

نظرية الضمان

أو

أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي

دراسة مقارنة

﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ﴾

قرآن كريم

«لا ضرر ولا ضرار»

حديث شريف

«الخارج بالضمان أو الغرم بالغنم»



بسم الله الرحمن الرحيم

تقديم

الحمد لله الذي أقام العدل بين الناس، وجعله أساساً في فض المنازعات، والصلاة والسلام على سيدنا محمد الذي أعلن بكل صراحة مبدأ احترام حقوق الإنسان، وحمى النفس والمال والعرض من كل اعتداء.

وبعد: فموضوع هذا الكتاب يبحث في نظرية ضمان الأنفس والأموال بسبب الاعتداء عليها عمداً أو خطأ، مما يؤدي إلى هلاكها أو تلفها ويوجب تعويض صاحبها عنها، حفاظاً على الحقوق، وصيانة لها من كل أذى، وتطبيقاً لمبدأ العدالة الذي قامت عليه شريعة الإله والسموات والأرض، وجعلته القانون الأبدي الذي يحكم علاقات الناس الاجتماعية، ويستهدفه الحكام والقضاة في قضايا الفصل في الخصومات، لأن للنفوس والأموال حرمة عظيمة عند الله سبحانه، والمال في تقدير صاحبه قرين الروح.

وهذا الموضوع له أهمية كبرى في نطاق الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، لأن أكثر المنازعات تقع فيه، وسؤال العلماء يتردد عنه، حتى إن العالم يُسأل مراراً عن حوادث الإتلاف المتكررة في الحياة الواقعية الجارية بين الكبار والصغار، قائلين: هل يجوز أكل الغرامات؟ وهل يحكم بالتعويض الكامل عن كل ضرر مباشر يلحق المتضرر، سواء أكان مادياً أم معنوياً؟ وهل التعويض عيني، أم نقدي؟ وهل يشترط في الإسلام - كما هو مقرر قانوناً - أن يكون التعويض مساوياً للضرر بحيث يشمل الخسارة التي لحقت المضرور والكسب الذي فاته؟

هذه تساؤلات كثيرة حول «الضمان أو التضمين» على حد تعبير فقهاء الإسلام،

الذي يقابله عند فقهاء القانون اصطلاح «المسؤولية»^(١) القانونية عن الفعل الضار أو العمل غير المشروع» سواء أكانت مسؤولية تعاقدية أم مسؤولية تقصيرية. والكلام في ذلك يشغل فكري لعدم وجود مصادر مباشرة ميسرة في الموضوع منذ عام ١٩٥٨ حيث ألفت محاضرة لانتقاء معيدين في كلية الشريعة بدمشق بتاريخ ١٢/١١ من هذا العام موضوعها «النظرية العامة لضمان اليد» وبعبارة أخرى «الفكرة العامة ليد الأمانة ويد الضمان».

ومن المعلوم أن الفعل الضار أو غير المشروع هو من أهم مصادر الالتزام في الشريعة والقانون المدني، ومصادر الالتزام شرعاً خمسة: هي العقد، والإرادة المنفردة، والعمل الضار، والعمل النافع، والشرع. وهي تقابل عند القانونيين: «العقد، والإرادة المنفردة، والعمل غير المشروع، والإثراء بلا سبب، والقانون».

ومثال الإثراء بلا سبب: من أدى دين غيره بأمره، أو اشترى شيئاً ثم تبين أنه مستحق لغيره، أو دفع ديناً يظنه على نفسه ثم تبين أنه كان بريئاً منه، فيرجع على الأمر في المثال الأول، وعلى البائع في المثال الثاني، وعلى الدائن القابض في المثال الثالث.

وليست المسؤولية الجنائية أقل أهمية من المسؤولية المدنية، بل إنها على العكس أعظم خطورة، وأكبر إثماً، وأفحش أثراً، فهي قد تنشأ عن جريمة تضر بالمجتمع، والعقوبة فيها على الأكثر - على حد تعبير الشرعيين - من حقوق الله تعالى أي حق المجتمع، أما المسؤولية المدنية فتنشأ عن جريمة لا تمس إلا الفرد المتضرر، والعقاب فيها من حقوق العباد أو الأشخاص، ومن المعروف أن حق الله لا يقبل الإسقاط ولا الإبراء ولا العفو عنه، ولا الصلح والاعتياض عنه، ولا يورث. وأما حقوق آدميين أو حقوق الأشخاص فهي التي تقبل الصلح والإسقاط والمعارضة عليها والتوارث.

وسأهتم بعون الله تعالى ببيان النواحي العملية والحلول الواقعية لمشكلة

(١) الأصح لغة أن يقال: «التبعة» والمسؤولية اصطلاح قانوني، وهي مصدر صناعي معناه كون الإنسان مؤاخذاً مسؤولاً عن أعماله.

التضمين، مفصلاً الكلام بالذات على الحالات التي تستوجب الضمان عند فقهاء الشرع، وأما الكلام على النواحي النظرية والمناقشات الفقهية التي تصطبغ بها مؤلفات القانونيين غالباً عند بحث أوضاع المسؤولية التقصيرية وغيرها، فإنه سيكون بقدر محدود حسب مقتضيات البيان الوارد هنا.

ومنهجني في البحث أن أعرض ما عليه فقه المذاهب الأربعة أولاً في نظرية الضمان مبيناً حالات الاتفاق والاختلاف فيما بينها في أهم المسائل، مع اعتبار المذهب الحنفي هو الأساس العام للأحكام المذكورة، ثم أذكر أوجه الشبه والاختلاف بين الفقه الإسلامي والقانون المطبق في سورية ومصر، مقارناً بينهما على نحو عام، ومبيناً سبق الفقهاء الإسلاميين إلى بحث أبرز ما أنتجه الفكر القانوني الحديث، علماً بأنه ليس مستغرباً وجود اختلاف في الرأي، فإنه للفقه الإسلامي أصالته ونظرته البعيدة واستقلاله عن كل ما عداه من النظم القانونية، وأما النظريات والآراء القانونية فهي في تغير وتبدل، ولا يمكن القول بأنها وصلت إلى الذروة المثالية، أو أن الأحكام القانونية لها صفة الخلود والدوام، لذا فإن ما هو قانوني مخالف لفقه الإسلام قد يتفق معه في المستقبل إذا تغيرت آراء فقهاء القانون يوماً ما، وإن كان لا مانع أحياناً من الأخذ ببعض النظريات القانونية التي تلتقي مع مقاصد الإسلام العامة، لأن فقه الفقهاء قابل للتطور كما هو معلوم.

فمجال المقارنة بين فقهاء العظم وأراء القانونيين حاصل إذن في حدود ما هو قائم ومطبق فعلاً، بقطع النظر عن احتمال تغير القوانين في المستقبل حسب متطلبات التطور والحاجات المتجددة وتبدل النظم السائدة في المجتمع.

هذا وإن استمداد نظرية الضمان في الفقه الإسلامي يمكن أن يتم مما وضعه الفقهاء من قواعد تعدّ أساساً لمبدأ عام، ومما ذكروه من فروع فقهية في بحوث الغصب والإتلاف والجنايات والديات وعقوبات الجرائم المقدرة وغير المقدرة (أي الحدود والتعازير).

وأملني بالله كبير في أن يكون هذا الكتاب عوناً على تذليل الصعاب أمام المحاولات التي يبذلها القانونيون وغيرهم للاستفادة من معين الفقه الإسلامي، والله الموفق وهو المستعان.

الباب الأول

النظرية العامة للضمان

يبحث هذا الباب المبادئ العامة وأهم الأحكام الخاصة لنظرية الضمان في الفقه الإسلامي، مع بيان مقوماته أو دعائمه الأساسية، وآفاقه وقواعد التضمين، وذلك في فصول ثلاثة.



الفصل الأول

مقومات الضمان الأساسية

نتكلم في هذا الفصل على مقومات الضمان الأساسية أي ما به يقوم الضمان، قال في المصباح المنير: قوام الأمر أي عماده الذي يقوم به ويتنظم. وذلك يشمل تعريف الضمان وأركانه وشروطه وأسبابه وكيفيته، ويتم بحث هذه الأمور في المباحث الخمسة الآتية:

المبحث الأول: حقيقة الضمان ومشروعيته

أولاً: تعريف الضمان أو ماهيته:

ضمان المال لغة أي التزامه، يقال: ضمنت المال وبالمال ضماناً، فأنا ضامن وضمنين: أي التزمته، وضمتته المال: ألزمته إياه. وقد ذكر الفقهاء تعريفات للضمان، منها ما يفهم من كلام الغزالي أن الضمان: هو واجب رد الشيء أو بدله بالمثل أو بالقيمة^(١). ومنها تعريف ذكره الحموي شارح الأشباه والنظائر نقلاً عن غيره فإنه قال: الضمان كما عرف: عبارة رد مثل الهالك أو قيمته^(٢). ومنها تعريف للشوكاني حيث قال: الضمان: عبارة عن غرامة التالف^(٣).

(١) الوجيز: ٢٠٨/١.

(٢) غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر للحموي: ٢١١/٢.

(٣) نيل الأوطار: ٢٩٩/٥ ط العثمانية المصرية.

وعرفته مجلة الأحكام العدلية في المادة (٤١٦) ونصها: «الضمان: هو إعطاء مثل الشيء إن كان من المثليات، وقيمته إن كان من القيميات».

وعرفه الأستاذ الزرقاء بقوله: الضمان: التزام بتعويض مالي عن ضرر للغير^(١). وهو أوجز وأوضح التعاريف المذكورة، وأقرب تعريف في الدقة إلى هذا المعنى تعريف الغزالي المذكور.

ويمكننا تعريف الضمان بما يتلاءم مع عموم نظريته الشاملة للمسؤوليتين المدنية والجنائية بما يأتي: وهو الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال أو ضياع المنافع، أو عن الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية.

هذا.. ويلاحظ أن فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة يستعملون في كتبهم الفقهية كلمة «الضمان» بمعنى الكفالة، فهو مشتق من ضَمَّن الشيء تضميناً أي غرمه إياه فالتزمه، وعليه يقول المالكية: الضمان: شغل ذمة أخرى بالحق^(٢). ويقول الشافعية: الضمان لغة الالتزام، وشرعاً يقال لالتزام حق ثابت في ذمة الغير، أو إحضار من هو عليه، أو عين مضمونة^(٣). ويقول الحنبلية: الضمان: ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق^(٤). ومن الواضح أنه لا يهمننا من الضمان هذا المعنى، وإنما بحثنا في الضمان بالمعنى الأول وهو التزام التعويض.

ثانياً: مشروعية التضمين أو منشأ المسؤولية:

قررت الشريعة مبدأ التضمين للحفاظ على حرمة أموال الآخرين وأنفسهم، وجبراً للضرر، وقمعاً للعدوان، وزجراً للمعتدين، وذلك في مناسبات كثيرة في القرآن الكريم والسنة النبوية.

فمن الآيات القرآنية قوله سبحانه: ﴿فَمَنْ أَعْتَذَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَذَى

(١) المدخل الفقهي: ص ١٠١٧ ف ٦٤٨.

(٢) الشرح الكبير للدردير: ٣/٣٢٩ ط البابي الحلبي.

(٣) مغني المحتاج: ٢/١٩٨ البابي الحلبي.

(٤) المغني: ٤/٥٣٤ الطبعة الثالثة بدار المنار.

عَلَيْكُمْ» [البقرة: ١٩٤/٢] «وَجَزَاءُ سِنَّةٍ مِّثْلُهَا» [الشورى: ٤٠/٤٢] «وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ» [النحل: ١٢٦/١٦].

ومن السنة النبوية في ضمان المتلفات: ما رواه أنس قال: أهدت بعض أزواج النبي ﷺ إليه طعاماً في قَصْعة، فضربت عائشة القصعة بيدها، فألقت ما فيها، فقال النبي ﷺ: «طعام بطعام، وإناء بإناء»^(١).

وفي جنايات البهائم، روى حرام بن مُحيصة أن ناقة البراء بن عازب دخلت حائطاً (بستاناً) فأفسدت فيه، فقاضى نبي الله ﷺ «أن على أهل الحوائط حفزها بالنهار؛ وأن ما أفسدت بالليل ضامن على أهلها»^(٢)، وروى النعمان بن بشير قال: قال رسول الله ﷺ: «من وقف دابة في سبيل الله من سبل المسلمين، أو في سوق من أسواقهم، فأوطأت بيد أو رجل، فهو ضامن»^(٣).

وفي الغصب والإيداع والإعارة: روى سمرة بن جُندب قال: قال رسول الله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»^(٤)، وعن أنس بن مالك أن النبي ﷺ قال: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه»^(٥)، وعن أبي بكره رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال في خطبته يوم النحر بمنى: «إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا»^(٦).

قال ابن حزم: «قد صح أن الأموال محرمة، فلا يحل إلزام أحد غرامة لم يوجبها نص أو إجماع»^(٧).

ومما يدل على وجوب الضمان عموماً حديث نبوي آخر يعتبر قاعدة أساسية في

(١) رواه الترمذي وصححه، قال ابن تيمية: وهو بمعناه لسائر الجماعة إلا مسلماً (نيل الأوطار: ٣٢٢/٥ ط العثمانية المصرية).

(٢) رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه (نيل الأوطار: ٣٢٤/٥).

(٣) رواه الدارقطني (نيل الأوطار، المكان السابق) ضعفه البيهقي.

(٤) رواه أحمد وأصحاب السنن الأربعة وصححه الحاكم (سبل السلام: ٦٧/٣).

(٥) رواه الدارقطني (نيل الأوطار: ٣١٦/٥).

(٦) أخرجه البخاري ومسلم (سبل السلام: ٧٣/٣).

(٧) المحلى: ٦٣٧/١٠.

هذا الشأن، وهو قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»^(١). قال الكاساني: «يجب الضمان في الغصب والإتلاف، لأن كل ذلك اعتداء وإضرار»^(٢)، وبناء على هذا الحديث وضع الفقهاء عدة قواعد في معناه، منها «الضرر يدفع بقدر الإمكان» (م ٣١ مجلة) «الضرر يزال» (م ٢٠ مجلة) فالقاعدة الأولى تعني وجوب دفع الضرر قبل وقوعه، والثانية تعني وجوب رفع الضرر الفاحش وترميم آثاره بعد الوقوع، وكل ما ذكر يدل على أن مبدأ المسؤولية عن الضرر أمر مقرر أساسي في الإسلام.

المبحث الثاني : أركان الضمان

لا يجب ضمان الشيء إلا إذا توافر معنى التضمين، والتضمين لا يتحقق إلا بوجود ركنين: هما الاعتداء والضرر، وذلك يمكن أن يفهم من كلام الفقهاء عن الغصب والإتلاف والجنايات. وأما الرابطة بين الاعتداء والضرر إما تسبباً وإما مباشرة، فهو من قبيل عدم وجود المانع للسبب، والمانع للسبب هو الأمر الذي يلزم من وجوده عدم تحقق السبب. وأما معنى الركن المقصود هنا: وهو ما يتوقف عليه وجود الشيء، فلا ينطبق على هذه الرابطة.

فالركن الأول، وهو الاعتداء أو التعدي، لغة: تجاوز الحد، ويراد به عند الفقهاء: معنى الظلم والعدوان ومجاوزة الحق، وضابطه: هو انحراف عن السلوك المألوف للرجل المعتاد أو أنه العمل الضار من دون حق أو جواز شرعي، كما قال ابن نجيم في الأشباه (ص ٤١٣). فمعيار التعدي عند الشرعيين هو في الغالب مادي موضوعي لا ذاتي^(٣)، فينظر إلى الاعتداء على أنه واقعة مادية محضة يترتب عليها

(١) قال النووي: حديث حسن رواه ابن ماجه والدارقطني وغيرهما مسنداً، ورواه مالك في الموطأ مرسلأ عن عمرو بن يحيى عن أبيه عن النبي ﷺ، فأسقط - من السند - أبا سعيد الخدري - راوي الحديث عند الأولين - وله طرق يقوي بعضها بعضاً. وقال الشوكاني: هو حديث مشهور رواه ابن ماجه والدارقطني والحاكم والبيهقي والطبراني وعبد الرزاق (راجع الأربعين النووية: ص ٧٢، نيل الأوطار: ٥/ ٢٦٠).

(٢) البدائع: ١٦٥/٧.

(٣) مصادر الحق للدكتور السهوري: ط ١٩٥٩: ١٦١/٦، وانظر المسؤولية التقصيرية بين الفقه والقانون على الآلة الكاتبة: ص ١٩٠، وفصول من الفقه الإسلامي العام ص ٥٤ للزميل =

المسؤولية (أي ضرورة تعويض المتضرر) كلما حدثت، بقطع النظر عن نوع الأهلية في شخص المعتدي وقصده، ففي ضمان الأموال لا فرق بين العمد والخطأ، ولا بين الكبير والصغير^(١)، إلا أن بعض المالكية قالوا: لا شيء على الصبي غير المميز فيما أتلفه من نفس أو مال كالعجماء.

أما في ضمان الأنفس فيميز بين القتل العمد والقتل الخطأ، ويقتصر من الكبير دون الصغير، قال الشاطبي: إن الخطأ في الحكم بالتضمنين بالأموال مساو للعمد في ترتب الغرم في إتلافها^(٢). وقال شيخ الإسلام عز الدين بن عبد السلام: «إن الإتلاف يقع بالظنون والأيدي والأقوال والأفعال، ويجري الضمان في عمدها وخطئها، لأنه من الجوابر، ولا تجري العقوبة والقصاص إلا في عمدها لأنهما من الزواجر»^(٣).

وكذلك لا يختلف حكم الضمان بالتعدي، سواء أكان أمراً إيجابياً كالإحراق والإغراق والإتلاف، أم أمراً سلبياً كترك حفظ الوديعة فإنه موجب للضمان، فمن رأى إنساناً يسرق الوديعة وهو قادر على منعه، ضمن المال، لترك الحفظ الملتزم بالعقد^(٤). ومن امتنع عن بذل الطعام للمضطر إليه، أو عن تقديمه لسجين حتى مات، كان ذلك إعانة على القتل ومسبباً للهلاك المستوجب للضمان^(٥).

ولا فرق أيضاً بين أن يكون التعدي حاصلًا مباشرة أو تسبباً؛ مثل قطع أشجار الغير من دون حق، وحفر بئر في الطريق العام من دون ترخيص من السلطة الإدارية المختصة (راجع المواد ٩١٩، ٩٢٠، ٩٢٤، ٩٢٧ من المجلة).

= الدكتور فوزي فيض الله؛ حيث عرف التعدي في كل من الكتابين بقوله: هو مجاوزة ما ينبغي أن يقتصر عليه شرعاً أو عرفاً أو عادة.

(١) بداية المجتهد: ٢/٢١١، كشاف القناع: ٤/٩٩، كشف الأسرار للبزدوي: مجلد ٢/

١٣٨٣، التقرير والتحجير لابن أمير الحاج: ٢/١٧٢، القوانين الفقهية: ص ٣٣٣.

(٢) الموافقات: ٢/٣٤٧ ط الشرق الأدنى بمصر.

(٣) قواعد الأحكام: ٢/١٣٣ ط الاستقامة بالقاهرة.

(٤) البدائع: ٦/٢١١، المبسوط: ١١/١١٣، تكملة فتح القدير: ٧/٩١.

(٥) قواعد الأحكام، المرجع السابق، ص ١٣١، نظرية الضرورة الشرعية للمؤلف: ص ٢٨٤.

ولا تكون حالة الضرورة عند جمهور الفقهاء سبباً للإعفاء من الضمان، فمن اضطر إلى أخذ طعام غيره لدفع أذى الجوع عن نفسه، فإنه يجب عليه عند جمهور الفقهاء ضمان البدل: القيمة في القيمي، والمثل في المثلي، سواء أقدر على البدل في الحال، أم كان عاجزاً عنه، لأن الذمم تقوم مقام الأعيان. وقال المالكية: يضمن المضطر قيمة الشيء المملوك للغير الذي حافظ به على نفسه من الهلاك، وقيل: لا يضمن لوجوب إحياء النفس^(١). ووجوب الضمان عند العلماء عمل بالقاعدة الشرعية المقررة وهي أن «الاضطرار لا يبطل حق الغير».

وفهم من كلمة التعدي أنه **عمل غير مباح ولا ماذون به شرعاً** أو من صاحب الحق، أما إذا كان **الفعل ماذوناً به شرعاً** كما في حالة الدفاع عن النفس أو المال أو العرض، أو عند الاطلاع على بيت الآخرين من السطح أو من ثقب الباب ونحو ذلك، أو كان الإذن بحق صادراً من ولي الأمر الحاكم، كما في حال هلاك المحدود أو المعزر حين إقامة العقوبات الشرعية، أو وقوع إنسان في بئر حفره في السوق بإذن ولي الأمر، أو كان أمراً بالإتلاف من صاحب المال نفسه، أو كان الفعل ناتجاً عن استعمال وممارسة الحق من دون تعسف، ففي هذه الحالات الأربع: لا يكون الفعل مستوجباً لضمان المال أو النفس^(٢)، عملاً بالقاعدة الفقهية القائلة: «الجواز الشرعي ينافي الضمان» وسيأتي تفصيل كلام العلماء في كل ذلك عند بحث عوارض المسؤولية التقصيرية، وضمان الأنفس بسبب تطبيق العقوبات، وأثناء شرح هذه القاعدة لمعرفة ضمان الحق وعدمه عند التعسف في استعماله.

(١) راجع نظرية الضرورة الشرعية للمؤلف: ص ٢٩٩ وما بعدها.

(٢) إلا أن الحنفية في حال الدفاع الشرعي استثنوا منه ما إذا كان الصائل صبيّاً أو مجنوناً أو دابة، فقتله المصول عليه، فإن المدافع يضمن قيمة الدابة، ويدفع الدية عن الصبي والمجنون، لقول النبي ﷺ بالنسبة للدابة: «العجماء جرحها جبار» أي هدر، وأما فعل الصبي والمجنون فلا يوصف بكونه جريمة أو بغياً، فلا تسقط به عصمة النفس. وقال الحنفية والمالكية: يضمن الدية من قلع عين إنسان لمجرد النظر، وقال الشافعية خلافاً لجمهور الفقهاء: يجب ضمان الدية إذا مات الشخص بسبب التعزير (راجع نظرية الضرورة: ص ١٤٤، ١٤٨).

مذاهب الفقهاء في التعسف في استعمال الحق:

عرف الفقه الإسلامي نظرية التعسف في استعمال الحق، بل إن القانون المدني المصري الجديد ومثله السوري قد حرص - لدى صياغة النص الذي أورده في هذه النظرية - على الاستفادة من القواعد التي استقرت في الفقه الإسلامي^(١).

وهنا يجدر بنا الإشارة مجملًا إلى آراء الفقهاء حول هذه النظرية:

أولاً- رأي أبي حنيفة والشافعي وداوود الظاهري: يرى هؤلاء أن الإنسان حر التصرف في ملكه، ولا يقيد حقه في ذلك حتى ولو تضرر الآخرون، لأنه يتصرف في خالص ملكه، وإن كان يلحق الضرر بغيره، فلا يسأل عن الضرر عملاً بقاعدة «الجواز الشرعي ينافي الضمان» لكن لا يصح ديانة عند أبي حنيفة اتخاذ حق الملكية سبيلاً إلى الإضرار بالناس^(٢)، لأن حديث «لا ضرر ولا ضرار» فيه دليل على تحريم الضرر على أي صفة كان، من غير فرق بين الجار وغيره^(٣)، كما أنه قال في حالة الجوار العلوي (الطوابق): لا يجوز تصرف الإنسان في ملكه إلا بإذن الجار، لأن الأصل في تصرفات المالك في ملكه التي تتعلق بها حق الغير: هو المنع والحظر، فلا يباح له إلا ما يتيقن فيه عدم الضرر، ويتوقف ما عداه على إذن صاحب الحق ورضاه. وهذا الرأي الذي هو مقتضى القياس شبيه بما كان سائداً لدى القانونيين من نظرية الحق المطلق^(٤).

ثانياً- رأي الصاحبين وجماعة من متأخري الحنفية ومجلة الأحكام العدلية: وهؤلاء يرون أن حرية المالك في ملكه مطلقة ما لم يترتب على ذلك إضرار بالآخرين، بشرط أن يكون الضرر فاحشاً، إذ لا ضرر ولا ضرار، والضرر يزال، ودرء المفاسد مقدم على جلب المصالح، وتصرف الإنسان في خالص ملكه

(١) انظر الوسيط للدكتور السنهاوي: ٨٣٦/١.

(٢) تبين الحقائق للزليعي: ١٩٦/٤ الطبعة الأولى، فتح القدير: ٥٠٦/٥ ط مصطفى محمد، الأم: ٢٢٢/٣ ط بولاق، المحلى: ٨ مسألة ١٣٥٥، ١٣٥٧.

(٣) نيل الأوطار: ٢٦١/٥ ط العثمانية.

(٤) النظرية العامة للالتزام للدكتور حجازي: ص ٤٦٢، نظرية القانون للدكتور محمد علي إمام:

إنما يصح إذا لم يتضرر به غيره^(١). وقد عرفت المادة ١١٩٩ من المجلة الضرر الفاحش فقالت: «الضرر الفاحش: كل ما يمنع الحوائج الأصلية يعني المنفعة الأصلية المقصودة من البناء كالسكنى أو يضر البناء أي يجلب عليه وهناً، ويكون سبب انهدامه» وهذا الضرر ممنوع بقطع النظر عن نية صاحب الحق.

وهذا الرأي الذي هو مقتضى الاستحسان عند الحنفية شبيه بالنظرية المادية عند القانونيين، وقد مشى أبو حنيفة على هذا الرأي في علاقات الجوار بالعلو والسفل، حتى إنه زاد على ذلك كما بينا، فقرر أنه لا يجوز لصاحب السفل أن يتصرف في ملكه من غير رضا صاحب العلو حتى ولو لم يضر به، لأن حرمة التصرف في ملك الغير وحقوقه لا تتوقف على وقوع الضرر، بل هو حرام، سواء تضرر به أم لا.

ثالثاً- رأي الإمامين مالك وأحمد: للمالك استعمال حقه في ملكيته على ألا يكون قصده الإضرار بالآخرين، أو يترتب على فعله إضرار الغير، فإذا تبين قصد الإضرار، أو لزم من استعمال الحق إضرار الآخرين، وجب منعه، وإزالة الضرر عيناً أو بدلاً عنه، عملاً بحديث «لا ضرر ولا ضرار»^(٢) وهذا الرأي الذي ينظر إلى قصد ذاتي ومعياري نفساني هو السائد قانوناً، ويمقتضاه يجب ضمان الأضرار الناجمة من سوء استعمال الحقوق. ومن أمثلة منع التعسف عند فقهاءنا هؤلاء: وجوب سد النافذة التي تطل على نساء الجار^(٣)، وردم البئر التي كانت سبباً في ذهاب ماء بئر الجار، ومنع دخول الجار من أرض جاره إذا كان يتضرر بذلك، ومنع بناء فرن أو حمام أو كير حداد أو صائغ في دار مما يضر دخانه

(١) البدائع: ٢٥٨/٦، رد المحتار: ٤/٤٦١ البابي الحلبي، وانظر المواد ١١٩٢-١١٩٧ من المجلة، جامع الفصولين: ٢/٢٨١ ط الأزهرية، ومراجع الحنفية السابق ذكرها.

(٢) انظر الموافقات للشاطبي: ٢/٣٤٨، القوانين الفقهية: ص ٣٤١، جامع العلوم والحكم لابن رجب: ص ٢٦٧ وما بعدها، وانظر عموماً النظرية العامة للموجبات والعقود للدكتور المحمصاني: ١/٣٩-٥٥، نظرية التعسف في استعمال الحق للدكتور فتحي الدريني: ص ٣٥٢ وما بعدها، المسؤولية التقصيرية بين الفقه والقانون للدكتور فوزي فيض الله: ص ٢٨٨ وما بعدها، الفقه الإسلامي في أسلوبه الجديد للمؤلف: ٢/٥٥٣ وما بعدها.

(٣) قال الكاساني في البدائع: ٦/٢٦٤: إن الامتناع عما يؤذي الجار ديانة واجب؛ لأن الحكم الدياني مبني على النوايا: «إنما الأعمال بالنيات».

بالجيران، ومنع بناء رحي (طاحونة) في داره يضر دويها بالجار، وهدم البنيان الذي بني بقصد منع الضوء والشمس والهواء عن الجار^(١).

وأما الركن الثاني وهو الضرر: فهو إلحاق مفسدة بالآخرين، أو هو كل إيذاء يلحق الشخص، سواء أكان في ماله أم جسمه أم عرضه أم عاطفته^(٢). فهو يشمل الضرر المادي كتلف المال، والضرر الأدبي كالإهانة التي تمس كرامة الإنسان أو تلحق به سمعة سيئة، سواء أكان ذلك بالقول كالقذف والشتم أم بالسعاية من دون حق إلى الحاكم، والرجوع عن الشهادة بعد صدور الحكم على المتهم، أم بالفعل الإيجابي كالضرب والإحراق والإغراق والترويع والتهديد وإتلاف الزروع والأشجار وهدم المباني، أم بالفعل السلبي كالامتناع عن ترميم الحائط أو إغاثة الملهوف أو عن إطعام المضطر أو عن تسليم الوديعة بعد طلب صاحبها لها، أو كضياع مصلحة محققة لعدم قيام المتعهد بتوريد السلعة في الوقت المحدد، أو الوفاء بالالتزام بشحن وتصدير البضاعة في زمان معين.

كل هذه الأضرار المادية والأدبية أو المعنوية إذا كانت محققة الوقوع تستوجب الضمان في العرف الحاضر، إلا أن جمهور فقهاءنا اقتصروا في تعويض الأضرار على النواحي المادية، دون المعنوية، فإنهم اكتفوا فيها بإيجاب عقوبة جنائية عليها، كحد القذف ثمانين جلدة الثابت بالقرآن الكريم، أو التعزير أي العقوبة غير المقدرة المفوضة إلى رأي القاضي وذلك في كل معصية أو جناية لا حد فيها^(٣).

ومع هذا فقد قرر أبو يوسف ومحمد صاحباً أبي حنيفة أنه يجب التعويض بسبب الضرر الأدبي في حالة الألم الجسماني، فقال محمد: تجب حكومة عدل (أي تعويض يقدره القاضي) على الجاني بقدر ما لحق المضروب أو المجروح من

(١) راجع الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن القيم: ص ٢٦٤، ط أنصار السنة المحمدية، القوانين الفقهية: ص ٣٤١.

(٢) المدخل الفقهي للأستاذ الزرقاء: ف ٥٨٦، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة للدكتور صبحي المحمصاني: ١/١٦٩ وما بعدها، ط ١٩٤٨.

(٣) الحد: عقوبة مقدرة وجبت حقاً للمجتمع مثل حد السرقة وحد الزنا والقذف وشرب المسكر والمحاربة.

الألم. وقال أبو يوسف: للمجني عليه أن يرجع على الجاني بما أنفقه من ثمن الدواء وأجرة الأطباء^(١).

وأما تعويض الضرر لضياح المصلحة فهو وإن لم ينص فقهاؤنا عليه إلا أنه يمكن للحاكم الحكم به بناء على القواعد العامة التي تنفي وقوع الضرر، وتطالب بضمان الأضرار المترتبة على الفعل بسبب تقصير أو إهمال أو عدم احتراز أو لتعارف الناس ذلك^(٢)، مثل قاعدة «الضرر يزال» و«لا ضرر ولا ضرار في الإسلام» «المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً».

ومما يؤيد وجوب تعويض الأضرار عموماً أن أبا يوسف من الحنفية، والمفتي به عند علماء المالكية، وبعض الشافعية، وابن تيمية وتلميذه ابن القيم من الحنابلة، كل هؤلاء يجيزون للقاضي أن يحكم في نطاق التعزيرات بالعقوبات المالية، أي بالجزاء النقدي بدلاً من الحبس وغيره على الأضرار التي لا عقوبة مقدرة فيها شرعاً، بدليل ما ثبت في سنة رسول الله ﷺ من أمره بكسر دنان الخمر وشق ظروفها، وهدمه مسجد الضرار للمنافقين، ومضاعفته الغرم على سارق ما لا حد فيه بالقطع من الثمر أو من غير حرز أو عام المجاعة، وأخذه شطر مال مانع الزكاة عزمة من عزمات الرب تبارك وتعالى، ومثل تحريق عمر وعلي رضي الله عنهما المكان الذي يباع فيه الخمر، ومصادرة عمر ما وجده من طعام مع سائل فوق كفايته، ونحو ذلك كثير، حتى إن من قال: «إن العقوبات المالية منسوخة» وأطلق ذلك، فقد غلط في نقل مذاهب الأئمة والاستدلال عليها.

بل إن أئمة المذاهب الأربعة الذين لا يجيزون التعزير بأخذ المال في الراجح عندهم، نظروا إلى اعتبارات سياسية محضة وهي خشية أن يتسلط الظلمة من الحكام على أموال الناس، فيأخذوها بغير حق باسم العقوبة، ثم يأكلونها. وهذا

(١) المبسوط للسرخسي: ٨١/٢٦، الدر المختار: ٤١٥/٥، مجمع الضمانات: ص ١٧١، النظرية العامة للموجبات: ١٥٤/١، ١٧١.

(٢) انظر المدخل للزرقاء: ف ٢٣٤، ٥٠٦، المسؤولية التقصيرية للدكتور فيض الله: ص ١٣٣ وما بعدها.

المحذور غير قائم الآن بعد تنظيم القانون الوضعي كيفية دفع الغرامات إلى الخزينة العامة مباشرة^(١).

وأما الرابطة بين التعدي (الخطأ) والضرر إما مباشرة وإما تسبباً فهو الأساس الثالث للضمان، إلا أنه لا ينطبق عليه معنى الركن المقصود هنا: وهو ما يتوقف عليه وجود الشيء، وإنما هو بمعنى اشتراط عدم المانع للسبب كما بينا سابقاً^(٢).

وقد حدد الفقهاء هذه الصلة أو الرابطة بأن تكون إما على سبيل المباشرة أو السببية، فلا ضمان في غير المباشرة والتسبب^(٣).

والمباشرة: إيجاد علة التلف؛ أي إنه ينسب إليه التلف في العرف والعادة كالقتل والأكل والإحراق. والسبب: إيجاد ما يحصل الهلاك عنده أي إنه لا ينسب إليه الهلاك عادة، وإنما يكون شيئاً مقصوداً لتحصيل وترتيب ما ينسب إليه الهلاك^(٤).

وبعبارة أخرى: المباشرة: أن يتصل فعل الإنسان بغيره ويحدث منه التلف، كما لو جرح إنسان غيره أو ضربه فمات.

والتسبب: أن يتصل أثر فعل الإنسان بغيره، لا حقيقة فعله، فيتلف به، كما في عملية حفر البئر، فإن أثر الحفر وهو العمق هو الذي اتصل بمن وقع فيه فمات،

(١) راجع الحسبة في الإسلام لابن تيمية: ص ٤٩ وما بعدها، الطرق الحكمية لابن القيم: ص ٢٦٦ وما بعدها، أعلام الموقعين لابن القيم: ٢٢/٣ الطبعة الأولى، القواعد لابن رجب: ص ٣١٢، رد المحتار على الدر المختار: ١٩٥/٣، الأشباه والنظائر لابن نجيم: ص ٤٧ في الرسالة الثالثة عشرة من رسائله، التعزيز في الشريعة الإسلامية للدكتور عبد العزيز عامر: ص ٣٣٢ وما بعدها، المدخل للزرقاء: ف ٣٣٣.

(٢) انظر المسؤولية التقصيرية بين الفقه والقانون للدكتور فوزي فيض الله: ص ٣١٨، الوسيط في أصول الفقه للمؤلف ط أولى: ص ٩٩.

(٣) النظرية العامة للموجبات والعقود للمحمصاني: ١/١٨٠.

(٤) الوجيز للغزالي وشرحه فتح العزيز للرافعي بهامش المجموع للنووي: ج ١١/٢٣٩، ٢٤١ وما بعدها، قواعد الأحكام لابن عبد السلام: ص ١٣١.

فالتلف لم يحدث بحقيقة الفعل وهو الحفر، لأن الحفر متصل بالمكان لا بالواقع في البئر^(١).

وعرفت المجلة كلاً من الإتلاف مباشرة وتسبباً فقالت: «الإتلاف مباشرة: هو إتلاف الشيء بالذات، ويقال لمن فعله: فاعل مباشر» (م ٨٨٧) «الإتلاف تسبباً: هو التسبب لتلف شيء يعني إحداث أمر في شيء يفضي إلى تلف شيء آخر على جري العادة، ويقال لفاعله: متسبب، كما أن من قطع حبل قنديل معلق يكون سبباً مفضياً لسقوطه على الأرض وانكساره، ويكون حينئذ قد تلف الحبل مباشرة، وكسر القنديل تسبباً؛ وكذلك إذا شق أحد ظرفاً فيه سمن، وتلف ذلك السمن: يكون قد أتلّف الظرف مباشرة، والسمن تسبباً» (م ٨٨٨).

والمباشر: هو أن يحصل التلف بفعله من غير أن يتخلل بين فعله والتلف فعل مختار. والمتسبب: هو الذي حصل التلف بفعله وتخلل بين فعله والتلف فعل مختار^(٢).

فإذا وجدت المباشرة وحدها لزم الضمان مثل السرقة، والإحراق، والإغراق، والهدم، والكسر، والذبح، والقطع، ونحو ذلك.

وإذا وجد التسبب وحده، وجب الضمان بالشروط الآتية:

- ١- أن يحدث تعد من فاعل السبب.
 - ٢- أن يقع الضرر بتعمد المتسبب.
 - ٣- أن يؤدي السبب إلى النتيجة قطعاً دون تدخل سبب آخر حسب العادة.
- أو ألا يتخلل بين السبب والمسبب فعل شخص آخر، وإلا نسب الفعل إليه مباشرة^(٣).

(١) راجع كشف الأسرار على أصول البزدوي: مجلد ٢/ ١٢٦٩.

(٢) غمز عيون البصائر شرح الأشباه: ١/ ١٩٦.

(٣) شرح المجلة للشيخ خالد الأتاسي: ٣/ ٤٦٤. وهذه الشروط يمكن أخذها من المجلة، نصت المادة (٩٢٤): «يشترط التعدي في كون التسبب موجباً للضمان: يعني ضمان المتسبب في الضرر مشروط بعمله فعلاً مفضياً إلى ذلك الضرر بغير حق، مثلاً: لو حفر أحد =

وإذا كان العلماء متفقين في الجملة على هذا، فإنهم اختلفوا في تقدير وجود السبب في بعض الحالات، منها ما يأتي:

فتح القفص ونحوه:

أولاً- من فتح حانوتاً لرجل فتركه مفتوحاً فسُرق، أو فتح قفص طائر فطار، أو حل رباط دابة فهربت أو فتح باب الإصطبل أو حل رباط سفينة فغرقت أو ذهبت بها الرياح، ففي كل هذه الحالات يضمن المتسبب عند المالكية والحنابلة ومحمد بن الحسن من الحنفية، لأنه تسبب في الإتلاف، وأضاف المالكية قولهم: «سواء فعل ذلك كله عمداً أم خطأ».

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: لا يضمن لأن مجرد الفتح ونحوه ليس بإتلاف مباشرة ولا تسبباً.

وقال الشافعية: من فتح قفصاً على طائر وهيّجه، فطار في الحال: ضمنه؛ لأنه ألجأه إلى الفرار، وإن اقتصر على الفتح فالأظهر أنه إن طار في الحال: ضمن، لأن طيرانه في الحال يشعر بتنفيذه، وإن وقف ثم طار، فلا يضمنه، لأن طيرانه بعد الوقوف يشعر باختياره. وهذا التفصيل ينطبق على حل رباط بهيمة، أو فتح باب ونحو ذلك.

أما لو حل رباطاً عن علف في وعاء فأكلته بهيمة في الحال، ضمن. ومن فتح باب الحرز فسرق غيره أو دل سارقاً فسرق لا ضمان عليه، لأنه لم يوجد منه سبب يمكن تعليق الضمان به. وإن حل رباط سفينة فغرقت، فإن غرقت في الحال ضمن لأنها تلفت بفعله، وإن وقفت ثم غرقت: فإن كان بسبب حادث كريح هبت، لم يضمن؛ لأنها غرقت بغير فعله، وإن غرقت من غير سبب حادث ففيه رأيان:

= في الطريق العام بئراً بلا إذن أولي الأمر، وسقطت فيه دابة لآخر، وتلفت، يضمن، وأما لو سقطت الدابة في بئر كان قد حفره في ملكه وتلفت: لا يضمن^١ ونصت المادة (٩٢٥): «لو فعل أحد فعلاً يكون سبباً لتلف شيء، وأحل في ذلك الوقت فعلاً اختيارياً يعني لو أتلف آخر ذلك الشيء مباشرة، يكون ذلك الفاعل المباشر صاحب الفعل الاختياري ضامناً».

أحدهما: لا يضمن كالزق إذا ثبت بعد فتحه ثم سقط.

والرأي الثاني: أنه لا يضمن، لأن الماء أحد المُتلفات^(١).

وفي رأينا أن المذهب الأول أصح وأرجح، لذا أخذت به المجلة (م ٩٢٢).

فتح وعاء السمن:

ثانياً- لو فتح إنسان زقاً (أي ظرفاً) فيه زيت أو سمن ونحوهما فخرج ما فيه: ضمن، لأن فعله سبب تلفه، ولم يتخلل بينهما سبب آخر يمكن إحالة الحكم عليه، إلا أن أبا حنيفة وأبا يوسف قالوا: إذا كان الزيت الموجود في الظرف ذائباً فسال منه، ضمن، وإن كان السمن جامداً فذاب بالشمس وزال، لم يضمن، لأن المائع يسيل بطبعه إذا وجد منفذاً بحيث يستحيل استمساكه عادة، فكان حل الرباط إتلافاً له تسببياً، أما الجامد فلا يسيل بطبعه، فإن سال بحرارة الشمس فلا يعدّ فاتح الظرف سبباً في إتلافه ولا مباشراً له^(٢).

وقال الشافعية: إذا كان الزق مطروحاً على الأرض، فخرج ما فيه بالفتح وتلف، يضمن، حتى ولو كان التقاطر بإذابة شمس أو حرارة أو ريح مع مرور الزمن، لأن الإتلاف ناشئ عن فعله، سواء أحضر المالك، وأمكنه تدارك الأمر فلم يفعل، أم لا. أما إذا كان الزق منصوباً على شيء، ففتحته فإن سقط بالفتح أو بتقاطر ماء فيه وابتلال أسفله به، وخرج ما فيه وتلف، ضمن، وإن سقط بسبب ريح أو نحوها كزلزلة، ووقوع طائر، أو جهل الحال فلم يعلم سبب سقوطه، لم يضمن لأن التلف لم يحصل بفعله^(٣).

(١) البدائع: ١٦٦/٧، جامع الفصولين: ١١٥/٢، ١١٦، مجمع الضمانات: ص ١٤٨، القوانين الفقهية: ص ٣٣٢، مغني المحتاج: ٢٧٨/٢، المذهب: ٣٧٤/١ وما بعدها، فتح العزيز شرح الوجيز بهامش المجموع: ٢٤٥/١١ وما بعدها، المغني: ٢٨٠/٥، كشف القناع: ٩٨/٤، الشرح الكبير للدردير: ٤٥١/٣.

(٢) المراجع السابقة، مجمع الضمانات: ص ١٤٨، ١٥٣.

(٣) مراجع الشافعية السابقة، نهاية المحتاج: ١١١/٤ وما بعدها.

الترويع:

ثالثاً- إذا بعث الحاكم إلى امرأة يستدعيها إلى مجلس القضاء، فأجهضت جنينها فزعاً أو زال عقلها، فقال أبو حنيفة وابن حزم: لا ضمان في شيء من ذلك على أحد جملة، إذ ليس السبب متصلاً بالنتيجة قطعاً. وقال جمهور الفقهاء: يضمن الحاكم الدية^(١)، لما روي أن عمر رضي الله عنه أرسل إلى امرأة يدعوها إليه، فقالت: يا ويلها، ما لها ولعمر، فيينا هي في الطريق، فزعت، فجاءها الطلق، فألقت ولداً، فصاح الصبي صيحتين، ثم مات، فاستشار عمر أصحاب النبي ﷺ، فأشار بعضهم أن ليس عليك شيء، إنما أنت والٍ ومؤدب، وصمت علي، فأقبل عليه عمر، فقال: ما تقول يا أبا الحسن؟ فقال: إن كانوا قالوا برأيهم، فقد أخطأ رأيهم، وإن كانوا قالوا في هواك فلم ينصحوا لك، إن ديتك عليك، لأنك أفزعتها، فألقته، فقال عمر: أقسمت عليك ألا تبرح حتى تقسمها على قومك» أي بني عدي من قريش^(٢).

ولو ماتت المرأة نفسها فزعاً، وجبت ديتها عند الحنابلة، لأنها نفس هلكت بسبب الحاكم، فيضمنها كما يضمن جنينها، وكما لو ضربها فماتت.

وقال المالكية والشافعية: لا تضمن المرأة، لأن الإفزاع ليس بسببٍ للهلاك عادة. ونازع الحنابلة في ذلك فقالوا: إن الترويع سبب للإسقاط والإسقاط سبب للهلاك عادة، ثم لا يتعين في الضمان كونه سبباً معتاداً، فإن الضربة والضربتين بالسوط ليس سبباً للهلاك في العادة، ومتى أفضت إليه وجب الضمان.

ويجري هذا الخلاف بسبب الإفزاع فيمن شهر سيفاً في وجه إنسان أو دلاه من مكان شاهر، فمات من روعته، أو ذهب عقله. وكذا لو صاح إنسان بصبي أو مجنون أو معتوه صيحة شديدة، وهو على سطح أو حائط ونحوهما، فوقع فمات، أو ذهب عقله. أو لو تغفل أحد بالغاً عاقلاً، فصاح به، فأصابه ذلك، فلا ضمان

(١) عند الشافعية والحنابلة: الضمان على العاقلة (أي الأسرة أو القبيلة التي تربطها رابطة الدم الواحد أي عصبة الإنسان وأقاربه) وعند المالكية: على الحاكم.

(٢) والقاعدة في ذلك حينئذ: «خطأ القاضي في بيت المال» أي إن خطأه واجب في بيت مال المسلمين، وليس في ماله هو.

لديته عند الحنفية لعدم تعديه أي لم يكن ذلك سبباً كافياً للضمان، وفي بعض كتب الحنفية: إنه يضمن بالصياح على الصغير، قال ابن عابدين: فيحمل الأول أي عدم الضمان على ما إذا لم يكن فجأة.

وقال جمهور الفقهاء: يجب الضمان في كل ذلك لأن الفاعل متسبب في الإتلاف، إلا أن للشافعية قولين في ضمان البالغ، قيل: يضمن، وقيل: لا يضمن^(١).

الحبس أو الحيلولة:

رابعاً- اختلف العلماء فيمن حبس المالك عن ماله حتى تلف: أي المال، أو عن ماشيته حتى تلفت، فقال الشافعية: لا ضمان عليه إذا لم يقصد منعه عن الماشية مثلاً، لأنه لم يتصرف في المال، وإنما تصرف في المالك، فإن قصد منع المالك عن ملكه ضمن، وهذا هو المبدأ المعروف عندهم **بالحيلولة**: وهي أن يحول بين الشخص وبين ملكه حائل حتى تلف، وهو السبب الرابع من أسباب الضمان بعد العقد واليد والإتلاف.

وقال الحنابلة والمالكية: عليه ضمان ما تلف به، لأنه سبب هلاكه^(٢).

وقال الحنفية:

«من حال بين شخص وبين أملاكه، حتى تلفت، لم يضمن، ولو فعل ذلك في المنقول ضمن^(٣)».

(١) راجع في ذلك كله المذهب: ١٩٢/٢، الأحكام السلطانية للماوردي: ص ٢٣٠، المغني: ٨٣٢/٧ وما بعدها، كشاف القناع: ٩٩/٤، الإفصاح عن معاني الصحاح لأبي المظفر يحيى بن هبيرة: ص ٣٣٩ الطبعة الأولى بحلب، المحلى: ٢٩/١١ وما بعدها، مسألة ٢١٢٠، ط الإمام بالقاهرة، اللآلئ الدرية في الفوائد الخيرية بهامش جامع الفصولين: ٢/ ٢١٢ ط الأولى بالأزهرية، الميزان للشعراني: ١٤٧/٢ ط البابي الحلبي، الدر المختار: ٣٩٧/٥، مجمع الضمانات: ص ١٧٢.

(٢) فتح العزيز شرح الوجيز بهامش المجموع: ٢٤٧/١١، المغني لابن قدامة: ٢٢٣/٥، ٧/ ٨٣٤، الطبعة الثالثة، الشرح الكبير للدردير: ٢٤٢/٤، نهاية المحتاج: ١١٢/٤، مغني المحتاج: ٢٨٣/٢، الأشباه والنظائر للسيوطي: ص ٢٧٨.

(٣) جامع الفصولين: ١١٧/٢، الباب شرح الكتاب: ١٨٩/٢.

والخلاصة أن الحيلولة بين المالك وملكه سبب من أسباب الضمان عند جمهور الفقهاء، وليست سبباً لذلك عند الحنفية فيما عدا المنقول.

انتفاء السببية

قد تتدخل عوامل خارجية عدا السبب الأصلي في إحداث الضرر، وقد يشترك في التعدي شخصان فأكثر، وقد يترتب على سبب واحد سلسلة من الأضرار، فمن المسؤول عن الضمان في هذه الحالات الثلاث؟

المطلب الأول : طروء سبب آخر في إحداث الضرر

قد يتسبب إنسان في إحداث ضرر، ولكنه لا يكون وحده في ذلك، وإنما تطرأ قوة قاهرة أو حادث مفاجئ، أو خطأ من المتضرر نفسه، أو من شخص آخر، فيقع الضرر عندئذ بسبب هذه الحالات، فلا يسأل المتسبب الأول عن الضمان فيما عدا حالة الغصب، لأن القاعدة الفقهية تقرر «إذا اجتمع المباشر والمتسبب أضيف الحكم إلى المباشر» (م ٩٠ من المجلة).

أما القوة القاهرة:

فهي أن يحصل التلف بقوة لا يستطيع الإنسان دفعها، وليس في إمكانه الاحتراز منها^(١)، فلا يضمن المتسبب، لأن القاعدة الفقهية تقرر «ما لا يمكن الاحتراز منه لا ضمان فيه»^(٢) ومن أمثلتها ما ذكره الحنفية: «لو وضع أحد جمرة على طريق، فهبت بها الريح، وأزالتها عن مكانها، فأحرقت شيئاً لا يضمن الواضع، وكذا لو وضع حجراً في الطريق، فجاء السيل، ودحرجه، فكسر شيئاً: لا يضمن الواضع؛ لأن جنايته زالت بالماء والريح»^(٣) «إذا حل شخص سفينة

(١) المسؤولية المدنية والجناية في الشريعة الإسلامية لأستاذنا الشيخ محمد شلتوت: ص ٣٢.

(٢) الفرائد البهية في القواعد الفقهية للشيخ محمود حمزة: ص ٦٢.

(٣) تبين الحقائق للزيلعي: ١٤٣/٦ وما بعدها، مجمع الضمانات للبغدادى: ص ١٤٩، وانظر

مثل ذلك الوجيز وشرحه فتح العزيز بهامش المجموع: ٢٤٣/١١.

مربوطة في يوم ريح: إن ثبتت بعد الحل أقل القليل، ثم سارت وغرقت: لا يضمن^(١).

قال في الدر المختار ورد المختار: «وأما الحاكم إذا قطع يد السارق فمات، والختان والفصاد، والبزاع (أي البيطار)، فلا يتقيد فعلهم بشرط السلامة»^(٢) أي فلا ضمان عليهم بسبب سراية الجرح إلى النفس والموت بعده. ومثل ذلك الطبيب الجراح لا يضمن تلف النفس بعد إجراء العملية الجراحية لمريض إذا قام بواجبه على الوجه المعتاد^(٣).

وأما الحادث المفاجئ: فهو أن يحصل التلف بفعل يقدر الإنسان على دفعه، ولكنه فوجئ به في مكان مأمون عادة، كمفاجأة راعي الغنم بذئب في حقل مثلاً^(٤). جاء في الفتاوى البزازية: «لو أكل الذئب الغنم، والراعي عنده: إن كان الذئب أكثر من واحد: لا يضمن، لأنه كالسرقة غالباً (أي كالقوة القاهرة). وإن كان واحداً يضمن؛ لأنه يمكن المقاومة معه، فكان من جملة ما يمكن الاحتراز منه، بخلاف الزائد على الواحد»^(٥) أي إن الضمان هنا في مكان غير مأمون عادة كالصحراء والجبال والوديان.

وأما خطأ المتضرر: فهو أن يقع الضرر مباشرة منه بالرغم من وجود متسبب له، مثل أن يضع شخص سكيناً في يد صبي، فيقتل بها نفسه، فلا يضمن المتسبب،

(١) جامع الفصولين: ١١٦/٢، المهذب ١/٣٧٥.

(٢) الدر المختار: ٤٠١/٥.

(٣) هذا وقد أثبتنا في كتابنا «نظرية الضرورة الشرعية» سبق الفقه الإسلامي إلى معرفة نظرية الظروف الطارئة والقوة القاهرة (الجوائح أو الآفة السماوية كطغيان أو فيضان أو صقيع أو صواعق) كسبب لإعفاء الدائن من المسؤولية. وقد وصف الفقيه الفرنسي لامبير نظرية الضرورة في الإسلام بقوله: «تعتبر نظرية الضرورة في الفقه الإسلامي أكثر جزءاً وشمولاً من فكرة يوجد أساسها في القانون الدولي العام في نظرية الظروف المتغيرة: شرط بقاء الحال على ما هو عليه، وفي القضاء الإداري الفرنسي في نظرية الظروف الطارئة، وفي القضاء الإنجليزي فيما أدخله من المرونة على إيقاف نظرية تنفيذ الالتزام تحت ضغط الظروف الاقتصادية التي نشأت بسبب الحرب، وفي القضاء الدستوري الأمريكي في نظرية الحوادث المفاجئة» (الإسلام ضرورة عالمية ص ١٩٥ وما بعدها، للأستاذ زاهر عزب الزغبى).

(٤) الأستاذ شلتوت، المكان السابق.

(٥) مجمع الضمانات: ص ٢٩ وما بعدها.

لمباشرة الصبي قتل نفسه، هذا في قول عند الحنفية. والقول الآخر وهو المختار عندهم: أنه يضمن^(١).

ومثل ذلك: «إذا سار الرجل على دابة في الطريق، فنخسها رجل أو ضربها، فنفتحته، كان دمه هدرًا، لأن ذلك تولد من نخسه، فصار كأنه هو الذي جنى على نفسه»^(٢).

ومثله أيضاً: «من رفع قلنسوة من رأس إنسان، ووضعها على رأس رجل آخر، فطرحها الرجل عن رأسه، قال الحنفية: إن كانت القلنسوة بمراى العين من صاحبها، وأمكنه رفعها من ذلك الموضع، لا يضمن الطارح، لأن ذلك بمنزلة الرد على المالك، وإن لم يكن كذلك يكون ضامناً»^(٣) أي إن صاحبها قصر في الحالة الأولى فهو الضامن.

وأما خطأ شخص آخر غير المتسبب: فهو أن يتدخل شخص ثالث أجنبي بين السبب والمسبب، مثاله «لو فتح شخص باب دار فسرق آخر منه متاعاً، لم يضمن الفاتح، سواء سرق عقيب الفتح أو بعده، وكذا لو حل رباط دابة، أو فتح باب قفص، فأخذ الدابة أو الطير آخر، لم يضمن الفاتح وفاقاً»^(٤) «إذا شق رجل بطن رجل، وأخرج أمعاءه، ثم ضرب رجل عنقه بالسيف عمداً، فالقاتل هو الذي ضرب العنق»^(٥).

«رجل حفر بئراً في الطريق، فألقى رجل نفسه فيها متعمداً، لا يضمن الحافر» أي لأنه إذا اجتمع المباشر والمسبب أضيف الحكم إلى المباشر، فلا ضمان على حافر البئر تعدياً بما تلف بإلقاء غيره فيه^(٦).

(١) جامع الفصولين: ١١٢/٢، الدر المختار ورد المحتار: ٣٩٧/٥، مجمع الضمانات: ص ١٦٦، ١٧٢، الأشباه والنظائر لابن نجيم: ١٩٦/١.

(٢) المبسوط: ٢/٢٧، الدر المختار: ٤٣١/٥ ط البايي الحلبي، جامع الفصولين: ١١٩/٢.

(٣) مجمع الضمانات: ص ١٤٤، جامع الفصولين: ١١٧/٢.

(٤) جامع الفصولين: ١١٦/٢.

(٥) مجمع الضمانات: ص ١٧١.

(٦) المرجع السابق: ص ١٧٨، ١٨٠.

«من ألقى شخصاً من شاهق جبل فتلقيه آخر فقدته، فالقصاص على القاذ فقط»^(١).

«من أردى غيره في بئر، فالضمان على المردى وحده دون الحافر، لأن الأول مباشر والثاني متسبب، والمباشر مقدم في الضمان»^(٢).
والخلاصة أن السببية تنتفي من أجل الضمان إذا وجدت قوة قاهرة أو حادث مفاجئ أو خطأ من المتضرر أو من شخص آخر أجنبي.

المطلب الثاني : تعدد الأسباب

إذا كان للضرر عدة أسباب، فمن المسؤول عن إحداث الضرر؟ هل يشترك جميع الجناة في المسؤولية، أم ينفرد أحدهم بها دون الآخرين؟
في الجواب تفصيل: إما أن يكون فعل المعتدين من نوع واحد، وإما من نوع مختلف.

أ- فإن كان فعل المعتدين من نوع واحد بأن كانوا جميعاً مباشرين أو متسببين، فهم جميعاً مسؤولون على حد سواء، مثاله في المسؤولية الجنائية: اشتراك جماعة في قتل شخص واحد، فإنه يقتصر منهم جميعاً (أي يطبق عليهم حكم الإعدام) عند جمهور الصحابة وأئمة المذاهب الأربعة، فقد قتل عمر رضي الله عنه سبعة برجل من أهل صنعاء، وقال: «لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم جميعاً» رواه مالك في الموطأ عن عمر.

وقال بعض الصحابة والتابعين والظاهرية: لا تقتل الجماعة بالواحد، وإنما يقتل منهم واحد، ويؤخذ من الباقي حصصهم من الدية، لأن كل واحد منهم مكافئ للمقتول، فلا تستوفى أبدال بمبدل واحد، كما لا تجب ديات لمقتول واحد^(٣).

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي: ص ١٤٥.

(٢) الشرح الكبير للدردير: ٤٤٤/٣.

(٣) البدائع: ١٣٨/٧، الدر المختار: ٣٩٤/٥، اللباب شرح الكتاب: ١٥٠/٣، بداية المجتهد: ٣١٢/٢، الشرح الكبير للدردير: ٢٤٥/٤، قواعد الأحكام: ١٣٣/٢، مغني المحتاج: ١٢/٤، المغني: ٦٧١/٧ وما بعدها، الإفصاح عن معاني الصحاح: ص ٣٢٢، المحلى: ٦٠٧/١٠، م ٢٠٨٦، نصب الرأية: ٣٥٣/٤.

وفي السرقة اتفق العلماء على أنه إذا اشترك جماعة في سرقة، فحصل لكل واحد منهم نصاب^(١)، فيقام حد السرقة (وهو قطع اليد من الرسغ) على كل واحد منهم. أما إذا كان المسروق كله نصاباً، واشترك جماعة في سرقة، فقال أبو حنيفة والشافعي: لا يقام الحد على واحد منهم، لعدم توافر معنى الجريمة بوضع كامل بالنسبة إلى كل واحد منهم، وإنما يكتفى بالتعزير ضرباً أو توبيخاً أو حبساً.

وقال المالكية: إن كان لكل واحد قدرة على حمله بانفراده، فلا يقطع أحد، وإلا بأن احتاجوا في إخراج المسروق إلى تعاون بعضهم، فيقطعون جميعاً. وقال الحنابلة: يقام الحد على الجميع حفظاً لأموال الناس^(٢).

ومثاله في المسؤولية المدنية: اشتراك جماعة في إتلاف شيء، فإنهم يضمنون المثل أو القيمة، ويتحمل كل واحد منهم نصيبه دون تضامن فيما بينهم عملاً بمبدأ المسؤولية الفردية المقرر في الإسلام: ﴿وَلَا نَزْرُ وَإِزْرُ وَزَرَ أُخْرَى﴾ [الأنعام: ١٦٤/٦] أي لا تتحمل نفس آثمة جناية آخر.

وإن تفاوت فعل المعتدين قوة وضعفاً، قدم السبب الأقوى عند المالكية والحنابلة وقياساً عند الحنفية، فإن قصد أفراد مثلاً قتل إنسان، كل على انفراده دون اتفاق مع غيره، أو قصد كل واحد منهم ضربه بلا قصد قتل فمات، قدم للقصاص الأقوى فعلاً حيث تميزت أفعالهم، وهو من مات القتل من فعله بأن أنفذ مقتلاً. وإن لم يكن فعله أشد من فعل غيره، فيقتل ويقتص مثلاً ممن جرح أو قطع عضواً، ويعزر من لم يجرح^(٣). وأما مقتضى الاستحسان عند الحنفية فهو

(١) النصاب: عشرة دراهم أو دينار عند الحنفية، وثلاثة دراهم أو ربع دينار عند جمهور الفقهاء، وقدر الدينار في قانون الحدود الليبي عام ١٩٧٢ بسعر الذهب في ذلك الوقت وهو ما يساوي ١٠ دنانير ليبية، والدينار يساوي (٤,٤٥٧ غ) فيضرب بسعر غرام الذهب الحالي، ويعرف قدره بالنقود الراجعة في كل بلد.

(٢) البدائع: ٧٨/٧، فتح القدير: ٢٢٥/٤، مغني المحتاج: ١٦٠/٤، المهذب: ٢٧٧/٢، بداية المجتهد: ٢ ص ٤٣٩، المنتقى على الموطأ: ١٧٨/٧، حاشية الدسوقي والشرح الكبير: ٣٣٥/٤، المغني: ٢٨٢/٨.

(٣) الشرح الكبير للدردير مع الدسوقي: ٢٤٩/٤، الفروق ٢/٢٠٨، القواعد لابن رجب: ص ٢٨٥.

توزيع الضمان على المشتركين حسب دور كل واحد في إحداث الضرر قوة وضعفاً^(١).

قال البغدادي من علماء الحنفية في القرن الحادي عشر: «ازدحم جماعة يوم الجمعة، فدفع بعضهم بعضاً، فوقع على زجاج الخزاف وقدره، فانكسرت: يضمن الدافع إن انكسرت بقوة دفعه»^(٢) وسنذكر في بحث القواعد الفقهية أمثلة أخرى لاشتراك المتسببين في إحداث الضرر كما يقضي استحسان الحنفية.

ب- وأما إن اختلف عمل المعتدين بأن كان بعضهم مباشراً، والآخر متسبباً، فتطبق القاعدة الفقهية القائلة: «إذا اجتمع المباشر والمتسبب أضيف الحكم إلى المباشر» أي إذا غلبت المباشرة السبب، وذلك بأن تقطع عمله وأثره، مثلاً: لو حفر رجل بئراً في الطريق العام، فألقى أحد حيوان شخص في ذلك البئر، ضمن الذي ألقى الحيوان، ولا شيء على حافر البئر» (م ٩٠ مجلة).

ومن أمثلتها: «رجل حفر بئراً في الطريق، فألقى آخر نفسه فيها متعمداً، لا يضمن الحافر، وإن لم يوقع فيها نفسه، فسقط وسلم من السقوط، ومات فيها جوعاً أو غماً، لا يضمن الحافر في قول أبي حنيفة لأنه مات بفعل نفسه لا بفعل الحافر، وقال أبو يوسف: إن مات فيها جوعاً فكذلك لا يضمن، وإن مات فيها غماً بأن أثر الغم على قلبه قبل الوقوع، فمات من ذلك، ضمن الحافر. وقال محمد: يضمن الحافر في الوجوه كلها، لأن الموت حصل بسبب الوقوع في البئر»^(٣).

- «نقب شخص حائطاً فغاب، فدخل منه رجل فسرقت لا يضمن الناقب، وبه يفتى، لأنه سبب والسارق مباشر».

- «وإذا دل سارقاً على مال إنسان، فسرقه لا يضمن المال»^(٤).

(١) تكملة البحر الرائق للطوري: ٣٩٧/٨، المسؤولية التقصيرية للدكتور فيض الله: ص ٣٢٧.

(٢) مجمع الضمانات: ص ١٤٩.

(٣) المرجع السابق: ص ١٨٠، الأشباه والنظائر للسيوطي: ص ١٤٥.

(٤) الأشباه والنظائر لابن نجيم: ١٩٦/١، مجمع الضمانات: ص ١٥٣.

- «ومن أمسك شخصاً ليقته آخر، فقتله، يضمن القاتل فقط أي يقتص منه عند الحنفية؛ لأنه باشر القتل ويجب التعزير على الممسك من غير حبس».

وقال المالكية، والإمام أحمد في رواية: يشتركان معاً في الضمان والقصاص لقول عمر رضي الله عنه في قتل جماعة: «لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم به».

وقال أحمد في الرواية الأخرى الراجحة والظاهرية والشافعية: «يقتل القاتل، ويحبس الممسك حتى يموت»^(١) وسيأتي مزيد من بيان لهذه القاعدة إن شاء الله.

- «إذا اشترك اثنان في نقب جدار، فدخل أحدهما، وأخذ المتاع، وناول الآخر، وهو خارج المكان أو رمى به إليه، فقال المالكية والشافعية والحنابلة: يعاقب الداخل وحده بقطع يده، دون الخارج لأنه هو الذي أخرج المتاع، مع المشاركة في النقب. وقال أبو حنيفة: لا يعاقب أحد؛ لأن كل واحد لم يستقل بالنقب والإخراج. وقال الصاحبان: يعاقب الداخل إن أخرج يده وناول الخارج»^(٢).

حالات مستثناة من قاعدة تقديم المباشر على المتسبب:

قد يكون المتسبب وحده هو الضامن، وقد يشترك المتسبب مع المباشر في الضمان^(٣).

١- ضمان المتسبب وحده:

إذا كان المتسبب هو العامل الأهم في إحداث الضرر، وذلك بأن يتغلب السبب

(١) الدر المختار ورد المختار: ٣٨٤/٥، البدائع، ٢٧٤/٧، قواعد الأحكام لابن عبد السلام ١٣٣/٢، الأشباه للسيوطي، المكان السابق، الشرح الكبير للدردير: ٢٤٥/٤، المذهب: ١٧٦/٢، مغني المحتاج: ٤/٤، ٨، القواعد لابن رجب: ص ٢٨٧، المغني: ٧/٧٥٥، بداية المجتهد: ٣٨٩/٢، الإفصاح: ص ٣٢٣، المحلى: ٦٢١/١٠، م ٢٠٩٠.

(٢) المبسوط: ١٤٧/٩، فتح القدير: ٢٤٣/٤، الشرح الكبير للدردير: ٣٤٣/٤، المذهب: ٢/٢٧٩، المغني: ٨/٢٨٤.

(٣) انظر النظرية العامة للموجبات والعقود للدكتور المحمصاني: ١٩٠/١ وما بعدها.

على المباشرة إذا لم تكن المباشرة عدواناً^(١) فيضمن وحده الضرر الحادث، كما أنه يضمن خطأه العقدي إذا كان هو المتسبب فيه.

من أمثلة الصورة الأولى: «من ضرب دابة عليها راكب، أو نخسها بعود بلا إذن الراكب، فنفحت أو ضربت بيدها شخصاً آخر، أو نفرت، فصدمة وقتلته، ضمن هو أي الناحس، لا الراكب، لأنه غير متعد، فترجح جانب الناحس في التغريم للتعدي. ولكن يلاحظ أن الناحس إنما يضمن إذا كانت النفحة أو الضربة أو الوثبة أو الوطاء فور النخس، وإلا فالضمان على الراكب، لانقطاع أثر النخس»^(٢) أي أن يتوافر معنى السببية في إحداث الضرر.

- «لو دفع شخص إلى صبي سكيناً ليمسكه له، فوقعت عليه فجرحته، كان الضمان على الدافع»^(٣).

- «الإفتاء بتضمن الساعي بالشر»^(٤): من سعى إلى حاكم ظالم حتى غرم رجلاً، فإن كانت السعاية بحق كأن كان يؤذيه، وعجز عن دفعه إلا بسعيه، أو كان المشكو فاسقاً لا يمتنع بالأمر بالمعروف، ففي مثل ذلك لا يضمن الساعي، وإن لم تكن السعاية بحق، كأن يقول: إن فلان مالاً كثيراً، أو إنه يريد الفجور بأهلي أو ضربني أو ظلمني فغرمه السلطان شيئاً، فيضمنه الساعي، سواء أكان كاذباً أم صادقاً إلا أنه غير متظلم ولا محتسب في ذلك»^(٥).

- «إذا وضع رجل في الطريق حجراً أو بنى فيه بناء، أو أخرج من حائط جذعاً

(١) التشريع الجنائي الإسلامي: ٤٦/٢.

(٢) المبسوط: ٢/٢٧، درر الحكام: ١١٣/٢ وما بعدها، الدر المختار: ٤٣٠/٥ وما بعدها، مجمع الضمانات: ص ١٨٧.

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم: ١٩٧/١، المبسوط: ١٨٥/٢٦.

(٤) السعاية الموجبة للضمان: أن يتكلم بكذب يكون سبباً لأخذ المال من إنسان مصادرة، أو لا يكون قصده إقامة الحسبة (وهي الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر) كأن يقول عند الحاكم: إن فلاناً وجد مالا، أو وجد كنزاً أو لقطة، ثم تبين كذبه.

(٥) الأشباه لابن نجيم وشرحه للحموي: ١٩٨/١، جامع الفصولين: ١٠٨/٢ وما بعدها، مجمع الضمانات: ص ١٥٤.

أو صخرة شاخصة، أو شرع كنيفاً^(١) أو جناحاً، أو ميزاباً أو طُلة، فعطب به إنسان كان ضامناً لما أصاب من ذلك، لأنه متسبب لهلاك ما أتلّف بما أحدثه، وهو متعد في هذا التسبب. فإن عثر بما أحدثه في الطريق رجل، فوقع على آخر، فمات، كان الضمان على الذي أحدث الشيء البارز في الطريق، لأنه صار بمنزلة الدافع، والذي عثر مدفوع، والمدفوع كالآلة^(٢).

- «رجل حفر بئراً في الطريق من دون إذن، فجاء سيل بحجر عند البئر، فعثر به إنسان، وسقط في البئر، كان الضمان على حافر البئر»^(٣).

- «إذا رجع الشهود عن شهادتهم في مجلس القضاء بعد صدور الحكم وتنفيذه، لم يفسخ الحكم، وعليهم ضمان الغرم أو التلف الذي تسببوا في إلحاقه بالشهود عليه من مال أو دية باتفاق المذاهب الأربعة المشهورة، ولا يضمن القاضي الذي باشر إصدار الحكم شيئاً»^(٤).

- «من فر من ظالم فأخذه رجل، حتى أدركه الظالم وغرّمه، أو طلبه ظالم ليقبض منه ماله، فدله رجل، فأخذ ماله، يضمن الآخذ والذال عند محمد من الحنفية للسببية» وقال أبو حنيفة: يضمن الظالم وحده^(٥). أي إن محمداً يضمن المتسبب، وأبا حنيفة يضمن المباشر.

ومن أمثلة الصورة الثانية أي الإخلال بالتزام تعاقدى: لو دل الوديع السارق على مكان الوديعة، فإنه يضمن لترك الحفظ الواجب عليه بعقد الإيداع^(٦).

٢- ضمان المتسبب والمباشر معاً:

إذا اشترك المتسبب والمباشر في إحداث الضرر، وكان لكل واحد منهما دور

(١) الكنيف: الكُنة تشرع فوق باب الدار.

(٢) المبسوط: ٦/٢٧، مجمع الضمانات: ص ١٧٦.

(٣) مجمع الضمانات: ص ١٨٠.

(٤) البدائع: ٦/٢٨٣، ٧/١٦٦، مجمع الضمانات: ص ٣٥٩، الشرح الكبير للدردير: ٤/

٢٠٧، المهذب: ٢/١٧٧، ٣٤٠، المغني: ٩/٢٤٨، الفروق: ٢/٢٠٨.

(٥) جامع الفصولين: ٢/١١٥، مجمع الضمانات: ص ١٥٣.

(٦) الأشباه لابن نجيم: ١/١٩٦.

بارز مساوٍ لفعل الآخر بأن يتساوى أثرهما في الفعل، فإنهما يشتركان في الضمان. قال الزيلعي الحنفي: «إن المسبب إنما لا يضمن مع المباشر إذا كان السبب شيئاً لا يعمل بانفراده في الإتلاف، كما في حفر البئر وإلقاء شخص نفسه فيها، فإن الحفر لا يعمل شيئاً من دون الإلقاء، وأما إذا كان السبب يعمل بانفراده، فيشتركان»^(١).

ومن أمثلة ذلك: «إذا اشترك اثنان في قيادة دابة: سائق وراكب فوطئت الدابة شيئاً، فإنهما يضمنان، لأن كل ذلك سبب الضمان، فإن السوق متلف، حتى وإن لم يكن على الدابة راكب».

«إذا أمر الراكب إنساناً، فنخس المأمور الدابة، ووطئت إنساناً، كان الضمان عليهما، فالناخس سائق والآمر راكب»^(٢).

«من أمسك شخصاً ليقضه آخر، فالضمان عليهما معاً عند الملكية كما سبق بيانه» «ومن حفر بئراً فأردى شخص غيره فيها، يقتص من الاثنين معاً عند الملكية، لأن الرأي عندهم أن يقتل المتسبب مع المباشر كالمكره والمستكره»^(٣). وقال الشافعية: يقتل القاتل والمردى، دون الممسك والحافر، لما رواه الدارقطني عن الرسول ﷺ أنه قال: «إذا أمسك الرجل الرجل حتى جاء آخر فقتله، قتل القاتل وحبس الممسك»^(٤).

«إذا حفر رجل بئراً في الطريق، ثم جاء آخر ووسع رأسها، فسقط بها إنسان ومات، كان الضمان عليهما إنصافاً»^(٥).

والخلاصة: أن الأصل العام هو مسؤولية المباشر في إحداث الضرر، وقد ينفرد المتسبب وحده في المسؤولية إذا كان له الدور الأهم في التعدي، وقد يشترك

(١) تبين الحقائق: ١٥٠/٦.

(٢) المرجع السابق، المبسوط: ٢/٢٧ وما بعدها، الدر المختار: ٤٢٨/٥، ٤٤٥.

(٣) الشرح الكبير للدردير: ٢٤٣/٤، ٢٤٦، القواعد لابن رجب: ص ٢٨٧، القوانين الفقهية: ص ٣٤٥.

(٤) مغني المحتاج: ٨/٤، المذهب: ١٧٦/٢.

(٥) مجمع الضمانات: ص ١٨٠.

المباشر والمتسبب في المسؤولية إذا تساوى خطأهما تقريباً بحيث لو ترك كل واحد منهما على انفراد لأدى إلى النتيجة الحاصلة فعلاً.

حوادث الاصطدام: من المناسب أن نذكر هنا حكم حوادث التصادم كما أبانه فقهاؤنا بالنسبة إلى تصادم الماشيين أو الراكبين أو الملاحين: إذ قد ينفرد أحدهما بالمسؤولية إذا حدث الاصطدام بتفريط مستقل منه، وقد يشترك المتصادمان في المسؤولية إذا صدر خطأ من كليهما.^(١)

أما انفراد أحد المتصادمين في المسؤولية: فذلك كما لو تصادم رجلان أحدهما واقف والآخر ماشٍ، فالضمان على الماشي للواقف لأنه هو المتسبب. ولو تصادمت سفينتان بسبب خطأ ربان إحداهما، كان الضمان عليه؛ وكذا لو كانت سفينة واقفة على شط أو في عرض البحر، فجاءت سفينة فصادمتها فانكسرت السفينة الواقفة، كان الضمان على صاحب السفينة الجائئة إذا لم تكن الواقفة متعدية في وقوفها.

وأما اشتراك المتصادمين في الضمان ففيه اختلاف جزئي في مقدار الضمان: قال الحنفية والحنابلة: إذا اصطدم راكبان أو ماشيان أو راكب وماشٍ فماتا، أو تلف شيء بسبب التصادم، وجب على كل واحد منهما تحمل تبعة الضمان كاملة للآخر، ففي الموت يجب على كل واحد منهما دية الآخر، وفي الإتلاف يجب تعويض الغير، لأن الضرر قد حدث لكل واحد منهما بفعل نفسه وبفعل صاحبه أيضاً. هذا إذا كان التصادم خطأ عند الحنفية، فإن كان عمداً وجب عندهم تحمل نصف قيمة الضمان.

وقال المالكية والشافعية وزفر من الحنفية: إذا اصطدم فارسان أو ماشيان، أو سفينتان بتفريط من ربانهما بأن قصرا في صيانة آلاتهما، أو قدرا على ضبطهما فلم يضبطا، أو سيرا المركبين في ربح شديدة لا تسير السفن في مثلها، وجب على كل

(١) راجع درر الحكام: ١١٢/٢، مجمع الضمانات: ص ١٥٠، بداية المجتهد: ٤٠٩/٢، القوانين الفقهية: ص ٣٣٢، الشرح الكبير: ٢٤٧/٤، المهذب: ١٩٤/٢، غاية المنتهى: ٢٨٢/٣.

واحد منهما نصف قيمة ما تلف للآخر، لأن التلف حصل بفعلهما، فينقسم الضمان عليهما ويهدر النصف الآخر بسبب فعل كل واحد في حق نفسه.

فإن حدث التصادم بين السفينتين من دون تفريط، وإنما بقوة القاهرة كريح شديدة ونحوها، فلا ضمان على أحد.

المطلب الثالث : تسلسل الأضرار

إذا ترتب على فعل مؤذٍ ضرر فأكثر، فإنه يسأل المتسبب عن كل الأضرار إذا كان لفعله أثر فيها، أما إن انقطع أثر فعله بتدخل سبب آخر فلا يضمن^(١).

من أمثلة الحالة الأولى: «ألقى رجل قشراً في الطريق، فزلقت به دابة ضمن إذ لم يؤذن فيه، فيضمن ما تولد منه»^(٢) «رجل طرح لبناً أو ألقى تراباً كثيراً، فوهن جدار جاره، حتى انهدم الحائط، فإن دخل الوهن في الحائط من ثقله، ضمن»^(٣).

«إذا ألقى شخص غيره في حوض أو نهر، ومعه دراهم، فسقطت في الحوض، فلو سقطت عند إلقائه، ضمن، لأنه بفعله، لا لو سقطت وقت خروجه عن الماء، لأنه بفعل مالكها» «لو ضرب رجلاً فسقط المضروب مغشياً عليه وسقط منه شيء، يضمن ما معه، وما عليه من مال وثياب؛ لأنه مستهلك»^(٤).

ومن أمثلة الحالة الثانية: وهو تدخل سبب فاصل بين المتسبب والضرر الثاني فما بعده: «رجل حفر بئراً في الطريق، فجاء رجل، وسقط فتعلق هذا الرجل برجل آخر، وتعلق الثاني بآخر، ووقعوا جميعاً، وماتوا: إن لم يعلم كيف ماتوا، ولم يقع بعضهم على بعض، فدية الأول على الحافر، لأنه ليس لموته سبب سوى الوقوع في البئر، ودية الثاني تكون على الواقع الأول؛ لأن الأول هو الذي دفعه، حيث جرّه إلى نفسه، ودية الثالث تكون على الثاني لهذا المعنى».

(١) المسؤولية المدنية والجناية في الشريعة لأستاذنا المرحوم محمود شلتوت: ص ٢٦.

(٢) مجمع الضمانات: ص ١٤٩.

(٣) المرجع السابق: ص ١٥٢.

(٤) جامع الفصولين: ٢ س ١١٥.

وإن كان قد وقع بعضهم على بعض في البئر ولا يعلم كيف حالهم ففي مقتضى القياس وهو قول محمد: دية الأول تكون على عاقلة الحافر (أي أسرته) ودية الثاني على عاقلة الأول، ودية الثالث على عاقلة الثاني وقيل في ذلك قول آخر...^(١).

مقارنة: ينص القانون المدني على ما يأتي: «كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض»^(٢) يفهم من هذه المادة أن المسؤولية التقصيرية لها أركان ثلاثة: الخطأ، والضرر، وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر. وكذلك المسؤولية العقدية كالمسؤولية التقصيرية تقوم على أركان ثلاثة: الخطأ العقدي، الضرر، علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر^(٣). وهذه هي نفس العناصر التي يقوم عليها الضمان في الفقه الإسلامي كما أوضحنا.

إلا أن الركن الأول - وهو الخطأ: يقوم قانوناً على ركنين: ركن مادي وهو الانحراف أو التعدي، أو مخالفة واجب قانوني، وركن معنوي وهو الإدراك أو التمييز.

أما الركن المادي وهو التعدي: فيتفق في شأنه القانون والفقه الإسلامي، فهو قانوناً إخلال بالتزام قانوني، أو عقدي، وفقهاً: هو العمل من دون حق ولا إباحة شرعية. ويتفق الفقه الإسلامي والقانون في الجملة على حالات لا يعد فيها التعدي خطأ: وهي الدفاع الشرعي^(٤) وحالة الضرورة^(٥)، وتنفيذ أمر صادر من

(١) مجمع الضمانات: ص ١٨٠.

(٢) المادة ١٦٣ من القانون المدني المصري، المادة ١٦٤ من القانون المدني السوري.

(٣) الوسيط للدكتور السنهوري: ص ٦٥٥، ٧٧٥، ط ١٩٥٢ مصادر الحق للسنهوري أيضاً: ص ١٢٠، ط ١٩٥٩ موجز النظرية العامة للالتزام للدكتور عبد الحي حجازي: ص ٤٤٩ ط ١٩٥٥.

(٤) نص القانون المدني هو «من أحدث ضرراً وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو ماله أو عن نفس الغير، أو ماله، كان غير مسؤول، على ألا يجاوز في دفاعه القدر الضروري، وإلا أصبح ملزماً بتعويض يراعي فيه مقتضيات العدالة» (م ١٦٦ مدني مصري، م ١٦٧ مدني سوري).

(٥) النص القانوني هو «من سبب ضرراً للغير ليتفادى ضرراً أكبر، محدقاً به، أو بغيره، لا يكون ملزماً إلا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسباً» (م ١٦٨ مدني مصري، م ١٦٩ مدني سوري).

الرئيس^(١) إلا أنه شرعاً يجب في الحالة الأخيرة أن يكون الأمر مشروعاً أي بحق، وأن يكون للأمر سلطة على المأمور. ويتفقان أيضاً في عدم وجود المسؤولية المدنية أي الضمان في حالتي الدفاع الشرعي، وتنفيذ الأمر الصادر من الرئيس، وفي أن حالة الضرورة لا تمنع المسؤولية عن التعويض.

وأما الركن المعنوي أي الإدراك^(٢) الذي بمقتضاه لا يسأل غير المميز قبل سن السابعة، ولا المجنون والمعتوه والسكران باختياره، فإن الفقه الإسلامي والقانون المدني المعمول به في مصر وسورية حالياً يختلفان في شأنه، فهؤلاء غير مسؤولين قانوناً، إلا أنهم شرعاً يحكم عليهم بالضمان أي يسألون مدنياً لا جنائياً حفاظاً على أموال الناس، ويتعلق الالتزام بالنسبة إلى الصبي والمجنون ونحوه بمالهما أو بذمتهما، والذي يتولى أداء التعويض هو الولي، أو هما بعد الإفاقة أو البلوغ، وليس ذلك من باب الخطاب التكليفي في شيء، بل من قبيل الخطاب الوضعي، أي إن الضمانات مسببات ترتب على أسبابها، كما يتعلق الضمان ببعض أفعال البهائم، فالتضمين ليس جزاء فعل، وإنما هو بدل مال، ففي تشريعه إحياء حقوق الآخرين في أموالهم. وأما السكران فيسأل مدنياً وجنائياً، لأن السكر لا يعدم العقل، وإنما يزيل قدرة فهم الخطاب التكليفي بسبب هو معصية، فيجعل ذلك في حكم الموجود فعلاً زجراً له، وعقوبة على سكره^(٣).

وهذا الاتجاه يتلاءم مع النظرية المادية في المسؤولية التقصيرية، التي تبني المسؤولية على أساس تحمل التبعة لا على الخطأ، ومن ثم يسأل عديم التمييز

(١) نص القانون على ما يأتي: «لا يكون الموظف العام مسؤولاً عن عمله الذي أضر بالغير إذا قام به تنفيذاً لأمر صادر إليه من رئيس، متى كانت إطاعة هذا الأمر واجبة عليه، أو كان يعتقد أنها واجبة، وأثبت أنه كان يعتقد مشروعية العمل الذي وقع منه، وكان اعتقاده مبنياً على أسباب معقولة، وأنه راعى في عمله جانب الحيطة» (م ١٦٧ مدني مصري، م ١٦٨ مدني سوري).

(٢) نصت المادة ١٦٤: ١ مدني مصري، ١٦٥: ١ مدني سوري على ما يأتي: «يكون الشخص مسؤولاً عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز».

(٣) انظر عوارض الأهلية في كتب أصول الفقه، وراجع كتابنا الوسيط في أصول الفقه الإسلامي: ص ١٥٧، ١٦٦ وما بعدها، ١٧٨.

لإحداثه الضرر؛ وإن لم يكن قادراً على ارتكاب الخطأ، إلا أن الفقه والقانون يقتربان حينما يقرر القانون أن المضرور من فعل عديم التمييز يستطيع الرجوع على من تجب عليه رقابة عديم التمييز. إذ يكون هذا الرقيب مسؤولاً عن خطئه في مراقبة عديم التمييز. فإن لم يوجد من هو مسؤول عنه، أو أثبت المسؤول عدم استطاعته منع وقوع الفعل الضار، يمكن الرجوع على غير المميز على أساس فكرة تحمل التبعة لا على أساس الخطأ، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ١٦٤ مصري، ١٦٥ سوري على هذا فقالت: «ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز، ولم يكن هناك من هو مسؤول عنه، أو تعذر الحصول على تعويض من المسؤول، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل، مراعيًا في ذلك مركز الخصوم» ويظهر من ذلك أن المسؤولية لغير المميز تتميز بأنها مسؤولية مشروطة، ومسؤولية مخففة أي في حدود التعويض العادل^(١).

ومع كل هذا فقد وجدنا في فقه المالكية اتجاهاً لبعض فقهاءهم يؤيد ما سار عليه القانون من عدم مسؤولية الصبي غير المميز في إتلافه النفس أو المال كالعجاوات^(٢).

والخلاصة أن الشريعة تقيم المسؤولية على أساس ركن واحد مادي وهو التعدي أو الخطأ، وأما القانون المطبق حالياً في سورية ومصر فإنه يقيم المسؤولية على أساس ركن مادي وهو التعدي وركن معنوي وهو الإدراك.

وأما إساءة استعمال الحق أو التعسف في استعمال الحق فقد أصبح حديثاً عند القانونيين معتبراً صورة خاصة من صور الخطأ، بعد أن ظل فقه القرن التاسع عشر أمداً طويلاً، لا يعتبر التعسف في استعمال الحق خطأ، حسب نظرية الحقوق الفردية عند جان جاك روسو، ومقتضاها أن الطبيعة قد منحت الإنسان عدداً من الحقوق والحريات، أي إن الحق سلطة مطلقة لا يجوز تقييدها.

(١) انظر الوسيط للسنيهوري: ص ٧٩٧ وما بعدها، النظرية العامة للالتزام لأستاذنا الدكتور حجازي: ص ٤٥٧ وما بعدها.

(٢) القوانين الفقهية: ص ٣٣٣.

أما الآن فقد تغير تصوير الحق، إذ أصبح عبارة عن قيمة اجتماعية، فإذا تعسف الشخص في استعماله لحقه؛ وجب أن يلتزم بإصلاح الضرر الناجم من استعماله حقه استعمالاً تعسفياً. وأما الأحوال التي يعدّ الشخص فيها مسؤولاً إذا تعسف في استعماله حقه، فقد ترددت بين نظريتين: نظرية مضيقه، ونظرية موسعة، أما الأولى فمقتضاها أن التعسف في استعمال الحق هو استعمال بقصد سيئ أو شرير، أي إن مناط التعسف هو قصد الإضرار، وأما الثانية فمقتضاها عند جوسران: أن التعسف يكون إذا كان هناك انحراف بالحق عن غرضه الاجتماعي، وعند مازو ولالو: أن التعسف هو خطأ في استعمال الحق، سواء أكان ذلك بإهمال أم بنية الإضرار.

وأما موقف القانون المدني فإنه قصر التعسف على حالات الاستعمال غير المشروع وهي ثلاث^(١).

١- إذا لم يقصد باستعمال الحق سوى الإضرار بالغير.
٢- إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية لا تتناسب ألبتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.

٣- إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة.
وعلى هذا فإن استعمال الشخص لحقه لا يكون تعسفياً ومن ثمّ خطأ تترتب عليه مسؤولية صاحب الحق إلا إذا قصد به الإضرار بالغير، أو ترجح الضرر على المصلحة رجحاناً كبيراً أو تحققت مصلحة غير مشروعة. ومعيار الخطأ في التعسف هو معيار موضوعي وهو الانحراف عن سلوك الشخص العادي، والأساس القانوني لنظرية التعسف ليس إلا المسؤولية التقصيرية، إذ التعسف في استعمال الحق خطأ يوجب التعويض، ويطبق في شأن جزاء التعسف قواعد المسؤولية التقصيرية، هذا الجزاء قد يكون نقدياً وقد يكون عينياً^(٢).

(١) نصت المادة /٤/ مدني مصري، /٥/ مدني سوري على ما يلي: «من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسؤولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر» ثم أردفت المادة التالية ذكر أحوال الاستعمال غير المشروع التي بينها.

(٢) الوسيط للدكتور السنهاوري: ص ٨٣٤ وما بعدها، موجز النظرية العامة للالتزام للدكتور حجازي: ص ٤٦١ وما بعدها.

وقد سبق الفقه الإسلامي كما أوضحنا إلى معرفة نظرية التعسف في استعمال الحق في حدود معقولة، أخذ بها القانون المدني في مصر وسورية، وفقاً لما قرره الحنابلة والمالكية استدلالاً بحديث «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام» الذي يقضي بمنع الضرر في حالتين:

الأولى - استعمال الحق بقصد الإضرار.

الثانية - أن يترتب على استعمال الحق المشروع إضرار الآخرين، سواء أكان الاستعمال على وجه معتاد أم على غير الوجه المعتاد.

وفي كلتا الحالتين توجب قواعد الإسلام إزالة الضرر عيناً، سواء أكان مادياً أم معنوياً، لأن الراجح كما سنبين في بحث محل الضمان أن المنافع أموال متقومة، فإن تعذر ذلك، يجب الحكم بتعويض مالي عادل لرفع آثار الضرر ومنع بقاءه أو تجددته في المستقبل. والحالة الأولى في القانون، والحالة الثانية هنا تقابل الحالة الثانية في القانون وتتفق مع ما أخذت به المجلة ويقتضيه الاستحسان الفقهي. وأما الحالة الثالثة في القانون فهي مستمدة من مجموع ما تقرره المذاهب الإسلامية وتقتضيه روح التشريع الإسلامي في محاربة الأعمال غير المشروعة، وأنه يتحمل الضرر الخاص لمنع الضرر العام، ونحو ذلك من كل ما يجعل للحق صفة اجتماعية في الإسلام.

وأما الركن الثاني للمسؤولية التقصيرية وهو الضرر: فإن الفقه الإسلامي والقانون المدني يتفقان على وجوب تعويض الضرر المادي بمختلف أشكاله إذا كان ضرراً محققاً، سواء أكان يسيراً أم فاحشاً، قولاً أم فعلاً، سلبياً أم إيجابياً، إلا أنهما يختلفان في تعويض الضرر عن إتلاف الأموال غير المتقومة شرعاً كالخمور والخنازير وآلات الملاهي وكتب الضلال، فلا تضمن هذه الأموال شرعاً كما سنبين في شروط الضمان ولكنها تضمن قانوناً.

وأما الضرر الأدبي أو المعنوي (وهو الذي قد يصيب الجسم، فيحدث تشويهاً فيه فيتألم الشخص لذلك، أو قد يصيب الشخص في شرفه أو في اعتباره أو في

عرضه أو في عاطفته، وبالجملة فهو عبارة عن الألم والحزن الذي يصيب الإنسان^(١) فلا ضمان له في الأصل عند جمهور فقهاء الإسلام، لأن الضمان مال، والضرر الأدبي لا يمكن تقويمه بالمال^(٢) فلا يضمن لدى فقهاءنا.

إلا أن بعض الفقهاء - كما بينا سابقاً - قال بلزوم التعويض عن الضرر الأدبي، وهذا الرأي هو المتفق في تقديرنا مع الروح العامة للنصوص الشرعية التي تمنع الضرر بجميع أنواعه وترمم آثاره، وتساير المصالح حسب كل زمان ومكان، بل إن جمهور الفقهاء يقررون عقاباً جنائياً وهو التعزير على أنواع الضرر الأدبي، وللقاضي كما عرفنا أن يحكم بالتعزير بالعقوبات أو الغرامات المالية على ما يقتضيه التحقيق العلمي في أحكام فقه المذاهب الإسلامية^(٣).

وأما الركن الثالث للمسؤولية وهو علاقة السببية بين الخطأ والضرر أو علاقة التعدي بالضرر كما يفهم من كلام فقهاء الإسلام، فإن الفقه والقانون يلتقيان - في الجملة - في النتائج المترتبة على وجود هذه العلاقة إذ هي تعني عند القانونيين: أن توجد علاقة مباشرة ما بين الخطأ الذي ارتكبه المسؤول، والضرر الذي أصاب المضرور^(٤) ويسأل الشخص قانوناً عن الأضرار المباشرة، وغير المباشرة المتصلة بالخطأ اتصالاً واضحاً.

وأما الفقهاء المسلمون فيقررون أنه لا بد في الضمان من أن يكون الضرر مرتبطاً بالفعل ارتباط النتيجة بالسبب. ويسأل الشخص شرعاً عن الأضرار المباشرة التي يلحقها بغيره، وكذا عن الأضرار التي يكون متسبباً في إحداثها مباشرة، والأصل العام هو مسؤولية المباشر، لكن قد ينفرد المتسبب بالضمان، وقد يشترك هو مع المباشر، ولا ضمان في غير المباشرة والتسبب^(٥).

(١) انظر الوسيط للسنهوري: ص ٨٦٤، النظرية العامة للالتزام للدكتور حجازي: ص ٤٧٤.

(٢) النظرية العامة للموجبات والعقود للدكتور المحمصاني: ١/ ١٧١.

(٣) انظر الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن القيم: ص ٢٦٦ وما بعدها، ط السنة المحمدية.

(٤) الوسيط للسنهوري: ص ٨٧٢.

(٥) النظرية العامة للموجبات للمحمصاني: ١/ ١٨٠.

ويتفق القانون وفقه الإسلام في الأحوال التي تنتفي أو تنعدم فيها السببية وهي قيام السبب الأجنبي لقوة قاهرة، أو خطأ المضرور أو خطأ الغير^(١).

وفي حال تعدد الأسباب ووحدة الضرر يتفق جمهور الفقهاء مع ما تقرره نظرية السبب المنتج ومقتضاها الاعتداد في المسؤولية المدنية بالسبب الأقوى أو السبب الذي يؤدي عادة إلى إحداث الضرر. ويتفق مقتضى الاستحسان عند الحنفية مع ما تقرره نظرية تكافؤ الأسباب التي ترى الأسباب كلها متكافئة في إحداث الضرر بحيث لا يغلب سبب على آخر، ولا تخفف المسؤولية بسبب تدخل أسباب أخرى^(٢).

هذا بالنسبة للمسؤولية المدنية، أما بالنسبة للمسؤولية الجنائية فإن رأي المالكية في قتل الجماعة بالواحد أو التمالؤ على القتل يتفق مع ما جرى عليه القانون الجنائي في معاقبة الشريك كالفاعل الأصيل، وهذا ما يعرف بالاشتراك الجرمي الذي يتم بإحدى صور ثلاث: هي التحريض والاتفاق والمساعدة^(٣)، ولكن بشرط

(١) تنص المادة ١٦٥ من القانون المدني المصري والمادة ١٦٦ من القانون المدني السوري على أنه: «إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه، كحادث مفاجئ أو قوى قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك».

(٢) يلاحظ أن النظرية الثانية أقل عدالة من النظرية الأولى، مما يقتضي العدول عنها جزئياً، وإن كان الفقه القانوني يميل إليها نظرياً لبساطتها (انظر الوسيط للسنهوري: ص ٩٠٤ وما بعدها، نظرية الالتزام لحجازي: ص ٤٨٣ وما بعدها).

(٣) نصت المادة ٤٠ من قانون العقوبات المصري على جريمة الاشتراك فقالت: «يعد شريكاً في الجريمة:

أولاً: كل من حرض على ارتكاب الفعل المكون للجريمة إذا كان هذا الفعل وقع بناء على هذا التحريض.

ثانياً: من اتفق مع غيره على ارتكاب الجريمة ف وقعت بناء على هذا الاتفاق .

ثالثاً: من أعطى الفاعل أو الفاعلين سلاحاً أو آلات أو أي شيء آخر مما استعمل في ارتكاب الجريمة مع علمه بها أو ساعدهم بأي طريقة أخرى في الأعمال المجهزة أو المسهلة أو المتممة لارتكابها.

ونصت المادة ٢١٢ من قانون العقوبات السوري على ما يأتي: «كل شريك في الجريمة عرضة للعقوبة المعينة لها في القانون».

تحقق رابطة السببية المباشرة أي صلة السبب بالنتيجة. بمعنى أنه يجب أن يكون وقوع الجريمة قد جاء نتيجةً للتحريض أو الاتفاق أو المساعدة^(١). والشرعية الإسلامية تشترط أيضاً لمسؤولية الجاني عن القتل أن يكون بين فعله وبين الموت رابطة السببية المذكورة^(٢).

كذلك يتفق القانون الجنائي في تجريم أعمال الشريك مع ما قرره المالكية والحنابلة في رواية عن أحمد من مسؤولية كل من الممسك والمباشر لجريمة القتل.

ويتفق الفقه الإسلامي والقانون الجنائي أيضاً في تجريم شاهد الزور كما بينا فيمن رجع عن شهادته، فقد نصت المادة (٢٩٥) عقوبات مصري على الحكم بالإعدام على شاهد الزور إذا نفذ الحكم بالإعدام على المشهود عليه، ونصت المادة (٣/٣٩٨) عقوبات سوري في هذه الحالة على سجنه عشر سنوات أو خمسة عشر سنة مع الأشغال الشاقة.

وإذا تسلسلت الأضرار: يسأل الشخص شرعاً عن كل ضرر كان لفعله أثر فيه دون تدخل شيء آخر، وهذا هو معنى قول القانونيين: إن من يرتكب خطأ يسأل عن جميع الأضرار المباشرة الناشئة من ذلك الخطأ، فلا يسأل إذن عن الضرر غير المباشر. والضرر المباشر: هو الذي يكون نتيجة طبيعية للخطأ، وهو الضرر الذي لم يكن في استطاعة المضرور أن يتوقاه ببذل جهد معقول.

ويلاحظ التمييز بين تعدد الأسباب وتسلسل النتائج، ففي الحالة الأولى: الضرر واحد لم يتعاقب، والأسباب هي التي تعاقبت فتعددت، وفي الحالة الثانية: السبب واحد لم يتعدد، والأضرار هي التي تعاقبت عن هذا السبب الواحد، فصارت أضراراً متعددة^(٣).

(١) راجع موجز القانون الجنائي لأستاذنا الدكتور علي راشد: ص ٢١٥-٢٣١ ط ١٩٥٣، مبادئ قانون العقوبات للدكتور محمد فاضل: ص ٣٥١ وما بعدها، ط ١٩٦٣.

(٢) التشريع الجنائي الإسلامي للمرحوم عبد القادر عودة: ٥١/٢.

(٣) الوسيط للسنهوري: ص ٩٠٨ وما بعدها، حجازي: ص ٤٨٥ وما بعدها.

المبحث الثالث : شروط الضمان

للشريعة الإسلامية نظرة دينية معروفة إلى المعاملات المدنية التي تتخذ منها مؤيداً لاحترام أحكامها العامة، وضامناً لتنفيذ سياستها التشريعية في الإصلاح والمحافظة على مصالح الناس، ومن خلال تلك النظرة وبراعمها المفتوحة، نجد عناية خاصة بناحية واقعية في الحياة العملية وهي مسألة الضمانات، التي يشترط لوجوبها بسبب الإتلاف وتحقق الضرر شرائط، حتى إذا فقدت أو فقد بعضها لم يجب الضمان وهي ما يأتي^(١).

- ١- أن يكون الشيء المتلف مالاً^(٢)، فلا ضمان بإتلاف الميتة وجلدها، والدم والتراب العادي، والكلب والسرجين النجس، ونحو ذلك مما ليس بمال عرفاً وشرعاً.
- ٢- أن يكون متقوماً بالنسبة للمتلف عليه، والمتقوم: هو ما يباح الانتفاع به شرعاً في غير حال الاضطرار^(٣)، فلا ضمان بإتلاف خمر أو خنزير لمسلم، سواء أكان المتلف مسلماً أم ذمياً أي (معاهداً من غير المسلمين بأن يقيم إقامة دائمة مع المسلمين)، وذلك لعدم تقوم الخمر والخنزير في حق المسلم، إذ لا يباح له الانتفاع بهما شرعاً، فلا قيمة لهما^(٤).

(١) المبسوط: ٥٣/١١، البدائع: ١٦٧/٧ وما بعدها، درر الحكام: ٢٦٨/٢، تبين الحقائق للزيلعي: ٢٣٣-٢٣٧/٥، اللباب شرح الكتاب: ١٩٥/٢، فتح القدير: ٣٩٧/٧، كشف القناع: ٩٧/٤، نهاية المحتاج: ١١١/٤، مغني المحتاج: ٢٧٧/٢.

(٢) المال عند الحنفية: ما يميل إليه الطبع، ويمكن ادخاره لوقت الحاجة، أو بعبارة أدق: كل عين ذات قيمة مادية بين الناس، وعند جمهور الفقهاء: المال: ما يقع عليه الملك ويستبد به المالك عن غيره إذا أخذه من طريق مباح. وبعبارة أخرى: هو ما أمكن حيازته مما ينتفع به حقيقة وبإباح الانتفاع به شرعاً على الإطلاق (رد المحتار: ٣/٤، شرح مرشد الحيران للأبياني والسنجقلي: ٢/١، المدخل لنظرية الالتزام للزرقاء: ص ١١٤ وما بعدها، والموافقات للشاطبي ١٧/٢).

(٣) شرح مرشد الحيران، المكان السابق.

(٤) قال البغدادي في مجمع الضمانات ص ٤٥٧: يضمن المسلم للمسلم في أربعة أشياء: إذا غصب منه شيئاً فنقص في يده، الثاني: الزيت أو السمن إذا وقعت فيه فأرة ثم أراقها مسلم على مسلم، يضمن له قيمته، الثالث: الكلب المعلم أو البازي المعلم أو الفهد المعلم إذا أتلفه يضمن عندنا، الرابع: السرقة إذا أحرقه أو ألقاه في أرضه.

أما إذا كانت الخمر والخنازير لغير مسلم أي لذمي، فأتلفها له مسلم أو غيره، ضمن له قيمتها إذا كان مسلماً، ومثلها إذا كان غير مسلم عند الحنفية والمالكية^(١)، لتعديه عليه، ولأنها مال محترم عند غير المسلمين يتمولونها، بدليل ما روي عن عمر رضي الله عنه أن عامله كتب إليه: «إن أهل الذمة يمرون بالعاشر^(٢) ومعهم الخمر» فكتب إليه عمر: «ولوهم بيعها، وخذوا منها عشر أثمانها» فقد جعلها مالاً متقوماً، وإذا كانت مالاً، وجب ضمانها كسائر أموالهم. ثم إن الخمر كانت مالاً متقوماً في الشرائع السابقة، وقد أمرنا - نحن المسلمين - بتركهم (أي غير المسلمين) وما يدينون^(٣). وهذه نظرة عدل سديدة تتفق مع احترام العهود لغير المسلمين، وأما كون الخمر ونحوها غير متقومة فهذا بالنسبة إلى المسلم فقط.

وقال الشافعية والحنابلة: لا يجب ضمان الخمر والخنزير، سواء أكان متلفه مسلماً أم ذمياً لمسلم أو ذمي، إذ لا قيمة لها كالدّم والميتة وسائر الأعيان النجسة، وما حرم الانتفاع به لم يضمن ببطل عنه، بدليل أن الرسول ﷺ حرم بيعها وأمر بإراقتها، فما لا يحل بيعه ولا تملكه، فلا ضمان فيه. وتحريم البيع ثابت بحديث جابر رضي الله عنه أنه سمع من رسول الله ﷺ يقول عام الفتح: «إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام»^(٤)، ثم إن الخمر ونحوها محرمة العين، ولا ضمان بإتلافها لمسلم، فكذلك الذي مثله^(٥)، أي فكأن هؤلاء يرون هذا التحريم من قواعد النظام العام.

ويترتب على اشتراط تقوم المتلفات أيضاً أنه لا ضمان عند جمهور الفقهاء بإتلاف الأصنام وآلات اللهو والفساد كالطبل والمزمار والدف ونحوها من أدوات

(١) البدائع: ١٤٧/٧، الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه: ٢٠٤/٢ ط البابي الحلبي، المحلى: ٨ مسألة ١٢٦٦.

(٢) العاشر: هو من يأخذ عشر البضائع المارة بالبلاد الإسلامية مثل موظف الجمر الآل.

(٣) روي عن سيدنا علي أنه قال: «أمرنا بتركهم وما يدينون».

(٤) أخرجه البخاري ومسلم، وهو حديث متفق على صحته.

(٥) مغني المحتاج: ٢/٢٨٥، فتح العزيز شرح الوجيز: ١١/٢٥٨، المغني ٥/٢٧٦ الطبعة الثالثة، الإفصاح: ص ٢٢١، المحلى، المكان السابق، الميزان للشعراني: ٢/٩٠، المذهب ١/٣٧٤.

الموسيقا، لعدم تقومها، إذ إن منفعتها محرمة لا تقابل بشيء، لأنها أدوات لهو، فلا قيمة لها بدليل الحديث السابق: «إن الله تعالى حرم بيع الأصنام»، وما لا قيمة له لا يضمن، لذا شرط هؤلاء الفقهاء أن يكون المال مباحاً.

وقال أبو حنيفة والشافعي: تضمن باعتبارها خشباً منحوتاً مثلاً؛ لأن هذه الآلات كما تصلح للهو والفساد، تصلح للانتفاع بها من وجه آخر، فكانت مالاً متقوماً من تلك الناحية فقط^(١).

ولا ضمان كذلك بإتلاف الأموال المباحة التي ليست مملوكة لأحد لعدم تقومها، إذ تقوم ينبنى على كون الشيء عزيز المنال، خطير الأهمية، وهذا المعنى لا يتحقق إلا بالإحراز والاستيلاء.

ولا ضمان أيضاً بتحريق كتب الفسق والضلال، لاشتمالها على الكذب ولإلحاقها ضرراً كبيراً بعقيدة الأمة ووحدتها، فيجب إتلافها وإعدامها وهي أولى بذلك من إتلاف آلات اللهو والمعازف وإتلاف آنية الخمر الذي أمر به رسول الإسلام^(٢)، فإن ضررها أعظم من ضرر هذه، ولا ضمان فيها، كما لا ضمان في كسر أواني الخمر وشق زقاقها أي ظروفها وأوعيتها، وقد حرّق الصحابة جميع المصاحف المخالفة للمصحف الموحد الخط: وهو مصحف عثمان، لما خافوا على الأمة من الاختلاف في التلاوة، لاختلاف اللهجات وطرائق النطق^(٣).

٣- أن يكون التلف أو الضرر محققاً بشكل دائم، فإذا أعيد الشيء إلى الحالة التي كان عليها، فلا ضمان، كأن عولج المرض أو نبتت سن الحيوان في المدة التي بقي فيها الشيء المغصوب في يد الغاصب، لأن النقص الحاصل عندما أزيل أو السن لما نبتت ثانياً، جعل الضرر كأن لم يكن، ويرد على الغاصب أو المعتدي

(١) البدائع ١٦٨/٧، مغني المحتاج، المكان السابق، المحلي على المنهاج: ٣٣/٣، المهذب، المكان السابق، الإفصاح، المكان السابق، كشف القناع: ٩٨/٤، المغني: ص ٢٧٨، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية: ص ٢٧١ وما بعدها.

(٢) انظر نيل الأوطار: ٣٢٩/٥ وما بعدها.

(٣) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن القيم: ص ٢٧٥ وما بعدها، مطبعة السنة المحمدية.

ما أخذ منه بسبب النقصان، لأنه تبين أن ذلك النقصان لم يكن موجباً للضمان لعدم تحقق شرط الوجوب: وهو العجز عن الانتفاع على طريق الدوام على حد تعبير الكاساني، وهذا عند أبي حنيفة. وقال صاحبان: على الجاني الأرش كاملاً: لأن الجناية وقعت موجبة له، والذي نبت نعمة جديدة من الله^(١).

٤- أن يكون المتلف أهلاً لوجوب الضمان، فلا يضمن المالك ما تتلفه بهيمته من الأموال، لأن فعل العجماء جبار أي هدر، وسنذكر اختلاف الفقهاء في ذلك. ولا يشترط التمييز لإيجاب الضمان، نصت المادة (٩١٦) من المجلة على ما يأتي: «إذا أتلّف صبي مال غيره يلزم الضمان من ماله، وإن لم يكن له مال ينتظر إلى حال يساره، ولا يضمن وليه».

٥- أن يكون في إيجاب الضمان فائدة، حتى يتمكن صاحب الحق من الوصول إلى حقه، فإن لم يكن في التضمن فائدة فلا ضمان. وعلى هذا فلا ضمان على المسلم بإتلاف مال الحربي^(٢)، ولا على الحربي بإتلاف مال المسلم في دار الحرب، إذ ليس لحاكم بلد سلطة أو ولاية لتنفيذ الأحكام على رعايا بلد آخر، وليس مال الحربي بالنسبة للمسلم وعكسه محترماً، أي مصنوّناً يجب الحفاظ عليه وإنما هو هدر. لهذا شرط الفقهاء في الضمان أن يكون المال محترماً، فمال الحربي في نظر الشرع مباح، فمن أخذه لا يعد غاصباً^(٣).

وكذا لا ضمان على العادل إذا أتلّف مال الباغي^(٤)، ولا على الباغي إذا أتلّف مال العادل؛ لأنه لا فائدة في التضمن، لعدم إمكان الوصول إلى الضمان لعدم وجود الولاية والسلطة.

وأضاف الشافعية على هذه الشروط أن تثبت اليد على المال: فلا يضمن

(١) البدائع: ١٥٥/٧ و١٥٧. تبين الحقائق: ١٣٧/٦، كتاب القدوري وشرحه: ١٩٠/٣.

(٢) الحربي: هو من بيننا وبين بلاده عداوة وحرب.

(٣) انظر نهاية المحتاج للرملي: ١١١/٤.

(٤) العادل ضد الباغي، وجمعه بغاة، والبغاة: قوم كالخوارج لهم شوكة ومنعة، خالفوا جماعة المسلمين في بعض الأحكام الشرعية بتأويل فاسد لبعض النصوص، وظهروا على بلدة من البلاد، ونظموا عسكرياً لهم ونفذوا أحكامهم الخاصة.

الشخص طائراً فزع من مسيره من غير قصد، فخرج من القفص الذي كان مفتوحاً، ولا يضمن المشتري مبيعاً تلف قبل القبض^(١). وسنذكر في أسباب الضمان شروط الإتلاف تسبباً.

هذا... ولا يشترط في الضامن كونه بالغاً عاقلاً، فإن الصبي والمجنون يضمنان ما يتلفانه من أموال، كما ذكرنا سابقاً.

ولا تكون حالة الضرورة سبباً للإعفاء من الضمان، فمن اضطر حال الجوع مثلاً لتناول مال الغير، فإنه يلزمه ضمانه، بالرغم من إباحة التناول حفاظاً على النفس من الهلاك.

ولا يعتبر الجهل بكون المال المتلف مال الغير، فالعلم بذلك ليس بشرط لوجوب الضمان، فمن أ تلف مالا ظاناً أنه ملكه، ثم تبين أنه مملوك لغيره، ضمنه، لأن الإتلاف واقعة مادية، لا يتوقف وجودها على العلم بكون المتلف مال الغير، كل ما في الأمر أن الإتلاف إذا تم مع العلم، فإنه يستوجب الضمان والإثم الأخروي، وإذا حدث جهلاً فإنه يستوجب الضمان فقط، ويرتفع الإثم لأن الخطأ مرفوع المؤاخذه شرعاً، لقوله ﷺ: «إن الله تجاوز لي عن أمتي الخطأ والنسيان، وما استكرهوا عليه»^(٢).

المبحث الرابع : أسباب التضمن الشرعية أو مصادر الضمان

يتبين مما ذكر الفقهاء في الفقه العام أن أسباب الضمان ثلاثة: عقد، ويد، وإتلاف، وبعبارة أخرى: العقد، ووضع اليد، سواء أكانت اليد عادية أي معتدية غير مؤتمنة، أم ليست بعادية، والإتلاف مباشرة (أي العدوان) أو تسبباً^(٣).

(١) نهاية المحتاج: ١١٣/٤.

(٢) حديث حسن رواه ابن ماجه والبيهقي وغيرهما من حديث ابن عباس رضي الله عنه.

(٣) راجع المبسوط: ٥٤/١١، البدائع: ١٦٤/٧، بداية المجتهد: ٣١١/٢، القوانين الفقهية: ص ٣٣٥، الفروق للقرافي: ٢٠٦/٢ وما بعدها، ٢٧/٤، تهذيب الفروق بهامشه: ٢٠٣/٢ وما بعدها، قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام: ١٣١/٢ وما بعدها، الأشباه والنظائر للسيوطي: ص ٢٧٨، الوجيز وشرحه فتح العزيز بهامش المجموع: ٢٣٩/١١ وما بعدها، القواعد لابن رجب: ص ٢٠٤، ٥٥ وما بعدها.

١- أما العقد: فهو مصدر للضمان إذا نص فيه صراحة على شرط من الشروط، أو كان الشرط مفهوماً ضمناً حسب العرف والعادة، ثم أدخل العاقد بما تقتضيه طبيعة العقد أو يتطلبه الشرط، فلم يقم بتنفيذ التزامه على الوجه المتفق عليه. قال السيوطي: ما يضمن ضمان عقد قطعاً: هو ما عين في صلب عقد بيع أو سلم أو إجارة أو صلح^(١)، فمقتضى عقد البيع مثلاً تسليم المبيع والثمن، وسلامة العوضين من العيب، وعدم استحقاق أحدهما لغير صاحبه، فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه أو تبين وجود عيب في المبيع، أو كان الثمن أو المبيع مستحقاً لغير من سلمه، كانت المسؤولية عقدية مستوجبة للضمان لخطأ عقدي.

وأساس الالتزام بتنفيذ مقتضى العقد وشروطه والمسؤولية في الإخلال بها قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١/٥]. وقول الرسول ﷺ: «المسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً»^(٢). ومن قواعد فقهاء الحنفية والمالكية: «يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان» (م: ٨٣) للحديث السابق، والمراد بالشرط هنا الشرط التقيدي لا التعليقي، فيجب تنفيذه إذا كان ذلك مفيداً، مثلاً: إذا شرط المودع على الوديع حفظ الوديعة في مكان معين كدار أو بيت أو صندوق، فنقلها الوديع إلى مكان آخر من دون عذر، فإن كان المكان الثاني مثل الأول في درجة الحفظ أو أحفظ منه، ثم تلفت الوديعة أو سرقت، فلا يضمن الوديع، لأن التقييد بالمكان الأول غير مفيد^(٣).

وقال الشافعية والحنابلة في الأرجح عندهم: يجب مراعاة الشرط متى أمكن وإن لم يكن التقييد مفيداً، ففي المثال المذكور: يضمن الوديع مثل الوديعة أو

(١) الأشباه والنظائر: ص ٢٧٧.

(٢) أخرجه الترمذي عن عمرو بن عوف وقال: هذا حديث حسن صحيح، وأخرجه أيضاً الحاكم وابن حبان.

(٣) المبسوط: ١٢١/١١، البدائع ٢١٠/٦، تكملة فتح القدير: ٩٧/٧، مجمع الضمانات: ص ٦٩ وما بعدها، حاشية الدسوقي والشرح الكبير: ٤٢٣/٣.

قيمتها، سواء نقلها إلى مكان مماثل في الحفظ أو دونه أو أعلى منه، لأنه خالف المودع لغير فائدة ولا مصلحة، ولا تجوز مخالفته لغير ضرورة^(١).

وأما أساس تنفيذ الشرط المتعارف عليه والمسؤولية في الإخلال به، فهو ما قرره الفقهاء من قواعد، منها: «التعيين بالعرف كالتعيين بالنص» «المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً» «المطلق يجري على إطلاقه إذا لم يقم دليل التقييد نصاً أو دلالة» «المعروف بين التجار كالمشروط بينهم». وعلى هذا قالوا: إن العقد المطلق مقيد بالعرف والعادة ضمناً، كما يتقيد نصاً، فإذا استعار إنسان سيارة أو دابة، فلا يجوز له أن يحملها فوق المعتاد لمثلها، ولا يستعملها بعمل دائم ليلاً ونهاراً ما لا يستعمل مثلها من السيارات والدواب^(٢).

والضمان الناشئ عن العقد إما أن يكون مطلقاً في جميع الحالات سواء أكان هناك تعدٍ أو تقصير أم لا، وهذه هي عقود الضمان كالبيع ونحوه، وإما أن يكون حال العدوان فقط، وهذه هي عقود الأمانة كالوديعة ونحوها، وإما أن يكون في بعض الحالات أو الأوجه، وهذه هي العقود المزدوجة الأثر كالإجارة، وقد خصصنا في الفصل الثاني مبحثين للكلام على هذه العقود تفصيلاً.

٢- وأما وضع اليد: فهو مصدر للضمان سواء أكانت اليد غير مؤتمنة أم مؤتمنة.

واليد غير المؤتمنة: إما أن تكون بغير إذن المال كيد السارق والغاصب، أو بإذن المالك كيد البائع على المبيع قبل القبض، والمشتري بعد قبض المبيع سواء أكان البيع صحيحاً أم فاسداً، ومقترض الأعيان بعد قبضها، والقباض على سوم الشراء، ومستأجر الدابة المتعدي المخالف للشرط أو للمعتاد، ونحو ذلك، فإن يد هؤلاء يد ضمان يضمنون الشيء مهما كان سبب التلف ولو بأفة سماوية أي بقوة قاهرة.

(١) المذهب: ٣٥٩/١ وما بعدها، مغني المحتاج: ٨٤/٣ وما بعدها، المغني: ٣٨٧/٦ وما بعدها.

(٢) المبسوط: ١٤٤/١١، البدائع: ٢١٥/٦، تكملة فتح القدير: ١٠٧/٧، حاشية ابن عابدين: ٥٢٧/٤، مجمع الضمانات: ص ٥٧ وما بعدها.

واليد المؤتمنة: كيد الوديع في الودائع، وعامل المضاربة والمساواة والأجير الخاص، وكأيدي الأوصياء على أموال اليتامى، والحكام على تلك الأموال وعلى أموال الغائبين والمجانين ونحوهم، فهؤلاء لا يضمنون هلاك الشيء إلا بالتعدي أو بالتقصير، لأن الأيدي هنا مؤتمنة.

هذا وقد ذكر ابن رجب الحنبلي أنواع الأيدي المستولية على مال الغير بغير إذنه، فرأينا ذكرها هنا، لأن منها ما هو موجب للضمان، ومنها ما هو غير موجب له، فقال^(١):

الأيدي المستولية على مال الغير بغير إذنه ثلاث:

١- يد تفيد الملك بالاستيلاء وتنفي الضمان.

٢- يد لا تفيد الملك بالاستيلاء وتنفي الضمان.

٣- يد لا تفيد الملك وتثبت الضمان.

أما الأولى فحالاتها هي:

أولاً- استيلاء الحربيين على أموال المسلمين: إذا استولى الأعداء بسبب الحرب على أموال إسلامية فإنهم يملكونها عند جمهور الفقهاء^(٢)، ولا يضمنونها، كما لا يضمنون ما وضعوا أيديهم عليه، ولكنهم لم يحوزوه إلى بلادهم، ولا ما شرد إليهم من دواب المسلمين.

ثانياً- استيلاء الأب على مال الابن: إذا استولى الأب على مال الابن، فلا ضمان عليه، حتى ولو أتلفه على أصح الوجهين عند الحنابلة.

وأما اليد الثانية فحالاتها ما يأتي:

أولاً- من له ولاية شرعية على القبض كالأب والوصي عند قبض مال القاصر.

ثانياً- من قبض المال لحفظه للمالك كواجد اللقطة.

(١) راجع القواعد: ص ٢٠٦ وما بعدها بتصرف كبير.

(٢) خالف في ذلك الشافعية والظاهرية والشيعة الإمامية فقرروا عدم تملك غير المسلم مال المسلم أو الذمي بالحرب (راجع آثار الحرب في الفقه الإسلامي للمؤلف: ص ٦١٤ طبعة ثانية، الخلاف في الفقه للطوسي ٥٠٢/٢).

ثالثاً- البغاة: وهم الطائفة الممتنعة عن حكم الإمام الحاكم، لا يضمنون في الأصح ما يتلفونه لجماعة المسلمين حال الحرب، وكذلك لا يضمن المسلمون لهم ما يتلفونه لهم حال الحرب أيضاً.

وكذلك المرتدون الذين أعلنوا ردتهم عن الإسلام ولحقوا بالأعداء في دار الحرب، أو اجتمعوا في مكان خاص بهم وكان لهم قوة ومنعة، فإنهم لا يضمنون ما يتلفونه للمسلمين، مثل الحريين في الأرجح عند الحنابلة.

وأما اليد الثالثة: فهي اليد العادية التي يترتب عليها الضمان، كيد الغاصب والسارق ونحوهما.

٣- وأما الإتلاف- فهو سبب لوجوب الضمان إذا توافرت الشروط والأركان التي ذكرناها: لأنه اعتداء وإضرار، وقد قال الله سبحانه: ﴿فَمَنْ أَعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ يَمِثِلْ مَا أَعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤/٢] وقال عليه الصلاة والسلام: «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام».

والإتلاف: هو إخراج الشيء من أن يكون منتفعاً به منفعة مطلوبة منه عادة^(١). ويرد على النفس الإنسانية والبهائم والجمادات والأشياء. وإتلاف النفس الإنسانية يختص ببحث المسؤولية الجنائية، ونقصر كلامنا هنا على إتلاف الأشياء والبهائم والجمادات.

والإتلاف عند الفقهاء نوعان: إتلاف بالمباشرة، وإتلاف بالتسبب.

فالإتلاف بالمباشرة: هو إتلاف الشيء من دون أن تكون هناك واسطة، أو هو ما أثر في التلف وحصله^(٢)، أو هو إتلاف الشيء بالذات، ويقال لمن فعله: فاعل مباشر (م ٨٨٧ مجلة) مثل القتل والذبح، والإحراق والإغراق وهدم الدور، وأكل

(١) البدائع: ١٦٤/٧.

(٢) مذكرات عن المعاملات الشرعية للمرحوم زيد الأبياني: ص ١٨٩، التشريع الجنائي الإسلامي للمرحوم عبد القادر عودة: ٣٦/٢. وعرف الكاساني في البدائع: ص ١٦٥ الإتلاف بالمباشرة بقوله: «إيصال الآلة بمحل التلف» وقال العز بن عبد السلام في قواعده: ١٣١/٢: المباشرة هي إيجاد علة الهلاك.

الأطعمة، وتمزيق الثوب، وقطع الشجر، وكسر الإناء، وإتلاف الدراهم والدنانير أو استهلاكها ونحو ذلك.

هذا وقد ذكر شيخ الإسلام عز الدين بن عبد السلام صور الإتلاف مباشرة رأينا تلخيصها هنا: لأنه يتبين منها ما هو مشروع أو غير مشروع من الإتلافات، فقال:

الإتلاف أنواع:

أحدها: إتلاف لإصلاح الأجساد وحفظ الأرواح، كإتلاف الأطعمة والأشربة والأدوية، وذبح الحيوان المباح حفظاً للأنفس البشرية، ويلحق به قطع الأعضاء المتأكلة حفظاً للنفس، وإفساد هذه الأشياء جائز للإصلاح.

الثاني: إتلاف الدفع وهو أنواع.

١- القتل والقطع والجرح لدفع ضرر الصيال على الأرواح والأبضاع والأموال، أي الدفاع عن النفس والعرض والمال.

٢- قتل الحيوانات المؤذية كالحية والعقرب والسباع والضباع، وهذا واجب عند الإمكان.

٣- قتل الأعداء دفعاً لمفسدة الإضرار والاعتداء على المسلمين.

٤- قتل البغاة دفعاً لبغيهم وخروجهم عن طاعة الحاكم الواحد للجماعة.

٥- إتلاف لدفع المعصية كقتل الظلمة دفعاً لظلمهم وعصيانهم، أو تخريب ديارهم وقطع أشجارهم وقتل دوابهم إذا لم يمكن دفعهم إلا بذلك.

وكذلك تخريب ديار الأعداء المحاربين وقطع أشجارهم وإتلاف ملابسهم وتمزيقها أثناء الحرب، وهو نوع من الجهاد.

٦- إتلاف ما يعصى الله به كالملاهي والأوثان ونحوهما من وسائل الشرك.

٧- إتلاف الزجر، أي العقوبات الشرعية كرمي الزناة أي رجمهم بالحجارة، والقصاص من الجناة، وقطع أيدي السراق والمحاربين زجراً عن السرقة والمحاربة والجنابة وصوناً لهم^(١).

(١) قواعد الأحكام: ٧٤/٢.

والإتلاف بالتسبب: هو إحداث أمر في شيء يفضي إلى تلف شيء آخر. أو هو: ما أثر في التلف ولم يحصله^(١) أو هو التسبب لتلف شيء يعني إحداث أمر في شيء يفضي إلى تلف آخر على جري العادة (م ٨٨٨ مجلة) كحفر البئر في موضع لم يؤذن فيه، كالطرقات العامة، أو في أرض مملوكة من دون ترخيص من السلطة الإدارية المختصة أو لأجل إيقاع الحيوان فيها، وكإيقاد النار قريباً من الزرع، أو البيدر الذي يجمع فيه الحب، وكرمي ما يزلق الناس في الطرق، فيعطب بسبب ذلك حيوان أو إنسان، وكالكلمة الباطلة عند ظالم إغراء على مال إنسان مما يوجب الضمان على المتكلم كما ذكرنا سابقاً، وكتمزيق الوثائق والسندات المتضمنة لإثبات الحق والاحتجاج بها، وكوضع السم في الطعام، وكترك حيوان معلق بشيء حتى مات، فيضمنه عند المالكية إذا كان قادراً على تخليصه وحيازته لصاحبه؛ لأن صون مال المسلم واجب، ومن ترك واجباً في الصون ضمن، ومثل ذلك أن يمر إنسان بلقطة يعلم أنه إذا تركها أخذها من يجدها، فيجب عليه أخذها، فإن تركها مع قدرته على أخذها ضمنها عند المالكية^(٢). وبهذا يظهر أن التسبب إيجابي وسلبي، وكل منهما موجب للضمان^(٣).

والخلاصة أن الضمان بالإتلاف تسبباً أكثر ما يحدث إما فيما يمس حقوق الجوار، وإما فيما يمس حقوق الناس عامة في الطرق.

ففي حقوق الجوار يجب الضمان إذا حدث ضرر بسبب إسالة الماء أو إشعال النار، قال الحنفية: «لو صب شخص الماء في ملكه، وخرج عن صبه ذلك إلى ملك غيره، فأفسد شيئاً، فإذا كان يعلم عند الصب أن الماء يسيل إلى ملك جاره،

(١) المرجعان السابقان، وعرف الكاساني الإتلاف تسبباً بأنه «الفعل في محل يفضي إلى تلف غيره عادة». وقال القرافي: السبب: ما يقال عادة: حصل الهلاك به. والتسبب: ما يحصل الهلاك عنده بعلّة أخرى إذا كان السبب هو المقتضي لوقوع الفعل بتلك العلة (الفروق: ٤/ ٢٧) وقال ابن عبد السلام في قواعده: ١٣٢/٢: التسبب إيجاد علة المباشرة.

(٢) راجع الفروق للقرافي: ٢٠٦/٢ وما بعدها، ٤ ص ٢٧، القوانين الفقهية: ص ٣٣٢، القواعد لابن رجب: ص ٢٠٤ وما بعدها، قواعد الأحكام: ١٣١/٢ وما بعدها، مجمع الضمانات: ص ١٤٦.

(٣) المسؤولية المدنية والجنائية في الإسلام لأستاذنا محمود شلتوت: ص ٢٢.

يكون ضامناً، كما لو صب الماء في ميزابه، وتحت الميزاب متاع غيره، ففسد به، كان ضامناً»^(١).

-«لو سقى رجل أرضه، فتعدى إلى أرض جاره، فلو أجرى الماء في أرضه جرياناً لا يستقر في أرضه، والماء يستقر في أرض جاره، ضمن. ولو كان الماء يستقر في أرضه، ثم يتعدى إلى أرض جاره، فلو تقدم^(٢) إليه جاره طالباً منه منع الماء بواسطة ممكنة، ولم يفعل ضمن، ولو لم يتقدم، لم يضمن. ولو كانت أرضه صعوداً، وأرض جاره هبوطاً بحيث يعلم أنه لو سقى أرضه نفذ إلى جاره يضمن، ويؤمر بوضع المسّاة»^(٣).

-«رجل أحرق شوكاً أو تبناً في أرضه، فذهبت الريح بالشرارات إلى أرض جاره، وأحرقت زرعه: إن كانت النار مبعدةً من أرض الجار على وجه لا يصل إليه شرر النار في العادة، فلا ضمان عليه، لأنه حصل بفعل النار، وإنه جُبار، ولو كانت بقرب من أرضه على وجه يصل إليه شرار النار غالباً، فإنه يضمن، لأن له الإيقاد في ملك نفسه، لكن بشرط السلامة»^(٤).

وللانتفاع فيما يمس حقوق الناس في الطرقات يشترط شرطان:

أولاً- السلامة يعني عدم الإضرار بالآخرين في الحالات التي يمكن التحرز منها.

ثانياً- الحصول على إذن من ولي الأمر في الجلوس ووضع الأشياء وإحداثها ونحو ذلك، فإن خالف الشخص أحد هذين الشرطين، كان ضامناً أثر فعله الذي تسبب به، كما هو مفهوم من المادتين (٩٢٦، ٩٦٧ من المجلة).

وعلى هذا إذا سقط الحمل الذي يحمله الحمال، فأتلف مال آخر، يكون الحمال ضامناً. إذا وضع إنسان على الطريق العام حجارة أو أدوات عمارة، فعثر به

(١) مجمع الضمانات: ص ١٦٢.

(٢) التقدم: هو التنبيه والتوصية أولاً بدفع وإزالة مضرة مظنونة (م ٨٨٩ مجلة).

(٣) جامع الفصولين: ١٢٥/٢. والمسّاة: حائط يبنى في وجه الماء ويسمى السد.

(٤) المرجع السابق: ص ١٢٤.

حيوان وتلف، أو صَبَّ أحد على الطريق العام شيئاً يزلق به كالدهن والماء الكثير ونحوهما، فزلق به حيوان وتلف، يضمن. ولو حفر رجل بئراً في سوق العامة أو بنى فيه دكاناً فعطب به شيء: إن فعل ذلك بإذن الحاكم، لا يكون ضامناً، وبغير إذنه، يكون ضامناً^(١).

والسبب أنواع ثلاثة^(٢):

١- حسي: كالإكراه فإنه يولد في المستكره داعية العدوان، وكالإمساك للقتل فإنه يساعد على ذلك.

٢- شرعي: كشهادة الزور على القتل أو الإتلاف، فإنها تكون سبباً للقاضي في إصدار الحكم بالإعدام.

٣- ما يولد المباشرة عرفاً: كوضع السم في الطعام، وحفر بئر وتغطيتها في طريق القتل.

مذاهب الفقهاء في الإكراه: الإكراه: حمل الغير على أن يفعل ما لا يرضاه، ولا يختار مباشرته، لو ترك ونفسه. وهو نوعان: ملجئ أو تام إذا سلبت فيه الإرادة والاختيار، وغير ملجئ أو ناقص إذا أعدم الرضا فقط دون الاختيار، وكل منهما إما أن يقع على أمر من الأمور الحسية كأكل المحرمات من الأطعمة، وإما على أمر من الأمور الشرعية أي التصرفات القولية من إقرار وبيع وطلاق ونحوها. والكلام على الإكراه طويل يحتاج إلى بحث مفصل^(٣)، نجتزئ بذكر حالتين من الإكراه على التصرفات الحسية أو الوقائع المادية، نموذجاً للبحث ألا وهما الإكراه على إتلاف المال، والإكراه على القتل باعتبار كل واحد منهما سبباً لذلك.

١- **الإكراه على إتلاف المال:** إذا أكره شخص غيره على إحراق أثاث منزل لآخر مثلاً، فإن كان الإكراه تاماً، فالضمان على المكره عند الحنفية والحنابلة وبعض

(١) مجمع الضمانات: ص ١٨١، جامع الفصولين: ١٢٥/٢، المبسوط: ١٤/٢٦، ٢٢.

(٢) التشريع الجنائي الإسلامي: ٣٦/٢ نقلاً عن مغني المحتاج: ٦/٤.

(٣) انظر كتابنا «الفقه الإسلامي في أسلوبه الجديد»: ١٩٤/٢ وما بعدها.

الشافعية، لأن المستكره مسلوب الإرادة، وما هو إلا آلة للمكره، ولا ضمان على الآلة اتفاقاً، والمكره هو السبب الجوهرى في الضرر.

وقال المالكية والظاهرية وبعض الشافعية: الضمان على المستكره لأنه باشر الضرر، وإذا اجتمع سببان من أسباب الضمان كالمباشرة والتسبب، غلبت المباشرة على التسبب، كمن حفر بئراً لإنسان ليقع فيه، فجاءه آخر، فألقاه فيه، فهذا مباشر، والأول متسبب، فالضمان على المباشر دون المتسبب، لأن شأن الشريعة تقديم الراجح عند التعارض، إلا أن تكون المباشرة مغمورة أي مغلوبة ضعيفة كما في الإكراه على القتل، فإن القصاص يجب عليهما عند المالكية كما سيأتي.

وقال الشافعية في الأرجح عندهم: الضمان على المكره والمستكره بالتضامن، لأن الإلتلاف صدر من المستكره حقيقة، ومن المكره بالتسبب، والتسبب في الفعل والمباشرة سواء، ولكن يستقر الضمان في النهاية على المكره في الأصح، فهو في النتيجة كالفریق الأول.

وإن كان الإكراه ناقصاً: فالضمان على المستكره عند الحنفية والمالكية والظاهرية وبعض الشافعية وبعض الحنابلة، لأن الإكراه ناقص لا يسلب الاختيار أصلاً، فلم يكن المستكره مجرد آلة للمكره، فكان الإلتلاف من المستكره، فوجب الضمان عليه^(١). وهذا متمش مع ما قلناه سابقاً بتغليب ماله دور بارز في الضرر.

٢- الإكراه على القتل: اتفق الفقهاء على تأثيم من أكره على القتل، فقتل، واختلفوا في القصاص منه إذا كان الإكراه تاماً.

فقال أبو حنيفة ومحمد، وداود الظاهري، وأحمد في رواية، والشافعي في أحد قوليه: لا قصاص على المستكره، وإنما يقتص من المكره ويعزر المستكره فقط، لقوله ﷺ: «عفوت عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» ولأن

(١) البدائع: ١٧٩/٧، تكملة فتح القدير: ٣٠٢/٧، تبين الحقائق: ١٨٦/٥، الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ١٧٩، قواعد الأحكام: ١٣٢/٢، الفروق: ٢٠٨/٢، بداية المجتهد: ٣١١/٢، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ٤٤٤/٣، كشاف القناع: ٩٨/٤، المحلى: ٣٨١/٨ مطبعة الإمام بمصر.

المستكره مجرد آلة للمكره، إذ القاتل في المعنى هو المكره، وإنما الموجود من المستكره صورة القتل، فأشبهه المستكره الآلة، ولا قصاص على الآلة كما بينا في حالة الإتلاف.

وقال زفر وابن حزم الظاهري: يقتص من المستكره، لأن القتل وجد منه حقيقة حساً ومشاهدة، وأما المكره فهو متسبب، ولا قصاص بالتسبب عندهم.

وقال أبو يوسف: لا يقتص من المستكره ولا من المكره، لأن المكره ليس بقاتل حقيقة، وإنما هو مسبب للقتل، وإنما القاتل هو المستكره، ولما لم يجب القصاص على المستكره، فلأن لا يجب على المكره أولى، وإنما الواجب عليه فقط هو الدية، ولا يرجع على المستكره بشيء.

وقال المالكية والشافعية والحنابلة: يقتص من المكره والمستكره، لأن المستكره وجد منه القتل حقيقة، والمكره متسبب في القتل، والمتسبب كالمباشر كما ثبت شرعاً.

ويظهر أن الرأي الأول هو أرجح الآراء وهو مذهب أبي حنيفة ومن معه. وأما إن كان الإكراه ناقصاً فيجب القصاص على المستكره بلا خلاف. لأن الإكراه الناقص لا يسلب الاختيار، فلا يمنع وجوب القصاص^(١).

والخلاصة أن اختلاف الفقهاء فيما ذكرناه في الإكراه مرجعه اختلافهم في تقدير السبب الفاعل المؤثر أكثر من غيره في إحداث الضرر، مع أنهم متفقون من حيث المبدأ على قاعدة «إذا اجتمع المباشر والمتسبب أضيف الحكم إلى المباشر»^(٢).

شروط الإتلاف مباشرة وتسبباً: اتفق علماء الأصول والفقهاء على أن الإتلاف مباشرة: يكون سبباً للضمان، سواء أكان الإتلاف عمداً أم خطأ أم سهواً، وسواء

(١) المراجع السابقة، مختصر الطحاوي: ص ٤٠٩ وما بعدها، الباب شرح الكتاب: ١١٢/٤، مغني المحتاج: ٧/٢، ٢٨٩/٣، القواعد لابن رجب: ص ٢٨٧.

(٢) انظر المبسوط: ٥٤/١١، الأشباه والنظائر لابن نجيم: ١٩٦/١، الفروق: ٢٠٨/٢، ٤/٢٧، الأشباه والنظائر للسيوطي: ص ١٤٥، القواعد لابن رجب: ص ٢٨٥، المغني: ٥/٢٨٠.

أكان المتلف صغيراً أم كبيراً، بعالمماً بأنه مال غيره، أم جاهلاً، لأن ضمان المتلفات ينظر فيه إلى أنه بدل مال، لا جزاء فعل، حفاظاً على حقوق الناس في أموالهم؛ لأن حرمة المال عظيمة كحرمة النفس.

فلو أتلّف إنسان مال غيره سهواً مثلاً أو نائماً أو جاهلاً أنه مال غيره أو ظاناً أنه ماله فهو ضامن له في ماله، وإذا أتلّف صغير ولو ابن يوم أو مجنون مالاً لغيره، فهو ضامن، فتدفع قيمته من ماله إن كان له مال، وإلا فيظل الضمان ديناً في ذمته إلى وقت يساره، ولا يكون وليه ضامناً^(١).

هذا وقد استثنى الشافعية وغيرهم من ضمان المتلفات حالات تقتضيها الضرورة، أو الدفاع عن النفس، أو تنفيذ أمر الشرع، أو ظرف استثنائي كالحرب وبغي طائفة من المسلمين أو قوة قاهرة^(٢). وأمثلة ذلك بالترتيب: كسر الباب ونقب الجدار بالنسبة لمن ظفر بحقه مع مدين مماطل، فله أخذه بكل الوسائل، والوسيلة إلى المباح مباحة^(٣).

إذا لم يتمكن المدافع عن نفسه أو ماله أو عرضه من دفع الصائل المعتدي إلا بعقر دابته وكسر سلاحه، فله ذلك^(٤).

وإذا لم يتمكن المسلم من إراقة الخمر إلا بكسر آنيته، فله ذلك تنفيذاً لأمر الشارع بإراقتها وإتلافها.

ما يتلفه الباغي على العادل وعلى العكس حالة الحرب، أو ما يتلفه الحربيون

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم: ٧٨/٢، درر الحكام: ٢٧٣/٢، مجمع الضمانات: ص ٤٢٣، رد المحتار على الدر المختار: ١٠١/٥، بداية المجتهد: ٣١١/٢، تهذيب الفروق: ٢/٢٠٣، الفروق: ٣١/٤، القوانين الفقهية لابن جزي: ص ٣٣٢ ط فاس، الشرح الكبير للدردير: ٤٤٣/٣، شرح الرسالة للقيرواني: ٢/٢١٨ وما بعدها، كشف القناع: ٩٩/٤، القواعد لابن رجب: ص ٢١٨، مذكرة عن المعاملات الشرعية للمرحوم الأستاذ زيد الأبياني: ص ١٨٩.

(٢) مغني المحتاج: ٢٧٧/٢، نهاية المحتاج: ١١١/٤.

(٣) راجع نظرية الضرورة الشرعية للمؤلف: ص ١١٨ وما بعدها، ١٨٨.

(٤) المرجع السابق: ص ١٤٢ وما بعدها.

للمسلمين ونحو ذلك، لا ضمان له، كما أشرنا سابقاً وكما سيأتي تفصيل الكلام فيه.

لو دخل رجل دكان حداد ولو بإذنه وهو يطرق الحديد، فطارت شرارة، فأحرقت ثيابه، كان ذلك هدرًا لا ضمان فيه.
ولو سخر دابة، ومعها مالکها، فتلفت، لا يضمنها المسخر، لأن التلف غير الإتلاف.

وأما الإتلاف تسبباً: وهو ما تسبب عنه إتلاف شيء للغير أو نقصان قيمته، فقد أوجزنا سابقاً شروط الضمان؛ فيه وهي بعبارة أخرى ثلاثة^(١).

الأول - التعدي - وهو تجاوز الحق أو ما يسمح به الشرع، كأن يحفر شخص بئراً في الطريق العام من غير إذن الحاكم، أو في غير ملكه عدواناً، فإذا سقط فيه إنسان أو حيوان، فالحافر ضامن. ومثله أن يؤجج رجل ناراً في يوم ريح عاصف، فيتعدى على إتلاف مال الغير، أو يحل وكاء وعاء فيه شيء مائع فاندفق، أو يفتح قفصاً عن طائر، فطار، أو يحمل حملاً في الطريق فيقع على شيء فيتلفه أو يعثر أحد بالحمل، فيضمن في كل تلك الحالات، لأنه أثر فعله، أو بسبب أثر فعله الذي هو تعدد^(٢). إلا أن فتح القفص ونحوه لا يوجب الضمان عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

الثاني - التعمد: وهو أن يصدر الفعل عن قصد وإرادة، كأن يتلف شرب^(٣) إنسان بأن يسقي أرضه بشرب غيره، أو يسد الماء عن أرض جاره، فتيبس مزروعاته، أو يجذب ثوب إنسان فيسقط منه ما يحمله فيه، فيتلف فيضمن. أما إذا لم يكن هناك تعمد، كما لو جفلت دابة من رجل، فهربت وضاعت، فلا يضمن، لأنه غير متعمد.

(١) القواعد لابن رجب: ص ٢٠٦، مذكرة عن المعاملات، المرجع السابق: ص ١٩٠ وما بعدها، الفروق للقرافي: ٢٧/٤، ٢٠٨/٢، مجمع الضمانات: ص ٣٢٣.

(٢) جامع الفصولين: ١١٦/٢، ١٢٢، ١٢٤، وانظر المادة ٩٢٤ من المجلة التي تنص في أولها على أنه «يشترط التعدي في كون التسبب موجباً للضمان...».

(٣) الشرب: النصيب من الماء لإرواء الأراضي. وحق الشفة: هو حق شرب الإنسان والدواب.

الثالث- ألا يكون التلف قد نشأ عن فعل آخر مباشر، فإن اشترك المباشر والمتسبب، ضمن المباشر إن كان السبب لا يؤثر في التلف بانفراده عادة، كمن حفر بئراً في مكان عدواناً، فجاء غير الحافر، وأردى فيه إنساناً أو حيواناً، فالضمان عليه دون الحافر؛ أما إن تردى فيه بهيمة أو غيرها بنفسها، فالحافر هو الضامن، وإن كان السبب يؤثر بانفراده، فإن المتسبب والمباشر يشتركان في الضمان، كما لو نخس رجل دابة راكب بإذنه فوطئت إنساناً، فالضمان عليهما، لأن السبب هنا يؤثر بانفراده، كما أوضحنا سابقاً.

الفروق بين ضمان العقد وضمان اليد وضمان الإلتلاف^(١):

المهم في نظرية الضمان أو المسؤولية في الإسلام هو تعويض المتضرر سواء أكانت المسؤولية تعاقدية أم تقصيرية، مما يمكن القول بأن الشريعة الإسلامية من أنصار وحدة المسؤولية - نظرية تحمل التبعية - ولكن مع ذلك ذكر الفقهاء فروقاً تبعية أو غير أساسية بين نوعي المسؤوليتين ليست لها الأهمية التي يذكرها القانونيون القائلون بتعدد المسؤولية^(٢).

فقد أبان السيوطي الفرق بين أسباب الضمان الثلاثة، فقال^(٣): الفرق بين ضمان العقد وضمان اليد: أن ضمان العقد مرده ما اتفق عليه المتعاقدان أو بدله؛ وضمان اليد مرده المثل أو القيمة. ويفارق الإلتلاف ضمان اليد في أنه (أي الإلتلاف) يتعلق بالحكم فيه بالمباشرة دون السبب، وضمان اليد يتعلق بالمباشرة والسبب.

وذكر السرخسي هذا الفرق نفسه بين ضمان العقد وضمان اليد، فقال^(٤): «إن ضمان الإلتلاف مبني على المماثلة، وبهذا فارق ضمان العقد، فإنه غير مبني على المماثلة باعتبار الأصل، بل وعلى المراضاة، وكيف ينبني على المماثلة،

(١) يلاحظ أن اصطلاح (ضمان العقد) الفقهي يدل على تلافي الأضرار الناتجة عن العقد، واصطلاح (ضمان الإلتلاف واليد) يشير إلى المسؤولية التقصيرية.

(٢) نطاق المسؤولية المدنية للدكتور الخطيب: ص ٣٥، ٣٠٨، ٣٦٩.

(٣) الأشباه والنظائر: ص ٢٧٧ وما بعدها.

(٤) المبسوط: ٨٠/١١، مطبعة السعادة.

والمقصود بالعقد طلب الربح، ثم ضمان العقد مشروع، وفي المشروع يعتبر الوسع والإمكان، ولهذا يجب الضمان باعتبار التراضي، فاسداً كان العقد أو جائزاً، فيسقط اعتبار التفاوت الذي ليس في وسعنا الاحتراز منه في ضمان العقد. فأما الإلتلاف فمحظور غير مشروع، وضمانه مقدر بالمثل بالنص^(١)، فلا يجوز إيجاب الزيادة على قدر المتلف بسبب الإلتلاف.

بهذا يتضح الفرق بين ضمان الإلتلاف وضمنان اليد، فمصدر الضمان في الإلتلاف هو مباشرة الفعل، وأما مصدر ضمان اليد فهو إما المباشرة أو التسبب. إلا أن الحنفية قالوا: إذا كان المسبب في الإلتلاف متعدداً يجعل كالمباشر^(٢).

وكذلك يتضح الفرق بين ضمان العقد من جهة وضمنان اليد أو الإلتلاف من جهة أخرى على النحو الآتي في الأمور التالية:

١- **الأهلية:** يشترط لضمان العقد عند الحنفية أهلية الأداء الناقصة أي التمييز، وعند جمهور الفقهاء: البلوغ مع العقل. وأما ضمان اليد فيكفي للالتزام به أهلية الوجوب الكاملة؛ أي توافر الصفة الإنسانية بعد الولادة، فسواء أكان الصبي مميزاً أم غير مميز، فإنه يلتزم بضمان المتلفات، كما قرر علماء أصول الفقه^(٣)، وكما ذكرنا سابقاً.

٢- **كيفية التعويض:** يقدر التعويض أو الغرامة في ضمان العقد حسبما جرى الاتفاق أو التراضي عليه، لأن المقصود من العقود هو الاسترباح كما أشار السرخسي. وأما ضمان اليد فيراعى فيه مبدأ المماثلة بقدر الإمكان، لأن المقصود من ضمان المتلفات هو تغطية الضرر الواقع فعلاً.

٣- **المسؤول عن التعويض:** قد يكون هناك تضامن في المسؤولية في ضمان العقد،

(١) أي النص القرآني مثل قوله تعالى ﴿وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا﴾ [الشورى: ٤٢/٤٠] ﴿وَأِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ﴾ [النحل: ١٦/١٢٦].

(٢) راجع المبسوط للسرخسي: ٥٤/١١.

(٣) انظر كشف الأسرار على أصول البزدوي: مجلد ٢/١٣٨٣، التقرير والتحجير: ١٧٢/٢، التلويح على التوضيح: ١٦٨/٢ ط صبيح.

كما في الكفالة حيث يمكن للدائن مطالبة الأصيل أو الكفيل بالدين المكفول به. وكذلك العقد الذي فيه معنى الكفالة كشركة المفاوضة عند الحنفية^(١)، حيث يعدّ كل شريك كفيلاً عن الآخر أي متضامناً معه في كل الحقوق والواجبات المتعلقة بما يتاجران فيه. وعدّ المالكية قطاع الطريق أو المحاربين كالكفلاء فيما بينهم فيما يغرمه كل واحد منهم من الأموال المحترمة، سواء أكانت لمسلم أم لذي أم لمعاهد، فكل من قبض عليه منهم طوب بضمن ما أخذه هو وأصحابه^(٢).

أما في ضمان اليد ما عدا الغصب، فإن كلّ جانبٍ مسؤول بانفراده ومستقل عن الجناة الآخرين. لأن المبدأ المقرر في الإسلام هو المسؤولية الفردية لقوله تعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾ [المدثر: ٣٨/٧٤] أما الغصب فيمكن مطالبة الغاصب أو غاصب الغاصب بالضمان.

٤- الإجازة: الإجازة تلحق العقد كما في تصرف الفضولي، وكذا تلحق الأفعال عند الإمام محمد خلافاً لأبي حنيفة، فلو رد الغاصب الشيء المغصوب إلى شخص أجنبي، فأجاز المالك المغصوب منه قبض ذلك الأجنبي أي فعله، برئ الغاصب من الضمان عند محمد، وعند أبي حنيفة لا يبرأ من الضمان.

أما في ضمان الإتلاف: ففي قول مرجوح أن «الإجازة لا تلحق الإتلاف» فلو أتلّف إنسان مال غيره تعدياً، فقال المالك: أجزت أو رضيت أو أمضيت، لم يبرأ من الضمان^(٣). والصحيح أن الإجازة تلحق الإتلاف كبقية الأفعال.

٥- وقت تملك المضمون: إن المضمون ضمان عقد لا يملكه مستحقه إلا بقبض الضامن، أما المضمون ضمان يد، فيملكه مستحقه من تاريخ حدوث سبب استحقاقه^(٤)، مثاله: إذا كان المهر المعين بذاته - كسيارة مثلاً - في يد الزوج

(١) شركة المفاوضة: هي أن يتعاقد اثنان فأكثر على أن يشتركا في عمل بشرط التساوي في رؤوس الأموال والتصرفات والعقيدة والأرباح. وهذا المعنى انفرد به الحنفية والشيعة الزيدية دون سائر الفقهاء.

(٢) الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي: ٣٥٠/٤ وما بعدها.

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم: ٩٧/٢ وما بعدها، رد المحتار والدر المختار: ١٣٩/٥.

(٤) انظر وقارن التعليق على الأشباه والنظائر للسيوطي: ص ١٥٣.

مضموناً ضمان عقد، فإن المرأة لا تملكه إلا باستلامها إياه، وإذا كان مضموناً ضمان يد، فتملكه المرأة بمجرد انعقاد عقد الزواج، وعندئذ يحق لها التصرف فيه بالبيع مثلاً بعد تملكه^(١).

وقد وضع الحنفية قاعدة في ضمان العقد تؤيد ذلك وهي: «الضامن يملك المال المضمون بالضمان من وقت قبضه» وفي ضمان اليد قالوا في الغصب مثلاً: يملك الغاصب الشيء المغصوب بعد ضمانه من وقت وجود الغصب^(٢).

ويتحقق عند القانونيين ضمان العقد أو المسؤولية التعاقدية عند قيام عقد صحيح بين الطرفين، وحدوث ضرر ناتج من عدم تنفيذ الالتزامات المتولدة من هذا العقد، فإن لم يكن العقد صحيحاً أو كان باطلاً، فتعدّ المسؤولية تقصيرية.

ويلاحظ أن ضمان العقد عند الفقهاء المسلمين غير المسؤولية التعاقدية عند فقهاء القانون، فضمن العقد: ضمان مال تالف بناء على عقد اقتضى الضمان. أما المسؤولية العقدية: فهي تعويض عن ضرر نشأ عن عدم تنفيذ المدين التزامه الناشئ عن العقد. وهذا المعنى غير مضمون شرعاً، وإنما يجبر المدين على الوفاء بالتزامه، فإن امتنع كان امتناعه معصية يستحق عليها التعزير.

حالات مختلف فيها: هل هي من ضمان العقد أم من ضمان اليد:

اختلف الفقهاء في بعض المسائل: هل هي مضمونة ضمان عقد أو ضمان يد؟ منها ما ذكره الحنفية وهو أن الصبي المميز إذا لم يكن مأذوناً له في التجارة وتعاقده مع غيره على شيء ثم تسلمه منه وأتلفه، فهل يضمنه أم لا؟

قال أبو حنيفة ومحمد ورأيهما هو الراجح عند الحنفية: لا يضمن، لأن الضمان هنا ضمان عقد لا ضمان يد أو فعل، فالمالك هو الذي سلط هذا الصبي المحجور عن التصرفات على ماله، وعرضه للتلف، والصبي غير المأذون أو المحجور ليس أهلاً لالتزام ضمان العقود كما ذكرنا سابقاً.

(١) انظر وقارن أيضاً هذه الفروق: المسؤولية التقصيرية بين الفقه والقانون للزميل الدكتور فيض الله: ص ٩٢-٩٦.

(٢) المبسوط: ١٥/١٦، البدائع ١٥٢/٧، مصادر الحق للسنهوري: ١٨٣/٦.

وقال أبو يوسف: يضمن هذا الصغير، لأنه ضامن كل ما يتلفه على غيره من الأفعال الجنائية، وهنا إذا لم يعتبر فعل الصغير المحجور بناء على العقد فقد بقي فعل الإتلاف، فالقضية هنا قضية ضمان يد لا ضمان عقد^(١).

ومن هذه الحالات ما ذكره الشافعية وهو: هل الصداق (المهر) المعين بذاته في يد الزوج قبل قبض المرأة له مضمون ضمان عقد أو ضمان يد؟

في ذلك قولان، والترجيح مختلف فيما يترتب على الاختلاف من مسائل فقهية منها: الأصح أنه لا يصح للمرأة بيع هذا المهر قبل قبضه، بناء على أنه مضمون ضمان عقد. وفي قول ثان: يصح البيع بناء على أنه مضمون ضمان يد. ومنها: أنه إذا تلف هذا المهر أو أتلفه الزوج قبل قبضه، فينفسخ المهر المسمى، ويطالب بمهر المثل بناء على ضمان العقد. وفي قول آخر: لا يفسخ الشيء المسمى، ويلزم الزوج مثله أو قيمته بناء على ضمان اليد^(٢). وهذا هو رأي الحنفية^(٣). والراجح من القولين عند الشافعية أن المهر في هذه الحالة وغيرها (أي إذا عين أو لم يعين) مضمون ضمان عقد لا ضمان يد، فلا يصح للمرأة بيعه قبل قبضه، ولو تلف في يده وجب مهر المثل^(٤).

وذكر الحنابلة أن الغاصب لو باع الشيء المغصوب، وخلى بينه وبين المشتري، فتلف قبل أن ينقله إليه، فهل يضمنه المشتري ضمان عقد أم ضمان يد؟ قال بعضهم: لا يضمنه ضمان يد أي غصب، ولكن يضمنه ضمان عقد بمجرد التخلية، وقال بعضهم: للمالك أن يضمنه إياه ضمان يد.

ثم ذكر ابن رجب الحنبلي اختلافاً في بعض المسائل يتردد فيها الحكم بين ضمان اليد وضمان الإتلاف^(٥): وهو ما إذا حفر رجل بئراً عدواناً أو نصب شبكة أو

(١) الدر المختار: ١٠١/٥ ط البابي الحلبي، الأشباه والنظائر لابن نجيم: ٧٨/٢، مجمع الضمانات للبغدادى: ص ٤٢٣، المدخل للأستاذ الزرقاء: ف ٤٣٨.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي: ص ١٥٣.

(٣) مجمع الضمانات: ص ٣٤٧.

(٤) انظر مغني المحتاج: ٢٢١/٣.

(٥) راجع القواعد له: ص ٢٠٥، ٢٠٧.

منجلاً للصيد، ثم مات هذا الرجل، ثم وقع في البئر حيوان مضمون، أو عثر بآلات الصيد حيوان مضمون، فإن اعتبرنا ذلك من باب الإتلاف، فيجب الضمان من التركة، وبه قال بعض الحنابلة.

وإن اعتبرنا ذلك من ضمان اليد، فهل يفترض أن يد الميت قائمة بعد الموت، وبالتالي يجب الضمان من التركة، أو تعتبر اليد يد من انتقل الملك إليه؟ في هذا رأيان عند الحنابلة.

مقارنة:

يقابل في بعض الأحكام ضمان العقد وضمن اليد أو الإتلاف في فقهما ما عليه أكثر فقهاء القانون المدني القائلين بازدواج المسؤولية، أي تقسيم المسؤولية المدنية إلى مسؤولية تعاقدية ومسؤولية تقصيرية، فالأولى تنشأ من الإخلال بالتزام عقدي، فتعدّ أثراً للالتزام، والمسؤولية الناجمة عن مسؤولية بين شخصين يعرف أحدهما الآخر، وذلك بسبب الإخلال برابطة سابقة موجودة بين الدائن والمدين، وأما الثانية فتنشأ من الإخلال بواجب قانوني مقتضاه عدم الإضرار بالغير، فهي تعدّ مصدراً للالتزام، والمسؤولية الحاصلة ترجع إلى مجرد المصادفة، أي إن المسؤولية التقصيرية تترتب على وقوع عمل ضار يصحب بها شخص مسؤولاً قبل آخر، دون أن يكون بين الاثنين صلة سابقة.

وتختلف هاتان المسؤوليتان أيضاً باعتبار آخر من حيث شروط مباشرة كل منهما، ومن حيث الإثبات. ففي نطاق الشروط: تشترط في المسؤولية التعاقدية أهلية الرشد في أكثر العقود، ولا بد من إعذار الدائن للمدين^(١) حتى يستحق التعويض. أما في المسؤولية التقصيرية فتكفي أهلية التمييز ولا يتصور تعليق استحقاق التعويض على سبق حصول الإعذار.

(١) تنص المادة ٢١٨ مدني مصري، ٢١٩ مدني سوري على ما يأتي: «لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين، ما لم ينص على غير ذلك» وتنص المادة التالية على أنه «يكون إعذار المدين بإنذاره، أو بما يقوم مقام الإنذار...» وفائدة الإعذار قانوناً تظهر في ناحيتين:

١- سريان التعويضات المدنية.

٢- لنقل تبعة الهلاك.

ومن حيث الإثبات: يعفى الدائن في المسؤولية التعاقدية من إثبات خطأ المدين أي إن الخطأ مفترض، أما في المسؤولية التقصيرية فيجب على الدائن (المضرور) أن يثبت خطأ المدين^(١).

وهذه الأحكام في جملتها لا تخرج عما قرره فقهاء المسلمين، إلا أهلية التمييز، فلا تشترط في المسؤولية التقصيرية في فقها، وكذلك أهلية الرشد لا تشترط في المسؤولية التعاقدية عند الحنفية، خلافاً لجمهور الفقهاء، ويختلف تحديد سن الرشد في الفقه الإسلامي عنه في القانون، فهو قانوناً ١٨ أو ٢١ سنة، وفي فقها ١٥ سنة.

وكذلك لا فرق في فقها بين نوعي المسؤولية بالنسبة إلى الإثبات، إذ يكفي أن يقوم الدائن بإثبات وقوع الضرر وليس عليه إثبات خطأ المدين لكن للمدين التخلص من المسؤولية إذا أثبت أن الضرر قد وقع لسبب أجنبي لا يد له فيه، أو إذا وجهت إليه اليمين، فحلف على أنه لا علاقة له بالضرر^(٢).

وأما إعذار المدين فهو مجرد إجراء إداري تنظيمي أو شكلي لا يمانع منه الفقه الإسلامي بمقتضى مبدأ السياسة الشرعية الذي يخول الحاكم اتخاذ الإجراءات الإصلاحية الملائمة لإحقاق الحق وتحقيق مصلحة القوانين ومراعاة تطور الحياة الحاضرة. إلا أنه مع ذلك لا نجد فائدة لإعذار المدين في نطاق الشريعة الإسلامية؛ لأن عدم تنفيذ الالتزام يعد إخلالاً بالالتزام ديني خلقي، ولأن الربا محرم شرعاً فلا يترتب هناك فوائد على التأخير، ولأن المدين لا يلتزم إلا بتسليم الشيء عيناً، فلا توجد فائدة من إعذاره^(٣).

قاعدة الإثراء بلا سبب:

ينبغي أن يلاحظ أن الفقه الإسلامي يعترف بقاعدة الإثراء بلا سبب أحد مصادر

(١) انظر الوسيط للدكتور السهوري: ص ٧٤٨ وما بعدها، موجز النظرية العامة للالتزام لأستاذنا الدكتور حجازي: ص ٤٣٧ وما بعدها.

(٢) نطاق المسؤولية المدنية التقصيرية والتعاقدية للدكتور حسن الخطيب: ص ٢٢٦ وما بعدها.

(٣) أما في القانون المدني فلا إعذار المدين أهمية، لأن الإعذار ينتج أثراً قانونياً يتعلق بمبدأ سريان التعويضات التأخيرية، ويحدد المسؤولية المدنية، ويبرر مشروعية وجوده في التطبيق العملي (المرجع السابق: ص ٢٣٨).

الضمان، خلافاً لإنكار الدكتور السنهوري^(١)، بدليل قول الفقهاء: من استولى على مال الغير من دون حق يلزم برده ما دامت العين باقية، ويرد مثله أو قيمته إن تلفت، واستدلوا بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ [البقرة: ١٨٨/٢] وبقوله ﷺ: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس» وينطبق هذا على موارد عديدة منها:

- ١- الاستيلاء على مال الغير بغياً وعدواناً.
- ٢- الاستيلاء عليه خطأ، كمن لبس ثوب غيره، وهو يظن أنه ثوبه، أو جهلاً، كمن تصرف في عقار تلقاه من مورثه، ثم تبين أن المورث كان غاضباً.
- ٣- من قبض مالا من آخر، كي يترك محرماً كالقتل والسرقة، أو يفعل واجباً كالصوم والصلاة، أو يرتكب جريمة.
- ففي جميع هذه الحالات يرد المال إلى صاحبه، حيث لا أجرة له على ترك المحرمات، ولا على فعل الواجبات، وبالأولى على ارتكاب جريمة.
- ٤- إيفاء ما لا يجب كمن دفع مالا للغير، وهو يعتقد أنه صاحب حق، ثم تبين أن لا حق له.
- ٥- من دفع مالا لغيره على عمل لا تقصده العقلاء، بل يعد في نظرهم عبثاً ولغواً، كما لو قال شخص لآخر: اغترف من ماء البحر عشرين صفيحة (تنكة) وردّها إليه، ولك كذا.
- ٦- من بذل طعاماً للمضطر، فإنه يرجع عليه بما بذل؛ لأن «الاضطرار لا يبطل حق الغير».
- ٧- لو توقف حفظ الوديعة على بذل مال لا يساوي قيمتها، ودفعه من هي في يده لأجل حفظها، كان للبازل الحق في الرجوع على صاحب الوديعة بما بذل.
- فهذه الأمثلة ونحوها ينطبق عليها الإثراء بلا سبب الذي قال به القانون الفرنسي والقوانين المأخوذة عنه كالقانون المصري والسوري واللبناني والليبي والكويتي والعراقي. كذلك ينطبق عليها «الاستيلاء على مال الغير من دون حق».

(١) الإسلام مع الحياة: ص ٢٤٣ وما بعدها.

المبحث الخامس : الواجب في الضمان: التعويض

الواجب في الضمان هو التعويض، وهذا يقتضينا معرفة الفكرة حول مبدأ التعويض، وكيفيته أو قاعدته، ووقت تقديره، وتقادم الحق فيه، ثم نذكر حالات خاصة من الضمان، والنزول عن الحق في التعويض.

المطلب الأول : مبدأ التعويض

القصد من التعويض: هو تغطية الضرر الواقع بالتعدي أو الخطأ، والمبدأ المقرر في المسؤولية المدنية هو عدم مقابلة الإلتلاف بمثله، إذ لا ضرر ولا ضرار في الإسلام، والمقصود من منع الضرر نفي فكرة الثأر التي كانت سائدة في الجاهلية، إذ لا فائدة منها، بل في ذلك خطر وحمق ومفسدة محضة، وهو اتساع دائرة الأضرار الواقعة نتيجة انتشار فكرة المقابلة بالمثل، والضرر لا يزال بالضرر. أما التعويض أو التضمين ففيه نفع بجبر الضرر وترميم آثاره. وعلى هذا فليس للمتضرر أن يتلف مال غيره، كما أتلف ماله، وإنما له القيمة أو المثل. نصت المادة (٩٢١) من المجلة على ما يأتي: «ليس للمظلوم صلاحية أن يظلم آخر، بما أنه ظلم، مثلاً: لو أتلف زيد مال عمرو مقابلة بما أنه أتلف ماله، يكونان ضامنين، وكذا لو أتلف زيد مال عمرو الذي هو من قبيلة طيّئ، بما أن بكرأ الذي هو من تلك القبيلة، أتلف ماله، يضمن كل منهما المال الذي أتلفه، وكذا ليس لمن أخذ دراهم زيوفاً^(١) من أحد صلاحية صرفها لآخر» لهذا قال ابن القيم بصدد تقرير مبدأ التضمين وعدم مقابلة الإلتلاف بمثله: «إن مقابلة الإلتلاف بمثله في كل الأحوال شرع الظالمين المعتدين الذي تنزهت عنه شريعة أحكم الحاكمين»^(٢).

ومن أهم الحوادث التاريخية دلالة على ذلك قصة الحكم الذي أصدره نبي الله داوود، وسليمان فيما حكاه القرآن الكريم: ﴿وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ

(١) الزيوف: ما زيفه بيت المال أي يرده، ولكن تأخذه التجار في التجارات.

(٢) أعلام الموقعين: ١٠٤/٢.

نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَاهِدِينَ ﴿٧٨﴾ فَفَهَّمْنَهَا سُلَيْمَنَ وَكُلًّا ءَاتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا ﴿[الأنبياء: ٧٨-٧٩]﴾^(١) وملخص تفسير الآية: هو أن رجلين دخلا على داوود وعنده ابنه سليمان، أحدهما صاحب الحرث، والآخر صاحب الغنم، فقال صاحب الحرث: إن هذا انفلتت غنمه ليلاً فوقعت في حرثي، فلم تبق منه شيئاً، فقاضى داوود بأن يأخذ صاحب الحرث الغنم، فإنها تساوي قيمة الحرث الذي أفسدته.

فلما سمع سليمان هذا الحكم رأى ما هو خير منه، وأرفق بالجميع، فقال: ينبغي أن تدفع الغنم إلى صاحب الحرث، فينتفع بألبانها وسمنها وأصوافها، ويدفع الحرث إلى صاحب الغنم ليقوم عليه زراعة وسقياً وتعهداً، حتى إذا عاد الزرع إلى حاله التي أصابته الغنم في السنة المقبلة، رد كل واحد منهما ماله إلى صاحبه. فقال داوود: يا بني لا يقطع الله فهمك؛ وقضى بما قضى به سليمان وأقره. وهذا معنى قوله سبحانه: ﴿فَفَهَّمْنَهَا سُلَيْمَنَ﴾ أي فهمنا سليمان القضية وحكمها^(٢).

ففي هذه القضية حكم داوود عليه السلام بقيمة المتلف، وبما أنه وجد الغنم بقدر القيمة، فدفعها إلى صاحب الحرث، إما لأنه لم يكن لصاحب الغنم مال، وإما أنه تعذر بيعها ورضي بتسليمها، ورضي صاحب الحقل بأخذها بدلاً عن القيمة.

وأما سليمان فقاضى على صاحب الغنم بدفع المثل، بأن يعمر البستان حتى يعود كما كان، وما حكم به سليمان هو الأقرب إلى العدل. وقد حكم رسول الله ﷺ أن على أهل الحوائط (البساتين) حفظها بالنهار، وأن ما أفسدت المواشي بالليل مضمون على أصحابها. ففي النهار يكون التفريط من أهل الزرع، فكان عليهم المسؤولية، وفي الليل يكون التفريط من أهل المواشي بتركهم حفظها المعتاد في وقته.

(١) والحرث: يطلق على الزرع أو الثمر عامة وأصل معناه اللغوي: إلقاء البذور في الأرض، وقيل: كان الحرث كرم عنب، نفشت: النفس: رعي الغنم ليلاً، وفيه معنى التفريق في الزرع بلا نظام.

(٢) التفسير الواضح للأستاذ محمد محمود حجازي: ج ٢٧/٢٧.

وللعلماء في هذه القضية أربعة أقوال:

١- موافقة حكم سليمان في ضمان النفس والمثل، وهو رأي عند المالكية والشافعية والحنابلة، قال ابن القيم: وهو الحق.

٢- موافقة حكم سليمان في ضمان النفس دون التضمين بالمثل، وهذا هو الرأي المشهور عند المالكية والشافعية والحنابلة. أي إنهم يقولون: إن ما أفسدت البهائم ليلاً فهو مضمون على أصحابها، ولا ضمان عليهم فيما أفسدته في النهار. والشافعية يستأنسون بالآية ويستدلون بحديث مرسل رواه مالك عن الزهري عن حرام بن محيصة «أن ناقة للبراء بن عازب دخلت حائط رجل، فأفسدت فيه، ف قضى رسول الله ﷺ أن على أهل الحوائط حفظها بالنهار، وأن ما أفسدت المواشي بالليل ضامن على أهلها^(١)».

٣- موافقة حكم سليمان في التضمين بالمثل دون النفس، وذلك إذا رعاها صاحبها باختياره، دون ما إذا انفلتت ولم يشعر بها، وهذا رأي الظاهرية.

٤- إن النفس لا يوجب الضمان بحال، وما وجب من ضمان الراعي بغير النفس، فإنه يضمن بالقيمة لا بالمثل، وهذا مذهب أبي حنيفة^(٢). وحجته في عدم الضمان مطلقاً حديث «جرح العجماء جبار» قال محمد: هي المنفلتة.

وأما المبدأ المقرر في المسؤولية الجنائية على النفوس البشرية فهو مقابلة الجناية بمثلها، أي المماثلة بين الجناية والعقاب، لأن الجنایات لا تقمع إلا بعقوبة مماثلة لها من جنسها، منعاً لحزازة النفس، وأطفاً لنار الفتنة، وأشفى لغليل أولياء المجني عليه، وكظماً لغيظهم، فمن قُتل قُتل، ومن جرح جُرح، ومن قطع قطع^(٣). هذا هو مبدأ التعويض في المسؤوليتين المدنية والجنائية الذي يقرر مبدأ حضارياً إنسانياً، وهو بناء صرح المدنية والحفاظ على الأموال وقمع جريمة الجناة، وتوفير الطمأنينة والسلام، وخلاصة هذا المبدأ هو شرعية القصاص في الدماء دون الأموال.

(١) الموطأ: ٢/٢٢٠، ط الباي الحلبي.

(٢) أعلام الموقعين: ١/٣٢٦ وما بعدها، مطبعة السعادة.

(٣) انظر المرجع السابق: ص ٣٢٧، ٢/٩٥ وما بعدها، المدخل الفقهي للأستاذ الزرقاء: ف ٥٨٦، النظرية العامة للموجبات والعقود للدكتور المحمصاني: ١/٢١٤.

المطلب الثاني : كيفية التعويض أو شكل التعويض

اتفق العلماء على تحريم الغصب والإتلاف ونحوهما من الاعتداء على أموال الآخرين، لقول الله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ [النساء: ٢٩/٤] وقول رسول الله ﷺ في خطبته يوم عيد الأضحى: «إن دماءكم وأموالكم حرام عليكم...» «من أخذ شبراً من الأرض، طوقه الله من سبع أرضين»^(١) أي إن الظالم يكلف نقل ما ظلم منها يوم القيامة إلى المحشر، ويكون كالطوق في عنقه، لا أنه طوق حقيقة.

وقال ﷺ أيضاً: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه»^(٢) لهذا فإن الأصل العام المقرر في الضمانات للتخلص من العهدة والمسؤولية: هو رد الحقوق بأعيانها عند الإمكان، فإن ردها كاملة الأوصاف برئ من المسؤولية وإن ردها ناقصة الأوصاف، جبر الضامن أوصافها بالقيمة، لأن الأوصاف ليست من ذوات الأمثال، ولكن لا يضمن نقصها بسبب انخفاض الأسعار في الأسواق، إلا عند الفقيه أبي ثور، فإنه يوجب ضمان قيمة النقص بسبب ذلك^(٣)، وكذلك عند الشافعية كما سيأتي في بحث الأوصاف.

وقال فقهاء الحنفية وغيرهم: يتعين رد الشيء بعينه وذاته في الغصب والأمانات والوكالات^(٤).

فمن غصب شيئاً لزمه رده بعينه ما دام موجوداً باتفاق العلماء، لقول النبي ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه».

(١) رواه البخاري ومسلم وأحمد عن عائشة ؓ، وللحديث عندهم رواية أخرى عن سعيد بن زيد، ورواه أحمد والبخاري عن ابن عمر، ورواه أحمد أيضاً عن أبي هريرة (راجع نيل الأوطار: ٣١٧/٥).

(٢) رواه الدارقطني عن أنس، وفيه مجهول، ورواه البيهقي وابن حبان والحاكم في صحيحيهما عن أبي حميد الساعدي بلفظ «لا يحل لامرئ أن يأخذ عصا أخيه بغير طيب نفس منه» (نيل الأوطار: ٣١٦/٥).

(٣) قواعد الأحكام: ١٥١/١ وما بعدها، مطبعة الاستقامة بالقاهرة، المغني: ٢٥٧/٥.

(٤) تحفة الفقهاء: ٥٢/٢، الطبعة الأولى.

فإذا هلك المغصوب عند الغاصب، سواء بتعد أو تقصير منه، أم لا، أو استهلكه، أو أتلف شخص مالا لغيره، كان ضامناً له.

وقاعدة الضمان أو كفيته بالنسبة للأموال بسبب الغصب أو الإتلاف ونحوهما: هو أنه يجب ضمان المثل باتفاق العلماء إذا كان المال مثلياً^(١) لقوله تعالى: ﴿فَمَنْ أَعَدَّى عَلَيْكُمْ فَأَعْدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعَدَّى عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤/٢] ﴿وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا﴾ [الشورى: ٤٢/٤٠] قال الزيلعي: وضمان العدوان مشروط بالمماثلة بالنص والإجماع، وسمي الضمان المقابل اعتداء بطريق المقابلة لفعل الاعتداء أو الإضرار مجازاً لا حقيقة؛ لأن المجازاة أو الضمان لا يكون سيئة. وقد ثبت في السنة النبوية فيما ذكرنا سابقاً أن الرسول ﷺ قال للسيدة عائشة التي كسرت قصعة ضررتها: «طعام بطعام وإناء بإناء».

ولأن المقصود من التضمين جبران الضرر، وذلك أعدل وأتم في مثل الشيء المتلف، لأن المثل معادل صورة ومعنى، أي مراعى فيه جنس التالف وماليته،

(١) من المعروف أن المال ينقسم إلى مثلي وقيمي: والمثلي: هو ما يوجد له مثل في الأسواق بلا تفاوت يعتد به. أو هو ما تماثلت آحاده أو أجزاءه بحيث يمكن أن يقوم بعضها مقام بعض دون فرق يعتد به. والأموال المثلية أربعة: هي المكيلات، والموزونات، والعدييات المتقاربة، وبعض أنواع الذرعيات. فالمكيلات: هي التي تباع بالكيل كالقمح والشعير، وبعض السوائل التي تباع بالليتر كالبترول والبنزين. والموزونات: هي التي تباع بالوزن كالسمن والزيت والسكر. والذرعيات: هي التي تباع بالذراع كالقطع الكبرى من المنسوجات الصوفية أو القطنية أو الحريرية وكالأراضي. والعدييات المتقاربة: هي التي لا تتفاوت آحادها إلا تفاوتاً بسيطاً كالبيض والجوز، وكالمصنوعات المتماثلة من صنع المعامل كالكووس وصحون الخزف والبلور ونحوها.

والقيمي: ما ليس له مثل في الأسواق، أو يوجد لكن مع التفاوت المعتد به في القيمة. أو ما تفاوتت أفرادها، فلا يقوم بعضها مقام بعض بلا فرق كالدور والأراضي والأشجار والحيوان والمفروشات ونحوها (راجع رد المحتار: ١٣٠/٥، ١٧٣/٤، تبين الحقائق للزيلعي: ٢٢٣/٥، مغني المحتاج: ٢٨١/٣، الأشباه والنظائر للسيوطي: ص ٢٧٧، حاشية الباجوري: ١٤/٢، جامع الفصولين: ١٣٦/٢، المدخل لنظرية الالتزام: ص ١٣٠ وما بعدها، وعقد البيع للأستاذ الزرقاء: ص ٥٠، وانظر المجلة ١٤٥، ١٤٦، والقانون المدني السوري م ٨٨، والمصري م ٨٥).

فكان الإلزام بالمثل (أي مثلما استهلك صفة ووزناً) أقرب إلى الأصل من القيمة، والواجب في الضمان الاقتراب من الأصل بقدر الإمكان تعويضاً للضرر. ولكن: إذا تعذر وجود المثل ينتقل إلى القيمة للضرورة، وعملاً بالقاعدة الشرعية: «إذا تعذر الأصل يصار إلى البدل» (م ٥٣ مجلة) إذ هو عندئذ كما لا مثل له.

والتعذر إما حقيقي حسي كانقطاع وجود المثل في السوق بعد البحث عنه، وإن وجد في البيوت، وإما حكمي كأن لم يوجد إلا بأكثر من ثمن المثل، أو كان العجز عن المثل شرعاً بالنسبة للضامن كالخمر بالنسبة للمسلم يجب عليه للذمي عند الحنفية ضمان القيمة، وإن كانت الخمر من المثليات، لأنه يحرم عليه تملكها بالشراء، كما هو معروف.

وأما إذا كان المال قيمياً كالعروض التجارية والحيوان ونحوها مما لا مثل له، فيجب ضمان القيمة باتفاق العلماء^(١)؛ لأنه تعذر الوفاء بالمثل تماماً صورة ومعنى، فيجب المثل معنى: وهو القيمة، لأنها تقوم مقامه، ويحصل بها مثله، واسمها ينبئ عنه^(٢).

وتجب القيمة في ثلاث حالات^(٣):

١- إذا كان الشيء غير مثلي كالحيوانات والدور والمصوغات، فلكل واحد منها قيمة تختلف عن الأخرى باختلاف الصفات المميزة لكل واحد.

(١) إلا أن الإمام مالكا يقول: لا يقضي في العروض من الحيوان وغيره إلا بالقيمة يوم استهلك. وجمهور الفقهاء يقولون كما ذكرنا: الواجب في ذلك المثل، ولا تلزم القيمة إلا عند عدم المثل (انظر بداية المجتهد: ٣١٢/٢، القوانين الفقهية: ص ٣٣٠، نيل الأوطار: ٣٢٣/٥).

(٢) راجع المبسوط: ٥٠/١١، متن القدوري: ١٨٨/٢، تبين الحقائق للزيلعي: ٢٢٣/٥، ٢٣٤، تكملة فتح القدير: ٣٦٣/٧، جامع الفصولين: ١٣٠/٢، درر الحكام: ٢٦٢/٢، الدر المختار: ١٢٩/٥، البدائع: ١٥٠/٧، الفروق: ٢٠٦/٢، بداية المجتهد، المكان السابق، القوانين الفقهية: ص ٢٦٠، ٣٣٠، مغني المحتاج: ٢٨١/٢، ٢٨٤، قواعد الأحكام ١٢٠/٢، ١٦٦، فتح العزيز شرح الوجيز: ٢٤٢/١١ بهامش المجموع، المغني: ٢٢١/٥، ٢٥٨، الإفصاح لابن هبيرة: ص ٢١٧، الميزان: ٨٨/٢، أعلام الموقعين: ٢/٢٥، كشف القناع: ٨٩/٤.

(٣) الدر المختار ورد المختار: ١٢٩/٥.

٢- إذا كان الشيء خليطاً مما هو مثلي بغير جنسه كالبر مع الشعير.

٣- إذا كان الشيء مثلياً تعذر وجود مثله إما حقيقة أو حكماً كما سبق ذكره.

والخلاصة أن الأصل العام في الضمان أو التعويض: هو إزالة الضرر عيناً، كإصلاح الحائط، ورد الخمر المغصوبة ما دامت العين باقية بالنسبة للمسلم، إذ له عند الحنفية إمساكها لتصير خلاً؛ أو جبر المتلف وإعادته صحيحاً كما كان عند الإمكان كإعادة المكسور صحيحاً، فإن تعذر ذلك وجب التعويض المثلي أو النقدي، مثال الأول وهو التعويض المثلي والعيني: تسليم البائع للمشتري كمية مساوية للحنطة المباعة التي تلفت ومن نفس نوعها، ومثال الثاني وهو التعويض النقدي: دفع المدين مبلغاً من المال في حالة استحالة التنفيذ العيني. أي إن التعويض في الشريعة نوعان: تعويض عيني وتعويض نقدي^(١).

وهذا موافق لما جرى عليه القانون المدني من أن التعويض نوعان: تعويض عيني، وتعويض بمقابل، فالأول: يلجأ إليه متى كان ذلك ممكناً وهو نادر في المسؤولية التقصيرية كإصلاح السيارة المتلفة، لكنه يقع كثيراً في الالتزامات العقدية، والثاني: قد يكون تعويضاً غير نقدي كما في دعاوى السب والقذف بنشر الحكم الصادر في الصحف مثلاً، وقد يكون تعويضاً نقدياً وهو الغالب في دعاوى المسؤولية التقصيرية^(٢).

(١) نصت المجلة (القانون المدني العثماني) على نوعي التعويض، فالمادة (١٤٥) نصت على التعويض العيني بقولها: «المثلي: ما يوجد مثله في السوق من دون تفاوت يعتد به» وحددت المادة (١١١٩) أنواع المثليات التي ذكرناها قريباً. ونصت المادة (١٤٦) على التعويض النقدي بقولها: «القيمي: ما لا يوجد له مثل في السوق، أو يوجد لكن مع التفاوت المعتد به في القيمة» وذكرت المادة (١١١٩) بعض الأموال القيمية.

(٢) الوسيط للسنيهوري: ص ٩٦٦ وما بعدها، نظرية الالتزام لحجازي: ص ٥٠٤ وما بعدها، وانظر المواد ٢٠٣، ٢١٥، ٢/١٧١ من القانون المدني المصري، ٢٠٤، ٢١٦، ٢/١٧٢ من القانون المدني السوري.

المطلب الثالث : تقدير التعويض ووقت تقديره

يقدر القاضي التعويض بالاستعانة بالخبراء، ويلاحظ ما حدث من الأضرار المادية الملموسة الواقعة فعلاً، أما الأضرار المحتملة فإن كان وقوعها مؤكداً فهي في حكم الواقعة. أما ضياع المصالح والخسارة المنتظرة غير المؤكدة (أي المستقبلية) أو الأضرار الأدبية أو المعنوية فلا يعوض عنها في أصل الحكم الفقهي؛ لأن محل التعويض هو المال الموجود المحقق فعلاً، والمتقوم شرعاً، والأضرار المستقبلية غير محققة حالاً، وكذا الضرر الأدبي غير متقوم شرعاً، لكن يمكن أن نجد مستنداً لتعويض تلك الأضرار في السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي فيما لا نص عليه، عملاً بمبدأ السياسة الشرعية لإحقاق الحق وإقرار العدل ودفع الحرج والمشقة، وأخذاً بمشروعية التعزيرات أو الغرامات المالية، يفعل القاضي في ذلك ما يراه حسب الحاجة.

والمبدأ العام في تعويض الأضرار الناشئة عن ضمان اليد أو المسؤولية التقصيرية: هو المماثلة بين التعويض والضرر أي إنه يجب تعويض جميع الضرر؛ لأن ضمان الإلتلاف ضمان اعتداء، والاعتداء لم يشرع إلا بالمثل في النص القرآني. أما في ضمان العقد أو المسؤولية العقدية فلا يشترط التقيد بالمثل، وإنما ينفذ الشرط المتفق عليه قدر الإمكان عملاً بقاعدة «يلزم مراعاة الشرط قدر الإمكان».

والتماثل في الأموال المثلية يكون بجعل قدر التعويض مماثلاً للمال الذي أصابه الضرر جنساً ونوعاً وصفة وكمية. وفي الأموال القيمية يكون التعويض بقدر قيمة المال النقدية المقدرة بواسطة أهل الخبرة.

ويلاحظ أن الضمان يجب في مال الجاني نفسه، وهو الأصل العام في المسؤولية لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾. هذا في المسؤولية المدنية.

وأما في المسؤولية الجنائية فإن الشريعة راعت عرف العرب في ذلك فأوجبت الدية على عاقلة القاتل، تضامناً معه، ولأن الأسرة كانت تربطها رابطة التناصر، والآن تجب الدية على القاتل نفسه؛ إذ لا تناصر بين أفراد الأسرة^(١).

(١) المسؤولية المدنية والجنائية في الإسلام لأستاذنا المرحوم محمود شلتوت: ص ٣٨.

وأما وقت تقدير التعويض: فيختلف الحكم فيه بين الغصب والإتلاف عند أبي حنيفة الذي قال: إن قيمة الشيء تجب في الغصب عند الخصومة، أي وقت القضاء، وفي التلف عند الإتلاف. ومعرفة وقت وجوب القيمة له أهمية خاصة؛ لأن قيم الأشياء تختلف من يوم لآخر ارتفاعاً وانخفاضاً، فمتى يكون الضمان عادلاً وحاسماً لكل نزاع بين المالك والضامن؟

إن تفصيل كلام الفقهاء في تقدير قيمة التعويض هو ما يأتي:

قال الحنفية: إذا انقطع المال المثلي بأن كان لا يوجد في السوق الذي يباع فيه وإن كان يوجد في البيوت، فيجب ضمان قيمته، لكنهم اختلفوا في وقت تحديد قيمة الشيء المغصوب:

فقال أبو حنيفة: تجب القيمة وقت الخصومة أي وقت القضاء والمحاكمة لأنه الوقت الذي يلجأ فيه إلى طلب القيمة.

وقال أبو يوسف: تجب القيمة يوم الغصب، لأنه لما انقطع المثل فقد التحق المغصوب بما لا مثل له في وقت اعتبار القيمة، وخلف الشيء إنما يجب بالسبب الذي يجب به الأصل، وهو الغصب، فتعتبر قيمته يوم الغصب.

وقال محمد: تجب القيمة يوم انقطاع الشيء من الأسواق، لأنه الوقت الذي حدث فيه العجز عن أداء المثل.

والمختار عند الحنفية، الذي هو أعدل الأقوال، والمأخوذ به في مجلة الأحكام (م ٩٢١): هو قول أبي يوسف؛ لأن الضمان يجب بالغصب، ووقت ثبوت الحكم هو وقت وجود سببه، فتعتبر قيمة المغصوب يوم الغصب، حتى إنه لا يتغير بتغير الأسعار، لأن سبب الضمان لم يتغير.

وأما المال القيمي فتجب قيمته بالهلاك أو التلف يوم الغصب باتفاق الحنفية، وكذا إذا استهلك عند أبي حنيفة. وعند الصاحبين: تجب القيمة يوم الاستهلاك، قال في جامع الفصولين: رجل غصب شاة فسمنت، ثم ذبحها، ضمن قيمتها يوم غصبها، لا يوم ذبحها عند أبي حنيفة، وعند الصاحبين: يوم ذبحها.

وأما الإلتلاف دون غصب: فتجب فيه القيمة يوم التلف اتفاقاً^(١).

وعلى هذا فلا فرق بين الغصب والإلتلاف في وقت تقدير التعويض: وهو وقت حدوث سبب الضمان، وفي مكان حدوثه. وعلى هذا تجب قيمة الشيء المستعار وقت التلف. وفي الرهن تجب القيمة وقت القبض إن كان المرتهن هو الذي ألتف المرهون. وإن كان المتلف هو الأجنيبي أو الراهن فتجب قيمته يوم التعدي.

وكذلك قال **المالكية**: يجب ضمان المغصوب يوم الغصب، والمتلف يوم الاستهلاك أو الإلتلاف^(٢).

وقال **الشافعية**: إذا كان الإلتلاف بلا غصب كالمستعار، فتجب القيمة يوم التلف إن كان الشيء مثلياً، لأنه لم يدخل في ضمانه قبل ذلك. وتعتبر القيمة في موضع الإلتلاف، إلا إذا كان المكان لا يصلح لذلك كالمفاضة فتعتبر القيمة في أقرب البلاد.

وأما في الغصب ومثله المقبوض على سوم الشراء أو بالشراء الفاسد: فإن كان المال مثلياً فالأصح أن المعتبر في الضمان هو أقصى قيمة له من وقت الغصب في بلد الغصب إلى وقت تعذر وجود المثل. وإذا كان المثل مفقوداً عند التلف، فالأصح وجوب الأكثر قيمة من الغصب إلى التلف، سواء أكان ذلك بتغير الأسعار أم بتغير المغصوب في نفسه.

وأما المال **القيمي**: فيضمن بأقصى قيمة له من يوم الغصب إلى يوم التلف^(٣).

وقال **الحنابلة**: تجب قيمة المتلف في بلد التلف ويوم التلف، وفيما يجب عليه حفظه إلى مدة معلومة، لزمه ضمانه بالإلتلاف وقت انتهاء حفظه لا يوم تلفه. وإن

(١) المبسوط: ٥٠/١١، متن القدوري: ١٨٨/٢، البدائع: ١٥١/٧، ١٦٨، تكملة فتح القدير: ٣٦٥/٧، تبين الحقائق للزيلعي: ٢٢٣/٥، جامع الفصولين: ١٣٠/٢، رد المحتار والدر المختار: ١٢٨/٥ وما بعدها، الأشباه والنظائر لابن نجيم: ٢١٩/٢.

(٢) الشرح الكبير للدردير: ٤٤٣/٣، بداية المجتهد: ٣١٢/٢، القوانين الفقهية: ص ٣٣٠، ٣٣٢، الفروق ٢٨/٤.

(٣) مغني المحتاج: ٢٨٤/٢، المهذب: ٣٦٨/١، نهاية المحتاج: ١١٩-١٢١، حاشية الشراوي: ٩٢/٢ ط البابي الحلبي، بجيرمي الخطيب: ١٣٦/٣ ط البابي الحلبي.

تلف المغصوب المثلي، وفقد مثله، تجب قيمته يوم انقطاع المثل، لأن القيمة وجبت في الذمة حينئذ.

وفي الغصب: يجب الضمان بتقدير أكثر قيمة للتالف من حين الغصب إلى وقت وجوب رد القيمة إذا حدث التغير في المغصوب نفسه من كبر وصغر، وسمن وهزال، وتعلم ونسيان ونحو ذلك من المعاني التي تزيد بها القيمة وتنقص، لأن هذه المعاني مغصوبة في الحال التي زادت فيها، والزيادة لمالكها مضمونة على الغاصب.

فإن كانت زيادة القيمة لتغير في الأسعار لم يضمن الغاصب الزيادة، لأن نقصان القيمة لهذا السبب لا يضمن إذا ردت العين المغصوبة بذاتها، فلا يضمن عند تلفها^(١).

مقارنة:

يحدد التعويض في القانون المدني^(٢) وفقاً لقاعدتين هما: أن يكون التعويض مساوياً للضرر، وألا يزيد مقدار التعويض على الضرر. ومقياس التعويض هو الضرر المباشر، وذلك يشتمل على عنصرين جوهريين: هما الخسارة التي لحقت المضرور، والكسب الذي فاته، فلا تراعى جسامه الخطأ ولا المركز المالي للمسؤول، ولا إذا ما كان المسؤول مؤمناً على مسؤوليته، ولكن يراعى في تقدير التعويض الظروف الملازمة التي تلابس المضرور، لا الظروف التي تلابس

(١) المغني: ٢٥٧/٥، القواعد لابن رجب: ص ٣١٢، كشاف القناع: ٩٠/٤، غاية المنتهى: ٢٤٦/٢.

(٢) انظر المادة ١٧٠ مدني مصري، والمادة ١٧١ مدني سوري: ونصها: «يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المضرور طبقاً لأحكام المادتين ٢٢١ و ٢٢٢ مصري (٢٢٢، ٢٢٣ سوري) مراعيًا في ذلك الظروف الملازمة، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعييناً نهائياً، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير» أما المادتان المشار إليهما فتتضمنان ما يأتي: «يشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به...» «يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً...».

المسؤول، فيقدر التعويض حسب جسامته الضرر الذي لحق المضرور من الاعتداء، وتقدير القاضي لذلك أمر موضوعي، لا رقابة فيه لمحكمة النقض.

ويشمل التعويض الضرر المادي والأدبي معاً.

وأما وقت تقويم الضرر فهو في رأي أغلب شراح القانون المدني: وقت وقوع الضرر، لأن الفعل غير المشروع هو الذي أنشأ الحق في التعويض.

وهناك بعض الفقهاء القانونيين الذين يقولون بأنه يجب الاعتداد بقيمة الشيء وقت صيرورة الحكم القضائي على المسؤول نهائياً. وهناك رأي وسط مؤداه التمييز بين الالتزام بإصلاح الضرر وذلك ينشأ وقت وقوع الضرر، وبين الالتزام بدفع التعويض الذي يقضي بتقدير مبلغ التعويض وقت صدور الحكم^(١).

هذه المبادئ لا تتعارض مع الأحكام الفقهية في الإسلام، إلا أن فكرة الضرر المباشر يلاحظ أنها أوسع تقديراً عند القانونيين منها عند الإسلاميين في أصل الحكم الفقهي المقرر عندهم لشموله عنصري الربح والخسارة الفائتين. لكن ذكرنا سابقاً أن قواعد الإسلام من دفع الحرج ورفع الضرر ورعاية المصلحة ومشروعية التعزيرات أو الغرامات المالية لا تأبى - كما بينا - إعطاء القاضي صلاحية الحكم بتعويض الأضرار الواقعة فعلاً سواء أكانت مادية أم أدبية.

ويتفق الفقه الإسلامي مع ما يراه أغلب الشراح بالنسبة لوقت تقويم الضرر، وإن كنا نجد أقوالاً أخرى في فقهاء تتفق مع رأي جماعة آخرين من شراح القانون، مثل القول بتقدير التعويض عند صدور الحكم القضائي.

المطلب الرابع : تقادم الحق في التعويض

(أو مضي المدة أو مرور الزمن)

إذا ثبت الحق في التعويض للمضرور، ثم مضت مدة ولم يطالب بحقه أمام

(١) الوسيط للسنهوري: ص ٩٦٨ وما بعدها، موجز نظرية الالتزام للدكتور حجازي: ص ٥٠٥ وما بعدها، مبادئ الإجراءات الجنائية للدكتور رؤوف عبيد: ص ١٢٨ وما بعدها.

القضاء أي لم يرفع دعوى المسؤولية، فهل يسقط حقه شرعاً بمضي المدة؟ وما مقدار المدة؟ وهل يعد وضع اليد عموماً من أسباب كسب الملكية؟

لا يعد التقادم أو مضي المدة أو وضع اليد في الشريعة الإسلامية سبباً صحيحاً من أسباب كسب الحقوق، إذ «لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي» فمن أخذ مال غيره دون إذن منه يعد غاصباً، وإنما هو فقط مانع للقاضي من سماع الدعوى بالحق، حماية لمبدأ الاستقرار في الأوضاع الحقوقية، وتجنباً لإثارة المشكلات في الإثبات ونحوه، وذلك لأن القضاء في الإسلام مظهر للحق لا مثبت له، والحقوق الثابتة لا يؤثر فيها مرور الزمن وتقدم العهد؛ لأن مبدأ الإسلام العام الأزلي هو احترام ملكية الأموال للآخرين إلا أن القضاء مع هذا يقبل التخصيص بالزمان والمكان والخصومة ويقبل التعليق بالشرط، وبناء عليه يصح للحاكم العام في مذهب الحنفية منع القاضي من سماع دعوى على شخص مضى على وضع يده خمس عشرة سنة مثلاً، فيعدّ قضاؤه بعدئذ غير نافذ^(١).

وقد ثبت أن الأحكام المسلمين أمروا قضاتهم بعدم سماع الدعوى بعد مضي خمس عشرة سنة إلا في الإرث والوقف وعند وجود عذر شرعي، وهذا الأمر يظل نافذاً المفعول إلى الآن.

وأما مقدار المدة التي عدّها الحكام مانعاً من سماع الدعوى فهي في الوقف ٣٣ سنة أو ٣٦ سنة، وفي الإرث ٣٣ سنة وقيل ١٥ سنة، وفي أموال بيت المال ٣٦ سنة، وفي الأراضي الأميرية ١٠ سنوات. وفي بقية الحقوق ١٥ سنة. وقد أخذت المجلة (م ١٦٦٢) بمدة ١٥ سنة في جميع الحقوق غير الوقف فهي ٣٦ سنة، والأراضي الأميرية فهي عشر سنين. وتبتدئ المدة من وقت ظهور اليد على الشيء

(١) نصت المادة ١٦٦٠ من المجلة على ذلك فيما يأتي: «لا تسمع دعوى الدين والوديعة والملك والعقار والميراث والعقارات الموقوفة التي ليست بعائدة إلى أصل الوقف والعموم كالمقاطعة أو التصرف بالإجازات والمشروطة والتولية والغلة بعد أن تركت خمس عشرة سنة».

بمظهر المالك لها، وعدم المانع الشرعي من إقامة دعواه كالصغر والجنون والعتة والغيبة، فإن وجد عذر شرعي كهذه الأعذار سقط اعتبار مضي المدة. وبناء على هذا إذا ترك شخص دعواه في التعويض عن الضرر مدة ١٥ سنة، سقط حقه في إقامة الدعوى، إلا أن يقر الخصم بالحق، فينهدم مرور الزمن، لظهور الحق بإقراره^(١) وعلى ذلك نصت المادة ١٦٧٤ من المجلة.

مقارنة:

يعد التقادم قانوناً سبباً من أسباب كسب الحقوق، وهذا هو المعروف بالتقادم المكسب، وهو مخالف للشريعة الإسلامية^(٢)، كما أنه قد يسقط الحقوق، وهذا هو التقادم المسقط. وقد نص القانون المدني^(٣) على مدة سقوط دعوى المسؤولية، إلا أن هذه المدة تختلف بحسب ما إذا كان الخطأ مدنياً أو جنائياً. فإذا كان الخطأ مدنياً تسقط دعوى المسؤولية بأقصر المدتين: ثلاث سنوات أو خمس عشرة سنة، فهي تسقط بمضي ٣ سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسؤول عن الضرر. وهي تسقط في كل حال بعد مضي ١٥ سنة من يوم وقوع الضرر، وفي هذه الحالة يلتقي الفقه الإسلامي والقانون المدني.

(١) الدر المختار ورد المحتار: ٣٥٦/٤ وما بعدها، مذكرة عن المعاملات للمرحوم زيد الأبياني: ص ١٧ وما بعدها، المدخل الفقهي: ف ١٠٢، والمدخل لنظرية الالتزام للأستاذ الزرقاء: ف ١٥٦، المسؤولية التقصيرية بين الفقه والقانون للدكتور فيض الله: ص ٣٦٤ وما بعدها.

(٢) قد نجد في فقهاء ما يشابه المقرر قانوناً، فإن المالكية قدروا المدة في تملك العقار بعشر سنين أخذاً من حديث «ومن حاز شيئاً عشر سنين فهو له» رواه سعيد بن المسيب (العرف والعادة للأستاذ أحمد فهمي أبو سنة: ص ١١٦).

(٣) نصت المادة ١٧٢ من القانون المدني المصري، ١٧٣ من المدني السوري على أنه «١- تسقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسؤول عنه. وتسقط هذه الدعوة، في كل حال، بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع. ٢- نصت على بقاء الحق في الدعوى المدنية ما دامت الدعوى الجنائية باقية».

وأما إذا كان الخطأ جنائياً فإنه ينشأ عنه دعوتان: دعوى مدنية ودعوى جنائية. والدعوى المدنية تسقط بأقصر المدتين كما ذكرنا، وأما الدعوى الجنائية فتسقط بعشر سنين. وتبقى الدعوى المدنية غير ساقطة ما بقيت الدعوى الجنائية^(١).

والخلاصة أن الفقه الإسلامي والقانون المدني متفقان على مبدأ سقوط الدعوى في التعويض بالتقادم، وعلى مدة التقادم الطويلة الأجل، إلا أنهما مختلفان في مدة التقادم القصيرة الأجل.

المطلب الخامس : حالات خاصة من الضمان

ذكرنا سابقاً أن قاعدة الضمان هي مقابلة المثل بمثله، والقيمة في القيمات، وأشرنا إلى أن المثل قد يكون بإزالة الضرر عيناً، وهنا نذكر بعض الصور التي يحكم فيها القاضي بالتعويض العيني أو النقدي، ونقتصر على حالات هدم المباني وقطع الأشجار وقلع عين الحيوان التي هي من صور الإلتلاف مباشرة.

أ- هدم المباني: إذا أتلف إنسان بناء أو حائطاً لغيره يجبر عند أبي حنيفة والشافعي وداوود الظاهري ببناء مثله، فإن تعذرت المماثلة يجب ضمان قيمة البناء. لكن ذكر جماعة من فقهاء الحنفية أنه من هدم حائط غيره، فلصاحبه الخيار: إن شاء ضمن المعتدي قيمة الحائط، وترك الأنقاض للهادم، وإن شاء أخذ هو الأنقاض، وضمن الجاني باقي القيمة، وليس له أن يجبره على البناء كما كان، لأن الحائط ليس من الأموال المثلية. وكيفية تقدير قيمة الحائط: أن تقوم الدار مع حيطانها، وتقوم من دون هذا الحائط، ثم يضمن الجاني الفرق بين القيمتين^(٢)، وهذا ما أخذت به مجلة الأحكام العدلية، إذ نصت المادة ٩١٨ على ما يأتي: «إذا هدم أحد عقار غيره كالحانوت والخان، فصاحبه بالخيار: إن شاء ترك أنقاضه للهادم،

(١) الوسيط للسنهوري: ص ٩٣٦ وما بعدها، موجز نظرية الالتزام للدكتور حجازي: ص ٤٨٩

وما بعدها، نظرية القانون للدكتور محمد علي إمام: ص ٣٦٧.

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم وشرحه للحموي: ٩٧/٢، جامع الفصولين: ١٢٨/٢، المحلى ٨ مسألة ١٢٦١، الأشباه والنظائر للسيوطي: ص ٢٧٥، قواعد الأحكام: ١٥٤/١، مذكرة عن المعاملات للأبياني: ص ١٩٠، النظرية العامة للموجبات للمحمصاني: ٢١٧/١.

وضمنه قيمته مبنياً، وإن شاء حط من قيمته مبنياً قيمة الأنقاض، وضمنه القيمة الباقية، وأخذ هو الأنقاض، ولكن إذا بناه الغاصب كالأول يبرأ من الضمان».

هذا مع العلم بأن هدم الحائط أو البناء موجب للضمان إذا لم يكن هناك ضرورة لهدمه، فإن كانت ضرورة لذلك كأن وقع حريق في مكان ولزم هدم دار أو جدار لئلا يمتد الحريق، فإن حدث الهدم بإذن الحاكم فلا ضمان، وإذا هدم من غير إذن الحاكم ضمن الهادم.

ب- قلع الأشجار: يعد قطع الأشجار أو قلعها أو قطع غصن منها مثل إتلاف المباني عند الحنفية، فيخير صاحبها بين أن يتركها للمعتدي ويأخذ قيمتها مغروسة، وبين أخذها وتضمينه باقي القيمة. وتقوم الشجرة المتلفة بين قيمتها مغروسة وقيمتها مقطوعة، أو يقوم النقص الحادث فيها بإتلاف غصن منها أو بعض ثمارها، ويدفع المعتدي الفرق القائم بينهما^(١). وقد أخذت المجلة بهذا، فنصت المادة (٩٢٠) على ما يأتي: «لو قطع أحد الأشجار التي في روضة غيره بغير حق، فصاحبها مخير: إن شاء أخذ قيمة الأشجار قائمة، وترك الأشجار المقطوعة للقاطع، وإن شاء حط من قيمتها قائمة قيمتها مقطوعة، وأخذ المبلغ الباقي والأشجار المقطوعة، مثلاً: لو كان قيمة الروضة حال كون الأشجار قائمة عشرة آلاف، وبلا أشجار خمسة آلاف، وقيمة الأشجار ألفين، فصاحبها بالخيار: إن شاء ترك الأشجار المقطوعة للقاطع، وأخذ خمسة آلاف، وإن شاء أخذ ثلاثة آلاف والأشجار المقطوعة».

ج- قلع عين الحيوان: عرفنا سابقاً أن الحيوان من الأموال القيمة التي تجب القيمة بإتلافها، لكن اختلف الفقهاء خاصة في قلع عين الدابة.

فقال مالك والشافعي وأبو يوسف وداود الظاهري، وأحمد في رواية راجحة عنه: إن ضمان ما يتلف من أجزاء الدابة هو ما ينقص من قيمتها لا فرق في ذلك بين نوع ونوع من الحيوان، لأن الأصل بقاء ما بقي على ملك المالك.

(١) جامع الفصولين: ١٢٧/٢، الأبياني والمحمصاني، المكان السابق، الفرائد البهية في القواعد الفقهية للشيخ محمود حمزة: ص ١٩٧.

وقال جمهور الحنفية: يجب ما نقص من قيمة الشاة بفقر عينها، لأن المقصود منها اللحم، فلا يعد إلا النقصان، وفي بقية أنواع الحيوان يجب ربع القيمة، لأنه عليه السلام «قضى في عين الدابة ربع القيمة»^(١) وهكذا قضى عمر رضي الله عنه، وبه أفتى الإمام أحمد في رواية أخرى عنه، ولأن في هذه الحيوانات مقاصد أخرى سوى اللحم كالحمل والركوب والزينة والعمل والجمال^(٢).

مقارنة: إن الأصل العام في القانون المدني هو التنفيذ العيني عند الإمكان، فإن تعذر فيلجأ إلى التعويض النقدي، وقد نص على ذلك^(٣):

١- يجبر المدين بعد إعداره طبقاً للمادتين ٢١٩ و ٢٢٠ مصري (٢٢٠ و ٢٢١ سوري) على تنفيذ التزامه عيناً، متى كان ذلك ممكناً.

٢- على أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاب للمدين، جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي، إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً. وتطبيقاً لهذا النص يحكم في حالة هدم العقار بإعادة بنائه أو بالتعويض النقدي، وفي قطع الأشجار أو قلع عين الحيوان يحكم بالتعويض النقدي.

المطلب السادس : النزول عن الحق في التعويض

النزول عن الحق في التعويض إما أن يكون قبل وقوع الضرر وإما بعد وقوع الضرر. أما بعد وقوع الضرر فلا مانع شرعاً، فيجوز لصاحب الحق التنازل عن حقه، وهذا مبدأ مقرر في الإسلام؛ إذ إن صاحب الحق له سلطة كاملة على حقه، فله إسقاط حقه بالإبراء، والإبراء مشروع: وهو إسقاط شخص ماله من حق عند شخص آخر، فإذا كان إنسان مديناً بمبلغ من النقود، فقال له الدائن: أبرأتك مما لي عليك من الدين، سقط حقه، وزال الدين الذي في ذمة المدين.

(١) رواه الطبراني في معجمه من حديث زيد بن ثابت (نصب الراية: ٣٨٨/٤).

(٢) الهداية: ١٦٣/٤ وما بعدها، درر الحكام: ١١٤/٢، الفروق: ٣٠/٤، فتح العزيز شرح الوجيز بهامش المجموع: ٢٥٨/١١ وما بعدها، المهذب: ٢٠١/٢، بداية المجتهد: ٢/٤١٨، المغني: ٢٢٩/٥، الإفصاح: ص ٢١٨ وما بعدها، الميزان: ٨٨/٢، المحمصاني، المرجع السابق: ٢١٨/١.

(٣) راجع المادة ٢٠٣ من القانون المدني المصري، والمادة ٢٠٤ من القانون المدني السوري.

ويسمى هذا النوع من الإبراء إبراء الإسقاط.

وأما قبل وقوع الضرر: فيجوز في العقود الاتفاق على التنازل عن الحق في التعويض عن الأموال والحقوق المادية، أو التخفيف من المسؤولية، أو التشديد فيها، إذ لا مانع شرعاً من الاتفاق على مضاعفة الغرامة بسبب الإخلال بالتزام تعاقدية، ويجب الوفاء بالشرط المتفق عليه.

وأما في المسؤولية التقصيرية عن الأعمال غير المشروعة، سواء في الأموال أم في الجنايات على الأنفس، فلا يعتد شرعاً بالاتفاق أو الإذن بالاعتداء إذا كان المال للغير، ويكون مضموناً بالإتلاف، أما المال الخاص وإن كان يحرم شرعاً إتلافه أو الأمر بإتلافه، فإنه لا يضمن حينئذ. وهذا ما تدل عليه عبارات الفقهاء في القواعد والأمثلة الآتية:

- «إذا أمر شخص إنساناً بأخذ مال الغير، فالضمان على الآخذ؛ لأن الأمر لم يصح، وفي كل موضع لا يصح الأمر، لا يجب الضمان على الأمر»^(١).

- «ما حرم فعله حرم طلبه»، «الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل».

- «لا ينفذ أمر القاضي إلا إذا وافق الشرع»، «ليس للإمام أن يملك أحداً إلا ما ملكه الله، وإنما وظيفة الإمام القسمة بالعدل»، «ليس للإمام أن يخرج شيئاً من يد أحد إلا بحق ثابت معروف»^(٢).

- «لو أمر إنسان عبد غيره، فقال له: اقتل نفسك، ففعل، يضمن الأمر قيمته».

- «لو خرق ثوب إنسان بأمر غيره، ضمن المخرق لا الأمر»^(٣).

- «لو قال: اقتلني، فقتله بسيف، فلا قصاص وتجب الدية في ماله في الصحيح استحساناً، لأن الإباحة لا تجري في النفس، وسقط القود (أي القصاص) لشبهة الإذن».

(١) مجمع الضمانات: ص ١٥٨.

(٢) مجامع الحقائق: ص ٣٢٨، الأشباه والنظائر للسيوطي: ص ١٠٩، الأشباه والنظائر لابن نجيم: ١٥٨/١، رد المحتار: ٢٨١/٣.

(٣) مجمع الضمانات، المكان السابق.

- «وكذا لو قال: اقتل أخي أو ابني أو أبي، فتلزمه الدية استحساناً».
- «ولو قال: بعثك دمي بفلس أو بألف، فقتله، يقتص منه لأنه يبيع باطل، وهو ليس بإذن بالقتل، فليس كقوله: اقتلني».
- «ولو قال: اقطع يده، فقطع يده، يقتص منه، إذ ليس أمره مسقطاً للقصاص».
- «ولو قال لآخر: اقطع يدي، فإن كان بعلاج، كما إذا وقعت في يده أكلة، فلا بأس به، وإن من غير علاج، لا يحل، ولو قطع في الحالين، فسرى إلى النفس - أي أدى ذلك إلى الوفاة - لا يضمن»^(١).

مقارنة: هذه الأحكام المقررة تتفق في جملتها مع أحكام القانون الوضعي، إذ يجوز بلا شك النزول عن الحق في التعويض بعد وقوع الضرر، أما قبل وقوع الضرر فهذه هي مسألة الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية التقصيرية أو التخفيف منها، وقد نص القانون المدني في سورية ومصر على حكم هذه الاتفاقات، فقال في المادة ٢١٧ مصري، ٢١٨ سوري/٣: «ويقع باطلاً كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع» ويمكن تسويغ ذلك بأن أحكام المسؤولية التقصيرية من النظام العام.

فالإعفاء من المسؤولية التقصيرية أو التخفيف منها باطل لمخالفته للنظام العام، أما الاتفاق على التشديد فهو جائز، يدل لصحته ما نصت عليه نفس المادة المذكورة/١: «يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة» وحينئذ تتعلق المسألة بتحمل التبعة لا بالمسؤولية، لأن وجود الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة ينفي علاقة السببية بين الخطأ والضرر، ومن ثم لا تتحقق المسؤولية^(٢).

(١) الدر المختار ورد المختار: ٣٨٨/٥ وما بعدها.

(٢) الوسيط للسنهوري: ص ٩٧٧ وما بعدها، موجز نظرية الالتزام لحجازي: ص ٥٠٩ وما بعدها.

الفصل الثاني

آفاق الضمان

نتكلم في هذا الفصل على آفاق الضمان في مظانه المختلفة، سواء أكانت اليد يد أمانة أم يد ضمان، وسواء أكان الضمان ناشئاً عن عقد أم عن وضع يد فقط كما في الغصب والإتلاف، فالإتلاف موجب للضمان سواء في يد الضمان أم في يد الأمانة لقوة الإتلاف^(١). وذلك يقتضي قسمة هذا الفصل إلى المباحث الآتية، ونبدأ بالأول منها:

المبحث الأول : محل الضمان: الأمانات والمضمونات

حدد ابن رشد المالكي محل الضمان فقال: وأما ما يجب فيه الضمان: فهو كل مال أتلقت عينه، أو تلفت عند الغاصب (أي أو عند غيره) عينه بأمر من السماء أو سلطت عليه اليد، وذلك فيما ينقل ويحول باتفاق. واختلفوا فيما لا ينقل ولا يحول مثل العقار، فقال الجمهور: إنها تضمن بالغصب، أعني أنها إن انهدمت الدار، ضمن قيمتها. وقال أبو حنيفة: لا يضمن. وسبب اختلافهم: هل كون يد الغاصب على العقار مثل كون يده على ما ينقل ويحول؟ فمن جعل حكم ذلك واحداً، قال بالضمان. ومن لم يجعل حكم ذلك واحداً، قال: لا ضمان^(٢).

(١) شرح المحلي للمنهاج مع حاشية قليوبي وعميرة: ٣٠/٣.

(٢) بداية المجتهد: ٣١١/٢، تهذيب الفروق: ٢٠٣/٢.

وقال ابن القيم: إن محل الضمان: هو ما قبل المعاوضة^(١) أي أن يكون قابلاً للبيع والشراء، فالملاهي والأصنام والخمور والخنازير غير مضمونة شرعاً، لأنها لا تقبل المعاوضة؛ لأن النبي ﷺ قال: «إن الله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام»^(٢) وقال: «إن الله إذا حرم شيئاً، حرم ثمنه»^(٣) وقد شرحنا ذلك في شروط الضمان.

وإذا أردنا تعميم معنى الضمان فنقول: المضمونات قسمان:

١- ما ليس بمال وهم البشر، فيضمنون بالجناية على النفس أو الأعضاء إما بالمباشرة وإما بالتسبب.

٢- ما هو مال: وينقسم إلى أعيان ومنافع وزوائد ونواقص وأوصاف^(٤). وتضمن الأموال بتلفها أو إتلافها تحت يد عادية، والمراد باليد العادية: الضامنة، وإن لم يكن صاحبها متعدياً، حتى يشمل التعريف المستام (أي القابض على سوم الشراء) والمستعير عند الفقهاء القائلين بأن يده يد ضمان^(٥).

أولاً - أما الأعيان فنوعان: أمانات ومضمونات، وتضمن الأمانات في حالة التعدي أو التقصير كإهمال حفظ الوديعة مما أدى إلى تلفها أو ضياعها أو سرقتها، وحينئذ لا تبقى أمانة بل تكون مغصوبة. فإن هلكت بلا تعد فلا شيء في مقابلتها.

والمضمونات: يجب ضمان تلفها أو إتلافها في كل الحالات، حتى ولو كان التلف قضاء وقدرًا.

والأمانات: هي التي يجب تسليمها بذاتها، فإذا هلكت لا تضمن إلا بالتعدي أو بالتقصير، وهو نوعان:

(١) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية: ص ٢٧٣.

(٢) رواه أحمد وأصحاب الكتب الستة (الجماعة) من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنه.

(٣) رواه أحمد وأبو داود من حديث ابن عباس بلفظ «إن الله إذا حرم على قوم أكل شيء، حرم عليهم ثمنه».

(٤) فتح العزيز شرح الوجيز بهامش المجموع: ٢٥٦/١١، قواعد الأحكام: ١٥٢/١ وما بعدها.

(٥) نهاية المحتاج: ١١٦/٤.

١- أمانة حصلت في يد المؤتمن برضا صاحبها، وحكمها أنه لا يجب أداؤها إلا بعد المطالبة بها، مثل الودائع، والعواري عند الحنفية والمالكية، والهبات، وأموال الشركات والمضاربات والوكالات والعين المؤجرة، حالة بقاء عقودها قائمة. ويحصل الرضا أو الإذن بها إما بعقد، أو بإذن شرعي كاللقطة، أو بإذن عرفي كالمنقذ لمال غيره من التلف ونحوه.

٢- أمانة حصلت في يد المؤتمن من دون رضا صاحبها، وحكمها أنه يجب المبادرة إلى ردها مع العلم بمستحقها والتمكن منه، ولا يجوز التأخير مع القدرة على الرد، مثل اللقطة إذا علم صاحبها، أو الشيء المودع والمرهون ومال المضاربة ونحوها في حالة ما إذا مات المؤتمن، وانتقلت الأمانة إلى وارثه، فلا يجوز له حينئذ إمساك الشيء عنده من دون إذن، لأن المالك لم يرض به.

ومثله أيضاً: الثوب الذي طيرته الريح إلى دار إنسان أو حجره، لا يجوز له إمساكه مع العلم بصاحبه.

وينطبق ذلك أيضاً على الأمانات بعد فسخ عقودها كالإيداع والوكالة والشركة والمضاربة، فإنه يجب على المؤتمن ردها إلى أصحابها فوراً لزوال الائتمان^(١).

ثم إن الحنفية من أجل تحديد الملزم بالتسليم قسموا العين التي هي أمانة إلى واجبة التسليم كالعارية والمستأجر في يد الأجير، وغير واجبة التسليم كالودائع ومال الشركات والمضاربات^(٢).

والأعيان المضمونة عند الحنفية من ناحية الالتزام برد المثل أو القيمة نوعان:

١- عين مضمونة بنفسها أي في حد ذاتها: وهي التي يجب ضمان ردها بعينها ما دامت موجودة، فإن هلكت وجب الإتيان بمثلها إن كان لها مثل، وإلا فعليه قيمتها. وعلى هذا فتكون العين مضمونة في حد ذاتها، بقطع النظر عن عوارض أخرى،

(١) القواعد لابن رجب: ص ٥٣ وما بعدها، ٥٥ نهاية المحتاج للرملي: ١١٤/٤، شرح الأشباه والنظائر للحموي: ٢/٢١١.

(٢) البدائع: ٧/٦، مجمع الضمانات: ص ٢١٧.

كالمغصوب والمهر وبدل الخلع إذا كان عيناً لا ديناً^(١)، والمقبوض ببيع فاسد، والمقبوض على سوم الشراء^(٢).

٢- عين مضمونة بغيرها: هي العين التي يجب تسليمها ما دامت موجودة، فإذا هلك لا يجب تسليم مثلها ولا قيمتها. فهي إذن ليست بمضمونة، ولكنها تشبه المضمونة، كالمبيع قبل قبض المشتري له مضمون بالثمن، والمرهون مضمون بالدين. فإذا هلك المبيع قبل القبض، لا يجب على البائع أو غيره شيء لا المثل ولا القيمة. ولكن يسقط الثمن عن ذمة المشتري، وهو غير المثل والقيمة وإذا هلك المرهون لا يجب على الدائن المرتهن شيء للمدين، ولكن يسقط من الدين عن الراهن بمقدار الأقل من الدين والمرهون. فمجرد هذا الاعتبار وهو حدوث مقاصة بين الدين والمرهون أو المبيع والثمن، سميت العين بالعين المضمونة بغيرها، فكان ذلك من قبيل المشاكلة والمشابهة للمضمونات بنفسها^(٣).

(١) السائد أن الدين هو المال المفترض، والمقصود به هنا أعم من ذلك وهو ما يقابل كلمة «العين» والعين: هي الشيء المعين المشخص بذاته كجدار وكرسي وقلم. والدين: هو ما يثبت في الذمة كمقدار من النقود في ذمة إنسان؛ سواء أكان التزامه عن عوض مالي كالقرض وثمن المبيع، أو لزمه بالتزامه كال كفالة والمهر وعوض الخلع، أو لزمه بغير التزامه كبذل المتلف ونفقة الأقارب والزوجات. قال ابن رجب الحنبلي: لا يجب أداء الدين من دون مطالبة المستحق إذا كان آدمياً. ما لم يكن قد عين له وقتاً للوفاء، فإن عين وقتاً كيوم كذا، فلا ينبغي أن يجوز تأخيره عنه، لأنه لا فائدة للتوقيت إلا وجوب الأداء فيه من دون مطالبة. وأما إن كان الدين لله عز وجل فالمذهب (أي الحنبلي) أنه يجب أدائه على الفور، لتوجه الأمر بأدائه من الله عز وجل، مثل الزكاة والكفارات والنذور (القواعد: ص ٥٣).

(٢) المقبوض على السوم نوعان: مقبوض على سوم النظر، ومقبوض على سوم الشراء. وهو أن يقبض الإنسان شيئاً لينظره أو ليشتريه، فإن بين البائع للمقبوض ثمناً، كان المقبوض مضموناً بالقيمة على القابض، وهذا هو المقبوض على سوم الشراء، وهو مضمون. وإن لم يبين البائع ثمن السلعة، فيكون أمانة في يد القابض، وهو المقبوض على سوم النظر، وهو أمانة فقط (راجع الدر المختار ورد المحتار: ٥٢/٤ وما بعدها، حاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب: ١٥٠/٢، مجمع الضمانات: ص ٢١٣، ٢١٧، عقد البيع للأستاذ الزرقاء: ص ٩٦، وانظر المادتين ٢٩٨، ٢٩٩ من المجلة).

(٣) رد المحتار: ٣٤٠/٥، البدائع، شرح الأشباه للحموي، مجمع الضمانات: المكان السابق، تحفة الفقهاء للسمرقندي: ٤٠٩/٣ الطبعة الأولى، الفرائد البهية في القواعد الفقهية للشيخ محمود حمزة: ص ٣٤٩.

والأعيان المضمونة عند المالكية إما أن تكون:

أولاً- بسبب العدوان كالمغصوبات والمسروقات ونحوها.

ثانياً- أو بسبب قبض بغير عدوان بل بإذن المالك كقبض المبيع الذي يصبح المشتري بقبضه ضامناً له، أو بقاء يد البائع، فإن المبيع يكون من ضمان البائع قبل القبض، وكقبض المبيع بيعاً فاسداً فإنه من ضمان المشتري، ويضمن عندهم بالقيمة إذا تغير في ذاته، أو تغير سوقه، أو تعلق به حق الغير، أو تلف بأفة سماوية، أو أتلفه المشتري، وكقبض العواري والرهنون التي يغاب عليها (أي يمكن إخفاؤها) كالحلي والسلاح وأنواع العروض التجارية، وكقبض الأعيان التي تقترض، فإن المقترض يضمنها^(١).

ومثل هذا التقسيم موجود عند الشافعية، وقد عدد السيوطي الشافعي أنواع المضمونات التي يفهم منها ذلك وهي ستة عشر، منها^(٢):

١- الغصب.

٢- الإتلاف بلا غصب.

٣- اللقطة إذا جاء مالکها بعد التملك وهي تالفة.

٤- المقبوض بالشراء الفاسد إذا تلف.

٥- القرض.

٦- العارية.

٧- المستام أو المقبوض بسوم، كأن يأخذ سلعة ليتأملها هل تعجب فيشتريها، أو لا، فيردها، فإذا تلفت في يد القابض، ضمنها كما ذكرنا قريباً.

ودليل الضمان في هذه الحالات ونحوها هو قوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه» فقوله: «على اليد ما أخذت» أي ضمان ذلك، لأن الكلام بعد التلف. وقوله: «حتى تؤديه» أي إلا أن تؤديه، وهو استثناء منقطع؛ لأنه من الضمان بعد التلف.

(١) الفروق: ٢٠٧/٢.

(٢) الأشباه والنظائر: ص ٢٧٥ وما بعدها، وراجع حاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب: ٢/

١٥٠، المجموع للنووي: ٣٠٧/٩.

وقال **الحنابلة**: الأعيان المضمونة وهي التي يجب ضمانها بالتلف والإتلاف بكل حال: تجب المبادرة إلى زدها في كل الأحوال، سواء أكان حصولها بيد الضامن بفعل مباح أم محظور.

فالأول كالعوارى إذ هي مضمونة عندهم، فيجب ردها إذا استوفى المستعير منها الغرض المستعار له، سواء طالبه المالك أم لم يطالب، لأنها عندهم من المضمونات فهي شبيهة بالمغصوب.

والثاني كالمغصوب والمقبوض بعقد فاسد ونحوهما^(١).

والخلاصة أن تقسيم الأعيان المضمونة عند غير الحنفية واحد وهو إما أن يكون الضمان بسبب العدوان أو التعدي^(٢) وإما بسبب قبض مأذون فيه.

هل العقارات من الأعيان المضمونة؟

يضمن المنقول ضمان يد أو حيازة بالتعدي عليه بالنقل والتحويل باتفاق الفقهاء، وأما العقار فإنه ثار في شأن ضمانه باليد اختلاف بين الفقهاء، وبرز الخلاف في الغصب:

(١) القواعد لابن رجب: ٥٤/٢، ٣٠٨، وانظر المغني: ٣١١/٤.

(٢) يلاحظ أن التعدي أعم من الغصب، لأن التعدي يمكن أن يكون في الأموال والأعراض والنفوس. وأما الغصب فهو خاص بالأموال. ويفترق التعدي عن الغصب من نواح عدة: منها أن الغاصب يضمن الفساد اليسير ويجيز للمالك أخذ قيمة المغصوب إن شاء، أما المتعدي فلا يضمن إلا الفساد الكثير؛ أي الضرر الكثير. وليس للمالك إلا أخذ مقابل النقص الحاصل بالمتعدي عليه. ومنها أن المتعدي لا يضمن الآفة السماوية أي القوة القاهرة، وأما الغاصب فيضمنها.

ومنها: أن المتعدي يضمن غلة ما عطل، بخلاف الغاصب إنما يضمن غلة ما استعمل. ومنها: أن الغاصب يضمن عند الشافعية قيمة الشيء من أول يوم حدث فيه الغصب، والمتعدي يضمن القيمة يوم التعدي.

ومنها: أن الغاصب لا يضمن عند المالكية النقص الحادث بسبب تغير الأسعار، أما المتعدي فيضمن النقص الحادث بسبب تغير السعر (راجع القوانين الفقهية: ص ٣٣١ وما بعدها، الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي: ٤٥٣/٣، ٤٥٩، ط البابي الحلبي، التعليقات على الأشباه والنظائر للسيوطي: ص ٢٧٨، الفروق للقرافي: ٣١/٤ وما بعدها).

فقال أبو حنيفة وأبو يوسف: إنه لا يتصور غصب العقار، لكن إذا أتلفه الغاصب، ضمنه بالإتلاف. وتعليل ذلك أنه لم يتحقق معنى الغصب وهو (إزالة يد المالك عن ماله بفعل في المال)، لأن العقار ما زال موجوداً في محله بلا نقل وتحويل، وإبعاد المالك عن عقاره فعل في المالك لا في العقار، وهذا المعنى لا يوجب الضمان، كما لو حال شخص بين المالك ومتاعه أو ماشيته، فتلف ذلك، والحيلولة كما عرفنا سابقاً ليست من أسباب أو مصادر الضمان عند الحنفية.

وقال جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة، ومحمد صاحب أبي حنيفة: إنه يتصور غصب العقار كالأراضي والدور، ويجب على غاصبها، لوجود الانتفاع بها على وجه التعدي، وهي الغاية المطلوبة من الاستيلاء، والتعدي أحد أركان الضمان كما بينا سابقاً، ولأن معنى الغصب (وهو الاستيلاء على حق الغير عدواناً، أو إزالة يد المالك عن ماله من دون إذنه) متحقق حينئذ، ولأن ما ضمن في البيع وجب ضمانه في الغصب كالمنقول، ولأنه يمكن الاستيلاء على الشيء بأن يحول بينه وبين مالكه، مثل أن يسكن الدار ويمنع مالكها من دخولها، فأشبه ذلك ما لو أخذ الدابة والمتاع، والحيلولة أو الأخذ عدواناً موجب للضمان.

ويدل لهذا الرأي الأرجح في تقديرنا قوله ﷺ: «من ظلم قيد شبر من الأرض، طوّقه يوم القيامة من سبع أرضين» وفي لفظ «من غصب شبراً من الأرض».

ويتضح أثر الخلاف فيما إذا غصب إنسان داراً أو أرضاً، فانهدم شيء من البناء، أو جاء سيل، فذهب البناء والأشجار، أو غلب الماء على الأرض، فبقيت مغطاة بالماء، فلا ضمان على الغاصب عند أبي حنيفة وأبي يوسف؛ أي لا يجب عليه ضمان القيمة، وإنما يجب عليه فقط رد المغصوب لصاحبه ما دام موجوداً، وأما عند جمهور الفقهاء فعليه الضمان، وهو الراجح، لذا قال متأخرو الحنفية: في غصب العقار، والدور الموقوفة، ومنافع الوقوف: يفتى بالضمان.

وإذا غصب شخص عقاراً، فجاء إنسان، فأتلفه، فالضمان على المتلف عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وفي رأي الآخرين: يخير المالك بين تضمين الغاصب أو المتلف، فإن اختار تضمين الغاصب، فله أن يرجع بعدئذ بالضمان على المتلف؛

لأنه دفع عنه ديناً واجباً عليه، وإن اختار تضمين المتلف، لا يرجع على أحد، لأنه ضمن فعل نفسه.

واتفق العلماء على أن الغاصب ضامن إذا أتلف العقار المغصوب بفعله أو بسبب فعله، كهدم حيطان الأرض، وتغريقها، وكشط ترابها، وإلقاء الحجارة فيها، أو نقص شيء في غرس الأرض أو بنائها، ففي كل هذه الحالات يكون الغاصب ضامناً للقيمة، لأنه متلف، والعقار يضمن بالإتلاف باتفاق الفقهاء^(١).

هذه هي الأعيان المضمونة وغير المضمونة.

ثانياً - وأما المنافع فهل هي مضمونة أم لا؟

كذلك اختلف متقدمو الحنفية مع جماهير العلماء في ضمان منافع الأشياء المباحة^(٢) التي تستباح بعقد الإجارة، كالسكنى والاستخدام والركوب والزراعة واللبس ونحو ذلك. وأما ما لا يستباح بعقد الإجارة وهو ما لا تستحق منافعه بعوض كالغنم والشجر والطير، فإنه لا ضمان لمنافعه اتفاقاً.

وقد برز الخلاف أيضاً في غصب منافع العقار:

قال أئمة الحنفية: المنافع ليست أموالاً، لكن يمكن تملكها، لأن المال عندهم

(١) راجع الموضوع في البدائع: ١٤٦/٧، تكملة فتح القدير: ٣٦٨/٧ وما بعدها، تبيين الحقائق: ٢٢٤/٥، اللباب شرح الكتاب: ١٨٩/٢، رد المحتار والدر المختار: ١٣٠/٥ وما بعدها، جامع الفصولين: ١٢٨/٢، مجمع الضمانات: ص ١٢٦، بداية المجتهد: ٢/٣١١، الشرح الكبير للدردير: ٤٤٣/٣، مغني المحتاج: ٢/٢٧٥، المهذب: ١/٣٦٧، المغني: ٥/٢٢٣، الإفصاح: ص ٢١٩، الميزان: ٩٠/٢، القواعد لابن رجب: ص ٢٠٧.

(٢) المنافع نوعان: أحدهما - منفعة محرمة كمنافع الملاهي والصور المحرمة والنجاسات والحيوانات المحرم أكلها، وكل ما يتصل بالأعراض بالطرق غير المشروعة من لمس ومس وتقبيل وضم وزنا، وهذه لا ضمان لها لحقارتها، إلا أنه يجب دفع مهر المزني بها بالإكراه أو بوطء فيه شبهة.

النوع الثاني: أن تكون المنفعة مباحة متقومة، وهذه يجب ضمانها عند جمهور الفقهاء في العقود الفاسدة والصحيحة والأيدي العادية (أي الضامنة) بالغصب أو الإتلاف ونحوهما، لأن الشرع قد قومها ونزلها منزلة الأموال، لأن المنافع هي الغرض الأظهر المقصود من جميع الأموال (راجع قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام: ١٥٤/١ وما بعدها).

مقصود على الأشياء المادية، والمنافع ليست ذات وجود مادي، وإنما هي أعراض متجددة تحدث شيئاً فشيئاً على مر الزمن، لذا فإنه لا يمكن أن يرد عليها الغصب، ولا تضمن بالتلف ضمان يد، لكن تكون مضمونة أي ذات قيمة، إذا عقد عليها عقد من العقود كالإجارة والزواج، فيصح تقويمها عندئذ للضرورة، ولرضا المتعاقدين، وبهذا الاتفاق أو التراضي تصبح مالاً متقوماً.

وبناء عليه: لا تضمن عندهم منافع المغصوب، سواء استوفاه الغاصب أم عطلها، فإذا كان المغصوب سيارة أو دابة مثلاً فلا يلزم بضمان أجر المثل مدة الغصب؛ إذ ليس للمنفعة مثل، فلا يمكن الحكم ببدلها، وإنما يؤخذ الغاصب ديانة في الدار الآخرة، وليس هنا عقد حتى تصبح المنافع متقومة. وكذلك يضمن الغاصب نقصان المغصوب باستعماله إياه، ودليلهم على عدم تضمين المنافع: هو قول النبي ﷺ: «الخارج بالضمان»^(١) أي إن الغنم بالغرم.

لكن وجه إلى رأي الحنفية بعدم اعتبار المنافع أموالاً نقد شديداً^(٢) لمجافاته المصلحة، وعدم تمشيه مع الواقع، وإهداره الحقوق، ولأن الأموال لا يحرص عليها إلا لمنافعها، فكيف لا تكون المنافع متقومة؟

وأمام هذا النقد، ونظراً لكثرة الغصوبات، وضعف الدين في النفوس ورعاية للمصلحة، وصوناً لأموال الضعفاء، أفتى متأخرو الحنفية بضمان منافع المغصوب، والإلزام بدفع أجر المثل عن مدة الاستعمال في ثلاثة أشياء: وهي أن يكون المغصوب مالاً موقوفاً للسكنى أو للاستغلال أو لغيرهما، أو مال يتيم، أو معداً للاستغلال بأن بناه صاحبه لذلك، أو اشتراه لذلك، أو أجره أكثر من ثلاث سنين متتابعة، بشرط استعمال المعد للاستغلال بغير تأويل ملك أو عقد، فإذا استعمل بتأويل ملك، كما لو سكن أحد الشركاء بيتاً مشتركاً من دون إذن الشريك الآخر، فلا أجر عليه لأنه استعمله على أنه ملكه؛ لأن حق السكنى في الدار المشتركة

(١) سيأتي في بحث القواعد الفقهية تخريج هذا الحديث وبيان سببه.

(٢) انظر المدخل لنظرية الالتزام للأستاذ الزرقاء: ص ٢٠٧ ف ١٣٦، المسؤولية المدنية والجناية في الإسلام للأستاذ محمود شلتوت: ص ٩ وما بعدها.

يجعلها كالمملوكة لكل واحد من الشريكين، وإلا تعذر عليه الانتفاع بملكه. وكذلك لو استعمل بتأويل عقد، كما إذا سكن المرتهن في البيت المرهون، بأن استأجره سنة بأجر معلوم ثم سكنه سنتين، فلا شيء عليه لأنه لم يسكنه ملتزماً للأجر^(١).

وهذه الاستثناءات تصلح أساساً للقول بعموم الحكم بضمان جميع المنافع. وقد التزمت المجلة مذهب الحنفية بكل ما جاء فيه مع هذه الاستثناءات (انظر المواد ٥٩٦-٥٩٩).

وقال المالكية: تضمن منافع الأموال من دور وأرض بالاستعمال فقط، ولا تضمن حالة الترك، أي تضمن بالتفويت دون الفوات.

هذا إذا غصب ذات الشيء فيضمن المنفعة بالاستعمال. أما إذا غصب المنفعة فقط، فيضمنها بمجرد فواتها على صاحبها وإن لم يستعملها كأن يغلق الدار ويحبس الدابة ونحوهما^(٢).

وقال الشافعية والحنابلة: تضمن منافع الأموال التي يستأجر المال من أجلها بالغصب أو بالتعدي، سواء استوفى الغاصب المنافع أو تركها حتى ذهبت^(٣)؛ لأن المنافع أموال متقومة كالأعيان، ولأن «الغرض الأظهر من جميع الأموال هو منفعتها» على حد تعبير العز بن عبد السلام، والناس يعتادون تمول المنفعة

(١) المبسوط: ٧٨/١١، ٨٠، تكملة فتح القدير: ٣٩٤/٧، تبين الحقائق للزيلعي: ٢٣٣/٥ وما بعدها، الدر المختار: ٣١/٥، ١٤٤-١٤٦، الهداية: ١٦٩/٣، درر الحكام: ٢/٢٦٧، الأشباه والنظائر لابن نجيم: ١٠٠/٢ وما بعدها.

(٢) الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي: ٤٤٨/٣، ٤٥٢، ٤٥٤ وما بعدها، بداية المجتهد: ٣١٥/٢، شرح الرسالة: ٢٢٠/٢ وقارن المسؤولية المدنية والجنائية لأستاذنا الشيخ محمود شلتوت: ص ٩، وفصول من الفقه الإسلامي للزميل فيض الله: ص ٢٦، حيث جعل الأول مذهب المالكية كالحنفية في أن المنافع لا تضمن، والثاني أطلق ضمان المنافع عند المالكية، والتحقيق ما ذكرناه من تفصيل.

(٣) عبارة الفقهاء في هذا: تضمن المنافع بالتفويت والفوات في يد عادية، والمقصود بالتفويت: استيفاء المنفعة كمطالعة الكتاب وركوب الدابة، وشم المسك، ولبس الثوب، والمقصود بالفوات في يد عادية: هو ترك المنافع تضيع سدى من دون استيفاء، كإغلاق الدار دون إسكان أحد فيها (انظر مغني المحتاج: ٢٨٦/٢).

بالاتجار فيها، فإن أعظم الناس تجارة هم الباعة، والمنفعة رأس مالهم، وأثمان الأشياء تقدر بمنافعها، ولأن الشرع عدّ المنفعة مالاً؛ إذ أجاز جعلها مهراً في عقد الزواج، وذلك بعموم ما دلت عليه الآية القرآنية: ﴿وَأَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ﴾ [النساء: ٢٤/٤].

وعلى هذا، فإن قيمة المنفعة المستولى عليها بالتعدي تكون مضمونة بأجرة المثل، لضياح المنفعة على صاحبها^(١). وهذا ما أخذ به القانون المدني الذي يقضي بضمان أجر مثل العقارات المغصوبة، والتعويض عن كل ضرر يلحق المالك بسبب ضياح منافع ماله المغصوب عليه.

ثالثاً - الزوائد:

اختلف الفقهاء أيضاً في ضمان نماء أو غلة أو زوائد المغصوب على قولين: قول بالضمان، وآخر بعدم الضمان، الأول هو رأي الشافعية والحنابلة، والثاني رأي الحنفية والمالكية.

قال الحنفية، والمالكية في الراجح عندهم: إن الزيادة الحادثة في المغصوب في يد الغاصب، سواء أكانت متصلة به كالسمن والجمال، أم منفصلة عنه كالولد واللبن وثمره البستان والصوف ونحو ذلك، أمانة في يد الغاصب، فإن هلك فلا ضمان عليه، إلا بالتعدي عليها كالإتلاف أو الأكل أو البيع، أو بالامتناع عن أدائها بعد طلبها من مالکها؛ لأن الزيادة ليست مغصوبة لفقدان شرط الإزالة من يد المالك، لأنها لم تكن في يده وقت الغصب^(٢).

وقال الشافعية والحنبلية: زوائد المغصوب في يد الغاصب مضمونة ضمان

(١) مغني المحتاج: ٢/٢٨٦، فتح العزيز شرح الوجيز بهامش المجموع: ١١/٢٦٢، قواعد الأحكام: ١/١٥٢ وما بعدها، القواعد لابن رجب: ص ٢١٣، المغني: ٥/٢٢٧، المذهب: ١/٣٦٧.

(٢) المبسوط ١١/٥٤، البدائع: ٧/١٦٠، تبين الحقائق للزيلعي: ٥/٢٣٢، تكملة فتح القدير: ٧/٣٨٨، الدر المختار: ٥/١٤٣، القدوري مع شرحه للباب: ٢/١٩٤، القوانين الفقهية: ص ٣٣٠، بداية المجتهد: ٢/٣١٥ وما بعدها.

الغصب إذا تلف شيء منها في يده، سواء أكانت الزيادة متصلة مثل السمن وتعلم الصناعة وغيرها، أم منفصلة كثمرة الشجرة وولد الحيوان؛ لأن الزوائد ملك للمغصوب منه، وقد صارت في يد الغاصب بالغصب، فتضمن بالهلاك أو التلف كأصلها الذي تولدت منه، باعتبار أن الغاصب تسبب في ذلك بسبب محذور وهو الغصب^(١).

رابعاً - النواقص:

اتفق الفقهاء على مبدأ ضمان النقصان الحادث في الأموال بسبب الغصب أو الإلتلاف ونحوهما من أنواع الأيدي العادية (أي الضامنة) عمداً أو خطأ أو تقصيراً، وسنذكر هنا أهم حالات النقصان المادي بسبب الغصب وحكمها في كل مذهب فقهي كنموذج للبحث، لأن ضمان الغصب - على حد تعبير الحنفية - ضمان جبر الفأنت، فيتقدر بقدر الفوات، ومن نقص في يده شيء فعليه ضمان النقصان^(٢).

١- **مذهب الحنفية:** قال فقهاء الحنفية^(٣): إما أن يكون النقص بفوات جزء من العين يسيراً وإما كبيراً فاحشاً، فإذا كان يسيراً ضمن الغاصب قدر النقصان، وتظل العين المغصوبة ملكاً لمالكها، وإذا كان فاحشاً فللمالك تضمين الغاصب جميع قيمة الشيء، وذلك سواء أكان النقص حادثاً بأفة سماوية أم بفعل الغاصب، نصت المادة ١٩٧ من المجلة على ما يأتي: «لو أطرأ أحد على مال غيره نقصاناً من جهة القيمة يضمن نقصان القيمة».

واختلفوا في تقدير اليسير، والكثير الفاحش، فقال بعضهم: الفاحش: هو

(١) مغني المحتاج: ٢/٢٩١، المهذب: ١/٣٧٠، كشاف القناع: ٤/٦٦، المغني: ٥/٢٤٠، الإفصاح: ص ٢١٨.

(٢) البدائع: ٧/١٥٥، كتاب القدوري وشرحه اللباب: ٢/١٩٠.

(٣) كتاب القدوري مع اللباب: ٢/١٩٠ وما بعدها، المبسوط: ١١/٨٥، الهداية: ٤/١٢، البدائع: ٧/١٥٥، ١٥٨، تكملة فتح القدير: ٧/٣٦٩-٣٨٥، تبين الحقائق: ٥/٢٢٨ وما بعدها، رد المحتار والدر المختار: ٥/١٣١-١٣٦، مجمع الضمانات: ص ١٣٣ وما بعدها.

ما أوجب نقصان ربع القيمة فصاعداً. واليسير: ما دون ربع القيمة، وهو ما يمكن إصلاحه. والرأي الصحيح أن الفاحش: ما يفوت به بعض العين وبعض المنفعة. واليسير: ما يفوت به بعض المنفعة أي تنقص منفعته فقط. والأولى ما أخذت به المجلة^(١) وهو أن النقصان اليسير؛ ما لم يكن بالغاً ربع قيمة المغصوب. والنقصان الفاحش: ما كان مساوياً لربع القيمة أو أزيد.

وبناء على هذا يعرف حكم الأمثلة الآتية:

أ- من ذبح حيواناً مأكول اللحم لغيره كالشاة والجزور، أو قطع يده، فيخير المالك بين تضمين المعتدي جميع القيمة وترك الحيوان له، لأن ذلك إتلاف من بعض الوجوه لضياح أغراض معينة كالحمل والنسل والدر، وبين تضمين النقصان وأخذه هو، لبقاء بعض المعتدي عليه وهو اللحم.

ولو كانت الدابة غير مأكولة، فذبحها الغاصب أو قطع طرفها ضمن المعتدي جميع قيمتها، لوجود الاستهلاك الكلي.

وإذا اعتدى إنسان على حيوان فأحدث فيه عوراً أو شللاً، فإن المعتدي يضمن النقصان.

ب- من خرق ثوب غيره خرقاً يسيراً، ضمن نقصانه، والثوب لمالكه، لبقاء العين كما هي، ووجود التعيب فقط. واليسير كما علمنا: ما فات به بعض المنفعة.

وإن خرق الثوب خرقاً كبيراً كأن قطعه قميصاً أو غيره بحيث يبطل جميع منفعته، فللمالك تضمين المعتدي جميع قيمته لأنه استهلاك كامل كالإحراق، أو تضمينه النقصان فقط لبقاء الثوب، وإضاعة بعض المنافع. والخرق الكبير أو الفاحش: ما فات به بعض العين وبعض المنفعة التي كانت مقصودة من الثوب.

ج- من غصب ثوباً فصبغه بصباغ ما، فإن أنقص قيمته، ضمن الغاصب قيمة النقصان. وإن زاد في قيمته يخير المالك بين تضمين المعتدي قيمة الثوب غير المصبوغ، أو أخذه وضمّانه للغاصب قيمة الزيادة.

(١) راجع المادة ٩٠٠ منها.

د- إذا تغيرت العين المغصوبة بنفسها كأن صار العنب زيبياً، أو الرطب تمرأ، فإن المالك بالخيار: إن شاء أخذ الشيء، وإن شاء تركه، وضمن الغاصب قيمة النقصان.

وإذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب بحيث زال اسمها الأصلي وذهب أكثر منافعها المقصودة منها، ضمن الغاصب جميع قيمتها لمالكها، ولا يحل له الانتفاع بها شرعاً حتى يؤدي بدلها، كأن غصب شخص شاة فذبحها وشواها أو طبخها، أو غصب حنطة فطحنها، أو دقيقاً فخبزه، أو زيتوناً أو عنباً فعصره، أو خشباً فبنى عليه، أو غصب حديداً فاتخذه سيفاً أو آنية، أو غزلاً فنسجه ثوباً، أو قطناً فحلجه، أو اختلط المغصوب بغيره بحيث لا يمكن تمييزه عنه كاختلاط الحنطة بالحنطة، ففي كل هذه الحالات ونحوها يجب الضمان على الغاصب، ويتملك هو الشيء المضمون دون أن يحل له الانتفاع به قبل أداء الضمان للمالك أو الإبراء منه، أو تضمين القاضي له.

هـ- العقارات: إذا نقص شيء من العقار كانهدام الدار بفعل الغاصب أو سكناه، ضمنه باتفاق الحنفية، لأن ذلك إتلاف، والعقار مضمون بالإتلاف. ومن غصب أرضاً فغرس فيها أو زرعها، أو بنى عليها بناء، فللمالك أن يقول للغاصب: اقلع الغرس والبناء، ورد الأرض فارغة.

فإن كانت الأرض تنقص بقلع الشجر والبناء منها، فللمالك أن يضمن للغاصب قيمة البناء والغرس مقلوعاً، مراعاة لحقهما ودفعاً للضرر عنهما، بعد حسم أجور القلع، فإذا كانت قيمة الأنقاض عشرة مثلاً، وأجرة قلعها واحداً، ضمن المالك تسعة.

وإذا انتقصت الأرض بالزراعة غرم الغاصب قيمة النقصان؛ لأنه أتلف جزءاً من الأرض.

٢- مذهب المالكية: إذا نقص المغصوب عند الغاصب، فإن كان النقص بفعل الغاصب، فالمالك مخير بين أن يأخذ قيمة المغصوب يوم الغصب ويتركه للغاصب، وبين أن يأخذ الشيء المغصوب على حالته الناقصة، ويأخذ قيمة النقص الحادث بتقديرها يوم التعدي.

وإن كان النقص بآفة سماوية: فليس لصاحب المغصوب إلا أن يأخذه ناقصاً دون أن يأخذ قيمة النقص، أو يضمن الغاصب قيمة الشيء يوم الغصب^(١). والخلاصة أنه في الحالة الأولى تضمن قيمة النقصان، ولا تضمن في الحالة الثانية. وكذلك ميّز المالكية بين حالتي هدم البناء وقلع الشجر. فمن غصب أرضاً فبنى فيها، فصاحبها بالخيار بين هدم البنيان وإزالته ويأخذ الغاصب أنقاضه، وبين تركه على أن يعطي الغاصب قيمة أنقاض البناء من خشب وقرميد وغير ذلك، تقوّم منقوضة بعد طرح أجره القلع. وهذا موافق لمذهب الحنفية تماماً. ومن غصب أرضاً، فغرس فيها أشجاراً لا يؤمر بقلعها خلافاً للحنفية، وللمغصوب منه أن يعطيه قيمتها بعد طرح أجره القلع كالبنيان. أما إن غصب أشجاراً فغرسها في أرضه، فيؤمر بقلعها^(٢).

٣- **مذهب الشافعية:** إذا نقص المغصوب نقصاناً مستقراً تنقص به القيمة، وجب رده إلى صاحبه وضمان أرش (أي تعويض) النقص، سواء أكان باستعمال الغاصب كأن بلي الثوب بلبسه أو ذبح الشاة أو كسر الإناء أو طحن الحنطة، أم بغير استعماله كطروء عماء على الحيوان ونحو ذلك من الأمراض^(٣).

٤- **مذهب الحنابلة:** مذهب الحنابلة كالشافعية تماماً: يجب رد المغصوب إلى صاحبه وضمان أرش النقصان، أي مقدار نقص القيمة إذا كان نقصاً مستمراً كثوب تخرق وإناء تكسر، وحب سوس، وبناء خرب ونحو ذلك، لأنه نقص حصل في يد الغاصب، فوجب ضمانه^(٤).

خامساً - الأوصاف:

الأوصاف المضمونة في المغصوب إما بسبب هبوط الأسعار أو فوات وصف مرغوب فيه:

(١) بداية المجتهد: ٣١٢/٢، القوانين الفقهية: ص ٣٣١، الفروق: ٣٢/٤.

(٢) القوانين الفقهية، المكان السابق.

(٣) مغني المحتاج: ٢٨٦/٢، المهذب: ٣٦٩/١.

(٤) المغني: ٢٢٨/٥، ٢٤١.

أ- فإن كان نقص الأوصاف بسبب هبوط الأسعار في الأسواق: فليس على الغاصب أو المعتدي ضمان نقص القيمة الحاصل بتغير الأسعار، وإنما للمالك أخذ عين المغصوب دون أن يرجع بشيء على الغاصب؛ لأن هذا النقص حدث بسبب فتور الرغبات بالشيء لأسباب اقتصادية وفقاً لقانون العرض والطلب غالباً، لا لفوات جزء من العين. وهذا هو قول جمهور الفقهاء الذي أخذت به المجلة^(١).

وقال الشافعية: إذا نقصت القيمة بسبب تغير الأسعار، يلزم الغاصب بضمان النقصان، كأن كان سعر الشيء عشرة، فصار سبعة، فيلزمه أرش النقص الحادث جبراً له^(٢).

ب- وأما النقص الطارئ بسبب فوات وصف مرغوب فيه: فهو مضمون باتفاق الفقهاء، مثل حدوث الصمم والعمى والشلل والمرض والعرج والهزال في الحيوان، ونسيان الحرفة وتعطل الآلة وظهور خلل فيها وتعفن الحنطة، وصب الماء في الخل، وتمزيق أرقام الأوراق النقدية، ونحو ذلك. فعلى الغاصب ضمان مقدار النقص الحاصل بقيمة أمثاله جبراً للضرر^(٣). قال ابن عبد السلام: وأما صفات الأموال فليست من ذوات الأمثال، والطريق إلى جبرها إذا فاتت بسبب مضمن، أو فاتت تحت الأيدي الضامنة: أن تقوم العين على أوصاف كمالها، ثم تقوم على أوصاف نقصانها، فيجبر التفاوت بين الصفتين بما بين القيمتين، مثل إن غصب شابة حسنة، فصارت عنده عجوزاً شوهاء، فيجبر ما فات من صفة شبابها ونضارتها بما بين قيمتها، وكذلك لو عيب شيئاً من الأموال فإنه يجبره بما بين قيمته سليماً ومعيباً، وكذلك لو هدم داراً فإنه يجبر بتأليفها بما بين قيمتها في حالتها البناء والانهدام، لأن تأليفها ليس من ذوات الأمثال^(٤).

(١) البدائع: ١٥٥/٧، تكملة فتح القدير: ٣٧١/٧، اللباب شرح الكتاب: ١٩٠/٢، المجلة م ٩٠٠، الشرح الكبير للدردير: ٤٤٣/٣، المغني: ٢٤١/٥، مجمع الضمانات: ص ١٣٣.

(٢) مغني المحتاج: ٢٨٩/٢ وما بعدها.

(٣) البدائع، المكان السابق وما بعده، مجمع الضمانات، المكان السابق، الشرح الكبير: ٣/٤٥١، المغني، المكان السابق، مغني المحتاج: ٢٨٦/٢، قواعد الأحكام: ١٥٣/١.

(٤) قواعد الأحكام، المكان السابق.

أما إذا حدث نقصان وصف في المبيع قبل القبض (وهو ما يدخل في البيع من غير تسمية كالشجر والبناء في الأرض والجودة في المكيل والموزون).

أ- فإن كان النقصان بآفة سماوية فلا يفسخ البيع ولا يسقط عن المشتري شيء من الثمن، لأن الأوصاف لا حصة لها من الثمن، ولكن يكون المشتري بالخيار: إن شاء أخذ المبيع بجميع الثمن. وإن شاء تركه لتعيب المبيع.

ب- وإن كان النقصان بفعل البائع، فيبطل البيع بقدره ويسقط عن المشتري ما يقابله من الثمن؛ لأن الأوصاف لها حصة من الثمن عند ورود الجناية عليها، والمشتري بالخيار في الباقي بأن يأخذه بحصته من الثمن^(١).

مقارنة:

إن ضمان الأعيان والمنافع والزوائد والنواقص والأوصاف باعتبارها محلاً للضمان يقابله عند القانونيين كلمة «الضرر» أحد أركان المسؤولية المدنية، والضرر كما أشرنا سابقاً قد يكون مادياً يصيب المضرور في جسمه أو في ماله، وقد يكون الضرر أدبياً يصيب المضرور في شعوره أو عاطفته أو كرامته أو شرفه. ويشترط في الضرر المادي قانوناً أن يكون ناشئاً من الإخلال بمصلحة مشروعة، وأن يكون محققاً. فإذا كان المضرور يشكو من الإخلال بمصلحة لا يحميها القانون لمخالفتها للقانون فلا محل للتعويض، وإذا لم يثبت المضرور تحقق الضرر فلا محل للتعويض أيضاً.

وهذا في الجملة مما يقره الإسلام مع ملاحظة أن الشرع الإسلامي هو الأساس في تقدير كون المصلحة مشروعة أم لا، وكون الشيء المضمون متقوماً شرعاً فيضمن، وغير متقوم شرعاً فلا يضمن.

(١) حاشية ابن عابدين: ٤/٤٤، البدائع: ٥/٢٤١.

المبحث الثاني : أقسام الضمان وأنواعه

ينقسم الضمان إلى قسمين أساسيين هما : ضمان النفس وهو الدية في القتل الخطأ، أو في القتل العمد إذا حدث عفو أو صلح عن القصاص، وضمان المال : وهو التعويض المالي عن الضرر اللاحق بالغير.

وضمان المال يكون بقدر الضرر أو التعدي الحاصل، فينقسم إلى نوعين : ضمان كامل وضمان جزئي.

وينقسم أيضاً بحسب تقديره شرعاً إلى نوعين : مضبوط وغير مضبوط كما أنه ينقسم بحسب استقراره على الضامن أو عدم استقراره إلى مستقر ومتحول.

أولاً - تقسيم ضمان المال باعتبار مقداره:

ينقسم الضمان إلى نوعين : ضمان كلي وضمان جزئي.

فالضمان الكلي: هو الالتزام بدفع قيمة جميع الشيء المتلف إذا كان التلف كلياً، أو جزئياً فاحشاً شبيهاً بالتلف التام. وقد رأينا في بحث النقصان في المغصوبات أنه إذا كان النقصان كبيراً في قيمة الشيء، فللمالك الخيار بين أن يطلب قيمة النقصان فقط، أو أن يترك الشيء للغاصب ويضمنه جميع قيمته. ونصت المجلة على ذلك^(١)، وهذا هو مذهب الحنفية والمالكية^(٢).

وأما في حالة التلف الفاحش أو الجناية على الشيء من دون غصب، فكذلك يرى الحنفية والمالكية أن صاحب الشيء مخير بين أن يسلم الشيء للجاني، ويأخذ منه قيمته، أو أن يأخذ قيمة الناقصة فقط^(٣).

(١) جاء في المادة ٩٠٠ من المجلة «إن كان النقصان فاحشاً (أعني إن كان النقصان مساوياً لربع قيمته أو أزيد) فالمغصوب منه بالخيار: إن شاء ضمنه نقصان القيمة، وإن شاء تركه للغاصب، وأخذ منه تمام قيمته».

(٢) الإلتلاف الفاحش عند المالكية: هو ما يبطل الغرض المقصود من الشيء.. والإلتلاف اليسير: هو ما يبطل يسيراً من المنفعة (بداية المجتهد: ٣١٣/٢).

(٣) بداية المجتهد ٣١٣/٢.

ومن أمثلته: «لو أتلف رجل مصراعي باب، أو أحد زوجي خف أو مكعب، كان للمالك أن يسلم إليه الآخر، ويضمنه قيمتها».

«لو قطع رجل أغصان شجرة: إن كان النقصان فاحشاً، يضمن قيمة الشجرة وإلا فالنقصان».

وقد يضمن النقصان فقط عند الحنفية، مثاله «من حفر حفرة في أرض غيره فأضر بالأرض، يلزمه النقصان» «من هدم حائط دار يضمن النقصان»^(١).

وقال الشافعي وأحمد: يضمن الجاني في النقصان ما نقص يوم الجناية^(٢).

متى يعد الشيء هالكاً هلاكاً تاماً؟ الهلاك الذي يوجب الضمان الكلي إما أن يكون حقيقياً بإتلاف الشيء وزواله صورة ومعنى كأكل الطعام المغصوب وموت الدابة المغصوبة. وإما أن يكون حكماً وذلك في ثلاث حالات^(٣):

١- إذا زال اسم الشيء وأعظم منافعه، مثل خرق الثوب خرقاً فاحشاً؛ لأن الخرق الفاحش يفوت على المالك بعض الشيء المتلف وجنس منفعة. وهذا يعد استهلاكاً موجباً للضمان. ومثله تخريب آليات السيارة.

٢- إذا تعذر رد الشيء إلى المالك، والتعذر إما لاستحالة فصل الشيء عن غيره كالصباغ من الثوب، وإما ألا يكون في فصله استحالة ولكن فيه ضرر كبير بالمتعدي، ودفع الضرر واجب كبناء الدار بأحجار مغصوبة مثلاً.

٣- حين اختلاط الشيء بغيره اختلاط ممازجة، بحيث لا يمكن التمييز بين المخلوطين بالقسمة، كخلط دقيق الحنطة بدقيق الشعير، أو كان مما يمكن التمييز بينهما عند أبي حنيفة خلافاً لصاحبيه، مثل خلط الحنطة بالحنطة من نوعين مختلفين.

(١) راجع جامع الفصولين: ٢ ص ١٣٠، مجمع الضمانات: ص ١٤٦ وما بعدها، النظرية العامة للموجبات للدكتور المحمصاني: ٢١٦/١..

(٢) بداية المجتهد، المكان السابق، والمراجع السابقة في مذهبي الشافعية والحنبلية في ضمان النواقص.

(٣) المبسوط للسرخسي: ٩٤/١١، الهداية: ١١/٤، الفتاوى الهندية: ١٤٧/٥.

و أما خلط المجاورة: فإن كان يمكن التمييز بين الخليطين من دون كلفة ولا مشقة، فلا ضمان، وإن كان لا يمكن التمييز كخلط الحنطة بالشعير، فيجب الضمان لا اعتبار ذلك هلاكاً.

وأما الضمان الجزئي: فهو الالتزام بدفع قيمة النقصان اليسير في المغصوب أو في الإتلاف الجزئي، وذلك بأن يقوّم الشيء صحيحاً من كل شيء، ويقوّم مجنياً عليه، ويعطى المالك ما بين القيمتين، وهذا باتفاق الفقهاء^(١)؛ لأن القاعدة المقررة تقول: «ما ضمن كله ضمن جزؤه بالأرث»^(٢). وهذا ما أخذت به مجلة الأحكام العدلية في المادة ٩١٧ السابق ذكرها.

والنقصان الموجب للضمان الجزئي: هو كل عارض يطرأ على العين في يد الغاصب فيوجب نقصان قيمتها، كأن يتلف جزء من العين، أو تزول صفة مرغوب فيها دون أن يؤدي إلى زوال منفعتها تماماً؛ لأنه إذا زالت المنفعة كان ذلك هلاكاً لا نقصاناً.

وفي العرية يجب ضمان ما تلف من أجزائها التي لا تذهب بالاستعمال؛ لأن ما ضمن جملة ضمنت أجزاؤه كما ذكرنا. وأما ما يذهب بالاستعمال كما في حال استعمال المنشقة والقطيفة، ففيه رأيان عند الحنفية: قيل: يضمن، الأرجح أنه لا يضمن للإذن بالاستعمال.

أنواع النقصان: النقصان الذي يلحق الشيء إما أن يكون بتغير السعر، أو بزوال جزء من المغصوب مثلاً، أو بفوات صفة مرغوبة عند المالك.

١- فإن كان النقصان بتغير السعر: لم يكن مضموناً عند جمهور الفقهاء؛ لأن نقصان السعر فتور يحدثه الله تعالى في قلوب الناس، ولا يد للإنسان فيه -على حد تعبير فقهاءنا- فلا يكون مضموناً إلا إذا كان تغير السعر نتيجة نقل الشيء من بلد لآخر إذا كان الشيء من عروض التجارة، لا من النقود لأن النقد ثمن الأشياء، والتمنية لا تختلف باختلاف الأماكن.

(١) بداية المجتهد، المكان السابق.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي: ص ٢٧٧.

٢- وإن كان النقصان لفوات جزء من الشيء أو فوات صفة مرغوبة أو معنى مرغوب فيه، فيضمن إذا كان من الأموال لا يجري الربا فيها أي غير المكيل والموزون عند الحنفية. وإن كان من الأموال الربوية كالحنطة والقطن ونحوهما من كل مكيل أو موزون، فلا ضمان بفوات صفة مرغوبة لأن الجودة غير متقومة في الربا^(١). وقد سبقت الإشارة إلى ذلك مفصلاً في ضمان النواقص.

ثانياً- تقسيم ضمان المال باعتبار تقديره شرعاً:

ينقسم ضمان المال بحسب تقديره شرعاً إلى مضبوط وغير مضبوط^(٢). فالنوع المضبوط: هو ما حدد الشرع بإتلافه مقداراً معيناً من الأموال، إما لحق الله تعالى أي رعاية لمصلحة عامة، أو لحق شخص معين، مثال الأول: إتلاف الصيد البري في حرم مكة^(٣) أو في أثناء الإحرام بالحج والعمرة: قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ وَمَنْ قَتَلَ مِنْكُمْ مَتَعِدًا فِجْزَاءً مِثْلَ مَا قَتَلَ مِنَ النِّعَمِ^(٤) يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ هَدْيًا بَلِغَ الْكَعْبَةِ﴾ [المائدة: ٩٥/٥]، وقال سبحانه: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ وَطَعَامُهُ مَتَاعًا لَكُمْ وَلِلْغَنَمِ وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ الْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًا﴾ [المائدة: ٩٦/٥].

ومثال الثاني ضمان الأموال المثلثات؛ لأنه محدد شرعاً بالمثل: «إناء بإناء وطعام بطعام» كما نص عليه الحديث السابق ذكره. ومن هذا النوع: مقابلة الجاني بنقيض قصده من الحرمان من الإرث أو الوصية، كعقوبة القاتل لمورثه بحرمانه من الميراث، وعقوبة الموصى له القاتل للموصي ببطلان وصيته وحرمانه منها عند الجمهور غير الشافعية.

(١) تبين الحقائق للزيلعي: ٢٢٩/٥، البدائع: ١٥٥/٧

(٢) أعلام الموقعين: ٩٨/٢.

(٣) حرم مكة له حدود شرعية معينة ومساحة مقررة: فحده من طريق المدينة شمالاً ثلاثة أميال، ومن طريق اليمن والطائف والعراق أي جنوباً وشمالاً شرقياً سبعة أميال، ومن طريق جدة غرباً تسعة أميال، ومن طريق وادي عرنة شرقاً أحد عشر ميلاً (راجع شرح الأشباه للحموي: ٢٢٧/٢).

(٤) النعم: الإبل والبقر والغنم.

ومنه عقوبة الزوجة الناشزة بسقوط نفقتها وكسوتها.

وأما النوع الثاني غير المضبوط: فهو التعويض غير المقدر شرعاً، وإنما فَوْض لاجتهاد الأئمة والقضاة بحسب المصالح، وهو كل ما لم تأت به الشريعة بقاعدة عامة، وقد لا يزداد فيه ولا ينقص، وهذا الذي اختلف فيه العلماء وهو التغريم المالي أو التعزير المالي وقد سبق الكلام عليه. ومن هذا النوع ما يسمى بحكومة العدل أي التعويض الذي يقدره الخبراء في حالة الجراح التي ليس لها أرش (تعويض مقدر فيه الشرع).

وقد رجحنا مشروعية التغريم المالي، قال ابن القيم^(١): والصواب أنه يختلف باختلاف المصالح، ويرجع فيه إلى اجتهاد الأئمة في كل زمان ومكان بحسب المصلحة؛ إذ لا دليل على النسخ (أي إبطال حكمه ومشروعيته)، وقد فعله الخلفاء الراشدون، ومن بعدهم من الأئمة.

من أمثلته: مضاعفة الغرامة على سارق الثمار المعلقة، وعلى كاتم الضالة الملتقطة (أي البهيمة الضائعة) وأخذ شطر مال مانع الزكاة.

ومن هذا النوع كل ما فوض به القاضي من إصدار الحكم بالتعويض المالي على الأضرار الأدبية، أو المادية حسب تقديره إذا لم يكن هناك مقدار محدد شرعاً. ومن ذلك في اصطلاح القانونيين **تعويض الضرر الاحتمالي**: وهو الضرر المستقبل غير المؤكد الوقوع، إلا أنه قانوناً وشرعاً لا يحكم به بتعويض إلا إذا وقع فعلاً. ومنه ما يسمى عند القانونيين أيضاً **تعويض تفويت الفرصة**: وهو مبلغ معين يحكم به كتعويض للمتضرر عن مجرد فوات الفرصة. وهذا إن جاز قانوناً، فلم نجد أحداً من الفقهاء الشرعيين يقول به، كأن يحكم قانوناً بتعويض لورثة قتيل موصى له بمبلغ من المال، فعند فقهاءنا لا نرى إلا القول ببطلان الوصية في هذه الحالة؛ لأن الوصية لا تستحق ولا تملك إلا بعد موت الموصي.

(١) أعلام الموقعين: ٩٨/٢.

ثالثاً - تقسيم ضمان المال باعتبار استقراره وتحوله:

ينقسم ضمان المال إلى مستقر ومتحول:

فالضمان المستقر: هو أن يلتزم الشخص التعويض عن فعل نفسه دون أن يكون له الحق في الرجوع بما يدفعه على أحد، كضمان المتلفات، وضمان الغاصب هلاك الشيء المغصوب، وضمان الأجير المشترك^(١) ما يهلك في يده على الراجح عند المالكية والصاحبين ومتأخري الحنفية، ولو بغير تعدد أو تقصير منه، إلا إذا حصل الهلاك بقوة قاهرة كحريق عام أو غرق عام ونحو ذلك. ويضمن الأجير المشترك بإيداع ما تحت يده عند غيره، قال الحنفية: ولو أودع الدلال ضمن^(٢).

والضمان المتحول: هو الذي من شأنه أن يعطي للضامن الذي دفع الضمان حقاً في الرجوع بما ضمنه على شخص آخر، علماً بأن الأصل العام أن يسأل كل شخص عن فعل نفسه، وهذا هو المبدأ المقرر في الإسلام - مبدأ المسؤولية الفردية أو الشخصية: «ولا تزر وازرة وزر أخرى» إلا أنه يستثنى من هذا المبدأ حالة وجود التعدي، سواء أكان الفعل تعدياً بنفسه وطبيعته كما في الغصب، أم بسبب صدور تصرف عدواني من الشخص كإعارة الشيء المستعار إلى آخر، أم بسبب إهمال أو تقصير أو تهاون بالمحافظة على أمتعة الناس كالأجير العام أو المشترك.

وعلى هذا فإن الضمان المتحول يتضح بالأمثلة الآتية:

غاصب الغاصب، وإتلاف المغصوب، وديع الوديعة، المستعير من المستعير، أو من المستأجر، المستأجر من المستأجر أو من المستعير، مضارب المضارب، وكيل الوكيل، المشتري من الوكيل المخالف مخالفة يفسد بها البيع، ونحو ذلك^(٣).

(١) الأجير المشترك: هو الذي يعمل لعامة الناس أو هو الذي يستحق الأجرة بالعمل لا بتسليم النفس كالصانع والصباغ والخباز والنجار ونحوهم.

(٢) رد المحتار على الدر المختار: ٥٢٦/٤.

(٣) يلاحظ أن يد الغاصب والمشتري يد ضمان، وأما يد الوديعة والمستعير والمستأجر والوكيل والمضارب فهي يد أمانة كما سيأتي بيانه.

١- غاصب الغاصب وهلاك المغصوب أو إتلافه:

إذا غصب شخص من آخر شيئاً، فجاء إنسان وغصبه منه، فهلك في يده، أو أتلفه، فالملك بالخيار: إن شاء ضمّن الغاصب الأول لوجود فعل الغصب منه: وهو إزالة يد المالك عنه، وإن شاء ضمّن الغاصب الثاني أو المتلف، سواء علم بالغصب أم لم يعلم، لإزالة يد الغاصب الأول الذي هو بحكم المالك في أنه يحفظ ماله، ويتمكن من رده عليه أي على المالك، ولأنه أثبت يده على مال الغير بغير إذنه، والجهل غير مسقط للضمان؛ أو لإتلافه الشيء.

فإن اختار المالك تضمين الأول، رجع هذا بالضمان على الثاني؛ لأنه بدفعه قيمة الضمان، ملك الشيء المضمون (أي المغصوب) من وقت غصبه، فكان الثاني غاصباً لملك الأول. وإن اختار تضمين الثاني أو المتلف، لا يرجع هذا الضمان على أحد، ويستقر الضمان في ذمته، لأنه ضمن فعل نفسه: وهو إزالة يد المالك أو استهلاكه وإتلافه^(١). وهذا هو ما نصت عليه المجلة^(٢) فالضمان يستقر على الغاصب الثاني.

وللمالك أن يأخذ بعض الضمان من شخص، وبعضه الآخر من الشخص الآخر.

إلا أن الحنفية استثنوا من مبدأ تخيير المالك في هذه الحالة: الموقوف المغصوب، إذا غصب وكان الغاصب الثاني أملاً من الأول، فإن متولي الوقف يضمن الثاني وحده.

(١) البدائع: ١٤٤/٧، ١٤٦، الأشباه والنظائر لابن نجيم: ٩٦/٢ وما بعدها، الدر المختار ورد المحتار: ١٢٦/٥ وما بعدها، مغني المحتاج: ٢٧٩/٢، فتح العزيز شرح الوجيز: ٢٥٢/١١.

(٢) نصت المادة ٩١٠ على ما يأتي: «غاصب الغاصب في حكم عين الغاصب بناء عليه: إذا غَصَبَ من الغاصب المال المغصوب شخص آخر، وأتلفه، أو تلف في يده، فالمغصوب منه مخير: إن شاء ضمنه الغاصب الأول، وإن شاء الثاني، وله أن يضمن مقداراً منه الأول، والمقدار الآخر الثاني، وبتقدير تضمينه الغاصب الأول فهو يرجع إلى الثاني، وأما إذا ضمنه الثاني فليس للثاني أن يرجع إلى الأول».

والراجع عند الحنفية أن المالك متى اختار تضمين أحدهما (أي رفع الدعوى على الغاصب أو غاصب الغاصب) يبرأ الآخر من الضمان بمجرد الاختيار، فلو أراد تضمينه بعدئذ، لم يكن له ذلك.

وإذا رد غاصب الغاصب الشيء المغصوب إلى الغاصب الأول، برئ من الضمان، كما لو دفع له قيمته إذا هلك في يده، وإذا رده إلى المغصوب منه برئ الاثنان. وقد نصت المادة (٩١١) من المجلة على هذا فقالت: «إذا رد الغاصب المال المغصوب إلى الغاصب الأول، يبرأ وحده وإذا رده إلى المغصوب منه، يبرأ هو والأول».

وكذلك وديع الغاصب إذا رد المغصوب على الغاصب برئ من الضمان^(١).

٢- وديع الوديع:

إذا أخرج الوديع الوديعة من يده وأودعها عند غيره بغير عذر، يصير ضامناً، لأن المودع ارتضى بحفظ الوديع الأول دون حفظ غيره، إلا إذا كان هناك عذر، فلا يضمن، كأن وقع حريق في داره، أو كان في سفينة فخاف الغرق؛ فدفعها إلى غيره لأن الدفع إليه في هذه الحالة تعين طريقاً لحفظ الوديعة، فكان الدفع على هذا النحو مشروعاً بإذن المالك دلالة أو ضمناً.

وإذا أودعها الوديع عند شخص آخر بغير عذر، فهلكت أو ضاعت وهي في يد الثاني، فالضمان يجب ويستقر على الوديع الأول، لا على الوديع الثاني عند أبي حنيفة^(٢)، لأن الثاني محسن إلى المالك بصيانة الوديعة عن أسباب الهلاك، والله سبحانه يقول: ﴿مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ﴾ [التوبة: ٩١/٩].

وقال الصحابان: المالك بالخيار: إن شاء ضمّن الأول؛ لأنه دفع مال غيره إلى آخر بغير إذنه، وإن شاء ضمن الثاني لأنه قبض مال الغير بغير إذنه، فإن ضمن الأول، لا يرجع بالضمان على الثاني، لأنه ملك الوديعة بأداء الضمان، وإن ضمن الثاني يرجع به على الأول، لأن الأول غرّه بالإيداع، فيلزمه ضمان الغرور.

(١) الفرائد البهية في القواعد الفقهية للشيخ محمود حمزة: ص ٧٧.

(٢) ومثله الحنابلة (راجع القواعد لابن رجب: ص ٢١٧).

وإذا استهلك الوديع الثاني الوديعة، فالمالك بالخيار: إن شاء ضمن الأول، وإن شاء الثاني باتفاق الحنفية، غير أنه إن ضمن الأول يرجع الأول بالضمان على الثاني، وإن ضمن الثاني لا يرجع بالضمان على الأول؛ لأن سبب وجوب الضمان وجد من الثاني حقيقة وهو الاستهلاك، ولم يوجد من الأول إلا الدفع إلى الثاني لاستحفاظ الوديعة^(١). وعلى هذا فإن وديع الوديع لا يضمن ما لم يتصرف في الوديعة بغير إذن مالكاها^(٢).

٣- المستعير من المستعير أو المستأجر عند الحنفية:

يجوز استعارة الشيء من المستعير أو المستأجر عند الحنفية والمالكية، وتكون يد المستعير الثاني يد أمانة، فإذا هلك الشيء في يده دون تعد أو تقصير، فلا ضمان على أحد، وإن حصل منه تعد أو تقصير، ضمن، ويستقر الضمان عليه، إلا أنهم قالوا: إذا منع المالك المستعير من الإعارة، فلا يجوز له أن يعير، أي ويكون ضامناً للمستعار إذا هلك.

وقال الشافعية والحنابلة، والكرخي من الحنفية: لا يجوز للمستعير أن يعير العارية لغيره؛ لأن عقد الإعارة يفيد إباحة المنفعة فقط، لا تملكها كما يقول الفريق الأول. وعلى هذا لو أعار المستعير العارية يكون ضامناً للعين كالمستعير الثاني، وللمالك أن يطالب من شاء منهما، فإن تلفت العين في يد الثاني استقر الضمان عليه بكل حال؛ لأنه قبضها على أن تكون مضمونة عليه، فإن رجع على الأول، رجع الأول على الثاني، وإن رجع على الثاني لم يرجع على أحد، إلا أن يكون الثاني لم يعلم بحقيقة الحال^(٣).

(١) البدائع: ٢٠٨/٦، المبسوط: ١٢٥/١١، ١٣٢، تكملة فتح التقدير: ٩١/٧، رد المحتار والدر المختار: ٥١٦/٤.

(٢) القواعد الفقهية للشيخ محمود حمزة: ص ٨٠.

(٣) البدائع: ٢١٧/٦، الشرح الكبير للدردير: ٤٣٣/٣، مغني المحتاج ٢/٢٦٤، المذهب: ١/٣٦٤، المغني: ٢٠٩/٥، القواعد لابن رجب: ص ٢١٧.

٤- المستأجر من المستأجر أو من المستعير:

المستأجر من المستأجر كالمستعير من المستعير، لا ضمان عليهما ما لم يحصل من أحدهما تعدد أو تقصير، وإلا فإن الضمان يستقر على المتعدي أو المقصر. وأما المستأجر من المستعير فإنه يكون ضامناً لهلاك الشيء مطلقاً؛ إذ لا يجوز باتفاق الفقهاء إجارة العين المعارة، لأن الإجارة عقد لازم، والعارية عقد تبرع غير لازم، فلا يملك به ما هو لازم. والمالك بالخيار: إن شاء ضمن المستأجر؛ لأنه قبض مال الغير بغير إذنه كالمشتري من الغاصب، وإن شاء ضمن المستعير المؤجر للعارية، لأنه دفع مال الغير إلى غيره بغير إذنه، فصار غاصباً.

فإن ضمن المستعير، لا يرجع بالضمان على المستأجر، لأن المستعير بأدائه قيمة الضمان، ملك العارية، مما يكشف لنا أنه كان قد آجر ملك نفسه.

وإن ضمن المستأجر: فإن كان عالماً بكون الشيء عارية في يد المستعير، لا يرجع على المستعير بشيء؛ إذ لا تغرير له بالإيجار، وإن لم يكن عالماً بكونه عارية، يرجع على المستعير بغرامة الضمان، لأنه كان مغرراً به من جهة المستعير، فيرجع عليه بضمان الغرر^(١).

فالضمان يستقر إما على المستأجر من المستعير إذا علم بكونه عارية، وإما على المستعير.

٥- مضارب المضارب^(٢):

إذا دفع المضارب المال إلى غيره مضاربة، دون أن يأذن له رب المال، فإن المال لا يكون مضموناً على المضارب الأول بمجرد الدفع إلى الثاني؛ لأن فعله إيداع، ولا يتصرف المضارب الثاني فيه حتى يربح: لأن تصرفه إبطاع (تكليف شراء السلعة تبرعاً)، فإذا ربح فقد أثبت للأول شركة في المال، فيضمن الأول

(١) البدائع: ٦ ص ٢١٥، القواعد: المكان السابق، المغني: ٥ ص ٢١٠.

(٢) المضاربة: هي شركة بمال من شخص، وعمل من شخص آخر، أو هي أن يدفع المالك إلى العامل مالاً ليتجر فيه، ويكون الربح مشتركاً بينهما بحسب ما شرطاً.

لرب المال، كما لو خلط المال بغيره. ولو هلك المال في يد المضارب الثاني قبل أن يعمل، يهلك هلاك الأمانات. فإذا ربح الثاني ضمن المضارب الأول المال لرب المال، وهذا قول أبي حنيفة. وقال زفر: يضمن المضارب الأول بمجرد دفع المال إلى المضارب الثاني، سواء عمل الثاني أم لم يعمل، فإذا هلك المال قبل أن يعمل، وجب الضمان على الأول.

وقال الصحابيان وقولهما الراجح عند الحنفية: إذا عمل المضارب الثاني ضمن الأول المال، ربح أم لم يربح؛ لأن المضارب الثاني لما عمل، فقد تصرف في المال بغير إذن المالك، فيتعين به الضمان، سواء ربح أم لم يربح. وحينئذ إذا عمل المضارب الثاني يخير رب المال: إن شاء ضمن الأول رأس ماله، وإن شاء ضمن الثاني؛ لأن الأول تعدى بدفع المال إلى الثاني، والثاني تعدى بالقبض، مثل حالة وديع الوديع السابق ذكرها، فإن ضمن الأول استقر الضمان عليه، وإن ضمن الثاني رجع بالضمان على الأول، لتغيره إياه^(١).

وهذا موافق لرأي المالكية والشافعية والحنابلة: وهو أن الضمان يستقر في النتيجة إذا هلك المال دون تعد على المضارب الأول إذا لم يعلم الثاني بالحال: وهو أن المال لغير المضارب الأول^(٢).

٦- وكيل الوكيل:

ليس للوكيل أن يوكل غيره من دون إذن موكله؛ لأن الوكالة ملحوظ فيها شخص الوكيل بذاته لاعتبارات تتعلق بالرأي والخبرة والأمانة ونحو ذلك.

والوكيل أمين فيما وكل فيه، فلا يضمن إلا إذا حدث منه تعد أو تفريط. فإذا وكل غيره يكون ضامناً كالمضارب الذي يضارب من دون إذن رب المال^(٣)،

(١) المبسوط: ٩٨/٢٢، تبين الحقائق: ٦٣/٥، البدائع: ٩٦/٦، تكملة فتح القدير: ٧٠/٧ وما بعدها، الدر المختار: ٥٠٩/٤.

(٢) الخرشي: ٢٤٧/٥، مغني المحتاج: ٣١٤/٢، المغني: ٤٣/٥ وما بعدها، القواعد لابن رجب: ص ٢١٧، القوانين الفقهية: ص ٢٨٣.

(٣) القواعد، المكان السابق، البدائع: ٢٨/٦.

ويستقر الضمان عليه كما عرفنا في مضارب المضارب، فالضمان يستقر على الوكيل الأول، وعلى المضارب الأول.

٧- المشتري من الوكيل:

قال الحنابلة: إذا اشترى شخص شيئاً من الوكيل المخالف أمر الموكل مخالفة يفسد بها البيع^(١)، ثم تلف المبيع في يده، فللموكل تضمين قيمة التالف للوكيل أو للمشتري، ثم إن ضمن الموكل الوكيل رجع على المشتري بالقيمة لتلف الشيء في يده، فيستقر الضمان عليه، وإن أخذ الموكل القيمة من المشتري، لم يرجع على أحد^(٢). وبه يظهر أن الضمان يستقر على المشتري.

المبحث الثالث : عقود الضمان

تنقسم العقود بالنسبة إلى الضمان وعدمه إلى ثلاثة أنواع: عقود ضمان، وعقود أمانة، وعقود مزدوجة الأثر تنشئ الضمان والأمانة معاً. وسنبحث تباعاً هذه الأصناف الثلاثة، ونتكلم على كل عقد على حدة. ويمكن التمييز بين عقود الضمان وعقود الأمانة على أساس فكرة المعاوضة، فإذا كان القصد من العقد هو المعاوضة، كان العقد عقد ضمان، وإذا لم يكن القصد من العقد هو المعاوضة، فالعقد عقد أمانة^(٣).

أما عقود الضمان: فهي التي يترتب عليها الضمان بالقبض عند التلف. فإذا وجد عقد من هذه العقود، وانتقل محل العقد من يد إلى يد أخرى، كان ذلك المحل مضموناً مطلقاً، سواء هلك بفعل الشخص القابض أم بفعل أجني، أم بآفة سماوية. وهذه العقود هي: البيع، والقسمة، والصلح عن مال بمال، والمخارجة، والقرض، وإقالة هذه العقود.

(١) كأن باع الشيء بثمن مؤجل وهو موكل ببيعه نقداً، وقد اعترف الوكيل والمشتري بذلك (راجع المغني: ١٠١/٥).

(٢) القواعد، المكان السابق، المغني، المكان السابق.

(٣) راجع المدخل الفقهي للأستاذ الزرقاء: ف ٥٩٢/٣٠٣ وما بعدها، ط سابعة.

١- **البيع**: إن عقد البيع، ومنه المقايضة (أي مبادلة السلعة بالسلعة) هو أظهر مثال لعقود الضمان؛ إذ إن المقصود منه واضح وهو المعاوضة، فإذا قبض المبيع أو الثمن، انتقل الضمان، لاستيفاء أو استحقاق العوض المقابل له. ويمكن تحديد **المسؤول عن ضمان المبيع** أو المتحمل تبعة هلاكه ببحث أحوال الهلاك الثلاثة وهي الهلاك الكلي والهلاك الجزئي وهلاك النماء^(١).

أ- **الهلاك الكلي**: إذا هلك المبيع كله **بعد القبض**^(٢) (أي قبض المشتري له) فإما أن يكون الضمان على المشتري وإما على البائع:

أولاً- إن كان تلف المبيع بآفة سماوية (أي قوة قاهرة) أو بفعل المشتري أو بفعل المبيع نفسه كحيوان قتل نفسه، أو بفعل شخص أجنبي (غير البائع والمشتري) فلا يفسخ البيع، ويكون هلاكه على ضمان المشتري؛ لأن المبيع خرج عن ضمان البائع بقبض المشتري، فتقرر الثمن عليه، ويرجع بالضمان على الأجنبي حال كون الاعتداء منه.

ثانياً- إذا هلك المبيع بفعل البائع فينظر في حالتين:

١- إذا كان المشتري قد قبض المبيع بإذن البائع، أو من دون إذنه، لكنه سلم الثمن، أو كان الثمن مؤجلاً، فيكون هلاكه بسبب البائع موجباً للضمان عليه.

٢- أما إذا كان المشتري قد قبض المبيع من دون إذن البائع، والثمن واجب الأداء حالاً، فيصير البائع باعتدائه مسترداً للمبيع، ويكون ضامناً لهلاكه، ويجب فسخ البيع وسقوط الثمن.

وإذا هلك المبيع كله **قبل القبض** (أي قبل تسليم المبيع للمشتري) فحكم ضمانه كالاتي:

أولاً- إذا هلك بآفة سماوية، أو بفعل المبيع نفسه، أو بفعل البائع، فيفسخ عقد البيع، ويسقط الثمن عن المشتري، ويكون ضمان المبيع على البائع.

(١) راجع التفصيل في البدائع: ٢٣٨/٥ وما بعدها، الدر المختار ورد المحتار: ٤٤/٤، عقد البيع للأستاذ الزرقاء: ص ٩٢، نظرية تحمل التبعة للدكتور زكي عبد البر: ص ٩٣ وما بعدها.

(٢) من المعروف أن القبض أو التسليم يتم بالتخلية في العقارات كالأراضي والأبنية والأشجار، وبالنقل في المنقول، وبالكيل في المكيل، وبالوزن في الموزون.

ثانياً- إذا هلك بفعل المشتري، لا يفسخ البيع، وعليه الثمن.
 ثالثاً- إذا هلك بفعل أجنبي (أي غير البائع والمشتري)، لا يفسخ البيع، ويكون المشتري بالخيار: إن شاء فسخ البيع، وإن شاء أمضاه، ودفع الثمن، وطالب الأجنبي بالضمان.

وقد نصت المجلة في المادتين ٢٩٣، ٢٩٤ على حكم الهلاك الكلي: «المبيع إذا هلك في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري، يكون من مال البائع ولا شيء على المشتري» «إذا هلك المبيع بعد القبض، هلك من مال المشتري، ولا شيء على البائع».

والخلاصة أن تلف المبيع قبل القبض على حساب البائع أو في ضمانه وينفسخ العقد، وإن إتلاف المشتري قبض، وإتلاف الأجنبي لا يوجب الانفساخ، لكن للمشتري الخيار.

ب- الهلاك الجزئي: يكون ضمان الهلاك الجزئي كضمان الهلاك الكلي من حيث المسؤول عنه، أي إنه إذا كان الهلاك قبل التسليم، كان البائع هو الضامن بمعنى انفساخ البيع في الجزء التالف وسقوط ما يقابله من الثمن عن المشتري، وإذا كان الهلاك بعد التسليم، كان المشتري هو الضامن بمعنى بقاءه ملزماً بالثمن. وتفصيل ذلك يعرف مما يأتي:

إذا هلك بعض المبيع بعد القبض:

أولاً- إن كان الهلاك بأفة سماوية أو بفعل المشتري، أو بفعل المبيع نفسه، أو بفعل أجنبي، فالضمان على المشتري.

ثانياً- وإن كان بفعل البائع ينظر:

إن كان القبض بإذنه (أي البائع) أو كان الثمن مدفوعاً فعلاً له، أو مؤجلاً، فالضمان عليه أي على البائع.

وإن كان القبض بغير إذنه، والثمن واجب الوفاء حالاً، يفسخ البيع في قدر الشيء التالف، ويسقط عن المشتري حصته من الثمن أي إن البائع هو الذي يتحمل التبعة.

وإذا هلك بعض المبيع قبل القبض ينظر :

أولاً- إن كان الهلاك بأفة سماوية :

١- فإن كان نقصان المبيع نقصان قدر بأن كان الشيء مكيلاً كالحنطة، أو موزوناً كالقطن، أو معدوداً، كالجوز والبيض، فهلك بعضه : ينفسخ العقد بقدر الهالك، وتسقط حصته من الثمن عن المشتري. ثم يكون المشتري بالخيار في القسم الباقي لتفرق الصفقة عليه (أي تجزئتها) : إن شاء أخذه بحصته من الثمن، وإن شاء فسخ البيع.

٢- وإن كان النقصان نقصان وصف (وهو كل ما يدخل في البيع من غير تسمية كالشجر والبناء في الأرض، والجودة في المكيل والموزون) فلا ينفسخ البيع أصلاً، ولا يسقط عن المشتري شيء من الثمن؛ لأن الأوصاف لا حصة لها من الثمن، ويكون المشتري بالخيار: إن شاء أخذ المبيع كما هو بجميع الثمن، وإن شاء تركه لتعيب المبيع.

ثانياً- وإن كان الهلاك بفعل المبيع نفسه كحيوان جرح نفسه، فلا ينفسخ البيع، ولا يسقط شيء من الثمن عن المشتري. والمشتري بالخيار: إن شاء أخذ الباقي بجميع الثمن، وإن شاء فسخ العقد.

ثالثاً- وإن كان الهلاك بفعل البائع، فيبطل البيع بقدره، ويسقط عن المشتري حصة الهالك من الثمن، سواء أكان النقصان نقصان قدر، أم نقصان وصف، لأن الأوصاف لها حصة من الثمن عند الاعتداء عليها، والمشتري بالخيار في الباقي بحصته من الثمن.

رابعاً- وإن كان الهلاك بفعل المشتري، فلا يبطل البيع، ولا يسقط عنه شيء من الثمن؛ لأنه صار قابضاً لكل المبيع بإتلافه بعضه.

ج- هلاك النماء: النماء هو زيادة المبيع، والزيادة إما أن تحدث قبل القبض وإما بعده، وكل منهما إما زيادة متصلة وإما منفصلة. والمتصلة: إما أن تكون متولدة من الأصل كالحسن والجمال والكبر والسن، وإما غير متولدة كصبغ الثوب أو خياطته، وكالبناء والغرس على الأرض. والمنفصلة أيضاً: إما متولدة من الأصل كالولد والثمرة واللبن، وإما غير متولدة كالغلة الناتجة من استثمار المباني

والعقارات. والمبدأ في الزوائد عند الحنفية: أنها تكون مبيعة تابعة للمبيع إلا الزوائد المنفصلة غير المتولدة من الأصل، وعلى هذا:

١- **قبيل القبض:** إذا أتلّف البائع الزيادة، يضمنها يعني أنه تسقط حصتها من الثمن عن المشتري، كما لو أتلّف جزءاً من المبيع.

وإذا هلكت الزيادة بأفة سماوية كأن هلك ثمر النخل، فلا تضمن كالأوصاف؛ أي إنه لا يسقط شيء من الثمن، لأنها وإن كانت مبيعة إلا أنها تدخل في البيع تبعاً لا مقصوداً، فهي إذن كالأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن، ولا يكون للمشتري الحق بفسخ العقد.

٢- **بعد القبض:** تكون الزيادة مضمونة، فإذا قبضها المشتري يصير لها حصة من الثمن بالقبض، فيقسم الثمن على قيمة الأصل يوم العقد، وعلى قيمة الزيادة يوم القبض^(١).

والخلاصة: أن المبيع إذا هلك كله أو بعضه قبل التسليم، فإن البائع أي المدين الذي استحال عليه الوفاء بالتزامه بالتسليم، هو الذي يتحمل تبعة الهلاك، وينفسخ البيع في حالة الهلاك الكلي، أو فيما يقابل الجزء التالف في حالة الهلاك الجزئي. وهذا وأمثاله كما سنعرف في عقدي الإجارة والشركة يدل على أن الفقه الإسلامي قد أخذ بنظرية تحمل التبعة المعروفة لدى القانونيين^(٢).

ضمان المبيع المقبوض في البيع الباطل والفساد وعلى سوم الشراء: تكلمنا على ضمان المبيع في البيع الصحيح، فإن كان البيع باطلاً أو فاسداً^(٣) أو المبيع مقبوضاً على سوم الشراء، فهل يكون مضموناً أم لا؟

(١) البدائع: ٢٥٦/٥، تبين الحقائق للزيلعي: ٨٣/٤ وما بعدها.

(٢) انظر رسالة (نظرية تحمل التبعة في الفقه الإسلامي) للدكتور زكي عبد البر: ص ١٤٤ وما بعدها.

(٣) ميز الحنفية في البيع غير الصحيح بين البيع الباطل والبيع الفاسد، فالباطل عندهم: هو ما اختل ركنه أو محله كأن يكون العاقد ليس أهلاً لإجراء العقد، أو أن يكون محل العقد ليس قابلاً له. وحكمه أنه لا يفيد الملك أصلاً، والبيع الفاسد: هو ما اختل وصف من أوصافه بعد أن يستكمل أركانه، كأن تكون فيه جهالة، وحكمه أنه يثبت فيه الملك بالقبض بإذن المالك صراحة أو دلالة. ولم يفرق جمهور الفقهاء بين البيع الباطل والفساد، فكلاهما بمعنى واحد لا يفيدان الملك أصلاً.

أما **المقبوض ببيع باطل**: فاختلف فيه علماء الحنفية، فقال بعض مشايخهم كأبي النصر الطواويسى وهو راوية عن أبي حنيفة: إنه يكون أمانة في يد المشتري، فلو هلك لا يكون مضموناً إلا بالتعدي أو بالتقصير في حفظه، لأن العقد باطل، والباطل غير معتبر، والموجود إنما هو القبض بإذن المالك أي البائع، وهذا لا يوجب الضمان إلا بالتعدي أو بالتقصير. وبهذا الرأي أخذت المجلة (م/ ٣٧٠).

وقال بعض آخر كالسرخسي وهو رواية عن الصاحبين وهو قول المالكية والشافعية والحنابلة: إن المبيع المقبوض ببيع باطل يكون مضموناً في يد المشتري بمثله إن كان مثلياً، وبقيمته إن كان قيمياً، لأن القصد من هذا البيع هو المعاوضة، ولأن هذا المقبوض ليس بأدنى حالاً من المقبوض على سوم الشراء^(١)، **والمقبوض على سوم الشراء** مضمون على قابضه باتفاق العلماء^(٢).

والثمن المقبوض ببيع باطل: الصحيح عند الحنفية أنه مضمون، كالمقبوض بالبيع الفاسد^(٣).

وأما **المقبوض ببيع فاسد**: فهو مضمون كالمغصوب إذا هلك بيد المشتري: بالمثل إن كان مثلياً، وبالقيمة إن كان قيمياً. وهو رأي الحنفية وسائر المذاهب الثلاثة. وتعتبر قيمة القيمي يوم القبض، لأن المبيع دخل في ضمان المشتري يومئذ. وقال محمد من الحنفية: تعتبر قيمته يوم التلف، لأنه تقرر الضمان عليه حينئذ^(٤). وقد أخذت المجلة بالرأي الأول وهو أنه مضمون بقيمته يوم قبضه (م/ ٣٧١).

(١) المقبوض على سوم الشراء كما عرفنا سابقاً: هو المأخوذ ليشتري مع الاتفاق على الثمن بلا إبرام بيع كأن يقول البائع للمشتري: اذهب بهذا المتاع، فإن رضيته اشتريته بكذا، فإذا هلك ضمن القابض قيمته. أما إذا لم يتفق على الثمن، فذهب القابض بالمتاع، فهلك عنده فلا يضمن قيمته، وهذا هو المقبوض على سوم النظر (فتح القدير وشرح العناية بهامشه: ٥/ ١٨٧، رد المحتار والدر المختار: ٥٢/٤).

(٢) فتح القدير، المكان السابق، جامع الفصولين: ٧٩/٢، مجمع الضمانات: ص ٢١٥، الشرح الكبير للدردير: ١٤٦/٣، الفروق: ٢٠٧/٢، تحفة الطلاب للشيخ زكريا الأنصاري: ص ١٨٣، الأشباه والنظائر للسيوطي: ص ٢٧٨، القواعد لابن رجب: ص ٥٩.

(٣) جامع الفصولين، المكان السابق.

(٤) درر الحكام: ١٧٤/٢ وما بعدها، جامع الفصولين، المكان السابق، مجمع الضمانات: ص ٢١٤، ٢١٦، فتح القدير: ١٨٨/٥.

وأما زوائد المبيع بيعاً فاسداً فلا تضمن بالهلاك وتضمن بالاستهلاك أي إنها تكون أمانة في يد المشتري^(١).

٢- القسمة: هي لغة الاقتسام، وشرعاً: إفراز بعض الأنصبا عن بعض، ومبادلة بعض الحصص ببعض^(٢). والقسمة التي هي عقد هي القسمة الرضائية لا القضائية. وكلامنا على القسمة يقصد به قسمة الأعيان المشتركة لا قسمة المنافع أو المهياة، لأن الأولى هي التي يثور بشأنها مشكلة الضمان إذ إنها إفراز الملك المشترك.

ويلاحظ من تعريف القسمة أنها تتصف بوصفين: الإفراز والمبادلة والإفراز هو الأمر الظاهر في المكيلات والموزونات والذريعات والعدييات المتقاربة لعدم التفاوت بين أحادها، حتى إنه يجوز لأحد المتقاسمين أن يأخذ نصيبه عند غيبة صاحبه ومن دون إذنه، لأنه يأخذ عين حقه. والمبادلة هي الأمر الظاهر في غير المكيلات والموزونات كالذور والحيوانات والعروض التجارية للتفاوت بين أفرادها، حتى إنه لا يكون لأحد المتقاسمين أخذ نصيبه عند غيبة صاحبه ولا من دون إذنه؛ لأن القسمة عندئذ مبادلة، ولا بد للمبادلة من التراضي.

لكن على كل حال لا تعرى القسمة عن معنى المبادلة أو المعاوضة، لأن ما يأخذه كل شريك، بعضه كان له، وبعضه كان لصاحبه، فهو يأخذ ما يخصه بطريق الإفراز، ويأخذ الجزء الآخر عوضاً عما يبقى من حقه في حصة صاحبه، فكانت القسمة إفرازاً من جهة، ومبادلة من جهة أخرى.

وبما أن القسمة تشتمل على المعاوضة، فهي عقد ضمان، فإذا قبض كل شريك نصيبه، ثم هلك، كان ضامناً له، وليس لصاحبه تعلق به. وإذا استحق جزء معين من أحد النصيبين كبيت من دار، فالقسمة جائزة لا تفسخ ولا تنتقض باتفاق الحنفية، ولكن يرجع المستحق عليه الذي أخذ منه البيت على صاحبه بقدر ما يخصه من الجزء المستحق، إذ تبين أنه لم يكن مملوكاً للشركاء، فيرد لصاحبه، وكذلك لا تفسخ القسمة عند أبي حنيفة ومحمد إذا استحق جزء شائع من أحد النصيبين

(١) مجمع الضمانات: ص ٢١٦.

(٢) البدائع: ١٧/٢.

كالربع أو الثلث مثلاً، ويرجع المستحق عليه على صاحبه بحصته من الجزء المستحق^(١).

٣- **الصلح عن مال بمال:** الصلح لغة: قطع النزاع، وشرعاً: عقد وضع لرفع المنازعة، ويلزم المصالح أن يدفع بدل الصلح. والصلح يتضمن معنى المعاوضة؛ لأن المصالح يتنازل عادة عن بعض حقه، لذا قال الفقهاء: كل ما صلح بدلاً في البيع، صلح بدلاً في الصلح، وما لا يصلح عوضاً في البيوع لا يصلح بدلاً في الصلح، فلا يصح الصلح على الخمر والميتة والدم والخنزير، وعلى ألف إلى الحصاد، وعلى حيوان إلى أجل^(٢). فالصلح عن مال بمال يعتبر في حكم البيع، وبما أن البيع عقد ضمان، فهذا الصلح عقد ضمان أيضاً.

٤- **المخارجة أو التخارج:** وهو أن يتفق الورثة عن تراض على أن يخرج بعضهم عن حقه في الميراث في مقابل شيء معلوم من التركة، أو من غيرها. وهو عقد معاوضة: أحد بدليه نصيب الوارث في التركة، والبديل الآخر: المال المعلوم من التركة أو من غيرها، ويعتبر صلحاً عند الفقهاء، إلا أنه أشبه بالبيع، فهو على كل حال عقد ضمان، يترتب عليه أثره بمجرد انعقاده، فيتملك الوارث الشيء المعلوم، وتزول ملكيته عن نصيبه الشرعي من التركة، سواء علم مقدار ما يرثه من التركة أم لم يعلم^(٣).

٥- **القرض:** القرض لغة: القطع. واصطلاحاً عند الفقهاء: هو عقد وارد على دفع مال مثلي لآخر ليرد مثله^(٤)، كالنقود والحبوب والأقطان والعدييات المتقاربة كالجوز والبيض. وهو في الحقيقة يشبه البيع لأنه تملك مال بمال^(٥)، فيؤخذ المال

(١) انظر تكملة فتح القدير: ٣/٨، اللباب شرح الكتاب: ٩١/٤، البدائع: ٢٤/٧، ٢٦، تبين الحقائق: ٥ ص ٢٦٤، ٢٧٤، مجمع الضمانات: ص ٣٩٤.

(٢) مجمع الضمانات: ص ٣٩٠، البدائع: ٤٢/٦.

(٣) الدر المختار ورد المحتار: ٥٠٢/٤ وما بعدها، نظام الموارث لأستاذنا عبد العظيم فياض: ص ٢٢٥.

(٤) راجع الدر المختار: ١٧٩/٤، الشرح الكبير للدردير: ٢٢٢/٣.

(٥) البدائع: ٢١٥/٧.

من أجل استهلاكه في حاجيات المقرض، ثم يؤدي عوضاً عنه إلى المقرض عند حلول الأجل المتفق على تسليمه فيه، فالقصد منه إذن المعاوضة فهو عقد ضمان. فإذا قبض المقرض المال، أصبح ضامناً له مطلقاً، سواء هلك بتعد أو تقصير منه في حفظه، أم بآفة سماوية، مثل المشتري بعد تسلمه المبيع.

والمقبوض بقرض فاسد كالمقبوض ببيع فاسد أيضاً، فإذا هلك يكون المقرض ضامناً مثله إذا كان من المثليات، وقيمته إذا كان من القيميات. جاء في فتاوى قاضي خان: رجل استقرض من رجل حيواناً ليقضي به دينه، فقبضه، وقضى به دينه، كان عليه قيمته، لأن قرض الحيوان فاسد، والقرض الفاسد مضمون بالقيمة كالمبيع بيعاً فاسداً^(١).

٦- **إقالة عقود الضمان:** الإقالة لغة: الرفع، وشرعاً: رفع العقد ولو في بعض المبيع. وهي وإن كانت متفرعة عن البيع؛ لأنها أكثر ما تقع فيه، إلا أنها في الواقع تجري في جميع العقود اللازمة ما عدا عقد الزواج، فهي بتعبير أعم: عقد يرفع به عقد سابق^(٢). وإقالة عقود الضمان السابق ذكرها لها حكم هذه العقود، فإذا تم قبض أحد العوضين بعد الإقالة، كان القابض مسؤولاً عن ضمانه في جميع الحالات.

المبحث الرابع : عقود الأمانة

عقود الأمانة: هي التي لا يترتب عليها الضمان بالتلف بمجرد قبض المعقود عليه، وإنما بالتعدي عليه من القابض أو بالتقصير في حفظه.

وهذه العقود هي: الإيداع، والإعارة، والشركات، والوكالة والوصاية، والهبة.

١- **الإيداع:** هو تسليط الغير على حفظ ماله إما صراحة: مثل أودعتك، أو دلالة كوضع المال عند رجل حالة الحريق. ولا خلاف بين علماء المذاهب الفقهية في أن الوديعة أمانة محضة في يد الوديع، لا مضمونة، وأن الضمان لا يجب عليه

(١) جامع الفصولين: ٨٠/٢، مجمع الضمانات: ص ٤٤٧.

(٢) المدخل الفقهي للأستاذ الزرقاء: ف ٢٩٠.

إلا بالتعدي أو بالتقصير، لقوله ﷺ: «ليس على المستودع غير المغل ضمان»^(١) ويترتب على ذلك أنه يجب رد الوديعة عند طلب المالك لها مع الإمكان، لقوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾ [النساء: ٥٨/٤].

وتضمن الوديعة إذا ترك الوديع حفظها، أو أودعها عند من لا يودع ماله عنده عادة، أو استعملها في حاجاته الشخصية، أو سافر بها سفرًا يعرضها للمخاطر، أو جحدها أي أنكر وجودها لديه بعد طلب المودع لها، أو خلط الوديعة بغيرها من أمواله أو بوديعة أخرى بحيث لا يمكن تمييزها، أو مات مجهلاً الوديعة أي لم يبينها، أو خالف شرط المودع في كيفية حفظها^(٢).

وعقد الإيداع يتميز عن بقية عقود الأمانة بأن موضوعه ومقصده المباشر هو الائتمان على الحفظ، أما العقود الأخرى فموضوعها ليس مجرد الائتمان، وإنما هو تابع للمقصد الأصلي منها كالانتفاع والاستعمال والتصرف ونحو ذلك^(٣).

٢- الإعارة: هو عقد يفيد تملك المنفعة بغير عوض. وهذا مذهب الحنفية والمالكية. وقد اختلف أئمة المذاهب في حال يد المستعير هل هي يد أمانة أم يد ضمان؟

فقال الحنفية: إن المستعار أمانة في يد المستعير في حال الاستعمال وفي غير حال الاستعمال، فلا يضمن على كل حال إلا بتعد أو تقصير، لأنه لم يوجد من المستعير سبب وجوب الضمان، إذ إنه يقوم بحفظ مال الغير، وهذا إحسان في حق

(١) أخرجه الدارقطني والبيهقي في سننهما عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ قال: «ليس على المستودع غير المغل ضمان، ولا على المستعير غير المغل ضمان» والمغل: الخائن. قال الحافظ بن حجر: وفي إسناده ضعيفان.

(٢) راجع المبسوط: ١١٠/١١، ١٢٢ وما بعدها، البدائع: ٢٠٨/٦ وما بعدها، تكملة فتح القدير: ٩١/٧ وما بعدها، الدر المختار ورد المحتار: ٥١٦/٤ وما بعدها، درر الحكام ٢/٢٤٥ وما بعدها، القوانين الفقهية: ص ٣٧٤، بداية المجتهد: ٣٠٥/٢، الشرح الكبير للدردير: ٣/٤٢٠ وما بعدها، مغني المحتاج: ٨٢-٩٠، المذهب: ٣٥٩-٣٦١، المغني: ٥/٣٨٢ وما بعدها، القواعد لابن رجب: ص ٥٩.

(٣) انظر المدخل الفقهي للأستاذ الزرقاء: ف ٢٧٥.

المعير^(١)، والله تعالى يقول: ﴿هَلْ جَزَاءُ الْإِحْسَنِ إِلَّا الْإِحْسَنُ﴾ [الرحمن: ٥٥/٦٠].

وقال المالكية: يضمن المستعير ما يغاب عليه: وهو ما يمكن إخفاؤه كالثياب والحلي والسفينة السائرة في عرض البحر، وذلك إذا لم يكن على التلف أو الضياع بيئة على حصوله بلا سبب من المستعير.

ولا يضمن المستعير ما لا يغاب عليه كالحيوان والعقار، ولا ما قامت البيئة على تلفه.

ودليلهم الأخذ بمجموع حديثين أولهما - قوله ﷺ لصفوان بن أمية: «بل عارية مضمونة مؤداة» وفي رواية «بل عارية مؤداة» ثانيهما - حديث «ليس على المستعير غير المغل - أي الخائن - ضمان...» فيحمل الحديث الأول على ما يغاب عليه، ويحمل الحديث الآخر على ما لا يغاب عليه^(٢).

وقال الشافعية في الأصح عندهم: إن العارية مضمونة على المستعير إذا تلفت بغير الاستعمال المأذون فيه، أما إذا تلفت بالاستعمال المأذون فيه، فلا ضمان، لحدوث التلف بسبب مأذون فيه. فلو تعسرت الدابة من ثقل حمل مأذون فيه، أو ماتت به، أو تلف ثوب بلبسه المأذون فيه. أو سقط ثور في ساقية استعير لاستعماله فيها، فلا ضمان في هذه الحالات كلها^(٣)، وهذا قريب من مذهب الحنفية.

وقال الحنابلة في ظاهر المذهب: إن العارية مضمونة على المستعير مطلقاً، سواء أتعدى المستعير، أم لم يتعد^(٤)، بدليل حديث صفوان بن أمية السابق ذكر بعضه، وهو أن النبي ﷺ استعار منه درعاً يوم حنين، فقال: أغصباً يا محمد؟

(١) المبسوط: ١٣٥/١١، البدائع: ٢١٧/٦، تكملة فتح القدير: ١٠٣/٧، مجمع الضمانات: ص ٥٥.

(٢) بداية المجتهد: ٣٠٨/٢، حاشية الدسوقي والشرح الكبير: ٤٣٦/٣، القوانين الفقهية: ص ٣٧٣.

(٣) المهذب: ٣٦٣/٢، مغني المحتاج: ٢٦٧/٢، حاشية الباجوري على أبي شجاع: ١٠/٢، الإقناع وحاشية البجيرمي عليه: ١٢٩/٣، ١٣٦، الأشباه والنظائر للسيوطي: ص ١٥٠.

(٤) المغني: ٢٠٣/٥، القواعد لابن رجب: ص ٥٩.

قال: «بل عارية مضمونة»^(١) فهذا إخبار بصفة العارية وحكمها. وقال عليه السلام: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»^(٢) وقد فرق الإمام أحمد بين العارية والوديعة: بأن اليد في العارية آخذة، وفي الوديعة معطاة، فالمصلحة في العارية للمستعير، وفي الوديعة للمودع.

والخلاصة أن المذاهب في كون المستعار أمانة أم مضموناً: هي أمانة عند الحنفية، ومضمون عند الحنابلة، ومتوسط، فيه تفصيل عند المالكية والشافعية.

٣- الشركة بأنواعها:

عقد الشركة: هو أن يتفق اثنان فأكثر على الاشتراك في الاتجار بمال وربحه. والفقهاء متفقون على أن يد الشريك في شركات الأموال يد أمانة كالإيداع، لأن كل شريك قبض مال الشريك الآخر بإذن صاحبه للمتاجرة فيه، لا لأجل أن يدفع الثمن، كما هو الحال في المقبوض على سوم الشراء، فإنه مقبوض لأجل أن يدفع القابض الثمن، ولا لأجل التوثق به كما هو الحال في عقد الرهن، فإنه مقبوض لأجل التوثق بالدين.

وبناء عليه: إذا هلك المال في يد الشريك من غير تفريط لم يضمن مثله أو قيمته، لأنه نائب عن شريكه في الحفظ والتصرف، فكان الهالك في يده كالهالك في يد شريكه. وإذا هلك مال الشركة أو أحد المالكين قبل شراء شيء لحساب الشركة، بطلت الشركة.

ويقبل قول الشريك يمينه في مقدار الربح والخسارة وضياع بعض المال أو كله، ولو في غير حال التجارة. ويضمن بالتعدي أو بالتقصير فقط كما هو المقرر في سائر الأمانات^(٣).

(١) أخرجه أبو داود والنسائي وأحمد وصححه الحاكم من حديث صفوان بن أمية.

(٢) أخرجه أحمد وأصحاب السنن الأربعة وصححه الحاكم من حديث سمرة بن جندب، وقد سبق تخريجه.

(٣) المبسوط: ١٥٧/١١، تبين الحقائق: ٣/٣٢٠، فتح القدير: ٥/٢٧، رد المحتار والدر المختار: ٣/٣٧٩، بداية المجتهد: ٢/٢٥٣، المهذب: ١/٣٤٧، المغني: ٥/١٨، مجمع الضمانات: ص ٢٩٧.

والمضاربة: هي أن يدفع المالك إلى العامل مالا ليتجر فيه، ويكون الربح مشتركا بينهما بحسب ما شرطا، وهي من أنواع الشركات. ولم يختلف أئمة المذاهب أيضاً على أن العامل المضارب أمين فيما في يده من رأس المال بمنزلة الوديعة؛ لأنه قبضه بإذن مالكه، لا بقصد المبادلة كالمقبوض على سوم الشراء، ولا بقصد التوثق كالرهن.

وعلى هذا إذا تلف المال في يد العامل المضارب من غير تفريط، لم يضمن؛ لأنه نائب عن رب المال في التصرف، فلم يضمن من غير تفريط في الحفظ، كالوديعة. وإذا هلك مال المضاربة قبل التصرف به بطلت المضاربة، والقول قول المضارب مع يمينه في إثبات الهلاك.

ولو استهلك المضارب المال أو أنفقه، أو أعطاه رجلاً فاستهلكه، لم يكن له أن يشتري شيئاً لحساب شركة المضاربة، حتى يأخذ الضمان من المستهلك^(١).

من الذي يتحمل تبعة الهلاك في الشركات؟

إذا هلك مال أحد الشركاء في عقد شركة قبل خلط رأس المال ببعضه، أو قبل القيام بشراء شيء لحساب الشركة، بطلت الشركة؛ لأن كل شريك لم يرض بشركة صاحبه، إلا ليشركه في ماله، فإذا هلك ماله، لم يكن راضياً بشركته عند عقد الشركة أي ينقضي حينئذ التزامه، ويبطل العقد لعدم فائدته، ويهلك المال حينئذ على ذمة صاحبه، وبذلك تقع التبعة على المدين، كما ذكرنا في عقد البيع.

أما إن هلك مال شريك بعد خلط المالين ببعضهما أو بعد شراء الشريك الآخر شيئاً بماله، فإن الهلاك يكون على حساب الشريكين، ويكون الشيء المشتري بينهما حسبما اتفقا في عقد الشركة^(٢).

(١) مختصر الطحاوي: ص ١٢٤، المبسوط ١٩/٢٢، تكملة فتح القدير والعناية: ٧ ص ٥٨، تبين الحقائق: ٥٣/٥، البدائع: ٨٧/٦، الشرح الكبير للدردير: ٥٣٦/٣، بداية المجتهد: ٢٣٤/٢، مغني المحتاج ٣٢٢/٢، المذهب: ٣٨٨/١، المغني: ٦٩/٥، غاية المنتهى: ١٧١/٢، مجمع الضمانات: ص ٣٠٣.

(٢) راجع المبسوط: ١٦٤/١١ وما بعدها، مختصر الطحاوي: ص ١٠٧، فتح القدير: ٢٢/٤، تبين الحقائق: ٣١٩/٣، الدر المختار: ٣٧٥/٣.

٤- **الوكالة:** هي لغة الحفظ أو التفويض، وشرعاً: هي إقامة الإنسان غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم. أو هي تفويض التصرف والحفظ إلى الوكيل. واتفق الفقهاء على أن المقبوض في يد الوكيل يعتبر أمانة بمنزلة الوديعة ونحوها؛ لأن يده يد نيابة عن الموكل بمنزلة يد الوديع، فيضمن بما يضمن في الودائع، ويبرأ بما يبرأ فيها، ويكون القول قول الوكيل في دفع الضمان عن نفسه، وإيصال الأمانة لصاحبها. ومجمل القول أن الوكيل أمين فيما قبضه، فلا ضمان عليه لموكله إلا إذا حدث منه تعد أو تفريط^(١).

٥- **الوصاية:** هي جعل الغير مالاً لماله بعد موته، أو تفويض التصرف في ماله ومصالح أطفاله إلى غيره بعد موته^(٢)، أي إنه عقد يفوض به الإنسان بعد وفاته لآخر تنفيذ وصيته أو رعاية حقوق أولاده القاصرين^(٣).

ويعدّ الوصي نائباً شرعياً عن الموصي يتولى تنفيذ الوصية، وإدارة شؤون القاصرين المالية من تسمير وتنمية واتجار وإنفاق ونحو ذلك. وتعدّ يده يد أمانة، فيقبل قوله فيما يدعيه من الإنفاق، ولا يضمن ما يتلف بيده دون تعد أو تقصير في الحفظ^(٤). ويسمى هذا الوصي الذي اختاره الموصي في حياته: الوصي المختار^(٥).

٦- **الهبة:** هي عقد يفيد التملك بلا عوض حال الحياة تطوعاً، وهي من العقود العينية التي لا تتم إلا بالتسليم، لأنها تبرع عند الحنفية غير ملزم. واتفق الفقهاء على أن قبض الهبة قبض أمانة غير مضمون، لأن الهبة عقد تبرع كالإعارة والإيداع.

وتظهر فائدة كون الموهوب أمانة عند الرجوع في الهبة، فإنه يجوز الرجوع عند الحنفية بالرضا أو بالقضاء، لقول الرسول ﷺ: «الواهب أحق بهبته ما لم يُثَبَّ

(١) راجع تبیین الحقائق للزيلعي: ٢٥٦/٤، الفرائد البهية في القواعد الفقهية للشيخ محمود حمزة: ص ١٣٧، بداية المجتهد: ٢٩٨/٢، القوانين الفقهية: ص ٣٢٩، مغني المحتاج: ٢٢٩/٢ وما بعدها، المغني: ١٣٠/٥.

(٢) درر الحکام: ٤٢٧/٢.

(٣) المدخل الفقهي للأستاذ الزرقاء: ف ٢٩٣.

(٤) الأشباه والنظائر لابن نجيم: ١٢١/٢.

(٥) الدر المختار: ٤٩٦/٥.

منها»^(١) أي يعوض. وعند الشافعية والحنابلة: يجوز الرجوع في الهبة للوالد فيما أعطى ولده فقط، لقوله عليه السلام: «ليس لأحد أن يعطي عطية فيرجع فيها، إلا الوالد فيما يعطي ولده»^(٢) ولم يجز المالكية الرجوع مطلقاً وتلزم الهبة بالقبض إلا في هبة الوالد لولده بشروط خمسة: وهي ألا يتزوج الولد بعد الهبة، ولا يحدث ديناً لأجل، وألا يتغير الموهوب عن حاله، وألا يحدث الموهوب له في الموهوب حدثاً، وألا يمرض الواهب أو الموهوب له. فإن وقع شيء من ذلك امتنع الرجوع. فإذا هلك الموهوب أو استهلك فلا سبيل إلى الرجوع في الشيء الهالك، ولا في قيمته، لأنها ليست موهوبة، لعدم ورود العقد عليها، وقبض الهبة أمانة عند الموهوب له غير مضمون. ولكن يضمن هلاك الموهوب إذا امتنع الموهوب له من رده بعد صدور حكم قضائي برده وطلب الواهب ذلك، لأن المنع بعد الطلب يوجب الضمان في الأمانات^(٣).

وأما الهبة الفاسدة كهبة المشاع القابل للقسمة عند الحنفية كالدار والبيت الكبير فهي مضمونة بالقبض، ولا يملكها الموهوب له بالقبض على ما هو المختار عند الحنفية، على عكس المقبوض ببيع فاسد، فإنه يملك بالقبض^(٤).

المبحث الخامس : العقود المزدوجة الأثر

العقود المزدوجة الأثر: هي التي تكون ذات تأثير مزدوج، فهي في أصلها العام والغالب فيها أنها تنشئ صفة الأمانة، إلا أنها من ناحية أخرى تنشئ صفة الضمان. وهذه العقود ثلاثة: الإجارة، والرهن والصلح عن مال بمنفعة^(٥).

(١) رواه الحاكم وصححه هو وابن حزم من حديث ابن عمر؛ ورواه البيهقي من طريق الحاكم وقال: والصحيح من هذه الرواية عن عمر من قوله.

(٢) أخرجه أصحاب السنن الأربعة من حديث ابن عمر وابن عباس بلفظ «لا يحل لرجل أن يعطي عطية، أو يهب هبة ثم يرجع فيها، إلا الوالد فيما يعطي ولده...» قال الترمذي: حديث حسن صحيح.

(٣) البدائع: ١٢٨/٦، درر الحكام: ٢٢٣/٢، الدر المختار ورد المحتار: ٥٤٢/٤، فتح العزيز شرح الوجيز: ٢٥٣/١١.

(٤) مجمع الضمانات: ص ٣٣٤، الفرائد البهية في القواعد الفقهية للشيخ الحمزاوي: ص ٢٠٤.

(٥) المدخل الفقهي للزرقاء: ف ٣٠٣.

أولاً: الإجارة:

الإجارة نوعان: إجارة على المنافع؛ وهي أن يكون المعقود عليه هو المنفعة لإجارة الدور والمنازل والحوانيت، والدواب للركوب والحمل، والثياب والحلي لللبس، والأواني للاستعمال. وإجارة على الأعمال: وهي التي تعقد على عمل معلوم كبناء وخياطة وحمل وصباغة وإصلاح شيء ونحو ذلك من حالات إجارة الأجراء.

ففي إجارة المنافع: تعدّ العين المأجورة أمانة في يد المستأجر باتفاق العلماء، فإذا تلفت بغير تفريط منه، لم يضمنها، لأنه قبض العين لاستيفاء منفعة يستحقها منها، فكانت أمانة^(١) وقد نصت المادة (٦٠٠) من المجلة على ذلك فقالت: «المأجور أمانة في يد المستأجر إن كان عقد الإجارة صحيحاً أو لم يكن».

أما المنافع المعقود عليها كسكنى الدار وركوب السيارة، فهي مضمونة على المستأجر بمجرد تمكنه من استيفائها بالتسليم الفعلي للمأجور أو بالتخلية، فلو لم ينتفع بالمأجور مدة من الزمن، يلزمه دفع الأجرة عن تلك المدة. وهذا ما نصت عليه المادة (٤٧٠) من المجلة ونصها هو: «تلزم الأجرة في الإجارة الصحيحة أيضاً بالاقتدار على استيفاء المنفعة، مثلاً: لو استأجر أحد داراً بإجارة صحيحة، فبعد قبضها يلزمه إعطاء الأجرة، وإن لم يسكنها». وهذا هو أثر الضمان الذي يترتب على انعقاد الإجارة.

وفي الإجارة الفاسدة عند الحنفية والحنابلة: يستحق المؤجر أجر المثل لا الأجر المسمى في العقد، إذ استوفى المستأجر المنفعة، إلا أنه عند الحنفية إذا كان فساد الإجارة بسبب جهالة الأجرة أو بسبب عدم تسمية الأجر، فإنه يجب الأجر بالغاً ما بلغ، وإن كان الفساد بسبب فقدان شرط من شروط صحة العقد^(٢)، فيجب أجر المثل بشرط ألا يتجاوز الأجر المسمى في العقد (المادة ٤٦٢ مجلة)^(٣).

(١) البدائع: ٢١٠/٤، جامع الفصولين: ١٦٣/٢، القوانين الفقهية: ص ٢٧٨، بداية المجتهد:

٢٢٩/٢، المهذب: ٤٠٨/١، المغني: ٤٨٨/٥، مغني المحتاج: ٣٥١/٢.

(٢) كعدم الرضا في العقد أو كون الأجرة مالا غير متقوم، أو جهالة المنفعة أو محل المنفعة أو المدة.

(٣) البدائع: ١٩٥/٤، درر الحكام: ٢٣١/٢، تبين الحقائق: ١٢١/٥، تكملة فتح القدير: ٧/

١٧٤، رد المحتار: ٣١/٥، القواعد لابن رجب: ص ٦٧.

من الذي يتحمل تبعه هلاك المأجور في إجارة المنافع؟

إذا هلكت العين المؤجرة في إجارة المنافع أو إجارة الأشياء بقوة قاهرة، تحمل المؤجر (وهو المدين بتسليم العين للانتفاع بها) تبعه الهلاك كما يتضح في الحالات الآتية^(١):

١- إذا كان الهلاك كلياً، كأن انهدمت الدار المأجورة، أو غرقت الأرض المؤجرة للزراعة، أو ماتت الدابة المستأجرة للحمل أو للركوب، أو سرق الثوب المؤجر للخياطة أو للقصارة، ففي هذه الحالات ونحوها تنتهي الإجارة، لوقوع اليأس عن استيفاء المنفعة المعقود عليها بعد هلاك العين المؤجرة، فلم يعد في بقاء العقد فائدة. وتسقط الأجرة عن المستأجر بالنسبة للمدة الباقية لانتهاء العقد.

٢- وإذا كان الهلاك جزئياً كانهدام إحدى الدارين أو الحمامين المستأجرين، يسقط عن المستأجر ما يقابل منفعة الشيء الهالك من الأجرة، ويكون له الحق في فسخ الإجارة لتفرق الصفقة عليه.

ولا يسقط في ظاهر الرواية شيء من الأجرة بسقوط حائط دار، ويبطل حق المستأجر في فسخ الإجارة إن لم يخل العيب بالنفع بالدار، أو أزال المؤجر العيب، أو انتفع بالشيء المستأجر المشتمل على العيب المخل، لأنه رضي بالعيب، فيلزمه جميع الأجر.

٣- وإذا كانت الاستحالة مؤقتة، أي إن الانتفاع بالمأجور يتعذر في مدة معينة، كانقطاع الماء عن الطاحون مدة شهر مثلاً، فإنه يسقط عن المستأجر أجر تلك المدة، ويكون له الحق في فسخ الإجارة، فإن لم يفسخ، ثم أصبح الانتفاع ممكناً، سقط حقه في الفسخ.

والخلاصة: أن هذه الأحكام بالإضافة إلى ما ذكرناه في هلاك المبيع تدلنا على أن الفقه الإسلامي أخذ بنظرية تحمل التبعة: وهو أن الهلاك على المدين، لأن يد

(١) البدائع: ٢٢٣/٤، الدر المختار ورد المحتار: ٥٣/٥ وما بعدها، تبين الحقائق: ١٤٣/٥

وما بعدها، نظرية تحمل التبعة في الفقه الإسلامي للدكتور زكي عبد البر: ص ١١٥ وما بعدها.

المستأجر يد أمانة، وقد يفسخ العقد أحياناً، وقد يكون قابلاً للفسخ على التفصيل المذكور.

وأما الإجارة على الأعمال: فالضمان فيها يختلف حكمه بسبب صفة الأجير.

والأجير نوعان: خاص وعام. والأجير الخاص أو أجير الوَحْد: هو الذي يعمل لشخص واحد مدة معلومة؛ أو هو الذي يستحق الأجر بتسليم نفسه في المدة، وإن لم يعمل، كالخادم في المنزل والأجير في المحل.

والأجير العام أو المشترك: هو الذي يعمل لعامة الناس؛ أو هو الذي يستحق الأجرة بالعمل لا بتسليم النفس، كالصباغ والحداد والكواء والصانع والطبيب ونحو ذلك^(١).

وقد كان الحكم في صفة يد الأجير المشترك كالأجير الخاص، كل منهما يده يد أمانة لا يضمن هلاك الشيء إلا بالتعدي أو بالتقصير، لكن نظراً لفساد ديانة الناس وكثرة ادعائهم التلف، أوجب الفقهاء تضمين الأجير المشترك لمصلحة الناس في ذلك.

وعلى هذا فإن المذاهب الأربعة متفقة على أن الأجير الخاص لا يكون ضامناً للعين التي تسلم إليه للعمل فيها إلا بالتفريط، لأن يده يد أمانة كالوكيل والشريك المضارب. مثلاً: إذا استأجر إنسان خياطاً أو حداداً مدة يوم أو شهر ليعمل له وحده، فلا يضمن العين التي تهلك في يده، ما لم يحصل منه تعد أو تقصير في حفظه، سواء تلف الشيء في يده أم في أثناء عمله.

وأما الأجير المشترك: فهو ضامن لما جنت يده أو قصر في حفظه، فإن تلف الشيء في يده من غير تعدٍ منه ولا تفريط، ففي تضمينه رأيان للعلماء: رأي يضمه، والآخر لا يضمه، وهذان الرأيان هما:

١- قال أبو حنيفة وزفر والحسن بن زياد، والشافعي وأحمد في الصحيح من قوليهما: يد الأجير المشترك يد أمانة كالأجير الخاص، فلا يضمن ما تلف عنده

(١) البدائع: ١٧٤/٤، تكملة فتح القدير: ٢٠٠/٧، تبين الحقائق: ١٣٣/٥ وما بعدها.

إلا بالتعدي أو بالتقصير، لأن الأصل في التضمن ألا يجب إلا بالاعتداء لقوله تعالى: ﴿فَلَا عُذْرَ إِلَّا عَلَى الظَّالِمِينَ﴾ [البقرة: ١٩٣/٢] ولم يوجد التعدي من هذا الأجير، لأنه مأذون في القبض، ولم يتسبب في الهلاك، ثم إنه قبض العين لمنفعته ومنفعة المالك، فكان حكمه كالشريك المضارب يده يد أمانة^(١).

٢- وقال صاحبان وبقولهما يفتى عند الحنفية، والشافعي وأحمد في قول عندهما، والمالكية: يد الأجير المشترك يد ضمان، فهو ضامن لما يهلك في يده، ولو بغير تعد أو تقصير منه.

واستثنى صاحبان حالة حصول الهلاك بحريق غالب عام، أو غرق غالب ونحو ذلك.

وعلى هذا: يضمن الأجير المشترك ما تلف بيده مطلقاً، فالقصار ضامن لما يتخرق بيده، والطباخ ضامن لما أفسد من طبيخه، والخباز ضامن لما أفسد من خبزه، والحمال ضامن لما سقط من الحمل الذي يحمله أو تلف أثناء عثرته، والجمّال ضامن لما تلف بقيادته وسوقه وانقطاع حبله الذي يشد به بعيه، والملاح ضامن ما تلف في حيازته، أو بسبب المواد التي تطلّى أو تمون بها السفينة.

ودليل هؤلاء قوله تعالى: ﴿فَمَنْ أَعَدَّى عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعَدَّى عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤/٢] وقول النبي ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»^(٢) وما روي عن علي رضي الله عنه أنه كان يضمن الصباغ والصواغ ويقول: «لا يصلح الناس إلا هذا» وكان الشافعي يردد هذا القول، ولا يفتي بالقول الأول السابق ذكره لفساد الناس، ويؤيده ما روي عن عمر رضي الله عنه أنه كان يضمن الأجير المشترك احتياطاً لأموال الناس. ثم

(١) الفتاوى الهندية: ٤٨٦/٤، مختصر الطحاوي: ص ١٢٩، المبسوط: ١٠٣/١١، البدائع: ٢١١/٤، تكملة فتح القدير: ٢٠٧/٧، درر الحكام: ٢٣٥/٢، معين الحكام: ص ١٩٥، جامع الفصولين: ١٧١/٢، رسائل ابن عابدين: ١٧٨/٢، مغني المحتاج: ٣٥١/٢، المهذب: ٤٠٨/١، المغني: ٤٧٩/٥، ٤٨٧.

(٢) رواه أحمد وأصحاب السنن الأربعة والطبراني وابن أبي شيبة والحاكم وصححه عن سمرة بن جندب.

إن الأجير المشترك قبض العين لمنفعة نفسه من غير استحقاق شيء مقابل عليه، فيضمنها كالمستعير والمرتهن^(١).

والخلاصة: أن الأجير المشترك على هذا الرأي يختلف عن الأجير الخاص حالة تلف الشيء عنده من دون تقصير، وأن تضمينه لا يخالف دليلاً شرعياً، وإنما هو تحقيق مناط حكم شرعي ثابت بالنص، فهو تطبيق للنص وليس خروجاً عليه، ولا استثناء منه.

من الذي يتحمل تبعة الهلاك في إجارة الأعمال؟

الأجير في إجارة الأعمال أو إجارة الأشخاص نوعان كما بينا: خاص ومشترك. فالأجير الخاص: يستحق الأجرة بعد انتهائه من العمل وإكماله، فإن لم يكمله وعمل بعض العمل، فيستحق من الأجر بقدر ما أنجز من العمل، ويصير المعمول مسلماً إلى صاحبه، ويملك المطالبة بقدر ذلك. فلو استأجر شخص رجلاً ليبني له بناء في داره، أو ليحفر له بئراً أو نهراً في ملكه، فإذا عمل بعض العمل، فله أن يطالب من الأجرة بقدر ما عمل. وإن فرغ من العمل لم يسقط شيء من الأجرة، وإن لم يعمل شيئاً لا أجر له.

أما إذا استحال على الأجير إتمام عمله، فيسقط من الأجر بحساب ذلك من المدة المؤجر لها.

والخلاصة: أن التبعة تكون على الأجير أي المدين، كما ذكرنا في إجارة الأشياء. والأجير المشترك. إما أن يكون لعمله أثر ظاهر في العين، وإما ألا يكون لعمله أثر في العين.

١- فإن كان لعمله أثر ظاهر في العين المؤجرة كالخياطة والصباغة والقصارة: فيجب له الأجر بتسليم ذلك الأثر، فإن هلك الشيء قبل التسليم أي التخلية في يد الأجير، لو بعد الفراغ من العمل سقط الأجر، لأن الأثر المعقود عليه - وهو

(١) المراجع السابقة، الشرح الكبير للدردير: ٢٨/٤، بداية المجتهد: ٢٣٠/٢، القوانين الفقهية: ص ٢٧٨، ٣٣٦.

صيرورة القماش مثلاً مخيطة - لم يسلم، والبدل - أي الأجر - يقابل ذلك الأثر، فكان كالبيع.

وعلى هذا فإن التبعة تكون على المدين.

٢- وإن لم يكن لعمل الأجير أثر ظاهر كالحمال والملاح، فيجب الأجر بمجرد الانتهاء من العمل، وإن لم يسلم العين لصاحبها؛ لأن البدل يقابل نفس العمل، فإذا انتهت مدة الإجارة، فقد فرغ من العمل، وصار مسلماً للعين التي هي ملك صاحبها، فلا يسقط الأجر بهلاك الشيء بعدئذ.

وإذا استحال على الأجير القيام بالعمل، سقط الأجر عن المستأجر، كله أو بعضه، حسب واقع الحال، فإن مات الحمال مثلاً قبل البدء بالحمل، سقط الأجر كله، وإن مات في نصف الطريق، استحق نصف الأجر. وإن سرق المتاع من الحمال في بعض الطريق، سقط من الأجر بحسابه.

وبذلك يظهر أن الذي يتحمل التبعة هو المدين أي الأجير^(١). وخلاصة القول: أن الذي يتحمل تبعة الهلاك في عقد الإيجار هو المدين كما هو المقرر في عقد البيع وعقد الشركة، وينفسخ العقد حينئذ، وهذا هو المراد بنظرية تحمل التبعة في الفقه الإسلامي.

ثانياً: الرهن

ينشئ عقد الرهن في بعض المذاهب ضماناً من ناحية وأمانة من ناحية أخرى تعتبر هي الأصل العام في صفة يد المرتهن، فالمال المرهون مضمون منه على المرتهن بما يساوي الدين فقط، وأما الزائد على ما يساوي مقدار الدين فهو أمانة في يد الدائن المرتهن.

وتفصيل أقوال العلماء في حكم يد المرتهن، أهى يد أمانة أم يد ضمان هو ما يأتي^(٢):

(١) راجع التفصيل في البدائع: ٢٠٤/٤ وما بعدها، تبين الحقائق: ١٠٩/٥ وما بعدها، رد المحتار والدر المختار: ١٢/٥، نظرية تحمل التبعة: ص ١٢٧ وما بعدها.

(٢) راجع مذكرات في الرهن للدراسات العليا لأستاذنا الشيخ علي الخفيف: ص ١٠٩.

١- قال الحنفية والشيعة الزيدية: إن يد المرتهن هي يد أمانة بالنظر إلى عين المال المرهون، لكنها مع ذلك تعتبر يد استيفاء بالنسبة لما يعادل الدين من مالية الرهن، بمعنى أن ما يساوي الدين من مالية الرهن تعتبر يد المرتهن يد استيفاء، فإذا امتنع رد المرهون بسبب من الأسباب كان المرتهن مستوفياً من دينه هذا المقدار واحتسب من ضمانه نتيجة لذلك.

وأما ما زاد من قيمة المرهون على الدين فهو أمانة يهلك هلاك الأمانات، فلا يضمن إلا بالتعدي أو بالتقصير.

يعني أن الرهن يهلك بالأقل من قيمته ومن الدين، فإن كان مساوياً للدين أو أكثر سقط الدين، وكانت زيادته أمانة تهلك على صاحبها وهو الراهن؛ وإن كان أقل من الدين هلك بقيمته، ورجع المرتهن على الراهن بما بقي له من دينه. وإن لم تعرف قيمة المرهون، كان بما رهن فيه^(١) لقوله ﷺ: «إذا عُمِيَ الرهن فهو بما فيه»^(٢).

ومثل المرهون في ذلك المبيع بيعاً بالوفاء في يد المشتري، فهو مضمون عليه ضمان الرهن، أي إنه إذا هلك في يده، يضمن من قيمته بمقدار الثمن المدفوع، كما يضمن المرتهن ما يعادل مقدار الدين إذا هلك الشيء المرهون.

واستدل الحنفية لمذهبهم بما روي أن النبي ﷺ قال: «الرهن بما فيه»^(٣) أي يهلك بالدين الذي رهن فيه، وبما روي عن عطاء أن رجلاً رهن فرساً، فنفق^(٤) عند المرتهن، فجاء إلى النبي ﷺ فأخبره بذلك، فقال له: «ذهب حقك»^(٥) ففي هذين الحديثين دلالة على أن المرتهن تحمل تبعة الهلاك حيث سقط دينه في مقابل هلاك المرهون، مما يدل على أن يد المرتهن هي يد ضمان بالنسبة لما يعادل قدر الدين.

(١) درر الحكام: ٢/٢٤٩، جامع الفصولين: ٢/١٦٠، تبیین الحقائق: ٦/٦٤، البدائع: ٦/١٥٤.

(٢) لم يرو هذا الكلام بهذا اللفظ عن الرسول ﷺ، وإنما بلفظ الحديث الآتي ذكره.

(٣) رواه الدارقطني مسنداً من حديث أنس، وهو ضعيف، ورواه أبو داود مرسلًا من حديث عطاء، قال ابن القطان: مرسل صحيح.

(٤) نفق الشيء بوزن تعب: أي فني.

(٥) أخرجه أبو داود في مراسيله وابن أبي شيبة في مصنفه، وهو حديث مرسل ضعيف.

٢- وقال جمهور الفقهاء وهو مذهب المالكية في الجملة، والشافعية والحنابلة والشيعة الإمامية: إن يد المرتهن يد أمانة، فإذا هلك المرهون، فلا يضمنه إلا بالتعدي أو بالتقصير في الحفظ.

واستدلوا بما رواه أبو هريرة عن النبي ﷺ قال: «لا يَغْلُقُ^(١) الرهن ممن رهنه، له غنمه وعليه غرمه»^(٢) قال الحاكم: هذا حديث صحيح. ووجه الاستدلال به أنه جعل غرمه - ومنه هلاكه - على الراهن، وذلك مقتضى الأمانة^(٣).

ثم إن المرهون يعتبر وثيقة بالدين، فلا يجوز أن يسقط الدين بهلاكه، اعتباراً بهلاك الصك، إذ إن ذلك يتنافى مع جعله وثيقة.

وكذلك إن المرهون في يد المرتهن برضا الراهن، فيعتبر أميناً كالوديع بالنسبة للمودع.

والإمام مالك مع أنه يعتبر يد المرتهن يد أمانة، لكنه استحسن تضمين المرتهن عند وجود التهمة، وهي توجد إذا كان المرهون مما يُغاب عليه (أي مما يمكن تغييبه وإخفاؤه) كالحلي والثياب والسلاح ونحو ذلك، وكان بيد المرتهن لا بيد أمين آخر، ولم تقم بينة على هلاكه أو احتراقه أو سرقة بلا تعد ولا إهمال.

أما إذا كان المرهون مما لا يغاب عليه كالعقار والدور والحيوان أو كان الرهن بيد أمين، أو قامت بينة على تلفه بلا تعد ولا إهمال من المرتهن، فلا يضمنه المرتهن عند هلاكه^(٤).

(١) يقال: غلق الرهن: إذا خرج عن ملك صاحبه الراهن واستولى عليه المرتهن بسبب عجزه عن أداء ما رهنه فيه، وكان هذا عادة العرب فنهاهم النبي ﷺ.

(٢) رواه الشافعي وابن حبان والدارقطني والحاكم والبيهقي وابن ماجه.

(٣) بداية المجتهد: ٢/٢٧٤، القوانين الفقهية: ص ٣٢٤، الفروق: ٢/٢٠٧، مغني المحتاج: ٢/١٣٦، المغني: ٤/٣٩٦، الإفصاح: ص ١٩٢.

(٤) يرى المالكية أن هذه التفرقة بين ما يغاب عليه وما لا يغاب عليه من أجل التضمين تطبق أيضاً على الأشياء المستعارة كما ذكرنا سابقاً، وعلى ما يتلف في أيدي الصانع والأجراء المشتركين، والمبيع في يد المشتري بخيار الشرط، ونفقة المحضون في يد الحاضن. والصداق (المهر) في يد الزوجة إذا حصلت الفرقة قبل الدخول بفسخ أو طلاق، وما بيد الورثة من التركة إذا طرأ دين أو وارث آخر، والمبيع المحتبس بالثمن، والمغصوب المشتري من غاصب إذا لم يعلم المشتري بالغصب (حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ٣/٢٥٤، القوانين الفقهية: ص ٣٣٥).

والقانون المدني في سورية ومصر قريب في أساسه في مذهب المالكية، فإنه اعتبر المرتهن مسؤولاً مبدئياً عن هلاك الشيء المرهون أو تلفه ما لم يثبت أن ذلك يرجع لسبب أجنبي لا يد له فيه، فإذا ثبت ذلك كان الراهن متحماً تبعاً لهلاك^(١). ففي حال الهلاك بالقوة القاهرة يتفق القانون مع مذهب المالكية، وفيما عدا ذلك يقترب القانون من المذهب الحنفي، ومذهب جماعة من السلف^(٢) القائلين بأن يد المرتهن على المرهون يد ضمان.

ثالثاً: الصلح عن مال بمنفعة:

إذا كان بدل الصلح عن مال متنازع فيه منفعة، اعتبر عقد الصلح في حكم عقد الإجارة، فتعتبر عين الشيء المتصالح على منفعة أمانة في يد المصالح، وأما منافعه فهي مضمونة على المصالح بمجرد التسليم، فإذا مضت مدة الانتفاع المتفق عليها اعتبر المصالح مستوفياً حكماً لبذل الصلح وذلك كما ذكرنا بالنسبة للمأجور في يد المستأجر.

مثال كون بدل الصلح منفعة: أن يكون على رجل مئة ليرة مثلاً، فيصالح خصمه الدائن من ذلك على منفعة بيت، بأن يسكنه شهراً، أو على ركوب دابة أياماً معلومة، أو على زراعة أرض مدة معينة، ونحو ذلك، فهذا الصلح بمعنى الإجارة، أي إنه يطبق عليه حكم الإجارة باتفاق علماء المذاهب الأربعة^(٣).

ضمان المقبوض بالعقد الفاسد: يحسن في ختام رد العقود أن نذكر ما قرره ابن رجب الحنبلي من قاعدة هامة في ضمان المقبوض بموجب عقد فاسد، فقال: «كل عقد يجب الضمان في صحيحه يجب الضمان في فاسده، وكل عقد لا يجب

(١) راجع نص المادتين: ١١٠٢: ١، ١١٠٣ من القانون المدني المصري، والمادتين ١٠٣٥، ١٠٦٢ من القانون المدني السوري.

(٢) وهم شريح والنخعي والحسن البصري وعبد الله بن الحسين وأبو عبيد وإسحاق بن راهويه وهو مروى عن ابن عمر.

(٣) البدائع: ٤٧/٦، تكملة فتح القدير: ٣١/٧، رد المحتار: ٤٩٦/٤، الشرح الكبير: ٣/٣١٠، مغني المحتاج: ١٧٨/٢، المغني: ٤٨٣/٤.

الضمان في صحيحه لا يجب الضمان في فاسده^(١) ويعني بذلك أن العقد الصحيح إذا كان موجباً للضمان، فالفساد كذلك، وإذا لم يكن الصحيح موجباً للضمان فالفساد كذلك.

فالبيع والإجارة والزواج عقود موجبة للضمان مع الصحة، فكذا مع الفساد. والأمانات كالمضاربة والشركة والوكالة والوديعة وعقود التبرعات كالهبة والصدقة: لا يجب الضمان فيها مع الصحة، فكذا مع الفساد.

المبحث السادس : يد الأمانة ويد الضمان

يد الأمانة: هي يد الحائز الذي حاز الشيء لا بقصد تملكه، بل باعتباره نائباً عن المالك^(٢)، كالوديع والمستعير والمستأجر والوكيل والشريك والمضارب والأجير الخاص وناظر الوقف.

وحكم الأمانات: أن واضع اليد عليها لا يضمنها إذا هلكت إلا إذا حصل منه تعدُّ أو تقصير وإهمال، أي إنه لا يجب ضمانها بالتلف ويجب بالإتلاف، وقابض الأمانة لا يسأل عن المقبوض إلا بالتعدي أو بالتقصير في الحفظ.

والفكرة في ذلك أن الشرع افترض الأمانة في واضع اليد عليها، والأمين يصدق فيما يدعيه، فإذا خرج عن طبيعته واستهان بالأمانة وجب عليه الضمان جزاءً وفاقاً. ومن صور التعدي في عقد الإيداع مثلاً أن يحفظ الوديع الوديعة بغير نفسه أو عياله، أو يودعها عند غيرهم ممن لا يودع ماله عندهم عادة، فإذا ضاعت أو تلفت ضمن مثلها أو قيمتها حسب كونها من المثلثات أو من القيميات؛ لأن المالك رضي بيد الوديع لا بيد غيره، والأيدي تختلف في الأمانة.

ومن صور التقصير، أن يهمل الوديع الوديعة، فلا يدفع عنها ما يتلفها كترك تهوية ثياب الصوف أو السجاد، لأنه يجب عليه أن يستعمل الوديعة الاستعمال الذي يحفظها، وعليه أن يطعمها ويسقيها إن كانت حيواناً.

(١) راجع القواعد له: ص ٦٧ وما بعدها، وانظر المغني لابن قدامة: ٤٨٩/٥.

(٢) اعتمدنا في تعريف يد الأمانة ويد الضمان على ما أورده التقنين المدني العراقي نقلاً عن الفقه الحنفي (راجع المادة ٤٢٧)، جامع الفصولين: ٨١/٢.

والخلاصة: أن الإلتلاف موجب للضمان سواء في يد الأمانة أم في يد الضمان لقوة الإلتلاف وتأثيره^(١).

ويد الضمان: هي يد الحائز الذي حاز الشيء بقصد تملكه أو لمصلحة نفسه، كالغاصب والمشتري، والقابض على سوم الشراء أو بيع فاسد، والمرتهن بمقدار الدين، فكل واحد من هؤلاء حاز الشيء لمصلحة نفسه، فإن حاز الشيء لمصلحة المالك تكون يده يد أمانة كالمستأجر ونحوه مما ذكرنا، فإنه يحوز الشيء المأجور لحفظه لمصلحة المؤجر.

وحكم يد الضمان: أن واضع اليد على الشيء يضمنه إذا عجز عن رده لصاحبه بفعله أو بفعل غيره أو بآفة سماوية، أي إنه يجب عليه ضمان المثل أو القيمة بالتلف والإلتلاف في كل الأحوال، وقابض المضمون يكون مسؤولاً عن المقبوض تجاه الغير إذا هلك عنده ولو بآفة سماوية^(٢).

والفكرة في ذلك أن كل إنسان مجزئ بعمله إن خيراً فخير، وإن شراً فشر، فمن أخذ مال غيره بغير حق، وحد من حريات الآخرين في التصرف بأموالهم والانتفاع بها، ضمن المال لتوفير حرية الناس بأموالهم، ومنع الغير من التطلع إليها، وجبر الخسارة التي لحقت بأصحابها بسبب زوال أيديهم عنها.

وعلى هذا إذا كان المالك حائزاً للشيء تحمل تبعة الهلاك كما هو واضح، فإن انتقلت الحياة إلى غيره بعقد كالبيع، أو بإذن كما في سوم الشراء، أو بغير إذن كما في الغصب، فالضمان على الحائز أي إنه يتحمل تبعة الهلاك إذا كانت يده يد ضمان، والضمان على المالك إذا كانت يد الحائز يد أمانة^(٣).

(١) المحلي على المنهاج: ٣٠/٣.

(٢) راجع حكم يد الأمانة والضمان في البدائع: ٥/٢٤٨، ٧/٨٠، المبسوط: ٩/١٤٤، فتح القدير: ٥/٢٠٠، الأشباه والنظائر لابن نجيم: ٢/٦٧، الفروق: ٢/٢٠٧، بداية المجتهد: ٢/٣١١، القوانين الفقهية: ص ٣٣٥، مغني المحتاج: ٢/٢٧٩م، المغني: ٤/٣١١، ٥٣٩، القواعد لابن رجب: ص ٥٣ وما بعدها، ٣٠٩.

(٣) مصادر الحق للأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري: ٦/١٩٦.

وسأذكر هنا بعض الأحكام الفقهية المتعلقة بيد الأمانة ويد الضمان وهي ما يأتي :

أ- تأثير السبب الأجنبي على الضمان:

إذا هلك الشيء بسبب أجنبي لا يد للحائز فيه كافة سماوية أو تعدد من الغير، فإن هذا السبب ينفي الضمان في يد الأمانة لا في يد الضمان.

فإذا هلك الشيء بسبب أجنبي في يد المستعير أو المستأجر أو الوديع أو الوكيل أو الشريك ونحوه ممن يده يد أمانة، فإن المسؤولية تنتفي عنهم، ولا يضمنون الشيء التالف.

أما إذا كانت اليد يد ضمان كيد البائع قبل تسليم المبيع، وكما في ضمان الاستحقاق أو العيب فلا ينتفي الضمان حتى بالسبب الأجنبي، ويكتفى في فقها بفسخ العقد. وأما عند القانونيين فإن التعويض الواجب فوق الفسخ هو الذي يمتنع وحده بالسبب الأجنبي^(١).

ب- تغير صفة وضع اليد:

قد تتحول يد الأمين إلى يد غاصب أو معتد إذا وجد منه سبب من أسباب الضمان، فإذا تلف الشيء بعدئذ تحمل تبعه هلاكه مهما كان السبب سماوياً أو بشرياً. ويتجلى ذلك في هذه الأمثلة التي اخترناها من عقود ثلاثة: هي عقد الإيجار والإيداع والإعارة.

ففي عقد الإجارة على الأعمال: يتغير وضع اليد من صفة الأمانة إلى صفة الضمان^(٢) في الأحوال الآتية^(٣):

-
- (١) المرجع السابق: ص ١٩٧ وما بعدها، البدائع: ٢٣٨/٥، رد المحتار: ٤٤/٤.
 (٢) هذا بناء على رأي أبي حنيفة في أن يد الأجير هي يد أمانة سواء أكان خاصاً أم عاماً.
 (٣) راجع البدائع: ٢١١/٤، تكملة فتح القدير: ٢٠١/٧، مختصر الطحاوي: ص ١٣٠، المبسوط: ١٠٤/١٥، ١٦١، ج ٩/١٦، جامع الفصولين: ١٧٢/٢ وما بعدها، رد المحتار: ٤٦/٥، مجمع الضمانات: ص ٢٨ وما بعدها، مغني المحتاج: ٣٥١/٢.

أولاً- ترك الحفظ: إذا أهمل الأجير حفظ المتاع، فيلتزم بضمانه، لأن الأجير لما قبض المأجور فقد التزم حفظه، وترك الحفظ موجب للضمان، كالوديعة إذا ترك حفظ الوديعة حتى ضاعت.

ثانياً- الإتلاف والإفساد: إذا تعدى الأجير بأن تعمد الإتلاف أو بالغ في دق الثوب مثلاً، ضمن، سواء أكان الأجير مشتركاً أم خاصاً.

وكذلك يضمن الأجير المشترك عند أبي حنيفة وصاحبيه ما يتلف بيده خطأ من غير قصد أو دون تعدٍّ بأن دق الثوب فتخرق، أو ألقاه في مادة كيماوية فاحترق، أو غرقت السفينة بعمل الملاح، أو سقط الحمل من على ظهر الحمال، أو هلك دابة عندما ساق الراعي المشترك الدواب، فضرب بعضها بعضاً في حال سوقه، لأن العمل المأذون به هو العمل المصلح لا المفسد.

وقال الشافعية وزفر: لا يضمن الأجير المشترك العمل المأذون فيه في الجملة، وإنما يقتصر ضمانه على حالتي التعدي والتقصير في عمله.

ثالثاً- مخالفة المستأجر شرط المؤجر نصاً أو دلالة: بأن حمل الدابة حملاً أثقل من المتفق عليه، أو حملاً مغايراً لجنس الحمل المأجور له، أو استخدم الدابة في غير المكان أو الزمان المتفق عليه؛ أو صبغ الصانع الثوب بلون آخر غير المحدد في العقد، ونحو ذلك.

وفي عقد الإيداع: يتغير حال الوديعة من الأمانة إلى الضمان بحالات هي^(١):

١- ترك الحفظ: إذا رأى الوديعة إنساناً يسرق الوديعة، فتركه، وهو قادر على منعه، ضمن؛ لترك الحفظ الملتزم بالعقد.

٢- إيداع الوديعة عند من ليس في عياله، ولا هو ممن يحفظ ماله بيده عادة: إذا أخرج الوديعة من يده، وأودعها عند غيره بغير عذر، يصير ضامناً؛ لأن

(١) المبسوط ١١، ص ١١٣، ١٢٥، ١٣٢، البدائع: ٢١١/٦ وما بعدها، تكملة فتح القدير: ٩١/٧ وما بعدها، حاشية ابن عابدين: ٥١٦/٤، الشرح الكبير: ٤٢٠/٤ وما بعدها، القوانين الفقهية: ص ٣٧٤، بداية المجتهد: ٣٠٧/٢، مغني المحتاج: ٨١/٣ وما بعدها، المذهب: ٣٥٩/١، ٣٦١ وما بعدها، المغني: ٣٨٣/٦، ٣٨٧، ٤٠١.

المودع ارتضى بحفظ الوديع الأول، دون حفظ غيره، إلا إذا كان هناك عذر فلا يضمن، كأن وقع حريق في داره، أو كان في سفينة فخاف الغرق، فدفعها إلى غيره، ونحو ذلك من الأسباب الأجنبية القاهرة، لأن الدفع إلى الوديع الثاني في هذه الحالة تعين طريقاً للحفظ، فكان ذلك مأذوناً فيه من المالك دلالة أو ضمناً.

٣- استعمال الوديعة: إذا انتفع الوديع بالوديعة كركوب الدابة ولبس الثوب، فإنه يصير ضامناً، حتى ولو كان التلف بسبب سماوي.

٤- السفر بالوديعة: أجاز أبو حنيفة للوديع أن يسافر بالوديعة إذا كان الطريق آمناً، ولم ينهه صاحب الوديعة، فلو سافر حيث لا مانع فتلقت الوديعة، لا يضمن. وقال الصاحبان: إن كان للوديعة حمل ومؤنة كالأشياء الثقيلة فلا يملك الوديع المسافرة بها، لأن في ذلك ضرراً بالمالك، أما إذا لم يكن للوديعة حمل ومؤنة، فله السفر بها ولا ضمان.

وقال المالكية والشافعية والحنابلة: ليس للوديع المسافرة بالوديعة، فإن سافر بها وعجز عن إيداعها عند أمين وخاف عليها إن تركت فلا ضمان عليه عند المالكية، ويضمن عند الآخرين إلا إذا وقع حريق أو غارة وعجز عمن يسلمها إليه، فليس السفر بها في غير حالة العذر، لأنه عرض الوديعة للضياع، والسفر كثير المخاطر، سواء أكان الطريق آمناً أم مخوفاً، قال أعرابي: «إن المسافر وماله لعلی قَلَّتْ إلا ما وقى الله»^(١) أي على خطر الهلاك.

٥- جحود الوديعة: إذا طلب المودع الوديعة، فجحدها الوديع، أو حبسها عنه وهو يقدر على تسليمها، ضمن، لأنه لما طالبه بالرد، فقد عزله عن الحفظ، فيكون بعد ذلك بالإمساك غاصباً مانعاً.

٦- خلط الوديعة بغيرها: إذا خلط الوديع الوديعة بمال نفسه أو بوديعة أخرى بحيث لا يمكن التمييز بينهما، يضمن المثل عند أبي حنيفة، لأن الخلط إتلاف للوديعة من حيث المعنى. فإن كان يمكن التمييز فلا ضمان كما هو واضح بداهة.

(١) رواه السلفي في أخبار أبي العلاء المعري عن أبي هريرة، وقد أنكره النووي في شرح المذهب، فقال: ليس هذا خبراً عن النبي ﷺ، وإنما هو من كلام بعض السلف، قيل: إنه علي بن أبي طالب.

٧- مخالفة شرط المودع في حفظ الوديعة: إذا شرط المودع على الوديع حفظ الوديعة في مكان معين كدار أو بيت أو صندوق، فنقلها إلى مكان آخر من دون عذر، فإن كان هذا المكان أدنى درجة في الحفظ فسرت الوديعة أو تلفت، ضمنها الوديع باتفاق المذاهب الأربعة. وإن كان المكانان متساويين في درجة الحفظ، أو المكان الجديد أحفظ من القديم، فلا ضمان عند الحنفية والمالكية والشافعية.

وقال الحنابلة في الأرجح عندهم. إنه يضمن سواء نقلت الوديعة إلى مكان مماثل في الحفظ أو أدنى أو أعلى، لأنه خالف صاحب الوديعة لغير فائدة ولا مصلحة.

وفي عقد الإعارة: يتغير حال العارية من الأمانة إلى الضمان بنفس الأسباب التي يتغير بها حال الوديعة، منها ما يأتي^(١):

- ١- التضييع أو الإتلاف حقيقة بإلقاء الشيء المستعار في مضیعة، أو يدل عليها المستعير سارقاً، أو الإتلاف معنى بمنع العارية بعد طلبها أو بعد انقضاء المدة.
- ٢- ترك الحفظ أثناء استعمال العارية.
- ٣- المخالفة في كيفية الحفظ كأن يطلب المعير من المستعير ألا يغفل عن العارية، فيغفل، فيضمن.

ج- ضمان الأمانات بالموت عن تجهيل:

من المقرر فقهاً أن الشخص إذا اقترب من الموت، عليه أن يعلم القاضي أو أميناً غيره عند عدم وجود القاضي بالأمانة التي عنده مع وصفها بما تتميز به إن كانت غائبة، أو الإشارة لعينها إن كانت موجودة، مع الأمر بردها لصاحبها بالفعل، فإذا ترك ذلك، وضاعت الأمانة، فإنه يضمنها في تركته.

وعلى هذا إذا مات الشخص الأمين تصبح جميع الأمانات مضمونة بالموت عن تجهيل (أي من دون بيان الأمانة) إلا في أربعة أحوال^(٢):

(١) البدائع: ٢١٨/٦ وما بعدها، ٢١١ وما بعدها مجمع الضمانات: ص ٥٧.

(٢) فتح القدير: ٢٧/٥، الأشباه والنظائر لابن نجيم: ٦٧/٢.

- ١- في الوقف: إذا مات ناظر الوقف مجهلاً غلات الوقف.
- ٢- في الوصاية: إذا مات القاضي مجهلاً الوديع الذي أودع عنده أموال اليتامى، أو مجهلاً لها عنده.
- ٣- في الجهاد: إذا مات الحاكم ولم يبين الجند الذين أودع عندهم بعض الغنائم الحربية في دار الحرب قبل قسمة الغنائم بين المقاتلين.
- ٤- في شركة المفاوضة^(١): إذا مات أحد الشريكين المتفاوضين، ولم يبين حال المال الذي كان في يده، فإنه لا يضمن لشريكه نصيبه منه. ففي هذه الحالات لا ضمان على الأمين.

د- هل يؤثر الشرط في تغيير صفة وضع اليد؟

يرى أئمة المذاهب الأربعة أن ما لا يجب ضمانه لا يصير الشرط مضموناً، وما يجب ضمانه لا ينتفي ضمانه بشرط نفيه، فلو شرط المؤجر على المستأجر مثلاً ضمان العين المؤجرة فالشرط فاسد؛ لأنه ينافي مقتضى العقد. ولو شرط رب الوديعة على الوديعة ضمان الوديعة، فقبل الشرط، أو قال: أنا ضامن لها، لم يضمن. وإذا اشترط المعير على المستعير ضمان العارية يكون الشرط باطلاً، لأن ذلك يغير مقتضى العقد. وهكذا الحكم في كل الأمانات كما في عقود المضاربة والشركة والوكالة والرهن ونحوها، لأن الشيء في أصله أمانة، فلا يصير مضموناً بالشرط.

وكل عقد اقتضى الضمان كالمقبوض ببيع صحيح أو فاسد، لا يغيره شرط نفي الضمان؛ لأن الضمان ثابت بالشرع، وكل شرط خلاف مقتضى العقد فهو باطل^(٢).

(١) شركة المفاوضة انفرد الحنفية والزيدية بالقول بمشروعيتها. وهي أن يتعاقد اثنان فأكثر على الاشتراك فيما يملكه كل شريك من مال مع تساوي جميع الشركاء في الربح وفي رأس المال وفي العمل وفي الديانة، وفي تضامنهم في المسؤولية عن الحقوق والواجبات المتعلقة بما يُتاجر فيه.

(٢) راجع رد المحتار على الدر المختار: ٥١٦/٤، ٥٢٥، ٤٥/٥، مجمع الضمانات: ص ٥٥، بداية المجتهد: ٣٠٩/٢، الشرح الكبير للدردير: ٤٢٣/٣، ٤٣٦، المهذب: ٣٥٩/١، المغني: ٢٠٤/٥ وما بعدها، ٣٨٣/٦، الإفصاح: ص ٢١٧، ٢٠٦.

هـ- متى يبرأ الشخص الأمين من الضمان؟

يجب على الأمين أن يحفظ الأمانة كما يحفظ ماله على النحو الذي جرت به عادة الناس في كيفية حفظ أموالهم^(١)، وعلى هذا فلا يبرأ الأمين من الضمان إلا إذا ردها إلى مالكها.

ففي الوديعة: قال الحنفية: يجب ردها إلى صاحبها، لأن الله تعالى أمر بأداء الأمانات إلى أهلها، وأهلها مالكها، فلو ردها إلى بيت المالك، فجعلها فيه من غير حضرة المالك، أو سلمها إلى من هو في عيال المالك كزوجته أو ابنه أو خادمه الخاص، فإنه يكون ضامناً لها لو ضاعت، لأن المالك المودع لم يرض بيد أحد من هؤلاء في حفظ الوديعة.

هذا بخلاف الإجارة والإعارة: فإن المستأجر أو المستعير إذا رد العين المؤجرة، أو الشيء المستعار إلى منزل المالك أو إلى من في بيته، فإنه يبرأ من الضمان. والفرق بين الوديعة وغيرها عند الحنفية: هو النظر إلى عرف الناس وعاداتهم، فإن العادة الجارية بين الناس في رد المأجور والمستعار هو الاكتفاء بردهما إلى بيت المالك فيكون مأذوناً فيه عادة؛ لأن رد العواري إلى دار المالك معتاد كرد أواني البيت، بدليل أن العارية إذا كانت شيئاً نفيساً كعقد جوهر ونحوه أو ثياباً، لا يصح ردها لغير المالك نفسه، لعدم وجود عادة جارية بغير ذلك.

وأما الوديعة فلم توجد عادة بردها إلى غير المالك، فلم يصح إلقاؤها في دار المودع أو إدخالها في الإصطبل إذا كانت دابة. ثم إن الإيداع مبني على الستر والسر والإخفاء عادة، لما في ذلك من المصلحة، فلو ردت الوديعة إلى غير المالك لانكشف السر. أما العارية أو الشيء المأجور فهو قائم على أساس الإعلان والإظهار تأميناً لحاجات الناس في استعمالاتهم المألوفة.

والخلاصة أن رد الوديعة إلى نفس المالك موافق للأمر القرآني برد الأمانات إلى أهلها، وأما العارية فإن عرف الناس خصص هذا الأمر استحساناً في الأحوال التي لم تنشأ فيها عادة معينة^(٢).

(١) بداية المجتهد: ٣٠٧/٢.

(٢) البدائع: ٢١١/٦، تحفة الفقهاء: ٢٧٨/٣ ط الأولى، مجمع الضمانات: ص ٥٧.

وقال الشافعية والحنابلة: يجب رد العين سواء أكانت وديعة أم عارية إلى المالك أو وكيله في القبض، وعندئذ يبرأ من الضمان، فإن ردها إلى المكان الذي أخذها منه، أو إلى ملك صاحبها، لم يبرأ من ضمانها، التزاماً للنص القرآني الأمر برد الأمانات إلى أهلها، ولأن رده على هذا النحو هو إلى غير المالك أو نائبه، فصار كما لو سلم الأمانة إلى أجنبي. وأضاف الشافعية أن المستعير إذا رد المستعار إلى المكان الذي أخذه منه، وعلم المالك بذلك ولو بخبر ثقة، يبرأ من الضمان.

وأردف الحنابلة أن المستعير إذا رد العارية إلى من جرت عادته باستلام ذلك كزوجة المعير المتصرفة في ماله، وسائس الدابة، يبرأ من الضمان في قياس المذهب^(١).

و- هل يد الملتقط يد أمانة أم يد ضمان؟

اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على أن اللقطة أمانة أو وديعة في يد الملتقط، إلا أنهم اختلفوا في بعض الشروط على رأيين:

١- **مذهب الحنفية:** يرى الحنفية أن اللقطة أمانة في يد الملتقط بشرط أن يشهد أنه أخذها ليحفظها ويردها على صاحبها، وعندئذ فلا يضمنها إن تلفت إلا بالتعدي عليها أو بمنع تسليمها لصاحبها عند الطلب.

والدليل على كونها أمانة أن أخذها بقصد حفظها لمالكها مأذون فيه شرعاً، قال النبي ﷺ: «من وجد لقطة، فليشهد ذوي عدل»^(٢) وهذا أمر يقتضي الوجوب كما هو المقرر في الأوامر كأصل عام، ولأن الملتقط إذا لم يشهد، كان الظاهر أنه أخذ اللقطة لنفسه. ويكفيه للإشهاد أن يقول: «من سمعتموه ينشد لقطة فدلوه علي». وكذلك تكون اللقطة أمانة إذا تصادق صاحب اللقطة والملتقط أنه التقطها ليحفظها للمالك.

(١) المغني: ٢٠٦/٥ وما بعدها، حاشية قليوبي وعميرة على المحلي شرح المنهاج: ٢٠/٣ ط صبيح.

(٢) رواه أحمد وابن ماجه وأبو داود والنسائي والبيهقي والطبراني، وصححه ابن خزيمة وابن الجارود وابن حبان من حديث عياض بن حمار.

فإن لم يشهد الملتقط، ولم يتصادق هو وصاحبها، وإنما قال الآخذ: أخذتها للمالك، وكذبه المالك، **يضمن اللقطة** عند أبي حنيفة ومحمد؛ لأن الظاهر أنه أخذ اللقطة لنفسه، لا للمالك^(١).

٢- **مذهب جمهور الفقهاء**: قال المالكية والشافعية والحنابلة: اللقطة أمانة، ولا يشترط الإشهاد على الالتقاط، وإنما هو أمر مستحب فقط. وإذا لم يشهد الآخذ فلا ضمان عندهم وعند أبي يوسف من الحنفية؛ لأن اللقطة وديعة، فلا ينقلها ترك الإشهاد من الأمانة إلى الضمان، بدليل ما ثبت في حديث سليمان بن بلال وغيره أن النبي ﷺ قال: «إن جاء صاحبها، وإلا فلتكن وديعة عندك»^(٢) ولم يأمر النبي عليه السلام بعض الصحابة وهما زيد بن خالد وأبي بن كعب إلا بتعريف اللقطة دون الإشهاد^(٣)، ومن المعلوم أنه لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة.

وحينئذ يحمل الأمر بالإشهاد في الحديث الذي استدل به الحنفية على النذب والاستحباب فقط^(٤).

وبناء على رأي أبي حنيفة ومحمد: لو أخذ الشخص اللقطة، ثم ردها إلى مكانها الذي أخذها منه، لا ضمان عليه في ظاهر الرواية؛ لأنه أخذها محتسباً متبرعاً ليحفظها على صاحبها، فإذا ردها إلى مكانها فقد فسخ التبرع، وصار كأنه لم يأخذها أصلاً.

وإذا أخذها وهو لا يريد ردها، ثم بدا له اعتبار آخر فردها إلى موضعها ثم سرقت ضمنها.

ولو أقر الملتقط أنه أخذ اللقطة لئتملكها لنفسه، لا يبرأ من الضمان، إلا بالرد

(١) المبسوط: ١٢/١١، فتح القدير: ٤٢٣/٤، البدائع: ٢٠١/٦، تبين الحقائق: ٣٠١/٣، مجمع الضمانات: ص ٢٠٩ وما بعدها.

(٢) رواه مسلم في صحيحه.

(٣) حديث زيد رواه البخاري ومسلم وأحمد. وحديث أبي رواه مسلم وأحمد والترمذي.

(٤) بداية المجتهد: ٣٠٣/٢ وما بعدها، الشرح الكبير: ١٢١/٤، القوانين الفقهية: ص ٣٤٢،

٤٠٧/٢، المغني: ٦٤٤/٥، ٦٤٧، القواعد لابن رجب: ص ٥٣، الإفصاح: ص ٢٤٠.

على المالك، لأنه ظهر أنه أخذها غصباً، فكان الواجب ردها إلى المالك، كقوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه».

ولو سلم الملتقط اللقطة إلى غيره من دون إذن القاضي، ضمنها، لأنه يجب عليه حفظها بنفسه بالتزامه الحفظ بالالتقاط.

وإذا لم يتمكن الملتقط من الإشهاد بأن لم يجد أحداً يشهده أو خاف على اللقطة من الظلمة فلا يضمن باتفاق الحنفية.

وقال مالك: لا ضمان على من رد اللقطة إلى موضعها، لما روي عن عمر أنه قال لرجل وجد بعيراً: «أرسله حيث وجدته». وهذه هو رأي تلميذه أشهب. وقال تلميذه الآخر ابن القاسم ورأيه هو المشهور عند المالكية: يضمن الملتقط اللقطة إذا ردها لموضعها أو لمكان آخر بعد أخذها للحفظ.

وقال الشافعية والحنابلة: إذا أخذ اللقطة إنسان، ثم ردها إلى موضعها، ضمنها؛ لأنها أمانة صارت في يده، فلزمه حفظها، فإذا ضيعها لزمه ضمانها، كما لو ضيع الأمانة.



الفصل الثالث

قواعد الضمان الفقهية

الكلام على قواعد الضمان حسبما صاغها الفقهاء له أهمية كبرى، إذ إن هذه القواعد في موضوعها كثيرة العدد بالنسبة إلى مجموع القواعد الفقهية، ومن جهة أخرى يحتاج المرء إلى الاعتماد عليها بكثرة في ضبط الأحكام المختلفة لمسائل الضمان ووقائع التعديات والأخطاء المتكررة يومياً في بحر الحياة التي تثير أعقد المشكلات المالية للتعويض عن الأضرار، وأدق المنازعات والخصومات الحادة بسبب المحاولات المتنوعة للتخلص من الالتزامات والمسؤوليات إزاء حقوق الآخرين، بالإضافة إلى أن هذه القضايا تشغل جانباً كبيراً من الدعاوى التي ترفع إلى القضاة والمحاكم في كل بلد.

وسنقصر كلامنا على شرح القاعدة وتوضيح معناها وإيراد الأمثلة عليها مما ينير الطريق أمام الباحث للإحاطة بمعالم نظرية الضمان أو التضمين المتداخلة في شتى الفروع الفقهية والموزعة هنا وهناك في كتب الفقهاء القدامى.

وسنبداً بأهم قاعدة في موضوعنا وهي:

١- «إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر» (م ٩٠ مجلة).

المباشر: هو الذي حصل الضرر بفعله بلا واسطة، أي دون تدخل فعل شخص آخر مختار. وعرفه الحموي شارح الأشباه بقوله: «هو أن يحصل التلف بفعله من غير أن يتخلل بين فعله والتلف فعل مختار».

والتسبب: هو الذي يحدث أمراً يؤدي إلى تلف شيء آخر حسب العادة إلا أن

التلف لا يقع فعلاً منه، وإنما بواسطة أخرى هي فعل فاعل مختار. وعرفه الحموي بقوله: «هو الذي حصل التلف بفعله، وتخلل بين فعله والتلف فعل مختار».

ومعنى القاعدة أنه إذا ترتب على فعل مؤذ ضرر بآخر، وكان قد اشترك في إحداث الضرر سبب بعيد ومباشر مؤثر في إيجاد الضرر، فإن المباشر هو المسؤول عن الضمان، حتى ولو كان السبب البعيد متصفاً بصفة التعدي، لأن المباشر هو علة الضرر في الواقع، أو هو المؤثر الأقوى في إحداث العدوان. وأما دور السبب فهو ضعيف، ولم يستقل وحده بالخطأ إذا قيس بالفعل المباشر.

وعلى هذا فإن الضمان على المباشر إذا كان السبب لا ينفرد بالإتلاف إذا ترك وحده من دون مباشرة، وبعبارة أخرى إذا كان السبب لا يعمل بانفراده إتلافاً، أما إذا كان السبب يعمل بانفراده فيشتركان.

ويتضح ذلك بالأمثلة الآتية مع ملاحظة الاستثناءات التي سنذكرها^(١):

١- إذا حفر رجل بئراً تعدياً بأن كان الحفر في طريق عام من دون ترخيص إداري من السلطة الحاكمة، ثم جاء رجل آخر فدفع غيره في البئر، أو ألقى حيواناً فيه، ضمن الدافع أو الملقى، لأنه مباشر للتلف بالذات، وأما حافر البئر فهو متسبب فقط، لأن حفره وإن أفضى إلى التلف لكنه لا ينفرد بالإتلاف ما لم يوجد الدفع الذي هو المباشرة، وإذا كان السبب لا يعمل بانفراده في الإتلاف فلا يضمن المتسبب مع المباشر؛ لأن الحفر لا يعمل بانفراده شيئاً من دون الإلقاء. فإذا سقط إنسان أو حيوان في البئر بنفسه ضمن الحافر لانفراد السبب بالإتلاف.

٢- إذا دل شخص سارقاً على مال إنسان، فسرقه، فالعقوبة والضمان على السارق، لأنه مباشر، ولا شيء على الدال، لأنه متسبب.

(١) راجع الأشباه والنظائر لابن نجيم: ١٩٦/١ وما بعدها، ٩٩/٢، للسيوطي: ص ١٤٥، البدائع: ٢٧٥/٧، المبسوط: ١٨٥/٢٦، الفروق: ٢٧/٤، القواعد لابن رجب: ص ٢٨٥، مجمع الضمانات: ص ١٤٨، ١٧٢، ١٧٨، ٣٥٩، جامع الفصولين: ١١٠/٢، ١١٢، ١١٥ وما بعدها، قواعد الأحكام: ١٣٣/٢، الفرائد البهية في القواعد الفقهية: ص ١٨٤، ١٩٣، ٣١٣ وما بعدها.

ويلاحظ أن السرقة وإلقاء الحيوان هو فعل فاعل مختار، فيتعلق الحكم (وهو التضمين) بهما، فليست الدلالة أو الحفر علة للتلف، وإنما علته سوء اختيار الفاعل.

أما لو دل الوديع لصاً على الوديعة، ومكانها، فسرقها، فالضمان على الوديع، لأن الدلالة في هذه الحالة إخلال بواجب التزمه في عقد الإيداع وهو المحافظة على الوديعة، فكانت دلالة خيانة أو تقصيراً بواجبه في الحفظ، أو تركاً للحفظ.

٣- من دفع إلى صبي سكيناً أو سلاحاً ليمسكه، فقتل به نفسه، فلا ضمان على الدافع، لأنه متسبب، وإنما الضمان على نفس الصبي لأنه مباشر، إلا أن متأخري الحنفية قالوا: المختار أنه يضمن.

٤- إذا حل شخص رباط دابة في بيت مغلق، وفتح آخر غيره الباب، فخرجت، فالضمان على الفاتح وحده لأنه المباشر.

ما يستثنى من هذه القاعدة:

قد يضمن المتسبب وحده دون المباشر، وقد يضمنان معاً.

أولاً- تضمين المتسبب وحده:

يضمن المتسبب وحده إذا كان متعدياً، وتعذر تضمين المباشر لكونه غير مسؤول، أو غير موجود أو غير معروف، كما في الأمثلة الآتية^(١):

١- لو دفع شخص إلى صبي سكيناً ليمسكه له، فوقع عليه فجرحته، كان الضمان على الدافع، لأن السبب هنا يشتمل على معنى التعدي لكون الصبي لم يباشر فعلاً معيناً فهو غير مسؤول، والسكين بطبيعتها آلة جارحة.

(١) المبسوط: ١٤/١٦ وما بعدها، ١٨٥/٢٦، والبداية: ٢٧٣/٧، الأشباه والنظائر لابن نجيم: ١٩٧/١، مجمع الضمانات: ص ١٦٩، ٤٥٨، المذهب: ١٩٣/٢، الفرائد البهية في القواعد للشيخ الحمزاوي: ص ١٩٤، ٣١٤، النظرية العامة للموجبات للدكتور المحمصاني: ١٩٢/١.

ومثله: صبي ابن ثلاث سنين، وحق الحضانة للأم، فخرجت وترك الصبي، فوقع في النار، تضمن الأم.

٢- لو ساق إنسان دابة، فوطئت إنساناً أو مالاً بقوائمها وثقلها ضمن السائق ما أتلفته الدابة، لأن السبب انفرد بالتأثير، ولم يتوسط بينه وبين التلف فعل فاعل مختار.

قال السرخسي: وإذا ساق الراعي الغنم أو البقر، فتناطحت، فقتل بعضها بعضاً، أو وطئ بعضها بعضاً من سوقه:

فإن كان الراعي خاصاً والغنم لإنسان واحد، فلا ضمان عليه، لأنه مأذون بالسوق، ومن المعروف أن الأجير الخاص لا يكون ضامناً ما يتلف بعمل مأذون فيه.

وإن كانت الغنم لأكثر من شخص، أو كان الراعي مشتركاً، فهو ضامن ما يتلف، لأن الأجير غير المشترك متسبب بالإتلاف؛ لأنه سائق الدابة التي وطئت، وأما الأجير المشترك فلأن هذا من جنابة يده.

وإذا ساق الراعي الماشية، فعطبت واحدة، أو وقعت في نهر فعطبت، فهو ضامن، لأنه أجير مشترك.

والقاعدة في تضمين المتسبب هي: «يضاف الفعل إلى المتسبب إن لم يتخلل واسطة» ومن أمثلتها المشابهة لمثال السائق ما يأتي:

- رجل حمل ناراً، فوقع منها شيء على ثوب إنسان، كان ضامناً.
- لو ربط شخص دابة فجالت وأتلفت شيئاً، كان ضامناً.
- إذا كان الحداد يطرق حديداً، فخرجت نار، فوقع منها شيء على ثوب إنسان، كان ضامناً.
- لو طرح رجل على قارعة الطريق حية، فلدغت إنساناً بمجرد إلقائها فعطب، فهو ضامن، لأنه متعد في هذا السبب. فإذا مشت الحية، ثم لدغت أحداً، لم يضمن المتسبب، لأنه قد تخللت واسطة في ذلك.

ومثل ذلك لو ألقى رجل عقرباً أو زنبوراً ونحوهما على حيوان أو إنسان فأتلفه يكون الذي ألقى ضامناً، وهكذا فإن إلقاء الهوام يوجب الضمان.

٣- يضمن الشهود الزور ما تسببوا به من ضياع المال على المشهود عليه، ولا يسأل الحاكم مع أنه المباشر وهم المتسببون، لأنه معذور في حكمه.

٤- رجل أحدث شيئاً في الطريق من دون حق، فعثر به إنسان فوقع على إنسان آخر، فعطب الثاني، أو الاثنان معاً، كان الضمان على المحدث ذلك.

وكذلك لو دفع إنسان رجلاً على آخر فعطب الآخر، كان الضمان على الدافع، لأن المدفوع كآلة، والقاعدة في هذين المثالين هي «المدفوع كآلة في الضمان».

٥- إذا زلق شخص بماء المطر، فوقع في بئر حفره إنسان من دون حق، فعطب، كان صاحب البئر ضامناً، لأنه متسبب، ولم يوجد مباشر مسؤول عن وضع الماء.

٦- لو عثر شخص بحجر لم يعرف واضعه فوقع في بئر، يكون حافر البئر ضامناً، لتعذر معرفة المباشر، وصاحب البئر متسبب.

ثانياً- تضمين المتسبب والمباشر معاً:

يضمن المتسبب مع المباشر إذا كان للسبب تأثير يعمل بانفراده في الإتلاف متى انفرد عن المباشرة. وذلك كما لو اجتمع على قيادة الدابة سائق وراكب عليها، فالضمان عليهما، لأن سوق الدابة وحده يؤدي إلى التلف، وإن لم يكن هناك شخص راكب عليها.

وكذلك إذا نخس شخص الدابة بأمر ركبها، فوطئت إنساناً، فمات، يكون الضمان على الاثنين؛ لأن الناحس بمنزلة السائق. فإن فعل ذلك في مكان مأذون فيه كالطريق العام أو في موضع أذن فيه بالوقوف، فنفحت برجلها إنساناً، فقتلته، فلا ضمان على أحد، لأنه فعل فعلاً يملكه الراكب، ولو فعل الراكب لا يضمن ما أصابت الدابة بالرجل^(١).

(١) تحفة الفقهاء: ١٩٣/٣.

أما إذا نخسها من دون أمر الراكب، فضربت بيدها أو برجلها أحداً فمات، أو كدمت أو صدمت إنساناً على الفور، أو وثبت وألقت الرجل، كان الضمان على الناحس دون الراكب^(١).

وقد ذكرنا سابقاً أمثلة أخرى، والخلاصة أن المتسبب والمباشر يشتركان في الضمان إذا تعادلت قوة التسبب والمباشرة: بأن كان السبب مما يعمل بانفراده، ويختص المتسبب بالضمان إذا كان فعله أقوى من المباشرة، وفيما عدا ذلك يكون الأصل العام هو تقديم المباشر على المتسبب.

قاعدة التسبب والمباشر عند الحنابلة: اتفق الفقهاء من حيث المبدأ على قاعدة تقديم المباشر على المتسبب، واختلفوا أحياناً في تقدير التسبب والمباشرة^(٢)، وقد صاغ ابن رجب الحنبلي هذه القاعدة مع استثناءاتها فقال^(٣):

«إذا استند إتلاف أموال الأدميين ونفوسهم إلى مباشرة وسبب تعلق الضمان بالمباشرة دون السبب، إلا أن تكون المباشرة مبنية على السبب وناشئة عنه، سواء أكانت ملجئة إليه أم غير ملجئة، ثم إن كانت المباشرة والحالة هذه لا عدوان فيها بالكلية استقل السبب وحده بالضمان، وإن كان فيها عدوان شاركت السبب في الضمان، فالأقسام ثلاثة».

وهذه الأقسام كما يفهم من كلام ابن رجب هي:

١- **تضمين المباشر وحده:** كأن يحفر رجل بئراً عدواناً، ثم يدفع غيره فيها إنساناً، أو يلقي فيها مالاً، فيتلف، فالضمان على الدافع وحده. ولو فتح شخص قفصاً، فاستقر الطائر فيه بعد فتحه، فجاء آخر، فنفره، فالضمان على المنفر وحده. ولو رمى شخص غيره من مكان شاهق، فتلقيه آخر بسيف فقدّه به، فالقاتل هو المتلقي دون الرامي. وهذا هو مقتضى القاعدة والأصل العام فيها.

(١) الدر المختار: ٤٢٨/٥.

(٢) تبين الحقائق: ١٥٠/٦، الدر المختار: ٤٢٩/٥، مختصر خليل والشرح الكبير: ٢٤٣/٤،

٢٤٦، الوجيز وتهذيبه: ٢٠٦/٢، ٢٠٨، بداية المجتهد: ٣١١/٢، ٣٨٨، ٤٠٩، فتح

العزیز شرح الوجيز: ٢٣٩/١١، الميزان: ١٤٢/٢، المغني: ٦٤٥/٧، ٧٥٥، ٨٢٢،

كشاف القناع: ٩٨/٤، المحلى: ٦٣٦/١.

(٣) القواعد: ص ٢٨٥، القاعدة ١٢٧، المغني: ٨٢٢/٧ وما بعدها، ٣٣٨/٨ وما بعدها.

٢- **تضمين المتسبب وحده:** وذلك إذا كانت المباشرة لا عدوان فيها، مثل أن يقدم شخص لآخر طعاماً مسموماً عالمياً بالسم، فأكله جاهلاً بوجود السم فيه، فالقاتل هو المقدم، وعليه القصاص، أو الدية عند العفو. ولو حكم الحاكم بقتل إنسان بشهادة زور، ثم أقر الشهود أنهم تعمّدوا الكذب، فالضمان والقصاص عليهم دون الحاكم.

ولو أكره شخص غيره على إتلاف مال الغير، فالضمان على المكره في أحد الوجهين عند الحنابلة. وفي الوجه الثاني: الضمان على المكره والمستكره.

٣- **تضمين المتسبب مع المباشر:** وذلك إذا كان في المباشر عدوان، كما في الإكراه على القتل، فالمذهب عند الحنابلة اشتراك المكره والمستكره في القصاص والضمان، لأن الإكراه ليس بعذر في القتل. وكما في إمساك المقتول، فإن الممسك مع القاتل يشتركان في الضمان والقصاص في إحدى الروايتين عند الحنابلة. وفي الرواية الأخرى: يختص المباشر بالعقوبة ويحبس الماسك حتى يموت.

ولو حفر رجل بئراً عدواناً في الطريق، فوضع آخر إلى جانبها حجراً، ففي رواية عند الحنابلة: يختص الواضع بالضمان كالدافع غيره في البئر، وفي رواية أخرى: يشترك الاثنان في الضمان كما في حالة الممسك مع القاتل. أما لو كان الحافر غير متعمداً في الحفر، فالضمان على الواضع وحده.

ولو دل الوديع لصاً على الوديعة، فسرقتها، فالضمان عليهما عند الحنابلة.

والخلاصة: أن اشتراك المتسبب مع المباشر في الضمان مشروط عند الحنفية والشافعية بأن يكون السبب مما يعمل بانفراده. وعند المالكية والحنابلة مشروط بأن تكون المباشرة مبينة على السبب وناشئة عنه، كما قال ابن رجب بحيث لو تخلفت السببية لزال علة الإتلاف، كما هو الحال في جريمة الاشتراك بالقتل أو السرقة ونحوهما من الجرائم^(١).

(١) انظر المسؤولية التقصيرية بين الفقه والقانون للدكتور فيض الله: ص ٣٣٧.

٢- «المباشر ضامن وإن لم يتعمد» (م ٩٢ مجلة).

المباشر كما ذكرنا: هو الذي يحصل الضرر بفعله بلا واسطة.

والأصح أن يقال في هذه القاعدة: «وإن لم يتعد» إذ لا عبرة للقصد الجنائي في ضمان الأموال، وإن الخطأ والعمد فيها سواء، ولذا فيلزم بالتضمنين من لا قصد له كالصبي والمجنون، إذ لا يتصور منهما قصد ولا عمد. وهذا ما يميز المباشر عن المتسبب، ففي التسبب يشترط للتضمنين وجود التعدي، وفي المباشرة لا يشترط التعدي^(١)، فالمباشر ضامن وإن لم يتعد، والمتسبب لا يضمن إلا إذا كان متعدياً^(٢)، كما سنذكر في القاعدة التالية.

وعلى هذا فمن أ تلف مالا أو نفساً أو عضواً، سواء أكان متعمداً أم مخطئاً، رجلاً أم صبياً، في ملكه أم في غير ملكه فهو ضامن (م ٩١٢، ٩١٦ مجلة) ولا فرق في الخطأ بين أن يكون في نفس الفعل كأن يقصد الرامي إصابة طائر فيصيب بهيمة، أو في ظن الفاعل كأن يتصور الرامي أن الهدف جماد، فإذا هو إنسان أو حيوان، أو في حالة النوم كأن ينقلب نائم على مال فيتلفه. وهكذا تجب الدية في جميع صور القتل الخطأ، كما يجب ضمان المتلفات على زعم أن الشيء مال للمتلف (م ٩١٤ مجلة).

الأمثلة^(٣):

١- لو وضع شخص شيئاً على طريق الناس لعذر، فعثر به إنسان فسقط، وهلك ذلك الشيء من غير قصد منه، يضمن العاثر. ولو ألقى شخص قشراً في الطريق، فزلقت به دابة، ضمن، إذ لم يؤذن في ذلك شرعاً، فيضمن ما تولد عنه. وإذا زلق أحد وسقط على مال آخر وأتلفه ضمن (م ٩١٣ مجلة).

(١) تبين الحقائق: ١٥٠/٦، الأشباه لابن نجيم: ٧٨/٢، مجمع الضمانات: ص ٤٢٣، درر

الحكام: ٢٧٣/٢، الفروق: ٣١/٤.

(٢) مجمع الضمانات: ص ١٤٦.

(٣) مجمع الضمانات: ص ١٤٦-١٥٤، ١٦١، ١٦٥، جامع الفصولين: ١١٣/٢،

١٢٤ وما بعدها، الأشباه والنظائر لابن نجيم: ٩٩/٢.

٢- رمى شخص سهماً إلى هدف في ملكه، فتجاوزه وأتلف شيئاً لغيره، ضمن.

٣- طارت شرارة من دكان حداد، فأحرقت ثوب رجل يمر في الطريق، ضمن الحداد.

٤- إذا انقلب النائم على متاع، فكسره، يجب الضمان، ولو سقط إنسان من حائط على إنسان في الطريق، فقتله، كان ضامناً دية المقتول كما لو انقلب نائم على إنسان فقتله، فإنه يكون ضامناً.

وهكذا «على الأعلى ضمان الأسفل إن مات الأسفل به في الأحوال كلها» لأن الأعلى مباشر قتل الأسفل.

٥- صبي بال على سطح، فنزل من الميزاب، وأصاب ثوباً فأفسده، غرم الصبي.

٦- رجل أحرق صك رجل، أو دفتر حسابه، يضمن قيمة الصك مكتوباً.

٧- جلس رجل على ثوب آخر بغير إذنه، فقام صاحب الثوب وتخرق، يضمن الجالس. ولو كان القصار يدق شيئاً في دكانه، فانهدم حائط الجار، يضمن، لأنه مباشر.

٨- أشرفت سفينة على الغرق، فألقى بعضهم متاع غيره في الماء حتى خفت، ضمن قيمته في تلك الحال.

٩- حفر رجل نهراً في غير ملكه، فانبثق الماء من ذلك النهر وغرق أرضاً أو قرية، كان ضامناً، لأنه أسال المال في غير ملكه، فيضمن. ولو تعدى أحد برش الطريق ضمن، وإلا فلا يضمن بأن رش كالمعتاد لدفع الغبار.

٣- «المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد» (م ٩٣ مجلة):

المتسبب كما أسلفنا: هو من يفعل فعلاً يؤدي إلى ضرر ما، ولكن بواسطة أخرى. والتعمد: هو فعل الشيء بقصد الضرر. وأما التعدي فهو فعل السبب بغير حق، فهو أعم من التعدي، ويكون سبباً للضمان سواء تعمد أم لا.

والأصح أن يقال في هذه القاعدة كما ذكرنا فيما قبلها: «إلا بالتعدي» وذلك لأن شرط تضمين المتسبب هو وجود التعدي^(١) سواء أكان بقصد أم لا.

والتعدي يكون بتجاوز حدود الحق المسموح به شرعاً أو عادة، فكل فعل أدى لإلحاق ضرر بالغير بغير حق، كان سبباً موجباً للضمان، فإن لم يكن هناك تعدد فلا ضمان على المتسبب، ويتضح ذلك بالأمثلة الآتية^(٢):

١- من حفر حفرة في ملكه، فوقع فيها إنسان، لم يضمه، أما لو كان الحفر في غير ملكه، بأن كان في الطريق العام من دون ترخيص الحاكم، أو في ملك الغير، أو في ملك نفسه مع إهمال بعض الشروط الواردة في الترخيص الرسمي، ضمن ما يقع في الحفرة من نفس أو مال (انظر المادة ٩٢٤ مجلة).

٢- في حقوق الجوار: هدم شخص جداره، فسقط على جدار جاره فانهدم، لا يضمّن. ولو هدم بيت نفسه، فانهدم به بيت جاره، وطلب منه جاره قيمة البناء، لا يضمّن.

ولو اتخذ رجل بئراً في ملكه أو بالوعة، فوهن منها حائط جاره، وطلب منه جاره تحويله، لم يجب عليه، فإن سقط الحائط من ذلك لا يضمّن، لأن المتسبب في هذه الحالات غير متعد.

ولو نقب رجل حائط إنسان بغير إذن مالكه، فسرق منه شيء، لم يضمّن الناقب، لأنه متسبب، والسارق مباشر، ويقدم المباشر على المتسبب كما عرفنا.

٣- من قطع جبل قنديل فسقط، أو فتح باب القفص، فطار الطير منه، أو حل رباط دابة أو فتح باب إصطبلها، فخرجت الدابة، أو شق زق سمن ولو كان جامداً حينئذ، فسال الدهن، ضمن على الرأي الراجح عند الحنفية، لوجود التعدي. ولو

(١) نصت المادة ٩٢٤ من المجلة على ذلك: «يشترط التعدي في كون التسبب موجباً للضمان:

يعني ضمان المتسبب في الضرر مشروط بعمله فعلاً مفضياً إلى ذلك الضرر بغير حق...».

(٢) المبسوط: ١٨٦/٢٦، ٢٢/٢٧، مجمع الضمانات، المكان السابق، ١٥٧، تبين الحقائق:

٤٣/٦، ١٤٩، جامع الفصولين: ١١٥/٢ وما بعدها، ١٢٤ وما بعدها، الدر المختار: ٥/

٣١٧، البدائع: ٢٧٤/٧، مغني المحتاج: ٨٠/٤.

سد أحد ماء أرض لآخر، فييس الزرع أو الشجر، أو أفاض الماء على أرض الغير فتلفت المزروعات، يكون ضامناً (م ٩٢٢ مجلة).

٤- إذا نفرت دابة بسبب إطلاق رصاص على طائر، فتلفت أو انكسرت إحدى قوائمها أثناء فرارها، لا يضمن الصياد لعدم تعديده. فإن أطلق الرصاص بقصد تخويف الحيوان وإجفاله، فهرب وتلف، ضمن (م ٩٢٣ مجلة).

٥- لو أوقد شخص ناراً في يوم الريح، وهو يعلم أن الريح تهب بها إلى مال غيره، فتتلفه، ضمن لتعمده إضرار الآخرين.

ولو أسال الماء إلى أرض نفسه، وهو يعلم أن أرضه تحمل مقدار الماء، لم يضمن إذا سقاها سقياً معتاداً، لأنه متسبب غير متعد، وإلا فيضمن.

ولو أحرق رجل في أرضه شوكة أو تبناً، فذهبت الريح إلى أرض جاره، وأحرقت زرعه: فإن كانت النار بعيدة من أرض الجار على نحو لا يصل إليه شرر النار عادة، فلا ضمان عليه، لأن التلف حصل بفعل النار وهو جبار أي هدر. أما لو كانت النار قريبة من أرض الجار على نحو يصل إليه شرار النار غالباً، فإنه يضمن، لأن له الإيقاد في ملك نفسه، لكن بشرط السلامة للآخرين.

٦- من سقى أرضه، فتعدى الماء إلى أرض جاره: فلو أجرى الماء في أرضه إجراء لا يستقر في أرضه، وإنما يستقر في أرض جاره، ضمن، لأن هذا دليل على وجود التعمد والتعدي. أما إذا كان الماء يستقر في أرضه، ثم يتعدى إلى أرض جاره، فإن طلب منه جاره منع الماء بواسطة ممكنة، ولم يفعل، ضمن، وإن لم يطلب منه ذلك لم يضمن.

وكذلك يضمن إذا كانت أرض جاره أخفض من أرضه، وكان يعلم أنه لو سقى أرضه، نفذ الماء إلى أرض جاره، ضمن.

٧- رجل رأى صبيّاً على حائط، أو شجرة، فصاح به الرجل، وقال له: «قع» فوق الصبي ومات، ضمن القائل ديته. ولو قال: «لا تقع» فوق، ومات، لا يضمن.

ولو صاح مجنون بدابة شخص، فجفلت ووقع الراكب أو الحمل فتلف، كان ضامناً المال، وإن لم يكن عنده قصد الإضرار، إلا أنه متعد، لكن لا يعاقب عقوبة بدنية.

والخلاصة: أن المقصود بالتعمد في هذه القاعدة والتي سبقتها هو التعدي وليس «القصد».

٤- «يضاف الفعل إلى الفاعل لا الأمر ما لم يكن مُجبراً» (م ٨٩م مجلة).

إن الذي يقضي به المنطق ويقره التشريع السماوي والوضعي أن المسؤول عن أفعال التعدي هو الذي صدر منه الفعل وباشره في الواقع لقوله تعالى: ﴿فِيمَا كَسَبَتْ أَيْدِيكُمْ﴾ [الشورى: ٣٠/٤٢] ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾ [المدثر: ٣٨/٧٤] لكن الضرورة تقضي أيضاً^(١) بأن التعدي إذا وقع بناء عن إكراه، فيسأل المكره عنه، لأن المستكره يكون حينئذ كآلة المطوعة بيد المكره الأمر.

فالمراد بالفعل هنا هو التعدي على الأموال أو الأنفس، والفاعل هو المباشر لفعل التعدي، والمجبر: هو الأمر المكره على ارتكاب فعل بغير حق ولا رضا، ويتوضح ذلك بالأمثلة الآتية^(٢):

١- لو أمر شخص غيره بإتلاف مال إنسان، أو بقتله، فنقذ الأمر الصادر إليه، كان المأمور هو المسؤول عن الجريمة الحادثة؛ لأن الأمر بالتصرف في مال الغير باطل، ولأن الإباحة لا تجري في النفوس، ويسقط القصاص للشبهة، إلا أن يكون المأمور مكرهاً على ارتكاب الفعل بالإكراه الملجئ، فيسأل المكره حينئذ (م ١٠٠٧ مجلة) وأمر السلطان في حكم الإكراه، إذ المأمور يعلم عادة أنه يعاقب إن لم يمثل أمره، فيضمن السلطان لا مأموره.

قال في الدر المختار^(٣): الأمر لا ضمان عليه إلا في ستة: إذا كان الأمر سلطاناً أو سيداً أو أباً أو المأمور صبيّاً، أو عبداً أمره بإتلاف مال غير سيده، وإذا أمره بحفر باب في حائط الغير غرم الحافر، ورجع على الأمر.

(١) انظر نظرية الضرورة الشرعية للمؤلف: ص ٨٢.

(٢) جامع الفصولين: ١٠٧/٢-١١٠، مجمع الضمانات: ص ١٥٤-١٦٠، الأشباه والنظائر لابن نجيم: ٩٥/٢، الدر المختار ورد المحتار: ١٥٠/٥، ٤١٨.

(٣) جامع الفصولين: ١٥٠/٥ نقلاً عن الأشباه والنظائر لابن نجيم.

٢- ومن أمر غيره بإجراء عقد، كان المأمور هو المسؤول عن تنفيذ مقتضى العقد، إلا إذا تم العقد بإكراه، فيسأل عنه المكره، ويكون الأمر باطلاً لاغياً.

٣- من أمر غيره بأخذ مال الغير، ضمن الآخذ، لا الأمر، إذ الأمر لم يصح، قال الحنفية: «وفي كل موضع لم يصح الأمر، لم يضمن الأمر» وإنما يضمن المأمور؛ إلا إذا كان مغرراً به. ولهذه القاعدة أمثلة هي:

- إذا أمر رجل صبيّاً بتخريق ثوب إنسان، أو بقتل، فالضمان مبدئياً في مال الصبي، ثم يرجع الصبي بقيمة الضمان على الأمر، لتغريه إياه؛ لأنه قاصر العقل، وقد غره الأمر، فكان هو في حكم الآلة.

- لو قال شخص لغيره: «احفر لي في هذا الحائط» أي البستان أو قال: «في حائطي» وكان الحائط لغيره، فحفر جاهلاً بذلك، فالضمان مبدئياً على الحافر، ويرجع بقيمته على الأمر، لتغريه إياه، وإيهامه له بأن الحائط مملوك له بدليل قوله «لي» الموهوم بتملكه للحائط.

ومثل ذلك ما إذا قال الأمر: «احفر هذا الحائط» ولم يقل «لي» إلا أنه كان ساكناً في الدار، فيعد الأمر تغريراً أيضاً، لأنه من علامات الملك، وإلا فلا يرجع المأمور على الأمر بالضمان: لأن الأمر لم يصح بزعم المأمور.

- لو أمر شخص آخر بذبح شاة، فذبحها، ثم تبين للذابح أن الشاة ملك الغير، فالضمان على المأمور أولاً، ثم يرجع به على الأمر لتغريه إياه.

والخلاصة: أن المسؤول عن الضمان هو المباشر للفعل غير المشروع إلا في أحوال أربعة يضمن فيها الأمر وهي:

١- حالة تنفيذ الأمر بالإكراه الملجئ: وهو الذي لا يبقى للشخص معه قدرة ولا اختيار. والكلام على الإكراه يحتاج إلى تفصيل ليس هنا محله^(١).

(١) راجع ما سبق: ص ٧٤، والفقه الإسلامي في أسلوبه الجديد: ١٩٤/٢، ونظرية الضرورة الشرعية ص ٨٢ للمؤلف. وخلاصة ذلك أن الإكراه الملجئ على إتلاف مال الغير موجب للضمان على الأمر لا الفاعل، وفي الإكراه غير الملجئ يكون الضمان على الفاعل. وإذا كان الفعل لا يقع بغير الفاعل كالأكل، فالضمان على الفاعل لا الأمر مهما كان نوع الإكراه.

٢- تنفيذ أمر الحاكم الذي يخاف منه، لأن أمره إكراه وقانون واجب الطاعة، ويعذر به الفاعل استثناء من القاعدة الشرعية: «لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق».

٣- تنفيذ أمر الأب فيما يسوغ له شرعاً.

٤- تنفيذ الأمر بتغيير وخداع من الأمر.

وقد رأيت أن حصر هذه الحالات بأربع يغني عما ذكره فقهاء الحنفية من قولهم: «إن الأمر لا ضمان عليه بالأمر إلا في ستة: إذا كان الأمر سلطاناً، أو أباً، أو سيداً، أو المأمور صبيّاً أو عبداً لغيره أمره بإتلاف مال غير سيده، وإذا أمره بحفر باب في حائط الغير غرم الحافر ورجع على الأمر» وزاد بعضهم عليها فأوصلها إلى ثمانية^(١) إلا أن حالة التغيير يدخل تحتها ما لم أذكره.

٥- «الضرر يزال» (م ٢٠ مجلة)

هذه القاعدة هي الأساس في وجوب ضمان المتلفات، فعلى المتلف ضمان ما أتلف وتعويض الضرر الواقع، إزالة لآثاره وترميماً لنتائجه.

وهي أيضاً أساس لكثير من أحكام الفقه، فمن ارتكب فعلاً غير مشروع، أو قام بفعل مشروع ترتب عليه ضرر بالآخرين، فيجب إزالته كرد المبيع بالعيب أو بغبن فاحش مع التغيير، أو لتفرق الصفقة، أو لعدم الرؤية، وكالحجر على المدين المفلس والمفتي الماجن والطبيب الجاهل والمكاري^(٢) المفلس، وكالجبر على القسمة لدفع ضرر الشيوع، ومشروعية الشفعة لدفع ضرر القسمة عن الشريك، ودفع ضرر الجار السوء عن الجار، وتشريع عقوبات الحدود والقصاص والكفارات منعاً من أذى وإفساد المجرمين وتجويز فسخ الزواج بسبب العيوب أو للإعسار بالنفقة أو لغيبة الزوج في مذهب المالكية والشافعية، ووجوب تعيين الحكام

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم: ٩٨/٢، الدر المختار، المكان السابق، مجمع الضمانات: ص ١٥٨.

(٢) المكاري: هو مؤجر وسائل النقل كالسيارات والعجلات والدواب.

والقضاة لفصل الخصومات وإقامة العدل، وإباحة دفع الصائل أو الدفاع عن النفس والمال ونحوهما، والإذن بقتال الأعداء حفاظاً على كيان الأمة ومنعاً من الظلم وإقرار الحرية ومنع الفتنة في الدين، ونحو ذلك^(١).

ومن الأمثلة على هذه القاعدة في مجال الحقوق المدنية:

١- من فتح نافذة في داره بحيث تطل على مقر نساء جاره، يحكم عليه بوجوب سدها إزالة للضرر.

٢- إذا تدلت أغصان شجرة على دار الجار، ومنعت عنه الهواء والنور، يحكم عليه بقلع الشجرة، أو تقليم أغصانها حسب الأحوال.

٣- من بنى بناء سدَّ به النور والهواء على جاره، فيؤمر برفع هذا الضرر.

٤- يجوز للقاضي بيع أموال المدين لوفاء ديونه.

٥- للشريك الذي أنفق نفقة لإعادة بناء مشترك مع آخر أن يحبس العين تحت تصرفه حتى يستوفي قيمة النفقات التي أنفقها.

ومن المعروف أن هذه القاعدة مفرعة عن قاعدة أخرى هي نص حديث نبوي ثابت وهي: «لا ضرر ولا ضرار»^(٢) (م ١٩ مجلة).

والمقصود بالضرر: هو إلحاق مفسدة بالغير، والحديث يطالب بمنع وقوع الضرر مطلقاً، فلا يجوز للإنسان إضرار غيره سواء تعمد الإضرار، أم وقع الضرر أثناء القيام بفعل مشروع، فلا يجوز للمالك التصرف في ملكه بحيث يضر غيره، ولا يجوز بيع شيء وإخفاء العيب الذي فيه.

والمقصود بالضرار: هو مقابلة الضرر بالضرر، فالحديث يمنع المقابلة بالضرر، فلا يباح الثأر للقتيل منعاً من انتشار القتل، ولا يجوز مقابلة الإتلاف بمثله، فمن

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم: ١١٨/١، ١٢١، للسيوطي: ص ٧٦.

(٢) أخرجه مالك في الموطأ مرسلًا، وأخرجه الحاكم في المستدرک وابن ماجه والبيهقي والدارقطني من حديث أبي سعيد الخدري، وأخرجه ابن ماجه والبيهقي والطبراني وعبد الرزاق من حديث ابن عباس، ورواه ابن ماجه من حديث عبادة بن الصامت، قال الشوكاني (نيل الأوطار ٢٦٠/٥): وهو حديث مشهور.

أُتلف ماله لا يحل له شرعاً إتلاف مال المتعدي^(١)، لأن الإتلاف لا يجبر التلف الحاصل، وإنما يوسع دائرة الضرر من دون فائدة، لذا فإنه يجب تعويض التلف بتقديم المثل أو القيمة محافظة على الأموال من الضياع^(٢)، والإسلام يكره إضاعة المال، قال عليه السلام: «إن الله حرم عليكم عقوق الأمهات ووأد البنات ومنعاً وهات، وكره لكم قيل وقال، وكثرة السؤال، وإضاعة المال»^(٣).

٦- «تصرف الإنسان في خالص حقه إنما يصح إذا لم يتضرر به غيره».

هذه القاعدة مستمدة من الحديث النبوي السابق ذكره: «لا ضرر ولا ضرار» وهي أساس واضح لنظرية «منع التعسف في استعمال الحق» التي أخذ بها الحنفية وغيرهم استحساناً، وهي القاعدة المنظمة لحقوق الجوار. ومعناها أن الإنسان عليه مراعاة حقوق جاره، فلا يلحق به ضرراً. فمن كان مالكاً لشيء، له أن يتصرف فيه أي تصرف شرعي من بناء الجدران، وحفر الحفر، وإعلاء البناء ونحو ذلك، بشرط عدم إلحاق ضرر فاحش بالغير. والضرر الفاحش: ما يترتب عليه هدم البناء أو وهنه، أو منع المنافع المقصودة منه.

وأما الضرر اليسير كرفع البناء بحيث لا يسد الضوء ولا يمنع الهواء بالكلية عن جاره، فله فعله، لأنه لا يمكنه الاحتراز منه. وينبغي على ذلك ما يأتي^(٤):

(١) نصت المادة (٩٢١ من المجلة) على ما يأتي: «ليس للمظلوم صلاحية أن يظلم آخر بما أنه ظلم، مثلاً: لو أُلّف زيد مال عمرو مقابلة بما أنه أُلّف ماله، يكونان ضامنين، وكذا لو أُلّف زيد مال عمرو الذي هو من قبيلة طي بما أن بكرأ الذي هو من تلك القبيلة أُلّف ماله، يضمن كل منهما المال الذي أُلّفه، وكذا ليس لمن أخذ دراهم زيوفاً من أحد صلاحية صرفها للآخر».

(٢) راجع أعلام الموقعين: ٣٢٧/١، ١٠٤/٢.

(٣) متفق عليه بين البخاري ومسلم من حديث المغيرة بن شعبة.

(٤) الأشباه والنظائر لابن نجيم: ١٩٠/١ وما بعدها، جامع الفصولين: ١٢٥/٢، شرح مرشد الحيران للمرحوم الأبياني والسنجلكي: ٤٥/١، المسؤولية المدنية والجنائية للمرحوم الشيخ محمود شلتوت: ص ٢٣.

١- إذا كانت الحفريات من أجل البناء تؤدي إلى انهدام بيت الجار، فيجب اتخاذ الاحتياطات للوقاية من ذلك.

٢- إذا تسرب الماء إلى دور الجيران بسبب خلل في مجاري المياه، أو بسبب بالوعة، وجب إزالة ذلك.

٣- لو حفر إنسان بئراً في أرضه، فأدى إلى نضوب ماء بئر الجار، وجب سد ماء البئر في مذهب الحنابلة. ولا شيء عليه عند الحنفية لأن الماء الموجود تحت الأرض غير مملوك لأحد، وهذا ما أخذت به المجلة (١٢٨٨م).

٤- إذا كان دخان الأفران والمعامل أو رائحة المعاصر يضر ضرراً بالغاً بالجيران بحيث لا يحتمل عادة، وجب إزالته دفعاً للضرر الفاحش.

٥- يجب سد النوافذ المحدثّة من دون إذن إذا كانت تطل على نساء الجيران، ولو كان لصاحبها مصلحة، لأن درء المفساد في كل ما ذكر ونحوه مقدم على جلب المصالح.

٦- ترث عند الحنفية المرأة المطلقة من زوجها طلاق فرار بأن طلقها طائعاً طلاقاً بائناً في مرض موته بغير رضاها، ومات قبل انقضاء عدتها، لأن هذا الطلاق تعسفي، وقد ألحق ضرراً فاحشاً بها، فيعامل بنقيض مقصوده.

وهو مذهب الحنابلة تماماً، وكذلك مذهب المالكية ولو بعد انتهاء العدة.

٧- «لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذنه» (٩٦ مجلة) «لا يجوز لأحد أخذ مال أحد بلا سبب شرعي» (٩٧ مجلة):

معنى القاعدة الأولى أنه لا يحل شرعاً لإنسان أن يتصرف في أموال الآخرين من دون إذن أصحابها، سواء أكان التصرف فعلياً أم قولياً. وكان ينبغي صياغة القاعدة على هذا النحو: «لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذن ولا ولاية ولا ضرورة»، حتى يشمل الكلام حال التصرف بالولاية أو الوصاية أو الضرورة، ففي هذه الأحوال يجوز التصرف في مال الغير للإذن الشرعي بذلك، ومثله الإذن

العرفي، والإذن دلالة^(١). فمن كان ولياً أو وصياً على مال قاصر فله التصرف فيه، ومن اضطر إلى أخذ مال الغير ليأكله حفاظاً على نفسه من الهلاك بسبب الجوع، أو اضطر إلى هدم حائط أو منزل لجاره بإذن الحاكم تطويقاً لحريق نشب في داره ومنعاً لسرايته إلى دور الآخرين، فإنه يجوز له ذلك شرعاً.

والراعي إذا ذبح شاة لا ترجى حياتها فلا يضمنها، لتعارف الناس ذلك، بخلاف الأجنبي إذا رأى شاة إنسان قد أشرفت على الهلاك فذبحها فإنه يضمنها لأنه غير مأمور بالحفظ. والضيف له أن يستعمل إناء المضيف للشرب ونحوه للإذن بذلك دلالة.

قال الحنفية: وكذلك كل المسائل الاستحسانية، أي التي يثبت الإذن فيها دلالة استحساناً لا ضمان فيها، فللوديع أن ينفق على أبوي المودع بغير إذنه إذا كان في مكان لا يمكنه فيه استطلاع رأي القاضي، ولا ضمان عليه استحساناً. وإذا مات بعض الرفقة في السفر فباعوا أمتعته وجهازه بئمنها، أو أغمي عليه فأنفقوا عليه من ثمن متاعه، لم يضمنوا استحساناً.

وفي غير هذه الحالات لا يجوز التصرف في مال الغير.

أ- فالتصرفات الفعلية في ملك الغير كالركوب واللبس ووضع الجذوع على الجدران ودخول الدار والمرور بالأرض والزرع والحفر والهدم والاستخدام والاستهلاك ونحو ذلك من دون حق: تعتبر تعدياً كالغصب مستوجباً لضمان الضرر الواقع، وللمالك المنع من هذه التصرفات واسترداد ملكه، كما أن له إجازة الفعل، لأن الإجازة تلحق الأفعال كالأقوال، فالتصرف الفعلي بلا إذن المالك إذا أجازة المالك انقلب مأذوناً^(٢).

ب - والتصرفات القولية كالتعاقد من دون إذن على أموال الآخرين بالبيع والإجارة والرهن والإعارة والإيداع والصلح والهبة ونحو ذلك من عقود

(١) راجع الأشباه والنظائر لابن نجيم: ٩٨/٢، الدر المختار ورد المحتار: ١٤٠/٥، مجمع الضمانات: ص ١٤٣، الفرائد البهية في القواعد الفقهية للشيخ محمود حمزة: ص ١٩١.

(٢) المدخل الفقهي للأستاذ الزرقاء: ف ٦٥٣، الدر المختار: ١٣٩/٥.

المعاوضات والتبرعات: تعتبر عند الحنفية والمالكية تصرفات غير نافذة، وإنما هي فضالة متوقفة على إجازة المالك، والإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة، فإذا وجدت الإجازة نفذ التصرف.

وتستتبع هذه القاعدة عدم جواز أخذ مال الغير بلا مسوغ مشروع، وهو ما تتضمنه القاعدة الثانية: «لا يجوز لأحد أخذ مال أحد بلا سبب شرعي».

ومعناها أنه لا يحل شرعاً مهما كان الحال عمداً أم خطأ، جداً أم هزلاً أن يأخذ إنسان مال غيره من دون سبب شرعي مشروع، لأن مبدأ الشريعة العام هو احترام حقوق الناس المالية، فمن تجاوز هذا المبدأ اعتبر غاصباً متعدياً يجب عليه رد المال لصاحبه ما دام موجوداً، وضمان مثله أو قيمته إن هلك، لقوله عليه السلام: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه» وقوله: «لا يأخذ أحدكم متاع صاحبه، لاعباً جاداً، ومن أخذ عصا أخيه فليردها»^(١).

من أمثلة الحالات غير المشروعة: النهب والسلب والسرقة والغصب والربا والقمار والرشوة ونحو ذلك. قال ابن جزي المالكي في قوانينه^(٢): «إن أخذ أموال الناس بالباطل على عشرة أوجه كلها حرام، والحكم فيها مختلف: وهي الحرابة، والغصب، والسرقة، والاختلاس والخيانة، والإذلال، والفجور في الخصام بإنكار الحق أو ادعاء الباطل، والقمار كالشطرنج والنرد، والرشوة فلا يحل أخذها ولا إعطاؤها، والغش والخلابة في البيوع».

ومن أمثلة الأسباب المشروعة للأخذ: عقود المعاوضات المالية كالبيع والإيجار ونحوهما، وعقود التوثيق من رهن وكفالة وحوالة، وحالات الضرورة الشرعية كضرورة الغذاء والدواء، والإكراه، والجهل والهرج أو العسر، والدفاع الشرعي والظفر بالحق ونحو ذلك^(٣).

(١) الحديث الأول رواه أبو داود وابن ماجه والترمذي وقال: حديث حسن. والحديث الثاني رواه أبو داود من حديث عبد الله بن السائب بن يزيد عن أبيه عن جده.

(٢) ص ٣٢٩.

(٣) راجع نظرية الضرورة الشرعية للمؤلف.

ومن تطبيقات هذه القاعدة ما يأتي^(١).

١- من دفع شيئاً لآخر ظاناً أنه دين واجب عليه، ثم تبين خلافه فله استرداده. ومن تصالح مع آخر، فأخذ عوض الصلح، ثم اعترف أنه لا حق له عند الخصم، وجب عليه رد ما أخذه لصاحبه، وبطل الصلح.

٢- إذا أخذ المشتري من البائع بدلاً عن العيب الذي اطلع عليه في المبيع ثم زال العيب. فيجب عليه رد بدل النقصان إلى البائع.

٣- من وضع يده على شيء بالتقادم مدة طويلة من الزمان، ثم ادعى شخص عليه، وأثبت أن الشيء مملوك له، وجب عليه ديانة رد الشيء للمدعي؛ لأن التقادم شرعاً لا يصلح سبباً من أسباب كسب الملكية، إذ إن الحق لا يسقط بالتقادم (مجلة م ١٦٧٤)، وإنما هو فقط مانع من سماع الدعوى قضاء، كما أوضحنا سابقاً.

٨- «الجواز الشرعي ينافي الضمان» (م ٩١ مجلة):

معناها أنه إذا كان الفعل الضار جائزاً مطلقاً غير ممنوع شرعاً بأي وجه من وجوه المنع، فلا ضمان على الفاعل أي لا يسأل مسؤولية مدنية. ويتضح ذلك بالأمثلة الآتية^(٢):

١- إذا ترتب على فتح محل تجاري كساد تجارة المحل الآخر، لا ضمان (م ٩٦٥، ١٢٨٨ مجلة).

٢- من حفر بئراً أو حفرة في ملكه، فوقع فيها حيوان، فمات لا يضمن الحافر شيئاً (م ٩١ مجلة) لأن كل إنسان حر التصرف في أملاكه ما لم يتعلق بها حق الغير، وإلا فيمنع من الفعل، فحافر البئر فعل ما يجوز له شرعاً، فلا يسأل عن الضرر الحادث، وإن كان سبباً له، لأن تصرف الإنسان في ملكه الخاص غير مقيد بشرط سلامة الآخرين.

(١) شرح المجلة للأتاسي: ٢٦٤/١، للمحاسني: ١١٩/١ وما بعدها، المدخل الفقهي للزرقاء: ف ٦٥٥.

(٢) البدائع: ٦٨/٦، ٢٧٢/٧، درر الحكام: ١٠٩/٢، ١١١ مجمع الضمانات: ص ١٤٩ وما بعدها، جامع الفصولين: ص ١٢٤، الأتاسي: ص ٢٥١، المحاسني: ص ١١٤ وما بعدها، المحمصاني: ٣٦/١، الزرقاء: ف ٦٤٨.

هذا على عكس الأموال العامة فإن الانتفاع المأذون بها شرعاً مقيد بوصف السلامة، فمن سار في الطريق العام فأصاب شيئاً بنفسه أو بدابته أو بسيارته، فإنه ضامن له، وكذلك لو حفر حفرة في الطريق العام من دون إذن فوقع فيها إنسان أو حيوان يكون الحافر ضامناً.

وكذلك إيقاد النار حتى ولو في الملك الخاص مقيد بشرط السلامة لأن للنار سرياناً وانتشاراً، فإذا وصل شرار النار إلى مال الغير على وجه يصل إليه غالباً، فإنه يضمن.

٢- إذا أذن الحاكم بفعل كهدم جدار أو دار أثناء الحريق، أو كالإنفاق على الأقارب من ودائع الأموال الخاصة بشخص غائب، فلا ضمان على الهادم والوديع، للإذن بذلك لمصلحة عامة.

٣- إذا تلف الشيء المأجور أثناء الاستعمال المأذون فيه، أو بالتحميل بالقدر المعتاد المألوف بين الناس، فلا ضمان على المستأجر، لأنه فعل الجائر له. أما إذا تجاوز المستأجر الأمر المألوف فيضمن لتعديده (م ٦٠٥ مجلة).

٤- إذا تصرف الشريك بأموال الشركة بما تقتضيه التجارة عادة كالبيع بالنقد أو بالنسيئة (أي حالاً أو مؤجلاً) أو كرهن شيء من المال، أو استئجار محل لتخزين البضاعة، أو قبول الحوالة بدين للشركة على شخص آخر، أو المضاربة بمال الشركة ونحو ذلك، فإنه لا يضمن شيئاً من الضرر المترتب على فعله.

وكذلك لا يضمن متولي الوقف والشريك المضارب والوكيل والوديع والمستعير والمستأجر والمرتهن ما يتلف بأيديهم مما يجوز لهم فعله شرعاً.

هذا.. وإن تجويز الفعل شرعاً لا يمنع من ضمانه في حالة خاصة وهي حالة الضرورة، عملاً بقاعدة أخرى هي: «الاضطرار لا يبطل حق الغير» (م ٣٣ مجلة) فمن اضطر إلى أكل مال الغير لدفع أذى الجوع عن نفسه، يضمن قيمته، إذ إن هذا الجواز مقيد شرعاً بحفظ حق الآخرين^(١).

(١) راجع نظرية الضرورة الشرعية للمؤلف: ص ٢٥٣، ٢٩٩.

٩- «الخراج بالضمان» (٨٥م مجلة) - «الغرم بالغنم» (٨٧م مجلة) - «النعمة بقدر النقمة وعلى العكس» (٨٨م مجلة):

معنى قاعدة «الخراج بالضمان» هو أن من يسأل عن ضمان شيء عند التلف، له الحق في منفعته في مقابلة تحمله تبعة الهلاك أثناء بقاءه عنده. والخراج لغة: هو الناتج من غلة الأرض ونحوها، فكل ما خرج من شيء فهو خراجه، كثمرة الشجرة، ومنفعة الدار، وأجرة الدابة ودرها ونسلها. وكذلك معناها عند الفقهاء: ما خرج من الشيء من غلة ومنفعة وعين. والضمان: هو الالتزام بالتعويض عن الشيء، وتستعمل عموماً بمعنى المسؤولية المدنية عن التعويض، وخصوصاً بمعنى المسؤولية الجنائية عن الجريمة.

وهذه القاعدة في أصلها حديث نبوي صحيح^(١) سببه «أن رجلاً ابتاع عبداً، فأقام عنده ما شاء الله أن يقيم، ثم وجد به عيباً فخاصمه إلى النبي ﷺ، فرده عليه، فقال الرجل: يا رسول الله، قد استعمل غلامي؟! فقال: الخراج بالضمان» ومعناه أن المنافع المستوفاة من العبد ونحوه هي للمشتري في مقابلة مسؤوليته عن ضمان الملك، فإنه لو تلف العبد في هذه الحالة، كان عليه ضمانه، فكانت الغلة في مقابلة الغرم.

وقد أبنّا فيما سبق أن أبا حنيفة استدل بهذا الحديث فيما قرره من عدم ضمان منافع الشيء المغصوب، لأن المنافع أعراض زائلة لا قيمة لها إلا بالعقد عليها كما في عقد الإجارة الصحيحة.

وقد أوجب بأنه ﷺ قضى بذلك في ضمان الملك، وجعل الخراج لمالك الشيء وهو المشتري، والغاصب لا يملك المغصوب. وعلى هذا فإن زوائد المغصوب كولد الدابة ونحوه هي للمالك لا للغاصب. وتتضح القاعدة بالأمثلة الآتية^(٢):

(١) رواه الشافعي وأحمد، وأصحاب السنن الأربعة (أبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه)

وابن حبان من حديث عائشة بنت أبي بكر الصديق ﷺ .

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي: ص ١٢١، والمواهب السنية بهامشه: ص ٢٦٥، الأشباه لابن نجيم: ١٨٢/١ وما بعدها.

١- لو رد المشتري على البائع حيواناً بخيار العيب بعد أن استعمله مدة من الزمن، لا تلزمه أجرته عن تلك المدة، لأنه لو تلف حال وجوده عنده، كان عليه ضمان مثله أو قيمته (م ٨٥ مجلة).

٢- لو كان المبيع شجرة، فأثمرت عند المشتري، ثم ردت على البائع بسبب الاستحقاق أو لتفرق الصفقة مثلاً، كانت الثمرة للمشتري، لأنه هو المتحمل تبعه الهلاك فيما لو هلك.

٣- لو هلك الدابة المأجورة أثناء تجاوز المحل المعين أو المدة المعينة في العقد، يلزم المستأجر بالضمان ويسقط الأجر بعد التجاوز، لأن المنفعة صارت له، إذ إن المنفعة بمقابلة الضمان (م ٥٥٠ مجلة).

أما إذا تلفت الدابة بلا تعدد ولا تقصير فيلزم المستأجر بأجرة ما قطع من المسافة، لأن الدابة حينئذ ليست في ضمانه.

هذا.. ويلاحظ أن قاعدة «الغلة بالضمان» مقيدة بوجود الملك المشروع أي (الضمان مع الملك). وبناء عليه فإن الغاصب كما أوضحنا لا يملك زوائد المغصوب، وكذلك البائع قبل القبض (أي قبض المشتري للمبيع) لا حق له في زوائد المبيع، لأنه وإن كان ضامناً للمبيع حال بقائه لديه بسبب وضع يده عليه، فإن المبيع على ملك المشتري بمجرد انعقاد العقد^(١).

وأما قاعدة «الغرم بالغنم» فهي وإن كانت على عكس لفظ القاعدة السابقة، إلا أنها بمعناها، أي إن صاحب المنفعة يتحمل الخسارة عملاً بقاعدة العدالة والعدل الاجتماعي والتوازن بين النفع والضرر، وهذه القاعدة تماماً بمعنى نظرية تحمل التبعة التي تعفي المتضرر من إثبات خطأ الدائن الذي يصعب إثباته أحياناً، وهي فيما يبدو أكثر إنسانية وعدالة من النظرية التي كانت سائدة عند القانونيين المتطلبة وجوب إثبات الخطأ. وأمثلة القاعدة ما يأتي^(٢):

(١) قارن بالمدخل الفقهي للأستاذ الزرقاء: ف ٦٤٨، حيث حصر قاعدة «الخراج بالضمان» في الغلات والمنافع دون الأعيان المتولدة من الشيء، مع أنه لا فارق بينها بداهة، بل هو مخالف صراحة لنصوص الفقهاء كما ذكرنا.

(٢) شرح المجلة للأتاسي: ٢٤٥/١، للمحاسني: ١١١/١، القواعد الفقهية للحمزاوي: ص ٨٢، المدخل للزرقاء: ف ٦٥٠.

١- على المرتهن أجرة حارس المرهون، لأن المرتهن هو الذي يستفيد من المرهون بتأمين وتوثيق حقه (م ٧٢٣ مجلة).

وعلى المشتري أجرة تحرير سند البيع ونحوه من رسوم «الطابو» أي التسجيل العقاري توثيقاً لنقل الملكية إليه.

وعلى الشركاء نفقة تعمیر وترميم وصيانة الملك المشترك بقدر حصصهم (م ١٣٠٨ مجلة).

٢- يلتزم المستعير بنفقة رد العارية إلى المعير، لأن وضع يده على العارية لمصلحة نفسه. والغاصب وقابض المبيع بيعاً فاسداً مثل المستعير.

هذا على عكس الوديع والمستأجر والمرتهن، فإن نفقة رد الشيء المحفوظ لديهم على نفقة صاحبه.

وأما قاعدة «**النعمة بقدر النعمة والنعمة بقدر النعمة**» فهي أيضاً بمعنى القاعدتين السابقتين، أما لفظها، فالقسم الأول منه مثل «الخارج بالضمان» والآخر مثل «الغرم بالغنم».

وعلى هذا^(١) فإن الخزينة العامة أو ميزانية الدولة هي التي تتحمل نفقة اللقطاء وتربيتهم مقابل استحقاقها تركتهم إذا ماتوا من دون وارث. وهي كذلك التي تتحمل دية القتل الذي لم يعرف قاتله مقابل أخذها تركة من لا وارث له.

وعلى الزوجة إطاعة زوجها في غير المعاصي مقابل التزامه بالإنفاق عليها لقوله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٨/٢].

١٠ - «الأجر والضمان لا يجتمعان» (م ٨٦ مجلة):

هذه القاعدة خاصة بمذهب الحنفية دون غيرهم، وتعتبر هي أيضاً أساساً لقولهم بعدم ضمان منافع المغصوبات.

ومعناها أن الأجرة الواجبة لقاء منفعة لا تجب، ويسقط التزامها إذا كان هناك

(١) المراجع السابقة.

التزام بضمان قيمة العين فيما لو هلك، سواء أوقع الهلاك فعلاً أم لا، وذلك بشرط عدم استقرار الأجر في ذمة الضامن، كأن استوفى المنفعة، فحينئذ يجتمع الأجر والضمان.

ويتضح ذلك بالأمثلة الآتية^(١):

١- لو استأجر شخص دابة للركوب، فحملها حملاً بدلاً من الركوب، أو لحمل شيء معين، فحملها شيئاً آخر أو أثقل منه بخلاف الجنس، كأن حمل مكان القطن حديداً، فتلفت، يضمن قيمتها ولا أجر عليه، لأنها هلكت بفعل غير مسموح به من المؤجر، فصار بذلك غاصباً، ولا أجر على الغاصب، لأن الأجر والضمان لا يجتمعان (م ٥٥٠ مجلة).

وكذلك لا أجر عليه أيضاً إذا لم تتلف الدابة، وردها إلى صاحبها سليمة، لأنه صار غاصباً بالتعدي، ولا أجر على الغاصب، لأن المبدأ المقرر عند الحنفية هو عدم ضمان منافع المغصوب إلا إذا كان مال وقف أو مال يتيم أو معداً للاستغلال، كما ذكرنا سابقاً (م ٥٩٦ مجلة).

وبما أن مبدأ عدم ضمان المنافع منتقد عند الحنفية كما أوضحنا في بحث ضمان المنافع، فكل ما ترتب عليه من عدم ضمان الأجرة في مثل هذه الأحوال منتقد أيضاً، إذ إنه منفذ خطير أمام المستأجرين للتخلص من دفع الأجرة بمخالفة وجه الانتفاع المتفق عليه، ثم رد المأجور سليماً لصاحبه، ونظراً لهذه النتيجة الغريبة قال الحنفية: يجب الأجر المسمى استحساناً وإن كان لا يجب قياساً^(٢).

٢- لو استأجر شخص أرضاً على أن يزرعها حنطة، فزرعها شيئاً آخر يضر بالأرض كالفضفصة (أي الرطبة)، ضمن نقصان الأرض ولا أجر عليه لأن الأجر والضمان لا يجتمعان.

(١) المبسوط ١٤٧/١٥، ١٧٠، البدائع: ٢١٣/٤، الأشباه لابن نجيم: ٢٢١/٢، الدر المختار: ٢٥/٥، تبين الحقائق: ١١٨/٥، تكملة فتح القدير: ١٧٠/٧، القواعد الفقهية للشيخ محمود حمزة: ص ٨٢، المدخل الفقهي للأستاذ الزرقاء: ف ٦٥٢.

(٢) جاء في مجمع الضمانات: ص ٢٥: لو أقعد فيها - أي في الدار - قصاراً، فانهدمت الدار من عمله، ضمن، ولا يجب الأجر فيما ضمن... ولو لم ينهدم شيء من الدار بسبب القسارة: لا يجب الأجر قياساً، ويجب الأجر المسمى استحساناً.

٣- إذا استأجر رجل دابة للركوب أو للحمل إلى مكان معلوم، أو مدة معلومة، ثم جاوز ذلك المكان المتفق عليه، أو انتفع بها زيادة على المدة المحددة، فهلك الدابة، فلا يضمن أجرتها بعد التجاوز عن المكان أو الزمان المتفق عليه في العقد، لأنه في هذه الزيادة كان ضامناً للدابة. أما قبل ذلك في المكان أو الزمان المتفق عليه فإنه يضمن الأجرة، وحينئذ يجتمع الأجر والضمان، لأن الأجرة كانت قد استقرت في ذمته باستيفاء المنفعة المعقود عليها حينما كانت يده يد أمانة، فإذا انقلبت يد ضمان أي يد غضب هنا، لم يجتمع الأجر والضمان.

والخلاصة: أن قاعدة عدم اجتماع الأجر والضمان حنفية المنشأ غير مقبولة التطبيق إلا في حال هلاك الشيء فعلاً، لذا قال المالكية والشافعية والحنابلة باجتماع الأجر والضمان مطلقاً: فلو استأجر إنسان دابة، فحملها قدرأً أزيد مما اتفق عليه أو تجاوز المسافة أو الزمان، فيجب عليه الأجر المتفق عليه، وأجر المثل عن الزيادة، وضمان قيمة الدابة إذا هلك^(١).

١١- «الضامن يملك المال المضمون بالضمان من وقت قبضه».

هذه القاعدة أيضاً حنفية المنشأ والتطبيق، وهي تكمل القاعدتين السابقتين، ومعناها: أن الذي يدفع قيمة الشيء الهالك أو مثله: يكون مالكاً لهذا الشيء من يوم قبضه، وهذا هو معنى قول الحنفية: «إن المضمونات تملك بأداء الضمان أو اختياره مستنداً» أي بأثر رجعي إلى وقت القبض أو الأخذ بتعبير القانونيين.

وعلى هذا:

١- من غضب شيئاً، فأخفاه، فضمنه المالك قيمته، ملكه الغاصب من وقت وجود الغصب، حتى إنه لو باعه أو وهبه أو تصدق به قبل أداء الضمان، نفذ تصرفه. وإذا كان للشيء المضمون غلة أو ربح، كان ذلك من حق الضامن^(٢). وهذا

(١) القوانين الفقهية: ص ٢٧٦، مغني المحتاج: ٣٥٣/٢ وما بعدها، المغني: ٢٥٩/٥ وما بعدها.

(٢) المبسوط: ١٤/١٦، وما بعدها، البدائع: ١٥٢/٧ وما بعدها، تكملة فتح القدير: ٧/٣٧٣، ٣٨٦: القدوري وشرحه اللباب: ١٩٣/٢، تبين الحقائق: ص ٣٢٥.

هو مذهب المالكية أيضاً، إلا أنه لا غلة للغاصب، ويرد ما أكل من غلة أو انتفع^(١).

وقال الشافعية والحنابلة: لا يملك الغاصب الشيء المغصوب بأداء الضمان، لأن الغصب عدوان محض، فلا يصلح سبباً للملك^(٢).

٢- إذا ضمن الراعي شاة تلفت بسبب سوقه الماشية، فلا أجر له عنها، وكذلك كل من وقع عليه الضمان، فلا أجر له فيه، لأنه ملك المضمون بالضمان، فلا يكون مسلماً إلى صاحبه.

٣- لو ضمننا السارق قيمة المسروق أو مثله، ملك المسروق من وقت الأخذ.

١٢- «الاضطرار لا يبطل حق الغير» (م ٣٣ مجلة).

إن الأفعال الاضطرارية سواء أكانت بسبب سماوي كالمجاعة والقحط أو بسبب بشري كالإكراه، فهي وإن أباحت الفعل المحظور كأكل الميتة، أو رخصت الفعل مع بقاءه على الحرمة كالنطق بكلمة الكفر، فإنها لا تمس حقوق الآخرين المالية، ويجب ضمانها: المثل في المثليات، والقيمة في القيميات، لأن إذن الشارع لا يسقط الضمان، وقد عبر القرافي المالكي عن ذلك فقال^(٣): «الإذن العام من قبل صاحب الشرع في التصرفات لا يسقط الضمان، وإذن المالك في التصرفات يسقط الضمان» وهذا في الجملة باتفاق المذاهب الأربعة^(٤).

(١) بداية المجتهد: ٣١٥/٢، شرح الرسالة: ٢٢٠/٢.

(٢) مغني المحتاج: ٢٧٧/٢، المغني: ٢٥٥/٥.

(٣) الفروق: ١٩٥/١ وما بعدها.

(٤) الدر المختار: ٢٣٨/٥، تكملة فتح القدير: ١٠٩/٧، ٣٠٢، البدائع: ١٧٩/٧، مختصر الطحاوي: ص ٤٠٩، تبين الحقائق: ١٨٦/٧، تفسير القرطبي: ٢٢٦/٢، القوانين الفقهية: ص ١٧٣، الشرح الكبير: ١١٦/٢، ٣٥٥/٤، الأشباه والنظائر للسيوطي: ص ١٧٩، مغني المحتاج: ٣٠٨/٤، المهذب: ٢٥٠/١، القواعد لابن رجب: ص ٣٦، ٢٨٦، المغني: ٨/٦٠٢، أعلام الموقعين: ٢٥/٢، المحلى: ٣٨١/٨، وقارن هذا بالمسؤولية المدنية والجنائية لأستاذنا المرحوم شلتوت حيث نقل عن الشافعي إسقاطه المسؤولية بالاضطرار لوجود الإذن من المشرع، ولا تجتمع إباحة وضمان. والحق خلافه كما ذكرنا وكما في كتابنا نظرية الضرورة الشرعية: ص ٢٩٩.

وأمثلتها ما يأتي :

١- إذا اضطر شخص حال المخمصة إلى طعام غيره، فأكله، جاز له أخذه، ولكن يضمن قيمته إلا إذا أبرأه صاحب المال، لأن إذن المالك لم يوجد، وإنما وجد إذن الشرع، وهو لا يوجب سقوط الضمان، وإنما ينفي الإثم والمؤاخذه بالعقاب الأخروي، لأن الشرع جوز للمضطر التجاوز على مال الغير بشرط السلامة.

٢- من صال عليه حيوان، فقتله، يضمن قيمته لصاحبه. وقال الحنابلة: لا ضمان في هذه الحالة.

٣- من أ تلف مال غيره بإكراه ملجئ، وجب الضمان فيه على المكره عند الحنفية والحنابلة، لأنه هو الذي تسبب في إحداث الضرر في الواقع، وأما المستكره فهو مسلوب الإرادة، ويعتبر كآلة المتحركة بيد المكره.

وقال المالكية والظاهرية: الضمان على المستكره، لأنه يكون حينئذ كالمضطر إلى أكل طعام الغير.

وقال الشافعية في الأرجح عندهم: الضمان مبدئياً على المكره والمستكره معاً، لأن المستكره باشر الإتلاف، والمكره تسبب فيه، ثم يستقر الضمان في النهاية على المكره في الأصح، لأنه هو المؤثر الأقوى في إحداث الضرر.

٤- إذا رجع المعير في إعارته أرضاً للزراعة، وجب إبقاء الزرع في الأرض حتى يحصد لحساب المستعير بطريق الإجارة بأجر المثل، وإذا انتهت مدة إيجار الأراضي المزروعة، وجب أيضاً تمديد الإيجار بأجر المثل لإدراك الزرع، وإذا انقضت مدة إيجار سفينة في أثناء رحلتها البحرية، وجب تمديد العقد بأجر المثل حتى تنتهي الرحلة، لأن الاضطرار في هذه الأحوال كلها لا يبطل حق الغير.

٥- قال المالكية: من أذن لغيره في جرحه أو في إتلاف ماله فلا ضمان على المأذون إلا في الوديعة إذا أذن ربها لمن هي عنده في إتلافها فإنه يضمن إذا أ تلفها لالتزامه حفظها بالقبول.

١٣- «ما لا يمكن الاحتراز منه لا ضمان فيه»:

الإسلام دين اليسر والسماحة والاعتدال، فكل ما يمكن تجنبه والاحتراز أو الاحتياط منه يكون سبباً موجباً للضمان، وكل ما يشق البعد أو الاحتراز منه لا يكون سبباً موجباً للضمان، لأنه من الضرورات، ولأن ما يستحق على المرء شرعاً يعتبر فيه الوسع والطاقة.

والأمثلة هي^(١):

١- لو اشترى رجل من آخر مشجرة، فقطعها، فادعى البائع أن المشتري حين القطع أفسد له بعض الأشجار لم تكن داخلة في البيع فقال المشتري: أنا لم أتعمد ذلك، ينظر: إن كان الذي يدعيه البائع من الفساد، يمكن التحرز منه، فيكون المشتري ضامناً له. وإن كان مما لا يمكن الاحتراز منه، فلا ضمان بذلك على المشتري، ويكون مأذوناً به دلالة أو ضمناً.

٢- للناس الانتفاع بالمرافق العامة مشياً أو ركوباً ونحو ذلك بشرط السلامة وعدم الإضرار بالآخرين بما يمكن التحرز منه، دون ما لا يمكن التحرز منه، حتى يتيسر للناس سبيل الانتفاع ويتحقق العدل وتزول العوائق ويتوافر الأمن والحرية في الطرقات.

وعلى هذا: إذا سقط الحمل عن ظهر الحمال، فأتلف مالا لشخص فإنه يضمن، لأنه يمكن التحرز منه.

ويضمن الراكب ما وطئت دابته بيد أو رجل أو رأس، أو كدمت^(٢) أو خبطت، لأن الاحتراز من الإيذاء والصدم والكدم والخبط ممكن، لأنه ليس من ضرورات السير في الطريق.

(١) المبسوط ١٥/١٠٣، ٢٦/١٨٨ وما بعدها، تبين الحقائق للزيلعي: ٦/١٤٩، البدائع: ٧/٢٧٢، مجمع الضمانات: ص ٤٧، ١٦٥، درر الحكام: ٢/١١١ وما بعدها، القواعد الفقهية للشيخ الحمزاوي: ص ٦٢، مذكرة عن المعاملات للأبياني: ص ١٩١.

(٢) الكدم: العض بأدنى الفم، وبابه (ضرب ونصر).

أما إذا نفحت^(١) الدابة أحداً برجلها أو بذنبها أثناء سيرها في الطريق فأتلفت ثوبه مثلاً، فلا ضمان على الراكب، لقوله عليه السلام: «الرَّجُلُ جُبَّارٌ»^(٢) أي هدر، والمراد نفحة الدابة بالرجل وهي تسير أي إنه لا ضمان فيما جنته الدابة برجلها، لأنه لا يمكن الاحتراز من النفحة بالرجل والذنب مع السير على الدابة. فإن أوقفها صاحبها في الطريق، ضمن النفحة، لأنه يمكن التحرز من الإيقاف، وإن لم يمكنه التحرز من النفحة، فصار متعدياً بالإيقاف، وشغل الطريق به، فيضمن نتيجة فعله.

٣- لا يضمن الطبيب أو الجراح التلف الحاصل بسريان الفعل إلى الهلاك إذا تمت المعالجة أو العملية الجراحية على النحو المعتاد المعهود المأذون فيه دون تجاوز ولا إهمال، لأن حدوث مضاعفات غير متوقعة عادة لا يمكن الاحتراز منه، وليس في الوسع تجنبه.

٤- إذا غرقت السفينة بإعصار شديد، أو بهيجان البحر، أو بالاصطدام بصخر لا يعلم به ربان السفينة، ولا عهد له به، فلا ضمان عليه، لأن ذلك مما لا يمكن الاحتراز منه.

٥- إذا تلف الثوب عند القصار أو الأجير المشترك في حفظ الثياب وغيره بأمر لا يمكن الاحتراز منه كالحرق الغالب أو الغرق الغالب، فلا يكون ضامناً لقيمته أو مثله، على عكس ما يمكن الاحتراز منه فإنه ضامن له في رأي الصاحبين، وقولهما هو المفتى به عند الحنفية، كما مر سابقاً.

هذا... وقد أورد العز بن عبد السلام أمثلة تحت عنوان «إهدار الضمان مع التسبب» وهي صور أو حالات يشق الاحتراز منها وتدعو الحاجة إلى التسبب إليها وهي^(٣).

أولاً- إرسال البهائم للرعي بالنهار: فإنه لا يضمن صاحبها ما تتلفه لما في تضمينه من الضرر العام.

(١) نَفَحَت الدابة: ضربت برجلها.

(٢) أخرجه أبو داود والنسائي والدارقطني من حديث أبي هريرة، وفيه ضعف، قال ابن ماجه: الجُبَّار: الهدر الذي لا يغرم.

(٣) قواعد الأحكام: ١٦٥/٢ وما بعدها.

ثانياً- إذا أوقد شخص في داره ناراً ملتزماً في ذلك الأمر المعتاد فطار منها شرر، فأتلف شيئاً بالإحراق فإنه لا يضمن لما في التضمن من الضرر العام.

ثالثاً- إذا سقى بستانه حسب المعتاد عند أمثاله، فسرى الماء إلى جاره، فأفسد له شيئاً، فلا ضمان عليه.

رابعاً- إذا ساق رجل دابته حسب المعتاد في الأسواق، فأثارت غباراً أو شيئاً من الأوحال والإيذاء، فأفسد شيئاً، فلا ضمان، إلا أن يزيد على ما هو المعتاد، فلو ساق في الأسواق إبلاً غير مقطورة أو ركب دابة نزقة لا يؤثر فيها كبج اللجام، لزمه الضمان لخروج ذلك عن المعتاد.

١٤- «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»:

هذا نص حديث نبوي رواه الإمام أحمد في مسنده، وأصحاب السنن الأربعة، والحاكم في مستدركه وصححه، وقرر الترمذي حسنه، من حديث سمرة بن جندب. وهو أساس عام في وجوب رد ما قبضه المرء من أملاك غيره، ومعناه: أنه يجب على قابض ملك الغير سواء أكان غاضباً أم مستعيراً أم وديعاً أم مستأجراً ونحوهم أن يرده إلى صاحبه، ولا يبرأ من المسؤولية إلا بوصول الشيء إلى مالكه أو من يقوم مقامه، بدليل قوله عليه السلام: «حتى تؤديه»، ولا تتحقق التأدية إلا بذلك^(١).

وكثيراً ما يستدل به العلماء على التزام التضمنين، لأن المأخوذ إذا كان رده واجباً على اليد الآخذة، فالمراد أنه في ضمانها^(٢) فإذا كان موجوداً يجب رده بعينه، وإذا هلك يرد مثله أو قيمته.

ويؤيد معنى هذا الحديث قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ [البقرة: ٢/ ١٨٨] وقوله سبحانه: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾ [النساء: ٥٨/ ٤] وأحاديث نبوية أخرى مثل قوله عليه السلام: «أدّ الأمانة إلى من ائتمنك، ولا تخن من خانك»^(٣)

(١) سبل السلام: ٦٧/٣ البابي الحلبي.

(٢) المرجع السابق، نيل الأوطار: ٢٩٨/٥ ط العثمانية المصرية.

(٣) رواه الترمذي وأبو داود وحسنه وصححه الحاكم من حديث أبي هريرة.

وقوله أيضاً: «ليس لعرق ظالم حق»^(١) ومعناه أن من بنى أو زرع أو حفر في أرض غيره بغير حق ولا شبهة حق فهو ظالم ولا حق له. وأخرج البخاري ومسلم عن أبي بكرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال في خطبته يوم النحر بمنى: «إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا».

١٥- «إذا تعذر الأصل يصار إلى البدل» (٥٣م مجلة):

معناها: أن الحق الواجب تسليمه أصلاً إلى صاحبه هو عين حقه، فإذا تعذر رده بذاته بسبب تلفه، أو إتلافه، وجب رد عوض عنه.

على هذا: ينبغي بمقتضى خيار العيب الثابت للمشتري رد عين المبيع المعيب إلى بائعه، فإن تعذر رده بسبب تلفه عند المشتري، أو بإحداث عيب جديد فيه، أو بإدخال زيادة لازمة عليه كالصباغ، يسترد المشتري من البائع جزءاً من الثمن يعادل فرق نقصان العيب القديم الذي كان موجوداً عند البائع.

ويجب على الغاصب رد عين المغصوب على مالكة على الوجه الذي أخذه، فإذا هلك أو استهلك وجب عليه رد بدله: المثل في المثليات، والقيمة في القيميات^(٢).

١٦- «لا ضمان على المبالغ في الحفظ»:

يحتاج إلى هذه القاعدة كثيراً في نطاق المسؤولية التعاقدية كما في عقدي الإيداع والوكالة مثلاً^(٣).

فإذا حفظ الوديع الوديعة كما يحفظ ماله في حرز مثله^(٤)، بأن يحفظها في يده أو بيد من هو في عياله ممن تلزمه نفقته كامراته وولده وغلामه وخادمه، ثم تلفت أو سرفت، فلا ضمان عليه، لأنه بالغ في الحفظ.

(١) رواه أبو داود وإسناده حسن، وأصحاب السنن من حديث عروة بن الزبير، وسعيد بن زيد.

(٢) شرح المجلة للأتاسي: ١٢٧/١، للمحاسني: ٧٧/١.

(٣) القواعد الفقهية للشيخ الحمزاوي: ص ٧١.

(٤) لكن لا يشترط أن يحفظ الوديعة بنفس الكيفية التي يحفظ بها ماله.

ومن وكل غيره في بيع بضاعة في بلد آخر بغير أجر، فباعها وأخذ ثمنها، ثم خبأه معه، فسرق منه ليلاً وهو نائم، أو أخذ منه عنوة في الطريق، فلا ضمان عليه، لأنه بالغ في الحفظ، والوكيل أمين لا ضمان عليه لموكله، إلا إذا حدث منه تعد أو تقصير.

١٧- «يقبل قول الأمين في براءة نفسه لا في إلزام الضمان على الغير»:

من المعلوم أنه إذا تعارضت ادعاءات المتخاصمين، كالوديع والمودع مثلاً، فادعى أن الوديعة هلكت عنده من دون تفريط، وأنكر المودع المالك وادعى أن الوديع أ تلفها، يؤخذ بقول الوديع بيمينه، لأنه أمين في الحفظ، والأمين مصدق باليمين (م ١٧٧٤ مجلة).

إلا أن قول الأمين يقبل فيما يرجع إلى براءة نفسه من الضمان لا في إلزام الضمان على غيره.

وبناء على ذلك: إذا ادعى المودع أن له وديعة عند شخص، وقال الوديع: أنا رددتها إليك، فالقول قول الوديع مع اليمين في براءة ذمته.

وإذا ادعى وصي أنه أنفق نفقة من مال الصغير عليه فيما لا يكذبه الظاهر (أي قرائن الأحوال): يصدق في ادعائه، لأنه أمين يدعي براءة ذمته، بخلاف ما لو ادعى أنه أنفق نفقة على الصغير من ماله الخاص هو، وأراد أن يرجع بذلك في مال اليتيم، فإنه لا يصدق إلا بالبينة، لأنه يريد بدعواه إلزام الضمان على الغير وهو الصغير هنا^(١).

١٨- «جناية العجماء جبار» (م ٩٤ مجلة):

الجناية: هي كل فعل ممنوع شرعاً يصيب الإنسان في نفسه أو ماله أو عرضه. والعجماء: هي الحيوان، مشتق من العجمة التي هي عدم الإفصاح. وجبار (بضم الجيم) أي هدر (بتحريك الدال) لا ضمان فيه.

(١) القواعد الفقهية للحمزاوي: ص ٣٣٥.

ومعنى القاعدة: أن الإتلاف الذي يحدثه الحيوان من تلقاء نفسه ولم يكن عقوراً ولا فرط مالكه في حفظه حيث يجب عليه حفظه، وذلك في الليل أو في أمكنة التجمعات، لا ضمان فيه على صاحبه لعدم وجود الإدراك الذي هو أساس المسؤولية، فإن كان الإتلاف بواسطة صاحبه كأن كان راكباً أو سائقاً أو مجفلاً له، فعليه الضمان.

وأصل هذه القاعدة حديث نبوي نصه: «العجماء جُرْحها جبار»^(١) أي إن ما تتلفه لا ضمان فيه بالشروط السابقة.

وتعرف الأحكام المنوه عنها بالأمثلة الآتية^(٢):

١- إذا ربط شخصان دابتيهما في مكان لهما فيه حق الربط، فأُتلفت إحداهما الأخرى، لا يلزم الضمان، مثلاً: لو أُتلفت دابة أحد الشريكين في دار دابة الآخر عندما ربطاهما في تلك الدار، لا يلزم الضمان (م ٩٣٩ مجلة).

٢- وإذا اشترى رجل شاتين فنطحت إحداهما الأخرى قبل القبض، فهلكت، خير المشتري بين أخذ الباقية بحصتها من الثمن أو فسخ البيع.

إذا انفلتت دابة بنفسها، فأصابت مالا أو إنساناً بأذى نهاراً أو ليلاً، لا ضمان على صاحبها. ومثل ذلك: لو جمحت الدابة بالراكب ولم يقدر على ردها، فإنه لا يضمن ما تتلفه من مال أو إنسان. وإذا قتلت هرة حمامة أو أفسدت زرعاً لم يضمن صاحبها.

٣- إذا كان لإنسان حيوان مؤذٍ كثور نطوح وكلب عقور، فطلب الناس من صاحبه حبسه أو ربطه، فلم يفعل، فأذى أحداً من المارة يضمن، فإن لم يطلب أحد منعه فلا ضمان. وهذا هو رأي المالكية أيضاً.

(١) أخرجه الجماعة (أحمد وأصحاب الكتب الستة) ومالك من حديث أبي هريرة رضي الله عنه (نيل الأوطار: ٥: ٣٢٤).

(٢) نيل الأوطار: ٥/ ٣٢٤ وما بعدها، البدائع: ٧/ ٢٧٣، الدر المختار ورد المحتار: ٥/ ٤٢٨، ٤٣٠، جامع الفصولين: ٢/ ١١٨ وما بعدها، مجمع الضمانات: ص ١٨٥ وما بعدها، القواعد الفقهية للحمزاوي: ص ٣١٠ وما بعدها، ٦٤، ١٩٤، الفروق: ٤/ ١٨٥ وما بعدها، بداية المجتهد: ٢/ ٤٠٩، الشرح الكبير للدردير: ٤/ ٢٤٣، م ٩٢٩ مجلة.

٤- لو أغرى إنسان كلباً أو أشلاه^(١)، فعقر رجلاً، ضمن مطلقاً، سواء أكان الإتلاف فور الإشلاء أم بعدئذ، لأنه بإغرائه يصير الحيوان آلة للعقر، وهذا رأي أبي يوسف صاحب أبي حنيفة، والفتوى عند الحنفية في ذلك على قوله، وقد أخذت المجلة به (م ٩٢٩).

٥- إذا ألقى شخص هرة إلى حمامة أو دجاجة، فأكلتها بمجرد إلقائه: فيضمن. أما إذا أكلتها بعدئذ فلا يضمن.

٦- إذا ساق رجل دابة أو ركبها أو جفلها فأتلفت شيئاً، ضمن السائق والراكب، لأنهما مباشران للتلف، وضمن المجفل أيضاً لأنه متسبب بالإتلاف.

١٩- «يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان» (م ٨٣ مجلة):

معناها: أنه يجب احترام وتنفيذ الشرط المتفق عليه إذا كان موافقاً للشرع أو لمقتضى العقد، وكان تنفيذه ممكناً ومفيداً وإلا كان لغواً. والمراد بهذا الشرط بدهاءة هو الشرط التقيدي (وهو ما يقترن بالعقود والتصرفات من التزامات يشترطها الناس بعضهم على بعض) لا الشرط التعليقي (وهو كل شرط يعلق فيه الإنسان تصرفه على حصول أمر من الأمور)^(٢).

والدليل على وجوب احترام الشروط في العقود هو قوله ﷺ: «المسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً»^(٣). والمقصود بقدر الإمكان: هو بذل الوسع في احترام الشروط المشروطة حسب الطاقة^(٤) وإلا كان الإخلال بها مستوجباً للضمان، بدليل ما قاله الكاساني^(٥): «الأصل في الشروط اعتبارها

(١) الإشلاء: تحريض الكلب وإغراؤه على رجل وتسليطه عليه.

(٢) والذي يحكم الشرط التعليقي هو المادة السابقة من المجلة وهي «المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط» (م ٨٢).

(٣) أخرجه الترمذي من حديث عمرو بن عوف، وقال: هذا حديث حسن صحيح.

(٤) وقال الأستاذ الزرقاء في المدخل ف ٦٤٧: «المراد بقدر الإمكان: ما لا يخالف قواعد الشريعة في نظام العقود» وأرى أن هذا ليس المراد فقط من هذه العبارة، وإنما مع ملاحظة كون تنفيذ الشرط في حدود الإمكان.

(٥) البدائع: ٩٨/٦.

ما أمكن، وإذا كان القيد مفيداً كان ممكن الاعتبار» وبدليل المفهوم من قاعدة «الضرر يدفع بقدر الإمكان» (م ٣١ مجلة) أي يدفع بالقدر الممكن.

وتتضح القاعدة بالأمثلة الآتية^(١):

١- إذا شرط المودع على الوديع حفظ الوديعة في مكان معين كدار أو بيت أو صندوق، فنقلها إلى مكان آخر من دون عذر، فإن كان المكان الجديد أدنى في درجة الحفظ يضمن، وإن كان مماثلاً له في الحفظ أو أحفظ منه، فلا يضمن، لأن التقييد غير مفيد.

٢- إذا سلم رجل رأس مال لآخر على أن يضارب به في بلدة معينة كدمشق مثلاً، فليس له أن يضارب به في بلدة أخرى، لأن الأماكن تختلف الأسعار فيها رخصاً وغلاءً، والسفر بالمال عرضة للمخاطر، فلو خالف المضارب وهلك المال، يضمنه، لأن الشرط مفيد.

أما إذا شرط رب المال على المضارب أن تكون المضاربة في سوق دمشق مثلاً، فضارب به في دمشق في غير السوق المخصص، صحت المضاربة استحساناً، ولو تلف رأس المال لا يضمنه، لأن هذا الشرط غير مفيد، إذ إن البلدة الواحدة بمنزلة بقعة واحدة، فيلغو الشرط.

٣- لو باع شخص شيئاً لغيره بثمن مؤجل على شرط أن يقدم المشتري رهناً معلوماً، أو كفيلاً معيناً، صح الشرط لملاءمته مقتضى العقد، لأن الكفالة والرهن استيثاق بالثمن، فيلائم ذلك عقد البيع ويؤيد التسليم.

أما إذا اشترط البائع على المشتري ألا يبيع المبيع للغير، أو اشترط الراهن عدم الضمان في الرهن بأن قال للمرتهن: إذا تلف المرهون لا يسقط شيء من الدين، بطل الشرط لأنه غير مفيد. وكذا إذا اشترط المودع على الوديع ضمان الوديعة إذا تلفت من غير تعد ولا تقصير، كان الشرط باطلاً لغواً لا فائدة منه.

(١) المبسوط: ١٢١/١١، ١٨/١٣، ٤٢/٢٢، البدائع: ١٧١/٥، ٩٨/٦، ١١٠، مختصر الطحاوي: ص ١٢٥، تبیین الحقائق: ٥٩/٥، تكملة فتح القدير: ٦٤/٧، ٩٧، شرح المجلة للأتاسي: ٢٣٥/١، للمحاسني: ١٠٧/١.

٢٠- «الإجازة تلحق الأفعال»:

اختلف علماء الحنفية في ذلك، فقال أبو حنيفة: «الإجازة لا تلحق الإلتلاف» وعلى هذا فلو أتلّف إنسان مال غيره تعدياً، فقال المالك: أجزت أو رضيت أو أمضيت، لم يبرأ المتعدي من الضمان.

وقال محمد: الإجازة تلحق الإلتلاف كالعقود الموقوفة. وهذا الرأي هو الأصح عند الحنفية، فإنهم قالوا: «إن الإجازة تلحق الأفعال» كالأقوال، فتلحق الإلتلاف، لأنه من جملة الأفعال^(١)، فلو غصب إنسان شيئاً وقبضه، فأجاز المالك قبضه، برئ الغاصب من الضمان. ولو انتفع الغاصب بالشيء فأمره المالك بحفظه له، لم يبرأ من الضمان. ولو رد الغاصب الشيء المغصوب على أجنبي (أي غير المالك) فأجاز المغصوب منه قبض ذلك الأجنبي، برئ الغاصب من الضمان.

وإذا بعث المدين بالدين مع رجل إلى الدائن، فجاء المبعوث وأخبر الدائن بذلك، ورضي بإرسال الدين معه، وقال له: اشتر به شيئاً، فذهب واشترى ببعضه شيئاً، وهلك الباقي، فيهلك من مال الدائن على الصحيح في المذهب الحنفي، لأن الرضا يبعث الدين في الانتهاء بمنزلة الإذن بالقبض في الابتداء.

وإذا تصدق الملتقط باللقطة على فقير بعد تعريفها والإعلان عنها سنة ثم جاء صاحبها بعد التصدق بها، فأجاز تصدق الملتقط بها، صحت الصدقة ويكون له ثوابها، لأن تلك الإجازة كالإذن بالفعل ابتداء، بل إن الإجازة بذلك تصح، ولو كان المال قد تلف في يد الفقير، لأن الإذن بالتصدق قد حصل سابقاً من الشرع لا من المالك. وهذا على عكس إجازة بيع الفضولي فإنه يشترط لصحتها كون المبيع ما زال موجوداً غير هالك في يد المشتري، لأن الإجازة تصرف في العقد، فلا بد من قيام العقد، وقيامه بوجود المعقود عليه^(٢).

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم مع شرحه: ٩٧/٢ وما بعدها، الدر المختار ورد المحتار: ٥/١٣٩.

(٢) البدائع: ١٤٩/٥، فتح القدير: ٣١١/٥.