

المسؤولية المدنية في الميزان الفقهي الإسلامي

لفضيلة الأستاذ الشيخ علي الخفيف

عضو مجمع البحوث الإسلامية
وأستاذ الشريعة بقسم القانون والشريعة بالمعهد

المسؤولية مصدر صناعي مشتق من سأل بملاحظة دلالاته على معنى المؤاخذه والمجازاة كما في قوله تعالى من سورة النحل « ولتسألن عما كنتم تعملون » ومن سورة العنكبوت « وليسألن يوم القيامة عما كانوا يفترون » ومن سورة سبأ « قل لتسألون عما أجرمتنا ولانسألن عما تعملون » ، وقد استعمله رجال القانون في الدلالة على المؤاخذه على فعل ضار ، ولم يستعمله الفقهاء في هذا المعنى وإنما استعملوا فيه اسم الضمان أو التضمين وقد يعبرون أحيانا عن ذلك بالغرامة أو بالتغريم. وللضمان في عبارات الفقهاء معنيان أحدهما عام والثاني أخص منه : فالمعنى العام هو دلالاته على شغل الذمة بما يطلب أدائه من فعل أو مال عند توافر شروط أدائه وقد لا تتوافر تلك الشروط فلا تتحقق المطالبة بالأداء ، والمعنى الخاص هو دلالاته على شغل ذمة إنسان بما يطلب منه أدائه في الحال أو في زمن آت معين من مال مُقدَّر عوضاً عما أحدثه لغيره من ضرر مالي يتمثل في تلف مال له أو في نقصه أو في نقص قيمته ، والضمان بهذا المعنى الأخير قريب من مدلول اسم المسؤولية عند رجال القانون ، إذ يريدون بها إلزام الإنسان بتعويض مالي عما سببه لغيره من ضرر بسبب إخلاله بالتزام التزم به سواء أكان التزماً التزمه بإرادته بناء على عقد باشره أم التزماً ألزمه به القانون كالتزامه بأن لا يضر غيره أو بالأبصار يعتدى على حق له ؛ فالمعنيان متقاربان إلى حد ما. وإن كان معنى المسؤولية أعم من معنى الضمان من ناحية أنه لا يكون شرعاً إلا حيث يكون الضرر المعروض عنه مالياً أي انتقاصاً للمال في حين أن الضرر الموجب للمسؤولية هو الأذى مطلقاً مالياً كان أم غير مالي أي أنه

يعم الضرر المالى والضرر الأدبى ، وهذا ما اختلف فيه الفقهاء الوضعى والفقهاء الإسلامى .

هذا والغاية من المسئولية المدنية - وهى الاخلال بواجب يستوجب التعويض بالمال - عند رجال القانون هى تعويض المضرور عما أصابه من الضرر الذى سببه إخلال الضار بالتزامه سواء أكان التزاما بارادته نتيجة لعقده كما فى امتناع المؤجر عن تسليم العين المستأجرة إلى مستأجرها أو امتناع الأجير عن العمل الذى استؤجر عليه أم ألزمه به القانون كما فى الاعتداء على حق الغير ، أما عند فقهاء الإسلام فالغاية من الضمان تعويض المضرور عما أصابه من تلف أو نقص فى ماله نتيجة لفعل حدث من الضار .

وإذا كانت الغاية من المسئولية المدنية عند رجال القانون تعويض المضرور عما أصابه من أذى نتيجة الإخلال بالتزام أو بالواجب فإن أساس المسئولية عندهم هو الاعتداء أو الخطأ كما يعبرون؛ إذ لا يريدون بالخطأ إلا الانحراف فى السلوك انحرافاً يتمثل فى الإخلال بالتزام قانونى وهو عندهم عبارة عن الالتزام ببذل العناية فى السلوك والتزام اليقظة والحذر والتبصير فيه حتى لا يكون من وراء ذلك ضرر بالغير .

وهذا الانحراف إنما يتحقق باعتداء يقع من الشخص فى تصرفه وذلك بمجاوزته الحدود التى يجب عليه التزامها فى سلوكه مجاوزة تؤدى إلى الإضرار بغيره عن قصد نتيجة إهمال أو تقصير وان لم يكن عن قصد - وعلى هذا يكون الانحراف تعدياً، ونتيجة ذلك أن أساس المسئولية المدنية فى الفقهاء الوضعى الخطأ الذى تسبب عنه ضرر بالغير وهو الأذى يصيب مصلحة مالية له أو حقاً من حقوقه سواء أكان عينياً أم شخصياً؛ فالتعدى على حياة شخص أو على ماله أو على جسمه أو على عقله أو عليه بأى أذى من شأنه أن يضعف قدرته على الكسب أو يحمله نفقات لم يكن لتزومه لولا ما نزل به يستوجب المساءلة والتعويض ، وهذا ما يعبر عنه عند رجال القانون بالضرر المادى - وكذلك الضرر يصيب الإنسان فى شعوره أو عاطفته أو سمعته أو فيما يحرص الناس على

الحفاظ به ، أوفيا اصطلاحوا على اعتباره يؤدي في نظرهم أيضاً إلى المساءلة والتعويض وهو المسمى عندهم بالضرر الأدبي .

ففي كل هذه الأحوال سواء أكان الضرر فيها واقعا أو متوقعا محقق الوقوع يكون المتسبب له مسئولاً عن تعويض المضرور قانوناً، وبذلك قضت المادة ١٦٣ مدني مصري والمادة ١٦٤ مدني سوري . ونصهما : كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض ، ذلك هو الأساس في وجوب المسؤولية المدنية في الفقه الوضعي .

والملاحظ أن رجال القانون في هذه الأحوال جميعاً يعبرون بالخطأ فيقولون كل خطأ سبب ضرراً للغير ألزم من ارتكبه بالتعويض - والخطأ كما عرفوه لا يكون إلا تعدياً لأنه عندهم الإخلال بالواجب والإخلال بالواجب اعتداء وتعد - وإذن تقوم المسؤولية فيما ذهبوا إليه على التعدي وترتب عليه فإذا لم يكن تعد فلا مسؤولية، والخطأ في هذا الموضع يختلف في المعنى عن الخطأ في لسان الشرعيين في مواضع الاعتداء على النفس وأطرافها إذ لا يريدون به إلا ضد القصد أي حدوث الشيء على خلاف ما أريد منه .

أما الأساس في وجوب الضمان في الفقه الإسلامي فهو الضرر الواقع فعلاً بمال المضرور سواء أكان وقوعه نتيجة مباشرة أو مسببة عن فعل صدر ممن قصد إليه أم فعل حدث تحت يد ضمان وإن لم يكن لصاحبها يد فيه وذلك لقوله تعالى في سورة الشورى «جزاء سيئة سيئة مثلها» أي جزاء الضرر ضرر مماثل له يمس من أحدثه، والتعبير في الجزاء بالسيئة وهو لا يعد سيئة لإفادة تحقيق المائلة وذلك ما يدل عليه قوله تعالى في سورة البقرة «فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم» وإذن فلا ضمان في رأيهم إلا حيث يكون الضرر مالياً أي يصيب الإنسان في ماله فيسبب له خسارة مالية سواء أكانت متمثلة في نقص ماله أو نقص منفعه أو صفة من صفاته من كل ما يترتب عليه نقص في قيمته أم كانت متمثلة في المساس بحق من حقوقه

لمالية ممنعه منه أو بنقص منفعته وذلك لكي تتحقق المائلة بين الضرر والجزاء في المالية والمقدار وذلك ما يدل عليه تعبير الآية «سينة مثلها» ولا عبرة بالضرر يصيب المال إلا إذا كان في مال متقوم مملوك للمضرور فلا ضمان في إتلاف خمر أو خنزير عند الشافعية مطلقاً أى سواء كانا لذى أم لمسلم والمتلف مسلم أو ذمى أو إلا إذا كانا لمسلم عند الحنفية أما إذا كانا لذى ففى اتلافهما التضمنين وذلك لتقومهما في حق الذمى وعدم تقومهما في حق المسلم وبناء على ذلك إذا لم يترتب على الفعل ضرر واقعى فلا ضمان وذلك محل اختلاف بين الفقهاء لترتب المساءلة في الفقه الوضعى على الضرر المتوقع المحقق الثبوت خلافاً للفقه الإسلامى .

وهذه إحدى المسائل التى يختلف فيها الفقهاء . ومرد اختلافهما إلى ما أشرنا إليه آنفاً من دلالة قوله تعالى : «وجزاء سيئة سيئة مثلها» على وجوب مراعاة المائلة بين الضرر وجزائه وذلك بتساويهما في المالية والمقدار وذلك ما لا يتصور تحققه في ضرر لما يقع ولا يزال في حال العدم بالنظر إلى ما يطلب له من جزاء إذ أنه في حال عدمه لا يكون ما لا وعند ذلك لا يماثل المال إذا ما جعل عوضاً عنه ولا يصلح لذلك جزاء له ولا يجب فيه عوض هو مال ، أما الفقه الوضعى فلا يشترط في التعويض هذه المائلة دائماً يكتفى فيه بأن يكون العوض ما لا رافعا لما وقع من الضرر أو الأذى على وجه ما في اعتبار الناس وعرفهم ومن ثم جاز في نظره أن يكون المال عوضاً عن ضرر لا يماثل في مال كان موجوداً ثم أصابه التلف كأن يكون ضرراً غير واقع فعلاً ولكنه محقق الوقوع .

والنظر الإسلامى أقرب إلى تحقيق العدالة والتكافؤ بين العوضين دون غبن ولا بنحس على وضع بعيد عن الريبة والشك لإمكان تحقيق المساواة مادياً بين بدلين كلاهما مال حقيقة ، أما النظر الوضعى فلا يتأتى معه ذلك لامتناع تحقيق المساواة بين بدلين أحدهما مال والآخر معدوم فعلاً وذلك ما يجعل المساواة بينهما مبنية على الاعتبار والنظر والتقدير وهى أمور تختلف باختلاف

أنظار الباحثين واختلاف أوزانهم وقد يكون من جراء ذلك غبن بالنسبة لأحد طرفي المبادلة وسنزيد هذا الموضوع بيانا فيما يأتي :

أما المسائل الأخرى التي يختلف فيها الفقهاء في موضوع الضمان أو المسؤولية التقصيرية ففيما يلي بيانها وتأصيلها :

المسألة الأولى - إناطة المساءلة عند رجال القانون بالضرر الذي سببه فعل أدى إليه خطأ ، أي سببه فعل حدث تعديا وذلك ما خالف فيه الفقه الإسلامي إذ ناط المساءلة بالضرر يحدث في المال وإن لم يكن مسببا عن فعل أدى إليه خطأ من فاعله بأن حدث نتيجة نازلة سماوية أو مسببا عن فعل صدر عن المال نفسه أو فعل لا يعد تعديا ، وبحث هذه المسألة يستتبع البحث في بيان حقيقة الضرر الموجب للتعويض وفيما يمثله من فقد مال أو مجرد أذى يصيب المضرور واختلاف الفقهاء في ذلك ، ويتصل بذلك البحث في ضمان المنافع وضمان الضرر الأدبي وضمان ما ينشأ من الضرر بسبب عدم المضي في العقود وفي اختلاف الفقهاء في ذلك .

عن الضرر الذي تترتب عليه المساءلة

يختلف الفقهاء الإسلامي والوضعي في الضرر الذي تترتب عليه المساءلة فرجال الفقه الإسلامي يرون أنها لا تترتب إلا على ضرر حاصل فعلا في المال إما بتلفه وإما بتقصه وإما بذهاب بعض منافعه وإما بنقص قيمته وإما بإحداث تغيير فيه يذهب بمنافعه التي تطلب منه عادة وإن حدثت له منافع أخرى . وإما بخلطه بمال آخر أو نحو ذلك ولا تترتب على غير ذلك من أنواع الضرر الذي لا يترتب عليه نقص في المال أو قيمته .

ويرى رجال القانون أنها تترتب على كل ما يعد ضرراً أو أذى يمس الإنسان في جسمه أو في ماله أو في سمعته أو في عرضه أو فيما يحرص الناس على الحفاظ عليه مما يعد في العرف ضرراً وأذى سواء أكان في مال أم في

غيره إذا كان واقعا فعلا أو محقق الوقوع لا إن كان محتملا وعلى ذلك ترتب المسؤولية عندهم :

في الاعتداء على مالا يعد مالا كالاكتداء على منافع الأشياء وعلى الحقوق غير المالية وعلى الاختصاصات وفي الضرر الأدبي وفي الضرر الذي يحدث من الاخلال بالتزام عقدي أى التزام أساسه العقد وهو ما يسمى في عرف رجال القانون بالمسؤولية العقدية وذلك فضلا عن ترتبه على الضرر المادى فى الأموال وفى النفوس؛ فالمضروب فى هذه الأحوال جميعها يجب أن يعرض عما أصابه من ضرر وذلك باعطائه من المال ما يزول به أثر الضرر الذى وقع عليه سواء أكان ذلك عن طريق إعطائه منه مثل ما فقده أم عن طريق تخفيف أذاه بارتضاء نفسه بأداء مال إليه بالقدر المستطاع المظنون .

والفقه الإسلامى لا يرى هذا الإطلاق ولا هذا التعميم كما بينا وإنما يرى أن الضرر الذى يستوجب الضمان هو ما شرحناه سابقا . ويرتّب على ذلك النتائج الآتية :

١ - لاضمان فى إتلاف المنافع ولا فى التعدى عليها عند من يرى من الفقهاء الإسلاميين أنها ليست بمال كالحنفية ؛ فإذا استولى إنسان على عين من الأعيان كسيارة أو أرض قهرا عن صاحبها أو بدون إذن منه فانتفع بها مدة من الزمن وإن طالّت ثم أخذت منه فردت إلى صاحبها لم يلزم بتعويض المالكها نظير انتفاعه بها طيلة المدة التى كانت فيها تحت يده ، وكذلك إذا تلفت العين فى يده بعد مدة انتفع بها فيها لم يلزم إلا بتعويض عن العين فقط لاعتدائه عليها بالاتلاف دون تعويض عن منافعها . ومرد ذلك الرأى إلى ما ذهبوا إليه من بناء التعويض وتأسيسه على المعاوضة والمبادلة بين التالف وعوضه ، وإحلال عوضه محله جبراً له والمعاوضة إنما تجوز إذا كانت بين مالين حتى يتأتى جبر التالف بعوضه وذلك بإحلاله محله وعودة المال إلى ما كان عليه وارتفاع الخسارة التى نزلت بالمضروب بذلك فإذا كان التالف غير مال

لم تجز المعاوضة وكان أخذ العوض أكلا للمال بالباطل إذ أنه أكل لا بطريق التجارة عن تراض والله يقول في سورة النساء «يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم» ولذا يجب مراعاة المعادلة في هذه المسائل بين العوضين ما أمكن ذلك؛ لأن إحلال أحدهما محل الآخر يقوم على الإلزام لأعلى التراضى، وفي إحلال مال محل مثله ترتفع الحسارة الناشئة عن الفعل ويزول النقص ولا ترتفع الحسارة فيما لا يعد مالا باعطاء مال ولا يعيد إعطاء المال الحال إلى ما كانت عليه قبل التعدي. وقد استثنى المتأخرون من الخنفيه من هذا المبدأ منافع أعيان الوقف ومال اليتيم والمعد للاستغلال استحسانا واستجابة لداعي المصلحة الاقتصادية، وإنما جازت المعاوضة بين المال والمنافع في عقد الإجارة استحسانا للضرورة القاضية بذلك الناشئة عن التعامل المستمر الشائع واعتبار المنافع فيها متقومة بالعقد بناء على إحلال مصادرها من الأعيان محلها عند التعاقد.

وخالف في ذلك الشافعية والحنابلة ورجال القانون فرأوا أن المنافع من الأموال وأوجبوا في إتلافها وفي الاعتداء عليها الضمان إذ يتحقق به في نظرهم إحلال مال محل آخر تالف فكان الاعتداء عليها كالاقتداء على الأعيان. أما المالكية فذهبوا من ذهب هذا المذهب بلا تفصيل ومنهم من فصل فذهب إلى الإلزام بضمانها عند الاعتداء عليها بالانتفاع بها فعلا عن طريق الاستعمال أو الإجارة أو بالاعتداء عليها وذلك بالقصد إلى الاستيلاء على مصادرها بغية الانتفاع وإن لم ينتفع، أما من قصد إلى الاستيلاء على العين ذاتها دون قصد إلى منافعها ثم عطلها ولم ينتفع بها بطريق من طرق الانتفاع فلا ضمان عليه مدة استيلائه عليها. وأساس هذا الرأي أنه لا يعد التعدي على الذات تعديا على منافعها لعدمها عند الاستيلاء على العين ولا يتصور التعدي على المعدوم ومن أجل ذلك لا تضمن إلا عند ثبوت التعدي عليها. ذلك هو أساس اختلافهم في ضمان المنافع وهو مبنى كما رأينا على اختلافهم في ماليتها، أما مرد هذا الاختلاف فهو اشتراطهم في تحقق المالية.

صلاحية الشيء للحيازة والادخار والقدرة على منعه والاستبداد به واختلاف رأيهم في ذلك. ومما لا ريب فيه أن الرأي القاضى بعدم ضمان المنافع رأى لا يصلح عليه أمر الناس وليس له قيام مع أسس الاقتضاء وقواعده ويتنافى مع أسس العدالة والحفاظ على الحقوق ولا يستند إلا إلى فكرة نظرية تنجافى مع الأعراف والعادات وطبائع الناس ومعاملاتهم، ولهذا لم يلق هذا الرأي رواجاً في التشريع ولم تأخذ به أمة من الأمم تقيم اقتصادياتها على أسس قويمية سليمة عادلة ولهذا كان الرأي السليم هو الرأي الآخر القاضى بالتضمين عند الاعتداء على المنافع وبالتضمين كذلك عند الاعتداء على الاختصاصات أو الاعتداء على الحقوق غير المالية فإن ذلك لا يعدو أن يكون اعتداءً على حق والاعتداء على الحق اعتداء على منفعة أو على مصلحة وهو من غير شك يمثل ضرراً واقعاً وأذى مَسَّهُ أليم والإقدام عليه ظلم والظلم يجب أن يزال أثره ولا طريق لذلك بعد وقوعه إلا التعويض

٢ - لاضمان في الضرر الأدبي عند فقهاء الإسلام أما في التشريع الوضعي فقد كان وجوب الضمان فيه والمساءلة بسببه مثار خلاف في البداية بين علمائه فذهب فريق منهم إلى وجوب المساءلة فيه شأنه في ذلك شأن الضرر المالى المادى، وذهب فريق آخر إلى أنه لا يستوجب ضماناً ولا مساءلة مالية كما رأى فقهاء الإسلام - وكانت وجهة الرأي الأول القاضى بالتضمين أنه ضرر يجب رفعه وإزالة أذاه وإذا لم يكن ذلك ممكناً بعد وقوعه بأداء المال ففى الإمكان تخفيف آثاره النفسية السيئة وإضعاف آلامه فى النفس بالمال فقد كان المال ولا يزال سبيلاً إلى تطيب النفوس وإرضائها وذلك ما جبلت عليه وجرت عليه حياتها منذ القدم وفى إرضاء النفس وسكوتها تخفيف لما لحقها من آلام ترتب على المساس بها أدبياً، وإذا كان ذلك هدفاً من أهداف إيجاب التعويض فى الضرر المالى على وضع كامل وذلك بإعطاء المضرور مثل ما فقد وإعادة حاله إلى ما كانت عليه وإزالة ما لحق نفسه من أذى وألم بسبب ذلك فكيف لا نحقق ذلك أو بعضه لمن مسه الضرر الأدبي بإيجاب تعويض له يخفف ما لحق

بنفسه من ألم مادام ذلك هدفاً من أهداف التعويض وغاية من غاياته .
وكانت وجهة الرأى الثانى القاضى بعدم التعويض هى وجهة فقهاء
الإسلام أو بعضها ، وتتلخص فى أن الغرض من التعويض الجبر ؛ وذلك
بإحلال مال محل مال فُقد وليس فى الضرر الأذى فقدُ مال ولا انتقاص لمال
حتى ينجبر باعطاء مثل ما فقد ، كما أنه ليس فى إعطاء المال إعادة لشرف سلب
ولا لكرامة فقدت بل ربما عدَّ إعطاء المال فى ذلك زيادة فى الأذى ومضاعفة
فى الضرر من ناحية أن الكرامة والشرف والمروءة لم تكن فيما ارتضاه الناس
وقبلوه محلاً للمساومة المالية فى سبيل النزول عنها بالمال ، وإذا لم يكن فى
المساس بالشرف والكرامة فقد مال ففى مقابلة أى شىء يعطى المال ويؤخذ
حينئذ إنه لا يعد أخذه فى هذه الحال إلا أكلا له بالباطل وذلك ما حرمه الله
كما أشرنا إليه من قبل .

إن الضرر الأذى ليس إلا مساساً بما هو معنى من المعانى الأدبية التى
اصطلح الناس على سلامتها وسموها والحفاظ عليها وعلى إنزائها من نفوسهم
منزلة التكريم والاعتبار وذلك ما يرتفع بها عن مجال المادة وعن أن تكون
محلاً للتقويم المالى والمساومة .

واعتباره عرضاً يعطى فيه المالى ويثرى صاحبه على حسابه إذ لم يكن
فى يوم من الأيام سلعة يجرى فيها البيع والشراء فى الأسواق ومحلاً لتعامل
الناس ومبادلاتهم حتى يتخذ من ذلك أساساً لتقويمها كما هو حادث فى
المنافع . ومن أجل ذلك كان تقويمها متعذراً ولا يؤول على أسس اقتصادية
ولا يخلو من التحكم والهوى ولا يؤول إلى معادلة ولا يصح أن يؤسس على
ذلك إلزام أو أن يقوم عليه حكم ، ولقد رأينا أن الأساس فى التعويض عن
الضرر المالى بالمال هو الجبر بإحلال مال محل مال آخر فاقد ورفع الضرر
بإعادة الحال إلى ما كانت عليه وذلك إنما يتصور فى الضرر المالى لقيام التعويض
فيه على المائلة والمعادلة المالية وذلك طريق مشروع من طرق تملك المالى
وأكله وبه يخرج عن أن يكون أخذه أكلاً للمال بالباطل لأنه عندئذ يكون

أخذاً ببدل وهو مشروع . وإذا قيل إن في الإلزام بالتعويض ترضية للنفس وتخفيفاً من آلامها وردعاً وزجراً للضار فليس من شيمة النفس الكريمة الأبية أن تنزل عن كرامتها بالمال ولا أن تجد في المال بديلاً عن كرامتها أو رداً لا اعتبارها ولم يشرع التعويض للردع ولا للزجر ولم يكن ذلك غاية له وإنما سبيله التقرير وشتان بين التقرير والتعويض فالتعويض يراعى فيه قيمة الفاعل وجبر النقص والتقرير يراعى فيه ظروف الإثم وملاساته .

ذلك ما انتهى إليه البحث في الفقهاء الإسلاميين والوضعي بناءً على ما هو مقرر فيهما من أسس وقواعد تبنى عليها الأحكام في الأموال - ولاشك في أن القواعد العامة للتعامل المالي في الفقه الإسلامي تأتي جواز التضمين في أحوال الضرر الأدبي ولا سبيل إلى تجويزه إلا إذا أمكن تقويم المعاني الأدبية بالمال وإقرار ماليتها وذلك ليس بالأمر اليسير إذ لا يمكن تحويلها واتخاذها سلماً يجري فيها التعامل بين الناس في الأسواق . فإنه الأمر الممقوت البغيض لدى الناس يأباه الخلق وتأنى عنه المرءة ولا يصلح عليه أمر المجتمع ولا تقوم معه سلامته .

أما إقامته على أسس أخرى من إرضاء النفوس بالمال فذلك مالا يكاد يوجد له ضابط ولا يتيسر فيه وزن ولا يسلم فيه تقدير ولا يطمأن فيه إلى عدالته لاختلاف الناس في آرائهم وأطباعهم وأقدارهم واستمسكهم بكرامتهم وحرصهم على منازلهم وذلك على تفاوت كبير في ذلك بينهم لا يمكن تعرفه ولا الإحاطة به .

وفي التقرير صيانة لكرامات الناس وشرفهم وسمعتهم بردع المخرم وزجر الآثم وهو السبيل المستقيم الذي رضيه الإسلام علاجاً لذلك . ولقد نص الفقهاء على أنه لو ضرب إنسان آخر ضربة لا أثر لها في جسمه لم يضمن شيئاً، ولو شتمه بما يؤلمه ولا يعد قذفاً له لم يضمن شيئاً، وإن استوجب مثل هذا الأذى التعزير - غير أن التشريع والقضاء الوضعيين قد استقرا أخيراً على إيجاب التعويض المالي في الضرر الأدبي بما يراه القاضي مرضياً لنفس

المضور على وجه ما ، ولذا كان الميل فيه إلى عدم المغالاة فيه وكان التقدير فيه محل اختلاف وتفاوت كبيرين .

المسئولية العقدية والتضمين :

يرى رجال القانون أن المسئولية المدنية هي الالتزام بالتعويض عن الضرر الذى يسببه إخلال المدين بالتزامه ، وأن هذا الالتزام قد يكون ناشئاً عن عقد باشره وعندئذ تسمى هذه المسئولية مسئولية عقدية كما متناع المؤجر عن تسليم العين المستأجرة ، وقد يكون التزاماً قانونياً فرضه القانون وعندئذ تسمى هذه المسئولية مسئولية تقصيرية وذلك كغصب إنسان مال آخر - وقسمة المسئولية المدنية هذه القسمة ليست محل اتفاق بين رجال القانون فقد ذهب أكثر الشراح الفرنسيين فى القرن الماضى إلى هذه القسمة والتمييز بين المسئوليتين فى طبيعتهما وأحكامهما ولكن عارضهم أخيراً فقهاء آخرون ظهوروا فى هذا القرن إلى عدم إقرار هذه القسمة بناء على أن طبيعة المسئولية واحدة وأساسها فى الحالين واحد وهو الإخلال بالتزام سابق .

وقد أشرنا فيما سبق إلى أن النقمة الإسلامى لم يستعمل هذا الاسم وإنما استعمل اسم الضمان ثم إنه مع ذلك لم يعن بقسمة الالتزام إلى التزام عقدى والتزام قانونى ، ومن ثم لم يرد فيه اسم المسئولية العقدية واسم المسئولية التقصيرية . وإذا كان رجال القانون يريدون بالمسئولية العقدية الالتزام بالتعويض عن الضرر الذى يسببه الإخلال بالتزام عقدى كالضرر الذى يحدث للمستأجر من امتناع الأجير من القيام بأداء ما التزمه من العمل أو يحدث للمشتري من امتناع البائع من القيام بتسليم المبيع فإن ما يحدث فى مثل هذه الأحوال من الضرر ليس فقداً لمال ولانقصاً فيه وعلى الجملة لا يعد ضرراً مالياً بالمعنى الذى أوضحناه وشرحناه فيما يستوجب الضمان المالى فى الفقه الإسلامى . وبناء على ذلك فإن الفقه الإسلامى لا يرى تضمين الممتنع عن الوفاء بالتزامه العقدى بالتزامه بقدر من المالى تعويضاً لمن أصابه الضرر بامتناعه

إذ ليس هناك مال تالف يمكن أن يقابل بالتعويض ، بينما يرى أن الفقرة الأولى من المادة ١٩٩ مدني مصري تقضى في هذه الأحوال بتنفيذ الالتزام جبراً على المدين كما تقضى كذلك الفقرة الأولى من م ٢٠٣ بتنفيذه جبراً على المدين تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً وطلبه الدائن ، فإذا لم يمكن التنفيذ العيني أو أمكن ولكن الدائن طلب التعويض ولم يبيد المدين استعداده للتنفيذ عينياً فعند ذلك لايسع القاضي إلا أن يحكم بالتعويض إذا ما توافرت شروطه جزاء عدم تنفيذ الالتزام . وبناء على ما ذكر لا يكون للمسئولية العقدية محل إذا كان موضوع التزام العقد هو دفع مبلغ من النقود إذ أن التنفيذ حينئذ يكون ممكناً في جميع الأحوال .

ولامرية فيما يترتب على مثل هذا الامتناع من ضرر لصاحب الحق في الالتزام وهو ضرر كما قلت لا يتمثل في تلف مال قائم أو نقص في قيمته وإنما يتمثل فيما كان ينبغي لصاحب الحق من هذا الالتزام، وإذا كان الفقه الإسلامي كما قلنا لا يرى التضمين إلا عن ضرر مالي أي عن مال فاقد فإنه لا يرى إلزام الممتنع عن الوفاء بالالتزام التزمه بعقده بتعويض لمن التزم له به جزاء امتناعه عن تنفيذ هذا الالتزام . وإذا كان قد ينبغي مالا من وراء ذلك فإنه لا يعدو أن يكون أمراً مأمولاً ومتوقفاً ومثله لا يقابل بالمال لفقده لأنه مفقود .

وعليه فإن الفقه الإسلامي لا يرى المسئولية العقدية وإنما يرى إلزام الممتنع بالوفاء بالتزامه وجبره على ذلك وإذا لم تكن وسيلة إلى ذلك كان الأثر إبطال العقد الناشئ عنه الالتزام وزواله بناء على ذلك . ولكن إذا ما ترتب على امتناع الملتزم في مثل هذه الأحوال تلف مال لصاحب الحق أو نقصه أو زوال منفعة ألزم الممتنع بضمان ما أصاب صاحب الحق من خسارة باعتباره متسبباً في خسارة مالية بسبب امتناعه وكان هذا من قبل المسئولية التقصيرية ، جاء في كشف القناع ج ٢ ٣٠٠ يلزم الأجير بأن يشرح فيما استؤجر عليه عند تمام العقد إذ من آثاره مطالبة الأجير بالعمل في الحال؛ فلو ترك ما يلزمه بدون عذر فتلف بذلك المال الذي هو محل للعمل ضمن الأجير

ما تلف بسبب ذلك . ولاشك أن هذه مسئولية تقصيرية أساسها تلف المال بسبب ما صدر من الأجير من امتناع عن العمل . ولذا يضمن المال بقيمته عند تلفه أو بمثله . وعلى قياس ذلك إذا تسبب عن عدم قيام العاقد بتنفيذ ما التزمه بعقده خسارة مالية لزمه ضمان ما تلف بسبب ذلك ، وليس هذا جزاء لامتناعه وإنما هو عوض عما أتلفه بامتناعه ولذا لا ضرار إذا لم يترتب على الامتناع ضرر مالى بالوضع الذى شرحناه .

وقد يرى الناظر فى كتب الفقه الإسلامى أن من الفقهاء من ذكر ضمان العقد فى مقابلة ضمان اليد أو ضمان الاستهلاك وقد يختلط الأمر على الناظر فيظن أن ضمان العقد فى عبارات الفقهاء هو ما يعبر عنه رجال القانون بالمسئولية العقدية وتكون المسئولية العقدية معروفة فى الفقه الإسلامى مقررة فيه ، وليس الأمر كذلك فإن المراد بضمان العقد فى عبارات الفقهاء المسلمين هو دخول محل العقد فى ضمان عاقده بمعنى أنه يكون مسئولاً عنه مطالباً به بمجرد تمام العقد أمام العاقد الآخر صاحب الحق فيه بناءً على العقد؛ فالمبيع يدخل فى ضمان بائعه بتمام عقد البيع بمعنى أن البائع يصير بتمام العقد مطالب بتسليمه إلى المشتري وإذا تلف قبل التسليم لم يكن تلفه على حساب مشتريه مع أنه مالك له بل يتلف على حساب بائعه ويبطل بذلك عقد البيع . وإذا نقص المبيع فى يد بائعه قبل تسليمه فإن كان النقص فيما تناوله عقد البيع كان ذلك مضموناً بضمان عقد على البائع ووجب نقص الثمن بمراعاة قيمة ما نقص إذا أراد المشتري أخذ المبيع أما إذا كان النقص فيما لم يتناوله عقد البيع كصفة من أوصاف المبيع مثل أن يكون كاتباً أو ذا صفة أو يكون من نوع معين لم ينص عليه فى العقد فلا يكون هذا النقص فى ضمان البائع ضمان عقد؛ لأن العقد لم يتناوله وإنما يكون للمشتري الخيار فى أخذ المبيع بثمنه ويكون ضمان الفاقد عليه أو فى تركه واسترداد الثمن إذا كان قد أداه . ذلك هو المراد بضمان العقد وهذا كما يرى خلاف المسئولية العقدية التى تقوم على الامتناع من تنفيذ التزام عقدي . وقد يثار فى هذا المجال البحث فيما أوجبه الشارع

الإسلامي من مال عند الاعتداء على النفس أو على أطرافها ، وليس شيء من ذلك معدودا من الأموال وأساس الالتزام في هذه الأحوال ولما لا يتخذ أساس الالتزام فيها أساسا أو أصلا يقاس عليه إيجاب المال في المسائل التي جعل المال فيها تعويضاً وعندئذ لا يكون أداء المال فيها من قبيل التعويض ؟ وقد أوجب الشارع الدية عند تلف النفس بالاعتداء عليها في أحوال خاصة وعند فقد ما يعد فقده من الأعضاء في حكم تلف النفس كما أوجب الأروش في اعتداء على الأطراف وفي بعض الجراحات ولكنه لم يستوعب جميع الجراحات بل ترك بعضها بدون تقدير وأوجب فيها حكومة عدل وهي ما يقدره ذوو الخبرة ممن ينعهد إليهم القضاء بذلك .

ونجد مع ذلك أن ما أوجبه الشارع مقدرآ لم يخالف فيه بين نفس وأخرى ولا بين سمع وسمع ولا بين بصر وبصر ولا بين جائفة وجائفة ولا بين آمة وآمة مع اختلاف ذلك اختلافا بينا باختلاف الأشخاص المعتدى عليهم بل أوجب الدية أو الأرش في كل ذلك سواء . وهذا ما يبعد التقدير عن أن يكون تعويضاً ؛ لأن التعويض يختلف باختلاف المعوض عنه وهو هنا مختلف جد الاختلاف ويجعله إلى العقوبة والجزاء أقرب ؛ إذ العقوبة إنما يراعى فيها غالباً طبيعة الجرم وإن اختلف آثاره ، ولذا كان النظر في ذلك متردداً بين اعتبار ذلك تعويضاً أو عقوبة لشبهة بكل منهما إلا أنه إلى العقوبة أقرب .

ذلك ما يوحى به النظر وما يدل على أن التقدير لم يبن على أساس المائلة المالية وإنما روعي فيه معنى العقوبة - فهل في الإمكان أن يجعل ذلك الأساس في كل ماوجب فيه المال ؟ وعند ذلك يكون أساس إيجاب المال واحداً في جميع مسائل الاعتداء والالتزام بالمال فيها وهو الردع والزجر والتعزير بناء على أنه جزاء اعتداء محظور في نظر الشارع ؛ إذ أن التأسيس على الجبر والمعاوضة لا يصلح في مسائل الاعتداء على النفس ولا على أطرافها وإن صلح أساسا في الاعتداء على الأموال .

ومما يلاحظ مع ذلك أن الشارع قد ترك تقدير الجزاء في بعض الجراح

اكتفاء بحكومة العدل فيها والشأن فيها أن تؤسس على مراعاة ما لحق المعتدى عليه من ضرر وألم وما ترتب على ذلك من حرمانه من بعض المنافع والقدرات مما له أثر في حياته وفي نشاطه الاقتصادي وهو يختلف باختلاف الناس ومراعاة هذه الأمور ليست إلا طريقاً من طرق التقويم بالمال وعلى أساسه تقدر التعويضات بالنظر إلى اعتبارها عوضاً عن منافع نافذة وهي أموال في نظر جمهور الفقهاء وهذا ما يجعل إيجاب المال فيها من قبيل التعويض المالى، ولكننا نرى أن من الفقهاء من أشار في هذا التقدير إلى اتباع مسلك يبتعد به عن مراعاة ذلك وعن اعتباره تعويضاً مالياً إذ ذهب إلى أن الواجب في هذه الأحوال هو ما يطلب للدواء وأجر العلاج كما أن منهم من ذهب إلى أن الواجب يقدر بنسبة ما تنقصه قيمة المضرور لو فرض عبداً سلباً أصابه الضرر فنقصت قيمته فإذا ترتب على ذلك نقص ربع قيمته أو خمسها أو نحو ذلك كان الواجب في الضرر أو في الجرح ربع الدية أو خمسها، وهذا المسلك يدل على أن فكرة التعويض في الجراحات بعيدة عن أنظارهم كما بعدت في مسائل الاعتداء على الشرف والسمعة والكرامة مما ليس له أساس يقوم عليه تقويمه بالمال .

ومع مسلكهم هذا واستمساكهم بفكرة المعاوضة عند الاعتداء على الأموال وبفكرة العقوبة عند الاعتداء على النفس أو على أطرافها فإننا قد رأيناهم في بعض مسائل الاعتداء على الأموال غير المتقومة يؤسسون إيجاب المال فيها على فكرة الزجر والتعزير لا على فكرة المبادلة والمعاوضة بناء على أن فكرة المبادلة والمعاوضة تستلزم تملك المعتدى لما اعتدى عليه من المال وإلزامه ببده نظير تملكه وهذا لا يتحقق في مال غير متقوم اعتدى عليه مسلم فوجب عليه عوضه إذ لا يجوز للمسلم تملك المال غير المتقوم وبصور ذلك في اعتداء مسلم على خمر لذي إذ يجب على المسلم أن يؤدي إلى الذمى قيمته عوضاً عنها في حين أنه لا يجوز له أن يكون ذلك نظير تملكه لما أتلفه من الخمر للذمى لأنه لا يملك الخمر ، لهذا اضطر الفقهاء إلى القول بأن التعويض في مثل هذه

المسائل يعد من قبيل التعزير لارتكاب محظور شرعا هو الاعتداء على مال لذي بالنسبة إليه .

وفي رأني أن مثل هذا التأسيس يصلح أن يكون عاما في كل اعتداء استوجب مالا. والأخذ بهذا المدأ يسوغ لنا إيجاب المال في جميع مسائل الاعتداء على غير المال كالشرف والكرامة بالنظر إلى أنه اعتداء محظور شرعا وليس في نصوص الكتاب والسنة ما يمنع من ذلك غير أن الأخذ بذلك من ارتكاب بعض الشطط في تقدير التعويض عندما يكون الاعتداء قد وقع على ما ليس بمال وقد يكون في مراعاة الاعراف ما يخفف هذا الشطط أو يرفعه .

بقي بعد ذلك ما أشرنا إليه فيما سبق وهو أن رجال القانون يوجبون التعويض عند توقع ضرر محقق الوقوع غير أن ذلك ما يسهل تقويمه للعلم به أما في الفقه الإسلامي فلا تعويض فيه لأنه ضرر لما يحدث فهو معدوم عند التقدير والتقويم والمعدوم لا يعطى في نظيره مال - أما الضرر المحتمل الوقوع فلا تعويض عنه في الفقهاء لأن التعويض يقوم على التحقق من وقوع الضرر وذلك ما لا يكون عند الاحتمال .

المسألة الثانية :

يرى رجال القانون أن مناط المساءلة ضرر يسببه فعل أدى إليه خطأ من الفاعل أي فعل وقع من فاعله تعديا . ويرى الفقهاء أن مناط المساءلة بالضمان ضرر حاصل في المال وإن لم يكن مسببا عن فعل أدى إليه خطأ من فاعله وقد بينا فيما سبق ما يراد بالضرر الذي يؤدي إلى مساءلة من أحدثه بفعله في الفقهاء ، غير أنه يشترط في الفقه الوضعي أن يكون حدوث ذلك الضرر نتيجة مباشرة للخطأ الذي وقع من فاعله أي نتيجة لاعتداء يتمثل في انحرافه في سلوكه وإخلاله بواجب عليه ، ولذا كانت المسؤولية المدنية فيه لا تكون إلا حيث يكون اعتداء أي لا تكون إلا نتيجة لاعتداء ممن حدث منه الفعل

الضار . وذلك ما يقتضى أن يكون له إدراك وتمييز حين يقع منه ذلك الفعل . ولذا جاء في المادة ١٦٥ مدنى عراقى أن الشخص يكون مسئولاً عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز . ومقتضى ذلك أن لامتسولية على مجنون ولا على صغير لا يميز ومن فى حكمهما ممن لا يكون لهم إدراك عند حدوث الفعل الضار منهم - ولذا إذا حدث الضرر ممن لا إدراك له كانت المسئولية على من هو مسئول عنه من ولى أو قيم فإذا لم يكن له ولى ولا قيم أو وجد له ولى أو قيم ولكن تعذر الحصول على التعويض من ماله جاز للقاضى أن يلزم المجنون ومن فى حكمه ممن وقع منه الضرر تعويضاً عادلاً مراعيًا فى ذلك مركز الخصوم، وهذا ما يجعل مسئولية من لا إدراك له غير مقررة فى الفقه الوضعى إلا على أساس من القصد إلى تحقيق العدالة لا على أساس مساءلته وذلك إذا ما رأى القاضى ذلك . وقد يجوز الإبراء ، أما المسئول عن الضرر فى هذه الحال فهو المسئول عن محدثه .

وكذلك يلاحظ أن الفقه الوضعى يشترط لتحقيق المسئولية المدنية تحقق السببية بين الخطأ وبين الضرر حتى إذا لم يكن بينهما ارتباط لم يكن للمسئولية محل بالنظر إلى من أحدث فعلاً لا ارتباط له بالضرر . وإنما تكون المساءلة على من تسبب فى الضرر بفعله ، ومؤدى ذلك ترتيب المسئولية على اعتداء تسبب عنه ضرر - والفقه الإسلامى يخالف الفقه الوضعى فى أمور ثلاثة أدى إليها الشرح السابق وفيما يلى تفصيل القول فيها .

الأمر الأول : أن الفقه الإسلامى يرى أن الفعل الضار إذا صدر ممن لا إدراك له كمجنون وصغير لا يميز كان محدثه مسئولاً عن ضمان ذلك الضرر فى ماله وإن لم يكن فيه معتدياً لعدم إدراكه وقت حدوث الفعل منه؛ لأن الاعتداء لا يكون إلا عن إدراك ومخالفة لواجب مطلوب، ومن هذا يرى أن الفقه الإسلامى ينيط الضمان بالضرر الحاصل وإن لم يكن نتيجة اعتداء فإذا أتلّف المجنون مالا لزمه ضمانه فى ماله وإذا أتلّف الصغير مالا لزمه ضمانه فى ماله، وإذا انقلب نائم على مال فأتلّفه لزمه ضمانه فى ماله وهكذا، ذلك لأن

الإلزام بالضمان في الفقه الإسلامي ليس من قبيل خطاب التكليف وهو ما يوجه من الشارع إلى المكلف بطلب فعل أو بتركه إذ أنه يتطلب العقل والتكليف لاشتراط الاستطاعة فيه ولا تكون إلا مع فهمه وإدراكه ، وإنما هو من قبيل خطاب الوضع الذي يصدر من الشارع بترتيب معلول على علته أو مسبب على سبب فإذا وجدت العلة أو السبب وجد المعلول أو المسبب ولزم دون نظر إلى إدراك أو تكليف لأنه لا طلب فيه من المكلف وإنما الإلزام أثر لوجوده بوجود علته والإلزام الصغير أو الخفيف أو من في حكمهما وهو النائم مثلاً مسبب عن وجود سببه وهو حدوث الفعل الضار منه وإن لم يكن منه إدراك له . وإذا كان مقتضى تنفيذ هذا الإلزام أن يكون مدركاً فإن الصغير ومن في حكمه لا يعد مسئولاً عن التنفيذ ولا مطلوباً منه وإنما يسأل عنه القيم أو الولى ومنهما بطلب لولايتهما وكلاهما لا يكون إلا مميزاً مدركاً وعلى هذا لا فرق بين أفعال المجانين والعقلاء في ترتيب الضمان عليها في الأموال ولذا كان حكم الخطأ في الأموال حكم العمد فيها .

الأمر الثاني : أن الفقه الإسلامي لا ينيط الإلزام بالضمان بالتعدي وترتب الضرر عليه وإنما ينيطه بحصول الضرر المالى سواء أكان عن اعتداء أم لا وسواء أكان نتيجة لفعل صدر من مكلف أم نتيجة لسبب سببى أو لفعل صدر من حيوان ونحو ذلك مما لا يكون لمكلف يد فيه . فإذا ما حدث هذا الضرر المالى ترتب عليه التعويض وألزم به محدثه أو صاحب اليد على المال التالف إذا كانت يده عليه يد ضمان ولم يصدر ممن يصرح مؤاخذته عليه ، ومن أجل ذلك قسموا اليد قسمين يد ضمان ويد أمانة فيد الضمان يلزم صاحبها بضمان كل تلف يحدث بالمال تحتها وهى كل يد وضعت اعتداء على المال . ويد الأمانة لا يضمن صاحبها ما يتلف تحتها من مال إلا أن يكون المتلف بتعديه وهذا ما يتفق والقانون وهى اليد التى وضعت على المال بحق أى بإذن من صاحبه أو من الشارع إذا لم يدل دليل على تضمينها - ويد الضمان بخلافها . ويضمن صاحبها أى تلف يصيب المال تحتها أو أى نقص أو عيب ينزل به .

وإذا أحدث ذلك شخص آخر كان مالك المال مخيراً بين تضمين صاحب اليد - ويكون لصاحب اليد الرجوع على المتلف - وبين تضمين المتلف وعندئذ لا رجوع له على أحد - ومؤدى ذلك أن مناط التضمين في الفقه الإسلامي أمران :

أولهما : فعل يحدث ضرراً بالمال كالاتلاف والتعيب والنقص والتغيير والخلط ونحو ذلك مما يترتب عليه خروج المال المضرور عن الانتفاع به الانتفاع الذي كان له أو نقص قيمته، والضمان في هذه الأحوال على من أحدث ذلك مكلفاً كان أم غير مكلف عامداً كان أم غير عامد لأن العمد والخطأ في الأموال سواء في الحكم .

وأساس الإلزام بالضمان في هذه الأحوال بيّن . ومرده إلى الكتاب والسنة رلى ما يقضى به النظر من أن من تسبب في ضرر لزمه إزالته .

ثانيهما : تلف يحدث تحت يد ضمان لأنها يد معتدية فكانت حيازتها للمال تستوجب مساءلة صاحبها عن كل ما ينزل بذلك المال من تلف أو عيب أو نقص وهو في حيازتها . ذلك لأن صاحبها مطالب في كل لحظة برد المال إلى مالكة فإذا لم يرده كان في ضمانه وكان مسئولاً عنه . وعن كل ما يصيبه لأنه بحيازته حال دون قيام مالكة عليه فوجب لذلك أن يتحمل كل ما ينزل به ملزماً برده ، ويرد بدله إذا ما تلف إلى صاحبه . فإذا ما تلف بفعله أو بأى فعل لا يد له فيه ضمنه لصاحبه، وإذا تلف بفعل أجنبي كان ضمانه في النهاية على متلفه .

ذلك هو مناط الضمان والمسئولية في الفقه الإسلامي . أما في الفقه الوضعي فنطاق المسئولية فيه كما قدمنا ضرر تسبب عن فعل أدى إليه خطأ صاحبه ؛ فإذا حدث الضرر بسبب لا يد لحائزه فيه كأن حدث بحادث مفاجيء أو بقوة قاهرة أو بخطأ من المضرور نفسه أو بسبب من المال أو بخطأ من الغير لم يسأل صاحب اليد عن ذلك الضرر ولم يلزم بضمانه خلافاً للفقه الإسلامي .

الأمر الثالث : يشترط الفقه الوضعي لترتيب المسؤولية على الضرر أن يكون نتيجة مباشرة لفعل صدر عن خطأ صاحبه؛ فإذا لم يكن مباشراً بل حال بين الضرر وبين الفعل الذي أدى إلى حدوث الضرر فعل لفاعل آخر فصل بينهما وكان له دخل في حدوث الضرر كان الضمان على الفعل المباشر لأحداث الضرر إن استقل بالسببية ولم يسأل صاحب الفعل السابق مادام أن الفعل الثاني قد حال دون نسبة الضرر إليه وترتبه عليه . فإن كان كل من الفعلين له دخل في حدوث الضرر وعنهما جميعاً تسبب ونسب إليهما كان كل من فاعليهما مسئولاً عن الضرر، وفي ذلك جاءت المادة ١٧٠ مدني عراقي ونصها : إذا تعدد المسئولون عن عمل ضار كانوا متضامنين في إلزامهم بتعويض الضرر وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضى نصيب كل منهم في التعويض ، وقد ناطت هذه المادة كما يرى الإلزام بالتعويض بثبوت المسؤولية عند تعدد المسئولين عن الضرر . وثبتت مسئوليتهم نتيجة لما بين أعمالهم وبين الضرر الواقع من علاقة السببية أو العلية وذلك بأن يكون الضرر قد تسبب عن أعمالهم جميعاً ، ثم سوت بينهم في الإلزام بالتعويض وجعلتهم متضامنين فيه إلا إذا عين القاضى نصيب كل منهم فيه .

ويظهر من هذا أن الفقه الوضعي حين اشترط أن يكون الضرر نتيجة مباشرة لفعل صدر عن خطأ من فاعله اكتفى في تحقيق هذه المباشرة بثبوت السببية بين الضرر والفعل دون أن يعنى ببيان ما للفصل بين الفعل والضرر بفعل آخر له دخل في السببية من أثر في تحقق المباشرة أو عدم تحققها وأنه لذلك يكفى في تحقق المساءلة سلامة نسبة الضرر إلى الفعل وإن فصل بينهما فعل آخر ولكن الفقه الإسلامي في هذا الموضوع يفرق بين حالة يكون الفعل أى السبب فيها مباشراً للضرر لا يفصل بينهما فعل آخر وبين حالة يكون فيها هذا الفصل؛ ففي الحال الأولى يكون الفاعل ملزماً بضمان الضرر وفي الحال الثانية ينظر إلى ما للفعل الفاصل من أثر في نسبة الضرر إلى الفعل الأول فإن حال دون نسبة الضرر إليه بحكم العادة والعرف كان الضمان على فاعل الفعل الثاني

وإن لم يتحمل ضمن فاعل الفعل الأول - ومعنى ذلك أن الضرر قد يحدث نتيجة مباشرة لما حدث من فعل أدى إليه دون أن يتوسط بينهما ما يتسبب عنه ذلك الضرر ، وقد يتوسط بينهما فعل آخر أدى إلى ذلك الضرر . ويعد الضرر مباشراً إذا كان نتيجة لاتصال آلة الاتلاف بمحلّه ويعد مسبباً إذا أدى إليه فعل في محلّ بواسطة فعل آخر توسط بينهما وأحدثه في محل آخر أو أدى إليه فعل بواسطة فعل آخر توسط بينهما وترتب عليه مباشرة، وموؤدى ذلك أن يكون الضرر مباشراً بالنظر إلى الفعل الثانى الذى يعد علة أدى إليها الفعل الأول، فإذا نشأ الضرر بطريق التسبب فلا ضمان على من أحدث الفعل الأول الذى لم يترتب عليه الضرر مباشرة إذا لم يكن متعدياً فيه؛ وذلك كمن حفر حفرة في ملكه فتردت فيها دابة فنفتت أو أسقطها شخص آخر فيها فتلفت فلا ضمان عليه لأنه لم يكن متعدياً بحفره، وكذلك لو علق خادم المسجد قنديلاً فيه فسقط على مال إنسان فأتلفه أو وضع إنسان متاعاً على سطح منزله فأسقطته ربيع شديدة في الطريق فأتلف مالاً لإنسان فلا ضمان في هذه الصور كلها لعدم التعدي في تعليق القنديل ووضع المتاع على السطح. أما إذا كان يحدث الفعل الأول متعدياً فيه بأن لم يكن له حق في فعله فإن الضمان يلزمه إذا لم يكن الفعل الثانى الفاصل بينه وبين الضرر مانعاً من نسبة الضرر إليه ولا يضمن إذا منع من نسبته إليه ويكون الضمان على فاعل الفعل الثانى للمباشرة؛ فإذا حفر شخص حفرة في طريق فسقط فيها حيوان فتلف ضمن الحافر قيمته لتعديه بالحفر وتسببه في الاتلاف وعدم امتناع نسبته إليه حيثئذ بسقوط الحيوان بفعله، أما لو عمد إنسان إلى حيوان أو متاع فأسقطه في تلك الحفرة فتلف لم يضمن الحافر وضمن المسقط لأن إسقاطه حيثئذ يمنع من نسبة الاتلاف إلى الحافر وعُدَّ إسقاطه سبباً مباشراً للاتلاف. ولذا اتفقت كلمة الفقهاء على أن المباشر ضامن سواء أكان متعدياً بفعله أم غير متعدي قاصداً الأضرار أم غير قاصد والمتسبب لا يضمن إلا إذا كان متعدياً بفعله . وهذا مشروط بالألا يكون الفعل الأول متلزمًا وموؤدياً إلى الفعل الثانى حتماً؛ فإن أدى إليه على سبيل الحتم كان الفعلان بمنزلة فعل واحد مباشر وكان

الضمان على فاعليهما بالتساوي، وعلى ذلك إذا حفر إنسان حفرة في طريق حيوان عرف أنه سيمر به فسقط فيه ذلك الحيوان بفعل إنسان أو أراده فيه فإن الضمان حينئذ يكون على من أحدث الفعلين وهما الحافر والمردى لارتفاع مستوى الفعل الأول المسبب إلى مستوى المباشر من وجهة تلازمهما في زعم الحافر .

وخلاصة القول أن الضمان يجب على من أحدث التلف إلا إذا منع من إضافة التلف إليه ترتب التلف مباشرة على فعل أحدثه آخر فصل بينه وبين فعل الأول فنسب التلف إليه على وضع انقطعت به نسبة التلف إلى الفعل الأول، وذلك ما اختلفت فيه أنظار الفقهاء من المذاهب اختلافاً أدى إلى اختلافهم في من يلزم بالضمان أهو محدث الفعل الأول لإضافة التلف إليه واعتباره مباشراً أم هو محدث الفعل الثاني لامتناع إضافته إلى الفعل الأول نتيجة للفصل بالفعل الثاني الذي اعتبر سبباً مباشراً للاتلاف - فمن وضع خشبة في طريق عام وهي من بيته ثم باعها مع البيت إلى آخر فتركها المشتري في مكانها فتعثر بها دابة فنفتت كان الضمان على واضع الخشبة اتفاقاً؛ لأن البيع لا يمنع من نسبة التلف إلى واضع الخشب في نظر الجميع . ومن فتح باب حانوت ثم تركه مفتوحاً فسرق اللصوص ما به لم يضمن للفصل بين فتحه وبين ضياع المال بسرقة اللصوص وهو عمل حدث باختيارهم وكان لهم ألا يسرقوا فنع من نسبة الضياع إلى الفاتح فلا يضمن عند الحنفية والشافعية خلافاً للمالك وأحمد إذ رأيا أنه لا يمنع عادة من نسبة التلف إليه فيضمن عندها . ولو وقع حيوان في بئر حفرت في الطريق العام فمات فيه جوعاً وعطشاً فلا ضمان على الحافر لأن موته بالجوع والعطش يمنع نسبة التلف إلى الحافر عند أبي حنيفة خلافاً لصاحبيه إذ ذهبوا إلى تضمينه لأن موته بذلك لا يمنع من نسبته إليه . ومن فتح قفصاً فيه طير فطار وضاع لم يكن على فاتح القفص ضمان في قول أبي حنيفة وأبي يوسف لأن طيران الطير يرجع إلى إرادته وذلك كاف في امتناع نسبة التلف إلى الفاتح وذهب محمد ومالك وأحمد إلى تضمينه إذ من

عادة الطير وطبيعته أن يطير عند ذلك فلم يكن طيرانه مانعا من نسبة التلف إلى الفاتح، وذهب الشافعي إلى أنه إن طار حين الفتح ضمن الفاتح وإن طار بعد مدة لم يضمن لظهور أن الطيران لم يكن نتيجة الفتح - هكذا اختلفت الأنظار في من ينسب إليه التلف في أحوال التسبب حتى يلزم بالضمان . ولم ينظر الفقه الوضعي إلى ذلك بل كان نظره إلى تقدير ما لكل فعل من صلة بالضرر وتسببه فيه دون نظر إلى مباشرة . وهذا نظر خالف فيه فقهاء الشريعة ، وقد يكون مرجع هذا إلى اختلاف الأعراف ومراعاتها . هذه نقاط أردت أن أجليها في الفقهاء وأن أظهر ما بينهما من خلاف في وجهة النظر أدى إلى اختلافهما في أحكامها - ولكل قول وجهة نظر أدى إليها الاجتهاد المستند فيما أحسب إلى الأعراف المختلفة إذ لم يرد في هذه المسائل نصوص خاصة يتف عندها المجتهدون .

المسألة الثالثة : مساءلة المتبوع عن ضرر يحدثه تابعه ونظرية تحمل التبعة :

انتهى التشريع الوضعي أخيراً إلى إقرار مسئولية المرء عن الضرر الذي يصيب غيره بسبب فعل صدر ممن تجب عليه رقابته ورعايته قانوناً أو عرفاً بسبب قصره وبسبب حالته العقلية أو الجسمية فيكون ملزماً بتعويض هذا الضرر متى كان نتيجة لعمل غير مشروع، وعلى ذلك استقرت قانوناً مسئولية السيد أو المتبوع أو المخدوم عن أعمال تابعيهم وبه صدرت قوانين البلاد العربية على اختلافها، غير أن هذه المسئولية مع وجوبها أصالة ولزومها بالنظر إلى من ذكرنا لم تجعل مانعة من مساءلة الشخص المشمول بالرعاية أو الخاضع للرقابة أو التابع أو الخادم فيجوز للمضرور أن يطالبهم بالتعويض كما يجوز له أن يطالب من له الرعاية والرقابة عليهم من راع وسيد ومتبوع ومخدوم فله الخيرة في مطالبة من يرى أن مطالبته أقرب إلى تحقيق مأربه ونيل حقه ولئن له الرعاية والرقابة إذا ما قام بأداء التعويض أن يرجع على من تسبب في الضرر ممن هم تحت رقابته ورعايته إذا ما كان لهم مال يتبعهم

فيه وإن عد ذلك عديم الجدوى من الناحية العملية إذ الكثير الذي يغلب وجوده ألا يكون للمباشر للضرر مال ولا ثراء يرجع فيه ، وتعد مسئولية من له الرقابة في هذه الأحوال قائمة على خطأ مفترض فلا يجوز إثبات عكسها لرفعها عنه إلا في أحوال خاصة نص عليها في القانون وذلك تيسراً على المضرور في حصوله على التعويض . ذلك هو المبدأ العام الذي جرى عليه التشريع الوضعي مع غض النظر عما قيد به من قيود وما اشترط فيه من شروط بحسب اختلاف الأحوال يرجع في بيانها إلى دراسته .

ولم ينته عند هذا نظرهم بل تجاوزوه إلى إقرار مبدأ آخر يقضي بمسئولية المرء عن الضرر الذي يحدث لغيره من جراء فعل يصدر من الأشياء التي تكون في حراسته كأنكسارها أو انفجارها فيها أو تطاير قطعة منها ونحو ذلك سواء أكان ذلك بسبب حركتها التلقائية أو بسبب تحريك الحارس أو إدارته لها ، وقد أسسوها كما أسسوا سابقها على خطأ مفترض من حارس الشيء لا يقبل رفعها بإثبات العكس إلا إذا ثبت أن الحادث وقع بسبب أجنبي كقوة قاهرة أو خطأ من أجنبي أو خطأ من المصاب نفسه وعلى ذلك كانت هذه المسئولية مسئولية مفترضة وأصبحت مبدأ عاماً مع غض النظر عما لها من شروط وقيود .

والشريعة الإسلامية لاتقر هذين المبدأين ولاتقر الخطأ المفترض إذ ليس من المقبول أن يجازى إنسان بأخذ ماله على أساس أنه اعتدى على غيره اعتداء استوجب تعويضه في حين أنه لم يحدث منه اعتداء وهل يختلف ذلك في الحكم والأثر عن أخذ المال ظلماً ، كما أنه ليس من المقبول السائق سؤال الإنسان عما لم تجن يدها وعما أحدثه غيره من الضرر إلا إذا كان متسبباً فيه أو كان شريكاً فيه ولو كان أقرب الناس إليه ، وآيات الكتاب الحكيم صريحة في ذلك فقد قال تعالى في سورة الطور « كل امرئ بما كسب رهين » وفي سورة النور « لكل امرئ منهم ما اكتسب من الأثم » وفي سورة فاطر « ولاتزر وازرة وزر أخرى وإن تدع مثقلة إلى حملها لا يحمل منه شيء ولو كان ذا قربى » وفي سورة البقرة « لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت » وهذا ما تقوم به العدالة ويرتفع به الجور

ولا يرى في تحميل إنسان تبعة عمل لغيره إلا قسرا وإلزاما ألما لا يتفق مع كرامة الإنسان وإرادته .

ولم يكن هذا المذهب إلا نتيجة لما وصل إليه العمل وارتفعت إليه الصناعة من السيطرة على الحياة الاقتصادية والنشاط الاجتماعي والسياسي مما جعل للعالم سلطانا قويا على من بيده مقاليد التشريع والحكم فكان لهم بهذا السلطان أن يصلوا إلى ما يحقق مصالحهم ويوفر لهم رغائبهم ويسد حاجاتهم ويجنبهم ما يصيبهم من ضرر في مجال أعمالهم ونشاطهم وذلك على حساب المتفعين بأعمالهم الجائنين لأرباحهم من أرباب الأموال والمصانع الذين انتهى أمرهم إلى العجز عن دفع ما ألزموا به من جراء أنهم أصحاب الأموال والمصانع . وليس لهذا المذهب أساس عادل ولا أصل تشريعي ثابت قائم إلا ما قد يتحدث به أحيانا من أن من كان له من شيء غنم فعليه غرمه، ولكن هذا المبدأ بعيد عما نحن فيه ولا ينطبق عليه فليس ما يلزم به المتبوع من تعويض عن ضرر أحدثه تابعه أو شيء مملوك له غرما أصاب مالا له فيه غنم وإنما هو غرم مالي بعيد عن ماله ألزم به في ماله لا لسبب سوى أنه صاحب المال المنتفع به وليس لذلك سند من العدالة .

وإذا كانت الشريعة الإسلامية لاتقر هذا فهي أيضاً لاتقر ما ذهب إليه التشريع الوضعي مما يسمى بنظرية تحمل التبعة التي تقضي بأن يكون المرء مسئولاً عن النتائج الضارة المتسببة عن أي نشاط يبذله سعياً وراء ربح يتبغيه منه فيكون تحمله لتبعة ما يحدثه هذا النشاط من أضرار مقابل ما يربحه منه على أساس قاعدة الغرم بالغنم وهي تقضي في زعم من ذهب هذا المذهب بأن تكون مخاطر الملك أو المصنع أو أي مستغل مطلوب تعويضها ممن يعود ربح ذلك عليه .

وهذه نظرية جد خاطئة لأنها - فضلا عما تقضي به من إلزام الإنسان بما لم يلتزمه ولا يد له في حدوثه - تثني الناس عن الجهد والعمل والابتكار وتجعلهم يوثرون الامتناع عن أي نشاط حين يرون أنه قد يكون من ورائه

بعض الضرر وذلك ما يؤدي إلى تثبيط الهمم والإحجام عن كل نشاط وليس كما قدمنا في قاعدة الغرم بالغنم أي سند ؛ إذ المعنى فيها أنه حين يكون الإنسان غم في مال يكون عليه ما يتطلبه حفظه ورعايته ويلزمه ضمانه عند تلقه وليس المعنى أن يكون مسئولاً عن مخاطر أصابت أجنياً من الناس بسبب اقربه منه أو حراسته له أو إدارته مما لا يكون له يد فيه .

ذلك ما أردت بيانه في الموازنة بين المسئولية التقصيرية في الفقه الوضعي وما يذهب إليه الفقه الإسلامي في مسائلها وموضوعاتها . والله الموفق للصواب .

مجمع البحوث الإسلامية العربية

مجمع البحوث الإسلامية العربية