

نظريّة المسؤوليّة المدنيّة

في

القانون المدني اليميني والمصري^{شاميه}

والفقه الإسلامي

(دراسة مقارنة)

تأليف

دكتور محمد بن حسين الشامي

مدرس ورئيس قسم القانون للطلبة بجامعة صنعاء

وكلية الشرطة والمعهد العالي للقضاء

مكتبة الجيل الجديد

صنعاء

نظرة المسؤولية الدنبة
ف
القانون المدني اليميني والمصري
والفقه الاسلامي
(دراسة مقارنة)

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

﴿هو الذي بعث في الأميين رسولا منهم يتلوا عليهم آياته ويزكيهم ويعلمهم الكتاب والحكمة وإن كانوا من قبل لفي ضلال مبين، وآخرين منهم لما يلحقوا بهم وهو العزيز الحكيم، ذلك فضل الله يؤتيه من يشاء والله ذو الفضل العظيم﴾^(١).

(١) سورة الجمعة: الآيات ٢، ٣، ٤.

إهداء

إلى من نمت نياط قلبي على حبهما
وترعرعت جوارحي في أحضان عطفهما
ورعايتهما، فغرسا في نفسي حب أمرين هما:
العمل في الحقل، وحب المسجد، وهما اللذان
أوجب الله الإبرار بهما والتذلل في طاعتهما بقوله
تعالى: ﴿وَاخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّلِّ مِنَ الرَّحْمَةِ
وَقُلْ رَبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيْتَنِي صَغِيرًا﴾^(١)

أولئك هما والدتي ووالدي، فإليهما أهدي
هذا المؤلف، والله يضاعف لمن يشاء.

و. محمد بن حسين الشامي

(١) سورة الإسراء: الآية ٢٤.

مُقَدِّمَةٌ

١ - يعتبر فقه المسؤولية المدنية لب القانون بأسره كذلك الأمر في الفقه الإسلامي فما من باب من أبواب الفقه إلا وتتخلله أحكام الصحة والبطالان كما هو معروف في كل باب من أبواب الفقه الإسلامي.

ومصطلح المسؤولية المدنية مصطلح قانوني حديث ظهر في القانون مع بداية انفصال المسؤولية المدنية عن المسؤولية الجنائية^(١) وهو المعنى المقارب لأحكام ضمان الأموال في الفقه الإسلامي^(٢).

وبعد ظهور هذه المسؤولية وقيامها على أساس الخطأ والضرر وعلاقة السببية، وتقديمها لطلاب الدراسات العليا كمادة تهيمن على القانون كله ظهر عجز النصوص الوضعية عن معالجة الأخطار الناتجة عن النشاط الإنساني الذي لا يتناهى وخاصة في مجال الصناعة والعمل، فازدادت بذلك أهمية هذه المسؤولية، ولم يجد الفقهاء مخرجاً لإيجاد الحلول وكسر جمود النصوص الوضعية إلا من

(١) انفصلت المسؤولية المدنية عن المسؤولية الجنائية في القرن السابع عشر الميلادي على يد الفقيه دوما في كتابه القوانين المدنية: للمزيد: راجع د. سليمان مرقس: محاضرات في المسؤولية المدنية، ف ٣، ص ١٢، ورسالتنا ركن الخطأ في المسؤولية المدنية: ف ٢٠، ص ٣١، والمراجع المشار إليها في الهامش.

(٢) للمزيد راجع: بدائع الصنائع للكاساني، ٢٨٦/٦. والضمان في الفقه الإسلامي لفضيلة الشيخ علي الخفيف، ص ٤٦ و ص ٥٥.

خلال بحث هذه المسؤولية، ليتسنى للتطور القانوني مسايرة التطور الاقتصادي الحديث بمختلف صورته.

وللحق فإن ظهور هذه الأهمية في القانون لم تأت إلا بعد أن أبرز فقهاء الإسلام أهمية هذا الموضوع بصورة أشمل وأتم في الكثير من المؤلفات الخاصة به منها على سبيل المثال: مجمع الضمانات للبغدادي، والقواعد الفقهية لابن رجب الحنبلي، والأشباه والنظائر للسيوطي، ومثلها لابن نجيم ناهيك عن أبواب الضمان، والدعوى والإثبات كأبواب خاصة من أبواب الفقه، وأكثر من ذلك فمن المقرر في الفقه الإسلامي: أن كل فقيه أصولي وليس كل أصولي فقيه، وهو ما يعني قدرة الفقيه على استنباط الحل للنازلة الجديدة من مجموع الأدلة الكلية.

ولذلك افرقت طبيعة الاجتهاد في القانون عنه في الشريعة الإسلامية، فالاجتهاد في القانون ينتهي بانتهاء المؤثر الجديد ولا يشمل معه غيره ولا يصلح لما بعده، بخلاف الاجتهاد في الفقه الإسلامي فالمؤثر الجديد ليس إلا سبباً لأعمال أدوات الاجتهاد، فإذا ما تمكن الفقيه من ذلك استطاع إيجاد الحل من أصل ثابت يشمل معه غيره ويصلح لما بعده.

ولتبسيط هذا الفرق نوضح بالمثل في نطاق المسؤولية المدنية فمثلاً: قال البعض من فقهاء القانون: إن الخطأ ليس ضرورياً للمسؤولية المدنية في نطاق المسؤولية عن الأشياء وإنما يكفي للحكم بالتعويض بتوافر ركني الضرر وعلاقة السببية لصعوبة تكليف المضرور بعبء الإثبات، وهذا التصور إن صح مؤثراً لمثل هذه الحالة وفي بعض تطبيقاتها فلا يصلح في غيرها، أما في الفقه الإسلامي فالعلة المؤثرة للضمان أو التعويض، في هذا النطاق هي المباشرة وهي علة صالحة للحكم في نطاق المسؤولية عن الأشياء وفي غيرها ما لم يمنع الحكم عارض أقوى كحالة الدفاع الشرعي، وحينئذ فالمؤثر لإيجاب الحكم بالضمان لا يقتصر على المسؤولية عن الأشياء وإنما يشمل معه غيرها فالمباشر ضامن تعدى أو لم يتعدى.

ولذلك فإن نظام الحياة المنسق مع حركة الكون لا يمكن أن يستقيم استقامة كاملة إلا متى تم جريانه على أساس القيم والموازن المستقاة من الشريعة الإسلامية، أصولها وفروعها وأدواتها المعتبرة شرعاً، وتسهيلاً لبسط رؤية الفقه الإسلامي لأحكام المسؤولية المدنية ولاعتبار أن العالم اليوم من حيث الواقع قد أصبح كالقرية الواحدة وخاصة في نطاق الفكر الذي لا تمنعه حواجز الحدود المادية فقد أثرتنا أن نؤاخي بين المصطلحات القانونية والشرعية التي تقوم عليها نظرية المسؤولية المدنية وجعلنا المصطلح القانوني هو الأصل ثم أوردنا معه المصطلح الشرعي المقابل له من حيث المضمون مع إبراز الحلول والتطبيقات من الفقهين المدني والإسلامي وذلك بصورة تحليلية لا يشعر معها القارئ بالفصل بين ما يعنيه مصطلح الضمان، وما يعنيه مصطلح المسؤولية المدنية.



خطة الدراسة

تحاشياً لما ثار من الاختلاف بشأن ضرورة إثبات الخطأ أو عدم إثباته كركن هام للمسؤولية المدنية، وعدم الوصول إلى تحديد منضبط للخلاف يمنع معه دخول غيره، ولقلة الفائدة الموضوعية من الخلاف في المصطلحات فقد عممنا البحث بعنوان «نظرية المسؤولية المدنية» وقسمناه بعد الفصل التمهيدي وفقاً لترتيبه في القانون إلى ثلاثة أقسام:

فصل تمهيدي: وقد خصصناه للمقابلة بين نصوص المسؤولية المدنية والضمان.

القسم الأول: ركن الخطأ.

القسم الثاني: ركن الضرر.

القسم الثالث: ركن علاقة السببية.

وبما أن أثر كل ركن لا يتحقق إلا مع غيره في أغلب صور المسؤولية المدنية فقد ارتأينا أن يتخلل كل ركن من الأمثلة والتطبيقات ما يثبت به استقرار الضمان على المسؤول لثبوت موجباته وذلك لتوخي الفائدة.

وأسألك يا رب العالمين أن تجعل هذا الجهد الذي هو من فيض نعمك التي

لا تحصي خالصاً لوجهك الكريم، يوم لا ينفع مال ولا بنون، إلا من أتى الله بقلب سليم^(١).

دكتور محمد بن حسين الشامي

(١) سورة الشعراء: الآيتان ٨٨ و ٨٩.

فصل تمهيدي

المقابلة بين نصوص المسؤولية المدنية والضمان

٢ - تقديم . ٣ - تنظيم المسؤولية المدنية في القانون المدني المصري .
٤ - تنظيم المسؤولية المدنية في القانون المدني اليمني . ومشروعية الضمان في
الفقه الإسلامي .

٢ - تقديم : لم يتم الفصل في القانون الروماني بين المسؤولية المدنية
والمسؤولية الجنائية^(١) وإنما تم الفصل بين المسؤوليتين في عصر القانون الفرنسي
القديم الذي بدأ على يد الملك كلودنج حوالي سنة ٥٠٠ ميلادية وانتهى بقيام
الثورة الفرنسية عام ١٤٠٨م وذلك في القرن السابع للهجرة، وكان ذلك الفصل
على يد الفقيه دوماً، حيث أقام المسؤولية المدنية على أساس الخطأ (أي الفصل
الضار) ومنه انتقل المبدأ إلى تقنين نابليون، ثم إلى القوانين الحديثة المأخوذة عن
النظام اللاتيني، والتي سنجعل منها القانون المدني المصري محلاً للمقارنة
التحليلية بينه وبين القانون المدني اليمني والفقه الإسلامي .

٣ - تنظيم المسؤولية المدنية في القانون المدني المصري : أقام هذا القانون

(١) د. عبد المنعم البدرأوي: مبادئ القانون الروماني، ق ٥٨٠، ص ٥١١. د. سليمان
مرقس: محاضرات في المسؤولية المدنية، ف ٢، ص ٩. ود. عمر ممدوح مصطفى:
القانون الروماني، ص ٤٤٢. ورسالتنا «ركن الخطأ»، ف ٨، ص ١٤ وما بعدها.

المسؤولية المدنية على أساس الخطأ وذلك بنص المادة (١٦٣) القائلة: «كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض» وخصص لها الفصل الثالث من باب مصادر الالتزام، وتناولها في ست عشرة مادة من ١٦٣ - ١٧٨، حيث قسم أحكامها إلى قسمين رئيسيين، أفرد أولهما للمسؤولية عن الأعمال الشخصية وهي المسؤولية العامة أصلاً، وأسسها على فكرة الخطأ الواجب الإثبات، أما القسم الثاني فقد جمعت فيه أحوال المسؤولية عن عمل الغير، والمسؤولية الناشئة عن الأشياء وتقوم المسؤولية في هذه الأحوال على فكرة افتراض الخطأ القابل لإثبات العكس، أو غير القابل لإثبات العكس حسب الأحوال^(١).

أما نظرية تحمل التبعة فلم يأخذ بها كأصل عام للمسؤولية، بل أفرد لتطبيقها قوانين خاصة كالقانون رقم (٨٨) لسنة (١٩٤٢) بشأن التعويض عن التلف الذي يصيب المباني والمصانع والآلات الثابتة بسبب الحرب، والقانون رقم (٢٩) لسنة (١٩٤٤) بشأن تعويض أفراد طاقم السفن التجارية ضد أخطار الحرب، والقانون رقم (١٣٠) لسنة ١٩٤٨ بشأن تنظيم الإرشاد بميناء الإسكندرية، والقانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٥٠ بشأن إصابات العمل، والقانون رقم (١١٧) لسنة ١٩٥٠ بشأن التعويض عن أمراض المهنة^(٢).

وإذا كان القانون المدني لم يحصر تطبيق نظرية تحمل التبعة بنص معين فإن ذلك يتفق مع نهجه المتميز في المرونة والتجديد^(٣) إذ كلما استجدت حالات تفرضها المتغيرات الاجتماعية والاقتصادية، وتقتضي معالجتها قيام المسؤولية على أساس تحمل التبعة عولجت بتشريع خاص.

(١) انظر: مجموعة الأعمال التحضيرية، ٢/ ٣٥٠، سابق.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط، ج-٣، ف ٥٥٢، ص ١٠٧٦، ١-هـ. حسين عامر: المسؤولية المدنية، ف ١٧٢، ص ١٥٧، سابق.

(٣) د. نزيه محمد الصادق المهدي: محاولة التوفيق بين المذهبين الشخصي والموضعي في الالتزام، مجلة القانون والاقتصاد، العددان الثالث والرابع، ص ٤٩، القاهرة، ص ٥٢٤.

٤ - تنظيم المسؤولية المدنية في القانون المدني اليمني: أقامت المادة (٣٠٧) مدني يمني المسؤولية المدنية على أساس الخطأ أو الفصل الضار بقولها: كل فعل أو ترك غير مشروع سواء كان ناشئاً عن عمد أو شبه عمد أو خطأ، إذا سبب للغير ضرراً يلزم من ارتكبه بتعويض الغير عن الضرر الذي أصابه، ولا يخل ذلك بالمعوقات المقررة للجرائم طبقاً للقوانين النافذة^(١).

كما نظم أحوال المسؤولية المدنية الناشئة عن الإضرار بحقوق الغير في الباب الثالث من القسم الأول من الكتاب الثاني في مصادر الحق والالتزام به، ورتب أحكام هذه المسؤولية في خمس عشرة مادة من (٣٠٧ حتى ٣٢٩) حيث قسم أحكامها في ثلاثة فصول، تناول الفصل الأول المسؤولية عن الأعمال الشخصية، وهي المسؤولية العامة أصلاً وتقوم على فكرة الخطأ الواجب الإثبات، أما الفصل الثاني، فعالج فيه المسؤولية عن عمل الغير، كما عالج في الفصل الثالث المسؤولية الناشئة عن الحيوان والجماد بما في ذلك البناء، والأشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة، أو الآلات الميكانيكية^(٢) ويتفق القانون المدني

(١) انظر: مجموعة القوانين الإسلامية، أصدرتها وزارة العدل في الجمهورية اليمنية، ص ٤. والقانون المدني اليمني لدولة الوحدة الصادر بالقرار رقم (١٩) لسنة ١٩٩٢م.

(٢) كانت المحاكم قبل هذا التقنين تطبق أحكام المذهب الزيدي، والمذهب الزيدي في حقيقته لا ينحصر في أقوال أئمة أهل المذهب كما هو المتبادر، وإنما هو عبارة عن أصول وقواعد حصلها المجتهدون للمذهب من أقوى الطرق التي ترجحت لديهم، ثم طبقوا مسائل الفروع على هذه القواعد فما جاء من مسائل الفروع - من أقوال أئمة المذهب أو من أقوال أئمة المذاهب الأخرى أو غيرهم - موافقاً لهذه الأصول والقواعد فذلك هو المذهب، أما ما خالف من الفروع تلك القواعد ضعفه ولا يعتبر للمذهب حتى ولو كان قول إمام المذهب نفسه. وفي هذا المعنى قال الإمام القاسم بن محمد في آخر تراجم الرجال المطبوع بالجزء الثالث من المنزعة المختار للعلامة بن مفتاح الصادر عن مكتبة غمضان - صنعاء - ص ٤٥ ما نصه: «وأما وجه تضعيف قول من ينتسب إليه المذهب الزيدي، فالمذهب هو الأصول والقواعد وما انطبقت عليه من المسائل، والتضعيف إنما هو لمخالفة تلك الأصول =

اليمني مع القانون المدني المصري الجديد في جعل الخطأ الواجب الإثبات أساس المسؤولية عن الأعمال الشخصية، كما جعل الخطأ المفروض - القابل لإثبات العكس، أو غير القابل لإثبات العكس - أساس المسؤولية عن عمل الغير وعن الأشياء حسب الأحوال^(١).

ولم يأخذ القانون المدني اليمني بنظرية تحمل التبعة كأصل عام للمسؤولية بل أشار إلى أن هنالك قوانين وقرارات ولوائح تنظم حيازة الأشياء الخطرة وتضع الشروط اللازمة للوقاية منها، حيث يعتبر القانون مخالفة الشروط في حد ذاتها خطأ تبنى عليه المسؤولية^(٢).

= والقواعد... .

وقال محمد بن الحسن الحجوي الثعالبي في تاريخ الفقه الإسلامي، الذي خرّج أحاديثه عبد العزيز القاري المكتبة العلمية بالمدينة المنورة، طبعة ١٣٩٧هـ - ١٩٧٧م، ٦٨/٣، وبعد أن عرض من هم الزيدية قال ما نصه: «... أما في الفقه فالتحقيق أنهم لا يتقيدون بمذهب، وأئمتهم يدعون الاجتهاد ولكن لا يخرجون عن المذاهب الأربعة غالباً...».

وقال الإمام محمد أبو زهرة في تاريخ المذاهب الإسلامية، دار الفكر العربي - القاهرة، ف ٤١٠، ص ٦٧٩، ما نصه: «جاء المجتهدون في مذهب الإمام زيد بن علي رضي الله عنه واستنبطوا من الفروع التي أثرت عنه وأثرت عن غيره أصولاً سموها أصول أئمة الزيدية أو أصول الفقه الزيدي».

وقال في ف ٤١٣، ص ٦٨١، ما نصه: «وكان من الاجتهاد في المذهب الزيدي اختيار ما يستحسن من حلول المذاهب الأخرى.. المذاهب الأربعة المشهورة في الأمصار وغيرها، وقد صار المذهب بهذا الاختيار حديقة غناء تلتقي فيها صور الفقه الإسلامي المختلفة وأغراسه المتباينة، وجناه المختلف الألوان والطعوم...».

ولهذه الأسباب فقد تجنب التقنين المدني اليمني منهج التقليد وأخذ بأرجح الأدلة التي ترجحت لديه في الفقه الإسلامي جملة وتفصيلاً، ص ١١.

(١) انظر: المذكرة الإيضاحية للقانون المدني اليمني، الكتاب الثاني، ص ١١٩، سابق.

(٢) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني اليمني، الكتاب الثاني، ص ١٢٠، سابق.

وأياً كان الأمر فإن القانون المدني اليمني، وإن كان لم يأخذ بنظرية تحمل التبعة إلا أنه لم يمنع من تطبيقها في حالات خاصة، ومنها القرار الجمهوري بالقانون رقم (٥) لسنة ١٩٧٠ بشأن إصدار قانون العمل^(١) الذي عالج فيه أحوال العمال من حيث حقوقهم وواجباتهم وما يستحقونه من التعويض عن أمراض المهنة، حيث نصت المادة (١١٥) منه على أن: «صاحب العمل مسؤول عن الأمراض المهنية التي يصاب بها عماله بسبب ممارستهم المهنة، ويبقى مسؤولاً أيضاً عن عماله الذين يتركون العمل عنده خلال اثنتي عشر شهراً تبتدىء من تاريخ الانفصال عن العمل»^(٢).

ونخلص من كل ما سبق إلى القول بأن القانون المدني اليمني كالقانون المدني المصري لم يأخذ بنظرية تحمل التبعة، إلا في الأحوال التي تقررها القوانين والقرارات واللوائح الخاصة^(٣)، أما ما عدا ذلك فتقوم المسؤولية على فكرة الخطأ واجب الإثبات أو المفروض حسب الأحوال التي سنعالجها في الدراسة.

مشروعية الضمان في الفقه الإسلامي

٥ - تمهيد. ٦ - الضمان في اللغة. ٧ - الضمان في اصطلاح الفقهاء.
٨ - الضمان بمعنى الكفالة. ٩ - الضمان بمعنى التعويض المالي. ١٠ - آيات من الكتاب الكريم دالة على وجوب الضمان. ١١ - أحاديث شريفة دالة على وجوب الضمان. ١٢ - قواعد فقهية دالة على وجوب الضمان. ١٣ - الضمان المقابل للمسؤولية المدنية من حيث المعنى ومن حيث الأثر.

(١) الجريدة الرسمية الصادرة عن المكتب القانوني للدولة، العدد السادس، الصادر في

١٥ شعبان ١٣٩٠هـ، الموافق ١٥ أكتوبر ١٩٧٠م، السنة الخامسة، ص ٣.

(٢) الجريدة الرسمية اليمنية، العدد السادس، ص ١٢، المرجع السابق.

(٣) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني اليمني، الكتاب الثاني، ص ١٢٠.

٥ - تمهيد: تقدم القول أن فقه القانون المدني يعتبر الخطأ القاعدة العامة للمسؤولية المدنية، ويوجب التعويض على المسؤول للمضروور متى اكتملت للمسؤولية المدنية أركانها الثلاثة المتمثلة في الخطأ والضرر وعلاقة السببية.

وما نبغيه في هذا المطلب هو الوصول إلى تحديد نوع الضمان المقابل لكلمة المسؤولية المدنية، مع بيان السبب الموجب للضمان المقابل لفكرة الخطأ ذاتها، ولا يتأتى لنا ذلك إلا بمعرفة الضمان لغة، وشرعاً، وأدلة مشروعيته من الكتاب والسنة، ولذلك سنوجز الإشارة إلى هذه المسائل، بغية الوصول إلى التحديد الدقيق للمعنى الذي ذكرناه.

٦ - الضمان في اللغة: ورد عن ابن منظور^(١) أن كلمة الضمان في لغة العرب تطلق ويُراد بها عدة معان، منها: الكفالة، والالتزام، والغرامة، وغير ذلك من المعاني المتعددة^(٢)؛ وعليه فإن الضمان بمعنى الغرامة يعد معنى واحداً من المعاني المتعددة لكلمة الضمان في لغة العرب.

٧ - الضمان في اصطلاح الفقهاء: استعمل الفقهاء كلمة الضمان في معنيين من معانيه الواردة في اللغة، الأول: بمعنى الكفالة أي ضم ذمة إلى ذمة

(١) هو أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم الأنصاري المعروف بابن منظور المصري، صاحب كتاب «لسان العرب» وغيره، وُلد في القاهرة وقيل في طرابلس سنة ٦٣٠هـ - ١٢٣٢م، وتوفي سنة ٧١١هـ - ١٣١١م. الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، لمحمد بن الحسن الحجوي الثعالبي، مطبعة إدارة المعارف بالرباط، ومطبعة البلدية بفاس، ١٣٤٠هـ، ١٠٥/٢.

(٢) انظر: ابن منظور: لسان العرب، مادة ضمن، طبعة دار المعارف - بمصر، تصحيح الأساتذة: عبد الله علي الكبير، ومحمد أحمد حسب الله، وهاشم محمد الشاذلي، ٢٦١٠/٤. ومختار الصحاح لعبد القادر الرازي، مادة ضمن، ترتيب السيد محمود خاطر، دار التراث العربي للطباعة والنشر - القاهرة، ص ٣٨٤.

أخرى في المطالبة^(١)، والثاني: الضمان بمعنى الالتزام بتعويض الغير عما أصابه من ضرر، ونلقي الضوء على هذين المعنيين مع تحديد المعنى الذي نقصده في هذه الدراسة.

٨ - الضمان بمعنى الكفالة: استعمل بعض فقهاء المالكية، والحنابلة، والشافعية، والزيدية والحنفية والظاهرية، والأباضية في بعض تعبيراتهم الضمان بمعنى الكفالة، فقال المالكية: الضمان شغل ذمة أخرى بالحق وهو يشمل ضمان المال وضمان الوجه وضمان الطلب^(٢). . وقال الحنابلة: الضمان ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق، ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما^(٣). . وقال الشافعية: الضمان الشامل للكفالة يطلق شرعاً على التزام الدين والبدن والعين^(٤). . وقال الزيدية: الضمان تقرير الدين في ذمة الضامن حتى يصير مطالباً مع الأصل^(٥). . وقال الأحناف: الكفالة ضم لغة والتزام المطالبة بما على الأصل

(١) مجلة الأحكام العدلية، مادة (٦١٢)، ص ١١٥، سابق.

(٢) انظر: بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، للعلامة الشيخ أحمد بن محمد الصاوي المالكي على الشرح الصغير للدردير، ط عيسى البابي الحلبي وشركاه - القاهرة، ٦٦٤/٢. الشرح الصغير للقطب الشهير أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، مطبوع بهامش بلغة السالك، عيسى البابي الحلبي وشركاه - القاهرة، ٤٦٥/٢.

(٣) المغني، للإمام عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، ط ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م، دار الكتاب العربي - بيروت، ٧٠/٥. وبأسفل الصحائف: الشرح الكبير للإمام عبد الرحمن بن أبي عمر محمد المقدسي، ٧٠/٥.

(٤) انظر: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للإمام شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة الرملي، الطبعة الأخيرة، ١٣٨٦هـ - ١٩٦٧م، مطبعة محمد محمود الحلبي وشركاه - القاهرة، ٤٣٢/٦.

(٥) البحر الزخار، للإمام المجتهد أحمد بن يحيى المرتضى، الطبعة الثانية، ١٣٩٤هـ - ١٩٧٥م، مؤسسة الرسالة، بيروت، ٧٥/٦. وبهامشه تعليقات لمصححه القاضي العلامة عبد الله بن عبد الكريم الجرافي، تغشاه الله بواسع رحمته.

شرعاً^(١).. وقال الظاهرية: الكفالة هي الضمان، وهي الزعامة، وهي القبالة وهي الحمالة^(٢).. وعند الإباضية: الحمالة، وتسمى الكفالة والضمانة والزعامة، والمشغول بها يسمى حميلاً وكفيلاً وضميناً^(٣)، وللضمان عند الأمامية إطلاقان: إطلاق بالمعنى الأعم الشامل للحوالة والكفالة. وإطلاق بالمعنى الأخص وهو التعهد بالمال عيناً أو منفعة أو عملاً^(٤).

وقد لخص الأستاذ الدكتور عبد المجيد مطلوب خلاف الفقهاء في تعريف الكفالة، وحصره في ثلاثة إتجاهات: أولها: إن الكفالة نقل دين من ذمة إلى أخرى. وثانيها: أنها ضم ذمة إلى ذمة أخرى في المطالبة فقط. والثالث: أنها ضم ذمة إلى ذمة أخرى في المطالبة والدين^(٥) ثم رجح أن الكفالة: ضم ذمتي الأصيل والكفيل في المطالبة والدين معاً، فيثبت الدين في ذمتهما، ومتى وفى أحدهما بالدين بريء الآخر^(٦).

ويبدو لنا: أن عقد الكفالة لا يخلو إما أن يتضمن في نصوصه إحضار المدين إلى مجلس القضاء، أو يتضمن كفالة الدين ذاته، أو تطلق الكفالة من غير تعيين، فإن نص العقد على الحالة الأولى كان الكفيل ملتزماً بتحقيق نتيجة معينة هي

(١) بدائع الصنائع للإمام الكاساني، الطبعة الثانية، ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م، دار الكتاب العربي - بيروت، ٢/٦.

(٢) المحلى للإمام ابن حزم، دار التراث - القاهرة، تحقيق العلامة أحمد محمد شاكر، ج ٨، مسألة رقم ١٢٢٩، ص ١١٠.

(٣) شرح النيل وشفاء العليل للإمام محمد بن يوسف أطفيش، ط ١٣٤٣هـ، المطبعة السلفية - القاهرة، ٤١٢/٩.

(٤) العروة الوثقى، تأليف آية الله الشريف الطباطبائي، دار المسيرة - بيروت، ٣١٧/٢.

(٥) نظرية الإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي، بحث مقارن بين المذاهب، رسالة من الأزهر الشريف ط ١٩٨٧م، ص ٢٥٢.

(٦) نظرية الإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي، ص ٢٥٥، سابق.

إحضار المدين إلى مجلس القضاء وإن تضمن العقد على الحالة الثانية كان الكفيل ملتزماً بتحقيق نتيجة معينة هي أداء الدين للمكفول له، ثم يرجع به هو على المدين المكفول عنه، أما إذا لم يتضمن العقد نوع الإلتزام ثبت الدين في ذمة المدين والكفيل معاً، كما رجح الأستاذ الدكتور عبد المجيد مطلوب ومتى وفي أحدهما بالدين برىء الآخر، ذلك أن عقد الكفالة إنما شرع للاستيثاق، وتضمن الكفيل بالدين هو المعنى المطابق لمقتضى العقد. وحتى لا نخرج عن نطاق البحث: نبادر إلى القول: إن الضمان بمعنى الكفالة، لا يعيننا لأننا إنما نبحث في الفقه الإسلامي، عن الضمان المقابل للمسؤولية المدنية في فقه القانون المدني، وهذا المعنى الذي نقصده يتفق مع الضمان، المتعلق بالتعويض أو الغرامة المالية، أي الضمان بمعنى تضمين الشخص بالتعويض عما سببه للغير من ضرر نتيجة خطأ أو الإخلال بالتزام عقدي، وهذا المعنى نبخته في الضمان بمعنى التعويض على النحو التالي:

٩ - الضمان بمعنى التعويض المالي: أورد الفقهاء للضمان - بمعنى الغرامة أو التعويض - عدة تعريفات منها ما ذكره الغزالي^(١) إن الضمان: هو وجوب رد الشيء أو أداء بدله بالمثل أو بالقيمة^(٢).

(١) هو حجة الإسلام: أبو حامد محمد بن محمد بن محمد بن أحمد الغزالي الشافعي، وُلد بطوس من أعمال خراسان سنة ٤٥٠هـ، وقيل ٤٥١هـ، جدُّ في طلب العلم والتحصيل، حتى تولى التدريس في المدرسة النظامية ببغداد، ثم انتقل إلى الشام، وأقام بدمشق، ثم انتقل إلى بيت المقدس، ثم الإسكندرية ثم عاد إلى طوس. تزهد في آخر عمره وعكف على العبادة والتأليف حتى وافاه الأجل بالطبران سنة ٥٠٥هـ، وله أكثر من مائتي كتاب، ومقالة ورسالة، منها «الوجيز في الفقه» و«المستصفي» في أصول الفقه والإحياء في التصوف. انظر: الفكر السامي، للحجوي الثعالبي، ٤/١٦٣، سابق.

(٢) الوجيز للغزالي، ط ١٣١٧هـ، مطبعة الآداب والمؤيد بمصر، ٢/٢٠٥.

وعرفه الحموي^(١) بقوله: الضمان: عبارة عن رد مثل الهالك إن كان مثليا أو قيمته إن كان قيميا^(٢).

وعرفته مجلة الأحكام العدلية بقولها الضمان هو إعطاء مثل الشيء إن كان من المثليات وقيمه إن كان من القيميات، وذلك في المادة رقم ٤١٥^(٣).

وعرفه الشوكاني^(٤) بقوله الضمان: عبارة عن غرامة التالف^(٥) كما عبر عن الضمان بمعنى التعويض الشيخ محمود شلتوت بقوله: تضمين الإنسان عبارة عن الحكم عليه بتعويض الضرر الذي أصاب الغير^(٦) والضمان بهذا المعنى هو الذي يقابل المسؤولية المدنية التي تهدف إلى تعويض المضرور عن الضرر الذي أصابه، غير أن مشروعية الضمان في الفقه الإسلامي لم تمر بمراحل تطور كفكرة الخطأ في فقه القانون المدني، وإنما وردت مشروعية الضمان في العديد من الآيات القرآنية

(١) هو شهاب الدين أحمد بن محمد الحسيني الحموي الحلفي، عالم شارك في أنواع من العلوم، درس في القاهرة، من مؤلفاته: «غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر» و«كشف الرمز عن خبايا الكنز» وغيرها، توفي سنة ١٠٩٨هـ. انظر: معجم المؤلفين، تراجم مصنفي الكتب العربية، لعمر رضا كحالة، مطبعة الترقى بدمشق، ١٣٧٦هـ، ٩٢/٢.

(٢) غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر، مطبعة دلة الطباعة العامرة، ١٢٩٠هـ، ٢/٢١٠.

(٣) مجلة الأحكام العدلية، ص ٨٠.

(٤) هو الإمام محمد بن علي محمد الشوكاني الصنعاني، جدّ في طلب العلم، وبرع في الحديث والأصول والرواية والدراية، حتى أصبح إمام علماء اليمن في القرن الثالث عشر من الهجرة، وُلد سنة ١١٧٣هـ، وتوفي سنة ١٢٥٠هـ، من مؤلفاته: «نيل الأوطار» و«إرشاد الفحول» و«السييل الجرار» وغيرها. انظر: الفكر السامي، ٦٩/٣ - ٧٠، سابق.

(٥) نيل الأوطار للشوكاني، مكتبة دار التراث - القاهرة، ٣٢٣/٥.

(٦) الإسلام عقيدة وشريعة، لفضيلة الشيخ محمود شلتوت، الطبعة الثانية عشرة، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م، ص ٣٩٢.

والأحاديث النبوية كما استلهم الفقهاء من هذين المصدرين العديد من القواعد
الفقهية على النحو التالي:

١٠ - آيات من الكتاب الكريم دالة على وجوب الضمان: منها قوله تعالى: ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾^(١)، وقوله تعالى: ﴿وإن عاقبتهم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به﴾^(٢). كل ذلك يدل على أن إضرار الشخص بنفس الغير أو ماله يعد إعتداء، والإعتداء مضمون على فاعله، وفي هذا المعنى يقول السرخسي^(٣): «ضمان العدوان مقدر بالمثل بالنص»^(٤)، وذكر الآيات المشار إليها، وقال ابن كثير^(٥) في تفسيره: يأمر الله تعالى بالعدل في القصاص والمماثلة في استيفاء الحق، كما قال عن عبد الرزاق عن الثوري عن خالد عن ابن سيرين أنه قال: (إن أخذ منكم رجل شيئاً فخذوا مثله)^(٦).

ومن الحوادث الدالة على التضمن والتي ورد ذكرها في القرآن الكريم، قصة الحرث^(٧) التي حكم فيها نبي الله داود وابنه سليمان في قوله تعالى: ﴿وداود

(١) سورة البقرة: الآية ١٩٤.

(٢) سورة النحل: الآية ١٢٦.

(٣) هو شمس الأئمة: أبو بكر محمد بن أحمد بن سهل السرخسي الحنفي، عدوه من الأئمة المجتهدين في المسائل بالمذهب الحنفي، أملى كتابه المبسوط وهو مسجون في الجب وأصحابه يكتبون عنه في أعلى الجب، ثم أفرج عنه وتوفي سنة ٤٨٣هـ. انظر: الفكر السامي، ١٩/٤، سابق.

(٤) المبسوط للسرخسي، الطبعة الأولى ١٣٢٤هـ، مطبعة السعادة - بمصر، ٧٩/١١.

(٥) هو الإمام الحافظ التقي: عماد الدين أبو الفداء: إسماعيل بن الخطيب بن حفص عمر بن كثير الشافعي، توفي سنة ٧٧٤هـ، وله مصنفات جلية، منها: «تفسير القرآن العظيم» المعروف بتفسير ابن كثير.

(٦) تفسير ابن كثير، ط ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م، مكتبة دار التراث، ٥٩٢/٢.

(٧) الزرع، مختار الصحاح للرازي، مادة حرث، ص ١٢٨، سابق.

وسليمان إذ يحكمان في الحرث إذ نفشت^(١) فيه غنم القوم وكنا لحكمهم شاهدين .
 ففهمناها سليمان وكلاً ءاتينا حكماً وعلماً^(٢) . وبيان القصة كما ذكر المفسرون :
 « أن رجلين دخلا على داود عليه السلام أحدهما صاحب حرث ، والآخر صاحب
 غنم ، فقال – المدعى – وهو صاحب الحرث إن غنم هذا نفشت في حرثي وما
 أبقت منه شيئاً – ويدل سياق القصة أن صاحب الغنم لم ينكر – فقضى داود
 عليه السلام بأن يأخذ صاحب الحرث الغنم ، فقال سليمان غير هذا يا نبي الله ! قال
 وما ذاك قال تدفع الكرم إلى صاحب الغنم فيقوم عليه حتى يعود كما كان ، وتدفع
 الغنم إلى صاحب الكرم فيصيب منها حتى إذا كان الكرم كما كان دفعت الكرم إلى
 صاحبه ودفعت الغنم إلى صاحبها ، فذلك قوله : ﴿ففهمناها سليمان﴾^(٣) . وأمضى
 داود حكم سليمان عليهما السلام ، وقد أورد القرطبي^(٤) . في هذه القصة ستاً
 وعشرين مسألة^(٥) منها أن على أهل الحوائط حفظ حيطانهم وزروعهم بالنهار ، ثم
 الضمان في المثل بالمثلثات وبالقيمة في ذوات القيم^(٦) .

(١) نفشت : رعت فيه ليلاً . مختار الصحاح للرازي ، مادة نفس ، ص ٦٧٣ ، سابق .

(٢) سورة الأنبياء : الآيتان ٧٨ ، ٧٩ .

(٣) انظر : تفسير ابن كثير ، ج ٣ ، ص ١٨٦ ، سابق .

(٤) هو أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر الأنصاري الأندلسي القرطبي المالكي ، من
 كبار المفسرين ، رحل من قرطبة واستقر بمنية بني خصيب بصعيد مصر وتوفي بها سنة
 ٦٧١هـ ، من مؤلفاته : «الجامع لأحكام القرآن» و «التذكرة بأحوال الموتى وأمور الآخرة»
 وغيرها . انظر : الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب : لبرهان الدين إبراهيم بن
 علي بن محمد بن فرحون اليعمري المدني المالكي ، الطبعة الأولى ، ١٣٥١هـ ، ملتزم طبعه
 عباس عبد السلام شقرون بالغمامين ، بمصر ، ص ٣١٧ ، ٣١٨ .

(٥) انظر : الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ، ط دار الشعب بالقاهرة ، ٤٣٤٧/٥ .

(٦) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ، ج ٥ ، ص ٤٢٥٤ ، سابق .

ونستخلص مما قضى به داود، وابنه سليمان عليهما السلام إنما كان لهدف جبر الضرر الذي أصاب صاحب الحرث، وذلك دليل على وجوب الضمان عند الإضرار بمال الغير.

١١ - الأحاديث الدالة على وجوب الضمان: ومن الأحاديث الدالة على وجوب الضمان ما رواه أنس^(١) - رضي الله عنه - أنه قال: «أهدت بعض أزواج النبي صلى الله عليه وآله وسلم طعاما في قصعة^(٢). فضربت عائشة^(٣) القصعة بيدها فألقت ما فيها فقال النبي ﷺ: «طعام بطعام وإناء بإناء»^(٤)، وهذا دليل على وجوب ضمان المتلف بجنسه^(٥).

كذلك ما أخرجه الإمام مالك بسنده أن رسول الله ﷺ قال: «لا ضرر ولا ضرار»^(٦)، وقد روى هذا الحديث من طريق ابن

(١) هو أبو حمزة أنس بن مالك بن النضر الأنصاري الخزرجي النجاري، خدم النبي ﷺ عشر سنين، وشهد خيبر وهو مراهق وشهد ما بعدها، من حفاظ الصحابة وأعلامهم، مات سنة ٩٠هـ أو بعدها وقد تجاوز المائة، وهو آخر من مات من الصحابة بالبصرة. انظر: الفكر السامي، ٢٩/٢، سابق.

(٢) القصعة: الصفحة الضخمة تشيع العشرة. لسان العرب لابن منظور، ج ٥، مادة فصع، ص ٣٦٥٣.

(٣) هي أم المؤمنين عائشة بنت أبي بكر الصديق، من المكثرين للحديث الذين تجاوزت أحاديثهم الألف. قال أبو موسى الأشعري: ما أشكل على أصحاب رسول الله ﷺ شيء فسألنا عنه عائشة إلا وجدنا عندها منه علماً - توفيت سنة ٥٧هـ، وقيل ٥٨هـ، ودفنت بالبقيع. انظر: السمط الثمين في مناقب أمهات المؤمنين، لمحيي الدين أحمد بن عبد الله الطبري، الطبعة الثانية، مطبعة الفنون بحلب، ص ٣٣، ٩٥.

(٤) سنن أبي داود، ج ٣، حديث رقم ٢٥٦٨، ص ٢٩٧، سابق. صحيح البخاري، ج ٣، حديث رقم ٧٠٠، ص ٢٨١.

(٥) نيل الأوطار للشوكاني، ج ٥، ص ٣٢٢، سابق.

(٦) موطأ الإمام مالك، ص ٦٣٨.

عباس^(١) وغيره مما جعله يجري مجرى القاعدة العامة في الضمان^(٢).

قال الشوكاني في شرح الحديث: «واختلفوا في الفرق بين الضرر والضرار، فقيل إن الضر فعل الواحد والضرار فعل الإثنين فصاعداً، وقيل الضرار أن تضر أخاك بغير أن تنتفع، والضر أن تضره وتنتفع أنت به. وقيل الضرار الجزاء على الضر والضر الإبتداء، وقيل هما بمعنى واحد»^(٣)، وعلى أية حال فإن دلالة تؤكد لنا دون شك أو نزاع أن مبدأ المسؤولية والتعويض عن الضرر أمر أساسي في الشريعة الإسلامية^(٤) ومسلم به بين جميع فرق المسلمين، بل ويعتبر من ضروريات الدين^(٥). قال ابن المرتضى^(٦): «والجناية على المال توجب الضمان

(١) هو أبو العباس عبد الله بن عباس بن عبد المطلب الهاشمي ابن عم رسول الله ﷺ، صحابي جليل وُلد قبل الهجرة بثلاث سنين، اشتهر بالتفسير والحديث والفقه والفتيا والعربية والشعر، ولُقّب بحبر الأمة وترجمان القرآن، لكثرة علمه، دعا له الرسول ﷺ بقوله: «اللهم فقّه في الدين وعلمه التأويل»، توفي بالطائف سنة ٦٨هـ. انظر: الفكر السامي ٥١/٢، ٥٣، سابق.

(٢) نيل الأوطار للشوكاني ٥/٢٦٠، سابق. محمد فاروق بدري المكام، رسالته من جامعة القاهرة - الفعل الموجب للضمان - بالآلة الكاتبة، ١٩٧٧م، ص ٢٢. د. محمد عبد القادر الحاج، رسالته مسؤولية المنتج والموزع، ط ١٩٨٢م، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٢٧. والمراجع المشار إليها في الهامش ١.

(٣) نيل الأوطار، ٥/٢٦١، سابق.

(٤) محمد عبد القادر الحاج، رسالته مسؤولية المنتج والموزع، ص ٢٨، سابق.

(٥) انظر: الموافقات في أصول الأحكام، للمحافظ إبراهيم اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ٨/٢.

(٦) هو الإمام المهدي لدين الله أحمد بن يحيى المرتضى، القرشي الهاشمي اليمني، ينهض نسبه إلى الإمام علي بن أبي طالب، عليهم السلام، مولده سنة ٧٦٤هـ وقيل ٧٧٥هـ بالهان آنس، قضاء ذمار جنوب صنعاء، مؤلفاته تزيد على ثلاثين مؤلفاً، منها: «متن الأزهار وشرحه الغيث المدرار» الذي ألفه وهو في السجن، ثم ألف «البحر الزخار» وغيره =

إجماعاً^(١). وقال ابن القيم^(٢): ويقضي العقل والقياس أن من تسبب إلى إتلاف مال شخص أنه يضمن ما أتلفه^(٣).

كما تشهد لمشروعية الضمان ووجوبه أحاديث أخرى منها قوله صلى الله عليه وآله وسلم: «لا يأخذن أحدكم متاع أخيه لآعباً ولا جاداً ومن أخذ عصا أخيه فليردها»^(٤). وفيه دليل على تحريم مال المسلم إلا بطيبة من نفسه وإن قل^(٥).

وعن عبد الرحمن بن أبي ليلى قال: حدثنا أصحاب النبي ﷺ أنهم كانوا يسرون معه، فنام رجل منهم فانطلق بعضهم إلى جبل معه فأخذه ففزع فقال النبي ﷺ: «لا يحل لمسلم أن يروع مسلماً»^(٦) وفيه دليل على أنه لا يجوز ترويع المسلم أخاه ولو بما صورته صورة المزح، ناهيك عن الإضرار بنفسه أو بماله^(٧).

= بعد خروجه، ثم توفي سنة ٨٤٠هـ بظفير حجة شمال غرب صنعاء. انظر: البحر الزخار، ٢١/١.

- (١) البحر الزخار، للمرئضي، ٢٦٥/٦، سابق.
- (٢) هو شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب الزرعي الدمشقي الحنبلي المعروف بابن قيم الجوزية، وُلد سنة ٦٩١هـ، عني بالحديث ورجاله، كما اشتغل بسائر العلوم الأخرى، لازم ابن تيمية وأخذ عنه وغلب عليه حبه حتى كان لا يخرج عن شيء من أقواله، ولذلك سُجن معه في قلعة دمشق ولم يُفرج عنه إلا بعد موت شيخه، توفي سنة ٧٥١هـ، من مؤلفاته: «أعلام الموقعين» و«الطرق الحكمية في السياسة الشرعية» وغيرها. انظر: الفكر السامي ١٥٨/٢، سابق.
- (٣) أعلام الموقعين لابن القيم الجوزية، دار الجيل، بيروت، مراجعة طه عبد الرؤوف سعد، ١٢٣/٢.
- (٤) سنن أبي داود، ج ٤، حديث رقم ٥٠٠٣، ص ٣٠١، سابق.
- (٥) سبل السلام لمحمد بن إسماعيل الأمير، تحقيق إبراهيم عصر، دار الحديث بجوار إدارة الأزهر - القاهرة، ٨٨٦/٣.
- (٦) سنن أبي داود، ج ٤، حديث رقم ٥٠٠٤، ص ٣٠١.
- (٧) نيل الأوطار للشوكاني، ٣١٧/٥.

وقال رسول الله ﷺ يوم النحر بمنى في حجة الوداع «فإن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا»^(١).

١٢ - قواعد فقهية دالة على وجوب الضمان: وقد استنبط الفقهاء من روح الآيات القرآنية، والأحاديث النبوية عدداً من القواعد الفقهية، مثل قاعدة: «الضرر يزال»^(٢) وقاعدة «من أتلف مال غيره بلا إذن منه فهو ضامن»^(٣) كما سجلت مجلة الأحكام العدلية ما يقرب من تسعين قاعدة فقهية منها: «المباشر ضامن وإن لم يتعد والمتسبب لا يضمن إلا بالتعدي، والغرم بالغنم، والخراج بالضمان، وغيرها»^(٤)

(١) صحيح البخاري، ج ٣، حديث رقم ٦، ص ٦.

(٢) الأشباه والنظائر للإمام جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، ط عيسى البابي الحلبي وشركاه، ص ٩٢. الأشباه والنظائر للشيخ زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم، ط ١٣٨٧هـ - ١٩٦٨م، مؤسسة الحلبي وشركاه للنشر والتوزيع، ص ٨٥. وأصل هذه القاعدة قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»، سبق تخريجه ف ٤٠، ومعناه أن لا يضر الرجل أخاه ابتداء ولا جزاء، وقد آتني على هذه القاعدة كثير من أبواب الفقه، منها: الرد بالعيب، وجميع أنواع الخيار عند اختلاف الوصف المشروط، والحجر بسائر أنواعه، والشفعة للشريك لتفادي ضرر القسمة، وللجار لدفع ضرر جار السوء، وضمان المتلفات، والجبر على القسمة، وأخذ مال الممتنع من أداء الدين بغير إذنه، ودفع الصائل ولو أدى إلى قتله. ومنها دفع الضرر الفاحش في حق المعاملات الجوارية، ومثال ذلك جاء في المادة رقم ١٢٠٠ من مجلة الأحكام العدلية ص ٢٣١: يدفع الضرر الفاحش بأي وجه كان.. ومن ذلك: لو اتخذ في اتصال دار قرن أو معصره لا يستطيع صاحب الدار السكنى فيها لتأذيه من الدخان ورائحة المعصرة، فهذا ضرر فاحش بأي وجه كان يجب أن يزال. انظر: مجلة الأحكام العدلية، ص ١٨ و ٢٣١ وما بعدها. والأشباه والنظائر للسيوطي، ص ٩٢. والأشباه والنظائر لابن نجيم، ص ٥٨، سابق.

(٣) المبادئ العامة للفقه الجعفري، هاشم معروف الحسيني، ط دار النشر للجامعيين، ص ١٥٩.

(٤) مجلة الأحكام العدلية، المقالة الثانية، ص ١٦ وما بعدها، سابق.

وكلها توجب الضمان على كل من أضر بغيره بدون حق أو بدون إذنه .

ويتبين مما أوردناه من الأدلة الشرعية الإجمالية – من الكتاب والسنة والإجماع، والقياس، والمعقول، والقواعد الفقهية – تظاferها جميعاً على مشروعية الضمان، واعتبار مبدأ المسؤولية بالتعويض عن الضرر الذي يصيب الغير، أصلاً شرعياً ثابتاً في جميع المذاهب الفقهية في الشريعة الإسلامية بلا خلاف .

١٣ – الضمان المقابل للمسؤولية المدنية من حيث المعنى ومن حيث الأثر: أما من حيث المعنى: فإن كلمة «المسؤولية المدنية» بتعبير علماء القانون تتفق مع كلمة «الضمان بمعنى التعويض المالي» بتعبير علماء الفقه الإسلامي، حيث يجب التعويض بموجبهما على كل شخص سبب ضرراً للغير .

كذلك من حيث الأثر: تتفق كلمة المسؤولية المدنية مع كلمة الضمان بمعنى التعويض المالي، في أنهما يهدفان جميعاً إلى أثر واحد، هو، جبر الضرر الذي أصاب المضرور بالتعويض المدني البعيد عن صفة العقوبة الجنائية .

أما سبب الضمان – المقابل للمعنى المراد من كلمة خطأ^(١) في فقه القانون

(١) أما المعنى الحرفي لكلمة خطأ في الفقه الإسلامي، فإنها حينما تطلق لا يراد بها إلا الفعل المقابل للعمد، ودليل ذلك قوله تعالى: «وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً إلا خطأ ومن قتل مؤمناً خطأ، فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله...» [سورة النساء: الآية ٩٢]، وقال رسول الله ﷺ: «إذا حكم الحاكم فاجتهد فأصاب فله أجران، وإذا حكم فاجتهد فأخطأ فله أجر»، سنن أبي داود، ج ٣، حديث رقم ٣٥٧٤، ص ٢٩٩ .
وقد اتفق الفقهاء على أن الخطأ يرفع الإثم الأخروي، الإمام أبو زهرة: أصول الفقه، ص ٢٨٠، سابق . وقال علماء الأصول أيضاً عن الخطأ: «أن يفعل فعلاً من غير أن يقصده قصداً تاماً، وذلك أن تمام قصد الفعل بقصد محله، وفي الخطأ يوجد قصد الفعل دون قصد المحل». انظر: شرح التلويح على التوضيح للفتنازاني ١٩٥/٢، سابق . وعرفه علماء =

المدني - فيستفاد من مختلف التعبيرات الموجبة للضمان عند الفقهاء، والتي منها، كلمة التعدي، أو المباشرة، أو التسبب، أو الإخلال بضمان اليد، أو ضمان العقد، أو فعل الإلتلاف بأي سبب كان، فكل وصف من هذه الأوصاف إذا انفرد وأحدث ضرراً بالغير فإنه يعتبر من أسباب الضمان الموجبة للتعويض حسبما سنوردها في مواضعها المناسبة من الدراسة.



الفروع بأنه: «ما أصبت مما كنت تعمدت غيره». انظر: المبسوط للسرخسي ٦٦/٢٦، سابق. والمراد بالخطأ في كل ما مر هو: «وقوع الشيء على خلاف الإرادة». انظر: الضمان لفضيلة الشيخ على الخفيف، ص ٤٤، سابق. ويترتب على التفرقة بين الخطأ والعمد النتائج التالية: أولاً في النطاق الجنائي يترتب على العمد القود كما سيأتي تفصيله في ف ٢٢٣، أما الخطأ فيترتب عليه الدية، وفي النطاق المدني، يترتب على العمد الإثم الأخرى والضمان، أما الخطأ فلا يترتب عليه سوى الضمان المالي. ولهذا فإن المعنى الدقيق لكلمة الخطأ لا يطلق إلا في مقابلة العمد.

القسم الأول ركن الخطأ

١٤ - تمهيد: وجود الخطأ يشعر حتماً بوجود المسؤولية، والمسؤولية في عمومها لا يخلو إما أن تكون مسؤولية أدبية أو قانونية، والمسؤولية الأدبية جزاؤها غضب الخالق وتأنيب الضمير أما المسؤولية القانونية فتتقسم إلى قسمين: مسؤولية جنائية، ومسؤولية مدنية فالمسؤولية الجنائية جزاؤها عقوبة من العقوبات التي نص عليها القانون^(١) أما المسؤولية المدنية فتتقسم إلى قسمين، مسؤولية عقدية، ومسؤولية تقصيرية، وتقوم المسؤولية التعاقدية عند الإخلال بالتزام تعاقدي، وغايتها أن يقضي على المسؤول بالتنفيذ إن كان ذلك ممكناً، وإلا فبالتعويض عن الضرر عند عدم الوفاء بالالتزام، أما المسؤولية التقصيرية فتقوم عند الإخلال بواجب قانوني عام واحد لا يتغير، هو الالتزام بعدم الإضرار بالغير، وغايتها وجوب التعويض للمضرور عن الضرر الذي أصابه، والخطأ بحسب الأصل هو بادرة النزاع الذي تقوم عليه المسؤولية المدنية بنوعها التقصيرية أو التعاقدية وهو نوعان خطأ واجب الإثبات، وخطأ مفترض، والخطأ المفترض نوعان، قابل لإثبات العكس، ومبني على افتراض المسؤولية (أي لا يقبل إثبات العكس) وهذا ما نبحثه في الفصلين الآتيين:



(١) والمسؤولية الجنائية لا تدخل في نطاق دراستنا.

الفصل الأول الخطأ واجب الإثبات

١٥ - تقسيم: نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نخصص الأول منه لموقف القانون من تعريف الخطأ، أما الثاني فنخصصه لبيان آراء الفقهاء الذين تعرضوا لتعريفه، مع محاولة الوصول إلى مخرج عملي لمشكلة التعريف.

المبحث الأول

موقف القانون من تعريف الخطأ

١٦ - القانون لم يعرف الخطأ ١٧ - الضوابط العامة في القانون ١٨ -
المبدأ العام في الفقه الإسلامي .

١٦ - القانون لم يعرف الخطأ: النصوص القانونية المتعلقة بالمسؤولية المدنية لم تعرف الخطأ، وإنما وضعت الأساس العام لهذه المسؤولية وأفرغته في نص المادة (١٦٣) مدني مصري بقولها: «كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض»^(١)، كما نصت المادة (٣٠٧) من القانون المدني اليمني على أن «كل فعل أو ترك غير مشروع سواء كان ناشئاً عن عمد أو شبه عمد أو خطأ، إذا سبب للغير ضرراً، يلزم من ارتكبه بتعويض الغير عن الضرر الذي أصابه، ولا يخل

(١) انظر: مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري الجديد، ٢/٣٥٣، سابق.

ذلك بالعقوبات المقررة للجرائم طبقاً للقانون^(١).

وقد أوضحت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري العلة في عدم تعريف الخطأ فقالت: وغني عن البيان أن سرّد الأعمال التي يتحقق فيها معنى الخطأ في نصوص التشريع لا يكون من ورائه إلا إشكالٌ وجه الحكم، ولا يؤدي قطُّ إلى وضع بيان جامع مانع، فيجب أن يترك تحديدهُ الخطأ لتقدير القاضي وهو يسترشد في ذلك بما يستخلص من طبيعة نهي القانون. . . ومخالفة هذا النهي هي التي ينطوي فيها الخطأ. . . وذلك يقتضي تبصراً في التصرف يوجب إعماله بذل عناية الرجل الحريص^(٢). وإلى معنى وجوب بذل عناية الرجل الحريص قالت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني اليمني « . . . فلو أن شخصاً لم يحتط في سيره، وانطلق في رعونة فتعرّث في شيء مملوك لآخر فكسره وأتلفه فإنه يكون مسؤولاً عن تعويض مالك الشيء الذي أتلفه عن الضرر الذي أصابه»^(٣).

كذلك النصوص المتعلقة بالمسؤولية العقدية هي الأخرى لم تعرف الخطأ، بل اقتصر على وضع القاعدة العامة حيث نصت المادة (٢١٥) مدني مصري. ويمثلها في الحكم نص المادة (٣٥٤) مدني يمني بقولها: «إذا استحال على الملتزم تنفيذ الحق عيناً حكم عليه القاضي بالتعويض. ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه. . . ويحكم أيضاً بالتعويض إذا تأخر الملتزم عن تنفيذ التزامه وأصاب صاحب الحق ضرراً»^(٤).

ومؤداهما أن المتعاقد الذي التزم ولم ينفذ التزامه من غير أن يمنعه من التنفيذ قوة قاهرة أو حادثٌ مفاجئٌ يعتبر مخطئاً بمجرد عدم الوفاء

(١) الجريدة الرسمية اليمنية، ملحق العدد الرابع، السنة الرابعة عشرة، ص ١٥، مرجع سابق.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ٣٥٤/٢، سابق.

(٣) الكتاب الثاني للقانوني المدني اليمني، ص ١١٥، سابق.

(٤) الجريدة الرسمية اليمنية، ملحق العدد الرابع، السنة الرابعة عشرة، ص ١٧، سابق.

بالالتزام^(١) أما تعريف الخطأ في حد ذاته فإن النصوص المذكورة لم تتعرض له . بل اكتفت بوضع القاعدة العامة للمسؤولية العقدية كالمسؤولية التقصيرية في قيام كل منهما على الخطأ، والضرر، وعلاقة السببية^(٢).

١٧ — الضوابط العامة في القانون: وبصدد كلامنا عن موقف القانون من تعريف الخطأ نقول: إن القانون اقتصر على وضع الضوابط العامة التي تحكم السلوك ممثلة في:

أولاً: أوجب القانون على الكافة عدم الإضرار بالغير .

ثانياً: أوجب على الكافة أن يبذلوا في كل أعمالهم عناية الرجل الحريص .

ثالثاً: أوجب القانون على كل متعاقد الوفاء بما التزم به .

رابعاً: أوكل القانون تعريف الخطأ إلى الفقه والقضاء بما يستخلصانه من طبيعة أوامر القانون ونواهيه .

١٨ — المبدأ العام في الفقه الإسلامي: هذه الموجهات العامة لا تختلف مع الفقه الإسلامي من حيث المقابلة بين كل من المسؤوليتين العقدية والتقصيرية، حيث ورد النهي العام عن كل ضرر وإضرار في قول الله تعالى: ﴿ولا تعتدوا إن الله لا يحب المعتدين﴾^(٣)، وقول رسول ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»^(٤)، حيث ينشأ عن

(١) انظر: مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري الجديد ٥٤٦/٢، سابق . د. حلمي بهجت بدوي: أصول الالتزامات، الكتاب الأول، ط ١٣٦٢ — ١٩٤٣م، مطبعة نوري بالقاهرة، ص ٤٣١ . د. عبد الرزاق السنهوري: الرسيط، ج ١، ف ٤٢٧، ص ٨٩٢، سابق .

(٢) د. عبد الحمي حجازي: مذكرات في نظرية الالتزام، ٤٤٤/١، سابق . د. عبد المنعم فرج الصدة: مصادر الالتزام، ط ١٩٦٠م، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٤٥٠ .

(٣) سورة البقرة: الآية ١٩٠، وسورة المائدة: الآية ٨٧ .

(٤) سبق تخريجه، ف ١١ . «الأشباه والنظائر» لابن نجيم، ص ٨٥، سابق .

الإخلال بهذا النهي العام المسؤولية التقصيرية والتي عبر عنها الفقهاء بضمان الفعل^(١) أما ضمان العقد المقابل للمسؤولية العقدية، فقد ورد أصله العام في قول الله تعالى: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٢).

وبهذا البيان نصل إلى القول بأنه لا خلاف بين القانون المدني. والفقهاء الإسلامي في أن كلاً منهما اقتصر على وضع القاعدة العامة للخطأ أو التعدي الموجب للضمان أو التعمييض، وتركاً لتحديد التعريف لاجتهاد الفقهاء والقضاء^(٣).



(١) انظر: بدائع الصنائع للإمام علاء الدين الكاساني، الطبعة الثانية ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م، دار الكتاب العربي، بيروت - لبنان، ٢٨٣/٦. وقال: «لأن الضمان في الشرع إنما يجب إما بالالتزام أو بالإتلاف».

(٢) سورة المائدة: الآية ١.

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ٥٢/١، سابق، حيث قال: «والضمان نوعان: ضمان العقد وهذه هي المسؤولية العقدية، وضمان الفعل وهذه هي المسؤولية التقصيرية في خصوص المال». نفس المعنى، الإمام الأكبر محمود شلتوت: الإسلام عقيدة وشريعة، ص ٣٩٣، سابق.

المبحث الثاني آراء الفقهاء في تعريف الخطأ

١٩ - صورة المشكلة. ٢٠ - تحديد فكرة الخطأ. ٢١ - وصف جامع لمعاني الخطأ. ٢٢ - التعدي في الفقه الإسلامي لغة وشرعاً. ٢٣ - أمثلة فقهية على التعدي. ٢٤ - مخرج عملي قضائي لمشكلة تعريف الخطأ والتعدي. ٢٥ - رقابة محكمة النقض على وصف الخطأ.

١٩ - صورة المشكلة: اختلف الشراح في تعريف الخطأ^(١)، ولب المشكلة

(١) أما في اللغة فللخطأ عدة معان: منها الخطأ ضد الصواب، كما تأتي بمعنى الذنب فتقول خطيء الرجل، كما تأتي ضد المسد. وتأتي ويراد بها الفعل المقصود وغير المقصود فيقال أخطأ يخطيء إذا سلك سبيل الخطأ عمداً أو سهواً. والخطيء من تمدد لما لا ينبغي. انظر: لسان العرب لابن منظور، ١١٩٢/٢، مادة خطأ. ومختار الصحاح للرازي، ص ١٧٩، سابق. الفروق في اللغة لمؤلفه أبو هلال العسكري، نشر دار الآفاق الجديدة، ط بيروت، ص ٤٥.

ويتضح من المعنى اللغوي لكلمة الخطأ أن بين كلمة الخطيء والمخطيء فرق، فالخطيء، يطلق ويراد به مرتكب الذنب أو الإثم، قال الله تعالى: ﴿واستغفري لذنبك إنك كنت من الخاطئين﴾ سورة يوسف: الآية ٢٩، وقال الله تعالى: ﴿كلا لئن لم ينته لنسفعا بالناصية، ناصية كاذبة خاطئة﴾ سورة الملق: الآيتان ١٥ و ١٦.

أما المخطيء فهو الذي يريد الصواب من قول أو فعل ولكنه يقع في الخطأ، ومثال ذلك الطالب الذي يؤدي الإمتحان فيجتهد في أن تكون إجابته صحيحة ولكنه يقع في بعض الأخطاء فهذا يسمى مخطئاً، ولا يسمى خاطئاً لأنه لم يرتكب إثماً.

في الاختلاف يكمن في ناحيتين الأولى - أن كلّ فقيه عرف الخطأ من وجهة النظر التي يراها، فمن اتجه اتجاهاً موضوعياً استخلص تعريف الخطأ من الفعل ذاته دون النظر إلى فاعله مميزاً كان الفاعل أو غير مميز. أما من اتجه اتجاهاً شخصياً فإنه أخذ عند تعريف الخطأ - في الاعتبار - حالة الشخص المسؤول من حيث كونه مميزاً أو غير مميز^(١): أما الثانية - فإن كلمة الخطأ، كلمة واحدة تندرج تحتها أعداد لا حصر لها من السلوك الإنساني^(٢) وبالتالي كان تعريف الخطأ من أدق المسائل التي اختلف حولها الشراح، ولذلك فإن كل التعريفات النظرية التي أوردتها الشراح لتعريف الخطأ لم تسلم من النقد^(٣) وليبيان ذلك نقتطف بعضاً منها بغية الوصول إلى مخرج عملي من مشكلة الاختلاف.

= كما يختلفان أيضاً من حيث المصدر فمصدر الخاطيء «أي الآثم» خطأ بكسر الخاء وسكون الطاء، قال الله تعالى: ﴿إِنْ قَتَلْتُمْ كَانِ خَطِئًا كَبِيرًا﴾ سورة الإسراء: الآية ٣١. أما مصدر المخطيء فهو خطأ بفتح الخاء والطاء. قال الله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطِئًا...﴾ سورة النساء: الآية ٩٢. وعلى هذا فموضوع البحث هو الخطأ المعفو عنه، وليس الخطأ المعاقب عليه.

(١) انظر: د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل: المسؤولية المدنية بين الإطلاق والتقييد، ف ٣٦، ص ٤٢.

Teisseire. «Eesai d. une Theorie Lenerale Sur Le Fondenent de la Responsabilite. etud de Droit Civil» Thesed, Aix 19. P.148.

حيث يقول: «الخطأ دائماً فعل ملوم من الناحية الأخلاقية... ما يبيح لكل أحد أن يفسره على ما يراه».

(٢) د. سمير تناغو: نظرية الالتزام، ط منشأة المعارف بالإسكندرية، ص ٣٢٨.

(٣) د. سليمان مرقس: محاضرات في المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، ف ٢٨، ص ٦١، مرجع سابق.

Rabut, De la notin de Faut en Droit Prive. These Paris 1949. P. 197. ed L. J. D. J. 1949, P. 199 et s.

٢٠ - تحديد فكرة الخطأ: اختلف الشراح في تحديد فكرة الخطأ، فالبعض يعرف الخطأ بأنه: إتيان فعل غير جائز^(١). وهو تعريف منتقد باعتبار أنه لم يقدم جديداً^(٢).

ولذلك عرفه الأستاذ بلانيول: «بأنه الإخلال بالتزام سابق»^(٣) وحاول أن يحصر الأعمال التي يعتبر الإخلال بها خطأ في الامتناع عن الغش، والكف عن العنف والإحجام عن عمل لم تنهياً له الأسباب من قوة أو مهارة، واليقظة في تأدية واجب الرقابة على الأشخاص أو على الأشياء^(٤) وقد انتقد الفقه هذا التحديد الذي أورده بلانيول بالقول: بأن هذا التحديد ليس تعريفاً للخطأ بل هو تقسيم

(١) انظر: Teisseire: رسالته محاولة لوضع نظرية عامة في أساس المسؤولية، ص ١٤٨، سابق.

(٢) انظر الوسيط للسنيوري، ج ٢، ف ٥٢٦، ص ١٠٨١.
د. محمد علي عمران، مصادر الإلتزام الإرادية وغير الإرادية، مكتبة سعيد رأفت ٨١، ٨٢ ص ١٥٤، سابق.

M. Frit 2 Schreier «Faute et Tort» Revue Trimestrielle, De Droit Civil, 1936. Paris. N. 3, P. 63.

حيث يقول: «وفي فرنسا دار نقاش طويل حول المادة ١٣٨٤ من القانون المدني للكشف عن العلاقة بين المسؤولية والخطأ. الذي أصبح في نظر المشرع موجباً للتعويض عن الأضرار الذي تنجم عنه.

(٣) انظر: M. Planiol «Etude Sur Responsabilite Civil» Revue Criitgue. Legis et Juris, 1905. P.278.

حيث يقول بضرورة الخطأ كأساس للمسؤولية، وأن حالات المسؤولية التي سمح بها دون أن يرتكب المسؤول خطأ تقابل في القانون الجنائي معاقبة بريء.

(٤) انظر: Planiol، أساس المسؤولية، المجلة الانتقادية للتشريع والقضاء، ١٩٠٥م، ص ٢٧٩، سابق.

لأنواعه^(١). ولذلك قال الأستاذ إسمان: بأن مفهوم الخطأ ما زال محلّ خلاف رغم كلّ الدراسات التي تناولته ولم يخل من الخلط، وهناك إجماع في القول: إنه ناتج عن عمل أو امتناع بالمخالفة للإلتزام أو الواجب أو القاعدة.. كما أن المعنى القانوني لفكرة الخطأ ليس له مغزى أكثر من وجود تقصير في السلوك يتطلب الحرص لحماية الآخرين من أجل المصلحة العامة والاجتماعية^(٢).

وفي تقديرنا أن هذا التحليل، إنما هو وصف للأفعال الموجبة للمسؤولية المدنية وليس تعريفاً للخطأ.

ولذلك ذهب جانب آخر من الفقه إلى تحديد معنى الخطأ بأنه: الإخلال بواجب قانوني مقترن بإدراك المخل إياه^(٣)، ولعل الصعوبة التي تثور في وجه هذا التعريف هي أن القانون لم يعين بصفة عامة الأفعال الضارة التي ينهى عنها، وإنما اقتصرّت النصوص على أن المسؤول يلزم بالتعويض عما يحدثه بخطئه من ضرر^(٤).

ويبدو لنا أن أنسب وصف لتعريف الخطأ هو أنه: إخلال بواجب قانوني سابق، أو الانحراف عن السلوك العادي والمألوف للرجل

(١) انظر: د. السنهوري: الوسيط، ج ٢، ف ٥٢٦، ص ١٠٨٢، سابق. حسين عامر: المسؤولية المدنية التقصيرية والمقدية، ف ١٩٦، ص ١٧٤. سابق، حيث قال: «وهذا التعريف للخطأ قد يمتاز عن التعاريف الأخرى إذ أنه يصدق في القليل على الحالة التي يكون فيها الإلتزام محددًا بنص قانوني، ولكنه لا يصلح عندما يكون الإلتزام غير محدد».

(٢) انظر: Fsmein «La Faute et sa Place Dans le Responsabilite Civile» Revue Trimestrielle de Droit Civil. 1949, N. L. P.481.

(٣) د. سليمان مرقس: محاضرات في المسؤولية المدنية، ف ٢٨، ص ٦٢، وهو نفس المعنى الوارد في الوسيط للأستاذ الدكتور السنهوري. انظر: ف ٥٢٧، ١/١٠٨٤، مرجع سابق.

(٤) انظر: حسين عامر: المسؤولية المدنية التقصيرية والمقدية، ف ١٩٢، ص ١٧١، سابق.

المعتاد^(١) حيث يتبين من هذا التعريف، أن فيه تحديداً منضبطاً للفكرة الأساسية التي تربط بين كل التعريفات السابقة، وهي أن الخطأ إخلال بواجب عام، كالإضرار بالغير في نطاق المسؤولية التقصيرية أو إخلال بواجب خالص كعدم الوفاء بالالتزامات التعاقدية.

ومع ذلك فإن كل التعليقات النظرية لتعريف الخطأ لا تخلو من الإبهام مهما بلغت من الدقة في تصويرها، والسبب في ذلك تعلق الفكرة أساساً بالنشاط الإنساني، وحصر هذا النشاط وتصويره في تعريف جامع مانع أمرٌ ليس باليسير، لأننا إذا قلنا بأن الخطأ إخلال بالالتزام سابق ووقفنا عنده أمكن أن ينطبق هذا التعريف على الخطأ العقدي لأنه يصف الإخلال الناتج عن عمل أو تصرف قانوني محدد، وهو العقد المبرم بين الدائن والمدين ولكنه لا ينطبق على الخطأ غير التعاقدية. ونفس المشكلة إذا قلنا بأن الخطأ إخلال بواجب عام واحد لا يتغير هو عدم الإضرار بالغير أمكن انطباقه على الخطأ التقصيري دون الخطأ التعاقدية، وفي كلتا الحالتين يظل الوصف الجامع غير منضبط، وهذا يعني وجوب البحث عن وصف جامع لمعاني الخطأ، وذلك ما نحاول إبرازه في الفقرة التالية:

٢١ - وصف جامع لمعاني الخطأ: يمكن أن نصف الخطأ بأنه: «الفعل غير المؤلف، أو الإخلال بالالتزام مشروع، وهذا الوصف ليس بجديد، وإنما هو تنقيح لما استلهمناه من مجموع التعريفات التي سبق عرضها، كما أنا لا نبالغ في شرح هذا الوصف فكلمة:

الفعل: صفة ملازمة لنشاط الإنسان تشمل الفعل الإيجابي في المحل الذي

(١) انظر: د. محمد علي عمران: دروس في مصادر الالتزام الإرادية وغير الإرادية، ص ١٥٤، سابق. د. إسماعيل غانم: في النظرية العامة للالتزام، ف ٢٤، ٣٧/٢، سابق. ويقول: الخطأ في لغة القانون هو الإخلال بواجب قانوني، سواء كان التزاماً بالمعنى الدقيق، أو واجباً عاماً تترتب المسؤولية التقصيرية على الإخلال به.

نهى القانون عن إتيانه، كما تشمل الفعل السلبي في المحل الذي أمر القانون بالقيام به .

غير المألوف: قيد في الوصف تخرج به الأفعال المألوفة التي اعتادها الناس، مثل المنافسة المشروعة، وأضرار الجوار المألوفة وغير ذلك مما تعارف الناس عليه فإنها لا تعتبر أخطاء لتعارف الناس على العفو عنها .

أو الإخلال بالتزام مشروع: قيد في الوصف يخرج به الإلتزامات غير المشروعة فلا يجوز قيامها فضلاً عن الوفاء بها .

ومع ذلك فإن هذا التعريف قد يعترض عليه من وجهين هما:

الوجه الأول: إن القانون لم يحدد ما هو الفعل غير المألوف، وهو ما يقصر التعريف عن بيانه، وللرد على هذا الاعتراض يمكن القول: إن للقاضي - حينما لا يسعفه القانون بحدود المخالفة وطبيعتها - أن يعمد إلى العرف المستقر في المجتمع ومتى ثبت له أن الفعل قد خالف العرف المستقر أمكنه أن يرتب أمر المسؤولية المدنية استناداً على هذا العرف المستقر شرعاً أو عرفاً أو عادة .

أما الوجه الثاني: فيمكن أن يقال: إن كلمة الخطأ لا تأتي إلا ضد العمد، فإذا كان العمد هو الفعل المقصود، فإن الخطأ لا يكون إلا الفعل غير المقصود في الفعل أو القصد، وللرد على هذا الاعتراض نقول:

إن فقهاء القانون قد تعارفوا على تسمية الفعل الضار بكل صورة، من أفعال الإلتلاف غير المقصودة، أو عدم الحيطة واليقظة في السلوك بما من شأنه مخالفة السلوك المعتاد، كل ذلك جمعوه تحت وصف كلمة «خطأ» وجعلوه أحد أركان المسؤولية المدنية، ولا ضير في ذلك لوحدة الأثر المترتب على هذه الأوصاف، وهو التعويض المالي البعيد عن صفة العقوبة، ولهذه المعاني المختلفة لفظاً، المتحدة معنى، جعلنا العرف المشروع معياراً للفعل غير المألوف، فما اعتبره

الناس من الأفعال مألوفاً فلا خطأ فيه، وما اعتبروه غير مألوف فهو عين الخطأ الموجب للمسؤولية.

أما ما تكفل القانون ببيانه كواجب الوفاء بالالتزامات التعاقدية فلا صعوبة على القاضي في استخلاص الخطأ من واقعة عدم الوفاء بالالتزام ذاتها.

٢٢ - التعدي في الفقه الإسلامي: يذهب الفقه إلى القول: بأن فكرة التعدي في الفقه الإسلامي، تقابل المعنى المراد من الخطأ في فقه القانون المدني^(١) إلا أن التحديد الدقيق في نظرنا يقتضي القول: بأن فكرة التعدي إنما تقابل الركن المادي للخطأ وما نهدف إليه هو الوصول إلى تعريف محدد للتعدي في الفقه الإسلامي.

معنى التعدي في اللغة:

لفظ التعدي، أو الإعتداء، أو العدوان في اللغة: هو الظلم ومجاوزة الشيء إلى غيره^(٢). أو هو مجاوزة الحد والقدر

(١) انظر: د. محمد فاروق المكام: رسالة دكتوراه «الفعل الموجب للضمان في الفقه الإسلامي»، ص ٧٦، مرجع سابق. د. محمد عبد القادر الحاج: رسالة دكتوراه «مسؤولية المنتج والموزع»، ص ١٩٩، سابق. سيد أمين محمد: رسالة دكتوراه «المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير في الفقه الإسلامي»، جامعة القاهرة، ١٩٦٤م، ص ٩٠. د. شفيق شحاتة: نظرية الالتزامات في الشريعة الإسلامية، ف ٢١٧، ص ١٧٣، وقال: «وقد تذكر النصوص في بعض أحوال التقصير أو التعدي، على هذين اللفظين في الواقع لا يفيدان أكثر من أن الفعل غير مشروع».

(٢) لسان العرب لابن منظور، ج ٤، مادة (عدا)، وقال يعد أن أورد لكلمة عدا عدة معان: «والتعدي تجاوز للحق وخروج عن الواجب، والعادون: أي المجاوزون ما حُدَّ لهم وأمروا به. قال الله تعالى: «فمن ابتنى وراء ذلك فأولئك هم العادون» سورة الماعز: الآية ٣١. وقالت العرب: اعتدى فلان واعتدى فوق الحق...». ونفس المعنى: مختار الصحاح للرازي، مادة (عدا)، والمعجم الوسيط مجمع اللغة العربية، الطبعة الثانية، ١٩٧٢م، ج ٢، مادة (عدا).

والحق^(١).

معنى التعدي في الشرع:

وردت كلمة اعتدى في قول الله تعالى: ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾^(٢)، وقد ذهب القرطبي في تفسيره إلى القول: بأن الاعتداء بمعنى التجاوز^(٣)، ولا خلاف في معنى التعدي عند أهل التفسير عن معناه عند أهل اللغة.

أما في كتب الفقه فقد استعمل الفقهاء كلمة التعدي بمعنى الجناية بمفهومها العام فقال ابن جزى المالكي^(٤) «التعدي أعم من الغصب، لأن التعدي يكون في الأموال والفروج والنفوس والأبدان»^(٥)، إلا أن الإستعمال الشائع عند الفقهاء، أن

(١) والحق في الشريعة الإسلامية يرتد في مجمره إلى قسمين، حق الله، وحق العبد، والمراد بحق الله ما يتعلق به النفع العام من غير اختصاص بأحد، ومعنى حق العبد ما يتعلق به مصلحة خاصة كحرمة مال الغير. انظر: شرح التلويح على التوضيح للتفتازاني، ١٥١/٢، سابق.

(٢) سورة البقرة: الآية ١٩٤.

(٣) الجامع لأحكام القرآن: ١/٧٣٤.

(٤) هو أبو القاسم، محمد بن أحمد بن جزى الكلبي الفرناطي المالكي، وُلد سنة ٦٩٣هـ، كان فقيهاً حافظاً حاكفاً على العلم والتدريس، توفي شهيداً سنة ٧٤١هـ، من مؤلفاته: «قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية» و«وسيلة المسلم في تهذيب صحيح مسلم». انظر: شجرة النور الزكية في طبقات المالكية: لمحمد بن محمد مخلوف، المطبعة السلفية، ١٣٤٩هـ، ص ٢١٣.

(٥) القوانين الفقهية، ط دار الفكر، ص ٢٨٤. نفس المعنى عند الأباضية، انظر: «شرح النيل وشفاء العليل» للشيخ محمد بن يوسف اطفيش، ط ١٣٤٣هـ، المطبعة السلفية القاهرة، ٤٣٥/١٣، حيث قال: «التعدي أعم من الغصب... والتعدي يكون في الأموال والنفوس والفروج والأبدان».

التعدي يطلق ويراد به التعدي على حق الغير، كما يقصد ويراد به التقصير، والإهمال، والتفريط، وعدم التحرز، أو الإحتياط^(١) وهذه المعاني جميعها وإن كانت تتفق مع معنى الخطأ في فقه القانون المدني إلا أنها لا تعتبر تعريفاً له، بل تعتبر تعداداً لصوره:

٢٣ - أمثلة فقهية لمعنى التعدي: ولذلك عبر الفقهاء في نصوصهم عن التعدي الموجب للضمان بقولهم: «لو وضع رجل حجراً في الطريق أو بنى فيه بناءً أو أخرج من حائطه صخرة شاخصة إلى الطريق أو أشرع كنيفاً أو حياظاً أو ميزاباً فهو ضامن لما أصاب في ذلك لأنه متسبب لهلاك ما تلف بما أحدثه وهو متعد في هذا التسبب...»^(٢)، وكذا «إذا أتلف أحد مال غيره الذي في يده أو في يد أمينة قصداً أو من غير قصد...»^(٣)، كذلك المار في الطريق «لو أصاب شيئاً ضمن للآذن بوصف السلامة»^(٤)، ومفاد هذا أن لكل أحد حق المرور في الطريق ولكن هذا الحق مقيد بعدم الإضرار بالغير، وهو واجب عام بالحرص واليقظة، فإن خالف هذا الواجب وأضر بالغير وجب عليه الضمان ويوصف بأنه متعد، كذلك «لو ألقى شخص قشراً في الطريق فزلقت به دابة ضمن إذ لم يؤذن له فيه فيضمن ما

(١) انظر: فضيلة الأستاذ الشيخ علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي ط ١٩٧١م، معهد البحوث والدراسات العربية، ص ٩، حيث يقول: «فإن كلاً من الإلتلاف والتفويت والتعيب والتغيير والغصب، ووضع اليد، دون إذن من المالك والحيلولة، يعد اعتداء». نفس المعنى، د. محمد فاروق العكام: رسالة دكتوراه، الفعل الموجب للضمان، ص ٧٢، مرجع سابق.

(٢) المبسوط للإمام السرخسي، ٦/٢٦، مرجع سابق.

(٣) مجلة الأحكام العدلية، مادة ٩١٢، مرجع سابق.

(٤) مجمع الضمانات، لأبي محمد بن غانم بن محمد البغدادي، الطبعة الأولى بالمطبعة الخيرية بمصر، ط ١٣٠٨هـ، ص ١٤٩.

تولد عنه^(١)، كذلك، لو قطع شجرة وكان متعد بقطعها بأن كانت مملوكة لغيره، فوقعت الشجرة واهتزت الأرض لسقوطها فتلف باهتزازها شيء فإنه يضمه لتعديده في هذا السبب، أما إذا كانت الشجرة مملوكة له وقطعها لتقع على أرضه واهتزت الأرض بوقوعها لم يضمن ما تلف بذلك لأنه لم يتعد في تسببه، ولا فعل له في الاهتزاز لأنه تولد من ثقل الشجرة ويتعذر الاحتراز منه^(٢)، ويبدو لنا أن التعدي يحصل ويجب الضمان إذا قصر المسؤول في بذل العناية الواجبة والممكنة.

وتبعاً لذلك عرف البعض التعدي بأنه «تجاوز الحد المأذون به»^(٣)، كما عرفه آخرون بأنه: «العمل بدون حق أو جواز شرعي»^(٤)، وعرفه البعض الآخر بأنه: «مجاوزه ما ينبغي أن يقتصر عليه شرعاً أو عرفاً أو عادة»^(٥) أو هو غضب للنافع^(٦).

وفي تقديرنا أن هذه التعريفات مهما اختلفت عباراتها لا تقدم تحديداً دقيقاً لفكرة التعدي إذ أن جميعها يدور حول المعنى اللغوي الذي لا يعني أكثر من أن التعدي ما هو إلا مجاوزة للحد، والقدر، والواجب، وهذه الألفاظ — طالما والشرع لم يقم بتحديدتها — فهي في حاجة إلى تحديد. ولذلك يمكن أن نعرف

(١) مجمع الضمانات للبغدادي، ص ١٤٩، سابق.

(٢) انظر: البحر الزخار للإمام أحمد بن يحيى المرتضى، ٢٤٨/٦، مرجع سابق. والمنتزع المختار من الغيث المدرار للعلامة أبي الحسن عبد الله بن مفتاح، مكتبة غمضان — صنعاء — طبعة مصورة عن مطبعة دار المعارف بمصر سنة ١٣٤٠هـ، ٤/٤١٩، هـ ٦.

(٣) انظر: د. محمد فاروق المكام: رسالته الفعل الموجب للضمان، ص ٧٥، مرجع سابق.

(٤) د. صبحي محمصاني: النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية ص ١٧٤ سابق.

(٥) انظر: د. محمد فوزي فيض الله: رسالته للدكتوراه من جامعة الأزهر ١٩٦٢م «المسؤولية التصديرية بين الشريعة والقانون»، مطبوعة بالآلة الكاتبة، ص ١٩٠.

(٦) انظر متن العاصمية، المسمى تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام، للعلامة أبي بكر محمد بن عاصم، الطبعة الثانية، مصطفى الحلبي، ط ١٣٦٨هـ، ١٩٤٩م، ص ٩٩.

التعدي بأنه: «مخالفة أوامر الشرع ونواهيه أو مخالفة الواجب العام شرعاً أو عرفاً أو عادة».

ومع ذلك فإن هذا التعريف لا يسلم من النقد، باعتبار أنه إذا أمكن ضبط الأوامر والنواهي التي حددها الشارع في جانب الحدود والمعاملات، فإن الواجبات العامة – التي تلقى على عاتق الأفراد مثل واجب الحرص واليقظة – ينقصها التحديد، إلا أنه يمكن الرد على هذا الاعتراض بأن للقاضي – عند عدم وجود نص شرعي يحدد المخالفة – أن يعتمد إلى العرف والعادات المشروعة التي استقرت في المجتمع ومتى ثبت له أن الفعل أو الترك قد خالف العرف المستقر وترتب عليه إلحاق ضرر بالغير أمكنه أن يرتب عليه الأثر الشرعي.

وإلى جانب هذه المحاولات النظرية التي أوردناها لتعريف الخطأ في فقه القانون المدني، والتعدي في الفقه الإسلامي فقد آثرنا أن نعالج مشكلة التعريف من منظور عملي يقرب إلى الأذهان سهولة التطبيق.

٢٤ – مخرج عملي لحل مشكلة تعريف الخطأ أو التعدي: يبدو لنا أن المخرج العملي لمشكلة توافر ركن الخطأ من عدمه يتم إذا ربطنا فكرة الخطأ بفكرة الالتزام ذاته دون أهمية لما إذا كانت المسؤولية المدنية عقدية أو تقصيرية، بل تبعاً لما إذا كان الالتزام الملقى على عاتق المسؤول إلتزاماً بتحقيق نتيجة أو التزاماً ببذل عناية، أو التزاماً بالضمان، وسندنا في هذا النظر هو:

أن التفرقة بين الالتزام بتحقيق نتيجة، والالتزام ببذل عناية كما توجد في إطار العلاقات التعاقدية، فإنها توجد أيضاً في مسائل المسؤولية التقصيرية^(١).

(١) د. محمد علي عمران: الإلتزام بضمان السلامة، وتطبيقاته في بعض العقود: دراسة فقهية قضائية في كل من مصر وفرنسا، ط ١٤٠٠هـ – ١٩٨٠م، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ١٧٩ و ص ١٨٩.

وفي تقديرنا أن ربط الخطأ بطبيعة الالتزام – من الناحية العملية – يضع الحلول الجذرية لمشكلة متى يوجد الخطأ الموجب لقيام المسؤولية ومتى لا يوجد، ومثال ذلك:

إذا كان الالتزام الملقى على عاتق المسؤول التزاماً بتحقيق نتيجة كالتزام الوكيل بإبرام التصرف الذي وكل فيه باسم ولحساب الأصيل والالتزام بالامتناع عن عمل معين، والتزام الناقل بإيصال المسافر سليماً معافى إلى جهة الوصول والتزام مسؤولية حارس الأشياء بالألا تلحق الأشياء التي في حراسته ضرراً بالغير، في كل هذه الأحوال وأمثالها، يتحقق الخطأ قبل المسؤول عند عدم تحقق النتيجة ذاتها، ولا يستطيع المسؤول أن يتخلص من المسؤولية بإثبات أنه بذل العناية الكاملة، فذلك لا يجديه، إلا إذا أثبت السبب الأجنبي أو خطأ المضرور، أو خطأ المصاب نفسه^(١).

أما إذا كان الالتزام الملقى على عاتق المسؤول التزاماً ببذل عناية فإن الخطأ «أو التعدي» لا يثبت قبل المسؤول إلا إذا قام المضرور بإثبات أن المدين لم يبذل العناية الكاملة، كالتزام الطبيب فإن مسؤوليته وإن كانت في الأصل مسؤولية عقدية، إلا أن الالتزام الملقى على عاتقه بشفاء المريض يعد التزاماً ببذل عناية، وكذلك التزام المحامي بكسب القضية، والالتزام بحفظ الوديعة غير المأجورة، والتزام الناقل بالمجان، وكل التزام عام بعدم الإضرار بالغير^(٢) في كل هذه

(١) د. محمد علي عمران: الالتزام بضمان السلامة، ص ١٧٨، سابق. د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط، ج ١، ف ٤٢٨، ص ٨٩٣، سابق. د. إسماعيل غانم: مصادر الالتزام، ج ١، ف ١٩، ص ٣٣، سابق. «ويفيد بأن الالتزام بتحقيق نتيجة، والالتزام ببذل عناية هو الهدف المرجو من إنشاء الالتزام».

(٢) د. محمد علي عمران: الالتزام بضمان السلامة، ص ١٩٧، سابق. د. عبد الحي حجازي: مذكرات في نظرية الالتزام، ٢٤/١، مرجع سابق. مصطفى مرعي: المسؤولية المدنية في القانون المصري، ف ٧٢، ص ٧٠، مرجع سابق.

الحالات التي تنطوي على التزام ببذل عناية لا يستطيع القاضي الوصول إلى إقرار الخطأ قبل المسؤول، إلا إذا أثبت المضرور أن المدين لم يبذل العناية الكاملة، وللمدين نفسه أن ينفي عن نفسه المسؤولية إذا أثبت أنه بذل العناية الكاملة وفقاً للسلوك المألوف.

أما إذا كان الالتزام الملقى على عاتق المسؤول التزاماً بالضمان، كالتزام البائع بضمان العيوب الخفية، والتزام شركة التأمين بالتعويض عن الضرر المؤمن له، والتزام المتبوع عن التابع، فإن القاضي في مثل هذه الأحوال في غنى عن بحث ركن الخطأ من عدمه، حيث لا يستطيع المسؤول أن ينفي عن نفسه المسؤولية حتى ولو أثبت السبب الأجنبي، باعتبار أن الاتفاق أو القانون هو مصدر الالتزام بالتعويض^(١).

ويظهر من الأحكام القضائية عند استخلاصها لفكرة الخطأ، أن القضاء قد اعتنق نظرية الالتزام بضمان السلامة، وأثبت قيام الخطأ قبل المسؤول عند عدم تحقق النتيجة، أو عدم بذل العناية والمثال على ذلك: أن محكمة النقض المصرية قضت في الدعوى رقم ٥٠٠٠ لسنة ١٩٧٣م بالتزام الناقل بضمان سلامة الراكب، بالرغم من تبرئته جنائياً، وسبب ذلك أن الالتزام الملقى على عاتق الناقل التزاماً بتحقيق نتيجة حيث قالت المحكمة:

«من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن عقد نقل الأشخاص يلقي على عاتق الناقل التزاماً بضمان سلامة الراكب وهو التزام بتحقيق غاية فإذا أصيب الراكب بضرر أثناء تنفيذ عقد النقل تقوم مسؤولية الناقل عن هذا الضرر بغير حاجة إلى إثبات وقوع خطأ من جانبه، ولا ترتفع هذه المسؤولية إلا إذا أثبت هذا أن الحادث نشأ عن قوة قاهرة أو خطأ من الراكب المضرور أو خطأ من الغير، ويشترط في خطأ

(١) د. محمد علي عمران: الالتزام بضمان السلامة، ص ١٩٤، سابق.

الغير الذي يعفي الناقل من المسؤولية إعفاءً كاملاً ألا يكون في مقدور الناقل توقعه أو تفاديه . . .» .

وجاء في حيثيات هذا الحكم « . . . ولما كان سقوط الأمطار وأثرها على الطريق الترابي في الظروف والملابسات التي أدت إلى وقوع الحادث في الدعوى المماثلة من الأمور المألوفة التي يمكن توقعها ولا يستحيل على قائد السيارة المتبصر التحرز منها، وكان الخطأ المنسوب لقائد سيارة النقل قد انتفى بحكم جنائي براءته . فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى برفض دعوى الطاعنة بمقولة أن الحادث وقع بسبب أجنبي لا يد لقائد الأوتوبيس فيه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث باقي أسباب الطعن^(١) . كما قضت محكمة النقض المصرية أيضاً في قضية رفعت على مقاول لعدم إنجاز البناء في الموعد المتفق عليه بقولها: «إن مجرد عدم تنفيذ المدين لالتزامه التعاقدي يعتبر في ذاته خطأ يرتب مسؤوليته ولا يعفى منها إلا إذا أثبت قيام السبب الأجنبي الذي به تنتفي علاقة السببية» وجاء في حيثيات الحكم: «ولما كان التزام المطعون ضده بإقامة المباني في الموعد المتفق عليه هو التزام بتحقيق نتيجة فإنه متى أثبتت الطاعنة إخلاله بهذا الالتزام فإنها تكون قد أثبتت الخطأ الذي تتحقق به مسؤوليته ولا يجدي في نفي هذا الخطأ أن يثبت هو أنه قد بذل ما في وسعه من جهد لتنفيذ التزامه فلم يستطع ما دامت الغاية لم تتحقق^(٢) كما قضت محكمة الحديدة التجارية

(١) انظر: مجموعة أحكام النقض، مدني، المكتب الفني السنة الحادية والثلاثون، ج ٢، جلسة ٢٨ من مايو ١٩٨٠م، (٢٩٠) طعن رقم ٣٣١ لسنة ١٩٤٦م، ص ١٥٥١ و ص ١٥٥٤ .

(٢) مجموعة أحكام النقض مدني، المكتب الفني السنة الثامنة عشرة، العدد الأول، جلسة ٢٨ من ديسمبر ١٩٦٧م (٢٨٩) طعن رقم ٢١٥ لسنة ١٩٣٤م، ص ١٩١٦ و ص ١٩٢٠ . نفس المعنى نقض مدني، السنة الثامنة عشرة، العدد الأول، جلسة ١٦ مايو ١٩٦٧ طعن رقم ٢٢٣ لسنة ١٩٣٣، ص ١٠٠٧ . «وعبرت المحكمة في هذا الحكم بأن عقد المقاولة عقد لازم» .

اليمنية في قضية تتلخص وقائعها في :

«أن المدعي . . استورد كمية من الأخشاب من الخارج، ثم لم يتسلم في ميناء الوصول إلا البعض منها، رفع دعواه على الناقل . . بالتعويض عما لم يتسلمه . وتذرع الناقل وهو المدعى عليه بأنه شحن الكمية على باخرة لم تتمكن من الوصول إلى ميناء الحديدية، فشحن الكمية على باخرة أخرى وهذه البخرة الأخرى أصيبت بالعطب الذي أدى إلى نقص الكمية، وعلل في دفاعه بأن العطب قوة قاهرة تعفيه من المسؤولية .

وبعد أن استعرضت المحكمة وقائع النزاع، واستمعت إلى الدعاوى والدفع المقدمة من المدعي والمدعى عليه، تبينت المحكمة أن ما يثيره المدعى عليه لا يقوى على توافر شروط القوة القاهرة وفقاً لنص المادة (١٨١) من القانون المدني التجاري اليمني القائلة :

«إذا قام عدة ناقلين - على التعاقب بتنفيذ عقد نقل واحد كان الناقل الأول هو المسؤول تجاه المرسل والمرسل إليه عن مجموع النقل، يبطل كل شرط بخلاف ذلك» وتبعاً لذلك قضت للمدعى عليه بقيمة المواد التي لم يتسلمها^(١).

وبذلك توصلت المحكمة إلى أن الخطأ قد تحقق قبل الناقل عند عدم الوفاء بالالتزام ولو لم تصرح به مما يدل على أن الالتزام الملقى على عاتق الناقل التزاماً بتحقيق نتيجة وحينئذٍ يتحقق الخطأ العقدي عند عدم تحقق النتيجة، دلالة ذلك ما نصت عليه المادة ١/١٨٢ تجاري يمني بقولها: «لا يجوز للناقل أن ينفي مسؤوليته عن هلاك الشيء أو تلفه أو التأخير في تسلمه إلا بإثبات القوة القاهرة، أو العيب

(١) محكمة الحديدية التجارية، قضية تجارية رقم ٧٩/٥، صدر في ٢٤/٥/١٩٨١م، لم ينشر بعد.

الذاتي في الشيء أو خطأ المرسل أو خطأ المرسل إليه»^(١).

كما قضت محكمة التمييز العراقية في قضية تتلخص وقائعها: «في أن المدعي استأجر أرضاً زراعية من المدعى عليه، وبعد غياب المدعي قام المدعى عليه بتأجير الأرض إلى شخص آخر، ثم قام وكيل المدعي برفع الدعوى رقم ٩٧٠/٦٦ بطلب فسخ عقد الإيجار وطلب التعويض. فقضت المحكمة الابتدائية برد الدعوى على اعتبار أن على وكيل المدعي أن يقيم دعوى رفع اليد، وعند استئناف الحكم قضت محكمة الاستئناف بالقرار رقم ٩٦٨/٤٣ «بأنه يجب على المستأنف - المدعي - إقامة الدعوى بفسخ عقد الإيجار مع المطالبة بالتعويض».

ثم ردت القضية إلى المحكمة الابتدائية حيث تم تعديل الدعوى وقدر التعويض بمبلغ (١٩٢٠) ديناراً. ثم رفع المدعى عليه الحكم لتمييزه وطلب نقضه فقضت محكمة التمييز العراقية «بأن المستأجر يستحق التعويض لتضرره من عدم تسلمه المأجور بسبب إيجار المؤجر له إلى شخص آخر»^(٢).

ويتبين مما انتهت إليه محكمة التمييز العراقية أن مبنى التعويض هو إخلال المؤجر بالتزامه المتمثل في عدم تمكين المستأجر من الاستعمال والاستغلال حسب مقتضى عقد الإيجار، مما يدل على أن الخطأ الموجب للتعويض هو عدم تحقق النتيجة وإن لم تصرح به المحكمة، وبذلك يقوم الخطأ التعاقدي عند عدم

(١) انظر: تشريعات الجمهورية العربية اليمنية، تنفيذ المكتب القانوني لمجلس القيادة ومجلس الوزراء للفترة من ١/١/١٩٧٦م حتى ٣٠/٦/١٩٧٧م، المجلد الرابع، ص ٣٥٣، وتم العمل بالقانون التجاري اعتباراً من ١٥/٥/١٩٧٦م، ص ٤٥٩.

(٢) انظر: النشرة القضائية، يصدرها المكتب الفني بمحكمة تمييز العراق، العدد الثاني، السنة الخامسة، رقم القرار ٧، هيئة عامة أولى ٩٧٤ «تاريخ القرار ١١/٥/١٩٧٤م، ص ٦٩. نفس المعنى النشرة القضائية لمحكمة التمييز العراقية، قرار رقم ٨٨٦/مدنية ثانية/١٩٧٣م، تاريخ القرار ٢٧/٤/١٩٧٤، السنة الخامسة، العدد الثاني، ص ١٢٥.

تحقق النتيجة التي أبرم من أجلها التعاقد .

وفي قضية أخرى: قضت محكمة النقض المصرية بمسؤولية الطبيب الذي نقل مريضة من مستشفى إلى آخر قبل إحالتها على القسم المختص، فقالت: «مسؤولية الطبيب لا تقوم في الأصل على أنه يلتزم بتحقيق غاية - هي شفاء المريض - وإنما يلتزم ببذل العناية الصادقة في سبيل شفائه وإذا كان الحكم المطعون فيه قد حصل في الواقع أن الطاعن طبيب وقد أمر بنقل مريضة من مستشفى إلى آخر وهي على وشك الوفاة وقبل إحالتها إلى القسم المختص لفحصها واتخاذ ما يجب بشأنها مما أدى إلى التعجيل في وفاتها واعتبر هذا الحكم التصرف خطأ لا يبرره إدعاء الطاعن بعدم ضرورة التدخل الجراحي إذ أن هذا الادعاء - بفرض صحته - لا يمنع من إحالة المريضة إلى القسم المختص، لذلك فإن الحكم يكون قد التزم صحيح القانون»^(١).

والخلاصة في مسؤولية الطبيب أنها مسؤولية عقدية. وأن التزامه بعبادة المريض، واستعماله الأجهزة الطبية التزاماً بتحقيق نتيجة، أما التزامه بشفاء المريض فهو ببذل عناية لا بتحقيق نتيجة^(٢) وتبعاً لذلك، تأسست مسؤولية الطبيب في القضية المطروحة على اعتبار أنه لم يقم بإحالة المريضة إلى القسم المختص وثبت خطؤه وفقاً لحكم المادة ١٦٣ و ٢١١ مدني مصري والمادة ٣٠٧ و ٣٤٤ مدني يمني.

(١) مجموعة أحكام النقض مدني، المكتب الفني السنة السابعة عشرة، العدد الثاني جلسة ٢٢ مارس ١٩٦٦ (٨٨) طعن رقم ٣٨١ لسنة ٢١ق، ص ٦٣٧.

(٢) د. محمد علي عمران: الالتزام بضمان السلامة، ص ٩٣ وما بعده، مرجع سابق.

د. محمود جمال الدين زكي: الوجيز في نظرية الالتزام، ف ٢٤٢، ص ٤٧٣، سابق.

د. السنهوري: الوسيط، ج ١، ف ٤٢٩، ص ٩٠٠، سابق.

٢٥ - رقابة محكمة النقض على ركن الخطأ: ولصعوبة تحديد فكرة الخطأ فإنه يعتبر من المسائل القانونية التي تخضع فيه المحاكم لرقابة محكمة النقض، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه: «من المقرر أن وصف الفعل بأنه خطأ موجب للمسؤولية أو نفي هذا الوصف عنه هو من المسائل القانونية التي تخضع لرقابة محكمة النقض»^(١).

ومن كل ما سبق نصل إلى القول بأن التعريفات النظرية لتحديد فكرة الخطأ لا تعني أكثر من أن تكون معالم استرشادية للقضاء، أما استخلاصه وتطبيقه على الوقائع المعروضة من الناحية العملية، فالمرجع في إثبات صفته يعود إلى القضاء، كما تبين لنا أنه لا صعوبة على القضاء في استخلاص ركن الخطأ إذا كان محل الالتزام بتحقيق نتيجة. لأن عدم تحقق النتيجة هو ذات الخطأ الموجب للمسؤولية المدنية^(٢) وإنما تثور الصعوبة في المعيار الذي يقاس به الخطأ إذا كان محل الالتزام بذل عناية، وذلك ما نلقي الضوء عليه في المبحث التالي.



(١) انظر: مجموعة أحكام النقض، المكتب الفني (مدني) السنة ١٦، العدد الثاني، جلسة ٢٠ مايو ١٩٦٥ (٩٩) طعن رقم ٤٤٦ لسنة ٣٠ق، ص ٦١٤.

(٢) محكمة النقض، المكتب الفني، مجموعة الأحكام الصادرة من الهيئة العامة للمواد المدنية، السنة الرابعة والثلاثون، ج ١، جلسة ١١، من يناير ١٩٨٣م، رقم (٤٥) طعن رقم ٧٤٣ لسنة ٤٩ق، ص ١٦٨، جاء فيه: «من المقرر أن عدم تنفيذ المدين لالتزامه التعاقدية يعتبر بذاته خطأ يرتب مسؤوليته». ونفس المعنى: نقض مدني س ٣٤، ج ١، جلسة ٣١ يناير ١٩٨٣م، رقم (٨٠) طعن رقم ٨٣٢ لسنة ٤٨ق، ص ٣٥٥ جاء فيه: «إلتزام الناقل البحري بتسليم البضاعة المشحونة إلتزام بتحقيق غاية، قيام مسؤولية الناقل البحري حتى تمام التسليم الفعلي».

المبحث الثالث معيار الخطأ

٢٦ - تمهيد: يقوم الخطأ على ركنين أحدهما مادي وهو التعدي، والآخر معنوي وهو الإدراك - ويقابل التعدي في الفقه الإسلامي الركن المادي للخطأ في فقه القانون المدني - وتبدو أهمية بحث معيار الخطأ حينما يكون الإلتزام الملقى على عاتق المسؤول إلتزاماً ببذل عناية، فحواء الإنحراف عن السلوك المألوف فإذا ما حصل إنحراف عن هذا السلوك المألوف، فما هي الظروف التي يعتد بها القاضي لقياس هذا الإنحراف؟ وما هي الظروف التي لا يعتد بها؟ هذا ما نبهته في المطلبين التاليين:

المطلب الأول: الظروف الذاتية.

المطلب الثاني: الظروف الظاهرة.

المطلب الأول

عدم الاعتداد بالظروف الذاتية لقياس التعدي

٢٧ - صفة الظروف الذاتية أو الشخصية. ٢٨ - العلة في عدم الاعتداد بالظروف الذاتية. ٢٩ - وجهة الفقه الإسلامي في معيار التعدي. ٣٠ - مسلك الرجل المعتاد وتطبيقاته مع المقارنة والاستنتاج.

٢٧ - صفة الظروف الذاتية أو الشخصية: المقصود بالظروف الذاتية أو الشخصية هي: صغر السن وما يصاحبه من عدم التجربة أو الشيخوخة وما يصاحبها من نقص القوى، أو الأنوثة وما يلازمها من ضعف أو عصبية، أو الحالة الصحية كمرض يعانیه أو عاهة تعجزه، أو ضعف في السمع أو البصر يضايقه، أو أي صفة أخرى كقلة الذكاء، أو عدم التعليم أو اضطراب الأعصاب، هذه الظروف لا يعتد بها القاضي عند تقدير مسلك المسؤول، لأنها ظروف شخصية ذاتية، يستعصي على القاضي المدقق معرفتها وكنه حقيقتها^(١) وهو الأمر المعقول الذي يجعل للقاعدة الواردة في المادة (١٦٣) مدني مصري والمادة (٣٠٧) مدني يمني صفة العمومية والتجريد.

٢٨ - العلة في عدم الاعتداد بالظروف الشخصية: أما العلة في عدم الإعتداد بهذه الظروف فهي: أن مواهب الناس وقدراتهم تختلف من شخص إلى آخر، ومعنى ذلك وجوب التشدد على الرجل الحريص، والتجاوز عن الرجل المهمل الخامل الذي تقل قدراته عن الرجل المعتاد وبالتالي فإن الفعل الضار الواحد يكون خطأ بالنسبة لشخص دون آخر، هذا من جهة. ومن جهة أخرى، سيتحمل عامة الناس الآثار السيئة للطبائع الناقصة أو المعيبة بحجة قصور القدرات الشخصية عن المستوى العادي للرجل المعتاد^(٢) بالإضافة إلى أن التعويض المدني حق مالي لا عقوبة، والحق المالي إنما يتعلق بذمة من أحدث الضرر لا بجسده،

(١) د. السنهوري: الوسيط ج ٢، ف ٥٢٨، ص ١٠٨٥. د. محمود جمال الدين زكي: الوجيز في نظرية الالتزام، ف ٢٤٢، ص ٤٧٤. مصطفى مرعي: المسؤولية المدنية، ف ٤٠، ص ٣٧، سابق. ويقول: «ليس من العدل في شيء أن يرجع في تحقيق مسلك الإنسان إلى ظروفه الشخصية من حيث القوة أو الضعف، اليقظة أو الغفلة. النشاط أو الخمول...».

(٢) حسين عامر: المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، ف ٢٠١، ص ١٧٩، سابق. Rabut، فكرة الخطأ في القانون الخاص، ص ٧٩، سابق.

والمضروور لا يعنيه أن يكون المسؤول عن الضرر شاباً أو شيخاً، نزقاً أو هادئاً، مجنوناً أو عاقلاً، بقدر ما يعنيه جبر الضرر الذي أصابه^(١).

لكل هذه الأسباب تم العزوف عن الظروف الشخصية عند قياس الخطأ إلا أن رجال فقه القانون المدني، لم يقطعوا النظر في التخلص من كل الظروف الشخصية، حيث اشترطوا عند تقدير معيار الخطأ ألا يصل ضعف الإدراك إلى حد إنعدام التمييز^(٢)، لاعتبار أن الخطأ يقوم على ركنين مادي، وهو التعدي، ومعنوي وهو التمييز والإدراك^(٣).

وفرق بعض الفقهاء في قياس التعدي بين الخطأ المتعمد وغير المتعمد بقولهم:

إن كان الفعل متعمداً أي قصد به صاحبه الإضرار بالغير فإن المعيار يكون عندئذ معياراً ذاتياً أي شخصياً، أما إن كان الفعل غير متعمد، فيقاس سلوك المسؤول بسلوك الشخص العادي^(٤) ويعللون لوجهة نظرهم هذه بأن الشخص العادي — وهو عماد المعيار المجرد. لا يمكن أن يقصد الإضرار بالغير^(٥).

(١) د. سليمان مرقس: المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية، ف ٣٥، ص ٦٨، ويقول: «أما الحالة النفسية والطباع والعادات ودرجة الحساسية فتعتبر من الظروف الداخلية التي لا يجوز أن يقام لها وزن». Frit 2 Schreier: الأخطاء المدنية، المجلة الفصلية للقانون المدني ١٩٣٦م، ف ١، ص ٦٠، سابق.

(٢) انظر: د. السنهوري: الوسيط، ج ٢، ف ٥٢٩، ص ١٠٩٠، هـ/١، سابق.

(٣) Esmein، بحثه: «الخطأ وموضعه في المسؤولية المدنية»، المجلة الفصلية للقانون المدني ١٩٤٩م، ف ١، ص ٤٨١، سابق. . حيث يقول: «ومن هذه الروح أعتقد أن الخطأ ينطوي على عنصر نفسي، وتقدير معنوي للسلوك».

(٤) انظر: د. أنور سلطان: النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، ط ١٩٥٨م، دار المعارف — بمصر، ج ١، ف ٤١٠، ص ٤٣٦.

(٥) د. أنور سلطان: مصادر الإلتزام، ج ١، ف ٤١٠، ص ٤٣٦، هـ ١، مرجع سابق.

ويبدو لنا أن النظر إلى توافر القصد من عدمه، إنما هو للتفرقة بين الخطأ العمد والخطأ غير العمد ولا تصلح التفرقة معياراً لقياس التعدي في حد ذاته، ولذلك نميل مع الفقه الذي يرى استبعاد كل الظروف الشخصية لقياس التعدي، كي يصبح المعيار المجرد عن كل ظرف شخصي المتمثل في المسلك المألوف، هو المقياس الموحد لكل الأشخاص.

٢٩ - وجهة الفقه الإسلامي في قياس التعدي: لم يتعرض الفقهاء المسلمون صراحة لمعيار التعدي الموجب للضمان، إلا أنه يظهر من أمثلتهم الفقهية أنهم لا ينظرون من حيث المبدأ إلى شخص المتعدي مميزاً كان أو غير مميز، وإنما ينظرون إلى الفعل ذاته فإن كان مألوفاً فلا ضمان، وإن كان غير مألوف تعلق الضمان بالذمة المالية لمن أحدثه، وهذا النظر بلا شك يغني القاضي مؤنة البحث والتنقيب في شخصية الفاعل وإمكاناته الذهنية وغير ذلك من الأمور الذاتية، ولذلك فإن التعدي يقاس وفقاً لهذا النظر بمعيار موضوعي مجرد عن كل ظرف شخصي والضابط هو المسلك المعتاد^(١) وفي هذا المعنى يقول العزبن عبد السلام^(٢) في قاعدة الجوابر والزواجر: «الجوابر مشروعة لجلب ما فات من

(١) انظر: د. وحيد الدين سوار: التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، ١٩٦٠م، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، ف ١٨، ص ١٩، حيث يقول: «إن معايير الشريعة الإسلامية في نظرية الفعل الضار هي معايير موضوعية والضابط فيها هو سلوك الرجل العادي...». د. السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ١٤٩/٦، مرجع سابق. ويقول: «والظاهر أن التعدي في الفقه الإسلامي كما هو في الفقه الغربي: انحراف عن السلوك المألوف للرجل المعتاد، فمعياره موضوعي لا ذاتي».

(٢) هو أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم السلمي الدمشقي ثم المصري الشافعي الملقب بسلطان العلماء، وُلد في دمشق سنة ٥٧٧هـ، كان فريد عصره في العلوم وفي الإفتاء والخطابة في الجامع الأموي بدمشق، ثم بجامع عمرو بن العاص بمصر مع تولي منصب القضاء، كان جريئاً في قول الحق زاهداً ورعاً، توفي سنة ٦٦٠هـ، من مؤلفاته: «قواعد الأحكام في مصالح الأنام». انظر: الفكر السامي، ١٦٩/٤، سابق.

المصالح، والزواج مشروعاً لدرء المفسد، والغرض من الجواهر جبر ما فات من مصالح حقوق الله وحقوق عباده، ولا يشترط في ذلك أن يكون من وجب عليه الجبر أثماً. ولذلك شرع الجبر مع الخطأ والعمد والجهل والعلم، والذكر والنسيان وعلى المجانين والصبيان^(١) وقالت المجلة: «لو أتلف صبي مال غيره فيلزم بالضمان من ماله وإن لم يكن له مال ينتظر إلى حال يساره ولا يضمن وليه^(٢). وتطبيقاً لذلك قال الفقهاء: لو أن «صبيانا يرمون لعباً فأصاب سهم أحدهم عين امرأة.. فالدية في مال الصبي ولا شيء على الأب»^(٣)، كما نقل عن بعض الفقهاء في عدم الإعتداد بأي ظرف شخصي قولهم: «رجل يمشي في الطريق فأدركه مرض فوقع مغمى عليه، أو أدركه ضعف فلم يقدر معه على المشي فوقع على إنسان فقتله، أو وقع على الأرض حياً ثم مات فعثر به إنسان فالضمان واجب على عاقلته^(٤) والسبب في عدم الاعتداد بأي ظرف شخصي: أن الفقه الإسلامي يجعل الضرر^(٥) علة وسبباً للتضمنين، فإذا وجدت العلة وجد المعلول والإلزام في ذلك إنما هو من خطاب الوضع لا من خطاب التكليف ولذا لزم الضمان من لا إدراك له في ماله..^(٦) باعتبار أن أهلية الإنسان تثبت له بمجرد ولادته حياً فيكون صالحاً لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات.. إلا أنه لا يؤاخذ

(١) قواعد الأحكام في مصالح الأنام، للزمزم عبد السلام، الطبعة الثانية، ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م، دار الجيل، بيروت - لبنان، ١/١٧٨.

(٢) مجلة الأحكام المدلية، مادة ٩١٦، ص ٤٧٧، سابق.

(٣) انظر: معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام للإمام علاء الدين أبي الحسن علي بن خليل الطرابلسي الحنفي، الطبعة الثانية، ١٢٩٣هـ - ١٩٧٣م، مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، ص ٢٠٨.

(٤) انظر: الفتاوى الهندية، الطبعة الثانية، المطبعة الكبرى الأميرية بولاق، ١٣١٠هـ، ٤٣/٦.

(٥) لعل صواب العبارة: الفعل المخالف لما اعتاده الناس.

(٦) انظر: فضيلة الأستاذ الشيخ علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، ص ٦٨، سابق.

بدنيا^(١) ويكلف الولي بدفع الضمان عن القاصر لتعلق الضمان بالذمة المالية لمن أحدث الضرر^(٢).

٣٠ - مسلك الرجل المعتاد وتطبيقاته مع المقارنة: أما مقياس التعدي في الفقه الإسلامي فإنه يتم وفقاً للمسلك المألوف فمن لا ينحرف عن السلوك المألوف شرعاً أو عرفاً أو عادة^(٣) لا يعتبر متعدياً، أما من انحرف عن السلوك المألوف لزمه الضمان، ولذلك قال الإمام السيوطي^(٤): «إن ما ورد به الشرع مطلقاً ولا ضابط له فيه ولا في اللغة يرجع فيه إلى العرف»^(٥).

(١) انظر: د. عبد المجيد محمود مطلوب: «نظرية العقد» دراسة مقارنة، ط ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م، ص ٥٧.

(٢) د. عبد المجيد محمود مطلوب: الوجيز في المدخل للفقه الإسلامي ١٢٨/٢، مرجع سابق.. حيث قال: «الذمة صفة شرعية يندرها الشارع في الشخص يصير بها أهلاً لثبوت الحقوق له وعليه، وتثبت للإنسان بمجرد وجود الحياة فيه».

(٣) فضيلة الشيخ علي الخفيف: الضمان في الفقه الإسلامي، ص ١٤٩، سابق. ويقول: «والمراد بالتعدي مجاوزة الحق بحسب عرف الناس وعاداتهم مما يطلب الاقتصار عليه شرعاً فإذا لم تحدث مجاوزة فلا ضمان. انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص ٨٥، سابق، ونفس المعنى: «غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر»، للعلامة أحمد بن محمد الحموي الحنفي، ص ٢٩٥. وقال: «... المادة عبارة عما يستقر في نفوس الناس من الأمور المتكررة المقبولة عند الطباع السليمة»، ص ٣٩٦، نفس المرجع.

كما أوردت مجلة الأحكام المدلية عدة قواعد تدل على نفس المعنى، منها: «استعمال الناس حجة يجب العمل بها» مادة ٣٧، و«الممتنع عادة كالممتنع حقيقة» مادة ٣٨، و«التعيين بالعرف كالتعيين بالنص، مادة ٤٥، ص ٢٠ و ٢١ من المجلة، مرجع سابق.

(٤) هو جلال الدين أبو الفضل عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي الشافعي المصري، المولود ٨٤٩، الذي انتهت إليه الرئاسة في المعارف والإدراك والعلوم، له مؤلفات كثيرة تزيد على خمسمائة مصنف بين مطول في أسفار ومختصر، توفي سنة ٩١١هـ. انظر: الفكر السامي ١٧٩/٤، مرجع سابق.

(٥) انظر: الأشباه والنظائر للإمام السيوطي، ص ١٠٩، سابق.

ومن التطبيقات الفقهية لبيان المسلك المعتاد قولهم: «إذا أوقد شخص في ملكه ناراً أو في موات، فطارت شرارة إلى دار جاره فأحرقتها، أو سقى أرضه فنزل الماء إلى أرض جاره فغرقها لم يضمن إذا كان فعل ما جرت به العادة من غير تفريط لأنه غير متعد. . وإن كان ذلك بتفريط منه بأن أجاج ناراً تسري في العادة لكثرتها، أو في ريح شديدة تحملها - أو فتح ماء كثيراً يتعدى، أو فتح الماء في أرض غيره، أو أوقد في دار غيره، ضمن ما تلف به^(١) كذلك قولهم: «لو تعدى برشه ضمن وإلا فلا يضمن بأن رش هو كالعادة لدفع الغبار^(٢) كذلك «لو سقى بستانه على الاقتصاد في مثله، فسرى إلى جاره فأفسد له شيئاً فلا ضمان عليه، ومثله في الحكم: إذا أوقد في داره ناراً على الاقتصاد المعتاد فطار منها شرر فأتلف شيئاً فإنه لا يضمن^(٣)».

ويتبين من القواعد الفقهية، والأمثلة التطبيقية أن التعدي في الفقه الإسلامي يقاس بحسب المألوف شرعاً أو عرفاً أو عادة، حيث ينظر إلى ذات الفعل إن كان مما جرت به العادة من غير تفريط فلا مسؤولية على الفاعل ولا ضمان، أما إن كان مخالفاً للمعتاد وجب الضمان، ولا يعتد مطلقاً بالظروف الذاتية لقياس التعدي، بل يقاس التعدي وفقاً لمعيار موضوعي مجرد عن كل ظرف شخصي، وهو المسلك المألوف.

(١) انظر: المغني لابن قدامة مع الشرح الكبير، ٤٥٣/٥، سابق. لسان الحكام في معرفة الأحكام للشيخ الإمام أبي الوليد إبراهيم بن أبي اليمن محمد بن أبي الفضل المعروف بابن الشحنة، ص ٤٠٤، مطبوع مع معين الحكام، مرجع سابق.

(٢) مجمع الضمانات للبغدادي، ص ١٦٤، مرجع سابق.

(٣) قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام، ١٩٥/٢. المحلى للإمام ابن حزم، ج ١١، مسألة رقم ٢١١٧، ص ٢٠، مرجع سابق. د. صبحي محمصاني النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، ٢٠٣/١، مرجع سابق.

وبذلك نصل إلى القول بأن الفقه الإسلامي يتفق مع فقه القانون المدني في عدم الاعتداد بالظروف الذاتية عند قياس التعدي، إلا أن فقه القانون المدني يشترط ألا يصل ضعف الإدراك إلا حد انعدام التمييز، فإذا انعدم التمييز لديهم انعدم التعدي، أما في الفقه الإسلامي فإن الضمان يتعلق بالذمة المالية للمسؤول مميزاً كان أو غير مميز، ولا يبرأ من الضمان إلا إذا كان الفعل في حد ذاته معتاداً شرعاً أو عرفاً أو عادة، ولم يفرض ولم يتعد، أما إن كان الفعل في حد ذاته غير معتاد وجب الضمان على المميز وغير المميز على حد سواء.

المطلب الثاني

الظروف الخارجية في قياس التعدي

٣١ - ظرف الزمان وظرف المكان وملابسات الحال. ٣٢ - تطبيقات قضائية على المعيار الجرد. ٣٣ - وجهة الفقه الإسلامي في قياس التعدي. ٣٤ - نقطة الخلاف بين الفقهاء المدني والإسلامي في قياس التعدي. ٣٥ - الأهمية العملية لمعيار مسلك الرجل المعتاد.

٣١ - ظرف الزمان وظرف المكان وملابسات الحال: ظرف الزمان وظرف المكان وملابسات الحال، من الظروف التي لا يتفرد بها شخص دون سواه، بل يشترك فيها الناس جميعاً، ومن ثم يقاس مسلك المسؤول بمعيار مجرد موضوعي يمثل النموذج الوسط من الناس^(١) وليبيان هذا المسلك، ذهب الفقه إلى القول: بأن سائق السيارة ليلاً - والليل ظرف زمني عام خارجي - لا نجرده من هذا الظرف بل نعتد به عند تقدير السلوك لأنه يستوي فيه مع كل سائقي السيارات، كذلك

(١) مصطفى مرعي: المسؤولية المدنية، ص ٣٣، سابق.

Savatier. «Regles Lencrales de la Responsabilite Civile» Revue Critique de Legislation et de Jurisprudence, 1934, P.409.

لا نجرده من ظرف المكان فهو يسوق السيارة في المدينة، وظرف المكان هو ظرف عام خارجي كظرف الزمان، ويتساوى في الحكم مع هذين الطرفين، المنعطفات الضيقة، والشوارع المزدهمة بالناس والأرض المبللة بالماء، فلو أن السائق ليلاً في المدينة أو في المنعطفات الضيقة كان ضعيف النظر، أو كان صبيهاً صغير السن لم يتعمد القيادة أو ريفياً أو كانت امرأة لا تضبط أعصابها، فإن هؤلاء مؤاخذون بمقياس السلوك المألوف للرجل المعتاد، والرجل المعتاد سليم النظر، تعود على القيادة يستطيع عند الاقتضاء أن يضبط أعصابه، ولا نعلم خلافاً بين الفقهاء في عدم الاعتداد بالظروف الظاهرة عند تقدير مسلك الرجل المعتاد وفقاً للمعيار الموضوعي المجرد^(١) ومضمونه أن على المسؤول أياً كان أن يراعى الظروف الظاهرة، وأن يحتاط في سلوكه، فإن لم يحتط، فقد أهمل أمراً ظاهراً من الواجب عليه أن يتوقاه، فلو كانت الطريق غاصة بالمارة مثلاً فإن مقتضى مسلك الرجل العادي أن يولى عناية وحذراً أكثر مما لو كانت الطريق خالية أو صحراوية^(٢).

(١) د. السنهوري: الوسيط، ج ١، ف ٥٢٩، ص ١٠٩٠، سابق. د. محمد علي عمران: مصادر الالتزام، ص ١٥٤، سابق. د. عبد الحي حجازي: النظرية العامة للالتزام، ٤٤٥/٢، سابق. د. عبد المنعم البدراوي: مصادر الالتزام، ط ١٩٨٥م، مطبعة النسر الذهبي - القاهرة، ج ١، ف ٣٢٣، ص ٤١٥. د. محمد لبيب شنب: دروس في نظرية الالتزام، ط ١٩٧٦م - ١٩٧٧م، دار النهضة العربية، ص ٣٤٤.

Esmein, La Fondement de La Responsabilité contractuelle Rapprochée de la Responsabilité delictuelle Revue Trimestrielle de droit Civil 1933, n3. P.634.

ويقول: «وكان معيار تنفيذ الالتزام في العرف الروماني هو سلوك الأب الطيب حيال أسرته، أو رب العمل الرشيد حيال عماله».

(٢) حسين عامر: المسؤولية المدنية، ف ٢٠٣، ص ١٨١، سابق. Esmein: «أساس المسؤولية المدنية العقدية واقترابها من المسؤولية التقصيرية»، المجلة الفصلية للقانون المدني، ١٩٣٣م، ف ٤، ص ٦٣٥. ويقول: «ومن المستحيل وضع قواعد مطلقة للسلوك أو للظروف التي تغطي مختلف نواحي النشاط في الحياة...».

وإذا كان العيب الذي يوجه إلى المقياس المجرد: بأنه معيار شديد الوطأة على من يقل في قدراته أو ملكاته عن الرجل العادي، فإن مميزاته تتجلى في أنه يحث الفرد على تحسين سلوكه مع غيره من الأفراد، هذا من جهة، ومن جهة أخرى: فهو محاط بضمانات عديدة منها، أنه ليس للقاضي أن يجعل من نفسه نموذج الرجل العادي، وليس له أيضاً أن يجري المقارنة بمسلك شخص يختاره هو، كما أن له أن يستعين بالعرف والعادات عند تقدير ظروف الزمان والمكان، وملابس الحال^(١).

٣٢ - تطبيقات قضائية على المعيار المجرد: وقد اعتبرت محكمة النقض المصرية ظروف الزمان والمكان وملابس الحال من المسائل الموضوعية التي يرجع الفصل فيها إلى قاضي الموضوع فقالت: «من المقرر أن السرعة التي تصلح أساساً للمساءلة الجنائية في جريمتي الموت والإصابة خطأ هي التي تجاوز الحد الذي تقتضيه ملابس الحال وظروف المرور وزمانه ومكانه، وتقدير السرعة كعنصر من عناصر الخطأ مسألة موضوعية يرجع الفصل فيها إلى قاضي الموضوع»^(٢).

ولتوافر ركن الخطأ عند مخالفة السلوك المألوف قالت محكمة النقض: توافر رجال الأدب بهيئة الإذاعة، وتعرفها بواسطتهم على المصنفات الأدبية المختلفة

(١) انظر: د. محمود جمال الدين زكي: الوجيز في نظرية الإلتزام، ف ٢٤٢، ص ٤٧٩، سابق. Esmein: الخطأ وموضعه في المسؤولية المدنية، المجلة الفصلية للقانون المدني، ١٩٤٩م، ف ٥، ص ٤٨٥، سابق. Savatier: القواعد العامة للمسؤولية المدنية، المجلة الانتقادية للقانون المدني، ١٩٣٤م، ص ٤٠٨، سابق.

(٢) انظر: مجموعة أحكام النقض (جنائي)، السنة الثامنة عشرة، جلسة ٦ من مارس سنة ١٩٦٧م، طعن رقم ٢١٦٨، س ٣٦ ق، ص ٣٢٥. نفس المعنى: المحاماة: نقض جنائي، السنة ٤٩ جلسة ١/٨/١٩٦٨م، رقم ٧٧، ص ١١٥.

لدرابتهن بما يستدعيه السير الطبيعي لعملها، يدخل في نطاق سلوكها المؤلف، فيسوغ تحصيل الحكم لركن الخطأ من جانبها في عدم اعتمادها على هؤلاء الأدباء في الرقابة على هذه المصنفات قبل اعتمادها^(١).

ولضمان توحيد المقياس المجرّد وحتى لا يعتبر القاضي نفسه المثال النموذجي للرجل العادي، قالت محكمة النقض في جلستها المنعقدة بتاريخ ١٩٧٦/٦/٢٩: «تكييف الفعل المؤسس عليه طلب التعويض بأنه خطأ، أو نفى هذا الوصف عنه هو من المسائل التي يخضع قضاء محكمة الموضوع فيها لرقابة محكمة النقض، إلا أن استخلاص الخطأ الموجب للمسؤولية هو مما يدخل في حدود السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع ما دام هذا الاستخلاص سائفاً ومستمدّاً من عناصر تؤدي إليه وقائع الدعوى^(٢)».

ويتبين مما سبق أن معيار الخطأ يتم استخلاصه فقهاً وقضاءً وفقاً لمسلك الرجل المعتاد.

٣٣ - وجهة الفقه الإسلامي في قياس التمدي وتطبيقاته: معيار التمدي في الفقه الإسلامي معيار موضوعي مجرد، لا يعتد فيه بالظروف الذاتية، ولا أهمية للظروف الخارجية كظرف الزمان والمكان، ويقيس الفقهاء مسلك المسؤول عن التمدي وفقاً للمسلك المؤلف الذي يمثل جمهور

(١) المحاماة: السنة ٤٩، العدد السادس، قاعدة رقم ٣٨٨، ص ٨٧.

(٢) مجموعة أحكام النقض مدني، س ١٦، العدد الثاني من إبريل إلى يونيو ١٩٦٥ جلسة ٢٠ مايو ١٩٦٥ (٩٩) طعن رقم ٤٤٦ لسنة ٣٠، ص ٦١٤. ونفس المعنى مجموعة أحكام النقض (مدني) س ٢٥ طعن رقم ٣٨٢/٣٣٢ لسنة ٣٨، جلسة ١١٩، ١٩٧٤، قاعدة رقم ١٣٧، ص ٨٤٠. ونفس المعنى مجموعة أحكام النقض مدني س ٢٧، طعن رقم ٢٦٢ لسنة ٤٢، جلسة ١٩٧٦/٦/٢٩ م.

الناس^(١) ومن الأمثلة التطبيقية على ذلك قولهم:

«إن النائم لو انقلب على آخر فقتله فالدية على عاقلته والكفارة عليه لترك التحرز في نومه في موضع يتوهم أن يصير قاتلاً^(٢) ويظهر من هذا المثال أن السلوك المعتاد في مثل هذا الظرف المكاني هو المبالغة في الاحتياط وباعتباره لم يحتط اعتبر متعمداً فيضمن. كذلك قولهم: لو ساق في الأسواق إبلاً غير مقطورة أو ركب دابة نزقة لا يؤثر فيها كبح اللجام لزمه الضمان لخروج ذلك عن المعتاد^(٣)».

ويؤخذ بطريق المفهوم أن ترك الاحتياط والحفظ في طريق العامة سلوك غير معتاد يوجب الضمان، يدل على ذلك القاعدة الفقهية القائلة: ما لا يتم الواجب إلا به يجب على حد وجوبه^(٤).

ولبيان المسلك المألوف أو المعتاد فرق الفقهاء في مسؤولية الطبيب بين حالتين: الحالة الأولى - حالة من تعاطى الطب وهو لا يعرفه أو منعه السلطة من مزاوله مهنة الطب لجهله فإن عليه الضمان على كل

(١) د. شفيق شحاته: النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية، ف ٢١٥، ص ١٧٢، مرجع سابق. د. وحيد الدين سوار: رسالته التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، ف ١٨، ص ١٩، مرجع سابق. فضيلة الشيخ محمود شلتوت: الإسلام عقيدة وشريعة، ص ٤٠٠، سابق. د. محمد فوزي فيض الله: نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام، ف ١١٥، ص ٩٣، حيث يقول: إن مقياس التمدي وضابطه: هو مخالفة المعتاد والمنظور في هذا الضابط هو سلوك الرجل العادي.. لا الإنسان الحاذق النبيه.

(٢) انظر: المبسوط للإمام السرخسي ٦٧/٢٦، سابق. لسان الحكام لابن الشحنة، ص ٢٢١، مطبوع مع معين الحكام، سابق.

(٣) انظر: قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام، ١٩٥/٢، سابق.

(٤) انظر القواعد الفقهية للعلامة أحمد بن محمد الشرفي مطبوعة مع المنتزح المختار والغيث المدرار للعلامة أبي الحسن عبد الله بن مفتاح: بأول الجزء الثالث، ص ٤٦.

حال^(١) وفي هذا المعنى يقول ابن القيم: «لا أعلم خلافاً في أن المعالج إذا تعدى^(٢) فتلف المريض كان ضامناً والمتعاطي علماً أو عملاً لا يعرفه، فإذا تولد عن فعله التلف ضمن الدية وسقط عنه القود لأنه لا يستبد بذلك بدون إذن المريض^(٣)» والسند في ذلك ما رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قال رسول الله ﷺ: «من تطبب ولا يعلم منه طب فهو ضامن»^(٤).

أما الحالة الثانية: فهي حالة من يتعاطى الطب وهو أهل له، فلا يضمن إن بذل العناية التي يبذلها مثله من أهل الفن والصلاح^(٥)، أي إذا بذل عناية الرجل المعتاد في مثل مهنته، وفي هذا المعنى يقول الفقهاء: «لا ضمان على حجام وختان إن فعلا كما عند أهل

(١) الإمام محمد أبو زهرة: الجريمة والمعقوبة في الفقه الإسلامي، ط دار الفكر العربي - القاهرة، ج ١، ف ٤٩٨، ص ٤٥٥. جاء فيه: ومن المقررات الشرعية أن يحجر الطبيب الجاهل، والمفتي الماجن، والمكاري المفسر». أحمد إبراهيم: مسؤولية الأطباء في الشريعة الإسلامية وفي القانون المقارن، مجلة الأزهر، المجلد التاسع عشر، ١٣٦٧هـ، ص ٨٢٠.

(٢) لعل صواب العبارة: إذا تعاطى، لنسق السياق مع ما بعده.

(٣) انظر: زاد المعاد في هدى خير العباد، للإمام ابن قيم الجوزية: المطبعة المصرية ومكتباتها، ١٠٩/٣. بدائع الصنائع للإمام الكاساني، ٢٣٦/٧، سابق.

(٤) سنن أبي داود، ج ٤، حديث رقم ٤٥٨٦، ص ١٩٥، سابق.

(٥) انظر: عبد القادر عودة: التشريع الجنائي الإسلامي، مقارناً بالقانون الوضعي، المجلد الأول، ط دار التراث للطبع والنشر، القاهرة، ف ٣٦٧، ص ٥٣٣. وقد اشترط لعدم مسؤولية الطبيب: ١ - أن يكون الفاعل طبيياً، ٢ - أن يأتي الفعل بقصد العلاج وبحسن نية، ٣ - أن يعمل طبقاً للأصول الطبية، ٤ - أن يأذن له المريض أو من يقوم مقامه كالولي». نفس المعنى فضيلة الإمام محمد أبو زهرة: الجريمة والمعقوبة في الفقه الإسلامي، ف ٤٩٨، ص ٤٥٥، سابق.

الصنعة^(١).

وقال الإمام الشافعي^(٢) «أمر الرجل أن يحجمه أو يختن غلامه أو يبطر دابته فتلفوا من فعله، فإن كان فعل ما يفعل مثله مما فيه الصلاح للمفعول به عند أهل العلم بتلك الصنعة فلا ضمان عليه، وإن كان فعل ما لا يفعل مثله فهو ضامن»^(٣).

ويستفاد من كلام الإمام الشافعي أن مقياس سلوك الطبيب يقاس بمثله، فيقاس مسلك الطبيب الأخصائي بمسلك طبيب أخصائي مثله، كما يقاس مسلك الطبيب العادي بمسلك طبيب عادي مثله، أما لو أخطأ الطبيب خطأ فاحشاً فإنه يضمن ومثلوا للخطأ الفاحش «كان يعطي الطبيب للمريض مصلاً ولم يتوق ما علق به من أوساخ فتلف العضو»^(٤) فإنه يضمن على كل حال.

ويمائل هذا النظر ما ذهب إليه الفقه الحديث من أن التزام الطبيب في عملية

(١) انظر: شرح النيل وشفاء العليل، للشيخ محمد بن يوسف إطفيش، ١٨٦/١٥، سابق.

(٢) هو أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن شافع القرشي المطلبي الشافعي، وُلد بغزة سنة ١٥٠هـ، وحمل إلى مكة وهو ابن ستين فنشأ بها وقرأ القرآن، وحفظ الموطأ. قال أبو عبيدة: «ما رأيت قط أكمل من الشافعي»، رحل إلى الإمام مالك وتلا عليه الموطأ حفظاً، فقال مالك: «إن يك أحد يفلح فهذا الغلام»، وأفتى وهو ابن خمس عشرة سنة. وإلى جانب علمه الغزير في الكتاب والسنة، فقد كان في اللغة والشعر وكلام العرب بمكان عظيم. رحل إلى العراق، ومنها إلى مصر وتوفي بها يوم الجمعة آخر يوم من شهر رجب سنة ٢٠٤هـ، ودفن بالقرافة الصغرى، من مؤلفاته: «الأم» و«الرسالة». انظر: تراجم الرجال، مطبوعة بشرح الأزهار أول الجزء الثالث، ص ٢٣، سابق. طبقات الفقهاء: لأبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي الشافعي، ط مطبعة دار الرائد العربي، بيروت، ١٩٧٠م، ص ٧١ - ٧٣.

(٣) الأم للإمام الشافعي، برواية الربيع بن سليمان المرادي، طبعة مصورة عن طبعة بولاق، ١٣٢١هـ، الدار المصرية للتأليف والترجمة، ١٦٦/٦.

(٤) الجريمة والعقوبة للإمام أبي زهرة، ف ٥٠٤، ص ٤٦٠، سابق.

نقل الدم واستعمال الأجهزة التعويضية التي يستعملها التزاماً بتحقيق نتيجة، بحيث لا يعفى من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي^(١) أما أصل الالتزام الملقى على عاتق الطبيب بشفاء المريض فمحلله بذل العناية الكاملة وفقاً لمسلك طبيب مثله^(٢) حسب السلوك المألوف.

٣٤ - نقطة الخلاف بين الفقهاء المدني والإسلامي في قياس التعدي: يتبين مما سبق أن الفقهاء المدني والإسلامي يتفقان في عدم الاعتداد بالظروف الذاتية للمسؤول. ولا أهمية للظروف الخارجية عند قياس التعدي أو الخطأ وفقاً لمعيار السلوك المعتاد، كما يتفقان أيضاً في قياس الخطأ المهني حيث يتم وفقاً للسلوك العادي الذي يمثل الوسط من أهل الصنعة أو الفن، ولا يختلفان إلا في نقطة واحدة هي: أن رجال فقه القانون المدني يشترطون في ظرف السن ألا يصل إلى حد انعدام الإدراك لأن الإدراك هو الركن المعنوي للخطأ وتوافر الإدراك شرط لقيام مسؤولية من أحدث الضرر^(٣) بينما جمهور الفقه

(١) د. محمد علي عمران: الالتزام بضمان السلامة، ص ١٠٥ - ١٠٦، مرجع سابق.
(٢) فضيلة الإمام الأكبر محمود شلتوت: الإسلام عقيدة وشريعة، ص ٤٠٠، مرجع سابق.
د. أحمد شرف الدين: الأحكام الشرعية للأعمال الطيبة، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م، ف ٣٦، ص ٨٤.

(٣) مصطفى مرعي: المسؤولية المدنية، ف ٦٠، ص ٥٧، سابق. ويقول: «... لأن فقد الإدراك سبب من أسباب الإباحة في المسؤولية الجنائية، ويجب أن يكون من باب أولى سبباً للإعفاء من المسؤولية المدنية...». Esmein: الخطأ وموضعه في المسؤولية المدنية، المجلة الفصلية للقانون المدني، ١٩٤٩م، ف ٤٨٤/٥، سابق. Rabut: رسالته «فكرة الخطأ في القانون الخاص»، باريس، ١٩٤٩م، ف ٤٢، ص ٥٧، سابق.. حيث يقول: «ويرى غالبية الفقهاء في فرنسا أن المحروم من القدر الضروري من الإدراك والذكاء لتقدير منبة أفعاله أو الذي لا سيطرة له على نفسه، مثل الطفل دون سن البلوغ أو المجنون فلا مسؤولية عن خطئه وغير مسؤول من وجهة النظر القانونية المدنية...». Birng- Jouvan: «La responsabilite des Enfants» revue Trimestrielle de droit Civile. 1957. P.28.

الإسلامي^(١) يوجبون الضمان على كل من أحدث ضرراً بغيره مميزاً كان أو غير مميز، ولذلك قال الفقهاء: «لو أتلّف الصبي أو المجنون شيئاً فضمنانه في ماله»^(٢).

والسبب في ذلك: أن الإلزام بالضمان في الشريعة الإسلامية إنما هو من خطاب الوضع لا من خطاب التكليف، ولذلك لزم الضمان من لا إدراك له^(٣).

(١) عدا رأي في الفقه المالكي يقول: «وأما الصبي الذي لا يعقل فلا شيء عليه فيما أتلّفه من نفس أو مال كالمجناه...». انظر هذا القول لابن جزى المالكي: القوانين الفقهية، ص ٢٨٥، سابق.

وقال بعض الأباضية في كتاب شرح النيل، ١٣/٤٦٦، سابق.. «بأن جناية الطفل في دم أو مال على أبيه أو وليه... لأن الطفل كدابة يجب حفظه». والمذهب الضمان، وهو ما عليه الجمهور.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني: ٧/١٧١، سابق. وقال في ص ١٦٨: «إلا أن الصبي مأخوذ بضمان الإتلّف». مجمع الضمانات للبيدادي، ص ٤٢٣، سابق. وقال: «وإن أتلّف أي الصبي أو المجنون شيئاً لزمهما ضمانه».

(٣) الشيخ عبد الوهاب خلاف: علم أصول الفقه، ط مكتبة الدعوة الإسلامية، شباب الأزهر، سنة ١٩٥٦م، ص ١٠٢. الشيخ محمد زكريا البرديسي: أصول الفقه، الطبعة الثالثة، ١٣٨٩هـ - ١٩٦٩م، دار النهضة العربية - القاهرة، ص ٤٨. الشيخ علي الخفيف: الضمان في الفقه الإسلامي، ص ٦٨. سابق. عبد القادر عودة: التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، ص ٦٠١ - ٦٠٢، وقد بين موضع الاعتداد بركن الإدراك في الفقه الإسلامي حيث نقل تقسيم مراحل الإدراك إلى ثلاث مراحل، الأولى: مرحلة انعدام الإدراك وتبدأ من الولادة حتى سن السابعة وحكم هذه المرحلة أن لا يسأل جنائياً ولا تأديبياً، الثانية: مرحلة الإدراك الضعيف وتبدأ من تمام السابعة وتنتهي بالبلوغ، وحكم هذه المرحلة، أن لا يسأل جنائياً وإنما تأديبياً، المرحلة الثالثة: مرحلة الإدراك التام، وتبدأ من بلوغ سن الرشد وحكمها أن يسأل جنائياً والعلة بلوغه مرحلة الإدراك التام، ولكن إعفاءه من المسؤولية الجنائية في مرحلتي انعدام الإدراك وضعف الإدراك «لا يرفع عنه حكم المسؤولية المدنية لأن القاعدة في الشريعة الإسلامية أن الدماء والأموال معصومة أي غير

ومن هذا المنظور فإن الفقه الإسلامي لا يشترط الركن المعنوي لإيجاب الضمان .

أما القانون المدني المصري الجديد^(١) والقانون المدني اليمني فقد جعلاً مسؤولية عديم التمييز مسؤولية مستثناة، وقد استهدفاً من وراء هذا الاستثناء الإبقاء على ركن الإدراك ولم يهمل حق المضرور في التعويض حيث نصت المادة (١٦٤) مدني مصري والمادة (٣٠٧) مدني يمني في الفقرة الأولى من كل منهما على أن: «يكون الشخص مسؤولاً عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز». ومقتضى هذه الفقرة تغليب الناحية الذاتية للمسؤول وربط المسؤولية وجوداً وعدمياً بالتمييز، ولذلك فإن الفقرتين الأخيرتين من المادتين المذكورتين قد غلبتا الناحية الموضوعية أو الظاهرة بقولهما: «ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسؤول عن الضرر غيره أو تعذر الحصول على تعويض من المسؤول جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعيّاً في ذلك مركز الخصوم»^(٢).

= مباحة وأن الأعداء الشرعية لا تهدر الضمان ولا تسقطه ولو أسقطت العقوبة»، بتصرف. نفس المعنى: الإمام محمد أبو زهرة: الجريمة، والعقوبة في الفقه الإسلامي، ف ٤٦١، ص ٤٢٩، و ف ٤٧٤، ص ٤٣٧، ف ٤٨٢، ص ٤٤٣. . حيث يقول: «بيد أن الشريعة الإسلامية لم تعف الطفل من المخارم المالية».

وإجمالاً نقول: إن الفقه الإسلامي لا يعتد بركن الإدراك والتمييز إلا في نطاق المسؤولية الجنائية، أما المسؤولية المدنية المتعلقة بالضمان المالي فلا أهمية لشرط الإدراك.

(١) كان القانون المصري القديم الملغى، لا يوجب التعويض مطلقاً على فاقد الإدراك، حيث كانت المادة (٢١٢) تنص على أن: «كل فعل مخالف للقانون يوجب ملزومية فاعله بتعويض الضرر الناشئ عنه، ما لم يكن الفاعل غير مدرك لأفعاله سواء لعدم تمييزه بالنسبة لسنه أو لأي سبب آخر». انظر: الوسيط للسنيهوري، ج ٢، ف ٥٢٤، ص ١٠٧٨ هـ ١.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانوني المدني المصري الجديد ٣٥٦/٢، سابق. الجريدة الرسمية اليمنية، ملحق العدد الرابع، ١٩٧٩م، السنة الرابعة عشرة، ص ١٥، سابق.

ومقتضى هذا أن مسؤولية عديم التمييز مستثناة ومخففة حيث حصر القانون الرجوع على عديم التمييز في حالتين الأولى - أن يتعذر على المصاب الرجوع بالتعويض على من نيّطت به الرقابة، والثانية - أن يسمح مركز الخصوم بالتعويض، فإن لم يسمح للقاضي أن يحكم بالتعويض أو لا يحكم به^(١).

وفي تقديرنا أنه وإن كان الجمع بين النزعتين الشخصية والموضوعية من الأمور المحببة في القواعد القانونية، إلا أنه يجب في نظرنا إعادة النظر في مسؤولية عديم التمييز بالذات تفادياً للاضطراب حيث يقرر القانون في حالة ما يكون عديم التمييز متبوعاً وجوب التعويض عليه، بينما إذا باشر الضرر بنفسه أصبحت مسؤوليته مستثناة ومخففة للقاضي أن يحكم بالتعويض أو لا يحكم به، ولإزالة هذا الاضطراب نرى وجوب التفرقة بين ثلاث حالات هي: حالة الكفالة القانونية وحالة الكفالة التعاقدية وكفالة عامة المسلمين، فإن كانت الكفالة قانونية كما لو كان عديم التمييز في كفالة الأب أو الوصي، وأحدث بالغير ضرراً، وجب على هذا الكفيل أن يعرض المضرور من مال عديم التمييز قياساً على واجب النفقة، وإن كانت الكفالة تعاقدية كما لو كان عديم التمييز في مصحة الأمراض العقلية وأحدث ضرراً بالغير، وجب على المصحة دفع التعويض الكامل للمضرور ولا رجوع لها على مال عديم التمييز لتعلق الضمان بمضمون الالتزام المنبثق عن العقد.

أما إذا لم يكن على من فقد الإدراك كفيل مسؤول، كما لو طرأ الجنون على إنسان بصورة مفاجئة وهو في الطريق مثلاً وأحدث ضرراً بالغير في ماله، فعلى القاضي أن يحكم عليه بالتعويض من ماله فإن لم يكن له مال في الحال ولكن

(١) حسين عامر المسؤولية المدنية، ف ٢٣٥، ص ٢٠٦، سابق.. «وقد برر الفقه للقاضي أن لا يحكم بالتعويض إذا كانت حالة المضرور المالية تغنيه عن هذه المعونة، بتصرف. نفس المعنى. د. السنهوري: الوسيط، ج ٢، ف ٥٤٠، ص ١١٢٠، سابق.

يرجى يساره في المستقبل ، فنظرة إلى ميسرة ، أما إذا كان لا يرجى يساره في الحال ولا في المستقبل فكفيله عامة المسلمين ويجب للمضرور التعويض الكامل من بيت المال .

وفي تقديرنا أن حسم مسؤولية عديم التمييز تشريعياً على هذه الصورة هو الذي يتلاءم مع التطور الحديث الذي نالته المسؤولية المدنية ، والأصول الشرعية ، كما سنلاحظ ذلك من خلال الأهمية العملية لمعيار السلوك المعتاد .

٣٥ - الأهمية العملية لمعيار السلوك المعتاد: تقدم القول: أن فقه القانون المدني والفقه الإسلامي متفقان في قياس الخطأ - أو التعدي - وفقاً لمعيار السلوك المعتاد ، وسنحاول بإيجاز تام بيان الأهمية العلمية لهذا المعيار ، فنقول: إذا حللنا معيار السلوك المعتاد من منظور التطور الذي وصلت إليه المسؤولية المدنية من خلال التقسيم الحديث للالتزامات إلى التزام بالضمان ، والتزام بتحقيق نتيجة ، والتزام ببذل عناية - نجد أن أهمية هذا المعيار تنحصر في محل الالتزام ببذل عناية ، أما إذا كان المدين ملتزماً بالضمان ، أو بتحقيق نتيجة معينة ، فيبدو لنا أنه لا أهمية لهذا المعيار من الناحية العملية سواء كان ذلك في إطار المسؤولية العقدية أو التصيرية ، ونوضح ما أوجزناه بالأمثلة على النحو التالي:

٣٦ - أولاً: الالتزام بالضمان: إذا كان محل الالتزام بالضمان مثل: مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه ، والتزام شركة التأمين بالتعويض عند حصول الخطر المؤمن منه ، والتزام البائع بضمان ما في المبيع من عيوب خفية ، فمثل هذه الالتزامات تعتبر أكثر من التزام بتحقيق نتيجة ، ولذلك فإن المسؤول لا يستطيع التخلص من المسؤولية قبل الدائن حتى لو أثبت السبب الأجنبي لأنه وإن لم يكن مسؤولاً إلا أنه ضامن^(١) ويقابل هذا النوع من الالتزام في الفقه الإسلامي من حيث

(١) د. محمد علي عمران: الالتزام بضمان السلامة، ص ١٨٨، سابق. ويقول: «وهكذا تبدو

مسؤولية المدين - وعدم قدرته على التخلص من المسؤولية - الضمان المتولد عن المباشرة، وسندنا في ذلك قول الرسول ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»^(١) وقول الفقهاء: «المباشر ضامن وإن لم يتعد...»^(٢).

ومضمون ما سبق أن القاضي في غنى عن بحث معيار السلوك المعتاد في حالة ما يكون المسؤول ملتزماً بالضمان.

٣٧ - ثانياً: الالتزام بتحقيق نتيجة: كذلك إذا كان محل الالتزام الملقى على عاتق المدين التزاماً بتحقيق نتيجة معينة، مثل التزام الناقل بضمان سلامة المسافر والتزام المحامي برفع الطعن في مواعيده المقررة قانوناً، والتزام الوكيل بإبرام التصرف باسم ولحساب موكله، والتزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة، والتزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري، والتزام الطبيب بعيادة المريض في حد ذاتها وكذلك التزامه بإنجاز عمل معين كنقل الدم مثلاً^(٣) وفي الفقه الإسلامي

الفرقة بين الالتزام بضمان السلامة، ص ١٩٧، سابق. ويقول: «... وفي الإلتزام بالضمان تقوم مسؤولية المدين لأنه ضامن ولا يستطيع التخلص من المسؤولية حتى ولو أثبت السبب الأجنبي أو القوة القاهرة أو الحادث المفاجيء...».

(١) سنن ابن ماجه: للحافظ أبي عبد الله بن يزيد القزويني، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، مطبعة دار إحياء الكتب العربية، ط ١٣٧٢هـ - ١٩٥٢م، عيسى البابي الحلبي - القاهرة، ج ٢، حديث رقم ٢٤٠٠، ص ٨٠٢.

(٢) مجمع الضمانات، للبغدادي، ص ١٤٦، سابق.

(٣) د. محمد علي عمران: الإلتزام بضمان السلامة، ص ١٠٠ و ١٨٠، سابق. د. السنهوري: الوسيط، ج ١، ف ٤٢٨، ص ٨٩٣، سابق.

Marton. «Obligations de Resultat et Obligations de Moyens» Revue. Trimestrielle de Droit. Civil 1635, N. 15, P. 525.

د. عبد الودود يحيى: «الموسوعة العلمية لأحكام محكمة النقض»، ج ٢، قاعدة ٤٢، ص ٤٥، سابق.

قال الأستاذ الجليل عبد الرزاق السنهوري: بأن من الالتزامات بتحقيق نتيجة في الفقه الإسلامي: التزام البائع بنقل ملك المبيع وتسليمه، والالتزام بضمان الاستحقاق وبضمان العيب، والتزام المؤجر بنقل منفعة العين المؤجرة والتزام المؤجر بضمان التعرض، والالتزام بالقيام بعمل معين^(١).

هذا النوع من الالتزام في الفقهين المدني والإسلامي لا يستطيع المدين به أن يتخلص منه بإثبات أنه بذل في سبيل تنفيذه عناية الرجل المعتاد، فذلك لا يجديه إلا إذا أثبت السبب الأجنبي أو خطأ المضرور أو خطأ المصاب نفسه. ووفقاً لهذا النظر فإن الخطأ يتحقق قبل المسؤول عند عدم تحقق النتيجة، وحينئذ لا أهمية في نظر القاضي لبحث معيار السلوك المعتاد طالما أن النتيجة من التعاقد لم تتحقق، لأن الخطأ ذاته يكمن في عدم تحقق النتيجة.

٣٨ — ثالثاً: الالتزام ببذل عناية: أما الالتزام ببذل عناية فإن تقدير مسلك المسؤول الذي أحل بهذا الالتزام لا يتم إلا وفقاً لمعيار السلوك المعتاد، ومثال ذلك: الإلتزام العام بالحرص واليقظة والتبصر في السلوك، أصله التزام ببذل عناية الرجل المعتاد، ولا تقوم المسؤولية قبل المسؤول إلا إذا أثبت المضرور الخطأ، ويقابل ذلك في الفقه الإسلامي مسؤولية المتسبب وفقاً للقاعدة المشهورة «والمتسبب لا يضمن إلا بالتعدي»^(٢) وهذا التعدي يجب على المضرور إثباته^(٣) بيد أن الأهمية العملية لبحث معيار السلوك المألوف لا يقتصر على الالتزام ببذل عناية

(١) د. السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ١٣٩/٦، سابق، نفس المعنى.

د. محمود الطنطاوي: نظرية العقد في الفقه الإسلامي: مذكرات مطبوعة لطلاب الدراسات

العليا بجامعة عين شمس، ص ٨. د. عبد الناصر توفيق المطار: نظرية الإلتزام في الشريعة

الإسلامية العربية، ف ١٠٧، ص ٢٢٤، سابق.

(٢) انظر: مجمع الضمانات للبغدادي، ص ١٤٦، سابق.

(٣) غمز عيون البصائر، شرح الأشباه والنظائر للحموي: القاعدة التاسعة عشرة، ج ١،

ص ٤٦٦ سابق.

في نطاق المسؤولية التقصيرية، بل ويطبق نفس المبدأ في العلاقات التعاقدية التي محلها بذل عناية، ومضمون الالتزام ببذل عناية في كل أحواله أنه يوجب على المدين به بذل العناية المعتادة، فإذا ما حصل إخلال من المدين به وجب على الدائن إثبات خطأ المدين، كما أن للمدين أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه بذل العناية المعتادة^(١) وللقاضي سلطة واسعة في تقدير السلوك المألوف باعتبار

أنه من المسائل الموضوعية التي يرجع الفصل فيها إلى قاضي الموضوع، وله في سبيل ذلك أن يستعين بالعرف والعادات عند تقدير هذا السلوك^(٢) ولا خلاف بين الفقهاء المدني والإسلامي في إعطاء القاضي سلطة قياس مسلك المسؤول وفقاً للمسلك المألوف الذي يمثل جمهور الناس، إلا أن الفقه الإسلامي يغلب النظر

(١) د. محمد علي عمران: الالتزام بضمان السلامة ص ١٨٨ سابق. ويقول «وهكذا تبدو التفرقة بين الالتزام بتحقيق نتيجة والالتزام ببذل عناية خاصة فيما يتعلق بمن يقع عليه عبء الإثبات...». د. عبد المنعم البدراري: النظرية العامة للالتزامات، ج ١، ف ١٣، ص ١٧، مرجع سابق. نفس المعنى Marton: الالتزامات بنتيجة، والالتزامات بوسائل، المجلة الفصلية للقانون المدني، ١٩٣٥م، ص ٤٩٩، سابق. وللمقابلة بالفقه الإسلامي. انظر: مصادر الحق للأستاذ الجليل السنهوري، ١٤٩/٦، سابق. د. عبد الناصر العطار: نظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية، الكتاب الأول، ف ١٠٧، ص ٢٢٤، سابق. قريب منه. د. محمود: محمد الطنطاوي: «حقيقة التصرف وأقسامه»، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، السنة الخامسة عشرة ١٩٧٣، ص ٧٠، وما بعدها. انظر: د. عبد الودود يحيى: «الموسوعة العلمية لأحكام محكمة النقض»، ج ٢، ف ٤٣، ص ٤٥، سابق.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ١٠٩، وقال: «كل ما ورد به الشرع مطلقاً ولا ضابط فيه، ولا في اللغة يرجع فيه إلى العرف». حسين عامر: المسؤولية المدنية، ف ٢٠٤، ص ١٨٢. . وقال: «وللقاضي أن يستعين بالعرف والعادات عند تحديد سلوك الرجل العادي مع مراعاة ما يجب من مرونة في استنباط الواجب القانوني في كل حالة بذاتها طالما أن مرجع القياس فيه هو الرجل العادي في مثل الظروف التي أحاطت بالمسؤول».

إلى ذات الفعل فإن كان معتاداً فلا ضمان ولا مسؤولية، وإن كان غير معتاد وجب الضمان.

٣٩ - خلاصة: ونخلص إلى القول: بأن معيار السلوك العادي ما زالت له أهميته النظرية والعملية في نطاق الالتزام ببذل عناية، فإذا ما أخل المسؤول بهذا النوع من الالتزام، فعلى المضرور حتى يستحق التعويض أن يثبت الخطأ والضرر وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر، وللمسؤول أن ينفي عن نفسه المسؤولية بإثبات أنه لم يخطيء وأنه بذل العناية المألوفة في مثل الظروف الظاهرة التي أحاطت به عند حدوث الضرر، بخلاف ما إذا كان الالتزام الملقى على عاتق المسؤول التزاماً بالضمان، أو التزاماً بتحقيق نتيجة معينة، فلا أهمية بحسب الأصل - لبحث معيار المسلك المعتاد.

هذا وبعد أن حددنا - أين تكمن - الأهمية العملية لبحث معيار الخطأ واجب الإثبات^(١) نخصص الفصل الثاني لبحث الحالات الخاصة التي يتطلب القانون لتوافر الخطأ بشأنها شروطاً خاصة.



(١) وللمزيد: راجع رسالتنا «ركن الخطأ»، ففيها المزيد مما يتعلق بأنواع الخطأ من حيث الوصف، وبيان الفرق بين عمد وغير العمد، وبيان الفرق بين الخطأ الجسيم، واليسير، والتافه، وما يغتفر وما لا يغتفر، وبيان معيار كل نوع ومقارنة ذلك بالفقه الإسلامي، بالإضافة إلى بيان حكم الأخطاء السلبية والأخطاء الإيجابية وما يتعلق بكل ذلك من الأمثلة والتطبيقات والأحكام القضائية، وذلك في الفقرات، ص ٨١ - ١٠٩.

الفصل الثاني حالات خاصة لإثبات الخطأ

٤٠ - تعداد: تتمثل الحالات الخاصة التي يتطلب القانون لتوافر الخطأ بشأنها من الشروط بما يناسبها علاوة على معيار السلوك المألوف، وهي:

- حالة الدفاع الشرعي .
- حالة الضرورة .
- حالة تنفيذ أمر الرئيس .
- حالة التعسف في استعمال الحق .

• • •

المبحث الأول حالة الدفاع الشرعي

٤١ - الطبيعة القانونية لحالة الدفاع الشرعي. ٤٢ - شروط قيام حالة الدفاع الشرعي. ٤٣ - في الفقه الإسلامي. ٤٤ - مشروعية الدفاع الشرعي. ٤٥ - اختلاف الفقهاء في إيجاب الضمان على المدافع. ٤٦ - تكييف حالة الدفاع الشرعي. ٤٧ - أوجه الخلاف بين الفقهاء المدني والإسلامي ثم بيان الاتجاه الذي نميل إليه.

٤١ - الطبيعة القانونية لحالة الدفاع الشرعي: الخطأ - بحسب الأصل - انحراف عن السلوك المألوف، والدفاع الشرعي عن النفس أو المال حق للمعتدي عليه، فإذا استعمله ولم يتجاوز حدود الدفاع فلا يعتبر مخطئاً وفقاً لمعيار مسلك الرجل المعتاد^(١) وقد بينت المادة (١٦٦) مدني مصري والمادة (٣١٠) مدني يمني حدود النطاق المشروع للدفاع الشرعي بقولهما: «من أحدث ضرراً وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو ماله أو عن نفس الغير أو ماله - وفي النص اليمني من أحدث ضرراً بالغير وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو عرضه أو ماله، أو نفس

(١) انظر: د. توفيق حسن فرج: النظرية العامة للالتزام، ٣٧٥/١، الطبعة الثالثة، ١٩٨٠م - ١٩٨١م، ٣٧٥/١. د. محمود جمال الدين زكي: الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، ف ٢٥١، ص ٥٠٨، سابق.

الغير أو عرضه - كان غير مسؤول، على أن لا يجاوز في دفاعه القدر الضروري، وإلا أصبح ملزماً بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة^(١). وواضح أن النص اليمني قد ذكر مشروعية الدفاع عن العرض بينما النص المصري... وإن لم يذكره فهو مستفاد من عبارة مشروعية الدفاع عن النفس، إذ المعنى يحتمله من باب أولى.

ويظهر من النصوص أن الحكمة من إباحة مشروعية الدفاع هي تمكين المعتدى عليه من دفع ما يحيق به من الخطر حينما لا يتمكن من الاحتماء بالسلطة^(٢) وأن هذا النطاق المخول للمعتدى عليه ليس مطلقاً من كل قيد. ولذلك فإن لجنة مراجعة المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري الجديد قد ذهبت إلى أن الدفاع الشرعي هو المحدد بشروطه المنصوص عليها في القانون الجنائي^(٣).

٤٢ - شروط قيام حالة الدفاع الشرعي: وتمثل الشروط المأخوذة عن نصوص القانون الجنائي المصري^(٤) ومشروع قانون العقوبات اليمني^(٥) نطاق مشروعية الدفاع ذاته، حيث تشمل الشروط ما يتعلق بالاعتداء وما يتعلق

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري الجديد، ٣٦٩/٢. والجريدة الرسمية اليمنية، س ١٤، ملحق العدد الرابع، ١٩٧٩م، ص ١٥.

(٢) حسين عامر: المسؤولية المدنية، ف ٢٣٨، ص ٢٠٧.

(٣) انظر: مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري الجديد، ٣٧٠/٢، سابق.

(٤) حيث نصت المادة (٢٤٥) عقوبات على أنه: «لا عقوبة مطلقاً على من قتل غيره أو أصابه بجراح أثناء استعماله حق الدفاع الشرعي عن نفسه أو ماله، أو عن نفس الغير أو ماله. كما نصت المادة رقم (٢٥١) على أنه: لا يعفى من العقاب كلية من تعدى بنية سليمة حدود حق الدفاع الشرعي...»

(٥) حيث نصت المادة (٢٧) على ما يأتي: «تقوم حالة الدفاع الشرعي إذا واجه المدافع خطراً حالاً في جريمة على نفسه أو ماله، أو نفس الغير أو ماله وكان من المتعذر عليه الالتجاء إلى السلطات العامة لاتقاء هذا الخطر في الوقت المناسب، ويجوز للمدافع عندئذ أن يدفع الخطر بما يلزم لردّه وبالوسيلة المناسبة.»

بالدفاع^(١) أما ما يتعلق بالاعتداء فهي، أولاً: أن يوجد خطر حال على نفس المعتدى عليه أو ماله أو على نفس الغير أو ماله، ويشترط البعض من الفقه أن يكون الغير المعتدى عليه عزيزاً على المدافع إلى درجة كبيرة^(٢) بينما لا يرى البعض الآخر من الفقه هذا الرأي^(٣) وهو ما نميل إليه، تمشياً مع عبارة المادة (١٦٦) مدني مصري والمادة (٣١٠) مدني يعني حيث لم يوجب هذا القيد مما يتعذر الأخذ به. ثانياً: أن يكون الخطر حالاً أو على وشك الوقوع، ومفاد هذا الشرط أن الخطر المستقبل لا يبيح قيام حالة الدفاع الشرعي، لإمكان الالتجاء إلى السلطات العامة، كذلك الخطر الذي استنفد المعتدي أثاره، كما إذا كان الجاني قد سلم نفسه^(٤). ثالثاً: أن يكون الاعتداء غير مشروع.

ويستفاد من هذا الشرط أن حالة الدفاع الشرعي لا تقوم ضد من يستعمل حقاً، أو ينفذ واجباً قانونياً، ولذلك فمن يقوم بتأديب ولده أو زوجه، أو يقبض على شخص متلبس بجريمة لتسليمه إلى السلطات المختصة أو يقوم المحضر بتوقيع الحجز على المنقولات، وكذلك الشرطي الذي يقبض على من يرتكب مخالفة كل هؤلاء لا تقوم ضدهم حالة الدفاع الشرعي لمشروعية العمل الذي يقومون به^(٥).

(١) انظر: د. أحمد عبد العزيز الألفي: شرح قانون العقوبات - القسم العام - طبعة ١٩٨٥م، ف ١١٤، ص ٢١٠.

(٢) انظر: د. عبد الرازق السنهوري: الوسيط، ج ٢، ف ٥٣٢، ص ١٠٩٧، سابق.

(٣) د. محمود جمال الدين زكي: الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، ف ٢٥١، ص ٥٠٨، سابق. د. أحمد عبد العزيز الألفي: شرح قانون العقوبات - القسم العام - ف ١١٥، ص ٢١٠، سابق. ويقول: «ولا يتطلب القانون صلة خاصة بين المدافع وبين من يدافع عنه لإباحة الدفاع عن الغير».

(٤) حسين عامر: المسؤولية المدنية، ف ٢٤٩، ص ٢٠٠، سابق.

(٥) سليمان مرقس: المسؤولية المدنية، ف ٥٣، ص ٩٩، سابق.

أما الشروط المتعلقة بالدفاع فهي، أولاً: أن يتناسب الدفاع وما يقع من الاعتداء عند عدم التمكن من الاحتماء بالسلطات العامة، ومفاد هذا الشرط، وجوب التناسب لا التماثل بين الاعتداء والدفاع ويخضع تقدير التناسب بين الاعتداء والدفاع وفقاً للمعيار الموضوعي، معيار مسلك الرجل المعتاد إذا دامه الخطر، مع مراعاة الظروف الملازمة التي تحيط بالمسؤول^(١).

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية في قضية تتلخص وقائعها^(٢): أن مشادة حصلت بين المجنى عليه والمتهم، تطاول فيها المتهم على المجنى عليه بالسباب، ثم قام المجنى عليه وضرب المتهم بعضا ولم يترك به أثراً. رد المتهم على المجنى عليه وضربه بعضا على عينه اليمنى أفقدته قوة الإبصار.

حكمت محكمة جنائيات.. بأن الضرب عمداً وحكمت على المتهم بحبس سنتين واطرحت دفاع المتهم الذي قال: بأنه كان في حالة دفاع شرعي، وقالت:

(١) د. السنهوري: الوسيط، جـ ٢، ف ٥٣٢، ص ١٠٩٥، سابق. د. سليمان مرقس: المسؤولية المدنية، ف ٥١، ص ٩٨، سابق. نفس المعنى، د. محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة الخامسة، ١٩٨٢م، دار النهضة العربية، القاهرة، ف ٢٥٦، ص ١٩٥. د. السيد مصطفى السيد: الأحكام العامة في قانون العقوبات، الطبعة الرابعة، ١٩٦٢م، دار المعارف - القاهرة، ص ٢٠٦. د. محمود مصطفى القللي: المسؤولية الجنائية، ط ١٩٤٨م، مطبعة جامعة فؤاد الأول - القاهرة، ص ٣٢٠. كذلك، النشرة القضائية الصادرة عن المكتب الفني لمحكمة تمييز العراق، السنة الخامسة، العدد الثاني، قرار رقم ٢٣١٨/ جنائيات/ ٩٧٣، تاريخ القرار ١٩٧٤/٤/٣م، ص ٤٣٠، مطبعة الإدارة المحلية بغداد ١٩٧٧م.. جاء فيه: «إذا أطلق المتهم النار على المجنى عليه لمنه من مواصلة الإطلاق نحوه وقتله فيعفى من المسؤولية، لكونه بحالة دفاع شرعي...».

(٢) نقض جنائي، س ٢، العدد الأول من أكتوبر إلى ديسمبر ١٩٥٠م، (٢٤٠) قضية رقم ٦٣ سنة ٢١ق، ص ٩٢٠.

الثابت من التحقيقات أن ما وقع من المتهم عندما هوى بالعصا على عين المجنى عليه فأفقدتها إبصارها لا يعد دفاعاً بل يعد تشفياً وانتقاماً . . . إلخ، طعن المتهم في الحكم بالنقض، ونقضت المحكمة الحكم وقالت:

إن القانون لا يوجب بصفة مطلقة لقيام حالة الدفاع الشرعي أن يكون الاعتداء حقيقياً بل يصح القول بقيام هذه الحالة ولو كان الاعتداء وهمياً متى كانت الظروف والملابسات تلقى في روع المدافع أن هناك اعتداءً جدياً وحقيقياً موجهاً إليه . . . لما كان ما تقدم فإن مؤدى ما أثبتته المحكمة من هذه الأدلة يشير إلى احتمال قيام حالة الدفاع الشرعي، أو هو يشير على الأقل إلى احتمال قيام حالة التجاوز فيه، مما يشوب الحكم بالقصور ويوجب نقضه .

ومع التسليم – في نظرنا – بتوافر الشروط الموضوعية لحالة الدفاع الشرعي، ووجود تجاوز في استعمال هذا الحق، إلا أن السؤال يثور بشأن المعيار الذي يقاس به التناسب بين الاعتداء والدفاع، حتى يصح القول بوجود تجاوز أو عدم وجوده؟

وللرد على هذا التساؤل نقول: إن حالة رد الاعتداء بما يناسبه حالة لوث تختلط فيها أفعال الاعتداء من ضرب وطمع وإطلاق رصاص بأفعال الدفاع بمثلها، مما يصعب معه القول بوضع معيار موضوعي معين يحكم حالة التداخل، مما يمكن معه القول: بأن معيار التناسب يقاس من خلال الظروف والملابسة والشخصية للشخص المعتدى عليه .

ولبيان هذا التقدير فقد ذهبت محكمة النقض المصرية في قضية أخرى تتلخص وقائعها^(١): أن مشاجرة وقعت بين أسرتي الطاعن والمجنى عليهما بدأت

(١) مجموعة أحكام النقض، جنائي، المكتب الفني، س ٣٤ لعام ١٩٨٣، جلسة ٤ من يناير ١٩٨٣م (٧) طعن رقم ٥٧٧٧ لسنة ٥٢ق، ص ٥٩ .

بالعصي، ثم أطلق أحد أفراد أسرة المجنى عليهما النار. . فتبودلت الأعيرة من الجانبين ثم سكنت، وبعدها أطلق واحد من أفراد أسرة الطاعن عياراً نارياً، أعقبه الطاعن بإطلاق بضع طلقات من مسدسه أودى بحياة المجنى عليهما.

اتهمت النيابة العامة الطاعن بالقتل العمد. . نفى الدفاع عن الطاعن العمد ودفع بقيام حالة الدفاع الشرعي بدلالة ما بجسم الطاعن من إصابات وما بملابسه من تلوثات دموية من فصيلة دماء المجنى عليهما، إلا أن محكمة الجنايات اطرحت هذا الدفاع بقوله: إن إطلاق النار كان قد توقف. . وأن الضرر السابق على فرض قبوله ليس وجهاً من وجوه الدفاع الشرعي وقضت بمعاينة المتهم بالأشغال الشاقة لمدة خمسة عشر عاماً. . وعند عرض النزاع على محكمة النقض قضت بنقض الحكم وقالت:

« . . . إن قيام حالة الدفاع الشرعي لا يستلزم استمرار المجنى عليه في الاعتداء على المتهم أو حصول اعتداء بالفعل، بل يكفي أن يبدو كذلك في اعتقاد المتهم وتصوره. . وانتهت إلى القول: بأن ما استدل به الحكم المطعون فيه من أن إطلاق النار كان قد سكت مما يمكن أن يستخلص منه أن الشجار قد انفض وانفض أطرافه. . هي نتيجة تتجافى مع الواقع والظروف المادية. . مما يعيب الحكم ويصمه بالقصور، لما كان ذلك فإنه يتعين نقض الحكم. . والإحالة.

ويظهر مما أوردته محكمة النقض أن معيار التناسب بين الاعتداء والدفاع لا بد أن يتجه وجهة شخصية تراعى فيه الظروف الدقيقة التي أحاطت بالمدافع وقت رد العدوان، ودليل ذلك أنها نقضت الحكم المطعون فيه حينما أغفل حالة الدفاع الشرعي الاستفادة من ظروف الواقعة وملابساتها.

وفي تقديرنا أن معاودة الطاعن لإطلاق النار بعد أن سكنت الأعيرة النارية بين الفريقين — على فرض ثبوته — يحتمل أحد أمرين: إما أن يكون الخطر قد زال

بعد أن سكتت الأعيرة النارية، ثم رأى الطاعن من خصميه غره فأطلق عليهما النار، فهذه جريمة قتل عمد، وإما أن حالة الخطر ما زالت قائمة في تصويره، فهي حالة دفاع، وحينما لا مرجح لأحد الأمرين على الآخر وجب الرجوع إلى الظروف الملازمة، وهو ما أفصحت عنه محكمة النقض حينما نقضت الحكم.

وعلى فرض بقاء حالة الدفاع الشرعي، إلا أن ما أثبتته الحكم المطعون فيه من أن إطلاق النار بين الفريقين كان قد توقف، وأن الطاعن أطلق النار على خصميه بعد هذا التوقف، فلا يبعد في نظرنا أن يكون هذا الطاعن قد تجاوز في استعمال حق الدفاع الشرعي وفقاً للظروف الملازمة ذاتها، ويجب عليه التعويض.

ولأهمية تقدير معيار التناسب بين الاعتداء والدفاع وفقاً للظروف الشخصية الملازمة للمعتدى عليه قررت محكمة النقض المصرية قيام حالة الدفاع الشرعي وذلك في قضية أخرى تتلخص وقائعها^(١)، في أن النيابة العامة أسندت إلى المتهم:

أولاً: قتلت زوجها عمداً بأن طعنته في صدره بمديية.

ثانياً: أحرزت مسدساً دون ترخيص.

ثالثاً: أحرزت ثلاث طلقات نارية تستعمل للمسدس المذكور.

وتتلخص وقائع القضية في: أن زوجها المجنى عليه قد دأب على ضربها وتهديدها بإطلاق النار عليها، وفي صباح يوم الحادث شجر بينهما خلاف فضربها ثم حاول أن يطعنها بسكين في رقبته فقاومه لتدراً عدوانه فأصيب في صدره نتيجة التماسك. فهم بالتقاط مسدس من فوق السرير، غير أنها سبقته إليه، فتوجه صوب بندقية معلقة فوق الحائط، فأطلقت عليه عياراً من المسدس أصابه في رأسه ومات.

(١) محكمة النقض، جنائي، س ٣٣، جلسة ٢٩ من ديسمبر ١٩٨٢، (٢٢٣) طعن رقم ٢٠١٤ لسنة ٥٢ق، ص ١٠٩٣.

حكمت محكمة جنایات . . بمعاقبة المتهمة بالأشغال الشاقة لمدة خمس عشرة سنة . . فطعنت المحكوم عليها بالنقض، وقضت المحكمة بنقض الحكم والإحالة .

ثم قضت محكمة الجنایات (دائرة أخرى) بمعاقبة المتهمة بالأشغال الشاقة لمدة عشر سنوات . . فطعنت المحكوم عليها في هذا الحكم للمرة الثانية فقضت محكمة النقض ببراءة المتهمة جنائياً ومدنياً وقالت :

إن حالة الدفاع الشرعي تتوافر بوقوع فعل إيجابي يخشى منه المتهم وقوع جريمة من الجرائم التي يجوز فيها الدفاع الشرعي سواء وقع الاعتداء بالفعل، أو بدر من المجنى عليه بادرة اعتداء تجعل المتهم يعتقد لأسباب معقولة وجود خطر حال على نفسه أو على نفس الغير أو ماله . . لما كان ذلك فإن الظروف التي نشأ عنها حق الدفاع الشرعي تكون قد توافرت، بما يبيح للمتهمة طعن المجنى عليه في صدره بالسكين، وإطلاق العيار الناري عليه . . وإحراز أداة القتل موضوع التهمتين الثانية والثالثة . . وقالت بشأن الدعوى المدنية .

لما كان الفعل الضار الصادر عن المتهمة لم يدفع إليه ضرر خارجي . . فإن مسؤولية المتهمة تنتفي بتاتا ما دامت لم تتجاوز في دفاعها القدر الضروري بما يوجب رفضها والزام رافعها مصاريفها .

ويبدو لنا أن حالة الدفاع الشرعي في القضية المذكورة قد شابها شيء من التجاوز للأسباب الآتية :

أولاً: أثبت التقرير الطبي الوارد في حيثيات الحكم ما نصه : من الجائز أن تكون المتهمة قد طعنت المجنى عليه بعد ذلك طعنتين في صدره . . . ، وهنا يكمن لب التجاوز في حالة الدفاع الشرعي لأن الحكم قد أثبت أن المتهمة كانت قد أصابت المجنى عليه بالجرح القطعي في صدره أثناء التماسك الذي أعقبه

مباشرة أن تناولت المتهمة المسدس، وأطلقت النار على المجنى عليه في رأسه، وهذا يدل على أن الطعنتين الأخيرتين قد حدثتا بعد أن خارت قوى المجنى عليه وعجز عن المقاومة تماماً.

ثانياً: إذا كانت الظروف الملازمة قد دلت على وجود حالة الدفاع الشرعي فإنها أيضاً قد دلت على التجاوز في استعماله حيث لم تكتف المتهمة بإطلاق النار على رأس المجنى عليه بعد أن أصابته بجرح قطعي في صدره بل أضافت على ذلك طعنتين أخريين، جاوزت بهما التناسب بين الاعتداء والدفاع وفقاً للظروف الملازمة التي تدل على أن الطعنتين ما حدثتا إلا بعد أن خارت قوى المجنى عليه.

ويظهر مما قدمنا أن معيار التناسب بين الاعتداء والدفاع يستخلص من الظروف الملازمة للشخص المعتدى عليه متى كان الاعتداء المراد دفعه حالاً أو وشيك الوقوع، وهو معيار دقيق يمتزج بالشروط الموضوعية لقيام حالة الدفاع الشرعي ويقدر من خلالها في الزمان والمكان الذي قامت فيه حالة الاعتداء وحالة الدفاع. ومن ثم يعفى المدافع من المسؤولية إذا راعى التناسب بين الخطر والوسيلة، أما إن تجاوز ذلك فإنه يسأل عن التعويض الذي تراعى فيه مقتضيات العدالة وفقاً لقواعد الخطأ المشترك^(١).

٤٣ - في الفقه الإسلامي: لحالة الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي معنيان، معنى خاص، ومعنى عام، أما المعنى الخاص فبحثه الفقهاء عند تعرضهم لموضوع دفع الصائل، وأما المعنى العام فعرض له الفقهاء عند بحثهم لواجب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر^(٢) وما يخصنا بحثه هو الدفاع الشرعي بالمعنى الخاص المقابل لحالة الدفاع الشرعي في فقه القانون المدني.

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ٣٧٩/٢.

(٢) انظر: الأحكام السلطانية والولايات الدينية، لعلي بن محمد البصري الماوردي، المكتبة التوفيقية، ص ٢٧٦.

٤٤ - مشروعية الدفاع الشرعي: حالة الدفاع عن النفس أو العرض أو المال مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع.

أما دليل الكتاب: فقال الله تعالى: ﴿فمن أعتدى عليكم فأعتدوا عليه بمثل ما أعتدى عليكم﴾^(١)، وقوله تعالى: ﴿وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به﴾^(٢)، وقوله تعالى: ﴿وجزاء سيئة سيئة مثلها﴾^(٣).

ووجه الدلالة من هذه الآيات ما جاء في التفسير: أن من ظلمك فخذ حقه منه بقدر مظلمتك^(٤).

وأما دليل السنة: فلما روي أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم خطب يوم النحر في حجة الوداع وقال: «فإن دماؤكم وأموالكم وأعراضكم وأبشاركم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا...»^(٥).

كذلك ما رواه عمران بن حصين قال: قاتل يعلى بن أمية رجلاً فعض أحدهما صاحبه فانتزع يده من فمه فترع ثنيته، فاخصمما إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فقال: «أيعض أحدكم كما يعض الفحل لا دية له»^(٦).

(١) سورة البقرة: الآية ١٩٤.

(٢) سورة النحل: الآية ١٢٦.

(٣) سورة الشورى: الآية ٤٠.

(٤) الجامع لأحكام القرآن، لأبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، دار الشعب - القاهرة، ٧٣٤/١.

(٥) اللفظ للبخاري: أخرجه بسنده عن أبي بكر. انظر: فتح الباري بشرح صحيح الإمام البخاري للعسقلاني، ٢٢/١٣، سابق. كما أخرجه الإمام أبو الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري، النيسابوري، بسنده عن أبي بكر. انظر: صحيح مسلم بشرح النووي، المطبعة المصرية ومكنتها - القاهرة، ١٦٧/١١.

(٦) اللفظ لمسلم، انظر: صحيح مسلم بشرح النووي، ١٥٩/١١، سابق.

كذلك روي عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال: «من قتل دون ماله فهو شهيد، ومن قتل دون أهله، أو دون دمه، أو دون دينه فهو شهيد»^(١).

ووجه الدلالة من هذه الأحاديث أنها تجوز مقاتلة من أراد أخذ مال إنسان من غير فرق بين القليل والكثير إذا كان الأخذ بغير حق^(٢).

وأما الإجماع: فقد اتفق الفقهاء على تسمية الدفاع الشرعي بدفع الصائل^(٣) وأطلقوا على المعتدي صائلاً، والمعتدى عليه مصولاً عليه^(٤)، وأجمعوا أنه لا ضمان على المصول عليه إذا كان الصائل إنساناً مكلفاً، ونستشهد على هذا الإجماع بما ورد من أقوال الفقهاء منها قولهم:

ولو أشهر رجل على رجل سلاحاً نهاراً أو ليلاً في غير مصر أو في مصر فقتله المشهور عليه عمداً فلا شيء عليه^(٥). كذلك إذا خاف المصول عليه أن يبدره الصائل بالقتل فله ضربه بما يقتله أو يقطع طرفه وما أتلف منه فهو هدر^(٦). . . وقال

(١) أخرجه أبو داود بسنده عن سعيد بن يزيد. سنن أبي داود، ج ٤، حديث رقم ٤٧٧٢، ص ٢٤٦.

(٢) نيل الأوطار للإمام الشوكاني، ٣٢٦/٥، سابق.

(٣) الصيالة هي: الاستطالة والثوب على الغير، صال عليه استطال، وصال عليه وثب. . . وصول البعير. . . إذا صار يقتل الناس ويعدو عليهم. مختار الصحاح للرازي، مادة صال، ص ٣٧٣.

(٤) عبد القادر عودة: التشريع الجنائي الإسلامي، ف ٢٣٢، ص ٤٧٣، سابق.

(٥) بدائع الصنائع للإمام الكاساني، ٩٢/٧، سابق.

(٦) المغني لابن قدامة مع الشرح الكبير، ٣٥٢/١٠، سابق. القواعد لابن رجب الحنبلي، دار المعرفة - بيروت، القاعدة السابعة والعشرون، ص ٣٧، قال: لو دفع صائلاً عليه بالقتل لم يضمه.

ابن فرحون المالكي^(١) ويجوز دفع الصائل على النفس والأهل والمال^(٢). . . وقال الشافعية: وللشخص دفع كل صائل على نفس أو طرف أو بضع أو مال فإن قتله بالدفع على التدرج فلا ضمان – على الموصول عليه – بقصاص ولا دية ولا كفارة^(٣). . . وقال الزيدية: وللمرء قتل ما صال عليه من آدمي أو بهيمة ولم يندفع إلا بالقتل إجماعاً^(٤)، وقال الإمامية: للإنسان أن يدفع عن نفسه وحرime وماله ما استطاع ويجب اعتماد الأسهل. . . فإن لم يندفع إلا بالقتل ذهب دم المدفوع هدرآ^(٥)، وقال الإباضية يحل قتال الباغي حتى يتلف أو تفتى روحه^(٦).

ووجه عدم الضمان على الموصول عليه: أن الصائل في الأصل معصوم الدم، ولا يملك إباحة دمه حتى لو قال أبحت دمي لم يباح إلا أنه إذا صال فقد ارتكب جناية وأباح دمه بفعله فيجب أن يسقط ضمانه حيث لم يندفع إلا بالقتل^(٧).

ووجه آخر لعدم تضمين الموصول عليه وهو: أن الصائل لما عظم ضرره جاز قتله إلحاقاً له بالفواسق التي أباح رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قتلها في

(١) هو برهان الدين أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن فرحون المدني المالكي: وُلد بالمدينة ونشأ بها، كان واسع العلم، وُلِّي قضاء المدينة، توفي سنة ٧٩٥هـ، من مؤلفاته: «التبصرة» والديباج المذهب في أعيان المذهب. انظر: شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، لمحمد مخلوف، ص ٢٢٢، سابق.

(٢) تبصرة الحكام لابن فرحون: مطبوعة بهامش فتاوى الشيخ عليش، ٣٥٦/٢، سابق.

(٣) نهاية المحتاج للرملي، ٢٤/٨، سابق. حاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج، ٢٩/٨، سابق.

(٤) البحر الزخار للإمام المرتضى، ٢٦٨/٦، سابق. المنتزح المختار من الغيث المدرار للعلامة ابن مفتاح، ٤/٤٣٥، هـ ٨، سابق.

(٥) شرائع الإسلام للحلي، ٤/١٨٩، سابق.

(٦) مختصر الخصال للعلامة إبراهيم بن قيس، ص ١٩٢، سابق.

(٧) المغني مع الشرح الكبير لابن قدامة، ٣٥١/١٠، سابق.

الحل والحرم^(١) لكونها مجبولة على الضرر فجاز قتل الصائل من باب أولى لأن ضرره أخطر^(٢).

أما عن كيفية المدافعة فإجماع الفقهاء منعقد على أنه يجب تقديم الأخف فالأخف: فيدفع أولاً بالصياح على الصائل، ثم بالضرب باليد، ثم بالسوط ثم بالعصا، ثم بالسلاح، فإن التحم القتال بينهما سقط الترتيب بخروج الأمر عن الضبط^(٣) ولا عقوبة على المدافع.

٤٥ - اختلاف الفقهاء في إيجاب الضمان على المدافع: هذا ويعد أن اتفق الفقهاء على عدم العقوبة والضمان على الموصول عليه إذا كان الصائل إنساناً مكلفاً، اختلفوا في إيجاب الضمان على المدافع إذا كان الصائل من الحيوان أو ما في حكمه كالصغير والمجنون إلى اتجاهين:

الأول: عن المالكية، والحنابلة، والشافعية، والزيدية، والإمامية والظاهرية، ومفاده: أنه إذا صال حيوان على إنسان، وخافه على نفسه وأقام بيته بصياله عليه ولم يمكنه دفعه إلا بقتله فقتله أو عقره فلا ضمان عليه، وحجتهم أن

(١) من الفواشق: ما أخرج مالك عن هشام بن عروة، عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال: «خمس فواشق يقتلن في الحرم: الفأرة، والعقرب، والغراب، والحدأة، والكلب العقور». انظر: الموطأ، ص ٢٩٧، سابق. وأخرج أبو داود: عن أحمد بن محمد بن حنبل بسنده.. (أن رسول الله ﷺ أمر بقتل الوزع وسماء فويسقاً). سنن أبي داود، ج ٤، حديث رقم ٥٢٦٢، ص ٣٦٦، سابق.

(٢) التاج المذهب للعنسي، ج ٤، ف ٤٣٠، ص ٣١٦، سابق.

(٣) المغني مع الشرح الكبير لابن قدامة، ٣٥١/١٠. شرائع الإسلام للحلي، ١٨٩/٤، سابق. المنتزع المختار للعلامة ابن مفتاح، ٤٣٥/٤، هـ ٨، سابق. نهاية المحتاج للرملي، ٢٨/٨، سابق. وقال: «ومحل رعاية التدرج في غير الفاحشة»، ونميل إلى هذا الاستثناء لأنه متفق أيضاً مع أصول الشريعة، وهي أن الأعراض كالأنفس لا تسقط بالإباحة، بينما المال يجوز لمالكه أن يتنازل عنه، أو يهبه لغيره.

هذا الحكم إذا كان في النفس فإنه في المال أولى لأن حرمة النفس أعظم من حرمة المال^(١).

أما الاتجاه الثاني فهو للأحناف وفيه تفصيل:

فيرى الإمام أبو حنيفة وأصحابه ما عدا أبا يوسف: أن حالة الدفاع الشرعي لا تتوافر إلا إذا صدر الاعتداء ممن تجوز مساءلته جنائياً عن فعله، وعليه فإن الصائل إذا كان صبيّاً أو مجنوناً أو حيواناً فإنهم يرون: أن للمدافع أن يرد الهجوم على نفسه أو ماله أو نفس الغير أو ماله ولكن لا على أساس حق الدفاع الشرعي، وإنما على أساس حالة الضرورة^(٢) وينبغي على هذا الأساس أن على المصول عليه دية الصبي أو المجنون أو قيمة الحيوان وفقاً للقاعدة المشهورة «الاضطرار لا يبطل حق الغير في الضمان»^(٣).

أما أبو يوسف فيوافق الجمهور في الصبي والمجنون، ويقول: بأن فعلهما جريمة ولكن رفع العقاب عنهما لانعدام الإدراك، ويوافق الإمام أبا حنيفة في الحيوان الأعجم ويعتبر أن فعله ليس بجريمة، ومن ثم لا يجب على المصول عليه دية الصبي والمجنون، ويجب عليه قيمة الحيوان لأنه أتلفه لإحياء نفسه.

وحجة الإمام أبي حنيفة وأصحابه أن أفعال الصبيان والمجانين والحيوانات لا تعتبر جنائية، وأن غير المكلف لا يملك إباحة نفسه، وأنه لو ارتد لم يقتل

(١) بلفة السالك للشيخ أحمد بن محمد الصاوي المالكي: عيسى الحلبي وشركاه - القاهرة، ٤٨٨/٣. المغني مع الشرح الكبير لابن قدامة، ٤٣٥١/١٠. نهاية المحتاج للرملي، ٢٧/٨، سابق. التاج المذهب للعنسي، جـ ٥٤، ف ٤٣٠، ص ٣١٥، سابق. شرائع الإسلام للحلي، ١٩١/٤، سابق. المحلى للإمام ابن حزم، جـ ٨، مسألة ١٢٦٤، ص ١٤٥، سابق.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني، ٩١/٧.

(٣) مجلة الأحكام العدلية، مادة (٢٣)، ص ١٩.

ولذلك وجب على المصول عليه ضمان غير المكلف^(١).

وقد رد الجمهور على الأحناف وقالوا: إذا كان غير المكلف لا يستطيع إباحة دمه فكذلك المكلف لا يستطيع إباحة دمه أيضاً، ولذلك فإن غير المكلف إذا صال فقد أسقط حرمة دمه كالمكلف وأصبح غير المكلف أياً كان كمن نصب حربة في طريقه وقتل بها نفسه فارتفع الضمان على المصول عليه^(٢).

وفي تقديرنا أنه يجب التفرقة بين حالتين:

الأولى: حالة ما إذا استغاث المصول عليه ووصله الغوث في المصر أو خارج المصر فإن حقه في الدفاع ينقطع ويصبح تطبيق الحد حق للمجتمع تقوم به الدولة وفقاً لقول الله تعالى: ﴿إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ذلك لهم خزي في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عذاب

(١) بدائع الصنائع للكاساني، ٩١/٧. سابق.. حيث قال: ومن شروط تطبيق الحد على قاطع الطريق أن يكون بالغاً عاقلاً فإن كان صبيّاً أو مجنوناً فلا حد عليهما... ولو كان في القطاع صبي أو مجنون فلا حد على أحد في قولهما، وقال أبو يوسف: إذا كان الصبي هو الذي يلي القطع فكذلك، وإن كان غيره، حد العقلاء...».

مجمع الضمانات للبغدادي، ص ١٩٣، سابق: وقال: «ولو صال جمل على إنسان فقتله المصول عليه يضمن قيمته... والبعير للسكران إذا قصد قتل إنسان فقتله المصول عليه يضمن قيمته». وقال في ص ١٦٩: «المجنون إذا قصد قتل إنسان فقتله المصول عليه يضمن الدية».

(٢) المغني لابن قدامة مع الشرح الكبير، ٣٥١/١٠، سابق. حاشية العلامة شمس الدين محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، مطبعة دار إحياء الكتب العربية - عيسى الحلبي - القاهرة، ٣٥٧/٤. الفروق للقرافي، ج ٤، الفرق السابع والأربعون والمائتان، ص ١٨٥، سابق. نهذيب الفروق للعلامة محمد بن علي المالكي، ج ٤، الفرق الخامس والمائتان، ص ٢٦، مطبوع بهامش الفروق.

عظيم»^(١)، ولا يقام الحد على غير المكلف في السرقة كذلك في المحاربة بالإجماع، وإنما عليه الضمان فيما أتلّف من الأموال في ماله، ودية القتل على العاقلة^(٢).

الثانية: موضوع المناقشة وهي: حالة ما إذا استغاث الموصول عليه ولم يصله أي غوث، ثم دافع بالأخف فالأخف وأثبت بالبينة أنه لو لم يبادر إلى قتل الصائل فإن الصائل سيقتله لا محالة، فقتله دفاعاً عن النفس أو العرض أو المال فإن الإمام أبا حنيفة وأصحابه جعلوا أساس الدفاع للضرورة وأوجبوا على الموصول عليه ضمان الدية أو قيمة الحيوان باعتبار أن غير المكلف لا تقام عليه الحدود فوجب ضمانه، بينما اعتبر الجمهور القتل على أساس الدفاع عن النفس، وأسقطوا الضمان على الموصول عليه أيّاً كان الصائل مكلفاً أو غير مكلف دفاعاً لشره، ورأى الجمهور هو الذي نميل إليه بشرط أن يثبت الموصول عليه أنه دافع بالأخف فالأخف، وأنه لو لم يبادر إلى قتله، لقتله الصائل حقيقة، فإذا أثبت هذا فقد أهدر الصائل غير المكلف دمه بتعمديه شأنه شأن المكلف سواء بسواء.

وإذا كان الفقهاء قد اختلفوا في مسؤولية الموصول عليه فيما إذا كان الصائل غير مكلف فما هو تكييفهم لحالة الدفاع الشرعي؟.

٤٦ — تكييف حالة الدفاع الشرعي: اختلف الفقهاء في تكييف بعض حالات الدفاع الشرعي على وجوه:

(١) سورة المائدة: الآية ٣٣. انظر في فقه هذه الآية: تفسير القرطبي، ٢١٤٨/٣ و ٢١٤٩، فقد نقل عن أبي ثور وغيره: إن الإمام مخير في الحكم على المحاربين، يحكم عليهم بأي الأحكام التي أوجبها الله تعالى من القتل والصلب، أو القطع أو النفي عملاً بظاهر الآية المستفاد من «أو» أنها للتخير، وقال غيره: «أو» للترتيب: فمن أخاف السبيل وأخذ المال، قطعت يده ورجله من خلاف، وإن أخذ المال وقتل، قطعت يده ورجله ثم صلب، فإذا قتل ولم يأخذ المال، قتل، وإن هو لم يأخذ المال ولم يقتل، نفي.

(٢) المغني والشرح للكبير لابن قدامة، ٣١٩/١٠، سابق.

الوجه الأول: اتفق الفقهاء على أن دفع الصائل واجب^(١) على المدافع في حالة الاعتداء على العرض، ومثال ذلك: لو أراد رجل أن يزني بامرأة ولم يكن من المستطاع دفعه إلا بالقتل، فإنه يجب على المرأة وعلى من يشهد هذا الاعتداء أن يدفع هذا الصائل بالقتل إذا لم يندفع إلا به، وسبب الوجوب أن ترك الدفاع يمكن للمعتدي منها، والتمكين منها أمر محرم، فوجب دفعه على الجميع^(٢).

الوجه الثاني: اختلف الفقهاء في الدفاع عن النفس، فذهب البعض إلى أنه واجب، شأنه شأن الدفاع عن العرض، في حين ذهب بعض آخر إلى أن الدفاع عن النفس جائز، واحتجوا بعمل سيدنا عثمان رضي الله عنه حينما ترك القتال مع إمكانه ذلك وهو يعلم أن الثوار يريدون نفسه^(٣).

الوجه الثالث: في الدفاع عن المال، فأغلب الفقهاء يرونه جائزاً^(٤) لا واجباً، وحثتهم أن المال مما يباح بالإباحة، إلا الأموال التي بها روح كالحیوانات أو التي تعلق بها حق للتغير كمال الرهن أو الإجارة فإنه يجب الدفاع عنها وجوباً لا جوازاً^(٥).

(١) الفرق بين الواجب والحق: أن الواجب هو الذي يذم تاركه ويعاقب على عدم القيام به، وأما الحق فمضمونه أن للمدافع حق دفع الاعتداء، وله أن لا يدفعه. انظر: عبد القادر عوده. التشريع الجنائي الإسلامي، ج ١، ف ٣٣٣، ص ٤٧٤ - ٤٧٥، سابق. د. محمد طوموم: الحق في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م، المكتبة المحمدية التجارية - القاهرة، ص ٣٥.

(٢) انظر: الأم للإمام الشافعي، ١٧٢/٦، سابق. قواعد الأحكام في مصالح الأنام، للعز بن عبد السلام، ٨٨/١، سابق.

(٣) انظر المغني لابن قدامة، ٣٥٠/١٠، سابق.

(٤) الجائز: كالحق للمدافع أن يستعمله أو لا يستعمله.

(٥) انظر: الوجيز للإمام الغزالي، ١٨٥/٣، سابق. نيل الأوطار للشوكاني، ٣٢٦/٥، سابق. د. وهبة الزحيلي: نظرية الضرورة الشرعية، الطبعة الثالثة، ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م، مؤسسة الرسالة، بيروت، ص ١٥٢.

وأياً كان التكييف الشرعي فجميع الفقهاء مجمعون على: أنه يجب على المدافع عدم مجاوزة حدود الدفاع الشرعي، وعليه أن يدفع الصائل بالأخف فالأخف، فإن أمكن للمدافع دفع الصائل بالكلام حرم عليه الضرب، أو بضرب بيد، حرم استعمال السوط، أو بسوط حرم استعمال العصا، أو بقطع عضو حرم القتل^(١) فإن تعدى المدافع نطاق ما تستلزمه حالة الدفاع الشرعي فإنه مسؤول مسؤولية كاملة عن فعله الذي تعدى به.

٤٧ — خلاصة واستنتاج: يتفق الفقهاء المدني والإسلامي على قيام حالة الدفاع الشرعي عند وقوع الخطر الحال — أو غلبة الظن بوقوعه فعلاً — على العرض أو النفس أو المال، كما يتفقان بأن على المدافع أن لا يتجاوز حدود الدفاع الذي عبر عنه فقه القانون المدني «بفكرة التناسب بين الاعتداء والدفاع» وعبر عنه الفقه الإسلامي بفكرة وجوب «التدرج في الدفاع» وهما معنيان متفقان يستخلصهما القاضي من وقائع النزاع ومن الظروف الملائمة.

فمتى حصل الضرر من المدافع في إطار التناسب أو التدرج فلا مسؤولية عليه لعدم تجاوز حدود الدفاع الشرعي.

غير أن الفقه الإسلامي قد استثنى حالتين يسقط فيهما التدرج هما: حالة دفع الصائل عن الفاحشة، وحالة ما إذا التحم القتال بين الصائل والمصول عليه، لخروج الأمر عن الضبط.

ويختلفان في تكييف حالة الدفاع الشرعي فيعتبر في فقه القانون المدني حقاً

(١) المغني مع الشرح الكبير، ٣٥٢/١٠، سابق. . وقال: فإذا اندفع — أي الصائل — بالقليل فلا حاجة إلى أكثر منه فإن علم أنه يخرج بالعصا، لم يكن له ضربه بالحديد. نفس المعنى، بداية الصنائع للكاساني، ٩٢/٧. عبد القادر عودة: التشريع الجنائي الإسلامي، ج ١، ف ٣٣٥، ص ٤٨٤، سابق.

للمدافع لا واجباً عليه بينما يكيف في الفقه الإسلامي بأنه واجب في حالة الدفاع عن العرض بالإجماع، أما في حالة الدفاع عن النفس فاعتبره البعض واجباً، بينما اعتبره البعض الآخر حقاً.

أما الدفاع عن المال فاعتبره أغلب الفقهاء حقاً يجوز للمصول عليه أن يدفع عنه أو لا يدفع، إلا إذا تعلق بالمال حق للغير كمال الرهن أو كان المال ذا روح فإن القيام بالدفاع عنه يصبح واجباً^(١).

أما عن طبيعة الأثر المترتب على تجاوز حدود الدفاع الشرعي، فيرى فقه القانون المدني وفقاً لحكم المادة (١٦٦) مدني مصري والمادة رقم (٣١٠) مدني يمني - السابق ذكرهما - أن المسؤول لا يلزم إلا بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة وهو نص عام مرده تقدير القاضي.

أما الفقه الإسلامي فإنه يرسم للقاضي طريقة تقدير التعويض عن تجاوز حدود الدفاع ونوضح بالمثال هذه الطريقة:

لو ضرب المصول عليه الصائل ضربة، ثم ضربه أخرى وقد اندفع ولا يؤمل عوده فالضربة الثانية مضمونة على المصول عليه، فإن مات الصائل بهما وجب على المصول عليه نصف الدية^(٢).

كذلك لو ضرب المصول عليه الصائل فقطع يده اليمين فولى مدبراً فضربه فقطع رجله، فإن قطع الرجل مضمون على المصول عليه، لأنه في حال لا يجوز له ضربه، وقطع اليد غير مضمون، فإن مات الصائل بسراية القطع فعلى المصول عليه

(١) الوجيز للغزالي، ١٨٥/٢. ونيل الأوطار للشوكاني، ٣٢٦/٥.

(٢) المتزغ المختار للعلامة ابن مفتاح، ٤٣٥/٤، هـ ٨. شرائع الإسلام للحلي، ١٩٠/٤، سابق.

نصف الدية^(١).

والحقيقة أن تحديد مقدار ما يتجاوز به المدافع أمر دقيق جداً ولذلك يمكن التمييز – في نظرنا – بين ثلاث حالات:

الأولى: حالة ما إذا تبين للقاضي مقدار تجاوز حدود الدفاع كما في الأمثلة السابقة فلا إشكال في أن الفعل الأول غير مضمون، والثاني مضمون على المصول عليه.

الحالة الثانية: أن يعتقد القاضي من خلال الأدلة أن المصول عليه لم يتعد حدود الدفاع: كما لو هجم الصائل على المصول عليه بالسلاح ليلاً وهو ساكن في منزله أو كان في البرية فدافع المصول عليه عن نفسه وقتل الصائل فلا ضمان عليه، لقرينة عدم التمكن من الاستغاثة – بالسلطة أو بالغير – في مثل هذا الظرف الزماني أو المكاني الخطير.

الحالة الثالثة: أن يلتبس على القاضي مقدار تجاوز حدود الدفاع الشرعي لتعارض البيّنات وعدم وجود قرينة مرجحة لأحد الجانبين، فإن الضرر الذي تجاوز به المدافع حدود الدفاع الشرعي يعتبر – في نظرنا – خطأً ومن ثم يقسم التعويض عليهما بالتساوي.

هذا وبعد أن بينا حدود مسؤولية المدافع، نعالج في المطلب التالي مسؤولية من اضطر إلى استهلاك مال الغير.



(١) المغني والشرح لابن قدامة، ٣٥٢/١٠، سابق. التاج المذهب للعلامة أحمد بن قاسم العنسي، ج ٤، ف ٤٣٠، ص ٣١٦، هـ ١. ونفس المعنى.. انظر: البحر الزخار للإمام أحمد بن يحيى المرتضى، ٢٦٠/٦.

المبحث الثاني حالة الضرورة

٤٨ - تمهيد. ٤٩ - الطبيعة القانونية لحالة الضرورة. ٥٠ - مضمون حالة الضرورة. ٥١ - أدلة الضرورة في الفقه الإسلامي. ٥٢ - معنى الضرورة وتحديد نطاقها. ٥٣ - آراء الفقهاء في الضمان على المضطر. ٥٤ - أوجه الاتفاق والاختلاف بين الفقهاء المدني والإسلامي.

٤٨ - تمهيد: أثبتنا في المطلب السابق أن حالة الدفاع الشرعي مصدرها فعل المعتدي، وأن المعتدى عليه لا يكون مخطئاً إلا إذا جاوز في دفاعه القدر المناسب لرد الاعتداء، أما حالة الضرورة فمصدرها الظروف التي أحاطت بالمضطر ودفعته إلى إتلاف مال الغير ولذلك سنركز بإيجاز على بيان حالة الضرورة وأثرها في الفقهاء المدني والإسلامي.

٤٩ - الطبيعة القانونية لحالة الضرورة: الخطأ - بحسب الأصل - لا ينسب إلا لذي إرادة سليمة، وحالة الضرورة من شأنها أن تؤثر على إرادة المضطر^(١) فياترى هل تنتفي المسؤولية تبعاً لانتفاء الخطأ الصادر عن الإرادة المعيبة؟ أم أن لمسؤولية المضطر طبيعة خاصة؟ هذا التساؤل يجرنا إلى بحث حكم

(١) انظر: مصطفى مرعي: المسؤولية المدنية، ف ٦٢، ص ٦٠، سابق.

المادة (١٦٨) مدني مصري والمادة (٢١٢) مدني يماني حيث نظمنا حالة الضرورة بقولهما: «من سبب ضرراً للغير ليتفادى ضرراً أكبر، محدقاً به أو بغيره، لا يكون ملزماً إلا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسباً»^(١).

ويستفاد من حكم المادتين المذكورتين أن فكرة الخطأ لا تظهر حينما يتفادى المضطر خطراً أكبر بإحداث ضرر أقل: كمن يحفر قناة في ملك غيره ليعدل من مجرى السيل الجارف حتى لا يجرف محصوله، فالمضطر هنا يتفادى خطراً أكبر بإلحاق ضرر أقل بحق الغير، وعليه فلا يعتبر مخطئاً، وإنما يسأل وفقاً لما يراه القاضي مناسباً^(٢) إلا أن معيار الخطر الأكبر، والضرر الأقل لا يكفي بذاته في تحديد النطاق المشروع للتعدي حال الضرورة، وعليه فلا بد من توافر شروط حالة الضرورة ومن خلالها يتم تقييم التعدي فإن توافرت الشروط فلا تقوم مسؤولية المضطر على أساس الخطأ، أما إن اختل شرط منها، فإن المضطر يسأل على أساس الخطأ وفقاً للقواعد العامة^(٣).

٥٠ — مضمون حالة الضرورة: اتفق الفقهاء على أن حالة الضرورة تستلزم توافر ثلاثة شروط هي:

أولاً: أن يكون المضطر أو غيره مهدداً بخطر حال، ولا فرق في المسؤولية المدنية بين الخطر الذي يهدد المال أو النفس، أما المسؤولية الجنائية فلا ترفع عن المضطر إلا إذا كان الخطر يهدد النفس، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية في قضية تتلخص وقائعها في:

-
- (١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري الجديد، ٣٧٧/٢، سابق. الجريدة الرسمية اليمنية، ملحق العدد الرابع، السنة الرابعة عشرة، ص ١٥، سابق.
- (٢) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني اليمني: الكتاب الثاني، ص ١١٧، سابق.
- (٣) د. سليمان مرقس: المسؤولية المدنية، ف ٤٨، ص ٩٣، سابق.

أن النيابة العامة اتهمت المطعون ضده . . بأنه أقام بناية بدون ترخيص وطلبت معاقبته، فدفع بأن إحداث البناء كان نتيجة حالة ضرورة لوقاية نفسه وماله من أخطار التهدم الذي سببته هطول الأمطار. قضت المحكمة الجزائية ببراءة المتهم وقالت: بأن المتهم لجأ إلى ارتكاب هذا الفعل لضرورة وقاية نفسه وماله بسبب خارج عن إرادته . . طعنت النيابة بالنقض وقررت محكمة النقض، نقض الحكم بقولها:

إن هذا القول الذي اتخذته المحكمة أساساً لقضائه بنفي المسؤولية الجنائية لا يصلح سبباً للقول بقيام حالة الضرورة الملجئة إلى ارتكاب جريمة إقامة بناء دون ترخيص . . وإذا كان الحكم قد اتخذ من واقعة تهدم البناء على هذا النحو ذريعة للقول بقيام حالة الضرورة . . وانطوى فيما ذهب إليه من امتداد الضرورة المعفية من العقاب إلى حالة الخطر الذي يهدد المال . . فإنه يكون قد تردى في خطأ تطبيق القانون بما يوجب نقضه دون بحث باقي أوجه الطعن^(١).

وهو مبدأ يفيد بأن المسؤولية الجنائية لا ترتفع إلا لدفع الضرر الحال على النفس.

ثانياً: أن يكون مصدر الخطر أجنبياً، وقد سجلت محكمة النقض المصرية هذا المبدأ في قضية تتلخص وقائعها في:

أن الطاعن قدم مبلغ خمسين جنيهاً على سبيل الرشوة لمستخدم عمومي كي يسمح له بتهريب ما بداخل المحل من مسروقات قبل ضبطها. وبعد الحكم عليه

(١) مجموعة أحكام النقض، جنائي، ص ٢٦، من يناير حتى ديسمبر ١٩٧٥م، (١٤٧)، طعن رقم ١١٣٣، لسنة ٤٥ق، ص ٦٧٥. نفس المعنى: مجموعة أحكام النقض، جنائي، ص ٣٥، من يناير حتى ديسمبر ١٩٨٤م، جلسة ١٦ من نوفمبر ١٩٨٤ (٢٢)، طعن رقم ٦٤٥٦ لسنة ٥٣ق، ص ١٦٠.

بالعقوبة المقررة لذلك من المحكمة الجزائية . . طعن في الحكم واحتج بأن الدافع لعرض الرشوة كان لضرورة الخلاص من القبض عليه . . ولم ترد المحكمة على ذلك وقررت :

بأن حالة الضرورة التي تسقط المسؤولية هي التي تحيط بشخص وتدفعه إلى الجريمة ضرورة وقاية نفسه أو غيره من خطر جسيم على النفس على وشك الوقوع . . ولم يكن لإرادته دخل في حله . . ومن المسلم أنه ليس للإنسان أن يرتكب أمراً محرماً ثم يقارف جريمة في سبيل النجاة مما أحدثه بيده ولما كان الثابت في الحكم أن الطاعن إنما قدم الرشوة ليتخلص من جريمة الإخفاء التي ارتكبها، فإن الدافع الذي يستند إليه الطاعن من أنه كان في حالة ضرورة ألجأته إلى دفع الرشوة تخلصاً من خطر القبض عليه هو دفاع قانوني ظاهر البطلان لا يستأهل رداً^(١).

وهو مبدأ يفيد بأن حالة الضرورة لا تقوم إلا إذا كان مصدر الخطر أجنبياً عن أحدث الضرر.

ثالثاً: أن يكون الخطر المراد تفاديه أكبر من الضرر الذي وقع، فمن يقتلع شجرة مملوكة للغير في محاولة إنقاذ نفسه من الغرق يعتبر في حالة ضرورة ولا يسأل – وفقاً للنصوص القانونية – إلا بما يراه القاضي مناسباً، وحالة الضرورة وفقاً لهذا المعنى لا يخلو إما أن تكون ضرورة ملحة، وإما أن تكون ضرورة لم تبلغ حد الضرورة الملحة، ومثال الأولى: أن يستولي شخص على دواء لا يملكه يعالج به نفسه من خطر المرض، فهذه الضرورة الملحة تعفي المضطر من

(١) مجموعة أحكام النقض، جنائي، س ١٢، العدد الأول، جلسة ١٣ من مارس ١٩٦١ (٦٣)، طعن رقم ٢٦١٢ لسنة ٣٠ق، ص ٣٣٠. ونفس المعنى: مجموعة أحكام النقض، جنائي، س ٢٥، من يناير حتى ديسمبر ١٩٧٤م، جلسة ١١، من فبراير ١٩٧٤ (٢٨)، طعن رقم ١٣٧ لسنة ٤٣ق، ص ١١٩.

المسؤولية التقصيرية ولا تعفيه من رجوع صاحب الدواء عليه بدعوى الإثراء بلا سبب. وأما الحالة الثانية فمثالها: أن يتلف المضطر مالا للغير ذا قيمة لا يستهان بها ليطفئ حريقاً شب في داره، فهذه الحالة لا تعفي المضطر من المسؤولية التقصيرية المخففة وفقاً لما يراه القاضي مناسباً، ولصاحب المال أن يرجع على المضطر بدعوى الإثراء بلا سبب^(١).

وهنا يثور التساؤل الآتي: لماذا لا يسأل المضطر إلا وفقاً لما يراه القاضي مناسباً؟ هل الضرورة تعتبر في حكم حالة الدفاع الشرعي؟ أم تعتبر في حكم القوة القاهرة؟

للجواب على هذا التساؤل نقول: إن حالة الضرورة - من حيث طبيعة سبب الفعل - مزيج من هذا وذاك، فهي من حيث أن المضطر يدفع الخطر عن نفسه أو ماله بإتلاف مال الغير، تقترب من حالة الدفاع الشرعي. ومن حيث أن الخطر لا إرادة للمضطر في إحداثه، تقترب من حالة القوة القاهرة، وبالرغم من هذا التقارب إلا أنها متميزة عنهما لسببين أساسيين، أحدهما: أن المضطر قد اتقى الخطر بإتلاف مال الغير وقاية لنفسه أو ماله، وثانيهما: أن هذا الغير لا دخل له في إحداث الخطر مما يتعذر معه قياس حالة الضرورة من حيث الأثر على الحالتين المذكورتين. فلماذا إذاً لا يعرض هذا الغير عن كل ما أصابه من ضرر؟ ولماذا لا يستحق التعويض في بعض الحالات إلا وفقاً لما يراه القاضي مناسباً. وفي بعض الحالات لا يستحق التعويض إلا إذا أثبت شروط دعوى الإثراء بلا سبب؟ أليس في هذا إطالة لأمد النزاع في أمر لا يد للمضرور - صاحب المال - في إحداثه؟

(١) الوسيط للسنهوري، ج ٢، ف ٥٣٤، ص ١١٠٨. القاضي مصطفى مرعي: المسؤولية المدنية، ف ٦٢، ص ٦٠، سابق. د. توفيق حسن فرج: النظرية العامة للالتزام، ٣٧٨/١. د. سليمان مرقس: المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، ف ٤٩، ص ٩٦.

ومع ذلك قد يقال: إن المضطر لم يخطيء ومن لا يخطيء - حسب الأصل في المسؤولية التقصيرية - لا يجب عليه التعويض، وللرد على هذا نقول: كذلك الأصل أن الشخص ممنوع من التعدي على حق الغير، إلا أنه لما حصلت الضرورة جاز التعدي بحكم القانون، وقابل هذا الجواز رفع وصف الخطأ عن فعل المضطر، فكيف يتعدى إلى انتقاص حق المضرور في التعويض؟.

ولذلك نرى: أن المضرور يستحق التعويض بمثل ماله الذي أتلفه عليه المضطر، أو بقيمته يوم الإتلاف. ذلك أن القانون حينما أباح للمضطر التعدي على حق الغير مراعاة منه لاعتبارات العدالة الاجتماعية^(١) فيجب في نظرنا لذات الاعتبار أن لا تتعد الإباحة إلى انتقاص حق المضرور في التعويض أو إرهاقه في المطالبة، عدا ما سنشته عن طبيعة دفع ضرورة الجوع عن ابن السبيل كما سيأتي^(٢):

٥١ - أدلة الضرورة في الفقه الإسلامي: أرشد القرآن الكريم والسنة النبوية إلى حالة الضرورة، فمن القرآن الكريم قول الله تعالى: ﴿... وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه...﴾^(٣)، وقوله عز وجل: ﴿... فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه...﴾^(٤). قال القرطبي: وللمضطر محاربة من منعه ومقاتلته... إذا لم يكن إلا واحد... فإن كانوا جماعة كان سد رمق المضطر عليهم فرضاً على الكفاية^(٥).

(١) د. محمود جمال الدين زكي: الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، ف ٢٥٣، ص ٥١٣.
د. سليمان مرقس: المسؤولية المدنية، ف ٤٨، ص ٩٣. حسين عامر: المسؤولية المدنية، ف ٢٥١، ص ٢١٧.

(٢) انظر: ف ٥٣.

(٣) سورة الأنعام: الآية ١١٩.

(٤) سورة البقرة: الآية ١٧٣.

(٥) الجامع لأحكام القرآن: ٦٠٤/١، بتصرف.

ومن السنة النبوية قوله صلى الله عليه وآله وسلم: «لا يحلبن أحد ماشية أحد إلا بإذنه، أيحب أحدكم أن تؤتى مشربته فتكسر خزانته فينتقل طعامه، إنما تخزن لهم ضرور مواشيهم أطعمتهم فلا يحلبن أحد ماشية أحد إلا بإذنه»^(١).

قال الإمام النووي: وفي الحديث فوائد منها تحريم أخذ مال الإنسان بغير إذنه. . . وأنه لا فرق بين اللبن وغيره، إلا المضطر الذي لا يجد مية ويجد طعاماً لغيره فيأكل الطعام للضرورة ويلزمه بدله لمالكه^(٢).

ويستفاد من الأدلة السابقة حكمان، أحدهما: أن الإثم يسقط عن المضطر ومن ثم لا يسأل جنائياً، لأن العقوبة حق الله، وحق الله يسقط بحالة الاضطرار. وثانيهما: عدم سقوط الضمان، لأن الضمان حق العبد، وحق العبد لا يسقط بحالة الاضطرار، فما هي حدود حالة الاضطرار؟.

٥٢ — معنى الضرورة وتحديد نطاقها: بينت السنة النبوية حالة الضرورة بما أخرجه أبو داود بسنده عن عقبة بن وهب، قال: سمعت أبي يحدث، عن الفجيع العامري، أنه أتى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فقال: ما يحل لنا من الميتة؟ قال: «ما طعامكم» قلنا: نغتبك ونصطبح، قال أبو نعيم: فسر له لي عقبة قدح

(١) اللفظ لمسلم، انظر: صحيح مسلم بشرح النووي، ٢٩/١٢. صحيح البخاري، ج ٣، حديث رقم ٦٥٣، ص ٢٦٣.

(٢) شرح النووي على صحيح مسلم، ج ١٢، هامش ص ٢٩. موطأ الإمام مالك، ص ٤٠٥. . . وفيه أن الإمام سئل عن الرجل يضطر إلى الميتة يأكل منها وهو يجد ثمر القوم أو زرعاً أو غنماً فقال: «إن ظن أن أهل ذلك الثمر أو الزرع أو الغنم يعد قوته بضرورته حتى لا يعد سارقاً. . . رأيت أن يأكل من أي ذلك وجد ما يرد جوعه. . . وإن هو خشي أن لا يصدقوه، وأن يعد سارقاً. . . فإن أكل الميتة خير له عندي. . . ونرى أن لا يقدم أكل الميتة على مال الغير إلا إذا لم يخش على نفسه الهلاك من أكل الميتة، فإن خشي على نفسه الهلاك من أكلها قدم أكل مال الغير عليها لأن حفظ النفس أقدم من حفظ المال.

غدوه وقدح عشيه، قال: «ذاك وأبى الجوع». فأحل لهم الميتة على هذه الحال، قال أبو داود: الغبوق من آخر النهار والصبوح من أول النهار^(١).

والمعنى من الحديث بين، وهو أن حالة الضرورة للجوع لا تقوم إلا أن يبقى المضطر يوماً وليلة لا يجد ما يأكل أو يشرب^(٢) قال ابن رسلان في شرح السنن: الاصطباح هنا أكل الصبوح وهو الغداء، والغبوق أكل العشاء^(٣).

كما يستفاد من الحديث أيضاً: تخصيص قيام حالة الضرورة للأكل بالزمن المذكور، لأن الحديث إجابة على السائل في هذا المعنى، أما ما عدا ضرورة الجوع فلا تنقيد بزمن معين لعموم الأدلة السابقة.

وقد عرف الحنابلة حالة الضرورة فقالوا: الضرورة المبيحة هي التي يخاف التلف بها إن ترك الأكل^(٤) وقال الإمام أحمد^(٥) الضرورة المبيحة هي التي يخشى المضطر على نفسه من جوع، أو يخاف إن ترك الأكل عجز عن المشي وانقطع عن الرفقة فهلك، أو يعجز عن الركوب فيهلك ولا يتقيد ذلك بزمن محصور^(٦).

ويستفاد من هذا التعريف سعة حالة الضرورة للاعتداد بالظروف الشخصية التي لا يستلزم المضطر سواء كان من جوع أو أي سبب آخر خشي منه على نفسه الهلاك.

(١) سنن أبي داود، ج ٣، حديث رقم ٣٨١٧، ص ٣٥٨.

(٢) المحلى للإمام ابن حزم، ج ٧، مسألة رقم ١٠٢٥، ص ٤٢٦.

(٣) نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار الشوكاني، ١٥١/٨.

(٤) المغني والشرح الكبير لابن قدامة، ٧٤/١١.

(٥) هو أبو عبد الله: أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني إمام المذهب الحنبلي، ولد ببغداد سنة ١٦٤هـ، وجد في طلب الحديث حتى نال فيه شهرة واسعة، ولقب بأبى المؤمنين في الحديث وكان زاهداً ورعاً، ثم توفي رحمه الله ببغداد سنة ٢٤١هـ، من مؤلفاته «المسند».

انظر: الفكر السامي، ١٤/٣.

(٦) المغني والشرح الكبير لابن قدامة، ٧٤/١١.

وقال المالكية: أما الضرورة فهي خوف الموت ولا يشترط أن يصبر المضطر حتى يشرف على الموت^(١). وقال الإمام محمد أبو زهرة: الضرورة كمن يخشى على نفسه من الموت ولا يجد ما يأكله إلا الميتة فإنه يكون له أكلها بل يكون عليه أن يأكلها^(٢) وقال الأستاذ مصطفى الزرقاء: الضرورة ما يترتب على عصيانها خطر^(٣).

وقد أجمع فقهاء الأصول على أن الضرورة أحد أسباب الرخصة^(٤) تجيز للمضطر أن يسد رمقه بالميتة أو بمال الغير بقدر ما يدفع به الهلاك عن نفسه^(٥).

وبما أن حالة الضرورة سبب من أسباب الرخصة فيمكن أن نعرف حالة الضرورة بأنها: حالة شاقة تثبت فيها الرخصة لدفع الضرر عن النفس أو المال، وإدخال كلمة الرخصة قيد في التعريف، لتخرج حالة الإقدام على إتلاف نفس معصومة طلباً للنجاة فذلك مما لا يجوز أصلاً، لقول الله تعالى: ﴿ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق﴾^(٦) قال الفرطبي: ولا يجوز للمضطر أن يقتل ذمياً لأنه محترم الدم، ولا مسلماً ولا أسيراً^(٧). وتطبيقاً لذلك: لو كان جماعة في قارب

(١) القوانين الفقهية لابن جزي المالكي، ص ١٥٠، سابق. الموافقات للشاطبي، ١/١٢٤. وقال: «إقامة الضرورة معتبر، وما يطراً عليه من عارضات المفسد مفتقر في جنب المصلحة المجتلبة...».

(٢) أصول الفقه، ف ٥٣، ص ٤٠، سابق.

(٣) الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، ج ٢، ف ٦٠٣، ص ٩٩٧.

(٤) انظر: شرح التلويح على التوضيح للتفتازاني، ١٢٩/٢. الإمام محمد أبو زهرة: أصول الفقه، ف ٥٣، ص ٤٠. د. محمد زكريا البرديسي: أصول الفقه، ص ٨٦. د. عبد الوهاب خلاف: علم أصول الفقه، ص ٢٠٧. د. عبد المجيد محمود مطلوب: أصول الفقه الإسلامي، ص ٣٦٨.

(٥) د. عبد المجيد مطلوب: الوجيز في المدخل للفقه الإسلامي، ١٠/٢، هـ ٢، سابق.

(٦) سورة الإسراء: الآية ٢٣.

(٧) الجامع لأحكام القرآن، ١/٦٠٧، سابق.

مشرف على الفرق لثقل حمولته فليس لأحدهم أن يلقي غيره في الماء ليخفف حمولة القارب، ولينجي نفسه وغيره من الهلكة، ولا يعفيه هذا إن فعله من العقاب^(١). أما ما عدا ذلك فيمكن أن يرخص فيه، وقد صاغ فقهاء الفروع عدة قواعد فقهية لحالة الضرورة منها قولهم: المشقة تجلب التيسير^(٢) والضرورات تبيح المحظورات^(٣).

ومن التطبيقات العملية لهذا المعنى: أن امرأة استسقت راعياً فأبى أن يسقيها إلا أن تمكنه من نفسها ففعلت فرفع ذلك إلى عمر، فقال لعلي ما ترى فيها؟ قال: إنها مضطرة فأعطاها عمر شيئاً وتركها^(٤)، ومن قبيل الضرورة أيضاً حالة ما إذا أشرفت سفينة على الفرق بسبب ثقل حمولتها فإنه يجب إلقاء ما يظن به النجاة من الأمتعة لأنه يجب عليهم حفظ نفوسهم^(٥)، ونفس الأمر: إذا اضطر شخص إلى أكل مال غيره أكله، لأن حرمة مال الغير أخف من حرمة النفس، وفوات النفس أعظم من إتلاف مال الغير ببدل^(٦).

هذا ويتحدد النطاق المشروع لحالة الضرورة بشروطها المتمثلة في:

أولاً: كون الضرورة قائمة.

ثانياً: أن تكون ملجئة بحيث لا يأمن المضطر على نفسه أو ماله الهلاك.

-
- (١) عبد القادر عودة: التشريع الجنائي الإسلامي، ج ١، ف ٤٠٢، ص ٥٧٨، سابق.
 - (٢) مجلة الأحكام العدلية، مادة ١٧، ص ١٨.
 - (٣) مجلة الأحكام العدلية، مادة ٢١، ص ١٨ وما بعدها.
 - (٤) المغنى والشرح الكبير لابن قدامة، ١٥٩/١٠. نفس المعنى: شرح التوضيح التنقيح للمحبوبي، ٢٠١/٢. وبدائع الصنائع للكاساني، ١٨١/٧. د. محمد رواس قلعة جي: موسوعة فقه علي بن أبي طالب، ص ١١١، سابق.
 - (٥) مجمع الضمانات للبغدادي، ص ١٥٢. الفروق للقرافي، ٨/٤.
 - (٦) انظر: قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام، ٩٤/١، سابق.

ثالثاً: أن لا يكون لدفع الضرورة وسيلة إلا التعدي على حق الغير .

رابعاً: أن تدفع الضرورة بقدرها، وعلى سبيل المثال لا الحصر: ليس للجائع أن يأخذ من طعام غيره إلا ما يرد به جوعه^(١) كما لا يجوز للمضطر أن يتناول طعام مضطر آخر^(٢) لتساوي شرف النفوس .

وهذه الشروط التي عرض لها الباحثون في الفقه الإسلامي لا تخرج عما عرضناه في فقه القانون المدني^(٣) ومفادها في الفقهين المدني والإسلامي أن المضطر إذا أحدث ضرراً بغيره ليتفادى خطراً مساوياً له أو أقل منه فلا يعتبر في حالة ضرورة بل يعتبر فعله تعدياً ويسأل عنه على أساس الخطأ وفقاً للقواعد العامة .

ومع اتفاق الفقهاء على معنى الضرورة ووجوب توافر شروطها، إلا أنهم قد اختلفوا في الأثر المترتب على حالة الضرورة هل يجب على المضطر الضمان أولاً يجب على النحو الذي نعرض له في الفقرة التالية :

٥٣ - آراء الفقهاء في وجوب الضمان على المضطر: تعددت آراء الفقهاء بشأن التعويض أو الضمان على المضطر، وترتد الآراء في مجموعها إلى اتجاهين، الاتجاه الأول: لجمهور الفقهاء الحنفية^(٤) والشافعية^(٥) والأشهر عند

(١) المحلي للإمام ابن حزم، ج ٧، مسألة رقم ١٠٢٥، ص ٤٢٦ .

(٢) د. عبد الوهاب خلاف: أصول الفقه، ص ٢٠٧ . د. وهبة الزحيلي: نظرية الضرورة الشرعية، ص ٢٣٥ .

(٣) انظر: ما سبق من البحث، ف ٥٠ .

(٤) بدائع الصنائع للكاساني، ج ٧، ص ١٧٧، سابق .

(٥) انظر: قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام، ١٧٦/٢، سابق . نهاية المحتاج للرملي، ٢٦/٨ . وحاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج، ٢٦/٨، جاء فيها: ولو حالت بهيمة بينه وبين طعامه لم تكن صائله عليه لأنها لم تقصده ولم تقصد ماله فيدفعها بالأخف، فإن قتلها ضمنها .

المالكية^(١) والحنابلة^(٢) والزيدية^(٣) إلى أن الضرورة لا تعفي المضطر من الضمان لما يستهلكه من حق الغير، وعلّة هذا الحكم قولهم: إن إذن المالك لم يوجد وإنما وجد إذن صاحب الشرع، وإذن صاحب الشرع لا يوجب سقوط الضمان، وإنما ينفي المؤاخذة بالعقاب، ويستدل الجمهور على ذلك بما رواه عمرو بن يثربي أنه قال: شهدت خطبة النبي ﷺ بمنى وكان فيما خطب به أن قال: «... ولا يحل لامرئ من مال أخيه إلا ما طابت به نفسه...»^(٤). ومن القواعد الفقهية في هذا الشأن قولهم: الاضطرار لا يبطل حق الغير^(٥) ومفاد هذه القاعدة أنه لو اضطر إنسان من الجوع فأكل طعام الغير يضمن قيمته^(٦).

أما الاتجاه الثاني: فهو للظاهرية^(٧) وبعض المالكية^(٨) ومفاده: أن المضطر لا يلزم بالضمان، إلا إذا كان معه قيمة ما أكل وقت الاستهلاك، أما إذا كان معدوماً فلا يضمن، ويعللون لهذا الحكم: بأن الواجب إحياء النفوس مع القدرة على ذلك^(٩) ويعضدون رأيهم هذا بالحديث الشريف الذي أخرجه البخاري بسنده

-
- (١) الفروق للقرافي، ١/١٩٦، الفرق الثاني والثلاثون، سابق.
- (٢) انظر: المغني لابن قدامة مع الشرح الكبير، ١١/٨٠، سابق. «يلزم المضطر للمعرض فإن كان معه لزمه في الحال وإلا لزمه في ذمته».
- (٣) البحر الزخار لأحمد بن يحيى المرتضى، ٥/٣٣٢، وقال «... وعلى المضطر التزام المعرض إن طلب...».
- (٤) نيل الأوطار للشوكاني، ٨/١٥٢، سابق. نفس المعنى: صحيح البخاري، ج ٢، حديث رقم ٨، ص ٧.
- (٥) مجلة الأحكام المدلية، مادة ٣٣، ص ١٩، سابق.
- (٦) مجلة الأحكام المدلية، ص ٢٠، سابق.
- (٧) المحلى لابن حزم، ج ٧، مسألة رقم ١٠٢٥، ص ٤٢٦، سابق.
- (٨) انظر: الفروق للقرافي، ج ١، الفرق الثاني والثلاثون، ص ١٩٦.
- (٩) القوانين الفقهية لابن جزي المالكي، ص ١٥١. تهذيب الفروق للعلامة محمد علي بن =

عن أبي موسى، أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال: «أطعموا الجائع، وعودوا المريض، وفكوا العاني»^(١).

ويبدو لنا أن دلالة الحديث تعني الأمر بالإحسان، والفضل للمحتاج — على العموم — أكثر من دلالة على عدم الضمان، كما يمكن حمل الحديث أيضاً على الإطعام المبني على الرضا والاختيار.

ومع ذلك فإنه يمكن — في نظرنا — أن نجتمع بين الاتجاهين بالترفة بين حالتين حالة المضطر المقيم في وطنه، وحالة ابن السبيل، أما المضطر المقيم في وطنه إذا استهلك مال الغير لضرورة وقاية نفسه أو ماله فيجب عليه الضمان على كل حال وإن كان معسراً فنظرة إلى ميسرة، لأن بإمكانه أن يعمل ويعوض صاحب المال عما أتلفه عليه.

وأما ابن السبيل فنفرق في صدد الضمان عليه بين صورتين: الصورة الأولى أن يتلف مال الغير لضرورة حفظ ماله فهذا ليس بمعسر، وقد أتلف مال غيره لحفظ ماله فعليه الضمان لعموم الأدلة السابقة. أما الصورة الثانية: وهي حالة ما إذا تناول من زرع القوم أو ثمرهم قدر ما يدفع به ضرورة الجوع عن نفسه، وليس معه مال فلا ضمان عليه — في نظرنا — إذا توافرت الشروط الآتية:

١ — أن تتوافر في حقه شروط حالة الضرورة كما سبق بيانها.

٢ — أن لا يكون السفر لمعصية، فلا يجب إعانة الخارجين على نظام المجتمع.

= حسين المكي المالكي، مطبوع بهامش الفروق، ج ١، الفرق الثاني والثلاثون ص ١٩٧. الجامع لأحكام القرآن للقرطبي، ٦٠٤/١. الضمان في الفقه الإسلامي، لفضيلة الشيخ علي الخفيف، ص ٢٣١. د. وهبة الزحيلي: نظرية الضرورة الشرعية، ص ٣٠٦. (١) صحيح البخاري، ج ٧، حديث رقم ٢٨٧، ص ١٢٨. لكلمة (العاني) عدة معان في اللغة، منها أن العاني: هو الأسير. مختار الصحاح للرازي، ص ٤٥٩، مادة عنا.

٣ - أن لا يكون معه متاع يمكن أن يباع، فإن كان معه من المتاع ما يزيد على حاجته التي يبلغ بها إلى وطنه وجب أن تباع ويعوض منها.

٤ - أن لا يتناول إلا ما يشبعه فإن زاد على ذلك وجب عليه الضمان.

ودليلنا على هذا التخريج ما أخرجه أبو داود بسنده عن سمرة بن جندب، أن نبي الله ﷺ قال: «إذا أتى أحدكم على ماشية فإن كان فيها صاحبها فليستأذنه، فإن أذن له فليحلب وليشرب، فإن لم يكن فيها فليصوت ثلاثاً فإن أجابه فليستأذنه، وإلا فليحتلب وليشرب ولا يحمل»^(١).

ويستفاد من فقه الحديث: أن على المضطر أن يقتصر على شبعه ولا يتزود. وأما رفع الضمان عن ابن السبيل الذي دفعته ضرورة الجوع فلما أخرجه أبو داود بسنده عن عباد بن شرحبيل، قال: أصابني سنة فدخلت حائطاً من حيطان المدينة، ففركت سنبلًا فأكلت وحملت في ثوبي، فجاء صاحبه فضربني وأخذ ثوبي، فأتيت رسول الله ﷺ فقال له: «ما علمت إذ كان جاهلاً، ولا أطعمت إذ كان جائعاً»، أو قال (ساغباً) وأمره فرد عليّ ثوبي، وأعطاني وسقاً أو نصف وسق من طعام»^(٢).

ويستفاد من فقه الحديث أنه لا ضمان على ابن السبيل فيما تناوله لدفع ضرورة الجوع، كما أن على بيت مال المسلمين أن يعطيه من الصدقة، باعتباره المصروف الثامن من المصارف التي ذكرها الله في قوله تعالى: ﴿إنما الصدقات للفقراء والمساكين، والعاملين عليها، والمؤلفة قلوبهم، وفي الرقاب، والغارمين،

(١) سنن أبي داود، ج ٣، حديث رقم ٢٦١٩، ص ٣٩.

(٢) سنن أبي داود، ج ٣، حديث رقم ٢٦٢٠، ص ٣٩. أحكام القرآن للقرطبي، ١/٦٠٥، وقد أفاد: أن ابن شرحبيل هذا - من بني غبر - وأتى بقوله: «أصابنا سنة مخمصة فأتيت إلى المدينة...». مما يدل على أن صاحب القصة لم يكن من أهل المدينة وإنما هو من أبناء السبيل. وكلمة «عام» إذا أطلقت فالمنصود بها عام الرخاء. أما كلمة سنة فلا تطلق إلا على «سنة» الشدة والجفاف.

وفي سبيل الله، وابن السبيل، فريضة من الله والله عليم حكيم﴾^(١).

٥٤ - أوجه الاتفاق والاختلاف بين الفقهاء المدني والإسلامي: تتلخص
أوجه الاتفاق والاختلاف بين الفقهاء على النحو الآتي:

أولاً: لا خلاف بينهما على أن حالة الضرورة متى توفرت شروطها تجيز
للمضرور التعدي على حق الغير وقاية لنفس المضطر أو ماله، أو نفس الغير
أو ماله.

ثانياً: يتفق الفقهاء أيضاً على وجوب الضمان أو التعويض الكامل في حالة
ما إذا كان الخطر المراد تفاديه مساو للضرر الذي وقع أو دونه لا نفاء شرط من
شروط قيام حالة الضرورة المتمثل في أن حالة الاضطرار لا تقوم إلا لدفع ضرر
أشد، ويعتبر التعدي في مثل هذه الأحوال خطأ تقوم عليه مسؤولية المضطر.

ثالثاً: يختلف الفقهاء في طبيعة الأثر المترتب على حالة الضرورة متى
ترافرت شروطها، فحكم القانون المدني أن المضطر يسأل مسؤولية تقصيرية
مخففة، فحواها أن تقدير التعويض يتم وفقاً لما يراه القاضي مناسباً، وللمضرور
أن يؤسس دعواه على المضطر وفقاً لقواعد الإثراء بلا سبب.

أما في الفقه الإسلامي فكشفنا عن رأي الجمهور القائل بوجوب الضمان
على المضطر، كما بينا قول الظاهرية وبعض المالكية القائل بعدم وجوب الضمان
على المضطر، ثم حاولنا التوفيق بين الاتجاهين وتبين لنا من خلال الأدلة إمكان
رفع الضمان عن ضرورة الجوع بالنسبة لابن السبيل، وإيجاب الضمان فيما عدا
ذلك.

هذا وبعد أن بينا حالة الضرورة وأحكامها نعالج في المطلب التالي حالة
تنفيذ أمر الرئيس.

(١) سورة التوبة: الآية ٦٠.

المبحث الثالث

حالة تنفيذ أمر الرئيس

٥٥ - تمهيد. ٥٦ - الطبيعة القانونية لحالة تنفيذ أمر الرئيس. ٥٧ - شروط تنفيذ أمر الرئيس. ٥٨ - الأثر المترتب على حسن النية أو سوءها. ٥٩ - أدلة مشروعية تنفيذ أمر الرئيس في الفقه الإسلامي. ٦٠ - التفرقة من حيث الضمان بين الواجب والحق. ٦١ - أوجه الاتفاق والاختلاف بين الفقهاء المدني والإسلامي.

٥٥ - تمهيد: الأصل أن المأمور الذي ينفذ الأمر المشروع الصادر من رئيسه لا يعتبر مخطئاً ولو أضر بالغير، طالما لم يتجاوز الحدود المعقولة للتنفيذ، فإن تجاوز فإنه يسأل، كما يسأل الأمر إذا أصدر أمراً غير مشروع^(١).

ولذلك سنقتصر على بيان الضوابط التي إن تجاوزها المأمور أو الأمر حقت عليه المسؤولية وفقاً للقواعد العامة.

(١) انظر: د. محمد علي عمران مصادر الالتزام الإرادية وغير الإرادية، ص ١٥٦، مرجع سابق. د. محمد لبيب شنب: دروس في نظرية الالتزام، ف ٢١، ص ٣٥٢، سابق. حسن عكوش: المسؤولية المدنية في القانون المدني الجديد، ١٩٧٠م، ف ٢٢، ص ٣٦، دار الفكر الحديث.

٥٦ - الطبيعة القانونية لتنفيذ أمر الرئيس: نظمت المادة (١٦٧) من القانون المدني المصري والمادة (٣١١) من القانون المدني اليمني نطاق مشروعية التعدي حتى لا يساء استعمال هذه المشروعية بقولهما «لا يكون الموظف العام مسؤولاً عن عمله الذي أضر بالغير إذا قام به تنفيذاً لأمر صدر إليه من رئيس، متى كانت إطاعة هذا الأمر واجبة عليه، أو كان يعتقد أنها واجبة، وأثبت أنه كان يعتقد مشروعية العمل الذي وقع منه، وكان اعتقاده مبنياً على أسباب معقولة، وأنه راعى في عمله جانب الحيطة»^(١).

كما أضافت المادة (٣١١) مدني يمني إلى النص المذكور عبارة «ويسأل الأمر إذا توافرت في أمره صفات العمل غير المشروع» وفي تقديرنا أن إضافة هذه العبارة لا تنطوي على أكثر من تطبيق القواعد العامة، إذ أن المأمور - بحسب الأصل - لا يجوز له أن ينفذ الأمر غير المشروع، وفي هذا المعنى يقول الأستاذ

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ٣٧٣/٢، سابق. الجريدة الرسمية اليمنية، ملحق العدد الرابع، السنة الرابعة عشرة، ص ٥١، سابق. ويشمل تقنين العقوبات المصري على نص يقابل التقنين المدني هو نص المادة (٦٣) بقولها: «لا جريمة إذا وقع الفعل من موظف أميرى في الأحوال التالية، أولاً: إذا ارتكب الفعل تنفيذاً لأمر صادر إليه من رئيس وجبت عليه إطاعته أو اعتقد أنها واجبة عليه. ثانياً: إذا حسنت نيته وارتكب فعلاً تنفيذاً لما أمرت به القوانين أو اعتقد أن إجراءه من اختصاصه. وفي مشروع قانون العقوبات اليمني نصت المادة (٢٦) على أنه: «لا جريمة إذا وقع الفعل استعمالاً لحق مقرر بمقتضى القانون أو قياماً بواجب يفرضه القانون أو استعمالاً لسلطة يخولها - القانون...».

د. علي حسن عبد الله الشرفي: «الباعث وأثره في المسؤولية الجنائية»، دراسة مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه من جامعة القاهرة، الطبعة الأولى ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م، الزهراء للإعلام العربي، ف ١٣٧، ص ٢٣٣. حيث قال: «... وتستند - إباحة تنفيذ أمر الرئيس - إلى رعاية المصلحة العامة التي لا تستقيم أمور الحياة إلا بها، وهي تفوق في أهميتها الأهمية التي تتمتع بها المصالح الخاصة».

الدكتور محمد علي عمران: «وإذا كان في الأمر الصادر من الرئيس لمروسيه مخالفة صريحة للقانون فلا يجب على المرؤوس إطاعة هذا الأمر»^(١) ومفاد ذلك أن المخالفة إذا لم تكن صريحة بحيث لم يتبينها المأمور، كما لو أصدر مأمور المركز أمراً لأحد الضباط بالقبض على شخص معين وحسبه دون إذن النيابة العامة، فإن الأمر هو المسؤول، بعد أن يثبت الضابط أنه كان يعتقد مشروعية الأمر الذي نفذه، وأنه راعى جانب الحيطة والتبصر عند تنفيذه^(٢)، وحينئذ ينصرف حكم الفقرة المضافة في القانون المدني اليمني إلى حالة ما إذا خفى على المأمور عدم مشروعية الأمر، أما إذا علم قبل التنفيذ بعدم مشروعية الأمر فإنه يعتبر مخطئاً ولا ينجو من المسؤولية لأن عليه واجب الامتناع عن تنفيذ الأمر غير المشروع.

وحتى يكون الأمر صحيحاً فلا بد له من توافر شروط ثلاثة، وهذه الشروط تمثل في عمومها النطاق المشروع للتعدي فإن اختل شرط منها ظهرت فكرة الخطأ ووجب التعويض للمضرور عن الضرر الذي أصابه.

٥٧ - شروط تنفيذ أمر الرئيس: تنبثق شروط صحة تنفيذ أمر الرئيس من حكم المادتين (١٦٧) مدني مصري والمادة (٣١١) مدني يمني وهي:

أولاً: أن يكون من صدر منه الفعل الضار موظفاً عاماً: ومفاد هذا الشرط أن

(١) مصادر الالتزام: المصادر الإرادية وغير الإرادية، ص ١٥٦، سابق. وانظر في هذا أيضاً: د. محمد نجيب حسني: شرح قانون العقوبات، القسم العام، ص ٢٣٦، حيث قال: «إذا كان العيب واضحاً - في الأمر - سواء من تلقاء نفسه أو بعد البحث والتحري. فإن تهديد القانون للموظف بالعقاب يتضمن في الوقت نفسه الإلزام بالامتناع عن التنفيذ، وأبرز حالات وضوح العيب أن يكون الأمر بارتكاب جريمة».

(٢) د. السنهوري: الوسيط، ج ٢، ف ٥٢٣، ص ١١٠٣، سابق. د. محمد علي عرفة: التقنين المدني الجديد، شرح مقارن على النصوص، الطبعة الثانية، ١٩٥٥م، مكتبة النهضة العربية - القاهرة، ص ١١٦.

غير الموظف العام من المأمورين كالأولاد والزوجة أو المستخدمين أو العمال لا يستفيدون من نطاق مشروعية التعدي، كذلك: لو رخصت الإدارة لشخص بمزاولة عمل معين فإنه لا يترتب على ذلك الترخيص إعفاء المرخص له من المسؤولية عن الإضرار التي يحدثها بالغير^(١).

ثانياً: أن يكون الأمر بالتنفيذ قد صدر من رئيس تجب طاعته، ومفاد هذا الشرط أن الأمر إذا صدر من رئيس غير مختص، أو تجاوز الأمر حدود سلطته، أو كان مضمون الأمر مخالفاً للقانون فإن المأمور مسؤول عما سببه للغير من ضرر، ما لم يثبت اعتقاده بواجب الطاعة ومشروعية الأمر، والعلة في هذا الحكم: أن الرئيس ليس هو الذي تجب طاعته بل الأمر الذي صدر من هذا الرئيس هو الذي تجب له الطاعة^(٢).

ثالثاً: أن يثبت المأمور أنه راعى في تنفيذ الأمر جانب الحيطة والتبصر، ومفاد هذا الشرط أن على المأمور أن يقتصر في تنفيذ الأمر على الحد المعقول، فإذا تلقى أمراً بالقبض على شخص فليس له أن يزيد على القبض كأن يضرب المقبوض عليه أو يتلف ماله، كذلك إذا أوجب القانون مثلاً على أصحاب العمارات تبليغ جهة الإدارة عن الأجانب الذين يسكنون عمائرهم، أو أوجب على الأطباء التبليغ عن المصابين بأمراض معينة، فإن مسؤولية هؤلاء تنتفي عند الاقتصار على الغرض الذي حدده القانون حتى ولو تسببوا في إلحاق الضرر بمن تم الإبلاغ بهم، أما إذا تجاوز هؤلاء الحدود، فقام المالك أو الطبيب بالإبلاغ عن أشخاص أو أمراض لا تنطبق عليهم شروط الالتزام بالتبليغ عنها وترتب على ذلك إلحاق الضرر بالمبلغ عنهم، فإن التبليغ في مثل هذه الحالة لا يخلو من التجاوز

(١) د. سليمان مرقس: المسؤولية المدنية، ف ٦٠، ص ١٠٩، سابق.

(٢) انظر: مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني الجديد، ٣٧٤/٢، سابق.

ومن ثم يعتبر خطأ حتى لو حدث بحسن نية^(١).

وسبب ذلك: أن المأمور مؤاخذ بمسلك الرجل المعتاد، فعليه قبل أن يقدم على التنفيذ أن يتبين طبيعة الأمر الصادر إليه، وحدوده القانونية وفقاً لهذا المسلك، فإن تجاوز الحدود المشروعة للتنفيذ بحسن نية فما الأثر المترتب على ذلك؟

٥٨ - الأثر المترتب على حسن النية أو سوءها: الفرض الآن أن ضرراً حصل للمنفذ عليه من جراء تنفيذ الأمر غير المشروع الذي اعتقد المأمور مشروعيته، أو حصل الضرر نتيجة التجاوز في الحدود المشروعة للتنفيذ فمن المسؤول الأمر أم المأمور؟

للإجابة على هذا التساؤل ذهب الفقه إلى القول بأنه: يشترط لانتفاء المسؤولية فيما يصدر عن الموظف من فعل غير قانوني أن يكون حسن النية باعتقاده مشروعية الفعل، وأن يثبت أنه لم يرتكب الفعل إلا بعد التثبت والتحري، وأن اعتقاده بمشروعية الفعل قد بني على أسباب معقولة^(٢). ويبدو لنا أن معيار حسن النية إنما تظهر أهميته في نطاق المسؤولية الجنائية لعلاقته بتحقيق القصد من عدمه^(٣) أما في نطاق المسؤولية المدنية فليس له تلك الأهمية لأن حسن أو سوء النية لا يؤثر على حق المضرور في التعويض.

(١) د. سليمان مرقس: المسؤولية المدنية، ف ٥٩، ص ١٠٦، سابق. د. محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات «القسم العام»، ص ٢٣٢، سابق. د. محمود جمال الدين زكي: الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، ف ٢٥٢، ص ٥١٠، سابق.

(٢) حسين عامر: المسؤولية المدنية، ف ٢٤٦، ص ٢١٣، سابق. مصطفى مرعي: المسؤولية المدنية، ف ٤، ص ٦٢، سابق.

(٣) انظر: د. إسحاق إبراهيم منصور: رسالته «ممارسة السلطة وآثارها في قانون العقوبات» من جامعة القاهرة، ١٩٧٤م، ص ٢٠٣ وما بعدها. د. علي حسن الشرفي: رسالته الباحث وأثره في المسؤولية الجنائية، ف ١٤٠، ص ٢٣٧، سابق.

وهنا يثور التساؤل عن نهائية التعويض عن العمل المخالف للقانون هل يجب على الأمر أم على المأمور؟

للإجابة على هذا التساؤل يجب التمييز في نظرنا بين ثلاث حالات :

الحالة الأولى : أن يعلم المأمور أن في الأمر مخالفة صريحة للقانون كالأمر بارتكاب جريمة وبالرغم من هذا العلم قام بتنفيذه وأضر بالغير، في هذه الحالة يسأل المأمور جنائياً ومدنياً لأن الواجب هو الامتناع عما يخالف القانون، إذ الطاعة ليست لذات الأمر وإنما هي للقانون^(١).

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية في قضية تتلخص وقائعها في أن مأموراً قام بتنفيذ أوامر رؤسائه وحمل سيارة زيادة على حمولتها مما تسبب عن ذلك إلحاق ضرر بالغير، وحينما دافع المأمور عن نفسه أمام المحكمة بأنه إنما نفذ أوامر رؤسائه لم تعمل المحكمة بهذا الدفاع وقالت: «من المقرر أن طاعة الرئيس لا تمتد بأي حال إلى ارتكاب الجرائم.. . وأنه ليس على المرؤوس أن يطيع الأمر الصادر له من رئيسه بارتكاب فعل يعلم هو أن القانون يعاقب عليه.. . ومن ثم فإن تمسك الطاعن بالاحتماء بإطاعة رؤسائه في تحميل السيارة حمولة تزيد على المسموح به.. . يكون دفاعاً قانوناً ظاهر البطلان.. .»^(٢).

إلا أن هذا التخريج قد يقال فيه: أن على المأمور أن ينفذ الأمر والمسؤولية على الأمر. وللدرد على مثل هذا الاعتراض نقول: الأصل أن للمأمور أن يمتنع عن تنفيذ الأمر المخالف للقانون مخالفة صريحة، والامتناع في هذه الحالة أدنى حدود

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانوني المدني المصري الجديد، ٣٧٤/٢.

(٢) مجموعة أحكام النقض جنائي: المكتب الفني، ص ٢٥، من يناير حتى ديسمبر ١٩٧٤م، جلسة ٢٤ من نوفمبر ١٩٧٤م، (١٦٣)، طعن رقم ٨٦٩ لسنة ٤٤٤ق، ص ٧٥٦. وانظر: الوسيط للسنهوري، ج ٢، ف ٥٣٢، ص ١١٠٣، والأحكام المشار إليها في الهامش رقم (١).

الحرية، فإن نفذ مكرها فلا ينجو من المسؤولية تضامناً مع المكره، لأن عليه أن يمتنع والقضاء يحميه .

الحالة الثانية: أن ينطوي الأمر على مخالفة غير صريحة لم يتبينها المأمور، إلا أنه لو بذل جهداً معقولاً لتبين ما انطوى عليه الأمر من المخالفة للقانون، وترتب على التنفيذ إلحاق ضرر بالغير، في هذه الحالة يسأل الأمر والمأمور معاً، وسبب ذلك أن على المأمور أن يتثبت ويتحرى في قانونية الأمر كما يتثبت ويتحرى في تنفيذه وفقاً لمسلك الرجل المعتاد، ذلك أن القانون سمة حضارية عالية فلا بد على من يقومون بتنفيذه أن ينطلقوا من هذا المفهوم، وإلا فإن عدم الالتزام بحدوده القانونية ستأتي بنتائج عكسية .

الحالة الثالثة: أن يعتقد المأمور بحسن نية مشروعية الأمر، وأن تنفيذه من اختصاصه، وقام بتنفيذه، أو تجاوز حدود التنفيذ وأضر بالغير لكنه أثبت أنه لم يقم بالتنفيذ إلا بعد التثبت والتحري، وتبين أن اعتقاده بمشروعية الأمر قد قام على أسباب معقولة، في هذه الحالة لا شك لدينا في إعفائه من المسؤولية الجنائية، كما أنه لا يجب عليه التعويض، وإنما يجب على الأمر وحده .

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه: «لا جريمة إذا وقع الفعل من موظف تنفيذياً لما أمرت به القوانين، أو ما اعتقد أن إجراءه من اختصاصه متى حسنت نيته . . وأثبت أنه لم يرتكب الفعل إلا بعد التثبت والتحري وأنه كان يعتقد مشروعيته اعتقاداً مبنياً على أسباب معقولة»^(١).

(١) مجموعة أحكام النقض جنائي: المكتب الفني، ص ٢٨، من يناير حتى ديسمبر ١٩٧٧م، جلسة ٢، من يناير ١٩٧٧م، (٢)، طعن رقم ٩١١ لسنة ٤٦ق، ص ١٤. وانظر: الوسيط للسنهوري، ج ٢، ف ٥٣٣، ص ١١٠٤. و د. محمود جمال الدين زكي الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، ف ٢٥٢، ص ٥١٠.

ونخلص مما سبق إلى القول: بأن حسن النية في تنفيذ الأمر الصحيح، وإن أعفى المسؤول من العقوبة إلا أنه يجب أن لا يؤثر بحال.. على حق المضرور في التعويض.

٥٩ — أدلة مشروعية تنفيذ أمر الرئيس في الفقه الإسلامي: وجوب تنفيذ أمر الرئيس ثابت بالأدلة الشرعية منها قول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ، وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ، فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا﴾^(١). ومن السنة ما أخرجه الشيخان^(٢) عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «من أطاعني فقد أطاع الله، ومن عصاني فقد عصى الله، ومن يطع الأمير فقد أطاعني ومن يعص الأمير فقد عصاني»^(٣).

ويستفاد من هذه الأدلة أن طاعة الله ورسوله وطاعة الأمير ليست مجرد حق للمأمور، بل إنها واجبة من الواجبات التي يثاب المأمور على تنفيذها ويأثم ويجازى على عدم الطاعة^(٤).

ومع ذلك فإن واجب الطاعة ليس مطلقاً وإنما هو مقيد بشروط تمثل في مجموعها — إن جاز التعبير — النطاق المحدود لمشروعية التعدي وهي: أولاً: أن يكون للأمر ولاية على المأمور^(٥) أما إذا لم يكن للأمر ولاية فلا ضمان على الأمر

(١) سورة النساء: الآية ٥٩.

(٢) هما الإمام البخاري والإمام مسلم.

(٣) فتح الباري بشرح صحيح البخاري العسقلاني، ٥٩/١٣.

(٤) نيل الأوطار للإمام الشوكاني، ١٧٣/٧، سابق.

(٥) ويدخل في عموم الولاية، ولاية الأب على ابنه، أما عن ولاية الأب فجاء في مجمع الضمانات للبغدادي، ص ١٦٢، ما لفظه: «أمر ابنه البالغ ليوثق ناراً في أرضه ففعل وتعدت إلى أرض جاره فأنلفت شيئاً يضمن الأب لأن الأمر قد صح فانتقل فعل الابن إليه كما لو باشره الأب».

ويسأل المأمور، ومثال ذلك: لو أمر رجل رجلاً آخر أن يأخذ مال غيره ضمن الآخذ لأن الأمر لم يصح، وفي كل موضع لا يصح الأمر لا يجب الضمان على الأمر^(١). ثانياً: أن يكون المأمور به من الأفعال الجائزة شرعاً، وذلك يعني أنه ليس للإمام أن يأمر بفعل مخالف للشرع، وليس للمأمور أياً كان موظفاً أو غير موظف أن يمثل للأمر غير المشروع، بل إن المأمور منهي عن طاعة الأمر غير المشروع لما أخرجه الشيخان بسندهما عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «السمع والطاعة على المرء المسلم فيما أحب أو كره ما لم يؤمر بمعصية فإذا أمر بمعصية فلا سمع ولا طاعة»^(٢).

وقال الإمام ابن حزم: «حرام على كل من أمر بمعصية أن ياتمر لها، فإن فعل فهو عاص لله تعالى وليس له بذلك عذر»^(٣). وقالت مجلة الأحكام العدلية «ما حرم فعله حرم طلبه»^(٤).

ويستدل مما سبق على أن واجب الامتناع ينصرف إلى حالة ما إذا كانت عدم مشروعية الأمر ظاهرة ويستطيع المأمور أن يتبينها، أما إذا كانت عدم المشروعية غير ظاهرة كما لو أخطأ الحاكم في الحكم وتلقى المأمور الأمر بالتنفيذ وفي اعتقاده أن الأمر مشروع، وترتب على التنفيذ ضرر بالمحكوم عليه، فإن المأمور

= وجاء في شرح كتاب النيل وشفاء العليل ما لفظه: «أمر عبده أو طفله بتمديه، وإذا أقر أنه أمره بها، أو قامت بيته على أمره ضمن كل ما تلف بذلك».

(١) انظر: الضمان في الفقه الإسلامي: فضيلة الشيخ علي الخفيف، ص ٨٨، سابق. مجمع الضمانات للبغدادي، ص ١٥٨، سابق.

(٢) صحيح البخاري، ج ٩، حديث رقم ١٩٦٣، ص ٧٠٢. فتح الباري للعسقلاني، ١٣/١٠٥، سابق. نيل الأوطار للإمام الشوكاني، ٧/١٧٣، سابق. قواعد الأحكام للمعز بن عبد السلام، ٢/١٩٤، سابق.

(٣) المحلى للإمام ابن حزم، ١٠/٤٧١، مسألة رقم ٢٧٠، سابق.

(٤) المادة رقم ٣٥، ص ٢٠، سابق.

لا يؤاخذ بالضمان، لأنه معذور لوجوب الطاعة فيما لا يعلم أنه خطأ لأن الظاهر أن الإمام لا يأمر بما هو مخالف للشريعة، ومثال ذلك: لو قتل الجلاد رجلاً بأمر الإمام ظلماً وهو جاهل بالضمان على الإمام^(١).

٦٠ - التفرقة من حيث الضمان بين الواجب والحق: فرق الفقهاء من حيث الضمان بين العقوبات الواجب على أولي الأمر إجراؤها كالحدود المقررة بالنصوص، وبين العقوبات التعزيرية المفوض أمرها إلى تقدير الحاكم، والعلة في هذه التفرقة قولهم بأن إقامة الحدود واجبة، والواجب لا يتقيد بشرط سلامة العاقبة، ومثال ذلك لو أمر الإمام بإجراء الحد على مستحقه فمات منه، لا ضمان على الإمام ولا على بيت المال، لأن إقامة الحد مستحقة عليه والتحرز عن السراية ليس في وسعه فلو أوجبنا الضمان لامتنع الأئمة عن إقامة الحدود خوفاً من لزوم الضمان^(٢). قال في المغني: ولا نعلم بين أهل العلم خلافاً في سائر الحدود أنه إذا أتى بها على الوجه المشروع من غير زيادة أنه لا يضمن من تلف بها، وذلك لأنه فعلها بأمر الله ورسوله فلا يؤاخذ. وإن زاد على الحد فتلف وجب الضمان بغير خلاف نعلمه لأنه تلف بعدوانه فأشبهه ما لو ضربه في غير الحد^(٣) ويتفق هذا النظر مع المبدأ الذي تسير عليه القوانين الحديثة^(٤) وهو أن الأمر لا يسأل إلا إذا تجاوز الحد المشروع للعقوبة المقررة قانوناً.

أما العقوبات التعزيرية فقد اختلف الفقهاء في إيجاب الضمان على الأمر إذا مات المعزر به أو أصابه ضرر، فذهب جمهور الفقهاء إلى أنه: لا ضمان على

(١) المغني مع الشرح الكبير لابن قدامة، ٣٣٤/١٠، سابق. د. صبحي محمصاني: النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، ٢٢٧/١، سابق.

(٢) انظر: بدائع الصنائع للكاساني، ٣٠٥/٧، سابق.

(٣) المغني لابن قدامة مع الشرح الكبير، ٣٣٤/١٠، سابق.

(٤) عبد القادر عودة: التشريع الجنائي الإسلامي، ج ١، ف ٣٨٥، ص ٥٦٠، سابق.

الآمر إذا مات المعزر به، لأن التعزير واجب والواجب غير مقيد بشرط سلامة العاقبة فلا يضمن ما تلف به كالحديث^(١). وذهب الإمام الشافعي: إلى أن الإمام يضمن دية المحكوم عليه إذا مات من التعزير أو كانت العقوبة التعزيرية هي الموت، والعلة في هذا الحكم أن التعزير حق للإمام فله حق العفو عن الجريمة، والعفو عن العقوبة، كما أن من حقه اختيار العقوبة المناسبة للجريمة والمجرم فضلاً عن أن التعزير مقصود به التأديب لا الهلاك، والتعزير جائز بشرط سلامة العاقبة، فإذا حصل به الهلاك وجب الضمان على الإمام^(٢). وحنة أخرى ساقها الإمام ابن القيم قوى بها رأي الإمام الشافعي فقال: والشافعي رحمه الله نظر إلى أن المقدر لا يمكن النقصان منه فهو بمنزلة النص وأما غير المقدر كالتعزيرات والتأديبات فاجتهادية فإذا تلف بها ضمن لأنه في مظنة العدوان، ويدخل في التعزير عند الإمام الشافعي حد الخمر إذا زاد على أربعين جلدة، لأن ما زاد عليها مشروط بسلامة العاقبة^(٣) واستدل الإمام الشافعي: بأن علياً - كرم الله وجهه - قال: ما كنت لأدي من أقتت عليه الحد إلا شارب الخمر فإن رسول الله ﷺ لم يسن فيه شيئاً إنما هو شيء قلناه

(١) انظر: مجمع الضمانات للبغدادي، ص ٢٠١، سابق. نيل الأوطار للشوكاني، ١٤٥/٧، سابق. المغني لابن قدامة مع الشرح الكبير، ٣٤٩/١٠، سابق. بدائع الصنائع للإمام الكاساني، ٦٤/٧، سابق.

(٢) انظر: الوجيز للإمام الغزالي، ١٨٣/٢، سابق. عبد القادر عودة: التشريع الجنائي الإسلامي، ج ١، ف ٣٨٥، ص ٥٦٠، سابق. نيل الأوطار للإمام الشوكاني، ١٤٥/٧، سابق.

(٣) زاد المعاد في هدى خير العباد، ١٠٩/٣، سابق. المغني لابن قدامة مع الشرح الكبير، ٣٣٨/١٠، حيث قال: (صح أن النبي ﷺ جلد أربعين، ووجد أبو بكر أربعين، ووجد عمر ثمانين، ووجد «علي» الوليد بن عقبة أربعين). نهاية المحتاج للرملي، ١٤/٨. وحاشية الرشيد على نهاية المحتاج، ١٥/٨، سابق.

نحن^(١) كما استدلل بأن علياً أشار على عمر بضممان امرأة استدعاها عمر ففرغت وألقت جنينها حين أرسل إليها وقد عمل عمر بمشورته^(٢) وعلى ذلك فإن هذه الأدلة والحجج المؤيدة لرأي الإمام الشافعي رضي الله عنه تدل على أن تنفيذ العقوبة التعزيرية مشروط بسلامة العاقبة ونحن نميل إلى ما ذهب إليه الإمام الشافعي ونكتفي بما عبر عنه فضيلة العلامة الشيخ عبد القادر عوده حيث قال: «رأي الشافعي يؤدي إلى مبدأ اجتماعي صالح إذ يعوض ورثة المحكوم عليه عن موت عائلهم الذي يموت في أغلب الأحوال من عقوبة لم يقصد منها موته، ولا شك أن مثل هذا التعويض يساعد على حماية أسرة المحكوم عليه وتنشئة أولاده تنشئة حسنة^(٣) ونضيف عليه: بأن إيجاب الضمان على الأمر يجعله أكثر تبصراً إذ عليه قبل أن يأمر بالتعزير أن يقلب وجوه النظر زماناً ومكاناً، فإذا ما اقتضى الأمر التعزير فعليه ألا يغلو في استعماله باعتباره مسألة اجتهادية المقصود بها التأديب ومقتضى التأديب أن لا يصل إلى حد الإتلاف، فإن وصل إلى حد الإتلاف وجب الضمان.

٦١ - أوجه الاتفاق والاختلاف بين الفقهاء المدني والإسلامي: يتفق الفقهاء المدني والإسلامي في رفع المسؤولية الجنائية والمدنية عن المأمور إذا أضر بالغير عند تنفيذ الأمر المشروع، شريطة أن لا يتجاوز المأمور حدود التنفيذ، وأن يثبت أنه راعي جانب الحيطة والتبصر عند التنفيذ.

(١) أخرجه أبو داود بسنده عن عمير بن سعيد عن علي رضي الله عنه. انظر سنن أبي داود، ج ٤، حديث رقم ٤٤٨٦، ص ١٦٥، سابق.

(٢) نهاية المحتاج للرملي، ١٥/٨ و ٣٤، قال فيها: «وما وجب بخطأ إمام أو نوابه في حد أو تعزير، وحكم في نفس أو نحوها فعلى عاقلته كثيره، وفي قول في بيت المال إن لم يظهر منه تقصير. حاشية الشيراملسي على نهاية المحتاج، ١٦/٨. ونفس المعنى: زاد المعاد لابن القيم، ٢١٠/٣ وما بعدها.

(٣) عبد القادر عوده: التشريع الجنائي الإسلامي، ج ١، ف ٣٨٥، ص ٥٦٠، سابق.

كما يتفقان في الاعتداد بحسن نية المأمور إذا نفذ الأمر غير المشروع، وهو معتقد مشروعيته أو معتقد وجوب طاعة القانون في العمل الذي قام به، فإنه لا مسؤولية عليه في مثل هذه الحالات، وتقع المسؤولية على الأمر. كما يتفق الفقه القانوني أيضاً مع جمهور الفقه الإسلامي في عدم الضمان على الأمر إذا ما أصيب المنفذ عليه بضرر من جراء تنفيذ العقوبة أو التعزير، باعتبار أن القيام بذلك من باب الواجب على أولي الأمر، والواجب لا يتقيد بضمان سلامة العاقبة، في حين خالفهم الإمام الشافعي وأوجب الضمان على الأمر في العقوبات التعزيرية فقط بحيث إذا مات المعزر به من جراء تنفيذ العقوبة عليه، أو كانت العقوبة التعزيرية هي القتل فعلى الأمر الضمان^(١) لأن الأمر أو الحكم بالتعزير من الحقوق المخولة للسلطان واستعمال الحق مقيد بضمان سلامة العاقبة.

هذا وبعد أن بينا حالة تنفيذ أمر الرئيس نعالج في المطلب التالي الخطأ الناتج عن التعسف في استعمال الحق.



(١) توضيح: الأصل أن الضمان أو التعمير لا يجب على المسؤول إلا إذا ارتكب خطأ ترتب عليه ضرر، وعلاقة سببية بينهما، ومن هذا المفهوم قد يمتد البعض بأن التعزير غير واجب طالما وجب الضمان على الأمر ولكن المسألة ليست على هذا النحو: فإيجاب الضمان على الإمام في العقوبات التعزيرية — إذا ما أحدثت ضرراً بالمعزر به — ليس معناه أن الأمر بالتعزير غير مشروع في ذاته بل التعزير أمر مشروع، ولا يعد الأمر به إثماً، ولكن الإمام الشافعي رأى الضمان على الأمر باعتبار أن مسألة التعزير مسألة اجتهادية، وليست محددة بنص كالعقوبات، وطالما والمسألة اجتهادية فالغاية من ورائها التأديب، والتعزير تأديب، فإن أخذ به السلطان فشرطه أن لا يؤدي إلى الإتلاف فإن أدى إلى الإتلاف وجب الضمان.

المبحث الرابع الخطأ الناتج عن التعسف^(١) في استعمال الحق

٦١ - تقديم. ٦٢ - صورة المشكلة. ٦٣ - التحديد الدقيق لمعايير التعسف الشخصية والموضوعية في فقه القانون المدني. ٦٤ - معيار قصد الإضرار بالغير. ٦٥ - معيار الإخلال بالتوازن بين المصالح. ٦٦ - معيار عدم مشروعية المصلحة. ٦٧ - وجهة الفقه الإسلامي. ٦٨ - تقدير فكرة الخطأ التعسفي. بمختلف معايير.

٦١ - تقديم: متى كان استعمال الحق ضمن الحدود التي رسمها القانون فلا خطأ ولا مسؤولية، قضت بذلك المادة (٤) من القانون المدني المصري الجديد، وصدر المادة (١٨) من القانون المدني اليمني: حيث نصت على أن «من

(١) قال ابن منظور في لسان العرب، ٢٩٤٣/٤، مادة «عسف»: «الأصل في التعسف أن يأخذ المسافر على غير طريق ولا جادة ولا علم فيقال: اعتسف الطريق اعتسافاً إذا قطعه دون صوب توخاه فأصابه: ثم نقل إلى الظلم والجور فيقال: رجل عسوف إذا لم يقصد قصد الحق.. وفي الحديث: «لا تبلغ شفاعتي إماماً عسوفاً أي جائراً ظلوماً» وتعسف فلان فلاناً: إذا ركب بالظلم ولم يتصفه». نفس المعنى: مختار الصحاح للرازي، مادة «عسف»، ص ١٣٢.

استعمل حقه استعمالاً جائزاً لا يكون مسؤولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر^(١).

ويقابل هذا المعنى: حالة الخروج عن الحق أو تجاوز حدود الرخص والحريات العامة، كما لو تعدى رجل في البناء حدود أرضه وبنى في ملك غيره، أو مشى في الطريق العام وأتلف مالا لغيره فإنه لا يسمى متعسفاً وإنما يعتبر مخطئاً^(٢) وفي هذا المعنى قالت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري الجديد: «إن التعسف يرد على الحقوق وحدها، أما الرخص فلا حاجة إلى فكرة التعسف لأن أحكام المسؤولية المدنية تتكفل بذلك على خير وجه^(٣)، كما يخرج عن هذا المعنى حالة الخروج من الشروع فإن للشخص أو للإنسان أن يطلب فرز نصيبه، وإن ترتب على ذلك إلحاق ضرر بشركائه في الملك الشائع ولا يعتبر متعسفاً^(٤)».

وتبعاً لذلك نحصر الكلام في التعسف في استعمال الحق ذاته لنرى هل تعتبر فكرة التعسف تطبيقاً لفكرة الخطأ التقصيري، أم أن الخطأ التعسفي من نوع آخر؟.

٦٢ — صورة المشكلة: الأصل أن لصاحب الحق أن يستأثر باستعمال حقه في حدود القانون^(٥) ولكن إذا أساء في استعمال حقه حتى أضر بالغير، فهل يمنع من الاستعمال؟ أو يلزم بالتعويض؟ أو يترك يستعمل حقه كيف شاء؟.

(١) انظر: مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ١٩٩/١، سابق. والجريدة الرسمية اليمنية، ملحق العدد الرابع، ص ٣، سابق.

(٢) انظر: الوسيط للسنهوري، ج ٢، ف ٥٤٥، ص ١١٣٠. د. محمود جمال الدين زكي: الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، ف ٢٥٩، ص ٥٣٩.

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني، ٢٠١/١هـ.

(٤) مصطفى مرعي: المسؤولية المدنية في القانون المصري، ف ٧٤، ص ٧٣.

(٥) د. أحمد رفعت خفاجي: نظرية التعسف في استعمال الحق، مصر المعاصرة، أكتوبر ١٩٥٦م، ص ٤٧، العدد ٢٨٦، ص ٧٩.

اختلفت الإجابة على كل هذه التساؤلات تبعاً لنوع المذهب السائد، فالأفكار التقليدية كانت ترى أن لصاحب الحق مطلق الحرية في أن يستعمل حقه في الحدود التي رسمها القانون على نحو مطلق وإن أضر بالغير وفلسفة هذا المذهب تقوم على أن الفرد هو الهدف من تنظيم المجتمع وأن حقوقه الطبيعية سابقة على القانون، ومقتضى ذلك فإنه لا قيد على حريته ومن ثم لا يعتبر متعسفاً حتى ولو أضر بالغير طالما لم يخرج عن حدوده القانونية، وقد كان القانون الفرنسي – في عهد الثورة الفرنسية – يجعل من حقوق الإنسان حقوقاً مطلقة مقدسة، حيث لم يكن فيه حدود جدية تقيد من حرية الإنسان في استعمال حقه ما دام لم يجاوز الحدود المادية لهذا الحق^(١).

غير أن تشابك الحياة الاجتماعية . وارتباط مصالح الأفراد مع بعضهم البعض قد أبرز مساوئ التمسك بالنظر التقليدي ومن ثم اتجهت الأفكار الحديثة وجهة عكسية مفادها فرض القيود على صاحب الحق في استعمال حقه، ومحور فلسفة هذه الأفكار تقوم على النظر إلى الفرد باعتباره كائناً اجتماعياً، وما وظيفة القانون إلا المحافظة على كيان المجتمع ككل.

ومن ثم فإن مصلحة الفرد إنما تتحقق من خلال مصلحة المجتمع حتى قيل بأن الحق ما هو إلا وظيفة اجتماعية^(٢).

(١) الوسيط للسنهوري، ج ٢، ف ٥٥٥، ص ١١٧٢. د. محمود جمال الدين زكي: الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، ف ٢٥٤، ص ٥١٦. د. أحمد رفعت خفاجي: مستقبل نظرية الخطأ تحت ستار الحقوق، مجلة المحاماة، العدد الثامن، س ٣٤، ص ١٣١٧.

(٢) انظر: د. إسماعيل غانم: محاضرات في النظرية العامة للحق، ص ١٦٥، سابق. د. عبد الودود يحيى: دروس في مبادئ القانون، ١٦٣/٢، سابق. د. أحمد رفعت خفاجي: الخطأ تحت ستار الحقوق، بحث بمجلة المحاماة، س ٣١، العدد الثالث، ص ٦٣٧. د. محمد شوقي السيد: التعسف في استعمال الحق، ص ١٠، سابق.

ولا يخفى ما في الاتجاهين من التطرف، إذ العدل يأبى أن يترك الفرد حراً يستعمل حقه كيف شاء وإن أضر بالغير، كما يأبى في نفس الوقت أن تغل يده عن استعمال حقه طالما استعمله استعمالاً مشروعاً لا يضر بالغير ولذلك فقد وضع القانون المدني المصري واليمني ثلاثة معايير للتعسف في استعمال الحق بغية إيجاد التوفيق بين حرية الفرد في استعمال حقه وبين حماية الغير من الأضرار غير المألوفة، فما هو التحديد الدقيق لهذه المعايير؟ وهل تعتبر تطبيقاً لفكرة الخطأ التقصيري أم أن لها سمة أخرى؟.

٦٣ - التحديد الدقيق لمعايير التعسف الشخصية والموضوعية: استنبط القانون المدني المصري واليمني معايير التعسف في استعمال الحق من الفقه الإسلامي بوجه خاص.

وفي هذا المعنى قال الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري رحمه الله: «... وقد ساعد على اختيار هذا المسلك إقرار الشريعة الإسلامية لنظرية التعسف في استعمال الحق بوصفها نظرية عامة، وعناية الفقه الإسلامي بصياغتها صياغة تضارع إن لم تفق في دقتها وأحكامها أحدث ما أسفرت عنه مذاهب المحدثين من فقهاء الغرب»^(١) حيث أفصحت المادة رقم (٥) من القانون المدني المصري والمادة رقم (١٨) من القانون المدني اليمني عن معايير التعسف بقولهما^(٢): يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية:

(أ) إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير.

(ب) إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر.

(١) انظر: د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط، ج ٢، ف، ص ١١٧٧.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية القانون المدني المصري الجديد، ١/٢٠٠، سابق. الجريدة الرسمية اليمنية: ملحق العدد الرابع، السنة الرابعة عشرة، ص ٣، سابق.

(ج) إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة».

ويتبين من النص أن معايير التعسف تنقسم إلى قسمين رئيسيين: الأول شخصي أو ذاتي ومفاده البحث في نوايا صاحب الحق عن قصد الإضرار، والثاني موضوعي أو مادي: ومفاده الموازنة بين ما يعود على صاحب الحق من مصلحة، وما يصيب الغير من ضرر، كما يدخل ضمن المعيار الموضوعي، معيار عدم مشروعية المصلحة، ومعيار الضرر الفاحش^(١) فيا ترى هل تتفق هذه المعايير من حيث المضمون مع معيار الخطأ التقصيري؟ أم أن الخطأ التعسفي من نوع آخر؟ ذلك ما نحاول بحثه من خلال معايير التعسف ذاتها.

٦٤ - أولاً: معيار قصد الإضرار بالغير: مضمون هذا المعيار هو البحث في نية صاحب الحق، هل قصد بفعله الإضرار بالغير أم لا، ولصعوبة استخلاص هذا القصد، اختلف الفقهاء في الاستدلال عليه، فحدده البعض: بأن يكون إحداث الضرر هو العامل الأصلي الذي غلب عند صاحب الحق وهو يستعمل حقه، ولا تحول المنفعة الثانوية دون القول بأن قصد الإضرار هو مآربه الوحيد^(٢) وحدده البعض الآخر بأن يكون قصد الإضرار هو القصد الوحيد لا الغالب من استعمال الحق^(٣).

-
- (١) د. محمد شوقي السيد: التعسف في استعمال الحق، ف ٢٦٩، ص ٢٦٧، سابق.
- (٢) انظر من هذا الفريق: د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط، ج ٢، ف ٥٦٠، ص ١١٨٢، سابق. د. محمد علي عمران: المدخل للمعلوم القانونية، ف ١٥٤، ص ٣٤٣، سابق.
- حسين عامر: المسؤولية المدنية، ف ٢٩٨، ص ٢٦٧، سابق. د. أنور سلطان: «التعسف في استعمال حق الملكية»، مجلة القانون والاقتصاد، السنة ١٧، العدد الأول، ص ١٠٥.
- (٣) انظر من هذا الفريق: د. سليمان مرقس: المسؤولية المدنية، ف ٧٠، ص ١٢٨، سابق.
- د. حسن كيره: المدخل إلى القانون، ص ٧٧٣، سابق. قريب منه: د. نبيل إسماعيل صمر: سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، ف ٢٤٣، ص ٢٧١، سابق.

ويبدو لنا أن البحث في مدى قصد الإضرار هل هو الوحيد أم الغالب، أمر غير مجد من الناحية العملية، ذلك أن قصد الإضرار في حد ذاته أمر نفسي يصعب على المضرور إثباته هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن قصد الإضرار على فرض وجوده في نية المسؤول، إلا أنه لا بد أن يقترن بالمعيار الموضوعي المتمثل في عدم المصلحة أو تفتاتها، فإذا ما تبين للقاضي عدم مصلحة صاحب الحق من استعمال حقه، أو تفتاتها تؤكد له قصد الإضرار من قرائن الأحوال لا من همسات النفس وفي هذا المعنى يقول الأستاذ الدكتور محمد علي عمران «وعادة ما يستنتج القضاء من انعدام المصلحة لدى صاحب الحق قصد الإضرار بالغير...»^(١).

وتطبيقاً لذلك: قضت محكمة النقض المصرية: إن لقاضي الموضوع سلطة تامة في استخلاص حسن النية أو سونها.. مما يستشفه من ظروف الدعوى وملابساتها متى كان استخلاصه قائماً على أسباب سائغة وكافية لحمل قضائه^(٢).

وهذا يدل على أن معيار سوء النية لا يستفاد إلا من القرائن الخارجية القائمة على مخالفة السلوك المألوف، ويؤيد هذا المعنى ما جاء في قضية أخرى تتلخص وقائعها في: أن مؤجراً ادعى أن المستأجر تأخر عن دفع الإيجار فقضت المحكمة.. بطرد المستأجر، قام هذا الأخير باستئناف الحكم وتبين من الدعاوى والدفع أن المؤجر هو الذي رفض قبض الإيجار المقرر.

(١) المدخل للعلوم القانونية: ف ١٥٤، ص ٣٤٣، سابق. نفس المعنى: د. نعمان خليل جمعة: دروس في المدخل للعلوم القانونية، ص ٥١٠. د. إسماعيل غانم: محاضرات في النظرية العامة للحق، ص ١٦٧، سابق.

(٢) مجموعة أحكام النقض مدني، ص ١٨، العدد الثالث، جلسة ١٥/٦/١٩٦٧م، (١٩٧)، طعن رقم ١٤٧، لسنة ٣٤ق، ص ١٢٩٨. ونفس المعنى: مجموعة أحكام النقض، مدني، ص ٢٠، العدد الأول، جلسة ٤، من فبراير ١٩٦٩م، (٣٧)، طعن رقم ٤٩، لسنة ٣٥ق، ص ٣٣٧.

وقررت محكمة الاستئناف إلغاء حكم الطرد ووجوب تمكين المستأجر من الانتفاع وتعويضه بمبلغ خمسمائة جنيه. ثم طعن المؤجر في الحكم بالنقض، وقررت محكمة النقض وجوب تمكين المستأجر من الانتفاع وتعديل مبلغ التعويض إلى ٤٢٠ جنيهاً عن الضررين المادي والأدبي وقالت:

«حق الالتجاء إلى القضاء وإن كان من الحقوق العامة التي تثبت للكافة إلا أنه لا يسوغ لمن يباشر هذا الحق الانحراف به عما شرع له واستعماله استعمالاً كيدياً ابتغاء مضارة الغير وإلا حقت مساءلته عن تعويض الأضرار التي تلحق الغير بسبب إساءة استعمال هذا الحق»^(١).

وما يعنينا بيانه في هذا الحكم هو بيان حقيقتين أساسيتين، أحدهما: أن الخطأ التعسفي ما هو إلا الانحراف عن السلوك المألوف، والانحراف عن هذا السلوك صورة من صور الخطأ التقصيري. وثانيهما أن معيار قصد الإضرار لا يستفاد إلا من طبيعة النزاع وملابساته، كما يستفاد أيضاً من المعايير الموضوعية الآتي بيانها:

٦٥ - ثانياً: المعايير الموضوعية:

(١) معيار الإخلال بالتوازن بين المصالح: لا يظهر الخطأ التعسفي وفقاً لهذا المعيار إلا حينما ترجح كفة الإضرار بالغير على المصلحة التي تعود على صاحب الحق، وفي هذا المعنى ذهب الفقه إلى القول بأنه: ليس المقصود تحقيق التوازن الدقيق بين مصلحة صاحب الحق والضرر الواقع على الغير ولكن ينظر إلى الراجح وفقاً للمجرى العادي للأمر^(٢).

(١) مجموعة أحكام النقض، مدني، س ١٨، العدد الرابع، جلسة ٢٨ من ديسمبر ١٩٦٧م، قاعدة (٢٩٣)، طعن رقم ٣١٠ لسنة ٢٤ق، ص ١٩٤٣.

(٢) د. سليمان مرقس: المسؤولية المدنية، ف ٧١، ص ١٢٨، سابق. عثمان سعيد عثمان: «استعمال الحق كسبب للإباحة»، رسالة من جامعة القاهرة، ١٩٦٨م، ص ١٠.

ومفاد هذا القول: أنه لا تعسف عند إحداث الضرر المألوف كمضار الجوار المألوفة لغلبة المصلحة على الضرر الواقع على الغير، أما إذا غلب الضرر على المصلحة - كما لو أقام شخص مدخنة على سطح منزله أمام نافذة جاره، وكان يمكنه بسهولة تحويلها في مكان آخر - فإن المالك في هذه الحالة قد تعسف في استعمال حقه، وخالف السلوك المألوف وفقاً لمعيار الإخلال بالتوازن بين المصالح المستفاد من واقع العمل ومظاهره الخارجية^(١).

ويلحق بمعيار الإخلال بالتوازن بين المصالح من حيث المضمون، معيار الضرر الفاحش الناتج عن غلو المالك في استعمال حق الملكية المنصوص عليه في المادة (٨٠٧) من القانون المدني المصري الجديد والمادة (١١٦٨) من القانون المدني اليمني ونصهما^(٢) على النحو الآتي:

- ١ - على المالك ألا يغلو في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار.
 - ٢ - وليس الجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة، التي لا يمكن تجنبها وإنما له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف.
- ومن أمثلة الضرر الفاحش: أنه ليس للجار أن يدق بشدة بجوار حائط جاره لكي لا يوهنها. . وليس له أن يضع ماكينة تطلق أصواتاً مدوية في منطقة سكنية حتى لا يزعج جيرانه، وأن لا يحدث في الليل أصواتاً عالية تقلق الكبار وتزعج الصغار^(٣).

(١) د. إسماعيل غانم: محاضرات في النظرية العامة للحق، ص ١٦٨، سابق. د. سليمان مرقس: شرح القانون المدني، ط ١٩٦٤م، ج ٢، ف ٣٩١، ص ٣٥٦.

(٢) انظر: مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري الجديد، ٢٨/٦. المذكرة الإيضاحية للقانون المدني اليمني: الصادر عن مجلس الشعب التأسيسي، ٤/٤٢٩، سابق.

(٣) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني اليمني، ٤/٤٢٩، جاء فيها: أما الروائح والأدخنة التي تخرج من الأفران والمطابخ في المنازل عادة، فعلى الجار أن يتحملها لأنها لا تعتبر أضراراً فاحشة.

فإن فعل مثل هذا فقد غالى في استعمال حقه^(١) لإحداثه الضرر الفاحش بالغير المستفاد من عدم مألوفية السلوك.

وإذا قيل بأن الغلو في استعمال حق الملكية إنما هو خروج عن حدود الحق لا تعسفاً في استعماله، فذلك صحيح من حيث التسمية لطبيعة الفعل. إلا أن هذه التسمية في نظرنا لا تؤثر على كون الضرر الفاحش صورة من صور السلوك غير المألوف، والسلوك غير المألوف لا يخرج عن كونه صورة من صور الخطأ التقصيري الذي يجب إزالته عيناً، أو بالتعويض عنه إن كان ممكناً.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية في قضية تتلخص وقائعها في أن الطاعن.. أقام الدعوى رقم.. على المطعمون ضدها.. طالباً إلزامها بأن تدفع له تعويضاً قدره ألف جنيه لمخالفتها للفيود التي فرضتها شركة توحيد الأراضي المصرية والمتمثلة في ترك مسافة ثلاثة أمتار فضاء على الأقل من الحد الشرقي.. لكن المطعمون ضدها أقامت مباني الواجهة على الصامت.. مما ترتب عليه حبس النور والهواء.. كما أنشأت المطعمون ضدها مرحاضاً ملاصقاً لملك الطاعن بالرغم من سعة الحديقة.

وبعد ندب الخبير ونظر الدعوى والدفع قررت محكمة أول درجة بإلزام المطعمون ضدها بأن تدفع للطاعن مبلغ أربعمائه جنيه عن الأضرار الناتجة عن الأعمال وإنشاء المرحاض.. استأنفت المطعمون ضدها هذا الحكم وقررت محكمة

(١) انظر: د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط، ج ٢، ف ٥٥١، هـ ١، ص ١١٦٥. نفس المعنى: مصطفى مرعي: المسؤولية المدنية في القانون المصري، ف ١٠٧، ص ١٠٠، سابق. د. محمد علي عمران: المدخل إلى العلوم القانونية، ف ١٥٤، ص ٣٤٥. د. حسن كبير: المدخل إلى القانون، ص ٧٧٨، سابق.. حيث قال: «بأن الشريعة الإسلامية وهي التي اعتمد عليها المشرع المصري اعتماداً رئيسياً في صياغة نظرية عامة للتعسف تجري على اعتبار الضرر الفاحش من معايير التعسف. ولا يوجد في الأعمال التحضيرية ما يفصح عن رغبة المشرع المصري في المدول عنه».

الاستئناف تعديل مبلغ التعويض إلى ١٦٠ جنيهاً . ثم طعن الطاعن في هذا الحكم بطريق النقض وقررت محكمة النقض: «بأن تقدير التعسف والغلو في استعمال المالك لحقه هو من شؤون محكمة الموضوع، كما أن تقدير التعويض الجابر للضرر . . هو مما تستقل به محكمة الموضوع متى كان القانون لا يلزمها باتباع معايير معينة في شأنه»^(١).

ويستفاد مما قرره محكمة النقض أن التعسف في استعمال الحق أو الغلو في استعمال الملك ما هو إلا صورة من صرورة الخطأ التقصيري القائم على الفعل غير المألوف .

أما رأينا فيما قضت به محكمة أول درجة فكان الأكثر حسماً للتراع لو أنها قضت بنقل المرحاض وفقاً لحكم المادة رقم ١/٥ من القانون المدني – إذ هو عين المشكلة – لما فيه من الضرر الفاحش، ولتوفر قصد الإضرار بالطاعن المستفاد من قيام المطعون ضدها بعمل هذا المرحاض في المكان الملاصق لملك الطاعن بالرغم من إمكان بنائه في أي جانب آخر من جوانب الحديقة الواسعة .

(٢) معيار عدم مشروعية المصلحة: إذا كان المعيار الموضوعي المتمثل في الإخلال بالتوازن بين المصالح، أو الضرر الفاحش لا يخرج عن كونه خطأ تقصيرياً يقوم على معيار السلوك غير المألوف، فإن معيار عدم مشروعية المصلحة^(٢)،

(١) مجموعة أحكام النقض، مدني، س ٢٠، العدد الأول، من يناير حتى مارس ١٩٦٩م، جلسة ١٢، من فبراير ١٩٦٩م، (١٥)، طعن رقم ١٩، لسنة ٣٥ق، ص ٣١٧.

(٢) وقد فضل المشرع وغالبية الشراح معيار «عدم مشروعية المصلحة» على معيار الغرض الاجتماعي، لما يعتري معيار الغرض الاجتماعي من عوامل التأثير بالاعتبارات السياسية والنزعات الاجتماعية. انظر: د. عبد الحي حجازي: مصادر الالتزام، ٤٦٦/٢، سابق. في حين عبر البعض الآخر: بأن معيار عدم مشروعية المصلحة إنما يقوم على فكرة الغرض الاجتماعي. انظر: حسين عامر: المسؤولية المدنية، ف ٣٠٠، ص ٢٧٢، سابق. ويبدو لنا أن معيار عدم مشروعية المصلحة أدق مضموناً من معيار الغرض الاجتماعي.

يجعل المسؤول مخطئاً حتى ولو لم يقصد الإضرار بالغير، بل ولو كانت المصلحة بالنسبة له ذات أهمية كبيرة، والعلة في ذلك أن الحقوق في حد ذاتها ليست لها قيمة في نظر القانون إلا بقدر ما تحققه لأصحابها من مصالح مشروعة^(١) وعلى ذلك فصاحب العمل الذي يقوم بفصل أحد العمال لانتمائه إلى نقابة من النقابات التي يقرها القانون، يعتبر متعسفاً لعدم مشروعية المصلحة^(٢). كذلك مالك الأرض الذي يقيم على أرضه أعمدة شاهقة الارتفاع تعرض الطائرات للاشتباك بها كي يجبر شركة طيران - تهبط طائراتها في أرض مجاورة - على شراء أرضه بثمن مرتفع، فإنه يعتبر متعسفاً في استعمال حقه، لأنه يرمي من وراء هذا الاستعمال إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة^(٣).

واستعمال الحق بغية تحقيق مصلحة غير مشروعة صورة من صور السلوك غير المألوف، والسلوك غير المألوف هو ذات الخطأ التقصيري الذي يجب إزالته عيناً، أو بالتعويض عما سببه للغير من ضرر.

٦٦ - وجهة الفقه الإسلامي: جاءت الشريعة الإسلامية بأوامر ونواه كلية، وتطبيقات قضائية، كلها تمثل نهجاً وسطاً بين الاتجاهين، فلم تترك الفرد حراً يستعمل حقه كيف شاء وإن أضر بالغير، كما أنها لا تمنعه من استعمال حقه طالما تقيّد بواجب عدم الإضرار بالغير، أو بالصالح العام، دل على ذلك قول الله تعالى:

(١) د. محمد علي عمران: المدخل للعلوم القانونية، ف ١٥٤، ص ٢٤٤، سابق.

(٢) انظر: د. عبد المنعم فرج الصده: مبادئ القانون، ص ٣١٦، سابق. د. ثروت أنيس الأسيوطي: المنهج القانوني بين الرأسمالية والاشتراكية، مجلة مصر المعاصرة، السنة ١٩٦٠م، أبريل ١٩٦٩م، العدد ٣٣٦، ص ٤٦٨ - ٤٦٩: «ويكفي لوجود التعسف مخالفة حسن النية أو حسن الآداب».

(٣) د. سليمان مرقس: المسؤولية المدنية، ف ٧١، ص ١٣٠، سابق. د. نعمان خليل جمعة: دروس في المدخل للعلوم القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٦م، ص ٥١١.

﴿إن الله يأمر بالعدل والإحسان وإيتاء ذي القربى، وينهى عن الفحشاء والمنكر والبغى...﴾^(١)، وأخرج أبو داود بسنده عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال: «ما زال جبريل يوصيني بالجار حتى ظننت أنه سيورثه»^(٢) وقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: «لا ضرر ولا ضرار»^(٣). وأخرج أبو داود بسنده عن أبي هريرة، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يؤذ جاره، ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليقل خيراً أو ليصمت»^(٤).

كذلك أخرج الإمام مالك بسنده عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «لا يمنع أحدكم جاره خشبة يفرزها في جداره» ثم يقول أبو هريرة مالي أراكم عنها معرضين والله لأرمين بها بين أكتافكم»^(٥).

ومن التطبيقات القضائية ما أخرجه الإمام مالك عن المازني عن أبيه أنه قال: «كان في حائط جده (ربيع) لعبد الرحمن بن عوف، فأراد عبد الرحمن أن يحوله إلى ناحية من الحائط هي أقرب إلى أرضه فمنعه صاحب الحائط فكلم عبد الرحمن بن عوف عمر بن الخطاب في ذلك ف قضى لعبد الرحمن بن عوف بتحويله»^(٦).

(١) سورة النحل: الآية ٩٠.

(٢) سنن أبي داود، ج ٤، حديث رقم ٥١٥٢، ص ٣٣٨.

(٣) سبق تخريجه، ف ١١.

(٤) سنن أبي داود، ج ٤، حديث رقم ٥١٥٤، ص ٣٣٩. نفس المعنى: إحياء علوم الدين للإمام الغزالي، دار المعرفة - بيروت - ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م، ٢/٢٠٨. وبهامشه المغني عن حمل الأسفار في تخريج ما في الإحياء من الأخبار، ٢/٢٠٨.

(٥) موطأ الإمام مالك: ص ٦٣٨.

(٦) موطأ الإمام مالك: ص ٦٣٩. الربيع، ربيع: جزء من أربعة. مختار الصحاح للرازي، مادة ربيع، ص ٢٢٩.

وقضية أخرى هي: أن الضحاك بن خليفة ساق خليجاً له فأراد أن يمر به في أرض محمد بن مسلمة فأبى. . فكلم فيه الضحاك عمر بن الخطاب فقال عمر لم تمنع أخاك ما ينفعه وهو لك نافع تسقى به أولاً وآخرأ وهو لا يضرك فقال محمد: لا والله فقال عمر: والله ليمرن به ولو على بطنك، فأمره عمر أن يمر به ففعل الضحاك^(١).

وأورد ابن القيم قضية مفادها: «أن رجلاً كانت له شجرة في أرض غيره، وكان صاحب الأرض يتضرر بدخول صاحب الشجرة فشكا ذلك إلى النبي ﷺ، فأمر صاحب الشجرة أن يقبل بدلها، أو يتبرع بها لصاحب الأرض، فلم يفعل، فأذن لصاحب الأرض أن يقلعها وقال لصاحب الشجرة: (إنما أنت مضار)^(٢).

وقد استنبط علماء الأصول من عموم الشريعة وتطبيقاتها قواعد أصولية منها قاعدة «سد الذرائع»، قال الإمام القرافي: سد الذرائع معناه حسم مادة وسائل الفساد^(٣)، وقال الإمام الشاطبي: النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعاً. . ذلك أن المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال الصادرة عن المكلفين بالإقدام أو الإحجام إلا بعد النظر إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل^(٤).

وضابط القول: أن قاعدة سد الذرائع تقيد استعمال الحق بما لا يضر بالغير، وفي هذا المعنى قال الإمام محمد أبو زهرة رحمه الله: «فالأصل في اعتبار الذرائع هو النظر إلى مآلات الأفعال. فيأخذ الفعل حكماً يتفق ما يؤول إليه، سواء كان يقصد ذلك الذي آل إليه الفعل أم لا يقصده، فإذا كان الفعل يؤدي إلى مطلوب فهو

(١) موطأ الإمام مالك، ص ٦٣٩.

(٢) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن القيم، ص ٢٦٤، سابق.

(٣) الفروق للقرافي، الفريق الثامن والخمسون، ٣٢/٢. د. عبد المجيد مطلوب: أصول الفقه الإسلامي، ١٩٨٧م - ١٩٨٨م، ص ١٨٧.

(٤) الموافقات للشاطبي: المسألة العاشرة، ١١٠/٤، سابق.

مطلوب، وإن كان لا يؤدي إلا إلى شر فهو منهي عنه»^(١)، وقال الأستاذ الدكتور عبد المجيد مطلوب: «الأصل في اعتبار الذرائع هو النظر إلى مآلات الأفعال»^(٢).

وبهذا المعنى فإن قاعدة سد الذرائع تعتبر أصلاً من الأصول العامة التي تنبثق عنها فكرة منع التعسف في استعمال الحق، إذ النهي عن استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير من أهم مقاصد الشريعة.

لذلك فإن علماء الفروع قد قربوا إلى الأذهان هذا المعنى مما استنبطوه من القواعد الفقهية^(٣) المستنبطة من مجموع الأدلة الشرعية، من هذه القواعد، قاعدة «الضرر يزال»^(٤) ومضمونها واضح وهو أنه إذا كان الضرر قد وقع فيجب إزالته، وإذا كان متوقفاً فيجب دفعه، قال الإمام ابن حزم: «لا يجوز لأحد أن يدخن على جاره لأنه أذى»^(٥) ونظير ذلك ما قيل: يمنع من حفر بئراً في ملكه لينجذب ماء البئر

(١) أصول الفقه، ف ٢٧٨، ص ٢٢٨، سابق.

(٢) انظر: أصول الفقه الإسلامي، ص ١٨٧.

(٣) القاعدة الفقهية تختلف عن القواعد الأصولية، فالقاعدة الأصولية موضوعها الدليل الشرعي نفسه وهي من صنع علماء الأصول، أما القاعدة الفقهية – فهي من صنع علماء الفروع – وموضوعها فعل المكلف نفسه وهي قاعدة لها فائدة كلية في ضبط المسائل المتفرعة عنها. أنظر في هذا المعنى بتفصيل أوفى: الباب الثاني من كتاب المدخل لدراسة الفقه الإسلامي للأستاذ الدكتور محمد الحسيني حنفي رحمه الله: ص ٢٦٤ سابق. وتوجد هذه القواعد في الكتب المشهورة مثل: الأشباه والنظائر لابن نجيم: ومثلها للسيوطي: وفي المنتزح المختار لابن مفتاح: ٤٦/٣ – ٤٨. وفي مجلة الأحكام العدلية: المقالة الثانية وتضمن ٩٩ قاعدة.

(٤) انظر: مجلة الأحكام العدلية، مادة ٢٠. غمز عيون البصائر للحموي، القاعدة الخامسة، ٢٧٤/١، سابق.

(٥) المحلى، ٢٤٢/٨، مسألة رقم ١٣٥٧، سابق.

عن ملك غيره»^(١)، ومن أمثال هذه القواعد قاعدة: «الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف»^(٢) ويظهر أنها تعالج حالة التناسب بين مصلحة صاحب الحق والضرر الذي سيعود على الغير فتقضي بواجب إزالة الضرر الأشد، ويتفرع عنها قاعدتان أخريان هما: «يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام»^(٣) ومثال ذلك واجب التسعير عند تعدي أرباب الطعام في بيعه بغبن فاحش^(٤) كذلك واجب «منع المفتي الماجن، والطبيب الجاهل، والمكاري المفسد»^(٥) كل ذلك دفعاً للضرر العام، ومن فروع القاعدة أيضاً منع اتخاذ حانوت للطبيخ بين البرازين^(٦).

أما قاعدة «يختار أهون الشرين» فيظهر من تطبيقاتها أنها تعالج حالة الموازنة بين المصالح الخاصة ومثال ذلك «لو غصب شخص خشبة وأدخلها في بنائه فإن كانت قيمة البناء أكثر، يملكها صاحبه بالقيمة، وإن كانت قيمتها أكثر من قيمته لم ينقطع حق المالك عنها»^(٧) كذلك «لو ابتلعت دجاجة لؤلؤة فينظر إلى أكثرهما قيمة

(١) المتترع المختار لابن مفتاح، ٣/٣٧٨، سابق. . «وفي تقديرنا أنه ينبغي النظر إلى هذه المسألة من خلال المعيار الموضوعي: وهو ما عبر عنه الفقهاء بالمأل، فإن كان الحفر بقصد الإضرار وفقاً لقرائن الأحوال منع الحافر» للحديث الشريف (لا ضرر ولا ضرار)، أما إذا ترجع جانب المصلحة للحفر، فباعتبار المسألة اجتهادية، يجب في نظرنا الاستعانة بأهل الخبرة من الجيولوجيين والمختصين بمعرفة المياه الجوفية والسطحية على السواء لتقدير المسافة المعقولة بينهما لإمكان تغذية البثرين وذلك من باب الموازنة بين المصالح عملاً بواجب عدم الإضرار.

(٢) مجلة الأحكام العدلية، المادة ٢٧، ص ١٩، سابق.

(٣) مجلة الأحكام العدلية، المادة ٢٦، ص ١٩، سابق.

(٤) الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص ٨٧، سابق.

(٥) الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص ٨٧، سابق.

(٦) الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص ٨٨، سابق.

(٧) الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص ٨٨، سابق. وينطبق نفس الحكم في حالة «ما لو سقط دينار شخص في محبرة غيره ولم يخرج إلا بكسرها، أو أدخلت بقرة رأسها في قدر من

ويضمن صاحب الأكثر قيمة الأقل^(١) ويعتبر صاحب الأقل متعسفاً في استعمال حقه إذا أصر على طلب العين، ويجبر على قبول التعويض عملاً بقاعدة يختار أهون الشرين^(٢).

وتضم القواعد السابقة قاعدة «درء المفسد أولى من جلب المصالح»^(٣) والتي عبر عنها الأستاذ الدكتور محمد الحسيني حنفي رحمه الله: «أن مفادها منع المالك من التصرف في ملكه فيما إذا كان تصرفه يلحق بالجار ضرراً فاحشاً، وتعتبر هذه القاعدة أساس منع التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي»^(٤).

ويستفاد مما سبق في الفقهاء المدني والإسلامي أن فكرة التعسف في استعمال الحق تقوم على أساس الموازنة بين مصالح الأفراد والجماعات حتى لا يظفي حق الفرد على حق الجماعة ولا العكس، وإنما ينظر إلى أعظمهما ضرراً، ثم يدفع الضرر الأشد بالضرر الأخف وفقاً للمألوف شرعاً أو عرفاً أو عادة، وأن الخروج عن الفعل المألوف هو ذات الخطأ التعسفي الذي يجب إزالته عيناً أو بالتعويض حسب الأحوال.

٦٧ - تقدير فكرة الخطأ التعسفي بمختلف معايير: يستفاد من التحليل السابق - في الفقهاء المدني والإسلامي - أن للخطأ التعسفي محورين أساسيين: أحدهما محور نظري، والآخر عملي، أما محوره النظري فيقوم على المعيار الشخصي المتمثل في واجب إثبات قصد الإضرار، ولما كان إثبات قصد الإضرار

= النحاس وتعذر إخراجه، فإن صاحب الأكثر يضمن قيمة الأقل في جميع الصور. نفس المرجع، ص ٨٨.

(١) مجلة الأحكام العدلية، مادة ٢٩.

(٢) مجلة الأحكام العدلية، مادة ٣٠، ص ١٩، سابق.

(٣) د. محمد الحسيني حنفي: المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، ٢٨٧/١، سابق.

(٤)

المجرد عن المظاهر الخارجية أمر يصعب إثباته، وجب الاعتماد على المحور العملي المتمثل في المعيار الموضوعي، القائم على معيار الإخلال بالتوازن بين المصالح، أو عدم مشروعية المصلحة، أو الضرر الفاحش، حيث ترد جميعها إلى الواقع الملموس الناتج عن العمل غير المألوف ذاته، باعتبار أن الرجل العادي لا يضر بغيره مقابل مصلحة تافهة، أو يضر بجاره ضرراً فاحشاً أو يمارس عملاً يخالف القانون أو الآداب العامة.

ولذلك فإن الخطأ التعسفي في جانبه العملي لا يخرج عن كونه صورة من صور الخطأ التقصيري القائم على معيار «العمل أو السلوك غير المألوف» وهو الأمر الذي يجب على المضرور إثباته، فإذا ما أثبت المضرور وجب إزالة مصدر الضرر عيناً، أو بالتعويض بقدر ما أصاب المضرور من الضرر.

٦٨ - خلاصة: تصدرت الدراسة بفصل تمهيدي أثبتنا فيه أن فكرة الخطأ لم تستقر كركن هام للمسؤولية المدنية إلا في القرن السابع عشر الميلادي على يد الفقيه دوما (Domat) ومنه انتقلت إلى القانون الفرنسي ثم إلى القوانين الحديثة المأخوذة عن النظام اللاتيني.

ثم اشتمل القسم الأول من الدراسة على بيان ركن الخطأ تأصيلاً وتحليلاً وتطبيقاً في الفقهين المدني والإسلامي، وتبين لنا أن لب المشاكل التي أثارها النقاش حول هذا الركن قد تركزت في نقطتين أساسيتين:

النقطة الأولى: صعوبة تطبيق المعيار الذي يقاس به الخطأ.

النقطة الثانية: صعوبة إثبات الخطأ.

أما وجه الصعوبة في الحالة الأولى فتكمن في أن معيار «مسلك الرجل المعتاد» الذي عبر عنه القانون الروماني «برب الأسرة العاقل المعني بأمور نفسه» وعبر عنه الفقه الحديث «بمعيار مسلك الرجل المعتاد» هذا المعيار وإن بدا سليماً

من الناحية النظرية — لأنه يكلف الناس جميعاً بسلوك رب الأسرة العاقل المعني بأمر نفسه؛ وهو سلوك الرجل الوسط من الناس — إلا أن قصوره من الناحية العملية قد ظهر في حالتين:

الحالة الأولى: من هو رب الأسرة العاقل؟ وما هي معاييرها؟ وما هو المستوى الاجتماعي الذي يمكن للقاضي أن يتصور مسلك الرجل المعتاد من خلاله؟ إنه أمر يصعب تحديده في الواقع القانوني ذاته، لعدم إمكان ضبط معيار محدد لمسلك الرجل المعتاد — كما بينا في صلب الدراسة — ولذلك فقد عالجتنا هذه المشكلة: باستخلاص معيار الخطأ من طبيعة الفعل ذاته، فإن كان الفعل معتاداً شرعاً أو عرفاً فلا وجود للخطأ، وإن كان غير معتاد شرعاً أو عرفاً أو عادة قام الخطأ ووجب التعويض بصرف النظر عن ذات فاعله مميزاً كان أو غير مميز لتعلق التعويض بالمال لا بالذات.

الحالة الثانية: تبين لنا أن معيار مسلك الرجل المعتاد لم يستوعب كل حالات المسؤولية المدنية، فعديم التمييز، والصبي غير المميز، والمجنون، والسكران، والمعتوه، وأمثالهم، كل هؤلاء لا ينتظر منهم اتباع مسلك الرجل المعتاد في الواقع، ومعنى ذلك فلا تعويض عليهم؛ وهو الأمر الذي لم يستقر في الواقع القانوني، فقد أثبتنا أن فقه القانون المدني قد جعل مسؤولية عديم التمييز مسؤولية مستثناة ومخففة، ولا شك أن هذا الاستثناء قد قدح في صلاحية هذا المعيار ووصمه بالقصور، لأنه لم يشمل كل حالات الأفعال الضارة الموجبة للتعويض، مما يدل أن هذا المعيار بحاجة ماسة إلى تجديد.

وقد حاولنا الإسهام في تجديد هذا المعيار بما استتجناه من حاصل المقارنة بين الفقهاء المدني والإسلامي، ووصفنا الخطأ «بأنه الفعل غير المألوف أو الإخلال بالتزام مشروع» وأقمنا معيار هذا الوصف على طبيعة الفعل ذاته بصرف النظر عن الشخص: فإن كان الفعل مما جرت به العادة شرعاً أو عرفاً أو عادة، فلا

وجود للخطأ وبالتالي، فلا مسؤولية، وإن خرج الفعل عما تعارف عليه الناس شرعاً أو عرفاً أو عادة قام الخطأ ووجب التعويض - جبراً للضرر - سواء صدر الفعل غير المألوف من مميز أو من غير مميز لتعلق التعويض بالذمة المالية لا بذات الإنسان.

ولذلك فإن قياس الخطأ وفقاً لمعيار الفعل غير المعتاد - يعتبر في نظرنا - أكثر يسراً وسهولة في التطبيق من معيار مسلك الرجل المعتاد، لاحتوائه على كل صور الأفعال الموجبة للتعويض سواء صدرت من مميز أم من غير مميز.

أما ما أفصحت النصوص القانونية عن طبيعة الخطأ فيه، كما في الإخلال بالالتزامات التعاقدية، فلا صعوبة أمام القاضي في الجزم بوجود الخطأ متى تخلف أحد العاقدين عن الوفاء بما التزم به، إذ العقود مردها ما اتفق عليه العاقدان.

أما النقطة الثانية: المتمثلة في صعوبة إثبات الخطأ، فقد تبين لنا أن هذه الصعوبة قد تشكلت من طبيعة بعض القواعد القانونية الصماء التي توضع - عادة - لمعالجة مشاكل العصر الذي وضع فيه ذلك التقنين، فإذا ما تغيرت أوضاع المجتمع الاقتصادية والاجتماعية، أصبحت تلك القواعد عاجزة عن مسايرة التطور، وهذا هو ما حدث بالفعل في فرنسا - إثر التقدم الصناعي وانتشار الآلات الميكانيكية في مطلع العصر الحديث - حينما كان المضرورون يعجزون عن إثبات الخطأ الناتج عن أضرار الآلة وغيرها، فتعددت الدراسات والبحوث بشأن مشكلة إثبات الخطأ حتى نادى البعض - كما ذكرنا في صلب الدراسة - بعدم ضرورة الخطأ لقيام المسؤولية، وقيامها على أساس الضرر، أو تحمل التبعة أو المخاطر، أو الغرم بالغنم، وسبب هذا الخلاف قد ارتد إلى عدم استيعاب التقنيات لما يجد من التطورات:

ولذلك ومن خلال ما استنتجناه من المقارنة بين الفقهين المدني والإسلامي،

فقد أمكن لنا أن نحصر فكرة الخطأ واجب الإثبات في حالتين هما:

(أ) حالة ما إذا أخل المسؤول بالواجب العام الملقى على عاتق الكافة بعدم الإضرار بالغير.

(ب) حالة ما إذا كان محل الالتزام الملقى على عاتق المدين التزاماً يبذل عناية وأخل بهذا الالتزام وهو ما يقابل يد الأمانة في الفقه الإسلامي.

ووجه إيجاب إثبات الخطأ على المضرور في هاتين الحالتين، هو عدم وجود قرينة تقوي دعواه، فوجب عليه أن يقوي دعواه بإثبات الخطأ القائم على معيار الفعل غير المألوف وفقاً للمعنى الذي حددناه بالتحليل والتطبيق والأمثلة في صلب الدراسة.

أما الفصل الثاني فقد خصصناه لبيان «فكرة الخطأ المفترض» والمقصود به بيان الحالات التي لا يكلف المضرور فيها بعبء الإثبات لوجود قرائن قانونية تؤيد صدق دعواه، كما لو أصيب بضرر نتيجة إخلال المسؤول الملتزم بتحقيق نتيجة معينة، أو من جراء شيء من الأشياء الخطرة، أو من بناء، أو ممن للمسؤول عليهم سلطة الرقابة والتوجيه وغير ذلك من الحالات التي سنعالجها، بغية الوصول إلى هدف محدد، هو محاولة استخلاص مبادئ جديدة من هذه القرائن تؤيد بها وجهة نظرنا الرامية إلى محاولة التأكيد على حصر فكرة الخطأ واجب الإثبات في النطاق الذي حددناه، ولمحاولة الإسهام في تحديث أساس المسؤولية المدنية بحيث يشمل هذا الأساس - في سهولة ويسر - كل صور المسؤولية المدنية في العصر الحديث، وما يمكن أن يستجد من الحالات الموجبة للتعويض في المستقبل، كل ذلك وفقاً للمنهج التحليلي لموضوع البحث.



الفصل الثالث الخطأ المفترض

٦٩ - تقسيم: لبيان وجهة نظرنا الرامية إلى إمكان حصر فكرة الخطأ واجب الإثبات في نطاق معين، ولمحاولة الإسهام - مع من سبقنا - بوضع أساس جديد للمسؤولية المدنية وذلك من خلال الحالات التي لا يكلف فيها المضرور بعبء الإثبات، وهو ما نعالجه في الستة المباحث الآتية:

المبحث الأول : نطاق ركن الخطأ في المسؤوليتين العقابية والتقصيرية .

المبحث الثاني : افتراض خطأ متولي الرقابة .

المبحث الثالث : افتراض خطأ المتبوع عن فعل التابع .

المبحث الرابع : افتراض خطأ حارس الأشياء .



المبحث الأول نطاق ركن الخطأ في المسؤوليتين العقدية والتقصيرية

٧٠ - تقسيم: نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، الأول: عن تحديد نطاق الخطأ التقصيري، والذي تنشأ عنه المسؤولية التقصيرية. والثاني: عن تحديد نطاق الخطأ العقدي والذي تنشأ عنه المسؤولية العقدية، على النحو التالي:

المطلب الأول تحديد نطاق الخطأ التقصيري

٧١ - تحديد نطاق الخطأ التقصيري في فقه القانون المدني. ٧٢ - في الفقه الإسلامي.

٧١ - معيار تحديد نطاق الخطأ في المسؤولية التقصيرية: لا يثير مشاكل كثيرة، إذ أن المعيار ذاته ينبثق من القاعدة العامة المستخلصة من المادة (١٦٣) مدني مصري والمادة (٣٠٧) مدني يمني حيث يقضي حكمهما: بأن كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض. ولذلك فإن القانون لا يشترط صفة معينة لتحديد نطاق الخطأ التقصيري، فيستوي أن يحدث إيجابياً، كما لو أتلّف شخص مزروعات الغير، أو سلبياً، كما لو أهمل شخص في إصلاح وترميم البناء حتى

سقط على الغير . ولهذا فإن نطاق الخطأ التقصيري يتحدد حينما لا تكون هناك بين الدائن والمدين أية علاقة عقدية سابقة، فإن المسؤولية التقصيرية تكون هي الواجبة التطبيق^(١).

٧٢ - في الفقه الإسلامي: ضمان الفعل في الفقه الإسلامي يقابل المسؤولية التقصيرية في فقه القانون المدني، وضمن العقد يقابل المسؤولية العقدية في فقه القانون المدني، وهذه التفرقة أساسية وثابتة في الفقه الإسلامي^(٢): كما في فقه القانون المدني. ومن ثم يقوم ضمان الفعل عند عدم وجود علاقة تعاقدية سابقة بين المسؤول والمضروب، كما ينطوي تحت ضمان الفعل كل أفعال التعدي والغصب والاستهلاك والمباشرة والتسبب، فكل فعل ضار من هذه الأفعال يترتب عليه التعويض المتمثل في المثل أو

(١) د. محمد علي عمران: الالتزام بضمان السلامة، ص ١٥٨، سابق. د. محمود جمال الدين زكي: مشكلات المسؤولية المدنية، ف ٥٩، ص ٤٦٦، سابق. د. جميل الشراقوي: النظرية العامة للالتزام في قانون الجمهورية العربية اليمنية، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، ف ٩٧، ص ٤٧٣.

(٢) ويظهر من عبارات الفقهاء التفرقة الدالة على التمييز بين ضمان الفعل، وضمن العقد، من هذه العبارات ما قاله السيوطي في الأشباه والنظائر، ص ٣٩٠: «والفرق بين ضمان العقد، واليد: أن ضمان العقد مرده ما اتفق عليه المتعاقدان. . . وضمن اليد مرده المثل أو القيمة». وقال الإمام الكاساني في البدائع، ٢٨٣/٦: «الضمان في الشرع إنما يجب إما بالالتزام أو بالإتلاف»، وقال القرافي في الفروق، الفرق السابع عشر والمائتان، ٢٧/٤: «أسباب الضمان ثلاثة: أحدها: التفويت مباشرة. . . والضمان المبني على المباشرة وإن كان صورة من صور ضمان الفعل المقابل للمسؤولية التقصيرية إلا أن المضروب لا يكلف بعبء الإثبات. وثانيها: التسبب للإتلاف كحفر بئر في موضع لم يؤذن فيه. وهذا وإن كان يترتب عليه ضمان فعل: إلا أنه يماثل القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية والتي مقتضاها واجب إثبات الخطأ. وثالثها: وضع اليد غير المؤتمنة. ويدخل ضمنها ضمان البيع الذي يتعلق به حتى توفية قبل القبض. . .»، فإن ضمانه على البائع ضمان عقد.

القيمة^(١). ومن الأمثلة الدالة على ضمان الفعل قول الفقهاء: لو حفر شخص حفرة في الطريق فإن أمره السلطان بذلك وأجبره عليه لم يضمن وإن كان بغير أمره فهو متعد ويضمن^(٢). كذلك ما نص عليه الفقهاء: من أن الرجوع عن الشهادة تسبب على وجه التعدي يوجب الضمان^(٣).

ويستفاد من الأمثلة السابقة أن نطاق ضمان الفعل في الفقه الإسلامي شأنه تماماً شأن نطاق الخطأ التقصيري في فقه القانون المدني لا يكون إلا عند عدم وجود علاقة عقدية سابقة، ومن ثم فلا صعوبة في تحديد نطاق ضمان الفعل: إذ يثبت قبل المسؤول عند إثبات فعل غير مأذون فيه شرعاً أو ترك فعل أوجب الشرع القيام به.

أما ضمان العقد فلا يكون إلا بعد قيام العلاقة التعاقدية، الصحيحة بين الدائن والمدين. والأثر المترتب على ضمان الفعل — في الفقه الإسلامي — المثل أو القيمة، أما ضمان العقد فمردده ما اتفق عليه المتعاقدان^(٤).

المطلب الثاني

تحديد نطاق الخطأ العقدي

٧٣ — شروط قيام المسؤولية العقدية: لكي تكون المسؤولية عقدية لا بد أن

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ٣٩٠، سابق.

(٢) مجمع الضمانات للبغدادي، ص ١٧٨، سابق.

(٣) الفروق للقرافي، الفرق الحادي عشر والمائة، ٢/٢٠٨، جاء فيه ما نصه: «... وكشهود الزور أو الجهلة يشهدون بما يوجب ضياع المال على صاحبه ثم يعترفون بالكذب أو الجهالة فإنهم يضمنون ما أتلفوه بشهادتهم». القواعد في الفقه الإسلامي لابن رجب الحنبلي، دار المعرفة — بيروت — لبنان، قاعدة رقم (٦٧)، ص ١٢٠.

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ٣٩٠. بدائع الصنائع للكاساني، ٥/٢٣٨، سابق. الفروق للقرافي، الفرق السابع عشر والمائتان، ٤/٢٧، سابق.

يتحدد نطاقها بشرطين أساسيين، أولهما: أن يوجد عقد صحيح بين الدائن والمدين. وثانيهما: أن ينشأ الضرر بسبب الإخلال بالتزام عقدي، ونفصل ما أجملناه على الوجه التالي:

٧٤ - الشرط الأول: قيام العقد الصحيح بين الدائن والمدين: تحليل هذا الشرط يقتضي أن نبين نوع الخطأ في الفترة السابقة على إبرام العقد، ثم في المدة التالية للعقد، ثم نوع الخطأ عند تكوين العقد، وأن يكون بين الدائن والمدين.

٧٥ - نوع الخطأ في المرحلة السابقة على إبرام العقد: نفرق في الفترة السابقة على التعاقد بين مرحلتين، مرحلة المفاوضات، ومرحلة الإيجاب، أما عن مرحلة المفاوضات والتي قد تسفر عنها نفقات في سبيل تهيئة الشيء موضوع العقد كالقيام بالمعاينة، وأعمال الخبرة لفحص العين المراد شراؤها، كما يترتب على استمرار المفاوضات أن يترك أحد المتعاقدين صفقة رابحة اعتماداً على العقد المزمع إبرامه. فإذا ما عدل أحد العاقدين أثناء هذه المرحلة فما هي طبيعة الخطأ الناتج عن هذا العدول؟.

يجمع الفقه على القول بأن الأصل حرية التعاقد ومن ثم لا يترتب على العدول في حد ذاته أية مسؤولية إلا إذا اقترن العدول بخطأ، كما لو تفاوض شخص في بيع شيء لا يملكه، وكان رأيه قد استقر على العدول عن البيع، أو تعاقد بشأن العين ذاتها مع شخص آخر، في مثل هذه الأحوال إذا لم يقم العاقد بإخطار الطرف الآخر، تنهض مسؤوليته التقصيرية لا لذات العدول عن إتمام المفاوضات بل بسبب الخطأ الذي اقترن به العدول^(١)، ومن ثم يعتبر الخطأ

(١) الوسيط للسهنوري، ج ١، ف ١٠٠، ص ٢٦٣، سابق. وقد قضت محكمة النقض المصرية: «بأنه لا يترتب على المفاوضات في حد ذاتها أي أثر قانوني، فكل تفاوض حر في قطع المفاوضات في الوقت الذي يريد دون أن يتعرض لأية مسؤولية أو يطالب ببيان المبرر لعدوله.. إلا إذا اقترن بالعدول خطأ فتتحقق معه المسؤولية التقصيرية...» نقض

تقصيراً لا عقدياً.

أما العدول بعد صدور الإيجاب^(١)، فإن له وضعاً آخر، يتمثل في إلزام الموجب بالبقاء على إيجابه مدة ما صراحة أو ضمناً، فإن رجع الموجب عن إيجابه خلال مدة التزامه لا يكون لذلك الرجوع أي أثر. ويظل هذا الإيجاب قائماً رغم الرجوع بحيث إذ اقترن به قبول خلال هذه المدة انعقد العقد، وإذا لم يقم الموجب بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد كانت مسؤولية الموجب عقدية لا تقصيرية^(٢).

= مدني جلسة ٩ فبراير ١٩٦٧. مجموعة أحكام النقض، السنة ١٨، رقم ٥٢، ص ٣٣٤.
SCHMIDT: La Sanction de la Faute precontractuelle, Revue Trimestrielle de Droit Civil.
1974. p.46.

(١) الإيجاب على نوعين إيجاب قائم ملزم، وإيجاب قائم غير ملزم، فالقائم الملزم لا يكون إلا بين المتعاقدين الغائبين ولا يسقط إلا في حالتين: الأولى: أن يرفض الموجب له الإيجاب فيسقط. الثانية: أن تنقضي المدة التي يكون فيه الإيجاب ملزماً. أما الإيجاب القائم غير الملزم فلا يلزم إلا في التعاقد بين حاضرين وذلك في مجلس العقد فإنه يسقط في حالتين: الأولى: إذا عدل الموجب قبل انقضاء مجلس العقد وقبل القبول. والثانية: إذا انقضت مجلس العقد قبل القبول ولو لم يعدل عنه الموجب. انظر: مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ٣٦/٢، سابق. د. عبد المجيد مطلوب: «نظرية العقد»، ص ٢٣، سابق.

(٢) انظر: د. محمد علي عمران: الالتزام بضمان السلامة، ص ١٥٩، سابق. د. عبد الحفي حجازي: النظرية العامة للالتزام، ١٦٠/٢، سابق. د. السنهوري: الوسيط، ج ١، ف ١٠٣، ص ٢٦٥، سابق. د. إسماعيل غانم: النظرية العامة للالتزام، ١٠٩/١، جاء فيها: وقد اختلف الفقه في أساس القوة الملزمة للإيجاب على ثلاثة اتجاهات، الأول: أن على الموجب أن يلتزم بالبقاء على إيجابه المدة التي حددها هو ومصدر التزامه الإرادة المنفردة. الثاني: يرى أن على الموجب إيجابين. أولهما: خاص ببقائه ملتزماً بإيجابه مدة معينة. وثانيهما: افتراض أن الموجب إليه قد قبله بمجرد عليه لأنه لمنفعته ومن ثم يلتزم الموجب بالبقاء على إيجابه المدة المحددة صراحة أو ضمناً. أما الثالث: فيرى تطبيق =

٧٦ - نوع الخطأ في المدة التالية للعقد: لا ينشأ الخطأ العقدي إلا عند الإخلال بأي التزام من الالتزامات التي تضمنها العقد المبرم بين الدائن والمدين، وذلك يعني أن الفترة اللاحقة لإنهاء العقد، لا وجود فيها للخطأ العقدي وإنما يعتبر الخطأ تقصيرياً. ومع ذلك فقد ثار الخلاف في حالة ما إذا أفشى العامل سراً من أسرار رب العمل بعد انتهاء العلاقة التعاقدية بينهما هل يطبق بشأنه قواعد المسؤولية التقصيرية أو العقدية؟

ذهب البعض من الفقه إلى القول: بأن مسؤولية العامل تكون تقصيرية لا عقدية، وحجتهم أن المسؤولية العقدية لا تنشأ إلا حينما يكون الإخلال بالتزام عقدي سابق، أما المسؤولية التقصيرية فتنشأ دائماً جزاء الإخلال بواجب قانوني عام لا يتغير: وهو واجب عدم الإضرار بالغير، ويعتبر القانون مصدر الواجب الذي أخل به العامل، لذلك فإن مسؤولية العامل بعد انتهاء العلاقة التعاقدية بينه وبين رب العمل عن إنشاء الأسرار تحكمها قواعد المسؤولية التقصيرية لا

نظرية المسؤولية التقصيرية ومفادها: أن الموجب الذي يرجع عن إيجابه قبل نهاية المهلة الواجبة يكون قد ارتكب خطأ يستوجب مسؤوليته، وأفضل وسيلة للتمويض اعتبار العقد قائماً على سبيل التعويض.

وقد حسم القانون المدني المصري هذا الخلاف، حيث نصت المادة رقم (١/٩٣) على أنه: «إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد». أما القانون المدني اليمني فلم يرد فيه مثل هذا النص وإنما ورد النص فيه بالخيار في المجلس في المادة رقم (٢٣١): «يثبت خيار المجلس في كل عقد معاوضة محضة واقعة على عين لازمة. ما لم يتفق المتعاقدان على أن لا خيار لهما».

وبينت المذكرة الإيضاحية أن خيار المجلس لا ينقضي إلا بالترفق بالأبدان. انظر: المذكرة الإيضاحية للقانون المدني، الكتاب الثاني، ٩٢/٢.

وهذا يعني أن المسؤولية العقدية لا تقوم - بحسب الأصل - إلا إذا أخل المدين بالتزامه بعد التفرق عن مجلس العقد ما لم يتفق على غير ذلك.

العقدية^(١).

أما البعض الآخر من الفقه فقد ذهب إلى القول: بأن إفساء العامل لأسرار رب العمل بعد انتهاء العلاقة التعاقدية بينهما يعتبر خطأ عقدياً تنشأ عنه المسؤولية العقدية لا التقصيرية، وحجة هذا الرأي نص المادة (٢/١٤٨) مدني مصري ويقابلها المادة (٢١٥) مدني يمني حيث ورد فيهما: «... ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقدين بما ورد فيه ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام»^(٢).

ويبدو لنا أن الاستدلال بالنصوص المذكورة يومية أصلاً إلى مضمون الالتزام أثناء قيام العلاقات التعاقدية، أما عن المثال المطروح، فلا شك أن العلاقة التعاقدية قد انتهت بانتهاء العقد، حيث لم يبق بين العامل ورب العمل سوى الواجب العام بعدم الإضرار، ولذلك نميل إلى ترجيح الرأي الأول القائل: بأن مسؤولية العامل قبل رب العمل بعد انتهاء العلاقة التعاقدية بينهما تقصيرية لا عقدية.

وإذا كان ما نبحت عنه هو متى يكون الخطأ عقدياً فإنه يشترط لذلك أن يكون العقد صحيحاً وذلك ما نتولى بيانه:

٧٧ — صحة العقد: لكي تعتبر المسؤولية عقدية فلا بد أن يستوفي العقد

(١) د. محمد علي عمران: الالتزام بضمان السلام، ص ١٦٥، سابق. الوسيط للسنهوري، ج ١، ف ٥١٣، ص ١٠٥٢، وقال: «كذلك المدة التالية لانقضاء العقد لا تتحقق فيها إلا المسؤولية التقصيرية». حسين عامر: المسؤولية المدنية، ف ٦٨، ص ٥١، سابق. نفس المعنى: د. إيهاب إسماعيل: بحث بعنوان: أثر تشابه تطبيقات سياسة الحماية العمالية في توحيد تشريعات العمل العربية، مجلة القانون والاقتصاد — مارس — يونيو ١٩٧٧، العددان الأول والثاني، السنة السابعة والأربعون، ص ٦٩.

(٢) د. محمود جمال الدين زكي: مشكلات المسؤولية المدنية، ف ٣١، ص ١٦٢، سابق.

أركانها وشروط صحته^(١) ولكن قد يحدث في بعض الحالات أن يبيع شخص عيناً لا يملكها فيقع العقد قابلاً للإبطال، كما يحدث أن يتعامل شخص قاصر ويبرم عقداً مع غيره على أساس أنه كامل الأهلية، كما يحدث أيضاً أن يفسد رضا أحد المتعاقدين بخطأ أو غش أو تدليس أو إكراه مصدره فعل العاقد الآخر، في كل هذه الأمثلة يوجد عقد قابل للإبطال لسبب يرجع إلى فعل أحد المتعاقدين^(٢) فما نوع المسؤولية المترتبة على العقد الباطل أو القابل للإبطال هل تقوم على أساس الخطأ العقدي أو التقصيري؟.

للإجابة على هذا التساؤل، نلمح هنا إلى نظرية الفقيه الألماني اهرنج (Ahering) وهي نظرية الخطأ عند تكوين العقد (Culpa in Contrahendo) ومفادها: أن كل من يقدم على تعاقد يلتزم بمقتضى هذا العقد نفسه ألا يكون سبب البطلان آتياً من جهته، ومجرد تحقق سبب للبطلان من جهة أحد العاقدين يتحقق به خطؤه العقدي سواء كان يعلم أو لا يعلم بسبب البطلان^(٣). وهذا يعني أن للمتعاقد الآخر الذي اعتقد بصحة التعاقد، أن يطالب من كان سبب البطلان آتياً من جهته وفقاً لقواعد المسؤولية العقدية لا التقصيرية.

أما جمهور الفقه الحديث فلا يرى الأخذ بهذه النظرية والحجة في ذلك أن العقد الباطل لا ينشئ التزاماً ولا حتى بضمان صحته، ومن ثم فلا يكون للمتعاقد

(١) وتمثل في وجوب التراضي، والمحل، والسبب. وأن يكون التراضي سليماً من عيوب الإرادة كالغلط والغش والتدليس والإكراه والاستغلال.

(٢) انظر: مصطفى مرعي: المسؤولية المدنية، ف ١١، ص ٧، سابق.

(٣) انظر: د. إسماعيل غانم: مصادر الالتزام، ج ١، ف ١٤١، ص ٢٩٢، سابق. د. حلمي بهجت بدوي: «آثار التصرفات الباطلة»، مجلة القانون والاقتصاد، السنة الثالثة، العدد الأول، ١٣٥١هـ - ١٩٣٣م، ف ١٦، ص ٣٣٨ وما بعده. د. محمود جمال الدين زكي: مشكلات المسؤولية المدنية، ف ٢٩، ص ١١٩.

الذي أصابه ضرر بسبب اطمئنانه إلى صحة العقد الذي قضى ببطلانه، إلا الرجوع على المتعاقد الآخر على أساس المسؤولية التقصيرية^(١).

ومع ذلك فلا يكفي أن يكون العقد صحيحاً لقيام المسؤولية العقدية بل لا بد وأن يكون العقد المبرم قد تم بين المسؤول والمضروب.

٧٨ - قيام العلاقة التعاقدية بين المسؤول والمضروب: كي يكون الخطأ ذو طبيعة تعاقدية يجب أن يكون العقد قد أبرم بين المسؤول والمضروب إذ الأصل أن أثر العقد لا ينصرف إلا إلى العاقدين عملاً بقاعدة «نسبية التصرفات القانونية» ومع ذلك فهناك أشخاص في مرحلة وسطى فليسوا من أطراف العقد كما أنهم في ذات الوقت ليسوا أجنب عن أطرافه، وهم الخلف العام، والخلف الخاص لكل من المتعاقدين ونبين بإيجاز أحوال تأثيرهم بعقود سلفهم على النحو الآتي:

٧٩ - مدى تأثير الخلف العام بعقود سلفه: نصت المادة (١٤٥) مدني مصري والمادة (٢٠٩) مدني يماني على أن «ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين

(١) د. محمد علي عمران: الإلتزام بضمان السلامة، ص ١٦٤، سابق. د. حلمي بهجت بدوي: مقاله السابق، ف ٣٧، ص ٤٠٤، حيث انتهى إلى القول: «بأنه لا يمكن الأخذ بهذه النظرية. وأن الواجب أن يكون مناط الحكم بالتعويض هو التقصير...». كذلك الوسيط للسنهوري، ج ١، ف ٣١١، ص ٦٠٨، قال: «على أن نظرية الخطأ عند تكوين العقد غير صحيحة... والأولى الرجوع إلى فكرة المسؤولية التقصيرية في الخطأ عند تكوين العقد واعتبار العقد واقعة مادية قد تستكمل عناصر الخطأ التقصيري فتوجب التعويض...».

وأياً كان الأمر، فقد برر الفقه الحديث في مجموعه للعلامة الهراج توسعه في فكرة الخطأ العقدي لسبب: أن القانون الروماني الذي تأثر به كان لا يوجد به مبدأ عام للمسؤولية التقصيرية فاضطر إلى التوسع في فكرة الخطأ. أما في العصر الحديث وبعد أن تقرر القاعدة العامة للمسؤولية التقصيرية في المادة (١٦٣) مدني مصري والتي تتوجب التعويض على كل من أضر بالغير فلم يعد هناك ما يبرر الأخذ بهذه النظرية وهو ما نميل إليه.

والخلف العام لإخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث، ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام^(١).

وقد بين الفقه من هو الخلف^(٢) العام فقال: والخلف العام هو كل من يخلف سلفه في كل ذمته المالية أو جزء منها كالوارث أو الموصى له بثالث التركة. . وأن انصراف آثار العقد الذي أبرمه السلف إلى الخلف العام مقيد — في فقه القانون المدني كما في الفقه الإسلامي — بالقاعدة الشرعية القائلة: بألا تركة إلا بعد سداد الديون، ومن أجل التوفيق بين هذه القاعدة وبين القاعدة التي توجب انتقال الحقوق والالتزامات من السلف إلى الخلف العام، يقال: إن التركة تنتقل من السلف إلى الخلف العام الوارث محملة بحقوق دائني التركة^(٣).

وتطبيقاً لذلك فإن للخلف العام لكل منهما أن يطالب بتنفيذ الالتزام الناشئ عن العقد الذي أبرمه السلف، أو بالتعويض عن عدم تنفيذه، كما أن للمتعاقد الآخر أيضاً أن يطالب بالتعويض عن عدم تنفيذ العقد، كل ذلك يتم وفقاً لقواعد المسؤولية العقدية، بالاستناد إلى العقد الذي أبرمه السلف^(٤).

ومن تطبيقات هذه القاعدة أن لورثة المسافر — الذي لقي حتفه نتيجة إصابة

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري الجديد، ٢/٢٧١. الجريدة الرسمية اليمنية: ملحق العدد الرابع، ص ١٣، سابق.

(٢) معنى الاستخلاف: هو حلول شخص محل آخر في علاقة قانونية تظل عناصرها الموضوعية على ما كانت عليه قبل الانتقال. د. عبد الحى حجازي: النظرية العامة للالتزام، ص ٢٤٠، سابق.

(٣) انظر: د. محمد علي عمران: الالتزام بضمان السلامة، ص ١٦٤، سابق. نفس المعنى: د. محمود جمال الدين زكي: الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، ف ١٣٩، ص ٢٥٦، وقال: وعلى ذلك «يبقى الالتزام في التركة إلى أن ينقضي، ثم تنتقل التركة خالصة منه إلى الوارث».

(٤) انظر: د. محمود جمال الدين زكي: مشكلات المسؤولية المدنية، ف ٣٨، ص ١٨٠، سابق.

قاتلة أثناء تنفيذ الناقل لعقد النقل - المطالبة بالتعويض بسبب إخلال الناقل بالتزامه بضمان سلامة مورثهم استناداً على العقد المبرم بين الناقل وبين مورثهم المتوفى، ولا يستطيع الناقل التخلص من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي، لأن الالتزام الملقى على عاتقه التزم بتحقيق نتيجة معينة، مقتضاه، الالتزام بضمان سلامة الراكب وإيصاله سليماً معافى إلى جهة الوصول^(١).

ومع ذلك فإنه يستفاد من المواد المذكورة آنفاً أن هناك أحوال لا ينصرف أثر العقد فيها إلى الخلف العام، وهي أن يتبين من العقد^(٢) أو من طبيعة التعامل^(٣) أو من نصوص القانون^(٤) أن العقد لا ينصرف أثره إلا بين المتعاقدين.

كذلك يستفاد من نص المادة (٩١٦) مدني مصري^(٥) والمادة (٢٠٩) مدني

-
- (١) انظر: د. محمد علي عمران: الالتزام بضمان السلامة، ص ١٦٥، سابق.
- (٢) كما لو اتفق الواهب على عوض يدفعه الموهوب له يكون إيراداً مرتباً لمدي الحياة. فلا ينصرف أثره إلى الخلف العام، لأن طبيعة الإيراد القانونية والمادية تنتهي بموت صاحب الإيراد. الوسيط، ج ١، ف ٣٤٧، ص ٧٢٦، سابق.
- (٣) مثل التعاقد مع فنان أو محام، أو طبيب، فلا ينصرف أثره إلى الخلف العام، لتعلق العمل بصفة خاصة في التعاقد معه.
- (٤) ولهذا أمثلة كثيرة في القانون، منها ما نصت عليه المادة (١/٥٢٨) مدني مصري والمادة (٦٥٤) مدني يمني من أن: «الشركة تنتهي بموت أحد الشركاء أو بالحجر عليه أو بإعساره، أو بإفلاسه، ما لم يتفق على غير ذلك». وما قضت به المادة (٧١٤) مدني مصري والمادة رقم (٩٣٨) مدني يمني من أن: «الوكالة تنتهي بإتمام العمل الموكل فيه، أو بانتهاء الأجل المعين للوكالة، وتنتهي أيضاً بموت الموكل أو الوكيل». وما نصت عليه المادة (٦٩٧) مدني مصري والمادة (٨٠٥) مدني يمني من أن: «عقد العمل يفسخ بوفاة العامل».
- (٥) وتنص على - (١): «كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ويكون مقصوداً به التبرع، يعتبر تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية أياً كانت التسمية التي تعطي لهذا التصرف». (٢) وعلى ورثة من تصرف أن يشبوا أن العمل القانوني قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق...».

يمني^(١) أن الوارث وإن كان من الغير بالنسبة للتصرف الذي أبرمه المورث بالوصية لما بعد الموت، أو التصرف الذي أبرمه أثناء مرض الموت فإن القانون يتدخل لحماية الوارث ويحصر نطاق هذا التصرف في حدود الثلث أما ما زاد على الثلث فلا ينفذ في حق الورثة إلا إذا أجازوه^(٢).

وإذا كان الأصل كما رأينا هو تأثير الخلف العام بعقود سلفه، عدا الحالات المستثناة التي أوردناها، فإن الخلف الخاص على التقيض من ذلك لا يتأثر بعقود سلفه إلا بشروط مخصوصة نتولى إجمالها على النحو التالي:

٧٩ - مدى تأثير الخلف الخاص بعقود سلفه: الخلف الخاص: هو

الذي يخلف سلفه في عين معينة بالذات أو في حق عيني عليها، كالمشتري يخلف البائع في ملكية العين المبيعة، أو المرتهن يخلف الراهن في حق

(١) إحالة المادة المذكورة حكم انصراف أثر العقد بالنسبة للورثة على القوانين الخاصة المتعلقة بالمواريث والوصية، حيث نصت المادة رقم (٨) من قانون الوصية على أنه: «لا تصح الوصية للوارث إلا بإجازة الورثة»، ونصت المادة العاشرة على أنه: «لا تصح الوصية لغير الوارث فيما زاد على ثلث التركة إلا بإجازة الورثة...». انظر: مجموعة القوانين الإسلامية الصادرة عن وزارة العدل اليمنية، ص ٤٨، سابق.

(٢) انظر: د. محمد علي عمران: مصادر الالتزام، ص ١٤٠، سابق. د. عبد الحي حجازي: النظرية العامة للالتزام، ص ٢٤٤، سابق. وفي الفقه الإسلامي انظر: الإمام محمد أبو زهرة: نظرية العقد، ف ١٨٨، ص ٣٦٨، حيث يقول عن التصرفات المالية التي تقبل الفسخ كالهبة والوصية والبيع... إلخ: «هذه التصرفات إن كانت لوارث لا تنفذ إلا بإجازة الورثة...». وقال في ص ٣٧٠، نفس المرجع: «وإن كانت لأجنبي فذلك سائغ ما دام في حدود الثلث... فإن زاد على الثلث فللورثة الحق في منع التصرف...». نفس المعنى: د. السنهوري: مصادر الحق، ١٩٧/٤، سابق.

الرهن، وكذلك الموصى له بعين معينة من التركة كمنزل مثلاً يعتبر خلفاً خاصاً^(١).

وقد نصت المادة (١٤٦) مدني مصري وكذلك المادة (٢١٠) مدني يمني على أنه: «إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه»^(٢). وقد أضافت المادة (٢١٠) مدني يمني عبارة «وإذا لم يعلم^(٣) كان له الخيار».

وقد استنبط الفقهاء من النصوص المذكورة أن أثر العقد لا ينصرف إلى الخلف الخاص إلا بتوافر ثلاث شروط هي:

أولاً: أن يكون تاريخ العقد الذي أبرمه السلف سابقاً على انتقال الشيء إلى الخلف الخاص وثابتاً بوجه رسمي.

ثانياً: أن يكون العقد الذي أبرمه السلف من مستلزمات الشيء الذي انتقل إلى الخلف الخاص. ويعد من مستلزماته، إذا كان التصرف مكماً له، أو من شأنه حفظه ودرء الخطر عنه^(٤).

(١) انظر: د. محمد علي عمران: الالتزام بضمان السلامة، ص ١٦٤، سابق. د. محمود جمال الدين زكي: النظرية العامة للالتزامات، ف ١٤٢، ص ١٤٢، ص ٢٥٩.

د. عبد الحي حجازي: النظرية العامة للالتزام، ٢/٢٤٧، سابق.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري: ٢/٢٧٤، سابق. الجريدة الرسمية اليمنية، ملحق العدد الرابع، ص ١٣، سابق.

(٣) أي الخلف الخاص.

(٤) كالتأمين ضد الحريق.

ثالثاً: أن يعلم الخلف الخاص بالحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد الذي أبرمه السلف^(١). ويستفاد من الشروط التي أوردها الفقهاء إجمالاً: أن العقد الذي أبرمه السلف – والمتعلق بالشيء قبل انتقاله إلى الخلف الخاص – إما أن يكسب العقار حقاً، أو يحمله بالتزام، فإن كسبه حقوقاً فهذه الحقوق لا تعدو إما أن تكون من مكملات الشيء أو متمماته أو من شأنها حفظه ودرء الخطر عنه، ومنها: حق الارتفاق الذي رتبته السلف للعين، فإنها تنتقل إلى الخلف الخاص متممة بهذا الحق، كذلك الحق في ضمان المبيع يعتبر من متممات الشيء، ينتقل إلى المشتري، كذلك بعض الحقوق الشخصية المتعلقة بالشيء، كما لو أمن البائع على المنزل المباع من الحريق فإن هذا الحق ينتقل مع العين إلى الخلف الخاص لأنه متعلق بالشيء.

ومن ثم فلا أهمية لعلم الخلف الخاص بهذه الحقوق، إذ يستدل على علمه بمجرد مطالبته بالحق، ويكون له عند المطالبة أن يتمسك بقواعد المسؤولية العقدية قبل من يصدر منه إخلال بأي حق من هذه الحقوق المتعلقة بالعقد الذي انصرف أثره إليه^(٢).

أما بالنسبة للالتزامات المترتبة على الشيء، فباعتبار أنها تمثل قيوداً على حق الخلف الخاص كما لو كان العقار مثقلاً بحق ارتفاق لعقار مجاور، أو كان السلف مقيداً بشروط معينة لإقامة البناء على العقار المنتقل إليه، أو مشروطاً عليه أن

(١) الوسيط للسنهوري، ج ١، ف ٣٥١، ص ٧٣٧، سابق. د. حسن فرج: النظرية العامة للالتزام، ص ٣١٣، وقال: «وأن يتحقق العلم وقت انتقال الشيء إليه». د. جميل الشرقاوي: النظرية العامة للالتزام في قانون الجمهورية العربية اليمنية، ج ١، ف ٧٠، ص ٣٥٣، سابق.

(٢) الوسيط للسنهوري، ج ١، ف ٣٥٤، ص ٧٤٤، هـ ١، حيث قال: «... والدليل على حصول العلم يستخلص على كل حال من مجرد مطالبة الخلف بالحق». نفس المعنى: حسين عامر: المسؤولية المدنية، ف ١١٣، ص ٩٣، سابق.

لا يستعمل المنزل المنتقل إلى الخلف الخاص مقهى أو مطعماً باعتباره وسط حي سكني .

فإن هذه الالتزامات وما يماثلها يجب أن يعلم الخلف الخاص بها، ولم يكتب القانون المدني المصري بمجرد إمكان العلم بها بل اشترط أن يعلم الخلف الخاص بكل هذه الالتزامات والقيود علماً يقيناً^(١) ويفهم من ذلك أنه يترتب على عدم العلم بها قابلية العقد للفسخ، وهو المعنى الذي ذهب إليه القانون المدني اليمني الذي رتب على عدم علم الخلف الخاص بها أن جعل له الخيار حين العلم بها إن شاء أمضى العقد محملاً بتلك الالتزامات وإن شاء فسخ العقد^(٢).

وإذا كان ما أوضحناه يتضمن أحوال انصراف أثر العقد من السلف إلى الخلف العام أو الخلف الخاص، فإنه لا يمكن الاحتجاج بقواعد المسؤولية العقدية إلا إذا كان الضرر قد نشأ عن عدم تنفيذ الالتزامات المتولدة عن العقد، وهو ما نوضحه في الفقرة التالية:

٨٠ - الشرط الثاني أن يقع الضرر بسبب الإخلال بالتزام عقدي: لا يكفي لكي تكون المسؤولية عقدية وجود العقد الصحيح بين المسؤول والمضروب، بل لا بد وأن يكون الخطأ ناتجاً عن الإخلال بالتزام العقدي ذاته ومثال ذلك حالة: ما إذا امتنع البائع عن تسليم المبيع إلى المشتري بالرغم من إعداره، أو عدم قيام المؤجر بتسليم العين المؤجرة للمستأجر في حالة تصلح معها للانتفاع . . أو عدم

(١) انظر: الوسيط للسنهوري، ج ١، ف ٣٥٤، ص ٧٤٤، ومجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري: ٢/٢٧٧، وجاء فيه: «بأن من أهم أغراض هذا العلم مواجهة عقود التأمين».

(٢) انظر: الجريدة الرسمية اليمنية، مادة (٢٠٥)، ص ١٣. والمذكرة الإيضاحية للقانون المدني اليمني، ٢/٤٧، سابق. د. جميل الشرفاوي: النظرية العامة للالتزام في قانون الجمهورية العربية اليمنية، ج ١، ف ٧٠، ص ٢٥٣، سابق.

قيام الناقل بالقيام بعملية النقل المتفق عليها، أو عدم قيام الطبيب بمعالجة مريضه الذي اتفق معه على القيام بذلك. في كل هذه الأحوال وأمثالها لا صعوبة في أن المسؤولية التعاقدية تقوم قبل المدين إذا لم يتم بتنفيذ الالتزام التعاقدى الصريح بينه وبين الدائن بلا إشكال.

٨١ - في الفقه الإسلامي: يثور السؤال في الفقه الإسلامي عن حالة: متى يكون العقد لازماً حتى تقوم المسؤولية التعاقدية؟ هذا ما نحاول الإجابة عليه من خلال بحث نقطتين أساسيتين هما^(١):

أولاً: نوع المسؤولية المترتبة على رجوع الموجب عن إيجابه قبل قبول الطرف الآخر في مجلس العقد.

وثانياً: نوع المسؤولية المترتبة على رجوع الموجب أو القابل في مجلس العقد بعد تمام الإيجاب والقبول.

أما عن الحالة الأولى فذهب جمهور الأحناف والشافعية والحنابلة والزيدية والإمامية والظاهرية: إلى أن للموجب الرجوع عن إيجابه قبل قبول الطرف الآخر في مجلس العقد، فإذا رجع أو أعرض بعد الإيجاب فلا يلزمه العقد^(٢).

ومعنى هذا أن المسؤولية التعاقدية لا تقوم قبل الموجب طالما رجع عن إيجابه في مجلس العقد ولم يقترن بإيجابه قبول من الطرف الآخر.

(١) تنبه إلى إنا لا نتعرض إلا لما يتعلق بقيام المسؤولية التعاقدية، أما ما عدا ذلك من أحكام مجلس العقد ونحوها فسوف لا نتعرض لها حتى لا نخرج عن نطاق البحث.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني، ١٣٤/٥، جاء فيها: «وأما صفة الإيجاب والقبول فهو أن أحدهما لا يكون لازماً قبل وجود الآخر، فأحد الشطرين بعد وجوده لا يلزم قبل وجود الشطر الآخر». نفس المعنى: المغني والشرح الكبير لابن قدامة، ٦/٤. نهاية المحتاج للرملي، ١٠/٤. التاج المذهب للعنسي، ج ٢، ف ١٩٤، ص ٣١٢. شرائع الإسلام للحلي، ٢١/٢. المحلى لابن حزم، ج ٨، مسألة رقم ١٤١٧، ص ٣٥١.

وذهب المالكية إلى أن الموجب لا يملك الرجوع عن إيجابه، باعتبار أن الإيجاب ملزم لصاحبه وأنه يتقيد بمجلس العقد، ومن كلامهم في هذا المعنى قولهم: والذي يأتي على المذهب أن من أوجب البيع لصاحبه من المتبايعين لزمه إن أجابه صاحبه في المجلس بالقبول ولم يكن له أن يرجع قبل ذلك^(١).

ومعنى هذا أن الموجب ملزم بالبقاء على إيجابه حتى يفترقا عن مجلس العقد فإن رجع الموجب عن إيجابه ثم تلاه القبول في المجلس فقد أصبح العقد لازماً، وترتب على رجوع الموجب قيام المسؤولية التعاقدية.

ويذهب الفقه الحديث إلى ترجيح رأي الجمهور ويعلمون لهذا الترجيح بالقول: إن الموجب، له حق الملك، وبإيجابه أثبت للطرف الآخر حق التملك، وحق الملك أقوى من حق التملك، كما أن الإيجاب أثبت للطرف الآخر ولاية الأخذ، والموجب هو الذي أثبت له هذه الولاية فله أن يرفعها، ومن ثم يعتبر الإيجاب كأن لم يكن^(٢).

(١) مواهب الجليل لشرح مختصر خليل للإمام أبي عبد الله محمد بن محمد المغربي، المعروف بالحطاب، الطبعة الثانية، ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م، دار الفكر للطباعة والنشر - القاهرة - ٢٤٠/٤. بداية المجتهد لابن رشد، ٢/٢١٦، جاء فيها: «ولا خلاف فيما أحسب أن الإيجاب والقبول الموثرين لا يتراخى أحدهما عن الثاني حتى يفترق المجلس». وقال في ص ٢١٨: «والتفرق بالمجلس كناية عن التفرق بالأقوال لا التفرق بالأبدان».

(٢) السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ٢/٢٠، سابق. د. عبد المجيد مطلوب: نظرية العقد، ص ٢٣، سابق. د. محمد يوسف موسى: الأموال ونظرية العقد، ف ٣٧٧، ص ٢٦٢، سابق. أحمد إبراهيم بك: المعاملات الشرعية المالية، ص ١١٥، سابق. الإمام محمد أبو زهرة: نظرية العقد، ف ١٠٤، ص ٢٠٤، سابق. د. عبد الناصر العطار: نظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية، ف ٣٥، ص ٧٠، سابق. د. عبد الله بن عبد الله العلفي: أحكام الخيارات في الشريعة الإسلامية والقانون المدني اليمني، دراسة مقارنة بالقانون المدني المصري وبعض القوانين العربية، دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٨٨م، ف ٧٨، ص ١٧٣.

ويبدو لنا أن سبب الخلاف بين الجمهور والمالكية – عن لزوم الإيجاب أو عدم لزومه، يرتد إلى اختلافهم في طبيعة مجلس العقد الثابت بقول الرسول صلى الله عليه وآله وسلم: «المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يفترقا، إلا بيع الخيار»^(١). حيث جعل الجمهور التفرق كناية عن التفرق بالأبدان، وجعل المالكية التفرق كناية عن التفرق بالأقوال، ومن هذا الفهم الاجتهادي لمعنى التفرق الذي ورد في الحديث الشريف، يظهر لنا: أن مجلس العقد عند المالكية محصور بزمن الإيجاب والقبول لا غير، فإذا لم يقترن القبول بالإيجاب فقد تفرق المجلس بالأقوال ومن ثم فلا وجود للعقد. أما عند الجمهور فمجلس العقد بين الموجب والقابل موسع حتى تفرق الأبدان ما لم يتخلل الإيجاب إعراض من الموجب، فإن تخلل هذا الإعراض سقط الإيجاب، ولكي يقوم العقد فلا بد من إيجاب جديد يقابله قبول عند الجمهور وهذا بمثابة قيام مجلس عقد جديد عند المالكية.

ومن هنا تظهر نقطة الالتقاء بين الجمهور والمالكية: في أنه إذا تراخى القبول عن الإيجاب انتهى مجلس العقد عند المالكية، وسقط الإيجاب بالإعراض عند الجمهور.

وحينئذٍ نصل إلى القول بأنه: إذا لم يرتبط القبول بالإيجاب في مجلس العقد، إما لإعراض الموجب، أو تراخي القابل عن القبول حتى سقط الإيجاب،

(١) اللفظ لأبي داود: أخرجه في السنن عن مالك عن نافع عن ابن عمر، ج ٣، حديث رقم ٣٤٥٤، ص ٢٧٢، سابق. وقد ورد الحديث بألفاظ وروايات مختلفة. انظر: صحيح البخاري، ج ٣، حديث رقم ٢٦٠، ص ١٣٦، سابق. موطأ الإمام مالك، ص ٥٥٩، وقال فيه: «وليس لهذا عندنا حد معروف، ولا أمر معمول به فيه». صحيح مسلم بشرح النووي، ١٧٣/١٠. كتاب العلوم، الشهير بأمالى الإمام أحمد بن حنبل، الطبعة الأولى، ١٤٠١هـ – ١٩٨١م، مكتبة المؤيد، ٣/١٦٠.

فإن كل واحد منهما لا يسأل عن العقد لأن العقد لا وجود له، وإنما يسأل وفقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية فيما إذا صاحب العدول خطأ وفقاً للقواعد العامة.

أما عن الحالة الثانية: وهي حالة رجوع الموجب أو القابل في مجلس العقد بعد تمام الإيجاب والقبول، فقد اختلف الفقهاء في جواز هذا الرجوع فذهب جمهور الفقهاء من الشافعية والحنابلة والظاهرية والإمامية وهو قول عدد كبير من الصحابة منهم علي كرم الله وجهه وابن عباس وابن عمر، ومن التابعين شريح والشعبي وغيرهم إلى أن: للمتبايعين خيار الرجوع في مجلس العقد ما لم يفترقا بأبدانهما وحجتهم الحديث الشريف: «المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا»^(١). حيث جعلوا الافتراق كناية عن التفرق بالأبدان^(٢). ورجح جانب من الفقه الحديث هذا الاتجاه^(٣).

ومفاده: أن للمتعاقدين خيار الرجوع في مجلس العقد، فإذا ترتب على رجوع أحدهما عن العقد إلحاق ضرر بالمتعاقد الآخر، فإن المسؤولية التعاقدية لا تقوم في هذه الحالة، وإنما يسأل تقصيراً لا لذات العدول عن تنفيذ العقد وإنما إذا صاحب العدول خطأ.

(١) سبق تخريجه، ف ١٨٩.

(٢) نهاية المحتاج للرملي، ٣/٤. المغني والشرح الكبير لابن قدامة، ٦/٤. المحلى لابن حزم، ج ٨، مسألة رقم ١٤١٧، ص ٣٥١. سبل السلام للإمام محمد بن إسماعيل الأمير، ٨٣٩/٣، سابق. نيل الأوطار للإمام محمد بن علي الشوكاني، ١٨٥/٥. شرائع الإسلام للمحلى، ٢١/٢، سابق.

(٣) الإمام محمد أبو زهرة: الملكية ونظرية العقد، ف ١٠٧، ص ٢١١، سابق. د. عبد المجيد مطلوب: نظرية العقد، دراسة مقارنة، ص ١٤٣، سابق. د. عبد الناصر توفيق العطار: نظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية، ف ٣٧، ص ٧٨، سابق. د. عبد الله بن عبد الله العلفي: أحكام الخيارات في الشريعة الإسلامية والقانون المدني اليمني، ف ٥٤، ص ١٣٠، سابق.

وذهب المالكية والأحناف والهادوية إلى لزوم العقد بعد تمام الإيجاب والقبول وعدم جواز نقضه بالإرادة المنفردة، وحجتهم أن الافتراق المقصود في الحديث الشريف: «المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا» كناية عن التفرق بالأقوال^(١). ورجح جانب آخر من الفقه الحديث هذا الاتجاه^(٢).

ومفاده أنه إذا عدل أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه بعد تمام الإيجاب والقبول، وترتب على هذا العدول إلحاق ضرر بالعاقد الآخر فلا عبرة بهذا العدول لأن العقد قد تم ولزم ومن ثم تقوم بجانبه المسؤولية العقدية لا التقصيرية.

٨٢ — تحديد سبب الخلاف مع المناقشة والترجيح: سبب الخلاف المؤثر بين المؤيدين والمنكرين لخيار المجلس: هو الاختلاف في معنى لفظة الافتراق الواردة في الحديث الشريف: «المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا» فمعناه عند المثبتين لخيار المجلس هو التفرق بالأبدان ومعناه عند المنكرين لخيار المجلس هو التفرق بالأقوال، ومن هذا المرتكز بالذات اتسعت دائرة الخلاف ونقتصر على بيان أهم الاعتراضات والرد عليها وهي كما يلي:

أولاً: حجج المعارضين لخيار المجلس وتتلخص في:

١ — استدلووا بقول الله تعالى: «يأبىها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم

(١) بداية المجتهد لابن رشد، ٢١٦/٢. مواهب الجليل للحطاب، ٢٤١/٤، سابق. بدائع الصنائع للكاساني، ٢٨٨/٥. المتزعر المختار للعلامة ابن مفتاح، ٨٥٢/٣. التاج المذهب للقاضي العلامة أحمد قاسم العنسي، ج ٢، ف ١٩٤، ص ٣٠٧، سابق.

(٢) أحمد إبراهيم بك: المعاملات الشرعية المالية، ص ١١٥، حيث قال: «فوجب أن يحمل التفرق الوارد في الحديث على التفرق بالأقوال». د. السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ٣٧/٢ وما بعدها. قريب من المعنى: د. مصطفى أحمد الزرقاء: الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، ج ١، ف ١٩٦، ص ٤٤٦، حيث يحصر الخيار للموجب في الرجوع قبل القبول، أما بعد القبول فقد لزم العقد، وهذا يفيد عدم القول بخيار المجلس.

بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم»^(١)، فإنها تدل على أن العقد يتم بمجرد الرضاء. وقول الله تعالى: «يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود»^(٢) تدل على أن الرجوع عن موجب العقد قبل التفرق لم يف به، وقول الله تعالى: «وأشهدوا إذا تباعتم...»^(٣) تدل على أن الإشهاد إن وقع بعد التفرق لم يطابق الأمر، وإن وقع قبله لم يصادف محله فثبت نفي الخيار.

٢ - أما عن الحديث الشريف: «المتبايعان بالخيار» فقالوا عنه بأنه منسوخ لما روى أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: «المسلمون على شروطهم...»^(٤). والخيار بعد لزوم العقد يفيد الشرط.

٣ - وقالوا عن الحديث أيضاً: بأنه من رواية الإمام مالك، والراوي إذا عمل بخلاف ما روى دل على وهن المروى عنه، حيث ثبت عن الإمام مالك قوله: وليس لهذا عندنا حد معروف ولا أمر معمول به فيه^(٥).

٤ - ثم قالوا: إن الحديث على فرض صحته يحمل على المتساومين واستعمال البائع في المساوم شائع.

٥ - ثم قالوا: إن التفرق المراد في الحديث هو التفرق بالأقوال، وذلك مبني على قول البائع بعتك بكذا، أو قول المشتري اشتريت، فالمشتري بالخيار في قوله اشتريت أو تركه، والبائع بالخيار إلى أن يقبل المشتري.

٦ - كذلك استدلوا على بطلان الخيار بما أخرجه أبو داود بسنده عن

(١) سورة النساء: الآية ٢٩.

(٢) سورة المائدة: الآية ١٠.

(٣) سورة البقرة: الآية ٢٨٢.

(٤) سنن أبي داود، ج ٣، حديث رقم ٣٥٩٤، ص ٣٠٤.

(٥) موطأ الإمام مالك، ص ٥٥٩.

عبد الله بن عمرو بن العاص: أن رسول الله ﷺ قال: «المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا إلا أن تكون صفقة خيار، ولا يحل له أن يفارق صاحبه خشية أن يستقبله»^(١). فقوله خشية أن يستقبله دال على نفوذ البيع وبطلان خيار المجلس^(٢).

ثانياً: رد أنصار خيار المجلس على الاعتراضات السابقة وهي على النحو الآتي:

١ - قالوا عن آية التراضي، والآية الموجبة للوفاء بالعقود: بأنهما من الأدلة المطلقة المقيدة بحديث: «المتبايعان بالخيار...»، وأما آية الإشهاد فالمراد بها الإشهاد حال العقد، ولا ينافيه ثبوت خيار المجلس كما لا ينافيه سائر الخيارات.

٢ - أما عن الاعتراض المتعلق بنسخ الحديث فقالوا: إن الأصل عدم النسخ، والنسخ لا يثبت بالاحتمال.

٣ - أما عن الاعتراض المتعلق بكون الإمام مالك لم يعمل بالحديث وهو الذي أخرجه فقالوا: إن مخالفة الراوي لا توجب عدم العلم بروايته لأن عمله مبني على اجتهاده، وقد يظهر له ما هو أرجح عنده، وإن لم يكن أرجح في نفس الأمر.

٤ - أما عن الاعتراض المتعلق بحمل الحديث على المتساومين، فقالوا عنه: بأن استعمال البائع في المساوم إطلاق مجازي، والأصل الحقيقة وهي أن المتبايعين مراد بهما المتعاقدان.

(١) سنن أبي داود، ج ٣، حديث رقم ٣٤٥٦، ص ٢٧٣.

(٢) انظر: في الاعتراضات جميعها: الفروق للإمام القرافي، ج ٣، الفروق ١٩٦، ص ٢٧٠. وتهذيب الفروق لمحمد بن علي المكي المالكي، مطبوع بهامش الفروق، ٢٧٨/٣. مواهب الجليل للحطاب، ٤/٤١٠. بدائع الصنائع للكاساني، ٥/٢٢٨. المنتزع المختار للعلامة ابن مفتاح، ٣/٢، هـ ٨. سبل السلام لابن الأمير، ٨٣٩. نيل الأوطار للشوكاني، ٥/١٨٦. الجامع لأحكام القرآن للقرطبي، ٢/١٧٢٣ وما بعدها.

٥ - أما عن الاعتراض الخاص المتعلقة بحمل الحديث على الافتراق بالأقوال فقالوا: لا حجة في هذا التعليل لأن كلاً من البائع والمشتري قبل تمام الإيجاب والقبول بالخيار إذ لا عقد بينهما، والخيار إنما هو بعد تمام الإيجاب والقبول.

٦ - أما الاعتراض السادس المتعلقة بالحديث الذي استدل به المنكرون لخيار المجلس على نفوذ البيع وبطلان خيار المجلس فقالوا عنه: بأن فيه دليل خيار المجلس أيضاً لقوله: (. . . بالخيار ما لم يتفرقا). وأما قوله خشية أن يستقيله فالمراد به الفسخ لأنه لو أريد الاستقالة حقيقة لم يكن للمفارقة معنى فتعين حملها على الفسخ^(١). وقووا وجهة نظرهم هذه بما أخرجه البخاري عن عبد الله بن عمر قال: (بعت من أمير المؤمنين عثمان مالاً بالوادي بمال له بخبير، فلما تبايعنا رجعت على عقبي حتى خرجت من بيته خشية أن يرادني البيع، وكانت السنة أن المتبايعين بالخيار حتى يتفرقا. . .)^(٢).

هذا ومع التسليم بقوة أدلة المثبتين لخيار المجلس إلا أن التسليم به من الناحية العملية أمر يدعو إلى التأمل، وسبب ذلك أن مبدأ الرضا له بداية ونهاية، كما أن مبدأ القوة الملزمة للعقد له بداية ونهاية أيضاً، ومما لا شك فيه أن الرضا يبدأ في الضمير من حين العزم على الشراء أو البيع، ثم يظهر في مرحلة التفاوض وتقليب وجوه النظر في السلعة والضمن والمصلحة الدافعة للبيع أو الشراء. ثم يبلغ الرضا منتهاه بالتعبير الصريح بالإيجاب والقبول، وحينئذٍ فالإيجاب والقبول يعتبران

(١) انظر: المغني والشرح الكبير لابن قدامة، ٦/٤. الشرح الكبير للمقدسي، مطبوع بذييل المغني، ٦١/٤. نهاية المحتاج للرملي، ٣/٤. المحلى للإمام ابن حزم، ج ٨، مسألة ١٤١٧، ص ٣٥١ وما بعدها. شرائع الإسلام للحلي، ٢١/٢. الجامع لأحكام القرآن للقرطبي، ١٧٢٣/٢.

(٢) صحيح البخاري، ١٣٨/٣، حديث رقم ٣٦٦.

آخر مرحلة من مراحل الرضا .

وبعد تمام الرضا يدخل المتعاقدان مرحلة تنفيذ القوة الملزمة للعقد، والتي تبدأ من بعد تمام الإيجاب والقبول وتنتهي بالوفاء التام لكل الالتزامات التعاقدية .

فإذا قلنا بهذا الفرض فأين تقع منطفة الخيار عملياً، إن قلنا بأنها امتداد لمبدأ الرضا، فالرضا ينتهي بالإيجاب والقبول، وإن قلنا بأن فترة الخيار تتداخل مع القوة الملزمة للعقد فهما قوتان متناقضتان، فالقوة الملزمة للعقد تصونه من الهدر، وقوة الخيار تهدر قوة العقد وتعتبره كأن لم يكن فكيف يمكن إزالة هذا اللبس؟ .

لإزالة هذا اللبس نقول: إن فترة الخيار وإن كانت طبيعتها أكثر ميلاً للدلالة على تمام الرضاء إلا أن لها - في نظرنا - أهمية أخرى وهي: أنها تقطع ما يمكن أن يثار من نزاع حول التراضي الذي تم بموجبه العقد .

ومن هذا المفهوم فإنها تعطي للقوة الملزمة للعقد أهمية خاصة، حيث لا يفترق المتعاقدان إلا ولديهم القناعة التامة بتنفيذ كل الالتزامات التعاقدية، ولا مجال للرجوع عن التنفيذ تحت أي عذر من الأعذار .

ومن هذا المنظور نميل إلى القول: بخيار المجلس لما له من دلالة واضحة على تيقن الرضا وقطع النزاع، ولما تكسبه القوة الملزمة للعقد من أهمية عملية بعد فترة الخيار .

وقد أخذ القانون المدني اليمني بخيار المجلس حيث نصت المادة (٢٣١) منه على أنه: «يثبت خيار المجلس في كل عقد معاوضة . . ما لم يتفق المتعاقدان على أن لا خيار لهما»^(١) أما القانون المدني المصري فإنه وإن لم يأخذ بخيار المجلس إلا أنه قد ترك لحرية المتعاقدين مجالاً واسعاً لتحديد لزوم العقد حيث نصت المادة (٩٣) منه على أنه: «إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على

(١) الجريدة الرسمية اليمنية، ملحق العدد الرابع، ١٩٧٩م، ص ١٣ .

إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد^(١).

وحيثُذِ فالأصل في القانون المدني المصري ورأى المعارضين لخيار المجلس في الفقه الإسلامي أن المسؤولية التعاقدية تنهض قبل المسؤول بعد تمام الإيجاب والقبول، فإذا عدل أحد المتعاقدين عن العقد في مجلس العقد وترتب على هذا العدول إلحاق ضرر بالمتعاقدين الآخر، كان المتعاقد الذي عدل، مسؤولاً عن ذات الرجوع عقدياً، حيث لا يصح له الرجوع بالإرادة المنفردة، ما لم يتفقا على غير ذلك.

أما القانون المدني اليمني ورأى القائلين بخيار المجلس فالأصل أن المسؤولية التعاقدية لا تقوم إلا إذا حصل العدول بعد التفرق عن مجلس العقد، أما العدول في مجلس العقد بعد تمام الإيجاب والقبول فلا تقوم بشأنه المسؤولية التعاقدية، وإنما تقوم المسؤولية التقصيرية فيما إذا صاحب العدول خطأ أضر بالمتعاقدين الآخر، ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك.

ونميل كما بينا آنفاً إلى العمل بخيار المجلس لما له من دلالة بينة على صحة التراضي وقطع النزاع، ولما تكسبه القوة الملزمة للعقد من الاستقرار والثبات بعد التفرق عن مجلس العقد.

هذا وبعد أن يكتمل للعقد بنيانه القانوني يثور التساؤل عن الحالة التي لا ينص فيها المتعاقدان على كل الالتزامات التعاقدية، ثم يثور النزاع لا بشأن صحة العقد وإنما بشأن ما يعتبر من مستلزماته؟ لا شك في هذه الحالة أن القانون قد أجاز للقاضي أن يقوم بتفسير العقد وتحديد نطاقه وفقاً للقانون والعرف والعدالة وبحسب طبيعة الالتزام.

٨٣ — تفسير العقد وتحديد نطاقه: مقتضى تفسير العقد هو: أن يقوم

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ٢٨/٢.

القاضي بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، وهو الهدف الأول من التفسير، فإن تحقق الهدف من عبارات العقد الواضحة فلا يجوز له الانحراف عنها بدعوى تفسيرها^(١) أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد: فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، وأن يضع القاضي في اعتباره الاستهداء بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات^(٢).

أما عن تحديد نطاق العقد فمقتضاه: أن القاضي لا يقتصر في هذا التحديد على ما ورد في العقد، بل يضيف إليه كل ما يعتبر من مستلزماته ويطبق عليها حكم العقد ذاته بحيث ينشأ عن عدم الوفاء بها قيام المسؤولية العقدية قبل المدين وذلك وفقاً لحكم المادة (١٤٨) مدني مصري والمادة (٢١٥) مدني يمني القائلتان بأنه «١- يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية. ٢- ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقدين بما ورد فيه ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام»^(٣).

٨٤ - تحديد نطاق الخطأ التعاقدية: في سبيل تحديد نطاق الخطأ التعاقدية لا يخلو إما أن يرجع القاضي إلى طبيعة العقد ذاته. ومثال ذلك: طبيعة عقد البيع تستلزم أن يسلم البائع ليس فقط الشيء المباع بل وأيضاً جميع ملحقاته كالسجلات التي تبين ما عليه من ديون وماله من حقوق حتى ولو لم تذكر هذه الملحقات في

(١) انظر: مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ٢/٢٩٥. والمذكرة الإيضاحية للقانون المدني اليمني، ٢/٨٦، سابق.

(٢) انظر: مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ٢/٢٩٧. والمذكرة الإيضاحية للقانون المدني اليمني، ٢/٨٦. سابق.

(٣) انظر: مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري الجديد، ٢/٢٨٧، سابق. الجريدة الرسمية اليمنية، ملحق العدد الرابع، ص ١٣، سابق.

العقد، وأحياناً يلجأ القاضي إلى القانون في أحكامه التكميلية والمفسرة، ومثال ذلك: لو سكت المتعاقدان عن مصير ثمار المبيع الموجودة به وقت التعاقد فإنه يوجب على البائع أن يلتزم بتسليم المبيع بالحالة التي كان عليها وقت التعاقد^(١).

كما يلجأ القاضي أحياناً في تحديد نطاق العقد إلى العرف حينما لا يجد قاعدة قانونية مكتملة ومثال ذلك: لو كان العرف في الجهة التي بها العين المستأجرة يقضي على المؤجر بسداد فواتير المياه المستهلكة كان على القاضي أن يعتبره من إحدى الالتزامات المتولدة عن عقد الإيجار ولو لم يذكره المتعاقدان، ما لم يتفقا على غير ذلك^(٢).

كما يلجأ القاضي في بعض الأحوال – لتحديد نطاق العقد – إلى قواعد العدالة ومثال ذلك: بائع المتجر عليه أن يلتزم نحو المشتري ألا ينافسه منافسة ينتزع بها عملاء المتجر، وفرض مثل هذا الالتزام تقتضيه قواعد العدالة وإن لم يذكر في العقد^(٣).

وإذا كان التوسع في تحديد نطاق الخطأ التعاقدي – وفقاً للقانون والعرف والعدالة وبحسب طبيعة الالتزام – مستقر في فقه القانون المدني فما موقف الفقه الإسلامي في ذلك؟.

٨٥ – في الفقه الإسلامي: الأصل أن نطاق العقد مرده ما اتفق عليه

(١) د. إسماعيل غانم: في النظرية العامة للالتزام، ف ١٥٤، ص ٣٠٩، سابق. الوسيط للسنهوري، ج ١، ف ٤٠٧، ص ٨٤٠، سابق. د. عبد المنعم البدرابي: النظرية العامة للالتزامات، ف ٣٠٠، ص ٣٩٢، سابق. د. محمود جمال الدين زكي: الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، ف ١٦٨، ص ٢١٣، سابق.

(٢) د. محمد لبيب شنب: دروس في نظرية الالتزامات، ف ٢٠٢، ص ٢٥٠، وقال: «وفي تحديد هذه الالتزامات نرجع إلى القانون، وإلى العرف، وإلى العدالة».

(٣) د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن: قواعد تفسير العقد، ف ٩١، ص ٨٦، سابق.

المتعاقدان^(١)، ومع ذلك فإن تحديد نطاق الخطأ التعاقدى بالعرف أو العادة يمثل في الفقه الإسلامي مبدأ أصيلاً يتمكن القاضي من خلاله على التوسع في تحديد نطاق الخطأ التعاقدى، إذ ورد من القواعد الفقهية والأمثلة الافتراضية ما يدل على ذلك منها قولهم: «العادة محكمة»^(٢). وأصلها قول النبي ﷺ: «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن»^(٣). وتطبيقاً لذلك: لو باع شخص بدراهم أو دنانير شيئاً وكان في بلد اختلف فيه النقود مع الاختلاف في المالية والرواج، انصرف البيع إلى غالب نقود أهل البلد، وإن لم يذكر في العقد لأنه هو المتعارف عليه فينصرف المطلق عادة إليه^(٤). وبهذه المثابة: فإن العرف يعتبر من أقدم وسائل تطوير الفقه^(٥).

وعن تطبيق العرف قال الفقهاء: «المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً»^(٦) ويلجأ القاضي إلى هذه القاعدة في حالة ما إذا تعلق تنفيذ الالتزام بشرط غير منصوص عليه في العقد «فإن المعروف بين التجار كالمشروط بينهم» ومثال ذلك: لو اشترى تاجر تجزئة من تاجر جملة بضاعة بثمن معلوم ولم يصرحاً بحلول ولا تأجيل في العقد، وكان المتعارف فيما بينهم أن البائع يقبض نهاية كل أسبوع أو كل شهر كامل الثمن أو بعضاً معيناً منه، انصرف إليه بلا بيان، لأنه حيث كان متعارفاً عند

(١) انظر: أنفأ ف ٧٠.

(٢) انظر: مجلة الأحكام العدلية، مادة (٣٦)، ص ٢٠، سابق.

(٣) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم، القاعدة السادسة، ص ٩٣، سابق.

(٤) الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص ٩٥، سابق. ومن القواعد الفقهية أيضاً قولهم: «استعمال الناس حجة يجب العمل بها» مادة (٣٧) من المجلة العدلية، وجاء فيها: «الممتنع عادة كالممتنع حقيقة» مادة (٣٨)، كذلك قاعدة: «الحقيقة تدرك بدلالة العادة» مادة (٤٠)، ص ٢٠، سابق.

(٥) انظر: د. عبد المجيد مطلوب: أصول الفقه الإسلامي، ص ١٨٦، سابق، (بتصرف).

(٦) مجلة الأحكام العدلية، مادة (٤٣)، ص ٢١، سابق.

التجار فصار كأنهما اتفقا عليه^(١).

ويتضح من العرض السابق أنه لا فرق بين الفقهاء المدني والإسلامي من حيث إعطاء القاضي سلطة التوسع في تحديد نطاق الخطأ التعاقدية، وإن ذلك التوسع يخضع لمدى قدرة القضاء العلمية وخبرته الفنية في استنباط الالتزامات التعاقدية، من وحي النصوص القانونية والمعايير الموضوعية، الأمر الذي يدل على تطور المسؤولية التعاقدية ومسايرتها للحاجات الاجتماعية الناشئة عن تطور الآلات واستخداماتها المتعددة في شتى مجالات النشاط الإنساني.

ومن أبرز ما ابتدعه القضاء الفرنسي استنباطه للالتزام بضمان السلامة من طبيعة بعض العقود^(٢). ولو لم يذكر حال إبرام العقد ولأهمية هذا النوع من الالتزام اختلف الفقهاء في المحل الذي يرد عليه على النحو التالي:

٨٦ — المحل الذي يرد عليه الالتزام بضمان السلامة: اختلف الفقهاء في المحل الذي يرد عليه الالتزام بضمان السلامة، فعرض السنهوري رحمه الله إلى القول: «بأن الالتزام بالسلامة يختلف مداه في عقد عنه في عقد آخر، ففي بعض العقود يكون — الالتزام بالسلامة — التزاماً يبذل عناية كالتزام الطبيب في علاج المريض.. وفي عقود أخرى كعقد النقل.. يكون التزاماً بتحقيق غاية فيكفل المدين سلامة الدائن ولا تنتفي مسؤوليته العقدية إلا إذا أثبت السبب الأجنبي^(٣).

وقال الأستاذ حسين عامر: «إن القضاء الفرنسي إذ يتفق مع الفقه على أن العقد الذي يبرمه الطبيب مع المريض وإن كان يترتب عليه التزام الطبيب بضمان

(١) انظر: مصادر الحق في الفقه الإسلامي للسنهوري، ٤٨/٦. والدكتور مصطفى أحمد الزرقاء: «الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد»، ج ١، ف ٤٠، ص ١٣٥. والدكتور عبد الناصر العطار: «نظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية»، ج ١، ف ٩٨، ص ٢٠٥ وما بعدها، سابق.

(٢) انظر: د. محمد علي عمران: الالتزام بضمان السلامة، ص ٦٨، سابق.

(٣) انظر: الوسيط للسنهوري، ج ٢، ف ٥١٣، ص ١٠٥٥، هـ ١، سابق.

سلامة المريض إلا أن هذا الالتزام لا يعني بالتحديد شفاء المريض . . وإنما يتأدى ذلك الالتزام في بذل الحرص والعناية من جانب الطبيب^(١).

وقال الأستاذ الدكتور محمود جمال الدين زكي: اعتبر القضاء الفرنسي - السلامة - محلاً للالتزام بتحقيق نتيجة . . واكتفى في عقود أخرى «بالسلامة» محلاً للالتزام ببذل عناية^(٢).

والمعنى واضح وهو أن للالتزام بضمان السلامة وفقاً لهذا المفهوم صفتان، صفة إيجابية ترفع عن المضرور عبء الإثبات في حالة ما إذا كان الالتزام الملقى على عاتق المسؤول التزاماً بتحقيق نتيجة كما في عقد نقل الأشخاص، فإذا أصيب الراكب بضرر فيعفى المضرور من إثبات الخطأ ولا يستطيع الناقل أن يتخلص من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي. وصفة سلبية لا يستفيد المضرور منها بشيء بل يظل المضرور مكلفاً بعبء الإثبات في حالة ما إذا كان الالتزام الملقى على عاتق المسؤول التزاماً ببذل عناية كما في مسؤولية الطبيب فإنها وإن كانت عقدية إلا أن المريض إذا ما أصيب بضرر وادعى إهمال الطبيب فإن عليه أن يثبت هذا الإهمال، لأن الالتزام بالسلامة وفقاً لرأيهم محله بذل عناية، ولذلك فإن الالتزام بالسلامة وفقاً لهذا المفهوم لا يكون مفيداً للدائن إلا في صورته الإيجابية، أما في صورته السلبية فلا يعدو أن يكون تطبيقاً للقواعد العامة، وعليه فلا نحبذ الأخذ بهذا المفهوم للالتزام بضمان السلامة، وسبب ذلك عدم وضوح الفرق في الأحكام بينه وبين الالتزام ببذل عناية.

٨٧ - رأي الأستاذ الدكتور محمد علي عمران عن الالتزام بضمان السلامة: يرى الأستاذ الدكتور محمد علي عمران أن الالتزام بالسلامة لا يكون إلا حين يتعين

(١) انظر: الأستاذ حسين عامر: المسؤولية المدنية، ف ١٤٢، ص ١٢٢، سابق.

(٢) انظر: د. محمود جمال الدين زكي: مشكلات المسؤولية المدنية، ف ٤٤ ص ٢٢٨، سابق.

على المدين به تحقيق نتيجة معينة، وبعبارة أخرى لا يكون للالتزام بالسلامة وجود حيث يتعين على المدين به مجرد بذل العناية الكافية^(١).

وقد أورد هذا المعنى في كتابه المعروف: الالتزام بضمان السلامة^(٢) وأقامه على ثلاث سمات أساسية على النحو الآتي:

- (١) الالتزام بضمان السلامة، ص ١٩٨، سابق.
- (٢) بدأ الكتاب في قسمة الأول من ص ٥ حتى ص ١٤٠ بتحليل بعض العقود التي أثبت فيها أن الالتزام بالسلامة لا ينبثق إلا عن العقود التي محلها، تحقيق نتيجة معينة، أما العقود التي محلها بذل عناية فإنها لا تتضمن التزاماً بالسلامة. فمن طائفة العقود الأولى التي محلها تحقيق نتيجة معينة عقد النقل البري، قال فيه: «إن الالتزام الملقى على عاتق أمين النقل محله تحقيق نتيجة هي إيصال المسافر سليماً ومعافى إلى جهة الوصول، وهذا هو الالتزام بضمان السلامة ولو لم يذكره المتعاقدان» انظر ص ١١ من المرجع المذكور.
- كذلك حالة التعاقد مع طبيب على القيام بعملية محددة كنقل الدم مثلاً أو تركيب أحد الأجهزة التمريضية، قال فيه: «بأن الالتزام الملقى على عاتق الطبيب هنا محله تحقيق نتيجة معينة هي أن ينقل للمريض دماً سليماً ونظيفاً، وهذا هو الالتزام بالسلامة، كذلك حينما يستعمل جهاز التخدير فإن الالتزام الملقى على عاتقه محله تحقيق نتيجة معينة: هي ألا يحدث الجهاز ضرراً بالمريض وهذا هو الالتزام بالسلامة فإن انفجر الجهاز فلا يعفى الطبيب من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي الذي لا يمكن توقعه ولا توقيه». انظر: ص ١٠٧ من المرجع المذكور.
- كذلك عقد العمل قال عنه: «بأن الالتزام الملقى على عاتق رب العمل محله تحقيق نتيجة، إذ لا يكفي أن يقوم رب العمل باتخاذ كافة الاحتياطات اللازمة للمحافظة على سلامة العامل، بل هو ملزم أيضاً بضمان سلامته ولا يستطيع رب العمل التخلص من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي». انظر: ص ١٢٣ من المرجع المذكور.
- كذلك عقد الألعاب الحديدية قال عنه: «بأن الالتزام الملقى على عاتق مقاول الألعاب الحديدية ليس التزاماً ببذل عناية بل بتحقيق نتيجة، أساسه افتراض مسؤولية المقول، لا افتراض الخطأ في حالة ما إذا أصيب اللاعب بضرر. فلا يستطيع هذا المقاول التخلص من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي». انظر: ص ١٣٢ من المرجع المذكور.

السمة الأولى: أن يوجد خطر يهدد أحد طرفي العقد في جسده، قال عن هذه السمة: بأنها تمثل القاسم المشترك بين مختلف طوائف العقود التي تتضمن التزاماً بالسلامة.. وإذا كان جسم الإنسان يخرج - بحسب الأصل - عن دائرة التعامل، إلا أن ذلك لا يعني عدم وجوب حمايته بل إن فيه تأكيد لوجوب هذه الحماية^(١).

السمة الثانية: أن يسلم أحد طرفي العقد نفسه للآخر، وقال: بأن عقد نقل الأشخاص برأ كان يمثل - ولا يزال حتى الآن - المجال المخصب للالتزام بالسلامة، وفيه نجد أن المسافر يسلم نفسه تماماً للناقل ولوسيلة النقل المستخدمة وهو غالباً ساكن لا يتحرك بل ويخضع كثيراً لرقابة وإشراف الناقل ومن ثم وجب على الأخير ضمان سلامته...^(٢).

السمة الثالثة: المدين في الالتزام بالسلامة هو عادة مدين محترف. قال عن هذه السمة: «... إن المتعاقد مع المدين المحترف إنما يرتقب منه دائماً حرصاً شديداً في تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد.. وإذا كان المتعاقد مع المدين المحترف قد أسلم نفسه إليه - وهذا يتحقق بلا شك في عقد النقل حيث يسلم المسافر نفسه للناقل - أدواته - فإنه ينتظر منه أيضاً ضمان سلامته، والمدين المحترف بمقتضى ما اكتسبه من خبرة مؤهل لضمان سلامة المتعاقد معه.. فاحتراف المدين إذا سمة من سمات الالتزام بضمان السلامة^(٣)».

هذا: وبعد أن وضع السمات الأساسية للالتزام بضمان السلامة، عاد فأثبت الأساس الذي تبنى عليه مسؤولية المدين بالسلامة وفقاً للمعنى المحدد له فقال: إن

(١) الالتزام بضمان السلامة، ص ١٤٤.

(٢) الالتزام بضمان السلامة، ص ١٤٥.

(٣) الالتزام بضمان السلامة، ص ١٤٧.

أساس مسؤولية المدين بالسلامة ليس افتراض الخطأ بل افتراض المسؤولية، فإذا ما أصيب الراكب بضرر أثناء عملية النقل، فإن الناقل لا يستطيع أن يدفع عن نفسه المسؤولية بإثبات أنه لم يرتكب خطأ أو أنه بذل العناية المعتادة فكل ذلك لا يجدي، ومن ثم فلا يستطيع التخلص من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي الذي أدى إلى حدوث الضرر، وهذا السبب الأجنبي قد يكون قوة قاهرة أو حادثاً مفاجئاً، أو خطأ المضرور نفسه، أو خطأ الغير^(١).

ونحن نميل إلى هذا التحديد الدقيق للالتزام بضمان السلامة، لما لهذا التحديد من الأهمية النظرية والعملية معاً. أما أهميته النظرية فتظهر في:

أولاً: إن الالتزام بالسلامة لا ينبثق إلا عن الالتزام بتحقيق نتيجة معينة، وهذا يعطي للالتزام بالسلامة معنى منضبطاً ومحدداً.

ثانياً: إن الالتزام بالسلامة يدخل في نطاق الخطأ التعاقدي ولو لم يذكره المتعاقدان، وهذا يمثل جانباً هاماً من أهم جوانب تطور المسؤولية التعاقدية. وأما أهميته العملية، فتتجلى في:

أولاً: أنه يرفع عن المضرور عبء الإثبات كمبدأ أساسي وبالتالي فلا يستطيع المسؤول التخلص من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي.

ثانياً: يدفع المسؤول إلى الحرص الشديد على الوفاء بكل التزاماته التعاقدية والحرص على سلامة المتعاقدين معه خوفاً من الوقوع في المسؤولية.

٨٨ — في الفقه الإسلامي: يستفاد المعنى المقابل للالتزام بضمان السلامة بمفهومه الحديث مما عرض له الفقهاء عند كلامهم عن ضمان الأجير المشترك، والذي عرفوه: بأنه الذي يعمل لكل الناس ولا يستحق الأجرة إلا بالعمل.. وذلك

(١) الالتزام بضمان السلامة، ص ٢١٨.

كالنساج والقصار والخياط والنجار والطحان والخباز والمكاري^(١) أي الناقل .

وقد ذهب الباحثون في الفقه الإسلامي إلى القول: بأن الالتزام الملقى على عاتق الأجير المشترك بإنجاز العمل محله تحقيق نتيجة معينة، فإذا لم ينجز العمل كانت مسؤوليته عقدية، وتنحصر في عدم استحقاقه الأجرة بالاتفاق^(٢).

أما من حيث الضمان فيظهر جلياً أن الفقهاء قد فرقوا - في أحكام ضمان الأجير المشترك - بين ضمان المتاع، وضمان بني آدم.

أما عن التزام الأجير المشترك بضمان سلامة المتاع، فقد اختلف الفقهاء في ذلك، فذهب الإمام أبو حنيفة وزفر، والحسن بن زياد، وهو أحد قولي الشافعي، والظاهرية والإمامية: إلى أن يد الأجير المشترك على ما تحت يده من المتاع يد أمانة^(٣) ومقتضى يد الأمانة أن الأجير المشترك لا يضمن إلا إذا تعدى أو فرط، بمعنى أن المتاع إذا تلف كان على صاحبه أن يثبت خطأ الأجير المشترك، ومن تطبيقات هذا الاتجاه قولهم: لو استأجر مكاري^(٤) يحمل له طعاماً في طريق كذا فأخذ طريقاً آخر يسلكه الناس فهلك المتاع لا يضمن، أما إذا كان بينهما تفاوت فاحش في الطول والقصر والسهولة والصعوبة فيضمن^(٥).

(١) المفني مع الشرح الكبير لابن قدامة، ١٠٦/٦، سابق. انظر: مجمع الضمانات للبغدادي، ص ٢٧، سابق، والمعاملات الشرعية المالية للعلامة أحمد إبراهيم بك، ١٦٤/٢، ط ١٣٥٤هـ - ١٩٣٦م، القاهرة، المطبعة السلفية. د. محمد فوزي فيض الله: نظرية الضمان في الفقه الإسلامي، ف ٩٤٤، ص ١١٤، سابق.

(٢) انظر: د. السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ١٤٧/٦، سابق.

(٣) بدائع الصنائع للكاساني، ٢١٠/٤، سابق. مجمع الضمانات للبغدادي، ص ٢٧. نهاية المحتاج للرملي، ٣١٠/٥. المحلى للإمام ابن حزم، ج ٨، مسألة ١٣٢٥، ص ٢٠١. شرائع الإسلام للمحلى، ١٨٧/٢، سابق.

(٤) المكاري: هو ما يطلق عليه في اللغة القانونية: أمين النقل.

(٥) انظر: لسان المحكم لابن الشحنة، ص ٢٨٨، سابق.

وحجة من لم يوجب الضمان أنه شبه الصانع بالمودع عنده، والشريك والوكيل^(١) ومضمونه أن الأجير المشترك لا يضمن إلا إذا تعدى أو فرط.

وذهب الإمام أبو يوسف، ومحمد، ومالك، والزيدية، وهو أحد قولي الشافعي: إلى أن يد الأجير المشترك على ما تحت يده من المتاع يد ضمان، ومقتضى يد الضمان أن عليه الالتزام بالحفظ من التلف، ولا يستطيع التخلص من المسؤولية إلا إذا أثبت الأمر الغالب الذي لا يمكن الاحتراز عنه كالعدو المكابر والحريق الغالب^(٢) وحجة هذا الفريق أن الحفظ مستحق عليه إذ لا يمكنه العمل بدونه، ولا حجة لهم على هذا التخريج إلا النظر إلى المصحلة وسد الذريعة^(٣).

ومن تطبيقات هذا الاتجاه ما نقل عن القاضي شريح أنه: ضمن قصاراً قد احترق بيته: فقال القصار: تضمنني وقد احترق بيتي؟ فقال شريح: رأيت لو احترق بيته كنت تترك له أجرك^(٤).

وفي رواية عن علي كرم الله وجهه أنه كان يضمن الأجراء ويقول لا يصلح الناس إلا هذا^(٥).

(١) بداية المجتهد لابن رشد، ٢/٢٩٧.

(٢) مجمع الضمانات للبغدادي، ص ٢٧. البدائع للكاساني، ٤/٢١٠. والمغني لابن قدامة مع الشرح الكبير، ٦/١٠٦، حيث قال: «ولنا ما روى جعفر بن محمد عن أبيه عن علي أنه كان يضمن الصباغ والصواغ»، وقال: «لا يصلح الناس إلا ذلك». التاج المذهب للعنسي، ٣/١٠٣، سابق. تبصرة الحكام لابن فرحون، ٢/٣٤١، سابق.

(٣) بداية المجتهد لابن رشد، ٢/٢٩٧، سابق. د. عبد المجيد مطلوب: أصول الفقه الإسلامي، ص ١٦٠، سابق.

(٤) انظر: د. سعد محمد شناوي: رسالته «مدى الحاجة للأخذ بنظرية المصالح المرسله في الفقه الإسلامي»، جامعة القاهرة، ج ١، ط ٢، ١٤٠١هـ - ١٩٨١م، ص ٤٧.

(٥) المغني لابن قدامة والشرح الكبير، ٦/١٠٩، سابق.

أما بالنسبة لضمان بني آدم فأقوال الفقهاء متضاربة: بأن المكارى لا يضمن ما وقع في بني آدم - أثناء النقل - ضمان عقد وإنما يضمن ضمان جنائية، قال في الهداية: ولا يضمن المكارى بني آدم ممن سقط عن الدابة وإن كان بسوقه وقوده لأن الواجب ضمان الآدمي وأنه يجب بالجنائية^(١) وقال في البدائع: «ولا يضمن بنو آدم من وجه الإجارة ولا يشبه هذا المتاع لأن ضمان بني آدم ضمان جنائية وضمن الجنائية لا يجب بالعقد»^(٢)، وقال في المغنى: «... والأولى وجوب الضمان لأن الضمان هنا من جهة الجنائية فوجب أن يعم بني آدم وغيرهم»^(٣).

وضمن الجنائية في الفقه الإسلامي لا يعدو: إما أن يكون مباشرة أو تسبباً، وطبيعة عقد النقل تقضي بأن زمام التنفيذ إنما هو بيد الناقل فإذا ما أصيب الراكب بضرر فإنه وفقاً لمبدأ المسؤولية المبنية على مباشرة التنفيذ، لا يستطيع التخلص من المسؤولية إلا إذا أثبت السبب الأجنبي أو خطأ المضرور أو خطأ الغير، وهذا الحكم مستفاد مما عبر عنه السيوطي: من أن الضمان في إتلاف النفس أو المال يتعلق بالحكم فيه بالمباشر^(٤) «وهو نفس المعنى المستفاد من قاعدة «المباشر ضامن تعدى أو لم يتعد»^(٥).

ومن الأمثلة الدالة على التوسع في الضمان قولهم: «وإن سلم ولده الصغير إلى السابح ليعلمه السباحة فغرق فالضمان على عاقلة السابح لأنه سلمه إليه ليحتاط في حفظه فإذا غرق نسب إلى التفريط في حفظه.

(١) مجمع الضمانات للبغدادي، ص ٣٧، سابق.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني، ٢١٢/٤، سابق.

(٣) المغنى لابن قدامة والشرح الكبير، ١٠٨/٦، سابق. الشرح الكبير على متن المقنع للإمام شمس الدين بن قدامة، مطبوع بهامش المغنى، ١٢٢/١٠.

(٤) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ٣٩٠، سابق، الشرح الكبير بهامش المغنى، ١٢٢/٦.

(٥) مجمع الضمانات للبغدادي، ص ١٤٦، سابق.

وإذا كان الضمان المبني على الجناية يختلف من حيث الأساس عن الضمان الذي يبني عليه الالتزام بضمان السلامة، فإنهما يتفقان من حيث الأثر: وهو أن التعويض يجب على المسؤول دون أن يكلف المضرر بإثبات خطأ المسؤول.

ويبدو لنا أن الفقهاء حينما أسسوا مسؤولية الناقل عن ضمان بني آدم على أساس الجناية، إنما قصدوا منع المسؤول من اشتراط إعفائه من المسؤولية، بمعنى أن الناقل لو اشترط إعفائه من المسؤولية في العقد فالشرط باطل لأن أساس الضمان مبني على الجناية لا على العقد.

وعلى أية حالة فإن تأسيس مسؤولية الناقل في الفقه الإسلامي على أساس الجناية كما بينا يضع أمام الباحثين مبدأ جديداً ومنضبهاً لا يختلف من حيث النتيجة عن الالتزام بالسلامة والذي لا يستطيع المسؤول أن يعفي نفسه من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي.

٨٩ - قاعدة إثبات الخطأ: إذا كان الالتزام الملقى على عاتق المدين التزاماً ببذل كامل العناية من الحرص والتبصر واليقظة وفقاً لمسلك الرجل المعتاد فإن على المضرور أن يثبت الخطأ قبل المسؤول، وإثبات الخطأ هنا لا ينصب على عدم تحقيق نتيجة معينة، بل يتركز على وجوب إثبات إهمال معين أو انحراف عن مسلك الرجل المعتاد^(١)، ومثال ذلك الالتزام بعدم الاضرار بالغير أصله التزام ببذل عناية، فلو تعدى شخص على آخر وألحق به ضرراً، فإن على المضرور عبء إثبات وقوع الخطأ، وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن: «الأصل، براءة الذمة، وانشغالها أمر عارض، ومن ثم يقع عبء الإثبات على من يدعي ما يخالف الثابت أصلاً مدعياً كان أو مدعى

(١) انظر: ما قبله، ف ٣٥.

عليه...»^(١)، كما تؤكد محكمة النقض أيضاً أنه ليس للقاضي أن يتوسع في تحديد نطاق الالتزام ببذل عناية بقولها: «ليس لمحكمة الموضوع أن تقيم المسؤولية التقصيرية على خطأ لم يدعه المدعي متى كان أساسها خطأ مما يجب إثباته، إذ أن عبء إثبات الخطأ يقع في هذه الحالة على عاتق المدعي المضرور، فلا يصح للمحكمة أن تتطوع بإثبات ما لم يثبته ومن باب أولى ما لم يدعى من الخطأ، كما لا يجوز لها أن تنتحل ضرراً لم يقل به المدعي لأنه هو الملزم بإثبات الضرر»^(٢).

وإذا كان هذا المبدأ يمثل القاعدة العامة لإثبات الخطأ في إطار المسؤولية

(١) انظر: مجموعة أحكام النقض: المكتب الفني للسنة ١٨، العدد الأول، جلسة ١٤ يناير، ١٩٦٧م، طمنان رقما ٢٥٢ لسنة ٣٣ق، و ٢٨ لسنة ٣٤ق، ص ١٩٠ - ١٩١. وبراءة الذمة أصل عام لقواعد الإثبات حتى يثبت ما يغيره، وهو مشتق من مبدأ «إبقاء ما كان على ما كان حتى يثبت ما يغيره». ونفس المعنى: مجموعة أحكام النقض مدني: المكتب الفني للسنة ١٨، العدد الأول، جلسة ٩ فبراير، ١٩٦٧م، طمن رقم ١٦٧، لسنة ٣٣ق، ص ٣٣٤. وفي الفقه انظر: د. محمد علي عمران، حيث قال: «وأساس تطبيق المادة الأولى من قانون الإثبات هو مبدأ الاستصحاب...». الالتزام بضمان السلامة، ص ١٨٦. وفي الوسيط للسنهوري، قال في الجزء الأول، ف ٤٢٩، ص ٨٩٨: «والأصل أن الدائن هو المكلف بإثبات الدين. والمدين هو المكلف بإثبات التخلص منه». وقال في الجزء الثاني من الوسيط، ف ٥٣٠، ص ١٠٩٣: «بأن المسؤولية عن الأعمال الشخصية تقوم على خطأ واجب الإثبات وعلى الدائن أن يثبت أن المدين قد انحرف عن السلوك المألوف للرجل العادي...».

(٢) انظر: مجموعة أحكام النقض مدني، السنة ١٨، العدد الأول، جلسة ٢٢ يونيو، ١٩٦٧م، طمن رقم ٤٧٩، لسنة ٢٩ق، ص ١٣١٧. مجموعة أحكام النقض مدني، السنة ١٧، العدد الثاني، مارس - إبريل، ١٩٦٦م، جلسة ١٠ مارس، ١٩٦٦م، رقم ٧٣، طمن رقم ٣٦، لسنة ٣١ قضائية، ص ٥٣٧، وقد جاء فيه: «أن على المضرور أن يثبت أن الضرر إنما حصل نتيجة امتناع أو تقصير من المسؤول».

التقصيرية، فإن نفس الحكم ينطبق على العلاقات التعاقدية التي محلها بذل عناية^(١). ومن ذلك التزام الطبيب بشفاء المريض، والتزام المستأجر باستعمال العين المؤجرة، والتزام المستعير بالمحافظة على الشيء المعار والتزام الوديع المأجور بالمحافظة على الوديعة والتزام الوكيل المأجور بتنفيذ عقد الوكالة^(٢). فإذا ما حصل إخلال بهذا النوع من الالتزام، وذلك في حالة الدعوى بأن الطبيب لم يقيم بالعناية اللازمة، أو أن المستعير لم يبذل في المحافظة على الشيء العناية الواجبة، أو أن الوكيل أو الوديع لم يقيم أي منهما بحسن إدارة الشيء أو المحافظة عليه، فإن على الدائن في كل ذلك أن يثبت انحراف المدين عن سلوك الرجل المعتاد^(٣).

وعلى هذا الأساس فإن محل الالتزام إذا كان محله بذل عناية، وحصل

(١) انظر ما سبق، ف ٧٦.

(٢) أما إذا كانت الوديعة غير مأجورة فلا يكلف المودع لديه بأكثر مما يبذله في حفظ ماله حتى ولو كانت عنايته بشؤونه أقل من عناية الرجل المعتاد. كذلك الوكالة غير المأجورة، لا يكلف الوكيل بأكثر من العناية التي بذلها في حفظ ماله حتى ولو كانت أقل من عناية الرجل المعتاد. انظر: الوسيط، ج ١، ف ٤٢٨، ص ٨٩٤.

(٣) انظر: د. محمد علي عمران: الالتزام بضمان السلامة، ص ١٨٩، سابق. وكذلك الأستاذ حسين عامر: المسؤولية المدنية، ف ٢١٩، ص ٣٠٣. ومجموعة أحكام النقض مدني، السنة ١٧، العدد الثاني، مارس - إبريل، ١٩٦٦م، جلسة ٢٢ مارس، ١٩٦٦م، رقم ٨٨، طعن رقم ٣٨١، لسنة ٣١ قضائية، ص ٦٣٧. كذلك نفس المجموعة، السنة ١٨، جلسة ٢٦ أكتوبر، ١٩٦٧م، طعن رقم ١٩٧، لسنة ٣٤ قضائية، ص ١٥٦١. وقد جاء فيه: «... أن مسؤولية المؤجر عن الضرر الذي يصيب المستأجر بسبب حريق بالعين المؤجرة تقوم على أساس المسؤولية التقصيرية متى توافرت أركانها»، وهكذا تطبق قاعدة إثبات الخطأ على كل التزام يبذل عناية أيّاً كان محل الالتزام عقدياً أو تقصيرياً. ونفس المعنى: نقض مدني، مجموعة أحكام النقض، السنة ١٢، يناير - فبراير، ١٩٦٧م، جلسة ٩ من فبراير ١٩٦٧م، رقم ٥٢، طعن رقم ١٦٧، لسنة ٣٣ق، ص ٣٣٥، وقد جاء في هذا الحكم: «بأن عبء إثبات الخطأ والضرر الناتج عن قطع المفاوضة يقع على عاتق المدعي...»

الإخلال به من قبل المدين سواء أكان ذلك في نطاق المسؤولية التقصيرية أو العقدية، فإن على المضرور واجب إثبات الخطأ، وهذا المبدأ في حقيقته يمثل الإطار الثابت لتطبيق فكرة الخطأ الواجب الإثبات وفقاً للقواعد العامة.

٩٠ - في الفقه الإسلامي: وفي الفقه الإسلامي تعرض الفقهاء للمعنى المقابل لفكرة الخطأ الواجب الإثبات - الناتجة عن الإخلال بالالتزام ببذل عناية في فقه القانون المدني - عند حديثهم عن قاعدة «أن المتسبب لا يضمن إلا بالتعدي»^(١) حيث عرف الإمام الكاساني^(٢). التسبب بأنه: «الفعل في محل يفضي إلى تلف غيره عادة»^(٣). وقال الحموي^(٤). بأن حد التسبب هو الذي حصل التلف بفعله وتخلل بين فعله والتلف فعل مختار^(٥). وعرفت مجلة الأحكام العدلية التسبب بأنه: «... إحداث أمر في شيء يفضي إلى تلف شيء آخر على جري العادة ويقال لفاعله متسبب»^(٦).

(١) انظر: مجمع الضمانات للبغدادي، ص ١٦٥. د. محمد عبد القادر الحاج: رسالته «مسؤولية المنتج والموزع»، ص ١٧٥، سابق. د. صبحي محمصاني: النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، ١/١٨٢، سابق.

(٢) هو أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني (أو الكاشاني) الحنفي الملقب بملك العلماء، من مؤلفاته: كتاب «بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع»، وشرح كتاب تحفة الفقهاء: لشيخه علاء الدين محمد بن أحمد السمرقندي، توفي سنة ٥٨٧هـ. انظر: الفكر السامي للشعالبي، ٤/١٩، سابق.

(٣) بدائع الصنائع، ٧/١٦٥، سابق.

(٤) سبق ترجمته، انظر: ف ٩.

(٥) غمز عيون البصائر شرح الأشباه والتفائر، القاعدة التاسعة عشرة، ١/٤٦٦، هـ ١، ولعل إيراده في التعريف كلمة «فعل مختار» قيد بخروج به المكروه (بفتح الراء)، فإن الضمان يكون على المكروه (بكسر الراء).

(٦) المادة (٨٨٨)، ص ١٧١، سابق.

ومن تطبيقات مبدأ الضمان المبني على التسبب قول الفقهاء: لو وضع شخص في الطريق حجراً فعثر به مار فوق على شيء فأتلفه فالضمان على من وضع الحجر ولا ضمان على الذي عثر^(١). كذلك ما قاله ابن قدامة^(٢) أن من أخذ طعام إنسان أو شرابه في بركة أو مكان لا يقدر فيه الحصول على طعام وشراب فهلك بذلك، أو هلكت بهيمته فعليه ضمان ما تلف به لأنه سبب هلاكه^(٣): والقاعدة في الضمان المبني على التسبب - في إطار ضمان الفعل المقابل للمسؤولية التقصيرية^(٤) - أن على المضرور أن يثبت التعدي الذي أدى إلى وقوع الضرر، وهو ما يعبر عنه بقاعدة «البينة على المدعي» لما رواه الإمام مسلم^(٥). في صحيحه عن

(١) انظر: مجمع الضمانات للبغدادي، ص ١٧٦، سابق. مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، لعبد الرحمن بن محمد بن سليمان المعروف بداماد أفندي، ٦٥٢/٢، سابق.

(٢) هو موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، وُلد سنة ٥٤١هـ، كان من أكابر فقهاء الحنابلة، له مؤلفات عديدة في أصول الدين، وفي الحديث، وفي الفقه، وفي الزهد، من أشهر كتبه «المغني» في الفقه، توفي سنة ٦٢٠هـ. وقد ورد في أجزاء المغني في الجزء الثاني وما بعده أن وفاته سنة ٦٣٠، أما ترجمته في الجزء الأول ففيها أن وفاته سنة ٦٢٠. المغني، ٨/١. الأعلام قاموس تراجم لأشهر الرجال لخير الدين الزركلي، ١٩١/٤ - ١٩٢، الطبعة الثانية، فيها أن وفاته سنة ٦٢٠هـ.

(٣) المغني والشرح الكبير لابن قدامة الحنبلي: ٥٨٠/٩.

(٤) انظر ما سبق من الرسالة فقرة ٨٤.

(٥) هو أبو الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري الشافعي الحافظ، أحد الأئمة الأعلام، وُلد سنة ٢٠٤هـ، رحل في طلب الحديث إلى أقطار الأرض وأخذ عن الأئمة الأعلام حتى بلغ مرتبة سامية في هذا الفن، ثم وضع مسنده الصحيح وهو صنو صحيح البخاري، توفي رحمه الله في نيسابور سنة ٢٦١هـ وهو ابن خمس وخمسين سنة. من مصنفاته: «المسند الصحيح» المشهور بـ «صحيح مسلم»، وكتاب «الطبقات». انظر: الفكر السامي للثعالبي، ٨١/٣، ٨٢.

ابن عباس: أن النبي ﷺ قال: «لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم، ولكن البينة على المدعي واليمين على من أنكر»^(١). قال الإمام النووي^(٢). وهذا الحديث — يمثل — قاعدة كبيرة من قواعد أحكام الشرع ففيه أنه لا يقبل قول الإنسان فيما يدعيه بمجرد دعواه، وإنما يحتاج إلى بينة أو تصديق المدعى عليه^(٣).

وقاعدة البينة على المدعي في الفقه الإسلامي تمثل مبدأ ثابتاً في نطاق ضمان الفعل، يقارب من حيث الطبيعة فكرة الخطأ الذي يجب على المضرور إثباته — المنبثقة عن القاعدة العامة للمسؤولية التقصيرية، وعن الإخلال بالالتزام ببذل عناية في إطار العلاقات التعاقدية في فقه القانون المدني^(٤).

أما عن الالتزام ببذل عناية في إطار العلاقات التعاقدية في الفقه الإسلامي^(٥) فقد تعرض له الفقهاء عند حديثهم عن ضمان الأجير الخاص، والذي عرفوه بأنه: «الذي يستحق الأجر بتسليم نفسه في المدة وإن لم يعمل: كمن استؤجر شهراً للخدمة، أو لرعي الغنم... ولا ضمان عليه اتفاقاً إذا لم يعتمد

(١) انظر: صحيح مسلم بشرح النووي، ج ٢، هامش ص ٣، سابق. البحر الزخار للإمام أحمد بن يحيى المرتضى، ٣٨٦/٥. التاج المذهب للقاضي العلامة أحمد بن قاسم العنسي، ٣/٤، سابق. الإمام الأكبر محمود شلتوت: الإسلام عقيدة وشريعة، ص ٤٤٥، سابق.

(٢) هو أبو زكريا محي الدين، يحيى بن شرف بن مري التووي الشافعي، وُلد بنوى سنة ٦٣١هـ، ثم رحل إلى دمشق مع والده وأخذ عن علمائها، بلغ درجة عالية في الحديث والفقه واللغة، كان تقياً زاهداً، توفي سنة ٦٧٦هـ، وقيل سنة ٦٧٨هـ. من مؤلفاته: «شرح صحيح مسلم» و«المجموع» شرح المذهب وغيره. انظر: الفكر السامي ١٧١/٤.

(٣) انظر: صحيح مسلم بشرح النووي، ٣/١٢، سابق.

(٤) انظر، ما سبق، ف ٣٨٠.

(٥) د. السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ١٤٩/٦، سابق.

الفساد^(١). قال في جامع الفصولين نقلاً عن التجريد: الأجير الخاص لا يضمن إلا بالتعدي^(٢). وقالت مجلة الأحكام العدلية بأن: «الأجير الخاص أمين حتى أنه لا يضمن ما تلف في يده بغير صنعه، وكذا لا يضمن المال الذي تلف بعمله بلا تعد أيضاً»^(٣).

والظاهر أن التعدي في الفقه الإسلامي كما هو في الفقه الغربي «انحراف عن السلوك المألوف للرجل المعتاد»^(٤). ولذلك قال الفقهاء: «الأجير الخاص كالراعي لو ضرب شاة ففقأ عينها أو كسر رجلها ضمن لمخالفته للمعتاد، لأن الضرب غير داخل في الإجارة وهو يتحقق بدون الضرب كالصياح والصفق...»^(٥). ومن ثم لا يعتبر الأجير الخاص مسؤولاً إلا إذا أثبت المضرور انحرافه عن السلوك المألوف في مثل مهنته مما يدل على أن الالتزام الملقى على عاتق الأجير الخاص التزام ببذل عناية.

ولا يقتصر الالتزام ببذل عناية في إطار العلاقات التعاقدية في الفقه الإسلامي على الأجير الخاص بل يوجد إلى جانب ذلك التزامات أخرى يمكن اعتبارها التزامات ببذل عناية مثل: التزام المستأجر بالمحافظة على ما^(٦)، استأجر^(٧)،

(١) انظر: المنتزح المختار لابن مفتاح، ٢٧٧/٣. والمعاملات الشرعية المالية للشيخ أحمد إبراهيم بك، ص ١٦٤، سابق.

(٢) مجمع الضمانات للبغدادي، ص ٢٨، سابق. أحكام المعاملات الشرعية للشيخ علي الخفيف، مطبعة أنصار السنة المحمدية، الطبعة الثالثة، ١٣٦٦هـ - ١٩٤٧م، ص ٤٧٤.

(٣) مادة (٦١٠)، ص ١١٤، سابق.

(٤) د. السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي: ج ٦، ص ١٤٩، سابق.

(٥) مجمع الضمانات للبغدادي، ص ٢٩، سابق.

(٦) ما بمعنى الذي.

(٧) انظر: القواعد في الفقه الإسلامي لابن رجب الحنبلي، القاعدة ٢٨، ص ٣٨، وفيها: «لو استأجر دابة لمسافة معلومة فزاد عليها أو لحمل مقدار معلوم فزاد عليه فتلفت الدابة فإنه يضمنها بكمال القيمة».

والتزام المودع عنده بالمحافظة على العين المودعة^(١) والتزام المستعير^(٢).
أو المرتهن بالمحافظة على العين المعارة أو المرهونة، وكذلك التزام الوكيل
بحسن إدارة أعمال الموكل^(٣).

ويفسر الالتزام ببذل عناية عن أن يد المسؤول على ما تحت يده في الأحوال
آنفة الذكر يد أمانة، ومقتضى يد الأمانة في الفقه الإسلامي: أن المسؤول لا يلزم
بالضمان إلا إذا تعدى أو فرط بمعنى أن على المضرور في كل أحوال يد الأمانة أن
يثبت قبل المسؤول تقصيراً معيناً حتى يستحق التعويض، وهو معنى يتقارب تماماً
مع مبدأ فكرة الخطأ واجب الإثبات في فقه القانون المدني في حالة ما إذا كان
الالتزام الملقى على عاتق المدين التزاماً ببذل عناية في إطار العلاقات التعاقدية.



(١) انظر: شرح الخرشي على مختصر خليل لأبي عبد الله محمد بن عبد الله الخرشي، الطبعة
الأولى، المطبعة العامرية الشرفية بمصر، ١٣١٧هـ، ٣٢٥/٤. وفيه أنه: «إذا خلط المودع
الوديعة بمال نفسه أو بمال غيره من غير جنسها بحيث يتعذر التمييز بينهما ضمن...»
د. وهبة الزحيلي: نظرية الضمان الأولى، دار الفكر العربي، ١٣٨٩هـ - ١٩٧٠م،
ص ١٨٠. بدائع الصنائع للكاساني، ١٦٥/٧.

(٢) مجمع الضمانات للبغدادي، ص ٥٧، وفيه: «استعار شخص دابة ليركبها فركب وأركب
غيره فعمطت ضمن قيمتها». والخرشي على مختصر خليل ٣٣٠/٤ - ٣٣١، سابق.
د. مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ج ١، ف ٣٠٣، ص ٥٨٢، سابق.
المعاملات الشرعية المالية لأحمد إبراهيم بك، ص ٢٣٦، وفيه: «إن القاعدة العامة
للضمان أن العارية أمانة في يد المستعير، فإذا قصر المستعير في حفظ العارية فإنه يضمن
لتقصيره وإهماله في الحفظ. أما لو هلكت بدون تعد فلا ضمان».

(٣) د. السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ص ١٥٣، سابق.

المبحث الثاني افتراض خطأ متولي الرقابة

٩١ - حقيقة افتراض الخطأ وحدوده القانونية. ٩٢ - المكلف بالرقابة.
٩٣ - الشخص المحتاج للرقابة. ٩٤ - أساس مسؤولية متولي الرقابة. ٩٥ - في
الفقه الإسلامي. ٩٦ - قول الجمهور. ٩٧ - تحليل واستنتاج. ٩٨ - القول
الراجح في الفقه الإباضي. ٩٩ - مقارنة وترجيح.

٩١ - حقيقة افتراض الخطأ وحدوده القانونية: تعني فكرة افتراض الخطأ
قبل متولي الرقابة أن الفعل الضار الذي أتاه الخاضع للرقابة ما هو إلا نتيجة تقصير
سابق في المحافظة عمن هو تحت رقابته، وبتعبير آخر فالخطأ المفترض ما هو إلا
عدم قيام متولي الرقابة بما ينبغي من العناية نحو القاصر أو من في حكمه قبل وقوع
الفعل الضار^(١).

أما عن الحدود القانونية لافتراض الخطأ فإنه لا يكون إلا في العلاقة بين
متولي الرقابة والمضروب فهو افتراض قرره القانون لصالح المضروب تجاه متولي
الرقابة، ومن ثم فلا يجوز للمضروب ولا لمتولي الرقابة أن يحتجا به قبل الشخص

(١) انظر: د. عبد الحي حجازي: النظرية العامة للالتزام، ٥١٧/٢، وقال: «حقيقة أن
الإهمال في الرقابة ليس هو السبب الأخير في إحداث الضرر... إلا أنه من بين الأسباب
التي أسهمت في هذا الضرر بحيث لولا هذا الإهمال لما وقع هذا الضرر...». ونفس
المعنى: Rabut: رسالته «فكرة الخطأ في القانون الخاص»، ف ٣، ص ٥٩، سابق.

الخاضع للرقابة، على أن هذا الافتراض المقرر لصالح المضرور لا يمنعه من القيام بإثبات الخطأ في جانب الملتزم بالرقابة لهدف منع الملتزم بالرقابة من نفي قرينة الافتراض^(١) مما يدل على أن فكرة افتراض الخطأ في حد ذاتها ما هي إلا نوع من التوسع في ركن الخطأ لحماية المضرور وعدم تكليفه بعبء الإثبات.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه: «في كافة الحوادث التي يسأل فيها الشخص عن فعل الغير يجب افتراض الخطأ ابتداءً لأن وقوع الحادث يعتبر في ذاته قرينة على الإخلال بواجب الرقابة والملاحظة^(٢)».

كما ذهب القضاء المصري أيضاً إلى القول: «بأنه وإن كان الأصل وجوب افتراض الخطأ ابتداءً في كافة الحوادث التي يسأل فيها الشخص عن فعل الغير — لأن وقوع الحادث يعتبر في ذاته قرينة على الإخلال بواجب الرقابة والملاحظة — إلا أنهم أجازوا للمربي أن يدرا عن نفسه المسؤولية بإثبات أنه قام بما تقتضيه وظيفته من واجب الرقابة الحازمة وأنه لم يفرط في هذه الرقابة وأنه ما كان يستطيع منع الحادث... حتى مع الرقابة الشديدة...»^(٣).

وعن القضاء الفرنسي ذهب Rabut إلى القول: بأن المحاكم الفرنسية تقضي في الغالب بمسؤولية الوصي أو ولي الأمر والذي من واجبه أن يرعى المجنون^(٤).

(١) انظر: الأستاذ حسين عامر: المسؤولية المدنية، ف ٦٢٠، ص ٦٢٧. نفس المعنى: د. عبد المنعم فرج الصده: مبادئ القانون، ف ٣٦٣، ص ٤٠٣، سابق.

(٢) مجموعة أحكام النقض مدني: السنة ٢٨ لسنة ٤٤ق، في ١٥/١٢/١٩٧٧، طعن رقم ٤٢٠، ص ١٥١٨. نفس المعنى: عبد المعين لطفي جمعة: موسوعة القضاء في المسؤولية المدنية التفسيرية والعقدية، الكتاب الأول، ج ٣، رقم ١٣٢٧، ص ٢٢، سابق.

(٣) انظر: محكمة الزقازيق الكلية، ٢٥ فبراير ١٩٣٥م، منشور بالمحاماة، السنة ١٦، العددان ٧، ٨، ص ٧٤١. نفس المعنى: مجموعة أحكام النقض، المكتب الفني، س ٢٦، طعن رقم ٧٨ لسنة ٤٠ق، جلسة ١١/٣/١٩٧٥م، ص ٥٤٩.

(٤) Rabut، رسالته «فكرة الخطأ في القانون الخاص»، ف ٤٤، ص ٦٠، سابق.

أما القضاء العراقي فإنه وإن كان يفترض خطأ متولي الرقابة إلا أنه يقضي بالتعويض ابتداءً من مال الخاضع للرقابة ودليل ذلك ما قضت به محكمة تمييز العراق من أن «إلزام الحدث بالتعويض وأجور المحاماة غير صحيح إذ يجب القضاء بها على الولي إضافة لأموال الحدث»^(١).

ويظهر مما سبق أن فكرة افتراض الخطأ ما هي إلا نوع من التوسع في ركن الخطأ من خلال ما يمكن نسبه من الأهمال أو التقصير نحو متولي الرقابة فيما إذا أحدث الخاضع للرقابة ضرراً بالغير، مما يمكن معه القول بأن فكرة افتراض الخطأ قبل متولي الرقابة تعد من المبادئ الثابتة والمستقرة فقهاً وقضاءً. وإذا كانت هذه هي حقيقة افتراض الخطأ وحدوده القانونية فمن هو المكلف بالرقابة الذي نفترض الخطأ جانبه.

٩٢ - المكلف بالرقابة: يستفاد من نص المادة (١٧٣) مدني مصري والمادة (٣١٥) مدني يمني عدم حصر الأشخاص الذين يقع عليهم واجب رقابة غيرهم حيث أفصحت المادتان المذكورتان بأن: «كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية يكون ملزماً بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع ويترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز»^(٢).

(١) انظر: مجموعة الأحكام العدلية، ص ١٢، ١٩٨١م، العدد الرابع، أجزاء ثانية، رقم القرار ١٩٥٦ بتاريخ ١٢/٦/١٩٨١م، ص ١٠٣.

(٢) انظر: مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ٤٠٥/٢، سابق. والجريدة الرسمية اليمنية: القانون المدني اليمني، ملحق العدد الرابع، إبريل ١٩٧٩م، السنة الرابعة عشرة، ص ١٦، سابق. والمذكرة الإيضاحية للقانون المدني اليمني، ١١٨/٢، وبحث الأستاذ الدكتور عبد المنعم البدرأوي، المنشور بمجلة كلية الشرطة اليمنية، العدد الثالث، ص ٥٦، سابق. «وقد لاحظ أن المادة (٣١٠) من القانون اليمني لم تذكر إلا من تولى»

وإذا كان القانون هو مصدر الالتزام بالرقابة فإن قانون الأحوال الشخصية في القانونين المصري واليميني هو الذي يلقي عبء الرقابة على الأب أو الأم أو الوصي على حسب الأحوال، كما أن الالتزام بالرقابة قد يكون بمقتضى اتفاق خاص كالاتفاق الذي يبرم مع مدير مستشفى الأمراض العقلية لرقابة مرضاه^(١) ومن ثم يفترض القانون خطأ المكلف بالرقابة قانونية كانت أو اتفاقية حينما يحدث الخاضع للرقابة ضرراً بالغير.

٩٣ - الشخص المحتاج للرقابة: أما عن الأشخاص المحتاجين للرقابة فإن القانون لم يحددهم بل حدد السبب الموجب لقيام حالة الرقابة والمتمثل في حالة القاصر الذي لم يبلغ خمس عشرة سنة أو بلغها وكان في كنف القائم على تربيته، أو الحالة العقلية كما لو اعترى الشخص جنون أو عته أو غفلة، أو الحالة الجسمية كما لو كان الشخص أعمى أو مقعداً أو مشلولاً، ويقدر القاضي تبعاً للظروف ما إذا كانت حاجة القاصر إلى هذه الرقابة لا تزال قائمة أم لا^(٢).

الرقابة بالاتفاق. في حين أن المذكرة الإيضاحية قد ورد بها ما يفيد بمسؤولية الرقيب قانوناً أو اتفاقاً حيث نصت على أن «المادة (٣١٠) تتناول حالة من تجب عليه شرعاً رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة...»، والسبب في ملاحظته تلك أن المذكرة الإيضاحية لم تصدر عن مجلس الشعب إلا بعد فترة لاحقة على صدور القانون الذي أشار إليه.

(١) انظر: د. عبد الحي حجازي: النظرية العامة للالتزام، ٥١٩/٢. سيد أمين محمد: رسالته «المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير»، جامعة القاهرة، ص ١٣٨، سابق. حيث أشار إلى أن القانون اللبناني أسوة بالقانون الفرنسي قصد التكليف بالرقابة على الأب والأم والمعلمين والأوصياء، والراجع في نظرنا ما ذهب إليه القانون المدني المصري الجديد والقانون المدني اليمني في عدم حصر من تناط بهم الرقابة، نظراً لما تستدعيه حاجة القصر وأمثالهم من المراقبة على من يوجب عليهم القانون ذلك عند عدم وجوب الأب والأم.

(٢) انظر: مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري الجديد، ٤٠٧/٢. والمحاماة، السنة ١٥، ج ٢، في ٢٥ يوليو ١٩٣٣م، رقم ١٣٧، ص ٢٩٩. ومشار إليه =

على أن القانون حينما توسع في ركن الخطأ قبل المكلف بالرقابة إنما راعى بذلك مصلحة الخاضع للرقابة ومصلحة المضرور، أما مصلحة الخاضع للرقابة فلكونه بحاجة إلى من يوجهه ويرعاه، وأما مصلحة المضرور فلرفع عبء الإثبات عنه، وكفالة حقه في التعويض من الملتزم بالرقابة في حالة ما إذا لحقه ضرر من الخاضع للرقابة.

وإذا كان القانون قد أفصح عن الحكمة من افتراض الخطأ فما هو الأساس الذي تبنى عليه مسؤولية متولي الرقابة.

٩٤ - أساس مسؤولية متولي الرقابة: تقوم مسؤولية متولي الرقابة على أساس الخطأ المفترض القابل لإثبات العكس، وهو خطأ مزدوج، خطأ في التربية أو إهمال في الملاحظة والمراقبة وهذا الافتراض لا يتحقق قبل متولي الرقابة إلا إذا توافرت الشروط الآتية:

أولاً: أن يكون الشخص الذي ألحق بالغير ضرراً في حاجة إلى الرقابة بسبب القصر أو الحالة العقلية أو الجسمية.

ثانياً: أن يثبت المضرور أن الضرر الذي أصابه صادر عن الخاضع للرقابة.

ثالثاً: أن يقضي القانون أو الاتفاق بافتراض الخطأ قبل المسؤول.

= في الوسيط، ج ٢، ف ٦٦٧، ص ١٤٠١، جاء فيه: ذهب القضاء إلى القول: «بأن مسؤولية الأب عن ابنه لا تفترض عند بلوغ الابن سن الواحدة والعشرين وإنما يحتفظ القاضي بحرية التقدير فيما بين الخامسة عشرة والواحدة والعشرين». وهو سن الولاية على المال، ويُعد هذا في نظرنا أرجح مما ذهب إليه القضاء في بعض أحكامه من ربط واجب الرقابة بسن الولاية على النفس المقدر بخمس عشرة سنة. انظر: موسوعة القضاء لمبد المعين لطفي جمعة، حيث أورد الطعن رقم ١٢٦٤، س ٣٠، مجموعة الأحكام، س ١١، ص ٧٧١، حيث جاء فيه «بأن الحكم يكون معيياً بالقصور إذا لم يبين سن الولاية على النفس. انظر: الموسوعة المشار إليها، الكتاب الأول، ج ٣، رقم ١٣٢٤، ص ١٩.

فإذا توافرت هذه الشروط: افترض خطأ متولي الرقابة، وافترضت معه علاقة السببية بين الخطأ والضرر وأصبح لزاماً على متولي الرقابة تعويض المضرور عما أصابه من ضرر^(١).

ولما كانت مسؤولية الملتزم بالرقابة هي مسؤولية مستثناة والاستثناء عادة لا يتوسع فيه فإن القانون قد جعل قرينة الافتراض تجاه متولي الرقابة قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس بقوله: «ويستطيع المكلف بالرقابة أن يخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أثبت أن الضرر كان لا بد واقعاً ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية^(٢)».

كما ذهبت محكمة النقض المصرية إلى القول: «بأن مؤدى نص المادة (٣/١٧٣) من القانون المدني تقضي بأن مسؤولية متولي الرقابة عن الأعمال غير المشروعة التي تقع ممن تجب عليه رقابته هي مسؤولية مبناهما خطأ مفترض افتراضاً قابلاً لإثبات العكس...»^(٣). حيث يستطيع المسؤول أن ينفي الخطأ بإثبات أنه لم يقصر في الرقابة وأن سبب الخطأ المنتج للضرر غير معلوم، أو ينفي علاقة السببية بإثبات أن الضرر كان لا بد واقعاً ولو قام بما ينبغي من العناية، أو يثبت السبب

(١) انظر: د. محمد علي عمران: مصادر الالتزام - المصادر الإرادية والمصادر غير الإرادية، ص ١٥٨، سابق. والأستاذ حسين عامر: المسؤولية المدنية، ف ٦٣٥، ص ٦٤٣، سابق.

SCHMIDT: Faute civile et faute Pénale Thèse Paris 1928. p.80.

(٢) انظر: المادة (٣/١٧٣) مدني مصري، والمادة (٣١٠)، مدني يمني.

(٣) انظر: مجموعة أحكام النقض، المكتب الفني، السنة ٢٠، جلسة ٢٢ ديسمبر، ١٩٦٩م، رقم ٢٠٣، ص ١٣٠٣. ونفس المعنى: مجموعة أحكام النقض، المكتب الفني، السنة ٢٣، جلسة ٨ يونية ١٩٧٢م، رقم ١٦٨، ص ١٠٧٥. ونفس المعنى: مجموعة أحكام النقض، ص ٢٦، جلسة ١١ مارس ١٩٧٥م، رقم ١١١، ص ٥٤٩. ونفس المعنى: مجموعة أحكام النقض، المكتب الفني، السنة ٢٨، جلسة ١٥/١٢/١٩٧٧م، رقم ٤٢٠، ص ١٨١٥.

الأجنبي كالقوة القاهرة أو خطأ المضرور أو خطأ الغير^(١).

أما إذا لم يستطع متولي الرقابة أن ينفي عن نفسه المسؤولية، وقام بدفع التعويض، فإن طبيعة مسؤوليته حينئذ تكون أصلية في حالة ما إذا كان الخاضع للرقابة غير مميز؛ وتكون تبعية في حالة ما إذا كان الخاضع للرقابة مميزاً، وقد نصت المادة (١٧٥) مدني مصري والمادة (٣١٨) مدني يمني بأن «للمسؤول عن عمل الغير حق الرجوع عليه في الحدود التي يكون فيها الغير مسؤولاً عن تعويض الضرر^(٢). مما يعني أن لمتولي الرقابة أن يرجع على الخاضع للرقابة بما دفع إذا كان مميزاً ولا يرجع عليه إذا كان غير مميز^(٣).

وحيث نصل إلى القول بأن فكرة افتراض الخطأ قبل الغير لا تعدو أن تكون توسعاً في ركن الخطأ ذاته لحكمة راعاها القانون وهي: حث الأولياء على الرقابة

(١) انظر: د. توفيق حسن فرج: النظرية العامة للالتزام، ص ٤١٠، سابق. Rabut، رسالته «فكرة الخطأ في القانون الخاص»، ف ٤٤، ص ٦٠، جاء فيه ما نقله عن محكمة Choimbery في ٢٦ أكتوبر ١٨٨٩م، قضية رقم ١٠/١٢/١٨٩١م، قوله: «وعلى الأب الذي يرعى ابن فاقد العقل أو الزوج الذي يرعى زوجة مجنونة وفي غير وعيها أن يثبت أنه كان من المستحيل منع الضرر وأنه راعى كل احتياطات الحرص والحذر الواجب.

(٢) انظر: مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ٤٢١/٢، سابق. وتشريعات الجمهورية العربية اليمنية لعام ١٩٨٠م، المجلد السادس، ص ١٤٤.

(٣) د. عبد المنعم فرج الصده: مصادر الالتزام، ص ٥٣٩، سابق. ومجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ٤٢٢/٢، ص ٣٥٩، والتي جاء بها: «إذا ترتبت مسؤولية الشخص على عمل غيره، انطوى هذا الوضع على وجود شخصين يسألان عن ذات الدين. فإذا فرض أن يحدث الضرر غير أهل المساءلة عن عمله غير المشروع فليس المسؤول عنه أن يرجع عليه بوجه من الوجوه لأنه يكون في هذه الحالة مديناً أصلياً، وينعكس الوضع فلا يلزم من وقع منه الفعل الضار إلا بصفة تبعية أو احتياطية. وذلك حينما يتعذر الحصول على التعويض من المسؤول.

وحسن التربية . ورفع عبء الإثبات عن المضرور حتى ينال حقه في التعويض من أيسر السبل .

٩٥ - في الفقه الإسلامي : الأصل في الفقه الإسلامي أن لا يؤخذ أحد بتبعة عمل أتاه غيره لقوله تعالى : ﴿كل امرئ بما كسب رهين﴾^(١) ، وقوله تعالى : ﴿ولا تزر وازرة وزر أخرى﴾^(٢) .

ومن السنة ما أخرجه أبو داود بسنده عن أبي رمثة ، قال : انطلقت مع أبي نحو النبي ﷺ ، ثم إن رسول الله ﷺ قال لأبي : «ابنك هذا»؟ قال : إي ورب الكعبة ، قال : «حقاً» قال : أشهد به ، قال : فتبسم رسول الله ﷺ ضاحكاً من ثبت شبهي في أبي ومن حلف أبي علي ، ثم قال : «أما إنه لا يجني عليك ولا تجني عليه»^(٣) وقرأ رسول الله ﷺ : «ولا تزر وازرة وزر أخرى»^(٤) .

ومفاد هذا الأصل بإجماع العلماء هو أن لا يؤخذ أحد بذنب غيره^(٥) وهو مبدأ مسلم به فيما يتعلق بالعقوبات البدنية ، ولكن ما نبحت عنه هو هل يلزم الولي بالضمان المالي في ماله هو فيما إذا أتى القاصر أو المسجون الخاضع لرقابته فعلاً ضاراً بالغير؟ أو بتعبير أدق هل يفترض خطأ متولي الرقابة عمن هو تحت رقابته أم لا يفترض؟ . للرد على هذا التساؤل يمكن لنا بعد الاستقراء أن نصنف الإجابة من خلال قولين هما :

الأول : قول الجمهور ومفاده : أن الضمان يجب من مال الخاضع للرقابة نفسه .

(١) سورة الطور : الآية ٢١ .

(٢) سورة الأنعام : الآية ١٦٤ .

(٣) سنن أبي داود ، ج ٤ ، حديث رقم ٤٤٩٥ ، ص ١٦٨ .

(٤) سورة الأنعام : الآية ١٦٤ .

(٥) انظر : الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ، ج ٢ ، المسألة السابعة ، ص ١٢٣٩ ، سابق .

حيث نقل عن المعدوي وغيره أن معنى الآية هو : «ألا يؤاخذ أحد بذنب أحد» .

الثاني: القول الراجح في الفقه الإباضي: ومفاده أن الضمان يجب من مال متولي الرقابة نفسه.

٩٦ - قول الجمهور: مفاد قول الجمهور على اختلاف تعبيراتهم الإجماع: بأن الصبي المحجور عليه ومن في حكمه إذا أتلّف مال الغير فيجب الضمان من ماله، ويجب على من له ولاية على ماله أن يؤديه عنه إن كان له مال وإلا اتبع بالقيمة إلى حال يساره ولا يضمن وليه، وإذا قتل فالدية على العاقلة. وحجة الجمهور أن الإلزام بالضمان المالي إنما هو من خطاب الوضع لا من خطاب التكليف فلا يشترط في الضمان التكليف ولا التمييز، لأن فقدان الوعي أو نقصانه إنما يمنع المؤاخذة بالعقوبة البدنية، أما الضمان المالي فلا يسقط عنه لتعلقه بأهلية الوجوب، وأنه لا تبعه على الولي إلا إذا أمر الصغير، أو حرّضه، أو أغراه على الفعل الضار، فإن التبعية حينئذٍ تكون على الولي بسبب هذا الإغراء وذلك التحريض^(١).

(١) انظر: بدائع الصنائع للكاساني، ١٧١/٧، سابق. «... حتى لو أتلّف الصبي والمجنون شيئاً فضمانه في مالهما...». وردّ المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار: لمحمد أمين بن عمرو بن عبد العزيز، المشهور بابن عابدين، مطبعة دار السعادة العثمانية، ١٣٢٤هـ، ١٢٥/٥، ١٢٦، وقال: «إن أتلّف المحجور عليهم شيئاً متقوماً فعليهم الضمان». وبداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد، المشهور بـ «ابن رشد الحفيد»، تحقيق عبد الحلّيم محمد عبد الحلّيم، وعبد الرحمن حسن محمود، ط دار الكتب الحديثة، ٣٦٢/٢، حيث قال: «ويلزم الصغير ما أخذ في ماله مما لم يؤتمن عليه...». ونهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملي، ٣٦٩/٤، سابق. حيث قال: «يضمن المحجور عليه بالإتلاف ولا يضمن بالإقرار». ومن المؤلفات الحديثة انظر: الإمام محمد أبو زهرة: الولاية على النفس، دار الفكر العربي، ص ٤٥. والضمان في الفقه الإسلامي للشيخ علي الخفيف، ص ٦٨، سابق. والمدخل الفقهي العام، للأستاذ مصطفى محمد الزرقاء، ج ٢، ف ٤١٣، ص ٧٤٤، سابق.

وتطبيقاً لذلك نقل البغدادي عن الأشباه والنظائر ما نصه: «الصبي المحجور عليه يؤخذ بأفعاله فيضمن ما أتلفه من المال، وإذا قتل فالدية على العاقلة»^(١). وقال الإمام ابن حزم: «من أخذ شيئاً من مال غيره.. فإن كان عامداً عالماً بالغاً مميزاً فهو عاص لله عز وجل، وإن كان غير عالم أو غير عامد أو غير مخاطب فلا إثم عليه، إلا أنهما سواء في الحكم في وجوب رد ذلك إلى صاحبه أو في وجوب ضمان مثله...»^(٢).

وقال بعض المالكية: 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).

وقد أخذت مجلة الأحكام العدلية بقول الجمهور فنصت على أنه «إذا أتلّف صبي مال غيره فيلزم بالضمان في ماله وإن لم يكن له مال ينتظر إلى حال يساره ولا يضمن وليه»^(٤).

(١) انظر: مجمع الضمانات للبغدادي، ص ٤٢٣، سابق. والبحر الزخار للمرتضى، ٢٥٥/٦، حيث قال: «وعمد الصبي والمجنون على عاقلتهما فإن لم يكن لهما عاقلة ولا مال ففي بيت المال ثم على المسلمين لقوله ﷺ: «ولا يذهب دم امرئ مسلم هدرأ في الإسلام...». ونفس المعنى متن الأزمهر للإمام أحمد بن يحيى المرتضى، الطبعة الثالثة، ١٣٥٧هـ، مطبعة حجازي بالقاهرة، ص ١٧٣. والبدائع للكاساني، ٢٥٦/٧، سابق. جاء بها: «... فإن لم يكن له عاقلة كان استنصاره بعامّة المسلمين وبين المال مالهم فكان ذلك عاقلته».

(٢) المحلى لابن حزم، ج ٨، مسألة رقم ١٢٥٨، ص ١٣٤، سابق. ونفس المعنى: عبد السلام بن عبد السلام الدردير: «الأهلية الجنائية بين الشريعة والقانون الوضعي». رسالة من جامعة الأزهر، بالآلة الكاتبة، ١٤٠٠هـ - ١٩٧٩م، ص ٢٣.

(٣) انظر: القوانين الفقهية لابن جزي المالكي، ص ٢٨٥، سابق.

(٤) مجلة الأحكام العدلية، مادة (٩١٦)، ص ١٧٧، سابق.

٩٧ - تحليل واستنتاج: المستفاد من رأي الجمهور أن متولي الرقابة أو الولي على القاصر ومن في حكمه لا يسأل على أساس افتراض الخطأ وإنما على أساس الخطأ أو التقصير الواجب الإثبات، دليل ذلك أنه لا يجب الضمان عليه في ماله إلا إذا حرض، أو أمر، أو أغرى الخاضع لولايته على إتيان الفعل الضار أو قصر في المحافظة عليه بحيث يكون في استطاعته منعه عن الفعل الضار ولم يمنعه^(١).

والسبب في ذلك أن الجمهور يربطون الضمان المالي كقاعدة عامة بأهلية الوجوب التي لا يشترط فيها تمييز ولا إدراك، ولذلك أوجبوا على الولي أداء الضمان من الذمة المالية الخاضع للرقابة في حالة إضراره بمال الغير، أما في حالة إضراره بنفس الغير فالضمان على العاقلة^(٢).

وفي تقديرنا أن فكرة افتراض خطأ الولي لا تتعارض مع ربط الضمان بأهلية الوجوب لسبب واحد هو: أن الولي طالما وهو المكلف بالأداء فإنه أيضاً هو المكلف بالدفاع عن الخاضع لرقابته، وأول بادرة النزاع هي افتراض تقصير متولي الرقابة باعتباره المسؤول عن حفظه ورعايته، فإن تخلص من الافتراض بإثبات أنه لم يخطيء فالأصل براءة الذمة ووجب عليه الأداء من مال الخاضع للرقابة وفي ذلك ضمان لحق المضرور في التعويض، أما إذا لم يتمكن من نفي الافتراض عن نفسه، وجب عليه أداء التعويض من ماله، وما ذلك التعويض إلا نتيجة التقصير عما وجب عليه بالشرع أو العقد.

٩٨ - القول الراجح في الفقه الإباضي: وقد خالف الإباضية في القول الراجح عندهم قول الجمهور، فأوجبوا على الأب أو الولي الضمان في ماله هو

(١) انظر: الإمام محمد أبو زهرة: الولاية على النفس، ص ٤٥، سابق.

(٢) انظر: آنفاً، ف ٩٦.

عما يحدثه القاصر من الأفعال الضارة بالغير ولو كان له مال في الراجح، ودليل ذلك قولهم في شرح كتاب النيل: «جناية طفل في دم أو مال على أبيه أو وليه ولو كان له مال في الراجح، ولا يرجعان به في مال الطفل، لأن الطفل كدابة يجب حفظه فإذا لم يحفظاه فقد ضيعا فلزمهما الغرم...»^(١)، وأفاد صاحب الإيضاح من الإباضية بأنه: يلزم الوالدين من الحقوق ما لزم ولدهما^(٢).

وللإباضية في مقابلة القول الراجح قول آخر وهو: أن للأب أو الولي أن يرجع في مال الطفل إن كان له مال في الحين وإلا انتظر إلى حال يساره^(٣) وهذا القول يوافق رأي الجمهور الذي يربط الضمان بأهلية الوجوب كما قدمنا^(٤).

٩٩ - مقارنة وترجيح: يتفق القول الراجح في الفقه الإباضي من حيث الأساس مع ما ذهب إليه فقه القانون المدني من حيث أن حصول الضرر من الخاضع للرقابة ما هو إلا دليل الإهمال أو التقصير من متولي الرقابة، إلا أن فقه القانون المدني يختلف عن القول الراجح في الفقه الإباضي من حيث الأثر، حيث يستطيع متولي الرقابة في فقه القانون المدني الرجوع بما آداه من التعويض على الخاضع للرقابة إذا كان مميزاً وليس له حق الرجوع إذا كان الخاضع للرقابة غير مميز، بينما الراجح في الفقه الإباضي لا يرى للمسؤول عن الرقابة حق الرجوع بما دفع على مال الطفل الخاضع لرقابته كما أوضحنا آنفاً^(٥).

وفي تقديرنا أن فقه القانون المدني قد خرج بموازنة دقيقة، حيث افترض

(١) انظر: شرح كتاب النيل وشفاء العليل، لمحمد بن يوسف أطفيش، ٧٧/٧، سابق.

(٢) كتاب الإيضاح للشيخ عامر بن علي الشماخي، نشر وزارة التراث القومي والثقافة بسلطنة عمان، ١٤٠٤هـ - ١٧٦/٤.

(٣) شرح كتاب النيل، ٧٧/٧، سابق.

(٤) انظر: آنفاً، ف ٩٦.

(٥) انظر: آنفاً، ف ٩٨.

خطأ المكلف بالرقابة بقرينة تقبل إثبات العكس، وجعل له حق الرجوع على الخاضع للرقابة بما دفع عنه من تعويض للغير إن كان مميزاً، ويعني ذلك بطريق الاستنتاج أن القانون افترض في المميز قدرته على معرفة النفع والضرر، أما غير المميز فلم يجز القانون لمتولي الرقابة أن يرجع عليه بما دفعه عنه من تعويض وذلك لمقتضى وجود علاقة الرقابة بين المسؤول وبين الخاضع لرقابته، ويكون الخاضع للرقابة في مرحلة انعدام التمييز، غير قادر على معرفة النفع والضرر والحسن والقيح. ولهذه العلة أمكن القول بأن فكرة افتراض الخطأ تعد نوعاً ملائماً للتوسع في ركن الخطأ اقتضته وجود علاقة الرقابة بين المسؤول وبين الخاضع لرقابته لمقتضى معين وهو الصغر أو الجنون أو العته أو الغفلة أو أي سبب آخر يوجب قيام حالة الرقابة.

أما إذا لم يثبت أي خطأ أو تقصير قبل متولي الرقابة، فلا ضمان عليه في ماله، وإنما يجب عليه الأداء من مال القاصر لتعلق الضمان بأهلية الوجوب كما قدمنا.



المبحث الثالث

افتراض خطأ المتبوع عن فعل التابع

١٠٠ - طبيعة افتراض خطأ المتبوع. ١٠١ - حدود فكرة افتراض خطأ المتبوع. ١٠٢ - الصلة القائمة بين المتبوع والتابع. ١٠٣ - أولاً: علاقة التبعية. ١٠٤ - مضمون عنصر السلطة الفعلية. ١٠٥ - مضمون عنصر الرقابة والتوجيه. ١٠٦ - ثانياً: خطأ التابع حال تأدية الوظيفة أو بسببها. ١٠٧ - الخطأ حال تأدية الوظيفة. ١٠٨ - الخطأ بسبب الوظيفة. ١٠٩ - أساس مسؤولية المتبوع عن التابع. ١١٠ - المضمون الفعلي لمسؤولية المتبوع. ١١١ - في الفقه الإسلامي. ١١٢ - الأجير الخاص. ١١٣ - أمثلة تطبيقية. ١١٤ - مناقشة الأمثلة والتطبيقات. ١١٥ - نتيجة التحليل. ١١٦ - الحالة الأولى. ١١٧ - الحالة الثانية. ١١٨ - تحديد أوجه الخلاف بين الفقهين المدني والإسلامي.

١٠٠ - طبيعة افتراض خطأ المتبوع: طبيعة افتراض خطأ المتبوع غير القابل لإثبات العكس تجمع بين معنيين، معنى أخلاقي، ومعنى اجتماعي، ويظهر المضمون الأخلاقي من زاوية أنه لا وجود لفكرة افتراض الخطأ قبل المتبوع إلا إذا ثبت قبل التابع الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما، فإذا ما ثبت المعنى الأخلاقي لفكرة افتراض الخطأ في خصوصية العلاقة بين المتبوع والتابع، تبعه حتماً المعنى الاجتماعي، وهو واجب التعويض للمضرور^(١) وحينها لا يستطيع المتبوع أن

(١) د. محمد إبراهيم دسوقي: تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، ف ١٧٩، ص ٤٣٠، سابق.

يتخلص من أداء التعويض لأنه ضامن^(١).

١٠١ - حدود فكرة افتراض الخطأ قبل المتبوع: قلنا بأن فكرة افتراض الخطأ لا تكون إلا بعد قيام خطأ التابع، حيث ينبثق عن طبيعة الافتراض حدوده القانونية والتي لا تكون إلا في العلاقة بين المتبوع والمضروب، بمعنى أن المتبوع أو الغير لا يصح لهما أن يحتجا بفكرة افتراض الخطأ قبل التابع، بل لا بد للمتبوع أو الغير للرجوع على التابع أن يثبت خطأ التابع، كما أنه ليس للتابع أن يستفيد من هذا الافتراض قبل المتبوع، بل عليه أن يثبت خطأ متبوعه إن كان له محل، لأن المحكمة من افتراض خطأ المتبوع هو التيسير على المضروب، ولذلك فلا يكون الافتراض إلا في العلاقة بين المتبوع والمضروب^(٢).

وإذا كان الهدف من فكرة افتراض خطأ المتبوع هو مصلحة المضروب فما هي طبيعة الصلة التي تجعل المتبوع مسؤولاً عن خطأ التابع؟.

١٠٢ - الصلة القائمة بين المتبوع والتابع: أفصحت النصوص القانونية عن طبيعة هذه الصلة، حيث نصت المادة (١٧٤) مدني مصري والمادة (٣١٧) مدني يعني على أنه:

١ - يكون المتبوع مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعاً منه حال تأدية الوظيفة أو بسببها.

٢ - وتقوم رابطة التبعية ولو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه متى

(١) د. محمد علي عمران: الالتزام بضمان السلامة، ص ١٩٣، سابق.

(٢) الوسيط للسنيوري، ج ٢، ف ٦٩٢، ص ١٤٧٤، سابق. حسين عامر: المسؤولية المدنية، ف ٦٨٢، ص ٦٩٧، حيث قال: «مسؤولية المتبوع المفترضة إنما يقوم كيانها في العلاقة بين المتبوع والمضروب... وليس لأحد غير المضروب أن يتمسك بهذه القرينة التي تقوم بمجرد افتراض قانوني في حق المتبوع».

كانت له سلطة فعلية في رقابته وتوجيهه»^(١).

ويظهر من خلال النصوص السابقة أن الصلة القانونية – التي يفترض من أجلها خطأ المتبوع عن الفعل الضار الذي أتاه التابع – لا تتم، إلا بوجود عاملين أساسيين هما: علاقة التبعية بين المتبوع والتابع، ثم خطأ يأتيه التابع حال تأدية الوظيفة أو بسببها وذلك على النحو التالي:

١٠٣ – أولاً: علاقة التبعية: نبادر إلى القول بأن علاقة التبعية إنما تمثل رؤية قانونية للصلة التي تربط بين خطأ التابع وقيام مسؤولية المتبوع وهذه الصلة في حد ذاتها تقوم على عنصرين هما: عنصر السلطة الفعلية، وعنصر الرقابة والتوجيه، فما هو مضمون هذه العناصر؟.

١٠٤ – مضمون عنصر السلطة الفعلية: مضمون عنصر السلطة الفعلية هو: ما للمتبوع على التابع من الحق في تنفيذ أوامره وتعليماته، وهذه السلطة الفعلية ليس مناطها العقد أو الاختيار، ولذلك فإن: العامل في المصنع أو المستخدم في المنزل أو الموظف في الحكومة كلهم تابعون، ومتبوعهم هو صاحب المنزل أو صاحب العمل، أو صاحب المتجر، أو الحكومة، وتعتبر علاقة التبعية في هذه الأحوال قائمة حتى ولو كان العقد باطلاً^(٢).

وليس من الضروري أن تقوم السلطة الفعلية على قدرة المتبوع على توجيه

(١) انظر: مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ٤١٢/٢. والجريدة الرسمية اليمنية، ملحق العدد الرابع، ص ١٦. ود. عبد المنعم البدرابي: «المسؤولية عن فعل الغير في القانون المدني اليمني»، بحث منشور بمجلة كلية الشرطة اليمنية، العدد الثالث، السنة الثالثة، ص ٥٩.

(٢) د. محمد علي عمران: مصادر الالتزام، المصادر الإرادية وغير الإرادية، ص ١٦٠، سابق. ونفس المعنى: الأستاذ مصطفى مرعي: المسؤولية المدنية، ف ١٩٤، ص ١٨٥، سابق.

التابع من الناحية الفنية ومثال ذلك: يعتبر صاحب السيارة متبوعاً ولو لم يكن يعرف فن القيادة، وصاحب المستشفى متبوعاً لأطبائه ولو لم يكن طبيباً^(١) وقد يكون المتبوع غير قادر على الرقابة والتوجيه من الناحية الإدارية كالصغير المميز أو غير المميز فيعتبر متبوعاً وينوب عنه في تولي الرقابة والتوجيه ولي أمره أو الوصي أو القيم^(٢).

وقد أكدت محكمة النقض هذا المعنى بالقول: «إن مقتضى حكم المادة (١٧٤) من القانون المدني أن علاقة التبعية تقوم على السلطة الفعلية التي تثبت للمتبوع في رقابة التابع وتوجيهه»^(٣).

ويستفاد من طبيعة عنصر السلطة الفعلية أن العقد أو الاختيار لا يمثلان علاقة التبعية حتى ولو كانت - في الغالب - تنشأ بمقتضاهما، لأن مناط علاقة التبعية هي: ما للمتبوع على التابع من السلطة الفعلية في الرقابة والتوجيه، وفي هذا المعنى قضت محكمة النقض المصرية بأن: «علاقة التبعية تقوم على توافر الولاية في الرقابة والتوجيه، بأن يكون للمتبوع سلطة فعلية.. حتى ولو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه.. استعمالها أو لم يستعملها طالما أنه

(١) انظر: د. محمود جمال الدين زكي: الوجيز في نظرية الالتزام، ف ٢٩٥، ص ٦١٩، حيث ورد فيه: «وليس ضرورياً لقيام التبعية أن يكون المتبوع قادراً على توجيه التابع ورقابته من الناحية الفنية، بل يكفي أن يكون له ذلك من الناحية الإرادية أو التنظيمية».

(٢) انظر: د. سليمان مرقس: «مسؤولية القاصر عموماً ومسؤولية السيد القاصر بنوع خاص»، بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد، س ٧، العدد ٢، فبراير ١٩٣٧م، ص ٣٤٤.

(٣) انظر: مجموعة أحكام النقض مدني، السنة ٢٨، جلسة ٣١/١/١٩٧٧م، طعن رقم ٣٧٧، لسنة ٤٣ق، ص ٣٢٢. ونفس المعنى نقض مدني، س ٢٨، جلسة ١/١١/١٩٧٧م، طعن رقم ١٣٨، لسنة ٤٤ق، ص ١٥٩٢. ونقض مدني: س ٣٠، العدد الثاني، جلسة ٣١/٥/١٩٧٩م، طعن رقم ٨٠٢، لسنة ٤٦ق، ص ٤٩٦.

كان في استطاعته استعمالها^(١).

ويظهر مما سبق أن عنصر السلطة الفعلية وحده لا يكفي لتوافر علاقة التبعية بل لا بد لاكتمال علاقة التبعية من توافر عنصر آخر هو عنصر الرقابة والتوجيه فما مضمون هذا العنصر؟ .

١٠٥ - مضمون عنصر الرقابة والتوجيه: مضمون هذا العنصر هو: أنه لا بد وأن يكون للمتبوع سلطة الرقابة الكاملة على التابع في تنفيذ الأوامر لحساب المتبوع وذلك كالجندي في الجيش: يكون تابعاً للقيادة العامة للقوات المسلحة باعتبار أن التوجيه العام يقتضي تنفيذ الأوامر^(٢). وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن «رابطة التبعية تقوم بين التابع والمتبوع متى كانت له سلطة فعلية في رقابته وتوجيهه»^(٣).

ولبيان مضمون افتراض خطأ المتبوع جاء في قضية أخرى تتلخص وقائعها في:

أن إنساناً في بندر الزقازيق أثناء وقوفه أمام منزله سقط عليه سلك كهربائي فصعقه ومات .

قام الورثة بمطالبة التعويض من شركة كهرباء القناة، وهيئة كهرباء مصر،

(١) انظر: مجموعة أحكام النقض مدني، س ٣٠، العدد الثالث، جلسة ١٣/١٢/١٩٧٩م، طعن رقم ١٥١، لسنة ٤٣ق، ص ٢٥٧.

(٢) انظر: حسن عكوش: المسؤولية المدنية في القانون المدني الجديد، ف ١٥٩، ص ٢٥٥، سابق. ومحمد الشيخ عمر دفع الله: «مسؤولية المتبوع»، رسالة من جامعة القاهرة، ١٩٧٠م، ف ٣٥، ص ٤٧.

(٣) مجموعة أحكام النقض مدني، المكتب الفني، س ٢٨، جلسة ٣١/١/١٩٧٧م، طعن رقم ٣٧٧، لسنة ٤٣ق، ص ٣٢٢، وفيه: «إن علاقة التبعية لا تقوم إلا كلما كان للمتبوع سلطة فعلية على التابع. ولو كانت الرقابة قاصرة على الرقابة الإدارية».

بالدعوى رقم ١٠٣٨ وتم الحكم لهم بمبلغ خمسة آلاف جنيه كتعويض، ثم طعنت شركة كهرباء القناة في الحكم بالنقض وتمسكت بانتفاء مسؤوليتها عن الحادث بحجة: أنها في تاريخ وقوع الحادث ١٩٧٥/٥/٢٩ لم تكن قد أنشئت، وإنما كانت تقوم بمزاولة جزء من نشاط هيئة كهرباء مصر يتمثل في بيع الطاقة الكهربائية في مناطق معينة، وأن هذه الشركة لم يتم إنشاؤها إلا في ١٩٨٣/٣/٦.

وبناءً عليه قررت محكمة النقض بمسؤولية (هيئة كهرباء مصر) وقالت: بأن تأسيس شركة لمزاولة جزء معين من نشاطها وفي مناطق معينة دون خلافتها أو حلولها محلها فيه قبل إنشائها، لا يكون من شأنه انقضاء الهيئة أو زوال شخصيتها أو المساس بمسؤولية الهيئة عن باقي أوجه النشاط الأخرى التي تزاولها في إدارة المرفق وتشغيله، ما دامت هي المنوطة وحدها بعبء صيانة وتشغيل المرفق، وتعتبر بهذه المثابة صاحبة السيطرة الفعلية عليه. . وهي المسؤولة عما يحدث عنه من أضرار^(١).

وهكذا وجب الضمان على المتبوع لوجود عنصر الرقابة والتوجيه.

أما مطلق الرقابة والتوجيه دون تحديد عمل معين فلا تقوم به علاقة التبعية: كرقابة الأب على ابنه فلكي تقوم علاقة التبعية لا بد وأن تكون الرقابة في عمل معين يقوم به الابن لحساب أبيه، وهذا ما يميز مسؤولية متولي الرقابة عن مسؤولية المتبوع^(٢).

أما إذا تراخت سلطة الرقابة فإن علاقة التبعية تنعدم، وعلى ذلك: لا تعتبر إدارة المستشفى متبوعة للأطباء الذين يعملون فيه لحسابهم، وكذا المقاول لا يعتبر

(١) مجموعة أحكام النقض، المكتب الفني، جلسة ١ من فبراير ١٩٨٣م، (٨٤)، طعن رقم ١٥٤٣، لسنة ٥٢ق، ص ٣٨٢.

(٢) د. عبد الحي حجازي: النظرية العامة للالتزام، ٥٢٦/٢، سابق.

تابعاً لرب العمل إذا كان مستقلاً في عمله^(١).

والمستفاد من علاقة التبعية بعنصرها أنها تبرز حقيقة الصلة القانونية بين المتبوع والتابع، وحتى تؤدي هذه الصلة دورها في افتراض الخطأ أو التوسع فيه قبل المتبوع، فلا بد وأن يحدث خطأ من التابع حال تأدية الوظيفة أو بسببها.

١٠٦ - ثانياً: خطأ التابع حال تأدية الوظيفة أو بسببها: لا تقوم مسؤولية المتبوع إلا بعد أن يثبت المضرور خطأ التابع حال تأدية السبب الأجنبي، لأنه قد تعدى على حق المجتمع من حال إقامة البناء المعيب، شأنه شأن الغاصب لحق الغير لا يبرأ من الضمان حتى ولو أثبت الآفة السماوية.

وفي تقديرنا أن التشدد في مسؤولية حارس البناء ليس الحل الوحيد لتفادي أخطار التهدم، بل لا بد في نظرنا من الرقابة المشددة على التشييد منذ الابتداء ولذلك نوصي أن تتخذ الجهات المختصة التدابير الآتية:

١ - أن يضع المختصون مواصفات لأسس البناء حسب طبيعة الأرض، إن كانت رخوة وجب تطبيق المواصفات الخاصة بهاتبوع عن الضرر الذي يحدثه التابع أثناء تأدية الوظيفة أو بسببها^(٢).

(١) انظر: الأستاذ حسين عامر: المسؤولية المدنية، ف ٦٥٤، ص ٦٦٤، سابق. وحسن زكي الإبراشي: «مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية»، رسالة من جامعة القاهرة، ص ٣٨٨، سابق.

(٢) انظر: Ratub «فكرة الخطأ في القانون الخاص»، رسالة من باريس، ف ١٣٣، ص ١٦٠، سابق. و Stark «أساس ومجال المسؤولية بدون خطأ»، بحث منشور بالمجلة الفصلية للقانون المدني، س ١٩٥٨م، ف ١٥، ص ٤٩٥، سابق. ود. إبراهيم الدسوقي: المسؤولية المدنية، ف ١٢٠، ص ١٩٤، سابق.

(٣) انظر: مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ٤١٧/٢. والمذكرة الإيضاحية للقانون المدني اليمني، مطبوعة بالكتاب الثاني من القانون المدني اليمني الصادر عن مجلس الشعب، ص ١١٩، سابق.

ومن وجهة النظر القانونية فإن خطأ التابع يتحصل في صورتين هما: حال تأدية الوظيفة، أو بسببها.

١٠٧ - الخطأ حال تأدية الوظيفة: أما الخطأ حال تأدية الوظيفة: فهو ذلك الذي يقع من التابع وهو يؤدي عملاً من أعمال الوظيفة، ومثال ذلك: سائق السيارة وهو تابع لصاحبها إذا دهس شخصاً في الطريق خطأ يكون قد ارتكب الخطأ وهو يقود السيارة، أي يؤدي عملاً من أعمال الوظيفة، وعليه فإن المتبوع يسأل عن أداء التعويض^(١) وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن: «... المتبوع يكون مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعاً منه حال تأدية الوظيفة أو بسببها...»^(٢).

وبذلك يتضح أن افتراض الخطأ قبل المتبوع لا يعدو أن يكون نوعاً من التوسع في ركن الخطأ حيث لا يمكن أن يفترض خطأ المتبوع إلا بناءً على خطأ ثبت وقوعه من التابع حال تأدية الوظيفة أو بسببها وهي صورة من صور التوسع في ركن الخطأ، حماية للمضرور.

-
- (١) انظر: د. محمد كامل مرسي: شرح القانون المدني الجديد، ١٩٥٥م. الالتزامات، ٢/٢٥٨. د. عبد المنعم فرج الصده: مصادر الالتزام، ١٩٥٨م، ف ٥١١، ص ٥٥٤، سابق.
- (٢) مجموعة أحكام النقض مدني، س ٢٥، جلسة ٢٩ نوفمبر ١٩٧٣م، قاعدة رقم (٢١٩)، طعن رقم ١٨٩، لسنة ٢٩ق، ص ١٢٨٦. ونفس المعنى: نقض مدني، س ٢٥، جلسة ٣١/١٢/١٩٧٤م، قاعدة رقم (٢٥٧)، طعن رقم ٢٥٢، لسنة ٣٧ق، ص ١٥٢٠. ونفس المعنى: د. وحيد رأفت: «مسؤولية الإدارة عن أعمالها أمام القضاء»، بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد، العدد الثالث، السنة التاسعة، مارس ١٩٣٩م، ص ٢٥٣. الأستاذ علي فاضل حسن: الخطأ الشخصي والخطأ المصلحي، بحث منشور بمجلة المحاماة، السنة الثامنة والثلاثون، أكتوبر ١٩٥٧م، العدد الثاني، ف ٢٤، س ٢٥٥، حيث يقول وهو يشير إلى مسؤولية الإدارة وهي مركز المتبوع للموظف: «والخطأ هنا مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس والمسؤولية تكون خاصة بالمتبوع (الإدارة) عن فعل التابع...».

١٠٨ - الخطأ بسبب الوظيفة: أما الخطأ بسبب الوظيفة فمضمونه: أن يرتكب التابع الخطأ وهو لا يؤدي عملاً من أعمال الوظيفة ولكن الوظيفة هي السبب في ارتكابه لهذا الخطأ، حيث أن التابع ما كان يفكر في ارتكاب الخطأ لولا الوظيفة^(١) ويكون الخطأ بسبب الوظيفة حتى لو دفع التابع إلى ارتكابه حافظ شخصي^(٢).

ومثال ذلك: لو رأى التابع متبوعه يتشاجر مع شخص آخر فهب لمساعدته وضرب هذا الأخير ضرباً أفضى إلى موته فإن هذه الجريمة تعتبر خطأ منه بسبب الوظيفة^(٣). وقد أخذت محكمة النقض بهذا المفهوم فقضت بأنه: «من المقرر وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أنه لم يقصر المسؤولية على خطأ التابع وهو يؤدي عملاً من أعمال وظيفته أو بسببها بل تتحقق المسؤولية كلما كان فعل التابع قد وقع منه أثناء تأدية الوظيفة، أو كلما استغل هذه الوظيفة أو ساعدته على إتيان فعله غير المشروع أو هيأت له بأي طريقة كانت فرصة ارتكابه، سواء كان لمصلحة المتبوع أو عن باعث شخصي، وسواء أكان الباعث الذي دفعه إليه متصلاً بالوظيفة أو لا علاقة له بها، وسواء وقع الخطأ بعلم المتبوع أو بغير علمه^(٤)».

ويبدو مما سبق أن القضاء قد توسع في نطاق الخطأ بسبب الوظيفة، وذلك

(١) انظر: الوسيط للسنهوري، ج ٢، ف ٦٨٤، ص ١٤٤٣، سابق. د. عبد الحي حجازي: النظرية العامة للالتزام، ٥٢٩/٢، حيث حلل الخطأ بسبب الوظيفة إلى صورتين: الأولى: أن تكون ضرورية لإمكان ارتكاب الخطأ، بحيث لولا الوظيفة لم يكن يستطيع التابع ارتكاب الخطأ، وثانياً: أن تكون الوظيفة داعية إلى التفكير في ارتكاب الخطأ بحيث لولا الوظيفة لم يكن التابع ليفكر في ارتكاب الخطأ.

(٢) الوسيط للسنهوري، ج ٢، ف ٦٨٤، ص ١٤٥٣، هـ ١.

(٣) د. محمود جمال الدين زكي: الوجيز في نظرية الالتزام، ف ٢٩٦، ص ٦٢٣.

(٤) مجموعة أحكام النقض مدني، طمن رقم ٨٤٠، لسنة ٤٦ قضائية، في ١٢/٦/١٩٧٩م، السنة ٢٠، العدد ٣، ص ١٨١.

بإدخال عنصر الباعث الشخصي في نطاق الخطأ بسبب الوظيفة، وإذا كان الباعث هو: القوة النفسية الحاملة على السلوك الإرادي المنبعثة عن إدراك وتصور للغاية^(١). فإنه ينبغي على القاضي - في تقديرنا - إذا ما ثبت له من خلال البيانات وقرائن الأحوال أن التابع قد خرج عن حدود الوظيفة واستغلها لباعث شخصي فإن الباعث عنا يجب أن يقدر بقدره من حيث وجوب معاقبة التابع. فلو أن الشخص الذي تشاجر معه المتبوع في المثال المتقدم بينه وبين التابع عداوة، فاغتنم التابع فرصة المشاجرة فهب وطعنه بالخنجر حتى أرداه قتيلاً بحيث تبين أنه لولا العداوة لما قتله، فإن التابع في هذه الحالة يكون قد نفذ غرضه الشخصي تحت ستار الدفاع عن متبوعه.

كذلك لو اغتنم ضابط في الحكومة فرصة وجود أمر بإحضار شخص بينه وبين هذا الضابط عداوة قديمة وبدلاً من أن يحضره حياً اغتنم الفرصة للثأر منه وقتله، ثم تبين للقاضي أنه لولا العداوة بينهما لما قتله، فإن الضابط حينئذ يكون قد نفذ مآرباً شخصياً بحثاً من خلال الوظيفة ذاتها، ويشور السؤال عن الحل هل ينجو التابع من المسؤولية لأن الخطأ كان بسبب الوظيفة أم أنه لا ينجو؟.

لمعالجة هذه المشكلة ينبغي النظر إليها من زاويتين:

الأولى: هل ثبت خطأ من المتبوع؟ الفرض في المثالين المتقدمين أنه لم يثبت أي خطأ من المتبوع، وحينئذ تقتصر مسؤولية المتبوع على الأداء المالي فقط.

الثانية: هل التزم التابع حدود الوظيفة؟ الثابت في المثالين السابقين أن التابع تجاوز حدود الوظيفة، واستغلها لتنفيذ غرضه الشخصي.

(١) د. علي حسن الشرفي: «الباعث وأثره في المسؤولية الجنائية»، رسالة من جامعة القاهرة، ف ٢١، ص ٤١، سابق.

ولذلك يجب في نظرنا: أن لا يقتصر المتبوع عند رجوعه على التابع على قدر التعويض الذي دفعه للمضرور، وإنما له أن يرجع عليه بكل ما خسره من تعويض ونحوه، إلى جانب وجوب تطبيق العقوبة الصارمة على التابع جزاء استغلاله الوظيفة للأغراض الشخصية، لأن استغلال الوظيفة للأغراض الشخصية لا يعتبر اعتداء على حق المضرور فحسب، وإنما يعتبر اعتداء على حق المجتمع ككل.

وإذا كانت مسؤولية المتبوع عن التابع تنهض عند وجود علاقة التبعية. وخطأ يأتيه التابع حال تأدية الوظيفة أو بسببها، فما هو الأساس الذي تبنى عليه؟.

١٠٩ - أساس مسؤولية المتبوع عن التابع: تعددت الآراء في الأساس الذي تبنى عليه مسؤولية المتبوع عن التابع فمن قائل: بأن أساس هذه المسؤولية هو الخطأ المفترض، وقوام هذا الأساس يبنى على سوء الاختيار أو الخطأ في الرقابة، ولكن هذا الأساس يعيبه أن المتبوع يظل مسؤولاً حتى ولو لم تكن له حرية اختيار التابع. ومن قائل: أن الأساس هو تحمل التبعة، وقوام هذا الأساس أن المتبوع يستفيد من نشاط التابع والغرم بالغنم، ولكن يعيب هذه الفكرة أن عمل التابع ليس دائماً محل غم، كما أنه لا يتفق مع ما للمتبوع من حق في أن يرجع على التابع بما دفعه من التعويض. ومن قائل: بأن مسؤولية المتبوع تقوم على أساس النيابة، وقوام هذا الأساس أن التابع ينوب عن المتبوع في تأدية وظيفته التي عهد بها إليه، ولكن هذا الأساس يعيبه أن النيابة لا تكون إلا في الأعمال القانونية. ومن قائل: بأن مسؤولية المتبوع تقوم على فكرة الحلول، وقوام هذه الفكرة أن التابع يحل محل المتبوع فيعتبر خطأ التابع بالنسبة للمضرور وكأنه خطأ المتبوع، ولكن هذا الأساس يعيبه أنه يخالف القاعدة المسلم بها من قيام مسؤولية التابع على خطئه الشخصي، ولذلك قيل عنه بأنه ينطوي على كثير من

الخيال^(١) كما ذهب البعض من الفقه إلى القول بأنه : من غير الممكن رد مسؤولية المتبوع إلى أساس من المنطق مستقيم ولا بد من التسليم بها كما أرادها القانون^(٢).

والراجع في الفقه الحديث قيام مسؤولية المتبوع على أساس الضمان، فالمتبوع يكفل التابع فيما يرتكب من خطأ يصيب الغير حال تأدية الوظيفة أو بسببها، ومن ثم فلا يستطيع المتبوع متى توافرت شروط تحقق مسؤوليته أن يدفع بعد ذلك عن نفسه المسؤولية بأية وسيلة^(٣).

وقد أخذت محكمة النقض المصرية بفكرة الضمان القانوني أساساً لمسؤولية المتبوع بل واعتبرته في حكم الكفيل المتضامن كفالة مصدرها القانون وليس العقد^(٤).

ومع أن فكرة الضمان القانوني هي الأكثر ملاءمة وقبولاً لدى غالبية الفقه والقضاء، إلا أنها مع ذلك لا تخلو من النقد حيث ذهب البعض إلى القول : بأن

(١) انظر في ذلك : د. عبد الحى حجازي : النظرية العامة للالتزام، ٥٣٥/٢، سابق. ود. إسماعيل غانم : النظرية العامة للالتزام، المصادر غير الإرادية، ١٩٦٨م، مكتبة عبد الله وهبة، ص ٣٢، حيث ذهب إلى أن : مسؤولية المتبوع يمكن أن تكون مقابل ماله من السلطة الفعلية في الرقابة والتوجيه. ود. السنهوري : الوسيط، ج ٢، ف ٦٨٨، ص ١٤٦٢، حيث قال : «بأن مجموع الاتجاهات تترد إلى أصليين، هما : إما أن تكون مسؤولية المتبوع عن التابع مسؤولية ذاتية، أو هي مسؤولية عن الغير. ومتى قررنا بأنها مسؤولية عن الغير استوى عندنا أن نقوم على فكرة الضمان، أو النيابة، أو الحلول. . . لأن المتبوع يعتبر مسؤولاً عن تابعه ولا يستطيع التخلص من المسؤولية حتى ولو أثبت أنه كان يستحيل عليه أن يمنع العمل غير المشروع. . .». محمد الشيخ عمر دفع الله : مسؤولية المتبوع، ف ٨٩، ص ١١٢، سابق.

(٢) د. حشمت أبو ستيت : نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد، ف ٥٢٧، ص ٤٨٩، سابق.

(٣) انظر : د. محمد علي عمران : الالتزام بضمان السلامة، ص ١٩١، سابق.

(٤) انظر : نقض مدني : «مجموعة أحكام النقض»، س ٢٠، جلسة ٣٠ يناير ١٩٦٦م، رقم ٣٣، ص ١٩٩.

فكرة الضمان كأساس لمسؤولية المتبوع ليست سوى مبرر اجتماعي وليست أساساً قانونياً تركز عليه^(١).

وفي تقديرنا أن المبرر الاجتماعي لا يعتبر قادحاً في قيام مسؤولية المتبوع عن التابع على أساس الضمان، والسبب في ذلك أن الحاجات أو المبررات الاجتماعية نفسها هي المادة التي يحيا بها روح القانون ويتجدد، وحينئذ فإن المبرر الاجتماعي لا يتعارض مع الحكمة التي ابتغاها القانون من ضمان المتبوع لأخطاءه تابعه تيسيراً للمضروب، ومن ثم فإن المبرر الاجتماعي يعضد تأسيس مسؤولية المتبوع على أساس الضمان ويقويه ولا يقده في أهميته.

١١٠ - المضمون الفعلي لمسؤولية المتبوع: ومع ذلك فإذا نظرنا إلى مسؤولية المتبوع بعمق أدق نجد أنها وإن كانت تشمل كل نشاط التابع حال تأدية الوظيفة أو بسببها إلا أن مضمونها الفعلي لا يخرج عن كونها مسؤولية أداء للأسباب الآتية:

أولاً: لأنها تقوم على خطأ التابع أصلاً وهذا يعني أن المتبوع ليس مسؤولاً مباشراً وإنما هو ضامن تبعية لأداء التعويض للمضروب، وذلك من باب التوسع في مسؤوليته لمقتضى وجود علاقة التبعية بينهما.

ثانياً: ولمقتضى علاقة التبعية ذاتها فإن المتبوع لا يستطيع التخلص من المسؤولية حتى ولو أثبت أن الضرر كان واقعاً لا محالة وأنه بذل كل ما ينبغي من العناية، وهذا يؤكد أن افتراض مسؤوليته إنما هو للأداء المالي ليس إلا.

ثالثاً: إجماع الفقه والقضاء منعقد على أن نهائية التعويض يتحملها التابع حيث نصت المادة (١٧٥) مدني مصري والمادة (٣١٨) مدني يمني على أن «للمسؤول عن عمل الغير حق الرجوع عليه في الحدود التي يكون

(١) انظر: محمد الشيخ عمر دفع الله: رسالته «مسؤولية المتبوع»، ف ٥٩، ص ٨٠، سابق.

الغير مسؤولاً عن تعويض الضرر^(١).

وذلك يعني أن مسؤولية المتبوع في حقيقتها لا تعدو أن تكون مسؤولية أداء مقررة لصالح المضرور باعتبار أن المتبوع في الغالب هو الملىء والتابع غير ملىء، فتقررت لصالح المضرور.

١١١ - في الفقه الإسلامي: عرض رجال الفقه الإسلامي للمعنى المماثل لمسؤولية المتبوع عن التابع عند حديثهم عن أحكام الأجير الخاص^(٢) وتلميذ الأجير المشترك^(٣) وهما بمعنى واحد من حيث الضمان المترتب على صاحب العمل فما هي الأحكام المترتبة على الأجير الخاص؟.

١١٢ - الأجير الخاص: الأجير الخاص: هو الذي يقع العقد عليه في مدة معلومة يستحق المستأجر نفعه في جميعها، كمن استؤجر شهراً للخدمة أو لرعي الغنم، وكالخادم في المنزل، والعامل في المصنع والأجير في المحل التجاري، وسائق السيارة لصاحبها، وموظف الحكومة، وتلميذ الأجير المشترك^(٤) وسمي

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ٤٢١/٢. الجريدة الرسمية اليمنية: ملحق العدد الرابع، ص ١٦.

(٢) الأجير الخاص: هو الذي يستحق الأجرة بتسليم نفسه في المدة وإن لم يعمل. . ويسمى أيضاً أجير موحد، لأنه لا يمكنه أن يعمل لغير صاحب العمل، لأن منافعه في المدة أصبحت مستحقة له. انظر: مجمع الضمانات للبغدادي، ص ٣٨، سابق. ويقابله الأجير المشترك: وهو الذي يستحق الأجرة بالعمل لا بتسليم النفس ويعمل العامة. ولهذا سمي مشتركاً. بدائع الصنائع للكاساني، ٢١٠/٤، سابق.

(٣) يقصد بالتلميذ: العامل، وبالأستاذ: صاحب العمل. انظر: لسان الحكام لابن الشحنة، ص ٢٩١، جاء فيه: «تلميذ القصار أو أجيرو الخاص إذا أوقد ناراً بأمر الأستاذ فوقعت شرارة على ثوب القصار فلا ضمان على الأجير وإنما الضمان على أستاذه».

(٤) المغني مع الشرح الكبير لابن قدامة، ١٠٥/٦. مجمع الضمانات للبغدادي، ص ٢٨، سابق. د. محمد فوزي فيض الله: نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام، ف ٢٣٧،

خاصاً لأنها تتبعه أحكام مخصوصة هي: أنه يستحق الأجر بمضي المدة المتفق عليها وإن لم يعمل لأن الأجر في مقابل تسليم نفسه للعمل لصالح مستأجره^(١) ومنها أن منافع الأجير كاملة تصير مستحقة لصاحب العمل دون غيره فليس له أن يعمل لغيره، بل ولصاحب العمل منعه من العمل لغيره^(٢).

ويستفاد من الحكمين السابقين أنهما يعطيان للمستأجر^(٣) قبل أجيده الخاص علاقة التبعية بعنصرها السلطة الفعلية، والرقابة والتوجيه مما يعتبر معه المستأجر متبوعاً والأجير تابعاً.

ويتركز البحث على حالة ما إذا أضر الأجير الخاص بالغير أو أتلف مال الغير أثناء تأديته لعمله هل يضمن في ماله وهو تابع، أم يضمن المتبوع وهو صاحب العمل؟ لبيان من يلزمه الضمان، لا بد من اللجوء إلى الأمثلة التطبيقية لاستخراج الحكم.

١١٣ - أمثلة تطبيقية: تدل الأمثلة التطبيقية التي سنوردها على معرفة الفقه الإسلامي بمسؤولية المتبوع عن التابع قبل ظهورها في القوانين الحديثة^(٤) من ذلك

= ص ١٧٣، سابق. سيد أمين محمد: «المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير في الفقه الإسلامي»، ص ١٦٦، سابق.

(١) انظر: بدائع الصنائع للإمام الكاساني، ١٨٤/٤، حيث قال: «وأما الأجير الخاص فلا يشترط بيان جنس المعمول فيه ونوعه وقدره وصفته وإنما يشترط بيان المدة فقط. . لأنه يستحق الأجرة فيها بتسليم النفس عمل أو لم يعمل. . . العروة الوثقى للطباطبائي، ٢٢٥/٢، سابق.

(٢) انظر: البحر الزخار للمرئضي، ٥١/٥، حيث قال: «وإذا مرض الخاص لم تسقط حقه مدة المرض».

(٣) المستأجر - بكسر الجيم - هو صاحب العمل.

(٤) انظر: د. شفيق شحاته: نظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية، ١٨٠/١، سابق. . حيث أورد: بأن تقرير مساءلة المؤجر والقصار والوالي. . على أتباعهم يدل على معرفة فقهاء الشريعة الإسلامية لمسؤولية المتبوع التي عرفها القانون حديثاً وإن كان ذلك في حدود =

ما روي عن أبي بكر وعمر بن عبد العزيز أنهما كانا يعوضان من بيت المال الضرر الناتج عن أعمال الموظفين^(١) كما روى الإمام أبو يوسف^(٢) أن رجلاً أتى الخليفة عمر بن عبد العزيز وقال له: يا أمير المؤمنين زرعت زرعاً فمر به جيش من أهل الشام فأفسدوه، فعوضه عمر بن عبد العزيز عشرة آلاف درهم^(٣).

وفي نطاق علاقة التبعية بين الأفراد نقتطف بعضاً من الأمثلة التي توجب على المتبوع ضمان أخطاء تابعه، منها ما ذكره البغدادي بقوله: «تلميذ القصار^(٤) أو أجيره الخاص إذ أدخل ناراً للسراج بأمر الأستاذ فوقعت شرارة على ثوب من ثياب القصار أو أصابه دهن السراج لا يضمن الأجير ويضمن الأستاذ^(٥) كذلك: الأجير الخاص لا يضمن ما تلف في يده أو بعمله إلا إذا تعمد الفساد فيضمن

= ضيقة»، بتصرف. نفس المعنى: محمد الشيخ عمر دفع الله: «مسئولية المتبوع»، رسالته السابقة، ف ١٧، ص ٢٨.

(١) انظر: سيد أمين محمد: رسالته «المسئولية التقصيرية عن فعل الغير في الفقه الإسلامي»، ص ١٦٣، سابق. د. صبحي محمصاني: النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، ٢٢٧/١، سابق.

(٢) هو أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم بن حبيب صاحب أبي حنيفة وتلميذه، وُلد بالكوفة سنة ١١٣هـ، تفقه أولاً بعبد الرحمن بن أبي ليلى، ثم انتقل إلى أبي حنيفة، وهو أول من وضع الكتب على مذهبه، كان عالماً بالفقه والتفسير وغير ذلك من فنون العلم الأخرى. رحل إلى مالك وأخذ عنه. تولى القضاء، وهو أول من لقب بقاضي القضاة، توفي ببغداد سنة ١٨٢هـ وهو على القضاء. من مؤلفاته: «الخراج». انظر: الفكر السامي للثعالبي، ٢٠٦/٢ - ٢٠٨.

(٣) الخراج لأبي يوسف، ص ٦٨، سابق.

(٤) القصار: المصبغة. فيكون القصار هو الصباغ. انظر: مختار الصحاح للرازي، مادة قصر، ص ٥٣٧.

(٥) مجمع الضمانات للبغدادي، ص ٤٣، سابق.

للتعدي^(١) كذلك لو تخرق ثوب بدق أجير القصار أو عصره فلا ضمان عليه، لأنه عمل مأذون له فيه، ويكون الضمان على أستاذه، لأن عمل الأجير ينقل إليه لأذنه^(٢) كذلك لو سقطت مدقة القصار من يد أجيره الخاص أو تلميذه على ثوب من ثياب القصار فأتلفته فالضمان على الأستاذ لأن هذا من عمل القصار فينسب الفعل إليه «ولكنها لو سقطت على ثوب كان وديعة فأتلفته فالضمان على التلميذ، لأن الأستاذ يسأل عن عمل الأجير أو التلميذ فيما يملك تسليطه عليه واستعماله فيه وذلك فيما يتعلق بشؤون الصنعة وفي حدر العمل المأذون له فيه»^(٣).

١١٤ — مناقشة الأمثلة والتطبيقات: يظهر من الأمثلة السابقة قيام مسؤولية المتبوع استثناءً من قاعدة «المباشر ضامن» والسبب في ذلك أن التابع وهو الأجير الخاص، أمين على ما تحت يده من أموال المتبوع، والأمين لا يضمن إلا بالتعدي^(٤) قال في جامع الفصولين: الأجير الخاص لا يضمن إلا بالتعدي، وعلى

(١) تبين الحقائق للزيلعي، مطبعة بولاق، ط الأولى، ١٣١٤هـ، ١٣٨/٥.

(٢) انظر: جامع الفصولين لمحمود بن إسرائيل، الشهرير بابن قاضي سماوة، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، الطبعة الأولى، ١٣٠٠هـ، ١٣٠/٢. والمغني مع الشرح الكبير لابن قدامة، ١٠٨/٦، حيث قال: «فأما الأجير الخاص فهو الذي يستأجره صاحب العمل مدة فلا ضمان عليه ما لم يتعد...».

(٣) انظر: تبين الحقائق شرح كتر الرقائق، لغفر الدين عثمان بن علي الزيلعي، ١٣٨/٥، سابق. ومجمع الضمانات للبغدادي، ص ٤٣، سابق، حيث قال: «... ولو انكسر شيء من عمل التلميذ من أدوات القصار مما يدق به أو يدق عليه لا يضمن التلميذ، وإن كان مما لا يدق به أو لا يدق عليه ضمن التلميذ». نظرية الضمان للدكتور وهبة الزحيلي، ص ٢٥٦، سابق. وهذا يدل على أن مسؤولية المتبوع لا تقوم إلا في نطاق الأعمال المأذون فيها للتابع.

(٤) انظر: الأشباه النظائر لابن نجيم الحنفي، ص ٢٧١، حيث قال: «أجير القصار أمين لا يضمن إلا بالتعدي». وسيد أمين: «المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير في الفقه الإسلامي المقارن»، ص ١٦٧، سابق.

هذا تلميذ القصار وسائر العمال لا يضمنوا إلا بالتعدي، وفيما لم يتعدوا يضمن الأستاذ ولا يرجع عليهم^(١).

ويعني ذلك أن ضمان المتبوع لا يمتد إلى كل نشاط التابع أثناء تأدية الوظيفة أو بسببها، وإنما يقتصر ضمان المتبوع عن الأضرار التي يحدثها التابع بنفس الغير أو ماله إذا كانت في نطاق العمل المأذون فيه، ودليل ذلك قول الفقهاء «لو وطىء^(٢) تلميذ الأجير المشترك على ثوب من ثياب القصار فخرقه ضمن، لأنه غير مأذون له في الوطىء»^(٣).

١١٥ - نتيجة التحليل: ويظهر من التحليل السابق حالتان! الأولى: لا يعتبر فيها المتبوع مسؤولاً عن التابع. والثانية: يعتبر فيها المتبوع مسؤولاً عن التابع وذلك على النحو التالي:

حالة انتفاء مسؤولية المتبوع: أولاً: إذا أتى التابع عملاً غير مشروع، كما لو أمره المتبوع أن يحفر له في الطريق بئراً وأعلمه بأن طريق العامة ضمن الأجير، وإن لم يعلم ضمن الأمر^(٤). والسبب في الضمان على الأجير أنه نفذ أمر المتبوع وهو يعلم مخالفته للشرع، لذلك لا يعتبر المتبوع ضامناً حتى ولو كان الفعل الضار الذي أتاه التابع حال تأدية الوظيفة.

(١) انظر: مجمع الضمانات للبندادي، ص ٢٨، سابق. وجامع الفصولين لابن قاضي سماوة، ١٣٢/٢، سابق. والإسلام عقيدة وشريعة لفضيلة الشيخ محمود شلتوت، ص ٤١٠، سابق. ومحمد فاروق الحكام: الفعل الموجب للضمان، ص ٣١٣، سابق.

(٢) أي داس الثوب بقدمه.

(٣) انظر: معين الحكام للطرابلسي، ص ٢٠٣، سابق.

(٤) انظر: تبين الحقائق للزيلمي، ١٣٨/٥، سابق. وجامع الفصولين لابن قاضي سماوة، ١٣٠/٢. ود. صبحي محمصاني: النظرية العامة للموجبات والمعقود، ٢٣١/١، حيث توصل إلى أن فعل الأجير في كل الصناعات يضاف إلى الأستاذ. إلا إذا تعمد الأجير الفساد أو الضرر فالضمان عليه لا على الأستاذ.

ثانياً: لا يعتبر المتبوع مسؤولاً عن التابع، وذلك في حالة ما إذا خالف التابع حدود العمل المأذون له فيه آلة ومحللاً وكيفية، كما لو أمره المتبوع أن يعمل في الثياب المعدة للصبيغ فعمل في ثياب الوديفة^(١) وقد عبر الفقهاء عن هذه الحالة بالقول: «... بأن ضمان المتبوع عن فعل تابعه لا يكون إلا في نطاق الأموال التي تحت يده بحكم أنه أجير نائب عن صاحب العمل، أما إذا تعدى العمل المأذون له فيه فإن صاحب العمل لا يكون مسؤولاً^(٢)».

حالة قيام مسؤولية المتبوع: أما الحالة الثانية التي تقوم فيها مسؤولية المتبوع عن التابع فتظهر في حالة ما إذا أضر التابع بالغير أثناء تأديته العمل المأذون له فيه، كما لو انفلتت المدقة من يد التابع وأضرت بالغير أثناء الدق، أو تخرق الثوب من العمل المعتاد، أو أصاب ثياب القصاره دهن من السراج الذي أمر صاحب العمل بإدخاله فإن كل ذلك يضمنه صاحب العمل، لأن يد الأجير (وهو التابع) نائبة عنه وفعل الأجير كفعله^(٣).

ويترتب على ذلك أن الفقه الإسلامي يؤسس مسؤولية المتبوع عن التابع على

(١) انظر: مجمع الضمانات للبغدادي، ص ٤٤، سابق.

(٢) انظر: فضيلة الشيخ علي الخفيف: الضمان في الفقه الإسلامي، ص ١٣٨، سابق. د. محمد فوزي فيض الله: نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام، ف ٢٣٨، ص ١٧٤، سابق، حيث قال: «ولا يضمن الأجير الخاص ما تلف بعمله إلا إذا خالف المعتاد...». أحمد بن عبد الله القاري: مجلة الأحكام الشرعية، دراسة وتحقيق د. عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان، و د. محمد إبراهيم أحمد علي، الطبعة الأولى، ١٤٠١هـ - ١٩٨١م مطبوعات تهامة، مادة ٦١٥، ص ٢٣٤.

(٣) انظر: بدائع الصنائع للكاساني، ٢١٥/٤، سابق. غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر للحموي، ط دار الكتب العلمية، بيروت، ج ٣، ف ٨٢، ص ١٣٣، حيث قال: «... عمل الأجير منقول إلى من استأجره لأنه عمل بإذنه ولذلك لا يضمن»، بتصرف. نظرية الضمان للدكتور وهبة الزحيلي، ص ٢٥٦، سابق.

أساس النيابة، شريطة أن يحدث الفعل الضار من خلال العمل المأذون فيه، ومقتضى هذا الأساس أن على المتبوع الضمان في ماله هو دون أن يكون له حق الرجوع على التابع، وقد علل الفقهاء لهذا الأساس بقولهم: «الأجير الخاص لا يضمن»^(١) لأنه صار نائباً عن صاحب العمل ويكون ضمان ما أتلفه العامل على صاحب العمل، ولا يرجع على العامل بما دفعه عنه من تعويض لأن فعله قد انتقل إليه»^(٢).

وبذلك تنحصر مسؤولية المتبوع عن التابع – في الفقه الإسلامي – في نطاق الأموال التي أذن المتبوع للمتابع أن يمارس نشاطه فيها بحيث لو تعدى التابع هذا النطاق المأذون له فيه ضمن، باعتبار أن يد التابع على أموال متبوعه يد أمانة لا يد ضمان.

١١٦ – تحديد أوجه الخلاف بين الفقهاء المدني والإسلامي: ومن هنا نستطيع القول: أن الفقه الإسلامي يتفق مع فقه القانون المدني من حيث المبدأ على قيام مسؤولية المتبوع عن التابع، ولكنه يختلف عنه من حيث النطاق ومن حيث الأثر، ونجمل أوجه الاختلاف على النحو الآتي:

أولاً: من حيث النطاق: توسع فقه القانون المدني في بسط نطاق مسؤولية المتبوع عن التابع فجعل المتبوع مسؤولاً عن كل نشاط التابع حال تأدية الوظيفة أو بسببها، بينما نجد الفقه الإسلامي على العكس من ذلك حيث ضيق من نطاق مسؤولية المتبوع وجعلها محصورة في حدود العمل المأذون فيه آله، ومحلاً، وكيفية.

(١) انظر: المنتزع المختار لابن مفتاح، ٢٧٧/٣. و متن الأزهار للإمام أحمد بن يحيى المرتضى، ص ١٠٠، سابق.

(٢) فضيلة الشيخ علي الخفيف: الضمان في الفقه الإسلامي، ص ٢٣٨.

ثانياً من حيث الأثر: ضيق فقه القانون المدني من أثر هذه المسؤولية على التابع فجعل للمتبوع حق الرجوع على التابع بما دفعه عنه من تعويض حتى أصبحت مسؤولية المتبوع وكأنها ما شرعت إلا لمصلحة المضرور، أما التابع فلاحظ له، ودليل ذلك أن نهائية التعويض ترتد من حيث المآل على التابع نفسه، وذلك على عكس الفقه الإسلامي الذي أوجب على المتبوع التعويض عن الضرر الذي يحدثه التابع - في حدود العمل المأذون له فيه - دون أن يجيز للمتبوع الرجوع على التابع بما دفعه عنه باعتباره كنفه.

وفي تقديرنا أن ما أثبتناه عن الفقه الإسلامي يعطي للعلاقة الاجتماعية والاقتصادية بين المتبوع والتابع روحاً جديدة وواقعية جديدة بالبحث والاهتمام مؤداها: أن المتبوع حينما يشعر أنه مسؤول عن التابع وأنه كنفه سيحرص أشد الحرص على تأهيل التابع علمياً وفتياً وسيراقبه مراقبة دقيقة لأن التابع إذا أخطأ فإن المتبوع سيتحمل تبعه ذلك الخطأ من ماله دون أن يرجع به على التابع.

كذلك التابع حينما يشعر بأنه سيسأل عن التعويض في ماله فيما إذا تعدى وخالف حدود العمل المأذون له فيه، فإنه حتماً سيتجنب الرعونة، وسيحرص على ألا يتجاوز حدود تعليمات متبوعه رغبة في السلوك القويم وتجنباً من المسؤولية.

ولا شك أن هذا النظر المتمثل في نهائية التعويض على المتبوع وذلك في حالة ما إذا صدر الفعل الضار من التابع أثناء أدائه لوظيفته أو عمله المأذون له فيه - آلة ومحلاً وكيفية - يعطي لفكرة افتراض الخطأ في إطار مسؤولية المتبوع عن التابع مضموناً حقيقياً يخرجها من كونها مسؤولية أداء تعالج مشكلة المضرور فحسب، إلى اعتبارها مسؤولية ضمان حقيقية تعالج مسؤولية المتبوع والتابع والمضرور على حد سواء.



المبحث الرابع افتراض خطأ حارس الأشياء

١١٧ - معنى الحراسة في فقه القانون المدني: الحارس هو من يملك السيطرة الفعلية في التوجيه والرقابة على الشيء ويكون هو المتصرف في أمره^(١)، وإذا كانت السيطرة الفعلية على الشيء هي لب الحراسة، فإن الخلاف قد ثار بشأن ماهية هذه السيطرة، هل يقصد بها السيطرة القانونية أو السيطرة المادية على الشيء وبالتالي هل يعتبر سارق الحيوان مثلاً هو الحارس المسؤول طالما وهو صاحب السيطرة المادية، أم يسأل مالك الحيوان باعتباره صاحب السيطرة القانونية؟.

ذهب «هنري مازو» في رأي قديم له إلى تفسير الحراسة في هذا الصدد بمعنى الحراسة القانونية، ومقتضاها: أن الحارس المسؤول هو من تكون له السلطة على الشيء بناءً على عقد أو نص في القانون أو أي مصدر من مصادر الحقوق.. وأن الحارس وإن فقد سلطته المادية على الشيء إلا أنه لم يفقد، سلطته القانونية التي تخول له الحق في الاسترداد، وبالتالي يسأل المالك باعتباره

(١) د. عبد الحي حجازي: النظرية العامة للالتزام، ٥٣٧/٢، سابق. وقال: «... الحراسة إذن منوطة بالسيطرة الفعلية.. سواء كانت بيد المالك أو غيره». نفس المعنى: د. سليمان مرقس: الفعل الضار، ط ٢، سنة ١٩٥٦م، ف ١٦٦، ص ٢١٨. ود. محمود جمال الدين زكي: الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ف ٣١٧، ص ٦٦٤، سابق. «... فقوم الحراسة يكمن في القدرة على استعمال الشيء وإدارته ورقابته...».

صاحب السيطرة القانونية^(١).

وإزاء الانتقادات التي وجهت إلى هذا الرأي لمجانبته للعدالة ووصوله إلى نتائج لا يمكن التسليم بها^(٢). فقد عدل عنه الأستاذ مازو نفسه حيث قال: «منذ أصدرت محكمة النقض بدواثرها المجتمعة حكمها في قضية فرانك في ٢ ديسمبر سنة ١٩٤١ أصبح من المسلم به أن السارق لا المسروق منه هو حارس السيارة المسروقة. . بل يعد أي شخص يستعمل السيارة دون رضا صاحبها حارساً لها^(٣). وإذا كان القانون المدني المصري واليميني قد نصا على أن الحارس هو المسؤول^(٤)، فإن المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري قد أفصحت عن

(١) انظر: هنري مازو: «الخطأ في الحراسة»، بحث منشور في المجلة الفصلية للقانون المدني، السنة ١٩٢٥م، ص ٧٩٣.

(٢) د. محمد ليبب شنب: رسالته «المسؤولية عن الأشياء»، ف ٥٧، ص ٧٩، سابق. ود. محمود أبو عافية: محاضرات في الالتزامات، ص ٤٠، سابق. ود. محمد نصر رفاعي: رسالته «الضرر كأساس للمسؤولية المدنية»، ف ٢٩١، ص ٣٨٠، سابق.

(٣) انظر: تعليق للأستاذين هنري وليون مازو على أحكام المحاكم الفرنسية، عرض الأستاذ وصفي أبو الذهب، منشور بمجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة الثالثة، العدد الثاني، ١٩٥٩م، ص ١٥٣.

(٤) حيث نصت المادة (١٧٦) و (١٧٧) مدني مصري، والمادة (٢١٩) و (٢٢٠) مدني يمني: على أن حارس «أو حائز» الحيوان (أو البناء) ولو لم يكن مالكا له مسؤول... كذلك المواد (١٧٨) مدني مصري، و (٣٢٦) مدني يمني نصتا على مسؤولية كل من حاز أو تولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أو آلة ميكانيكية يكون مسؤولاً... وقد أفصحت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني اليمني بأن الحائز هو الشخص الذي تكون له السلطة الفعلية على الحيوان أو الشيء... . وحيث فلا فرق بين مدلول كلمة «حائز» الواردة في القانون اليمني وبين كلمة «حارس» الواردة في القانون المدني المصري، فكلاهما يهدف إلى ربط المسؤولية ممن له السيطرة الفعلية على الشيء. انظر: المذكرة الإيضاحية للقانون المدني اليمني، ١٢٠/٢. ومجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ٤٢٦/٢.

القصد المتضمن ربط الحراسة بمن له السلطة الفعلية على الشيء بالرقابة والتوجيه فقالت: «كان الفقه يفرق بين الحراسة المادية والحراسة القانونية، وأن الثانية دون الأولى هي التي كانت تبنى عليها المسؤولية، ولكن التطور اتجه إلى الاعتداد بالسيطرة الفعلية^(١).. وهو ما عليه القضاء حيث يقول: «إن العبرة في قيام الحراسة الموجبة للمسؤولية في هذه الحالة هي بسيطرة الشخص على الشيء سيطرة فعلية لحساب نفسه»^(٢).

وفي قضية أخرى تتلخص وقائعها: في أن سيارة نقل المطعمون ضدهما.. صدمت منزل الطاعنة.. ثم طالبت الطاعنة المطعمون ضدهما بالدعوى رقم ١٩٧١/٢٧٥٤م (مدني) أن يدفع لها مبلغ عشرين ألف جنيه تعويض عن الأضرار التي لحقت بالمنزل.. فقضت محكمة الدرجة الأولى.. بإلزام المطعمون ضدها الأولى بأن تؤدي للطاعنة مبلغ ٩٦٠٠ جنيه (باعتبارها المسيرة لوسيلة النقل التي أحدثت الضرر). استأنفت المطعمون ضدها الأولى هذا الحكم بالاستئناف رقم ٣٤/٣١٨ق طالبة إلغاؤه ورفض الدعوى، كما استأنفته الطاعنة بالاستئناف رقم ٣٤/٣٣٨ق طالبة تعديله إلى كامل طلباتها.. قضت محكمة الاستئناف برفض الطعنين معاً وأيدت الحكم المستأنف.. طعنت الطاعنة على هذا الحكم بالنقض حيث نعت عليه الخطأ في تطبيق القانون، حينما قضى برفض التعويض عن الأضرار المتتابعة الثابتة بتقرير لاحق على تقرير إثبات الحالة، وإزاء هذا النعي

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ٤٢٦/٢.

(٢) انظر: مجموعة أحكام النقض (مدني)، س ٢٨، طعن رقم ٥٣٨، لسنة ٤٣ق، جلسة ١٩٧٧/٣/١م، ص ٥٩١. ومشار إليه بمجموعة السيد خلف المبادئ القانونية لمحكمة النقض رقم ٢٦٤٥، ص ٧٦٩. ومجلة إدارة قضايا الحكومة، س ٢، العدد ٢، إبريل - يونيه ١٩٥٩م، قسم التعليقات على الأحكام الأجنبية، عرض الأستاذ فؤاد وصفي أبو الذهب، ص ١٥٤، جاء فيه: «بأن يعتبر حارساً على الشيء من بيده السيطرة الفعلية عليه».

قضت محكمة النقض: أن مرتكب الخطأ (وهو الحارس) يسأل عن الأضرار مهما تابعت وتفاقت متى كانت مباشرة وناشئة عنه وحده.. وبالتالي فإن الطاعة تستحق التعويض عن هذه الأضرار قبل المطعون ضدها الأولى.. ولما كان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر لمجرد عدم اعتماد المحكمة للتقرير اللاحق، وقضى برفض التعويض عن تلك الأضرار المتتابعة فإنه يكون فضلاً عن قصوره قد أخطأ في تطبيق القانون بما يوجب نقضه دون حاجة إلى بحث باقي أسباب الطعن^(١).

وحيثُ فالحارس هو من بيده زمام الشيء وله السلطة الفعلية في الاستعمال والرقابة والتوجيه سواء استندت الحراسة إلى حق مشروع كحق المالك فيما انتقل إليه بطريقة مشروعة، أو كانت غير مشروعة كسيطرة السارق^(٢) أو الغاصب^(٣)، فإن الحراسة في كل ذلك لا تتعلق بسند الملكية، وإنما بالسلطة الفعلية على الشيء،

(١) محكمة النقض الدائرة المدنية والتجارية والأحوال الشخصية، جلسة الخميس ٢ ربيع الثاني، سنة ١٤٠٤هـ، الموافق ٥ من يناير سنة ١٩٨٤م، طعن رقم ٣٢٦، سنة ٥٠ق، (لم ينشر).

(٢) السرقة: هي الأخذ على سبيل الاستخفاء. بدائع الصنائع للكاساني، ٦٥/٧، سابق. وقد عرفت المادة رقم (٢٨٠) من مشروع القانون الشرعي للجرائم والعقوبات اليمني السرقة بأنها: «أخذ نصاب معين من مال منقول مملوك للغير من حرز مثله بقصد تملكه دون رضا صاحبه»، كما عرف قانون العقوبات المصري السارق - وذلك في باب السرقة والاختصاص - بالمادة رقم (٣١١) بأنه: «كل من اختلس منقولاً مملوكاً لغيره فهو سارق».

(٣) الغصب: هو الاستيلاء على مال الغير قهراً بغير حق؛ الشرح الكبير للمقدسي، مطبوع بهامش المغني لابن قدامة ٣٧٤/٥. وجاء في البدائع للكاساني، ١٤٣/٧ بأنه: إزالة يد المالك عن ماله المتقوم على سبيل المجاهرة والمغالبة.. وقيل عنه بأنه: إثبات اليد على مال الغير بغير إذنه. وفي شرائع الإسلام للحلي، ٢٣٥/٣، قيل عنه بأنه: الاستقلال بإثبات اليد على مال الغير عدواناً، وعرفت المادة (١١٢٦) مدني يمني الغصب بقولها: «الغصب هو الاستيلاء على مال الغير، أر حقه، عدواناً بدون سبب شرعي». وأياً كانت الصورة التي استولى بها الحائز على الشيء الذي أحدث الضرر، فعليه الضمان.

ويسأل الحارس عن كل الأضرار المباشرة والمتابعة متى كانت ناشئة عنه وحده .
وإذا كان ما أثبتناه، هو معنى الحراسة في فقه القانون المدني فمن هو
الحارس في الفقه الإسلامي .

١١٨ - معنى الحراسة في الفقه الإسلامي : كلمة من له اليد في الفقه
الإسلامي تقابل المعنى المراد من كلمة «الحارس» في فقه القانون المدني، إذ
يؤحي معناها على وجود شخص له سلطة فعلية على الشيء، وأنه ملزم بحفظه
والرقابة عليه حتى لا يضر بالغير، ولذلك فإن تحديد معنى الحراسة في الفقه
الإسلامي لا يشير أي لبس في كون المسؤول عن الشيء هو صاحب اليد عليه، ومن
له اليد فعليه الضمان ودليل ذلك قول الله تعالى: ﴿وداود وسليمان إذ يحكمان في
الحرث^(١) إذ نفثت^(٢)، فيه غنم القوم وكنا لحكمهم شاهدين، ففهمناها سليمان
وكلا أتينا حكماً وعلماً﴾^(٣).

وبخلاصة هذا الحكم كما جاء في التفسير عن مسروق^(٤) وغيره: أن داود عليه

(١) اختلف في الحرث على قولين، فقول: كان زرعاً، قاله قتادة. وقيل: كان كرمًا نبت
عناقيد، قاله ابن مسعود وشريح. والحرث يقال فيهما. انظر: القرطبي: الجامع لأحكام
القرآن، ٤٣٤٧/٥. وأحكام القرآن لابن العربي، الطبعة الثانية، تحقيق محمد علي
البيجاوي، نشر: مطبعة دار إحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي، ١٢٥٤/٣.

(٢) النفث: الصوف. وانتفشت الهرة، أي ازيارت. ويقال: نفثت الإبل إذا تفرقت وفزعت
بالليل من غير علم راعيها. وخص بعضهم دخول الغنم الزرع. انظر: لسان العرب لابن
منظور، ٤٥٠٤/٦، مادة نفث. وانظر: القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ٤٣٤٧/٥.
وقال: النفث: الرعي بالليل. يقال: نفثت بالليل، وهملت بالنهار.

(٣) سورة الأنبياء: الآيتان ٧٨، ٧٩.

(٤) هو أبو عائشة: مسروق بن الأجدع بن مالك الهمداني الكوفي، كان أعلم بالفتوى من
القاضي شريح. قال عنه ابن معين: ثقة لا يسأل عن مثله، توفي سنة ٦٣هـ. انظر: الفكر
السامي للثعالبي، ٣٦/٢، ٣٧.

السلام قضى بتسليم رقاب الغنم لأصحاب الحرث، فلما خرج الخصمان على سليمان، وكان يجلس على الباب الذي يخرج منه الخصوم قال لهما: بما قضى بينكما نبي الله داود فقالا: قضى بالغنم لصاحب الحرث، فقال: لعل المحكم غير هذا، انصرفا معي فأتى أباه وقال: يا نبي الله إنك حكمت بكذا وكذا، وإني رأيت ما هو أرفق بالجميع. قال: وما هو؟ قال: ينبغي أن تدفع الغنم إلى صاحب الحرث فينتفع بنمائها^(١). وتدفع الحرث إلى صاحب الغنم يقوم عليه، فإذا عاد الزرع إلى حالته التي أصابته الغنم في السنة المقبلة، رد كل واحد منهما ماله إلى صاحبه، فقال داود: وفقت يا بني لا يقطع الله فهمك، وقضى بما قضى به سليمان عليهما السلام^(٢).

وقد دلت الآية على وجوب الضمان لعدم الحفظ، وذلك على القول: بأن

(١) نماء الغنم: هو السمن والصوف واللبن.

(٢) انظر: الجامع لأحكام القرآن للقرطبي، ٤٣٤٨/٥. وقد استخرج القرطبي من هذه الآية عدداً من المسائل، جاء في المسألة السابعة قوله: «... لولا هذه الآية لرأيت القضاة هلكوا، ولكن الله تعالى أتى على سلمان بصوابه وعذر داور باجتهاده...». وكذلك: أحكام القرآن لابن العربي، ١٢٥٤/٣. وأحكام القرآن للجصاص، مطبعة الأوقاف الإسلامية، في دار الخلافة العلية، سنة ١٣٣٥هـ، ٢٢٢/٣. وتفسير ابن كثير، ١٨٦/٣، سابق. والفروق للقرافي، ١٨٦/٤، سابق. وأعلام الموقعين لابن القيم، مراجعة طه عبد الرؤوف سعد، دار الجيل، بيروت، مكتبة المجلد العربي - القاهرة - ٣٢٦/١. وقال: حكم داود عليه السلام بقيمة المتلف.. وأما سليمان فقضى بالضمان على أصحاب الغنم، وأن يضمنوا ذلك بالمثل. بأن يعمروا البستان حتى يعود كما كان، ولم يضيع عليهم خلته من الإتلاف إلى حين العود، بل أعطى أصحاب البستان ماشية أولئك ليأخذوا من نمائها بقدر نماء البستان، فيستوفوا من نماء غنمهم نظير ما فاتهم من نماء حرثهم.. وهذا هو العلم الذي خصه الله به وأثنى عليه بإدراكه.. وقد حكم رسول الله ﷺ: «أن على أهل الحوائط حفظها بالتهار وأن ما أفسدت المواشي بالليل ضامن على أهلها فصح بحكمه ضمان النفس...».

شرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد في شرعنا ما يدل على نسخه أو رفعه عنا^(١).

ومما يدل على أن من له اليد على الحيوان فهو الضامن ما رواه أبو داود^(٢)، وغيره عن النعمان بن بشير أنه قال: قال رسول الله ﷺ: «من وقف دابة في سبيل من سبل المسلمين أو في سوق من أسواقهم فأوطأت بيد أو رجل فهو ضامن»^(٣).

وقضت المجلة على أن: من سيب دابته في الطريق العام يضمن الضرر الذي أحدثته^(٤) وكذلك قال الفقهاء لو قاد شخص قطاراً^(٥)، فوطيء بعير إنسان ضمن

(١) د. عبد المجيد مطلوب: أصول الفقه الإسلامي، ص ٢٠١، سابق. د. محمد زكريا البرديسي: أصول الفقه، ص ٤٣٢، سابق، حيث قال: «وأكبر الظن عندي أن شرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد ناسخ هو الراجع». والإمام محمد أبو زهرة: أصول الفقه، ف ٢٩٢، ص ٢٤٢، سابق، حيث قال: «... وإن كانت الشرائع في الأصل واحدة فهي ثابتة على الجميع إلا ما قام الدليل فيه على أنه شريعة وقتية لأمة من الأمم أو على نسخه في شريعتنا، فإن لم يقم هذا الدليل فإن حكم الأصل ثابت».

(٢) هو أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير الأزدي السجستاني، وُلد سنة ٢٠٢هـ، وهو أحد الأعلام المعدودين، ومن الفقهاء المحققين، رحل إلى بلاد كثيرة في طلب الحديث، كان من الدرجة الرفيعة من النسك والصلاح والورع، وكتابه «السنن» أحد الكتب الستة المعتمدة، عرضه على الإمام أحمد بن حنبل فاستحسنه، توفي بالبصرة سنة ٢٧٥هـ، من مؤلفاته: «السنن»، المشهورة بسنن أبي داود. انظر: الفكر السامي للشعالبي، ٨٣/٣.

(٣) انظر: مختصر سنن أبي داود للحافظ زكي الدين أبي محمد عبد العظيم ابن عبد القوي المنذري: مطبعة أنصار السنة المحمدية ١٣٦٨هـ - ١٩٤٩م، ج ٥، حديث رقم ٣٤٢٦، ص ٥٢٠٣. وسنن ابن ماجه للقزويني، حديث رقم ٢٣٣٢، ٧٨١/٢، سابق. ونيل الأوطار، ٣٤٢/٥، سابق.

(٤) انظر: مجلة الأحكام العدلية، مادة ٩٣٥، ص ١٨٢، سابق.

(٥) القطار - بكسر القاف - : هو عدد من الإبل تُقطر على نسق واحد. والجمع: قطر. انظر: مختار الصحاح للرازي، مادة قطر، ص ٥٤١.

عاقلة القائد الدية لأن القائد عليه حفظ القطار كالسائق غير أن ضمان النفس على العاقلة وضمن المال عليه في ماله^(١).

ولبيان أن المسؤول عن الشيء هو راضع اليد عليه قال الفقهاء: إذا كان مع البهيمة إنسان فإنه يضمن ما أتلفته. سواء كان سائقاً أو راكباً أو قائداً، وسواء كان مالكاً أو أجيراً أو مستأجراً أو مستعيراً أو غاصباً، وسواء أتلفت بيدها أو رجلها أو ذنبها أو رأسها وسواء كان ذلك ليلاً أو نهاراً، والحجة في ذلك أن الإلتلاف لا فرق فيه بين العمد وغيره، ومن هو مع البهيمة حاكم عليها فهي كآلة بيده وفعلها منسوب إليه سواء حملها عليه أم لا. علم به أم لا^(٢)، لأن الضمان يجب باليد لا بالملك^(٣).

كما أن الحراسة قد لا تقتصر على شخص واحد بل إنها تتعدد بتعدد الأيدي على الشيء، كما لو كان مع الحيوان قائد وسائق وراكب فإن جميعهم ضامنون لما أتلفه الحيوان، والسبب في ذلك أن كل واحد منهم يضمن عند انفراده فوجب الضمان على جميعهم^(٤).

(١) انظر: المنتزح المختار لابن مفتاح: ٤/٤٤٠، سابق. ومتن الأزهار للإمام أحمد بن يحيى المرتضى، ص ١٦٩، سابق.

(٢) انظر: فتح الباري بشرح صحيح البخاري لابن حجر العسقلاني، ١٢/٢١٧، سابق. وصحيح مسلم بشرح الإمام النووي، ١١/٢٢٥، سابق. ود. صبحي محمصاني: النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، ١/٢٤٥، سابق. وسيد أمين محمد: رسالته «المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير في الفقه الإسلامي»، ص ١٨١، سابق.

(٣) انظر: المغني مع الشرح الكبير لابن قدامة ٥/٤٥٦، حيث قال: «إذا أكلت بهيمة شيئاً ويد صاحبها عليها لكونه معها ضمن. وإن كانت في يد المستعير فضمنه على المستعير سواء أتلفت شيئاً لمالكها أو لغيره لأن ضمانه يجب باليد. ولأن ضمان اليد أقوى بدليل أنه يضمن في الليل والنهار». نفس المعنى: الشرح الكبير للإمام المقدسي، ٥/٤٥٥، سابق.

(٤) انظر: المغني مع الشرح الكبير لابن قدامة، ١٠/٣٥٩، سابق. حيث قال: «وإن كان مع =

وخلص القول أن كلمة وضع اليد في الفقه الإسلامي تماثل من حيث المعنى كلمة الحراسة في فقه القانون المدني، حيث تثبت المسؤولية من مفهوم التعبيرين قبل الحارس أو واضح اليد، سواء كانت يده على الشيء مستندة إلى حق مشروع أو غير مشروع. هذا وبعد أن بينا معنى الحراسة في حد ذاتها، نركز على بيان طبيعة التوسع في افتراض خطأ حارس الأشياء.

١١٩ - تقسيم: بعد أن أثبتنا معنى الحراسة، وأن الحارس هو المسؤول في الفقهين المدني والإسلامي وأن الحارس في الأصل هو مالك الشيء، وعليه إذا أراد التخلص من المسؤولية أن يثبت أن الحراسة قد انتقلت منه، فما ذلك إلا لأن الأشياء بحكم طبيعتها لا يمكن أن ينسب إليها الخطأ، ومن ثم أوجب القانون على حارس الأشياء أن يبذل في استعماله لها وفي المحافظة عليها عناية خاصة حتى لا يضر بالغير.

والحراسة في حد ذاتها لا تخلو إما أن تكون على حيوان، أو بناء، أو أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة، أو آلات ميكانيكية، ولكي نحدد طبيعة التوسع في افتراض خطأ الحارس، ونبين الأساس الذي تبنى عليه مسؤوليته فلا بد وأن نقسم هذا المبحث إلى المطالب الآتية:

المطلب الأول: افتراض خطأ حارس الحيوان.

المطلب الثاني: افتراض خطأ حارس البناء.

المطلب الثالث: افتراض خطأ حارس الأشياء الخطرة أو الآلات الميكانيكية.



= الدابة قائد وسائق فالضمان عليهما. ومحمد صلاح الدين حلمي: أساس المسؤولية التقصيرية في الشريعة الإسلامية والقانون المدني، رسالة من جامعة القاهرة، ١٩٧٨، ص ٥٣٥.

المطلب الأول افتراض خطأ حارس الحيوان

١٢٠ - طبيعة افتراض خطأ حارس الحيوان. ١٢١ - الحيوان الذي يسأل عنه الحارس. ١٢٢ - شروط مسؤولية حارس الحيوان. ١٢٣ - أساس مسؤولية حارس الحيوان. ١٢٤ - محل الواجب الملقى على عاتق الحارس. ١٢٥ - في الفقه الإسلامي. ١٢٦ - أولاً: طبيعة مسؤولية الحارس عن الحيوان المرسل. ١٢٧ - القول الأول: لجمهور الأحناف والظاهرية. ١٢٨ - الدليل وما يستفاد منه. ١٢٩ - ما يمكن حمله على الدليل. ١٣٠ - القول الثاني: للجمهور. ١٣١ - القول الثالث: تخريج عن الشافعية والزيدية. ١٣٢ - القول الرابع: قال به الليث وعطاء. ١٣٣ - مناقشة وترجيح. ١٣٤ - ثانياً: طبيعة مسؤولية الحارس عن الحيوان غير المرسل. ١٣٥ - ١ - كون الحيوان في يد الحارس. ١٣٦ - ٢ - الحيوانات المعروفة بالإضرار أي «الخطرة». ١٣٧ - ٣ - الحيوان الذي يحدث الضرر ليلاً. ١٣٨ - مناقشة واستنتاج.

١٢٠ - طبيعة افتراض خطأ حارس الحيوان: بعد أن حددنا معنى الحراسة، وبيننا أن المسؤول هو الحارس، وأن الحارس هو كل من توافرت له السلطة الفعلية في الرقابة والتوجيه على الشيء^(١). فإن ما نحله الآن هو مسؤولية حارس الحيوان من منظور حكم المادة (١٧٦) مدني مصري والمادة (٣١٩) مدني يمني، حيث

(١) انظر آنفاً: ف ١١٧.

أفصحنا عن طبيعة التوسع في افتراض خطأ الحارس بقولهما: «حارس (أو حائز)»^(١) الحيوان ولو لم يكن مالكاً له مسؤول عما يحدثه الحيوان من ضرر، ولو ضل الحيوان أو تسرب، ما لم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب أجنبي لا بد له فيه»^(٢).

ولبيان طبيعة افتراض خطأ الحارس، فإن القانون قد جعل قرينة الإهمال أو التقصير من القرائن التي لا تقبل إثبات العكس، بمعنى أن الحارس لا يستطيع التخلص من المسؤولية بإثبات أنه لم يخطيء، أو أنه بذل العناية المعتادة فكل ذلك لا يجديه، وإنما إذا أراد أن ينفي عن نفسه المسؤولية، فله أن يثبت السبب الأجنبي^(٣).

(١) يظهر مما ورد بالمذكرة الإيضاحية للقانون المدني اليمني ١٢٠/٢، أن القصد من كلمة الحائز هو التأكيد على أن المسؤول عن الحيوان هو من يده عليه وبحوزته، سواء كانت الحيازة شرعية كحيازة المستعير أو المستأجر، أو غير شرعية كحيازة الغاصب، والسارق ودليل ذلك قولها: «... حائز الحيوان هو الشخص الذي تكون له السيطرة الفعلية على الحيوان. حتى ولو تسرب الحيوان منه أو ضل لأنه مسؤول بالمحافظة عليه أصلاً ما لم يثبت أن الحادث كان بسبب أجنبي لا بد له فيه». ووفقاً لهذا التفسير فإن كلمة «الحائز» في المادة (٣١٩) مدني يمني لا تختلف من حيث الطبيعة عن معنى كلمة «الحارس» الواردة في المادة (١٧٦) مدني مصري، إذ يفيدان أن المسؤول هو كل من تتوافر له السلطة الفعلية في الرقابة والتوجيه.

(٢) انظر: مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ٤١٣/٢. والجريدة الرسمية اليمنية، السنة الرابعة عشرة، ١٩٧٩م، ملحق العدد الرابع، ص ١٦، سابق.

(٣) انظر: د. محمد صالح: أصول التعهدات، الطبعة الثالثة، ١٣٥٠هـ - ١٩٣١م، مطبعة الاعتماد، شارع حسين الأكبر - القاهرة - ، ف ٣٠٠، ص ٢٦٢، حيث قال: «... ويسأل مستعمل الحيوان عن كل ما أحدثه للغير من ضرر... وتزول مسؤوليته إذا أثبت أن الضرر نشأ عن حادثة قهرية أو عن خطأ المجني عليه». ونفس المعنى: د. سليمان مرقس: الفعل الضار، ف ١٦٦، ص ٢١٨، سابق. د. صلاح الدين الناهي: الوجيز في...

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة استئناف مصر قديماً بأن: «مالك الحيوان مسؤول عن الضرر الذي أحدثه الحيوان سواء كان في حيازته أو تسرب منه، ولا يمكن دحض قرينة الإهمال إلا بإثبات السبب الأجنبي»^(١)، كما ذهبت محكمة النقض المصرية حديثاً إلى القول: بأن الحارس لا يستطيع أن يدرا عن نفسه المسؤولية بإثبات أنه لم يرتكب خطأ ما، وإنما ترتفع هذه المسؤولية إذا أثبت الحارس أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه..^(٢).

وقال القضاء الفرنسي: «حارس الحيوان هو كل شخص له السيطرة الفعلية في توجيه ورقابة الحيوان، ويستوي بعد ذلك أن يكون الحيوان في حيازته أو في حيازة غيره»^(٣) وقد عرضت على محكمة النقض الفرنسية قضية تتلخص وقائعها: «أن تاجر مواشي دخل مزرعة لفحص بقرة يرغب في شرائها من مالكةها، وأثناء

- = النظرية العامة للالتزامات، نشر مطبعة العاني، بغداد، ١٣٦٩هـ - ١٩٥٠م، ص ١٥٢.
د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل: المسؤولية المدنية بين التقيد والإطلاق، ف ١٢٤، ص ٢٠٢، سابق. وهنري مازو: «الخطأ في الحراسة»، ص ٥٠٨، سابق.
(١) المحاماة، س ٩، العدد الثالث، في ١١ ديسمبر ١٩٢٨م، ص ٢٤٤. ونفس المعنى: المحاماة، س ١٦، العددان ٧، ٨، في ١١ أبريل ١٩٣٥م، رقم ٣٧٤، ص ٨٠٦.
(٢) مجموعة أحكام النقض مدني، المكتب الفني، س ٢٨، جلسة ١٩٧٧/٣/١م، طعن رقم ٥٣٨، لسنة ٤٣ق، ص ٥٩١. نفس المعنى: مجموعة أحكام النقض مدني، المكتب الفني، س ٣١، جلسة ٢ ديسمبر ١٩٨٠م، طعن رقم ٦١٦، لسنة ٤٦ق، ١٩٧٨/٢.
(٣) انظر: تعليقات على الأحكام الفرنسية في المسؤولية المدنية للأستاذ جورج دوري (G. Durré)، منشورة بمجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة ١٤، العدد ٤ في أكتوبر - ديسمبر ١٩٧٠م، عرض الدكتور إدوار، قال الذهبي، ف ٥، ص ١٠١٢. ود. حلمي بهجت بدوي: تعليقات على الأحكام، منشورة بمجلة القانون والاقتصاد، السنة ٢، العدد الأول، رمضان ١٣٥٠هـ - يناير ١٩٣٢م، ص ١٣٨، حيث قال: «بأن القضاء الفرنسي يحمل الحارث المسؤولية.. وأساسها التقصير في حراسة هذا الشيء. وهو تقصير مفترض لا يدفعه غير إثبات القوة القاهرة أو تقصير المصاب».

انشغال مالك البقرة في مكان آخر من المزرعة تقدم طالب الشراء من البقرة وأمسك بقيادها ولفه حول يده، ولكن البقرة جذبته بشدة فسقط على الأرض، فقضت محكمة استئناف (Angars) بمسؤولية مالك البقرة. ولما طرح النزاع على محكمة النقض قضت الدائرة المدنية الثانية بتاريخ ١٧ مارس ١٩٦٥ بنقض الحكم المطعون فيه تأسيساً على أن الحراسة قد انتقلت من مالك البقرة إلى التاجر الذي كان يملك السيطرة عليها^(١)، وضابط المسألة أن التطبيقات القضائية سواء في مصر أو فرنسا تربط المسؤولية عن الحيوان بوجود السلطة الفعلية.

وعلى الرغم من استقرار مبدأ ارتباط التوسع في افتراض الخطأ بالسلطة الفعلية، فإن الخلاف بين الفقهاء قد ثار في حالة ما إذا نقل المالك حيوانه إلى شخص آخر، لا ليتفجع به بل للمحافظة عليه أو لعلاجه وذلك كالراعي، والطبيب البيطري وشركات نقل الحيوانات، فذهب جمهور الفقهاء إلى القول: بأن السيطرة الفعلية تنتقل إلى هذا الشخص ويكون هو الحارس^(٢).

(١) انظر: تعليقات على الأحكام الفرنسية، عرض الدكتور إدوار غالي، ص ١٠١٣، سابق، حيث قال: «ولا توجد قواعد مطلقة... وإنما تخضع كل حالة لظروفها...» ود. علي سيد حسن: طبيعة ونطاق مسؤولية البائع عن الأضرار التي تصيب راغبي الشراء، دراسة مقارنة، ١٩٨٥م، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ١٠٨، حيث قال: «القاعدة في هذه الأحكام أنه إذا استقل راغب الشراء بمعاينة الحيوان... فلا يكون له الرجوع بالتعويض على المالك».

(٢) انظر: د. السنهوري: الوسيط، ج ٢، ف ٧٠، ص ١٤٨٦، سابق، حيث قال: «... حارس الحيوان هو من بيده زمامه ويملك السيطرة الفعلية عليه في التوجيه والرقابة...» ود. عبد الفتاح عبد الباقي: «المسؤولية المدنية عن حوادث السيارات وغيرها من الأشياء الخطرة»، مذكرات مطبوعة بالآلة الكاتبة لطلاب الدراسات العليا بجامعة القاهرة، لعام ١٩٨٦/١٩٨٥م، حيث قال: «... الشخص الذي يتحمل المسؤولية تأسيساً على حراسة شيء محدد، هو بالضرورة ذاك الذي تكون له الحراسة عند وقوع الأذى منه...» =

وذهب القضاء في فرنسا إلى القول: بأن البيطار الذي يدق الحديد في حوافر الحيوان يعتبر مسؤولاً عنه. . على الرغم من أن صاحب الحيوان ممسك بلجامه، لأن المالك في هذه الحالات يتلقى الأوامر من واضع الحديد في حوافر الحيوان، وبالتالي يعتبر واضع الحديد مسؤولاً عما يحدثه الحيوان من ضرر ولو كان الشخص المضروب هو مالك الحيوان نفسه^(١).

وقد خالف البعض الآخر من الفقه هذا الاتجاه بالقول: إن مسؤولية الراعي أو البيطار أو الطبيب البيطري. . لا تقوم على أساس الخطأ المفترض، بل تقوم على أساس الخطأ الواجب الإثبات، ودليل ذلك، أن الشارع إنما افترض مسؤولية مالك الحيوان أو المنتفع به لأنه محيط بخصال الحيوان وطبائعه ولا يصح هذا الفرض لغيرهم ممن قد يحوز الحيوان بحكم صناعته التي تجبره على تلقي كل حيوان يرد إليه^(٢).

- = و.د. محمد لبيب شنب: دروس في نظرية الالتزام، ف ٦٦، ص ٤٠١، سابق.
- و.د. عبد الحي حجازي: النظرية العامة للالتزام، ٥٣٧/٢، سابق. و.د. توفيق حسن فرج: النظرية العامة للالتزام، ص ١٤٩، سابق.
- (١) انظر: د. حلمي بهجت بدوي، مجلة القانون والاقتصاد، السنة ٢، العدد ١، يناير ١٩٣٢م، تعليقات على الأحكام في المواد المدنية، ص ١٤٦، حيث قال: «بأنه حيث توجد السيطرة والإدارة توجد المسؤولية»، منشور بمجلة إدارة قضايا الحكومة، ص ١٤، العدد ٤، ديسمبر ١٩٧٠م، عرض الدكتور إدوار غالي، ف ٥، ص ١٠١٣ و ١٠١٤، سابق. و.د. سمير تناغو: نظرية الالتزام، ص ٣٤، سابق.
- (٢) مصطفى مرعي: المسؤولية المدنية في القانون المصري، ف ٢٤٥، ص ٢٤٠، وقد أضاف إلى جانب ما ذكرناه في المتن، ف ٢٣٧، ص ٢٣٢، حجة أخرى وقوامها أن فكرة افتراض الخطأ مسألة مستثناة من القاعدة العامة التي توجب على المضروب إثبات الخطأ، وأضاف: «ومن الحق أن يقال أن هذا الحكم لا يسري على غير المالك أو المنتفع»، وفي تقديرنا أن فكرة التوسع في افتراض الخطأ لا ترتبط بالملك أو الانتفاع في حد ذاته، وإنما ترتبط =

وبدورنا نميل مع غالبية الفقه والقضاء - إلى التوسع في افتراض خطأ المتعهد برعي الحيوان أو نقله أو المحافظة عليه أو علاجه حتى لا يضر بالغير وذلك لسببين. أولهما: توفر الحراسة وتمكينه من السيطرة عليه، وثانيهما: لما يفترض في المتعهد من الخبرة الفائقة، والمهارة الدقيقة في صنعه الناتجة عن طول ممارسة المهنة.

كما نستنتج من كل ما سبق أن طبيعة افتراض خطأ حارس الحيوان تعتبر من صور التوسع في ركن الخطأ، أثبتته القانون لصالح المضرور حتى لا يكلف بعبء إثبات خطأ الحارس، وهو معنى يتسق مع طبيعة حراسة الحيوان التي تستلزم في الحارس - مالكاً أو غيره - أن يحافظ عليه حتى لا يضر بالغير.

وإذا كان هذا هو حكم التوسع في افتراض الخطأ الذي يسأل عنه الحارس فما هي الحيوانات التي يسأل عنها؟.

١٢١ - الحيوان الذي يسأل عنه الحارس: الحكم المستفاد من المادة (١٧٦) مدني مصري والمادة (٣١٩) مدني يمني، قيام مسؤولية الحارس عن كل حيوان تدب فيه الحياة - من دون الإنسان - متوحشاً كان أو مستأنساً كبيراً أو صغيراً خطراً أو غير خطراً، غاية ما يشترط فيه أن يكون حياً وحراسته ممكنة^(١).

ومقتضى التوسع في افتراض خطأ الحارس أن الحيوان إذا ما انفلت وأضر

= بالحراسة، والحارس هو كل من بيده زمام الحيوان وله السيطرة عليه، مالكاً أو طبيبياً أو بيطاراً، ولذلك فإن افتراض خطأ الحارس أياً كان لا يخرج عن حدود الاستثناء المقرر لصالح المضرور.

(١) انظر: د. محمود جمال الدين زكي: الوجيز في نظرية الالتزام، ف ٣٠٤، ص ٦٣٧، سابق. د. محمد شتا أبو سعد: أصول المسؤولية التقصيرية في قانون المعاملات المدنية، الكتاب الأول، الطبعة الأولى، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م، ص ١٨. و د. عبد المنعم فرج الصده: مبادئ القانون، ف ٣٦٨، ص ٤٠٩، سابق.

بالغير فإن الحارس لا يستطيع أن يتخلص من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي، شريطة توافر شروط المسؤولية على النحو الآتي بيانه.

١٢٢ - شروط مسؤولية حارس الحيوان: كي يسأل الحارس على أساس التوسع في افتراض الخطأ يشترط أولاً: أن يتولى شخص حراسة حيوان، وقد بينا معنى الحراسة آنفاً^(١) وقلنا بأن مضمونها أن يكون للحارس السلطة الفعلية في الرقابة والتوجيه والتصرف في أمر الحيوان حتى ولو كانت هذه السلطة غير مشروعة. ويشترط ثانياً: أن يحدث الحيوان ضرراً بالغير، ومضمون هذا الشرط أن يكون فعل الحيوان ذاته هو السبب في إحداث الضرر، كأن يدهس الحيوان شخصاً فيجرحه أو يتلف مالا للغير، أما إذا لم يكن للحيوان أي دور إيجابي، كما لو كان الحيوان واقفاً في المحل المعد لوقوفه، وارتطم به شخص وأصيب بضرر فلا تقوم مسؤولية الحارس لأن الضرر لم يحدث من فعل الحيوان.

ويلاحظ من خلال هذين الشرطين المجمع عليهما فقهاً^(٢) وقضاءً^(٣) أن القانون لا يشترط على المضرور إثبات خطأ الحارس، وسبب ذلك أن التوسع في افتراض الخطأ قد رفع عن المضرور مشكلة عبء الإثبات بحيث لا يستطيع المسؤول أن يتخلص من المسؤولية إلا إذا قطع علاقة السببية بين الخطأ والضرر،

(١) انظر: آنفاً، ف ١١٧.

(٢) د. عبد الحي حجازي: النظرية العامة للالتزام، ص ٥٣٩، سابق. و د. توفيق حسن فرج: النظرية العامة للالتزام، ص ٥٤٧، سابق. والأستاذ حسين عامر: المسؤولية المدنية، ف ٧٠٣، ص ٧١، سابق.

(٣) انظر: مجموعة أحكام النقض مدني: المكتب الفني، س ١٨، طمن رقم ١٨١، لسنة ١٩٦٧/٣/٢، جلسة ٣٣، قاعده ٨٢، ص ٥٣١. ونفس المعنى: مجموعة أحكام النقض مدني، س ٣١، جلسة ٢ ديسمبر ١٩٨٠م، طمن رقم ٦١٦، لسنة ١٩٨٧/٢، رقم ٧٦٣.

ولا يقطع علاقة السببية إلا السبب الأجنبي أو خطأ المضرور نفسه^(١).

وبالرغم من الإجماع على تحقق مسؤولية الحارس عند توافر الشرطين السابقين، فإن الفقهاء قد اختلفوا في التكييف القانوني أو الأساس الذي تبني عليه مسؤولية حارس الحيوان على النحو الآتي:

١٢٣ - أساس مسؤولية حارس الحيوان: اختلف الفقه في الأساس الذي تبني عليه مسؤولية حارس الحيوان، فمن قائل: بأنها تقوم على أساس التضامن الاجتماعي، ومفاد هذا الأساس أن الحارس يعتبر مسؤولاً حتى ولو كان غير مميز، ويعيب هذا الأساس أن عديم التمييز لا يمكن افتراض الخطأ بجانبه هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن الحارس يستطيع التخلص من المسؤولية فيما إذا أثبت السبب الأجنبي^(٢).

ومن قائل: بأن مسؤولية حارس الحيوان مسؤولية مطلقة، بمعنى أنها لا تقوم على فكرة الخطأ الموجب الإثبات، وأن المسؤول لا يستطيع التخلص من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي^(٣).

ويظهر أن مدلول كلمة مسؤولية مطلقة، لا يقدم جديداً لأساس مسؤولية الحارس، وإنما هو تحوير لفظي لفكرة الخطأ المفترض بقريئة لا تقبل إثبات العكس.

أما الرأي المجمع عليه في الفقه والقضاء فهو اتحاد المسؤولية عن الحيوان

(١) انظر: د. عبد الرشيد مأمون: علاقة السببية في المسؤولية المدنية، نشر دار النهضة العربية - القاهرة - ف ٩١، ص ٩٩.

(٢) انظر: د. عبد المنعم فرج الصده: مبادئ القانون، ف ٣٦٨، ص ٤٠٨، و ٤١٠، سابق.

(٣) انظر: د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل: المسؤولية المدنية بين التقييد والإطلاق، ف ١٢٤، ص ٢٠٢، سابق.

مع المسؤولية عن الأشياء غير الحية في النظام القانوني وفي الأساس الذي تقومون عليه، ومبناه افتراض مسؤولية الحارس، لأنه ناشىء عن قرينة الإهمال أو التفريط المتمثل في مجرد إفلات الحيوان من قبضة الحارس، وهي قرينة لا تقبل إثبات العكس ولا يجب على المضرور إثباتها. ومن ثم فلا يستطيع الحارس أن يتخلص من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي^(١).

وهذا التأسيس هو الذي نميل إليه لأنه يتسق مع ما أطلقنا عليه فكرة التوسع في ركن الخطأ، ومقتضاه أن المضرور لا يجب عليه إثبات خطأ معين قبل الحارس، بل يعتبر حدوث الضرر في حد ذاته قرينة ثابتة على خطأ الحارس لا يدرؤها عنه سوى السبب الأجنبي. وهذا التأسيس هو الذي يتلاءم ومحل الواجب الملقى على عاتق الحارس.

١٢٤ — محل الواجب الملقى على عاتق الحارس: ويتبين مما سبق عرضه أن بين الواجب الملقى على عاتق الحارس — في إطار المسؤولية التقصيرية — وبين التزام المدين بتحقيق نتيجة معينة — في إطار العلاقات التعاقدية — قاسماً مشتركاً، وهو أن المضرور في كلا الحالتين لا يكلف بعبء إثبات خطأ المسؤول، كما أن المسؤول لا يستطيع التخلص من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي، ومثال ذلك التزام أمين النقل البري بضمان سلامة المسافر معه، فإن المسافر إذا حصل له ضرر فإن الناقل وهو المسؤول لا يستطيع أن يتخلص من المسؤولية إلا بإثبات

(١) انظر د. السنهوري: الوسيط، جـ ٢، ف ٧٠٦، ص ١٤٩٥، سابق، حيث قال: «ولا يمكن أن يقال: إن أساس المسؤولية هو تحمل التبعة، وإلا لكان المسؤول هو المنتفع بالحيوان لا الحارس. ولما جاز دفع المسؤولية بإثبات السبب الأجنبي». ونفس المعنى: د. محمود جمال الدين زكي: الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، ف ٣٠٣، ص ٦٣٥، سابق. وكذلك: مجموعة أحكام النقض مدني: المكتب الفني، السنة ٢٨، طعن رقم ٥٣٨، لسنة ٤٣ق، جلسة ١٩٧٧/٣/١م، ص ٥٩١. ومجموعة أحكام النقض مدني، السنة ٢٩، طعن رقم ٢٧١، لسنة ٤٥ق، جلسة ١٩٧٨/٣/٩م، ص ٤٣٧.

السبب الأجنبي^(١)، كذلك حارس الحيوان إذا ما انفلت الحيوان وأحدث بالغير ضرراً فإنه لا يستطيع التخلص من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي.

وإذا حللنا النتيجة لكلتا الحالتين نجد أن التزام أمين النقل في الحالة الأولى منبثق عن التوسع في تحديد نطاق العقد ولو لم يذكره المتعاقدان^(٢) كما أن الواجب العام الملقى على عاتق الحارس ينبثق عن القانون الذي جعل الحراسة^(٣) مناط المسؤولية وجعل مجرد إفلات الحيوان أو الشيء عن سيطرة الحارس قرينة لا تقبل إثبات العكس إلا بالسبب الأجنبي.

١٢٥ - في الفقه الإسلامي: أما في الفقه الإسلامي فقد فرق الفقهاء في الأساس الذي تبنى عليه مسؤولية الحارس بين الحيوان^(٤) المرسل^(٥) وغير

(١) د. محمد علي عمران: الالتزام بضمان السلامة، ص ١٩٠، سابق. وكذلك: د. محمود جمال الدين زكي: مشكلات المسؤولية المدنية، ف ٤٥، ص ٢٣٩، سابق.

(٢) انظر: آنفاً، ف ٧٠.

(٣) انظر: آنفاً، ف ١١٧.

(٤) أورد الأستاذ الدكتور عبد الحي حجازي رحمه الله، في كتابه «النظرية العامة للالتزام»، ٥٣٦/٢ قوله: «إن الحيوان في الشرائع القديمة وعلى الأخص في القانون الروماني، كان يعتبر مسؤولاً عن الأضرار التي تنشأ عن فعله، وكان للمضروب أن يطلب تسليم الحيوان القصاص منه». وقال الأستاذ الدكتور صبحي محمصاني في كتابه «النظرية العامة للموجبات والمعقود»، ٢٣٢/١: «بأن قوانين أفلاطون نصت على أنه: إذا تسببت دابة أو حيوان بموت أحد. فأهل القتل يداعونه بالقتل ويحاكمه حراس البلد ثم يذبحونه بعد الحكم عليه ويطرحونه خارج الحدود». وإذا كان هذا هو حال المجتمعات الإنسانية عند غياب تطبيق التشريعات السماوية، فإن ذلك يدل على أن الفضل الأول في تهذيب النفوس ورقي القوانين يعود إلى التشريعات السماوية التي رفعت التكليف والعقاب عن كل حيوان لا يعقل وقصرت التبعة والمسؤولية على الإنسان الذي كرمه الله بالعقل، وقد قال النبي ﷺ: «المجماء جرحها جبار».

(٥) هو الذي جرت عادة أهل البلد بإرساله إلى المرعى ليلاً ونهاراً دون حفظ.

المرسل^(١) على النحو الآتي:

١٢٦ - أولاً: طبيعة مسؤولية الحارس عن الحيوان المرسل: الحيوان المرسل: هو الحيوان الذي جرت عادة أهل البلد بإرساله إلى المرعى ليلاً ونهاراً دون حفظ، وقد اختلف الفقهاء في طبيعة مسؤولية الحارس في هذه الحالة تبعاً لاختلافهم في طبيعة الأدلة، ولذلك فقد صنفنا الاتجاهات المتعلقة بهذه النقطة إلى أربعة أقوال:

١٢٧ - القول الأول لجمهور الأحناف والظاهرية: ومفاده: أنه لا ضمان على أصحاب البهائم المرسلة فيما أتلفته من المزارع أو البساتين مطلقاً، ليلاً كان أو نهاراً، إذا لم تكن مملوكة، أو كان لها مالك ولم تكن عقوراً^(٢).

الدليل وما يستفاد منه: ودليلهم على هذا التخريج: ما رواه البخاري^(٣) ومسلم، والترمذي^(٤).....

(١) هو الذي يكون في يد صاحبه، أو جرت العادة بحفظه ليلاً ونهاراً، أو كان عقوراً.
(٢) المحلى للإمام ابن حزم، مسألة رقم ١٢٦٥، ص ١٤٦، جاء فيها: «ولا ضمان على صاحب الدابة فيما جتته في مال أو دم ليلاً أو نهاراً، لكن يؤمر صاحبه بضبطه، فإن ضبطه فذاك، وإن عاد ولم يضبطه يبع عليه». بدائع الصنائع للكاساني، ٢٧٢/٧، جاء فيها: «لو أوقفت دابته في الفلاة - فلا ضمان - لأن الوقوف في الفلاة مباح».

(٣) هو أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري، إمام المحدثين، وُلد ببخارى سنة ١٩٤هـ، أولع منذ صباه بعلم الحديث، ولما برع فيه شرع في تمييز الأحاديث الصحيحة من غيرها حتى لُقّب بأمير المؤمنين في الحديث، وعند ذلك وضع كتابه «الجامع الصحيح»، توفي بـ «خرتنك»، قرية على بعد ثلاثة فراسخ من سمرقند، سنة ٢٥٦هـ. الفكر السامي، ٨٠/٣.

(٤) هو أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة السلمي الترمذي الحافظ الضريير، وُلد سنة ٢٠٩هـ، صاحب «الجامع»، المعدود من الكتب الستة المعتمدة، قال عن نفسه: «صنعت هذا الكتاب فعرضته على علماء الحجاز والمراق وخراسان فرضوا به»، توفي سنة ٢٧٩هـ، من مؤلفاته غير الجامع: «الشمال النبوية». الفكر السامي للشمالبي، ٨٤/٣، سابق.

والنسائي^(١) وأبو داود، وابن ماجه^(٢) عن أبي هريرة^(٣) رضي الله عنه أنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: «العجماء^(٤) جرحها^(٥) جبار^(٦)»^(٧) وقالوا عن الحديث بأنه عام يجب العمل بعمومه، وعمومه ينفي ضمان ما تحدثه البهائم من إتلاف ليلاً أو نهاراً^(٨) باستثناء ما إذا حملها صاحبها على شيء وأطلقها فيه، فإنه

- (١) هو أبو عبد الرحمن أحمد بن علي بن شبيب النسائي، وُلد بـ «نسا»، مدينة بخراسان، سنة ٢١٥هـ، كان أحد الأئمة الحفاظ، وكتابه «المجتبى» أو سنن النسائي، أحد الكتب الستة المعتمدة، وهو آخر أصحاب الكتب الستة موتاً، توفي بمكة سنة ٣٠٣هـ، أو ٣٠٤هـ، من مؤلفاته: «المجتبى» المشهور بـ «سنن النسائي». الفكر السامي للثعالبي، ٨٤/٣.
- (٢) هو أبو عبد الله محمد بن يزيد الربيعي، ابن ماجه القزويني الحافظ، أحد أئمة الحديث، رحل في طلبه إلى كثير من الأقطار، وصنف فيه كتابه «السنن»، وهو معدود من الكتب الستة عند كثير من المتأخرين، توفي سنة ٢٧٣هـ. الفكر السامي، ٨٣/٣.
- (٣) هو أبو هريرة عبد الرحمن بن صخر الدوسي، صحابي جليل، أسلم عام خيبر، ولزم النبي ﷺ، فأصبح أكثر الصحابة حفظاً ورواية للحديث على الإطلاق، استعمله عمر بن الخطاب على البحرين، وتولى إمارة المدينة مدة، كان حاد الذهن قوي الذاكرة، كثير العبادة، توفي بالمدينة سنة ٥٩هـ. الفكر السامي، ٣٠/٢.
- (٤) العجماء البهيمة: وسميت عجماء لأنها لا تتكلم. لسان العرب لابن منظور، ج ٤، مادة عجم، ص ٢٨٢٧.
- (٥) المراد بالجرح: الإتلاف، سواء كان بجرح أو غيره. فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ٢١٧/١٢، سابق.
- (٦) جبار: أي لا دية فيه ولا قود. لسان العرب لابن منظور، ٢٨٢٧/٤.
- (٧) انظر: فتح الباري بشرح صحيح البخاري لابن حجر، ٢١٧/١٢. سنن أبي داود، ج ٤، حديث رقم ٤٥٩٣، ص ١٩٦، سابق. سنن ابن ماجه، حديث رقم ٢٦٧٣، ٨٩١/٢. صحيح البخاري، تحقيق الشيخ قاسم الشماخي الرفاعي، الطبعة الأولى، ١٤٠٧هـ — ١٩٨٧م، المجلد الرابع، دار القلم — بيروت، حديث رقم ٩٨٥، ص ٦١٨. صحيح مسلم بشرح النووي، ٢٢٤/١١، سابق.
- (٨) انظر: المحلى لابن حزم، ج ٨، مسألة رقم ١٣٦٥، ص ١٤٦. بدائع الصنائع للكاساني، هـ

يضمن لنسبة الفعل إليه ليلاً كان أو نهاراً^(١).

والمستفاد من قول ودليل الأحناف والظاهرية: أن مسؤولية الحارس عن الحيوان المرسل لا تثبت بمجرد إفلات الحيوان وإحداثه الضرر بالغير، بل لا بد لكي يسأل الحارس أن تطبق القواعد العامة المتمثلة في قيام المضرور بإثبات خطأ الحارس، ودليل ذلك قولهم: «وأنه لا يجب الضمان على صاحب الماشية إذا أتلفت شيئاً، ليلاً أو نهاراً إذا لم يكن معها سائق أو قائد»^(٢) وقالت المجلة: «الضرر الذي نشأ من تلقاء الحيوان لا يضمنه صاحبه، لأنه ليس بمسير له فلا يضاف سيره إليه»^(٣). وكل ذلك يدل على أن الخطأ الواجب الإثبات هو الأساس الذي تبنى عليه مسؤولية الحارس عن الحيوان المرسل وفقاً لوجهة نظر أصحاب

= ٢٧٣/٧. وأحكام القرآن للجصاص، ٢٢٣/٣، حيث قال: «وأصحابنا - أي الأحناف - لا يرون في ذلك ضماناً لا ليلاً ولا نهاراً، إذا لم يكن صاحب الغنم هو الذي أرسلها...». ومجمع الضمانات للبغدادي، ص ١٩١، جاء فيه: «ولو أن دابة أتلفت ليلاً أو نهاراً فأصاب مالا أو آدمياً لا ضمان على صاحبها، لأن فعل العجماء هدر، صرح به في الحديث الصحيح». وفتح الباري بشرح صحيح البخاري للمسقلاني، ٢١٧/١٢، جاء فيه: «وقد استدل بهذا الإطلاق من قال لا ضمان فيما أتلفته البهيمة وهو قول الحنفية والظاهرية».

(١) لسان الحكام لابن الشحنة، ص ٢٧٩، سابق. جاء فيه عن الطحاوي قوله: «ومن أرسل بهيمة فأصاب شيئاً في فورها، ضمن». المحلى لابن حزم، ج ١١، مسألة رقم ٢١٠٦، ص ٥، جاء فيه: «فإن أتى بها وحملها على شيء ضمن حينئذ، لأنه فعله ليلاً كان أو نهاراً». والإحكام في أصول الأحكام لابن حزم، تحقيق العلامة أحمد شاكر، مطبعة العاصمة - القاهرة - ٨٢٧/٢.

(٢) انظر: لسان الحكام لابن الشحنة، ص ٢٧٩، سابق. مجمع الضمانات للبغدادي، ص ١٩٠، سابق. وقد جاء فيه قوله: «رجل أدخل غنماً أو ثوراً أو حماراً كرمياً أو بستاناً أو أرضاً فأفسدها وصاحبها معها يسوقها فهو ضامن، وإن لم يسقها لا يضمن».

(٣) مجلة الأحكام المدلية، مادة ٩٢٩، ص ١٨١، سابق.

هذا الاتجاه الذين عملوا بعموم الحديث الشريف «العجماء جرحها جبار».

١٢٨ - ما يمكن حمله على الدليل: ونرى أن الحديث لا يمنع من إيجاب الضمان على صاحب الحيوان في حالة ما إذا أرسله إلى المرعى في الزمان أو إلى المكان غير المألوف، وسندنا على هذا التخريج: أن الأصول الشرعية تقضي عادة بأن استعمال المباح، مقيد بعدم التعدي، وإرسال الحيوان المرسل يرتع في الزمان أو إلى المكان غير المألوف، أو غير المعتاد، تعد، يوجب الضمان.

٢١٩ - القول الثاني للجمهور: ذهب جمهور الفقهاء من المالكية^(١) والشافعية^(٢) والحنابلة^(٣) والزيدية^(٤) والإمامية^(٥) والإباضية^(٦) وشريح^(٧) والشعبي^(٨) إلى القول: بأن ما أتلفه الحيوان المرسل من الزرع والشجر ونحوه ليلاً فضمامه

(١) انظر: الفروق للقرافي، ج ٤، الفرق رقم ٢٤٧، ص ١٨٦، سابق. وتهذيب الفروق، ج ٤، الفرق رقم ٢٤٩، ص ٢١١، مطبوع بهامش الفروق. والقوانين الفقهية لابن جزي، ص ٢٨٥، سابق.

(٢) انظر: نهاية المحتاج للملي، ٣٨/٨، سابق.

(٣) انظر: المغني مع الشرح الكبير لابن قدامة، ٢٥٦/١٠، سابق.

(٤) البحر الزخار للإمام أحمد بن يحيى المرتضى، ٢٦٩/٦، سابق.

(٥) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية، لزين الدين الجيمي العاملي المعروف بالشهيد الثاني، مطابع دار الكتاب العربي - بمصر - ، ١٣٧٨هـ، ٤٤٩/٢، ٤٥٠.

(٦) شرح كتاب النيل، لأطفيش، ٧٩/٧.

(٧) هو أبو أمية شريح بن الحارث بن قيس الكندي القاضي، ولآه عمر القضاء على الكوفة، وبقي في القضاء حتى استعفى الحجاج فأعفاه، توفي سنة ٨٧هـ، وقيل غير ذلك. انظر: الفكر السامي للشعالبي، ٣٥/٢، ٣٦.

(٨) هو أبو عمرو، عامر بن شراحبيل بن عبد ذي كبار، المعروف بالشعبي، من التابعين، أحد الأئمة الأعلام، وُلد سنة ١٩هـ. قال ابن سيرين: «لقد رأيتَه يستفتى والصحابة متوافرون»، توفي بالكوفة سنة ١٠٤هـ. الفكر السامي، ٧٤/٢.

على صاحبه أوذي اليد عليه، ولا ضمان على أصحاب البهائم المرسلة فيما أتلفته نهاراً^(١).

وحجتهم ما أخرجه الإمام مالك، وأبو داود، وابن ماجه، عن حرام بن محيصة^(٢) أن ناقة البراء بن عازب^(٣) دخلت حائطاً فأفسدت فيه فقضى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: «أن على أهل الحوائط حفظها بالنهار وأن ما أفسدت المواشي بالليل ضامن على أهلها»^(٤).

وما أخرجه الدارقطني^(٥) عن النعمان بن بشير أنه قال: قال رسول الله

(١) انظر: فتح الباري بشرح صحيح البخاري للمسقلاني، ٢١٧/١٢، سابق، حيث قال: «وقال الجمهور إنما يسقط الضمان إذا كان ذلك نهاراً وأما بالليل فإن عليه حفظها...». والجامع لأحكام القرآن للقرطبي، ٤٣٥٥/٥، حيث قال في المسألة الرابعة عشرة: «ذهب مالك وجمهور الأئمة إلى القول بحديث البراء...».

(٢) هو حرام بن سعد بن محيصة بن مسعود الأنصاري المدني، روى عن أبيه، وروى عنه الزهري، قال ابن سعد: ثقة، توفي سنة ١١٣هـ. وحرام — بفتح المهملتين —، وابن محيصة — بضم الميم وفتح المهملة وشد التحتانية وقد تسكن —. انظر: خلاصة تذهيب الكمال في أسماء الرجال، لصفى الدين أحمد بن عبد الله الخزرجي الأنصاري، الطبعة الثانية، مصورة ١٣٩١هـ، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، ١٣٠١هـ، ص ٧٤.

(٣) هو أبو عمارة البراء بن عازب بن الحارث الأوسي الأنصاري، الصحابي، شهد أحداً والحديبية وما بعدها، نزل الكوفة، وأخذ عند عبد الرحمن بن أبي ليلى وعدي بن ثابت وغيرهما، توفي سنة ٧١هـ، وقيل ٧٢هـ. انظر: خلاصة تذهيب الكمال للخزرجي، ص ٤٦، سابق.

(٤) اللفظ للإمام مالك، أخرجه في الموطأ، ص ٦٤٠، سابق، سنن أبي داود، ج ٣، حديث رقم ٣٥٦٩، ص ٢٩٨، سابق.

(٥) هو أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد البغدادي الدارقطني، الحافظ الفقيه، وُلد سنة ٣٠٦هـ بـ «دار القطن»، وهي محلة ببغداد، انفرد بالإمامة في علم الحديث في عصره، توفي ببغداد سنة ٣٨٥هـ، من مؤلفاته: «السنن»، و«المختلِف والمؤتلف». انظر: الفكر السامي للشعالبي، ١٣٧/٢ — ١٣٨.

صلى الله عليه وآله وسلم: «من وقف دابة في سبيل من سبيل المسلمين أو في سوق من أسواقهم فأوطأت بيد أو رجل فهو ضامن»^(١).

وقد ناقش الجمهور: حديث المعجماء جرحها جبار، الذي استدل به جمهور الأحناف والظاهرية فقالوا عنه: بأنه عام مخصوص بحديث البراء بن عازب والنعمان بن بشير^(٢).

والمستفاد من استدلال الجمهور بهذين الحديثين: أن الضرر الذي يحدثه الحيوان نهائياً لا يسأل عنه الحارس، إلا بناءً على الخطأ الواجب الإثبات، بحيث ينسب فعل الحيوان إلى من له اليد عليه، أما إذا حصل الضرر من الحيوان ليلاً، فإن الضمان يجب على الحارس على كل حال لإطراد العادة بالحفظ ليلاً.

ودليل ذلك قولهم: وأما ما أفسدت المواشي من الزرع والشجر، فإن كان بالليل فعلى أرباب المواشي، وإن كان بالنهار فلا ضمان عليهم إلا إذا فرطوا في حفظها، ولم يمتعوها من الزرع، والضمان في ذلك على الراعي لا على صاحب الماشية^(٣).

١٣٠ — القول الثالث تخريج عن الشافعية والزيدية أيضاً: ومفاده: ربط الضمان بما جرت عليه العادة، فلو جرت عادة أهل البلد إرسال المواشي ليلاً وحبسها نهائياً انعكس الحكم، كذلك إذا جرى عرف بحفظها ليلاً ونهاراً كما في

(١) نيل الأوطار للشوكاني، ٣٢٤/٥، سابق

(٢) انظر: اختلاف الحديث: للإمام الشافعي، رواية الربيع بن سليمان المرادي عنه، مطبوع بهامش الأم، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، الطبعة الأولى، ١٣٢١هـ، ٤٠١/٧، و ٤٠٢، حيث قال عن حديث «المعجماء...»: «بأنه جملة من الكلام العام المخرج الذي يراد به الخاص».

(٣) انظر: القوانين الفقهية لابن جزي المالكي، ص ٢٨٥، سابق. والمغني مع الشرح الكبير لابن قدامة، ٣٥٦/١٠.

المدن وجب الضمان مطلقاً^(١) قياساً على القسم الواجب بين الزوجات، فلو كان الزوج يتكسب ليلاً ويأوي إلى أهله نهاراً لانعكس الحكم في حقه، فوجب أن يأوي إلى كل زوجة في قسمها نهاراً، مع أن عماد القسم – في الأصل – هو الليل^(٢).

ومفاد هذا الاتجاه يقضي بأن شهرة العادة تعفي المضرور من إثبات الخطأ قبل الحارس.

١٣١ – القول الرابع قال به الليث^(٣) وعطاء^(٤): ومفاده أن الدابة المرسلة إذا أحدثت ضرراً بالغير فإن على صاحبها الضمان مطلقاً ليلاً أو نهاراً، وحجة هذا الاتجاه: أن إرسال الدابة يعتبر تعدد من المرسل، والأصول تقضي أن على المتعدي الضمان^(٥).

(١) انظر: البحر الزخار للإمام أحمد بن يحيى المرتضى، ٢٦٩/٦. والمتزغ المختار لابن مفتاح، ٤٤٠/٤، هامش رقم (٤)، حيث نقل صاحب الانتصار قوله: «... فلو جرت العادة بخلاف ذلك في بعض البلاد انعكس الحكم». ونهاية المحتاج للرملي، ٤٢/٨.

(٢) انظر: فتح الباري بشرح صحيح البخاري للمسقلاني، ٢١٧/١٢ و٢١٨، سابق. وأضاف: «لو اضطربت العادة في بعض البلاد فكان بعضهم يرسلها ليلاً وبعضهم يرسلها نهاراً، فالظاهر أنه يقضي بما دل عليه الحديث».

(٣) هو الليث بن سعد بن عبد الرحمن، أصله من أصبهان، وُلد بمصر سنة ٩٤هـ، وكان عالماً مشهوراً، وجواداً كريماً، قال عنه الإمام الشافعي: الليث أفقه من مالك إلا أن أصحابه لم يقوموا به، توفي بمصر سنة ١٧٥هـ. الفكر السامي ١٤٧/٢، ١٤٨.

(٤) هو أبو محمد، عطاء بن أبي رباح الجندي اليماني: نزيل مكة، أحد فقهاء التابعين الأجلاء، كان ثقة عالماً كثير الحديث، انتهت إليه الفتوى بمكة، توفي سنة ٤١٤هـ.

(٥) انظر: تهذيب الفروق لمحمد بن علي المكي المالكي، ج ٤، الفرق رقم ٢٤٩، ص ٢١٢، سابق. حيث قال: «كل دابة مرسلة صاحبها ضامن، وعمدته أن الإرسال تعدد، والأصول تقضي على أن على المتعدي الضمان...».

وتطبيقاً لذلك قال ابن جريج قلت لعطاء: الحرث تصيبه الماشية ليلاً أو نهاراً؟ قال: يضمن صاحبها ويغرم. قلت: كان عليه خطراً أو لم يكن؟ قال: نعم! يغرم قلت: ما يغرم؟ قال: قيمة ما أكل حماره ودابته وماشيته^(١).

ويلاحظ من هذا الاتجاه أنه لم يفرق في إيجاب الضمان على الحارس بين أن يكون الحيوان مرسلًا أو غير مرسل، باعتبار أن مجرد إفلات الحيوان من يد الحارس وإلحاقه الضرر بالغير، يوجب الضمان.

١٣٢ — مناقشة وترجيح: استدل أصحاب القول الأول وهم جمهور الأحناف والظاهرية: على عدم الضمان على صاحب الحيوان المرسل بالحديث الشريف «العجماء جرحها جبار» وقالوا بأنه حديث عام وعمومه ينفي الضمان، وناقشوا الحديث الذي استدل به أصحاب القول الثاني — وهم الجمهور — على إيجاب الضمان ليلاً لا نهاراً: فقال عنه الظاهرية: بأنه خبر مرسل، خرجه الزهري — من طريق — عن حرام بن محيصة، ولم يوثقه فسقط التعلق به^(٢).

وقد ناقش الجمهور حديث «العجماء» الذي استدل به أصحاب القول الأول فقال عنه الإمام الشافعي: بأنه جملة من الكلام العام الذي يراد به الخاص^(٣)، وفي سننه مقال^(٤)، وعلى فرض ثبوته: فمحمول على حالة ما إذا لم يكن للدابة راكب

(١) انظر: الجامع لأحكام القرآن للقرطبي، ج ٥، المسألة الخامسة عشر، ص ٤٣٥٦، سابق. ونيل الأوطار للشوكاني، ٢٢٥/٥، سابق.

(٢) انظر: المحلى لابن حزم، ج ١١، مسألة رقم ٣١٠٦، ص ٤، ٥، سابق.

(٣) انظر: اختلاف الحديث للإمام الشافعي، مطبوع بهامش الأم، ٤٠١/٧، سابق. ونيل الأوطار للشوكاني، ٣٢٤/٥، حيث قال: «ولا شك أن حديث «العجماء...» عموم مخصوص بحديث حرام بن محيصة والنعمان بن بشير».

(٤) قال الخطابي: تكلم الناس في هذا الحديث، وقيل إنه غير محفوظ، وسفيان بن حسين — أحد رجال السند — معروف بسوء الحفظ. انظر: نيل الأوطار للشوكاني، ٣٢٤/٥.

ولا سائق ولا قائد^(١).

ومحل النزاع هما الحديثان المتعارضان وكلاهما قويان، فحديث «العجماء...» أخرجه البخاري، ومسلم، وأبو داود، وحديث حرام بن محيصة أخرجه الإمام مالك، وأبو داود، وقد جمع أصحاب القول الثالث – وهم الزيدية وبعض الشافعية – بين هذين الحديثين وجعلوا العرف حاكماً، وقالوا إن جرى العرف بالحفظ ليلاً ونهاراً كما في المدن وجب الضمان على الحارس مطلقاً^(٢) لمخالفته لما اعتاده الناس، أما إذا لم يجر عرف بالحفظ كما في البوادي فلا يجب الضمان فيما أتلفت البهائم، لعدم سريان العرف^(٣) بالحفظ^(٤).

(١) بداية المجتهد لابن رشد، ٥٣٨/٢.

(٢) أي: تعدى أو لم يتعد.

(٣) توضيح: ما ذهب إليه هذا الفريق لون من ألوان الاجتهاد من تخصيص للنص بالعرف، وتخصيص النصوص بالعرف إذا لم يتعارض مع روح النصوص العامة التي تقضي بالحل أو الحرمة، وفيه مصلحة، ودفع حرج فهو معتبر شرعاً، ولمثل هذه المسألة نظائر كثيرة، منها: تخصيص الوالدات في قوله تعالى: «والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين» [سورة البقرة: الآية ٢٣٣] بمن عدا الوالدة الرفيعة القدر، فلا يجب عليها الإرضاع، إلا أن يكون الطفل لا يقبل إلا ثديها، وهو مشهور مذهب مالك. بداية المجتهد لابن رشد، ٦٩/٢، والجامع لأحكام القرآن للقرطبي، ٩٦٩/٢. ومنها: لو حلف شخص لا يأكل رأساً فالرأس وإن كان مستعملاً عرفاً في رأس كل حيوان إلا أنه لا يدخل فيه عادة رأس العصفور والجراد فلو أكلها لا يحنت. شرح التلويح على التوضيح للفتازاني، ٤٢/١. وقال الأستاذ الدكتور عبد المجيد مطلوب: «ومن أمثلة مراعاة العرف عقد الاستصناع، فقد أجازته الفقهاء على خلاف ما تقضي به القواعد العامة. . وأجازوا دخول الحمام والشرب من السقاء نظير ثمن معين مع جهالة السبيع...». أصول الفقه، ص ١٨٤، وقال في ص ٣٠٨: «لو ذكرت الجنيهات أو الدولارات في عقد من العقود حملت على ما يجري عليه عرف الناس في التعامل».

(٤) نهاية المحتاج للرملي، ٤٢/٨. المنتزح المختار للعلامة ابن مفتاح، ٤٤٠/٤، هامش رقم (٤)، سابق.

أما الليث وعطاء أصحاب القول الرابع فقد ربطا الأحاديث السابقة بالأصول العامة للضمان وقالوا: إن على ذي اليد الضمان فيما أتلفته الدابة المرسلة ليلاً أو نهاراً وحجتهما: أن الأصول تقضي أن على المتعدي الضمان وأن الإرسال في حد ذاته «تعدياً» يوجب الضمان^(١).

ووفقاً للتفسير الحرفي للنصوص، فلا شك: أن ما ذهب إليه أصحاب القول الثالث والرابع فيه تفصيل لا دليل عليه^(٢)، أما — من وجهة نظرنا — فترى أنه تخريج على قدر كبير من الأهمية لموافقته للأصول العامة الموجبة للضمان حيث ظهر لي من خلال الأمثلة والتطبيقات أن تخريجات الفقهاء للأحكام العملية متقاربة إلى حد بعيد، فها هو الإمام ابن حزم يقول: فإن أتى بها — أي الدابة — على شيء وأطلقها فيه ضمن ليلاً كان أو نهاراً^(٣)، وقال الكاساني: ولو ربط الدابة في غير ملكه فما دامت تجول في رباطها إذا أصابت شيئاً بيدها أو رجلها فذلك مضمون على صاحبها لأنه متعد في الوقوف في غير ملكه^(٤).

والمستفاد من هذين المثالين هو: ربط الضمان بوجود التعدي، وربط الضمان بالتعدي محل إجماع بين الجمهور وبين الأحناف، والظاهرية، وهو يوافق ما ذهب إليه أصحاب القول الثالث الذين جعلوا مخالفة العرف تعدياً يوجب الضمان، وهو يتفق مع أصحاب القول الرابع الذين جعلوا مجرد إرسال الحيوان وإحداثه الضرر بالغير اعتداءً يوجب الضمان.

وحينئذٍ فاختلاف الفقهاء واجتهادهم في هذه الجزئية المصغرة يعطي معنى

(١) تهذيب الفروق لمحمد بن علي المالكي، ج ٤، الفرق رقم ٢٤٩، ص ٢١٢، مطبوع بهامش الفروق والمغني لابن قدامة، مع الشرح الكبير، ٣٥٧/١٠، سابق.

(٢) نيل الأوطار للشوكاني، ٣٢٥/٥، سابق.

(٣) المحلى لابن حزم: ٥/١١، سابق.

(٤) بدائع الصنائع للكاساني، ٢٧٢/٧، سابق.

عميقاً لمدى كفاية النصوص الشرعية وقواعدها العامة لمعالجة ما يستجد في كل عصر من المشاكل، كما يعكس مدى قدرة الفقهاء على استنباط الحلول المناسبة — لمشاكل عصرهم الذي يعيشون فيه — دون أن يحيدوا عن لب النصوص وأصولها.

وها هو القانون المدني المصري في المادة رقم (١٧٦) والقانون المدني اليمني في المادة رقم (٣١٩) قد أخذوا بما يوافق اتجاه أصحاب القول الرابع، وجعلوا مسؤولية حارس الحيوان مبنية على افتراض المسؤولية، ما لم ينفها عن نفسه بإثبات السبب الأجنبي سواء كان الحيوان خطراً أم غير خطر، وهذا هو ما نميل إليه بشأن الحيوان المرسل غير الخطر، أما عن الحيوان غير المرسل أو الخطر ففيه تفصيل آخر أورده في الفقرة التالية.

١٣٣ — ثانياً: طبيعة مسؤولية الحارس عن الحيوان غير المرسل: الحيوان غير المرسل: هو الحيوان الذي يكون في يد الحارس^(١)، أو يحدث الضرر ليلاً، أو يكون عقوراً^(٢)، فما هو الأساس الذي تبنى عليه مسؤولية الحارس في هذه الأحوال، هذا ما نفضله على النحو التالي:

١٣٤ — (١) كون الحيوان في يد الحارس: إذا كان الحيوان في يد الحارس فلا يخلو إما أن يكون الحارس راكباً^(٣)، أو سائقاً^(٤)، أو قائداً^(٥)، وقد أجمع الفقهاء على: أن الراكب والسائق والقائد يضمنون ما وطئته الدابة أو أتلفته. . لأن

(١) كما لو كان الحارس راكباً، أو سائقاً، أو قائداً.

(٢) الحيوان العقور: هو الحيوان الخطر بطبيعته، أو المعروف بالإفساد.

(٣) الراكب: هو المتصرف في شأن الدابة، شأنه شأن سائق السيارة، وما تنطبق على الراكب من الأحكام، تنطبق تماماً على سائق السيارة.

(٤) السائق: هو الذي يسوق الدابة من الخلف.

(٥) القائد: هو الذي يقود الحيوان بالخطام من الأمام.

فعلها منسوب إليهم وعليهم حفظها^(١) ثم فرقوا في طبيعة مسؤولية الحارس بين الراكب وبين السائق والقائد.

أما الراكب فأقام الفقهاء مسؤوليته على أساس المباشرة^(٢)، ورتبوا عليها ضمان الدية، ووجوب الكفارة^(٣)، والحرمان من الميراث والوصية إذا كان المباشر وارثاً للمقتول.

ومن التطبيقات العملية لهذا المعنى قال الأحناف: لو كان الراكب يسير في الطريق فوطئت دابته رجلاً بيدها. أو رجلها فقتلته فعليه الدية، والكفارة، ويحرم من الميراث والوصية إن كان الراكب وارثاً للمقتول وذلك لوجود معنى الخطأ في هذا القتل وحصوله على سبيل المباشرة، لأنه حصل بثقل الراكب على الدابة، والدابة آلة له، فكان القتل الحاصل بثقلها مضافاً إلى الراكب، فكان قتلاً مباشراً^(٤).

وقال الشافعية: «الراكب، والسائق، والقائد، يضمنون ما أتلفته الدابة بيدها أو رجلها أو ذنبها أو رأسها، أو فمها.. لأن من هو معها حاكم

(١) انظر: فتح الباري بشرح صحيح البخاري للمسقلاني، ٢١٧/١٢. ومار السبيل في شرح الدليل لإبراهيم بن محمد بن ضويان، الطبعة الأولى، المطبعة الهاشمية بدمشق، ٤٣٩/١. والمنتقى شرح الموطأ للبايجي، الطبعة الأولى، ١٣٣١هـ، مطبعة السعادة بمصر، ١٠٩/٧. بداية المجتهد لابن رشد، ٥٣٨/٢. متن الأزهار، للإمام أحمد بن يحيى المرتضى، ص ١٦٩، سابق.. جاء فيه: «فأما رفسها - أي الدابة - فعلى السائق، والقائد والراكب مطلقاً».

(٢) والمباشرة هي: إيصال الآلة بمحل التلف. انظر بدائع الصنائع للكاساني، ١٦٥/٧، سابق.

(٣) الكفارة: تجب من مال القاتل: عتق رقبة مؤمنة، فإن لم يجد كما هو الحال، فيصوم شهرين متتابعين. انظر: التاج المذهب للنسي، ٤٢٨/٤، ص ٣١٠.

(٤) بدائع الصنائع للكاساني، ٣٧٢/٧. مجمع الضمانات للبغدادي، ص ١٨٥، سابق.

عليها...^(١).

وقال ابن حزم: نظرنا في الراكب فوجدناه مصرفاً لدابته حاملاً لها فما أصابت مما حملها عليه فعليه القصاص في العمد، والدية على عاقلته في الخطأ، والكفارة عليه^(٢).

وقال الحنابلة: إذا كان على الدابة راكبان، فالضمان على الأول منهما لأنه المتصرف فيها القادر على كفها^(٣)، وإيجاب الدية والحرمان من الميراث والوصية على الراكب المباشر لا نعلم فيه خلافاً بين جمهور الفقهاء.

أما القائد والسائق فبشأن تضمينهما الدية لا نعلم فيه خلافاً بين الفقهاء. وأما إيجاب الكفارة عليهما وحرمانهما من الميراث والوصية ففيه خلاف فقال الأحناف: فعل السوق والقود يقرب الدابة من القتل. فلو كدمت بقمها رجلاً فمات، فعلى السائق أو القائد ضمان الدية، ولا كفارة عليه ولا يحرم من الميراث والوصية، لأن القتل تسبب^(٤) لا مباشرة^(٥).

وعند الهادوية: تسبب القائد، والسائق، يوجب الدية والكفارة لأنه وإن كان القتل تسبباً إلا أنه في حكم المباشرة^(٦).

(١) نهاية المحتاج للرملي، ٣٥/٨، سابق.

(٢) المحلى، ج ١١، مسألة رقم ٢١٠٩، ص ٨، سابق.

(٣) المغني مع الشرح الكبير لابن قدامة، ٣٥٨/١٠، سابق.

(٤) التسبب: هو إحداث أمر في شيء يفضي إلى تلف شيء آخر على جري العادة. انظر: مجلة الأحكام العدلية، مادة رقم (٨٨٨). والوجيز للإمام الغزالي، ٢٠٦/١. والفروق للقرافي، ج ٤، الفرق رقم ٢١٧، ص ٢٧، سابق.

(٥) بدائع الصنائع للكاساني، ٢٧٢/٧.

(٦) المتترع المختار لابن مفتاح، ٤٢٩/٤. وفي قول لا تلزم الكفارة نفس المرجع والصحيفة، هامش رقم ٧.

والمستفاد من هذه النصوص هو التأكيد على أن حكم القائد والسائق من حيث إيجاب الضمان عليهما كالراكب، والدليل على ذلك ما أخرجه الإمام مالك بسنده: أن رجلاً - من بني سعد - أجرى فرساً على أصبع رجل - من جهينة - فتزى^(١) منها فمات، فقال عمر بن الخطاب للذي ادعى عليهم: أتخلفون بالله خمسين يمينا ما مات منها، فأبوا وتخرجوا، وقال للآخرين: أتخلفون أنتم؟ فأبوا فقضى عمر بشطر الدية على السعديين^(٢).

أما عن حديث «العجماء جرحها جبار...»^(٣)، وحديث «الرجل جبار»^(٤)، المعارضان لهذا التخريج؛ فقد حمل الجمهور الحديث الأول: على حالة ما إذا لم يكن للدابة سائق ولا قائد، ولا راكب. كما بينا أقوالهم عند حديثنا عن الحيوان المرسل^(٥).

وأما عن الحديث الثاني فقيل عنه: بأنه لم يصح^(٦) ورده الإمام الشافعي وقال: التفرقة في وجوب الضمان بين ما أصابت الدابة بيدها دون رجلها تحكم، لأن اليد والرجل سواء.. فإن قالوا لا يرى الراكب رجلها، فهو إذا كان سائقاً لا يرى يدها، فينبغي أن يقولوا في السائق يضمن عن الرجل ولا يضمن اليد وهم لا يقولون ذلك^(٧)، وحمله الحنابلة على حالة من لا يد له عليها^(٨).

(١) النز: - بفتح النون وكسرهما - : ما يتحلب من الأرض من الماء. مختار الصحاح للرازي، مادة نرز، ص ٦٥٤. والمعنى هنا: سال دمه من الجرح.

(٢) موطأ الإمام مالك، ص ٧٣٩.

(٣) سبق تخريجه ومناقشة أقوال الفقهاء في دلالة. انظر: أنفأ، ف ١٢٧.

(٤) أخرجه أبو داود بسنده. انظر: سنن أبي داود، ج ٤، حديث رقم ٤٥٩٢، ص ١٩٦.

(٥) انظر: أنفأ، ف ١٢٦.

(٦) بداية المجتهد لابن رشد، ٥٣٩/٢.

(٧) الأم، للإمام الشافعي، ١٣٨/٧. ونهاية المحتاج للرملي، ٣٥/٨.

(٨) المغني مع الشرح الكبير لابن قدامة، ٣٥٨/١٠.

ونرى أنه على فرض صحة الحديث فمحمول على حالة الدابة المرسلة التي تعارف الناس على إرسالها دون راكب أو سائق أو قائد، ولم يتعد صاحبها بإرسالها في الزمان أو المكان غير المأذون فيه .

وبهذا يثبت لدينا: أن على الراكب أو القائد أو السائق ضمان ما أتلفته الدابة غير المرسلة، لأنه المتصرف في شأنها — شأنه تماماً شأن سائق السيارة — لا يستطيع التخلص من المسؤولية بإثبات أنه لم يخطيء أو أنه بذل أقصى العناية لأن مسؤوليته مبنية على أساس المباشرة أو ما في حكمها ومسؤولية المباشر مبنية على الضمان وإن لم يتعد .

أما عن وجوب الكفارة، والحرمان من الميراث والوصية على السائق والقائد، — كما هي على الراكب — فنلخصه في نقطتين، إحداهما: أن قاتل العمدة لا يرث مطلقاً لا من المال ولا من الدية، ومثله الراكب المباشر للقتل كما في التطبيقات السابقة بالإجماع .

أما القتل خطأ فجرى فيه خلاف، فقال الإمام مالك، والهادوية، وهو أحد قولي الإمامية، واختاره قانون المواريث المصري في المادة الخامسة منه: إلى أن قاتل الخطأ يرث من المال ولا يرث من الدية، والوصية له صحيحة قياساً على الميراث^(١) .

وقال الإمام الشافعي، وأبو حنيفة، واختاره التقنين اليميني لأحكام الشريعة الإسلامية، وهو: أن قاتل الخطأ لا يرث من المال ولا من الدية^(٢) .

(١) انظر: موطأ الإمام مالك، ص ٧٥٣، وما بعدها. والمنتزع المختار للعلامة ابن مفتح،

٤/٤٩٣، هـ ٥. وشرائع الإسلام للمحلى، ٤/١٤، سابق. د. زكريا البري: الوسيط في

أحكام التركات والمواريث، دار النهضة العربية — القاهرة — ف ٥١، ص ٦٥ .

(٢) انظر: نهاية المحتاج للرملي، ٦/٢٨. والبدائع للكاساني، ٧/٣٣٩. وقانون المواريث

الشرعية اليميني، الصادر بقرار مجلس القيادة رقم (٢٤)، لسنة ١٩٧٦م، مادة رقم (٧).

وقانون الوصية اليميني، الصادر بقرار مجلس القيادة رقم (١٤٢)، لسنة ١٩٧٦م، مادة

رقم (٨).

وسبب الخلاف يترد - في نظرنا - إلى اختلافهم في أنواع القتل^(١)، فمن قصره على عمد وخطأ أدخل القتل بسبب في حكم الخطأ وورث قاتل الخطأ من المال دون الدية، وهم المالكية^(٢). والهادوية^(٣)، ومن توسع في أنواع القتل إلى عمد وخطأ والقتل بسبب وهم الأحناف فلم يورثوا القاتل خطأ، وأجازوا الميراث والوصية للسائق والقائد لتكييفهم نوع القتل الصادر عنهما بأنه قتل بسبب، لا بالمباشرة^(٤)، وحسب علمنا لم نعر على دليل مقنع يرفع عن السائق والقائد عقوبة الكفارة والحرمان من الميراث والوصية.

ولذلك نميل إلى: أن حكم السائق والقائد - كالراكب تماماً - يجب عليهما الكفارة، ويحرمان من الميراث والوصية للأسباب الآتية:

١ - إطلاق مسمى القتل لا ينحصر على العمد، بل يطلق على العمد والخطأ والقتل بسبب، وإذا قيل: بأن ثقل الراكب هو العلة في إيجاب الكفارة والحرمان من الميراث والوصية^(٥)، فقد قيل: بأن الدابة إذا كان عليها راكبان فالضمان على الأول منهما لأنه المتصرف بشأنها القادر على كفها ولا شيء على الثاني^(٦)، في حين أن القتل قد حصل بثقلهما معاً، وحينئذٍ فالمتصرف بشأن الدابة - أي كان - راكباً، أو سائقاً أو قائداً، حكمه حكم سائق السيارة أو الأتوبيس، أو القطار - تلزمه الأحكام المذكورة ولا تلزم غيره.

٢ - عموم الأدلة المانعة للقاتل من الميراث لم تفرق بين قتل وقتل، فقد

(١) انظر: بتفصيل أوفى ما سيأتي.

(٢) موطأ مالك، ص ٧٥٣، سابق.

(٣) المنتزع لابن مفتاح، ٤/٤٩٣، هـ ٥، سابق.

(٤) بدائع الصنائع للكاساني، ٧/٢٧٢ وص ٢٢٩.

(٥) بدائع الصنائع للكاساني، ٧/٢٧٢. سابق.

(٦) المغني لابن قدامة مع الشرح الكبير، ١٠/٣٥٩.

أخرج أبو داود بسنده: أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال: «ليس للقاتل شيء»^(١)، وأخرج الإمام مالك بسنده: أن رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم قال: «ليس للقاتل شيء»^(٢).

وبهذا يثبت لدينا أن الراكب، أو السائق أو القائد – المنصرف في سوق الدابة – حكمه حكم سائق السيارة المتصرف في تسييرها، ومن هذا شأنه وحصل القتل من سوقه وقوده خطأ فعليه ضمان الدية ويحرم من الميراث والوصية^(٣)، ما لم يرد عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ما يخص هذا العموم بنص صحيح، أو اجتهاد مستنبط من دليل شرعي فله حكمه.

١٣٥ – (٢) الحيوان الذي يحدث الضرر ليلاً: هو الحيوان غير المرسل الذي ينقلت عن صاحبه ليلاً وحكمه: إذا أتلف مزروعات الغير ليلاً فإن على صاحبه الضمان^(٤) ودليل هذا التخريج: أن الرسول صلى الله عليه وعلى آله وسلم قضى: «أن على أهل الحوائط حفظهما بالنهار وأن ما أفسدته المواشي بالليل ضامن على أهلها»^(٥) ولما قضى به داود وسليمان عليهما السلام في قصة الحرث^(٦).

(١) سنن أبي داود، ج ٤، حديث رقم ٤٥٦٤، ص ١٩٠.

(٢) موطأ الإمام مالك، ص ٧٥٣.

(٣) بل ولا يستطيع التخلص من المسؤولية حتى ولو أثبت أنه لم يخطئ أو أنه بذل أقصى العناية، فذلك لا يجديه، طالما الحيوان أو الشيء بيده.

(٤) انظر: المغني مع الشرح الكبير لابن قدامة، ٣٥٦/١٠ وما بعدها. الفروق للقرافي،

ج ٤، الفرق رقم ٢٤٧، ص ١٨٦، جاء فيه: «وإن انقلبت بالليل ضمن...». نهاية

المحتاج للملي، ٣٩/٨. البحر الزخار للمرتضى، ٢٦٩/٦.

(٥) سبق تخريجه آنفاً، ف ١٢٩.

(٦) انظر: تحليل القضية بتامها آنفاً، ف ١٨٨.

وقد علل القرطبي لإيجاب الضمان ليلاً بقوله: «... فإذا جاء الليل فقد جاء الوقت الذي يرجع فيه كل شيء إلى موضعه وسكنه، كما قال تعالى: ﴿وجعل الليل سكناً﴾^(١)، ويرد أهل المواشي مواشيهم إلى مواضعهم ليحفظوها... فإن فرط صاحب الماشية في ردها إلى منزله فعليه ضمان ذلك...»^(٢).

وعلى هذا يلزم الحارس للضمان دون أن يكلف المضرور بإثبات خطأ الحارس، لأن حفظ الحيوان غير المرسل - ليلاً ونهاراً - واجب مفروض بحكم الشرع، وعليه فلا يستطيع الحارس إن يتخلص من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي.

١٣٦ - (٣) الحيوان العقور أو المعروف بالإفساد: إذا عرف الحيوان بالخطورة أو الإفساد - مثل - الكلب العقور، والفرس الكدوم، والجمل العضوض، والثور والكبش النطوح، والأسد، والذئب والنمر، وما إلى ذلك من الحيوانات أو الأشياء التي ينتج عنها ضرر - فإن إجماع الفقهاء قد انعقد على أن مسؤولية الحارس مبنية على الضمان، ولا يقدر في هذا الإجماع أن اشترط البعض من المالكية التنبيه على الحارس بخطورته^(٣) لأن علة الضمان قد تعلقت بخطورة الحيوان المجبول على إحداث الضرر بصرف النظر عن تقصير الحارس أو عدم تقصيره، فما مضمون هذه المسؤولية؟.

يظهر من التطبيقات التي سنستند إليها: أن الخطورة هي علة الضمان وأن الضمان يتعلق بذمة الحارس - لا من وقت إحداث الضرر - وإنما من وقت اقتنائه

(١) سورة الأنعام: الآية ٩٦.

(٢) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي، ٤٣٥٦/٥، سابق.

(٣) انظر: المدونة الكبرى، رواية الإمام سحنون بن سعد التنوخي: عن الإمام ابن القاسم، عن الإمام مالك، مطبعة السعادة، الطبعة الأولى، ١٣٢٣هـ، ٢٤٦/١٦. ومجمع الضمانات للبيدادي، ص ١٩٠، سابق.

للحيوان أو الشيء الخطر.

ولهذا فمتى حصل الضرر فلا يستطيع الحارس أن يتخلص من المسؤولية حتى ولو أثبت استحالة منعه، بل، ولو كان الضرر من الأضرار المعفو عنها، فيما لو حصلت من حيوان غير عقور.

وتطبيقاً لذلك: يضمن أرباب القطط المعتادة للفساد، ليلاً أفسدت أو نهاراً^(١) قال ابن القيم: إذا أكلت الهرة الطيور، وأكفأت القدور قيل: على مقتنيها ضمان ما تلفه من ذلك ليلاً ونهاراً ذكره أصحاب أحمد، وهو أصح الوجهين للشافعية، لأنها في معنى الكلب العقور^(٢). وقال في الرجل يتخذ الكوى للعصافير في القرية تأوي إليها يضمن ما أتلفت من الزرع مطلقاً. لأنه باتخاذها صار متسبباً إلى إتلاف زرع الناس^(٣).

كذلك من اقتنى كلباً عقوراً. فعلى صاحبه الضمان فيما أتلفه ليلاً أو نهاراً لأنه مفرط باقتنائه، ما لم يتعد المضرور فيدخل عليه دون إذن صاحبه فلا ضمان، لأنه متسبب بعدو له إلى عقر الكلب له^(٤).

كذلك من أسباب الضمان جنابة دابة طردت في حق عام^(٥) أو فرط صاحبها

(١) الفرق للقرافي، ج ٤، الفرق رقم ٢٤٧، ص ١٨٦، سابق.

(٢) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، لابن القيم، ص ٢٨٣، سابق. ونهاية المحتاج للملي، ٤٤/٨، سابق. وحاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج، ٤٤/٨. وبدر جاسم محمد اليعقوب: المسؤولية عن استعمال الأشياء الخطرة في القانون الكويتي، رسالة من جامعة القاهرة، ١٩٧٧م، ص ٩٥.

(٣) الطرق الحكمية لابن القيم، ص ٢٨٣، سابق.

(٤) المغني مع الشرح الكبير لابن قدامة، ٣٥٨/١٠، سابق.

(٥) باستثناء ما أقره العلامة أحمد بن علي الشامي المذهب الزيدي، وهو حالة ما إذا كان الحق العام موضوعاً لرياضة الخيل فكالمباح. انظر: المنتزع المختار للعلامة ابن مفتاح، =

في حفظها حيث يجب عليه الحفظ، وهو حيث يكون عقوراً، أو ليلاً، ففي هذين القيدين يجب الضمان ولو كانت الجناية مما تهدر كبولها وروثها^(١).

والمستفاد من التطبيقات الفقهية: أن العلة الموجبة للضمان هي الخطورة ذاتها – المتمثلة في كون الحيوان عقوراً أو معروفاً بالإفساد – إذ الأصل «أن على كل شخص أن يمتنع عن كل ما يضر بالناس»^(٢) فإن فعل فقد تعدى على حق المجتمع، لا من وقت وقوع الضرر، وإنما من حال حيازته لهذا الحيوان أو الشيء الخطر.

ولذلك وجب الضمان على الحارس عن كل الأضرار المعفو عنها وغير المعفو عنها حتى ولو لم يفرط وقت وقوع الضرر، ما لم يرخص له بوضعه في مكان معين فيسقط عنه ضمان الجنایات المعفو عنها^(٣) ويرتبط الضمان بالمباشرة أو التسبب المحدث للضرر – كما في مسؤولية الراكب والقائد والسائق ويستطيع

= ٤/٤٢٦، هـ ١. والمستفاد من هذا الاستثناء: جواز الترخيص بحيازة الحيوان العقور إذا ثبت من وراء ذلك مصلحة راجحة، كما هو الحال في جواز التصنيع الحربي بمختلف أنواعه لحماية الثغور من الأعداء، وهي مصلحة ضرورية ومحقة أمر الله بالإعداد لها بقوله تعالى: ﴿وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة﴾ [سورة الأنفال: الآية ٦٠]، فإذا ما ثبتت المصلحة الضرورية، أو الراجحة فلا يضمن الحارس إلا وفقاً لما أسلفنا عن مسؤولية الراكب والقائد والسائق، ولا يضمن الجنایات المهذرة. انظر: أنفأ، ف ١٣٤.

(١) المنتزع المختار للعلامة ابن مفتاح، ٤/٤٢٦، هـ ١، سابق.

(٢) الطرق الحكمية لابن القيم، ص ٢٨٢.

(٣) الجنایات المعفو عنها: مثل اللعاب وما شابهه، فلو زلق شخص بلعاب الحيوان غير العقور

أو بوله في الطريق العام فلا يضمن صاحبه إلا إذا تعدى بإيقافه فيها – لأن المأذون له هو المرور في الطريق لا الإيقاف – أما لو كان الحيوان عقوراً فعلى الحارس الضمان وإن لم يتعد. وهذا المعنى الدقيق يوضح الفرق بين الضمان المبني على التعدي، وبين الضمان المبني على علة الخطورة.

أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت الأمر الغالب .

١٣٧ - مقارنة واستنتاج: يتفق الفقهاء المدني والإسلامي على أن المسؤول عن الحيوان هو الحائز له المتصرف في فعله سواء كانت الحيازة بوجه مشروع - كالمستعير أو المستأجر - أو بوجه غير مشروع كالسارق والغاصب .

ويختلفان في تكييف مسؤولية الحارس فهي في فقه القانون المدني مبنية على افتراض المسؤولية - أي كان الحيوان مرسلًا أم غير مرسل - ولا يستطيع الحارس أن يتخلص من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي .

أما الفقه الإسلامي فيفرق في طبيعة مسؤولية الحارس بين الحيوان المرسل وغير المرسل فإن كان الحيوان مرسلًا - وهو الذي جرى العرف بإرساله إلى المرعى دون حافظ - فقبل لا ضمان إلا بالتعدي، وقبل يجب الضمان ليلاً ونهاراً، وقبل يجب الضمان إذا خولف العرف، وقبل يجب الضمان مطلقاً ما لم يثبت الحارس أن الضرر وقع بأمر غالب - كما في فقه القانون المدني - ورجحنا هذا القول الرابع وبيننا بعد المناقشة وجه الترجيح^(١) .

أما عن الحيوان غير المرسل - وهو الذي لا يترك دون حافظ - فناقشنا مسؤولية الحارس في ثلاث حالات، الأولى: حالة ما يكون الحارس راكباً، أو سائقاً أو قائداً، وبيننا إجماع الفقهاء على أن مسؤولية الحارس مبنية على الضمان المستند إلى علة المباشرة أو التسبب وبيننا آراء الفقهاء في استخراج العلة والآثار المترتبة على هذا التكييف، وانتهينا إلى أن على «المتصرف» بشأن الحيوان - إذا كانت الجناية قتلاً - ضمان الدية، والكفارة من ماله ويحرم من الميراث والوصية .

أما الثانية: وهي حصول الضرر ليلاً، فبيننا إجماع الفقهاء على أن مسؤولية الحارس مبنية على الضمان، ما لم يثبت الأمر الغالب .

(١) انظر: آنفاً، ف ١٣٢ .

أما الثالثة: وهي حالة ما يكون الحيوان عقوراً أو معروفاً بالإفساد، فبينما أن مسؤولية الحارس مبنية على الضمان، وأن علة الضمان هنا ليس التفريط، أو افتراض الخطأ، أو المسؤولية، وإنما علة الضمان هي الخطورة ذاتها، ولذلك يضمن الحارس كل الجنايات المعفو عنها وغير المعفو عنها ما لم يرخص له به، فيسقط عنه ضمان الجنايات المعفو عنها في ذات المكان المرخص له به، ثم يطبق عليه فيما عدا ذلك أحكام الراكب والسائق والقائد المبنية على الضمان المستند إلى علة المباشرة أو التسبب المحدث للضرر.

وفي تقديرنا أن الضمان المبني على علة الخطورة لا يقتصر تطبيقه على حارس الحيوان العقور، وإنما هو مبدأ يمكن أن يحمل عليه إيجاب الضمان على حارس كل شيء خطر ومثال ذلك: لو أقدم شخص على استيراد، أو تصنيع عقاقير سامة تستخدم في تركيب العلاج دون ترخيص، وأحدث بالغير ضرراً قامت مسؤوليته على أساس الضمان المبني على علة الخطورة، وسبب ذلك أن من حق المجتمع أن يعيش آمناً تسوده السكينة العامة، والثقة المتبادلة بين أفرادها، فمن خالف هذه الثقة، وأحدث شيئاً خطراً تحت ستار هذه السكينة العامة، فقد تعدى على حق المجتمع - لا من وقت وقوع الضرر - وإنما من وقت حيازته لذلك الشيء الخطر.

ومن الصور التي يمكن حملها على مبدأ علة الخطورة هي: وسائل حماية البيئة، ومنها على سبيل المثال: جواز منع إنشاء المستشفيات المتخصصة بمعالجة الأمراض المعدية في المدن، ونظيرها: جواز منع إنشاء المصانع التي تتصاعد منها الأدخنة والغازات الضارة لخطورة ذلك على التجمعات السكانية في المدينة، والحل أن تبنى مثل هذه الأشياء في أماكن مناسبة خارج المدينة للمحافظة على سلامة البيئة.

فمن أحدث مثل هذه الأشياء الضارة داخل المدن وجب عليه الضمان المبني على علة الخطورة حتى ولو لم يخطيء وقت وقوع الضرر^(١).

وعليه: يمكن أن تصور مبدأ الضمان المبني على علة الخطورة في الحيوان العقور، أو الشيء الخطر، أو إحداث ما يلوث البيئة، على النحو الآتي:
«من اقتنى حيواناً عقوراً أو شيئاً خطراً، أو أحدث ما يضر بسلامة البيئة، وجب على الحارس الضمان حتى ولو لم يخطيء وقت وقوع الضرر».



(١) وقد أسس جانب من الفقه مسؤولية الحارس عن مثل هذه الأضرار على فكرة الغلو في استعمال الحق وفقاً لحكم المادة (١/٨٠٧) مدني، في حين ذهب آخرون إلى أن حكم هذه المادة يصلح أن يكون أساساً للمسؤولية عن الأشياء الخطرة.
وفي تقديرنا أن مبدأ الضمان المبني على علة الخطورة يفارق من حيث الأساس ومن حيث الإثبات حكم المادة رقم (١/٨٠٧) مدني مصري والمادة رقم (١١٦٨) مدني يعني القائلتان: «على المالك ألا يغلو في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار». وسبب المفارقة من حيث الأساس: أن مسؤولية الحارس وفقاً لهاتين المادتين لا تقوم بسبب تملك الحق، وإنما إذا غالى المالك في استعمال هذا الحق. أما الضمان المبني على الخطورة فهو - أصلاً - يمنع تملك الشيء الخطر إلا بترخيص وفي الحدود التي ينظمها القانون.
وأما سبب المفارقة من حيث الإثبات فتحصل في: أن الضمان المبني على التمسف أو الغلو وقت حصول الضرر، بينما الضمان المبني على علة الخطورة يثبت قبل الحارس - لا من وقت وقوع الضرر - وإنما من وقت حيازة أو إحداث الشيء الخطر، حتى ولو لم يخطيء وقت وقوع الضرر.

المطلب الثاني افتراض خطأ حارس البناء

١٣٨ - الجذور التاريخية لمسؤولية حارس البناء. ١٣٩ - طبيعة التوسع في افتراض خطأ حارس البناء. ١٤٠ - الاستفادة من النصوص. ١٤١ - تحديد معنى البناء. ١٤٢ - أساس مسؤولية حارس البناء. ١٤٣ - في الفقه الإسلامي. ١٤٤ - أولاً: حكم الخلل الأصلي منذ بدء البناء. ١٤٥ - ثانياً: حكم الخلل الطارئ بعد تشييد البناء. ١٤٦ - القول الأول. ١٤٧ - القول الثاني. ١٤٨ - القول الثالث. ١٤٩ - الاتجاه الذي نميل إليه.

١٣٨ - الجذور التاريخية لمسؤولية حارس البناء: ترد جذور المسؤولية عن البناء إلى القانون الروماني الذي كان يعطي الجار الذي يتهدهه خطر من بناء مملوك لجاره، أن يتقدم بدعوى وقائية إلى البريتور يطلب فيها إلزام المالك بترميم البناء الآيل للسقوط، فإذا لم يبادر المالك بإصلاحه، فإنه يجيز لمن يتهدهه البناء بالخطر أن يضع يده عليه ويقوم بإصلاحه على نفقة المالك^(١).

ثم أخذ القانون الفرنسي القديم بذلك الإجراء الوقائي، فكان يجيز للجيران في سبيل إجبار صاحب البناء على ترميمه، أن يقوموا بالترميم على نفقة المالك إذا امتنع^(٢).

(١) انظر: الأستاذ مصطفى أبو علم: «المسؤولية عن تهدم البناء»، بحث منشور بمجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة الثانية، العدد الرابع، ص ٥.

(٢) حسين عامر: المسؤولية المدنية، ف ٧١٢، ص ٧٢٦، سابق.

أما التقنين الفرنسي الحديث والقانون المدني المصري القديم «الملغى» فلم ينصا على هذا الإجراء الوقائي، ولذلك كان القضاء المصري – في سبيل معالجته لأحكام هذه المسؤولية – يميل في تطبيقاته إلى التشدد في التزام خطأ حارس البناء، ويتساهل كل التساهل نحو المضرور، فيجيز له إثبات خطأ حارس البناء بأتفه القرائن^(١)، حتى جاء القانون المدني المصري الجديد، ومثله القانون المدني اليمني، وأفصحاً عن طبيعة افتراض خطأ حارس البناء، وعلى جواز الدعوى الوقائية لرفع الخطر قبل وقوعه وذلك في نصوص واضحة على النحو الآتي بيانه:

١٣٩ – طبيعة افتراض خطأ حارس البناء: أفصحت المادة (١٧٧) مدني مصري، والمادة (٣٢٠) مدني يمني عن طبيعة التوسع في افتراض خطأ حارس البناء بقولهما:

«١ – حارس، وفي النص اليمني «حائز» البناء ولو لم يكن مالكا له، مسؤول عما يحدثه انهدام البناء من ضرر، ولو كان انهداماً جزئياً، ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال في الصيانة أو قدم في البناء أو عيب فيه».

«٢ – ويجوز لمن كان مهدداً بضرر يصيبه من البناء أن يطالب المالك باتخاذ ما يلزم من التدابير الضرورية لدرء الخطر، فإن لم يقم المالك بذلك جاز الحصول على إذن من المحكمة في اتخاذ هذه التدابير على حسابه»^(٢) ويستفاد من النصوص الخصائص الآتية:

أولاً: أنهما يجعلان المسؤولية على حارس البناء لا على

(١) انظر: د. عبد الحي حجازي: النظرية العامة للالتزام، ٥٤١/٢، سابق. ود. نزيه محمد الصادق المهدي: «دراسة انتقادية لنطاق التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية للمهندس: المعماري والمقاول»، ط ١٩٨٢م، دار النهضة العربية، ص ٣.

(٢) انظر: مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ٤٢٨/٢. والجريدة الرسمية اليمنية، ملحق العدد الرابع، س ١٤، ص ١٦.

مالكة^(١).

ثانياً: أنهما يتشددان في مسؤولية حارس البناء، فيقضيان برفع عبء الإثبات عن المضرور ويكلفان الحارس نفسه إذا أراد التخلص من المسؤولية أن يثبت ألا إهمال في الصيانة وألا قدم في البناء، وألا عيب فيه، أو يثبت السبب الأجنبي، أو خطأ المضرور أو خطأ الغير.

ثالثاً: أنهما يجيزان للجار أو من يتهدهد البناء بخطر أن يطالب باتخاذ التدابير الضرورية لدرء الخطر قبل وقوعه^(٢).

وإذا كانت هذه الخصائص الثلاث تبرر التوسع في افتراض خطأ حارس البناء، فما هو تحديد معنى البناء الذي يسأل عنه الحارس؟.

١٤٠ — تحديد معنى البناء: المقصود بالبناء: هو مجموعة المواد مهما كان نوعها خشبياً أو طوبياً، أو حديداً، أو كل هذا معاً مما شيدته يد الإنسان ليتصل بالأرض اتصال قرار أياً كان الغرض الذي يعد له، فالعمد التذكارية، والقناطر، والسدود والأنفاق وأنابيب المياه، والمجاري كلها تعتبر بناء، إلى جانب البيوت، والمخازن، والأسوار^(٣).

(١) وذلك على عكس القانون الفرنسي التي قضت المادة ١٣٨٦ منه على أن: «مالك البناء يكون مسؤولاً...». انظر: د. السنهوري: الوسيط، ج ٢، ف ٧١٠، ص ١٥٠٠، سابق. ومصطفى أبو علم: «المسؤولية عن تهديم البناء»، ص ٩، سابق.

(٢) د. السنهوري: الوسيط، ج ٢٠، ف ٧١٠، ص ١٥٠٢، سابق. د. محمود جمال الدين زكي: «الوجيز في النظرية العامة للالتزامات»، ف ٧١٠، ص ٦٤١، سابق.

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٢، ف ٧١٤، ص ١٥٠٦، سابق. الأستاذ حسين عامر: المسؤولية المدنية، ف ٧٤٨، ص ٧٣٥، سابق. و د. محمد شتا أبو سعد: أصول المسؤولية التقصيرية في قانون المعاملات المدنية، ص ٢٠، سابق. و د. عبد المنعم فرج الصده: مبادئ القانون، ف ٣٦٩، ص ٤١١، سابق.

وإذا كان البناء يطلق على كل ما شيده يد الإنسان إلا أن البعض من الفقه يميل إلى عدم التوسع في معنى البناء، حيث اعتبر أن بناء الأشجار.. لا يعتبر بناءً شأنه في ذلك شأن العقار بالتخصيص^(١) ومن جهة أخرى فإن رأياً آخر يذهب إلى أن حفر الآبار وشق الترع والمصارف ورص الطرق.. لا يعتبر من قبيل تشييد المباني والمنشآت الثابتة، الداخلة في الضمان العشري للمهندس المعماري والمقاول^(٢).

وفي تقديرنا أن كل ما شيده يد الإنسان سواء كان على ظهر الأرض أو في باطنها كالأبار وغيرها، يعد بناء ويخضع لقاعدة مسؤولية حارس البناء، ودليلنا على ذلك أن لفظ البناء الوارد في القاعدة القانونية المنظمة لمسؤولية حارس البناء لا يختص بما يقيمه الإنسان على ظهر الأرض، بل يعم كل بناء شيده الإنسان على سطح الأرض أو في باطنها.

وإذا كانت مسؤولية الحارس تقوم على كل ما يطلق عليه لفظ بناء فما هو الأساس الذي تبنى عليه مسؤوليته؟.

١٤١ - أساس مسؤولية حارس البناء: متى ثبتت حراسة البناء لشخص معين عام أو خاص، وحصل الضرر بنفس الغير أو ماله نتيجة تهدم البناء افتراض خطأ الحارس^(٣)، ويعتبر المبرر القانوني للتوسع في افتراض الخطأ على هذا النحو هو: أن تهدم البناء لا يكون في الغالب إلا نتيجة إهمال في الصيانة، أو قدم في البناء، أو عيب فيه، ومع الإجماع الفقهي على أن مسؤولية حارس البناء تقوم على

(١) د. عبد الحى حجازي: النظرية العامة للالتزام، ٥٤٣/٢، سابق.

(٢) د. نزيه محمد الصادق المهدي: دراسة انتقادية لنطاق التأمين الإجباري للمهندس المعماري والمقاول، ص ١٥، هامش ١٢، سابق.

(٣) د. عبد المنعم فرج الصده: مبادئ القانون، ف ٣٦٩، ص ٤١١، سابق. الأستاذ مصطفى مرعي: المسؤولية المدنية، ف ٢٢٦، ص ٢٦١.

أساس الخطأ المفترض، إلا أنهم اختلفوا في طبيعة الافتراض ذاته فيما يتعلق بعبء الإثبات.

فذهب البعض من الفقه إلى القول: أن الخطأ المفترض قبل حارس البناء ذو شقين، الشق الأول يقبل إثبات العكس: وهو أن التهدم سببه الإهمال، ويستطيع الحارس تبعاً لذلك أن يتخلص من المسؤولية بإثبات أن التهدم ليس سببه الإهمال في الصيانة أو التجديد، فإذا ما أثبت الحارس ذلك تعين الرجوع إلى القواعد العامة، ووجب على المضرور أن يثبت الخطأ حتى يستحق التعويض، أما إذا لم يستطع الحارس أن ينفي الإهمال استمر الخطأ مفترضاً بجانبه. وأما عن الشق الثاني من الافتراض وهو غير القابل لإثبات العكس: فهو نسبة الإهمال في التجديد أو الصيانة إلى الحارس، فهذا الافتراض لا يستطيع الحارس أن ينفيه عن نفسه إلا بإثبات السبب الأجنبي، قوة قاهرة، أو خطأ الغير، أو خطأ المضرور نفسه^(١).

وأما البعض الآخر من الفقه فيرى: أن الخطأ قبل الحارس لا يقبل إثبات العكس بمعنى أن البناء إذا ما تهدم، وأحدث ضرراً بالغير، فإن الحارس لا يجديده أن يثبت أنه قام بصيانة البناء، أو قام بتجديده، أو إصلاحه فكل ذلك لا يجديده، ومن ثم فلا يستطيع التخلص من المسؤولية إلا إذا أثبت القوة القاهرة، كأن يثبت أن زلزالاً هو الذي هدم المبنى، أو أثبت خطأ الغير كما لو أثبت أن قنابل من الحرب ألقيت عليه، أو بخطأ المضرور نفسه كما لو أثبت أنه كتب لافتة على باب

(١) انظر: د. السنهوري: الوسيط، ج ٢، ف ٧٢١، ص ١٥١١، سابق. والأستاذ مصطفى أبو علم: المسؤولية عن تهدم البناء، ص ١٠، سابق. ود. توفيق حسن فرج: النظرية العامة للالتزام، ص ٤٢٢، سابق. ود. عبد الحى حجازي: النظرية العامة للالتزام، ٥٤٥/٢، سابق. ود. إبراهيم الدسوقي أبو الليل: المسؤولية المدنية بين التقيد والإطلاق، ف ١٢١، ص ٢١٢، سابق.

المبنى يحذر فيها أي شخص من الدخول^(١).

ووفقاً لهذا الاتجاه فإن قرينة الخطأ واحدة ولا تقبل إثبات العكس إلا إذا أثبت الحارس السبب الأجنبي أو خطأ الغير أو خطأ المصاب نفسه.

ويبدو لنا أن الخلاف بين الاتجاهين لا يخرج عن كونه خلافاً لفظياً بدليل إجماعهم على أن الحارس يستطيع أن يدفع عن نفسه المسؤولية بإثبات السبب الأجنبي، أما القول بتخلص الحارس من المسؤولية إذا أثبت أن التهدم لا يرجع إلى عيب في البناء، أو أنه لا يحتاج إلى صيانة فهو أمر يتعارض مع الواقع، لأن التهدم عادة وعقلاً لا يكون إلا بسبب القدم أو الإهمال في الصيانة أو العيب في البناء، وهو الأمر الذي يسأل عنه الحارس، وحينئذ يتلاشى الخلاف بين الاتجاهين وفقاً لفكرة التوسع في افتراض الخطأ ولا يستطيع الحارس التخلص من المسؤولية — فعلاً — إلا بإثبات السبب الأجنبي.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية في قضية تتلخص وقائعها: أن المطعون ضدها أقامت الدعوى . . مدني كلي بورسعيد على الطاعنين قالت فيها: إن الطاعنين امتنعوا عن تنفيذ القرار الصادر بترميم منزلهم مما أدى إلى تهدم جزء منه على مسجد مجاور، فانهار على المصلين ومن بينهم مورثهم مما أدى إلى وفاته . . وطلبت الحكم بأن يدفعوا لها خمسين ألف جنيه جبراً للضرر الذي أصابها.

قضت المحكمة بإلزام الطاعنين أن يدفعوا لها ثمانية آلاف جنيه . . استأنفت

(١) انظر: د. محمود جمال الدين زكي: الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، ف ٣١٠، ص ٦٤١، سابق. وقريب منه: د. حسين النوري: «دروس في القانون»، مكتبة عين شمس، ص ١٦٥. و د. محمد صالح: أصول التمهيدات، ف ٣٠١، ص ٢٦٣، سابق. والأستاذ حسين عامر: المسؤولية المدنية، ف ٧١٦، ص ٧٣٣، سابق.

المطعون ضدها هذا الحكم طالبة الحكم لها بكامل طلباتها.. كما استأنفه الطاعنون طالبين الحكم برفض الدعوى.. وبعد ضم الاستئنافيين، قضت محكمة استئناف الإسماعيلية بتعديل الحكم إلى إلزام الطاعنين أن يدفعوا لها مبلغ خمسة عشر ألفاً من الجنيهاً.. طعن الطاعنون في هذا الحكم بطريق النقض وبعد مناقشة وجوه الطعن قالت محكمة النقض:

«لما كان نص المادة (١/١٧٧) مدني يقضي أن مسؤولية حارس البناء عن الضرر الناشء عن تدمره كلياً أو جزئياً تقوم على خطأ مفترض في جانب الحارس بإهماله صيانة البناء أو تجديده، أو إصلاحه، وهو خطأ لا يقبل إثبات العكس إلا بالسبب الأجنبي، قوة قاهرة، أو خطأ الغير أو خطأ المضرور نفسه، وكان ما أثاره الطاعنون - بفرض صحته - لا يعد سبباً أجنبياً.. ولما كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بمسؤولية الطاعنين على سند من خطتهم المفترض بوصفهم حراساً للبناء، فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون مما يتعين معه رفض الطعن...»^(١).

والنتيجة المترتبة على تحليل فكرة التوسع في افتراض خطأ حارس البناء تدل على أن الواجب الملقى على عاتق الحارس في حفظ البناء وصيانته - في إطار المسؤولية التقصيرية - يماثل مسؤولية الملتزم بتحقيق نتيجة معينة في إطار العلاقات التعاقدية، من حيث أن المضرور في كلا الحالتين لا يكلف بعبء الإثبات، وأن الحارس المسؤول شأنه شأن الملتزم بتحقيق نتيجة معينة، لا يستطيع التخلص من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي، ومن ثم فإن المحصلة النهائية لفكرة التوسع في افتراض الخطأ - أو افتراض المسؤولية - هي رفع عبء الإثبات عن المضرور، وأن قرينة الافتراض الملقة على عاتق الحارس في حفظ البناء وصيانته لا تقبل إثبات العكس إلا بالسبب الأجنبي.

(١) محكمة النقض: الدائرة المدنية والتجارية والأحوال الشخصية، جلسة ١٩٧٦/٣/٦م، طعن رقم ٢٣٤٨، لسنة ٥٣ق، لم يُنشر.

١٤٢ - في الفقه الإسلامي: بحث الفقهاء ضمان المسؤول عن البناء عند حديثهم عن الحائط المائل، وطبقوا حكمه على الدور وعلى كل بناء متصل بالأرض اتصال قرار^(١)، وفرقوا في طبيعة الضمان بين حالتين، الأولى: حالة ما إذا بنى الحارس البناء مائلاً من الأصل ثم انهدم. والثانية وهي حالة: ما إذا بناه من الأصل مستقيماً ثم مال. قال في البدائع والحائط لا يخلو إما أن يكون قد بني من الأصل مائلاً، وإما أن يكون قد بني مستويماً مستقيماً ثم مال^(٢)، ورتبوا لكل حالة حكمها على النحو التالي:

١٤٣ - أولاً: حكم الخلل الأصلي منذ بدء البناء: اتفق الفقهاء بلا خلاف على أن من بنى حائطاً مائلاً إلى الطريق العام، أو إلى ملك مباح أو إلى ملك الغير أو إلى ملكه وسقط وتلف به شيء، فإن مالكة يضمن جميع الشيء التالف مطلقاً^(٣) ويتحقق الضمان بمجرد سقوط البناء وحدث التلف دون حاجة إلى الإعذار، أو الإشهاد عليه من الغير، والسبب في ذلك أن الخطأ قد ثبت أصلاً حال إقامة البناء المعيب، كما أنه ممنوع أصلاً من الانتفاع بالبناء في هواء الشارع أو في هواء ملك غيره أو في هواء مشترك^(٤).

(١) المنتزع المختار للعلامة ابن مفتاح، ٤/٤٢٣، هـ ١. د. صبيحي محمصاني: النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، ١/٢٤٩، حيث قال: «ويجري هذا الحكم على جميع الأبنية المائلة أو الخارجة إلى الطريق...». ونفس المعنى: فضيلة الشيخ الخفيف: الضمان في الفقه الإسلامي، ص ٢٥٤، سابق. و د. وهبة الزحيلي: نظرية الضمان في الفقه الإسلامي، ص ٢٦٠، سابق. و د. محمد فوزي فيض الله: نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام، ف ٢٤٥، ص ١٧٩، سابق. ومحمد فاروق بدوي المكام: الفعل الموجب للضمان في الفقه الإسلامي، رسالة من جامعة القاهرة، ص ٣٣١، سابق.

(٢) انظر: بدائع الصنائع للكاساني، ٧/٢٨٣، سابق.

(٣) أخطأ أو لم يخطئ فهو ضامن، أنذره أحد أم لم ينذره.

(٤) انظر: المغني مع الشرح الكبير لابن قدامة، ٩/٥٧١ و ٥٧٢، سابق. وقال: «وإذا بنى في =

ويؤخذ من إجماع الفقهاء قاعدة محددة هي: أن من بنى حائطاً مائلاً منذ الابتداء، أو بناه على غير أساس مثله، ثم تهدم وأحدث ضرراً بالغير، فعليه الضمان، لأنه متعد في بنائه، ولا يكلف المضرور بالإشهاد عليه أو إعداره لأن البناء تعد ابتداء^(١).

وتظهر الحكمة من هذا الاتجاه في أنه: يحث الملاك والمهندسين المعماريين، والمقاولين عند تأسيس البناء على توقي الأخطاء، قبل وقوعها وذلك بتفادي العيوب الفنية والمادية منذ تأسيس البناء.

١٤٤ - ثانياً: حكم الخلل الطارئ بعد تشييد البناء: تتمثل صورة المسألة

= ملكه حائطاً مائلاً.. وسقط على شيء فأنلفه ضمنه لأنه متعد بذلك.. وهذا مذهب الشافعي، ولا أعلم فيه خلافاً. والبحر الزخار للإمام أحمد بن يحيى المرتضى، ٢٤٤/٦، جاء فيه: «وإن بنى جداراً إلى الشارع ضمن ما سقط عليه، إذ له الانتفاع بالهواء بشرط سلامة العاقبة. فإن بناه معتدلاً ثم مال فوجهان أصحهما يضمن...». ورد المختار على الدر المختار لابن عابدين، ٥٢٦/٥، سابق. والشرح الكبير على مختصر خليل، لأبي البركات: أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، مطبوع بهامش حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مطبعة دار إحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي، ج ٤، ص ٣٥٦، جاء فيه: «ولو بناه مائلاً ابتداء، فسقط على شيء فأنلفه ضمن بلا تفصيل». والضمان في الفقه الإسلامي، لفضيلة الشيخ علي الخفيف، ص ٢٥٥، سابق. والروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية، لزين الدين الجبمي الماملي، ٢٢٤/٢، سابق، جاء فيه: «أن من بنى على غير أساس مثله فأنعدم وأضر بالغير فإن المالك يضمن كالحائط المائل». تبصرة الحكام لابن فرحون المالكي، مطبوع بهامش فتاوى الشيخ عيش، ٣٤٧/٢، سابق.

(١) بدائع الصنائع للكاساني، ٢٨٣/٧ و ٢٨٤. مجمع الضمانات للبغدادي، ص ١٨٣. البحر الزخار للمرتضى، ٢٤٤/٦. المغني مع الشرح الكبير لابن قدامة، ٥٧١/٩، سابق. سيد أمين محمد: رسالته المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير في الفقه الإسلامي، ص ٢٢١، سابق. ود. وهبة الزحيلي: نظرية الضمان، ص ٢٦٠، سابق. د. شفيق شحاتة: النظرية العامة للالتزامات، ص ١٨١، سابق.

في أن المالك قد بنى بناءً صحيحاً مستقيماً منذ الابتداء، ثم طرأ الخلل أو التهدم على البناء بعوامل الطبيعة، فأحدث ضرراً بالغير، فهل يضمن المالك أم لا؟ للفقهاء في حكم الضمان على المالك ثلاثة أقوال:

القول الأول: لفقهاء الشافعية، والظاهرية، والحنفية بمقتضى القياس^(١).

ومفاده: أنه لا ضمان على المالك أو الحارس فيما أحدثه تهدم البناء من أضرار، أعذر بخطرته أم لم يعذر، وحجتهم في ذلك: أن المالك لم يوجد منه فعل هو متعد فيه، وإنما أقام بناءه في ملكه ولم يحصل منه تفريط فأشبه ما إذا سقط بلا ميل والقاعدة... أن ما كان أوله غير مضمون لا ينتقل إلى مضمون بتغير الحال^(٢)، وتعليل آخر أضافه الظاهرية فقالوا: «صاحب الجدار المائل لا يسمى قاتلاً لمن قتله الجدار في لغة العرب، وقد يكون غائباً بأقصى المشرق والحائط بأقصى المغرب، فإذا لا يسمى قاتل عمد ولا قاتل خطأ فلا دية في ذلك ولا كفارة ولا ضمان لما تلف من مال، إذ الأموال محرمة ولا يجوز الحكم بغرامة على أحد لم يوجبها عليه نص ولا إجماع^(٣)»:

ولا شك أن هذا الاتجاه لا يتفق مع العدل ولا مع المصلحة^(٤) ناهيك عن إهداره لحق المضرور في التعويض، ولذلك فلا نميل إلى الأخذ به، لأن الخطأ

(١) وجه القياس عند الأحناف: «أنه لم يوجد من المالك صنع هو متعمد فيه، لأنه بناء في ملكه سليماً والمطالبة والإشهاد فعل غيره، فلا يكون سبباً لوجوب الضمان عليه». انظر: المبسوط للإمام السرخسي، ٩/٢٧. ونفساد القياس في هذه المسألة فقد عدل عنه الأحناف إلى الاستحسان كما سنرى في القول الثاني.

(٢) انظر: المهذب في فقه الإمام الشافعي لأبي إسحاق: إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبادي الشيرازي، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ١٣٤٣هـ، ١٩٣/٢.

(٣) انظر: المحلى للإمام ابن حزم، ج ١٠، مسألة رقم ٢١٠٢، ص ٥٢٨، سابق.

(٤) د. صبحي محمصاني: النظرية العامة للموجبات والمعقود في الشريعة الإسلامية، ٢٥١/١، سابق.

كما يتحقق قبل المسؤول بالتعدي الإيجابي وفقاً للقواعد العامة فإنه يتحقق أيضاً بالتعدي السلبي المتمثل في الإهمال عن تعهد البناء وصيانتها .

القول الثاني: لجمهور الفقهاء من المالكية والحنابلة في القول المختار والحنفية بمقتضى الاستحسان والزيدية والأباضية، وهو مروى عن علي - رضي الله عنه -^(١) وشريح وقتادة^(٢) وغيرهم من أئمة التابعين، ومفاده: أن الضمان لا يجب على المالك إلا إذا طُلب من ذوي المصلحة قبل سقوطه بإصلاحه، أو أشهد عليه، ومضت مدة كافية للهدم أو الإصلاح ولم يفعل فإنه يضمن ما تلف بسقوطه^(٣).

(١) هو أمير المؤمنين أبو الحسن: علي بن أبي طالب بن عبد المطلب الهاشمي، ابن عم رسول الله ﷺ وصهره، وُلد بمكة، وكان أول من أسلم وسنه إذ ذاك عشر سنين، وهو رابع الخلفاء الراشدين، وأول قاضي وآله رسول الله ﷺ، فكان في اليمن، وهو أحد العشرة المبشرين بالجنة، وأحد الستة أصحاب الشورى الذين جعل عمر الخلافة فيهم، وأحد العلماء الربانيين، قال فيه الرسول ﷺ: «أنا مدينة العلم وعلي بابها»، شهد المشاهد كلها، إلا تبوك فإن النبي ﷺ استخلفه على المدينة، تولى الخلافة سنة ٣٥هـ، وظل قائماً بإحيائها حتى قتله غيلة عدو الله عبد الرحمن بن ملجم سنة ٤٠هـ، ودُفن بالكوفة. انظر: الفكر السامي للثعالبي، ١/١٣١، ١٣٣. والرياض النضرة في مناقب العشرة: لأبي جعفر أحمد، الشهير بالمحب الطبري، مطبعة دار التأليف، الطبعة الثانية، ١٣٧٢هـ - ١٩٥٣م، ٢/٢٠١، ٢٣٤.

(٢) هو أبو الخطاب: قتادة بن دعامة السدوسي، أحد الأئمة الأعلام الحفاظ، معدود من صفار التابعين، ومن كبار الفقهاء المفسرين، توفي سنة ١١٧هـ. انظر: الفكر السامي للثعالبي، ٧٩، ٨٧/٢.

(٣) انظر: بدائع الصنائع للكاساني، ٧/٢٨٣. والمغني مع الشرح الكبير لابن قدامة، ٩/٥٧٢، سابق. والبحر الزخار للمرتضى، ٦/٢١٤، سابق. والشرح الكبير للدردير، ٤/٣٥٦، سابق. وشرح كتاب النيل لأطنيش، ٧/٨٠ و ٩٥، سابق. والضمان في الفقه الإسلامي لفضيلة الشيخ علي الخفيف، ص ٢٥٥، سابق. ومحمد فاروق العكام: رسالته «الفعل الموجب للضمان في الفقه الإسلامي»، ص ٣٣٣، سابق.

وحجتهم في ذلك أن الحائط أو البناء لما مال إلى الطريق أو إلى ملك الغير فقد شغل هواء الطريق أو ملك الغير فإذا طولب بإصلاحه ولم يفعل فقد تعدى بإبقائه مائلاً، وذلك يؤدي إلى الانقطاع عن المرور حذراً من تهدم البناء، وفي ذلك إضرار بالغير، فتعين على المالك إصلاحه لدفع الضرر قبل وقوعه، لأن الضرر الخاص يجب تحمله لدفع الضرر العام^(١)، فإن لم يفعل بعد الإعذار وتهدم وألحق ضرراً بالغير وجب عليه الضمان^(٢).

ويؤخذ من هذا الاتجاه أنه لا يقيم مسؤولية المالك إلا على أساس الخطأ الواجب الإثبات، بمعنى أن المالك لا يضمن الضرر الذي أحدثه البناء إلا إذا أثبت المضرور الإعذار المسبق، أما لو تهدم قبل الإعذار فلا ضمان.

وفي تقديرنا أن إسناد الضمان إلى الإعذار المسبق على تهدم البناء يوجب على المضرور أولاً: أن يثبت أن البناء كان في حاجة إلى الإصلاح، ليس ذلك فحسب بل ويثبت ثانياً: أنه تم الإعذار قبل التهدم، وتكليف المضرور بهذا - محل نظر - ولذلك فقد ذهب أشهب، وسحنون من المالكية إلى التخفيف نسبياً من اشتراط التنبيه على المالك وقالوا: إذا بلغ الجدار حداً كان يجب على صاحبه هدمه لشدة ميلانه فتركه فسقط وأتلف شيئاً فهو ضامن وإن لم يكن إسهاد^(٣)، كما ذهب البعض من الزيدية والإمامية إلى عدم اشتراط التنبيه، واكتفوا لوجوب الضمان بعلم

(١) انظر: غمز عيون البصائر للحموي، ج ١، القاعدة الخامسة، ص ٢٨٠، سابق. ومجلة الأحكام المدلية، مادة ٣٦، ص ١٩.

(٢) معين الحكام للطرابلسي، ص ٢١٢، سابق. ولسان الحكام لابن الشحنة، ص ٤١٠، سابق.

(٣) انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٣٥٦/٤، سابق. وتبصرة الحكام لابن فرحون المالكي، مطبوعة بهامش فتاوي الشيخ عليش، ٣٤٧/٢، سابق.

صاحب الحائظ بالميل^(١).

ومع هذا التقدم النسبي للتخفيف عن المضرور، إلا أنا لا نراه كافياً، لأنه ما زال يوجب على المضرور إثبات أن البناء كان شديد الميل، أو يثبت أن المالك كان يعلم ذلك، في حين أن طبائع الأمور توجب على المالك أو واضع اليد نفسه أن يفتن لخطورة البناء ويقوم بإصلاحه فإن لم يقم بذلك حتى تهدم وجب عليه الضمان.

القول الثالث: لبعض الحنابلة، وبعض الشافعية، وابن أبي ليلى^(٢)، وأبي ثور^(٣) وإسحاق بن راهويه^(٤)، ومفاده: أن على صاحب الحائظ الضمان لما يتلف بسقوط حائطه مطلقاً سواء طولب بنقضه أم لم يطالب، وحجتهم في ذلك أن الحائظ لما مال إلى الطريق وجب على صاحبه أن يزيله، فإن لم يفعل صار متعدياً

(١) انظر: المتزغ المختار للعلامة ابن متفاح، ٤/٤٢٣، سابق. والروضة البهية للجبلي، ٢/٤٢٤، سابق.

(٢) هو أبو عبد الرحمن: محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى الأنصاري الكوفي، وُلد سنة ٧٤هـ، كان فقيهاً وعالمياً متبحراً صاحب رأي وفتياً، تولى القضاء بالكوفة ثلاث وثلاثين سنة، ولى لبني أمية، ثم لبني العباس، وتوفي بالكوفة وهو باق على القضاء سنة ١٤٨هـ. انظر: الفكر السامي، ٢/١٩١.

(٣) هو أبو ثور: إبراهيم بن خالد بن أبي اليمان الكلبي البغدادي، كان من المجتهدين المحققين، تفقه بمذهب أهل الرأي حتى تدم الشافعي ببغداد فاختلف إليه ورجع عن الرأي إلى الحديث، ولهذا عدّه بعضهم من أصحاب الشافعي، توفي ببغداد سنة ٢٤٠هـ. انظر: الفكر السامي للثعالبي، ٣/١٣، ١٤.

(٤) هو أبو يعقوب: إسحاق بن إبراهيم بن مخلد، المعروف بابن راهويه، وُلد سنة ١٦٣هـ، أحد أئمة الحديث والفقه والورع، وكان من الحفاظ، توفي بنيسابور سنة ٢٣٨هـ. انظر: ضبط الأعلام الأوحى لتييمور باشا، مطبعة دار إحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي، الطبعة الأولى ١٣٩٦هـ - ١٩٤٧م، ص ٦٢.

بتركه فضمن ما تلف به كما لو بناه مائلاً ابتداءً، لأن الضمان إنما يجب بالتقصير لا بالمطالبة بالهدم^(١).

ويؤخذ من هذا الاتجاه أنه يوجب على واضع اليد على البناء أن يتعهده بالترميم والإصلاح، فإن فرط حتى انهدم وأضر بالغير فعليه الضمان دون إعدار، لبنائهم الضمان على التقصير لا على المطالبة والإعدار، وهذا يعني أن المضرور لا يكلف بعبء إثبات تقصير الحارس، ومن ثم فلا يستطيع الحارس أن يتخلص من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي.

وقد أخذ القانون المدني المصري في المادة رقم (١٧٧) واليميني في المادة رقم (٣٢٠) بهذا المعنى، وجعلاً نسبة الخطأ إلى حارس البناء مفروضة بقريته لا تقبل إثبات العكس إلا بالسبب الأجنبي، وهو ما نميل إليه، لأنه يوازن بين مصلحة الحارس ومصلحة المضرور على حد سواء، إذ أن من حق المالك أن ينتفع في ملكه بحرية الاستعمال والاستغلال والتصرف، ولا أقل - في نظرنا - من أن تقابل هذه الحقوق بواجب افتراض مسؤوليته فيما لو تهدم وأضر بالغير لأن عليه حفظه وصيانته^(٢).

١٤٥ - خلاصة المقارنة مع التوصية: أثبتنا أن هذا الاتجاه الأخير في الفقه الإسلامي يتفق من حيث المضمون مع فقه القانون المدني الذي يقيم مسؤولية حارس البناء على أساس افتراض الخطأ بقريته لا تقبل إثبات العكس إلا بالسبب الأجنبي وذلك مع وجود فارق دقيق بينهما هو:

(١) انظر: المغني لابن قدامة مع الشرح الكبير، ٥٧٢/٩، سابق. وكشاف القناع على متن الإقناع لمنصور بن إدريس الحنبلي، المطبعة العامرة الشرقية، الطبعة الأولى ١٣١٩هـ، ٣٦٩/٢. والمحلى لابن حزم، ج ١٠، مسألة رقم ٢١٠٢، ص ٥٢٧، سابق، حيث نقل عن إسحاق بن راهوية قوله: «يضمن ما أصاب جداره أشهد عليه أم لم يشهد».

(٢) انظر: أنفأ، ف ١٤١.

أن فقه القانون المدني يقيم المسؤولية على هذا الأساس بصرف النظر عن طبيعة البناء .

أما الفقه الإسلامي فقد رأينا أن له طرحاً جديداً في حالة ما إذا شيد المالك البناء معيياً أو على غير أساس مثله منذ الابتداء ثم تهدم وأضر بالغير فإن إجماعهم قد انعقد على أن مسؤولية الحارس تقوم على أساس الضمان، واعتبروا المالك متعدياً على حق المجتمع لا من وقت حدوث الضرر وإنما من حال تشييد البناء المعيب، أو المقام على غير أساس مثله .

ويلوح لنا من بعض عباراتهم، ومن الأسس العامة للضمان المقيسة على مثل هذه الحالة: أن المالك أو الحائز لا يستطيع التخلص من المسؤولية حتى ولا بالسبب الأجنبي، ومن العبارات الدالة على هذا المعنى قولهم:

لو وضع إنسان جرة على سطح منزله أو حائطه فرمتها الريح على إنسان فقتلته، لا يضمن لأنها في ملكه، والقتل من غير فعله، أما إذا وضعها متطرفة فيضمن لأنه تسبب إلى إلقاءها وتعدى بوضعها فأشبهه من بنى حائطاً مائلاً^(١).

ووجه الدلالة من هذا المثال: أنه قد شبه المتعدي بوضع الجرة كمن بنى الحائط المعيب، وهو قياس قوي في عدم الاعتداد بما لا يد للإنسان في إحداثه — وهو فعل الرياح — ومن ثم، تم ربط الضمان بوقت التعدي السابق على حدوث الضرر .

كذلك قالوا في الجناح الخارج في الجدار والميزاب: إذا سقط فأتلف شيئاً فكل الضمان على واضعه^(٢)، كذلك قولهم: لو سقط الميزاب لثقل خارجه، فهو

(١) المغني مع الشرح الكبير لابن قدامة، ٥٧٧/٩، سابق .

(٢) نهاية المحتاج للرملي، ٣٥٧/١، سابق . وحاشية الشيراملي على نهاية المحتاج، ٣٥٧/١، سابق .

متعد فيضمن^(١) كذلك الغاصب: لو هلكت العين المغصوبة في يد الغاصب بأفة سماوية لا يبرأ من الضمان لتعلقه بوقت الغصب لا بوقت الهلاك^(٢).

ووفقاً لهذا المفهوم: فإن من بنى حائطاً مائلاً أو على غير أساس مثله فلا يستطيع التخلص من المسؤولية حتى ولو أثبت السبب الأجنبي، لأنه قد تعدى على حق المجتمع من حال إقامة البناء المعيب، شأنه شأن الغاصب لحق الغير لا يبرأ من الضمان حتى ولو أثبت الآفة السماوية.

وفي تقديرنا أن التشدد في مسؤولية حارس البناء ليس الحل الوحيد لتفادي أخطار التهدم، بل لا بد في نظرنا من الرقابة المشددة على التشييد منذ الابتداء ولذلك نوصي أن تتخذ الجهات المختصة التدابير الآتية:

١ - أن يضع المختصون مواصفات لأسس البناء حسب طبيعة الأرض، إن كانت رخوة وجب تطبيق المواصفات الخاصة بها من حيث عمق الحفر، ورص أرضية البناء بالخرسانة، وسمك الحديد، وغير ذلك من المواصفات الفنية، وإن كانت صلبة وجب تطبيق المواصفات الخاصة بها حتى تنشأ المباني من الأساس سليمة من العيوب.

٢ - أن تدرج هذه المواصفات في رخصة البناء، وأن يتعهد المالك

(١) المنتزع المختار للعلامة ابن مفتاح، ٤/٤٢١، هـ ١٠. التاج المذهب للعنسي، ج ٤، ف ٤٢٧، ص ٣٠٢.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني، ٧/١٥١. بداية المجتهد لابن رشد، ٢/٤٠٦. التاج المذهب للعنسي، ج ٢، ف ٣٠٨، ص ٣٥٧. تعليقات على البحر الزخار للقاضي العلامة عبد الله بن عبد الكريم الجرافي، مطبوعة بهامش البحر الزخار، ٥/١٨١، هـ ١. جاء فيه قوله: «ويضمن الغاصب الشيء المغصوب ولو تلف بأفة سماوية» (بتصرف). شرائع الإسلام للمحلى، ٣/٣٤٠، جاء فيه: «ولو كان المغصوب دابة؛ فجنى عليها الغاصب أو غيره، أو عابت من قبل الله سبحانه وتعالى، ردها إلى أرض النقصان».

والمقاوم بتنفيذها دون إخلال .

٣ - أن تبسط الحكومة رقابتها الصارمة على تنفيذ هذه المواصفات منذ تأسيس البناء .

٤ - أن تفرق هذه المواصفات بجزء صارم على من يخالفها حماية للصالح العام .

٥ - بعد تمام البناء تؤشر الجهة المختصة للمالك على رخصة البناء، أن هذا المبنى قد تم بناءه سليماً من العيوب وعلى أساس مثله وفقاً للمواصفات العامة لتشييد المباني .

فإذا ما تهدم البناء بعد هذه الإجراءات فلا يسأل الحارس إلا على أساس الخطأ المفترض ويستطيع التخلص من المسؤولية بإثبات السبب الأجنبي، أما إذا لم يثبت في الرخصة المسجلة في السجل العقاري أن البناء قد تم سليماً وعلى أساس مثله فعليه الضمان حتى ولو أثبت السبب الأجنبي لأنه قد تعدى على حق المجتمع لا من وقت تهدم البناء وإنما من وقت مخالفته للمواصفات العامة للبناء .

• • •

المطلب الثالث

افتراض خطأ حارس الأشياء^(١)

١٤٦ — تطور فكرة المسؤولية عن الأشياء. ١٤٧ — النصوص القانونية وتحليلها. ١٤٨ — فعل الشيء الذي يسأل عنه الحارس. ١٤٩ — أساس مسؤولية حارس الأشياء. ١٥٠ — في الفقه الإسلامي. ١٥١ — الأدلة. ١٥٢ — الأمثلة التطبيقية. ١٥٣ — خلاصة.

١٤٦ — تطور فكرة المسؤولية عن الأشياء: من الحلول الجزئية التي عرض لها القانون الروماني^(٢)، والقانون الفرنسي القديم، — في نطاق المسؤولية عن الأشياء — أنهما عالجا حالة الضرر الناتج عن إلقاء شيء، أو سقوطه من إحدى الدور، حيث أوجبا مسؤولية صاحب الدار، لاعتبار أن مجرد سقوط الشيء أو إلقائه يدل على إهمال الساكن الموجب لمسؤوليته^(٣).

(١) المقصود بالأشياء في هذا المطلب: هي الأشياء الجامدة التي تحتاج في حراستها إلى بذل عناية خاصة، أو الآلات الميكانيكية.

(٢) انظر: آنفاً، ف ١١٧.

(٣) انظر: د. عمر ممدوح مصطفى: القانون الروماني، ص ٤١٠، سابق. ود. محمد عبد المنعم بدر؛ ود. عبد المنعم البدر؛ ود. عبد المنعم البدر؛ ود. سليمان مرقس: محاضرات في المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية، ف ٣، ص ١٢، سابق.

وفي تقنين نابليون نصت المادة (١/١٣٨٤): «على أن المرء لا يسأل فقط عن الضرر الذي يحدثه بفعله الشخصي بل أيضاً عن الضرر الذي يحدث بفعل الأشخاص الذين يكون هو مسؤولاً عنهم أو بفعل الأشياء التي في حراسته» وقد نقل الفقه عن الأعمال التحضيرية للقانون المدني الفرنسي أن المقصود بالأشياء في حكم المادة (١/١٣٨٤) ينصرف إلى بيان مسؤولية حارس الحيوان وحارس البناء، أما الأشياء الأخرى غير الحية فلم يشر لها القانون من قريب أو بعيد^(١).

غير أن التطور الذي أحدثه الانقلاب الصناعي في بداية النصف الثاني من القرن التاسع عشر والذي أدى إلى تطور النظم الاقتصادية بظهور الإنتاج الكبير الذي اعتمد على الآلات الضخمة قد أدى إلى زيادة عدد الضحايا مما جعل من العسير على المضرور أن يثبت الخطأ قبل حارس الشيء ولهذه الأسباب تلمس الفقه والقضاء طريقاً يجعلان به عبء الإثبات على حارس الشيء لا على المضرور، فتوسعا في تفسير المادة (١/١٣٨٤)، ويقال إن أول من توسع في تفسيرها هما الفقيهان ريكاميه (Recamier) ولوران (Laurent) حيث قررا بأن المادة (١/١٣٨٤) تقيم قرينة على الخطأ تعفي المدعي من عبء الإثبات وتنقل هذا العبء إلى المدعى عليه^(٢).

وإلى جانب هذه الأصوات كان القضاء الفرنسي في سبيل تخفيف عبء الإثبات عن المضرور يميل أحياناً إلى تطبيق قواعد المسؤولية العقدية وذلك في حوادث النقل وحوادث العمل، كما يذهب في أحيان أخرى إلى التوسع في تفسير

(١) المستشار حسين عامر: المسؤولية المدنية ف ٧٣٢ ص ٧٤٧. سابق.

(٢) انظر: د. محمد لبيب شنب: رسالته «المسؤولية عن الأشياء»، ف ١٣، ص ١٨. سابق.

و د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط، ج ٢، ف ٧٢٣، ص ١٥١٥، سابق.

Vimont Georges. «De, La responsabilite Civile en matieve d'accidents de Chasse» Paris

1937. P. 41.

المادة (١٣٨٦) المتعلقة بمسؤولية حارس البناء، حيث كان يقيس على البناء، الشجر والآلات والمنقولات الأخرى، كل ذلك بغية تخفيف عبء الإثبات عن المضرور، وفي ظل هذا التوسع أصبح صاحب الشيء لا يستطيع التخلص من المسؤولية إلا إذا أثبت أن الحادث وقع قضاءً وقدرًا أو بالقوة القاهرة أو بفعل المضرور أو بفعل الغير^(١).

ولا شك أن هذه الحلول الاجتهادية التي تضافر الفقه والقضاء على إيجادها، قد أفادت في محاولة التوسع في تفسير المادة (١/١٣٨٤) والتي أراد البعض من الفقه أن يصوغ منها نظرية عامة للمسؤولية عن الأشياء تقوم على أساس تحمل التبعة دون أن تستند إلى أي خطأ حتى ولو كان مفترضاً، وقد تزعم الدعوة إلى هذه النظرية الفقيهان الفرنسيان سالي (Saleilles) وجوسران (Josserand) وركزا جهديهما على عدم ضرورة الخطأ كشرط لازم لقيام المسؤولية المدنية.

ولافتقار هذه النظرية إلى الأساس القانوني الذي تبنى عليه فقد حاولوا أن يجدا لذلك أصلاً من خلال التوسع في تفسير المادة (١٣٨٢) و (١/١٣٨٤) مدني فرنسي فقالوا: إن المشرع الفرنسي لا يشترط الخطأ في المادة (١٣٨٢) إذ يقول: «كل عمل أياً كان يوقع ضرراً بالغير...»، وهي صيغة واسعة جداً لا مجال فيها للتمييز بين الأفعال الضارة فكل فعل ضار يتضمن الحق في التعويض» كما أن كلمة الخطأ في مفهوم المادة (١٣٨٢) ليس لها من مدلول سوى تعيين الفعل المتعمد، ومن وجهة نظر فكرة المخاطر فإنه لا يشترط في الخطأ أن يكون الشخص مذنباً،

(١) انظر: د. محمد علي عمران: الوسيط في شرح أحكام قانون العمل، ص ١٠، سابق.
د. حمدي عبد الرحمن: دروس في قانون التأمين الاجتماعي، ط ١٩٧٦م، ص ١٧.
وسهير سيد منتصر: «تحديد مدلول الحراسة في المسؤولية عن الأشياء»، رسالة من جامعة عين شمس، ١٩٧٧م، ص ١٩. والمستشار حسين عامر: «المسؤولية المدنية»، ف ٧٣٢، ص ٧٤٧، سابق.

وإنما يكفي فقط أن يكون الشخص قد أتى فعلاً يمكن أن تتولد عنه المخاطر^(١).

أما عن المادة (١/١٣٨٤) القائلة: «يكون الشخص مسؤولاً عن الضرر. الذي يحدث بفعل الأشياء التي في حراسته...»، فقالا: بأنها تركز على التزام قانوني وتعويض الضرر بموجبها يقوم على علاقة السببية التي ترتبط بالخطأ الموضوعي فحسب، أي بواقعة مادية، حتى عبر سالي عن هذا المعنى بقوله: إذا تقدمنا أكثر من ذلك فإننا سوف نصل إلى تأسيس المسؤولية على علاقة السببية المرتبطة بالفعل المادي المجرد عن أي فكرة للخطأ أي تأسيسها على فكرة المخاطر^(٢)، الناتج عن وقوع الضرر بفعل الشيء ذاته^(٣).

وبعد توسعهما في تفسير النصوص، عمدا لدعم وجهة نظرهما إلى مناقشة أساس هذه المسؤولية من وجهة نظر عقلية فقالا: «إذا وقع الضرر دون خطأ من أحد فمن الذي يجب عليه أن يتحمل هذا الضرر؟ أيتحملة المضرور وهو الذي خضع لتبعية لم يكن له يد في إيجادها، وليس هو الذي يفيد منها، أم يتحملة محدث الضرر وهو الذي أوجد التبعة، وهو الذي يفيد منها: لا شك أن المنطق والعدالة يقضيان أن يتحمل صاحب العمل الضار، الأضرار التي تنتج من عمله بأن يدفع تعويضاً لمن أصابه ضرر، وبعبارة أخرى يجب أن نقرر قاعدة هامة وهي: «أن من يعمل فعليه مخاطر عمله»^(٤).

(١) انظر: Salettes Raymond «Les accidents de Travail et La responsabilite Civile» These, Paris. 1847 no. 27. P.4.

Louis Losserand. De la responsabilite de fait des Choses inanimées» These, Paris, 1897 P. 95-96.

Salcilles, op. cit. no. 22. P. 35.

(٢) انظر:

Josserand. op. cit. P. 50.

(٣) انظر:

(٤) وقال في ص ٧٥ أيضاً: إن النظرية تقوم على ثلاثة أسس، هي: أولاً: إن المدعى =

وقد حدد الأستاذ الدكتور السنهوري رحمه الله نطاق هذه النظرية بـ «العمل كثير الأخطار، كبير المنفعة، يسهل التأمين في شأنه»^(١)، كما لخصها الأستاذ الدكتور محمد لبيب شنب في مبدأين أساسيين هما. أولاً: أن الخطأ ليس بلازم لتحقيق المسؤولية عن الأشياء، وثانياً: أن الشخص المسؤول هو من أنشأ احتمال حصول الضرر باستعماله لأشياء خطيرة، وهذه هي المخاطر المستحدثة، أو الشخص الذي ينتفع من استعمال الشيء، وهذه هي مخاطر الانتفاع^(٢).

وأياً كانت المبررات التي قامت على أساسها نظرية تحمل التبعة، إلا أن القضاء الفرنسي لم يأخذ بها، بل استقر على الأخذ بفكرة الخطأ المفترض، ووسع من دائرة الأشياء التي تقوم على هذا الأساس، فبعد أن كان الخطأ المفترض مقصوراً على الأشياء المنقولة، وسع القضاء دائرته حتى أصبح يشمل كل الأشياء منقولة كانت أو غير منقولة متحركة بقوتها الذاتية أو محرقة بيد الإنسان خطيرة أو غير خطيرة، وأصبح حارس الأشياء وفقاً لهذا التوسع لا يستطيع أن يدفع عن نفسه المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي أو خطأ المضرور أو خطأ الغير^(٣).

بالتعميـض لا يلزم بإثبات خطأ المالك. وثانياً: إن المالك لا يستطيع التخلص من المسؤولية عن الضرر الذي وقع بإثبات أنه لم يرتكب أي خطأ أو إهمال. وثالثاً: إن المسؤولية التي تقع على المال بعيدة كل البعد عن أي مفهوم للخطأ، فهي مسؤولية يقرها القانون نفسه. انظر: Saleilles. op. Cit. no. 4. p.5. و د. عبد السلام ذهني: المسؤولية المدنية للأفراد، المحاماة، س ٣، العدد ٩، ص ٣٧٦، سابق. و د. وديع فرج: الاتجاهات الحديثة في العقد والمسؤولية الخطيئة، مجلة القانون والاقتصاد، س ١٥، العدد ١ - ٢، ص ١٢٢، سابق. و د. محمد عبد القادر الحاج: مسؤولية المنتج والموزع، ص ٢٠٨، سابق.

(١) انظر: الوسيط، ج ٢، ف ٥٢٠، ص ١٠٦٩، سابق.

(٢) انظر: رسالته «المسؤولية عن الأشياء»، ف ٢٥٥ - ٢٨٢، سابق.

(٣) انظر: د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط، ج ٢، ف ٧٢٣، ص ١٥١٨، سابق. والأستاذ =

أما في مصر فإن القانون المدني القديم^(١)، لم يتضمن نصاً يقابل المادة (١/١٣٨٤) مما جعل الأساس الذي تبنى عليه مسؤولية حارس الأشياء غير مستقر، فطائفة من الأحكام كانت تقيم هذه المسؤولية على أساس الخطأ واجب الإثبات^(٢)، وأخرى على أساس الخطأ المفترض^(٣)، والبعض منها على أساس المسؤولية العقدية^(٤) وبعضها الآخر على أساس تحمل التبعية^(٥) أو قواعد العدالة^(٦).

= مصطفى مرعي: المسؤولية المدنية، ف ٢٦٥، ص ٢٥٦، سابق. ومحمد نصر رفاعي: الضرر كأساس للمسؤولية المدنية في المجتمع المعاصر، ف ٥٥، ص ١٠٦، سابق.
Schmidt. Faute civile et faute penale. op: cit. p. 80.

- (١) الملغى.
- (٢) المحاماة، أكتوبر ١٩٣٣م، س ١٥، العدد ١٠، رقم ٣٣٧، ص ٤٢٢. ونفس المعنى: المحاماة، أبريل ١٩٣٧م، س ١٨، العدد الأول، رقم ٢٥، ص ٥٥، جاء فيه: «ليس في التشريع المصري ما يوجب مسؤولية صاحب المصنع عن الأضرار التي تحصل للعمال أثناء قيامهم بعملهم وبسببه طالما أنه لم يحصل أي خطأ من صاحب المصنع».
- (٣) المحاماة، يونيو ١٩٢٤م، س ٥، العدد رقم ١٧٢، ص ١٧٣. ونفس المعنى: المحاماة، ١٩٢٨م، س ٩، العددان ١ - ٢، رقم ٩٩، ص ١٣٣. والمحاماة، ١٩٣٣م، س ١٣، العدد ٧، رقم ٤٧١، ص ٩٤٥.
- (٤) محكمة اللبان الجزائرية، فبراير ١٩٢٤م. المحاماة، س ٤، العدد ٧، رقم ٥٠٤، ص ١٦٨، جاء فيه: «إن صاحب العمل مسؤول عن الحوادث والمخاطر التي يستهدف لها الصانع بسبب أدائه لعمله». وإن أساس هذه المسؤولية هو عقد الاتفاق القائم بين صاحب العمل والصانع». ونفس المعنى: المحاماة، س ١٦، يناير ١٩٣٦م، العددان ٩، ١٠، رقم ٤٠٨، ص ٨٩٢.
- (٥) محكمة استئناف مصر الأهلية، إبريل ١٩٢٧. المحاماة، س ٧، العدد رقم ٥٠٠، ص ٨٧٥. والمحاماة، س ١٥، مايو ١٩٣٤م، العدد ٥، رقم ١٥٦، ص ٣٢٦.
- (٦) المحاماة، س ١٤ ديسمبر ١٩٢٣، العدد ٧، رقم ٣٥٨، ص ٤٩٥.

وجماع القول: أن القضاء المصري في ظل قانونه القديم كان يتشدد في إلزام من يكون الشيء في حراسته باليقظة والانتباه، ويستخلص الخطأ من الواقع، ثم يتساهل إلى حد كبير في تخفيف عبء الإثبات على المصاب، وسبب ذلك عدم وجود النص القانوني الذي يساعد القضاء على وضع أساس حاسم لمسؤولية حارس الأشياء^(١) حتى جاء القانون المدني المصري الجديد ومثله القانون المدني اليمني وأفصحاً بوضوح عن الأساس الذي تبنى عليه مسؤولية حارس الأشياء كما في الفقرة الآتية:

١٤٧ - النصوص القانونية وتحليلها: أفصح القانون المدني المصري واليمني عن الأساس الذي تبنى عليه مسؤولية حارس الأشياء، فنصت المادة (١٧٨) مدني مصري والمادة (٣٢١) مدني يمني على أن: «كل من تولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة، وفي القانون اليمني «حائز الشيء الذي يتطلب عناية خاصة أو حراسة كالألات الميكانيكية يكون مسؤولاً عما يحدثه هذا الشيء من الضرر على الغير، ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه. مع مراعاة ما يرد في ذلك من أحكام خاصة في القوانين والقرارات واللوائح»^(٢).

ويتبين من النصوص السابقة أنها انتهجت نهجاً معتدلاً بدليل أنها لم تأخذ بنظرية تحمل التبعية أساساً لمسؤولية حارس الأشياء كما أنها لم تذهب أيضاً إلى المدى الذي استقر عليه القضاء الفرنسي من تعميم مسؤولية حارس الأشياء على

(١) د. حشمت أبوستيت: نظرية الالتزام في القانون المدني، الطبعة الأولى، ف ٥٢٦، ص ٣٨٠، سابق. ود. محمد لبيب شنب: رسالته «المسؤولية عن الأشياء»، ف ٣٠، ص ٣٩، سابق. ود. محمد إبراهيم دسوقي: رسالته «تقدير التعويض بين الخطأ والضرر»، ف ١٣٠، ص ٢٥٤، سابق.

(٢) انظر: مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ٤٣٤/٢. والجريدة الرسمية اليمنية، ملحق العدد الرابع، ١٩٧٧م، س ١٤، ص ١٦.

كل شيء جامد^(١) وإنما قصرت مسؤوليته على الآلات الميكانيكية وعلى الأشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة وأقامتها على أساس الخطأ المفترض^(٢).

وقد أفصح المشرع عن قصده من افتراض الخطأ فقال: «ليس من العدل في شيء... أن يلقي عبء الإثبات على المضرور في حادث من حوادث السيارات، إذ يغلب أن يمتنع عليه عملاً أن يتبين كيفية وقوع الحادث، وليس من شك في أن سائق السيارة أقدر من غيره على تعليل وقوع الحادث ولهذه العلة اختار المشرع فكرة الخطأ المفروض^(٣)».

وانطلاقاً من هذا المفهوم نصل إلى القول بأن الخطأ المفترض لا يقوم على أساس تبعة الملك في حد ذاتها وإنما يقوم على أساس الخطأ في حراسة الشيء، ومن هنا يثور السؤال عن فعل الشيء الذي يسأل عنه الحارس؟.

١٤٨ - فعل الشيء الذي يسأل عنه الحارس: اختلف الفقهاء في طبيعة فعل الشيء الجماد، أيعتبر الضرر الذي أحدثه الشيء الجماد من فعل الشيء ذاته أم من فعل الإنسان؟ فإن قيل بأن الفعل الضار مرده فعل الشيء ذاته أي بحركته الذاتية فإن الحارس يسأل بناءً على الخطأ المفترض بجانبه، وإن قيل بأن الفعل الضار الذي أحدثه الجماد هو من فعل الإنسان فعلى المضرور إثبات خطأ

(١) انظر: آنفاً، ف ١١٧.

(٢) انظر: د. سليمان مرقس: المسؤولية المدنية في التقنين المدني الجديد، بحث منشور بمجلة التشريع والقضاء، السنة الأولى، العدد ١٦، أغسطس ١٩٤٩م، ص ٢٠. و د. جميل الشرقاوي: النظرية العامة للالتزام في قانون الجمهورية العربية اليمنية، الكتاب الأول: مصادر الالتزام، الطبعة الأولى ١٩٨٦م، دار النهضة العربية، القاهرة، ف ١١٩، ص ٥٧٨. و د. محمد نصر رفاعي: رسالته «الضرر كأساس للمسؤولية المدنية في المجتمع المعاصر»، ف ٨٠، ص ١٤٠، سابق.

(٣) انظر: مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ٤٣٥/٢.

الحارس^(١).

وفي تقديرنا أن هذه التفرقة محل نظر ولا يعول عليها، بدليل أن ما استحدثه الإنسان من الأشياء والآلات إنما هو تجميع من جزئيات المادة، والمادة أصلاً وحقيقة لا روح لها ولا إرادة، وإنما هي مسخرة بيد الإنسان الذي استخلفه الله في الأرض فقال تعالى: ﴿هو الذي جعلكم خلائف في الأرض...﴾^(٢)، وقال تعالى: ﴿الم تر أن الله سخر لكم ما في الأرض...﴾^(٣)، وقال تعالى: ﴿ولقد مكناكم في الأرض وجعلنا لكم فيها معاش قليلاً ما تشكرون﴾^(٤)، وقال تعالى: ﴿ثم جعلناكم خلائف في الأرض من بعدهم لننظر كيف تعملون﴾^(٥).

والنتيجة المترتبة على تسخير كل ما في الأرض لسيطرة الإنسان، أن كل ما استحدثه الإنسان من الأشياء والآلات إنما هي أداة بيده وفعلها مضاف إليه، ونضع على سبيل المثال في عصرنا الحديث، الطائرات، والسيارات، والسفن، والمصاعد الكهربائية، والدراجات، والأقمار الصناعية، والمحطات الفضائية، وإبر الخياطة، وشفرة الحلاقة، وعود الثقاب كل هذه الأشياء وأمثالها ركبها الإنسان من جزئيات المادة وبيده السلطة والسيطرة عليها وحركتها الذاتية مضافة إليه.

(١) انظر في ذلك: د. محمد نصر رفاعي: رسالته «الضرر كأساس للمسؤولية المدنية»، ف ٣٩، ص ٩٠، سابق. و د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل: الإعفاء من المسؤولية المدنية عن حوادث السيارات، دراسة تحليلية لنظرية السبب الأجنبي في الفقه والقضاء المصري والفرنسي، رسالة من جامعة عين شمس، ف ٢٨٩، ص ٢٤٤. د. سهير منتصر: تحديد مدلول الحراسة في المسؤولية عن الأشياء، رسالة من عين شمس، ص ٥٠، سابق.

. Vtmont. op. cit. P.41

(٢) سورة فاطر: الآية ٣٩.

(٣) سورة الحج: الآية ٦٥.

(٤) سورة الأعراف: الآية ١٠.

(٥) سورة يونس: الآية ١٤.

وعلى ذلك فلو أطلقت إحدى المحطات الفضائية قمراً صناعياً فارتفع في الفضاء ثم سقط إلى الأرض فقتل إنساناً، فإن المحطة التي أطلقتها تعتبر مسؤولة عن التعويض لأن فعله مضاف إليها ولا يمكن للمحطة التنصل من المسؤولية بالقول بأنه أفلتت عن السيطرة، أو أن سقوطه كان نتيجة خلل في حركته الذاتية، وسبب ذلك أن فعله مضاف إليها.

ويقرب مما ذكرنا قول الفقهاء: لو سار سائق السيارة مسرعاً أكثر مما يجب فإذا بریح عاصف اقتلع شجرة ورمها في عرض الطريق أمام السيارة فانقلبت السيارة على أحد العابرة فأصابته كان المدعى عليه مسؤولاً عن التعويض الكامل^(١).

وفي الفقه الإسلامي نجد أن إضافة فعل الشيء إلى الشخص المباشر تحكّمها قاعدة معروفة هي قولهم: «المباشر»^(٢)، ضامن تعدى أو لم

(١) انظر: د. السنهوري: الوسيط، ج ٢، ف ٦٧، ص ١٢٠٧، سابق. ود. عبد الرشيد مأمون: علاقة السببية في المسؤولية المدنية، ص ٣١، هـ ١، سابق. ود. محمد شكري سرور: «مشكلة تعويض الضرر الذي يسببه شخص غير محدد من بين مجموعات من الأشخاص»، ط ١٩٨٣م، دار الفكر العربي، ف ٧٥، ص ٩٥. ود. محمد ناجي ياقوت: «التعويض عن فقد توقع الحياة»، ط ١٩٨٠م، المطبعة العربية الحديثة، القاهرة، ف ٦٩، ص ٩١. ود. يونس العزاوي: «مشكلة المسؤولية الجنائية الشخصية»، رسالة دكتوراه من جامعة (تنسي) بأمريكا، ١٩٦٧م، مطبعة شفيق، بغداد، ١٩٧٠م، ص ٤٠، ٤١. ود. محمد نصر رفاعي، رسالته «الضرر كأساس للمسؤولية المدنية...»، ف ٢١١، ص ٢٩٣، سابق، حيث أورد عن المادة (٥١٩) من المجموعة الرسمية عن المسؤولية التقصيرية التي نُشرت عام ١٩٣٨م، تحت رعاية معهد القانون الأمريكي قولها: «كل امرئ يمارس نشاطاً محفوفاً بخطر غير عادي يكون مسؤولاً عن الضرر الذي يلحق شخص الغير أو عقاره أو منقولاته... حتى ولو كان قد بذل أقصى عناية لمنع الضرر».

(٢) قال الحموي في غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر، ج ١، قاعدة ١٩، ص ٤٦٦: «حد المباشر أن يحصل التلف بفعله من غير أن يتخلل بين فعله والتلف فعل مختار».

يتعد^(١) وعلة الضمان: غلبة الشخص على الشيء وسيطرته عليه، ونوضح وجهة نظر الفقه الإسلامي في طبيعة إضافة فعل الشيء إلى الحارس بالمثال التالي:

إذا اصطدم الراكبان فماتت الدابتان أو إحداهما، فقد اتفق الفقهاء في إيجاب الضمان على كل من الراكبين للآخر من حيث المبدأ، واختلفوا في تقديره، فذهب بعض الحنابلة والإمام أبو حنيفة^(٢)، والمالكية، والزيدية، إلى أنه يجب على كل واحد قيمة دابة الآخر وما تلف له^(٣).

وذهب البعض الآخر وهم الشافعية والإمامية، وزفر^(٤) إلى أنه يجب على كل واحد منهما نصف قيمة دابة الآخر وما تلف له، والحجة في الضمانات المتقابلة هو قولهم: إن التلف حصل بفعلهما معاً فكان عليهما الضمان، كذلك لو اصطدمت

(١) انظر: مجمع الضمانات للبغدادي، ص ١٦٥، سابق.

(٢) هو أبو حنيفة: النعمان بن ثابت بن زوطي الكوفي، إمام المذهب الحنفي، أصله من فارس، وُلد بالكوفة سنة ٨٠هـ، كان في أول أمره تاجراً يبيع الخز ويطلب العلم منذ صباه، ثم انقطع للتدريس والإفتاء، أمر به أبو جعفر المنصور فنقل إلى بغداد، وأراده على ولاية القضاء فأبى فضربه وزوجه في السجن، ثم أخرج من السجن على أن يلزم الباب، وقد زاده ذلك شهرة، كان مع وفرة علمه متواضعاً، توفي ببغداد سنة ١٥٠هـ، وقيل سنة ١٥٣هـ، والصحيح الأول، من مؤلفاته: كتاب «الفقه الأكبر» و«المستند في الحديث». انظر: الفكر السامي للشعالبي، ١١٩/٢. والإمام أبو زهرة: أبو حنيفة حياته وعصره، دار الفكر، ف ٤٠، ص ٤٩.

(٣) انظر: المغني مع الشرح الكبير لابن قدامة، ٣٥٩/١٠، سابق. والبحر الزخار للإمام أحمد بن يحيى المرتضى، ٢٤٨/٦، سابق. ومجمع الضمانات للبغدادي، ص ١٦٥. والشرح الصغير للدردير، مطبوع مع بلغة السالك، ٣٨٢/٣، سابق.

(٤) هو أبو الهذيل: زفر بن الهذيل بن قيس الكوفي، من أئمة الأحناف، وُلد سنة ١١٠هـ، وكان من أكثر أصحاب أبي حنيفة أخذاً بالقياس، توفي سنة ١٥٨هـ. انظر: الفكر السامي، ٢١٠/٢.

سفينتان بتفريط الملاحين ففرقتا أو انكسرتا وتلف ما بهما من أموال، فلكل منهما على صاحبه نصف قيمة ما أتلفه صاحبه، لأن كل ملاح حاكم على سفينته وفعالها منسوب إليه^(١).

ويستفاد مما أوردناه أن فعل الآلات الميكانيكية أو الأشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة إنما تضاف أفعالها حقيقة إلى الحارس، ويعضد هذا النظر أن المادة (١٧٨) مدني مصري، وكذا المادة (٣٢١) مدني يمني، لا يشترط فيهما لقيام مسؤولية الحارس إلا التدخل الإيجابي الذي لولاه لما حصل الضرر^(٢).

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية في قضية تتلخص وقائعها: في أن الطاعن... وآخرين أقاموا الدعوى رقم ١٠٣٤٦ كلي جنوب القاهرة ضد حارس السيارة، وشركة التأمين قالوا فيها: إن زمام السيارة رقم... انفلت من يد قائدها فانحرف إلى حيث دهم مورثهم وأرداه قتيلاً وطلبوا تعويضهم بمبلغ عشرة آلاف جنيه، قضت محكمة جناح بنها ببراءة المتهم ورفض الدعوى المدنية، وقضت محكمة الدرجة الأولى بعدم جواز نظر الدعوى... استأنف الطاعنون هذا الحكم وقضت محكمة الاستئناف بإلغاء الحكم وبعدم قبول الدعوى... طعن الطاعنون في هذا الحكم بطريق النقض وبعد مناقشة أسباب الطعن قالت المحكمة:

«إذا كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض الدعوى قبل الحارس، وبعدم قبول الدعوى قبل الشركة المطعون ضدها على اعتبار أن أوراق الدعوى قد خلت من الدليل على أن السيارة المؤمن عليها كانت أداة الحادث، ورتب على

(١) انظر: الوجيز للإمام الغزالي، ١٥١/٢، سابق. شرائع الإسلام للمحلى، ٢٥٥/٤. ومجمع الأنهر لداماد أفندي، ٦٦١/٢، سابق. ومجلة الأحكام العدلية، مادة ٩٣٦، ص ١٨٢، سابق.

(٢) د. محمد لبيب شنب: رسالته «المسؤولية عن الأشياء»، ف ١٢٣، ص ١٤٥، سابق. د. أحمد حشمت أبو ستيت: نظرية الالتزام، ف ٥٥٨، ص ٥١٥، سابق.

ذلك عدم مسؤولية حارسها، فإن النعي عليه يكون على غير أساس مما يتعين معه رفض الطعن وإلزام الطاعنين بالمصروفات^(١).

وإذا كان الحارس هو المسؤول متى تدخل الشيء إيجابياً في إحداث الضرر فما هو الأساس الذي تبنى عليه مسؤوليته؟.

١٤٩ - أساس مسؤولية حارس الأشياء: متى أثبت المضرور أن المدعى عليه هو حارس الشيء، وأن الضرر الذي أصابه قد حصل بفعل إيجابي لشيء من الأشياء التي تستلزم حراستها عناية خاصة أو آلات ميكانيكية، افترضت مسؤولية الحارس على أساس الخطأ المفترض، الذي لا يستطيع الحارس أن ينفيه عن نفسه إلا إذا أثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه^(٢).

وقيام مسؤولية الحارس على أساس الخطأ المفترض هو الأمر الذي أفصحت عنه مذكرة المشروع التمهيدي في حكم المادة (٢٤٧) المقابلة للمادة (١٧٨) مدني مصري بقولها: «... فالمسؤولية عن الأشياء لا تزال في أحكام المشروع مسؤولية ذاتية أو شخصية أساسها خطأ مفترض»^(٣) وكذلك المذكرة الإيضاحية للقانون المدني اليمني أفادت أن: «حائز الأشياء كالألات الميكانيكية

(١) نقض مدني، جلسة ٢٩/١/١٩٧٥م، طعن رقم ٦١٥، لسنة ٥١ق، لم ينشر.

(٢) انظر: د. أحمد حشمت أبو ستيت: نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد، ف ٥٥٩، ص ٥١٥، سابق. و د. سليمان مرقس: المسؤولية عن الفعل الضار في التقنين المدني الجديد، بحثه المنشور بمجلة التشريع والقضاء، ص ٢٠، سابق. و د. جميل الشرقاوي: دروس في النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول: مصادر الالتزام، المصادر غير الإدارية، ط. دار النهضة العربية، ف ٢٢، ص ٧٢. والأستاذ زكريا مصيلحي عبد اللطيف: مسؤولية الناقل في نقل المجاملة والنقل المجاني، بحث منشور بمجلة إدارة قضايا الحكومة، س ١٨، العدد ٣، يوليو - سبتمبر ١٩٧٢م، ف ٤، ص ٧٠٣.

(٣) انظر: مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ٤٣٦/٢.

مسؤول عما ينشأ عنها من ضرر^(١).

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية: أن المسؤولية المقررة بالمادة (١٧٨) من القانون المدني وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة إنما تقوم على أساس خطأ مفترض وقوعه من حارس الشيء، ولا يعفى من المسؤولية إلا إذا أثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه...^(٢).

ومع ذلك فقد ذهب البعض في الفقه إلى القول: بأن تفسير المادة (١٧٨) مدني مصري لا يتعارض مع القول بأن أساس مسؤولية حارس الأشياء تقوم على تحمل التبعة - وذلك أسوة برأي قديم في الفقه الفرنسي - وحجتهم في ذلك: أن المشرع عندما اختار الحارس ليحمله عبء تعويض الضرر عن الشيء قد راعى أنه هو الذي أنشأ المخاطر باستعماله الشيء، وأنه هو الذي يستفيد من هذا الاستعمال، وأن العدالة تقضي أن يتحمل الحارس الضرر طبقاً لقاعدة الغرم بالغنم^(٣).

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني اليمني، الكتاب الثاني، الصادر عن مجلس الشعب، ص ١٢٠.

(٢) انظر: مجموعة أحكام النقض مدني، المكتب الفني، س ١٤، جلسة ١٢ ديسمبر ١٩٦٣م، طعن رقم ١٧، لسنة ٢٩ق، رقم ١٦٥، ص ١١٦٥. ومجموعة أحكام النقض مدني، س ١٦، جلسة ٢٥، مارس ١٩٦٥م، طعن رقم ٢٨٥، لسنة ٢٠ق، رقم ٦٣، ص ٣٩٦. ومجموعة أحكام النقض مدني، س ٢٥، جلسة ٣١، ديسمبر ١٩٧٤م، طعن رقم ٥٤٣، لسنة ٣٩ق، رقم ٢١٣، ص ١٥٥٧. ونقض مدني، جلسة ٢٩/١/١٩٨٥م، طعن رقم ٦٦٥، لسنة ٥١ق، لم ينشر.

(٣) الأستاذ عبد السلام ذهني: في المسؤولية المدنية للأفراد، بحثه المنشور في المحاماة، س ٣، العدد ٩، ص ٣٨٥، سابق. ود. محمد لبيب شنب: رسالته «المسؤولية عن الأشياء»، ف ٢٦٧، ص ٢٩٢، سابق. وبشرى جندي: تحمل التبعة في المسؤولية غير المقدية، مجلة إدارة قضايا الحكومة، س ١٣، سنة ١٩٦٩م، العدد ٣، ف ٨٨، =

ولم يسلم جمهور الفقه بهذا النظر وإنما قالوا: إن المسؤولية عن الأشياء أو الحيوان أو البناء لا يصح تأسيسها على نظرية تحمل التبعة وإلا لكان المسؤول هو المنتفع بالشيء لا الحارس، ولما جاز دفع المسؤولية بإثبات السبب الأجنبي^(١).

ويظهر أن محل الخلاف بين القائلين بنظرية تحمل التبعة، والقائلين بالخطأ المفترض دقيق جداً، ويتحصل في مسألة الأسناد هل يتحمل مسؤولية الشيء من له غنمه. أو الحارس الذي له السيطرة الفعلية، فإن قلنا بنظرية تحمل التبعة أوجبنا التعويض على المالك حتى ولو لم يكن حارساً، وسيترتب على ذلك أن السارق لا يعتبر مسؤولاً لأنه ليس بمالك وهذا غير مستساغ، وإن قلنا بأن الحارس هو المسؤول، ارتبط الإسناد بالحراسة وهذا هو مقتضى النصوص، قالت المادة (١٧٨) مدني مصري «كل من تولى حراسة أشياء» وقالت المادة (٣٢١) مدني يعني «حائز الشيء مسؤول...»، ولو كان الأسناد مرتبطاً بالمالك لقال الشارع في الأولى: كل من ملك أشياء... ولقال في الثانية: مالك الشيء... وحيث إن يتعذر وفقاً للنصوص - إسناد الفعل الضار إلى المالك، ويثبت إسناده إلى الحارس، مالكاً كان أو غير مالك، وسواء كانت الحيازة مشروعة أم غير مشروعة.

= ص ٥٨٧. وإبراهيم طه الفياض: «مسؤولية الإدارة عن أعمال موظفيها في العراق»، رسالة دكتوراه من جامعة القاهرة، ١٩٧٣م، دار النهضة العربية، ص ٦١٦. و د. محمد نصر رفاعي: الضرر كأساس للمسؤولية المدنية، رسالة دكتوراه من جامعة عين شمس، ف ٩٥، ص ١٦٢، سابق.

(١) انظر: د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط، ج ٢، ف ٣٧٣، ص ١٥٤، سابق. و د. أحمد حشمت أبو ستيت: نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد، الكتاب الأول، ف ٥٣٨، ص ٤٩٦، وف ٥٤٦، ص ٥٠٢، وف ٥٦٠، ص ٥١٧، سابق. و د. توفيق حسن فرج: النظرية العامة للالتزام، ص ٤٢٦، سابق. و د. عبد الحي حجازي: النظرية العامة للالتزام ٥٦٧/٢، سابق.

ومن ثم فلا مساغ للقول: بأن مسؤولية الحارس تقوم على أساس تحمل التبعة، خاصة وأن الأعمال التحضيرية قد أفصحت عن قصد المشرع بالقول: بأن المسؤولية عن الأشياء أساسها خطأ مفترض لا يقبل إثبات العكس إلا بالسبب الأجنبي^(١)، وهو ما يأخذ به القضاء حديثاً ومثالي ذلك:

جاء في الدعوى رقم ٢٤٧٤ كلي جنوب القاهرة: أن سائق صندل تابع للطاعن - شركة النيل العامة للنقل المائي - قد تسبب في اصطدام القارب، ونتج عنه وفاة مورث المطعمون ضدهم، وطلبوا تعويضهم بمبلغ عشرة آلاف جنيه. . استأنفت الطاعنة هذا الحكم وأوضحت في استئنافها أن مورث المطعمون ضدهم هو الذي أخطأ بعبوره بالقارب في المجرى المائي الخاص بالصندل. . إلا أن محكمة الاستئناف لم تمحص هذا الدفاع وإنما قضت بتأييد الحكم المستأنف. . طعنت الطاعنة على الحكم بالنقض وبعد مناقشة الأسباب قالت محكمة النقض:

«لئن كانت مسؤولية حارس الأشياء طبقاً لنص المادة (١٧٨) تقوم على خطأ مفترض في جانبه افتراضاً لا يقبل إثبات العكس إلا أنه يستطيع دفع مسؤوليته بنفي علاقة السببية بين فعل الشيء والضرر الذي وقع. . ولما كان الثابت بالأوراق أن مورث المطعمون ضدهم هو الذي عبر بالقارب في المجرى الخاص بالصندل قبل التحقق من خلوه. . وحينما لم تمحص محكمة الاستئناف هذا الدفاع فإن حكمها يكون مشوباً بالقصور في التسبب مما يستوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث باقي أسباب الطعن^(٢)».

وهو ما يؤكد أن قرينة الافتراض لا تنتفي عن الحارس إلا بإثبات السبب

(١) انظر: مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني الجديد، ٤٣٦/٢، سابق.

(٢) نقض مدني: الدائرة المدنية والتجارية، جلسة ١٩٨٦/٦/٢٥م، طعن رقم ١٩٥٥، لسنة ٥٢ق، لم ينشر.

الأجنبي أياً كان قوة قاهرة، أو خطأ الغير^(١)، أو خطأ المضرور نفسه، فإن لم يستطع الحارس إثبات السبب الأجنبي فلا مناص له من أداء التعويض^(٢).

ومن وجهة نظر أخرى فقد عالج الفقه الحديث هذا الأساس من خلال المقابلة بين التزام المدين بتحقيق نتيجة في إطار العلاقات التعاقدية، والتزام حارس الأشياء في إطار العلاقات التقصيرية، فقال الأستاذ الدكتور محمد علي عمران: «... فمتى تسبب شيء من الأشياء - المعنية في المادة (١٧٨) مدني مصري - في إحداث ضرر افترضت مسؤولية حارسه ولا يستطيع التخلص من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي... ويكاد أن يكون التزام الحارس هنا هو بذاته التزام المدين في الحالة التي يكون فيها ملتزماً بتحقيق نتيجة في نطاق المسؤولية العقدية^(٣)».

وهذا الاتجاه المتمثل في تأسيس مسؤولية حارس الأشياء على أساس

(١) نقض مدني: الدائرة المدنية والتجارية، جلسة ١٠/٢٢/١٩٨٧م، طعن رقم ١٣٨، لسنة ٥٤ق، لم ينشر. وقد جاء فيه: «من المقرر أن خطأ الغير الذي يعفي الطاعن من المسؤولية إعفاءً كاملاً هو ألا يكون في مقدوره توقعه أو تفاديه وأن يكون هو السبب الوحيد في إحداث الضرر».

(٢) نقض مدني، جلسة ١٥/١/١٩٨٤م، طعن رقم ٢٢٦، لسنة ٥٠ق، لم ينشر. سبق لإيراد منطوقة آنفاً، ف ١٩٩. ونفس المعنى: نقض مدني، جلسة ٦/٣/١٩٨٦م، طعن رقم ١٣٥١، لسنة ٥٢ق، لم ينشر. ونقض مدني، جلسة ١٩/٦/١٩٨٦م، طعن رقم ٩٠٢، لسنة ٥١ق، لم ينشر. ونقض مدني، جلسة ١٣/١/١٩٨٧م، طعن رقم ١٢٧١، لسنة ٥٣ق، لم ينشر. وقد جاء فيه: «من المقرر أنه لا يوجد في القانون ما يمنع من أن تتحقق مسؤولية مالك السيارة وفقاً لنظامي مسؤولية المتبوع والمسؤولية الشينية... ومن ثم يسأل كمتبوع عن أخطاء تابعه فضلاً عن مسؤوليته كحارس...».

(٣) الالتزام بضمان السلامة، ص ١٩٠، سابق. ود. محمود جمال الدين زكي: الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، ف ٣١٩، ص ٦٨٦، سابق.

افتراض المسؤولية هو الاتجاه الذي نميل إليه، لأنه يحقق الهدف الذي يقصده أنصار نظرية تحمل التبعة من حيث رفع عبء الإثبات عن المضرور، علاوة على اتفاهه مع قصد المشرع من حيث استخلاص الأساس من روح النصوص، ولا شك أن الاستناد في تأسيس مسؤولية الحارس إلى قصد المشرع أكفل لتحقيق العدالة من تفسير النصوص بما لا تحتمله خاصة وأن بناء مسؤولية الحارس على افتراض المسؤولية يكفل للمضرور حقه في التعويض دون أن يكلف بعبء الإثبات، وأن الحارس لا يستطيع التخلص من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي قوة قاهرة أو خطأ المضرور أو خطأ الغير.

١٥٠ - في الفقه الإسلامي: سبق أن بينا أن المسؤول عن الشيء في الفقه الإسلامي هو من له اليد عليه «أي الحارس» كما في فقه القانون المدني^(١)، ولكن السؤال الذي يتطلب الإجابة هو: ما هي الأدلة والقواعد التي تفيد افتراض مسؤولية الحارس عن الأشياء عند حصول الضرر حتى ولو لم يخطيء، أي على تقدير أنه فرط؟.

للإجابة على هذا التساؤل يمكن القول: بأن الباحث المدقق يستطيع أن يستنبط من مجموع الأدلة، والأمثلة التطبيقية مبدأ عاماً يفترض معه مسؤولية الحارس عن كل شيء خطر بطبيعته أو بظروفه وملابساته «بجامع علة الخطورة» بمجرد حصول الضرر، ودون أن يكلف المضرور بعبء إثبات خطأ الحارس، وها هي الأدلة. والأمثلة التطبيقية:

١٥١ - الأدلة والتطبيقات: من الأدلة التي توجب على حارس الأشياء بذل عناية خاصة لخطورة الشيء ما رواه البخاري بسند متصل إلى أبي بردة عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال: «من مر في شيء من مساجدنا أو أسواقنا ببئيل

(١) انظر: آنفأ، ف ٨٤.

فليأخذ على نصالها لا يعقر بكفه مسلماً»^(١).

وفي رواية أخرى عن جابر بن عبد الله: «أن رجلاً مر في المسجد ومعه سهام فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: «أمسك بنصالها»^(٢)، وعن جابر أيضاً: أن الرسول صلى الله عليه وآله وسلم - مر بقوم في مجلس يسلون سيفاً يتعاطونه بينهم غير مغمود فقال: «ألم أزجر عن هذا فإذا سل أحدكم السيف فليغمده ثم ليعطه أخاه»^(٣)، وقد أورد البخاري في شرح الحديث وتخريجه إفادته بالأمر حتى لا يخذس مسلماً»^(٤).

ويدخل في تقديرنا تحت عموم الأمر بالحفظ كل شيء خطر بجامع علة الخطورة، فإن حصل ضرر من الشيء الخطر كان قرينة على عدم الحفظ المأمور به ويكون على الحارس الضمان «ودليلنا على هذا التخريج ما أجمع عليه علماء الأصول من أن «العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب»^(٥).

ومن هذا المفهوم فلا مانع أن نقيس على السهم كل شيء خطر لذاته كالألات الميكانيكية، والقياس أولى لما بها من محرك ذاتي، ومثلها جميع أنواع المتفجرات والسموم وكل ما يعتبر خطراً بظروفه وملابساته، يجب على حارسه

(١) انظر: فتح الباري بشرح صحيح البخاري لابن حجر العسقلاني، ١/٤٣٤، سابق.

(٢) فتح الباري، المرجع السابق، ١/٤٣٣، سابق.

(٣) فتح الباري، المرجع السابق، ١/٤٣٣، سابق.

(٤) فتح الباري بشرح صحيح البخاري للعسقلاني، ١/٤٣٤، سابق.

(٥) الإمام أبو زهرة: أصول الفقه، ف ١٦٢، ص ١٢٠، سابق. وفضيلة الشيخ محمد زكريا

البرديسي: أصول الفقه، ص ٤٠٠، سابق. ونفس المعنى: القواعد في الفقه الإسلامي

لابن رجب، قاعدة ٨٩، ص ٢٠٥، وفيها إيجاب الضمان على من نصب منجلاً للصيد

فوقع فيه حيوان مضمون، أي على صاحب المنجل الضمان. د. عبد المجيد مطلوب:

أصول الفقه الإسلامي، ص ٣١٢، سابق.

للمحافظة عليه بذل عناية خاصة وذلك حسب المعنى المستفاد من الوقائع التي دلت عليها الأحاديث النبوية الشريفة.

وإذا كانت الأحاديث السابقة قد ألفت على (حارس النبل والسيف) بذل العناية الخاصة لخطورتهما فإن ما سنورده من الأمثلة يوجب على الحارس الضمان بمجرد وقوع الضرر من الشيء الخطر بجامع علة الخطورة، من هذه الأمثلة قولهم: «لو أصابت العجلة صبياً فكسرت رجله وصاحبها راكب عليها، وقال: كنت نائماً، فعليه أرش الكسرة»^(١).

ومعلوم أن النائم لا إدراك له ومن لا إدراك له ولا تمييز لا ينسب إليه الخطأ، ومع ذلك وجب عليه الضمان، مما يتأدى معه القول بافتراض مسؤوليته.

كذلك: لو انفلت فأس من قصاب كان يكسر العظم فأتلف عضو إنسان فإنه يضمن^(٢)، ومثله الحداد: لو طرق حديداً على حديد محمى فانتزعت منه شرارة من ضربه فوقعت على ثوب رجل يمر في الطريق فأحرقت ثوبه ضمن الحداد^(٣)، كذلك أجمع الفقهاء على أنه: إذا كانت إحدى السفيتين واقفة والأخرى منحدره فلا شيء على الواقفة وعلى السائرة الضمان^(٤).

(١) مجمع الضمانات للبغدادي، ص ١٤٨، سابق.

(٢) مجمع الضمانات للبغدادي، ص ١٧٠، سابق. ومحمد فاروق العكام: رسالته الفعل الموجب للضمان، ص ٣٤٢، سابق.

(٣) مجمع الضمانات للبغدادي، ص ١٦١، سابق. ومحمد فوزي فيض الله: نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام، ف ٢٦٠، ص ١٨٧، سابق.

(٤) انظر: المغني مع الشرح الكبير لابن قدامة، ٣٦٢/١٠، سابق. والبحر الزخار للإمام أحمد بن يحيى المرتضى، ٢٤٨/٦، سابق. ويلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الحلال والحرام للعلامة أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلبي، الطبعة الثانية، ١٩٨٣م - ١٤٠٣هـ، دار الأضواء، بيروت - لبنان، ٢٥٥/٤. ود. محمد رواس قلعجي: موسوعة فقه علي بن أبي طالب، الطبعة الأولى، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م، دار الفكر، دمشق، ص ٤٣٣.

وإذا حللنا الأمثلة السابقة نجد أنها من الأشياء الخطرة التي تحتاج في حراستها إلى بذل عناية خاصة لذاتها أو لملاساتها، ولذلك فقد أوجب الفقهاء الضمان على الحارس بمجرد وقوع الضرر. ومقتضى المسؤولية المبنية على الضمان، أن المضرور لا يكلف بعبء إثبات الخطأ كما أن المسؤول لا يستطيع التخلص من المسؤولية بإثبات أنه لم يخطئ، لأنه مكلف أصلاً بالحفظ وعدم التفريط ومن ثم فلا يستطيع الحارس أن ينفي عن نفسه المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي.

ودليلنا على هذا التخريج قول الفقهاء: إن الاصطدام الذي يحصل بسبب قاهر مثل غلبة العواصف، لا ضمان على أحد^(١) لأنه في معنى القوة القاهرة و«لا يكلف الله نفساً إلا وسعها»^(٢)، وقيل: على صاحب السفينتين الضمان لأنهما كالفرسين غلبهما الفرسان^(٣).

وإذا تتبعنا في الفقه الإسلامي أحوال الضمان المبني على خطورة الشيء نجد أنه لا يقتصر على خطورة الأشياء الجامدة فحسب وإنما يشمل أيضاً كل حيوان خطر وكل ما يمكن من الأشياء الأخرى أن يكون خطراً بملاساته ودليلنا على هذا القول: أن جمهور الفقهاء قد أوجبوا الضمان على حارس الحيوان الخطر عن كل

(١) بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، للصاوي، ٣/٣٨٢، سابق. والمعني مع الشرح الكبير لابن قدامة، ١/٣٦٢، سابق. والمحلى لابن حزم، ج ١٠، مسألة رقم ٢٠٨٧، ص ٥٠٣، سابق. شرائع الإسلام للحلي، ٤/٢٥٥، سابق. محمد فاروق المكام: رسالته: الفعل الموجب للضمان، ص ٣٤٥، سابق. ود محمد فوزي فيض الله: نظرية الضمان، ف ٢٥٩، ص ١٨٧، سابق.

(٢) سورة البقرة: الآية ٢٨٦.

(٣) البحر الزخار للإمام أحمد بن يحيى المرتضى، ٦/٢٤٨، سابق. والروض النضير، شرح مجموعة الفقه الكبير، لشرف الدين الحسين بن أحمد بن الحسين السياغي، مطبعة السعادة بمصر، الطبعة الأولى، ١٣٤٨هـ، ص ٢٩٠.

ما أحدثه من ضرر بالغير ليلاً أو نهاراً فقالوا: إن الهرة إذا كانت معروفة بأكل الطيور وقلب القدور فإن مالكها يضمن ليلاً أو نهاراً، لأن عليه ربطها ليكفي الناس شرها، كما يضمن الحارس من باب أولى جناية الكلب العقور، والفرس الكدوم، والجمل العضوض والثور والكبش النطوح^(١)، ولم يقف توسع الفقهاء في بسط الضمان على حارس الحيوانات والجمادات الخطرة لذاتها، بل وأوجبوا الضمان على الحارس فيما يمكن أن يكون خطراً بملاساته فقالوا: لو ألقى شخص قشور البطيخ أو الموز في الطريق فزلقت به دابة ضمن^(٢).

ويترتب على كل ما سبق من الأمثلة التطبيقية أن المضرور لا يكلف بإثبات خطأ الحارس كما أن الحارس لا يستطيع أن يتخلص من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي، وهو الأمر الذي يتفق مع فكرة التوسع في افتراض خطأ حارس الأشياء في فقه القانون المدني.

خلاصة: بعد العرض والتحليل لما بسطناه عن مسؤولية حارس الأشياء في الفقهين المدني والإسلامي، وجدنا أن فكرة التوسع في افتراض مسؤولية الحارس في فقه القانون المدني تقابل فكرة الضمان التي تبنى عليها مسؤولية الحارس في الفقه الإسلامي حيث لا يكلف المضرور في كلا الفقهين بعبء إثبات خطأ الحارس، ولا يستطيع الحارس التخلص من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي.

(١) المنتزع المختار من الفيت المدرار للعلامة ابن مفتح، ٤/٤٤٠، سابق، ونهاية المحتاج للرملي، ٨/٤٤، سابق. وهاشم معروف الحسين: «المسؤولية الجزائية في الفقه الجعفري»، الطبعة الثانية، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م، دار التعارف للمطبوعات، بيروت، ص ١٨٤. وانظر: آنفاً، ف ١٣٧.

(٢) الشرح الصغير للدردير: مطبوع على بلغة السالك، ٣/٣٧٨، سابق. والمختصر النافع في فقه الإمامية للمحلي، الطبعة الثالثة، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م، دار الأضواء، ص ٣١٩.

وبما أن فكرة افتراض مسؤولية الحارس - أصلاً - مستثناة من القواعد العامة، أوجدها القانون وظهرت تطبيقاتها في الفقه الإسلامي لعله محددة وهي: خطورة الشيء، ومراعاة لجانب المضرور، فإننا نرى عملاً بالأصل العام للمسؤولية المدنية أن على القاضي حينما يقلب وجوه النظر في موضوع النزاع، أن لا يدخر جهداً في استخلاص الخطأ من الوقائع إن أمكنه ذلك، فإن لم يجد، عمد إلى افتراض مسؤولية الحارس وفقاً للقواعد المستثناة، على أن يبين في الحكم علة التوسع وسنده القانوني، وكون الشيء الذي أحدث الضرر من الأشياء الخطرة بذاتها أو بظروفها وملاساتها، هذا إلى جانب ما يستلزمه الحكم من البيانات الموضوعية والشكلية على السواء وذلك من باب الأخذ بالحيطة الكاملة التي تقتضيها قواعد العدالة في التطبيق.

هذا وإذا كان الخطأ سواء أكان واجب الإثبات. أو مفروضاً يقبل إثبات العكس أو لا يقبل، هو الفرض الذي يترتب عليه الحكم، فإن الحكم بالتعويض أو الضمان لا يثبت إلا بعد أن تتكامل بنية أركان المسؤولية المدنية المتمثلة في الضرر وعلاقة السببية وذلك هو ما تتمم به هذا البحث.



القسم الثاني ركن الضرر

١٥٢ - تمهيد: الوجود القانوني للمسؤولية المدنية لا يتحقق إلا بتوافر الخطأ، والضرر، وعلاقة السببية بينهما^(١) ولذلك فقد آثرنا أن نخصص هذا الفصل لبحث أهمية الضرر وجسامة الخطأ في تقدير التعويض، وهي صورة لا تخرج بنا عن نطاق البحث بقدر ما هي حلقة هامة تبرز مدى أهمية تظافر عناصر المسؤولية عند تقدير التعويض.

وإنا لنعلم أن الأصل في تقدير التعويض إنما يتم بقدر الضرر دون زيادة أو نقصان، أي «بمقدار ما أصاب الشخص من الخسارة، وما فاته من الكسب»^(٢). ومع ذلك فإن القانون المدني المصري واليمني قد أوجبا على قاضي الموضوع في بعض الحالات الاستثنائية أن يعتد بالظروف الملازمة في تقدير التعويض ومن بينها جسامة الخطأ كما سيأتي.

(١) د. السنهوري: الوسيط، ج ١، ف ٤٢٥، ص ٨٩١. و د. عبد الرشيد مأمون: «علاقة السببية في المسؤولية المدنية»، ف ٤، ص ٦، سابق.

(٢) الأستاذ عبد العزيز فهمي باشا: «قواعد وآثار فقهية رومانية»، مطبعة جامعة فؤاد الأول، ١٩٤٧م، ف ٤٣، ص ١١٣، جاء فيها: «يكون التعويض بمقدار ما أصاب الشخص من الخسارة وما فاته من الكسب».

وإذا كان ركن الخطأ بمختلف صورته، الواجب الإثبات، أو المفروض، أو الناشء عن الإخلال بالالتزام، يمثل نقطة الارتكاز لقيام المسؤولية المدنية، فإن لركن الضرر وجسامة الخطأ أهميتهما النظرية والعملية في تقدير التعويض، ولذلك فقد قسمنا هذا القسم إلى فصلين.

الفصل الأول: معنى الضرر وأنواعه.

الفصل الثاني: قواعد تقدير التعويض والآثار المترتبة على جسامة الخطأ.

• • •

الفصل الأول تحديد معنى الضرر وأنواعه

١٥٣ - تقسيم: نقسم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول نبحث فيه: المعنى القانوني للضرر، ونخصص المبحث الثاني لتحديد أنواع الضرر وتطبيقاته.

المبحث الأول

المعنى القانوني للضرر

١٥٤ - معنى الضرر في القانون. ١٥٥ - معنى الضرر في الفقه الإسلامي. ١٥٦ - تحليل التعريف. ١٥٧ - الضرر الذي لا يجب على المضرور إثباته.

١٥٤ - معنى الضرر في القانون: أورد علماء القانون لتحديد معنى الضرر عدة معان، فقال عنه البعض بأنه: «الأذى الذي يصيب المضرور في جسمه أو ماله أو شرفه أو عواطفه»^(١) وعبر عنه البعض الآخر بأنه «الأذى الذي يصيب الشخص في

(١) د. السنهوري: الوسيط، ج١، ف٤٤٤، ص٩٢٧، وج٢، ف٥٧٠، ص١١٩٧، سابق. ومصطفى مرعي: المسؤولية المدنية، ف١٢٢، ص١١٨، سابق. د. حشمت

حق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة له سواء كانت المصلحة ذات قيمة مالية أو معنوية»^(١).

ويظهر من هذه التعاريف إحاطتها للضرر المادي الواقع على الجسم أو المال، والضرر الأدبي الواقع على النفس أو الشرف أو الاعتبار وأن كلا الضررين يجب التعويض عنه.

١٥٥ - معنى الضرر في الفقه الإسلامي: الضر في اللغة بالفتح والضم ضد النفع^(٢) أما عند الفقهاء فقد عبروا عنه تارة بالإتلاف، وأخرى بالاستهلاك «وأحياناً بالإفساد» وذلك عند وصفهم للأفعال الموجبة للضمان^(٣)، ويبدو لنا أن هذه الأوصاف وإن دلت على معنى الضرر، إلا أنها غير مقصودة لذات التعريف، وإنما المقصود منها وصف الأفعال الموجبة للضمان.

ويمكن القول حسب علمنا أن أوضح ما قيل في تحديد معنى الضرر هو ما أورده الشيخ أطفيش حيث فسّر الضرر بمعنى الظلم، وفسر الظلم بأنه «نقص حق الإنسان أو نفسه، كما إذا ضربت إنساناً أو أكلت

= أبو ستيت: نظرية الالتزام، الكتاب الأول، ف ٤٥٩، ص ٤٣٥، سابق.

(١) انظر: د. جميل الشوقاوي: دروس النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، ف ١١، ص ٤٤، سابق. والأستاذ حسين عامر: المسؤولية المدنية، ف ٣٢١، ص ٣٠٦، سابق. و د. عبد المحي حجازي: نظرية الالتزام، ص ٤٧٠، سابق.

(٢) أورد علماء اللغة للضرر عدة معان أخذوا من قول الله تعالى: «وإذا مس الإنسان الضر دهانا...» [سورة يونس: الآية ٢١]. فقالوا: إن ما كان سوء حال وفقر أو شدة بدن فهو ضر «بضم الضاد»، وما كان ضدّاً للنفع فهو ضر «بفتح الضاد». انظر: لسان العرب لابن منظور، ٢٥٧٣/٤، مادة ضرر. ومختار الصحاح للرازي، مادة ضرر، ص ٣٧٩.

(٣) انظر: بدائع الصنائع للكاساني، ٢٨٦/٦، سابق. والقواعد في الفقه الإسلامي لابن رجب الحنبلي، ص ٢٠٤. ومجمع الضمانات للبيدادي، ص ١٥٣. والضمان في الفقه الإسلامي للشيخ علي الخفيف، ص ٤٦، و ص ٥٥.

ماله^(١) ويظهر من سياق كلامه أن مراده بالظلم الضرر، بدليل أنه فسر الاعتداء في موضع آخر بأنه: مجاوزة حد الله سواء كان فيها ظلم لأحد أم لا^(٢).

كما عرفه العلامة ابن حجر الهيثمي^(٣). بأنه: «إلحاق مفسدة بالغير مطلقاً»^(٤)، وعرفه فضيلة الشيخ على الخفيف بأنه: «الأذى الذي يصيب الإنسان في نفسه أو ماله أو عرضه أو عاطفته»^(٥)، وهو نفس التعريف الذي أورده فقهاء القانون المدني^(٦).

ويظهر من كل التعاريف السابقة في الفقهين المدني والإسلامي - وإن اختلفت تعبيراتها - فإنها: تشمل الضرر المادي الذي يصيب المال أو الجسم والضرر الأدبي الذي يصيب العاطفة أو الشعور.

وفي تقديرنا أن عدم مشروعية الضرر لا بد وأن تدخل قيداً في التعريف ومن

(١) شرح النيل وشفاء العليل، ٢٩٢/١٦.

(٢) شرح النيل وشفاء العليل، ٢٩٣/١٦. نفس المعنى: مجلة الأحكام العدلية، مادة ٩٢١، ص ١٧٨. والأشباه والنظائر لابن نجيم، ص ٨٥. وغمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر للحموي، ج ١، القاعدة الخامسة، ص ٢٧٤، سابق.

(٣) هو شهاب الدين أبو العباس: أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيثمي الشافعي، وُلد بمحلة أبي الهيثم بمصر سنة ٩٠٩هـ، برع في العلوم، وحج عدة مرات، واستقر نهائياً بمكة واشتغل بالتعليم والتأليف، وكان يُرجع إليه في الفتاوى، من مؤلفاته: «الصواعق المحرقة في الرد على أهل البدع والزندقة»، و«الفتاوى»، توفي سنة ٩٧٣هـ، وقيل ٩٧٤هـ. انظر: الفكر السامي للثعالبي، ١٧٩/٤.

(٤) انظر: فتح المبين لشرح الأربعين للهيثمي، مطبعة دار إحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي، ط ١٣٥٢هـ، ص ٢٣٧. د. مصطفى الزرقاء: المدخل الفقهي العام، ج ٢، ف ٥٨٦، ص ٩٧٧، سابق.

(٥) الضمان في الفقه الإسلامي، ص ٤٦ و ص ٥٥.

(٦) انظر: آنفاً، ف ١٥٤.

ثم يكون الضرر هو: «الأذى غير المشروع الذي يصيب الإنسان في نفسه أو ماله أو شرفه أو عاطفته» ويمكن تحليل هذا التعريف على النحو الآتي:

١٥٦ - تحليل التعريف: نقصد بكلمة الأذى: ذات الضرر المادي أو الأدبي.

ونقصد بقولنا غير المشروع الخ: قيد في التعريف يخرج به الأذى المشروع الذي يصيب المغتصب: كما لو جرح أثناء دفعه عن أخذ المال، أو الاعتداء على العرض، فلا يعتبر الضرر الذي حاق به محلاً للمطالبة بالتعويض، ونظير ذلك الضرر الذي يصيب الزانية من جراء قتل الزاني الذي كان ينفق عليها مقابل معاشرة خبيثة^(١)، ومثل ذلك أيضاً أن تجبر الحكومة محتكر الطعام على البيع - عام المجاعة - بالتسعير الجبري المعقول لحاجة الناس إليه لقول رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: «لا يحتكر إلا خاطيء»^(٢). فإذا ادعى المحتكر الضرر - لعدم تمكنه من بيع الطعام بغبن فاحش - فلا يعتبر محلاً للتعويض لعدم مشروعية المصلحة.

هذا مع ملاحظة أن مبنى الشريعة الإسلامية العدل ﴿إن الله يأمر بالعدل والإحسان﴾^(٣)، ولذلك فإن التسعير الجبري يجب أن يقدر بقدره دون إفراط في حق التاجر. ولا تفريط في حق الرعية المحتاجين.

ومن كل ما سبق نصل إلى القول بأن النظر في التعويض يتوقف حصوله على

(١) بل حكمها في الفقه الإسلامي بعد الإقرار أو الشهود، الرجم حتى الموت إن كانت محصنة، أو مائة جلدة إن كانت بكرأ، لقوله تعالى: ﴿الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ولا تأخذكم بهما رأفة في دين الله إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين﴾ [سورة النور: الآية ٢].

(٢) أخرجه أبو داود بسنده: سنن أبي داود، ج ٣، حديث رقم ٣٤٤٧، ص ٢٧١، سابق.

(٣) سورة النحل: الآية ٩٠.

وجود الضرر المادي أو الأدبي غير المشروع، فإن لم يحصل ضرر، كما لو تأخر أمين النقل في تسليم البضاعة، أو تأخر الراكب عن الوصول في الميعاد، فإن مجرد التأخير اليسير لا يكفي لاستخلاص وجود الضرر ما لم يثبت الدائن أن ضرراً معيناً قد أصابه^(١).

ولبيان وجود الضرر للحكم بالتعويض قالت محكمة النقض: «إن كان يجوز لمحكمة الموضوع أن تقضي بتعويض إجمالي عن جميع الأضرار التي حاقّت بالمضروب إلا أن عليها أن تبين عناصر الضرر الذي قضت من أجله بهذا التعويض، وأن تناقش كل عنصر منها على حدة وتبين وجه أحقية طالب التعويض فيه أو عدم أحقيته^(٢)، والقاعدة أن على المضروب إثبات الضرر الذي أصابه، وقاعدة إثبات الضرر هي الأصل العام لتقدير التعويض لكل مسائل المسؤولية المدنية، إلا ما استثناه القانون المدني المصري بشأن فوائد النقود، فإنه جعل هذه الفوائد مفروضة بقرينة لا تقبل إثبات العكس، ونلمح بصورة وجيزة إلى هذا الاستثناء من منظور أهمية وجود الضرر أو عدم أهميته.

١٥٧ - الضرر الذي لا يجب على المضروب إثباته: رفع القانون المدني

(١) انظر: د. السنهوري: الوسيط، ج ١، ف ٤٤٢، ص ٩٢٥، سابق. وأ. ميلينكوف: «الحقوق الشخصية لأطراف الخصومة المدنية»، ترجمة الدكتور محمد عبد الخالق عمر، بحث ماشور بمجلة مصر المعاصرة، س ٦١، عدد رقم ٣٣٩، يناير ١٩٧٠م، ص ٢١٩. ومحمد عبد الرحيم عنبر: عقد المقابلة دراسة مقارنة بين تشريعات الدول العربية، ط ١٩٧٧م، ف ١٦٨، ص ٢١٥.

(٢) انظر: مجموعة أحكام النقض المدني، س ١٦، ١٩/١٢/١٩٦٥م، طعن رقم ٢٤٢، لسنة ٣١ق، قاعدة رقم ١٩٤، ص ١٢٤٤. ونفس المعنى: مجموعة أحكام النقض المدني، س ١٦، جلسة ١١/١٦/١٩٦٥م، طعن رقم ٢٧، لسنة ٣١ق، قاعدة رقم ١٦٧، ص ١٠٧٥. ونقض مدني، س ١٨، جلسة ١٦/٢/١٩٦٧م، طعن رقم ٣٧٥، لسنة ٣٢ق، قاعدة رقم ٥٧، ص ٣٧٣.

المصري الجديد عن الدائن عبء إثبات الضرر عن فوائد النقود، وصورة المسألة أن المادة (٢٢٦) منه نصت على أنه: «إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود وكان معلوم المقدار وقت الطلب، وتأخر المدين في الوفاء به، كان ملزماً بأن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخر فوائد قدرها أربعة في المائة في المسائل المدنية، وخمسة في المائة في المسائل التجارية...»، أما إذا اتفق المتعاقدان على سعر آخر للفوائد فيشترط في حكم المادة (٢٢٧) مدني مصري ألا يزيد هذا السعر على سبعة في المائة... وجاء حكم رفع عبء إثبات الضرر عن الدائن في حكم المادة (٢٢٨) حيث نصت على أنه: «لا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير قانونية كانت أو اتفاقية أن يثبت الدائن ضرراً لحقه من هذا التأخير»^(١).

وقد أفصحت مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري: أن المقصود من اشتراط كون الالتزام معلوم المقدار منع سريان الفوائد على المبالغ التي يطالب بها الدائن على سبيل التعويض عن عمل غير مشروع إلى جانب الأخذ في الاعتبار عدم تأثر مركز الدائن، هذا من جهة، ومن جهة أخرى حماية المدين من إجراءات تقدير التعويض التي لا تتم إلا بعد إجراءات طويلة وفترة زمنية لا يد للمدين فيها^(٢).

ويظهر من هذه المقاصد محاولة القانون المصري تقليص الفوائد عن النقود وتحجيمها بأقصى قدر ممكن، ونأمل مستقبلاً أن يعاد النظر في هذا الاستثناء بحيث يتضمن القانون المدني المصري تحريم فوائد النقود مقابل الأجل، وعلى أن الدائن لا يعرض إلا إذا أصابه ضرر محقق.

(١) انظر: مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري الجديد، ٥٧٦/٢ - ٥٨٦، سابق. ود. السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، ج ١، ف ٤٤٢، ص ٩٢٦، سابق.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية، ٥٨٠/٢، سابق.

أما القانون المدني اليمني فلم يأخذ بهذا الاستثناء، وإنما أوجب على الدائن عبء إثبات ما لحقه من ضرر حيث نصت المادة رقم (٣٦٣) منه على أن: «كل اتفاق على فائدة ربوية باطل ولا يعمل به»^(١)، ولا يجب التعويض إلا بشرط الضرر وذلك في حالتين اثنتين هما:

١ - امتناع الملتزم عن التنفيذ مع حصول الضرر لصاحب الحق.

٢ - تأخر الملتزم في تنفيذ الالتزام مع حصول ضرر لصاحب الحق.

وأردفت المذكرة الإيضاحية بالقول: إن الضرر شرط لازم في الحالتين لأنه مناط الحكم بالتعويض^(٢).

وأصل تحريم الفوائد الربوية قول الله تعالى: ﴿وأحل الله البيع وحرم الربا﴾^(٣)، ومن السنة ما روي أن الرسول ﷺ: بدأ بوضع ربا عمه العباس فقال: «ألا إن كان ربا من ربا الجاهلية موضوع، لكم رؤوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون...»^(٤). وهذا من سنن العدل للإمام أن يفيض العدل على نفسه وخاصيته فيستفيض حيثئذ في الناس^(٥).

ومن صور الربا التي كان يتعامل بها في الجاهلية وحرمتها الإسلام هي: أن يكون للرجل على الرجل ديناً فيحل ديناً فيقول صاحب الدين للمدين: تقضى أو تربي؛ فإن أخره زاد عليه فأبطله الله تعالى بقوله: ﴿يا أيها الذين آمنوا

(١) انظر: الجريدة الرسمية اليمنية، ملحق العدد الرابع، س ١٤، ص ١٧.

(٢) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني اليمني، ١٣٤/٢، سابق.

(٣) سورة البقرة: الآية ٢٧٥.

(٤) سنن أبي داود، ج ٣، حديث رقم ٣٣٣٤، ص ٢٤٤. والجامع لأحكام القرآن للقرطبي، ١١٦٤/٢.

(٥) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي، ١١٦٤/٢.

اتقوا الله وذروا ما بقي من الربا إن كنتم مؤمنين . فإن لم تفعلوا فأذنوا بحرب من الله ورسوله وإن تبتم فلكم رؤوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون^(١) . أي لا تظلمون بطلب الزيادة على رأس المال ولا تظلمون أنتم بنقصان رأس المال^(٢) وانعقد إجماع الأمة على تحريم الفوائد الربوية^(٣) ذلك أن المقرض يجتنيها دونما أي ضرر يلحقه .

ولذلك نميل إلى عدم إيجاب التعويض إلا إذا أصيب الدائن بضرر لسبب من المدين ذاته، وبشرط أن لا يكون المدين في حالة إعسار محقق^(٤) وسندنا في ذلك: أن التعويض وفقاً للقواعد العامة لا يكون إلا عن ضرر، فإذا لم تحصل العلة وهي الضرر الصادر عن المدين فلا يجب التعويض لعدم وجود سببه^(٥)، وهكذا

(١) سورة البقرة: الآيتان ٢٧٨ و ٢٨٩

(٢) موطأ مالك، ص ٥٦١ .

(٣) انتهى المرام شرح آيات الأحكام لمحمد بن الحسين بن الإمام القاسم: الطبعة الثانية، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م، بيروت، ص ١١٤ . ود. حسين حامد حسان، حكم الشريعة الإسلامية في عقود التأمين، دار العلوم الحديثة، القاهرة، ص ٩٠ . د. محمد بلناجي: التأمين من وجهة الفقه الإسلامي، دار العروبة بالكويت، ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م، ص ٣٩ . والجامع لأحكام القرآن للقرطبي، ١١٦٥/٢ .

(٤) اختلف الفقهاء في إنظار الممسر، هل يختص بحالة الربا؛ أم هو عام لكل مدين ممسر، فقال شريح: مختصة بالربا، وذكر عنه أنه أمر بحبس أحد الخصمين فقيل له: إنه ممسر، فقال: إنما ذلك في الربا واستدل بقول الله تعالى: ﴿إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها﴾ [سورة النساء: الآية ٥٨]، وقال ابن عباس: في كل ممسر. انظر شرح آيات الأحكام لابن القاسم، ص ١٧٧، سابق. ونميل مع القائلين: بأنه لكل ممسر، عملاً بعموم اللفظ الوارد في قول الله تعالى: ﴿وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة﴾ [سورة البقرة: الآية ٢٨٠].

(٥) والسؤال الذي يطرح نفسه هو: ما هو البديل لنظام الفوائد الربوية؟ وللدرد على هذا السؤال نقول: إنه يمكن الاستعاضة عن نظام الفوائد الربوية بإحلال نظام القرض المشروع =

يجب تلازم الضرر مع وجود الخطأ وعلاقة السببية بينهما للقول بوجود التعويض .
ونحدد بالتالي أنواع الضرر الموجب للتعويض .



= بالإجماع: وصفته أن يعطي الرجل المال على أن يتجر به على جزء معلوم يأخذ العامل من ربح المال ثلثاً أو ربعاً أو نصفاً حسبما يتفقان عليه، مع بقاء رأس المال لصاحبه. انظر: بداية المجتهد لابن رشد، ٣٠٢/٢.

المبحث الثاني أنواع الضرر وصوره

١٥٨ - تقسيم الضرر إلى مادي وأدبي . ١٥٩ - أولاً: حقيقة الضرر المادي . ١٦٠ - خلاصة . ١٦١ - ثانياً: حقيقة الضرر الأدبي . ١٦٢ - جواز التعويض عن الضرر الأدبي في الفقه الإسلامي . ١٦٣ - مشروعية التعزير بالمال عن الضرر الأدبي . ١٦٤ - أمثلة للتعويض عن الضرر الأدبي . ١٦٥ - خلاصة .

١٥٨ - تقسيم الضرر إلى مادي وأدبي: الضرر المادي: هو الذي يصيب الإنسان في جسمه أو في ماله، أو في حق من حقوقه التي تدخل في تقويم ثروته، والضرر الأدبي: هو الذي يصيب الإنسان في شرفه أو عاطفته أو في حق من حقوقه الأدبية^(١).

ونجمل الكلام عن الضرر بنوعيه من زاوية محددة وهي بيان متى يجب التعويض عنهما في الفقهين المدني والإسلامي وذلك على النحو التالي:

١٥٩ - أولاً: حقيقة الضرر المادي: قلنا إن الضرر المادي هو الذي يصيب المال أو الجسم، ويشترط في الفقهين المدني والإسلامي أن يكون الضرر حالاً، أو مستقبلاً محقق الوقوع، وصورة الضرر المادي الحال على الجسم: كما

(١) انظر: الأستاذ مصطفى مرعي: المسؤولية المدنية، ف ١٢٣، ص ١١٩.

لو أتلّف شخص عضو شخص آخر أو قتله أثناء عملية النقل، أو أحدث به إصابة أفقدته عن الكسب وكلفته نفقات علاج، وصورة الضرر المادي على المال: كما لو أتلّف شخص سيارة غيره أو أحرق مزروعاته، كل هذه الأضرار يتم التعويض عنها في فقه القانون المدني من منظور المصلحة المالية التي افتقدها المضرور أو أثرت على كسبه^(١).

أما في الفقه الإسلامي فإنه يتم جبر الضرر المادي الواقع على الجسم، بالقصاص من الجاني إن كانت الجناية عمداً في النفس، أو الأطراف ممكنة التماثل، أو بالدية، أو الأرش المقدر في حالة الجرح الخطأ، أو بتقدير القاضي في حالة الجراح والشجاج التي ليس لها أرض مقدر^(٢)، وفي الأموال ضمان المثل إن كان التالف مثلياً أو القيمة عند التعذر^(٣)، وسنورد بيان ذلك عند حديثنا عن تقدير التعويض^(٤).

كذلك يجب التعويض عن الضرر المادي محقق الوقوع في المستقبل، وصورته: أن يصاب شخص في ساقه مثلاً أثناء عملية النقل، ولا يعلم ما إذا كانت السابق ستبتر أو ستبقى، فإن للقاضي في هذه الحالة أن يقدر التعويض على كلا

(١) انظر: د. السهوري: الوسيط، ج ٣، ف ٥٧٠، ص ١١٩٧. ود. حمدي عبد الرحمن: محاضرات في مقدمة القانون المدني، مذكرات مطبوعة لطلبة كلية الحقوق جامعة عين شمس، للعام الجامعي ١٩٨٠م، ص ٢١. ود. محمد نصر رفاعي: رسالته «الضرر كأساس للمسؤولية المدنية في المجتمع المعاصر»، ف ٢٤٨، ص ٣٢٩، سابق.

(٢) انظر: قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام، ١/١٨٥، سابق، حيث قال: «ما تجب فيه الحكومة من الجراح، هو على قياس الإتلاف، يجبر بأرش النقص». والتاج المذهب لأحكام المذهب للعلامة أحمد بن قاسم المنسي، ج ٤، ف ٤٣٦، ص ٣٣٢.

(٣) أعلام الموقعين للإمام ابن القيم، ١/٣٢٣، حيث قال: «من كسر شيئاً صحيحاً فإن كان يوجد مثله فمثله، وإن كان لا يوجد مثله فعليه قيمته».

(٤) انظر: ما سيأتي، ف ٨٨.

الفرضيين، ثم يتقاضى المضرور التعويض وفقاً لأي الفرضيين يتحقق في المستقبل^(١) وفي الفقه الإسلامي ينتظر في القود عن الجراحات إلى بعد البرء خشية السراية^(٢) أي الموت من علة الجرح.

أما عن الضرر محتمل الوقوع فإن الإجماع في الفقهاء المدني والإسلامي منعقد على عدم التعويض عنه، وصورة ذلك: أن يحدث شخص خللاً في منزل جاره، أو المستأجر في المنزل الذي يسكنه، وخشي المضرور من انهدام الدار وطلب التعويض عنه، فإنه لا يجب التعويض إلا عن الخلل، أما خشية التهدم فكما عبرت عنه المجلة، يعتبر مجرد وهم ولا عبرة به إلا إذا حصل التهدم فعلاً بسبب الخلل^(٣).

وذلك على عكس الضرر الناشئ عن تفويت الفرصة، فإنه وإن كان الكسب محتملاً إلا أن الفقه مجمع على وجوب التعويض عن تفويت الفرصة ذاتها، وصورة الضرر الناتج عن تفويت الفرصة هو: لو تعاقدت جهة ما مع مجموعة من اللاعبين على مسابقة، ثم لم تخطر أحد المتسابقين عن ميعاد المسابقة ففاته التقدم إليها، فإن المتقدم وإن كان لا يفوز حتماً إلا أن إجماع فقهاء القانون منعقد على واجب التعويض عن تفويت الفرصة ذاتها، وعلى القاضي أن يراعي في تقدير التعويض عنصر احتمال النجاح دون مبالغة^(٤)، وقال القضاء: إن تفويت الفرصة

(١) انظر: د. السهوري: الوسيط، ج ٢، ف ٥٧٤، ص ١٢٠١، سابق. ود. حشمت

أبو ستيت: نظرية الالتزام، ف ٤٦١، ص ٤٣٦، سابق.

(٢) انظر: المغني مع الشرح الكبير لابن قدامة، ٤٣٦/٩. ود. محمد فوزي فيض الله: نظرية الضمان في الفقه الإسلامي، ف ١١٠، ص ٩١.

(٣) انظر: مجلة الأحكام العدلية، مادة رقم ٧٤، ص ٢٥. والأستاذ حسين عامر: المسؤولية المدنية، ف ٢٢٦، ص ٣٠٩، سابق.

(٤) انظر: د. محمود جمال الدين زكي: الوجيز في نظرية الالتزام، ف ٢٦٣، ص ٥٥٢،

أمر محقق يجب التعويض عنه^(١).

ويظهر في الفقه الإسلامي: أن القواعد العامة لا تمنع من التعويض عن تفويت الفرصة عملاً بالحديث الشريف: «لا ضرر ولا ضرار»^(٢).

وقاعدة «الضرر يزال»^(٣)، ومثل هذه الأصول تدل على عدم التقيد بالضمان عند ضرر محدد، بل تشمل النهي عن كل ضرر.

وقد أجاز القاضي شريح جواز التعويض عن التعطل والانتظار وذلك في قضية تتلخص وقائعها: أن رجلاً قال لكريه^(٤)، إرحل ركابك^(٥)، فإن لم أرحل معك في يوم كذا فلك مائة درهم فلم يخرج، فقال شريح: من شرط على نفسه طائعاً غير مكره فهو عليه^(٦)، وهذا التعويض الذي أجازته شريح وإن كان مبناه في

سابق. ود. جميل الشرقاوي: النظرية العامة للالتزام، ف ١٠٤، ص ٥١٤، سابق. ومحمد أحمد عابدين: «التعويض بين المسؤولية العقدية والتقصيرية»، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٨٥م، ص ٢٤.

(١) انظر: مجموعة أحكام النقض مدني، س ١٦، جلسة ١٩٦٥/٤/٢٩م، طعن رقم ٢٠٣، لسنة ٣٠ق، القاعدة رقم ٨٦، ص ٥٢٧. ونفس المعنى: مجموعة أحكام النقض مدني، س ٢٧، جلسة ١٩٧٦/٣/١٥م، طعن رقم ٣٦٢، لسنة ٤٢ق، ص ٦٤٦.

(٢) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم، القاعدة الخامسة، ص ٨٥، سابق. والحديث سبق تخريجه، ف ١١.

(٣) انظر: غمز عيون البصائر للحموي، وهي شرح للأشباه والنظائر، ١/٢٧٤.

(٤) الكري — بتشديد الياء وفتحها — هو المكاربي الذي يؤجر دوابه للسفر، أي أمين النقل. مختار الصحاح للرازي، مادة كري، ص ٥٦٩.

(٥) أي أشدد على دوابك استعداداً للسفر.

(٦) انظر: د. مصطفى الزرقاء: «الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد»، ف ٢٣٤، ص ٤٩٥ — ٤٩٦. ومحمد فاروق المكام: رسالته «الفعل الموجب للضمان في الفقه الإسلامي»، ص ٢٢٥، سابق.

نظرنا الشرط المسبق إلا أن علة وجوبه هو التعطل والانتظار .

١٦٠ - خلاصة: يتفق الفقهاء المدني والإسلامي على إيجاب التعويض عن الضرر المادي الحال أو المستقبل محقق الوقوع متى وقع على المال^(١)، أو الجسم، كما يتفقان في أنه لا يجوز التعويض عن الضرر المحتمل إلا إذا تحقق .

وعن تفويت الفرصة يوجب فقه القانون المدني التعويض عنها دون مبالغة وقد رأينا في الفقه الإسلامي أن قواعده الكلية التي تنهى عن الضرر لا تمنع من التعويض عنها خاصة وقد وجدنا في بعض التطبيقات جواز التعويض عن التعطل والانتظار .

١٦١ - ثانياً: حقيقة الضرر الأدبي: قلنا بأن الضرر الأدبي: هو الأذى الذي يصيب الإنسان في شرفه أو في حق من حقوقه الأدبية، ويشترط فيه أن يكون حالاً أو مستقبلاً محقق الوقوع كالضرر المادي^(٢) .

وقديماً كان في الفقه الفرنسي رأي قديم يقول: إن الضرر الأدبي لا يصلح أن يكون محلاً للتعويض بحجة أن قواعد المسؤولية المدنية تستلزم الموازنة بين التعويض والضرر، وليس من الممكن أن يقوم الضرر الأدبي بالمال حتى تيسر

(١) عدا الأموال التي لا يجوز تملكها - كالخمر - فلا يجب التعويض عنها إذا كانت لمسلم، أما إذا كانت لغير المسلم فيجب التعويض عنها بالقيمة لا بالمثل في قول الأحناف والمالكية والزيدية - لأننا مأمورون بتركهم وما يدينون. انظر: بدائع الصنائع للكاساني، ١٤٧/٧ - . وفي قول الشافعية والحنابلة والظاهرية: لا يجب التعويض عنها، لأن لأهل الذمة ما لنا وعليهم ما علينا. انظر: المغني مع الشرح الكبير لابن قدامة، ٤٤٣/٥، والراجح في نظرنا القول الأول، لأن أموالهم في ظل الإسلام معصومة - كدمائهم - ولا تهدر إلا بحقها .

(٢) انظر: آنفأ، ف ١٥٤ .

هذه الموازنة، ولكن ما إن قضت الدوائر الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية بالتعويض عن الضرر الأدبي عام ١٨٦٣ حتى استقر مبدأ التعويض عنه رغم خلو القانون الفرنسي من النص عليه^(١).

أما في مصر والجمهورية العربية اليمنية فإن التعويض عن الضرر الأدبي مقرر بنص القانون حيث نصت المادة رقم (١/٢٢٢) مدني مصري، والمادة رقم (٣٥٩) مدني يمني على أن «يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً...»^(٢)، وعليه إجماع الفقه^(٣) والقضاء^(٤).

(١) انظر: الأستاذ مصطفى مرعي: المسؤولية المدنية، ف ١٢٤، ص ١١٩، سابق. والأستاذ حسين عامر: المسؤولية المدنية، ف ٣٣٩، ص ٣١٩، سابق. ود. محمد إبراهيم دسوقي: رسالته «تقدير التعويض بين الخطأ والضرر»، ف ٢٤٢، ص ٤٦٥. ود. محمد ناجي ياقوت: «التعويض عن فقد توقع الحياة»، دراسة مقارنة، ط ١٩٨٠م، المطبعة العربية الحديثة، ف ٤١، ص ٥٤، هـ ٩١. وفي الفقه الفرنسي: Savatier. Le dommage Morale et ses Consequences du Point de vue de la responsabilite Civile. Rev Trim de droit Civil 1936, P. 137.

(٢) انظر: مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ٥٦٦/٢. والجريدة الرسمية اليمنية، ملحق العدد الرابع، ص ١٧.

(٣) انظر: د. محمد علي عمران: الالتزام بضمان السلامة، ص ٢٠٣، «ومن أحكامه أنه لا ينتقل إلى خلف المضرور إلا بمقتضى اتفاق بين المضرور والمسؤول، أو طالب به المضرور أمام القضاء، ولا يجوز الحكم به إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية». ونفس المعنى: د. السنهوري: نظرية العقد، نشر المجمع العلمي العربي الإسلامي - بيروت - لبنان - منشورات محمد الداية، ف ٨٥٣، ص ٩٥٩. والبروفسور آلان: أضواء على أحكام الجزاء في قانون العقود السوداني لسنة ١٩٧٤م، ترجمة هنري رياض، نشر دار الجيل، بيروت، ص ١٩، هـ ١.

(٤) انظر: مجموعة أحكام النقض مدني، ص ١٥، جلسة ١٩٦٤/٤/٣٠م، طعن رقم ٤٥٠، لسنة ٢٩ق، قاعدة رقم ١٩، ص ٦٣١، جاء فيه: «الأصل في المساءلة المدنية وجوب =

وإذا كان التعويض عن الضرر الأدبي من المبادئ المستقرة في فقه القانون المدني، فما هو موقف الفقه الإسلامي؟ وهل يجيز التعويض عن الضرر الأدبي؟ .

١٦٢ - جواز التعويض عن الضرر الأدبي في الفقه الإسلامي: أثبتت الشريعة الإسلامية منذ نشأتها النهي عن الاعتداء والإضرار بكل صورته وأشكاله قال تعالى: ﴿ولا تعتدوا إن الله لا يحب المعتدين﴾^(١)، وقال رسول الله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»^(٢) وهو نهي عام تندرج تحته كل صور الضرر المادية والأدبية، ولو خصصنا النصوص بالأضرار المادية دون دليل لكان ذلك تحكماً لا يقبله كمال الشريعة المطهرة.

ومن الغريب أن البعض من الباحثين قد ذهب إلى القول بأن فكرة الضرر الواجب تعويضه في الشريعة الإسلامية فكرة ضيقة، فلم تعرف الشريعة الإسلامية فكرة التعويض عن الضرر الأدبي^(٣) وقال باحث آخر قصر جمهور الفقهاء الضمان على الأضرار المادية والمالية والجسمانية، أما ما عداها من صور الأذى التي لا يفوت بها مال ولا يكون لها أثر بادي في الجسم فلا ضمان فيها^(٤)، واستدلاً بما ورد في المغني قوله: وإن لطمه على وجهه فلم يؤثر في وجهه فلا ضمان عليه لأنه لم ينقص به جمال ولا منفعة^(٥) وبما ورد في بعض كتب الأحناف من أنه:

= تعويض كل من أصيب بضرر يستوي في ذلك الضرر المادي والضرر الأدبي... . ونفس المعنى: مجموعة أحكام النقص مدني، س ١٧، جلسة ٢٢/٣/١٩٦٦م، طعن رقم ٣٨١، لسنة ٣١ق، قاعدة رقم ٨٨، ص ٦٣٦.

- (١) سورة البقرة: الآية ١٩٠.
- (٢) سبق تخريجه، ف ١١.
- (٣) د. مقدم السيد: التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، ١٩٨٥م، دار الحدائق، بيروت، ص ٧٧.
- (٤) محمد فاروق المعكام: الفعل الموجب للضمان في الفقه الإسلامي، ص ٢٤١، سابق.
- (٥) المغني مع الشرح الكبير لابن قدامة، ٩/٦٦٥.

لو ضرب رجل إنساناً ضرباً موجعاً لا يضمن شيئاً^(١)، وبعد رجوعنا إلى هذه المصادر وجدنا أن سياق الكلام كان عن الجنایات التي لها أروش مقدرة، أما الجنایات التي لا يظهر لها أثر في الجسم كاللطمة ونحوها مما ليس لها أرش مقدر، فالقاعدة في الفقه الإسلامي كله: أن كل ما ليس له أرش مقدر ففيه حكومة^(٢) قال في المغني: «وما لم يكن فيه من الجراح توقيت ولم يكن له نظير فيه أرش مقدر، ففيه حكومة»^(٣).

ولذلك فلا معنى للقول بأن جمهور الفقه الإسلامي لا يرون التعويض عن الضرر الأدبي، بل يظهر عند التمحيص جواز التعويض عن الضرر الأدبي،

(١) انظر: بدائع الصنائع للكاساني، ٣١٦/٧ - ٣١٧، سابق. وهو قول الإمام أبو حنيفة، أما أبو يوسف فقال: تجب حكومة عن الألم. وقال محمد: تجب أجره الطبيب. وهذا يعني وجوب التعويض عن الضرر الأدبي فيما ليس له أرش مقدر.

(٢) انظر: التاج المذهب للمنسي، ٣٣٣/٤، «وأما اللطمة المؤلمة ففيها حكومة غير مقدرة»، وفيه أنه إذا حصل من اللطمة رعاف فإن «حكومة اللطمة تدخل تحت حكومة الرعاف»، بمعنى أن التعويض عن الضررين المادي والأدبي يقدر تقديراً واحداً. والقواعد في الفقه الإسلامي لابن رجب، ص ٣١٣، وفيها: الجارية المنصوبة إذا هزلت عند الغاصب ثم سمت يضمن نقصها. ونهاية المحتاج للرملي، ٣٤٦/٧، جاء فيه: «لو تألم بضربه (أي المضروب) ثم زال الألم.. أوجب القاضي فيه شيئاً باجتهاده، وكل هذا يدل على أن ما ليس له أرش مقدر ففيه حكومة». بدائع الصنائع للكاساني، ٣٢٣/٧، جاء فيها: «الأصل أن ما لا قصاص فيه من الجنایات.. وليس له أرش مقدر ففيه الحكومة، لأن الأصل في الجنایة الواردة على محل معصوم اعتبارها بإيجاب الجابر أو الزاجر ما أمكن». ومعنى حكومة العدل «تقدير القاضي».

(٣) المغني مع الشرح لابن قدامة، ٦٥٩/٩، سابق. والمتزح المختار من الفيت المردار للعلامة ابن مفتاح، ٤٤٩/٤، سابق. قال فيه: «والحكومة على ما رآه الحاكم.. ولطمة العبد من سيده تعتقه». وهذا دليل على أصالة مبدأ التعويض عن الضرر الأدبي، وإلا لما اعتق العبد بلطمة.

والدليل على ذلك مشروعية التعزير بالمال، ثم ما سنتبته من التطبيقات الدالة على وجوب التعويض عن الضرر الأدبي^(١).

١٦٣ — مشروعية التعزير بالمال عن الضرر الأدبي: قال ابن القيم: وأما التعزير بالعقوبات المالية فمشروع أيضاً.. ومن قال إن العقوبات المالية منسوخة وأطلق فقط غلط على مذاهب الأئمة نقلاً واستدلالاً...^(٢)، وجاء في الأحكام السلطانية: «ولو تعلق بالتعزير حق لآدمي كالتعزير في الشتم أو الضرب ففيه حق للمشتوم أو المضروب وحق السلطة للتقويم والتهذيب، فلا يجوز لولي الأمر أن يسقط بعفوه حق المشتوم أو المضروب، وعليه أن يأخذ له حقه من تغريم الشاتم أو الضارب^(٣)» وقال صاحب معين الحكام: والتعزير لا يختص بفعل معين.. ويجوز التعزير بأخذ المال^(٤).

وبدهي: أن قواعد الشريعة الإسلامية لم تقيد الفقهاء — فيما لا نص فيه — بخطة معينة.. وإنما فوضت لهم الرأي والاعتماد على ما يقدرون من مصالح وحقوق وواجبات في العصور المختلفة والبلدان المتباينة^(٥).

(١) انظر ماسياتي ف ١٦٤.

(٢) انظر: الطرق الحكمية للإمام ابن القيم، تحقيق محمد حامد الفقي، دار الكتب العلمية — بيروت، ص ٢٦٦.

(٣) انظر: الأحكام السلطانية للعلامة علي بن محمد الماوردي، المكتبة التوفيقية، ص ٢٦٨.

(٤) انظر: معين الحكام للطرابلسي، ص ١٩٥، سابق. ونفس المعنى: شرائع الإسلام للحلي، ٢٧١/٤. ومختصر الخصال للعلامة إبراهيم بن قيس، سلطنة عمان، دار نوبار للطباعة، ١٤٠٤هـ — ١٩٨٤م، ص ١٨٦.

(٥) انظر: فضيلة الشيخ محمد شلتوت: الإسلام عقيدة وشريعة، ص ٤٢٩. وفضيلة الشيخ علي الخفيف: الضمان في الفقه الإسلامي، ص ٢١٩، سابق. ود. عبد العزيز عامر: التعزير في الشريعة الإسلامية، الطبعة الخامسة، ١٣٩٦هـ — ١٩٧٦م، دار الفكر العربي، ص ١١٧، ١٣٧. والأستاذ عوض أحمد إدريس: «الدية بين العقوبة والتعويض في =

وإذا كان العتذير بالمال — فيما ليس له أرش مقدر — من المبادئ الثابتة في
الفقه الإسلامي كما قدمنا، فإنه قد ورد أيضاً من الأمثلة والتطبيقات العملية ما يؤكد
جواز التعويض عن الضرر الأدبي في حد ذاته كما في الفقرة التالية:

١٦٤ — أمثلة تطبيقية للتعويض عن الضرر الأدبي: روى أن النبي
صلى الله عليه وآله وسلم بعث أبا جهم جامعاً للصدقات فلاحاه رجل في صدقته
فضربه أبو جهم فشجه، فأتوا النبي صلى الله عليه وآله وسلم فقالوا: القصاص يا
رسول الله فقال صلى الله عليه وآله وسلم «لكم كذا وكذا»، يعني من المال فلم
يرضوا فقال النبي صلى الله عليه وآله وسلم «لكم كذا وكذا» فرضوا، قال الإمام
ابن القيم ولو كان الواجب الأرش فقط لقال لهم النبي صلى الله عليه وآله وسلم
حين طلبوا القود: إنه لاحق لكم فيه وإنما حققكم في الأرش^(١). وهي صورة تدل
على تداخل التعويض عن الضررين المادي والأدبي معاً.

كذلك روى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: إني لم أبعث عمالي
ليضربوا أباشاركم ولا ليأخذوا أموالكم، فمن فعل به ذلك فليرفعه إلى أقصه منه،
قال عمرو بن العاص لو أن رجلاً أدب بعض رعيته أنقصه منه؟ قال: أي والذي

= القانون السوداني»، بحث منشور في مجلة إدارة قضاء الحكومة العدد الثاني، السنة الثانية
والعشرون، إبريل — يونيو ١٩٧٨م، ص ٥١. و د. إبراهيم الدسوقي: «نظرية التعويض
عن الفعل الضار في الشريعة الإسلامية»، بحث منشور بمجلة إدارة قضايا الحكومة،
س ٢١، العدد ٢، في إبريل — يونيو ١٩٧٧م، ف ٤، ص ٩. والأستاذ مسعد صالح:
«المسؤولية عن الضرر في الفقه الإسلامي»، بحث منشور بمجلة إدارة قضايا الحكومة،
س ١٨، عدد ٢، في إبريل — يونيو ١٩٧٤م، ص ٤٤١.

(١) أخرج الحديث أبو داود بسنده، عن عروة، عن عائشة زوج النبي ﷺ. انظر: سنن
أبي داود، ج ٤، حديث رقم ٤٥٣٤، ص ١٨١، سابق. وأعلام الموقعين لابن القيم،
٣٢٠/١ و ٣٢١، سابق.

نفسى بيده أقصه وقد رأيت رسول الله ﷺ أقص من نفسه^(١).

وعن شبانة بن سواد قال: حدثنا شعبة عن يحيى بن الحصين قال: سمعت طارق بن شهاب يقول: لطم أبو بكر رجلاً يوماً لطمه، فقال له: اقتص، فعفا الرجل^(٢).

وهذا دليل على أن للمضرور حق ثابت عن الضرر الأدبي لا يزول إلا إذا تنازل عنه برضاه وبطييب خاطر، ورضا المضرور هو المعنى المقصود من التعويض عن الضرر الأدبي.

كذلك روى أن عمر رضي الله عنه^(٣) بعث إلى امرأة مغيبة^(٤) كان يدخل عليها فقالت: يا ويلها ما لها ولعمر فبينما هي في الطريق إذ فزعت فضربها الطلق فألقت ولدًا فصاح الصبي صيحيتين ثم مات، فاستشار عمر أصحاب النبي صلى الله عليه وآله وسلم، فأشار عليه بعضهم: أن ليس عليك شيء إنما أنت وال ومؤدب، وصمت على كرم الله وجهه، فأقبل عليه عمر، فقال: ما تقول يا أبا الحسن؟ فقال إن كانوا قالوا برأيهم فقد أخطأ رأيهم وإن كانوا قالوا في هواك فلم ينصحوا لك، أرى أن دينه عليك فإنك أنت أفزعتها. فقال عمر: أقسمت عليك أن لا تبرح حتى

(١) أخرجه أبو داود بسنده عن أبي فراس، سنن أبي داود، ج ٤، حديث رقم ٤٥٣٧، ص ١٨٣.

(٢) انظر: أعلام الموقعين للإمام ابن القيم، ٣١٩/١، سابق.

(٣) هو أمير المؤمنين أبو حفص: عمر بن الخطاب بن نفيل القرشي، أسلم بعد البعثة بنحو ست سنين، وكان إسلامه مكمل أربعين رجلاً في الإسلام ويضع عشرة امرأة، وهو من أجلاء فقهاء الصحابة، وثاني الخلفاء الراشدين، وأحد العشرة المبشرين بالجنة، وأول من سُمي أمير المؤمنين، وأول من أُرِّخ بالتاريخ الهجري، قُتل بالمدينة سنة ٢٣هـ، رحمة الله عليه، ودُفن في الحجرة النبوية الشريفة. انظر: الفكر السامي للثعالبي، ١٢٨/١.

(٤) أي: زوجها غائب عنها في سفر أو نحوه.

تقسمها على قومك^(١).

ويستدل من هذا أن الضرر الأدبي هو السبب في التعويض لسببين، أحدهما: أنه لم يحدث أي أذى مادي حتى يقال أن هناك مباشرة، وثانيهما أن التسبب ليس هو السبب المباشر في إيجاب التعويض لأن من حق سيدنا عمر المحافظة على النظام العام والاستجواب للتهمة.

وإنما الذي حصل هو الفرع النفسي والذي بسببه ألفت جنينها، فكان الضمان مقابل الإفزاع، وهذا من فقه الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين.

وفي قضية أخرى حدث محمد بن كثير عن الأوزاعي، عن ابن حرملة قال: تلاحي رجلان فقال أحدهما: ألم أخنقك حتى أحدثت؟ فقال بلى ولكن لم يكن لي عليك شهود فاشهدوا «أي للحاضرين» على ما قال، ثم رفعه إلى عمر بن عبد العزيز^(٢) فأرسل في ذلك إلى سعيد بن المسيب^(٣). فقال: «يخنقه كما خنقه حتى يحدث أو يفتردي منه، فافتدى منه بأربعين بغيراً»^(٤).

(١) د. محمد رواس قلعة جي: موسوعة علي بن أبي طالب، ص ١٨١، سابق. المغني مع الشرح الكبير لابن قدامة، ٥٧٩/٩.

(٢) هو أمير المؤمنين أبو حفص: عمر بن عبد العزيز بن مروان بن الحكم الأموي القرشي الخليفة العادل، وُلد سنة ٦١هـ، مجمع على عدالته وكثرة علمه وصلاحه وحسن سيرته في الرعية، وُلِّي الخلافة سنة ٩٩هـ، وتوفي رحمه الله سنة ١٠١هـ، وكانت خلافته ستين وأشهر. انظر: الفكر السامي للثعالبي، ٨٠/٢، سابق.

(٣) هو أبو محمد: سعيد بن المسيب المخزومي القرشي المدني، رأس علماء التابعين وأحد الفقهاء السبعة بالمدينة، جمع بين الحديث والفقه، والزهد والعبادة، وكان يفتي والصحابة متوافرون، توفي بالمدينة سنة ٩١هـ، ونيل غير ذلك. انظر: الفكر السامي للثعالبي، ٦٩/٢ - ٧١.

(٤) انظر: أعلام الموقعين للإمام ابن القيم، ٢١٩/١، سابق.

ويؤخذ من هذا جواز إرضاء المضرور عن الضرر الأدبي بالمال، ولو قيل بعدم جواز التعويض عن الضرر الأدبي لما وجب الفداء لعدم وضوح أي أثر مادي بارز في الجسم.

ومن صور التعويض عن الضرر الأدبي أيضاً ما روي عن محمد بن الحسن^(١) أنه قال: يجب في الجراحات التي تندمل على وجه لا يبقى له أثر حكومة بقدر ما لحق المصاب من الألم^(٢).

وقال آخرون: من أصاب سنا فاضطربت ينتظر برؤها المدة التي يقول بها أهل الخبرة. فإن سقطت فدية، وإن بقيت فحكومة. . وفي الألم حكومة. وفي اللطمة حكومة، وتقديرها يكون بنظر الحاكم^(٣).

وإذا تتبعنا حقيقة هذه الأقوال وما سبقها من الاقضية نجد أنها تصب في معين واحد هو: إيجاب التعويض الناتج عن الضرر الأدبي؛ والمتمثل في الآلام النفسية التي حاقت بالمضرور، ويخضع تقدير التعويض عنها لرأي القاضي.

١٦٥ - الحق في التعويض عن الضرر الأدبي: أما عن انتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبي، فإن القانون المدني المصري وفقاً لنص المادة (٢/٢٢٢) لا يجيز انتقال هذا الحق إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية

(١) هو أبو عبد الله: محمد بن الحسن الشيباني، صاحب أبي حنيفة وتلميذه، وُلد سنة ١٣٢هـ، طلب العلم منذ صباه وحضر مجلس أبي حنيفة ستين، ثم تفقه على أبي يوسف، ثم رحل إلى مالك وأخذ عنه، صنّف الكتب الكثيرة ونشر علم أبي حنيفة، توفي بالري سنة ١٨٩هـ، وقيل سنة ١٨٧هـ. انظر: الفكر السامي للثعالبي، ٢/٢٠٨ - ٢١٠.

(٢) انظر: الميسوط للإمام السرخسي، ٨١/٢١.

(٣) البحر الزخار للمرتضى، ٦/٢٨٠. التاج المذهب للعنسي، ٤/٣٤١.

عما يصيهم من ألم من جراء موت المصاب^(١)، ولم يرد في القانون المدني اليمني وفقاً لنصر المادة (٣٥٩) مثل هذا التحديد^(٢)، مما يدل على أن المستحقين للتعويض عن الضرر الأدبي — بعد وفاة المضرور — هم كل الورثة المستحقين للميراث علواً أو سلفاً.

وكذا الفقه الإسلامي لم يرد فيه أي مخصص يحصر التعويض عن الضرر الأدبي في ورثة معينين لقول رسول الله ﷺ: «من ترك كلاً^(٣) فإلي، وربما قال: إلى الله وإلى رسوله، ومن ترك ما لا فلورثته^(٤) مما يدل على أن حكم هذا الحق كسائر الحقوق التي تنتقل إلى الورثة المستحقين للميراث.

١٦٦ — تعقيب: ولذلك نرى أن الحق في التعويض عن الضرر الأدبي — شأنه شأن التعويض عن الضرر المادي — يستحقه كل وارث له نصيب في التركة. أما ما ذهب إليه القانون المدني المصري من حصر التعويض عن الضرر الأدبي للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية بحجة أنهم هم الذين يألمون من جراء موت المصاب، فيعتبر في تقديرنا محل نظر للأسباب الآتية:

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري الجديد، ٥٦٧/٢، سابق. جاء فيه: «وقد كان مبرر قصر التعويض للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية محل خلاف، حتى قررت اللجنة إثباته في صلب نص المادة رقم (٢/٢٢٢) مدني مصري نفس المرجع ص ٥٦٨.

(٢) الجريدة الرسمية الجمهورية العربية اليمنية، ملحق العدد الرابع، ٣٠ أبريل ١٩٧٩م، السنة الرابعة عشرة، ص ٣٤٨، سابق.

(٣) الكل: العيال، قال الله تعالى: ﴿وهو كل على مولاه﴾ [سورة النحل: الآية ٧٦]. والكل: اليتيم. مختار الصحاح للرازي، مادة كلل، ص ٥٧٦، وفي الحديث دليل على وجوب التكافل الاجتماعي بأسمى معانيه.

(٤) أخرجه أبو داود بسنده. انظر: سنن أبي داود، ج ٣، حديث رقم ٢٨٩٩، ص ١٢٣.

أولاً: أسباب موانع الإرث ثلاثة هي: القتل العمد^(١) والرق، واختلاف الملتين بالإجماع^(٢) أما افتراض عدم وجود الألم لمن هم بعد الدرجة الثانية فلا يصلح أن يكون سبباً مانعاً من الإرث، ولم يقل به أحد.

ثانياً: إذ افترضنا جدلاً أن الألم هو السبب الموجب للتعويض عن الضرر الأدبي فما هو المعيار الذي يقاس به الألم؟ فإن قلنا بأن المعيار هو أن هؤلاء الأقارب قد حرموا بعد موت المصاب من العون المالي والمساعدة التي كان يسديها إليهم – وهو معيار فوت المصلحة – لقلنا أيضاً بأن للجار حق التعويض عن قتل جاره الذي كان يعطف عليه ويواسيه وهذا لم يقل به أحد، وإن قلنا بأن المعيار درجة القرابة – وهو الأصح – فلماذا نحرم البعض لافتراض أنهم لم يحزنوا، في حين أن قواعد الميراث الشرعية قد كفتنا مؤونة البحث عن معيار الاستحقاق، وأقامته وفقاً لدرجة القرابة دون اعتبار لوجود الحزن أو عدمه، قال رسول الله ﷺ: «أقسم المال بين أهل الفرائض على كتاب الله، فما تركت الفرائض فلاولى ذكر»^(٣). وحينئذ فعلة وجود الألم أو عدم وجوده اجتهاد في محل النص، ولا اجتهاد مع النص.

ثالثاً: إذا قيل بأن حصر التعويض عن الضرر الأدبي يخفف من أعباء القضاء؛ فإن العكس هو الصحيح فحصر التعويض للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية يزيد من هذه الأعباء ومثال ذلك لو أن امرأة قتلت وتركت زوجها وابنها

(١) سبقت الإشارة إلى حكم القتل الخطأ آنفاً، ف ١٣٤.

(٢) انظر: موطأ الإمام مالك، ص ٤٢٦. وسنن أبي داود، ج ٣، حديث رقم ٢٩٠٩، ص ١٢٥، وحديث رقم ٢٩١١، ص ١٢٦. ومفتاح الفائض في علم الفرائض للمصيفري، مطبوع مع متن الأزهار، ص ١٢. ود. زكريا البري: الوسيط في أحكام التركات والمواريث، ف ٤٤ ص ٥٨، سابق.

(٣) أخرجه أبو داود بسنده. انظر: سنن أبي داود، ج ٣، حديث رقم ٢٨٩٨، ص ١٢٢.

وبنتها وثلاث أخوات شقيقات وأخ شقيق، فوفقاً لمبدأ حصر التعويض عن الضرر الأدبي إلى الدرجة الثانية، فكلهم يستحقون التعويض وفيه من المشقة على القضاء ما لا يخفى؛ أما إذا حصر الحق في التعويض على الورثة الشرعيين فإن هذا الاستحقاق سينحصر في الزوج والولدين للذكر مثل حظ الأنثيين، ولا شيء للأخوة والأخوات مع ولد الصلب الذكر.

رابعاً: حصر فكرة التعويض عن الضرر الأدبي للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية يدفع عن غير رغبة إلى الأخذ بالثأر، ومثال ذلك لو كان المقتول كلاله^(١) وله أبناء أبناء أخوة، وتقدموا إلى القضاء لطلب الدية أو التعويض، ورفض القضاء دعواهم بحجة أنهم لم يألموا لموته، فما ستكون النتيجة؟ لا شك أنهم سيلجؤون حتماً إلى الثأر، وفي ذلك من المآسي ما لا تحمد عقباه، وقد قطع الإسلام دابر أسباب الثأر، ففي قضية رجل مات من خزاعة فأتى النبي صلى الله عليه وآله وسلم بميراثه، فقال: «التمسوا له وارثاً أو ذا رحم»^(٢)، وفيه دليل على أن لا يحرم أحد من الدية أو التعويض إلا من منعه الشرع، أما افتراض وجود الألم أو عدم وجوده فلا يصلح سبباً مانعاً من الميراث لأنه اجتهاد في مقابلة النصوص، والحل أن يطبق القانون المدني المصري أحكام الدية ويوزعها حسب الفرائض الشرعية.

(١) الكلاله: هو الذي لا والد له ولا ولد. انظر: مختار الصحاح للرازي، مادة كلل، ص ٥٧٦.

(٢) أخرجه أبو داود بسنده. انظر: سنن أبي داود، ج ٣، حديث رقم ٢٩٠٤، ص ١٢٤.

المبحث الثالث

قواعد تقدير التعويض

١٦٧ - جبر الضرر . ١٦٨ - تطبيق قاعدة ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب . ١٦٩ - في الفقه الإسلامي . ١٧٠ - عدم الوفاء بالالتزام نتيجة خطأ .
١٧١ - استحالة التنفيذ بخطأ المدين أو الدائن . ١٧٢ - استحالة التنفيذ بسبب القوة القاهرة . ١٧٣ - هلاك المبيع في يد المشتري في بيع الخيار . ١٧٤ - ضمان المنافع . ١٧٥ - أولاً: رأي الأحناف في عدم ضمان المنافع . ١٧٦ - المنافع المستثناة في رأي الأحناف . ١٧٧ - ثانياً: رأي المالكية في ضمان المنافع .
١٧٨ - (أ) غصب المنفعة دون قصد التملك . ١٧٩ - (ب) حالة غصب العين بقصد التملك . ١٨٠ - ثالثاً: رأي جمهور الفقهاء في ضمان المنافع .
١٨١ - سبب الخلاف بين الجمهور والأحناف في ضمان المنافع .
١٨٢ - خلاصة .

١٦٧ - جبر الضرر: التعويض هو الأثر المترتب على توافر أركان المسؤولية المدنية المتمثلة في الخطأ، والضرر، وعلاقة السببية ووظيفة التعويض: هي جبر الضرر الذي أصاب المضرور، وهو جزاء مدني يقوم على أساس ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب^(١)، وقد نص القانون المدني على هذا الأصل

(١) انظر: قواعد وأثار فقهية رومانية، نقلها إلى العربية عبد العزيز فهمي باشا، ص ١٩٣، سابق.

في المادة رقم (١/٢٢١) مدني مصري، والمادة رقم (٣٥٨) مدني يمني بقولهما:
«إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص القانون، فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب» في القانون اليمني محققاً بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخر في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول...»^(١).

وقد ذهب الفقه إلى القول: بأن تطبيق قاعدة ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب لا تختص بتقدير التعويض فقط في نطاق المسؤولية العقدية، بل إن تطبيقها يكون بطريق الأولى في نطاق المسؤولية التقصيرية لعموم نص المادة (١٦٣) مدني مصري ومثلها المادة (٣٥٨) مدني يمني، ومقتضاهما: أن التعويض لا يكون كاملاً إلا بالتعويض عن عنصرين، ما لحق الدائن من خسارة، وما فاته من كسب، حيث لا يجوز التعويض للمضرور بأكثر من الضرر الذي أصابه ولا ينقص عن مقدار ما أصابه من ضرر^(٢) حتى لا يتعدى على حساب الغير.

١٦٨ — تطبيق قاعدة التعويض عما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب في القانون: يقوم التعويض في المسؤوليتين العقدية والتقصيرية على أساس ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب سواء وقع الضرر على المال أو على الجسم مادياً أو أدبياً.

ومثال تطبيق القاعدة في نطاق المسؤولية العقدية: ما إذا أخل أمين النقل

(١) انظر: مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ٥٦٣/٢. والجريدة الرسمية اليمنية، ملحق العدد الرابع، ص ١٧. د. جميل الشراوي: النظرية العامة للالتزام في قانون الجمهورية اليمنية، ف ١٦٠، ص ٥٣٥، سابق.

(٢) انظر: د. السهوري: الوسيط، ج ١، ف ٤٤٣، ص ٩٢٧. د. حشمت أبو ستيت: نظرية الالتزام، ف ٤٨٧، ص ٤٦٠، سابق.

بالتزامه فهلكت البضاعة أثناء النقل، كان للمرسل الحق في التعويض عن قيمتها، وذلك هو ما لحقه من خسارة، وعمّا فاته من كسب من جراء فوات الصفقة التي كانت ستتم مع المرسل إليه، وهذان العنصران هما اللذان يجب أن يدخلهما القاضي في حسابه عند تقدير التعويض^(١).

ومثال تطبيق القاعدة في نطاق المسؤولية التقصيرية: لو أن شخصاً أتلّف سيارة مملوكة لآخر، وكان صاحب السيارة قد اشتراها بعشرة آلاف جنيه، وحصل على وعد من الغير أن يشتريها منه بعشرة آلاف وخمسمائة جنيه، فالعشرة الآلاف هي الخسارة التي لحقت صاحب السيارة، والخمسمائة جنيه هي المكسب الذي فاته وكلاهما ضرر يجب التعويض عنه^(٢). كذلك لو جرح أحد شخصاً كان له الحق في التعويض عما أنفق في العلاج وذلك هو ما لحقه من خسارة، ويستحق التعويض عن عجزه عجزاً كلياً أو جزئياً عن العمل وذلك هو الكسب الفائت، وهو ما يأخذ به القضاء^(٣).

(١) انظر: المستشار حسين عامر: المسؤولية المدنية، ف ٥٦٠، ص ٥٤٣، سابق. ود. محمد صالح: أصول التمهيدات، ف ١٤، ص ٢٢، سابق. ود. حلمي بهجت بدوي: آثار التصرفات الباطلة، مجلة القانون والاقتصاد، س ٣، العدد الأول، ص ٣٨٤، سابق. ود. عبد الرحمن عياد: نظام المسؤولية العقابية، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية - جامعة الإسكندرية - س ١٤، العددان ٣، ٤، ١٩٦٩م، ف ٨، ص ١٢٩. ود. محمد عبد القادر الحاج، رسالته «مسؤولية المنتج والموزع»، ص ٢٢٩، سابق.

(٢) انظر: د. السنهوري: الوسيط، ج ٢، ف ٦٤٦، ص ١٣٦١، سابق.

(٣) انظر: مجموعة أحكام النقض (مدني)، المكتب الفني، س ١٨، جلسة ١٨/١١/١٩٦٦م، طعن رقم ١٣٥، لسنة ٣٢ق، القاعدة رقم ٢٣٠، ص ١٦٢٩. ونقض (مدني)، مجموعة المكتب الفني، س ٢٤، جلسة ١٤ يونيو ١٩٨٣م، طعن رقم ٣٣٢، لسنة ٣٨ق، ص ٩١٩، جاء فيه: «إن تقدير التعويض الجابر للضرر هو من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع ولا معقب عليه من محكمة النقض في ذلك ما دام قد بين عناصر الضرر =

وفي تقديرنا: أن قاعدة ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب محقق لا تصلح إلا لتقدير التعويض عن الأضرار التي تقع على المال أما الأضرار التي تقع على الجسم - ولها أروش مقدرة - فلا يصلح لها إلا تطبيق أحكام الديات والأروش للأسباب الآتية:

أولاً: إن الأضرار التي تقع على المال يمكن تقويمها بالمثل أو القيمة، أما تقدير فوت منافع أعضاء الجسم فخال عن المثلية ولهذا تولى الله تقديره بالدية والأروش.

ثانياً: إن صاحب المال مباح له أن يتلف ماله، لأنه متاع، أما أعضاء جسمه فلا، وحينئذٍ يجب الاختلاف في أساس تقدير التعويض.

ثالثاً: بين التنزيل مقادير الديات والأروش، كما بين مقادير الزكاة ومصارفها، والحدود وعقوباتها، والموارث وأصحابها، لعلمه بأن مصلحة الإنسان تكمن في تطبيق هذه المقادير وأمثالها، وحينئذٍ فلا يجوز لنا أن نطبق بعضها كما أنزلت ونترك الأخرى لتقدير القاضي، وهي أحكام من صنف واحد.

رابعاً: إن القضاء المصري - بكفاءة قضائه ومستشاريه ومحاميه لهو قمة سامقة من المعارف النقلية والعقلية، ومفخرة من مفاخر المؤسسات القضائية المستقلة في العصر الحديث - لم تخل أحكامه من التفاوت في تقدير التعويض عن الأضرار التي تقع على الجسم، لتركه أحكام الديات والأروش واعتماده على قاعدة: ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، المطبقة في تقدير التعويض عن الأضرار التي تقع على المال.

= ووجه أحقية طالب التعويض فيه... ٤. ونفس المعنى: مجموعة أحكام النقض (مدني)، المكتب الفني، ص ٢٧، جلسة ١٩٧٦/٥/٢٢م، طعن رقم ٦٦٥، لسنة ٤٠ق، ص ١١٥٣.

١٦٩ - تقييم القاعدة في ميزان القضاء مع التعليق: ولبيان هذا التفاوت فقد انتقينا بعض القضايا التي قرر فيها القضاء وقوع القتل خطأ، وثبت لديه أن المجني عليه لم تصدر منه أية مشاركة تؤثر في إنقاص التعويض، ومع ذلك تفاوتت تقديراته في التعويض على النحو التالي:

١ - ففي قضية طبيب تصدي لعلاج حالة الفتق الأربي الأيمن المختنق جراحياً في عيادته، رغم علمه مسبقاً بأن وجود الغرغرينا^(١) أمر متوقع مما استدعي إجراء الجراحة في المستشفى لتوفر الآلات، وبعد أن قام بإجراء الشق الجراحي في عيادته وجد الغرغرينا بالأمعاء فأغلق الجرح ونقل المريض إلى المستشفى حيث توفي في اليوم الثاني، وتقرر - وفقاً للأصول العلمية المقررة - خطأ الطبيب. قضت المحكمة الابتدائية على الطبيب بمائة جنيه غرامة وخمسة آلاف تعويض، وأيدت محكمة الاستئناف، ومحكمة النقض هذا التقدير وقالت محكمة النقض: «بما أن وفاة المجني عليه كانت نتيجة خطأ الطاعن وفقاً لما أثبتته التقرير الطبي... وأن ما أثاره الطاعن بشأن مرض المجني عليه وفرصته الضئيلة في النجاة يكون على غير أساس مما يتعين معه رفض الطعن»^(٢).

تعليق: أثبت الحكم خطأ الطبيب ومخالفته للأصول العلمية المقررة، وصح بهذا أن الجناية قتل خطأ، مما كان يستلزم على الطبيب كامل الدية، وفي تقديرنا أن التهاون في تطبيق أحكام الدية والأررش هو من أحد الأسباب الهامة المؤدية إلى عدم الاحتياط الكامل في حفظ النفوس، ولو كان الطبيب يعلم أن خطأه حتماً سيقوده إلى دفع الدية لما أقدم على فعل هذه العملية في عيادته.

(١) الغرغرينا: مصطلح طبي لمرض معروف لا يجله أي طبيب عادي.

(٢) مجموعة أحكام النقض جنائي، س ٣٥، من يناير إلى يونيو ١٩٨٤م،، جلسة ١١ يناير ١٩٨٤م، طعن رقم ٢١٥٢، لسنة ٥٣ق، ص ٣٤.

٢ - وفي قضية أخرى تتلخص وقائعها: أن شخصاً من الجيش صدم بسيارته ابن المطعون ضده وأرداه قتيلاً، دون أن يصدر من المصاب أية مشاركة في الخطأ، قضت المحكمة في الدعوى رقم ١٧٣٥ المقدمة من والد المجنى عليه بطلب التعويض بمبلغ أربعة آلاف جنيه، ثم تعدل في الاستئناف إلى ثلاثة آلاف جنيه، وأيدته محكمة النقض^(١).

تعليق: دلت وقائع القضية على وجود القتل الخطأ ودون أية مشاركة من المجنى عليه في الحادث، مما يستلزم معه في نظرنا كامل الدية لوالد المجنى عليه، لأنها جزاء وتعويض عن إزهاق الروح بصرف النظر عن الدخل المالي للمصاب أو مكانته الاجتماعية، أما إدخال مثل هذه الاعتبارات وحلولها محل الدية، فذلك أمر لا نرى من العدل قبوله، لأنه يزعزع مبدأ التسوية في قيمة الدماء المنحدرة من أصل واحد قال الله تعالى: ﴿يأيتها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة...﴾^(٢).

ولو طبقت أحكام الدية لما وجد مثل هذا التفاوت في التقدير.

٣ - وفي قضية أخرى تتلخص وقائعها في: أن صاحب منزل أهمل في ترميم منزله - بعد أن تم إعداره - حتى تهدم فقتل رجلاً كان في المسجد المجاور له، قضت المحكمة في الدعوى رقم ٣١٢ لسنة ١٩٨٠ بأن يدفع صاحب البناء لورثة المقتول ثمانية آلاف جنيه تعويض، وفي الاستئناف تعدل المبلغ إلى خمسة عشر ألفاً، وأيدت محكمة النقض هذا الحكم لعدم حجية الطعون التي قدمها صاحب البناء^(٣).

(١) محكمة النقض: الدائرة المدنية والتجارية والأحوال الشخصية، جلسة ١٢ يناير ١٩٨٧م، طعن رقم ١٢٧١، لسنة ٥٣ق، لم ينشر.

(٢) سورة النساء: الآية ١.

(٣) محكمة النقض: الدائرة المدنية والتجارية والأحوال الشخصية، جلسة ٢ فبراير ١٩٨٦م، =

تعليق: يعكس التفاوت في تقدير التعويض بين الابتدائية والاستئنافية حقيقة عدم استقرار تقدير التعويضات عن الأضرار التي تصيب الجسم، مما يدل على أن الأضرار التي تصيب الجسم جزئياً أو كلياً لا يصلح لها إلا تطبيق أحكام الديات والأروش.

٤ - وفي قضية أخرى تتلخص وقائعها في: أن رجال الأمن أثناء مطاردتهم لتاجر مخدرات أصابوا بطلق ناري خطأ ابن المطعمون ضدها وأردوه قتيلاً. فطلبت المطعمون ضدها من المحكمة إلزام وزارة الداخلية أداء التعويض. فقضت المحكمة بالألا وجه لإقامة الدعوى، وتأييد الحكم في الاستئناف والنقض وقالت الأخيرة في معرض مناقشتها للطعون: «إن مسؤولية وزارة الداخلية لا تقوم إلا إذا ثبت أن القائمين على شؤون الأمن قد امتنعوا عن القيام بواجباتهم. . . وحينما لم يثبت بالدليل حصول هذا الامتناع فإن الحكم المطعون فيه يكون معيباً بالقصور»^(١).

تعليق: الثابت من الحكم أن ابن المطعمون ضدها بريء وقد قتل خطأ، ونحن نسلم بأن أداء الواجب يرفع عن رجل الأمن المؤاخذه الجنائية عن القتل الخطأ، لمناسبة حماية المصالح العليا للمجتمع، أما المؤاخذه المدنية المتمثلة في الدية أو التعويض فلا؛ لأنها في مقابل إزهاق روح بريء والدماء لا تهدر إلا بحقها، ومن ثم تجب الدية من خزينة الدولة - بصرف النظر عن كونهم امتنعوا عن أداء الواجب أو لم يمتنعوا - طالما أن إطلاق النار حصل من أحدهم حتى ولو لم يعرف شخصه.

٥ - وفي قضية أخرى تتلخص وقائعها في: أن رجلاً هجم على امرأة في مسكنها وقتلها، وأشعل النار في منزلها. فأصدر القضاء حكمه بالإعدام، وتم

= طعن رقم ٢٣٤٨، لسنة ١٩٨٦م، لم ينشر.

(١) محكمة النقض: الدائرة المدنية والتجارية، جلسة ٣ ديسمبر ١٩٨٧م، طعن رقم ٥٠، لسنة ٥٤٤ق، لم ينشر.

القصاص، كما تم تعويض الزوج عن الموجودات التي احترقت بالمنزل وانتهت القضية. ثم بعد ذلك تقدم أخوة المجني عليها بطلب التعويض عن الضرر الأدبي فقضت لهم المحكمة بمبلغ ألفي جنيه، وفي الاستئناف تعدل المبلغ إلى ثلاثة آلاف جنيه، وأقرت محكمة النقض هذا الحكم وقالت: «إذا كان الحكم المطعون فيه قد راعى الظروف الملازمة حين تقديره لمبلغ التعويض فلا عليه إن لم يخصص معايير معينة لتقدير التعويض عن الضرر الأدبي... ومن ثم يضحى الطعن برمته على غير أساس»^(١).

تعليق: أصابت المحكمة في الحكم بالإعدام، والتعويض عن حريق الموجودات التي كانت بالمنزل، أما الحكم بالتعويض عن الضرر الأدبي للزوج والأخوة بعد القصاص من القاتل ففيه نظر، ذلك أن أولياء المجني عليها لا يستحقون بعد استيفائهم القصاص من القاتل شيئاً، ولا تجب في ماله دية بعد قتله، لأن ماله بعد خروج روحه مباشرة ينتقل إلى ورثته، ومن ثم فلا حق لورثة المجني عليها في مال الجاني بعد استيفاء القصاص.

١٧٠ - تساؤل: ويثور التساؤل عن سبب هذا التفاوت في تقدير التعويض عن الأضرار التي تقع على الجسم فكما رأينا تارة ترتفع نسبة التعويض، وتارة تنخفض وتارة يتم التعويض بعد استيفاء القصاص، فما سبب ذلك وما المخرج منه؟

يرتد في نظرنا سبب هذا التفاوت إلى أن القانون المدني المصري يطبق بشأن الجنايات التي تقع على الجسم نفس القاعدة التي يطبقها بشأن الأضرار التي تقع على المال - ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب - وهذا هو سبب التفاوت، والمخرج من هذا التفاوت - في نظرنا - هو أن تختص هذه القاعدة

(١) محكمة النقض: الدائرة المدنية والتجارية والأحوال الشخصية: جلسة ١٣/٦/١٩٨٥م، طعن رقم ١٤٢٤ و ١٤٨١، لسنة ٥١ق، لم ينشر.

بتقدير التعويض عن الأضرار التي تقع على المال، أما الأضرار التي تقع على الجسم كلياً أو جزئياً فلا يصلح لها إلا تطبيق قواعد الدية والأروش الشرعية، وأن تنحصر سلطة القاضي في تقدير التعويض فيما لم يرد فيه تقدير شرعي، وبهذا النظر تنضبط التقديرات ويزول التفاوت .

أما القانون المدني اليمني فيأخذ بهذا المفهوم ويطبق قاعدة ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب محقق على الأضرار التي تقع على المال، ومثال ذلك: جاء في المذكرة الإيضاحية الشارحة للمادة رقم (٣٤٧) آفة الذكر قولها: لو أن شخصاً أتلّف لآخر إناءً مملوءاً بالعسل، فإن صاحب الإناء خسر الإناء وخسر العسل، ولو أنه كان قد اشترى العسل بمائة ريال لكي يبيعه في السوق، وكان ثمنه في السوق مائة وعشرين ريالاً فإن الكسب المحقق الذي فاته هو العشرون ريالاً، الفرق بين ثمن الشراء وثمان البيع، واعتبر هذا الكسب محققاً يجب التعويض عنه^(١).

وأما بشأن الأضرار التي تصيب الجسم فإنه يطبق بشأنها أحكام الدية والأروش^(٢) حيث نصت المادة رقم (٣٦٠) منه على أن: «الدية والأروش عقوبة عن الجنايات، ولا يمنع ذلك من الحكم للمضرور بالتعويض عن الغرامة التي أصابته بسبب الجناية نفسها في حدود القانون^(٣)».

هذا وبعد أن بينا موقف القانون المدني المصري واليمني عن مدى تطبيق قاعدة ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، نناقش مدى قبول الفقه الإسلامي لهذه القاعدة .

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني اليمني، ١٦٣/٢ .

(٢) بالاستناد إلى قانون السلطة القضائية رقم (٢٨) لسنة ١٩٧٩م وتعديلاته، وعلى القانون رقم (٣) لسنة ١٩٨١م، بإعادة تنظيم وزارة العدل، أصدرت الوزارة قراراً وزارياً رقم (١٢٣) لسنة ١٩٨٧م، بينت فيه مقادير الدية والأروش .

(٣) الجريدة الرسمية اليمنية، ملحق العدد الرابع، ص ١٧ .

١٧١ - في الفقه الإسلامي: كي نتبين المعنى المقارب للتعويض عما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب في الفقه الإسلامي نلمح بصورة موجزة إلى فكرة التعويض عن الإخلال بالعلاقات التعاقدية، ثم أصول تقدير التعويض عن الأضرار التي تصيب المال، ثم أقوال الفقهاء في ضمان المنافع المقارب لقاعدة ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب.

أما في نطاق العلاقات التعاقدية فإن فكرة التعويض محصورة في ضمان رد العين ذاتها أو الثمن المسمى، أو القيمة، أو أجره المثل عند عدم الوفاء بالالتزامات^(١) وأصل هذا النظر قول النبي صلى الله عليه وآله وسلم (الخروج بالضمان)^(٢) وقضية هذا الحديث أن رجلاً ابتاع عبداً^(٣)، فأقام عنده ما شاء الله أن يقيم، ثم وجد به عيباً فردّه بالعيب، فقال البائع: غلة عبدي؟ فقال النبي صلى الله عليه وآله وسلم للبائع: الغلة بالضمان^(٤)، والمراد بالغلة الدخل والمنفعة التي ملكها المشتري مقابل ضمان المبيع^(٥).

وهنا نلاحظ أن المشتري قد تم تعويضه بإرجاع الثمن، وهو يقابل ما لحقه من خسارة، وأما إسقاط الغلة له، فليست مقابل ما فاته من ربح بسبب إرجاع العبد، وإنما هي مقابل الضمان، لأن العبد لو هلك لكان من ماله^(٦).

(١) د. السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ١٦٨/٦، سابق.

(٢) سنن أبي داود، ج ٣، حديث رقم ٣٥٠٨، ص ٢٨٤.

(٣) أي: اشتراه من صاحبه.

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ١٥٠، سابق. نيل الأوطار للشوكاني، ٢١٣/٥.

(٥) الدراري المضيئة للشوكاني، ١١٠/٢، سابق.

(٦) الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ١٥١، سابق. د. عبد المجيد محمود مطلوب: نظرية العقد، دراسة مقارنة، ص ١٥٨، سابق. د. عبد الله بن محمد العلفي: أحكام الخيار في القانون المدني اليمني، دراسة مقارنة بالقانون المدني المصري، رسالة من جامعة عين شمس، ١٩٨٨م، ف ٢٥٢، ص ٤٧٠ و ٤٧٢.

كذلك ثبت في الصحيحين من حديث أبي هريرة، أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: «لا تصروا»^(١) الإبل والغنم فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها: فإن رضيها أمسكها وإن سخطها ردها وصاعاً من تمر»^(٢).

وحكم الحديث النهي عن جمع اللبن في الضرع وهو نوع من الغش في البيع يوجب الخيار للمشتري في الرد أو الإمساك، وهو قول المالكية. والشافعية والحنابلة والزيدية، والليث^(٣)، وقال الأحناف: لا خيار، وللبائع أن يرجع بقيمة العيب وضعفوا الحديث بأنه خبر أحاد يخالف القياس، لأنه أوجب غرم اللبن مع إمكان رده، وجعل القيمة تمراً، وإنما تكون ذهباً أو ورقاً، وجعلها مقدرة لا تنقص ولا تزيد مع أن الحكم بالضمان^(٤).

وقد تولى الإمام ابن القيم تفصيل الخبر فقال: «... وأما تضمين المشتري بغير جنسه ففي غاية العدل؟ فإنه لا يمكن تضمينه بمثله ألبتة فإن اللبن في الضرع

(١) قوله لا تصروا — بضم أوله وفتح الصاد المهملة، وضم الراء المشددة — : «من صرقت اللبن في الضرع إذا جمعته...». نيل الأوطار للشوكاني، ٢١٤/٥.

(٢) سنن أبي داود، ج ٣، حديث رقم ٣٤٤٣، ص ٢٧٠. وصحيح البخاري، ج ٣، حديث رقم ٤٠٠، ص ١٥٠، سابق. صحيح مسلم بشرح النووي، ١٦٥/١٠، سابق. جواهر الأخبار والآثار، المستخرجة من لجة البحر الزخار، للعلامة المحقق محمد بن يحيى بن بهران الصمدي، مطبوع بهامش البحر الزخار. انظر: ٣٥٣/٤، سابق. اللمع في أصول الفقه للشيرازي، خرّج الأحاديث عبد الله محمد الصديقي الفماري الحسيني، وعلق عليه الدكتور يوسف عبد الرحمن المرعشلي، الطبعة الثانية، ١٤٠٦هـ — ١٩٨٦م، عالم الكتب، ص ٢١٧.

(٣) نيل الأوطار للشوكاني، ٢١٥/٥. وأقضية رسول الله ﷺ للإمام محمد بن فرج المالكي المعروف بابن الطلاع، تحقيق الدكتور محمد ضياء الرحمن الأعظمي، الطبعة الثانية، ١٤٠٢هـ — ١٩٨٢م، دار الكتاب اللبناني، ص ٤٢٢.

(٤) انظر: نيل الأوطار للشوكاني، ٢١٧/٥. والبدايع للكاساني، ٢٣٣/٥، سابق.

محفوظ.. فإذا حلب صار عرضة للفساد.. وأيضاً فإن اللبن الحادث بعد العقد اختلط باللبن الموجود وقت العقد فلم يعرف مقداره حين يوجب نظيره على المشتري وقد يكون أقل أو أكثر فيفضي إلى الربا.. وقد حسم النبي صلى الله عليه وآله وسلم النزاع وقدره بالتمر وهو مما يقتات به كاللبن بلا صنعة^(١).

وخلاصة القول أن التمر ليس بتعويض عن الخسارة أو الكسب الفائت بالمعنى الدقيق، وإنما هو مقابل اللبن المعقود عليه في الضرع حال التعاقد، وفيه دليل على أن التعويض عن عدم الوفاء بالالتزام بسبب العيب لا يكون إلا برجوع المشتري على البائع بالثمن أو بقيمة العيب ولا إشكال في ذلك، وإنما الإشكال هو في حالة ما إذا لم يتمكن المدين من الوفاء بالالتزام؟.

١٧٢ — عدم الوفاء بالالتزام نتيجة خطأ: عدم تنفيذ الالتزام لا يخلو إما أن يكون بخطأ المدين، أو بخطأ الدائن، أو بخطأ من الغير، أو بقوة قاهرة، أو يهلك المبيع في بيع الخيار فما أثر الخطأ على حقوق الدائن وما التعويض اللازم له؟.

١٧٣ — استحالة التنفيذ بخطأ المدين، أو الدائن: قال الأحناف والمالكية: إذا هلك المبيع بخطأ البائع قبل القبض تحمل البائع تبعه الهلاك ويقتصر حق الدائن على عدم دفع الثمن أو على استرداده إن كان قد دفعه، وسبب ذلك انفساخ البيع وارتفاعه من الأصل^(٢)، وبذلك تكون تبعه الهلاك على البائع قبل التسليم.

وقال الشافعية: إن المبيع إن هلك بخطأ البائع قبل تسليمه للمشتري فعليه

(١) انظر: أعلام الموقعين لابن القيم، ٤٠/٢، سابق.

(٢) انظر: بدائع الصنائع للكاساني، ٢٨٣/٥. وبداية المجتهد لابن رشد، ٢٣٦/٢، سابق.
د. عبد المجيد مطلوب: الفضالة، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية — مطبعة نفرتيتي — القاهرة، ص ١١٢. والمتزغ المختار لابن مفتاح، ١٣٢/٢.
و د. مصطفى الزرقاء: نظرة في تبعه الهلاك بين القانون والفقه الإسلامي، بحث منشور بمجلة إدارة قضايا الحكومة، س ٤، العدد ٢، أبريل — يونيو ١٩٦٠م، ص ١٠.

الضمان بالقيمة أو المثل، وسبب الضمان بقاء سلطته عليه^(١).

أما إذا استحال التنفيذ بخطأ من المشتري، فإن الإجماع منعقد على استقرار العقد ولزوم العوض، إذ أن الإلتلاف كالقبض يسقط ضمان المدين ويلزم المشتري بدفع الثمن إن لم يكن قد دفعه ولا رجوع له فيه إن كان قد دفعه^(٢).

١٧٤ - استحالة التنفيذ بسبب القوة القاهرة: إذا منع من تنفيذ العقد قوة القاهرة انفسخ العقد، وليس للمشتري سوى الرجوع بالثمن على البائع، أما إذا هلك جزء من المبيع فالمشتري بالخيار في الباقي إن شاء أخذه بحصته من الثمن وإن شاء ترك لأن الصفقة قد تفرقت عليه^(٣).

١٧٥ - هلاك المبيع في يد المشتري في فترة الخيار: معنى الخيار: هو أن يكون للمتعاقدين أو أحدهما إمضاء للعقد أو فسخه، أو أن يختار أن يكون: المبيع أحد الشيئين أو الثلاثة^(٤). والحكمة من مشروعية

(١) انظر: نهاية المحتاج للرملي، ٧٦/٤. وحاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج، ٧٦/٤.
(٢) انظر: بدائع الصنائع للكاساني، ٢٨٣/٥. وحاشية الرشيدى على نهاية المحتاج، ٧٧/٤.
ومرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، للمغفور له محمد قنري باشا، الطبعة الأولى، ١٣٢٨هـ - والطبعة الثانية ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م، دار الفرجاني - القاهرة، مادة ٤٦١، ص ٨٦. د. عبد المجيد محمود مطلوب: «نظرية العقد»، دراسة مقارنة، ص ١٤٩، سابق. و د. عبد الله عبد الله محمد العلفي: أحكام الخيار في القانون المدني اليمني، ف ٧٠، ص ١٥٨، سابق.

(٣) انظر: القواعد في الفقه الإسلامي لابن رجب الحنبلي، القاعدة (٢١)، ص ٤٢١ - ٤٢٢.
وبدائع الصنائع للكاساني، ٢٣٨/٥. و د. حسن علي الدنون: «النظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي والقانون المدني»، ط ١٩٤٦م - ١٣٦٤هـ، مطبعة نهضة مصر، ص ٩٤ و ١٥٦.

(٤) الجريدة الرسمية اليمنية، ملحق العدد الرابع، السنة الرابعة عشرة، مادة رقم ٢٢٥، ص ١٢، سابق. د. عبد المجيد مطلوب: «نظرية العقد»، ص ١٣٩، سابق. د. عبد الله عبد الله محمد العلفي: رسالته «أحكام الخيارات»، ف ٧٠، ص ٢٤ و ٢٦، سابق.

الخيار^(١) هي للاستيثاق من الرضاء، والتأكد من وجوده، والتعرف على ما يعود على العاقد من وجوه النفع، وما يغرّم في سبيلها من المال^(٢)، وإضافة إلى ذلك فإن الخيار يوسع دائرة حرية التعاقد، ويقطع إلى حد كبير دابر الخصومات التعاقدية التي تنشأ عادة بين المتعاقدين بعد إبرام العقد، إما لفوات وصف مرغوب فيه، أو لدفع الضرر، أو غير ذلك من الأسباب المؤدية للنزاع.

وما يعنينا بيانه: هو تبعة الهلاك في بيع الخيار، وقد عالجت المجلة أحوال

(١) الخيارات أنواع، منها: خيار المجلس الثابت بالحديث الشريف: «البيعان بالخيار فيما تبايعا حتى يتفرقا عن رضاء». أخرجه الإمام أحمد بن عيسى في أماليه، كتاب المعلوم الشهير بأماي أحمد بن عيسى، الطبعة الأولى، ١٤٠١هـ - ١٩٨١م، مكتبة المؤيد، ١٦٠/٣. وأخرجه الإمام مالك في الموطأ، ص ٥٥٩، سابق. وأخرجه الإمام مسلم بسنده عن ابن عمر: صحيح مسلم بشرح النووي، ١٧٣/١٠، سابق.

وخيار الشرط الثابت بالحديث الشريف في قصة حبان بن منقذ، وكان يخدع في البيوع فقال له النبي ﷺ: «إذا بايعت فقل لا خلاية (أي لا خديعة) وأنت بالخيار ثلاثاً بعد بيعك». أخرجه الإمام مالك في الموطأ، ص ٥٧٠. ومسلم بشرح النووي، ١٧٦/١٠. وأبو داود في سننه، ج ٣، حديث رقم ٣٥٠٠، ص ٢٨٢. والبخاري في صحيحه، ١٣٩/٣. وخيار الرؤية الثابت بالحديث الشريف عن أبي هريرة قال: «نهى النبي ﷺ عن بيع الحصاة وعن بيع الفرر». صحيح مسلم بشرح النووي، ١٥٦/١٠. سنن أبي داود، ج ٣، حديث رقم ٣٣٧٦، ص ٢٥٤.

وخيار العيب الثابت بقول النبي ﷺ: «الخراج بالضممان». سبق تخريجه، ف ١٧١، وتأخذ بقية الخيارات الثابتة في الفقه الإسلامي - مثل خيار الغبن، وخيار التغيرير، وخيار التعيين، وخيار النقد - دلالتها من عموم هذه النصوص السابقة. انظر: د. حسن علي الدينون: النظرية العامة للنسخ، ص ١٥٦، سابق. ود. عبد الله عبد الله العلفي: أحكام الخيارات، ف ٧٠، ص ٢٤ وما بعدها.

(٢) د. عبد المجيد مطلوب: نظرية العقد، ص ١٣٩، سابق. الملكية ونظرية العقد للإمام محمد أبو زهرة، ف ٢١٢، ص ٤٢٥، سابق.

تبعه الهلاك، وفرقت في الضمان بين خيار البائع وخيار المشتري، فنصت المادة رقم (٣٥٨) على أنه: «إذا اشترط البائع الخيار لنفسه فإن المبيع لا يخرج من ملكه بل يبقى معدوداً من جملة أمواله، فإذا تلف المبيع في يد المشتري بعد قبضه فلا يلزمه الثمن المسمى بل يلزم أداء قيمته للبائع يوم قبضه»^(١)، وسبب إيجاب الضمان بالقيمة: أن الشيء المضمون يلزم التعويض عنه بالمثل أو القيمة لا بالثمن المسمى^(٢).

أما إذا كان الخيار للمشتري فإن المبيع ينتقل إلى ملكه، فإذا تلف فلا يجب عليه إلا الثمن المسمى وذلك هو ما نصت عليه المادة رقم (٣٠٩) بقولها: «إذا اشترط المشتري لنفسه الخيار خرج المبيع من ملك البائع وصار ملكاً للمشتري، فإذا هلك المبيع في يد المشتري بعد قبضة يلزمه أداء ثمنه المسمى للبائع»^(٣).

خلاصة: وخلاصة ما سبق أن التعويض عن عدم الوفاء بالالتزام في نطاق المسؤولية التعاقدية لا يكون إلا على ما لحق الدائن من خسارة محققة متقومة بالمال، وذلك بالمثل^(٤) أو القيمة^(٥) أو بسقوط الثمن^(٦) أو رده

(١) مجلة الأحكام العدلية، ص ٦٢، سابق.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ٣٨٤ و ص ٣٨٧، سابق.

(٣) انظر: مجلة الأحكام العدلية، ص ٦٢. ومجمع الضمانات للبغدادي، ص ١٧.

(٤) المثلي: هو كل مقدر بكيل أو وزن، ومن ذلك الحبوب، والأدهان، والألبان والتمر، والزبيب وغيرها. انظر: الأشباه والنظائر للإمام السيوطي، ص ٣٨٩. والبدايع للكاساني، ١٥٠/٧، سابق.

(٥) أما القيمة: فهي ما يقدر به الشيء بمنزلة المعيار من غير زيادة ولا نقصان بواسطة أهل الخيرة. انظر: التاج المذهب للعنسي رحمه الله، ٣/٣٦٧. وسليمان محمد أحمد: ضمانات المتلفات في الفقه الإسلامي، ص ٥٨٧، سابق.

(٦) أما الثمن: فمرده ما اتفق عليه المتعاقدان حال التعاقد، سواء زاد على القيمة أو نقص. قال السيوطي في الأشباه والنظائر، ص ٣٩٠: «والفرق بين ضمان العقد وضمن اليد: أن ضمان العقد مرده ما اتفق عليه المتعاقدان أو بدله وضمن اليد: مرده المثل أو القيمة».

للمشتري^(١) وذلك حسب الأحوال التي ذكرناها آنفاً.

وإذا كان ما ذكرنا هو نظام تقدير التعويض في المسؤولية التعاقدية، فما هي أصول تقدير التعويض عن الأضرار المالية في نطاق المسؤولية التقصيرية، وهل تتفق هذه الأصول مع قاعدة ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، أم أن لها سمة أخرى، وما هو تقييم ضمان المنافع وفقاً لهذه القاعدة؟

١٧٦ - أصول تقدير التعويض عن الأضرار المالية أجمع الفقهاء على أن الأصل في تقدير التعويض عن المال في نطاق المسؤولية التقصيرية هو: التعويض الكامل ويطلق عليه الفقهاء الأداء، ومضمونه في الغصب - مثلاً - رد العين المغصوبة ذاتها كاملة الأوصاف^(٢) أما إن تعذر الأداء كما لو تلفت العين المغصوبة أو أتلف شخص سلعة لآخر ولها مثل، فالواجب أداء المثل فإن تعذر أداءه وجبت القيمة بتقدير عدلين من أهل الخبرة بقيمة الشيء التالف، مثل كتب الفقه عند أهلها، وكتب الحديث عند أهلها، وكتب النحو عند أصحابها، وآلة كل صنعة عند أهلها، ولا يعتبر التقدير بمن ينافس في ذلك الشيء ولا بمن ينفر عنه، ولهما التقدير بغلبة الظن^(٣).

-
- (١) انظر: د. السنهوري: مصادر الحق، ١٧٠/٦. ومجمع الضمانات للبيدادي، ص ١٧. ود. حسن علي الدينون: نظرية الفسخ، ص ٢٧٣، سابق. ود. عبد الفتاح عبد الباقي: نظرية الفسخ، ص ٢٧٣، سابق. ود. عبد الفتاح عبد الباقي: نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، ط ١٩٨٤م، مطبعة نهضة مصر، دار الفكر العربي، ف ٣٨٩، ص ٦٤٧. ود. عباس حسن الصراف: شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي، دراسة مقارنة، ط. دار البحوث العلمية، بيروت، ف ٨٤٨، ص ٦٥٢.
- (٢) انظر: المغني لابن قدامة، ٣٧٥/٥، سابق. وقواعد الأحكام للعز بن عبد السلام، ص ١٨٠، سابق. وبدائع الصنائع للكاساني، ١٥٠/٧، سابق.
- (٣) انظر: التاج المذهب للعنسي، ٣٦٧/٤، سابق. وقواعد الأحكام للعز بن عبد السلام، =

وأصل ضمان رد العين ما أخرجه أبو داود بسنده، أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: «لا يأخذ أحدكم متاع أخيه جاداً ولا لاعباً، وإذا أخذ أحدكم عصا أخيه فليردها عليه»^(١) وفيه دليل على أنه لا يصر إلى المثل أو القيمة إلا إذا تعذر رد الأصل^(٢).

وأصل ضمان المثل ما روي عن أنس بن مالك قال: أهدت بعض أزواج النبي صلى الله عليه وآله وسلم إليه طعاماً في قصعة، فضربت عائشة القصعة بيدها فألقت ما فيها فقال النبي صلى الله عليه وآله وسلم: «طعام بطعام وإناء بإناء»^(٣) وفيه دليل على وجوب الضمان بالمثل صورة ومعنى، ولا يصر إلى القيمة وهي المثل معنى إلا عند تعذر البدل^(٤).

وأصل ضمان القيمة ما روي في الصحيحين من حديث أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال: «من أعتق شقصاً^(٥) له في عبد أعتق كله كان له

= ١٨٠/١، سابق. الفروق للقرافي، ج ١، الفرق ٣٩، ص ٢١٤، جاء فيه: «... وأما جوارب المال فالأصل أن يؤتى بعين المال مع الإمكان، فإن أتى به كامل الذات والصفات برىء من عهده، أو ناقص الأوصاف جبر بالقيمة...».

(١) سنن أبي داود، ج ٤، حديث رقم ٥٠١٣، ص ٣٠١. سبل السلام للإمام محمد بن إسماعيل الأمير، دار الحديث - القاهرة - ج ٣، حديث رقم ٨٢٣، ص ٨٨٦.

(٢) انظر: البحر الزخار للمرئضي، ١٧٨/٥، جاء فيه: «يجب رد المغصوب عيناً ما لم يستهلك إجماعاً».

(٣) صحيح البخاري، ج ٣، حديث رقم ٧٠٠، ص ٢٨١.

(٤) انظر: بدائع الصنائع للكاساني، ١٦٨/٧. نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، للإمام الشوكاني، ٣٢٣/٥، سابق.

(٥) الشقيص بالياء: النصيب، قليلاً كان أو كثيراً، وقيل: القطعة من الأرض، والمعنى واحد. مختار الصحاح، مادة شقيص، ص ٣٤٣.

مال، وإلا يستسعى^(١) غير مشقوق^(٢) عليه^(٣). قال في البدائع: «ونص الحديث دليل على الضمان بالقيمة في كل ما لا مثل له دلالة»^(٤).

ومن الأمثلة الموجبة للضمان بالقيمة حالة ما لو غصب شخص حيواناً لآخر وضعف الحيوان أثناء مدة الغصب فيلزم الغاصب ضمان النقصان بالقيمة، كذلك لو غصب شخص جارية ناهدة الثديين فانكسرت كعوبها لدى الغاصب وجب عليه ضمان النقصان، كذلك لو شق الثوب الذي غصب وطراً بذلك على قيمته نقصان، فإن كان يسيراً فعلى الغاصب ضمان نقصان قيمته، وإن كان النقصان فاحشاً — وحد الفاحش ما كان مساوياً لربع القيمة أو أزيد — فالمغصوب منه بالخيار إن شاء ضمنه نقصان القيمة، وإن شاء تركه للغاصب وأخذ تمام قيمته^(٥).

أما إذا خرج المثلى من أن تكون له قيمة بسبب الغصب أو التعدي، كمن غصب أو أتلف ماء في مفازة^(٦) ثم اجتمعا على شط نهر، أو في بلد، أو أتلف عليه الثلج في الصيف، واجتمعا في الشتاء، فعلى الغاصب قيمة المثل. في مثل تلك المفازة أو في الصيف^(٧).

(١) أي: يطلق للتكسب.

(٢) من المشقة: أي لا يشدد عليه في الاكتساب. مختار الصحاح للرازي، ص ٣٤٢، مادة شقق.

(٣) صحيح البخاري، ج ٣، حديث رقم ٧٢١، ص ٢٨٩.

(٤) بدائع الصنائع للكاساني، ١٥٠/٧ و ص ١٥١، سابق.

(٥) انظر: مجمع الضمانات للبغدادي، ص ١٣٨. والضمنان في الفقه الإسلامي لفضيلة الشيخ علي الخفيف، ص ١٣٥. ومجلة الأحكام العدلية، مادة ٩٠٠، ص ١٧٤.

(٦) المفازة: القفر. قال ابن الأعرابي: سميت الصحراء مفازة. وقال ابن شميل: المفازة التي لا ماء فيها، وإذا كانت ليلتين لا ماء فيها فهي مفازة. انظر: لسان العرب لابن منظور، ج ٥، مادة فوز، ص ٣٤٨٥.

(٧) انظر: نهاية المحتاج للرملي، ١٦٢/٥. وقواعد الأحكام للعز بن عبد السلام، ١٨٩/١ =

ونلاحظ مما سبق أن أصول الشريعة قد تولت بيان الأثر المترتب على التعدي أو الغصب بواجب رد العين مع بقاء المالبية إن كان الرد ممكناً، أو بالمثل إن تعذر رد العين أو بالقيمة المقدره من عدلين خبيرين، أو بضمان النقص إن كانت العين باقية أو بالقيمة الكاملة إذا فات، من منفعة العين أكثر من الربح، وهي قواعد منضبطة تعالج التعويض من منظور قيمة الشيء التالف زماناً ومكاناً وفيها جبر كامل للضرر المحقق الذي أصابه المضرور.

ومع إجماع الفقهاء على تضمين المعتدي أو الغاصب برد العين، أو المثل أو القيمة حسب الأحوال التي مرت إلا أنهم اختلفوا في ضمان المنافع على النحو التالي:

١٧٧ - أولاً: رأي الأحناف في عدم ضمان المنافع: ذهب الأحناف: إلى أن المنافع لا تعتبر أموالاً، وأن المال في نظرهم هو فقط ما يمكن تموله وإدخاره لوقت الحاجة، أما المنافع فإنها فوائد عرضية تتلاشى حين توجد، وتحدث عند طلبها شيئاً فشيئاً على حسب حدوث الزمان وعلى ذلك: فلو غصب رجل دابة لآخر واستخدمها أو ضيع منافعها على صاحبها مدة ثم ردها لا يضمن شيئاً. وعلة هذا التخريج أن المنفعة الحادثة على يد الغاصب لم تكن موجودة في يد المالك، فلم يوجد تفويت يد المالك عنها^(١) ودليلهم على هذا النظر الحديث (الخراج

= والفروق للقرافي، ٢١٤/١. وتهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية لابن الشاط، مطبوعة بهامش الفروق، ٣١٢/١، جاء فيها: «لو أتلف شخص ثلجاً لشخص آخر في الصيف أو غصبه منه ثم اجتمعا في الشتاء فإنه يلزم على المعتدي أو الغاصب قيمة مثله في الصيف».

(١) انظر: بدائع الصنائع للكاساني، ١٤٥/٧. ومجمع الضمانات للبغدادي، ص ١٣٠، جاء فيه: «ومنافع المغصوب لا تضمن عندنا سواء استوفاه الغاصب أم لا، فإذا استعمل عبداً أو حراً قهراً أو أمسكه زماناً ولم يستعمله ثم رده لا يضمن شيئاً». د. السنهوري: مصادر

بالضمان^(١)، وخرجوا عليه قاعدة «الأجر والضمان لا يجتمعان»^(٢).

وقد اعترض الجمهور على استدلال الأحناف بهذا الحديث وقالوا بأنه وارد في البيع ولا يدخل فيه الغاصب لأنه لا يجوز له الانتفاع بالمغصوب بالإجماع^(٣)، ونضيف على ما أورده الجمهور بأن علة ضمان منفعة المغصوب لا ترجع لعدة وجود المنفعة بيد المالك أو عدمها وإنما ترجع إلى علة حكم الأصل وفقاً لقاعدة حكم الفرع حكم أصله، وطالما وجب ضمان الأصل المغصوب ظلماً فقد وجوب ضمان المنفعة بطريق الأولى لقول الرسول صلى الله عليه وآله وسلم قال: «وليس لعرق ظالم حق»^(٤).

١٧٨ - المنافع المستثناة في رأي الأحناف: استثنى الأحناف منافع المغصوب في ثلاثة مواضع هي: مال اليتيم، والوقف، والمال المعد للاستغلال، وقالوا: لو غصب شخص داراً أو اشتراها وسكنها مدة ثم ظهر أنها مال وقف، أو ليتيم، أو مال كراء فعليه أجره المثل^(٥) وعللوا لهذا الاستثناء بأنه من باب

= الحق في الفقه الإسلامي، ١٧١/٦. ونفيلة الشيخ علي الخفيف: الضمان في الفقه الإسلامي، ص ٦٠ - ٦١، سابق. والإمام الأكبر محمود شلتوت: «الإسلام عقيدة وشريعة»، ص ٣٩٧، سابق. وقد أسند هذا الرأي للأحناف والمالكية، والصحيح، أن للمالكية رأي آخر سنعرض له بعد هذا مباشرة في ف ١٧٩. ود. محمد عبد المنعم حبشي: «التعدي على المنافع في الشريعة والقانون»، دراسة مقارنة، ط ١٤٠٦هـ - ١٩٨٥م، ص ٢٠٣.

(١) سبق تخريجه ومناقشته، ف ١٩٩.

(٢) مجلة الأحكام المدلية، مادة رقم ٨٦، ص ٢٦.

(٣) نهاية المحتاج للرملي، ١٧٠/٥. التاج المذهب للعنسي، ٣٥٦/٣. المغني لابن قدامة مع الشرح الكبير، ٤٣٥/٥. قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام، ١٨٣/١، سابق.

(٤) سنن أبي داود، ج ٣، حديث رقم ٣٠٧٣، ص ١٧٨.

(٥) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص ٢٨٤، سابق. ومجمع الضمانات للبغدادي، =

المصلحة لحماية مال الواقف واليتيم لعدم قدرتهما على حماية حقوقهما» وعللوا لضمان منافع المال المعد للاستجار بأنه من باب قبول الغاصب للاستجار^(١).

وإذا كانت العلة في ضمان منافع مال اليتيم والوقف، هي عدم قدرتهما على حماية حقوقهما، فإن نفس العلة – في نظرنا – تتحقق في حالة ما إذا كان المغصوب منه غائباً أو ضعيفاً أو معسراً أو سجيناً، فتجب حمايته وضمن منافع ماله للعلة ذاتها.

علاوة على ذلك: فإن حماية الحقوق أساسها وجوب تطبيق العدالة والعدالة لا تتجزأ، والغاصب في كل الأحوال ظالم، والظلم ينافي العدالة، والمغصوب منه عادة هو الجانب الضعيف – يتيماً كان أو غير يتيم – والجانب الضعيف تجب حمايته حتى يأخذ من القوى حقه، ومن ثم فاجتهاد الأحناف القائل: يحصر ضمان المنافع في المستثنيات المذكورة آنفاً: يعتبر اجتهاد عصر وأوان، وقد رجحنا في ف ٢٦٦ رأي الجمهور القائل: بوجوب ضمان المنافع بلا استثناء.

١٧٩ – ثانياً: رأي المالكية في ضمان المنافع: فرق المالكية بين الغصب والتعدي: قال الإمام الشاطبي: الغصب عند الفقهاء: هو التعدي على الرقاب بقصد التملك، والتعدي مختص بالتعدي على المنافع دون قصد تملك

= ص ١٣٠. د. محمد عبد المنعم حبشي: التعدي على المنافع في الشريعة والقانون، ص ٢٣٥، سابق. د. سليمان محمد أحمد: ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي، ص ٢٥٩، سابق.

(١) انظر: غمز عيون البصائر للحموي، ٢/٣١٧، حيث قال: «ويستثنى من مال اليتيم حالة واحدة وهي: حالة ما إذا سكنت أم اليتيم مع زوجها في داره، فإن كان اليتيم لا يقدر على المنع بأن كان ابن سبع سنين أو ست فعلى الزوج أجر المثل، وإن كان يقدر على المنع فلا أجر على الزوج، وعلّة الحكم أن سكن الزوجة واجبة على الزوج ويصير بسكنه كالغاصب يلزمه أجر المثل».

الرقاب^(١) وقال ابن فرحون المالكي: التعدي جناية على بعض السلعة، والغصب جناية على السلعة كلها^(٢)، وتبعاً لهذا المفهوم فرقوا في أحوال الضمان بين حالتين هما: حالة غصب المنفعة دون قصد تملك العين، وحالة غصب العين بقصد التملك وذلك على النحو الآتي:

١٨٠ - (أ) غصب المنفعة دون قصد تملك العين: بيان هذه الحالة أن الغاصب لا ينوي تملك العين المغصوبة، وإنما يقصد الانتفاع بها مدة معينة، ومثال ذلك: أن يغتصب سيارة لغرض حمل أمتعته إلى مكان ما. أو يغتصب داراً مدة بقائه في المدينة، أو يستأجر دابة إلى مكان معلوم، ثم يتعدى المسافة المحددة، فإنه في كل هذه الصور يضمن المنفعة سواء استوفى المنفعة المقصودة أم لم يستوفها، استعمل الشيء أم لم يستعمله، فإن عليه ضمان المنفعة أجرة المثل لمدة الغصب، أو للمسافة التي تعدى فيها وضمن المنفعة^(٣).

١٨١ - (ب) حالة غصب العين بقصد التملك: بيان هذه الحالة: أنه إذا غصب الغاصب العين بقصد التملك، فإن استعمل العين المغصوبة ضمن منفعتها، وإن لم يستعملها لا يضمن، قال الإمام مالك: في الغاصب والسارق إذا حبس المغصوب أو المسروق عن أسواقه ومنافعه ثم رده بحاله لم يكن لربه أن يضمنه^(٤) وجاء في الشرح الصغير: إذا استعمل الغاصب الشيء المغصوب، أو أكرهه سواء كان عبداً أو دابة، أو أرضاً، أو غير ذلك فعليه ضمان المنفعة على المشهور، أما إذا لم يستعمله فلا شيء عليه، ولو فوت على ربه استعماله، إلا إذا نشأ من غير استعمال كاللبن، والصوف، والتمر فإن ذلك كله يرد.. وما أكل منه رد المثل

(١) انظر: الموافقات في أصول الأحكام للشاطبي، ٩٣/٣، سابق.

(٢) انظر: تبصرة الحكام لابن فرحون، مطبوعة بهامش فتاوى عيش، ١٦٦/٢، سابق.

(٣) انظر: بلغة السالك للصاوي، ٢٤/٣، سابق.

(٤) الموافقات للإمام الشاطبي، ٩٦/٣، سابق.

والقيمة فيما لا يقضي فيه بالمثل . . . (١).

وخلاصة القول في رأي المالكية: أن من غصب عيناً بقصد التملك لا يضمن المنافع إلا إذا استعمل العين المغصوبة. أما إذا غصب المنفعة دون قصد التملك فإنه يضمن المنفعة بإيجار المثل سواء استعمال الشيء المغصوب أم لا (٢).

وفي تقديرنا أن هذه التفرقة لا تقوى على مواجهة الحديث السابق (ليس لعرف ظالم حق) ولا حجة فيها، إلا إذا ظهر ما يخصص هذا الحديث فله حكمه. ولم نعثر له على مخصص.

١٨٢ - ثالثاً: رأي جمهور الفقهاء في ضمان المنافع: أجمع جمهور الفقهاء الشافعية، والحنابلة، والزيدية، والظاهرية، والإمامية والأباضية على وجوب ضمان المنافع مطلقاً سواء انتفع الغاصب بالشيء المغصوب أم لم ينتفع، قال الشافعية: لو غصب داراً وأغلقها، أو دابة فحبسها، أو أرضاً فبورها فعليه الضمان في حالة التفويت وفي حالة الفوات (٣). وقال الحنابلة: على الغاصب أجره المثل مدة بقاء المغصوب في يده سواء استوفى المنافع أو تركها . . . (٤)، وقال الزيدية: وكما

(١) انظر: بلغة السالك للصاوي، ١٤/٣. والشرح الصنير للدردير، مطبوع بهامش بلغة السالك، ١٤/٣، سابق. والقوانين الفقهية لابن جزي، ص ٢٨٣، سابق.

(٢) انظر: فضيلة الشيخ علي الخفيف: الضمان في الفقه الإسلامي، ص ٦٣، سابق. ود. سليمان محمد أحمد: ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي، ص ٢٦٤، سابق. ود. محمد عبد المنعم حبشي: ضمان المنافع في الشريعة والقانون، ص ٢٠٥، سابق. ود. صبحي محمصاني: النظرية العامة للموجبات والمعقود، ١/١٦٢. ود. محمد فوزي فيض الله: نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام، ف ١١١، ص ٩١.

(٣) انظر: نهاية المحتاج للرملي، ١٧٠/٥، وقال: «معنى التفويت الاستعمال، والفوات عكسه». وقواعد الأحكام للمزين عبد السلام، ١/١٨٣، وقال: «المنافع هي الغرض الأظهر من جميع الأموال فيجب ضمانها».

(٤) انظر: المغني لابن قدامة مع الشرح الكبير، ٥/٤٣٥، سابق.

تضمن العين بالغصب تضمن منافعتها إذ فوتها مدة لبثها فتلزم الأجرة... (١)، وقال الإمام ابن حزم (٢). ويلزم الكراء للحيلولة بين صاحب الشيء وبين منافعه... (٣)، وقال الحلبي (٤): فوائد المغصوب مضمونة بالغصب وهي مملوكة للمغصوب منه... (٥)، وقال الأباضية: ومن غصب شيئاً لزمه رده بزيادته (٦).

١٨٣ - سبب الاختلاف بين الجمهور وبين الأحناف في ضمان المنافع: سبب الخلاف أن الجمهور استدلوا على وجوب ضمان المنافع مطلقاً بالحديث النبوي الشريف (ليس لعرف ظالم حق) (٧) واستدل الأحناف على عدم ضمان المنافع بالحديث النبوي الشريف (الخراج

(١) البحر الزخار للمرئضي، ١٧٧/٥. ونفس المعنى: نكت القاضي جعفر، مخطوطة من مكتبة الوالد، للعلامة حسين بن علي الشامي، بالنجدين، باب الغصب، ص ١٣٨. والتاج المذهب للعلامة المنسي، ٣٥٦/٣.

(٢) هو أبو محمد: علي بن أحمد بن سعيد بن حزم القرطبي، الأندلسي، الظاهري، وُلد بقرطبة سنة ٣٨٤هـ، كان حافظاً عالمياً لعلم الحديث وفقهه، مستنبطاً للأحكام من الكتاب والسنة، وبعد أن كان شافعي المذهب انتقل إلى مذهب أهل الظاهر، وكان متفتناً في علوم جمة. أكثر الوقعة في علماء عصره انتصاراً لمذهب الظاهرية، لا يكاد أحد يسلم من لسانه، فنبذ العلماء وحذروا العامة منه، رحل إلى بادية «ليلة» بالأندلس إلى أن توفي سنة ٤٥٦هـ، من مؤلفاته: «المحلى» و«الفصل في الملل والأهواء والنحل». انظر: الفكر السامي للشعالبي، ٣٨/٢.

(٣) المحلى لابن حزم: ١٣٩/٨. سابق.

(٤) هو جعفر بن الحسن بن يحيى بن الحسن بن سعد الحلبي المعروف بالمحقق، كان أستاذاً مجتهداً عصره، توفي سنة ٦٧٦هـ، له عدة تصانيف، منها: «شرائع الإسلام» و«المسالك في أصول الدين» و«المختصر النافع» وغيرها. انظر: مقدمة المختصر النافع، ص (ك).

(٥) انظر المختصر النافع للحلي، ص ٢٥٨. وشرائع الإسلام، ٢٤٤/٣، سابق.

(٦) انظر: مختصر الخصال للشيخ إبراهيم بن نيس، ص ١٤٩، سابق.

(٧) سبق تخريجه آنفاً، ف ١٢٥.

بالضمان^(١) لكن الجمهور حملوا هذا الحديث على أنه وارد في البيع ولا يدخل في الغصب وأكثر من ذلك فقد ضعفه الإمام ابن حزم وقال: لا يصح لأنه انفرد به مخلد بن خفاف ومسلم بن خالد الزنجي.. ولو صح فإنما هو في البيع^(٢).

ورأى الجمهور في نظرنا هو الراجح لعموم قول الله تعالى: ﴿ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل﴾^(٣).

وقول الرسول صلى الله عليه وآله وسلم: «وليس لعرق ظالم حق»^(٤).

فصح بهذا ضمان العين، وهو ما لحق الدائن من خسارة، وضمن المنفعة وهو ما فات عليه من كسب.

١٨٤ - خلاصة: أثبتنا أن القانون المدني المصري يطبق بشأن تقدير التعويض عن الأضرار التي تقع على المال أو الجسم قاعدة ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، وبعد أن ناقشنا طبيعة التفرقة بين الأضرار التي تقع على المال وبين التي تقع على النفس رجحنا أن ينحصر تطبيق هذه القاعدة عن الأضرار المحققة التي تقع على المال، والتي تقع على الجسم فيما لم يرد فيه أرش محدد، أما ما عدا ذلك من الجنايات الكلية أو الجزئية التي تقع على الجسم فرجحنا وجوب تطبيق أحكام الديات والأروش، أما القانون المدني اليمني فأثبتنا أنه يوافق القانون المدني المصري في تطبيق قاعدة ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب محقق في الأضرار التي تقع على المال، أما ما يقع على الجسم فيطبق بشأنه أحكام الديات والأروش.

(١) مرّ تخريجه آنفاً، ف ١١٩.

(٢) المحلى للإمام ابن حزم، ١٣٦/٨، سابق. والمغني لابن قدامة مع الشرح الكبير، ٤٣٥/٥، سابق.

(٣) سورة البقرة: الآية ١٨٨.

(٤) سبق تخريجه آنفاً، ف ١١٩.

وأما بشأن تقدير التعويض عن الأضرار المالية^(١) في الفقه الإسلامي فنستطيع القول بوجود التفرقة في تقدير التعويض بين الأضرار البسيطة وبين الأضرار المركبة، أما عن الأضرار البسيطة وهي التي تحدث نتيجة عدم استيفاء الدائن للمنفعة المعقود عليها، أو التي تحدث نتيجة إتلاف مال معين، فإن التعويض الكامل لمثل هذه الحالات يتم برد العين إن وجدت، وإلا فالمثل أو القيمة، أو بالثمن المسمى في العقد كل ذلك بشرط عدم وجود ظروف زمانية أو مكانية، أو ملاسبات تجعل هذه الأصول غير مجدية في التعويض الكامل، فإن حصلت مثل هذه الظروف جاز للقاضي أن يستعمل بعدلين خبيرين في نفس السلعة ويأخذ برأيهما في تقدير التعويض الكامل الجابر لما أصاب المضرور من الضرر دون اعتبار لتفاوت رغبات الناس.

أما عن الأضرار المركبة وهي التي يفوت على المضرور فيها عين السلعة ومنافعها — كما ناقشنا ذلك في ضمان المنافع — فإن تقدير التعويض عنها وفقاً لرأي الجمهور الذي رجحناه يتم على قياس قاعدة ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب.



(١) أما عن الأضرار التي تصيب الجسم ففيها الدية أو الأرش، فإن كانت عمداً أخذت دية العمد أو أرش العمد، وإن كانت شبه عمد فكذلك، وإن كانت خطأ نقصت الدية أو الأرش بقدر الخمس. راجع رسالتنا «ركن الخطأ في المسؤولية المدنية»، ف ٢٨٢ وما بعدها.

المبحث الرابع أثر جسامه الخطأ في تقدير التعويض

١٨٥ - الضرر المباشر والضرر غير المباشر: أجمع الفقهاء: على أن الأصل في المسؤولية المدنية عقدية أو تقصيرية هو: أن يتم التعويض عن كل الضرر المباشر، أما الضرر غير المباشر فلا يجب التعويض عنه لا في المسؤولية العقدية ولا التقصيرية^(١) ومثال ذلك لو فقدت الملابس التي عهدت بها مصبغة إلى أمين النقل لنقلها وتلفت عليه ولم يتمكن من إعفاء نفسه من المسؤولية، فلا يلزم أمين النقل هذا إلا بالتعويض عن الضرر المباشر المقدر بما لحق المصبغة من الخسارة وما فاتها من الكسب، أما التعويض عما تدعيه المصبغة من حرمانها من عملاتها الذين ساءهم فقد ملابسهم فهو ضرر غير مباشر لا يجب التعويض عنه في المسؤولية العقدية ولا التقصيرية أيضاً^(٢).

ويكمن معيار التفرقة بين الضرر المباشر والضرر غير المباشر: أن الضرر

-
- (١) انظر: د. محمد علي عمران: الالتزام بضمان السلامة، ص ٢٠٦، سابق. ود. توفيق حسن فرج: النظرية العامة للالتزام، ص ٤٠٤. د. محمود جمال الدين زكي: الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، ف ٢١٧، ص ٦٩٤. د. جميل الشراوي: النظرية العامة للالتزامات في قانون الجمهورية العربية اليمنية، ف ٨١، ص ٣٩٨، هـ ١.
- (٢) انظر: المستشار حسين عامر: المسؤولية المدنية، ف ٤١٠، ص ٣٩٧.

المباشر هو ما كان نتيجة طبيعية للخطأ الذي أحدثه، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول، ويرتبط مع الخطأ برابطة سببية مباشرة، وأما الضرر غير المباشر: فهو النتيجة العرضية المنقطعة الصلة بالخطأ، ولذلك لا يجب التعويض عنه لا في المسؤولية العقدية ولا التقصيرية^(١).

وحيثُ فلا يجب التعويض من حيث المبدأ إلا عن الضرر المباشر، أما الضرر غير المباشر فلا يجب التعويض عنه بالإجماع.

١٨٦ - تقسيم الضرر المباشر إلى متوقع وغير متوقع: ينقسم الضرر المباشر إلى نوعين ضرر مباشر متوقع وضرر مباشر غير متوقع والقاعدة في المسؤولية التقصيرية أنه يجب التعويض عن كل الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع، أما في المسؤولية العقدية فلا يجب التعويض إلا عن الضرر المباشر المتوقع ما لم يرتكب المدين غشاً^(٢)، أو خطأ جسيماً^(٣) فيجب عليه التعويض عن كل الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع، والضرر المتوقع هو الذي يمكن توقعه عادة وقت التعاقد، أما الضرر غير المتوقع فهو الذي يتعلق بأمر يستهدفها الدائن ولم يفصح عنها للمدين، كما لو فقد طرد يحتوي على أشياء ثمينة لم يتوقع متعهد النقل وجودها فيه^(٤).

وأصل هذا التخريج ما نصت عليه المادة (٢/٢٢١) مدني مصري والمادة (٣٥٨) مدني يماني بقولها: «ومع ذلك إذا كان الالتزام مصدره العقد فلا يلتزم

(١) د. محمد علي عمران: الالتزام بضمان السلامة، ص ٢٠٥، سابق.

(٢) الغش: هو الخطأ العمد، أو هو الامتناع عن تنفيذ الالتزام عمداً.

(٣) الخطأ الجسيم: هو الإهمال، أو عدم الاحتياط الذي لا يأتيه أقل الناس عناية. انظر:

د. محمود جمال الدين زكي: الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، ف ١٨١، ص ٣٣٥.

(٤) انظر: المستشار حسين عامر: المسؤولية المدنية، ف ٤١٣، ص ٤١٠. ود. سليمان

مرقس: مصادر الالتزام، ١٩٦٤م، ف ٢٦٤، ص ٢٣٧، سابق.

المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد^(١).

ويقيم السنهوري رحمه الله مبدأ قصر التعويض على الضرر المباشر المتوقع في نطاق العلاقات التعاقدية على نقطتين أساسيتين هما أولاً: افتراض وجود شرط ضمني بين المتعاقدين يقصر التعويض على الضرر المباشر المتوقع وثانياً: إذا تعمد المدين الإضرار بدائنه أو ارتكب خطأ جسيماً فإن الشرط الاتفاقي الضمني يلغو ويلزم المسؤول بالتعويض على كل الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع^(٢).

وقد ناقش الأستاذ الدكتور محمود جمال الدين زكي هذه التفرقة وقال إنها انتقلت إلينا عن القانون الفرنسي، وأنها لا تستند في الحقيقة على غير أسباب تاريخية، وأن فيها إرهاب لإرادة المتعاقدين^(٣)، وأنها تأتي بمفارقات شاذة عند التطبيق. . ففي حوادث السيارات مثلاً: يسأل الناقل مسؤولية تقصيرية عن كل الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع عن إصابة عابر في الطريق أو الراكب معه بالمجان، أما إذا أصيب الراكب بأجر فلا يسأل الناقل إلا عن الضرر المباشر المتوقع، بينما تقضي العدالة أن يتحمل المدين كافة النتائج التي تسبب فيها بخطئه ولو لم تكن متوقعة^(٤). وهذا ما نميل إليه، خاصة وأن فكرة افتراض الشرط الضمني بين المتعاقدين على قصر التعويض عن الضرر المباشر المتوقع، فيها تسليم ضمني بجواز الإعفاء من المسؤولية عما يصيب الجسم من الأضرار غير المتوقعة وهو الأمر المجمع على عدم جوازه، ولهذا فإن على المسؤول أن يتحمل

(١) انظر: مجموعة الأعمال التحضيرية، ٥٦٣/٢. والجريدة الرسمية اليمنية، ملحق العدد الرابع، ص ١٧.

(٢) د. السنهوري: الوسيط، ج ١، ف ٤٥٢، ص ٩٣٥.

(٣) انظر: الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، ف ١٨٧، ص ٣٥٢.

(٤) انظر: د. إسماعيل غانم: أحكام الالتزام، ج ٢، ف ٣٤، ص ٦٧، هـ ١.

التعويض عن كل الأضرار المحققة التي لحقت بالمضرور حتى ولو لم تكن متوقعة حال التعاقد، بشرط أن يثبت المضرور علاقة السببية بين ما اقترفه المسؤول من الخطأ الجسيم أو العمد.

هذا ولا يقتصر الاعتداد بجسامة الخطأ على حالة الغش أو الخطأ الجسيم في نطاق المسؤولية التعاقدية بل ويظهر تطبيقها في حالة تعدد المسؤولين عن الفعل الضار.

١٨٧ — حالة تعدد المسؤولين عن الفعل الضار: ويعضد فكرة الاعتداد بجسامة الخطأ في تقدير التعويض حالة ما إذا تعدد المسؤولون عن الفعل الضار، أو اشترك الدائن بخطئه مع المسؤول في إحداث الضرر، فللقاضي أن يوزع التعويض حسب جسامة الخطأ.

وأصل هذا الجواز ما نصت عليه المادة رقم (١٦٩) مدني مصري والمادة رقم (٣١٣) مدني يمني بقولهما: «إذا تعدد المسؤولون عن عمل ضار كانوا متضامين^(١) في التزامهم بتعويض الضرر وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم^(٢)» كما أضاف القانون المدني اليمني على المادة

(١) المقصود من التضامن: أنه لا عبرة بوحدة الخطأ، أو وحدة الغاية عند المخطئين، أو باتفاق طبيعة الأخطاء، وإنما العبرة لقيام التضامن هو وجود رابطة سببية بين الخطأ والضرر، فمتى تحققت هذه الرابطة وجب التضامن، وحتى للمضرور أن يطالب المسؤولين المتعددين، أو الواحد منهم بكامل حقه في التعويض، فإذا ما استوفى حقه من أحدهم برئت ذمة الباقيين في مواجهته ويكون لمن أدى التعويض أن يرجع على الباقيين بقدر حصته سواء كان تقسيم الحصص على الرؤوس بالتساوي أو على أساس جسامة الخطأ. انظر: الأستاذ مصطفى مرعي: المسؤولية المدنية، ف ٣٤٨، ص ٣٥٧. ود. السنهوري: الوسيط، ج ٢، ف ٦٢٠، ص ١٢٩٧ و ١٢٩٨.

(٢) انظر: مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ١/ ٣٨٤ و ٣٨٥. والجريدة الرسمية اليمنية، ملحق العدد الرابع، ص ١٥.

المذكورة وجوب تضامن المسؤولين في حالة التواطؤ المسبق فقال في المادة رقم (٣١٣) . . . وإذا كانوا متواطئين على الفعل كانوا متضامنين في المسؤولية^(١).

١٨٨ — مناقشة: أثبتنا أن فكرة الشرط الضمني بين المتعاقدين فكرة متقدمة، وأن التعويض لا بد وأن يشمل كل الأضرار المحققة متى أثبت الضرور علاقة السببية بين الخطأ وما أصابه من ضرر، أما عن حالة تعدد المسؤولين، أو اشتراك الدائن في إحداث الضرر فمتى استطاع القاضي تحديد نصيب كل مساهم فله أن يوزع التعويض بحسب جسامه الخطأ، فإن لم يستطع فكلهم متضامنون ويوزع التعويض عليهم بالتساوي.

١٨٩ — في الفقه الإسلامي: الأصل في الضمان أنه من الجوابر، والجوابر مشروعة لجلب ما فات من المصالح. . ولا يشترط في الجوابر أن يكون من وقع عليه الجبر آثماً ولذلك شرع الجبر مع الخطأ والعمد والجهل والعلم والذكر والنسيان^(٢)، ومع هذا الأصل فقد تطرق الفقهاء إلى معالجة الضمان المقارب لفكرة الخطأ الجسيم في فقه القانون المدني وذلك عند حديثهم عن الخطأ الفاحش، والذي عرفوه بأنه: الخطأ الذي يقع عن إهمال كان يمكن الاحتياط منه^(٣).

وبينت مجلة الأحكام العدلية الأثر المترتب على التفرقة بين الخطأ اليسير والخطأ الفاحش فقالت: إذا كان الضرر أقل من ربع قيمة الشيء المضرور فيجب فيه ضمان قيمة النقص، وأما إن كان الضرر أكثر من ربع قيمة الشيء فالمدعي

(١) انظر: الجريدة الرسمية اليمنية، ملحق العدد الرابع، ص ١٥. والمذكرة الإيضاحية للقانون المدني اليمني، ١١٧/٢.

(٢) انظر: قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام، ١٧٨/١. والمتزغ المختار للعلامة ابن مفتاح، ٥٤٩/٣. والمحلى للإمام ابن حزم، ١٣٤/٨ - ١٣٥.

(٣) الإمام محمد أبو زهرة: الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، ف ٥٠٤، ص ٤٦٠.

بالخيار إن شاء أخذ قيمة الشيء كاملة وإن شاء أخذ قيمة النقصان^(١).

وتطبيقاً لذلك قال الفقهاء: لو خرق الصانع الثوب خرقاً فاحشاً خير المالك بين قيمة النقص وأخذ الثوب مخرقاً، أو ترك الثوب للصانع وتضمينه كامل القيمة وذلك لتفويت بعض منافع ومادياته^(٢).

ووجه الاعتداد بجسامة الخطأ: أن الأصل هو واجب ضمان النقص لو كان الضرر يسيراً، ولكن لما كان الخرق فاحشاً، وجب ضمان القيمة كاملة.

كذلك: لو قطع شخص أغصان شجرة غيره فإن كان النقصان فاحشاً ضمن القاطع قيمة الشجرة، وإن لم يكن فاحشاً فلا يضمن المسؤول إلا قيمة النقصان^(٣).

أما إذا تعدد المسؤولون عن الفعل الضار فيجب عليهم الضمان بالتساوي إذا اتحدت الأسباب في القوة، أما إذا اختلفت فيجب الضمان على صاحب السبب الأقوى فلو اجتمع مباشر ومتسبب: أضيف الحكم إلى المباشر^(٤). لأنه صاحب السبب القوي.

وصورة الضمان المبني على اتحاد الأسباب في القوة: ما لو اشترك جماعة

(١) انظر: فضيلة الشيخ علي الخفيف: الضمان في الفقه الإسلامي، ص ١٣٥. ود. صبحي محمصاني: النظرية العامة للموجبات والمعقود في الشريعة الإسلامية، ٢١٦/١. ود. محمد عبد القادر الحاج: مسؤولية المتبج والموزع، ص ٢٧٣، هـ ١، سابق.

(٢) انظر: مجمع الضمانات للبغدادي، ص ١٣٧. ومحمد فاروق العكام: الفعل الموجب للضمان، ص ٢١٠، سابق.

(٣) مجمع الضمانات للبغدادي، ص ١٤٧، سابق. والشرح الكبير للمقدسي، مطبوع بهامش المغني، ٤٣٣/٥.

(٤) انظر: الأشباه والنظائر: لابن نجيم، القاعدة (١٩)، ص ١٦٣، سابق. وفضيلة الشيخ علي الخفيف: الضمان في الفقه الإسلامي، ص ٧٣ وما بعدها.

في عدوان تلف به شيء فالضمان عليهم جميعاً^(١). كذلك: لو كانوا جميعاً يسوقون دابة فما تلف بفعلها فضمانه عليهم جميعاً^(٢). أيضاً: لو اشترك جماعة في حفر بئر في الطريق عدواناً فوقعت فيها دابة لغيرهم وتلفت فالضمان عليهم جميعاً^(٣).

وصورة الضمان المبني على اختلاف الأسباب في القوة وإيجاب الضمان على ذي السبب الأقوى: ما لو حفر شخص حفرة في الطريق بغير إذن الحاكم أو في ملك غيره بدون إذنه، ووضع بعد ذلك شخص آخر حجراً إلى جانب الحفرة فعثرت دابة بالحجر ووقعت في الحفرة فالضمان على واضع الحجر لأنه بمنزلة الدافع^(٤).

كذلك إذا اجتمع مباشر ومتسبب فالأصل أن الضمان يجب على المباشر^(٥) وفي هذا المعنى قال ابن رجب الحنبلي^(٦). إذا استند إتلاف أموال الآدميين ونفوسهم إلى مباشرة وسبب تعلق الضمان بالمباشرة دون السبب، وصورة المسألة أن يحفر رجل بئراً عدواناً ثم يأتي غيره فيدفع فيها آدمياً معصوماً أو مالاً لمعصوم فيتلف فالضمان على الدافع^(٧).

(١) المغني مع الشرح الكبير لابن قدامة، ٥٦٤/٩، سابق.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني، ٢٨٠/٧، سابق.

(٣) القواعد في الفقه الإسلامي لابن رجب الحنبلي، قاعدة ٣٨، ص ٣٧.

(٤) انظر: البحر الزخار للمرئضي، ٢٤٤/٦. والمنتزح المختار للعلامة ابن مفتاح، ٤١٩/٤، سابق.

(٥) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم، قاعدة ١٩، ص ١٦٣، سابق.

(٦) هو زين الدين أبو الفرج: عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي البغدادي ثم الدمشقي، أحد العلماء الزهاد والأئمة العبّاد، توفي سنة ٧٩٥هـ، من مؤلفاته: «القواعد في الفقه الإسلامي» و«جامع العلوم والحكم» في شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم». انظر: الفكر السامي للشعالبي، ١٩٢/٤.

(٧) انظر: قواعد ابن رجب، قاعدة رقم ١٢٧، ص ٢٨٥، سابق.

وعلة إيجاب الضمان على المباشر دون المتسبب: أن للحكم علتين هما المباشرة والسبب، وكل منهما يصلح وصفاً لإضافة الحكم، ولكن لما اجتمعا أصبحت المباشرة علة الحكم والسبب علة العلة، ومن ثم أضيف الحكم وهو الضمان إلى العلة دون علة العلة^(١).

هذا ولم يستثن الفقهاء من قاعدة الضمان على المباشر إلا حالتين: الأولى أن يكون السبب في معنى العلة المؤثرة في الحكم. والثانية: أن يتعذر تضمين المباشر، هاتان الحالتان يجب الضمان فيهما على المتسبب دون المباشر.

أما الحالة الأولى التي يجب فيها الضمان على المتسبب فحقيقتها: أن يكون السبب هو الأهم في إحداث الضرر والمباشرة مبنية عليه وناشئة عنه، وذلك: كما لو شهد شهود الزور بما يوجب ضياع المال على المدعى عليه ثم اعترفوا بالكذب أو الجهالة، مع أن القاضي هو الذي باشر إصدار الحكم وهم المتسببون. . ومع ذلك يضمن الشهود لأن حكم القاضي مبني على شهادتهم فهو كالملجأ للقضاء^(٢).

كذلك لو قتل الجلاد رجلاً بأمر الإمام ظلماً وهو جاهل فالضمان على الإمام^(٣) ولما كان الإمام متصرفاً بالوكالة عن الأمة لهم وعليهم والقضاة نواب عن الإمام، فإن الإمام لا يهدر خطأه ويجب الضمان في بيت المال ولا ضمان على المباشر للتنفيذ^(٤).

وحيثُ فلا إشكال في تضمين المتسبب مع وجود المباشر متى كان التسبب

(١) انظر: الفروق للإمام القرافي، ج ٢، الفرق ١٢١، ص ٢٠٨. ونفس المعنى: البحر الزخار للإمام المرتضى، ٢١٦/٦.

(٢) انظر: بدائع الصنائع للكاساني، ٢٨٣/٦، سابق.

(٣) الأشباه والنظائر للإمام السيوطي، قاعدة ٤٠، ص ١٧٩.

(٤) قواعد ابن رجب الحنبلي، قاعدة ٦١، ص ١١٣، سابق.

هو العامل الأهم في إحداث الضرر^(١).

الحالة الثانية التي يجب فيها الضمان على المتسبب لتعذر تضمين المباشر مثال ذلك: أن يعثر رجل بحجر لم يعرف واضعه فيقع في بئر رجل وتعذر معرفة المباشر، يكون الضمان على حافر البئر، كذلك: إذا كانت الأرض مبتلة بماء السماء فزلق به رجل فوقع في البئر وعطب فعلى صاحب البئر الضمان^(٢).

هذا مع ملاحظة واجب تطبيق الأصل لمسؤولية المتسبب وهو: أن المتسبب لا يضمن إلا بالتعدي باعتبار أن التعدي علة الضمان على المتسبب حينما يتعذر تضمين المباشر، فلو كان الحفر في الصور السابقة بأمر الإمام، واتخذ الحافر كل الوسائل الواجبة للإعلام بوجود البئر فلا يضمن لأنه لم يتعد وفقاً لقاعدة «المباشر ضامن وإن لم يتعد، والمتسبب لا يضمن إلا إذا كان متعدياً»^(٣).

أما إذا كان المسؤولون المتعددون عن الفعل الضار كلهم مباشرون أو متسببون فإن الضمان عليهم بالتساوي ما لم يعين القاضي مساهمة كل واحد منهم فإن عين قدر ما ساهم به كل مشترك وجب الاعتداد بجسامة الخطأ كما في فقه القانون المدني وعلى ذلك: لو رمى شخص صيداً فأصاب مقتله، ثم رماه آخر فمات، فالقاتل هو الأول، والثاني جان عليه، ولذلك يضمن الأول القيمة كاملة ويسقط منها قيمة ما تخرق من جلده بسبب جناية الثاني عليه^(٤).

ويظهر مما سبق: أن فكرة الاعتداد بجسامة الخطأ في نطاق ضمان الأموال — في الفقه الإسلامي ضيقة — حيث لم تظهر تطبيقاتها إلا في حالتين، إحداهما:

(١) انظر: غمز عيون البصائر، شرح الأشباه والنظائر للحموي، ج ١، قاعدة ١٩، ص ٤٦٦، هـ ٢. والمنتزع المختار للعلامة ابن متفاح، ٤/٤١٩، سابق.

(٢) انظر: مجمع الضمانات للبغدادي، ص ١٨٠، سابق.

(٣) مجمع الضمانات للبغدادي، ص ١٤٦، سابق.

(٤) قواعد ابن رجب الحنبلي، قاعدة ١٢٧، ص ٢٨٥.

إذا كان الضرر ربع قيمة الشيء - فما فوق - ، فيعتبر الضرر فاحشاً للقاضي أن يعرض المضرور بالقيمة الكاملة للعين بدلاً من الحكم بضمان النقصان . وثانيهما : إذا تعدد المسؤولون عن الفعل الضار فالقاعدة كما في فقه القانون المدني للقاضي أن يعتد بجسامة الخطأ إذا استطاع أن يتبين نصيب كل مشارك في إحداث الضرر ، أما إذا لم يستطع ذلك فالقاعدة أن يحكم القاضي بالتساوي على المسؤولين جميعاً في حالة اتحاد الأسباب في القوة ، أما إذا اختلفت الأسباب في القوة كالمباشرة والتسبب فيجب الضمان على ذي السبب الأقوى .



القسم الثالث علاقة السببية بين الخطأ والضرر

١٩٠ - تمهيد: علاقة السببية: هي الصلة الرابطة بين الفعل والضرر، فمتى أثبت المضرور إسناد الخطأ أو الفعل الضار إلى المسؤول فإن علاقة السببية مفترضة لأنها بمثابة إسناد الفعل إلى فاعله وأهم ما يتعلق في ساحات القضاء بشأنها هي الدفع التي يحاول المسؤول من خلالها زحزحة إسناد الفعل إليه، والدفع المؤثرة في قطع علاقة السببية بين الخطأ والضرر تتمثل في :

١ - القوة القاهرة أو الحادث المفاجيء .

٢ - خطأ المضرور .

٣ - خطأ الغير .

فإذا استطاع المسؤول إثبات ما يقطع علاقة السببية تغير وجه الحكم، وذلك ما نبهته تباعاً في النصوص الثلاثة الآتية :

• • •

الفصل الأول

أثر القوة القاهرة أو الحادث المفاجيء في قطع علاقة السببية

١٩١ - وحدة المعنى بين القوة القاهرة، والحادث المفاجيء. ١٩٢ - معيار نفي المسؤولية بالقوة القاهرة. ١٩٣ - أهمية الاحتجاج بالقوة القاهرة. ١٩٤ - في الفقه الإسلامي. ١٩٥ - خلاصة.

١٩١ - وحدة المعنى بين القوة القاهرة والحادث المفاجيء: القوة القاهرة أو الحادث المفاجيء: حدث منبت الصلة عن نشاط المدين، ولم يفرق القانون بينهما^(١) ولذلك فقد وضع الفقهاء لهذين المصطلحين عناصر منضبطة لا يتحقق إعفاء المدين من المسؤولية إلا بتوافرها وهي: أن يكون الحادث أجنبياً عن المسؤول، وغير ممكن التوقع، ومستحيل الدفع، وأن يكون الحادث خارجاً عن مكونات الشيء، وذلك كالزلازل، والحروب، والصواعق، أما إذا اختل عنصر منها: كما لو انفجر المطاط الجديد الذي يحيط بعجلة السيارة، أو انفجرت الآلة

(١) نصت المادة رقم (١٦٥) مدني مصري، والمادة رقم (٣٠٩) مدني يمني، على أنه: «إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه، كحادث مفاجيء أو قوة القاهرة، أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر...».

الجديدة التي يديرها المسؤول في المصنع، فإن هذا الحادث – وإن كان المدين لم يتوقعه – إلا أنه لا يعفيه من المسؤولية، لأنه ناتج عن مكونات الشيء الذي بيد الحارس، وأن استحالة دفعه لا تعتبر استحالة مطلقة وإنما استحالة نسبية^(١) كذلك إذا ظل سبب الحادث مجهولاً: كما لو انفجرت طائرة في الهواء وغاص حطامها في أعماق البحر، ولم يعرف سبب الحادث، فإن الحارس لا يعفى من المسؤولية إلا إذا أثبت أن الحادث غير ممكن التوقع، ومستحيل الدفع، ولا دخل للشيء في إحدائه^(٢). وحينئذٍ فلا أهمية للترقية بين المصطلحين طالما أن المعول عليه هو وجوب توافر العناصر المذكورة آنفاً.

ونرى أن تطبيق مبدأ الالتزام بضمان السلامة – في نطاق المسؤولية عن الأشياء، وحوادث العمل، وحوادث النقل وغيرها من الالتزامات التي توجب على المدين به التزاماً بتحقيق نتيجة معينة قد أغنانا عن البحث في صفة التفرقة بين الحادث المفاجيء والقوة القاهرة، حيث يضع هذا المبدأ حلاً حاسماً وميسوراً للتطبيق وهو: أن المدين لا يستطيع التخلص من المسؤولية إلا إذا أثبت أن سبب الحادث يرجع إلى أمر غالب لا دخل للمدين ولا للشيء في إحدائه ولا يمكن توقعه، ومستحيل الدفع^(٣).

١٩٢ – معيار نفي المسؤولية بالقوة القاهرة: حينما نقيس الخطأ الناتج عن سلوك المسؤول، نعمد فيه إلى تطبيق المسلك المعتاد كما

(١) د. محمد علي عمران: الالتزام بضمان السلامة، ص ٢١٨، هـ ٢٤١. د. محمود جمال الدين زكي: الوجيز في نظرية الالتزام، ف ١٩٤، ص ٣٦٠. د. سليمان مرقس: نظرية دفع المسؤولية، ص ١٩٢، سابق. د. سليمان مرقس: المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية، ف ٨٨، ص ١٧٥.

(٢) د. محمد لبيب شنب: المسؤولية عن الأشياء، ف ٢٠٢، ص ٢٢٨.

(٣) انظر: آنفاً، ف ٨٧.

قدمنا^(١)، أما حينما يتقدم المسؤول - كي ينفي عن نفسه المسؤولية - بإثبات القوة القاهرة أو الحادث المفاجيء، فإن هذا المعيار لا يتأسس على المسلك المعتاد، وإنما يقوم على المعيار الموضوعي المتمثل في أن الحادث غير ممكن التوقع ومستحيل الدفع حتى من أشد الناس يقظة وحذراً^(٢)، وهو معيار موضوعي منضبط لا يقوم إلا على مدى كفايته في قطع علاقة السببية بين الخطأ والضرر.

١٩٣ - تطبيق المعيار الموضوعي للقوة القاهرة: وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه: يشترط لاعتبار الحادث قوة القاهرة عدم إمكان توقعه واستحالة دفعه، فإذا تخلف أحد هذين الشرطين انتفت عن الحادث صفة القوة القاهرة^(٣).

كما قضت في حكم آخر بقولها: القوة القاهرة بالمعنى الوارد في المادة (١٦٥) من القانون المدني تكون حرباً أو زلزالاً أو حريقاً، كما قد تكون أمراً إدارياً واجب التنفيذ بشرط أن تتوافر فيها عدم التوقع واستحالة الدفع، وينقضي بها التزام المدين في المسؤولية العقدية، وتنقضي بها علاقة السببية بين الخطأ والضرر في المسؤولية التقصيرية^(٤).

(١) انظر: آنفاً، ف ٢٦ وما بعدها.

(٢) انظر: د. السنهوري: الوسيط، ج ٢، ف ٥٩٠، ص ١٢١٩. ود. محمد لبيب شنب: المسؤولية عن الأشياء، ف ٢٠٧، ص ٢٣٤. ومصطفى مرعي: المسؤولية المدنية، ف ١٤٢، ص ١٤٠، سابق.

(٣) انظر: مجموعة أحكام النقض (مدني)، س ١٩، حكم صادر في ١٢/٢١/١٩٦٨م، طعن رقم ١٩١، س ٣٤ف، ص ١٥٥١.

(٤) انظر: مجموعة أحكام النقض (مدني)، س ٢٧، ج ١، حكم صادر في ١/٢٩/١٩٧٦م، طعن رقم ٤٢٣، س ٤١ف، ص ٣٤٣. ونقض مدني: جلسة ٢٠/٣/١٩٨٥م، طعن رقم ٧٤٩، لسنة ٥٠ق، لم ينشر، وخلاصته: أن محكمة النقض المصرية أقرت الحكم بالتعويض - على شركة الخطوط الليبية التي احترقت طائرتها بصحراء سيناء - لمورث الطاعنين بمبلغ خمسة عشر ألفاً من الجنيهات المصرية، حينما لم تستطع الشركة إثبات أنها اتخذت كل التدابير، أو أنه كان من المستحيل عليها دفع الحادث.

ويؤخذ من إجماع الفقه والقضاء أن معيار القوة القاهرة الذي يعني المدين من المسؤولية، إنما هو معيار موضوعي عام لا يقاس إلا بعدم التوقع واستحالة الدفع، وأن يكون الضرر خارجاً عن مكونات الشيء، أي أجنبياً عن الشيء ذاته.

١٩٤ - في الفقه الإسلامي: جاء القرآن الكريم بمبدأ ثابت رفع به التكليف عن عباد الله بما لا يستطيعون دفعه ولا توقيه، وذلك في قول الله تعالى: ﴿لَا يَكْلَفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا...﴾^(١)، ومن هذا الأصل عبر الفقهاء عن أحوال انتفاء الضمان بالآفة السماوية^(٢) أو الجائحة^(٣) أو الفجأة^(٤)، وكلها تعبيرات تقابل من حيث المعنى ومن حيث الأثر - المصطلح القانوني لفكرة القوة القاهرة أو الحادث المفاجيء^(٥).

وقد عرف الفقهاء هذه المصطلحات بأنها: «كل أمر لا يستطيع الإنسان توقيه ولا دفعه ولا إرادة له في إحداثه»^(٦). ومثال ذلك: هلاك الشاة بآفة سماوية، وغرق

(١) سورة البقرة: الآية ٢٨٦.

(٢) الآفة: العاعة. . وقد يف الزرع: أي أصابته آفة. مختار الصحاح للرازي، باب أوف، ص ٣٣.

(٣) الجائحة: هي الشدة التي تجتاح المال من سنة قحط أو فتنه. مختار الصحاح للرازي، باب جوح، ص ١١٦.

(٤) الفجأة: بالفتح، هو الموت الذي يصيب الآدمي بلا علة. مختار الصحاح للرازي، باب فجأ، ص ٤٩١، وفي الحديث الشريف: «موت الفجأة أخذه أسف». سنن أبي داود، ج ٣، حديث رقم ٣١١، ص ١٨٨.

(٥) انظر: د. السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ١٧٧/٦، سابق. د. عبد المجيد محمود مطلوب: الفضالة، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، ص ١١٤، سابق.

(٦) فضيلة الإمام محمود شلتوت: الإسلام عقيدة وشريعة، ص ٤١٣، سابق. د. صبحي محمصاني: النظرية العامة للموجبات والعقود، ٢٠٨/١. د. محمد عبد القادر الحاج: رسالته «مسؤولية المنتج والموزع»، ص ٣٠٠.

السفينة من ربح شديد أو موج هائج، وأمر السلطان وانزلاق الحيوان، والبرد، والقحط^(١)، والوفاة التي تصيب الآدمي بلا علة، فإذا أثبت المسؤول عدم التوقع، واستحالة الدفع، وإن لا يد له في إحدائه برىء من الضمان لقول الفقهاء: لا ضمان فيما لا يمكن الاحتراز عنه^(٢).

أما إذا اختل أحد الشروط المتقدمة فلا يرتفع الضمان ومثال ذلك: لو أكل الذئب الغنم والراعي عنده، قال الفقهاء: إن كان الذئب أكثر من واحد لا يضمن لأنه كالسرقة الغالبة، وإن كان الذئب واحداً ضمن الراعي، لأنه تمكن المقاومة معه فكان من جملة ما يمكن الاحتراز عنه...^(٣).

هذا ولم يستثن الفقهاء من رفع الضمان بالقوة القاهرة إلا حالة الغصب فإن المغصوب إذا تلف في يد الغاصب ولو بأفة سماوية فذلك لا يعفيه من الضمان، وسبب ذلك أن الغصب غير مباح أصلاً، ويلزم الغاصب قيمة الشيء المغصوب في زمان الغصب ومكانه إن كان قيمياً، ومثله إن كان مثلياً، وتلزم أجره الرد أيضاً على الغاصب^(٤).

وتطبيقاً لذلك قال ابن حزم: من غصب صبيّاً حراً.. فأصابته صاعقة، أو نهشته حية فعلى الغاصب ضمان الدية^(٥).

١٩٥ — خلاصة: يظهر مما سبق أنه لا فرق من حيث المعنى ولا من حيث الأثر بين القوة القاهرة والحادث المفاجيء في الفقهين المدني والإسلامي وأنهما

-
- (١) القحط: الجذب، وهو احتباس المطر. مختار الصحاح للرازي، باب قحط، ص ٥٢٢.
 - (٢) انظر: مجمع الضمانات للبغدادي، ص ٢٧. بدائع الصنائع للإمام الكاساني، ٢١١/٤.
 - (٣) انظر: مجمع الضمانات للبغدادي، ص ٢٩، سابق.
 - (٤) انظر: بدائع الصنائع للكاساني، ١٥٠/٧ و ١٥١. ومجلة الأحكام العدلية، مادة ٨٩١، ص ١٧٣، سابق.
 - (٥) انظر: المحلى، ج ١١، مسألة رقم ٢١١٤، ص ١٥.

تعبيران مترادفان القصد منهما: كل حادث لا يمكن توقعه ولا تلافيه، ويستحيل دفعه، ولا إرادة للمدين في إحداثه، وأن يكون سبب الضرر خارجاً عن مكونات الشيء. فإذا ما أثبت المسؤول هذه الشروط برىء من الضمان وانتفى الخطأ بجانبه، ولا يستثنى من هذا الأصل في الفقه الإسلامي إلا الغاصب، فإنه وإن أثبت أن العين المغصوبة قد هلكت بالقوة القاهرة فذلك لا يعفيه من الضمان لأن الغصب إثم. والإثم لا يسقط بالأعذار لعدم جواز الإقدام عليه لقول الرسول صلى الله عليه وعلى آله وسلم في حديث طويل: «... وليس لعرق ظالم حق...»^(١). قال الإمام مالك: والعرق الظالم: كل ما احتفر، أو أخذ، أو غرس بغير حق^(٢).

ونرى أن الموقع المناسب لهذا الحكم أن ينقل في عجز المادة (١٦٥) مدني مصري والمادة (٣٠٩) مدني يماني بحيث يكون النص على الوجه الآتي:

«إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه. كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر...» إلا الغاصب فلا يعفى من المسؤولية حتى ولو أثبت السبب الأجنبي».

وذلك لأهمية النهي عن الغصب وأثره الخطير على الأمن الاجتماعي ولما يثيره من زرع الخصومات والأحقاد.



(١) موطأ الإمام مالك، ص ٦٣٧. سنن أبي داود، ج ٣، حديث رقم ٣٠٧٣، ص ١٧٨.

(٢) موطأ الإمام مالك، ص ٦٣٧.

الفصل الثاني

أثر خطأ المضرور في مسؤولية المدين

١٩٦ - تمهيد. ١٩٧ - الفرض الأول: استغراق أحد الخطأين للآخر.
١٩٨ - أولاً: تعمد المسؤول أو المضرور لإحداث الضرر. ١٩٩ - تعقيب.
١٩٩/مكرر - ثانياً: أن يرضى المضرور بالضرر. ٢٠٠ - تعقيب. ٢٠١ - ثالثاً:
أن يكون أحد الخطأين نتيجة خطأ الآخر. ٢٠٢ - الفرض الثاني: اشتراك المسؤول
والمضرور في الخطأ. ٢٠٣ - خلاصة. ٢٠٤ - في الفقه الإسلامي.
٢٠٥ - الحالة الأولى: انفراد المضرور بأحداث الضرر. ٢٠٦ - الحالة الثانية:
استغراق خطأ المضرور خطأ المسؤول. ٢٠٧ - الحالة الثالثة: عدم استغراق أحد
الخطأين للآخر. ٢٠٨ - الاتجاه الأول. ٢٠٩ - الاتجاه الثاني. ٢١٠ - توفيق.
٢١١ - مقارنة.

١٩٦ - تمهيد: أثبتنا في المبحث السابق بيان القوة القاهرة التي يستطيع بها
المدين أن يدفع عن نفسه المسؤولية، ونخصص هذا المبحث لبيان مساهمة
المضرور في أحداث الضرر وأثر ذلك على مسؤولية المدين وفقاً لحكم
المادة (٢١٦) مدني مصري والمادة (٣٠٩) مدني اليمن اللتان يترتا للقاضي معالجة
هذه الحالة بقولهما: «يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض أولاً يحكم بتعويض

ما، إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في إحداث الضرر أو زاد فيه»^(١).

ومن ثم نخصص هذا المبحث لبيان مساهمة المسؤول والمضروب في إحداث الضرر وأثر ذلك على مسؤولية المدين، وبيان هذه الحالة لا يخرج عن أحد فرضين، إما أن يستغرق خطأ أحدهما خطأ الآخر، وإما أن يشتركا معاً في إحداث الضرر.

١٩٧ - الفرض الأول: استغراق أحد الخطأين للآخر: صورة هذا الاستغراق لا يخلو، إما أن يحدث الضرر نتيجة تعمد المسؤول أو المضروب، وإما أن يرضى المضروب بالضرر، وإما أن يكون أحد الخطأين نتيجة خطأ الآخر، وذلك على النحو التالي:

١٩٨ - أولاً: تعمد المسؤول أو المضروب إحداث الضرر: إذا تعمد المسؤول إلحاق الضرر بالمضروب استغراق خطأ المسؤول، خطأ المضروب ومثال ذلك: أن يتعمد سائق سيارة صدم سيارة أخرى تسير على يسار الطريق فهنا يسأل السائق مسؤولية كاملة، وليس له أن يحتج بأن السيارة الأخرى ارتكبت خطأ لأنها كانت تسير على اليسار ويقابل هذه الحالة: ما إذا تعمد المضروب إلحاق الضرر بنفسه فإن خطأه يستغرق خطأ المسؤول ومثال ذلك: أن ينتهز المضروب فرصة وجود سيارة مسرعة ويلقي بنفسه أمامها فجأة بقصد الإنتحار، هنا لا مسؤولية على سائق السيارة لأن خطأه في الإسراع قد استغرقه خطأ المجنى عليه الذي تعمد إلحاق الضرر بنفسه^(٢).

(١) انظر: الجريدة الرسمية اليمنية، ملحق العدد الرابع، السنة الرابعة عشرة، ص ١٧. ومجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ٥٤٩/٢، والتي جاء فيها: «إذا كان لخطأ المضروب نصيب في إحداث الضرر عند وقوعه توقف قيام الالتزام بالتعويض... على مبلغ رجحان نصيب أي من الطرفين».

(٢) انظر: د. عبد الحي حجازي: النظرية العامة للالتزام، ٤٧٩/٢، سابق. ود. سليمان =

١٩٩ - تعقيب: وفي تقديرنا أن إثبات قصد الانتحار من المسائل الدقيقة التي لا تعرف إلا من قبل المجنى عليه. أو بقرائن الأحوال، والفرص عدم وجود أية قرائن تدل على حصول الحادث فجأة لذلك نقول: إن بقي في المضرور رفق من الحياة واعترف بأنه قصد الانتحار برىء المسؤول - في نظرنا - لا يبرأ من المسؤولية إلا إذا أثبت أن خطأ المصاب غير ممكن التوقع ومستحيل الدفع.

١٩٩ مكرر - ثانياً: رضى المضرور بالضرر: يفرق الفقه في هذه الحالة بين علم المضرور بالضرر. وبين أن يرضى بالضرر وأجمعوا على أن مجرد علم المضرور بالضرر لا أثر له في إعفاء المدين من المسؤولية، وعلى ذلك: فمن يعبر طريقاً غاصة بالسيارات يعلم أن ذلك يعرضه للخطر، ومن يسافر بقطارات السكك الحديدية يعرف ما قد يحدث من أخطار التصادم، ومن يعوم في حوض سباحة يعلم باحتمال الغرق، ومع هذا العلم فإن المدين إذا صدر منه خطأ، أو عدم وفاء بالالتزام أدى إلى إلحاق الضرر بالدائن فإنه لا يستطيع أن يتخلص من المسؤولية بحجة علم المضرور بالضرر^(١). وهو مبدأ سليم لا صعوبة في التسليم به.

أما إذا رضى المضرور بالضرر: كما لو رضى مريض بإجراء عملية جراحية دونما ضرورة، أو أقدم مهندس معماري على تنفيذ تصميم معيب ورضي عملياً بتنفيذ هذا التصميم، فقد ذهب الفقه إلى القول: بأن رضاء المضرور يخفف المسؤولية عن المدين، فلا هو يسأل مسؤولية كاملة، كما أنه لا يستطيع التخلص

= مرقس: نظرية دفع المسؤولية، ص ٤٥٩، سابق. و د. محمد نصر رفاعي: الضرر كأساس للمسؤولية المدنية في المجتمع المعاصر، ف ٩٦، ص ١٦٣، سابق. ونفس المعنى: د. عبد المنعم البدر اوي: ركن السببية في المسؤولية المدنية في القانون المدني اليمني، بحث في مجلة كلية الشرطة اليمنية، السنة الرابعة، العدد الرابع، سبتمبر ١٩٨٤م، ص ١٤ وما بعدها. حسين عامر: المسؤولية المدنية، ف ٣٦٤، ص ٣٤٣، سابق.

(١) انظر: حسين عامر: المسؤولية المدنية، ف ٢٦٢، ص ٢٢٩، سابق.

من المسؤولية كلية استناداً إلى رضاء المضرور^(١).

٢٠٠ - تعقيب: وفي تقديرنا أن اقتران خطأ المضرور بالقوة القاهرة في المادة (١٦٥) مدني مصري والمادة (٣٠٩) مدني يمني لا بد له من حكمة، والحكمة المتبادرة عقلاً هي استوائهما في الأثر، ولذلك فلا يعنى المدين من المسؤولية - في نظرنا - إلا إذا توافرت في خطأ المضرور شروط القوة القاهرة، عدم إمكان التوقع واستحالة الدفع، وأن لا بد للمسؤول في إحداث الضرر، وهو ما لم يتوفر في رضاء المضرور.

صحيح أن المضرور قد أخطأ برضائه إجراء العمل المعيب. والمسؤول قد أخطأ أيضاً بمباشرة هذا العمل المعيب، إلا أن رضاء المضرور يصبح عديم الأثر مقابل خطأ المسؤول الذي أهله المجتمع للامتياز بهذه المهنة، وافترض فيه الأمانة التامة في القيام بها، فعليه أن يؤديها كاملة كما هو المفترض فيه، أو يدعها.

وحيث أن فرضاء المضرور - أيّاً كان الرضا صريحاً أو ضمناً - لا يعنى المسؤول من أداء التعويض الكامل عملاً بقاعدة «دفع المفاصد أولى من جلب المصالح»^(٢) والمسؤول في مثل هذه الحالات قد أقدم على مفسدة محققة - وهي علمه بالعيب - مقابل مصلحة محتملة قد تتحقق أو لا تتحقق.

٢٠١ - ثالثاً: أن يكون أحد الخطأين نتيجة خطأ الآخر: مضمون هذه

(١) انظر: د. السنهوري: الوسيط، ج ٢، ف ٥٩٤، ص ١٢٣٧. ونفس المعنى: د. سليمان مرقس: المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية، ف ٩٠، ص ١٧٧. د. عبد الحي حجازي: النظرية العامة للالتزامات، ٢/٤٨٠. د. عبد المنعم البدر اوي: ركن السببية في المسؤولية المدنية، بحث منشور بمجلة كلية الشرطة اليمنية، س ٤، عدد ٤، ص ١٦، سابق.

(٢) المادة الرابعة من القانون المدني اليمني، الجريدة الرسمية اليمنية، ملحق العدد الرابع، ص ٢، سابق.

الصورة: أن يكون خطأ المضرور نتيجة خطأ المسؤول، أو العكس، وتقع المسؤولية كاملة على من استغرق خطؤه خطأ الآخر، ومثال خطأ المضرور الذي يستغرقه خطأ المسؤول: أن يركب شخص مع صديق له فيسوق هذا الصديق سيارته بسرعة فيفزع الراكب ويأتي بحركة خاطئة ترتب عليها ضرره، هنا يستغرق خطأ المسؤول خطأ المضرور، ومن ثم لا يستطيع المسؤول أن يتخلص من المسؤولية بإثبات خطأ المضرور، لأن خطأ هذا الأخير لم يكن إلا نتيجة خطأ المسؤول نفسه، أما إذا استغرق خطأ المضرور خطأ المسؤول فإن هذا الأخير يعفى من المسؤولية ومثال ذلك: أن يقفز شخص من حوض السيارة إلى الأرض - أثناء السير العادي - دون أن يعلم السائق ويصاب بضرر، فلا مسؤولية على السائق^(١)، وبإستطاعته أن يثبت: أن مثل هذا الفعل حال السير أمر غير متوقع، وأن الإصابة غير متوقعة، ولا يمكن تلافيتها ولا بد له في أحداثها. فإذا ما أثبت المسؤول هذه الشروط فقد تخلص من المسؤولية لقطع علاقة السببية بين خطئه المفترض وفعل المضرور.

٢٠٢ - الفرض الثاني: اشتراك المسؤول والمضرور في الخطأ: حقيقة الخطأ المشترك هو: أن يحدث الضرر نتيجة خطأ المسؤول والمضرور معاً، دون أن يستغرق خطأ أحدهما خطأ الآخر، ومثال ذلك أن يثبت لدى القاضي إهمال من جانب الطبيب، ومن جانب المريض أديا إلى ضرر أصاب المريض، في هذه الحالة لا يسأل المدين وهو الطبيب عن التعويض الكامل للضرر، بل ينقص منه مقابل خطأ الدائن وهو المريض، كذلك لو تصادمت سيارتان وأصيب السائقان بضرر،

(١) انظر: د. السنهوري: الوسيط، ج ٢، ف ٥٩٥، ص ١٢٤٠، سابق. ود. عبد الحي حجازي: النظرية العامة للالتزامات، ص ٤٨١. والأستاذ مصطفى مرعي: المسؤولية المدنية، ف ١٣٦، ص ١٣٤. ود. إبراهيم الدسوقي أبو الليل: المسؤولية المدنية بين التقييد والإطلاق، ف ١٦٤، ص ٢٦٤.

وجب على كل منهما أن يعرض الآخر بنصف ما أصابه من ضرر لاشتراكهما معاً في الخطأ المفترض الذي أحدث الضرر^(١).

والأصل في الخطأ المشترك أن كلا الخطأين يعتبر سبباً في إحداث الضرر، ولذلك تكون المسؤولية بينهما بالتساوي، ما لم يتبين القاضي قدر مساهمة المسؤول أو المضرور، فإن تبين ذلك فله أن يوزع التعويض بحسب جسامته الخطأ، وذلك وفقاً لما رُود في حكم المادة (٢٤٦) مدني مصري والمادة (٢٥٥) مدني يمني من أنه «يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض، أولاً يحكم بتعويض ما، إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في إحداث الضرر أو زاد فيه» وهذا يعني أن القاضي لا يلجأ لتوزيع التعويض بالتساوي إلا إذا لم يتبين قدر مساهمة المشتركين في الخطأ^(٢).

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية أنه: «إذا كان المضرور قد ساهم بخطئه في إحداث الضرر الذي أصابه، فإن ذلك يجب أن يراعى في تقدير التعويض المستحق له، فلا يحكم على الغير إلا بالقدر المناسب لخطأ هذا

(١) انظر: د. إسماعيل غانم: النظرية العامة للالتزام، ج ٢، ف ٢٩، ص ٨٥. ومجموعة أحكام النقض (جنائي)، المكتب الفني، س ٦، إبريل ١٩٥٥م، طعن رقم ٢٤٦، ص ٧٩٥، جاء فيه: «إذا اشترك المجنى عليه في الخطأ المسبب للحادث، وجب توزيع المسؤولية المدنية على قدر جسامته الخطأ». وحسن عكوش: المسؤولية المدنية العقدية والتقصيرية، ف ٦٣، ص ١٣٦.

(٢) انظر: د. محمد علي عمران: الالتزام بضمان السلامة، ص ٢٢٣. والمستشار حسين عامر: المسؤولية المدنية التقصيرية والمقدية، ف ٣٦٩، ص ٣٥٠، حيث قال: «وقد استقر القضاء في مصر على توزيع المسؤولية بقدر جسامته الخطأ الذي صدر عن كل ممن اشترك في إحداث الضرر». و د. محمد شكري سرور: مشكلة تعويض الضرر الذي يسببه شخص غير محدد من بين مجموعة من الأشخاص، ف ١١٢، ص ١٣٠، سابق.

الغير... (١).

٢٠٣ - خلاصة: وخلاصة القول: أن المدين لا يستطيع التخلص من المسؤولية بدعوى الخطأ المشترك، إلا بقدر مساهمة المضرور، أما إذا لم يتمكن من إثبات مساهمة المضرور فإنه لا يستطيع أن يدفع عن نفسه المسؤولية كلية، إلا إذا أثبت أن خطأ المضرور غير ممكن التوقع، ومستحيل الدفع ولا بد له في إحدائه.

٢٠٤ - في الفقه الإسلامي: فرق الفقهاء في الأثر المترتب على فعل المضرور بين الثلاث الحالات الآتية:

٢٠٥ - الحالة الأولى: إنفراد المضرور بإحداث الضرر: إذا انفرد المضرور بإحداث الضرر فلا ضمان على المسؤول ومثال ذلك: لو سار رجل على دابة في الطريق فتنخسها إنسان أو ضربها، فضربته برجلها فمات، كان دمه هدراً، ولا ضمان على صاحب الدابة، أو راجبها، لأن الضرر، إنما تولد من تعدي المضرور فصار كأنه هو الذي جنى على نفسه^(٢).

كذلك: لو مر رجل في الطريق، فتعلق ثوبه بقفل حانوت رجل، فتمزق الثوب فلا ضمان على صاحب الحانوت إذا كان القفل في ملكه، أما إذا كان في غير ملكه ضمن، وسبب ذلك أن تمزق الثوب إنما وقع بجر المضرور^(٣).

(١) انظر: مجموعة أحكام النقض (جنائي)، المكتب الفني، السنة ١٩، في ١١/١٢/١٩٦٩م، طعن رقم ١٣٨٣، لسنة ٣٨ق، ص ٢٤٨. ونفس المعنى: مجموعة أحكام النقض، (جنائي)، السنة ٢١، في ٢٠/٤/١٩٧٠م، طعن رقم ٣٣١، لسنة ٤٠ق، قاعدة رقم ١٤٨، ص ٦٢٦.

(٢) انظر: المبسوط للإمام السرخسي، ٢/٢٧، سابق. ومعين الحكام للطرابلسي، ص ٢٠٨، سابق. والمغنى لابن قدامة مع الشرح الكبير، ٥٧١/٩، سابق.

(٣) انظر: لسان الحكام لابن الشحنة، ص ٢٨٠، سابق.

والملاحظ من الصور المتقدمة: أن خطأ المضرور هو السبب الوحيد في إحداث الضرر، ولا وجود لعلاقة السببية بين فعل المسؤول وبين الضرر.

٢٠٦ — الحالة الثانية: استغراق خطأ المضرور لخطأ المسؤول: إذا اشترك المسؤول والمضرور في إحداث الضرر، واستغرق خطأ المضرور خطأ المسؤول فلا ضمان على المسؤول، ومثال ذلك: لو حفر بئراً في الطريق العام، أو رش فيها ماء، ومر إنسان على البئر، أو على الماء عمداً وتلف فليس على الحافر أو الراش شيء — لأن الحافر وإن كان مخطئاً لتسببه بالحفر أو رش الماء — إلا أن تسببه قد انقطع بمباشرة المرور تعمداً من قبل المضرور^(١).

كذلك: لو شق أحد راوية^(٢) رجل فسال ما فيها، ضمن الشاق ما شق منها وما سال، وما عطب بالسائل منها، فإن ساق صاحب الراوية دابته مع علمه بالشق فلا يضمن الشاق ما سال بعد ذلك، لأن تسبب المسؤول قد انقطع بتقصير صاحب الراوية^(٣).

٢٠٧ — الحالة الثالثة: عدم استغراق أحد الخطأين للآخر: إذا اشترك المسؤول والمضرور في إحداث، ولم يستغرق خطأ أحدهما خطأ الآخر، فقد اختلف الفقهاء في طريقة توزيع الضمان إلى اتجاهين:

٢٠٨ — الاتجاه الأول: قاله الأحناف، والحنابلة، والمالكية، والزيدية، والظاهرية، ومفاده: أن على كل واحد من المشتركين ضمان ما أتلفه على الآخر من نفس أو مال، ومثال ذلك: لو اصطدم فارسان أو ماشيان فماتا ضمن عاقلة كل واحد منهما دية الآخر، كذلك: لو اصطدم الفارسان فماتت دابة كل واحد منهما بفعل الاصطدام، ضمن كل واحد منهما قيمة دابة الآخر في ماله، وحجتهم في هذا

(١) انظر: مجمع الضمانات للبغدادي، ص ١٨٠، سابق.

(٢) الراوية: هي التي توضع على البعير ليستقي منها. انظر: الصحاح للرازي، باب روى، ص ٢٦٥، سابق.

(٣) انظر: مجمع الضمانات للبغدادي، ص ١٥٣، سابق.

النظر أن ما تلف على كل واحد منهما من نفس أو مال إنما كان بفعل صاحبه، أما فعل كل واحد في حق نفسه فلا يعتبر^(١).

ولا يجوز للعاقلتين في ضمان الأنفس أن يتقاصا الدية، وسبب ذلك أن الورثة فيهم من يرث ولا يعقل كالنساء والصبيان، ومنهم من يرث ويعقل كالبنين والآباء، وفيهم من يعقل ولا يرث كالأخوة والأعمام مع البنين الذكور^(٢)، ولذلك أوجبوا على كل واحد منهما ضمان كل ما أتلفه على الآخر من نفس أو مال.

٢٠٩ - الاتجاه الثاني: قاله الشافعية، والإمامية، والإمام زفر من الأحناف، والإمام المزيدي بالله من الزيدية، ومفاده: أن على كل واحد من المتضامنين ضمان نصف ما أتلفه على الآخر من نفس أو مال وحجتهم في هذا النظر: أن ما أصاب كل واحد منهما في نفسه أو ماله، إنما كان بفعله وبفعل صاحبه، فيهدر ما قابل فعل نفسه وهو النصف، ويعوض بنصف ما أصابه من ضرر مقابل فعل صاحبه، ومثال ذلك: لو اصطدم الفارسان فمات الفارسان كان على كل واحد منهما في ماله نصف قيمة فرس الآخر، ولو مات الفارسان أيضاً كان على عاقلة كل منهما نصف الدية لورثة الآخر^(٣).

(١) انظر: مجمع الضمانات للبغدادي، ص ١٨٩. والمغني لابن قدامة مع الشرح الكبير، ٣٥٩/١٠. وبلغة السالك للإمام الصاوي، ٣٨٢/٣. والبحر الزخار للإمام المرتضى، ٢٤٧/٦. والمحل للإمام ابن حزم الظاهري، ج ١٠، مسألة رقم ٢٠٨٦، ص ٥٠٣.

(٢) انظر: المنتزع المختار من شرح الأزهار لابن مفتاح، ٤١٣/٤، هـ ١٠. موطأ الإمام مالك، ص ٧٥٥، قال: «الأمر عندنا أنه لبس على النساء والصبيان عقل وإنما يجب العقل على من يبلغ الحلم من الرجال».

(٣) انظر: نهاية المحتاج للرملي، ٣٦٢/٧. وحاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج، ٣٦٢/٧. وشرائع الإسلام للحلي، ٢٥٠/٤. وبدائع الصنائع للكاساني، ٧٣/٧. والمنتزع المختار من شرح الأزهار للعلامة ابن مفتاح، ٤١٤/٤.

٢١٠ - استنتاج وتخصيص: ونستنتج من الاتجاهين السابقين، أن أصول الشريعة الإسلامية والتي منها قول الله تعالى: ﴿...ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله...﴾^(١)، لا تمنع من أن نوفق بين الاتجاهين ونضع لكل اتجاه نطاقه الخاص على النحو الآتي:

١ - فنخصص الاتجاه الأول القائل - بأن على المشتركين في الخطأ ضمان جميع ما أتلفه على الآخر من نفس أو مال - نخصه لحالة الخطأ المشترك الذي يؤدي إلى إتلاف النفوس فقط، وبمقتضاه: يجب على عاقلة كل متصادم أداء دية صاحبه لورثته المستحقين لها شرعاً، وذلك لأن جنائية المضرور في حق نفسه لا تعتبر، ولم يصدر منه عفو في حياته لصاحبه، فانتقل الحق في الدية للورثة عملاً بالآية السابقة، إلا أن يتنازل الورثة المستحقين للأرث عن طيب خاطر فتم المقاصة.

٢ - أما الاتجاه الثاني القائل - بأن على كل واحد من المشتركين في الخطأ ضمان نصف ما أتلفه على الآخر من نفس أو مال - وهو ما يأخذ به فقه القانون المدني - فنخصه لحالة الخطأ المشتركة الذي يصيب المال أو النفس بأضرار غير مميتة، وسبب هذا التخصيص: أن الحق في التعويض في هذه الأحوال لم ينتقل لأحد، وإنما هو حق المضرور نفسه، وكلاهما قد شارك بفعله في إتلاف ماله ومال صاحبه، فوجب إسقاط نصف التعويض على كل واحد منهما مقابل فعل نفسه، واستحقاقه النصف الآخر مقابل فعل صاحبه.

وبهذا التحديد يرتفع الخلاف بين الاتجاهين، ويطبق كل اتجاه في نطاقه الخاص، وفقاً لما فهمناه من الآية الشريفة آنفة الذكر.



(١) سورة النساء: الآية ٩٢.

الفصل الثالث

أثر خطأ الغير في مسؤولية المدين

٢١١ - تمهيد. ٢١٢ - المقصود بالغير. ٢١٣ - أولاً: مضمون نظرية تكافؤ الأسباب. ٢١٤ - ثانياً: مضمون نظرية السبب المنتج. ٢١٥ - موقف الفقه والقضاء. ٢١٦ - تعقيب. ٢١٧ - في الفقه الإسلامي. ٢١٨ - أولاً: اشتراك المسؤول والغير مباشرة أو تسبباً. ٢١٩ - ثانياً: إيجاب الضمان على المباشر دون المتسبب. ٢٢٠ - ثالثاً: إيجاب الضمان على المباشر والمتسبب معاً. ٢٢١ - رابعاً: إيجاب الضمان على المتسبب دون المباشر. ٢٢٢ - خامساً: إيجاب الضمان على بيت المال. ٢٢٣ - مقارنة.

٢١١ - تمهيد: نخصص هذا المبحث لبيان من هم الغير؟ وما موقف المدين من المسؤولية عند تعدد الأسباب؟ وذلك من خلال نظرية تكافؤ الأسباب، ونظرية السبب المنتج، والأمثلة التطبيقية لموقف الفقه والقضاء في ذلك.

٢١٢ - المقصود بالغير: أجمع الفقهاء على أن ما عدا المضرور والمسؤول فهو من الغير، إلا الأشخاص الذين يسأل عنهم المدين فلا يعتبرون من الغير، وهم التابعون، والقصر وغيرهم ممن يوجب القانون الرقابة عليهم، وقد سبق بيان افتراض المسؤولية عن هؤلاء^(١).

(١) انظر: أنفأ، ف ٩٢ و ١٠٠.

ولذلك يكون المقصود بالغير هو: كل شخص أجنبي عن المسؤول والمضروب ولا يهم بعد ذلك أن يكون هذا الغير مميزاً أو غير مميز، عرفت شخصيته أو لم تعرف، المهم أن يثبت المسؤول أن فعل الغير الذي سبب هذا الضرر كان غير ممكن التوقع ومستحيل الدفع، وعلى ذلك: فلو وضع المالك سيارته في المكان المعد لوقوف السيارات، وأقفلها بمفتاحها الخاص، ثم تمكن لص من فتحها وتسييرها بمفتاح مصطنع وصدمة إنساناً في الطريق في هذه الحالة لا مسؤولية على المالك، لأنه لم يخطئ، ولأنه قد عمل على منع تسييرها وفقاً للمسلك المألوف، ولأن فعل السارق بمثابة السبب الأجنبي الذي لا يمكن توقعه ولا تفاديه^(١).

ويثور السؤال في حالة ما إذا أخطأ المالك وترك سيارته مفتوحة بجانب الطريق، ثم أتى لص وتمكن من تسييرها وصدمة رجلاً في الطريق فما الحل؟ هل يسأل المالك واللص معاً؟ أم أن المالك لا يسأل، وإنما يسأل اللص بمفرده.

للرد على هذا التساؤل، يوجد في فقه القانون المدني نظريتان مشهورتان، إحداهما «نظرية تكافؤ الأسباب» التي قال بها الفقيه الألماني فون بيري (Von Buri) والثانية «نظرية السبب المنتج» التي قال بها الفقيه الألماني فون كريس (Von Kries) ونعالج الحل من خلال هاتين النظريتين على النحو التالي:

٢١٣ – أولاً: مضمون نظرية تكافؤ الأسباب: مضمون هذه النظرية هو: أن كل سبب له دخل في إحداث الضرر – مهما كان بعيداً – وأن الأسباب في مجموعها متكافئة ولا يمكن إجراء أي تفرقة بينها بحسب أهميتها أو خطورتها في

(١) انظر في هذا المعنى: د. محمد علي عمران: الالتزام بضمان السلامة، ص ٢٢٨، سابق. و د. سليمان مرقس: نظرية دفع المسؤولية المدنية، ص ٣١٩، سابق. والمستشار حسين عامر: المسؤولية المدنية التقصيرية والمقدية، ف ٣٨٩، ص ٣٨٢، سابق.

إحداث الضرر. . وإنا إذا قمنا بإلغاء أي سبب منها فإن النتيجة لا تحدث. .
ولذلك فإن علاقة السببية متوافرة بين الضرر وبين مجموعة الأسباب التي أدت
إليه. . . (١).

ووفقاً لهذه النظرية فإن خطأ المالك وفعل السارق في المثال المتقدم، هما
سببان متساويان في إحداث الضرر، ولا يمكن فصل أحدهما عن الآخر، وبالتالي
يسألان معاً قبل المضرور.

٢١٤ - ثانياً: مضمون نظرية السبب المنتج: مضمون هذه النظرية - كما
عبر عنها الفقهاء - هي: أنها تقسم الأسباب التي أحدثت الضرر إلى نوعين:
أسباب منتجة، وأسباب عارضة، وتعتد بالسبب المنتج دون العارض. والسبب
المنتج الذي تناط به المسؤولية، هو ذلك السبب الذي يؤدي عادة وبحسب
المألوف إلى إحداث الضرر، أما السبب العارض الذي لا تناط به المسؤولية، فهو
ذلك السبب غير المألوف الذي لا يحدث به الضرر عادة ولكنه أحدثه عرضاً،
ولذلك فلا يؤبه له (٢).

ووفقاً لهذه النظرية فإن فعل السارق - في المثال المتقدم - هو السبب
المنتج والمألوف في إحداث الضرر، أما خطأ مالك السيارة الذي أهمل في
المحافظة عليها فيعتبر سبباً عارضاً لا يكفي وحده لإحداث الضرر، ولذلك فإن
السارق هو المسؤول وحده عن كل الضرر الذي أصاب المضرور.

(١) انظر: د. السنهوري: الوسيط، ج ٢، ف ٦٠٥، ص ١٢٦٣، سابق. ود. محمود
جمال الدين زكي: الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ف ٢٧٠، ص ٥٦٤.
و د. عبد الرشيد مأمون: علاقة السببية في المسؤولية المدنية، ف ٧، ص ١٠، سابق.
(٢) انظر: د. محمود جمال الدين زكي: الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، ف ٢٧١،
ص ٥٦٦. ود. عبد الرشيد مأمون: علاقة السببية في المسؤولية المدنية، ف ٤٣،
ص ٥٢، سابق.

٢١٥ - موقف الفقه والقضاء: ويتردد موقف الفقه بين هاتين النظريتين، فجانب منه يغلب نظرية السبب المنتج^(١). وجانب آخر يميل إلى نظرية تكافؤ الأسباب^(٢). أما القضاء: فيظهر من منطوق أحكامه أنه يغلب نظرية السبب المنتج، فقد جاء في قضية طالب خرج من المدرسة لقضاء شأن لمدرسة الفصل، فقدمه الترام. وتركز مكونات القضية على أربعة أخطاء، خطأ ناظر المدرسة في الإشراف، وخطأ مدرسة الفصل بطلبها خروج الطالب لقضاء شأن لها، وخطأ الطالب في عدم الاحتياط وخطأ سائق الترام، فماذا قالت المحكمة؟ قالت في حكمها: يتعين في مجال المسؤولية عن الخطأ الشخصي استعراض الأسباب المتعددة التي كان لها دخل في إحداث الضرر، والتمييز بين الأسباب العارضة، والأسباب المنتجة، والوقوف عند الثانية دون الأولى، واعتبارها وحدها السبب المنتج في إحداث الضرر، - وانتهت المحكمة - إلى أن خطأ سائق الترام، وخطأ الطالب هما السببان المنتجان للضرر أما خطأ ناظر المدرسة في الإشراف، وخطأ مدرسة الفصل فهما سببان عارضان لا يحدث بهما الضرر عادة، وأن دعوى التعويض عليهما تفتقر إلى الأساس القانوني^(٣).

- (١) انظر: د. إسماعيل غانم: النظرية العامة للالتزام، ج ٢، ف ٣٧، ص ٧٦، نهاية هـ ٢. ود. السنهوري: الوسيط، ج ٢، ف ٦٠٦، ص ١٢٦٥. ود. جميل الشرقاوي: النظرية العامة للالتزام في قانون الجمهورية العربية اليمنية، ف ١٠٧، ص ٥٢٩، هـ ١. ود. توفيق حسن فرج: النظرية العامة للالتزام، ص ٣٩٦. ود. محمد لبيب شنب: دروس في نظرية الالتزام، ف ٢٨، ص ٣٦٢.
- (٢) انظر: د. عبد الحى حجازي: النظرية العامة للالتزام، ٤٨٦/٢، سابق. والمستشار حسين عامر: المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، ف ٤٠٧، ص ٣٩٣.
- (٣) انظر: حكم صادر عن محكمة القاهرة الابتدائية في ٦/١٢/١٩٦٢م، قضية رقم ٩٧٤، مدني، مشار إليها في: عبد المعين لطفي جمعة: موسوعة القضاء في المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، ج ١، ف ٦٩٩، ص ٣٩٧. ونفس المعنى: مجموعة أحكام النقض، =

كذلك قالت محكمة النقض المصرية في أحكام أخرى: يجب عند تحديد المسؤولية الوقوف عند السبب المنتج في إحداث الضرر دون السبب العارض^(١)، وإن اطراد أحكام القضاء بهذا المعنى يدل على تغليب نظرية السبب المنتج.

٢١٦ - تعقيب: وفي نظرنا: أنه يجب على القاضي عند بحث تعدد الأسباب أن لا يقف عند نظرية علمية مجردة، بل عليه فقط أن يسترشد بهما كمؤشرات، ويبحث بعمق في وقائع النزاع حتى يصل إلى السبب المتصل بالنتيجة اتصال العلة بالمعلول^(٢) وي طرح ما عدا ذلك من الأسباب المنقطعة التي لم تكن نتيجة طبيعية لحدوث الضرر، أو بعبارة أخرى لم تكن هي العلة المباشرة بنفسها في إحداث الضرر.

ونظرية السبب المنتج في نظرنا: هي الأقرب لهذا الاعتبار من الناحية العملية

= (مدني)، السنة ١٦، في ١٩٦٥/٦/٢٠م، طمن رقم ٤٥٤، سنة ٣٠ق، قاعدة رقم ١٣٧، ص ٨٧٠.

(١) انظر: مجموعة أحكام النقض (مدني)، السنة ١٨، في ١٩٦٧/١٠/٢٦م، طمن رقم ١٩٧، سنة ٢٤ق، قاعدة رقم ٢٣٦، ص ١٥٦٠. والمحاماة، السنة ٤٨، العدد ٩، قاعدة رقم ٤٦٩، ص ١٥٤. ومشار إليه في الوسيط للسنيوري، ج ٢، ف ٦٠٦، ص ١٢٦٥، هـ ١. وفي موسوعة القضاء لعبدالمعين جمعة، المرجع السابق، ج ١، ف ٧٠٢، ص ٢٩٨.

(٢) الفرق بين السبب والعلة: أن السبب لا يباشر النتيجة بنفسه، وأما العلة فهي التي تباشر النتيجة بنفسها، أو بعبارة أخرى: السبب يوصل إلى النتيجة بواسطة غيره، أما العلة فمباشرة بنفسها، ومثال ذلك: «أن يثقب شخص جدار شخص آخر بغير إذنه - وهذا هو السبب المنقطع - ثم يأتي لص فيأخذ المال - وهذا هو السبب المتصل بالنتيجة اتصال العلة المباشرة لضياح مال المضرور، ومن ثم أوجب الفقهاء الضمان على السارق دون الناقب». انظر: في هذا المعنى: شرح التلويح على التوضيح للفتازاني، ١٣٧/٢، سابق. ومجمع الضمانات للبغدادي، ص ١٥٣، سابق.

حيث تتفق وما عليه إجماع الفقه والقضاء: من أن المدين لا يستطيع التخلص من المسؤولية قبل المضرور إلا إذا أثبت أن خطأ الغير هو السبب الوحيد في إحداث الضرر، ولولاه لما وقع الضرر، أو يثبت أن خطأ الغير كان غير متوقع ومستحيل الدفع ولا يد له في إحداثه^(١).

٢١٧ - في الفقه الإسلامي: أمر بدهي لا خلاف عليه، وهو إذا انفرد الغير بأحداث الضرر فلا ضمان على المسؤول ومثال ذلك: أن يحفر شخص بئراً في ملكه، فيعمد شخص إلى آخر ويرديه فيها، فلا ضمان على المالك لانتفاء عدوانه^(٢).

أما إذا اشترك المسؤول مع الغير في إحداث الضرر فلا يخلو: إما أن يضمن المباشر، أو المتسبب أو يضمن معاً، فإن تعذر تضمينهما وجب الضمان على بيت المال، وتفصل هذا الإجمال على النحو الآتي:

٢١٨ - أولاً: اشتراك المسؤول والغير في المباشرة أو التسبب: إذا اشترك المسؤول والغير خطأ في إحداث الضرر مباشرة أو تسبباً: كما لو حفر شخص حفرة في الطريق العام بغير إذن الإمام، وجاء آخر ووسع رأسها ثم جاء آخر وعمق أسفلها، ثم تردى في الحفر حيوان أو إنسان ومات فما هي الحلول التي قدمها الفقهاء؟.

قال الإمام محمد بن الحسن الشيباني من أئمة الأحناف: إن الضمان على الأول، لأنه بمنزلة الدافع لمن وقع في البئر، ولا ضمان على الآخرين.

(١) انظر في هذا المعنى: د. محمد علي عمران: الالتزام بضمان السلامة، ص ٢٢٦ وما بعدها. ود. سليمان مرقس: المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، ف ٩١، ص ١٨٠. ود. عبد الرشيد مأمون: علاقة السببية في المسؤولية المدنية، ف ١١٨، ص ١٢٠، سابق.

(٢) انظر: البحر الزخار للإمام أحمد بن يحيى المرتضى، ٢٤٣/٩.

وقال الإمام أبو حنيفة، وأبو يوسف، وهو قول أئمة الحنابلة: إن السبب حصل من الثلاثة فوجب الضمان عليهم أثلاثاً^(١).

وإذا قارنا طبيعة الحلول في هذا المثال: نجد أن قول الإمام محمد بن الحسن يتفق مع ما يعرف في فقه القانون المدني بنظرية السبب المنتج^(٢) كما يتفق قول الإمام أبو حنيفة وأبو يوسف، والحنابلة مع ما يعرف في فقه القانون المدني بنظرية تكافؤ الأسباب^(٣).

وينحصر فقه المسألة في تقديرنا: في أن الإمام محمد بن الحسن اعتبر أن فعل الحافر الأول هو أقوى الأسباب، ولذلك أوجب الضمان عليه وحده، أما الإمام أبو حنيفة وغيره فالمعتبر لديهم أن الثلاثة متساوون في قوة السبب، فوجب الضمان عليهم جميعاً.

وفي تقديرنا أن على القاضي أن يبحث عن العلة المباشرة في إحداث الضرر ويربط الضمان بها، ويطرح ما عدا ذلك من الأسباب المنقطعة التي لم يكن لها تأثير مباشر، وذلك حسب ملاسبات كل واقعة وظروفها، ونظرية السبب المنتج — في نظرنا — هي الأقرب لهذا الاعتبار.

٢١٩ — ثانياً: إيجاب الضمان على المباشر دون المتسبب: إذا اشترك

(١) انظر: بدائع الصنائع للإمام الكاساني، ٢٧٥/٧. ومجمع الضمانات للبغدادي، ص ١٨٠.

والمغني لابن قدامة مع الشرح الكبير، ٥٦٥/٩.

(٢) انظر: آناً، ف ٢١٤.

(٣) ويثبت بهذا التخريج — حسب علمنا — أن نظرية تعدد الأسباب المعزوة إلى العالم الألماني (فون بيرى)، ونظرية السبب المنتج المعزوة إلى العالم الألماني (فون كريس)، هما من المسائل المعروفة في الفقه الإسلامي، الأولى قال بها الإمام أبو حنيفة وأبو يوسف، والحنابلة، وقال بالثانية الإمام محمد بن الحسن الشيباني وذلك قبل أن يكون لهذه التسمية وجود في فقه القانون المدني.

المسؤول والغير في فعلين ضارين، وكان أحدهما مباشراً، والآخر متسبباً، وجب الضمان على المباشر دون المتسبب، وفقاً لقاعدة فقهية مجمع عليها وهي: إذا اجتمع السبب والمباشرة قدمت المباشرة^(١) وقد أخذت المجلة بهذا المعنى فقالت: إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر^(٢).

ومثال ذلك: لو حفر رجل بئراً عدواناً، ثم جاء رجل آخر ودفع غيره فيها، فالضمان على الدافع وحده لأنه مباشر^(٣).

كذلك: لو دل أحد لصاً على مال إنسان فسرقه، فإن الضمان على السارق لأنه مباشر ولا شيء على الدال^(٤) وسبب ذلك أن التسبب بالدلالة حالت بينه وبين أخذ المال مباشرة السارق.

كذلك: لو نقب إنسان حائطاً ثم غاب، فدخل منه رجل فسرق المال، لا يضمن الناقب، وبه يفتي لأنه سبب منقطع، والسارق مباشر، وقال بعضهم يضمنا معاً^(٥).

ونستخلص من هذه التطبيقات مبدأ محدداً هو: أن الضمان إنما يتعلق بالعلة التي أحدثت الضرر، وهي نفس الفعل المباشر للإتلاف، أما ما عدا ذلك من الأسباب المنقطعة فلا يتعلق بها الضمان لعدم صلتها بعلة مباشرة الإتلاف.

٢٢٠ - ثالثاً: إيجاب الضمان على المباشر والمتسبب معاً: إذا اتحدت قوة

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ١٧٩. الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص ١٦٣. الفروق للقرافي، ج ٢، الفرق ١١١، ص ٢٠٨. البحر الزخار للمرتضى، ٢٤٣/٦. شرائع الإسلام للمحلي، ٢٥٧/٤.

(٢) مجلة الأحكام المدلية، مادة رقم ٩٠، ص ٢٧.

(٣) قواعد ابن رجب الحنبلي، قاعدة رقم ١٢٧، ص ٢٨٥.

(٤) مجمع الضمانات للبغدادي، ص ٢٠٣.

(٥) مجمع الضمانات للبغدادي، ص ١٥٢.

العلة في المباشرة والتسبب معاً وجب عليهما الضمان بالتساوي ومثال ذلك: لو نخص شخص دابة بأمر ركبها، فوطئت في فورها الذي نخصها فيه شيئاً للغير وأتلفته، فالضمان عليهما معاً، لأن سيرها في تلك الحالة مضاف إليهما معاً، إذ الناخص سائق والآمر راكب^(١).

كذلك: لو أمسك شخص آدمياً ليقتله آخر فما الحكم؟ ذهب الأحناف والشافعية إلى أن القاتل هو الضامن لأنه مباشر والممسك متسبب، والسبب لا يعمل على انفراده فلا يضمن وإنما يعزر^(٢).

وذهب الإمام مالك إلى أن على الممسك القصاص كالمباشر، لأنه لو لم يمسك القاتل ما قدر الطالب على قتله، فالقتل حاصل بفعلهما معاً. وعليهما القصاص^(٣).

وللإمام أحمد بن حنبل قولان: أحدهما: أن الممسك يقتل مع المباشر لاشتراكها في الضمان والقود. وثانيهما: يقتل المباشر ويحبس الممسك حتى الموت تعزيراً^(٤).

ونحن نميل إلى الأخذ بقول الإمام أحمد في جواز قتل الممسك مع المباشر، أو حبسه تعزيراً حتى الموت وفقاً لاجتهاد الحاكم، وسبب هذا الترجيح: أن فعل الممسك أصبح علة مؤثرة في عدم قدرة الممسوك على الدفاع عن نفسه أو الهرب، فأصبح في حكم المباشر.

(١) انظر: تبين الحقائق للزيلعي، ١٥٠/٦. ود. صبحي محمصاني: النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، ١٩٣/١.

(٢) انظر: قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام، ١٥٦/٢. وبدائع الصنائع للكاساني، ٢٣٠/٧. والأشباه والنظائر للسيوطي، ص ١٧٩. ولسان الحكام لابن الشحنة، ص ٣٩٠، مطبوع مع معين الحكام.

(٣) انظر: القوانين الفقهية لابن جزي المالكي، ص ٢٩٥، سابق.

(٤) انظر: قواعد ابن رجب الحنبلي، قاعدة رقم ١٢٧، ص ٢٨٧.

ولما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه: أن غلاماً قتل غيلة^(١) فقال عمر: «لو اشترك فيها أهل صنعاء لقتلتهم»^(٢) وأخرج الإمام مالك أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قتل نفراً خمسة أو سبعة برجل واحد قتلوه قتل غيلة، وقال عمر: لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم جميعاً^(٣).

فهذه الأدلة ترجح جواز قتل الممسك والمباشر معاً متى كانت مباشرتهما فعليه كما قدمنا.

٢٢١ - رابعاً: إيجاب الضمان على المتسبب دون المباشر: إيجاب الضمان في الفقه الإسلامي لا يقف عند تطبيق قاعدة مجردة، وإنما يدور مع العلة التي أحدثت الضرر حتى ولو كانت صلتها بالضرر غير إيجابية - إذا لم تكن إلا هي - وذلك لحماية حق المضرور في التعويض، ولهذا الاعتبار فإن الضمان يجب على المتسبب في حالتين:

الحالة الأولى: إذا انطوى السبب على العلة الموجبة للضمان، فلا ضمان على المباشر ويجب الضمان على المتسبب، ومثال ذلك: لو وضع شخص حجراً في الطريق فعثر به مار فوقع على مال الغير وأتلفه فلا ضمان على المباشر الذي عثر لأنه كالمدفع، ويجب الضمان على المتسبب الذي وضع الحجر^(٤).

كذلك: لو دفع رجل إلى صبي سكيناً ليمسكه له، فسقط عن يده فجرحه ضمن الدافع، لأن السبب في معنى العلة^(٥).

(١) الغيلة: الخديعة، وهي أن يذهب رجل برجل آخر إلى موضع فيقتله. مختار الصحاح للرازي، مادة غيل، ص ٤٨٧.

(٢) أخرجه البخاري بسنده عن ابن عمر رضي الله عنهما. صحيح البخاري، ج ٩، حديث رقم ١٧٣٤، ص ٦١٢.

(٣) موطأ الإمام مالك، ص ٧٥٦.

(٤) مجمع الضمانات للبغدادي، ص ١٧٦.

(٥) شرح التلويح على التوضيح للتفتازاني، ١٣٨/٢.

الحالة الثانية: من أحوال إيجاب الضمان على المتسبب هي: إذا تعذر الوصول إلى الغير الذي أحدث الضرر، أو تعذر تضمينه أصلاً.

فيجب الضمان على المتسبب، حماية لحق المضرور في التعويض ومثال ذلك: لو وضع مجهول حجراً عند بئر رجل آخر، فاصطدم بها عابر طريق وسقط في البئر، فالأصل أن الضمان على واضع الحجر لأنه بمنزلة الدافع، وحافر البئر لا يضمن لأنه متسبب، ولكن لما تعذر معرفة المباشر وجب الضمان على المتسبب وهو حافر البئر^(١).

كذلك إذا تعذر التضمين، كما لو كان بدل الحجر مطر من السماء فزاق به عابر الطريق وسقط في البئر وجب الضمان على الحافر^(٢). لتعذر تضمين المباشر.

ويستخلص من هذا المبدأ أن المتسبب لا يستطيع التخلص من المسؤولية بدعوى مباشرة فعل الغير الذي تعذرت معرفته، أو تعذر تضمينه، فذلك لا يجديه وإنما يجب الضمان على المتسبب عند تعذر معرفة المباشر، وفي تطبيق هذا المبدأ حماية لحق المضرور في التعويض من الهدر.

٢٢٢ - خامساً: إيجاب الضمان على بيت المال: قلنا فيما سبق أن الضمان يجب على المباشر أو على المتسبب أو عليهما معاً حسب الأحوال، والسؤال الآن هو: إذا تعذر معرفة المباشر والمتسبب معاً فهل تقيّد القضية ضد مجهول؟ هذا المبدأ لا وجود له في الفقه الإسلامي فلا بد للمضرور من التعويض، ومثال ذلك: لو وجد قتيل في الصحراء، أو على شاطئ البحر، أو في إحدى الترع أو المصارف العامة، أو في محل عام لا يملكه أناس

(١) مجمع الضمانات للبغدادي، ص ١٨٠.

(٢) مجمع الضمانات للبغدادي، ص ١٨٠. د. صبحي محمصاني: النظرية العامة للموجبات والمعقود في الشريعة الإسلامية، ١/١٩٣.

محصورون^(١) كالطرق العامة، والمساجد، أو كمن يموت في الحج بازدهام الطائفين، أو يقتل في السجن وتعذر معرفة من قتله، فإن الضمان يجب من بيت المال حتى لا يبطل دم امرئ مسلم في الإسلام^(٢).

ودليل هذا الأصل المجمع عليه في الفقه الإسلامي: «أن عبد الله بن سهل قتل قبل خيبر ولم يعرف قاتله، فوداه النبي ﷺ من عنده - من بيت المال - وبعث إلى أهله مائة ناقة حتى أدخلت عليهم الدار»^(٣). وفي رواية الإمام مالك: أن هذا القاتل وجد على فقير بئر أو عين قبل خيبر فوداه رسول الله ﷺ من عنده^(٤). هذا في نطاق ضمان الأنفس.

أما عن ضمان الأموال، فلما أخرجه البخاري بسنده عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ كان يؤتى بالرجل المتوفى عليه الدين فيسأل هل ترك لدينه فضلاً؟ فإن حدث أنه ترك وفاءً صلى وإلا قال للمسلمين صلوا على صاحبكم فلما فتح الله عليه الفتوح قال: «... أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم فمن توفي من المؤمنين فترك ديناً فعلي قضاؤه، ومن ترك مالا فلورثته»^(٥).

(١) أما إذا كان المحل الذي وجد فيه القاتل محصوراً بالملك لأناس معلومين، أو يدهم عليه، فتجب القسامة: وصفتها: أن تؤخذ منهم خمسين يميناً ما قتلناه ولا علمنا له قاتلاً، ثم يؤدوا دية إلى مستحقيها، وهذه المسألة مبسطة في كل كتب الفقه في باب مستقل يسمى باب القسامة. انظر: بدائع الصنائع للكاساني، ٢٨٦/٧. والمتزح المختار للعلامة ابن مفتح، ٤٥٩/٤.

(٢) انظر: مجمع الضمانات للبغدادي، ص ٧٥. وبدائع الصنائع للكاساني، ٢٩٠/٧. والمتزح المختار لابن مفتح، ٤٦٦/٤، هـ ٨.

(٣) انظر: الحديث بتمامه. سنن أبي داود، ج ٤، حديث رقم ٤٥٢٠، ٤٥٢١، ص ١٧٧، و ١٧٨.

(٤) موطأ الإمام مالك، ص ٧٦٤، ٧٦٥.

(٥) صحيح البخاري، ج ٧، حديث رقم ٢٨٥، ص ١٢٦.

ومن التطبيقات العملية لهذا الأصل ما جاء في المغني: أن رجلاً قتل في زحام في زمن عمر رضي الله عنه فلم يعرف قاتله فقال علي لعمر: يا أمير المؤمنين لا يطل^(١) دم امرئ مسلم فأدى ديته من بيت المال^(٢).

وجاء في المحلى قوله: إن الناس ازدحموا في المسجد الجامع بالكوفة يوم الجمعة فأفرجوا عن قتيل فوداه علي بن أبي طالب كرم الله وجهه من بيت المال^(٣).

وقد استنبط الفقهاء من هذه الأصول قاعدة فقهية مقتضاها:

أن المسلمين يرثون من لا وارث له، وبالمقابل يعقلون عنه عند تعذر معرفة المباشر والمتسبب من بيت المال، لأن مال بيت المال مالهم جميعاً، فكان الأخذ منه استيفاء منهم جميعاً^(٤).

وإذا كان الفقه الإسلامي قد أرسى مبدأ الضمان على بيت المال عند تعذر معرفة المسؤول - في الوقت الذي لم يكن للدولة دخل سوى الزكاة - فإن على الدولة في العصر الحديث أن تطبق هذا المبدأ من باب أولى، لأنها - إلى جانب تمكنها من استخراج الثروات من باطن الأرض، ومشاركتها للورثة من خلال رسم

(١) أي لا يهدر، وفي ظل ثلاث لغات: فتح العطاء، وضمها، وكسرها. مختار الصحاح للرازي، مادة ظل، ص ٣٩٦.

(٢) المغني لابن قدامة مع الشرح الكبير، ٥٢٤/٩. د. محمد رواس قلعة جي: موسوعة فقه علي بن أبي طالب، ص ١٧٦.

(٣) المحلى لابن حزم، ج ١٠، مسألة رقم ٢٠٩٤، ص ٥١٨.

(٤) انظر: المغني مع الشرح الكبير لابن قدامة، ٥٢٤/٩. والشرح الكبير للمقدسي، ٦٤٩/٩، مطبوع بهامش المغني لابن قدامة. والمحلى للإمام ابن حزم، ج ١٠، مسألة رقم ٢٠٧١، ص ٤٦٥. والبحر الزخار للإمام المرتضى، ٣٠٠/٦. وبدائع الصنائع للإمام الكاساني، ٢٨٩/٧.

الأيلولة قد فرضت فوق ذلك على الفرد شتى أنواع الضرائب تحت عدة مسميات ولمختلف أوجه النشاط حتى أصبح مجرد رفع الشكوى فيه دمنغة إيراد لخزينة الدولة .

أفلا يستحق الفرد . . أن تضمن الدولة تعويض أهله إذا قتل ولم يعرف قاتله، وتقضي عنه دينه إذا مات فقيراً، وأن تعوضه إذا هلك ماله بأفة سماوية؟ إنه في نظرنا يستحق كل ذلك .

وإذا قيل إن الدولة في العصر الحديث قد بسطت خدماتها للفرد وأن ما يدفعه الفرد إلى خزينة الدولة إنما هو مقابل الخدمة التي يستفيد منها، ولذلك فلا يلزمها الضمان عند تعذر معرفة المسؤول . ولرد على هذا نقول: إن من الواجبات الأساسية على الدولة، واجب التمكين، وواجب الحماية ويتمثل واجب التمكين في انتفاع الأفراد بكل الخدمات بمقابل وبدون مقابل حسب الأحوال . إنما واجب الحماية فيتمثل في أن على الدولة أن تحمي المصالح العليا . . وفي مقدمتها حماية دم الفرد وماله من الهدر عند تعذر معرفة المسؤول .

وحيث تدخل الحالات المذكورة تحت واجب ضمان الحماية ولا شك أن واجب ضمان الحماية مقدم - من حيث الأهمية - على واجب ضمان التمكين .

٢٢٣ - أوجه الاتفاق والاختلاف بين الفقهاء: الخلاف بين الفقهاء المدني والإسلامي - في بيان خطأ المسؤول والغير - إنما هو خلاف لفظي اقتضته طبيعة الصناعة الفقهية المختلفة بين الفقهاء المدني والإسلامي، أما من حيث المعنى فهما متفقان . ولم يظهر الخلاف الجوهرى بين الفقهاء إلا في حالة ما إذا تعذر الوصول إلى الغير الذي أحدث الضرر، وصورة هذا الخلاف .

إن فقه القانون المدني يعفي المدين من المسؤولية أو يخففها عنه إذا أثبت هذا المسؤول أن خطأ الغير هو السبب الوحيد في إحداث الضرر، وتعذر معرفة

هذا الغير، فقد جاء في الوسيط «... يجوز أن يستغرق خطأ هذا الغير المجهول خطأ المدعى عليه...»^(١)، ومفاد هذا المبدأ: أنه حينما يتعذر الوصول إلى الغير أو يتعذر تضمينه فإن المضرور سيظل حتماً دون تعويض وتفيد القضية ضد مجهول، سواء وقع الضرر على المال أو النفس.

أما في الفقه الإسلامي فلا بد للمضرور من التعويض حتى ولو تعذر تضمين المسؤول، فلو أثبت المتسبب أن المباشر هو الذي أحدث الضرر، وتعذر معرفته، وجب الضمان على المتسبب، حتى لا يترك المضرور دون تعويض. هذا في نطاق ضمان الأموال.

أما في نطاق ضمان الأنفس فإنه إذا تعذر معرفة المباشر والمتسبب معاً فإن دم المضرور لا يمكن أن يهدر، ولا بد للمضرور من التعويض إما وفقاً لأحكام القسامة^(٢) أو من بيت المال.

أما أحكام القسامة فتطبق في حالة ما لو وجد القتل في موضع يختص بمحصورين كالقرية أو القبيلة أو نحوهما، في هذه الحالة على القاضي أن يأخذ من أصحاب المحلة التي وجد القتل بين أظهرهم خمسين يميناً ما قتلناه ولا نعلم له قاتلاً - وصوناً لدمائهم - ثم يغرهم الدية لورثة القتل.

وأما إيجاب الضمان على بيت المال فيطبق في حالة ما إذا وجد القتل في محل عام تملكه الدولة كالطرق والمصارف، والصحاري، والأنهار، والمساجد، والسجون، وغيرها من الأماكن العامة المملوكة لعامة المسلمين فإن ضمان الدية يجب في كل ذلك من بيت مال المسلمين حتى لا يذهب دم امرئ مسلم هدرًا.

ونوصي أن يأخذ فقه القانون المدني بهذا المبدأ لما له من أهمية بالغة في

(١) انظر: الوسيط، ج ٢، ف ٥٩٧، ص ١٢٥٤، هـ ١.

(٢) انظر آنفاً: ف ٢٢٢.

صون الدماء من الهدر، وتعميق أسمى أسس التضامن الاجتماعي ولعل أنسب موضع لهذا المبدأ – في نظرنا – هو أن يلحق بنص المادة (١٦٩) مدني مصري والمادة (٣١٣) مدني يمني وذلك لمناسبة معالجهما لحالة التعويض عند تعدد المسؤولين عن العمل الضار، حيث نصت على أنه: «إذا تعدد المسؤولون عن عمل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر، وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي، إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في التعويض» – ونوصي أن يلحق على هذا النص – «فإن تعذر معرفة المسؤولين عن الفعل الضار وجب تطبيق أحكام القسامة، فإن تعذر تطبيقها، وجب التعويض من خزانة الدولة».

[تمت وبالخير عمت]

فهرس

الموضوع	ف	ص
مقدمة	١	٧
خطة الدراسة		١١
فصل تمهيدي		
المقابلة بين نصوص المسؤولية المدنية والضمان		
تقديم	٢	١٣
تنظيم المسؤولية المدنية في القانون المدني المصري	٣	١٣
تنظيم المسؤولية المدنية في القانون المدني اليمني	٤	١٥
مشروعية الضمان في الفقه الإسلامي		١٧
تمهيد	٥	١٨
الضمان في اللغة	٦	١٨
الضمان في اصطلاح الفقهاء	٧	١٨
الضمان بمعنى الكفالة	٨	١٩
الضمان بمعنى التمويض المالي	٩	٢١
آيات من الكتاب الكريم دالة على وجوب الضمان	١٠	٢٣
الأحاديث الدالة على وجوب الضمان	١١	٢٥
قواعد فقهية دالة على وجوب الضمان	١٢	٢٨

٢٩	١٣	الضمان المقابل للمسؤولية المدنية من حيث المعنى ومن حيث الأثر القسم الأول ركن الخطأ
٣١	١٤	تمهيد الفصل الأول الخطأ واجب الإثبات
٣٢	١٥	تقسيم
٣٢		المبحث الأول: موقف القانون من تعريف الخطأ
٣٢	١٦	القانون لم يعرف الخطأ
٣٤	١٧	الضوابط العامة في القانون
٣٤	١٨	المبدأ العام في الفقه الإسلامي
٣٦		المبحث الثاني: آراء الفقهاء في تعريف الخطأ
٣٦	١٩	صورة المشكلة
٣٨	٢٠	تحديد فكرة الخطأ
٤٠	٢١	وصف جامع لمعاني الخطأ
٤٢	٢٢	التعدي في الفقه الإسلامي
٤٤	٢٣	أمثلة فقهية لمعنى التعدي
٤٦	٢٤	مخرج عملي لحل مشكلة تعريف الخطأ أو التعدي
٥٣	٢٥	رقابة محكمة النقض على ركن الخطأ
٥٤		المبحث الثالث: معيار الخطأ
٥٤	٢٦	تمهيد
٥٤		المطلب الأول: عدم الاعتداد بالظروف الذاتية لقياس التعدي
٥٥	٢٧	صفة الظروف الذاتية أو الشخصية
٥٥	٢٨	العلة في عدم الاعتداد بالظروف الشخصية
٥٧	٢٩	وجهة الفقه الإسلامي في قياس التعدي
٥٩	٣٠	مسلك الرجل الممتد وتطبيقاته
٦١		المطلب الثاني: الظروف الخارجية في قياس التعدي

٦١	٣١	ظروف الزمان والمكان وملابسات الحال
٦٣	٣٢	تطبيقات قضائية على المعيار المجرد
٦٤	٣٣	وجهة الفقه الإسلامي في قياس التعدي
٦٨	٣٤	نقطة الخلاف بين الفقهاء المدني والإسلامي في قياس التعدي
٧٢	٣٥	الأهمية العملية لمعيار السلوك المعتاد
٧٢	٣٦	أولاً: الالتزام بالضمان
٧٣	٣٧	ثانياً: الالتزام بتحقيق نتيجة
٧٤	٣٨	ثالثاً: الالتزام ببذل عناية
٧٦	٣٩	خلاصة

الفصل الثاني

حالات خاصة لإثبات الخطأ

٧٧	٤٠	تعداد
		المبحث الأول: حالة الدفاع الشرعي
٧٨	٤١	الطبيعة القانونية لحالة الدفاع الشرعي
٧٩	٤٢	شروط قيام حالة الدفاع الشرعي
٨٦	٤٣	في الفقه الإسلامي
٨٧	٤٤	مشروعية الدفاع الشرعي
٩٠	٤٥	اختلاف الفقهاء في إيجاب الضمان على المدافع
٩٣	٤٦	تكييف حالة الدفاع الشرعي
٩٥	٤٧	خلاصة واستنتاج
		المبحث الثاني: حالة الضرورة
٩٨	٤٨	تمهيد
٩٨	٤٩	الطبيعة القانونية لحالة الضرورة
٩٩	٥٠	مضمون حالة الضرورة
١٠٣	٥١	أدلة الضرورة في الفقه الإسلامي
١٠٤	٥٢	معنى الضرورة وتحديد نطاقها
١٠٨	٥٣	أراء الفقهاء في وجوب الضمان على المضطر

١١٢	٥٤	أوجه الاتفاق والاختلاف بين الفقهاء المدني والإسلامي
		المبحث الثالث: حالة تنفيذ أمر الرئيس
١١٣	٥٥	تمهيد
١١٤	٥٦	الطبيعة القانونية لتنفيذ أمر الرئيس
١١٥	٥٧	شروط تنفيذ أمر الرئيس
١١٧	٥٨	الأثر المترتب على حسن النية أو سوءها
١٢٠	٥٩	أدلة مشروعية تنفيذ أمر الرئيس في الفقه الإسلامي
١٢٢	٦٠	الفرقة من حيث الضمان بين الواجب والحق
		المبحث الرابع: الخطأ الناتج عن التمسك في استعمال الحق
١٢٦	٦١	تقديم
١٢٧	٦٢	صورة المشكلة
١٢٩	٦٣	التحديد الدقيق لمعايير التمسك الشخصية والموضوعية
١٣٠	٦٤	أولاً: معيار قصد الإضرار
١٣٢	٦٥	ثانياً: المعايير الموضوعية
١٣٦	٦٦	وجهة الفقه الإسلامي
١٤١	٦٧	تقدير فكرة الخطأ التعسفي
١٤٢	٦٨	خلاصة
		الفصل الثالث
		الخطأ المفترض
١٤٦	٦٩	تقسيم
		المبحث الأول: نطاق ركن الخطأ في المسؤولية العقدية والتقصيرية
١٤٧	٧٠	تقسيم
		المطلب الأول: تحديد نطاق الخطأ التقصيري
١٤٧	٧١	معيار تحديد نطاق الخطأ في المسؤولية التقصيرية
١٤٨	٧٢	في الفقه الإسلامي
		المطلب الثاني: تحديد نطاق الخطأ العقدي
١٤٩	٧٣	شروط قيام المسؤولية العقدية

١٥٠	٧٤	الشرط الأول قيام العقد الصحيح
١٥٠	٧٥	نوع الخطأ في المرحلة السابقة على إبرام العقد
١٥٢	٧٦	نوع الخطأ في المرحلة التالية لإبرام العقد
١٥٣	٧٧	صحة العقد
١٥٥	٧٨	قيام العلاقة التعاقدية بين المسؤول والمضروب
١٥٥	٧٩	مدى تأثير الخلف العام بعقود سلفه
١٥٨	٧٩	مدى تأثير الخلف الخاص بعقود سلفه
١٦١	٨٠	الشرط الثاني: أن يقع الضرر بسبب الإخلال بالالتزام عقدي
١٦٢	٨١	في الفقه الإسلامي
١٦٦	٨٢	تحديد سبب الخلاف مع المناقشة والترجيح
١٧١	٨٣	تفسير العقد
١٧٢	٨٤	تحديد نطاق الخطأ العقدي
١٧٣	٨٥	في الفقه الإسلامي
١٧٥	٨٦	المحل الذي يرد عليه الالتزام بضمان السلامة رأي الأستاذ الدكتور محمد علي عمران في الالتزام
١٧٦	٨٧	بضمان السلامة
١٧٩	٨٨	في الفقه الإسلامي
١٨٣	٨٩	قاعدة إثبات الخطأ
١٨٦	٩٠	في الفقه الإسلامي
		المبحث الثاني
		افتراض خطأ متولي الرقابة
١٩١	٩١	حقيقة افتراض الخطأ وحدوده القانونية
١٩٣	٩٢	المكلف بالرقابة
١٩٤	٩٣	الشخص المحتاج للرقابة
١٩٥	٩٤	أساس مسؤولية متولي الرقابة
١٩٨	٩٥	في الفقه الإسلامي
١٩٩	٩٦	قول الجمهور

٢٠١	٩٧	تحليل واستنتاج
٢٠١	٩٨	القول الراجح في الفقه الأباضي
٢٠٢	٩٩	مقارنة وترجيح

المبحث الثالث

افتراض خطأ المتبوع عن فعل التابع

٢٠٤	١٠٠	طبيعة افتراض خطأ المتبوع
٢٠٥	١٠١	حدود فكرة افتراض الخطأ قبل المتبوع
٢٠٥	١٠٢	الصلة القائمة بين المتبوع والتابع
٢٠٦	١٠٣	أولاً: علاقة التبعية
٢٠٦	١٠٤	مضمون عنصر السلطة الفعلية
٢٠٨	١٠٥	مضمون عنصر الرقابة والتوجيه
٢١٠	١٠٦	ثانياً: خطأ التابع حال تأدية الوظيفة أو بسببها
٢١١	١٠٧	الخطأ حال تأدية الوظيفة
٢١٢	١٠٨	الخطأ بسبب الوظيفة
٢١٤	١٠٩	أساس مسؤولية المتبوع عن التابع
٢١٦	١١٠	المضمون الفعلي لمسؤولية المتبوع
٢١٧	١١١	في الفقه الإسلامي
٢١٧	١١٢	الأجير الخاص
٢١٨	١١٣	أمثلة تطبيقية
٢٢٠	١١٤	مناقشة الأمثلة والتطبيقات
٢٢١	١١٥	نتيجة التحليل
٢٢٣	١١٦	تحديد أوجه الخلاف بين الفقهاء المدني والإسلامي

المبحث الرابع

افتراض خطأ حارس الأشياء

٢٢٥	١١٧	معنى الحراسة في فقه القانون المدني
٢٢٩	١١٨	معنى الحراسة في الفقه الإسلامي
٢٣٣	١١٩	تقسيم

		المطلب الأول: افتراض خطأ حارس الحيوان
٢٣٤	١٢٠	طبيعة افتراض خطأ حارس الحيوان
٢٣٩	١٢١	الحيوان الذي يسأل عنه الحارس
٢٤٠	١٢٢	شروط مسؤولية حارس الحيوان
٢٤١	١٢٣	أساس مسؤولية حارس الحيوان
٢٤٢	١٢٤	محل الواجب الملقى على عاتق الحارس
٢٤٣	١٢٥	في الفقه الإسلامي
٢٤٤	١٢٦	أولاً: طبيعة مسؤولية الحارس عن الحيوان المرسل
٢٤٤	١٢٧	القول الأول: لجمهور الأحناف والظاهرية
٢٤٧	١٢٨	ما يمكن حمله على الدليل
٢٤٧	١٢٩	القول الثاني: للجمهور
٢٤٩	١٣٠	القول الثالث: تخريج عن الشافعية والزيدية
٢٥٠	١٣١	القول الرابع: قال به الليث وعطاء
٢٥١	١٣٢	مناقشة وترجيح
٢٥٤	١٣٣	ثانياً: طبيعة مسؤولية الحارس عن الحيوان غير المرسل
٢٥٤	١٣٤	كون الحيوان في يد الحارس
٢٦٠	١٣٥	الحيوان يحدث الضرر ليلاً
٢٦١	١٣٦	الحيوان المقور أو المعروف بالإنسداد
٢٦٤	١٣٧	مقارنة واستنتاج
		المطلب الثاني: افتراض خطأ حارس البناء
٢٦٧	١٣٨	الجدور التاريخية لمسؤولية حارس البناء
٢٦٨	١٣٩	طبيعة افتراض خطأ حارس البناء
٢٦٩	١٤٠	تحديد معنى البناء
٢٧٠	١٤١	أساس مسؤولية حارس البناء
٢٧٤	١٤٢	في الفقه الإسلامي
٢٧٤	١٤٣	أولاً: حكم الخلل الأصلي منذ بدء البناء
٢٧٥	١٤٤	ثانياً: حكم الخلل الطارئ بعد تشييد البناء

٢٨٠	١٤٥	خلاصة المقارنة مع التوصية المطلب الثالث: افتراض خطأ حارس الأشياء
٢٨٤	١٤٦	تطور فكرة المسؤولية عن الأشياء
٢٩٠	١٤٧	النصوص القانونية وتحليلها
٢٩١	١٤٨	فعل الشيء الذي يسأل عنه الحارس
٢٩٦	١٤٩	أساس مسؤولية حارس الأشياء
٣٠١	١٥٠	في الفقه الإسلامي
٣٠١	١٥١	الأدلة والتطبيقات والخلاصة
القسم الثاني		
ركن الضرر		
٣٠٧	١٥٢	تمهيد
الفصل الأول		
تحديد معنى الضرر وأنواعه		
٣٠٩	١٥٣	تقسيم المبحث الأول: المعنى القانوني للضرر
٣٠٩	١٥٤	معنى الضرر في القانون
٣١٠	١٥٥	معنى الضرر في الفقه الإسلامي
٣١٢	١٥٦	تحليل التعريف
٣١٣	١٥٧	الضرر الذي لا يجب على المضرور إثباته المبحث الثاني: أنواع الضرر وصوره
٣١٨	١٥٨	تقسيم الضرر إلى مادي وأدبي
٣١٨	١٥٩	أولاً: حقيقة الضرر المادي
٣٢٢	١٦٠	خلاصة
٣٢٢	١٦١	ثانياً: حقيقة الضرر الأدبي
٣٢٤	١٦٢	جواز التعويض عن الضرر الأدبي في الفقه الإسلامي
٣٢٦	١٦٣	مشروعية التعزير بالمال عن الضرر الأدبي
٣٢٧	١٦٤	أمثلة تطبيقية للتعويض عن الضرر الأدبي

٣٣٠	١٦٥	الحق في التعمير عن الضرر الأدبي
٣٣١	١٦٦	تعقيب
		المبحث الثالث : قواعد تقدير التعمير
٣٣٤	١٦٧	جبر الضرر
		تطبيق قاعدة ما لحق الدائن من خسارة وما فاته
٣٣٥	١٦٨	من كسب في القانون
٣٣٨	١٦٩	تقييم القاعدة في ميزان القضاء مع التعليق
٣٤١	١٧٠	تساؤل
٣٤٣	١٧١	في الفقه الإسلامي
٣٤٥	١٧٢	عدم الوفاء بالالتزام نتيجة خطأ
٣٤٥	١٧٣	استحالة التنفيذ بخطأ المدين أو الدائن
٣٤٦	١٧٤	استحالة التنفيذ بسبب القوة القاهرة
٣٤٦	١٧٥	هلاك المبيع في يد المشتري في فترة الخيار
٣٤٩	١٧٦	أصول تقدير التعمير عن الأضرار المالية
٣٥٢	١٧٧	أولاً : رأي الأحناف في عدم ضمان المنافع
٣٥٣	١٧٨	المنافع المستثناة في رأي الأحناف
٣٥٤	١٧٩	ثانياً : رأي المالكية في ضمان المنافع
٣٥٥	١٨٠	(أ) غصب المنفعة دون قصد تملك العين
٣٥٥	١٨١	(ب) غصب العين بقصد التملك
٣٥٦	١٨٢	ثالثاً : رأي الجمهور في ضمان المنافع
٣٥٧	١٨٣	سبب الاختلاف بين الجمهور والأحناف في ضمان المنافع
٣٥٨	١٨٤	خلاصة
		المبحث الرابع : أثر جسامه الخطأ في تقدير التعمير
٣٦٠	١٨٥	الضرر المباشر والضرر غير المباشر
٣٦١	١٨٦	تقسيم الضرر المباشر إلى متوقع وغير متوقع
٣٦٣	١٨٧	حالة تعدد المسؤولين عن الفعل الضار
٣٦٤	١٨٨	مناقشة