

## الباب الثاني

# الضمان في نطاق المسؤولية المدنية

أشرنا سابقاً إلى أن العمل غير المشروع عند القانونيين قد تكون المسؤولية عنه أدبية أو قانونية، وتكون الأولى عند مخالفة واجب أدبي، والثانية عند مخالفة واجب قانوني. وهذه تنقسم بدورها إلى مسؤولية جنائية: وذلك عند حدوث ضرر يصيب المجتمع، ومسؤولية مدنية: وذلك عند حدوث ضرر يصيب الفرد<sup>(١)</sup>.

والمسؤولية المدنية تنقسم إلى مسؤولية تعاقدية، ومسؤولية تقصيرية.

فالأولى: هي التي تترتب على مخالفة التزام تعاقدي كامتناع البائع من تسليم المبيع، وامتناع المؤجر من تسليم المأجور.

والثانية: هي التي تنشأ عند مخالفة واجب قانوني كالغصب والإتلاف. وسنبحث عند فقهاء الإسلام أهم حالات الضمان في كل من المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية<sup>(٢)</sup>، في الفصلين الآتيين:

---

(١) انظر مصادر الحق للسنهوري: ١٤٩/٦ وما بعدها.

(٢) أطلق القانون المدني العراقي على النوع الأول اسم (ضمان التعاقد) وعلى النوع الثاني اسم (العمل غير المشروع).

## تبیان فیہ

بسم اللہ الرحمن الرحیم  
الحمد لله رب العالمین  
والصلاة والسلام على  
سيدنا محمد وآله الطيبين  
الطاهرين  
الذين هم اجزى الناس  
عند الله تعالى  
والصلاة والسلام على  
سيدنا محمد وآله الطيبين  
الطاهرين

## الفصل الأول

# أهم حالات الضمان في المسؤولية العقدية

يتحقق الضمان في المسؤولية العقدية إذا لم يحم المدين بتنفيذ التزامه كالتزام بالتسليم، أو بضمان سلامة الشيء المعقود عليه، سواء أكان عدم التنفيذ عن عمد أو إهمال، وهذا هو المراد بالخطأ العقدي.

وسواء أكان الالتزام في اصطلاح القانونيين التزاماً بتحقيق غاية كنقل الملكية أو البضاعة إلى مكان ما أو تسليم شيء معين، أو التزاماً ببذل عناية كالمحافظة على الوديعة والعارية والعين المستأجرة<sup>(١)</sup>.

وسنبحث أهم حالات الضمان لهذا النوع من المسؤولية، وذلك في عقود البيع والإيجار والإيداع والإعارة والرهن والوكالة، إلا أننا سنجمل الكلام هنا نظراً لما سبق بيانه في بحث عقود الضمان والأمانة.

### أ- الضمان في عقد البيع:

ينشأ عن عقد البيع التزامان على البائع هما: التزام بتسليم المبيع، والتزام بضمان سلامة المبيع، وهما التزامان بتحقيق غاية معينة وهي نقل الحق العيني، أو القيام بعمل، أو الامتناع عن عمل<sup>(٢)</sup>.

(١) انظر مصادر الحق للسنهوري: ١٤٩/٦ وما بعدها.

(٢) أما نقل الملكية فهو حكم أصلي ينشأ بمجرد الإيجاب والقبول بين العاقدين أي إنه يتم بمجرد العقد ولا يتوقف على إرادة العاقد، وتحقيق حكم العقد أو مقتضاه مرده إلى الشرع، لا إلى إرادة البشر المتعاقدين.

فالتزام البائع بتسليم المبيع إلى المشتري: لا يتحقق إلا بالتسليم أي بالتخلية بين المبيع والمشتري بحيث يتمكن من قبضه، فما لم يتمكن المشتري من قبض المبيع بالتخلية أو قبضه بالفعل، لا يبرأ البائع من التزامه المذكور، ولا يعتبر أنه قد نفذ التزامه. وبالتسليم ينتقل الضمان من البائع إلى المشتري.

فإذا هلك المبيع قبل التسليم بأي سبب كان أو غصب من البائع: انفسخ البيع وسقط الثمن، وتحمل البائع تبعه هلاك المبيع، إلا أنه إذا كان سبب الهلاك هو فعل شخص أجنبي، لا يفسخ البيع حكماً، وإنما يخير المشتري بين فسخ البيع، أو إمضائه ومطالبة الأجنبي المتعدي بالضمان، على التفصيل المذكور سابقاً<sup>(١)</sup>.

وإذا هلك المبيع بعد التسليم، لا يفسخ البيع، ويتحمل المشتري تبعه هلاكه.

وقد اتفق القانون والفقه الإسلامي على أن هلاك المبيع قبل التسليم موجب لفسخ العقد، والنص القانوني هو: «إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه، انفسخ البيع، واسترد المشتري الثمن، إلا إذا كان الهلاك بعد إعدار المشتري لتسليم المبيع»<sup>(٢)</sup>.

ويقابل التزام البائع بتسليم المبيع التزام المشتري بتسليم الثمن، فإذا هلك الثمن قبل القبض من البائع، وكان عيناً مثلياً: لا يفسخ البيع، لأنه يمكن تسليم مثله، بخلاف المبيع لأن للمشتري غرضاً معيناً فيه. وأما إذا هلك الثمن وليس له مثل في الحال في الأسواق، فقال أبو حنيفة: يفسخ العقد، وقال الصحابان: لا يفسخ وإنما يخير البائع بين فسخ البيع، أو أخذ قيمة الشيء التالف.

والتزام البائع بضمان سلامة المبيع أو ضمان الدرك بتعبير الفقهاء: هو التزام سلامة المبيع مما يمكن أن يلحقه من حق لغير البائع في عينه أو مما قد يظهر فيه من عيب موجب للضمان والرد على صاحبه. والقسم الأول هو المعروف قانوناً وفقهاً بضمان الاستحقاق، والثاني هو ضمان العيب.

(١) انظر ص ٧٧٢ من هذا المجلد، وراجع المبسوط: ٩/١٣، البدائع: ٢٣٨/٥، الدر المختار ورد المحتار: ٤٤/٤.

(٢) المادة ٤٣٧ مدني مصري م ٤٠٥ مدني سوري.

فإذا ظهر في المبيع ما يناقض هذا الالتزام، كان البائع ضامناً له، وعلى ذلك إذا استحق المبيع كله أو بعضه بأن ظهر أنه مملوك لغير بائه أو أنه مال موقوف أو مسروق، كان البائع مسؤولاً عن ذلك، ويتحمل هو تبعة الضمان، والضمان يكون هنا بفسخ البيع ورد الثمن على المشتري، إذا رجع المشتري على البائع مطالباً بالثمن، وعندئذ يفسخ العقد، لا أنه يفسخ بنفسه بمجرد الاستحقاق، وإنما يتوقف على إجازة المستحق، وهذا هو الصحيح في مذهب الحنفية<sup>(١)</sup>. ولا نجد عند فقهاءنا تصريحاً بالتعويض عن الخسارة التي قد تلحق المشتري بسبب الاستحقاق ونحوه، وإنما يتحمل هو الغرم كما يكون له الغلة والغنم<sup>(٢)</sup>. وهذا مخالف لما عليه القانون المدني الذي يجيز للقاضي الحكم للمشتري بما لحقه من خسارة وما فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع<sup>(٣)</sup>.

وإذا وجد في المبيع عيب قديم عند البائع سواء أكان موجوداً قبل انعقاد البيع أم بعده قبل التسليم كالمرض والكسر والتخرق والتعفن والحموضة فيما هو حلو عادة، كان البائع مسؤولاً عن ذلك، فيخير المشتري بين أمرين: إما أن يفسخ البيع ويرد المبيع إلى صاحبه ويسترد الثمن، أو أن يمضي العقد ويدفع كل الثمن. وذلك بشروط منها: إثبات وجود العيب عند البائع، وجهل المشتري بوجود العيب عند العقد والتسليم، وعدم تبرؤ البائع منه<sup>(٤)</sup>.

وليس للمشتري الحق في إبقاء المبيع عنده والرجوع على البائع بنقصان العيب إلا برضا البائع وإرادته.

وقد اتفق الفقه والقانون على ضرورة ضمان البائع عدم التعرض، وسلامة المبيع من كل عيب ينقص من قيمته أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة منه<sup>(٥)</sup>.

(١) درر الحكام: ١٨٩/٢ وحاشية الشرنبلالي عليه.

(٢) انظر مجمع الضمانات: ص ٢٣٥، ٢٤١، القوانين الفقهية: ص ٣٣٤.

(٣) انظر المادة ٤٤٣ مدني مصري، ٤١١ مدني سوري.

(٤) انظر البدائع: ٢٧٥/٥، فتح القدير: ١٥٣/٥، كتابنا الفقه الإسلامي: ٢٩٢/١.

(٥) انظر المادتين ٤٣٩، ٤٤٧ مدني مصري، ٤٠٧، ٤١٥ مدني سوري.

## ب- الضمان في عقد الإيجار:

إذا كانت الإجارة إجارة أشياء فهي كعقد البيع، يلتزم بها المؤجر بتسليم المأجور إلى المستأجر<sup>(١)</sup>، كما يلتزم أيضاً بضمان التعرض والعيب، وكلاهما التزام بتحقيق غاية، وعلى المستأجر مقابل ذلك وهو دفع الأجرة، والمحافظة على العين المؤجرة، وهو التزام ببذل عناية.

وإذا كانت الإجارة إجارة أشخاص، يلتزم المؤجر بدفع الأجرة عند إنجاز العمل، أو بعد التسليم، ويلتزم المستأجر بالقيام بعمل معين، فهو ملتزم بتحقيق غاية معينة.

ففي إجارة الأشياء: يلتزم المؤجر بتسليم المأجور إلى المستأجر، فإذا لم يتمكن المستأجر من استيفاء المنفعة من المأجور، وذلك بالتسليم أي بالتخلية بينه وبين المأجور، لا يعتبر المؤجر قد نفذ التزامه، ولا يلزم المستأجر بالتالي بالأجرة.

وعلى هذا إذا استحال على المؤجر تنفيذ التزامه المذكور بقوة قاهرة كأن هلكت العين المؤجرة قبل التسليم، انتهت الإجارة ولم تجب الأجرة على المستأجر، لوقوع اليأس عن استيفاء المعقود عليه بعد هلاكه.

وإذا طرأت الاستحالة أثناء الانتفاع، سقط التزام الأجرة عن المدة المتبقية، ولزم المستأجر أجرة المدة السابقة لحدوث الاستحالة، كأن ينقطع ماء الحمام أو ماء الرحي، وتتعطل، فيسقط الأجر اعتباراً من وقت انقطاع الماء. وإن كان الانقطاع لمدة مؤقتة سقط من الأجر ما يقابل تلك المدة. ومثل ذلك أيضاً: «لو استأجر شخص حماماً في قرية ففزعوا ورحلوا، سقط الأجر عنه، وإن نفر بعض الناس، لا يسقط الأجر» «ولو انهدم بعض الدار يسقط من الأجر في رأي الحنفية بمقدار المنهدم. وقال ابن الشحنة: ظاهر الرواية أنه لا يسقط من الأجر شيء بانهدام بيت من الدار أو حائط»<sup>(٢)</sup>.

(١) أما الالتزام بنقل المنفعة فيحدث بمجرد العقد أي بالإيجاب والقبول، دون توقف على إرادة العاقد، وتحقيق هذا الأثر منوط بإرادة الشرع، فالعقود جعلية شرعية.

(٢) الدر المختار ورد المختار: ٣٠/٥، ٥٣ وما بعدها، ط البابي الحلبي، البدائع: ١٩٧/٤.

ولو انهدم أحد شيئين تم استئجارهما معاً بصفقة واحدة كدارين مثلاً سقط من الأجر ما يقابل الجزء الهالك.

وكذا لو غصب بيت من الدار أو امتنع المؤجر من تسليم بيت منها، لم يلزم بأجر البيت<sup>(١)</sup>.

ويلتزم المؤجر أيضاً في إجارة الأشياء بضمان التعرض وبضمان العيب، فلو تعرض شخص للمستأجر، فحال بينه وبين الانتفاع بالمأجور، كان المؤجر ضامناً بمعنى أن المستأجر تسقط عنه الأجرة. مثلاً: لو غصب غاصب الدار المأجورة، وعجز المستأجر عن إزالة يد الغاصب، ولم يقصر في ذلك، فلا أجر عليه بعد حدوث الغصب لعجزه عن الانتفاع بالشيء المأجور، ويكون ذلك مثل خراب الدار وانقطاع ماء الرحي ونحوهما. أما قبل الغصب فعليه أجرة المدة التي انتفع فيها<sup>(٢)</sup>.

ولو حدث في العين المؤجرة عيب يخل بالانتفاع بها<sup>(٣)</sup>، بأن استحال أو تعذر استيفاء المنفعة كلياً بسبب فواتها أصلاً أو حدث إخلال بها، كان المؤجر ضامناً لهذا العيب الطارئ، بمعنى أن المستأجر يكون بالخيار بين فسخ العقد، أو الإبقاء عليه باستيفاء المنفعة مع العيب، وإعطاء الأجرة كاملة (انظر م ٥١٦ مجلة) مثلاً: لو حدث بالدابة المؤجرة مرض، أو طراً عطل على سيارة مأجورة، أو انهدمت الدار كلها، أو انقطع ماء الرحي (الطاحون) أو ماء الأرض المأجورة، ثبت للمستأجر حق فسخ العقد، لأن المعقود عليه قد زال في الوقت الحاضر، ولم يمكن الانتفاع به على الوجه المعتاد.

ويلتزم المستأجر أيضاً في إجارة الأشياء بالمحافظة على العين المؤجرة وهو التزام يبذل عناية كما أشرنا، والمقصود هو العناية التي يبذلها الرجل المعتاد، فإذا

(١) البدائع: ١٩٦/٤ وما بعدها، رد المحتار: ٥٤/٥.

(٢) رد المحتار والدر المختار: ٥٣/٥ وما بعدها، البدائع: ١٩٦/٤.

(٣) العيب الذي يخل بالانتفاع: هو ما يستحيل معه استيفاء المنفعة (أي يفوت كلياً على المستأجر المنفعة المقصودة من الشيء المأجور) كأنهدم الدار وانقطع ماء الرحي، أو يخل بالانتفاع على وجه صحيح كهبوط سطح الدار (راجع المادة ٥١٤ مجلة).

قصر في ذلك اعتبر متعدياً يستوجب فعله الضمان، إذ من المعلوم سابقاً أن العين المؤجرة أمانة في يد المستأجر باتفاق العلماء، والتقصير بالحفظ يجعل المستأجر وهو المدين هنا مسؤولاً عن فعله، فإذا استعمل المأجور استعمالاً غير مألوف أو غير مشروط أو تعسفاً، كان متعدياً ضامناً لهلاك الشيء مثل أن يستخدم دار السكنى مصنعاً أو يزيد في الحمولة، أو يمتنع عن رد المأجور بعد انتهاء الإجارة، فيتلف، فيضمنه.

وهنا ينبغي أن يلاحظ أن القانون المدني السوري وأصله المصري قد خالف الفقه الإسلامي في تعيين مقدار العناية الواجب بذلها على المستأجر أو المستعير، فهي قانوناً عناية الرجل المعتاد، وفقهاً يحفظ الشيء كما يحفظ مال نفسه بحسب كونه حريصاً أو متوسطاً أو مهملاً. لكن اتفق القانون والفقه في جعل هلاك العين المؤجرة على المستأجر في غير حالة الاستعمال المألوف، وعلى هذا تنص المادة الآتية<sup>(١)</sup>:

(١) يجب على المستأجر أن يبذل من العناية في استعمال العين المؤجرة وفي المحافظة عليها ما يبذله الشخص المعتاد.

(٢) وهو مسؤول عما يصيب العين أثناء انتفاعه بها من تلف أو هلاك غير ناشئ عن استعمالها استعمالاً مألوفاً.

وفي إجارة الأشخاص: يلتزم الأجير بالقيام بعمل معين، وهو التزام بتحقيق غاية في الغالب، والتزام ببذل عناية أحياناً.

فإذا كان للأجير المشترك أثر ظاهر في العين التي سلمت إليه كالخياط والصبغ والقصار، والنساج والنجار والطحان، والوراق ونحوهم، كان التزامه بتحقيق غاية وهو إنجاز العمل، فإذا هلكت العين في يد الأجير، قبل التسليم لصاحبها، سقط الأجر، وكان الأجير هو المتحمل تبعة الضمان، كما ذكرنا سابقاً، إلا إذا كان سبب الهلاك أجنياً ذا قوة قاهرة أي لا يمكن الاحتراز منه.

وإذا لم يكن لعمل الأجير أثر ظاهر في العين كالحمال والملاح، كان التزامه

(١) م ٥٨٣ مصري، ٥٥١ سوري.

أيضاً بتحقيق غاية وهو تسليم العين لصاحبها، فإن هلكت كان ضامناً، كما ذكرنا سابقاً<sup>(١)</sup>.

وإذا كان عمل الأجير المشترك غير مضمون النتيجة، وإنما يلتزم فقط بقدر من العناية اللازمة كالطبيب والجراح والفساد والختان ونحوهم وكل أجير خاص، كان التزامه ببذل عناية لا بتحقيق غاية، فإذا كان هؤلاء يقومون بعملهم على الوجه المعتاد، ثم سرى أثر العمل إلى التلف فلا ضمان عليهم، لأنه ليس في وسعهم الاحتراز من ذلك<sup>(٢)</sup>، وقد قدمنا أن ما لا يمكن الاحتراز منه لا يكون مضموناً. وبهذا يظهر أن مسؤولية الأطباء والجراحين والصيادلة والمهندسين والمحامين والقضاة ونحوهم من أرباب المهن الفنية هي مسؤولية عقدية. قال ابن رشد: فأجمع العلماء على أن الطبيب إذا أخطأ لزمته الدية<sup>(٣)</sup> وقال ﷺ: «من تطب وهو لا يعلم منه طب، فهو ضامن»<sup>(٤)</sup> وقال أيضاً: «أيما طبيب تطب على قوم، لا يعرف له طب قبل ذلك، فأعنت، فهو ضامن»<sup>(٥)</sup>.

وقال العلامة خليل صاحب المتن المشهور عند المالكية، وشارحه الدردير<sup>(٦)</sup>: إذا جهل الطبيب علم الطب في الواقع، أو علم وقصر في المعالجة حتى مات المريض بسبب ذلك فإنه يضمن، وكذا يضمن إذا داوى المريض بلا إذن صادر منه، أو بإذن غير معتبر شرعاً كأن داوى صبياً بإذنه.

(١) البدائع: ٢٠٤/٤ وما بعدها.

(٢) المبسوط: ١٠٤/٥، تبيين الحقائق: ١٣٧/٥، تكملة فتح القدير: ٢٠٦/٧، رد المحتار والدر المختار: ٤٧/٥، مجمع الضمانات: ص ٤٧.

(٣) بداية المجتهد: ٤٠٩/٢.

(٤) أخرجه أبو داود والنسائي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده.

(٥) أخرجه أبو داود عن عبد العزيز بن عمر بن عبد العزيز (جامع الأصول: ١٤/١١) والمراد بقوله «تطب» أي طب إنساناً وليس بطبيب فأذاه. وقوله «أعنت» من العنت: وهو الوقوع في أمر شاق.

(٦) راجع الشرح الكبير: ٣٥٥/٤.

## ج- الضمان في عقد الإيداع:

على الوديع حفظ الوديعة للمالك، لأن الإيداع من جانب المالك استحفاظ وائتمان، ومن جانب الوديع التزام بالحفظ، فيلزمه الحفظ حتى ترد الوديعة لصاحبها، لقوله عليه السلام: «المسلمون عند شروطهم»، وهذا التزام يبذل عناية لا بتحقيق غاية، والعناية المطلوبة: هي العناية التي يبذلها الشخص في حفظ ماله، فيحفظ الوديع الوديعة كما يحفظ ماله عادة في حرز المثل، وذلك بيده أو بيد من هو في عياله ممن تلزمه نفقته كالزوجة والولد والخادم الخاص. فإذا أخل بواجبه في الحفظ، كان متعدياً ضامناً لهلاك الوديعة كما في الحالات الآتية<sup>(١)</sup>:

ترك الحفظ، إيداع الوديعة عند غيره ممن لا يودع ماله عنده عادة بلا إذن من المالك وبغير عذر، استعمال الوديعة كاللبس والركوب، مخالفة شرط المودع في الحفظ إذا كان شرطاً مفيداً، السفر بالوديعة في طريق غير آمن، جحود الوديعة وحبسها عنده بعد طلب المالك لها، خلط الوديعة مع غيرها خلطاً لا يمكن التمييز بينهما.

ويشترط شرعاً أن يحفظ الوديع الوديعة بنفس الأهمية والكيفية التي يحفظ بها ماله.

وقد خالف القانون المدني ما عليه الفقه الإسلامي في تحديد نوع العناية الواجب بذلها لحفظ الوديعة، وذلك في المادة الآتية<sup>(٢)</sup>:

١- إذا كانت الوديعة بغير أجر، وجب على المودع عنده أن يبذل من العناية في حفظ الشيء ما يبذله في حفظ ماله، دون أن يكلف في ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد.

٢- أما إذا كانت الوديعة بأجر فيجب أن يبذل في حفظ الوديعة عناية الرجل المعتاد. أما الفقه فيقرر وجوب الحفظ على النحو الذي يحفظ به الوديع ماله.

(١) المبسوط: ١١٣/١١، تكملة فتح القدير: ٩١/٧، البدائع: ٢١١/٧ وما بعدها، مجمع الضمانات: ص ٦٨.

(٢) انظر المادة ٢٧٠ مدني مصري، ٦٨٦ مدني سوري، وانظر المادتين التاليتين بعدها.

**د- الضمان في عقد الإعارة:**

على المستعير المحافظة على الشيء المعار، وذلك ببذل قدر من العناية التي يبذلها الرجل في حفظ ماله، والالتزام هنا التزام ببذل عناية كما في عقد الإيداع، فإذا قصر المستعير بواجبه أو تعدى على العين المعارة، فهلكت، كان ضامناً المثل أو القيمة، كما في الحالات الآتية<sup>(١)</sup>:

ترك الحفظ، التضييع والإتلاف، إيجار العارية أو استعمالها استعمالاً غير مشروع أو غير مألوف، المخالفة في كيفية الحفظ كأمر المالك ألا يغفل عنها، ففعل، ونحو ذلك مما ذكرناه في الإيداع.

والفقه الإسلامي والقانون المدني متفقان على ذلك، كما يبدو من المادة التالية<sup>(٢)</sup>:

١- «على المستعير أن يبذل في المحافظة على الشيء العناية التي يبذلها في المحافظة على ماله، دون أن ينزل في ذلك عن عناية الرجل المعتاد» لكن الفقه يكتفي ببذل العناية التي يحفظ بها ماله.

٢- «وفي كل حال يكون ضامناً لهلاك الشيء إذا نشأ الهلاك عن حادث مفاجئ أو قوة قاهرة، وكان في وسعه أن يتحاشاه باستعمال شيء من ملكه الخاص، أو كان بين أن ينقذ شيئاً مملوكاً له، أو الشيء المعار، فاختر أن ينقذ ما يملكه».

**هـ- الضمان في عقد الرهن:**

يلتزم المرتهن بالمحافظة على العين المرهونة بعد قبضها، وذلك بالعناية التي تكون من الشخص المعتاد بأن يحفظ المرهون بنفسه أو زوجته، أو ولده أو خادمه، كما في حال الإيداع، والالتزام هنا أيضاً التزام ببذل عناية ما دام الدين لم يدفع إلى الدائن المرتهن.

(١) البدائع: ٢١٨/٦ وما بعدها، مجمع الضمانات: ص ٥٥.

(٢) انظر المادة ٦٤١ مدني مصري، ٦٠٧ مدني سوري.

فإذا أخل المرتهن بواجبه في الحفظ كان عند الحنفية ضامناً من المرهون بهلاكه بما يقابل مقدار الدين: فإن كان الهلاك بتعد أو تقصير، ضمن المتعدي الرهن سواء أكان مرتهناً أم راهناً أم أجنبياً. وإن كان الهلاك بغير تعد ولا تقصير ولا إهمال من المرتهن في الحفظ، سقط من الدين عند الحنفية بمقدار قيمة الرهن، لأن يد المرتهن عندهم هي يد ضمان بقدر الدين أي بقدر مصلحته، كما ذكرنا سابقاً وبيننا الآراء الفقهية المخالفة في يد المرتهن فهي يد أمانة أم يد ضمان<sup>(١)</sup>. وقد اقترب القانون المدني من مذهب الحنفية في الأصل العام ليد الدائن المرتهن، فنص على ذلك بما يأتي<sup>(٢)</sup>: «إذا تسلم الدائن المرتهن الشيء المرهون، فعليه أن يبذل في حفظه وصيانته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد، وهو مسؤول عن هلاك الشيء أو تلفه ما لم يثبت أن ذلك لسبب أجنبي لا يد له فيه».

وعلى هذا لا يصح للمرتهن إعاره المرهون، فإن أعاره فهلك في يد المستعير، ضمن، سواء هلك في حالة الاستعمال أو في غيرها. وليس للمرتهن أن يتصرف ببيع أو إجارة، كما أنه ليس له أن ينتفع به لا بالاستخدام ولا بالسكنى ولا باللبس إلا أن يأذن له المالك الراهن، فإن فعل، كان متعدياً ضامناً إذا هلك المرهون حينئذ.

## و- الضمان في عقد الوكالة:

على الوكيل أن يقوم بواجبه الموكل فيه، وأن يبذل فيه من العناية التي يبذلها الرجل المعتاد، فإذا قصر في ذلك كان متعدياً ضامناً. وهذا موافق لما عليه القانون المدني، ونص المادة في ذلك مشابه للنص السابق المذكور في عقد الإيداع<sup>(٣)</sup>. وعلى هذا يعرف حكم تصرفات وأحوال الوكلاء فيما يأتي<sup>(٤)</sup>:

- (١) البدائع: ١٥٤/٦ وما بعدها، مجمع الضمانات: ص ١٠٨ وما بعدها.
- (٢) انظر المادة ١١٠٣ مدني مصري، والمادة ١١٠٢ منه.
- (٣) انظر المادة ٧٠٤ مدني مصري، ٦٧٠ مدني سوري.
- (٤) البدائع: ٢٣/٦ وما بعدها، المبسوط: ٤/١٩ وما بعدها، تكملة فتح القدير: ١٠/٦ وما بعدها، الدر المختار: ٤/٤٣٠ وما بعدها، مجمع الضمانات: ص ٢٤٥ وما بعدها.

ففي الوكالة بالخصومة (أي المحاماة في عرفنا اليوم): يلتزم الوكيل بالمرافعة أمام القضاة، وحضور جلسات المحاكم حسب الإجراءات المتبعة، فإن قصر بواجبه كان مسؤولاً. ويملك الإقرار على موكله عند جمهور الحنفية خلافاً لزفر وبقية المذاهب، ولا يجوز له قبض المال المقضي به على الرأي المفتى به عند الحنفية: (وهو قول زفر) لظهور الخيانة في الوكلاء وهو أيضاً قول الشافعية والحنابلة، لأن ذلك غير مأذون به.

وفي الوكالة بتقاضي الدين: لا يملك الوكيل بالتقاضي قبض الدين عرفاً، وهو المفتى به عند الحنفية، وإلا اعتبر مسؤولاً.

وفي الوكالة بقبض الدين: يعتبر المقبوض أمانة بيد الوكيل كالوديعة باتفاق الفقهاء، فإذا هلك عنده بغير تعد ولا تقصير يبرأ من الضمان، وإن وجد تعد أو تقصير، كان ضامناً للقيمة.

وفي الوكالة بالبيع: للوكيل إذا كان مطلق التصرف أن يبيع بأي ثمن كان، قليلاً أو كثيراً، نقداً أو مؤجلاً وإن كان بغبن فاحش، لأن الأصل في اللفظ المطلق أن يجري على إطلاقه، ولا يجوز تقييده إلا بدليل كتهمة ونحوها.

وهذا رأي أبي حنيفة، وقال أصحابه وجمهور الفقهاء: لا يجوز للوكيل أن يبيع بأقل من ثمن المثل أو بثمن مؤجل، وله البيع بثمن معجل بنقصان يتغابن الناس فيه عادة، ولا يجوز فيما لا يتغابن الناس فيه، لأن الوكيل ممنوع من الإضرار بالموكل، مأمور بالنصح له. فإن أخل بواجبه كان مسؤولاً، كما أنه يكون مسؤولاً في البيع لنفسه أو لزوجته أو لأحد من أصوله أو فروعه، وذلك بجعل البيع متوقفاً على إجارة الموكل.

وفي الوكالة بالشراء: للوكيل المطلق التصرف أن يشتري بأي ثمن عند أبي حنيفة.

وقال الصحابان وجمهور الفقهاء: للوكيل بالشراء أن يشتري بزيادة يتغابن الناس في مثلها عادة، ولا يجوز له الشراء بأكثر من ثمن المثل بما لا يتغابن الناس فيه إلا بإذن الموكل، لأنه مأمور بالنصح للموكل، منهي عن الإضرار بمصالحه، وفي الزيادة عن ثمن المثل إضرار يستوجب المسؤولية وذلك بجعل الشراء للوكيل.

## مقارنة:

يقرر القانونيون أنه إذا لم يمكن تنفيذ الالتزام العقدي تنفيذاً عينياً، يحكم القاضي على المدين بالتعويض، وحينئذ تقوم المسؤولية العقدية، ويعتبر عدم تنفيذ المدين التزامه الناشئ من العقد هو الخطأ العقدي ويتحقق هذا الخطأ سواء أكان عدم تنفيذ الالتزام ناشئاً عن عمد أو عن إهمال، أو بسبب أجنبي كالقوة القاهرة. والالتزام نوعان: التزام بتحقيق غاية معينة هي محل الالتزام، والتزام ببذل عناية. والعناية المطلوبة كأصل عام هي عناية الشخص المعتاد، والخطأ العقدي في الالتزام بتحقيق غاية هو عدم تحقيق هذه الغاية أياً كان السبب ولو قوة القاهرة، أما في الالتزام ببذل عناية فيكون الخطأ العقدي فيه هو عدم بذل العناية المطلوبة.

وفي ذلك يتفق الفقه والقانون، لكن يلاحظ أن الفقه الإسلامي لا يقرر مسؤولية المدين عن السبب الأجنبي إلا إذا كان العقد عقد ضمان كعقد الإعارة عند الحنابلة والرهن عند الحنفية، أما إذا كان من عقود الأمانة فلا يسأل المدين عن السبب الأجنبي، وإنما يسأل عن فعله الشخصي الصادر عنه عمداً أو إهمالاً. وأما القانونيون فيمنعون المسؤولية عن السبب الأجنبي لعدم توافر أحد أركان المسؤولية العقدية: وهو علاقة السببية بين الخطأ والضرر.

ويجوز القانونيون الاتفاق على جعل المدين مسؤولاً عن السبب الأجنبي، أما الفقهاء المسلمون فلا يجيزون الاتفاق على جعل مسؤولية الأجير المشترك مثلاً عما لا يمكنه الاحتراز منه<sup>(١)</sup>، بل إنهم لا يجيزون تغيير طبيعة العقد بالاتفاق على تعديل المسؤولية، فلو شرط على الأمين كالوديع أو المستأجر الضمان، بطل الشرط لمنافاته مقتضى العقد الذي يعتبر من عقود الأمانات.

وإذا كانت العناية المطلوبة في الالتزام ببذل عناية هي قانوناً كأصل عام عناية الرجل المعتاد وشرعاً العناية التي يحفظ بها ماله، فلا مانع فقهاً وقانوناً من اتفاق المتعاقدين على عناية تزيد أو تنقص عن عناية الرجل المعتاد، ففي حالة الأجير

(١) مجمع الضمانات: ص ٢٧، مصادر الحق للسنهوري: ١٦٢/٦.

الخاص يكتفى بمطلق الحفظ، ولا يضمن ما هلك في يده أو بعمله إلا إذا تعمد الإلتلاف كما عرفناه سابقاً، وهذا أقل من عناية الرجل المعتاد. والأجير المشترك كالأجير الخاص عند أبي حنيفة يده يد أمانة، لكن في رأي الصاحبين وفقهاء المالكية يده يد ضمان، ومعنى ذلك أنه يتطلب عناية تفوق العناية المعتادة، فلا تنتفي مسؤوليته مطلقاً إلا إذا كان الهلاك بسبب أجنبي لا يمكن الاحتراز منه كقوة قاهرة من حريق غالب أو غرق غالب، أو عدو مكابر.

والعناية المطلوبة في فقهاء في حفظ الودائع والأموال المعارة هي كما عرفنا عناية الرجل في حفظ ماله.

ويجوز قانوناً الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية أصلاً إلا إذا ثبت في جانب المدين غش أو خطأ جسيم<sup>(١)</sup>. أما الفقه الإسلامي فلا يجيز مثل هذا الاتفاق على إطلاقه وإنما يجوز في بعض الحالات كاشتراط البائع على المشتري البراءة من كل عيب، فإن هذا الشرط صحيح مطلقاً عند الحنفية، ومقيد عند المالكية بالعيوب التي لا يعلمها البائع، وعند الشافعية بالعيوب الباطنة في الحيوان خاصة، وعند جماعة من الحنابلة: لا يصح هذا الشرط.

(١) مصادر الحق: ١٢٦/٦.

## الفصل الثاني

# أهم حالات الضمان في المسؤولية التقصيرية

ذكرنا أن المسؤولية التقصيرية قانوناً تنشأ عند مخالفة التزام قانوني كالغصب والإتلاف، إذ إن الإنسان يلتزم قانوناً بعدم الإضرار بالآخرين، وأما شرعاً فهي تنشأ أيضاً بسبب مخالفة التزام شرعي وهو مبدأ احترام حقوق الغير.

وإن أهم الحالات التي يثار بشأنها موضوع الضمان إما أن يكون الفعل فيها صادراً عن الشخص المتعدي أو المخطئ نفسه، أو عن أشخاص خاضعين لرقابته أو تابعين له، أو عن شيء أو حيوان مملوك له.

### أولاً- ضمان الفعل الشخصي:

أبرز الإسلام مبدأ المسؤولية الشخصية أو الفردية عن كل عمل يصدر عن الإنسان: إن خيراً فخير، وإن شراً فشر، وفي هذا تكريم للإنسان وإشعار له بأهمية وجوده وخطورة أعماله. والمسؤولية في الإسلام ذات شقين: مسؤولية نظامية في الحياة الدنيا، ومسؤولية أخروية في عالم الآخرة، وهذه مؤجلة إلى يوم الحساب لحكمة عميقة، هي ترك المجال للإنسان ليصلح نفسه بنفسه تخوفاً من العذاب الأليم، ولمراقبة الله في كل حال.

وأما المسؤولية الأولى: فلا بد منها لإصلاح نظام الحياة، وإقرار الأمن

والطمأنينة ومنع الظلم والعدوان. وبما أنه من الصعوبة بمكان مراقبة تصرف كل إنسان، فقد قرر التشريع الإسلامي أن كل واحد مسؤول عن عمله وخطئه الشخصي، وعليه وحده يقع عبء هذه المسؤولية وتحمل آثارها ونتائجها، حتى تنهياً عنده الخشية من العقاب قبل الإقدام على أي فعل من الأفعال، فلا يسأل شخص عن آخر، ولا يتحمل امرؤ تبعه شخص آخر، حتى ولو كان أقرب الناس له، ما دام كبيراً راشداً، قال تعالى: ﴿كُلُّ أَمْرٍ بِمَا كَسَبَ رَهِينٌ﴾ [الطور: ٢١/٥٢].

﴿لِكُلِّ أَمْرٍ مِنْهُمْ مَا أَكْتَسَبَ مِنَ الْإِثْمِ﴾ [النور: ١١/٢٤] ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ وَإِنْ تَدْعُ مُثْقَلَةٌ إِلَىٰ جَمَلِهَا لَا يُحْمَلُ مِنْهُ شَيْءٌ وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ﴾ [فاطر: ١٨/٣٥]<sup>(١)</sup>. (أي وإن تدع نفس متحملة بالأوزار شخصاً آخر) ﴿لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ﴾ [البقرة: ٢٨٦/٢] ﴿قُلْ لَا تُسْأَلُونَ عَمَّا أَجْرَمْنَا وَلَا نَسْأَلُ عَمَّا تَعْمَلُونَ﴾ [سبأ: ٢٥/٣٤].

وبذلك تقرر هذه الآيات مبدأ تحمل التبعة الفردية، فكل فرد يسأل عن عمله، لا عن عمل غيره، وكل إنسان يتحمل تبعات أعماله، ولا يتحملها عنه غيره. وعلى هذا فمن تعدى على مال غيره، فأتلفه أو عطل منفعة أو أحدث فيه خللاً أو نقصاً، وجب عليه ضمانه والتعويض عن الضرر الذي ألحقه به غيره. وتفصيل الكلام على الأعمال الشخصية قد سبق ذكره في بحث أركان المسؤولية.

ولكن يلاحظ أنه وإن كان الأصل العام في الشريعة وفي القانون هو مبدأ المسؤولية الفردية، فلا يعني ذلك عدم وجود استثناءات في الظاهر يقتضيها العدل<sup>(٢)</sup>، وضرورة الحفاظ على حقوق الآخرين، وهذه الاستثناءات محدودة في أحوال معينة، وهي في الحقيقة ناشئة عن تقصير في حفظ المباشر للخطأ، وتفريط في مراقبته، وإهمال للشيء المتسبب في الضرر. وهذا ما يعبر عنه القانونيون بالمسؤولية القائمة على خطأ مفترض وهي تشمل المسؤولية عن عمل الغير كالقصر، ومسؤولية المتبوع عن أعمال التابع كالعمال والخدم والموظفين، والمسؤولية الناشئة عن الأشياء كحارس البناء أو الحيوان، ونحو ذلك مما سنبحثه فيما يأتي.

(١) وقد تكرر ذكر آية ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾ عدة مرات في القرآن الكريم.

(٢) النظرية العامة للموجبات والعقود للمحمصاني: ٢١٩/١ وما بعدها.

## ثانياً - ضمان فعل الغير:

قرر القانونيون مسؤولية الأولياء والأوصياء عن عمل الغير، إذا كان في حاجة إلى الرقابة. والغير هنا: هو الذي يرتكب العمل غير المشروع، فيشمل القاصر والمجنون والمعتوه والمغفل والمريض كالأعمى والمشلول والمقعّد.

وذلك بإلزامهم التعويض عن الضرر المدني على أساس افتراض الخطأ في المسؤول بإهماله في الرقابة لأعمال هؤلاء<sup>(١)</sup>. وهذا ما نص عليه القانون المدني في مصر وسورية<sup>(٢)</sup> استثناء من المبدأ العام في المسؤولية عن الأعمال الشخصية الذي نصت عليه المادة الآتية: «كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض»<sup>(٣)</sup>.

أما الفقهاء المسلمون فقد قرروا مسؤولية القصر والمجانين ونحوهم عن كل فعل يصدر عنهم، وذلك من أموالهم الخاصة الحاضرة أو المستقبلية التي تكون لديهم بعد الرشد، مما يدل على اتجاههم في التضمين نحو النزعة الموضوعية المادية. ومن عبائهم في هذا المضمار: «الصبي المحجور عليه مؤاخذ بأفعاله، فيضمن ما أتلّفه من المال»<sup>(٤)</sup> «إن تقويم المتلفات لا يختلف باختلاف الناس، إنما يختلف باختلاف البلاد والأزمان»<sup>(٥)</sup>.

وهذا ما قرره أيضاً علماء أصول الفقه، فإنهم قالوا: لا تصح إقرارات الصغير

(١) الوسيط للسنهوري: ١/٩٩٢ وما بعدها، موجز النظرية العامة للالتزام للدكتور حجازي: ١/٥١٢ وما بعدها.

(٢) تنص المادة ١٧٣ مصري، ١٧٤ سوري على ما يأتي: «(١) كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة، بسبب قصره، أو بسبب حالته العقلية، أو الجسمية، يكون ملزماً بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع، ويترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز. (٢) ويعتبر القاصر في حاجة إلى الرقابة إذا لم يبلغ خمس عشرة سنة... إلخ».

(٣) انظر المادة ١٦٣ مصري، ١٦٤ سوري.

(٤) الأشباه والنظائر لابن نجيم: ٢/٧٨، وراجع أيضاً درر الحكام: ٢/٢٧٣.

(٥) الفروق للقرافي: ٤/٣١.

وعقوده، وإن أجازها الولي، لكن يؤخذ بضمان الأفعال الجنائية في إتلاف الأموال<sup>(١)</sup>.

وعليه فإن هؤلاء القصر وأمثالهم يضمنون الأضرار الناجمة عن أفعالهم، سواء أكان الصبي مميزاً أم غير مميز، ونصت المجلة على ذلك: «إذا أتلّف صبي مال غيره يلزم الضمان من ماله، وإن لم يكن له مال ينتظر إلى حال يساره ولا يضمن وليه» (م ٩١٦ مجلة) «..يلزم الضمان على الصبي إذا أتلّف مال الغير، وإن كان غير مميز» (م ٩٦٠). ولا يسأل الأولياء والأوصياء عن فعل غيرهم إلا إذا صدر منهم ما يوجب الضمان، كالتقصير في الحفظ عمداً أو الإغراء بالإتلاف أو التسليط على الضرر، أو الأمر به ونحو ذلك، على أساس قاعدة التسبب والمباشرة في الأعمال السابق ذكرها. ويمكن للمتضرر المطالبة بالتعويض لولي الصغير إذا أثبت تقصيره في الحفظ ما دام غير المميز لا يستطيع حفظ نفسه. وبه يتبين أن الفقه الإسلامي لا يأخذ بمبدأ المسؤولية عن فعل الغير، لأن المبدأ العام في الشريعة هو المسؤولية الشخصية، إلا أنه مراعاة لمبدأ العدالة ودفعاً للضرر عن المتضرر، فإن المتسبب في إحداث الضرر يسأل عن فعله.

وقرر القانونيون أيضاً مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع إذا وجدت رابطة التبعية: وهي أن يكون لشخص على آخر سلطة فعلية تخوله الحق في رقابته وفي توجيهه، مثل العامل وال خادم والطاهي والسائق والمستخدم والموظف ونحوهم من الأشخاص الذين يخضعون لرقابة وتوجيه غيرهم لهم، ونص القانون المدني في المادة ١٧٤ مصري، ١٧٥ سوري على ذلك. وهذه هي المسؤولية عن عمل الغير في أصدق صورها، وهي تكوّن استثناء خطيراً على القواعد العامة في المسؤولية.

والفرق بين المسؤولية عن عمل الغير ومسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه هو أن للمسؤول في الحالة الأولى نصيباً في إحداث الضرر الذي أصاب الغير من جراء العمل الضار، وأما في الحالة الثانية فليس للمسؤول نصيب في إحداث الضرر،

(١) مرآة الأصول: ٤٤٠/٢، كشف الأسرار على أصول البزدوي: ١٣٨٣/٤، التقرير والتحرير: ١٧٢/٢ وما بعدها، التلويح والتوضيح: ١٦٧/٢ وما بعدها.

والخطأ فيها هو خطأ التابع وليس الخطأ المفترض للمتبوع، لكن القانون أراد هذه المسؤولية، ولم يجز للمتبوع التخلص منها باعتبارها كفيلاً للتابع<sup>(١)</sup>.

اعتداء العبد المحجور على نفس آدمية: عبد أو أمة، فإن السيد مولى العبد يطالب بضمان فعل تابعه وهو العبد ويلزمه بدفع مثل المجني عليه أو قيمته<sup>(٢)</sup>. كذلك بحث الفقهاء المسلمون هذا النوع من المسؤولية في حكم أعمال «تلميذ الأجير المشترك»<sup>(٣)</sup> فقالوا<sup>(٤)</sup>:

- إذا تلف الشيء المأجور بيد تلميذ «صانع» الأجير كالنجار والحداد والقصار ونحوهم، فلا ضمان عليه، وإنما الضمان على معلمه، لأنه هو المسؤول أصالة عن أمتعة الناس، فكأنه فعل الضرر بنفسه، لأن التلميذ نائبه. ومن هنا يعتبر أساس هذه المسؤولية شرعاً هو جعل خطأ التلميذ خطأ الأستاذ، لأنه هو الضامن أو الكفيل، كما هو رأي فقهاء القانون.

- لكن إذا وطئ التلميذ ثوباً في مهنة القصار (أي المصبغة في عرفنا الحاضر) فخرقه، يضمن التلميذ فعل نفسه، لأن وطئ الثوب غير مأذون فيه.

- ولو وقع من يد التلميذ سراج، فأحرق ثوباً من القصار، فالضمان على لأستاذ (المعلم)، لا على التلميذ، لأن الذهاب والمجيء بالسراج عمل مأذون فيه، فيكون المعلم هو المسؤول، كأنه فعل ذلك بنفسه.

وكذلك لو وقعت مدقة القصار من يد التلميذ على ثوب فخرقته، فالضمان على لمعلم، لأن هذا من عمل القصار، فينسب الفعل إليه.

(١) الوسيط للسنهوري: ١/١٠١٤ وما بعدها، ١٠٤٠ وما بعدها ط ١٩٥٢، موجز نظرية الالتزام لحجازي: ١/٥٢٠-٥٢٩ ط ١٩٥٥. ويرى بعضهم أن مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع تقوم على أساس نظرية تحمل التبعة (راجع نطاق المسؤولية المدنية التقصيرية والتعاقدية للدكتور حسن الخطيب: ص ٢٠٤-٢٠٦).

(٢) البدائع: ٦/٢٠٧.

(٣) مجمع الضمانات: ص ٤٣-٤٥، أشباه ابن نجيم: ص ١٧٠، المغني: ٧/٨٣١، الخرشي: ١٠/٨.

(٤) راجع المبسوط للسرخسي: ١٦ ص ١١ وما بعدها، مجمع الضمانات: ص ٤٣ وما بعدها.

فإن كان الثوب الذي وقعت المدقة عليه وديعة فخرقته، فالضمان على التلميذ، لأن المعلم يسأل عن عمل التلميذ فيما يملك تسليطه عليه واستعماله فيه، وذلك فيما يتعلق بشؤون الصنعة فقط.

يتلخص من تعليقات فقهاء الحنفية السابق ذكرها: أن المتبوع يسأل عن عمل تابعه إذا كان هناك عقد إجارة بينهما، وكان الضرر الواقع من التلميذ في حدود العمل الذي يشتركان في إنجازه آلة ومحلاً وكيفية بحسب العرف الشائع، أو كان مأموراً به من الأستاذ صراحة أو ضمناً، فإن لم يتحقق هذان الشرطان فلا ضمان على الأستاذ<sup>(١)</sup>.

### ثالثاً - ضمان الأشياء:

الأشياء التي قد ينشأ عنها مسؤولية هي إما الحيوان أو البناء أو الآلات. والقانون المدني نص في مواد ثلاث<sup>(٢)</sup> على المسؤولية الناشئة عن الأشياء على أساس الخطأ المفترض من حارسها<sup>(٣)</sup>، لكنه خطأ يقبل إثبات العكس، إذ إن هذه المواد صريحة في أن «الحارس مسؤول ما لم يثبت أن وقوع الضرر أو الحادث كان بسبب أجنبي لا يد له فيه» وهذا الخطأ هو إفلات الشيء من سيطرة الحارس أو رقبته أو صيانتته<sup>(٤)</sup>.

وأما الفقه الإسلامي فقد بحث فقهاؤه المسؤولية الناشئة عن فعل الحيوان تحت عنوان «جناية البهيمه» والمسؤولية الناشئة عن تهدم البناء تحت عنوان «الحائط المائل».

(١) راجع المسؤولية المدنية والجنائية للشيخ محمود شلتوت: ص ٢٨، المسؤولية التقصيرية للدكتور فيض الله: ص ٣٩٠.

(٢) هي في القانون المصري ١٧٦، ١٧٧، ١٧٨، وفي القانون السوري هي ١٧٧، ١٧٨، ١٧٩.

(٣) الحارس: هو من له السيطرة الفعلية على الشيء في توجيهه وفي رقبته ولو لم يكن مالكا له.

(٤) انظر الوسيط للسنهوري: ١/١٠٥٢، موجز نظرية الالتزام لحجازي: ١/٥٣٠ وما بعدها.

وأما المسؤولية الناشئة عن الآلات الميكانيكية<sup>(١)</sup> وغيرها من الأشياء المادية غير الحية فيما عدا البناء مثل الأشجار والحجارة والرمال والأرض<sup>(٢)</sup> فلم يتعرض له الفقهاء المسلمون، لعدم وجود حوادث ناشئة عن ذلك في عصرهم لا لعجزهم، فلم يكن عهدهم عهد الآلة والتصنيع، ولم تحدث في زمانهم إصابات للعمال ونحوهم، والمبدأ الفقهي هو عدم مساءلة الإنسان عن ضرر يحدثه غيره ولا يد له فيه، لكن يمكن مساءلته وفق القواعد العامة في الضمان، فيسأل المباشر للضرر وإن لم يتعد، كما يسأل المتسبب في إحداث الضرر إذا كان متعدياً بالتعمد أو التقصير أو عدم التحرز في الإضرار أو الإهمال في الصيانة، إذ لا ضرر ولا ضرار في الإسلام والضرر يزال، فالمهم شرعاً لتحقيق المسؤولية هو إثبات وقوع الضرر وخطأ المتسبب، ولا حاجة للقول بوجود خطأ مفترض. وقد أخذ القانون الأردني بمسؤولية صاحب المصنع على أساس المباشرة بإحداث الضرر. وهذا في الحقيقة اجتهاد من واضعيه<sup>(٣)</sup>. لذا فإننا نقتصر هنا على تفصيل الكلام في النوعين الآخرين من المسؤولية، مع الإشارة لحالة ثالثة:

### ١- جناية الحيوان:

اتفق الفقهاء على أن صاحب الحيوان ضامن لما يتلفه إذا كان سبباً في الضرر، بأن تعمد الإتلاف بواسطة الحيوان، أو قصر في حفظه أو كان صاحبه سائقاً أو راكباً، فإن لم يكن متسبباً في الضرر، فإن الفقهاء اختلفوا في شأن تضمين صاحبه:

فقال الحنفية: إذا أتلّف الحيوان شيئاً بنفسه مالاً أو إنساناً، فلا ضمان على صاحبه سواء أوقع ذلك ليلاً أم نهاراً، لقوله ﷺ: «العجماء جرحها جبار» أي المنفلتة هدر (انظر م ٩٢٩ مجلة). فإن كان صاحبها معها سائقاً أو راكباً أو قائداً أو

(١) وهذا ما يخضع للمادة ١٧٨ من القانون المدني المصري.

(٢) وهذا مما يخضع للمادة ١٧٧ من القانون المدني السوري.

(٣) وراجع المسؤولية التقصيرية للزميل الدكتور فيض الله: ص ٤٣٧، المحمصاني: ٢٤٨/١، ٢٢١.

أرسلها ونحو ذلك، ضمن ما تتلفه<sup>(١)</sup>. وعلى هذا قالوا: إذا أتلّف الحيوان شيئاً في المراعي المباحة لا ضمان فيه، كما لو كان لقرية خيول أو بقر في المرعى، فعرض أحدها أو ضرب برجله، فأتلّف حيوان شخص: لا ضمان على صاحبه، وذلك بخلاف المحل المملوك، فإن الضمان على غير المالك، كأن يكون لرجل مربوط فيجيء آخر ويربط دابة عند دابة المالك فتتلف دابة المالك، فالضمان على المعتدي ولا ضمان على المالك إذا أتلّفت دابته دابة الآخر<sup>(٢)</sup>.

وقال المالكية في الراجح عندهم والشافعية والحنابلة: إن ما تفسده الدواب والمواشي من الزرع والشجر ونحوه مضمون على صاحبها، أو راعيها إن لم يوجد صاحبها إذا وقع الضرر ليلاً، ولا ضمان فيما تتلفه نهاراً إذا لم يكن معها صاحبها. فإن كان معها صاحبها أو ذو اليد كالغاصب والمستأجر والمستعير، راكباً أو سائقاً أو قائداً، فهو ضامن لما تفسده من النفوس والأموال<sup>(٣)</sup> لما روي أن ناقة البراء بن عازب دخلت حائطاً (بستاناً) فأفسدت فيه، فقضى نبي الله ﷺ: «أن على أهل الحوائط حفظها بالنهار، وأن ما أفسدت المواشي بالليل ضامن على أهلها»<sup>(٤)</sup> أي مضمون على أهلها.

وقال الظاهرية مثل الحنفية: لا ضمان على صاحب الحيوان فيما يفسده من دم أو مال، لا ليلاً ولا نهاراً، إلا إذا قصد الإضرار بالآخرين أو باشر التلف أو أمر به، لأنه المحرك لها، أو كان قائداً أو راكباً أو سائقاً، وفيما عدا ذلك لا ضمان،

(١) البدائع: ٢٧٣/٧، درر الحكام: ١١١/٢ وما بعدها، جامع الفصولين: ١١٤/٢، ١١٩، مجمع الضمانات: ص ١٨٥، ١٩١.

(٢) القواعد الفقهية للحمزاوي: ص ١٩٥.

(٣) المنتقى على الموطأ: ٦١/٦، بداية المجتهد: ٢ ص ٣١٧، ٤٠٨، القوانين الفقهية: ص ٣٣٣، الفروق: ٤/١٨٦، فتح العزيز شرح الوجيز: ١١/٢٤٦، مغني المحتاج: ٤/٢٠٤ وما بعدها، تحفة الطلاب للأنصاري: ٢/٤٤٦، رحمة الأمة بهامش الميزان: ٢/١٦٠، نهاية المحتاج: ٤/١١٣، المهذب: ٢/٢٢٦، أعلام الموقعين: ٢/٢٥، الطرق الحكمية: ص ٢٨٣، الإفصاح: ص ٣٧٥، الميزان: ٢/١٧٤.

(٤) رواه مالك في الموطأ والشافعي وأحمد وأبو داود والنسائي وابن ماجه والدارقطني وابن حبان وصححه، والحاكم والبيهقي من حديث جِرام بن مُحيصة.

لأن جرح العجماء جبار بحكم رسول الله ﷺ<sup>(١)</sup>. وبهذا يظهر أن الفقه الإسلامي لا يتفق مع القانون في تحمل صاحب الحيوان مسؤولية الضمان، إلا على رأي الجمهور غير الحنفية والظاهرية فيما يتلفه الحيوان ليلاً.

## ٢- سقوط البناء أو الحائط:

إذا كان البناء منذ إنشائه آيلاً إلى السقوط إلى الطريق العام أو إلى ملك الغير، ثم سقط، فتلف به شيء، فلا خلاف بين الفقهاء في أن صاحبه يضمن كل الشيء التالف مطلقاً، لوجود التعدي بالتسبب في إحداث الضرر للناس، لأن دفع الضرر العام واجب<sup>(٢)</sup>. ومن هذا القبيل الذي يوجب الضمان منذ بدء المخالفة: إشراع الجناح (وهو إخراج الجذوع من الجدار إلى الطريق والبناء عليه) ونحو ذلك كالبناء على الشرفات من دون ترخيص إداري.

وأما إن طراً خلل على البناء أو الحائط، فمال إلى الطريق العام، ثم سقط فتلف به مال أو إنسان أو حيوان، ففيه اختلاف بين المذاهب.

أ- قال جمهور الفقهاء (الحنفية بمقتضى الاستحسان والمالكية، والحنابلة في الراجح عندهم): يضمن صاحب الحائط ومن في حكمه (كالواقف والقيم والولي والراهن والشريك) ما تلف به من نفس إنسان أو حيوان أو مال، بشرط أن يسبق السقوط مطالبة ذي المصلحة بالنقض أو الإصلاح. ولا يشترط الإشهاد على طلب النقص لوجوب الضمان، وإنما هو أمر ضروري في الإثبات ليتمكن ذو المصلحة من إثبات المطالبة عند إنكار صاحب البناء. ويكون الإشهاد على ثلاثة أمور: على المطالبة أو التقدم<sup>(٣)</sup> إلى المالك في اصطلاح الفقهاء، وعلى حدوث الهلاك

(١) المحلى: ٦/١١ وما بعدها، ١٢م ٢١٠٦، ٢١١٠.

(٢) ويمكن القياس على ذلك حالة انفجار المرجل، يكون رب العمل مسؤولاً عن الضرر الحادث في حالة تحقق عيب الصنع، أو نقص في الصيانة والمحافظة. (راجع نطاق المسؤولية المدنية التقصيرية التعاقدية للدكتور حسن الخطيب ص ١٤٥).

(٣) عرفت المجلة التقدم في المادة (٨٨٩) فقالت: «التقدم: هو التنبيه والتوصية أولاً بدفع وإزالة مضرّة مظنونة».

بالسقوط على المتضرر، وعلى كون الجدار ملكاً لهذا الشخص المدعى عليه من وقت الإشهاد إلى وقت السقوط.

فإن سقط البناء قبل المطالبة وأتلف إنساناً أو مالا، أو سقط بعد المطالبة، لكن في مدة لا يقدر فيها المالك على النقص، أو سقط بعد انتقال ملكية الحائط إلى شخص آخر ببيع أو هبة ونحوهما، فلا ضمان عليه. وإن سقط في مدة يقدر فيها على النقص فلم يفعل حتى سقط، ضمن ما يترتب على السقوط من تلف في النفوس والأموال، لتقصيره في واجبه، لأن دفع الضرر العام عن الناس أمر واجب، ويتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام.

ولا عبرة بالمطالبة بالنقص لغير المالك أو من في حكمه، كساكن الدار بإجارة أو إعاره، أو كالمرتهن أو الوديع، لعدم قدرتهم على التصرف في الشيء<sup>(١)</sup>. أي إن المسؤولية تقع على عاتق المالك، ومن ثمَّ يعفى المتضرر من عبء إثبات خطأ المالك، وهذا هو الهدف الرئيسي من نظرية تحمل التبعة.

لكن في انحصار المسؤولية في المالك مخالفة لما عليه القانون المدني الذي يعتبر حارس البناء: كل من له السيطرة الفعلية عليه، سواء أكان مالكا أم غير مالك، فيشمل المالك كأصل عام، وبائع العقار قبل التسليم، والمقاول، والمنتفع، والمستحكر<sup>(٢)</sup> والمرتهن رهن حيازة، والحائز للبناء بنية تملكه، فهؤلاء كلهم يعتبرون حراساً<sup>(٣)</sup>.

**ب- وقال الشافعية والظاهرية والحنفية بمقتضى القياس:** لا يضمن من بنى جداره مستقيماً، فمال ولو إلى غير ملكه، وسقط وتلف به شيء، لأن الميل لم يحصل بفعله وقد بناه في ملكه ووقع من غير فعله، فأشبه ما إذا وقع من غير ميل،

(١) المبسوط ٨/٢٧ وما بعدها، البدائع: ٢٨٣/٧ وما بعدها، الدر المختار ورد المحتار: ٥/٤٢٤ وما بعدها، درر الحكام: ١١٠/٢ وما بعدها، مجمع الضمانات: ص ١٨٢، الشرح الكبير للدردير: ٣٥٦/٤، المغني: ٨٢٧/٧ وما بعدها، م ٩٢٨ مجلة.

(٢) حق الحكر: هو حق الغرس والبناء وسائر وجوه الانتفاع في أرض موقوفة بإجارة طويلة الأمد، ويكون البناء والشجر ملكاً للمستحكر.

(٣) الوسيط: ١/١٠٧٠ وما بعدها، حجازي: ١/٥٣٦.

بل إنه لا يلزم بهدمه، وبنائه على نحو سليم مستقيم، ولا يجبر على إعادة البناء، سواءً تمكن من ذلك أم لا، لأن القاعدة عندهم أن «ما كان أوله غير مضمون لا ينقلب مضموناً بتغير الحال» وقد يكون صاحب البناء غائباً بأقصى المشرق، والحائط بأقصى المغرب<sup>(١)</sup>.

وهذا في تقديري إفراط في الأخذ بالقياس، ورأي غريب لا يتفق مع العدل وقواعد دفع الضرر في الإسلام ولا سيما في وقتنا الحاضر حيث يزدحم البنيان، ويكتظ بالسكان، ويتضرر الناس كثيراً من انهدام حائط أهمل صاحبه في صيانته وترميمه، وبخاصة بعد لفت نظره وإنذاره، وبذلك يضمن صاحب الحائط أو البناء ما يترتب على سقوطه من أضرار، إذا كان مقصراً في إزالة الضرر.

### ٣- تبعة الجمادات الخطرة:

يسأل الإنسان الذي يحمل بعض الآلات الخطرة كالسيف والبندقية ونحوهما عن الأضرار التي يحدثها بالآخرين إذا كان مقصراً غير متحرز، قال الفقهاء: لو انفلتت فأس من قصاب كان يكسر العظم، فأتلف عضو إنسان يضمن، وهو خطأ، والدية في ماله، لأنه لا عاقلة للعجم<sup>(٢)</sup>. وقال النبي ﷺ: «من مر في شيء من مساجدنا أو أسواقنا ومعه نبل، فليمسك أو ليقبض على نصالها بكفه، أن يصيب أحداً من المسلمين منها شيء»<sup>(٣)</sup>.



(١) المهذب: ١٩٣/٢، تحفة الطلاب وحاشية الشراوي عليها: ٤٤٨/٢، ط البابي الحلبي،

المحلى: ٦٣٩/١٠ م ٢١٠٢.

(٢) واقعات المفتين: ص ٦٤.

(٣) حديث صحيح.

## الفصل الثالث

### عوارض المسؤولية

قد تطرأ على المسؤولية عوارض كالصغر والجنون والإكراه، فتؤثر عليها إذا كانت المسؤولية عقدية أو جنائية، ولا تؤثر عليها إذا كانت مدنية تقصيرية على التفصيل الآتي:

**ففي عارض الصغر والجنون ونحوهما كالإغماء<sup>(١)</sup>:** تؤثر هذه العوارض على المسؤولية العقدية، فتعتبر عقود الصغير غير المميز والمجنون والمغمى عليه باطلة، وأما المميز فتبطل عند الحنفية تصرفاته الضارة به ضرراً محضاً كالتبرعات والكفالة، والطلاق، وتعتبر تصرفاته المترددة بين الضرر والنفع كالمعاوضات المالية موقوفة غير نافذة، وإذا كان الصبي غير المميز محجوراً عن التصرفات فلا يصح منه شيء.

وكذلك لا تصح إقرارات الصغير غير البالغ وإن أجازها وليه، ولا تصح الخصومة أو رفع الدعوى من الصبي إلا أن يكون مأذوناً، وبهذا يظهر معنى قول فقهاء الحنفية: «الصبي والمجنون يكونان محجورين بغير حجر».

وفي نطاق المسؤولية الجنائية يؤثر عارض الصغر والجنون، فلا يطبق عقاب

---

(١) راجع مرآة الأصول: ٤٣٩/٢ وما بعدها، التقرير والتحبير: ١٧٢/٢، كشف الأسرار: ٤/١٣٨٣، التلويح على التوضيح: ١٦٧/٢ وما بعدها، درر الحكام: ٢٧٣/٢ وما بعدها، الدر المختار: ٣٧٨/٥، الأشباه والنظائر لابن نجيم: ٧٧/٢ وما بعدها، ١٤١ وما بعدها، القواعد الفقهية للحمزاوي: ص ٣٦١، المسؤولية المدنية والجنائية للشيخ شلتوت: ص ٢٩، الوسيط في أصول الفقه للمؤلف: ص ١٥٧، ١٦٤، ١٦٦، ١٦٨.

القصاص والحرمان من الميراث بسبب اقرار الصغير أو المجنون جريمة القتل، إذ ليس لصبي ومجنون عمد كما قال الحنفية، أو لأن العقوبة جزاء التقصير وهما ليسا من أهلها.

أما في نطاق المسؤولية المدنية التقصيرية: فإن الصبي والمجنون مسؤولان عن ضمان المتلفات وكل الأفعال الجنائية، فإذا كان لهما مال وجب دفع التعويض فوراً، وإن لم يكن لهما مال ثبت في ذمتها التزام بالدين إلى وقت اليسار. ولا يكون الولي أو القيم أو الوصي مسؤولاً عن ضمان التلف إلا إذا كان الإتلاف ناجماً عن تقصير في الحفظ أو إغراء بالاعتداء.

وتبطل الأفعال المدنية الصادرة من الصغير غير المميز كتسلم المبيع أو الوديعة، ولا يضمن تلفها لتفريط المالك بتسليمها إليه.

وبهذا يفهم قول الحنفية: «الصبي المحجور عليه مؤاخذ بأفعاله، فيضمن ما أتلفه من المال» وقولهم: «إن الحجر يقع على الأقوال دون الأفعال» يعني أنه مؤاخذ مدنياً على الأفعال الجنائية، فيجب عليه ضمان الفعل. وأما أقواله (عقوده وإقراراته) فلا يعتد بها شرعاً لعدم تعقلها منه.

وفي الميدان الاجتماعي: يجب في مال الصبي والمجنون نفقات الأقارب المحتاجين كالآباء والإخوة ونحوهم، والضرائب المفروضة على الأراضي من عشر وخراج، وزكاة الأموال النقدية في مذهب جمهور الفقهاء غير الحنفية، أما الحنفية فإنهم لم يوجبوها ناظرين فقط إلى كونها عبادة مالية.

وأما عارض الإكراه: فقد سبق الكلام عليه وملخصه في نطاق المسؤولية المدنية والجنائية هو ما يأتي<sup>(١)</sup>:

(١) راجع كتب الفقه والأصول في هذا الموضوع مثل: درر الأحكام: ٢/٢٦٩ وما بعدها، البدائع: ٧/١٧٥ وما بعدها، الشرح الكبير: ٣/٤٤٤، بداية المجتهد: ٢/٣٨٩، الفروق: ٢/٢٠٨، قواعد الأحكام: ٢/١٣٢، حاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب: ٢/٣٩٠ وما بعدها، القواعد لابن رجب: ص ٢٨٦ وما بعدها، كشاف القناع: ٤/٩٨، المغني: ٧/٦٤٥، كشف الأسرار: ٤/١٥٠٢، فواتح الرحموت: ١/١٦٦، التقرير والتحبير: ٢/٢٠٦، مرآة الأصول: ٢/٤٦١، شرح الإسنوي: ١/١٧٣، أعلام الموقعين: ٤/١٨٣.

ففي المسؤولية المدنية **العقدية**: إن كان التصرف لا يحتمل الفسخ كالنكاح، فلا يؤثر فيه الإكراه بمعنى أن التصرف يكون نافذاً مع الإكراه.

وإن كان التصرف يحتمل الفسخ كالبيع والإجارة والرهن ونحوهما مما يعتبر سبباً من أسباب الملكية، فإن الإكراه يؤثر فيه، فيجعل التصرف غير نافذ أي موقوفاً على إجازة المستكره بعد زوال الإكراه.

وقال جمهور الفقهاء: إن الإكراه يبطل كل العقود لعدم وجود الرضا والرغبة فيها، وليس هناك اختيار صحيح بإجرائها.

وفي المسؤولية المدنية **التقصيرية**: لا يؤثر الإكراه وإنما يجب ضمان التلف الحادث بالإكراه على النفس أو المال. وقد اختلف الفقهاء في الضامن المسؤول عن إتلاف المال بالإكراه أهو المكره أو المستكره:

فقال الحنفية، والحنابلة في الأرجح عندهم: إن الضمان على المكره بالإكراه الملجئ، لأن المستكره مسلوب الإرادة، وما هو إلا آلة للمكره، ولا ضمان على الآلة اتفاقاً.

وقال الشافعية في الأرجح عندهم: إن الضمان مشترك على المكره والمستكره، لأن الإتلاف صدر من المستكره حقيقة، ومن المكره بالتسبب، والتسبب في الفعل والمباشرة سواء، لكن يستقر تحمل الضمان في النهاية على المكره في الأصح. ومن المعلوم أن الإكراه عند الشافعية نوع واحد وهو الإكراه الملجئ، وأما غير الملجئ فلا يسمى إكراهاً.

وقال المالكية والظاهرية: الضمان على المستكره، لأنه يكون في هذه الحالة كالمضطر إلى أكل طعام الغير، لإباحة فعل كل منهما، وكما أنه يجب الضمان على المضطر، يجب الضمان على المستكره.

وإن كان الإكراه ناقصاً: فالضمان على المستكره باتفاق العلماء، لأن الإكراه الناقص لا يسلب الاختيار أصلاً، فلا يعتبر المستكره آلة للمكره، فكان الضمان واجباً عليه.

**وفي المسؤولية الجنائية**: قد يكون هناك إكراه على القتل أو على الزنا مثلاً.

أ- ففي حالة الإكراه على القتل: إن كان الإكراه ناقصاً فالقصاص أو الدية على المستكره اتفاقاً، لأن الإكراه الناقص كما ذكرنا لا يسلب الاختيار.

وإن كان الإكراه تاماً ملجئاً ففي تعيين المسؤول اختلاف بين الفقهاء: فقال أبو حنيفة ومحمد وداوود الظاهري: لا قصاص على المستكره، وإنما يقتص من المكره، لأن المستكره مجرد آلة للمكره. ويظهر لنا أن هذا هو أرجح الآراء. وفي القتل الخطأ: الدية على المكره أيضاً.

وقال أبو يوسف: لا يقتص من أحد للشبهة، وإنما تجب الدية على المكره. وقال زفر وابن حزم الظاهري: يقتص من المستكره، لأن القتل وجد منه بالفعل. وقال جمهور الفقهاء (المالكية والشافعية والحنابلة): يقتص من المكره والمستكره معاً، لأن المستكره وجد منه بالفعل حقيقة، والمكره متسبب في القتل والمتسبب كالمباشر.

ب- وفي حال الإكراه على الزنا: إن كانت المرأة مستكرهة فلا عقاب عليها عند جمهور الفقهاء، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُكْرَهُوا فَنِيَّتِكُمْ عَلَى الْبِغَاءِ إِنْ أَرَدْنَ تَحَصُّنًا لِنَبِّغُوا عَرَضَ الْحَيَوةِ الدُّنْيَا وَمَنْ يُكْرِهِنَّ فَإِنَّ اللَّهَ مِنْ بَعْدِ إِكْرَاهِهِنَّ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [النور: ٣٣/٢٤].

وإن كان الرجل مستكرهاً على الزنا: فإن كان الإكراه ناقصاً فعليه العقاب (وهو لحد المقرر شرعاً). وإن كان الإكراه تاماً فلا عقاب عليه عند أبي حنيفة وصاحبيه الشافعي، لأن الإكراه يورث شبهة، والحدود تدرأ بالشبهات. وقال المالكية الحنابلة: يجب الحد على الزاني المستكره، لأن مثل هذا الفعل لا يحصل عادة طبعاً من دون اختيار وطواعية.

## الفصل الرابع

### إثبات المسؤولية

نتكلم في هذا الفصل على طرق الإثبات إجمالاً، وعبء الإثبات. أما طرق الإثبات في الإسلام التي يعتمد عليها القضاء للفصل بين المتنازعين، ففيها رأيان<sup>(١)</sup>:

١- رأي جمهور العلماء: وهو حصر طرق الإثبات في أمور معينة: هي الإقرار، وشهادة عدلين، واليمين والنكول عن اليمين والقسامة<sup>(٢)</sup> وعلم القاضي، والقرينة القاطعة.

٢- رأي ابن القيم: وهو حرية القاضي في الإثبات. وقد ذكر في كتابه الطرق الحكمية خمسة وعشرين طريقاً يحكم بها الحاكم<sup>(٣)</sup>، منها عدا المذكور في الرأي الأول: اليد المجردة التي لا تفتقر إلى يمين، والإنكار المجرد، والحكم باليد مع يمين صاحبها، والحكم بالشاهد الواحد، أو بالشاهد مع اليمين، الحكم بالاستفاضة والشهرة، الحكم بالخط المجرد، أو بالعلامات الظاهرة أو بالقرعة أو بالقيافة<sup>(٤)</sup>.

---

(١) المسؤولية المدنية والجنائية لأستاذنا المرحوم شلتوت: ص ٣٣.

(٢) القسامة: هي أن يحلف أولياء الدم خمسين يمينا في المسجد الأعظم بعد الصلاة عند اجتماع الناس أن فلاناً هذا هو القاتل. فيحكم بها المالكية والحنابلة: بالقصاص في القتل العمد، والدية في القتل الخطأ. وقال الشافعي وأبو حنيفة: إنما تجب بها الدية، ولا يراق بها دم (القوانين الفقهية لابن جزي: ص ٣٤٨).

(٣) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية: ص ١٠٨ وما بعدها.

(٤) القيافة: تتبع الأثر، وإثبات النسب عن طريق التشابه في تكوين البنية البشرية.

وأما عبء الإثبات: فقد اتفق الفقه الإسلامي والقانون الوضعي على أنه يقع على المدعي المتضرر، وذلك بأن يثبت خطأ المتعدي، ووقوع الضرر. وإذا تعارضت البيتان فإن إثبات السبب المحدث للضمان يرجح إحدى البيتين على الأخرى<sup>(١)</sup>.

ففي المسؤولية التعاقدية لإثبات الخطأ العقدي: يميز بين كون يد المدين يد ضمان أو يد أمانة. فإذا كانت يده يد ضمان، فعليه إثبات قيامه بالتزامه. وإذا كانت يده يد أمانة، فعلى الدائن إثبات تقصير المدين في أنه لم يبذل العناية الواجبة للمحافظة على الشيء<sup>(٢)</sup> لأن القاعدة الفقهية تقرر أن «الأمين مصدق باليمين».

وفي المسؤولية التقصيرية: على المدعي المتضرر إثبات خطأ المتعدي وأنه سبب تضرره، وهذا متمشٍ مع القاعدة العامة في الإسلام في توزيع طرق الإثبات على المتخاصمين، وهي قوله ﷺ: «البينة على المدعي، واليمين على من أنكر»<sup>(٣)</sup>.

فإذا لم يتوافر عمد ولا خطأ ولا إهمال على المدعى عليه، فلا يسأل عن الضمان إلا في أحوال مسؤولية القصر أو عديمي الأهلية مما سبق ذكره كما أنه لا يسأل المدعى عليه إذا وجد خطأ من المدعي أو شخص ثالث، أو قوة قاهرة، كما ذكرنا في أحوال انتفاء المسؤولية.

مثال الخطأ من المدعي المضرور: أن يحفر رجل بئراً في الطريق العام، فيأتي آخر، فيلقي نفسه فيها متعمداً، لا يضمن الحافر. وإن لم يقع فيها نفسه، فسقط وسلم من السقوط ومات فيها جوعاً أو غماً لا يضمن الحافر في قول أبي حنيفة. قال محمد: يضمن الحافر في الوجوه السابقة كلها، لأن الموت حصل بسبب الوقوع في البئر<sup>(٤)</sup>.

ومثال خطأ الشخص الأجنبي أو الثالث: أن يفتح شخص رأس وعاء فيه شيء

(١) القواعد الفقهية للشيخ الحمزاوي: ص ١٩٨.

(٢) انظر مصادر الحق للسنهوري: ١٦٤/٦.

(٣) أخرجه البيهقي بإسناد صحيح من حديث ابن عباس.

(٤) مجمع الضمانات: ص ١٨٠.

جامد، ثم يأتي آخر، فيقرب ناراً من الجامد، فذاب وضاع، فالأظهر عند الشافعية أن الضمان على الثاني، لأن تقريب النار منه تصرف بالتضييع والإتلاف<sup>(١)</sup>. وقال الحنفية: من تعثر بحجر فسقط في بئر حفرها رجل، فالضمان على واضع الحجر، فلو لم يضعه أحد فعلى الحافر، وكذا لو زلق أحد بماء صبه رجل فوقه في البئر فالضمان على الصاب، ولو كان الماء ماء مطر فعلى الحافر<sup>(٢)</sup>.

ومثال القوة القاهرة، أو الآفة السماوية بتعبير الفقهاء: أن يضع رجل جمرة على الطريق، فهبت بها الريح، وأزالتها عن مكانها، فأحرقت شيئاً، لا يضمن الواضع. وكذا لو وضع رجل حجراً في الطريق فجاء السيل، ودحرجه، فكسر شيئاً، لا يضمن الواضع، لأن جنايته زالت بالماء والريح<sup>(٣)</sup>. ومثله لو سدّد أحد بندقيته أو مسدسه أي هياه للإطلاق، فخرجت رصاصة من دون إرادته، وقتلت إنساناً، لا يضمن صاحب السلاح. وعلى هذا فإن الإتلاف لا يوجب الضمان إذا كان حادثاً بآفة سماوية أو قوة القاهرة. أما في الغصب فإن الغاصب يكون ضامناً مسؤولاً ولو حدث الهلاك بآفة سماوية، لأن الغصب يفترض وجود التعمد عند الغاصب، إذ إن عمله غير مشروع ولا مباح في حد ذاته<sup>(٤)</sup>.



(١) فتح العزيز شرح الوجيز بهامش المجموع: ٢٤٤/١١ وما بعدها.

(٢) رد المحتار على الدر المختار: ٣٧٨/٥.

(٣) مجمع الضمانات: ص ١٤٩.

(٤) الموجبات والعقود للمحمصاني: ٢٠٨/١.