الإتلاف بالمباشرة والإتلاف بالتسبب، دراسة في الفقه الإسلامي

Direct destruction and destruction by causation, a study in Islamic jurisprudence.

إعداد الدكتور/ شوّاخ محمد الأحمد

أستاذ بقسم القانون الخاص في كلية الحقوق

جامعة دار العلوم – الرياض

بريد الكترونى : shawakh@dau.edu.sa

١٢ـ الإتلاف بالمباشرة والإتلاف بالتسبب، دراسة في الفقه الإسلامي

ملخص:

أقام الفقه الإسلامي نظرية ضمان الفعل الضار بالغير على أساس قوة العلاقة بين الفعل الضار والتلف. لهذا إذا كانت العلاقة بينهما علاقة مباشرة – اتصال الآلة بمحل التلف ـ كان الإتلاف بالمباشرة، وسمي المُتلف مباشراً، والمباشر ضامنٌ وإن لم يتعد. أما إذا توسط بين الفعل الضار والتلف فعلٌ آخرٌ دون إمكانية نسبة التلف له كان الإتلاف بالتسبب، وسمي المُتلف بالمتسبب، والمتسبب لا يضمن إلا إذا تعمّد أو تعدَّ أو أهمل ولم يتحرز. إذن، في التفرقة بين المباشرة والتسبب لا ينظر الفقه الإسلامي إلى سلوك الفاعل ـ كما هو الحال في القانون انحرف أو لم ينحرف عن سلوك الشخص المعتاد ـ وإنما إلى قوة العلاقة بين الفعل الضار والتلف. ولما كان ذلك الإتلاف ينشأ عن فعل إيجابي أو سلبي، لهذا كان لا بد من تحديد طبيعة هذا الفعل. حيث إن الإتلاف بالمباشرة لا يتحقق إلا إذا كان الفعل ضاراً في ذاته، لهذا لم نجد ضرورة لاشتراط ذلك طالما أن المباشرة لا تتحقق إلا بذلك حكماً. وبالتالي فإن المباشر ضامن دون وضع شروط لذلك. أما في حالة الإتلاف بالتسبب؛ فإن المتسبب لا يضمن إلا إذا تعمّد أو تعدّ أو لم يتحرز. لذلك كان لزاماً علينا توضيح وتحديد مفهوم المباشرة والتسبب وحكم الضمان في كل منهما. وتحديد طبيعة العلاقة بين التعدي والتلف وهو ما يسمى بالإفضاء، إلا أن تلك العلاقة لا ينطبق عليها وصف الركن، كما هو الأمر في فقه القانون، وإنما هي من قبيل عدم وجود المانع للسبب، والمانع للسبب هو الأمر الذي يلزم من وجوده عدم وجود السبب؛ أي عدم وجود التلف. طالما أن الفقه الإسلامي ميّز بين المباشرة والتسبب على أساس قوة العلاقة بين الفعل الضار والتلف لهذا لم نجد من داع لتكرار القول بوجود علاقة سببية بينهما، لأن المباشرة لا تتحقق إلا إذا كانت العلاقة بين الفعل الضار والتلف علاقة مباشرة ، أما في التسبب فإن العلاقة غير مباشرة لهذا فإن المتسبب لا يضمن إلا إذا تعمّد أو تعدّ أو أهمل ولم يتحرز.

الكلمات المفتاحية:

التعدي، الفعل الضار، الإتلاف بالمباشرة، الإتلاف بالتسبب، الإفضاء

Abstract:

The theory of guaranteeing the harmful act to others in Islamic jurisprudence is based on the strength of the relationship between the harmful act and the damage caused. If the relationship between them is direct - the machine is connected to the place of damage - the damage is direct, and the one causing the damage is directly responsible, even if it is unintentional. However, if another act intervenes between the harmful act and the damage without the possibility of attributing the damage to it, the damage is caused by causation, and the one causing the damage is responsible only if he intentionally caused it, neglected to prevent it, or exceeded the limits. Therefore, in distinguishing between direct and causative harm, Islamic jurisprudence does not look at the behavior of the actor - as is the case in the law whether it deviates or not from the behavior of the usual person - nor at the act of the actor when the damage is direct, but rather at the strength of the relationship between the harmful act and the damage. Since this damage occurs whether it is direct or causative, resulting from a positive or negative act, it was necessary to determine the nature of this act. Direct damage is only realized if the act is harmful, so we did not find it necessary to stipulate that if the direct relationship does not occur except in that case. Therefore, the one causing direct damage is responsible without conditions. In the case of causative damage,

the one causing the damage is only responsible if he intentionally caused it, neglected to prevent it, or exceeded the limits. Therefore, it was necessary for us to clarify and define the concept of direct and causative harm and the ruling of guarantee in each of them. The nature of the relationship between the damage caused, which is called "Alifda" in Islamic jurisprudence, is also determined. However, this relationship cannot be described as a pillar, as is the case in the law, but rather it is of the nature of the absence of an obstacle to the cause. The obstacle to the cause is what necessitates the absence of the cause, i.e., the damage, if Islamic jurisprudence distinguishes between direct and causative harm based on the strength of the relationship between the harmful act and the damage. Therefore, we did not find it necessary to repeat the statement that there is a causal relationship between them, because direct harm only occurs if the relationship between the harmful act and the damage is direct, while in causation, the relationship is indirect, but the intention, neglect, or negligence of the one causing the damage led to the damage.

Keywords: Trespass, the harmful act, direct destruction, destruction by causation

مقدمة:

يُعد موضوع الضمان- ضمان الفعل الضار بالغير، أو ضمان المال المطلوب أداؤه تعويضاً [١]- جوهر النظام القانوني بأكمله، لما له من ارتباط وثيق بالتطورات الاقتصادية والاجتماعية، والحياة اليومية بشكل عام، وبسبب عموميته وتعدد تطبيقاته. ومما يؤكد أهمية الضمان أو المسؤولية التقصيرية كما تسمى في فقه القانون ما كتبه العلامة البغدادي عن ذلك في كتابه مجمع الضمانات من أن "معرفة مسائل الضمانات، من أهم المهمات، أو أكثر المنازعات فيها تقع والخصومات، خصوصاً من تقلّد القضاء والإفتاء، فهي في حقه فرض بلا إمتراء، فإن الخطأ فيها يُورث حزناً طويلاً. وقد ورد: أغبن الناس من ذهب دينه بدنيا غيره. ثم أنه لا يخفى وجوب معرفتها على كل مسلم تقيّ، يخاف على دينه ويخشى مقام ربه، ليتحرّز عما يترتب عليه بسببه حق من حقوق العباد، فإنها إذا وجبت في الذمة لا يبرأ عنها إلا بالإبراء والاستحلال وطلب الرضا فيما له وما لها، ونسأل الله العصمة عنها وعن وبالها [٢]"

يُعد الضمان (المسؤولية التقصيرية) أحد أهم المجالات القانونية الأكثر إثارة للاهتمام، ليس فقط بسبب عموميته وتعدد تطبيقاته كما أشرنا آنفاً، ولكن أيضاً وقبل كل شيء بسبب التطورات والتحولات العديدة التي مرَ بها مع مرور الزمن. ترتبط موضوعات الضمان أو المسؤولية التقصيرية في الواقع ارتباطاً وثيقاً بحركة الحياة اليومية، وتنشأ في ظل ظروف متنوعة لدرجة أنه يبدو من قبيل الافتراء اعتبارها على المستوى النظري فقط [٣].

---

[١] - الشيخ مصطفى أحمد الزرقا: الفعل الضار والضمان فيه، الطبعة الأولى، دار القلم، دمشق، ١٩٨٨ ص ٦٢

[٢] - أبو محمد بن غانم بن محمد البغدادي: مجمع الضمانات في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان. تحقيق محمد أحمد سراج، علي جمعة محمد. المجلد الأول، الطبعة الأولى، دار السلام للطباعة، القاهرة، ١٩٩٩، ص ٤٣

[3] -Lacroix, M. (2009). *Les fondations épistémologiques de la responsabilité civile*. Les Cahiers de droit, 50 (2), 415–433. https://doi.org/10.7202/043974ar, p. 417. 20-3-2023

كما يعد الضمان أو المسؤولية التقصيرية أحد أهم أركان النظام القانوني والاجتماعي. فكل إنسانٍ حتى وإن لم يكن عاقلاً مسؤولٌ عن أعماله (بينما في القانون يشترط أن يكون الشخص مميزاً)، أي يقع على عاتقه التزامات معينة تجاه الغير أهمها عدم الإضرار بهم، فإذا أخل بهذه الالتزامات وجب عليه جبر الضرر من خلال التعويض على المضرور. فالضمان يعد بمثابة الطاقة التي تبعث في النص الشرعي أو القانوني الروح، وبالتالي تبث الحياة فيه، فما أهمية الالتزام سواء كان التزاماً بالدين أو بالعين أو بالعمل أو بالتوثيق (التزاماً بالقيام بعمل، أو بالامتناع عن القيام بعمل، أو نقل الحق العيني على الشيء) دون تقرير منهج يضمن تحقق هذا الأمر أو النهي عنه أو نقل الحق؟

أهمية البحث:

يكتسي البحث في نظرية الضمان أهمية خاصة؛ نظراً لأن الفقه الإسلامي أشاد أحكامها دون أن يكون لها نظير في الأنظمة الأخرى، لهذا كان لا بد من إبرازها وتوضيحها ونشرها لتعم فائدتها، بالإضافة إلى أن هناك بعض المفاهيم تحتاج إلى المزيد من الجهد العلمي لتحريرها وضبط معناها، حيث إن القضاء في بعض الدول التي اعتمدت أحكام الفقه الإسلامي في الضمان لم يستقر بعد على معنى واضح ومحدد لها. كما أن تلك الدراسة تكتسي أهمية خاصة في الجامعات السعودية حيث إن القضاء السعودي كان لسنوات طويلة يطبق أحكام الفقه الإسلامي على المنازعات التي ينظر فيها.

مشكلة البحث:

يثير موضوع الضمان في الفقه الإسلامي مشكلة رئيسة تكمن أساساً في تحديد وتوضيح مفهوم الفعل الذي يؤدي إلى الإتلاف سواء تم الإتلاف بطريق المباشرة أو بالتسبب، فهل يحدد مفهوم الفعل الضار بالنظر إلى سلوك الفاعل كما هو الحال في القانون انحرف أو لم ينحرف عن سلوك الشخص المعتاد، أم بالنظر إلى الفعل الذي أدى إلى التلف، أم إلى التلف ذاته، أم بالنظر إلى العلاقة بين الفعل الضار والتلف؟

فهل مطلق الفعل الذي يُرتب ضرراً للمضرور مضمونٌ على من صدر منه؟ أم يشترط وصف معين في ذلك الفعل، خاصة أن القاعدة تنص أن المباشر ضامن وإن لم يتعمّد ولم يتعدّ والمتسبب لا يضمن إلا أن يتعد[١] ، أو يتعمد أو لم يتحرز. لهذا يمكن صياغة المشكلة في السؤال الآتي: ما المقصود في التعدي (الفعل الضار) وهل يختلف معناه عندما يكون الإتلاف بالمباشرة عن الإتلاف بالتسبب؟

منهجية البحث:

لا جرم في أن البحث في أساس نظرية الضمان في الفقه الإسلامي، وبالتالي تحرير وضبط مفهوم الفعل الذي يؤدي إلى التلف، وتحديد أساس الضمان في كل من الإتلاف بالمباشرة والإتلاف بالتسبب سوف يدفع الباحث إلى تناول الموضوع من خلال المنهجين الاستنباطي والاستقرائي فالأول يعتمد على قراءة النصوص الفقهية في المذاهب الفقهية الإسلامية وتحليلها ومقارنتها وإنزال حكمها على الفروع. والثاني يستند إلى قراءة الجزئيات ليستدل منها على القاعدة العامة.

خطة البحث: بناء على ما تقدم فقد تم تقسيم البحث إلى أربعة مباحث.

- المبحث الأول: مفهوم التعدي
- المبحث الثاني: الإتلاف بالمباشرة
- المبحث الثالث: الإتلاف بالتسبب
- المبحث الرابع: العلاقة بين التعدي والضرر

[١] - أبو محمد بن غانم بن محمد البغدادي: مرجع سابق، ص ١٦٥

المبحث الأول

مفهوم التعدي

تمهيد:

يُعبّر الفقه الإسلامي عن الفعل الذي ينشأ عنه الإتلاف (الضرر) بمصطلح الاعتداء أو التعدي أو العدوان بدلاً من الخطأ الذي يستخدمه القانون وفقهه [١]. ويبدو أنّ التعبير بالتعدي بدلاً من الخطأ يُشعر بالاتجاه المادي الذي يتبناه الفقه الإسلامي في موضوع الضمان(المسؤولية التقصيرية)، أي في ضمان الأموال والأضرار الجسدية. فالتعبير بالتعدي يعني أنّ الفقه الإسلامي ينظر إلى الفعل الذي ينشأ عنه الضرر ولا ينظر إلى الفاعل الذي صدر عنه الفعل، فالتعدي وصف للفعل لا وصف للفاعل [٢].

المطلب الأول

تعريف التعدي

أولاً: تعريف التعدي لغة:

التعدي لغة؛ هو الذنب أو المعصية أو تجاوز الحد أو الحق، ففي لسان العرب: عدا عليه عَدْواً: ظلمه وتجاوز الحد. وعدا عليه: وثب،[٣] والتعدي مجاوزة الشيء إلى غيره، والعادي هو الظالم.

---

[١]- الشيخ علي الخفيف: الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، دون تاريخ ودون ناشر، ص ٣٧. وهبة مصطفى الزحيلي: نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، الطبعة التاسعة، دار الفكر، دمشق، ٢٠١٢، ص ٢٤. ياسر صائب رشيد: "حالات التعدي وحكمها في المسؤولية التقصيرية "مجلة كلية العلوم الإسلامية، جامعة بغداد، العدد ٣٠ لسنة ٢١٢. بالإضافة إلى استخدام الفقه الإسلامي لمصطلح التعدي فقد ورد في القران الكريم ﴿فَمَنِ ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡ فَٱعۡتَدُواْ عَلَيۡهِ بِمِثۡلِ مَا ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡ﴾ البَقَرَةِ : ﴿﴿﴿﴿

[٢] - محمد فوزي فيض الله: المسؤولية التقصيرية بين الشريعة والقانون، (رسالة دكتوراه) مقدمة لجامعة الأزهر، مصر، مرقونة بالآلة الكاتبة، ١٩٦٢ ص ١٥٩ (غير منشورة.

[٣] - https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/%D8%B9%D8%AF%D8%A7/ 7-3-2023

ثانياً: تعريف التعدي اصطلاحاً:

يستخدم البعض مصطلح التعدي بمعنى الجناية بمفهومها العام، كما جاء في تعريف الماوردي بأن التعدي "جرائم؛ محظورات شرعية زجر الله تعالى عنها بحدّ أو تعزير، وتكون عند ارتكاب ما حظر، وترك ما أمر به لما في الطمع من مغالبة الشهوات الملهية عن وعيد الأخرة بعاجل اللذة [١] " والتعدي أعم من الغصب لأنه يكون في الأموال والفروج والأنفس والأبدان[٢] . إلا أن الشائع عند الفقه أن التعدي يطلق ويراد به التعدي على حقوق الغير المالية[٣] . أما الشيخ علي الخفيف رحمة الله عليه فعرّف التعدي على أنه " كل فعل حسي ترتب عليه ضررٌ سواء أكان قد ترتب عليه بطريق المباشرة أو بطريق التسب[٤] ومن الواضح أن الشيخ علي الخفيف يقصر التعدي على الفعل الإيجابي دون السلبي لأنه قيد الفعل بأن يكون حسياً، وأشار إلى أن الفعل إذا لم يكن حسياً بأن كان نفسياً كالكف (الامتناع) يتسبب عنه تلف مال لآخر فلا ضمان بسببه. كما أنه يجعل مطلق الفعل المسبب للضرر مضمون على الفاعل دون اشتراط صفة معينة في هذا الفعل. ما ذهب إليه الشيخ علي الخفيف على خلاف ما جاء في تعريف الماوردي المشار إليه أعلاه. فالتعدي السلبي؛ يتمثل في ترك الحفظ، أو في الامتناع عن إغاثة الملهوف، وإطعام المضطر حتى يهلكوا، فإن بعض الفقهاء من الحنابلة يرتب الضمان على مثل هذا الامتناع. [٥] مع الإشارة إلى أن المباشرة في الإتلاف لا تقع إلا بفعل إيجابي. ومن الملاحظ أن الشيخ الخفيف يطابق بين الفعل الضار والتعدي لأنه بدأ التعريف " كل فعل..." كما أنه قال في موضع آخر " يراد

---

[١]- أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الشهير بالماوردي (المتوفى ٤٥٠ ه) الأحكام السلطانية، دار الحديث، القاهرة، بدون تاريخ، ص ٣٢٢، ٣٢٥

[٢]- ابن جُزيّ: القوانين الفقهية، بدون تاريخ وبدون ناشر، ص ٢١٨

[٣]- محمد بن حسين بن الشامي: نظرية المسؤولية المدنية في القانون المدني اليمني والمصري والفقه الإسلامي: مكتبة الجيل الجديد، صنعاء، ١٩٩٤ مرجع سابق، ص ٤٧

[٤]- نظرية الضمان في الفقه الإسلامي، ص ٣٤

[٥]- محمد فوزي فيض الله: نظرية الضمان في الفقه الإسلامي المعاصر، الطبعة الأولى، مكتبة التراث الإسلامي ، الكويت ١٩٨٣ ص ٩٥

بالفعل الضار كل فعل ترتب عليه تلف مال"[١] كما أنه يقول إن "الفقه الإسلامي لا يشترط في الضرر الموجب للتعويض أن يكون ناشئاً عن اعتداء، ومخالفة محظورة، بل يجب الضمان فيه مطلقاً سواء أكان ناشئاً عن اعتداءٍ، أم لا"[٢] إلا أنه عاد واشترط أن يكون الفعل مؤدياً إلى الضرر في ذاته حتى يستوجب ضمان ما ترتب عليه من تلف؛ لأنه حينئذ يعد فعلاً محظوراً بالنظر إلى نتائجه فتقع تبعته على فاعله.[٣] كما عُرّف التعدي على أنه " كل فعل محرم شرعاً وقع على نفس أو مال أو غيرهما" وعُرّف التعدي أيضاً بأنه "مجاوزة ما ينبغي عليه شرعاً أو عرفاً أو عادةً" وهو تفصيل قولهم المختصر " مجاوزة المعتاد ...."[٤] أما الشيخ مصطفى الزرقا رحمة الله عليه فقد أعطى للتعدي معنيان الأول: هو المجاوزة الفعلية إلى حق الغير أو ملكه المعصوم . والثاني: هو العمل المحظور في ذاته شرعاً. بقطع النظر عن كونه متجاوزاً على حدود الغير. ويرى أن التعدي بالمعنى الأول (التجاوز) هو المقصود في هذا المقام وهو شرط أساسي في مسؤولية كل من المباشر والمتسبب على سواء. وما دام التعدي مطلوب في المباشرة والتسبب، فما هو الفارق بينهما؟ يجيب الشيخ الزرقا على ذلك بأن الفرق بينهما يظهر عند اجتماعهما، فإذا اجتمع المباشر والمتسبب وكل منهما متعد فالمباشر هو الضامن[٥] وعُرّف التعدي أيضاً بأنه" الفعل الضار بدون حق أو جواز شرعي" [٦]

[١]- الشيخ علي الخفيف: مرجع سابق، ص ٥٥
[٢] - الشيخ علي الخفيف: المرجع السابق ص ٥٤
[٣]- الشيخ علي الخفيف: المرجع السابق، ص ٣٧
[٤]- محمد فوزي فيض الله: المسؤولية التقصيرية بين الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص ١٩٠
[٥]- مصطفى أحمد الزرقا: الفعل الضار والضمان فيه، مرجع سابق، ص ٧٨-٧٩
[٦]- سيد أمين: المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير في الفقه الإسلامي المقارن، بدون تاريخ وبدون ناشر، ص ٨٥

المطلب الثاني

ضبط وتحرير تعريف التعدي

من استقراء التعاريف السابقة نجد أن هناك اتجاهات متعددة بخصوص ضبط وتحرير مفهوم التعدي.

١- الاتجاه الأول:

وهو ما ذهب إليه الشيخ على الخفيف في تعريفه للتعدي " كل فعل حسي ترتب عليه ضرر" حيث يساوي بين الفعل الضار والتعدي؛ بمعنى أن كل فعل يترتب عليه ضرر للغير فهو تعدي إلا أنه – كما أشرنا آنفاً- عاد واشترط أن يكون الفعل مؤدياً إلى الضرر في ذاته، بمعنى أن يكون الفعل ضاراً في ذاته، لأنه حينئذ يكون فعلاً محظوراً بالنظر إلى نتائجه فتقع تبعته على فاعله [١]. وذهب إلى هذا الرأي أيضاً فخري رشيد مهنا إذ يرتب مسؤولية المباشر على صدور فعل من أي شخص، وإحداث هذا الفعل ضرراً للغير دون حاجة إلى أي شرط آخر، فهو يضمن الضرر الذي يتولد عن فعله سواء كان قد قصد الفعل أم لا ، وسواء أراد النتيجة أو لم يردها، تعدى حدود حقه أو لم يتعد، ويعتبر ذلك موضع إجماع الفقه الإسلامي.[٢] ويمكن إدخال ما نصت عليه المادة (٢٥٦) من القانون المدني الأردني في هذا الاتجاه عندما أكدت بأن " كل إضرار بالغير يلزم فاعله، ولو غير مميز، بضمان الضرر" وقد اعتبر الشيخ مصطفى الزرقا رحمة الله عليه أن " الإضرار" يساوي " الفعل الضار" وإن كان قد

---

[١]- نظرية الضمان في الفقه الإسلامي، ص ٣٧

[٢]- فخري رشيد مهنا: المسؤولية التقصيرية ومسؤولية عديم التمييز ، مطبعة الشعب، بغداد، ١٩٧٤ ص ٧٠ ومما يؤيد ذلك ما أورده شمس الدين أبو عبدالله بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرُّعيني المالكي في مواهب الجليل في شرح مختصر خليل: ج ٥ الطبعة الثالثة، دار الفكر ، ١٩٩٢ ص ٢٧٨ " العمد والخطأ والإكراه في أموال الناس سواء يجب ضمانها وهو من خطاب الوضع ولا يشترط فيه التكليف والعلم فلا فرق في الإتلاف بين الصغير والكبير والجاهل والعامد "أمين دواس: "الأساس القانوني للمسؤولية عن الفعل الضار: دراسة مقارنة " مجلة كلية القانون الكويتية العالمية- السنة ١٠ ملحق خاص -العدد ١٠ ، ٢٠٢١ ص ٣٩٨ وما بعدها حيث يشير إلى أن الشريعة الإسلامية تقيم المسؤولية التقصيرية على أساس الضرر.

اشترط تقييد الإضرار بوصف التعدي بمعنى مجاوزة الحد[١] كما يدخل في هذا الاتجاه ما نصت عليه مجلة الأحكام العدلية في المادة (٩١٢) من أنه " إذا أتلف أحد مال غيره في يده أو في يد أمينه قصداً أو من غير قصد يضمن" وما نصت عليه المادة (٩١٣) من أنه " إذا زلق أحد وسقط على مال آخر وأتلفه يضمن"

٢ـ الاتجاه الثاني:

يشترط أنصار الاتجاه الثاني في الفعل الضار أن يكون من قبيل التعدي[٢] ، أي أن يشكل تجاوزاً للشرع أو العرف أو العادة، أو أن يكون الفعل محرم شرعاً، أو الفعل الضار بدون حق أو جواز شرعي، أو مجاوزة الحق. أو المجاوزة الفعلية على حق الغير. إذن، يتضح مما سبق أن ضابط التعدي في أفعال الأفراد يعود إلى أحكام الشريعة الإسلامية؛ فما وافقها لا يعد تعدياً، وما خالفها يشكل تعدياً. أما في الحالات التي لم يرد فيها نص، أو إذا ورد النص عاماً فضابط التعدي عندئذ العرف المستقر بين الناس فما جاوز العرف أو العادة عُدّ تعدياً، وما اتفق مع العرف أو العادة فلا يعد تعدياً عندئذ.[٣] ومن هنا جاء تعريف التعدي "مجاوزة ما ينبغي عليه شرعاً أو عرفاً أو عادةً" وهو تفصيل قولهم المختصر" مجاوزة المعتاد [٤]" وذهب جانب من أنصار هذا الاتجاه إلى القول بأن معيار أو ضابط التعدي هو مخالفة المعتاد، وينظر إليه من خلال السلوك المألوف للرجل المعتاد أو للإنسان العادي، لا الإنسان الحاذق النبيه

---

١ - الفعل الضار والضمان فيه ، ص ٧١

٢ - مدحت صالح غايب: "المباشرة والتسبب في الشريعة والقانون" مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، المجلد ١٦ ، العدد ٢ ، ٢٠٠٩ ص ٦٥ حيث يقول " إن الأساس الشرعي للضمان في الشريعة الإسلامية يدل على وجوب التعدي ... في حالات الضمان كافة سواء الناتجة عن مباشرة للضرر أو عن حالات التسبب فيه ، إلا أن في التسبب يفترض (لعل المقصود في المباشرة وليس التسبب) هذا التعدي افتراضاً قابلاً لإثبات العكس"

٣ - عمر رسلان الباشا، محمد سليمان النور: "شرط التعدي في مسؤولية المباشر عن الفعل الضار في الفقه الإسلامي مقارناً بالقانون المدني". مجلة البحوث العلمية والدراسات الإسلامية. المجلد ١٤، العدد ١ ، ٢٠٢٢ ص ٤٩٣-٥١٤

٤ - محمد فوزي فيض الله: المسؤولية التقصيرية بين الشريعة والقانون ، مرجع سابق ص ١٩٠

[١]وبهذا القيد تخرج صور كثيرة للإضرار لا تستلزم الضمان، كالشخص المكلف بتنفيذ الحدود أو التعازير بالمجرمين. وكذلك من يمارسون أعمالاً مشروعة، كما لو أراد شخص ذو مهنة حلاق مثلاً أن يفتح محلاً في قرية فيها حلاق وحيد قبله فإن القديم يتضرر حتماً من افتتاح مزاحم له. [٢]

٣- الاتجاه الثالث:

بينما ذهب اتجاه ثالث إلى التوفيق بين الاتجاهين السابقين فيشترط التعدي في الإتلاف بالتسبب دون اشتراط ذلك في المباشرة[٣] . فالمباشر يضمن الضرر الذي يترتب على فعله سواء كان قد قصد الفعل أو لم يقصده، وسواء أراد النتيجة أو لم يردها، تعدى حقه أو لم يتعد.[٤]

٤- الاتجاه الرابع :

يشترط في الفعل الضار (التعدي) أن يؤدي إلى الضرر في ذاته. وذلك لأن الإضرار (التعدي) يختلف عن الضرر ولا يتطابق مع الفعل الضار. فالإضرار هو الفعل الذي يؤدي إلى الضرر في ذاته لهذا يستوجب تضمين ما يترتب عليه من تلف، لأنه يعد عندئذ فعلاً محظوراً بالنظر إلى نتائجه فتقع تبعته على فاعله. فمناط التضمين الإضرار، ولا ينظر إلى الإضرار (الفعل الذي يؤدي إلى الضرر في ذاته) من خلال سلوك الفاعل فيما إذا كان خاطئاً أو غير خاطئ، ولا إلى إدراكه وتمييزه وإنما إلى آثاره المتمثلة بتلف أنفس وأموال الغير المعصومة[٥] . أما تقييد الفعل الضار

---

[١]- وهبة الزحيلي: نظرية الضمان، مرجع سابق، ص ٢٤ محمد فوزي فيض الله: نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام، مرجع سابق ص ٩٣ وحيد الدين سوار: التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي. الطبعة الثانية، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، ١٩٧٩ الجزائر ص ١٩

[٢]- مصطفى الزرقا: الفعل الضار والضمان فيه، مرجع سابق، ص ٧١-٧٢

[٣]- أحمد عبد الكريم أبو شنب: "تطبيق أحكام المباشرة والتسبب على الإضرار الناجم عن فيروسات الحاسب الآلي". المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد السابع، العدد ١/ب، ٢٠١١ ص ١٧

[٤]- فخري رشيد مهنا: مرجع سابق، ص ٧٠

[٥]- جهاد محمد جراح: "الإضرار بالمباشرة في القانون المدني الأردني ، دراسة مقارنة مع أحكام الفقه الإسلامي ". مجلة الميزان للدراسات الإسلامية والقانونية، المجلد الثاني، العدد الأول، ص ١٦٠

بالمجاوزة، ومعيار المجاوزة سلوك الشخص المعتاد يعني إقامة التضمين على أساس الخطأ والفقه الإسلامي لا يقيم المسؤولية على الخطأ، كما أن القول بتقييد الفعل الضار بالمجاوزة (التعدي) لإخراج بعض الصور التي لا تستلزم الضمان، كالشخص المكلف بتنفيذ الحدود والتعازير بالمجرم، فهذه الصور تخرج بموجب قاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان.

٥ـ رأي الباحث:

يرى الباحث من خلال استقراء أمثلة الإتلاف بالمباشرة التي يسوقها الفقه وبالنظر العقلي أن الإتلاف بالمباشرة لا يتحقق إلا إذا كان الفعل ضاراً في ذاته، لأن المباشرة تتحقق إذا اتصل الفعل بمحل التلف، بالتالي إذا لم يكن الفعل ضاراً بذاته لن يترتب عليه التلف حتى لو اتصل الفعل بمحل التلف، ولذلك لا توجد علة الضمان عندئذ. لهذا لا نجد من داع للقول بضرورة أن يكون الفعل ضاراً في ذاته عندما يكون الإتلاف بالمباشرة فالفعل غير الضار في ذاته لا يمكن أن يترتب عليه ضررٌ إلا بالتسبب وعندئذ يشترط أن يكون المتسبب متعمداً أو متعدياً أو أهمل ولم يتحرز. لهذا لا يوجد من داع لتقييد قاعدة المباشر ضامن وإن لم يتعد بضرورة أن يكون الفعل ضاراً في ذاته لأن المباشرة لا تتحقق إلا إذا كان الفعل ضاراً في ذاته، وبالتالي لا يمكن أن نتصور وقوع تلف بالمباشرة إذا كان الفعل غير ضار في ذاته. فالأمثلة التي ساقها الشيخ مصطفى الزرقا رحمة الله عليه كالشخص المكلف بتنفيذ الحدود أو التعازير بالمجرمين. وكذلك من يمارسون أعمالاً مشروعة، كما لو أراد شخص ذو مهنة حلاق مثلاً أن يفتح محلاً في قرية فيها حلاق وحيد قبله فإن القديم يتضرر حتماً من افتتاح مزاحم له. فالشخص الأول لا يضمن لأن فعله مجاز شرعاً والقاعدة تنص على أن الجواز الشرعي ينافي الضمان. وهذا ما نصت عليه المادة (٩١) من مجلة الأحكام العدلية والمادة (٦١) من القانون المدني الأردني " الجواز الشرعي ينافي الضمان، فمن استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يضمن ما ينشأ عن ذلك من ضرر" والثاني متسبب لا يضمن إلا إذا تعمد أو تعد أو لم يتحرز لأن الإضرار أو التلف في

الحالة الثانية لا يمكن أن يكون إلا بالتسبب. بالإضافة إلى ما سبق بأن الفعل غير الضار في ذاته لا يمكن أن يتوافر فيه شرط الإفضاء لأنه لا يؤدي إلى النتيجة (الإتلاف) حتى وإن انتفت الموانع. لهذا وجد المانع الذي يمنع تحقق السبب الموجب للضمان، وهو التلف.

المبحث الثاني

الإتلاف بالمباشرة

تمهيد وتقسيم:

ذهب الفقه الإسلامي إلى أن الإتلاف [١] أو التفويت [٢] أو الإضرار إما أن يكون بالمباشرة أو بالتسبب. وإتلاف الشيء يعني إخراجه من أن يكون منتفعاً به منفعة مطلوبة منه عادة. والإتلاف إما أن يكون إتلافاً له (للشيء) صورة ومعنى بإخراج الشيء عن كونه صالحاً للانتفاع به، أو معنى [٣] بإحداث معنى فيه يمنع من الانتفاع به مع قيامه في نفسه حقيقة؛ لأن كل ذلك اعتداء وإضرار سواء كان الإتلاف مباشرة أو تسبباً [٤]. ويلحظ أن الفقه الإسلامي رتب أحكام الضمان وشروطه بناءً على قوة العلاقة بين بين التعدي (الفعل) والنتيجة، أي بناءً على ما يسمى بعلاقة السببية [٥] [٥] بين التعدي والضرر فإذا كان الضرر نتيجة مباشرة للتعدي دون أن يتوسط بينهما فعل آخر كان الإتلاف بالمباشرة. أما إذا توسط بينهما فعل آخر دون إمكانية إضافة

---

[١]- أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي: روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج ٩، الطبعة الثالثة، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٩٩١ ص ١٣٣. علاء الدين الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج ٧، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت ١٩٨٦ ص ١٦٥

[٢]- أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي: الذخيرة، ج ٨، الطبعة الأولى، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ١٩٩٤ ص ٢٥٩. أنوار البروق في أنواء الفروق: ٢٧/٤

[٣]- كما لو أودع رجلان رجلاً كل واحد منهما ألف درهم فخلط المستودع أحد الألفين بالآخر خلطاً لا يتميز ضمن لكل واحد منهما ألفاً وملك المخلوط في قول أبو حنيفة؛ لأن الخلط وقع إتلافاً معنى، وعند الصاحبان هما بالخيار بين أن يأخذا ذلك ويقتسماه وبين أن يضمناه. الكاساني: مرجع سابق، ج٧ ص ١٦٥

[٤]- علاء الدين الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج ٧ ص ١٦٤-١٦٥

[٥]- فخري رشيد مهنا: مرجع سابق، ص ٦٨

الضرر لهذا الفعل كان الإتلاف بالتسبب. دراستنا للإتلاف بالمباشرة تقتضي أن نُعّرف المباشرة (المطلب الأول) ومن ثم نوضح أساس وحكم المسؤولية فيها (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تعريف المباشرة

المباشرة لغة من باشر، باشر العمل: تولاه بنفسه، نهض بعبئه، زاوله. باشر الفعل: فعله من غير وساطة[١] . عندما يكون الضرر نتيجة مباشرة لفعل المعتدي دون أن يتوسط بينهما (بين الفعل والضرر) فعل آخر يتسبب عنه الضرر، فهذا يسمى عندئذ بالضرر المباشر، فالمباشرة إذن؛ أن يتصل فعل الإنسان بغيره ويحدث منه التلف[٢] ، كما لو جرح إنسان غيره أو ضربه فمات، أو قتل دابة إنسان، أو إحراق ثوبه، أو قطع شجرته. وعرّف الفقه المالكي المباشرة "اكتساب (إيجاد) علة التلف كالقتل، والأكل والإحراق ونعني بالعلة ما يقال من حيث العادة أن الهلاك به من غير توسط كما يقال حصل بالقتل والأكل والإحراق[٣] " وعرفها الفقه الحنفي" إيصال الآلة بمحل التلف[٤] . أما الفقه الحنبلي فعرفها " بأنها مباشرة الإتلاف بسبب يقتضيه كالقتل [٥]. أما الفقه الشافعي يسميها التفويت بالمباشرة [١] فعرّف حد المباشرة بأنه " إيجاد

---

1 https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/%D8%A8%D8%A7%D8%B4%D8%B1/ 8-3-2023

[٢]- وهبة الزحيلي: نظرية الضمان، مرجع سابق، ص ٣١.عرفت المذكرة الايضاحية للقانون المدني الأردني المباشر: هو الذي يحصل التلف من فعله دون أن يتخلل بينه وبين التلف فعل فاعل آخر. ص ٢٨٣ نقلاً عن جهاد محمد جراح: "الإضرار بالمباشرة في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة مع أحكام الفقه الإسلامي " مجلة الميزان للدراسات الإسلامية والقانونية، المجلد الثاني، العدد الأول، ٢٠١٥

[٣]- أبو محمد جلال الدين عبدالله بن نجم بن شاس بن نزار الجذامي السعدي المالكي: عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، ج ٣، الطبعة الأولى، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ٢٠٠٣ ص ٨٦٣

[٤]- الكاساني: البدائع: ج ٧، ص ١٦٥

[٥]- أبو الفرج عبد الرحمن بن رجب: القواعد في الفقه الإسلامي، دار المعرفة، بيروت، ١٩٨٨، قاعدة ٨٩

علة التلف، كالقتل، والأكل، والإحراق، ومعنى إيجاد علة التلف أن يضاف إليه التلف (الهلاك) في العادة إضافة حقيقية ، والذي يضاف إليه الهلاك يسمى علة والإتيان به مباشرة كما عرّفت مجلة الأحكام العدلية الإتلاف مباشرة فنصت على أنه: إتلاف الشيء بالذات، ويقال لمن فعله فاعل مباشر المادة (٨٨٧) وعرّف شارح مجلة الأحكام العدلية المباشر بأنه "من يلي الأمر بنفسه، كما لو رمى طيراً بسهم أو رصاص فأصاب رجلاً[٢]" فالمباشر إذن هو من يقوم بالفعل بنفسه، ويحصل الضرر بفعله، دون أن يتوسط بين فعله والضرر فعل آخر.

المطلب الثاني

حكم مسؤولية المباشر

من مجموع التعاريف السابقة يمكن القول إن المباشرة ليست صفة للفعل الضار وإنما هي صفة للعلاقة بين الفعل والضرر، تقوم متى أوجد المباشر الفعل الذي يشكل علة التلف، والعلة هي ما تستند إليها النتيجة، فمن يرمي حجراً على آخر فيقتله يكون مباشراً للقتل، وذلك لأنه أوجد علة القتل وهي رمي الحجر. وكذلك من يطعن آخر بسكين فيؤدي إلى قطع عضو منه يكون مباشراً في إتلاف ذلك العضو، وذلك لأن النتيجة استندت إلى الفعل فقط ولم يتخللها فعل آخر. فالمباشرة إذن تقتضي تدخلاً إيجابياً من الفاعل؛ أي أن يصدر منه فعلٌ ماديٌ، أما من يتخذ موقفاً سلبياً محضاً فلا يمكن أن تكون هناك مباشرة. [٣]

---

[١]- عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم، أبو القاسم الرافعي القزويني: العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، ج ٥، دار الكتب العلمية، بيروت ١٩٩٧ ص ٣٩٦-٣٩٨. الإمام محمد الغزالي: الوجيز في فقه الإمام الشافعي، ج ١ مطبعة الآداب بمصر، ١٣١٧ ه ص ٢٠٥- ٢٠٦ نقلاً عن فوزي فيض الله: رسالته، ص ١٦٢

[٢]- سليم رستم باز: شرح المجلة، الطبعة الثالثة، دار إحياء التراث العربي، لبنان، ١٣٠٥ ه ص ٦٠

[٣]- فخري رشيد مهنا: مرجع سابق، ص ٦٩ على خلاف ذلك جهاد محمد جراح حيث يقول " فإن المباشرة كما تتم بالفعل الإيجابي، فإنها تتم أيضاً بالفعل السلبي، والفعل السلبي أو التقصير يتحقق عندما يكون واجباً على شخص أن يقوم بعمل ويمتنع عن إتيان هذا العمل " ص ١٦٨

إذن، عندما يكون الإتلاف بالمباشرة فإن التعدي يتحقق بمجرد وقوع الضرر عن فعل المباشر. فمتى صدر فعل من أي شخص، وترتب على هذا الفعل ضررٌ للغير قامت المسؤولية دون حاجة إلى أي شرط آخر، أي أن المباشر يضمن الضرر الذي ينشأ عن فعله بصرف النظر عن وصف فعله، سواء وقع بحق أو بتعد[١]، سواء قصد الفعل أم لا وسواء أراد النتيجة أو لم يردها، تعدى حدود حقه أم لم يتعدى، ولهذا فإن مجرد الفعل المادي يكفي لتحقق مسؤولية المباشر، وأساس مسؤوليته عن الضرر الذي يصيب الأموال هو تحمل تبعة الفعل، وشرطها الفعل المادي وترتب النتيجة الضارة عليه .[٢] ويُسأل المباشر حتى وإن كان غير مميز ويفقد إدراك ما يفعل[٣]. فالضمان في الفقه الإسلامي من الجوابر (جبر الضرر) لا من العقاب والزواجر، لذلك فإن الضمان من باب خطاب الوضع الذي لا يشترط فيه التكليف بل ولا التمييز [٤]، لأن المكلف شرعاً عند مخالفته لما كلف فيه يكون آثم شرعاً. فالالتزام بالضمان لا يعدو أن يكون من الالتزامات التي تخاطب ذمته المالية لا تخاطب شخصه مباشرة، لهذا فإن الجابر ليس آثماً، ويبنى على ذلك أن الجابر والمخاطب خطاب وضع لا

---

[١]- محمد فوزي فيض الله: رسالته، ص ١٦٤. أحمد أبو شنب: "تطبيق أحكام المباشرة والتسبب على الإضرار الناجم عن فيروسات الحاسب الآلي" المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد السابع، العدد (أ/ب) ١٤٣٣ / ٢٠١١ ص ١٨

[٢]- فخري رشيد مهنا: مرجع سابق، ص ١١. ص ٧٠

[٣]- سيد أمين: المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير في الفقه الإسلامي المقارن، بدون ناشر وتاريخ، ص ٨٥

[٤]- محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. ج ٣، دار الفكر، بدون طبعة وتاريخ، ص ٢٩٦. علي الخفيف: مرجع سابق ص ٥٤ "وجوب دفع قيمة ما أتلفه كل من الصبي غير المميز والمجنون من أموال الآخرين، ليس من قبيل خطاب التكليف؛ لأنه يستحيل تكليفهما بفعل، لعدم فهمهما الخطاب، وإنما هو من قبيل خطاب الوضع، حيث إنه ربط الأحكام بأسبابها التي تقتضيها، تحقيقاً للعدل في خلقه، ومراعاة لمصالحهم تفضلاً منه سبحانه " إتحاف ذوي البصائر بشرح روضة الناظر: عبد الكريم بن علي النمله، نقلا عن محمد بن عبيد الدوسري: مرجع سابق، هامش ٢ ص ٧٤

يشترط فيه الأهلية اللازمة للتكليف[١] . فإلزام عديم التمييز بالضمان مبني على سبب وهو الفعل الضار[٢] . لهذا فإن الرأي لدى جمهور الفقه الإسلامي هو تضمين عديم التمييز؛ أي مسؤوليته عن أفعاله الضارة متى كان فعله قد أدى إلى الضرر، وليس بالضرورة أن يكون متعدياً أو متعمداً، ففي ضمان الأموال لا فرق بين العمد والخطأ (ويقصد بالخطأ هنا وقوع الفعل على خلاف الإرادة) ولا بين كبير وصغير[٣] . فجاء في كتاب الشرح الكبير للشيخ الدردير وحاشية الدسوقي " وضمن الصبي ولو غير مميز ما أفسد أي ما أتلفه في ماله إن كان له مال وإلا أُتبع بالقيمة في ذمته"[٤] وهو ما نصت عليه مجلة الأحكام العدلية في المادة (٩١٦) إذا " أتلف صبي مال غيره يلزم الضمان من ماله ، وإن لم يكن له مال ينتظر إلى حين يساره ولا يضمن وليه" إلا أن هناك اتجاهاً عند بعض فقهاء المالكية يرى عدم تضمين عديم التمييز فيقول ابن جزي" وأما الصبي الذي لا يعقل فلا شيء عليه فيما أتلفه من نفس أو مال، كالعجماء وقيل المال هدر والدماء على العاقلة كالمجنون"[٥] وجاء في كتاب روضة المستبين في شرح كتاب التلقين " واختلف المذهب في الصغير الذي لا يعقل إذا أتلف على ثلاثة أقوال: أحدهما: الأموال هدر، والدماء على العاقلة، والثاني: الأموال والدماء هدر كالعجماء، لأنه غير مكلف. والثالث: أن الأموال لازمة في مال (ماله) والدماء

---

[١]- يقول شيخ الإسلام العز بن عبد السلام " أن الجوابر مشروعة لجلب ما فات من المصالح، وأن الزواجر (يقصد بذلك العقوبات) مشروعة لدرء المفاسد، ولا يشترط في الجوابر إثم من وجبت عليه، خلافاً للزواجر التي تجب في مقابلة الإثم، ولهذا شرع الجبر في الخطأ والجهل وعلى المجانين والصغار" قواعد الأحكام، ج ١، ص ١٧٨. أسماء موسى أسعد أبو سرور: مرجع سابق، ص ١٣ وما بعدها

[٢]- أمين دواس: مرجع سابق، ص ٤٠٤

[٣]- علي الخفيف: مرجع سابق، ص ٣٦ وما بعدها. وهبة مصطفى الزحيلي: مرجع سابق، ص ٢٥

[٤]- ج ٣ ص ٢٩٦ الروض المربع في شرح زاد المستنقع- ج ٢، ط ركائز، ص ٣٤٤

[٥]- أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي(٦٩٣-٧٤١هـ): القوانين الفقهية ، دون تاريخ ودون ناشر، ص ٢١٨ أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي: البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة. ج ١٦، الطبعة الثانية، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ١٩٨٨ ص ١٤٤

على عاقلته[١]. كذلك في مذهب الظاهرية يعتبرون جناية عديم التمييز هدر ويعتبرونها كجناية العجماء، فجاء في المحلى" ولا قود (قصاص) على مجنون فيما أصاب في جنونه ... ولا على من لم يبلغ ولا أحد من هؤلاء دية ولا ضمان وهؤلاء والبهائم سواء " [٢]

إذن، المباشر ضامن وإن لم يتعمد أو لم يتعد[٣] . فالشريعة الإسلامية تجعل الضرر علة وسبباً للتضمين فإذا وجدت العلة وجد المعلول" [٤] وأخذت بذلك الفقرة الثانية من المادة (٢٥٧) من القانون المدني الأردني بقولها " فإذا كان الإضرار بالمباشرة لزم الضمان ولا شرط له" فيضمن المجنون في ماله ما اتلفه بفعله ، وكذلك الصبي الذي لا يميز والنائم إذا انقلب على مال فأتلفه ، وذلك لعموم قوله ﷺ " لا ضرر ولا ضرار" فمناط التضمين هو تحقق الضرر فكل من أحدث ضرراً مالياً بغيره لزمه الضمان سواء أكان في إحداثه معتدياً أم غير معتد، كما هو الحال في السرقة ، والإحراق والإغراق، والهدم والكسر، والذبح والقطع ونحو ذلك. إذن في الإضرار بالمباشرة تتجلى النزعة الموضوعية للفقه الإسلامي، لأن الضمان يترتب على مجرد وقوع الضرر.

ويستند الفقهاء[٥] في هذا الحكم إلى حديث القصعة فعن طريق سفيان الثوري عن حميد عن أنس قال: أهدت بعض أزواج النبي ﷺ، إلى النبي ﷺ طعاماً في قصعة، فضربت عائشة القصعة بيدها، فألقت ما فيها، فقال النبي ﷺ: "طعام بطعام، وإناء

---

[١]- أبو محمد، وأبو فارس عبد العزيز بن إبراهيم بن أحمد القرشي التميمي التونسي المعروف بابن بزيزة: روضة المستبين في شرح كتاب التلقين، ج ٢، الطبعة الأولى، دارابن حزم، ٢٠١٠ ص ١١٤٨

[٢]- ابن حزم الأندلسي: المحلى، ج ١٠، ص ٣٤٤-٣٤٥ نقلاً عن فخري رشيد مهنا: مرجع سابق، ص ٢٩-٣٠

[٣]- أبي محمد بن غانم بن محمد البغدادي: مجمع الضمانات، مرجع سابق، ص٣٨١ وجاء في كتاب بداية المجتهد ونهاية المقتصد " وهل يشترط في المباشرة العمد أو لا يشترط؟ فالأشهر أن الأموال تضمن عمداً وخطأ " أبو الوليد محمد بن أحمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، الطبعة الأولى، القاهرة، ٢٠٠٤ ج ٤ ص ١٠٠

[٤]- على الخفيف: مرجع سابق، ص ٣٧، ص ٥٤

[٥]- فخري مهنا: مرجع سابق، ص ٧٠

بإناء" [١]. فالرسول ﷺ ألزم عائشة رضي الله عنها بتعويض الإناء والطعام لأنها أتلفتهما مباشرة، فدل ذلك على أن المباشر ضامن وإن لم يتعد.

بينما يرى جانب آخر في الفقه الإسلامي المعاصر في التعدي معنى الظلم والجور والعدوان ومجاوزة الحد فيقول الشيخ مصطفى الزرقا رحمة الله عليه أن التعدي يقع " بتجاوز الفاعل على الشخص المضرور أو حقوقه رأساً كما في المباشرة"[٢] فتقييد الفعل الضار حتى لو كان الإضرار بالمباشرة بوصف التعدي؛ بمعنى المجاوزة لتخرج صور كثيرة للفعل الضار لا تستلزم الضمان، كالشخص المكلف بتنفيذ الحدود والتعازير بالمجرم[٣] وضابط مجاوزة الحد: انحراف عن السلوك المألوف للرجل العادي الذي يمثل جمهور الناس. وفقاً لهذا الرأي فمعيار التعدي معيار موضوعي لا ذاتي[٤] . لذلك يتفق الفقه الإسلامي وفقاّ لهذا الرأي مع القانون من حيث مفهوم الركن المادي للخطأ، فهو قانوناً إخلال بالتزام قانوني، وفي الفقه الإسلامي مجاوزة ما ينبغي أن يقتصر عليه شرعاً أو عرفاً أو عادة.[٥] وهناك من يؤيد ذلك باعتبار أن الإضرار لا يكون كوصف لفعل إلا إذا كان الفعل غير مشروع ، يعني إلا إذا كان هناك تعدي، لأن نتائج الفعل غير المشروع تفضي دائماً إلى ضرر. إلا أنه يعتبر أن التعدي مفترضاً مع المباشرة. ولا يعني ذلك أن الفقه الإسلامي يقيم المسؤولية على الخطأ، وإنما انطلاقاً من قاعدة جبر ما فات من المصالح بثبوت نسبة

---

[١]- أخرجه الترمذي (١/٤٥٢) عن طريق سفيان الثوري عن حميد عن أنس قال: أهدت بعض أزواج النبي ﷺ، إلى النبي ﷺ طعاما في قصعة، فضربت عائشة القصعة بيدها، فألقت ما فيها، فقال النبي ﷺ: "طعام بطعام، وإناء بإناء " وقال: حديث حسن صحيح. وأخرجه البخاري (٢/٤٥٢) وأبو داود (٣٥٦٧) والنسائي (٢/١٥٩) وابن ماجة (٢٣٣٤) من طرق أخرى. محمد ناصر الدين الألباني: إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، ج ٥، الطبعة الثانية، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٤٠٥-١٩٨٥ ص ٣٥٩

الرابط: https://al-maktaba.org/book/22592/2234# p ٥ ٢٠-٣-٢٠٢٣

[٢]- مصطفى أحمد الزرقا: المدخل الفقهي العام، الطبعة الثانية، دار القلم، دمشق، ٢٠٠٤ ص ١٠٤٧

[٣]- مصطفى أحمد الزرقا: الفعل الضار والضمان فيه، ص ٧١-٧٢

[٤]- وهبة مصطفى الزحيلي: مرجع سابق، ص ٢٤

[٥]- محمد فوزي فيض الله: نظرية الضمان، مرجع سابق، ص ٩٢

الإضرار إلى المباشر للفعل أو المتسبب به[١] . لهذا لا نجد من فائدة لاشتراط التعدي مع المباشرة طالما أن التعدي مفترضاً.

وهناك من يرى في ذلك بأن الإضرار يختلف عن الضرر ولا يتطابق مع الفعل الضار. فالإضرار هو الفعل الذي يؤدي إلى الضرر في ذاته لهذا يستوجب تضمين ما يترتب عليه من تلف، لأنه يعد عندئذ فعلاً محظوراً بالنظر إلى نتائجه فتقع تبعته على فاعله. فمناط التضمين الإضرار، ولا ينظر إلى الإضرار (الفعل الذي يؤدي إلى الضرر في ذاته) من خلال سلوك الفاعل فيما إذا كان خاطئاً أو غير خاطئ، ولا إلى إدراكه وتمييزه، وإنما إلى آثاره المتمثلة بتلف أنفس وأموال الغير المعصومة[٢] . أما تقييد الفعل الضار بالمجاوزة، ومعيار المجاوزة سلوك الشخص المعتاد يعني إقامة التضمين على أساس الخطأ والفقه الإسلامي لا يقيم المسؤولية على الخطأ، كما أن القول بتقييد الفعل الضار بالمجاوزة (التعدي) لإخراج بعض الصور التي لا تستلزم الضمان، كالشخص المكلف بتنفيذ الحدود والتعازير بالمجرم، فهذه الصور تخرج بموجب قاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان. ولقد أشرنا سابقاً أن المباشرة في التلف لا تتحقق إلا إذا كان الفعل ضاراً في ذاته، لهذا لا نجد من داع لاشتراط ذلك. لذلك تبقى القاعدة مطلقة كما وردت المباشر ضامن وإن لم يتعد.

---

[١]- محمد يجيى عبد الرحمن المحاسنة: "مدى الاستغناء بالمباشرة والتسبب في الفعل الضار عن علاقة السببية". مجلة جامعة الزيتونة الأردنية للدراسات القانونية، المجلد الثاني، العدد الأول ٢٠٢١ ص ٣٥ وما بعدها

[٢]- جهاد محمد جراح: مرجع سابق، ص ١٦٠

المبحث الثالث

الإتلاف بالتسبب

تمهيد وتقسيم:

يكون التسبب من خلال إيجاد ما يقتضي وجود علة التلف، لأن المتسبب لا يوجد النتيجة (التلف) بفعله وإنما يوجد ما يستوجب وجوده وجود النتيجة، دراستنا للتسبب تتطلب أن نعرَفه (المطلب الأول) ونوضح أساس مسؤولية المتسبب (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تعريف التسبب

السبب لغة: كلُ شيءٍ يُتوصّل به إلى غيره، والجمع أسبابٌ؛ وكل شيء يتوصل به إلى الشيء، فهو سببٌ.[١] عندما يتوسط بين الفعل والضرر فعل آخر يتسبب عنه الضرر؛ وهو ما يعرف بالضرر بطريق التسبب [٢]، فالتسبب لتلف شيء يعني إحداث أمر في شيء يفضي إلى تلف شيء آخر على جري العادة ويقال لفاعله متسبب، فعليه إنّ قطع حبل قنديل معلق هو سببٌ مفضٍ لسقوطه على الأرض وانكساره، فالذي قطع الحبل يكون أتلف الحبل مباشرة وكسر القنديل تسبباً. المادة (٨٨٨) من مجلة الأحكام العدلية. فالتسبب أن يتصل أثر فعل الإنسان بغيره، لا حقيقة فعله، فيتلف به [٣]. ويرى الشيخ مصطفى الزرقا رحمة الله عليه بأنه إذا كان تخلف الضرر (كسر القنديل) غير محتمل فيكون قطع الحبل في حكم المباشرة لكسر القنديل.[٤] ويطلق عليه البعض مباشرة علة. وعرّف الشافعية الإتلاف تسبباً بأنه "ما يؤثر في الهلاك ولا يحصله" أو

١- محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي: لسان العرب ، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار صادر، بيروت ، دون سنة نشر ، ص ٤٥٨

٢- علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج١٦٥/٧

٣- وهبة الزحيلي: مرجع سابق، ص ٣١

٤- الشيخ مصطفى الزرقا: الفعل الضار والضمان فيه، ص ٧٤

إيجاد ما يحصل الهلاك عنده لكن بعلة أخرى. إذا كان السبب مما يقصد لتوقع تلك العلة [١]

وجاء في كتاب روضة الطالبين وعمدة المفتين (فقه شافعي) " والإتلاف يكون بالمباشرة أو بالتسبب. وما له مدخل في الهلاك، فقد يضاف إليه الهلاك حقيقة، وقد لا. وما لا فقد يقصد بتحصيله حصول ما يضاف إليه الهلاك حقيقة، وقد لا لأن الذي يضاف إليه الهلاك يسمى علة والإتيان به مباشرة. وما لا يضاف إليه الهلاك ويقصد بتحصيله ما يضاف إليه يسمى سبباً والإتيان به تسبباً. وهذا القصد والتوقع قد يكون لتأثيره بمجرده فيه، وهو علة العلة، وقد يكون بانضمام أمور إليه وهي غير بعيدة الحصول... ومن التسبب: الإكراه على إتلاف مال الغير. ومنه إذا حفر بئراً في محل عُدوان، فتردت فيها بيهمه أو عبداً أو حراً، فإن ردّاه غيره، فالضمان على المباشر المُردّي، لأن المباشرة مقدمة على التسبب"[٢] وعرّفه المالكية بأنه " ما يحصل الهلاك عنده بعلّة أخرى إذا كان السبب هو المقتضى لوقوع الفعل بتلك العلة، كحفر البئر في محل عدوان فتتردى فيها بهيمة أو غيرها"[٣] وعرفت المادة (١٣٧٧) من مجلة الأحكام الشرعية " الإتلاف تسبباً هو فعل ما يفضي عادة إلى الإتلاف دون أن يتخلل بينهما ما يمكن إحالة الحكم عليه ويعبّر عن الفاعل بالمتسبب" .[٤]

فالتسبب إذن؛ يكون بإيجاد ما يقتضي وجود علة التلف، لأن المتسبب لا يوجد النتيجة (التلف) بفعله وإنما يوجد ما يستوجب وجوده وجود النتيجة، فحفر البئر في الطريق العام يكون سبباً للقتل أو الإيذاء إذا ما سقط فيه شخص، لأن الموت أو الإيذاء

---

[١]- شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي: مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، ج ٣، ط ١، ١٩٩٤ دار الكتب العلمية، ص ٣٣٩ الإمام محمد الغزالي: الوجيز في فقه الإمام الشافعي، ج ١، مطبعة الآداب بمصر، ١٣١٧ ه ص ٢٠٦

[٢]- أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، تحقيق زهير الشاويش، الطبعة الثالثة، المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق، عمان، ١٩٩١ روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج ٥ ص ٤

[٣]- أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي: الفروق – أنوار البروق في أنواء الفروق، ج ٤، عالم الكتب، بدون تاريخ، ص ٢٧ جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس بن نزار الجذامي السعدي: عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، ج ٣ ص ٨٦٤.

[٤]- مؤلف المجلة الشيخ أحمد القاري. ويسميها الشيخ مصطفى الزرقا بمجلة الأحكام الحنبلية. الفعل الضار، مرجع سابق، ص ٧٨

حدث بسبب التردي، ولولا التردي لما حدثت النتيجة، إلا أن التردي ما كان ليحصل لولا الحفر. فالنتيجة تُضاف مباشرة إلى التردي في البئر، والتردي يُضاف إلى الحفر، أما العلاقة بين الحفر والنتيجة علاقة غير مباشرة، أما العلاقة بين النتيجة والتردي فتكون علاقة حقيقة، إلا أنه ونظراً لعدم إمكان إضافة الحكم إلى التردي لكونه لا يعمل لوحده، لذلك أُضيفت النتيجة إلى السبب وهو الحفر.[١] فضابط التسبب ما لولاه لما حدث الضرر لكن علة الضرر غير السبب.[٢] وفي هذه الحالة اختلفت وجهة نظر الفقهاء في من يلزم بالضمان من فعل الفاعلين.

المطلب الثاني

أساس مسؤولية المتسبب

إذا وجد التسبب وحده، وجب الضمان إذا وجد التعدي[٣] أو التعمد سواء بالقصد أو التقصير أو قلة الاحتراز من فاعل السبب.

الفرع الأول: التعدي في التسبب:

لو حفر شخص بئراً في ملكه فوقعت فيه دابة إنسان فتلفت أو أسقطها شخص آخر فتلفت، فلا ضمان عليه، لأنه لم يكن متعدياً بحفره، وعلى المسقط الضمان في الصورة الثانية لمباشرته الإتلاف. أما عندما يكون مُحْدث الفعل الأول متعدياً فيه بمعنى أن لا يكون له حق فعله [٤] فإنه يضمن إذا لم يكن الفعل الفاصل بينه وبين الضرر مانعاً من نسبة ذلك الضرر إليه، ولا يضمن إذا منع من نسبته إليه. فمن حفر بئر في الطريق العام فسقط فيه حيوان فتلف ضمن قيمة هذا الحيوان لأنه قد تعدى بالحفر وتسبب بالإتلاف. أما لو عمد إنسان إلى إسقاط حيوان أو متاع في البئر فتلف فإن الحافر لا يضمن، وضمن المسقط للحيوان أو المتاع، وذلك لحدوث ما يمنع نسبة

---

١ - فخري رشيد مهنا: مرجع سابق ، ص ٣٥ وما بعدها

٢ - حسن الخطيب: نطاق المسؤولية المدنية التقصيرية والمسؤولية التعاقدية، دون تاريخ ص ٨١

٣ - وهذا ما حكمت به محكمة التمييز السعودية من أن " المتسبب لا ضمان عليه إلا إذا تعدى التقرير ٣/٦٦٨ القرار رقم ٣٣٨/ج٤/ب تاريخ القرار ١٤٢٩/٦/١١ تقريرات محكمة التمييز

٤ - أحمد أبو شنب: مرجع سابق، ص ١٩

الإتلاف إلى الحافر والمتمثل في إسقاط إنسان للحيوان أو المتاع في البئر، لأنه بمباشرته للإسقاط أحدث فعلاً تمتنع بموجبه نسبة الإتلاف إلى حافر البئر، ويُنسب التلف إلى المُسقط. وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز السعودية " المباشرة تقطع التسبب ويكون الضمان على المباشر"[١] ومن الأمثلة السابقة نستنتج أن معيار التعدي هو تجاوز الحد، يعني تجاوز (مخالفة) الشرع أو العرف أو العادة (تجاوز المعتاد)

ـ صور التعدي في التسبب:

يلحظ أن الإتلاف بالتسبب قد يكون بالفعل (إيجابي)، أو بعدم الفعل أو التقصير (سلبي) بشرط أن يوجد التعدي في الحالتين. فالتعدي بفعل إيجابي كالمثال الذي أشرنا إليه أعلاه، أما التسبب بفعل سلبي بالامتناع عن القيام بفعل ما ذكره التسولي من أنه لو أصيبت شاة فأراد صاحبها ذبحها قبل أن تموت ولا مدية معه، وكان مع غيره مدية فطلبها من صاحبها فامتنع عن إعطائه حتى ماتت الشاة، فيكون صاحب المدية ضامناً قيمة الشاة لأنه امتنع عن بذل واجب وتسبب بامتناعه في تلف الشاة.[٢] كما أن التسبب بالامتناع قد يكون مبنياً على فعل إيجابي مشروع كمن يحفر حفرة في الشارع بإذن من السلطة المختصة ثم يمتنع عن وضع علامات وإشارات تحذر من السقوط في الحفرة، وهذا ما قضت به محكمة التمييز الأردنية من أنه من الثابت" أن الشركة المدعى عليها قامت بعمل حفرة ، ولم تضع حواجز أو إشارات تحذيرية حولها تحول دون سقوط الناس مما يشكل ركن الإهمال والتقصير من جانبها ويجعلها مسؤولة عن إهمالها وخطئها.."[٣]

---

[١] - القرار رقم ٦٣٥/ج٢/ب تاريخ ١٤٢٧/١٢/٢٣ التقرير رقم ٢/٧٠ . قرار رقم ٨٠٢/ج٢/ب تاريخ ١٤٢٩/٨/٢٣ ، التقرير رقم ٢/٦٦٧ تقريرات محكمة التمييز خلال خمسين عاماً ، منشورات وزارة العدل ، الإصدار الأول - المجلد الأول ، بدون ترقيم الصفحات.

[٢] - البهجة شرح التحفة: مشار إليه عند الشيخ مصطفى الزرقا: الفعل الضار. ص ٨١

[٣] - قرار تمييز حقوق، رقم ١٨١٨ / ١٩٩٧ النشر ١٩٩٨ نقلاً عن رنا حج طه دواس: المسؤولية المدنية للمتسبب، (رسالة ماجستير) مقدمة لجامعة النجاح بفلسطين، ٢٠١٠، ص ١٨

الفرع الثاني: التعمد في التسبب :

يضمن المتسبب إذا وقع التلف بتعمد منه، وذلك بأن يوجه المعتدي إرادته إلى الفعل الضار ويتولى نتائجه؛ لو جفلت دابة أحد من آخر وفرت وضاعت لا يلزم الضمان، أما إذا أجفلها قصداً فيضمن، كذلك لو جفلت من صوت البندقية التي رماها الصياد قصداً للصيد فوقعت وتلفت وانكسر أحد أعضائها فلا يلزم الضمان، أما إذا كان الصياد قد رمى البندقية بقصد إجفالها فيضمن. ومثال التسبب بالتعمد كمن يتقدم بالشهادة على شخص إلا أنه يفتري فيها قاصداً قتل المشهود عليه أو إيذاءه[١]، واعتبرت محكمة التمييز الأردنية أن من الحالات التي يتوافر التعمد حالة ما إذا كان في فعل المتسبب مخالفة لحكم القانون، فمخالفة المدعي عليه أحكام قانون النقل على الطرق يجعله بعمله غير المحقق هذا مسؤولاً مسؤولية مدنية عن الأضرار التي لحقت بالسيارات الأخرى.[٢]

الفرع الثالث :الإهمال وعدم التحرز في التسبب:

ويضمن المتسبب كذلك عند الإهمال وقلة الاحتراز، ويكون ذلك عندما يوجه المتسبب في الضرر إرادته باختياره نحو فعل ضار من غير حسبان لنتائجه ، أو أن يعمل من غير تبصر واهتمام للسلوك الشرعي العادي للأشخاص، والتبصر يمليه عليه الشرع والعرف.[٣] عدم التحرز؛ هو عدم تبصر المرء بما قد ينجم عن أفعاله من عواقب ضارة[٤] كما "لو وضع أحد على الطريق العام أدوات العمارة أو الحجارة وعثر بها حيوان آخر وتلف يضمن، يضمن كذلك لو صبّ أحد على الطريق العام شيئاً يزلق به، كالدهن وزلق به حيوان وتلف يضمن" المادة (٩٢٧) من مجلة الأحكام

---

[١]- فخري رشيد مهنا: مرجع سابق، ص ٣٧

[٢]- تمييز حقوق، رقم ١٩٧٩/٣٧٢ نقلاً عن رنا ناجح طه دواس: مرجع سابق، ص ١٦

[٣]- صبحي المحمصاني: النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، ج١ ، ص ٢٠٢ مشار إليه في محمد فوزي فضل الله: رسالته ، ص ١٧٠

[٤]- رنا حج طه دواس: مرجع سابق، ص ٢١

العدلية. [1] وهذا ما نصت عليه العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة (٢٥٧) مدني اردني بقولها " وإذا وقع (الإضرار) بالتسبب يشترط التعدي أو التعمد أو أن يكون الفعل مفضياً إلى الضرر"

إذن، المباشر ضامن وإن لم يتعد، أما المتسبب لا يضمن إلا إذا كان متعدياً، أو متعمدا أو أن يكون فعله مفضياً للضرر، أي في حال الإهمال وعدم التحرز.

[1]- علي الخفيف: مرجع سابق، ص ٥٨ وما بعدها. وهبة الزحيلي: مرجع سابق، ٣١ وما بعدها. للمزيد راجع: محمد يوسف الزعبي: "مسؤولية المباشر والمتسبب في القانون المدني الأردني" الدليل الالكتروني للقانون العربي، ص٤ وما بعدها. جهاد محمد الجراح: مرجع سابق، ص١٦٣ وما بعدها. سيد أمين: مرجع سابق، ص٩٠

المبحث الرابع

العلاقة بين التعدي والضرر

العلاقة أو الرابطة بين التعدي والضرر سواءً كانت مباشرة أو تسبباً هي الأساس الثالث للضمان، ويُسمي الفقه الإسلامي تلك العلاقة بالإفضاء[١] ؛ بمعنى أن يكون الفعل موصلاً إلى نتيجة لا تتخلف عنه إذا انتفت الموانع. إلا أن تلك العلاقة لا ينطبق عليها معنى الركن المقصود هنا، لأن تلك الرابطة بين الاعتداء والضرر سواء أكانت مباشرة أم تسبباً، هي من قبيل عدم وجود المانع للسبب، والمانع للسبب هو الأمر الذي يلزم من وجوده عدم تحقق السبب، أما معنى الركن المقصود هنا هو ما يتوقف عليه وجود الشيء، لهذا لا ينطبق عليه معنى الركن [٢] .

يلتقي الفقه الإسلامي والقانون في النتائج المترتبة على وجود هذه العلاقة أو الرابطة[٣]؛ إذ هي تعني عند أهل القانون أن توجد علاقة مباشرة ما بين الخطأ الذي ارتكبه المسؤول والضرر الذي أصاب المضرور، ويسأل الشخص قانوناً عن الأضرار المباشرة وغير المباشرة المتصلة بالخطأ اتصالاً واضحاً، أما الفقهاء المسلمون فيقررون أنه لابد في الضمان من أن يكون الضرر مرتبطاً بالفعل ارتباط النتيجة بالسبب[٤]، وهذا الضرر قد يحدث عادة نتيجة مباشرة لفعل المعتدي دون أن يتوسط بينهما (بين الفعل والضرر) فعل آخر يتسبب عنه الضرر، وهذا ما يسمى بالضرر المباشر، وقد يتوسط بين الفعل والضرر فعل آخر يتسبب عنه الضرر؛ وهو ما يعرف بالضرر بطريق التسبب. إذن، المباشر ضامن وإن لم يتعمد أو يتعد، أما المتسبب لا يضمن إلا إذا كان متعدياً، أو متعمداً أو أن يكون فعله مفضياً للضرر، أي عند عدم التحرز، بحيث لا يوجد للإتلاف سببٌ غيره. لكن يجب ألا يفهم من ذلك أن

---

[١]- نصت المادة ٩٢٢ من مجلة الأحكام العدلية " لو أتلف أحدٌ مال الآخر وأنقص قيمته تسبباً يعنى لو كان سبباً مفضياً لإتلاف مال، أو نقصان قيمته، يكون ضامناً..."

[٢]- وهبة مصطفى الزحيلي: المسؤولية المدنية أو نظرية الضمان، مرجع سابق، ص٢٤، ٣١

[٣]- وهبة الزحيلي: المرجع السابق، ص ٥٤

[٤]- ياسر صائب رشيد: مرجع سابق، ص ١٩٧

الفقه الإسلامي يقيم مسؤولية المتسبب على أساس الخطأ، وإنما قد يكون فعل المتسبب أقل ارتباطاً بالضرر، لذلك عندما يكون فعل المتسبب هو الذي أفضى إلى الضرر كان المتسبب ضامناً لهذا الضرر. أما عندما يكون فعل المتسبب غير مرتبط بالضرر، لهذا فإنه غير ضامن لأن فعلاً آخر غير فعل المتسبب هو الذي أفضى إلى الضرر. [١]

باعتبار أن الفقه الإسلامي أقام نظرية الضمان على أساس التمييز بين المباشرة والتسبب، والتمييز بينهما- كما أوضحنا آنفاً- لا يعتمد على سلوك المعتدي انحرف أو لم ينحرف عن سلوك الشخص المعتاد، كما أنه لا يعتمد على حالة المعتدي مميز أو غير مميز، وإنما اعتمد على قوة العلاقة بين الفعل الضار والتلف، وباعتبار أن المباشرة لا تتحقق إلا إذا كان التلف نتيجة مباشرة للفعل الضار، لهذا لا نجد من داع بعد ذلك لاشتراط توافر علاقة السببية بين التعدي والتلف، لأن علاقة السببية قائمة حكماً. أما التسبب يقوم على أساس أن العلاقة غير مباشرة بين فعل المتسبب وبين التلف إلا أن الفعل الذي ترتب عليه التلف لا يمكن إضافة الحكم إلى إليه لكونه لا يعمل لوحده ، لذلك أُضيفت النتيجة إلى فعل المتسبب الذي لولا فعله لما وجد الفعل الذي نشأ عنه التلف، لهذا فإن المتسبب لا يضمن إلا إذا تعمد أو تعد أو أهمل ولم يتحرز.، لهذا فإن تقييد الضمان في حالة التسبب بأن يكون الفاعل متعمداً أو متعدياً يعني أن يكون فعله هو سبب التلف لذلك لا داع من البحث في علاقة السببية.[٢] كما أن القول بأن العلاقة بين التعدي والتلف هي من قبيل عدم وجود المانع للسبب؛ والمانع للسبب هو الأمر الذي يلزم من وجوده عدم تحقق السبب ، أما معنى الركن المقصود هنا هو ما يتوقف عليه وجود الشيء. نعتقد بأنه عديم الفائدة، لأن وجود المانع يمنع من وجود سبب الضمان (التلف) وبالتالي لا ينشأ الضمان، ليس لوجود المانع وإنما لعدم تحقق سبب الضمان (التلف) فالإتلاف سواء بالمباشرة أو التسبب لا يتحقق إذا وجد المانع،

[١]- محمد يحيى عبد الرحمن المحاسنة: مرجع سابق ، ص ٣٧
[٢]- المرجع السابق، ص ٤٢

وبالتالي لا توجد مسؤولية، فالمباشرة والتسبب لا يتحققان إلا إذا انتفى المانع، بالتالي وجود المانع يمنع من وجود علة الضمان أي التلف.

وإذا تعددت الأسباب (الأفعال) كما لو اشترك جماعة في إتلاف شيء فإنهم يضمنون المثل أو القيمة، ويتحمل كل واحد منهم نصيبه دون تضامن فيما بينهم، عملاً بمبدأ المسؤولية الفردية المقررة في الفقه الإسلامي لقوله تعالى: سمح وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰسجى سجحالأَنْعَام : تخمتمحتحجسحج وإذا تفاوت فعل المعتدين قوة وضعفاً، قدم السبب الأقوى عند المالكية والحنابلة وقياساً عند الحنفية [١]. أما إذا اختلف فعل المعتدين بأن كان بعضهم مباشراً والآخر متسبباً، فتطبق القاعدة الفقهية " إذا اجتمع المباشر والمتسبب أضيف الحكم إلى المباشر" المادة (٩٠) من الأحكام العدلية. ونصت المادة (١٤٢٦) من مجلة الأحكام الشرعية لأحمد القاري بأن " المباشر أولى بإحالة الحكم عليه من المتسبب " وأخذت بذلك المادة (٢٥٨) مدني أردني بنصها" إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر. ويستثنى من هذه القاعدة، بمعنى رغم اجتماع المباشر والمتسبب قد يضمن المتسبب وحده، أو يضمنان معاً. فيضمن المتسبب وحده إذا كان متعدياً، وتعذر تضمين المباشر لكونه غير مسؤول، أو غير موجود أو غير معروف[٢] . أو لا يمكن إحالة الحكم عليه؛ كما لو حلّ سلسلة حيوان مفترس فقتل أو عقر، أو أتلفت الدابة التي حلها زرعا أو غيره، أو انحدرت السفينة التي حلها على شيء فأتلفته.[٣] ويضمن المتسبب وحده أيضاً لأن المباشر في مقام غير المسؤول، كما لو دفع إلى صبي سكيناً ليحمله له، فسقط من يده ، فجرحه ضمن الدافع ، لأن السبب هنا بمعنى العلة، والصبي غير مسؤول ، لأنه لم يقصد قتل نفسه بفعل نفسه. كما لو حكم القاضي بمال بناءً على شهادة شاهدين، وقبض المدعي المال، ثم رجع الشاهدين عن شهادتهما، فإنهما يضمنان، لأنه تعذر إيجاب

[١]- وهبة مصطفى الزحيلي: مرجع سابق، ص ٤١ وما بعدها
[٢]- وهبة الزحيلي: نظرية الضمان، مرجع سابق، ص ١٦٨ وما بعدها
[٣]- مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي شهرة، الرحيباني مولداً ثم الدمشقي الحنبلي: مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، ج ٤، الطبعة الثانية المكتب الإسلامي، ١٩٩٤ ص ٧٢

الضمان على المباشر، وهو القاضي، كأنه كالملجأ إلى القضاء، وفي تضمينه صرف الناس عن تقلد القضاء، وتعذر استيفاؤه من المدعى لأن الحكم ماض فاعتبر السبب لأنه غلب المباشرة بأن أخرجها عن كونها عُدوانا مع توليده لها[١] . كذلك لو رش شخص ماء أو توضأ واستوعب الماء بعض الطريق لا كله، فمر شخص من غير علم فوقع، بأن كان المرور ليلاً، أو كان المار أعمى، فإنه يضمن. بينما لو تعمد المار المرور من فوق الماء، مع إمكان عدم المرور عليه ، فإنه لا يضمن ، لأن المار هو الذي خاطر بنفسه فصار كمن وثب على البئر من جانب إلى جانب فوقع فيها[٢] وقيدت محكمة التمييز السعودية ذلك " ما لم يكن المتسبب ألجأ المباشر إلى ذلك.[٣] وأكدت على ذلك المادة (١٤٢٧) من مجلة الأحكام الشرعية بأنه " لا عبرة لمباشرة من لا يمكن إحالة الحكم عليه ويكون الضمان على المتسبب .... ، كمن أكره على إتلاف مال مما يضمن مثله فأتلفه فالضمان على المكره لا على المتلف حتى لو أكره على إتلاف مال نفسه " ويضمن المباشر مع المتسبب إذا كان السبب مما يعمل بانفراده ، وذلك عند الحنفية والشافعية كما لو اجتمع في شأن قيادة الدابة راكب وسائق ، فإن الضمان على الراكب والسائق ، لأن السوق متلف، وإن لم يكن على الدابة راكب ، وكذلك في مسألة نخس الدابة بإذن مالكها . ويضمن المباشر مع المتسبب عند المالكية والحنابلة إذا كانت المباشرة مبنية على السبب، بحيث لو تخلف السبب لزالت العلة، وبذلك يكون السبب بمنزلة العلة، كما لو أمسك بشخص فقتله آخر، فيقتص من الأول لتسببه ومن الثاني لمباشرته، وكذلك الدال الذي لولا دلالته ما قتل المدلول عليه، فيضمن الاثنان حقناً للدماء.[٤]

---

[١]- أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي: روضة الطالبين وعمدة المفتين. تحقيق زهير الشاويش، ج٩ الطبعة الثالثة، المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق، عمان، ١٩٩١ ص ١٣٣

[٢]- محمد فوزي فيض الله: المسؤولية التقصيرية بين الشريعة والقانون، ص٣٣٥

[٣]- القرار رقم ٢٨/ج٢/ ب تاريخ ١٤٣٤/١/٩ التقرير ٤/٦٦٩

[٤]- محمد فوزي فيض الله: رسالته ، مرجع سابق ، ص٣٣٦ وما بعدها

أما في حال تسلسل الأضرار؛ بمعنى إذا ترتب على التعدي ضرر فأكثر، فالحكم أن المعتدي يسأل عن كل الأضرار إذا كان لفعله أثر فيها، أما إذا انقطع أثر فعله بتدخل سبب آخر فلا يضمن، ومن أمثلة الحالة الأولى: كما لو ألقى شخص غيره في نهر أو حوض، معه دراهم، فسقطت في الحوض، ضمن، لأنه بفعله، ولا يضمن لو سقطت وقت خروجه من الماء، لأنه بفعل مالكها. كذلك لو ضرب شخص آخر فسقط المضروب مغشياً عليه، وسقط منه شيء يضمن ما معه.

ومن أمثلة الحالة الثانية: وهو تدخل سبب فاصل بين المتسبب والضرر الثاني وما بعده. رجل حفر بئراً في الطريق، فجاء رجل، وسقط وتعلق هذا الرجل بآخر وسقط، وتعلق الثاني بآخر ووقعوا جميعاً، وماتوا، دون أن يعلم كيف ماتوا، ولم يقع بعضهم على بعض، فدية الأول على الحافر، ودية الثاني على الواقع الأول، لأن الأول هو الذي دفعه، حيث جرّه إلى نفسه، ودية الثالث تكون على الثاني لهذا المعنى. [١]

[١]- محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي: المبسوط، ج ٢٧، دار المعرفة ١٩٩٣ بيروت، ص ١٨. وهبة مصطفى الزحيلي: المرجع السابق، ص٤٨. رضا متولي وهدان: مرجع سابق، ص٥٦

الخاتمة:

ننتهي من البحث إلى أن نظرية الإتلاف بالمباشرة والإتلاف بالتسبب نظرية أصيلة في الفقه الإسلامي-لا نظير لها في القانون- أقامها الفقه الإسلامي على أساس قوة العلاقة بين الفعل الضار والتلف، ولم يشترط الفقه الإسلامي في المعتدي التمييز، كما أنه لم ينظر إلى سلوكه بعين الاعتبار ما عدا الإتلاف بالتسبب. الإتلاف بالمباشرة لا يتحقق إلا إذا كان الفعل ضار في ذاته. أما إذا كان الفعل غير ضار في ذاته لا يمكن أن يترتب عليه إتلاف بالمباشرة وإنما بالتسبب. بالإضافة إلى أن ذلك الفعل-غير الضار في ذاته- لا يمكن أن يفضي إلى التلف حتى ولو انتفت الموانع. وبالتالي لا تنهض العلاقة بين التعدي والإتلاف، لهذا لم نجد من داع بأن نشترط أن يكون فعل المباشر تجاوزاً أو تعدٍ أو ضاراً في ذاته، لذلك فقد صحت القاعدة التي تنص على أن المباشر ضامن وإن لم يتعد- ولا شروط لذلك، فلا يشترط أن يكون المباشر قد تعدّ كما لا يشترط توافر علاقة السببية لأن المباشرة لا تتحقق أصلا إلا إذا كان الضرر نتيجة مباشرة لفعل المعتدي- المتسبب لا، لا يضمن إلا إذا كان متعمداً أو متعدياً أو لم يتحرز. بالإضافة إلى أن وصف التلف بالمباشرة أو التسبب هو وصف لقوة العلاقة بين الفعل والتلف لا وصف للفعل ذاته. لذلك فإن الفقه الإسلامي لا ينظر لا إلى الفاعل ولا إلى الفعل بقدر ما ينظر إلى قوة العلاقة بين الفعل والتلف أو إلى التلف نفسه.

المراجع

أولاً: الكتب:

١- ابن منظور: محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين الأنصاري الرويفعي الإفريقي: لسان العرب، الطبعة الأولى، دار صادر، بيروت، دون سنة نشر

٢- ابن رجب، أبو الفرج عبد الرحمن: القواعد في الفقه الإسلامي، دار المعرفة، بيروت، ١٩٨٨

٣- البغدادي، أبو محمد بن غانم بن محمد البغدادي: مجمع الضمانات في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان تحقيق محمد أحمد سراج، علي جمعة محمد. المجلد الأول، الطبعة الأولى، دار السلام للطباعة، القاهرة، ١٩٩٩

٤- الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة المالكي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. دار الفكر، بدون طبعة وتاريخ

٥- الزرقا، مصطفى أحمد: المدخل الفقهي العام، الطبعة الثانية، دار القلم، دمشق، ٢٠٠٤

٦- الزرقا، مصطفى أحمد: الفعل الضار والضمان فيه، دار القلم، الطبعة الأولى، دمشق، ١٩٨٨

٧- الزحيلي، وهبة مصطفى: نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي. الطبعة التاسعة، دار الفكر، دمشق، ٢٠١٢

٨- الكاساني، علاء الدين: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، ١٩٨٦

٩- الماوردي، الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي (المتوفى٤٥٠ ه) الأحكام السلطانية، دار الحديث، القاهرة ، بدون تاريخ

١٠- النووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف: روضة الطالبين وعمدة المفتين. تحقيق زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق، عمان، الطبعة الثالثة ١٩٩١

١١- السيوطي، الرحيباني، مصطفى بن سعد بن عبده: مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، المكتب الإسلامي، الطبعة الثانية، ١٩٩٤

١٢- السعدي، أبو محمد جلال الدين عبدالله بن نجم بن شاس بن نزار الجذامي السعدي: عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى ٢٠٠٣

١٣- السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة: المبسوط، دار المعرفة ١٩٩٣ بيروت

١٤- القرافي، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي: الذخيرة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى ١٩٩٤

١٥- القرطبي، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد: البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة. دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية، ١٩٨٨

١٦- الشامي، محمد بن حسين: نظرية المسؤولية المدنية في القانون المدني اليمني والمصري والفقه الإسلامي، مكتبة الجيل الجديد، صنعاء، ١٩٩٤

١٧- التميمي، أبو محمد، وأبو فارس عبد العزيز بن إبراهيم بن أحمد القرشي التونسي المعروف بابن بزيزة: روضة المستبين في شرح كتاب التلقين، دارابن حزم، الطبعة الأولى ٢٠١٠

١٨- الشربيني، شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشافعي: مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية،١٩٩٤

١٩- الخفيف، علي: الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، بدون تاريخ

٢٠- الخطيب، حسن: نطاق المسؤولية المدنية التقصيرية والمسؤولية التعاقدية، دون تاريخ ودون ناشر

٢١- القزيويني، عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم، أبو القاسم الرافعي: العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، دار الكتب العلمية، بيروت ١٩٩٧

٢٢- الغرناطي، أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي: القوانين الفقهية، دون تاريخ ودون ناشر

٢٣- باز، سليم رستم: شرح المجلة، الطبعة الثالثة، دار إحياء التراث العربي، لبنان، ١٣٠٥ ه

٢٤- أمين، سيد: المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير في الفقه الإسلامي المقارن، بدون تاريخ وبدون ناشر

٢٥- فيض الله، محمد فوزي: نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام، مكتبة التراث الإسلامي، الكويت، الطبعة الأولى، ١٩٨٣

ثانياً: المقالات والرسائل:

١- أبو سرور، أسماء موسى أسعد: "ركن الخطأ في المسؤولية التقصيرية، دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري والأردني". رسالة ماجستير مقدمة لجامعة النجاح، ٢٠٠٧

٢- أبو شنب، أحمد عبد الكريم: "تطبيق أحكام المباشرة والتسبب على الإضرار الناجم عن فيروسات الحاسب الآلي". المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد السابع، ٢٠١١

٣- الزعبي، محمد يوسف: "مسؤولية المباشر والمتسبب في القانون المدني الأردني"، الدليل الإلكتروني العربي

٤- المحاسنه، محمد يحيى عبد الرحمن: "مدى الاستغناء بالمباشرة والتسبب في الفعل الضار عن علاقة السببية." مجلة جامعة الزيتونة الأردنية للدراسات القانونية، المجلد الثاني، العدد الأول ٢٠٢١

٥- النور، عمر رسلان الباشا، محمد سليمان: "شرط التعدي في مسؤولية المباشر عن الفعل الضار في الفقه الإسلامي مقارناً بالقانون المدني". مجلة البحوث العلمية والدراسات الإسلامية. المجلد ١٤، العدد ١، ٢٠٢٢

٦- السلامة، عبد العزيز أحمد: "التعويض عن الضرر المعنوي"، مجلة العدل، العدد ٤٨ شوال ١٤٣١، ص ١٩٤

٧- أمين دواس: "الأساس القانوني للمسؤولية عن الفعل الضار: دراسة مقارنة"، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية- السنة ١٠ ملحق خاص - العدد ١٠، ٢٠٢١

٨- مهنا، فخري رشيد: "المسؤولية التقصيرية ومسؤولية عديم التمييز، دراسة مقارنة "، رسالة ماجستير مقدمة لجامعة بغداد ١٩٧٤ دون ناشر

٩- رشيد، ياسر صائب: "حالات التعدي وحكمها في المسؤولية التقصيرية"، مجلة كلية العلوم الإسلامية، جامعة بغداد، العدد ٣٠ لسنة ٢٠١٢

١٠- فيض الله، محمد فوزي: "المسؤولية التقصيرية بين الشريعة والقانون"، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الشريعة بجامعة الأزهر، مرقونة بالآلة الكاتبة، ١٩٦٢

١١- غايب، مدحت صالح: "المباشرة والتسبب في الشريعة والقانون"، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، المجلد ١٦، العدد ٢، ٢٠٠٩