الباب الثاني

الضَّرر في الفقه الإسلامي والقانون المدني

مقدمة

الضرر ركن الضمان وعلة الحكم بالتضمين ، ولا يحكم بالضمان إلا بوجوده ، أما بحسب الاصطلاحات الأصولية فإن الضرر شرط في سبب الضمان ، وهو العدوان ، لأن الضمان شرع جبراً للضرر ورفعاً عن المعتَدَى عليه ، فما لم ينشأ الضرر لم يجب الضمان. ومن أمثلة عدم وجوب الضمان لعدم وجود الضرر أنه إذا «ذبح شاة لا يُرجى حياتها لا يضمن استحساناً سواء كان أجنبياً أو راعياً. . . . وإنما يضمن قيمة فرس وحمار لا يرجى حياتهما ، والفرق أنه بذبحه الشاة لم يضر صاحبها إذا كانت أشرفت على الهلاك ، وإنما عمل لمصلحته ، فإنه لو تركها وماتت لم ينتفع بلحمها ، بخلافه في الفرس والحمار ، فإن الذبح لا يفيد صحابهما شيئاً ، بل يضر لاحتمال برئهما»[1].

ووقوع الخطأ لا يكفي وحده لقيام المسؤولية العقدية وإنما يجب أن يترتب على هذا الخطأ ضرر يصيب الدائن. فإذا باع شخص لآخر عربة ، وتعهد بأن يسلمها في ميعاد معين ، ثم تأخر في التسليم ، فإن هذا يعتبر خطأ ، ولكن لا تتحقق مسؤولية البائع إلا إذا ترتب على هذا التأخير ضرر أصاب المشتري.

تعريف الضرر:

الضرر لغة: جاء في لسان العرب: «الضرر الضيق ومكان ذو ضرر أي

---

(١) مجمع الضمانات ، البغدادي ، ص ٢٠٨. انظر: ضمان العدوان ، د. محمد سراج ، ص ١٥٦.

ضيق ، والضرُّ العلة تُقعد عن جهاد ونحوه ، وفي التنزيل العزيز: ﴿غَيْرُ أُوْلِي ٱلضَّرَرِ﴾ [النساء: ٩٥][1].

وهذا يتفق مع التعريف الاصطلاحي للضرر الذي يعبر عن الضيق الذي يسببه الشخص لغيره.

واصطلاحاً: يرى الشيخ مصطفى الزرقا أن الضرر هو: «إلحاق مفسدة بالغير»[2].

وهذا أخصر تعريف للضرر وقد جاءت المفسدة عامة. أما تفصيل هذه المفسدة وأنواعها فقد ذكرها أستاذنا الدكتور وهبة الزحيلي ـ حفظه الله ـ في تعريفه للضرر فيقول: «الضرر إلحاق مفسدة بالآخرين ، أو هو كل إيذاء يلحق بالشخص سواء أكان في ماله أو جسمه أو عرضه أو عاطفته ، فهو يشمل الضرر المالي كتلف المال ، والضرر الأدبي كالإهانة التي تمس كرامة الإنسان أو تلحق به سمعة سيئة ، سواء أكان ذلك بقول كالقذف والشتم أو السعاية بدون حق إلى الحاكم ، والرجوع عن الشهادة بعد صدور الحكم على المتهم ، أو بالفعل الإيجابي كالضرب والإحراق والإغراق والترويع والتهديد وإتلاف الزروع والأشجار وهدم المباني ، أو بالفعل السلبي كالامتناع عن ترميم الحائط أو إغاثة الملهوف أو عن إطعام المضطر أو عن تسليم الوديعة بعد طلب صاحبها ، أو كضياع مصلحة محققة لعدم قيام المتعهد بتوريد السلعة في الوقت المحدد ، أو الوفاء بالالتزام بشحن وتصدير البضاعة في زمان معين»[3].

بعد هذا التعريف للضرر يتبين أنه يتنوع إلى ثلاثة أقسام:

أولاً: الضرر المالي (المادي) الذي يتعلق بالمال ، سواء بإتلافه كلياً أو جزئياً ، أو بالاستيلاء عليه والتعدي على حيازة صاحبه.

ثانياً: الضرر المتعلق بالبدن ، سواء كان ذلك بإتلاف النفس أو بقطع

---

(١) المعجم الوسيط ، ص ٥٥٨.

(٢) المدخل الفقهي ، مصطفى الزرقا: ٢/ ٩٧٧. ف: ٥٨٦.

(٣) نظرية الضمان ، د. وهبة الزحيلي ، ص ٢٤.

عضو من الأعضاء أو إذهاب منفعة أو بجرح أو شَجَّة.

ثالثاً: الضرر الأدبي: الذي يتعلق بالعرض والشرف والسمعة.

وسأبحث في الضرر المالي والأدبي ، أما ضرر البدن فهو خارج عن محل البحث.

* * *

الفصل الأول

أنواع الضرر

المبحث الأول
الضرر المادي (المالي)

الضرر المالي هو: «ما يصيب مال الإنسان ، فيتلف بعضه أو يصيبه بتعييب ينقص قيمته ، أو يذهب المال كله ، أصلاً ومنفعة»[1].

ينقسم الضرر إلى ضرر حال وضرر متوقع في المستقبل.

١ ـ الضرر الحال:

وهو الضرر الذي وقع فعلاً ، والأصل أن التعويض في القانون يكون عن الضرر الحال ، ويعوض عن الضرر المستقبل إذا كان محقق الوقوع[2].

فإذا لم يقع ضرر أصلاً فلا تعويض ، مثل تَأخُّر الراكب في الوصول في الميعاد المحدد قد لا ينجم عنه أي ضرر فلا يرجع الراكب بتعويض على أمين النقل ، أما إذا وقع الضرر وكان حالاً ، وجب التعويض عن كل خسارة تحملها الدائن وعن كل ربح فاته ، مثل ذلك مصنع يتعاقد على استيراد خامات فَيُخل المورد بالتزامه ، فيضطر المصنع إلى شراء هذه الخامات من جهة أخرى بثمن أغلى ، فالفرق في الثمن خسارة تحملها المصنع يرجع بها على المورد[3].

---

(١) النظريات الفقهية ، د. فتحي الدريني ، ص ٢١٤.
(٢) الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، السنهوري: ١/ ٧٦٥.
(٣) مصادر الحق ، السنهوري: ٦/ ١٢١.

٢ ـ الضرر المتوقع (المستقبل):

لا يُشترَط توقع الضرر لإيجاب الضمان في الفقه الإسلامي ، لأن الضمان حكم وضعي يترتب على سببه وهو التعدي. وهذا واضح في التعدي المباشر من جهة أن على الفاعل أن يتوقع النتائج المحتملة لفعله ، أما في التعدي بالتسبب فإنه لا يشترط توقع الضرر للحكم بالضمان. غير أن توقع الضرر من فعل ما والإقدام على الفعل الذي يسببه من شأنه إيجاب الضمان في أحوال خاصة[١] ، كما جاء في مجمع الضمانات: «رجل أراد أن يحرق حصائد أرضه فأوقد النار في حصائده فذهبت النار إلى أرض جاره فأحرق زرعه لا يضمن ، إلا أن يعلم أنه لو أحرق حصائده تتعدى النار إلى زرع جاره ، لأنه إذا علم كان قاصداً إحراق زرع الغير. قالوا: إن كان زرع غيره يبعد عن حصائده التي أحرقها ، وكان يأمن أن يحترق زرع جاره ، ولا يطير شيء من ناره إلا شرارة أو شرارتان ، فحملت الريح ناره من أرضه إلى أرض جاره فانحرق زرع الجار وكِنّه[٢] لا يضمن فإذا كان أرض جاره قريباً من أرضه بأن كان الزرعان ملتصقين أو قريبين من الالتصاق على وجه أن ناره تصل إلى زرع جاره يضمن صاحب النار زرع الجار»[٣].

وإن كان المثال لا يدخل في المسؤولية العقدية ولكن هذا الحكم عام ينطبق على جميع المسؤوليات.

أما في القانون المدني:

فالضرر غير المباشر لا يُعوّض عنه أصلاً لا في المسؤولية العقدية ولا في المسؤولية التقصيرية ، وتختلف المسؤولية التقصيرية عن المسؤولية العقدية في التعويض عن الضرر فلا يُعَوض في المسؤولية العقدية إلا عن الضرر المباشر المتوقع في غير حالتي الغش والخطأ الجسيم أما في

---

(١) ضمان العدوان ، د. محمد سراج ، ص ١٤٠.

(٢) الكِنُّ: كل ما يرد الحر والبرد من الأبنية ونحوها. المعجم الوسيط ، ص ٨٣٤.

(٣) مجمع الضمانات ، البغدادي ، ص ١٦١.

المسؤولية التقصيرية فيعوض عن الضرر المباشر سواء توقعه الطرفان أم لم يتوقعاه. المادة (٢/٢٢١) مدني مصري تقابلها المادة (٢/٢٢٢) مدني سوري.

وقد ذكر الدكتور عبد الرزاق السنهوري ـ رحمه الله ـ مثالاً يوضح ذلك فقال: «يضطر المستأجر لإخلاء المنزل قبل انقضاء مدة الإيجار لعدم قيام المؤجر بالتزامه من ترميم اشترطه عليه المستأجر، فينتقل إلى منزل مساو للمنزل الأول لكنه أعلى أجرة. وتتلف بعض المفروشات في أثناء العمل، ثم يكون في المنزل الجديد «ميكروب» مرض معدٍ ينقل إليه هذا المرض، فالفرق في الأجرة ما بين المنزلين هو الضرر المباشر المتوقع، وقيمة المفروشات التي تلفت هي الضرر المباشر غير المتوقع. وما يتسبب عن المرض هو الضرر غير المباشر. والمؤجر لا يكون مسؤولاً إلا عن الضرر المباشر المتوقع، ما لم يكن قد أخل بالتزامه عمداً أو عن خطأ جسيم، فيكون مسؤولاً عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع كما في المسؤولية التقصيرية، ولا يكون المدين مسؤولاً أصلاً عن الضرر غير المباشر حتى في المسؤولية التقصيرية.

ولكن قد يحدث أن الضرر المستقبل يكون محقق الوقوع ولا يُستطاع تقدير التعويض عنه في الحال، إذ يتوقف مدى الضرر على عامل مجهول. مثل ذلك راكب يُصاب بحادث أثناء النقل ولا تُعرف مدى إصابته إلا بعد وقت غير قصير، فإذا رجع على أمين النقل بتعويض، وجب التربص حتى يعرف مدى الضرر ليتقاضى عنه تعويضاً كافياً.

ومن ذلك الضرر المحتمل، مثل: أن يُحْدِث المستأجر بالعين المؤجرة خللاً يخشى معه أن تنهدم العين، فالخلل ضرر حال، ولكن تَهَدُّم العين ضرر محتمل ويعوض المؤجر عن الضرر الحال فوراً. أما الضرر المحتمل فلا يعوض عنه إلا إذا تحقق»[1].

---

(١) الوسيط في شرح القانون المدني، السنهوري: ١/ ٧٦٥ ـ ٧٦٨. انظر: النظرية العامة للالتزام، توفيق فرج الصدة، ص ٤٠١.

والذي يبرر قصر التعويض في المسؤولية العقدية على الضرر المتوقع أن المتعاقدين لم يتعاقدا إلا على ما يتوقعانه من الضرر. فالضرر غير المتوقع لا يدخل في دائرة التعاقد، فلا يعوض عنه. أما إذا كان هناك غش ـ أو ما يعدل الغش من خطأ جسيم ـ في جانب المدين فمسؤولية المدين تنقلب إلى مسؤولية تقصيرية تشمل الضرر غير المتوقع[1].

* * *

(١) المرجع السابق: ١/ ٧٧٠.

المبحث الثاني
الضرر الأدبي

الضرر الأدبي هو: «الضرر الذي لا يمس المال ، وإنما يصيب الشخص في ناحية غير مالية كالشعور والعاطفة أو الكرامة أو الشرف ، كما لو أصيب المسافر بجرح أثناء النقل ، إذ إن هذا يحدث له ضرراً أدبياً في جسمه بسبب التشويه. وكما إذا حذف الناشر أجزاء من كتاب فترتب على ذلك ضررٌ أدبي لحق بالمؤلف ، وكامتناع الوديع عن رد لوحة فنية لها عند المودع منزلة أدبية رفيعة مع أن قيمتها المالية ضئيلة»[1].

وهذا يقع كثيراً في المسؤولية التقصيرية ، ووقوعه في المسؤولية العقدية غير كثير إذ الأصل أن الشخص يتعاقد على شيء ذي قيمة مالية.

ولكن هذا لا يمنع من أن تكون هناك مصلحة أدبية للمتعاقد في تنفيذ العقد ، فإذا أخل المدين بالتزامه لحق الدائن من ذلك ضرر أدبي ، كما في الأمثلة السابقة.

جواز التعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية العقدية:

يجوز في القانون التعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية العقدية ، فقد نصت الفقرة الأولى من المادة (٢/٢٢٢) مدني مصري تقابلها المادة (١/٢٢٣) مدني سوري على ما يأتي: يشمل التعويض الضرر الأدبي

---

(١) النظرية العامة للالتزام ، توفيق فرج الصدة ، ص ٣٨٧. انظر: المسؤولية عن فعل الغير ، د. وهبة الزحيلي ، ص ٣٢.

أيضاً ، لكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضاء»[1].

وهذا التعويض المالي يكون بمثابة مواساة عما لحق المضرور من أذى.

أما في الفقه الإسلامي فلا يجب التعويض في المسؤولية العقدية عن الضرر الأدبي كما لا يجب التعويض في ضرر لا يتمثل في فقد مال كان موجوداً ، كالضرر الناشىء عن امتناع عاقد من المضي في عقده ، إذ لا يمكن تحقيق مبادلة مالية في هذه الحال بين مالين ، والتضمين يقوم على معنى المبادلة ، وحتى لا يجتمع البدلان في ملك شخص واحد وهو الضرر ، وإيجاب الضمان.

وقد وردت نصوص في الفقه الإسلامي تظهر أن الخلفاء الراشدين عاقبوا على الإضرار الأدبي ، لكن بغير طريق التعويض المالي ، كما تبين هذه النصوص أن تقدير العقوبة يرجع إلى تقدير الحاكم ما لم تبلغ حد القذف الشرعي الذي عينت فيه الشريعة عقوبة محددة ، ومن هذه النصوص ما يأتي:

أ ـ ما أخرجه البيهقي في السنن الكبرى أنه كان عمر وعثمان رضي الله عنهما يعاقبان على الهجاء[2].

ب ـ كما أخرج البيهقي أن علياً رضي الله عنه ، قال في الرجل يقول للرجل: يا خبيث ، يا فاسق ، قال: ليس عليه حد معلوم ، يعزره الوالي بما رأى[3].

مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني:

يتبين مما سبق أن القانون المدني يعوض عن كل ضرر مادي أو أدبي (معنوي) ، وفي الضرر المادي يعوض عن كل ما يصيب الدائن من خسارة

---

(١) الوسيط ، السنهوري: ١/ ٧٦٧.

(٢) أخرجه البيهقي ، آخر كتاب الحدود ، باب: من حد في التعريض: ٨/ ٢٥٣.

(٣) التخريج السابق نفسه.

وما فاته من ربح ، أما في الفقه الإسلامي فلا تعويض إلا عن الأضرار الواقعة المماثلة التي يمكن تقويمها بالمال ، ومتى وقع الضرر وجب الضمان. أما الاعتداءات المعنوية (الأدبية) فلا تعويض عنها لأنها ليست بمال متقوم ولا يمكن مبادلتها بالمال. أما المضرور بضرر معنوي فله أن يسامح المعتدي أو يتصالح معه.

وفي ذلك يقول البغدادي ـ رحمه الله ـ في مجمع الضمانات أنه: «لو ضرب إنساناً ضربة لا أثر لها في النفس لا يضمن شيئاً ، ولكن فقهاء الشريعة الإسلامية قرروا عقاب الشاتم بعقوبة خاصة توقع بناء على طلب المشتوم ، وأجازوا للأخير أن يسامح الشاتم أو أن يتصالح معه»[1].

وخلافاً لجمهور الفقهاء يرى الصاحبان أبو يوسف ومحمد وجوب الضرر المعنوي ، فهما يقولان بوجوب الضمان عن الألم الجسماني ، ولكنهما اختلفا في التعويض.

فقال محمد: إنه يخضع لتقدير القاضي أو كما يقول (حكومة عدل) ، أما أبو يوسف فيكتفي بحق المضرور في استرداد ما أنفقه من ثمن الدواء وأجرة الأطباء[2]. ولكن الملاحظ أن الألم الجسماني المشَار إليه ضرر مادي وليس معنوياً ، والله أعلم[3].

وهناك جانب آخر من الفقهاء المسلمين المحدَثِين يرى أن التعويض في الشريعة الإسلامية هو المال الذي يحكم به على من أوقع الضرر بالغير في نفسٍ أو مال أو شرف ، فالشرف مُعَوَّض عنه ، غير أن تقديره ، من باب التعزير الذي وكلت الشريعة الإسلامية أمره إلى الحاكم يقدِّره بالنظر إلى قيمة الضرر ومنزلة المجني عليه ، والعرف الجاري مثله[4].

وقالت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني الذي أقر في مادته

---

(١) مجمع الضمانات ، البغدادي ، ص ١٦٦.
(٢) المبسوط ، السرخسي: ٢٦/ ٨١.
(٣) نظرية التعويض عن الضرر المعنوي ، مقدم سعيد ، ص ٦٥.
(٤) المرجع السابق.

(٢٦٧) الأخذ بمبدأ تعويض الضرر المعنوي: «أن سبب إقرار ذلك يرجع إلى الفقه الإسلامي الذي فيه ما يفيد التعويض عن الضرر المعنوي».

الرأي الراجح:

الرأي الراجح هو جواز التعويض المالي -إلى جانب التعزير- عن الضرر الأدبي في الفقه الإسلامي، لعموم قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام»[1]. وهذه من العدالة التي جاءت بها الشريعة الإسلامية، ويكون التعويض المالي بمثابة مواساة للمضرور، بشرط أن يتولى تقدير ذلك القاضي بما يراه مناسباً لحالة المضرور، والله أعلم.

* * *

(١) سبق تخريجه، ص ٨.