



انتفاء الخطأ في المسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي

"دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي"

اعداد

الدكتور/ جمال ابو الفتوح محمد ابو الخير

مجلة حقوق دمياط للدراسات القانونية والاقتصادية – كلية الحقوق – جامعة دمياط

العدد السادس يوليو - ٢٠٢٢

المقدمة

أولاً: موضوع البحث :

تشكل المسؤولية القانونية الأساس الذي يعطي النص القانوني بما فيه من حقوق وواجبات، الفاعلية التي تمنحه الحياة، فما أثر الإلزام بفعلٍ أو بنهيٍ دون تقرير منهجٍ يضمن تحقق هذا النهي أو الأمر؟ ويتم تقسيم المسؤولية القانونية إلى قسمين رئيسيين هما: المسؤولية المدنية (العقدية والتقصيرية) والمسؤولية الجنائية، وتضيق المسؤولية العقدية وتتحصّر حتى لا تقوم إلا بمخالفة الضوابط التي ارتضاها أطراف العلاقة التعاقدية، وكذلك تتحصّر المسؤولية الجنائية بالنص القانوني الصريح المُقرّر قيامها استناداً لمبدأ الشرعية، بيد أن المسؤولية التقصيرية تميزت بمرونة التطبيق، نتيجة لعدم الانضباط في أساسها، وتعدّد الآراء والنظريات الفقهية التي حاولت تحديد هذا الأساس، والذي نتج من محاولة خلق نوعٍ من التناغم بين مفهوم المسؤولية، الذي يحتاج إلى فعلٍ يُحاسب عليه فاعله، وبين الغاية المفترضة للمسؤولية التقصيرية من التعويض وجبر الضرر^(١)، ولقد كانت النظرية الشخصية التي أقامتها على أساس الخطأ أكثر هذه النظريات استقراراً وشيوعاً على الرغم من وجود المسؤولية الموضوعية باعتبارها البديل الأمثل، والتي تبنى على أن أساس الضمان الجبر لا الجزاء والعقوبة^(٢).

(١) مصطفى أحمد الزرقا، الفعل الضار والضمان فيه، مصطفى الزرقا، دار القلم بدمشق بالتعاون مع دار العلوم ببيروت، ط الأولى ١٤٠٩ هـ، ص ٢٨٧.

(٢) قواعد الأحكام في مصالح الأنام للشيخ عز الدين ابن عبد السلام، مؤسسة الريان، بيروت، ط ١٤١٠ هـ / ١٩٧١ م، ج ١، ص ١٩٧٦.

ولقد عرف شراح القانون مصطلح المسؤولية التقصيرية بأنه: المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالالتزام القانوني العام الواقع على الكافة بعدم الإضرار بالغير، ويقابل هذا المصطلح في الفقه الإسلامي مصطلح "الضمان"، أو "ضمان العدوان أو الإلتلاف" على وجه التحديد^(١).

ولبيان طبيعة دور حالات رفع المسؤولية في المسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي في شكله الخاطيء، وتغيير أو عدم تغيير هذا الدور تبعاً للمتعلقات بهذا الخطأ من أوصاف، فإننا نتناول الأركان التي ينبني عليها الخطأ، وما يترتب على دقة تحديدها من أثر في تأكيد وجود الخطأ من عدمه، وبالتالي قيام المسؤولية وعدم قيامها^(٢)، حيث تناول الركن المادي للخطأ، والمتمثل في التعدي، مفهومه ومضمونه وضابطه، في كل من القانون المدني المصري، الذي يؤسس المسؤولية على الخطأ، والفقه الإسلامي الذي يأخذ بمفهوم التعدي دون مفهوم الخطأ، حيث يتأسس فيه الضمان على الإضرار، إذ يتبنى منهجاً آخر لتحقيق غاية جبر الأضرار والتعويض عنها، وهو الضمان^(٣).

(١) محمد أحمد سراج، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، دراسة فقهية مقارنة بأحكام المسؤولية التقصيرية في القانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة، ١٤١٠هـ، ص ٦ وما بعدها؛ رشدي شحاته أبو زيد، انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء، في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراة، كلية الشريعة والقانون بالقاهرة، جامعة الأزهر، ١٩٩٣، ص ٣٧ وما بعدها.

(٢) صلاح حسن البرعي، أساس المسؤولية المدنية عن الأفعال الشخصية، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق جامعة المنصورة، ١٩٩٧، ص ٦٢ وما بعدها.

(٣) مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، بدون ناشر، ص ١٨ وما بعدها.

بالإضافة إلى ما سبق، سنتناول الركن المعنوي للخطأ عن العمل الشخصي، وذلك ببيان مفهومه وطبيعته، وحقيقة دوره في المسؤولية بغض النظر عن الأساس الذي تقوم عليه وكون هذا الأساس يتصف أو لا يتصف بالخطأ، وذلك في القانون المدني المصري والفقهاء الإسلامي^(١).

ويتضح من خلال البحث، أن الخطأ كركن الأساس في المسؤولية التقصيرية عن العمل الشخصي، ومن خلاله، صلاحيته لتأسيس عليه المسؤولية التقصيرية، وما دور حالات رفع المسؤولية سواء في القانون المدني أو في الفقه الإسلامي في نفي الخطأ، وبالتالي عدم توافر أركان المسؤولية التقصيرية عن العمل الشخصي، ونتيجةً لاتباع المنهج التحليلي والمنهج المقارن بين موقف القانون المدني المصري وموقف الفقه الإسلامي، قامت الدراسة بالبحث في طبيعة منهج المسؤولية التقصيرية ومنهج الضمان، كمنهجين يختلفان في الطبيعة ويتفان في الغاية، وستركز دراستنا الماثلة على أسباب انتفاء ركن الخطأ عن الفعل الشخصي في المسؤولية التقصيرية دون الاستطراد لحالات انتفاء المسؤولية لعدم توافر علاقة السببية بين الخطأ والضرر.

ثانياً: أهمية البحث :

تتضح أهمية الدراسة حينما نركز فيها على أهمية المسؤولية المدنية كمنهج يعطي الفاعلية للنصوص القانونية، وخصوصاً المسؤولية التقصيرية، التي ظل

(١) يقصد بالفقه الإسلامي، العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسبة من أدلتها التفصيلية، أنظر في ذلك، عصام أنور سليم، هيمنة مبادئ الشريعة الإسلامية على القانون المدني، دار الجامعة الجديدة بالاسكندرية، ط ١٩٩٥، ص ٧٦؛ فتحي عبد الرحيم عبد الله، دراسات في المسؤولية التقصيرية، منشأة المعارف بالاسكندرية، ط ٢٠١٨، ص ٦.

يشوب طبيعتها بعض الغموض نتيجةً لافتراض غايةٍ بعينها لها وهي جبر الضرر، ونتيجة عدم القدرة على التوافق بين هذه الغاية المفترضة، والمخالفة لما يُرجى من المسؤولية، ولا يُرجى فقط، بل يشكّل نسقاً متكاملًا مع ماهية وطبيعة المسؤولية، وبين وصفٍ مناسبٍ للفعل الذي تتأسس عليه وما يفترض فيه من اتساع، حتى تتحقق به الغاية إلا من خلال وصف الخطأ، والذي ظل بدوره محلّ خلافٍ في مضمونه وأركانه، وتحقيقه للعدالة خاصة للمضروور وتتاسبه مع جبر الضرر .

وتتناول الدراسة حالات انتفاء المسؤولية التقصيرية في القانون المدني المصري، والتي قررتها أحكام المسؤولية التقصيرية في المواد من ١٦٤ حتى ١٦٨ منه وموقف الفقه الإسلامي منها، ومدى تأثير حالات نفي المسؤولية على المسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي، ومدى إمكانية تعديل النصوص القانونية بإضافة إلى الأعمال التي ترفع عنها المسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي حالات أخرى نسردها بالشرح في طي دراستنا الماثلة .

ثالثاً: مشكلة البحث :

بالرجوع إلى أحكام القانون المدني المصري وأعماله التحضيرية يتضح القصور التشريعي، وذلك بالنص صراحةً فيهما عن ارتفاع المسؤولية المدنية التقصيرية لانتفاء ركن الخطأ في حالات الدفاع الشرعي، وحالة الضرورة، وحالة تنفيذ أمر الرئيس، وهذا ما أكد عليه الفقه الإسلامي، الذي قرر ذلك صراحةً، واتضح ذلك جلياً في اشتراط مجلة الأحكام العدلية للضمان (المسؤولية) تطلب

الخطأ^(١) ، بل وأضاف ضرورة اشتراط تحقيق مصلحة عامة لانتفاء الضمان (المسؤولية) عند تنفيذ أمر الأمر (الرئيس) ، بالإضافة لانتفاء الضمان (المسؤولية) في حالة الإذن ؛ مما يتطلب تعديلاً تشريعياً بإضافة نصوص إلى النصوص القائمة بالقانون المدني المصري، والخاصة بحالات انتفاء المسؤولية التقصيرية .

رابعاً: منهج البحث :

تتناول الدراسة موضوع البحث باتخاذ منهجين قانونيين للدراسة، وهما المنهج التحليلي والمنهج المقارن، وذلك كالآتي :

أولاً: المنهج التحليلي: وينبني على تحليل العناصر والمكونات، ويربط الأسباب بالنتائج؛ ليتوصل به إلى النتيجة العلمية الأقرب للدقة، فالتحليل يُبيّن مدى انسجام المقدمات بالنتائج، وواضح ذلك في دراسة كلاً من موقف القانون المدني المصري والفقهاء الإسلاميين في مدى تأثير حالات انتفاء المسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي .

ثانياً: المنهج المقارن: وتُبيّن المقارنة خصائص وميزات المنهجين محل المقارنة، وعليه وكما تقدم في عنوان الرسالة، فإنّ النظامين المتبعين في كل من القانون المدني المصري والفقهاء الإسلاميين، سيكونان محلاً للدراسة والتحليل، فيما يتبعانه من معطياتٍ بخصوص موضوع الدراسة، مع ملاحظة ضرورة الرجوع إلى

(١) هي مجموعة كاملة من النصوص الشرعية وضعتها لجنة مؤلفة من ناظر وأعضاء ديوان الأحكام العدلية لكي تطبق في مجال المعاملات الشرعية في جميع أقطار الدولة العثمانية، وهذه النصوص مأخوذة من أرجح الأقوال في مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان مع الاستهداء ببعض المبادئ التي أثرها جمهور الفقهاء في المذاهب الأخرى.

المصادر الأصلية التي أخذنا عنها، ويتضح مدى دور المنهج المقارن في بيان مدى الاستفادة من موقف الفقه الإسلامي في بيان المسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي وطرق نفيها .

خامساً: خطة الدراسة :

نناقش في هذه الدراسة، موقف الفقه الإسلامي حول مدى تأثير دفع الصائل وحالة الضرورة وتنفيذ أمر ولي الأمر والإذن على رفع الضمان، وموقف القانون المدني منها، باعتبار ما جاء منها من حالات في القانون المدني المصري لانتفاء المسؤولية التقصيرية عن الخطأ الشخصي، وذلك حتي نوضح أوجه الشبه والاختلاف في موقف الفقه الإسلامي مع موقف المشرع المصري في هذا الشأن، وذلك في ثلاثة فصول كالآتي :

الفصل الأول : ماهية الضمان (المسؤولية) عن الفعل الشخصي فقهاً وقانوناً.

المبحث الأول : الضمان عن الفعل الشخصي عند الفقه الإسلامي .

المبحث الثاني : المسؤولية المدنية عن الفعل الشخصي في القانون المدني المصري .

الفصل الثاني : حالات انتفاء الضمان (المسؤولية) عن الفعل الشخصي فقهاً وقانوناً

المبحث الأول : دفع الصائل (الدفاع الشرعي) كسبب لانتفاء الضمان (المسؤولية) عن الفعل الشخصي .

المبحث الثاني : حالة الضرورة كسبب لانتفاء الضمان (المسؤولية) عن الفعل الشخصي .

المبحث الثالث : تنفيذ أمر ولي الأمر (الرئيس) لانتفاء الضمان (المسؤولية) عن الفعل الشخصي .

الفصل الثالث : الإذن كسبب لارتفاع الضمان (المسؤولية) عن الفعل الشخصي .

المبحث الأول : ماهية الإذن شرعاً وقانوناً.

المبحث الثاني : أثر الإذن على الضمان (المسؤولية) عن الفعل الشخصي .

الخاتمة (النتائج والتوصيات) .

الفصل الأول

ماهية المسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي فقهاً وقانوناً

تمهيد وتقسيم :

لم يضع القانون المدني تعريفاً للخطأ، بيد أن هناك التعريفات المقترحة لبيان المقصود منه^(١)، لنبرز أن المقصود بالخطأ وفقاً للرأي الراجح هو أنه: انحراف عن سلوك الشخص المعتاد الموجود في نفس الظروف الخارجية لمرتكب الضرر، مع إدراك ذلك^(٢) .

ويستخلص من هذا التعريف أن للخطأ ركنين: ركن مادي وهو الانحراف ويسمي كذلك التعدي. وركن معنوي أو نفسي وهو الإدراك أو التمييز .

ولكي يعتبر محدث الضرر مخطئاً لأبد أن يكون قد انحرف في سلوكه عن السلوك الذي كان يسلكه الشخص المعتاد لو وجد وقت إحداث الضرر في نفس الظروف الخارجية التي وجد فيها محدث الضرر .

وبعبارة أخرى لمعرفة ما إذا كان هناك خطأ أم لا، يجب قياس سلوك مرتكب الضرر بسلوك الشخص المعتاد، فإذا وجدنا أن السلوكين متقنين، بمعنى أن الشخص المعتاد لو وجد في نفس الظروف الخارجية لمرتكب للضرر كان

(١) مصطفى أحمد الزرقا ، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد ، طبعة دمشق ، ١٩٦٥ ، ص ١٠١٦ وما بعدها ، حيث إن الخطأ في الاصطلاح الشرعي هو: وقوع الشيء على خلاف ما أريد أو ما يجب أن يكون. ولم يأخذ الفقه الإسلامي بقاعدة الخطأ كأساس عام للمسؤولية المدنية الناشئة عن الفعل الضار لكنه أخذ بقاعدة المباشر ضامن وإن لم يتعد بمعنى أن كل من يسبب ضرراً للغير فهو ضامن، سواء كان مخطئاً أو غير مخطئ، مميزاً أو غير مميز، لأن وجوب التعويض لجبر الضرر عبارة عن خطاب وضع وليس خطاب تكليف .

(٢) رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ٢٠٢٠، ص ٣٣١ .

سيأخذ نفس المسلك الذي اتخذته مرتكب الضرر، فلا نكون بصدد خطأ. أما إذا نتج عن القياس أن الشخص المعتاد ما كان ليسلك نفس السلوك الذي سلكه مرتكب الفعل الضار، بمعنى ذلك أن مرتكب الضرر قد انحرف عن سلوك الشخص المعتاد، وبعبارة أخرى أنه قد أخطأ^(١).

فمعيار الانحراف إذن هو سلوك الشخص المعتاد، فهو معيار موضوعي مجرد، لا شخصي، بمعنى أنه لا ينظر لقياس الانحراف إلى سلوك الشخص مرتكب الضرر ذاته وما توافر له ذكاء ومن تبصر واحتياط، بل ننظر إلى شخص عادي، أي "شخص يمثل جمهور الناس، فلا هو خارق الذكاء شديد اليقظة فيرتفع إلى الذروة، ولا هو محدود الفطنة حامل الهمة فينزل إلى الحضيض" وفي قياس سلوك مرتكب الضرر بسلوك الشخص المعتاد يجب النظر إلى الظروف التي وقع فيها الضرر والظروف التي يعتمدها في هذا الشأن هي

(١) في هذا قضت محكمة النقض لما كان الحكم المطعون فيه قد دلل على توافر الخطأ في حق الطاعنة بقوله أنه يتمثل في قيادته لسيارة الرئيس بحالة ينجم عنها الخطر إذ أخذ بأقوال الشاهدين سألني الذكر وأقوال هذا المتهم نفسه، فإنه كان يتعين على الأخير عند مواجهته بسيارة أخرى تبادل الإشارات الضوئية لئلاً أن يضع في حسابه ظروف الطريق وملابساته من الجانب الذي يلتزم ولو أدى الأمر أن يتوقف عن السير أو تهدئة السرعة إلى الحد الذي يضمن معه الأمان. أما وأنه ظل سائراً بذات السرعة رغم الإشارات الضوئية العاكسة وما تسببه من إبهار للبصر للشخص العادي كونه عليمًا يمثل هذه الظروف بحكم خبرته فهذا هو الخطأ بعينه، نقض مدني رقم ١٢٦٤، جلسة ١٩٧٣/٤/٢٩، مجموعة أحكام محكمة النقض، س ٢٤، ص ٥٥٢.

الظروف الخارجية الظاهرة، وهي الظروف التي تلابس ارتكاب الضرر وتكون منظورة للمدعي عليه أي من الممكن لمرتكب الضرر العلم بها وبمدي تأثيرها^(١). ويلاحظ أنه لا يشترط لوجود الخطأ الموجب للمسؤولية أن يكون هذا الخطأ معاقبا عليه جنائيا، فالانحراف على سلوك الشخص المعتاد يعتبر فعلا خاطئا ويستوجب مساءلة فاعله مدنياً سواء أكان هذا الفعل مكوناً لجريمة يعاقب عليها أم لا .

ويخلص مما تقدم أنه إذا كان سلوك مرتكب الضرر لا يتفق مع سلوك الشخص المعتاد إذا وجد في ذات الظروف التي كان فيها مرتكب الضرر، فأنا نكون بصدد خطأ، أما إذا جاء سلوك مرتكب الضرر متفقاً مع سلوك الشخص المعتاد، فلا يكون ثمة خطأ، ولا تتحقق المسؤولية عن الفعل الشخصي^(٢). وتطبيق المعيار السابق يؤدي إلى اعتبار الخطأ متوافقاً إذا استعمل شخص حقه استعمالاً غير مشروع أو تعسف في هذا الاستعمال، وبالعكس من ذلك يؤدي تطبيق ذلك المعيار إلى انتفاء الخطأ في الحالات التي يحدث فيها الشخص الضرر وهو في حالة دفاع شرعي، أو ضرورة أو تنفيذ أمر صادر إليه من الرئيس .

ما سبق، يستتبع بيان موقف الفقه الإسلامي من الضمان عن الفعل الشخصي، وبيان موقف المشرع المدني من المسؤولية عن الخطأ الشخصي، وبيان أوجه الشبه والاختلاف فيما بين الموقفين، وذلك في مبحثين كالآتي :

(١) مصطفى عبد الحميد عدوى، المصادر غير الإرادية للالتزام، مكتبة حور للخدمات التعليمية، القاهرة ، بدون سنة نشر، ص ٤٥٦ وما بعدها .

(٢) نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام "مصادر الالتزام مع المستحدث في تعديلات ٢٠١٦ للتقنين المدني الفرنسي، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ٢٠٢٠، ص ٣٣٤ .

المبحث الأول: الضمان عن الفعل الشخصي عند الفقه الإسلامي .
المبحث الثاني: المسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي في القانون المدني المصري .

المبحث الأول

الضمان عن الفعل الشخصي في الفقه الإسلامي

تمهيد وتقسيم :

نتناول ماهية الضمان عن الفعل الشخصي في الفقه الإسلامي، ببيان موضعه والحيز الذي يأخذه ضمن قواعد المسؤولية في الفقه الإسلامي، وبيان المبادئ التي يقوم عليها، وذلك في مطلبين على النحو الآتي :

المطلب الأول: فكرة الضمان عند الفقه الإسلامي والمبادئ التي يقوم عليها .

المطلب الثاني: صور العدوان الموجب للضمان في الفقه الإسلامي .

المطلب الأول

فكرة الضمان عند الفقه الإسلامي والمبادئ التي يقوم عليها

أولاً: فكرة الضمان عند الفقه الإسلامي :

نتناول فكرة الضمان قبل الإسلام وبعده كالاتي :

١- الضمان في الجاهلية (قبل الإسلام) :

اتخذ المجتمع الجاهلي شكل القبائل، إذ لم تكن كل قبيلة تشكل مجتمعا قائما بذاته، ولقد مرّ المجتمع القبلي العربي بذات المرحلة التي مرت بها كافة المجتمعات البشرية في الأطوار الأولى لتطورها، وهي مرحلة ضعف وانعدام السلطة المركزية، وقوة النزعة الجماعية، التي أخذت في هذا المجتمع شكل النزعة القبلية، فكانت المسؤولية جماعية، وفي الأعم الأغلب لم تكن تظهر المسؤولية إلا

مع مجتمع القبيلة الأخرى، لأنه من النادر أن يقع اعتداءً على أحد أفراد القبيلة من أحد الأفراد في القبيلة ذاتها، وإن حصل ووقع استثناءً، فإنه يكون اعتداءً غير عمديّ، وعند المساءلة، تكون قبيلة الفاعل أو المعتدي كلها محلاً للمساءلة، التي تأخذ شكل الثأر الجماعي، ويتم الثأر ليس من المضرور وحده بل من جميع أفراد قبيلته كلها، مما أدى إلى حالة من الفوضى التي سادت غالبية القبائل التي شكّلت المجتمع العربي، وامتدت هذه الحالة لسنواتٍ طويلةٍ، مما زاد من قلة جدوى مثل هذه الأشكال من المساءلة، التي بدأت بالانحسار لصالح شكلٍ آخر، وهو الدية، وأول ما ظهرت الدية لم تأخذ الصفة الإلزامية، بل كانت اختيارية حتى مجيء الإسلام وتطور مفهومها وجعلها إجبارية حيث قويت السلطة المركزية، وظهر العديد من أشكال الجزاء والأنواع المختلفة من الجرائم .

٢- الضمان في فترة ما بعد انتشار الإسلام :

تأخذ المسؤولية في الفقه الإسلامي، ذات المعنى اللغوي لها، وتأخذ أحد نوعين، فقد تكون دينية لا عقوبة دنيوية فيها، حيث عقوبتها الأساسية في الآخرة، فهي تنشأ في حال فعلٍ لم يجر مع مقتضيات الشريعة، وحددت أنواعها في الفقه الإسلامي، أو أن تكون قضائية، وأهم ما يميزها أنّ الجزاء المترتب عليها يكون جزاءً دنيوياً ظاهراً^(١) .

ويمكن أن تقسم إلى مسؤولية مدنية وأخرى مسؤولية جنائية، وأساس التقسيم هو، الحق الذي تمّ انتهاكه بهذا الفعل، المستوجب العقاب، فإن وقع الانتهاك على حق الله، تشكّل بهذا الفعل جريمة عامة مسؤولية تقابل المسؤولية الجنائية،

(١) محمد طوم، الحق في الشريعة الإسلامية، الطبعة الثانية سنة ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥، مطبعة حسان، القاهرة، ص ٢٣١؛ صلاح البرعي، المرجع السابق، ص ٨٥ وما بعدها .

وموضع التشابه أنّ حق الله هو ما تعلق به النفع العام دون اختصاصٍ بأحد، كما هو حال حق المجتمع في المسؤولية الجنائية في القانون، وعليه فحق الله لا يجوز التنازل عنه، أو التصالح عليه، أو الإغفاء منه، أمّا إن وقع الانتهاك على حق العبد، فإنّ الجريمة المتشكّلة هي جريمة خاصة، تستوجب المسؤولية المدنية أو على مصلحةٍ خاصةٍ بالمفهوم القانوني، ولكنّ حقوق العباد يختلط بها في معظم الأحيان حق الله.

وبالتالي، فإنّ النتيجة الدقيقة للجرائم الخاصة، ليست المسؤولية المدنية بالمفهوم القانوني وحدها، ولكن قد تختلط بها المسؤولية الجنائية، وذلك نتيجة اختلاط الغاية من المسؤولية في مثل هذه الجرائم، إذ في الجزاء المترتب عليها نجد معنى العقوبة والتعويض والجبر وتختلط فيها غاية الردع مع غاية الإصلاح^(١)، وسيتركز البحث في هذه الجرائم الخاصة والجزاءات المترتبة عليها، لأنّها تتضمن في جزءٍ منها أحكام الضمان .

وتترتب على المصلحة الخاصة قسمين للجرائم: هما جرائم تقع على الأموال، وجرائم تقع على النفس، ويترتب على هذه الجرائم جزاءات مختلفة في شكلها وغايتها، ولقد تقرررت هذه الجزاءات على سبيل الحصر في شكلها وكيفية تطبيقها، بعضها مالي لا يحمل معنى العقوبة ويهدف إلى التعويض مثل الدية، وبعضها غير مالي ويحمل معنى العقوبة مثل القصاص والتعزير، وهي على النحو التالي، مثل الاعتداء الذي يقع على النفس أو الجسم وجزاؤه الدية وتجب في القتل غير العمد عدا التعزير^(٢) .

(١) عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج١، بدون ناشر، ط ١٩٦٧، ص ٧٤ .

(٢) محمد طوموم، الحق في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص ٢٣٢ .

ولكن، السؤال الذي يطرح حول الجزاءات المالية، هل تحمل معنى العقوبة أم تحمل معنى التعويض؟ حقيقةً، هو سؤال تجدر الإجابة عليه، حيث يأخذ الاعتداء الذي يقع على المال أحد أشكال الاستيلاء القهري على مال الغير (الغصب) واختلف الفقهاء فيما يمكن أن يقع عليه الغصب، فالبعض توسّع في محله، حتى جعله يشمل المنقول والعقار والمنافع، بينما ضيقه البعض الآخر بصورة متطرفة، فجعلوا المنقول دون غيره محلاً له، وهناك من توسط بين هذا وذاك وجعله في المنقول والعقار فقط دون المنافع، أما الإكراه وهو حمل الغير على ما لا يرضاه، وقطع الطريق والسرقة والإتلاف ويقصد به "إخراج الشيء من أن يكون منتفعاً به المنفعة المطلوبة عادة"، والإتلاف كما أنه يقع على المال، فهو قد يقع على النفس أو على عضوٍ من النفس، كما يمكن أن يقع تسبباً وذلك يكون بعملٍ يقع ليفوت به حقاً، وقد يقع كنتيجة مباشرة للفعل^(١).

ثانياً: المبادئ الأساسية لفكرة الضمان في الفقه الإسلامي :

١ - أساس الضمان في الفقه الإسلامي :

لا يتحقق التضمين في الفقه الإسلامي إلا بتوافر ركنين هما التعدي والضرر ووجود علاقة سببية بينهما، أي رابطة بين التعدي والضرر بمعنى أن يكون الفعل مؤدياً إلى الضرر وهو ما يعبر عنه الفقهاء بالإفشاء . ويشترط في الضرر الموجب للضمان أن يكون قد وقع تعدياً، فما المقصود بالتعدي؟

(١) محمد إبراهيم دسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية، بدون سنة نشر، ص ٦٠ .

يقصد بالتعدي لغة مجاوزة الحد في الحق والشيء، لما عند الفقهاء فيراد به الظلم والعدوان ومجاوزة الحد فهو عمل ضار بدون حق أو جواز الحد^(١) فهم عمل ضار بدون حق أو جواز شرعي. بعبارة أخرى هو واقعة مادية محضة يترتب عليها المسؤولية بمعنى الضرر بغض النظر عن أهلية محدث الضرر أو إدراكه، ففي ضمان الأموال لا فرق بين العمد والخطأ، ولا بين المكلف البالغ ولا الصغير غير المميز، لأن الفقه الإسلامي يجعل الضرر علة وسبباً للتضمنين فإذا وجدت العلة وجد المعلول. فالإلزام بالتضمنين إنما هو من خطاب الوضع لا من خطاب التكليف، ومن ثم يلزم بالضمان من لا إدراك له في ماله^(٢). فتعبير التعدي يوحي بأن الالتزام بالتعويض رابطة مادية مالية وليست رابطة شخصية فلا ينظر فيها إلى تقدير أخلاقي ونفسي لمسلك محدث الضرر، ذلك أن أساس الضمان هو الجبر ورفع الضرر لا الجزاء والعقوبة بعموم قوله صلى الله عليه وسلم "لا ضرر ولا ضرار".

وقد عرف الفقهاء التعدي بتعريفات متعددة^(٣) لا تخرج في جملتها عن كونه إعتداء أو إحداث عمل بدون حق لا يأذن الشرع به، أو مجاوزة ما ينبغي أن يقتصر عليه شرعاً أو عرفاً أو عادة .

(١) ابن نجيم، الأشياء والنظائر، مطابع سجل العرب، القاهرة، ط ١٣٨٧هـ/١٩٦٨م، ص ٤١٣ .

(٢) على الخفيف، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص ٦٨ .

(٣) وقد استعمل المالكية مصطلح التعدي بمعنى الجنابة بوجه عام، بما يشمل التعدي بالنفوس والأبدان والفروج والأموال، كما استعمل عندهم بمعنى غصب المنفعة، أنظر في تفصيل تلك، القوانين الفقهية لابن جزي، ص ٣٦٠ .

خلاصة القول إذا كان الفعل مؤدياً إلى الضرر في ذاته استوجب ضمان ما ترتب عليه من تلف، لأنه حينئذ يكون فعل محظوراً بالنظر إلى نتائجه فتقع تبعته على فاعله كما ذكرنا. فالفقه الإسلامي يوجب رفع الضرر مطلقاً سواء أحدثه مكلف أم غير مكلف ولا سبيل إلى رفعه في هذه الحال إلا بإيجاب الضمان في مال محدثه دون التقات لعارض عرض لنفس الفاعل من عدم التمييز. فالمسئولية المدنية في الفقه الإسلامي مسئولية مالية ولا تقوم على الخطأ بالمفهوم الغالب في الفقه القانوني الذي يشترط لانعقاد المسئولية بالإضافة على التعدي الإدراك والتمييز، بل تقوم على الضرر، لذا لا يشترط فيها أن يكون مرتكب الفعل الضار مميّزاً .

٢- الإضرار بالمباشرة والإضرار بالتسبب :

والإتجاه الموضوعي للفقه الإسلامي لم يفرق في التضمنين أن يكون من وقع منه الفعل الضار عامداً أو مخطئاً، إذ جعل المباشر ضامن ولو لم يتعد أو يعتمد وجعل المتسبب لا يضمن إلا بالتعدي أو التعمد .
والمقصود بالتعمد، تعمد الضرر لا تعمد الفعل، والمراد بالتعدي ألا يكون الفاعل حق في إجراء الفعل الذي حصل منه الضرر. فالشخص قد يعتمد الفعل ولا يقصد به الضرر ولكن يقع الضرر نتيجة غير مقصودة، فإذا كان الإضرار بالمباشرة لا يشترط التعمد ولا التعدي. وإذا كان بالتسبب اشترط التعمد أو التعدي^(١) .

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، علي حيدر، (المتوفى: ١٣٥٣هـ)، تعريب فهد الحسيني، درا الجيل، ط الأولى ١٤١١هـ، ص ٣١٨ .

ويكون الإضرار بالمباشرة إذا إنصب فعل الإلتلاف على الشيء نفسه ويقال لمن فعله، فاعل بالمباشرة (مادة ٨٨٧ من مجلة الأحكام العدلية)، ويكون بالتسبب بإتيان فعل في شيء آخر يفضى إلى إلتلاف الشيء مثلاً، ويقال عن فعله متسبباً (مادة ٨٨٨ من مجلة الأحكام العدلية) .

فالمباشرة تكون متى أوجد الفعل علة التلف والعلة هي ما يستند إليه الفعل ومتى أوجد الفعل علة التلف كان الفعل مباشرة والفاعل مباشر، فالمباشر هو من باشر الضرر أي نفذه بحيث وقع الضرر بفعله دون واسطة أو تدخل فعل شخص آخر .

أما التسبب في تلف شيء يعني أن يحدث في شيء ما يفضى عادة إلى تلف شيء آخر. فالعلاقة بين الفعل والضرر تكون على سبيل التسبب إذ يفضي الفعل إلى الضرر بواسطة، أي أن حدوث الضرر كان ناتجاً عن أمر أدى إليه فعل سابق^(١). ويشترط في التسبب أن يكون من شأنه في العادة أن يفضي غالباً إلى الإلتلاف، كما من قطع حبل قنديل معلق يكون تسبباً مفضياً لسقوطه على الأرض وانكساره حينئذ يكون قد أتلف الحبل مباشرة وكسر القنديل تسبباً^(٢) .

(١) صلاح البرعي، المرجع السابق، ص ٣٩٠ .

(٢) مجلة الأحكام العدلية، تأليف لجنة مكونة من عدة علماء في الخلافة العثمانية، تحقيق نجيب هواويني، نشرها نور محمد، كراتشي ، باكستان ؛ على حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، تعريب فهمي الحسيني. ط/١ بيروت، دار البديل ، ص ٣١٨ ؛ وانظر مادة ٨٨٨ من مجلة الأحكام العدلية، الشيخ على الخفيف، المرجع السابق، ص ٧٤ .

واتضح ما سبق في المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات، باعتباره من التشريعات التي لجأت إلى تطبيق المسؤولية الموضوعية، فأرجع التفرقة في الحكم بين المباشرة والتسبب أن المباشرة علة مستقلة وسبب للإضرار بذاته فلا يجوز إسقاط حكمها بداعي عدم التعمد أو عدم التعدي، أما التسبب فليس بالعلة فلزم أن يقترن فيه بصفة التعدد أو التعدي ليكون موجبا للضمان .

المطلب الثاني

صور العدوان الموجب للضمان في الفقه الإسلامي

قسم الفقه الإسلامي العدوان إلى المباشرة والتسبيب، غير أن هناك تقسيمات أخرى مستحدثة لا تقل عنه أهمية من الناحية العملية، نسردها على النحو الآتي :

١ - المباشرة والتسبيب (١):

التقسيم الأساسي للعدوان في الفقه الإسلامي هو تقسيمه إلى عدوان بالمباشرة وعدوان بالتسبيب، أي عدوان مباشر وعدوان غير مباشر، وقد أوضح الشيخ القرافي هذا التقسيم بقوله في المباشرة "ما يقال عادة حصل الهلاك به من غير واسطة" وفي التسبيب "ما يحصل الهلاك عنده بعلة أخرى إذا كان السبب هو المفضي لوقوع الفعل بذات العلة كحفر بئر في محل عدوانا، فيتردي فيه بهيمه أو غيرها .

وواضح من هذا النص أن المباشرة معناها ترتب الضرر على الفعل دون واسطة بينهما. أما التسبيب فمعناه ترتب الضرر لا على الفعل ذاته وإنما على أمر آخر يتوسط بينهما وواضح أيضاً أن التقسيم إلى مباشرة وتسبب هو تقسيم للعدوان ذاته. وهذا ما يعني أن العدوان مطلوب لترتب الضمان المحالين، غابة الأمر أن العدوان يكون ثابتاً بذاته في حالة المباشرة لكونه هو العلة المباشرة للضرر الحادث أما في حالة التسبب فالعدوان لا يكون ثابتاً بذاته لكونه ليس علة مباشرة للضرر ولذلك فالعدوان في هذه الحالة الأخيرة يحتاج إلى إثبات.

^١ - مصطفى محمد الجمال ، القانون المدني في توبه الإسلامي ، مصادر الالتزام ، الطبعة الأولى ، بدون ناشر ، ص ٥٥٢ وما بعدها .

وقد جرى الفقه (١) - انطلاقاً من هذا الفارق العملي في الاثبات بين العدوان بالباشرة والعدوان بالتسبب - إلى القول بأن المباشر ضامن وإن لم يتعد، وأن المتسبب لا يضمن ما لم يتعد، وقد أدى أخذ التعبير بمعناه الحرفي - دون البصر بحقيقة المقصود به - إلى إنحراف خطير في فهم نظرية الضمان في الفقه الاسلامي وإظهارها بمظهر متخلف عن نظيرتها في الفقه الغربي في الوقت الذي وصلت فيه هذه النظرية في مفهومة على وجهها الصحيح - إلى نهاية ما تصبو إليه نظرية المسؤولية عند الفقه الغربي المعاصر .

فمن ناحية أولي: ساد الاعتقاد بأن المباشر ضامن وإن لم يتعد مصداقاً لذلك نصت المادة ٢/٢,٣ من قانون المعاملات على أنه "إن كان الإضرار بالباشرة لزم الضمان ولا شرط له وإذا وقع بالتسبب فيشترط التعدي أو التعمد أو أن يكون الفعل مفضياً إلى الضرر" وهذا ما يخالف الحقيقة الواضحة في شأن الإضرار بالباشرة من كون التعدي مطلوباً في ذاته، وإن لم يكن مطلوباً لإثباته، ويكفي للاقتناع بذلك أن نشير إلى بعض الاسئلة التي لا يقوم فيها الضمان رغم أن الإضرار فيها بالباشرة، خلافاً للمألوف في هذا النوع من الاضرار .

وتتعلق هذه الأمثلة بالحالات التي لا يمثل فيها الاضرار بالباشرة تعدياً لكونه مأذوناً به خلافاً للأصل من ذلك مثلاً حالة الجلاد الذي ينفذ حكم الإعدام، إذ لا يكون ضامناً رغم أن فعله يمثل إضراراً بالباشرة، لأنه مأذون بذلك. وحالة من يكون في حالة دفاع شرعي تخول له قتل المعتدي، لا يكون ضامناً رغم أن فعله يمثل إضراراً بالباشرة، لكونه مأذوناً، وحالة رجل الجمارك الذي يصادر أو

٢ - محمد احمد سراج، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، دراسة فقهية مقارنة بأحكام المسؤولية التصيرية في القانون، الثقافة للنشر والتوزيع بالقاهرة، ١٤١٠هـ، ص ٢٣٢ .

يتلف أطعمة تحرم اللوائح المعمول بها دخولها مع القادمين من الخارج، إذ لا يكون ضامناً - على وجه اليقين - رغم أن الإضرار بالقادم المحقق بالمباشرة وحالة رجل السلطة المختصة الذي يتلف أطعمه معده لكونه مأذوناً في ذلك. أصلاً للاستعمال الأدمي لانقضاء فترة صلاحيتها، لا يكون مسئولاً عن الاضرار بالمباشرة الذي يصيب صاحبها لكونه مأذوناً^(١).

ومن ناحية ثانية فقد ترتب على القول بأن المباشر ضامن ولا شرط له، أو ضامن وإن لم يتعد، وأن المتسبب لا يضمن إلا إذا كان متعدياً، إضافة الضمان إلى المباشر دون المتسبب عند اجتماعهما، غير أن تتبع الفروع الفقهية في المذاهب المختلفة، قد كشف عن أن هذه القاعدة بعيدة تماماً عن الاطلاق، وأن الفقه الاسلامي يعرف تطبيقات عديدة يضاف فيها الحكم إلى المتسبب على الرغم من وجود مباشر له^(٢). من ذلك مثلاً ما إذا كانت المباشرة قرينة على التسبب وبصفة خاصة إذا ما كانت المباشرة مترتبة على تقرير المتسبب أو إكراهه للمباشر، ومن ذلك ما إذا كان المتسبب دون المباشر، وهذا كله ما يتضح منه أن اجتماع المباشرة والتسبب هو مجرد صورة من صور تعدد الأسباب، تخضع لما يخضع له هذا التعدد من أصول عامة على نحو ما سوف تراه .

(١) مصطفى أحمد الزرقا، المرجع السابق، ص ٧١ - ٨٣. وهو لا يرى من أهمية للتمييز بين المباشرة والتسبب إلا في حالة اجتماعهما. حيث الأصل العام في هذه الحالة هو تضمين المباشر دون المتسبب ص ٨٣ .

(٢) راجع في تجميع وعرض هذه التطبيقات في المذاهب المختلفة بالتفصيل: مصطفى أحمد الزرقا، المرجع السابق، ص ٨٥-٩٣ .

من جماع ما سبق ، يتبين أن التعدي شرط لوجوب الضمان، سواء كان الاضرار بالمباشرة أو بالتسبب، وأن التفرقة بين المباشرة والتسبب ليس لها في الفقه الاسلامي الأهمية التي يخلعها عليها التصور المعاصر، وأن فائدتها قاصرة على مجال الاثبات.

ففي حالة المباشرة تكون هناك قرينة على توافر التعدي. لكن هذه القرينة تقبل إثبات العكس، بإثبات أن الفعل مأذون به شرعاً أو قانوناً خلافاً للأصل. أما في حالة التسبب فالتعدي غير ثابت بذاته، ولذلك يتعين على المضرور إثباته لقيام الضمان .

٢- تقسيمات أخرى مستحدثة (١):

استحدث الفقه تقسيمات جديدة على غرار المباشرة والتسبب، وذلك كالاتي :

- الخطأ العمد والإهمال :

لا يشترط في الفعل الضار حتي يرتب مسؤولية فاعله أن يكون محدثه تعمد بسلوكه إحداث ضرر بالغير. فالسلوك المخالف يعتبر تعدياً سواء كان بقصد منه إحداث الضرر أو لا يقصد منه ذلك^(٢). وفي الحالة الأولى يسمي التعدي بالعمد. وفي الحالة الأخرى يسمي بالإهمال .

وبالتالي ففكرة التعدي في مقام الضمان - الخطأ المدني - أوسع من فكرة التعدي في مقام المسؤولية الجنائية. والذي يعرف بالخطأ الجنائي. فالتعدي في مقام الضمان يتصرف الى تلك الطائفة من الأخطاء، أو من الاخلال بالواجبات

(١) مصطفى محمد الجمال ، المرجع السابق ، ص ٥٥٦ .

(٢) في عدم اشتراط التعمد في الفقه الاسلامي: أنظر: مصطفى أحمد الزرقا، المرجع السابق، ص ٧٦ وما بعدها .

القانونية، التي خصها القانون بعقوبة جنائية، والتي تشكل لذلك جريمة جنائية، لذلك فثبوت الخطأ الجنائي يعني بالضرورة ثبوت التعدي الموجب للضمان، بينما انتفاء الخطأ الجنائي لا يعني بالضرورة انتفاء التعدي الموجب له. ويظهر أثر هذه الملاحظة فيما يتعلق بحجية الحكم الجنائي أمام القضاء المدني. فإذا قضي الحكم الجنائي بالإدانة. كما هذا الحكم حجة فيما يتعلق بتوافر التعدي الموجب للضمان. أمام إذا قضي بالبراءة لعدم توافر الخطأ الجنائي. فإنه لا يكون حجة فيما يتعلق بانتفاء التعدي الموجب للضمان. نظراً لإمكان توافر هذا التعدي على الرغم من إنتفاء الخطأ الجنائي .

- التعدي الإيجابي والتعدي السلبي :

والتعدي الموجب للضمان قد يتمثل في فعل يأتيه الإنسان بالمخالفة لواجب قانوني بالامتناع عنه، ويسمي عادة خطأ إيجابياً، وقد يتمثل في امتناع بالمخالفة لواجب قانوني بالقيام بعمل معين، ويسمي عادة خطأ سلبياً^(١) .

وقد أثار الخطأ السلبي جدلاً في الفقه الغربي، فالبعض يذهب الى أن الامتناع لا يعد خطأ يرتب المسؤولية إلا إذا كان مخالفاً لواجب تفرضه نصوص القانون، كما هو الحال مثلاً في امتناع الموظف عن القيام بواجبات وظيفته، أو كان مقترناً بفعل، كما هو الحال في امتناع سائق السيارة عن تهدئة سرعتها عن الزحام، وامتناع السكك الحديدية عن اتخاذ ما يلزم لتنبيه المارة عن مرور القطارات أمام المزلقانات .

(١) في تطبيقات هذه التفرقة في الفقه الإسلامي، أنظر مصطفى أحمد الزرقا، المرجع السابق، ص ٨١ وما بعدها .

ولكن الواقع أن معيار التعدي أو الخطأ السابق تحديده يمكن أن ينطبق على الامتناع. فالامتناع كالفعل يمكن أن يكون مخالفاً لمسلك الرجل العادي إذا ما وجد في ظروف الإنسان المراد مساءلته. ويعد بذلك تعدياً أو خطأ، حتى وإن لم يكن مخالفاً لواجب تفرضه نصوص القانون أو مقتزناً بفعل. وهذا ما يمكن أن يتحقق مثلاً في حالة امتناع الطبيب عن الاسعاف أو العلاج في ظروف يستحيل فيها الالتجاء إلى غيره، أو امتناع شخص عن الادلاء بمعلومات من شأنها أن تجنب الغير خطراً جسيماً يهدده في نفسه أو في ماله .

ومؤلفات الفقه الاسلامي غنية بالأمثلة على التعدي ليس فقط بترك الواجب المنصوص عليه، وإنما كذلك بترك الواجب العام بالحيلة والحذر المصاحب لاستعمال المباحث .

مجاورة حدود الحق والتعسف في استعماله :

الأصل في التعدي أن يتمثل في فعل أو امتناع يتجاوز به صاحبه حدود ما يخوله القانون له من رخص وحقوق. غير أنه قد يتمثل كذلك في فعل أو امتناع يدخل في مضمون ماله من رخص أو حقوق. فكون السلوك استعمالاً لحق لا يحول دون توافر وجه التعدي فيه. ويتحقق ذلك في تطبيقات ما يعرف بنظرية التعسف في استعمال الحق. فاستعمال الحق يعتبر انحرافاً عن سلوك الشخص العادي إذا كان يقصد منه الأضرار بالغير أو كان في غير العرض الذي شرع من أجله بصفة عامة .

والسؤال: ما هي أحكام الضمان (المسئولية) عن الفعل الشخصي في القانون المدني؟

هذا ما سنجيب عليه في المبحث التالي .

المبحث الثاني

المسئولية عن الفعل الشخصي في القانون المدني

تمهيد وتقسيم :

يعتبر العمل غير المشروع أو الضار مصدرًا من مصادر الالتزام في جميع القوانين، ويطلق على الالتزام الناشئ عن هذا المصدر اصطلاحاً المسئولية التقصيرية، ويسمي المدين بالالتزام ناشئ عن عمل غير مشروع المسئول، وعلى ذلك فإن اصطلاح العمل غير المشروع يترادف من حيث المعنى مع اصطلاح المسئولية التقصيرية، غاية الأمر أننا إذا استعملنا عبارة العمل غير المشروع فإن ذلك يكون بالنظر إلى المصدر الذي أنشأ الالتزام، أما إذا استعملنا عبارة المسئولية، فإن ذلك يكون بالنظر إلى الأثر المترتب وهو الالتزام ذاته^(١).

هذا ما يدعونا لتناول التطور التاريخي للمسئولية المدنية، وبيان ضوابطها التي تقوم عليها، وبيان أوجه الشبه والاختلاف فيما بين موقف الفقه الإسلامي والقانون المدني حولها، وذلك في مطلبين كالآتي :

المطلب الأول: التطور التاريخي لفكرة المسئولية المدنية .

(١) يفضل البعض عبارة الفعل غير المشروع على عبارة العمل غير المشروع التي جاءت في التقنين المدني، وذلك للاحتفاظ بكلمة (العمل) للعمل أو التصرف القانوني، تحقيقاً للدقة في اللغة القانونية، محمود جمال الدين زكي، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، ١٩٧٦، ص ٤٤١، بيد أننا نؤثر استخدام مصطلح (العمل غير المشروع) لسببين هما: الأول: احتراماً للغة التشريع الذي استعمل هذا المصطلح. الثاني: جرياً على ما درج عليه الفقه، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في القانون المدني، ج١ المجلد الثاني، الفعل الضار، طبعة ١٩٨١، ص ٧٤١؛ وأيضاً راجع، محمد حسام لطفي، النظرية العامة للالتزام مع إشارة إلى التعديلات الواردة على القانون المدني الفرنسي عام ٢٠١٦، دار النهضة العربية، ٢٠١٧/٢٠١٨، ص ٢٨١ .

المطلب الثاني: أوجه التمييز بين فكرة الضمان والمسئولية المدنية .

المطلب الأول

التطور التاريخي لفكرة المسئولية المدنية

تنظم معظم التشريعات الحديثة الالتزام الناشئ عن العمل غير المشروع في صورة قاعدة أو قواعد تتضمن الأركان الرئيسية الواجب توافرها لكي ينشأ هذا الالتزام، ومع ذلك فلا تزال بعض قوانين بعض الدول بعيدة عن هذه الطريقة التأصيلية، فالقانون الإنجليزي والقانون المأخوذة منه، لا تتضمن قواعد عامه في شأن العمل غير مشروع، فهو لا ينظم العمل غير المشروع بصفه عامة، وإنما يتكلم عن عديد من الأعمال غير المشروعة، مبينا شروط توافر كل عمل والأثر المترتب عليه، دون أن يعني برد هذا العمل إلى أصل عام، وهو ذات المسلك الذي اتبعه فقهاء الشريعة الإسلامية في تناولهم لموضوع الضمان المقابل لموضوع المسئولية في فقه القانون^(١) .

وقد نظم الشارع المصري العمل غير المشروع في صورة قواعد عامة ضمنها المواد من ١٦٣ الي ١٧٨ من التقنين المدني . وتتأثر الأركان اللازمة لتحقيق المسئولية التقصيرية بالمذاهب الاجتماعية والاقتصادية السائدة، فحيث يسود في مجتمع معين المذهب الفردي وقوامه التسليم للأفراد بحقوق طبيعية وحرية لا يجوز المساس بها، يتشدد المشرع، فلا يجيز مساءلة الفرد عما سببه لغيره من أضرار إلا إذا ثبت في جانبه خطأ أدى إلى وقوع الضرر المشكوك منه، وفي هذه الحالة تكون المسئولية عموما مسئولية

(١) مصطفى عبد الحميد عدوى، المصادر غير الإرادية للالتزام، مكتبة حور للخدمات التعليمية، بدون سنة نشر، ص ٤٥٦ وما بعدها .

خطئية، لا تتحقق إلا إذا أمكن نسبة الخطأ إلى المتسبب في الضرر، وقد يعمن
المشرع في تشدده، فيفرض على المضرور أن يثبت الخطأ الذي يدعيه، وقد
يتساهل، فينص على قرائن تسمح للمضرور بإثبات خطأ المضرور بطريقة غير
مباشرة^(١).

أما في المجتمعات التي يسودها المذهب الاجتماعي، وقوامه التضامن
الاجتماعي بين جميع أفراد المجتمع، فإننا نلمس تساهلاً من المشرع فيما يتعلق
بتحقق المسؤولية، وتختلف درجات هذا التساهل، فقد يبقى المشرع على الخطأ
كركن ضروري لتحقق المسؤولية كقاعدة عامة، ولكنه يفترض هذا الخطأ في بعض
الحالات، أو يستغنى عنه كلية في حالات أخرى .

وقد تتسع الحالات التي تتحقق بها المسؤولية دون حاجة إلى وقوع خطأ
من المسئول حتى تفوق في عددها وأهميتها الحالات التي تتوقع وقوع الخطأ،
وأخيراً قد يبرز اتجاه يستغني عن الخطأ في جميع الحالات، ويكتفي بمسألة وقوع
الضرر فتكون المسؤولية موضوعية أو لا خطئية^(٢).

ولا شك أن تطلب وقوع خطأ في جميع الحالات، يتفق مع قواعد الأخلاق،
فمن يخطئ يسأل، ومن لا يخطئ يكون غير مسئول، ولكن ذلك قد يقصر عن
تحقيق العدالة في بعض الصور، وخاصة عندما يتساوى المضرور والمتسبب في
الضرر في عدم وقوع خطأ من أي منهما، حين يقوم المضرور فقيراً والمتسبب في

(١) سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني، المجلد الثاني، دار الكتب القانونية، ١٩٩٨،
ص ٨٨ وما بعدها؛ عبد السلام ذهني، الالتزامات في النظرية العامة، مطبعة مصر، ١٩٢٥، ص ٦٩٣ .

(٢) حبيب عادل جبري، المفهوم القانوني لرابطة السببية وانعكاساته في توزيع عبء المسؤولية المدنية -
دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٣، ص ٢٣ .

المضروور موسراً، أو حين يكون الضرر قد وقع خلال قيام المتسبب في الضرر بنشاط يجنى منه ربحاً أو مغنماً .

كذلك فان تقرير المسؤولية بمجرد تسبب الشخص في إيقاع ضرر بغيره، دون اشتراك وقوع خطأ من المتسبب، قد يتنافى مع قواعد الأخلاق، ويؤدى إلى ظلم وجور في بعض الحالات .

لذلك نجد التشريعات الحديثة تحاول أن توفق بين الاعتبارات المتقدمة: فلا هي تجنح كلية نحو إقامة المسؤولية على أساس الخطأ في جميع الحالات، ولا هي تميل كل الميل ناحية المسؤولية الموضوعية أو اللاخطئية. وتحاول أن تتخذ بين السبيلين قواماً^(١) .

وبالتالي، فالفهم الوافي للمسؤولية يتطلب متابعة المسار الذي تحركت به تاريخياً، ودراسة المتغيرات التي توالى على مضمونها وأساسها خلال حقبة زمنية مختلفة، ذلك أن المسؤولية وباعتبارها ضابطاً للنظام القائم في مجتمع ما، متغيرة في أساسها ودعائمها استجابةً للتغيير الذي هو من أهم خصائص النظام الاجتماعي^(٢) .

ويتضح هذا المسار في ثلاثة مراحل، مبينةً اتجاهها نحو المسؤولية الموضوعية، وذلك على النحو التالي :

(١) نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام "مصادر الالتزام مع المستحدث في تعديلات ٢٠١٦ للتقنين المدني الفرنسي، المرجع السابق، ص ٣٨٥؛ ممدوح محمد خيرى هاشم، المسؤولية التقصيرية في ظل التطورات التكنولوجية الحديثة "المسؤولية دون خطأ في القانون المدني"، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢، ص ١٨ وما بعدها .

(٢) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٢، مصادر الالتزام. المجلد الثاني، تنقيح مصطفى محمد الفقى وعبد الباسط جميعي، ط ٣، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٧. ص ١٠٢٧ .

المرحلة الأولى: المسؤولية عن الفعل المادي (في القانون الروماني):

كانت السلطة المركزية في بداية العهد الروماني ضعيفة، إن لم تكن منعدمة، وهذا الأمر أورث المجتمع حركة عشوائية جماعية، فلا مجال لوجود الفرد كفاعلٍ أو كمسؤولٍ دون جماعته لذلك، كانت المسؤولية عن الفعل الذي يرتكبه أحد أعضاء الجماعة مسؤولية جماعية، فكل جماعته تتحمل نتائج أفعاله، حيث كانت جماعة المضرور تتأثر من جماعة الفاعل، ويترتب على التآثر الجماعي حالة من عدم الاستقرار في المجتمع، نتيجة لهذه الغريزة الجامحة غير المضبوطة، مما أدى إلى ضرورة تنظيم عملية التآثر، فأصبحت عملية فردية، تأخذ شكل الاقتصاص من جسد الجاني على أساس فكرة العين بالعين .

واستمر التطور في التعامل مع جزاء الأفعال الضارة، والتغير فيها بما يحقق مصلحة أفضل للمضرور، فالتأثر لم يحقق للمضرور أي نفع مادي، لذلك ظهر شكل جديد للجزاء، وهو الدية. وأول ما ظهرت الدية كانت اختيارية، بمعنى أن المضرور يحق له أن يختارها بدلاً من التآثر وليس ملزماً بها دائماً، وهذا التخيير يبين وجود الصفة الجزائية في الدية واعتبارها شكل من أشكال العقوبة وحتى بعد أن أصبحت الدية إجبارية عن بعض الأفعال، بقيت محتفظةً بشكلها العقابي إذ لم تكن تقدر بمقدار الضرر، بمعنى أن الوظيفة التي كانت تؤديها في ذلك الوقت هي الوظيفة الهادفة إلى جبر الضرر فقد كانت تفوق في مقدارها الضرر .

وظل التطور في الجزاء والأثر المترتب على قيام المسؤولية، بمعزلٍ عن أي تطور في الأساس الداعم لقيام المسؤولية، فلقد امتازت هذه المرحلة بتأسيس

المسئولية فيها على الفعل الماديّ المجرد من نتيجته الضارة، فلا اعتبار لشخص الفاعل مدركاً أم غير مدرك^(١).

وبدأت بذور التغيير تظهر مع زيادة السلطة المركزية ووجود الدولة، إذ وجد في قانون الألواح الإثني عشر تحديداً وضبطاً لنوعية الجزاءات المترتبة عن الأفعال الضارة، مع تحديد لبعض هذه الأفعال ضمن جرائم خاصة، تنتج عنها أضرار تمس بمصالح الأفراد، وجرائم عامة تنتج عنها أضراراً تمس بالدولة بيد أنه اعتمد الضرر ومحله كأساس لهذا التحديد.

فلقد شكّلت هذه المرحلة وما تلاها، من تقسيم لنمط الأفعال في قانون أكيليا، تؤسس عليه المسؤولية، واشترط لبعض الشروط والأوصاف في الأفعال حتى يتم التمييز بين المسؤولية المدنية والمسئولية الجنائية، مما استتبع بالضرورة تغيير وتمييز لأساس كل منهما عن الأخرى، حيث تمّ ضبط بعض الأفعال ضمن نصوص قانونية محددة، وتعدادٍ صريحٍ لهذه الأفعال، مثل موت رقيق أو قتل رأس ماشية، وإعطائها وصف الجرائم الخاصة وتحديد جزائها بالغرامة، واشترط لقيام المسؤولية حصول الفعل دون وجه حق، حيث بدأت تظهر الأفكار التي تسعى لإيجاد التناغم بين الواقع الفعلي ومبدأ المشروعية (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص)،

(١) عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، بيروت، ط١٩٧٩، ص٥٣٢، سليمان مرقس، الفعل الضار، ط٢، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ط١٩٥٦، ص٢٥، جميل الشرفاوي، النظرية العامة لالتزام. الكتاب الأول. مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١٩٩٥. ص٤٩٧.

حيث لم يكن من المعقول عدم المساءلة إلا على ما نُص عليه بنصوصٍ صريحة، ومع تعاصر هذه المرحلة مع بدء ظهور التأثير الأخلاقي والديني^(١).

وفي هذه المرحلة، بدأ البحث والاهتمام بالتصرف الصادر من فاعل الضرر، وتأثير ذلك على المسؤولية نتيجة التأثير بالكنيسة اليونانية، واهتمامها بنية إحداهن الضرر وبفكرة الخطيئة، حيث وُجدت ضرورةً لاستحداث فكرةٍ جديدة، تفتح المجال للتوسع في الأفعال التي يُسأل مرتكبها، وكانت هذه الفكرة الخطأ، بداية تشكل حالة انقسام المسؤولية المدنية عن المسؤولية الجزائية، بمعنى أنها لم تكن بدايةً لانقسامٍ أو انفصالٍ بقدر ما كانت حالة توسع اقتضتها المستجدات في الفكر القانوني، من وجود مبدأ المشروعية، كما اقتضاها الواقع العملي والذي يسعى إلي تحقيق العدالة فيه، من ضرورة تحمّل الفاعل لنتائج أفعاله الضارة، بيد أنّ الفكرة بقيت على وصفها مجرد فكرة، حيث استمر تأسيس المسؤولية على الفعل الضار حتى أواخر العهد الروماني ما يمكن استنتاجه من خصائص لهذه المرحلة، وعدم تقرير قاعدة عامة في المسؤولية. كما أنّ المسؤولية التي عرفت هذه المرحلة هي المسؤولية الجنائية فقط، حيث عرفت هذه المرحلة حالات خاصة في المسؤولية، حتى لو تأسست على الفعل الضار، أو أخذ العقوبة شكل الدية، فتأسيسها على الفعل الضار سبق ظهور مبدأ المشروعية، والدية وإن كانت أموالاً إلا أنّها حملت معنى العقوبة والزجر.

المرحلة الثانية: المسؤولية عن الخطأ (النظرية الشخصية):

(١) مصطفى العوجي، القانون المدني، ج٢، المسؤولية المدنية، ط١، مؤسسة بحسون للنشر، بيروت، ط١٩٩٦، ص٢٣٠، منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، دراسة مقارنة، ج١، مصادر الالتزام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط١٩٩٦، ص٣٣٧.

تشكّلت المرحلة الثانية وبلغت أوجها في القانون الفرنسي القديم والحديث. فقد كان القانون الفرنسي يشكّل امتداداً طبيعياً لما وصل إليه القانون الروماني، ففي بداية تقسيمه للأفعال المجرّمة، وهي كانت المرحلة المؤسسة لظهور واعتماد الخطأ أساساً للمسئولية، اعتمد على محل وقوع الضرر، إذ جعل من الجرائم الواقعة على الأموال جرائم خاصة، ومن الجرائم الواقعة على الأشخاص جرائم عامة، وعليه بدأ يبرز الفرق بين الجريمة المدنية والجريمة الجنائية^(١). فما يقع على الأموال تتشكل به جريمة مدنية تستوجب التعويض، وعليه فإنّ التعويض أول ما ظهر في القانون الفرنسي حمل فكرة العقوبة والردع .

ومع الوصول لهذه المرحلة من الحاجة إلى تمايز الأفعال، ومع الميراث الذي خلفه الفقه الروماني متأثراً بالأصول الأخلاقية للمسئولية في الفكر الكنسي، الذي ساد في تلك الفترة الزمنية، والذي اهتم بالإرادة، وجعلها شرطاً أولاً لمساءلة الإنسان، حيث لا يسأل إلا إذا خالف قاعدةً أخلاقيةً أو دينيةً هو الإنسان المكلف، والعقل مناط التكليف، كما يلزم في الفعل لئسأل فاعله أن يخالف بفعله الأخلاق والدين، وتانياً، يشترط في الفاعل أن يكون إنساناً مسئولاً يمكن مساءلته .

فما الوصف الذي يمكن إطلاقه على الفعل ويتسع لهذه الشروط، ويتوافق مع مرتكزات النظام الاجتماعي التي سادت في تلك الفترة؟ إنّه الخطأ، فهو وصفٌ معنويٌّ فضفاض، يحتمل الكثير من المعاني وتنطوي تحته الكثير، ويمكن التصور كمّ الأفعال التي نستطيع وصفها بأنها أفعالٌ خاطئةٌ، ولقد كان الفقيه الفرنسي دوماً أول من وضع الخطأ كأساسٍ للمسئولية، فكل فعلٍ يخالف الصواب يعدّ خطأً

(١) عبد الحميد عثمان محمد، المسئولية المدنية عن مزار المادة المشعة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٣، ص ٦٩ .

على اختلاف أنواع المسؤولية بصفة مطلقة، حيث قسّم الخطأ إلى ثلاثة أقسام هي: الخطأ الذي تترتب عليه جناية أو جنحة، وهنا يسأل الفاعل جنائياً من قبل الدولة بالإضافة إلى المساءلة من قبل المضرور، والخطأ الناتج من إخلال بالتزام متفقٍ عليه (خطأ عقدي) والخطأ الناتج من الإهمال والذي لا يتشكّل به جناية أو جنحة، ويعتبر خطأ إهمالٍ وعدم تبصّر^(١)، ولكنّ المسؤولية التقصيرية، ومع انفصالها عن المسؤولية الجنائية، والذي اتضح في القانون الفرنسي، حيث تمّ نزع وصف العقوبة عن التعويض، وبظهور الوظيفة الإصلاحية لها، كانت بحاجة لضابط وجودها وتأسيسها .

وأصبح الخطأ أصلح الأسس التي قد تعتمد لوجود المسؤولية التقصيرية خاصةً وأنها رغم القول بانفصالها عن المسؤولية الجنائية في القانون الفرنسي، لم تزل متأثرة بها، حيثُ وجد ذلك الارتباط التاريخي بينهما .

ومع هذا الارتباط فهي لا تزال بحاجة للفعل ووصفه كما في المسؤولية الجنائية أساساً لقيامها، ولكنّ طبيعة الأثر والحكم المترتب على وجودها، وهو التعويض وما يهدف إليه من جبر للضرر، أكدّ الحاجة لوجود ضابطٍ فضفاضٍ واسع، يوائم بين ضرورة جبر الأضرار وعدم قدرة المسؤولية التقصيرية على التخلص من ارتباطها بالمسؤولية الجنائية .

فالخطأ يمثل المخرج الملبي لتلك الحاجات، والمتناغم مع الفكر الأخلاقي السائد في تلك الفترة الزمنية، ولقد تبناه القانون الفرنسي كأساسٍ للمسؤولية

(١) حسن عكوش، المسؤولية العقدية والتقصيرية في القانون المدني الجديد، ط١، دار الفكر الحديث، القاهرة، ص ١٩ .

التقصيرية في مدونة نابليون الفرنسي، حيث إنّ كل فعلٍ يتصف بالخطأ وسبب ضرراً للغير تنشأ عنه المسؤولية، وبأنّ الشخص يُسأل عن إهماله وعدم تبصره . ولقد قامت بذلك النظرية الشخصية، واتضح ذلك في المادة ١٣٨٢ والمادة ١٣٨٣ من القانون المدني الفرنسي الملغى بموجب القانون رقم ١٣١ لسنة ٢٠١٦، ولقد استقرت هذه النظرية في العديد من القوانين التي ورثت أحكامها عن القانون الفرنسي والنظام اللاتيني بشكلٍ عام، ومن أهم هذه القوانين القانون المدني المصري وغيره من القوانين العربية .

وأهم ما تميزت به هذه المرحلة، الفصل بين المسؤوليتين المدنية والجنائية، وكان السبب المباشر في ظهور النظرية الشخصية، ولقد كان منطلق الفصل بينهما هو، محاولة إيجاد اتساع في المسؤولية بعد التضيق الذي أدى إليه ظهور مبدأ المشروعية، فظهر الخطأ أساساً للمسؤولية التقصيرية وجبر الضرر غايةً وهدفاً لها^(١) .

ولكنّ المنطق يقتضي، أن تكون الوسيلة تقود للغاية وأن تكون للغاية وسيلةً تحققها، فعندما تكون وظيفة وغاية وجود المسؤولية التقصيرية، هي الإصلاح وجبر الضرر، فإنّ الوسيلة، يجب أن تقود إلى هذه الغاية، فهل تكون وسيلة جبر الضرر، هي تأسيس المسؤولية على الفعل الخاطيء؟ وهل يمكن تصوّر وجود علاقة غائية بين الخطأ كسبب للمسؤولية وجبر الضرر كغاية لها؟ وهل يصح أن تكون غاية المسؤولية خارجة عن الزجر واللوم؟ وهل يصح أن تقوم المسؤولية دون فعلٍ منحرفٍ تتأسس عليه؟!

(١) محمد إبراهيم دسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية، دون سنة نشر، ص ٥٤ .

ننتهي في هذا المقام، أنّ المسؤولية المدنية كانت تعبر عن حالة توسع في المسؤولية الجنائية، التي ضيق عليها من خلال مبدأ المشروعية، ولم تكن الوسيلة الأمثل للوصول للغاية، وأنّ غايتها المفترضة لم تكن إلا لعلاج انعدام التلاؤم بين المنهج والغاية وما نتج عنه .

ما سبق يمثل المرحلة الثانية من مراحل تطور المسؤولية التقصيرية .

المرحلة الثالثة: الاتجاه نحو المسؤولية الموضوعية :

كانت تحمل النظرية الشخصية بذاتها أسباب أفولها ذلك، أنّها في معالجتها للمسؤولية التقصيرية وأساسها، إنما تعاملت مع وضع يشوبه الخلل في ذاته، وأقصد ما يتعلق بانفصال المسئوليتين، وهذا الخلل تتابع في الفكرة الأساسية للنظرية الشخصية وهي الخطأ .

فالخطأ ابتداءً كوصفٍ متعلقٍ بالفعل وماهيته وصفٌ واسعٌ وفضفاض، وأوسع من أن يتشكل به ضابطاً لأمرٍ قانوني، فهو يشكل أساساً قانونياً، وأي أساسٍ يفترض به من الوضوح والتحديد ما يجعله صالحاً ليكون كذلك، فالخطأ رغم محاولات ضبطه ظل يفتر إلى البناء الذي يوضح دون لبس عناصره وأركانه .

فلو عرضنا لمرحل تطور الخطأ وكيفية تطبيق فكرته ضمن النصوص القانونية، لتبين ذلك بصورة أكيدة. فلقد ظهر الخطأ ابتداءً مراعاة للجانب الديني والأخلاقي في المجتمع، ومع وصول الحرية، حيث مال المجتمع نحو النزعة الفردية أعقاب الثورة الفرنسية^(١)، فالفرد حرٌّ في تصرفه وسلوكه، حتى لو أدى إلى الإضرار بغيره .

(١) محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق. ص ٢٢٨ .

ولما كان ما سبق يمثل مخالفة للنظام الأخلاقي، كان لا بدّ من فكرةٍ أخلاقية تقوم على ضبط هذه الحرية وتهذيبها، وهي فكرة الخطأ وعلى الرغم من ذلك لم تستطع تحقيق العدالة لتركيزها على إنصاف الفاعل دون الاهتمام بالمضرور .

ولقد تمّت محاولة تجنب ذلك النقص في التطبيق العمل، ظهرت الكثير من المستجدات العملية في النظام الاجتماعي، والتي أثرت بالضرورة على النظرية الشخصية، فبعد الثورة الصناعية وما تبعها من تطورٍ صناعيٍّ أدى إلى ظهور الآلات الميكانيكية الدقيقة، ومن هنا بدأت الفكرة الأخلاقية تضعف في هذا المجتمع الماديّ، فأصبحت كل خسارةٍ ماديةٍ بحاجةٍ للتعويض، كما أنّ كثرة الأضرار الناجمة عن التعامل مع الآلات، وصعوبة إثبات الخطأ وتحديد شخص المسئول أدى إلى إلحاق الأذى في عدالة النظرية الشخصية، حيث أصبح المضرور في معظم الحالات لا يعرض عن الضرر الذي لحق به، فظهرت نظرية تحمل المخاطر، فكل من تسبب في الوضع الخطر، يجب عليه تعويض المتضرر، وكل صاحب آلة يتحمل الأضرار التي قد تلحق بالغير نتيجة لهذه الآلة، على أساس قاعدة الغرم، ولكن، ليس بالضرورة أن يغرم المتسبب بالضرر .

ولقد نادى بعض الفقهاء المصريين صراحةً بتبني نظرية تحمّل التبعة، كما تبني كلا من المشرعين المصري والفرنسي نظرية التبعة على سبيل الخصوص في بعض القوانين استثناءً للقاعدة العامة في المسئولية، كما ظهر أيضاً الرأي الفقهي الذي نادى بالسببية بين الفعل والضرر أساساً كافياً للمسئولية،

وهذا الاستغناء عن الخطأ يدل على بدء الاتجاه نحو الموضوعية المجردة من تأثير شخص الفاعل^(١).

ولقد اعتمدت هذه الفكرة في بعض القوانين الحديثة كالقانون الألماني وقانون الالتزامات الفرنسي. ومن أهم النظريات التي ظهرت أيضاً، نظرية الضمان والسلامة من الأضرار، باعتبار عدم الإضرار بالغير التزاماً بتحقيق نتيجة، فمتى أُخلّ بهذا الالتزام، قامت المسؤولية، وأول ظهور لها في الفقه الغربي كان عام ١٩٤٨، وكان الفقيه السويسري ستارك أول من نادى بها، والذي أقامها على الفعل الضار.

لقد كانت هناك محاولات عديدة للفقهاء المؤيدين للنظرية الشخصية لتجاوز الكثير من الانتقادات، وعظم تواجدتها مع التقدم الصناعي وظهور شركات التأمين، ومن هذه المحاولات، القول بوجود الخطأ المفترض الذي لا يحتاج إلى إثبات في المسؤولية عن الأشياء ومسئولية المتبوع عن أعمال التابع، ومن أهم هذه المحاولات أيضاً التوجه نحو الموضوعية والتجرد في النظرية الشخصية، حيث ظهر الخطأ الموضوعي أو الخطأ القانوني إذ يقوم الخطأ بمجرد الانحراف بتجرد عن المؤثرات الشخصية للفاعل، ومن أهم هذه المؤثرات، تمييز الفاعل، رغم ما

(١) سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام (العقد - الإرادة المنفردة - العمل غير المشروع - الإثراء بلا سبب - القانون - مصدران جديان للالتزام الحكم - القرار الإداري)، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ٢٠٠٩، ص ٢١٦ وما بعدها.

يترتب على ذلك من تناقض مع جوهر النظرية، وذلك من أجل مساءلة عديم التمييز^(١).

لكن مما يجدر ذكره أنّ الخطأ بقي قائماً كأساسٍ للمسئولية التصيرية بشكله التقليدي حتى أنّه بقي ولو بمجرد الافتراض، حتى أنّ البعض رأوا بأنه يقوم بمجرد تحقق الضرر، وذلك حتى يسهل إثباته، لنكون أمام الخطأ الموضوعي كأساسٍ للمسئولية مع أثر هذه المسئولية، فكل فعلٍ ينتج عنه الضرر يتشكل به الخطأ^(٢).

لكنّ هذا التوجه يفتقر إلى المنطق المجرد كما يفتقر للمنطق القانوني، فالخطأ حسب تعريفه اللغوي وصفاً متعلقاً بماهية وطبيعة الفعل، واعتباره قائماً بتحقق الضرر عن هذا الفعل، فيه مغالطة، فالضرر وإن كان وصف للفعل فهو منفصلٌ عن ماهية الفعل ومتعلق بنتيجته، فكان الأجدر بهم، التخلي عن وصف الخطأ والاكتفاء بركن الضرر في المسئولية حتى تقوم به؛ لأنّ النتيجة من هذا الطرح متماثلة مع اعتبار المسئولية متحققة بتحقق الضرر، واعتبار الخطأ متحقق أيضاً بتحقق الضرر.

(١) فتحي عبد الرحيم عبد الله، دراسات في المسئولية التصيرية، نحو مسئولية موضوعية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ط٢٠٠٥، ص ٢٤.

(٢) أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ط١، منشورات الجامعة الأردنية، عمان، ١٩٨٧، ص٣٥٢؛ فتحي عبد الرحيم عبد الله، دراسات في المسئولية التصيرية، نحو مسئولية موضوعية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ط٢٠٠٥، ص٥٦.

المطلب الثاني

أوجه التمييز بين فكرة الضمان والمسئولية المدنية

سنتناول الأسباب التي تؤدي إلى وقوع المسئولية التقصيرية، ثم نبحت في التمييز بين المسئولية الموضوعية وفكرة الضمان عند الفقه الإسلامي، وذلك كالآتي :

أولاً: المسئولية في القانون المدني المصري :

بالنظر إلى موقف المشرع المصري، وجدنا أن الشروط التي يتطلبها لنشوء الالتزام بالتعويض، تختلف باختلاف المصدر المادي للضرر، بحيث يجب التمييز في هذا الشأن بين ثلاثة مصادر رئيسية للضرر:

١- الفعل الشخصي للمسئول .

٢- فعل الغير .

٣- فعل الأشياء .

ولهذا التمييز أهمية كبرى فيما يتعلق بتحديد الشخص المسئول وفيما يتعلق بأحكام المسئولية .

فالمسئول عن الضرر الناشئ عن الفعل الشخصي هو من وقع الحادث بخطئه، وهو بذلك يختلف عن المسئول عن الضرر الحاصل من غيره إذ هو الشخص الذي تجب عليه رعايتهم ورقابتهم، وعن المسئول عن الأشياء إذ هو حارسها .

كذلك تختلف أحكام المسئولية باختلاف مصدر الضرر، ففي المسئولية عن فعل الشخصي يقع على المدعي عبء إثبات خطأ المدعى عليه، بينما لا يلتزم المدعى بالمسئولية عن الأشياء بإثبات أي خطأ، وكفي في المسئولية عن

فعل الغير إثبات خطأ هذا الغير إن كان مميزا، دون أن يلتزم المدعي لإثبات خطأ المسئول^(١) .

وقد أدى اختلاف القواعد المنظمة للمسؤولية المدنية باختلاف المصدر المادي للضرر لبعض الشراح إلى القول بأنه لا توجد عدة مصادر للمسؤولية المدنية، بل توجد عدة مسؤوليات، كل واحدة منها مختلفة عن الأخرى ليس في مصدرها فحسب، بل وفي أحكامها^(٢) .

فيتضح مما تقدم، إنه أيا كان الفعل المسبب للمسؤولية، فإن فكرة المسؤولية لا تثور إلا إذا أصيب شخص بضرر، فالضرر هو ركن المسؤولية الأساسي إذ لا يتصور وجود التزام بالتعويض، إذا لم يكن هناك ضرر، في حين أن المسؤولية قد تتحقق دون وجود خطأ، وهو ما أخذ به القانون في بعض الحالات .

فالضرر ليس ركنا في المسؤولية عن الفعل الشخصي فحسب، بل وفي المسؤولية عن فعل الغير وعن الأشياء نكون بصدد مسؤولية عن الفعل الشخصي إذا كان الضرر ناشئا عن فعل أو امتناع عن فعل قام به المدعي عليه نفسه، دون أن يتدخل في حصوله شيء من الأشياء . ومثال ذلك أن يقوم شخص بضرر

(١) عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام "الجزء الثاني مصادر الالتزام"، المرجع السابق، ص ٤٤٠ .

(٢) نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص ٧٩ وما بعدها؛ فتحي عبد الرحيم عبد الله، المرجع السابق، ص ٣٨ .

شخص آخر مستعملاً يده أو قدمه، فيسبب له جرحاً أو عاهة، يؤدي بحياته، أو أن يقذف شخص في حق شخص آخر أو يسبه بالإشارة أو القول أو الكتابة^(١).
وتنص المادة ١٦٣ من القانون المدني على أنه: "كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم مرتكبه بالتعويض".

ويستخلص من هذا النص أنه يشترط لتحقيق المسؤولية، توافر ثلاثة شروط أو أركان، متمثلة في الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما، نتناولها كالاتي :

- الخطأ :

لم يعرف القانون المدني الخطأ، مما أدى إلى تعدد التعريفات المقترحة لبيان المقصود منه، ودون مناقشة لهذه التعريفات^(٢)، نبرز أن المقصود بالخطأ وفقاً للرأي الراجح هو أنه: انحراف عن سلوك الشخص المعتاد الموجود في نفس الظروف الخارجية لمرتكب الضرر، مع إدراك ذلك^(٣).
ويستخلص من هذا التعريف أن للخطأ ركنين: ركن مادي وهو الانحراف ويسمي كذلك التعدي. وركن معنوي أو نفسي وهو الإدراك أو التمييز، نوضحهما كالاتي :

(١) محمد عبد الظاهر حسين، مصادر الالتزام "المصادر الإرادية وغير الإرادية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨، ص ٣٦٠.

(٢) الخطأ في الاصطلاح الشرعي هو: وقوع الشيء على خلاف ما أريد أو ما يجب أن يكون. ولم يأخذ الفقه الإسلامي بقاعدة الخطأ كأساس عام للمسئولية المدنية الناشئة عن الفعل الضار لكنه أخذ بقاعدة المباشر ضامن وإن لم يتعد بمعنى أن كل من يسبب ضرراً للغير فهو ضامن، سواء كان مخطئاً أو غير مخطئ، مميزاً أو غير مميز، لأن وجوب التعويض لجبر الضرر عبارة عن خطاب وضع وليس خطاب تكليف.

(٣) رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص ٣٣١.

١- الانحراف أو التعدي :

لكي يعتبر محدث الضرر مخطئاً لابد أن يكون قد انحرف في سلوكه عن السلوك الذي كان يسلكه الشخص المعتاد لو وجد وقت إحداث الضرر في نفس الظروف الخارجية التي وجد فيها محدث الضرر .

وبعبارة أخرى لمعرفة ما إذا كان هناك خطأ أم لا، يجب قياس سلوك مرتكب الضرر بسلوك الشخص المعتاد، فإذا وجدنا أن السلوكين متقنين، بمعنى أن الشخص المعتاد لو وجد في نفس الظروف الخارجية لمرتكب للضرر كان سيتخذ نفس المسلك الذي اتخذه مرتكب الضرر، فلا نكون بصدد خطأ، أما إذا نتج عن القياس أن الشخص المعتاد ما كان ليسلك نفس السلوك الذي سلكه مرتكب الفعل الضار، بمعنى ذلك أن مرتكب الضرر قد انحرف عن سلوك الشخص المعتاد، وبعبارة أخرى أنه قد أخطأ^(١) .

فمعيار الانحراف إذن هو سلوك الشخص المعتاد، فهو معيار موضوعي مجرد، لا شخصي، بمعنى أنه لا ينظر لقياس الانحراف إلى سلوك الشخص مرتكب الضرر ذاته وما توافر له ذكاء ومن تبصر واحتياط، بل ننظر إلى شخص

(١) في هذا قضت محكمة النقض لما كان الحكم المطعون فيه قد دلل على توافر الخطأ في حق الطاعنة بقوله أنه يتمثل في قيادته لسيارة الرئيس بحالة ينجم عنها الخطر إذ أخذ بأقوال الشاهدين سالفى الذكر وأقوال هذا المتهم نفسه، فإنه كان يتعين على الأخير عند مواجهته بسيارة أخرى تبادل الإشارات الضوئية لئلاً أن يضع في حسابه ظروف الطريق وملابساته من الجانب الذي يلتزم ولو أدى الأمر أن يتوقف عن السير أو تهدئة السرعة إلى الحد الذي يضمن معه الأمان. أما وأنه ظل سائراً بذات السرعة رغم الإشارات الضوئية العاكسة وما تسببه من إبهار للبصر للشخص العادي كونه عليمًا يمثل هذه الظروف بحكم خبرته فهذا هو الخطأ بعينه (نقض مدني رقم ١٢٣٧، جلسة ١٩٧٣/٤/٢٩، مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية، س ٢٤، ص ٥٥٢).

عادي، أي "شخص يمثل جمهور الناس، فلا هو خارق الذكاء شديد اليقظة فيرتفع إلى الذروة، ولا هو محدود الفطنة حامل الهمة فينزل إلي الحضيض".^(١)

وفي قياس سلوك مرتكب الضرر بسلوك الشخص المعتاد يجب النظر إلى الظروف التي وقع فيها الضرر والظروف التي يعتبرها في هذا الشأن هي الظروف الخارجية الظاهرة، وهي الظروف التي تلابس ارتكاب الضرر وتكون منظورة للمدعي عليه أي من الممكن لمرتكب الضرر العلم بها وبمدي تأثيرها^(١).

ويلاحظ أننا وصفنا الظروف التي يعتد بها عند قياس سلوك مرتكب الضرر بالظروف الخارجية للحادث، والمقصود بذلك الظروف العامة التي يمكن أن يوجد فيها كل إنسان كظروف الزمان والمكان. أما الظروف الداخلية الخاصة بشخص مرتكب الضرر، فلا يعتد بها بحسب الأصل، وعلى ذلك إذا كان هذا الشخص ضعيف البصر، أو طاعنا في السن، أو مريضاً بأعصابه، وأردنا أن نقيس سلوكه وقت حصوله الضرر، فيجب صرف النظر عن ضعف بصره، وتقدم سنه، اضطراب أعصابه، بحيث أن الشخص المعتاد الذي نقيس سلوك الفاعل علي سلوكه، يظل شخصاً صحيح البصر، متوسط السن، سليم الأعصاب، مع ذلك فإذا كانت هناك ظروف داخلية بشخص الفاعل لابتست ارتكاب الضرر، وكان المضرور على علم بهذه الظروف، أو كانت هذه الظروف رغم أنها داخلية الظاهرة، بحيث يسهل تبينها، فيجب الاعتداد بهذه الظروف عند تقدير مسلك مرتكب الضرر.

كذلك إذا وقع الضرر خلال مباشره للشخص لمهنة أو حرفه معينه، وجب النظر إلى مدى التزام مرتكب الضرر بعادات وأصول تلك المهنة أو الحرفة، ذلك

(١) مصطفى عبد الحميد عدوى، المصادر غير الإرادية للالتزام، المرجع السابق، ص ٤٩٣.

أن الشخص المعتاد عندما يمارس مهنة أو حرفة معينة يحرص على إتباع عاداتها وأصولها^(١) .

ويلاحظ أنه لا يشترط لوجود الخطأ الموجب للمسؤولية أن يكون هذا الخطأ معاقباً عليه جنائياً، فالانحراف على سلوك الشخص المعتاد يعتبر فعلاً خاطئاً ويستوجب مساءلة فاعله مدنياً سواء أكان هذا الفعل مكوناً لجريمة يعاقب عليها أم لا .

ونخلص مما تقدم، أنه إذا كان سلوك مرتكب الضرر لا يتفق مع سلوك الشخص المعتاد إذا وجد في ذات الظروف التي كان فيها مرتكب الضرر، فإننا نكون بصدد خطأ، أما إذا جاء سلوك مرتكب الضرر متفقاً مع سلوك الشخص المعتاد، فلا يكون ثمة خطأ، ولا تتحقق المسؤولية عن الفعل الشخصي^(٢) .

وتطبيق المعيار السابق يؤدي إلى اعتبار الخطأ متوافقاً إذا استعمل شخص حقه استعمالاً غير مشروع أو تعسف في هذا الاستعمال، وبالعكس من ذلك يؤدي تطبيق ذلك المعيار إلى انتفاء الخطأ في الحالات التي يحدث فيها الشخص الضرر وهو في حالة دفاع شرعي، أو ضرورة أو تنفيذ أمر صادر إليه من الرئيس، وهذا ما سوف نتناوله في حالات امتناع المسؤولية، والتي تعد مناط دراستنا الماثلة .

(١) طعن نقض رقم ٣٣٦، جلسة ١٩٧٨/٥/٣١، مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية، س٤٣ق، ص ٤٧٥ .

(٢) نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام "مصادر الالتزام مع المستحدث في تعديلات ٢٠١٦ للتقنين المدني الفرنسي، المرجع السابق، ص ٣٣٤ .

٢- الإدراك أو التمييز :

لا يكفي لوجود الخطأ أن يقع في انحراف في السلوك، بل يجب أن يكون مرتكب الضرر يعلم أن على الأقل استطاعته أن يعلم أنه بفعله هذا ينحرف عن السلوك الواجب عليه، وأن يكون في إمكانه ألا ينحرف عن هذا السلوك، وكل ذلك يقتضي أن يكون الشخص مميزاً على الأقل، وهذا ما اشترطته المادة ١٦٤ من قانون المدني صراحة بقولها: يكون الشخص مسئولاً عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز^(١).

ولما كانت المادة ٤٥ من قانون المدني تنص على أن "كل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقد للتمييز"، فإن الشخص يعتبر مميزاً وفقاً للقانون المصري متى بلغت السابعة من عمره ولم يكن مصاباً بعته أو جنون، ويكون هذا الشخص مسئولاً عن أفعاله الضارة .

وعلى ذلك إذا كان مرتكب الفعل الضار صغيراً لم يبلغ السابعة، أو بلغها ولكنه كان معتوهاً أو مجنوناً، فلا يمكن نسبه الخطأ إليه، لعدم توافر الإدراك أو التمييز لديه .

ويلاحظ أن الشخص قد يكون مميزاً بصفة عامة، ولكنه قد يكون فاقداً للتمييز وقت حصول الفعل الضار، ويتحقق ذلك إذا تناول مادة مسكرة أو مخدرة، فإذا كان قد تناول هذه المادة باختياره على علم منه بطبيعتها، فسكر أو تخدر، وارتكب الفعل الضار وهو فاقد الإدراك والتمييز تحت تأثير المسكر أو مخدر، فإنه

(١) مصطفى عبد الحميد عدوى، المصادر غير الإرادية للالتزام، المرجع السابق، ص ٤٩٧ .

يكون مع ذلك مسئولاً عن الضرر الذي سببه للغير، لأن فقده للتمييز كان بخطأ منه^(١).

ويشترط لمساءلة عديم التمييز استثناء من القاعدة العامة ألا يستطيع المضرور أن يحصل على تعويض ممن يطالب به أمر المحافظة على عديم التمييز أي من الشخص المكلف قانوناً برقابته، فمسئولية عديم التمييز إذن مسئولية احتياطية لا يلجأ إليها إلا عند تعذر الحصول على التعويض من شخص آخر، أي كان السبب الذي منع المضرور من الحصول على التعويض^(٢).

فقد لا يستطيع المضرور الحصول على تعويض الضرر الذي لحقه لأنه لا يوجد من هو مكلف برقابة عديم التمييز، وقد يوجد المكلف بالرقابة، ولكن المضرور لا يستطيع الحصول على التعويض منه لإعساره، أو لأنه استطاع أن ينفى مسئوليته عن فعل عديم التمييز كما لو أثبت أنه قام بواجب الرقابة، تطبيقاً للفقرة الثالثة من المادة ١٧٣ من القانون المدني.

وعلى ذلك فمسئولية عديم التمييز مسئولية احتياطية، وإذا تقرر لا تقوم على أساس الخطأ إذا لا يمكن نسبة الخطأ إلى غير المميز، وقد راعى المشرع ذلك فجعل مسئولية عديم التمييز مسئولية جوازية ومخففة^(٣).

بمعنى أن الحكم بالتعويض على عديم التمييز جوازي للقاضي، فهو لا يلتزم به، فله أن يرفض الحكم بالتعويض على عديم التمييز ولو كان المضرور لم

(١) عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، القسم الأول مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص ٢٣٤.

(٢) حمدي عبد الرحمن، محمد محي الدين سليم، مصادر الالتزام، مطبعة جامعة المنوفية ٢٠٠٥ / ٢٠٠٦، ص ٥٣٥.

(٣) رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص ٣٣٦.

يستطع الحصول على تعويض من المكلف برقابته، وتقدير ذلك متروك للقاضي يفصل فيه بناء على ظروف الحال، فقد يجد أن المضرور موسر وعديم التمييز فقيراً، وإلزامه بتعويض المضرور سيزيده فقراً على فقره فيرفض الحكم بالتعويض، وبالعكس من ذلك قد يتبين أن عديم التمييز رغم عدم إمكان نسبة الخطأ إليه شخص واسع الثراء في حين أن المضرور لا يكاد يجد قوت يومه فيحكم له بالتعويض عن الضرر الذي أصابه^(١).

وهي أيضاً مسئولية مخففة، فالقاضي إذا رأى موجبا للحكم على عديم التمييز بالتعويض، لا يلتزم بأن يجعل هذا التعويض كاملاً يغطي كل الضرر الذي أصاب المضرور، بل أنه يكتفى بالحكم بتعويض عادل أي تعويض يقل عن القيمة الكاملة للضرر مراعاة لمركز كل من الفريقين: المضرور وعديم التمييز، وبصفه خاصة لكون مسئولية عديم التمييز تتقرر دون خطأ في جانبه^(٢).

٣- ضرورة أن يكون الخطأ هو سبب الضرر :

يجب لتحقيق المسئولية أن تتوفر بين الخطأ والضرر رابطة سببية، بمعنى أن يكون خطأ المدعي عليه هو الذي سبب الضرر الذي أصاب المدعي، فإذا لم تكن هناك علاقة بين الخطأ وهذا الضرر، فلا تقوم مسئولية مرتكب الخطأ^(٣).

(١) عبد الحميد عثمان محمد، المفيد في شرح القانون المدني، دار النهضة العربية ١٩٩٧، ص ٤٣٤ وما بعدها .

(٢) عبد الحميد عثمان محمد، المفيد في شرح القانون المدني، المرجع سابق، ص ٤٦٠ .

(٣) حمدي عبد الرحمن، محمد محي الدين سليم، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص ٥٤٢. حبيب عادل جبري، المفهوم القانوني لرابطة السببية وانعكاساته في توزيع عبء المسئولية المدنية - دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٣، ص ١٧٨؛ عبد الرشيد مأمون، علاقة السببية في المسئولية المدنية، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر، ص ٢١٨ .

وفكرة السببية تفيد من ناحية المنطقية تعاقباً ضرورياً بين حادثتين، فالسبب يسبق النتيجة ويؤدي إليها، مع ملاحظة على أن كل حادث يسبق آخر لا يعتبر سبباً له دائماً، إذا يجب فضلاً عن التعاقب الزمني أن يترتب الثاني بالضرورة تبعاً لوقوع الحادث الأول بحيث أن انعدام الحادث الأول يؤدي إلى عدم تحقق الثاني .

وليس حتماً أن يكون السبب حادثاً واحداً أو من فعل واحد، بل قد يتكون من مجموعة من الحوادث أو الأفعال التي تنشأ النتيجة عن تجمعها، ولا يكفي الواحد منها مستقلاً لحصول هذه النتيجة. فإذا طبقنا هذه الفكرة المنطقية للسبب على المسؤولية وجدنا أن الضرر قد ينتج عن فعل واحد لولاه ما حدث، وفي هذه الحالة لا شك في اعتبار هذا الفعل سبباً للضرر، فإذا كان هذا الفعل خطأ ارتكبه شخص، فإن هذا الشخص يكون مسئولاً لتوافر رابطة السببية بين الخطأ والضرر . ولذلك فإن استخلاص توافر رابطة السببية بين الخطأ والضرر هو من مسائل الواقع التي تقدرها محكمة الموضوع، دون رقابة عليها من محكمة النقض بشرط أن تورد الأسباب السائغة المؤدية إلي ما انتهت إليه^(١) .

(١) وفي هذا قضت محكمة النقض بأنه إذا كان البين من الحكم المطعون فيه أنه أثبت الأفعال التي اعتبرها خطأ من جانب الطاعن وانتهى إلى أن السبب المنتج منها في إحداث الضرر هو خطأ الطاعن المتمثل في عدم إيجاد أشخاص فنيين وأدوات وعقاقير لإسعاف مورث المطعون ضدهم بعد انتشاره من المياه، وكان من شأن عدم إسعاف المشرف على الغرق بعد إخراجه من المياه، أن يؤدي عادة إلى وفاته، فإن الحكم المطعون فيه إذ انتهى إلى توافر علاقة السببية من خطأ الطاعن ووفاته المورث التي ألحقت الضرر بورثته لا يكون مخالفاً للقانون أو مشوباً بالقصور. راجع نقض مدني رقم ١٢٤٣، جلسة ١٩٦٨/١١/٢٨ مجموعة أحكام النقض محكمة النقض، س ١٩ ص ١٤٤٨ .

ويلاحظ أن الأخذ بنظرية السبب المنتج أو الفعال لا يعني بالضرورة أن الضرر لا يكون له إلا سبب منتج واحد، فمن المتصور أن يكون هناك أكثر من فعل من شأنه إحداث الضرر عادة، وفي هذه الحالة يعتبر كل فعل من هذا القبيل سبباً منتجاً للضرر، وعلى ذلك يجوز أن تتعدد الأسباب المنتجة للضرر^(١).

خلاصة القول، اتفاق الفقه الإسلامي مع القانون المدني المصري في تقرير المسؤولية (الضمان) إذا تحقق الضرر، فقرر كل منهما على ضرورة توافر عنصر الضرر لقيام المسؤولية المدنية التقصيرية، وفي حالة انتفاء الضرر فلا مسؤولية .

وقد تطلب القانون المدني المصري ضرورة توافر الإدراك والتمييز لدى المسئول لتقرير التعويض الجابر للضرر، وهذا ما لم يلتفت إليه الفقه الإسلامي لتقرير التعويض الجابر للضرر، حيث تطلب الإضرار فقط لتحقيق المسؤولية (الضمان) .

ثانياً: التمييز بين الضمان عند الفقه الإسلامي والمسؤولية الموضوعية :

رأبنا أن ضمان المباشر يتحقق بمجرد الاعتداء على حقوق الغير (التعدى المادي) ولا يتطلب توافر الإدراك أو التمييز في محدث الضرر، وحجة الجمهور في ذلك أن أساس الضمان هو الجبر لا الجزاء والعقوبة، وأريد بالجبر رفع الضرر لعموم قوله صلى الله عليه وسلم "لا ضرر ولا ضرار"، وأن عدم التمييز وإن كان يصلح سبباً لسقوط حقوق الله تعالى لأن الله سبحانه وتعالى يعفو عن الحقوق الخاصة به بالنسبة لمن ليس له إدراك أو تمييز أما حقوق العباد فلا يمكن أن يصلح عدم التمييز سبباً لسقوطها، وإلا فأت المال هدرًا على أصحابه، ومبادئ

(١) رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص ٣٨٤ .

الشريعة الإسلامية تأبي فوات المال هدرًا على صاحبه^(١)، فالضمان لجبر الضرر، والجوابر مشروعة لجبر ما فات من المصالح وحقوق العباد، ولا يشترط في ذلك أن يكون من شرع عليه الجبر أثمًا .

فأساس المسؤولية في حالة المباشرة أن تكون مباشرة الفعل قد أدت إلى التلف "الضرر" فيكون محدثه ضامنًا، فالمباشر ضامن وإن لم يتعد فعله وبغض النظر عن كونه أنما لو مذنبًا، وتتفق نظرية ستارك مع الفقه الإسلامي عند إقامة نظريته في الضمان على أساس أن الاعتداء على الحق في السلامة الجسدية والسلامة المادية يوجب تضمين هذا الاعتداء دون أي تقدير أخلاقي لسلك محدث الضرر، وهذا ما نؤيده .

وقد ذهب بعض الفقهاء المحدثين^(٢) أن أساس الضمان وفقاً لقاعدة المباشر ضامن وإن لم يتعد أو يتعمد، هو فكرة تحمل التبعة، وأن من صدر منه فعل أو ترك يترتب عليه ضرر للغير يلزمه أن يتحمل تبعة فعله ويلتزم بتعويض ما ينجم عنها مادام يفيد من مغانمها فالغرم بالغنم .

والواقع أن فكرة الضمان في الفقه الإسلامي التي كانت لها السبق على نظرية ستارك في الضمان ليست في حاجة لتفسيرها أو تأييدها بنظرية تحمل التبعة، كما أن نظرية ستارك ما هي إلا ترديد لنظرية تحمل التبعة وأكثر تطبيقاتها تشدداً حيث لا يعلق الضمان وبالتالي المسؤولية على أي شرط ويكفي طبقاً لها مجرد حدوث الضرر .

(١) على الخفيف، المرجع السابق، ص ٦٩ .

(٢) صلاح البرعي، المرجع السابق، ص ٤٠٣ وما بعدها .

أما إذا كان الإضرار بالتسبب، فقد اشترط الفقه الإسلامي بإتفاق المذاهب التعدي بمعنى ألا يكون للفاعل حق في إجراء الفعل الذي حصل منه الضرر^(١) أو التعمد بمعنى تعمد الفعل دون قصد إيقاع الضرر، ولكن الأخير نتيجة غير مقصودة، ولم يشترط الفقه الاسلامي الإدراك والتمييز للتضمنين، وهو يتفق في ذلك مع النظرية الموضوعية للتضمنين التي تبني المسؤولية لا على أساس الخطأ إنما على مجرد وقوع الضرر .

ومع ذلك ذهب رأي إلى القول بأن التعدي والضمان بالتسبب يقابل الخطأ في فقه القانون، في حين رأينا أن المتفق عليه في فقه القانون أن الخطأ يتكون من ركنين: المادي بمعنى التعدي ومجاوزة الحدود التي يجب على الشخص التزامها، أو هو الانحراف عن السلوك الواجب حتي لا يضر بالغير، ويقاس الانحراف في السلوك بمعيار موضوعي أي سلوك شخص مجردة من ظروف الشخصية أي السلوك الشخصي العادي، وعدم الاعتداد بالظروف الداخلية. والركن الثاني هو الإدراك والتمييز والذي على أساسه لا تسند المسؤولية لعديمي التمييز لتخلف الإدراك، وهو ما لم يشترطه الفقه الاسلامي للتضمنين، فهو بذلك يتنافس مع النظرية الشخصية في المسؤولية ويتوافق إلى حد كبير مع نظر المسؤولية الموضوعية في فقه القانون الفرنسي. فالخطأ بركنيه المعروفين في فقه القانون

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية المادة ٢٨٣ من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، وأنظر مجمع الضمانات للبغدادي، ص ١٤٦، على الخفيف، المرجع السابق، ص ٨٣، ووهبة الزحيلي، نظرية الضمان وأحكام ضمان المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي دمشق ١٩٧٠م. ويعرفون التعدي بأنه مجاوزة الحد وعدم الإذن أو مجاوزة ما ينبغي أن يقتصر عليه شرعاً أو عرفاً أو عادة .

غير معروف في فقه الشريعة، إلا إذا أخذنا الخطأ بمعناها المادي فحسب دون اشتراط الإدراك والتمييز^(١).

على أية حال فإن الأخذ بفكرة الخطأ المادية والاعتداد بها في الإضرار بالتسبب تمكن من إعطاء فكرة الضمان في الفقه الإسلامي معني الجزاء والعقوبة المدنية أي الوظيفة الثانية للمسئولية على نحو ما ذهب إليه جانب من الفقه .
السؤال، إذا كان الحال كذلك، فما هي حالات رفع المسئولية لانتقاء ركن الخطأ عند الفقه الإسلامي؟ وما هو موقف القانون المدني المصري حول انتقاء المسئولية المدنية التقصيرية ؟ هذا ما سنجيب عليه في الفصلين الآتيين .

(١) العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، المرجع السابق، ج١، ص١٧٨ .

الفصل الثاني

حالات انتفاء المسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي فقهاً وقانوناً

تمهيد وتقسيم :

اتفق الفقه الإسلامي مع القانون المدني على انتفاء (الضمان) المسؤولية في حالة تحقق الدفاع الشرعي (دفع الصائل)، وحالة الضرورة، وحالة تنفيذ أمر ولي الأمر (الرئيس) فما هو مفهومها، وحكمها شرعاً وقانوناً؟ وما هي الآثار المترتبة على توافر اشتراطات تحققها؟ هذا ما سنجيب عليه، متناولين موقف الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري من هذه المسألة في ثلاثة مباحث كالتالي :

المبحث الأول: دفع الصائل (الدفاع الشرعي) كسبب لانتفاء الضمان (المسؤولية) عن الفعل الشخصي .

المبحث الثاني: حالة الضرورة كسبب لانتفاء الضمان (المسؤولية) عن الفعل الشخصي .

المبحث الثالث: تنفيذ أمر ولي الأمر (الرئيس) لانتفاء الضمان (المسؤولية) عن الفعل الشخصي .

المبحث الأول

دفع الصائل (الدفاع الشرعي) كسبب لانتفاء الضمان (المسئولية) عن الفعل الشخصي

تمهيد وتقسيم :

يعد الدفاع الشرعي (دفع الصائل) من الحالات التي نص عليها القانون المدني والفقهاء الإسلامي، لتكون سبباً من أسباب انتفاء المسئولية المدنية، فما هو مفهوم دفع الصائل (الدفاع الشرعي) وشروط تحققه وحكمه الشرعي؟ هذا ما سنجيب عليه في المطلبين الآتيين :

المطلب الأول: دفع الصائل كسبب لانتفاء الضمان في الفقه الإسلامي .
المطلب الثاني: انتفاء الضمان (المسئولية) في حال دفع الصائل (الدفاع الشرعي) فقهاً وقانوناً .

المطلب الأول

دفع الصائل كسبب لانتفاء الضمان في الفقه الإسلامي

من خلال دراستنا، سنبين مفهوم الصائل لغة واصطلاحاً وشروط تحققه في الفقه الإسلامي؛ لكي نبين موقفه حال تحققه، والأثر المترتب عليه، وذلك في فرعين كالآتي :

الفرع الأول: مفهوم الصائل وشروط تحققه .
الفرع الثاني: حكم دفع الصائل شرعاً .

الفرع الأول

مفهوم الصيال وشروط تحققه

أولاً: تعريف الصيال :

يطلق الصيال لغة على معنى القهر والسطو والمغالبة والوثوب والاستعلاء، ويقال صال صيالاً وصولاً وصيالة وصؤولاً وصولاناً ومصالة، ويطلق الصيال على فعل الإنسان والحيوان، فيقال رجل صؤول، أي يضرب الناس، ويتناول عليهم^(١).

ولا يختلف معنى الصيال اصطلاحاً عن معناه لغة، حيث يطلق على الاعتداء على الإنسان في نفسه أو عرضه أو ماله، سواء كان المعتدي إنساناً أم حيواناً، فقد عرفه صاحب تحفة المحتاج بقوله: "الصيال هو الاستطالة والوثوب على الغير"^(٢)، وقد بين صاحب السراج الوهاج أنها: "استطالة مخصوصة"^(٣)؛ باعتبارها اعتداء من نوع خاص كما سيظهر من خلال بحث الشروط القاضية بجعل الاعتداء صيالاً، وعليه فيمكن القول إن الصيال هو: قصد المسلم بالأذى في جسمه أو عرضه أو ماله .

(١) ابن فارس البجلي، المطلع على ألفاظ المقنع، ط١، ص٢١١، معجم مقاييس اللغة، ج٣ ص٣٢٢ .

(٢) زين العابدين بن ابراهيم بن محمد بن أبي بكر الشهير بابن نجيم، الاشباه والنظائر، والمتوفى سنة ٩٧٠هـ، طبعة دار الكتب العلمية بيروت سنة ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م، الطبعة الأولى، ص٣١٨ .

(٣) موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمود بن قدامة، المغني، المتوفى سنة ٤٣٠هـ، طبعة دار الكتاب العربي - بيروت ١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م، مطبعة المنار سنة ١٣٤٨هـ، ص١١٧٣ .

ثانياً: شروط دفع الصائل لانتفاء الضمان عن الفعل الشخصي :

يمكن حصر الشروط التي وضعها الفقه الإسلامي على النحو التالي :

الشرط الأول: وجود اعتداء على الشخص الموصول عليه :

فإن كان الفعل لا يمثل تعدد وكان جائزاً شرعاً، بحيث لا يسمى جريمة (اعتداء) يعاقب عليها عند الحنفية فلا يجوز دفعه بالإتلاف، وعلى ذلك يخرج من جملة ما يسمى صيلاً الأعمال التي أجازتها الشريعة الإسلامية فلا تعتبر اعتداء كالحبس والجلد والقبض على المجرمين وتفتيشهم، وممارسة حق التأديب لمن أجازت له الشريعة ذلك؛ كالأب والزوج والمعلم، فلا يوصف بكونه اعتداء، وأوجب أبو حنيفة والشافعي فيما أتلفه المعلم والزوج حال النشوز الضمان، فمع كونه فعلاً مباحاً تشترط له السلامة؛ فإذا أفضى إلى التلف ضمن^(١)، كذلك فعل الصبي والمجنون لا يوصف بكونه صيلاً عند الحنفية^(٢) خلافاً للجمهور^(٣)، وعليه فتلفه يستحق العقوبة، وإتلاف ماله يستوجب الضمان، أما عند الجمهور فيكفي أن يكون عمله غير مشروع بعض النظر عن المسؤولية الجنائية عن الفعل^(٤).

(١) رمضان على السيد الشرنباصي، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، تاريخه، نظرياته مصادره، طبعة سنة ١٩٩٢ - ١٩٩٣، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة، ص ٢٣٦ .

(٢) محمد بن حسين بن علي الطوري الحنفي القادري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، وفي آخره تكملة البحر الرائق، المتوفي عام ١١٣٨ هـ، ص ٢٧٤، الرملي، نهاية المحتاج ج ٨، ص ٣١. الماوردي، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية تأليف: الامام جلال الدين عبد الرحمن السيوطي المتوفى سنة ٩١١ هـ - طبعة دار الكتب العلمية ببيروت، الطبعة الأولى سنة ١٣٩٩ هـ ١٩٨٩ م طبعة الحلبي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، ط ١، ج ١٢، ص ٣٧٢ .

(٣) محمد بن حسين ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج ٨، ص ٣٤٤ .

(٤) الهيثمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ج ٩، ص ١٨١، القرافي، الذخيرة، ج ١٢، ص ٢٦٢ .

الشرط الثاني: أن يكون الاعتداء حالاً غير مؤجل :

بمعنى أن يكون وقوعه حاصلًا فعلاً، فلو حال بينهما حائل كنهز أو حصن أو خندق لم يحل قتله، وعليه فلا يكفي مجرد التهديد أو التهديد المؤجل؛ لإمكان رفع الأمر إلى السلطان وفض النزاع، ومنع الاعتداء أصلاً، وعليه فيكون ابتداء الشخص بالدفاع عن نفسه من صيال مؤجل اعتداء يعاقب عليه هو؛ لا العكس^(١).

الشرط الثالث: "تعين الوسيلة" بألا تكون هناك وسيلة أخرى لدفعه :

كأن يستعدي عليه الناس بالصراخ مثلاً أو الاستغاثة بأجهزة الأمن والجهات المتخصصة بفض النزاعات في الوقت المناسب، أو الهروب، وخاف أن يبتدره الصائل بالقتل إن لم يقتله، فله مبادرته للضرورة بالفعل القاتل، وما أتلّف منه فهو هدر^(٢).

الشرط الرابع: استعمال القوة على ما يندفع به الصائل دون مجاوزة :

فالزيادة اعتداء من قبل الموصول عليه، فإذا كان بالإمكان دفع الصائل باليسير لا تجوز المجاوزة إلى غيره، فإن ضربه؛ فاندفع لم تجز مطارنته وقتله، وإن اندفع باليد لم يجز استعمال العصا، وإن اندفع بالعصا لم يجز استخدام السيف، وإن ضربه بالسيف فهرب لا يجوز أن يتبعه ليقبله، وإن أجهز عليه فأثبتته

(١) المغني للإمام موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمود بن قدامة المتوفى سنة ٦٣٠هـ، طبعة دار الكتاب العربي - بيروت ١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م، مطبعة المنار سنة ١٣٤٨هـ، ج ٨، ص ٢٢٦، عبد القادر عودة، التشريع الجنائي، ج ١، ص ٤٧٨.

(٢) المغني للإمام موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمود بن قدامة المتوفى سنة ٦٣٠هـ، طبعة دار الكتاب العربي - بيروت ١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م، مطبعة المنار سنة ١٣٤٨هـ، ج ٨، ص ٢٢٩.

بضربه فلا يجوز أن يضربه غيرها؛ لأن المقصود من ذلك كله دفع أذاه وكف شره، وقد حصل^(١).

هذا مع مراعاة أن يكون الدفع بالأسهل فالأسهل (التدرج)، فلا يستعمل السيف مع إمكان دفعه بالعصا، ولا يستخدم العصا إذا كان يندفع بالصوت والصرخ أو رجال الشرطة^(٢). مع ملاحظة أن مراعاة الترتيب معتبر عند الإمكان، وهو ما انتهى إليه رأي الشافعية والحنابلة^(٣).

الفرع الثاني

حكم دفع الصائل شرعاً

يختلف حكم دفع الصائل باختلاف المحل المصال عليه، ويترتب على ذلك اختلاف في تبعة ذلك في المسؤولية الجنائية والمدنية، فقد يكون الصائل مسلماً، أو ذمياً، أو بهيمة، وقد يكون المحل الذي يقصده الصائل بالاعتداء نفس الموصول عليه، أو عرضه، أو ماله، أو مثل ذلك من الأجنبي، مع العلم أن حكم

(١) شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، المتوفى سنة ٧٥١هـ، ص ١٤٥.

(٢) موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمود بن قدامة، المغني، المتوفى سنة ٤٣٠هـ، طبعة دار الكتاب العربي - بيروت ١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م، مطبعة المنار سنة ١٣٤٨هـ، ص ٢٤٨.

(٣) ابن زكريا الأنصاري، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، ج ٢، ص ٢٠٤، المغني لابن قدامة، ج ٨، ص ٢٢٩.

دفع الصائل عن الغير كدفعه عن النفس من حيث الوجوب والجواز، نبين ذلك باختصار على النحو التالي :

أ- الاعتداء على النفس أو الطرف :

بأن يقصد المهاجم الاعتداء على نفس الشخص أو عضو من أعضاء جسده؛ حيث يجب على الشخص المعتدى عليه الدفاع عن نفسه عند جمهور العلماء، ولو أدى الدفع قتل الصائل^(١)، لأن فعل الصائل ضرر؛ ودفع الضرر واجب، ولأن قتل الصائل تعين طريقاً للدفع عن المصول عليه، فله قتله^(٢)، وخص الشافعية في الأظهر عندهم والحنابلة^(٣) من هذه الحالة مسألة ما إذا كان الصائل مسلماً؛ فيجوز المصول عليه الاستسلام له دون الذمي الصائل أو البهيمية ما لم يكن الصيال على الأبخاع^(٤)، واستدلوا لذلك بحديث: "كن خير ابني آدم"^(٥)، أي المقتول لا القاتل؛ لأن القاتل في النار، وباستسلام سيدنا عثمان - رضي الله عنه - مع أن عبيده الأربعمائة كانوا مستعدين للدفاع عنه، حيث قال لهم: من ألقى السلاح فهر حر، هذا بالإضافة لمن كان معه من جماعة المسلمين، حيث رفض القتال، واشتهر ذلك بين الصحابة فلم ينكروا عليه^(٦)؛ ولأنه بإحياء نفسه يفوت نفس

(١) المغني لابن قدامة، ج٨، ص٢٢٨ وما بعدها .

(٢) المغني ابن قدامة، ج٨، ص٢٢٩ .

(٣) الخراشي، شرح مختصر على خليل، ج٨، ص١١٢. العدوي، حاشية العدوي، ج٤، ص٣٥٠ .

(٤) النووي، الروضة، ج١٠، ص١٨٦، الملي، نهاية المحتاج، ج٨، ص٥٥٢ .

(٥) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج٨، ص٣٨٨ .

(٦) الشربيني، مغني المحتاج، ج٥، ص٥٥٢ .

غيره، فلم يجب عليه^(١). أما وجوب قتال الكافر؛ فلأن الاستسلام له ذل في الدين. وأما البهيمة فلأنها تذبح لأجل الأدمي^(٢).

ب- الاعتداء على البضع :

يجب الدفع عن البضع، كما نص على ذلك جمهور الفقهاء^(٣)، يقول النووي: "له دفع كل صائل على نفس أو طرف أو يرضع أو مال؛ فإن قتله فلا ضمان، ولا يجب الدفع عن مال، ويجب عن بضع^(٤)". حتى أوجب الشافعية الدفاع في حال الاعتداء على مقدمات البضع من التقبيل والمعانقة؛ ذلك أن البضع مما لا سبيل إلى إباحته بحال من الأحوال، والدفع عن بضع نفسه أو غيره سواء^(٥).

ونص ابن قدامة على وجوب دفع المرأة عن نفسها؛ إن أمكنها ذلك، وكذلك من أمكنه مساعدتها، لأن تمكين المرأة من نفسها حرام، وترك الدفاع في هذه الحال من قبيل التمكين المحرم، وبالقياس الأولى على الدفع عن المال؛ فإذا جاز الدفع عن المال مع جواز إباحته؛ فأولى الدفع عن البضع الذي لا يباح

(١) شيخي زاده، مجمع الأنهر في شرح متلقي الأبحر، ج٢، ص٦٤٨.

(٢) المرغيناني، الهداية في شرح كنز الدقائق، الناشر، وبالحاشية منحة الخالق لابن عابدين، ج٨، ص٣٤٤.

(٣) شيخي زاده، مجمع الأنهر في شرح متلقي الأبحر، ج٢، ص٦٤٨.

(٤) الهيتمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ج٩، ص١٨١، ابن قدامة، المغني، ج٨، ص٢٢٦.

(٥) المغني ابن قدامة، ج٨، ص٢٢٦، عبد القادر عودة، التشريع الجنائي، ج١، ص٤٧٨.

بحال^(١)، كما استدلت لذلك أن رجلاً أضاف ناساً من هذيل فأراد أحدهم امرأة عن نفسها، فرمته بحجر؛ فقتلته، فرفع الأمر إلى سيدنا عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - فقال: "والله لا يودى أبداً"^(٢).

ج- الاعتداء على المال :

أما إن كان الصيال على الإنسان في المال فقد أباح الحنفية للإنسان الدفع عن ماله أو مال غيره^(٣)، وقد صرح المالكية بجواز الدفع عن المال ندباً لا وجوباً^(٤)، وفرق الشافعية في مسألة وجوب الدفع عن المال أو جوازه بين مال له روح^(٥)؛ إذ يوجبون ذلك، ما لم يخش على نفسه أو أعضائه أو بضعه، وما لا روح له؛ لجواز إباحته لغيره، ما لم يتعلق به حق الغير كالمال المرهون أو المؤجر، أو مال المحجور عليه أو المودع، وهذا بالنسبة للأفراد، أما الإمام فيجب عليه الدفع

(١) المغني لابن قدامة، ج٨، ص٢٢٨ .

(٢) ابن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة، ط٢، ج٢، ص٢٦٢، أبو الفرج بن قدامة المقدسي، الشرح الكبير على متن المقنع، ج٥، ص٤٥٦، المغني ابن قدامة، ج٨، ص٢٢٨ .

(٣) على حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، ط١، ج١، ص٤٣ .

(٤) حاشية العلامة البناني على شرح الجلال على متن جمع الجوامع للسبكي: الطبعة الثانية سنة ١٣٥٦هـ، مصطفى الحلبي بمصر، ج٤، ص٤٠١ .

(٥) صحيح البخاري: للإمام أبي عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري المتوفى سنة ٢٥٦هـ، طبعة المكتبة الإسلامية باستانبول - بتركيا - المكتبة السفلية بمصر، حديث رقم ٦٩١٢، شرح النووي على صحيح مسلم: للإمام أبي زكريا يحيى بن شرف النووي المتوفى سنة ٦٧٦هـ، طبعة دار الفكر - بيروت، وهو بديل صحيح مسلم، حديث رقم ١٧١٠ .

عن أموال المسلمين بلا تفریق^(١)، وأجاز الحنابلة النفع عن المال ولم يوجبوه، لما سبق ذكره من جواز الاستسلام للمسلم حفظاً لحياة غير، فأولي جواز تسليم المال لاستيفاء نفس غيره^(٢).

كل ما سبق، لتوضيح موقف الفقه الإسلامي حول دفع الصائل، وبيان مفهومه وشروط تحققه لانتفاء الضمان، فما هو موقف القانون المدني من تقرير انتفاء المسؤولية التقصيرية في حالة توافر شروط الدفاع الشرعي، فما هو الدفاع الشرعي الموجب لانتفاء المسؤولية التقصيرية؟ ومدى التوافق فيما بين موقف القانون المدني والفقه الإسلامي حول انتفاء المسؤولية المدنية التقصيرية لتوافر شروط كل من الدفاع الشرعي (دفع الصائل)؟ هذا ما سنتناوله في المطلب التالي .

المطلب الثاني

انتفاء الضمان (المسؤولية) في حال دفع الصائل (الدفاع الشرعي) فقهاً وقانوناً

تمهيد وتقسيم :

(١) شرح النووي على صحيح مسلم: للإمام أبي زكريا يحيى بن شرف النووي المتوفى سنة 474هـ، طبعة دار الفكر - بيروت، وهو بديل صحيح مسلم، ط٢، ج١١، ص٢٢٥ .

(٢) الجامع الصغير: للحافظ جلال الدين بن عبد الرحمن السيوطي المتوفى سنة ٩١١هـ، ط دار الفكر سنة ١٣٩١هـ - ١٩٧٢م، ج٦، ص١٦٧ .

اتفق الفقه الإسلامي مع نصوص القانون المدني على انتفاء الضمان (المسئولية المدنية التقصيرية) إذا توافرت اشتراطات دفع الصائل (الدفاع الشرعي) وهذا ما سنبينه في الفرعين الآتيين :

الفرع الأول: انتفاء الضمان في حال دفع الصائل في الفقه الإسلامي .

الفرع الثاني: انتفاء المسئولية للدفاع الشرعي في القانون المدني .

الفرع الأول

انتفاء الضمان في حال دفع الصائل في الفقه الإسلامي

تناول الفقه الإسلامي مسألة انتفاء الضمان في حال دفع الصائل، وذلك على النحو التالي :

أولاً: ارتفاع الضمان بصيال الأدمي البالغ العاقل :

اتفق الفقهاء^(١) على أنه لا ضمان على الموصول عليه لقتل الصائل؛ لأن الصائل متعدد على الغير، وهو باغ بفعله، فمن ذلك ما نص عليه المرغيناني

(١) الاشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية تأليف: الامام جلال الدين عبد الرحمن السيوطي المتوفى سنة ٩١١هـ - طبعة دار الكتب العلمية ببيروت، الطبعة الأولى سنة ١٣٩٩هـ ١٩٨٩م طبعة الحلبي، ج٢، ص٢١٣؛ الاشباه والنظائر: لزين العابدين بن ابراهيم بن محمد بن أبي بكر الشهير بابن نجيم والمتوفى سنة ٩٧٠هـ طبعة دار الكتب العلمية ببيروت سنة ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م الطبعة الأولى، ج٣، ص١٣٢؛ أصول البزدوى لفخر الإسلام على بن محمد بن الحسن البزدوى المتوفى سنة ٤٨٢هـ، طبعة دار صابر بيروت، مصورة عن طبعة شركة الصحافية العثمانية سنة ١٣٠٨هـ، ج٣، ص٣٣١؛ إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول: الشيخ الشوكاني المتوفى سنة ١٢٥٥هـ، دار المعرفة للطباعة والنشر - بيروت، ج٢، ص١٧٥؛ إعلام الموقعين عن رب العالمين: لشمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية المتوفى سنة ٧٥١هـ، ج٢، ص٦٧؛ الغزوي، الغرة المنيفة في تحقيق بعض مسائل الإمام أبي حنيفة، ط١، ص١٦٦، الكاساني، بدائع الصنائع، ج٢، ص١٩٧.

الحنفي: "ومن شهر على رجل سلاحاً ليلاً أو نهاراً، أو شهر عليه عصاً ليلاً في مصر، أو نهاراً في طريق في غير مصر فقتله المشهور عليه عمداً، فلا شيء عليه.... في النهار في غير المصر في الطريق لا يلحقه الغوث، فإذا قتله كان دمه هدراً"^(١)، وكذلك الأمر لو قتله غير المعتدى عليه^(٢).

ومن المالكية نص الخراشي في شرحه على خليل: "ويجوز للمصول عليه قتل الصائل ابتداءً، إذا علم أنه لا يندفع عنه إلا به، ولا ضمان عليه"^(٣).

وعند النووي من الشافعية: "فكل قاصد من مسلم وذمي وعبد وحر وصبي ومجنون وبهيمة، يجوز دفعه، فإن أبي الدفع على نفسه فلا ضمان بقصاص، ولا دية، ولا كفارة، ولا قيمة"^(٤).

ومن الحنابلة ما نص عليه ابن قدامة، قال: "أما إن لم يمكنه دفعه إلا بالقتل، أو خاف أن يبدده بالقتل إن لم يقتله؛ فله ضربه بما يقتله أو يقطع طرفه، وما أتلف منه فهو هدراً؛ لأنه تلف لدفع شره، فلم يضمنه كالبغي، وأنه اضطر

(١) إعلام الموقعين عن رب العالمين: لشمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية المتوفى سنة ٧٥١هـ، ج٢، ص٦٧؛ الغزنوي، الغرة المنيفة في تحقيق بعض مسائل الإمام أبي حنيفة، ط١، ص ١٠٧.

(٢) الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج٦، ص١١٠، الغرة المنيفة في تحقيق بعض مسائل الإمام أبي حنيفة، ص١٦٦.

(٣) ابن السبكي، الأشباه والنظائر، ج١، ص٤٥.

(٤) على حيدر، درر الحكام، شرح مجلة الأحكام، ج١ ص٤٣.

صاحب الدار على قتله فصار كالمقاتل لنفسه^(١). وكما تلاحظ فان صيال الأدمي مما يرفع المسؤولية الجنائية والتعويض المادي معا .
تعليل ذلك أن المصول عليه مأمور بدفع الصائل، وبين أمره بالقتال وإيجاب الضمان منافاة، بل لو كان الصائل عبداً للمصول عليه وكان عند المستعير أو الغاصب فقتله مالكة لدفع صياله؛ لا يبرأ الغاصب أو المستعير كما نص عليه الشافعية^(٢) .

ثانياً: ارتفاع الضمان بصيال الأدمي الصغير أو مجنون :

لا يعد جمهور الحنفية صيال الصبي أو المجنون واحد من الأسباب الموجبة لارتفاع الضمان باعتبار أن فعلهما لا يقع على جهة الاعتداء ابتداءً - كما اتضح من الشرط الأول- كما لا يوصف فعلهما بالحرمة، بل يعامل معاملة الخطأ^(٣)؛ ولذلك لا يسقط الضمان عن المصول عليه؛ لعدم سقوط عصمة المحل - نفس الصغير والمجنون أو مالهما - بفعلهما؛ لعدم وجود الاختيار الصحيح منهما؛ وإن كان سقوط الإثم والقصاص عن المتلف لوجود المسوغ الشرعي في الدفاع عن النفس؛ فإن الدية المقررة شرعاً لازمة في فعله، ويجب في إتلاف

(١) أبو الفرج المقدسي، الشرح الكبير على متن المقنع، ج٥، ص٤٥٦، المغني، ابن قدامة، ج٨، ص٢٢٨ .

(٢) البهوتي، كشف القناع، ج٤، ص١٣٦ وما بعدها. المغني، ابن قدامة، ج٨، ص٢٢٧-٢٢٨ .

(٣) البهوتي، كشف القناع، ج٤، ص١٣١ .

مالهما الضمان أيضاً^(١). وبما روي أن مجنوناً صال بسيفه على رجل فضربه ففزع الرجل إلى سيدنا علي - رضي الله عنه - فقضى بالعقل على عاقلة المجنون بحضور الصحابة - رضوان الله عنهم - وقضى أن عمده وخطؤه سواء. ثم إن الصبي مظلة المرحمة؛ والخطأ من العاقل يوجب التخفيف؛ لذا تجب الدية على العاقلة؛ فالصبي أولى بهذا التخفيف^(٢).

وفي المقابل عد جمهور الفقهاء من: المالكية، والشافعية، والحنابلة، وأبو يوسف من الحنفية^(٣) صيال الصبي أو المجنون حالة من حالات ارتفاع الضمان، لكون فعلهما غير مشروع بغض النظر عن المسؤولية الجنائية عنه^(٤). ولأن قتلها

(١) تيسير التحيزير: شرح العلامة محمد أمين المعروف بأمير بادشاه الحسيني على كتاب التحرير في أصول الفقه الجامع بين اصطلاحى الحنفية والشافعية لابن همام الدين الأسكندري، المتوفى سنة ٨٦١هـ، طبعة دار الكتب العلمية - بيروت، ج ١٧ ص ٣٦٧، عميرة، حاشية عميرة، ج ٤، ص ٣١٥.

(٢) التقرير والتحرير: لابن أمير حاج المتوفى سنة ٨٧٩هـ، على تحرير الكمال بن الهمام المترفي سنة ٨٦٠هـ، في علم الأصول الجامع بين اصطلاحى الحنفية والشافعية، طبعة الأميرية الكبرى سنة ١٣١٤هـ، ج ٣، ص ١٥٢؛ تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية: للشيخ محمد على بن حسن، طبعة دار المعرفة - بيروت - لبنان، ج ٣، ص ١٩٣؛ التوضيح في شرح التنقيح لصدر الشريعة عبيد الله بن مسعود المحبوبي البخاري المتوفى سنة ٧٤٧هـ، وهو بهامش شرح التلويح على التوضيح، طبعة دار الكتب العلمية - بيروت، ج ١، ص ٣٨، حاشية الرهاوي: للشيخ يحيى الرهاوي المصري، طبعة دار سعادت سنة ١٣١٥هـ، وهو بأسفل شرح المنار، ج ٣، ص ١٤٨.

(٣) البهوتي، كشاف القناع، ج ٤، ص ١٣٠.

(٤) ابراهيم أبو رحمة وآخرون، المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، نقابة المحامين، ج ١، ص ٢٩٩ وما بعدها. أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني، الأردني، منشورات الجامعة الأردنية، ط ١، ص ٣٠٥. عدنان ابراهيم السرحان، شرح القانون المدني (مصادر الحقوق الشخصية الالتزامات)، ص ٣٨٣.

كان من منطلق الدفاع الشرعي المسوغ لذلك؛ فاستويا بذلك مع البالغ العاقل، ولأن المعتدى عليه يصير محمولاً على قتلها بفعل الاعتداء الصادر منهما، فكأن الصائل المعتدي يطالب المصول عليه بقتله، بل يحمله عليه، ثم أن فعل الصبي والمجنون معتبر على الجملة؛ فيجب عليهما الضمان فيما أتلغاه، ثم إن عصمة نفس المجنون والصغير إنما ثبتت لحقهما وقد سقطت تلك العصمة بصياليهما كالمكلف سواء بسواء؛ وعليه فلا ضمان في إتلافهما^(١).

لعل من قبيل صيال الصغير ما يقع فعلاً بين طلبة المدارس أثناء فترات الاستراحة حتى مع وجود المناوبين من المدرسين المنتشرين بين الطلبة، وكذلك ما يشاهد من انتشار للأسلحة الأتوماتيكية منها، وحيازتها من قبل الصغار مع تهديد الآخرين باستعمالها، وقد حصل فعلاً. وكذلك ما يحصل في مصحات إيواء أصحاب الأمراض العقلية من اعتداءات على بعضهم، أو حتى على الكوادر الطبية من الممرضين والأطباء.

ولا يخفى رجحان قول الجمهور اعتبار فعل الصبي أو المجنون صيالاً رافعاً للضمان فيما ينتج عن مدافعتة حال اعتدائه على الغير من إتلاف للمال أو النفس؛ ذلك أنه يلزم على قول الحنفية أن يتحمل المصال عليه ضرر صيال الصغير أو المجنون ومن ثم مطالبة الولي بالتعويض، فهذا وإن كان ممكناً في المال؛ إلا أنه غير ممكن في حال الصيال على النفس، فأولى بولي الصغير أو المجنون حفظه بدلاً من تعريض الأبرياء للتلف في أنفسهم وأموالهم، والله تعالى أعلم.

(١) المغنى، ابن قدامه، ج ٨ ص ١٤٩.

ثالثاً: أن يكون الصائل بهيمة :

السؤال: ما موقف الفقه الإسلامي إن صالت الدابة على إنسان فأنتفها دفاعاً عن نفسه، فهل يضمنها باعتبارها مال أم يرتفع ضمانها بصياليها؟

اتفق الفقهاء على أنه إذا تعذر دفع البهيمة الصائلة إلا بقتلها أو إتلافها جاز ذلك إجماعاً، فذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى أنها تتلف بلا ضمان^(١)، فيما ذهب أبو حنيفة وأصحابه إلى أن على الموصول عليه ضمانها، وإن جاز قتلها؛ لأن الإنسان مأمور بدفع الأذى المتهم عن نفسه فأولى دفعه في الأذى المحقق من البهيمة الصائلة^(٢)، على أن صاحب البناية قد صرح أنه نقل عن أبي حنيفة قوله بعدم الضمان، وبذلك يوافق الجمهور، قال: على أنه روي عن أبي حنيفة - رحمه الله - أنه لا يجب فيه الضمان أيضاً^(٣)، واحتج الحنفية بالآتي :

١- الحديث المتفق عليه: "العجماء جرحاً جباراً"^(٤). والجبار يعني الهدر^(٥)، ومن ثم فلم يترتب على فعل الدابة مسؤولية ينبنى عليها إهدار قيمتها على مالكها^(١).

(١) ابن منظور، لسان العرب، ج ٤ ص ٤٨٣ .

(٢) على حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، ج ١، ص ٣٨ .

(٣) على حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، ج ١، ص ٣٧ .

(٤) قطب مصطفى سانو، معجم مصطلحات أصول الفقه، ص ٢٦٦، وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية، ص ٢٦٥ .

(٥) على حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، ج ١، ص ٤٣، القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج ٢، ص ٢٢٦، ابن المحاملي، اللباب في الفقه الشافعي، ط ١، ص ٣٨٧، البهوتي، كشف القناع، ج ٤، ص ١٣٢. ابن قدامة، المغني، ج ٨، ص ٣٣٨ .

٢- أن الحيوان الصائل إنما ثبتت عصمته حقاً لمالكه، ولم يوجد منه ما يزيل تلك العصمة، وليس هناك إذن من مالكه بإتلافه؛ فيجب ضمانه من قبل قاتله^(٢)، على أن إذن الشارع بجواز قتل الحيوان الصائل لا ينافي الضمان، فالأذى من الدابة، والعصمة لمالكها^(٣).
 ٣- أن الموصول عليه أتلّف مال غيره - البهيمة- لدفع أذاها عن نفسه لإحياء مهجته؛ فكان عليه ضمانها، قياساً على المضطر إلى طعام الغير، فله أكله، وعليه ضمانه .

وإن اعترض على ذلك بقاعدة أن الضرورات تبيح المحظورات، فيجب عدم الضمان؛ فيجيب الحنفية أن الإباحة لا تكون سبباً لضياع الحقوق على ذويها، وأن القصد من هذه الإباحة هو تجويز إتلاف المال دون رضا صاحبه، وأن لا يعد الفاعل غاضباً متعدياً، إلا أنه من الجهة الأخرى يجب الضمان، ثم إن من اضطر إلى مال الغير في المخصصة له استعماله مع وجوب ضمانه إجماعاً .

هذا فيما احتج الجمهور لقولهم بأدلة منها: ١- أن قتل البهيمة كان بدفاع جائز؛ فلا ضمان فيه، كقتل العبد الصائل. ٢- أن إتلاف البهيمة إنما جاز لدفع أذاها، وبالتالي فلا يضمنها، قياساً على إتلاف المكلف حال صياله. ٣- أن قتل

=

(١) على حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، ج ١، ص ٤٣ .

(٢) على حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، ج ١، ص ٤٣ .

(٣) على حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، ج ١، ص ٢٠٦ .

البهيمة كان لدفع آذاها وشرها، كالعبد إذا قتله الموصول عليه لدفع شره؛ كان هو القاتل لنفسه كان كمن نصب حربة في طريق فألقى نفسه عليها فمات .

ورد جمهور الفقهاء على قياس الحنفية قتل الدابة الصائلة على حالة الاضطرار لطعام الغير أنه قياس مع الفارق؛ ذلك أن طعام الغير في مسألة المضطر لم يلجئ المضطر إلى إتلافه، ولم يصدر عنه ما يزيل عصمته، فأشبه ما لو قتل المحرم الصيد لصياله؛ فلا يضمه، ولو قتله لا اضطراره إليه؛ ضمنه .

وزاد على ذلك الشافعية والحنابلة^(١) ما لو حالت البهيمة بين الرجل وماله، ولم يتمكن من الوصول إلى ماله إلا بقتل البهيمة، أنه لا ضمان عليه، وأوجب الشافعية الضمان بقتلها في قول آخر^(٢) .

ومن أمثلة صيال البهائم ما يمكن أن يحصل لسائسها أثناء التدريب، أو النقل، أو إعداد وجبات الطعام الخاصة بالحيوانات التي تودع في الحدائق العامة، وما يمكن أن تتسبب به لمرتادي تلك الأماكن لا سيما حال هروبها من الأماكن المعدة لإنزالها فيها، هذا بالإضافة لما يمكن أن تتسبب به الحيوانات الداجنة المساكنة للناس في البيوت للزائرين، وكذلك الحيوانات المعدة للحراسة في المنازل والمنشآت، مما يستدعي إتلافها على أصحابها مع القول بارتفاع ضمانها فيها .

وعلى ذلك فلا يكتف الحنفية الدفع في حال صيال البهيمة والمجنون والصبي على أساس حق الدفاع الشرعي - رد الصائل - وإنما يكتفونه على

(١) على حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، ج ١ ص ٤٣ .

(٢) الزيلعي، تبين الحقائق في شرح كنز الدقائق، ج ٥، ص ١٨١، يقول: "والأول يؤثر في الكل فيضاف فعله إلى المكره فيصير كأنه فعله والمكره آلة له يصلح أن يكون آلة له كإتلاف النفس والمال وإن لم يصلح أن يكون آلة له اقتصر الفعل على المكره فيكون كأنه فعله باختياره من غير إكراه أحد .

أساس الضرورة، وعلى ذلك يوجبون الضمان أو التعويض بإتلافه، بينما يكيف جمهور الفقهاء الأمر على أنه حالة من الدفاع الشرعي؛ ولذلك فلا ضمان، ولا تعويض^(١).

ونحن نرى، أنها تعتبر حالة من حالات الضرورة؛ حيث يضطر الإنسان حال الدفاع عن نفسه، أو ماله، أو عرضه - باعتبارها من الضرورات التي لا تقوم الحياة بدونها - لإتلاف مال المعتدي، أو نفسه، وعند ذلك تتقابل القواعد الخاصة بجلب المصالح، ودفع المفاسد، وإزالة الضرر، ووجوب التعويض والضمان عن التلف الحاصل. لكن ولما تمتاز به هذه المسألة من وضع خاص، حيث يتعرض إنسان أو حيوان للاعتداء على الإنسان في نفسه، أو عرضه، أو ماله، ابتداء على وجه الاختيار، مع قصد الاعتداء من قبل المكلف، واضطرار الإنسان في حال الدفاع عن نفسه وعرضه وماله لإتلاف المعتدي، أو ماله من ثياب أو حيوان.

ولا شك أن ما ذهب إليه جمهور العلماء من ارتفاع الضمان في هذه الحالات جميعاً هو الأرجح، وهو ما تقضي به قواعد العدالة، فإن المصول عليه هو المعتدى عليه، ولو كف يده لكان مجنياً عليه بالموت، أو فقد طرف من أطرافه، أو فوات منفعته، وليس من العدالة أن يعرض له إنسان أو بهيمة فيتعرض للخطر إن صبر، وللضمان إن دافع عن نفسه، فأولى بصاحب البهيمة الجموح أن يدفعها عن الناس، إما بجارس يحرسها، أو قيد يمنعها، فإذا عرفت بالشر فأولى به قتلها بدلاً من تعريض الناس للخطر، ثم مطالبتهم بالضمان، وعلى ولي الأمر أمره

(١) على حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، ج ١، ص ٤٠ وما بعدها.

بذلك، أو تتولي المسألة الأجهزة ذات الاختصاص، وعلى الناس من حوله أمره بذلك من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر^(١).

الفرع الثاني

انتفاء المسؤولية للدفاع الشرعي في القانون المدني

بالرجوع إلى الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨، نجدها قد تحدثت عن حالة الدفاع الشرعي، باعتبارها من الحالات التي تنتفي معها المسؤولية التقصيرية^(٢).

(١) ابن عابدين، حاشية رد المحتار، ج ٩، ص ٢٨٩.

(٢) الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨، محضر مناقشة المادة ١٦٦ منه، والنقاش كان حول، من أحدث ضرراً وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو ماله أو عن نفس الغير أو ماله، كان غير مسئول، على ألا يجاوز في دفاعه القدر الضروري، وإلا أصبح ملزماً بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة .
التقنين المدني السابق :

لا مقابل لها، ولكن يوجد لها مقابل في قانون العقوبات المصري .

أولاً : المادة ٢٤٥ ونصها : "لا عقوبة مطلقاً على من قتل غيره أو أصابه بجراح أو ضربه أثناء استعماله حق الدفاع الشرعي عن نفسه أو ماله أو عن نفس غيره أو ماله. وقد بينت في المواد التالية الظروف التي ينشأ عنها هذا الحق والقيود التي يرتبط بها" (تراجع المواد من ٢٤٦ إلى ٢٥٠)

ثانياً : المادة ٢٥١ ونصها : "لا يعفي من العقاب بالكلية من تعدى بنية سليمة حدود حق الدفاع الشرعي أثناء استعماله إياه دون أن يكون قاصداً إحداث ضرر أشد مما يستلزمه هذا الدفاع. ومع ذلك يجوز للقاضي إذا كان الفعل جنائياً أن يعده معذوراً إذا رأى لذلك محلاً وأن يحكم عليه بالحبس بدلاً من العقوبة المقررة في القانون" .

المشروع التمهيدي

المادة ٢٣٣ - من أحدث ضرراً وهو في حالة دفاع شرعي، سواء تعلق هذا الدفاع به أو بغيره، كان غير مسئول، على ألا يجاوز في ذلك القدر الضروري، وإلا أصبح ملزماً بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة.

موقف الشريعة الاسلامية :

المجلة م ٢١ - ٢٢ و ٩٢١ .

مذكرة المشروع التمهيدي: يراجع بشأنها ما جاء بمذكرة المشروع التمهيدي عن المادة ٢٣٥

المقابلة للمادة ١٦٨ من القانون .

المشروع في لجنة المراجعة :

تليت المادة ٢٣٣ من المشروع وتناقش الأعضاء فيها هو الدفاع الشرعي واستقر الرأي

على أن الدفاع الشرعي هو المحدد بشروطه في القانون الجنائي - وقد أصبح نص المادة النهائي ما يأتي :

"من أحدث ضرراً وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو عن غيره كان غير مسئول على

ألا يجاوز في دفاعه القدر الضروري وإلا أصبح ملزماً بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة" .

وأصبح رقمها ١٧٠ في المشروع النهائي .

المشروع في مجلس النواب

وافق المجلس على المادة دون تعديل، تحت رقم ١٧٠ .

المشروع في مجلس الشيوخ

مناقشات لجنة القانون المدني :

محضر الجلسة السابعة عشرة

تليت المادة ١٧٠ :

فتساءل سعادة الرئيس عن المقصود من عبارة "على ألا يجاوز" وهل المقصود منها أن

الشخص لا يسأل عن كل فعله أم أن مسؤوليته تنحصر فقط في مقدار هذا التجاوز في الدفاع عن

النفس. فأجابه سعادة العشماوي باشا بأن المتفق عليه أن التعويض يكون بمقدار الضرر سواء أكان

الخطأ يسيراً أم جسماً وهذا النص أعطى للقاضي حرية التقدير .

فتساءل سعادة الرئيس مرة أخرى هل يوجد ضرر من النص صراحة على أن التعويض يكون

على قدر التجاوز في الدفاع .

وتطبيقاً لنص المادة ١٦٦ من القانون المدني، والتي تنص على أنه "إذا أحدث الشخص ضرراً بغيره وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو ماله أو عن نفس الغير أو ماله، فإنه لا يكون مسؤولاً عن تعويض هذا الضرر"، ذلك أن محدث الضرر في هذه الحالة لا يعتبر مخطئاً، فلو قسنا سلوكه بسلوك الشخص

=

وقد أجاب على ذلك معالي حملي عيسى باشا فقال إن النص لا يحتاج إلى ذلك لأن ظاهره يفيد هذا المعنى وعلى كل حال أرى أن يذكر في التقرير أن من المتفق عليه أن التعويض في هذه الحالة يقتصر على مقدار التجاوز في الدفاع. وقد وافقت اللجنة على هذا التفسير .
ثم اعترض سعادة الرئيس على المادة من حيث أنها لا تتضمن الدفاع عن المال لأن الدفاع الشرعي في قانون العقوبات ينص على الدفاع عن النفس أو عن المال فرأى أن تزداد عبارة "عن نفسه أو ماله أو عن نفس الغير أو ماله" لإظهار أن الدفاع يشمل المال أيضاً، لأنه قد يفهم من عدم ذكر المال، أن الدفاع لا يشمل .
قرار اللجنة :

وافقت اللجنة على زيادة هذه العبارة وبذلك يصبح نص المادة كالتالي : -

"من أحدث ضرراً وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو ماله أو عن نفس الغير أو ماله كان غير مسئول على ألا يجاوز في دفاعه القدر الضروري وإلا أصبح ملزماً بتعويض تراعي فيه مقتضيات العدالة".

على أن يكون مفهوماً أن التعويض في هذه الحالة يقتصر على قدر التجاوز فقط .

تقرير اللجنة :

استعاضت اللجنة عن عبارة "في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو عن غيره" بعبارة "في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو ماله أو عن نفس الغير أو ماله" تمشياً مع الأحكام المقررة في هذا الشأن في قانون العقوبات .

وأصبح رقم المادة ١٦٦

مناقشات المجلس :

وافق المجلس على المادة كما عدلتها اللجنة

المعتاد الموجود في نفس ظروفه الخارجية لوجدناه متفقاً معه، فمن الواضح أن الشخص المعتاد يدافع عن نفسه وعن ماله، بل وعن نفس ومال غيره ممن يهمله أمرهم ولو أدى هذا الدفاع إلى الإضرار بالغير .

وبالتالي إذا قطع لص الطريق على أحد المارة فدافع هذا عن ماله بأن ضرب اللص بعضاً أو أطلق عليه الرصاص، فجرح اللص أو مات، فلا يكون مرتكب الحادث مسئولاً إذا لا خطأ في فعله، فالشخص المعتاد لو هاجمه لص فإنه يدافع عن ماله كما فعل مرتكب الحادث^(١) .

ولكي نكون بصد دفاع شرعي ينتفي وصف الخطأ عن الفعل الضار يجب توافر الشروط الآتية :

أولاً: أن يتخوف المدافع من خطر على نفسه أو عرضه أو ماله أو على نفس الغير أو عرضه أو ماله^(٢) .

(١) حمدي عبد الرحمن، محمد محي الدين ابراهيم سليم، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص ٥٢٩-٥٣٠.

(٢) "ولا يلزم في الفعل المتخوف منه أن يكون خطراً حقيقياً في ذاته بل يكفي أن يبدو كذلك في اعتقاد المتهم وتصوره بشرط أن يكون هذا الاعتقاد أو التصور مبنياً على أسباب معقولة وتقدير ظروف الدفاع الشرعي ومقتضياته أمر اعتباري المناط فيه الحالة النفسية التي تخالط ذات الشخص الذي يفاجأ بفعل الاعتداء فيجعله في ظروف حرجة تتطلب منه معالجة موقف على الفور والخروج من مأزقه مما لا يصح معه محاسبته على مقتضى التفكير الهادئ المتزن الذي كان يتعذر عليه وقتئذ وهو محفوف بهذه المخاطر والملاسات". (نقض جنائي مصري ١٩٧٦١٠/٤ . مجموعة المكتب الفني الجنائية، س ٢٧، ص ٦٩٨) .

ويشترط ثانياً: أن يكون هذا الخطر حالاً فلا تقوم حالة الدفاع الشرعي إذا كان الخطر مستقبلاً لا ينتظر وقوعه إلا بعد زمن سمح بالالتجاء إلى السلطة العامة^(١).

ويشترط ثالثاً: أن يكون إيقاع هذا أخطر عملاً غير مشروع. فمن يلقي القبض عليه بالطريق القانوني مثلاً ليس له أن يحتج بحالة الدفاع الشرعي إذا ما قاوم رجال الشرطة فأحدث ضرراً بأحدهم.

ويشترط أخيراً أن يكون فعل المدافع لازماً لدفع الخطر ومتناسباً معه^(٢). فإذا قبض الشخص على اللص الذي حاول أن يسرق ماله وتمكن من التغلب على مقاومته نهائياً، ثم شرع في ضربه، فإن الضرب لا يعتبر من قبيل الدفاع الشرعي، لأن الضارب تجاوز في دفاعه القدر الضروري اللازم لدفع

(١) وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن "إمكان الرجوع إلى السلطة العامة للاستعانة بها في المحافظة على الحق لا يصلح على إطلاقه سبباً لنفي قيام حالة الدفاع الشرعي بل إن الأمر في هذه الحالة يتطلب أن يكون هناك من ظروف الزمن وغيره ما يسمح بالرجوع إلى هذه السلطة قبل وقوع الاعتداء بالفعل، والقول بغير ذلك يؤدي إلى تعطيل النص الصريح الذي خول حق الدفاع لرد أفعال التعدي على المال تعطيلاً تاماً" (طعن نقض رقم ٣٧٩ ، جلسة ١٩٦٨/٦/٢٤ ، مجموعة المكتب الفني لمحكمة النقض ، س ١٩ ، ص ٧٦٥ ، بند ٢) .

(٢) قضت محكمة النقض المصرية بأن "حق الدفاع الشرعي لم يشرع لمعاقبة معتد على اعتدائه إنما شرع لرد العدوان، ولما كان المطعون ضده قد تمكن من انتزاع المطواة من يد المجني عليه فصار أعزلاً من السلاح لا يستطيع به اعتداء، فإن ما وقع من المطعون ضده بعد انتزاعه السلاح من المجني عليه ثم مولاة طعنه به إنما هو اعتداء معاقب عليه ولا يصح في القانون اعتباره دفاعاً شرعياً" نقض جنائي رقم ٢٧٦ جلسة ١٩٧٦/٥/١٠ ، مجموعة المكتب الفني الجنائية، س ٢٧ ، ص ٤٨٢ .

الاعتداء، وهذه المجاوزة تعتبر خطأ في جانبه فيكون مسؤولاً عن تعويض الضرر الناشئ عنه، ولكن نظراً لأن هذا الخطأ قد تسبب فيه خطأ المعتدي المبتدئ، فإن مسؤولية من تجاوز حدود الدفاع الشرعي تكون مسؤولية مخففة، فلا يلتزم بأن يعرض المضرور عن كل الضرر الذي أصابه، وقد نصت المادة ١٦٦مدي صراحة على أن يكون المجاوز ملزماً بالتعويض تراعي فيه مقتضيات العدالة، بمراعاة تقدير أن المضرور هو الذي بدأ الاعتداء^(١).

خلاصة القول، إذا أتى الإنسان فعلاً أضر بالغير أو بماله وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو عن ماله فإنه لا يكون متعدياً لأن سلوكه يكون في هذه الحالة مطابقاً لسلوك الإنسان العادي إذا ما وجد في مثل ظروفه الخاصة . وقد اتفق قانون المعاملات المدنية الإماراتي مع القانون المدني المصري، فنص في المادة ٢٨٨ منه على أن "من أحدث ضرراً وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو عرضه أو ماله أو عن نفس الغير أو عرضه أو ماله، كان غير

(١) عبد الحميد عثمان محمد، المفيد في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص ٤٣٦ وما بعدها، وقضت محكمة النقض «أنه لا يلزم في العمل المتخوف منه أن يكون خطراً حقيقياً في ذاته بل يكفي أن يبدو كذلك في اعتقاد المتهم وتصوره بشرط أن يكون هذا الاعتقاد أو التصور مبنياً على أسباب معقولة. وتقدير ظروف الدفاع الشرعي ومقتضياته أمر اعتيادي، المناط فيه الحالة النفسية التي تخالط ذات الشخص الذي يفاجأ بفعل الاعتداء فيجعله في ظروف حرجة ودقيقة تتطلب منه معالجة موقفه على الفور والخروج من مأزقه مما لا يصح معه محاسبته على مقتضى التفكير الهادئ المتزن.

(نقض مدني رقم ٣٢١٤، جلسة ١٩٧٦/١٠/٤ مجموعة أحكام محكمة النقض، س ٢٧، ص ٦٩٨) .

مسئول، على ألا يجاوز قدر الضرورة، وإلا أصبح ملزماً بالضمان بقدر تجاوزه^(١)"

فإن تجاوز هذا الحد كان عدواناً مرتباً لضمان المدافع. ولكن هذا الضمان يكون ضماناً مخففاً نظراً لاشتراك فعل المضرور مع فعل المسئول في إحداث الضرر. وهذا ما عبرت عنه المادة ٢٨٨ من قانون المعاملات بقولها: "... على ألا يجاوز قدر الضرورة وإلا أصبح ملزماً بالضمان بقدر تجاوزه".

وتطبيقاً لذلك أيضاً فإن من يكره على إتيان فعل أو امتناع يضر بالغير لا يكون ضامناً للضرر الذي يحدثه هذا الفعل أو الامتناع وإنما يكون الضمان على من حمله على الفعل أو الامتناع. وتطابقت المادة ٢٨٩ من قانون المعاملات المدنية مع ما جاء بنص المادة ١٦٦ من القانون المدني المصري، حيث نصت الأولى أنه: "يضاف الفعل إلى الفاعل لا الأمر مالم يكن الفاعل مجبراً. على أن الإكراه المعتبر في التصرفات الفعلية هو الإكراه الملجئ وحده^(٢)"، علماً بأن الإكراه الملجئ هو الإكراه الذي يعدم الرضا والاختيار .

(١) في نصوص الفقه الإسلامي الدالة على ارتفاع الضمان في حالة الدفاع الشرعي: مصطفى أحمد الزرقا، المرجع السابق، ص ٣٦ وما بعدها، وص ١٠٢ وما بعدها .

(٢) يلاحظ أن النص جاء مطلقاً على نحو يشمل معه حالة الجناية على النفس. لكن المذاهب الأربعة لا تجيز للمكره قتل النفس، حتى ولو كان الإكراه ملجأً، لأن نفسه ليست بأولي من نفس الذي يكره على قتله. وقد اختلف الفقهاء في شأن القصاص في هذه الحالة، فذهب رأي إلى إيجابه على المكره والمكره معاً، وذهب رأي آخر إلى إيجابه على المكره وحده. ويفضل بعض الفقهاء المحدثين الرأي الأول - فيما يبدو - ويرتب عليه وجوب اشتراك المكره والمكره في تحمل الضمان (مصطفى أحمد الزرقا، المرجع السابق، ص ١٠٨ وما بعدها) .

المبحث الثاني

حالة الضرورة كسبب لانتفاء الضمان (المسئولية) عن الفعل الشخصي

تمهيد وتقسيم :

تعتبر حالة الضرورة من الحالات التي تنتفى المسئولية التقصيرية عن الفعل الشخصي على أثر تواجدها، وكان للفقهاء الإسلامي السابق في وضع ضوابط لحالة الضرورة، واعتبارها من حالات انتفاء الضمان .

ونص القانون المدني المصري على انتفاء المسئولية التقصيرية لتوافر حالة الضرورة، فما هي الضرورة التي تعد سبباً لانتفاء الضمان (المسئولية) وأحكامها فقهاً وقانوناً ؟

هذا ما سنجيب عليه في المطلبين الاتيين :

- المطلب الأول: انتفاء الضمان لثبوت حالة الضرورة في الفقه الإسلامي .
- المطلب الثاني: انتفاء الضمان لثبوت حالة الضرورة في القانون المدني .

المطلب الأول

انتفاء الضمان لثبوت حالة الضرورة في الفقه الإسلامي

تمهيد وتقسيم :

تعد حالة الضرورة من الحالات التي اتفق عليها الفقه الإسلامي؛ لتكون من أسباب انتفاء الضمان، ووضع لها ضوابط تحكم كيفية توافرها، وشروط إعمالها .

فما هي حالة الضرورة وشروطها وموقف الفقه الإسلامي منها ؟

هذا ما سنجيب عليه في فرعين، كالآتي :

الفرع الأول : مفهوم الضرورة والتمييز بينها وبين ما يشابهها فقهاً .

الفرع الثاني: موقف الفقه الإسلامي من انتفاء الضمان لحالة الضرورة .

الفرع الأول

مفهوم الضرورة والتمييز بينها وبين ما يتشابه بها فقهاً

أولاً: مفهوم الضرورة لغة واصطلاحاً :

تعبر كلمة الاضطرار لغة عن معاني منها: الضيق والاحتياج والإلجاء^(١)، فيقال عن الرجل: ذو ضارورة وضرورة بمعنى ذو حاجة، واضطر إلى الشيء أي ألجئ إليه، والضرورة هي الاسم، والمصدر الاضطرار^(٢) .
وقد عرفت مجلة الأحكام العدلية، الضرورة اصطلاحاً بأنها: "الحالة الملجئة لتناول الممنوع شرعاً"^(٣). وهي أعلى رتبة من الحاجة؛ إذ بترك حفظ الضرورات تنهار الحياة الإنسانية، وتقوض أركانها، ومعلوم أن من مقاصد الشريعة حفظ الضرورات الخمس: الدين، والنفس، والعرض، والعقل، والمال، وهي على حد تعبير مجلة الأحكام العدلية "العذر الذي يجوز بسببه إجراء الشيء الممنوع"^(٤).

(١) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج ٩، ص ٢٨٩ .

(٢) على حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، ج ١، ص ٦٠٨ .

(٣) النووي، شرح النووي على صحيح مسلم: للإمام أبي زكريا يحيى بن شرف النووي المتوفى سنة ٦٧٦هـ، طبعة دار الفكر - بيروت، وهو بديل صحيح مسلم، ج ٧، ص ٣٠٨ .

(٤) ابن قدامة المغني، المغني: تأليف الإمام موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمود بن قدامة المتوفى سنة ٦٣٠هـ، طبعة دار الكتاب العربي - بيروت ١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م، مطبعة المنار سنة ١٣٤٨هـ ج ٨، ص ٣٣٨ .

ولذلك تصور الضرورة على أنها أذى يترتب عليه هلاك واحدة أو أكثر من الضرورات الخمس التي هي مقصود الشرائع، والتي تسمى الكليات الخمس، فإذا ما أهدق خطر ما بإحدى هذه الكليات منذراً بهلاكها؛ فإن الشارع يبيح للمكلف انتهاك المحظور - كاستباحة فعل المحرم، أو ترك فعل الواجب، أو تأخيره عن وقته، ضمن ضوابط وقيود الشرع - الذي من شأنه المحافظة على هذه الكليات وصيانتها من الهلاك، ولذلك وضع الفقهاء مبدأ عاماً مفاده أن: الضرورات تبيح المحظورات^(١).

ثانياً: التمييز بين الضرورة وما يتشابه بها فقهاً :

لا بد أن ننبه على أمرين مهمين؛ حتى نميز ما بين الضرورة وما يتشابه بها، وذلك في نقطتين كالآتي :

أ- وضع ابن رجب من الحنابلة ضابطاً في التفريق بين ما يجب الضمان بإتلافه وما لا يجب في القاعدة السادسة والعشرين، قال: "من أتلف شيئاً لدفع أذاه له لم يضمنه، وإن أتلفه لدفع أذاه به ضمنه"^(٢) وبمثله قال الشافعية^(٣)، وهذا ما يقضي به

^(١) ومن أمثلة الضرورة التي نكرها الحنابلة ما لو أدخلت بهيمة رأسها في إناء الغير، وعجز عن إخراجها إلا بكسر الإناء، ضمنه رب البهيمة، ووجب كسره ضرورة لإنقاذ البهيمة، كشف القناع في شرح الاقناع: للشيخ العلامة فقيه الحنابلة منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، طبعة عالم الكتب سنة ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م، والمطبعة الشرقية ١٣١٩ هـ، ج ٤، ص ٨٦.

^(٢) ابن عابدين، حاشية رد المحتار، ج ٩، ص ٢٩١.

^(٣) الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية تأليف: الامام جلال الدين عبد الرحمن السيوطي المتوفى سنة ٩١١ هـ - طبعة دار الكتب العلمية ببيروت، الطبعة الأولى سنة ١٣٩٩ هـ، ج ٥، ص ٤٠٢.

فقه الحنفية والمالكية الذين اسقطوا الضمان بالصيال "دفع أذاه"، وأوجبوه بالاضطرار "دفع الأذى به"، ومن صور المسألة: ما لو صال عليه أدمي أو بهيمة، فقتله دفاعاً عن نفسه، لم يضمنه - وهذه حالة ضرورة كما نلاحظ - ولو قتل حيواناً مملوكاً لغيره؛ لينقد به نفسه حال المخصصة؛ ضمنه، ولو كان محرماً فصال عليه صيد؛ فقتله دفاعاً عن نفسه، لم يضمنه على أصح الوجهين، وإن كان في حالة مخصصة؛ فقتله ليستتقي حياته ضمنه^(١).

ولو أشرقت سفينة على الغرق فألقي شخص متاع غيره لينقذ السفينة من الغرق؛ ضمن المتاع، في حين لو سقط عليه متاع غيره فخاف على نفسه، فدفعه، فوقع في الماء، لم يضمنه^(٢).

كما ذكر ابن رجب في الضابط الذي يليه أن: من أتلف نفساً أو أفسد عبادة لنقع يعود إلى نفسه فلا ضمان عليه، وإن كان النقع يعود إلى غيره فعليه الصمان^(٣)، حيث يعد هذان الضابطان قيدين للقاعدة العامة الواردة في باب الضمان، أعني قاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان^(٤).

ب- التفريق بين دفع الصائل - الدفاع الشرعي - وبين حالة الضرورة :

(١) الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الامام أحمد: لأبي الحسن على ابن سليمان المرادوي المتيلي، مطبعة السنة المحمدية ١٣٧٦هـ، ١٩٥٤م، ص ١٤٦ .

(٢) السرخسي، المبسوط، ج٧، ص ٢ .

(٣) تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية: للشيخ محمد على بن حسن، وهو بهامش الفروق للقرافي، طبعة دار المعرفة، بيروت، لبنان، ص ١١٤ .

(٤) العدوي، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، ج٢، ص ٣٨٢ .

- تعفي حالة الدفاع الشرعي صاحبها - المصال عليه - من المسؤولية الجنائية والمدنية معاً، بل إنها توجب على الصائل ضمان ما أتلفه للمصول عليه من مال أو نفس، بينما تلزم الضرورة صاحبها بالضمان المدني، وإن كانت تعفيه من المسؤولية الجنائية .
- تقدير الضرورة أمر مادي بحت، ويحتاج إلى غلبة الظن فلا يكتفى بمجرد التوهم أو الشك ولا الظن إن كان ضعيفاً، أما الدفاع الشرعي فالأمر مفوض لظن المدافع، الذي يشترط له أن يكون ظناً غالباً، فلا يكفي الشك أو التوهم، وإن لم يتلبس الصائل بالصيال فعلاً^(١) .
- أن مخالفة بعض حالات الضرورة معصية، وتترتب عليها مسؤولية جزائية أخروية، فتدخل في دائرة إلقاء النفس في التهلكة، أما مسألة ترك الدفاع - رد الصائل - على رأي من أجازها ولم يوجبه فلا معصية فيه، بل إن الاستسلام للصائل أو دفع المال له أولى من قتله كما سبقته دراسته^(٢) .
- حالة الضرورة يقصد بها دفع الضرر الداخلي، كالجوع، أو الخارجي كالحريق مثلاً، أما حالة الدفاع الشرعي فيقصد بها دفع ضرر الإنسان المعتدي أو البهيمة الجامحة .
- الصيال حالة من الاعتداء على الأنفس والأموال والأبضاع تلجئ الناس لدفعها رداً لأذى الغير، في حين لا يشترط حصول الاعتداء في حال

(١) المغني: تأليف الإمام موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمود بن قدامة المتوفى سنة ٥٦٣هـ، طبعة دار الكتاب العربي - بيروت ١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م، مطبعة المنار سنة ١٣٤٨هـ، ج ٥، ص ٥٦٣ .

(٢) الماوردي، الحاوي، ج ١٢، ص ٣٧٣ .

الضرورة، بل هي حالة من الظروف الطارئة التي تخرج الإنسان عن الحالة المعتادة للتكليف .

- يعد الإلتلاف الحاصل في دفع الصائل إنما هو لدفع الأذى الحاصل من نفس المعتدي، في حين أن الإلتلاف الحاصل حال الضرورة لدفع الأذى بالشيء المستهلك عن النفس، فالأذى لم يتحصل من الشيء المتلف، ولذلك لم يبطل الاضطرار حق الغير .

ونحن نرى، أن مسألة الدفاع الشرعي لا تخرج عن مفهوم الضرورة بالمعنى الأعم، إذ يعتبر دفع الإنسان الصائل عن نفسه وماله حالة من حالات الضرورة الشرعية المبيحة لفعل الممنوع شرعاً، فالظرف الطارئ هو الذي يقتضى أحكاماً استثنائية على خلاف الأصل في القواعد العامة، وهذا ما انتهى إليه جانب من الفقه الإسلامي^(١) .

الفرع الثاني

انتفاء الضمان لثبوت حالة الضرورة في الفقه الإسلامي

انقسم الفقه الإسلامي حول الضرورة التي ترفع الضمان وتنفيه إلى قولين: القول الأول: قول الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة، والمالكية في قول^(٢)، حيث قالوا بلزوم الضمان، وأن الاضطرار مهما بلغت درجته لا يلغي حق المالك في تعويضه عن ماله الفائت، فلا يفوت المال لا إلى بدل .

(١) المغني، ابن قدامة، ج ٥، ص ٣٢٠ .

(٢) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج ٢، ص ٢٢٦، القرافي، الذخيرة، ج ٤، ص ١١١، يقول: "وحيث قلنا يأكل ضمن القيمة لأن الأصل عصمة الأموال أدت الضرورة إلى بذل الطعام أما مجاناً فلا، وقيل لا يضمن، لأن الدفع واجب والواجب لا يستحق عوضاً .

وقد وضع الفقهاء قاعدة شرعية في هذا الخصوص مفادها: "أن الاضطرار لا يبطل حق الغير"^(١).

حيث تعتبر الضرورة الشرعية سبباً لإباحة استعمال مال الغير، أي رفع العصمة عن المال، لكنها لا تكون سبباً لتلف مال الغير بلا تعويض^(٢)، فالمضطر لطعام الغير ليسد به جوعته إذا أشرف على الهلاك، جاز له استهلاكه ولو بدون إذنه، مع ضمان مثل الطعام لصاحبه أن كان من المثليات، أو قيمته إن كان من القيمات .

وقد مثل لذلك الحنفية بما لو استأجر شخص قارباً لمدة ساعة، وانقضت مدة الإجارة وهما في عرض البحر، فبناء على عقد الإجارة يرغم المستأجر على مغادرة القارب وهو في وسط البحر، ولكن لاستحالة ذلك لوجود الظرف الاضطراري؛ يلزم المؤجر على تمديد عقد الإجارة إلى حال يمكن فيها التخلص من هذا الظرف الطارئ، إما بالوصول إلى البر، أو وجود سفينة أخرى يمكن إكمال الطريق بواسطتها .

ويفرق الحنفية في ارتفاع الضمان في حال الضرورة الناشئة عن سبب غير سماوي - الإكراه - بين الإكراه الملجئ وغير الملجئ، وينصون على أن الضمان في حالة الإكراه الملجئ الذي يعدم الرضا ويفقد الاختيار إذا كان التهديد

(١) ابن رشد، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، ط ٢، ج ١٦، ص ١٠٢ .

(٢) الخراشي، شرح على مختصر خليل، ج ٨، ص ١١١، وقد تعلل صاحب منح الجليل القول الفاضي بعدم التضمن أنه لم يمكن للمعضوض نزع يده من فم العاض إلا بنزع ثناياه، والقول بالتضمن أنه يمكن له نزع يده برفق بحيث لا تسقط ثناياه. عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، ج ٩، ص ٣٦٥ .

بإتلاف النفس أو العضو، وتحقق المكره من قدرة المكره على تنفيذ التهديد، يجوز للمكره الإقدام على الفعل المكر عليه - إتلاف مال الغير - مع وجوب الضمان على الشخص الأمر المكره^(١)، حيث يرتفع الضمان عن رقبة المباشر ليضاف إلى المتسبب.

واشترطوا لجواز تنفيذ الأمر المكره عليه أن تكون المحظورات أقل رتبة من الضرورات، أما إذا ساوتها أو زادت المحظورات؛ فلا يجوز، كما لو هدد بقتله إن لم يقتل غيره؛ فلا يجوز له قتله، ويؤاخذ بفعله جنائياً ومدنياً، ولذلك نصوا على أن: الضرر لا يزال بمثله، فلا يجوز للمكره أن يزيل الضرر عن نفسه بإيقاع مثله بغيره، وحرروا ضابط المسألة: أن يزال الضرر الأشد بالأخف، لا العكس، فلو هدهد بأخذ ماله؛ إن لم يقتل غيره، فقتله، أخذ بفعله جنائياً ومدنياً^(٢).

ويفرق الحنفية كذلك بين إتلاف الضرورة بإذن السلطان وعدمه، وينصون على أنه لا ضمان في إتلاف الضرورة الحاصل بإذن السلطان، كما جاء في حاشية ابن عابدين: "لو هدم دار غيره بغير أمر السلطان حتى ينقطع - أي الحريق - عن داره ضمن، ولم يأتهم.... وظاهره أنه بأمر السلطان لا يضمن^(٣)".

(١) تيسير التحزير: شرح العلامة محمد أمين المعروف بأمرير باشا الحسيني على كتاب التحرير في أصول الفقه الجامع بين اصطلاحى الحنفية والشافعية لابن همام الدين الأسكندري، المتوفى سنة ٨٦١هـ، طبعة دار الكتب العلمية - بيروت، ص ٣٦.

(٢) تيسير التحزير: شرح العلامة محمد أمين المعروف بأمرير باشا الحسيني، المرجع السابق، ص ٣٧.

(٣) العبد اللطيف، القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير، ط ١، بدون ناشر، ص ٤١٨.

غير أن الملاحظ هنا أن ارتفاع الضمان في هذه المسألة - الضرورة - لم يكن لذات الضرورة بدليل وجوب الضمان في جميع حالات الضرورة الأخرى، والقاعدة التي وضعها الفقهاء تشهد لذلك: "الاضطرار لا يبطل حق الغير"^(١)، وإنما كان لأمر السلطان الذي له ولاية عامه في رفع الضرر عن المجتمع^(٢)؛ إذ لو تركت النار لالتهمت البيوت المحيطة بها، فأمر السلطان هو الذي رفع الضمان لا الضرورة بحد ذاتها، ويؤكد ذلك ما جاء في المجلة قال: "لو هدم أحد دار الآخر لإطفاء الحريق بأمر ولي الأمر فلا يلزم ضمان"^(٣).

لكن يبقى أمر آخر وهو أن هذه المسألة داخلة في باب آخر وهو تنفيذ أمر الرئيس، وهنا لا يرتفع الضمان كلية، بل يتحمله الأمر؛ لأن الفاعل أصبح بحكم الآلة في يده. حيث يوجب الشافعية الضمان في حال الضرورة "الظرف الطارئ" مع سقوط الإثم^(٤).

وقد مثل لذلك الحنفية والشافعية والحنابلة بمسألة ما إذا كان قوم في سفينة واضطرتهم الضرورة لإلقاء الأمتعة والحيوانات، فما ألقى الشخص بنفسه من متاعه فلا يضمن له، فقد أتلّف ماله بنفسه، وما ألقاه غيره وهو ساكت فلا ضمان فيه،

(١) أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني، منشورات الجامعة الأردنية، ط ١، ص ٣٢٤.

(٢) الهيتمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ج ٩، ص ١٨١.

(٣) القرافي، تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية: للشيخ محمد علي بن حسن، وهو بهامش الفروق للقرافي، طبعة دار المعرفة - بيروت - لبنان، ج ١٢، ص ٢٦٢.

(٤) الزحيلي، نظرية الضرورة، ص ١٥٣.

لوجود الأذن دلالة - دلالة الحال - وإذا رفض صاحبه الإلقاء؛ جاز جبراً إتلاف ماله، مع وجوب ضمانه له^(١)، تأكيداً لمبدأ: أن الاضطرار لم يبطل حق الغير^(٢).
القول الثاني: قول المالكية، والذي ذكره القرافي والقرطبي أن في مذهبهم قولين^(٣): أحدهما يقضي بالضمان، وهو قول للإمام مالك كما نص عليه ابن رشد^(٤)، وهو ما يتفق مع قول الحنفية والشافعية والحنابلة، والقول الآخر يقضي بارتفاع الضمان، وذلك فيما لو عض رجل يد آخر؛ فنزع يده، فانكسرت أسنانه أنه لا ضمان فيها، إذا تعذر نزع يده إلا بذلك^(٥).

ولكن تكييف المسألة لا يخرج عن حدود إتلاف الشيء - السن هنا - لدفع أذاه عنه لا لدفع الأذى به عند الجمهور^(٦)، ولا يخرج الحنفية المسألة عن

(١) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط٢، ج٧، ص٢٦٣، النووي، الروضة، ج٦، ص٣٤٠، زكريا الأنصاري، أسني المطالب، ج٣، ص٨٢.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٧، ص٢٣٦، الزيلعي، تبين الحقائق، ج٤، ص٣٠٠.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٧، ص٢٣٦، يقول: "لو قال له أتلّف مالي فأتلّفه. ولو قال أقتل عبدي، أو أقطع يده؛ فقتل أو قطع، فلا ضمان عليه؛ لأن عبده ماله، وعصمة ماله ثبتت حقاً له؛ فجاز أن يسقط يادنه، كما في سائر أمواله".

(٤) العدوي، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني ج٢، ص٢٨٣، يقول: "حيث كان المالك ممن يعتبر إذنه بأن كان رشيداً وإلا ضمن"، الشربيني، مغني المحتاج، ج٥، ص٥٦٣.

(٥) فلو قال شخص لآخر أقتلني لم يحل له قتله؛ لأن النفس المعصومة مما لا تحتمل الإباحة بالأذن بمقابلة المال، فكان أمره أو إذنه كالعدم، الكاساني، بدائع الصنائع، ج٧، ص٢٣٦، محمود فوزي، نظرية الضمان، ص١٩٩.

(٦) البغدادي، مجمع الضمانات، ص١٤٤.

إطار دفع الصائل الذي لا ضمان بإتلافه، خلافاً لابن أبي ليلى الذي كيف المسألة على أساس الضرورة، فأوجب الضمان^(١)، وهو الموافق للرأي الثاني عند المالكية .

وأما بالنسبة لأمثلة الاضرار لإتلاف مال الغير فمن ذلك مثلاً: اضرار المجاهدين لهدم بعض المنازل أو جدرانها أثناء عمليات المقاومة؛ إنقاذاً لحياتهم ولبقاء غيرهم، أو اضرارهم الاستهلاك بعض محتوياتها الخاصة من معدات وأطعمة من زروع ومواشي

أو اضرار الأجهزة الأمنية مثلاً لبعض عمليات هدم المنازل كلياً أو جزئياً أو قلع الأشجار، مع العلم أن هذه الحالة مما يدخل تحت تنفيذ أمر الرئيس، مما يستدعي رفع الضمان عن الفاعل لتتولى الدولة تعويضه بدلاً منه .

المطلب الثاني

انتفاء المسؤولية لثبوت حالة الضرورة في القانون المدني

تمهيد وتقسيم :

نصت المادة ١٦٨ من القانون المدني المصري بقولها "من سبب ضرراً للغير ليتفادى ضرراً أكبر محققاً به أو بغيره لا يكون ملزماً إلا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسباً" .

فما هي حالة الضرورة الموجبة لانتفاء المسؤولية التقصيرية وشروطها في القانون المدني ؟

(١) البغدادي، مجمع الضمانات، ص ١٤٤ .

- هذا ما سنجيب عليه في فرعين كالآتي :
- الفرع الأول: مفهوم حالة الضرورة وفقاً للقانون المدني .
- الفرع الثاني: شروط انتفاء المسؤولية التقصيرية لثبوت حالة الضرورة قانوناً .

الفرع الأول

مفهوم حالة الضرورة وفقاً للقانون المدني

أولاً: تعريف حالة الضرورة :

يراد بحالة الضرورة، وضع مادي للأمر ينشأ بفعل الطبيعة أو بفعل إنساني موجه إلى الغير. وينذر بضرر جسيم على النفس يتطلب دفعه بارتكاب جريمة على إنسان بريء، فحالة الضرورة تقتض التضحية بحق أو مال للغير لإنقاذ الحق الشخصي، أو حق الآخرين، ومعنى هذا أن الإنسان عندما يجد نفسه أو ماله أو نفس الغير أو ماله مهدد لضرر جسيم على وشك الوقوع فيضطر إلى ارتكاب الجريمة للوقاية من هذا الخطر .

على أنه حين يكون المهدد بالضرر الجسيم على النفس هو ذات الشخص الذي ارتكب جريمة الضرورة دفعا لهذا الضرر، يتعين أن يكون مصدر إنذاره بالضرر فعل الطبيعة لأفعال الإنسان، وإلا توافر إكراه معنوي مصدره هذا الإنسان أما حين يكون المهدد بالضرر الجسيم على النفس شخصا آخر غير مرتكب الجريمة المدفوع بها هذا الضرر فإنه يستوي في هذه الحالة أن يكون مصدر إنذار الغير بذلك الضرر هو فعل الطبيعة أو فعل إنسان لأنه في حالة كون هذا المصدر فعلا إنسانيا لا يعتبر إكراها معنويا مادام موجهها إلى الغير لا إلى مرتكب الجريمة نفسه .

ثانياً: تمييز حالة الضرورة عن الأنظمة القانونية المتشابهة معها :

أ- أوجه الشبه والاختلاف بين الدفاع الشرعي وحالة الضرورة :

- يبدو الدفاع الشرعي لأول وهلة أنه قريب الشبه بحالة الضرورة لسببين :
- تعارض في الدفاع الشرعي وحالة الضرورة حقان، فيضحى بأحدهما على حساب الآخر .
 - من شروط الدفاع الشرعي وحالة الضرورة وجود خطر محقق يهدد النفس والمال .
- يبدو إن الدفاع الشرعي يختلف عن حالة الضرورة اختلافاً جوهرياً من النواحي التالية :
- الدفاع فعل مشروع وهو سبب إباحة، أما فعل من يوجد في حالة الضرورة فهو غير مشروع ولكن يستفيد فاعله من مانع عقاب .
 - الدفاع حق للكافة أما الضرورة فليست حقاً لأحد ولكن واقع كرسه المشرع مراعاة لظروف تتعلق بشخص الفاعل .
 - ينشأ الخطر في الدفاع عن فعل غير مشروع صادر عن إنسان، أما الضرورة تنشأ عن فعل غير مشروع صادر عن إنسان أو حيوان أو قوى طبيعية .
 - الضحية في الدفاع الشرعي شخص مذنب أما الضرورة فهو بريء لا علاقة له بالجريمة .
 - للمعتدى عليه في الدفاع أن يرد الاعتداء مهما كانت درجة جسامة الخطر، بينما في حالة الضرورة لا بد من أن يكون الخطر جسيماً .
 - لا يلتزم المدافع بالهرب من المعتدي بينما يلتزم من يوجد في حالة ضرورة بالهرب إذا كانت هناك وسيلة صالحة للتخلص من الخطر .
- ب- أوجه الشبه والاختلاف بين حالة الضرورة والإكراه المعنوي :

- تتفق حالة الضرورة مع الإكراه المعنوي في أنّ الجريمة الناشئة من كل منهما تصيب إنساناً بريئاً وفي أنّ ركنها المعنوي قائم بجانب ركنها المادي .
- وتختلف حالة الضرورة عن الإكراه المعنوي من نواح ثلاثة :
- من ناحية أولى: قد تتمثل حالة الضرورة في فعل الطبيعة بينما الإكراه المعنوي لا يمكن إلا أن يكون فعلاً لإنسان .
 - ومن ناحية ثانية: فإن جريمة المكروه تهدف إلى إحداث ضرر يهدد المكروه شخصياً، أما حالة الضرورة فقد يسعى بها فاعلها إلى إحداث فعل يشكل ضرراً لا يهدده شخصياً وإنما يهدد الغير .
 - ومن ناحية ثالثة: فإنه حين يكون مصدر الضرر المدفوع بجريمة الضرورة فعلاً لإنسان يتعين أن يكون هذا الفعل موجهاً إلى الغير الذي ارتكب الجريمة دفعا للضرر عنه، لأنه إذا كان موجهاً إلى فاعل الجريمة نفسه تكون به إكراه معنوي .
- من جماع ما سبق، يتضح لنا أن حالة الضرورة تعد من أسباب انتفاء الخطأ الموجب للمسئولية التقصيرية وفقاً للقانون المدني المصري، والتي تختلف عن الدفاع الشرعي والإكراه المعنوي، فما هي الشروط الواجب توافرها لحالة الضرورة حتى يترتب عليها انتفاء المسئولية ؟ هذا ما سنجيب عليه في الفرع التالي

الفرع الثاني

شروط انتفاء المسئولية ثبوت حالة الضرورة قانوناً

نصت المادة ١٦٨ من القانون المدني المصري على أنه "من سبب ضرراً للغير ليتقاضي ضرراً أكبر محدقاً به أو بغيره لا يكون ملزماً إلا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسباً" .

فقد يحدث أن يسبب شخصاً ضرراً للغير ليقادى ضرراً أكبر محدقاً به أو بغيره ليس مصدره الشخص المضرور كما في حالة الدفاع الشرعي، كما لو أتلّف شخصاً شيئاً مملوكاً لغيره في سبيل إطفاء حريق شب في داره، فهل يكون محدث الضرر مسؤولاً عن تعويض الضرر الذي أحدثه في حالة ضرورة؟
تفترض حالة الضرورة توافر شروط ثلاثة لانتفاء المسؤولية التقصيرية، نوضحها كالآتي:

الشرط الأول: أن يكون هناك ضرر محدق يحدث الضرر أو بغيره .
الشرط الثاني: أن يكون مصدر هذا الضرر أجنبياً عن الشخص المضرور، وهذا الشرط هو ما يميز حالة الضرورة عن حالة الدفاع الشرعي، ففي حالة الدفاع الشرعي يصدر الخطر المهدد عن ذات الشخص المضرور .
الشرط الثالث: أن يكون الخطر الذي حصل تقاديه أكبر من الضرر الذي حدث للغير، فإذا كان الخطر الذي حصل تقاديه مساوي في القيمة أو أقل من الضرر الذي أصاب المضرور فعلاً، فلا نكون بصدد حالة ضرورة. ويسأل مرتكب الضرر عن تعويض تعويضاً كاملاً، لأنه يعتبر مخطئاً، لأننا لو قسنا سلوكه بسلوك الشخص المعتاد، لما وجدناه متفقاً معه، لا الشخص المعتاد لا يرتكب ضرراً ليقادى ضرراً مماثلاً أو أقل جسامة من الضرر الذي تلافاه^(١) .

أما إذا كان الخطر الذي حصل تقاديه أكبر من الضرر الذي حدث للغير فأننا نكون بصدد حالة ضرورة، كما لو اتلف شخص كمية من مواد البناء قيمتها

(١) محمد حسام لطفي، النظرية العامة للالتزام مع إشارة إلى التعديلات الواردة على القانون المدني الفرنسي عامة ٢٠١٦، المرجع السابق، ص ٢٩٧ .

مائة جنية في سبيل إطفاء حريق في سيارة قيمتها عشرة آلاف جنية، أو كما لو تسبب شخص في إصابة آخر بجرح في سبيل إنقاذ حياة طفل مهدد بالغرق .
وارتكاب الضرر حالة ضرورة لا يرفع المسؤولية كلية عن مرتكب الضرر، فكل أثر توافر حالة الضرورة هو أن مرتكب الضرر لا يكون ملزماً إلا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسباً (م١٦٨).
فخلافاً لحالة الدفاع الشرعي التي ترفع المسؤولية كلية عن المدافع، فإن حالة الضرورة تقتصر على تخفيف المسؤولية، ذلك أن الضرر الذي كان يهدد المسئول لم يصدر عن الشخص المضروب كما في حالة الدفاع الشرعي، مع ملاحظة أن إلزام محدث الضرر بالتعويض المناسب هنا لا يكون على أساس ثبوت خطأ في جانبه، إذا إن حالة الضرورة تنفي هذا الخطأ، ولذلك فإن تقرير مسؤليته، وبالتالي إلزامه بالتعويض، يكون استثناءً، ويؤسسه البعض على مبدأ عدم جواز الإثراء على حساب الغير^(١) .

المبحث الثالث

تنفيذ أمر ولي الأمر (الرئيس) كسبب لانتفاء الضمان (المسؤولية)

تمهيد وتقسيم :

تناول الفقه الإسلامي حالة تنفيذ أمر ولي الأمر باعتبارها من حالات رفع الضمان، وكان ذلك ذات اتجاه المشرع المدني، حينما تحدث عن حالات انتفاء المسؤولية، حيث قرر من بينها، تنفيذ أمر الرئيس، فما هو مفهوم أمر ولي الأمر (الرئيس) في الفقه الإسلامي والقانون المدني؟ وما هي شروطه؟ والأثر المترتب

(١) خالد جمال أحمد، الوسيط في مصادر الالتزام دراسة تحليلية في ظلال القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص ٣١٩ .

على توافره؟ وهل هناك أوجه للشبه والاختلاف فيما بين موقف الفقه الإسلامي والقانون المصري في خصوص هذه الحالة التي تنتقي فيها المسؤولية؟ هذا ما سنجيب عليه في مطلبين كالآتي :

- المطلب الأول: مفهوم أمر ولي الأمر (الرئيس) وشروط تحققه .
- المطلب الثاني: انتفاء الضمان (المسؤولية) لتنفيذ أمر ولي الأمر (الرئيس) .

المطلب الأول

مفهوم أمر ولي الأمر (الرئيس) وشروط تحققه

تمهيد وتقسيم :

قرر الفقه الإسلامي أنه بتحقق شروط وضوابط تنفيذ أمر ولي الأمر ، يرتفع الضمان ، وهذا ما انتهى إليه القانون المدني حينما نص على حالات انتفاء المسؤولية التقصيرية ، وهذا ما سنتناوله في فرعين كالآتي :

- الفرع الأول: مفهوم أمر ولي الأمر (الرئيس) .
- الفرع الثاني: شروط ضمان (مسؤولية) الأمر (الرئيس) .

الفرع الأول

مفهوم أمر ولي الأمر (الرئيس)

بداية، نؤكد على أن تصرف الشخص في ملك غيره بلا إذنه أو إذن الإمام أو ضرورة باطل شرعاً، ويسأل عنه المتصرف مدنياً وجنائياً، لكن من الممكن أحياناً أن يتصرف الإنسان في ملك غيره بناءً على أمر يتوجه إليه من قبل غيره، بغض النظر عن مدى سلطة الأمر على الشخص المأمور أو محل التصرف؛ لذلك وضع الفقهاء قاعدة مفادها أن "الأمر بالتصرف في ملك الغير

باطل" وبما أن الأمر باطل أصلاً؛ إذ ليس للغير سلطة أو ولاية على أموال الآخرين، فلا يعتبر ذلك الأمر مسئولاً عما أتلفه المأمور .

وعليه يترتب الضمان على الشخص المباشر - المأمور - شرعاً عملاً بمقتضى القاعدة التي مفادها "إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر"، ذلك أن المباشر هو العلة الفاعلة في التأثير، والأمر لا يعدو أن يكون سبباً، والأحكام تضاف إلى معلولاتها المؤثرة لا إلى أسبابها الموصلة .

وبناء على ذلك إذا أمر شخص آخر بالتصرف في ملك الغير فالأمر غير صحيح، ولا يترتب عليه حكم من الأحكام؛ لأن الأمر الباطل بمنزلة المشورة والنصيحة، فلا تلزم الأمر مسؤولية الفعل. فلو أمر شخص آخر بإتلاف مال لثالث، بإغراقه، أو إحراقه، أو ذبح حيوانه، أو إتلاف ثيابه؛ ففعل المأمور؛ فالضمان على الفاعل دون الأمر، وليس له حق الادعاء على الأمر بضمان المال

وفي بعض الأحيان قد يرتفع الضمان للفاعل المباشر للإتلاف وذلك للأمر الصادر له من قبل الأمر في حالات ذكرها الفقهاء، على النحو التالي:

١- إذا كان الأمر سلطاناً؛ لأن أمره بمثابة الإكراه، والمأمور مكره مجبور بسبب ظلم السلطان لو امتنع عن الفعل. وهذه الحالة داخلة أيضاً في تنفيذ أمر ولي الأمر .

٢- إذا كان الأمر أباً، وأمره صحيح، ونقصد بالصحة كون الأمر فيما يملكه الأمر، وأن يكون الفعل مما يصح شرعاً، فضمانه على الأب لا على الابن، كما لو أمره بإشعال النار في ملك الأب، فانتقلت النار إلى زرع غيره فأحرقته، بخلاف ما لو أمره بإتلاف مال أجنبي، أو قتل نفس، فالضمان على الابن؛ لفساد الأمر شرعاً. وحيث لا يصح الأمر لا يجب الضمان على الأمر كما حده بذلك الفقهاء .

- ٣- حالة عدم علم المأمور أن المال المتلف ليس ملكاً للأمر، وذلك عند ظنه أن المال مال الأمر، فالضمان في هذه الحالة على الأمر لا المأمور .
- ٤- حالة جهل المأمور بملكية الأمر للمال، أو تغيير الأمر بالمأمور، بأن صرح له أن المال ملكه، أو كان بيده بحيث يظنه ماله، فالضمان على الأمر .
- ٥- إذا كان المأمور مجبراً، كما نصت عليه المادة (٨) من مواد مجلة الأحكام العدلية، حيث جاء فيها: "يضاف الفعل إلى الفاعل لا الأمر ما لم يكن مجبراً. وتدخل هذه الحالة تحت الإلتلاف الحاصل بالضرورة؛ فيرتفع فيها الضمان عن المباشر، مع ملاحظة إضافته إلى المتسبب .
- ٦- إذا كان الشخص المأمور صبيهاً؛ فأمره حر بالغ بإتلاف مال الغير؛ فلوليه أن يرجع بالضمان على الأمر. بخلاف ما إذا كان الأمر صبيهاً فلا رجوع .

الفرع الثاني

شروط ضمان (مسئولية) الأمر (الرئيس)

اشترط الفقه الإسلامي لرفع الضمان، والتي بغيرها يكون الضمان على المأمور، على النحو التالي:

أولاً: أن يكون الفعل المأمور به جائز الفعل، فلو كان محرماً أو معصية لم يجز، أو ما يمكن تسميته صحة الفعل شرعاً .

ثانياً: أن يكون للأمر ولاية على الشخص المأمور حتى ينفذ أمره، كأن يكون أباً، أو سيداً، أو رئيساً، وهذان الشرطان يؤخذان من كلام ابن عابدين في مسألة أمر الأب ابنه بإشعال نار في أرضه، وأمره بإتلاف مال أجنبي أو قتل نفس، حيث جاز الأول، وضمان الإلتلاف على الأب، وبطل الثاني، وضمانه على الابن، يقول ابن عابدين : "ليس المراد كل أمر من الأب للبالغ حتى لو أمره بإتلاف مال أو قتل نفس يكون ضمانه على الابن لفساد الأمر. ووجه ذلك أن

الأمر بتأجيل النار يعد من قبيل خدمة الأب الواجبة، فصح الأمر بها، بخلاف الأمر بقتل النفس الذي يعد عدواناً محضاً، ولا يصح الأمر به، والأب صاحب ولاية على ولده كما هو معلوم .

ثالثاً: الولاية على المحل المتصرف فيه، وقد نص خير الدين الرملي على شروط الولاية صراحة في تعليقاته على جامع الفصولين .

وهو ما يؤخذ أيضاً من كلام الكاساني فيما لو أمر المالك أحداً بإتلاف ماله فأتلفه؛ فلا ضمان على مالكة؛ لأن عصمة ماله تثبت حقاً لصاحبه، فجاز أن تسقط بإذنه، بخلاف ما لو أمره بإتلاف مال أجنبي أو قتله، حيث يؤخذ الفاعل بفعله؛ إذ لا ولاية له على المحل .

وقد يتخرج على هذا ما يلزم بإتلافه عادة الموظف الأقل رتبة لا بمقتضى إذن ولي الأمر، ولكن جبراً باعتباره الأضعف رتبة أمام الرتبة الأعلى، ومثالاً لذلك، ما قد يصدر من قبل مدير المدرسة أحياناً للتلاميذ من إتلاف لبعض الكتب المدرسية أو لبعض محتويات المدرسة من معدات أو أشجار مما ليس داخلاً ضمن صلاحياته، بل صلاحيات لجان مختصة في الوزارة عادة، فذلك مما يرفع الضمان عن التلاميذ أو أولياء أمورهم .

المطلب الثاني

انتفاء الضمان (المسئولية) لتنفيذ أمر ولي الأمر (الرئيس)

تمهيد وتقسيم :

تحدثنا عن مفهوم وحالات يرتفع فيها الضمان (المسئولية) لتنفيذ أمر ولي الأمر (الرئيس) وبيننا شروط توافر هذه الحالة، سواء في الفقه الإسلامي أو في القانون المدني، وسنبين الأثر المترتب على توافرها في الفقه الإسلامي والقانون المدني، وذلك في فرعين كالآتي :

- الفرع الأول : انتفاء الضمان لتنفيذ أمر ولي الأمر في الفقه الإسلامي .
الفرع الثاني : انتفاء المسؤولية لتنفيذ أمر الرئيس في القانون المدني .

الفرع الأول

انتفاء الضمان لتنفيذ أمر ولي الأمر في الفقه الإسلامي

من المعلوم ابتداءً أنه ليس لأحد من الأفراد ولاية على المرافق العامة للمسلمين كالطريق، والسوق، والمساحات العامة، والحدائق، والمتنزهات، وبناءً عليه يضمن الفاعل ما ترتب على فعله من ضرر بالغير من إتلاف الأموال - المسؤولية المدنية - هذا بالإضافة إلى المسؤولية الجنائية عن الفعل الممنوع غير المأذون به شرعاً، وبما أن الولاية على مثل هذه المرافق للدولة، وولي الأمر هو القائم على رعاية مصالح الدولة والأفراد؛ فإن له الحق في أن يأذن حسب المصلحة بما يراه مناسباً لمن شاء من المسلمين في استعمال مثل هذه المرافق بأفعال مناسبة تتلاءم والمصلحة العامة للناس، كوضع العربات على جوانب الطرق في الأماكن العامة للناس، وبناءً على وجود الإذن فما ترتب على هذا الفعل من ضرر ما دام صاحبه غير فيه؛ فلا ضمان فيه .

هذا ما نصت عليه مجلة الأحكام العدلية في المادة (٩٢٧): ليس من حق أحد الجلوس لمزولة أعمال البيع والشراء في الطرق العامة للمسلمين بدون إذن ولي الأمر، كما لا يجوز استعمال الطريق العام لوضع مولد البناء ومستلزماته - كما هو حاصل في أيامنا هذه - وأنه يلزم المخالف ضمان ما يترتب على فعله من ضرر أو إتلاف بالغير من المارة والحيوانات والسيارات، حيث يعد فعله هذا

صورة من صور التسبب والتعدي الموجب للضمان^(١)؛ إذ لا يجوز استخدام الطريق إلا فيما وضعت له، وهو السير، أما البيع والشراء فمحله السوق. أما لو كان الجلوس في ذلك الطريق بإذن الإمام - ولي الأمر المختص - فلا يضمن ما تولد عن جلوسه من ضرر. وكذلك الأمر فيما يحدثه العامة في الطرقات عادة - مثل الأكشاك حالياً - إذا كان بإذن الإمام فجائز، ولا ضمان عليه فيما تسبب عنه من تلف أو ضرر بالغير^(٢).

وقد اشترط لجواز إحداث مثل هذه الأشياء شرطين: الأول: أن لا يكون إحداثها مضراً بالعامة. الثاني: أن لا يكون ممنوعاً من إحداثها، فلا بد من الحصول على ترخيص أو إذن من ولي الأمر المختص بذلك^(٣)، أو من ينوب عنه مثل وزراء الشؤون البلدية والقروية، ووزير الأشغال العامة أو أمانة عمان أو غيرهم^(٤).

حيث يعد الشرط الأول قيداً على إذن الإمام، فلا يصح للإمام أن يأذن بإحداث ما فيه ضرر بالناس، نص عليه في المجلة بقوله: "لكن يجب على ولي الأمر أن لا يأذن بإحداث أشياء تضر بالناس، كما لو كان الطريق ضيقاً^(٥)، وقد

(١) على حيدر، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج ١، ص ٩٥، البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٣٢٧.

(٢) الرملي، حاشية على جامع الفصوليين، ص ٧٨، البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٣٢٨.

(٣) على حيدر، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج ١، ص ٩٦.

(٤) ابن عابدين، حاشية رد المحتار، ج ٩، ص ٣١٠.

(٥) ابن الشحنة، لسان الحكام في معرفة الأحكام، ط ٢، ص ٢٧٦.

نص الماوردي في الحاوي على أن إذن الإمام معتبر على أن لا يبيح فعل المحظور^(١). كما يجب على المأذون له أن يتقيد بحدود إذن ولي الأمر، وإلا عد مخالفاً وضامناً^(٢).

وقد مثل لذلك الحنفية بمن أوقف دابته في الأماكن التي جرت العادة بإيقافها فيها كسوق الدواب، والأماكن التي جعلها ولي الأمر مواضع خاصة لإيقاف الدواب بالقرب من المساجد الجامعة، فإن ألفت شيئاً لم يضمه صاحبها، وذلك لأنه مأذون دلالة كما يفهم^(٣). ومثله في أيامنا ما لو أوقف سيارته بالأماكن المخصصة لإيقافها أمام المستشفيات - كأن يخصص موقف محدد لكل طبيب مثلاً - والمدارس والجامعات والمساجد في أوقات الصلاة؛ فتسبب إيقافها بإتلاف شيء؛ فلا ضمان على صاحبها باعتباره مأذون من قبل ولي الأمر أعنى قوانين السير النازمة لذلك.

(١) على حيدر، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج ١، ص ٩٥. السرخسي، المبسوط، ج ٢٧، ص ١٥ وما بعدها. الرملي، حاشية على جامع الفصولين، ص ٧٨. البغدادي، مجمع الضمانات، ص ١٥٦ وما بعدها. البهوتي، منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٣٢٧.

(٢) على حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، ج ١، ص ٩٦، ابن نجيم، الأشباه والنظائر ص ٣١٦. الرملي، حاشية جامع الفصولين، ص ٧٨، البهوتي شرح منتهى الإرادات ج ٢ ص ٣٢٧.

(٣) على حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، ج ١، ص ٩٠.

ومثل المالكية لذلك بما ذكره الزرقاني: أن المراعي العامة التي جرت العادة بإرسال الدواب فيها للرعي إذا زرعها شخص بلا إذن من الإمام فأتلفتها الدواب؛ لا ضمان على أصحابها^(١).

وقد نص الشافعية على أن من حفر بئراً بإذن الإمام في الأرض الموات، لينتفع هو والمارة بمائها، دون أن يقصد تملكها، فلا ضمان عليه فيما سقط فيها؛ تعليه أن الإمام منصوب للقيام بمصالح المسلمين، وعد الشافعية إذن الإمام حكماً بالإبراء. ومثل ذلك لو حفرها على جانب الطريق للارتفاق لا التملك، فإن حفرها بإذن الإمام، وأحكم إغلاقها، لم يضمن ما تلف فيها^(٢). وكذلك لو بنى مسجداً غير مضر بالطريق - لضيقها مثلاً - بإذن الإمام، لم يضمن ما يحدث منه من ضرر بالطريق والمارة أو أمتعتهم^(٣). ومثله في أيامنا ما تحدثه شركة الكهرباء وشركة المياه وشركات الاتصال من حفريات على جوانب الطرق، أو زراعة للأعمدة، أو وضع لمحولات التوليد الكهربائي، بمقتضى التراخيص الممنوحة لهم من قبل الجهات ذات العلاقة، فما يمكن أن ينتج عنها من تلف فلا ضمان فيه. وذلك ما تحدثه البلديات من مطبات للحد من سرعة السيارات أمام المدارس والمستشفيات. وما يمكن أن يحدثه ذلك من تلف للسيارات فلا ضمان فيه أيضاً؛ فإنه موضوع بمقتضى الصلاحيات الممنوحة من قبل ولي الأمر .

(١) علي حيدر، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج ١، ص ٩١. وأضاف ابن عابدين الحالات تضمنين الأمر ما لو أمر الأجير برش الماء في فناء الدكان، فرش الماء، فما تولد منه فضمانه على الأمر، وإن رشه من تلقاء نفسه، فالضمان على الراش، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج ٩، ص ٣١١ .

(٢) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج ٩، ص ٣١٠. فيض الله، نظرية الضمان ص ١٩٨ .

(٣) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج ٩، ص ٣١٠. فيض الله نظرية الضمان من ١٩٨ .

ومثل لذلك الحنابلة بمن أخرج جناحاً (الشرفات والبلكونات في زماننا) أو ميزاباً إلى طريق نافذ بدون إذن الإمام أو نائبه، أو بدون إذن أصحاب الطريق غير النافذ، فإن سقط على شيء فأتلفه؛ فهو ضامن^(١). وبالمفهوم المخالف لو كانت بإذن الإمام فلا ضمان عليه فيما أتلفته .

وينبني على ما سبق مسائل فقهية منها:

١- إذا شبب حريق في حي جاز لولي الأمر أن يهدم بعض الدور المحيطة بالحريق، حتى يمكن السيطرة على النار، ولا ضمان على الهادم ما دام بأمر ولي الأمر؛ إذ إن للإمام ولاية عامة على ذلك، وأمره نافذ صحيح^(٢). وعلي هذا تتخرج جميع أعمال رجال الدفاع المدني اليوم مع التقيد بالمصلحة وحدود إذن ولي الأمر .

٢- أنه ليس من حق أحد غرس الأشجار على جوانب الطريق العام بدون إذن الإمام (ترخيص الجهات المختصة)، كما لا يجوز وضع لوازم ومواد البناء، أو طرح المخلفات الناتجة عنه على جوانب الطرق، ويضمن الفاعل ما يترتب على ذلك من ضرر قد يصيب المارة أو ممتلكاتهم^(٣).

(١) الرملي، حاشية على جامع الفصولين، ص ٧٨، قال: "وجه عدم صحة الأمر أنه لا ولاية له أصلاً عليه".

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٧، ص ٢٣٦ .

(٣) أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، منشورات الجامعة الأردنية، ط ١، ص ٣٠٣ وما بعدها .

وبناءً عليه يجب التزام المواطنين بحدود ما تسمح به القوانين الصادرة عن ولي الأمر اليوم حول مسألة زراعة الأشجار على ممرات المشاة، والتي تلزم القوانين تركها أمام المنازل بغية مرور المشاة بما لا يعيق حركة المرور مع الالتزام بضمان ما قد تسبب به من تلف للمارة أو ممتلكاتهم .

الفرع الثاني

انتفاء المسؤولية لتنفيذ أمر الرئيس في القانون المدني

بينت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري حالات انتفاء المسؤولية التصيرية لانتفاء الخطأ الشخصي، وكان من بينها حالة تنفيذ أمر الرئيس^(١)،

(١) راجع المذكرة التوضيحية للقانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ والتي جاء فيها :

لا يكون الموظف العام مسئولاً عن عمله الذي أضر بالغير إذا قام به تنفيذاً لأمر صدر إليه من رئيس، متى كانت إطاعة هذا الأمر واجبة عليه، أو كان يعتقد أنها واجبة، وأثبت أنه كان يعتقد مشروعية العمل الذي وقع منه، وكان اعتقاده مبنياً على أسباب معقولة، وأنه راعي في عمله جانب الحيطة .

التقنين المدني السابق :

لا مقابل لها. ولكن يقابلها المادة ٦٣ من قانون العقوبات المصري ونصها : "لا جريمة إذا

وقع الفعل من موظف أميري في الأحوال الآتية :

أولاً: إذا ارتكب الفعل تنفيذاً لأمر صادر إليه من رئيس وجبت عليه إطاعته أو اعتقد أنها واجبة .

ثانياً: إذا حسنت نيته وارتكب فعلاً تنفيذاً لما أمرت به القوانين أو ما اعتقد أن إجراءه من اختصاصه .

وعلى كل حال يجب على الموظف أن يثبت أنه لم يرتكب الفعل إلا بعد التثبت والتحرى وأنه

كان يعتقد مشروعيته وأن اعتقاده كان مبنياً على أسباب معقولة" .

المشروع التمهيدي

المادة ٢٣٤ :

١- لا يكون الموظف العام مسئولاً عن عمله الذي أضر بالغير، إذا قام به تنفيذاً لأمر صدر إليه من رئيس تجب عليه طاعته أو من رئيس يعتقد أن الطاعة واجبة له .
٢- وعلى من أحدث الضرر أن يثبت أنه كان يعتقد مشروعية العمل الذي قام به، بأن يقيم الدليل على أنه راعي في ذلك جانب الحيطة، وأن اعتقاده كان مبنياً على أسباب معقولة .
القضاء المصري :

مطابق، جنابات المنصورة ١٥ يناير ١٩٣٠ المحاماة ١١ص ٣٧٨ رقم ٢١٤ . وأنظر استئناف مختلط ٢١ يونية ١٩٢٣، ب ٣٥، ص ٥٢١ . و ٣ مارس ١٨٩٨، ب ١٠، ص ١٧٤ .
الشريعة الاسلامية :
المجلة م ٩١٩ .
مذكرة المشروع التمهيدي :

يراجع بشأنها ما جاء بمذكرة المشروع التمهيدي عن المادة ٢٣٥ المقابلة للمادة ١٦٨ من القانون .
المشروع في لجنة المراجعة

تليت المادة وقرىء تعديل اقترحه معالى عبد العزيز فهمى باشا من شأنه أن يصحح المعنى المقصود وذلك بابدال عبارة "من رئيس تجب طاعته أو من رئيس يعتقد أن الطاعة واجبة له" بعبارة "من رئيس نظامى متى كانت إطاعة هذا الأمر واجبة عليه أو متى كان يعتقد أنها واجبة" وذلك لأن الرئيس ليس هو الذي تجب طاعته بل الأمر الذي صدر من هذا الرئيس هو الذي تجب له الطاعة فأقرت اللجنة هذا التعديل وأصبح النص النهائي :

١- لا يكون الموظف العام مسئولاً عن عمله الذي أضر بالغير إذا قام به تنفيذاً لأمر صدر إليه من رئيس نظامى متى كانت إطاعة هذا الأمر واجبة عليه أو متى كان يعتقد أنها واجبة .
٢- وعلى من أحدث الضرر أن يثبت أنه كان يعتقد مشروعية العمل الذي وقع منه بأن يقيم الدليل على أنه راعي في ذلك جانب الحيطة وأن اعتقاده كان مبنياً على أسباب معقولة .
وأصبح رقم المادة ١٧١ في المشروع النهائي .

لمشروع في مجلس النواب

وافق المجلس على المادة دون تعديل، تحت رقم ١٧١ .

المشروع في مجلس الشيوخ

=

مناقشات لجنة القانون المدني :

محضر الجلسة السابعة عشرة

تليت المادة ١٧١ :

فاعترض معالي حملي عيسى باشا على عبارة "من رئيس نظامي" الواردة في الفقرة الأولى منها واقترح حذف كلمة نظامي لأنها تزيد .

قرار اللجنة :

وافقت اللجنة على الفقرة الأولى مع حذف كلمة "نظامي" .

ثم اعترض معاليه على الفقرة الثانية أيضاً فقال إنها متناقضة مع الفقرة الأولى ويرأى حذفها فاقترح سعادة الرئيس إدماج الفقرتين معاً حيث أنهما يتضمنان حكماً واحداً وقد أيد هذا سعادة العشماوي باشا واقترح سعادته الصيغة الآتية للمادة ١٧١ وهي :

"لا يكون الموظف العام مسؤولاً عن عمله الذي أضر بالغير إذا قام به تنفيذاً لأمر صدر إليه من رئيس متى كانت إطاعة هذا الأمر واجبة عليه أو كان يعتقد أنها واجبة وأثبت أنه كان يعتقد مشروعية العمل الذي وقع منه وكان اعتقاده مبنياً على أسباب معقولة وأنه راعي في عمله جانب الحيطة" .

وقد ذكر الدكتور بغدادي أن نص هذه المادة مأخوذ من المادة ٦٣ من قانون العقوبات .

قرار اللجنة :

وافقت اللجنة على الصيغة الجديدة التي اقترحها سعادة العشماوي باشا .

تقرير اللجنة :

حذفت اللجنة كلمة "نظامي" من الفقرة الأولى لأنها تزيد، وأدمجت الفقرة الثانية في الفقرة الأولى بعد أن عدلتها على الوجه الآتي: "وأثبت أنه كان يعتقد مشروعية العمل الذي وقع منه وكان اعتقاده مبنياً على أسباب معقولة، وأنه راعي في عمله جانب الحيطة" وقد توخت اللجنة في التعديل ألا تفصل بين شقى الحكم فصلاً يثير في الذهن أن الأمر لا يعدو مجرد الإثبات كما كان يفهم ذلك من النص قبل التعديل فالواقع أن المسؤولية لا ترتفع إلا إذا توافرت جميع العناصر التي يتضمنها النص .

وأصبح رقم المادة ١٦٧

مناقشات المجلس :

وافق المجلس على المادة كما عدلتها اللجنة .

ونصت المادة ١٦٧ من القانون على أنه "لا يكون الموظف العام مسئولاً عن عمله الذي أضر بالغير إذا قام به تنفيذاً لأمر صدر إليه من رئيس متى كانت طاعة هذا الأمر واجبة عليه، أو كان يعتقد أنها واجبة وأثبت أنه كان يعتقد مشروعية العمل الذي وقع منه، وكان اعتقاده مبنياً على أسباب معقولة، وأنه راعى في عمله جانب الحيطة .

ويستخلص من النص المتقدم أن المسؤولية ترتفع عن مرتكب الضرر إذا توافرت الشروط :

- ١- أن يكون موظفاً عاماً، فإذا لم يكن مرتكب الضرر من الموظفين العموميين فلا يستفيد من الحكم الواردة في هذا النص، ويرجع إلى قواعد القانون الإداري لتحديد المقصود بالموظف العام .
- ٢- أن يكون قد قام بالعمل الضار تنفيذاً لأمر صدر إليه من رئيس له .
- ٣- أنه كان يعتقد أن طاعة هذا الأمر واجبه عليه .
- ٤- ضرورة أن يكون مرتكب الضرر حسن النية إذا كان يعتقد مشروعية العمل الذي وقع منه، بشرط أن يكون اعتقاده هذا مبنياً على أسباب معقولة، وأن يكون قد راعى في عمله جانب الحيطة، ويقع على عاتق الموظف إثبات حسن نيته بالمعنى السابق .

إذا توافرت الشروط السابقة، فإن الموظف مرتكب الضرر لا يسأل عن تعويض هذا الضرر، ويمكن تأسيس هذا الحكم على أساس انتفاء الخطأ في جانبه، ذلك أننا لو قسنا سلوك هذا الموظف بسلوك موظف معتاد لو وجد في ذات

الظروف التي حدث فيها الضرر، لوجدنا السلوكين متفقين، وبالتالي لما كان هناك انحراف من مرتكب الضرر عن سلوك الشخص المعتاد^(١). وارتفاع المسؤولية عن الموظف مرتكب الضرر، لا يحول دون مساءلة رئيسه الذي أصدر إليه الأمر الذي ترتب الضرر على تنفيذه، متى أمكن اعتبار مسلك هذا الرئيس خطأ^(٢).

وعلى خلاف الحال في القانون المصري نجد بعض التشريعات العربية منها، القانون المدني الأردني فلم نجد مادة تتعلق بإذن ولي الأمر (أمر الرئيس)، ولم يذكر المشرع الأردني صور الإذن التي ذكرها الفقهاء لكن هناك المادة (٢٣٦) تبين أن: "الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل. وكذلك المادة (٢٦٣) تشير إلى ذلك حيث جاء في الفقرة (١) منها: "يضاف الفعل إلى الفاعل لا الأمر ما لم يكن مجبراً على أن الإيجابار المعتبر في التصرفات الفعلية هو الإكراه الملجئ وحده". وقد رد شراح القانون على هذه المادة بأن وجود الإكراه الملجئ الذي يعدم الرضا ويفسد الاختيار لا علاقة له بأداء الواجب؛ فالإكراه يكون القيام بعمل غير مشروع أصلاً وتسلب فيه إرادة الفاعل ولذا ينسب الفعل إلى الأمر (المكروه) إذا كان الإكراه ملجئاً لا إلى الفاعل، بينما في حال أداء الواجب الوظيفي يأتي

(١) وقد أعفت الفقرة الثانية من المادة ٧٨ من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨ بشأن العاملين المدنيين بالدولة، والتي تقابل المادة ٥٨ من قانون الخدمة المدنية الجديد رقم ٨١ لسنة ٢٠١٦، والفقرة الثانية من المادة ٨٠ من قانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٨ بشأن العاملين بالقطاع العام، العامل من توقيع الجزاء التأديبي عليه إذا كانت المخالفة وقعت منه استناداً إلى أمر صدر إليه من رئيسه وأثبت أن ارتكاب المخالفة كانت تنفيذاً لأمر مكتوب بذلك صادر من هذا الرئيس بالرغم من تنبيهه كتابة إلى المخالفة، وفي هذه الحالة تكون المسؤولية على مصدر الأمر وحده.

(٢) عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام "الجزء الثاني مصادر الالتزام"، مرجع سابق، ص ٤٥٣.

الموظف الفعل معتقداً عن حسن نية أنه ينفذ واجباً يدخل في مهام وظيفته لكن ضمن شروط ذكرتها الفقرة الثانية من المادة حيث جاء في الفقرة (٢) من المادة نفسها: "ومع ذلك لا يكون الموظف العام مسؤولاً عن عمله الذي أضر بالغير إذا قام به تنفيذاً لأمر صدر إليه من رئيسه متى كانت إطاعة هذا الأمر واجبة عليه أو كان يعتقد أنها واجبة وأقام الدليل على اعتقاده بمشروعية العمل الذي وقع منه، وكان اعتقاده مبنياً على أسباب معقولة، وأنه راعى في عمله جانب الحيطة والحذر".

فقد بينت المادة ١٦٧ من القانون المدني المصري شروط توافر هذه الحالة، والتي تقابل الفقرة الثانية من المادة ٢٣٦ مدني أردني، والتي نصت بدورها على ثلاثة شروط لا يكون بتحققها الموظف مسؤولاً عن عمله ولا ضمان عليه: الأول: أن يكون موظفاً عاماً، وقد خرج بهذا الشرط الوكيل عن غيره، والخادم، والعامل في شركة خاصة ونحوهم^(١)، ونرى أن يوسع في نطاق من يدخل تحت مضمونها لأنها هنا أقرب للعدالة.

الثاني: أن يكون عمل الموظف أو من في حكمه تنفيذاً لأمر رئيسه، وبحيث تكون هذه الأوامر ضمن صلاحيات الرئيس، وإلا كان الموظف مسؤولاً عن فعله.

الثالث: أن يعتقد الموظف العام بمشروعية الأمر الصادر من الرئيس مع مراعاة الحيطة والحذر في تصرفه.

(١) مصطفى الزرقا، المرجع السابق، ص ٣٨٥.

ويترتب على توافر هذه الشروط عدم مسئولية الموظف العام، لأنه مأمور، وتصرفه الضار قد يكون سببه تنفيذ أمر ولي الأمر فيما يتعلق بمصالح الأمة العامة .

ونرى ضرورة أن يضاف شرط تحقق مصلحة عامة من عمل الموظف العام؛ وإلا كان التصرف أو العمل محض إضرار، وهذا غير مقبول شرعاً وقانوناً .

وهذا يتفق مع ما جاء في الفقه الإسلامي وقد صيغ ذلك في قاعدتين هما: "المباشر ضامن ولو لم يتعمد ولم يتعد" والمتسبب لا يضمن إلا بالتعمد أو التعدي"

لذلك، نهيب بالمشروع المصري أن يعدل نص المادة ١٦٧ من القانون المدني بإضافة شرط ضرورة تحقيق مصلحة عامة في عمل الموظف العام حينما يقوم بتنفيذ أمر الرئيس، وذلك لانتفاء المسئولية التقصيرية عن فعله الشخصي . ما سبق كانت الحالات التي نص عليها القانون المدني المصري لرفع المسئولية التقصيرية لانتفاء الخطأ عن الفعل الشخصي، سواء لتوافر حالة الدفاع الشرعي أو حالة الضرورة أو تنفيذ أمر الرئيس، وهذا ما قرره الفقه الإسلامي، حينما انتهى إلى رفع الضمان لتوافرها شرعاً .

السؤال، هل توجد حالات أخرى لرفع المسئولية لانتفاء الخطأ الشخصي غير المنصوص عليها في القانون المدني المصري وقررها الفقه الإسلامي لرفع الضمان؟

هذا ما سنحيط عليه في الفصل الثالث كالاتي .

الفصل الثالث

الإذن كسبب لارتفاع الضمان (المسؤولية) عن الفعل الشخصي

تمهيد وتقسيم :

طرحنا سؤالاً في ختام الفصل السابق، ونجيب عليه في هذا الفصل؛ لنبين أثر الإذن على الضمان (المسؤولية) عن الفعل الشخصي عند الفقه الإسلامي والقانون المدني .

ونحن في دراستنا، نتناول ماهية الإذن عن الفقه الإسلامي، وما هو الأثر المترتب على توافر شروطه عند الفقه الإسلامي؟ وما هو موقف القانون المدني منه؟. وذلك في بحثين كالآتي :

المبحث الأول: ماهية الإذن شرعاً وقانوناً .

المبحث الثاني: أثر الإذن على الضمان (المسؤولية) عن الفعل الشخصي .

المبحث الأول

ماهية الإذن شرعاً وقانوناً

تمهيد وتقسيم :

يعد الإذن سبباً من أسباب ارتفاع الضمان عند الفقه الإسلامي، وذلك على خلاف الوضع في القانون المدني المصري، وهذا ما يثير عدة أسئلة حول مفهومه وبيان خصائصه وشروطه وحكمه الشرعي، وموقف القانون المدني المصري منه .

هذا ما سنجيب عليه في مطلبين كالآتي :

المطلب الأول : مفهوم الإذن .

المطلب الثاني : شروط الإذن لانتفاء الضمان (المسؤولية) .

المطلب الأول

مفهوم الإذن

نتناول تعريف الإذن باعتباره أحد أسباب رفع الضمان شرعاً، موضحين الفرق بينه وبين المباشرة، موضحين موقف القانون المدني منه، وذلك على النحو الآتي :

أولاً: تعريف الإذن :

الإذن في اللغة، هو رفع المنع، وإيتاء المكنة^(١)، والإذن في الشيء: إعلام بإجازته، والرخصة فيه^(٢).

ويمكن تعريف هذا المصطلح قانوناً في ضوء ما ذكره شراح القانون حول مفهوم الخطأ الموجب للمسئولية بأن "الإذن إباحة وإجازة من المقنن للفعل أو الترك، ويشمل المأذون فيه في إطار القانون كل فعلٍ أو تركٍ لا يخالف نصاً قانونياً، ولا يتضمن قصد الإضرار بالغير، ويتوافق مع سلوك الإنسان المعتاد". ويعبر شراح القانون في الغالب عن معنى "الإذن" بلفظ "المشروعية" وتصريفاتها، فمن ذلك ما نصت عليه المادة ١/١٦٤ من القانون المدني المصري من أنه: "يكون الشخص مسئولاً عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز"، ومنه تسمية الركن الأول في المسئولية التقصيرية بـ "الفعل غير المشروع"،

(١) التوقيف على مهمات التعاريف، للمناوي، عالم الكتب، القاهرة، ط الأولى، ١٤١٠هـ، ص ٤٤ .

(٢) مفردات في غريب القرآن، للأصفهاني، صفوان عدنان الداودي، دار القلم، دمشق، ط الأولى ١٤١٢ هـ، ص ٧١.

كما يعبر بعض الشراح^(١)، وأحياناً يُعبر عن معنى "الإذن" بلفظ الجواز، كما في المادة (٦١) من القانون المدني الأردني، ويطابقها المادة (١٠٤) من القانون المدني الإماراتي، والتي تنص على أن: "الجواز الشرعي ينافي الضمان"^(٢).

ويقصد بمصطلح الإذن عند الفقه الشرعي، إجازة الشارع للفعل أو الترك، وإذا أطلق المأذون فيه فيشمل في الغالب ما أجاز الشارع فعله أو تركه، فيتسع ليشمل الواجب والمستحب والمباح والمكروه، ويخرج بعض الأصوليين من المأذون فيه شرعاً ما عُلمت بإباحته بطريق البراءة الأصلية دون دليل شرعي؛ كما في الأشياء الباقية على حكمها قبل ورود الشرع؛ لأن الإذن الشرعي حكم تكليفي شرعي، ولا يثبت إلا بدليل من الشرع، وليس فقد الدليل دليلاً شرعياً على الحكم^(٣)، وقد يطلق على ذلك من باب التوسع في استعمال اللفظ.

ويدل على استخدام الفقهاء للفظ الإذن الشرعي بما يدل على الأحكام التكليفية الأربعة بخلاف الحرام المقولات التالية:

١. يقول التفتازاني: "المباح ما أذن الشارع في فعله وتركه من غير رجحان"^(٤).

(١) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط ٢٠٠٩م، ص ٨٧٩ وما بعدها، أحمد شوقي محمد عبدالرحمن، الدراسات البحثية في المسؤولية المدنية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ج ١، ص ٢٧ وما بعدها.

(٢) عدنان السرحان، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط الأولى ٢٠٠٠م، ص ٣٧١.

(٣) البحر المحيط في أصول الفقه للزركشي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط الأولى ١٤١٤هـ، ١/٣٦٤.

(٤) شرح التلويح على التوضيح للتفتازاني، تحقيق زكريا عميرات، دار الكتب العلمية بيروت، ط الأولى ١٤١٦هـ، ٢/٢٢٨.

٢. يقول الزركشي في تعريف المباح: "وهو ما أذن في فعله وتركه من حيث هو ترك له من غير تخصيص أحدهما باقتضاء مدح أو ذم، فخرج بالإذن بقاء الأشياء على حكمها قبل ورود الشرع، فإنه لا يسمى مباحاً"^(١).
٣. يقول أبو يعلى: "المباح كل فعل مأذون فيه لفاعله، لا ثواب له في فعله، ولا عقاب في تركه"^(٢).
٤. يقول ابن قدامة في تعريف المباح هو: "ما أذن الله في فعله وتركه، غير مقترن بزم فاعله وتاركه ولا مدحه"^(٣).
- من جماع ما سبق، يلاحظ أن الفقهاء لم يقتصروا في تعريفهم للمباح كحكم تكليفي على ما أذن الله فيه فقط، بل أتبعوا ذلك بقيد يخرج الواجب والمندوب والمكروه، احترازاً من دخوله في المأذون فيه شرعاً، حيث اشترطوا أن لا يكون المأذون فيه مقترناً بزم فاعله أو تاركه أو مدحهما، أو رجحان الفعل على الترك، أو العكس، ولولا دخول الواجب والمندوب والمكروه فيما أذن الشارع فيه شرعاً لما احتاجوا إلى إخراجهم.
- ويقترب لفظ المأذون فيه من لفظ الجائز، وقد عرف أبو يعلى الجائز بأنه: "ما وافق الشريعة، فإذا قلنا: صلاة جائزة، وصوم جائز وبيع جائز، فإنما نريد أنه موافق للشريعة"^(٤).

(١) البحر المحيط، المرجع السابق، ج ١، ص ٣٦٤.

(٢) العدة في أصول الفقه لأبي يعلى، تحقيق أحمد المباركي، ط الثانية ١٤١٠هـ، ج ١، ص ١٦٧.

(٣) روضة الناظر وجنة المناظر، لابن قدامة، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، ط الثانية، ١٤٢٣هـ، ج ١، ص ١٢٨.

(٤) العدة في أصول الفقه، لأبي يعلى، ج ١، ص ١٦٨.

ويشهد لذلك وصف فقهاء المذاهب لبعض الأفعال بأنها أفعال مأذون فيها من الشارع، وذلك كتنفيذ الحدود، والتعازير، والقصاص، وتأديب الزوج لزوجته، والمعلم لتلميذه، وضرب الشخص للدابة المستأجرة لتأديبها وكبح جماحها، وقتال أهل البغي، وهذه الأفعال تختلف في أحكامها بين الوجوب والاستحباب والإباحة . والمقصود بالإذن في الدراسة الماثلة، ما كان صادراً من المشرع الإلهي، ويقابله ما صدر في القانون الوضعي، فيخرج بذلك ما يلي:

- إذن الشخص المضرور .
- إذن السلطة المختصة في تنفيذ أمر ما .

ثانياً: التمييز بين الإذن والمباشرة :

يُستخدم مصطلح المباشرة في العادة في إطار القوانين المدنية المتأثرة بأحكام الشريعة الإسلامية؛ كالقانون المدني الأردني في المادة (١/٢٥٧)، والقانون المدني الإماراتي في المادة (١/٢٨٣)، والقانون المدني العراقي في المادة (١٨٦)، والقانون المدني العربي الموحد في المادة (٢٦٢)، والقانون المدني الكويتي في المادة (١/٢٢٧)^(١) .

ويقصد بالمباشرة عند شرح القانون إتلاف الشيء أو القتل أو الجرح أو الإيذاء دون أن تكون هناك واسطة أخرى سببت الضرر .

(١) عبدالعزيز اللصامة، المسئولية المدنية التقصيرية، أساسها وشروطها، الدار العلمية الدولية بالتعاون مع دار الثقافة للنشر والتوزيع بعمان، ط الأولى ٢٠٠٢هـ، ص ٥٨، وراجع، المذكرة الإيضاحية للقانون المدني العربي الموحد، الصادرة عن الإدارة العامة للشئون القانونية بالأمانة العامة لجامعة الدول العربية، القاهرة، ص ٩٥-٩٦ .

وبالتالي، يختلف الإذن عن المباشرة في كون المباشرة يقوم بالفعل دون تدخل شخص ثان، أما في حالة الإذن فلا بد من تدخل شخص ثان وغالباً ما يكون المضرور .

أما الفقهاء، فيستخدمون مصطلح المباشرة ويقصدون به: "أن يتصل فعل الإنسان بغيره، ويحدث منه التلف؛ كما لو جرح إنساناً غيره، أو ضربه فمات"^(١) . ويلاحظ أن مفهوم المباشرة في نطاق القانون لا يخرج عن مفهومه الفقهي، ولا غرابة فالمصدر التاريخي للمصطلح هو الفقه الإسلامي^(٢) .

المطلب الثاني

شروط الإذن لانتفاء الضمان (المسئولية)

من المعلوم شرعاً أن لصاحب المال ولاية التصرف بماله، ومن ضمن ولاية الإنسان على ماله أن له حق إعطاء هذه الولاية للغير، وذلك حال إذنه لغيره أن يتصرف بماله، وعليه فما ترتب على هذا التصرف من تلف فمن ضمان صاحب المال نفسه، ما دام أن تصرف الشخص بموجب إذن المالك، وهذا ما

(١) وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، دراسة مقارنة، دار الفكر، بيروت، ٢٠٠٨م، ص ٢٦، وراجع، كشف الأسرار، شرح أصول البرزدي للبخاري، دار الكتاب الإسلامي، ج ٤، ص ٢١١، فتح العزيز شرح الوجيز للرافعي، دار الفكر، ج ١١، ص ٢٣٩ .

(٢) أشارت إلى ذلك المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، وزارة العدل الكويتية، ضمن موسوعة التشريعات الكويتية، ط الأولى ٢٠١١م، ص ١٨٤-١٨٥ .

نص عليه جمهور الفقهاء من المذاهب الأربعة^(١). تعليل ذلك: أن عصمة الأموال إنما تثبتت حقاً للمالك؛ ولذلك تحتمل السقوط في حال إذنه باستهلاكها، أو إباحة إتلافها^(٢).

إلا أنهم اشترطوا لنفاد هذا الإذن شرطين حسبما يفهم من كلامهم: **الأول:** أن يكون الأذن مالكاً للعين المأذون فيها^(٣). **الثاني:** أن يكون الأذن نفسه "المالك" قادراً على التصرف بالشيء الذي أذن لغيره أن يتصرف فيه، بأن يكون بالغاً رشيداً^(٤)، وأن يكون التصرف نفسه مباحاً؛ إذ لا يملك المالك إباحة المحرم شرعاً^(٥).

وقد أجمعت المذاهب الأربعة على ارتفاع الضمان حال إذن المالك بالتصرف سواء كان الإذن صراحة أو دلالة، من ذلك: ما ذكره صاحب مجمع الضمانات أن من استعان بآخر على ماشيته، فإن ركبها فتلفت، فإن جرى الأمر

(١) البهوتي، شرح منتهي الإرادات، ج ٢، ص ٣٣١ .

(٢) ابن رجب، القواعد، المرجع السابق، ص ٢٠٦ .

(٣) ابراهيم أبو رحمة، المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، نقابة المحامين، ج ١، ص ٣١٩، عدنان ابراهيم السرحان، نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني (مصادر الحقوق الشخصية الالتزامات)، ص ٣٩٠، أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني، ط ١، ص ٣١٦ .

(٤) ابراهيم أبو رحمة، المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ج ١، المرجع السابق، ص ٤٨٠ .

(٥) ابراهيم أبو رحمة، المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ج ٢، المرجع السابق، ص ٥٣٧ .

بينهما على تباسط، فلا ضمان عليه؛ إذ يعتبر ذلك من قبيل الإذن دلالة كما تلاحظ، وإن كان الأمر بخلاف ذلك، فعطبت، ضمنها^(١).

ومن دخل منزل غيره بأمره فإن أمسك شيئاً من أمتعة البيت بغير إذن صاحبه، أو استعمله - كالمراة مثلاً - فوق، وانكسر، فلا ضمان عليه، ما لم يمنعه صاحب البيت صراحة؛ لأن دخول البيت إذن دلالة^(٢). ومن أمثله ما يحصل من استعمال الضيف لمرافق البيت مواد التنظيف وأوراق التنشيف والعمور والكريمات المدة لاستعمال الضيف عادة، وما قد ينتج عنه من تلف لبعضها .
ومن ذلك استعمال أحد الشريكين أو الزوجين أو الأب أو الابن لدابة الآخر، فإن تلفت فلا ضمان؛ لوجود الإذن دلالة^(٣)، ومنه في أيامنا ما يكثر من استعماله لسيارته .

ولذلك إذا دفع شخص للخزاف غضارة^(٤) لينظر فيها، فسقطت على أخرى، فانكسرت، لم يضمن قيمتها؛ لوجود الإذن، ويضمن ما عداها؛ لأن تلفها كان بغير إذنه^(٥). وهذا ما يحصل عادة في المحال التجارية وذلك أثناء تقليب

(١) ابراهيم أبو رحمة، المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ج ٢، المرجع السابق، ص ٥١٢ وما بعدها .

(٢) علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، ج ٢، المرجع السابق، ص ٦٢٣ .

(٣) علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، ج ٢، ص ٦٢٣، الماورد، الحاوي، ج ١٢، ص ٣٧٤، البهوتي، منتهي الإرادات، ج ٢، ص ٣٢٨ .

(٤) البهوتي، منتهي الإرادات، ج ٢، ص ٢٣٨ .

(٥) علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، ج ٢، ص ٦٢٧، الزيلعي، تبيين الحقائق، ج ٦، ص ١٤٣، البهوتي، كشف القناع، ج ٤، ص ١٢١. البهوتي، منتهي الإرادات، ج ٢، ص ٣٢٧ .

الزبائن للبضائع المعدة للعرض بقصد الفحص والمساومة بنية الشراء. لا سيما في محال الأدوات المنزلية القابلة للكسر أو التلف نتيجة لكثرة التقليل من قبل الزبائن، وكذلك ما يحصل من تلف لبعض الخضار والفاكهة الطرية من تحريك الزبائن لها مما جرت العادة به .

ولو حبس شخص دابة بإذن ركبها أو صاحبها فأتلقت شيئاً، فعليهما الضمان؛ لأن الحبس تم بإذنهما، فكان الفعل مضافاً إليهما^(١) .

ولذلك نصن الحنفية على أن من استعمل شيئاً لغيره بدون إذنه، فأتلفه، فإنه يضمنه، كمن استعمل دابة - ومثله استعمال السيارة أو أدوات الحفر والبناء أو الأدوات المنزلية في أيامنا - بدون إذن صاحبها^(٢) .

ومن ذلك: ما لو حفر بئراً بأرض غيره فوق وقع فيها إنسان أو حيوان فمات، فلا ضمان على الحافر؛ لأنه متصرف في ملك الغير بإذنه، وهذا ما يحصل في أعمال الحفر بقصد البناء على أن توضع الأسوار الحاجزة لتنبية المشاة والسائقين لوجود تلك الحفريات، وفقاً لرأي للشافعية، يكون ذلك بمثابة الإذن بحفرها من قبل المالك، ولا ضمان عليه^(٣) .

(١) الماوردي، الحاوي، ج ١٢، ص ٣٧٤ .

(٢) الزرقاني، شرح الزرقاني، ج ٨، ص ٢٠٧ .

(٣) على حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج ١، ص ٩٧ .

وقد نص على ذلك صاحب المغني من الحنابلة صراحة^(١)، وقد ذكر ابن رجب خلاف الحنابلة في من جلس على بساط غيره بدون إذنه؛ فأنثفه، فإنه يضمنه^(٢)، وبالمفهوم المخالف لو جلس بإذنه؛ فتلف، فإنه لا يضمنه .
ومن ذلك ما يمكن أخذه من كلام صاحب منتهى الإرادات فيما لو تمكن صاحب الأرض المزروعة من إخراج الدابة من أرضه؛ فتركها تأكل، فهو هدر، مما يعني أنه أذن دلالة؛ إن لم يكن صراحة^(٣). ومثله ما قد يأكله شخص من منزل أو مزرعة صديقه أو يتزود به على مرأى صاحبه فهو إذن بجوازه، وأنه لا ضمان فيه .

وقد ينتفي الضمان، ولا يثبت الملك، كيد من له ولاية القبض شرعاً. ومن قبض مالاً ليحفظه على مالكة؛ فإنه لا يضمنه. ولا يضمن الإمام للبغاة ما أتلفه القتال، وأما تضمينهم ما أتلفوه ففيه روايتان أصحهما: أنه لا ضمان عليهم قياساً على المحاربين. وكذلك المرتدون إن لحقوا بدار الحرب، أو صاروا جماعة منفردة ذات شوكة^(٤) .

(١) السرخسي، المبسوط، ج ٢٧، ص ٢٢-٢٥، الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٧، ص ٢٠٧، على حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج ٢، ص ٦٢٥ .

(٢) أبو رحمة وآخرون، المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، نقابة المحامين، ج ١، ص ٢٥٣ .

(٣) أبو رحمة وآخرون، المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ج ١، ص ٣٠١ وما بعدها، عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد خاطر شرح القانون المدني (مصادر الحقوق الشخصية الالتزامات)، ص ٣٨٤، أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، منشورات الجامعة الأردنية، ط ١، ص ٣٠٧ .

(٤) الزرقا، الفعل الضار والضمان فيه، ج ١، ص ١٠٨ .

المبحث الثاني

أثر الإذن على الضمان (المسئولية) عن الفعل الشخصي

تمهيد وتقسيم :

نتناول أثر الإذن على الضمان (المسئولية) عن الفعل الشخصي عند الفقه

الإسلامي وفي القانون المدني في مطلبين كالتالي :

- المطلب الأول: أثر الإذن الشرعي على الضمان عن الفعل الشخصي .
- المطلب الثاني: أثر الإذن القانوني على المسئولية عن الفعل الشخصي .

المطلب الأول

أثر الإذن الشرعي على الضمان عن الفعل الشخصي

يقرر فقهاء المذاهب الأربعة أن الأصل العام ضمان الضرر المتولد عن حالات المباشرة^(١)، ومبرر ذلك أن المباشرة علة مستقلة، وسبب للتلف قائم بذاته، فلا يجوز إسقاطها بداعي عدم التعدي أو التعمد؛ ولأنه عند المباشرة تظهر بجلاء سببية الفعل للضرر دون نظرٍ إلى فاعله وقصده، فناسب ذلك إلزامه بالضمان^(٢). ويستثني بعض الفقهاء من هذا الأصل العام الضرر الناشئ عن مباشرة الفعل المأذون فيه شرعاً، على اختلافٍ بينهم في بعض التفاصيل والجزئيات . وقبل مناقشة المسائل المختلف فيها بين الفقهاء، والمتعلقة بمدى أثر الإذن الشرعي في إسقاط الضمان، يحسن أن أوضح المسائل التي اتفق فيها الفقهاء على عدم تضمين المباشر؛ لكون فعله مأذوناً فيه من الشارع، فقد نقل ابن قدامة^(٣) وابن تيمية^(٤) اتفاق الفقهاء على عدم سراية الحد؛ بمعنى لو نفذ الإمام الحد على

(١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد، مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر، ط الرابعة ١٣٩٥هـ، ج ٢، ص ٣١٦، القواعد والضوابط الفقهية في الضمان المالي، حمد الهاجري، كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض، ط الأولى ١٤٢٩هـ، ج ٢، ص ٣٥٥ وما بعدها .

(٢) على حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، دار الجيل، ط الأولى ١٤١١هـ، ج ١، ص ٩٣، القواعد والضوابط الفقهية في الضمان المالي، المرجع السابق، ج ٢، ص ٣٦٦ .

(٣) المغني لابن قدامة، تحقيق عبدالله التركي، هجر للطباعة والنشر والتوزيع بمصر، ط الأولى ١٤٠٩هـ، ج ١٢، ص ٥٠٤ وما بعدها .

(٤) منهاج السنة لابن تيمية، تحقيق محمد رشاد سالم، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض، ج ٦، ص ٨٦ .

مستحقه، على الوجه المشروع من غير زيادة أو تعدٍ، وتضرر المحدود بأن تلفت نفسه أو عضوه أو ذهبته منفعةً له، فلا ضمان على الإمام ولا على نائبه طالما لم يحصل تعدي أو تفريط في تطبيق الحد، أما إن زاد على الحد أو تعدى أو فرط فإنه يجب الضمان بغير خلاف بين الفقهاء، كما ينقل ذلك ابن قدامة؛ لأنه تلفٌ بعدوانه، فأشبهه ما لو ضربه في غير حد^(١).

ووجه ذلك: أنه فعل ذلك بأمر الله ورسوله، فلا يؤاخذ به، ولأنه نائب عن الله، فكان التلف منسوباً إلى الله^(٢).

أما محل الخلاف، فقد تحدث الفقهاء عن عددٍ من الأفعال المأذون فيها شرعاً، وبحثوا مسألة ضمان ما ينشأ عنها من ضرر، ومن هذه المسائل ما يلي:

المسألة الأولى: ضمان ما يتلفه أهل العدل على البغاة :

اتفق الفقهاء على عدم ضمان ما يتلفه أهل العدل على البغاة أثناء قتالهم، فيقول ابن تيمية: "لا يضمن أهل العدل ما أتلفوه على أهل البغي بالتأويل باتفاق العلماء"^(٣).

وعلة ذلك أن أهل العدل إنما فعلوا ما أمرهم الله به، فقد قال تعالى: "وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَتِ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقْتُلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ فَإِنْ فَاءَتْ فَاصلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ"^(٤)، فلا يضمنون ما تولد من ذلك، ولأن أنفس أهل البغي

(١) المغني لابن قدامة، ج ١٢، ص ٥٠٤.

(٢) المغني لابن قدامة، ج ١٢، ص ٥٠٤.

(٣) مجموع الفتاوى لابن تيمية، تحقيق عبدالرحمن بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف بالمدينة، ط ١٦٤١هـ، ج ١٥، ص ١٧١.

(٤) سورة الحجرات آية رقم (٩).

غير مضمونة أثناء القتال، فكذا ما أتلفه أهل العدل من أموالهم لا ضمان فيه، بل سقوط الضمان عن الأموال من باب أولى^(١).

المسألة الثانية: سرية القصاص فيما دون النفس :

والمقصود أنه إذا وجب القصاص في عضو؛ فتم قطعه، ثم سرى الجرح، فتلغ عضو آخر أو مات الجاني بسبب ذلك، فهل يلزم المستوفي في هذه الحالة الضمان أم لا^(٢)، والمقصود بالسرية: "حدوث مضاعفات أو آثار تترتب على تطبيق العقوبة الشرعية، تؤدي إلى إتلاف عضو آخر أو موت النفس البشرية، فإذا سرى الجرح الحاصل بالقصاص من العضو إلى النفس، فأدى للموت، سمي الفعل سرية النفس أو الإفضاء للموت، وإذا سرى إلى عضو آخر، سمي الفعل سرية العضو"^(٣).

ويقول ابن قدامة: "ولا فرق بين سرايته إلى النفس، بأن يموت منها، أو ما دونها، مثل أن يقطع إصبعاً، فتسري إلى كفه"^(٤).

اختلف الفقهاء في ضمان سرية القصاص فيما دون النفس إلى قولين :

القول الأول: لا يجب الضمان في الضرر الناشئ عن سرية القصاص، وقال بذلك الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة، ووافقهم على ذلك أبو يوسف ومحمد بن الحسن من الحنفية .

(١) المغني لابن قدامة، ج ١٢، ص ٢٤٩ وما بعدها، شرح فتح القدير لابن الهمام، دار الفكر للطباعة والنشر ببيروت، ط الثانية، ج ٦، ص ١٠٦ .

(٢) الحاوي الكبير للماوردي، تحقيق على محمد عوض، دار الكتب العلمية ببيروت، ط الأولى ١٤١٩هـ، ج ١٢، ص ١٢٥ وما بعدها .

(٣) الفقه الاسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي، دار الفكر بدمشق، ط الرابعة المنقحة والمعدلة، ج ٧، ص ٧٤٦ .

(٤) المغني لابن قدامة، ج ١١، ص ٥٦٢ .

ووجه ذلك:

١. ما روي أن عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب رضي الله عنهما قالا فيمن مات بسبب القصاص: (لا دية له) ^(١)، وليس لهما مخالف فصار إجماعاً .
٢. أنه قطع استحق عليه بسبب كان منه، فلم يضمن سرايته؛ كالقطع في السرقة ^(٢) .

القول الثاني: يجب الضمان في الضرر الناشئ من سرية القصاص، وقال بذلك أبو حنيفة .

ووجه ذلك: أنه استوفى غير حقه؛ لأن حقه في القطع، وقد سرى قصاصه إلى القتل؛ والقتل اسم لفعل يؤثر في فوات الحياة عادة، وقد وجد؛ فيضمن، كما يضمن قياساً على سرية الجناية ^(٣) .

الراجح: يترجح القول الأول لوجهة ما استدلو به، وأما القياس على الجناية فإنه قياس مع الفارق؛ لأن فعل الجاني غير مستحق، بخلاف فعل المستوفي بالقصاص، فإنه فعلٌ مستحق ^(٤)، ولأن المستوفي لم يتجاوز حدود ما أذن

(١) كتاب الجراح، باب الرجل يموت في قصاص الجرح، تحقيق محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية ببيروت، ط الثالثة ١٤٢٤هـ، ج ٨، ص ١١٩ .

(٢) بدائع الصنائع للكاساني، دار الكتب العلمية ببيروت، ط الثانية ١٤٠٦هـ، ج ٧، ص ٣٠٥، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، القاضي عبد الوهاب، تحقيق الحبيب بن طاهر، دار ابن حزم، ط الأولى ١٤٢٠هـ، الحاوي الكبير ١٢/١٢٥-١٢٦، الأشباه والنظائر للسبكي، دار الكتب العلمية ببيروت، ط الأولى ١٤١١هـ، ٢٩٨/٢، المغني ١١/٥٦١-٥٦٢ .

(٣) بدائع الصنائع، ج ٧، ص ٣٠٥ .

(٤) المغني لابن قدامة، ج ١١، ص ٥٦٢ .

الشرع له به، فكيف يحاسب على نتيجة لم يقصدها، ولم يتوقعها، ولم يفعل أسبابها المعتادة .

المسألة الثالثة: سرية التعزير :

اختلف الفقهاء في ضمان سرية التعزير إلى قولين، هما :

القول الأول: يجب الضمان على الضرر الناشئ من سرية التعزير، وقال بذلك الشافعية في الصحيح، وبعض المالكية. ووجه ذلك:

١. قول علي بن أبي طالب: ليس أحد أقيم عليه الحد، فيموت، فأجد في نفسي شيئاً أن الحق قتله، إلا حد الخمر، فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يسنه لنا^(١).

٢. أنه تبين بوقوع الهلاك من جراء سرية التعزير مجاوزة الحد المشروع^(٢).

القول الثاني: لا يجب الضمان في ذلك، وقال بذلك الحنفية، ورواية عن مالك اختارها بعض المالكية، والحنابلة، ووجه للشافعية في التعزير الواجب؛ كتعزير من

(١) أخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار، تحقيق عبد المعطي قلججي، جامعة الدراسات الإسلامية بكراتشي، ط الأولى ١٤١٢هـ، كتاب الصلح، باب ما جاء في تأديب الإمام، رقم(١٢١٣٤).

(٢) روضة الطالبين للنووي، تحقيق عادل عبد الموجود، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع بالرياض، طبعة خاصة ١٤٢٣هـ، ج ٧، ص ٣٨٤، تكملة المجموع للمطيعي، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع بالرياض، طبعة خاصة ١٤٢٣هـ، ج ٢، ص ٢١٤، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام لابن فرحون، تحقيق جمال مرعشلي، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع بالرياض، طبعة خاصة ١٤٢٣هـ، ٢/٢٢٢-٢٢٣، مواهب الجليل لابن الخطاب، ضبطه وخرج أحاديثه زكريا عميرات، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع بالرياض، طبعة خاصة ١٤٢٣هـ، ج ٨، ص ٤٣٩ .

قذف أمه أو وطئ أجنبية فيما دون الفرج، بخلاف التعزير غير الواجب؛ كتعزير من يسيء الأدب في مجلس القاضي، فيجب ضمان سرايته . أدلتهم :

١. لأنه فَعَلَ ما أمره الله به دون تَعَدٍّ، وفِعْلُ المأمور لا يتقيد بشرط السلامة؛ لأنه لا بد له من الفعل، وإلا عوقب، والسلامة خارجة عن وسعه .
٢. أن التعزير عقوبة مشروعة للردع والزجر، كالحودود، فلا يضمن من تلف بها^(١) .

الراجح: يترجح لي القول الثاني لوجهة ما استدلووا به، ولأنه لم يتجاوز في فعله الحد المشروع له، أما استدلالهم بقول علي رضي الله عنه، فقد نقل ابن قدامة مخالفة غيره من الصحابة له في ذلك، فلم يوجبوا شيئاً بذلك^(٢)، فلا يكون قول بعضهم حجة على بعض .

المسألة الرابعة: تأديب الزوج لزوجته أو المعلم لتلميذه :

اختلف الفقهاء فيما إذا نشأ عن هذا التأديب تلفٌ، هل يضمن الزوج أو المعلم أم لا، على قولين، هما :

القول الأول: لا يجب الضمان على الزوج، ولا على المعلم إذا ترتب الضرر على التأديب المشروع، وقال بذلك المالكية والحنابلة^(٣) .

القول الثاني: يجب الضمان عليهما، وبه قال الحنفية والشافعية^(٤) .

(١) شرح القدير، ج ٥، ص ٣٥٢-٣٥٣، تبصرة الحكام، ج ٢، ص ٢٢٢-٢٢٣، مواهب الجليل، ج ٨، ص ٤٣٨ .

(٢) المغني لابن قدامة، ج ١٢، ص ٥٢٨ .

(٣) تبصرة الحكام، ج ٢، ص ٢٥٣، المغني لابن قدامة، ج ١٢، ص ٥٢٨ .

(٤) شرح القدير، ج ٥، ص ٣٥٣ .

ووجه القولين كالمسألة التي قبلها^(١)، باعتبار أن ذلك التأديب نوع من التعزير المأذون فيه شرعاً.

وأضاف الشافعية في استدلالهم على وجوب الضمان بأن يمكن التأديب بغير الضرب^(٢)، وتُوقش بأن ذلك لا يصح دائماً، فقد تقضي حاجة التأديب إلى الضرب أحياناً، وقد جرت العادة بذلك، أما لو أمكن التأديب بغير الضرب، فلا يجوز الضرب حينئذٍ، إذ فيه إيلاّم وضرر مستغنى عنه، وفاعله يكون متعدياً، وإن أسرف في الضرب، وزاد على قدر الحاجة أو ضرب من لا عقل له من الصبيان، فعليه الضمان؛ لأنه متعدي، وحصل التلف بعدوانه^(٣).

وفرق الأحناف بين المسألتين، فضمنوا الزوج عند تأديبه لزوجته، والمعلم في مواجهة تلميذه، ولم يوجبوا الضمان في سراية التعزير، وسبب ذلك يعود إلى أن تأديب الزوج والمعلم مباح، والمباح يتقيد بشرط السلامة؛ لأنه راجع لاختيار فاعله إن شاء فعل وإن شاء ترك، ولا معقب عليه، بخلاف الأمور به، فغير متقيد بسلامة العاقبة؛ لأنه لا بد له من الفعل وإلا عوقب، والسلامة خارجة عن وسعه، إذ الذي يسعه عدم التعرض لسببها القريب^(٤).

الراجح: يترجح لي في هذه المسألة القول الأول لوجاهة استدلالتهم، وقياساً على الضرر الذي يصيب المرء قضاءً وقدرًا دون تعدٍ من الغير؛ ولأنه في إيجاب الضمان عليهما مع عدم تعديهما تكليف لهما بأمرٍ خارج عن وسعهما، وهو عدم

(١) المغني لابن قدامة، ج ١٢، ص ٥٢٨ .

(٢) روضة الطالبين، ج ٤، ص ٣٠٣ .

(٣) المغني لابن قدامة، ج ٨، ص ١١٦ .

(٤) شرح فتح القدير، ج ٥، ص ٣٥٢-٣٥٣ .

سراية التأديب، فالمقدور عليه إقامته على الوجه الشرعي دون تعدٍ، كما سيترتب على ذلك امتناع الزوج والمعلم عن التأديب، والحاجة داعية إلى ذلك .
ويقيس الحنابلة على عدم تضمين المعلم عند التأديب صوراً أخرى، حيث يقول الخلال من الحنابلة: "وكذلك يجيء على قياس قول أصحابنا: إذا ضرب الأب أو الجد الصبي تأديباً فهلك، أو ضربه الحاكم أو أمينه، أو الوصي عليه تأديباً، فلا ضمان عليهم، كالمعلم"^(١) .

المسألة الخامسة: ضمان المستأجر للضرر الناشئ عن ضربه للدابة المستأجرة.
وصورة المسألة إذا ضرب المستأجر الدابة المستأجرة بقصد كبح جماحها أو حثها على السير أو الوقوف، بقدر ما جرت به العادة دون تعدٍ، وترتب على ذلك وقوع الضرر والتلف بالدابة، فهل يضمن المستأجر ذلك أم لا .
اختلف الفقهاء في ذلك إلى قولين :

القول الأول: لا يجب الضمان، وبه قال المالكية والشافعية والحنابلة وأبو يوسف ومحمد صاحب أبي حنيفة .
والدليل على ذلك:

١. أنه تلف من فعلٍ مستحق، فقد صح أن رسول الله نخس بغير جابرٍ، وضربه^(٢) .

(١) المغني، ج ١٢، ص ٥٢٨ .

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه، تحقيق محمد الناصر، دار طوق النجاة، ط الأولى ١٤٢٢ هـ، كتاب النكاح، باب تستعد المغيبة وتمشط، رقم (٥٢٤٧)، ومسلم في صحيحه، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي ببيروت، كتاب الرضاع، باب استحباب نكاح البكر، رقم (٧١٥).

٢. أن الضرب والكبح أمر متعارف عليه، ويتضمنه عقد الإجارة، فكان حاصلًا بإذنه، فإذا تلف منه لم يضمن، كالركوب، وفارق غير المستأجر؛ لأنه متعدٍ بالضرب^(١).

ويلاحظ أن الشافعية قد فرقوا بين ضرب المستأجر للدابة وبين ضرب الزوج لزوجته أو المعلم لتلاميذه، فضمنوا الزوج والمعلم، ولم يضمنوا المستأجر؛ لأن الزوج والمعلم يمكن لهما أن يؤدباً بغير الضرب، بخلاف المستأجر فلا يمكنه تأديب الدابة إلا بالضرب^(٢).

القول الثاني: يجب الضمان في ذلك، وبه قال أبو حنيفة .
ووجه ذلك:

١. أنه أُلّف بجنائته الدابة، فضمنها، كغير المستأجر لو ضرب الدابة فأتلفها .

٢. أن الإذن بالضرب مقيد بشرط السلامة؛ كالمروور في الطريق، إذ يتحقق السوق بدونه، وإنما هو للمبالغة^(٣).

الراجح: أرى أن القول الأول هو الراجح لكون تأديب الدابة فعلٌ مأذون فيه عرفاً، وإن لم ينص عليه في عقد الإجارة، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، بشرط عدم التعدي .

الاتجاهات الفقهية العامة في ضمان الأفعال المأذون فيها شرعاً

(١) شرح فتح القدير، ج٩، ص٨٦-٨٧، شرح مختصر خليل للخراسي، دار الفكر للطباعة، بيروت، ج١، ص١٧٨ .

(٢) روضة الطالبين، ج٤، ص٣٠٣ .

(٣) شرح فتح القدير، ج٩، ص٨٦-٨٧ .

وبعد هذا الاستعراض لجانب من المسائل التي ناقشها الفقهاء لتقرير أثر الإذن الشرعي على إسقاط الضمان، فإنه يتضح لنا أن للإذن الشرعي تأثيراً على سقوط الضمان عند جميع المذاهب الفقهية الأربعة، إلا أن بعض المذاهب تتوسع في ذلك، والبعض الآخر يضيق، وحتى المذاهب التي ضيقت من ذلك، فإننا نجد أنها اعتنت بهذا المعنى، وقررت في قواعد فقهية عامة، فقد قرر الحنفية قاعدة "الجواز الشرعي ينافي الضمان"^(١)، وقررت الشافعية قاعدة "المتولد من مأذون فيه لا أثر له"^(٢)، وقاعدة "المأذون في فعله من قبل الله فيما تمحض حقاً لله؛ كالمأذون في فعله من قبل العبد فيما هو من حقوق العباد"^(٣).

ويجمل ابن القيم الاتجاهات الفقهية في ضمان الضرر الناشئ عن الأفعال المأذون فيها في ثلاث اتجاهات رئيسية، فيقول: "فقال أحمد ومالك: لا تضمن سرية مأذون فيه حداً كان أو تأديباً، مقدرًا كان أو غير مقدر؛ لأنها سرية مأذون فيه، فلم يضمن؛ كسرية استيفاء منفعة النكاح، وإزالة البكارة، وسرية الفصد، والحجامة، والختان، وبط الدم، وقطع السلعة المأذون فيه لحاذق لم يتعد، وقال الشافعي: لا يضمن سرية المقدر؛ حداً كان أو قصاصاً، ويضمن سرية غير المقدر؛ كالتعزيز والتأديب؛ لأن التلف به دليل على التجاوز والعدوان، وقال أبو

(١) مجلة الأحكام العدلية، تأليف لجنة مكونة من عدة علماء في الخلافة العثمانية، تحقيق نجيب هوويني، نشرها نور محمد، كراتشي، ص ٢٧ .

(٢) الأشباه والنظائر للسبكي، ج ٢، ص ٢٩٧ .

(٣) المنشور في القواعد الفقهية للزركشي، وزارة الأوقاف الكويتية، ط الثانية ١٤٠٥هـ، ج ٣، ص ١٦٣ .

حنيفة: لا يضمن سراية الواجب خاصة، ويضمن سراية القود؛ لأنه إنما أبيع له استيفاءه بشرط السلامة^(١).

ويمكن تفصيل ذلك، وتوضيحه فيما يلي:

الاتجاه الأول:

لا يرى أنصار هذا الاتجاه التضمين مما يتولد من ضرر عن الفعل المأذون فيه سواء كان واجباً أو مباحاً، مقدراً أم غير مقدر، وبه يقول المالكية والحنابلة، ويختاره ابن قدامة^(٢) وابن القيم^(٣).

يقول ابن جزى المالكي في تقرير ذلك: "وكل من فعل ما يجوز له فعله، فتولد منه تلف لم يضمن، فإن قصد أن يفعل الجائر فأخطأ ففعل غيره، أو جاوز فيه الحد، أو قصر فيه عن الحد، فتولد منه تلف، يضمنه، وكل ما خرج عن هذا الأصل فهو مردود إليه"^(٤).

يقول ابن القيم بعد أن قرر عدم تضمين الطبيب الحاذق إذا لم يتعد، وياشر العلاج بعد إذن المريض: "وهكذا سراية كل مأذون فيه لم يتعد الفاعل في سببها؛ كسرارية الحد بالاتفاق، وسرارية القصاص عند الجمهور خلافاً لأبي حنيفة

(١) تحفة المودود بأحكام المولود لابن القيم، تحقيق عبد القادر الأرنؤوط، مكتبة دار البيان بدمشق، ط الأولى ١٣٩١هـ، ص ١٩٤-١٩٥.

(٢) المغني، ج ٨، ص ١١٥-١١٦، ج ١١، ص ٥٦١.

(٣) زاد الميعاد لابن القيم، تحقيق شعيب الأرنؤوط وأخيه، مؤسسة الرسالة ببيروت، ط الثالثة عشر ١٤٠٦هـ، ج ٤، ص ١٣٩.

(٤) القوانين الفقهية لابن جزى المالكي، ص ٢٢١.

في إيجاب الضمان بها، وسراية التعزير، وضرب الرجل امرأته، والمعلم الصبي، والمستأجر الدابة...^(١).

والعلة التي أدار عليها أنصار هذا الاتجاه الحكم هي إذن الشارع في الفعل، بغض النظر عن كونه واجباً أو مباحاً، مقدراً أو غير مقدر.

وقد اشترط الفقهاء المقررون لهذه الحكم عدداً من الشروط الواجب توافرها لسقوط الضمان الناتج عن الفعل المأذون فيه، وهي:

الشرط الأول: أن يتجنب المتلف الوقوع في التعدي أو التفريط، إذ لا يوصف الفعل بأنه مأذون فيه من الشارع إذا جاوز فاعله حدود المأذون له أو باشر الفعل دون تحفظ واحتياط^(٢).

والتعدي يُستخدم في الفقه الإسلامي في عدة معاني^(٣)، والمقصود به هنا: "مجاوزه ما ينبغي أن يقتصر عليه الشخص شرعاً أو عادة أو عرفاً"^(٤)، وعرفه الراغب الأصفهاني بأنه: "مجاوزه الحق"^(٥)، والمقصود أن يكون الفعل محرماً في

(١) زاد الميعاد لابن القيم، تحقيق شعيب الارناؤوط، مؤسسة الرسالة ببيروت، ط الثالثة عشر ١٤٠٦هـ، ج ٤، ص ١٣٩.

(٢) زاد الميعاد، المرجع السابق، ج ٤، ص ١٣٩.

(٣) أنظر للمزيد حول معاني التعدي في المذاهب الأربعة: أحمد موافي، الضرر في الفقه الإسلامي، دار ابن القيم للنشر والتوزيع بالرياض، بالتعاون مع دار ابن عفان للنشر والتوزيع بالقاهرة، ط الثانية ١٤٢٩هـ، ج ٢، ص ٧٣٤-٧٥٦، مصطفى الزرقا، الفعل الضار والضمان فيه، المرجع السابق، ص ٧٨ وما بعدها.

(٤) محمد فوزي فيض الله، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام، مكتبة دار التراث بالكويت، ط الأولى ١٤٠٣هـ، ص ٩٢.

(٥) مفردات ألفاظ القرآن للأصفهاني، ص ٥٥٤.

ذاته؛ بغض النظر عن كونه متجاوزاً على حق الغير المعين أو ملكه المعصوم من عدمه .

أما التفريط فأصله التقصير والتضييع، وهو مجاوزة للحد من جهة النقصان والتقصير، بخلاف الإفراط فهو مجاوزة للحد من جانب الكمال والزيادة^(١). ويقول الشيخ عبدالرحمن بن سعدي في ضابط التعدي والتفريط: "والتعدي والتفريط مرجعه إلى العرف، فما عده الناس تعدياً أو تفريطاً علق به الحكم"^(٢). ويعبر الفقه المعاصر عن هذا الضابط بلغة قانونية فيقول: "إن مقياس التعدي وضابطه هو مخالفة المعتاد، والمنظور إليه في هذا الضابط هو سلوك الإنسان العادي، لا الإنسان الحاذق النبيه، ومن قواعد الشريعة الإسلامية في هذا الموضوع ونظائره أن كل ما ورد به الشرع مطلقاً، ولا ضابط له فيه، ولا في الفقه، يرجع فيه إلى العرف، وهذا الضابط أي السلوك المعتاد للإنسان العادي موضوعي، لا ذاتي شخصي"^(٣).

الشرط الثاني: ألا يكون الضرر عبارة عن إتلاف مال الغير لأجل نفس المتلف: يقول ابن رجب في تقرير هذا الشرط: "من أتلف شيئاً لدفع أذاه له لم يضمنه، وإن أتلفه لدفع أذاه به ضمنه، ويتخرج على ذلك مسائل: (منها) لو صال

(١) نزيه حماد، معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، دار القلم بدمشق، ط الأولى ١٤٢٩هـ، ص ١٤٤-١٤٥.

(٢) القواعد والأصول الجامعة والفروق والتقسيم البديعة النافعة للسعدي، مكتبة ابن تيمية بالقاهرة، ط الأولى ١٤١٣هـ، ص ٤١.

(٣) معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، ص ١٤٥.

عليه حيوان آدمي أو بهيمة فدفعه عن نفسه بالقتل؛ لم يضمنه، ولو قتل حيواناً لغيره في مخمصة ليحيي به نفسه؛ ضمنه"^(١).

الشرط الثالث: أن لا يكون النفع الذي يعود من الإلتلاف راجعاً لغير المتلف: يقول ابن رجب في تقرير هذا الشرط: "من أتلف نفساً، أو أفسد عبادة لنفع يعود إلى نفسه، فلا ضمان عليه، وإن كان النفع يعود إلى غيره، فعليه الضمان"، ومثل على هذه القاعدة بقوله: "لو دفع صائلاً عليه بالقتل لم يضمنه، ولو دفعه عن غيره بالقتل ضمنه"^(٢).

الشرط الرابع: أن لا تكون مباشرة الفعل المأذون على وجه المضارة أو التعنت: حيث يمنع الشرع قصد الإضرار بالغير ولو من خلال فعلٍ مأذونٍ فيه^(٣)، لعموم قوله صلى الله عليه وسلم: (لا ضرر ولا ضرار)^(٤).

ويقول البغدادي الحنفي: "رجل أراد أن يحرق حصائد أرضه، فأوقد النار في حصائده، فذهبت النار إلى أرض جاره، فأحرق زرع، لا يضمن إلا أن يعلم أنه لو أحرق حصائده تتعدى النار إلى زرع جاره؛ لأنه إذا علم كان قاصداً إحراق زرع الغير"^(٥).

ومن صور التعنت والمضارة المنهي عنها شرعاً قيام الشخص بفعلٍ مشروعٍ في الأصل على وجه يخالف حكمة المشروعية التي قصدها الشارع من

(١) القواعد لابن رجب، دار الكتب العلمية ببيروت، ص ٣٦.

(٢) القواعد لابن رجب، المرجع السابق، ص ٣٧.

(٣) أمع العلوم والحكم لابن رجب، تحقيق شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة ببيروت، ط السابعة ١٤١٧ هـ، ج ٢، ص ٢١٢.

(٤) أخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، رقم (٢٣٤١).

(٥) مجمع الضمانات، ص ١٦١.

إذنه بهذا الفعل، أو على وجه يترتب معه على الفعل مفسدة راجحة على المصلحة الخاص، فمن القواعد الشرعية المقررة أن "درء المفسد مقدم على جلب المصالح"^(١)، وأن "الضرر الخاص يُحتمل لدفع الضرر العام"، وأن "الضرر الأشد يزال بالأخف"^(٢).

وعليه، فإن القاعدة الفقهية أن "المباشر يضمن وإن لم يتعد" لا تتفق مع هذا الاتجاه، وإن اتفقت مع غيره؛ لأن المباشر -كما تقرر آنفاً- لا يضمن إن ترتب الضرر على الأفعال المأذون فيها، فيكون ضمانه مقيد بالتعدي أي بخروجه عن حدود ما يجوز له شرعاً أو عرفاً، ويمكن بناء على ذلك أن تُقرر قاعدة بأن "المباشر لا يضمن إلا إذا تعدى"، ويكون المقصود بالتعدي هو مجاوزة الحدود الشرعية، أو يقال إن "المباشر يضمن وإن لم يتعمد"، لأن ضمان الضرر لا ينظر فيه لمدى تعمد مرتكبه بالاتفاق^(٣).

الاتجاه الثاني:

يتفق أنصار هذا الاتجاه -بعكس الاتجاه الأول- على تضيق مدى تأثير الإذن الشرعي على سقوط الضمان، إلا أنهم يختلفون في العلة التي يديرون عليها الحكم في هذه المسألة، وتوضيح ذلك كالتالي:

١. الشافعية، وهم يفرقون بين الفعل المأذون فيه المقدر وغير المقدر، فيسقطون الضمان المتولد عن مباشرته إذا كان مقدرًا؛ كالحود والقصاص، ويوجبونه إذا كان غير مقدر؛ كتعزيز الحاكم، وتأديب الزوج

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي، دار الكتب العلمية ببيروت، ط الأولى ١٤١١هـ، ص ٨٧.

(٢) الأشباه والنظائر، المرجع السابق، ص ٨٧.

(٣) الفروق للقرافي، عالم الكتب، ج ٢، ص ٢٠٩.

والمعلم، ونحو ذلك، ويستثنون تأديب مستأجر الدابة؛ لأنه لا يمكن له ذلك إلا بالضرب، أو ما ورد فيه نص بذاته، وقد أشار ابن القيم والسبكي للعلة التي أدار عليها الشافعية الحكم بسقوط الضمان في هذه المسألة، وهو الفعل المأذون فيه إذا كان مقدرًا^(١).

٢. الحنفية، وهم يفرقون بين الفعل المأذون فيه الواجب والمباح، فيسقطون الضمان المتولد عن مباشرته إذا كان واجباً؛ كالحود وتعزيز الحاكم، إذ أنها غير مقيدة بشرط سلامة العاقبة؛ لضرورة أداء الواجب، ويوجبون الضمان إذا كان الفعل مباحاً؛ كالتصاص، وتأديب الزوج والمعلم ومستأجر الدابة، ونحو ذلك؛ لأنها مقيدة بشرط السلامة، فلا ضرورة للفعل أصلاً، وهؤلاء هم الحنفية، وقد أشار ابن الهمام لهذه العلة التي أدار عليها الحنفية الحكم بسقوط الضمان في هذه المسألة^(٢)، ويستثنى من ذلك مسائل ورد عليها النص بذاتها.

ثالثاً: الرأي الراجح :

ونحن نؤيد الاتجاه الأول، والذي يتبناه المالكية والحنابلة لما سبقت الإشارة إليه أثناء الترجيح في المسائل الفقهية الأنفة الذكر، بالإضافة إلى كونه يوازن بين مصلحة الشخص في مباشرة الأفعال المأذون فيها دون تعد أو تفريط، وحق الغير في التعويض عن الأضرار التي تلحقه من جراء التعدي أو التفريط في مباشرة المأذون فيه، فلا إجحاف في حق أحد الطرفين على حساب الآخر .

(١) الأشباه والنظائر للسبكي، ج٢، ص٢٩٨ .

(٢) شرح فتح القدير، ج٥، ص٣٥٢ .

المطلب الثاني

أثر الإذن القانوني على المسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي

يمكن استخلاص أثر الإذن القانوني على المسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي من خلال معرفة أساس هذه المسؤولية في نظر القانون المقارن؛ الأمر الذي سيترتب عليه تحديد نطاق هذه المسؤولية.

فعلى مستوى القوانين المدنية العربية المتأثرة بالمدرسة اللاتينية، فقد تأسست المسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي على الخطأ واجب الإثبات، كما في القانون المدني المصري^(١)، حيث تنص المادة (١٦٣) منه على أن: "كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض"، ومثله قانون الالتزامات والعقوبات المغربي في مادته (٨٧)، والقانون المدني السوري في مادته (١٩٦٦)، وقد تبعوا في ذلك القانون المدني الفرنسي في مادته (١٣٨٢) والتي تنص على أن: "كل فعل أياً كان يقع من الإنسان، ويحدث ضرراً بالغير يلزم من وقع هذا الفعل الضار بخطئه أن يعرض هذا الضرر".

والخطأ إما أن يكون فعلاً عمدياً، بأن يقصد الشخص ارتكاب الخطأ والإضرار بالغير، أو يكون غير عمدي، وهو ما يصدر عن إهمال وتقصير في الحيطة والحذر، وقد يكون الخطأ من قبيل الامتناع عن أداء الواجب^(٢).

(١) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج ٢، المرجع السابق، ص ٨٧٦ وما بعدها .

(٢) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج ٢، ص ٨٨١ وما بعدها .

كما إن الخطأ قد ينتج عن مخالفة الالتزامات القانونية المحددة، كما لو خالف شخص تشريعات المرور، وقد يكون في مخالفة الالتزام القانوني العام بعدم الإضرار بالغير، وهو التزام غير محدد^(١)

ومعيار ما يعتبر من قبيل الخطأ فيما لم يرد بخصوصه نص قانوني محدد هو معيار موضوعي، وهو السلوك المعتاد بين الناس، أو السلوك المألوف للشخص المعتاد، فما اعتبر انحرافاً عنه أو خروجاً عليه، فإنه يعتبر خطأ يلزم المنسوب إليه التعويض إذا اكتملت باقي أركان المسؤولية^(٢).

ويرى بعض الشراح أن معيار الخطأ معيار شخصي، ينظر بموجبه للانحراف من خلال شخص المعتدي، فيفرق بين الشخص الحذر والذكي وبين الشخص قليل الحذر والذكاء، فما يعتبر انحرافاً موجباً للمسئولية بالنسبة للأول، لا يعتبر كذلك بالنسبة للثاني، إلا أن هذا المعيار مرجوح، لكونه مبني على أسس قد يكتنفها في كثير من الأحيان الغموض، ولكونه يلحق الضرر بالمضرور، فقد يكون مرتكب الفعل الضار شخصاً ذا بلادة، أو قليل الحذر، فلا يعتبر سلوكه انحرافاً بالنسبة له^(٣).

ولا تقتصر القوانين العربية عموماً في أساس المسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي على الخطأ، بل تشمل حتى الحقوق المشروعة، فإن ترتب عليها في

(١) محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، مطبعة جامعة القاهرة، ط الثالثة ١٩٧٨م، ص ٧٣ وما بعدها .

(٢) عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج ٢ ، المرجع السابق ، ص ٨٨٣ وما بعدها .

(٣) عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج ٢ ، المرجع السابق ، ص ٨٨٤ وما بعدها .

حالات معينة ضرر معتبر لزم فاعلها التعويض^(١)، وتبين المادة (٥) من القانون المدني المصري حالات التعسف في استعمال الحق، فتتص على أنه: " يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية:

١. إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير.
 ٢. إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية، بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.
 ٣. إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة".
- فإذا توفرت إحدى هذه الحالات في مباشرة الحق، وفي الفعل المأذون فيه من باب أولى، وترتب على ذلك إلحاق الضرر بالغير، فإن الفاعل ملزم بالتعويض، ولا يعفيه من ذلك كونه باشر حقاً من حقوقه أو فعلاً أذن له القانون به .
- وإذا لم تنطبق معايير الخطأ أو التعسف المذكورة أنفاً، فإن الأصل عدم التزام مرتكب الفعل بالمسئولية التقصيرية عن فعله الشخصي، فالأفعال التي لا تتوفر فيها هذه المعايير تكون في نطاق الإباحة؛ لأنها باقية على موجب البراءة الأصلية- كما يعبر الأصوليون- فالمسئولية أو الضمان بنيت على أساس قانوني معين يُعتبر ركن من أركان المسئولية التقصيرية، ولا يتصور وجود المسئولية إذا لم توجد جميع أركانها مستوفية لشروطها القانونية.

(١) محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص ٢٤١ وما بعدها، شوقي السيد، التعسف في استعمال الحق، طبيعته ومعياره في الفقه والتشريع والقضاء، دار الشروق بالقاهرة، ط الأولى ٢٠٠٨م، ص ٩٢ وما بعدها .

ويثبت حكم الإباحة في الواقع العملي- بغض النظر عن مدى إباحة الفعل- فيما إذا عجز المضرور عن إثبات خطأ مرتكب الفعل الضار، وذلك في القانون المدني المصري، وما شابهه من القوانين الأخرى، فيعامل القضاء هذه الحالة على أنها حالة من حالات الإباحة غير الموجبة للمسئولية، بالرغم من أن المنسوب إليه الفعل قد يكون بالفعل قد انحرف عن السلوك المألوف^(١).

وقد جاء في القانون المدني المصري في المادة(٤) منه ما نصه: "من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسئولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر"، وعلى ضوء هذه المادة فإنه يشترط لسقوط المسئولية التقصيرية عن الفعل الشخصي شرطان، وهما:

١. أن يكون ما باشره الشخص حقاً من حقوقه القانونية.
٢. أن يستعمل حقه على نحو مشروع، ويكون الاستعمال للحق استعمالاً مشروعاً إذا سلم من حالات التعسف آنفة الذكر.

أما القوانين العربية التي تأثرت بالفقه الإسلامي؛ كالقانون المدني الأردني وقانون المعاملات المدنية الإماراتي، فإن مسئولية المباشرة فيها ليست مشروطة بارتكاب فعل غير مشروع، فمباشرة الشخص للضرر تكفي ليكون مسئولاً عنه، بغض النظر عن مدى جواز الفعل، ويدل على ذلك عموم المادة(٢٥٦) من القانون المدني الأردني والتي تنص على أن: "كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر"، ولفظ "كل" من أقوى ألفاظ العموم اللفظي، كما يدل على ذلك المادة(٢/٢٥٧) منه، وجاء فيها: "فإن كان بالمباشرة لزم الضمان ولا

(١)عبدالودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للتزامات، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية بالقاهرة، ١٩٩٢م، ص ٢٣١.

شرط له، وإذا وقع بالتسبب فيشترط التعدي أو التعمد أو أن يكون الفعل مفضياً إلى الضرر"، ويقابل ذلك في قانون المعاملات المدنية الإماراتي المادتين (٢٨٢، ٢٨٣).

وقد يشكل على هذا التقرير ما نصت عليه المادة (٦١) من القانون المدني الأردني والذي جاء فيها أن: "الجواز الشرعي ينافي الضمان، فمن استعمل حقه استعمالاً مشروعاً، لا يضمن ما ينشأ عن ذلك من ضرر"، وتطابقها المادة (١٠٤) من القانون المدني الإماراتي، حيث إن عموم لفظ "الجواز الشرعي ينافي الضمان" قد يفهم منه أنه يشترط لثبوت المسؤولية عن الضرر كون الفعل غير مشروع، وهذا المعنى غير مراد، لمعارضته نص المادتين (٢٥٦، ٢٥٧).

والجواب على الإشكال المذكور أن يقال إن فهم هذه العبارة يكون بالرجوع إلى الفقه الإسلامي؛ لأن القانون المدني الأردني قد نص في المادة (٣) على أنه: "يرجع في فهم النص وتفسيره وتأويله ودلالته إلى قواعد أصول الفقه الإسلامي؛ ولأن مصدر هذه العبارة هو الفقه الإسلامي، والمذهب الحنفي على وجه التحديد، حيث ذكر فقهاء الحنفية هذه العبارة كقاعدة فقهية مهمة في الأحكام المتعلقة بالضمان.

ويقيد الحنفية عموم هذه العبارة بشرطين، هما:

أولاً: أن لا يكون ذلك الأمر الجائز مقيداً بشرط السلامة.

ثانياً: أن لا يكون عبارة عن إتلاف مال الغير لأجل نفسه^(١).

(١) مصطفى أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، دار القلم بدمشق، ط الثانية ١٤٠٩ هـ، ص ٤٩٩.

ومعنى الجواز الشرعي المنافي للضمان عند شرح القانون الأردني أن الأضرار المشروعة كتتنفيذ العقوبات، أو الجراحة التي يقوم به الطبيب بعد إذن المريض، لا يترتب عليها ضمان، لأنها مبنية على جواز شرعي وقانوني^(١). وقد يقال -بالإضافة إلى ذلك- أن المقصود بالجواز الشرعي المنصوص عليه في المادة (٦١) المذكورة هو حالات استعمال الشخص لحق من حقوقه على نحو مشروع، فقوله: "فمن استعمل حقه استعمالاً مشروعاً، لا يضمن ما ينشأ عن ذلك من ضرر" توضيح للجواز الشرعي المقصود في المادة، ويدل على ذلك ما نصت عليه المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني في تعليقها على المادة (٦١) حيث جاء فيها أن: "هذه المادة تقرر المبدأ العام، وهو أن من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً (أو جائزاً) لم يضمن ما ينشأ عن هذا الاستعمال من ضرر، وهذا المبدأ يجد سنده في القاعدة المقررة في الفقه الاسلامي من أن (الجواز الشرعي ينافي الضمان)"^(٢)، فتكون هذه المادة خاصة بمباشرة الشخص لحق من حقوقه فقط.

وبناء على ما سبق يمكن القول أن هذه المادة مخصصة لعموم الإضرار المنصوص عليه في المادة (٢٥٦)، وكذلك الحكم نفسه في القوانين المطابقة. على أن الجواز الشرعي المنافي للضمان والوارد في المادة (٦١) مقيد-كما يذكر بعض شرح القانون المدني الأردني- بمعايير التعسف المنصوص عليها في

(١) عدنان السرحان ورفيقه، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع بعمان، ط الأولى ٢٠٠٠ م، ص ٣٧٧ وما بعدها .

(٢) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني ج ١ ، ص ١٠٤ .

المادة (٦٦)، فتكون هذه المعايير ضوابط ومقيدات لعموم الجواز الشرعي المسقط للمسئولية^(١).

ويستثنى من القوانين المدنية العربية المتأثرة بالفقه الإسلامي القانون المدني العراقي، فإنه اشترط توفر التعدي أو التعمد لقيام المسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي في حالات المباشرة، مثلها مثل حالات التسبب، فقد نصت المادة (١/١٨٦) على أنه: "إذا أُلّف أحدٌ مال غيره أو أنقص قيمته مباشرة أو تسبباً يكون ضامناً، إذا كان في إحداثه هذا الضرر قد تعمد أو تعدى".

ومن خلال دراسة القانون المدني المصري والقوانين العربية المتأثرة به ، أرى أنه يختلف عن العديد من مثيلاتها العربية ، كالقانون المدني الأردني، وقانون المعاملات المدنية الإماراتي ، في نطاق المسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي، ومدى تأثير الإذن القانوني في إسقاطها، فالقانون المصري يضيق من نطاقها، ويوسع من تأثير الإذن في إسقاط هذه المسؤولية، فيكون الإذن أو الإباحة القانونية سبباً يحول دون أن يلتزم الشخص بالتعويض، مثلها مثل حالات الدفاع الشرعي والضرورة وتنفيذ أوامر الرئيس، والتي ترفع صفة "غير المشروعية" عن الفعل الضار، فيكون فعلاً مشروعاً لا تنشأ عنه مسؤولية، كما في المواد (١٦٦-١٦٨) من القانون المدني المصري، بينما القانون المدني الأردني وقانون المعاملات المدنية الإماراتي يوسعان من نطاق المسؤولية التقصيرية، ويضيقان من

(١) محمد طلافحة، قاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان، وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون، وهو بحث علمي محكم، نشر في المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد الثاني، العدد الرابع، لعام ٢٠٠٦م، ص ٩.

تأثير الإذن في إسقاط هذه المسؤولية، ويقصرهما على الحقوق المشروعة فقط، أما باقي الأفعال المباحة فتتسأ عنها المسؤولية إن نجم عنها ضرر معتبر. ويظهر لي أن ما سار عليه المشرع المصري -ومن في حكمه- أرجح، لكونه أعدل، وأوفق للمصلحة العامة، فبأي حق يتحمل التعويض من باشر فعلاً أباحه له القانون على وجه مشروع متفقٍ مع السلوك المألوف للشخص المعتاد، مراعيًا جوانب الحيطة والحذر الواجبة، بل المضرور أولى بتحمل ذلك، كما في الأضرار التي تقع نتيجة القوة القاهرة، ولو حملنا الشخص الذي باشر ما أبيح له المسؤولية لأوقعنا الناس في ضيق وحرَج. وحتى يكون تأثير الإذن في إسقاط المسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي واضحاً وقاطعاً للنزاع الفقهي والقضائي نحتاج لزاماً إلى إحداث تعديل في مواد القانون المدني يفيد بإسقاط المسؤولية عن يحدث ضرراً بالغير من جراء مباشرته لفعل مباح.

الخاتمة

تناولنا في دراستنا الماثلة ، إسقاط المسؤولية التقصيرية لانتفاء الخطأ عن الفعل الشخصي ، وذلك في ثلاثة فصول ، كانت كالاتي :

تناولنا في الفصل الأول : ماهية الضمان (المسؤولية) عن الفعل الشخصي فقهاً وقانوناً ، ثم تناولنا في الفصل الثاني : حالات انتفاء الضمان (المسؤولية) عن الفعل الشخصي فقهاً وقانوناً ، وكان أهمها ، دفع الصائل (الدفاع الشرعي) ، وحالة الضرورة ، وتنفيذ أمر ولي الأمر (الرئيس) لانتفاء الضمان (المسؤولية) عن الفعل الشخصي ، ثم تناولنا في الفصل الثالث : الإذن كسبب لارتفاع الضمان (المسؤولية) عن الفعل الشخصي ، وبيننا ماهيته شرعاً وقانوناً ، ومدى تأثيره على الضمان (المسؤولية) عن الفعل الشخصي .

ومن خلال الدراسة انتهينا إلى عدة نتائج ومقترحات ، أهمها ما يلي :

أولاً : النتائج :

١. أن حقيقة المسؤولية التقصيرية هي أنها أثر قانوني معين ناشيء عن الإخلال بالالتزامات القانونية المحددة، وغير المحددة إذا نجم عنها ضرر معتبر .

٢. نص القانون المدني المصري ومن قبله الفقه الإسلامي على حالات ينتفي بتوافرها الضمان (المسؤولية) أهمها ، حالة دفع الصائل (الدفاع الشرعي) وحالة الضرورة ، وحالة تنفيذ أمر الأمر (الرئيس) ، والتي بموجبها يسقط الحق في المطالبة بالتعويض .

٣. اتضح من الدراسة أن هناك اتفاق فيما بين القانون المدني المصري وموقف الفقه الإسلامي من حالات انتفاء الضمان (المسؤولية) ، بيد أن

- الفقه الإسلامي اشترط في حالة تنفيذ أمر ولى الأمر عدة شروط وكان أهمها ، ضرورة تحقيق المصلحة العامة ، وهذا الشرط غير وارد في معرض نص المادة ١٦٧ من القانون المدني المصري .
٤. لم يتضمن القانون المدني المصري الحالي رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ حالة الإذن باعتبارها من حالات انتفاء الضمان (المسؤولية) وهذا ما قرره الفقه الإسلامي ضمن حالات انتفاء الضمان .
٥. ضيق القانون المدني المصري من نطاق المسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي، وتوسع من تأثير الإذن في إسقاط هذه المسؤولية، فيكون الإذن أو الإباحة القانونية سبباً يحول دون أن يلتزم الشخص بالتعويض .
٦. وسع الفقه الإسلامي من نطاق المسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي، وضيق من تأثير الإذن في إسقاط هذه المسؤولية، وقصره على الحقوق المشروعة فقط، أما باقي الأفعال المباحة فتنشأ عنها المسؤولية إن نجم عنها ضرر معتبر.
٧. أن للفقه الإسلامي ثلاثة اتجاهات رئيسية في مدى تأثير الإذن الشرعي على إسقاط الضمان أو المسؤولية التقصيرية، وأن جميع المذاهب الفقهية تُعْمَلُ الإذن الشرعي كمسقط للضمان، إلا أنها تختلف في مدى اتساع ذلك.
٨. نرجح الاتجاه الشرعي والقانوني الذي يرى سقوط الضمان أو المسؤولية عن الأفعال المأذون فيها شرعاً أو قانوناً، إذا باشرها الشخص في الحدود المأذون فيها دون تعد أو تفريط.
٩. اعتنى الفقه الإسلامي بمسألة تأثير الإذن الشرعي على الضمان بشكل أكبر وأوضح وأدق من القانون المدني ، حيث علق الفقهاء كثير من

الأحكام على ذلك في عدد من المسائل الجزئية، ووضعوا له ضوابط، وصاغوا لذلك قواعد فقهية توضحه، أما القانون المدني فإن هذا الحكم يمكن استخلاصه من بين ثنايا النصوص والشروح، ولكن يبقى أنه يحتاج إلى توضيح وإبراز وعناية على مستوى النصوص القانونية والشروح الفقهية، وقد اقتصرنا على عناية القانون المدني بمسألة مباشرة الحقوق على نحو مشروع، وإسقاط الأضرار المترتبة على ذلك.

١٠. أن الإباحة التي تُسقط المسؤولية التصيرية عن الفعل الشخصي تشمل -بالإضافة إلى كون الفعل مباحاً في ذاته -حالة الفعل غير المباح إذا عجز المضرور أن يثبت كونه من قبيل الخطأ الموجب للمسؤولية.

١١. أن القوانين المدنية العربية سواء المتأثرة بالمدرسة اللاتينية أو بالفقه الإسلامي لم تخرج عن أحكام الفقه الإسلامي بمذاهبه الأربعة في مسألة تأثير الإذن في إسقاط المسؤولية، فالأولى تتوافق مع مذهب المالكية الحنابلة، والثانية مع مذهب الحنفية.

ثانياً : المقترحات :

١.نوصي بضرورة مراجعة نصوص القانون المدني بما يتفق والتأصيل الشرعي والقانوني من أجل مقصدين مهمين، الأول هو: بيان ما يخالف أحكام الشريعة الإسلامية، واقتراح استبداله بما يحقق الغاية المنشودة لدى المشرع في حدود ما تسمح به الشريعة الإسلامية، والثاني: الاستفادة من الثروة الفقهية الإسلامية في تطوير نصوص القانون المدني .

٢.تعديل نص المادة ١٦٧ من القانون المدني في خصوص انتفاء الخطأ وبالتالي رفع المسؤولية التصيرية في حالة تنفيذ أمر الرئيس ، بإضافة

شرط إلى جوار الشروط المنصوص عليها ، وهو ضرورة أن يكون ذلك تحقيقاً للمصلحة عامة .

٣. تعديل القانون المدني المصري بإضافة حالة جديدة لحالات انتقاء المسؤولية، حيث تضمن النص على إسقاط المسؤولية التقصيرية عن الأضرار الناجمة عن الأفعال المباحة أو المأذون فيها إذا باشرها الشخص في الحدود المأذون فيها دون تعد أو تفريط، ويقترح الباحث أحد التعديلين التاليين:

الأول: تعدل المادة(٤) من القانون المدني المصري لتكون على النحو التالي: " من استعمل حقه أو باشر ما أبيح له على نحو مشروع لا يكون مسئولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر"، حيث إن الصياغة الحالية تقصر إسقاط المسؤولية على الضرر الناشيء عن استعمال الحق فقط، دون مباشرة الأفعال المباحة أو المرخص فيها عموماً، وفرق بين الحق والمباح المرخص فيه، فالحقوق أخص، والمباح أعم، فالحق قائم على فكرة السلطة والاستثناء والاختصاص؛ كحق الملكية لشيء معين، بينما المباح أو الرخصة أو الحرية العامة فهي في حقيقتها مكنة واقعية لاستعمال حرية من الحريات العامة، أو هي إباحة يسمح بها القانون في شأن حرية من الحريات العامة، ولا يستلزم ذلك وجود استثناء أو اختصاص أو سلطة، فكل الأفراد يتمتعون بهذه الرخصة أو الإباحة على حدٍ سواء، لا ينفرد

أحدهم عن غيره بميزة؛ كحرية التملك^(١)، وككافة الأفعال التي سمح بها القانون.

الثاني: تضاف إلى المواد من ١٦٥ من القانون المدني المصري وما بعدها ، والتي تبين حالات سقوط المسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي في حال الدفاع الشرعي والضرورة وتنفيذ أوامر الرئيس ، المادة التالية: "لا يكون مسئولاً عن التعويض من ألحق الضرر بالغير بفعل مشروع، مالم يتعدى أو يفرض"، حيث يجمع ذلك كونها جميعاً حالات تحول دون تكيف بعض السلوك الضار بالغير على أنه خطأ أو إضرار موجب للمسئولية.

(١) عبدالرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي منشورات الحلبي الحقوقية ببيروت، ط الثانية ١٩٩٨م، ج ١، ص ٩؛ هاني الطعيمات، حقوق الإنسان وحياته الأساسية، دار الشروق للنشر والتوزيع بعمان، ط الأولى ٢٠٠٦م، ص ٣٠ وما بعدها .

قائمة المراجع والمصادر

(مع الاحتفاظ بالألقاب)

القرآن الكريم .

أولاً : مراجع ومصادر الفقه الإسلامي :

١. الإشراف على نكت مسائل الخلاف، القاضي عبد الوهاب، (المتوفى: ٤٢٢هـ)، تحقيق الحبيب بن طاهر، دار ابن حزم، القاهرة، ط الأولى ١٤٢٠هـ.
٢. الأشباه والنظائر للسبكي، (المتوفى: ٧٧١هـ)، دار الكتب العلمية ببيروت، ط الأولى ١٤١١هـ .
٣. الأم للشافعي، (المتوفى: ٢٠٤هـ)، دار المعرفة ببيروت، ١٤١٠هـ.
٤. البحر المحيط في أصول الفقه للزركشي، (المتوفى: ٧٩٤هـ)، دار الكتبي، ط الأولى ١٤١٤هـ.
٥. التوقيف على مهمات التعاريف، للمناوي، (المتوفى: ١٠٣١هـ)، عالم الكتب بالقاهرة، ط الأولى ١٤١٠هـ.
٦. الحاوي الكبير للماوردي، (المتوفى: ٤٥٠هـ)، تحقيق على محمد عوض ورفيقه، دار الكتب العلمية ببيروت، ط الأولى ١٤١٩هـ.
٧. السنن الكبرى للبيهقي، (المتوفى: ٤٥٨هـ)، في كتاب الجراح، باب الرجل يموت في قصاص الجرح، تحقيق محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية ببيروت، ط الثالثة ١٤٢٤هـ.
٨. الضرر في الفقه الإسلامي، أحمد موافى، دار ابن القيم للنشر والتوزيع بالرياض، بالتعاون مع دار ابن عفان للنشر والتوزيع بالقاهرة، ط ٢، ١٤٢٩هـ .

٩. الضمان في الفقه الإسلامي، علي الخفيف، القسم الأول، القاهرة، معهد البحوث والدراسات العربية، ١٩٧١ .
١٠. العدة في أصول الفقه لأبي يعلى، (المتوفى: ٤٥٨هـ)، تحقيق أحمد المباركي، ط الثانية ١٤١٠هـ.
١١. الفروق للقرافي، (المتوفى: ٦٨٤هـ)، عالم الكتب.
١٢. الفعل الضار والضمان فيه، مصطفى الزرقا، (المتوفى: ١٤٢٠هـ)، دار القلم بدمشق بالتعاون مع دار العلوم ببيروت، ط الأولى ١٤٠٩هـ.
١٣. الفقه الاسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي، (المتوفى: ١٤٣٦هـ)، دار الفكر بدمشق، ط الرابعة المنقحة والمعدلة.
١٤. القواعد والضوابط الفقهية في الضمان المالي، حمد الهاجري، كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع بالرياض، ط الأولى ١٤٢٩هـ.
١٥. القواعد لابن رجب (المتوفى: ٧٩٥هـ)، دار الكتب العلمية ببيروت .
١٦. القواعد لابن رجب، (المتوفى: ٧٩٥هـ)، دار الكتب العلمية ببيروت.
١٧. القواعد والأصول الجامعة والفروق والتقسيم البديعة النافعة للسعدي، (المتوفى: ١٣٧٦هـ)، مكتبة ابن تيمية بالقاهرة، ط الأولى ١٤١٣هـ.
١٨. المغني لابن قدامة، (المتوفى: ٦٢٠هـ)، تحقيق عبدالله التركي ورفيقه، هجر للطباعة والنشر والتوزيع بمصر، ط الأولى ١٤٠٩هـ .
١٩. انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء ، في الفقه الإسلامي والقانون المدني ، دراسة مقارنة ، رشدي شحاته أبو زيد ، رسالة دكتوراة ، كلية الشريعة والقانون بالقاهرة ، جامعة الأزهر ، ١٩٩٣ بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد، (المتوفى: ٥٩٥هـ)، مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر، ط الرابعة ١٣٩٥هـ .

٢٠. بدائع الصنائع للكاساني، (المتوفى: ٥٨٧هـ)، دار الكتب العلمية ببيروت، ط الثانية ١٤٠٦هـ.
٢١. تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام لابن فرحون، (المتوفى: ٧٩٩هـ)، تحقيق جمال مرعشلي، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع بالرياض، طبعة خاصة ١٤٢٣هـ.
٢٢. تحفة المودود بأحكام المولود لابن القيم، (المتوفى: ٧٥١هـ)، تحقيق عبد القادر الأرنؤوط، مكتبة دار البيان بدمشق، ط الأولى ١٣٩١هـ .
٢٣. تشنيف المسامع بجمع الجوامع للزركشي، (المتوفى: ٧٩٤هـ)، تحقيق سيد عبد العزيز ورفيقه، مكتبة قرطبة للبحث العلمي وإحياء التراث، ط الأولى ١٤١٨هـ.
٢٤. تكملة المجموع للمطيعي، (المتوفى: ١٤٠٦هـ) دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع بالرياض، طبعة خاصة ١٤٢٣هـ .
٢٥. روضة الناظر وجنة المناظر لابن قدامة، (المتوفى: ٦٢٠هـ)، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، ط الثانية ١٤٢٣هـ .
٢٦. زاد المعاد لابن القيم، تحقيق شعيب الارناؤوط، مؤسسة الرسالة ببيروت، ط الثالثة عشر ١٤٠٦هـ، ج ٤ .
٢٧. توضيح الأحكام من بلوغ المرام للبسام، (المتوفى: ١٤٢٣هـ)، مكتبة الأسد بمكة، ط الخامسة ١٤٢٣هـ.
٢٨. جامع العلوم والحكم لابن رجب، (المتوفى: ٧٩٥هـ)، تحقيق شعيب الأرنؤوط ورفيقه، مؤسسة الرسالة ببيروت، ط السابعة ١٤١٧هـ.
٢٩. درر الحكام شرح مجلة الأحكام، علي حيدر، (المتوفى: ١٣٥٣هـ)، تعريب فهد الحسيني، درا الجيل، ط الأولى ١٤١١هـ.

٣٠. روضة الطالبين للنووي، (المتوفى: ٦٧٦هـ)، تحقيق عادل عبد الموجود ورفيقه، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع بالرياض، طبعة خاصة ١٤٢٣هـ.
٣١. روضة الناظر وجنة المناظر لابن قدامة، (المتوفى: ٦٢٠هـ)، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، ط الثانية ١٤٢٣هـ.
٣٢. زاد المعاد لابن القيم، (المتوفى: ٧٥١هـ)، تحقيق شعيب الارناؤوط وأخيه، مؤسسة الرسالة ببيروت، ط الثالثة عشر ١٤٠٦هـ.
٣٣. شرح التلويح على التوضيح للفتازاني، (المتوفى: ٧٩٣هـ)، تحقيق زكريا عميرات، دار الكتب العلمية ببيروت، ط الأولى ١٤١٦هـ.
٣٤. شرح فتح القدير لابن الهمام، (المتوفى: ٨٦١هـ)، دار الفكر للطباعة والنشر ببيروت، ط الثانية.
٣٥. شرح مختصر خليل للخرشي، (المتوفى: ١١٠١هـ)، دار الفكر للطباعة ببيروت.
٣٦. صحيح البخاري، (المتوفى: ٢٥٦هـ)، تحقيق محمد الناصر، دار طوق النجاة، ط الأولى ١٤٢٢هـ.
٣٧. صحيح مسلم، (المتوفى: ٢٦١هـ)، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي ببيروت.
٣٨. ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، دراسة فقهية مقارنة بأحكام المسؤولية التصيرية في القانون، محمد أحمد سراج، الثقافة للنشر والتوزيع بالقاهرة، ١٤١٠هـ.
٣٩. فتح العزيز شرح الوجيز للرافعي، (المتوفى: ٦٢٣هـ)، دار الفكر، القاهرة.
٤٠. قاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان، وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون، محمد طلافحة، وهو بحث علمي محكم، نشر في المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد الثاني، العدد الرابع، لعام ٢٠٠٦م.

٤١. كتاب الأحكام في سننه لابن ماجه، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، رقم(٢٣٤١) .
٤٢. كشف الأسرار شرح أصول البزدوي للبخاري، (المتوفى: ٧٣٠هـ)، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة .
٤٣. لسان العرب المحيط لابن المنصور، الجزء الأول والثاني، يوسف الخياط ، دار لسان العرب ،بيروت .
٤٤. مجلة الأحكام العدلية، تأليف لجنة مكونة من عدة علماء في الخلافة العثمانية، تحقيق نجيب هوايني، نشرها نور محمد، كارخانه تجارتي كتب، آرام باغ، كراتشي.
٤٥. مجمع الضمانات للبغدادي،(المتوفى: ١٠٣٠هـ)، دار الكتاب الإسلامي ، القاهرة .
٤٦. مجموع الفتاوى لابن تيمية، تحقيق عبدالرحمن بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف بالمدينة، ط ١٤١٦ هـ ، ج ١٥ .
٤٧. منهاج السنة لابن تيمية، تحقيق محمد رشاد سالم، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض، ج ٦.
٤٨. معرفة السنن والآثار للبيهقي، (المتوفى: ٤٥٨هـ)، تحقيق عبد المعطي قلنجي، جامعة الدراسات الإسلامية بكراتشي، ط الأولى ١٤١٢هـ.
٤٩. مفردات في غريب القرآن، للأصفهاني، (المتوفى: ٥٠٢هـ)، صفوان عدنان الداودي، دار القلم بدمشق، ط الأولى ١٤١٢ هـ.
٥٠. المنثور في القواعد الفقهية للزركشي، (المتوفى: ٧٩٤هـ)،وزارة الأوقاف الكويتية، ط الثانية١٤٠٥هـ.

٥١. منهاج السنة لابن تيمية، (المتوفى: ٧٢٨هـ)، تحقيق محمد رشاد سالم، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض.
٥٢. مواهب الجليل لابن الخطاب، (المتوفى: ٩٥٤هـ)، ضبطه وخرج أحاديثه زكريا عميرات، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع بالرياض، طبعة خاصة ١٤٢٣هـ.
٥٣. نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام، محمد فوزي فيض الله، (المتوفى: ١٤٣٩هـ)، مكتبة دار التراث بالكويت، ط الأولى ١٤٠٣هـ.
٥٤. نظرية الضمان، دراسة مقارنة، وهبة الزحيلي، (المتوفى: ١٤٣٦هـ)، دار الفكر ببيروت، ٢٠٠٨م.

ثانياً : المراجع القانونية :

١. إسماعيل محمد علي المحاقري، الإعفاء من المسؤولية المدنية في القانون المدني اليمني مقارناً بالقانون المدني المصري والشريعة الإسلامية ، سعد سمك للنسخ والطباعة ، القاهرة ، ١٩٩٦ .
٢. أحمد شوقي محمد عبدالرحمن، الدراسات البحثية في المسؤولية المدنية، منشأة المعارف بالإسكندرية .
٣. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، البحوث القانونية في مصادر الالتزام الإرادية وغير الإرادية، ، بدون ناشر، ٢٠٠٣ .
٤. أحمد فتحي، دراسة مقارنة بين المسؤولية التقصيرية والمسؤولية الجزائية، مجلة نقابة المحامين بالأردن ، ٢٠٠٥ العدد العشرون ، عمان .

٥. أحمد محمد عطية، نظرية التعدي كأساس للمسئولية المدنية الحديثة، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية، ط الأولى ٢٠٠٧ م .
٦. أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، ط١، الدار العلمية الدولية للنشر ودار الثقافة، عمان ، ٢٠٠١ .
٧. أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ط١، عمان، منشورات الجامعة الأردنية، ١٩٨٧ .
٨. أنور طلبية، المسؤولية المدنية، الجزء الثالث في المسؤولية التقصيرية، ط١ ، المكتب الجامعي الحديث ، الإسكندرية ، ٢٠٠٥ .
٩. بدر جاسم محمد، تحديد مفهوم مباشر الضرر وفقاً للمادة ١٩ مكرر من قانون تنظيم الالتزامات الكويتي، مجلة الحقوق والشريعة، ١٩٧٨ .
١٠. برهام محمد عطا الله، أساسيات نظرية الالتزام ، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية ، دون سنة نشر .
١١. توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام، ط٣ ، الدار الجامعية ، بيروت ، ١٩٩٢ .
١٢. جلال علي العدوي، أصول الالتزامات، مصادر الالتزام ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٩٧ .
١٣. جميل الشراوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٥ .

١٤. حسام الدين كامل الأهواني، مصادر الالتزام غير الإرادية ، مطبعة أبناء وهبة حسان ، القاهرة ، ١٩٩٣/١٩٩٤ .
١٥. حسن الفاكحاني، عبد الباسط جميعي، محمد سلام مذكور، عادل تحوت، الوسيط في شرح القانون المدني الأردني رقم ٤٣/١٩٦٧، الجزء الرابع، الدار العربية للموسوعات ، القاهرة، ٢٠٠١ .
١٦. حسن عكوش، المسؤولية التقصيرية والعقدية في القانون المدني الجديد، ط ١ ، دار الفكر الحديث ، القاهرة ، ١٩٧٣ .
١٧. حسين عامر، المسؤولية المدنية، ط ١ ، مطبعة مصر ، القاهرة ، ١٩٥٦ .
١٨. رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، ط ٢ ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ٢٠٠٣ .
١٩. زهدي يكن، المسؤولية المدنية أو الأعمال غير المباحة، ط ١ ، منشورات المكتبة العصرية ، بيروت ، دون سنة نشر .
٢٠. سلمان بوذياب، مبادئ القانون المدني، ط ١ ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، دون سنة نشر .
٢١. سليمان مرقس، الفعل الضار، ط ٢ ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، ١٩٥٦ .
٢٢. سليمان مرقس، موجز أصول الالتزامات، دون طبعة ، مطبعة لجنة البيان العربي ، القاهرة ، ١٩٦١ .

٢٣. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المجلد الثاني، دار الكتب القانونية، ١٩٩٨.
٢٤. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المجلد الأول، الفعل الضار، ط٥، تنقيح حبيب إبراهيم الخليلي، مصر الجديدة للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٩٢.
٢٥. سمير عبد السيد تناغو، المبادئ الأساسية في نظرية الالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الإسكندرية، دون ناشر.
٢٦. سمير عبد السيد تناغو، نظرية الالتزام، منشورات المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٥.
٢٧. شوقي السيد، التعسف في استعمال الحق، طبيعته ومعياره في الفقه والتشريع والقضاء، دار الشروق بالقاهرة، ط الأولى ٢٠٠٨م.
٢٨. عبد الحكيم فودة، الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ١٩٩٦.
٢٩. عبد الحكيم فودة، الموسوعة الماسية في المواد المدنية والجنائية، الجزء الأول، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ١٩٩٨.
٣٠. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني مصادر الالتزام، المجلد الثاني، تنقيح مصطفى محمد الفقي وعبد الباسط جميعي، ط٣، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٨٧.
٣١. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي منشورات الحلبي الحقوقية ببيروت، ط الثانية ١٩٩٨م، ج ١.

٣٢. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في القانون المدني، الجزء الأول، تنقيح أحمد مدحت المراغي، دون طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية ٢٠٠٤ .
٣٣. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية ببيروت، ط جديدة ٢٠٠٩م.
٣٤. عبد العزيز اللصاومة، المسؤولية المدنية التقصيرية، أساسها وشروطها، الدار العلمية الدولية بالتعاون مع دار الثقافة للنشر والتوزيع بعمان، ط الأولى ٢٠٠٢ هـ .
٣٥. عبد المنعم فرج الصدة، الموجز في مصادر الالتزام، دون طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية .
٣٦. عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دون طبعة، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٧٩ .
٣٧. عبد المنعم لطفي جمعة، موسوعة القضاء في المسؤولية المدنية (التقصيرية والعقدية)، الكتاب الأول، الجزء الأول، عالم الكتاب، القاهرة، ١٩٧٩ .
٣٨. عبد الناصر توفيق العطار، مصادر الالتزام، مؤسسة البستاني، القاهرة، دون سنة نشر .
٣٩. عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية بالقاهرة، ١٩٩٢م .
٤٠. عدنان السرحان، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع بعمان، ط الأولى ٢٠٠٠م .
٤١. فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ط ٢، دار البشير، عمان، ١٩٩٨ .

٤٢. فتحي عبد الرحيم عبدالله، دراسات في المسؤولية التقصيرية، نحو مسؤولية موضوعية ، منشأة المعارف، الإسكندرية ، ٢٠٠٥ .
٤٣. محمد إبراهيم دسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر ، مؤسسة الثقافة الجامعية للنشر والتوزيع ، الإسكندرية ، دون سنة نشر .
٤٤. محمد حسام لطفي، النظرية العامة للالتزام مع إشارة إلى التعديلات الواردة على القانون المدني الفرنسي عام ٢٠١٦، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٧/٢٠١٨ .
٤٥. محمد سليمان الأحمد، المدخل لدراسة الضمان، ط١ ، دار مكتبة الحامد ، عمان ، ٢٠٠٢ .
٤٦. محمد شريف أحمد، مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ط١ ، مكتبة دار الثقافة ، عمان ، ١٩٩٩ .
٤٧. محمد فوزي فيض الله، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام، محاضرات في كلية الحقوق، جامعة الكويت، دون طبعة، الكويت، دون ناشر، ١٩٨١/١٩٨٢ .
٤٨. محمد وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة في قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة دراسة موازنة بالمدونات العربية، دون طبعة ، دار المتنبى للطباعة والنشر، أبو ظبي ، ١٩٨٨ .
٤٩. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، مطبعة جامعة القاهرة، ط الثالثة ١٩٧٨ م .
٥٠. مصطفى أحمد الزرقاء، الفعل الضار والضمان فيه، ط١، دار القلم، دمشق، ١٩٨٨ .

٥١. مصطفى أحمد الزرقا، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، الجزء الثاني، المدخل الفقهي العام، ط٧، مطبعة جامعة دمشق، دمشق، ١٩٦٣ .
٥٢. مصطفى أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، دار القلم بدمشق، ط الثانية ١٤٠٩ هـ .
٥٣. مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الثاني، المسؤولية المدنية، ط١، مؤسسة بحسون، بيروت، ١٩٩٦ .
٥٤. مصطفى محمد الجمال، النظرية العامة للالتزام، الدار الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٧ .
٥٥. مصطفى محمد الجمال، القانون المدني في ثوبه الإسلامي، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، الدار الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٣ .
٥٦. مصطفى عبد الحميد عدوي، المصادر غير الإرادية للالتزام، مكتبة حور للخدمات التعليمية، القاهرة، بدون سنة نشر .
٥٧. مصطفى عبد الحميد عدوي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ط١، مطبعة حمادة الحديثة، القاهرة، ١٩٩٦ .
٥٨. معوض عبد التواب، الموجز في التعليق على نصوص القانون المدني، الجزء الأول، ط٤، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٨ .
٥٩. ممدوح محمد خيرى هاشم، المسؤولية التقصيرية في ظل التطورات التكنولوجية الحديثة "المسؤولية دون خطأ في القانون المدني"، دار النهضة العربية القاهرة، ٢٠٠٢ .
٦٠. موسى سلمان أبو ملح، شرح مشروع القانون المدني الفلسطيني، مصادر الالتزام الإرادية وغير الإرادية، ط١، منشورات جامعة الأزهر، غزة، ٢٠٠٣/٢٠٠٢ .

٦١. منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، دراسة مقارنة، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دون طبعة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٦.
٦٢. نبيل إبراهيم سعد، مصادر وأحكام الالتزام، دراسة مقارنة، دون طبعة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٣.
٦٣. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٤.
٦٤. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام "مصادر الالتزام مع المستحدث في تعديلات ٢٠١٦ للتقنين المدني الفرنسي"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ٢٠١٩ / ٢٠٢٠.
٦٥. نزيه حماد، معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، دار القلم، دمشق، ط الأولى ١٤٢٩هـ.
٦٦. هاني الطعيمات، حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، دار الشروق للنشر والتوزيع، عمان، ط الأولى ٢٠٠٦م.
٦٧. هشام القاسم، محاضرات في القانون المدني، مصادر الالتزام، ط ٦، منشورات جامعة دمشق، دمشق، ١٩٩٢ / ١٩٩٣.
- وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار الفكر، دمشق 1982