

العلة اصطلاحاً (٣) :

عرف الإمام البيضاوي العلة بقوله : " هي المعرف للحكم " (٤) ، وعرفها بعض العلماء بأنها : " الوصف الظاهر المنضبط والمناسب للحكم " (٥) ، أو هي : " ما شرع الحكم عنده تحقيقاً للمصلحة " (٦) ، أو هي : " الوصف المعرف للحكم " (٧) .

مركز ابداع الرسائل الجامعية

الفرق بين السبب والعلة (٨) :

- (١) الزحيلي : أصول الفقه (١ / ٩٨) .
- (٢) ابن قدامة المقدسي : موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي (٦٢٠ هـ) روضة الناظر وجنة المناظر (١٦٠) ، بيروت - دار المطبوعات العربية .
- (٣) انظر تعريفات العلة في : الزركشي : بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي (٧٩٤ هـ) البحر المحيط في أصول الفقه (٤ / ١٠١) تحقيق : محمد محمد تامر ، الطبعة الأولى ، بيروت - دار الكتب العلمية ، (١٤٢١ - ٢٠٠٠) ، الشوكاتي : إرشاد الفحول (٦٨٦) .
- (٤) البيضاوي : قاضي القضاة عبد الله بن عمر بن محمد البيضاوي (٦٨٥ هـ) منهاج الوصول إلى علم الأصول (١٤٩) ومعه تخريج أحاديث المنهاج للحافظ زين الدين عبد الرحيم بن الحسين العراقي (٨٠٦ هـ) تحقيق : سليم شبعانية ، دمشق - دار دانية للطباعة والنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى ، ١٩٨٩ .
- (٥) أبو زهرة : أصول الفقه (٢٣٧) .
- (٦) الزحيلي : أصول الفقه (١ / ٦٤٦) ، الزحيلي : الوجيز (٧٠) .
- (٧) الزحيلي : أصول الفقه (١ / ٦٤٦) ، الزحيلي : الوجيز (٧٠) .

ونظراً للتشابه في مدلولي السبب والعلة واحتمال الخلط بينهما ، أود أن أبين الفرق بينهما ، وقد وردت عدة أقوال في ذلك ، منها :

١ - أنهما مترادفان ؛ إذ كلاهما أمانة أو علامة على وجود الحكم ، فالسبب سبب وعلة لإباحة الفطر ، ودلوك الشمس سبب وعلة لوجوب الصلاة .

٢ - أنهما مختلفان ؛ إذ العلة هي الغاية من تطبيق الحكم الشرعي والحكمة المتوخاة من تشريعه ، وهذه الغاية هي جلب المصالح ودرء المفاسد عن الناس ؛ فسبب وجوب انقصاص هو القتل العمد العدوان ، وعلته هي المحافظة النفس البشرية ، وسبب وجوب الجلد هو الزنا ، وعلته المحافظة على الأعراض ، وسبب وجوب القطع هو السرقة ، وعلته المحافظة على الأموال ، وخلاصة هذا القول إن العلة : هي حماية مصلحة يراها الشارع جديرة بالحماية ، والسبب : هو الفعل الذي يولد الاعتداء على هذه المصلحة .

٣ - العلة قسيم للسبب ؛ فالحكم الوضعي أربعة أقسام ؛ العلة والسبب والشرط والمانع .

٤ - وقال جمهور الأصوليين : إن السبب أعم في مدلوله من العلة ؛ فكل علة سبب وليس كل سبب علة ؛ فعقد البيع الدال على الرضا ينقل الملكية يقال له علة وسبب ، وزوال الشمس يقال له سبب ؛ فإذا أدرك الإنسان الصلة بين السبب ومسببه ؛ كالقتل للقصاص فهو علة وسبب ، وإن لم يدرك الصلة فهي سبب فقط ؛ كالدلوك لوجوب الصلاة .

وبناءً على كلام الجمهور ؛ فإن الضرر هنا هو سبب للمسؤولية وعلة لها ؛ لأنه معقول المعنى ، ولهذا عير عنه بعض العلماء كالدكتور الدريني والدكتور فيض الله بالعلة ، وعبر غيرهم بالسبب ، وعليه فيكون المراد بأساس المسؤولية (أو علتها) : السبب الذي دعا المشرع إيجاب الضمان أو المسؤولية على مرتكب الفعل الضار .

(8) الزحيلي : أصول الفقه (١ / ٩٥) ، زيدان : الوجيز (٥٧) ، الخضري : أصول الفقه (٥٤) ، الزلمي والمهداوي : أصول الفقه (٢١٦) ، الفخر الرازي : المحصول " حاشية " (١ / ١٠٩) .

المبحث الأول
أساس المسؤولية المدنية عن الأشياء والآلات
في

القانون الوضعي

تمهيد :

اختلفت آراء القوانين الوضعية واتجاهاتها وشرائحها في تحديد الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية المدنية بصورة عامة والأساس الذي تقوم عليه المسؤولية المدنية عن الأشياء بصورة خاصة ، ولا زال هذا الأمر محل اجتهادات المحاكم والجهات القضائية المختلفة ، والسبب في هذا واضح ، وقد تكلمنا عنه عند الكلام على التطور التاريخي للمسؤولية ، وتحديد مفهوم الحارس والأشياء في الفقه وانتقاضه ، فالفقه الوضعي ينشأ ناقصاً وهذا شأن الجهد البشري ، ويستمر في النمو والبناء ليصل إلى العدالة التي يبتغيها المفسن أو المشرع ، وهذا بخلاف الفقه الإسلامي الذي بدأ شابها كما ذكرنا ذلك وأوضحناه في الفصل التمهيدي .

وقبل أن أشرع في بيان الأساس القانوني للمسؤولية عن الأشياء ، يجدر أن أتكلم - ولو بشيء يسير - عن أساس المسؤولية المدنية عموماً ، والنظريات التي قيلت في هذا المجال .

المطلب الأول : النظريات التي قيلت في أساس المسؤولية المدنية عموماً :

لقد ظهر في مجال أساس المسؤولية المدنية عدة نظريات ، اشتهر منها نظريتان ؛ الأولى : النظرية الشخصية أو نظرية الخطأ ، والنظرية الثانية هي : النظرية الموضوعية أو نظرية الضرر وتسمى - كذلك بنظرية تحمل التبعة - ^(١) ، كما أن هناك نظرية ثالثة تشأت (في التقنين الفرنسي) توفق بين النظريتين ، وتسمى بنظرية الضمان ، لكنها قريبة إلى النظرية الموضوعية من حيث الآثار .

(١) طه : إقامة المسؤولية المدنية (٤٥) ، رفاعي : الضرر كأساس (٣٦٣) ، نصر الدين : أساس التعويض (٦٣) .

أولاً : النظرية الشخصية " نظرية الخطأ " :

أهم أركان المسؤولية المدنية عند معظم شراح الفوانين الوضعية ركن الخطأ ، وغالبيتهم اعتبروا الخطأ أساساً للمسؤولية .

ومن أنواع الخطأ ؛ الخطأ واجب الإثبات والخطأ المفترض ، والمقصود بالخطأ واجب الإثبات : الخطأ الذي يجب على الدائن أن يثبته في جانب المدين (١) ، والخطأ المفترض : هو

الخطأ الذي يعفى الدائن من إثباته في جانب المدين (٢) ، وهذا الخطأ قد يسمح للمدين بإثبات عكسه ، أو إثبات أنه لم يرتكب خطأ فيعفى من المسؤولية ، وهو ما يسمى بالخطأ المفترض القابل لإثبات العكس ، وقد لا يسمح له بإثبات العكس ، وهو ما يسمى بالخطأ المفترض غير قابل لإثبات العكس (٣) .

وأقول : إن الخطأ الذي تبني عليه المسؤولية عن الفعل الشخصي هو الخطأ واجب الإثبات ، وعليه فعلى المضرور (الدائن) أن يثبت الخطأ في جانب مرتكب الفعل الضار (الحارس أو المدين) ، حتى يتسنى له - أو لورثته - الحصول على التعويض ، وإن لم يستطع هؤلاء إثبات الخطأ في جانب المدين فلا تعويض (٤) . الجامعة

وسميت هذه النظرية بالنظرية الشخصية ؛ لأنه ينظر إلى أساسها ومعاييرها والنتائج المترتبة عليها بمنظار شخصي ، إذ يقارن سلوك المرء من حيث الخطأ وعدمه بسلوك الرجل المعتاد ، والتعويض يلزم به صاحب السلوك المتحرف ، ولهذا سميت هذه المسؤولية - حسب أصحاب هذه النظرية - بالمسؤولية التقصيرية (٥) .

ثانياً : النظرية الموضوعية " نظرية الضرر " أو " نظرية تحمل التبعة " :

والضرر كما سبق هو : إخلال بمصلحة مشروعة للشخص ، وهو ركن من أركان المسؤولية ؛ إن وجد وجدت وإن تخلف تخلفت ، يقول الدكتور جبار طه : " إن الضرر هو

(١) طه : إقامة المسؤولية المدنية (٥٨) ، أبو هزيم : المسؤولية عن الأشياء (١٩) .

(٢) طه : إقامة المسؤولية المدنية (٥٨) .

(٣) طه : إقامة المسؤولية المدنية (٥٨) .

(٤) طه : إقامة المسؤولية المدنية (١١٣) .

(٥) طه : إقامة المسؤولية المدنية (٤٧) .

المحور الذي تدور عليه المسؤولية بوجه عام وجوداً وعدمًا ، فإذا انتفى الضرر ، فقد انتفت المسؤولية مهما كانت درجة جسامته الخطأ ، فهو الذي يعطي الحق في التعويض ، وهو الذي يبرر الحكم به لا الخطأ " (١) ، ومهما قيل في وجوب توافر الخطأ أو عدم وجوبه لقيام المسؤولية ، فلا يقال هذا في عنصر الضرر ، فهو الشرارة الأولى التي تبعث التفكير في المسؤولية .

إلا أنه مما ينبغي ذكره هنا ، أن السبب الذي أُلجأ للاتجاهات الوضعية العزوف عن فكرة الخطأ إلى الضرر ، هو كثرة الحوادث والإصابات التي حصلت في أواخر القرن التاسع عشر الميلادي وظهور الآلة والثورة الصناعية وتطور وسائل النقل وما نجم عنها من كوارث ، وعجز هذا الاتجاه عن تعويض المضرورين من هذه الآلات ؛ ذلك لصعوبة إثبات موطن الخطأ المؤدي إلى الحادث ، وصعوبة إثبات خطأ الحارس ، وحتى لو ثبت خطأ الحارس فلا يد من إثبات أن الخطأ هو السبب في الحادث ، وهذا الإثبات كله سيقع على المضرور أو ورثته ، ومع عجزهم عن الإثبات تضيع الحقوق ، فلجأوا إلى القول بالضرر أساساً لهذه المسؤولية (٢) .

وسميت هذه النظرية بنظرية تحمل التبعة ؛ لأنها تقيم المسؤولية على مجرد وقوع الضرر ، فعلى الإنسان أن يتحمل تبعته أعماله سواء أوجد خطأ أم لا ، ودون البحث عن وجود خطأ أصلاً ، فضلاً عن إثباته (٣) بداع الرسائل الجامعية .
وسميت هذه النظرية بالنظرية الموضوعية ؛ لأن القاضي لا يحتاج إلى تحديد الطابع القانوني من عدمه للفعل الذي أنشأ المسؤولية (٤) ، وتصبح - حسب هذه النظرية - موضوعات المسؤولية مجرد قضايا أو إجراءات موضوعية ، تتلخص في البحث عن العلاقة السببية بين العلة والمعلول (٥) .

وبناءً على ما سبق (٦) فلا يشترط حسب هذه النظرية لثبوت المسؤولية إلا صدور نشاط أو فعل مادي ، سواء أكان الفعل من الإنسان نفسه ، أم من شيء تحت يده أو في حراسته ، وسواء أكان الفعل سلبياً أم إيجابياً ، بشرط توافر الركن الثالث للمسؤولية ، وهو علاقة السببية .

(١) طه : إقامة المسؤولية المدنية (١٠٤) .

(٢) نصر الدين : أساس التعويض (٨١) ، طه : إقامة المسؤولية المدنية (١١٣) .

(٣) طه : إقامة المسؤولية المدنية (١٣٨) .

(٤) حسب نظرية الخطأ ؛ يجب فإن على القاضي أن يناقش التصرف ويقارنه بسلوك الرجل المعتاد ؛ فالتقصية شخصية .

(٥) طه : إقامة المسؤولية المدنية (١٣٩) .

(٦) طه : إقامة المسؤولية المدنية (١٤١) .

ثالثاً : نظرية الضمان :

هذه النظرية نادى بها بعض الشراح الفرنسيين ومنهم " ستارك " و " موريس بيكار " ، ولم يعتبر الشراح هذه النظرية نظرية مستقلة ؛ لأنها تعتبر من النظريات التي تهاجم النظرية الشخصية القائمة على اعتبار الخطأ ، ففكرة الضمان تطبيق لنظرية الضرر أو تحمل التبعة ، إلا أنها اختلفت في أسلوب الطرح (١) .

والنقطة الأساسية التي انطلق منها أصحاب هذه النظرية ، هي : وجوب إحلال نظرية الضمان محل نظرية المسؤولية ، سواء أكانت مبنية على أساس الخطأ أم الضرر ؛ لأن مطالبة المدعى عليه بتعويض الضرر ، ليس لأنه مسؤول عن هذه الأضرار بل لأنه ضامن لهذه الأضرار (٢) .

يقول بيكار بشأن الحوادث الناشئة عن الأشياء والتي ترجع إلى عيب في الشيء : " إن القضاء في هذه الحالة أنشأ على كاهل الحارس التزاماً بالضمان ؛ ضمان الغير ضد الأضرار التي يمكن أن يحدثها الشيء لهم ، وإن هذا الالتزام بضمان المخاطر ذو طبيعة مختلفة عن المسؤولية المدنية ؛ لأن أساسه ليس الخطأ ، لأنه لا يستبعد بإثبات تعدد الخطأ " (٣) .

وإن علل أصحاب هذه النظرية بأن نظرية تحمل التبعة تعالج القضية من خلال وجهة نظر مرتكب الفعل الضار ، وإن نظرية الضمان تعالجها من وجهة نظر المتضرر ، فإن هذا التعليل قاصر ، وما نظرية الضمان هذه إلا وجه آخر لنظرية التبعة (٤) .

المطلب الثاني : أساس المسؤولية المدنية عن الأشياء والآلات (٥) :

(١) طه : إقامة المسؤولية المدنية (١٥٠) .

(٢) طه : إقامة المسؤولية المدنية (١٥٠) .

(٣) نقل هذا النص عنه الأستاذ جبار طه ، انظر : طه : إقامة المسؤولية المدنية (١٥٠) .

(٤) طه : إقامة المسؤولية المدنية (١٥٠) .

(٥) انظر الأساس القانوني عن حراسة الأشياء والآلات : شنب : المسؤولية عن الأشياء (٢٦٣) ، أمجد : المسؤولية عن الجمادات (١٣٣) ، ملوكي : المسؤولية عن الأشياء (١٦٨) ، أبو هزيم : المسؤولية عن الأشياء (١٩) ، اليعقوب : المسؤولية عن الأشياء الخطرة (١٣٩) ، خليل : فيروس الحاسوب (٣٧٥) ، حجازي :

تمهيد :

إن السبب الذي كان وراء اتجاه الأنظمة والقوانين الوضعية في جعل الضرر أساساً للمسؤولية عن الفعل الشخصي بدلاً من الخطأ ، هو كثرة الحوادث والإصابات التي صعب على المضرور فيها إثبات خطأ الدائن أو الحارس ، وهو ذاته السبب الذي جعل التشريعات الوضعية تستثني الأشياء والآلات من أحكام المسؤولية عن الفعل الشخصي ، وتجعل لها فواعدها الخاصة .

فبظهور الثورة الصناعية ، ودخول الآلة جميع مجالات الحياة ، وما نشأ عن ذلك من ازدياد الحوادث وإصابات العمال بسبب الآلة ، ومع تطبيق القواعد العامة في المسؤولية ، الفاضية بوجود إثبات خطأ المدين أو صاحب العمل هنا - وقد يكون دون إثبات خطأ خرط الفئاد - تضيع حقوق المضرورين ، مما ألجأ المقتنين إلى البحث عن الوسائل التي تعين هؤلاء العمال على تحصيل حقوقهم^(١) ، فنشأ عنهم الاتجاهان التاليان :

١. القول بالضرر أساساً للمسؤولية ، وما قارب هذا الاتجاه من نظرية تحمل التبعة

ونظرية الضمان كلية الجامعة الأردنية

٢. ومن بقي متمسكاً بالقول بنظرية الخطأ ، لوى عنق النصوص القانونية ، بجعل

المراد بالخطأ هو الخطأ المفترض القابل لإثبات العكس ، أو القول بالخطأ

المفترض غير القابل لإثبات العكس .

وعليه فسيكون بحثنا من خلال المطالب التالية :

المطلب الأول : نظرية الخطأ ، في فرعين :

الفرع الأول : الخطأ المفترض .

الفرع الثاني : الخطأ واجب الإثبات .

المطلب الثاني : نظرية الضرر .

المطلب الأول : نظرية الخطأ^(٢) :

مصادر الالتزام (٥٦٧) ، طه : إقامة المسؤولية المدنية (٤٥) ، نصر الدين : أساس التعويض (٦٣ ، ٧٩ ، ٩٦) ، موافي : المسؤولية عن الأشياء (٢١٧) ، رفاعي : الضرر كأساس (٣٦٥) .

(١) موافي : المسؤولية عن الأشياء (٢١٧) ، حمزة : العمل غير المشروع (٢٥٣) .

(٢) انظر نظرية الخطأ في المراجع التالية : شنب : المسؤولية عن الأشياء (٢٦٠) ، أمجد : المسؤولية الجمادات (١٣٤) ، حمزة : العمل غير المشروع (٢٥٥) ، النقيب : المسؤولية عن فعل الأشياء (٣٧٥) ،

تعتبر نظرية الخطأ النظرية التقليدية التي تجعل من الخطأ أساساً للمسؤولية بصفة عامة ، وكانت هذه النظرية هي السائدة في عالم القانون الوضعي ^(١) ، ولكنها - كما سبق ذكره - أخذت بالانحسار مع تطور الآلة ، وهذا الانحسار اتخذ جانبيين ؛ الأول : البقاء تحت دائرة الخطأ مع تحويره ، والآخر : التحول إلى الضرر ، ونشأ عن البقاء تحت دائرة الخطأ نظريتان في أساس المسؤولية المدنية عن الأشياء والآلات ، سنتناولهما في الفرعين التاليين :

الفرع الأول : نظرية الخطأ المفترض أو قرينة الخطأ ^(٢) :

ومؤدى هذا الفكرة واضح من تسميتها ؛ فالمسؤولية في الفكر القانوني التقليدي القائم على أساس الخطأ ، لم تكن لتنشأ إلا إذا وقع الخطأ من الحارس ، وعبء إثبات الخطأ يكلف به المضرور وذووه ، ولما أصبحت هذه النظرية التقليدية غير صالحة لإعطاء المضرور حقه ؛ لصعوبة إثبات الخطأ ، لجأ القانونيون إلى هذه النظرية والقول بأن الحارس مخطئ بمجرد وقوع الضرر ، فوجود الضرر يعتبر قرينة قانونية على أن الحارس قد أخطأ ، ولولا هذا الخطأ من الحارس ما وقع الضرر ، وعليه فيجب أن يسأل الحارس عن ذلك الخطأ ، ورغبة من المشرع في التخفيف عن المضرور ، تم يطالبه بإثبات الخطأ في جانب الحارس ، وإنما على المضرور فقط أن يثبت الضرر الحائز به ، وعلاقة السببية بينه وبين تدخل الشيء .

وكان الحارس في بداية الأمر يستطيع أن يثبت أنه لم يرتكب أي خطأ ؛ إن أقام الدليل على أنه قد اتخذ جميع التدابير والاحتياطات اللازمة لمنع الشيء من الإضرار بالغير ، وأن سلوكه في حفظ الشيء كان موافقاً لسلوك الرجل المعتاد ، فيبرأ من المساءلة ، وبإمكانه كذلك أن يثبت السبب الأجنبي فيعفى من المسؤولية ^(٣) .

موافي : المسؤولية عن الأشياء (٢١٩) ، أبو هزيم : المسؤولية عن الأشياء (٩١) ، طه : إقامة المسؤولية المدنية (٣٦٩) ، نصر الدين : أساس التعويض (٤٤٢) ، ملوكي : المسؤولية عن الأشياء (١٦٦) ، مرقس : الوافي (١٠٨٩ / ٢) ، فودة : التعويض المدني (٢٥٥) ، خليل : فيروس الحاسوب (٣٧٥ ، ٤٣٠) ، فرج : مصادر الالتزام (٤٢٣) ، حجازي : مصادر الالتزام (٥٦٧) ، العدوي : مصادر الالتزام (٤١٧) .

^(١) أمجد : المسؤولية عن الجمادات (١٣٧) ، موافي : المسؤولية عن الأشياء (٢١٩) ، حمزة : العمل غير المشروع (٢٥٥) .

^(٢) شنب : المسؤولية عن الأشياء (٢٦٤) ، ملوكي : المسؤولية عن الأشياء (١٦٨) .

^(٣) شنب : المسؤولية عن الأشياء (٢٦٦) ، أبو هزيم : المسؤولية عن الأشياء (٩١) .

ولكن القضاء الفرنسي عاد ليشتد على الحارس ، فرفض السماح له بدفع مسؤوليته بإثبات عدم الخطأ منه ، فصار الاتجاه العام في هذه النظرية عدم السماح للحارس بإثبات انعدام الخطأ من جانبه ؛ لأن المشرع يضع على عاتقه قرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس (١) .
ولا يعني - كما يقول أصحاب هذه النظرية - أنها لا تعتبر الخطأ ركناً من أركان المسؤولية ، بل إن غاية ما في الأمر أن القانون قد وضع قرينة على خطأ الحارس ، ونقل عبء الإثبات لتسهيله على المضرور (٢) .

فقوام هذه النظرية : افتراض الخطأ في جانب الحارس افتراضاً قابلاً لإثبات العكس في بداية الأمر ، ثم العدول إلى افتراض الخطأ غير القابل لإثبات العكس ، كما أنها عدلت هذه النظرية عن القواعد العامة في الإثبات ، بالتخفيف عن المضرور وعدم إلزامه بإثبات خطأ الحارس (٣) .

وأول ما ظهرت هذه النظرية في بلجيكا ، على يد مدع عام شاب يدعى (فيدر) إثر انفجار مرجل في مصنع نسيج كتان في بلجيكا سنة (١٨٧٠) راح ضحيته عشرات العمال ، وأقيمت الدعوى أمام محكمة بروكسل الابتدائية بناءً على القواعد العامة في المسؤولية ، فاستنتج هذا الشاب من مدونة نابليون ، أن القانون يقيم على مالك الفرن الذي أحدث الضرر قرينة قانونية على أنه أخطأ ، ويجب عليه أن يثبت نفي الخطأ عن نفسه ، ولكن محكمة الاستئناف بروكسل رفضت هذا التعليل في الطعن المقدم إليها ، ولكن لما كان تعويض المضرور هو غاية ما يطمح إليه القانون ، فقد قضت محكمة الاستئناف بتعويض المضرورين ، وذلك بتقرير المسؤولية على خطأ واجب الإثبات (٤) .

ثم انتقلت إلى فرنسا وازدهرت فيما بين العامين (١٨٩٦ - ١٩٣٠) إذ كانت معظم الأحكام القضائية الصادرة في هذه الفترة تسهل قضاءها بعبارة : " قرينة الخطأ التي تنص

(١) شنب : المسؤولية عن الأشياء (٢٦٧) ، الفضل : مصادر الالتزام (٤٢٧) ، أبو هزيم : المسؤولية عن الأشياء (٩١) .

(٢) حمزة : العمل غير المشروع (٢٥٥) .

(٣) شنب : المسؤولية عن الأشياء (٢٦٧) .

(٤) أمجد : المسؤولية عن الجمادات (١٣٨) .

عليها المادة (١٣٨٤ / ١) * (١) ، ثم انحسر القول بها بعد هذا التاريخ بسبب النقد الموجه إليها ، وعدم صلاحيتها لتعويض المضرورين (٢) .

نقد نظرية الخطأ المفترض :

وعلى الرغم من النجاح الذي لاقته هذه النظرية خلال العقود الثلاثة التي ازدهرت فيها ، إلا أنها انحسرت بسبب النقد الشديد الذي ووجهت به ، فإنها لم تصمد وما لبثت أن انحسرت ، وخلاصة النقد الموجه إليها من زاويتين :

١ - معارضتها للقواعد المقررة في القانون المدني ؛ فالقارئ القانوني قرائن بسيطة (٣) ، لا تنقلب إلى قرائن قاطعة إلا بنص قانوني ، ومع خلو مثل هذا النص في مجال المسؤولية عن الأشياء تكون هذه النظرية مخالفة لمبادئ القانون (٤) .

٢ - القرينة القانونية القاطعة قاعدة إثبات ، ويجوز دحضها بالإقرار واليمين ، وما لا يجوز دحضه بالإقرار واليمين لا يعتبر قرينة قانونية وإثما يكون من القواعد الموضوعية ، وهذه النظرية جمعت بين النقيضين ؛ إذ منعت الحارس من دفع المسؤولية باليمين أنه لم يخطئ ، حتى لو أقر المضرور نفسه بعدم خطأ الحارس (٥) .
وهذه النظرية ملهية إلا حيلة من القضاء ليستطيع الجمع بين المتناقضين ، وهما : انتفاء الخطأ مع وجوب التعويض ، مع عدم الشجاعة الأدبية للقول بالنظرية الموضوعية ، فلجأ أصحابها إلى لي أعناق النصوص وإلزام الحارس بأنه مخطئ ، وسواء أخطأ الحارس أم لم يخطئ ، فالقاضي قرر خطاه ، وليس له أن يناقش الأمر أو يعترض أو يستأنف الحكم ، فقد قرر القاضي أيضاً بأن هذا الخطأ لا يجوز إثبات عكسه .

الفرع الثاني : نظرية الخطأ الثابت أو الخطأ في الحراسة

(١) شنب : المسؤولية عن الأشياء (٢٦٥) ، وكذلك الأمر في القانون المدني المصري كما يقول الدكتور أمجد منصور ، أمجد : المسؤولية عن الجمادات (١٣٩) .
(٢) حمزة : العمل غير المشروع (٢٥٦) ، أمجد : المسؤولية عن الجمادات (١٣٩) .

(٣) وهو ما نصت عليه المادة (٤٠) من قانون البينات الأردني ، والمادة (٤٠٤) من القانون المدني المصري ، والمادة (١٣٥٤ / ١) من القانون الفرنسي : أن القرائن القانونية قرائن بسيطة كقاعدة عامة ، وأنها لا تكون قاطعة إلا إذا ورد نص صريح ، أبو هزيم : المسؤولية عن الأشياء (٩٢) ، شنب : المسؤولية عن الأشياء (٢٦٨) .

(٤) شنب : المسؤولية عن الأشياء (٢٦٨) ، أمجد : المسؤولية عن الجمادات (١٤٠) ، حمزة : العمل غير المشروع (٢٥٦) .

(٥) شنب : المسؤولية عن الأشياء (٢٦٨) ، أمجد : المسؤولية عن الجمادات (١٤١) ، أبو هزيم : المسؤولية عن الأشياء (٩٢) ، حمزة : العمل غير المشروع (٢٥٦) .

مع كل ما سبق من نقد لنظرية الخطأ المفترض ، ومع إصرار أنصار النظرية الشخصية البقاء على القول بالخطأ أساساً للمسؤولية ، فقد لجأ هؤلاء إلى القول بالخطأ الثابت أو الخطأ في الحراسة (١) .

فقد افترض أصحاب هذه النظرية أنه يوجد التزام على حارس الشيء مقتضاه أن يقوم الحارس بمنع الشيء من الإضرار بالغير ، وإذا وقع الضرر فإن هذا يعني أنه أخطأ فيلزم بالضمان بناءً على هذا الخطأ ، ولا يعفيه من ذلك إلا إثبات السبب الأجنبي (٢) .

يقول هنري مازو : " إن الحارس ملزم بأن لا يترك الشيء يفلت زمامه من يده ، فإذا أفلت من يده وسبب ضرراً يكون الحارس قد أخل بالتزامه ، أي ارتكب خطأ في الحراسة ، إلا إذا كان ذلك راجعاً إلى سبب أجنبي ، فلا يكون مسؤولاً في هذه الحالة ، وعلى المضرور أن يثبت أن زمام الشيء قد أفلت من يد الحارس ؛ بأن يثبت أن الضرر الذي وقع كان بفعل الشيء ، عندئذ يثبت خطأ الحارس (٣) محفوفة

ومع هذا التكاليف الظاهر في صياغة هذه النظرية ، فقد حاول أنصارها تبريرها بما يلي :
١ - إن الخطأ في الحراسة هو خطأ في السلوك لا يرتكبه الشخص الحريص على أداء واجباته ، فإذا ما أخل الحارس بأحد واجباته نتيجة خروج الشيء عن سلطته ، فعليه الالتزام بتعويض المضرور (٤) .

٢ - كما أن هذه النظرية توضح لنا السبب في عدم استطاعة الحارس التخلص من المسؤولية بإثبات انعدام خطئه ؛ فالمضرور إذا أثبت أن الحارس ارتكب خطأ بتركه الشيء يفلت من رقابته ، فلا يستطيع الحارس إثبات عدم وقوع تقصير من جانبه (٥) .

٣ - وهذه النظرية تبين السبب في قيام المسؤولية ، لأنه لما كان الحارس من له السلطة الفعلية على الشيء ، وبإستطاعته - من خلال هذه السلطة - منع الشيء من الإفلات من رقابته والإضرار بالآخرين ، فإذا وقع الضرر فيسأل الحارس باعتباره أخطأ في الحراسة (٦) .

(١) أبو هزيم : المسؤولية عن الأشياء (٩٣) ، حمزة : العمل غير المشروع (٢٥٦) .
(٢) أبو هزيم : المسؤولية عن الأشياء (٩٣) .

(٣) نقلاً عن جلال حمزة ، حمزة : العمل غير المشروع (٢٥٧) .

(٤) أمجد : المسؤولية عن الجمادات (١٤١) .

(٥) أمجد : المسؤولية عن الجمادات (١٤٢) .

(٦) أمجد : المسؤولية عن الجمادات (١٤٢) .

نقد نظرية الخطأ الثابت

وكسابقتها ، فقد ووجهت هذه النظرية بعدة انتقادات أهمها :

١ - أنها ظاهرة الاصطناع ؛ فالالتزام بمنع الشيء من إيقاع الضرر الذي قيل بوجوده على عاتق الحارس غير موجود في الواقع ، والغرض من إيجاده كان الجمع بين التمسك بالقول بالخطأ أساساً ، مع تعويض المضرور عن الضرر مع انتفاء الخطأ ، فالالتزام مختلق ، ولا يوجد التزام بمنع الشيء من الإفلات من الرقابة وإيقاع الضرر ، فالضرر مع اتعدام الخطأ أمر وارد كأن يحدث الضرر نتيجة عيب خفي في الشيء ، أو الضرر بتسبب المضرور نفسه ، فلا ينسب الخطأ إلى الحارس مع إيجاب القضاء بالتعويض عليه في هذه الحال (١) .

٢ - وعلى فرض التسليم لأصحاب هذه النظرية بما قالوه من وجود التزام على حارس الشيء ، يقضي بمنع الشيء من الإضرار بالغير ، وإن أضر الشيء بالغير فبسبب خطأ من الحارس لا يستطيع دفعه إلا بالسبب الأجنبي ، على فرض التسليم بذلك فإن الخطأ في مثل هذه الحال له طبيعة مختلفة عن الخطأ المطلوب وفقاً لنظام المسؤولية التقصيرية .

فإن الخطأ في المسؤولية التقصيرية هو الانحراف عن السلوك المألوف للرجل المعتاد ، والخطأ حسب هذه النظرية يقوم على عدم تحقق النتيجة التي يلتزم بها الحارس ، وهو في هذه الحال مشابه للخطأ العقدي (٢) .

٣ - كما أن هذه النظرية تعارض أحكام القضاء ؛ ففي حال التصادم بين سيارتين لسبب غير معلوم ، يلزم القضاء كلا الحارسين بتعويض الآخر تعويضاً كاملاً ، مع أنه حسب هذه النظرية يجب تقسيم المسؤولية بينهما ؛ إذ كلاهما مخطئ (٣) .

ويرى الباحث أن هذه النظرية وسابقتها تجعلان الضرر أساساً للمسؤولية ، ولكن تنتقصهما الشجاعة لإقرار ذلك ، يقول شنب : " فالقول بوجود خطأ في الحراسة كلما أفلت الشيء من رقابة حارسه ، دون فحص لسلوك هذا الحارس ، يعادل تماماً القول بأنه يكون مسؤولاً كلما أحدث الشيء ضرراً ، ففكرة الخطأ في الحراسة ليس لها من الخطأ سوى اسمه ، في حين أنها في الواقع تخفي مسؤولية مادية مستقلة عن الخطأ " (٤) ، ويقول الدكتور جلال

(١) شنب : المسؤولية عن الأشياء (٢٧٩) ، أبو هزيم : المسؤولية عن الأشياء (٩٤) .

(٢) شنب : المسؤولية عن الأشياء (٢٧٨) .

(٣) أمجد : المسؤولية عن الأشياء (١٤٣) .

(٤) شنب : المسؤولية عن الأشياء (٢٧٩) .

حمزة في نقده لهذه النظرية : " وهذا يعني في الحقيقة أن المسؤولية عن الأشياء لا تقوم على الخطأ ولكنها تقوم على الضرر ، وما إقحام الخطأ في هذه المسؤولية إلا لمحاولة الابتعاد عن المسؤولية الموضوعية وربطها بالخطأ ، حتى ولو كان وهمياً " (١) .

المطلب الثاني : " نظرية الضرر " أو " نظرية تحمل التبعة " أو " نظرية المخاطر " .

بسبب الانتقادات الموجهة لنظرية الخطأ ؛ التقليدية والخطأ المفترض والخطأ الثابت ، وعدم صلاحيتها للتطبيق في عالم المخترعات الحديثة ، وعجزها عن تأمين الحماية الكافية للمضرورين ، اتجهت الأنظار إلى نظرية الضرر أو تحمل التبعة (٢) .
وتقوم هذه النظرية على مبدئين أساسيين :

الأول : أن الخطأ ليس بشرط لتحقيق المسؤولية عن الأشياء .

الثاني : أن المسؤول عن الضرر هو من أنشأ احتمال حصوله ، أو هو الشخص المنتفع

من استعمال الشيء (٣) . جميع الحقوق محفوظة

ومن أول من قال بنظرية تحمل التبعة الفرنسي لابيه " ثم حمل لواءها الفرنسيان " جوسران " و " سالي " مرفقدهماجم هؤلاء نظرية الخطأ (٤) وما تولد عنها ، باعتبارها من مخلفات الماضي ، الذي كانت تختلط فيه المسؤولية المدنية بالمسؤولية الجزائية والتعويض بالعقوبة ، وهو ما أصبح مرفوضاً اليوم ؛ إذ المسؤولية المدنية تستهدف فقط تعويض المضرور عما لحقه من ضرر ، وليس معاقبة الفاعل ، وعلى هذا فلا يشترط أن يكون الضرر ناتجاً عن انحراف في السلوك (٥) .

وتجلت هذه النظرية في صورتين ؛ أولاهما : عامة ، والأخرى خاصة (٦) .

(١) حمزة : العمل غير المشروع (٢٥٧) .

(٢) شنب : المسؤولية عن الأشياء (٢٨٢) ، أمجد : المسؤولية عن الجمادات (١٤٥) ، أبو هزيم : المسؤولية عن الأشياء (٩٥) ، حمزة : العمل غير المشروع (٢٥٩) .

(٣) شنب : المسؤولية عن الأشياء (٢٨٢) ، أبو هزيم : المسؤولية عن الأشياء (٩٥) .

(٤) حتى قال عنهما " ريبير " : " بأنهما وكلاء تفليسة الخطأ " ، نقلاً عن جلال حمزة ، حمزة : العمل غير المشروع (٢٦٠) .

(٥) أمجد : المسؤولية عن الأشياء (١٤٥) ، أبو هزيم : المسؤولية عن الأشياء (٩٥) ، حمزة : العمل غير المشروع (٢٥٩) ملوكي : المسؤولية عن الأشياء (١٧٨) .

(٦) ملوكي : المسؤولية عن الأشياء (١٧٨) ، أمجد : المسؤولية عن الجمادات (١٤٦) .

أما الصورة العامة لهذه النظرية فتقضي بأن كل ما من شأنه أن ينشئ ضرراً ، يكون صاحب الشيء مسؤولاً عن الضرر ، حتى ولو لم يصدر منه خطأ ، وقد سميت بنظرية المخاطر المستحدثة ؛ لأن كل من يحدث بنشاطه مخاطر مستحدثة في المجتمع ، يجب أن تقع عليه تبعه هذه المخاطر (١) .

وأما الصورة الخاصة أو المقيدة فقد ربطت الأمر بالمنفعة ؛ فكل من يحدث في المجتمع شيئاً ويستفيد منه هو أو ينتفع به ، يكون هو المسؤول عن الضرر الناشئ منه ؛ طبقاً لقاعدة : " الغرم بالغنم " التي تجعل عبء تحمل المخاطر على من يعود عليه الربح ، ولذا سميت هذه الصورة من النظرية بـ : " نظرية تبعه المخاطر المقابلة للربح " (٢) .

يقول الدكتور جلال حمزة : " ولكن أنصار نظرية تحمل التبعه ، وإن اتفقوا فيما بينهم على عدم ضرورة الخطأ باعتباره ركناً في المسؤولية ، إلا أنهم اختلفوا في تحديد المعيار الذي يجب الرجوع إليه أهو فكرة الربح أم فكرة الخطر ؟ " (٣) .

ويرى الباحث أن تقيد هذه النظرية بالربح فيه بعد ومجانبة للعدالة والصواب ؛ لما سبق من أن الحارس هو : " من له السيطرة الفعلية على الشيء " ؛ فأحكام الفائدة المادية أو الربح في هذا الأمر ليس سديداً ، ولهذا فقد اتجهت نظارة أصحاب نظرية التبعه إلى فكرة المخاطر ، على اعتبار أن فكرة الربح فكرة اقتصادية وليست قانونية (٤) الجماعية . وقد يرر أصحاب هذه النظرية اتجاههم هذا بأنه الذي تقضي به قواعد العدالة ؛ فإن المنطق يقضي بأن الذي يحدث شيئاً في المجتمع (سواء أحقق له فائدة أم لا) لا بد أن يتحمل نتائج هذا الشيء ، والأضرار الناجمة عنه ، وأن يسأل هو عن الأضرار وليس المضرور الذي لم يكن له شأن في إيقاع الضرر (٥) .

(١) أمجد : المسؤولية عن الجمادات (١٤٦) ، ملوكي : المسؤولية عن الأشياء (١٧٨) .

(٢) أمجد : المسؤولية عن الجمادات (١٤٦) ، ملوكي : المسؤولية عن الأشياء (١٧٨) .

(٣) حمزة : العمل غير المشروع (٢٦١) .

(٤) حمزة : العمل غير المشروع (٢٦٤) .

(٥) أمجد : المسؤولية عن الجمادات (١٤٧) .

ويترتب على الأخذ بهذه النظرية النتائج التالية (١) :

- ١ - القول بمساعلة عديم التمييز ؛ لأن بإمكانه أن يحدث المخاطر بأشياءه .
- ٢ - اعتبار مالك الشيء ، ومالك منفعته (كالمستأجر والمستعير) مسؤولين عما يحدثه الشيء من ضرر .
- ٣ - اعتبار الحائز على الشيء بطريقة غير مشروعة ؛ كالسارق والغاصب ، مسؤولاً عما يحدثه الشيء من ضرر .
- ٤ - عدم اعتبار التابع والفائب الوكيل حراساً ؛ لأنهم لا يجنون فائدة من الشيء .
- ٥ - مجال هذه النظرية الأشياء الخطرة والآلات الميكانيكية ؛ إذ استعمال هذه الأشياء فقط هو الذي يؤدي إلى أخطار تلحق بالآخرين ، أما الأشياء غير الخطرة فلا يترتب عليها أية مخاطر .
- ٦ - إذا ساهم المضرور نفسه في إحداث الضرر ، فلا يستطيع الاستفادة من هذه

النظرية ، وإنما تطبق في حق القواعد العامة للمسؤولية .
نقد نظرية التبعية : مكتبة الجامعة الأردنية
 إلا أن هذه النظرية لم تسلم من نقداً ، وأهم ما انتقدت بهما

- ١ - تجاهل هذه النظرية العامل الأدبي في المسؤولية ، الذي يقول بأن المرء لا يسأل إلا إذا أخطأ ، ولذا فمن الظلم إقامة المسؤولية بغير خطأ ؛ وإذا كان المضرور بحاجة إلى رعاية فإن المدعى عليه بحاجة إلى مثل هذه الرعاية (٢) .
- ٢ - أنها تقتل روح العمل والإبداع والمبادرة في المجتمع ، وتميت النزعة إلى العمل والجد ؛ فالمرء إذا علم بأنه ضامن لجميع الأضرار التي تحدثها أشياءه وآلاته ، سيتترك العمل ويركن إلى الراحة والدعة ، حتى لا يكون مضطراً إلى تعويض الآخرين (٣) .
- ٣ - واعتراض على نظرية المخاطر بأنها رتبت المسؤولية على مجرد تملك الشيء غير الحي ، بينما علقت النصوص القانونية ذلك على الإخلال بحراسة الشيء وليس على تملكه (٤) .

(١) شنب : المسؤولية عن الأشياء (٢٤٨) ، أبو هزيم : المسؤولية عن الأشياء (٩٦) .

(٢) أمجد : المسؤولية عن الجمادات (١٤٨) .

(٣) حمزة : العمل غير المشروع (٢٦٤) .

(٤) أمجد : المسؤولية عن الجمادات (١٤٩) ، حمزة : العمل غير المشروع (١٦٧) .

٤ - لئن قيل في هذه النظرية : إنها يسرت عبء الإثبات باستبعاد عنصر الخطأ ، فهي قد أتت بصعوبة أخرى في حال تعدد الأسباب التي أحدثت الضرر ، فإذا ما حدث الضرر بتوافر عدة أسباب كيف يتسنى حصر الأسباب جميعاً للوصول إلى السبب الحقيقي محدث الضرر ، وهذه صعوبة تفوق صعوبة جعل الخطأ أساساً للمسؤولية (١) .

٥ - كما اعترض على الصورة الخاصة من صور هذه النظرية بأنها تقيم المسؤولية على المنفعة الاقتصادية لا على الحراسة ، خلافاً للنصوص القانونية التي لم تشر لهذا القيد إطلاقاً (٢) .

وعلى الرغم من هذه الانتقادات إلا أن معظمها غير منطقي وغير سديد ، وبقيت نظرية الضرر هي الأكثر قبولا لدى الشراح ، وهي التي تتبناها اليوم معظم المحاكم في فرنسا والدول العربية التي استقت تقنينها من القانون الفرنسي ، ويقول الدكتور شنب في معرض رده على الانتقادات التي وجهت لهذه النظرية : " من الدراسة المتقدمة يتضح لنا أن الانتقادات التي وجهت لنظرية التبعة لا تقوم على أساس سليم ، فهذه النظرية هي الوحيدة التي تصلح لتبرير أحكام المسؤولية عن الأشياء ، ولذلك فنحن لا نتردد في القول بأن أساس مسؤولية الحارس هو نظرية تحمل التبعة أو المخاطر ، وبعبارة أخرى نقول : إن المشرع عندما اختار الحارس ليحمله عبء تعويض الضرر الناشئ عن الشيء قد راعى أنه هو الذي أنشأ المخاطر باستعماله للشيء ، وأنه هو الذي يستفيد من هذا الاستعمال ، وأن العدالة تقتضي أن يكون هو من يتحمل ما يترتب عليه من أضرار طبقاً لقاعدة : " الغرم بالغتم " (٣) .

(١) أمجد : المسؤولية عن الجمادات (١٤٩)

(٢) حمزة : العمل غير المشروع (٢٦٣) .

(٣) شنب : المسؤولية عن الأشياء (٢٩١) .

المبحث الثاني

أساس المسؤولية المدنية عن الأشياء والآلات

في

الفقه الإسلامي

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز أبحاث الرسائل الجامعية

تمهيد :

لم يفرق الفقه الإسلامي في أحكام الضمان أو المسؤولية ، بين المسؤولية عن الفعل الشخصي والمسؤولية عن الأشياء ، سواء أكانت حيواناً أم بناءً أم شيئاً خطراً أو غير خطر ، بل نظم جميع هذه المسؤوليات ضمن أحكام ما عرف في الفقه الإسلامي بالمباشرة والتسبب ، وبناءً على هذا لم يحتج مني الأمر دراسة أساس المسؤولية عموماً أولاً ، ثم دراسة أساس المسؤولية عن الأشياء خصوصاً ، فسبب المسؤولية أو أساسها في الفقه الإسلامي واحد ، سواء أكانت عن الفعل الشخصي أم عن فعل الغير أم عن الحيوان أم عن الأشياء والآلات .

إلا أن ما ينبغي ذكره أن المسؤولية عن الفعل الشخصي قد تكون ضمن أحكام المباشرة ، وقد تكون ضمن أحكام التسبب ، أما الحيوان والآلة فلهما شأن خاص ؛ فالآلة لا تتحرك إلا بتحريك صاحبها ، فكان ما ينشأ عنها من ضرر من قبيل الإضرار بالمباشرة ، والمباشرة لا يشترط فيها تعدد ولا تعمد ، أما الحيوان فإنه يتحرك بغير إرادة صاحبه ، فكان الضرر الناشئ من الحيوان إضراراً بالتسبب ، والتسبب لا يسأل صاحبه إلا بالتعدي أو التقصير (١) .

ولم يتعرض الفقهاء المسلمون لبحث مسألة الآلات الميكانيكية وغيرها من الأشياء المادية غير الحية بشكل خاص ؛ لأن أعينهم لم يكن عهد الآلة والتصنيع - كما يقول الدكتور الزحيلي - ، ولم تنشأ عندهم إصابات العمال كما هو الشأن في الوقت الحاضر ، وقال الدكتور بوساق : " وهذا النوع من الضرر لم يكن معروفاً قبل ؛ لعدم وجود المصانع الضخمة ، والمنشآت الكبيرة التي تشغل آلاف العمال ؛ كما هو الشأن في العصر الحديث " (٢) .

قال الدكتور الزحيلي في شأن هذه المسؤولية : " وأرى أن يطبق في شأن هذه المسؤولية فقهاً هو القواعد العامة في الضمان ؛ فيسأل المباشر للضرر وإن لم يتعد ، كما يسأل المتسبب في إحداث الضرر إذا كان متعدياً بالتعمد أو التقصير ، أو عدم التحرز في الإضرار ، أو الإهمال في الصيانة " (٣) ، وإلى مثل اندي ذهب إليه الدكتور الزحيلي ذهب الدكتور بوساق (٤)

(١) الزحيلي : الضمان (٢٥٨) ، الزحيلي : الأشياء والآلات (٦٠) .

(٢) بوساق : التعويض عن الضرر (١١٦) .

(٣) الزحيلي : الأشياء والآلات (٦١) ، وانظر : الزحيلي : الضمان (٢٥٨)

(٤) بوساق : التعويض عن الضرر (١١٦) .

أساس المسؤولية المدنية في الفقه الإسلامي :

إن الأساس (السبب) الذي تقوم عليه المسؤولية في الفقه الإسلامي هو الضرر ، يقول الدكتور الغامدي : " تقوم المسؤولية المدنية على أساس مادي هو : الضرر ، فحيثما وجد الضرر تكون المسؤولية ، سواء صدر هذا الضرر من عاقل رشيد أو من قاصر مجنون " (١) . ويقول الدكتور الديوب : " لما كانت المسؤولية المدنية تعني تعويض المضرور عما لحقه من أذى نتيجة الإخلال بالالتزام أو بالواجب ، فإن هذا يعني أنها تقوم على فكرة الضرر ، وأن الضرر يدور مع المسؤولية وجوداً وعدمياً ، فعلى هذا إذا انتفى الضرر فالمسؤولية المدنية تنتفي أيضاً " (٢) .

وقال الدكتور الزحيلي في معرض كلامه عن حراسة الأشياء في القوانين الوضعية : " ويتقبل الفقه الإسلامي هذه الأحكام ما عدا فكرة الخطأ المفترض ، فإنه يقيم المسؤولية على أساس الضرر المباشر ، والمباشرة لا يشترط فيها التعدي ، والتسبب في الضرر إذا كان هناك تعدياً أو تقصيراً " (٣) . ويقول الدكتور الزحيلي أيضاً : " وبناءً عليه ، لا يشترط في الضرر الموجب للتعويض في الفقه الإسلامي أن يكون ناشئاً عن اعتداء ، أو مخالفة محظورة تنجم من كبير مميز عاقل ، بل يجب انضمام فيه مطلقاً ، سواء أكان ناشئاً عن اعتداء أم لا ؛ فإذا أُلّف صغير لا يعقل أو مجنون مالا ، لزمهما الضمان في مالهما ، وإذا انقلب نائم على مال فأتلفه ، لزمه الضمان في ماله ، لا فرق في ذلك بين ضرر نشأ عن فعل صدر تعدياً عن قصد وعمد ، وضرر صدر عن فعل من غير قصد التعدي ؛ كأن صدر نسياناً ، أو صدر من فاعله على ظن أنه يحدثه في ماله ، أو صدر خطأ على ظن أنه مال لمن أمره بذلك الفعل ، فإذا هو مال لغيره ، أو صدر منه ناسياً أو غافلاً " (٤) .

وهذا الكلام محل اتفاق بين أصحاب المذاهب الفقهية (٥) ، إلا ما ورد في القول المرجوح في المذهب المالكي في حالات خاصة ، وهي عدم تضمين غير المميز كما سيأتي بيان ذلك (٦) ، وقد ورد عن الفقهاء كثير من النصوص التي توجب تضمين من فعل فعلاً

(١) الغامدي : مسؤولية الطبيب (٣٤) ، وانظر : خليل : فيروس الحاسوب (٤٣٠) .

(٢) الديوب : مسؤولية الإنسان (١٦) .

(٣) الزحيلي : الأشياء والألات (٦٥) ، الزحيلي : الضمان (٢٦٣) .

(٤) الزحيلي : فعل الغير (٢٩) .

(٥) سيأتي إيضاح هذا الكلام ، وذكر أدلته في الفصل التالي بإذنه تعالى .

(٦) عند الكلام عن شرط الإدراك في الفصل الثالث : شروط المسؤولية .

ضاراً بغيره (مباشرة أو تسبباً) مطلقاً ؛ كمن ألقى قشراً في الطريق ، أو وضع شيئاً فيه ، إلى غير ذلك من أمور لا أريد ذكرها خوف الإطالة .

أقول : ولئن كان مجرد حصول الضرر كافياً لإيجاب الضمان أو المسؤولية إذا كان الفعل الضار على سبيل المباشرة في الفقه الإسلامي ، فإن اشتراط التعدي أو التقصير في الإضرار بالتسبب لا يغير من المسألة شيئاً ، بل يبقى الضرر هو أساس المسؤولية في الإضرار بالتسبب مع اشتراط الخطأ (التعدي أو التقصير) ؛ لأن الفعل لا يعتبر فعلاً ضاراً ، سواء أكان على سبيل المباشرة أو التسبب ، إلا إذا وجد الضرر ، ولو وجد الفعل دون ضرر فلا ضمان ، حتى ولو وجد التعدي والتقصير ولم يوجد الضرر فلا ضمان أيضاً .

يقول الأستاذ الدكتور فيض الله : " وكان الشريعة الإسلامية وسط في التضمين بين الشخصيين والماديين ، فهي تشترط انخفاً (وهو التعدي) في التسببات ، وتعتمد الضرر في المباشرات " (١) ، ثم علل هذا الفرق بتعليل أصولي دقيق ، فقال : " ويبدو أن الوجه في هذه التفرقة ملحظ أصولي ، وهو أن المباشرة بمنزلة العلة بوجد عقبها المعلول لزوماً ، فلا تحتاج إلى أمر زائد ؛ إذ الحكم مضاف إلى العلة دائراً معها ، وهذا اتجاه مادي شديد . أما السبب ؛ فلأنه في أصل الاصطلاح الأصولي لا بد أن تتوسط بينه وبين الحكم علة ، فإذا لم يضاف الحكم إلى العلة لتعذره أو لعدم فائدته ، وجب لإعطاء السبب حكم العلة زيادة وصف يجعله صالحاً للعلة ، فكان ذلك الوصف هو التعدي " (٢) .

وعليه فيكون المرء في الفقه الإسلامي مسؤولاً عن الأضرار التي نشأت عن فعله المباشر ، والتي لولا فعله لم تحصل هذه الأضرار ، كما يكون مسؤولاً عن الأضرار التي يكون متسبباً في إحداثها (متعدياً) ، وإن اجتمع مباشر ومتسبب ، فالأصل العام مسؤولية المباشر عن الضرر (٣) ، إلا أنه في بعض الحالات الاستثنائية قد يشتركان معاً في المساءلة والضمان ، وفي بعضها يسأل المتسبب وحده (٤) .

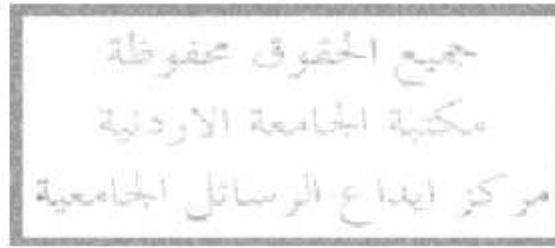
(١) فيض الله : المسؤولية التقصيرية (١٦٠) .

(٢) فيض الله : المسؤولية التقصيرية (١٦١) .

(٣) قال الدكتور الدريني : " هذا ، وتقديم المباشرة على السبب ، انعقد عليه الإجماع " ، الدريني : النظريات الفقهية (٢١٦) .

(٤) الخفيف : الضمان (٧٦) ، الزحيلي : الضمان (٧٥) ، الدريني : النظريات الفقهية (٢٢٢) .

ومساعلة المباشر وحده في الفقه الإسلامي مشروطة بأن لا يكون السبب يقوم بالإتلاف إذا انفرد ، أما إذا كان السبب يعمل بانفراده فيشتركان ^(١) ، وبما إذا كانت المباشرة مغمورة أيضاً ، وأما إذا انفرد أحدهما بالإتلاف فلا شك أنه المسؤول .



(١) القرافي : شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي : الفروق (٢ / ٢٠٨) ، بيروت - عالم الكتب ، ابن عابدين : حاشية ابن عابدين (٦ / ٦٠٥) ، الزحيلي : الضمان (١٨٩) ، الزرقا : المنخل الفقهي (٢ / ١٠٤٧) .

المبحث الثالث

الموازنة

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز البحوث والدراسات الجامعية

لم يوفق القانونيون في استخدام تعبير " الأساس " للسبب المنشئ للمسؤولية ؛ ذلك أن كثيراً من الشراح لا يحدد المراد من هذا المصطلح ، وأنهم خلطوا بين أساس المسؤولية ومصدر المسؤولية ^(١) . يقول الدكتور شنب : " يهمل الشراح في العادة تحديد المعنى الذي يقصدونه من اصطلاح أساس المسؤولية ، وقد أدى هذا الإهمال إلى خلاف كبير حول التكييف القانوني للمسؤولية ، في حين أنهم لو اهتموا في تحديد المقصود من هذا الاصطلاح ، وانفقوا حول معنى موحد لتعبير أساس المسؤولية ، نمتع هذا الاتفاق كثيراً من الاختلافات التي نشور بشأنه " ^(٢) .

بينما لا نجد هذا المحذور لو استخدمنا مصطلح العلة أو السبب .

ثانياً : اعتبار الخطأ أساساً للمسؤولية :

على أن اعتبار الخطأ أساساً للمسؤولية في القوانين الوضعية ، مخالف لتعريف الأساس عندهم ؛ ذلك أن أساس المسؤولية كما عرفه شراح القانون الوضعي هو : " السبب الذي من أجله يضع القانون عبء تعويض الضرر الحاصل على عاتق شخص معين " ^(٣) .

وليس الخطأ هو السبب الذي جعل القانون يضع المسؤولية على عاتق شخص معين ؛ فقد يوجد الخطأ ولا يترتب عليه أية مسؤولية ، وذلك كمن يقود سيارته بسرعة جنونية ولا يترتب على ذلك إضراراً بأحد ، فلا توجد مسؤولية أصلاً مع وجود الخطأ ، وعليه فلا يدور الخطأ مع المسؤولية وجوداً وهدماً بل الذي يدور معها هو الضرر .

وإن أصر القانونيون على اشتراط الخطأ فلهم ذلك ، لكن الذي ليس لهم أن يجعلوا منه أساساً للمسؤولية ؛ وإلا فكيف يكون الخطأ أساساً وقد يوجد الخطأ ولا توجد المسؤولية ، وقد توجد المسؤولية ولا يوجد الخطأ ، ولهذا يجب أن يكون الضرر هو أساس المسؤولية ؛ لأنه الدائر معها وجوداً وهدماً ، ولهم بعد ذلك أن يشترطوا الخطأ في الفعل الضار ، أي أن يكون الخطأ شرطاً لا أساساً .

ومن خلال العرض السابق لأساس المسؤولية في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية نجد أن العقل السليم لا يناقض الشرع الصحيح ؛ فإن كثيراً من القوانين الوضعية التي اعتمدت الخطأ

(١) شنب : المسؤولية عن الأشياء (٢٦٠) ، رفاعي : الضرر كأساس (٣٦٥) ، ملوكي : المسؤولية عن الأشياء (١٦٦) .

(٢) شنب : المسؤولية عن الأشياء (٢٦٠) .

(٣) انظر : شنب : المسؤولية عن الأشياء (٢٦٢) ، أمجد : المسؤولية عن الجمادات (١٣٤) ، حمزة : العمل غير المشروع (٢٥٤) ، اليعقوب : المسؤولية عن الأشياء الخطرة (١٣٧) ، ملوكي : المسؤولية عن الأشياء (١٦٦) ، رفاعي : (٣٦٣) .

أساساً للمسؤولية فقهاً وتقنياً ، عزفت عن هذا القول قضاءً ، هذا فضلاً عن عزوف بعضها عنه فقهاً وتقنياً ، فقد جاء في حكم لمحكمة مصر الابتدائية الأهلية الصادر بتاريخ (٧ / ١ / ١٩٣٦) القرار التالي : " إن صاحب العمل مسؤول عن الحوادث والمخاطر التي يستهدف لها العامل ، بسبب أداء عمله ، ولا يعفى من المسؤولية إلا إذا أثبت أن العامل إنما أصيب بسبب تقصيره أو إهماله " (١) .

ويقول الدكتور رشدي عن الفقه الوضعي الذي أخذ يتهرب من اشتراط الخطأ في المسؤولية فضلاً عن جعله أساساً لها : " بعد أن كان مستقراً على النطاق القانوني أن الخطأ هو أساس المسؤولية المدنية ، بحيث لا يكون الشخص مسؤولاً إلا إذا كان مخطئاً ، وإذا انتفى خطؤه فلا إثم عليه ولا مسؤولية ، وحيث كانت قاعدة إقامة المسؤولية المدنية على الخطأ تعد الأساس في هذا النوع من المسؤولية ، وأن الخروج عنها يعد خرقاً للمبادئ القانونية المستقرة وفي الواقع إنه بتحليل الأحكام التي أصدرها القضاء مستخدماً في ذلك وسيلته في التوسع في فكرة الخطأ وتسهيل إثباته ، نجد أنه كان يتجه دائماً نحو الأخذ بفكرة الخطأ الموضوعي ؛ ذلك الخطأ الذي يستخلص من وقوع الحادث دون البحث فيما إذا كان قد صدر عن فاعل الضرر خطأ حقيقي أو لم يحدث (٢) جامعة الأردنية وأخيراً : يقول الدكتور محمد نصر الدين محمد : " وإذا كان ما توصل إليه الفقه الإسلامي منذ قرون عديدة أصبح يفترب منه إن لم يكن يماثله في أحيان كثيرة ما يذهب إليه الفكر الغربي في تطوره الحديث ، ونظرياته الجديدة ، وأحكام قضائه المتطورة ، فإن مبدأ الضرر كأساس للتعويض الذي اعتنقه الفقه الإسلامي ، ويكاد يعتنقه في تطوره الحديث الفقه الغربي هو مذهب الفطرة التي فطر الله الناس عليها ؛ ذلك بأنه ما من شك في أن الضرر يجب أن يزال ، وأنه لا سبيل لإزالته إلا بجعله وحده أساساً للتعويض بدور معه وجوداً وعدمًا " (٣) .

(١) طه : إقامة المسؤولية المدنية (١١٤) .

(٢) رشدي : محمد السعيد (١٤١٦ - ١٩٩٥) الخطأ غير المغتفر " سوء السلوك الفاحش والمقصود " دراسة في القوانين الفرنسي والمصري والكويتي (٥) ، الكويت ، مطبوعات جامعة الكويت ، الطبعة الأولى .

(٣) نصر الدين : أساس التعويض (٤٧٦) .

الفصل الثالث

شروط المسؤولية المدنية عن الأشياء والآلات
في

الفقه الإسلامي والقانون الوضعي
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز أبحاث الرسائل الجامعية

الفصل الثالث : شروط المسؤولية المدنية

ذكرنا في الفصل السابق أن السبب يترتب مسببه عليه إذا تحققت الشروط وانتفتت الموانع ؛ فما المراد بالشروط ؟ وما هي شروط المسؤولية في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية ؟ هذا ما سنتناوله في هذا الفصل .

تعريف الشرط لغة واصطلاحاً :

أولاً : الشرط لغة (١) :

الشرط مصدر بمعنى إلزام الشيء والتزامه ، والشرط (بفتح الراء) العلامة ؛ ومنه أشرط الساعة أي علاماتها ، وسمي الشرط شرطاً ؛ لأنه علامة على المشروط (٢) ، وقال الشيخ الزرقا " رحمه الله تعالى " في تعريف الشرط لغة : " تدل مادته بمختلف صيغها وحركاتها في أصل اللغة على معنى العلامة الدالة المميزة " (٣) .

والشرط اصطلاحاً

والشرط في الاصطلاح الشرعي (٤) : " الوصف الظاهر المنضبط الذي يتوقف عليه

وجود الحكم من غير إفضاء إليهم (٥) جملته محفوظة

أو هو : " ما يلزم من عدمه العدم ، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم ، ويكون

خارجاً عن حقيقة المشروط (٦) إبداع الرسائل الجامعية

وقولهم : يلزم من عدمه العدم ؛ لإخراج المانع ، وقولهم : ولا يلزم من وجوده وجود

ولا عدم ؛ لإخراج السبب ، وقولهم : وهو خارج عن حقيقة المشروط ؛ لإخراج الركن .

ومن أمثلة الشرط : الطهارة شرط لصحة الصلاة ؛ فالطهارة شيء غير الصلاة ، وإذا

وجدت الطهارة فقد توجد الصلاة وقد لا توجد ، وإذا عدمت الطهارة عدمت الصلاة قطعاً ، وقل

(١) انظر المعنى اللغوي للشرط في : ابن منظور : لسان العرب (٣٢٩ / ٧) ، الرازي : مختار الصحاح (١٤١) ، الفيومي : المصباح المنير (١١٨) ، أبي حبيب : القاموس الفقهي (١٩٢) .

(٢) ابن قدامة : روضة الناظر (٣٤) ،

(٣) الزرقا : المدخل الفقهي (٣٠٣ / ١) .

(٤) انظر تعريف الشرط عند الأصوليين في : الفخر الرازي : المحصول (١٠٩ / ١ ، ٥٧ / ٣) حاشية ، البناني

: حاشية البناني على شرح الجلال المحلي على متن جمع الجوامع للسبكي (١٥٨ / ١) ، التفنيزاني : شرح

التلويح على التوضيح (٣٠١ / ٢) ، صدر الشريعة : التوضيح (٣٠١ / ٢) ، ابن قدامة : روضة الناظر (٣٤) ،

(٥) الشوكاني : إرشاد الفحول (٦٢) ، الزرقا : المدخل الفقهي (٣٠٣ / ١) ، الزحيلي : الوسيط (٩٨ / ١) ،

السلقيني : الميسر (٢٢١) ، أبي حبيب : القاموس الفقهي (١٩٢) ، الزحيلي : الوجيز (١٣٧) .

(٦) الزحيلي : الوسيط (٩٨ / ١) .

(٧) السلقيني : الميسر (٢٢١) .

مثل ذلك في حولان الحول لوجوب الزكاة ، والقدرة على تسليم المبيع لصحة البيع ، والإحصان للرجم في الزنا ، والرشد لدفع مال اليتيم إليه .

والشرط على أقسام (١) :

١ - شرط عقلي ؛ كالحياة للعلم .

٢ - شرعي ؛ كالطهارة للصلاة .

٣ - عادي ؛ كنصب السلم لصعود السطح .

٤ - لغوي - وهو المخصص - ؛ كقولهم : أكرم طلبية العلم إن جاعوا .

هذا والشرط قد يكون شرطاً للحكم ؛ كحولان الحول شرط في وجوب الزكاة ، وقد يكون شرطاً للسبب ؛ كالقتل العمد العدوان شرط لإيجاب القصاص ، والإحصان شرط في الزنا للرجم .

كما أن هناك الشرط الشرعي وهو من وضع الشارع ، والشرط الجعلي وهو من وضع المكلف ، والشرط الجعلي قد يكون معلقاً ، وقد يكون مقبلاً ، وقد يكون شرط إضافة (٢) .

وسأتناول شروط المسؤولية المدنية من خلال المباحث الثلاثة الآتية ، وهي :

المبحث الأول : الشروط في القانون الوضعي : نية

المبحث الثاني : الشروط في الفقه الإسلامي . الجامعة

المبحث الثالث : الموازنة .

(١) انظر : الشاطبي : الموافقات (١ / ١٨٦) ، الفخر الرازي : المحصول (٣ / ٥٧) حاشية ، البيناني : حاشية البيناني على شرح الجلال المحلي على متن جمع الجوامع للسبكي (١ / ١٥٨) ، التفقازاني : شرح التلويح على التوضيح (٢ / ٣٠١) ، صدر الشريعة : التوضيح (٢ / ٣٠١) ، ابن قدامة : روضة الناظر (٣٤) .
(٢) الزحيلي : الوسيط (١٠٠) .

المبحث الأول

شروط المسؤولية المدنية عن الأشياء والآلات

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز أبحاث الرسائل الجامعية

في

القانون الوضعي

المبحث الأول : شروط المسؤولية عن الأشياء والآلات في القانون الوضعي

لقد اشترط الشراح شروطاً عدة للمسؤولية ، وهذه الشروط بعضها يتعلّق بركن الضرر وبعضها يتعلّق بمرتكب الفعل الضار وبعضها يتعلّق بعلاقة السببية ، وأستطيع إجمالها بما يلي :

أولاً : شروط مرتكب الفعل الضار :

١ - الأهلية (التمييز) :

وذلك بأن يصدر الفعل الضار عن فاعل مميز ^(١) ، وقد نكرنا شيئاً من هذا القبيل عند الكلام على أركان الخطأ في القانون الوضعي ، وشراح القانون الوضعي يبحثون شرط الإدراك في أكثر من موطن ، فيحثوه في الخطأ ؛ وجعلوا من أركانه ركناً مادياً وهو التعدي وركناً معنوياً وهو الإدراك ، كما بحثوا هذا الشرط في شروط المسؤولية .

وقد استدل شراح القانون على عدم مساءلة الصبي والمجنون ، بأمرين ^(٢) :

قياس مساءلته مدنياً على المسؤولية الجزائية التي لا يسأل عنها الصبي والمجنون .
لأن فعلهما (الصبي والمجنون) من قبيل القوة القاهرة ، وعلى المصاب أن يحتمل هذه القوة القاهرة في نفسه وماله كإبداء الرسائل الجامعية
ولكن قياس المساءلة المدنية على المساءلة الجزائية بعيد ؛ لأن في الأولى تعويضاً ، وفي الأخرى عقوبة .

ولم يدم هذا الاتجاه طويلاً في الفتاوى الوضعية ؛ فقد انتقد هذا القول بعض الشراح الفرنسيين ، لمجاافته العدالة ؛ إذ قد يكون هذا الصبي أو المجنون (ومثله السكران) غنياً ، والمضروب فقيراً ^(٣) .

(١) شنب : المسؤولية عن الأشياء (٩٨) ، حجازي : مصادر الالتزام (٤٥٤) ، العدوي : مصادر الالتزام (٣٦٦) ، فودة : التعويض المدني (٣٣) ، حمزة : العمل غير المشروع (٨٤) ، شنب : مصادر الالتزام (٣٥٣) ، الفضل : نظرية الالتزام (٣٠٢ ، ٣١٧) ، نصر الدين : أساس التعويض (١٠٩) ، الحسيني : المسؤولية المدنية (٦٣) ، سلطان : مصادر الالتزام (٣١١) ، شنب : مبادئ القانون (٣٧٧) ، النقيب : الفعل الشخصي (١٤٢) ، أمجد : المسؤولية عن الجمادات (٧٠) ، فودة : الخطأ (٥٧) ، العدوي : مصادر الالتزام (٣٦٦) ، سوار : مصادر الالتزام (٥٥) ، مرقس : الوافي (٢٣٣ / ١) ، موافي : المسؤولية عن الأشياء (٥٩) ، أبو هزيم : المسؤولية عن الأشياء (٣٨) .

(٢) المراجع السابقة .

(٣) السنهوري : الوسيط (٧٩٧) .

وظهر اتجاه آخر في القانون الوضعي ينتقد اشتراط الإدراك في الخطأ^(١) ، فإذا لم يكن غير المميز قادراً على ارتكاب الخطأ ، فهو قادر على إحداث الضرر ، بل إنه قادر على ارتكاب الخطأ بركنه الوحيد وهو التعدي فقط .

ورد القائلون بمسؤولية عديم التمييز على أدلة المانعين بأن جعل فعلهما من قبيل القوة القاهرة غير سديد ؛ لأن غاية ما تطمح إليه الشرائع والقوانين تعويض المتضرر - ولهذا وجدت صناديق التأمين وغيرها _ ، وفي القوة القاهرة لا يوجد من ينسب إليه الإضرار حتى يطالب بالتعويض ، وفي إتلاف الصغير والمجنون يمكن أن ينسب إليهما فعل الإضرار ، فيلزمهما التعويض في مالهما .

على أنه مما ينبغي ذكره أن اشتراط التمييز ليس محل اتفاق بين القوانين الوضعية ، وأن القانون المدني الأردني لم يشترط التمييز ، بل نص في المادة (٢٥٦) على : " كل إضرار بالغير يلزم فاعله - ولو غير مميز - بضمان الضرر " (٢) .

كما أن الاتجاهات القانونية الحديثة اليوم تسعى إلى إغفال هذا الشرط ، وذلك بتحميل السكران نتيجة فعله الضار ، وتحميل الأب أو المسؤول عن رعاية القاصر نتيجة فعل ولده الضار (٣) .

وفي هذا الموضوع يقول الدكتور محمد نصر رفاعي^(٤) : " وقد اتجهت أكثر التشريعات الحديثة نحو تقرير مسؤولية عديمي التمييز عن أفعالهم الضارة ، على الأقل في الأحوال التي لا يتسنى فيها للمصاب الحصول على التعويض من شخص مسؤول عن عديم التمييز الذي ارتكب الفعل الضار ، وقد سلك المشرع المصري الاتجاه نفسه ، فنص في المادة (١٦٤) الفقرة الثانية من التقنين المدني استثناءً من حكم الفقرة الأولى من المادة المذكورة على أنه : " ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ، ولم يكن هناك من هو مسؤول عنه ، أو تعذر الحصول على تعويض من المسؤول ، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل ، مراعيًا في ذلك مركز الخصوم " (٤) * (٥) .

(١) لا في المباشرة ولا في التسبب ، والاكتفاء بمجرد حدوث الفعل الضار .

(٢) سلطان : مصادر الالتزام (٣١١) .

(٣) السنهوري : الوسيط (٧٩٧) .

(٤) الفقرة الثانية من المادة (١٦٤) من القانون المدني المصري .

(٥) رفاعي : الضرر كأساس (٣٩٩) .

ثانياً : شروط الضرر

أما شروط الضرر فهي :

١ - أن تكون المصلحة المخد بها مشروعة ؛ بأن تكون حقاً مالياً أو مصلحة مالية للمضرور (١) :

وهذه المصلحة في القوانين الوضعية ذات شقين ؛ فهي إما حق للمضرور ، أو مصلحة مالية له ، وقبل الكلام عن هذين الشقين ، نبين الفرق بين الحق والمصلحة كما رآها القانونيون أنفسهم من خلال المثال التالي (٢) :

إذا قتل شخص في حادثة ، كان لمن يعولهم المطالبة بالتعويض ؛ إن كان هذا المضرور ممن تجب نفقته على المقتول وفي هذه الحال فهو يطالب بحق ، بينما إذا لم يكن المضرور من أهل النفقة الواجبة ، وإنما كان القتل ينفق عليه تبرعاً (٣) فهو في هذه الحال يطالب بالتعويض عن مصلحة (٤) .

جميع الحقوق محفوظة

أ - الإخلال بحق للمضرور: الجامعة الأردنية

وبعض الشراح يقصر هذا الحق على الحقوق المالية وهو الاتجاه العام بين الشراح (٥) ، وبعضهم يعممه على جميع الحقوق ؛ كالحقوق السياسية مثل حق الانتخاب ، والحقوق المدنية العامة ؛ كحقوق الشخصية والحرية ، أو المدنية الخاصة بالمتضرر ؛ كحقوق الأسرة (٦) .

(١) السنهوري : الوسيط (٨٥٦) ، شنب : مصادر الالتزام (٣٣٨) ، حجازي : مصادر الالتزام (٤٧١) ، الذنون : الميسوط (٢١٠) ، طه : إقامة المسؤولية (١١٠) ، الفضل : نظرية الالتزام (٣٣٩) ، حمزة : العمل غير المشروع (٩٩) ، سلطان : مصادر الالتزام (٣٢٩) ، شنب : مبادئ القانون (٣٧٤) ، النقيب : الفعل الشخصي (٢٦٦ ، ٣٠٥) ، فرج : مصادر الالتزام (٣٨٦) ، العدوي : مصادر الالتزام (٤٢٩) ، سوار : مصادر الالتزام (١٧) ، أبو هزيم : المسؤولية عن الأشياء (٤٠) ،

(٢) أبو هزيم : المسؤولية عن الأشياء (٤٠) .

(٣) ويشترط الشراح في هذا أن يثبت المضرور أن القتل كان يعوله بشكل مستمر ، وأن فرصة الاستمرار كانت محققة ، أبو هزيم : المسؤولية عن الأشياء (٤٠) .

(٤) وهذا القيد (قيد المصلحة) إنما أثبتته الشراح بعد الصراع الفقهي حول ثبوت حق الخليفة في المطالبة بالتعويض من قاتل خليلها ، وبين مد وجزر في غرف المحاكم قالوا بجواز المطالبة بالتعويض إن كانت العلاقة بينهما مستمرة ، ومما ينبغي ذكره أن علاقة المخانقة هي علاقة مشروعة في القانون الفرنسي ، حتى ولو كان الخليلان متزوجين ، وذلك بالقرار الصادر في فرنسا بتاريخ (١١ / ٧ / ١٩٧٥) ، يقول الدكتور النقيب : " ومع هذا القانون لم تعد العلاقة بين الخليل والخليفة قائمة على رضع جرمي ، إن كان أحدهما متزوجاً " ، انظر : النقيب : الفعل الشخصي (٣٠٥) ، وانظر أيضاً : الذنون : الميسوط (٢١١) .

(٥) انظر : حمزة : العمل غير المشروع (١٠٤) .

(٦) انظر : طه : إقامة المسؤولية المدنية (١١٠) .

ب - الإخلال بمصلحة مالية للمضرور :

ومن أمثلة ذلك مطالبة الصديق بالتعويض عن الضرر الناشئ عن موت صديقه الذي كان يعوله ، وقد اختلف الشراح في التعويض عن المصلحة المالية ، وغالبهم يرى التعويض (١) .

ومما ينبغي ذكره أن الإخلال بحق للمضرور بفترق عن الإخلال بالمصلحة ، من أن الأول وحده كاف لتحقيق الضرر دون إثبات ، أما الإخلال بالمصلحة فحتاج إلى إثبات ، وإلى أن المصلحة كانت مستمرة (٢) .

التعويض عن الضرر الأدبي في القانون الوضعي :

ولكن ماذا لو لم يكن الضرر مالياً ؟ بأن كان الضرر أدبياً .

يرى بعض القانونيين في فرنسا عدم جواز التعويض عن الضرر الأدبي ؛ لأنه ضرر لا يقوم بالمال ولذا فإن من المتعذر التعويض عنه بل وبصعب التقدير المالي فيه ، إضافة إلى أن التعويض نفسه لا يزيل الضرر ، ولأن خدش الكرامة ومس الشرف غاية في ذاته لا يصح أن يعوض بمال والمال وسيلة (٣) ، إلا أن الذي استقر عليه الأمر في القوانين الوضعية وجوب التعويض عن الضرر الأدبي كالضرر المادي سواء بسواء ، وهو ما عليه العمل في القانون المدني الأردني (٤) ، والقانون المدني السوري (٥) .

(١) حمزة : العمل غير المشروع (١٠٤) .

(٢) العدوي : مصادر الالتزام (٤٢٩) .

(٣) حمزة : العمل غير المشروع (٩٦) ، سوار : مصادر الالتزام (٢١) ، وانظر الانتقادات على القول بوجود التعويض عن الضرر الأدبي في : دسوقي : محمد إبراهيم : تقدير التعويض بين الخطأ والضرر (٤٦٨) ، الحلواني : ماجد (١٣٨٠ - ١٩٦١) نظرية الالتزام العامة " الجزء الأول : مصادر الالتزام " (٢٩٠) ، دمشق - مطبعة جامعة دمشق ، مرقس : مسؤولية الراعي (٥) ، سوار : مصادر الالتزام (٢١) ، فودة : التعويض المدني (٢١) ، الننون : المبسوط (٢٠٠ ، ٢١٥) ، اليعقوب : بدر جاسم محمد اليعقوب (١٤٠٠ - ١٩٨٠) المسؤولية عن استعمال الأشياء الخطرة في القانون الكويتي " دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي " (٤٨) ، الطبعة الأولى ، الكويت - دار القرآن الكريم ، المحاسنة : محمد يحيى بحث بعنوان : " المادة " ٣٦٠ " مدني أردني والتعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية العقدية ، مجلة الحقوق (٢٤٧ - ٢٨٢) ، العدد الثالث / السنة ٢٤ / جمادى الآخرة ١٤٢١ / سبتمبر ٢٠٠٠ / مجلس النشر العلمي : جامعة الكويت .

(٤) الزرقا : الفعل الضار (١٢١) ، أمجد : مصادر الالتزام (٢٨٩) ، سوار : مصادر الالتزام (٢١) ، المحاسنة : " المادة " ٣٦٠ " مدني أردني ، هذا وتنص الفقرة الأولى من المادة (٢٦٧) من القانون المدني الأردني : " ١ - يتناول حق الضمان الضرر الأدبي كذلك ؛ فكل تعدٍ على الغير في حرّيته أو في عرضه أو في شرفه أو في سمعته أو في مركزه الاجتماعي أو في اعتباره المالي ، يجعل المتعدي مسؤولاً عن الضمان " .

(٥) حمزة : العمل غير المشروع (١٠٦) .

صور الضرر الأدبي (المعنوي) :

تعددت صور الضرر المعنوي اليوم عنها في السابق ، يقول الدكتور النقيب : " من الملاحظ أن للضرر المعنوي ألواناً تعددت وتباعدت ، فتبدى بعضها بمظاهر تقليدية ، وتجلت بعضها الآخر بأشكال جديدة لفتت إليها القضاء والفقه ، ولعل سلسلة الأضرار المعنوية ما برحت تطول كلما أفرز الواقع حلقات لها مستحدثة " (١) ، وذكر الدكتور النقيب سبع صور للضرر المعنوي ، هي :

١ . الشرف والكرامة .

٢ . الألام الجسدية .

٣ . الألام النفسية .

٤ . التشويه في الجمال .

٥ . الحرمان من متع الحياة المشروعة .

٦ . الضرر ذو الصفة العاطفية .

٧ . الألم النفسي عن فقدان حيوان أو إتلاف شيء .

ولأن معظم القوانين الوضعية تجيز التعويض عن الضرر الأدبي ، فضلاً عن الضرر الواقع على النفس فأرى أنه لا داعي لهذا الشرط ، وهو شرط المالية .

٢ - أن يكون الضرر محققاً (٢) :

كما يشترط في القانون الوضعي لوجوب المسؤولية أن يكون الضرر محققاً ؛ وذلك بأن يكون قد وقع فعلاً ، أو أنه سيقع حتماً أو ما يسمى بالضرر المستقبل ، ولا يكفي في الضرر أن يكون محتملاً ؛ قد يقع وقد لا يقع .

ومما ترتب على هذا الشرط ، النقاط التالية :

• الضرر الحال

والضرر الحال هو الضرر الواقع بالفعل ، والكلام فيه واضح لا يحتاج إلى بيان .

(١) النقيب : الفعل الشخصي (٣١٠) .

(٢) السنهوري : الوسيط (٨٥٨) ، حجازي : مصادر الالتزام (٤٧٢) ، مرقس : الوافي (١٣٩ / ١) ، الخنون : المبسوط (١٦١) ، طه : إقامة المسؤولية (١٠٩) ، فودة : التعويض المدني (١٩) ، الفضل : نظرية الالتزام (٣٣١) ، حمزة : العمل غير المشروع (١٠٦) ، العطار : نظرية الالتزام (٢٢٥) ، محتسب بالله : المسؤولية الطبية (٢٤٦) ، فرج : مصادر الالتزام (٣٨٣) ، العدوي : مصادر الالتزام (٤٣٠) ، سوار : مصادر الالتزام (١٥) .

• الضرر المستقبلي

والضرر المستقبلي : هو ضرر قامت أسبابه ، ولكن تراخت نتائجه كلها أو بعضها إلى المستقبل ، والقاضي إما أن يحكم للمضروب بالتعويض عن الضرر الواقع فعلاً ، ويحتفظ للمضروب بحق الرجوع على الفاعل مستقبلاً ، وإما أن يؤجل النظر إلى البرء .
ومن الأمثلة على الضرر المستقبلي : تصدع الجدار بسبب الحفر الذي قام به الجار ؛ فسقوط الجدار أمر محقق إذا استمر الحفر ؛ لكنه لم يقع الآن ، وإنما سيقع مستقبلاً ، فمطالبة صاحب الجدار بالتعويض مطالبة مشروعة (١) .

• الضرر المحتمل

أما الضرر المحتمل فهو : ضرر مستقبلي غير محقق الوقوع ؛ كالفقير الذي يطالب بالتعويض من قاتل من اعتاد الإحسان إليه ، فلا يحق له المطالبة بالتعويض ؛ لأنه ليس من المؤكد أن يستمر المجني عليه بالإحسان .

• تفويت الفرصة

هذا ويختلف الضرر المحتمل عن تفويت الفرصة ؛ فالضرر المحتمل ضرر مستقبلي لكنه غير محقق الوقوع ، ولذا لا ضمان فيه ، أما تفويت الفرصة فهي وإن كانت احتمالية إلا أن وقوعها أمر محقق ، ولهذا يوجب القانون الوضعي التعويض للضرر الناتج عن تفويت فرصة ترقية موظف إلى درجة أعلى بسبب إحاقته على التقاعد خطأ (٢) .

وخلاصة ما تقدم أن القانون الوضعي يجيز المطالبة بالتعويض عن الضرر الحال ، والضرر المستقبلي ، وتفويت الفرصة ، ولا يجيزها في الضرر المحتمل .

(١) حمزة : العمل غير المشروع (١٠١) .

(٢) حمزة : العمل غير المشروع (١٠٢) .

٣ - أن يكون الضرر شخصياً^(١) :

ويقضي هذا الشرط بأن يكون الذي يطالب بالتعويض هو المضرور نفسه ؛ سواء وقع الضرر على شخصه ، أم على ماله ، أم على شرفه وكرامته ، أم على مصلحة ما يحميها له القانون^(٢) .

ولا يشترط أن يباشر المضرور الدعوى بنفسه ، بل له أن يرفعها هو أو وارثه ، أو المحال إليه في الأحوال التي تجوز فيها الحوالة^(٣) .

والحق أن هذا الشرط ليس شرطاً في الضرر ذاته ، وإنما هو شرط في من يطلب التعويض .

٤ - ألا يكون الضرر قد سبق تعويضه^(٤) :

ذلك أن مقصود المسؤولية هو جبر الضرر ، وبما أنه قد جبر بالتعويض الأول ، فلا يجوز أن يعوض مرة أخرى ؛ لأن ذلك يصبح وسيلة للإثراء على حساب الغير .

وخلاصة ما يشترط في الضرر أن يكون واقفاً على مصلحة أو حق مشروع ، وأن يكون ضرراً محققاً ، وشخصياً ، وألا يعوض عن الضرر أكثر من مرة .

ثالثاً : شروط العلاقة السببية : جامعة الأردنية

ويشترط في علاقة السببية بين الفعل والضرر ما يلي : معية

١ - أن تكون العلاقة السببية محققة^(٥) :

أي أن يكون الفعل انضار هو الذي أدى إلى النتيجة قطعاً ، فإذا لم يكن الضرر نتيجة قطعياً للفعل ؛ فإنه لا يلزم بالتعويض ، ومثال ذلك صاحب السيارة الذي يتركها مفتوحة ، فيسهل ذلك عمل السارق فيسرقها ، ويحدث بها ضرراً ؛ فالسارق هو المسؤول وهو المطالب بالتعويض ؛ لأن ترك أبواب السيارة مفتوحة وحده ليس من شأنه أن يؤدي إلى الضرر .

(١) مرقس : الوافي (١ / ١٤٩) ، الذنون : المبسوط (١٨٢) ، طه : إقامة المسؤولية (١١٠) ، فودة : التعويض المدني (٢٠) ، شنب : مصادر الالتزام (٣٣٥) ، الفضل : نظرية الالتزام (٣٣٩) ، سلطان : مصادر الالتزام (٣٢٩) ، شنب : مبادئ القانون (٣٧٤) ، النقيب : الفعل الشخصي (١٢٧٣) ، فرج : مصادر الالتزام (٣٨٥) ، العدوي : مصادر الالتزام (٤٣٥) ، سوار : مصادر الالتزام (١٧) ، أبو هزيم : المسؤولية عن الأشياء (٤٠) .

(٢) الذنون : المبسوط (١٨٢) .

(٣) طه : إقامة المسؤولية المدنية (١١٠) .

(٤) الذنون : المبسوط (١٧٤) ، طه : إقامة المسؤولية (١١١) ، الفضل : نظرية الالتزام (٣٤٨) .

(٥) حمزة : العمل غير المشروع (١٢٠) ، العدوي : مصادر الالتزام (٤٤٢) ، سوار : مصادر الالتزام (٣٠) .

ومن الأمثلة على ذلك أيضاً ؛ ما لو ازدحم جماعة على بئر وسقط أحدهم دون أن يعلم من الذي دفعه ، أو أطلق صيادان عبارات ناروية أدت إلى إصابة بعض المارة ، دون أن يعرف صاحب العيار الناري ، يقول الدكتور سوار معلقاً على مثال الصيادين : " ففي هذه الحالة التي تعم فيها معرفة علاقة السببية ، يمتنع الحكم على أي من الشخصين المسؤولين المحتملين " (١) .

٢ - أن تكون العلاقة مباشرة ، أو أن يكون الضرر مباشراً (٢) :

والمقصود بهذا الشرط : أن يكون الضرر ناشئاً عن الفعل الضار مباشرة ، لا عن أضرار متعاقبة ، والضرر المباشر هو الذي ينشأ ضرورة عن الفعل الضار ، بحيث يكون الفعل وحده كافياً لإحداث الضرر ، فلو قاد شخص ما سيارة دون الحصول على رخصة تُسمح له بالقيادة ، وصدف أن سقط شخص كان يمشي على جسر علوي للمشاة ، فلا يسأل السائق عمّا أصاب المضرور بفعل السقوط ؛ لأن قيادة السائق دون رخصة ليست السبب المباشر في الضرر .

والخلاصة في شروط السببية أن يكون الفعل الضار أحدث النتيجة بصورة قطعية لا احتمال فيها ، وأن يكون الفعل قد أحدث الضرر بشكل مباشر ، أو أن يكون الفعل هو الذي أحدث الضرر .

مكتبة الجامعة الأردنية
مركز أبحاث الرسائل الجامعية

(١) سوار : مصادر الالتزام (٣٠) .
(٢) مرقس : الوافي (٤٥٥ / ١) ، حمزة : العمل غير المشروع (١٢٣) ، شنب : مصادر الالتزام (٣٧٠) ، الذنون : المبسوط (٢٣٥) ، الفضل : نظرية الالتزام (٣٣٥) ، العطار : نظرية الالتزام (٢٢٦) ، النقيب : الفعل الشخصي (٢٩٧) ، النقيب : فعل الأشياء (١٣٩) ، موافي : المسؤولية عن الأشياء (١١١) ، العدوي : مصادر الالتزام (٤٤١) ، محتسب بالله : المسؤولية الطبية (٢٤٠) ، فرج : مصادر الالتزام (٣٨٦) ، العدوي : مصادر الالتزام (٤٤٠) ، سوار : مصادر الالتزام (٣٠) ، سوار : مصادر الالتزام (١٨) .

المبحث الثاني

شروط المسؤولية المدنية عن الأشياء والآلات

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز أبحاث الرسائل الجامعية

في

الفقه الإسلامي

المبحث الثاني : شروط المسؤولية في الفقه الإسلامي :

حتى يجب الضمان لا بد من توافر شروطه كما ذكرنا من قبل ، وهذه الشروط بعضها متفق عليه بين المذاهب وبعضها الآخر مختلف فيه ، وسأذكر هذه الشروط وأدرسها دراسة موضوعية بإذنه تعالى :

الشرط الأول : أن يكون الشيء المتلف مالا^(١) :

هذا الشرط محل اتفاق بين الفقهاء في الجملة ، قال الإمام الكاساني : " أما شرائط وجوب هذا الضمان ؛ فمنها أن يكون المتلف مالا ، فلا يجب الضمان بإتلاف الميتة ، والدم ، وجلد الميتة ، وغير ذلك مما ليس بمال " (٢) ، وقال الإمام البجيرمي من الشافعية : " أما غير المتمول ؛ كحبة بر ، وكلب يقتنى ، وزيل ، وحشرات ، ونحو ذلك فلا يضمه ، ولو كان مستحق الزبل قد غرم على نقله أجره لم يوجبها على الغاصب (٣) " (٤) .

وقد ذكر جميع الفقهاء المعاصرين هذا الشرط على أنه مسلم ولم يناقشوا فيه ، ويقول الأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي : " أن يكون الشيء المتلف مالا ؛ فلا ضمان بإتلاف الميتة وجلدها ، والدم ، والتراب العادي... " (٥) ، ويقول الدكتور سليمان محمد أحمد : " ولا بد لوجوب الضمان أن يكون هناك ضرر مالي ؛ لأن التعويض لا يكون إلا عن ضرر مالي واقع فعلا ، والفعل الذي لا ضرر فيه لأحد ، لا يعطى حقا للمطالبة بالضمان ، ولا يكون سبيلا للشكوى ؛ إذ الضرر سبب التعويض والتعويض مسبب عنه ، ولا يوجد السبب بدون سببه " (٦) .

ولكن يرى الباحث وجوب تقييده فيما إذا كان الإضرار غير واقع على النفس (٧) ، وإلا فإن الضرر الواقع على النفس الإنسانية وما دونها مضمون .

وقد نص القانون المدني الأردني - المستتبط من الشريعة الإسلامية - على الفرق بين الفعل الضار الوارد على النفس والفعل الضار الوارد على المال ؛ فجاء في المادة (٢٧٣) من

(١) الزحيلي : الضمان (٥٧) ، الزحيلي : فعل الغير (٣٩) ، فيض الله : المسؤولية التقصيرية (١٢٠) ، فيض الله : الضمان (٨٩) ، الخفيف : الضمان (٦٠) ، المحمصاتي : نظريات الموجبات (١٧٠) ، بوساق : التعويض عن الضرر (١٧٧) ، الطوالبية : فعل الغير (٤٥) ، الأحمد : المدخل لدراسة الضمان (٥٥) .

(٢) الكاساني : البدائع (١٦٧ / ٧) .

(٣) والحق أن في هذا القول مخالفة للعقل والمنطق فضلا عن مخالفته للنصوص الشرعية الأمر برفع الضرر .

(٤) البجيرمي : حاشية البجيرمي على الخطيب (١٦٩ / ٣) .

(٥) الزحيلي : الضمان (٥٧) .

(٦) أحمد : ضمان المتلفات (٢٢٠) .

(٧) هذا على القول الشائع بعدم جواز التعويض عن الضرر الأدبي ، ولكن لما كان الراجح جوازه ، كما سيأتي فينبغي أن يضاف في القيد .

القانون المدني الأردني : " ما يجب من مال في الجناية على النفس وما دونها - ولو كان الجاني غير مميز - هو على العاقلة أو الجاني، للمجني عليه أو ورثته الشرعيين وفقاً للقانون " ، وجاء في المادة (٢٧٥) من نفس القانون : " من أتلف مال غيره أو أفسده ؛ ضمن مثله إن كان مثلياً ، وقيمته إن كان قيمياً ، وذلك مع مراعاة الأحكام العامة للتضمنين " .

وقد قسم الدكتور سراج الضرر في الفقه الإسلامي إلى ثلاثة أنواع ؛ هي : الضرر المالي ، والضرر البدني (وهو الواقع على النفس وما دونها) والضرر المعنوي .

قلت : ولئن اختلف الفقهاء في الضرر المعنوي فقد اتفقوا على النوعين الأولين من الضرر ، ولذا فلا أرى اشتراط مائية الضرر ؛ لأن الضمان في الفقه الإسلامي كما يقع على المال يقع على النفس .

إلا أنه يعترف لفقهاءنا الأوائل اشتراطهم هذا الشرط ؛ ذلك أنهم كانوا يفرقون بين الجناية على المال ، ويدرسونها في أبواب الغصب ، والجناية على النفس ويدرسونها في باب الجنائيات أو الأنفس والجراح ، واليوم صورة المسألة مختلفة ، والتقسيم مختلف .

ولكنني - مع هذا - سأذكر تعريف المال لغة واصطلاحاً أسوة بمن سبقني ، ثم أذكر معيار جعل الشيء مالاً عند الفقهاء ، وأناقش أحكام الفقهاء السابقين في بعض الأمور التي أسقطوا ماليتها .

مركز أبحاث الرسائل الجامعية

تعريف المال :

المال في اللغة : كل ما ملكته من جميع الأشياء ، وهو كل ما يرغب الناس باقتنائه وامتلاكه ، وهو في الأصل ما يملك من الذهب والفضة ، ثم أطلق على كل ما يقتني ويملك من الأعيان ، وأكثر ما يطلق المال عند العرب على الإبل ؛ لأنها أكثر أموالهم ^(١) . وهو يذكر ويؤنث ^(٢) .

(١) انظر : ابن منظور : لسان العرب (١١ / ٦٣٥) .

(٢) ومن ذلك ما أشد لحسان : المال تزرى بأقوام ذري حسب

انظر : ابن منظور : لسان العرب (١١ / ٦٣٥) .

والمال في اصطلاح الحنفية هو (١) : " ما يميل إليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة " (٢) ، وعرف ابن نجيم من الحنفية المال : " المال اسم لغير الأدمي ، خلق لمصالح الأدمي ، وأمكن إحرازه والتصرف فيه على وجه الاختيار " (٣) .
وتقييد الحنفية المال بإمكانية الإحراز والادخار ، يخرج المنافع فليست مالا عندهم ، خلافاً لجمهور الفقهاء (٤) .

وتثبت مالية الشيء عند الحنفية بأمرين ؛ الأول : إباحة الشارع ، والآخر : اعتبار الناس الشيء مالا ؛ قال ابن عابدين : " والمالية تثبت بتمول الناس كافة أو بعضهم - والتقوم يثبت بها - وبإباحة الانتفاع به شرعا ؛ فما يباح بلا تمول لا يكون مالا ؛ كحبة حنطة ، وما يتمول بلا إباحة انتفاع لا يكون متقوما ؛ كالخمر ، وإذا عدم الأمران لم يثبت واحد منهما ؛ كالدّم " (٥) .

والمالية أعم من التقوم ؛ إذ كل متقوم مال ، وليس كل مال متقوماً ، فالخمر مال لكنّها ليست متقومة ؛ لعدم إباحة الشارع لها ؛ إذ لا بد للشيء حتى يكون متقوماً من اجتماع أمرين ؛

الأول : التمول (اعتبار الناس ماليته عرفاً) وإباحة الشارع (٦) .

ولما كان اعتبار التقوم منشؤه العرف ، رأيت الفقهاء يسقطون كثيراً من مالية الأشياء بناءً على أعرافهم ، يقول الإمام الزركشي في تعريف المال : " المال ما كان منتقماً به ؛ أي مستعداً لأن ينتفع به ، وهو إما أعيان أو منافع ، والأعيان قسمان : جماد وحيوان ؛ فالجماد مال في كل أحواله ، والحيوان ينقسم إلى ما ليس له بنية صالحة للانتفاع فلا يكون مالا ؛ كالذباب والبعوض والخنافس والحشرات ، وإلى ما له بنية صالحة ، وهذا ينقسم إلى ما جبلت طبيعته على الشر والإيذاء ؛ كالأسد والنّيب وليست مالا ، وإلى ما جبلت طبيعته على الاستسلام والانقياد ؛ كالبهائم والمواشي فهي أموال ، وانسر فيه ؛ أن استعمال الجمادات ممكن على سبيل

(١) انظر تعريف المال وقبوده ومحترزاته في : الزرقا : نظرية الالتزام (١٢٣) ، المحمصاتي : نظرية الموجبات (٨) .

(٢) ابن عابدين : حاشية ابن عابدين (٥٠١ / ٤) .

(٣) ابن نجيم : البحر الرائق (٢٧٧ / ٥) ، وانظر : ابن الهمام : شرح فتح القدير (٦٧ / ٨) ، ابن عابدين : حاشية ابن عابدين (٥٠١ / ٤) .

(٤) أقول : والحق أن القول بعدم مالية المنافع لم يرض الحنفية أنفسهم ، فعاد متأخروهم إلى قول الجمهور ولكن بثوب آخر ؛ فاستثنوا من عدم ضمان منافع المغصوب ، ما إذا كان المغصوب وقفاً ، أو مال يتيم ، أو معداً للادخار ، أقول : واقتواهم بهذا إقرار منهم بمالية المنفعة ، انظر : سراج : ضمان العدوان (١٥٨) ، أحمد : ضمان المتلفات (٩٢) ، فيض الله : المسؤولية التقصيرية (١٢٠) .

(٥) ابن عابدين : حاشية ابن عابدين (٥٠١ / ٤) .

(٦) سراج : ضمان العدوان (١٥٨) .

الفهر إذ ليس لها قدرة وإرادة يتصور منها الامتناع ، وأما الحيوان فهو مختار في الفعل فلا يتصور استعمالها إلا بمساعدة منها ، فإذا كانت مجبولة على طبيعة الاستسلام أمكن استعمالها واستسارها في المقاصد ، بخلاف ما طبيعته الشر والإيذاء فإنها تمتنع وتستعصي وتتنهي إلى ضد غرض المستعمل ، ولهذا إذا صالت تلك الحيوانات التحقت بالموذيات طبعاً في الإهدار " (١) .

وهذا الكلام غير مسلم اليوم ؛ فهذه الحيوانات المفترسة وغيرها ، والحشرات (٢) ، قابلة للاستفادة منها اليوم ، فهي أموال بهذا الاعتبار .

وقد ناقش الإمام الكاساني اجتهاد الشافعية هذا ، فقال : " (ولنا) : أن الكلب مال ، فكان محلاً للبيع كالصقر ، والبازي ، والدليل على أنه مال أنه منتفع به حقيقة مباح الانتفاع به شرعاً على الإطلاق فكان مالا ، ولا شك أنه منتفع به حقيقة ، والدليل على أنه مباح الانتفاع به شرعاً على الإطلاق أن الانتفاع به بجهة الحراسة ، والاصطياد مطلق شرعاً في الأحوال كلها فكان محلاً للبيع ؛ لأن البيع إذا صادف محلاً منتفعاً به حقيقة مباح الانتفاع به على الإطلاق مست الحاجة إلى شرعه ؛ لأن شرعه يقع سبباً ، ووسيلة للاختصاص القاطع للمنازعة إذ الحاجة إلى قطع المنازعة فيما يباح الانتفاع به شرعاً على الإطلاق لا فيما يجوز " (٣) .

والفقهاء عندما يتناولون مالية حبة الحنطة وغيرها إنما يمثلون بذلك ، ولكن لو تعارف الناس أن حبة الحنطة مال وجب ضمانها ؛ لما جاء في فتاوى الإمام ابن حجر الهيتمي : " وسئل عن أتلف زرعاً لا قيمة له عند الإلتاف أو له قيمة ما حكمه ؟ فأجاب رضي الله تعالى عنه : بأن من أتلف زرعاً لا قيمة له عند الإلتاف لا شيء عليه غير التعزير كما صرح به أصحابنا حيث قالوا : لا يصح بيع ما لا يتمول ؛ كحبتي بر أو زبيب ، ومع هذا يحرم غصب ذلك ، ويكفر مستحله ، ويجب رده ؛ فإن أتلف فلا ضمان ؛ إذ لا مالية لذلك . وقضيته أن التعبير بحبتي حنطة مثال ، ... فإن قلت ما تقرر من أن نحو الحبتين من الحنطة والزبيب لا يعدان

(١) الزركشي : المنثور (٢٢٣ / ٣) .

(٢) في مطاعم بعض الدول الغربية اليوم ، يقدمون الديدان على أنها من أفخر الوجبات ، فتأمل ! وإن كان تناول هذه الحشرات محرماً عند جمهور الفقهاء في الفقه الإسلامي ؛ لأنها من الخبائث ، إلا أنها قد تستخدم اليوم في المخابرة ؛ الأمر الذي يتطلب زراعتها وتربيتها ، وبيعها للحاجة .

على أن الإمام مالك والأوزاعي وابن أبي ليلى يجيزون أكل الحشرات ؛ كالديدان والجعلان والخنافس والفأر والقنفذ والضفدع والعقارب والحيات ، ونقل الإمام القرطبي عن ابن القاسم من المالكية : " ولا بأس بأكل خشاش الأرض وعقاربها ودودها في قول مالك " ، القرطبي : تفسير القرطبي (٧ / ٧٩) ، وانظر : قلعة جي : محمد رواس (٢٠٠٣) موسوعة فقه عيد الرحمن الأوزاعي (٥٦٧) ، جامعة الكويت - مجلس النشر العلمي .

(٣) الكاساني : البدائع (١٤٣ / ٥) .

مالا معترض وإن جرى عليه أنشخان في البيع بأنهما صرحا في الإقرار بأن الزبيبة حيث يكون لها قيمة مال^(١) .

ولما كان الفيصل في تحديد المالية هو اجتماع العرف والشرع ، فإن مما يراه الباحث اعتبار جميع الأشياء التي اختلف الفقهاء في ماليتها (وكان اختلافهم فيها ناشئاً عن العرف) أموالاً ؛ لأن التطور الصناعي جعل الإنسان يستفيد من كل شيء لم يكن متصوراً الاستفادة منه في السابق ؛ كالميتة التي تعتبر مصدراً ثرياً لصناعة الجلود ، والسرجين ومخلفات الحيوانات التي تعتبر من أفضل أنواع السماد ، وهكذا .

وقد يثور اعتراض على هذا الكلام ؛ إذ أفتي اعتبرت الميتة والنجاسات أموالاً ، مع عدم إباحة الشارع لها ، وهذا تناقض .

أقول : إنه لا تعارض ؛ لأن ما حرمه الشارع لشيء ، تسقط ماليتها إذا استخدم في الشيء الذي ورد فيه التحريم ، ولا تسقط ماليتها إذا استخدم الشيء ذاته لغرض آخر مباح ؛ فالميتة التي حرم الشارع أكلها لا مالية لها بهذا الاعتبار ، ولكن لها مالية من حيث جواز الانتفاع بالجلود والعظم ؛ لما جاء في الحديث الشريف ؛ أنه نُصِنَقَ على مولاة لميمونة بشاة فماتت ، فمر بها رسول الله ﷺ فقال : **أهلا أخذتم إهانيها فذبغتموه فانتفعتم به** ، فقالوا : إنها ميتة ، فقال : **إنما حرم أكلها** .^(٢) إباح الرسائل الجامعية

والخمرة نجسة محرمة الانتفاع شرباً وصناعة وتجارة واتخاذاً ، ولكن إذا استخدمت للتداوي^(٣) ، أو لصناعة الخل فيجب اعتبار ماليتها ، والله تعالى أعلم .

(١) الهيثمي : ابن حجر : الفتاوى الكبرى الفقهية (٩٣ / ٣) ، بيروت - دار صادر .
 (٢) الحديث رواه الجماعة إلا ابن ماجه ؛ البخاري - مع الفتح - (٨٢١ / ٩ رقم ٥٥٣١) ، ومسلم واللفظ له - بشرح النووي - (٥١ / ١ رقم ٣٦٣) ، وأبو داود (٦٤ / ٤ رقم ٤١٢٠) ، والنسائي - بشرح السيوطي - (٧١ / ١٧١) ، والدارمي (٨٦ / ٢) ، والدارقطني (٤٢ / ١) ، وانظر : الشوكاني : نيل الأوطار (٧٢ / ١) .
 (٣) العلماء في جواز التداوي بالنجاسات عموماً وبالخمر خصوصاً فريقان ؛ أما التداوي بالنجاسات عامة فحرمه المالكية والحنابلة وأجازوه الحنفية والشافعية ، أما الخمر فقد ذهب الجمهور إلى حرمة استعمالها في الدواء خلافاً للحنفية في قول والشافعية في القول المرجوح ، أما اتخاذ الأنف من الذهب فقد أباحه الفقهاء الأربعة ؛ انظر : ابن نجيم : البحر الرائق (٢٣٣ / ٨) ، الحطاب : محمد بن عبد الرحمن : مواهب الجليل في شرح مختصر خليل (١١٩ / ١) ، القرافي : الفروق (٢٤٠ / ٣) ، ابن عبد السلام : قواعد الأحكام (٩٥ / ١) ، ابن تيمية : الفتاوى (٣٩٢ / ١) ، ابن هبيرة : الزبير أبا المظفر يحيى بن محمد بن هبيرة الشيباني (ت ٥٦٠ هـ) اختلاف الأئمة العلماء (٢٩٦ / ٢) ، تحقيق : السيد يوسف أحمد ، بيروت - دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى (١٤٢٣ - ٢٠٠٢) ، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية ، العدد الثلاثون ، بحث الأستاذ الدكتور محمود محمد حسن بعنوان : استعمال المواد النجسة والمحرمة في الدواء والغذاء (١٤٩ - ١٧٨) ، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية ، العدد الثاني والأربعون ، بحث الأستاذ الدكتور مصطفى محمد عرجاوي بعنوان : التنظيم الشرعي والقانوني للتداوي بالمحرم أو المجرم (١٥٧ - ١٩٩) ، القضاة : أحمد مصطفى (١٤٠٨ - ١٩٨٨) الشريعة الإسلامية والفنون (٢٤٤) .

ويؤيد هذا ما ورد عن فقهاء الشافعية بوجود ضمان الخمر المحترمة ؛ والخمر المحترمة عندهم هي التي صنعت لا بقصد الخمرية ، يقول الإمام النووي : " الخمر نوعان : محترمة وغيرها ؛ فالمحترمة هي التي اتخذ عصيرها ليصير خلا ، وغيرها ما اتخذ عصيرها للخمرية " (١) ، ثم قال النووي رحمه الله : " إمساك الخمر المحترمة لتصير خلا جائز ، هذا هو الصواب الذي قطع به الأصحاب " (٢) .

ومما يتعلق بشرط المانية مسألة التعويض عن الضرر الأدبي أو المعنوي في الفقه الإسلامي ، والتعويض بالفعل السلبي ، وإليك تفصيل القول فيها :

أولاً : التعويض عن الضرر الأدبي في الفقه الإسلامي :

يلق العلامة الزرقاء " رحمه الله تعالى " على الحكم الذي قرره المادة (٢٦٧) من القانون المدني الأردني التي أجازت التعويض عن الضرر الأدبي قائلاً : " إن الحكم الذي تقرره هذه المادة في التعويض المالي عن الضرر الأدبي ليس له نظائر في الفقه الإسلامي " (٣) .

ولكن علماء الفقه الإسلامي المعاصرين ذهبوا في هذه المسألة إلى فريقين ؛ الفريق الأول القائل بمشروعية التعويض عن الضرر الأدبي ، وعلى رأسهم العلامة الشيخ محمود شلتوت (٤) ، والأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي (٥) ، والأستاذ الدكتور فوزي فيض الله (٦) ، وإليه ذهب الدكتور محمد أحمد سراج (٧) ، والفريق الآخر القائل بعدم المشروعية وعلى رأسهم العلامتان مصطفى الزرقا " رحمه الله " (٨) ، والدكتور الدريني (٩) ، وإليه ذهب الدكتور محمد المدني بوساق (١٠) .

يقول الشيخ شلتوت " رحمه الله " : " وأساس التعويض المالي في الشرف مأخوذ من مذهب الإمام الشافعي " (١١) .

هذا ، وقد استدلت المانعون لجواز التعويض المالي عن الضرر الأدبي بما يلي :

-
- (١) النووي : المجموع (٢ / ٥٧٧) .
 - (٢) النووي : المجموع : المكان السابق .
 - (٣) الزرقا : الفعل الضار (١٢١) .
 - (٤) شلتوت : المسؤولية المدنية والجناحية (٣٥) .
 - (٥) الزحيلي : الضمان (٢٤) .
 - (٦) فيض الله : المسؤولية التصديرية (١١٥) .
 - (٧) سراج : ضمان العدوان (١١٤ ، ١٥٦) .
 - (٨) الزرقا : الفعل الضار (١٢١) .
 - (٩) الدريني : النظريات الفقهية (٢١٤) .
 - (١٠) بوساق : التعويض عن الضرر (٣٥) .
 - (١١) شلتوت : المسؤولية المدنية والجناحية (٣٥) .

١ - إن القول بجواز التعويض المالي عن الأضرار الأدبية ، يعتبر من باب الأخذ على العرض مالا ، وذلك كمصالحة المقذوف القاذف على مال ، وهو لا يجوز ؛ جاء في مواهب الجليل : " ومن صالح من قذف على شقص أو مال لم يجز ، ورد ، ولا شفعة فيه ؛ بلغ الإمام أم لا ؛ لأنه من باب الأخذ على العرض مالا " (١) .

٢ - إن الضرر المعنوي ليس فيه خسارة مالية ، وهو شيء غير محسوس ، ولا يمكن تحديده وتقديره ، والتعويض في الفقه الإسلامي هو إحلال مال بدل مال تالف (٢) .

يقول الشيخ الخفيف عن عدم جواز التعويض المالي عن الضرر المعنوي : " ذلك محل اتفاق بين المذاهب ، وأساس ذلك أن التعويض بالمال يقوم على الجبر بالتعويض ؛ وذلك بإحلال مال محل مال فاقد مكافئ ، لرد الحال إلى ما كانت عليه ؛ إزالة للضرر وجبراً للنقص ، وذلك لا يتحقق إلا بإحلال مال محل مال مكافئ له ليقوم مقامه ويسد مسده ، وكأنه لم يضع على صاحب المال الفاقد شيء " (٣) .

٣ - " إن الضرر المعنوي لا يجبره التعويض المالي ، ولذلك وضعت له الشريعة الإسلامية ما يناسبه من الحد والتأديب ، وهذا تعويض كاف ، يزيل آثار الضرر ، ويشفي غيظ المتضرر ، ويزيل العار عنه ، ويعيد له اعتباره ، والله أعلم " (٤) .

٤ - وبما أن التعويض هو إحلال مال بدل مال ؛ فإن المال مقابلة للضرر المعنوي أكل لأموال الناس بالباطل (٥) ، وهو حرام بنص الكتاب العزيز : " يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل " .

والحق أن هذه الأدلة غير كافية للقول بمنع التعويض المالي عن الضرر الأدبي ، ولم يرد دليل صريح في هذه المسألة ، واستدلالات المانعين كلها بالعمومات .

وأما ما قالوه بأن التعويض عن الضرر الأدبي يعتبر من قبيل الأخذ على العرض مالا فمردود ؛ لأن الشتم والسب أقل ضرراً بكثير من القذف بالزنا ، ومع ذلك فقد أجاز أبو يوسف

(١) الخطاب : مواهب الجليل (٦ / ٣٠٥) ، وانظر : بوساق : التعويض عن الضرر (٣٤) .

(٢) الخفيف : الضمان (٥٥) ، المحمصاني : نظرية الموجبات (١ / ١٧١) ، بوساق : التعويض عن الضرر (٣٤) .

(٣) الخفيف : الضمان (٥٥) .

(٤) بوساق : التعويض عن الضرر (٣٥) .

(٥) الخفيف : الضمان (٥٥) .

- في أحد قوليهِ - ، والشافعية ، والحنابلة : عفو المقذوف عن القاذف قبل بلوغ الأمر إلى الإمام وبعد بلوغه إليه (١) .

وقال ابن قدامة في المصانحة (بلا مال) على حد القذف : " هل يسقط الحد بالصنح ؟ فيه وجهان ، مبنيان على الخلاف في كونه حقا لله تعالى ، أو حقا لأدمي ؛ فإن كان حقا لله تعالى ، لم يسقط يصلح الأدمي ولا إسقاطه ، كحد الزنى والسرقه ، وإن كان حقا لأدمي سقط يصلحه وإسقاطه ، مثل القصاص " (٢) .

أقول : وإذا صح هذا الخلاف في حد القذف ، فالأمر فيما دون القذف من الشتائم والسياب ، والاثام بأخذ الرشوة والتزوير أيسر بكثير ؛ وذلك لتشدد الإسلام في رعاية الأعراض (أو التهمة بالزنا) فاشتراط لها أربعة شهود ، ولم يشترط ذلك في جرمتي القتل والردة .

وأما ما قالوه بالضرر المعنوي ليس فيه خسارة مالية فمردود بوجوب الدية في إتلاف العين العوراء واليد الشلاء

والذي يراه الباحث وجوب التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية سواء بسواء ، وذلك لشمول الأدلة الأمرة بجبر الضرر ، وعدم تفريقها بين ضرر وآخر ، كما أنه لا يوجد نص واحد يمنع من إيجاب الضمان على مثل هذا النوع من الضرر ، ولئن لم يوجب الفقهاء سابقاً التعويض على مثل هذا النوع من الأضرار ، فليس هذا دليلاً على عدم شمول التعويض للضرر المعنوي ، وإنما مرده إلى العرف ؛ فلم يكن من المتصور في السابق أن يأخذ الإنسان تعويضاً على إهانتته أو كرامته ، وهذا الأمر متصور الآن ولا يجد الناس فيه غضاضة .

على أنني لا أسلم بأن فقهاءنا الأوائل لم يقولوا بالضمان عن الضرر الأدبي ، وانظر إلى ما قاله الإمام الشافعي : " ولو أن رجلاً سلخ شيئاً من جلد بدن رجل ، فلم يبلغ أن يكون جائفة وعاد الجلد فالتأم ، أو سقط الجلد فنبت جلد غيره ؛ فعليه حكومة (٣) ، فإن كان عمداً فاستطيع الاقتصاص منه اقتص منه ، وإلا فديته في ماله ، وإذا برأ الجلد معيباً زيد في الحكومة بقدر عيب الجلد مع ما ناله من الألم ، ولو كان هذا في رأسه ، أو الجسد ، أو فيهما معاً ، أو

(١) وذهب الإمام أبو حنيفة " رحمه الله تعالى " ، والظاهرية إلى عدم جواز ذلك ، وذهب الإمام مالك " رحمه الله تعالى " : لا يجوز له العفو ، إلا أن يريد ستراً على نفسه خوف أن يثبت عليه ما رمي به ، فيجوز عفو حينئذ ، انظر : الكاساني : البدائع (٧ / ٧) ، الباجي : المتقن (١٤٧ / ٧) ، ابن العربي : أحكام القرآن (٣ / ٣٤٤) ، ابن حجر الهيتمي : تحفة المحتاج (٩ / ١٨١) ، ابن حزم : المحلى (١٢ / ٢٥٥) .

(٢) ابن قدامة : المغني (٤ / ٣٢١) نسخة إحياء التراث .

(٣) معنى الحكومة

في بعضهما ، فنبت الشعر كانت فيه حكومة إن كان خطأ لا يبلغ بها دية وإن لم ينبت الشعر ، غير أنه إذا لم ينبت الشعر زيد في الحكومة بقدر الشين مع الألم ، ولو أفرغ رجل على رأس رجل أو لحيته حميماً أو ننفهما ولم تنبتا كانت عليه حكومة يزداد فيها بقدر الشين ، ولو نبثا أرق مما كاتا أو أقل أو نبثا وافرين ، كانت عليه حكومة ينقص منها إذا كانت أقل شينا ، ويزاد فيها إذا كانت أكثر شيناً " (١) ، فم يبق إلا أن ينص الإمام الشافعي - رحمه الله - على ذلك نصاً ، وهو وإن عبر عن ذلك بالحكومة فلا يغير ذلك من المسألة شيئاً ، وأبلغ من هذا ما يقوله أيضاً : " لو خلقت لامرأة لحية وشاربان ، أو أحدهما دون الآخر ؛ فحلقهما رجل أدب ، وكانت عليه حكومة أقل منها في لحية الرجل ؛ لأن اللحية من تمام خلقة الرجل وهي في المرأة عيب إلا أني جعلت فيها حكومة ؛ للتعدي والألم " (٢) .

كما أن الإمام الشافعي في بعض الجنايات حكم بالدية كاملة مع حكومة العدل ، قال : " ولو ذهب كلامه كانت عليه الدية تامة ، وحكومة فيما صار إلى عنقه من الجناية " (٣) .

ولقد نقلت هذا النص بطوله لترى كيف يزيد الإمام الشافعي من قيمة الحكومة وينقص بمقدار الضرر الأدبي ، بل إنه نص على الجناية التي لا تقبل القصاص بالتعويض من المال (الدية) ، ثم إنه - رحمه الله - جعل الحكومة في أض لحية المرأة أو شاربها ، مع أن في بقائهما عيب ؛ لوجود التعدي والألم .
الرسائل الجامعية

كما أن هذا النص من الإمام الشافعي يرد على الذين يقولون بأن الضمان في الفقه الإسلامي هو مقابلة مال بمال .

على أن الإمام الشافعي لم ينفرد بإيجاب حكومة العدل في الألم ، فهذا القول محكي عن أبي يوسف ومحمد بن الحسن صاحبي أبي حنيفة - رحمهم الله تعالى - (٤) .

وجاء في " البدائع للكاساني " عن الجناية على الظفر : " في الظفر إذا نبت ، لا شيء فيه في قول أبي حنيفة رضي الله عنه ؛ لأنه عادت المنفعة والزينة ، وإن مات ، ففيه حكومة عدل ؛ لأنه لا قصاص فيه ولا له أرش مقدر ، وكذا إذا نبت على عيب ، ففيه حكومة عدل دون ذلك ؛ لأن التابت عوض عن الذاهب ، فكان الأول قائم ودخله عيب ، وكذلك قال أبو يوسف -

(١) الشافعي : الأم (٦ / ٨٨) .

(٢) الشافعي : الأم (٦ / ٨٩) .

(٣) الشافعي : الأم (٦ / ٨٦) .

(٤) السرخسي : الميسوط (٢٦ / ٨١) ، البغدادي : مجمع الضمانات (١٧١) ، الزحيلي : الضمان (٢٤) ،

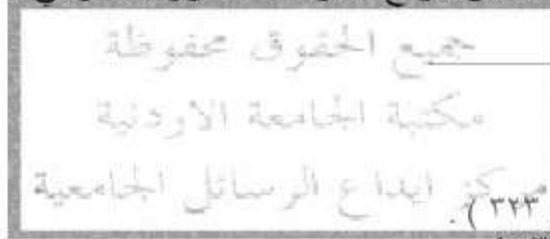
الموسوعة الفقهية (١٨ / ٧٣) .

رحمه الله - : أنه إذا نبت أسود (١) إن فيه حكومة ؛ لما أصاب من الألم بالجراحة الأولى ، بناء على أصله أن الألم مضمون " (٢) .

والشيخ الزرقا " رحمه الله تعالى " لا ينازع في وجود الضرر الأدبي بل هو ثابت ومقرر ، وإنما ينازع في التعويض المالي عن الضرر الأدبي ، فقد قال بعد أن نقل نصوصاً عن الصحابة في هذا : " وأول ما نستنتج من النصوص السابقة أن الخلفاء الراشدين عاقبوا على الإضرار الأدبي ؛ لكن بغير التعويض المالي ، ولم تطلع على رأي لأحد سواهم من الصحابة الكرام يقول بالتعويض المالي عن مثل هذا الضرر " (٣) .

أقول : وإذا أجاز الشيخ الزرقا " رحمه الله تعالى " معاقبة مرتكب الفعل الضار في الأضرار الأدبية ؛ لكن بغير الغرامة المالية ، فيكون التكليف الفقهي للمسألة هو ما حكم التعزير بأخذ المال أو بالغرامة المالية (٤) .

وهو ممن يجيز التعزير بالغرامة المالية ؛ إذ قال في مدخله الفقهي : " ويكون التعزير بكل ما يراه الحكام مناسباً من أنواع العقوبات المشروعة ، وهي التي فيها تأديب بلا تعذيب ،



(١) أي الظفر .

(٢) الكاساني : البدائع (٣٢٣ / ٧) .

(٣) الزرقا : الفعل الضار (٥٣) .

(٤) اختلف الفقهاء قديماً وحديثاً في عقوبة التعزير بأخذ المال ، فذهب جمهور العلماء ؛ الحنفية والمالكية والشافعية وجمهور الحنابلة إلى حرمة ذلك وبالغ الإمام الدسوقي فزعم الإجماع على ذلك ، فقال : " ولا يجوز التعزير بأخذ المال إجماعاً " الدسوقي : حاشية الدسوقي (٣١٥ / ٤) ، وذهب الشافعي في القول القديم وأبو يوسف وابن تيمية وتلميذه ابن القيم إلى جواز ذلك ، وعزاه ابن القيم في بعض الحالات إلى مذهب مالك وأحمد ، أما العلماء المحدثون ففريق منهم أيد القول الأول ، وفريق أيد القول الآخر .

والمسألة لم يرد فيها نص صريح ، وكلها اجتهادات بالعمومات والمقاصد ، لكن الذي يميل إليه الباحث هو جواز هذه العقوبة (بشرط) ؛ ذلك لأن علة التحريم التي نص عليها السابقون هي : ألا يتسلط الظلمة من الحكام على أموال الناس بالباطل ، وهذه العلة غير متحققة اليوم - كما يقول الدكتور الزحيلي والشهيد عودة والشيخ الزرقا - ؛ لأن الغرامات المالية تدخل إلى خزينة الدولة مباشرة ، كما أنه ضبط حدها الأدنى والأعلى ، كما نقل الشيخ الزرقا عن ابن الأخوة الشافعي في كتابه معالم القربة من أحكام الحسبة تجويز الشافعي لهذا النوع من التعزير ، مستدلاً على ذلك بما روي عن النبي ﷺ أنه قال بشأن زكاة الإبل : " في كل أربعين من الإبل السائمة بنت لبون ، من أعطاها مؤتجراً فله أجرها ، ومن مفعها فإنها أخذوها وشطر ماله عزيمة من عزمات ريفنا ، ليس لآل محمد فيها شيء " وقد قال ابن حجر في تخريج الحديث : " رواه أحمد وأبو داود والنسائي والحاكم والبيهقي من طريق بهز بن حكيم ، عن أبيه ، عن جده ، وقد قال يحيى بن معين في هذه الترجمة : إسناد صحيح إذا كان من دون بهز ثقة " ابن حجر : تلخيص الحبير (٣١٣ / ٢) ، انظر في هذه المسألة وأقوالها وأدلتها في : الدسوقي : حاشية الدسوقي (٣١٥ / ٤) ، الرملي : شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي (١٠٠٤ هـ) نهاية المحتاج إلى شرح المفهاتج (١٨ / ٨) ، ابن القيم : شمس الدين أبو عبد الله محمد بن قيم الجوزية (٧٥١) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية (٢٦٦) ، تحقيق الشيخ بهيج غزاوي ، بيروت - دار إحياء العلوم ، البوطي : محمد سعيد رمضان : محاضرات في الفقه المقارن ، الدريني : محمد فتحي (١٤١١ - ١٤١٢ / ١٤١١ - ١٩٩٢) الفقه الإسلامي المقارن (٣٤٧) ، عودة : التشريع الجنائي (٧٠٦ / ١) ، الزحيلي : الضمان (٢٥) ، الزرقا : المدخل الفقهي (٦٢٧ / ٢) ، أبي رحية : بحث بعنوان : " حكم التعزير بأخذ المال في الإسلام ، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية ، العدد الرابع ، السنة الثانية (١٩٠ - ٢٢٠) ، ربيع أول / ١٤٠٦ / ديسمبر / ١٩٨٥ ، تصدر عن جامعة الكويت ، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية .

من جلد وحبس ونفي وتغريم مالي ، وهو المسمى اليوم : " الجزاء النقدي أو الغرامة المالية " ، ويمكن أن يبلغ التعزير الإعدام " (١) ، ثم علق على الغرامة المالية في الحاشية فقال : " اختلف الفقهاء قديماً في جواز التعزير بأخذ المال : أي بالجزاء النقدي ، خوفاً من أن يتسلط به الظلام من الحكام على أموال الناس فيأخذوها باسم العقوبة ثم يأكلونها ... " (٢) ، ثم قال بعد أن نقل تجويز أبي يوسف من أئمة الحنفية هذا النوع من العقوبة ، وبعد أن نقل عن بعض فقهاء الشافعية نصوصاً عن الإمام الشافعي تجيزه ، قال : " لا شك اليوم أنه بعد ما أصبحت عقوبة التغريم المالي يسجل الحكم بها ، ويخضع تنفيذها للمحاسبة ، وتدخل الخزينة العامة رأساً لم يبق فيها ذلك المحذور " (٣) .

ولكنه نقل عن ابن حزم : " أن رجلاً كان يقص شارب عمر بن الخطاب ، فأفزع عمر فصرط الرجل من الفزع ، فقال عمر : أما إنا لم نرد هذا ، ولكن ستعقلها ، فأعطاه أربعين درهماً ، وأحسبه قال : شاة أو عناقاً " (٤) ، ونقل أيضاً عن عبد الرزاق أن حجاماً كان يقص لعمر بن الخطاب وكان رجلاً مهيباً ، فتنحج عمر فأحدث الحجام ، فأمر له بأربعين درهماً (٥) . ثم علق الشيخ الزرقا على هذين النصين بقوله : " وينبغي أن يلاحظ أن إخافة الإنسان ليست من قبيل الضرر الأدبي ، بل هي اضطراب مادني كما هو ظاهر ، فليس في هذا القول مستمسك للرأي (الشائع بين رجال القانون) بأن الضرر المعنوي أي الأدبي يستحق عنه تعويض مالي " (٦) .

ولا نسلم بأن الضرر في هذه الحادثة وأشباهها كان مادياً ، بل هو معنوي ، ثم إن التعويض لم يكن للإخافة وإنما للإحداث بين الناس .

ومن الجدير بالذكر أن ما يذكره الفقهاء عن حكم الضرر المعنوي لا يشمل بالضرورة جميع الصور التي ذكرها الشراح ، وهي : الشرف والكرامة والألام الجسدية والألام النفسية والتشويه في الجمال والحرمان من متع الحياة المشروعة والضرر ذو الصفة العاطفية والألم النفسي عن فقدان حيوان أو إتلاف شيء .

(١) الزرقا : المدخل الفقهي (٦٢٧ / ٢) .

(٢) الزرقا : المدخل الفقهي (٦٢٧ / ٢) .

(٣) الزرقا : المدخل الفقهي (٦٢٨ / ٢) .

(٤) ابن حزم : المحلى (٩٥ / ١١) .

(٥) الزرقا : الفعل الضار (٤٢) .

(٦) الزرقا : الفعل الضار (٤٢) .

ولكنه من خلال استعراض نصوص الفقهاء يشمل الشرف والكرامة و الألام الجسدية والنفسية والتشويه في الجمال ، وبقية الصور لم يتطرقوا لها - فيما أحسب - وإن كانت الأيام وتقدمها كفيلة بتغيير الأعراف التي تتغير الأحكام بحسبها .

أما الحزن والألم العاطفي لموت عزيز ، فلم ير فيه الفقه الإسلامي تعويضاً ، إلا الدية وللورثة الشرعيين فقط ، ولا شك بأن هذا هو الأنسب والأفضل ؛ لأن فتح هذا المجال يربك القضاء ؛ إذ ترفع دعاوى الضرر لمجرد أدنى علاقة بالضحية .

وتناول القانون المدني الأردني أحكام الضرر الأدبي في المادة (٢٦٧) ، ونصها : *

١ - يتناول حق الضمان الضرر الأدبي كذلك ؛ فكل تعد على الغير في حريته ، أو في عرضه ، أو في شرفه ، أو في سمعته ، أو في مركزه الاجتماعي ، أو في اعتباره المالي ، يجعل المتعدي مسؤولاً عن الضمان .

٢ - ويجوز أن يقضى بالضمان للأزواج والأقربين من الأسرة عما يصيبهم من ضرر أدبي بسبب موت المصاب .

٣ - ولا ينقل الضمان عن الضرر الأدبي إلى الغير ؛ إلا إذا تحددت قيمته بمقتضى اتفاق أو حكم قضائي نهائي (١) .

ويوافق الباحث القانون المدني الأردني في الفقرة الأولى منه ، أما الفقرة الثانية فيرى أنها مخالفة للفقه الإسلامي وللقانون الوضعي أيضاً ؛ أما مخالفتها للفقه الإسلامي ؛ فلأن الإسلام أعطى حق الدية لأقرباء المجني عليه ، ولا يجوز الزيادة على مبلغ الدية إلا بالتراضي ، كما أن إعطاء حق المطالبة بالتعويض لأقرباء المجني عليه ، فيها من السعة والمرونة ما يجعل من له أدنى قرابة بالجاني يطالب بالتعويض عن الضرر الأدبي ، وفيها إرهاب شديد للقضاء ؛ خاصة في عملية إثبات هذا الضرر ؛ فالحزن أمر نفسي داخلي .

وأما مخالفته للقانون الوضعي ؛ فلأن القانون الوضعي اشترط في الضرر لإيجاب الضمان أو التعويض ، ألا يسبق تعويض الضرر ، وفي الضرر الحاصل من موت أحد الأقرباء جعل الإسلام أقرباء الجاني الدية ، وفي جعل التعويض عن الضرر الأدبي في هذه الصورة يكون قد ترتب على هذا الضرر أكثر من تعويض .

ثانياً : الضمان بالفعل السلبي :

وهل يشترط في الفعل الضار أن يكون إيجابياً ؟ وماذا لو كان الفعل سلبياً ؟

(١) المادة (٢٦٧) من القانون المدني الأردني .

إن مشروعية التضمن بالفعل الإيجابي أمر متفق عليه بين فقهاء الشريعة الإسلامية وشرح القانون الوضعي^(١) ؛ وذلك كشق الثوب وحرق الحصيد^(٢) ، أما الضمان بالفعل السلبي فلم يذكره الفقهاء السابقون بهذا العنوان^(٣) ، ولكنهم تناولوا أحكام هذا النوع من الأفعال - على ما هي عانتهم في تناول الفروع والأحكام الفقهية - من خلال دراسة مسائل هذا الموضوع دراسة جزئية ، أي أنهم كانوا يبحثون كل مسألة على حدة .

ولهذا السبب لا تجد في الفقه الإسلامي - وهذا ما لا يعيبه - عنواناً جامعاً لحكم الضمان بالفعل السلبي ولا حتى عن الضمان بالفعل الإيجابي ، ولهذا السبب ذاته ترى بعض الفقهاء المعاصرين ينقل عن بعض المذاهب قولها بمشروعية الضمان بالفعل السلبي أو عدم مشروعية ذلك بناء على مسألة واحدة ؛ فعلى سبيل المثال : ينقل الأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي عن الحنفية أنهم يوجبون الضمان بالفعل السلبي^(٤) ، وذلك لأنهم يوجبون الضمان على من ترك الوديعة تسرق فترك حفظها وهو قادر على منع السارق ، فيضمن لترك الحفظ الملتزم بالعقد ، قال الإمام الكاساني في البدائع : " ولهذا لو رأى إنسانا يسرق الوديعة وهو قادر على منعه ضمن ؛ لترك الحفظ الملتزم بالعقد ، وهو معنى قول مشايخنا : إن المودع يؤخذ بضمان العقد " (٥) .

بينما ينقل الدكتور سليمان محمد أحمد^(٦) عن الحنفية أنفسهم أنهم لا يوجبون الضمان بالفعل السلبي ، مستدلاً على ذلك بما نقله عن بعض فقهاء الحنفية من أنه إذا انشق زق فمر به

شخص فمضى وترك ما في الزق ينسكب فلا ضمان عليه^(١) ، وبما نقله عن ابن عابدين^(٢) : إذا رأى شخص حمار غيره يأكل حنطة آخر فلم يمنع ؛ فإنه لا ضمان عليه .

(١) انظر : فيض الله : المسؤولية التقصيرية (١٥٧) ، أحمد : ضمان المتلفات (٢٠٨) ، الدبوي : مسؤولية الإنسان (٢٠) ، العدوي : أصول الالتزام (٣٥٠) ، عطا الله : نظرية الالتزام (٧) ، سوار : الاتجاهات العامة (١٤٨) .

(٢) فيض الله : المسؤولية التقصيرية (١٥٨) .
(٣) وإن تطرق علماء الأصول إلى مسألة الترك ، وهل هو من الأفعال أم لا ؟ كما فعل ابن اللحام الحنبلي في القاعدة التاسعة من قواعده ، ابن اللحام : القواعد (٧٠) .

(٤) انظر : الزحيلي : الضمان (١٩) .

(٥) الكاساني : البدائع (٢١١ / ٦) .

(٦) أحمد : ضمان المتلفات (٢١٠) .

ومن خلال النظر الجزئي لهذه الفروع الفقهية ، يقول الدكتور الدريني عن الضمان بالفعل السلبي : " فذهب بعض الفقهاء إلى أنه ليس سبباً للتضمن شرعاً ، وهو مذهب الحنفية والشافعية ؛ وذلك كمن رأى مالا لغيره يحترق وكان في وسعه إنقاذه ولم يفعل فإنه لا يضمن ؛ لأنه ليس مباشراً ولا متسبباً ، ولا تضمن إلا في طريقهما ... " ثم أضاف : " ... وخالف في هذا الحنابلة (٣) والمالكية (٤) ... " (٥) .

والذي يراه الباحث أن نوع المثال المضروب قد يحدد وجوب الضمان أو عدمه ، كما أن الفعل السلبي ليس على صورة واحدة ؛ فلو أن طبيباً موظفاً في مركز صحي تابع لوزارة الصحة ، وجاءه طبيب آخر زميل له لزيارته في المركز ، فجاءهما مريض بحاجة ماسة للإسعاف فامتنعا عن معالجته ، فنحن أم حالتين من الامتناع ، ويجب أن يكون لكل طبيب حكمه في هذا الظرف .

والشخص المكلف بحفظ الوديعة ، فرأها تسرق ولم يمنع السارق مع قدرته على ذلك ، يختلف حكمه عن شخص لا علاقة له بالوديعة ورأها تسرق .

ومشرف السباحة الذي يرى الغريق يغرق أمامه في المسبح المسؤول عنه فيمتنع عن مساعدته ، ليس كالمشرف الذي يرى مشرقاً على الغرق في البحر أثناء قيامه بنزهة .

وقد فرق الدكتور سوار بين عدة صور للفعل السلبي ، فقال : " ويلاحظ أن الامتناع - وإن شئت قلت : الفعل السلبي - يتخذ أحد صور ثلاث :

أ - امتناع أثناء الفعل .

ب - والتخلف عن تنفيذ التزام قانوني يأمر بفعل ما .

ج - والامتناع المحض مع وجود التزام يأمر بفعل ما " (٦) .

وضرب أمثلة لكل صورة من هذه الصور ، فمن أمثلة الصورة الأولى : سائق يقود سيارته بسرعة كبيرة ، يهمل الضغط على الكواح في الوقت المناسب ، فيسبب الضرر بالغير ،

(١) حتى ولو كان المتلف زق نفسه ، قال البغدادي : " من رأى الغير يشق زقه فسكت حتى سأل ما فيه ، يضمن الشاق " ، البغدادي : مجمع الضمانات (١٤٨) ، ابن عابدين : حاشية ابن عابدين (٤ / ٢٧٧) .

(٢) ابن عابدين : حاشية ابن عابدين (٦ / ٦١٢) .

(٣) ابن اللحام : القواعد (٧٠) .

(٤) وهذا النقل عن المالكية صحيح ، يقول الإمام القرافي : " كمن مر على حباله ، فوجد فيها صيدا يمكنه تخليصه وحوزة لصاحبه فتركه حتى مات يضمنه عند مالك ؛ لأن صون مال المسلم واجب ، ومن ترك واجباً في الصون ضمن ، وكذلك إذا مر بقطعة يعلم أنه إذا تركها أخذها من يجدها وجب عليه أخذها ، وإن تركها حتى تلفت مع قدرته على أخذها ضمنها " القرافي : الفروق (٢ / ٢٠٧) ، الدسوقي : حاشية الدسوقي (٤ / ٢٤٢) .

(٥) الدريني : النظريات الفقهية (٢٠٧) .

(٦) سوار : الاتجاهات العامة (١٤٩) ، وانظر : حمزة : العمل غير المشروع (٦٩) .

ومن أمثلة الصورة الثانية : سائق يقود سيارته ليلاً دون إشعال الأنوار الواجب استعمالها ، ومن أمثلة الصورة الثالثة : ما لو وجد طبيب مريضاً ينزف فامتنع عن مساعدته (١) .

ويستطيع الباحث أن يذكر صورة أخرى من صور الامتناع أو الفعل السلبي لم يذكرها الدكتور سوار ، وهي ما لو كان الامتناع عن تنفيذ عقد مبرم بين طرفين ؛ كما لو امتنع الوديع من حفظ الوديعة ، وكما لو اعتذرت شركة الطيران عن الرحلة اعتذاراً مفاجئاً قبيل الموعد المضروب للرحلة بوقت لا يسمح للمسافر بتدارك أمره (٢) .

وإزاء هذه الصور فليس من الحكمة أو المعقول أن نصدر حكماً عاماً حول جواز التعويض عن الفعل السلبي أو عدم جوازه ، وإنما الذي يراه الباحث أن تُعطى كل صورة من صور الفعل السلبي حكماً خاصاً بها ، كما هو الشأن في الفقه الإسلامي الذي يعنى بدراسة الجزئيات كل على حدة .

ويؤيد هذا ما ورد من فروع فقهية تفرق في أحكام الضمان بالفعل السلبي ما بين صورة وأخرى ؛ من ذلك ما نكره البغدادي في مجمع الضمانات عن الأجير الذي يستأجر لرعي الإبل والغنم ، فولدت البقرة أو الشاة وترك الزراعي حفظ الوليد حتى هلك ؛ فإن كان الأجير مشتركاً لا يضمن ، وإن كان الأجير خاصاً فإنه يضمن ، وفرق ما بيتهما أن الأجير المشترك لم يستأجر لرعي الأولاد (٣) ، ومن ذلك ما نكره البغدادي أيضاً في مجمعة لو استأجر رجل رجلاً ودفع إليه حماراً ليذهب إلى مكان معين ، فأخذ السلطان حمر القافلة ، فذهب أصحاب الحمر في طلب حمرهم ولم يذهب هذا الرجل ؛ فإن عاد هؤلاء بحمرهم دون مشقة فعلى الرجل ضمان الحمار ، وإن عاد بعضهم بها دون بعض ، أو عادوا بها بمشقة فلا ضمان عليه (٤) ، ومنها كذلك ما لو استأجر من يذبح له الأضحية ، وقال الذابح : تركت التسمية عمداً (٥) ، فيضمن الذابح قيمة الشاة للأمر (١) .

(١) سوار : الاتجاهات العامة (١٤٩) .

(٢) أقول : جرت عادة شركات الطيران أن تسمح للمسافر بالاعتذار عن الرحلة قبل موعد محدد لتسمح له باسترداد نقوده ؛ كما جرت العادة أيضاً ، أن تضع لنفسها قيوداً مخففة تسمح لها بعدم تسيير الرحلة لظروف استثنائية (كحالة الجو أو الحروب) ، والمثال المضروب ليس في هذه الصورة ، وإنما الاعتذار في موعد السفر

(٣) البغدادي : مجمع الضمانات (٢٩) .

(٤) البغدادي : مجمع الضمانات (٣٧) ، ولا يعني إيرادي هذه الأمثلة أنني أوافق الإمام البغدادي أو أخالفه ، وإنما أوردتها لبيان أنه لا يصح تعميم القول بجواز الضمان بالفعل السلبي أو عدمه بناءً على فرع من الفروع الفقهية .

يقول الأستاذ عبد القادر عودة : " والظاهر من تتبع أمثلة الفقهاء أن الممتنع لا يعتبر مسؤولاً عن كل جريمة ترتبت على امتناعه ، وأنه يسأل فقط حيث يجب عليه شرعاً أو عرفاً أن لا يمتنع ، ومع ذلك فهناك خلاف على ما يوجبه الشرع والعرف ، ومن الطبيعي أن يكون هذا الخلاف ما دامت وجهات النظر مختلفة ، فمثلاً يرى بعض الحنابلة أن من أمكنه إتجاه آدمي من هلكة ؛ كماء أو نار أو سبيع فلم يفعل حتى هلك ، فلا مسؤولية عليه ، ويرى بعض الحنابلة مسؤوليته^(٢) ، وأساس الخلاف هل الإنجاء واجب أو غير واجب ؟ " (٣) .

إلا أن مما ينبغي ذكره هنا أن القاعدة الفقهية : " من ترك واجباً في الصون ضمن " (٤) ، لا تعني الضمان بالترك (الفعل السلبي) مطلقاً ، بل المقصود بها ما إذا كان الضرر حاصلًا من ترك واجب ، كما يشير إليه لفظ القاعدة .

وعلى هذا الأساس من التفريق بين أنواع الفعل السلبي (ترك الواجب وترك غيره) فرق الشافعية بين ترك الأموال مع إمكان حفظها من قبل الحاكم وغيره ؛ فأوجبوا على الحكام أخذها ، بينما هو في حق غيرهم جائز فقط ، وهو تفريق دقيق يقوم على هذا الملحظ ، وهو وجوب قيام الحاكم (ونوابه) بالحفاظ على الناس وأموالهم ؛ قال الإمام ابن عبد السلام : " ويجوز التقاط الأموال لمصالح أربابها ، وكذلك أخذ الحكام إياها لحفظها ، وهذا واجب على الحكام " (٥) .

مركز أبحاث الرسائل الجامعية

الشرط الثاني : أن يكون الشيء المتلف متقوماً (٦) :

(٥) من ترك التسمية على الذبيحة عامداً ؛ تحل ذبيحته عند الشافعي وأحمد في قول ، ولا تحل عند الجمهور ، انظر هذه المسألة في : سبط ابن الجوزي : أبي المظفر شمس الدين يوسف بن فرغلي (٦٥٤ هـ) إيثار الإنصاف في آثار الخلاف (٢٦٩) تحقيق : ناصر العلي الناصر الخلفي ، الطبعة الأولى ، دار السلام (١٤٠٨ - ١٩٨٧)

(١) البغدادي : مجمع الضمانات (٩) .
(٢) يشير إلى المسألة السابقة التي مرت عند الكلام عن المسؤولية الجزائية والقانونية ، وهي ما إذا منع شخص الطعام أو الشراب عن آخر حتى مات ، ولكن الحق أن الحنابلة لم يختلفوا في هذه المسألة حول وجوب الإنجاء أو عدمه (وهو ما توهمه الأستاذ الفاضل) ؛ لكنهم اختلفوا في هذه الجريمة أمي عمد فتكون النية في مال الجاني خاصة ، أم شبه عمد فتكون في عاقلته ، وإليك نص ابن قدامة في هذا : " وظاهر كلام أحمد أن النية في ماله ؛ لأنه تعمد هذا الفعل الذي يقتل مثله غالباً ، وقال القاضي : تكون على عاقلته ؛ لأن هذا لا يوجب القصاص ، فيكون شبه العمد " ، ابن قدامة : المغني (٥٨٢ / ٩) ، وانظر : ابن اللحام : القواعد (٧٠) .

(٣) عودة : التشريع الجنائي (٥٨ / ٢) .
(٤) القرافي : الموافقات (٢٠٧ / ٢) ، التدوي : علي أحمد (١٤٢٠ - ٢٠٠٠) القواعد الفقهية (١٩٥) ، دمشق - دار القلم ، الطبعة الخامسة .
(٥) ابن عبد السلام : قواعد الأحكام (٨١ / ١) .

والشيء المتقوم في الشرع هو ما كان مباحاً ، قال الدكتور الزحيلي : " والمتقوم هو ما يباح الانتفاع به شرعاً في غير حال الاضطرار " (١) ، وقال الدكتور بوساق : " والتقوم عند الفقهاء يعني : الإباحة ضد التحريم ، فكل ما كان مباحاً الانتفاع به شرعاً - في غير حال المخصصة أو العطش الشديد - فهو متقوم ؛ لأن حالة المخصصة والعطش الشديد لها حكم الضرورة ، والضرورات تبيح المحظورات ؛ فالإباحة - في هذه الحالة - عرضي ، إنما المقصود بالتقوم هو الإباحة في غير حال الاضطرار ؛ جاء في درر الحكام : " التقوم إنما يثبت بإباحة الانتفاع به شرعاً " (٢) ، وعليه فكل من أتلف لأحد مالا متقوماً لزمه التعويض .. " (٣) .

وبناءً على هذا الشرط ، فقد بحث الفقهاء بعض المسائل ، وهي : ضمان الخمر والخنزير وضمن آلات اللهو وما يتعلق به ، وضمن كتب الفسق والضلال ، وسأتاؤلها بشيء من التفصيل :

أولاً : ضمان الخمر والخنزير

بحث العلماء في مسألة ضمان الخمر صورتين ؛ الأولى : ما إذا كانت الخمر لمسلم ، والأخرى : إذا كانت لذمي ، وإليك التفصيل في محفظة

الصورة الأولى : إتلاف الخمر لمسلم : الأردنية

وقد اتفق الفقهاء في هذه الصورة على عدم الضمان (٤) سواء أكان المتلف لها مسلماً أم ذمياً ؛ لعدم تقوم الخمر في حق المسلم ؛ لأنها محرمة شرعاً ، قال الإمام السرخسي في المبسوط : " لأن الخمر ليس بمال متقوم في حق المسلم " (٥) ، وقال أيضاً : " لأن الذمي لا يضمن الخمر للمسلم " (٦) .

كما جاء عن الشافعية وجه آخر (مرجوح) في ضمان الخمر للمسلم ؛ جاء في حلية العلماء : " وإن غصب خمرأ من مسلم وأراقها لم يلزمه ردها عليه في أصح الوجهين ،

(٦) الزحيلي : الضمان (٥٨) ، الزحيلي : فعل الغير (٤٠) ، فيض الله : المسؤولية التصويرية (١٢٣) ، فيض الله : الضمان (٨٩) ، الخفيف : الضمان (٦٠) ، المحمصاني : نظريات الموجبات (١٧٠) ، بوساق : التعويض عن الضرر (١٨٨) ، الطوالبية : فعل الغير (٤٥) ، الأحمد : المدخل لدراسة الضمان (٥٥) .

(١) الزحيلي : الضمان (٥٨) .

(٢) انظر : منلا خسرو : درر الحكام (١٧٠ / ٢) .

(٣) بوساق : التعويض عن الضرر (١٨٨) .

(٤) السرخسي : المبسوط (٥٧ / ٨) ، القفال : حلية العلماء (٢٤٨ / ٥) ، أحمد : ضمان المتلفات (٢٧٠) .

(٥) السرخسي : المبسوط (٥٧ / ٨) .

(٦) السرخسي : المبسوط : المكان السابق .

والثاني : أنه يردها عليه : (١) ، وقد علق محقق الكتاب الأستاذ الدكتور ياسين درادكة على هذا الحكم في حاشية الكتاب فقال : " لأنه يجوز أن يطفئ بها ناراً ، أو يبيل بها طيناً ، فوجب ردها عليه " (٢) .

ويرى الباحث إخراج صورة واحدة من هذا العموم ، وهي حالة إذن الشارع للمسلم بجواز استخدام الخمر ، أو ما سماه الشافعية : الخمر المحترمة ؛ فإنها تضمن ؛ والسبب في هذا ألا يتخذ جواز إتلاف الخمر نريعة لإفساد أموال الناس وممتلكاتهم ، وإنما الواجب على المسلم إذا رأى مكاناً يتباع فيه الخمر أن يتقدم إلى المحتسب أو من يتولى مراقبة الأسواق ، ويتولى المحتسب أو الإمام إتلاف الخمر ومعاقبة مروجيها ، والتحقيق فيما إذا كان اقتناء الخمر لوجه مسموح به أم لا ، فيكون المتلف هو الإمام أو نوابه ، إلا إذا رأى من يشرب الخمر فلم يتمتع بالموعظة الحسنة ، فله إراقته ، ولا ضمان عليه ، ومما ينبغي ملاحظته أن عدم الضمان للخمر فقط ؛ فإذا ما كسر الإئاء الذي فيه الخمر - بلا ضرورة - فينبغي ضمان قيمة الإئاء ؛ لأن المسموح له إراقة الخمر دون إتلاف الإئاء .

ولا يعترض على هذا بما أخرج الترمذي (٣) ، عن أبي طلحة أنه قال : يا رسول الله : إنني اشتريت خمراً لأيتام في حجري ، فقال : " أهرق الخمر واكسر الدنان " ، فقد قال الحافظ ابن حجر : " لم يثبت الحكم ؛ لأن المعتمد فيه التفصيل ، فإن كان الأوعية بحيث يراق ما فيها فإذا غسلت ظهرت وانتفع بها لم يجز إتلافها وإلا جاز " (٤) ، وقال الإمام النووي : " وفي قوله : " ففتح المزاد " دليل لمذهب الشافعي أن أواني الخمر لا تكسر ولا تشق ، بل يراق ما فيها " (٥) .

(١) القفال : حلية العلماء (٢٤٨ / ٥) .

(٢) القفال : حلية العلماء (٢٤٨ / ٥) حاشية .

(٣) الترمذي : سنن الترمذي (٥٨٨ / ٣) .

(٤) ابن حجر : فتح الباري

(٥) النووي : شرح صحيح مسلم (٥ / ١١) ، والمزاد والمزادة : الوعاء الذي فيه الخمر ، المكان السابق .

الصورة الثانية : إتلاف الخمر لذمي :

أما إذا كان صاحب الخمر ذمياً ، وأتلفها مسلم أو ذمي ؛ فقد اختلف الفقهاء على قولين ؛

الأول : وجوب الضمان ، وإليه ذهب الحنفية ^(١) والمالكية ^(٢) .

الثاني : عدم وجوب الضمان في إتلاف الخمر ، كما لو أتلفها لمسلم ، وإليه ذهب الشافعية ^(٣) والحنابلة ^(٤) .

قال الإمام السرخسي : " مسلم غصب من نصراني خمرا فاستهلكها ، فعليه ضمان قيمتها عندنا ، وقال الشافعي لا ضمان عليه ، وكذلك الخنزير " ^(٥) ، وقال الإمام الطبري : " واختلفوا في حكم المسلم يتلف خمر الذمي ؛ فقال مالك : عليه قيمتها ، حدثني بذلك يونس عن ابن وهب عنه ، وقال الشافعي : لا شيء على من أهلك خمراً لمسلم ، أو نصراني ، وكذلك إن قتل له خنزيراً ، حدثنا بذلك عنه الربيع " ^(٦) .

وقد استدل كل فريق على ما ذهبوا إليه بالمنقول والمعقول ، والمسألة ليس فيها نص صريح صحيح ، ومما استدل به الشافعية والحنابلة على هذا بحديث جابر τ أن النبي ﷺ قال : " ألا إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام " ^(٧) ، وبالقياس على إتلافها للمسلم ، وبأنها محرمة العين وغير متقومة فلا تضمن ، وأن الرسول ﷺ أمر بإزالتها ^(٨) .

أما أدلة الفريق الآخر فإنقل ما قاله الإمام السرخسي في المبسوط : " حجبتنا في ذلك قول عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه حين سأل عماله : ماذا تصنعون بما يمر به أهل الذمة من الخمر ، فقالوا : نعشرها فقال : " لا تفعلوا ، ولوهم يبيعها ، وخذوا العشر من أثمانها " ، فقد جعلها مالا متقوماً في حقهم حيث جوز بيعها ، وأمر بأخذ العشر من الثمن ، وذكر الإمام أبو

(١) السرخسي : المبسوط (١٠٢ / ١١) ، الكاساني : البدائع (١٦٧ / ٧) .

(٢) الباجي : سليمان بن خلف : المنتقى شرح الموطأ (٢٧٤ / ٥) ، دار الكتاب الإسلامي .

(٣) القفال : سيف الدين أبو بكر محمد بن أحمد الشاشي القفال ، حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء (٢٤٨ / ٥) ، (١٩٨٨) ، عمان - مكتبة الرسالة الحديثة ، الطبعة الأولى .

(٤) البهوتي : الروض المربع : (٣٦١) ،

(٥) السرخسي : المبسوط (١٠٢ / ١١) .

(٦) الطبري : اختلاف الفقهاء (١٨٤) .

(٧) الحديث متفق عليه ؛ أخرجه الإمام مسلم في صحيحه عن سينفا جابر بن عبد الله τ أنه سمع رسول الله ﷺ يقول عام الفتح وهو بمكة : " إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام " ، فقيل يا رسول الله : أرأيت شحوم الميتة ؛ فإنه يطلى بها السفن ، ويدهن بها الجلود ، ويستصبح بها الناس ، فقال : " لا هو حرام " ، ثم قال رسول الله ﷺ : " قاتل الله اليهود ؛ إن الله عز وجل لما حرم عليهم شحومها أجملوه ثم باعوه فأكلوا ثمنه " ، مسلم - بشرح النووي _ (١١ / ٥ / حديث رقم ١٥٨١) ، والبخاري في عدة مواضع من صحيحه ، كما أخرجه الترمذي ، وابن ماجة ، والبيهقي في عدة مواضع من سننه ، وابن حبان في صحيحه (٣١١ / ١١ رقم ٤٩٣٧) ، وابن أبي شيبة في عدة مواضع من مصنفه ، والطبراني في الأوسط (١٦٢ / ٩ رقم ٩٤٢٦) .

(٨) انظر : النووي : شرح صحيح مسلم (٥ / ١١) .

عبدة^(١) في كتاب الأموال : " أن عمر رضي الله تعالى عنه كتب إلى عماله أن اقتلوا خنازير أهل الذمة ، واحتسبوا لأصحابها بقيمتها من الجزية " (٢) ، فهذا تنصيب منه على أنه مال متقوم في حقهم يضمن بالإتلاف عليهم ، والمعنى فيه أن الخمر كان مالا متقوما في شريعة من كان قبلنا ، وكذلك في شريعتنا في الابتداء ، ثم إن الشرع أفسد تقومه بخطاب خاص في حق المسلمين حيث قال : { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رَجِسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ } إلى قوله تعالى : { قَهْلٌ أَنْتُمْ مُنْتَهُونَ } فبقي في حق من لم يدخل تحت هذا الخطاب على ما كان من قبل . هذا من حيث الصورة ، ومن حيث المعنى أن حرمة العين وفساد التقوم ثبت بخطاب الشرع ، وقد أمرنا أن نتركهم ، وما يدينون لمكان عقد الذمة فقصر الخطاب عنهم حين لم يعتقنوا الرسالة في المبلغ ، وانقطعت ولاية الإلزام بالسيف والمحاجة لمكان عقد الذمة ، ويصير في حقهم كأن الخطاب غير نازل فيبقى الحكم على ما كان " (٣) .

والذي يراه الباحث في هذه الصورة وجوب الضمان على متلفها ؛ إلا إذا كان الذمي يشربها في مكان عام ، ولم يمكن رده ومنعه إلا بإزالتها ، فيريقها المسلم أو الذمي ولا ضمان

عليهما ؛ لأنه مجاهر مستخف بمشاعره المسلمين بحفوفة
وما ورد في الخمر من خلاف فقد ورد في الخنزيرة^(٤) .
مركز أبحاث الرسائل الجامعية

(١) هكذا هي في الأصل ، والأصح أبو عبيد ، وهو الإمام الحافظ الحجة أبو عبيد القاسم بن سلام بن عبد الله ، ولد سنة (١٥٧) وتوفي سنة (٢٢٤) قال عنه الإمام النووي : " وكان إماماً بارعاً في علوم كثيرة ، منها : التفسير والقراءات والحديث والفقه واللغة والنحو والتاريخ " ، وله بضعة وعشرون كتاباً ، ومما يدل على طول باعه في اللغة المناظرة الشهيرة بينه وبين الإمام الشافعي في معنى القراء ؛ إذ انتحل كل منهم مذهب صاحبه ، قال ابن السبكي : " وإن صححت هذه الحكاية ، ففيها دلالة على عظمة أبي عبيد ، فلم يبلغنا عن أحد أنه ناظر الشافعي ، ثم رجع الشافعي إلى مذهبه " ، انظر : الذهبي : سير أعلام النبلاء (١٠ / ٤٩٠) ، ابن سعد : طبقات ابن سعد (٧ / ٣٥٥) ، ابن النديم : الفهرست (٧٨) ، النووي : التهذيب (ق ١ ج ٢ ص ٢٥٧) ، ابن السبكي : طبقات الشافعية (٢ / ١٥٣) ، ابن حجر : تهذيب التهذيب (٨ / ٣١٥ رقم الترجمة ٥٧٢) ، الداوودي : طبقات المفسرين (٢ / ٣٧) ، ابن حجر : تقريب التهذيب (٢ / ١٩) ، ابن الجزري : غلية النهاية في طبقات القراء (١٧ / ٢) .

(٢) انظر : أبا عبيد : الأموال (٥٤) ، وقد علق الإمام أبو عبيد على هذا الأثر بقوله : " فهو لم يجعلها قصاصاً من الجزية إلا وهو يراها مالا من أموالهم " ، أبو عبيد : الأموال : المكان السابق .

(٣) السرخسي : المبسوط (١١ / ١٠٢) .

(٤) انظر : الطبري : اختلاف الفقهاء (١٨٤) ، السرخسي : المبسوط (١١ / ١٠٢) ، البغدادي : مجمع الضمانات (١٣١) .

ثانياً : ضمان آلات اللهو (١) :

يختلف إتلاف الخمر والخنزير عن إتلاف آلات اللهو في أن الخمر والخنزير قد أجمع العلماء على تحريمهما ، أما آلات اللهو ؛ فإنها - وإن كان جماهير الفقهاء يقولون بحرمتها - أمر لم يجمع على تحريمه ، فقد قال الإمام الماوردي : " وأما الملاهي ؛ فعلى ثلاثة أضرب : حرام ومكروه وحلال ... " ثم قال بعد أن فصل في أنواعها : " فإذا تقرر أحكام الأغاني والملاهي ؛ فإن قيل يتحريمها : فهي من الصغائر دون الكيائر ، يفتقر إلى الاستغفار ، ولا ترد بها الشهادة إلا مع الإصرار ، وإن قيل بكراهتها فهي من الخلاعة لا يفتقر إلى الاستغفار ، ولا ترد بها الشهادة إلا مع الإصرار " (٢) .

وقال ابن حزم : " وبيع الشطرنج ، والمزامير ، والعيدان ، والمعازف ، والطنابير : حلال كله ، ومن كسر شيئاً من ذلك ضمنه ، ... وكذلك بيع المغنيات وابتاعهن " (٣) ، وقال الإمام ابن العربي المالكي : " فأما منع بيع المغنية ؛ فينبني على أن الغناء حرام أو حلال ؟ وليس الغناء بحرام ؛ فإن النبي ﷺ قد سمع في بيته وبیت غيره ، وقد وقف عليه في حياته وإن اتصل نقر طنبور به فلا يؤثر أيضاً في تحريمه ، فإنها كلها آلات تتعلق بها قلوب الضعفاء ، والنفس عليها استراحة ، وطرح ثقل الجسد الذي لا تحمله كل نفس ، ولا يتعلق به قلب ؛ فإن تعلقت به نفس فقد سمح الشرع لها فيه ، وقد قال علماؤنا بجملتهم : أن من اشترى جارية فظهر منها على أنها قينة ، فله الخيار ، ولو كان عندهم بيعها غير جائز لحكموا بفسخه ، ولم يجعلوا له خياراً فيه ، وإنما جعل الخيار له فيه ؛ لما عليه من المشقة في حفظها ، والتكلف لسعة أمانها في قطع العلائق التي تربط بالغناء ، من فساد المقاصد والتشوف إلى الخلطة ، وعواقب ذلك كله غير محمودة " (٤) .

(١) القضاة : الشريعة والفنون (٢٥٠) .

(٢) الماوردي : الإمام أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي (٤٥٠ هـ) ، الحاوي الكبير (٢١ / ٢٠٨) ، تحقيق : الدكتور محمود مطرجي وجماعة ، بيروت - دار الفكر (١٤١٤ - ١٩٩٤) .

(٣) ابن حزم : المحلى (٧ / ٥٥٩) .

(٤) ابن العربي : أبو بكر محمد بن عبد الله (٥٤٣ هـ) عارضة الأحوذى بشرح صحيح الترمذي (٥ / ٢٨٢) ، بيروت - دار الفكر .

وقال أيضاً في أحكام القرآن : " وقد بينا جواز الزمر في العرس ، بما تقدم من قول أبي بكر : أمزار الشيطان في بيت رسول الله ﷺ ، فقال : " دعهما يا أبا بكر ؛ فإنه يوم عيد " (١) ، ولكن لا يجوز انكشاف النساء للرجال ، ولا هتك الأستار ، ولا سماع الرفث ، فإن خرج ذلك إلى ما لا يجوز ، منع من أوله ، واجتنب من أصله " (٢) .

وقال الإمام الشوكاني : " وقد اختلف في الغناء مع آلة من آلات الملاهي وبدونها . فذهب الجمهور إلى التحريم مستدلين بما سلف . وذهب أهل المدينة ومن وافقهم من علماء الظاهر وجماعة من الصوفية إلى الترخيص في السماع ولو مع العود واليراع " (٣) .

بعد كل هذا أقول : إن الكلام حول ضمان آلات اللهو مبني على القول على حكم استخدام الآلة نفسها ، وهو أمر مختلف فيه كما رأينا ، ولما لم يكن بالإمكان في هذه الرسالة دراسة أدلة القوم ، والخروج بقول فصل في هذه المسألة ، فإنني أترك ترجيح القول فيها ، ولولي الأمر ؛ إذا أراد تطبيق الشريعة الإسلامية أن يتبنى أحد الرأيين ، وبناءً على الرأي المتخذ في حكم اتخاذها يكون حكم إتلافها .

هذا وقد اشترط الفقهاء في إنكار المنكر ، أن يكون المنكر مجمعاً على إنكاره ؛ يقول أستاذنا الدكتور السرطاوي : " يشترط في المنكر أن يكون مجمعاً على إنكاره بين أئمة الاجتهاد ، وأما المختلف فيه فلا إنكار فيه ؛ لأن كل مجتهد مصيب ، أو المصيب واحد ولا نعلمه ، ولا إثم على المخطئ " (٤) .

على أنني إن امتعت من ترجيح قول على قول ، فإنني ألقت الأنظار إلى بعض الأمور التي لا بد من مراعاتها في إصدار الحكم ؛ فأصوات الموسيقى اليوم أصبحت مما تعم به البلوى ؛ فدخلت الموسيقى في حياتنا شئنا أم أبينا ، فهي في جهاز الهاتف ، وهي في جهاز الحاسوب ، وهي في لعب الأطفال ،

كما أن التعليل الذي علل به السابقون في تحريمها غير منطبق على الموسيقى اليوم ، ذلك أن الإمام الغزالي من الشافعية علل حرمتها ؛ بأنها تدعو إلى شرب الخمر ، وأنها تذكر

(١) أخرجه الشيخان وغيرهما ؛ انظر البخاري : صحيح البخاري - بشرح ابن حجر - (٢ / ٥٥٩ رقم ٩٤٩) وأخرجه كذلك بالأرقام : ٩٥٢ ، ٩٨٧ ، ٢٩٠٧ ، ٣٥٣٠ ، ٣٩٣١) ، ومسلم : صحيح مسلم - بشرح النووي (٦ / ١٨٢ رقم ٨٩٢) .

(٢) ابن العربي : أبو بكر محمد بن عبد الله (٥٤٣ هـ) أحكام القرآن (٣ / ١٤٩٤) ، بيروت - دار الفكر .
(٣) الشوكاني : نيل الأوطار (٨ / ٢٤٣) ، وانظر : ابن رشد (الجد) : أبا الوليد محمد بن رشد القرطبي المالكي (ت ٥٢٠ هـ) الجامع من المقدمات (٣٠٣) تحقيق : الدكتور المختار بن الطاهر التليلي ، عمان - دار الفرقان ، الطبعة الأولى (١٤٠٥ - ١٩٨٥) .
(٤) السرطاوي : محمود علي (١٤١٨ - ١٩٩٨) الدفاع الشرعي في الشريعة الإسلامية (٣٩) ، عمان - دار الفكر ، الطبعة الأولى .

مجالس الأتس بالشرب ، ولما أن صار الاجتماع عليها من عادة أهل الفسق ، منع من التشبيه بهم ، لأن من تشبه بقوم فهو منهم (١) .

فهذا القول مبني على أن السماع له مجلسه الخاص به ، والمقترن بالخمير والجواري الكاسيات العاريات ، وليس الأمر اليوم كالسابق (٢) .

ثالثاً : ضمان كتب الفسق والضلال :

ولا يجب الضمان على من أتلف كتباً إباحية ، أو مجلات فاضحة ، أو تشكك بعقيدة المسلمين ، أو التي تقدح في الذات الإلهية ، أو تطعن بشخص الرسول الكريم ﷺ ، أو بصحبه الكرام ﷺ (٣) .

أقول : ومما يتعلق بهذا الموضوع عدم الضمان في إتلاف أو التشويش على بعض شبكات الإنترنت التي تروج للدعارة .

ويستدل على هذا بفعل سيدنا عثمان رضي الله عنه بإحراقه مصاحف الصحابة بعد توحيد النسخ ، وبأمر النبي ﷺ لمن كتب غير القرآن من الصحابة يحوه (٤) .

أقول : كما أن على الإمام أن يمنع استيراد الأغذية الفاسدة والضارة ، وإتلافها إن كانت موجودة ، فعليه أن يمنع انتشار مثل هذه الكتب والضلالات ؛ لأن حفظ عقيدة الأمة ودينها وأخلاقها ، مقدم على حفظ أموالها وأنفسها ، كما هو مقرر ومعلوم .

الشرط الثالث : أن يكون المثلث مملوكاً (٥) :

يشترط لوجوب الضمان أن يكون الشيء المتلف مملوكاً ، ليطالب المالك أو المضرور بالتعويض ، وعليه فلا يجب الضمان بإتلاف الأشياء التي لا مالك لها ؛ كالكلا في منابته ، والماء في منابعه ، والطير في الهواء ، والسماك في الماء ، وغير هذه الأمور مما لم يحرز ؛ قال الإمام الكاساني في البدائع : " ومنها أن يكون مملوكاً ، فلا يجب الضمان بإتلاف المباحات

(١) الغزالي : الإمام أبو حامد محمد بن محمد بن محمد (٥٠٥) إحياء علوم الدين (٢ / ٢٩٦) بيروت - دار الفكر ، الطبعة الثانية (١٤٠٩ - ١٩٨٩) ، وانظر : القضاة : الإسلام والفنون (٢٠٣) .

(٢) وانظر مما ألف حديثاً في آلات اللهو : القرضاوي : يوسف (١٤٢٢ - ٢٠٠١) فقه الغناء والموسيقى في ضوء القرآن والسنة ، القاهرة - مكتبة وهبة ، الطبعة الأولى ، جوهر : أحمد (١٤١٩ - ١٩٩٩) الإسلام والفنون ، المنصورة - مكتبة جزيرة الورد ، الطبعة الأولى ، القضاة : الشريعة الإسلامية والفنون .

(٣) الزحيلي : الضمان (٦٠) .
 (٤) انظر الاستدلال على هذا ما كتبه ابن القيم في الطرق الحكيمة ، ابن القيم : الطرق الحكيمة (٢٧٠) .
 (٥) الزحيلي : فعل الغير (٤١) ، فيض الله : المسؤولية التقصيرية (١٢٥) ، فيض الله : الضمان (٨٩) ، الخفيف : الضمان (٦٠) ، المحمصاتي : نظريات الموجبات (١٧٠) ، بوساق : التعويض عن الضرر (١٨٨) ، الأحمدي : المدخل لدراسة الضمان (٥٥) .

التي لا يملكها أحد" (١) ، وقال الدكتور الزحيلي : " ولا ضمان كذلك بإتلاف الأموال المباحة التي ليست مملوكة لأحد ؛ لعدم تقومها ، إذ انقوم ينبني على كون الشيء عزيز المنال ، خطير الأهمية ، وهذا المعنى لا يتحقق إلا بالاحتراز والاستيلاء " (٢) .

وعندي أن سبب عدم الضمان في إتلاف المال غير المحرز ، ليس عدم تقومه ، وإنما لأن سلطة الناس على المباح سواء ، فلا يوجد حق لأي شخص يطالب بالتعويض عن إتلاف المال المباح ، ثم إن المال المباح يملك بالإحراز ؛ فقام الإتلاف مقام الإحراز ، فكان متلف الشيء هو مالكة .

الشرط الرابع : أن يكون الضرر محققاً بشكل دائم (٣) :

فإذا وقع الضرر ثم زال بنفسه ؛ كما لو نبت السن المقطوع أو عولج الجرح فلا ضمان ، جاء في المغني : " وإن نبت مكانها أخرى ، لم تجب ديتها ، كما لو نتف شعره فعاد مثله " (٤) .

ويرى الباحث أن هذا الشرط غير دقيق (٥) ، ذلك أن من غصب شاة وجز صوفها ، يحكم عليه بضمنان قيمة الصوف ، ولا يقال بانتفاء الضمان لأن الصوف سيتبنت مكانه ، وأما ما ذكره الفقهاء من عدم وجوب الدية على من قلع سن من لم ينثر شيء آخر ؛ ذلك أن وجوب الدية على من قلع سن الصغير شيء ، ووجوب التعويض (الضمان أو الحكومة بتعبير الفقهاء) شيء آخر ، ولهذا حكم الفقهاء على من قلع سن الصغير الذي لم ينثر أن يمهل ؛ فإن نبت سن مكانها فلا دية ، وإن لم يتبنت ففيها الدية ؛ جاء في المدونة : " وقال مالك في الصبي إذا لم ينثر ينزع سنه خطأ . قال : يؤخذ العقل كاملاً فيوضع على يدي ثقة ، فإن عادت لهيئتها رد العقل إلى أهله ، وإن لم تعد أعطى العقل كاملاً . فإن هلك الصبي قبل أن تتبنت السن فالعقل لورثته ، وإن نبتت أصغر من قدرها الذي قلعت منه كان له من العقل قدر ما نقصت " (٦) ، وقال ابن قدامة : " إنما يجب هذا الضمان في سن من قد نثر ، وهو الذي أبدل أسنانه ، وبلغ حدا إذا

(١) الكاساني : البدائع (١٦٨ / ٧) .

(٢) الزحيلي : الضمان (٦٠) .

(٣) الزحيلي : الضمان (٦٠) ، الزحيلي : فعل الغير (٤١) ، الطرابلسية : فعل الغير (٤٥) ، بوساق : التعويض عن الضرر (٢١٠) .

(٤) ابن قدامة : المغني (٣٥٣ / ٨) .

(٥) كما أنه من خلال الأمثلة المضروبة عليه (قلع السن ونتف الشعر) مخالف للشرط الأول الذي ذكره الفقهاء وهو شرط المالية .

(٦) مالك : المدونة (٣٢٦ / ٦) .

فلعت سنه لم يعد بدلها ... فأما سن الصبي الذي لم يثغر ^(١) ، فلا يجب بقلعها في الحال شيء . هذا قول مالك والشافعي ، وأصحاب الرأي . ولا أعلم فيه خلافا ؛ وذلك لأن العادة عود سنه ، فلم يجب فيها في الحال شيء ، كتنف شعره ، ولكن ينتظر عودها ؛ فإن مضت مدة ييأس من عودها ، وجبت ديتها ^(٢) .

وكذا عند الشافعية ، فقد قال الشيخ الشيرازي : " إذا قلع سن صغير لم يثغر ، لم يلزمه شيء في الحال ؛ لأن العادة في سنه أن يعود وينبت فلم يلزمه شيء في الحال ، كما لو تنف شعره ، فإن نبت له مثلها في مكانها لم يلزمه ديتها ، وهل تلزمه حكومة ؟ فيه وجهان ؛ أحدهما لا تلزمه ؛ كما لو تنف شعره فنبت مثله ، والثاني تلزمه حكومة الجرح الذي حصل بالقلع ^(٣) . والراجح من الوجهين في المذهب هو : وجوب الحكومة ^(٤) .

فالحكومة واجبة مع إمكان عود الشيء إلى ما كان عليه ، لكن الذي لم يجب هو الدية ، وهذا التفريق من عظيم دقة فقهاءنا الأوائل في استنباط الأحكام ؛ فالدية شرعت لإذهاب النفس أو أحد الأعضاء ، وسن الصغير هذه ليست عضواً كاملاً حتى تجب فيه الدية كسن الكبير ؛ لأنها سن مؤقتة تثبت فترة من الزمن ثم يبذل الله الصغير خيراً منها ، ففي إيجاب الدية كاملة على فلعه ظلم للجاني ، ولكن هذا لا يعني أبداً عدم وجوب الضمان فيها ، والله تعالى أعلم .
ومن الأمثلة التي ضريبها الدكتور بوساق على هذا الشرط ، قوله : " كما لو حفر أحد بئراً في طريق العامة فسقط فيه حيوان وسلم فلم يصب يعطب فلا يجب على الحافر شيئاً " ^(٥) ، والحق أن عدم وجوب الضمان على الحافر - في هذا المثال - ليس لعدم تحقق الشرط وهو دوام الضرر ، بل لعدم تحقق الركن أصلاً وهو حصول الضرر ، ومعلوم أن الضمان يدور مع الضرر حيث دار ؛ فالمثال غير دقيق .

حكم الضمان من تفويت الفرصة وتضييع المصلحة :

ومما يتعلق بهذا الشرط ؛ شرط تحقق الضرر ، مسألة الضمان عن تفويت الفرصة وتضييع المصلحة ، حيث أوجبت القوانين الوضعية فيه التعويض كما سبق معنا ^(٦) ، ومثال هذا

(١) أي الصغير الذي لم تثبت أسنانه ، أو التي نبتت أسنانه اللبنية .

(٢) ابن قدامة : المغني (٣٥٤ / ٨) نسخة إحياء التراث .

(٣) الشيرازي : المهذب (١٣٩ / ٥) .

(٤) النووي : المنهاج _ بشرح الشريبي " معني المحتاج " - (٦٤ / ٤) ، النووي : روضة الطالبين (٢٧٨ / ٩) .

(٥) الشريبي : المنهاج (٦٤ / ٤) .

(٦) بوساق : التعويض عن الضرر (٢١٠) .

(٦) انظر صفحة (١٨١) من الرسالة .

النوع من الضرر (١) : ضياع فرصة استئناف الحكم أو نقضه في المواعيد المقررة ، بسبب تأخر المحامي ، وكذلك التسبب بضياع فرصة التقدم لمسابقة أو امتحان للتعيين أو الترقية (٢) ، ولم يتعرض الفقهاء السابقون لمثل هذا النوع من الضرر (٣) ، أما الفقهاء المعاصرون فقد قال بعضهم بوجوب التعويض عن هذا النوع من الضرر ؛ كالأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي (٤) ، والأستاذ الدكتور فيض الله (٥) ، وذلك بناءً على القواعد العامة في التشريع الإسلامي ؛ كقاعدة تصرف الإمام على الرعية ، وقاعدة انصر ، وقاعدة العرف ؛ إذ تعارف الناس ذلك (٦) .

وذهب بعض الفقهاء المعاصرين (٧) إلى أن هذا النوع من الضرر لا ضمان فيه ؛ لأن التعويض عندهم هو إحلال مال محل مال تالف ، وإتما قال القانونيون بوجوب التعويض في مثل هذا النوع من الأضرار لغلبة الروح المادية وسيطرتها على رجال القانون في هذا العصر فقرروا وجوب التعويض مقابل أضرار وهمية (٨) .

واستدل الدكتور سراج على شمول الضمان لكل أنواع الضرر بما ورد في فقه كبار الصحابة ما يدل على التضمنين بأمور قريبة من هذا ؛ فأوجبوا الضمان بالتسبب بالصدمة العصبية (٩) ؛ لما روي أن عمر رضي الله عنه أرسل إلى امرأة مغيبة كان يدخل عليها ، فقالت : يا ويلها مالها ولعمر ، فبينما هي في الطريق ؛ إذ فرغت فضربها الطلق فالتقت ولدا فصاح الصبي صيحتين ثم مات ، فاستشار عمر أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فأشار بعضهم أن ليس عليك شيء إنما أنت مؤدب ، فصمت علي ، فاقبل عليه عمر فقال ما تقول يا أبا الحسن : فقال : إن كانوا قالوا برأيهم فقد أخطؤوا رأيهم ، وإن كانوا قالوا في هواك فلم ينصحوا لك ، إن ديتك عليك لأنك أفرغتها (١٠) .

(١) بوساق : التعويض عن الضرر (١٢٥) .

(٢) ومما ضربه القانونيون من أمثلة على هذا النوع من الضرر : ضياع الوصية على ورثة قتيل موصى له بمبلغ من المال ؛ للتسبب في موته قبل موت الموصي ، مما جعل الوصية غير نافذة ، انظر : بوساق : التعويض عن الضرر (١٢٥) .

(٣) بوساق : التعويض عن الضرر (١٢٥) .

(٤) الزحيلي : الضمان (٢٤) .

(٥) فيض الله : المسؤولية التقصيرية (١٣٣) .

(٦) الزحيلي : الضمان (٢٤) ، فيض الله : المسؤولية التقصيرية (١٣٣) .

(٧) وهو الدكتور محمد بن المنفي بوساق ؛ انظر له : التعويض عن الضرر (١٢٥) .

(٨) بوساق : التعويض عن الضرر (١٢٥) .

(٩) سراج : ضمان العدوان (١١٣) .

(١٠) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف ، وفيه انقطاع ، انظر ابن حجر : أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (٨٥٢) ، انظر : الدراية في أحاديث الهداية (٢ / ٢٨٨) ، تحقيق : السيد عبد الله هاشم اليماني المدني ، بيروت - دار المعرفة .

وقد أخرج البيهقي في السنن الكبرى - بإسناد منقطع - : " أن عمر بن الخطاب τ صاح بامرأة فأسقطت ، فاعتق عمر τ غرة " (١) .

والذي يراه الباحث التفصيل في الأمر ، وذلك بالتفريق بين ضياع الفرصة المؤكدة الوقوع والفرصة المحتملة ؛ فتقاعس المحامي في رفع الدعوى مع توافر الدواعي لرفعها ، ليس كقتل الموصى له قبل وفاة الموصي ؛ إذ في عدم رفع الدعوى فوات مصلحة مؤكدة ، بينما قد يموت المقتول على فراشه قبل موت الموصي ، كما أنه قد يرجع الموصي عن الوصية قبل موت الموصى له ؛ ففرصة ضياع الوصية غير مؤكدة .

كما أنه ورد نصوص فقهية عن بعض الفقهاء توجب الضمان عن أضرار شبيهة بما نحن بصدد ، منها ما ذكره البغدادي : رجل له شجرة جوز ، وفيها بعض الثمر الذي لا زال رطباً لا قيمة له ، فأتلفه شخص آخر ، فعلى المتلف نقصان قيمة الشجرة كاملة ، قال البغدادي : " لأن تلك الجوزات وإن لم يكن لها قيمة وليست بمال حتى لا تضمن بالإتلاف ، لكن إذا لم تكن على الشجرة ، فأما إذا كانت على الشجرة فاتلافها وقطعها ينقص قيمة الشجرة " (٢) .

فضياع مصلحة صاحب الشجرة في تلك الثمرات التي لا قيمة لها الآن ، ضياع فرصة مؤكدة الوقوع (في الغالب) ، بينما لو ادعى صاحب الشجرة بأنه كان سيزرع هذه الثمرات وينبت بكل ثمرة منها شجرة ، وطالب بقيمة الشجر ، فهذا أمر غير محقق الوقوع ، والله تعالى أعلم .

الشرط الخامس : أن يكون في إيجاب الضمان فائدة (٣) :

وذلك بأن تكون للدونة ولاية على مكان الإتلاف ، بحيث تستطيع تنفيذ حكم الضمان ، فلا يضمن المسلم مال الحربي إذا أتلفه في دار الحرب ، ولا الحربي إذا أتلف مال المسلم ، ولا الباغي إذا أتلف مال العادل ، ولا العادل إذا أتلف مال الباغي ؛ لعدم إمكان الوصول إلى الضمان ، لانعدام الولاية .

ولعل هذا الشرط مبني على القول بجواز التعامل بالربا مع الحربيين ؛ يقول الموصلي من أئمة الحنفية : " ولا ربا بين المسلم والحربي في دار الحرب خلافاً لأبي يوسف ، وعلى هذا

(١) البيهقي : السنن الكبرى (١١٦ / ٨) .

(٢) البغدادي : مجمع الضمانات (١٥٠) .

(٣) الزحيلي : الضمان (٦١) ، الزحيلي : فعل الغير (٤١) ، فيض الله : المسؤولية التقصيرية (١٢٥) ، فيض الله : الضمان (٨٩) ، الخفيف : الضمان (٦٧) ، أحمد : ضمان المتلفات (٢٨٧) ، المحمصاني : نظريات الموجبات (١٧٠) ، يوساق : التعويض عن الضرر (٢٠٢) الطوالية : فعل الغير (٤٥) .

القمار ؛ لأن الربا والقمار حرام ، ولا يحل في دارهم ؛ كالمستأمن في دارنا ، ولهما أن مالههم مباح ، إلا أنه بالأمان حرم عليه التعرض بغير رضاهم تحرزاً عن الغدر ونقض العهد ، فإذا رضوا به حل أخذه بأي طريق كان بخلاف المستأمن ؛ لأن ماله صار محظوراً بالأمان " (١) .

ويترتب على هذا أنه لو دخل مسلم دار الحرب بأمان ، فأقرضه حربي أو أقرض حريباً أو غصب أحدهما صاحبه شيئاً ، ثم رجع المسلم إلى بلاد المسلمين ودخلها الحربي بعقد أمان ، فلا يقضي القاضي لأحدهما لا برد الدين ولا بضمان المغصوب ؛ لأن المداينة في دار الحرب وقعت هدراً ، لانعدام ولايتنا عليهم وولايتنا عليهم ، ولأن غصبهما صانف مالا غير مضمون ، فلم يتعقد سبباً لوجوب الضمان (٢) .

ويرى الباحث أن هذا الكلام غير دقيق ، وأنه يجب ضمان المتلف ورد المغصوب وسداد الدين ، إذا ثبت ذلك لدى أي القاضيين سواء القاضي المسلم في دار الإسلام ، أو القاضي الحربي في داره (٣) ، والقول بأن الولاية متقدمة غير صحيح ؛ فالمسلم الذي يدخل دار الحرب بعقد الأمان يخضع لأحكامهم الظاهرة ، كما أن الحربي الذي يدخل بلادنا بالعقد ذاته ، يجب عليه أن يخضع لأحكامنا . جميع الحقوق محفوظة

ويقول الدكتور الزحيلي عن صورة التقيين بين الحربي والمسلم : " وفي رأينا أن في هذا إخلالاً بالثقة الواجب توافرها في المعاملات حتى مع غير المسلمين ، لذلك يلزم الحكم بالدين إذا ثبت ، حتى يكون المسلمون في صورة مثالية دائماً أمام أعدائهم " (٤) .

أقول : ولو جاز هذا لفعله الرسول ﷺ في ودائع قريش ، وهي التي أخرجته ﷺ وأصحابه ٧ من بلادهم وصادرت أموالهم ؛ فقد ذكر ابن هشام في سيرته (٥) والطبري في تاريخه (٦) : أن علياً ؓ تخلف عن رسول الله ﷺ في هجرته بمكة ثلاث ليال وأيامها ، ليؤدي الودائع التي كانت عند الرسول ﷺ ، حتى إذا فرغ منها لحق برسول الله ﷺ ، فنزل معه على كلثوم بن هدم .

(١) المرصلي : مجد الدين عبد الله بن محمود بن مودود الموصلني (٥٩٩ - ٦٨٣) الاختيار لتعليل المختار (٣٦٩)

(٢) انظر : الزحيلي : وهبة (١٩٩٨) آثار الحرب في الفقه الإسلامي (١٨٣) .

(٣) وهم أحرار فيما يطبقونه في دارهم من أحكام .

(٤) الزحيلي : آثار الحرب (١٨٣) ، ورجح هذا الرأي الدكتور إسماعيل كوكسال ، انظر : كوكسال : إسماعيل (١٤٢١ - ٢٠٠٠) تغيير الأحكام في الشريعة الإسلامية (٨٧) ، بيروت - مؤسسة الرسالة ، الطبعة الأولى .

(٥) ابن هشام (٢١٣ أو ٢١٨) السيرة النبوية (١٣٥ / ٢) .

(٦) الطبري : محمد بن جرير ، تاريخ الطبري (٥٠٦ / ٢) .

على أن هذا يختلف عما إذا كانت رحى الحرب دائرة ، وتطلب الأمر إتلاف أموال الكفار فلا ضمان للأموال (فضلاً عن الأنفس) ، كما فعل الرسول ﷺ ينخيل بني النضير^(١) ؛ إذ للحرب شأن آخر^(٢) .

الشرط السادس : ثبوت اليد على المال عند الشافعية^(٣) :

فلا يضمن الشخص طائراً فزع من مسيره من غير قصد فخرج من القفص الذي كان مفتوحاً ، كما لا يضمن المشتري مبيعاً تلف قبل القبض ، وذلك لأن اليد لم تثبت على الشيء ، وجاء في أسنى المطالب : " (فرع : وإن ختن الأجير حراً أو فصدته) ، أو حجه بلا تقصير ، (وكذا) إن كان المفعول به ذلك (عبداً) ولا تقصير فمات ، (أو بزغ) بالموحدة والزاي والمعجمة^(٤) ؛ أي شرط (داية بلا تقصير فماتت لم يضمن) ؛ لعدم ثبوت اليد على الحر ، ولعدم التفريط في غيره " ^(٥) .

ومن خلال الأمثلة التي نكرها الشيخ الأنصاري ، أرى أن يكون الشرط هو : ثبوت اليد على الشيء ؛ لأنه لا يشترط في محل الضرر أن يكون مالا ، بل قد يكون إنساناً ، كما هو واضح من المثال .

مركز أبحاث الرسائل الجامعية

(١) انظر هذه الحادثة والكلام فيها في تفاسير القرآن الكريم ؛ تفسير الآية الخامسة من سورة الحشر : وهي قوله تعالى : { مَا قَطَعْتُمْ مِنْ لَيْنَةٍ أَوْ نَرَكْتُمْوهَا قَائِمَةً عَلَىٰ أُصُولِهَا فَبِإِذْنِ اللَّهِ وَلِيُخْزِيَ الْفَاسِقِينَ } ، الفخر الرازي : تفسير الفخر الرازي (١٥ / ٢٨٤) ، الزمخشري : الكشاف (٤ / ٤٨٨) ، ابن كثير : تفسير ابن كثير (٤ / ٣٥٢) ، ابن العربي : أحكام القرآن (٤ / ١٧٦٨) ، القرطبي : الجامع لأحكام القرآن (٦ / ١٨) ، ابن الجوزي : أبا الفرج جمال الدين عبد الرحمن بن علي بن محمد الجوزي القرشي البغدادي (٥٩٧) زاد المسير في علم التفسير (٨ / ٢٠٧) عمان - المكتب الإسلامي ، الطبعة الرابعة (١٤٠٧ - ١٩٨٧) .

(٢) وانظر في حكم إتلاف الحربيين بحث الدكتور حسن عبد الغني أبو غدة ، في مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية / جامعة الكويت ، السنة العاشرة ، العدد السادس والعشرون ، (ربيع الأول ١٤١٦ - أغسطس ١٩٩٥) ، (١٥٧ - ٢٣٢) .

(٣) الزحيلي : الضمان (٦٢) .

(٤) قال في المصباح المنير : " بزغ البيطار والحاجم " من باب قتل " : شرط وأسأل الدم " الفيومي : المصباح المنير (١٩) .

(٥) الأنصاري : زكريا بن محمد بن زكريا : أسنى المطالب شرح روض الطالب (٢ / ٤٢٥) ، دار الكتاب الإسلامي .

الشرط السابع : أن يكون المتلف أهلاً لوجوب الضمان (١) :

ولا يقصد بالأهلية أهلية الأداء (٢) ، وإنما أهلية الوجوب التي تثبت للإنسان بولادته ، وعليه فلا ضمان على صاحب العجماء إذا أتلفت عجاؤه شيئاً ، إلا أن يكون متعدياً أو مقصراً في حفظها ، قال الإمام الكاساني : " ومنها (٣) أن يكون المتلف من أهل وجوب الضمان عليه ، حتى لو أتلفت بهيمة مال إنسان لا ضمان على مالكتها (٤) ؛ لأن فعل العجماء جبار ، فكان هدرًا ولا إتلاف من مالكتها ، فلا يجب الضمان عليه " (٥) .

أما البلوغ أو التمييز فلا يشترط لإيجاب الضمان في الفقه الإسلامي ، وإليك تفصيل

القول فيه :

(١) الزحيلي : الضمان (٦١) ، الزحيلي : فعل الغير (٤٦) ، فيض الله : المسؤولية التقصيرية (١٢٥) ، الطوالة : فعل الغير (٤٥) .

(٢) وأرى من المناسب أن أتكلم بإيجاز عن أنواع الأهلية في الفقه الإسلامي ؛ ذلك أن الفقهاء جعلوا الأهلية أهليتين ؛ أهلية وجوب ومناظها الحياة الإنسانية ، وحكمها : صلاحية الإنسان للالتزام والالتزام ، وأهلية أداء ، ومناظها العقل والتمييز ، وحكمها : صلاحية الإنسان لصدور الأقوال والأفعال منه ، على وجه يعتقد بها شرعاً ، وكل من هاتين الأهليتين كاملة وناقصة ، فتحصل لدينا أقسام أربعة للأهلية ، وترتيبها بحسب تشونها لدى الإنسان كالتالي :

١ - أهلية وجوب ناقصة ، وتكون في طور الاجتنان .

٢ - أهلية وجوب كاملة ، وتكون في طور الطفولة .

٣ - أهلية أداء ناقصة ، وتكون في طور التمييز .

٤ - أهلية أداء كاملة ، وتكون في طور البلوغ مع الرشد .

ولكل طور منها أحكامه الخاصة به ، والذي يهمننا في هذا المقام هو الطور الثاني طور الطفولة ، أو أهلية الوجوب الكاملة ، ومن الأحكام الشرعية في هذا الطور عدم أهليته لوجوب العبادات البدنية ؛ كالصلاة والصوم ، وعدم أهليته للعقوبات المالية ؛ كالدية والأرش ، والبدنية كالتقصير ، وأهليته للالتزامات المالية التي فيها معنى التعويض ؛ كضمان قيمة التالف ، ونفقة الزوجة والأقارب ، وصلاحيته للالتزامات المالية نحو الغير مما ليس فيه معنى التعويض والعقوبة ؛ كثمن المبيع وأجرة العقار المستأجر (ويلي هذا عنه وليه) .

انظر تفصيل الكلام عن الأهلية وأحكامها في : البزدوي : أصول البزدوي (٤ / ٣٣٥) ، صدر الشريعة : التنقيح وشرحه التوضيح (٢ / ٣٣٦) ، البخاري : كشف الأسرار (٤ / ٣٣٥) ، ابن الهمام : التحرير (٢ / ٢٥٣) ، أمير بادشاه : تيسير التحرير (٢ / ٢٥٣) ، السيكي وابنه : الإبهاج (١ / ١٥٦) ، التفتازاني : شرح التلويح (٢ / ٣٣٦) ، الإسوي : نهاية السؤل (١ / ١٤٨) ، البنسائي : حاشية البنسائي (١ / ١١٤) الطوفي : شرح مختصر الروضة (١ / ١٩٠) ، الشوكاتي : إرشاد الفحول (٧٥) ، الزرقا : المدخل الفقهي (٢ / ٧٣٤) ، الزحيلي : أصول الفقه (١ / ١٦٣) ، الكردي : الأحوال الشخصية (١١) ، السلقيني : الميسر (٢٤٣) ، زيدان : الوجيز (٩١) ، القضاة : إبراء الذمة (٢٥) ، الكباشي : الذمة والحق (٢٨) ، وفي الكتب القانونية انظر : القاسم : هشام (١٤٠٦ - ١٤٠٧ هـ / ١٩٨٦ - ١٩٨٧ م) المدخل إلى علم القانون (٣٤١) ، مقرر على طلبة السنة الثانية بكلية الشريعة بجامعة دمشق ، دمشق - مطبعة الإسكان العسكرية ، الطبعة الثانية .

(٣) أي من شرائط وجوب الضمان .

(٤) وذلك إذا لم يكن متعدياً أو مقصراً في حفظها ، وإلا كان ضامناً ، وبشرط ألا يكون معها قائد أو سائق أو عليها راكب ، فالضمان عليهم .

(٥) الكاساني : البدائع (٧ / ١٦٧) .

شرط الإدراك في الفقه الإسلامي :

لم يشترط جمهور الفقهاء الإدراك أو التمييز لمساعدة مرتكب الفعل الضار كما سبق قوله ، والفقه الإسلامي الذي رتب المسؤولية على الصبي غير المميز والمجنون (لأن لهما أهلية وجوب كاملة) ، لم يجعل هذا الحكم من قبيل الحكم التكليفي ، حتى يشترط للمخاطب به أن يكون مكلفاً ، وإنما هو من باب الحكم الوضعي ^(١) ؛ ذلك أن الشارع الحكيم جعل الضرر سبباً للضمان ، كما جعل رؤية الهلال سبباً في وجوب الصيام ، فمتى رأى الهلال وجب الصيام ، ومتى وجد الضرر وجب الضمان ، بغض النظر عن محدث الضرر .

يقول الإمام أبو بكر الباقلاني : " وكما يكون فعل البهيمة ، وقائل الخطأ ، وحكم الحاكم ، وفتيا المفتي ، أسباباً لوجوب أفعال على غير الفاعل لها ؛ لا لأن فعل البهيمة وقتل الخطأ داخلان تحت تكليف العاقلة وصاحب البهيمة ، وإذا كان ذلك كذلك بطل أن يكون لزوم هذه الأمور في حال الإفاقة ، خطاباً وتكليفاً لمن لا عقل له " ^(٢) .

ومن فتاوى أئمة الحنفية في ذلك ما ذكره البغدادي : " لو أن طفلاً ابن يوم انقلب على فارورة فكسرهما ، لزمه الضمان " ^(٣) ، ويقول الإمام العزّاز بن عبد السلام من الشافعية : " ولا يشترط في ذلك أن يكون من وجب عليه الجيرة أتماً ، ولذلك شرع الجبر مع الخطأ والعمد ، والجهل والعلم ، والذكر والنسيان ، وعلى المجانين والصبيان " ^(٤) . وقال الإمام الطوفي من الحنابلة : " قوله : " ما ثبت من أحكامهم " يعني : أحكام الناسي والسكران ؛ " كغرامة ، ونفوذ

(١) الحكم الشرعي عند الفقهاء هو : أثر الخطاب الذي يصدر عن الشارع ، أما عند الأصوليين - وهو مقصودنا هنا - فهو : خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين اقتضاءً أو تخبيراً أو رضعاً ، وهو قسمان ؛ تكليفي وضعي ، أما الحكم الشرعي التكليفي فهو : خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين طلباً أو تخبيراً ، والحكم الشرعي الوضعي : " خطاب الله تعالى المتعلق بجعل الشيء سبباً لفعل المكلف ، أو شرطاً له ، أو مانعاً منه ، أو مسيحياً أو فاسداً رخصة أو عزيمة " .

وأهم الفروق بين حكم التكليف وحكم الوضع ؛ الأول : أن الأول منهما يقصد به تكليف المكلف بين الفعل والترك أو تخبيره بذلك ، والآخر لا يقصد به تكليفاً ولا تخبيراً ، وإنما هو ربط بين أمرين ؛ سبب ومسبب ، أو شرط ومشروط ، والفرق الثاني : أن الحكم التكليفي مقدور للمكلف ؛ كالوفاء بالعقود ، والصلاة ، والزواج ، أما الحكم الوضعي فليس متعلقه الفعل والترك ، ولهذا فقد يكون مقدوراً للمكلف ؛ كالسرقة للحد ، والشهادة للفكاح ، وقد يكون خارجاً عن قدرة المكلف ؛ كالقراية للميراث ، والاستطاعة لوجوب الحج . انظر تعريف الحكم وأنواعه ومباحثه في : القرافي : الفروق (١ / ١٦١) ، السبكي : الإبهاج (١ / ٤٣) ، الإسنوي : نهاية السؤل (١ / ٣١) ، الطوفي : شرح مختصر الروضة (١ / ٢٤٧) ، البناني : حاشية البناني (١ / ٧٩) ، الزحيلي : أصول الفقه (١ / ٣٧) ، الزحيلي : الوجيز (١١٩) ، سلقيني : الميسر (١٩٧) ، خلاف : علم أصول الفقه (١٠٠) ، الخضري : أصول الفقه (٣٠ ، ٥٤) ، زيدان : الوجيز (٢٣) .

(٢) الباقلاني : التقريب والإرشاد (١ / ٢٤٤) .

(٣) البغدادي : مجمع الضمانات (١٤٦) .

(٤) السلمي : عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمي (٦٦٠ هـ) قواعد الأحكام في مصالح الأنام (١ / ١٢٩) ، بيروت - مؤسسة الريان (١٤١٠ - ١٩٩٠) .

طلاق ، فسببي " . هذا جواب عن سؤال مقدر ، تديره : لو لم يكن هؤلاء مكلفين ، لما ثبتت أحكامهم ؛ كالعقوبات عن الجنایات ، كالتائم ينقلب على مال فينتلفه أو إنسان فيقتله ، وتفوذ الطلاق ، ونحوه من الأحكام الثابتة في حقهم . وجوابه : أن ذلك ليس من باب التكليف ، بل من ربط الحكم بالسبب " كما سبق " في الصبي والمجنون " (١) . ويقول الإمام الشوكاتي : " فتقرر بهذا أن المجنون غير مكلف ، وكذلك الصبي الذي لم يميز ؛ لأنهما لا يفهمان خطاب التكليف على الوجه المعنبر . وأما لزوم أرش جنائتهما ونحو ذلك ؛ فمن أحكام الوضع لا من أحكام التكليف " (٢) .

أما المالكية فنقل عنهم ثلاثة أقوال في اشتراط الضمان على غير المميز ، مع اتفاقهم على تضمين الطفل العاقل أو المميز ؛ القول الأول : يضمن المال في ماله ، والدية في عاقلته إن بلغت ثلث ديبته ، والقول الثاني : جنایة المال هدر ، والدماء على العاقلة ، والقول الثالث : جنایته هدر في الأموال والأنفس ، قال ابن جزري : " بيان : وهذا كله إذا تعدد إنسان مكلف ؛ فإن كان غير بالغ فيحكم عليه بالتعدي في الأمور بحكم البالغ إذا كان يعقل ، فيغرم ما أتلفه إن كان له مال ، فإن لم يكن له مال أتبع به ، وأما الصبي الذي لا يعقل فلا شيء عليه فيما أتلفه من نفس أو مال ؛ كالعجماء ، وقيل : المال هدر والدماء على العاقلة ؛ كالمجنون ، وقيل : المال في ماله والدم على عاقلته إن بلغ الثلث (٣) ابن الجامعة ثم اختلفت أقوالهم في حد غير المميز الذي لا يجب عليه الضمان ؛ فقيل : سنة ، وقيل سنتان ، وقيل سنة ونصف ، وقيل شهران (٤) ، وانفق أصحاب هذا القول على عدم ضمان ابن الشهر ؛ لأنه كالعجماء (٥) .

ولكن الراجح في المذهب إيجاب الضمان على الصغير والمجنون كالكبير والعاقل (٦) ؛ قال الدردير : " ثم المذهب أن الصبي (الغير) (٧) المميز والمجنون يضمنان المال في مالهما ، والدية على العاقلة إن بلغت الثلث ، وإلا ففي مالهما ... " (٨) ، وجاء في المدونة في الرجل

(١) الطوفي : شرح مختصر الروضة (١ / ١٩٠) .

(٢) الشوكاتي : إرشاد الفحول (٧٥) .

(٣) ابن جزري : القوانين الفقهية (٢١٨) ، وانظر : الدسوقي : حاشية الدسوقي (٣ / ٤٤٣) .

(٤) والجامع الوحيد بين هذه الأقوال أنه لا نص فيها ، كما أن ثبوتها بالاجتهاد بعيد ، ويقول ابن رشد : " والمقدرات يعسر إثباتها بالقياس " ، بداية المجتهد (٢ / ١٩١) ، وأراد بالقياس هنا مطلق الاجتهاد .

(٥) الدسوقي : حاشية الدسوقي (٣ / ٤٤٣) .

(٦) ابن جزري : القوانين الفقهية (٢١٨) ، وانظر : الدسوقي : حاشية الدسوقي (٣ / ٤٤٣) .

(٧) هكذا هي في الأصل .

(٨) الدردير : الشرح الكبير (٣ / ٤٤٣) مع حاشية الدسوقي عليه .

يستودع الوديعة فيتلّفها ابنه الصغير : " وإن استهلكها ابنه فذلك دين في مال الابن ؛ إن كان له مال ، وإلا اتبع بها ديناً عليه " (١) .

ولم أر في كتب المالكية من دليل على القول المرجوح عندهم إلا قياسه على العجماء ، وهذا قياس مع الفارق ؛ لوجود أهلية الوجوب الكاملة للصغير دون البهائم .

هذا ، وروي عن الإمام أحمد في قول مرجوح تضمنين الأب ما يتلفه ولده (٢) .

أقول : وتضمنين الصغير والمجنون ما يتلفاته من قبيل ما تفرضه القوانين الوضعية من ضرائب ورسوم وجمارك على الصبيان والمجانين ؛ فلو أن ولياً اشترى سيارة أو منزلاً لصبي أو مجنون تحت ولايته ، فهل يعفى هؤلاء من الضرائب لأنهم غير مكلفين ؟ وكما لو ورث الصغير أو المجنون مالاً بحاجة إلى عناية وإنفاق (كقطع من الغنم) أفلا يلزمان بالنفقة على القطيع ؟

وخلاصة الأمر أن الطفل مميزاً وغير مميز ، أو المجنون ، الذي يكسر زجاجة العصير عند البقال ، ملزم بدفع ثمن الزجاجة ، كما أنه ملزم بدفع ثمن العصير لو شربه عنده .

هذا ، وقد ذهب الدكتور الطرابلسي إلى تفصيل حسن ودقيق في هذه المسألة ؛ فقال : " لا أرى في الفقه مانعاً من تضمين الأولياء والأولياء ما يتلفه الصغار الذين في رقابتهم ورعايتهم ، ولا بأس أن يتولى الحاكم تنظيم ذلك من خلال قانون يلزم به الجميع ، وذلك حفظاً لأموال الناس ونفوسهم ، خاصة في هذا الزمن الذي أصبحت فيه القيمة المادية لكثير من الأشياء باهظة ؛ فأى اعتداء عليها لا يكون لمصلحة المجتمع فضلاً عن مصلحة صاحبها ، وفي رأيي أن الولي أولى بالتحمل إلى حين يسار الصبي ، سيما إذا كان له علاقة في حدوث هذا الضرر من تقصير أو غيره ، حتى إذا أيسر الصغير وصار له مال كان من حق الولي أن يرجع عليه بما دفع " (٣) .

وهذا القول لا يخرج عن مذهب الجمهور ؛ لكنه يلزم الأولياء بالاحتياط ومراقبة أطفالهم وصغارهم ، كما أن الولي أولى من غيره في تحمل تصرفات ولده .

إلا أنني أرى أن يخير المضرور بين تضمين الصغير ؛ إن كان له مال ، وبين تضمين الولي ؛ فإن اختار تضمين الولي فيرجع الولي على الصغير ، وإن اختار تضمين الصغير فلا شيء على الولي .

(١) مالك : المدونة الكبرى (١٥ / ١٥٤) .

(٢) ابن تيمية : الفتاوى الكبرى (٣ / ٦٧٦) .

(٣) الطرابلسي : المسؤولية عن الغير (٩١) .

شروط الضمان بالتسبب (١) :

سبق معنا أن الفقه الإسلامي فرق في الفعل الضار بين المباشرة والتسبب ، وفي المباشرة اكتفى بحصول الفعل الضار بغض النظر عن قصد الفاعل أو إدراكه أو تمييزه ، أما إذا كان الإضرار تسبباً ، فقد اشترط الفقه الإسلامي لإيجاب الضمان فيه الشروط التالية :

١. التعدي :

والتعدي هو تجاوز ما يسمح به الشرع ، فمن حفر بئراً في مكان عام دون إذن السلطان كان متعدياً ومتجاوزاً ، فإذا سقط في هذه البئر إنسان أو سيارة أو يهيمه كان ضامناً ؛ لتعديه . قال : الإمام الكاساني : " فسبب وجوب الضمان هو : التعدي بالتسبب إلى الإضرار بترك النقض " (٢) ، وجاء في مجلة الأحكام العدلية : " يشترط التعدي في كون التسبب موجِباً للضمان ؛ يعني ضمان المتسبب في الضرر مشروط بعمله فعلاً مفضياً إلى ذلك الضرر بغير حق ؛ مثلاً : لو حفر أحد في الطريق العام بئراً بلا إذن ولي الأمر ، وسقطت فيه دابة لآخر وتلفت يضمن ، وأما لو سقطت الدابة في بئر كان قد حفره في ملكه وتلفت ، لا يضمن " (٣) .

ولو أن شركة تعهدات كانت تعمل في توسيع الشارع ، فتضرر من وضع الحجارة والمعدات إنسان أو سيارة ؛ فإن كان عملها بغير إذن من السلطات فتضمن الشركة ، وإن كان عملها بإذن ؛ فينظر : إن نهيت الناس والمارة بالشواخص المعدة لهذا الغرض بوجود أعمال حفريات فلا ضمان ، وإن لم تنبه لذلك ؛ فتضمن الشركة للتقصير .

ومما ضربه الفقهاء من أمثلة لذلك : من أجاج ناراً في يوم عاصف (٤) ، أو من فتح قفص طائر فطار (٥) ، أو حل وكاء فيه سائل فاندفق (٦) ؛ فإنه يضمن جميع ذلك .

٢. التعمد :

أما التعمد فهو أن يكون الفعل صادراً بقصد الإضرار ؛ كمن يحجب الماء عن أرض جاره ليحجب زرعها ، أو من يجذب ثوب إنسان فيسقط ما فيه ، فإن لم يكن هناك تعمد فلا ضمان ؛ كما لو جفنت دابة من رجل فهريت ؛ لعدم التعمد .

(١) الزحيلي : الضمان (٧٧) .

(٢) الكاساني : البدائع (٢٨٢ / ٧) .

(٣) المادة (٩٢٤) من المجلة .

(٤) انظر : البغدادي : مجمع الضمانات (١٦٢) .

(٥) البغدادي : مجمع الضمانات (١٤٨) .

(٦) البغدادي : مجمع الضمانات (١٤٨) .

قال الإمام البغدادي : " رجل أراد أن يحرق حصائد أرضه ، فذهبت النار إلى أرض جاره فأحرق زرعه ، لا يضمن إلا أن يعلم أنه لو أحرق حصائده تتعدى النار إلى زرع جاره ؛ لأنه إذا علم كان قاصداً إحراق زرع الغير " (١) .

هذا وقد نكر الأستاذ الدكتور الزحيلي (٢) ، والدكتور الطوالبه (٣) شرطاً ثالثاً ، وهو : ألا يكون مع التسبب مباشرة ، ولكنني أرى أن بحث هذا الشرط مع الموانع ، أقرب إلى الدقة من بحثه مع الشروط ؛ ذلك أن وجود مباشر مع المتسبب يعتبر مانعاً من مساعلة المتسبب .

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز أبحاث الرسائل الجامعية

(١) البغدادي : مجمع الضمانات (١٦١) .
(٢) الزحيلي : الضمان (٧٧) .
(٣) الطوالبه : المسؤولية عن الغير (١٦٩) .

المبحث الثالث

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

الموازنة

المبحث الثالث : الموازنة .

الحق أننا نرى من خلال استعراضنا واطلاعنا على شروط المسؤولية ، توسع القوانين الوضعية في إيجاب المسؤولية خاصة في الأضرار المعنوية وفي شرط المصلحة المالية ، وتشدد الفقهاء المسلمين في شروط الضمان .

أولاً : الملاحظات على القانون :

١ - عدم مساواة عديم التمييز :

لا أريد أن أطيل في مناقشة القوانين الوضعية في عدم مساواة عديم التمييز ، فإن الأيام هي التي تولت ردها ؛ إذ اتجهت الأنظار القانونية الحديثة إلى القول بمساواتهما ؛ يقول الدكتور محمد السيد عمران : " لأن نظرية الخطأ قد أصبحت لا تتلائم وروح العصر الحاضر " (١) ، ثم أضاف : " فالمنطق يقضي أن من يأتي فعلاً يتحمل هو تبعته ، والعدالة تقضي بأن من يحدث ضرراً للغير عليه إصلاحه ، فقد يكون محدث الضرر مليئاً ، في حين يكون المتضرر معدماً ، وقد يكون في إحداث الضرر ما يذهب بمورد رزق المتضرر ويتركه بين براثن المجاعة والموت ، فمن الذي يتحمل نتائج هذا النشاط ؟ أيتحملها الفقير الذي لم يصدر عنه أي نشاط ؟ أم يتحملها الغني الذي - وإن لم يكن قد أخطأ - أحدث الضرر بنشاطه " (٢) .

كما أن تضمين عديم التمييز ما يحدثه من ضرر ، مدعاة لزيادة رقابة وعناية الولي للصغير .

٢ - المصلحة المشروعة :

أن القانون توسع في هذه المصلحة المشروعة ؛ وسبب وجود هذا الاتجاه في القانون الوضعي مطالبة الخلية بالتعويض بسبب موت خليتها أو إصابته بحادث عطله عن الكسب ، واعتمدت الغرفة الجنائية لمحكمة التمييز الفرنسية قبول دعوى الخلية إذا كانت علاقتها بخليتها ثابتة ومستقرة ، ثم ذهبت الغرفة ذاتها إلى رفض الادعاء ؛ لأنه لا يركز على واجب شرعي

(١) عمران : محمد السيد (١٩٩٢) تعويض الأضرار الناجمة عن أفعال عديم التمييز التحول من قانون المسؤولية إلى قانون التامين (٩٢) ، بيروت - الدار الجامعية .

(٢) عمران : تعويض الأضرار (٩٢) .

يقضى بالنفقة أو الإعالة ، ثم عادت الغرفة الجنائية إلى اتجاهها الأول وصارت تقبل الدعوى إلا إذا كانت علاقة المخادنة مقترنة بخيانة زوجية (١) .

وأخيراً استقر رأي هذه الغرفة على قبول ادعاء الخلية ، ولو كان الخليان متزوجين ، إذا كانت علاقتهما مستقرة ، وحتى تعلم مدى التخبط في اتجاهات القوانين الوضعية ؛ فإن هذه الغرفة ذاتها التي أعطت الحق للخليلة بدعوى الضرر الناشئ من موت خليلها ، رفضت هذا الحق من الدعوى المقدمة من الوالدين والشقيق (٢) .

أقول : إن قبول الادعاء من أي شخص لمجرد حزنه وتأثره (مادياً أو معنوياً) على وفاة شخص أو حيوان ومطالبته بالتعويض على هذا الأساس ، مشغلة للقضاء ، ومدعاة لأن يدعي المرء الحزن والتأثر على فقد كلب لابن عم جاره ويطلب بالتعويض على هذا الأساس ، كما أنه قد يصيب الإنسان حزن وحسرة لموت صديق له أكثر من حزنه على موت والديه (خاصة إذا طعنا في السن) ، كما أنه قد يختلف الأخوة في أنفسهم في مقدار حزنهم على موت والدهم أو والدتهم .

ولهذا رأيت التشريع الإسلامي لا ينفقت إلى مثل هذه الدعاوى ؛ لأنها غير منضبطة ، ولأن مقدار الحزن يصعب ضبطه ، ورأيت الشريعة الإسلامية في تقدير هذا الضرر تسعى إلى أن يكون منضبطاً ، وقصرت على الندية للورثة مثل الجامعية

٤ - ألا يسبق تعويض الضرر :

وأما الشرط الذي اشترطه الشراح ، وهو : " ألا يسبق تعويض الضرر " ، فحري بالشراح وضعه وبالفقهاء إغفاله ؛ لأن هذا الشرط ليس راجعاً لطبيعة المسؤولية ذاتها ، وإنما راجع للقوانين والإجراءات الإدارية في طبيعة التقاضي ورفع الدعوى .

فالسبب الذي جعل القانونيين يفرضون هذا الشرط هو تنوع المحاكم ودرجاتها ؛ فقد يرفع لدعوى الفعل الضار دعوى في محكمة مدنية ثم يرفع لنفس الضرر دعوى في محكمة جزائية ، فتحكم هذه بتعويض وتلك بتعويض ، كما أنه قد ترفع الدعوى في محكمة ابتدائية ويحكم القاضي بالتعويض ثم يستأنف الحكم فتحكم محكمة الاستئناف بتعويض ، فكان لا بد من وضع هذا الشرط لئلا يعوض على فعل ضار واحد أكثر من مرة .

(١) انظر في هذا : النقيب : الفعل الشخصي (٣٠٥) وما بعدها .

(٢) النقيب : المكان السابق .

أما في الفقه الإسلامي فالأمر مختلف ؛ لأن القضاء لم يكن على صورته اليوم ^(١) ، بل كان القاضي يتولى قضاء الجنايات والمعاملات والأحوال الشخصية ، فلا يتصور أن ترفع الدعوى لأكثر من محكمة ، كما أنه لا يجوز لقاض آخر أن يقضي في قضية بت فيها قاض قبله ، بل ليس للقاضي أن يعيد النظر في قضية حكم فيها هو سابقاً ؛ لما قال سيدنا عمر رضي الله عنه في القضية الحجرية : " تلك على ما قضينا ، وهذه على ما نقضي " ^(٢) .

ثانياً : في الفقه الإسلامي :

ذكرت في مقدمة هذا المبحث أن الفقهاء تشددوا في شرط الضمان ، والسبب في ذلك راجع إلى أمرين :

الأول : طبيعة العرف الذي كان سائداً عند تشريع الفقهاء للأحكام ، ومراعاة الفتوى للعرف أمر ضروري لا بد منه ، وقد رأينا الفقهاء أنفسهم يغيرون الحكم لأن العرف قد تغير ؛ كما هو معلوم من حكم تضمين الصناع واختلاف فقهاء الحنفية فيه بناءً على العرف ، والإمام الشافعي عند دخوله مصر غير كثيراً من الأحكام التي أصدرها في الحجاز والعراق بناءً على تغير الأعراف ^(٣) .

وأرى أن سبب تشدد الفقهاء فيما هو راجع إلى العرف يعود إلى سببين :

أ - طبيعة الأعراف في اعتبار المالية والتقوم بالنسبة للأشياء ، فما كان يتصور عندهم الانتفاع بالنجاسات أو مخلقات الحيوان وغيرها .

والحق أن هذا لا يمكن أن يعتبر تشدداً ؛ لأن الحكم يجب أن يوافق العرف - إلا إذا خالف النص - وإذا كان عرفهم متشدداً في اعتبار المالية والتقوم ، فيجب على الأحكام أن تكون كذلك .

يقول الدكتور المحمصاني : " ولا شك بأنه لا يجوز الحكم على شريعة من الشرائع إلا بالقياس إلى الزمن والظروف التي وجدت فيها ، ولا يصح النظر إلى شرائع الماضي بمنظار الحاضر ، كما أنه لا يصح تقدير شرائع اليوم بمعيار المستقبل " ^(٤) .

(١) ولا أرى أن في الفقه الإسلامي ما يفتح من هذا التقسيم ؛ إذ فيه تخفيف العبء عن كاهل القضاة نظراً لكثرة القضايا والمنازعات ، كما أنه يساعد في مراعاة مبدأ الاختصاص ؛ نظراً لضعف الهمم وعدم تمكن القضاة من الإلمام بجميع جوانب القانون .

(٢) ابن أبي شيبة : المصنف (٦ / ٢٤٨ رقم ٣١٠٨٨) وفي عدة مواضع ، والبيهقي : السنن الكبرى (١٠ /

١٢٠) وفي عدة مواضع ، والدارقطني : سنن الدارقطني (٤ / ٨٨) .

(٣) أقول : ليس العرف وحده هو الذي جعل الشافعي يغير مذهبه من القديم إلى الجديد ، لكنه من أهم الأسباب التي أدت إلى ذلك ، انظر : كوكسال : تغير الأحكام (١٧٣) .

(٤) المحمصاني : نظرية الموجبات (٧) .

ب - والسبب الآخر راجع إلى تشددهم في ضمان الخمر وآلات اللهو والمعازف ؛ ذلك أن طبيعة استماع الغناء في عصورهم كانت قائمة على صورة محرمة بإجماع الأمة ، وهي : صورة المجلس الذي يجتمع فيه اندماء ، وتدار عليهم الخمر ، وتغنيهم المغنيات ، وترقص عندهم الراقصات ، ولهذا تراهم في مثل هذه الصورة يحرمون المباح ؛ لاجتماعه مع الحرام ، يرشدك إلى هذا ما يقوله الإمام الكاساني : " ولو قُتل جارية مغنية ضمن قيمتها غير مغنية ؛ لأن الغناء لا قيمة له ؛ لأنه محظور " (١) ، فقد حرم الغناء (وقد سمعه رسول الله ﷺ) ، ولكن سبب تحريمه للغناء تلك الصورة التي في أذهان وواقع الفقهاء عن الغناء ؛ وإلا فإن غناء المرأة لزوجها أو لسيدها لا شيء فيه .

ولهذا رأيتهم يكثرون من التنصيص على عدم ضمان آلات اللهو والغناء لأنها محرمة ، ولكنهم لا يفعلون ذلك في آلات الشطرنج والنرد والنحت والتصوير وغيرها مما هو محرم عندهم (٢) .

ونحن اليوم لا نستطيع أن نناقش الفقهاء في شروطهم تلك ؛ لأنها قائمة على أعرافهم ، وهم أعلم بها منا ، ولهذا فنحن نسلم لهم بأحكامهم ، ولكن الذي لا نسلم فيه أبداً هو أن نطبق تلك الأحكام اليوم ، بل يجب إعادة النظر في الأحكام القائمة على العرف لتغير العرف .
الثاني : أن الشريعة الإسلامية شريعة دينية ، ولهذا فقد أثر الورع عند بعض الفقهاء على بناء الأحكام ، ولا يعني أنني أصف الشريعة بالتشدد - معاذ الله - وإنما التشدد في اجتهادات بعض الفقهاء ، ونحن نحسن الظن بهم ، لأن تشددهم كان لأجل حماية الناس من الوقوع في المنكر أو مقاربية أسبابه ، ولكن الذي يراه الباحث أن الورع يكون في حياة الفقيه نفسه ، ولا يجوز له أن يعممه على الناس .

ولهذا رأيت الفقهاء يسقطون مالية الميتة ؛ لأن أكلها حرام ، مع أن استعمالها ليس بحرام ؛ إذ أباح الشارع الانتفاع بجذدها .

قال الإمام ابن القيم في فصل تغير الفتوى واختلافها بحسب تغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والنيات والعوائد : " هذا فصل عظيم النفع جداً ، وقع بسبب الجهل به غلط عظيم على الشريعة أوجب من الحرج والمشقة ، وتكليف ما لا سبيل إليه ، ما يعلم أن الشريعة الباهرة التي في أعلى رتب المصالح لا تأتي به ؛ فإن الشريعة مبناه وأساسها على الحكم ومصالح العباد في

(١) الكاساني : البدائع (١٦٧ / ٧) .

(٢) لا أعني أن الفقهاء لم يتطرقوا لحكم إتلاف النرد والشطرنج مطلقاً ، بل إنهم فعلوا ذلك ، ولكن ليس بالكيفية والكمية التي ذكروا فيها اللهو والآلات .

المعاش والمعاد ، وهي عدل كلها ، ورحمة كلها ، ومصالح كلها ؛ فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور ، وعن الرحمة إلى ضدها ، وعن المصلحة إلى المفسدة ، وعن الحكمة إلى العبث ، فليست من الشريعة وإن أدخلت فيها بالتأويل " (١) .

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز أبحاث الرسائل الجامعية

(١) ابن القيم : أعلام الموقعين (١١ / ٣) .

الفصل الرابع

موانع المسؤولية المدنية

عن حراسة الأشياء والآلات

وفيه تمهيد وثلاثة مباحث :

التمهيد ؛ وفيه تعريف المانع لغة واصطلاحاً .

المبحث الأول : موانع المسؤولية في القانون الوضعي .

المبحث الثاني : موانع المسؤولية في الفقه الإسلامي .

المبحث الثالث : الموازنة .

مركز ابداع الرسائل الجامعية

التمهيد : في تعريف المانع لغة واصطلاحاً :

المانع لغة :

المانع في اللغة ^(١) : هو الحائل بين الشيئين ، والمنع : ضد الإعطاء ، ويقال : امتنع عن الأمر إذا كف عنه ، وقال في لسان العرب : " المنع : أن تحول بين الرجل وبين الشيء الذي يريد " ^(٢) .

المانع في الاصطلاح ^(٣) :

المانع : ما يلزم من وجوده عدم الحكم ، أو هو : ما يلزم من وجوده العدم ، ولا يلزم من عدمه وجود ولا عدم ^(٤) ، وعرفه الجرجاني بأنه : " انعدام الحكم عند وجود السبب " ^(٥) ، وعرفه الشيخ الزرقا بقوله : " كل ما يستلزم وجوده انتفاء غيره " ^(٦) .

وقد يكون المانع للحكم ، وهو الأمر الذي يترتب على وجوده عدم ترتيب الحكم على سببه ؛ كالحيض والصلاة ، وكاختلاف الدين في الميراث ، فالصلاة واجبة وإذا وجد الحيض امتنع حكم الوجوب ، ولا يشترط من امتناع الحيض وجود الصلاة أو عدمه ، وقد يكون المانع للسبب ، وهو الأمر الذي يلزم من وجوده عدم تحقق السبب ؛ كالدين الذي يعتبر مانعاً من الزكاة ؛ لأنه منع تحقق السبب ، وهو منك النصاب ^(٧) .

هذا وينقسم المانع باعتبار متعلقه إلى : مانع للسبب ؛ كالدين ؛ فإنه مانع من وجوب الزكاة عند الجمهور غير الشافعية ؛ لأنه منع تحقق السبب وهو ملك النصاب ، ومانع للحكم ؛ كالأبوة : المانعة من القصاص عند الجمهور غير المالكية ، وينقسم باعتبار تأثيره على صفة

(١) انظر المعنى اللغوي للمانع في : ابن منظور : لسان العرب (٣٤٣ / ٨) ، الفيومي : المصباح المنير (٢٢٢) .

(٢) ابن منظور : لسان العرب (٣٤٣ / ٨) .

(٣) الشاطبي : الموافقات (١٩٨ / ١) ، الفخر الرازي : المحصول (١٠٩ / ١) القرافي : الفروق (٦٠ / ١) ، حاشية البناني : حاشية البناني (١٦١ / ١) ، الشوكاني : إرشاد الفحول (٦٢) ، الزحيلي : الوسيط (١٠٢) ، الزحيلي : الوجيز (١٣٩) ، السلقيني : الميسر (٢٢٢) ، الزلمي والمهداوي : أصول الفقه (٢٣٠) .

(٤) القرافي : الفروق (٦٠ / ١) ، الزحيلي : الوسيط (١٠٢) .

(٥) الجرجاني : التعريفات (٢٥٠) .

(٦) الزرقا : المنخل الفقهي (٣٠٧ / ١) .

(٧) هذا عند جمهور الفقهاء ، وهناك رأي آخر ؛ فالمسألة خلافية ، وسبب الخلاف فيها هل الزكاة عبادة خالصة أو حق للفقراء والمساكين ، انظر المسألة بأقوالها وأدلتها في : سبط ابن الجوزي : إيثار الإنصاف (٦٢) ، القرضاوي : يوسف (١٤٢٠ - ٢٠٠٠) فقه الزكاة (١٥٥ / ١) ، الزحيلي : الفقه الإسلامي وأدلتها (٧٣٧ / ٢) وما بعدها) .

العقد إلى : مانع من الانعقاد ؛ كالوقف : فإنه مانع من بيع الأموال الموقوفة إلا في حالة الضرورة ، أو مانع من الصحة ؛ كارتبا ماعة من صحة عقد البيع ، أو مانع من النفاذ ؛ كتعلق حق الغير بمحل العقد ، كما في عقد الفضولي فإنه موقوف على إذن المالك ، أو مانع من اللزوم ؛ كالإكراه والعيب في المبيع المانعان من لزوم العقد ، ويقسم باعتبار عذراً في المسؤولية الجزائية إلى مسقط للمسؤولية الجنائية ؛ كعدم التمييز ، أو مخفف لها ؛ كالتمييز مع عدم البلوغ ؛ إذ غالباً ما تعقد نمثل هؤلاء محكمة تسمى محكمة الأحداث ، كما يقسم المانع من حيث مداه إلى : مانع ابتداء واستمراراً ؛ كمحرمات الزواج تحريماً مؤبداً ؛ فإنها تمنع ابتداء الزواج واستمراره ، أو مانع ابتداء فقط ؛ كالإحرام في الحج فهو مانع من إنشاء الزواج في حالة إحرام الزوجين أو الولي عند جمهور الفقهاء ، لكن يعد إنشاء الزواج إذا لبس الزوجان أو أحدهما الإحرام لا يبطل زواجهما ؛ لأنه مانع ابتداء وليس يمانع لاستمراره ، أو مانع استمراراً فقط (كالطلاق مانع من استمرار الزوجية ، لكنه ليس مانعاً من إنشائها باستئناف الحياة الزوجية بعد الطلاق بعقد جديد إذا لم يكن ^(١) .

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز أبحاث الرسائل الجامعية

(١) انظر : الزلمي والمهداوي : أصول الفقه (٢٣٠) .

المبحث الأول

موانع المسؤولية المدنية عن الأخطاء والآلات

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز أبحاث الرضا للجامعة

القانون الوضعي

المبحث الأول : موانع المسؤولية في القانون الوضعي :

أتناول في هذا المبحث موانع المسؤولية المدنية في مطلبين ، على النحو التالي :

المطلب الأول : الموانع المتعلقة بالخطأ :

١ - الدفاع الشرعي (١) :

إن ما يوقعه الإنسان من ضرر بغيره ، لا يسأل عنه إذا كان في حالة دفاع عن نفس أو مال ، سواء أكان الدفاع عن نفس مرتكب الفعل الضار ، أم عن نفس غيره ، وسواء أكان عن ماله ، أم عن مال غيره (٢) .

ولكن حتى يستفيد الإنسان من إعفائه من المسؤولية ، يارتكبه الفعل الضار في حالة الدفاع ، لا بد من توافر الشروط التالية :

١ . أن يوجد خطر حال أو محتمل يهدد النفس أو المال .

فلا يشترط بالضرر أن يكون واقعاً فعلاً ، بل يكفي أن يكون قد سبقه فعل يخشى معه وقوع الاعتداء ، أو يدل على قرب وقوعه ، فإن كان الضرر غير حال ويمكن إخبار السلطات عنه قبل وقوعه ، فلا يستفيد المدافع من الإعفاء (٣) .
والخطر الذي يهدد الناس هو الخطر الذي يخشى منه الإنسان على حياته وسلامة جسمه من الضرب والجراح ، أو الخطر الذي يهدد العرض والمساس بالشرف ، والخطر الذي يهدد المال فهو ما يقع على المال من غصب وسرقة وإتلاف وتخريب (٤) .

أن يكون الخطر الذي يتهدد النفس أو المال غير مشروع .

فليس للولد الذي يؤدبه والده أن يدافع عن نفسه بحجة الدفاع الشرعي ، وليس للصوص أو المجرم الذي تطارده الشرطة المقاومة بحجة الدفاع الشرعي (٥) .

(١) السنهوري : الوسيط (٧٨٦) ، مرقس : الوافي (٢٩٤ / ١) ، حمزة : العمل غير المشروع (٧٤) ، فودة : التعويض المدني (٦٤) ، النقيب : الفعل الشخصي (١٦٦) ، العدوي : مصادر الالتزام (٣٧٧) ، شنب : مصادر الالتزام (٣٤٨) ، سوار : مصادر الالتزام (٨٩) ، فودة : الخطأ (٤٦) ، الحسيني : المسؤولية المدنية (٦٩) .

(٢) السنهوري : الوسيط (٧٨٨) ، حمزة : العمل غير المشروع (٧٥) ، شنب : مصادر الالتزام (٣٤٩) ،

(٣) حمزة : العمل غير المشروع (٧٥) ، شنب : مصادر الالتزام (٣٤٩) .

(٤) حمزة : العمل غير المشروع (٧٦) .

(٥) مرقس : الوافي (٢٩٤ / ١) ، حمزة : العمل غير المشروع (٧٦) .

٢. أن يقع دفع الضرر بالفقير اللازم دون تفريط .

فإذا تجاوز الدفاع حدود الضرورة ، فيسأل المدافع عن الضرر الزائد ؛ وذلك كمن يجد في منزله أو متجره لصاً ، فيمسك به ويقيده ، ثم يقوم بضربه بعد تقييده ، فيسأل عن الأضرار التي جاءت بعد إمساك اللص وتقييده ، ولا يسأل عن الأضرار التي قبلها .

وقد يحدث أن يسيء المدافع التقدير ؛ فإذا كان الضرر يدفع بعضاً ، وقدر المدافع أنه يدفع بفأس أو آلة حادة ، فهل يسأل عن الضرر الذي ألحقه بالغير ؟

ذهب القانون إلى مساعلة المدافع في الضرر الزائد عما تقتضيه الحاجة ، ولكن هذه المساعلة تكون مخففة ؛ لأن المدافع في هذه الحالة تتحقق مسؤوليته على أساس الخطأ المشترك (١) .

ويرى الباحث أن مسألة تقدير كيفية دفع الضرر من الصعوبة بمكان ؛ فإذا ما هاجمك ثور تطوح ، كيف لك تقدير الأداة المناسبة لدفعه ، وإذا اخترت الأداة ، فعلى أي أساس تقدر ضربه مرة أو مرتين ، ولئن فعلت ذلك وأصبحت التقدير الصحيح ، فكيف للقاضي أن يعرف أنك أصبت التقدير الصحيح أو أخطأته ، وهو لم يعاين شيئاً ؟

٣. أن لا توجد وسيلة لدفع الخطر غير القوة الجامعية

فإذا وجدت وسيلة أخرى غير القوة لدفع الضرر ؛ كإخبار السلطات أو غيرها ، فلجأ المدافع للقوة فلا يستفيد من الإعفاء .

ولكن ماذا لو استطاع المدافع الهرب من وجه الخطر المحقق به ولم يهرب ، بل قاوم الخطر ، أفعتبر مقاومته دفاعاً شرعياً ؟

فرق بعض القانونيين في هذا بين ما إذا كان الهرب يعتبر في عرف الناس جبناً لا ترتضيه الكرامة أم لا ، فالهرب من أمام لص أو معتدٍ يعتبر وصمة عار على جبين الشخص ، بخلاف الهرب من أمام حيوان هائج (٢) .

ويرى بعض شراح القانون أنه في حالة دفاع الإنسان عن غيره نفساً أو مالا ، لا يد من أن تربطه بذلك الغير علاقة ما ، وإلا فإنه يسأل عن الضرر ولو كان في حالة دفاع ، ولكنه اتجاه غير مقبول عند معظم الشراح (١) .

(١) السنهوري : الوسيط (٧٨٩) ، حمزة : العمل غير المشروع (٧٦) .

(٢) حمزة : العمل غير المشروع (٧٨) .

هذا ، وفيما يتعلق بموانع المسؤولية المدنية في القانون المدني الأردني ، فقد نصت المادة (٢٦٢) من القانون المدني الأردني ^(٢) على : " من أحدث ضرراً وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه ، أو ماله ، أو عن نفس الغير ، أو ماله ، كان غير مسؤول ، على أن لا يجاوز قدر الضرورة ، وإلا أصبح ملزماً بانضمام بقدر ما جاوزه " .

٢ - حالة الضرورة ^(٣) :

إذا اضطر الإنسان لدفع أذى سيلحقه ، إلى إتلاف مال لغيره ؛ فإن مسؤوليته تكون مخففة ، ويشترط في هذه الضرورة حتى تُعتبر ظرفاً مخففاً ما يلي :

١ - أن يكون مرتكب الفعل الضار مهدداً بخطر حال بنفسه أو نفس غيره ، أو بماله أو مال غيره ؛ فإن كان الخطر منتفياً فيلزم مرتكب الفعل الضار بالمسؤولية كاملة ، ويجب في الخطر أن يكون حالاً ؛ فإن كان متوقفاً أو محتملاً وقوعه في المستقبل ، فلا يُعتبر مرتكب الفعل في حالة ضرورة ؛ إذ بإمكانه تلافيه ^(٤) .

٢ - أن يكون الخطر أجنبياً عن إرادة مسبب الضرر أو المضرور ؛ فإن كان الضرر ناشئاً من فعل المضرور نفسه ، فلا تُعتبر حالة الضرورة حينئذ ؛ كمن يتحرش بثور فيهيج ، فيضطر لقتله خوفاً على نفسه أو ماله أو نفس وماله غيره ^(٥) . كما يشترط أن لا تكون علاقة لصاحب الثور في تهيجه ، وإلا كان مرتكب الفعل الضار في دفاع شرعي .

ولا تُعتبر حالة الضرورة من موانع المسؤولية بالمعنى الدقيق للمانع ، حتى أن القانون المدني الأردني لم ينص على الضرورة باعتبارها مانعاً من موانع المسؤولية ؛ إذ لا تنعدم المسؤولية ، وإنما تُعتبر ظرفاً مخففاً ، فقد نصت المادة (١٦٩) من القانون المدني السوري ، ومثلها المادة (١٦٨) من القانون المصري ، والمادة (١٣٠) من القانون الجزائري

(١) السنهوري : الوسيط (٧٨٨) ، حمزة : العمل غير المشروع (٧٥) ، شنب : مصادر الالتزام (٣٤٩) .

(٢) وتقابلها المادة (١٦٦) من القانون المدني المصري ، انظر : السنهوري : الوسيط (٧٨٦) ، فودة : الخطأ (٤٦) .

(٣) السنهوري : الوسيط (٧٩٢) ، مرقس : الوافي (٢٨٥ / ١) ، حمزة : العمل غير المشروع (٧٨) ، فودة : التعويض المدني (٥٠) ، العدوي : مصادر الالتزام (٣٧٥) ، شنب : مصادر الالتزام (٣٥٠) ، فودة : الخطأ (٤٧) ، الحسيني : المسؤولية المدنية (٧٠) .

(٤) حمزة : العمل غير المشروع (٧٩) .

(٥) السنهوري : الوسيط (٧٩٢) ، مرقس : الوافي (٢٨٥ / ١) ، حمزة : العمل غير المشروع (٧٨) .

على : " من سبب ضرراً للغير لبتقادي ضرراً أكبر محدقاً به أو بغيره ، لا يكون ملزماً إلا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسباً " (١) .

هذا ، وتتفق حالة الدفاع الشرعي مع الضرورة بجامع أن في كليهما خطراً محدقاً على نفس أو مال ، كما يتفقان في أن تجاوز حدود الدفاع الشرعي ينزل منزلة الضرورة ؛ إذ تكون المسؤولية فيهما مخففة (٢) .

ويختلفان من حيث أن الدفاع يتطلب الإضرار بشخص معتد ، بينما في الضرورة يتطلب الأمر إتلاف مال معصوم ، كما أنهما يختلفان في درجة الخطر الملجئ ؛ ففي حالة الضرورة لا بد أن يكون الخطر جسيماً ، ولا يشترط هذا في الدفاع الشرعي ، والفرق المهم بينهما : أن حالة الدفاع تعتبر مانعاً من المسؤولية ، وليست كذلك حالة الضرورة ؛ فإنها ظرف مخفف (٣) .

٣ - حالة تنفيذ أوامر صادرة من الرئيس (٤) :

لكثرة الأعباء التي تقع على عاتق الموظفين العاميين ، فهم بحاجة إلى إصدار التشريعات التي تحميهم من المسؤولية ؛ لئلا يؤدي خوفهم إلى تعطيل أمور الناس وإرباك معاملاتهم ، خاصة وهم يقومون بإداء واجبهم ؛ فإذا قام الإنسان بواجبه دون تقصير ، وأطاع مسؤوله في العمل ؛ فإنه لا يكون مخطئاً ، وعليه فلا تترتب عليه أية مسؤولية تجاه الغير ؛ لأنه لم يخطئ ؛ فإذا أدى تصرف بعض الموظفين بناءً على توجيه رئيسه في العمل إلى إلحاق ضرر بالغير ؛ فإنه لا يعتبر مسؤولاً .

وحتى تنتفي مسؤولية الموظف الذي سبب ضرراً للغير وهو يطيع رئيسه لا بد من توافر الشروط التالية (٥) :

١ - أن يكون الضرر قد سببه موظف عام .

فهذا الحكم لا ينطبق على ما يقع من الوكيل في تنفيذ تعليمات الموكل ، ولا على الموظف في خارج اختصاصه أو وظيفته .

(١) انظر : السنهوري : الوسيط (٧٩٢) ، حمزة : العمل غير المشروع (٧٨) .

(٢) مرقس : الوافي (٣٠٣ / ١) .

(٣) مرقس : الوافي (٣٠٣ / ١) ، شنب : مصادر الالتزام (٣٥١) .

(٤) السنهوري : الوسيط (٧٩٠) ، مرقس : الوافي (٣٠٨ / ١) ، حمزة : العمل غير المشروع (٨٢) ، فودة : التعويض المدني (٧٩) ، النقيب : الفعل الشخصي (١٧١) ، العدوي : مصادر الالتزام (٣٧٨) ، شنب : مصادر الالتزام (٣٥١) ، سوار : مصادر الالتزام (٩١) ، فودة : الخطأ (٤٧) ، الحسيني : المسؤولية المدنية (٦٩) ،

(٥) انظر هذه الشروط في : حمزة : العمل غير المشروع (٨٣) ، مرقس : الوافي (٣٠٨ / ١) ، فودة : الخطأ (٤٧) .

- ٢ - أن يكون الأمر قد صدر من رئيس تكون طاعته واجبة .
 أما إذا كان الرئيس غير واجب الطاعة ، أو ممن لا يجيز له القانون إصدار الأوامر ،
 فيكون الموظف مسؤولاً عن الضرر .
- ٣ - أن يكون الأمر مشروعاً .
 ويجب في الأمر أن يكون مشروعاً ، وإلا فالموظف مسؤول عما يحدثه من ضرر ،
 ويستوي مع الأمر المشروع الأمر غير المشروع ؛ إذا كان الموظف يعتقد أنه مشروع ، وكان
 اعتقاده مبنياً على أسباب منطقية معقولة ، وأنه راعي جانب الحيطة والحذر فيما قام به .
- ٤ - أن يكون الموظف قد اتخذ الاحتياطات اللازمة في تنفيذ العمل المكلف به . وإلا
 فإنه يكون مسؤولاً عما يصدر عنه من ضرر .

وقد نصت الفقرة الثانية من المادة (٢٦٣) من القانون المدني الأردني على : " ومع
 ذلك لا يكون الموظف العام مسؤولاً عن عمله الذي أضر بالغير ، إذا قام به تنفيذاً لأمر صدر
 إليه من رئيسه متى كانت اطاعة هذا الرئيس واجبة عليه ، أو كان يعتقد أنها واجبة - وأقام
 الدليل على اعتقاده بمشروعية العمل الذي وقع منه، وكان اعتقاده مبنياً على أسباب معقولة ،
 وأنه راعي في عمله جانب الحيطة والحذر المشروعة الأردنية
 ٤ - الأفعال التي يجيزها القانون (١) بماتل الجامعية

وهذا الشرط لم يذكره جميع الشراح ، والسبب في ذلك أنه ليس منصوصاً عليه في
 القانون المدني ، وإنما هو من الموانع في قانون العقوبات ؛ حيث ورد هناك ، أما من اعتبره
 مانعاً من المسؤولية المدنية فقد اعتبره من باب الفياس ؛ يقول الدكتور سوار : " لم يرد في
 القانون نص صريح على إجازة انقائون باعتباره سبباً للتسويغ ، وإنما ورد النص عليه في قانون
 العقوبات (م ١٨٥) ، وليس ثمة في نظرنا ما يمنع من الاعتداد بإجازة القانون باعتباره سبباً
 للتسويغ في إطار القانون المدني - على الرغم من سكوت النص " (٢) .

وما يجيزه القانون في قانون العقوبات : ضروب التأديب التي تقع على الأولاد من الآباء
 والمعلمين ، والعمليات الجراحية والطبية ، والألعاب الرياضية (٣) .

(١) النقيب : الفعل الشخصي (١٧٣) ، سوار : مصادر الالتزام (٩٥) .
 (٢) سوار : مصادر الالتزام (٩٥) ، وانظر : النقيب : الفعل الشخصي (١٧٣) .
 (٣) انظر : سوار : مصادر الالتزام (٩٥) ، النقيب : الفعل الشخصي (١٧٣) .

٥ - رضا المصاب أو إقراره (١) :

إذا طلب شخص من آخر أن يقلع له زرعه ، أو يحرق له أثاثه ، أو أن يراه يفعل ذلك فيقره ، فليس له المطالبة بالتعويض ، وكذلك إذا رضي أو أمر بالفعل المؤدي للضرر ؛ كمن يطلب من طبيب عمل عملية جراحية خطيرة ؛ فإن رضاه بالعملية - مع علمه بخطورها - رضاً بالضرر الناشئ عنها (٢) .

كما ينطبق على حالة رضا المصاب ، ما يجري في الألعاب الرياضية العنيفة من أذى يلحق اللاعبين (٣) .

المطلب الثاني : الموانع المتعلقة بالسببية :

السبب الأجنبي :

يستطيع المدعى عليه أن ينفي عن نفسه المسؤولية إذا أثبت انتفاء العلاقة بين فعله (أو خطأه حسب التعبير القانوني) وبين الضرر ، وذلك بإثبات أن الضرر كان لسبب أجنبي لا علاقة له به ، والسبب الأجنبي عن المدعى عليه ، هو : كل فعل أو حادث جعل منع وقوع الفعل الضار مستحيلاً ، ولم يكن من فعل المدعى عليه (٤) .

صور السبب الأجنبي (٥) : جامعة الأردنية

وقد أجمع الشراح والقانونيون على صورتين من صور السبب الأجنبي ، هما : الحادث المفاجئ (أو ما يسمى أيضاً بالقوة القاهرة) وفعل المصاب ، واختلفوا في ما يتعلق بفعل الغير ، إلا أن القوتين المدنية المصرية والسورية والأردني اعتبرت فعل الغير سبباً أجنبياً ، وعلى هذا فليسبب الأجنبي ثلاث صور ، نوضحها بإيجاز :

١ - القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ :

(١) النقيب : الفعل الشخصي (١٧٨) ، مرقس : الوافي (١ / ٣١٥) ، شنب : المسؤولية عن الأشياء (٢٥٦) ، فودة : الخطأ (٥٠) ، سوار : مصادر الالتزام (٩٢) ، الحسيني : المسؤولية المدنية (٧٠) .

(٢) مرقس : الوافي (١ / ٣١٥) .

(٣) مرقس : الوافي (١ / ٣٢١) .

(٤) انظر : مرقس : الوافي (١ / ٤٧٧) .

(٥) السنهوري : الوسيط (٨٧٦) ، مرقس : الوافي (١ / ٤٨٦) ، حمزة : العمل غير المشروع (١٢٩) ، شنب : المسؤولية عن الأشياء (٢٣٣) ، سوار : مصادر الالتزام (٣١) ، محتسب بالله : المسؤولية الطبية (٢٦١) ، مأمون : علاقة السببية (٨٨) ، موافي : المسؤولية عن الأشياء (١٨٠) ، النقيب : فعل الشيء (٣٠٣) ، محتسب بالله : المسؤولية الطبية (٢٦٣) ، منصور : المسؤولية الطبية (١٧١) ، سوادي : مسؤولية المحامي (٣٣٥) ، الزقرد : التزامات الفندق (١٨٨) .

القوة القاهرة والحادث المفاجئ اسمان لمسمى واحد عند معظم الشراح^(١) ، وفرق بعض الشراح بينهما على أساس أن القوة القاهرة ما كان خارجياً ؛ كالزلازل والبراكين والفيضانات والثورات ، والحادث المفاجئ ما كان داخلياً بالنسبة للشخص أو الشيء ؛ كأنفجار آلة ، أو نشوب حريق^(٢) .

وحتى يستفيد المدعى عليه من القوة القاهرة لإعفائه من المسؤولية ، لا بد من توافر الشرطين التاليين ، وهما^(٣) :

أ - عدم إمكان توقع الحادث .

فإذا أمكن توقع الحادث فلا يعتبر قوة قاهرة حتى لو استحال دفعه ، كما أن عدم توقع الحادث ليست من قِبل المدعى عليه فحسب ، بل من جانب أشد الناس يقظة ويصراً بالأمور^(٤) .

ب - عدم إمكان دفع الحادث .

ويجب في القوة القاهرة أيضاً استحالة دفعها ؛ فإذا أمكن دفعه - ولو استحال توقعه - لم يكن قوة قاهرة^(٥) ، وكما في عدم إمكان التوقع فإن عدم إمكان الدفع ليست في حدود المدعى عليه فقط بل الاستحالة لكل شخص في مثل حالة المدعى عليه ؛ فالمعيار في هذين الشرطين موضوعي لا شخصي^(٦) .

الأثر المترتب على إثبات القوة القاهرة: مثل الجامعية

إذا أثبت المدعى عليه أن الضرر كان نتيجة القوة القاهرة ، فيسند الفعل لها ، ويعفى المدعى عليه من المسؤولية ، والقوة القاهرة حالتئذ تنفي علاقة السببية بين فعل المدعى عليه والضرر^(٧) ، فتتقي بناءً على ذلك المسؤولية ؛ لانعدام أحد أركانها .

أما إذا ثبت اشتراك فعل المدعى عليه مع القوة القاهرة في إحداث الضرر ؛ فإن المسؤولية كاملة تقع على عاتق المدعى عليه ، وقد كان القضاء الفرنسي سابقاً يرتب على اشتراك القوة القاهرة مع فعل المدعى عليه في إحداث الضرر مسؤولية جزئية^(٨) .

٢ - خطأ المضرور^(١) :

(1) انظر : مرقس : الوافي (١ / ٤٨٦) ، حمزة : العمل غير المشروع (١٣٠) .

(2) حمزة : العمل غير المشروع (١٣٠) .

(3) السنهوري : الوسيط (٨٧٨) ، مرقس : الوافي (١ / ٤٨٧) ، حمزة : العمل غير المشروع (١٣٤) .

(4) السنهوري : الوسيط (٨٧٨) .

(5) السنهوري : الوسيط (٨٧٨) ، حمزة : العمل غير المشروع (١٣٤) .

(6) حمزة : العمل غير المشروع (١٣٤) .

(7) حمزة : العمل غير المشروع (١٣٥) .

(8) حمزة : العمل غير المشروع (١٣٤) .

ومثال ذلك ما لو أراد شخص ركوب الحافلة ، فزلقت رجله فسقط وأصيب بجروح ، أو من حاول الانتحار فألقى بنفسه أمام سيارة فدهسته ، ففي هاتين الحالتين وأمثالهما يكون المتضرر هو الذي أحدث الضرر ، وهو الذي يتحمل نتائجه (٢) .

واشترط القضاء الفرنسي في فعل المضرور ليكون سبباً للإعفاء من المسؤولية ما يشترط في القوة القاهرة ؛ أي أن يكون غير متوقع ، ولا يمكن دفعه (٣) .

أما إذا اشترك فعل المضرور نفسه مع فعل المدعى عليه ، فيتقاسمان المسؤولية (٤) .

٣ - فعل الذي يسهم في إحداث الضرر (فعل الغير) (٥) :

إذا أسهم في إحداث الضرر مع فعل المدعى عليه شخص ثالث (ولم يكن تابعاً ، ولا مشمولاً برقابة) (٦) ، فنكون أمام ما يسمى بتعدد الأسباب (٧) ، وأما إذا كان فعل الغير هو الذي أحدث الضرر ، وكان هذا الفعل لا يمكن دفعه ولا توقعه ، فيعفى المدعى عليه من المسؤولية إعفاءً كاملاً (٨) .

فإذا اختلف في فعل الغير أحد هذين الشرطين ؛ بأن كان من الممكن دفعه أو توقعه ،

فنكون أمام ما يسمى بتعدد الأسباب (٩) الخروق محفوظة

وقد ذكر القانون المدني الأردني الموانع المتعلقة بالسببية في المادة (٢٦١) ؛ ونصها :

" إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب اجنبي لا يد له فيه ؛ كافة سماوية ، أو حادث

(١) السنهوري : الوسيط (٨٨١) ، مرقس : الوافي (٤٩٠ / ١) ، حمزة : العمل غير المشروع (١٣٥) ، شنب : المسؤولية عن الأشياء (٢٣٨) ، مأمون : علاقة السببية (٦٦) ، موافي : المسؤولية عن الأشياء (١٩٣) ، النقيب : فعل الشيء (٣٢٥) ، سوار : مصادر الالتزام (٣٣) ، محتسب بالله : المسؤولية الطبية (٢٦٥) ، منصور : المسؤولية الطبية (١٧١) ، سوادى : مسؤولية المحامى (٣٣٧) ، الزقرد : التزامات الفندقى (١٩٤) ، الجندي : محمد صبري : بحث بعنوان : " في ضمان الضرر الجسدي الناتج عن فعل ضار " : مجلة الحقوق ، العدد الأول (١٦٩ - ٢٧٠) ، السنة ٢٦ / محرم ١٤٢٣ / مارس ٢٠٠٢ / مجلس النشر العلمى : جامعة الكويت .

(٢) سوار : مصادر الالتزام (٣٤) ، حمزة : العمل غير المشروع (١٣٥) .

(٣) حمزة : العمل غير المشروع (١٣٥) .

(٤) حمزة : العمل غير المشروع (١٣٥) .

(٥) السنهوري : الوسيط (٨٩٦) ، مرقس : الوافي (٤٩٨ / ١) ، حمزة : العمل غير المشروع (١٣٧) ، شنب : المسؤولية عن الأشياء (٢٤٨) ، مأمون : علاقة السببية (١١٢) ، موافي : المسؤولية عن الأشياء (١٩٣) ، النقيب : فعل الشيء (٣٥٧) ، سوار : مصادر الالتزام (٣٣) ، محتسب بالله : المسؤولية الطبية (٢٧٢) ، منصور : المسؤولية الطبية (١٧١) ، سوادى : مسؤولية المحامى (٣٣٧) ، الزقرد : التزامات الفندقى (٢٠٢) .

(٦) إذ لهؤلاء أحكام خاصة ؛ ذكرها القانون المدني الأردني في المادة (٢٨٨) .

(٧) وهو ما سنفصله بانفاه تعالى بعد قليل .

(٨) حمزة : العمل غير المشروع (١٣٧) .

(٩) حمزة : العمل غير المشروع (١٣٨) .

فجائي ، أو قوة قاهرة ، أو فعل الغير ، أو فعل المتضرر ، كان غير ملزم بالضمان ، ما لم يقض القانون أو الاتفاق بغير ذلك .

ومما يتعلق بموانع المسؤولية ما إذا تعددت الأسباب واتحد الضرر ، وما إذا اتحد السبب وتعددت الأضرار ، وهما ما يسمى بتعدد الأسباب وتسلسل النتائج .

أولاً : تعدد الأسباب :

هذه المسألة متفرعة عن مسألة فعل الغير ، والمقصود بتعدد الأسباب : أن يجتمع على إحداث الضرر مجموعة من الأسباب التي لو انفرد بعضها لحصل به الإلتلاف ، فإن كان فعل الغير هو السبب المؤدي للضرر وحده كان الضمان عليه وحده ، وإن اشترك في إحداث الضرر وتعددت الأسباب ففي القانون نظريتان لتحديد المسؤول عن الضرر ، هما :

١ - نظرية تكافؤ الأسباب أو تعادل الأسباب (١) :

وتسمى هذه النظرية بنظرية تعادل الأسباب ؛ لأنها تنظر إلى جميع الأسباب المؤدية إلى الضرر بنفس الدرجة .

ومقتضى هذه النظرية أن كل ما أسهم في إحداث الضرر يعتبر سبباً لحدوثه ، فإذا تداخلت عدة أسباب في ذلك اعتبر كل سبب منه هو سبب الضرر ، وتعتبر جميعها متعادلة في إحداث الضرر .

وقد مثل لها أصحابها بالمثال الآتي : لو أن سائق سيارة تركها مفتوحة ، فسرقته وقادها السارق بسرعة أدت إلى إضرار بالغير ، فهنا قد اجتمع سببان في إحداث الضرر ؛ الأول : تقصير صاحب السيارة في حفظها ؛ إذ لو أغلق أبوابها ما سرقت ، والثاني : تقصير السارق أو تعديه بالسرعة الزائدة ، ولولا هذه السرعة ما حصل الضرر ، وبمقتضى هذه النظرية يعتبر السائق والسارق مسؤولين عن الحادث .

والحق أن هذا المثال الذي ضربه أصحاب هذه النظرية لا ينطبق على حالة تعدد الأسباب ؛ فتعدد الأسباب كما سبق تعريفه : " أن يجتمع على إحداث الضرر مجموعة من الأسباب التي لو انفرد بعضها لحصل به الإلتلاف ، وليس من شأن باب السيارة إذا ترك مفتوحاً أن يؤدي إلى الإلتلاف أبداً .

(١) السنهوري : الوسيط (٩٠٣) ، فودة : التعويض المدني (١٤٥) ، شريف : مصادر الإلتزام (٢٠٤) ، حمزة : العمل غير المشروع (١١٤) ، أمجد : مصادر الإلتزام (٢٩٣) ، أمجد : المسؤولية عن الجمادات (٩١) .

والمثال الذي يصدق على صورة تعدد الأسباب : ما لو كانت كوابح هذه السيارة التي تركها صاحبها مفتوحة معطلة لا تعمل ، فم يستطع السارق إيقافها فأدت إلى الضرر ؛ فالعطل في كوابح السيارة ولو لم يسر صاحبها بسرعة يؤدي إلى الضرر ، كما أن السير بسرعة زائدة يؤدي إلى الحادث ولو كانت الكوابح سليمة ؛ فكل سبب منهما يؤدي إلى الحادث لو انفرد .

٢ - نظرية السبب المنتج (١) :

ملخص هذه النظرية أنها تقسم الأسباب التي لها دخل في إحداث الضرر إلى قسمين ؛ الأول : أسباب عارضة ، والثاني : أسباب منتجة .
والسبب العارض : السبب الذي لا ينتج الضرر عادة أو حسب المألوف ، ولكنه يسهم فيه عرضاً .

والسبب المنتج : هو السبب المألوف الذي ينتج الضرر عادة .
وعليه ففي المثال السابق : يعتبر ترك السيارة مفتوحة ، أو ترك المفاتيح بداخلها ، أو تلف الكوابح (كما مثلنا) سبباً عارضاً ، فهو وإن كان له دور في حصول الحادث إلا أنه دور عارض ، والعادة تقضي بأن السيارة لو تركت مفتوحة لا تؤدي إلى الإضرار ، أما القيادة برعونة أو بسرعة زائدة فهي سبب منتج ؛ إذ قصت العادة بنشوء الحوادث نتيجة هذا النوع من الأسباب ، فتقع المسؤولية على صاحب هذا السبب وهو السارق .
وقد أخذت معظم القوانين الوضعية بنظرية السبب المنتج ، ومنها القانون المدني الأردني ، الذي يمكن استنتاج هذا الاتجاه فيه من نص المادة (٢٦٦) من القانون المدني ، وهي : " يقدر الضمان في جميع الأحوال بقدر ما لحق المضرور من ضرر ، وما فاتته من كسب ، بشرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعية لتفعل الضار " (٢) .

وعليه يعتبر تعدد الأسباب مائعاً جزئياً للمسؤولية حسب النظرية الأولى ، ومائعاً كلياً بالنسبة للسبب العارض حسب النظرية الثانية .

ثانياً : تسلسل النتائج :

(١) أمجد : مصادر الالتزام (٢٩٥) ، شريف : مصادر الالتزام (٢٠٤) .

(٢) أمجد : مصادر الالتزام (٢٩٧) .

قد يحدث كما ذكرنا سابقاً أن يؤدي فعل واحد إلى سلسلة من الأضرار ، فهل يسأل مرتكب الفعل عن الأضرار المباشرة لفعله ، أم يسأل عن جميع الأضرار المباشرة وغير المباشرة ، ومثال ذلك : أن يبيع شخص بقرة مصابة بمرض معدٍ ، فيضعها المشتري في مزرعته بين أبقاره ، فتنتقل العدوى إلى المواشي السليمة ، وتؤدي إلى أن تنفق جميع أبقار المزرعة ، ويؤدي موتها إلى فقر المزارع وعجزه عن زراعة أرضه لحاجته إلى المال ، ثم يصبح مديناً لا يستطيع سداد ديونه ، فإذا حُجِرَ على مزرعته وأرضه وبيعت بثمن بخس ، فهل يجب على بائع البقرة المريضة تعويض المشتري عن البقرة المصابة التي باعها فقط ، أم يجب عليه تعويضه عن جميع الأبقار التي نفقت بسبب العدوى ، أم يسأل عن الأبقار جميعها ، وعن خسارة المزرعة وتوابعها ؟

لقد قررت معظم القوانين الوضعية ، ومنها القانون المدني الأردني ^(١) مسؤولية البائع فقط عن الأضرار المباشرة التي سببها ، ولا يسأل عن الأضرار غير المباشرة .

ومعيار التفرقة بين الضرر المباشر والضرر غير المباشر أن الضرر المباشر ما كان نتيجة طبيعية للخطأ ، وعليه ففي المثال السابق يتحمل البائع عن الأبقار التي نفقت ، سواء المريضة التي باعها أو الموجودة في المزرعة سابقاً والتي نفقت بالعدوى ، ولا يسأل عن الأضرار الأخرى التي لحقت هذه الخسارة من بيع الأرض وغيرها ؛ لأنها ليست نتيجة طبيعية لموت الأبقار ^(٢) .

فتسلسل الأضرار يعتبر مانعاً من المسؤولية إذا كان الضرر غير مباشر .

(١) شريف : مصادر الالتزام (٢٠٥) .
 (٢) حمزة : العمل غير المشروع (١٢٠) ، شريف : مصادر الالتزام (٢٠٤) .

المبحث الثاني

موانع المسؤولية المدنية عن الأشياء والآلات

في

الفقه الإسلامي

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز أبحاث الرسائل الجامعية

المبحث الثاني : موانع المسؤولية في الفقه الإسلامي
المطلب الأول : الموانع المتعلقة بالفعل الضار :

١ . الدفاع الشرعي (١) :

أو ما يسمى بتعبير الفقهاء بدفع الصائل ، والصائل والصؤول لغة : الذي يضرب الرجال ويتناول عليهم ، والمصالونة والصيال والصيالة : المواثبة ، والجمل الصؤول : الذي يأكل راعيه (٢) .

والصيال اصطلاحاً كما عرفه أستاذنا الدكتور السرطاوي : " حماية الإنسان لكل نفس معصومة ، أو مال معصوم ، أو عرض ، من كل خطر حال ، أو اعتداء غير مشروع ، بالقوة اللازمة ، عند تعذر الدفع بالوسائل الأخرى المشروعة " (٣) .

وقد اتفق العلماء على عدم إثم من دفع الصائل ، ولكنهم اختلفوا في ضمانه ما يتلف بسبب الدفع ؛ فأوجب الحنفية الضمان (٤) خلافاً لجمهور الفقهاء (٥) ؛ قال ابن قدامة : " الإنسان إذا صالت عليه بهيمة ، فلم يمكنه دفعها إلا بقتلها ، جاز له قتلها إجماعاً ، وليس عليه ضمانها إذا كانت لغيره ، وبهذا قال مالك ، والشافعي ، وإسحاق ، وقال أبو حنيفة وأصحابه : عليه ضمانها ؛ لأنه أتلف مال غيره لأحياء نفسه ، فكان عليه ضمانه ، كالمضطر إلى طعام غيره إذا أكله " (٦) ، وقال الإمام ابن العربي المالكي : " إذا رأى مسلماً فحلاً يصل على مسلم ؛ فإنه يلزمه أن يدفعه عنه ، وإن أدى إلى قتله ، ولا ضمان على قاتله حينئذ ؛ سواء كان القاتل له هو الذي صال عليه الفحل ، أو معيناً له من الخلق ؛ وذلك أنه إذا دفعه عنه فقد قام بفرض يلزم جميع المسلمين ؛ فتاب عنهم فيه ؛ ومن جملتهم مالك الفحل ؛ فكيف يكون نائباً عنه في قتل الصائل ويلزمه ضمانه ؟ وقال أبو حنيفة : يلزمه الضمان " (٧) .

(١) القرافي : الفروق (٤ / ١٨٣) ، الماوردي : الحاوي (١٧ / ٣٦٤) ، الزركشي : المنثور (٢ / ٣٣٠) ، الدماطي : حاشية إعانة الطالبين (٤ / ١٧٠) ، الشوكاني : نيل الأوطار (٦ / ٧١) ، فيض الله : المسؤولية التقصيرية (٢٣٢) ، فيض الله : الضمان (١٩٥) ، الزحيلي : الضمان ، وانظر في معنى الصيال ، وأدلة مشروعيته ، والتكليف الفقهي له ، وتفصيلاته ، وآراء العلماء فيه ، ما كتبه أستاذنا الفاضل ؛ الأستاذ الدكتور محمود السرطاوي في كتابه : الدفاع الشرعي في الشريعة الإسلامية صفحة (٦١) وما بعدها .

(٢) انظر : ابن منظور : لسان العرب (١١ / ٣٨٧) .

(٣) السرطاوي : الدفاع الشرعي (٦٣) .

(٤) انظر : الكاسائي : بدائع الصنائع (٢ / ١٩٧) ، الفزدوي : كشف الأسرار (٤ / ٧٣) ، الزيلعي : تبيين

الحقائق (٢ / ٦٧) ، ابن الهمام : شرح فتح القدير (٣ / ٨٩) ، ابن نجيم : البحر الرائق : (٣ / ٣٩) .

(٥) ابن العربي : أحكام القرآن (١ / ٢٩٣) ، المواقيت : محمد بن يوسف العبدري : التاج والإكليل لمختصر خليل

(٨ / ٤٤٢) ، بيروت - دار الكتب العلمية ، عيش : محمد بن محمد بن محمد : منح الجليل شرح مختصر خليل

(٩ / ٣٦٨) ، الشيرازي : المهذب (٥ / ٢١٦) ، النووي : روضة الطالبين (١٠ / ١٨٦) ، البهوتي : شرح

منتهى الإرادات (٢ / ٣٣٣) ، البهوتي : كشف القناع (٤ / ١٢٩) ، ابن العربي : أحكام القرآن (١ / ٢٩٣) .

(٦) ابن قدامة : المغني (٩ / ١٥١) نسخة إحياء التراث .

(٧) ابن العربي : أحكام القرآن (١ / ٢٩٣) .

والذي يرجحه الباحث هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من عدم وجوب الضمان على من يدفع عن نفسه الخطر ، وذلك فيما إذا كان الصائل إنساناً أو بهيمة أو شيئاً ، وإن كان ممن الممكن أن يفرق في صيال البهيمة ، بين بهيمة قد تعدى صاحبها في إرسالها ، أو قصر في حفظها ، وبين التي لم ينسب لصاحبها تعدٍ أو تقصير ، فلا يضمن المدافع في الحالة الأولى ويضمن في الحالة الثانية ؛ لقوله ع : " جنابة العجماء جبار " (١) ، وللقاعدة الفقهية : " الاضطرار لا يبطل حق الغير " ؛ فهو وإن كان في حالة دفاع شرعي ؛ إلا أنه مضطر لقتل البهيمة لحفظ مهجته أو ماله ، والاضطرار لا يبطل حق الغير .

ولست أجزم بهذا القول ؛ لاحتمال أن يقال : إن المقصود بجنابة العجماء جبار : هو ما تتلفه العجماء نفسها ، لا أن تكون هي محل التلف ، والله تعالى أعلم .
وحتى يعتبر دفع الصائل مانعاً من المسؤولية في الفقه الإسلامي ؛ فقد اشترط الفقهاء عدة شروط في الصيال ، وأخرى في الدفاع .

أما شروط تحقيق الصيال (٢) :

حتى يكون فعل المهاجم اعتداءً أو صيالا محرماً تجوز مقاومته فلا بد من تحقق الشروط التالية (٣) :

الشرط الأول : وجود اعتداء أو خطر اعتداء .

ويتحقق هذا الاعتداء ؛ بأن يكون ذا مظهر مادي ، وأن يكون فعل الصائل محرماً ؛ فلا يستفيد الولد من حالة الدفاع في حال تأديب والده له ، وأن يكون الصائل أهلاً لتحمل المسؤولية الجنائية عليه عند الحنفية (٤) خلافاً لجمهور الفقهاء (٥) ، وأن يتوافر لدى الصائل العنصر المعنوي للجريمة ؛ فإن كان مازحاً أو مخطئاً ، فلا يجوز الدفاع ضده ، وإن رده لضرورة حفظ النفس فإنه ضامن .

الشرط الثاني : أن يكون الخطر حالاً ، أو وشيك الوقوع ؛ فإن كان الخطر قد انقضى ، أو كان متوقفاً حصوله في المستقبل ، فلا يكون رده في هاتين الحالتين دفاعاً شرعياً .

(١) هذا الحديث أخرجه الجماعة ؛ البخاري - بشرح ابن حجر - (١٢ / ٣١٤ رقم ٦٩١٢) ، ومسلم - بشرح النووي - (١١ / ٢٢٤ رقم ١٧١٠) ، وانظر : الشوكاتي : نيل الأوطار (٦ / ٦٩) .

(٢) انظر : الشيرازي : المهذب (٥ / ٢١٦) ، النووي : روضة الطالبين (١٠ / ١٨٦) ، الهيتمي : ابن حجر : تحفة المحتاج بشرح المنهاج (٩ / ١٨٦) ، الشريبي : مغني المحتاج إلى معرفة أفاظ المنهاج (٤ / ١٩٩) ، المرداوي : الإنصاف (٦ / ٢٤٦) ، السرطاوي : الدفاع الشرعي (٨٣) .

(٣) انظر : السرطاوي : الدفاع الشرعي (٨٣) .
(٤) ولا يعني هذا أن الحنفية يحرمون الدفاع الشرعي ضد الطفل والمجنون والبهيمة إذا صالوا ، وإنما لا يجعلون هذا الدفاع مسقطاً للضمان .

(٥) قال الماوردي : " فإذا ثبت جواز دفعه بالقتل وهو متفق عليه ، كانت نفسه هدراً مكلفاً أو غير مكلف " ، الماوردي : الحاوي (١٧ / ٣٦٥) .

الشرط الثالث : أن يكون الاعتداء واقعاً على نفس أو عرض أو مال .
وأما شروط الدفاع ؛ فهي :

اشتراط الفقهاء شرطين لتحقق الدفاع الشرعي ، هما (١) :

الشرط الأول : أن يكون الدفاع لازماً لدفع الاعتداء .

فإن كان هناك وسيلة أخرى لدرء الخطر ؛ كتبليغ السلطات أو الاستغاثة ، فلا يكون في حالة نفاع شرعي .

وهل الهرب من وجه الخطر يعتبر من هذه الوسائل ؟ اختلفت أقوال العلماء في ذلك من قائل بالوجوب ، وقائل بعدمه ، وفصل المالكية في الأمر ؛ فإذا كان الدافع لا تلحقه مشقة أو معرة بالهرب ؛ كهرب الشخص من وجه سيع ضار (أو الولد من أبيه) فيجب عليه الهرب ، وإن كان الهرب سيلحق به عاراً فلا يجب ؛ قال ابن فرحون : " ولا يقصد قتل الصائل ابتداء ، وإنما ينبغي أن يقصد الدفع ، فإن أدى إلى القتل فلا ضمان إلا أن يعلم أنه لا يندفع إلا بالقتل ، فجائز أن يقصد قتله ابتداء ، ولو قدر الموصول عليه على الهروب من غير مضرة تلحقه تعين ولم يجز له الدفع بالجرح ، والإفحاح الدافع بما قدر عليه (٢) . ، وهو تفصيل حسن ودقيق ،

وقد رجحه أستاذنا الدكتور السرطاوي (٣) المراجعة الأردنية

الشرط الثاني : أن يدفع الاعتداء بالقوة اللازمة لردّه عبية

فإن زاد عن اللازم ، كان الزائد اعتداءً لا دفاعاً ، ويسأل عن الزائد ، قال الإمام الشيرازي : " وإذا أمكنه الدفع بالصباح والاستغاثة لم يدفع باليد ، وإن كان في موضع لا يلحقه الغوث دفعه باليد ، فإن لم يندفع باليد دفعه بالعصا ، فإن لم يندفع بالعصا دفعه بالسلاح ، فإن لم يندفع إلا بإتلاف عضو دفعه بإتلاف العضو ، فإن لم يندفع إلا بالقتل دفعه بالقتل ، وإن عض يده ولم يمكنه تخليصها إلا بفك لحييه فك لحييه ، وإن لم يندفع إلا بأن يبيع جوفه ببيع جوفه . ولا يجب عليه في شيء من ذلك ضمان " (٤) ، ثم قال الشيرازي : " وإن قدر على دفعه بالعصا

(١) انظر : السرطاوي : الدفاع الشرعي (٩٩) .

(٢) ابن فرحون : إبراهيم بن علي بن فرحون اليعمرى : تبصرة الحكام (٣٤٧ / ٢) ، بيروت - دار الكتب العلمية .

(٣) السرطاوي : الدفاع الشرعي (١٠٠) .

(٤) الشيرازي : المهذب (٢١٨ / ٥) .

فقطع عضواً ، أو قدر على دفعه بالقطع فقتله ، وجب عليه الضمان ؛ لأنه جناية بغير حق ، فأشبهه إذا جنى عليه من غير دفع " (١) .

٢ - الضرورة (٢) :

للعلماء في وجوب تناول الطعام المحرم ، أو مال الغير في الضرورة مذهبان ؛ وجوب ذلك (٣) أو إباحته ، وهما قولان في المذهب الشافعي (٤) ، وليس هذا موضوعنا ، وإنما إذا تناول مال الغير لضرر نزل به ليضمته أم لا ؟ ذهب العلماء في هذه المسألة إلى قولين :

القول الأول : لجمهور الفقهاء ؛ الحنفية (٥) والشافعية (٦) والحنابلة (٧) وهو وجوب ضمان المضطر بدل ما أكله ، قال الإمام العز ابن عبد السلام : " لمضطر في المخصصة إذا وجد طعام أجنبي ، أكله بقيمته " (٨) .

القول الثاني : الضمان إذا كان مع المضطر مال حاضر ، وإن كان المضطر معدماً فلا ضمان ، وذهب إلى هذا المالكية (٩) وابن حزم ؛ قال الإمام النفراوي في شرحه رسالة أبي زيد القيرواني : " ولا ثمن على المضطر إلا أن يكون معه " (١٠) ، قال ابن حزم : " إن كان المكره

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز أبحاث الرسائل الجامعية

على أكل مال مسلم له مال حاضر فعليه قيمة ما أكل ؛ لأن هكذا هو حكم المضطر ، فإن لم يكن له مال حاضر فلا شيء عليه فيما أكل " (١١) .

- (١) الشيرازي : المهذب (٢١٨ / ٥) .
 (٢) الزحيلي (١٤٠٥ - ١٩٨٥) نظرية الضرورة الشرعية (٣٠٥) ، بيروت - مؤسسة الرسالة ، الطبعة الرابعة ، فيض الله : المسؤولية التقصيرية (٢٤٣) ، فيض الله : الضمان (١٩٧) ، ابن حزم : المحلى .
 (٣) قال ابن العربي : " وقد قال العلماء : من اضطر إلى أكل الميتة والدم ولحم الخنزير فلم يأكل دخل النار ، إلا أن يعفو الله تعالى عنه " ، ابن العربي : أحكام القرآن (٥٦ / ١) .
 (٤) جاء في منهاج الإمام النووي : " ومن خاف على نفسه موتاً أو مرضاً مخوفاً ، ووجد محرماً لزمه أكله ، وقيل يجوز " ، المنهاج - بشرح الشربيني - (٣٠٧ / ٤) ، وانظر : ابن عابدين : حاشية ابن عابدين (١٣٠ / ٤) نسخة دار الكتب العلمية ، السبكي : فتاوى السبكي (٥٢٠ / ٢) .
 (٥) السرخسي : المبسوط (١٤٢ / ٢٤) .
 (٦) الشربيني : مغني المحتاج (٣٠٨ / ٤) .
 (٧) ابن قدامة : المغني (١٦٧ / ٤) نسخة إحياء التراث ، ابن تيمية : الفتاوى (٥٤٨ / ٥) .
 (٨) ابن عبد السلام : قواعد الأحكام (١٧٦ / ٢) .
 (٩) للمالكية قولان في هذه المسألة ؛ قال الإمام الباجي : " من وجد ميتة ومالا لغيره ، أكل من مال غيره وضمفه ، وقيل : لا ضمان عليه ، ولا يأكل الميتة إلا أن يخاف القطع فيجوز له أكلها " ، الباجي : سليمان بن خلف : المنتقى شرح الموطأ (٢٩١ / ٧) ، وقال الإمام الخرشي : " وله الثمن إن وجد بيد المضطر ، وإلا فلا شيء عليه " الخرشي : محمد بن عبد الله : شرح مختصر خليل (٣٠ / ٣) .
 (١٠) النفراوي : أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوي : الفواكه الدراني في شرح رسالة أبي زيد القيرواني (٢) (٢٨٤ /) .

ويرجح الباحث مذهب المالكية وابن حزم في هذا ؛ لأن حفظ النفوس من فروض الكفايات ، يؤيد هذا ما نكره إمام الحرمين في الغياثي عن الفقراء الذين لم يعرف بهم إمام المسلمين ؛ إذ قال : " فإن لم يبلغهم نظر الإمام ، وجب على ذوي اليسار والاعتدال البدار إلى دفع الضرر عنهم ، وإن ضاع فقير بين ظهرائي موسرين حرجوا من آخرهم ، وباؤوا بأعظم المأثم ، وكان الله ظليهم وحسيبهم . وقد قال رسول الله ﷺ : " من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يبيتن ليلة وجاره طاو (١) ، وإذا كان تجهيز الموتى من فروض الكفايات ؛ فحفظ مهج الأحياء وتدارك حشاشة الفقراء أتم وأهم " (٢) .

كما أنه ليس من العدالة أن يأكل إنسان طعام غيره ومعه ثمنه ، ولا يدفع قيمته ؛ لأنه مضطر .

هذا ، والضرورة تعتبر مانعاً من الإثم الأخروي اتفاقاً ؛ لقوله تعالى : { وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُررْتُمْ إِلَيْهِ } (٣) .

٣ - الإكراه (٤) :

من القواعد الفقهية التي صاغها فقهاؤنا في امتناع مسؤولية المكره ؛ قولهم : " يضاف الفعل إلى الفاعل لا الأمر ، ما لم يكن مجبراً " (٥) ، وهذه القاعدة استثناء من قاعدة : " الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل " (٦) ، واستثناء كذلك من قاعدة تقديم المباشر على المتسبب ،

(١) ابن حزم : المحلى (٢٠٤ / ٧) .
(٢) الحديث : رواد ابن أبي شيبة في مصنفه بلفظ : " ما يؤمن من بات شعبان ، وجاره طاو إلى جنبه " ، ابن أبي شيبة أبو بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة الكوفي العبسي (ت ٢٣٥ هـ) الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار (٦ / ١٦٤ رقم ٣٠٣٥٠) ، تحقيق : محمد عبد السلام شاهين ، بيروت - دار الكتب العلمية (الطبعة الأولى) (١٤١٦ - ١٩٩٥) .

(٢) إمام الحرمين : أبو المعالي عبد الملك بن عبد الله الجويني (٤٧٨ هـ) غياث الأمم في التياث الظلم المعروف بالغيثاني (١٠٧) ، تحقيق : خليل المنصور ، بيروت - دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى (١٤١٧ - ١٩٩٧)

(٣) جزء من الآية (١١٩) من سورة الأنعام .
(٤) انظر مذاهب الفقهاء في الإكراه وأنواعه وأحكامه : الكاساني : البدائع ، القرافي : الفروق (٢٠٨ / ٢) ، التفتازاني : شرح التلويح على التوضيح (٢ / ٣٩٤) ، ابن رجب : القواعد (٢٨٦) ، كشاف القناع (٩٨ / ٤) ، ابن حزم : المحلى (٢٠٣ / ٧) ، الزحيلي : نظرية الضرورة (٨٧) ، أحمد : ضمان المتلفات (٦٣٣) .
(٥) هذه القاعدة هي المادة (٨٩) من مجلة الأحكام العدلية ؛ وانظر شرحها وأقوال العلماء فيها في : حيدر : درر الحكام (٩٠ / ١) ، الزحيلي : القواعد الفقهية (٥١٥) ،

(٦) هذه القاعدة هي المادة (٩٥) من مجلة الأحكام العدلية ؛ وانظر شرحها وأقوال العلماء فيها في : حيدر : درر الحكام (٩٥ / ١) ، الزحيلي : القواعد الفقهية (٥٠٨) ، شبير : القواعد الكلية (٣٣٥) ،

والأمر : " قول القائل لمن دونه افعل " (١) ، أما الإكراه فهو : " حمل الغير على ما يكرهه بالوعيد " (٢) ، وعرفه الإمام التفتازاني بأنه : " حمل الغير على أن يفعل ما لا يرضاه ، ولا يختار مباشرته لو خلى ونفسه " (٣) .

ومن خلال هاتين القاعدتين نرى أن الأمر بإتلاف مال الغير يعتبر باطلاً ؛ لأنه محرم وممنوع ؛ إذ : " لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق " (٤) ، وعليه فإن تبعات هذا التصرف تلحق الفاعل المباشر ، ولكن يستثنى من ذلك ما إذا كان الأمر مشوباً بإكراه ؛ فإذا ما حمل شخص شخصاً على إتلاف مال للغير بقوة السلاح أو هنده بشيء آخر ، فإن نتائج هذا التصرف يسأل عنها الأمر المكره .

وقد قسم الفقهاء الإكراه بعدة اعتبارات (٥) ، وما يهمنا من تقسيماتهم في موضوعنا هو الإكراه الملجئ والإكراه غير الملجئ (٦) :

والإكراه الملجئ : هو الذي يخاف فيه تلف النفس أو عضو من الأعضاء .

والإكراه غير الملجئ : هو الإكراه بالحبس والضرب اليسير والتقييد .

وقال الإمام التفتازاني : " وبهذا الاعتبار يكون الإكراه إما ملجئاً بأن يضطر الفاعل إلى مباشرة الفعل خوفاً من فوات النفس أو ما هو في معناها كالعضو ، وإما غير ملجئ بأن يتمكن الفاعل من الصبر من غير فوات النفس أو العضو (٧) الجامعية " والإكراه بنوعيه لا ينافي الأهلية ؛ يقول الإمام التفتازاني : " وهو سواء كان منجئاً أو غير ملجئ لا ينافي أهلية الوجوب ، ولا الخطاب بالأداء لبفاء الذمة ، والعقل ، والبلوغ ، ولأن ما أكره عليه إما فرض أو مباح أو رخصة أو حرام ، وكل ذلك من آثار الخطاب " (٨) ، لكنه بنوعيه يعدم الرضا عند الحنفية ، ولكن الملجئ يعدم الاختيار أيضاً بخلاف غير الملجئ (٩) .

(١) الجرجاني : التعريفات (٥٣) ، وانظر : الباجي : أبا الوليد سليمان بن خلف الباجي (ت ٤٧٤) إحكام الفصول في أحكام الأصول (٧٣) تحقيق ودراسة : الدكتور عبد الله محمد الجبوري ، بيروت - مؤسسة الرسالة (١٤٠٩ - ١٩٨٩) ، الطبعة الأولى .

(٢) الجرجاني : التعريفات (٥٠) .

(٣) التفتازاني : شرح التلويح على التوضيح (٣٩٤ / ٢) .

(٤) مسلم - بشرح النووي - (١٢ / ٢٢٧ رقم ١٨٤٠) بلنظ : " إنما الطاعة بالمعروف " .

(٥) الطوالبية : فعل الغير (١٨٢) .

(٦) انظر : الزيلعي : تبيين الحقائق (١٨٢ / ٥) ، البابرتي : العناية (٢٣٩ / ٩) ،

(٧) التفتازاني : شرح التلويح على التوضيح (٣٩٤ / ٢) .

(٨) التفتازاني : شرح التلويح على التوضيح (٣٩٤ / ٢) .

(٩) ابن عابدين : حاشية ابن عابدين (١٣٠ / ٦) .

وقال الإمام البابرني عن نوعي الإكراه الملجئ وغير الملجئ : " والأول معتبر شرعا سواء كان على القول أو الفعل ، والثاني إن كان على فعل يسير فليس معتبرا ويجعل كأن المكره فعل ذلك الفعل بغير إكراه ، وإن كان على قول فإن كان قولاً يستوي فيه الجد والهزل فكذاك وإلا فهو معتبر " (١) .

وبالتسبة لحكم الضمان في حالة الإكراه ؛ فقد ذهب الحنفية (٢) والحنابلة في الأرجح عندهم (٣) إلى أن الضمان على المكره في الإكراه الملجئ ؛ لأن المستكره (بفتح الراء) ؛ كالألة مسلوب الإرادة .

أما الشافعية (٤) ؛ فالإكراه عندهم نوع واحد ، والإكراه غير الملجئ لا يعتبر إكراها عندهم ، وقد خيروا من وقع عليه الضرر بتضمين المكره والمكره ؛ لكن إن ضمن الأخير يعود بالضمان على المكره ، فحاصل قولهم أن الضمان على المكره .

وذهب المالكية (٥) والظاهرية (٦) إلى أن الضمان على المستكره ؛ لأنه كالمضطر إلى طعام الغير ؛ قال ابن العربي : " ولا ينتصب الإكراه عذرا " (٧) ، وقال ابن حزم : " الإكراه على الفعل ينقسم قسمين - : أحدهما - كل ما يبيحه الضرورة ، كالأكل والشرب فهذا يبيحه الإكراه ؛ لأن الإكراه ضرورة ، فمن أكره على شيء من هذا فلا شيء عليه ؛ لأنه أتى مباحا له إتيانه . والثاني - ما لا يبيحه الضرورة ، كالقتل ، والجراح ، والضرب ، وإفساد المال ، فهذا لا يبيحه الإكراه ، فمن أكره على شيء من ذلك لزمه القود والضمان ؛ لأنه أتى محرما عليه إتيانه " (٨) .

وخلاصة الأمر في الإكراه عند العنماء ؛ أن الإكراه الناقص أو غير الملجئ ضمانه على المستكره اتفاقاً ؛ لأنه لا يسلب الاختيار ، أما الملجئ فمن ضمان المكره عند الحنفية والشافعية والحنابلة ، ومن ضمان المستكره عند المالكية والظاهرية .

٤ - تنفيذ أمر صادر من الرئيس (٩) :

(١) البابرني : العناية (٢٣٩ / ٩) ،
(٢) الكاساني : بدائع الصنائع (٢٨٥ / ٦) و (١٧٥ / ٧) ،
(٣) ابن قدامة : المعنى (٢٩٧ / ٧) ، ابن قدامة : الشرح الكبير (٣٣٢ / ٧) ،
(٤) الغزالي : الوجيز (٢٨٩) ، ابن عبد السلام : قواعد الأحكام (١٣٢ / ٢) ،
(٥) مالك : المدونة (٢٠٩ / ٧) ، ابن العربي : أحكام القرآن (٤١١ / ١) ، ابن رشد : بداية المجتهد (٣٨٩ / ٢) ،
(٦) القرافي : الفروق (٢٦٠ / ٢) ،
(٧) ابن حزم : المحلى (٢٠٣ / ٧) .
(٨) ابن العربي : أحكام القرآن (٤١١ / ١) ،
(٩) ابن حزم : المحلى (٢٠٣ / ٧) .

من خلال ما ذكرنا في المانع السابق ، رأينا أن الأمر من رئيس أو غيره إذا كان في معصية ، فلا يجوز تنفيذه ^(١) ؛ للحديث الشريف : " لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق " ^(٢) ، ولكن إذا كان الأمر صادراً من رئيس أو حاكم ظالم أو موظف جائر ، ويعلم المأمور أنه إن لم ينفذ الأمر قتله ^(٣) أو عاقبه (ومن ذلك نقله إلى مكان ناءٍ ، أو حسم من راتبه) ، فإن امتثل المأمور الأمر فلا ضمان عليه ^(٤) .

وحتى ينتفي الضمان عن الفاعل المباشر ، ويسأل المتسبب (وهو الأمر) لا بد من توافر الشرطين التاليين ^(٥) :

١ - أن يكون المأمور به جائز الفعل ؛ إذ لا طاعة في الحرام .

٢ - أن يكون الأمر ذا ولاية على المأمور .

ومثل الرئيس والمرؤوس في عدم ضمان المأمور ؛ طاعة الابن لأبيه ؛ فالضمان على الأب ، وكذلك المفتي مع المستفتي ؛ فإذا أمر المفتي المستفتي بالإتلاف ثم تبين خطؤه ؛ فالضمان على المفتي ؛ لوجوب طاعته ، لأنه مبدى لحكم الله .

قال ابن عابدين : " واعلم أن الأمر لا ضمان عليه بالأمر إلا في ستة : إذا كان الأمر سلطاناً ، أو أباً ، أو سيدياً ، أو المأمور صليبيةً ، أو أعيداً أمره بإتلاف مال غير سيده ، وإذا أمره بحفر باب في حائط الغير عزم الحافر ورجع على الأمر ^(٦) " وأرى أن يضاف على ما ذكره العلامة ابن عابدين : " أو زوجاً " ؛ فطاعة الزوجة لزوجها كطاعة الولد لأبيه .

٥ - إذن ولي الأمر ^(٧) :

(٩) فيض الله : المسؤولية التقصيرية (٢٤٨) ، فيض الله : الضمان (١٩٨) .

(١) فيض الله : المسؤولية التقصيرية (٢٤٨) ،

(٢) الحديث سبق تخريجه ، وهو بهذا اللفظ في مصنف ابن أبي شيبة ؛ انظر : ابن أبي شيبة : المصنف (٧ / ٧٣٧) .

(٣) هذه المسألة كما يصورها الفقهاء سابقاً (بناءً على عرفهم) تختلف عن صورتها اليوم ؛ إذ لم تعد هناك صورة المسؤول المتسلط الذي يأمر بالقتل والإتلاف حسب هواه ، بل الأمر بالقتل والإتلاف (والقتل خاصة) بحاجة إلى قرارات إدارية على أرفع المستويات (عقوبة الإعدام في الأردن بحاجة إلى صدور الإرادة الملكية السامية) ، ثم الموظف اليوم لا يخضع عمله لتهديد فلان أو فلان ، وإنما يخضع لقوانين ومراسيم صادرة من أهل الاختصاص ، فالمسألة في تكيفها الفقهي السابق إلى الإكراه أقرب منها إلى تنفيذ أمر الرئيس .

ولكن لا مانع من التفصيل السابق الذي ذكرته في المتن ؛ إذ لا فرق ، والاختلاف في الصور سببه اختلاف العرف ، وهو مما لا ينكر ، ولهذا رأيت العلامة الأستاذ الدكتور فيض الله يذكر الصور الفقهية القديمة في كتابه المسؤولية التقصيرية ، ويذكر الصور المعاصرة في كتابه نظرية الضمان .

(٤) فيض الله : المسؤولية التقصيرية (٢٤٩) .

(٥) فيض الله : الضمان (١٩٨) .

(٦) ابن عابدين : حاشية ابن عابدين (٦ / ٢١٤) .

(٧) فيض الله : المسؤولية التقصيرية (٢٥٢) ، فيض الله : الضمان (٢٠٠) ، الزرقا : الفعل الضار (١٠٥) .

قال العلامة الشيخ مصطفى الزرقا في تعليقه على نصوص القانون المدني الأردني المتعلقة بموانع المسؤولية : " بحث الفقهاء بعض موانع أخرى (سوى الدفاع المشروع) تنتفي معها المسؤولية عن الفعل الضار ، والقانونيون لا يذكرونها هنا ؛ فأرى من المناسب إضافتها إلى هذه المادة (١) ، وهذه الموانع هي : إذن صاحب الحق ، وإذن ولي الأمر " (٢) .

وقد ذكر الأستاذ الدكتور فيض الله أمثلة لهذا المانع ، منها : ما لو حفر بئراً في الطريق بإذن الإمام ، أو بنى فيها قنطرة ، جاز له ذلك ولا ضمان عليه ، ومنها ما لو كانت سفينة واقفة على الشط فجاءت سفينة فصدمتها ؛ فالضمان على قيم السفينة القادمة ؛ لأن الإمام أن لأرباب السفن بإيقاف السفن على الشط ، فلا يكون فعلهم تعدياً (٣) ، وقال الإمام البغدادي : " وضع شيئاً في الطريق للبيع فتلف به شيء ؛ يرى لو قعد بإذن السلطان ، وإلا ضمن " (٤) .

ويرى الباحث أن هذا المانع إما يتعلق بموانع المسؤولية فيما إذا كان الإضرار بالتسبب فقط ؛ إذ مر معنا في فصل الشروط ؛ شروط التسبب ، وأن منها ألا يكون الإضرار تعدياً ، وبإذن الإمام ينتفي التعدي فلا ضمان (٥) .

أما إذا كان الإضرار مباشرة فلا يعتبر إذن الإمام مانعاً من المسؤولية ؛ وذلك كمن يفقد سيارته بترخيص من السلطات في طريق استمواخ به فتلف شيئاً ؛ فإنه ضامن ، إذ المباشرة لا يشترط فيها تعدي ولا تعدد كمار هو معلوم . الرسائل الجامعية

٦ - الإذن في التصرف في ملك الأذن أو حقه (٦) :

رأينا سابقاً أن الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل ، ولو حصل لكان الضمان على المأمور ؛ لأنه مباشر ، وقد استثنى من ذلك بعض صور ؛ كأن يكون الأمر مشوباً بإكراه ، أو أن يكون الأمر أباً أو سيدياً أو سلطاناً ؛ لأن الأصل أن : " التصرف في ملك الغير باطل " .

ولكن ماذا لو كان الأمر بالتصرف في ملك النفس لا الغير ؟ جاء في فتاوى الإمام النووي : " إذا قال لرجل : اقتلني ؛ فقتله ، ماذا يجب عليه من الدية أو الكفارة ؟ أجاب : إذا

(١) المراد المادة (٢٦٢) من القانون المدني الأردني .

(٢) الزرقا : الفعل الضار (١٠٥) .

(٣) فيض الله : المسؤولية التقصيرية (٢٥١) .

(٤) البغدادي : مجمع الضمانات (١٨١) .

(٥) انظر صفحة (٢١٤) من الرسالة .

(٦) فيض الله : المسؤولية التقصيرية (٢٥١) ، فيض الله : الضمان (١٩٩) ، الزرقا : الفعل الضار (١٠٥) ،

كان المقتول حراً ؛ فلا دية فيه ولا فصاص ، وتجب الكفارة ^(١) ، فلو كان الإذن مانعاً في الدماء ؛ فجوازه في الأموال أوى . ووافق المالكية الشافعية في الأموال نون الدماء ؛ فقال الدسوقي في حاشيته على الشرح الكبير : " ولو قال المقتول لقاتله : إن قتلتني أبرأتك فقتله ، فلا يبرأ القاتل بذلك ؛ لأنه أسقط حقاً قبل وجوبه " ^(٢) ، وقال أيضاً فيما لو قال له : " أحرق (أو اخرق) ثوبي أو ألقه في البحر فلا قيمة عليه " ^(٣) .

كما أن الرضا بالشيء يستتبع الرضا بما يتولد عنه ؛ فقد جاء في الأشباه والنظائر للإمام السيوطي : " الرضا بالشيء رضا بما يتولد منه " ^(٤) ، ومثلها قاعدة : " المتولد من مأذون فيه لا أثر له " ^(٥) ، ومما ضربه الإمام السيوطي من أمثلة على هاتين القاعدتين قوله : " أنن المرتهن للراهن في ضرب العيد المرهون فهلك في الضرب ؛ فلا ضمان ؛ لأنه تولد من مأذون فيه ؛ كما لو أنن في الوطء فأحبيل " ^(٦) .

وبشترط لانقضاء الضمان حالة الإذن بالإتلاف ما يلي ^(٧) :

١ - أن يكون الشيء المأذون بإتلافه مملوكاً للأنن .

٢ - وأن يكون الأذن بحيث يملك التصرف فيه .

وعليه فلو أمر المالك بالإتلاف وكان صبيّاً ؛ فالضمان على المتلف ، ولو كان الأمر الوصي على الصبي ؛ فلا ضمان على المتلف ؛ لأن الوصي يملك التصرف .

المطلب الثاني : الموانع المتعلقة بالسببية :

١ - الأفة السماوية ^(٨) :

والأفة السماوية : هي التعبير الفقهي الذي استعمله فقهاؤنا للدلالة على القوة القاهرة والحادث المفاجئ المستخدمين في القانون الوضعي ^(٩) ، وقد جمع القانون المدني الأردني بين المصطلح الفقهي السابق والمصطلح القانوني المعاصر ؛ فنصت المادة (٢٦١) - التي تحدثت

(١) النووي : الإمام أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (ت ٦٧٦ هـ) فتاوى الإمام النووي المسمى : المنثورات وعيون المسائل المهمات (١١٤) ، تحقيق : عبد القادر أحمد عطا ، بيروت - مؤسسة الكتب الثقافية ، الطبعة الثالثة (١٤١٤ - ١٩٩٣) .

(٢) الدسوقي : حاشية الدسوقي (٤ / ٢٤٠) ، وإليه ذهب الحنفية أيضاً ، انظر : ابن عابدين : حاشية ابن عابدين .

(٣) الدسوقي : حاشية الدسوقي (٤ / ٢٤٠) .

(٤) السيوطي : الأشباه والنظائر (٩٧) .

(٥) السيوطي : الأشباه والنظائر (٩٧) .

(٦) السيوطي : الأشباه والنظائر (٩٧) .

(٧) فيض الله : الضمان (١٩٩) .

(٨) الزحيلي : الضمان (٣٣) ، فيض الله : المسؤولية التقصيرية (٣٤٠) ، فيض الله : الضمان (١٠٦) .

(٩) فيض الله : المسؤولية التقصيرية (٣٤٠) ، الزرقا : الفعل الضار (٩٦) .

عن هذا المانع - : " إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه ؛ كافة سماوية ، أو حادث فجائي ، أو قوة قاهرة ، أو فعل الغير ، أو فعل المتضرر ، كان غير ملزم بالضمان ، ما لم يقض القانون أو الاتفاق بغير ذلك " .

وقد مر معنا أن من شراح القانون الوضعي من فرق بين القوة القاهرة والحادث المفاجئ ، ومنهم من اعتبرهما اسمين لمسمى واحد (١) ، وكذلك الأمر بالنسبة لفقهاء الشريعة المعاصرين ؛ إذ اعتبرهما الأستاذ الدكتور فيض الله شيئاً واحداً ، بينما فرق بينهما الأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي ؛ فقال في تعريف القوة القاهرة : " فهي أن يحصل التلف بقوة لا يستطيع الإنسان دفعها ، وليس في إمكانه الاحتراز عنها " (٢) ، وقال في الحادث المفاجئ : " فهو أن يحصل التلف بفعل يقدر الإنسان على دفعه ، ولكنه فوجئ به في مكان مأمون عادة " (٣) .

أما العلامة الزرقا فقد اشتد نكيره على هذين التعبيرين المستخدمين في القانون ، واعتبارهما موانع في الفقه الإسلامي ؛ ذلك أن نظرية الضمان أو المسؤولية في الفقه الإسلامي تأخذ المنحى المادي لا الشخصي في ترتيب المسؤولية - ولذلك فهي ترتب المسؤولية على المجانين والصبيان - ، وأنها تبني الضمان على تقسيم الفاعل إلى مباشر ومتسبب (٤) .

مكتبة الجامعة الأردنية
مركز أبحاث الرسائل الجامعية

ثم رتب على هذا القول : بأن الشريعة الإسلامية التي لم تعتبر الصغر والجنون موانع ، فإنها لم تجعل القوة القاهرة مانعاً ، قال الزرقا : " واضح أننا ما دمنا أخذنا بأن مسؤولية غير المميز هي مسؤولية أصلية (ولا تمنع قيام مسؤولية تبعية معها على المكلف برعايته) لم يبق مجال لإعفاء المباشر أو المتسبب بحجة القوة القاهرة ، ما دام أن عدم التمييز ليس مسقطاً للمسؤولية " (٥) .

ثم أضاف الزرقا : " ولو أننا استعرضنا الأمثلة التي يذكرها القانونيون للسبب الأجنبي ، لوجدنا أن الفقه الإسلامي يعالجها ولكن بطريقة أخرى " (٦) .

(١) انظر صفحة (٢٢٨) من الرسالة .

(٢) الزحيلي : الضمان (٣٣) .

(٣) الزحيلي : الضمان (٣٣) .

(٤) الزرقا : الفعل الضار (٩٦) .

(٥) الزرقا : الفعل الضار (٩٧) .

(٦) الزرقا : الفعل الضار (٩٧) .

- فإذا توسط السبب الأجنبي بين الفعل الضار والضرر ، فيكون قد نقل الفعل الضار إلى نطاق التسبب وتطبيق فيها أحكامه .
- وإذا كان السبب الأجنبي من قبيل العوامل الطبيعية ؛ كالسائق الذي انههر بصره ببرق خاطف فلم يعد يرى شيئاً فأصاب شخصاً ، فإنه لا يعفى من المسؤولية ؛ لأنه أولى من الضحية يتحمل المصاب .
- وإن كان الذي بهره نور خاطف من سيارة مقابلة ، فهذا يعالج في إطار تعدد الأسباب .
- وإذا كان السبب الأجنبي هو فعل المضرور نفسه ؛ كمن ألقى بنفسه أمام سيارة فدهسته ، فهذا يدخل تحت ما يسمى تعدد الأسباب ؛ فإن لم ينسب إلى السائق خطأ أو تقصير ؛ فالضمان على المضرور وحده ، وإن كان السائق مسرعاً ، فيعالج الموضوع تحت إطار تعدد الأسباب .
- كما علق على الأمثلة التي ذكرها الدكتور السنهوري لبيان القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ ؛ كاتفجار آلة أو انكسار عجلة ، فهذا مما لا يمنع مسؤولية السائق في الفقه الإسلامي ؛ إذ الضمان في الفقه الإسلامي يستوي فيه الخطأ والعمد .
- وأخيراً فقد قرر العلامة الزرقا تأثير القوة القاهرة أو الآفة السماوية في صورة واحدة ، وهي : ما إذا ألغت هذه الآفة السماوية أو القوة القاهرة عمل المباشر وجعلته مجرد أداة لا إرادة له ؛ كما لو ألقى الريح (أو الإعصار) شخصاً على شيء فأنثفه ، أو على شخص فأذاه ، فلا ضمان عليه ؛ كالإعصار الذي يقطع شجرة ويلقيها على سيارة فتتلف ، فالضمان على صاحب السيارة .
- كما علق الشيخ الزرقا الفرق بين من يمشي فينزلق على شيء لآخر فيتلفه ، وبين من تلقى الريح على شيء فيتلفه ؛ فالأول ضامن بخلاف الثاني ، علل هذا بأن الماشي وإن لم ينزلق بإرادته فهو ماش بإرادته ، ولو تحرز في المشي ما انزلق ، بخلاف الآخر .
- وبعد هذا الكلام الذي نقلته عن السادة العلماء ؛ الأستاذ الدكتور فيض الله والأستاذ الدكتور الزحيلي والعلامة الزرقا ؛ فإنني أرى بالنسبة للآفة السماوية ما يلي :
- ١ - التفريق بين القوة القاهرة والحادث المفاجئ .

٢ - عدم اعتبار الحادث المفاجئ من موانع المسؤولية .

٣ - أما القوة القاهرة ؛ فأرى أن يفرق بين صورتين منها ؛ فإن كانت القوة القاهرة لا تعتم إرادة المباشرة فهو ضامن ، وإن أعدمته وجعلته مجرد آلة أو أداة ، فيمتنع الضمان للقاعدة الفقهية : " ما لا يمكن الاحتراز عنه لا ضمان فيه " ، وذلك كما جاء عن الإمام البغدادي : " ازدحموا يوم الجمعة ، فدفع بعضهم بعضاً ، فوقع على زجاج الخزاف وقنوره فانكسرت ، يضمن الدافع ؛ إن انكسرت بقوة دفعه " (١) .

٢ - خطأ المصاب وخطأ الشخص الثالث (٢) :

ذكر الأستاذ الدكتور فوزي فيض الله أمثلة من أحكام الفقهاء السابقين على مثل هذا النوع ، فقال : " إذا تعمد رجل أن يزلق على خشبة وضعها رجل في الطريق ، أو تعمد أن يلقي نفسه عمداً في بئر حفرها رجل على الطريق ، فكل ذلك لا يوجب الضمان على واضع الخشبة والحجر وحافر البئر ؛ إذ ذلك طريان المباشرة على التسبب ، وهي تتسوخ " (٣) .

ومن الأمثلة التي ذكرها أستاذنا الدكتور وهبة الزحيلي على خطأ الشخص الثالث : " لو فتح شخص باب دار ، فسرق آخر منه متاعاً ، لم يضمن الفاتح ؛ سواء سرق عقيب الفتح أم بعده ، وكذا لو حل رباط دابة ، أو فتح باب قفص ، فأخذ الدابة أو الطير آخر ، لم يضمن الفاتح " (٤) .

كما نقل الأستاذ الدكتور الزحيلي عن الإمام البغدادي في مجمع الضمانات : " رجل حفر بئراً في الطريق ، فألقى رجل نفسه فيها متعمداً ، لا يضمن الحافر " (٥) ، ثم علق أستاذنا الزحيلي على هذا النص بقوله : " أي لأنه إذا اجتمع المباشر والمتسبب أضيف الحكم إلى المباشر ، فلا ضمان على حافر البئر تعدياً ، بما تلف بإلقاء غيره فيه " (٦) .

(١) البغدادي : مجمع الضمانات (١٤٩) .

(٢) فيض الله : المسؤولية التقصيرية (٣٤٢) ، فيض الله : الضمان (١٠٦) ، وقد جمعتهما تحت عنوان واحد لأن صورة المسألة واحدة ، فلا فرق في السبب الأجنبي أن يكون فعل المضرور نفسه أو فعل شخص ثالث ، فالنتيجة واحدة .

(٣) فيض الله : المسؤولية التقصيرية (٣٤٣) ، وانظر : فيض الله : الضمان (١٠٦) .

(٤) الزحيلي : الضمان (٣٦) .

(٥) البغدادي : مجمع الضمانات (١٨٠) .

(٦) الزحيلي : الضمان (٣٦) .

والذي يراه الباحث أن هذه الأمثلة التي ذكرها الأستاذان الفاضلان الأستاذ الدكتور فيض الله والأستاذ الدكتور الزحيلي لا تنطبق على ما نحن بصدده ، وإنما هي من قبيل اجتماع المباشرة والتسبب .

وأستطيع أن أمثل لذلك بما إذا كان أحد الناس يملك محلولاً كيميائياً غير خطير إذا بقي وحده ، وشخص آخر يملك مادة أخرى غير سامة وحدها كذلك ، ولكن باجتماع المادتين ينتج منهما مادة سامة أو ضارة ، فاتحدت مادتا الرجلين ^(١) فأتلقت شيئاً لأحدهما ، فيكون سبب الضرر اشتراك فعل المدعى عليه مع فعل المضرور .

ونفس المثال السابق ينطبق على صورة خطأ الرجل الثالث ، لكن إذا كان صاحب أحد المحلولين شخص ثالث غير المضرور والمدعى عليه .

وفعل المضرور أو الشخص الثالث يمكن أن يعالج في قضية تعدد الأسباب ؛ إذ لا يهمننا في الأسباب أن يكون بعضها للمضرور أو شخص ثالث أو رابع ، المهم أنها أسباب تصافرت على إيقاع الضرر .

وسأتناول الآن البحث في مسألتين تعدد الأسباب وتسلسل النتائج في الفقه الإسلامي ، موجزاً البحث الكلام فيهما ؛ لعلاقتيهما بفعل الغير كما سبق ذلك في المبحث الأول .

مركز ابحاث الرسائل الجامعية

أولاً : تعدد الأسباب ^(٢) :

بحث فقهاؤنا مسألة تعدد الأسباب ، وذكروا لذلك حالين ؛ الحال الأولى : أن يكونوا جميعاً مباشرين أو متسببين ، والحال الثانية : أن يكونوا مختلفين ؛ بعضهم مباشر والآخر متسبب .

الحالة الأولى : الاتحاد في النوع :

ففي الحال الأولى وهي كون اعتدائهم من نوع واحد ؛ إما أن يكونا مباشرين وإما أن يكونا متسببين ، إلا أن فعلهما قد يكون بنفس القوة ، وقد يختلف الفعل قوة وضعفاً ؛ فهما صورتان :

(١) بصورة المثال تقتضي بأن اجتماع المادتين كان بقوة لا شأن لصاحبي المادتين بها ؛ كالريح ، أو أنهما هما من قام بعملية الخلط ، أما إذا خلط المادتين أحدهما أو شخص ثالث فهو المسؤول ؛ لأنه مباشر .

(٢) البغدادي : مجمع الضمانات (١٨١) ، ابن رجب : القواعد (٣٠٧) ، الزحيلي : الضمان (٣٧) ، فيض الله : المسؤولية التقصيرية (٣٢٦) ، فيض الله : الضمان (٩٨) ، الزرقا : الفعل الضار (١١٢) ، الخفيف : الضمان (٩٠) ، الطوالبية : فعل الغير (١٧٠) .

أ - الاتحاد في النوع وفي القوة :

كما لو اشترك اثنان في حفر بئر فسقط فيها شخص ثالث فالضمان عليهما أنصافاً ، أو لو أطلقا عليه النار ولم يعلم برصاصة أيهما قتل (١) ، ومثاله - أيضاً - كما قال الشيخ الخفيف : " كجماعة اشتركوا في حمل حجر ثم ألقوه على إبناء فكسروه ، أو على حيوان فنفق " (٢) ، وفي هذا ما أثر عن سيدنا عمر ر : " والله لو تمالاً عليه أهل صنعاء لقتلتهم جميعاً " (٣) ، وفي هذا يقول الإمام النووي : " وجد من شخصين معاً فعلان مزهقان منصفان ؛ كحز وقد فقأتلان " (٤) .

ب - الاتحاد في النوع والاختلاف في القوة :

أما إن اتحد عملهم واختلف قوة وضعفاً ؛ كما لو حفر شخص حفرة في الطريق العام ، وجاء آخر فوسع رأسها ، أو عمق أسفلها (٥) ، فتردى فيها إنسان أو حيوان ؛ فالقياس عند الحنفية وهو قول محمد الاعتداد بالسبب القوي ، فيضمن الأول (٦) ، وإليه ذهب الشافعية (٧) ؛ قال الإمام الرملي : " فإن ذفف أحدهما فقط فهو القاتل فلا يقتل الآخر " (٨) .

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية

(١) إذا تبين فعل كل شريك ، كان ضمان كل فعل على صاحبه ؛ يقول الإمام البغدادي في صورة البئر التي يحفرها شخص ، ويوسع رأسها آخر : " تأويل المسألة : إن الثاني وسع رأسها بحيث يعلم أن الساقط إنما وضع قدمه في موضع بعضه من حفر الأول وبعضه من الثاني ؛ فأما إذا وسع الثاني رأسها بحيث يعلم أنه إنما وضع قدمه في الموضع الذي حفره الثاني ، كان الضمان على الثاني " ، البغدادي : مجمع الضمانات (١٨٠) .

(٢) الخفيف : الضمان (٩٠) ، وانظر : الزرقا : الفعل الضار (١١٢) .
(٣) رواه بهذا اللفظ ؛ مالك : الموطأ - بشرح ابن عبد البر " الاستذكار " - (٩ / ٣٩٣ رقم ٢٤٨٨) ، الدارقطني : سنن الدارقطني (٣ / ٢٠٧) ، ابن أبي شيبة : المصنف (٥ / ٤٢٩) ، عبد الرزاق : المصنف (٩ / ٤٧٥) ، البيهقي : سنن البيهقي (٨ / ٤٠ ، ٤١) ، وقال الإمام ابن عبد البر : " هذا الخبر عند أهل صنعاء موجود معروف " ، ابن عبد البر : الحافظ أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري الأندلسي (ت ٤٦٣ هـ) الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ من معاني الرأي والآثار ، وشرح ذلك كله بالإيجاز والاختصار (٩ / ٣٩٣) تحقيق : حسان عبد المنان د . محمود أحمد القيسية .

وهو من رواية البخاري بلفظ : " لو اشترك فيها أهل صنعاء لقتلتهم " ، البخاري - بشرح ابن حجر - كتاب الديات ، باب إذا أصاب قوم من رجل هل يعاقب (قال ابن حجر : كذا للأكثر ، وفي رواية يعاقبون) أم يقتص منهم كلهم (١٢ / ٢٨٠ حديث رقم ٦٨٩٦) .
(٤) النووي : المنهاج - بشرح الشربيني - (٤ / ١٢) .

(٥) بعض العلماء يضرب هذا المثال على الحالة الأولى ، وهي الاتحاد في النوع والقوة ، وبعضهم يضربه على هذه الصورة ، وهي : اتحاد النوع واختلاف القوة ، أقول : وحتى يتم التوفيق بين القولين يجب أن يعتبر ضرب المثال في الحالة الأولى بأن عملهما متساو ؛ كأن حفر الأول نصف متر ، ثم حفر الثاني مثلها ، وفي الصورة الثانية ؛ يكون الأول حفر معظمها ، وزاد الثاني عليها قليلاً ، أو حفرها بقطر مقداره متر ، ثم وسع الآخر عمقها عشرة سنتمترات أخرى وفي هذا يقول الإمام البغدادي : " ولو حفر بئراً في الطريق ثم جاء آخر فوسع رأسها ، فسقط فيها إنسان ومات ، كان الضمان عليهما أنصافاً " البغدادي : مجمع الضمانات (١٨٠) .

(٦) البغدادي : مجمع الضمانات (١٨٠) .

(٧) الرملي : نهاية المحتاج (٧ / ٢٦٢) . الشربيني : مغني المحتاج (٤ / ١٢) .

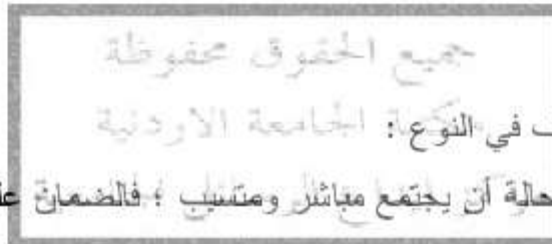
(٨) الرملي : نهاية المحتاج (٧ / ٢٦٢) .

والاستحسان ؛ الاعتداد بالأسباب التي أدت إلى الضرر جميعاً - قلت أو كثرت - وتوزيع الضمان عليها بحسب القوة والضعف وهو رأي الشيخين منهم ^(١) ، المالكية ^(٢) ، والحنابلة ^(٣) ، جاء في المدونة : " قلت : رأيت إن كانوا محاربين قطعوا على الناس الطريق فقتلوا رجلاً قتله واحد منهم ، إلا أنهم كانوا أعواناً له في تلك الحال ، إلا أن هذا الواحد منهم ولي القتل حين زاحفهم ، ثم تابوا وأصنعوا ، فجاء ولي المقتول يطلب دمه ، أيقتلهم كلهم أم يقتل الذي قتل وليه وحده ؟ قال : قال مالك : يقتلوا كلهم إذا أخذوا على تلك الحال " ^(٤) .

وكما لو فك شخص وثاق دابة ، وفتح آخر باب الإسطيل وهربت الدابة فأنفتت أو تنفت ؛ فالضمان على الفاتح وحده عند الجمهور وقياس الحنفية وهو قول محمد منهم ؛ لأن الفتح أقوى من الحل ؛ إذ لو حلت الدابة وبقي الباب مغلقاً ما هربت ^(٥) .

وفي استحسان الحنفية يشتركون في الضمان .

وهذان القولان عند الحنفية هما عين ما توصل إليه الفكر القانوني الوضعي في هذا المجال .



ويقصد بهذه الحالة أن يجتمع مباشر ومتسبب ؛ فالضمان على المباشر ، وعليه فيكون وجود المباشر مانعاً من مساءلة المتسبب ، ومثال ذلك من حفر بئراً فألقى فيها شخص نفسه متعمداً ؛ فالضمان عليه .

وعليه فيكون وجود المباشر مانعاً من موانع مسؤولية المتسبب ^(٦) .

هذا هو الأصل في المسألة ، إلا أن هناك استثناءات من هذا الأصل ؛ فقد يضمن المتسبب وقد يشتركان في الضمان .

أولاً : ما يكون الضمان فيه على المتسبب وحده ^(١) :

(١) البغدادي : مجمع الضمانات (١٨٠) .
 (٢) الإمام مالك : المدونة (٥٥٤ / ٤) ، الدسوقي : حاشية الدسوقي (٢٤٩ / ٤) ، القرافي : الفروق (٢٠٨ / ٢) .
 (٣) البهوتي : الروض المربع (٥٣١) ، ابن رجب : القواعد (٢٨٥) .
 (٤) الإمام مالك : المدونة (٥٥٤ / ٤) .
 (٥) الطوالة : فعل الغير (١٧١) .

(٦) القرافي : الفروق (٢٠٨ / ٢) .

يضمن المتسبب وحده في حالات ، أهمها :

١ - إذا انعدمت إرادة المباشر :

إذا انعدمت إرادة المباشر ، بحيث كان المباشر مجرد آلة بيد المتسبب ، كان الضمان على المتسبب ، والأمثلة على ذلك كثيرة ؛ منها :

المثال الأول : ما روي سيدنا علي τ في رجلين شهدا على رجل بالسرقة ، فقطعه علي τ ، ثم أتيا بأخر فقالا : هذا الذي سرق وأخطأنا في الأول ، فلم يجز شهادتهما على الآخر وأغرمهما دية الأول (أي دية يده) ، وقال : " لو علمت أنكما تعمدتما لقطعتكما " (٢) .

ووجه الشاهد من المثال : أن الإمام علياً τ لم يجعل دية المقطوع من بيت المال ، مع أن الإمام هو المباشر ، وإنما جعلهما على الشاهدين ، وهما متسيبان .
وهذا المثال وإن كان في الجنایات ، فللقياس عليه مورد ، بأن كان المشهود عليه مالا أو متاعا .

المثال الثاني : إذا أوقف شخص سيارته في مكان مأذون بالوقوف فيه من قبل السلطات المختصة ، فجاءت سيارة مسرعة فصدمتها وحركتها من مكانها فارتطمت بحائط فهدمته ، أو دابة فزهقتها ؛ فإن الضمان على المتسبب دون المباشر ؛ لأن المباشر حالتئذ متعمدة إرادته ، والفعل الأقوى في الإلتلاف كان فعل المتسبب .

كما يصدق على هذه الصورة من انعدام إرادة المباشر ؛ ما تتلفه العجاوات إن كان لها سائق أو قائد أو عليها راكب ؛ فالضمان على هؤلاء دونها ، ومنها صور الإكراه ؛ إذا الضمان على المتسبب المكره ؛ لأن المكره متعمدة إرادته ، كما سبق معنا .
ثانياً : ما يكون الضمان فيه مشتركاً بينهما :

ويشتركان في الضمان إذا كان السبب مما يعمل بانفراده ، ومن أمثلة ذلك :

المثال الأول : كما لو وضع إنسان السم في طعام حيوان مملوك ، وجاء آخر فأطلق عليه النار ، فالضمان عليهما ؛ لأن كلا من فعل المباشر والمتسبب كافٍ لإحداث التلف .

المثال الثاني : ما لو كان شخص يتدرب في سيارة لتعليم قيادة السيارات للحصول على رخصة قيادة عمومية ، فدهس المتدرب متاعاً أو بهيمة ، فالضمان عليهما جميعاً ؛ لأنه وإن كان المتدرب هو الذي باشر التلف ، فإن كل واحد منهما _ المدرب و المتدرب _ يستطيع تلافياً

(١) انظر المباشرة والتسبب وأحوالهما في : ابن نجيم : الأشباه والنظائر (١٩٠) ، حيدر : شرح المجلة (١ / ٩١) ، الزرقا : المدخل الفقهي (١٠٤٧ / ٢) ، الزحيلي : الضمان (١٨٨) ، الزحيلي : القواعد الفقهية (٤٢٣) ، الكردي : المدخل الفقهي (١١٣) ، شبير : القواعد الكلية (٣١٥) .
(٢) البيهقي : السنن الكبرى (١٠ / ٢٥١) .

الحادث ، وهذا يخلاف ما لو كان المتدرب يريد الحصول على رخصة قيادة خصوصية ؛ فالمسؤولية على المدرب ، وانفرق بين الحاليتين واضح ؛ فالذي يريد رخصة القيادة الخصوصية لازال مبتدئا في هذا الفن ومدربه على علم بذلك أو يفترض أنه يعلم ذلك ، أما الرخصة العمومية فإن المتدرب لا يتقدم لنيلها إلا إذا كان حاصلا على رخصة خصوصية ؛ فادعاؤه عدم المسؤولية لا يفيد .

ثانيا : تسلسل الأضرار أو النتائج (١) :

أما تسلسل النتائج فهو : أن تتعدد الأضرار التي نشأت عن فعل واحد ، فيضمن جميع الأضرار التي كان لفعله أثر فيها فإن انقطع عمله بتدخل سبب آخر فلا يضمن ، ومثال ما بقي أثر فعله - كما نص الحنفية - إذا سقط حائط إنسان على حائط إنسان آخر ، فسقط الحائط الثاني على رجل فقتله ؛ كان ضمان الحائط الثاني والقتيل على صاحب الحائط الأول ؛ لأن تسبب حائطه لم ينقطع .

ومثاله من عالم اليوم : شخص يفود سيارته بسرعة ، ففوجئ بالإشارة الضوئية الحمراء فأراد الوقوف فلم يستطع ، فارتطم بالسيارة التي أمامه ، وارتطمت هذه من قوة الصدمة بالتي أمامها ، وارتطمت الأخيرة بعمود للكهرباء أو الهاتف ، فيكون ضمان السيارات جميعها وعمود على صاحب السيارة الأولى .
 ومثال ما انقطع أثر فعله ، أو تدخل سبب فاصل بين المتسبب والضرر الثاني فما بعده ، ما لو حفر أحدهم بئرا في الطريق ، فسقط رجل فيها فتعلق برجل آخر ، ثم تعلق الآخر بالآخر فماتوا جميعاً ، فدية الأول فقط على الحافر دون الباقيين ؛ لأنه انقطع ما بين تسببه ووقوعهم ، ودية الثاني تكون على الواقع الأول ؛ لأنه الذي دفعه ، ودية الثالث على الثاني ، وهكذا .

(١) فيض الله : المسؤولية التقصيرية (٣٣٨) ، وزارة الأوقاف الكويتية : الموسوعة الفقهية (٢٢٥ / ٢٨) .

المبحث الثالث

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز أبحاث الرسائل والفنون الجامعية

المبحث الثالث : الموازنة

تتشابه موانع المسؤولية في الفقه الإسلامي إلى حد كبير مع موانع المسؤولية في القوانين الوضعية ؛ خاصة في مانع الدفاع الشرعي ، وتنفيذ أمر الرئيس ، وما يجيزه القانون (أو ما يسمى فقهاً بإذن ولي الأمر) وفي حالة رضا المصاب ، إلا أن الفقه الإسلامي يمتاز عن القوانين الوضعية في حالة الإكراه التي لم يذكرها الشراح ، وفي حالة الضرورة .

الإكراه :

إن مما يؤخذ على القانون الوضعي عدم جعله الإكراه مانعاً من موانع المسؤولية ، والإكراه أولى بأن يكون مانعاً من تنفيذ أمر صادر من مسؤول ؛ خاصة إذا كان الإكراه ملجئاً ، بل إن سطوة المكره قد تكون أشد من سطوة المسؤول في العمل .

حالة الضرورة :

أما الضرورة فسأناقشها من خلال النقاط التالية :

لا تعتبر حالة الضرورة من موانع المسؤولية بالمعنى الدقيق في القوانين الوضعية ، وإنما تعتبر ظرفاً مخففاً ، كما نصت على ذلك القوانين المصري والسوري والجزائري (١) .

• والذي يراه الباحث أن هذا الشرط لا داعي له أصلاً ؛ لأننا لسنا بصدد عقوبة حتى تكون مخففة أو مغلظة ، وإنما نحن أمام فعل ضار ، ويلتزم مرتكب الفعل الضار بجبر الضرر، سواء أكان مضطراً لإيقاع هذا الفعل أم لا ، ولهذا فقد أحسن المقتن الأردني في عدم إيرادها كما فعلت القوانين المصري والسوري والجزائري .

يؤيد هذا أن حالة الضرورة في القوانين الوضعية تقرب إلى حد بعيد من الدفاع الشرعي ؛ إذ مما ضربه بعض الشراح من أمثلة على الضرورة : من يدفع عن نفسه ثوراً هائجاً (٢) ، وعليه فشرط الدفاع يغني عن اشتراط الضرورة .

وإنما يصح إيراد الضرورة في قانون العقوبات ؛ لأنها تنفي الركن المعنوي للجريمة ، وتمنع مسؤولية الفاعل (٣) .

(١) انظر صفحة (٢٢٤) من الرسالة .

(٢) انظر صفحة (٢٢٤) من الرسالة .

(٣) حمزة : العمل غير المشروع (٨١) .

ولا يرد على هذا أن الشريعة الإسلامية قد اعتبرت الضرورة مانعاً من المسؤولية ؛ لأن الضرورة في الفقه الإسلامي ليست مانعاً من التعويض كما هو الراجح ، وإنما هي مانع من الإثم الأخرى ، لأنها شريعة دينية ، أما في القوانين الوضعية فالضرورة وعدمها سواء .

• كما يرى الباحث أن في اعتبار الخطأ أساساً للمسؤولية ، مع اعتبار الضرورة ظرفاً مخففاً تناقض في انقوائين الوضعية ؛ إذ للمضطر أن يدفع المسؤولية عن نفسه بأنه لم يخطئ ، وهم يرتبون المسؤولية على الخطأ ، فعلام يسأل ؟ أما مع اعتبار الضرر أساساً للمسؤولية فلا تناقض .

خطأ المضرور :

كما أن الشروط التي اشترطها القضاء الفرنسي لاعتبار فعل المضرور سبباً للإعفاء (وهي نفس شروط القوة القاهرة) ، وهي : أن يكون الفعل غير متوقع ، وألا يكون بالإمكان دفعه ، شروط قاسية ، وفي مساواة خطأ المضرور بالقوة القاهرة ظل في التشريع ؛ ذلك أنه لا يمكن نسبية الخطأ أو الضمان على القوة القاهرة ؛ إذ لا إرادة لها ، بخلاف خطأ المضرور .

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز أبحاث الرسائل الجامعية

الخاتمة

وفي ختام هذا البحث أتوجه إلى الباري عز وجل الذي أعطى فأجزل ، وأشكره سبحانه على عونه وتيسيره وتوفيقه على إخراج هذا البحث بهذه الصورة ، وأدون النتائج والتوصيات التي خلصت بها في هذه الدراسة .

أولاً : النتائج

أولاً : ضرورة إيجاد مؤسسة بديلة عن نظام العاقلة الذي كان في السابق ، وذلك لحماية الجاني والمجني عليه ، شريطة أن ينتمي لهذا النظام الجديد جميع أفراد المجتمع رغماً عنهم ، كما كان الحال في نظام العاقلة السابق ، سواء أكان هذا النظام حكومياً أم خاصاً ، تعاونياً أم ربحياً .

ثانياً : لا داعي لوجود المادة (٢٩١) من القانون المدني الأردني ؛ وهي التي تتعلق بالمسؤولية عن الأشياء ؛ ذلك أن وضعها في التشريعات التي تجعل الخطأ أساساً للمسؤولية لتستثنى الأشياء من هذا العموم وتجعل الأساس فيه الضرر ، وفي الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني - المستمد منه - فالسبب المسؤولية المدنية بكافة محاورها (الإنسان أصيلاً وتابعا ، والبناء ، والحيوان ، والآلة أو الشيء) هو الضرر ، ولذلك لا داعي لاستثناء الأشياء من هذا العموم ، ولئن وجدت فهي لتأكيد أحكام المسؤولية العامة ، ولم تؤسس حكماً جديداً .

ثالثاً : أن العقل السليم لا يختلف مع الشرع الصحيح ؛ ففي دراسة التطور التاريخي لأحكام المسؤولية المدنية عموماً ، والمسؤولية المدنية عن الأشياء والآلات خصوصاً ، استقرت معظم الاتجاهات الوضعية في كثير من المسائل التي تتعلق بالمسؤولية ؛ كأساس المسؤولية ، وعدم اشتراط خطأ الفاعل ، ومسؤولية عديم التمييز وعموم الأشياء التي تتطلب الحراسة ، على ما هو الراجح في الفقه الإسلامي .

رابعاً : ضرورة تعويض المصاب في الفقه الإسلامي ، وأنه لا يظل (يهدر) دم في الإسلام ؛ إما عن طريق العاقلة ، أو بيت المال ، أو أية مؤسسة بديلة تفي بهذا الغرض ؛ كالديوان والنقابات المهنية وشركات التأمين في أيامنا .

خامساً : دقة المصطلحات الفقهية التي استخدمها فقهاؤنا مقارنة مع ما ينكره أهل القانون مرادفاً لها ، وضرورة التقيد بالمصطلحات الشرعية ؛ إذ وقع اللبس في كثير من المصطلحات القانونية ؛ كوضع اليد بدلاً من الحراسة ، والسبب أو العلة بدلاً من الأساس ، والأركان

والشروط كل في مكانه ، والضمان بدلاً من المسؤولية ، والفعل الضار بدلاً من العمل غير المشروع والمسؤولية التقصيرية .

سادساً : أن مجرد صدور الفعل الضار ملزم بالتعويض من الفاعل ، وهذا من خطاب الوضع وليس من خطاب التكليف ؛ ولذا يسأل الصبي والمجنون عما يتلفانه .

سابعاً : الرابطة أو العلاقة بين الفعل الضار والضرر في الفقه الإسلامي والقوانين المستمدة منه (كالقانون المدني الأردني) ، تكون إما على سبيل المباشرة ، وإما على سبيل التسبب ، خلافاً للقانون الوضعي الذي اعتبر العلاقة المباشرة فقط .

ثامناً : اشتراط القوانين الوضعية الخطأ في جانب مرتكب الفعل الضار لإيجاب المسؤولية (خلافاً للفقه الإسلامي) مجحف بحق المضرور ؛ إذ يضيع حقه في التعويض إذا لم يستطع إثبات الخطأ في جانب الفاعل .

تاسعاً : إن الراجح في الفقه الإسلامي مسؤولية حارس الأشياء تكون عما تحت يده سواء أكان الشيء خطراً أم لا ، وهو ما اتجهت إليه القوانين الوضعية اليوم ؛ لأنه الأصلح لحماية المضرور .

جميع الحقوق محفوظة

عاشراً : أن الراجح في أساس المسؤولية في الفقه الإسلامي هو الضرر ؛ لأنه هو الذي يدور مع المسؤولية وجوداً وعدمًا ، وهو ما اتجهت إليه الأنظار القانونية اليوم .

حادي عشر : في الفقه الإسلامي لا يوجد تفرقة في أساس المسؤولية أو أحكامها بين المسؤولية عن الفعل الشخصي والمسؤولية عن الغير والمسؤولية عن الأشياء ، وتفرقة القوانين بين هذه الأشياء في أساسها كان سببه القول باشتراط الخطأ الذي حرم كثيراً من المضرورين التعويض .

ثاني عشر : لم يشترط الفقه الإسلامي شرط الأهلية لإيجاب الضمان ؛ لأن الصغير وإن لم يكن قادراً على ارتكاب الخطأ فهو قادر على إحداث الضرر ، وهو ما اتجهت إليه اليوم الاتجاهات القانونية في فرنسا .

ثالث عشر : توسع القانون الوضعي في إيجاب المسؤولية على الضرر الأدبي ، بشكل يرهق القضاء ويربكه ، ويجعل من له أدنى علاقة بالمجني عليه يطالب بالتعويض للضرر الأدبي الذي لحقه بسبب موت المصاب ؛ كالخليفة والجار والصدیق

رابع عشر : يجوز في الفقه الإسلامي تعويض المضرور عن الضرر الناشئ من تأخير تنفيذ العقد ، أو ما يسمى بالمسؤولية العقدية قانوناً .

خامس عشر : يجيز الفقه الإسلامي التعويض عن الضرر الأدبي والإضرار بالفعل السلبي في بعض الصور ويحرمه في صور أخرى .

سادس عشر : في ضياع الفرصة ؛ يجب الضمان إذا كانت الفرصة الضائعة مؤكدة ، ولا يجب في ضياع الفرصة المحتملة .

سابع عشر : تتفق القوانين الوضعية مع الفقه الإسلامي في الدفاع الشرعي ، والضرورة ، وتنفيذ أمر صادر من الرئيس ، وما يجيزه القانون ، ورضا المصاب من موانع المسؤولية المدنية ، ويزيد الفقه الإسلامي على القوانين الوضعية في اعتبار حالة الإكراه مانعاً .

ثامن عشر : لم يوفق الشراح في اعتبار الضرورة مانعاً ؛ لأنها لا تعتبر مانعاً بالمعنى الدقيق للمانع ، وإنما هي ظرف مخفف ، وفي المسؤولية المدنية لا نحتاج ظرفاً مخففاً ولا غيره ، بل المهم تعويض المضرور ، ولئن اشترط الفقه الإسلامي حالة الضرورة واعتبارها مانعاً ، فهي مانع من الإثم الأخروي وليست مانعاً من الضمان .

تاسع عشر : التفريق بين القوة القاهرة والحادث المفاجئ في الفقه الإسلامي ؛ وتعتبر القوة القاهرة مانعاً من المسؤولية إذا أعدت إرادة المباشرة وجعلته كالأداة ، أما الحادث المفاجئ

فلا يعتبر مانعاً من المسؤولية في الفقه الإسلامي الأودنية

مركز أبحاث الرسائل الجامعية

ثانياً : التوصيات

أولاً : حاجة المكتبة الإسلامية الماسة إلى الكتابة في موضوعات الضمان أو المسؤولية بتوابعها .

ثانياً : إعادة النظر في طريقة الكتابة في هذه الموضوعات بما يتناسب مع مجتمعنا وعاداتنا وأعرافنا ؛ لأن القانونيين يترجمون ما يلفظه الغرب في الغالب ، والشرعيين يكررون ما كتبه أسلافنا في الغالب .

ثالثاً : ضرورة أن تكون الدراسات الشرعية والقانونية في القانون المدني عموماً ، وفي المسؤولية خصوصاً من باب الدراسة المقارنة .

رابعاً : ضرورة تدريس المعاملات المدنية في كليات الشريعة والقانون على السواء دراسة مقارنة ، وذلك بين الفقه الإسلامي ومذاهبه من جهة ، والقوانين الوضعية من جهة أخرى .

خامساً : أن يتولى طلبة الشريعة الإسلامية المحاماة والقضاء في مسائل القانون المدني أسوة بإخوانهم طلاب الحقوق ؛ لأن هذا القانون مستمد من الشريعة الإسلامية ، ولأن الطالب في الحقوق يدرس مادة في الأحوال الشخصية فيمارس المحاماة الشرعية ، وطالب الشريعة الذي يدرس جميع مواد المعاملات المدنية (وهي أصلاً مستمدة من الفقه الإسلامي) لا يسمح له بممارسة المحاماة والقضاء فيها !

وأخيراً ، فهذا خلاصة ما توصلت إليه في هذا البحث المتواضع من نتائج وتوصيات ، وأكرر الحمد والشكر لله تعالى على نعمه ، فإن وفقنا في هذا العمل فبفضل الله تعالى ، وإن كانت الأخرى فحسبي أجر المجتهد المخطئ ، وما أبرئ نفسي وإن قصدت الإحسان .

ملحق الآيات

فيما يلي ملحق بجميع الآيات القرآنية التي استشهدت بها في هذه الرسالة ، مرتبة حسب ورودها في القرآن الكريم :

الرقم	الآية	رقمها	السورة	رقم الصفحة
١.	يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَهْلِ	189	البقرة	٤١
٢.	وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا	37	آل عمران	٤٨
٣.	وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ	٢	النساء	٤١
٤.	يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ	١	المائدة	٧٢
٥.	الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتِمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيْتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا	٣	المائدة	٦٢ ، ٣٦
٦.	وَكُنْتُمْ عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنْ تَقْسُ بِالنَّفْسِ الْكَيْبُوتِ مَحْفُوظَةً	٤٥	المائدة	٦٢
٧.	يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رَجَسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ الرَّسَائِلِ الْجَامِعِيَّةِ	٩٠	المائدة	٢٠٥
٨.	يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَسْأَلُوا عَنَ أَشْيَاءَ إِن تُبَدَّلْ لَكُمْ شُرُوكُمْ	١٠١	المائدة	٤١
٩.	وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُررْتُمْ إِلَيْهِ	١١٩	الأنعام	٢٤٦
١٠.	حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَن يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ	٢٩	التوبة	١٠٧
١١.	مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ	٩١	التوبة	٨٧
١٢.	أَفَمَنْ أَسَّسَ بُنْيَانَهُ عَلَى نَقْوَى مِنَ اللَّهِ وَرَضِيَ خَيْرٌ أَمْ مَنْ أَسَّسَ بُنْيَانَهُ عَلَى شَفَا جُرُفٍ هَارٍ	١٠٩	التوبة	١٤٥
١٣.	قَالُوا قَدْ صُوعَاكَ الْمَلِكِ وَلَمْ يَأْتِ بِهِ حِمْلٌ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ	٧٢	يوسف	٤٧
١٤.	{ إِنَّا كُنَّا خَاطِبِينَ }	٩٧	يوسف	٧٨
١٥.	فَوَرَبِّكَ لَنَسْأَلَنَّهُمْ أَجْمَعِينَ	٩٢	الحجر	٤٢

٧٨	الإسراء	٣١	١٦	إِنَّ قَتْلَهُمْ كَانَ خِطْءًا كَبِيرًا
١٤٧	الإسراء	٧٨	١٧	أَقِمِ الصَّلَاةَ لِذُلُوكِ الشَّمْسِ
١٤٦	الحج	١٥	١٨	فَلْيَمْدُدْ بِسَبَبِ إِلَى السَّمَاءِ ثُمَّ لِيَقْطَعْ
٤٢	الصفات	٢٤	١٩	وَقَفُوهُمْ إِنَّهُمْ مَسْئُولُونَ
١٠٧	ص	١٧	٢٠	وَاذْكُرْ عَبْدَنَا دَاوُودَ ذَا الْأَيْدِ إِنَّهُ أَوَّابٌ
٤١	فصلت	10	٢١	وَقَدَّرَ فِيهَا أَقْوَانَهَا فِي أَرْبَعَةِ أَيَّامٍ سِوَاءَ لِلسَّائِلِينَ
٤٧	القلم	40	٢٢	سَلِّمُوا إِلَيْهِمْ بِذَلِكَ زَعِيمٌ
٤١	الضحى	١٠	٢٣	وَأَمَّا السَّائِلَ فَلَا تَنْهَرْ

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز أبحاث الرسائل الجامعية

ملحق الأحاديث

فيما يلي ملحق بجميع الأحاديث النبوية التي استشهدت بها في هذه الرسالة ، مع ذكر اسم الصحابي راوي الحديث ، مرتبة حسب الترتيب الهجائي لأطرافها :

الرقم	طرف الحديث	الراوي	رقم الصفحة
١.	أقبلوا نوي الهيئات عثراتهم إلا الحدود	السيدة عائشة رضي الله عنها	٦٧
٢.	ألا إن الله ورسوله حرم بيع الخمر	سيدنا جابر بن عبد الله ؓ	٢٠٤
٣.	إناء بإناء وطعام بطعام	سيدنا أنس بن مالك ؓ	٥٨
٤.	إن قریشاً أهمهم شأن المرأة المخزومية	السيدة عائشة رضي الله عنها	٦٧
٥.	إنكم تختصمون إلي ، وإنما أنا بشر	السيدة أم سلمة رضي الله عنها	٦٥
٦.	إنما بعثت لأتمم صالح الأخلاق	سيدنا زيد بن أرقم ؓ	٦٤
٧.	إنما الأعمال بالنيات	سيدنا عمر بن الخطاب ؓ	٦٥
٨.	أهرق الخمر واكسر الدنان	سيدنا أبو طلحة ؓ	٢٠٣
٩.	بينما نحن جلوس	سيدنا عمر بن الخطاب ؓ	٦٥
١٠.	تجافوا لذوي الهيئات عن عثراتهم	السيدة عائشة رضي الله عنها	٦٧
١١.	سارق رداء صفوان	سيدنا صفوان بن أمية ؓ	٦٧
١٢.	الزعيم غارم	سيدنا أبو أمامة ؓ	٤٧
١٣.	العجماء جرحها جبار	سيدنا أبو هريرة ؓ	١٣١
١٤.	على اليد ما أخذت حتى تؤديه	سيدنا سمرة بن جندب ؓ	١٠٩
١٥.	كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته	سيدنا عبد الله بن عمر ؓ	٤٢
١٦.	مطل الغني ظلم	سيدنا أبو هريرة ؓ	٧١
١٧.	من ترك شيئاً عوضه الله خيراً منه	سيدنا أبو هريرة ؓ	٤٩
١٨.	من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا	سيدنا عبد الله بن عباس رضي	٢٤٦

	الله عنهما	يبين ليلة وجاه طو	
١٢٨	سيننا أبو موسى الأشعري ؓ	من مر في شيء من مساجنا أو أسواقنا	١٩
١٩٠	سيننا عبد الله بن عباس رضي الله عنهما	هلا أخذتم إهابها فديغتموه فانتقعتم به	٢٠
١٠٧	سيننا حكيم بن حزام ؓ	اليد العليا خير من اليد السفلى	٢١

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز أبحاث الرسائل الجامعية

ملحق الآثار

فيما يلي ملحق بجميع آثار الصحابة الكرام التي استشهدت بها في هذه الرسالة ، مع ذكر اسم الصحابي صاحب الأثر ، مرتبة حسب الترتيب الهجائي لأطرافها :

الرقم	طرف الأثر	الراوي	الصفحة
١.	إحراق سيدنا عثمان مصاحف الصحابة	سيدنا عثمان ؓ	٢٠٨
٢.	أرسل عمر إلى امرأة مغيبة كان يدخل عليها	سيدنا عمر ؓ	٢١١
٣.	أقتلوا خنازير أهل الذمة ، واحتسبوا لأصحابها بقيمتها من الجزية	سيدنا عمر ؓ	٢٠٥
٤.	حجماً كان يقص لعمر بن الخطاب	سيدنا عمر ؓ	١٩٦
٥.	أن رجلاً كان يقص شارب عمر بن الخطاب	سيدنا عمر ؓ	١٩٦
٦.	أن علياً ؓ تخلف عن رسول الله ﷺ في هجرته بمكة ثلاث ليل	سيدنا علي ؓ	٢١٣
٧.	صاح بامرأة فأسفطت ، فأعتق عمر ؓ غرة	سيدنا عمر ؓ	٢١٢
٨.	لو علمت أنكما تعمدتما لقطعكما	سيدنا علي ؓ	٢٥٨
٩.	ماذا تصنعون بما يمر به أهل الذمة من الخمر	سيدنا علي ؓ	٢٠٤
١٠.	والله لو تمالاً عليه أهل صنعاء لقتلتهم جميعاً	سيدنا علي ؓ	٢٥٦

قائمة المصادر والمراجع

- ✕ القرآن الكريم .
- ✕ إبراهيم بك ، سنة النشر ، (١٩٤٤ - ١٩٤٥ م) . مذكرة مبتدأة في بيان الالتزامات وما يتعلق بها من الأحكام في الشرع الإسلامي . مصر : مكتبة عبد الله وهبة .
- ✕ أحمد ، الإمام أحمد بن حنبل ، (ت ٢٤١) . المسند . تحقيق عبد الله محمد الدرويش أبو الفداء الناقد ، (ط ١) . دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، (١٩٩١ م) .
- ✕ أحمد ، سليمان محمد أحمد ، (١٩٨٥ م) . ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي . (ط ١) ، القاهرة : مطبعة السعادة .
- ✕ أحمد ، محمد سليمان ، (٢٠٠٢) . المدخل لدراسة الضمان دراسة تحليلية مقارنة . (ط ١) . عمان : دار ومكتبة الحامد للنشر والتوزيع .
- ✕ أحمد ، محمد شريف ، (١٩٩٩) . مصادر الالتزام في القانون المدني دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي . (ط ١) . عمان : دار الثقافة للنشر والتوزيع .
- ✕ الأزهري ، أبو منصور محمد بن أحمد ، (ت ٣٧٠ هـ) . الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي (مطبوع مع كتاب الحاوي الكبير للماوردي) . تحقيق ، شهاب الدين أبو عمرو ، بيروت : دار الفكر للطباعة والنشر ، (١٩٩٤ م) .
- ✕ الإسفوي ، جمال الدين عبد الرحمن بن الحسن ، (ت ٧٧٢ هـ) . نهاية السؤل في شرح منهاج الوصول إلى علم الأصول . تحقيق ، شعبان محمد إسماعيل ، (ط ١) . بيروت : دار ابن حزم للطباعة والنشر ، (١٩٩٩ م) .
- ✕ الأسيوطي ، محمد بن أحمد المنهجي ، (١٩٩٦ م) . جواهر العقود ، تحقيق ، مسعد عبد الحميد محمد السعدني ، (ط ١) . بيروت : دار الكتب العلمية .
- ✕ إمام ، محمد كمال الدين (١٩٩١ م) . المسؤولية الجنائية .
- ✕ إمام الحرمين ، أبو المعالي عبد الملك بن عبد الله الجويني (ت ٤٧٨ هـ) . غياث الأمم في التياث الظلم المعروف بالغيثي ، تحقيق ، خليل المنصور ، (ط ١) . بيروت : دار الكتب العلمية ، (١٩٩٧ م) .
- ✕ أمير بادشاه ، العلامة الكامل والأستاذ الفاضل ، محمد أمين المعروف بأمير بادشاه الحسيني الحنفي الخراساني البخاري المكي ، تيسير التحرير شرح على كتاب التحرير الجامع بين اصطلاح الحنفية والشافعية لكمال الدين ابن الهمام الحنفي المتوفى (٨٦١ هـ) . بيروت : دار الكتب العلمية

- ✕ الأنصاري ، زكريا بن محمد بن زكريا . أسنى المطالب شرح روض الطالب ، دار الكتاب الإسلامي .
- ✕ البابرّي ، محمد بن محمد بن محمود البابرّي (ت ٧٨٦) . العناية شرح الهداية . بيروت - دار الفكر .
- ✕ الباجي ، أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي (ت ٤٧٤) . إحكام الفصول في أحكام الأصول ، تحقيق عيد الله محمد الجبوري ، (ط ١) . بيروت : مؤسسة الرسالة ، (١٩٨٩ م) .
- ✕ — . المنتقى شرح الموطأ ، دار انكتاب الإسلامي .
- ✕ الباقلاني ، القاضي أبو بكر محمد بن الطيب (ت ٤٠٣ هـ) ، التقريب والإرشاد الصغير ، قدم له وحققه عبد الحميد أبو زنيد ، (ط ٢) ، بيروت : مؤسسة الرسالة ، (١٩٩٨ م) .
- ✕ البجيرمي ، سليمان بن محمد البجيرمي المصري (ت ١٨٠٦ م) . حاشية البجيرمي على الخطيب " تحفة الحبيب على شرح الخطيب " . بيروت : دار الفكر .
- ✕ البخاري ، محمد بن إسماعيل (ت ٢٥٦ هـ) . صحيح البخاري - مع فتح الباري - ، حقق أصلها عبد العزيز بن باز ورقم كتبها وأوابها وأخاديتها محمد فؤاد عبد الباقلي ، (ط ١) ، دار الكتب العلمية : بيروت - لبنان ، (١٩٨٩ م) .
- ✕ البخاري ، علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري (ت ٧٣٠) . كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي ، تحقيق ، عبد الله محمود محمد عمر . (ط ١) ، بيروت : دار الكتب العلمية ، (١٩٩٧ م) .
- ✕ أبو البصل ، عبد الناصر موسى (١٩٩٩ م) . دراسات في فقه القانون المدني الأردني " النظرية العامة للعقد " ، (ط ١) . عمان : دار النفائس .
- ✕ البغا ، مصطفى ، مستو ، محيي الدين ، (١٩٨٢ م) . الوافي في شرح الأربعين النووية ، (ط ٢) . بيروت ، دمشق : مؤسسة علوم القرآن .
- ✕ البغدادي ، الإمام أبو محمد بن غاتم بن محمد (١٩٨٧ م) . مجمع الضمانات في مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان ، (ط ١) . بيروت : عالم الكتب .
- ✕ البناني ، العلامة عبد الرحمن بن جاد الله البناني المغربي (ت ١١٩٨ هـ) . حاشية العلامة البناني على شرح الجلال شمس الدين محمد بن أحمد المحلي على متن جمع

- الجوامع للإمام تاج الدين عبد الوهاب بن علي السبكي ، ضبط نصه وخرج آياته ، محمد عبد القادر شاهين . (ط ١) ، بيروت : دار الكتب العلمية ، (١٩٩٨ م) .
- ❑ البهوتي ، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي (ت ١٠٥١ هـ) . كشف الفتاوع عن متن الإقناع ، راجعه وعلق عليه ، هلال مصيلحي مصطفى هلال . بيروت : دار الفكر ، (١٩٨٢ م) .
- ❑ — . الروض المربع شرح زاد المستنقع ، تحقيق ، عماد عامر . (ط ١) ، القاهرة ، دار الحديث (١٩٩٤ م) .
- ❑ — . شرح منتهى الإرادات لابن النجار .
- ❑ بوساق ، محمد بن المدني بوساق الجزائري (١٩٩٩ م) (التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي . (ط ١) ، الرياض : دار اشيليا .
- ❑ البوطي ، محمد سعيد رمضان (١٤٠١ - ١٩٨١) . محاضرات في الفقه المقارن . (ط ٢) . بيروت : دار الفكر ، دمشق : دار الفكر .
- ❑ البيضاوي ، قاضي القضاة ، عبد الله بن عمر بن محمد البيضاوي (ت ٦٨٥ هـ) . منهاج الوصول إلى علم الأصول . ومعه تخريج أحاديث منهاج للحافظ العراقي زين الدين عبد الرحيم بن الحسين العراقي (ت ٨٠٦ هـ) ، تحقيق ، سليم شعبانية ، (ط ١) . دمشق : دار دانية للطباعة والنشر والتوزيع ، (١٩٨٩ م) .
- ❑ البيهقي ، الحافظ أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي (ت ٤٥٨ هـ) . السنن الكبرى ، فهرس لأحاديثه يوسف عبد الرحمن المرعشلي . بيروت : دار المعرفة ، (١٩٩٢ م) .
- ❑ الترمذي ، سنن الترمذي - بشرح ابن العربي - المسمى " عارضة الأحوذى بشرح صحيح الترمذي " ، بيروت - دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع .
- ❑ النفتازاتي ، سعد الدين مسعود بن عمر النفتازاتي الشافعي (ت ٧٩٢ هـ) . شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه ، ضبط وتخريج الآيات والأحاديث زكريا عميرات . (ط ١) . بيروت : دار الكتب العلمية .
- ❑ بتاغو ، سمير عبد السيد . نظرية الالتزام . الإسكندرية : منشأة المعارف .
- ❑ ابن تيمية ، تقي الدين أحمد بن عبد الحلیم . الفتاوى الكبرى ، بيروت : دار الكتب العلمية .

- ✕ جبر ، عزيز كاظم ، (١٩٩٨) . الضرر المرتد وتعويضه في المسؤولية التقصيرية " دراسة مقارنة " . (ط ١) . عمان : دار الثقافة للنشر والتوزيع .
- ✕ الجراح ، شفيق ، (١٩٨٧ - ١٩٨٨ م) دراسات في تاريخ الحقوق (المؤسسات الحقوقية في بابل) . مطبوع مع كتاب " دراسات في تطور الحقوق الرومانية ، دمشق : مطبعة جامعة دمشق .
- ✕ الجراح ، شفيق ، (١٩٨٧ - ١٩٨٨ م) . دراسات في تطور الحقوق الرومانية . دمشق : مطبعة جامعة دمشق .
- ✕ الجرجاني ، الإمام علي بن محمد بن علي (ت ٨١٦ هـ) . التعريفات . حققه إبراهيم الأبياري . (ط ٢) . بيروت دار الكتاب العربي ، (١٩٩٢) .
- ✕ ابن الجزري ، شمس الدين أبو الخير محمد بن محمد (ت ٨٣٣ هـ) . غاية النهاية في طبقات القراء ، عني بنشره : ج . برجستراسر . (ط ٣) . بيروت : دار الكتب العلمية ، (١٩٣٣) .
- ✕ الجندي ، محمد صبري (٢٠٠٢) بحث بعنوان : " في ضمان الضرر الجسدي الناتج عن فعل ضار " . مجلة الحقوق . الأردنية .
- ✕ ابن جزري . القوانين الفقهية . بيروت : دار القلم . الجامعية .
- ✕ ابن الجوزي ، أبو الفرج جمال الدين عيد الرحمن بن علي ابن محمد الجوزي القرشي البغدادي (ت ٥٧٩ هـ) . زاد المسير في علم التفسير . (ط ٤) . بيروت : المكتب الإسلامي ، دمشق : المكتب الإسلامي ، (١٩٨٧) .
- ✕ جوهر ، أحمد جوهر ، (١٩٩٩ م) . الإسلام والفنون . (ط ١) . المنصورة : مكتبة جزيرة الورد .
- ✕ أبو جيب ، سعدي (١٩٨٨) . القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً . (ط ٢) . دمشق : دار الفكر .
- ✕ الحاكم : أبو عبد الله الحاكم النيسابوري . المستدرک علی الصحیحین .
- ✕ حجازي ، عبد الحي (١٩٥٤) . النظرية العامة للالتزام " الجزء الثاني - مصادر الالتزام " . القاهرة : مطبعة نهضة مصر .
- ✕ ابن حجر ، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (ت ٨٥٢ هـ) . الدراية في أحاديث الهداية ، تحقيق ، السيد عبد الله هاشم اليماني المدني . بيروت : دار المعرفة .

- ✕ — . تقريب التهذيب ، تحقيق مصطفى عبد القادر عطا . (ط ٢) . بيروت : دار الكتب العلمية ، (١٩٩٥ م) .
- ✕ — . التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير .
- ✕ — . تهذيب التهذيب . (ط ١) . بيروت : دار صادر ، (١٣٢٥ هـ) .
- ✕ — . فتح الباري شرح صحيح البخاري ، طبعة جديدة منقحة ومصححة عن الطبعة التي : حقق أصلها عبد العزيز بن باز ، ورقم كتبها أبوابها وأحاديثها محمد فؤاد عبد الباقي ، (ط ١) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، (١٩٨٩ م) .
- ✕ ابن حزم ، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي (ت ٤٥٦ هـ) . المحلى بالآثار ، تحقيق الدكتور عيد الغفار سليمان البنداري . بيروت : دار الكتب العلمية .
- ✕ حسن : محمود محمد (١٩٩٦ م) ، بحث بعنوان : استعمال المواد النجسة والمحرمة في الدواء والغذاء ، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية .
- ✕ الحسيني ، عبد اللطيف (١٩٨٧ م) . المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية " الطبيب ، المهندس المعماري والمقاول ، المحامي " . (ط ١) ، بيروت : الشركة العالمية للكتاب ، دار الكتاب اللبناني ، دار الكتاب العالمي .
- ✕ الحلواتي ، ماجد (١٩٦١ م) . نظرية الالتزام العامة " الجزء الأول ، مصادر الالتزام " . دمشق : مطبعة جامعة دمشق .
- ✕ حمزة ، محمود جلال (١٩٨٥ م) . العمل غير المشروع باعتباره مصدراً للالتزام ، " القواعد العامة ، القواعد الخاصة " دراسة مقارنة بين القانون المدني السوري والقانون المدني الجزائري والقانون المدني الفرنسي . دمشق : مطبعة الاتحاد .
- ✕ الحموي ، أحمد بن محمد الحنفي (ت ٧٧٠ هـ) . غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر . (ط ١) ، بيروت دار الكتب العلمية (١٩٨٥ م) .
- ✕ حميش ، عبد الحق ، وشواط ، الحسين (١٤٢١ — ٢٠٠١) . فقه العقود المالية . (ط ١) ، عمان : دار البيارق ، بيروت : دار البيارق .
- ✕ أبو حنيفة النعمان بن ثابت ، (ت ١٥٠ هـ) . مسند أبي حنيفة . تحقيق ، صفوة السقا . (ط ١) ، حلب : دار الزهراء ومكتبة ربيع ومطبعة الأصيل ، (١٩٦٢ م) .
- ✕ حيدر ، علي (١٩٩١ م) . درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، تعريب المحامي ، فهمي الحسيني . (ط ١) ، بيروت : دار الجيل .

- ✕ الخرشي ، محمد بن عبد الله (ت ١١٠١ هـ) . شرح مختصر خليل ، دار الفكر .
- ✕ الخضري ، محمد بك (١٤٠٩ - ١٩٨٨) . أصول الفقه . بيروت : دار الفكر .
- ✕ الخفيف ، علي (١٩٧١ م) . الضمان في الفقه الإسلامي ، القسم الأول دراسة لأهم مسائل الضمان فيما يتلّف من الأموال مع الموازنة بين آراء الفقهاء . القاهرة : معهد البحوث و الدراسات العربية .
- ✕ خلاف ، عبد الوهاب (١٩٨٦ م) . علم أصول الفقه . (ط ٢٠) ، دار القلم .
- ✕ خليل ، عزة محمود أحمد (١٩٩٤) . مشكلات المسؤولية المدنية في مواجهة فيروس الحاسوب " دراسة مقارنة في القانون المدني والشريعة الإسلامية " . القاهرة .
- ✕ الدارقطني ، علي بن عمر أبو الحسن الدارقطني البغدادي (ت ٣٨٥ هـ) . سنن الدارقطني . تحقيق ، عبد الله هاشم يماني المدني ، بيروت : دار المعرفة ، (١٣٨٦ هـ) .
- ✕ الدارمي ، أبو محمد عبد الله بن بهرام (ت ٢٥٥ هـ) . سنن الدارمي ، بيروت : دار الفكر .
- ✕ أبو داود ، سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي (ت ٢٧٥ هـ) . سنن أبي داود . بيروت : دار الجيل ، (١٩٩٨ م) .
- ✕ الداوودي ، الحافظ شمس الدين محمد بن علي بن أحمد (ت ٩٤٥ هـ) . طبقات المفسرين ، راجعه وضبط أعلامه لجنة من العلماء بإشراف الناشر ، بيروت : دار الكتب العلمية ، توزيع دار الباز للنشر ، مكة المكرمة .
- ✕ الدبو ، إبراهيم فاضل يوسف (١٩٨٣ م) . مسؤولية الإنسان عن حوادث الحيوان والجماد " دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي " . (ط ١) ، عمان : دار الأقصى .
- ✕ الدردير ، أبو البركات سيدي أحمد الدردير ، (ت ١٢٠١ هـ) . الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي عليه . دمشق : دار الفكر .
- ✕ الدريني ، محمد فتحي (١٩٨١ - ١٩٨٢ م) . النظريات الفقهية . دمشق : مطبعة خالد بن الوليد .
- ✕ — . بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله . (ط ١) ، بيروت : مؤسسة الرسالة ، (١٩٩٤ م) .

- ❑ الدسوقي ، شمس الدين محمد عرفة الدسوقي (ت ١٢٣٠) . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لأبي البركات سيدي أحمد الدردير مع تقريرات للعلامة الشيخ محمد عيش . دمشق : دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع .
- ❑ الدسوقي ، محمد إبراهيم . تقدير التعويض بين الخطأ والضرر .
- ❑ الدمياطي ، أبو بكر المشهور بالسيد البكري ابن السيد محمد شطا الدمياطي . حاشية إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين لشرح قرّة العين بمهمات الدين ، لزين الدين ابن عبد العزيز المليباري الفناني . بيروت : دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع .
- ❑ الذنون ، حسن علي (١٩٥٦ م) . محاضرات في القانون المدني العراقي " نظرية العقد " ، محاضرات على طلبة قسم الدراسات القانونية . جامعة الدول العربية : معهد الدراسات العربية العالية .
- ❑ — (١٩٧٦ م) . النظرية العامة للالتزامات " مصادر الالتزام - أحكام الالتزام - إثبات الالتزام " . بغداد : طبع على نفقة الجامعة المستنصرية وبإشرافها .
- ❑ — . المبسوط في المسؤولية المدنية . بغداد : شركة التايمس للطبع والنشر المساهمة .
- ❑ الذهبي ، شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان (ت ١٣٧٤ هـ) . سير أعلام النبلاء . تحقيق ، شعيب الأرنؤوط وآخرون . (ط ١١) ، بيروت : مؤسسة الرسالة ، (١٩٩٦ م) .
- ❑ الرازي ، الإمام محمد بن أبي بكر بن عبد الفادر الرازي (١٩٨٦ م) . مختار الصحاح . بيروت : مكتبة لبنان .
- ❑ الزافعي ، أبو القاسم عبد الكريم بن محمد (ت ٦٢٣ هـ) . فتح العزيز شرح الوجيز بهامش المجموع للتووي ، بيروت : دار الفكر .
- ❑ — . فتح العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير ، تحقيق : علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود ، بيروت : دار الكتب العلمية ، (١٩٩٧ م) .
- ❑ ابن رجب ، عبد الرحمن بن رجب الحنبلي ، (ت ٧٩٥ هـ) . القواعد في الفقه الإسلامي ، تحقيق : طه عبد الرؤوف سعد . (ط ٢) ، بيروت : دار الجيل ، (١٩٩٨ م) .

- ✕ الزحو ، محمد سعيد أحمد (٢٠٠١ م) . فكرة الحراسة في المسؤولية المدنية عن الأشياء غير الحية " دراسة مقارنة " . (ط ١) ، عمان : الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع و دار الثقافة للنشر والتوزيع .
- ✕ الزحبياني ، مصطفى بن سعد بن عبدة السيوطي الرحباني (ت ١٢٤٣) . مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى . نشر المكتب الإسلامي .
- ✕ أبو رحية ، ماجد ، (١٩٨٥) . " حكم التعزير بأخذ المال في الإسلام ، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية .
- ✕ ابن رشد الجد ، أبو الوليد محمد بن رشد القرطبي المالكي (٢٥٠ هـ) . الجامع من المقدمات . تحقيق ، الدكتور المختار بن الطاهر التليلي . عمان : دار الفرقان (١٩٨٥ م) .
- ✕ ابن رشد ، محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي ، (ت ٥٩٥ هـ) . بداية المجتهد ونهاية المقتصد . (ط ١) ، بيروت : دار القلم ، (١٩٨٨ م) .
- ✕ رشدي ، محمد السعيد ، (١٩٩٥ م) . الخطأ غير المغتفر " سوء السلوك الفاحش والمقصود " دراسة في القوانين الفرثسي والمصري والكويتي . (ط ١) ، الكويت : مطبوعات جامعة الكويت .
- ✕ زفاعي ، محمد نصر (١٩٧٨ م) . الضرر كأساس للمسؤولية المدنية في المجتمع المعاصر . القاهرة : دار النهضة العربية .
- ✕ الرملي ، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي الشهير بالشافعي الصغير (ت ١٠٠٤ هـ) . نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي . (ط الأخيرة) ، بيروت : دار الفكر (١٩٨٤ م) .
- ✕ الزحيلي ، محمد مصطفى (١٩٨٦ - ١٩٨٧) . أصول الفقه الإسلامي . دمشق : مطبعة جامعة دمشق .
- ✕ — ، (١٩٩٩ م) . القواعد الفقهية على المذهب الحنفي والشافعي . (ط ١) ، إصدار جامعة الكويت .
- ✕ — ، (١٩٩٣ م) . النظريات الفقهية . (ط ١) ، دمشق : دار القلم ، بيروت : الدار الشامية .
- ✕ — ، (١٩٨٢ م) وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية . (ط ١) ، دمشق : مكتبة دار البيان

- ✕ الزحيلي ، وهبة (١٩٩٨ م) . آثار الحرب في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة . (ط ٣) ، دمشق : دار الفكر .
- ✕ — (١٩٩٦ م) . أصول الفقه الإسلامي . تصوير عن (ط ١) ، دمشق : دار الفكر .
- ✕ — (١٩٨٩ م) . الفقه الإسلامي وأدلته . (ط ٣) ، دمشق : دار الفكر .
- ✕ — (١٩٩٥ م) . المسؤولية عن فعل الغير . (ط ١) ، دمشق : دار المكتبي .
- ✕ — (١٩٩٥ م) . المسؤولية الناشئة عن الأشياء والآلات " إصابات العمال وانهدام البناء وضرر الحريق " . (ط ١) ، دمشق : دار المكتبي .
- ✕ — (١٩٩٨ م) . نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة . (ط ٢) ، دمشق : دار الفكر .
- ✕ — (١٩٩٥ م) . الوجيز في أصول الفقه الإسلامي . (ط ٢) ، دمشق : دار الفكر ، بيروت : دار الفكر المعاصر .
- ✕ الزرقا ، مصطفى أحمد الزرقاء . المدخل الفقهي العام ، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد . (ط ٦) ، دمشق : دار الفكر .
- ✕ — (٢٠٠١ م) . شرح القواعد الفقهية ، صححها وعلق عليها مصطفى أحمد الزرقا (ابن المؤلف) . (ط ٦) ، دمشق : دار القلم .
- ✕ — (١٩٩٤ م) . نظام التأمين حقيقته والرأي الشرعي فيه . (ط ٤) ، بيروت : مؤسسة الرسالة .
- ✕ — (١٩٩٩ م) . المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي " إخراج جديد مع صياغة كاملة لنصوص تلك النظرية " . (ط ١) ، دمشق : دار القلم .
- ✕ — (١٩٨٨ م) . الفعل الضار والضمان فيه . (ط ١) ، دمشق : دار القلم .
- ✕ الزركشي ، بدر الدين بن محمد بن بهادر الزركشي ، (ت ٧٩٤) . المنشور في القواعد الفقهية . نشر وزارة الأوقاف الكويتية .
- ✕ — (٢٠٠٠ م) . البحر المحيط في أصول الفقه . تحقيق ، محمد محمد تامر . (ط ١) ، بيروت : دار الكتب .
- ✕ الزعبي ، تيسير أحمد (١٩٩٧ م) . الجامع المتين للأنظمة والقوانين . (ط ١) ، عمان : المكتبة الوطنية .

- ✕ الزقرد ، أحمد السعيد (١٩٩٣ م) . التزامات الفندقية و مسؤوليته المدنية في مواجهة السائح أو العميل " دراسة تأصيلية مقارنة في عقد الإقامة (النزول) في فندق . مصر : جامعة المنصورة .
- ✕ الزلمي ، مصطفى إبراهيم (١٩٨٢ م) . المسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية " دراسة مقارنة بالقانون " ، بغداد : مطبعة أسعد .
- ✕ الزلمي والمهداوي ، مصطفى إبراهيم الزلمي وعلي أحمد صالح المهداوي (١٩٩٩ م) أصول الفقه في نسجه الجديد " و تطبيقاته في التشريعات القانونية وخاصة القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ م . (ط ١) ، اريد : المركز القومي للنشر .
- ✕ الزمخشري ، الإمام أبو القاسم جار الله محمود بن عمر بن محمد (ت ٥٣٨ هـ) . الكشف عن حقائق غوامض التنزيل و عيون الأقاويل في وجوه التأويل . تحقيق ، محمد عبد السلام شاهين . (ط ١) ، بيروت : دار الكتب العلمية ، (١٩٩٥ م) .
- ✕ — . الفائق في غريب الحديث ، تحقيق : إبراهيم شمس الدين . (ط ١) ، بيروت : دار الكتب العلمية ، (١٩٩٢) .
- ✕ ابن زنجلة ، الإمام أبو زرعة عبد الرحمن بن محمد بن زنجلة (١٩٩٧ م) . حُجَّة القراءات ، تحقيق ، سعيد الأفغاني . (ط ٥) ، بيروت : مؤسسة الرسالة .
- ✕ أبو زهرة ، محمد أبو زهرة . أصول الفقه .
- ✕ زيدان ، عبد الكريم (١٩٩٨ م) . الوجيز في أصول الفقه . بيروت : مؤسسة الرسالة .
- ✕ الزيلعي ، جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف الحنفي الزيلعي (ت ٧٦٢ هـ) . نصب الراية لأحاديث الهداية . (ط ٢) ، الرياض : مكتبة الرياض الحديثة .
- ✕ الزين ، سميح عاطف (١٩٧٨ م) . الإسلام وثقافة الإنسان . (ط ٥) ، بيروت : دار الكتاب اللبناني ، القاهرة : دار الكتاب المصري .
- ✕ سبط ابن الجوزي ، أبو المظفر شمس الدين يوسف بن فرغلي (ت ٦٥٤ هـ) . إيثار الإصناف في آثار الخلاف ، تحقيق ، ناصر العلي الناصر الخلفي . (ط ١) ، دار السلام ، (١٩٨٧ م) .
- ✕ السبكي ، تاج الدين عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي (ت ٧٧١ هـ) . الأشباه والنظائر ، تحقيق ، عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض . بيروت : دار الكتب العلمية ، (٢٠٠١ م) .

- ✕ — طبقات الشافعية الكبرى ، تحقيق ، عبد الفتاح محمد الحلو ، محمود محمد الطناحي . دمشق : دار إحياء الكتب العربية .
- ✕ السبكي ، (ت ٧٥٦ هـ) ، شيخ الإسلام علي بن أحمد بن عبد الكافي السبكي . فتاوى السبكي ، بيروت : دار المعرفة .
- ✕ السبكيان : شيخ الإسلام علي (ت ٧٥٦ هـ) وابنه تاج الدين عبد الوهاب (ت ٧٧١ هـ) . الإبهاج في شرح المنهاج على الوصول إلى علم الأصول للقاضي البيضاوي ، تحقيق مجموعة من العلماء بإشراف الناشر . بيروت : دار الكتب العلمية (١٩٩٥) .
- ✕ السراج ، عبود (١٩٨٩ - ١٩٩٠ م) . التشريع الجزائي المقارن في الفقه الإسلامي والقانون السوري . (ط ٤) ، دمشق : مطبعة جامعة دمشق .
- ✕ سراج ، محمد أحمد (١٩٩٠ م) . ضمان العدوان في الفقه الإسلامي . القاهرة : دار الثقافة للنشر والتوزيع .
- ✕ السرخسي ، محمد بن أحمد بن أبي سهل . المبسوط . بيروت - دار المعرفة .
- ✕ السرطاوي ، محمود علي (١٩٩٨ م) . الدفاع الشرعي في الشريعة الإسلامية . (ط ١) ، عمان : دار الفكر .
- ✕ — (١٩٨٢) . المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي . دراسات .
- ✕ سرور ، محمد شكري (١٩٨٣ م) . مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته الخطرة . (ط ١) ، القاهرة : دار الفكر العربي .
- ✕ ابن سعد ، الإمام محمد بن سعد بن منيع البصري الزهري (ت ٢٣٠) . طبقات ابن سعد . بيروت : دار صادر .
- ✕ سعيد ، ليلى عبد الله (٢٠٠١ م) . المسؤولية المدنية في شريعة حمورابي . (ط ١) ، بغداد .
- ✕ أبو السعود ، رمضان (١٩٧٧ م) . دروس في مبادئ الالتزام . (ط ١) ، الإسكندرية : مكتبة الطالب .
- ✕ سلطان ، أنور (١٩٨٧ م) . مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني "مقارناً بالفقه الإسلامي" . (ط ١) ، عمان : منشورات الجامعة الأردنية .
- ✕ سلقيني ، إبراهيم محمد سلقيني (١٩٩٦ م) . الميسر في أصول الفقه الإسلامي . (ط ٢) ، بيروت ، دمشق : دار الفكر العربي .

- ✕ السلمي ، عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمي (ت ٦٦٠ هـ) . قواعد الأحكام في مصالح الأنلم . بيروت : مؤسسة الريان (١٩٩٠) .
- ✕ السنهوري ، عبد الرزاق أحمد (١٩٥٢ م) . الوسيط في شرح القانون المدني الجديد " نظرية الالتزام بوجه عام " مصادر الالتزام . القاهرة: دار النشر للجامعات المصرية .
- ✕ سوادى ، عبد الباقي محمود (١٩٩٦ م) . مسؤولية المحامي المدنية عن أخطائه المهنية . عمان : مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع .
- ✕ سوار ، محمد وحيد الدين . النظرية العامة للالتزام " الجزء الأول ، مصادر الالتزام " المصادر غير الإرادية " العمل غير المشروع " .
- ✕ — (١٩٩٦ م) . الاتجاهات العامة في القانون المدني الأردني . (ط ١) ، عمان : مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع .
- ✕ سيد ، أشرف جابر (٢٠٠٢ م) . المسؤولية عن فعل الأشياء المستخدمة في تنفيذ العقد . دار النهضة العربية .
- ✕ السيوطي ، الإمام جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر (ت ٩١١ هـ) . الأشباه والنظائر في الفروع . بيروت : دار الفكر .
- ✕ الشاطبي ، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي (ت ٧٩٠ هـ) . الموافقات في أصول الأحكام . علق عليه ، الأستاذ الشيخ محمد حسنين مخلوف ، بيروت : دار الفكر .
- ✕ الشافعي ، أبو عبد الله محمد بن إدريس (٢٠٤ هـ) . الأم . بيروت : دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع .
- ✕ — . المسند . بيروت : دار الكتب العلمية .
- ✕ شبير ، محمد عثمان (٢٠٠٠) . القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية . (ط ١) ، عمان : دار الفرقان .
- ✕ الشربيني ، شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني (١٩٩٤ م) . الإفتاع في حل ألفاظ أبي شجاع . تحقيق ، علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود ، قدم له محمد بكر إسماعيل . (ط ١) ، بيروت : دار الكتب العلمية .
- ✕ — . مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، على متن المنهاج للإمام النووي . بيروت - دار إحياء التراث العربي .

- ✕ شلتوت ، محمود . **المسؤولية المدنية والجناحية في الشريعة الإسلامية** . نشر : مكتب شيخ الجامع الأزهر للشؤون العامة .
- ✕ شنب ، محمد لييب شنب (١٩٥٧ م) . **المسؤولية عن الأشياء دراسة في القانون المدني المصري مقارنا بالقانون الفرنسي** . القاهرة : مكتبة النهضة المصرية .
- ✕ — (١٩٧٠ م) . **مبادئ القانون " المدخل للدراسات القانونية والنظرية العامة للالتزام** بيروت : دار النهضة العربية للطباعة والنشر .
- ✕ — . **دروس في نظرية الالتزام " مصادر الالتزام "** . القاهرة : دار النهضة العربية .
- ✕ الشوكاني ، محمد بن علي ، (ت ١٢٥٥ هـ) **إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول** . تحقيق ، محمد صبحي بن حسن الحلاق . (ط ١) ، دمشق : دار ابن كثير ، (٢٠٠٠ م) .
- ✕ — (١٩٩٤) . **نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار والمنتقى للإمام مجد الدين أبي البركات عيد السلام ابن تيمية** ، تحقيق : صدقي محمد جميل العطار . بيروت : دار الفكر .
- ✕ الشيب ، أحمد إبراهيم مصطفى (١٩٩٦) . **الحراسة القضائية وأحكامها في الفقه الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي** ، رسالة ماجستير غير منشورة ، الجامعة الأردنية ، عمان ، الأردن .
- ✕ ابن أبي شيبة ، أبو بكر عيد الله بن محمد بن أبي شيبة الكوفي (ت ٢٣٥ هـ) . **الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار** ، تحقيق ، محمد عبد السلام شاهين . (ط ١) ، بيروت : دار الكتب العلمية ، (١٩٩٥ م) .
- ✕ الشيرازي ، أبو اسحق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز أبادي (ت ٤٧٦ هـ) . **المهذب في فقه الإمام الشافعي** . تحقيق ، محمد الزحيلي . (ط ١) ، دمشق : دار القلم ، بيروت : دار الشامية ، (١٩٩٢) .
- ✕ صدر الشريعة ، عبيد الله بن مسعود المحبوبي البخاري الحنفي (ت ٧٤٧ هـ) . **التنقيح** . تحقيق ، زكريا عميرات . (ط ١) ، بيروت دار الكتب العلمية .
- ✕ — . **التوضيح** . زكريا عميرات . (ط ١) ، بيروت دار الكتب العلمية .
- ✕ الصنعاني ، الإمام محمد بن إسماعيل (ت ١١٨٢ هـ) . **سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام** ، تحقيق ، محمد عبد القادر عطا . (ط ١) ، بيروت : دار الفكر (١٩٩٢ م) .

- ✕ الصوا ، علي محمد الحسين (٢٠٠٤) . الشرط الجزائي في الديون دراسة فقهية مقارنة . مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية .
- ✕ ابن ضويان ، إبراهيم بن محمد بن سالم (١٩٨٩ م) . منار السبيل في شرح الدليل على مذهب الإمام أحمد بن حنبل . تحقيق ، زهير الشاويش . (ط ٧) ، بيروت ، دمشق : المكتب الإسلامي .
- ✕ الطبري ، الإمام محمد بن جرير (ت ٣١٠ هـ) . اختلاف الفقهاء . بيروت : دار الكتب العلمية .
- ✕ — . تاريخ الطبري تاريخ الأمم والشعوب . بيروت : مؤسسة عز الدين للنشر والتوزيع ، (١٩٨٧ م) .
- ✕ الطبراني ، أبو القاسم سليمان بن أحمد (ت ٣٦٠ هـ) المعجم الأوسط . تحقيق ، طارق بن عوض الله بن محمد ، عبد المحسن بن إبراهيم الحسيني ، دار الحرمين .
- ✕ طه ، جبار صابر (١٩٨٤ م) . إقامة المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع على عنصر الضرر . العراق : منشورات جامعة صلاح الدين .
- ✕ الطوالية ، محمد محمود (٢٠٠٣ م) . المسؤولية المدنية والجنائية عن فعل الغير في الفقه الإسلامي ، رسالة نكتورة غير منشورة ، الجامعة الأردنية ، عمان ، الأردن .
- ✕ الطوفي ، نجم الدين أبو الربيع سليمان بن عبد القوي بن عبد الكريم الطوفي (ت ٧١٦ هـ) . شرح مختصر الروضة ، تحقيق ، عبد الله ابن عيد المحسن التركي . (ط ٤) ، بيروت : مؤسسة الرسالة ، (٢٠٠٣ م) .
- ✕ عابدين ، محمد أحمد (١٩٩٥) . التعويض بين الضرر المادي والأدبي والموروث . الإسكندرية : منشأة المعارف .
- ✕ ابن عابدين ، محمد أمين (١٩٩٢) . حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار المشهورة بحاشية ابن عابدين في فقه الإمام أبي حنيفة . بيروت : دار الفكر .
- ✕ العاملي ، زين الدين بن علي العاملي . الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ، بيروت : دار العالم الإسلامي .
- ✕ العاني ، محمد شلال حبيب (١٩٩٦ م) . التشريع الجنائي الإسلامي " دراسة تأصيلية مقارنة بأحكام القانون الجنائي الوضعي ونظرياته الفقهية المعاصرة " . (ط ٢) ، إربد مؤسسة مروة للطباعة .

- ✕ عبد الباقي ، محمد فؤاد (ت ١٣٦٤ هـ) . المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم .
القاهرة : مطبعة دار انكتب المصرية .
- ✕ عبد البر ، الحافظ أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري الأندلسي ،
(ت ٤٦٣ هـ) . الاستنكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما
تضمنه الموطأ من معاني الرأي والآثار ، وشرح ذلك كله بالإيجاز والاختصار ،
تحقيق ، حسان عبد المنان ، ود . محمود أحمد القيسية . (ط ١) ، أبو ظبي : مؤسسة
النداء (٢٠٠١) .
- ✕ أبو عبيد ، القاسم بن سلام (ت ٢٢٤ هـ) . كتاب الأموال ، تحقيق ، محمد خليل
هراس . (ط ١) ، بيروت : دار الكتب العلمية ، (١٩٨٦) .
- ✕ العثماني ، أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن النمشي الشافعي ، (ت ٧٨٠ هـ) .
رحمة الأمة في اختلاف الأئمة ، تحقيق ، علي الشرجي وقاسم النوري . (ط ١) ،
بيروت : مؤسسة الرسالة ، (١٩٩٤ م) .
- ✕ العجلوني ، إسماعيل بن محمد الجزاحي العجلوني الشافعي ، (ت ١١٦٢) . كشف
الخفاء ومزيل الإلباس عما اشتهر من الأحاديث على ألسنة الناس ، تحقيق ، محمد
عبد العزيز الخالدي . (ط ١) ، بيروت : دار الكتب العلمية ، (١٩٩٧) .
- ✕ العدوي ، جلال علي (١٩٩٧) . أصول الالتزامات " مصادر الالتزام " . الإسكندرية :
منشأة دار المعارف .
- ✕ ابن العربي ، الإمام أبو بكر محمد بن عبد الله (ت ٥٤٣ هـ) . أحكام القرآن . تحقيق
علي محمد البجاوي . بيروت : دار الفكر .
- ✕ — . عارضة الأحوزي بشرح صحيح الترمذي . بيروت : دار الفكر .
- ✕ عطا الله ، برهام محمد (١٩٨٢) . أساسيات نظرية الالتزام . الإسكندرية : مؤسسة
الثقافة الجامعية .
- ✕ عرجاوي ، مصطفى محمد (٢٠٠٠) . التنظيم الشرعي والقانوني للتداوي بالمحرم أو
المجرم . مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية .
- ✕ العطار ، عبد الناصر توفيق . نظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية والتشريعات
العربية . القاهرة : جامعة الأزهر .
- ✕ العكام ، محمد فاروق (١٩٨٧ - ١٩٨٨) . تاريخ التشريع الإسلامي . دمشق :
مطبعة جامعة دمشق .

- ✕ عمران ، السيد محمد السيد (١٩٩٢) . تعويض الأضرار الناتجة عن أفعال عديم التمييز التحول من قانون المسؤولية إلى قانون التأمين . بيروت : الدار الجامعية .
- ✕ عودة ، عيد القادر (١٩٨٦) . التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي . (ط ٨) ، بيروت : مؤسسة الرسالة .
- ✕ الغامدي ، عبد الله بن سالم (١٩٩٧) . مسؤولية الطبيب المهنية ، دراسة تأصيلية مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين المعاصرة . (ط ١) ، جدة : دار الأندلس الخضراء للنشر والتوزيع .
- ✕ الغزالي ، الإمام أبو حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي (ت ٥٠٥ هـ) . الوجيز في فقه مذهب الإمام الشافعي ، ضبط وتصحيح خالد العطار . بيروت : دار الفكر ، (١٩٩٤) .
- ✕ — . إحياء علوم الدين . (ط ٢) ، بيروت : دار الفكر ، (١٩٨٩) .
- ✕ — . المستصفي من علم الأصول . (ط ١) ، بيروت : دار صادر (١٣٢٤ هـ) .
- ✕ — . الوسيط في المذهب ، تحقيق ، علي محيي الدين علي القره داغي . (ط ١) ، بغداد ، (١٩٨٤) .
- ✕ الغمراوي ، محمد الزهري الغمراوي (١٩٨٧) . السراج الوهاج على متن المنهاج للإمام النووي . بيروت : دار الجيل .
- ✕ الغنيمي ، عبد الغني الغنيمي الدمشقي الميداتي الحنفي ، (ت ٤٢٨ هـ) . اللباب في شرح الكتاب . تحقيق ، محمد أمين النواوي . القاهرة : دار الكتاب المنير .
- ✕ الفخر الرازي ، ، فخر الدين محمد بن عمر (ت ٦٠٤ أو ٦٠٦ هـ) . المحصول في علم الأصول ، تحقيق طه جابر فياض العلواني . (ط ١) ، بيروت : مؤسسة الرسالة ، (١٩٩٢) .
- ✕ — . تفسير الفخر الرازي المشتهر بالتفسير الكبير ومفاتيح الغيب ، تقديم ، خليل الميس . بيروت : دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، (١٩٩٣) .
- ✕ فرج ، توفيق حسن (٢٠٠٢) . النظرية العامة للالتزام " مصادر الالتزام " . بيروت : منشورات الحلبي الحقوقية .
- ✕ ابن فرحون ، إبراهيم بن علي بن فرحون اليعمري . تبصرة الحكام في أصول الإقضية ومناهج الأحكام . بيروت : دار الكتب العلمية .

- ✕ الفرфор ، محمد عبد اللطيف (١٩٩٠) . من ذخائر الفكر الإسلامي . (ط ١) ، دمشق : دار البيروني .
- ✕ الفصل ، منذر (١٩٩١) ، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني " الجزء الأول ، مصادر الالتزام " . (ط ١) ، بغداد : جامعة بغداد .
- ✕ الفقي ، محمد السيد أحمد (١٩٩٨) . المسؤولية المدنية عن أضرار التلوث البحري بالزيت . الإسكندرية : دار الجامعة الجديدة للنشر .
- ✕ فودة ، عبد الحكم (١٩٩٦ م) . الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية " دراسة تحليلية عملية على ضوء الفقه وقضاء النقض . الإسكندرية : دار الفكر الجامعي .
- ✕ فودة ، عيد الحكم (١٩٩٨) . التعويض المدني " المسؤولية المدنية التعاقدية والتقصيرية في ضوء الفقه وأحكام محكمة النقض " . الإسكندرية : دار الفكر الجامعي .
- ✕ الفيروز أبادي ، الإمام مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي الشيرازي ، (ت ٨١٧ هـ) . القاموس المحيط . بيروت : دار الفكر (١٩٧٨ م) .
- ✕ فيض الله ، محمد فوزي (١٩٦٢) . المسؤولية التقصيرية بين الشريعة والقانون ، رسالة دكتوراه غير منشورة ، جامعة الأزهر ، القاهرة ، مصر .
- ✕ — (١٩٨٦) . نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العلم . (ط ٢) ، الكويت : مكتبة دار التراث .
- ✕ الفيومي ، أبو العباس أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي (١٣٦٨ م) . المصباح المنير معجم عربي - عربي . بيروت : مكتبة لبنان ، (١٩٨٧ م) .
- ✕ ابن قدامة ، موفق الدين أبو محمد عيد الله بن أحمد (ت ٦٢٠ هـ) ، سنة النشر (١٤١٤ - ١٩٩٤) . المغني . بيروت : دار الفكر .
- ✕ — . المغني ، نسخة إحياء التراث .
- ✕ — . روضة الناظر وجنة المناظر . بيروت : دار المطبوعات العربية .
- ✕ القرافي ، شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي . الفروق . بيروت : عالم الكتب .
- ✕ القرافي ، أحمد بن إدريس (١٩٩٤) . الذخيرة ، تحقيق محمد أبو خيزة . (ط ١) ، بيروت : دار الغرب الإسلامي .

- ✕ القرضاوي ، يوسف (١٩٨٥) . **الحلال والحرام في الإسلام** . (ط ٦) ، الدار البيضاء : دار المعرفة .
- ✕ — (٢٠٠٠) . **فقه الزكاة** ، دراسة مقارنة لأحكامها وفلسفتها في ضوء القرآن والسنة . (ط ٢٤) ، بيروت : مؤسسة الرسالة
- ✕ — (٢٠٠١) . **فقه الغناء والموسيقى في ضوء القرآن والسنة** . (ط ١) ، القاهرة : مكتبة وهبة .
- ✕ القرطبي ، أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري ، (١٩٨٨ م) . **الجامع لأحكام القرآن** . (ط ١) ، بيروت : دار الكتب العلمية .
- ✕ القضاة : أحمد مصطفى (١٩٨٨) . **الشريعة الإسلامية والفنون** .
- ✕ القضاة : نوح علي سلمان (١٩٨٦) **إبراء الذمة من حقوق العباد** ، عمان - دار البشير ، (ط ١) .
- ✕ القفال ، سيف الدين أبو بكر محمد بن أحمد الشاشي القفال (١٩٨٨) ، **حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء** . تحقيق الأستاذ الدكتور ياسين درانكة ، (ط ١) . عمان مكتبة الرسالة الحديثة .
- ✕ القنوي : قاسم (ت ٩٧٨ هـ) **أنيس الفقهاء في تعريف الألفاظ المتداولة بين الفقهاء** ، تحقيق : الدكتور أحمد بن عبد الرزاق الكبيسي ، (ط ٢) ، الناشر : جدة / دار الوفاء للنشر والتوزيع ، الموزع : بيروت / مؤسسة الكتب الثقافية ، (١٩٨٧ م) .
- ✕ ابن القيم ، الإمام شمس الدين أبو عبد الله محمد بن قيم الجوزية (ت ٧٥١) . **أعلام الموقعين عن رب العالمين** . تحقيق محمد عبد السلام إبراهيم . (ط ١) ، بيروت : دار الكتب العلمية (١٩٩١) .
- ✕ — . **الطرق الحكمية في السياسة الشرعية** ، تحقيق الشيخ بهيج غزاوي ، بيروت : دار إحياء العلوم .
- ✕ الكاساني ، الإمام أبو بكر مسعود بن أحمد الكاساني . **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** . بيروت : دار الكتب العلمية .
- ✕ ابن كثير ، عماد الدين أبو الفداء إسماعيل بن كثير الدمشقي (ت ٧٧٤ هـ) . **إرشاد الفقيه إلى معرفة أدلة التنبيه** ، تحقيق ، بهجة يوسف حمد أبو الطيب . (ط ١) ، بيروت : مؤسسة الرسالة ، (١٩٩٦) .
- ✕ — . **تفسير القرآن العظيم** . (ط ١) ، دمشق / بيروت : دار الخير .

- ✕ الكردي ، أحمد الحجي (١٤٠٨ - ١٩٨٨) الأحوال الشخصية " الأهلية ، والنيابة الشرعية والوصية والوقف والتركات . دمشق : مكتبة جامعة دمشق .
- ✕ — (١٤٠٧ - ١٩٨٧) المدخل الفقهي " القواعد الكلية والمؤيدات الشرعية " ، دمشق : مطبعة جامعة دمشق .
- ✕ الكمالي ، عيد الرؤوف محمد أحمد (٢٠٠١) . شروط الضمان . مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية .
- ✕ كوكسال ، إسماعيل (٢٠٠٠ م) ، تغير الأحكام في الشريعة الإسلامية . (ط ١) ، بيروت : مؤسسة الرسالة .
- ✕ ابن اللحام ، أبو الحسن علاء الدين بن محمد بن عباس اليعلى (ت ٨٠٣ هـ) . القواعد والفوائد الأصولية وما يتعلق بها من الأحكام الفرعية . (ط ١) ، بيروت : دار إحياء التراث العربي ، (٢٠٠٢) .
- ✕ مأمون ، عبد الرشيد . علاقة السببية في المسؤولية المدنية . القاهرة : دار النهضة العربية .
- ✕ ابن ماجة ، أبو عبد الله محمد بن يزيد بن ماجة القزويني (ت ٢٧٥ هـ) . سنن ابن ماجة . تحقيق ، محمد فؤاد عبد الباقي . بيروت : دار إحياء التراث العربي .
- ✕ مالك ، مالك بن أنس . المدونة الكبرى . بيروت : دار صادر ، (١٣٢٣ هـ) .
- ✕ — . الموطأ - بشرح السيوطي " تنوير الحوالك شرح على موطأ الإمام مالك . بيروت : دار الكتب العلمية .
- ✕ الماوردي ، الإمام أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب (ت ٤٥٠ هـ) . الحاوي الكبير " شرح مختصر المزني " ، تحقيق الدكتور محمود مطرجي والدكتور ياسين ناصر محمود الخطيب والدكتور عبد الرحمن بن عبد الرحمن شميلة الأهل والدكتور أحمد حاج شيخ ماضي . بيروت : دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، (١٩٩٤) .
- ✕ — . الأحكام السلطانية . بيروت : دار الفكر .
- ✕ مجمع اللغة العربية المصري (١٩٩٠) ، المعجم الوجيز .
- ✕ المحاسنة : محمد يحيى (٢٠٠٠) . بحث بعنوان : " المادة " ٣٦٠ " مدني أردني والتعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية العقدية ، مجلة الحقوق .
- ✕ محتسب يانث ، بسام (١٩٨٤) . المسؤولية الطبية المدنية والجزائية بين النظرية والتطبيق . (ط ١) ، دمشق : دار الإيمان .

- ✕ محمد ، محمد نصر الدين (١٩٨٣) . أساس التعويض . رسالة دكتوراة منشورة ،
جامعة القاهرة ، القاهرة ، مصر .
- ✕ المحمصاني ، صبحي (١٩٧٢ م) . النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة
الإسلامية " بحث مقارنة في المذاهب المختلفة والقوانين الحديثة ، (ط ٢) ، بيروت :
دار العلم للملايين .
- ✕ المرغيناني ، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني ، الهداية شرح بداية المبتدي ،
المكتبة الإسلامية .
- ✕ مرقس ، سليمان (١٩٦٨) . مسؤولية الراعي المفترضة عن فعل المرعي ، في
تقنيات البلاد العربية مع المقارنة بالقانون الفرنسي . جامعة الدول العربية : معهد
البحوث والدراسات العربية .
- ✕ — (١٩٩٢) . الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات . تنقيح الدكتور
حبيب إبراهيم الخليلي . (ط ٥) ، كلية الحقوق : جامعة القاهرة .
- ✕ المرادوي ، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان بن أحمد المرادوي (ت ٨٨٥) .
الإصناف في معرفة الرائج من الخلاف . بيروت : دار إحياء التراث العربي .
- ✕ مسلم ، أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري ، (ت ٢٦١ هـ) . صحيح
الإمام مسلم - بشرح الإمام النووي . الناشر مؤسسة مناهل العرفان - بيروت ،
توزيع مكتبة الغزالي - دمشق .
- ✕ ابن مفلح ، أبو إسحاق إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح الحنبلي (٨٨٤ هـ) .
المبدع . بيروت : المكتب الإسلامي ، (١٤٠٠ هـ) .
- ✕ — . الفروع ، تحقيق أبي الزهراء حازم القاضي . (ط ١) ، بيروت : دار الكتب
العلمية ، (١٤١٨ هـ) .
- ✕ ملحم ، أحمد سالم ، (٢٠٠٠) . التأمين التعاوني الإسلامي وتطبيقاته في شركة
التأمين الإسلامية (الأردن) . (ط ١) ، عمان : المكتبة الوطنية .
- ✕ ابن الملقن ، الحافظ سراج الدين عمر بن علي (٨٠٤ هـ) . خلاصة البدر المنير في
تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير للإمام أبي القاسم الرافعي ، تحقيق
حمدي بن عبد المجيد بن إسماعيل السلفي . (ط ١) ، الرياض : مكتبة الرشد ،
(١٩٨٩) .

- ✕ ملوكي ، إياد عبد الجبار (١٩٨٠) . المسؤولية عن الأشياء وتطبيقها على الأشخاص المعنوية بوجه خاص " دراسة مقارنة " . (ط ١) ، بغداد : مطبعة بابل .
- ✕ منصـور ، أمجد محمد (٢٠٠١) . النظرية العامة للالتزامات " مصدر الالتزام " . (ط ١) ، عمان : الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع .
- ✕ منصور ، محمد حسين . المسؤولية الطبية . الإسكندرية : دار الجامعة الجديدة للنشر .
- ✕ ابن منظور ، جمال الدين محمد بن مكرم . لسان العرب ، بيروت - دار صادر .
- ✕ منلا خسرو ، محمد بن فرموزا منلا خسرو (ت ٨٨٥ هـ) . درر الحكام شرح غرر الأحكام . بيروت : دار إحياء الكتب العربية .
- ✕ موافي ، يحيى أحمد . المسؤولية عن الأشياء في ضوء الفقه والقضاء ، الإسكندرية : منشأة المعارف .
- ✕ المواق ، محمد بن يوسف العبدي المواق ، (ت ٨٩٧ هـ) . التاج والإكليل لمختصر خليل ، بيروت : دار الكتب العلمية .
- ✕ الموصلـي ، محمد الدين عبد الله بن محمود بن مودود الموصلـي (ت ٦٨٣ هـ) . الاختيار لتعليل المختار ، تحقيق ، عبد الكريم بن رسمي آل السديني . (ط ١) ، عمان : دار الفكر ، (١٩٩٩) . الرسائل الجامعية
- ✕ النجار ، ندى البديوي النجار (١٩٩٧ م) . أحكام المسؤولية . (ط ١) ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس : لبنان .
- ✕ ابن نجيم ، العلامة زين الدين بن إبراهيم الحنفي (ت ٩٧٠ هـ) . البحر الرائق شرح كنز الدقائق . بيروت : دار الكتاب الإسلامي .
- ✕ — . الأشباه والنظائر ، تحقيق محمد مطيع الحافظ ، تصوير (١٩٨٦ عن ط ١) ، دمشق : دار الفكر ، (١٩٨٣ م) .
- ✕ الندوي ، علي أحمد (٢٠٠٠ م) . القواعد الفقهية ، (ط ٥) ، دمشق : دار القلم .
- ✕ ابن التديم ، أبو الفرج محمد بن أبي يعقوب إسحق المعروف بالوراق . الفهرست . بيروت : دار المسيرة .
- ✕ النسائي ، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب (٣٠٣ هـ) . سنن النسائي بشرح السيوطي . بيروت : دار إحياء التراث العربي .
- ✕ نصر الدين ، محمد نصر الدين محمد (١٩٨٣ م) . أساس التعويض دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والقانونين المصري والعراقي . القاهرة : جامعة القاهرة .

- ✕ نظام ، الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند الأعلام . الفتاوى الهندية . بيروت : دار إحياء التراث العربي .
- ✕ النفراوي ، أبو العباس أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوي (ت ١١٢٥ هـ) . الفواكه الدواني في شرح رسالة أبي زيد القيرواني . بيروت : دار الفكر ، (١٤١٥ هـ) .
- ✕ النقيب ، عاطف (١٩٨١) . النظرية العامة للمسؤولية عن فعل الأشياء في مبادئها القانونية وأوجهها العملية . (ط ٢) ، الجزائر : ديوان المطبوعات الجامعية ، بيروت ، باريس : منشورات عويدات .
- ✕ — (١٩٨٤) . النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي - الخطأ والضرر - . (ط ٣) ، بيروت / باريس : منشورات عويدات ، الجزائر : ديوان المطبوعات الجامعية .
- ✕ النمر ، عبد المنعم أحمد (١٩٨٣) . علم الفقه . بغداد : مطبعة الخلود ، بإشراف وزارة الأوقاف والشؤون الدينية بالعراق .
- ✕ النووي ، الإمام أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (ت ٦٧٦ هـ) . فتاوى الإمام النووي . المنشورات وعيون المسائل المهمات ، تحقيق : عبد القادر أحمد عطا . (ط ٣) ، بيروت : مؤسسة الكتب الثقافية ، (١٩٩٣) .
- ✕ — . المجموع شرح المذهب . بيروت : دار الفكر .
- ✕ — . تهذيب الأسماء واللغات . بيروت : دار الكتب العلمية .
- ✕ — . المنهاج " بشرح الشرييني " مغني المحتاج " . دار إحياء التراث .
- ✕ — . المنهاج للإمام النووي بشرح الغمراوي : محمد الزهري الغمراوي : السراج الوهاج على متن المنهاج للإمام النووي ، بيروت - دار الجيل ، (١٩٨٧) .
- ✕ — . روضة الطالبين وعمدة المفتين . إشراف زهير الشاويش . (ط ٣) ، بيروت ، دمشق ، عمان : المكتب الإسلامي ، (١٩٩١) .
- ✕ — . تحرير ألفاظ التنبيه أو لغة الفقه ، تحقيق عبد الغني الدقر ، (ط ١) ، دمشق : دار القلم ، (١٩٨٨) .
- ✕ ابن أبي هبيرة ، الوزير أبو المظفر يحيى بن محمد بن أبي هبيرة الشيباني (ت ٥٦٠ هـ) . اختلاف الأئمة العلماء ، تحقيق : السيد يوسف أحمد ، (ط ١) ، بيروت : دار الكتب العلمية سنة النشر ، (٢٠٠٢) .

- ✕ أبو هزيم ، عبد الحليم عبد القادر (١٩٩٥) . المسؤولية عن الأشياء غير الحية في القانون المدني الأردني " دراسة مقارنة " ، رسالة ماجستير غير منشورة ، الجامعة الأردنية ، عمان ، الأردن .
- ✕ ابن هشام ، أبو محمد عبد الملك بن هشام بن أيوب الحميري المعافري (ت ٢١٣ أو ٢١٨) . السيرة النبوية . تحقيق عمر عبد السلام التدمري . (ط ٢) ، بيروت : دار الكتاب العربي ، (١٩٨٩ م) .
- ✕ ابن الهمام ، الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد الإسكندري (ت ٨٦١ هـ —) . التحرير في أصول الفقه الجامع بين اصطلاح الحنفية والشافعية ، بيروت : دار الكتب العلمية .
- ✕ — . شرح فتح القدير . بيروت دار الفكر .
- ✕ الهمشري ، محمود عثمان ، سنة النشر (١٩٧١) المسؤولية الجنائية عن فعل الغير ، رسالة دكتوراة منشورة ، جامعة القاهرة ، القاهرة ، مصر ، إصدار دار الفكر العربي - طبع دار الحمامي جميع الحقوق محفوظة
- ✕ الهندياني ، خالد جاسم (٢٠٠٢) ، بعض الإشكالات التي يثيرها ضمان أذى النفس . مجلة الحقوق مركز أبحاث الرسائل الجامعية
- ✕ الهيثمي ، شهاب الدين أحمد بن حجر . تحفة المحتاج بشرح المنهاج . بيروت : دار إحياء التراث العربي .
- ✕ وزارة الأوقاف الكويتية (١٩٩٢) . الموسوعة الفقهية . (ط ١) ، الكويت : دار الصفاة للنشر والتوزيع .
- ✕ اليعقوب ، بدر جاسم محمد اليعقوب (١٩٨٠ م) . المسؤولية عن استعمال الأشياء الخطرة في القانون الكويتي " دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي " . (ط ١) ، الكويت : دار القرآن الكريم .

Civil Responsibility for Guarding Hazardous Things and Machines in Islamic Fiqh

By
Ahmad Shehadeh Bashir Al-Zoubi

Supervisor
Prof. Mahmood Al-sartawi

Abstract

This comparative study discusses civil responsibility provisions for hazardous materials and machines, in Islamic Fiqh as compared to positive laws.

The significance of this study originates from the abundance of accidents and problems that arise from the use of machines which had become part of our lives aspects. So that it is considered an original piece of work, which will contribute to the knowledge in some aspects.

This study takes up all Fiqh and legal idioms that express the same purpose, discusses them, and explains the most prominent ones; i.e those having no ambiguity.

It also clarifies developmental phases of positive laws, in terms of its responsibility terms for hazardous materials, from its onset to the present time. Then the study expresses (bring about) the subject of the legal basis for responsibility, elaborates on opinions of responsibility stipulations (terms), discusses previous jurists opinions concerning them, and concludes

with clarifying the obstacles of responsibility; all done using a comparative method between positive laws and Islamic Fiqh.

The main conclusions reached by this study are: In Islamic Fiqh injured person should have compensation; blood (Human beings' Life) must not be shed in vain; the rule of "Aaqelah" (intellectual) which was applied in Islamic daily life long ago must be replaced with a new one, whether or not the new rule is an official (Governmental) or private one; collaborative or for-profit. The person in charge in Islamic Fiqh is responsible for any harm resulting from the use of hazardous materials. Furthermore responsibility for using such materials compare with the general Islamic warranty principles.

Article No (291) of the Jordanian positive laws concerned with the responsibility for materials, is designed by Jordanian legislators and is copied from the French law and other Arabic laws, which are also copied from the French law. Therefore this article is no longer valid.

This stud concluded also that it is important that both Islamic scholars and laws experts should be equipped with Fiqh Foundations Sciences as it is a gage that prevents them from making mistakes in defining and explaining terms and expressions. It is acceptable in Islamic Fiqh to indemnity for moral injuries and injuries occurring by negative needs.