

## الضرر وآثاره في عقود المعاملات

دكتوراً محمداً شرف الدين خجلاّب

وكيل كلية الدراسات العربية

ورئيس قسم الشريعة الإسلامية

جامعة المنيا

يعد الإلتزام بالعقود من المبادئ الأساسية التي حثت الشريعة الإسلامية على الوفاء بها قال تعالى - (ياايها الذين آمنوا أوفوا بالعقود) - (١) ولكن إذا حدث ضرر من أحد المتعاقدين يؤثر على حقوق المتعاقد الثاني فهل يتحمل المتسبب في الضرر مالحق بالطرف الآخر من أضرار سواء أكان الضرر مادياً أو معنوياً؟

إذا تتبعنا كتب الفقهاء يتبين لنا اتفاقهم على أن الفعل الذي يترتب عليه الإضرار بأحد أطراف العقد فإن المتسبب في الضرر يلتزم بتعويض الطرف الآخر سواء كان الضرر قد وقع على سبيل العمد أو الخطأ لأن الأموال المملوكة للأشخاص لا فرق فيها بين العمد والخطأ من وجهه نظر الشريعة الإسلامية.

وإذا تتبعنا ماكتبه الفقهاء لانجد نظرية متكاملة للضرر عندهم فالأحوال الموجبة للتعويض عن الضرر قد جاءت متفرقة وكما سبق أن أشرنا في أكثر من بحث بأن عدم وجود نظريات متكاملة لايعد عيباً يمكن نسبته إلى الفقهاء لأن صناعة الكتابة لم تكن قد تطورت في عصرهم فكل علم من العلوم له طريقته الخاصة به.

وعلى الرغم من عدم تفرقه الفقهاء بين الضرر العمد والخطأ وعلى الرغم أيضاً من عدم تفريقهم بين الضرر الناشئ من وجود رابطة عقدية أو عدم وجودها إلا أننا سنحاول جاهدين وضع نظرية عن الضرر الناشئ عن وجود رابطة تعاقدية.

أضف إلى ذلك أن الفقهاء لم يفرقوا بين الضرر من حيث عظمته أو ضالته حيث لا فرق عندهم بين الضرر إذا كان صغيرا أو كبيرا لذلك فإن محاورتنا لوضع نظرية عن الضرر وأثاره في العقود تقتضى تقسيم هذا البحث إلى أربعة فصول.

الفصل الأول : معنى الضرر وشروطه.

الفصل الثانى : أنواع الفعل الضار

الفصل الثالث : وتحدث فيه عن تحمل التبعة.

الفصل الرابع: وسنخصصه للحديث عن التعسف فى استعمال الحق.

### الفصل الاول : معنى الضرر وشروطه

إذا أردنا تأصيل نظريه عن الضرر فإنه يكون لزاما علينا تفريق الضرر فى اللغة وفى اصطلاح الفقهاء ثم يتبين حكم الفعل الضار من حيث المشروعية أو عدمها ثم نقوم بتوضيح الشروط اللازمة فى الفعل الضار لذلك فإن هذا الفصل سيقسم إلى ثلاثة مباحث .

الأول : فى معنى الضرر

الثانى : فى حكمه.

أما المبحث الثالث : فإننا سنخصصه للحديث عن شروط الضرر وإليك بيان

ذلك.

### المبحث الاول : معنى الضرر

أولا : معنى الضرر فى اللغة :

لقد ذكر علماء اللغة أكثر من معنى للضرر .

الضرر بضم الصاد يأتى بمعنى الفاقة والفقر وبالفتح مصدر من ضره

يضره من باب قتل إذا فعل به مكروها.

يقول الأزهري : كل ماكان من سوء حال وفقر وشدة في بدن فهو ضرر بالضم وماكان ضد النفع فهو بفتحها.

وقد يطلق الضرر مرادا به النقص الذي يدخل العين فنقول : رجل ضرير إذا ذهب عيناه، ويقول أيضا ضرره إلى كذا واضطره بمعنى الجأ إليه، والضرورة اسم من الاضطراب، وضره المرأه أى امرأة زوجها والجمع ضررات على القياس وسمع ضرائر كثرها جمع ضرير مثل كريمة وكرائم ولايكاد يوجد لها نظير ورجل مضر نو ضرائر وامراه مضر أيضاها ضرائر وهو اسم قاعل من اضرر إذا تزوج.

هذه هى أهم المعانى التى وردت فى معنى الضرر فى اللغة والذى يعيننا منها هو المعنى الثانى بفتح الضاد أى الحق بغير ما يضر به (٢).

#### ثانياً : معنى الضرر فى الاصطلاح

إذا تتبعنا كتب الفقهاء لانجد تعريفا محدا للضرر لأنه كما سبق أن اشرنا بأن فقهاء المسلمين لم يقوموا بوضع نظريه متكامله عن الضرر.

وعلى الرغم من ذلك فإن الكثير من المعاصرين قد وضعوا تعريفا للضرر. فعرفوه : بأنه فعل محظور جعله الشارع سببا لضمان ما يترتب عليه من تلف .

وبناء على ذلك فإن الضرر لا يخرج عن هذه السببية إلا بوصف فاعله بالاعتداء والمخالفة بسبب عارض خارج عنه كقتل أهليه التكليف لأن سببه يرتبط بذاته ويأثاره لا يقصد فاعله وإبراهه وإذا يترتب عليه اثره إذا صدر من نائم أو مجنون أو طفل لأن الأمر فى اقتضائه التضمن مبنى على اللطوؤة وجبر الفاقد حتى لا يظلم أحد فى ماله، ولهذا قال الفقهاء ان العمد والخطأ فى الأموال سواء

فهم يقصدون بالخطأ وقوع الشئ على خلاف الارادة وهو مايدل عليه هذا اللفظ فى قوله - صلى الله عليه وسلم - « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان» أى أثمهما وذلك فى حالة وقوع الضرر من نوى الأهلية فإن الضرر لايعتبر من الأشياء التى لازمة لها ومثال ذلك العوالب فإن هذه الكائنات ليست لها ذمة معتبرة لذلك فإن ماتلفه البهيمة من أموال فإن الأصل عدم وجود جنائية أو ضرر. إذ القاعدة أن جنائية العجماء جبار أى تذهب هدرا فلا يجب التعويض إلا أن اللقهاء قد اشترطوا لعدم وجوبه الا يقع الإهمال من صاحبها بالنسبة لحفظها ورعايتها.

فإذا وقع الإهمال من مالك الدابة فإنه يطالب بالضمان والعلّة فى كون مثل هذه الكائنات لازمة لها راجع إلى انها لايصح تملكها للأموال فكيف تطالب ببيضان ما أتلفت.

وأنك يجب التفرقة فى حالة ارتكاب الفعل الضار بين فاقد الأهلية وبين إنعدام الفحة المالية.

هذا مايمكن استخلاصه من التعريف الاول (٢) وعلى الرغم من ذلك فإن التعريف المناسب للضرر من وجهه نظرنا هو أن المراد بالضرر كل أذى يصيب الانسان ويسبب له خسارة مالية فى امواله سواء أكانت ناتجة عن نقصها أم عن نقص منافعها أو عن زوال بعض أوصافها.

ويستفاد من هذا التعريف الذى استخلصناه شموله لفعل الضار سواء كان فاعله مرتبطا مع من وقع عليه الضرر برابطه عقديه أو ليست هناك رابطه بينهم .

إلا ان هذا التعريف ينطبق على كل ضرر مالى يحدث ومن هنا يمكن أن يكون التعريف شاملا للضرر من حيث تأثيره فى المسئولية التعاقد به لأن المسئولية تتحقق فى حالة الإخلال بالالتزام العقدي وهذا الإخلال ينشأ عنه الضرر كما لو

أُتلف البائع المبيع عنده وقد دفع المشتري ثمن العين المبيعة فإتلاف البائع للعين يسبب ضرر للمشتري يوجب الضمان وكذا لو امتنع البائع عن تسليم السلعة كما ينطبق هذا الحكم على المستأجر إذا أُلّف العين المستأجرة وكذا المستعير إذا أُلّف العين المعارة حيث يضمن ما أُلّفه لأن هذا الإتلاف فعل أضر بالغير، وقد يتسبب الإتلاف في فقد العين لقيمتها أو الانتقاص من قيمتها فلا يمنع النقصان أيضا من التعويض هذا ما يمكن استخلاصه من التعريف الذي اخترناه فهو تعريف جامع مانع ولا غبار عليه.

### المبحث الثاني : حكم الضرر

من المسلم به أن الشريعة الإسلامية قد نهت عن العدوان على الغير أو الحاق الأذى به أو إصابة الغير بأي ضرر بل من أهم القواعد التي وضعتها الشريعة الإسلامية قاعدة لضرر يزال حيث تفرع من هذه القاعدة عدة أخرى هي لاضرر ولاضرار حيث أخذت هذه القاعدة من حديث النبي - صلى الله عليه وسلم - الذي سيأتي بعد قليل.

من هنا يمكن القول بأن الضرر غير مشروع حيث أجمع الفقهاء على حرمة فمن تسبب في فعله الحق الضرر بالغير فإنه يكون ملتزما من الناحية الشرعية بتعويض مال الحق بالغير من ضرر.

والاصل في عدم مشروعية الضرر وحرمة قوله - صلى الله عليه وسلم - في الحديث الشريف «لا ضرر ولا ضرار» فهذا الحديث تلقاه العلماء بالقبول وحكموا بصحته، كما احتج به العلماء في وضع القاعدة المشار إليها فدل هذا الحديث بصريح لفظه على حرمة الضرر وعدم مشروعيته إذا القاعدة أن النهي يفيد التحريم.

هذا وقد اختلف العلماء في تفسير معنى الضرر والاضرار على عدة أقوال

**الأول** : أن الضرر والضرار معناهما واحد وإنما ترديده في الحديث على سبيل التاكيد .

**الثاني** : أن الضرر والاضرار مختلفان في المعنى حيث نكر في اختلاف المعنى عدة أقوال.

أ - أن المقصود بالضرر ابتداء الفعل أى يضر بمن لم يضر به وبالضرار أن يكون يقصد به المقابلة أى يضر بمن أضر به على وجه غير جائز.

ب - أن المراد بالضرر أن يدخل على غيره ضررا بما ينتفع هو به وبالضرار أن يدخل على غيره ضررا بلامنفعة له. (٤)

وقد مثلوا لذلك بمن منع مالا يضره ويتضرر به الممنوع وقد يتبادر من استثنائهم ادخال الضرر بحق من قاعدة ولاضرار أنها لا تسرى على استعمال الحقوق ولكن ليس ذلك مرادهم وإنما يقصدون به ادخال الضرر على من يستحق لجريمة ارتكباها أو لاضراره بغيره فيقابل المظلوم ضرره بالعدل صحيح أن قولهم إلا ما دل الشرع على أباحته لكونه لا يخلو غالبا من نوع ضرر يصيب الغير.

فالقول بمنع الضرر مطلقا يلزم منه الذهاب بتلك الاباحة وبالتالي إعدام فكرة الحق.

وعلى هذا لا يكون الضرر مشروعا ولما يسبقه من الأفعال مشروعا ولا الفعل الضار مشروعا ومن ثم لا يكون حقا لفاعله يأتيه دون معارضة وممانعة وإنما يأتيه اعتداء حين يفعله إذا كان مكلفا لأنه أمر محظور منهي عنه.

وفعل المحضور إذا أتاه المكلف عد اعتداء ولهذا كان جواز الفعل شرعا وثبوته حقا لفاعله يمنع من تضمينه بسبب مادام لم يسن في استعماله ومن هذا يتبين لنا أن غاية الشريعة الإسلامية وهدفها المصلحة العامة فكل أمر فيه مصلحة عامة مطلوب لها وكل أمر تزيد منافعه على مضاره مطلوب لها وكل أمر تقل منافعه عن مضاره ممنوع منها (٥)

### المبحث الثالث ك شروط الضرر

عندما نتكلم عن شروط الضرر فإننا نعنى بذلك شروط التعويض عنه بمبلغ من المال تحدده جهة الاختصاص وإذا تتبعنا كلام الفقهاء يتبين لنا أن التعويض عن الضرر له شرطان .

**الأول :** أن يكون الشيء الذي وقع عليه الاعتداء مالمتقوما .

**الثاني :** أن يكون منفعه متقومة أما شرط العمد أو الخطأ فإنه لاقيمة له في الأموال أو في عقود المعاملات بصفة عامة لانه كما سبق أن أشرنا فان الشخص المتسبب في الضرر يلتزم بالتعويض سواء كان الضرر عمدا أو خطأ لذلك فإن حديثنا عن الضرر ينحصر في الشرطين المشار اليهما واليك بيان ذلك .

#### أولاً : شرط كون المال متقوما

لقد تحدث الفقهاء عن شرط المال المتقوم ولكنهم لم يتفقوا على رأى واحد بل جاءت الآراء متباينة .

أ - فقهاء الحنفية : يرون أن المال غير المتقوم كالخمر والخنزير إذا كان يملكهما مسلم فقام شخص باتلافهما فانه لايبضمن سواء كان المتلف للخمر والخنزير

مسلماً أو ذمياً والسبب في ذلك أن هذه الأشياء تعد أموالاً في حق غير المسلم حيث أمرنا أن نتركهم وما يدينون ماداموا لم يتعرضوا لنا بأى سوء أما المسلم فإنه ليس من حقه امتلاك هذه الأشياء وبالتالي فإن من اتلافها له لا يضمن لأن المسلم مأمور بإراقه الخمر التي في حيازته وقتل الخنزير (٦).

ب - أما فقهاء المالكية : فإن مذهبهم يوافق مذهب الحنفيين وإن كانوا قد فصلوا في هذا الموضوع.

فلقد ذكر الشيخ أحمد الريدري مانصه ، حيث بيننا أن الخمر إذا عصبت فتلقت بأن صارت خلافاً ربيها وهو غير مسلم يخير بين أخذ الخل أو قيمة الخمر بينما المسلم يتمين عليه أخذ الخل إذا عصبت منه الخمر فتخلت فلا خيار له، وعندهم أيضاً أن الخنزير يأخذ حكم الخمر، إلا أن بعض فقهاء المالكية يرون أن المسلم لا يضمن إذا أتلغ الخمر لغير مسلم لأن الخمر ليست منقومة في حقه ولكن الضمان يقع بين غير المسلمين إذا أتلغ أحدهم خمر الآخر (٧) وزاد فقهاء المالكية أيضاً أن ماء البئر المملوكة لشخص بأن كانت داخل أرضه تأخذ حكم الماء المحرز داخل الوائى، وبناء على مذهبهم فإن من أخذها فجفت البئر وتسبب ذلك في إتلاف الزرع فإنه يضمن حيث تسبب في ضرر مادي لحق بمالك البئر (٨).

ج - أما الشافعية والحنابلة : فإنهم يرون عدم الضمان إذا اتلغ الخمر أو الخنزير سواء كان يملكها مسلم أو غير مسلم لأن هذه الأشياء ليست أموالاً منقومة في حق الجميع المسلم والذمي على حد سواء وتوسع فقهاء الحنابلة فيبينوا أنه لا ضمان على من أتلغ كلباً مملوكاً للغير أو أتلغ السرجين وهو ما يأخذ من مخلفات الحيوان والطير كسماد للأرض الزراعية لأنه بخمس والقاعدة عندهم بأن كل نجس لا يباح الانتفاع به ويدخل في الحكم أيضاً أدوات اللهب كالالات الموسيقية واشطرنج والنرد فإن ما أتلغها لا يضمن لأنها ليست أموالاً منقومة بل أنها تعين



على المعصية وكذا الأثوات التي تستعمل في شرب الخمر. (٩).

والخلاصة التي نخرج بها أن المال إذا كانت له قيمة مالية فإن من أتلفه يعد متسبباً في الأضرار بالغير حيث ضيع عليه منفعه ترجى من وراء هذا المال فيضمن ما تسبب فيه من الحاق الضرر بالغير أما إذا كان المال لاقيمه له من الناحية الشرعية فإن من أتلفه لا يعد متسبباً في الحاق الضرر بغيره وبالتالي فإنه لاضمان عليه من الناحية الشرعية.

**ثانياً : هل يشترط كونه منفعه.**

عندما نتحدث عن هذا الشرط فإننا نعنى بذلك المنافع المملوكة للغير عن طريق الإجازة أو الاعارة.

والسؤال الذي نطرحه هو لو أن شخصاً تسبب في إتلاف عين مستعارة أو مستأجرة فعطل المستعير أو المستأجر عن الانتفاع بالعين المستأجرة أو المستعارة فأصابه ضرر بسبب هذا الأتلاف فهل المتسبب في الضرر يلتزم بتعويض المتضرر؟ لم نتفق كله الفقهاء حول هذا الموضوع بل اختلفوا في ذلك إلى مذهبين:

**الأول :** يرى أن المنافع مضمونه فمن فوت منفعه على إنسان فإنه يضمن ذلك وقد مثلوا لتفويت المنفعة بمن حال بين المتسأجر والعين المؤجرة، وكذا بين المستعير والعين المستعارة ويدخل في الحكم أيضاً من عطل وصول الماء إلى الأرض فحرم المالك من زراعتها أو منع الماء عن الشجر فلم يثمر فإن المتسبب في ذلك يضمن قيمه المنافع لأنه تسبب في الإضرار بالمستأجر والمستعير ومالك الأرض والشجر ويمثل هذا الاتجاه المالكية والشافعية والحنابلة (١) وجهة نظر هذا الفريق تعتمد على أن المنافع أموال متقومة في ذاتها لتقومها في معاملات الناس ولا يطلب ملك الأموال إلا لتملكها والانتفاع

بها وعلى اساسها تعد الاعيان.

**الثانى :** يرى أن من تسبب فى اتلاف المنافع أو تعطيلها فإنه لا يضمن ويمثل هذا الاتجاه فقهاء الحنفية.

ووجهة نظرهم تعتمد على أن المنافع ليست مادة يمكن ادخارها وتمويلها لأنها أعراض ليس لها بقاء، ومالية الشئ إنما تثبت بالتمول كما يقول السرخسى بالتمول وهو اتحاد الشئ مالا وصيانتة بادخاره لوقت الحاجة والمنافع لاتبقى وقتين إذ أنها حين توجد تتلاشى وتعدم فلا يتصور فيها الادخار والتمول.

**والخلاصة :**

التي نخرج منها هي عدم ضمان المنافع عند الحنفية (١١) لأنها لاقيمة لها فى نفسها وإنما ورد تقويمها من جهة الشرع فى عقد الاجارة بسبب حاجة الناس اليها حيث إن مصالحهم ومايجرى بينهم من معاملات يقتضى تقويمها .

وبناء على مذهبهم فإن المنافع لاتضمن بالاتلاف أو بتقويمها على مالكةا بينما يرى غيرهم انها مال يضمن بالتقويت، والمراد بها ما للاشياء من فوائد عرضيه تكتسب بالاستعمال فتوجد معه وتنتهى بانتهائه ومن اجل ذلك كان معيارها الزمن فتوجد بوجوده وتنتهى بانتهائه وعلى الرغم من تمسك الحنفية بعدم ضمان المنافع إلا أنه لم يمكنهم التمسك بهذه القاعدة على إطلاقها بل أدخلوا عليها بعض الاستثناءات وعلى سبيل المثال فإنهم قد استثناوا منافع الاعيان الموقوفة والاعيان المملوكة لليتيم والاعيان المعدة للاستقلال حيث ذهبوا الى تقويمها وضماتها بالاتلاف حيث اعتمدوا على قاعدة المصلحة (١٢).

هذه هي آراء الفقهاء حول ضمان الضرر الناشئ عن إتلاف المنفعة أو عدم تمكين الشخص من استفادتها حيث تبين لنا تباين الآراء بين مؤيد ومعارض إلا أن المعارضين وهم الحنفيه لم يمكنهم الثبات على مبدأ هم فتراجعوا عن قاعدة عدم الضمان حيث استثنوا بعض الصور، لذلك فإن الذي اراه من وجهه نظرى هو ترجيح مذهب الجمهور القائل بضمان المنافع إذا اتلفت أو منع مالكها من استفادتها نظرا لوقوع الضرر على مالك المنفعة ومن هنا يمكن القول بأن إتلاف المنافع أو تعطيلها يعد ضررا ماديا لحق بمالك المنفعة فالضرر قد انتج أثرا واضحا في في العقود التي تقوم على المنافع فتوجب الضمان شأنه في ذلك شأن العقود التي يترتب عليها امتلاك الاعيان.

## الفصل الثاني

### أنواع الفعل الضار

تكلمنا في الفصل السابق عن معنى الضرر مع بيان حكمه وشروطه وفي هذا الفصل نبين أنواع الضرر ثم نوضح المعيار الذي يعتمد عليه والمتبع لأنواع الضرر يتبين له أنه ينقسم الى قسمين هما الضرر المادى، الضرر المعنوى أو الأدبى.

وقد يؤدي الضرر المادى الى الحاق أذى للشخص وهو ما يعرف بالضرر الايجابى وقد يكون الضرر بالامتناع عن تنفيذ فعل معين وهو ما يعرف بالضرر السلبي وسوف نوضح جميع الانواع السالفة الذكر.

#### أولاً: الضرر المادى

الضرر المادى قد يقع على النفس والأطراف وهو ما يعرف بالضرر الجنائى

وقد يقع على الأموال وهو ما يعرف بالضرر المالى ولا مجال هنا للحديث عن الضرر الجنائى لأن بحثنا خاص بالحديث عن الضرر وأثره فى عقود المعاملات.

### **الضرر المالى**

المراد بالضرر المالى هو ما يقع من عدوان على أموال الغير بحيث يترتب على ذلك تقويت المال على صاحبه سواء شمل الاتلاف جميع المال أو بعضه أو حدوث عيب فى المال ترتب عليه نقصان قيمته أو تقويت منفعه من منافع المال على مالكة.

وبناء على ذلك فإن الضرر المادى المالى يشمل إتلاف كل المال أو بعضه أو اضعاف المنفعة ويلحق بذلك من التزم بتسليم شئ معين فى موعد محدد فامتنع عن التنفيذ فالحق الضرر بالمتماقد الثانى وقد ذكر الفقهاء امثله للامتناع عن تسليم العين كتوقف البائع عن تسليم المبيع للمشتري والمستأجر عن رد العين المستأجره والمستعير عن تسليم العاربه فجميع هذه الصور يعد فاعلها متسببا فى فعل اضر بالغير.

ويستفاد من هذه المقدمة المتعلقة بالضرر المادى أنه يتنوع نوعين هما الضرر الايجابى والسلبى.

واليك كلمة موجزه عن كل نوع من النوعين.

### **الضرر الايجابى :**

عرفنا أن الضرر هو أذى يلحق بمن وقع عليه الفعل وقد يحدث هذا الفعل مباشره من فاعله أو يتسبب فيه بطريق المباشرة إذا لم يفصل بينه وبين حدوث الضرر فعل آخر كأن يعمد انسان إلى إثناء لغيره فيكسره ويكون بطريق التسبب إذا فصل بينه وبين الضرر فعل آخر ادى اليه دون ان يمنع نسبه الضرر اليه.

ومثال ذلك من وع حجرا فى طريق عام فاصطدم به حيوان فى ظلمه الليل فوقع على الأرض فلحق به ضررا فان واضع الحجر يضمن قيمه مالحق بالحيوان من تلف واذا مات فانه يضمن مثله إن كان له مثل أو قيمته إن إنعدام المثل. ولايمنع وضع الحجر فى الطريق نسبة الضرر الى واضعه وان كان لايقصد ذلك لأنه المتسبب وهذا هو الضرر الايجابى.

### (٢) الضرر السلبي

ومثاله من وجد مالا يضيع للانسان أو يتعرض للتلف وكان بقدرته انقاذ هذا المال لكنه امتنع بأن وجد لصا يسرق متاعا من بيت آخر وكان فى استطاعته منعه لكنه لم يتدخل فان من امتنع عن اخذ المتاع لا يضمن وكذا لو وجد دابة تاكل زرع غيره فلم يحاول ابعادها فانه لا يضمن ايضا.

والسر فى عدم ضمان الممتنع هو عدم المباشرة لان المباشرة تتحقق إذا كان هناك اتصال بين الفعل الضار ومحل الضرر كما فى اتصال آله الاتلاف بالمال المتلف وذلك إنما يتصور فى الفعل الحسى بل ولا ضمان عليه ايضا لعدم لاتسبب لأن التسبب انما يتحقق إذا كان التلف نتيجة فعل إدى اليه فعل سابق عليه هيا له وجوده وترتب الضرر عليه مع بقاء نسبه اليه والكف هنا لم يؤد الى فعل كان من نتيجته التلف وإنما كان التلف نتيجة امر لاصله له بالكف وهو وجود النار واقترابها منه على أنه إذا عد هذا من قبيل التسبب على توسع فى معناه وأن حدوث الضرر كان نتيجة لاقتراب النار وامتتاع الجميع عن اطلاقها وان الامتنا عن الانقاذ يعد سببا فى وقوع الضرر فان الشرط فى اقتضائه الضمان، حيث يشترط فى ضمان الضرر ان يكون هناك اعتداء ولا ضمان فى الامتناع حيث انعدم الاعتداء.

### ثانياً : الضرر المعنوي

هذا النوع يعرف بالضرر الأبدى ومثال ذلك مايقع على الانسان من عدوان يصيبه في عرضه وشرقه سواء كان هذا العدوان بالفعل أو القول ومثال ذلك القذف والسب أو مايصيبه من ألم في جسمه أو من ضرب لا يحدث فيه اثرًا أو من تحقير في مخاطبته أو امتهان في معاملته وهذا هو مايسمى بالضرر الأبدى وهذا النوع من الضرر اذا وجب فيه التعويض بالمال فإن الاموال لا ترفع الضرر ولا تزيله لأن أخذ المال في حاله من الشرف أو جرح المشاعر لا يعود بالمتضرر بما كان عليه قبل الحاق الضرر به وإنما يقصد بالمال في هذا النوع من الضرر الجبر واذا كان الاضرار في هذا النوع من أنواع الضرر يعد جريمة واثماً محظوراً يتناوله قول الرسول - صلي الله عليه وسلم - لا ضرر ولا ضرار (١٣) الا ان المصلحة الاجتماعية تقتضى وقايه الناس من مثل هذا النوع من الاضرار فإن الواجب في هذه الحالة من الناحية الشرعية إقامة العقوبة التمهيزية على المتسبب في الضرر بما يراه الحاكم وقايه وزجرا، والقواعد المدونة في الفقه الاسلامي لاتمتع من اقامه التمهيز على المتسبب في الضرر المعنوي وهذا النوع لاعلاقة له باثر الضرر في العقود من وجهه نظر الفقهاء إلا انهم قد تعرضوا له من باب الفائدة الا ان وجهه نظرنا تخالف ما ذكره الفقهاء فالضرر المعنوي يؤثر في الكثير من عقود المعاملات وسوف يأتي توضيح وجهه نظرنا في نهاية هذا الفصل.

### معييار الضرر

وبعد بيان أنواع الضرر حيث ثبت لنا ان الضرر المعتبر عندنا هو الضرر المادي المتصل بعقود المعاملات يكون لزاما علينا بيان معيار الضرر. اذا تتبعنا كلام الفقهاء يتبين لنا ان معيار الضرر يختلف باختلاف العادة والعرف من بلد الى آخر.

ومثال ذلك ان العمل الضار لايجب المسؤولية حتما بل لابد ان يكون في العمل الموجه نحو شخص معين غلو في استعمال الحق.

ويستخلص مما ذكر ان الغلو في الاستعمال للحق لايمكن تقديره الا عن طريق تقدير الغلو في الاضرار فالضرر الفاحش وحده هو الذى يدفع بأى وجه كان ومن ثم ييدا دائماً بتحديد حجم الضرر فاذا كان مالوفا انتقلت المسؤولية وإذا كان غير مالوف توافرت.

فمناطقها إذن هو توافر الضرر غير المألوف أو الفاحش، والفاصل في تحديد هذا النوع من الضرر وهو مايمكن استخلاصه من التطبيقات في الفقه الاسلامى أنه يجب التسامح فيما يحدثه الجيران بعضهم لبعض من ضرر وخير مايرضح ذلك ماجاء في مجلة الاحكام العدليه ماده (١١٩٩) حيث تنص المجلة على أن «الضرر الفاحش كل مايمنع الحوائج الاصلية بمنع المنفعة الاصلية المقصودة في البناء كالسكن أو يضر البناء أو يجلب عليه وهنا ويكون سببه هدمه.

وجاء في المادة (١٢٠٠) «يدفع الضرر الفاحش باى وجه كان مثلاً لو اتخذ في اتصال دار دكان حداد أو طاحون فمن طرق الحديد ودوران الطاحون يحصل ومن للبناء ويأحداث فرن أو معصرة لايستطيع صاحب الدار السكنى فيها لتأذيه من الدخان ورائحة المعصرة فهذا كله ضرر فاحش باى وجه كان يدفع ويزال.

والخلاصه التى نخرج بها من نصوص المجله ان الضرر إذا كان من الأمور المألوفه عرفاً فانه لايعد ضرراً أما إذا كان الضرر غير مألوف فانه يجب على المتضرر دفعه بحيث يصبح المتسبب فيه مسئولاً عن التعويض فى حاله استمراره.

ومن المتفق عليه ان وصف الضرر بأنه مالوف أو غير مألوف مسألة واقع يستقل بها العرف حسب الاعراف والعادات السادة فى البلاد ويقاء على ذلك فانه

يجب التأكد دائماً من كون الضرر مالوفاً أم غير مالوفاً.

ولاشك أن المعيار الذي يضبط تحديد الضرر المألوف من الضرر غير المألوف هو معيار برن يختلف باختلاف الاعراف والعادات كما اسلفنا وهو في نفس الوقت معيار موضوعي فلا ينظر في تحديد وصف الضرر إلى حاله الجار الذاتيه كمرضه مثلاً وإنما يفيد بحاله الشخص المعتاد وعدم الاعتبار بحاله الحار الذاتيه يكون عند وصف الضرر بأنه مالوفاً أو فاحشاً أما لو تقرر أنه فاحش فإن التعويض عنه يشمل كل ما أصاب الجار فالظروف الشخصية للجار لاتفيد وصفاً مشدداً في وصف الضرر وإنما تقيد عنصراً في تقدير التعويض وبعبارة جامعة فإنه يجب دائماً النظر إلى المصلحة العامة التي استهدفها التشريع الاسلامي حيث وضع المبادئ التي تنص على التزامات الجوار والمصلحة العامة حيث ترى الشريعة الاسلامية إنها تقدم على المصلحة الخاصة في حالة التعارض بين المصلحتين.

أضف إلى ذلك أن الشريعة الاسلامية تحرص دائماً على أن الضرر الأكبر يدفع دائماً بارتكاب الأصغر، وخير ما يوضح ذلك ما جاء في شرح مجله الأحكام العدلية ونصه « لو أن شخصاً اتخذ داره حماماً ويتأذى الجيران من دخانها فلم ينعه إلا أن يكون دخان حمامه مثل دخان الجيران وكذا لو كان لرجل عرضه متصله بدار آخر فشق فيها نهراً أو طاحونه وجرى الماء يوهن جدار الدار، أو اتخذ احد في اساس جدار جاره مذيلة والقاء القمامة يضر الجدار فلصاحب الجدار تكليفه بدفع الضرر، ويمكن أن يقال إن القاء القمامة في اساس جدار الدار تصرف في ملك الغير بغير إذنه فيمنع منه وإن لم يضر إلا أن يكون المراد القائه في مكان مجاوراً لاساس الجار بدون استناد عليه. (١٤).

والخلاصه التي نخرج بها أن معيار الضرر يختلف باختلاف الاعراف والعادات من بلد إلى آخر كما نستخلص ايضاً أن الفقهاء قد اعتبروا أنواع الضرر



المادى مؤثراً فى عقود المعاملات أما الضرر المعنوى فإنه غير معتبر عندهم وإن كنت أرى أن الضرر المعنوى أو الأدبى لا يقل فى الأهمية عن الضرر المادى فسمعة التاجر تؤثر على نشاطه التجارى فإن إتهم بأنه سيمى السلوك فإن الناس يبتعدون عنه ولايرعون فى التعامل معه وإذا وصف بأنه حسن السير والسلوك فإن الناس يقبلون على التعامل معه فلو أن شخصاً ردد بعض الشائعات بأن هذا الفندق تمارس فيه الدعارة فإن الاشخاص نوى الخلق الحسن لايقبلون على الإقامة فيه وكذا لو اتهم صاحب مقهى بأنه يسمح بتقديم المخدرات للزبائن فإن الاشخاص من نوى الخلق الرفيع لايجلسون على هذا المقهى وهكذا لو رددت مثل هذه الاتهام على أصحاب سيارات الأجرة يترتب عليها إحجام الناس عن الركوب معهم.

فإذا ثبت كذب الاشخاص الذين يرددون الشائعات على التجار وأصحاب الفنادق والمقاهى والسيارات الأجرة فإنه ينبغى الزامهم على تعويض هؤلاء عن الخسائر المادية التى لحقت بهم نتيجة لترديد الشائعات.

فالضرر المعنوى أو الأدبى يؤثر إذن على عقود المعاملات المالية فكم سمعنا عن اشخاص تسببوا فى الغاء عقود اخوان لهم يعملون خارج مصر بسبب شائعات كاذبه ثم ثبت عكسها فى النهاية بأن يتهم الشخص زميله فى بيع الدول الخليجية بأنه يترك الصلاة أو يمارس الخلاعة والمجون فى بيته ويصدق المسئولون فى هذه الدول ذلك فيلقى عقد الشخص بلائذنب وهو عقد ايجار بينه وبين الجهة التى يعمل بها فيصاب المتعاقد بضرر جسيم فى فلاينبغى أن يترك المتسبب فى ذلك بلاعقاب فينبغى تعويض المتضرر مادياً عن الاذى الذى لحق به لذلك فإن الذى أراه من وجهة نظرى ان الضرر المعنوى يؤثر فى عقود المعاملات حيث لا فرق بينه وبين الضرر المادى وهذا ما ميل اليه.

## الفصل الثالث

### تحمل التبعة

عرفنا في الفصل السابق المتعلق بأنواع الضرر ومعياره أن الإنسان يسأل عن الضرر الذي وقع منه مباشرة أو عن طريق التسبب وفي هذا الفصل نتحدث عن تحمل تبعة الغير بمعنى مسئولية الشخص عن فعل غيره.

إذا تتبعنا احكام الشريعة الاسلامية يتبين لنا أنها ترفض رفضا قاطعا مسئولية الشخص عن الضرر الذي وقع من غيره على شخص آخر، بمعنى أوضح هل يسأل الشخص عن تصرف وقع من زوجته أو أحد ابناؤه أو من شريكه أو من خادمه؟

القاعدة المتفق عليها في التشريع الاسلامي أن الانسان لايسأل عن فعل غيره عملا بقوله تعالى - (لايكلف الله نفسا الا وسعها الا وسعها لها ماكسبت وعليها ما اكتسبت) (١٥) وقوله تعالى - (ولاتزر وازرة وزر أخرى) (١٦).

وبناء على ما تقدم فإن الانسان لايسأل عن الضرر الذي أحدثه الحيوان إلا إذا كان ماحدث من الحيوان نتيجة إثارة منه أو بسبب إهمال أو يقصر في حفظه وحراسته حيث يجب ذلك شرعا في مسئولية الإنسان عما يحدثه حيوانه لا عن ضرر يحدث من سقوط بناء له إلا إذا كان نتيجة تقصير في تحاشي ذلك بأن بناء واهيا أو أهمل في إصلاحه أو نقضه على الرغم من تنبيهه إلى وهن البناء وتعرضه للسقوط.

والخلاصة التي نخرج بها أن الشريعة الإسلامية من أهم مبادئها العامة عدم مساعلة الانسان عن ضرر يحدثه غيره ولايد له فيه إلا أنه على الرغم من هذا المبدأ العام الذي تقرره الشريعة الاسلامية فإننا نجد بعض المسائل الفقهية المدونة

فى مصنفات افقهاء تقرّر مبدأ مسئولية الانسان عن فعل غيره بناء على تقصير حدث منه ومن هذه المسائل ماياتى :

- أ - لو أن شخصا ترك عينا وديعة عند آخر فقام المودع بإبداعها عند شخص غيره فتلقت الوديعة فإن المسئوليه تقع على المودع الأول.
- ب - لو أن شخصا استعار عينا من آخر فقام باعارتها فهلكت عند المستعير الثانى
- ج - لو أن شخصا أجر بيتا لآخر فقام المستأجر بتأجير المنزل من الباطن فحدث فى البناء ما يخل به بحيث يتعرض المنزل للهدم.
- د - لو أن شخصا أعطى المال مضاربه لآخر فقام المضارب بدفع المال مضاربه الى مضارب ثانى فخسر المال أو تلف.
- هـ - لو أن شخصا وكل آخر بالتصرف فى أمواله.. فقام الوكيل بتوكيل شخص آخر فأحدث ضررا بالمال.

فالمتتبع لكتب الفقهاء يتضح له انهم يرون تطبيق قاعدة تحمل التبعه فى هذه المسائل بحيث يضمن المتصرف فى جميع الاحوال السالفه الذكر ولما كانت هذه المسائل فى حاجة إلى ايضاح فإننا سنتعرض لها بشئ من التفصيل.

- أ - قيام المودع بنقل الوديعة عند شخص آخر وديعة هذه المسأله يعرفها الفقهاء بضمان وبيع الوديع ففى هذه المسأله اتفق الفقهاء على أن الشخص لو قام بدفع عين وديعة عند آخر فقام الشخص الذى أودعت عنده بإبداعها عند شخص بدون إذن رب الوديعة مع عدم وجود عذر يقتضى منه نقل الودعه عند آخر فإنه يضمن لأن المودع ارتضى بحفظه دون رضاه بحفظ غيره إلا إذا كان هناك عذر فانه لا يضمن ومثال ذلك وقوع حريق فى داره أو كان فى سفينه فخاف غرقها فدفعها إلى غيره فى سفينه أخرى بأن القاها إليه لأن

الدفع إلى الشخص الاجنبي يعد طريقا لحفظ الوديعة فكان الدفع في هذه الحالة مشروعا بدون بإذن المالك أما إذا أخرج الوديعة من حفظة ثم أودعها عند آخر بلا عذر فانه يضمن اذا تلفت عند الوديعة الثاني لانارب الوديعة ارتضى بحفظة ولم يرتضى بحفظ غيره بدون عذر يوجب ذلك فيقع الضمان عليه عند ابي حنيفة وقد قال بذلك فقهاء الحنابلة (١٧) فلايقع الضمان على الثاني لأنه محسن إلى المالك بقبوله للوديعة، قال تعالى - (ماعلى المحسنين من سبيل) - (١٨).

وقال أبو يوسف ومحمد أن رب الوديعة بالخيار إن شاء ضمن الأول لأنه دفع مال غيره إلى آخر بغير إذن وإن شاء ضمن الثاني لأنه قبض مال الغير بغير إذن فان ضمن الاول لايرجع بالضمان على الثاني لأنه مالك الوديعة بأداء الضمان، وإن ضمن الثاني يرجع به على الأول، لأن الاول غره بالإيداع فيلزمه ضمان الغرور.

وإذا استهلك الوديع الثاني الوديعة فالمالك بالخيار إن شاء ضمن الأول وإن شاء ضمن الثاني باتفاق الحنفية غير أنه إن ضمن الأول يرجع الاول بالضمان على الثاني وإن ضمن الثاني لايرجع بالضمان على الأول لأن سبب وجوب الضمان وجد من الثاني حقيقة وهو الاستهلاك ولم يوجد من الاول إلاالدفع الى الثاني لاستحفاظ الوديعة وعلى هذا فإن وديع الوديعة لا يضمن مالم يتصرف في الوديعة بغير إذن مالكا (١٩).

من هنا يمكن القول بأن تحمل التبعة يتحقق في الوديعة إذا دفعها من اودعت عنده بلا عذر حيث إنه قد تسبب في لحاق الضرر بالمالك نتيجة دفعه الوديعة إلى شخص اخر لم ينص به المالك فتحمل التبعة يظهر في هذه الصورة بجلاء ووضوح بحيث وجب التعويض عن الضرر حيث ظهر اثره في عقد الوديعة.

## ب : تضمين المستعير من المستعير الأول.

إذا تتبعنا كلام الفقهاء تبين لنا عدم اتفاقهم على رأى واحد فى هذه القضية  
فقهاء الحنفية والمالكية يرون أن المستعير يجوز له اعارة العاربه لشخص آخر وكذا  
المستأجر فإنه يجوز له إعارة العين المستأجرة.

وبناء على مذهبيهم فإن العاربه لو هلكت فى يد المستعير الثانى أو المستعير  
من المستأجر فإنه لا يضمن عندهم فإذا هلك الشئ المستعار فى يده بدون تعدى أو  
تقصير من جانبه ، أما إذا هلك الشئ نتيجة للتعدى أو الإهمال فإن المستعير الثانى  
يضمن حيث يستقر الضمان عليه.

ولكن فقهاء المالكية أجازوا ذلك فى حالة الإعارة المطلقة أما إذا كانت الإعارة  
مقيدة بأن اشترط عليه المالك عدم اعارتها الآخر فإن المستعير الأول يضمن لأنه  
اهمل حيث لم يلتزم بشرط المالك فى تقييد الإعارة (٢٠) بينما يرى فقهاء الشافعية  
والحنابلة عدم جواز إعارة العاربه لشخص آخر فالمستعير عندهم ممنوع من إعارة  
العاربه لأن العاربه عندهم تفيد اباحة المنفعة فقط ولا تفيد التمليك كما ذهب فقهاء  
الحنفية والمالكية (٢١).

وبناء على مذهبيهم فإن المستعير لو أعار العاربه لشخص آخر فإنه يضمن  
والذى أراه هو ترجيح مذهب الشافعية والحنابلة لما فيه من تحقيق العدالة يضاف  
إلى ذلك قوه وجهه نظرهم كما ان الاخذ بمذهبيهم يؤكد مبدأ تحمل التبعة الذى  
يقره الفقه الاسلامى فالأخذ برأيهم يظهر مبدأ تحمل التبعة بجلاء ووضوح.

## ج - تأجير المستأجر للآخر أو المستعير للعاربه.

إذا قام المستأجر بتأجير العين للآخر فتلفت عنده فإن الضمان لا يقع على  
أحدهما لأن التأجير من الباطن يجوز عند جمهور الفقهاء فالمستأجر يملك المنفعة  
وبالتالى فإنه لاضمان عليه مادام الهلاك قد وقع بدون تقصير أو إهمال فالإجارة عقد

معاوضة والمستأجر يملك العين بمقتضى الاجرة التي يقوم بدفعها الى المالك وبالتالي فانه لاضمان عليه اتفاقا حيث انه بالتأجير لغيره فانه يتصرف في خالص حقه فلا ضمان عليه مادام التعدي غير موجود باتفاق الفقهاء اما اذا كان الائلاف نتيجة التعدي فان الضمان يقع على المتلف.

وأما تأجير المستعير للعين المستعارة فان ترتب عليه وقوع الضمان اذا ملكت العين المستعارة فالمستعير يكون ضمانا لهلاك الشيء مطلقا حيث لايجوز باتفاق الفقهاء اجارة العين المعارة لان الاجارة عقد لازم والعارية عقد تبرع غير لازم فلا يملك به ماهر لازم والمالك بالخيار ان شاء ضمن المستأجر لانه قبض مال الغير بغير إذن كالمشترى من الغاصب وأن شاء ضمن المستعير المؤجر للعارية لانه دفع مال الغير الى غيره بغير إذنه فصار غاصبا فان ضمان المستعير لايرجع بالضمان على المستأجر لأن المستعير بأدائه قيمة الضمان ملك العارية مما يكشف لنا انه كان قد أجر ملك نفسه وان ضمن المستأجر فإن كان قد علم يكون الشيء عارية في يد المستعير ولايرجع على المستعير بشئ اذ لاتفرير له بالايجار وان لم يكن عالماً بكونه عاربه يرجع على المستعير بقرامة الضمان لانه كان مغرورا به من جهة المستعير فيرجع عليه بضمان الغرور (٢٢).

ومن هنا يمكن القول بان مبدأ تحمل التبعة لايتحقق في تأجير العين المستأجرة من جانب المستأجر إلى شخص آخر لان المستأجر يملك المنفعة فجاز له تأجيرها بينما يظهر مبدأ تحمل التبعة بجلاء ووضح في تأجير المستعير للعارية فان المستأجر يضمن مادام يعلم يكون العين مستعارة فتحمل التبعة يظهر بجلاء ووضح في المثال التالي :

**د - دفع المضارب مال المضاربه الى شخص آخر مضاربه.**

إذا تتبعنا كلام الفقهاء يتبين لنا وجود خلاف حول هذا الموضوع فأبو حنيفة

الوسطى و ليست ذات دلالة عند بقيه المقارنات.

واما عن المعارضين فقد جاءت النسب كلها ذات دلالة عند مستوى ٠.١  
لصالح الطبقة الدنيا عند مقارنتها بكل من العليا والوسطى ولصالح العليا عند  
مقارنتها بالوسطى.

وبالنسبة للمتريدين فقد جاءت النسب جميعها ذات دلالة معنوية عند مستوى  
٠.١ عند مقارنة الطبقة الدنيا بالعليا والوسطى لصالح الدنيا وعند مقارنة العليا  
بالوسطى لصالح العليا .. بمعنى أن هناك علاقة بين الطبقة والتردد.

وعموما يتضح ان هناك علاقة داله عند مستوى ٠.١ بين الطبقة والشعور  
بالظلم حيث تتضح اكثر عند الطبقة الوسطى وتقل عند الطبقة الدنيا.

### النتائج العامة للدراسة

حاولت هذه الدراسة التعرف على اتجاهات المواطن تجاه ضابط الشرطة  
وعلاقته ذلك الاتجاه بالطبقة الاجتماعية التى ينتمى اليها هذا المواطن وذلك من خلال  
مجموعه من المحكات الأساسية منها.

- حب المواطن او كراهيته لضابط الشرطة وارتباطه بالطبقة الاجتماعيه.
- رؤية المواطن لايجابيات وسلبيات مهنة ضابط الشرطة وعلاقته ذلك بالطبقة .
- مشاعر المواطن الايجابيه والسلبيه تجاه ضابط الشرطة وعلاقته ذلك بالطبقة .
- اختلاف رؤية المواطن لواجبات وحقوق ضابط الشرطة وعلاقته ذلك بالطبقة.
- حب المواطن او عدم حبه فى التعامل مع ضابط الشرطة وعلاقته ذلك بالطبقة .
- مايريده المواطن من ضابط الشرطة وعلاقته ذلك بالطبقة.

وقد توصلت الدراسة إلى النتائج الآتية:

يرى أنه إذا دفع المال الى غيره مضاربه دون أن يأتين له رب المال فإن المال لا يكون مضموناً على المضارب الأول بمجرد الدفع الى الثاني ولا يتصرف المضارب الثاني فلو هلك المال في يد المضارب الثاني قبل أن يعمل فإنه يهلك هلاك الامانات فإن ربح الثاني ضمن المضارب الأول لرب المال وبناء على وجهه نظره فإن تحمل اتبعه لا يتحقق الا بعد العمل وحدث الربح اما زفر فإنه يرى ضمان المضارب الأول بمجرد دفع المال الى المضارب الثاني سواء عمل الثاني أم لم يعمل فإذا هلك المال قبل أن يعمل وجب الضمان على الأول وبناء على مذهبه : فإن تحمل التبعه يتحقق بمجرد دفع المال من جانب المضارب الأول الى الثاني دون انتظار لعمل المضارب الثاني او ربحه بمجرد نقل المال من المضارب الأول الى الثاني يقع التعدي ويثبت مبدأ تحمل التبعه بينما يرى الصحبان ان الضمان لا يتحقق بمجرد نقل المال الى المضارب الثاني فلا بد من قيامه باعمال المضاربه ربح أو لم يربح ففي حالة عمل المضارب الثاني يخير رب المال ان شاء ضمن الأول راس ماله وان شاء ضمن الثاني، لان الأول تعدى ببفع المال الى الثاني والثاني تعدى بالقبض مثل حاله وبيع الوديع السابق فان ضمن الأول استقر الضمان عليه وان ضمن الثاني رجع بالضمان على الأول لتغيره اياه وقد قال بذلك فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة وهو ان الضمان يستقر في النهاية اذا هلك المال دون تعد على المضارب الأول اذا لم يعلم الثاني بالحال وهو أن المال لغير المضارب الأول (٢٣) فتحمل التبعه عندهم يثبت لرب المال على سبيل التخيير فإن شاء ضمن الأول وإن شاء ضمن الثاني فإن ضمن الثاني وهو لا يعلم رجع الى الأول وإن كان يعلم فلا يرجع على الأول.

#### هـ - قيام الوكيل بتوكيل شخص آخر

من المتفق عليه بين الفقهاء أن الوكيل نائب للموكل في التصرف فاذا وكل انسان شخصاً معيناً لادارة امواله أو وكله للبيع أو الشراء أو الاجاره أو اى عقد من عقود المعاوضات المالية فان الوكالة تعد إذنا بالتصرف للوكيل من جانب الموكل



فلا يجوز للوكيل مخالفة ما وكل به.

وبناء على ذلك فإن الوكيل لا يملك توكيل أى شخص آخر بدون إذن موكله لأن الوكالة يقصد بها شخص الوكيل وذلك لامتحانات معينة يراها الموكل كالخبره والرأى السديد والامانه والحكمة وقوة الذكاء الموكل دائما وابدا يختار وكيله على اساس صفات معينه . وبناء على ما ذكرناه فان الوكيل يعد أميناً فلا يضمن الا اذا حدث منه اهمال أو تعدى فاذا وكل غيره بدون رذن الموكل فانه يكون ضامناً قياساً على مضارب المضارب التي اشرنا اليها قبل ذلك حيث يستقر الضمان عليه أن تصرفه بدون إذن الموكل يعد لونا م الوان الضرر الذى وقع عليه (٢٤).

ومن هنا يمكن القول بان مبدأ تحمل النتيجة قد تحقق فى هذه الصورة. أما اذا وكله يعلم الموكل وانته فانه لاضمان عليه وقد تفرع على موضوع توكيل الوكيل بغير إذن الموكل بعض التقريعات الفقهية.

١ - فلقد صرح فقهاء المالكية بأنه لو وكل شخص آخر يرمى غنمه وحفظها فليس للراعى ان يجعل مكانه راعى آخر فلو جعل غيره بدون إذن رب الغنم فانه يضمن ولو تساوى معه فى الامانه ودقه الحفظ حيث صرح بذلك ابن حبيب وسحنون، اما ابن لبابه فانه يرى عدم الضمان اذا تسلوع معه فى قوة الحفظ. (٢٥)

٢ - اما فقهاء الحنابلة فإنهم قد فرعوا على مسأله الوكيل فرعا آخر وهو أنه لو قام الموكل بتوكيل شخص يبيع سلعة بشروط معينة فخالف الوكيل فان البيع يفسد حيث يحكم ببطلانه فاذا تلفت السلعة فى يد المشتري فان يكون بالخيار ان شاء ضمن الوكيل وان شاء ضمن المشتري فان قام الموكل بتضمين الوكيل رجع الوكيل بقيمه الضمان على المشتري لان السلعة هلكت عنده أما إذا أخذ قيمة العين الهالكة من المشتري فانه لا يرجع على الوكيل (٢٦)

والنتيجة التي تخرج بها في قضية تحمل اتبعه في الشريعة الاسلامية هي ان لايسال عن فعل غيره الا في مسائل قليلة ومحدوه وهي التي اشرنا اليها فالقاعدة في الشريعة الاسلاميه كما سبق ان بينا ان كل انسان مسئول عن فعل نفسه فلايسال عن فعل غيره الا في امور محدوده وضيقه، وبناء على ذلك فان موضوع تحمل التبعه يعد من الموضوعات الضيقة في الفقه الاسلامي حيث لامجال لها الا في بعض المسائل المحدوده.

### الفصل الرابع

#### التعسف في استعمال الحق

يعد موضوع التعسف في استعمال الحق من أهم الموضوعات التي تعرض لها الباحثون في الفقه الاسلامي والتشريع الوضعي حيث قدمت العديد من الرسائل في هذا الموضوع إلا أننا عندما نتعرض له فإننا نذكره من حيث أهمية بالنسبة لبحثنا وهو الضرر وأثره في عقود المعاملات المالية أما لو تعرضنا له كتنظريه مستقله فإن طريقة عرضتنا له سوف تختلف اختلافا تاما عن الطريقة التي نعرض بها الموضوع حاليا.

وإذا تتبعنا كلام الفقهاء نلاحظ اهتمامهم بالفروع الفقهية المتعلقة بهذا الموضوع مثل مبدأ حقوق الجوار فإنهم ذكروا أمثله عديدة للتعسف في استعمال الحق إلا أنهم لم يضعوا نظرية متكاملة لهذا الموضوع لأنه كما سبق أن أشرنا في أكثر من بحث أن مسألة تأصيل النظريات لم يعرفها الفقهاء القدامى لان طريقة الكتابه لم تكن قد تطورت بعد.

ولما كان من أهداف الشريعة الاسلامية مراعاة المصالح والمحافظة عليها فانه قد ترتب على ذلك وضع مبادئ عامة يسير عليها أصحاب الحقوق بون أدنى تعسف

فى استعمال حقوقهم ومن اهم هذه المبادئ حديث النبى - صلى الله عليه وسلم -  
«لا ضرر ولا ضرار» (٢٧) وقد انبنى على هذا الحديث الكثير من الفروع الفقهي  
وسوف نقوم فى هذا الفصل بالتعرض للأمور التالية:

**أولاً :** بيان معنى التعسف فى استعمال الحق.

**ثانياً :** الاساس الاخلاقى لنظرية التعسف فى استعمال الحقوق.

**ثالثاً :** العناصر المكونة لنظرية التعسف.

**رابعاً :** معيار التعسف. واليك بيان ذلك .

**أولاً :** معنى التعسف فى استعمال الحق.

سبق أن بينا أن الفقهاء القدامى لم يؤصلوا نظريه عن التعسف فى  
استعمال الحق وبالتالي فانهم لم يضعوا له تعريفاً محدداً ولكن بعض الباحثين فى  
الفقه الاسلامى قد تعرضوا لتعريف التعسف فى استعمال الحق.

أ - فعرفه الشيخ احمد ابو سنه بانه : «تصرف الانسان فى حقه تصرفاً غير  
معتاد شرعاً» فدل هذا التعريف على ان التعسف فى استعمال الحق يقصد  
به قيام الانسان بتصرف معين فى ملكه أو فى حقه بصورة غير مألوفه  
تخالف الهدف الذى من أجله منح الله الشخص هذا الحق. (٢٨)

فالله منح الانسان حق التصرف لتحقيق المصالح بون الاضرار بنفسه او  
بغيره فكون الانسان يستعمل هذا الحق بالصورة غير المعتادة يجعله  
متعسفاً مسيئاً لاستخدام هذا الحق . فهذا التعريف كان ينبغى ان يضاف  
اليه عبارته « اضر بالغير» فيصبح التعريف بعد ذلك هو « تصرف الانسان  
فى حقه تصرفاً غير معتاد شرعاً اضر بالغير » وبزيادة هذه العبارة يكون  
التعريف مناسباً لبيان معنى التعسف فى استعمال الحق.

ب - اما الاستاذ فتحى الدرينى فانه عرف التعسف فى استعمال الحق بانه «مناقضه قصد الشارع فى تصرف مأتون فيه شرعا بحسب الاصل» فهذا التعريف يوضح معنى التعسف بصورة محددة ومقبوله فهو افضل من التعريف الأول (٢٩).

وبناء على ما ذكرناه من تعريفات فان هناك نقطة ينبغى توضيحها وهى التمييز بين التعسف فى استعمال الحق والتجاوز فى استعماله، فلقد اختلفت وجهة نظر الباحثين فى هذا الموضوع إلى عدة آراء:

١ - يرى البعض ان الفرق بين التعسف والتاوز الى ان التعسف يكون ممارسة فعل مشروع فى الاصل ابتداء بينما فى التجاوز يكون الفعل غير مشروع اصلا، غير ان هذه التفرقة يلاحظ عليها ان مجاوزة حدود الحق فى ذاته فعل غير مشروع باطل ولكن احوال التجاوز غير مقتصرة على ذلك (٣٠).

٢ - واقد ميز فضيلة الشيخ على الخفيف بين التعسف والتجاوز حيث يرى فضيلته ان هناك فرقا بين اعتبار الخروج عن قيد يرجع الى ذات الحق فى التجاوز والخروج عن قيد يرجع استعمال الحق فى التعسف ثم بين ان هذا التمييز قد يبدو قاصرا عند التطبيق فى كثير من الاحوال التى يدق فيها التمييز بين ما يعد قيدا فى الحق ذاته، وما يعد قيدا فى استعماله حيث ان القيد فى الاستعمال قد لا يعدم النظر اليه على انه قيد فى الحق.

وقريب من ذلك إقامة التمييز بين التجاوز والتعسف على اساس أن الفاعل فى أحوال التجاوز يكتسب مكنه لا يضمنها حقه بينما هو فى أحوال التعسف يتصرف بمكنه داخله فى مدى حقه (٣١) والذي يظهر لى فى ذلك أن مدار التمييز وجوب التفرقة بين القيود التى ترد على استعمال الحق ويقدم باسم القيد الشرعى أو القانونى التى ترد على ذلك.

والذى يكون حاله التعسف فى استعمال الحق هو وحده خرق القيود التى تفصح عن مفهوم التعسف والتى أتت بها قواعد عامه تسرى على جميع الحقوق ليتحرك ذلك المفهوم فى كل استعمال بالنظر الى غايته وكيفيته وأثاره بخلاف القيود الخاصه بأحاد الحقوق والتى قد يفصح عنها مفهوم التعسف ولكنها تضع حدا فاصلا بين الاستعمال المشروع وغير المشروع بصورة ثابتة تسرى فى جميع الاحوال دون الالتفات الى البواعث التى حملت على الاستعمال او كيفيته أو أثاره فانها وإن كانت تظن تأصيل وتكريس مفهوم التعسف إلا أن خرفها لا يكون حالة تعسف فى استعمال الحق بل حاله تجاوز فى استعمال الحق كخرق القيود الخارجيه عن مفهوم التعسف أو تجاوز الحدود المأديه للحق. واما التفرقه بين التعسف فى استعمال الحق والتقصير فى الواجب فإن الحاجه ماسه اليها فى حالة اجتماع الحق والواجب فى جانب واحد والتبس احدهما بالآخر ويظهر ذلك فى استعمال الولايات ويمكن ان يجعل معيارا لتلك التفرقه اعتبار ما اذا كان له ممارسة الفعل فخير فيه أوليس له فيه خيار وعلى سبيل المثال فان حفظ اموال المولى عليه لاخيار للمولى فى تركه فتركه تقصير فى واجب خلاف الامتناع عن عقد صفقه فى مصلحه المولى عليه فانه تعسف فى استعمال الحق حيث انه مخير فى ذلك بالاصل .

#### ثانياً : الأساس الخلقى لنظرية التعسف فى استعمال الحق

من المسلم به ان الشريعة الاسلاميه تعتمد فى اساسها على مكارم الاخلاق وبالتالي فان التعسف فى استعمال الحق يتنافى تماما من الجانب الاخلاقى الذى تحرص عليه الشريعة الاسلاميه.

ولعل هذا الأمر يبين لنا الفرق بين التشريع الاسلامى والتشريع الوضعى فالتشريع الاسلامى يحرص كل الحرص على المحافظه على حقوق الغير بشرط

عدم المبالغة أو التعسف في استعمال الحق بينما هذا المبدأ في التشريع الوضعي لا يصل الى نفس الدرجة في الشريعة الاسلامية لأن التشريع الاسلامي يهتم بخير الدنيا والآخرة، يقول الامام الشاطبي، والشريعة كلها إنما هل تخلف بمكارم الاخلاق ولهذا قال عليه الصلاة والسلام بعثت لأتمم بمكارم الاخلاق (٣٢).

ويؤكد هذا المعنى سعد الدين التفتازاني في حشايته التلويح على التوضيح لصدر الشريعة في تعليقه على تعريف صدر الشريعة للفقهاء بقوله «فأحكام الوجدانيات من الوجوب ونحوه تترك بالدليل ويثبتها في نفس الأمر بالوجدان كما في العمليات، يعرف وجوب الصلاة بالدليل ووجودها بالحس (٣٣).

ويظهر أثر الأحكام الخلقية بالنسبة لنظرية التعسف بصورة عامه في استهجان الاستعمال التعسفي وتسوية في القضاء باعتباره مجافيا لمكارم الاخلاق وفي هذا دعم لنظرية التعسف وترسيخ لها وأخص بالذكر ناحيتين.

**الأولى :** اعتبار البواعث التي حدث بصاحب الحق الى استعمال حقه وما يترتب على ذلك من مؤاخذة دينيا وجزاء اخروي حيث يحاسب الشخص عن مقاصده السيئة في استعمال حقوقه ولكن سنرى أن البوعث قد اعتبرت في الاحكام الدينوية (٣٤) ايضا بصدر هذه النظرية وأنه ما من مذهب خلا عن فقهاء يعرفون المنع القضائي للاستعمال المصحوب بقصد الاضرار ويلاحظ أنه في الاحوال التي لا يمكن الوقوف فيها على قصد الاضرار أو الباعث السيئ فان ذلك لا ينفى عن الفعل الصفة التعسفية ويعرض صاحب الحق الى الجزاء الاخرى ان قصد الاضرار فعلا وبهذا يكون مدى النظرية واسعا جدا مما لا يتوفر في القوانين الوضعيه والاحكام الخلقية كما تدعم نظريه التعسف فانها في ذات الوقت وفي مجتمع يلتزم احكام الشريعة تقمع الاستعمال التعسفي عن طريق الوازع الديني والباعث الذاتي. الذي يحمل صاحب الحق

على ان يانف عن مثل ذلك الاستعمال وتلك الاحكام تحت صاحب الحق  
لاعلى مجرد التزم الحد المأثون به وفق قواعدها بل على تجاوز ذلك والسمو  
الى مرتبه الاحسان والتسامح فى استعماله لحقوقه.

وأما الناحية الثانية لأثر الأحكام الخلقية فى نظرية التعسف فذلك يرجع الى  
ان من الالتزامات الخلقية التى تفرضها تلك الاحكام والتى يستتبع فرضها فى  
الاصل جزاء أخرويا قد تتجاوزها الى التزامات دنيوية يترتب على خرقها حكم  
قضائى ويظهر ذلك بوضوح فى منع مضار الجوار ويبدو مما تقدم أن صلة  
الانسان بخالقه وصلته بأفراد مجتمعه متلازمتان فى استعماله لحقوقه وأن حق  
الفرد مقيد فى ذلك برعاية مصلحة الغير تقيدا اعتبرت فيه الناحيتان الاخروية  
والدنيوية الاساس الذى بنى عليه نظرية التعسف فى استعمال الحق.

إذا تتبعنا الأسس التى تعتمد عليها هذه النظرية فإنها تعتمد فى بنائها على

اساسين .

**الأول :** القصد وهو الأساس المعنوى للنزبه.

**الثانى :** الأساس المادى.

واليك كلمة موجزه عن كل نوع من النوعين.

**أولاً :** القصد وهو الأساس المعنوى.

والأصل الذى يبنى عليه هذا الأساس قوله صلى الله عليه وسلم .. إنما

الاعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى» (٣٥).

فمن هذا الحديث نستنتج الاساس الأول للنظرية لأن النية فى الاعمال ليست

قاصرة على العبادات بل تشمل العبارات والمعاملات (٣٦).

وكذا جرائم الحدود والقصاص فان النية تؤثر في مسألة الخطأ والعمد إلا أن موضوعنا قاصر على عقود المعاملات المالية اذف الى ذلك أن هذا الحديث كان له الأثر الأكبر في وضع قاعدة الأمور بمقاصدها وهي قاعدة فقهية عامه ذكرت في كتب القواعد الفقهية كما وضعت كقاعدة اولى في مجلة الاحكام العدلية (٣٧).

كما ان الحديث بالاضافه الى شموله للنية في الاعمال فانه ايضا يشمل النية واثارها في الاموال.

وبناء على ذلك فانه يشمل التصرفات الشرعية وخير ما يوضح ذلك ما ذكره ابن القيم ونصه «وقد تظاهرت أدله الشرع على أن المقصود في العقود معتبرة (٣٨).

كما نصت المادة الثالثة في مجلة الاحكام العدلية «على ان العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للالفاظ والمباني (٣٩).

فالنيه إذن مؤثرة في جميع الافعال والاقوال كما قال الشاطبي «ان المقاصد ارواح الاعمال (٤٠) ثم واصل كلامه قائلاً الأحكام الخمسة انما تتعلق بالافعال والترك بالمقاصد (٤١).

هذه هي اقوال العلماء في أثر النية ولكن بحثنا يختص بالنية واثرها في المباحات بما يخرجها من ابحاثها حيث ان مدار نظرية التعسف عبارة عن اخراج الاستعمال المباح عن ابحاثه أو عن جوازه ومشروعيته بتعبير اخر والنية اثرها البارز في ذلك، يقول الحافظ ابن رجب فالعمل في نفسه صلاحه وفساده واباحته بحسب النية الحاملة عليه (٤٢) ويقول الحموي في غمز عيون البصائر على الاشباه والنظائر «ان المباح يختلف صفة باختلاف ما قصد لاجله كما جاء في شرح المجلة بأن الشيء تنصف باحل والحرمة باعتبار ما قصد له (٤٣).



ويلاحظ ان النيه او القصد امر داخلى لايمكن الوقوف عليه اذ ان الله تعالى وحده مطلع على السرائر وذلك يقتضى ان يكون اثرها فى الاعمال اخرويا بخلاف الاحكام الدنيوية التى تقوم على الظاهر ومرجع ذلك تعارض امرين بالفى الالهية.

**اولهما :** مايجب من استقرار فى المعاملات وبناء الاحكام على أسس ثابتة بعيدة عن التجوز والافتراض والتفسيرات الخاطئة.

**ثانيهما :** الحرص على تحقيق مقاصد الشارع والمصالح التى توخاها فى شرع احكامه ومنع التلاعب والتحايل على اهدارها وكلا الامرين جديرين بالاعتبار ويجب الحرص على التوفيق بينهما وعدم التقريط بأحدهما ومن الفقهاء الاعلام من غلب الامر الأول ومنهم من غلب الثانى.

#### ثانياً : الأساس المادى للنظرية

أما الأساس المادى الذى تعتمد عليه نظريه التعسف فى استعمال الحق فانه يعتمد على الحديث الشريف الذى رواه ابو سعيد الخدرى عن النبى - صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا ضرار » (٤٤) فهذا الحديث تلقاه أهل العلم بالقبول فدل هذا الحديث على تحريم الضرر والضرار لأن الثابت فى علم اصول الفقه ان النهى يفيد التحريم كما أن طلب الكف مادام جازماً فانه يفيد الحرمة.

وبناء على ذلك فإن ادخال أى ضرر على الغير يعد ممنوعاً من الناحية الشرعية إلا ما دل الشرع على إباحته ويتعبير آخر ماكان ادخاله بحق وبناء على ذلك فإن التعسف فى استعمال الحق يعد من الأمور المحرمة شرعاً حيث فهم ذلك من خلال حديثنا عن الأسس التى تبني عليها هذه النظرية حيث ثبت لنا أنها تتبنى على الأساس المعنوى المتعلق بنيه الشخص ثم الأساس المادى الظاهر الملموس والمراد به الفعل الضار الناتج عن التعسف فى استعمال الحق.

### معيير التعسف في استعمال الحق

إذا تبعتنا المسائل الفقهية التي تعرض لها الفقهاء والى بينت نظريه التعسف في استعمال الحق تبين لنا ان معايير النظرية تتحصر في ثلاثة اشياء.

**المعيار الأول :** وهو مناقضة قصد الشارع حيث يعرف هذا النوع باعتبار الغرض **المعيار الثاني:** قصد الاضرار.

**أما المعيار الثالث :** فهو انعدام المصلحة المشروعة في التعسف في استعمال الحق. واليك كلمه عن كل معيار من المعايير الثلاثة السالفة الذكر.

**أولاً :** معيار مناقضة قصد الشارع وهو المعيار الفرضي هذا المعيار يعتمد في اساسه على قوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا لاتاكلوا أموالكم بينكم بالباطل» (٤٥).

وهذا المعيار له مجموعة من التطبيقات في الفقه الاسلامي نعملها في النقاط

التالية :

١ - التحايل على أكل الربا وله صور كثيرة في الفقه الاسلامي من أبرزها بيع العينة.

٢ - بيع مال القيمة له بهدف اكتساب الربح.

٣ - استبدال زوج مكان زوج وذلك بأن يأخذ من زوجته التي يريد تركها جزء من المال حيث نهت الشريعة عن ذلك فهنا يوجد تعسف في استعمال الحق لانه يضر زوجته فالطلاق حق له ولكنه يتعسف في هذا الحق بأخذ المال الكثير كي يتزوج به.

٤ - الولاية على المال بأن يعتمد الولي اكل مال اليتيم فالولاية حق مشروع له بناء

على تكليف من القاضى ولكن يتعسف فى استعمال الحق فيتفق بطريقة قد تضر باليتيم.

٥ - الولاية على النفس بان يكون هناك شخص يتولى أمر القاصر فيحاول منعه من كل ما يحقق له مصلحة فحفظ القاصر واجب ورعايه مصالحه واجبه ولكن بلاتعسف فلا يترتب على الحفظ الحرمان من التعليم أو ارغام الفتاه التى يتولى أمرها على الزواج بشخص لاتريده بهدف الوصول الى تحقيق مصلحة خاصة فالولاية حق ولكن التعسف فيها ممنوع فهذه المسائل بعضها يحقق ضررا يؤثر فى العقود والبعض الآخر يحقق ضرر لاصله له بعقود المعاملات الا أننا قد ذكرناها من باب الفائدة من اجل ذلك قد ذكرناه بايجاز شديد بون الدخول فى التفاصيل

**مبنى اتساع هذا المعيار :** اذا امعن النظر تبين لنا مدى اتساع هذا المعيار وعمومه حيث شمل جميع انواع الحقوق فهو يمتاز بالشمول فهذا المعيار يعد معيارا أساسيا يشمل جميع المعايير القصدية (٤٦) فالمعيار الفرضى إذن يعد معيار مزبوجا لأنه معيار قصدى وموضوعى فى آن وحدا فهو قصدى نظرا الى اعتبار مقاصد صاحب الحق والبواعث التى دفعت الى استعماله وموضوعى نظرا الى مقاصد الشارع فى منح ذلكالحق واتخاذة ميزانا لمشروعيه الاستعمال بعرض بواعثه عليها .

وكذلك نجد من المؤلفات التى تناولت هذه النظرية فى الفقه الاسلامى ماالبرز فيه الطابع المزبوج لهذا المعيار.

ولكن اضيف الى ذلك التعبير بوجوب مطابقة العمل للحكمه الغائبه التى من أجلها وجد الحق حيث يستفاد من وجوب مطابقتها آثار الفعل لتلك الحكمه وبالفعل

فانه قد أخرج في هذا المعيار الشامل ما لاصله له بالقصد كتسبب الضرر  
الفاحش (٤٧)

ولتوضيح هذا المعيار في الفقه الاسلامى فإنه ينبغى الرجوع إلى مؤلفات  
الفقهاء الذين صاغوه وخير ما يوضح هذا الموضوع الامام الشاطبى حيث خصص  
الجزء الثانى بأكمله من كتابه الموافقات لتوضيح مقاصد الشريعة الاسلامية (٤٨).

### المعيار الثانى قصد الاضرار:

بيننا في المعيار الاول وهو قصد الاضرار أنه يشمل البواعث غير المشروعة  
ومن اهمها قصد الاضرار فهو في مقدمة البواعث غير المشروعة فهذا المعيار يدخل  
ضمن المعيار الاول إلا أنه بخلاف يعد معيارا قصديا محضا ولتوضيح ذلك نحيل  
على ما تقدم من أن القصد العام في التشريع هو تحقيق مصالح العباد ودرء  
المفاسد عنهم والاضرار مفسده فيكون قصده مناقضا لقصد الشارع.

ولكن من جهة أخرى لما كان ذلك القصد العام في التشريع لا تظهر له  
خاصة ببعض الحقوق بون غيرها ولا تشترك فيه طائفة منها بون أخرى وأنه وان  
كان معتبرا في منحها إلا أنه ليس بالفرض الذي منحت الحقوق لأجله ليرعى  
استعمالها الى تحقيقه فلكل ذلك لا يمكن اعتباره ضمن الحدود الغائبة للحق ويبرز  
قصد صاحب الحق في استعماله مستغلا في تحديد هذا المعيار بون حاجه الى  
بحث مقاصد الشارع في منح ذلك الحق لتعرض عليها مقاصد صاحبة في  
استعماله.

ومن الواضح أن هذا المعيار أو الجانب القصدى في نظرية العسف بصورة  
عامه يجد اساسا تشريعا في قول رسول الله - إنما الأعمال بالنيات ويوجد هذا  
المعيار ايضا في قوله صلى الله عليه وسلم .. لا ضرر ولا ضرار حيث اعتبر هذا

الحديث الأساس في نظريه التعسف وعلى الرغم من اعتباره أساسا للنظرية فإنه لايتعارض مع ذلك حيث ان لامراد به بيان الأساس التشريعي الذي تقوم عليه المعايير المادية لهذه النظرية ولاينفى ذلك تناول الحديث منع الضرر المقصود وقد سبق تفسير هذا الحديث أثناء حديثنا عن حكم الضرر.

وإذا كان قصد الاضرار قد يكفى وحده لترتب الجزاء الأخرى فإنه لاغنى عن حصول الضرر فعلا لتجسيد هذا المعيار والقول بمنع القضاء.

### حكم العلم بالضرر :

تعرض الامام الشاطبي لبحث ما إذا كان العلم بالضرر يفيد القصد اليه واستبعد الاحوال التي لامتنوحة فيها عن الفعل جليا للمصلحة او دفعا للمفسدة وهو مصيب في ذلك حيث لايمكن ان يستشف القصد السيئ في مثل هذه الاحوال عن مجرد العلم بالضرر الذي يصيب الغير وأما خارج تلك الاحوال فيلاحظ أنه العلم ذاته فالقصد امر خفي لايمكن الوقوف عليه لبناء الحكم الدنيوي وقد اعتبر الشاطبي في ذلك اقصاء الفعل الى الضرر وقسم هذا الاقصاء الى اربع مراتب مايكون أدأؤه إلى المفسد قطعيا عادة ومايكون أدأؤه اليها نادرا ومايكون أدأؤه غالبا ومايكون أدأؤه كثيرا وتواجهه في القسم الاول فقط يقطع بإمكان الاستدلال على وجود قصد الاضرار حيث يقول من حيث كونه عالما بلزوم مضرة الغير لهذا العمل المقصود فانه من هذا الوجه مظنه لقصد الاضرار (٤٩).

ثم ذكر في القسم الرابع أى ماكان أدأؤه الى المفسدة كثيرا لاغاليا ان الامام مالكا اعتبره في سد الذرائع بناء على كثرة القصد وقوما لان الكثرة مجال القصد (٥٠) أى أن مباشرة فعل مع العلم بأنه يكثر لسببه ضررا للغير كثيرا أما ويقصد به الاضرار.

ولذا منع الامام مالك بعض الأفعال منعا مطلقا سدا للترغ بها الى اضرار الغير واعتباره مايكثر أدائه الى الضرر يفيد من باب أولى اعتبار ماتغلب أدلوه الى ذلك.

وكلام الشاطبي في كل حاله بذاتها فعلى القاضى أن يستشف ذلك القصد في كل قصه حسب ظروفها وملابساتها وقد قرر الفقهاء تضمين من يوقد في ملكه نارا فيحترق بسببها شئ في ملك غيره إذا كانت الريح مضطربه وعل ذلك في مجمع الانهر والدر المنتقى بأنه قد فعل مع علمه بعاقبته او لانه يعلم مجاوزتها (٥١).

### المعيار الثالث : انعدام المصلحة المشروعة في استعمال الحق

ليس هذا المعيار بالمعيار المستقل في اظهار التعسف في استعمال الحق وإنما هو وسيلة الكشف عن قصد الاضرار الذى يخفى ويتعذر اثباته في أكثر الاحوال فيتجه انعدام المصلحة قرينه على وجود ذلك القصد ومن هنا قد يبدو هذا المعيار ذو صفة مزبوجه ولكن الواقع ان الناحيتين المادية والقصدية لاتجتمعان فيه في وقت واحد كما هو الحال بالنسبة للمعيار الأول بل على العكس من ذلك فانه يظهر هذا المعيار ماديا محضا ابتداء وقصديا محضا انتهاء ويوضح هذا عدم التناقض مع ماتقدم في كلام الشاطبي من عدم التكليف بالمسببات حيث ان صاحب الحق لا يؤاخذ علي مجرد عدم تحقق منفعه له من استعماله لحقه وإنما على مايفصح عن ذلك ومع استبعاد احتمال قصد صاحب الحق غرضا محددا وموافقا أو مخالفا لما قصده الشارع في منح الحق حيث ان المفروض هو ذلك والا لكان الاستعمال مشروعا في الحالة الأولى وتعسفيا في الثانيه بتطبيق المعيار الاول مباشرة فانما ينبغى احد الاحتمالين أما ان يكون قاصدا مجرد العبث وأما ان يكون قاصدا بالاضرار بالغير وقد يعترض بان صاحب الحق ربما قصد غرضا صحيحا

ولكن حالة ظروف بون تحقيق ما قصد وبتفادى هذا الاعتراض يجب الا يستخلص الاحتمالين المشار اليهما من مجرد عدم تحقق ايه مصلحة فى استعمال الحق وانما من عدم امكان تحقق ايه مصلحة لصاحب الحق من ذلك الاستعمال بالصورة التى وقع عليها وبصدد الاحتمال الاول يلاحظ ان قصد العبث كما يصرح الامام الشاطبى هو نقض لقصد الشارع بناء على القول بالمصالح (٥٢).

ومع ان هذا يوصلنا الى عين المقصود بوصف الفعل بالطابع التعسفى ومنعه الا انه مع ملاحظه ندرة استعمال الشخص حقه لمجرد العبث وملاحظة تضرر الغير فلامعنى لهذا الاستعمال فانه يجدر بنا ترجيح الاحتمال الثانى والحاق الاستعمال الخالى من ايه مصلحة باحوال استعمال الحق لمجرد الاضرار كما ان ادعاء مصلحة غير جديه فى استعمال الحق فى حكم انعدام المصلحة فيسرى ماتقدم على ذلك الاستعمال الذى يزعم فيه تحقيق مصلحة موهومه.

#### **سنة تطبيق هذا المعيار وصلته الخاصة بحق الملكية.**

يعد قصد الاضرار من الامور الخفيه التى يصعب اثباتها والسبيل الوحيد لاثباتها فى غالب الاحوال يكون باثبات انتفاء المصلحة الجدية المشروعه فى استعمال الحق اى بتطبيق هذا المعيار وهذا يجرى فى استعمال جميع الحقوق.

ولذا يظهر لهذا المعيار مدى واسع فى التطبيق وفى تفسير الضرر الوارد فى الحديث الشريف الذى تقيد احد اصليين عامين يقوم عليهما مفهوم التعسف. وقد ذكر العلماء ان المراد به هو ما يضر بالغير بون منفعه الفاعل وذلك ما قصد به الاضرار بالغير (٥٣).

وقد تقدم فى المعيار السابق ان الشاطبى قد وضع قاعدة عامه وهى اسكان التوصل الى المصلحة بوجه آخر لا يضر بالغير قرينه على قصد الاضرار من الزم.

الذى اختاره المتصرف، ومعنى ذلك انتفاء المصلحة فى اختيار هذا الوجه بالذات واعتبار انعدامها قريبه على قصد الاضرار وهذا المعيار ينطبق على صورة التسعف الايجابيه منها والسلبيه ففى التسعف الايجابى ما تقدم فى استعمال الشخص الحق دون منفعه تعود عليه فى ذلك واما فى التسعف السلبى فان صاحب الحق لا يمارس فعلا ايجابيا ولكن يتمسك بحقه فى منع الغير ما يضره بذله له او بعبارة اخرى يمتنع عن بذل ما يحتاجه الغير دون منفعه تعود عليه من هذا المنع وهذه هى الحال الغالبه فى احوال التسعف السلبى حيث يهيمن هذا المعيار عليها.

فاذا لوحظ هذا ولوحظ ان الاحوال التسعف السلبى تكاد تكون مقتصره على استعمال حق الملكيه تبين الصله بالخاصه لهذا المعيار باستعمال ذلك الحق وسعة هذا المعيار تظهر فى عدد من التطبيقات الفقهي. (٥٤).

#### التعويض بمقابل :

تقدم انه يصار الى الحكم بالضمان فى الفقه الاسلامى عند العجز عن ازاله عين الضرر الواقع اى الجزاء العينى فيعوض المتضرر بالمثل أو القيمة عند العجز عن المثل ويظهر هذا فى احوال التسعف فى استعمال الحق بالنسبة للاضرار الماضيه لتعذر ازالتها عينا، اما الاضرار الحالية والمستقبله فانه يمكن ازالتها ومنعها بازاله ومنع اسبابها مع التوسع فى ذلك ليشمل الصور التى اوردها فى الفقرة السابقه.

ولم يتعرض الفقهاء لذكر ضمان الاضرار المستقله وراينا ان اكثر احوال التسعف فى استعمال حق الملكيه التى يحكم فيها بالضمان عندهم هى تلك المندرجه تحت معيار الاستعمال غير المعتاد أو عدم الحيطة والتبصر فى استعمال الحق نحو ايقاد النار فى يوم عاصف وسقى ارض سقيا غير معتاد وغير ذلك واثن كان



الاصل الحكم بضمان المثل فان الغالب في احوال التعسف الحكم بالقيمة ذلك ان الضرر الناجم عن الفعل التعسفي ينصب في الاكثر على القيميات من بناء وزدوع وحيوان وغير ذلك وقد ينعدم المال المثلث ويعوض ذلك بالنقد وقد يتعذر معرفة مقدار المثلث المتلف فيكون الانسب الحكم بالقيمة وهذا ما سبق ان اشرنا اليه في بدايه هذا الفصل باننا سنتناول موضوع التعسف في استعمال الحق بصوره موجزه تلقى الضوء على جوانبه كظريه متكامله لها علاقه وثيقه بالضرر باعتباره ركنا من اركان المسئوليه وبالانتهاء من دراسة التعسف في استعمال الحق نكون قد المنا يبحث موضوع الضرر باعتباره مؤثرا في عقود المعاملات الماليه فهو ركن من اركان المسئوليه التعاقدية. ومن المسلم به ان الضرر يحدث اثرا في العقود كما ان الضرر يشمل المسئوليه التصديرية وكذا التعسف في استعمال الحق فكلا منهما له اثره الواضح والملموس في العقود بصفه عامه وفي عقود المعاملات بصفه خاصة.

### هوامش الدراسة

- ١ - سورة المائدة آيه رقم (١)
- ٢ - مصادر الحق في الفقه الاسلامي د/ عبد الرزاق السنهوري ج ٦ ص ١٦٨.  
الضمان في الشريعة الاسلاميه للشيخ علي الخفيف ٤٠.  
الضمان في الفقه الإسلامى د / وهبه الزحيلي ص ٢١.
- ٣ - موطأ الامام مالك مع شرح الزرقاني على الموطأ ج ٤ ص ٢١، ٢٢.
- ٤ - راجع معنى الضرر والضرار المرجع السابق.
- ٥ - فتح القدير ج ٢ ص ٨٥ ، تبين الحقائق ج ٥ ص ٢٣٤ ، المبسوط ج ١١ ص ٧٩.

- ٦ - راجع الشرح الكبير للدردير بهامش حاشية السوقي ج ٢ ص ٤٤٧ .
- ٧ - الموافقات للشاطبي ج ٢ ص ٨٠٥ .
- ٨ - قواعد الأحكام لعز بن عبد السلام ج ١ ص ١٧١ ، كشف القناع ج ٢ ص ٣٦٤ ، المغني لابن قدامة ج ٤ ص ٤٨٤ .
- ٩ - قواعد الأحكام لعز بن عبد السلام ج ١ ص ١٧١ ، المغني لابن قدامة ج ٤ ص ٤٨٣ .
- ١٠ - المبسوط ج ١١ ص ٧٩ ، تبين الحقائق .
- ١١ - المراجع السابقة .
- ١٢ - سبق تحرير الحديث ..
- ١٣ - راجع في الضرر وأنواعه شرح مجلة الأحكام العدلية لمحمد خالد الأتاسي ج ٤ من ص ١٤٢ الى ص ١٤٤ .
- ١٤ - البدائع ج ٦ ص ٢٠٨ ، القواعد لابن رجب ص ٢١٧ .
- ١٥ - سورة البقرة آية ٢٨٦
- ١٦ - سورة الاسراء أي رقم ١٥
- ١٧ - البدائع ج ٦ ص ٢٠٨ ، القواعد لابن رجب ص ٢١٧ .
- ١٨ - سورة التوبة آية رقم ٩٩ .
- ١٩ - المبسوط ج ١١ ص ١٢٥ ، ١٢٢ .
- ٢٠ - بدائع الصنائع ج ٦ ص ٢١٧ ، الشرح الكبير للدردير ج ٢ ص ٤٢٢ بهامش حاشية السوقي
- ٢١ - مغني المحتاج ج ٢ ص ٢٦٤ ، المغني لابن قدامة ج ٥ ص ٢٠٩ .
- ٢٢ - البدائع ج ٦ ص ٢١٥ ، المغني لابن قدامة ج ٥ ص ٢١٠ .

- ٢٣ - البسوط ج ٢٢ ص ٩٨ ، تبين الحقائق ج ٥ ص ٦٣ ، البائع ج ٦ ص ٩٦ ، الخرشي ج ٥ ص ٢٤٧ ، مغنى المحتاج ٣١٤/٢ ، المغنى ٤٣/٥ .
- ٢٤ - بدائع الصنائع ج ٦ ص ٢٨ ، القواعد لابن رجب ص ٢١٩ .
- ٢٥ - حاشية العدو للشيخ على العدو بهامش شرح الخرشي ج ٧ ص ١٥ .
- ٢٦ - المغنى لابن قدامة ج ٥ ص ١٠١ ، القواعد لابن رجب ص ٢٢٠ .
- ٢٧ - سبق تخريج الحديث .
- ٢٨ - يراجع في هذا التعريف مجموعه اعمال اسبوع الفقه الاسلامي ص ١١٠ .
- ٢٩ - الحق ومدى سلطان الدوله في تقييده لفتحى الدريني ص ٣١١ ، ٣١٢ .
- ٣٠ - انظر مجله العلوم القانونية والاقتصادية عام ١٩٦٣ بحث الاستاذ عيسوى ص ٢٩ ، ٣١ .
- ٣١ - الملكية للشيخ على الخفيف ج ١ ص ١١٥ ، ١١٧ .
- ٣٢ - الموافقات للشاطبي ج ٢ ص ٧٧ .
- ٣٣ - انظر التلويح على التوضيح لسعد الدين التفتازاني ج ١ ص ٧٤ ، ٧٥ .
- ٣٤ - الحق والذمة للشيخ على الخفيف ص ٢٢ .
- ٣٥ - فتح الباري شرح صحيح البخارى ج ١ ص ٦ .
- ٣٦ - الموافقات للشاطبي ج ٢ ص ٢٢٣ .
- ٣٧ - شرح مجله الاحكام العدليه لمحمد خالد الاتاس ج ١ ص ١٤٧ .
- ٣٨ - اعلام الموقعين لابن القيم الجوزية - ٢ ص ١٠١ .
- ٣٩ - شرح مجله الاحكام العدليه ج ١ ص ١٦ .
- ٤٠ - الموافقات للشاطبي ج ٢ ص ٣٤٤ .
- ٤١ - المرجع السابق ج ١ ص ١٤٩ .

- ٤٢ - جامع العلوم والحكم للحافظ ابن رجب ص ٧.
- ٤٣ - الاشباه والتظاير لابن نجيم وشرح الحموى ج ١ ص ٤٣ شرح المجلة للكتاسى ج ١ ص ١٦، ١٧.
- ٤٤ - سبق تخريج هذا الحديث.
- ٤٥ - سورة النساء آيه رقم (١٩).
- ٤٦ - انظر رساله الدكتوراه المقدمه من الدكتور فتحى الدينى ص ٣٠٦.
- ٤٧ - المرجع السابق ص ٢٢٤ ، ص ٤٩٥.
- ٤٨ - الموافقات للشاطبى ج ٢ ص ٣٢٣.
- ٤٩ - الموافقات للشاطبى ج ٢ باكملاه.
- ٥٠ - نفس المرجع السابق ج ٢ ص ٢٤٨، ٢٥٧.
- ٥١ - انظر مجمع الانهر شرح منتقى الابصر ج ٢ ص ٤٠٤.
- ٥٢ - الدرر المنتقى بهامش مجمع الانهر ج ٢ ص ٤٠٤.
- ٥٣ - انظر الموافقات ج ٢ ص ٢٥٤.
- ٥٤ - تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ح، ٥ ص ٢٦٨، ٢٦٩. مجمع الانهر شرح منتقى الابصر ج ٢ ص ٤٩١، شرح الهدايه ج ٤ ص ٣٤ ، نهاية المحتاج على متن المنهاج للرملى ج ٨ ص ٢٧١، ٢٣٤ المونيه الكبرى ج ١٤ ص ٧٤ المحلى ج ١٠ ص ٥٢٢ ، ٥٢٣.