



## مقدمة

الحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله، أحمد الله تبارك وتعالى وأصلي وأسلم علي خير خلقه وأشرف رسله سيدنا محمد - صلي الله عليه وعلي أصحابه - ومن سار علي منوال شريعته واتبع منهاج دينه إلي يوم الدين. وبعد:

فقد سري اعتقاد خاطئ لدي العامة حاصله: أن تعويض الضرر المالي أمر غير مشروع، وأن أخذ العوض يعد عملاً محرماً، وقد بلغ مدي هذا الاعتقاد عند بعض الناس إلي الحد الذي جعلهم ينظرون لما يقدم لهم من عوض نظير ما وقع علي أموالهم من تعد للغير، علي أنه مال محرّم منزوع البركة كالمال المسروق، وهذا الاعتقاد رغم أن مبعثه قد يقوم علي التسامح الذي يتخلق به البعض، والذي يدفعهم إلي عدم قبول التعويض عن الضرر إلا أنه ينطوي علي آثار خطيرة تؤدي إلي تشجيع البعض ممن لا يتحرون في حفظ أموال غيرهم، إلي الجرأة علي هذه الأموال ومساسها بأعمال ضارة تلتفها أو تنقص من قيمتها، وهم مطمئنون إلي أنهم لن يغرّموا شيئاً استناداً إلي هذا الفهم الخاطئ.

ومن المعروف أن حفظ الأموال من مقاصد شريعتنا الغراء، وهي كذلك غاية قانونية تولتها التشريعات الوضعية بالحفظ والصيانة من خلال تقرير النصوص التي تجعل كل خطأ يسبب ضرراً للغير فإنه يلزم المخطئ بالتعويض، ولذلك آثرت أن أختار هذا الموضوع للدراسة: «التعويض الناشئ عن إتلاف المال - أسسه ومدي مشروعيته في الفقه الإسلامي مقارناً بالقانون المدني المصري» وذلك لازالة هذا الفهم الخاطئ وبيان أن تعويض الضرر مشروع في الفقه الإسلامي، كما قامت الأدلة واضحة في دلالتها علي ذلك.

ولما كان الحكم علي الشئ فرعاً عن تصوره، وكانت مشروعية التعويض عن الضرر المالي في الفقه الإسلامي أمراً مقرواً، كان من لوازم ذلك أن أبين أسس هذا التعويض وكيفية وطرقه، ليكون النفع عميماً والافادة كبيرة، هذا مع الحرص علي المقارنة بين الفقهاء الإسلامي والوضعي من خلال ذكر أسس التعويض ومسائله في فقه القانون بغية إيجاد ما يوازها في فقه الشريعة الإسلامية الغراء، حتي تكون هذه

الدراسة حلقة في سلسلة الدراسات التي تثبت أن شريعة الله صالحة لكل زمان ومكان من خلال احتوائها علي ما يعد أساسا لتشريع قانوني راق يستمد أساسه منها. أرجو الله تبارك وتعالى أن يتقبل مني هذا العمل المتواضع، وأن يجعله خالصا لوجهه، وأن ينفع به، إنه سميع قريب مجيب الدعاء وما توفيتي إلا بالله عليه توكلت وإليه أنيب، . . .

دكتور عبد الله مبروك النجار

خطة البحث العامة

سوف تعالج مسائل هذا البحث من خلال البابين التاليين:

الباب الاول:

الأسس العامة لتعويض الضرر المالي في الفقهاء الإسلامي والوضعي

الباب الثاني:

كيفية تعويض الضرر المالي وصوره في الفقهاء الإسلامي والوضعي.

الباب الأول

الانس العامة لتعويض الضرر المالي

في الفقهين الإسلامي والوضعي

١- الكلام عن تعويض الضرر المالي يستلزم بيان أسسه المتمثلة في قيام المسؤولية عنه وأدلة مشروعيته، ثم بيان أسبابه أو ما يعبر عنه بأركان المسؤولية عن الضرر المالي، وشروط التعويض عن الضرر المالي، وأسباب الإباحة، أو الأسباب التي إذا توافرت يكون الفعل الضار مشروعاً، ومن ثم لا يترتب علي صدره من الفاعل أية مسؤولية عليه تستلزم تعويضه، هذه الأسس سوف نعالج مسائلها من خلال فصلين.

أولهما: للتعريف بالمسؤولية في الفقهين الإسلامي والوضعي.

ثانيهما: لبيان أركان المسؤولية عن تعويض الضرر المالي وشروطها وأسباب انقضائها في الفقهين الإسلامي والوضعي.

الفصل الأول

التعريف بالمسؤولية في الفقهين الإسلامي والوضعي

ويشتمل علي ما يلي:

المبحث الأول: أساس التعويض وأدلة مشروعيته.

المبحث الثاني: التعريف بالمسؤولية في القانون المدني.

## المبحث الأول

## أساس التعويض وأدلة مشروعيته

٢- وأساس التعويض هو قيام المسؤولية علي الملتزم به، كما أن أدلة التعويض ثابتة بالكتاب والسنة والاجماع، ونخصص لكل موضوع مطلباً.

## المطلب الأول

## أساس التعويض في الفقه الإسلامي

٣- وأساس التعويض هو قيام المسؤولية علي الملتزم، فالمسؤولية هي أساس التعويض، وهي في اللغة: مصدر صناعي للفعل سأل، يقال: سألته عن كذا وبكذا، إذا طلب منه إيضاحاً لأمر أسند إليه أو تفسيراً لتصرف وقع منه<sup>(١)</sup>، وليس المراد بالسؤال حقيقته، وهو إخبار المستول عن أمر يجهله السائل، ولكن المراد به اقرار المستول بما وقع، وذلك لما هو مقرر أن السؤال معاد في الجواب<sup>(٢)</sup>، فيكون المستول مقراً بما وقع منه، ومن ثم يتحقق بالاقرار سبب الجزاء عليه، يدل علي هذا المعني قول الله تعالى: «فوريك لتسألنهم أجمعين»<sup>(٣)</sup>، إذ معناه كما قال علماء التفسير: أي لتسألن هؤلاء أجمعين يوم القيامة عما كانوا يعملون في الدنيا من الأعمال التي يحاسبون عليها ويسألون عنها<sup>(٤)</sup>، ومنه قول الله تعالى: «تالله لتسألن عما كنتم تفترون»<sup>(٥)</sup>، وقوله تعالى: «وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولاً»<sup>(٦)</sup>، وقوله تعالى: «قل لا تسألون عما أجرنا ولا تسألن عما تعملون»<sup>(٧)</sup>، حيث دلت هذه الآيات الكريمة علي ما دلت عليه الآية الأولى<sup>(٨)</sup> من أن المراد بالسؤال هو الاقرار الموجب للجزاء، ويكون المراد بالمسؤولية

(١) القاموس المحيط - ج ٣، ص ٤٠٣ - مطبعة صبيح، ومختار الصحاح - ص ٢٨٢ - دار الفكر بيروت.  
(٢) راجع في شرح القاعدة: شرح مجلة الأحكام العدلية ص ٤٦ - المادة ٦٦.  
(٣) سورة الحجر: آية ٩٢.  
(٤) راجع في هذا المعني: فتح القدير للشوكاني - ج ٣ - ص ١٤٣.  
(٥) سورة النحل: آية ٥٦.  
(٦) سورة الإسراء: آية ٣٤.  
(٧) سورة سبأ: آية ٢٥.  
(٨) راجع: فتح القدير للشوكاني - ج ٣ - ص ١٧٠، ٢٢٦.

غابها أو ما يترتب عليها من جزاء، والاطلاق اللفظي غالباً ما ينصرف إلي تلك اللوازم الناشئة عنها<sup>(١)</sup>.

ولهذا المعني فإن فقهاء الشريعة الإسلامية يعبرون عنها بالضمان الموجب للتعويض والعقوبة، يقال ضمننت المال، وبالمال، أي التزمته، وضمنته المال، أي ألزمته إياه<sup>(٢)</sup>، وهو اصطلاح يعبر عن المراد بالمسؤولية أصدق تعبير، ويكون صواباً إلي حد كبير ما قرره بعض الفقهاء من أن المراد بالضمان هو ما يؤدي نفس المعني المراد من اصطلاح المسؤولية في القانون الوضعي<sup>(٣)</sup>، ومن ثم ينبغي التعريف بالمسؤولية في الفقه الإسلامي من خلال هذا الاطلاق.

## المسؤولية في اصطلاح فقهاء الشريعة الإسلامية:

٤- وبناء علي ما اصطلاح عليه فقهاء الشريعة الإسلامية من قيام لفظ الضمان مقام اصطلاح المسؤولية في الفقه الوضعي، فقد عرفوا المسؤولية من خلاله واختلفت أرواها في تعريفها:

فعرها بعض فقهاء الشافعية والحنابلة بأنها: الالتزام بما يجب أداءه، ويؤخذ علي هذا التعريف، أنه لم يبرز من أسباب المسؤولية غير ما يتعلق من تلك الأسباب بالإرادة، وهو ما يستفاد من كلمة «الالتزام» الواردة في التعريف، أما أسباب الضمان غير الإرادية وهي كثيرة في مجال المسؤولية والضمان، فليس في التعريف ما يدل عليها.

٥- وقد عرفها ابن حزم الظاهري بأنها: لزوم ما التزم به الإنسان<sup>(٤)</sup>، ويؤخذ علي هذا التعريف ما أخذ علي سابقه من أنه لا يبرز في صياغته أسباب الضمان غير الإرادية، وهي التي يتحقق فيها الالتزام من الشارع في الأمور التي ربما لم يردّها الإنسان مثل الزام الشارع له بنفقة القريب، والمسؤولية عن الخطأ الواقع من التابع، أو الحيوان أو الأشياء مثلاً.

(١) مختار الصحاح ص ٣٤٨، والمعجم الوسيط - ج ١ ص ٥٤٦، طبعة ١٩٦٠م.

(٢) الشيخ محمود شلتوت - الإسلام عقيدة وشريعة - ص ٤١٢ دار القلم.

(٣) مفتي الحاج - ج ٢ ص ١٩٨، وشرح منتهي الارادات ج ٢ ص ١٠٨ - ١١٠ - الطبعة الأولى.

(٤) النظمي - لابن حزم الظاهري - ج ٨ - ص ١١١.

الصحيحة للرسول صلى الله عليه وسلم، وحبس المكسورة، رواه البخاري والترمذي وسمي الضاربة عائشة، وزاد فقال - النبي صلى الله عليه وسلم - طعام بطعام وإناء بإناء<sup>(١)</sup>، وصححه، يقول الصنعاني: وقد اتفقت هذه القصة من عائشة في صحيفة أم سلمة، فيما أخرجه النسائي عن أم سلمة أنها أتت بطعام في صحيفة إلي النبي - صلى الله عليه وسلم -، فجاءت عائشة متزرة بكساء، ومعها فهر<sup>(٢)</sup> ففلقت به الصحيفة، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: طعام بطعام وإناء بإناء، وقد وقع مثلها لحفصة وأن عائشة كسرت الإناء، ووقع مثلها لصفية مع عائشة<sup>(٣)</sup>.

١٢- ووجه الدلالة في هذا الحديث:

أن قول النبي صلى الله عليه وسلم، قد دل علي أن من استهلك علي غيره شيئا كان مضموناً بمثله، يقول الصنعاني: وذلك متفق عليه في المثلي من الحبوب وغيرها، وأما القيمي ففيه قولان:

١٣- (أولهما: للشافعي والكوفيين: وحاصلة أنه يجب فيه المثل حيوانا كان أو غيره، وما عدا ذلك من العروض والحيوانات فالقيمة، وقال بعض الفقهاء القيمي بضمن قيمته.

١٤- ثانيهما: للمالكية والحنفية: وعندهم أن ما يكال أو يوزن فبمثله، وما عدا ذلك من العروض والحيوانات فالقيمة، وقد استدلل الشافعي ومن معه بالحديث المذكور وبما وقع في رواية ابن أبي حاتم: «من كسر شيئاً فهو له وعليه مثله»<sup>(٤)</sup>، وقد زاد في رواية الفار قطني فصارت قضية (أي قاعدة) من النبي - صلى الله عليه وسلم -، أي حكماً عاماً لكل من وقع له مثله، فاندفع قول من قال: إنها قضية عين لا عموم فيها، ولو كانت كذلك لكان قوله - صلى الله عليه وسلم - طعام بطعام وإناء بإناء كافياً في

عامة: إذا كان الضمان بمعناه العام في لسان الفقهاء هو شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل، فإن كلمة «الضمان» قد تستعمل في الدلالة علي المال المطلوب أداء تعويضاً...»<sup>(١)</sup>

## المطلب الثاني

### أدلة مشروعية التعويض

٩- والتعويض ثابت ومشروع، وقد قامت الأدلة علي مشروعيته من كتاب الله تعالى وسنة نبيه - صلى الله عليه وسلم -، والاجماع.

١٠- (أما الكتاب:

فيقوله تعالى: «وَكَيْفَ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ»<sup>(٢)</sup> أي كفيل وضامن وله دلت الآية الكريمة، علي أن يوسف - عليه السلام - قد ضمن لمن جاء بصواع الملك، وهو الإناء الذي كان يشرب به، قدر ما يحمله بعير من الطعام، فهذا نوع من الالتزام الذي تشغل به الذمة، فيكون ضماناً، وإذا كان كذلك، كان التعويض مشروعاً بالآية، حيث إنها خبر يدل علي جواز حصوله فيكون مشروعاً، فإن قيل: إن هذا كان في شرع من قبلنا، فلا يلزم من وروده فيه أن يكون لازماً لنا، فالجواب: أن شرع من قبلنا شرع لنا مالم يرد دليل ناسخ له، ولم يرد علي ما تفيد تلك الآية - ناسخ بل ورد في نصوص التشريع ما يؤيد معناها، وهي الأحاديث التي تدل علي مشروعية الضمان من سنة النبي - صلى الله عليه وسلم -، والتي ستعرض لها.

١١- (أما السنة:

١- فيما رواه أنس - رضي الله عنه -، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - كان عند بعض نسائه فأرسلت إحدى أمهات المؤمنين مع خادم لها بقصعة فيها طعام، فضربت بيدها فكسرت القصعة، فضمها وجعل فيها الطعام وقال: كلوا، ودفع القصعة

(١) رواه الجماعة بمعناه إلا مسلماً، راجع: نيل الأوطار للشوكاني - ج ٥ ص ٣٦٢ وما بعدها - طبعة المطبوع.

(٢) القهر: (بكر الفاء وسكون الهاء) هو الحجر الناعم الذي تدق به الأشياء - لتطحين.

(٣) نيل السلام للصنعاني - ج ٣ ص ٨٩ - مطبوعات جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية.

(٤) المرجع السابق - ص ٩٠.

(١) المرجع والمكان السابقان.

(٢) سورة يوسف - آية ٧٢.

عليه ضمان يقابل ذلك الاستثثار، يستوي في ذلك أن يكون قد تم بطريق مشروع أو بطريق غير مشروع، والحديث يعتبر أصلاً لقاعدة فقهية تقضي بأن من يضمن شيئاً إذا تلف فإنه ينتفع به في مقابلة الضمان<sup>(١)</sup>، ودلالة الحديث علي ذلك دلالة علي مشروعية جواز الضمان<sup>(٢)</sup>.

١٨-٤- وما رواه أبو أمامة الباهلي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «الدين مقضي والزعيم غارم»، وهذا الحديث أخرجه الترمذي وقال: هذا حديث حسن ولفظه من حديث أبي أمامة الباهلي<sup>(٣)</sup>.

والحديث فيه دلالة واضحة علي أن من يلتزم بأداء دين عن طريق الكفالة أو الدين فإنه يكون من الغارمين لما التزم، لأنه ضامن له ومستول عنه، وهو إن كان يفيد الضمان عن الالتزامات الناشئة عن سبب إرادي كالقرض والكفالة، إلا أن قياس الضمان في الالتزامات غير الإرادية يدخل فيه، لأن فيها معني الضمان المذكورة ويكون في الحديث دلالة علي مشروعية الضمان.

والاجتماع :

١٩- يقول ابن عابدين: اجمع أهل العلم والفقه علي أن الدماء مصونة والأموال مصونة في الشرع وأن الأصل فيها الحظر، وأنه لا يحل دم المسلم ولا يحل ماله إلا بحق فإذا كان بغير حق فإن من استحله ضامن له<sup>(٤)</sup>، وفي هذا الاجماع دلالة علي مشروعية الضمان في الجملة.

(١) شرح مجلة الأحكام العدلية ص ٥٦ وما بعدها، والأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٣٥، والأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٧٥.

(٢) وقد ذكر صاحب سبل السلام - ج ٢ ص ٥٠٥، أن الحديث أخرجه الشافعي وأصحاب السنن بطوله، وهو أن رجلاً اشتري غلاماً في زمن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وكان عنده ما شاء الله ثم رده من عبده وبعده، فقضى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - برده بالعب، فقال المقضي عليه: قد استعمله، فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: الخراج بالضمان.

(٣) تحفة الأحرزي شرح جامع الترمذي - ج ٦ ص ٣١١ وما بعدها - طبعة الفجالة الجديدة.

(٤) حاشية ابن عابدين: رد المحتار علي الدر المختار - ج ٣ ص ٢٥٧ - الطبعة الأولى ببلاط القاهرة سنة ١٢٧٢هـ.

الدليل<sup>(١)</sup>، علي أن ما ذكره للطعام واضح في التشريع العام، لأنه لا غرامة هنا للطعام لأنه هدية، بل الغرامة للإتاء، وأن عدم المثل فالمضمون له مخير بين أن يمهل حتى يجبر المثل، وبين أن يأخذ القيمة، علي أن التقويم لغة: يشمل التقدير بالمثل أو بالقيمة، وإنما خص اصطلاحاً بالقيمة، وكلام الشارع يفسر باللغة لا بالاصطلاح الحادث<sup>(٢)</sup>.

أقول: وسواء كان الواجب هو المثل أو القيمة، فإن الفقهاء متفقون علي أن من اتلف شيئاً فعلياً ضمانه، وهذا كاف في الدلالة علي مشروعية الضمان.

١٥-٢- وما روي سمره بن جندب أنه - صلى الله عليه وسلم - قال: «علي اليد ما أخذت حتى تؤديه»<sup>(٣)</sup>، والمتعلق المحذوف عند أهل العلم خاص حيث قدره بأنه: ضمان ما أخذت، أي علي اليد ضمان ما أخذت حتى تؤديه.

ووجه الدلالة في هذا الحديث:

١٦- يقول الصنعاني: إن الحديث دليل علي وجوب رد ما قبضه المرء وهو مالك لغيره ولا يبرأ إلا بمصيره إلي مالكة أو من يقوم مقامه لقوله - صلى الله عليه وسلم -: «علي اليد ما أخذت حتى تؤديه، ولا تتحقق التأدية إلا بذلك وحديث الباب كثيراً ما يستدلون منه علي التضمن مع أنه لا يقتصر عليه فقط، فإن اليد الأمانة أيضاً عليها ما أخذت حتى تؤدي»<sup>(٤)</sup>.

أقول: وشمول دلالة الحديث علي وجوب الأداء في حالة يد الأمانة، يدل علي مشروعية الضمان قطعاً، وهو محل البحث.

١٧-٣- وما روي عن عائشة - رضي الله عنهما -، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «الخراج بالضمان»<sup>(٥)</sup>. حيث دل هذا الحديث علي أن من يستأثر بمنافع الشيء

(١) المرجع نفسه.

(٢) المرجع نفسه.

(٣) رواه أحمد والأربعة وصححه الحاكم - سبل السلام - ج ٣ ص ٨١.

(٤) المرجع السابق - ص ٨٢.

(٥) رواه الخمسة، وأبو داود وصححه الترمذي وابن خزيمة وابن حبان والحاكم، راجع: سبل السلام للصنعاني ج ٢ ص ٥٠٤.

## المبحث الثاني

## التعريف بالمسئولية في القانون المدني

٢٠- والمسئولية في مجال القانون المدني معناها: أن يلتزم المدين بتعويض الضرر الذي ترتب علي اخلاله بالتزام يقع عليه، فإذا كان الالتزام الذي حصل الاخلال به مصدره العقد كانت المسئولية عقدية، وإذا كان هذا الالتزام مصدره العمل غير المشروع كانت المسئولية تقصيرية<sup>(١)</sup>، ويلاحظ أن المسئولية التي تترتب علي الاخلال بالتزامات أخرى، وسببها الارادة المنفردة، والاثراء بلا سبب والقانون، ترد في النهاية إلي هذين النوعين، وذلك فيما عدا ما ورد في هذه من أحكام خاصة، فإذا كان الالتزام الذي حصل الاخلال به مصدره الارادة المنفردة، انطبقت أحكام المسئولية العقدية، إذ المصدر في الحالين واحد وهو الارادة، وإذا كان هذا الالتزام مصدره الاثراء بلا سبب أو القانون انطبقت أحكام المسئولية التقصيرية، إذ المصدر في هذه الحالات جميعا واقعة مادية يرتب القانون عليها التزاما بصرف النظر عن اتجاه الارادة<sup>(٢)</sup>.

## نوعا المسئولية في القانون المدني:

٢١- والتعريف بالمسئولية في فقه القانون يقتضي وجوب التمييز بين كل من نوعي المسئولية، وهما: المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية، إذ بين كل من النوعين فروق جوهرية تؤثر في تحديد نطاق كل منهما.

ومن الواضح أن المسئولية التقصيرية لا يربط الدائن والمدين فيها عقد، ولا توجد بينهما صلة قبل قيام سبب الالتزام، حيث يكون كل منهما أجنبيا عن الآخر، ومن ثم فإنها تتحقق حينما يرتكب شخص خطأ يصيب الغير بضرر، غير أن هذا الوضوح ليس معناه أن تحديد نطاق المسئولية التقصيرية يعتبر أمرا سهلا، إذ أنه لا يتحدد إلا في

(١) د. عبد المنعم الصده - مصادر الالتزام في القانون اللبناني والقانون المصري - ص ٥١٢ وما بعدها.  
وعبد المحي حجازي - النظرية العامة للالتزام - ج ٢ ص ٤١١ وما بعدها، د. أنور سلطان - النظرية العامة للالتزام - فقرة ٤٠١ وما بعدها.  
(٢) د. عبد المنعم صده - المرجع السابق، د. أحمد حشمت أبو ستيت - نظرية الالتزام - ص ٣٧٠ - الطبعة الثانية.

ضوء نطاق المسئولية العقدية، وتحديد نطاق المسئولية العقدية تكتنفه بعض انصعوبات، حيث يصعب أحيانا معرفة وجود عقد من عدمه، وإذا وجد عقد، فقد تصعب أحيانا معرفة ما إذا كان الالتزام الذي حصل الاخلال به ناشئا عن العقد أم عن عمل غير مشروع<sup>(١)</sup>.

ولهذا يتعين تحديد نطاق المسئولية العقدية، وما خرج عن هذا النطاق يدخل في مجال المسئولية التقصيرية، ومن المعلوم أنه لكي تتحقق المسئولية العقدية فإنه يجب أن يتوافر شرطان:

الأول: أن يوجد عقد صحيح بين الدائن والمدين.

الثاني: أن يكون الضرر الذي أصاب الدائن قد وقع بسبب خرق التزام ناشئ من هذا العقد<sup>(٢)</sup>.

٢٢- أما بالنسبة للشرط الأول: فإنه يجب أن يوجد عقد صحيح بين الدائن والمدين، فلو لم يوجد عقد فلا نكون بصدد مسئولية عقدية، وكذلك يجب أن يكون العقد الذي حصل الاخلال به قائما بين الدائن والمدين، فقبل قيامه، وبعد انتهائه تكون المسئولية تقصيرية، في كلتا الحالتين، ويجب أن يكون هذا العقد صحيحا فإذا كان خطأ باطلاً أو قابلاً للإبطال، وتقرر إبطاله كانت المسئولية تقصيرية، والمادة (١١٩) من القانون المدني المصري تعتبر تطبيقاً لذلك، حيث تقضي بأنه يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد، وهذا مع عدم الاخلال بالزامه بالتعويض إذا لجأ إلي طرق احتيالية لمقتضى نقص أهليته<sup>(٣)</sup>، وهو ما يعرف بنظرية الخطأ في تكوين العقد<sup>(٤)</sup>، كما يجب أن يكون الاخلال بالعقد قائما بين الدائن والمدين، فلو أن شخصا أجنبياً عن العقد، جعل

(١) د. عبد المنعم الصده - المرجع نفسه - ص ٥٢٤. والوسيط للسنهوري ج ١ ص ٤٧٨.

(٢) د. عبد المنعم الصده - المرجع والمكان السابقان.

(٣) السنهوري - الوسيط - ج ١ فقرة ٣٠٨ وما بعدها، د. بهجت بدوي - أصول الالتزامات - فقرة ١٧٠ وما بعدها، وله أيضا آثار التصرفات الباطلة - مجلة القانون والاقتصاد - ص ٣٨٤ وما بعدها.

(٤) د. عبد المنعم الصده - المرجع نفسه - ص ٣٦٥ وما بعدها.

(٥) د. عبد المنعم الصده - المرجع نفسه - ص ٢٥٦.



عقبة.

٢٤- ويلاحظ أن الالتزامات التي تترتب علي العقد لا تفرقة فيها في هذا الخصوص بين التزام نظمته الإرادة والتزام نص عليه القانون في تنظيمه للعقد، فان انعام التعاقد علي ابرام العقد ايا كان مصدر تنظيمه يعني انه قد ارتضى ما يتضمنه العقد من أحكام، ففي كل الحالات يكون الالتزام جزءاً من العقد، وتكون المسؤولية عند الاخلال به مسؤولية عقدية<sup>(١)</sup>.

### المسئولية اثر للإخلال بالالتزام قانوني:

٢٥- ويبدو من خلال النظر في مقومات قيام المسؤولية العقدية، والتي تميزها عن المسؤولية التقصيرية، ان تلك الأخيرة تقوم علي الاخلال بالالتزام قانوني وهو التزام عام واحد لا يتغير، يتمثل في عدم الاضرار بالغير دون استناد إلي عقد، مثل أن يتعدي علي مال الغير فيحدث فيه تلفاً فيكون هذا الشخص قد اخل بالالتزام قانوني عام يفرض عليه عدم الاضرار بالغير، وانه إذا اخل بهذا الالتزام، فان المادة (١٦٣) مدني مصري، تكفلت ببيان الأحكام التي تنشأ عن هذا الخلل بقولها: كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه التعويض<sup>(٢)</sup>.

أحد طرفيه يخل بالتزامه، كانت المسؤولية عقدية بين الطرفين، وتقصيرية بين الأجنبي والطرف المضرور، ومثال ذلك: أن يحرض صاحب مصنع مهندسا يعمل في مصنع آخر علي ترك هذا المصنع قبل انتهاء العقد كي يلتحق بخدمته حيث تكون المسؤولية عقدية بين المهندس وصاحب المصنع الثاني لقيام عقد بينهما وتكون المسؤولية تقصيرية بين المحرض وصاحب المصنع الثاني، لعدم وجود عقد بينهما، فالاخلال الذي يولد المسؤولية العقدية هو الذي يقع من طرف في العقد أو من شخص أحله هذا الطرف محله في تنفيذ الالتزام.

٢٣- وأما بالنسبة للشرط الثاني: فإنه يقضي بأن يكون الضرر الذي أصاب الدائن قد وقع بسبب خرق التزام ناشئ عن العقد، فإذا كان الضرر الذي وقع ليس ناشئاً عن خرق التزام متولد من العقد فلا تكون المسؤولية عقدية وإنما تكون تقصيرية، ومن ثم فان هذا الشرط يبرز أهمية تحديد الالتزامات التي ينشئها العقد حتي يعتبر الاخلال بها محققاً للمسئولية العقدية وهذا ما يدخل ضمن نطاق السلطة التقديرية للقاضي في تحديده لمضمون العقد، وهناك حالات تكتنفها بعض الصعوبات فيما يتعلق بتحديد هذه الالتزامات، من أمثلتها البارزة العقود التي تشتمل علي التزام «بضمان السلامة»، فان عقد نقل الاشياء يتضمن هذا الالتزام بلا أدنى مناقشة، فإذا تلفت هذه الأشياء أثناء النقل كان الناقل مسئولاً مسؤولية عقدية، أما بالنسبة لعقد نقل الأشخاص فان الوضع مختلف، لأن الشخص لا يخضع لسيطرة الناقل خضوعاً تاماً كالأشياء، ولهذا فإن القضاء في مصر كان يتردد في تقرير مسؤولية الناقل بمقتضي عقد النقل عن سلامة المسافر، فإذا أصيب المسافر أثناء النقل كانت مسؤولية الناقل تعتبر مسؤولية تقصيرية، ولكنه عدل عن هذا الموقف واعتبر أن عقد نقل الأشخاص يتضمن التزاماً بضمان سلامة المسافر، وبذلك تكون مسؤولية الناقل للأشخاص مسؤولية عقدية<sup>(١)</sup>، ومن الواضح أن اعتبار مسؤولية الناقل في هذا الصدد مسؤولية عقدية يسهل عبء الإثبات علي المضرور، وهذا ما جعل القضاء في مصر يتجه إلي اعتبار مسؤولية الناقل

(١) حكم محكمة الاستئناف المختلط في ١٩٣٥/٢/٢٨ مجموعة القضاء المختلط - ٤٧ - ص ١٧٦ واستئناف اسكندرية في ١٩٥٠/٢/٥ - المحاماة - ٣٠ - ٢٧٦-٥٠١.

(١) د. حشمت أبو ستيت - المرجع السابق - فقرة ٤١٦، د. عبد المنعم الصده - المرجع السابق ص ٥٢٨، وهناك فروق أخرى بين المسؤولية العقدية والمسئولية التقصيرية، - كالأهلية والائتبات والاعذار ومدى التعرض عن الضرر، والتضامن، والإعفاء - الاتفاقي من المسؤولية والتقدم. راجع السنهوري - ج ١ ص ٧٤٩.

(٢) ورد في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد: تستظهر المادة ٢٣٠ من المشروع (مادة ١٦٣ من القانون الجديد) في عبارة أكثر ما تكون ايجازاً ووضوحاً حكم المسؤولية في عناصرها الثلاثة، فترتب الالتزام علي كل خطأ سبب ضرراً للغير، فلا بد من توافر خطأ وضرر، ثم سببية بينهما. مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٣٥٤.

المبحث الأول

أركان المسؤولية وشروطها

في الفقهين الإسلامي والوطني

المطلب الأول

أركان المسؤولية في فقه القانون

٢٦- ويشترط لقيام المسؤولية وترتيب آثارها وفقاً لنص المادة (١٦٣) مدني مصري أن تتوافر أركان قيام المسؤولية أولاً، وهي وفقاً لما استقر عليه فقه القانون: الخطأ والضرر، وعلاقة السببية بينهما، وقد استقر الفقه والقضاء<sup>(١)</sup> في مصر على علي تفرير تلك الأركان الثلاثة، ونلقي الضوء عليها بشيء من التفصيل الذي تقتضيه الدراسة.

٢٧- الركن الأول: الخطأ:

اختلفت أقوال فقهاء القانون في تحديد معنى الخطأ، فقد شاع قديماً بين الفقهاء أنه الفعل الضار غير المشروع، أو أنه الإخلال بالتزام سابق أو الإخلال بالشقة للشريعة، أو هو الاعتداء على حق يدرك المعتدي فيه جانب الاعتداء، أو هو كما عرفه بعض الفقهاء: الإضرار بحق دون أن يكون في وسع المعتدي أن يعارضه بحق الغير منه وبماثل له<sup>(٢)</sup>.

(١) راجع حكم محكمة مصر الابتدائية في ١٩٢٣/١٢/٢٩ - مجلة المحاماة ص ٥٤ من ٥٤٣ ومحكمة أوتويز الجزئية في ١٩٣٠/١/١٥ - مجلة المحاماة ص ١١ من ١٨٥. وقد جاء في هذا الحكم، بشرط تقرير المسؤولية المدنية: أولاً، حصول خطأ من وقع منه الفعل. وثانياً، حدوث ضرر مادي وأدبي، وثالثاً، علاقة بين الضرر والخطأ، وأن يكون الأول نتيجة مباشرة للثاني ودراجع، حكم محكمة استئناف القاهرة - القاعة الثانية مدني في ١٩٥٧/١١/٣٠. الاستئنافان الرقمتان: ٨٩٤ من ٧٠ ق، ٣٩١ من ١٢٧ ق، ٥٠٨ من ٧٢ ق. وحكم محكمة النقض في ١٩٥٦/١/١٤. وطعن رقم ٤٣٦ من ٢٢ ق - مجوعة الأحكام المدنية - ص ٧ من ٧٢٣.

(٢) أشار إلى هذه التعريفات في الوسيط للشهري - ج ١ ص ٧٧٧ وما بعدها.

الفصل الثاني

أركان المسؤولية عن تعويض الضرر المالي وشروطها وأسباب انقضاءها في الفقهين الإسلامي والوطني

وفيه مبحثان:

المبحث الأول:

أركان المسؤولية وشروطها في الفقهين الإسلامي والوطني

المبحث الثاني:

أسباب انتفاء المسؤولية عن تعويض الضرر المالي في الفقهين الإسلامي والوطني.

الذي هو الموضوع لهذا المبحث لا يخلو من مسألتين أساسيتين: الأولى: متى انتفاء المسؤولية عن تعويض الضرر المالي في الفقهين الإسلامي والوطني؟ والثانية: متى يترتب على الضرر المالي تعويض في الفقهين الإسلامي والوطني؟

ويمكن القول من خلال النظر في التعريفات التي أوردها الفقهاء له، أنه يتمثل في إخلال الشخص بالتزام قانوني مع إدراكه لهذا الإخلال<sup>(١)</sup>، وهذا التعريف يكشف عن العناصر المكونة للخطأ والتي يكون بها الفعل موجبا لمستولية فاعلة، وهي عنصران: عنصر التعدي، وهو عنصر مادي في الخطأ، وعنصر التمييز وهو عنصر معنوي.

## ١- العنصر المادي في الخطأ: التعدي :

٢٨- والتعدي هو الإخلال بالتزام يمليه القانون، ذلك أمر واضح ومفهوم، ولكنه مع وضوحه يشير تساؤلا مفاده، متى يوجد هذا التعدي؟، فالقانون إن كان قد نص على التزام محدد، فلا صعوبة في هذا الشأن، إذ يعتبر الإخلال بهذا الالتزام تعديا يوجب المسئولية، ومنه اعتبار سرقة مال الغير جريمة، أو وجوب اضاءة نور السيارات ليلا، أو الالتزام بحد معين في السرعة، ففي مثل تلك الحالات يعتبر الإخلال تعدياً إذا ترتب عليه ضرر، ومع ذلك فإن اعتبار الإخلال تعديا فيما سبق، لا يكفي لتحديد عنصر التعدي في الخطأ، لأن الإخلال لا يقتصر على الواجبات المحددة التي نص عليها القانون، فهناك واجبات قانونية كثيرة، لم يحددها المشرع في قانون، وإنما هي من قبيل الواجبات العامة التي تفرض على الشخص أن يحترم حقوق الغير ويمتنع عن الأضرار به، وليس هناك من سبيل إلى حصر هذه الواجبات، ولهذا لم يكن هناك بد من تفريد معيار للسلوك الذي يجب أن يتخذه الشخص، إذا انحرف عنه يعتبر انحرافه خطأ يوجب مسئوليته<sup>(٢)</sup>.

ومع ذلك، فإن الإلتزامات القانونية المحددة، قد لا يكون الإلتزام بها كافيا لدرء آثار الخطأ عن الشخص، إذ أن من هذه الإلتزامات ما يراعي الشارع في تحديد مداه الظروف العادية، فإذا طرأت على الشخص ظروف غير عادية، وجب عليه أن يقف بهذه

(١) مصادر الإلتزام - د. عبد المنعم الصدة - ص ٥٤٠ ومصادر الإلتزام للدكتور عبد المجيد الحكيم - الموجز في شرح القانون المدني العراقي - ج ١ مصادر الإلتزام - ص ٤٧٨ - الطبعة الثانية ١٩٦٩م، شركة الطبع الأهلية ببغداد. وفي ضرورة توافر ركن الخطأ راجع: حكم محكمة النقض في ١٩٣٦/٥/٢١ - طعن رقم ٨٥ ص ٥، مجموعة القواعد المدنية للربع قرن - رقم ٦٧ ص ٩٧٨.

(٢) د. عبد المنعم فرج الصدة - المرجع السابق ص ٥٤٢، د. سليمان مرقس - الفعل الضار - فقرة ٣٦ راجع: حكم محكمة النقض في ١٩٣٧/١٢/١٦ - طعن رقم ١٧، ص ٧، مجموعة القواعد المدنية للربع قرن رقم ٤، ص ٩٦٦.

الإلتزامات عند المدي الذي يتلاءم مع هذه الظروف، ويضرب الفقهاء مثلا لذلك بما إذا كانت لائحة السيارات تحدد السرعة التي يجب عدم تجاوزها في المدن بأربعين كيلو مترا في الساعة، كان هذا هو الحد الأقصى للسرعة في الظروف العادية، فإذا وجدت ظروف غير عادية، أصبح فيها الشارع مزدحما بالمارة، وجب على قائد السيارة أن يخفض السرعة عن هذا الحد، وفي مثل تلك الحالة لا يسعف النص في حالة ما إذا كان هناك خطأ أم لا، ومن ثم يكون اتخاذ معيار للتعدي أمرا لازما.

## بوضعية المعيار الذي يقوم عليه التعدي:

٢٩- وقد استقر الرأي لدى جمهور الفقهاء، وهو ما جري عليه تطبيق القضاء، أن معيار التعدي يجب أن يكون معيارا موضوعيا، فيقاس التعدي بمعيار مجرد، لا ينظر فيه إلى الظروف الشخصية للمعتدي، وإنما يكون الاعتداد فيه بسلوك الشخص للجرد، وهو الوسط العادي الذي يمثل جمهور الناس، أو هو الشخص الوسط في سلوكه، فهو معيار لا يتغير من شخص إلى آخر، وبهذا تنضبط الروابط القانونية وتستقر الأوضاع، وإذا كان الأمر كذلك، فإنه من الواجب على القاضي أن يعتد بسلوك الشخص العادي، وهو سلوك يقوم على الفطنة واليقظة والتبصر<sup>(١)</sup>. دون اعتبار لسن الشخص أو ظروفه الاجتماعية<sup>(٢)</sup>.

## ١- العنصر الثاني: الإدراك:

٣- ومن المعروف لدى أكثر فقهاء القانون أن الإدراك أو التمييز ركن في الخطأ،

(١) د. السنهوري - الوسيط - ج ١ - فقرة ٥٢٨، وراجع: حكم محكمة استئناف القاهرة - الدائرة الثالثة المدنية - استئناف رقم ٨٨٣ ص ٧٣ ق - لسنة ١٩٥٧/١١/٢٦، وقد جاء في هذا الحكم: أن الخطأ في المسئولية التفسيرية يمثل إخلالا بالتزام قانوني مؤداه أن يراعى الشخص في سلوكه اليقظة والتبصر حتى لا يضر بالغير فإذا انحرف عن هذا السلوك اعتبر هذا خطأ يستوجب المسئولية، وحكم محكمة استئناف القاهرة في ١٩٥٨/٦/١ - استئناف رقم ١٦٤ ص ٧٤ ق، وراجع حكم محكمة النقض المدني بتاريخ ٦ مارس ١٩٧٨م، حيث قضى بخطأ ريان البخارة الذي عرض أجولة الدقيق على رصيف الميناء للتلطف بسبب اندفاع مياه عادم البخارة مما يعتبر انحرافاً عن السلوك المألوف اتباعه وفقاً لقواعد العمل بالموانئ المحددة بقرار وزير البحرية رقم ٥٦ لسنة ١٩٦٢ في مادته الثانية والثالثة. مجموعة أحكام النقض ص ٢٩ - ٢٨٦ - ١٣٤.

(٢) د. السنهوري - الوسيط - فقرة ٥٢٩، د. سليمان مرقس - الفعل الضار - فقرة ٤١، د. عبد المجيد الحكيم - المرجع السابق - ص ٤٨٩.

منه الضرر بتعويض عادل، مراعيًا في ذلك مركز الخصوم».

وانعدام مسئولية فاقد التمييز ذو نطاق ضيق في فقه القانون، حيث يعتبر مقررا علي خلاف الأصل الذي يقضي بتحمل الانسان لنتيجة اخطائه، ولهذا وجب أن يكون انعدام التمييز فيه تاما، وأن يكون عديم التمييز هو المسئول وحده عن خطأ غير مفروض<sup>(١)</sup>.

وهو ما يؤدي في النهاية إلي تقارب الفقه القانوني مع ما هو مقرر في التشريع الإسلامي بهذا الصدد.

### ٣١- الركن الثاني: الضرر:

والضرر هو ما يصيب الشخص في حق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة له<sup>(٢)</sup>، وهو الركن الثاني في المسئولية، فلا يكفي وقوع الخطأ لقيام هذه المسئولية، بل يجب أن يترتب علي هذا الخطأ ضرر، وإلا لما كانت هناك مصلحة للمدعي تخوله الحق في دعوي المسئولية، ومن خصائص هذا الضرر:

أنه ينطوي علي إخلال بحق أو بمصلحة مالية للمضرور.

وأنه ضرر محقق، وقد ميز الفقهاء بين الضرر المحتمل والضرر المستقبل، واعتبروا الأخير محقق الوقوع يجب التعويض عنه، أما الضرر المحتمل فهو غير محقق، فقد يقع وقد لا يقع، ولذلك لا يصح التعويض عنه، وإنما يجب الانتظار إلي حين وقوعه، فلو أن شخصا ارتكب خطأ أدى إلي حدوث خلل بمنزل جاره يحتمل معه أن ينهدم المنزل، ففي هذه الحالة يكون الضرر المحقق الذي يجب التعويض عنه هو الخلل الذي أصاب المنزل، أما انهيار المنزل فضرر محتمل لا يجب التعويض عنه إلا إذا وقع<sup>(٣)</sup>.

(١) الوسيط للسنهوري - ص ٨٠٢، وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة في حكم لها بتاريخ ١٩٤٨/١٢/١٥ م، ٣٤م، ص ٢٨ بأنه: «إذا كان هناك خطأ مشترك من سائق السيارة، وهو يسير بسرعة ومن جهة الشمال، ومن المضرور وهو طفل صغير سنه ست سنوات وقد تركه أبوه في الشارع، فهدمته السيارة، فإن مسئولية السائق ومخدمته تنزل إلي النصف باعتبار أن الخطأ مشترك بين السائق ووالد الطفل».

(٢) وقد عرف الشوكاني - صاحب فتح القدير الضرر بأنه: «كل ما يتضرر منه الإنسان»، ج ٣ ص ١٦٩.

(٣) د. عبد النعم الصد - السابق - ص ٥٨٩، د. السنهوري الوسيط - ج ١ - فقرة ص ٥٧٥.

ومن ثم وجب لقيام الخطأ أن يكون من وقع منه التعدي مدركاً له، وبدون هذا الادراك لا تتحقق مسئولية الشخص لا جنائيا ولا مدنيا، والمراد بالادراك كعنصر في الخطأ، التمييز، ومن ثم كان التمييز مناط المسئولية، فهي تقوم إذا وجد وتندم إذا فقد، والتقنين المدني المصري صريح في هذا المعنى حيث تنص المادة ١/١٦٤ مدني، علي أنه: «يكون الشخص مسئولاً عن أعماله غير المشروعة متي صدرت منه، وهو مميز»، وقد حدد المشرع المصري سن التمييز بسبع سنين، حيث نصت المادة ٢/٤٥ مدني مصري علي أن: «كل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقد التمييز»، ويلاحظ أن الفقه الإسلامي لا يسلم بعدم ضمان الصبي غير المميز مطلقا، فالصبي في طور الصبا وهو الواقع بين الولادة وسن السابعة يعتبر في أهم الأطوار بالنسبة للضمان، حيث تثبت له أهلية وجوب كاملة، فيصلح لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات المالية ويؤديها عنه وليه كالزوجة ونفقة أقرابه<sup>(١)</sup>.

لكن لا تثبت له أهلية أداء مطلقا لقصور عقله وصغر سنه، ولا تصح تصرفاته القولية.. فتقع كلها باطلة، كما أن حقوق الله المتعلقة بالعبادة لا تجب عليه، لأن الصبا عجز، أما المالية فتجب لأن المقصود هو المال وأدائه يجوز أن ينوب فيه وليه، أما حقن العباد، فما كان منها غرما وعوضا عن اتلاف يجب عليه ولا يختلف عليه الفقهاء، لأن ضمان اتلاف لا يتوقف علي القصد<sup>(٢)</sup>.

ويلاحظ أن الفقرة رقم ٢ من المادة ١٦٤ من التقنين المدني الجديد، تقترب في معناها من الفقه الإسلامي في تقرير نوع من التعويض يتحملة غير المميز في حالات معينة، فتقول: «ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز، ولم يكن هناك من هو مسئول عنه، أو تعذر الحصول علي تعويض من المسئول، جاز للقاضي أن يلزم من وقع

(١) راجع: د. فوزي فيض الله - نظرية الضمان - ص ٢١٠.

(٢) حاشية ابن عابدين علي الدر المختار - ج ٥ ص ٩١، شرح فتح القدير علي الهداية - ج ٨ ص ٢١٩ وحاشية الدسوقي علي الشرح الكبير - ج ٣ ص ٢٩٦، والقوانين الفقهية - لابن جزي ص ٢١٨ وما بعدها، وكشاف القناع - ج ٢ ص ٢٢١ - الطبعة الأولى، وشرح منتهى الارادات - ج ٢ - ص ١٥٢ الطبعة الأولى، كما نصت علي ذلك مجلة الأحكام العدلية في المادة ٩١٦، وراجع المغني لابن قدامة - ج ٤ ص ٥٩٧، وقد نصت علي ذلك المادة ٢٦٤ من قانون المعاملات العربي الموحد، راجع: الفعل الضار - مصطفى الزرقا - ص ٢٢٣، ونظرية الضمان - للدكتور وهبه الزحيلي - ص ٢٦٥ - دار الفكر.

وكذلك يجب التمييز بين الضرر المحتمل وتفويت الفرصة، فالضرر المحتمل لا يعرض عنه كما سبق، أما تفويت الفرصة فيجب التعويض عنه، لأنه إذا كانت الفرصة أمرا محتملا فإن تفويتها امر محقق، ومن أمثلته ذلك، أن يصدر من شخص خطأ يفوت علي شخص آخر دخول الامتحان، أو فرصة الدخول في مسابقة لشغل وظيفة أو فرصة الترقية إلى درجة أعلي، فكل هذه أمور محتملة قد تتحقق وقد لا تتحقق، ولكن تفويت فرصة الوصول إليها، يقضي علي ذلك الاحتمال، ومن ثم يعتبر ضررا محققا يجب التعويض عنه<sup>(١)</sup>.

### ٣٢- الركن الثالث: علاقة السببية بين الخطأ والضرر:

وعلاقة السببية هي العلاقة المباشرة التي تقوم بين الخطأ الذي ارتكبه المسئول والضرر الذي أصاب المضرور، وهي ركن ثالث في قيام المسئولية لا بد من وجوده، فلا يكفي أن يكون هناك خطأ وضرر، بل لا بد أن يكون الخطأ هو السبب الذي أدى إلى وقوع الضرر، فقد يقع الخطأ والضرر ولا توجد بينهما علاقة سببية فلا تقوم المسئولية، ومثال ذلك أن يقود شخص سيارة بدون رخصة ثم يصدم أحد المارة، وتكون الإصابة بخطأ يصدر من المصاب فلا يكون سائق السيارة مسئولا، ففي هذا المثل نجد خطأ من جانب السائق لأنه يقود سيارة بدون رخصة، وضررا أصاب أحد المارة، ولكن السائق لا يكون مسئولا عن هذا الضرر، لأن القيادة بدون رخصة، ليست هي السبب في وقوع الضرر، وإنما سببه خطأ المصاب.

ومن أمثلة ذلك: أن يدس شخص لآخر سما، وقبل أن يسري السم في جسم

(١) السنهوري - السابق - فقرة ٥٧٦، وراجع: حكم محكمة النقض المدني في أول إبريل سنة ١٩٤٣، وقد جاء فيه: أن الحكم إذا ادخل ضمن التعويض المحكوم به. ما فات علي الموظف من فرصة الترقية بسبب الإحالة إلي المعاش. قبل الأوان فلا خطأ في ذلك، فإن القول بأن الترقى من الاطلاقات التي تلقاها الجهات الرئيسية للموظف وليس حقا مكتسبا محله بالبدهة أن يكون الموظف باقيا يعمل في الخدمة. أما إذا كانت الوزارة هي التي أحالت الموظف إلي المعاش بدعوي بلوغه السن بناء علي قرار باطل. فلا مناص من ادخال تفويت الترقية علي الموظف ضمن عناصر الضرر التي نشأت عن الاخلال بحقه في البقاء في الخدمة (مجموعة عمر ٤ رقم ٤٤ ص ١٠٧)، ونقض مدني في ١٢/١٢/١٩٤٦ - مجموعة عمره رقم ١٢٠ ص ٢٧٥.

السموم، جاء شخص ثالث فقتله بمسدس، فهنا خطأ هو دس السم، وضرر وهو موت المصاب ولكن لا سببية بينهما، لأن سبب الموت هو اطلاق المسدس لا دس السم<sup>(١)</sup>.

وقد قرر الفقهاء أن الخطأ يجب أن يكون هو السبب في الضرر فإذا رجع الضرر إلي سبب اجنبي انعدمت السببية، وتنعدم السببية أيضا، حتي ولو كان الخطأ هو السبب، ولكنه لم يكن السبب المنتج، أو كان هو السبب المنتج ولكنه لم يكن السبب المباشر، ومن ثم يلاحظ أن رابطة السببية تنعدم في حالتين:

الأولي: انعدامها لقيام السبب الأجنبي.

والثانية: انعدامها لأن السبب غير منتج أو غير مباشر.

وذلك علي النحو الذي تنتفي فيه أسباب المسئولية عن الضرر المالي، أو ما يشكل أسباب الإباحة.

### المطلب الثاني

أركان المسئولية عن الضرر المالي وشروطها

في الفقه الإسلامي

وفي هذا المطلب فرعان، أولهما: لأركان المسئولية وثانيهما: لشروطها.

### الفرع الأول

أركان المسئولية في الفقه الإسلامي

٣٣- يشترط لقيام المسئولية في الفقه الإسلامي أن يتحقق وجود ركنين رئيسيين هما: الاعتداء والضرر، ووجود هذين الركنين مستفاد من كلام الفقهاء في تأصيل أحكام المسئولية، أما علاقة السببية، أو الرابطة بين الاعتداء والضرر، فهو من قبيل

(١) راجع في هذه الأمثلة: السنهوري - السابق ص ٨٧٣، د. عبد المنعم الصدة - السابق ص ٥٩٥.

عدم وجود مانع للسبب، والمانع للسبب هو الأمر الذي يلزم من وجوده عدم تحقق السبب. ونشير إلي موقف الفقه الإسلامي من تلك الأركان وذلك فيما يلي:

### الركن الأول: الاعتداء:

٣٤- والاعتداء لغة: تجاوز الحد، أو هو مجاوزة الشيء إلي غيره، يقال: عداه تعدياً فتعدي، أي تجاوز، ومنه العدوان، أي الظلم الصراح، والعدوي، أي مجاوزة المرض صاحبه إلي غيره<sup>(١)</sup>.

وفي اصطلاح الفقهاء: يراد به تلك المعاني، فهو يتضمن معني الظلم والعدوان ومجاوزة الحق، وقد عرفه بعض الفقهاء بأنه: إنحراف عن السلوك المألوف للرجل المعتاد، أو هو العمل الضار بدون حق أو جواز شرعي<sup>(٢)</sup>، أو هو: مجاوزة ما ينبغي أن يقتصر عليه شرعاً أو عرفاً أو عادة، والتعبير بالتعدي أولي<sup>(٣)</sup>، وذلك من منطلق أنه يوحى بأن الالتزام رابطة مادية شخصية كما أن التعبير بالتعدي يشمل الخطأ والعمد، ويشمل التقصير والاهمال ونحوهما، أما التعبير بالخطأ فإنه يوهم مقابلة العمد، وذلك لكثرة استعماله مقابلاً به في الفقه الإسلامي.

### ضابط التعدي في الفقه الإسلامي:

٣٥- ويمكن القول: إن ضابط التعدي في الفقه الإسلامي يتمثل في مخالفة المعتاد، والذي يعول عليه في هذا الصدد هو سلوك الرجل العادي وليس الحاذق النبيلة، وقد ورد في الاشياء والنظائر للسيوطي: أن كل ما ورد به الشرع مطلقاً ولا ضابط له فيه ولا في الفقه، يرجع فيه إلي العرف<sup>(٤)</sup>، وقد رأينا أن هذا الضابط وهو السلوك المعتاد للانسان العادي هو معيار موضوعي، وليس بذاتي ولا شخصي، ومما يدل علي أن المعول عليه في ضابط التعدي هو الموضوعية، ما علل به ابن عابدين وجوب الكفارة علي النائم إذا انقلب علي إنسان فقتله، حيث قال: «وإنما وجبت الكفارة لترك التحرز

(١) مختار الصحاح - ص ٤١٩. (٢) ابن نجيم - الاشياء والنظائر - ص ٤١٣. (٣) د. فوزي فيض الله - نظرية الضمان - ص ٩٢، وراجع في هذا المعنى: د. وهبه الزحيلي - نظرية الضمان - ص ١٨. (٤) السيوطي - الاشياء والنظائر - ص ٨٨.

عن نومه في موضوع يتوهم أنه يصير قاتلاً، والكفارة في قتل الخطأ إنما تجب لترك التحرز<sup>(١)</sup>.

ولا يغير من حكم التعدي في وجوب الضمان أن يتم بفعل ايجابي، كالإحراق والإغراق والاتلاف أو أمر سلبي كترك حفظ الوديعة فإنه موجب للضمان، فمن رأي أنسانا يسرق الوديعة وهو قادر علي منعه، ضمن المال لترك الحفظ الملتزم بالعقد<sup>(٢)</sup>، وكذلك من يمنع عن بذل الطعام للمضطر إليه أو لسجين حتي مات، كان ذلك سبباً للضمان<sup>(٣)</sup>.

وفهم من كلمة التعدي، أنه عمل غير مآذون فيه شرعاً، ولا يتطرق إليه وصف الإباحة، فلو أن الفعل كان مآذوناً فيه شرعاً، كما في حال دفع الصائل، أو الاطلاع علي بيت الآخرين من ثقب الباب ونحو ذلك، أو كان العمل قد صدر به إذن من الحاكم، مثل ما لو مات المعاقب حداً أو تعزيراً حال توقيع العقاب عليه، أو وقوع إنسان في بئر حفره في السوق بإذن ولي الأمر، في هذه الحالات وأمثالها، لا يكون الفعل مستوجباً للضمان بل عملاً بالقاعدة الفقهية التي تقول: «الجواز الشرعي ينافي الضمان<sup>(٤)</sup>».

كما يلاحظ أن التعدي ينقسم باعتبار جسامته وقوعه وعدمها إلي تعدد يسير، وتعد فاحش وتعد كلي، أما التعدي اليسير، فهو الذي لا يفوت به شيء من المنفعة بل يدخل نقصان علي الأشياء كخرق الثوب مثلاً.

وأما التعدي الفاحش، فهو الذي يفوت به بعض العين، وبعض المنفعة لا كلها وأما التعدي الكلي، فهو الذي يفوت العين ومنفعتها<sup>(٥)</sup>.

(١) حاشية ابن عابدين علي الدر المختار - ج ٥ ص ٥٢٥، وراجع ما قرره فقهاء القانون في هذا الصدد بما يقترب مما قاله فقهاء الشريعة الإسلامية، الوسيط للسنهوري - ج ١ ص ٧٨٤. د. أحمد حشمت أبو شنت - السابق - ص ٤١١. (٢) كلمة فتح القدير ج ٧ ص ٩١، بدائع الصنائع للكاساني - ج ٦ ص ٢١١، والمبسوط للسرخسي - ج ١١ ص ١١٢ - والمغني لابن قدامة - ج ٩ - ص ٥٨٠ وما بعدها. (٣) د. وهبه الزحيلي - نظرية الضمان - ص ١٩. (٤) راجع المادة ٩١ من مجلة الاحكام العدلية وشرحها ص ٥٩، والامثلة التي اوردها المجلة تطبيقاً لتلك القاعدة، والذكتور وهبه الزحيلي - السابق ص ٢٠ والحالات التي ذكرها. (٥) ابن عابدين علي الدر المختار - ج ٥ ص ١٢٣، وراجع: د. فيض الله - نظرية الضمان - ص ٩٥.

والتعدي يقتضي القصد، وهو لا يتصور حصوله من الصغار ونحوهم من عديمي التمييز إذ القصد يعتمد تمام العقل، وهو لا يكون إلا بالبلوغ، وتعديهم كله خطأ، ولهذا قرر الفقهاء أن الفعل الذي يصدر من الصبي والمجنون سواء كان في مجال المعاملات أو الجنائيات يكون خطأ<sup>(١)</sup>، وهو إن كان كذلك إلا أنه لا يمنع من تحمل الصغير والمجنون للواجبات المالية في مالهما ويدفع المستحق عنهما في ذلك وليهما، وإن موقف القانون يقترب كثيرا من موقف الفقه الإسلامي في هذا الصدد.

## الركن الثاني: الضرر:

٣٦- والضرر يتمثل في الحاق مفسدة بالآخرين، وقد اشترط الفقهاء في محل الضرر أن يكون مالا متقوما، وهو ماله قيمة شرعا مملوكا علي سبيل الحيازة، فلا ضرر ولا تعويض في إتلاف المباحات التي لا يملكها أحد، كالكلأ في منابته، والماء في منابه، والأسماك في البحار والطير في الهواء، وأن يكون المال محترما، أي غير مهدر فلا ضمان في إتلاف أموال المحاربين من أعداء المسلمين لانعدام فائدة التضمين وذلك لانتهاء الولاية عليهم<sup>(٢)</sup>.

والضرر قد يتمثل في إتلاف مال أو تفويت منفعة أو تفويت فرصة، أما إتلاف المال فامثلته كثيرة كتمزيق أثواب، أو كسر أدوات أو هدم منزل، وأما تفويت المنفعة فإنها تضمن عند جمهور الفقهاء خلافا للحنفية، لأن المنافع ليست أموالا عندهم، وهي أموال عند الجمهور<sup>(٣)</sup>، وتفويت الفرصة وإن كان لا يوجد نص عليه في كتب الفقه إلا أننا من خلال إعمال قواعد الفقه الكلية، ومنها قاعدة: لا ضرار ولا ضرار<sup>(٤)</sup> «الثابت

(١) ابن عابدين السابق - ص ٣٤٢، والقوانين الفقهية - لابن جزي - ص ٢٢٦، والمغني لابن قدامة - ص ٦٦٤ - مطبعة الرياض، والروض المربع مع حاشية ابن قاسم - ج ٧ ص ١٧٦ - الطبعة الثانية ١٣٩٢هـ.

(٢) د. فيض الله - السابق - ص ٨٩.

(٣) التوضيح لصدر الشريعة - مع ملاحسرو - ج ٢ ص ٩٨، وما بعدها، وشرح منتهي الإرادات ج ١ ص ٢١٤، وتبيين الحقائق للزيلعي - ج ٤ ص ١١١، وحاشية الشهاب الرملي علي استي المطالب ج ١ ص ٢٤٣.

(٤) رواه ابن ماجه في سننه عن ابي سعيد الخدري وابن عباس وعبادة ابن الصامت رضي الله عنهم. راجع كتاب الاحكام في سنن ابن ماجه - ج ٢ ص ٧٤٥، ورواه مالك في الموطأ مرسلًا - ج ٢ ص ٧٤٥، ورواه الأوطار للشوكاني - ج ٥ ص ٢٦١.

٣٧- والافضاء يعني أن يكون الضرر الحاصل من فعل المسئول عنه ناتج عن اعتدائه، وهذا المعنى هو الذي يعبر عنه في فقه القانون برابطة السببية<sup>(٢)</sup>، وقد عرفه بعض الفقهاء بقوله: «هو أن يكون الفعل موصلا إلي نتيجة لا تتخلف عنه إذا انتفت الموانع<sup>(٣)</sup>».

والافضاء يشمل في الاصطلاح الفقهي كلا من السبب والعللة، والسبب هو ما يكون طريقا إلي الحكم من غير تأثير<sup>(٤)</sup>، وأما العلة فهي ما شرع الحكم عنده تحصيلًا للصحة<sup>(٥)</sup>.

كما عرفت العلة بأنها: وصف ظاهر منضبط دل السمع علي كونه معرفا لحكم شرعي<sup>(٦)</sup>، وقد فرق الأصوليون بين العلة والسبب من عدة نواح منها: أن السبب يوصل إلي الحكم أو الأثر بحسب جري العادة، ولا يؤثر بنفسه فيه، أما العلة فإنها تؤثر في الحكم باعتبار الشارع إياها، فالسبب غير مؤثر والعللة مؤثرة، والسبب لا يباشر النتيجة

(١) راجع في هذا المعنى: د. فوزي فيض الله - السابق - ص ٩١، ونظرية التعسف في استعمال الحق - للدكتور فتحي الدريني - ص ١١٧ - ١٣٩ - دار الرسالة.

(٢) د. فوزي فيض الله - الرجوع نفسه ص ٩٦، وقد قال: أن التعبير برابطة السببية ترجمة للأصول الغربية الأجنبية التي تؤخذ عنها، وفي رأينا أن السببية اصطلاح فقهي إسلامي مأخوذ من السبب وهو أحد أقسام الحكم الشرعي، وقد قرر المؤلف ذلك في - ص ٩٧ من كتابه الضمان.

(٣) د. فيض الله - المرجع والمكان السابقان.

(٤) راجع التلويح للفتاواني شرح التوضيح لصدر الشريعة - ج ٢ ص ١٣٧ - دار الكتب العربية الكبرى - رسالة الدكتور عبد العزيز الربيعة - السبب عن الأصوليين - ج ١ ص ١٨٨، مطبوعات جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية.

(٥) شرح فرائع الرحموت علي مسلم الثبوت لابن عبد الشكور - ج ٢ ص ٢٦٠ - مطبعة بولاق ١٣٢٧ هـ، وراجع رسالة السبب عند الأصوليين - ج ١ ص ١٠٢، وكشف الأسرار علي أصول البيهقي - ج ١ ص ١٢٩.

(٦) فصول البدائع في أصول الشرائع - لشمس الدين محمد بن حمزة الفناري - ج ١ ص ٢٤٠ - طبعة الاستانة سنة ١٢٨٩ هـ.

أو الحكم، والعلة تباشر النتيجة أو الحكم، والسبب موصل بالواسطة، والعلة مباشرة بنفسها<sup>(١)</sup>، وقد ضرب الفقهاء أمثلة لذلك، مثل قطع الشريط الكهربائي، فإنه علة مباشرة في إتلاف الشريط، وهو أيضا سبب في سقوط المصباح وانكساره، وحفر الحفرة في الطريق، سبب في ارتطام السيارات وتردي المشاة، لكن قوة السيارة وثقل الماشي، هو العلة التي توجد عندها الضرر، وهو تحطيم السيارة وانكسار رجل الماشي، ونهب جدار الاجنبي سبب موصل إلي سرقة ماله، لكن أخذ السارق المتاع واحراز المجوهرات، هو العلة المباشرة في ضياع مال صاحب الجدار، ولهذا لو نقب الجدار شخص، وسرق المال شخص آخر، كان الضمان علي السارق، لا علي الناقب، لأن الأخير يمثل السبب، والسارق تتمثل فيه المباشرة والعلة<sup>(٢)</sup>.

## السبب يقوم مقام العلة في المسؤولية:

٣٨- وقد اشترط الفقهاء لقيام المسؤولية، أن يتحقق الربط بين التعدي والضرر بحيث يكون الثاني ناتجا عن الأول، ورغم التفرقة القائمة عند علماء الأصول بين العلة والسبب، إلا أن السبب في مجال المسؤولية قائم مقام العلة، لأنه موصل إلي الحكم ومزدوج إليه، فهو سبب في معني العلة كما قرر علماء الأصول، أو هو سبب في حكم العلة، وهو الذي تضاف إليه العلة المتخللة بينه وبين الحكم، من غير أن يكون ذلك السبب موضوعا لحكم تلك العلة، وحكم هذا السبب أن يعطي حكم العلة، فيضاف الحكم اليه بسبب أن العلة اضيفت إلي السبب<sup>(٣)</sup>، بل أن السبب من أجل إضافة العلة إليه، صار علة العلة والحكم يضاف إلي علة العلة إذا لم تكن العلة صالحة لاضافتها إليه، بل إن بعض الأصوليين قد صرح بأن هذا السبب له حكم العلة من كل وجه<sup>(٤)</sup>، ويضرب الفقهاء أمثلة توضح صلاحية السبب لاضافة الحكم في الضمان إليه، بحالة ما إذا ساق إنسان دابة أو

(١) د. فيض الله - المرجع نفسه - ص ٩٨.

(٢) المرجع السابق - وراجع: جامع الفضوليين - لابن قاضي سواره - ج ٢ ص ١٥٣، ومجمع الضمانات - للبغدادي - ص ١٥٣ - المطبعة الخيرية بالقاهرة.

(٣) الفناري - السابق - ص ٢٤٢، والتلويع للفتناتاني - شرح التوضيح لصدر الشريعة - ج ٢ ص ١٣٧ وراجع: رسالة السبب عند الأصوليين - الدكتور الربيعية ص ٢٩٠ وما بعدها.

(٤) كشف الاسرار - ج ٤ ص ١٢٩٥.

قادها، فوطنت شيئا فأتلفته، فالسوق أو القيادة سبب لتلف ما تلف بوطنها لكونهما طريقين للوصول إليه، وليس علة لأنهما ليسا موضوعين للتلف ولم يؤثر فيهما، وإنما وضعا لسير الدابة لما يزداد به، والوطء علة لتلف ما تلف، لأنه هو المؤثر<sup>(١)</sup>، لكن السوق أو القيادة سبب بمعنى العلة، من حيث إن الاتلاف يضاف إليه فيقال أتلفه بقيادة الدابة، وسرقها، وهذا لأن سير الدابة مضاف إلي سائقها وقائدها ولهذا، فإنها تمشي علي طبع السائق أو القائد، ومن ثم فإن هذا السبب له حكم العلة فيما يرجع إلي بدل محل التلف وهو الضمان<sup>(٢)</sup>، ومن القواعد التي بني عليها هذا الحكم ان إتلاف المتسبب كإتلاف المباشر في أصل الضمان<sup>(٣)</sup>.

التي رابطة السببية: كان ما دونها فيه شرعا، كما في حال دفع الصائل أو الإطلاح علي

٣٩- ويشترط الفقهاء أن تتحقق رابطة الافضاء أو السببية بين التعدي والضرر، علي نحو يتمكن المعتدي عليه من إثبات الضرر، وإثبات تعدي من أنزل به الضرر، وأن تعديه كان هو السبب الذي أدي إلي حدوث الضرر وأفضي إليه، وذلك تطبيقا للقاعدة الفقهية العامة التي تلتقتها الأمة بالقبول، والتي هي في الأصل حديث عن النبي صلي الله عليه وسلم يقول فيه: «البينة علي من ادعي واليمين علي من أنكر»<sup>(٤)</sup>، كما تثبت السببية بإقرار المعتدي وبالبينة، وبالقرائن ونحوها من طرق الاثبات<sup>(٥)</sup>.

## انتفاء المسؤولية بانتفاء السببية:

٤٠- وإذا كانت المسؤولية عن الفعل الضار تأتلف من أركان ثلاثة، منها قيام رابطة السببية فإن انتفاء تلك الرابطة يترتب عليه عدم قيام المسؤولية علي المدعي عليه، ويكون ذلك بمثابة مانع من قيامها.

(١) المرجع السابق ص ١٢٩٦، والتوضيح لصدر الشريعة - ج ٢ ص ١٣٧.

(٢) كشف الاسرار - السابق - ص ٩١، بيان الصانع للكاساني - ج ٦ ص ٢٩١، والتميز للشرطي.

(٣) اعلام الموقعين - ج ٢ ص ٦٥.

(٤) الحديث: أخرجه البيهقي في سننه عن ابن عباس، وقال الزيلعي صاحب نصب الراية: والحديث في الصحيحين بلفظ: لكن اليمين علي المدعي عليه، راجع: نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية - ج ٤ ص ٩٥، وما بعدها، وراجع: صحيح مسلم بشرح النووي - ج ١٣ ص ٠٤، وسنن الترمذي بتحفة الأعرابي.

(٥) د. فيض الله - السابق - ص ١٢٣، وراجع: دليل الفقهاء في النظرية الضمانية - ص ٩٥.

(١) فوزي فيض الله - المرجع السابق - ص ١٠٤.



ومن طرق نفي رابطة السببية إثبات حدوث الضرر إلي سبب آخر غير التعدي الواقع من المدعي عليه، مثل ما لو كان السبب قوة قاهرة أو آفة سماوية، أو ريحا قامت لم يكن من وضع حجرا لصنع طعام يعلم أنها ستسببها وتطير شررها وتحدث حريقا (١).

وقد يكون ذلك السبب هو خطأ المدعي، كما لو وضع رجل خشبة في طريق، وتعتمد رجل آخر أن ينزلق عليها، أو القي رجل بنفسه في حفرة احتفرها رجل في الطريق، فلا ضمان علي الواضع والحافر لأنهما متسبيان، وفعل العاقد مباشر، والمباشرة إذا طرأت علي السبب فإنها تنسخه (٢) وكذلك لو ضرب رجل دابة فتفتحت فمات فلدها هدر لأنه بمنزلة الجاني علي نفسه (٣).

وقد يكون نفي رابطة السببية، حاصلا باسنادها إلي شخص ثالث غير المدعي عليه، وذلك كما لو حفر إنسان حفرة في الطريق، فعمد شخص إلي آخر فأرداه فيها فإنه لا يضمن الحافر بل المردي، وكما لو قاد سائق سيارة بسرعة محظورة غير معتادة، فعمد شخص إلي عدوه فدفعه أمامها، وهي منطلقة بسرعة، لا يضمن السائق، ويضمن الدافع لمباشرته، وهذه الامثلة في الواقع تتخرج علي القاعدة الفقهية التي تقرر أنه إذا اجتمع المباشر والمتسبب، أضيف الحكم إلي المباشر، وهي من القواعد التي أجمع الفقهاء عليها (٤).

٤١- وبالموازنة بين ما قرره فقهاء الشريعة الإسلامية نجد أن ما قرره فقهاء القانون الوضعي بخصوص قيام المسؤولية التقصيرية علي أركانها الثلاث: الخطأ والضرر وعلاقه السببية بينهما، قريب منه إلي حد كبير.

(١) جامع الفصولين - ج ٢ ص ٨٨.  
(٢) المبسوط للرخسي للجزء ٢٧ ص ٥٠، وجمع الضمانات - ص ١٧٠، وشرح منتقن الأراذات ج (٣) أصول البزدي - ج ٤ ص ١٣٠١، ج ٤ ص ١١١، وحاشية الشيخاب الرملي علي آشتي الطالب ج (٤) د. فوزي فيض الله - نظرية الضمان - ص ١٠٠ وما بعدها، والأشياء والنظائر لابن نجيم ص ٨١، والقواعد لابن رجب الحنبلي ص ٢٨٥ القاعدة ١٢٧ - دار المعرفة ببجروت، ونيل الاوطار للشوكاني - ج ٧ ص ٦٤ والفرق للقرافي - ج ٤ ص ٢٧ - دار احياء الكتب العربية. الك في المرطأ مرصلا - ج ٢ ص ٢٤٥ ونيل الاوطار للشوكاني - ج ٥ ص ٢٦١.

الفرع الثاني

شروط التعويض عن الضرر المالي

٤٢- ويشترط حتي تقوم المسؤولية عن الضرر المالي بما يستوجب تعويضه أن تتوافر شروط قيام تلك المسؤولية، وهذه الشروط هي:

الشرط الأول: أن ينطوي الضرر علي إخلال بمصلحة مالية:

٤٣- وحتى يتوافر هذا الشرط يجب أن يكون الضرر موجها إلي مال، وأن يكون هذا المال متقوما، فما المراد بالمال؟ وما المراد بالتقوم؟ والتزامنا لهم مقيد بعدم إظهارهم

١- تعريف المال لغة واصطلاحا: المال لغة: من الميل، والاستمالة بالقلب، قال صاحب القاموس: المال ما ملكته من كل شئ، وجاء في لسان العرب: كل ما يقبل الملك فهو مال عينا كان أو منفعة (١)، وقد سمي المال مالا، لميل الطبع إليه.

(في اصطلاح الفقهاء: في نظري هو القول الأول، لأن أموالهم مشروطة بمقتضى علمها

٤٤- عرفه الحنفية: بأنه ما يميل إليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة (٢)، أو هو بتعبير آخر: كل عين ذات قيمة مادية بين الناس، وقد عرفه صاحب مرشد الحيران بقوله: إنه ما يمكن ادخاره لوقت الحاجة (٣).

أما عند جمهور الفقهاء فإنهم لا يشترطون في تعريف المال إمكان احرازه وادخاره لوقت الحاجة، ولذلك يعرفونه بما يدل علي أن له قيمة مالية ويمكن الانتفاع به فهو عند الشافعية: اسم ماله قيمة مالية، يباع بها ويلزم متلفه وان قلت (٤)، وعند الحنابلة: يعرف المال بأنه: «ما فيه منفعة مباحة لغير حاجة أو ضرورة» (٥).

١) راجع: القاموس المحيط - ج ٤ ص ٥٣، لسان العرب - ج ١٤ ص ١٥٨، مختار الصحاح ص ٦٦٥.  
٢) حاشية ابن عابدين علي الدر المختار - ج ٤ ص ٣، والبحر الرائق - شرح كثر الدقائق - ج ٢ ص ٢١٧.  
٣) المادة (١٦) من مرشد الحيران، كما عرفته مجلة الاحكام العدلية في المادة (١٢٦) بأنه: «ما يميل إليه الطبع ويمكن ادخاره إلي وقت الحاجة متقولا كان أو غير متقول».

(٤) الأشباه والنظائر - للسيوطي ص ٣٢٧.  
(٥) كشاف القناع - ج ١ ص ٧، شرح منتهى الارادات - ج ٢ ص ٤، والمفني - ج ٥ ص ٢١٨.

علي هذا المعنى أنهم لا يعتبرون المنافع أمراً ولا ذلك كسكنم الدار وركوب السيارة وعند المالكية عرفه الشاطبي بقوله: «المال ما يقع عليه الملك ويستبد به المالك غير غيره إذا أخذه من وجهه» (١).

١٥٠ / عبد الله مبروك النجار

ويبدو من خلال تلك التعريفات أن المال هو ما يمكن الانتفاع به، ومن ثم إذا لم يمكن الانتفاع بالشيئ لا يكون مالا، وذلك كالميتة والدم والتراب القليل والكلم، والتجاسات المختلفة وغير ذلك مما ليس بمال عرفاً وشرعاً.

٢- معني كون المال متقوماً:

٤٥- والمراد بالتقوم في المال: أن يكون محازاً بالفعل وأباح الشارع الانتفاع به في حال السعة والاختيار (٢)، والمال غير المتقوم هو الذي لم يحز بالفعل، أو حيز ولكن حرم الشارع الانتفاع به في حال السعة والاختيار، وإن أبيع في حال الاضطرار، فالسنة

في الماء والطير في الهواء مال غير متقوم، والخمر والخنزير والحيتوان المأكول إذا لم يبيع بالطريقة المشروعة، مال غير متقوم بالنسبة لمسلم، وعلي ذلك، فإنه لا يتحقق الضمان باتلاف خمر أو خنزير لمسلم، وذلك لعدم تقوم الخمر والخنزير في حقه، إذ لا يباح له الانتفاع بهما شرعاً، فلا قيمة لهما، لأن أساس اعتبار التقويم إنما هو مراعاة المنفعة التي أذن فيها الشارع، ومالا يؤذن فيه فلا عبرة به، فلا تعتبر قيمته لأن المعدوم شرعاً كالمعدوم حساً (٣).

المنافع وقد جاء في المبسوط: «إن المالمية تكون بكون العين منتفعا بها، وقد اثبت الله تعالي ذلك في الخمر بقوله تعالي: «ومنافع للناس» ولأنها كانت مالا متقوماً قبل التحريم، وإنما ثبتت حرمتها ونجاسة عينها بالنص، وليس من ضرورته انعدام المالمية (كالسرقين) (٤) إلا أنه فسد تقويمه شرعاً لضرورية وجوب الاجتناب عنه بالنص، ولهذا يكون مالا في حق أهل الذمة (٥) ويبدو من خلال مطالعة أقوال الفقهاء في تقويم المالمية

المنافع (١) الموافقات - للشاطبي - ج ٢ ص ١٧. (٢) نهاية المحتاج، وحاشية الشيرازي عليه - ج ٣ ص ٣٧٢، ج ٤ ص ٧، والملكية للشيخ علي الحلي ج ١ ص ٨٠، والملكية للشيخ محمد أبو زهرة - ص ٤٦ وما بعدها. (٣) راجع: نهاية المحتاج للرملي - ج ٥ ص ١٥٨، ١٧٠، وبنائع الصنائع للكاساني - ج ٧ ص ١٤٧. (٤) السرقين، أو السرجين: روث المواشي. (٥) المبسوط - لشمسرخسي - ج ١٢ - ص ٢٥.

أن الخمر والخنزير إذا اتلفهما مسلم علي مسلم فلا ضمان عليه، لعدم التقوم في حقه، والتقوم شرط الضمان فإذا كان المتلف عليه ذمياً فقد اختلفت كلمة الفقهاء في ضمان السلم لهما في تلك الحالة وذلك علي قولين:

٤٦- أولهما: للحنفية والمالكية: وحاصل قولهما: أن الخمر والخنزير إذا اتلفهما مسلم أو غيره لذمي، فإنه يضمن له قيمتهما، لأن التقوم قائم في حق الذمي غير قائم في حق المسلم.

٤٧- وثانيهما: للشافعية والحنابلة والظاهرية، وحاصل قولهم: إن الخمر والخنزير ليس بمال بالنسبة للمسلم وغيره، ولهذا فإن المسلم إذا اتلفهما لا يضمن لكن الحنابلة يقولون إنه: ينهي عن التعرض لهم فيما لا يظهرونه (١)، ولكل قول أدلته:

ادلة القول الأول:

٤٩- استدلل الحنفية والمالكية لما ذهبوا إليه بالأثر والمعقول:

أما الأثر:

فيما روي عن عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- أن عامله كتب إليه أن أهل الذمة يبرون بالعاشر (٢)، ومعهم الخمر، فكتب إليه عمر: ولو هم يبيعها، وخذوا منهم عشر ثمنها (٣).

وجه الدلالة في هذا الأثر:

٥٠- أن عمر رضي الله عنه قد أمر أن يولي غير المسلمين ببيع خمرهم، ومن ثم تكون مالا وإذا كانت مالا وجب ضمانها كسائر أموالهم.

ومن المعقول:

٥١- أن عقد الذمة إذا عصم عينا قومها كتفيس الأدمي، وقد عصم خمر الذمي،

(١) المغني لابن قدامة ج ٥ ص ٢٩٨ وما بعدها. (٢) العاشر: هو من يأخذ عشر المال في التجارة التي تدخل إلى الدولة ونحوها. (٣) المغني لابن قدامة - ج ٥ ص ٢٩٩ - مكتبة الرياض الحديثة، والمبسوط للشمسرخسي - ج ٢٣ ص ١٣٧.

بديل أن المسلم يمنع من اتلافها، فيجب أن تتقوم كما أنها مال لهم يتمولونها<sup>(١)</sup>.  
**أدلة القول الثاني:**  
 ٥٢- واستدل جمهور الفقهاء لما ذهبوا إليه بالسنة والمعقول:

(أ) السنة:

٥٣- فيما روي عن جابر رضي الله عنه، أن النبي -صلي الله عليه وسلم- قال:  
 «إلا إن الله ورسوله حرما بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام»<sup>(٢)</sup>.

ووجه الدلالة في هذا الحديث:

٥٤- أنه قد دل علي أن الله قد حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام، وما حرم  
 بيعه لم تجب قيمته كالميتة<sup>(٣)</sup>، فدل ذلك علي أن الخمر والخنزير غير متقومين، فلا يجب  
 في اتلافهما ضمان.

ومن المعقول:

٥٥- قالوا: إن ما ليس بمضمون في حق المسلم يكون غير مضمون في حق الذمي  
 كالمرتد، ولأن الخمر غير متقومة، فلا تضمن كالميتة، والدليل الدال علي أنها غير متقومة  
 في حق المسلم، يدل علي أنها غير متقومة في حق الذمي، فإن تحريمها ثبت في حقها،  
 لأن خطاب النواهي يتوجه إليهما، فما ثبت في حق أحدهما ثبت في حق الآخر<sup>(٤)</sup>.

مناقشة أدلة القول الأول:

٥٦- وقد ناقش جمهور الفقهاء أدلة القول الأول بأمر.

الأول: أن حديث عمر بن الخطاب محمول علي أنه أراد ترك التعرض لهم، وإنما أمر  
 بأخذ عشر أثمانها، لأنهم ان تبايعوا وتقاibusوا، حكمتنا لهم بالملك ولم ننقضه، ولا يغير

الثاني: أن ما أورده من أن المسلم منهي عن إتلافها، ليس فيه ما يدل علي  
 الضمان، وإنما مفاده التزامنا بما أقررناهم عليه في دارنا من عدم التعرض لهم فيما  
 التزمنا تركه مما لا يظهرونه من الأمور التي يعتقدون حلها في دينهم وليس فيها أذي  
 للمسلمين كشرب الخمر واتخاذها ونكاح ذوات المحارم، والتزامنا لهم مقيد بعدم إظهارهم  
 ذلك، فإذا أظهروه تعين إنكاره عليهم. فإن كانت خمرًا جازت إراقتها، وإن أظهروا  
 صليبًا أو طنبورًا جاز كسره، وعلي هذا إذا ظهرت الخمر، واتلفت فلا يجب بسبب تلفها  
 ضمان<sup>(٥)</sup>.

الرأي الإجماعي في نظري:

٥٧- والرأي الراجح في نظري هو القول الأول، لأن أموالهم مضمونة بمقتضى عهد  
 النعمة الذي أعطاه المسلمون لهم، ومن المؤكد أن ما أعطي لهم من عهد قد وقع وما  
 يتمولونه واقع تحت أيديهم، فجزري عقد الذمة عليه، فوجب ضمانه، وقد روي أنه -  
 صلي الله عليه وسلم- قال: «أتركوهم وما يدينون»<sup>(٦)</sup>، وهذه نظرة عدل سديدة تتفق مع  
 احترام العهد والمواثيق مع غير المسلمين<sup>(٧)</sup>، ومن مقتضاها ضمان المسلم لما يتمولونه  
 من الخمر وتظل غير متقومة علي المسلم.

فضائل منافع الأشياء:

٥٨- مما هو معروف أن الحنفية يشترطون في تعريف المال أن يكون منتفعا به مع  
 إمكان حيازته كما اشترطوا لتقوم المال حيازته، وإباحة الشارع الانتفاع به، وقد ترتب

(١) المرجع والمكان السابقان.

(٢) راجع في هذا المعنى: المغني لابن قدامة - السابق ص ٣٠٠.

(٣) نصب الرأية ج ٣ ص ٤١١.

(٤) راجع: نظرية الضمان - للدكتور وهبه الزحيلي - ص ٥٩.

(١) بدائع الصنائع - للكاساني - ج ٧ ص ١٤٧، وحاشية الدسوقي علي الشرح الكبير - ج ٢ ص ٢٠٤.  
 (٢) الحديث متفق عليه، وقد أخرجه البخاري ومسلم وأبو داود والترمذي وابن ماجه، وقد رواه  
 البيهقي من طريق بن أبي رباح، وهو صحيح - راجع: إرواه الغليل للالباني - ج ٥ ص ١٣٠ مابعدا.  
 (٣) المغني لابن قدامة - المكان السابق.  
 (٤) المغني لابن قدامة - المكان السابق.

علي هذا المعني انهم لا يعتبرون المنافع أموالا، وذلك كسكني الدار وركوب السيارة، لأنها أي المنافع لا يمكن حيازتها ومن ثم لا تكون مالا، وجمهور الفقهاء يعتبرون المنافع مالا، لأن معناه عندهم شامل لكل ما ينتفع به دون اشتراط الحيازة كما ذهب الحنفية. وقد ترتب علي اختلاف الفقهاء في مالية المنافع إختلافا آخر يتعلق بضمانها، حيث اختلف الفقهاء في ضمان المنافع إلي قولين:

٥٩- أولهما: للحنفية، وحاصل قولهم: إن المنافع لا تضمن لأن الضمان بالنفوس وهي غير متقومه، إذ لا تقوم بلا احرار، ولا احرار بلا بقاء، ولا بقاء للأعراض<sup>(١)</sup>. فالمنافع ليست ذات وجود مادي، وإنما هي أعراض متجددة تحدث شيئا فشيئا علي مر الزمن، ومن ثم فإنها لا يمكن أن يرد عليها الغصب، ولا تضمن بالتلف ضمان يد، لكن المنافع وإن كانت غير متقومة في ذاتها، إلا أن تقومها قد ثبت بالعقد علي سبيل الاستثناء، إذا ورد عليها، كما في عقد الإجارة وعقد الزواج، فإنها بهما تصبح مالا متقوما<sup>(٢)</sup>.

وبناء علي ذلك قال الحنفية بعدم ضمان منافع المغصوب، سواء استوفاهما الغاصب أو عطلها، فإذا كان المغصوب سيارة أو دابة مثلا، فلا يترتب علي غصبها ضمان أجر المثل مدة الغصب.

لأن المنفعة ليس لها مثل فلا يحكم ببدها، وهنا لا يوجد عقد تنقوم به المنافع<sup>(٣)</sup>.

٦٠- وثانيهما = لجمهور الفقهاء: المالكية والشافعية والحنابلة الذين ذهبوا إلي أن المنافع أموال، ومن ثم تضمن بالغصب والتعدي والتفويت، لأنها أموال متقومة كالأعيان، ولأن الغرض المقصود من جميع الأموال هي منفعتها، والناس يعتادون تحمل

(١) التوضيح - لصدر الشريعة - ج ٢ ص ٩٨، والتلويح عل بالتوضيح - المكان السابق.

(٢) التوضيح لصدر الشريعة، مع ملاحظه - ج ٢ ص ٩٩، وفتح القدير - ص ٤٦١، وحاشية ابن عابدين علي الدر المختار - ج ٣ ص ٣، وقد جاء في مجمع الضمانات ص ٢٤١: «لو اشترى طاحونة، فكانت في يده مرة ثم استحقها رجل، فليس له أن يطالب المشتري بغلات الطاحونة، لأنه ليس من اجزاء البيع بل كسبه وقعله».

(٣) المرجع السابق - نفس المكان.

المنفعة بالتجار فيها، فإن أعظم الناس تجارة هم الباعة والمنفعة رأس مالهم<sup>(١)</sup>.

دليل الجمهور:

٦١- وقد استدلل جمهور الفقهاء علي ما ذهبوا إليه من أن المنافع اموال ومن ثم يرد عليها الضمان، من الكتاب: بقول الله تعالى: «وَأَحِلُّ لَكُمْ مَا وَّرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مَخْصِينَ غَيْرِ مُسَافِحِينَ فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ قَرِيبَةً»<sup>(٢)</sup>.

وجه الدلالة في هذا القول الكريم:

٦٢- أن الآية الكريمة قد دلت علي أن المهر لا يكون إلا مالا، لأنه هو الذي يبتغي به الغرض، ولما كانت المنافع يجوز أن تقع مهرا، فتكون مالا وفقا لنص الآية الكريمة، وقد صح أن المنافع قد وقعت مهرا في قصة نبي الله موسي، قال تعالى: «قال إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين علي أن تأجرني ثمانين حجج فإن أتممت عشرا فمن عندك»<sup>(٣)</sup>، وشرع من قبلنا شرع لنا مالم يرد دليل ناسخ، ولم يرد ما يسخه بل الحكم علي منقضاء كما جاء في الآية الكريمة، وإذا صح أن المنافع تقع مهرا فتكون مالا وإذا كانت مالا فإنها تضمن بالتفويت والغصب في الإجارة<sup>(٤)</sup>.

مناقشة رأي متقدمي الحنفية:

٦٣- والواقع ان رأي متقدمي الحنفية محل نظر، حيث يمكن أن يناقش قولهم: إن اللابية لا تثبت إلا بالإحراز والإدخار، بأن ذلك لم يقم عليه دليل من كتاب أو سنة أو لغة، ولو صح فليس بل لازم فيه أن يحرز ويحاز بنفسه، بل يكفي أن يحاز بحيازة أصله ومصدره، ولا شك أن المنافع تحاز بحيازة مصدرها ومحلها، وقرار متقدمي الحنفية بأن المنافع يجوز أن تقع مهرا يعد اعترافا منهم بماليتها، لأن المالية وصف لا يتجزأ، وإذا كانت مالا يجوز أن يرد الضمان عليها، وعلي هذا فإن قيمة المنفعة المستولي عليها

(١) قواعد الاحكام - للزهري عبد السلام - ج ١ ص ١٥٢ وما بعدها.

(٢) سورة النساء - آية ٢٤.

(٣) سورة القصص - آية ٢٧.

(٤) مفتي الحنابلة - ج ٢ ص ٣٣٩، وكشاف القناع - ج ٣ ص ٥٦١ وجواهر الاكليل - ج ٢ ص ١٥١.

٦٥- أولها: إذا استخدم شخص صغيرا بدون إذن وليه، كان للصغير إذا بلغ أن يأخذ أجر مثل خدمته عن تلك المدة ولو توفي الصغير فلو ورثته أن يأخذوا أجر مثل المدة من مستخدم الصغير (م ٥٩٩) من مجلة الاحكام العدلية، واعطاء النص للصغير أو لورثته عن عدمه بالرجوع علي من استأجره يدل علي اعتبار الضمان في المنافع، وكان الأصل إلا تعوض ولكن اجيز التعويض هنا رعاية للصغير<sup>(١)</sup>.

٦٦- ثانيها: إذا كان المال مال وقف أو مال صغير، فحينئذ يلزم من يستولي عليه ضمان المنفعة أي أجره المثل، فلو سكن شخص دار آخر مدة بدون عقد إيجار لا تلزمه الأجرة، لكن إذا كانت تلك الدار وقفا أو مال صغير، لزمه مثل أجر المدة التي سكنها في كل حال<sup>(٢)</sup>.

٦٧- ثالثها: إذا كان المال معدا للاستغلال فيلزم من يستولي عليه ضمان المنفعة، أي أجر المثل إذا لم يكن الاستيلاء عليه بتأويل ملك أو عقد، فإذا كانت الدار دار كراء ولم يكن ثمة تأويل ملك أو عقد، يلزم أجر المثل<sup>(٣)</sup>، ذلك أن المستولي باستيلائه علي مال بدون تأويل عقد أو ملك مع علمه أنه معد للاستغلال يكون بمثابة من قبل استئجار هذا المال من صاحبه ولو لم يكن هناك أجر متفق عليه.

وبناء علي ذلك: لا يلزم ضمان المنفعة في مال استعمل بتأويل ملك ولو كان معدا للاستغلال، فلو اشترى حانوتا أو خانانا، أو طاحونة أو نحو ذلك من الأموال المعدة للاستعمال، وتصرف فيه مدة، ثم استحقه رجل، لا يلزم المشتري أجر المدة، لأنه إنما تصرف فيه علي أنه ملكه، ولو تصرف أحد الشركاء بالاستغلال في المال المشترك بدون إذن شريكه، فليس للشريك الآخر أن يطالبه بأجرة حصته لأنه استعمل علي أنه ملكه.

وكذلك لا يلزم ضمان المنفعة في مال استعمل بتأويل عقد، وإن كان معدا للاستغلال فلو باع واحد من آخر حانوتا يملكه بالاشتراك مع غيره بدون إذن شريكه، وتصرف فيه المشتري مدة، ثم لم يجز البيع الشريك الآخر، واسترد حصته من المبيع،

(١) مصادر الحق في الفقه الإسلامي - للدكتور السنهوري - ج ٦ ص ١٧٢.

(٢) الرجوع نفسه، وشرح مجلة الاحكام العدلية - للاستاذ سليم رستم - ص ٣١٩.

(٣) المادة (٥٩٦) من مجلة الاحكام العدلية.

بالتعدي تكون مضمونة بأجرة المثل لضياح المنفعة علي صاحبها<sup>(١)</sup>، وهذا ما أخذ به القانون المدني الذي يقضي بأن اجرة مثل العقارات المغصوبة، والتعويض عن كل ضرر يلحق المالك بسبب ضياح منافع ماله المغصوب عليه.

وأما ما وجه إلي رأي الحنفية من نقد، ونظرا لكثرة الغصب الواقع علي المنافع وضعف الدين في نفوس الناس، فقد ذهب متأخرو الحنفية إلي ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، وافتوا بضمان منافع المغصوب، والالزام بدفع أجر المثل عن مدة الاستعمال في ثلاثة أشهر، وذلك بشروط:

وهي أن يكون المغصوب مالا موقوفا للسكني أو للاستغلال، أو لغيرهما أو مال يتيم، أو معدا للاستغلال بأن بناه صاحبه لذلك، أو اشتراه لذلك، أو أجره أكثر من ثلاث سنين متتابة، بشرط استعمال المعد للاستغلال بغير تأويل ملك أو عقد، فإذا استعمل بتأويل ملك كما لو سكن أحد الشركاء بيتا مشتركا بدون إذن الشريك الآخر، فلا أجر عليه لأنه استعمله علي أنه ملكه، لأن حق السكني في الدار المشتركة يجعلها كالمملوكة لكل واحد من الشركاء، وإلا تعذر عليه الانتفاع بملكه، وكذلك لو استعمل بتأويل عقد كما إذا سكن المرتهن في البيت المرهون، بأن استأجره سنة بأجر معلوم، ثم سكنه سنتين، فلا شيء عليه لأنه لم يسكنه ملتزما بأجر، وهذه الاستثناءات يمكن القول معها باعتبار الحكم بضمان أغلب المنافع، وقد نصت علي ذلك مجلة الاحكام العدلية في المواد (٥٩٦-٥٩٩)<sup>(٢)</sup>.

### الاستثناءات التي قال متقدموا الحنفية بضمان المنافع فيها:

٦٤- والواقع أن هذه النظرة إلي المنافع نظرة صناعية بحتة، وهي كما يقول الاستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري: نظرة ضيقة لم تلاحظ فيها الاعتبارات العملية، مما جعل متأخرو المذهب الحنفي يوسعون فيها باستثناءات ثلاثة:

(١) المبسوط للسرخسي - ج ١١ ص ٧٨ وما بعدها، وتكملة فتح القدير - ج ٧ ص ٢٩٤، وتبيين الحقائق للزيعلی - ج ٥ ص ٢٣٣، وحاشية ابن عابدين علي الدر المختار - ج ٥ ص ١٤٤-١٤٦، وراجع: درويش الزحيلي - نظرية الضمان - ص ١٢١.

(٢) وراجع في شرح تلك المواد: شرح المجلة - ص ٣١٨ وما بعدها.

فليس له أن يطالب بأجرة حصته، وإن كان الحانوت معدا للإستعمال، لأن المشتري قد استعمله بتأويل عقد هو عقد البيع<sup>(١)</sup>.

## تقدير اتجاه المذهب الحنفي:

٦٨- ومن المؤكد أن تلك الاستثناءات الثلاثة تدل علي أن هناك إتجاهاً ملحوظاً في فقه المذهب الحنفي لضمان المنافع، وإذا كان المذهب قد أقر الحالتين الأوليتين: أهر الصغير واجر مال الوقف ومال الصغير، لأسباب إنسانية لحماية الوقف، فإن الحالة الثالثة، وهي حالة المال المعد للاستغلال، قد أقرها لأسباب تتعلق بأحكام عقد الإجازة نفسه، خاصة ما يتعلق فيه بضمان المنافع، ومن ثم فإن هذه الحالة كما يقول الأستاذ السنهوري: تستدعي أن نقف عندها، وخلاصة القول فيها: إن الأصل في المذهب الحنفي أن المستول عن مال غيره لا يضمن منفعته لأن المنفعة لا تتقوم إلا بالعقد فهي ليست مالا متقوماً في ذاته، ولكن الفقه الحنفي ابتغاء توسيع هذه القاعدة الضيقة، افتراض عقد إيجار ضمني، إذا وضع المستول يده علي مال الغير المعد للاستغلال، وهو يعلم ذلك ولم يضع يده كمالك أو بتأويل عقد آخر، ويهدم افتراض الإيجار الضمني أن يكون المال غير معد للاستغلال أو يكون معداً له، ولكن المستول لا يعلم ذلك، أو كان يعلم ولكنه وضع يده علي المال بتأويل عقد آخر غير الإيجار الضمني، أو بتأويل ملك مما يتعارض مع افتراض الإيجار الضمني فعقد الإيجار المفترض هذا - وقد أقيم بحيث لا يتعارض مع الملابس والظروف - صناعة فقهية أريد بها التوسيع من قاعدة ضيقة جامدة وهو ما يترتب علي تقويم المال.

## ٦٩- ويترتب علي تقويم المال:

يكون للضمان محل، وذلك كما في إتلاف الأصنام، فإنها لا تضمن لعدم تقويمها، وبما

(١) د. السنهوري - المرجع نفسه - ص ١٧٤، د. سليم باز - المرجع نفسه - ص ٣٢١.  
(٢) الأستاذ الدكتور السنهوري - المرجع نفسه ص ١٧٤ وما بعدها، وما تجدر الإشارة إليه أن القانون العراقي ينص علي ضمان المنافع في المادة ٢/٢٠٧، كما نصت علي ضمان المنافع المادة ٣/٢٧٨ من القانون المدني الاردني، ونصت أيضاً علي ضمان المنافع المادة ٣/٢٨٠ من قانون المعاملات المالية العربية الموحد - القانون المدني الموحد علي أساس الفقه الإسلامي - د. الزرقا - الفعل الضار، ص ٢٢٧.

أهر حنيفة والشافعي: أن إتلاف الأصنام وأدوات اللهو يرد عليها الضمان، لا باعتبار أنها مال متقوم، بل علي إعتبار أنها خشب منحوت يصلح للانتفاع به من وجه آخر، فكان تقويمها ثابتاً من هذا الوجه<sup>(١)</sup>، وكذلك لا يتقرر الضمان في حالة إتلاف الأموال الباحة التي ليست مملوكة لأحد لعدم تقويمها، إذ التقويم مبني علي كون الشيء عزيز النال، كثير الأهمية، وهذه المعاني لا تنشأ إلا بالاحراز والاستيلاء.

وكذلك لا ضمان بسبب إحراق كتب الفسق والضلال، لاشتمالها علي الكذب ولتدبيرها علي عقيدة الأمة ومشاعرها الدينية<sup>(٢)</sup>.

## الشرط الثاني: أن يكون الضرر المالي محققاً:

٧٠- ومعني هذا الشرط، أن الضرر الموجب للضمان يجب أن ينطوي علي إتلاف منفعة في المال لا يرجي عودها، ومن ثم إذا أعيد الشيء إلي الحالة التي كان عليها قبل التعدي فلا يجب الضمان، وذلك كما لو عولج المرض أو نبتت سن الحيوان في المدة التي بقي فيها الشيء المغصوب تحت يد الغاصب، لأن النقص كان سبباً للضمان، فلما أزيل الضرر، زال سبب الضمان فلا يجب حينئذ، ويكون الضرر كأن لم يكن، ويكون عدم الضمان هنا كما يقول الكاساني: «لأننا تبينا أن النقصان الذي أحدثه التعدي لم يكن مرجحاً للضمان لعدم تحقق شروط الوجوب، وهو العجز عن الانتفاع عن طريق الدوام<sup>(٣)</sup>».

## الشرط الثالث: أن يكون حصول الضرر قد تم عن اختيار:

٧١- يشترط أن يكون من أحدث الضرر، قد أقدم علي فعله، بإرادته واختياره، وليس المراد بالاختيار هنا كمال أهليته من جميع وجوهها، لأن المسئولية عن الفعل الضار لا يلزم لقيامها قيام الأهلية الكاملة، بالبلوغ والعقل، لأن الصغير والمجنون والعته، والسفيه والسكران، والجاهل، والناسي، والمضطر، كل هؤلاء ضامنون لما يقع منهم من ضرر علي أموال الآخرين في أموالهم<sup>(٤)</sup>، ولكن المراد بالاختيار عدم الإكراه.

(١) بلاتح الصنائع - للكاساني - ج ٧ ص ١٦٨، ومغني المحتاج - ج ٣ ص ٣٣.

(٢) نيل الأوطار - للشوكاني - ج ٥ ص ٣٢٩ وما بعدها.

(٣) بلاتح الصنائع - ج ٧ ص ١٧٥ وما بعدها.

(٤) د. فوزي نبيش الله - المرجع السابق ص ٢٠٢ وما بعدها، وفي هذا المعني يقول صاحب الروض المربع: «والإتلاف مال الغير يستوي فيه الأهل للحنف وغير الأهل للحنف» راجع: حاشية ابن قاسم علي الروض المربع - ج ٥ ص ١٨٣.

لأن المكره إذا أقدم علي إتلاف مال الغير، فإن ضمانه واجب، ولكن ليس علي من باثر الضرر وهو المكره، بل من أكرهه وهو المكره<sup>(١)</sup>، ومن ثم يكون الاكراه مؤثراً في ضمان مال الغير، وإن كان الشافعية في الأرجح عندهم يرون أن الضمان مشترك بين المكره ومن أكرهه، لأن الاكراه صدر من المستكره حقيقية، ومن المكره بالتسبب، والتسبب في الفعل والمباشرة سواء، لكن يستقر الضمان في النهاية علي المكره.

ويلاحظ أن عدم تأثير عوارض الأهلية الأخرى مقتصر علي ضمان المال الناشئ عن التعدي أو الفعل الضار، أما المسئولية العقدية، فإن عوارض الأهلية، كالصغر والجنون والعتة، والجهل والغلط تؤثر عليها<sup>(٢)</sup>.

### الشرط الرابع: أن تنتفي أسباب إباحة الضرر:

٧٢- وإذا كان الأصل أن إحداث الضرر بمال الآخرين غير جائز، وهو مضمون، إلا أنه قد توجد حالات يتحول فيها هذا الأمر المحظور إلي الإباحة، وذلك كما في حالة تضارب المصالح وتنازعها علي نحو ينتهي بالترجيح بينها بما يحفظ أوقاها، وقد لفت الفقهاء ذلك علي نحو ما هو معروف من قواعد الفقه الكلية، والتي تنص علي أنه «يختار أهون الشرين»<sup>(٣)</sup>، وكذلك القاعدة الفقهية التي تنص علي أن: «الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف»<sup>(٤)</sup>، وكذلك القاعدة الفقهية التي تقول: «إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما»<sup>(٥)</sup>.

وبناء علي ما يفهم من تلك القواعد الكلية فإنه إذا تعارضت المصالح، وتنازعت المفسد روعي أشدها، فتحفظ المصلحة الأرجح، وتدفع المفسدة الأشد وذلك علي ضوء الأحكام الفقهية، ويكون الضرر الواقع في سبيل دفع ضرر أشد منه، أو المحافظة علي

(١) كشف الاسرار علي أصول البزدوي - ج ٤ ص ١٥٢٠، وراجع: عوارض الأهلية عند الأصوليين -

للدكتور حسين خلف الجبوري - ص ٥١٧ وما بعدها.

(٢) د. وهبه الزحيلي - المرجع السابق - ص ٢٦٦.

(٣) المادة (٢٩) من مجلة الاحكام العدلية.

(٤) المادة (٢٧) من مجلة الاحكام العدلية.

(٥) المادة (٢٨) من مجلة الاحكام العدلية، وراجع: رسالة القواعد الفقهية - لعلي الندوي - ص ٣٦٦ -

مصلحة تفوقه بما يباح، ولا تترتب عليه أحكام الضمان، وذلك تأسيساً علي ما هو مقرر لدي الفقهاء، من أن الجواز الشرعي ينافي الضمان<sup>(١)</sup>، وذلك علي نحو ما ستري في أسباب الإباحة.

### المبحث الثاني

#### أسباب إنتفاء المسئولية عن تعويض الضرر

#### المالي في الفقهاء الإسلاميين والوضعي

### المطلب الأول

#### أسباب إنتفاء المسئولية في فقه القانون

٧٣- رأينا أن المسئولية - حتي تقوم علي المسئول عن تعويض الضرر المالي - يجب أن تتوافر شروط يتحقق من وجودها اسناد الخطأ إلي المسئول علي نحو يجعل ليهام بتعويض الضرر أمراً تملية العدالة، ولا شك أن الخطأ الذي ترتب عليه الضرر المالي بإسناد من المسئول لا يكون هناك وجه لمسألته، لأن عنصر الاسناد لديه لم يثبت علي نحو محقق، ولهذا نجد أن المادة (١٦٥) من القانون المدني الجديد قد نصت علي ذلك حيث قالت: «وإذا اثبت الشخص أن الضرر قد نتج عن سبب اجنبي لا يد له فيه، كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور، أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر مالم يوجد نص أو اتفاق علي غير ذلك»، فالسبب الاجنبي هو كل سبب لا يد للمدعي عليه فيه، ويكون هو السبب في إحداث الضرر.

ويوضح من هذا النص أن السبب الاجنبي الذي بعدم رابطة السببية هو القوة القاهرة أو الحادث الفجائي، وخطأ المضرور، وخطأ الغير، وتبين مضمون تلك الأسباب.

(١) راجع شرح مجلة الاحكام العدلية - ص ٥٩ وما بعدها - مادة (٩١).

## اولاً: القوة القاهرة او الحادث الفجائي:

٧٤- وهما يمثلان حادثاً غير متوقع ولا يد للشخص فيه، ولا يستطيع دفعه وترتب عليه ان يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً، ويجب أن يكون الحادث أمراً لا يمكن توقعه، فإذا أمكن توقعه، فلا يكون قوة القاهرة حتى لو استحال دفعه، ويجب أن يكون الحادث أمراً لا يستطيع دفعه، فإذا كان دفع الحادث مستطاعاً فلا يكون قوة القاهرة هي ولو استحال توقعه، كما يجب أن يجعل الحادث تنفيذ الالتزام مستحيلاً، والا يكون هناك خطأ من جانب المدين أدي إلي وقوع الحادث<sup>(١)</sup>، إذ أن هذا يفقد الحادث وصف القوة القاهرة، لأنه يعني أن المدين كان في وسعه أن يتوقع الحادث وأن يحول دون وقوعه<sup>(٢)</sup>.

## ثانياً: خطأ المضرر:

٧٥- إذا كان فعل المضرور هو السبب الوحيد في إحداث الضرر فلا مسئولية علي أحد ولا محل للبحث حالتند إذا كان فعل المضرور خطأ أم غير خطأ، فحتي لو كان هذا الفعل خطأ فهو لا يدخل في مجال المسئولية التقصيرية لأن المضرور هو الذي الحق الضرر بنفسه، فإذا أثبت المدعي عليه أن فعل المضرور هو وحده الذي أحدث الضرر فلا تتحقق مسئوليته، كما لو حاول شخص أن يركب الترام أثناء سيره، فزلت قدمه فسقط وأصيب إذ لا تكون شركة الترام مسئولة عن ذلك<sup>(٣)</sup>؛ وهذه المسألة ليست بذات أهمية في هذا المقام.

فالمقصود أن يكون المدعي عليه قد وقع منه خطأ ووقع معه خطأ من المضرور بحيث يكون لكل من الخطأين شأن في إحداث الضرر، وهنا يجب الوقوف علي أي معنى

(١) د. عبد الرشيد مأمون - علاقة السببية في المسئولية المدنية - ص ١٠٩ وما بعدها - دار النهضة العربية، د. ابراهيم الدسوقي أبو الليل - المسئولية المدنية بين الاطلاق والتقييد - ص ٢٦٣.

(٢) د. التسهوري - السابق فقرة ٥٨٩ وما بعدها، د. عبد المنعم الصدة - فقرة ٤٧٧ د. عبد الرشيد مأمون - السابق ص ٨٨ وما بعدها، د. ابراهيم الدسوقي - المرجع والمكان السابقان، د. أحمد حنت أبو سبت - السابق - فقرة ٣٦٦.

(٣) حكم محكمة الاستئناف المختلط في ١٩٤٨/٦/٢٣ م، ٦١ م، ١٣، وحكم محكمة الاستئناف المختلط في ١٩٤٨/١٢/١ م - م ٦١، ٢٢، وحكم ١٩٤٩/٢/١٦ م - م ٦١، ٥٧.



قد أثر خطأ المضرور في مسئولية المدعي عليه، وهنا يثور فرضان.

### ٦٦- أولهما: استغراق أحد الخطأين للآخر:

وهنا يكون الخطأ المستغرق غير معتد به، ويكون استغراق أحد الخطأين للآخر إذا كان يفوقه في نتيجته أو كان أحدهما نتيجة للآخر.

### ٦٧- وثانيهما: أن يكون كل من الخطأين مستقلاً عن الآخر:

وهو ما يعرف بالخطأ المشترك، ويتحقق هذا النوع من الخطأ نتيجة لخطأ المدعي عليه وخطأ المضرور علي سبيل الاشتراك، وهنا يعتد بالخطأين في تحديد المسئولية لأن كل واحد منهما يكون سببا في وقوع الضرر، وذلك كما لو قاد شخص سيارة، وسار بسرعة تزيد عن الحد المفروض فيدهس شخصا كان يعبر الطريق من مكان ليس مخصصا للمشاة، وهنا يقتضي الأمر أن توزع المسئولية بينهما، فلا يكون المدعي عليه مسئولا إلا عن نصف الضرر، ويتحمل المضرور النصف الآخر<sup>(١)</sup>، وقد قررت هذا المادة (٢١٦) من التقنين المدني المصري فقالت: «يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض، أو الا يحكم بتعويض ما، إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في إحداث الضرر أو زاد فيه، ومن ثم فإنه إذا امكن للقاضي أن يحدد مدي جسامته الخطأ الذي صدر من كل منهم، فإنه يقدر نصيبه في التعويض بحسب جسامته هذا الخطأ، وإذا لم يكن هذا التحديد ممكنا كان التعويض بينهم بالتساوي<sup>(٢)</sup>».

ويشترط لكي يترتب علي عمل المضرور إعفاء المدعي عليه من المسئولية أن تتوافر عدة شروط وهذه الشروط وضعها القضاء الفرنسي والفقهاء نظرا لعدم ورود نص في الموضوع من قبل المشرع.

٧٨- والشرط الأول: يتمثل في ألا يكون فعل المضرور نتيجة لخطأ المدعي، وتعبير آخر ألا يكون فعل المضرور منسوباً أو مسندا إلي خطأ المدعي عليه، كأن يكون

(١) وقد قضت محكمة النقض المدني في ١/٢٦/١٩٣٩، بأنه ينبغي ان يستنزل من التعويض ما يقابل الفعل الذي ساهم به المضرور في الضرر.

(٢) د. محمد لبيب شنب - موجز المصادر غير الارادية للإلتزام - ص ١١٩، وما بعدها. د. عبد المنعم الصده - السابق - ص ٦٠٧، وراجع د. عبد الرشيد مأمون - علاقة السببية في المسئولية المدنية - السابق -

متضامين في التزامهم بتعويض الضرر وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي، إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في التعويض<sup>(١)</sup>.

### المطلب الثاني

#### اسباب انتفاء المسؤولية في الفقه الإسلامي

٨١- وفي الفقه الإسلامي يوجد عدد من الحالات التي ينتفي معها قيام المسؤولية بما تستلزمه من تعويض الضرر المالي، حيث تكون هذه الحالات اسباب الاباحة لعنف بما يجعل قيام المسؤولية عن التعويض علي من صدر منه أمرا لا معني له وهذه الحالات هي:

أولا: دفع الصائل:

٨٢- من مقاصد الشريعة الإسلامية الغراء حفظ نفس الإنسان وعرضه وماله، من كل ما يمس تلك المصالح بسوء، ومن ثم فإن المعتدي عليه إذا تعرض لما يهدده في ماله أو عرضه أو ماله فمن الواجب عليه دفع التعدي بقدر ما يتدفع به، ولا تجوز الزيادة عليه، ومن ثم إذا هرب المهاجم أو استسلم لم يجز للمدافع قتله أو جرحه أو إيذائه في جسمه بأي أذى أو إتلاف، يدل علي ذلك ما رواه مسلم عن أبي هريرة قال: جاء رجل إلي رسول الله -صلي الله عليه وسلم-، فقال يا رسول الله: رأيت إن جاء رجل يريد أخذ مالي؟ قال، فلا تعطه مالك، قال: رأيت إن قاتلني؟ قال: قاتله، قال: رأيت إن قتلني؟ قال: فأنت شهيد، قال: رأيت إن قتلته؟ قال: هو في النار<sup>(٢)</sup>.

وكذلك ما روي عن عبد الله بن عمر - رضي الله عنهما - قال: قال رسول الله صلي الله عليه وسلم: «من قتل دون ماله فهو شهيد<sup>(٣)</sup>».

(١) راجع في هذا المعنى: السنهوري - الوسيط ٨٩٩ وما بعدها.

(٢) سبل السلام للسنعاني - ج ٣ ص ٥٠٨.

(٣) رواه أبو داود والنسائي والترمذي وصححه، وأخرجه البخاري من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص، وأخرجه أصحاب السنن، وأبن حبان والحاكم من حديث سعيد بن زيد، سبل السلام للسنعاني - ج ٣ ص ٥٠٧.

الأخير هو الذي حرضه المضرور علي الفعل أو آثاره حتي قام به.

٧٩- والشرط الثاني: أن يكون فعل المضرور هو الذي سبب الضرر حتي يمكن إعفاء المدعي عليه من المسؤولية فلا يمكن أن نأخذ في الاعتبار الفعل الذي حدث من المضرور إلا إذا كانت له علاقة سببية مع الضرر فإذا لم يكن لفعل المضرور، أية علاقة سببية بحدوث الضرر، فلا يمكن أخذه في الاعتبار حتي ولو كان ما صدر من المضرور يعد خطأ<sup>(١)</sup>.

### ثالثا: خطأ الغير:

٨٠- فإذا كان الغير هو السبب الوحيد في إحداث الضرر، فلا يكون المدعي عليه مستولا، فإن كان هذا الفعل خطأ، كان الغير وحده هو المسئول، وليست هذه الحالة محل بحثنا، لأن المقصود أن يكون المدعي عليه قد وقع منه خطأ ووقع منه خطأ من الغير، بحيث يكون لكل من الخطأين شأن في إحداث الضرر، وفي تلك الحالة يشر التساؤل عن اثر خطأ الغير في مسؤولية المدعي عليه، ومن المؤكد أن هذا الأثر سيختلف بحسب ما إذا كان أحد الخطأين قد استغرق الآخر أم قام كل منهما مستقلا عن الآخر، فإذا كان أحد الخطأين مستغرقا للآخر بأن استغرق خطأ المدعي عليه خطأ الغير فلا يكون لخطأ هذا الأخير أثر، ويصبح المدعي عليه مستولا مسؤولية كاملة، كما لو قتل شخص آخر بمسدس غير مرخص كان يحمله الغير يكون هو المسئول مسؤولية كاملة، وكما لو حفر المدعي عليه خطأ حفرة في الطريق فوق فيها شخص، وثبت أن غريمه هو الذي دفعه فيها إذ يكون الغير هو وحده المسئول<sup>(٢)</sup>.

وإذا تعدد المسئولون عن الضرر ولم يستغرق احد الضررين الآخر، فإن كلا منهما يعتبر سببا في إحداث الضرر، ومن ثم تتحقق مسؤولية كل من المدعي عليه والغير، وقد نصت المادة ١٦٩ مدني مصري علي أنه: «إذا تعدد المسئولون عن عمل ضار كانوا

(١) د. عبد الرشيد مأمون - السيق - ص ٧١ وما بعدها.

(٢) د. حشمت أبو ستيت - فقرة ٤٧٩، والصد - فقرة ٤٨٦، د. السنهوري - الوسيط - ج ١ فقرة ٥١٧ وما بعدها، د. عبد الرشيد مأمون - السابق - ١١٤ وما بعدها.

ووجه الدلالة في هذين الحديثين الشريفين، أنهما قد دلا على أن التعدي على المال أمر غير مباح وغير مشروع، فإذا وقع تعدد علي مال شخص فله دفعه، فإذا دفعه بما يقتضيه دون تجاوز لا يكون ضامنا لما حدث منه من ضرر، لأن دفع الصائل جائز ومباح والجواز الشرعي ينافي الضمان، والحديثان يدلان على عدم الضمان في دفع الصائل بالقتل إذا اقتضت الضرورة، فلأن يكون عدم الضمان في المال أولى، وكما يقول ابن قدامة: «دفع الصائل لا تقتصر الإباحة فيه على المعتدي عليه، بل إن تغير الموصول عليه المعونة في الدفع، ولو عرض للصوص لقاولة، جاز لغير أهل القاولة الدفع عنهم لأن النبي -صلى الله عليه وسلم- يقول: «انصر أخاك ظالما أو مظلوما»، وفي حديث: «إن المؤمنين يتعاونون على الفتن»، ولأنه لولا التعاون لذهبت أموال الناس وأنفسهم، لأن قطاع الطريق إذا انفردوا بأخذ مال إنسان لم يعنه غيره، فإنهم يأخذون أموال الكل واحدا واحدا، وكذلك غيرهم<sup>(١)</sup>.

وكذلك الحكم بالنسبة لمن دخل منزلا متلصقا، فلو دفعه صاحبه بالقتل لا ضمان عليه، إذ تعين القتل طريقا لدفع أذاه<sup>(٢)</sup>. ولا يفرق الفقهاء بين ما إذا كان الصائل إنسانا أو حيوانا، حيث لا ضمان عندهم بإتلافهما في تلك الحالة، غير أن الحنفية يقولون إنه يضمن، لأن الاتلاف كان لإحياء نفسه ولمصلحة الدافع، ويصير مثله كما لو اضطر إلي أكل طعام غيره لإحياء نفسه، فإنه يضمنه كذا هنا<sup>(٣)</sup>، لأن الاضطرار لا يبطل حق الغير<sup>(٤)</sup>.

وكذلك لا يفرق الفقهاء بين أن يكون المال المدافع عنه قليلا أو كثيرا، بينما المالكية يشترطون أن يكون المال المعتدي عليه كثيرا لأن المال الصافه، لا يبرر التعدي بما قد يصل إلي حد قتل النفس<sup>(٥)</sup>.

(١) المغني لابن قدامة - ج ٨ ص ٣٣٢، مكتبة الرياض، وحاشية ابن قاسم على الروض المربع - ج ٧ ص ٣٨٦ وما بعدها.

(٢) حاشية ابن قاسم - ج ٧ ص ٣٨٨.

(٣) المبسوط - السرخسي - ج ٢٤ ص ٥٠ وما بعدها.

(٤) المادة ٣٣ من مجلة الأحكام العدلية، راجع: شرح المجلة لسليم رستم - ص ٣٣.

(٥) سبل السلام للصنعاني - ج ٣ ص ٥٠٧.

ثانيا: حالة الضرورة:

٨٣- وتعرف حالة الضرورة بأنها ما ينزل بالإنسان من أمر لا يمكن دفعه إلا بارتكاب محظور<sup>(١)</sup>، حيث تجبز القواعد الفقهية دفع الضرر ولو أدى ذلك إلي إضرار الآخرين، إذا كان الضرر النازل أشد من الضرر الذي يدفع به، وذلك كما في حالة أكل مال الآخرين أو أكل الميتة لدفع الجوع الذي ينذر بالموت، وكما في إتلاف شجر الحرمين وبنايتها وحيواناتها لحاجة القتال والظفر بالأعداء، وكما في هدم الحائط المملوك المائل إلي طريق العامة، دفعا للضرر العام عن المسلمين، وكما في هدم رجال الاطفاء دارا نطعا للحريق، وحفظا لبيوت الآخرين من أن تلتهمها النيران<sup>(٢)</sup>.

ويلاحظ أن دفع الضمان هنا مشروط بأمر الحاكم، فإذا كان بغير إذن الحاكم كما في حالة دفع المخمصة بتناول الآخرين فإنه مضمون، لما هو مقرر من أن الاضطرار لا يبطل حق الغير<sup>(٣)</sup>.

ثالثا: تنفيذ امر واجب الطاعة:

٨٤- وتنفيذ أمر من تجب طاعته مما يسقط الضمان إذا ترتب على تنفيذ الأمر ضرر، وقد اشترط الفقهاء لاسقاط الضمان بتنفيذ أمر من تجب طاعته شرطان: أولهما: أن يكون المأمور به جائز الفعل إذا لا طاعة في الأمور المحرمة. ثانيهما: أن يكون للأمر ولاية شرعية على المأمور<sup>(٤)</sup>.

فإذا توافر هذان الشرطان، انتفى الضمان عن المأمور ولو كان مباشرا لأنه معذور بوجوب طاعة من هو في ولايته، وذلك كالموظف مع رئيسه، والولد مع أبيه وحالته يشق الضمان بالأمر.

(١) في هذا المعنى: د. فوزي فيض الله - المرجع السابق - ص ١٩٧.

(٢) راجع: الأشباه والنظائر للسيوطي - ص ٧٥ وما بعدها، والأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٤٤، وشرح مجلة الأحكام العدلية - ص ٦١.

(٣) المبسوط للسرخسي - ج ٢٧ ص ٢٥، وتكملة الفتح - ج ٩ ص ٢٤٦، وحاشية ابن عابدين على الدر المختار - ج ٥ ص ٣٨٠.

(٤) البغدادي - مجمع الضمانات - ص ١٥٧ وما بعدها.

وكذلك لو افتي المفتي انسانا باتلاف ثم تبين خطؤه، كان الضمان علي المفتي لوجوب طاعته لأنه مبين حكم الله عز وجل<sup>(١)</sup>.

رابعاً: إذن من له ولاية خاصة او عامة:

٨٥- وإذا كان الأمر هو طلب الفعل علي نحو جازم، فإن الإذن هو إطلاق الفعل للمأذون له بإتلاف المال، وهذا الإذن لا يكون سبباً لاسقاط الضمان إلا إذا صدر من صاحب ولاية تجعل إذنه ذا أثر علي رفع أحكام الضمان عن الفاعل، وذلك بالملك، كما في حالة الإذن الصادر من صاحب ولاية خاصة علي الشيء وهو مالكة، فإذا أذن مالك الشيء لشخص بإتلافه فلا ضمان عليه، ويشترط لكي يكون إذن الشيء صالحاً لرابع حكم الضمان شرطان:

٨٦- أولهما: أن يكون الشيء المأذون بإتلافه مملوكاً للإذن، فلو أذن شخص لأخر بإتلاف ملك غيره، فأتلفه ضمنه المأذون له، لأن التصرف في ملك الآخرين بدون إذن منهم لا يجوز<sup>(٢)</sup>، وقد نصت المادة (٩٥) من مجلة الأحكام العدلية علي ذلك بقولها: «الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل»، وقد جاء في شرح تلك المادة: أنه كما لا يجوز التصرف في ملك الغير بدون وكالة منه أو ولاية عليه لا يصح أيضاً الأمر بالتصرف فيه، ويكون الضمان علي المأمور لا علي الأمر، وعلي هذا فلو جاء للدائن بدينه يدفعه إليه، فقال له: القه في البحر ففعل، فإن الدين يهلك علي المديون لا علي الأمر، لأن أمره قد صدر قبل قبضه للدين فيهلك علي المدين، بخلاف ما لو قبضه من المدين، ثم أمره بالقائه في البحر فإنه لا يضمه<sup>(٣)</sup>.

٨٧- ثانيهما: أن يكون الإذن في حدود ما يملكه الإذن، فلو كان الإذن بإتلاف النفس فإنه يضم، لو قال له اقتلني فقتله، ضمن ديته لأن الإذن لا يملك إتلاف نفسه، فلا يجري في هذا الفعل الإذن، لأن الإباحة لا تجري في النفس، ولكن يسقط القصاص عنه لشبهة الإذن<sup>(٤)</sup>، ولو كان الإذن متعلقاً بإتلاف بعض النفس بأن قال له: اقطع يدي

(١) حاشية ابن عابدين علي الدر المختار - ج ٥ ص ١٢٧.

(٢) حاشية ابن عابدين علي الدر المختار - ج ٥ ص ١٢٧.

(٣) شرح مجلة الأحكام العدلية - ص ٦١.

(٤) حاشية ابن عابدين علي الدر المختار - ج ٥ ص ٣٥٢.

نظمتها، فإنه يضم أيضاً، إلا إذا كان القطع للعلاج فإنه لا يضم، فإن كان لغير علاج لا يحل له القطع ولا يبرره الإذن بقطعها<sup>(١)</sup>.

٨٨- وقد يكون الإذن صادراً من له ولاية عامة، وهو الحاكم، ومن المعروف أن الحاكم، ومن المعروف أن للحاكم ولاية عامة علي المسلمين، وهذه الولاية من شأنها أن تجعل تصرفه نافذاً علي من هم تحت ولايته، فلو أن الحاكم قد أذن بإقامة بناء أو انشاء سوق أو طريق أو منتدي وترتب علي إقامته ضرر ما، فإن من أحدث الضرر لا يضم لوجود إذن الحاكم، حيث ينتفي التعدي بوجود الإذن ومن ثم ينتفي الضمان<sup>(٢)</sup>.

ويشترط لانتفاء الضمان في حالة إذن الإمام، أن يكون الإذن غير ضار بالناس لئلا يترتب عليه ضرر، وأذن الحاكم لشخص بإقامة منصة فيه للبيع مما أدى إلي حدوث ضرر فإنه يضم، لأن تصرف الإمام علي الرعية منوط بالمصلحة<sup>(٣)</sup>.

وقد نصت علي ذلك المادة (٥٨) من مجلة الأحكام العدلية بقولها: «التصرف علي الرعية منوط بالمصلحة»، وجاء في شرح تلك المادة: لما كان لإمام المسلمين ولاية علي عموم الرعية في الأمور العامة، كان تصرفه علي الرعية منوطاً بالمصلحة، ولهذا ينبغي أن تكون أوامر السلطان، وأولي الأمر والنهي موافقة لمصالح الرعية لأن السلطان إذا أعطي السلطة من الله - عز وجل -، لأجل صيانة دم عباده ووقاية عرضهم وأموالهم، وما يتفرع علي هذه القاعدة: أن للوالي أن يعطي من طريق المارة أحداً ليبني عليه، إذا كان لا يضر بالعام، فإن كان يضر فليس له ذلك<sup>(٤)</sup>، وفي هذا يقول ابن قدامة: «ليس للإمام أن يأذن فيما يضر بالمسلمين، ولو فعل ذلك، فإن الإمام يضم ما تلف لتعديه بالإذن<sup>(٥)</sup>».

ومن ثم فإن إذن الإمام فيما يتنع إذا ترتب عليه ضرر لا يضم بناءً علي ما هو مقرر من أن: الجواز الشرعي ينافي الضمان.

(١) الرجوع نفسه.

(٢) البسوط للسرخسي - المكان السابق، ومجمع الأنهر - ج ٢ ص ٦٢٥.

(٣) حاشية ابن عابدين - ج ٥ ص ٣٨٠.

(٤) شرح مجلة الأحكام العدلية - ص ٤٣.

(٥) الفتاوى لابن قدامة - ج ٩ ص ٥٦٦.

### الفصل الأول

### تعويض الضرر في فقه القانون

٨٩- إذا وقع العمل غير المشروع مستوفياً أركانه علي نحو ما قرره فقهاء القانون، فإنه ينشأ عنه حق في تعويض الضرر الذي نجم عنه، وهذا التعويض يعين القاضي طريقته ومقداره ويراعي في تقديره مدي ما هناك من ضرر وقت صدور الحكم، ولا يجوز للمضروب أن يجمع بين تعويضين عن الضرر الواحد، ويعالج فقهاء القانون في هذا الصدد موضوعين:

أولهما : طريقة التعويض.

وثانيهما: كيفية تقدير التعويض.

ونخص لكل موضوع مبحثاً

#### المبحث الأول

#### طريقة التعويض عن الضرر

٩٠- فيما يتعلق بتقدير التعويض عن الضرر، تكتلت المادة (١٧١) من التقنين المدني الجديد ببيان ذلك فنصت في فقرتها الأولى علي أنه : يعين القاضي طريقة التعويض تبعاً للظروف، ويصح أن يكون التعويض مقسطاً، كما يصح أن يكون إيراداً مرتباً ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأميناً.

كما نصت في فقرتها الثانية علي أنه: يقدر التعويض بالنقد، ويجوز للقاضي تبعاً للظروف، وبناء علي طلب المضروب أن يأمر باعادة الحالة إلي ما كانت عليه أو أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع علي سبيل التعويض<sup>(١)</sup>.

ويبدو من خلال هذا النص، أن التعويض عن العمل غير المشروع يمكن أن يكون

(١) راجع: مجموعة الأعمال التحضيرية - ج ٢ ص ٣٩٥ وما بعدها.

### الباب الثاني

### كيفية تعويض الضرر المالي وصوره

### في الفقهين الإسلامي والوضعي

وفيه فصلان:

#### الفصل الأول: تعويض الضرر المالي في فقه القانون.

#### الفصل الثاني: تعويض الضرر المالي، كيفيته وصوره في الفقه الإسلامي

١٧١ - ١٧٢ - ١٧٣ - ١٧٤ - ١٧٥ - ١٧٦ - ١٧٧ - ١٧٨ - ١٧٩ - ١٨٠ - ١٨١ - ١٨٢ - ١٨٣ - ١٨٤ - ١٨٥ - ١٨٦ - ١٨٧ - ١٨٨ - ١٨٩ - ١٩٠ - ١٩١ - ١٩٢ - ١٩٣ - ١٩٤ - ١٩٥ - ١٩٦ - ١٩٧ - ١٩٨ - ١٩٩ - ٢٠٠ - ٢٠١ - ٢٠٢ - ٢٠٣ - ٢٠٤ - ٢٠٥ - ٢٠٦ - ٢٠٧ - ٢٠٨ - ٢٠٩ - ٢١٠ - ٢١١ - ٢١٢ - ٢١٣ - ٢١٤ - ٢١٥ - ٢١٦ - ٢١٧ - ٢١٨ - ٢١٩ - ٢٢٠ - ٢٢١ - ٢٢٢ - ٢٢٣ - ٢٢٤ - ٢٢٥ - ٢٢٦ - ٢٢٧ - ٢٢٨ - ٢٢٩ - ٢٣٠ - ٢٣١ - ٢٣٢ - ٢٣٣ - ٢٣٤ - ٢٣٥ - ٢٣٦ - ٢٣٧ - ٢٣٨ - ٢٣٩ - ٢٤٠ - ٢٤١ - ٢٤٢ - ٢٤٣ - ٢٤٤ - ٢٤٥ - ٢٤٦ - ٢٤٧ - ٢٤٨ - ٢٤٩ - ٢٥٠ - ٢٥١ - ٢٥٢ - ٢٥٣ - ٢٥٤ - ٢٥٥ - ٢٥٦ - ٢٥٧ - ٢٥٨ - ٢٥٩ - ٢٦٠ - ٢٦١ - ٢٦٢ - ٢٦٣ - ٢٦٤ - ٢٦٥ - ٢٦٦ - ٢٦٧ - ٢٦٨ - ٢٦٩ - ٢٧٠ - ٢٧١ - ٢٧٢ - ٢٧٣ - ٢٧٤ - ٢٧٥ - ٢٧٦ - ٢٧٧ - ٢٧٨ - ٢٧٩ - ٢٨٠ - ٢٨١ - ٢٨٢ - ٢٨٣ - ٢٨٤ - ٢٨٥ - ٢٨٦ - ٢٨٧ - ٢٨٨ - ٢٨٩ - ٢٩٠ - ٢٩١ - ٢٩٢ - ٢٩٣ - ٢٩٤ - ٢٩٥ - ٢٩٦ - ٢٩٧ - ٢٩٨ - ٢٩٩ - ٣٠٠ - ٣٠١ - ٣٠٢ - ٣٠٣ - ٣٠٤ - ٣٠٥ - ٣٠٦ - ٣٠٧ - ٣٠٨ - ٣٠٩ - ٣١٠ - ٣١١ - ٣١٢ - ٣١٣ - ٣١٤ - ٣١٥ - ٣١٦ - ٣١٧ - ٣١٨ - ٣١٩ - ٣٢٠ - ٣٢١ - ٣٢٢ - ٣٢٣ - ٣٢٤ - ٣٢٥ - ٣٢٦ - ٣٢٧ - ٣٢٨ - ٣٢٩ - ٣٣٠ - ٣٣١ - ٣٣٢ - ٣٣٣ - ٣٣٤ - ٣٣٥ - ٣٣٦ - ٣٣٧ - ٣٣٨ - ٣٣٩ - ٣٤٠ - ٣٤١ - ٣٤٢ - ٣٤٣ - ٣٤٤ - ٣٤٥ - ٣٤٦ - ٣٤٧ - ٣٤٨ - ٣٤٩ - ٣٥٠ - ٣٥١ - ٣٥٢ - ٣٥٣ - ٣٥٤ - ٣٥٥ - ٣٥٦ - ٣٥٧ - ٣٥٨ - ٣٥٩ - ٣٦٠ - ٣٦١ - ٣٦٢ - ٣٦٣ - ٣٦٤ - ٣٦٥ - ٣٦٦ - ٣٦٧ - ٣٦٨ - ٣٦٩ - ٣٧٠ - ٣٧١ - ٣٧٢ - ٣٧٣ - ٣٧٤ - ٣٧٥ - ٣٧٦ - ٣٧٧ - ٣٧٨ - ٣٧٩ - ٣٨٠ - ٣٨١ - ٣٨٢ - ٣٨٣ - ٣٨٤ - ٣٨٥ - ٣٨٦ - ٣٨٧ - ٣٨٨ - ٣٨٩ - ٣٩٠ - ٣٩١ - ٣٩٢ - ٣٩٣ - ٣٩٤ - ٣٩٥ - ٣٩٦ - ٣٩٧ - ٣٩٨ - ٣٩٩ - ٤٠٠ - ٤٠١ - ٤٠٢ - ٤٠٣ - ٤٠٤ - ٤٠٥ - ٤٠٦ - ٤٠٧ - ٤٠٨ - ٤٠٩ - ٤١٠ - ٤١١ - ٤١٢ - ٤١٣ - ٤١٤ - ٤١٥ - ٤١٦ - ٤١٧ - ٤١٨ - ٤١٩ - ٤٢٠ - ٤٢١ - ٤٢٢ - ٤٢٣ - ٤٢٤ - ٤٢٥ - ٤٢٦ - ٤٢٧ - ٤٢٨ - ٤٢٩ - ٤٣٠ - ٤٣١ - ٤٣٢ - ٤٣٣ - ٤٣٤ - ٤٣٥ - ٤٣٦ - ٤٣٧ - ٤٣٨ - ٤٣٩ - ٤٤٠ - ٤٤١ - ٤٤٢ - ٤٤٣ - ٤٤٤ - ٤٤٥ - ٤٤٦ - ٤٤٧ - ٤٤٨ - ٤٤٩ - ٤٥٠ - ٤٥١ - ٤٥٢ - ٤٥٣ - ٤٥٤ - ٤٥٥ - ٤٥٦ - ٤٥٧ - ٤٥٨ - ٤٥٩ - ٤٦٠ - ٤٦١ - ٤٦٢ - ٤٦٣ - ٤٦٤ - ٤٦٥ - ٤٦٦ - ٤٦٧ - ٤٦٨ - ٤٦٩ - ٤٧٠ - ٤٧١ - ٤٧٢ - ٤٧٣ - ٤٧٤ - ٤٧٥ - ٤٧٦ - ٤٧٧ - ٤٧٨ - ٤٧٩ - ٤٨٠ - ٤٨١ - ٤٨٢ - ٤٨٣ - ٤٨٤ - ٤٨٥ - ٤٨٦ - ٤٨٧ - ٤٨٨ - ٤٨٩ - ٤٩٠ - ٤٩١ - ٤٩٢ - ٤٩٣ - ٤٩٤ - ٤٩٥ - ٤٩٦ - ٤٩٧ - ٤٩٨ - ٤٩٩ - ٥٠٠ - ٥٠١ - ٥٠٢ - ٥٠٣ - ٥٠٤ - ٥٠٥ - ٥٠٦ - ٥٠٧ - ٥٠٨ - ٥٠٩ - ٥١٠ - ٥١١ - ٥١٢ - ٥١٣ - ٥١٤ - ٥١٥ - ٥١٦ - ٥١٧ - ٥١٨ - ٥١٩ - ٥٢٠ - ٥٢١ - ٥٢٢ - ٥٢٣ - ٥٢٤ - ٥٢٥ - ٥٢٦ - ٥٢٧ - ٥٢٨ - ٥٢٩ - ٥٣٠ - ٥٣١ - ٥٣٢ - ٥٣٣ - ٥٣٤ - ٥٣٥ - ٥٣٦ - ٥٣٧ - ٥٣٨ - ٥٣٩ - ٥٤٠ - ٥٤١ - ٥٤٢ - ٥٤٣ - ٥٤٤ - ٥٤٥ - ٥٤٦ - ٥٤٧ - ٥٤٨ - ٥٤٩ - ٥٥٠ - ٥٥١ - ٥٥٢ - ٥٥٣ - ٥٥٤ - ٥٥٥ - ٥٥٦ - ٥٥٧ - ٥٥٨ - ٥٥٩ - ٥٦٠ - ٥٦١ - ٥٦٢ - ٥٦٣ - ٥٦٤ - ٥٦٥ - ٥٦٦ - ٥٦٧ - ٥٦٨ - ٥٦٩ - ٥٧٠ - ٥٧١ - ٥٧٢ - ٥٧٣ - ٥٧٤ - ٥٧٥ - ٥٧٦ - ٥٧٧ - ٥٧٨ - ٥٧٩ - ٥٨٠ - ٥٨١ - ٥٨٢ - ٥٨٣ - ٥٨٤ - ٥٨٥ - ٥٨٦ - ٥٨٧ - ٥٨٨ - ٥٨٩ - ٥٩٠ - ٥٩١ - ٥٩٢ - ٥٩٣ - ٥٩٤ - ٥٩٥ - ٥٩٦ - ٥٩٧ - ٥٩٨ - ٥٩٩ - ٦٠٠ - ٦٠١ - ٦٠٢ - ٦٠٣ - ٦٠٤ - ٦٠٥ - ٦٠٦ - ٦٠٧ - ٦٠٨ - ٦٠٩ - ٦١٠ - ٦١١ - ٦١٢ - ٦١٣ - ٦١٤ - ٦١٥ - ٦١٦ - ٦١٧ - ٦١٨ - ٦١٩ - ٦٢٠ - ٦٢١ - ٦٢٢ - ٦٢٣ - ٦٢٤ - ٦٢٥ - ٦٢٦ - ٦٢٧ - ٦٢٨ - ٦٢٩ - ٦٣٠ - ٦٣١ - ٦٣٢ - ٦٣٣ - ٦٣٤ - ٦٣٥ - ٦٣٦ - ٦٣٧ - ٦٣٨ - ٦٣٩ - ٦٤٠ - ٦٤١ - ٦٤٢ - ٦٤٣ - ٦٤٤ - ٦٤٥ - ٦٤٦ - ٦٤٧ - ٦٤٨ - ٦٤٩ - ٦٥٠ - ٦٥١ - ٦٥٢ - ٦٥٣ - ٦٥٤ - ٦٥٥ - ٦٥٦ - ٦٥٧ - ٦٥٨ - ٦٥٩ - ٦٦٠ - ٦٦١ - ٦٦٢ - ٦٦٣ - ٦٦٤ - ٦٦٥ - ٦٦٦ - ٦٦٧ - ٦٦٨ - ٦٦٩ - ٦٧٠ - ٦٧١ - ٦٧٢ - ٦٧٣ - ٦٧٤ - ٦٧٥ - ٦٧٦ - ٦٧٧ - ٦٧٨ - ٦٧٩ - ٦٨٠ - ٦٨١ - ٦٨٢ - ٦٨٣ - ٦٨٤ - ٦٨٥ - ٦٨٦ - ٦٨٧ - ٦٨٨ - ٦٨٩ - ٦٩٠ - ٦٩١ - ٦٩٢ - ٦٩٣ - ٦٩٤ - ٦٩٥ - ٦٩٦ - ٦٩٧ - ٦٩٨ - ٦٩٩ - ٧٠٠ - ٧٠١ - ٧٠٢ - ٧٠٣ - ٧٠٤ - ٧٠٥ - ٧٠٦ - ٧٠٧ - ٧٠٨ - ٧٠٩ - ٧١٠ - ٧١١ - ٧١٢ - ٧١٣ - ٧١٤ - ٧١٥ - ٧١٦ - ٧١٧ - ٧١٨ - ٧١٩ - ٧٢٠ - ٧٢١ - ٧٢٢ - ٧٢٣ - ٧٢٤ - ٧٢٥ - ٧٢٦ - ٧٢٧ - ٧٢٨ - ٧٢٩ - ٧٣٠ - ٧٣١ - ٧٣٢ - ٧٣٣ - ٧٣٤ - ٧٣٥ - ٧٣٦ - ٧٣٧ - ٧٣٨ - ٧٣٩ - ٧٤٠ - ٧٤١ - ٧٤٢ - ٧٤٣ - ٧٤٤ - ٧٤٥ - ٧٤٦ - ٧٤٧ - ٧٤٨ - ٧٤٩ - ٧٥٠ - ٧٥١ - ٧٥٢ - ٧٥٣ - ٧٥٤ - ٧٥٥ - ٧٥٦ - ٧٥٧ - ٧٥٨ - ٧٥٩ - ٧٦٠ - ٧٦١ - ٧٦٢ - ٧٦٣ - ٧٦٤ - ٧٦٥ - ٧٦٦ - ٧٦٧ - ٧٦٨ - ٧٦٩ - ٧٧٠ - ٧٧١ - ٧٧٢ - ٧٧٣ - ٧٧٤ - ٧٧٥ - ٧٧٦ - ٧٧٧ - ٧٧٨ - ٧٧٩ - ٧٨٠ - ٧٨١ - ٧٨٢ - ٧٨٣ - ٧٨٤ - ٧٨٥ - ٧٨٦ - ٧٨٧ - ٧٨٨ - ٧٨٩ - ٧٩٠ - ٧٩١ - ٧٩٢ - ٧٩٣ - ٧٩٤ - ٧٩٥ - ٧٩٦ - ٧٩٧ - ٧٩٨ - ٧٩٩ - ٨٠٠ - ٨٠١ - ٨٠٢ - ٨٠٣ - ٨٠٤ - ٨٠٥ - ٨٠٦ - ٨٠٧ - ٨٠٨ - ٨٠٩ - ٨١٠ - ٨١١ - ٨١٢ - ٨١٣ - ٨١٤ - ٨١٥ - ٨١٦ - ٨١٧ - ٨١٨ - ٨١٩ - ٨٢٠ - ٨٢١ - ٨٢٢ - ٨٢٣ - ٨٢٤ - ٨٢٥ - ٨٢٦ - ٨٢٧ - ٨٢٨ - ٨٢٩ - ٨٣٠ - ٨٣١ - ٨٣٢ - ٨٣٣ - ٨٣٤ - ٨٣٥ - ٨٣٦ - ٨٣٧ - ٨٣٨ - ٨٣٩ - ٨٤٠ - ٨٤١ - ٨٤٢ - ٨٤٣ - ٨٤٤ - ٨٤٥ - ٨٤٦ - ٨٤٧ - ٨٤٨ - ٨٤٩ - ٨٥٠ - ٨٥١ - ٨٥٢ - ٨٥٣ - ٨٥٤ - ٨٥٥ - ٨٥٦ - ٨٥٧ - ٨٥٨ - ٨٥٩ - ٨٦٠ - ٨٦١ - ٨٦٢ - ٨٦٣ - ٨٦٤ - ٨٦٥ - ٨٦٦ - ٨٦٧ - ٨٦٨ - ٨٦٩ - ٨٧٠ - ٨٧١ - ٨٧٢ - ٨٧٣ - ٨٧٤ - ٨٧٥ - ٨٧٦ - ٨٧٧ - ٨٧٨ - ٨٧٩ - ٨٨٠ - ٨٨١ - ٨٨٢ - ٨٨٣ - ٨٨٤ - ٨٨٥ - ٨٨٦ - ٨٨٧ - ٨٨٨ - ٨٨٩ - ٨٩٠ - ٨٩١ - ٨٩٢ - ٨٩٣ - ٨٩٤ - ٨٩٥ - ٨٩٦ - ٨٩٧ - ٨٩٨ - ٨٩٩ - ٩٠٠ - ٩٠١ - ٩٠٢ - ٩٠٣ - ٩٠٤ - ٩٠٥ - ٩٠٦ - ٩٠٧ - ٩٠٨ - ٩٠٩ - ٩١٠ - ٩١١ - ٩١٢ - ٩١٣ - ٩١٤ - ٩١٥ - ٩١٦ - ٩١٧ - ٩١٨ - ٩١٩ - ٩٢٠ - ٩٢١ - ٩٢٢ - ٩٢٣ - ٩٢٤ - ٩٢٥ - ٩٢٦ - ٩٢٧ - ٩٢٨ - ٩٢٩ - ٩٣٠ - ٩٣١ - ٩٣٢ - ٩٣٣ - ٩٣٤ - ٩٣٥ - ٩٣٦ - ٩٣٧ - ٩٣٨ - ٩٣٩ - ٩٤٠ - ٩٤١ - ٩٤٢ - ٩٤٣ - ٩٤٤ - ٩٤٥ - ٩٤٦ - ٩٤٧ - ٩٤٨ - ٩٤٩ - ٩٥٠ - ٩٥١ - ٩٥٢ - ٩٥٣ - ٩٥٤ - ٩٥٥ - ٩٥٦ - ٩٥٧ - ٩٥٨ - ٩٥٩ - ٩٦٠ - ٩٦١ - ٩٦٢ - ٩٦٣ - ٩٦٤ - ٩٦٥ - ٩٦٦ - ٩٦٧ - ٩٦٨ - ٩٦٩ - ٩٧٠ - ٩٧١ - ٩٧٢ - ٩٧٣ - ٩٧٤ - ٩٧٥ - ٩٧٦ - ٩٧٧ - ٩٧٨ - ٩٧٩ - ٩٨٠ - ٩٨١ - ٩٨٢ - ٩٨٣ - ٩٨٤ - ٩٨٥ - ٩٨٦ - ٩٨٧ - ٩٨٨ - ٩٨٩ - ٩٩٠ - ٩٩١ - ٩٩٢ - ٩٩٣ - ٩٩٤ - ٩٩٥ - ٩٩٦ - ٩٩٧ - ٩٩٨ - ٩٩٩ - ١٠٠٠ - ١٠٠١ - ١٠٠٢ - ١٠٠٣ - ١٠٠٤ - ١٠٠٥ - ١٠٠٦ - ١٠٠٧ - ١٠٠٨ - ١٠٠٩ - ١٠١٠ - ١٠١١ - ١٠١٢ - ١٠١٣ - ١٠١٤ - ١٠١٥ - ١٠١٦ - ١٠١٧ - ١٠١٨ - ١٠١٩ - ١٠٢٠ - ١٠٢١ - ١٠٢٢ - ١٠٢٣ - ١٠٢٤ - ١٠٢٥ - ١٠٢٦ - ١٠٢٧ - ١٠٢٨ - ١٠٢٩ - ١٠٣٠ - ١٠٣١ - ١٠٣٢ - ١٠٣٣ - ١٠٣٤ - ١٠٣٥ - ١٠٣٦ - ١٠٣٧ - ١٠٣٨ - ١٠٣٩ - ١٠٤٠ - ١٠٤١ - ١٠٤٢ - ١٠٤٣ - ١٠٤٤ - ١٠٤٥ - ١٠٤٦ - ١٠٤٧ - ١٠٤٨ - ١٠٤٩ - ١٠٥٠ - ١٠٥١ - ١٠٥٢ - ١٠٥٣ - ١٠٥٤ - ١٠٥٥ - ١٠٥٦ - ١٠٥٧ - ١٠٥٨ - ١٠٥٩ - ١٠٦٠ - ١٠٦١ - ١٠٦٢ - ١٠٦٣ - ١٠٦٤ - ١٠٦٥ - ١٠٦٦ - ١٠٦٧ - ١٠٦٨ - ١٠٦٩ - ١٠٧٠ - ١٠٧١ - ١٠٧٢ - ١٠٧٣ - ١٠٧٤ - ١٠٧٥ - ١٠٧٦ - ١٠٧٧ - ١٠٧٨ - ١٠٧٩ - ١٠٨٠ - ١٠٨١ - ١٠٨٢ - ١٠٨٣ - ١٠٨٤ - ١٠٨٥ - ١٠٨٦ - ١٠٨٧ - ١٠٨٨ - ١٠٨٩ - ١٠٩٠ - ١٠٩١ - ١٠٩٢ - ١٠٩٣ - ١٠٩٤ - ١٠٩٥ - ١٠٩٦ - ١٠٩٧ - ١٠٩٨ - ١٠٩٩ - ١١٠٠ - ١١٠١ - ١١٠٢ - ١١٠٣ - ١١٠٤ - ١١٠٥ - ١١٠٦ - ١١٠٧ - ١١٠٨ - ١١٠٩ - ١١١٠ - ١١١١ - ١١١٢ - ١١١٣ - ١١١٤ - ١١١٥ - ١١١٦ - ١١١٧ - ١١١٨ - ١١١٩ - ١١٢٠ - ١١٢١ - ١١٢٢ - ١١٢٣ - ١١٢٤ - ١١٢٥ - ١١٢٦ - ١١٢٧ - ١١٢٨ - ١١٢٩ - ١١٣٠ - ١١٣١ - ١١٣٢ - ١١٣٣ - ١١٣٤ - ١١٣٥ - ١١٣٦ - ١١٣٧ - ١١٣٨ - ١١٣٩ - ١١٤٠ - ١١٤١ - ١١٤٢ - ١١٤٣ - ١١٤٤ - ١١٤٥ - ١١٤٦ - ١١٤٧ - ١١٤٨ - ١١٤٩ - ١١٥٠ - ١١٥١ - ١١٥٢ - ١١٥٣ - ١١٥٤ - ١١٥٥ - ١١٥٦ - ١١٥٧ - ١١٥٨ - ١١٥٩ - ١١٦٠ - ١١٦١ - ١١٦٢ - ١١٦٣ - ١١٦٤ - ١١٦٥ - ١١٦٦ - ١١٦٧ - ١١٦٨ - ١١٦٩ - ١١٧٠ - ١١٧١ - ١١٧٢ - ١١٧٣ - ١١٧٤ - ١١٧٥ - ١١٧٦ - ١١٧٧ - ١١٧٨ - ١١٧٩ - ١١٨٠ - ١١٨١ - ١١٨٢ - ١١٨٣ - ١١٨٤ - ١١٨٥ - ١١٨٦ - ١١٨٧ - ١١٨٨ - ١١٨٩ - ١١٩٠ - ١١٩١ - ١١٩٢ - ١١٩٣ - ١١٩٤ - ١١٩٥ - ١١٩٦ - ١١٩٧ - ١١٩٨ - ١١٩٩ - ١٢٠٠ - ١٢٠١ - ١٢٠٢ - ١٢٠٣ - ١٢٠٤ - ١٢٠٥ - ١٢٠٦ - ١٢٠٧ - ١٢٠٨ - ١٢٠٩ - ١٢١٠ - ١٢١١ - ١٢١٢ - ١٢١٣ - ١٢١٤ - ١٢١٥ - ١٢١٦ - ١٢١٧ - ١٢١٨ - ١٢١٩ - ١٢٢٠ - ١٢٢١ - ١٢٢٢ - ١٢٢٣ - ١٢٢٤ - ١٢٢٥ - ١٢٢٦ - ١٢٢٧ - ١٢٢٨ - ١٢٢٩ - ١٢٣٠ - ١٢٣١ - ١٢٣٢ - ١٢٣٣ - ١٢٣٤ - ١٢٣٥ - ١٢٣٦ - ١٢٣٧ - ١٢٣٨ - ١٢٣٩ - ١٢٤٠ - ١٢٤١ - ١٢٤٢ - ١٢٤٣ - ١٢٤٤ - ١٢٤٥ - ١٢٤٦ - ١٢٤٧ - ١٢٤٨ - ١٢٤٩ - ١٢٥٠ - ١٢٥١ - ١٢٥٢ - ١٢٥٣ - ١٢٥٤ - ١٢٥٥ - ١٢٥٦ - ١٢٥٧ - ١٢٥٨ - ١٢٥٩ - ١٢٦٠ - ١٢٦١ - ١٢٦٢ - ١٢٦٣ - ١٢٦٤ - ١٢٦٥ - ١٢٦٦ - ١٢٦٧ - ١٢٦٨ - ١٢٦٩ - ١٢٧٠ - ١٢٧١ - ١٢٧٢ - ١٢٧٣ - ١٢٧٤ - ١٢٧٥ - ١٢٧٦ - ١٢٧٧ - ١٢٧٨ - ١٢٧٩ - ١٢٨٠ - ١٢٨١ - ١٢٨٢ - ١٢٨٣ - ١٢٨٤ - ١٢٨٥ - ١٢٨٦ - ١٢٨٧ - ١٢٨٨ - ١٢٨٩ - ١٢٩٠ - ١٢٩١ - ١٢٩٢ - ١٢٩٣ - ١٢٩٤ - ١٢٩٥ - ١٢٩٦ - ١٢٩٧ - ١٢٩٨ - ١٢٩٩ - ١٣٠٠ - ١٣٠١ - ١٣٠٢ - ١٣٠٣ - ١٣٠٤ - ١٣٠٥ - ١٣٠٦ - ١٣٠٧ - ١٣٠٨ - ١٣٠٩ - ١٣١٠ - ١٣١١ - ١٣١٢ - ١٣١٣ - ١٣١٤ - ١٣١٥ - ١٣١٦ - ١٣١٧ - ١٣١٨ - ١٣١٩ - ١٣٢٠ - ١٣٢١ - ١٣٢٢ - ١٣٢٣ - ١٣٢٤ - ١٣٢٥ - ١٣٢٦ - ١٣٢٧ - ١٣٢٨ - ١٣٢٩ - ١٣٣٠ - ١٣٣١ - ١٣٣٢ - ١٣٣٣ - ١٣٣٤ - ١٣٣٥ - ١٣٣٦ - ١٣٣٧ - ١٣٣٨ - ١٣٣٩ - ١٣٤٠ - ١٣٤١ - ١٣٤٢ - ١٣٤٣ - ١٣٤٤ - ١٣٤٥ - ١٣٤٦ - ١٣٤٧ - ١٣٤٨ - ١٣٤٩ - ١٣٥٠ - ١٣٥١ - ١٣٥٢ - ١٣٥٣ - ١٣٥٤ - ١٣٥٥ - ١٣٥٦ - ١٣٥٧ - ١٣٥٨ - ١٣٥٩ - ١٣٦٠ - ١٣٦١ - ١٣٦٢ - ١٣٦٣ - ١٣٦٤ - ١٣٦٥ - ١٣٦٦ - ١٣٦٧ - ١٣٦٨ - ١٣٦٩ - ١٣٧٠ - ١٣٧١ - ١٣٧٢ - ١٣٧٣ - ١٣٧٤ - ١٣٧٥ - ١٣٧٦ - ١٣٧٧ - ١٣٧٨ - ١٣٧٩ - ١٣٨٠ - ١٣٨١ - ١٣٨٢ - ١٣٨٣ - ١٣٨٤ - ١٣٨٥ - ١٣٨٦ - ١٣٨٧ - ١٣٨٨ - ١٣٨٩ - ١٣٩٠ - ١٣٩١ - ١٣٩٢ - ١٣٩٣ - ١٣٩٤ - ١٣٩٥ - ١٣٩٦ - ١٣٩٧ - ١٣٩٨ - ١٣٩٩ - ١٤٠٠ - ١٤٠١ - ١٤٠٢ - ١٤٠٣ - ١٤٠٤ - ١٤٠٥ - ١٤٠٦ - ١٤٠٧ - ١٤٠٨ - ١٤٠٩ - ١٤١٠ - ١٤١١ - ١٤١٢ - ١٤١٣ - ١٤١٤ - ١٤١٥ - ١٤١٦ - ١٤١٧ - ١٤١٨ - ١٤١٩ - ١٤٢٠ - ١٤٢١ - ١٤٢٢ - ١٤٢٣ - ١٤٢٤ - ١٤٢٥ - ١٤٢٦ - ١٤٢٧ - ١٤٢٨ - ١٤٢٩ - ١٤٣٠ - ١٤٣١ - ١٤٣٢ - ١٤٣٣ - ١٤٣٤ - ١٤٣٥ - ١٤٣٦ - ١٤٣٧ - ١٤٣٨ - ١٤٣٩ - ١٤٤٠ - ١٤٤١ - ١٤٤٢ - ١٤٤٣ - ١٤٤٤ - ١٤٤٥ - ١٤٤٦ - ١٤٤٧ - ١٤٤٨ - ١٤٤٩ - ١٤٥٠ - ١٤٥١ - ١٤٥٢ - ١٤٥٣ - ١٤

تعويضاً عينياً، أو تعويضاً بمقابل، والأخير قد يكون نقدياً وقد يكون غير نقدي (١).

### ١- التنفيذ العيني:

٩١- وهو الذي يتخذ التعويض فيه شكل التنفيذ العيني، أو الوفاء بالالتزام عينياً، وكثيراً ما يقع هذا في الالتزامات العقدية (٢)، أما في المسؤولية غير العقدية فيمكن كذلك في قليل من الفروض أن يجبر المدين علي التنفيذ العيني، ذلك أن المدين في المسؤولية التقصيرية قد أخل بالتزامه القانوني من عدم الإضرار بالغير دون حق، وقد يتخذ الإخلال بهذا الالتزام صورة القيام بعمل تمكن إزالته ومحو أثره، كما لو بني شخص حائطاً في ملكه ليسد علي جاره الضوء والهواء تعسفاً منه ففي هذه الحالة يكون الباني مسئولاً مسؤولية تقصيرية نحو الجار بتعويض ما أحدثه من الضرر، ويجوز هنا أن يكون التعويض عينياً بهدم الحائط علي حساب الباني، أو عن طريق التهديد المالي، وهذا ما يفهم مما نصت عليه المادة (١٧١) بقولها: «علي أنه يجوز للقاضي تبعاً للظروف وبناء علي طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحالة إلي ما كانت عليه»، فالقاضي كما يفهم من النص ليس ملزماً أن يحكم بالتنفيذ العيني، ولكن يتعين عليه أن يقضي به إذا كان ممكناً، وطالب به الدائن أو تقدم به المدين (٣).

### ٢- التعويض بمقابل غير نقدي:

٩٢- وفي الكثرة الغالبة من الأحوال يتعذر التنفيذ العيني في المسؤولية التقصيرية، فلا يبقى أمام القاضي إلا أن يحكم بالتعويض، وليس من الضروري أن يكون التعويض نقداً وإن كان هذا هو الغالب، فيجوز للقاضي في حالة ما إذا هدم صاحب السفل سفله دون حق وامتنع عن إعادة بنائه، أن يأمر ببيع السفل لمن يتعهد ببنائه (مادة ٨٦٠ فقرة أولي) وفي دعاوي السب والقذف، يجوز للقاضي أن يأمر علي

سبيل التعويض بنشر الحكم القاضي بإدانة المدعي عليه في الصحف، وهذا النشر يعتبر تعويضاً غير نقدي عن الضرر الأدبي الذي أصاب المدعي عليه، وهذا بعض ما عنته المادة (١٧١) من القانون المدني الجديد المشار إليها (١).

### التعويض بمقابل نقدي:

٩٣- وهذا هو التعويض الذي يغلب الحكم به في دعاوي المسؤولية التقصيرية، فإن كل ضرر يمكن تقويمه بالنقد، ففي جميع الأحوال التي يتعذر فيها التنفيذ العيني ولا يري القاضي فيها سبيلاً إلي تعويض غير نقدي، يحكم بتعويض نقدي، وهذا ما خوله له النص أصلاً، حيث تنص الفقرة الثانية من المادة (١٧١) من التقنين المدني الجديد، علي أنه: «يقدر التعويض بالنقد».

والأصل أن يكون التعويض النقدي مبلغاً معيناً يعطي دفعة واحدة، ولكن ليس هناك ما يمنع القاضي من الحكم بتعويض نقدي مقسط أو بإيراد مرتب مدي الحياة، ويصح في هذا الخصوص أن يحكم القاضي علي المستول بدفع مبلغ إلي شخص ثالث أو شركة تأمين مثلاً علي أن تقوم الشركة بدفع الأقساط أو الأيراد أو المرتب للمضرور (٢)، ولما كان المستول هو المدين بهذا التعويض المقسط أو بهذا الأيراد المرتب، وكان الدين المرتب في ذمته يبقى مدداً قد تطول فقد يري القاضي أن يلزمه بتأمين، وهذا ما تقضي به الفقرة الأولى من المادة (١٧١) مدني، المشار إليها، وإذا لم يتيسر ذلك فلا مناص أمام القاضي من الحكم بمبلغ معين من المال يعطيه المستول للمضرور دفعة واحدة (٣).

(١) د. السنهوري - الوسيط - ج ١ ص ٩٦٧، د. الصدة - السابق - ص ٦٢٤، د. عبد المحي حجازي - السابق ص ٥٠٧ ويلاحظ أن المادة (١٣٦) من قانون الموجبات والعقود اللبناني تنص علي هذا النوع من التعويض بقولها: «يمكن أن يكون علي الخصوص بطريقة النشر في الجرائد» وراجع في ذلك كتابنا: الضرر الأدبي ومدى ضمانه في الفقه الإسلامي والقانون - دار النهضة العربية ١٩٩١م.

(٢) د. محمد ليبب شنب - المرجع السابق ص ١١١، د. عيد النعم الصدة - المرجع السابق - ص ٦٢٥.

(٣) د. السنهوري - السابق - ص ٩٦٨.

(١) السنهوري - الوسيط ج ١ ص ٩٦٦، د. مصطفى مرعي - المسؤولية المدنية - فقرة ٣٣٣ وما بعدها، د. أحمد حشمت أبو ستيت - نظرية الالتزام - فقرة ٣٤٥ وما بعدها، د. سليمان مرقس - الفعل الضار - فقرة ٥٥ وما بعدها، ود. عبد المحي حجازي - النظرية العامة للالتزام - ج ٢ ص ٥٠٦ مطبعة نهضة مصر بالجيزة سنة ١٩٥٤م.

(٢) السنهوري - المكان السابق.

(٣) د. عيد النعم الصدة - المرجع السابق - ص ٦٢٥.

## المبحث الثاني

### كيفية تقدير التعويض

٩٤- أما فيما يتعلق بكيفية تقدير التعويض في المسؤولية التقصيرية، فإن المادة (١٧٠) من التقنين المدني المصري، قد نصت علي أنه : « يقدر القاضي مدي التعويض عن الضرر الذي لحق المضرور طبقاً لأحكام المادتين (٢٢١، ٢٢٢) من التقنين المدني المصري، مراعيًا في ذلك الظروف الملائسة، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يعين مدي التعويض تعييناً نهائياً، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير<sup>(١)</sup>»، ويبدو من خلال هذا النص أن التعويض إنما يكون عن الضرر المباشر بالشروط التي رأيناها عند الكلام في ركن الضرر، والتي تتمثل في أن يكون الضرر إخلالاً بحق أو بمصلحة مالية للمضرور، وأن يكون الضرر محققاً، وحالته فإن التعويض سيكون عما لحق المضرور من خسارة وما فاتته من كسب، وفقاً لما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة (٢٢١) من التقنين المدني، فلو أن شخصاً أتلف ماله لغيره قيمته خمسمائة، وكان صاحب المال بصدد بيعه بريح قدره مائة، فإن التعويض يشمل الخمسمائة، وهي مقدار الخسارة التي لحقته، كما يشمل المائة التي تتمثل في مقدار ما فاتته من كسب، كما يشمل التعويض في المسؤولية التقصيرية، كل الضرر المباشر، متوقفاً كان أو غير متوقع، فلو أن شخصاً ضرب آخر ضربة، ما كان يتوقع أن تحدث أكثر من مجرد الإيلام، ولكن الضربة افضت إلي الموت، فإن الموت يجب التعويض عنه رغم أنه لم يكن متوقفاً، وهذا علي خلاف الحكم في المسؤولية العقدية، حيث يكون التعويض عن الضرر المباشر المتوقع فحسب، وذلك فيما عدا حالاتي الغش والخطأ الجسيم، وفقاً لما تنص عليه المادة (٢٢١) فقرة ٢ من التقنين المدني<sup>(٢)</sup>.

(١) راجع في تاريخ هذا النص: مجموعة الأعمال التحضيرية - ج ٢ ص ٣٩٠ وما بعدها.  
 (٢) د. عبد المنعم الصده - نفس المرجع ص ٦٢٦ وما بعدها، الوسيط للسنهوري - ج ١ ص ٩٧٠ - فقرة ٦٤٧، وقد قضت محكمة النقض في حكم لها بتاريخ ١٩٧١/٢/٤م في الطعن رقم ٣٥٥ لسنة ٣٦م - مجموعة أحكام النقض س ٢٢ ص ١٧٢ حيث قالت: « نص المادة ٢٢١ من القانون المدني مفاده: أن يشتمل التعويض مالحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام ».

٩٥- وقد اختلفت الآراء في تفسير هذه الزيادة في التعويض التي يحملها المدين في المسؤولية العقدية بمناسبة الغش الذي اقترن به الفعل الضار، أو الخطأ الجسيم، فذهب رأي في الفقه إلي أن الزيادة إنما هي جزء الغش، إذ أن الغش من شأنه الإخلال بالتنفيذ بحسن نية وهو شرط يتضمنه كل عقد، بينما الخطأ اليسير ليس سوي خطأ في التنفيذ بطريقة معينة<sup>(١)</sup>.

وذهب رأي آخر في الفقه إلي أن المدين الذي يرتكب غشاً يبتعد عن دائرة التعاقد ويدخل في نطاق المسؤولية التقصيرية، حيث لا يجوز الاتفاق علي تحديد التعويض<sup>(٢)</sup>.

ويري بعض الفقهاء إن إرادة الطرفين هي التي تحدد مدي المسؤولية العقدية، وقد افترض القانون أن هذه الإرادة قد انصرفت إلي جعل المسؤولية عن الضرر قاصرة علي الغتار الذي يتوقعه المدين، فهذا هو الذي يمكن افتراضه علي نحو معقول لأن المدين قد ارتضاه، ويكون هذا الافتراض المعقول بمثابة شرط اتفاقي لقصر التعويض علي الضرر المتوقع، وفي حالة الغش والخطأ الجسيم يبطل هذا الشرط الذي يعدل مقدار المسؤولية وينظم المدين عندئذ بتعويض الضرر أيا كان متوقفاً أو غير متوقع، بينما يري البعض أنه أشبه بنوع من العقوبة الخاصة أو يقوم علي فكرة الوظيفة الرادعة التي يكتسبها التعويض بسبب جسامه الخطأ<sup>(٣)</sup>.

والذي يترجع في نظرنا أنه أشبه بنوع من العقاب الذي يتواءم مع طبيعة الغش والخطأ الجسيم، حيث أنهما يمثلان خطأ زائداً علي الخطأ العقدي، فلزم أن يكون لهما ما يقابل لهما في حكم المسؤولية، ومن ثم يترجع لدينا أن الزيادة أشبه بنوع عقوبة خاصة.

ووفقاً لما تنص عليه المادة (٢٧٩) من التقنين المدني المصري فإن القاضي يراعي

(١) د. محمد إبراهيم دسوقي - تقدير التعويض بين الخطأ والضرر - ص ٤٤٧ - مؤسسة الثقافة الجامعية للطبع والنشر.  
 (٢) د. سليمان مرقس - مصادر الالتزام - فقرة ٢٦٤ - طبعة ١٩٦٤م، د. حسين عامر - المسؤولية المدنية - فقرة ٥٦٣ - طبعة ١٩٥٦م.  
 (٣) راجع: د. اسماعيل غانم - أحكام الالتزام - ص ٦٧ - طبعة ١٩٦٧م، د. أنور سلطان - مصادر الالتزام - ص ٢١٣ - طبعة ١٩٦٤م، د. إبراهيم دسوقي - السابق - ص ٤٤٨.

في تقديره للتعويض: «الظروف الملازمة»، وهذه الظروف تشمل الظروف الشخصية لكل من المضرور والمسئول، كما تشمل جسامه الخاطئ، ومن ثم يجب أن يراعى القاضي في تقدير التعويض الظروف الشخصية التي تتصل بالمضرور، ويكون لها شأن في تحديد مدي الضرر سواء كانت هذه الظروف جسيمة أو صحية أو عائلية أو مالية، وذلك لأن التعويض يقدر بمقدار الضرر الذي لحق بالمضرور<sup>(١)</sup>.

### الظروف الشخصية للمسئول واثرها في تقدير التعويض:

٩٦- وقد اختلف فقهاء القانون حول مدي تأثير الظروف الشخصية للمسئول في تقدير التعويض ولا سيما الظروف المالية، فذهب رأي في الفقه إلى أن هذه الظروف لها دخل في تقدير التعويض، ويجب علي القاضي مراعاتها، كأن يكون المسئول غنياً أو فقيراً، أو يكون مؤمناً من مسئوليته<sup>(٢)</sup>.

وأصحاب هذا الرأي يقررون أن مثل هذا الظروف ما كان ينبغي الاعتداد به في هذا الخصوص، لأن التعويض يجب أن يكون بمقدار الضرر، إلا أن النص قد جاء عاماً ومن ثم لا وجه لأن يقتصر علي الظروف الخاصة بالمضرور، كما أن الاعتداد بظروف المسئول يتفق مع ما كان القضاء يسير عليه من اعتداد بتلك الظروف، ومن المعلوم أن القضاء كان يتأثر في تقدير التعويض بالظروف الشخصية للمسئول عن الضرر<sup>(٣)</sup>.

وذهب رأي آخر في الفقه إلى أن الظروف الشخصية التي تحيط بالمسئول لا تدخل في الحساب عند تقدير التعويض<sup>(٤)</sup>، فإذا كان المسئول غنياً لم يكن هذا سبباً في أن يدفع تعويضاً أكثر، وإن كان فقيراً لم يكن هذا سبباً في أن يدفع تعويضاً أقل<sup>(٥)</sup>.

- (١) د. عبد المنعم الصدة - السابق - ص ٦٢٧، د. عبد الحى حجازي - السابق ص ٥٠٧ وما بعدها.  
 (٢) د. عبد المنعم الصدة - نفس المرجع والمكان، ود. سليمان مرقس - الفعل الضار - فقرة ٩٣، وراجع د. ابراهيم دسوقي - السابق - ص ٤٦٠.  
 (٣) في هذا المعنى: د. عبد المنعم الصدة - المرجع والمكان السابقان.  
 (٤) من هذا الرأي: د. السنهوري - الوسيط - ج ١ ص ٩٧٣، ود. أحمد حشمت أبو مستيت - المرجع السابق فقرة ٤٨٨.  
 (٥) ويستثنى من هذه الصورة الضرر إذا وقع من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسئول عنه، أو تعذر الحصول علي تعويض من المسئول، فيجوز الزام غير المميز بتعويض عادل، وفقاً لنص المادة (١٦٤/١٢) مدني مصري، ومن المعروف أن الحالة المالية لكل من المضرور والمسئول ومقدار يسار

٩٧- والأصل أنه لا ينظر إلى جسامه الخطأ الذي صدر من المسئول عند تقدير التعويض، فإذا تحققت المسئولية، قدر التعويض بقدر جسامه الضرر لا بقدر جسامه الخطأ، ومهما كان الخطأ يسيراً، فإن التعويض يجب أن يكون عن كل الضرر المباشر

\* كل منهما يكون محل اعتبار في تقدير التعويض. راجع: السنهوري - السابق - ص ٩٧٣ - هامش (١).

(١) وقد نعت محكمة النقض بتاريخ ١٩/٤/١٩٥١م في الطعن رقم ١٥٢ لسنة ١٩ ق، بأنه: «متى كان الحكم إذ قضي بتعويض الطاعنة، قد أدمج ما قاتها من منفعة الأرض المزجرة لها من المطعون عليه الثاني بسبب ما حصل لها من التعويض، ضمن عناصر التعويض المقضي به علي المطعون عليها الأولى، التي ثبت حصول التعويض من تابعيها، فإنه لا يكون قد خالف القانون» مجموعة القواعد القانونية لربيع فرن - رقم ١٦ ص ٢٦٢.

ونظر حكم محكمة استئناف القاهرة - الدائرة ٦ مدني في ١٥/١٢/١٩٥٨م استئناف رقم ٧٠٨ لسنة ٧٤ ق - مشار إليه في موسوعة القضاء - عبد المعين لطفي جمعة ج ٢ ص ١٧٣ - عالم الكتب، وحكم محكمة النقض بتاريخ ١٤/٧/١٩٦٧م طعن مدني ٢١ لسنة ٣٢ ق، المحاماة - السنة ٤٨ العدد - ١٠ - لائحة ٥٣٦ ص ٨٩، وراجع حكم محكمة النقض المدني في ٣/١٢/١٩٤٩م مجموعة عمر ٥ رقم ٣٧٨ ص ٧٠٩، وحكم النقض المدني في ٤/٥/١٩٤٤م مجموعة عمر ٤ رقم ١٣٠ ص ٣٥٦، وقد جاء في هذا الحكم أنه: «إذا كان الشايت في الحكم المطعون به أن الضرر الذي يشكو منه طالب التعويض ويُدعى لحقوقه به من جراء تنفيذ مشروع للري، كان مؤقّتا ثم زال سببه، وأن المدعي سيفيد من المشروع المذكور في المستقبل فائدة عظيمة تعرض عليه الضرر حتماً في زمن وجيز، ثم تبقى له علي مر الزمن، وبنات علي ما استخلصته المحكمة من ذلك، قضت بأنه ليس هناك محل للتعويض، فإنها لا تكون قد أخطأت.



الذي أحدثه هذا الخطأ اليسير، ومهما كان الخطأ جسيماً فإن التعويض يجب ألا يزيد عن هذا الضرر المباشر<sup>(١)</sup>؛ لأننا بصدد تعويض مدني يراعي فيه مقدار الضرر ولنا بصدد عقوبة جنائية يعول فيها علي جسامته الخطأ، إلا أن القضاء من الناحية العملية، وبحكم المشاعر الطبيعية في الانسان يدخل في حسابه درجة جسامته الخطأ، ومن ثم جاء نص المشروع التمهيدي للمادة (٢٣٧ مدني مصري) صريحاً في هذا المعنى، حيث ذكر أن القاضي يقدر التعويض مراعيًا في ذلك الظروف وجسامته الخطأ ثم استبدلت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ بهذه العبارة عبارة: «مراعيًا في ذلك الظروف الملائمة» لأن جسامته الخطأ تدخل في عموم لفظ الظروف<sup>(٢)</sup>، ويرى الاستاذ الدكتور السنهوري أن جسامته الخطأ لها دخل في تقدير التعويض ولا يجوز أن يحتج بأن نص المادة (١٧٠) مدني تعول الظروف الملائمة، ولا تعول علي جسامته الخطأ التي حذفت من المادة (٢٣٧) من المشروع التمهيدي، إذ من الملاحظ أن لجنة القانون المدني حين حذفت عبارة: جسامته الخطأ، واستبدلت بها عبارة: الظروف الملائمة، لم تشأ أن تغفل دور جسامته الخطأ، بل ولم ترد أن تستبعدا من أن تكون عاملاً في تقدير التعويض، لأنها وكما أفصحت عن ذلك تدخل في عموم الظروف الملائمة، ومن ثم فإنها تكون عاملاً في تقدير التعويض<sup>(٣)</sup>.

### الوقت الذي يقدر فيه الضرر:

٩٨- من المعروف أن التعويض يكون بمقدار الضرر، ولكن ما هو الوقت الذي يقدر فيه الضرر؟ هل هو وقت وقوع الضرر، لأن مصدره هو العمل غير المشروع فيتحدد به؟ أو أن وقت تقديره يوم صدور الحكم به؟ الواقع أن هذه المسألة لا يشد بحثها إذا كان الضرر الذي أصاب المضرور قد ظل في مداه علي ما هو عليه من يوم أن وقع إلي يوم صدور الحكم، وإنما يشور الحكم إذا كان الضرر قد تغير يوم صدور الحكم

(١) السنهوري - الوسيط ص ٩٧٣، د. الصدة - السابق ص ٦٢٧.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية - ج ٢ ص ٣٩٠، وراجع: د. عبد المنعم الصدة السابق - ص ٦٢٨.

(٣) د. السنهوري - الوسيط - ج ١ ص ٩٧٤ هامش (١)، ومجموعة الأعمال التحضيرية - ج ٢ ص ٣٩٣ وما بعدها.

والرأي الراجح في الفقه: أن وقت نشوء الحق في التعويض هو الوقت الذي نشأ فيه الضرر، أما الوقت الذي ينظر إليه عند تقدير الضرر، فهو يوم صدور الحكم، وذلك لأن النتائج التي تترتب علي عمل ضار ليس من المفروض فيها أن تظل ثابتة لا تتغير فقد تشدد أو تخفف تبعاً لظروف مختلفة، ومن ثم فهي لا يمكن أن تتحدد إلا حين اللجوء إلي القاضي كي يقوم بهذا التقدير<sup>(٢)</sup>.

وترتب علي ذلك أن دين التعويض الذي يحكم به في دعوي المستولية لا يسقط بالتقادم إلا بانقضاء المدة المقررة من يوم صدور الحكم، وإذا اشتد الضرر فصار أسوأ مما كان، كما لو بدت اصابة المضرور طفيفة، ثم تطورت إلي عاهة مستديمة، فإن القاضي يراعي عند تقدير التعويض، ما وصلت إليه حالة المضرور بوجود هذه العاهة يوم صدور الحكم، وإذا صار الضرر أخف مما كان كما لو بدت الاصابة خطيرة في أول الأمر، ثم تحسنت بعد ذلك، فإن القاضي يراعي في تقدير التعويض هذا التحسن في ضوء حالة المضرور يوم صدور الحكم<sup>(٣)</sup>.

(١) د. عبد المنعم الصدة - ص ٦٢٨ وما بعدها، د. أحمد حشمت أبو ستيت - المرجع السابق نفسه - فقرة ٤٨٨.

(٢) د. عبد المنعم الصدة: ص ٦٢٩، وقد قضت محكمة النقض بأنه: «كلما كان الضرر متغيراً تعين علي القاضي النظر فيه لا كما كان عندما وقع، بل كما صار إليه عند الحكم، مراعيًا التغير في الضرر ذاته من زيادة راجع أصلها إلي خطأ المستول أو نقص كائنا ما كان سببه ومراعيًا كذلك التغير في قيمة الضرر بارتفاع ثمن النقد أو انخفاضه، وزيادة أسعار المواد اللازمة لاصلاح الضرر أو نقصها، ذلك أن الزيادة في ذات الضرر التي يرجع أصلها إلي الخطأ والنقص فيه أيها كان سببه غير منقطع الصلة به» راجع: نقض مدني في ١٧ إبريل سنة ١٩٤٧، مجموعة عمر ٥ رقم ١٨٥ ص ٣٩٨، وراجع: د. عبد الحفي جازي - السابق - ص ٥١٢ وما بعدها.

(٣) د. عبد المنعم فرج الصدة - المرجع نفسه - ص ٦٣٠، والوسيط للسنهوري - ص ٩٧٥ وما بعدها.

## الفصل الثاني

## تعويض الضرر، كيفيته وصوره في الفقه الإسلامي

٩٩- إذا توافرت أسباب الضمان بشروطها، فإنه يترتب عليه حكمه، وحكم الضمان، هو إزالة الضرر الناتج، وهذا الحكم هو ما يعبر عنه عند فقهاء القانون بالتعويض، واصطلاح التعويض، وإن كان واحداً من المصطلحات القانونية المعروفة، إلا أنه يعبر عن مضمون أحكام الضمان في الفقه الإسلامي، حتى إن بعض الفقهاء قد استعملوه وعبروا عن فكرة أحكام الضمان عنه كما فعل ابن عابدين<sup>(١)</sup>، وغيره من الفقهاء المعاصرين<sup>(٢)</sup>، ومن ثم فلا غشاضة من استعماله في مجال استجلاء أحكام الضمان في الفقه الإسلامي.

١٠٠- ومفهوم التعويض يقوم علي مبدأ إزالة الضرر المادي الحائق بالآخرين، وقد توسع الفقهاء في بيان أحكام الضمان، حتى أفرده بعضهم - كالبيгдаدي رحمه الله - بالتصنيف، فألف فيه كتابه المعروف والمشهور: «مجمع الضمانات»، ومن المعروف أن وقوع الضرر لا يقتصر علي مجال الأموال فقط، ولكنه يشمل الضرر الواقع علي النفس الانسانية أيضاً، ولكن لأن الأخير يدخل في نطاق أحكام المسئولية الجنائية، فإن دراستنا ستقتصر علي التعويض عن الضرر الواقع علي المال، ويلحق به في الحكم، الضرر الواقع علي الأبدان خطأ، فإن أمره يقوم علي جبر الضرر، وإزالة آثاره، ودرء القيمة المالية للمال المعتدي عليه كما كانت قبل الاعتداء، ويلاحظ أن ذلك لا يتم عن طريق الاتلاف المماثل، لأنه سيكون إصلاحاً للخطأ بمثله، وفيه تكرار للضرر ومضاعفة للمفسدة، وتوسيع لنطاق الشر، ولهذا نص فقهاء الحنفية علي أنه: «ليس للمظلوم أن يظلم آخر بما به ظلم، وكذلك ليس لمن أخذ دراهم زيوفاً من أحد صلاحية صرفها لآخر». وقد قننت ذلك مجلة الأحكام العدلية في المادة ٩٢١، حين نصت علي: أنه لو أتلف شخص مال آخر في مقابل أنه أتلف ماله كان كلاهما ضامنين، كما أنه لو خدع واحده

(١) راجع: مجموعة رسائل ابن عابدين - ج ٢ ص ١٧٧.

(٢) د. قبيض الله - نظرية الضمان - ص ١٥٨، د. مصطفى الزرقا - الفعل الضار - ص ٧٢، د. وهب الزحيلي - نظرية الضمان - ص ٨٧ وما بعدها.

فأخذ نقوداً زائفة من آخر فليس له أن يصرفها إلي غيره<sup>(١)</sup>، وقد قال النبي -صلي الله عليه وسلم-: «أد الأمانة إلي من ائتمنك ولا تخن من خانك<sup>(٢)</sup>».

## طبيعة التعويض في الفقه الإسلامي:

١٠١- والتعويض لغة: واحد الأعواض، أي أعطاه العوض، ومنه: تعوض أي أخذ العوض، واستعاض: أي طلب العوض<sup>(٣)</sup>.

وفي اصطلاح الفقهاء: يعرف العوض بأنه رد مثل الهالك أو قيمته<sup>(٤)</sup>، وقد عرفه الشوكاني في نيل الأوطار بأنه عبارة: عن غرامة التالف<sup>(٥)</sup>، ويلاحظ أن كلا من التعريفين يستهدف إزالة الضرر وإصلاح الخلل الذي طرأ علي المضرور، واعادته إلي حالته التي كان عليها قبل الإضرار.

## أسس التعويض في الفقه الإسلامي:

١٠٢- ويقوم التعويض في الفقه الإسلامي علي أسس تتواءم مع إصلاح الخلل الواقع علي أنواع الأموال المختلفة بما يجعل إزالة الضرر ممكناً، ولهذا يتردد التعويض بين رد المثل إذا كان المال مثلياً، وقيمته إذا كان المال قيمياً<sup>(٦)</sup>، ورد المثل يقتضي مراعاة التماثل بين الضرر والعوض، كلما أمكن، وهذا ما يعبر عنه فقهاء القانون بالتعويض بمقابل قد يكون مسبقاً في بعض صور الضمان، بالتعويض العيني، ونشير

(١) راجع شرح مجلة الأحكام العدلية - ص ٥١٢.

(٢) رواية الترمذي وقال: حديث حسن، وصححه الحاكم، راجع: سبل السلام للصنعاني - ج ٣ ص ٨٣.

(٣) مختار الصحاح - ص ٤٦٢.

(٤) العمري - غير عيون البصائر - شرح الأشباه والنظائر لابن نجيم - ج ٢ ص ٢١٢ مطبعة الاستانة ١٢٩٠.

(٥) الشوكاني - نيل الأوطار - ج ٥ ص ٣٥٣.

(٦) القلي: هو الذي لا تتفاوت أحماده فتفاوتاً يعتد به، أو هو الذي تتماثل أحماده وأجزاؤه قائلاً يجعلها تقوم مقام بعضها في الإستيفاء، والأموال المثلية أربعة: المكيلات، والموزونات، ومن أمثلتها بترتيب ذكرها: القمح والشعير، والسمن والسكر، وما يباع بالذراع من المنسوجات وغيرها، وأما المعدنات المتقاربة فالبيض والجزر، والمنزوعات المتماثلة كالكثوس والأطباق وغيرها، وأما القيمي: هو الذي لا مثل له في الأسواق، أو يوجد له مثل ولكن مع تفاوت يعتد به في القيمة، فلا يقوم بعضها مقام بعض، كالنور والأراضي والأشجار ونحوها.

إلى مسائل هذا الفصل في مبحثين نخصص أولهما: لبيان أنواع التعويض، وثانيهما لوقت تقدير التعويض.

## المبحث الأول

### أنواع التعويض المالي للضرر في الفقه الإسلامي

١.٣- لتعويض الضرر صورتان هما: التعويض العيني، والتعويض بمقابل، ونخصص لكل من هاتين الصورتين مطلباً:

## المطلب الأول

### التعويض العيني

١.٤- والتعويض العيني يتمثل في رد المال المعتدي عليه نفسه وإعادته إلى الحالة التي كان عليها قبل التعدي<sup>(١)</sup>، وهذا ما قرره الفقهاء في باب الغصب، فمن اغتصب شيئاً، وجب رده بعينه، ولهذا المبدأ أساس من أدلة التشريع، وذلك فيما رواه أبو داود وأحمد والنسائي وابن ماجه أنه - صلى الله عليه وسلم - قال: «علي اليد ما أخذت حتى تؤديه»<sup>(٢)</sup>، ويبدو من خلال ما ذكره الفقهاء أنه لكي يتم التعويض عن طريق الأداء العيني يشترط شرطان:

### أولهما: أن يكون المال المضمون قائماً:

١.٥- ذلك أن رد الشيء فرع وجوده، ومن ثم إذا لم يكن المال المضمون أو الواجب رده قائماً، فإنه لن يكون الأداء العيني ممكناً لفوات محله<sup>(٣)</sup>، ومن ثم لا يكون مناص من رد مثله إذا كان مثلياً أو قيمته إذا كان قيمياً، وهو ما يعبر عنه بالتعويض بمقابل. فلو أن المصوب قد هلك عند الغاصب سواء كان الهلاك بتعد منه أو بتقصير

(١) راجع: تحفة الفقهاء - لعلاء الدين السمرقندي - ج ٢ ص ٥٢ - الطبعة الأولى.

(٢) راجع: سبل السلام - ج ٣ ص ٨١.

(٣) راجع في هذا المعنى: د. فوزي فيض الله - نفس المرجع - ص ١٦١.

لا، وكذلك لو استهلكه، كما يتحقق ذلك في حالة ما لو أتلّف شخص مالا لغيره<sup>(١)</sup>.  
وثانيهما: أن يكون اعتداء المسئول خالصاً:

١.٦- ومفاد هذا الشرط أنه يجب لكي يكون المسئول ضامناً لرد العين أن يكون اعتدائه خالصاً لا شبهة فيه، بمعنى أن يكون أخذ المال تعدياً وبدون حق، فلو أن الغاصب أو الذي استولي على المال كان له حق يتعلق بعينه، فحالتئذ لا يستطيع صاحبه أن يتمسك في مواجهته بوجود الضمان، ومن تطبيقات هذا الشرط ظفر صاحب العين بها، فلو أن المال كان مستحقاً لمن أخذه، فإنه لا يكون ضامناً، ودليل هذا الشرط، ما روّاه أن - صلى الله عليه وسلم - قال: «من وجد ماله بعينه عند رجل قد أفلس فهو أحق به من الغرماء»<sup>(٢)</sup>، ولما رواه البخاري: أنه - صلى الله عليه وسلم - قال: «ان نزلتم بقرم فأمرؤا لكم بما ينغي للضيف فاقبلوا، وإن لم يفعلوا فخذوا منهم حق الضيف»<sup>(٣)</sup>، ولما روّاه عن عائشة - رضي الله عنها - قالت: دخلت هند بنت عتبة امرأة أبي سفيان علي رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقالت يا رسول الله: ان أبا سفيان رجل شحيح، لا يعطيني من النفقة ما يكفيني، ويكفي بني، إلا ما أخذت من ماله بغير علمه، فهل علي في ذلك من جناح؟ فقال: «خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي بيتك»<sup>(٤)</sup>؛ ففي هذه الحالات لا يتمخض أخذ المال عن اعتداء خالص، ومن ثم فإنه لا يكون سبباً مرجحاً للضمان.

(١) د. وهبه الزحيلي - الضمان - ص ٩٢.

(٢) رواه أبو داود وابن ماجه من رواية عمر بن خلفه، كما رواه أبو هريرة عن أبي بكر بن عبد الرحمن، ورواه عنه أيضاً أبو داود ومالك. راجع: سبل السلام للصنعاني - ج ٢ ص ٥١.

(٣) سبل السلام ج ٢ ص ٨٤.

(٤) متن علي - المرجع السابق - ص ٤١٢.

## المطلب الثاني

## التعويض بمقابل في الفقه الإسلامي

١٠٧- فإذا تعذر رد الشيء المضمون بعينه لفوات محله، وجب رد مثله إن كان مثليا أو قيمته يوم التعدي عليه إن كان قيميا، ويلاحظ أن التعويض بمقابل قد يتخذ صورة التعويض بالمثل، أو بالقيمة فيما ليس من المثليات.

## ١- أداء المثل:

١٠٨- إذا كان الضرر واقعا علي مال مثلي، فمن الواجب مراعاة المثلية التامة بين الضرر والتعويض كلما أمكن، وذلك أمر مقدر بالنص كما يقول الإمام السرخسي: ضمان العدوان مقدر بالمثل بالنص، وهو قوله تعالى: «وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به ولئن صبرتم لهو خير للصابرين»<sup>(١)</sup>، ومن المؤكد أن المثل أعدل في دفع الضرر لما فيه من اجتماع الجنس والمالية.

## ٢- أداء القيمة:

١٠٩- وإذا كان المثل هو الأقرب إلي تحقيق العدل في تعويض الضرر، إلا أنه كثيرا ما يتعذر أدائه في الضمان، ومن ثم لا مناص من أداء القيمة، فإنها تقوم مقام المثل في المعنى والاعتبار المالي<sup>(٢)</sup>، وقد قرر الفقهاء أن وجوب القيمة لا يكون إلا عند تعذر أداء المثل، فإذا كان أداء المثل ممكنا وجب المصير إليه، لأن المقصود من التضمين جبران الضرر وذلك أعدل وأتم في مثل الشيء المتلف، لأن المثل معادل صورة ومعنى، أي مراعي فيه جنس التالف وماليته. والواجب في الضمان الاقتراب من الأصل بقدر الامكان تعويضا للضرر، ولكن إذا تعذر المثل يصار إلي البديل، إذ هو عندئذ كأنه لا مثل له<sup>(٣)</sup>.

(١) المبسوط للسرخسي - ج ١١ ص ٧٩، والآية رقم ١٢٦ من سورة النحل.

(٢) راجع في هذا المعنى: الهداية مع تكملة الفتح - ج ٨ ص ٢٤٦ وما بعدها، وجامع الفصولين - ج ٢ ص ١٩٣، ١٩٤ وحاشية الدسوقي علي الشرح الكبير - ج ٣ ص ٤٤٥، والمفني لابن قدامة - ج ٥ ص ٣٧٦، وحاشية الجمل علي المنهج - ج ٣ ص ٤٧٧، وما بعدها.

(٣) د. وهبه الزحيلي - الضمان - ص ٩٣، وقد نصت المادة ٥٣ من مجلة الأحكام العدلية علي: أنه إذا تعذر الأصل يصار إلي البديل.

١١- والتعذر قد يكون حقيقيا محسوسا، كانقطاع وجود المثل في السوق بعد البحث عنه وإن وجد في البيوت، أو حكما وذلك في حالة ما إذا كان موجودا ولكن بنمن يفوق ثمن المثل، أو كان العجز عن المثل ثابتا شرعا بالنسبة للمستول، كما لو كان المضمون علي المسلم خمرا لذمي، فالخمر وإن كانت من المثليات إلا أنه يحرم علي المسلم تملكها، فتصير في حقه معدومة حكما<sup>(١)</sup>.

وعلي ذلك، فإن المال إذا كان قيميا كالعروض التجارية والحيوان ونحوها مما لا مثل له، فيجب ضمان القيمة، وقد ذهب جمهور الفقهاء إلي أن وجوب القيمة في ضمان الحيوان والعروض التجارية ونحوها، لا يصار إليها عند عدم المثل<sup>(٢)</sup>، وخالف في ذلك الإمام مالك فذهب إلي أن الواجب في العروض من الحيوان وغيره، قيمته يوم استهلك<sup>(٣)</sup>، ولكل قول أدلته:

## أدلة الفريقين:

١١١- استدل جمهور الفقهاء لما ذهبوا إليه بالكتاب والسنة والمعقول:

## أما الكتاب:

١١٢- فبقول الله تعالى: «يا أيها الذين آمنوا لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم ومن نقله منكم متعمدا فجزاء مثل ما قتل من النعم يحكم به ذوا عدل منكم هديا بالغ الكعبة أو كفارة طعام مساكين أو عدل ذلك صياما ليذوق وبال أمره عفا الله عما سلف ومن عاد فنتقم الله منه والله عزيز ذو انتقام»<sup>(٤)</sup>.

## وجه الدلالة في هذا القول الكريم:

١١٣- إن الله عز وجل قد أوجب في قتل صيد الحرم مثله إذا كان القاتل

(١) د. وهبه الزحيلي - المرجع والمكان السابقان.

(٢) راجع في هذا الرأي: المبسوط للسرخسي - ج ١١ ص ٥٠، تبين الحقائق للزبلي - ج ٥ ص ٢٢٣، ومفني المحتاج - ج ٢ ص ٢٨١، وكشاف القناع - ج ٤ ص ٨٩، وأعلام الموقعين - ج ٢ ص ٢٥، وجامع الفصولين - ج ٢ ص ١٣٠.

(٣) بداية المجتهد - ج ٢ ص ٣١٧، دار المعرفة ببيروت.

(٤) سورة المائدة - آية ٩٥.

ذاته وليس علي أصل ضمان المثلي بمثله، وهو ما يقرره جمهور الفقهاء.

ومن المعقول:

١١٦- أن التعويض المثلي هو الذي يتفق في غالب الأمر مع مصلحة المضرور، لأن منفعة الشيء قد تكون هي المقصودة عنده، ومن ثم وجب المصير إلي المثل جبرا للضرر بما يدفعه.

دليل الإمام مالك:

١١٧- وقد استدلل الإمام مالك بما رواه الشيخان عن ابن عمر أن النبي -صلي الله عليه وسلم- قال: «من أعتق شركا له (أي حصة) في عبد، فكان له مال يبلغ ثمن العبد، قوم عليه قيمة العدل، فأعطي شركاءه حصصهم وعتق عليه العبد»، اللفظ لمسلم.

وفي رواية أخرى له: «قوم عليه، قيمة عدل لا وكس ولا شطط» (١).

وجه الدلالة في هذا الحديث:

١١٨- يقول ابن رشد في بداية المجتهد: وجه الدليل أنه لم يلزمه المثل، وإنما أزمه القيمة (٢)، فدل ذلك علي أن قيمة التالف من الحيوان والعروض وغيرها هي الواجبة يوم التلف.

الرأي الإرجح في نظرنا:

١١٩- والذي يترجح في نظرنا هو رأي جمهور الفقهاء، لأن الواجب في جبر الضرر مثله كلما كان أداء المثل ممكنا، لأنه الأقرب إلي جبر الضرر علي نحو كامل، ولهذا يجب أدؤه أولا طالما كان ممكنا، لأن الأصل عدم الضرر، وهذا ما لن تعوضه القيمة، فإذا لم يتيسر أداء المثل، يكون وجوب القيمة حالئذ أمرا لا بدليل عنه، وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، وما تشير إليه الأدلة من الكتاب والسنة والمعقول، كما أن

(١) صحيح مسلم بشرح النووي ج ١١ ص ١٣٧ وما بعدها، وفتح الباري لابن حجر - ج ٥ ص ١٥٠ وما بعدها.

(٢) بداية المجتهد - ج ٢ ص ٣١٧.

متعمدا، فدل ذلك علي أن الواجب في ضمان الحيوان مثله، ولا يصار إلي القيمة إلا عند تعذر المثل، فهي بمثابة القضاء من الأداء (١).

ومن السنة:

١١٤- مارواه البخاري عن أنس رضي الله عنه: أن النبي -صلي الله عليه وسلم- كان عند بعض نسائه فأرسلت إحدى أمهات المؤمنين خادما لها بقصعة فيها طعام فضربت - أي التي كان عندها - بيدها فكسرت القصعة، فضمها رسول الله -صلي الله عليه وسلم-، وجعل فيها الطعام، وقالوا: كلوا، ودفع بالقصعة الصحيحة للخادم الذي أحضر الطعام، وجبس المسكورة، ورواه الترمذي وزاد، فقال النبي -صلي الله عليه وسلم-: «طعام بطعام وإناء بإناء» (٢).

وجه الدلالة في هذا الحديث الشريف:

١١٥- أنه قد دل علي أن الواجب في ضمان العروض وأمثالها، المثل، ذلك هو الأصل الذي يستفاد من قول النبي -صلي الله عليه وسلم-: «إناء بإناء، وإذا كان كذلك كان الواجب هو المثل أولا، ولا يصار إلي القيمة إلا عند عدم المثل لأنها بدل عنه» (٣)، وهي منه بمثابة النص مع القياس، ومن ثم تكون أولي (٤).

وقد انتقد ابن حجر العسقلاني الاستشهاد بهذا الحديث علي تعويض المثلي بمثله، لأن الضرر قد وقع علي مال متقوم لا مثلي، ذلك أن القصعة التي كسرت كانت مستعمله، وغير جديدة، فلا يصدق عليها أنها من المثليات، وكذلك الطعام، كما أن ما كان موجودا في بيوت أزواج النبي -صلي الله عليه وسلم- الغالب عليه أنه ملك لرسول الله صلي الله عليه وسلم، وللمالك أن يحكم في ملكه بما يراه أرفق وأقرب للصواب (٥).

وهذا الانتقاد وإن كان وجيها وسديدا، إلا أنه ينصب علي وجه الدلالة من الحديث

(١) فتح القدير للشوكاني - ج ٢ ص ٧٧.

(٢) رواه الجماعة، راجع: نيل الأوطار للشوكاني - ج ٥ ص ٣٦٢، وسبل السلام للصنعاني - ج ٣ ص ٨٩، وستن ابن ماجه - ج ٢ ص ٧٨٢.

(٣) سبل السلام للصنعاني - المكان السابق.

(٤) الكافي - ج ٢ ص ٤٠٣.

(٥) فتح الباري - ج ٥ ص ١٢٤ وما بعدها.

الحديث الذي استدلل به الإمام مالك، لا ينهض دليلا علي ماذهب إليه، لأن الحصة الباقية من العبد بعد عتق الشرك، ليست من ذوات المثل حتي تعوض به، ومن ثم كانت القيمة واجبة في عتق الشرك من العبد ابتداء، وذلك ضرورة تحريره كاملا كما أمرن بذلك أحكام الشريعة.

## المبحث الثاني

## وقت تقدير التعويض

١٢٠- ولتحديد وقت تقدير التعويض أهمية في المذاهب الفقهية لأن قيمة السلع تختلف من وقت لآخر ارتفاعا وانخفاضا، ولهذا الاختلاف أثره في تقدير القيمة، ومن ثم ينبغي وضع الضوابط التي تحقق العدل بين المستول والمضروب، ويبدو من خلال مطالعة أقوال الفقهاء في المذاهب المختلفة أنهم يعولون في وقت تقدير التعويض علي سبب الضمان وما إذا كان غصبا أو اتلاقا كما يفرقون بين المثلي والقيمي في وقت التقدير ونشير إلي أقوال الفقهاء في تلك المسألة.

## أولا: إذا كان المال مثليا وسبب الضمان هو الاتلاف:

١٢١- إذا كان المال المضمون مثليا، وكان سبب ضمانه هو التلف، فإن الفقهاء متفقون علي أن وقت تقدير القيمة هو وقت التلف، لأن التلف هو سبب الوجوب فيستند التقدير إليه<sup>(١)</sup>، غير أن الحنابلة يقولون: إنه إذا كان التالف مثليا يجب علي المستول عنه حفظه مدة معلومة، فإنه يلزمه ضمانه بالاتلاق وقت انتهاء حفظه لا يوم التلف<sup>(٢)</sup>، ذلك أن تأخير الرد بعد حلول أجله، أو بعد انتهاء المدة المعلومة التي تقرر حفظه فيها يعتبر إمساكا بغير حق وهو الذي ينعقد سببا للضمان إذ هو وقت إبتداء التعدي، وقد نقل الوزير: اتفاق الفقهاء علي أن الوديعة متي طلبها صاحبها أو حل وقت ردها إليه،

(١) راجع البسوط للسرخسي - ج ١١ ص ٥٠، وتبيين الحقائق للزيلي - ج ٥ ص ٢٢٣، والاشباه والنظائر لابن نجيم - ج ٢ ص ٢١٩، ومغني المحتاج - ج ٢ ص ٢٨٤، ونهاية المحتاج - ج ٤ ص ١١٩ وما بعدها، الشرح الكبير للدردير - ج ٣ ص ٤٤٣، وديابة المجتهد - ج ٢ ص ٣١٨.

(٢) الكافي - ج ٢ ص ٣٨٠ وما بعدها

وجب علي المودع أن لا يمنعها من الامكان، وإن لم يفعل فهو ضامن، فإن طلبها في وقت لا يمكن دفعها إليه لبعدها، أو لمخافة في طريقها أو للعجز عن حملها أو غير ذلك لم يكن متعديا بتأخير تسليمها ولم يضمنها لعذره حالته<sup>(١)</sup>.

ثانيا: إذا كان المال مثليا وسبب الضمان هو الغصب:

١٢٢- فإذا كان المال مثليا وكان سبب ضمانه هو الغصب، هنا اختلفت أقوال الفقهاء، في وقت تقدير قيمة التعويض، ويبدو ذلك من خلال ذكر أقوالهم:

## ١- قال ابو حنيفة:

١٢٣- إن العبرة في تحديد قيمة المضمون هو وقت الخصومة، أي اليوم الذي يرفع فيه المضروب أمره للقضاء، ودليله: أن الواجب هو المثل، ولا ينتقل إلي القيمة بمجرد الانقطاع، لأن للمغصوب منه أن ينتظر حتي يوجد المثل، فإذا ما حل وقت الخصومة ينقطع حقه في انتظار المثل ويصير حقه إلي القيمة يوم القضاء<sup>(٢)</sup>.

## ٢- ذهب ابو يوسف ومعه المالكية:

١٢٤- إلي أن العبرة في تحديد قيمة المغصوب هو يوم الغصب، لأنه لما انقطع من السوق التحق بما لا مثل له، فتعتبر قيمته يوم انعقاد السبب، وكذلك الأمر في القيمي<sup>(٣)</sup>.

## أذهب الحنابلة والإمام محمد:

١٢٥- إلي أن قيمة المغصوب تتحدد بيوم انقطاعه من السوق، ويقوم هذا الرأي علي أساس أن الواجب هو المثل في الذمة، فإذا انقطع المثلي من السوق التحق بما لا مثل له، فيصير قيميا، وإذا صار كذلك يكون وقت اعتباره قيميا هو وقت تقدير

(١) راجع في هذا المعنى: حاشية ابي قاسم علي الروض المربع - ج ٥ ص ٤٦٩.

والوزير: هو عبد الله بن يونس بن أحمد بن هبة الله البغدادي، الأزهي، الفقه، الفرضي، الأصولي، التكم، الوزير، وزير الخليفة جلال الدين أبو المظفر، من فقهاء الحنابلة، توفي سنة ٥٩٣هـ.

(٢) نتائج الأفكار - ج ٨ ص ٢٤٦ وما بعدها، وحاشية ابن عابدين علي الدر المختار - ج ٥ ص ١١٦.

(٣) الرجعان السابقان، والشرح الكبير للدردير - ج ٣ ص ٤٤٣، والفروق للقرافي - ج ٤ ص ٢٨.

التعويض، لأن السبب منعقد حالتند بالانقطاع فتعتبر قيمته وقته (١).

## ٤- وذهب الشافعية:

١٢٦- إلي أن قيمة المضمون تتحدد بأقصى قيمة له من وقت الغصب إلي تعذر المثل، ذلك أن أعلى قيمة وصل إليها الشيء من وقت الغصب إلي تعذر المثل هي التي تحدد مقدار الضرر وسببه فوجب أن يعول عليه (٢).

ثالثا: إذا كان المال قيميا. وسبب الضمان هو الاتلاف:

١٢٧- وفي هذه الحالة يقرر الفقهاء أن وقت القيمة هو وقت السبب الذي استندت المسؤولية إليه، وهو وقت الاتلاف، فوجب أن يكون هو الوقت الذي تقدر فيه قيمة التعويض (٣).

رابعا: إذا كان المال قيميا وسبب الضمان هو الغصب:

١٢٨- وفي هذه الحالة اختلفت أقوال الفقهاء أيضا، ويمكن إرجاع هذه الأقوال إلي رأيين:

اولهما: لجمهور فقهاء الحنفية والمالكية والحنابلة:

١٢٩- وحاصل قولهم: إن الوقت الذي يتعين تقدير الضمان فيه، إذا كان المال قيميا، وكان سبب الضمان هو الغصب يكون تقدير الضمان هو قيمته وقت انفاذ السبب وهو الغصب، غير أن الحنابلة يفصلون ذلك بقولهم: إن الواجب في قيمة المتلف قيمته في بلد التالف يوم التلف (٤).

وثانيهما: للشافعية:

١٣٠- وحاصل قولهم، إن قيمة التعويض في المضمون القيمي بسبب الغصب،

(١) نتائج الأفكار - المكان السابق، والمغني لابن قدامة - ج ٥ ص ٢٥٧، والقواعد لابن رجب - ص ٣١٢.  
(٢) راجع: مغني المحتاج - ج ٢ ص ٢٨٤، ونهاية المحتاج - ج ٤ ص ١١٩، وما بعدها، وحاشية الشرقاوي على التحرير - ج ٢ ص ٩٢.

(٣) بدائع الصنائع للكاساني - ج ٧ ص ١٥١، ١٦٨، والفروق للقرافي - ج ٤ ص ٢٨، والقوانين الفقهية لابن جزي - ص ٣٣٠، وما بعدها، ومغني المحتاج - المكان السابق، وكشاف القناع - ج ٤ ص ٩٠.  
(٤) المسوط للسرخسي، المكان السابق، وجامع الفصولين - ج ٢ ص ١٣٠، وبداية المجتهد - المكان السابق، والمغني لابن قدامة - المكان السابق.

هي أقصى قيمة له من يوم الغصب إلي يوم التلف (١)، ولكل قول دليله:

## دليل القول الأول:

١٣١- ويقوم رأي الجمهور علي دليل عقلي حاصله أن اعتبار القيمة، يجب أن يناط بوقت انعقاد سببها الموجب للضمان، وهو هنا الغصب، فوجب أن يقوم التقدير مستندا إليه (٢).

## ودليل القول الثاني:

١٣٢- أن إعتبار أقصى ما وصلت إليه القيمة من وقت الغصب إلي وقت التلف، هو الأقرب إلي الكمال في إزالة الضرر، لأن أعلى قيمة وصل إليها الشيء المضمون تحدد ضرر المعتدي عليه، فينظر إليها حال قيام سبب الضمان (٣).

## الراي الإرجح في نظرنا:

١٣٣- والرأي الذي يترجح لدينا من هذه الآراء هو رأي الشافعية الذي يقضي بتقدير قيمة الضمان في المثلي، بأقصى قيمة له من وقت الغصب إلي تعذر المثل وفي التبيي بأقصى قيمة له من الغصب إلي يوم التلف، وذلك لأمرين:

## اولهما:

ان هذا الرأي يأخذ في اعتباره زيادة القيمة في المال المضمون، وهي تمثل قيمة ما حل بالضرر من ضرر، كما أن تلك الزيادة تابعة في حصولها للسبب الأول وهو التعدي سواء أكان بالغصب أم بالاتلاف، تجري علي حكمه، وهو الضمان استنادا لما قرره الفقهاء من أن التابع تابع.

## ثانيهما:

أن في هذا القول تشديدا مراعي في جانب المعتدي، من شأنه أن يحقق في نفس

(١) مغني المحتاج - ج ٢ ص ٢٨٤.

(٢) حاشية ابن عابدين علي الدر المختار - ج ٥ ص ١١٦.

(٣) شرح الجلال المحلي علي منهاج الطالبين - حاشيتي قليوبي وعميرة - ج ٣ ص ٣٣.

أمثاله مع معني الردع عن الاجترأ علي أموال الناس، فيؤدي ذلك إلي حفظها وحفظ الأموال مقصد من مقاصد الشريعة الإسلامية الغراء، وهذا الرأي يتفق مع ذلك المقصد ولهذا ترجح في نظرنا، والله أعلم، ومنه التوفيق.

١٢٥ - في كل ما يتعلق بحقوق الملكية هو الإتلاف

١٢٦ - في كل ما يتعلق بحقوق الملكية هو الإتلاف

١٢٧ - في كل ما يتعلق بحقوق الملكية هو الإتلاف

١٢٨ - في كل ما يتعلق بحقوق الملكية هو الإتلاف

١٢٩ - في كل ما يتعلق بحقوق الملكية هو الإتلاف

١٣٠ - في كل ما يتعلق بحقوق الملكية هو الإتلاف

١٣١ - في كل ما يتعلق بحقوق الملكية هو الإتلاف