

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

معهد الشريعة
قسم الشريعة والقانون

جامعة الأمير عبد القادر
للعلوم الإسلامية
قسنطينة

عنوان البحث

أساس المسؤولية التقصيرية

دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري

بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في الشريعة و القانون

إشراف الدكتور :

عبد الرزاق بوبندير

إعداد الطالبة :

وسيلة أحمد شريط

لجنة المناقشة والحكم :

1. الأستاذ الدكتور : عبد المجيد قموح رئيساً

2. الأستاذ الدكتور : عبد الرزاق بوبندير مشرفاً ومقرراً

3. الأستاذ الدكتور : مصطفى باجو عضواً مناقشاً

4. الأستاذ الدكتور : الحاج طاس عضواً مناقشاً

السنة الجامعية

1420 هـ - 1421 هـ / 1999 م - 2000 م

جامعة الأمير

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مركز الدراسات
للعلوم الإسلامية

شكر وتقدير

أثني بالشكر الجزيل، والامشان العظيم، إلى والدي في العلم فضيلة الدكتور المحامي "عبد الرزاق بوبندير" الذي أشرف على هذا البحث وتابعه من وقت أن كان فكرة وإشكالية، إلى أن صار بيني دفعتي رسالة، على الرغم من كثرة واجباته واهتماماته ما بخل علي يوماً بتصانحه وإرشاداته العلمية والمنهجية، رغم كثرة ترددني على مكتبه كذلك، فجزاه الله عني أجزل جزاءاً.

كذلك لا يسعني إلا أن أقدم بالشكر الجزيل لأعضاء لجنة المناقشة، الذين تحملوا مشقة القراءة والإعداد لمناقشة هذه الرسالة، وأخيراً وضعها في الميزان العلمي قصد تقييمها.

كذلك لا أنسى كل من ساعد في إنجاز نخني هذا إن بكلمة أو إشارة، أو فعل مادي، ما زادني إلامضياً ومثابرة رغم قساوة الظروف وشدةها، فحمد الله مصبغ النعم.

الاهداء

إلى الوالدين برّاً وإحساناً، أدامهما الله فوق رأسي
عزّاً وسؤداً.

إلى رفيق الدرب "حسين"، والابن الصغير "أيوب" فتح الله
عليهما من بركاته.

إلى أخواتي وإخوتي، والعمّة "أمّ أمينة" أثابها الله.

إلى كل من بدل قطرة دم أو عرق فداءً لهذا
الوطن الحبيب.

إلى الاسم الذي سيكون مسمّىً إن شاء الله
أمّتي.

مقدمة

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

مقدمة :

تقسم المسؤولية المدنية في القانون الوضعي إلى مسؤولية عقدية تنشأ عن الإخلال بالتزام عقدي يختلف باختلاف الالتزامات التي يشملها العقد، ومسؤولية تقصيرية تنشأ عن الإخلال بالتزام قانوني واحد لا يتغير هو الالتزام بعدم الإضرار بالغير، ولا يختلف هذا التقسيم في أساسه عن تقسيم الضمان في الفقه الإسلامي إلى ضمان التعدي وضمان العقد.

ولئن كانت المسؤولية التقصيرية - التي هي موضوع بحثنا - تجد مصدرها في الفعل الضار الذي يترتب عليه القانون التزاما بالتعويض، فإن فقهاء القانون اختلفوا حول الأساس الذي تبنى عليه هذه المسؤولية، وقد أدى هذا الاختلاف إلى ظهور نظريتين :

1 - النظرية الشخصية : التي تقيم المسؤولية على أساس الخطأ الواجب الإثبات من طرف المتضرر، فالخطأ ركن أساس لتحقيق المسؤولية وقيامها.

2 - النظرية الموضوعية : التي تقيم المسؤولية على أساس الضرر، فلا يعد الخطأ ركنا في المسؤولية، إذ يكفي تحقق الضرر لقيامها، وليسأل المتسبب فيه سواء أكان مخطئا أم غير مخطئ. ولم يكن التطور الذي وصل إليه الفكر القانوني في بيان الأساس الذي تبنى عليه المسؤولية التقصيرية بمختلف تطبيقاتها وصورها، والذي تجسده النظريتان الشخصية والموضوعية وليد المصادفة، بل له جذور تاريخية ابتداء من الشرائع القديمة.

وقد لا نبالغ إذا قلنا إن موضوعات المسؤولية المدنية كثيرة الدراسة والتمحيص، ومع هذا لا تلبث المكتبات القانونية تطلعننا على بحوث بالعناوين نفسها، لكنها تختلف فيما بينها من حيث مبعث الجدة والفائدة. كما أن ارتباط المسؤولية عموما بنشاط الإنسان يعطي جوابا واضحا عن السؤال الذي يطرح وهو : ما الجديد الذي يمكن إضافته إلى موضوع بهذه الغزارة؟.

إن الارتباط الوثيق بين التطور الاجتماعي، والاقتصادي، والسياسي، مع الجانب القانوني حتمية ذلك أن ما يعد اليوم مستقرا وثابتا، قد يأتي عليه الغد ليحليه بصورة مغايرة تماما لما كان عليه.

وفي هذا الصدد جاء بحثنا : "أساس المسؤولية التقصيرية - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري -".

إن البحث في هذا الموضوع يعرض إشكالية جوهرية، تتعلق بالأساس الأول المطبق لهذه المسؤولية وهو الخطأ من حيث مدى صلاحيته المطلقة اليوم كأساس للمسؤولية المدنية عموماً، والمسؤولية التقصيرية خصوصاً، فهل يمكن اعتباره الأداة الأساسية المعول عليه اليوم للمسؤولية؟.

ثم لماذا وصلت الشريعة الإسلامية بنظرتها الموضوعية إلى تطبيق الأساس الذي يتماشى مع روح الشريعة، وهو التعدي بخصوص مصطلحي المباشرة والتسبب والمشرع القانوني اليوم يعتمد نصراً تؤكد للخطأ مكانه الأساس فيها، مع أن الظروف الاجتماعية، والاقتصادية، والسياسية تنص على ضرورة التحول لاعتبار أساس آخر دون الخطأ؟.

وبمعنى أدق : كيف يمكن تجاوز الأساس التقليدي (الخطأ) إلى الأساس المادي (الضرر) أو إحداث أساس وسط يجمعهما؟.

إنّ الأسئلة السابقة تؤكد أصالة الشريعة وسبقها في هذا المجال، حيث اعتنقت الأساسين السابقين معاً كلا في مجاله، فكان اعتبار الخطأ - ليس بالمفهوم القانوني - في حالات المسؤولية بالتسبب، واعتبار الضرر في حالات المسؤولية بالمباشرة بشروط ومعايير خاصة، إلا أننا على الرغم من هذا نورد جملة ملاحظات وهي :

- إيجاز القواعد الفقهية في موضوع الضمان، إلى حد اعتبار بعضها بمجرد توجيهات وضوابط تقيد بها الأئمة المجتهدون. لكن ما يوسع الاستفادة من هذه القواعد، التراث الذي خلفه الفقهاء من فتاوى وحلول للقضايا العملية الواقعة فعلاً في زمانهم، وفروضهم للقضايا التي تحدث مستقبلاً، وفعلاً كثرت الفروض وعمت بطون الكتب في نواحٍ شتى ومتفرقة منها، لكن لم يضمها باب أو كتاب.

- لم يقنن تراث الفقه الإسلامي واجتهاده المتعلق بالمسؤولية المدنية في مكان واحد على الرغم من أن نظرية الضمان ذات دلالة على المضمون بالدقة العلمية، حيث نجد أن أحكام هذه النظرية مبعثرة في شتى كتب الأئمة المجتهدين، وتحمل تسميات مختلفة ضمن أبواب وموضوعات متفرقة، كالجنايات، والحدود، والإتلاف، والغصب، والضمان.

- اختلاف الفقهاء في عديد من القضايا، بل تضاربت آراؤهم حتى في داخل المذهب الواحد، لذلك فلا غرابة من أن تحكم موضوعاً واحداً، عدة آراء وتفسيرات، على الرغم من أن الخلاف

بينهم لم يكن أبداً في المبادئ، بل كان في الفروع، على النحو الذي نراه اليوم في اجتهاد المحاكم.

وهكذا وعلى النقيض تماماً من تمايز المسؤوليتين الشخصية والموضوعية في الفقه الوضعي، فإن الفقه الإسلامي يعتنق كلا من المباشرة والتسبب معاً، ويجعل من المباشرة مجالاً للمسؤولية المطلقة، ومن التسبب مجالاً للمسؤولية المقيدة. يبقى معيار التفرقة بين المباشرة والتسبب في طريقة إحداث الضرر، أو في علاقة السببية بين كل منهما والضرر، فإذا كانت هذه العلاقة مباشرة لعدم وجود الواسطة كنا بصدد مباشرة الضرر، وسمي الفاعل مباشراً، أما إذا كانت هذه العلاقة غير مباشرة لوجود الحائل بين الفعل وحدوث الضرر كنا بصدد تسبب، وسمي الفاعل متسبباً.

وما دفعني لاختيار هذا الموضوع هو بقاء اعتماد الخطأ كأساس عام للمسؤولية التقصيرية وهو في الحقيقة لم يبق إلا عنواناً ضخماً يخفي في طياته أساساً قديماً وجديداً هو الضرر.

إن إعادة النظر في أساس المسؤولية التقصيرية، تفرضه علينا ضرورات التطور في المجتمع حتى تصبح الفكرة السائدة الآن : هي أن شخصاً أصيب بضرر فيجب تعويضه، بعد أن كانت الفكرة أن : شخصاً أخطأ فيجب أن يعاقب بالتعويض عن ذلك، أي أن قطبي النظر هما الضرر والمتضرر، بعد أن كانا الخطأ والمسؤول.

ولعل التبرير السابق ذكره لا نجد له مخرجاً سوى محافظة القانون على صورته الشخصية، رغم أن الفقه والقضاء سائران نحو النزعة المادية.

وتتجلى أهمية بحثنا في إبراز مدى تبني المشرع الجزائري للنظريتين الشخصية والموضوعية لتأسيس هذه المسؤولية، وتطبيقاتها، مقارنة بالقوانين الوضعية الأخرى، وفي بيان موقف الفقه الإسلامي من هذين الأساسين في معالجته لنظرية الضمان، ومدى تأثير التشريعات الوضعية ولاسيما العربية بفكرة الضمان. كذلك تحديد المجال الحصري الذي بقي للخطأ كأساس للمسؤولية التقصيرية في القوانين الحديثة بصفة عامة. وفي القانون المدني الجزائري بصفة خاصة، حتى نقف على ما إذا كنا فعلاً بحاجة إليه في التأسيس، ذلك لأن إطار المنازعات ضمن المسؤولية التقصيرية شديد الوطأة، فنحتاج بهذا إلى تحديد السبيل الأسر لضمان الحقوق

وردها لأصحابها حتى نضمن كذلك سلامة المجتمع وأمنه.

وتجلى الأهمية كذلك حسب نظرنا، في إبلاغ نخبة المتعلمين على جلاء التسمية الشرعية للضمان، خصوصا وأن تسمية المسؤولية ما هي إلا اصطلاح قانوني، وهو مصدر صناعي معناه كون الإنسان مؤاخذا ومسؤولا عن أعماله، إذ لا يصح أن يقال التبعة ابتداء.

إن المنهجية مشمولة في العنوان، كونها دراسة مقارنة، تعرض إلى ما هو عليه القانون من كم ومضامين، وإلى ما هو عليه شرعا من مختلف مذاهبه المشهورة، ولا أخفي التصريح بصعوبة الموازنة في المقارنة بين الشريعة والقانون ضمن هذا البحث نقطة نقطة، وموضوعا موضوعا كذلك.

ويبقى التأكيد دائما على سبق الشريعة وغناها، وأن مجال المقارنة منحصر فيما هو قائم ومطبق، بغض النظر عما سيبيده لنا المستقبل. حتى تبقى الشريعة صالحة للتطبيق في كل زمان ومكان.

المأمول أن تيسر هذه الدراسة أو أن تفتح آفاقا جديدة لتجاوز نظرة التحكيم الأولي للقانون، فعسى أن يجيء من جديد اليوم الذي تحكمنا فيه قوانيننا الخاصة، وهي طبعاً لن تكون إلا من معين إسلامي خالص، صالح لكل زمان ومكان، ولتحقيق الهدف الذي ترمي إليه هذه الدراسة وهو معرفة كل إنسان حقه ومستحقه، فإن حدث نزاع فالكل مسلم بالأمر. لأن الأداة والعقيلة حينئذ ستكون عادلة وممكنة.

ويقتضي بحثنا لهذا الموضوع أن نعهد له بعرض عن التطور التاريخي للمسؤولية التقصيرية في كل من القانون الوضعي والفقه الإسلامي، وبذلك نقسم البحث إلى فصل تمهيدي، وثلاثة فصول رئيسة وفق الخطة الآتية :

الفصل التمهيدي : التطور التاريخي للمسؤولية التقصيرية في القوانين الوضعية، وفي الفقه الإسلامي.

الفصل الأول : الخطأ كأساس للمسؤولية التقصيرية.

الفصل الثاني : الضرر كأساس للمسؤولية التقصيرية.

الفصل الثالث : أساس المسؤولية التقصيرية في الفقه الإسلامي.

ونتهي البحث بخاتمة نضمنها أهم ما خلصنا إليه من نتائج.

الفصل التمهيدي

**التطور التاريخي للمسؤولية التقصيرية
في القوانين الوضعية،
وفي الفقه الإسلامي**

الفصل التمهيدي

التطور التاريخي للمسؤولية التقصيرية في القوانين الوضعية،

وفي الفقه الإسلامي

تمهيد وتقسيم :

خضعت المسؤولية التقصيرية لتطورات تاريخية، مثلما خضعت لها المسؤولية المدنية عموماً، ذلك أن أي بناء فني قانوني يخضع دائماً لسنة التدرج والتطور. ولعل التركيز على الجانب التاريخي هاهنا، أكثر من الجانب الماهي لهذه المسؤولية يكمن في أن بداية ونهاية تحديد مصطلحاتها بالدقة العلمية والقانونية، لم يكن إلا بالتركيز على تتبعها عبر مراحل تاريخية مختلفة. بدءاً من القانون الروماني، فالقانون الفرنسي، ثم القانون الجزائري.

وقد كان لمجيء الإسلام تأثير يبين على تطور المسؤولية التقصيرية عكس مرحلة ما قبل ظهور الإسلام. وسوف نعرض فيما يلي للتطور التاريخي للمسؤولية التقصيرية في القوانين الوضعية التي سبق ذكرها، وفي الفقه الإسلامي وفق التقسيم الآتي :

المبحث الأول : التطور التاريخي للمسؤولية التقصيرية في القوانين الوضعية.

المبحث الثاني : التطور التاريخي للمسؤولية التقصيرية (الضمان) في الفقه الإسلامي.

المبحث الأول

التطور التاريخي للمسؤولية التقصيرية في القوانين الوضعية

يحتوي التطور التاريخي للمسؤولية التقصيرية في داخله إرساء واضحاً للتوسع المستمر في نطاق هذه المسؤولية. فمنذ العصور القديمة برزت الملامح الأولى للمسؤولية التقصيرية، ولو بطريقة غير مباشرة وغير محسوس، إلى أن وصلنا إلى القانون الروماني الذي كان أوضح صورة لبروز تلك الملامح العامة والأولية للمسؤولية التقصيرية، ولو بشكل محدود. ومع تتبع المتواصل لهذه المسؤولية، نصل إلى القانون الفرنسي القديم الذي برزت فيه نقاط كانت غير واضحة في مرحلة سبقتة، إلى أن تمّ لها التوضيح الجيد في القانون المدني الفرنسي سنة 1804، عن طريق نصومه خاصة المادتين 1382 و1383. كما تم تتبع هذا التطور في القانون المدني الجزائري الذي كان مرتبطاً بالقانون المدني الفرنسي، لأسباب تاريخية خاصة؛ حتى عام 1975 وهذا بصدور أول قانون مدني جزائري بعد الاستقلال، وكانت عليه جملة من المآخذ، إلا أننا لا ننكر إيجابياته وهذا ما يجسد بحق سيادة القانون لكل دولة.

ولنعرض فيما يلي للمسؤولية التقصيرية في كل من القانون الروماني، والقانون الفرنسي، والقانون الجزائري على أن نخصص لكل من هذه القوانين مطلباً مستقلاً.

المطلب الأول

المسؤولية التقصيرية في القانون الروماني

وضع القانون الروماني في ظروف تاريخية خاصة، وكانت أغلب أحكامه إحصاء لما كان من تقاليد قبله، ومعظمها نظم مدنية مستقلة عن الدين، انحصرت عرضاً في إجراءات الإشهاد والدعوى الصورية والوصية.⁽¹⁾ ولعل أهم ما تميز به القانون الروماني في ذلك الوقت، القسوة والتلقائية في أحكامه خاصة من ناحية إجراءاته ومبادئه.⁽²⁾ وتخصيصاً لما سبق، نستطيع القول : إن التفكير الروماني الخاص بالمسؤولية التقصيرية، اتَّسم بخصائص هي :

أ - إن القانون الروماني لم ينص على اتِّساع القاعدة العامة بوجوب التعويض عن كل ضرر، أي أن الرومان لم يتوصلوا إلى وضع قاعدة عامة تقرر أن من أحدث خطأ وأنتج ضرراً، ألزم بالتعويض⁽³⁾. بل اقتصر التطبيق فيه على أعمال بعينها، وبشروطها الخاصة، ولم يكن الجزاء عليها تعويضاً فحسب، بل أضيفت إليه العقوبة الجزائية كذلك⁽⁴⁾. ومنه لم يتيسر التمييز حتى هذه الفترة بين المسؤولية المدنية، والمسؤولية الجنائية، وظلتا منصهرتين معاً، إلى أن تم الفصل بينهما تدريجياً، كما سنرى هذا في المراحل التاريخية التالية للعهد الروماني.

ونشير إلى أن أوضح صورة لتوسع النصوص المحدود آنذاك، هو قانون "أكيليا" الذي وضع في أواخر القرن الخامس قبل الميلاد، واشترط الخطأ في بعض الجرائم المحددة على سبيل الحصر، ولم يشترط الخطأ في غيرها⁽⁵⁾ ذلك أنه اشترط في التلف أن يكون مادياً، واقعاً على شيء مادي⁽⁶⁾

(1) بدران أبو العيين بدران، الشريعة الإسلامية تاريخها ونظرية الملكية والعقود، الإسكندرية، مؤسسة شباب الجامعة، 1986، ص 6.

(2) المرجع السابق نفسه، ص 7.

(3) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1، القاهرة، دار النشر للجامعات المصرية، لبنان، دار إحياء التراث العربي، 1952، بند 517، ص 763.

Gaus, Justinien, ulpien

(4) محمد ليب شنب، المسؤولية عن الأخطاء - دراسة في القانون المدني المصري مقارناً بالقانون الفرنسي، مكتبة النهضة المصرية، 1957، ص 117. Besson (André) - La notion de garde dans la responsabilité du fait

8. محمد أحمد سراج، ضمان لعدوان في الفقه الإسلامي، القاهرة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط 1، 1409 هـ - 1989 م، بند 3، ص 13.

(5) علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 2، ص 5.

(6) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، بند 517، ص 763.

وعليه كانت النظرة مادية⁽¹⁾، حتى يتمكن المتضرر من المطالبة بالتعويض، والذي كان يسمى آنذاك بالغرامة - ذات صفة العقوبة الخاصة - إضافة إلى شرط محدودية التطبيق على جنس الرومان فحسب، حتى عهد اليريتور.⁽²⁾

ب - إن المسؤولية التقصيرية أول ما ظهرت في القانون الروماني، لم تبين على الخطأ ابتداءً، بل قامت على أساس الضرر، فهو سببها الواضح لوجوبها وإيجاب التعويض عنها، حيث إن فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية التقصيرية لم تظهر إلا بالتدرج، ولم تستغرق إلا الأعمال التبادلية، أي الغش أين ظهرت فكرة الخطأ فيها بجلاء.⁽³⁾

Gaius, Justinien, ulpien

(1) انظر :

المشار إليهم في Besson (André) - La notion de garde dans la responsabilité du fait des choses, Dyon 1927, p6.

(2) تعني كلمة اليريتور "الحاكم الشرعي عند الرومان ؛ أي القاضي المعين من الدولة أو السلطة"، بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق.

هامش(1)، ص 17.

(3) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، بند 517، ص 763.

المطلب الثاني

المسؤولية التقصيرية في القانون الفرنسي

ضمن هذا القانون، وخلال هذه المرحلة التاريخية، تميز بين كل من القانون الفرنسي القديم أو التقليدي، وبين القانون المدني الفرنسي، في الآتي :

أولاً : المسؤولية التقصيرية في القانون الفرنسي القديم : إن أهم ما يميز تطور المسؤولية التقصيرية في ظل القانون الفرنسي القديم النقاط الآتية :

أ - وصلت القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية حد الوضوح والتميز خلال هذه المرحلة، ونصت على أن من سبب بخطئه ضرراً للغير يلزم بتعويض الضرر⁽¹⁾ وكان هذا بفضل "دوما"، أكبر فقهاء القانون الفرنسي القديم، في كتابه : "القوانين المدنية"⁽²⁾ حيث نص على أن : "كل الخسائر والأضرار التي يمكن أن تحصل بفعل أي شخص سواء ارتدّ فعله إلى عدم التبصر أو الخفة أو الجهل بما ينبغي معرفته، أو أية أخطاء مماثلة مهما كانت طفيفة، يجب أن يصلحها من كان بعدم تبصره أو خطئه سبباً في حدوثها".

ب - ظهرت في هذه الفترة فكرة الخطأ ظهوراً جلياً، وأقيمت على أساسه المسؤولية التقصيرية، وبهذا ارتكزت النظرية التقليدية على أساس الخطأ فقط، وتم وضع الحد الفاصل بين الخطأ العقدي، والخطأ التقصيري وهذا لم يتم إلا بفضل "دوما"، الذي ميز بين أنواع ثلاثة من الخطأ، وهي :⁽³⁾

(1) خطأ يتعلق بجناية أو بجنحة.

(2) خطأ يرتكبه شخص أحل بالتزاماته التعاقدية، كامتناع البائع عن تسليم الشيء المبيع للمشتري، أو عدم قيام المستأجر بالتزامات التي التزم بها.

(3) خطأ لا علاقة له بالالتزامات التعاقدية، ولا صلة له بجناية أو بجنحة، كأن يلقي شخص عن رعونة شيئاً من النافذة، فيتلف ملابس أحد المارة، والذي من شأنه أن يرتب المسؤولية عن

(1) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، بند 518، ص 764 - حسن عكوش، المرجع السابق، ص 17.

(2) Domat : Les lois civiles dans leur ordre naturel, 1777, tome I, titre 7, section 4, p 307.

(3) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، بند 718، ص 765.

الفعل الشخصي، وكأن يحدث حيوان ضرراً بالغير، فهذا سبب للمساءلة ضمن المسؤولية عن فعل الحيوان، وأيضا إذا أشعل شخص حريقا عن تقصير منه، أو يؤول بناء إلى السقوط بسبب عدم ترميمه، فنكون بهذا أمام المسؤولية عن تهدم البناء.

إن الملاحظة التي يمكن لنا الخروج بها من خلال كلام "دوما" السابق، تشير إلى بداية إرساء كل من المسؤولية عن فعل الحيوان، والمسؤولية عن تهدم البناء⁽¹⁾ مع أنه في البداية كان ينظر للظروف التي وقع فيها الضرر فقط، ومنه يكون الخطأ ملابسا للفعل الضار، بمعنى أن الإهمال أو عدم الحيلة يغلبان عند إلقاء الشيء أو عند سقوطه مثلا⁽²⁾، مما يعفي المتضرر من عبء إثبات خطأ المدعى عليه.⁽³⁾

جـ - تمخض الجزاء المترتب على المسؤولية التقصيرية تعويضا مدنيا، لا تتخلله فكرة العقوبة الجزائية، ومنه تميزت المسؤولية المدنية عن المسؤولية الجزائية على الأقل بالنسبة للأضرار الواقعة على المال، وبقيت الأضرار الواقعة على النفس ذات طابع عقابي⁽⁴⁾. إلى أن تم الفصل النهائي بين المسؤوليتين المدنية والجزائية، وهذا ما مهّد للنص عليه في القانون الفرنسي لعام 1804م. وفي داخل المسؤولية المدنية نفسها، استقامت المسؤوليتان العقدية، وكذا التقصيرية، قائمتين على أسس خاصة بكل واحدة منهما⁽⁵⁾. وبهذا زالت الأفكار التي سادت قبلا بشكل كلي حول تداخل هذه الأنواع من المسؤولية، وترجم كل هذا إلى واقع علمي وعملي.

ثانيا : المسؤولية التقصيرية في القانون المدني الفرنسي : إن الكلام عن هذه المرحلة التاريخية يبدو تحديدًا من الربع الأخير للقرن التاسع عشر، ضمن التوسع الزمني التسلسلي، والذي يمتد عبر مراحل متجددة من وقتنا الحاضر، زيادة على ما سيجليه لنا المستقبل القريب والبعيد من أحكام جديدة، نحتاج فيها إلى الكفاية اللازمة حتى نقف على القول الفصل للكثير من المسائل العالقة اليوم.

Domat : op. cit, p 299.

(1)

(2) كما أن "بوتيه" لم يذكر شيئا عن الأضرار الناشئة عن الأشياء.

Oeuvres de pothier, par M. Bugnet, Paris, 1848, tome 2, p57.

(3) محمد ليب شنب، المرجع السابق، ص 12.

(4) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، بند 518، ص 764 ومثل لهذا الاستثناء بدعوى التعويض التي تنتقل بعد موت الدائن إلى ورثته. بل وإلى أقاربه الأدين إذ هم أصحاب الثأر.

(5) محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، ج2، دار الهدى (عين مليلة) الجزائر، ط1، 1991-1992، بند 12، ص 20.

انتهينا حسب المرحلة السابقة إلى أن القانون الفرنسي القديم توصل إلى تحديد قاعدة المسؤولية المدنية العامة، وإلى تمييزها عن المسؤولية الجزائية وأخيراً إلى ارتكازها على الخطأ أساساً مطلقاً. والآن وفي إطار القانون المدني الفرنسي، نشير إلى أهم مميزات الخاصة بتطور المسؤولية التقصيرية، وهي :

أ - أصل ما سبق وأن توصل إليه "دوما" قانوناً سنة 1804؛ أي ضمن مواد القانون المدني الفرنسي، حيث وضعت فيه القاعدة العامة للمسؤولية التقصيرية، والتي تقوم على أساس فكرة الخطأ ضمن مادتيه البارزتين⁽¹⁾ وهما المادة 1382، والمادة 1383⁽²⁾.

نصت المادة 1382 على أن : "كل عمل أياً كان يوقع ضرراً بالغير يلزم من وقع بخطئه هذا الضرر أن يقوم بتعويضه". ونصت المادة 1383 من القانون نفسه على أن : "كل شخص يكون مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه لا بفعله فحسب، بل أيضاً بإهماله أو بعدم تبصره".

يتضح جلياً أن المادتين شاملتان لما درج عليه الفقه، خاصة المادة 1382 حيث تشير بصفة عامة إلى استعمال المسؤولية التقصيرية حصراً لتشمل العمل غير المشروع، سواء أكان عمدياً أم غير عمدي⁽³⁾.

ب - توسع واضعو القانون المدني الفرنسي في مواد المسؤولية التقصيرية، حيث أتبعوا المادتين السابقتين بثلاث مواد هي المادة 1384 والمادة 1385، وأخيراً المادة 1386، وكل هذه المواد تحكم على الترتيب، المسؤولية عن فعل الغير، وعن فعل الحيوان، وعن البناء وبقيت المسؤولية عن فعل الأشياء غير الحية مجهولة الحكم، إلى أن دقق النظر في الفقرة الأولى من المادة 1384 والتي تنص على أن : "المرء مسؤول عن الضرر الناجم عن الأشياء، الموجودة تحت حراسته"⁽⁴⁾.

ولقد تطورت المسؤولية التقصيرية تدريجياً منذ صدور القانون المدني الفرنسي إذ تمحور هذا التطور حول فكرة الخطأ التي أخذت تضعف شيئاً فشيئاً حتى كادت تختفي في بعض الحالات، وكان المتسبب في هذا هو تراجع تيار المذهب الفردي والذي يقوم على أساس أن الفرد هو هدف القانون الأسمى والغاية من كلّ تنظيم قانوني، ذلك أن القانون ما وجد في نظر

(1) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، بند 519، ص 765.

(2) Fenet, Recueil Complet de travaux préparatoires du code civil, Paris, 1827, p. 12.

(3) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، بند 519، ص 765 - 766.

(4) عبد المنعم فراج الصده، مصادر الالتزام (دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري)، بيروت، دار النهضة العربية، 1979، ص 536.

أنصاره إلا لحماية حقوق الأفراد وتمكينهم من التمتع بها في أوسع نطاق. كما أن الفرد هو مركز الدائرة التي يدور فيها القانون، وبذلك تكون وظيفة القانون عندهم هي تهيئة الظروف المناسبة لنشاط الفرد، حتى يستعمل حقوقه على أكمل وجه، ويتمتع فيها بحريته دون قيد.⁽¹⁾ ولكن بظهور مبادئ الاشتراكية، الداعية إلى العدالة الاجتماعية، بنظرة مادية قطباها المتضرر، والمسؤول فقط تغير كل شيء، أضف إلى ذلك عوامل أخرى وهي الاقتصادية والفلسفية والاجتماعية والقانونية⁽²⁾.

ولعل السبب الظاهر الذي غير مسار الفقه والقضاء بخصوص فكرة الخطأ هو تشعب الحياة، واستمرار تنوع المخاطر المهنية في الربع الأخير من القرن التاسع عشر، عقب الثورة الصناعية، التي سهلت الحياة من جهة، ومن جهة أخرى عقدت سبل التقاضي، وطرق حصول المتضرر على التعويض. خاصة وقد أُلقي على عاتقه عبء إثبات الخطأ في جانب الفاعل، وانظر الحال فيما لو كان المتضرر هو العامل؛ فأني له أن يثبت خطأ صاحب العمل، وفي يد هذا الأخير كافة الوسائل العلمية والعملية لتفنيد ادعاء المتضرر؟

وإن أهم الخطوات العملية التي اعتمد عليها الفقه والقضاء في فرنسا لعلاج القصور الذي أُلْمَ بفكرة الخطأ هي :

أ - تطبيق القواعد العامة في المسؤولية، أي إثبات الخطأ طبقاً للمادتين "1382 - 1383" مدني فرنسي.

ب - توسع الفقه والقضاء في نصوص المواد السابقة، مراعيًا مصلحة العامل المصاب.

ج - توسع القضاء كذلك في فكرة الخطأ، وسهّل إثبات الخطأ عن طريق قرائن قضائية جديدة، رغم أنها محددة سلفاً في المادة 135 من القانون المدني الفرنسي وليس ضمنها قرينة الخطأ المفترض.⁽³⁾

د - الاستعانة بقواعد المسؤولية العقدية.⁽⁴⁾

⁽¹⁾ عبد المنعم البدرأوي، الاتجاه الاشتراكي في القانون المدني، المجلة المصرية للعلوم السياسية، العدد 11، شباط 1962، ص 58 - 59.

⁽²⁾ علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 3، ص 150 وما بعدها.

⁽³⁾ علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 156.

⁽⁴⁾ وقد ترعّم الدعوى إلى نظرية المسؤولية العقدية فقيهان هما :

Sauzet : De la responsabilité des patrons vis-à-vis des ouvriers dans les accidents industriels, Revue critique, 1885, p 609, N° 24. , Saintelette : De la responsabilité et de la garantie, 1884, p 155.

هـ - التوسع في تطبيق المادة 1386 مدني فرنسي، أي قياس الأشياء على البناء في الحكم.
و - استخلاص نظرية الخطأ المفترض، وهذا بتقرير مسؤولية حارس الشيء وفق الفقرة الأولى من المادة 1384 مدني فرنسي.

ز - تقرير نظرية تحمل التبعة بقانون 19 أبريل 1898 م.⁽¹⁾

وهكذا وفي مرحلة متقدمة، اختفت فكرة الخطأ تماما لتحل محلها فكرة تحمل التبعة كما في مضار الجوار غير المألوفة⁽²⁾ ويرجع الفضل في هذا إلى الفقه الذي سايره القضاء بتردد، وهذا الأخير جعله يقف عند فكرة الخطأ المفترض، ويرفض بالتالي فكرة المسؤولية التي لا تقوم على الخطأ أصلا، بل على محض تحمل التبعة. ولنعرض فيما يلي بإيجاز ما عرفه هذا التطور في جانبه الفقهي، والتشريعي وأخيرا القضائي في نقاط تكشف مواقف الجهات الثلاث المذكورة.

1 - الفقه : مضى الفقه، وكذلك القضاء والتشريع، على التسليم بفكرة الخطأ، لكن ومع ما حدث من انقلاب في الأوضاع الاقتصادية، وعدم كفاية الخطأ لتبرير طلبات المتضررين المتزايدة للتعويض أضحي من اللازم التحول لمسيرة الحياة الاجتماعية والاقتصادية. وقد كان الفقه سباقا لهذا التغير، متأثرا بعاملين:⁽³⁾

أولا : العامل العلمي : يتمثل فيما نشرته المدرسة الوضعية الإيطالية بإشراف "فيري"، من وجوب اعتبار الناحية الموضوعية، وتقديمها على الناحية الشخصية، حتى في العقاب، فإذا كان هذا حال القانون الجنائي، فأولى به أن يكون في القانون المدني، لخصوصية التطبيق الموضوعي فيه ونظرا لكون المجرم لا يعاقب بالنظر إلى ما يستحقه لشخصه، بل بالنظر إلى ما يمليه حق المجتمع في الحماية.⁽⁴⁾

ثانيا : العامل العملي : ويرجع أساسا إلى ازدياد المخاطر المهنية، التي تجعل من العسير، بل من المستحيل أحيانا على العامل إثبات الخطأ في جانب رب العمل الذي يستطيع الرجوع عليه بالتعويض.

⁽¹⁾ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، بند 520، ص 770.

⁽²⁾ محمد إبراهيم دسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، الإسكندرية، مطابع رمسيس، بلا سنة للطبع، ص 258.

⁽³⁾ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، بند 520، ص 767.

⁽⁴⁾ علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 151. - جبار صابر طه، إقامة المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع على عنصر الضرر (ماجستير في القانون). بغداد، مديرية مطبعة الجامعة، 1984. ص 128، وما بعدها.

2 - التشريع : ضيق المشرع الفرنسي من مجال المسؤولية الموضوعية في نصوصه، واقتصر على الأخذ بها في حالات بعينها من ذلك: (1)

- تشريع العمال الذي صدر سنة 1898 م.

- تشريع سنة 1924، في تبعات الطيران، والمسؤولية لا تنتفي هنا إلا بإثبات خطأ المتضرر.

- تشريع موحد، صدر في 19 أكتوبر 1945، تضمن كل من التشريعات المتعاقبة في الصناعة والتجارة، فالزراعة، وصولاً إلى الخدمة المنزلية.

- تبعات التضامن الاجتماعي، ومنها :

* تشريع سنة 1895، المقرر لمسؤولية الدولة عن تعويض البريء عند مراجعة الحكم الصادر ضده في جنحة أو جناية.

* تشريع صدر سنة 1919، وآخر سنة 1921، الخاص بتعويض ضحايا الحرب.

ومع هذا أصدر المشرع الفرنسي، تشريعات تتضمن نفيًا صريحًا للمسؤولية الموضوعية بل ورجوعاً حتى عن الخطأ المفروض إلى الخطأ واجب الإثبات ومن ذلك: (2)

- قانون 7 نوفمبر 1922، يستثنى منه المادة 1384 بعد أن سلّم بأنها تقيم المسؤولية عن الأشياء على خطأ مفروض في حالة الحريق، جعلها تقوم على الخطأ واجب الإثبات.

- قانون 5 أبريل سنة 1937، ويتعلق بمسؤولية المعلمين عن تلاميذهم بعد أن ألغى به قانون 20 يوليو سنة 1899، وقد أبقى هذا القانون مسؤولية الدولة قائمة مكان مسؤولية المعلمين ولكنه اشترط إثبات الخطأ في جانب المعلم بعد أن كان خطؤه مفروضاً.

3 - القضاء : لقد أعطى القضاء ظهره للنظرية المادية جملة وتفصيلاً، - عكس ما سار عليه الفقهاء والشرائح - واستمر على فكرة الخطأ، وناقض أنصار النظرية الموضوعية باعتمادهم على الفقرة الأولى من المادة 1384، وأعملها حسب محكمة النقض (3) على خلاف غاية الشارع منها، فقرر المسؤولية الشيعية وأقامها على فكرة الخطأ المفترض من جانب حارس الشيء، وذهب في البداية إلى جواز نفي هذه القرينة. ثم اشترط بعد ذلك عدم جواز نفيها لأنها قرينة غير قابلة

(1) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، بند 520، ص 770.

(2) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق نفسه، بند 520، ص 771، هامش رقم (1).

(3) أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)، عمان، منشورات الجامعة الأردنية، ط 1.

لإثبات العكس إلا في حالة واحدة، وهي الدفع بإثبات السبب الأجنبي ما دام الشيء لم يتحركه فعل الإنسان.⁽¹⁾

هكذا يظهر بجلاء حياد القضاء عن النظرية الموضوعية رغم أنه قد وصل إلى كثير من النتائج العملية التي أثبتتها أنصار النظرية المادية، وهذا عن طريق قرينة الخطأ بنوعيتها، القابلة لإثبات العكس، وغير القابلة لإثبات العكس أيضاً.

⁽¹⁾ محمد زهدور، المسؤولية عن فعل الأشياء غير الحية ومسؤولية مالك السفينة - في القانون البحري الجزائري، لبنان، بيروت، دار الخدمة.

ط 1، 1990، ص 21.

المطلب الثالث

تطور المسؤولية التقصيرية في القانون المدني الجزائري

شمل سلطان الخلافة العثمانية عدداً كبيراً من الدول الإسلامية، وكانت الجزائر واحدة من هذه الدول، وعليه طبقت على معاملاتها أحكام الشريعة الإسلامية، عن طريق المجلة المقتنة، والمسماة بمجلة الأحكام العدلية⁽¹⁾ على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان.⁽²⁾

لكن بدخول المستعمر الجزائري، واحتلاله لها، عمل على طمس الشخصية المسلمة لها، ولم يترك للشريعة التطبيق العملي بين الأفراد إلا في نطاق الأحوال الشخصية، ولقد اتبع الخطة ذاتها التي انتهجها أعداء الدين الإسلامي، ووفقها تمت تنحية الشريعة الإسلامية في صورتين : الأولى : استبعاد الشريعة الإسلامية من كل المجالات، عدا ما يسمى بالأحوال الشخصية، وكانت هذه الصورة هي الغالبة.⁽³⁾

الأخرى : الانقلاب الكامل على الشريعة الإسلامية في كل مجالاتها ومظاهرها، وهو ما حدث في ألبانيا وتركيا، وكاد أن يحدث في تونس والصومال.

وكانت النتيجة الحتمية لهذه الخطة أن طبق القانون المدني الفرنسي لسنة 1804م في الجزائر ولكن الوضع لم يستمر، إذ ثار الشعب الجزائري فكان له الاستقلال في 5 جويلية 1962م. والسؤال الذي يعرض هنا هو : على أي أساس كان التشريع الجزائري يستند منذ فترة الاستقلال، وحتى قبيل صدور القانون المدني الجزائري الجديد سنة 1975م؟

إن الإجابة هنا بسيطة وذات ارتكاز سيادي، ذلك أنه بصور الأمر رقم 62 - 157 بتاريخ 31 - ديسمبر 1962م ، تم تمديد فترة العمل بالتشريعات النافذة طبقاً للقانون المدني

(1) احتوت المجلة العدلية على 1850 مادة مقسمة إلى مقدمة وستة عشر كتاباً بمواد ذات أرقام متسلسلة كالقوانين الحديثة. واستمدت مقدمة المجلة من كتابي : " الأشباه والنظائر " (لابن نجيم)، و"المجامع" (لأبي سعيد الخادمي)، وتألفت من مائة مادة لوحدها مجلة الأحكام العدلية. تنسيق: نجيب هوايني، ط 5، 1388 هـ - 1968.

(2) أبو حنيفة : النعمان بن ثابت التيمي بالولاء الكوفي، إمام الحنفية وأحد الأئمة الأربعة. من مؤلفاته "المحارج في الفقه". دفن في مقابر الخيزران سنة 150 هـ. ابن خلكان : وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، ج5، تحقيق: إحسان عباس، بيروت، دار صادر، ص 405 - 406. الخطيب البغدادي، تاريخ بغداد، بيروت، لبنان، دار الكتاب العربي، ج13، ص 324 - 325.

(3) محمد كمال إمام، أبحاث الخلفية الفكرية والتشريعية والاجتماعية لاستبعاد تطبيق الشريعة الإسلامية، مجلة المسلم المعاصر، عدد 58، ص 15 / 1411 هـ - 1990م، ص 63 - 64.

الفرنسي، ما لم تتناف هذه الأخيرة مع السيادة الوطنية للدولة الجزائرية. وهكذا وبفضل قانون 1975، والذي روعي فيه بعناية بالغة تنظيم الأحكام العامة، ومنها أحكام المسؤولية التقصيرية، إذ تناولها المشرع عندنا في الفصل الثالث من مصادر الالتزام تحت عنوان : العمل المستحق للتعويض⁽¹⁾ وقسمها إلى ثلاثة أقسام :

(1) عرض القسم الأول منه للمسؤولية عن الفعل الشخصي من المادة 124 إلى المادة 133.

(2) عرض القسم الثاني منه للمسؤولية عن فعل الغير من المادة 134 إلى المادة 137.

(3) عرض القسم الثالث منه للمسؤولية عن فعل الشيء من المادة 138 إلى المادة 140.

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد قرر القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية وهي قيامها على الخطأ الواجب الإثبات كأساس معتبر، فطبقا لما هو وارد في المادة 124 من القانون المدني الجزائري فإنّ: "كل عمل أيا كان يرتكبه المرء وسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض". مع ملاحظة سقوط لفظ الخطأ سهوا من النص العربي بخلاف النص الفرنسي⁽²⁾، ونصت المادة 138 من القانون المدني الجزائري - والتي خصصت للمسؤولية الناشئة عن الأشياء غير الحية - على أنّ: "كل من تولى حراسة شيء وكانت له قدرة الاستعمال والتسيير والرقابة. يعتبر مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء.

ويعفى من هذه المسؤولية الحارس للشيء إذا أثبت أن ذلك الضرر حدث بسبب لم يكن يتوقعه. مثل عمل الضحية، أو عمل الغير، أو الحالة الطارئة أو القوة القاهرة". إذن فالمسؤولية بناء على نص المادة 138 بفقرتها تقوم على أساس تحمل التبعة، إذ ليس من المنطوق ولا من العدل، أن يحرم المتضرر من التعويض لما لحقه من ضرر، لا لشيء إلا لكونه لم يتمكن من إثبات الخطأ المرتكب من قبل الحارس، والذي تسبب في وقوع الضرر.⁽³⁾ أي أن هذه المسؤولية هي المقابل الضروري للمزايا التي استمدتها المسؤول من نشاطه.

(1) الأفضل استعمال تعبير الفعل الضار أو غير المشروع، لأن عبارة المستحق للتعويض تؤدي مباشرة لدخول كل من الإثراء والفضالة على هذا الأساس. - مخلوفي محمد، مسؤولية المشرع عن فعل تابعه في القانون المدني الجزائري "دراسة مقارنة بالقانونين المصري والفرنسي"، رسالة ماجستير في القانون. 1987، ص 17.

(2) Art 124 : « Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ».

(3) اللجنة القضائية، المحكمة العليا الجزائرية، بحث : نظام تعويض الأضرار الناجمة عن حوادث المرور في الجزائر، العدد 1، السنة 1991، ص 228.

وفي هذا المجال أكدت المحكمة العليا في قراراتها على أنه من المبادئ المقررة، اعتبار خطأ حارس الشيء مفترضا متى نتج عنه ضرر، ولا يعفى من مسؤولية التعويض المدني، ولو حكم ببراءته جزائيا، أو لقوة قاهرة طبقا للمادة 138 مدني جزائري.⁽¹⁾ كما صرحت الجهة القضائية العليا نفسها في قرار آخر أنّ: "المادة 138 من القانون المدني الجزائري، تعتبر قرينة لصالح الضحية، والذي ليس عليه إلا أن يثبت أنه أصيب بأضرار من الشيء، وعلى حارس الشيء عملا بالفقرة الثانية من المادة 138 أن يُثبت رجوع السبب إلى عمل الضحية، أو عمل الغير أو الحالة الطارئة، أو القوة القاهرة".⁽²⁾

كما نشير أيضا إلى أن التطورات الحاصلة في مفهوم المسؤولية المفترضة قد مهد الطريق لظهور نظام جديد للمسؤولية المدنية عن المركبات البرية المجهزة بمحرك، وهو نظام عدم الخطأ كما في الأمر رقم 74 - 15 المؤرخ في 30 يناير 1974، والمتعلق بالزامية التأمين على السيارات بنظام التعويض على الأضرار.⁽³⁾

ونسجل كما أشار إليه "علي علي سليمان"، أن القانون المدني الجزائري ليس صورة طبق الأصل عن نظيره المصري والفرنسي، ولكنه قانون له ذاتيته؛ حيث حاول الجمع بين محاسن القانونين السابقين مراعى في ذلك مختلف الانتقادات الفقهية، والاجتهادات القضائية التي وجهت للقانونين المصري والفرنسي، فوفق في بعضها وأخفق في البعض الآخر.⁽⁴⁾

⁽¹⁾ المجلة القضائية، بحث: نظام تعويض الأضرار، المرجع السابق، ص 228.

⁽²⁾ المرجع السابق نفسه، ص 229.

⁽³⁾ الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، 19 - فيفري - 1974.

⁽⁴⁾ علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1992، ص 7 - 9.

المبحث الثاني

التطور التاريخي للمسؤولية التقصيرية في الفقه الإسلامي

كان للمبادئ التي تحكم علاقات الأفراد في إطار مفهوم الضمان في الفقه الإسلامي، والتي منها عموم المسؤولية، وعموم الضرر المضمون، والتكافل في تحمل الضرر في الظروف التي تقتضيه، مع تخفيف عبء الإثبات لمكان التهمة، ووجوب العناية بحق كل فرد في ماله وبدنه، وسمعة، وشتى التطبيقات الفقهية في إطار ضمان العدوان دائما. بيان حدود التفكير القانوني في داخل الفقه الإسلامي. هذا الأخير الذي عانى من الظلم من قِبَل أبنائه قَبْلَ أعدائه، ما جعله التطبيق الثاني أو أدنى في الاعتبار التشريعي لدى مختلف الدول التي هي من جغرافية العالم الإسلامي فحسب.

ولقد تمّ تتبع ضمان العدوان في الفقه الإسلامي في مرحلتين؛ الأولى منهما أقل أهمية وتأثيرا، وكانت قبل مجئ الإسلام أين حكمت عادات العرب علاقاتهم خاصة الشار المتفشي بكثرة آنذاك. والأخرى كانت بمجيء الإسلام ودولته، حيث برزت أحكامه بالدقة والفعالية على كل مستوى منها ضمان العدوان، أين برزت الفروق بين الجرائم الواقعة على النفس، وكذا الجرائم الواقعة على المال، واستمر التطور في نطاق ضمان العدوان في الفقه الإسلامي بمرور الوقت، حتى شمل حالات عدم التبصر والإهمال وغيرهما.

وسوف نعرض فيما يلي لفترة ما قبل العهد الإسلامي، وما بعده بخصوص التطور التاريخي للمسؤولية التقصيرية في الفقه الإسلامي، على أن نخصّص مطلباً مستقلاً لكل فترة.

المطلب الأول

تطور المسؤولية التقصيرية قبل العهد الإسلامي

فشّت العصبية القبلية بين العرب وقت الجاهلية، وجعلت من القبيلة الواحدة قوة متضامنة ضد أي عدوان خارجي يقع على أي فرد منها، رغم أن السمة الغالبة على المجتمع الجاهلي آنذاك هي التفرق قبائل قبائل في الأنحاء الشاسعة من شبه الجزيرة العربية. وكانت الحالة السياسية تمثل عامة الحكم اللامركزي، فلكل قبيلة أحكامها ومفهومها الخاص للسيادة، والقوة، وأساليب الحكم. كما كان حق الثأر مطلقاً لا تربطه ضوابط، ولا حدود، فإذا استحكّم العداء بين شتى القبائل، استمرت الحروب سنين، وقد تأتي على أجيال بكاملها.⁽¹⁾

إلا أن الملاحظ والبارز في تلك الفترة، فشوّ روح التضامن داخل أفراد القبيلة الواحدة بشكل إيجابي، فإن وقع أي تعد من أحد أفراد القبيلة على فرد آخر منها لا يملك الباقيون سوى محاولات الصلح، وعدم أخذ العوض من الجاني.⁽²⁾

ثم كانت مرحلة أخرى خصت نزاعات القبائل فيما بينها، إذ ظهرت فكرة الدية بدل الثأر، هذا الذي استفحل ذاك الوقت ولم يُر منه طائل بل لم يتوقف انتقامهم عند قتل واحد، فوصل إلى حد إفناء قبيلة بأسرها.⁽³⁾ هذا، والتطور في مفاهيم التعويض لم يصل بالدية إلى حد الإيجابار، بل بقيت على ذلك اختيارية.⁽⁴⁾

ومنه لم تشهد الجزيرة العربية فكراً وتنظيماً قانونياً قبل ظهور الإسلام بل كان السائد عندها كما هو الشأن عند معظم الشعوب آنذاك، الثأر كوسيلة فعّالة خاصة ناحية الأضرار النفسية.

(1) محمود جلال حمزة، العمل غير المشروع باعتباره مصدراً للالتزام، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1985، ص 43.

(2) المرجع السابق نفسه، ص 44، - شرح القانون المدني الأردني الجديد، رقم 43 لسنة 1976 من المواد 199 إلى 292 القسم الثالث. منشور في موسوعة الفقه والقضاء للدول العربية، مجلد 49، 1400 هـ - 1980م، ص 1226.

(3) علي علي سليمان، نظرية الالتزام، المرجع السابق، ص 141.

(4) سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية. معهد البحوث والدراسات العربية، مطبعة الجبلاوي، ط 2، 1971، ص 43.

المطلب الثاني

تطور المسؤولية التقصيرية في العهد الإسلامي

بحسب معجزة الإسلام ودولته، استقامت الملامح العامة والعملية لضمان الحقوق، وأداء الواجبات كما جاء في حديث للرسول - صلى الله عليه وسلم -: "لا ضرر ولا ضرار"⁽¹⁾، فنشأت بذلك دولة قوامها الدين والدنيا، تجلت فيها العمومية والتناسق والتجدد، أهلها لتكوين فكر قانوني مستقل فعال قادها أزيد من أربعة عشر قرناً وما يزال صالحاً، لولا تقاعس أهله، وحملات الغير عليه.

إن مدار الأحكام الشرعية كما يعرف الجميع هو جلب المصالح، ودرء المفاسد في دين الناس، ودمائهم، وأعراضهم، وعقولهم، وأموالهم، ولهذا استطاع علماء الشريعة، إحداث السبق في الآتي :

أ - استطاع الفقهاء قديماً إحداث مجال الفروق بين العقوبة على مخالفة أوامر الشارع، وبين التكليف بالضمان، وفي هذا الصدد أورد كل من القراني⁽²⁾ في كتابه «الفروق»⁽³⁾، وكذا العز⁽⁴⁾ في كتابه "قواعد الأحكام في مصالح الأنام"⁽⁵⁾ الحدود الفاصلة بين الزواجر أو العقوبات وبين الجوابر أو الضمانات.

⁽¹⁾ أخرجه مالك، الموطأ. كتاب الأفضية، باب القضاء في المرفق، "إعداد أحمد راتب عرموش، دار النفائس، الطبعة الحادية عشرة، 1990 م. 1410 هـ" ص 529. رقم الحديث 1426. - وابن ماجه، السنن كتاب الأحكام، باب : من بنى في حقه ما يضر بجاره. دار الفكر. 784/2 حديثاً رقم 2340 - 2341. - أحمد المسند، وبهامشه منتخب كنز العمال في سنن الأئمة والأفعال، دار الفكر، 327/5. وقال محمد ناصر الدين الألباني : حديث صحيح. إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، إشراف زهير الشاويش ج3، المكتب الإسلامي. ط2 (1405) هـ - 1985 م، ص 408.

⁽²⁾ القراني، أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن، أبو العباس، شهاب الدين الصنهاجي. إمام عالم، مالكي، من أهم مؤلفاته : "الذخيرة في الفقه" و"أنوار البروق في أنواء الفروق". توفي 684 هـ. ابن فرحون المالكي. الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، مصر. مطبعة السعادة. ط1، 1329 هـ، ص 62 - 67.

⁽³⁾ شهاب الدين القراني، الفروق، ج1، دار إحياء الكتب العربية، ط1، ص 213 - 216.

⁽⁴⁾ العز : هو عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمي الدمشقي، فقيه شافعي، من أهم مصنفاته : "المواظبة". - لغز عبد الكري والصغرى. توفي بالقاهرة 660 هـ، جمال الدين الأتباكي، النجوم الزاهرة في ملوك مصر والقاهرة، المؤسسة المصرية العامة، وزارة الثقافة والإرشاد القومي، 208/7. - ابن شاكر الكشي، فوات الوفيات والذيل عليها، بيروت، دار الثقافة، 350/2.

⁽⁵⁾ عز الدين بن عبد السلام، قواعد الأحكام، مراجعة وتعليق : طه عبد الرؤوف سعد، بيروت، دار الجيل، ط2، 1344 هـ - 1980 م. 178/1.

ب - يذكر "سيد عبد الله حسين" في معرض إثباته الصلة الوثيقة بين القانون الفرنسي، والمذهب المالكي، وأخذ الأول من الثاني ما ناسبه وبالتالي نسبته إليه تباعاً أنه : "ليس الأخذ من مذهب مالك"⁽¹⁾ ولید سنة 1805 ... بل منذ 200 من الهجرة، يوم كان يُحكم به في أوروبا، وكان الأندلس منار العلم، وكانت أوروبا في جهالة عمياء، يبيعون الإقطاعية بما عليها ... فدخل الإسلام أوروبا وحكم أهلها وأسس فيها قواعد العادلة، ووفد على الأندلس جميع سكان أوروبا يغترفون من النور والعلم".⁽²⁾

ويؤكد ما ذهب إليه "سيد عبد الله حسين" في الخلاصة الآتية : "أن القانون المدني الفرنسي، وهو أصل القوانين التشريعية الوضعية مأخوذ من مذهب الإمام مالك بن أنس".⁽³⁾

ج - إن الفقه الإسلامي استعرض أسباباً⁽⁴⁾ قدّرها للقول بالضمان - المسؤولية - كالاتي :

1 - المسؤولية الناشئة عن مخالفة العقد.

2 - المسؤولية الناشئة عن الاستيلاء القهري على مال الغير أي الغصب.

3 - المسؤولية الناجمة عن مباشرة الإلتلاف.

4 - المسؤولية الناجمة عن التسبب فيما يجب.

5 - المسؤولية الناشئة عن التقصير فيما يجب.

د - النزعة الموضوعية في نظرية الفعل الضار في الفقه الإسلامي خاصية عامة لهذا الفقه.⁽⁵⁾

ولقد فرقت الشريعة على هذا الأساس بين نوعي الجرائم الواقعة على النفس، وبين تلك الواقعة على المال. وبيان هذين النوعين على النحو الآتي :

⁽¹⁾ هو مالك بن أنس بن مالك الأصبحي الحميري، أبو عبد الله، إمام دار الهجرة وأحد الأئمة الأربعة. أشهر مؤلفاته الموطأ. توفي بالمدينة 179هـ. ابن فرحون (الديباج المذهب)، المرجع السابق، ص 17 - 30. - ابن خلكان، المرجع السابق، 135/4.

⁽²⁾ سيد عبد الله علي حسين، المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي (مقارنة بين فقه القانون الوضعي ومذهب الإمام مالك بن أنس - رضي الله عنه -، ج 1، ط 1، 1368 - 1949، ص 180. نقلاً عن محمد أحمد سراج، المرجع السابق، ص 8.

ص 17.

⁽³⁾ المرجع السابق نفسه 28/1، عن المصدر المنقول عنه نفسه.

⁽⁴⁾ علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، القسم الأول، معهد البحوث والدراسات العربية، ط 1، 1971، ص 9 - 10.

⁽⁵⁾ وفيما يتعلق بالنزعة الموضوعية للفقه الإسلامي الخاصة بالفعل الضار راجع : وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي. دراسة مقارنة بالفقه الغربي، الجزائر، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، ط 2، 1979، ص 18، 23. وقد حصص بالدراسة الشافعية الآتية : ركس النعدي، معايير التعسف، رابطة السببية، تقرير التعويض، الضرر الأدبي، تقويم المنافع، الشروع في الفعل الضار، وأحياناً مسؤولية عدم التمييز.

أولاً: الجرائم الواقعة على النفس : جاءت الشريعة الإسلامية السمحة، ببدائل لكل مشكلة أو مسألة وعلى أقل تقدير تهذيب حلول بعض تلك المشاكل التي سبقت التشريع في الحدوث. على هذه الشاكلة استطاع التشريع إحلال حد القصاص مكان حق الثأر، الذي استشرى زمناً طويلاً قبل مجيء الإسلام، ولقد أقر القرآن الكريم قاعدة القصاص في قوله تعالى : ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ﴾⁽¹⁾ وكذا في قوله تعالى : ﴿وَكُتِبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنْ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾⁽²⁾.

إذن فقد وضع القرآن الكريم القصاص لكل من القتل والقطع والجراح وخصصته السنة بالحصر في جنايات العمد، وفي مواضع الماثلة.⁽³⁾ قال "السرخسي"⁽⁴⁾ بعبارة في بيان مقاصد القصاص : "إلا أن الشرع أوجب القصاص بمعنى الانتقام، وشفاء الصدر للولي، ودفع الغيظ عنه".⁽⁵⁾ وتؤيد الآية القرآنية مقاصد القصاص بقوله تعالى : ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾⁽⁶⁾.

ولم يكتف التشريع الإسلامي بحد القصاص، بل توأمه بالدية التي تحل محله، حال كونه غير متعادل الجهات، وقد توسع الفقهاء في فكرة الدية وجعلوها واجبة في معظم الحالات⁽⁷⁾. قال تعالى : ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا﴾⁽⁸⁾. جاء في كتاب "الضمان في الفقه الإسلامي" لعلّي الخفيف : "... وللمال في هذه السبيل أثره الطيب المعروف في تخفيف الآلام وشفاء ما في الصدور لما يؤدي إليه من أذى لدافعه بنقص ماله، ومنافع لمن دفع إليه يطيب بها

(1) البقرة : 178.

(2) المائدة : 45.

(3) صبحي محمضاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية القسم الأول، لبنان، دار العلم للملايين، ط 2، 1972. ص 138.

(4) السرخسي : هو محمد بن أحمد بن مهمل أبو بكر شمس الأئمة، قاض من كبار الأحناف، من أهل سرخس (في خراسان) أشهر مؤلفاته "المبسوط في الفقه"، و"أصول السرخسي" توفي 483 هـ. أبو الوفاء القرشي الحنفي، الجواهر المضية في الطبقات الحنفية. هجر للطباعة والنشر، ط2، 1413 هـ - 1993. 78/3. 82.

(5) السرخسي، المبسوط، تصنيف خليل الميس، مجلد 13. جزء 26، بيروت، لبنان، دار المعرفة، ط 1406 هـ - 1986. ص 61.

(6) البقرة : 179.

(7) محمود جلال حمزة، المرجع السابق. بند 143 (أ)، ص 46.

(8) النساء : 92.

عيشه، ويوجد فيها معونته على الحياة ومطالبها، فكان ذلك أساس شرع الديات والأروش فضلاً عما قد يترتب عليها من الزجر والردع لمن تحدثه نفسه بأذى يمس غيره".⁽¹⁾

كما عرفت الشريعة التفرقة بين الجرائم الخاصة، والجرائم العامة فميزت بين الجرائم التي تمس بحق من حقوق الله، أو أي حق هو للمجتمع أو الدولة - التي تدافع عن حقوق الجماعة لامتلاكها وحدها حق معاقبة الجاني -، وبين الجرائم التي تقع على العبد، وجزاؤها عقوبات من جنسها، أي عقوبات خاصة تجمع بين العقوبة والتعويض.

ثانياً : الجرائم الواقعة على المال : لم يلق هذا النوع من الجرائم التي تقع على المال عناية في الجاهلية ولم ترد كذلك بشأنه نصوص من القرآن الكريم⁽²⁾ فأتى المحال لفقهاء الشريعة لاستنباط أحدث النظريات في هذا الموضوع، والذي خص جرائم الغصب والإتلاف.

أولاً : جرائم الغصب : إن المالك كباقي الحقوق يقع في حمى الشرع أو القانون⁽³⁾، لذلك أجمع الفقهاء على أن من أسباب الضمان الغصب، والذي يعني ببساطة أخذ الإنسان شيئاً مملوكاً لغيره بغير وجه حق، فيهلك هذا الشيء تحت يده.⁽⁴⁾

وخلاصة قول الأئمة الأحناف في هذا ما ثبت عن محمد بن الحسن⁽⁵⁾ حيث اكتفى في إيجاب الضمان بتفويت يد المالك دون إثبات اليد القاهرة⁽⁶⁾، أما الشيخان أبو حنيفة وأبو يوسف⁽⁷⁾ فقالا إنه : "إزالة يد المالك عن ماله المتقدم على سبيل المجاهدة، والمطالبة بفعل في

⁽¹⁾ علي الخفيف، المرجع السابق، القسم الثاني، الكفالة - الديات (دراسة مقارنة)، 1973، ص 161.

⁽²⁾ وهبة الزحيلي، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي، أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دمشق، دار الفكر، 1402 هـ / 1982 م، ص 7. - محمود شلتوت، الإسلام عقيدة وشرعة، القاهرة، بيروت، دار الشروق، 1992، ص 393.

⁽³⁾ محمود جلال حمزة، المرجع السابق، ص 46. - شرح القانون المدني الأردني الجديد، المرجع السابق، ص 1229.

⁽⁴⁾ صبحي عمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود، المرجع السابق، ص 156.

⁽⁵⁾ محمد : هو أبو عبد الله محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني، فقيه العراق، صاحب أبي حنيفة، توفي بالرّي 189 هـ، من أشهر مؤلفاته "الجامع الكبير والجامع الصغير". - غمس الدين الذهبي، سير أعلام النبلاء، ج9، حققه كامل الخراط، مؤسسة الرسالة، ط1، 1402 هـ، 1982. ص134. - ابن حجر العسقلاني، لسان الميزان، ج5، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، ط1، (1416 هـ - 1996 م)، ص 128.

⁽⁶⁾ غمس الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي، دار الفكر، الطبعة الأخيرة، 1404 هـ - 1984 م، 148/5.

⁽⁷⁾ أبو يوسف : يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصاري الكوفي البغدادي، صاحب الإمام أبي حنيفة وتلميذه وأول من نشر مذهبه. من مؤلفاته "الخراج" و"آداب القاضي" توفي 182 هـ. ابن خلكان، المرجع السابق، 378/6. - ابن العماد الحنبلي، شذرات الذهب في أخبار من ذهب، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، 298/1 - 301.

المال" ⁽¹⁾، على ما ذهب إليه سائر الأئمة، أما الشافعي ⁽²⁾ فاكتمى بإثبات اليد القاهرة فقط. ⁽³⁾

جاء في كتاب "بداية المجتهد ونهاية المقتصد" لابن رشد ⁽⁴⁾، والذي قال في معرض إثبات النزعة الموضوعية للفقهاء الإسلامي بوجوب ضمان المغصوب بمجرد وضع الغاصب يده على المغصوب الآتي : "أما الموجب للضمان، فهو إما المباشرة لأخذ المال المغصوب أو لإتلافه، وإما المباشرة للسبب المتلف وإما إثبات اليد عليه" ⁽⁵⁾.

ثانيا : جرائم الإتلاف : عرّف الإتلاف بأنه : "إخراج الشيء من أن يكون منتفعا به منفعة مطلوبة منه عادة" ⁽⁶⁾ وعليه يتضح من التعريف أن حكم الإتلاف، هو الضمان المطلق، حسب درجة وقوة الإتلاف في الشيء. ⁽⁷⁾ ونمّر مباشرة إلى نوعي الإتلاف كالآتي :

أ) الإتلاف مباشرة. ب) الإتلاف تسببا.

أ - الإتلاف مباشرة : وهو إتلاف الشيء بالذات، بمعنى حصول التلف بفعل الغير من غير أن يتوسط بين فعله والتلف فعل آخر. ⁽⁸⁾ إذن فمباشرة الإتلاف هنا تعني إيجاد علة التلف تدقيقا.

ب - الإتلاف تسببا : هذا الإتلاف هو ما يحصل الهلاك عنده بعلة أخرى، إذا كان السبب هو المقتضي لوقوع الفعل بتلك العلة. ⁽⁹⁾ ومنه فالمسبب ضامن إذا تعدى أو تعمد ⁽¹⁰⁾، ولا يضمن إذا كان صغيرا أو مجنونا.

⁽¹⁾ السرخسي، المرجع السابق، 49/11، - علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج7، لبنان، دار الكتاب العربي، ط 2، 1402هـ / 1982م، ص 134.

⁽²⁾ الشافعي : هو محمد بن إدريس الشافعي، الهاشمي القرشي المظلي أبو عبد الله. أحد الأئمة الأربعة، إمام الشافعية كافة له تصانيف كثيرة أشهرها "الأم"، "الرسالة". توفي 204 هـ. عبد الرحيم الاسنوي، طبقات الشافعية، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، ط 1، 1407 هـ - 1987 م، 19-18/1 - ابن خلكان، المرجع السابق، 163/4.

⁽³⁾ الرملي، المرجع السابق، 146/5.

⁽⁴⁾ ابن رشد : هو أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الحفيد، الفيلسوف، المالكي. توفي 595 هـ. صنف حوالي خمسين كتابا منها : "التحصيل"، ابن العماد الحنبلي، المرجع السابق، 320/4. أحمد الشنتاوي، وإبراهيم زكي خورشيد، وعبد الحميد بونس. دائرة المعارف الإسلامية، مجلد 1، بيروت، لبنان، دار المعرفة، ص 166 - 175.

⁽⁵⁾ ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، القاهرة، مكتبة الكليات الأزهرية، 1402 هـ - 1982 م، ص 348.

⁽⁶⁾ الكاساني، المرجع السابق، ص 164.

⁽⁷⁾ جبار صابر طه، المرجع السابق، ص 196.

⁽⁸⁾ محمود شلتوت، المرجع السابق، ص 403. - القراني، المرجع السابق، 27/4.

⁽⁹⁾ القراني، المرجع السابق، 27/4.

⁽¹⁰⁾ علي حيدر، دور الحكماء شرح بحلة الأحكام، تعريب فهمي الحسين، لبنان، دار الجيل، ط 1، 1411 هـ - 1991 م. - المادة 93، 1 94.

ولعل الفائدة في التمييز بين المباشر والمتسبب، تتضح أكثر من خلال المثال الذي أورده "ابن قدامة"⁽¹⁾ في "المغني" : "فيما إذا قدم إنسان إلى الهدف فأصابه السهم من غير تعمد فضمانه على عاقلة الذي قدّمه، لأن الرامي متسبب والمقدم مباشر، وإن تعمد الرامي رميه فالضمان على الرامي لأنه حينئذ مباشر، والمقدم متسبب"⁽²⁾.

هكذا نصل إلى أن الفقهاء لم يشترطوا لوجوب الضمان أن يقع خطأ من الفاعل بالمعنى المعروف في القوانين الرضعية، لكن "إبراهيم الدسوقي أبو الليل"، أورد رأياً وسطاً يجمع كل من المباشرة والتسبب لتكوين كل من المسؤولية الخطئية والمسؤولية غير الخطئية ذلك أن : "الشريعة الإسلامية اعتنقت منذ البداية مبدأي المسؤولية الخطئية والمسؤولية غير الخطئية. يتمثل الأول في الأضرار التي تحدث تسبباً، ويتحقق الثاني في الأضرار التي تحدث مباشرة"⁽³⁾.

ونستمر في إبراز التطور الذي مس المسؤولية التقصيرية في الفقه الإسلامي لنصل إلى العصر الحاضر فنقول فيه : لقد بدأ دور اليقظة الفقهية بهذا التعيين المقصود، مواكبا للنهضة الحديثة، وتحديدًا بظهور المجلة العدلية لسنة 1286هـ التي كانت فترة مميزة لبداية التقنين الفقهي. أين اتجه العلماء إلى الاستفادة من فقه المذاهب الاجتهادية كلها، وخطا التنظير والتأليف الفقهي خطوة بارزة، انقضى بذلك على يديه التعصب المذهبي، وأصبح الفقه المقارن من أهم المواد، تأليفاً وتدريساً، بغية الاستفادة القصوى منه تيسيراً على الناس، وتماشياً مع روح الشريعة الصالحة لكل زمان ومكان⁽⁴⁾. وظهرت المقارنة بين المذاهب الفقهية الإسلامية، وبين التشريعات الرضعية، وصيغ الفقه في مواد قانونية، كانت المجلة العدلية أوضح صورة عن ذلك.

ولقد استدعت فترة التقنين هذه منهجية معينة تعاون فيها كل من رجال القانون، وعلماء الشريعة في الدولة الإسلامية، من هذا الخطة التي تقوم على : "اختيار لجنة قوية من أساطين رجال القانون وعلماء الشريعة، لتضع قواعد التشريع الجديد غير مقيدة برأي، أو مقيدة

⁽¹⁾ ابن قدامة : هو عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعلي الدمشقي الحنبلي، أبو محمد موفق الدين، من أكابر أئمة الحنابلة. ومن أشهر مؤلفاته "المغني في الفقه" و"الكافي والمقنع في الفقه". توفي 620 هـ. ابن العماد الحنبلي. المرجع السابق، 88/5. - شاكر الكنتي. المرجع السابق، 158/2 - 159.

⁽²⁾ ابن قدامة (موفق الدين، وشمس الدين)، المغني ويليهِ الشرح الكبير، ج9، لبنان، دار الكتاب العربي، 1403 هـ - 1983. ص 578.

⁽³⁾ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المسؤولية المدنية بين التقيد والإطلاق، منشور في موسوعة الفقه والقضاء للدول العربية، جلد 116، لدار العربية للموسوعات، بلا سنة للطبع. ص 30، هامش(3).

⁽⁴⁾ بدران أبو العينين بدران، الشريعة الإسلامية. المرجع السابق، ص 170.

بمذهب، إلا نصوص الكتاب والسنة، وأمامها أقوال الأئمة، وقواعد الأصول، وآراء الفقهاء، وتحت أنظارها آراء رجال القانون كلهم، ثم تستنبط من النصوص ما تراه صواباً، مناسباً لحال الناس وظروفهم، مما يدخل تحت قواعد الكتاب والسنة، ولا يصادم نصاً، ولا يخالف معلوماً من الدين بالضرورة.⁽¹⁾ لكننا نسجل تحذيراً بخصوص تقنين أحكام الشريعة الإسلامية، وهذا بمراعاة عدم الوقوع في أمرين هما :

أولاً : محاولة تخريج القوانين الحالية على مبادئ الشريعة إرضاء للحشود من المسلمين المتطلعين إلى تطبيق الشرع حيث إن في هذا التخريج معارضة صريحة لأصول الفن التشريعي الإسلامي.

ثانياً : محاولات إلغاء القضاء الشرعي للدول ذات وحدة التشريع، لأن في هذا إلغاء استبعاداً للتشريعات الإسلامية، بل ينبغي أن يصبح القضاء كله شرعياً في الأحوال الشخصية والمالية والجنائية، فهذا جزء من أجزاء الشرع المترابطة جداً.⁽²⁾

ولعل هذا التحذير فيه تخريج للحائل خشية ضرر الوقوع فيه، لكن على الرغم من هذا وغيره، فللشريعة ذاتيتها. ومضامينها المختلفة عن باقي القوانين الوضعية. وعليه لا بد من استقلالية المنهج لضمان الفعالية، وتحكيم الشرع في الدول الإسلامية خاصة.

نصل إلى القول : إن العموم لا بد له من تخصيص، والإطلاق لا بد له من تقييد كذلك، بمعنى أن فائدة الكلام السابق تنصب حول مصطلح الضمان ذي المعنى الفقهي الشرعي، حيث تقعد نظرية شاملة تسمى : النظرية العامة للضمان، وذلك من حيث مداها العلمي، واستقرارها في الأخير وبعد التمهيد والتبع لكلام الفقهاء وتمثيلاتهم لها في بطون كتبهم نظرية كاملة مقابلة للمسؤولية التقصيرية في شطر ضمان العدوان، والمسؤولية العقدية في شطر ضمان العقد، كما نسجل هنا ثبوت السبق والإثراء لنظرية الضمان في الفقه الإسلامي كما أشرنا إلى هذا سابقاً بفضل جهود أئمة أعلام⁽³⁾، نذكر منهم على سبيل المثال لا الحصر، كتاب "مجمع الضمانات على مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان" للبغدادي⁽⁴⁾، وكتاب "الضمان" لعلي

⁽¹⁾ أحمد شاكر، الكتاب والسنة يجب أن يكونا مصدر القوانين في مصر، القاهرة، 1407هـ، ص 38-39 نقلاً عن : محمد كمال إسماعيل، المرجع السابق، ص 72.

⁽²⁾ محمد البشير الإبراهيمي، عيون البصائر، دار المعارف، ص 125.

⁽³⁾ محمد كمال إسماعيل، المرجع السابق، ص 72.

⁽⁴⁾ البغدادي : هو أبو محمد بن غانم بن محمد البغدادي، عاش في القرن الحادي عشر الهجري (السابع عشر الميلادي) فقيه حنفي. من آثاره "مجمع الضمانات"، عمر رضا كحالة، معجم المؤلفين، ج 11، بيروت، لبنان، دار إحياء التراث العربي، ص 111. - حاجي خليفة، كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون، ج 2، دار الفكر، 1402 - 1982، ص 1602.

الخفيف. زيادة على مؤلفات : عبد الفتاح السيد، ومحمد صادق فهمي وعبد الرزاق السنهوري، مع أن القائمة تسع عشرات، بل مئات الأسماء والمؤلفات ذلك لأنهم كلهم حملوا على عاتقهم إبراز علوم الشريعة، ودقتها، واستعانوا على ذلك بالمنهج المقارن، واستطاعوا بدقة هذا المنهج وبثقافتهم القانونية العميقة، وبصرهم الدقيق بالشريعة، أن يقدموا بالعربية والفرنسية رسائل ودراسات⁽¹⁾. تكشف لكل ذي بصيرة ضرورة كون الشريعة مصدرا حيا لقوانين العالم الإسلامي كله.

وقد "صرّح صبحي محمصاني" وغيره بخصوص هذا الموضوع أن الجرم المدني لم يبحثه الفقهاء كنظرية عامة، مفردة، بل بحثوا في الموضوع على النحو العملي الذي اتبعوه في العقود. وعليه فجملة أحكام الجرم المدني، أو الضمان مبعثرة في أبواب مختلفة من الفقه أهمها الجنايات والحدود، والغصب والإتلاف.⁽²⁾

إلا أننا عموما نستطيع القول إن بناء نظرية الضمان يقوم على أساس موضوعي، والهدف الأساس من ذلك البناء هو تمكين المتضرر من الحصول على تعويض مقابل ما لحقه من ضرر، مهما كان. وتغليب الأساس الموضوعي للفقه الإسلامي ذو دلالة بارزة على وفاء الشرع والفقه الإسلاميين بما يناسب الناس في جميع أحوالهم وأزمانهم، ويكرس مزايا التشريع، وأسس الداعية إلى عدم الحرج مع التيسير، ورعاية مصالح الناس، مع توجيه الخطاب لجميع المسلمين وغايته السامية في كل ما سبق تحقيق العدل بين الناس عامة.

وعلى ما سبق وأثبتناه للشريعة، نرى الواقع اليوم ونحن على مشارف القرن الواحد والعشرين، بُعد الشريعة أو الأصح إبعاد الشريعة عن التطبيق في الدول الإسلامية، وعليه انقسمت الدول المنطوية تحت الراية الإسلامية إلى فرقتين - خاصة الدول العربية -⁽³⁾ هما :

الفرقة الأولى : انتهجت الاتجاه الوضعي في سن قوانينها إلا النزر القليل من أحكام الشريعة، حصر خاصة في ميدان الأحوال الشخصية، وتابع فريق آخر ما توصل إليه الفكر القانوني الغربي، وهؤلاء يمثلون أغلبية الدول العربية أمثال : الجزائر، مصر، سوريا، المغرب.

⁽¹⁾ من هذه الدراسات مثلا : أحمد شرف الدين، الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي "بحث بالفرنسية" "Droit Musulman et Doctrine"

"Islamique" : مجلة الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، العدد 1، السنة 3 ربيع الثاني 1399 هـ، مارس 1979، ص 250 وما

بعدها.

⁽²⁾ صبحي محمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود، المرجع السابق، ص 115.

⁽³⁾ محمد كمال إمام، المرجع السابق، ص 63 - 64.

الفرقة الأخرى : وهي قلة انتهجت أحكام الفقه الإسلامي على درجات متفاوتة في الأخذ الغالب والنسبي، ومن هذه الدول المشرع العراقي في القانون المدني رقم 40 سنة 1951 حيث استمد أكثر قواعده من مجلة الأحكام العدلية. وعلى طريقته سار المشرع الكويتي في القانون رقم 6 لسنة 1961 الخاص بتنظيم الالتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع. وعلى غرارهما القانون المدني الأردني المرقم 43 لسنة 1976، الذي يكاد يكون استمداده من الفقه الإسلامي كلياً.⁽¹⁾ ولعل أحدث التقنيات التي صدرت في العالم الإسلامي متناولة أحكام الضمان هو قانون المعاملات المدنية السوداني، والذي وضع للتطبيق عام 1984.⁽²⁾

⁽¹⁾ شرح القانون المدني الأردني الجديد، المرجع السابق، ص 1215 وما بعدها.

⁽²⁾ المكاشفي طه الكباشي، تطبيق الشريعة الإسلامية في السودان بين الحقيقة والإثارة، القاهرة، الزهراء للإعلام العربي، 1986.

الفصل الأول

الخطأ كأساس للمسؤولية التقصيرية

الفصل الأول

الخطأ كأساس للمسؤولية التقصيرية

تمهيد وتقسيم :

يكاد الرأي يجمع على أن القوانين اللاتينية، والقوانين العربية التي حذت حذوها تجعل من الخطأ أساساً للمسؤولية التقصيرية، سواء أكان الخطأ واجب الإثبات في المسؤولية عن الفعل الشخصي، أم كان خطأ مفترضا غير قابل لإثبات العكس في المسؤولية عن الأشياء والحيوان، على اعتبار أن المشرع قد توخى في المسؤولية التقصيرية القائمة على الخطأ المفترض، أن ييسر على المتضرر التعويض عما أصابه من ضرر، فأزاح عن عاتقه عبء إثبات الخطأ.

ويقتضي بحث الخطأ كأساس للمسؤولية التقصيرية، بيان النظرية الشخصية وتقديرها في مبحث أول، ثم أركان الخطأ الموجب للمسؤولية التقصيرية في مبحث ثان وفق الخطة الآتية :

المبحث الأول : النظرية الشخصية وتقديرها.

المبحث الثاني : أركان الخطأ الموجب للمسؤولية التقصيرية.

المبحث الأول

النظرية الشخصية وتقديرها

تتجه أغلب القوانين اللاتينية إلى تبني الخطأ كأساس للمسؤولية التقصيرية وتفرد له العديد من التطبيقات، بيد أن نطاق هذه المسؤولية، والدور الذي يلعبه الخطأ فيها يختلف من قانون إلى آخر. ويرجع تبني هذه القوانين لفكرة الخطأ كأساس للمسؤولية التقصيرية، إلى تأثيرها بالنظرية الشخصية التي تتضمن القواعد العامة للمسؤولية، والتي تجد أساسها في فكرة جوهريّة قوامها "لامسؤولية دون خطأ".

لكن الوضع اختلف مع ما استجد من أوضاع اقتصادية، واجتماعية، وسياسية والتي أثرت على الوضع القانوني، ومنه خضعت النظرية الشخصية للنقد، واستبدلت بأفكار موضوعية، وسوف نعرض فيما يلي للنظرية الشخصية، ثم لتقديرها كلاً في مطلب مستقل.

المطلب الأول

النظرية الشخصية

النظرية الشخصية إماما، تعني من الناحية العملية، ضرورة بحث مسلك المتسبب في الضرر قبل مساءلته، وعلى هذا تنبني على أساس الخطأ، من حيث ضرورة توافره لإمكانية الحكم بالتعويض للمتضرر.

وكان تقرير مبدأ المسؤولية القائمة على الخطأ كالسلاح ذي الحدين، ناحيته الأولى تبرز منه الجانب الحسن، إذ تم وضع القاعدة العامة التي تقرر: "أن كل من يقع عليه ضرر، يستلزم رفعه بتعويض المخطئ عنه". ولكنه من جانبه الآخر قيد الحق في التعويض، فلا يسأل إلا من ثبت خطؤه فعلا⁽¹⁾ وهكذا انبنت النظرية الشخصية على قاعدة: "لا مسؤولية دون خطأ" وكانت هذه القاعدة هي الدعامة المرسية لفكرة الخطأ كأساس للمسؤولية بوجه عام. حيث تبنتها الأنظمة القانونية ذات النزعة اللاتينية على وجه الإطلاق بادئ الأمر، أما الأنظمة الأنجلو سكسونية، وحتى القرن الثالث عشر الميلادي تقريبا، كانت المسؤولية المدنية عندها تقوم على مجرد إحداث الضرر، ولم يلتفت فيها إلى الخطأ، وعليه كان اعتناقها واضحا للمسؤولية الموضوعية وعليه فالمسؤولية المدنية في هذه الأنظمة لا يحكمها مبدأ أو قاعدة عامة، بل هناك حالات شتى تتقرر في كل منها المسؤولية المناسبة، وفق شروطها وطبيعتها، فبعض هذه الحالات لا تتطلب الخطأ أو الإهمال، وبعضها الآخر يتطلبه⁽²⁾.

كما التف حول هذه النظرية جمع كبير من فقهاء القانون، أمثال "ريير" وهو الموحى الأصلي لها، و"ليون" و"هنري مازو" اللذين حرصا عليها، وأسهما في تطويرها، وقادرا انسجامها مع الاجتهاد⁽³⁾.

إن فرض النظرية الشخصية نفسها على أذهان رجال الفقه والتشريع، وكذا القضاء، لم يكن إلا تماشيا مع الفكر الفلسفي الطاغي آنذاك، أي النزعة الفردية، والتي تقرر أنه لا قيام

(1) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 18.

(2) محمد أحمد سراج: المرجع السابق، ص 14. - جبار صابر طه، المرجع السابق، ص 244 وما بعدها.

(3) عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن فعل الأشياء في مبادئها القانونية وأوجهها العلمية، الجزائر، دوان المطبوعات الجامعية، بيروت: باريس، منشورات غريدات، ط2، 1981، ص 380.

Mazeaud (Henri), La faute dans la garde, revue trimestrielle de droit civil, 1925, p. 793.

وانظر :

لمسؤولية أي فرد إلا إذا أحل بالواجبات الملقاة على عاتقه، باعتبارها القيد الذي يرد على حريته، ضماناً لحقوق الآخرين.⁽¹⁾ وهذا هو المسلك نفسه الذي تبناه، المشرع في مصر، وليبيا، والجزائر، وسوريا، وكثير من الدول العربية الأخرى.

إن تأسيس أي فكرة لمحاولة ترسيخها وتثبيت وجودها، يعزى فيه إلى أسانيدها، ومركزاتها، لتكون الدقة أوضح لمجال إعمالها، وللتدليل على صحتها، وكفاءتها. ومنه برزت للنظرية الشخصية، عدة أسس وحجج، تبين قيامها الصحيح على فكرة الخطأ وهي :

أولاً : أسانيد النظرية الشخصية : إن أسانيد النظرية الشخصية، لا تخرج عن ثلاثة وهي :

- السند التاريخي - السند الأخلاقي - السند التشريعي. وعليه فالكلام عن هذه الأسانيد يكون كالآتي :

أ- السند التاريخي : يتبدى لنا في إطار هذا العنصر، أن أهم مرتكز، بل أعمه لتبرير القول بالنظرية الشخصية، كان ولا يزال الجانب التاريخي، بل قد لا تخرج حجج مؤيدي هذه النظرية عن الإطار التاريخي لها، ولتطورها وثبوتها أخيراً تشريعاً وقضاء.⁽²⁾

مرّ بنا خلال العرض التاريخي لتطور المسؤولية التقصيرية، أن فكرة الخطأ، هي فكرة مستحدثة إلى حد ما، أُدخلت على الفكر القانوني نتيجة كتابات فقهاء القانون الكنسي، والمستوحاة من فكرة الخطيئة، التي تبلور اتجاهي الخير والشر⁽³⁾ ثم ورث القانون الفرنسي القديم، ومن بعده القانون المدني لسنة 1804م، هذه الفكرة وبلورها في قاعدة "لامسؤولية دون خطأ". وكان الفرع قد بلغ أشده، لما كانت هذه القاعدة مقيدة المعنى، مطلقة التطبيق.

فها هو "دوما" يقول : "إذا نشأ أي ضرر غير متوقع عن فعل برئ، لا يمكن نسبة أي خطأ إلى فاعله، فلا يكون الفاعل مسؤولاً عنه"⁽⁴⁾ ومنه تركّز الخطأ كأساس وحيد للمسؤولية المدنية، وللمسؤولية التقصيرية خاصة، حكماً وتطبيقاً.

ب - السند الأخلاقي : سنقف لاحقاً عند تعريف الخطأ⁽⁵⁾، أنه من بين أهم المصطلحات القانونية الأخرى "كالحق" التي لاقت صعوبة بالغة في التحديد، ولعلّ السبب الأشد تأثيراً، هو

⁽¹⁾ إبراهيم طه الفياض، مسؤولية الإدارة عن أعمال موظفيها في العراق، القاهرة، دار النهضة العربية، 1973، ص 462.

⁽²⁾ جبار صابر طه، المرجع السابق، ص 70.

⁽³⁾ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 38.

⁽⁴⁾ سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، المرجع السابق، ص 81.

⁽⁵⁾ راجع المبحث الثاني، من هذا الفصل والخاص بآركان الخطأ الموجب للمسؤولية التقصيرية. ص 46 وما بعدها.

المعنى الأخلاقي، وبه يدعم أنصار المسؤولية الشخصية نظريتهم، حيث إن فكرة الخطأ تجدد تبريرها ضمن المفهوم الأخلاقي، ذلك أن تأسيس هذه المسؤولية على غير اللوم الأخلاقي معناه: (التراخي من قبل المدين، وعدم اهتمامه).

يقول كل من - " ستروم هاجر "، "وسالموند" : " إن قواعد النظام القانوني يجب أن تكون مرتبطة بالضرورة بمعايير الأخلاق، وقواعد العدالة، وهذا الارتباط، هو الذي يفسر ظاهرة الحقوق القانونية"⁽¹⁾.

بناء على ما سبق، لا بد طبقاً للسند الأخلاقي، من توافر قصد الإضرار لدى الفاعل، فيلزم بأداء التعويض، وهذا بالتحديد المقصود بالعنصر النفسي في الخطأ⁽²⁾.

إذن فوجود هذا السند يعزز الخطأ، ويقيم للنظرية الشخصية ديمومة في التطبيق والإرساء، بقاء هذا السند، لأنها دونه تفسح المجال للنظرية الموضوعية وهي غريمتها.

جـ - السند التشريعي : يركز أنصار النظرية الشخصية ضمن السند التشريعي على جملة نصوص من القانون المدني الفرنسي، وبالذات المادة 1382 منه التي تذكر صراحة اشتراط الخطأ لوجوب طلب التعويض، مع الإشارة هنا أن الفقه في اعتماده على هذا السند، لم يكن إلا لإرساء النظرية الشخصية، كونها سابقة الوجود حتى على النصوص التشريعية المتأخرة عنها ظهوراً، والمؤيدة لفحواها تباعاً، أي بعد فترة ظهور القانون المدني الفرنسي. يقول "دوما" : "كل الخسائر والأضرار التي تقع بفعل شخص، سواء رجع هذا الفعل إلى عدم التبصر، أو الخفة، أو الجهل، أو أي خطأ مماثل، مهما كان هذا الخطأ بسيطاً، يجب أن يقوم بالتعويض عنها، من كان عدم تبصره أو خطؤه سبباً في وقوعها."⁽³⁾

كان لهذه الكلمات أكبر الصدى، حيث تلقاها المشرع الفرنسي بالقبول، ودعمها بالتقنين، وكذلك فعلت بعده معظم القوانين الوضعية، وبهذا ارتبطت المسؤولية التقصيرية بالخطأ، وقيدت به.

⁽¹⁾ هـ، ل، أ. هارت، الوضعية والفصل بين القانون والأخلاق، عرض وتعليق محمد نور فرحات، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية

الحقوق، جامعة عين شمس العدد 2، السنة 10، تموز 1968، ص 639.

⁽²⁾ راجع الركن المعنوي للخطأ ضمن البحث الثاني من هذا الفصل، في المطلب الثاني منه. ص 9 وما بعدها.

⁽³⁾ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، بند 518، ص 864 وما بعدها.

واستناداً إلى النصوص - الخاصة بالمسؤولية التقصيرية - والأعمال التحضيرية للقانون المدني الفرنسي، ذهب فقهاء مدرسة الشرح على التّون، ومنهم "ديمولومب"، و"لوران"، و"بودري"، وغيرهم إلى تقديس النصوص التشريعية، وعليه لا يُسمح للقاضي، ولا للفقهاء أن يفسر النصوص وفقاً للتطورات الاجتماعية بل يجب عليه البحث عن نية المشرع الحقيقية عند وضع النص والالتزام بحكمه بغض النظر عما يطرأ على أوضاع المجتمع من تغيرات وهكذا تبنت هذه المدرسة فكرة الخطأ كأصل عام في المسؤولية المدنية.⁽¹⁾

ثانياً : حجج النظرية الشخصية : في عرضنا التالي لمختلف الحجج التي أبرزها مؤيدو النظرية الشخصية، بغرض تبرير تبني الخطأ كأساس للمسؤولية التقصيرية، عدم مراعاتنا للحجة القوية، فالمتوسطة، فالضعيفة ترتيباً، لأن في هذا المسلك حكماً ابتدائياً عليها، وإنما نكتفي بإيراد جملة حجج تمسك بها القائلون بهذه النظرية، لتزسيخ وحدانية الخطأ كأساس للمسؤولية عموماً، وجملة هذه الحجج هي :

أ - ينطلق أصحاب النظرية الشخصية لتبرير الخطأ أساساً للمسؤولية، أن إلغاءه أو إحلال المسؤولية الموضوعية محله يؤدي إلى فتور روح المسؤولية لدى الفرد، وينتج عنه تزايد حالات الأضرار في المجتمع. لذا فالوضع القائم، وهو الصحيح للمسؤولية المدنية، يعطي للخطأ دوره الفعال، لتحديد من يتحمل عبء التعويض، وفي حالة انتفاء الخطأ يتعين على المتضرر تحمل الضرر بقيمة ما أصابه.⁽²⁾

وعليه فالنتيجة الحتمية هنا، هي ضرورة أن يسعى الفرد بكل طاقاته لضبط سلوكه حتى لا يرتكب أي خطأ قد ينجر عنه ضرر بالغير يستتبع التعويض. وبالمقابل يسعى إلى عدم تمكين غيره الإضرار به، حتى لا يدخل في مسألة إثبات الخطأ، ومن يدفع التعويض؟ لهذا فالخطأ كأساس للمسؤولية - يضيف أصحاب هذا الاتجاه - لا يزال عاملاً هاماً للتقليل من الأضرار، وتحاشيها من جانب المسؤول أو المتضرر.⁽³⁾

ب - إن الأخذ بالنظرية الموضوعية، ضد المصلحة الاجتماعية، ونتائجها خطيرة جداً، إذ تؤدي إلى شلل نشاط المنافسة بين الأفراد، ذلك أنه قبل ممارسة أي نشاط، يقوم الفرد بتحديد ما قد

(1) عبد المنعم فرج الصده، أصول القانون، بيروت، دار النهضة العربية، ص 278 - 279.

(2) محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص 189.

(3) المرجع السابق نفسه، ص 190.

يعود عليه من مسؤوليات وتبعات جراء نشاطه، وفي هذا إحجام غير مباشر للفرد عن القيام بأي نشاط كان.⁽¹⁾

ج- في معرض إثبات حسنات النظرية الشخصية، يرى أنصارها أن في موقف كل من الفقه والقضاء المعادي للنظرية الموضوعية، دليلاً على عدم فقدان الفكرة أو الأساس في أن المسؤولية المدنية ليست سوى التنظيم القانوني، والفني للمسؤولية الأدبية، وأن التعويض ما هو إلا فكرة قديمة وضعتها الآداب المسيحية في الاعتبار الأول، وانتقلت به إلى مرحلة الندم والحسرة، واللذان لا تكفيان، إذ الغرض الأساسي يبقى الجبر المادي للضرر.

والفرد كائن اجتماعي، يعيش وسط جماعة يتفاعل معها، فتكون نتيجة هذا التفاعل أنه قد يضر هو بهم، أو قد يُضر هو من طرفهم. لذا وجب عليه أن يخطأ في تعامله معهم، وأن لا يأتي خطأ. ذلك أن السلوك الخاطئ الذي قد يأتيه، معناه أنه كان في استطاعته تحاشيه، أو على الأقل التخفيف منه، ويبقى الخطأ هكذا ركناً أساساً من أركان المسؤولية لا تقوم إلا بوجوده.⁽²⁾

د- إن التعويض المدني مهما قيل عنه إنه ليس عقوبة، فما من جدال أنه يصيب ذمة المرء، وتنتقص ماليته، فهو على الأقل لا يخلو من طابع الجزاء.⁽³⁾

هـ- يقول "بلانيول" : "إن نظرية الخطأ قرينة العدالة، وأن المسؤولية المدنية بلا خطأ، معناها لا عدالة، ومساءلة شخص في القانون المدني دون ارتكاب خطأ تقابل في قانون العقوبات معاقبة برئ"⁽⁴⁾.

و- يرى أنصار هذه النظرية أن الخطأ كأساس يبرر بعض الأوضاع القانونية كوضعية عديم التمييز أو فاقده، ذلك أن القول بأن المسؤولية المدنية مجردة من المسؤولية الأدبية، غير صحيح، لأنها تظل مرتبطة بالعامل الأدبي⁽⁵⁾، وعليه فالمسؤولية تقوم على التمييز، فالشخص الذي لا

(1) نعيم عطية، تحديد مدلول الحراسة، مجلة المحاماة، العدد 3، السنة 35، 1955، ص 600.

(2) محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص 189.

(3) نعيم عطية، المرجع السابق، ص 600 - 601.

(4) Lalou Henri : traite pratique de la responsabilité civil, 6ème édition, Paris, à 1962, p 78, N o: 122., Leon

Husson : les transformations de la responsabilité, étude sur la pensée juridique, Paris, 1947, p133, N: 02.

(5) George Ripert : la règle morale dans les obligations civils, 4^{ème} édition, Paris, 1949 , N° 112.

يتوفر فيه ركن الإدراك لا تجوز مساءلته لامدنيا ولا أدبيا، ولا جنائيا، طالما أن المحاسبة تقوم على الخطأ، وهذا بعينه هو فضل النظرية الشخصية.⁽¹⁾

كما نشير هنا أن هذه الحجة مزحزة من أساسها، ذلك أن القضاء قد خرج على مبدأ عدم مسؤولية عديم التمييز، وبالتالي يكون قد خرج عن الركن المعنوي، فلم يعتبره في أحوال كثيرة، أولعدم وجود من يكون مسؤولا عنه.

⁽¹⁾ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، بند 536، ص 798.

المطلب الثاني

تقدير النظرية الشخصية

القاعدة أنه إذا أريد هدم أي بناء مهما كانت طبيعته، البحث عن عيوبه، وهنا وفي إطار تمحيص النظرية الشخصية، سنعالج تنفيذ أسانيد هذه النظرية أولاً ثم يبان مظاهرها عيوبها ثانياً على النحو الآتي :

أولاً : تنفيذ أسانيد النظرية الشخصية : على غط بيان أسانيد النظرية الشخصية السابقة، وهي السند التاريخي، والسند الأخلاقي، فالسند التشريعي، نورد تنفيذ هذه الأسانيد بالترتيب المذكور كالآتي :

أ - تنفيذ السند التاريخي : بعد أن أثبت أنصار النظرية الشخصية جذورها التاريخية، اعتماداً على القانون الروماني والتعاليم الكنسية، تجسيدا لمبدأ : "لامسؤولية دون خطأ"، فإن هذا السند نفسه لاقى من معارضي هذه النظرية الحجة لإبطالها، وردهم كان تاريخياً استقصاء لأمم سألقة الوجود⁽¹⁾ على القانون الروماني، وكذا الكنسي، هذه الأمم التي لم تكن المسؤولية عندها مقامة على أساس الخطأ، بل قامت المسؤولية عندها على الضرر ترجيحاً للجانب الموضوعي.

وإذا نحن جاوزنا مرحلة ما بعد القانون الروماني، نقف وقفة استدلال على ما كان من نهج الشريعة الإسلامية بخصوص هذه المسألة، إذ لم تأخذ بفكرة الخطأ، وإنما حصرت الشريعة النظر في محدث الضرر الذي يلزم بالتعويض أو الضمان، ذلك أن الفقهاء المسلمين متفقون على أن من أتلّف مالا أو نفساً أو عضواً، أو فوتّ جمالاً من عضو من غير حق شرعي، فعليه مسؤولية ما أتلّف.⁽²⁾ كما تنجلي خصوصية التشريع هنا في فكرة التمييز، التي لم يكن لها اعتبار لقوله تعالى : ﴿وَكُلُّ إِنْسَانٍ أَلْزَمْنَاهُ طَائِرَهُ فِي عُنُقِهِ﴾⁽³⁾.

وإذا نحن كذلك أسرعنا الخطى نحو العصر الحديث، نسجل تغير الظرف والزمان، وهما بدورهما حتماً إعادة النظر في أساس النظرية الشخصية، وكان هذا بفضل انتصار النظام

(1) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 10 - 12، ومن هذه الأمم والجماعات : أفيجوز، الكومانشيس، يورك أنديان، وغيرها.

(2) محمود شلتوت، المرجع السابق، ص 403.

(3) الإسراء : 13.

الاشتراكي على النظام الرأسمالي الفردي، حيث برزت النظرية الموضوعية بشكل عملي وفَعّال، وهذا أدى إلى التلمس المحسوس لتفهقر فكرة الخطأ في النظرية الشخصية، لا لشيء إلا لأنها تخالف صراحة التطور الاجتماعي، والقانوني، والاقتصادي. ومنه فالتعويل على السند التاريخي لتأكيد النظرية الشخصية يندثر كلما أمعنا النظر أكثر في الشرائع المقارنة قديمها وحديثها.

ولا حرج من التأكيد أكثر من مرة، أن سنة التطور سائرة في هذا الكون على مختلف مكوناته، فهل يخرج القانون ونظرياته، شواذ عن هذا التطور؟ والجواب : لا، ذلك أن الربط الاجتماعي القانوني حتمية أكيدة لمسيرة الحياة، بمختلف أوجهها لمنطق التاريخ، الذي يأبى إلا التطور، وخلاف هذا الرأي إيقاف لسيرورة الزمن، وهو في الواقع لن يتوقف.

ب - **تفنيذ السند الأخلاقي** : إن العبارة الشهيرة : "ما يسمح به القانون لا يتفق دائما مع الأخلاق" للفقهاء الروماني "بول"⁽¹⁾، مسلم بها على أن للأخلاق مجالها المنظم لها، وكذلك للقانون.

لم يرجع الخلط بين القانون والأخلاق إلا في العصور الوسطى، ثم عاد الفصل بينهما حديثا، ومحتوى فكرة الفصل هذه ترجع إلى أن وجود القانون شيء والحكم عليه بمعايير الحسن والقبح شيء آخر⁽²⁾.

ومن المناصرين لوحدة القانون والأخلاق في الوقت الحاضر، "جورج ريبير"، فلا يرى فارقا بين الواقع والقيمة، ولا بين الوسائل والأهداف، حيث إنه لا يوجد في الحقيقة أي فرق بين القاعدة الخلقية، والقاعدة القانونية، لا من حيث النطاق، ولا من حيث الطبيعة أو الغاية، ولا يجوز أن يوجد شيء من ذلك، لأن القانون يجب أن يحقق العدالة وفكرة العدالة هي فكرة أخلاقية⁽³⁾.

في الحقيقة إن الغاية من الفصل بين القانون والأخلاق هي في النهاية أن يحصر القانون اهتمامه في القانون كما هو كائن، دون الاهتمام بالقانون كما يجب أن يكون⁽⁴⁾.

رأينا في سند النظرية الشخصية أن تأسيس المسؤولية على غير الخطأ معناه، التجرد من الإطلاق، لكن الحقيقة أن القول بوجود قاعدة أخلاقية مرغوب فيها لا تعني ارتقاءها إلى مرتبة

(1) عبد المنعم فرج الصده، أصول القانون، المرجع السابق، ص 28، وما بعدها.

(2) ثروت حبيب، الالتزام الطبيعي حالاته وآثاره، مصر، مطبعة الرسالة، 1961، ص 45.

(3)

George Ripert, op. cit, p 10.

(4) عبد المنعم فرج الصده، أصول القانون، المرجع السابق، ص 14.

القانون، ولا أن وجود قاعدة قانونية مخالفة لمعايير الأخلاق لا يخلع عنها صفة القانون⁽¹⁾، كما أن المشرع لم يكن متنكراً للأخلاق التي هي العدالة في وجه من الوجوه يوم تنكر للنظرية الشخصية، وأقام المسؤولية على أساس الضرر في تبعات العمل، والطيران تماشياً مع مقتضيات العصر⁽²⁾. ومبادئ الأخلاق كذلك كانت السباقة للدعوة لإحداث هذا التغيير.

ولن ننحَوَّ بعيداً عن لب هذا الرد لنقف عند عديم التمييز، هذا الذي روعي في النظرية الشخصية، فلم يسأل عن خطئه مهما بلغ، رغم أن المبدأ الأخلاقي يأبى أن تقام المسؤولية بلاخطأ على حد تأسيس النظرية الشخصية، أفليس هذا تناقضاً صريحاً داخل المؤسسة الأخلاقية نفسها؟ وعليه فالقانون والأخلاق لا يمكن لهما أن يختلطاً تماماً إلى الحد الذي تقام فيه نظرية قانونية على أساس خلقي يتبنى فكرة الخطأ⁽³⁾.

ج - تنفيذ السند التشريعي : استندت مدرسة الشرح على المتون، وهي التي وصلت إلى حد تقديس النصوص والتقييد بها حرفياً، وكذا الالتزام بنص القانون، ولو اتضح لها عدم ملاءمته لما استجد في المجتمع من أحداث إلى نص المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي، وهي المقرر الصريح على أن الخطأ هو أساس المسؤولية الوحيد، وعليه فلا يجوز لأي كان، وخاصة الفقه والقضاء، الخروج على حرفية النصوص⁽⁴⁾.

إن الرد هنا يكمن في أن النصوص ما وجدت إلا لخدمة البشر، وليس العكس وسنقف على استحالة الفصل بين التطور القانوني والاجتماعي. ومنه فأني للنصوص التشريعية أهمية إذا ما هي وقفت مكانها، والركب الاجتماعي في تطور ورقي؟ إنها على هذه الحالة جامدة لا حياة فيها، فأين مزية النص التشريعي من عيوبه إذن؟

إن الفقه نفسه قد بدأ فعلاً بهدم هذا السند، نتيجة تغير المطالب الاجتماعية وتغير ظروف الحياة، حيث رأى أن قداسة النصوص تُركَّع لها مبادئ الأخلاق والعدالة وهذا مناقض للمنطق السليم حتى عند الفقه التقليدي نفسه⁽⁵⁾. ونموذج هذا التحول، وهو مظهر مثالي

(1) هـ.ل. أ. هارت، المرجع السابق، ص 637.

(2) محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص 295.

(3) سعد واصف : التأمين من المسؤولية، دراسة في عقد النقل البري رسالة دكتوراه. من جامعة القاهرة، كلية الحقوق، دار النشر للجامعات المصرية، 1958، ص 115.

(4) علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 156. - جبار صابر طه، المرجع السابق، ص 95.

(5) علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 156..

للنظرية الموضوعية - دون تصريح القضاء باعتناقه لها - هو إدخال فكرة الخطأ المفروض في المسؤولية عن فعل الأشياء، وهذا الخطأ المفروض ليس إلا خطأ تصوريا لا وجود له في الحقيقة، بل هو حيلة القضاء لإعفاء المتضرر من إثبات الخطأ، وكان هذا نتيجة كثرة الانتقادات التي وجهت له في هذا المجال، وكان أول حكم يتعلق بالمسؤولية عن فعل الحيوان، تطبيقا لهذا الفرض الجديد - بعد أن كانت هذه المسؤولية تخضع لضرورة إثبات الخطأ - ما صدر عن محكمة النقض بتاريخ 27 - 10 - 1885، إذ قررت قيام هذه المسؤولية على الافتراض الذي لا يقبل إثبات العكس، ولا يدحض إلا بإثبات السبب الأجنبي، وما من شك في أن هذا حكما بنظرية تحمل التبعة.⁽¹⁾

ثانيا : مظاهر عيوب النظرية الشخصية : تتجلى مظاهر عيوب النظرية الشخصية في مظهرين أساسيين هما :

أ - الخطأ قوام العدالة الفردية.

ب - الخطأ تهيئ للتطور الاجتماعي، والاقتصادي، والقانوني.

ولنتكلم في هذين المظهرين بشيء من التفصيل كالآتي :

أ - الخطأ قوام العدالة الفردية : أخذت الشرائع الحديثة في أغلبها بفكرة الخطأ بطريقة مخالفة تماما لما كان عليه الوضع عند الرومان، وكما أن القانون الفرنسي القديم انتهى إلى اعتبار الخطأ أمرا يتفق وقواعد الأخلاق التي توجب عدم الإضرار بالغير⁽²⁾، ومنه فليس من مقاييس ذلك العصر، ولا من أخلاقه القول بالمسؤولية دون خطأ.

لقد صاحب تثبيت فكرة الخطأ شيوع المذهب الفردي، الذي يقدر بدوره حرية الفرد، ويحمي مصالحه مهما كانت، كذلك فإن ربط النظرية الشخصية بمختلف المذاهب الفردية آنذاك دعوة صريحة إلى استقلال الفرد عن مجموعته، فليس لأحد أن يسأله عن ضرر ألحقه بالغير إلا إذا استطاع هذا الغير، إثبات أو إقامة الدليل على صدور الخطأ منه، وكان هو المعني في إحداث الضرر.⁽³⁾

وعليه فالنتيجة الطبيعية لهذا هي أن تكون أذهان واضعي القانون المدني الفرنسي في

(1) علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 157.

(2) محمود جمال الدين زكي، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، مطبعة جامعة القاهرة، ط 2، 1976، ص 452.

(3) إبراهيم طه الفياض، المرجع السابق، ص 462.

القرن التاسع عشر مستوحاة من هذه النزعة، ومشبعة بفكرة الخطأ، في جعله الأساس الأوحد للمسؤولية التقصيرية. لقد كانت فكرة الخطأ وسيلة فعّالة لتحقيق مطالب العدالة الفردية، هذه الأخيرة التي تأبى أن يُعَوَّضَ الفرد عن خطئه، إلا إذا ثبت عليه فعلاً ولعل فكرة الخطأ كانت تفرض سيطرتها في أساس المسؤولية المدنية لما لها من قدسية من جهة، ومن جهة أخرى فإن الفكرة الفردية كانت تبرز بسبب اقتصار النشاط العام في المجتمع على مجالات تكون شخصية الفرد فيها محل اعتبار⁽¹⁾.

ومن ثم، وفي سبيل تحقيق تلك العدالة استخدمت كافة السبل، حتى وإن أدى الأمر بالاستعانة بغريميتها النظرية الموضوعية، فكان التحول نحو موضوعية التعويض، أكثر توافقاً مع مصلحة محدث الضرر، وفي سبيل إلغاء النزعة الشخصية في تقدير التعويض، وضع هذا الأخير في قالب موضوعي، استلزم مراعاة الاعتبارات والمصالح الاجتماعية، التي لا تقيم وزناً للنزعة الفردية، فالموضوعية هي انعكاس لوجهة نظر المتضرر لا المسؤول⁽²⁾.

ولعل الأساس في هدم العدالة الفردية، هو منطق العدالة نفسها، فيما لو استحال إسناد الخطأ أو الإهمال إلى أي طرف كان، فيكون القدر حتماً هو الطرف الإيجابي في هذا المنطق⁽³⁾. إضافة إلى هذا فالنتيجة الحتمية من المناداة بالعدالة الفردية، حفظ أموال الأفراد عليهم دون أدنى نظر لحال المتضررين، وهذا كما نعلم خروج فاضح عن نظام المساواة، الذي تقرر مبدأ عاماً لدى كافة الشرائع، وعلى مختلف مستويات العدل والتكافؤ.

واضح الآن أن مبررات المنطق الفردي، تنحو نحو التخفيف من مسؤولية الفاعل، حتى وإن أتى فعلاً خاطئاً، وتخريج هذا التخفيف ناتج عن إلغاء اللوم على الفاعل، وإنزال درجات تقدير التعويض على الاعتبار السابق خاصة إذا أهمل في اتخاذ الإجراءات اللازمة لمحو الضرر ولمنع تزايد المتضرر نفسه⁽⁴⁾.

والخلاصة في هذا أن اعتماد فكرة الخطأ كأساس كان متماشياً مع الفردية في نظام الرأسمالية حيث سخر كل من القانون، والفكر، والعدالة لصالح الطبقة الرأسمالية، ولذلك كانت

(1) إبراهيم طه الفياض، المرجع السابق، ص 463.

(2) Jacomet : Essai sur les actions civiles de caractère pénale en droit français, thèse, Paris, 1905, p10.

(3) Loaré : La législation civil, commerciale et criminelle de la France, t XIII, p57, n° 19.

(4) مصطفى مرعي، المسؤولية المدنية في القانون المصري، ط 1، 1936، ص 138.

النزعة الفردية ترى في الخطأ والإهمال حماية كافية للفرد وأفكاره، وامتسعا الحرية العمل، والتنافس وما التشريع إلا صدى لتلك المصالح والأفكار، ف لوحظت بصمات النزعة الفردية في نصوص التشريع بوضوح، وانظر إلى وضعية المصاب في ظل هذه النزعة الغالبة^(١).

ب - الخطأ عرقلة للتطور الاجتماعي، والاقتصادي، والقانوني : إن الحالة الاجتماعية، ماهي إلا انعكاس للأحوال الاقتصادية السائدة في المجتمع، لهذا ارتأينا الجمع بينهما حتى نختصر التكرار، وللربط فائدة جلية كما سنرى.

كلما زادت الحياة قمتنا ورقياً، تعقدت الروابط الاجتماعية ضمنها، بين مختلف فئات أفرادها، مما يستدعي وجود قواعد تنظيمية، تعكس الترابط والرقى بين العلاقات الجديدة للأفراد، وضوابطها.

وفيما يخص الترابط بين طرفي العلاقة الخاصة بتطور الحياة والنصوص وتماشيهما فإنه : "لما كانت الحياة متعددة ومتغيرة، والنصوص ثابتة جامدة، ظهرت مشكلات ثلاث تكشف حياة القانون في كل المجتمعات والعصور، مشكلة الثغرات، إذ النصوص متناهية والوقائع غير متناهية، والحاجة إلى الملاءمة بين عموميات النصوص وخصوصيات الحياة، والحاجة إلى التطوير لتحديد شباب القانون كلما تغيرت ظروف المجتمع"^(٢).

والقاعدة هنا أن الارتباط بين القاعدة القانونية والحياة الاجتماعية من المسلمات، وعليه كان الأخذ بفكرة الخطأ، هو محل الربط بين القاعدة القانونية، والحالة الاجتماعية التي كانت سائدة عند ظهور القانون المدني الفرنسي لسنة 1804، خاصة من جانب تميز كل من المسؤولية المدنية، والمسؤولية الجنائية عن بعضهما البعض.

لقد تم التسليم في فترة سابقة على أن الخطأ هو قوام العدالة الفردية، لكن بتغير الزمان، وتطور الحياة، لحت الحاجة إلى تغيير القاعدة بعد أن استدعى العصر السابق الأخذ بفكرة الخطأ، كان من الطبيعي أن يتغير هذا الأساس وفق المنطق المتبع، وهو التغير الاجتماعي، والاقتصادي^(٣).

رأينا في التتبع التاريخي لتطور المسؤولية التقصيرية، كيف أن المخاطر ما فتئت تزداد بتطور الوضع الاقتصادي خلال أواخر القرن التاسع عشر^(٤)، إذ تغير نظر المجتمع للخطأ، فأصبح

(١) عبد المنعم البدر اوي، المرجع السابق، ص 59، وما بعدها.

(٢) ثروت أنيس الأسويطي، المنهج القانوني بين الرأسمالية والاشتراكية، مجلة مصر المعاصرة، العدد 333، السنة 59، 1968، ص 235.

(٣) إبراهيم طه الفياض، المرجع السابق، ص 462 - 463.

(٤) المرجع السابق نفسه، ص 466.

الاهتمام الغالب ينصب حول جبر الضرر، وعليه أصبحت المسؤولية الشخصية غير ملائمة للعصر الحالي - أي القرن العشرين - ومنه فالخطأ يقف ضد متطلبات الحياة الجديدة⁽¹⁾، ويصلح لقياس سلوك أفراد عاشوا في زمن تقاربت فيه مستوياتهم بسبب بساطة الحياة، وعدم كلفتها. لهذا ولما سبق، فإن فكرة المسؤولية الشخصية وجدت المرتع الخصب لها في المجتمعات الرأسمالية لذلك فهي لا تصلح للمجتمعات الاشتراكية، التي تهفو للعدالة، بحماية حقوق، ومصالح جميع أفراد المجتمع دون تفرقة أو تمييز.

كان المجتمع قديما بدائيا، وزراعيا، وكانت المسؤولية الشخصية هي أساس التحكيم بين أفراد المجتمع مسؤولا، ومتضررا، حيث كان المسؤول لا يرضى من جهة أن يترك المصاب لحاله دون أن يقوم بعمل ما، وكذلك المتضرر، قلما كان يرضى بأخذ العوض، ناهيك عن المطالبة به.⁽²⁾

ومن نتائج هذا التطور الاجتماعي، والاقتصادي، أن أصبحت الروابط بين الناس، تقوم على اعتبار المال إزاء المال، فيؤخذ من مال هذا لسد نقص مال آخر، بعد التخلي عن أي اعتبار شخصي آخر.⁽³⁾

إن التطور الاجتماعي، والاقتصادي، مناقضة صريحة للنظرية الشخصية، هذه الأخيرة التي كانت صالحة لعصر مضى، إذ سبّ الحياة في التطور والتغير تأبى على هذه النظرية استمرارها في الصلاحية لعصر آخر، يختلف عن عصر صلاحها في معظم ملامح الحياة الاجتماعية والاقتصادية، يقول "حسن زكي الأبراشي": "الحياة الاجتماعية في العصر الحاضر قد اكتنفها تغيرات واسعة النطاق، شملت نواحي متعددة من نواحي الحياة، لذلك لا مناص من أن تحدث أثرها في التفكير القانوني، وأن تجبر الرؤوس القانونية الكبرى على البحث عما يلزم اتباعه ضمانا للعدالة بين الناس، التي هي أساس لكل تقدم، ورخاء، وأطمئنان..."⁽⁴⁾.

إن التاريخ على مختلف مراحل أحداثه، لا يترك مجال الزمن يمضي على مهل، بل التحرك السريع هو طابعه الذي يعاكس فيه، وبصورة مذهشة تطور القانون، هذا الذي قد يحتاج إلى

(1) جبار صابر طه، المرجع السابق، ص 84.

(2) المرجع السابق نفسه، ص 84 - محمد زهدور، المرجع السابق، ص 22.

(3) عبد المنعم فرج الصده، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 535.

(4) حسن زكي الأبراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والقانون المقارن، رسالة دكتوراه، القاهرة، 1949، دار النشر للجامعات المصرية، بلا سنة طبع، ص 9.

فترات زمنية متباينة حتى يرسو تطبيقا وقضاء يعمل به. فالقانون ليس بمعزل عن الحياة، والنصوص القانونية ماهي إلا انعكاس لحاجات المجتمع التي لا تعرف استقرارا، لذلك فالقانون علم ذو طبيعة اجتماعية أصيلة⁽¹⁾.

إن الذي لا جدال فيه هو أن التطور القانوني حقيقة واقعية لا تحتاج إلى تدليل، فكل قاعدة من قواعده نشأت في وقت ما، ولظرف ما، تلبية لحاجة استدعتها، وهذه القاعدة لن تبقى ثابتة، بل سينالها التغير حتما، وهكذا شتى قواعد القانون. وعلى هذا تطور القانون الخاص تطورا عميقا في جميع عناصره، فظهرت العبارتان الشهيرتان:⁽²⁾

- عميمة القانون الخاص *Publicisation du droit privé* - .

- واجتماعية القانون الخاص *Socialisation du droit privé* -

ثم إن لمبدأ سلطان الإرادة في دائرة الروابط العقدية، مقابلا له في مبدأ "لامسؤولية دون خطأ" في المسؤولية التقصيرية. ونظرا لما طرأ على هذا المبدأ من تبدل، حتم أن يسري هذا الرفض من المجتمع الاشتراكي للمسؤولية الشخصية.⁽³⁾ لقد برزت قواعد وأوضاع قانونية، لم يعرف لها نظير من قبل. كتغير مضمون الالتزام بعيدا عن الإرادة، كما كيّفت الملكية على أنها وظيفة اجتماعية تمارس تحقيقاً للمصلحة العامة.⁽⁴⁾

وإذن فتوازي تطور الحياة والقانون، ماض في الاتجاه نفسه، فإذا حدث هذا بالنسبة للعقد والملكية، أفليس للمسؤولية الشخصية، نصيب من هذا التغير؟ طبعاً نعم، لأن اتجاه التطور حتمته أسباب ودوافع، غيرت وجهة النظر فيه باتجاه المتضرر، جبرا لضرره، على اختلاف صوره، ونتائجه.

لقد أزاحت المسؤولية العقدية، فكرة الخطأ أو المؤاخذه، وتبنت فكرة موضوعية أبعادها الأساسية هي ضرورة معالجة الاختلال الذي أصاب التوازن الاقتصادي، في علاقة الالتزام الناتج بسبب نقص، أو عيب، أو تأخير في تنفيذ ذلك الالتزام أو ضرورة إعادة التوازن بشكل آخر في

(1) جبار صابر طه، المرجع السابق، ص 86.

(2) المرجع السابق نفسه، ص 87.

(3) تحليل أحمد قتادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، ج 1، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1994، ص 18-19.

(4) المرجع السابق نفسه، ص 19 - عبد المنعم البدر أوي، المرجع السابق، ص 72.

حالة انهيار التوازن الأصلي، وهذا لاستحالة التنفيذ العيني. فالرأي الغالب في الفقه متجه إلى عدم اشتراط توفر الخطأ في المسؤولية العقدية.⁽¹⁾

وإذا نحن اتجهنا صوب القوانين غير اللاتينية.⁽²⁾ كالقانون الألماني مثلاً، نجد مادي النزعة في كل من الحق والالتزام، فينظر إليهما باعتبارهما توازي ذمتين مالتيتين، وكذلك ينظر في مسلك من يأتيه، دون التفات إلى سد النقص المالي في ذمة المتضرر على حساب الذمة المالية للفاعل، وليس كما في النظرية الشخصية.⁽³⁾

ونقف قليلاً عند المسؤولية الجنائية، التي كان المنطق يستدعي قيامها على فكرة الخطأ، ولكن المنطق نفسه كان الأولى به أن يُبعد هذه الفكرة عن نطاق المسؤولية المدنية لقيام حدود الفصل بينهما أخيراً حتى وإن اعتبرنا أن المسؤولية المدنية وليدة المسؤولية الجنائية، ومتأخرة عنها في الوجود والتحديد إضافة إلى ظهور أفكار المدرسة الإيطالية، بزعامة "فيري"، والداعية إلى ضرورة تخلص المسؤولية الجنائية من فكرة الخطأ. ألم يحسن الأوان بعد لتتحرر المسؤولية المدنية منها كذلك؟ والتطور قد أصاب أغلب النظريات القانونية إن لم يكن كلها!! أما الآن فلم يعد القانون يجد حرجاً أن يقول: إنَّ هناك ظروفاً تقتضي فصل المسؤولية عن الخطأ وربطها بالضرر وحده.⁽⁴⁾

وإجمالاً للمآخذ التي اعترضت سبيل النظرية الشخصية، وزعزعت أساسها، وحولت الأنظار عنها صوب النظرية الموضوعية نقول:

(1) إن تعدد صور المسؤولية، وتزايدها المستمر، يصعب تمريرها بحسب فكرة الخطأ بالمعنى التقليدي، كمسؤولية الغير، والأشياء، حيث إنَّ هذه الأخيرة يبقى الضرر هو أساسها الجوهرية.⁽⁵⁾

(2) إن النظرية الموضوعية تقيم أساسها على الضرر وحده، بينما النظرية الشخصية تقيم المسؤولية مع عدم وجود الخطأ حقيقة، أي أنها تستعين بالنظرية الموضوعية، لتؤكد قصور فكرة

⁽¹⁾ عبد الرحمن عباد، نظام المسؤولية العقدية، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، الاسكندرية، العدد 3 و1، السنة 14، 1969، ص100.

⁽²⁾ المقصود بها الدول الأنجلو سكسونية.

⁽³⁾ عبد المنعم فرج الصده، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 535.

⁽⁴⁾ المرجع السابق نفسه، ص 535 - 536. - محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص 256.

⁽⁵⁾ هشام علي صادق، تنازع القوانين، الاسكندرية، منشأة المعارف، 1993، ص 738 - 739.

الخطأ عن مسايرة كل تطبيقات المسؤولية.⁽¹⁾

(3) إن القول بالنظرية الشخصية معناه : أن المزج بين المسؤوليتين المدنية، والجنائية ما زال قائما في ظلها، وإلا فالأخيرة تُعنى بالخطأ، بينما الأولى الضرر هو معيارها الوحيد، ذلك أن الحكم في المسؤولية المدنية يبنى على مقدار الضرر الحاصل بصرف النظر عن جسامة الخطأ من ضلالتة.⁽²⁾

(4) إذا كان تحديد فكرة الخطأ ضمن الفعل الضار غير المشروع، فإن هذا غير محدد لضوابط الأعمال الضارة المخالفة للقانون، وهذا يؤكد بُعد الخطأ عن التحديد والانضباط، وبالتالي غير صالح لبناء المسؤولية عليه.⁽³⁾

(5) هناك تضارب في أفكار المسؤولية المدنية، يرجع إلى شكوك رجال الفقه حول إمكانية تطبيق قاعدة الخطأ بصفة مطلقة، ذلك أن فئة منهم تأخذ بالقاعدة القديمة على إطلاقها، مما اضطرهم إلى إقرار المسؤولية المهنية،⁽⁴⁾ والفئة الأخرى اتجهت إلى قاعدة المسؤولية المبنية على تحمل التبعة بفرضها على المجتمع.⁽⁵⁾

ولعل الوجهة السليمة للقول بالنتيجة المباشرة لهذا التضارب، وكذا التنازع في الإتهامات المختلفة، عدم صلاحية الخطأ كأساس للمسؤولية، مع ما استجد من مسائل في هذا العصر أيضا.

(6) يقول "إهرنك" : إن تاريخ المسؤولية التقصيرية، أو الخطأ، لم يخرج عن كونه مجرد بيان تاريخي للأدوار التي زالت فيها فكرة التقصير شيئا فشيئا، وهذا يؤكد أن الخطأ في طريقه نحو الزوال.⁽⁶⁾

(7) إذا كان هدف النظرية الشخصية، والنظرية الموضوعية، حماية المتضرر، فلا غضاضة إن رفع عن كاهله عبء إثبات الخطأ.⁽⁷⁾

(8) إن النزعة الشخصية، تقيم سياجا حول عديم التمييز، فتحميه من المساءلة إلا أن هذا السياج

(1) عبد المعصم فرج الصده، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 535 - 536.

(2) المرجع السابق نفسه، ص 535.

(3) جبار صابر طه، المرجع السابق، ص 97.

(4) يحيى أحمد موافي، المسؤولية عن الأشياء في ضوء الفقه والقضاء (دراسة مقارنة) الاسكندرية، منشأة المعارف، ص 169.

(5) George Ripert : « Le régime démocratique et le droit moderne », 2^{ème} ed. Paris, 1948, N°14.

(6) Henri Colin et Capitan Ambroise : cours élémentaire de droit civil. tome2. 10^{ème}éd., Paris, 1948, p. 368.

(7) سعد راضف، المرجع السابق، ص 97 - 98.

قد انهدم من طرف الفقه الحديث، الذي اصطبغ بالصبغة المادية، إذ إن هذا الانتقاد سوّى بين الضرر الناتج عن شخص مدرك أو غير مدرك، ذلك أن المسؤولية حديثاً هدفها ليس توقيع الجزاء على المخطئ، بقدر ما تهدف أساساً إلى حماية المتضرر، وتعويضه.⁽¹⁾

(9) إن فكرة ترك المتضرر دون جبر لضرره، قد تولد عداءً اتجاه المسؤول، خاصة إذا رآه المتضرر يفلت دون أن يستطيع إثبات خطئه. مع أنه قد تقل درجة هذا العداء، أو يزول تماماً، لو أن الفاعل ألزم بتعويض المتضرر، حتى وإن لم يخطئ لأنه على الأقل، صدر منه فعل أدى إلى إلحاق الضرر بالمصاب.⁽²⁾

(10) قد تقوم المسؤولية على الخطأ المفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس، ومع ذلك يثبت محدث الضرر أن مسلكه يخلو من الانحراف المقاس بالرجل المعتاد، أو حتى عن المعيار الشخصي، أو كان مسلكه خالياً من أي لوم أخلاقي، ومع كل هذا تنعقد المسؤولية على أساس الخطأ.⁽³⁾

Aubry et Rau, par Esmein (droit civil français), 5 volume. p440.

(1)

(2) جبار صابر طه، المرجع السابق، ص 99.

(3) محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص 350.

المبحث الثاني

أركان الخطأ الموجب للمسؤولية التقصيرية

تباينت الآراء في تحديد معنى الخطأ الموجب للمسؤولية التقصيرية، ويذكر "علي علي سليمان" إنه : "لم يحدث أن اختلف الرأي حول مفهوم قانوني مثل ما اختلف في تعريف الخطأ، تلك الكلمة الغامضة التي تأثرت تعريفاتها بالترعات الدينية، والفلسفية، والخلقية، والاجتماعية، بل والاقتصادية أيضا."⁽¹⁾ ويمكن إرجاع مجموع الآراء التي قيلت في هذا الخصوص إلى :

- فئة أولى : تركز على الخطأ مفهومه التقليدي.
- فئة ثانية : تجعل للخطأ نظرية متطورة حديثة.
- فئة ثالثة : تتوسع في التعريف ليشمل مجال أعمال المسؤولية عن الفعل الشخصي كذلك.

أما بخصوص منشأ فكرة الخطأ، فيقول "علي علي سليمان" أيضا : "... إن فكرة الخطأ لم تبرز كما نفهمها اليوم، لا في الشريعة الإسلامية، ولا في القانون الروماني العتيق، وإنما برزت لدى فقهاء الكنيسة في القرون الوسطى، الذين خلطوا بين الخطأ، وبين الخطيئة، ثم جاء "دوما" و"بوتيه" فتأثرا بالفقهاء الكنسيين من جهة، وبما فهماه من القانون الروماني في آخر عهده، وباختلاط المسؤولية المدنية والمسؤولية الجنائية من جهة أخرى."⁽²⁾

وعليه وتقاديا لكثرة إيراد التعاريف – التي لا تخلو منها المؤلفات المتأصلة في هذا الموضوع⁽³⁾ – ارتأينا الوصول إلى ثمرة ما قيل لناخذ بالتعريف الذي استقر عليه الفقه والقضاء،

⁽¹⁾ علي علي سليمان، النظرية العامة للإلزام، المرجع السابق، ص 142.

⁽²⁾ المرجع السابق نفسه، ص 143.

⁽³⁾ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، بند 526، ص 777، وما بعدها. – علي علي سليمان، النظرية العامة للإلزام، المرجع

السابق، ص 142 - 149. – فخري رشيد مهنا، أساس المسؤولية التقصيرية ومسؤولية عديم التمييز، بغداد، مطبعة الشعب، 1974،

ص 144. – عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي الخطأ والضرر، الجزائر ديوان المطبوعات الجامعية،

بيروت، باريس، منشورات عويدات، ط 3. 1984. ص 111 - 123.

وعلى ضوئه تكون الدراسة، وهذا التعريف يخلص: "الانحراف عن سلوك الرجل المعتاد، مع إدراك الشخص لذلك."⁽¹⁾

جاء في المادة 125 مدني جزائري: "يكون فاقد الأهلية مسؤولاً عن أعماله الضارة متى صدرت منه وهو مميز". نستنتج من السابق، أنه لا يكفي في الخطأ أن يكون إخلالاً بواجب قانوني سابق، بل يجب أن يكون هذا الإخلال صادراً عن إدراك وتمييز. ومنه فالخطأ في المسؤولية التقصيرية يقوم على ركنين: ركن مادي، وركن معنوي وعليهما ينصب البحث في مطلين مستقلين.

⁽¹⁾ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، بند 527، ص 778. - توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام، البدار الجامعية، 1988، بند 274، ص 370.

المطلب الأول

الركن المادي

يقابل الركن المادي للخطأ، مصطلح التعدي ويعني : الخروج عن حدود الالتزام القانوني العام السابق، أو الانحراف عن السلوك.⁽¹⁾ فالتعدي بهذا الاعتبار، يكون حينما يصدر من الشخص عمل إيجابي، أو يتخذ موقفا سلبيا فإذا قام الشخص بما هو مكلف به، أو امتنع عما هو منهى عنه، فقد أدى الواجب، ولم يقع في خطأ، وفي حال انتفاء السابق ذكره يكون مخطئا، وبالتالي يكون المسؤول المباشر عن الأعمال التي يسببها للغير بهذا الخطأ.⁽²⁾ سواء أكان هذا الإخلال مقصودا (عمديا)، أم غير مقصود (نتيجة إهمال).⁽³⁾

كما يتجاذب الانحراف الواقع من الشخص معيارين. أحدهما ذاتي شخصي، والآخر مادي موضوعي.

أولا : المعيار الذاتي : موجب النظر هنا ينحصر في شخص المعتدي، لا في فعل التعدي، فلا يحاسب هذا الشخص إلا على أكبر الأخطاء، إذا كان دون المستوى. أي يحاسب فقط على الهفوات التي لا يرتكبها أمثاله، فإذا كان يخطئ، يحاسب على أدنى هفوة يأتيها.⁽⁴⁾

ويترتب على الأخذ بالمعيار الشخصي هذا، أن استحقاق المتضرر للتعويض، يتوقف على معرفة حقيقة الشخص الذي وقع منه الضرر، لتبين درجة يخطئه أو إهماله، ويتم عليه تحديد ما إذا كان هناك انحراف في سلوكه أم لا؟

ينجلي بوضوح أن الأخذ بهذا المعيار يؤدي لا محالة إلى ظلم المتضرر، في حالة عدم تعويضه من طرف شخص مهمل، إذ لابد أن يبلغ في سلوكه المنحرف، درجة كبيرة من الجسامة، حتى يمكن القول بثبوت التعويض، وفي حالة حرص الشخص وتبصره عن الرجل العادي، فإن أدنى انحراف يسأل عنه ، ويعتبر متعديا نتيجة انحراف سلوكه.⁽⁵⁾

(1) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، بند 528، ص 779. - فخري رشيد مهنا، المرجع السابق، ص 147.

(2) سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، المرجع السابق، ص 183. - جبار صابر طه، المرجع السابق، ص 60.

(3) جميل الشوقوي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، القاهرة، دار النهضة العربية، 1995، ص 508.

(4) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، بند 528، ص 779، وما بعدها. - فخري رشيد مهنا، المرجع السابق، ص 148.

(5) عز الدين الدناصور، عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، القاهرة، مطبعة مصر للحدادة، ص 61.

إضافة إلى ما سبق، فإن الجزم بتحديد، ومعرفة درجة يقظة الشخص، وتبصره أمر صعب، ولذلك فإن هذا المقياس الشخصي لا يكون منضبطاً، ولا يصلح معياراً يسحب على جميع حالات التعدي، فهو لا يفي بالغرض المطلوب نتيجه منه.⁽¹⁾

وهكذا فالمعيار الشخصي لا يخلو من التعقيد في التطبيق، إذ إن البحث الذي يستدعيه ليس سهلاً، والنتيجة ليست دائماً دقيقة، مع اختلافها من شخص لآخر، فيكون على هذا الأساس، المقياس متحرّكاً، وقد تتباين نتائجه في حالات تتقارب حوادثها، فلا يأتي متفقاً مع المنطق الاجتماعي.⁽²⁾

ثانياً : المعيار الموضوعي : لكل ما تقدم من اعتبارات خصت المعيار الشخصي بُدّل مقياس الانحراف هذه المرة بنظرة مادية، فيقاس الانحراف فيها على سلوك شخص يتحدد من ظروفه الخارجة عن الاعتبار الشخصي، وصورته هنا أن هذا الشخص يمثل أوسط الناس، ولقد اصطلح على تسميته بالشخص المعتاد⁽³⁾، لهذا يرى "عبد الرزاق السنهوري" : "أن الشخص العادي الذي نجعل سلوكه المألوف مقياساً للخطأ، يجب أن يتجرد من الظروف الداخلية الذاتية، الملازمة لشخص المعتدي دون أن يتجرد من الظروف الخارجية العامة التي تحيط بالتعدي، وأهم الظروف الخارجية العامة التي لا يجوز التجرد منها، هي ظروف الزمان والمكان."⁽⁴⁾ وتمثيلاً : فالظروف الداخلية التي يجب التجرد منها هي ظروف السن، وظروف الجنس، وظروف الحالة الاجتماعية.⁽⁵⁾

وهكذا فالمعيار الموضوعي هو الأصح لقياس التصرف، موضوع النزاع، وهو الأسر تطبيقاً، مع استقراره وضبطه لجميع الأوضاع القانونية التي تطرحها فكرة الخطأ.⁽⁶⁾

مما سبق نستطيع القول : إن الخطأ يتمثل حتماً بانحراف الفاعل في سلوكه عن السلوك العادي لشخص عادي كذلك في مجتمعه، وهذا السلوك الذي تقتضيه أو تفرضه لزاماً القواعد

⁽¹⁾ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، بند 528، ص 780، وما بعدها. - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 29 - 30. - فخري رشيد مهناء، المرجع السابق، ص 147، وما بعدها.

⁽²⁾ عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، المرجع السابق، ص 136.

⁽³⁾ عرفه القانون الروماني برب الأسرة العادي : Bon père de famille .

⁽⁴⁾ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، بند 529، ص 784.

⁽⁵⁾ حسن عكوش، المرجع السابق، ص 29.

⁽⁶⁾ عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، المرجع السابق، ص 136.

المختلفة، والتي توفر للمجتمع الاستقرار والنظام، حيث يتجلى الخطأ من ناحيتها بمظهر اجتماعي، تحكمه ضوابط المعيار المادي، فتكون المسؤولية عن الفعل الخاطئ، من أهم عوامل انضباط وتعايش الناس في مجتمعاتهم المختلفة⁽¹⁾ فمعيار الخطأ إذن موضوعي لا ذاتي.

وهكذا فإذا كان الأصل في التعدي اعتباره عملاً غير مشروع، فقد ترد أسباب أو حالات تخرجه إلى وصف المشروعية⁽²⁾، فلا تترتب مسؤولية محدث الضرر حينئذ وهذه الحالات عموماً ثلاث هي :

أ - حالة الدفاع الشرعي : نصت المادة 128 مدني جزائري على أن : "من أحدث ضرراً وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه، أو عن ماله، أو عن نفس الغير، أو عن ماله كان غير مسؤول، على ألا يجاوز في دفاعه القدر الضروري، وعند الاقتضاء يلزم بتعويض يحدده القاضي".⁽³⁾ ظاهر من هذا النص أنه يجوز من الناحية المدنية كما يجوز من الناحية الجنائية⁽⁴⁾ سقوط المسؤولية عن الشخص إذا وجد في حالة دفاع شرعي، أو دفاع الصائل، وهذا الدفع يكون عن النفس والمال⁽⁵⁾، كما نصت محكمة النقض المصرية أن : "العبارة في تقرير قيام حالة الدفاع الشرعي، ومقتضياته كما يراه المدافع في الظروف المحيطة، بشرط أن يكون تقديره مبنياً على أسباب معقولة مبررة"⁽⁶⁾.

ويجب حسب السابق ذكره لقيام حالة الدفاع الشرعي، أن تتوافر أربعة شروط هي⁽⁷⁾ :

1) أن يتصدى لمحدث الضرر في حال الدفاع الشرعي خطر يهدده في نفسه أو ماله أو يهدد آخر من الغير في نفسه أو ماله. ولا يلزم وقوع التعدي بالفعل، بل يكفي أن يكون وشيك الوقوع، وهذه المسألة تقديرية تخضع لسلطة القاضي.

(1) عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، المرجع السابق، ص 141.

(2) كما يرد هذا الوصف بتعابير مطابقة له تماماً في المعنى مثل : - مشروعية التعدي، - حالات انعدام ركن التعدي، - ارتفاع الواجب، - أسباب الإباحة، - الحالات التي ينتفي عن الفعل وصف عدم المشروعية.

(3) ويقابل هذا النص : - المادة 166 مدني مصري، - 167 مدني سوري، - 169 مدني لبيي، - 212 مدني عراقي، - 262 مدني أردني.

(4) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، ج 1، مؤسسة الرسالة، ط 4، 1403 هـ - 1983 م، ص 473.

(5) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 32 - أنور سلطان، مصادر الالتزام (الموجز في النظرية العامة للالتزام)، بيروت، دار النهضة العربية، 1983، ص 311.

(6) النقض الجنائي، جلسة 10 - 5 - 1976، مجموعة المكتب الفني سنة 27، مطبعة القاهرة، دار القضاء العالي، 1977، ص 482.

(7) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، بند 522، ص 786، وما بعدها. - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، بند 20، ص 32. - عز الدين الدناصوري وعبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 71 - 72. - جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص 511 - 513، إذ يحصي ثلاثة شروط فقط وعلى شاكلته : أنور سلطان، المرجع في النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، بند 393، ص 311.

(2) أن يكون الخطر الحال هذا ناتجاً عن تعدد أي عمل غير مشروع، فلا يمكن القول إن السارق المقاوم لرجال الأمن في حالة دفاع شرعي، وهو متلبس بالسرقة، أو في حالة فراره كذلك.

(3) أن لا يكون أمام المدافع أية وسيلة دفاع مشروعة، كالأستعانة برجال الشرطة أو غيرهم، إلا بالحق الأذى بالمعتدي.

(4) أن لا يجاوز الدفاع الشرعي الحدود المعقولة، بل يجب أن يكون بالقدر اللازم لمنع الاعتداء، أي أن يوجد تناسب معقول بين الخطر الحال، وبين الضرر الناتج عن الاعتداء.

وبمراعاة كل ما سبق من شروط يكون للقاضي تقدير حصول التجاوز من عدمه على أساس مسلك الرجل العادي في مثل الظروف التي وجد فيها.

ب - تنفيذ أوامر الرئيس : تتابع نهج الحالة الأولى، لنقول عن تنفيذ أوامر الرئيس ما جاء في المادة 129 مدني جزائري أنه : "لا يكون الموظفون، والعمال العامون مسؤولين شخصياً عن أعمالهم التي أضرت بالغير إذا قاموا بها تنفيذاً لأوامر صدرت إليهم من رئيس متى كانت إطاعة هذه الأوامر واجبة عليهم."⁽¹⁾

ومن منطوق هذا النص، تظهر لسقوط المسؤولية في حالة تنفيذ أوامر الرئيس الشروط الآتية :

(1) أن يكون مرتكب الفعل موظفاً عمومياً، فيخرج بهذا القيد الموظف في مشروع خاص، ذلك أن الرابطة التي تربطه برب العمل من روابط القانون الخاص.⁽²⁾

(2) أن تكون طاعة الرئيس واجبة على الموظف الذي قام بتنفيذ أمر صادر إليه من رئيسه المباشر، أو غير المباشر، فإذا كان أمر الرئيس لا يدخل في اختصاص الموظف فلا يكون واجب الطاعة، وبالتالي لا يكون تنفيذ الأمر مشروعاً.

(3) يتبع الشرط السالف، وجوب اعتقاد الموظف أن الأمر الصادر إليه هو من رئيسه، وعليه فلا تكون الطاعة واجبة إلا إذا كانت مشروعة، أو على الأقل أن يعتقد الموظف أنها مشروعة، ومثال ذلك : قيام ضابط شرطة بتفتيش منزل دون حصول رئيسه على إذن التفتيش من السلطة

⁽¹⁾ ويقابل هذا النص : - المادة 168 مدني مصري، المادة 168 مدني سوري، المادة 170 مدني ليبي، المادة (214 - 216) مدني عراقي،

المادة 263 مدني أردني.

⁽²⁾ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، بند 21، ص 33.

المختصة، إذ إن الضابط في هذه الحالة كان يعتقد حصول رئيسه على إذن التفتيش حيث لا يتصور أن هذا الرئيس أمره دون إذن.⁽¹⁾

4) يجب أن يراعي الموظف في تنفيذه لأمر رئيسه جانب الحذر والحيطه، وإذا كانت المادة 129 مدني جزائري لم تنص عليه، فطبيعة الأمر تفرضه فرضاً⁽²⁾، ويقتى المعيار دائماً هو مسلك الموظف المعتاد في مثل موقفه.

ونشير أخيراً إلى أن الأحكام السالفة نفسها تنطبق على الموظف الذي يطبق القانون دون حاجة إلى صدور الأمر إليه من رئيسه، إذا كان يعتقد أن القانون يفرض عليه القيام بهذا العمل، والتأسيس هنا مبني على أسباب معقولة مع مراعاة جانب الحيطه والحذر دائماً. فإن قام الموظف بما سبق، يكون عمله مشروعاً، لأنه لم ينحرف عن سلوك الرجل المعتاد.⁽³⁾

جـ - حالة الضرورة : تكلمة للحالات مشروعية التعدي، نصت المادة 130 مدني جزائري على حالة الضرورة وهي أن : "من سبب ضرراً للغير ليتفادى ضرراً أكبر محدقاً به أو بغيره، لا يكون ملزماً إلا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسباً."⁽⁴⁾

يتضح من هذا النص أن شروط الإعفاء من المسؤولية في حالة الضرورة هي⁽⁵⁾ :

- 1) وجود خطر حال يهدد صاحب الضرورة، أو الغير في النفس والمال⁽⁶⁾.
- 2) أن يكون مصدر الخطر أجنبياً عن محدث الضرر، وعن المتضرر كذلك، وإلا انتفت حالة الضرورة، والمسؤولية الكاملة على محدث الضرر.

⁽¹⁾ المادة 129 مدني جزائري تنص على شرط الاعتقاد في المشروعية بعبارة : "متى كانت إطلاعة هذه الأوامر واجبة عليهم". بينما القانون المدني المصري نص صراحة في المادة 167 : "... وأثبت أنه كان يعتقد مشروعية العمل الذي وقع منه، وكان اعتقاده مبنياً على أسباب معقولة وأنه راعى في عمله جانب الحيطه". حسن عكوش، المرجع السابق، ص 36 - 37، هامش (أ).

⁽²⁾ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، بند 533، ص 790. - عز الدين الدناصري وعبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 73، حيث حصراً شروط هذه الحالة في ثلاث فقط. أما محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 33، فأورد أربعة شروط، حيث جعل شرط اعتقاد المشروعية لوحده.

⁽³⁾ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، بند 533، ص 792.

⁽⁴⁾ تطابق هذه المادة : المادة 168 مدني مصري، المادة 169 مدني سوري، المادة 171 مدني ليبي، والمادة 213 مدني عراقي.

⁽⁵⁾ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، بند 534، ص 792. - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 35. - جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص 515 - 516. - توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 377. - مصطفى الجمال. النظرية العامة للإلتزامات، الدار الجامعية، 1987، بند 328، ص 353.

⁽⁶⁾ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 35. - جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص 515 - 516.

3) أن يهدف فعل الضرورة إلى دفع ضرر أكبر ، بمعنى أن يكون الخطر المراد تفاديه أكبر بكثير من الخطر الذي وقع، فترتفع الحالة في حال التساوي، أو كون الضرر أدنى في الاعتبار من الضرورة.

ومثل حالة الضرورة كثيرة منها ؛⁽¹⁾ اقتلاع شخص على وشك الغرق شجرة مملوكة لغيره، ليمسك بها إنقاذاً لحياته وإتلاف شخص منقولات جاره لإطفاء حريق شب في منزله. وهكذا، وبتوافر الشروط الثلاثة السابقة⁽²⁾، يكون فعل الشخص مباحاً. وليس معنى إباحة الفعل، أن يسقط عن فاعله موجب التعويض، بل يلزم بالتعويض بالقدر الذي يراه القاضي مناسباً، والغالب في هذه الحالة اللجوء إلى أحكام الإثراء بلا سبب على سبيل الاستئناس، إذ لا يحصل المتضرر إلا على أقل قيمتي الإثراء والافتقار.⁽³⁾

وإذا نحن أتينا على تعداد حالات كون التعدي مشروعاً، نفصل القول في درجات انكماش دور الخطأ عبر الوجوه الآتية :

- **الوجه الأول : الاتجاه الموضوعي في تكييف فكرة الخطأ وتحديدتها :** إضافة إلى ما تميزت به فكرة الخطأ من غموض وإبهام، فلا يهمننا هنا تحديد تعريف له - على اختلاف وتشعب التعاريف - إنما يقتصر هدفنا على إيضاح الوجهة الموضوعية في تعريفه، حيث يسود التعريف النزعة الشخصية، لكنها في الحقيقة تضم بعض النزعات الموضوعية⁽⁴⁾، وهذا حسب الآتي بيانه:

أ - **التحديد الموضوعي للخطأ :** ويتم تحديد هذا الاتجاه الموضوعي عند تعريف الخطأ، بالفصل بينه، وبين فكرة الإثم، على اعتبار أن هناك خطأ أخلاقياً، وآخر قانونياً، وإذا كان الخطأ الأدبي يتطلب وجود تقصير ينسب إلى شخص ما، فإن الخطأ القانوني يتحقق من مجرد كون الفعل الضار ذاته اجتماعياً، وفيه خطر يهدد الغير.⁽⁵⁾

(1) أكثر أمثلة راجع، عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، بند 534، ص 795.

(2) هناك من نزل بهذه الشروط إلى شرطين فقط، جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص 515 - 516.

(3) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، بند 534، ص 795 - جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص 516، هامش (2).

(4) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 43.

(5) محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص 336.

كما نجد لهذا الاتجاه في تعريف الخطأ صدى لدى الفقيه الفرنسي "ديموج"⁽¹⁾ والذي يشترط توافر أمرين :

(1) موضوعي، يتمثل في الاعتداء على حق الغير.

(2) شخصي، يتمثل في إمكان أو وجوب توقع أن الشخص يعتدي على حق الغير.

كما أن هذا التحديد للخطأ لا يختلف عن فكرة "لكلير" الذي قال في نظرية النائب العام البلجيكي في مرافعته الشهيرة أمام محكمة النقض البلجيكية في 15 سبتمبر 1927، إن القول بهذه النظرية القصد منها حماية المتضررين من حوادث السيارات، حيث كان القضاء البلجيكي يحتم على المتضرر إثبات خطأ قائد السيارة، ليتحصل على تعويض كاف. لكن لما كان الإثبات هو عبء ثقل فقد عمد هذا النائب إلى مساعدة المتضررين بالقول : "إن مجرد الإضرار بالغير يعتبر فعلا غير مشروع، وبالتالي خطأ، وبهذا تنعقد مسؤولية قائد السيارة"⁽²⁾، فسوّى بين الجميع في ناحية الشرط الثاني، والخاص بالتمييز، إذ إن مسألة التمييز كما سنرى لاحقا⁽³⁾، لا تعلق لها بركن الخطأ، وإنما يقتصر أثر التمييز في تحديد أهلية الشخص لتحمل المسؤولية من الوجهة القانونية أم لا.

ومهما تعددت التعاريف الخاصة بهذه الوجهة، يمكن لنا الوصول إلى خلاصة هي أن الخطأ القانوني الذي يرتب المسؤولية المدنية، ليس هو الخطأ الخلقي نفسه ذا السمة الإثمية، والذي تترتب عنه المسؤولية كجزاء.⁽⁴⁾ لهذا فقد اقتصر تصوير فقهاء هذا الاتجاه للخطأ من زاوية الاعتداء، والإضرار بحقوق الآخرين، دون أدنى اهتمام بتقدير مسلك محدث الضرر.⁽⁵⁾

ب - الجمع بين النزعتين الشخصية، والموضوعية : رغم أخذ هذا الاتجاه بالنزعة الشخصية في تعريفه للخطأ، إلا أنه طعمها بالاتجاه الموضوعي لبعض أفكار الفقهاء، ومنها تمثيلا : الاتجاه الذي يذهب في تحديد الخطأ على أنه عمل مخالف للقانون⁽⁶⁾، وبالرجوع إلى قانون "أكيليا".

(1) Demogue "Rène", traité des obligations en général. T. III, N° 225.

(2) عاطف التقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، المرجع السابق، ص 121.

(3) راجع المطلب الثاني من المبحث الثاني من هذا الفصل ص 63 وما بعدها .

(4) محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص 336 - 337.

(5) Saleilles (Raymond) : les accidents de travail et de la responsabilité civil, Paris, 1879, p. 43.

(6) Deliyannis : La notion d'acte illicite considère en sa qualité d'élément de la faute délictuelle.

Thèse, Paris, 1932.

نجد أنه إلى جانب حدوث الضرر، يشترط أن يكون الفعل الضار مخالفا للقانون، ومن هذا يتضح جليا مدى الأساس الموضوعي الذي يقسم عليه هذا التحديد للخطأ بأنه فعل مخالف للقانون.⁽¹⁾

إلا أن إشكالية تحديد الفعل المخالف للقانون، أظهرت عدم كفاية هذا التحديد للخطأ، لوجود جملة انتقادات منها : أن مقتضى تعريف الخطأ هذا، يجعل من يتصرف وفقا للقانون، أو يقوم بعمل مشروع لا يسأل عن نتائج عمله، لأنه، لن يكون مخطئا، غير تام الصحة، ذلك أنه قد يسأل في حالات عديدة رغم أن الفعل المرتكب يكون عموما مشروعًا غير مخالف للقانون.⁽²⁾ كما أن القول بأن الخطأ هو إخلال بالتزام سابق، يُخرج التعريف السابق، فكلاهما يقوم على خرق أو مخالفة للقانون.⁽³⁾

كما توصل "سافاتييه" إلى فكرة الواجب العام، بتفسيره للمادتين 1382 و 1383 من القانون المدني الفرنسي، وعرف الخطأ بأنه : "إخلال الشخص بواجب قانوني سابق وجوده، يمكنه تبنيه ومراعاته"⁽⁴⁾. ولا شك أن الأخذ بفكرة الواجب العام بعدم الإضرار بالغير، خطوة كبيرة نحو موضوعية الخطأ، والذي يتميز عن الخطأ الأدبي، بأنه يوسع وبقدر كبير مجال ونطاق المسؤولية.

جـ - التحديد الشخصي للخطأ : تدور حدود هذا الاتجاه حول أمرين : الإخلال بالثقة المشروعة⁽⁵⁾ والانحراف عن السلوك المعتاد.⁽⁶⁾

الواضح من تقصي هذين الرأيين في تحديد مدلول الخطأ، اصطباغهما بالنزعة الشخصية وسنرى الآن إلى أي مدى امتدت النظرة الموضوعية لأخذ مجالها ضمن النزعة الشخصية في هذين الرأيين دائما.

إن الإخلال بالثقة المشروعة، والانحراف عن السلوك المعتاد، ينصبان حول فكرة واحدة،

(1) عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، المرجع السابق، ص 61.

(2) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 48 - 49.

(3) La faute est un manquement à une obligation préexistante.

(4) Savatier (Rène) : traité de la responsabilité civil en droit français. Paris, ed.2, 1951, p 61.

(5) Lévy Emanuel ; responsabilité et contrat, revue critique, 1899, p361.

وعلاصة رأي "ليفى" أنه إذا أحل الغير بهذه الثقة، ولم يراع في سلوكه ما هو متوقع ومتوقع منه، يكون قد أخطأ.

(6) محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص 339، وما بعدها.

وهي المسلك الذي يتعين على الشخص سلوكه تحديداً، ومن ثم فالالتزام وفق هذا التعريف الأخير لم تكن الغلبة فيه أو السيطرة للنزعة الشخصية، حيث استعين بالفكرة الموضوعية لتقدير هذا الانحراف، والمقاس بالرجل المعتاد، بوسائل التقدير الواقعي دون المجرد. وعليه فارتباط الخطأ هنا، ارتباط اجتماعي، لا أخلاقي، فهو مجرد موضوعي، أو كما يقال خطأ يتحقق في الغالب من دون ذنب.⁽¹⁾

الوجه الثاني : التقدير الموضوعي للخطأ : لبيان دخول النظرة الموضوعية في تقدير الخطأ،

نوضح أمرين هما :

أ - معيار تقدير الخطأ.

ب - الظروف المؤثرة في هذا التقدير.

أ - معيار تقدير الخطأ : وقفنا سابقاً عند التعريف الذي استقر عليه الفقه والقضاء، بأن الخطأ :

هو الانحراف عن السلوك العادي، وهذا بتمايز معيارين⁽²⁾ : ذاتي شخصي، ومادي موضوعي.

ولقد تم ترجيح الوجهة الموضوعية في تحديد سلوك المخطئ، وهذا لما في المعيار من

موضوعية وانضباط⁽³⁾ عليه انضم إليه معظم الفقه في فرنسا، كما انحاز إليه القضاء كذلك.

إن القصد من كل هذا، إظهار نتيجة حتمية مترتبة على اعتناق المعيار الموضوعي. ذلك

أن المسؤولية في هذه الحالة لا تقوم على خطأ شخصي، وإنما على ما يسمى بالخطأ الموضوعي،

الذي لا يكون إلا مع معيار التقدير الموضوعي كذلك. وفي هذا الصدد يبرز "عبد الرزاق

السنهوري" ذهاب فكرة الخطأ تدريجياً، وبروز النظرية الموضوعية على أنقاضها فيقول :

"ولانريد في دفاعنا عن المقياس المجرد، - وهو المقياس الذي أخذ به الجمهور من رجال الفقه

والقضاء - أن نخفي ما ينطوي عليه من تسليم جزئي بقيام المسؤولية على تحمل التبعة، ذلك أن

الشخص الذي هو دون المستوى العادي من الفطنة واليقظة، إذا أخذ بهذا المقياس، كان عليه

أن يتحمل تبعة نشاطه فيما ينزل فيه عن المستوى العادي، فقد يكون استنفد ما وسّعه من

جهد، وبذل ما في طاقته من حرص ويقظة، ولكن ذلك كله لم ينهض به إلى مستوى الشخص

العادي، فيعد انحرافه عن هذا المستوى تعدياً، ويصبح مسؤولاً، ومسؤوليته هنا إذا كانت تقوم

(1) محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص 351 - 352.

(2) راجع الركن المادي للتعدي بمعياريه الذاتي، والموضوعي في البحث الثاني من هذا الفصل، ص 48 وما بعدها.

(3) زهدي يكن، المسؤولية المدنية (أو الأعمال غير المباحة) بيروت، منشورات المكتبة العصرية، ط 1، بند 27، ص 73.

على خطأ قانوني بالنسبة إلى المقياس المجرد، فهي لا تقوم على أي خطأ بالنسبة إلى المقياس الشخصي، ومن هنا يجيء تحمل التبعة. فكأن المطلوب من الناس جميعاً، وهم مأخوذون بهذا المقياس المجرد أن يبلغوا من الفطنة واليقظة ما بلغ أوساطهم من ذلك، فمن علا عن الوسط كان علوه غنماً، ومن نزل عنه كان نزوله غرماً. هكذا يعيش الإنسان في المجتمع، وهذا هو الثمن الذي يدفعه للعيش فيه⁽¹⁾.

ب - الظروف المؤثرة في الخطأ : إن المنطق في تقدير المسلك تقديراً موضوعياً، يكون أكثر دقة، فيما لو جعلنا الظروف خارجية، ومنه نلحظ الأمرين الآتين، وفيهما تأكيد صريح على فتح المجال واسعاً لاعتناق النظرية الموضوعية وهما:

(1) وفقاً للتجريد الموضوعي، فإن عدم الاعتداد بالظروف الداخلية، قد قرره فقه المسؤولية الشخصية، لتخفيف عدم عدالة الحلول التي تنتهي إليها هذه النظرية⁽²⁾ وكون عدم الاعتداد هذا خطوة ممهدة ومؤسسة نحو الانتقال إلى المسؤولية الموضوعية.

(2) الرأي السائد يقيم التفرقة بين الظروف الداخلية، التي لا عبرة لها في تقدير المسؤولية مثل الحالة النفسية، واليقظة، والفطنة والإدراك، والظروف الخارجية المعتد بها مثل ظروف الزمان والمكان.⁽³⁾

إلا أن التطبيق الميداني لهذا المعيار، أثبت عدم صلاحيته، خاصة جانب الظروف الداخلية وعليه اقترحت عدة معايير، وكلها كانت على قدر من النقد. حيث رأياً ذهب إلى أنه بالنسبة للظروف الداخلية، يتعين الاعتداد بطائفتين فقط من تلك الظروف، وهي المتعلقة بالضعف والعجز الجسماني، وكذلك الظروف المتعلقة بالحالة النفسية والذهنية للمدعى عليه. ولكن "مازو" و"تنك" انتقدا هذا الرأي على أساس أن الحياة في المجتمع، ومع ما يجب أن يسودها من تضامن يتطلب أن يسأل الشخص عن ذات نفسه، ولا يوجد ما يبرر عدم المساءلة، إذا كان الانحراف عن السلوك يرجع إلى الضعف الجسماني، وليس إلى الضعف الذهني أو النفسي.⁽⁴⁾

ورغم كل هذا تتأكد حقيقة أن أحكام المسؤولية المدنية، تم بناؤها على غير أساسها

(1) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، بند 528، ص 782.

(2) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 70.

(3) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، بند 529، ص 784.

(4) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 72 - 73، هامش (3).

الحقيقي، وأدى اشتراط الخطأ أساساً لها، إلى تناقض الحلول العملية.⁽¹⁾

الوجه الثالث : التخلي عن الركن المادي : ضمن هذا الاتجاه يظهر اعتماد القضاء على تحقق حدوث الضرر، مكتفياً بهذا عن تحقق الركن المادي للخطأ، - وهذا كذلك يعد من حالات الابتعاد عن الخطأ.. ومن مظاهره خاصة الالتزام بالسلامة.⁽²⁾

لقد كان من ضمن ما أوجده القضاء لتخفيف عبء الإثبات، أن استعان ببعض أحكام المسؤولية التعاقدية، حيث يكفي لقيامها مجرد عدم تنفيذ المتعاقد لالتزامه، دون حاجة لإثبات الخطأ من جانبه. وعلى غرار هذه السهولة في التطبيق، أدخل القضاء بعض الحالات التي تدخل ضمن المسؤولية التقصيرية، وطبق عليها قواعد المسؤولية العقدية، وكان أهم مجال له في ذلك هو مجال النقل. ضمن هذا المجال كان يلزم الراكب المتضرر، إثبات الخطأ على أساس أن الناقل لم يلتزم في عقد النقل إلا بمجرد نقل الراكب إلى مكان ما. طبقاً لنص المادة 1382 مدني فرنسي.⁽³⁾ لكن بعد الحكم الصادر من محكمة النقض في 10 نوفمبر⁽⁴⁾ أصبح الناقل ملتزماً اتجاه الراكب بالالتزام بالسلامة، أي توصيل الراكب سالماً إلى مقصده، والمسؤولية مترتبة على الناقل بمجرد عدم تنفيذ التزامه هذا. لقد كانت في البداية وسائل النقل معينة، هي السكك الحديدية، ثم تواصل أعمال مبدأ الالتزام بالسلامة ووسائل النقل الأخرى، البري، والبحري، والجوي منها⁽⁵⁾، كما شبهت بعملية النقل، مختلف وسائل اللهو والتسلية.⁽⁶⁾

وهكذا، وفي هذه الحالة الأخيرة كذلك، تبرز دلالة قوية، مفادها نزول تقدير الخطأ إلى أقل مستوى بعد أن كان على قمة هرم المسؤولية.

(1) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق نفسه، ص 75.

(2) محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص 244 وما بعدها.

(3) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 91.

(4) Cass.civ. 21.11.1911 Sirey 1912.I.73. note. Lyon Caen, D. 1913.I.249.

(5) Stark (Boris) : droit civil obligation, Paris librairies technique, 1972, N ° 1785.

(6) محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص 236.

المطلب الثاني

الركن المعنوي

بعد بحثنا للعنصر الأول من عناصر الخطأ. أي التعدي، يفترض الخطأ لتكامل مقوماته أن يكون من يأتيه مميزاً، بمعنى أن يكون على تكليف تام، يعني ما في سلوكه من انحراف⁽¹⁾. والاجتهاد الفرنسي يشترط من ناحيته التمييز لدى الفاعل، حتى يقول بوجود خطأ يترتب عليه ضرر. فلا يعفى من المسؤولية إلا إذا كان المدعى عليه قد ارتكب فعله عن غير وعي ولا إرادة. أما إذا كان التمييز إيجابياً، فإن التبعة تتحقق عليه طبق القواعد العادية⁽²⁾. لقد نصت المادة 125 مدني جزائري من ناحيتها على أنه : "يكون فاقد الأهلية مسؤولاً عن أعماله الضارة متى صدرت منه وهو مميز .

غير أنه إذا وقع الضرر من شخص غير مميز، ولم يكن هناك من هو مسؤول عنه، أو تعذر الحصول على تعويض من المسؤول، جاز للقاضي أن يحكم على من وقع منه الضرر بتعويض عادل، مراعيًا في ذلك مركز الخصوم⁽³⁾.

ونعود للفظ التمييز، والذي يعني في جوهره أمرين⁽⁴⁾:

- (1) القدرة السلوكية الفطنة، لتبين النتائج المنجزة عن السلوك المنحرف، أو على أقل تقدير إمكان توقعها.
- (2) القدرة الذهنية الصافية لتفادي الوقوع في الفعل الخاطئ، وفي حالة الوقوع فعلاً تقدير النتيجة بوعي الفعل حقيقةً .

وإذا كان الأصل العام المعمول به منذ عهد الرومان حتى الآن، اشتراط التمييز لقيام

(1) مصطفى الجمال، المرجع السابق، بند 333، ص 358. - عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، المرجع السابق، ص 145.

(2) عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، المرجع السابق، ص 143.

(3) ويقابلها المواد، 164 مدني مصري، 65 مدني سوري، 167 مدني لبيسي، 191 مدني عراقي، 122 موجبات لبناني. كما يعلق محمد صبري السعدي على هذه المادة فيقول : "ونلاحظ على هذا النص أنه يتضمن تناقضاً في المعنى، فورد فيه عبارة (يكون فاقد الأهلية وهو مميز) والتناقض واضح، إذ أن فاقد الأهلية هو عديم التمييز : فلا يمكن أن يكون مميزاً، ولذا نرى ضرورة تصحيح النص ليصبح كما يلي (يكون الشخص) فتستبدل كلمة (الشخص) بعبارة (فاقد الأهلية) ليستقيم المعنى اللفظي والقانوني". المرجع السابق، بند 25، ص 39.

(4) عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، المرجع السابق، ص 145.

المسؤولية التقصيرية، فإنه وبظهور فكرة تحمل التبعة، التي لا تعدد بفكرة الخطأ اكتفاء منها بالضرر، أصبح أنصارها يقولون بضرورة مساءلة محدث الضرر ولو كان غير مميز بأن كان مجنوناً مثلاً.⁽¹⁾

بالفعل وبالرغم من اعتداد الفقه والقضاء بعنصر الإدراك، إلا أنهما سعيا للحد من العنصر النفسي هذا، والتضييق منه بشتى السبل⁽²⁾، ومن ذلك:⁽³⁾

أ - إمكان الرجوع على المكلف بالرقابة بالتعويض، إذا كان لعديم التمييز شخص يراعاه.

ب - ضرورة ثبوت انعدام التمييز انعداماً كاملاً، وقت وقوع الضرر.

ج - ألا يكون انعدام التمييز راجعاً إلى فعل محدث الضرر، كما لو كان راجعاً إلى تعاطي مسكر أو مخدر.

وهكذا نقف على أن تضييق ركن الإدراك في مختلف القوانين التي تنص على مسؤولية غير المميز يؤدي حتماً إلى هدم ركن هو من أهم أركان الخطأ، وهذا طور هام في تحول الخطأ من فكرة أخلاقية إلى فكرة اجتماعية، والقضاء بدلاً من أن يواجه الخطأ في العصر الحديث بمعيار الرجل المعتاد من الوجهة الأخلاقية، يواجهه من وجهة النظر الاجتماعية.⁽⁴⁾ إن هذه القوانين على اختلافها غالباً، نصت على مسؤولية عديم التمييز بصورة صريحة، وإن كانت قد جعلتها مسؤولية احتياطية، وأقامتها على أساس تحمل التبعة⁽⁵⁾.

هذه هي الأحكام العامة التي تحكم ركن الإدراك، ولنرى الآن تطبيقاته في كل من الشخص الطبيعي، والشخص الاعتباري.

أولاً : الشخص الطبيعي : تأكد لنا عند الحديث عن ركن التمييز، أن معظم القوانين تربط المسؤولية بالتمييز. عليه يكون الإنسان مكلفاً إذا وعى ما في سلوكه من انحراف وبهذا يكون

(1) أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 313.

(2) جبار صابر طه، المرجع السابق، ص 66.

(3) أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 314.

(4) محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص 352.

(5) فخري وشيد مهنا، المرجع السابق، ص 154.

مميزاً، أما إن كان غير مميز فلا مسؤولية عليه. على هذا النحو فالصبي غير المميز⁽¹⁾ لا يكون مسؤولاً بحسب الأصل عما يحدثه من سلوكات مضرّة، وكذلك الأمر جارٍ في المجنون، والمعتوه عنها كاملاً. أما ذو الغفلة والسفه فيطبق عليهما الاستثناء الوارد في الأصل العام إذا توافر التمييز لديهما، أو في حالة انعدامه الانعدام الكلي، ويضاف لحكمهما المعتوه المميز.⁽²⁾

ويمكن إرجاع حالات عدم التمييز إلى أنواع ثلاثة: صغر السن والآفة العقلية والعارض المؤقت. كل ما قيل إذا كان غير المميز هذا في مركز الفعل الإيجابي، أي هو بالذات محدث الضرر، أما إذا كان هو المتضرر فيقرر كل من "عز الدين الدناصورى"، و"عبد الحميد الشواربى"، وغيرهما على عدم إعمال المبادئ المقررة لغير المميز بقولهما: "... والمبادئ السابقة لا يعمل بها إلا إذا كان عديم التمييز هو محدث الضرر، أما إذا كان في مركز المضرور، ونسب إليه إهمال ساعد على وقوع الضرر، فيجب عملاً بقواعد الخطأ المشترك تخفيف المسؤولية عن المسؤول".⁽³⁾ ويضيفان فيما يخص مسألة التعويض بقولهما: "... ولا يعمل أيضاً بالمبادئ السابقة إذا كان أساس الرجوع بالتعويض هو الخطأ المفترض الذي لا يقبل إثبات العكس، وعلى هذا يجوز مساءلة عديم التمييز عن الضرر الذي يصيب الغير بفعل تابعه، أو بفعل أشياء في حراسته".⁽⁴⁾ وهكذا نصل إلى بيان حدود مسؤولية عديم التمييز، وهي:

أ - مسؤولية عديم التمييز مشروطة، وشرطها الوحيد: ألا يستطيع المتضرر الحصول على تعويض من شخص آخر غير عديم التمييز، بالألا يكون له كفيل أصلاً وهذا نادر جداً، أو أن

(1) معظم القوانين العربية وغيرها، تجعل للتمييز سناً معينة، وهي السابعة، بينما القانون المدني الجزائري في المادة 42 منه نص على أنه: "يعتبر غير مميز من لم يبلغ السادسة عشر سنة". وهكذا فالقانون المدني الجزائري رفع سن التمييز إلى 16 سنة، وهي سن متأخرة إذا ما قورنت بالقوانين العربية 7 سنوات، أما الشريعة الإسلامية فتعتبر الشخص رشيداً إذا بلغ سن الحلم، وهي حوالي 15 سنة، ولا ندري ما حكمه المشرع المقصود من هذا النص؟". محمود جلال حمزة، المرجع السابق، ص 86، هامش (1). كما أن هناك من القوانين التي لا تنص على تحديد سن التمييز كالقانون اللبناني، حيث إن جانباً من الفقه يترك أمر تحديده للقاضي. مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص 356، هامش (2).

(2) مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص 358... عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، المرجع السابق، ص 146-147.

(3) عز الدين الدناصورى وعبد الحميد الشواربى، المرجع السابق، ص 77، أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، بند 397، ص 316.

(4) المرجعان السابقان نفسيهما.

يكون الكفيل موجودا - وهو المكلف بالرقابة عليه - ولكن تعذر الرجوع على عديم التمييز بالتعويض.⁽¹⁾

ب - مسؤولية عديم التمييز، مسؤولية مخففة وجوازية، فتظهر فيها السلطة التقديرية للقاضي، فليس عليه الحكم بالتعويض الكامل، بل يراعي مركز الخصوم، أي حالتي كل من المتضرر، وعديم التمييز.

وعلة هذا التخفيف كما وقفنا عليها سابقا، أن هذه المسؤولية غير قائمة على فكرة الخطأ، بل على فكرة تحمل التبعة.⁽²⁾

ونشير أخيرا إلى المادة 2/489 من القانون المدني الفرنسي، والتي أدخل عليها قانون 3-1-1968. تعديلا يقضي بمسؤولية من لا يتمتع بقواه العقلية، حيث قضت الدائرة المدنية الأولى في محكمة النقض الفرنسية بأن المادة 2/489 تطبق على القاصر المجنون متجاهلة ورود النص بصدد الراشدين.⁽³⁾

ثانيا : الشخص الاعتباري : لا يخفى أن فكرة الشخصية المعنوية، هي مجرد تصور قانوني، الغرض منه جعل هذه الشخصية تمارس حقوقا للمحافظة عليها، والسماح للغير بالرجوع عليها، لأخذ حقوقه تماما كالشخص الطبيعي. بعد أن تغير وجه الحياة الاقتصادي، والصناعي، والتكنولوجي في هذا العصر.⁽⁴⁾

إن مسؤولية الشخص المعنوي، العقدية أو التقصيرية أمر مسلم به فقها وقضاء⁽⁵⁾ بعد أن زالت الصعوبة الكامنة في أن الخطأ يشترط عنصر التمييز لتقوم المسؤولية عليه.⁽⁶⁾ والشخص المعنوي ليس ممن يتوفر لديه التمييز الخاص، والمستقل عن تمييز القائمين بأعماله⁽⁷⁾. والرأي كما سبق أنه ما من مانع يمنع قيام المسؤولية على الشخص المعنوي بصفته هذه لأن الخطأ الذي

(1) أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، بند 398، ص 316 - 317. عز الدين الدناصوري وعبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 77 - 78. محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 40.

(2) محمود جلال حمزة، المرجع السابق، ص 88. محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 40.

(3) زهدي يكن، المرجع السابق، ص 116.

(4) Cass. Civ. 20.7.1975 : la semaine juridique. 1978 - 2- 18793. note Digeon.

(5) أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، بند 399، ص 317.

(6) أما المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي، فلا تزال محل خلاف لصعوبة تصور عقوبة جنائية تنزل به خلاف الغرامة والمصادرة والحل. عبد القادر عودة، المرجع السابق، 374/1.

(7) عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، المرجع السابق، ص 161.

يرتكبه جهاز فيه، أو جهة تعمل باسمه، ولمصلحته يعتبر راجعا إلى الشخص نفسه.

وعلى هذا فإن أعمال الشخص المعنوي، يجوز أن تكون غير مباحة⁽¹⁾، والضرر لا بد من التعويض عنه - من مال الشخص المعنوي - لقيام مسؤوليته. لكن الصعوبة هنا تكمن في تأسيس هذه المسؤولية، فهل هي شخصية أم ناتجة عن فعل الغير؟ مع التأكيد على أن الاجتهاد لا يقر بتاتا بتنصل الشخص المعنوي عن نتائج الضرر الذي ألحقه بالمتضرر، تحت غطاء هذه الشخصية الاعتبارية، وعليه يكون ممثل الشخص المعنوي مسؤولا عنه مسؤولية شخصية ويسأل الشخص المعنوي تبعيا. ومثال هذا قيام مدير مؤسسة، أو شركة بنقل عامل في وقت غير مناسب، أو إضاعة عامل بريد رسالة مكلف بتسليمها لصاحبها، فتكون كل من المؤسسة ومصلحة البريد مسؤولتين عن أعمال تابعيهما. ⁽²⁾ نلاحظ كذلك أنه في بعض الأحيان، قد ينسب الخطأ مباشرة للشخص المعنوي كما في حالة إصدار أحد ممثليه قرارا يرتب ضررا للغير، ويوجب المساءلة، ومنه تكون المسؤولية، مسؤولية عن عمل شخصي. ⁽³⁾

ولما كان ركن الخطأ يستوجب عنصر التمييز، ولا تمييز للشخص الاعتباري، فإنه يكتفى بالركن المادي، أي التعدي، والمثال هنا هو دعوى المنافسة غير المشروعة والتقليد المقامة على شركة تجارية. ⁽⁴⁾

نخلص من بيان هذا الركن، إلى ذكر مظهر آخر من مظاهر تقلص فكرة الخطأ، والخاص بحقيقة الاكتفاء بالركن المادي للخطأ، في حالي عديم التمييز، والشخص الاعتباري، إذ هما من المظاهر شديدة الدلالة على تدهور الخطأ، حيث يركن الركن المعنوي، فلا يظهر أثره في هاتين الحالتين.

فأما جانب عديمي التمييز، فنظرا لما يتضمنه سقوط المسؤولية عنهم لانتفاء خطئهم إجحاف بالمتضررين. فقد لجأت المحاكم إلى جملة وسائل لإعانتهم وتقدير التعويض لهم، وهي: ⁽⁵⁾

⁽¹⁾ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، بند 542، ص 808. - توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 374. - زهدي يكن، المرجع السابق، ص 115.

⁽²⁾ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، بند 541، ص 806.

⁽³⁾ توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 375.

⁽⁴⁾ زهدي يكن، المرجع السابق، ص 115. - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 43.

⁽⁵⁾ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 78.

* إسناد الخطأ إلى متولي الرقابة والإشراف.

* إرجاع فقد التمييز إلى خطأ سابق في جانب عديم التمييز.

* التشدد نحو التسليم بتحقيق انعدام التمييز، وفقده.

* اشتراط الانعدام التام للتمييز.

من ناحية أخرى وتحت ضغط الفقه، وحاجة القضاء، زيدت المادة 2/489 إلى القانون المدني الفرنسي⁽¹⁾، إذ نصت على أن: "من تسبب في الإضرار بالغير تحت تأثير اضطراب عقلي، لا يعفى من الالتزام بالتعويض". ولكن من خلال هذا النص وقع الجدل من جديد حول تخصيص المسؤولية على المضطرب عقليا فقط، والسؤال، هل يمتد حكمه إلى صغير السن والمريض، وغيرهما؟

لقد أدى غموض هذا النص كما قلنا إلى انقسام الفقه الفرنسي بين مؤيد⁽²⁾، وبين معارض⁽³⁾.

وبهذا ثبت تقرير مسؤولية عديم التمييز بعيدا عن فكرة الخطأ، وهذا ما يمثل بحق، تقليص يبين لنطاق الخطأ في أهم مجال له، وهو المسؤولية عن الفعل الشخصي.⁽⁴⁾

أما مسؤولية الأشخاص المعنوية، فنجد أنه من المسلم به فقها وقضاء مسؤوليتهم عن تعويض الأضرار التي تحدث جرّاء الأنشطة التي يمارسونها، وهنا لا إشكالية تطرح، لكن القضاء لم يقصر مسؤولية الشخص المعنوي، بل جعلها ممتدة لتشمل حالات أخرى، كالضرر الناتج عن قرار إحدى إدارات الشخص المعنوي، كمجلس إدارته، أو جمعياته العمومية وغيرهما، فما أساس هذه المسؤولية؟⁽⁵⁾

الواقع كان مخرج أنصار النظرية الشخصية القول بمسؤولية الشخص الاعتباري في جعله متبوعا دون حاجة للبحث عن خطأ في جانبه.⁽⁶⁾ لكن انتقد هذا المخرج، كون أنه لا يمكن وضع الهيئات والإدارات المختلفة على صفة التابع⁽⁷⁾. ورأي آخر أقام للهيئات أعضاء الشخص

⁽¹⁾ وهذا بمقتضى القانون رقم 5 لسنة 1968، الذي أصبح ساري المفعول ابتداء من أول نوفمبر 1968.

⁽²⁾ Stark (Boris) : op. cit., N° 360, p. 150.

⁽³⁾ Le Touneau: La responsabilité civile des personnes atteintes d'un trouble munitame, J.C.P. 1971, I. 2401.

⁽⁴⁾ عبد المنعم فرج الصده، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 555.

⁽⁵⁾ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 83.

⁽⁶⁾ محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص 279.

⁽⁷⁾ Stark (Boris) : op. cit., N° 328, p.139.

المعنوي تمثيلاً قانونياً عنه، ذلك أن أي نشاط لهم ينسب إلى الشخص المعنوي، ذاته، وليس إليهم على أساس أن هذا الشخص وجوده حقيقي، وله إرادة يمثلها أعضاؤه الذين يعتبرون مجرد أداة لتنفيذ إرادته تماماً كاليد بالنسبة للإنسان⁽¹⁾. وانتقد هذا الرأي كذلك، حيث إن إرادة الشخص المعنوي، ما هي في الحقيقة والواقع إلا تعبير عن إرادة أعضائه وممثليه. وبالتالي فالمسؤولية هنا ليست شخصية للشخص المعنوي، بل هي مسؤولية الغير - أي الأعضاء، والممثلين -⁽²⁾. نصل إلى أن مسؤولية الشخص الاعتباري، لا تستند إلى خطأ في جانبه، فهي مسؤولية دون خطأ. وفي هذا هدم آخر، وتقليص للنظرية الشخصية.

وقد يكون من المفيد أن نختم بحثنا لموضوع الخطأ كأساس للمسؤولية التقصيرية، ببيان تطبيقاته في القانون المدني الجزائري، ويتضح من استقراء نصوص هذا القانون أن المشرع الجزائري قد تبنى الخطأ كأساس للمسؤولية التقصيرية في صورها الآتية:

- المسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي.

- مسؤولية متولى الرقابة.

- المسؤولية الناشئة عن الحريق.

- المسؤولية الناشئة عن تهدم البناء.

أما المسؤولية عن الفعل الشخصي، وهي المسؤولية العامة، فلم ينحرف عنها القانون إلى مسؤولية تقوم على خطأ مفروض، وبمعنى آخر إلى مسؤولية تقوم بعيداً عن فكرة الخطأ إلا في حالات خاصة حصرتها النصوص⁽³⁾. وبالتالي فالأساس هنا هو إثبات الخطأ الصادر من المسؤول نفسه، وعليه فالخطأ غير مفروض، بل واجب الإثبات.

سبق وأن وقفنا على نص المادة 124 مدني جزائري، ومن خلال التعبير اللفظي لها، ظهر جنوح المشرع عندنا نحو النظرية الموضوعية، لكن بعد تقصي النص الفرنسي المقابل للنص العربي لهذه المادة نفسها، ظهر سقوط كلمة الخطأ سهواً من النص العربي بخلاف النص

(1) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، بند 541، ص 807.

(2) وفيما يخص مسؤولية الأشخاص المعنوية العامة (الدولة وأجهزتها التنفيذية) فهي تقوم على فكرة بعيدة عن الخطأ الشخصي، وتحديدًا بما يسمى بالخطأ المرفقي، وهذا الخطأ يرتكبه موظف الدولة باعتبارهم أعضاء في المرفق الذي ينتمون إليه، والذي يسأل عنه الشخص المعنوي دون خطأ ينسب إليه. محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص 502.

(3) وعلى سبيل الحصر فالقانون المدني الجزائري يأخذ بالنظرية الموضوعية صراحة أو ضمناً في كل من المسؤولية عن الأشياء، والمسؤولية عن الحيوان، ثم مسؤولية المتبوع عن عمل التابع. راجع نهاية الفصل الثاني والخامس بالضرر كأساس للمسؤولية التقصيرية، ص 114 وما بعدها.

الفرنسي. زيادة على هذا فإن نص المادة 127 مدني جزائري⁽¹⁾، يقطع بأن الخطأ هو أساس النظرية الشخصية للفعل الضار الناشئ عن العمل الشخصي.

وهكذا تبقى القاعدة العامة هي إثبات الخطأ من طرف من يدعي وقوعه ضد من أحدثه لكن إلى جانب هذا نجد القانون قد توسع في قضية الإثبات وافترض الخطأ لمصلحة من وقع عليه، وهذا لوجود عمل معين قرينة على وجود الخطأ، على أن لمن قامت هذه القرينة ضده نفيها على اعتبار أن هذا الافتراض يقبل إثبات العكس.

زيادة على السابق فهناك حالات استثنائية، نص عليها القانون لا تقبل إثبات العكس وفي هذه الحالة لا تندفع المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي المذكور في القانون.

وأما مسؤولية متولي الرقابة، فتفترض قيام مسؤولية الشخص الذي يتولى قانوناً أو بمقتضى اتفاق، رقابة شخص آخر محتاج إلى هذه الرقابة، وذلك إما لصغر في السن، أو لمرض، وهذا بصدر فعل ضار بالغير من هذا الخاضع للرقابة، وهنا يقع لزماً على متولي الرقابة تعويض كافة الأضرار الناتجة عن فعل الخاضع للرقابة.

ولقد نصت المادة 134 مدني جزائري على أن : "كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة، بسبب قصر أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية يكون ملزماً بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله الضار، ويترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز". وتنص المادة 135 مدني جزائري على أنه : "يكون الأب وبعد وفاته الأم مسؤولان عن الضرر الذي يسببه أولادهما القاصرون الساكنون معهما، كما أن المعلمين، والمؤدين، وأرباب الحرف مسؤولون عن الضرر الذي يسببه تلامذتهم، والمتمرنون في الوقت الذي يكونون فيه تحت رقابتهم غير أن مسؤولية الدولة تحل محل مسؤولية المعلمين والمربين. ويستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة، أو أثبت أن الضرر كان لا بد من حدوثه ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية".

يتضح جلياً من هذا النص أن المسؤولية في القانون المدني الجزائري لمتولي الرقابة تقوم على قرينة الخطأ المفترض، والمتمثلة في تقصير الرقيب عند أدائه لواجب الرقابة أو إساءته في تربية الخاضع لها. مع أن لمتولي الرقابة دفع المسؤولية بإثبات عكس قرينة الخطأ، وهذا بأنه قام بواجب الرقابة

⁽¹⁾ المادة 127 مدني جزائري : "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يملك فيه كجاذبات مفاجئة، أو قوة قاهرة، أو خطأ صادر من المتضرر أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك".

حتما، أو أن الضرر واقع ولو قام بواجب الرقابة بحق. عموما يستطيع متولي الرقابة دفع المسؤولية عن نفسه، - وهي مسؤولية شخصية - بإحدى طريقتين هما⁽¹⁾ :

- أن يقوم بنفي الخطأ من جانبه.

- أن ينفي علاقة السببية بين الخطأ المفترض في جانبه، والضرر الذي لحق المتضرر.

فأما وسيلة الدفع الأولى، فيقع على عاتق متولي الرقابة إقامة الدليل على أنه قام بواجب الرقابة بما ينبغي من العناية وفقاً للالتزام القانوني المفروض عليه، وأنه كذلك اتخذ جميع التدابير الاحترازية لمنع الخاضع للرقابة من الإضرار بالغير، ومنه فالافتراض هنا بسيط قابل لإثبات العكس.⁽²⁾

وأما وسيلة الدفع الثانية، وهي نفي علاقة السببية بين الخطأ المفترض، والضرر، وهذا بإثبات أن الخطأ واقع حتما ولو بدل أقصى درجات العناية والحرص، أي أن يثبت قيام السبب الأجنبي، كالقوة القاهرة أو الحادث الفجائي، أو فعل الغير، أو فعل المتضرر نفسه.

ونشير أخيرا إلى أن اندفاع مسؤولية متولي الرقابة كما سبق وأن أشرنا، لا تعدم المسؤولية عن الفاعل الأصلي الذي أوقع الضرر، إذ تظل المسؤولية قائمة وفقا للمبادئ العامة.⁽³⁾

وتبقى للمشروع الجزائري خصوصية في هذه المسألة عن كل من القانون المدني الفرنسي وكذا القانون المدني المصري، والقوانين العربية الأخرى، وهذه الخصوصية تشكل شروط هذه المسؤولية، والمستخرجة من نص المادة 134 مدني جزائري السابق النص عليها، وهي :

1 - التزام شخص برقابة شخص آخر بسبب قصر، أو حالة عقلية، أو حالة جسمية، كما وأن القاصر عندنا من لم يبلغ تسعة عشر (19 سنة) حسب المادة 40 مدني جزائري⁽⁴⁾.

وتكون التفرقة بين حالة مساكنة الولد القاصر لوالديه ففي هذه الحالة، يسأل الوالد

⁽¹⁾ وقد قضى المجلس الأعلى بالجزائر بأن: "مسؤولية الأب تقوم على أساس خطأ مفترض فيه أنه أهمل مراقبة ولده، فلا تسقط هذه القرينة إلا إذا أثبت الأب أنه قام بواجب الرعاية والتوجيه، ارتكاب هتك عرض من قبل ولد قاصر مميز يثبت بصفة قطعية وإهمال الأب تربية ابنه." نشرة القضاة، ع3، جويلية (يوليو)، 1985.

⁽²⁾ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، بند 672، ص 1006.

⁽³⁾ المرجع السابق نفسه، بند 673، ص 1010.

⁽⁴⁾ المادة 40 مدني جزائري : "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. وسن الرشد تسعة عشرة (19) سنة كاملة".

حتمًا، وبين حالة عدم المساكنة، فلا مساءلة له البتة، كما جاء النص على هذا في المادة 135 مدني جزائري. ثم قد تكون عدم المساكنة نتيجة لتلقي العلم⁽¹⁾. وتتولى الأم الرقابة بعد وفاة الأب. كما تنتقل الرقابة كذلك إلى المعلم، أو رب الحرفة أثناء تواجد المراقب في المدرسة، أو في مكان الحرفة.

2- صدور الفعل الضار من الخاضع للرقابة، سواء أكان مميزا أو غير مميز⁽²⁾.

أما المسؤولية الثالثة، والداخلية في إطار النظرية الشخصية في القانون المدني الجزائري فهي المسؤولية الناشئة عن الحريق، والتي خصها المشرع الجزائري بالفقرة الأولى من المادة 140 مدني جزائري، وهي تنص على أن: "من كان حائزا بأي وجه كان لعقار أو جزء منه أو منقولات، حدث فيها حريق لا يكون مسؤولا نحو الغير عن الأضرار التي يسببها هذا الحريق إلا إذا ثبت أن الحريق ينسب إلى خطئه أو خطأ من هو مسؤول عنهم"⁽³⁾.

وهكذا فالمسؤولية عن الحريق في القانون المدني الجزائري مسؤولية قائمة على الخطأ واجب الإثبات في جانب الحارس شخصا، أو لمن يكون الحارس مسؤولا عنهم، من صغار، أو تابعين وغيرهم.

وطبقا للقانون المدني الجزائري، تخضع المسؤولية الناشئة عن الحريق الناشب في عقارات أو منقولات للقواعد العامة الثابتة في نص المادة 124 مدني جزائري، أي إلى خطأ واجب الإثبات خروجًا عن أحكام فعل الشيء غير الحي في المادة 138 مدني جزائري، وإذن فالخطأ ليس مفترضا، بل واجب على المدعي أن يثبت انحراف المدعى عليه في سلوكه عن سلوك الرجل العادي.

⁽¹⁾ الأفضل أن تستبدل الإرادة التشريعية عبارة "الذين في كنفهما" بعبارة "الساكنون معهما"، محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 194.

⁽²⁾ علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 35، حيث يقول: "لقد كانت الشريعة الإسلامية على حق حين قضت بمسؤولية الولد في ماله الخاص، ولو كان غير مميز عن أفعاله الشخصية، ولم تنقل عائق والديه بهذه المسؤولية، ولذا فإنني أرى السير على هدى شريعتنا الغراء أو قصر مسؤولية الرقيب على الصبي غير المميز إذا لم يكن له ذمة مالية مستقلة لاسيما وقد رفع القانون المدني الجزائري سن عديم التمييز إلى ستة عشرة سنة". - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، بند 669، ص 1003، وما بعدها.

⁽³⁾ إن الفقرة الأولى من المادة 140 مدني جزائري مطابقة تماما لنص الفقرة الأولى من قانون 7 نوفمبر 1922 الصادر في فرنسا، وكان الأمر في فرنسا استدعى ذلك النص لما تعرض له المشرع من ضغط من شركات التأمين، وملاك الغابات آنذاك. وكل ما سبق لم يتعرض له المشرع عندنا، لذلك نتساءل عن دأبي خروجه عن نص المادة 138 مدني جزائري، والخاصة بالمسؤولية عن الأشياء غير الحية، إذ لا معنى لاستثناء المسؤولية عن الحريق من هنا؟، محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 308.

ويبقى المسؤول عن الحريق وأضراره طبقاً للقانون المدني الجزائري هو الحائر لا المالك للعقار أو المنقول، وسواء استندت الحيازة إلى حق مشروع أو لا.

كما يخرج عن حكم الحريق، انتقال نار إلى مال الغير نتيجة تطاير شرر من مدخنة قطار أو من آلات حصاد أو ري⁽¹⁾ أما الحريق الناشب في عقار مستأجر فيخضع للمسؤولية العقدية، ولا سقوط للمسؤولية فيها إلا بإثبات السبب الأجنبي.

وأخيراً فالمسؤولية عن تهمد البناء في القانون المدني الجزائري جاء النص عليها في الفقرتين الثانية والثالثة من المادة 140 إذ جاء فيهما : "مالك البناء مسؤول عما يحدثه انهدام البناء من ضرر ولو كان انهداماً جزئياً، ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال في الصيانة، أو قدم في البناء، أو عيب فيه.

ويجوز لمن كان مهدداً بضرر يصيبه من البناء أن يطالب المالك باتخاذ ما يلزم من التدابير الضرورية للوقاية من الخطر فإن لم يقم المالك بذلك، جاز الحصول على إذن من المحكمة في اتخاذ هذه التدابير على حسابه."

ومنه فهذا النص يخص نوعاً من المسؤولية ناجمة عن تهمد بناء سواء أكان هذا التهمد جزئياً أو كلياً، وألحق ضرراً بالغير، إذ طبقاً للقانون المدني الجزائري يكون مالك البناء وليس حارسه، مسؤولاً عن تعويض الأضرار المترتبة عن تهمد البناء، ولا خلاص للمالك من هذه المسؤولية إلا بإثبات أن التهمد لا يرجع إلى إهمال منه في الصيانة، أو قدم في البناء أو عيب فيه، أي بإثبات السبب الأجنبي، أو نفي العلاقة السببية⁽²⁾.

وما دامت المسؤولية عن تهمد البناء تقوم على أساس الخطأ في جانب المالك، فإذا كان غير مميز، فلا نسبة للخطأ إليه. وتنتقل المسؤولية هنا إلى متولي الرقابة، وبالتالي تطبق الأحكام الواردة في المسؤولية عن فعل الغير⁽³⁾، وبعبارة أخرى على المالك إقامة الدليل على أن البناء لا يحتاج إلى صيانة أو إصلاح أو تحديد، وإلا أثبت أن التهمد راجع إلى سبب أجنبي لا يدلّه فيه، أو نفي علاقة السببية بين خطئه المفترض، والضرر الذي أصاب الغير.

(1) علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 151.

(2) محمد صوري السعدي، المرجع السابق، ص 240.

(3) محمود حلال حمزة، المرجع السابق، ص 342.

وعلى هذا فطبقا للقانون المدني الجزائري الذي يعمم المسؤولية عن كل الأشياء غير الحية، ففي حال عدم توافر شروط المسؤولية عن تدهم البناء، ونفاها المالك بإيعاز التهدم إلى سبب أجنبي ذكر قانونا، فللمتضرر أن يرجع عليه بالمسؤولية عن فعل الأشياء غير الحية طبقا للمادة 138 مدني جزائري.⁽¹⁾

ثم إن الإجراءات الوقائية التي جاءت في المادة 3/140 مدني جزائري تطبق إذا تحقق معنى التهديد بوقوع الضرر من جراء سقوط البناء، دون أن يقع فعلا، أي أن هذا الضرر مستقبل، وعليه يكون للقضاء تقدير هذا التهديد، فلمن يتهده هذا الخطر أن يطالب المالك باتخاذ الإجراءات اللازمة لمنع ضرره، وإلا جاز للمحكمة أن تأذن لمن يتهده الضرر اتخاذ الإجراءات الوقائية على حساب المالك.⁽²⁾

⁽¹⁾ علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 186.

⁽²⁾ المرجع السابق نفسه، ص 187. - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 240

الفصل الثَّانِي
الضَّرُورَةُ كَأَسَاسٍ
لِلْمَسْئُولِيَّةِ التَّقْصِيرِيَّةِ

المبحث الأول

النظرية الموضوعية وتقديرها

سنقوم فيما يلي بتوضيح جوانب النظرية الموضوعية، وهذا بعرضها عرضاً مجملًا ثم تفصيل هذا العرض ببيان صورتها تحمّل التبعة ضمن الاتجاهين الآتيين :

الاتجاه الأول : يبرز لنا نظرية تحمّل التبعة المقابلة للربح، وهو من يستعمل شيئاً ويحصل منه على فائدة، عليه أن يتحمّل المخاطر حينما يسبب الشيء ضرراً للغير والغرم بالغنم.

الاتجاه الآخر : هذا الاتجاه يبرز لنا نظرية الخطر المستحدث، حيث يرى أن من وضع شيئاً خطراً في الاستعمال عليه أن يتحمّل ما ينجم عن هذا الاستعمال من أضرار. وتفصيل كل ما سبق في مطلب أول مع بيان أسباب ظهور هذه النظرية، والتي ترجع إلى : تأثير القانون بالمبادئ الأخلاقية، ومبادئ العدالة والنزعة المادية، ومبادئ المدرسة الوضعية في القانون الجنائي ومبادئ المدرسة التاريخية، وأخيراً النزعة الاشتراكية. ونعرض في الأخير ببعض من التفصيل للانتقادات التي وُجّهت لهذه النظرية، وختاماً تقدير هذه النظرية في مطلب ثانٍ.

المطلب الأول

النظرية الموضوعية

إن جملة من العلماء ومنهم العلامة "سالي" و"جوسران"⁽¹⁾ استخدموا أذهانهم قصد تأييد العدالة، فكان أن تنبهوا لأمر عام تقوم على أساسه النظرية الموضوعية، لم يتنبه إليه المشرع عند وضع نص المادة 1/1384 مدني فرنسي، إن هذه المادة تنص في فقرتها الأولى على مسؤولية المرء عن الأشياء التي تحت حراسته⁽²⁾، بينما لم يكن يفهم منها سوى أنها مجرد تمهيد للنصوص اللاحقة والخاصة بالمسؤولية عن الحيوان والبناء وكان ذلك في الربع الأخير من القرن الماضي لذلك سنقرر ماذا يراد بالمسؤولية الموضوعية؟.

مما لا شك فيه، أن هناك جملة من العوامل مهدت لظهور القول بهذه النظرية خاصة منها قيام المصانع والمشاغل الكبرى، وازدياد إصابات العمل ضمنها، إذ حلت الآلة محل العامل، وأصبحت رفيقته في مختلف أوضاع الإنتاج، لكن التحكم في مخاطر هذا الرفيق الجديد لم يكن ممكناً، وهذا في حال انفلاته من سيطرة الإنسان، وقد يأتي عليه خلل فتكون النتيجة الأكيدة إصابة أولئك العمال التي قد تختلف من فقد عضو أو تعطيله، إلى فقد حياتهم كلية، ناهيك عن الأضرار التي قد تحدثها القاطرات الحديدية، وشركات السكك المنتشرة في تلك الحقبة، إذ إن انفجاراً ما في محرك القاطرة أو أي وسيلة نقل أخرى كالسفينة، يؤدي حتماً إلى وجود ضحايا عديدين لا ذنب لهم، وصاحب الآلات السابقة يبقى المستفيد الأول من تشغيلها.⁽³⁾ لا جدال في أن المصاب أو ورثته عاجزون كل العجز عن إثبات الخطأ في مواجهة صاحب الآلة، وهذا يؤدي إلى رفض دعوى جبر الضرر، وبالتالي تعويضهم. ونكون هكذا أمام خرق ظاهر وصريح لمبادئ العدالة والتضامن.⁽⁴⁾

إن ما مثلنا به القول السابق، يسري على آلات المصانع، وغيرها من جملة الاختراعات

(1) قال فيهما العلامة ريبير: "أنهما وكلاء تفليسة الخطأ". محمود جلال حمزة، المرجع السابق، ص 260، هامش (2). - زهدي يكن، المرجع السابق، ص 236.

(2) يحي أحمد موافي، المرجع السابق، ص 13.

(3) جبار صابر طه، المرجع السابق، ص 153. - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، بند 520، ص 766.

(4) ارجع المسبب الأول لظهور النظرية الوندوعية - موافقتها لمبادئ الأخلاق والمoralité - ص 78.

السريعة المذهلة في هذا القرن، يقول "ثروت أنيس الأسيوطي" : "فإذا فشل المدعي في إثبات الإهمال خرج من المحكمة خاوي الوفاض، وهذا يعني في النهاية إعفاء رجل الأعمال من المسؤولية عن فعله الضار، وتمكين الرأسمالية من أن تغرف الأرباح الطائلة، وتجمع الثروات الأسطورية، صاعدة إلى قمة الغنى على أكوام ضحايا الظلم".⁽¹⁾

إضافة إلى ما سبق، نجد أن في تغييب الركن المعنوي لصغير السن، أو المجنون، ومن في حكمهما في إسقاط المسؤولية عنهم، العامل الحساس الذي هز مشاعر الفقه والقضاء لاستنباط قواعد نظرية تحمل التبعة عن طريق نصوص خاصة خرجوا بها عن القواعد العامة. وهذا أدى إلى تغيير فكرة التأسيس، وإبعاد الخطأ إبعاداً كلياً، فانهدم في عقر داره، وفي حالة هي من أبرز حالاته، والقائمة أساساً على فكرة الخطأ.⁽²⁾

أما اليوم، فقد سارت هذه النظرية قدماً بخطى سريعة، وثابتة. فما من تشريع إلا وأخذ بها، حتى وإن لم يصرح بذلك، يقول "زهدي يكن" : "... وانطوت نظرية الخطأ على نفسها بما جنته على أبنائها، فهل من العدل في شيء أن يلقي مثلاً عبء الإثبات على المتضرر في حادث من حوادث السيارات، وقد دهمه الحادث في جسمه فأخرجه عن وعيه، وامتنع عليه عملاً أن يتبين كيفية وقوع الحادث؟"⁽³⁾

وهكذا وضعت نظرية تحمل التبعة على بساط التنظير والتطبيق، فكان إعمالها من طرف الفقه والقضاء بوسائل مختلفة. ومنه نخصي ثلاث مراحل لتطور هذه النظرية هي :

- ابتداءً قامت هذه النظرية على أساس الغرم بالغنم.

- ثم تطورت إلى مرحلة تالية، أقيمت فيها المسؤولية على الخطر المستحدث.

- ثم انتهت كمرحلة ثالثة إلى التوفيق بين الخطأ والخطر، وهذا بإبقاء الخطوط متوازية بين فكرتي الخطأ والخطر.

يظهر من التسطير العام لهذه المراحل استبعاد النظرية لفكرة الخطأ في المرحلتين الأوليتين إذ يرى زعماء هذه النظرية أن الخطأ الواجب الإثبات بات قاصراً على إنصاف ضحايا حوادث العمل، وحوادث النقل.⁽⁴⁾

(1) ثروت أنيس الأسيوطي، مبادئ القانون، دار النهضة العربية، مطبعة جامعة القاهرة، 1974، بند 319، ص 188 - 189.

(2) راجع المبحث الثاني من الفصل الأول والخاص بعدم التمييز، نقل عن الخطأ أو اختفائه بإزاحة الركن المعنوي كلية منه، ص 63.

(3) زهدي يكن، المرجع السابق، ص 238.

(4) محمد زهدور، المرجع السابق، ص 15 - 16.

إنه يجب أن ينظر في هذا العصر المادي إلى العلاقات القانونية على أنها علاقات بين ذمتين ماليتين، وإنه من الأفضل أن يكون المرء على يقين من أنه ملزم بنتيجة أفعاله كلها، فيحترز ويستعد لتحملها.⁽¹⁾

واستعملت النصوص التي كانت للخطأ لصالح النظرية الموضوعية؛ هذه النظرية التي بذر البذرة الأولى لها "لايه" في تعليقاته، "ولوران" في بلجيكا، ولكن الذي دافع عنها بحماس هما "سالي" و"جوسران" حيث يقول هذا الأخير : "إن كلمة faute في الفرنسية كلمة مبهمة أشد الإبهام، ويظهر أن المشرع قد قصد إلى هذا الإبهام خشية اتخاذ موقف محدد، ولكي يلقي العبء على كاهل القضاء ليفسر هذه الكلمة حسبما تمليه الظروف."⁽²⁾

لكن رغم ما بدله أصحاب هذه النظرية، والمحاسن، التي جاهدوا لإبرازها مقابل مساوي النظرية الشخصية، انتقدت من خلال أساس المرحلة الأولى "الغرم بالغنم" بأن ليس كل نشاط هو فائدة خالصة لصاحبه، بل هناك نشاطات قد تعود بالخسارة الخالصة على صاحبها كذلك، ثم مع الانتقال إلى فكرة المخاطر، انتقدت على أساس أنها دعوة علنية لتشيط الهمم والإحجام عن التطور⁽³⁾. ولأجل هذا الانتقاد تحول أنصار هذه النظرية إلى مرحلة ثالثة تميزت بارتداد البعض عنها "كريبير" في مؤلفه "القاعدة الخلقية في الالتزامات المدنية"⁽⁴⁾ حيث رجع إلى فكرة الخطأ، والبعض الآخر جعل منها فكرة أصلية إلى جانب فكرة الخطر كاحتياط، يخرج بها عن الأصل حينما تتطلب العدالة ذلك.⁽⁵⁾ أما "جوسران" فقد ساوى بين الأساسين، حيث جعل نطاق الخطأ يحكم المسؤولية عن الأفعال الشخصية، المنصوص عليها في المادة (1382) م-ني فرنسي⁽⁶⁾ أما نطاق الخطر فيحكم المسؤولية عن فعل الغير المنصوص عليها في المادة (1384) فقرة 4، 5، 6⁽⁷⁾، والمادتين (1385 - 1386) مدني فرنسي⁽⁸⁾ إضافة إلى القوانين الخاصة التي نصت على

(1) علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 153.

(2) Gosserand : cours de droit civil positif, Français, tome 2, Paris, 1938 - 1939, p 202.

(3) Ripert, la règle morale, op. cit. , p 29.

(4) علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 155.

(5) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، بند 520، ص 769. - زهدي يكن، المرجع السابق، ص 255.

(6) المقابلة للمادة 124 مدني جزائري.

(7) هذه الفقرات مقابلة للمواد : 134 - 135 - 136 مدني جزائري.

(8) المقابلات للمواد : 138 - 139 - 140 مدني جزائري.

المسؤوليات ذات الأصل في ابتنائها على فكرة الخطر.⁽¹⁾

عموما فقد لاقت النظرية الموضوعية قبولا حسنا، حيث لجأ القضاء في فرنسا بمعاونة الفقه إلى استخدام وسائل جديدة، ابتكرها من خلال دراسته لقضايا الحوادث الجديدة، وتفاقم عددها.

لقد كان واضحا من القضاء الفرنسي منذ سنة 1877 معالجته لنظرية المسؤولية التقصيرية عن طريق إسقاط عبء الإثبات عن المتضرر، وهذا بمحاولة المحاكم استخلاص مرادها من النصوص العامة في المسؤولية، بما لم تقله تلك النصوص بعينها.⁽²⁾ إذ فسروا هذه النصوص تفسيرا مقررنا لنظريتهم مستعينين على هذا ببعض أقوال المقررين في المجالس التشريعية التي انعقدت لوضع قانون نابليون، واستعانوا بمبدأ الخطر المستحدث الذي هو أثر من آثار التقدم الحيوي العالمي.⁽³⁾

وكان هم الفقه والقضاء، وما يزال حصول المصاب على التعويض لهذا بحثوا عن وسيلة حيوية فعالة تمكنهم من إسقاط ركن الإثبات عن المصاب، وبالفعل كانت الوجهة هذه المرة أحكام المسؤولية العقدية التي ينتفي فيها اشتراط الخطأ.⁽⁴⁾ ومؤدى هذه الاستعانة أن أمين النقل مثلا ليس ملزما بنقل المسافر فحسب، بل وإيصاله سالما معافا، وبالقياص فالالتزام نفسه ينشأ بين رب العمل والعامل في المسؤولية التقصيرية، إذ لا يلتزم رب العمل بدفع الأجر فقط، وإنما يلتزم كذلك بمنع كل ضرر عن العامل، وإلا فجره إن وقع.⁽⁵⁾ لكن استعيض عن هذه المحاولة بما صدر عن القضاء الفرنسي من تشريع 9 نيسان 1898. واستمرت الجهود الرامية إلى تثبيت دعامة النظرية الموضوعية حيث قيست على المادة الخاصة بالمسؤولية عن تهدم البناء بالأشياء الأخرى، كالأشياء الآلية وغيرها، لكن كذلك وجد أن صعوبة إثبات العيب في الآلة، يفوق الصعوبة في البناء، نظرا لتعدد الآلات وبالتالي الحاجة إلى الخبراء والفنيين لمعرفة ما فيها.⁽⁶⁾ هكذا لم تكن الوسائل بعد كافية لتأطير النظرية الموضوعية تشريعا، فاقبحت الأنظار

(1) علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 155.

(2) علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 92.

(3) زهدي يكن، المرجع السابق، ص 238.

(4) يحي أحمد موافي، المرجع السابق، ص 11.

(5) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، بند 520، ص 767.

(6) المرجع السابق نفسه.

صوب الفقرة الأولى من المادة 1384 مدني فرنسي والتي اكتشفها "لايه"، ودعمها كل من "سالي" و "جوسران" وهي تحمل فكرة تحمل التبعة في صورتها المطلقة، وتعني مسؤولية المرء عن فعل الأشياء التي تحت حراسته.⁽¹⁾

ولقد توسع المشرع تدريجيا في تقرير التعويض لكافة العمال، وحسم كل نقاش وامتد التوسع إلى مجالات النقل الجوي والبري وفقا للمادة 53 من القانون رقم 31 - ماي - 1924 حيث يسأل مستغلي الطائرات عن الأضرار التي تحدثها عند عملية التحليق، أو عن الأشياء التي تنفصل عنها أو تسقط منها، والتي تصيب الغير أو ممتلكاتهم التي توجد على سطح الأرض⁽²⁾، وهناك تشريعات لمجالات متفرقة مثل :

- في سنة 1927 تقرر أن قرينة الخطأ الواردة في المادة 1384 مدني فرنسي لا يجوز نفيها إلا بإثبات السبب الأجنبي.

- في سنة 1929 طبقت أحكام المسؤولية عن الأشياء على غير الأجنبي عن الآلة.

- ابتداء من 1930 في حكم الدوائر المجتمعة في 13 فيفري 1930⁽³⁾ استخدمت عبارة المسؤولية المفترضة.

- وأخيرا القانون رقم 65/955، والقانون رقم 65/956، الصادران في 21 نوفمبر 1965 اللذان يقرران المسؤولية دون خطأ على مستغلي المنشآت النووية.⁽⁴⁾

وهكذا وإن تنوعت التشريعات سواء في فرنسا أو في الجزائر⁽⁵⁾ أو في غيرهما⁽⁶⁾، فإنها لا تقتصر على مجال معين، بل تمتد إلى سائر المجالات الخطرة والضارة.

(1) يحي أحمد موافي، المرجع السابق، ص 13.

(2) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، بند 520، ص 770 - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 181.

(3) راجع في إحصاء بعض هذه القوانين : زهدي يكن، المرجع السابق، ص 247 - 248 - محمد زهدور، المرجع السابق، ص 23.

(4) Mazeaud (Henri -Leon) et Zune (André), Traité théorique et pratique de la responsabilité civil délictuelle et contractuelle T 1, 6^{ème} ed. , Paris, 1965, N°80.

وهذا بخصوص تدخل المشرع الفرنسي بصفة عامة، ودوره في إقامة المسؤولية المطلقة.

(5) ومنها قانون التعويض عن حوادث العمل سنة 1972 حيث أقيمت المسؤولية فيه على أساس تحمل التبعة، علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 160.

(6) منها مصر مثلاً، فقد جاء في حكم لمحكمة مصر الابتدائية الأهلية في 7 جانفي 1936: "أن صاحب العمل مسؤول عن الحوادث والمخاطر التي يستهدف لها العامل بسبب أداء عمله ولا يعفى من المسؤولية إذا أثبت أن العامل إنما أصيب بسبب تقصيره أو إهماله"، مجلة المحاماة، بحث في مسؤولية من استخدم أجيرا صانعا لعمل معين، العدد 3، السنة 19، ص 391.

نلاحظ كذلك أن مختلف التشريعات السابقة وإن اختلفت في شروط المسؤولية الموضوعية ومداهها، وأيضاً طرق الإعفاء منها إلا أنها تتحد جميعاً في أنها تقرر المسؤولية المطلقة المبنية على أساس الضرر. وإذا دققنا النظر في النتائج المستتعة من افتراض الخطأ، نجد أنها نتائج النظرية الموضوعية، ماعدا بعض الفوارق وبعض التعقيدات.⁽¹⁾

وكان لظهور النظرية الموضوعية المقابلة للنظرية الشخصية، مبررات، دفعت بها إلى الأمام جملة أسباب منها :

أ - مبادئ الأخلاق والعدالة.

ب - النزعة المادية.

ج - مبادئ المدرسة الوضعية في القانون الجنائي

د - مبادئ المدرسة التاريخية.

هـ - النزعة الاشتراكية.

ز - أسباب قانونية.

أ - **مبادئ الأخلاق والعدالة** : عرفنا أن القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 كان وليد الثورة الفرنسية، التي كان هدفها الأول تحرير الفرد من القيود التي أثقلته؛ في السياسة، والقانون، والاقتصاد، وغيرها من نواحي الحياة العامة، فجاءت هذه الثورة لتقرر أن للإنسان - باعتباره فرداً - حقوقاً طبيعية، بلغت حينها من القداسة ألا يجوز العبث أو المساس بها ولو لصالح الغير، ولذا ساد هذا القانون الروح الفردية.⁽²⁾

وإذا رجعنا إلى الفكر القديم، نجد الفقيه الروماني «أولبيانوس» يقول : «القانون هو فن الخير والعدالة، والقواعد التي يقوم عليها هي : استقامة السير في الحياة، وعدم إيذاء أحد، وإيتاء كل ذي حق حقه».⁽³⁾ ولعل مبادئ الأخلاق والعدالة تقضي في هذا المقام، أن يلزم الفاعل بمجبر الضرر، حتى وإن لم يكن بخطئه، والعدالة كذلك تأبى أن يتحمل المتضرر زيادة على ضرره تكاليف تثقل كاهله لذلك فتحدد مجال المسؤولية هنا ضروري، حتى يتحمل نتائج الضرر من

(1) فخري رشيد مهنا، المرجع السابق، ص 165.

(2) محمد يوسف موسى، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، القاهرة، دار الفكر العربي، ط2، 1380 هـ - 1961م، ص 80 - 81.

(3) علي علي سليمان، نظرات قانونية مختلفة، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، ص 7.

تسبب في حدوثه وليس من لا دخل له فيه.⁽¹⁾ وهكذا فليس من العدل في شيء أن ينتفع الإنسان من ملكه، بينما لا يتحمل أضراره ويستأثر بالنفع، ويحمل غيره الضرر.⁽²⁾

ثم إذا طرحنا إشكالية تعويض الضرر الواقع، فالبساطة في التحليل الموضوعي هنا أن العدالة تقضي دائما إلزام محدث الضرر وإن انتفى خطؤه بالتعويض، لأننا في هذه الحالة إزاء ضرر واقع فعلا، وأمامنا شخصان، لا يخطئ من أحدهما. فأيهما أجدر بتحملة، أحدث الضرر أم الضحية؟ والجواب المنطقي يشير حتما إلى محدث الضرر.⁽³⁾

إن المقصود بالعدالة في هذا الموضع، المبادئ الأساسية التي تحكم سلوك الأفراد في حالي الثبوت والاستمرار، وهذه مبادئ مستنبطة من فقه القانون وأصوله وهكذا فقوتها مستمدة من الضمير الاجتماعي.⁽⁴⁾

ب - النزعة المادية في القانون : إن ظهور النزعة المادية في القانون، كان في نهاية القرن التاسع عشر على يد الألمان ومنهم انتقلت إلى الفقه الفرنسي، ذلك أن النزعة المادية تعتمد على المظهر الخارجي للإرادة، ولا أثر عندها للإرادة الباطنة، وغايتها جعل الحقوق والواجبات مجرد عناصر للذمم المالية، وبهذا وصلت بالالتزام إلى أنه مقابلة بين ذمة وأخرى، ذلك بأن هذه العلاقة يمكن نقلها من واحدة إلى أخرى دون التوقف على إرادة المدين.⁽⁵⁾

وكان تبرير النظرية الموضوعية من خلال النزعة المادية للقانون، هو قبول فكرة وجوب التعويض عن النقص الملاحظ في الذمة المالية، بصرف النظر عما إذا كان الضرر أدى إليه فعل خاطئ أم غير خاطئ، وهذا يؤدي حتما إلى بحث الحالة النفسية للفاعل، وهو ما لا شأن له بالعلاقة المالية.⁽⁶⁾

من خلال ما سبق فمادية القانون يناسبها قيام المسؤولية على عنصر الضرر الذي يتمثل في الجانب المالي، والذي هو التعويض، لا عنصر الخطأ، الذي تحيط به المعايير الشخصية التي لا ضابط لها عند الاهتمام بسلوك كل شخص بمفرده.

(1) علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، المرجع السابق، ص 153.

(2) زهدي يكن، المرجع السابق، ص 243. - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، بند 520، ص 768.

(3) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، بند 520، ص 768.

(4) حامد فهمي، ومحمد حامد فهمي، النقض في المبادئ المدنية والتجارية، القاهرة، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، 1937، ص 98.

(5) سليمان مرقس، المسؤولية المدنية، دروس لطلبة قسم الدكتوراه، في جامعة القاهرة، 1955، بند 171، ص 89. نقلا عن : جبار صابر طه،

المرجع السابق، ص 128.

(6) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، بند 520، ص 769.

جـ - مبادئ المدرسة الوضعية في القانون الجنائي : إذا كان الصالح العام فوق أي اعتبار، فإن ما يناسبه ويحافظ عليه هو اعتبار الضرر، والتعويض عنه، دونما التفات لأمر آخر. إن واقعية الضرر، هذه الفكرة التي تستوجب النظر في الفعل الذي ألحق ضرراً بالغير من وجهة اجتماعية، وبالتالي محاولة جبره بأفضل الوسائل وأنفعها⁽¹⁾ هو ما جاءت به المدرسة الإيطالية بزعامة "فيرى"، كنظرية جديدة في القانون الجنائي.⁽²⁾

إن مؤدى هذه النظرية، هو ضرورة النظر إلى الجريمة نظيرة مجردة، وإلى وقوعها كذلك على المجتمع من حيث آثارها السلبية عليه، لا بالنظر إلى المجرم من خلال شخصه على أنه خلق مجرماً بالوراثة، وتأثير من بيئته، يزكي كل ما سبق تكوينه الشخصي، وطبعاً كل هذا يستلزم من القاضي جهوداً خاصة في تتبع كل تلك المؤثرات، وهيئات أن يستطيع ذلك.⁽³⁾

لقد ضربت هذه النظرية عنصراً الخطأ عرض الحائط، وأصبح الأكيد في الاعتبار هو خطورة الجريمة، ومدى تأثيرها على المجتمع، والبحث عن أساليب الردع والزجر، والدفاع عن سلامة المجتمع وأمنه، وفي هذا يقول "فيرى" : "إن اللوم والاستهجان المقترن بالجريمة مآله الزوال، بانتشار مبادئ المدرسة الجديدة كما زال الاستهجان الذي كان سائداً في الماضي بالنسبة للمصايين بالجنون."⁽⁴⁾

ولقد تأثر علماء الاجتماع في فرنسا بآراء هذه المدرسة، وتأسست هناك المدرسة الوضعية بزعامة "سيمون"، وتلميذه "أوجست كومت"، وكان الترحاب على أشده لنطاق المسؤولية المدنية وأكثر نفاذاً، خاصة بعد تمايز المسؤوليتين المدنية، والجنائية، حيث أصبح النظر منصفاً على حصول المتضرر على تعويض من الإصابة التي وقعت له، بعد أن كان العقاب هو الهدف.⁽⁵⁾

وهكذا كان لهذه النظرية الحديثة أجل الأثر في المسؤولية، وعلى توجيهها نحو النظرية الوضعية المجردة عن فكرة الخطأ، بتثبيت فكرة الضرر فحسب.

(1) محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص 170.

(2) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، بند 520، ص 767.

(3) علي علي سليمان، النظرية العامة للإلزام، المرجع السابق، ص 151.

(4) أحمد محمد خليفة، النظرية العامة للتجريم، دراسة في فلسفة القانون الجنائي، مصر، مطابع دار المعارف، ط1، 1959، ص 30.

(5) علي علي سليمان، النظرية العامة للإلزام، المرجع السابق، ص 151.

د - مبادئ المدرسة التاريخية في القانون : يضاف إلى تيار المدرسة الوضعية، تيار آخر يسانده، وهو المدرسة التاريخية بزعماء الألماني "سافيني"، عام 1814، وهو رد صريح منه، وتصد واضح للفقيه "تيبو" الذي دعا بدوره إلى ضرورة وضع تقنين لألمانيا على غرار فرنسا.⁽¹⁾ لهذا أصدر "سافيني" رسالة بعنوان : "دعوة زمننا إلى التشريع وعلم القانون". حيث هاجم فكرة التقنين في حد ذاتها.⁽²⁾

يحصّر هذا التيار منشأ القانون من البيئة ذاتها، وأنه نتاج تطور المجتمع، يتغير من تلقاء نفسه، وينمو بشكل غير محسوس، وعليه فينبغي أن لا ينظر إلى المسؤولية المدنية في أواخر القرن التاسع عشر بالنظرة نفسها التي كانت موجودة عند الرومان، أو في القرون الوسطى، أو عند فقهاء الكنيسة، فلا المدنية الحديثة، ولا التقدم الآلي يسمحان بمسايرة ما كان من تلك الحقب الزمنية، والتي لن تكون صالحة لتنظيم مجتمع اليوم، يدعم هذا القول، "جوسران" فيقول : "إنه أصبح من المتعين طرح تلك القاعدة العتيقة البالية التي تمثل مدنية بائدة، والاستعاضة عنها بقاعدة جديدة تسير مقتضيات المجتمع الجديد."⁽³⁾

فما دام المجتمع في تحول وتطور مستمر، فإن القانون كذلك في متابعته للمجتمع، ولو كان شريعة مقدسة، وهذا طبعاً في فروعها، لا في نصوصها العامة.

هـ - النزعة الاشتراكية في القانون : إن تحول الأنظمة المختلفة من الرأسمالية إلى الاشتراكية، كحركة منظمّة، أبرزه التحول الذي مس الحياة الاقتصادية، والاجتماعية، والسياسية، والقانونية، الذي أوجب تدخل الدولة حفاظاً على المكاسب العامة وتطويرها كذلك. سنرى الخطوط العامة لأثر النزعة الاشتراكية، وتحديدًا في القانون المدني، وقبله في القانون بوجه عام.

١ - أثر النزعة الاشتراكية في القانون بوجه عام : نظراً لارتباط التفكير القانوني بمجمل متغيرات المجتمع، وتطبيق هذا المجتمع له، ونظراً للمبررات السابقة⁽⁴⁾، ساهم الفقهاء إلى حد بعيد في ظهور الدعوات لتغيير أساس المسؤولية المدنية، نتيجة التقدير الموضوعي لها في الضرر، فلا

(1) جبار صابر طه، المرجع السابق، ص 130.

(2) أحمد محمد خليفة، المرجع السابق، ص 44، وما بعدها.

(3)

Josserand: les transports, 1926, N°558.

(4) وهي جملة الأسباب سالفة الذكر في هذا المطلب. ص 78.

جدال البتة أن العصر الذي نحياه يتميز بتدفق التيار الاشتراكي، والذي حرك في مجتمعاته دواليب النظام الاجتماعي والاقتصادي، والقانوني.⁽¹⁾

إن عصرنا الحالي عصر الآلة والتقنية التي لم تغز الإنتاج الصناعي فحسب، بل دخلت كافة مرافقنا اليومية، وكادت تمتلكها، وهي في طريقها إلى أن تجدد حضارتنا جذريا.⁽²⁾ لذا وجب تغيير النظر لجميع القضايا الاجتماعية بنظرة جديدة، مؤطرة بالتغيرات الحاسمة والحاصلة في دنيا الآلية، فلم يعد الفكر التقليدي يصلح لها، ولا للتطور الحديث الذي أشرنا إليه.

II - أثر النزعة الاشتراكية في القانون المدني : إن مفهوم الاشتراكية ينصب على حتمية اشتراك جميع المواطنين في موارد بلادهم قصد تحسين حياتهم، وبالتالي حياة أمتهم.⁽³⁾ فالاشتراكية هكذا وثيقة الصلة بالناحية الاجتماعية، والاقتصادية، وساهمت الناحية السياسية في تغيير نظر القانون إلى الإنسان ، فالقانون لا يحقق المساواة القانونية بل يتدخل لإحقاق المساواة الفعلية على أرض الواقع، إذ وظيفة القانون اجتماعية، وهي توجيه نشاط الأفراد نحو غاية مشتركة هي المصلحة العامة.⁽⁴⁾

إن تحقق العدالة الاجتماعية الحقبة تفرضه ضرورة تدخل الدولة بناء على متطلبات الضرورة الاقتصادية، والاجتماعية، وكان من أثر هذه النزعة في المسؤولية المدنية، أنه إذا وقع ضرر لشخص ما بفعل شخص آخر، فإن النتيجة هي إلزام الفاعل بالتعويض، أو عدم إلزامه بحسب مصلحة المجتمع، وكل هذا بقطع النظر عن مسلك المتسبب في إحداث الضرر، أخطأ أم لم يخطئ.⁽⁵⁾

ز - أسباب قانونية : تحدثنا سابقا كيف أن الجانب الاقتصادي قلب الأوضاع الاجتماعية، والقانونية. فأما الناحية الاجتماعية، فقد أبرزت مكانة العامل، وشخصيته، وضمنها تنامي إدراكه لفاعليته الاقتصادية شيئا فشيئا، وبدأ ينجلي يقينا، أن له حقوقا يجب أن تحترم ، وعليه

(1) عبد المنعم البدرأوي، المرجع السابق، ص 58.

(2) إلياس فرح، دراسات في الفكر الاشتراكي، بيروت، دار الطليعة، 1974، ص 63، وما بعدها.

(3) عبد المنعم البدرأوي، المرجع السابق، ص 61.

(4) المرجع السابق نفسه، ص 62.

(5) علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 151 - 152.

تكونت نقابات العمال، دفاعاً عن حقوقهم. وأما الناحية القانونية، فقد برز القصور التشريعي عن تغطية مختلف الحوادث المستجدة، وتأطيرها قانوناً، وظهر العبء الكبير، على إثبات الخطأ من طرف العمال الضعفاء، ضد أصحاب المصانع الكبرى للقول بإمكانية التعويض على الضرر من عدمه، طبقاً لأحكام المادتين (1382 – 1383) مدني فرنسي، وهذا قبل الإلتفات لأحكام الفقرة الأولى من المادة 1384 مدني فرنسي.⁽¹⁾

(1) علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 151 - 152.

المطلب الثاني

تقدير النظرية الموضوعية

كباقي النظريات، وعلى اختلاف ميزان الصحة من الخطأ فيها، لم تسلم النظرية الموضوعية من الهجوم، خاصة من مدرسة الشرح على المتون، هذه الأخيرة، ونظراً لقداسة النصوص عندها ألزمت على الفقه والقضاء البحث عن نية المشرع الحقيقية عند وضع النصوص مهما تغيرت أوضاع المجتمع.⁽¹⁾

وإذا كان حظ النظرية الموضوعية قليلاً في القوانين العربية، والقانون المدني الجزائري بخاصة، وهذا تقليد استقر عليه الحال في القضاء والقانون الوضعيين. فلا يؤدي إلى الجزم المطلق بعدم صلاحيتها كأساس للمسؤولية، وقد وقفنا سابقاً على دواعيها، والتي أبرزت بدورها هذه النظرية.

كما رأينا أن المنطق يقضي بتحمل الشخص تبعة ما أتى من فعل ضار، كذلك العدالة تقضي بإصلاح الشخص للضرر الذي أحدثه خاصة إذا وجدنا أمام حالة يكون فيها محدث الضرر مليئاً، في حين يكون المتضرر معدوماً، أضف إلى هذا المتغيرات الاقتصادية والصناعية، التي جعلت من إثبات الخطأ من لدن المتضرر متعذراً، بل قد يكون مستحيلاً.

وهكذا برزت لنا النظرية الموضوعية أكثر عدالة، وأصلح من النظرية الشخصية في التأسيس، ورغم هذا لم تسلم من النقد، وفيما يأتي نورد جملة من الانتقادات التي وجهت إلى هذه النظرية، ثم نتولى الرد عليها تباعاً، بترتيب نقاط النقد نفسها.

أولاً : إن بناء هذه النظرية على مقتضيات العدالة ليس مبرراً لإيجاد سند قانوني لها. ذلك أن التشريع هو المصدر الأول للقانون، ولا يلجأ إلى العدالة - المصدر الاحتياطي - لسد نقص التشريع.⁽²⁾ غير أننا إذا تتبعنا الناحية العلمية في التأسيس الفني للمسؤولية حسب النظرية الموضوعية، فلا صحة له، لأن المادة 1382 مدني فرنسي، لم تفرض الالتزام بالتعويض إلا على من تسبب بخطئه في إحداث الضرر، وهذا جزم من النص على أن المسؤولية تبنى على التسبب

⁽¹⁾ أراجع لمدرسة الشرح على المتون إلى عبد المعمر فرج الصده، أصول القانون، المرجع السابق، ص 278، وما بعدها.

⁽²⁾ زهدي يكن، المرجع السابق، ص 253.

في الضرر عن طريق الخطأ. كذلك المادة 1384 / 1 مدني فرنسي لم ترتب المسؤولية الناشئة عن الأشياء، على مجرد تملك هذه الأشياء أو الانتفاع بها، بل رتبها على وجود هذه الأشياء في حراسة شخص، وبالتالي على ثبوت واجب الحراسة وعدم الوفاء به، الواضح بنصوص مقررته.⁽¹⁾

* وردا على هذا النقد، احتج أنصار النظرية الموضوعية، بأن النصوص المتعلقة بالمسؤولية عن الأشياء، تخدم هذه النظرية كذلك، فلا يوجد أي مانع من الأخذ منها، حيث إن تلك النصوص لا تشترط الخطأ وتكتفي بالفعل وحده كأساس للمسؤولية. وما يؤيد هذا الاتجاه التشريعي لسند المسؤولية الموضوعية، أن "جوسران" أيد ذلك عندما قرر أن المسؤولية القانونية لا تستند إلى فكرة الخطأ كنظرية، إذ إن منطق العقل والعدل لا يلزم شخصا بتعويض ما. إذا ظهر أنه لا خطأ من جانبه.⁽²⁾

ثانيا : يدعي خصوم النظرية الموضوعية، أنها مطلقة تطلق العنان لقيام المسؤولية دون تحديد، وهذا يؤدي إلى نتائج خطيرة تمس الفرد والمجتمع، وتؤدي إلى تقاعس الكثيرين عن النشاط الصناعي، وحتى الفردي، تفاديا لأي مساءلة وهذا بتجنب وقوع الخطأ.⁽³⁾

ثم إنها تكون قيدا رهيبا على الحقوق والحريات الشخصية، فترتب مسؤولية كل من نتج عن تصرفه ضرر حتى ولو كان يتصرف في خالص حقه، وفي حدود الجواز الشرعي، وهذا يسبب الحرج والضيق للآخرين.⁽⁴⁾ أما كونها ضيقة فلأنها تحصر قيام المسؤولية بقاعدة "الغرم بالغرم"، وهذا تضيق لغرض قيام المسؤولية، حيث إن القائلين بهذا المبدأ حملتهم الشفقة على العامل، ولحمائته اتجاه رب العمل، قرروا هذه القاعدة، وبالتالي أهملوا شتى النشاطات الفردية، فلم يعيروها أهمية، مثلما فعلوه للنشاط الصناعي.⁽⁵⁾

* إن حجة المعادين للنظرية الموضوعية في عمومها، وخصوصها، وكذا تثبيطها للهمم لا يمكن التسليم بها، والدليل على عدم صحتها، يدحض بمجرد الإحاطة الواقعية بحال المجتمعات

(1) زهدي يكن، المرجع السابق، ص 253.

(2) عبد السلام ذهني بك، النظرية العامة، في الالتزامات، لم تذكر السنة، ص 66.

(3) زهدي يكن، المرجع السابق، ص 254، حيث يضيف أنه لا خلاص من هذه السلبية في النظرية الموضوعية، إلا نظام التأمين من المسؤولية.

حيث إن بعض التشريعات جعلت التأمين إجباريا.

(4) فخري رشيد مهنا، المرجع السابق، ص 192.

(5) المرجع السابق نفسه.

التي تبنت المسؤولية الموضوعية، خاصة بحال المسؤولية عن الأشياء والآلات، فهذه المجتمعات في الوقت الحاضر تشهد من التقدم والرفاهية الشيء الكثير، فهل هذا دليل تقاعس، وتثبيط؟ والجواب بالنفي المطلق بالتأكيد.⁽¹⁾ زيادة على القول السابق، فأولى بالغير إذا علم مسبقاً أنه يتحمل النتائج الضارة لنشاط غيره، أن لا يقدم على الدخول في أي نشاط كان، وأكثر وضوحاً وجلاءً لعلاقة الفرد والغير، أن الفرد إذا حرص على التحديد من النتائج الضارة لنشاطه، فهذا يعني التجاء الغير كذلك في وضع طبيعي لممارسة النشاط، وهو يعلم مسبقاً أن من يلحق به ضرراً فسيعوضه حتماً.⁽²⁾ والخلاصة أن النظرية الموضوعية نتيجتها العملية أكثر طمأنينة وأمان وحيطة في واقع الحياة المعيش.

ثالثاً : إن وقوع الضرر عادة ناتج عن تصادم بين الفاعل والمصاب، أي أنه نتاج كل منهما، ولو كان موقف المصاب موقفاً سلبياً بحتاً، ذلك أنه لو لم يقف هذا الموقف لما وقع التصادم بينه وبين نشاط الفاعل.⁽³⁾

* إن الرد على ازدواجية تأثير كل من فعل الفاعل والمصاب، وكذا الموقف السلبي لهذا الأخير، نتناوله في جملة الإشارات الآتية :⁽⁴⁾

- إن الموقف السلبي في حد ذاته يفسر عدم وجود فعل من جانب المصاب، فالواقف على الرصيف مثلاً ، وفجأة يدهامه أحدهم بسيارته، تؤكد عدم إلزامية التفاعل بين موقف الفاعل والمصاب دائماً.

- إن التسليم بهذا الرأي معناه بكل بساطة، تحميل المصاب المسؤولية دون أن يكون قد صدر عنه فعل خاطئ، وهذا في حد ذاته لم يسلم به أصحاب النظرية الشخصية. إذ كيف نحمل المصاب نتيجة موقف سلبي، وهو لم يجن خطأً.

- إن النظرية الموضوعية زيادة على السابق، وغيره كثير، تشكل حماية كافية للفاعل في حالة تعمد المصاب، أو خطئه الجسيم، فتقرر إعفاءه من المسؤولية.

(1) إبراهيم طه الفياض، المرجع السابق، ص 460، هامش (1).

(2) جبار صابر طه، المرجع السابق، ص 158.

(3) سليمان مرقس، المسؤولية المدنية (دروس لطلبة الدكتوراه)، المرجع السابق، ص 178. نقلاً عن جبار صابر طه، المرجع السابق، ص 160.

(4) للوقوف على مزيد من الردود على هذا النقد، انظر : سليمان مرقس، المسؤولية المدنية (دروس لطلبة الدكتوراه)، المرجع السابق، ص 178 وما بعدها، نقلاً عن جبار صابر طه، المرجع السابق، ص 160.

رابعاً : يهدم أنصار النظرية الشخصية قياس المسؤولية المدنية على المسؤولية الجنائية، ذلك أن تحرر المسؤولية الجنائية من فكرة الخطأ وفق ما نادى به النظرية أو المدرسة الوضعية الإيطالية بزعامة "فيرى"، لا يستلزم تباعاً تحرر المسؤولية المدنية من الخطأ كذلك.⁽¹⁾

* إن بطلان القياس القائم بين المسؤوليتين المدنية والجنائية في استبعاد الخطأ عند أصحاب النظرية الشخصية، يجد صحته عند القائلين، بالنظرية الموضوعية، إذ إن إقامة المسؤولية على فكرة الخطأ، هو الخلط الصريح بين المسؤوليتين، بينما جرى العرف، أن مفهوم التقدم القانوني كان مداره ولا يزال هو التمييز بين القانونين، المدني والجنائي، حيث شهدا مرحلة الاندماج الكلي وهذا في التشريعات القديمة.⁽²⁾ إن اختلاف المسؤوليتين في الوظيفة والغرض، ليس محلاً للشك أو النقاش، حيث إن المسؤولية الجنائية لم تتخلص كلية من ربة الخطأ كأساس لها، بينما العكس تماماً يلاحظ في المسؤولية المدنية، إذ إن سهولة قبول فكرة تحررها من الخطأ كأساس لها متصورة. علماً أنه توجد بعض الحالات للمسؤولية الموضوعية في الجانب الجنائي، حيث لا اشتراط للركن المعنوي للجريمة فيها، وتنعقد المسؤولية بناء على هذا.⁽³⁾

خامساً : يستند كذلك خصوم النظرية الموضوعية، على أنها نظرية منافية للعدالة وسيرها مضاد للأخلاق، ذلك أن العدل عندهم هو عدم مساءلة غير المخطئ، وبالتالي تحميله المسؤولية دون خطأ.

* ونقداً للقول السابق، نجد أن مؤيدي الفصل بين الأخلاق والقانون، لم ينكروا الصلة الوثيقة بينهما، مع التأثيرات المتبادلة بينهما، ويرون أن المحاكم قد تكون ملزمة قانوناً بالحكم وفقاً لما تراه عدلاً⁽⁴⁾، كما أن قواعد العدالة - وهي مصدر احتياطي - يلجأ إليها عند غياب النص التشريعي، أو القاعدة العرفية أو الشرعية.⁽⁵⁾

وإذا كنا نقول بالعدالة ومبادئ الأخلاق، فكيف يترك متضرر ما فريسة للضرر دون تعويض معقول؟ هذا وأمر آخر، فإذا كنا أمام حادث ضار، وقع بلا خطأ من أحد الطرفين،

(1) راجع مبادئ النظرية الوضعية في القانون الجنائي ضمن هذا المطلب. ص 80.

(2) علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 89.

(3) راجع في المسؤولية الموضوعية في القانون الجنائي مثلاً - محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم العام، ط 8، القاهرة، دار النهضة 1959، ص 441.

(4) هـ. ل. أ. هارت، المرجع السابق، ص 637.

(5) المادة الأولى من القانون المدني الجزائري ومنها: "... فإذا لم يوجد فمعقضى مبادئ القانون الطبيعي، وقواعد العدالة".

فمن المتحمل لنتائج الضرر عدلاً وأخلاقاً؟ فلا جدال في أن الفاعل هو الأولي بتحميله، وليس المتضرر.⁽¹⁾ وكمعادلة بسيطة حلها المعقول في شطرها الثاني، أي أنه إذا لم يكن غريباً أن يضمن أحد الأفراد ضرراً أحدثه بآخر، دون التزام منه بإثبات الخطأ، فالغريب أن لا يضمن إذا حدث منه ضرر.⁽²⁾

وكإضافة نختتم بها هذا الرد كذلك، هي أن المسؤولية ليست قاعدة جزاء، بل هي قاعدة لجبر الضرر، وإذا كان هدف المسؤولية الموضوعية جبر الضرر، فلا شك في كونها أقرب إلى تحقيق العدالة.⁽³⁾

سادساً : كما اعترض البعض على حجية النزعة الاشتراكية في القانون لتبرير المسؤولية الموضوعية، ذلك أن ما تفرضه نظرية تحمل التبعة من مسؤولية كل فرد عن جميع النتائج الضارة لنشاطه، مهما كان، سواء أخطأ أم لا، فلا شك أن هذا التحميل سيؤدي إلى القصد في النشاط، وبالتالي الجمود تحاشياً لمزيد من المسؤوليات.⁽⁴⁾

* إن الرد على الاعتراض على استعمال النزعة الاشتراكية لتبرير المسؤولية الموضوعية سهل، ذلك أن المجتمع الاشتراكي هدفه الأسمى هو رعاية مصالح المجموع، بمعنى تحقيق المساواة الفعلية والواقعية، وتحقيق التضامن الاجتماعي، والذي يحاط بسور من رعاية كل فرد لمصلحة الآخرين، فإذا اختل النظام داخل هذا المجتمع، بأن أحدث إنسان بآخر ضرراً. أدى إلى عجز المتضرر عن نيل التعويض، وإلى نجاة الفاعل بنفسه وماله، وعلى التمثيل الأخير هذا فلا معنى للتضامن الاجتماعي والمساواة، إذا لم يفرض المجتمع على محدث الضرر التزاماً فورياً بإعادة الحال للمتضرر، على أقل تقدير. ثم إذا نظرنا من زاوية أخرى، فأيهما يحقق العدالة الاجتماعية في المجتمع الاشتراكي؟ بحازة الفاعل أم تعويض المتضرر؟ لا شك أن تعويض المصاب أولى بالنظر والتحقيق، ذلك أن رعاية مصالح الناس ورفاهيتهم مسؤولية المجتمع، وهذا الالتزام، ليتعدى حتى يؤدي الفرد ما عليه للمتضرر.⁽⁵⁾

(1) فخري وشيد مهنا، المرجع السابق، ص 186 - 187.

(2) عبد الحليم الجندي، المسؤولية المدنية في النظام الاشتراكي، مجلة مصر المعاصرة، السنة 58، العدد 328، 1967، ص 108.

(3) محمد الصالح العيناري، المسؤولية التقصيرية والعقدية، تونس، مجلة القضاء والتشريع، السنة 3، العدد 2، 1964، ص 14. نقلاً عن: جبار

صابر طه، المرجع السابق، ص 162.

(4) فخري وشيد مهنا، المرجع السابق، ص 188.

(5) عبد الحليم الجندي، المرجع السابق، ص 114.

سابعاً : يتابع "بلانيول" انتقاده للنظرية الموضوعية فيقول : " كل حالة مسؤولية بلا خطيا إذا قُبلت تعد ظلما اجتماعيا، وهي بالنسبة للقانون المدني بمثابة إدانة البرئ في القانون الجنائي".⁽¹⁾

* إن الردّ على انتقاد "بلانيول" ينجلي فيما لو افترضنا مثلاً، أن فعل فاعل أدى إلى إحداث ضرر بشخصه هو، فإنه المتحمل - حتماً - لكافة النتائج المترتبة عن فعله، وبهذا ستصاب ذمته المالية بالنقص، فهو يتحمل الضرر لا لكونه متضرراً، بل لكونه محدثاً للضرر، والدليل على هذا لو أنه كان في مرتبة المتضرر لطالب بالتعويض، ومنه لا غرابة إذا أوقع هو بغيره ضرراً، أن يتحمل نتائجه مثلما تحمل نتائج الضرر الذي أوقعه بنفسه.

أما النظر إلى المسؤولية المدنية كونها قاعدة جبر للضرر، لا قاعدة عقاب⁽²⁾ فلا إشكال، ذلك أن الإدانة في الجانب المدني لن تتعدى التزام التعويض عن الضرر الذي تسبب فيه محدثه بالطبع. وبهذا ينجلي فعل قاعدة المسؤولية بلا خطأ، أكثر عدالة وأجدر لرفع الظلم الاجتماعي.⁽³⁾

ثامناً : وفيما يتعلق بالشخص المسؤول، يقول بعض النقاد، إنه استقر القضاء الفرنسي على أن الحارس المسؤول هو من له السيطرة الفعلية على الشيء، وهذا الشخص قد لا يكون هو المنتفع من الشيء بعكس ما تقرره نظرية التبعة.⁽⁴⁾

* من اليسير الرد على هذا النقد، ذلك أن نظرية تحمل التبعة لا تستلزم أن يكون الشخص المسؤول هو المنتفع بالشيء، وسيأتي لاحقاً أن لهذه النظرية صورتين، وعليه فالنقد المتقدم لا يصح إلا بالنسبة لصورة واحدة، وهي صورة تحمل مخاطر الانتفاع.

أما إذا أقمنا المسؤولية على أساس المخاطر المستحدثة، فلا وجه للنقد، لأن الحارس في جميع الأحوال هو الذي ينشئ المخاطر فهو الذي يسأل عنها⁽⁵⁾، على أنه لاصحة فيما يزعمه خصوم النظرية الموضوعية، من أن الحارس يكون منتفعا بالشيء، ولا أدل على ذلك من تعريف الحارس الذي هو : "الشخص الذي تكون له السيطرة الفعلية⁽⁶⁾ على الشيء ذاته وعلى

Henri Lalou : op. cit., N° 122. p 78.

⁽²⁾ هذه الفكرة هي التي أدت إلى انفصال المسؤولية المدنية عن المسؤولية الجنائية.

⁽³⁾ جبار صابر طه، المرجع السابق، ص 164 - 165.

⁽⁴⁾ يحي أحمد موافي، المرجع السابق، ص 228.

⁽⁵⁾ محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص 286.

⁽⁶⁾ المرجع السابق نفسه، ص 83 وما بعدها.

استعماله.^(١) وعلى ذلك فالحارس هو المنتفع دائما بعكس ما يقرره خصوم نظرية تحمل التبعة والذين يضيّقون من فكرة الانتفاع، ويحصرونها في المنفعة المالية. أما إذا نظرنا للمنفعة بمفهومها الواسع، وهي كل مصلحة أو فائدة يحصل عليها الشخص من استعمال الشيء، ولو كانت أدبية، فإنه لا هروب من حقيقة أن الحارس يكون هو المنتفع بالشيء في جميع الحالات.^(٢)

ثامنا : ذهب بعض الشراح في تقديمهم للنظرية الموضوعية، إلى ما يتعلق بطبيعة التعويض، أنه ليس تعويضا كاملا شاملا لكل ضرر، وإنما هو تعويض جزائي يقرره القضاء ابتداء، بحيث لا يصح أن يتجاوز قدرا معيناً، ولما لم يحدد المشرع التعويض في المسؤولية عن الأشياء. فإن التعويض يكون كاملا، وهذا ذو دلالة صريحة على الابتناء على الخطأ، لا على أساس تحمل التبعة، ومستند هذا الرأي قوانين إصابات العمل الخاصة.^(٣)

* إن لهذه الجزافية ما يبررها في إصابات العمل، لا في حالة المسؤولية عن الأشياء، فجزافية التعويض ليست من الخصائص الضرورية لنظرية تحمل التبعة، ذلك أن أخذ المشرع بها في بعض الحالات لم يكن إلا لاعتبارات قدرها. فقوانين العمل توفر للعمال حماية أكبر، مما يوفره القانون المدني للمتضررين. إضافة لهذا فإنه في حال عدم تعمد العامل الإضرار بنفسه، ولكون الضرر لم يحدث نتيجة سلوك فاحش، ومقصود عن سوء نية من جانبه، فإن رب العمل يسأل عن الضرر الذي لحق عامله في الأحوال العادية للضرر، وفي الحالة التي يكون العامل طرفا في إحداث الضرر، دون سوء نية أو تعمد.^(٤) كما أن العامل مرتبط بعقد عمل مع رب العمل، وأجره يعتبر تسديدا لما يقابله من مخاطر، بعكس المتضرر في المسؤولية عن الأشياء، فهو يعتبر أجنبيا عن الحارس لا تربطه به أية علاقة تعاقدية.^(٥)

عاشرا : إن هذا النقد منصب على المسؤولية الموضوعية، من حيث إنها لا تنتفي، ولو بإثبات السبب الأجنبي^(٦)، وذهب فريق آخر من الشراح إلى أن خطأ المتضرر وحده هو الذي يعفي من هذه المسؤولية.^(٧)

(١) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، بند 726، ص 1086.

(٢) يحي أحمد مراقي، المرجع السابق، ص 127.

(٣) منها قانون 30 أكتوبر 1946 في فرنسا، محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص 288.

(٤) محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص 422.

(٥) جمال الدين زكي، بحث عن ضمان أخطار المهنة في القانون المصري، مجلة القانون والاقتصاد، مطبعة جامعة القاهرة، 1956، العدد 1، السنة 25، 1955، ص 29.

(٦) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، بند 520، ص 769.

(٧) سليمان مرقس، الفعل الضار، ط 2، 1956، ص 232. نقلا عن : محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص 289.

* وختما لجملة الردود السابقة، نقول : إن هذا النقد كذلك غير سليم، حيث إن التبعات التي تقوم على أساس المخاطر، تنتفي بإثبات السبب الأجنبي.⁽¹⁾ فالمسؤولية المبنية على تحمل التبعة، قد تنتفي بإثبات القوة القاهرة، أو خطأ المتضرر، فإذا اعترفنا للمشرع بهذه السلطة⁽²⁾ في نفي المسؤولية، فلما لا نسلم له بها في حالة وجود السبب الأجنبي عموماً؟ إن مسلك المشرع فيما يتعلق بالمسؤولية عن الأشياء أكثر اتفاقاً مع القواعد العامة، والمنطق القانوني، ذلك أن من المسلم به أن المسؤولية تنتفي إذا نفى المدعى عليه رابطة السببية. وعليه فإعفاء حارس الأشياء من المسؤولية في حالة وجود سبب أجنبي لا تتعارض مع إقامة هذه المسؤولية على مبدأ تحمل التبعة.

يبقى الأصل صحيحاً، وهو أن رابطة السببية، ركن في المسؤولية المادية، وكذا المسؤولية الشخصية، والرابطة هذه تنتفي بإثبات السبب الأجنبي عموماً، سواء أكان قوة القاهرة أم خطأ من المتضرر، أم خطأ صادراً من الغير.⁽³⁾

وعليه وختماً للعرض العام للنظرية الموضوعية، نتولى بيان الجوانب المضينة والإيجابية لها في شتى مناحيها، وهذا بالبسط الموضوعي لها، خاصة إذا علمنا. أنه تقليدٌ للقانون الفرنسي، فحظ هذه النظرية قليل في قوانيننا العربية عامة وهذا لا يعني أنها لا تصلح أساساً لقيام المسؤولية عليها، فقد وقفنا سابقاً على أن النظرية الشخصية أضحت وباتت لا تتلاءم مع روح العصر، لما زُعِغَ كيانه، وثبت قصورها وعدم عدالتها.⁽⁴⁾

ونبدأ بأول مدعم لهذه النظرية، وهو الفقه الإسلامي، من حيث موافقته لها، ذلك أنه لا جدال في هذه الموافقة، وخاصة ما ذهب إليه فقهاء الشريعة إذا تقرر منذ فجر الإسلام مبدأ : "لا يهدر دم في الإسلام" وهذا قبل أربعة عشر قرناً من الزمان.⁽⁵⁾ ووفقاً لهذا المبدأ، فإذا قُتل شخص يلزم القاتل بدفع الدية، وإلا وجبت من مال بيت المسلمين في حالتي عجز القاتل، أو عدم معرفة الجاني بدقة.

(1) محمد ليب شنب، المرجع السابق، ص 290.

(2) أحمد حشمت أبوسيت، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد، ط2، 1964، ص 400، هامش (3).

(3) محمود جلال حمزة، المرجع السابق، ص 286.

(4) راجع الانتقادات الموجهة للنظرية الشخصية في الفصل الأول من هذه الرسالة. ص 35.

(5) راجع أيضاً الفصل الثالث : أساس المسؤولية التقصيرية في الفقه الإسلامي. ص 121.

إن الشريعة الإسلامية هي شريعة العدالة الاجتماعية، إذ من ضمن أحكامها الإلتلاف مباشرة، فلا يشترط فيه التعمد أو التعدي⁽¹⁾، إذ لو زلق أحد وسقط، فأتلف مال غيره ضمنه، ولو كان ذلك رغباً عنه، لأن الضرر واقع، ومتحقق، والقاعدة هي "المباشر ضامن، وإن لم يتعمد".

إن تبني النظرية الموضوعية في المسؤولية المدنية، تتفق مع النظرة الموضوعية للفقهاء الإسلامي خاصة إذا علمنا أن الشريعة أحد مصادر القانون في البلاد الإسلامية.⁽²⁾ يقول "عبد الحليم الجندى" : "لقد كانت، ولا تزال نظرية اشتراط الخطأ، نظرية شخصية لاتينية مستوردة من أوروبا، نقلت من أعتق النظم القانونية في أوروبا، نظم القانون الفرنسي، أما النظريات الحديثة، ومنها النظرية الجرمانية، فهي تأخذ بالمذهب المادي، بل لقد اتجهت بعض القوانين الفرعية في مصر وفرنسا بحكم الضرورة إلى الأخذ بالنظرية الموضوعية."⁽³⁾

إن الشريعة الإسلامية تجعل الضرر أساساً للضمان عن الفعل الضار دون اشتراط الخطأ كركن في المسؤولية، ولها في هذا السبق على مختلف القوانين الوضعية، بما يزيد عن ألف سنة، خاصة النظريات والتواعد الفقهية، الثرية بهما، حيث يجعلانها مرنة وصالحة بحسب تطور الحاجات المستحقة في الحياة.

وعلى ذكر التطور ومسارته، نواصل ذكر محاسن هذه النظرية، حيث إنها توافق روح التطور الاجتماعي والقانوني. إن القانون ماهو إلا نتيجة من نتائج التفاعلات الجارية في المجتمع، ويعبر في النهاية عن كيان المجتمع وتكوينه.⁽⁴⁾ نعلم أن القانون عبارة عن قواعد تنظيمية لعلاقات يحكمها، وبهذا فإن مسارته للتطورات تجسيد عملي لتلائم العلاقات السابقة، وبغية بناء تلك العلاقات كذلك على أساس سليم، جاءت النظرية الموضوعية، منسجمة أكثر مع تلك التطورات خاصة الاجتماعية المعاصرة.⁽⁵⁾

(1) علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 84.

(2) إن أعمال النظر الموضوعي في قوانيننا العربية الإسلامية، يعتبر نقصاً تشريعياً، ويكون الأرفق لنا الأخذ به، وعدم الإعراض عنه طويلاً، أرجع إلى : خاتمة مؤلف : فخري رشيد مهنا، المرجع السابق، ص 234.

(3) عبد الحليم الجندى، المرجع السابق، ص 114.

(4) محمد الشيخ عمر، مسؤولية المتبوع، القاهرة، مطابع سجل العرب، 1970، ص 110 وما بعدها.

(5) جبار صابر طه، المرجع السابق، ص 165 - 167.

وإثارة لمزيد من محاسن النظرية الموضوعية، نتحدث الآن عن تلازم فكرتي المسؤولية الموضوعية، وفكرة استحداثها للدفاع عن المجتمع⁽¹⁾، حيث إنه عند وقوع ضرر ما، فإن المجتمع ينظر إليه من حيث خطورته، ومدى تأثيره عليه، ولهذا نتصور قبول المجتمع للمسؤولية المدنية القائمة على النظرة الموضوعية لأنها تنحو نحو العدالة الاجتماعية بتخفيف آثار الضرر عن المتضرر، وهذا بتعويضه طبعاً. كما أن النظرية الموضوعية حماية للحق في الحياة، إذ إن سلامة الأشخاص من النظام العام الذي يكفله القانون، ولا يتم ذلك إلا بالأخذ بالنظرة الموضوعية، بأن يعرض عن كل ضرر واقع، ويسهل حصول المتضرر عليه.

إن المجتمعات المتمدنة تتجه بغريزتها إلى تأكيد التوازن في العلاقات بين الأفراد بقدر المستطاع، ولا يتم هذا التوازن إلا بتقرير قاعدة التعويض، وبغير هذا يخشى الرجوع بالمجتمعات إلى درجة الانحطاط السابقة.⁽²⁾

كذلك من مزايا النظرية الموضوعية تبسيطها لقواعد المسؤولية، وهذا باستبعادها لركن الخطأ، وتنجلي السببية لإيجاب الضمان على من أحدث الضرر بصورة مطلقة إذ الضرر مسبب، والفعل سبب، ولا عدالة لمن يفرق المسبب عن سببه. ولعل البساطة المرجوة هنا هي الاقتصار على جبر الضرر بعد وقوعه، وهذا بإلزام آتية مجبره، وهو حل واقعي دون اللجوء إلى الطرح المعقد الذي تتبعه النظرية الشخصية بالبحث عن الخطأ من عدمه.⁽³⁾

إن الأخذ بالنظرية الموضوعية يؤدي إلى تبني المسؤولية الجماعية، هذه المسؤولية التي لا تستند إلى الخطأ مطلقاً، وجوهرها الالتزام بالتعويض.⁽⁴⁾ يقول "سافاتييه" : " إن هناك نوعاً من السباق بين تقدم المسؤولية المدنية، والتأمين منها، فكلما تظهر بصورة جديدة من المسؤولية تؤدي بذاتها الإنسان إلى أن يؤمن نفسه منها بل يتجاوزها إلى تأمين نفسه من مسؤوليات أخرى يقررها القضاء فيما بعد، وبذلك تصبح موزعة على المجموع".⁽⁵⁾

(1) أبو اليزيد علي التيت، المسؤولية المدنية عن حوادث المصاعد الكهربائية، مجلة المحاماة، المطبعة العالمية 1957 - 1958، العدد 2، السنة 38، ص 261.

(2) Savatier, Tome I, op. cit., N°2. pl.

(3) جبار صابر طه، المرجع السابق، ص 167.

(4) محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص 179.

(5) Savatier, Tome 2, op.cit. p3.

وعلى هذا واستنتاجا مما سبق ؛ فالمسؤولية الموضوعية تؤدي إلى تبني المسؤولية الجماعية في أصدق صورة لها، ولعل حماية طبقة الكادحين هو شعار هذه النظرية، المحققة لذلك حيث إن هذه الطبقة وهي الغالبة لا يمكن إيصال التعويض لها إلا إذا أخذنا بمبدأ تحمل التبعة، لذلك لم يكن غريبا أن يناضل العمال ضد الأخطار التي تهدد هم أثناء العمل، وإلزام رب العمل على التحمل بالمسؤولية، وهذا ما يحقق العدالة التوزيعية للأضرار والتعويض عنها على أسس سليمة من التضامن الاجتماعي والمساواة الواقعية.

المبحث الثاني

نظرية تحمل التبعة

لقد أطلق على النظرية الموضوعية عدة تسميات، ومن أشهر تسمياتها؛ نظرية تحمل التبعة، وهذه تقيم المسؤولية عموماً على مجرد ثبوت الضرر، بغض النظر عن وقوع خطأ، أم لا، وكان الرافع لرايتها كما هو معلوم، "سالي" و"جوسران" بعد أن ظهر قصور النظرية الشخصية عن تحقيق العدالة، وظهور الثورة القانونية، التي نادى فيها العلماء بوجوب تغيير أساس هذه المسؤولية، وتقوم نظرية تحمل التبعة على مبدأين أساسيين هما :

الأول : تحقق المسؤولية عن الأشياء لا يستلزم الخطأ.

الثاني : الشخص المسؤول هو الذي ينشئ الضرر، نتيجة استعماله لأشياء خطيرة أي أنه يُوجد أوضاعاً خطيرة جرّاء نشاطه، وهذه هي الصورة المطلقة لنظرية تحمل التبعة، وتسمى نظرية الخطر المستحدث. أو هو الشخص المنتفع من استعمال الشيء الذي يقابله الالتزام بمخاطره، وهذه هي الصورة المقيدة لنظرية تحمل التبعة، وتسمى نظرية الغرم بالغنم.

هكذا ظهرت للنظرية الموضوعية في صورة تحمل التبعة، نظريتين كل واحدة منهما تتميز عن الأخرى إطلاقاً وتقييداً، ولنعرض فيما يلي إلى كل من هاتين الصورتين في مطلبين مستقلين.

المطلب الأول

الصورة العامة أو المطلقة لنظرية تحمل التبعة

إن الصورة العامة لنظرية التبعة، تعرف باسم آخر هو نظرية الخطر المستحدث وعلى أساسها يسأل الشخص عن النتائج الضارة لأي نشاط يبذله دون حصر.⁽¹⁾ قام العلامة "لايه" عام 1890، مناديا بفكرة تحمل التبعة بدلا من فكرة الخطأ إذ يجب أن تقوم المسؤولية المدنية على اعتبار أن من ينشئ بفعله خطرا مستحدثا يتعين عليه تبعته.⁽²⁾ ولقد تابعه "سالي" فأهدر ركن الخطأ نهائيا، معتبرا النظرية الموضوعية هي الوضع السليم للأمر، بلا حاجة إلى قناع مزيف هو الخطأ، وأساس هذه النظرية أن لا تقام تفرقة بين الفعل الخاطئ وغير الخاطئ، ذلك أن المسؤولية مقررة على كلا الفعلين عند وجود الضرر، ودون البحث في سلوك الفاعل.⁽³⁾ وبكلمة موجزة، هي أن من يستفيد من استعماله للشيء، يتعين عليه أن يتحمل تبعته إذا أوقع ضررا بالغير،⁽⁴⁾ وإجمالا يمكن إيراد هذه الصورة بقيامها على أساسين هما:⁽⁵⁾

الأول: أن الضرر هو الشرط الرئيس في تحقق المسؤولية الشئئية، فإذا أوقع أي شخص ضررا بآخر في إطار استعماله للشيء، توجب أن يتحمل تبعه ذلك، بغض النظر عن كون السلوك يدخل في إطار النظرية الشخصية، أم النظرية الموضوعية، بناء على هذا لا يمكن للحارس أن ينفي المسؤولية عن نفسه بإثبات أنه لم يخطئ، إذ لا قيمة لهذا استنادا إلى أن الشيء قد أحدث بالفعل ضررا بالغير.⁽⁶⁾

الآخر: يعتبر مسؤولا طبقا لهذه النظرية كل من يستعمل شيئا، ويهيئ الفرصة للإضرار بغيره، وعليه فمالك الشيء ومستأجره، ومستعيره، يقعون تحت طائلة تحمل التبعة، كونهم مسؤولين

(1) محمود جلال حمزة، المرجع السابق، ص 264. - فخري رشيد مهنا، المرجع السابق، ص 158، حيث يرى أن: "نظرية تحمل التبعة، معناها المطلق هذا، وإقامتها المسؤولية على مجرد الضرر لا تشابه الأساس الذي قامت عليه في ظل القانون الروماني، ولم تكن مسؤولية تقصيرية ... ثم إنها كانت تنقرر لا على أساس رابطة السببية كما هي الآن عليه، وإنما تقوم على مباشرة الفعل....".

(2) زهدي يكن، المرجع السابق، ص 252.

(3)

Leon Husson, op. cit. p54 - 55.

(4) محمد ليب شنب، المرجع السابق، ص 283.

(5) المرجع السابق نفسه. - محمود جلال حمزة، المرجع السابق، ص 265. - زهدي يكن، المرجع السابق، ص 252.

(6) محمد ليب شنب، المرجع السابق، ص 284.

طبقاً لهذه النظرية، والأمر نفسه بالنسبة لعديم التمييز، لأنه باستطاعته، إنشاء مخاطر تلحق ضرراً بالغير فعليه تحمل قيمة التعويض، كما وأنه يجني فائدة من وراء ذلك الاستعمال.⁽¹⁾ وعليه فلا يطالب، المتضرر بإثبات خطأ الحارس، بل يكفي إثبات الضرر الذي أصابه، وعلاقة السببية بين الضرر، والشئ غير الحي⁽²⁾ لأن العدالة تقضي بتحميل المتسبب المسؤولية وليس الواقع عليه الضرر.

وعلى غرار ما أثبتناه من انتقادات للنظرية الموضوعية، واجهت هذه الصورة كذلك اعتراضات عديدة، نتولى فقط إيراد بعضها، وهذا لغنى الانتقادات وردودها كما أسلفنا الحديث عنها⁽³⁾، وانتقادات هذه الصورة خصوصاً هي :

أ - قيل عن هذه النظرية إنها دعوة صريحة لكافة الناس حتى يحدوا من تحركاتهم خشية إلحاق الأضرار بالآخرين مباشرة أو تسبباً، وبالتالي يسحب من ذمتهم الأموال الكثيرة تعويضاً منهم على ما ألحقوه من أضرار بغيرهم، والتي قد لا تنتهي باستمرار نشاطهم.⁽⁴⁾ وهذا من شأنه أن يرخي العزائم، ويصبح الجميع حذراً، ونسأل أي مجتمع هذا الذي يكون أفرادُه على هذه الصفة؟ مع الملاحظة أن هذا الاعتراض صالح في مجمله وتفصيله لكافة صور النظرية الموضوعية.

ب - كما اعترض على هذه النظرية، في جانب معادلتها الصعبة، والتي تستبدل فيها صعوبة بصعوبة أشد، فأما الصعوبة الأولى المتحول عنها، وهي استغناؤها عن الخطأ كركن في المسؤولية، وعليه تظهر الصعوبة الأخرى المتحول إليها، وهي الاعتماد على التسبب فقط في إحداث الضرر كأساس بديل، والذي يخلق إشكالية كبرى، تتمثل في تعدد الأسباب الفاعلة في إحداث الضرر⁽⁵⁾. والتي لا يمكن حصرها جميعاً، إذا ما تعاقبت وتداخلت، فما السبب الذي أنشأ الضرر؟ وكيف توزع المسؤولية على الأسباب إذا تعددت؟⁽⁶⁾

والمثال الوارد هنا، ويخص الأضرار الناشئة عن حادث اصطدام سيارتين، ومن خلاله

(1) محمود جلال حمزة، المرجع السابق، ص 266. هامش (1).

(2) فكري رشيد مهنا، المرجع السابق، ص 157.

(3) ارجع للمطلب الثاني من المبحث الأول لهذا الفصل. ص 84.

(4) محمود جلال حمزة، المرجع السابق، ص 266. هامش (2).

(5) عبد العالي بوشهدان، المسؤولية عن فعل الأشياء غير الحية في القانون المدني الجزائري، بحث مقدم لتيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة

عنابة، ص 24. هامش (2).

(6) المرجع السابق نفسه، ص 25.

تنشأ عدة عوامل، منها اقتناء السيارة ابتداءً، ثم سيرها على الطريق، وقيادة السائق، بالإضافة إلى السيارات الأخرى وفعل سائقها، وكذلك الطريق المشغولة بها. فكل هذه العوامل مترابطة، وأخرى أتاحت فرصة حدوث الضرر، فعلى أي أساس تحصر الأسباب المؤدية للحادث؟ هل يسأل جميع المتسببين عن الضرر الحادث⁽¹⁾؟ إن تعادل الأسباب التي تقوم عليها هذه النظرية، تعقيد يصعب التغلب عليه، إلا إذا رجعنا إلى أساس المسؤولية القائم على فكرة الخطأ.⁽²⁾

ج - إن نظرية المخاطر لا تتماشى والحلول التي توصل إليها القضاء من حيث إنها:⁽³⁾

* لا تعطي تفسيراً واضحاً، لأمر إعفاء الحارس من المسؤولية الموضوعية، إذا ما رجع الحادث إلى أسباب أجنبية، واستمر الحارس منتفعاً بالشيء.

* لا تتفق في جوهرها مع مبدأ إثبات الدور السلبى للشيء، لإعفاء الحارس من المسؤولية هذه الأخيرة التي تلقى على عاتق الحارس إذا كان هو منشئ النشاط، وانتفع منه كذلك. وهذه النظرية بصورتها المطلقة كذلك، تحصى عدداً من المسؤوليات، تلحق الشخص الذي يتابع نشاطه لو قدر أن صاحبه سئل عن كل خطوة منه.⁽⁴⁾

د - كما اعترض على نظرية الخطر المستحدث، كونها ترتب المسؤولية على أساس تملك الشيء غير الحي أو الانتفاع به، مع أن المادة 1384 من القانون المدني الفرنسي في فقرتها الأولى، تقوم على أساس وجوب الحراسة وما وقوع الضرر إلا لعدم الوفاء بالالتزام بالحراسة.⁽⁵⁾

(1) محمود جلال حمزة، المرجع السابق، ص 227.

(2) عبد العالي بوشهدان، المرجع السابق، ص 25.

(3) عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية عن فعل الأشياء، المرجع السابق، ص 391.

(4) يحيى أحمد موافي، المرجع السابق، ص 228.

(5) محمود جلال حمزة، المرجع السابق، ص 267.

المطلب الثاني

الصورة الخاصة أو المقيدة لنظرية تحمل التبعة

إن الفكرة المطلقة لنظرية تحمل التبعة، التي وقفنا عندها سابقاً، استلزمت تقييداً محدداً، وهذا لتفادي ما أحدثه الإطلاق من تهديد الناس بتثبيط أعمالهم خوفاً من السؤال. وعليه اقترح بعض الفقهاء، وعلى رأسهم "جوسران" و "ديموج" هذه الصورة المقيدة والقائمة على مبدأ "الغرم بالغنم" والعكس.⁽¹⁾ فيرى "جوسران" وجوب تحديد هذا المبدأ، وجعل مجال تطبيقه قاصراً على حالات يكون محدث الضرر فيها، قد زاد المخاطر العادية الملازمة للحياة العملية، بحيث إن المخاطر غير العادية تبقى مقابلة للربح الذي جناه⁽²⁾. أما "ديموج" فقد قيد مبدأ "الغرم بالغنم" بالنسبة للفرد بالغنم الاقتصادي فحسب، بحيث يكون الضرر ناجماً عن استخدام المتسبب شيئاً خطراً في ذاته، كالسيارة أو التيار الكهربائي، أو المشروع الخطير.

ومنه أطلق الفقه على الصورة المقيدة من فكرة تحمل التبعة، نظرية تحمل المخاطر المقابلة للربح وعليه فإن قاعدة "الغرم بالغنم"، تجدد وضعها السليم دون حاجة إلى ربطها بالجانب الاقتصادي خاصة المسؤولية الناشئة عن الأشياء، ذلك أن الشيء مهما كان ضئيلاً، وإذا مردود قليل، فإنه يجلب الغنم لصاحبه، وإلا كيف اقتناه وتملكه؟⁽³⁾

بناء على ما سبق نجد أن هناك علاقة عموم وخصوص بين الصورتين السابقتين لهذه النظرية إذ يؤخذ على مبدأ "الغرم بالغنم" كونه محصوراً فقط في نشاط معين للأفراد، ألا وهو الجانب الاقتصادي، مع أن نشاطات الأفراد كثيرة لا حصر لها، وعليه فالصور الأخرى للنشاط الفردي قد تؤدي إلى إضرار فعلي. فعلى أي أساس تقوم المسؤولية فيها؟ على نظرية تحمل التبعة؟ لكن "جوسران" نفسه خرج عن هذه النظرية بهذا التحديد - الغرم بالغنم - وهكذا لا يبقى إلا مجال إعمال الخطأ لأنه لا أساس آخر غيره⁽⁴⁾ خاصة وأن "جوسران" و "ديموج" اللذين

⁽¹⁾ جبار صاير طه، المرجع السابق، ص 145. - زهدي يكن، المرجع السابق، ص 252. - فخري رشيد مهنا، المرجع السابق، ص 157.

⁽²⁾ زهدي يكن، المرجع السابق، ص 253.

⁽³⁾ جبار صاير طه، المرجع السابق، ص 145 - 147.

⁽⁴⁾ فخري رشيد مهنا، المرجع السابق، ص 159.

نفيا الخطأ، حتى كركن للمسؤولية، مالا عن فكرة تحمل التبعة بمعناها العام المطلق، والتي قال بها "لايه". ورغم تحديد الفقه لهذه القاعدة وحصر نطاقها في هذا المجال الضيق، فقد كان نصيب هذه النظرية قليلا في الأخذ من طرف الفقه، والقضاء، والقوانين.

ومقابلة لنظرية الخطر المستحدث، تقوم نظرية تحمل التبعة المقابلة للربح على أساسين هامين: ⁽¹⁾

الأول : أن الشرط الأساس في تحقق المسؤولية عن الأشياء، هو الضرر لا الخطأ، فتتحقق مسؤولية الحارس سواء أخطأ أم لا، إذا ما توفرت العلاقة السببية بين الشيء والضرر، ولا يُعفيه من المسؤولية كونه لم يخطئ، إذ لا اعتبار لفكرة الخطأ في هذه النظرية. وإذا كان الضرر ناتجا، عمن يقع تحت رقابة الحارس، كأبنائه وتابعيه مثلا، فلا خلاص للحارس من المسؤولية إلا بإثبات أن الشيء لم يكن تحت حراسته وقت وقوع الضرر، أو بنفي العلاقة السببية الينة بين الشيء والضرر، كأن يثبت مثلا أن سبب الضرر كان أجنيا لا دخل له فيه. ⁽²⁾

الآخر: أن الشخص المسؤول وفق هذه النظرية هو المستفيد من الشيء غير الحي، إذ من يفيد من مغام شيء، عليه مقابل ذلك من مغارمه طبقا لقاعدة : "الغرم بالغنم" ⁽³⁾.

كذلك اعترض على هذه النظرية باعتراضات أهمها تمثيلا أن هذه النظرية هي نظرية اقتصادية، وليست قانونية، كونها قامت دفاعا عن مصالح اقتصادية للعمال نتيجة التحول الجذري الصناعي للمجتمع خلال الربع الأخير من القرن التاسع عشر، وهي مشبعة بالأفكار الاقتصادية، حيث تشترط الغنم لتحمل تبعة الفعل.

لكن يرد أنصار النظرية الموضوعية على هذا الاعتراض، كون القانون ذا علاقة قوية بالاقتصاد حيث إن الفصل بينهما حالة غير متصورة، ذلك أن القانون شكل من أشكال تنظيم الاقتصاد. عليه لا يمكن تصور قاعدة قانونية خالية من أي نتائج اقتصادية. ومن جانب آخر، فإن من يؤيد هذا الفصل هم فقهاء الشرح على المتون، حيث يتمسكون بحرفية النصوص إبقاء للمصالح التطبيقية التي ترعاها تلك النصوص. إن التشريعات تعكس دائما المصالح الاقتصادية، والاجتماعية، والسياسية، ولا أدل على هذا ونحن بصدد المسؤولية المبنية على قاعدة "للمسؤولية

(1) محمود جلال حمزة، المرجع السابق، ص 262.

(2) محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص 283.

(3)

دون خطأ". أليس اعتبار مالك الشيء غير مسؤول نتيجة عدم ثبوت خطئه، معناه تهريبه عن تعويض الضرر الذي لحقه بالغير جرّاء الأشياء التي يملكها؟ أليس في هذا التصوير - كما رأينا - بُعداً اقتصادياً؟ والأكد أن الفصل منفي بين المجال الاقتصادي والقانوني.⁽¹⁾ إضافة إلى الاعتراض العام والخاص بقتل روح المبادرة في الشخص، وهذا بالحد من نشاطه قدر المستطاع، حتى يحد من التبعة جرّاء ذلك.⁽²⁾

(1) جبار صابر طه، المرجع السابق، ص 159.

(2) محمود جلال حمزة، المرجع السابق، ص 263.

المبحث الثالث

الضرر الموجب للمسؤولية التقصيرية

يبرز توافق الضرر كمحور رئيس في المسؤولية المدنية عموماً، والمسؤولية التقصيرية خصوصاً، ذلك أن القاعدة الثابتة نصاً وتطبيقاً تقرّر فيها أنه : "إذا انتفى الضرر انتفت المسؤولية"، ذلك أن هدف المسؤولية أساساً هو إزالة الضرر، وإذا انتفى هذا الأخير فلا دعوى مقبولة، ذلك أن لا دعوى بغير مصلحة.⁽¹⁾ هكذا فالضرر حتمية أكيدة للمتوسل به طلباً للتعويض، حيث يعرف بأنه : الأذى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه، أو في مصلحة مشروعة له.⁽²⁾

ونلاحظ بداية في هذا المقام أن النظرية الموضوعية، وإن أقامت أساسها على الضرر وحده، فإنه يبقى ركناً من أركان المسؤولية التقصيرية، أي كانت النظرية المتبعة، كما أن وقوع الضرر واقعاً مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات بما في ذلك البيّنة والقرائن. ويقسم الضرر إلى قسمين : ضرر مادي، وضرر معنوي، وسنعرضهما في الآتي على أن نخصص لكل قسم مطلباً مستقلاً.

(1) علي علمي سليمان، نظرات قانونية مختلفة، المرجع السابق، ص 197.

(2) سمير عبد السيد تناغوا، نظرية الالتزام، الاسكندرية، منشأة المعارف، 1975، ص 302.

المطلب الأول

الضرر المادي

يعرّف الضرر المادي بأنه : "ما يصيب الإنسان في جسمه أو ماله، أو ما ينتقص أحد حقوقه المالية، أو ما يفوّت مصلحة مشروعة تسبب خسارة مالية له". وإجمالاً : فالضرر المادي هو إخلال بمصلحة للمتضرر ذات قيمة مالية.⁽¹⁾

واضح من التعريف السابق للضرر المادي، أنه لكي يتحقق، يجب أن يكون الإخلال بمصلحة المتضرر محققاً، فلا يكفي أن يكون الإخلال محتملاً، أي وسطاً بين الوقوع أو عدمه، إضافة إلى شرط مشروعية المصلحة، وعلى هذا الأساس فإن شرطاً للضرر هما :

أولاً : الإخلال بحق مالي، أو مصلحة مالية للمتضرر .
ثانياً : تحقق الضرر.

أولاً : الإخلال بحق مالي أو مصلحة مالية للمتضرر : الضرر المادي هو الخسارة المالية التي تلحق بحق أو بمصلحة سواء أكان الحق مالياً أم غير مالي. فأما الحق المالي فمثاله؛ حق الملكية، حق الدائنية، أو حق المؤلف، فالتعدي على الملكية هو إخلال صريح بحق، ويعتبر نتيجة لهذا الإخلال ضرراً، كمن يحرق منزلاً لآخر، أو يتلف أثاثاً مقوماً بمال أو عروض أو غير ذلك.⁽²⁾ ومثال الضرر المادي الناتج عن التعرض لحق غير مالي، المساس بالسلامة البدنية، إذا نتج عنه خسارة مالية، كمن أصيب بعجز نتج عنه تعطيل في كسبه، أو المتضرر الذي تكبد فوق ضرره نفقات مالية في العلاج.⁽³⁾

وقد يكون الضرر إخلالاً بمصلحة مالية للمتضرر، فلو قتل شخص كان يعول قريباً له لا تجب عليه نفقته، فإن القريب يضار من ذلك، لا في حق له، بل في مصلحة مالية جرت على حياة المقتول، ومع هذا فالشرط الأساس في المصلحة يرتبط دائماً بوصف المشروعية وبمناسبتها، نشير إلى أن محكمة النقض الفرنسية رفضت منذ البداية طلب الخلية التعويض عن الضرر الذي

⁽¹⁾ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، بند 570، ص 855. - سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، المرجع السابق، ص 131. - محمود جلال حمزة، المرجع السابق، ص 98. - محمد صري السعدي، المرجع السابق، ص 76.

⁽²⁾ محمد صري السعدي، المرجع السابق، ص 76. - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، بند 872، ص 856.

⁽³⁾ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، بند 572، ص 856.

أصابها بموت خليلها، إذ اشترطت هذه المحكمة منذ 1937، المصلحة المشروعة المحمية قانوناً ثم حدث خلاف حول هذه المسألة، بين الدائرتين المدنية والجنائية، وحسمت الخلاف الدائرة المختلطة لمحكمة النقض سنة 1970، استناداً إلى نص المادة 1382 مدني فرنسي. إذ إن التعويض لا وجود فيه للرابطة القانونية، بين المتضرر والضحية، وعليه أصبح للخطبة إلحاقاً بالخليلة مثل هذا الحق. أما عندنا فأخذنا بالشرع الإسلامي، فلا حق للخليلة، ذلك أن الابتداء غير شرعي، وما تولد عن غير الشرعي فهو غير شرعي.⁽¹⁾

وللتفرقة بين الحق والمصلحة السالفي الذكر، نسوق المثال الآتي : وهو أنه إذا قتل شخص في حادثة كان لمن يعولهم الرجوع على المسؤول بالتعويض بناء على الإخلال بحق لهم، إن كانوا ممن يحب عليه نفقتهم قانوناً، أو على أساس الإخلال بمصلحة مالية إذا لم يكونوا من المنفق عليهم قانوناً، ولكن القتل كان يتولى الإنفاق عليهم. إلا أنه في الحالة الأخيرة يجب أن يثبت المتضرر (صاحب المصلحة) أن إنفاق القتيل عليه كان على وجه الديمومة، وأن فرصة الاستمرار هذه كانت محققة.⁽²⁾

ثانياً : تحقق الضرر : إن الضرر الذي يستلزم التعويض هو الضرر المحقق وقوعه حالاً أو مستقبلاً، فيكون أكيدا من هذه الزاوية، وقد أشارت إليه المادة 131 مدني جزائري.⁽³⁾

فأما الضرر الذي وقع فعلاً فهو كأن يموت المتضرر أو يصاب بتلف في جسمه، أو في ماله أو في مصلحة مالية له، ومثال الضرر المستقبل - وهو صورة صادقة لما سيقع حتماً في المستقبل وناتج عن ضرر فعلي - كما إذا تسبب شخص في تشويه وجه سيدة، ثم شفيت من الإصابة إلا أن التقارير الطبية أكدت وجوب إجراء جراحة تجميل بعد فترة لتخفيف آثار الآلام. فإنه يجوز لها الحكم بتعويض عن مصروفات العملية الجراحية.⁽⁴⁾

وعلى ما سبق فتحقق الضرر معناه أنه وقع بالفعل، أو أن وقوعه مؤكد - إن كانت هناك أحكام - وتقرير التعويض ينصب على هذين الوصفين، أما إذا حكم القاضي بالتعويض،

⁽¹⁾ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق نفسه، بند 573، ص 858. - علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 162. - جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص 522.

⁽²⁾ أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)، المرجع السابق، ص 329.

⁽³⁾ إن المادة 131 مدني جزائري تنص على أنه : "يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقاً لأحكام المادة 182 مع مراعاة الظروف الملائمة، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية فله أن يحتفظ للمضطرر بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير".

⁽⁴⁾ عز الدين الدناصورى وعبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 158 - 159.

وفق قدر قيمة الضرر، ثم تكشف تناقص الضرر بصفة غير متوقعة، كأن يعطى لعامل تعويضاً جرّاء فقد بصره، ثم تبين بعد ذلك رجوع قوة الإبصار شيئاً فشيئاً، فلا محل لمراجعة النظر في التعويض لإنقاصه، ذلك أن حكم التقدير قد حاز قوة الشيء المقضى به.⁽¹⁾

ولكن من بين محترزات تحقق الضرر، وصف الاحتمال، وتقويت الفرصة وفق الآتي:
أولاً : الضرر المحتمل : وصف الاحتمال الذي يرتبط بالضرر⁽²⁾، والذي لم يقع بعد، يعرف بأنه : ذلك الضرر المتأرجح بين الوقوع وعدمه، مع عدم رجحان إحدى الكفتين، فلا تعويض عنه إلا في حال الوقوع الفعلي له، فهنا يصبح الاحتمال يقيناً، وبالتالي الكلام عن التعويض وارد.

ثم إن من ضمن الأمثلة الواردة الذكر في معظم الكتب المتناولة لهذه الجزئية، إحداث شخص بخطئه خللاً في منزل جاره، فيلتزم بإصلاحه ولكنه لا يلتزم بإعادة بناء المنزل كله، بل يتربص صاحب المنزل حتى إذا انهدم المنزل فعلاً، رجع على المسؤول بالتعويض فهذا ضررٌ محتمل، لا يتأكد في المستقبل إلا بانهدام المنزل فعلاً.⁽³⁾

ثانياً : الضرر المرتبط بتقويت الفرصة : ومما يدخل في دراسة هذه النقطة، إقامة الحد الفاصل بين الضرر المحتمل الذي عرفناه سابقاً، وبين اصطلاح تقويت الفرصة.⁽⁴⁾ فهذه الأخيرة أمر محتمل ولكن إمكانية تقويتها أمر محقق، والأمثلة تتعدد هنا بتعدد أحوال الفرص ومضامينها ومن ذلك أن تصدم سيارة شخصاً كان في طريقه للمشاركة في امتحان التوظيف، وبهذا تفوته فرصة التوظيف، وأيضاً إهمال الموظف في إعلان صحيفة الاستئناف فيفوت الميعاد⁽⁵⁾. وهنا نتساءل عن حق طالب التعويض عند فوات الفرصة؟

كانت المحاكم الفرنسية بادئ الأمر، ترفض طلب التعويض هذا لعدم تأسيسه على نتيجة، وهي تحقق الضرر. لكن تغير الحكم الآن، حيث مضت هذه المحاكم على الحكم

⁽¹⁾ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، بند 574، ص 861.

⁽²⁾ المرجع السابق نفسه، بند 575، ص 862. - أنور سلطان، المرجع في النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 326 - 327. - جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص 523.

⁽³⁾ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 79. - عز الدين الدناصري وعبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 160 - 161.

⁽⁴⁾ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، بند 575، ص 862، عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، المرجع السابق، ص 286 - 296.

⁽⁵⁾ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، بند 576، ص 862.

بالتعويض وهذا بناء على أن فوات الفرصة فيه مساس بانتهازها، ومحاولة الفوز بها.⁽¹⁾ وعلى هذا فإن تقدير القاضي للتعويض يكون على أساس تفويت الفرصة، لا على أساس نتيجة هذه الفرصة لأن نتيجة الفرصة أمر احتمالي غير محقق.⁽²⁾ وبالرجوع إلى المثالين السابقين، نجد أن في تفويت فرصة التوظيف، يأخذ القاضي بعين الاعتبار، الضرر الناشئ عن تفويت فرصة التوظيف، ولا يأبه للنتيجة، أي إذا كان الشخص سينجح في مسابقة التوظيف أم لا. ذلك أن النجاح في تلك المسابقة أمر احتمالي غير محقق، ويبقى الأكيد والمحقق، والذي يمكن التعويض عنه، هو فوات فرصة اشتراكه في المسابقة. والأمر نفسه عندما يهمل الموظف تعليق إعلان صحيفة الاستئناف. ولكن إذا كانت الفرصة التي فاتت المتضرر كان من المحتمل الحصول عليها، لأسباب معقولة فالقاضي يأخذ هذا الأمر بعين الاعتبار عند نظر دعوى طلب التعويض وتقديره.⁽³⁾ وقد يتأثر القاضي عند تقويم الضرر بفعالية العناصر التي توجه إلى تحقيق الفرصة لو سار الأمر سيره العادي.⁽⁴⁾

(1) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 79.

(2) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، بند 576، ص 862. - أنور سلطان، المرجع في النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 328.

(3) عائلف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، المرجع السابق، ص 296.

(4) عمود جلال حمزة، المرجع السابق، ص 104.

المطلب الثاني

الضرر المعنوي

إن الضرر المعنوي (الأدبي) هو ذلك الأذى الذي يمس الإنسان في سمعته، أو شرفه، أو عاطفته، وينقسم إلى أربعة أقسام هي ⁽¹⁾ :

- 1 - ضرر أدبي يلحق الجسم، كالجروح والتلف المسببة للآلام.
- 2 - ضرر أدبي يلحق بالشرف والاعتبار، والعرض، كالقذف والسب، وهتك العرض، وفي هذا الصدد قضت محكمة القاهرة الكلية الوطنية، أن الأمراض عورات لأصحابها يجب سترها، حتى ولو كانت صحيحة، فالبوح بها وإذاعتها تسيء للمرضى إذا ذكرت أسماؤهم، وخاصة الفتيات، لأنه يضع حدًا لمستقبلهن الحياتي، وهذا خطأ يوجب التعويض ⁽²⁾.
- 3 - ضرر أدبي يلحق بالعاطفة، والشعور، والحنان، كانتزاع طفل من أحضان أمه، ويلحق بهذا القسم كل عمل يصيب الشخص في معتقداته الدينية وشعوره الأدبي ⁽³⁾.
- 4 - ضرر أدبي يلحق الشخص بمجرد الاعتداء على حق ثابت له، كمعارضة المالك دخول شخص إلى أرضه المملوكة، فيصيبه ضرر معنوي، مع انتفاء أدنى الأضرار المادية من هذا الاعتداء.

وأغلب الفقهاء ⁽⁴⁾ ينتهجون سبيل تساوي الضررين، المادي والمعنوي، في الحكم بالتعويض عنهما، خاصة الضرر الأدبي لما فيه من تخفيف للآلام ومواساة للمصاب بعد تعويضه ⁽⁵⁾. لكن حقيقة هذا المسلك لم يتوصل إليه إلا بعد أن خضع التعويض عن الضرر الأدبي لمراحل تاريخية، حيث يتسع مجال البحث في تلك الحقب الزمنية ⁽⁶⁾ لنصل إلى حقيقة وهي أنه قد يكون الضرر المعنوي أشد أثراً، وأحوج إلى التعويض عنه، زيادة على الآثار المادية الأخرى.

⁽¹⁾ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، بند 577، ص 864 - 865.

⁽²⁾ صدر هذا الحكم في 14/3/1949، ونشر في مجلة المحاماة، المرجع السابق، العدد 29، برقم 117، ص 202.

⁽³⁾ انظر في هذا الصدد الحكم الصادر في 30/11/1940. المرجع السابق نفسه، العدد 21، رقم 258، ص 575.

⁽⁴⁾ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، بند 578، ص 865. - جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص 525. - علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 165. - دراسات في المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 237.

⁽⁵⁾ جيار صابر طه، المرجع السابق، ص 107.

⁽⁶⁾ علي سليمان، نظرات قانونية مختلفة، المرجع السابق، ص 200 - 201.

اتجه الرأي في البداية إلى عدم اعتبار الضرر الأدبي في تقدير مسؤولية الفاعل عن تعويض فعله الضار، على أساس أن الشيء المعنوي، ليس كالحِسي في الاعتبار والتقدير خاصة، ولاختلاف درجاته من شخص لآخر، كما أن الحصول على تعويض مالي عن هذا الضرر استفادة لا أخلاقية من القيم المعنوية، وهذا يجعلها قيما مادية.⁽¹⁾

لقد حسم القضاء الفرنسي الخلاف السابق، حيث أخذ المعنى العام من نص المادة 1382 مدني فرنسي، وبهذا سمح بالتعويض عن الضرر كيفما تعددت صورته، أي سواء أكان ماديا أم أدبيا، وعليه فلا خلاف على مستوى القضاء الفرنسي، عكس الشراح في فرنسا. كما استقرت القوانين الحديثة.⁽²⁾ على مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي في كل من المسؤولية التقصيرية والعقدية⁽³⁾، غير أن المشرع في القانون المصري - الذي حذت حذوه مختلف القوانين العربية⁽⁴⁾ - أورد زيادة على ما سبق قيدين بالنسبة للخلف. كما جاء في المادة 222 مدني مصري:⁽⁵⁾

"يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضا، ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق، أو طالب الدائن به أمام القضاء.

ومع ذلك لا يجوز الحكم بتعويض إلا للأزواج أو الأقارب إلى الدرجة الثانية"⁽⁶⁾، مما يصيبهم من ألم جرّاء موت المصاب".

أما بشأن القانون المدني الجزائري، الذي لم يرد فيه نص صريح بشأن التعويض عن الضرر المعنوي، فنتناوله في عنوان مستقل.

موقف القانون المدني الجزائري من التعويض عن الضرر الأدبي: لم يشأ المشرع الجزائري في قانونه المدني أن يجعل للتعويض عن الضرر المعنوي مكانة فيه، كما فعلت القوانين العربية السالفة الذكر خاصة القانون المصري، ولا ندري كنه الإرادة التشريعية ذلك الوقت؟ فهل يرجع الأمر إلى تقليده لقانون نابليون في خلوه من النص عليه⁽⁷⁾ وتساءل في مقابل هذا عن

(1) الخلاف الذي دار حول هذه المسألة، وتفصيل الآراء فيها، ارجع عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، بند 578، ص 865 - 867، وكذا المراجع المشار إليها فيه هامش (1).

(2) منها المواد: 47 من الالتزامات السويسري، المادة 1327 من قانون النمسا، المادة 85 من المشروع الفرنسي، الإيطالي و المادة 166 من القانون البولوني. - أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للإلتزام، المرجع السابق، ص 329.

(3) علي علي سليمان، نظرات قانونية مختلفة، المرجع السابق، ص 200.

(4) منها القانون المدني السوري المادة 223، والقانون المدني الليبي المادة 225.

(5) انظر تاريخ نص هذه المادة، حسن عكوش، المرجع السابق، ص 110 - 112.

(6) وهم: الآباء، والأجداد، والأبناء، وأبناء الأبناء، والإخوة، والأخوات.

(7) انظر مسألة عدم النص على الضرر الأدبي في قانون نابليون وعلة ذلك: علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، المرجع السابق، ص 164-165. - دراسات في المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 235 - 236.

سبب إعراض المشرع عندنا على النص عليه؟ فهل تراه فعل ذلك لأنه يرفض المبدأ من أساسه؟ أم أن المشرع يرفض هذا النوع من التعويض؟ أخذ البعض بهذا الرأي - أي الرفض - وبررؤوا مسلكهم هذا بالحجج الآتية:⁽¹⁾

1- إن سكوت المشرع الجزائري في ذلك الوقت لم يكن إلا مسaire للنهج الاشتراكي، الذي اتخذته الجزائر منهجا لها تبعا للإتحاد السوفياتي، والصين، وهما يرفضان التعويض عن الضرر المعنوي، وهنا يظهر جليا تأثير الاتجاه السياسي على الإرادة التشريعية.⁽²⁾

* إن الرد على هذا القول مفاده أن حتى أكثر الدول تمسكا بالاشتراكية. قد أخذت بالتعويض عن هذا الضرر، كبولونيا التي أخذت به في المادتين 157 و 165 من القانون المدني لسنة 1965.

وبخصوص هذه المسألة كذلك نشير إلى أن دستور الجزائر لسنة 1989، لم ينقل النص على النهج الاشتراكي الوارد في دستور 1976، ومن جهة أخرى تراجعت الاشتراكية في عقير دارها وكان أهم حدث قبيل الألفية الثالثة بقليل انهيار الاتحاد السوفياتي، ومنه فالتمسك بالاشتراكية لرفض التعويض عن الضرر المعنوي، لا محل له اليوم.⁽³⁾

2- قد يكون هذا الاتجاه راجعا إلى الرأي الغالب في الشريعة الإسلامية، الذي لا يرى التعويض عن هذا الضرر.

* إن جعل الشريعة الإسلامية المصدر الثاني للقانون بعد التشريع لا يعني اتجاه المشرع عندنا إلى تطبيق الشريعة الإسلامية في هذه المسألة لاسيما وأنه من غير الثابت أن الشريعة ترفض التعويض عن هذا الضرر، وكذلك فقد وجدت تشريعات مقابلة نصت على التعويض عن الضرر الأدبي، وبالتالي لا محل لإعمال الشريعة في مقابلة نصوص التشريع.⁽⁴⁾

3- إن المادة 131 مدني جزائري⁽⁵⁾ التي تحيل على المادة 182 مدني جزائري⁽⁶⁾، واردة في باب

(1) مقدم السعيد، التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، (دراسة مقارنة) رسالة ماجستير مقدمة إلى معهد الحقوق بجامعة الجزائر، 1982، ص 117، وما يليها.

(2) المرجع السابق نفسه، ص 118.

(3) علي علي سليمان، نظرات قانونية مختلفة، المرجع السابق، ص 206.

(4) المرجع السابق نفسه، ص 207.

(5) لقد تم النص على المادة 131 مدني جزائري في المطلب الأول من هذا المبحث ضمن عنصر تحقق الضرر. ص 104 هامش (3).

(6) أما المادة 182 مدني جزائري فقد جاء فيها: "إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد، أو في القانون فالتعويض هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب، شرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذ لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول. غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد."

المسؤولية التقصيرية وعليه فهي ليست قاصرة عليها بل تنضم إليها المسؤولية العقدية كذلك⁽¹⁾، لأن النص العام لا يخصص إلا بنص خاص.⁽²⁾

* أما بخصوص المعيار فلا وجه للصحة في قصره على الضرر المادي، ذلك أن الأمثلة تبين هذا الدحض، ومنها المحامي الذي يشاع عنه عجزه عن الدفاع عن زبائنه، أو أنه لا يحمل مؤهلا قانونيا، وبهذا يعرض عنه عملاؤه، ويفوته الكسب الذي يتقاضاه عن كل قضية. كذلك الإشاعة التي تلحق طبيبا ما، فينصرف عنه المرضى فيفوته كسبه إضافة إلى الخسارة الفادحة التي تلحق به وبموظفيه وعيادته كذلك.⁽³⁾ وبهذا فالمعيار هنا يصدق على الضرر الأدبي كذلك، ولو سلمنا جدلا بقصره على الضرر المادي فللقاضي تقدير التعويض عن الضرر المعنوي بمعيار آخر، مثل : مدى إيذاء السمعة، أو مدى الأضرار والآلام، وغيرهما كثير.⁽⁴⁾

ثم إن نحن نظرنا للمسألة بنظرة توسعية لمختلف التشريعات الجزائية، لثبت لنا أخذ المشرع بمبدأ التعويض عن الضرر المعنوي، وذلك حسب الآتي:⁽⁵⁾

أولا : لو كان المشرع عندنا متناقضا في إرادته، لما نص على مبدأ التعويض عن الضرر الأدبي في المادة 4/3 من قانون الإجراءات الجزائية، التي نصت على أنه : "لا تقبل دعوى المسؤولية عن كافة أوجه الضرر سواء كانت مادية أو جسمانية أو أدبية ما دامت ناجمة عن الوقائع موضوع الدعوى الجزائية".

وهكذا طبقا لهذه الفقرة من المادة السابقة التي أجازت للقاضي الجزائي أن يحكم في الدعوى المدنية بالتبعية للدعوى الجنائية، - أي أن اختصاص المحكمة الجزائية للنظر في الدعوى المدنية استثناء، وأن الأصل فيها يرجع للقاضي المدني -، فهل يعقل أن يمنح حق نظر طلب التعويض للمحكمة الجزائية استثناء، وتحرم منه المحكمة المدنية الأصلية؟ طبعاً لا.⁽⁶⁾

إلى جانب هذا أخذ بالتعويض عن الضرر الأدبي في القانون الأساسي العام للعامل في المادة الثامنة منه، حيث نصت على أنه :

(1) علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 242.

(2) المرجع السابق نفسه، ص 244.

(3) علي علي سليمان، نظرات قانونية مختلفة، المرجع السابق، ص 202 - 203.

(4) المرجع السابق نفسه، ص 203.

(5) علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 167 .. محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 87 .. محمود حلال حمزة،

المرجع السابق، ص 12.

(6) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 88.

- "يضمن القانون حماية العامل أثناء ممارسته عمله، أو القيام بمهامه من كل أشكال الإهانة، والقذف والتهديد، والضغط، أو محاولة حمله على التشيع والتبعية، - كما يضمن التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية التي تلحق العامل".

- ثم صدر قانون علاقات العمل الجديد في 21/04/1990، فذكر الحكم نفسه بالمادة 2/6 منه والتي تنص على "احترام السلامة البدنية والمعنوية، والكرامة للعامل".⁽¹⁾

- ثم جاء قانون الأسرة في سنة 1984، فنص في المادة الخامسة منه على التعويض عن الضرر المعنوي المترتب على فسخ الخطبة.⁽²⁾

ثانيا : نظرا لكون المادة 124 مدني جزائري مطابقة في نصها الفرنسي للمادة 1382 مدني فرنسي، فإنه يسري عليها حكم هذه الأخيرة بمعنى أن التعويض عام⁽³⁾، فيشمل إطلاقه التعويض بشقيه المادي والمعنوي، وإن كان النص العربي غير مطابق تماما للنص الفرنسي فإنه يفيد في جملته التعويض عن الضررين معا.

ثالثا : إن التمسك بقاعدة تعويض الضرر، القائلة بأن معيار ما لحق الدائن من خسارة، وما فاتته من كسب لا يُعمل بها إلا في حالة الضرر المادي، غير صحيحة، ولقد سبق تفنيدها.

رابعا : لو سلّمنا جدلا⁽⁴⁾ أن المعيار المذكور في المادة 182 مدني جزائري قاصر على الضرر المادي وحده، فليس معنى هذا أن يقدر التعويض عن الضرر المعنوي بالمعيار السابق نفسه، وإلا لا محل له، ومع ذلك فالنص لم يقل ذلك.

خامسا : إن الهدف الرئيس من التعويض عن الضرر ليس دائما الترضية المادية، نعم المال يساعد على تخفيف الضرر إلى حد ما، ولكن قد يكون التعويض كافيا، ولو رمزيا، كنشر حكم رد الاعتبار لشخص ما في الصحف.⁽⁵⁾

سادسا : في القانون المدني الجزائري نفسه نجد المادة 47 منه تنص على أن : "لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء

(1) علي علي سليمان، نظرات قانونية مختلفة، المرجع السابق، ص 208.

(2) انظر في مسألة فسخ الخطبة، وما يترتب على هذا الفسخ، عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، بند 550، ص 827.

(3) علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 243 - 244.

(4) علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 168.

(5) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، بند 578، ص 867.

والتعويض عما يكون قد لحقه من ضرر". ولا شك في أن الحقوق الملازمة لشخصية الإنسان حقوق معنوية، كالاعتداء على الاسم، أو انتحاله مثلا كما نصت على هذا المادة 48 مدني جزائري⁽¹⁾.

نخلص من السابق بيانه أن التشريع الجزائري يقبل التعويض عن الضرر المعنوي، بل إن القضاء حكم به حتى قبل صدور القانون المدني لسنة 1975، لكن الملاحظة الواجب التنبيه إليها في هذا المقام أن التطبيق القضائي لهذا النوع من التعويض يستلزم إتباعه بتعديل للقانون المدني وهذا بالنص الصريح على هذا التعويض، كما فعلت القوانين العربية، وفيما يلي نماذج من تطبيقات القضاء الجزائري بخصوص مسألة التعويض عن الضرر المعنوي⁽²⁾؛

- لقد أصدر المجلس الأعلى بتاريخ 6/11/1976 قضاء بخصوص أم فقت ابتها ذات الست سنين في حادث، فحكم لها بمبلغ 5 آلاف دينار جزائري كتعويض عن فاجعتها وآلامها. قال المجلس نفسه في حكمه : "أن الضرر المعنوي هو الشعور بالألم، وهو لا يقدر بمال، وإنما يعرض من قبل القضاة بما بدا لهم جبرا للخواطر."⁽³⁾

- كما أصدرت محكمة جنايات العاصمة حكما بتاريخ 26/9/1979⁽⁴⁾ خاصا بفتاة انتهك شرفها قضت فيه لها بمبلغ 6 آلاف دينار تعويضا عن الضرر المادي، و15 ألف دينار تعويضا عن الضرر المعنوي⁽⁵⁾، وهذا معناه أن الضرر المعنوي أفدح آثارا من الضرر المادي.

- كما قضت محكمة عنابة بالتعويض عن الضرر المعنوي للزوجة والأقارب حتى الدرجة الثانية لوفاة الزوج في حادث مرور.⁽⁶⁾

من له الحق في التعويض عن الضرر المعنوي ؟

الأصل في التعويض أن يكون شخصا، حيث يقتصر على المتضرر فحسب⁽⁷⁾، ولكن تطرح إشكالية في هذا المجال فحواها تحقق الضرر المعنوي نتيجة لموت المصاب، فالقاعدة هنا

⁽¹⁾ وتنص المادة 48 مدني جزائري على أن : "لكل من نازعه الغير في استعمال اسمه دون مبرر، ومن انتحل الغير اسمه أن يطلب وقف هذا الاعتداء والتعويض، عما قد لحقه من ضرر."

⁽²⁾ انظر بعض أحكام القضاء الجزائري في مؤلف السعيد مقدم، المرجع السابق، ص 133 - 134.

⁽³⁾ علي علي سليمان، نظرات قانونية مختلفة، المرجع السابق، ص 213.

⁽⁴⁾ نشر هذا الحكم بجريدة الشعب الصادرة في 27/11/1979، ذكره مقدم السعيد، المرجع السابق، ص 133.

⁽⁵⁾ مقدم السعيد، المرجع السابق، ص 133 - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 90.

⁽⁶⁾ المرجعان السابقان نفسهما.

⁽⁷⁾ توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 388 - أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، المرجع السابق، ص 332.

تطبق وفقا للقانون المصري⁽¹⁾ المادة 222 منه، فيجب التمييز هنا بين الضرر الذي يصيب المتضرر المتوفى نفسه، والضرر الذي يصيب حاشيته (أقاربه وذويه) من ألم في الشعور والعاطفة نتيجة موته. فأما الضرر الشخصي الذي يصيب المتوفى، فلا ينتقل الحق فيه إلى ذويه، لأن هذا الأخير لا ينتقل بالميراث، أي أنه ليس من أسبابه، وإنما يمكن تخريجه على منحى أسباب الميراث إذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب به الدائن أمام القضاء⁽²⁾ كما سيظهر لاحقا. أما الضرر الذي يصيب أقارب المتضرر المتوفى، فقد قصر حكم المادة 2/222 مدني مصري التعويض فيه حتى الدرجة الثانية، وعلى هذا فلا يجوز للقريب من الدرجة الثالثة وغيرها المطالبة بالتعويض عن الآلام، وبوجه أولى لا يجوز للصادق مهما كانت درجته عند المتضرر المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبي. والواقع إن تفسير تشدد القانون المصري والقوانين التي حذت حذوه في حصر درجة القرابة المستفيدة من التعويض عن الضرر الأدبي إلى الدرجة الثانية مقصود، ذلك أن فسخ المجال أمام كل من يدعي الألم بسبب موت المصاب. أن يرفع دعواه أمام القضاء وهذا مما يشق على القضاء الحكم به.⁽³⁾ ونؤكد أنه إذا فرضنا تواجد كل الأقارب من الدرجة الثانية، فلا يحكم القاضي بالتعويض لهم جميعا، ولكن يحكم لمن أصابه ألم حقيقي، جرّاء موت المتضرر.⁽⁴⁾

وفي هذا الصدد لا نجد ذكرا لهذا الحصر لدرجة القرابة السابق بيانها في القانون الجزائري الذي لم يورد أي قيد يميز على أساسه التعويض عن الضرر المادي أو الضرر المعنوي، فكما أن السكوت عن المطالبة بالتعويض عن الضرر المادي لا يفيد التنازل عنه، فكذلك الحال بالنسبة للضرر المعنوي وكما ينتقل التعويض في الضرر المادي إلى كل الخلف دون حصر، فكذلك إجراؤه في الضرر المعنوي بالكيفية ذاتها. وعليه فطبقا لما هو معمول به في القانون الجزائري بخصوص عدم التنفيذ، فهو يحكم بالتعويض لكل من أصيب في مشاعره أو عواطفه بسبب فقد شخص عزيز عليه، وإن تعدى درجة القرابة الثانية، لكن ليس إلى المدى الذي وصل إليه القضاء الفرنسي.⁽⁵⁾

(1) سبقت الإشارة إلى القوانين العربية التي بها مواد مطابقة للمادة 222 مدني مصري.

(2) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، بند 579، ص 869 وما بعدها. - أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 329.

(3) محمود جلال حمزة، المرجع السابق، ص 111. - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، بند 579، ص 870 - 871.

(4) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، بند 579، ص 870. - محمود جلال حمزة، المرجع السابق، ص 111. - محمد صيري السعدي، المرجع السابق، ص 85.

(5) علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 169 - 170.

انتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبي : على نهج ما اتبعناه سابقا، والذي سار بالدراسة في اتجاه التقيد الذي أكدته المشرع المصري في المادة 1/222 والتي نصت على إحدى طريقتين في طلب التعويض للورثة عند وفاة مورثهم، وهما :

الأولى : أن يكون هناك اتفاق سابق بين المتضرر والمسؤول بشأن التعويض من حيث مبدؤه ومقداره.

الأخرى : أن يكون المتضرر قد أقام دعوى أمام القضاء.⁽¹⁾

ويعتبر حكم القانون المصري بشأن الطريقة الثانية أرفق بالورثة، لأنه لا يتطلب صدور حكم قضائي نهائي بالتعويض، بل يكفي أن يرفع المتضرر الدعوى أمام القضاء مطالبا بالتعويض قبل حصول وفاته.⁽²⁾

وتبقى الملاحظة أن التعويض عن الألم نتيجة إصابة أقل من الوفاة، لا يحكم به إلا للمصاب نفسه، على أنه يحكم بالتعويض أيضا للوالدين.⁽³⁾

وأخيرا فانتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبي ثابت في المسؤوليتين العقدية والتقصيرية.⁽⁴⁾ كما أن كل ما يتعلق بالضرر من حيث الفصل والمدى، هو من وسائل الواقع، أي أنها مسألة موضوعية، فلا يخضع فيها القاضي لرقابة محكمة النقض (المجلس الأعلى) عكس وصف الضرر وتكييفه بأنه محقق أو احتمالي، وهل هو ضرر معنوي. ومتى ينتقل فهذا مما يخضع لرقابة محكمة النقض.⁽⁵⁾

وقد يكون من المفيد أن نختم بحثنا لموضوع الضرر كأساس للمسؤولية التقصيرية، ببيان تطبيقاته في القانون الجزائري، ويتضح من استقراء نصوص هذا القانون أن المشرع الجزائري قد تبنى الضرر كأساس للمسؤولية التقصيرية في صورها الآتية :

- المسؤولية الناشئة عن الأشياء غير الحية، ومسؤولية المتبوع عن عمل التابع، والمسؤولية

(1) راجع تاريخ النص، حسن عكوش، المرجع السابق، هامش (2) ص 110 وما بعدها.

(2) في المقابل نجد القانون المدني الأردني يشترط صدور حكم قضائي نهائي بالتعويض المادة 3/267، أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، المرجع السابق، ص 333.

(3) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، بند 579، ص 871.

(4) ومن أمثلة الضرر الأدبي المترتب على المسؤولية العقدية : الناشر إذا نشر كتابا لمؤلف فشوهه، ومنه أيضا ما يصيب المريض في سمعته نتيجة إذاعة طبيبه سرا لا يجوز إذاعته، حسن عكوش، المرجع السابق، ص 484.

(5) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 91.

الناشئة فعل الحيوان ونؤكد على أن المسؤولية الناشئة عن فعل الشيء، أو الحيوان، أو المتبوع، لا يمكن نفيها من طرف المسؤول بنفي الخطأ، وهذا يعني أنها لا تقوم على الخطأ، فلا يجب إثباته لقيام المسؤولية، عكس ما نصت عليه المادة 124 مدني جزائري، كما لا يكفي ارتفاع المسؤولية انتفاء الخطأ أو نفيه.

ونبدأ بالمسؤولية الناشئة عن فعل الأشياء غير الحية، حيث نصت المادة 138 مدني جزائري على أن : "كل من يتولى حراسة شيء وكانت له قدرة الاستعمال والتسيير والرقابة، يعتبر مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء.

ويعفى من هذه المسؤولية الحارس للشيء إذا أثبت أن ذلك الضرر حدث بسبب لم يكن يتوقعه مثل عمل الضحية، أو عمل الغير، أو الحالة الطارئة، أو القوة القاهرة".

يستفاد من هذا النص، أن المسؤولية الناشئة عن الأشياء غير الحية تتحقق بتوافر شروط ثلاثة وهي: وجود شيء غير حي منقولاً كان أم عقاراً، وأن يتولى شخص حراسة هذا الشيء، وأن يتدخل هذا الشيء في إحداث ضرر للغير. كما ترتفع مسؤولية الحارس هنا بأي سبب أجنبي من الأسباب الآتية وهي : فعل المتضرر وفعل الغير، والحادث الفجائي أو القوة القاهرة.

ظاهر من النص الآن أن المشرع الجزائري عكس الناحية الإيجابية لمسيرة حاجات عصر الآلة والتقنية، وأن المسؤولية عن فعل الأشياء غير الحية صارت اليوم مستقلة تماماً عن المسؤولية عن الفعل الشخصي، وبالتالي فهي لا تقوم على فكرة الخطأ، بل تفترض مجرد إحداث الشيء غير الحي ضرراً ما.⁽¹⁾ ومع هذا فقد خضعت هذه المسؤولية لالتجاهين يحددان أساسين مختلفين هما :

أ - النظرية الشخصية : وأساسها الخطأ، وما افترض الخطأ من طرف القضاء إلا عملية نقل لعبء الإثبات عن عاتق المتضرر لتحسين حاله، وتيسير سبل التعويض عليه.

ب - النظرية الموضوعية : وأساسها الضرر، وتقيم هذه المسؤولية على أساس تحمل التبعة بصورتها المطلقة والخاصة بالمخاطر المستحدثة، والمقيدة وتمثل في المغنم المقابلة للمغارم.

هناك الكثير من أساتذة القانون ومنهم "عبد الرزاق السنهوري"⁽²⁾ يجعلون من المسؤولية عن الأشياء غير الحية عموماً تقوم على الخطأ في الحراسة، والذي يعني أن يترك الحارس زمام الشيء يفلت من يده. وتخريج هذا الرأي على نص المادة 138 مدني جزائري كالاتي :

(1) محمود حلال حمزة، المسؤولية عن فعل الأشياء غير الحية في القانون المدني الجزائري، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1988، ص 405.

(2) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، بند 696، ص 1052.

- 1 - إن المادة 138 مدني جزائري ترتب المسؤولية على ثبوت واجب الحراسة، وعدم الوفاء به لا على مجرد تملك الشيء أو الانتفاع به.⁽¹⁾
- 2 - إن فكرة تحمل التبعة المرتبطة بالمنفعة لاتعطي تفسيراً مقنعاً في إعفاء الحارس من المسؤولية في حال رجوع الحادث إلى السبب الأجنبي.⁽²⁾
- 3 - إن فكرة تحمل التبعة التي تربط المسؤولية بالخطر المستحدث لا تتفق مع حالة إعفاء الحارس من المسؤولية في حال ثبوت الدور السليبي للشيء.⁽³⁾
- 4 - إن المادة 138 مدني جزائري تحصر السبب الأجنبي عن الحارس أو الشيء، سواء أكان عمل الضحية، أو عمل الغير، أو الحادث الفجائي أو القوة القاهرة، في حين نظرية تحمل التبعة لاتقبل كسبب أجنبي إلا خطأ المتضرر.⁽⁴⁾
- 5 - إن التعويض الذي تقرره المادة 138 للمتضرر تعويض كامل بينما القوانين الخاصة المبنية على تحمل التبعة لا سيما إصابات العمل تعويضها جزافي لا يصل إلى الحد الذي يتناسب فيه مع الضرر الذي يلحق المصاب، وبالتالي فليس الأساس الأنفع للمتضرر هو تحمل التبعة. وعلى ما تقدم، - وهناك غيره -⁽⁵⁾، فالأساس الذي تبناه المادة 138 هو الخطأ. كما أرست هذا الأحكام القضائية التي صرحت بالتكليف الصحيح لهذه المسؤولية وهو الخطأ.⁽⁶⁾
- كما ينجلي من نص المادة 138 مدني جزائري قيام هذه المسؤولية على أساس نظرية تحمل التبعة لا الخطأ في الحراسة حسب رأي "محمود جلال حمزة" ومستند رأيه الآتي⁽⁷⁾ :
- 1 - إن المسؤولية عن الأشياء غير الحية أحكامها مستقلة عن أحكام المسؤولية عن العمل الشخصي طبقاً للمادة 124 مدني جزائري، والتي تقوم على فكرة الخطأ الواجب الإثبات.
- 2 - إن المادة 138 مدني جزائري لم تشترط لقيام هذه المسؤولية أي خطأ من جانب الحارس، كما لم تطلب من المتضرر إثبات أي خلل في سلوك الحارس، ساعية فقط إلى تيسير سبل التعويض عليه، ووصوله إلى حقه بأقل التكاليف.

(1) محمود جلال حمزة، المسؤولية عن فعل الأشياء غير الحية، المرجع السابق، ص 417.

(2) عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن فعل الأشياء، المرجع السابق، ص 391.

(3) المرجع السابق نفسه.

(4) محمود جلال حمزة، المسؤولية عن فعل الأشياء غير الحية، المرجع السابق، ص 418.

(5) بلحاج العربي، المسؤولية عن فعل الأشياء في القانون المدني الجزائري، مجلة الشرطة، عدد 49، أكتوبر 1992، ص 20.

(6) عبد العالي بوشهدان، المرجع السابق، ص 34 وما بعدها.

(7) محمود جلال حمزة، العمل غير المشروع، المرجع السابق، ص 276، وما بعدها.

3 - تتحقق المسؤولية طبقا للمادة 138 مدني جزائري ما دام الشيء ذا دور إيجابي في إحداث الضرر، ومنه فالمسؤولية تترتب حكما بمجرد وقوع الضرر من الشيء.

4 - لا يعفى الحارس من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي الذي لا يدلله فيه - المادة 138/2 مدني جزائري -.

5 - أسندت المادة 138 مدني جزائري المسؤولية إلى الحارس وربطتها بسبب حراسة الشيء، لا بالشيء ذاته.

6 - أطلقت المادة 138 مدني جزائري مفهوم الشيء فجعلته عاما وشاملاً.

وهكذا فالمسؤولية الشيئية تقوم على أساس نظرية تحمل التبعة، والشرط الوحيد لقيامها هو وقوع الضرر لا غير، وفق المعطيات الآتية :

* إن المسؤولية قرينة التطور في أي مجتمع كان، وعليه فالمرجع الجزائري وتكريسا منه لمكاسب الجماهير الشعبية، أدرك حتمية التطور مراعاة للأبعاد الاجتماعية للثورة التحريرية متفاديا الكثير من مساوئ القانون المدني الفرنسي، ومنه فليس من المنطق بناء هذه المسؤولية على الخطأ أو افتراضه، لأن هذا يتنافى مع المبادئ الاشتراكية، ومصالح الجماهير الشعبية العريضة⁽¹⁾. كذلك وحتى مع أقول نجم المذهب الاشتراكي، تبقى العدالة هي الحكم في قضية مراعاة الأفضل والأحسن.

* إن ما يقرره القانون لكل إنسان من سلامة في جسمه وماله وأمنه العام تعكسه أبسط قواعد العدالة. وهذا بعلم السماح للغير بالاعتداء عليه، ويكون عليه الاهتمام منصبا على المتضرر صاحب الحق، لا المسؤول كما يفعل أنصار النظرية الشخصية⁽²⁾.

* إن تأسيس مسؤولية الشخص عن فعل الشيء غير الحي على تحمل التبعة، تجعله متوقعا لكل ما قد يحدث من أضرار، وبالتالي يأخذ كل احتياطاته لمواجهة الوضع قبل وقوع الضرر، أما التأسيس على الخطأ، فلا تخضع هذه الميزة له بأي حال كان⁽³⁾. وهكذا ولا اعتبارات فصلناها في هذا الفصل، أخذت التشريعات الحديثة تتحول نحو فكرة تحمل التبعة بدل فكرة الخطأ⁽⁴⁾.

(1) محمود جلال حمزة، المسؤولية عن فعل الأشياء غير الحية، المرجع السابق، ص 408 وما بعدها.

(2) المرجع السابق نفسه، ص 410.

(3) المرجع السابق نفسه، ص 411، وأيضا مؤلفه : العمل غير المشروع، المرجع السابق، ص 281.

(4) ارجع إل ص 73 وما بعدها .

أما المسؤولية المتعلقة بفعل التابع الضار، فقد نص القانون المدني الجزائري على المادة 136 منه حيث إنه : "يكون المتبوع مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع، متى كان واقعا منه في حال تأدية وظيفته، أو بسببها.

وتقوم رابطة التبعية، ولولم يكن المتبوع حرا في اختيار تابعه، متى كانت له عليه سلطة فعلية في رقبته، وفي توجيهه".

نتبين من هذا النص أنه يشترط لتحقيق مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه أن يثبت علاقة التبعية بين المتبوع والتابع، وأن تتحقق مسؤولية التابع عما أوقعه من ضرر، وأن يكون الضرر الذي أحدثه التابع قد وقع منه أثناء تأديته لوظيفته أو بسببها. كما يظهر لنا تحديد العلاقة بين المتبوع والتابع، تحديداً لا غموض فيه.

إن مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه غير قابلة للنفي بتاتا، إذ ليس للمتبوع التخلص من مسؤوليته، لا بنفي الخطأ، ولا بنفي علاقة السببية بين خطئه وبين الضرر الذي سببه التابع⁽¹⁾، ويثور الخلاف حول أساس هذه المسؤولية، ويتخبط الرأي بين الخطأ في الاختيار، أو الخطأ في الرقابة، وقد اعترض عليهما، ثم هناك من يجعلها مسؤولية شخصية فيقيمها على فكرة الخطأ المفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس، وهناك من يرجعها إلى فكرة تحمل التبعية، أو إلى فكرة الضمان، ومن يجعلها مسؤولية عن فعل الغير، فيقيمها على أساس الكفالة، أو النيابة، أو الحلول، أو العدالة كذلك.⁽²⁾

لكن برغم التشعب السابق⁽³⁾، فإن خط المسؤولية على أنها غير قابلة للإدحاض يجعل أقرب أساس لها من بين الأسس السابقة، هو أساس تحمل التبعية بمفهوم واسع يتجاوز المغام، كما أن فكرة الخطأ أصبحت غير سائغة بعد أن أصبح المجنون وعديم التمييز، يسألان كتابع أو كمتبوع، إضافة إلى عدم إمكانية رجوع المتبوع على التابع فيما دفع من تعويض للمتضرر في حال تسديد التأمين للتعويض عن فعله الضار.⁽⁴⁾

لقد نصت المادة 139 مدني جزائري على المسؤولية الناشئة عن الحيوان حيث إن :

(1) علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 36.

(2) محمود جلال حمزة، العمل غير المشروع، المرجع السابق، ص 193 - 194.

(3) حيث يرى "عبد الرزاق السنهوري" أن مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه مسؤولية عن فعل الغير، وليست مسؤولية ذاتية، المرجع السابق،

بند 690، ص 1046. - علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 69.

(4) علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 72.

"حارس الحيوان، ولو لم يكن مالك له، مسؤول عما يحدثه الحيوان من ضرر، ولو ضل الحيوان أو تسرب ما لم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب لا ينسب إليه".

يتضح من هذه المادة أن المسؤولية الناشئة عن فعل الحيوان تقوم بتوافر شروط ثلاثة، وهي : وجود حيوان، وأن يتولى شخص حراسته، وأن يكون حدوث الضرر ناشئاً عن فعل الحيوان.

اختلف الفقه والقضاء حول الأساس الذي تبنى عليه المسؤولية الناشئة عن الحيوان، فريق أسسها على الخطأ المفترض في جانب الحارس، وهو خطأ في الرقابة والتوجيه⁽¹⁾، وفريق آخر أسسها على الخطأ في الحراسة⁽²⁾، على أن هناك من أسسها كذلك على تحمل التبعة. انتقد الأساسان الأولان، من عدة وجوه، وترجع الأساس الموضوعي، أي المبني على تحمل التبعة، شأن المسؤولية عن الأشياء غير الحية، والترجيح هذا مبني على أساس أن الحارس هو المنتفع مهما كانت صورة المنفعة، ما دام يستعمل الحيوان لصالحه، وتنتفي هذه المسؤولية بإثبات خطأ المتضرر نفسه مثلاً أو بنفي السبب الأجنبي عموماً، ردّاً على من يقول بأن نظرية تحمل التبعة لا تدفع ولو بإثبات السبب الأجنبي.⁽³⁾

لقد خالف القانون المدني الجزائري نظيره القانون المدني الفرنسي، وجعل مسؤولية الحيوان من نصيب حارسه بدلاً من مالكه، وعليه فالخطأ في هذه المسؤولية مفترض افتراضاً لا يدحض إلا بإثبات السبب الأجنبي⁽⁴⁾، وبالمقابل فعلى من أصابه ضرر من جرّاء فعل الحيوان إثبات أمرين :⁽⁵⁾

- 1 - أن الشخص المرفوع ضده الدعوى هو حارس الحيوان، ويعتبر مالكه كذلك من ضمن حراسه، ولا دفع لهذا الأمر إلا بإثبات انتقال الحراسة إلى غيره.
- 2 - أن يثبت المتضرر حدوث الضرر من فعل الحيوان بالذات.

وفي حال ثبوت الأمرين السالفين من المتضرر، افترض خطأ الحارس، الذي لا خلاص له من هذه المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي، كما أن مسؤولية غير المميز عن فعل الشيء غير

(1) وحيد الدين سوار، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ج 1، الطبعة الأولى، 1978، ص 156.

(2) عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، المصادر غير الإرادية، القاهرة، 1958، ص 172.

(3) محمود جلال حمزة، العمل غير المشروع، المرجع السابق، ص 323.

(4) علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 170.

(5) المرجع السابق نفسه، ص 176.

الحي، تصدق على مسؤوليته عن فعل الحيوان، خلافا للأستاذ "عبد الرزاق السنهوري"⁽¹⁾.
هكذا نلاحظ من استقراء نصوص المواد 138 و 136 و 139 من القانون المدني الجزائري والمتعلقة على التوالي بالمسؤولية عن فعل الشيء، ومسؤولية التابع عن أعمال تابعيه، والمسؤولية عن فعل الحيوان، أن هذه الأنواع جميعها تقوم على أساس موضوعي بعيد كل البعد عن فكرة الخطأ أساس المسؤولية عن العمل الشخصي المنصوص عليها في المادة 124 من القانون نفسه.
فلا يشترط لقيام المسؤولية عن فعل الشيء أو المتبوع، أو الحيوان، أي خطأ في جانب حارس الشيء، أو الحيوان، أو أن يكون العمل غير المشروع الذي يأتيه التابع خاطئا، كما أنه لا يجدي أن يثبت المسؤول أنه لم يرتكب أي خطأ في الحراسة، أو أن العمل غير المشروع الذي أتاه المتبوع لم يكن خاطئا، ذلك أن المسؤولية عن فعل الشيء، وأعمال التابع، وفعل الحيوان، مقررّة حكما بمجرد وقوع الضرر من فعل الشيء غير الحي، أو من العمل غير المشروع للتابع، أو من فعل الحيوان. فلا يعفي حارس الشيء من المسؤولية ولو أثبت أنه بدل كل ما يتطلبه واجب العناية والرعاية في حراسة الشيء⁽²⁾. ولا يعفي حارس الحيوان من المسؤولية عن الضرر الذي يحدثه الحيوان بأن يثبت بأنه لم يخطئ في اقتناء الحيوان، ولا في مراقبته، ولا في حراسته، وأنه اتخذ الحيطة والحذر لمنعه من الإضرار بالغير⁽³⁾. وكذلك المتبوع لا يستطيع التخلص من مسؤوليته بنفي الخطأ، ولا بنفي علاقة السببية بين خطئه والضرر الذي سببه التابع⁽⁴⁾. وما يؤكد قيام هذه الأنواع الثلاثة من المسؤولية، أن المسؤول لا يعفي من المسؤولية إلا في حالة إثبات السبب الأجنبي الذي لا يد له فيه، بأن يثبت أن الضرر تسبب في حدوثه قوة قاهرة، أو فعل الغير، أو فعل المتضرر.

⁽¹⁾ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، بند 708، ص 1065.

⁽²⁾ علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 157.

⁽³⁾ المرجع السابق نفسه، ص 175.

⁽⁴⁾ المرجع السابق نفسه، ص 72.

الفصل الثالث

أساس المسؤولية التقصيرية في الفقه الإسلامي

الفصل الثالث

أساس المسؤولية التقصيرية في الفقه الإسلامي

تمهيد وتقسيم :

وقفنا لدى استعراضنا السابق للنظرية الشخصية على عجزها عن تلبية التطورات التي استجدت في حياة الناس على مراتبها المتصاعدة من أدناها إلى أعلاها، خاصة من الجانب التقني والتكنولوجي، الذي مس الاقتصاد الصناعي إلى المجال النووي، ومن يدري ما سيقع من أحداث بعد القرن العشرين حتى تظمه أحكام المسؤولية المدنية كذلك؟

لكن على الرغم مما ذكر فإن أغلب القوانين قد تبنت هذه النظرية، ومضت عليها، وهذا وفق الحلول التي أوجدتها لها، ورغم ظهور النظرية الموضوعية التي أبطلت أساس النظرية الأولى.

نعم رغم كل هذا لم يؤخذ بالنظرية الموضوعية إلا في تشريعات خاصة، وبدرجات متفاوتة من قانون إلى آخر.

وعلى هذا نعرض إلى بحث موقف الشريعة الإسلامية، والتي تميز داخل نظرية الضمان بين الأضرار التي تحدث مباشرة، وفيها يكتفى بالضرر فقط، دون بحث عن شروط أخرى تدعّمه، بينما الأضرار التي تحدث تسببا، فيشترط فيها التعمد أو التعدي.

وسوف نركز الدراسة على مبحثين، نعرض في الأول منهما للمسؤولية المطلقة القائمة على فكرة المباشرة، ثم للمسؤولية المقيدة، والقائمة بدورها على فكرة التسبب. ونتبع عليه هذين المبحثين بالحديث عن النزعة الموضوعية للفقه الإسلامي في نظرية سوء استعمال الحق.

وبسط خطة هذا الفصل الأخير كالآتي :

المبحث الأول : المسؤولية المطلقة أو المباشرة.

المبحث الثاني : المسؤولية المقيدة، أو التسبب.

المبحث الأول

المسؤولية المطلقة "المباشرة"

تعددت تعريفات الفقهاء لمصطلح المباشرة لكنها جميعا تنصب حول المعنى الذي جاء في مقدمة الكتاب الثامن من مجلة الأحكام العدلية والمتضمن محتوى المادة 887 ومضمونها أن : "الإتلاف مباشرة هو إتلاف الشيء بالذات، ويقال لمن فعله فاعل مباشر"⁽¹⁾. وعليه فالحنفية يعرفون المباشر بأنه : "من يلي الأمر بنفسه"⁽²⁾. والشافعية المباشر عندهم هو : "ما يؤثر في الهلاك ويحصله"⁽³⁾. والمالكية يحددونه بأنه : "ما يقال عادة حصل الهلاك به من غير توسط"⁽⁴⁾. أما "الكاساني"⁽⁵⁾ فيعرفه بهذا المعنى قائلا : "إيصال الآلة بمحل التلف"⁽⁶⁾. وبالنسبة للحنابلة فلا يعرفون المباشرة، ويكتفون بالتمثيل لها، بأنها كالجرح لما له نفوذ كسكين وشوكة، أو القتل بمثقل، أو إلقاء حائط على شخص أو إلقائه من شاهق وغير هذا. يقول "ابن قدامة" : "ويجب الضمان بالسبب كما يجب بالمباشرة، فإذا حفر بئرا في طريق لغير مصلحة المسلمين، أو في ملك غيره بغير إذنه أو وضع في ذلك حجرا أو حديدة أو صب فيه ماء أو وضع فيه قشر بطيخ أو نحوه وهلك فيه إنسان أو دابة ضمنه لأنه تلف بعدوانه فيضمنه كما لو جنى عليه"⁽⁷⁾.

من جملة هذه التعاريف يمكن القول أن المباشرة تتواجد كلما أوجد الفعل علة التلف، والعلة هي التي يستند إليها الفعل، وعليه فالمباشرة تستلزم تدخلا إيجابيا من الفاعل، أي أن يصدر منه فعل مادي، كمن يطعن آخر بسكين فيؤدي إلى قطع عضو منه فيكون مباشرا في

(1) علي حيدر، المرجع السابق، 508/2. مجلة الأحكام العدلية، المرجع السابق، ص 171.

(2) مصطفى أحمد الزرقاء المدخل الفقهي العام، نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، ج2، دار الفكر، ف 637، ص 1044 تعليقا على المادة 92 من مجلة العدلية.

(3) محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، على من منهاج الطالبين للنووي، وتعليقات جويلي بن ابراهيم الشافعي، ج2، دار الفكر، ص 320.

(4) القرافي، المرجع السابق، 27/4.

(5) الكاساني : أبو بكر بن مسعود بن أحمد الحنفي، ملك العلماء، مصنف "البدائع" الكتاب الجليل، توفي 587 هـ، أبو الوفاء القرشي، المرجع السابق، 25/4 - 28. الذهبي، سير أعلام النبلاء، المرجع السابق، 305/4.

(6) الكاساني، المرجع السابق، 165/7.

(7) ابن قدامة، المرجع السابق، 564/9.

جانبه، لأن بناء هذه المسؤولية ليس على اعتبارها مسؤولية عن الأشياء أو الحيوان، بل هي مسؤولية شخصية تستند إلى مباشرة الضرر. تنص المادة 930 من المجلة العدلية على أنه: "لا يضمن صاحب الدابة إذا لطمت بيدها أو رأسها أو ذيلها، أو رفست برجلها فأضرت بواحد حال كونها في ملكه راكبا كان أو لم يكن". وهذا خروج عن إعمال الحكم السابق. وإعمالا للفكرة السابقة نفسها، فلا ضمان لو كانت الدابة جموحا، إذ لا يقدر الراكب على ضبطها وأضرت⁽¹⁾ عملا بالمبدأ المقرر شرعا أن: "جناية العجماء جبار"⁽²⁾.

غير أن بعض الفقهاء المحدثين يقررون ضمان الشخص المباشر للضرر في هذه الحالة⁽³⁾ وهكذا ففكرة المباشرة لا تتعارض البتة مع إمكان صدور الفعل، أو حدوث الضرر من غير المباشر، شرط أن لا يكون مستقلا عنه كلية. والحكم نفسه إذا توسط بين فعل الشخص والضرر فعل شخص آخر، فمن باب أولى إعمال القاعدة الأساسية، أو الشرط المعبر وهو عدم الاستقلالية، بمعنى أن يكون فعل الثاني مضافا إلى فعل الأول بالضرورة، ومنه يكون قاذف شخص على آخر مباشراً لما يصيب هذا الأخير من ضرر.⁽⁴⁾

كما أن المباشرة في الاصطلاح الفقهي تنقسم إلى مباشرة ناجزة في إحداث الضرر فورا دون إبطاء، كمن يعمد إلى تمزيق أوراق غيره أو حرقها. وإلى مباشرة مولدة، وهي التي لا تفضي إلى النتيجة على الفور، بل بمضي الوقت. كمن يجرح أحدا جرحا يسري إلى التلف.⁽⁵⁾ وإذا نحن عرفنا هذا فما الطبيعة القانونية لفكرة المباشرة؟، ثم ما علاقتها بمسألة الإدراك؟، ودفع ضمان المباشر. وقد جعلنا كل ما سبق في مطالب مستقلة كالآتي:

(1) راجع المادة 937، علي حيدر، المرجع السابق، 643/2.

(2) ومبدأ "جناية العجماء جبار"، من أصل حديث للنبي - صلى الله عليه وسلم - : "العجماء جرحها جبار" أخرجه البخاري في صحيحه كتاب الزكاة، باب في الركاز الخمس، ابن حجر العسقلاني فتح الباري شرح صحيح البخاري، بيروت، لبنان، دار المعرفة. حديث 1499. 364/3 - كتاب المساقاة، باب من حفر بئر في ملكه لم يضمن، المرجع السابق نفسه، حديث 2355، 33/5 - كتاب الديات باب: المعدن جبار والبئر جبار، المرجع السابق نفسه، حديث 6912، 254/12. وباب العجماء جبار، المرجع السابق نفسه، حديث 6913، 256/12. - وأخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الحدود، باب جرح العجماء والمعدن والبئر جبار، تحقيق وتصحيح: محمد فؤاد عبد الباقي، ج3، بيروت، لبنان، دار إحياء التراث العربي، حديث رقم 43 بلفظ: "العجماء جرحها جبار"، ص 1334.

(3) علي الخفيف، المرجع السابق، 242/1 وما بعدها.

(4) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 304.

(5) محمد أبو زهرة، موسوعة الفقه الإسلامي، ج2، القاهرة، إصدار جمعية الدراسات الإسلامية، ص 591.

المطلب الأول

طبيعة فكرة المباشرة، وشروطها

تضمنت كتب الفقه أمثلة كثيرة عن المباشرة، منها : لو رمى شخص سهما من ملكه فأصاب إنساناً ضمنه، إذ لم يؤذن في ذلك شرعاً، فيضمن ما تولد عنه⁽¹⁾. فالملاحظ على ما سبق وغيره كثير، وجود تعدد من مباشر الضرر ينجلي في إتيانه فعلاً ليس له الحق في مباشرته، إذ عبرت المواد المشار إليها صراحة على وجوب التعدي بعبارات - بغير حق - و - بلا إذن صاحبه⁽²⁾. وعليه فحالات المباشرة على اختلافها تستوجب بالضرورة وجود التعدي بالمعنى الفقهي الضيق أي تجاوز الحد، وانعدام حق المباشر في إحداث الضرر، بمعنى أن التعدي هنا كذلك لا يعني الخطأ بمعناه القانوني الوضعي، ولا يعني مجرد إحداث الضرر، وإنما يعني إحداثه بغير حق، أو من غير مبرر شرعي⁽³⁾.

ويؤكد "ابن رجب"⁽⁴⁾ الحنبلي ضرورة توافر التعدي كشرط لضمان المباشر بقوله : "إذا استند إتلاف أموال الأدميين ونفوسهم إلى مباشرة وسبب تعلق الضمان بالمباشرة دون السبب، إلا أن تكون المباشرة مبنية على السبب وناشئة عنه، سواء كانت ملجئة، ثم إن كانت المباشرة والحال هذه لا عدوان فيها بالكلية استقل السبب وحده بالضمان، وإن كان فيها عدوان شاركت السبب في الضمان..."⁽⁵⁾.

ونشير هنا للاستدلال فقط إلى أنه في حال اجتماع المباشر والمتسبب ضمن المباشر، ذلك أن في تغليب هذا الأخير اقتصاراً فقط على الحالات التي تكون فيها المباشرة تعدياً. أما إذا

⁽¹⁾ ابن نجيم، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، لبنان، دار الكتب العلمية، 1405 هـ - 1985 م، ص 284.

⁽²⁾ أرجع إلى الأمثلة الواردة في درر الحكام، المرجع السابق : (المادة 913 ، 603/2)، (المادة 914 ، 603/2)، (المادة 918 ، 607/2)، (المادة 919 ، 609/2)، (المادة 920 ، 609/2). - محمد الخطيب الشربيني، المرجع السابق، 87/4 ومثاله : لو طرح قممات وقشور بطريق فمضمون على الصحيح.

⁽³⁾ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 308.

⁽⁴⁾ ابن رجب : الحافظ أبي الفرج عبد الرحمن، الحنبلي، حافظ للحديث من كتبه : "شرح جامع الترمذي"، و"لطائف المعارف". توفي في دمشق 795 هـ - ابن العماد الحنبلي، المرجع السابق، 339/6، السيوطي، طبقات الحفاظ، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، ط 1، 1403 هـ - 1983 م، ص 540.

⁽⁵⁾ ابن رجب الحنبلي، القواعد في الفقه الإسلامي، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، ط 1، 1413 هـ / 1992 م، القاعدة 127، ص 274.

كانت المباشرة لاعدوان فيها يضمن التسبب وحده.⁽¹⁾ ومما يبيّن ضرورة توافر التعدي لضمان المباشر، أن المباشرة تتحقق بمجرد إحداث الضرر، وهذا لا يكفي للقول بالضمان، بل يشترط أيضا أن لا يكون له الحق في إحداث هذا الضرر.

وبالنظر والاعتماد على ما سبق فالصياغة الأوفق لقاعدة المباشرة تأصيلا⁽²⁾ هي : "أن المباشر ضامن وإن لم يعتمد"، وليس وإن لم يتعد. ذلك أنه توجد حالات يكون فيها الشخص مباشرا للضرر إلا أنه لا يضمن لعدم توافر التعدي في جانبه، ويكون المقصود من الصياغة الأوفق لقاعدة المباشرة السابقة أن الفاعل عن طريقها يضمن قاصدا أم لا بشرط أن يكون متعديا، وهذا الأخير لم يذكر في القاعدة لأنه من البدهة توافره، إذ لا قيام للضمان أصلا دونه طبقا لقاعدة : "الجواز الشرعي ينافي الضمان"⁽³⁾.

وبالتالي فلا يبحث الضمان إلا مع انعدام الجواز الشرعي، وهو التعدي، ورغم هذا فإن غالبية الفقهاء لا يشترطون التعدي للتضمنين في حالة المباشرة.⁽⁴⁾ ونؤكد حقيقة مؤداها أن العدالة تأبى أن يسأل الشخص بمجرد مباشرته للضرر ودون استثناء، مهما كانت ظروف المباشرة هذه، أي سواء استندت إلى حق شرعي أم لا، فمن غير اللائق منطقيا وضع قاعدة مطلقة لتضمنين المباشر دون شرط أو قيد آخر، خلاف مباشرته للضرر.⁽⁵⁾

إن قاعدة المباشرة، قاعدة موضوعية في ذاتها، فتقريرها للمبدأ العام أو الحكم يقضي بتعويض الأضرار بمجرد ثبوت التعدي. ولكن التساؤل يتبادر لنا مرة أخرى لتبرير تلك القاعدة، ذلك أن المباشر، والمباشرة أفكار إسلامية النزعة وينفرد بها فقط الفقه الإسلامي، ومنه فالقصد من المسؤولية المطلقة هنا، هو قيامها في جانب محدث الضرر. بمجرد انعدام حقه في إحداث هذا الضرر. وعليه لا يكفي مجرد حدوث الضرر، بل يضاف إلى هذا ألا يتركز إلى مبرر قانوني، وبالتالي يتحقق التعدي القانوني وفقا لمعناه القانوني كذلك، وهذا بعينه التعدي في الفقه الإسلامي الذي هو الفعل الضار دون وجه حق أو جواز شرعي، فإذا ثبت لكل فرد الحق في الحركة والتصرف، فللغير كذلك. والأمر نفسه فيما يخص الأمان والسلامة بعدم الاعتداء

(1) عبد القادر عودة، المرجع السابق، 46/2.

(2) على ما ذهب إليه، إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 310.

(3) ويطلق عليها السرخسي عبارة : والمباح المطلق لا يكون سببا لوجوب الضمان، المرجع السابق، 25/27.

(4) ابن نجيم، المرجع السابق، ص 284. - وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، المرجع السابق، ص 196.

(5) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 312.

على المصالح المشروعة والسلامة الشخصية والمالية لجميع الأفراد.⁽¹⁾

وكنتيجة حتمية لتقرير التعدي نجد أنه في ضمان المباشر لا حاجة لتوافر الإدراك أو التمييز، فلو أتلّف صبي مال غيره لزمه الضمان، هذا والمالكية يفرقون بين الصبي المميز وغيره، فيغرم المميز ما أتلّفه إن كان له مال، فإن لم يكن له مال أتبّع به، أما غير المميز فلا شيء عليه فيما أتلّفه من نفس أو مال كالعجماء ومثله المجنون⁽²⁾، وهذا بعينه ما قال به فقهاء الشريعة الإسلامية، ويعلقون على هذا أن الضمان من قبيل خطاب الوضع المتعلق بترتيب السبب على المسبب، وليس لأن الشخص الذي يتحمل به هو من أهل التكليف، فالضمان إذن لا يكون جزءاً خطأ ارتكب، وإنما هو بدل عوض عما أتلّف حفاظاً على حقوق وأموال الغير.⁽³⁾

وتبقى المباشرة دائماً لا تتطلب سوى التعدي بمعناه المادي بشرط أن تتم مباشرة، دون حاجة للإدراك أو التمييز، لأن غاية الإلزام بالضمان دائماً المحافظة على الأموال.

⁽¹⁾ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 313.

⁽²⁾ ابن جزّي، القوانين الفقهية، تونس، مطبعة النهضة نهج الجزيرة، عدد 1، 1344 هـ - 1926 م، ص 319. - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 5، الجزائر، دار الفكر، الطبعة 1، 1412 هـ - 1991، ص 741.

⁽³⁾ الرّملي، المرجع السابق، 434/4.

المطلب الثاني

دفع ضمان المباشرة

سبق القول إن الفعل المادي دون حق ولا جواز شرعي، هو التعدي الذي ينشأ عنه الضمان حينئذ، لكن يبقى هذا الأخير متفياً إذا كنا في حالة لا تعدي. وسنرى بالخصوص صور هذا الانتفاء في حالات الضرورة، والدفاع الشرعي، وتنفيذ أوامر أولي الأمر أو الغير. ولعل الأصح في التعبير هنا أن هذه الحالات هي استثناء من التعدي، وليست هي تعدد انقلب إلى فعل جائز مباح، وإليك هذه الاستثناءات.

أولاً : حالة الضرورة : والضرورة في تعريف "جلال الدين السيوطي"⁽¹⁾ هي : "أن يصيب الإنسان حالة طارئة من الحرج والمشقة يبلغ حداً، إن لم يقدم فيها على الممنوع هلك أو قارب"⁽²⁾.

إن التعليق على هذا التعريف واضح من أن صاحبه جمع بين الظروف والحالات التي تؤدي بالإنسان إلى الحرج، وبالتالي لم يخصصها بالهلاك نتيجة فقد الطعام فحسب⁽³⁾.

والأصل في تقرير الضرورة قوله تعالى : ﴿ مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ ﴾⁽⁴⁾ وقوله أيضاً : ﴿ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ ﴾⁽⁵⁾.

ومن القواعد الفقهية الخاصة بهذه الحالة قاعدة "المشقة تجلب التيسير"⁽⁶⁾ أما أمثلة هذه الحالة فهي كثيرة من ذلك، : "حريق وقع في محلة، فهدم رجل دار غيره بغير أمر صاحبه، وبغير

⁽¹⁾ السيوطي : عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد بن سابق الدين الحصري. جلال الدين، إمام حافظ، مؤرخ، أديب له نحو 600 مصنف منها "الكتاب الكبير" توفي 911 هـ. ابن العماد الحنبلي، المرجع السابق، 51/8. - الذهبي، تذكرة الحفاظ، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، ص 347.

⁽²⁾ السيوطي، الأشباه والنظائر، ضبطها وعلق على حواشيه، الشيخ علي مالكي، مصر، مطبعة مصطفى محمد، ص 77.

⁽³⁾ الجصاص، أحكام القرآن، تحقيق محمد الصادق قمحاري، ج 1، دار المصنف، ط 2، ويعرف الضرورة عند كلامه عن المخصصة أنها : "خوف الضرر أو الهلاك على النفس أو بعض الأعضاء بترك الأكل"، ص 159.

⁽⁴⁾ المائدة : 6.

⁽⁵⁾ البقرة : 185.

⁽⁶⁾ ومنها كذلك : "أن الأمر إذا ضاقت به" و "الضرورات تبيح المحظورات". و "يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام". و "يزال الضرر الأشد بالضرر الأخف". انظر هذه القواعد وغيرها في مؤلف : صبحي محمدي، فلسفة التشريع في الإسلام، بيروت، دار العلم للملايين، ط 3، 1380 هـ - 1961 م، ص 269، وما بعدها. - ابن نجيم، المرجع السابق، ص 85، وما بعدها.

إذن من السلطات حتى ينقطع عن داره، ضمن ولم يَأثم⁽¹⁾. كذلك دخول ملك الغير لا يجوز في الأصل دون إذنه، أو إذن أولي الأمر، إلا أن ذلك جائز في أحوال الاضطراب، وأيضا الحال في دخول ملك الغير لأجل إصلاح دار الداخل، أو دخول ملك الغير لأجل إلقاء القبض على الناهب إذا احتبأ فيه وما إلى ذلك من الأمثلة المتنوعة. فالاضطرار إذن هو دفع الإنسان بإلحاق ما يضره أو بإلجائه إليه⁽²⁾ عملا بقاعدة "ارتكاب أخف الضررين". كذلك حتى يصح الأخذ بحكم الضرورة، لا بد من ضوابط تحكمها نجملها في الآتي⁽³⁾:

أ - أن تكون هذه الضرورة قائمة على وجه الحلول لا الانتظار، وعليه فلا يجوز للجائع أن يتناول الميتة، أو أن يأخذ مال الغير، إلا بعد غلبة الظن أن الموت آتية لا محالة⁽⁴⁾.

ب - طبقا لقاعدة: "إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضررا بارتكاب أخفهما"⁽⁵⁾. فيستوجب أن تكون المفسدة المدفوعة أشد من المفسدة النازلة لأن الواجب تحصيل المصالح، ودرء المفاسد في جميع أحوال البشر.

ج - الضرورة مبنية على أدلة شرعية، ونصوص أصلية، ولكنها قيدت بعدم إبطال حق الغير، ومنها: "الضرورات تقدر بقدرها". "والاضطرار لا يبطل حق الغير". وأن "ما جاز لعذر يبطل بزواله"⁽⁶⁾.

ومنه فقد جاء في نص المادة 33 من المجلة العدلية أن: "الاضطرار لا يبطل حق الغير"، يتفرع من هذه القاعدة أنه لو اضطر إنسان بسبب الجوع فأكل طعام الآخر، يضمن قيمته، طبعا بعد زوال وصف الاضطراب، وهذا الحكم متفق عليه عند الجمهور⁽⁷⁾ إلا عند "مالك" و"أحمد"⁽⁸⁾ في أحد قوليهما فقد روي عنهما نفي الضمان عن أكل مال الغير جوعا، وهذا

(1) ابن قدامة، المرجع السابق، 566/9.

(2) الشريبي، المرجع السابق، 289/3 - 290.

(3) ارجع إلى شروط حالة الضرورة في القوانين الوضعية في الفصل الأول. ص 52.

(4) القرائي، المرجع السابق، 196/1. - السيوطي، الأشباه والنظائر، المرجع السابق، ص 77.

(5) السيوطي، الأشباه والنظائر، المرجع السابق، ص 189. - ابن نجيم، المرجع السابق، ص 89.

(6) صبحي محمصاني، فلسفة التشريع في الإسلام، المرجع السابق، ص 269.

(7) ابن رجب، المرجع السابق، القاعدة 127، ص 276.

(8) أحمد: ابن محمد بن حنبل أبو عبد الله الشيباني الوائلي، إمام المذهب الحنبلي، وأحد الأئمة الأربعة، من أهم مؤلفاته "المسند"، "السنن".

توفي 241 هـ. ابن علكان، المرجع السابق، 20/1. - الأصبهاني، حلية الأولياء، وطبقات الأصفياء، بيروت، لبنان، دار الكتاب العربي،

ط3، 1400 هـ - 1980 م، 161/9.

بحجة أن إحياء النفوس يمضي على قاعدة وجوب المساواة مع القدرة على ذلك، والإيثار، بالفاضل مع ضرورة المحتاج.⁽¹⁾

د - الضرورة تدفع بالقدر اللازم ، طبقا لاعتبار قيمة الضرر المدفوع.

وعلى الخصوص تبقى القاعدة المحكمة في ضمان الضرر الواقع حال الضرورة هي أن : "من أتلّف شيئاً ليدفع أذاه له لم يضمنه، فإن أتلّفه لدفع أذاه به ضمنه"⁽²⁾.

ثانيا : الدفاع الشرعي : إن الأصل العام في تقرير الدفاع الشرعي، قوله تعالى : ﴿فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾⁽³⁾. وفي السنة جاء قوله - صلى الله عليه وسلم - : "من شجر على المسلمين سيفاً فقد أحل دمه، أي أهדרه."⁽⁴⁾

إن فقه الدليلين السابقين يقضي أن من المباحات كذلك دفع أدى المهاجم في حدود ما يتطلب الدفع، ولا يكون على ذلك متعدياً من لم يتجاوز الحدود التي تتطلبها ظرف الدفاع، لقوله تعالى : ﴿وَلَمَنْ انْتَصَرَ بَعْدَ ظُلْمِهِ فَأُولَئِكَ مَا عَلَيْهِمْ مِنْ سَبِيلٍ﴾⁽⁵⁾.

هكذا تطبيقاً للمبدأ القائل : "يختار أهون الشرين" نلاحظ مراتب دفع التعدي⁽⁶⁾. فإذا أمكن دفعه بالقول فلا يختار الضرب، وإذا أمكن دفعه بالضرب، فلا يبلغ حد القتل وهكذا. وتنجلي لنا شرائط الدفاع الشرعي كالاتي⁽⁷⁾ :

أ - أن يكون هناك تعد أي اعتداء أو عدوان، فإذا خرج الفعل عن وصف الاعتداء فلا ضرورة لدفعه كونه مباحاً. ومن أمثلة هذا الشرط الأب الذي يضرب ابنه تأديباً، ومستوفي القصاص

⁽¹⁾ ابن قيم الجوزية، أعلام الموقعين عن رب العالمين، راجعه وقدم له وعلق عليه : طه عبد الرؤوف سعد، ج3، مكتبة الكليات الأزهرية، مطبعة نهضة مصر. ص 8.

⁽²⁾ ابن رجب، المرجع السابق، قاعدة 26، ص 36.

⁽³⁾ البقرة : 193.

⁽⁴⁾ أخرجه النسائي في سننه، كتاب : تحريم الدم، باب : من شجر سيفه ثم وضعه في الناس، بشرح جلال الدين السيوطي، بيروت، دار الفكر، 1930، 117/7. - والحاكم في المستدرک، كتاب : قتال أهل البغي، باب : النهي عن قتال من يقول لا إله إلا الله، (وبذيله : التلخيص للحافظ الذهبي)، بيروت، لبنان، دار الكتاب العربي، 159/2. وكلاهما بلفظ "من شجر سيفه ثم وضعه قدمه هدر". قال الحاكم، "هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه"، ووافقه الذهبي في التلخيص. قال الزيلعي في لفظ "من شجر على المسلمين سيفاً فقد أطل دمه" غريب بهذا اللفظ. انتهى : نصب الراية لأحاديث الهداية، القاهرة، دار الحديث، 347/4.

⁽⁵⁾ الشورى : 39.

⁽⁶⁾ المادة 29 من المجلة العدلية. انظر علي حيدر، المرجع السابق، 41/1. ويصطلح الفقهاء على تسمية الدفاع الشرعي الخاص، بدفع الصائل، وعلى تسمية المعتدي صائلاً، والمعتدى عليه مصولاً عليه. - عبد القادر عودة، المرجع السابق، 473/1، وما بعدها. - الشريبي، المرجع السابق، 194/4.

⁽⁷⁾ انظر هذه الحالة الفصل الأول. ص 50.

حين يقتل القاتل، أو يقطع يده قصاصاً. وليس من الضروري في رأي "مالك" و"الشافعي" و"أحمد" أن يكون الاعتداء جريمة معاقبا عليها، بل يكفي كونه غير مشروع، فيصح أن يكون الصائل مجنوناً أو طفلاً، ويكفي جملة لقيام الدفاع أن يكون فعل الصائل أياً كان غير مشروع.⁽¹⁾

ب - توخي عدم الزيادة، ولا الشطط في دفع التعدي، بمعنى وجوب دفع الاعتداء بالقوة اللازمة له، وإلاّ تحول إلى تعد هو كذلك يستوجب المساءلة.

ومن أمثلة هذا الشرط، الدفع بالصياح والاستغاثة، بدل الدفع باليد، وإن كان في موضع منعزل لا يلحقه الغوث دفعه باليد، فإن لم يندفع باليد دفعه بالعصا وإلا بالسلاح، فإن لم يندفع إلا بإتلاف عضو، أتلفه، فإن لم يفد كل الذي سبق دفعه بالقتل.⁽²⁾

بينما يرى "مالك" مثلاً أن الرمي على من أطلع من ثقب باب على بيت رجل أبيع للتنبيه أو للمدافعة لا بقصد الإيذاء أو إصابة العين فإذا قصد عينه فعليه القود، وإذا قصد التنبيه فأصاب عينه، فهي إصابة خطأ يسأل عنها باعتباره مخطئاً لا عامداً.⁽³⁾

ج - أن يكون الاعتداء حالاً مدهماً : فإذا لم يكن كذلك فليس بدفاع، وإنما هو اعتداء، وزيادة على الحلول يستوجب تعذر الاستعانة بالسلطات العمومية.⁽⁴⁾ كما تستوجب الإشارة كذلك إلى أنه لا خطر يحتمي منه الإنسان بالدفاع العاجل.

إن المسائل والفروع التي تستوجب حالة الدفاع الشرعي كثيرة، منها حرمة المسكن، والاعتداء عليه بانتهاكه، وكذلك الاعتداء بالقذف على إنسان، وحالة الدفاع عن الصغير، والمجنون، والحيوان.⁽⁵⁾

هذا بإيجاز دفع الصائل في الشريعة، أما القوانين الوضعية فأحكامها وآراء شرّاحها لا تكاد تختلف اليوم عن الشريعة الإسلامية، فالشروط نفسها كائنة فيها، والحكم نفسه كذلك، وهو جعل الفعل مباحاً، ولا مسؤولية مدنية أو جنائية على المدافع بشرط عدم التجاوز.

(1) عبد القادر عودة، المرجع السابق، 479/1.

(2) الشيرازي، المذهب في فقه الإمام الشافعي، ج 2، دار الفكر، ص 225. - الرملي، المرجع السابق، 24/8. - ابن فرحون، المرجع السابق، 347/2. - الكاساني، المرجع السابق، 93/7.

(3) الخطاب، مواهب الجليل بشرح مختصر خليل، ج 6، دار الفكر، ط 3، 1412هـ - 1992م، ص 322 - 323. - الخرشبي، على مختصر سيدي خليل، وبهامشه حاشية الشيخ علي العدوي، ج 4، دار الفكر، ص 111. - ابن فرحون، المرجع السابق، 348/2.

(4) جبار صابر طه، المرجع السابق، ص 208. - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، 754/5.

(5) عبد القادر عودة، المرجع السابق، 478/1. - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، 754/5.

ثالثاً : حالة تنفيذ أوامر أولي الأمر، أو إذن صاحب الحق : الأصل في تقرير هذه الحالة كذلك قوله تعالى : ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾^(١). ولا ريب في أنه لا ضمان على من يستعمل حق غيره بإذنه. وتشتط هذه الحالة لانتفاء الضمان عن المأمور الآتي^(٢).

أ - ألا يدخل الفعل المأمور به في إطار عدم الجواز الشرعي لأنه إن كان معصية فلا إجازة له لقوله - صلى الله عليه وسلم - "لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق"^(٣). ومثاله : "من رأى الغير يشق زقة فسكت حتى سأل ما فيه، يضمن الشاق"، بمعنى أن سكوت صاحبه لا يُعدّ قبولاً ولا موافقة"^(٤).

ب - كون الأمر صادراً من صاحب سلطة شرعية، فلو صدر الأمر من أحد الرعية، فلا طاعة له، فإن نفذ المأمور في الحالة الأخيرة الأمر كان ضامناً، لأنه لا تلزمه طاعته. وشبيه بهذا الأمر فعل الحافر في ملك الغير بلا إذنه^(٥) جاء في المادة 919 من المجلة العدلية : "أنه يمنع الضمان ممن هدم دار غيره، بإذن أولي الأمر، لأجل منع تسرب الحريق في المحلة"^(٦).

وتطبيقاً للشرطين السالفين ذكر "السيوطي" أنه : "إذا أفتاه أهل الفتوى، بإتلاف شيء ثم تبين خطؤه، فالضمان على المفتي"^(٧).

ويبقى المستثنى من هذه الحالة المأمور غير المميز، أو المجنون فلا ضمان عليهما مطلقاً، ومنه : "لو أمر أحدهم صبياً بإتلاف مال آخر فأتلفه ضمن الأمر". وكذلك الحال في حالة

(١) النساء : 59. - والأمر في اصطلاح الفقهاء هو طلب فعل الشيء بحزم. بدران أبو العنين بدران، أصول الفقه الإسلامي، الاسكندرية، مؤسسة شباب الجامعة، ص 361.

(٢) انظر مقابل هذه الشروط في الفصل الأول. ص 51.

(٣) أخرجه بهذا اللفظ الحافظ أبو بكر بن أبي شيبه، في آخر كتاب الجهاد، باب : في إمام السرية بأمرهم بالمعصية، من قال لا طاعة له، الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار، ج12، الهند، الدار السلفية، ط1، 1402 هـ - 1982 م، ص 546. وأصل الحديث في الصحيحين بلفظ : "لا طاعة في معصية الله إنما الطاعة في المعروف" عن علي - رضي الله عنه - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب : أخبار الأحاد، باب ما جاء في إجازة خير الواحد الصدوق في الآذان والصلاة والصوم والقراآت والأحكام، ابن حجر، الفتح، المرجع السابق، 233/13، حديث 7257. - وأخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الإمارة، باب : وجوب طاعة الأمراء في غير معصية وأخرجه في المعصية، المرجع السابق، رقم 1469/3، 39.

(٤) صبحي محمضاني، النظرية العامة للموجبات والعقود، المرجع السابق، ص 176. - الخرش، المرجع السابق، 133/6.

(٥) الشيرازي، المرجع السابق، 177/2.

(٦) علي حيدر، المرجع السابق، 609/2.

(٧) السيوطي، الأشباه والنظائر، المرجع السابق، ص 145. - ابن قيم، المرجع السابق، 225/4 تحت عنوان : "القول في ضمان المفتي للمال والنفس".

الإكراه الملجئ للمأمور^(١).

رابعا : السبب الأجنبي : إن المعنى المتبادر إلى مصطلح السبب الأجنبي يشير إلى قيام العلاقة السببية بين الفعل الضار، ونتيجته الضارة، وعليه يقوم كسبب من أسباب دفع الضمان في الفقه الإسلامي على اعتبار أنه هو النسبة الحقيقية بين الفعل الضار والنتيجة الضارة.

وكما نعلم فإن علاقة السببية شيء غير مدرك حسا، عليه فإن ثبوتها يكون مفترضا زيادة على أدلة إثبات المدعي، ويقع على هذا الأخير منازعة هذا الافتراض، وتقديم الدليل العكسي، وهذا بإثبات السبب الحقيقي للضرر الذي ينتفي معه ضمان الفاعل^(٢).

ومن تطبيقات هذا السبب، القوة القاهرة والحادث الفجائي، وفعل الغير، وأخيرا فعل المتضرر نفسه. فأما القوة القاهرة والحادث الفجائي^(٣)، فيتحققان عندما يكون الضرر قد وقع بعامل لا يمكن الاحتراز منه، وهذا بسبب قوته القاهرة التي لا يمكن دفعها، أو بسبب فجائيته التي لا يمكن توقعها، فلو وضع أحدهم جمرا في الطريق فاحترق به شيء يضمنه لأنه متعد فيه، ولو حرّكت الريح عين الجمر فحولته إلى موضع آخر فأحرق شيئا لا يضمن لنسخ الريح فعله بالتحويل^(٤).

وتأسيس درء الضمان هنا قاعدة : "مالا يمكن الاحتراز عنه لاضمان فيه"، أي أن عدم إمكان الاحتراز هذا هو الوحيد الذي يعفي من الضمان بسبب القوة القاهرة والحادث الفجائي. وبلغت الفقه الحديث فهما ما لا يمكن توقعهما ولا دفعهما، وعليه يضمن من سقط حمله عن ظهر الحمال، فأتلف مالا لشخص، لأنه يمكن التحرز عنه^(٥).

وأما فعل الغير، فهو الطرف الثالث غير المدعي عليه وغير المتضرر، والذي بفعله غالبا ما يوقف الفعل الأصلي عند حد التسبب ليكسب فعل الغير هذا صفة المباشرة كمن فتح باب حانوت ثم تركه مفتوحا فسرق، أو دل لصا أو ظلما على شيء فأخذه، أو فتح قفص طائر فطار، أو حل رباط دابة فهربت فلا يضمن المتسبب في هذه الأمثلة عند "أبي حنيفة" و"أبي

(١) الكاساني، المرجع السابق، 179/7. - محمود شلتوت المرجع السابق، ص 411 - 412. - ابن قيم، المرجع السابق، 83/4. - القراني، المرجع

السابق، 27/4. - صبحي محمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود، المرجع السابق، ص 224. - الحارثي، المرجع السابق، 132/6.

(٢) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 319 - 320.

(٣) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، بند 586، ص 876، وما بعدها.

(٤) الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج 6، القاهرة، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة 2، ص 143 - 144.

(٥) وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، المرجع السابق، ص 226.

يوسف"، لأن مجرد الفتح مثلاً ليس بفعل مباشرة ولا تسبب، وإنما تدخل عنصر آخر، وهو السرقة أو الطيران فالسارق هو المباشر، والطير أو الدابة هما اللذان اختارا الحرب، فلا حكم له.^(١) لكن عند المالكية والحنابلة و"محمد بن الحسن"^(٢) يضمن المتسبب في الحالات السابقة، لأنه تسبب في الإلتلاف وحدوث الضرر هنا أمر متوقع في الطبع والعادة.

إلا أن الشافعية فصلوا في الأمر^(٣)، وجعلوا الأمر يتعلق بالإلجاء، فإن من فتح قفص الطائر وهيجه حتى طار ضمن، واقتصر على الفتح فقط، فإن طار لحاله بساعته ضمن، وإلا فلا ضمان لأن طيرانه بعد وقوفه مدة يشعره بالاختيار.

جاء في المادة 89 من المجلة العدلية: "يضاف الفعل إلى الفاعل لا الأمر ما لم يكن مجبراً"^(٤). والإكراه نوعان: إكراه كامل أو ملجئ، ويعدم الرضا ويفسد الاختيار، وإكراه ناقص أو غير ملجئ، ويعدم الرضا ولا يفسد الاختيار.^(٥) وعليه فمن يأخذ مال الغير، أو يحرق أثاث منزله، يكون الآخذ أو الحارق هما الضامنين لا الأمر، ما لم يكن الآخذ أو الحارق مكرهين إكراها تاماً على ارتكاب الفعل الضار، على أن هناك من يفصل بين الإكراه التام، والإكراه الناقص^(٦).

ويبقى من أسباب دفع الضمان فعل المتضرر الإيجابي، حيث يكون فعله هو السبب الحقيقي والفعال في حدوث الضرر، فإذا سار الرجل على دابة في الطريق فنخسها رجل أو ضربها فنفتحته كان دمه هدراً، لأن ذلك تولد من نخسه فصار كأنه هو الذي جنى على نفسه.^(٧)

(١) الكاساني، المرجع السابق، 166/7. - علي حيدر، المرجع السابق، 91/1.

(٢) ابن جزري، المرجع السابق، ص 318. - 319. - ابن رجب، المرجع السابق، ص 274. - ابن رشد، المرجع السابق، 348/2.

(٣) الشربيني، المرجع السابق، 278/2. - الشوزلي، المرجع السابق، 374/1. - ابن رشد، المرجع السابق، 348/2.

(٤) علي حيدر، المرجع السابق، 91/1.

(٥) الزيلعي، المرجع السابق، 181/5. - ابن الهمام، تكملة شرح فتح القدير على الهداية، ج9، بيروت، لبنان، دار الفكر، ص 234 - 235. -

علي حيدر، المرجع السابق، 91/1.

(٦) السرخسي، المرجع السابق، 2/27. - ابن فرحون، المرجع السابق، 345/2.

(٧) الزيلعي، المرجع السابق، 186/5. - السيوطي، الأشباه والنظائر، المرجع السابق، ص 178-179.

المبحث الثاني

المسؤولية المقيّدة أو التسبب

بعد أن تناولنا في المبحث الأول مصطلح المباشرة، حري بنا كذلك أن ننظر في المصطلح الثاني، والخاص بحالة التسبب. فإذا كانت أحوال التسبب في الضرر قصدا هي أقوى أحوال التسبب بلا شك والمسؤولية فيها واضحة ظاهرة، فهناك حالات أخرى يدق فيها المعيار أو الأساس المحتسب. إذن فما المقصود بالتسبب الذي يحدد مجال المسؤولية المقيّدة؟

قد يحدث الفاعل ضررا أو تلفا ليس بطريق المباشرة، ولكن بعلّة أخرى، بحيث يكون الفعل ذاك شرطا بذلك للتلف لا علة له.

إن القول السابق يتضح جليا من جملة تعريفات الفقهاء، من ذلك تعريف الأحناف للتسبب⁽¹⁾، أو الإتلاف تسببا بقولهم: "إن التسبب في تلف شيء يعني أن يحدث في شيء ما يفضي عادة إلى تلف شيء آخر، يقال لفاعله متسبب، فإن من قطع حبل قنديل معلق يكون سببا مفضيا لسقوطه على الأرض وانكساره، ويكون حينئذ قد أتلّف الحبل مباشرة وكسر القنديل تسببا، وكذا إذا شق واحد ظرفا فيه سمن، وتلف ذلك السمن، يكون قد أتلّف الظرف مباشرة، والسمن تسببا"⁽²⁾. أما الشافعية فالتسبب عندهم هو: "ما يؤثر في الهلاك ولا يحصله"⁽³⁾. وبالنسبة "للغز" يوجزه بأنه: "إيجاد علة المباشرة"⁽⁴⁾ أو "السبب هو ما يحدث الضرر لا بذاته بل بواسطته، وكان علة للضرر"⁽⁵⁾. ويعرّفه المالكية بأنه: "ما يحصل الهلاك عنده بعلّة أخرى، إذا كان السبب هو المقتضي لوقوع الفعل بتلك العلة"⁽⁶⁾. وبخصوص الخنابلة فلم يوردوا تعريفا لهذا المصطلح اكتفاء منهم بالتمثيل له ومع هذا لم يخرجوا عن ما ذهب إليه جمهور الفقهاء.

(1) السبب لغة يعني: الطريق أو الباب أو الحبل، وكل هذه المعاني كما قيل ترجع إلى معنى واحد، هو أن السبب يكون موصلا إلى الشيء.

فالباب موصول إلى البيت، والحبل موصول إلى الماء، والطريق موصول إلى المقصد، ابن منظور، المرجع السابق، 1910/3.

(2) المادة 888 من المجلة العدلية، علي حيدر، المرجع السابق، 508/2. - الكاساني، المرجع السابق، 165/7.

(3) زكريا الأنصاري، الشرفاوي على شرح التحرير، وبهامشه الشرح المذكور مع تقرير الفاضل مصطفى الذهب، ج2، مصر، دار إحياء الكتب العربية، ص 360.

(4) الغز، المرجع السابق، 132/2.

(5) عبد القادر عودة، المرجع السابق، 451/1. حيث يقول: "السبب هو ما أحدث الجريمة لا بذاته، بل بواسطته. وكان علة للجريمة".

(6) القرائي، المرجع السابق، 27/4. - الخرشني، المرجع السابق، 132/6.

يعلق "فخري رشيد مهنا" على مجموع التعاريف السابقة فيقول : "إن الإجماع يعتقد على أن التسبب يكون بإيجاد ما يقتضي وجود علة التلف، ذلك لأن التسبب لا يوجد النتيجة بفعله، وإنما يوجد ما يستوجب وجوده وجود النتيجة، فحفر البئر في الطريق العام يكون سببا للقتل أو الإيذاء إذا ما سقط فيه شخص، ذلك لأن الموت أو الإيذاء حدث بسبب التزدي، ولولا التزدي لما حدثت النتيجة، إلا أن التزدي ما كان ليحصل لولا الحفر، فالنتيجة الحاصلة تضاف مباشرة إلى التزدي، والتزدي يضاف إلى الحفر، أما العلاقة بين الحفر والنتيجة فهي علاقة غير مباشرة ... وعليه يكون السبب هو المقتضي لوجود العلة"⁽¹⁾.

وهكذا يمكن الإحاطة بالمعاني السابقة فيما يتعلق بمصطلح التسبب إذا تجلّى في شخص من يأتي فعلا لا بذات نفسه، ولكنه يمكن لحصول فعل آخر نتيجة الضرر الأول الذي أحدثه، من غير أن يكون الفعل الآخر نتيجة حتمية للفعل الأول، وإنما مجرد سبب في وقوعه، وكما هو معلوم، فإن فقهاء المسلمين القدامى لم يتناولوا قاعدة التسبب بالشرح والتحليل كمعادتهم، واكتفوا بذكرها دون تحديد دقيق لفحواها، مما أدى إلى تزايد غموضها، فنجد بعض الفقهاء يقيّدونها بوصف التعمد أي أن "التسبب لا يضمن إلا بالتعمد"⁽²⁾. كما نجد البعض يستعمل لفظ التعدي فتكون القاعدة أن "التسبب لا يضمن إلا إذا كان متعديا"⁽³⁾. ونجد أخيرا بعض المصادر جمعت الصياغتين معا كما في المادة 93 من مجلة العدلية : "إن التسبب لا يضمن إلا بالتعمد"⁽⁴⁾ ثم جاءت المادة 924 واشترطت التعدي.⁽⁵⁾

إلا أن "البغدادي الحنفي" (صاحب مجمع الضمانات)، حسم الغموض، وجعل الفقه الحديث يعتنق الصياغة الصحيحة لقاعدة التسبب، والتي تقيّد الضمان للتسبب بالتعدي لا التعمد.⁽⁶⁾ والعلة في هذا المأخذ، أن الشريعة الإسلامية، لا تعرف التفرقة بين العمد والخطأ في مسائل الضمان المدني ومنه تتحقق بالقصد وعدمه. وعليه فالتسبب يمكن أن يضمن، ولو لم يكن في حال التعمد أو القصد لإحداث الضرر، كذلك فإن تطلب التعمد يخالف ما استقر عليه

(1) فخري رشيد مهنا، المرجع السابق، ص 35 - 36.

(2) ابن نجيم، المرجع السابق، ص 284.

(3) البغدادي، المرجع السابق، ص 196. نقلا عن : إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 159.

(4) علي حيدو، المرجع السابق، 94/1.

(5) المرجع السابق نفسه، 616/2.

(6) مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، المرجع السابق، 1047/2 - وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، المرجع السابق، ص 198.

فقهاء الشرع من مساءلة من لا قصد له كالصبي والمجنون.⁽¹⁾

إن التعمد لا يختلف مفهومه في الفقه الإسلامي، عن مفهومه لدى الفقهاء القانونيين والذي يعني عندهم صدور الفعل بقصد الإضرار بالغير.⁽²⁾ أما التعدي، فهو الظلم والعدوان ومجاوزة الحقوق⁽³⁾ عند عامة فقهاء الشريعة وبخصوص استعمال هذا اللفظ في الاصطلاح الفقهي في مجال الضمان، فيعني الفعل الضار دون وجه حق أو جواز شرعي.⁽⁴⁾

وقد تضمنت المجلة العدلية أمثلة عديدة للإتلاف تسببا، منها تمثيلا نص المادة 923 وهي: "لوجفلت دابة واحد من الآخر وفرت، فضاعت لا يلزم الضمان، أما إذا أجفلها قصدا فإنه يضمن، وكذا لو جفلت الدابة من صوت البندقية التي رماها الصياد قصدا للصيد فوقعت وتلفت أو انكسر أحد أعضائها لا يلزم الضمان، وأما إذا كان الصياد قد رمى البندقية قاصدا إجفالها فإنه يضمن"⁽⁵⁾.

وعليه فإن تعبير التعدي في الفقه الإسلامي أكثر اتساعا، حيث يمتد ليشمل جميع الصور التي ينشأ عنها الضمان، كالعمد والخطأ والإهمال، والتقصير، وعدم التحرز. كما في مثال انقلاب النائم على المتاع وكسره إياه فيضمنه. إلا أن هناك من يفضل استعمال لفظ التعدي بدل الخطأ، الذي درج عليه رجال القانون الوضعي، لأمرين هما:⁽⁶⁾

الأول: إن النظر إلى التعدي متجه إلى واقع السلوك بمعيار مادي خارجي، بينما الخطأ هو تخري الموصوف به بمعيار شخصي، وهكذا اتجه الفقهاء عندنا بوجه عام إلى مساءلة الصغار، وفاقد التمييز ما أتلّفوا، بينما التزام لفظ الخطأ في التعبير الفقهي الوضعي أخرجهم عن التضمنين والمساءلة.

الآخر: التعدي يرجح نظر أصحاب النظرية المادية، حيث ينظرون للالتزام على أنه رابطة مالية، بينما الخطأ يفسرونه على أنه رابطة شخصية.

(1) بينما يميز بين العمد والخطأ في مسائل القصاص، أو في الجناية على النفس أو ما دونها، حيث إن الضمان أو المسؤولية لا تقوم إلا بتحقيق القصد لدى الفاعل أو الجاني. ابن قيم، المرجع السابق، 152/2. - فخري رشيد مهنا، المرجع السابق، ص 39. - الخطاب، المرجع السابق، 278/5.

(2) وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، المرجع السابق، ص 198.

(3) ابن منظور، المرجع السابق، فعل "عنا". 2846/4.

(4) علي حيدر، المرجع السابق، المادة 923، 615/2، والمادة 925، 617/2.

(5) صبحي محمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود، المرجع السابق، ص 197.

(6) فوزي فيض الله، فصول في الفقه الإسلامي العام، مطبعة جامعة دمشق، 1967 - 1968، ص 34 و ص 54.

ونشير في هذا المقام كذلك تأكيد "إبراهيم الدسوقي أبو الليل"، أن الصياغة الصحيحة لقاعدة التسبب زيادة على ما قيل هي: "لا يضمن المتسبب إلا بالتعمد أو الإهمال". ومذهبه في هذا أن التعدي شرط في كافة صور الضمان حتى في المباشرة، ويتساءل عما يميز المباشرة على التسبب إذن؟ خاصة إذا كانت المباشرة تتطلب التعدي كشرط للضمان فحتمًا التسبب يتطلب أمراً آخر زيادة على التعدي، ولن يكون ذلك سوى العمد أو الإهمال. أمر آخر، فمن خلال استقصاء الأمثلة المذكورة في بطون الكتب على تنوعها، كمن يتخذ كلباً عقوراً ويهمل في منع أذاه فينهش شخصاً أو يقتله، كذلك من يسقي زرع ماء يزيد على الحاجة، أو سقاه وهو يعلم بوجود ثقب أو مجرى على أرض جاره، ولم يحتط له يكون ضامناً⁽¹⁾. وهكذا فمسائل عدم التحرز في التسبب بلا ريب أكثر مسائل الإتلاف في كتب الفقه وهذه جميعها يقترفها الفاعل اختياراً دون التبصر الكافي للنتائج الضارة، هذا التبصر الذي يمليه السلوك الشرعي والعرفي على الناس في تعاملهم وحياتهم.⁽²⁾

والخلاصة مما سبق هي أن قيد المسؤولية بالتسبب في الشريعة الإسلامية هو الإهمال أو القصد والتعمد في ارتكاب الفعل الضار، إضافة إلى التعدي بالمعنى الشرعي في الفقه الإسلامي، والذي هو دائماً مجاوزة الحق الشخصي، والاعتداء على حقوق الغير خاصة، ولنعرض في الآتي لشروط التعدي، ومعياره، وتطبيقاته، كل في مطلب مستقل.

⁽¹⁾ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 164، أما التسبب العفوي في الضرر، فهو الذي لا يتوافر فيه العمد ولا الإهمال، فلا ضمان فيه.

⁽²⁾ صبحي محمصاني، النظرية العامة للمرجبات والعقود، المرجع السابق، ص 201 - 202.

المطلب الأول

شروط التعدي ومعياره

رأينا كنتيجة للكلام السابق، أن مسؤولية المتسبب إما نتيجة التعدي بقصد أو نتيجة التعدي بإهمال وعدم تحرز، فما شروط التعدي بنوعيه؟ وما معياره؟

أولاً : شروط التعدي : وقفنا فيما مضى على أن التعدي هو الخروج عن حدود الحق الشرعي مطلقاً، سواء اقترن هذا الخروج بوصف العمد أم الإهمال أو دونهما، وسواء أكان الشخص مدركا بالغاً عاقلاً أم صغيراً غير مميز.

فالتعدي إذن يتحقق بالفعل المادي المقترف من طرف شخص يتعدى حقه، ويمس حقاً لآخرين فتجب مسؤوليته. وبناء على ما تم إيضاحه، فلنكي نقول بالتعدي، وبالتالي بالضمان، لا بد من أن يعتدي الشخص على حقوق الآخرين، بغير مسوغ شرعي، لذلك يشترط :

أ - عدم خروج الشخص عن نطاق حقه الشخصي حتى يكون تصرفه جائزاً أما في حال خروجه عنه، واعتدائه على حقوق غيره، تتحقق مسؤوليته، ويقوم الضمان في جانبه⁽¹⁾.

ب - أن يقترن خروج الشخص عن نطاق حقه الإضرار بالغير، فإذا انتفت التبعة، فلا ضمان ولا تعدي.

ودائماً في إطار الكلام عن التعدي تعرض لنا مسألة التمييز، حيث لا اعتبار لها هنا، ذلك أننا لا ننظر إلى شخص المعتدي، بل ننظر إلى شُرطَي الضمان وهما الخروج عن الحق الشخصي، وإيقاع الاعتداء بالغير، إذ الإدراك قد يطلبه الشارع للضمان في بعض الحالات وقد لا يطلبه ذلك أن عدم ضمان غير المميز صيباً أم مجنوناً دون فارق بين المباشرة والتسبب، تحكمه قاعدة : "المطلق يؤخذ على إطلاقه"، إضافة لهذا فالالتزام بالضمان محافظة على الأموال، إذ العبرة بذات فعل التعدي وليس من صدر منه. لهذا يتصور صدور الفعل المجاوز للحق من مميز وغيره، إذ لا مانع من نسبة التعدي إليه.⁽²⁾ فالتعدي في نظر الفقه الإسلامي الخاص بالضمان، له ركن واحد هو الركن المادي ولا اهتمام له بالركن المعنوي والذي هو تكملة ضرورية لركن الخطأ في

⁽¹⁾ والقيد في الجواز الشرعي دائماً الابتعاد عن التعسف في استعمال الحق، انظر تفصيل المسألة في أواخر هذا الفصل. ص 149.

⁽²⁾ علي الحقيف، المرجع السابق، 75/1، هامش 4.

القوانين الوضعية. ولعل في مسلك الفقهاء هذا مسaire للنظرة الموضوعية التي تتميز بها شريعتنا، والتي تُعنى بجبر الضرر بعيداً عن تقصي أحوال الشخص المعتدي. وضمن التفرقة بين الزواجر والجوابر تعرض "القراي" لمسألة الإدراك بقوله: "إن الزواجر تعتمد المفساد، فقد يكون معها العصيان في المكلفين، وقد لا يكون معها عصيان كالصبيان والمجانين، فإننا نزجرهم ونؤدبهم لا لعصيانهم، بل لدرء مفسادهم واستصلاحهم، وأما الزواجر فهي مشروعة لاستدراك المصالح الفاتئة والزواجر مشروعة لدرء المفساد المتوقعة، ولا يشترط في حق من يتوجه في حقه الجابر أن يكون آثماً، ولذلك شرع مع العمد، والجهل، والعلم، والنسيان، والذكر على المجانين والصبيان".⁽¹⁾

ثانياً : معيار التعدي : جاء في "الأشباه والنظائر" للسيوطي " أن : "كل ما ورد به الشرع مطلقاً ولا ضابط له فيه ولا في اللغة يرجع فيه إلى العرف".⁽²⁾ ومنه فالتعدي ينظر إليه من خلال مخالفته للعرف والعادة. معيار موضوعي لا يختلف عن المعيار القانوني المعتبر وهو المسلك المعتاد للرجل العادي، والذي يمثل جمهور الناس.⁽³⁾

إن مقصود الفقهاء من التعدي، هو مباشرة الفعل الضار، أي مجرد الاعتداء على حقوق الغير دون مبرر شرعي، ودون الدخول في كنه نفسية الفاعل، والبحث عن قصده من عدمه. ومنه يمكننا القول بأن التعدي يختلف عن الخطأ، في أن الأول لا يشمل الركن المعنوي للثاني أي الخطأ، ويقتصر على الركن المادي له، عكس الخطأ تماماً والذي يشترطهما معاً. فالتعدي مطلقاً أعم من العمد والخطأ.⁽⁴⁾

ويسوق "العز" في قواعد الأحكام أمثلة عن تجاوز الحد المؤلف من عدم تجاوزه فيقول : "إذا ساق دابته على الاقتصاد في الأسواق فأتارت غباراً أو شيئاً من الأوحال والإيذاء، فأفسد ذلك شيئاً فلا ضمان. إلا أن يزيد على الاقتصاد في السوق، ولو ساق في الأسواق إبلاً غير مقطورة، أو ركب دابة نزقة لا يؤثر فيها كبح اللجام لزمه الضمان لخروجه عن المعتاد"⁽⁵⁾.

هذا والتعدي القصدى ينتج عند اتجاه إرادة المعتدي إلى إحداث الضرر عن قصد

(1) القراي، المرجع السابق، 213/1 - العز، المرجع السابق، 150/1 وما بعدها.

(2) السيوطي، الأشباه والنظائر، المرجع السابق، ص 88.

(3) وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة، المرجع السابق، بند 18 (أ)، ص 19.

(4) جبار صابر حله، المرجع السابق، ص 183 - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 169.

(5) العز، المرجع السابق، 166/2.

واعتداء، كما لو تجاذب اثنان حبلا وقطعه ثالث قصدًا للإضرار بهما معًا. أما التعدي إهمالا، فيتحقق عند وقوع ضرر أهمل آتيه جانب الحذر والحيلة، كمن يصب في الطريق العام شيئًا يزلق كالدهن، وزلق به حيوان فتلف يضمن.⁽¹⁾

وهناك من يميل إلى القول بأن الشريعة الإسلامية تتطلب الإدراك لقيام مسؤولية المتسبب، استنادا إلى أن تقرير ضمان الصبي لم يكن إلا بالنسبة للمباشرة، ولا يمكن مده إلى ضمان المتسبب دون دليل، لذلك فإن ضمان الصبي المقرر في المادة 916 من المجلة العدلية تحت باب مباشرة الإتلاف لم يكن له مثيل في باب الإتلاف تسببا، إضافة إلى تطلب الضمان بالتسبب إلى التعدي بمعناه الضيق - القصد والإهمال - وكلاهما يتطلب الإدراك والتمييز.⁽²⁾

(1) فحري رشد مهنا، المرجع السابق، ص 83 - 84.

(2) إبراهيم المدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 172.

المطلب الثاني

تطبيقات للتسبب مع عدم الاحتراز

إن مسائل عدم التحرز في التسبب، أكثر مسائل التسبب والإتلاف على الإطلاق في كتب الفقه، وهذه المسائل تحمل معنى محددًا : هو أن الشخص المقترف لها يجمع بين الاختيار والقصد، ولكنه يفتقر إلى التبصر الكافي للنتائج المترتبة عن فعله، هذا التبصر الذي قررنا سابقا أن السلوك الشرعي والعرفي تولى تنظيمه لكافة الناس في حياتهم ومعاملاتهم. ولعل الأمثلة الآتية فيها من الرضوح ما يجعل مسائلها مرتبة حسب فئاتها ومواضيعها.

أولا : مسائل الطريق العام : يعلم الجميع أن الممر العام للكل، لكن هذا الحق مكفول بشرط عدم مجاوزة هذا الحق، وكذا وجوب استعماله بتحرز كاف، يقي الغير مضار ما قد يحدث أثناء المرور، والمتأتية من المجاوزة أو عدم التحرز.⁽¹⁾ جاء في المادة 926 من المجلة العدلية توضيحا جيدا لما قلناه ذلك إن : "لكل أحد حق المرور في الطريق العام، لكن بشرط السلامة، يعني أنه مقيد بشرط أن لا يضر غيره بالحالات التي يمكن التحرز منها، فلو سقط عن ظهر الحمّال حمل وأتلف مال أحد، يكون الحمّال ضامنا، وكذا إذا أحرقت ثياب أحد كان مارا في الطريق، الشرارة التي طارت من دكان الحداد حين ضربه للحديد، فيضمن الحداد ثياب ذلك المار"⁽²⁾. كذلك ما جاء في المادة 927 من المجلة العدلية : "ليس لأحد الحلول في الطريق العام، ووضع شيء فيه وإحداثه بلا إذن أولي الأمر، وإذا فعل فيضمن الضرر والخسار الذي تولد من ذلك الفعل بناء عليه لو وضع أحد على الطريق الحجارة وأدوات العمارة، وعثر بها حيوان آخر، وتلف يضمن. كذلك لو صب أحد على الطريق العام شيئا يزلق به كالدهن وزلق به حيوان وتلف يضمن"⁽³⁾.

⁽¹⁾ الزيلعي، المرجع السابق، 149/6.

⁽²⁾ علي حيدر، المرجع السابق، 621/2.

⁽³⁾ المرجع السابق نفسه، 623/2.

ثانيا : مسائل النار والمياه : بخصوص الأضرار الناجمة عن النار والمياه تعرض "قاضي خان"⁽¹⁾ لأمثلة بينة لها، حيث لو أن رجلاً أراد أن يحرق حصائد أرضه، فأوقد النار في حصائده فذهبت النار إلى أرض جاره وأحرقت زرعه، لا يضمن إلا أن يعلم أنه لو حرق حصائده تتعدى النار إلى زرع جاره، لأنه إذا علم ذلك كان قاصدا إحراق زرع الغير. ورجل أوقد في تنوره نارا فألقى فيه من الحطب مالا يحتمله التنور فاحترق بيته وتعدى إلى دار جاره فاحترق يضمن صاحب التنور. وكما لو أرسل في أرضه ماء لا تحتمله أرضه، فتعدى إلى أرض جاره فأفسد ما فيه من الزرع كان ضامنا⁽²⁾.

هكذا يتضح من المثل التي ساقها "القاضي خان" جملة أن الفعل إذا سائر العادة من غير تفريط فلا مسؤولية ولا ضمان، أما إذا خالف المعتاد، أو احتوى تفريطا وعدم تحرز، ففي هذه الحال يجب الضمان على الفاعل. كمن أوقد نارا في يوم ريح، أو كانت هذه الأخيرة قوية، أو كان زرع الجار قريبا أو ملتصقا بموضع النار، أو كان الماء زائدا عن المعتاد لهذا يجب التيقظ في استعمال الماء والنار، والتحرز لنتائجهما المتوقعة وفق المعقول، وإن كان الأصل فيهما الإباحة، إلا أنهما كذلك من الأشياء التي تنتقل بطبيعتها أو تسيل، فلا يتحكم فيها بعد عدم التحرز، لخروج ذلك عن النطاق بعد فوات الأوان.⁽³⁾

ثالثا : مسائل البئر : قال "ابن قدامة"، - وقوله أحسن ما قيل في هذه المسألة: "إن حفر إنسان في ملكه بئرا، فوقع فيها إنسان أو دابة فهلك به، وكان الداخل دخل بغير إذنه، فلا ضمان على الحافر لأنه لا عدوان منه، وإن دخل بإذنه، والبئر بينة مكشوفة والداخل بصير ببصرها فلا ضمان أيضا، لأن الواقع هو الذي أهلك نفسه، فأشبه ما لو قدم إليه سيف فقتل به نفسه، وإن كان الداخل أعمى، أو كانت البئر في ظلمة لا يبصرها الداخل أو غطي رأسها، فلم يعلم الداخل بها حتى وقع فيها. فعليه ضمانه، وبهذا قال "مالك"، وهو أحد الوجهين لأصحاب

(1) قاضي خان، هو حسن بن منصور بن أبي القاسم محمود بن عبد العزيز، فخر الدين، فقيه حنفي، له "الفتاوى" و"شرح أدب القضاء

للخصاف"، توفي 592 هـ، ابن العماد الحنبلي، المرجع السابق، 308/4. - أبو الوفاء القرشي، المرجع السابق، 93/2 - 94.

(2) الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة، وبهامشه فتاوى قاضي خان، والفتاوى البرازية، بيروت، لبنان، دار إحياء التراث العربي، ط 4 : 1406 هـ - 1986 م، 250/3 وما بعدها.

(3) ابن حزم، المرجع السابق، ص 327. - ابن قدامة، المرجع السابق، 453/5. - ابن حزم، المحلى، تحقيق محمد منير الدمشقي، ج 1، مصر،

إدارة الطباعة المنيرية، 1352 هـ، ص 19 - 20.

الشافعي، وقال في الآخر لا يضمنه لأنه هلك بفعل نفسه".⁽¹⁾

وبعد فهناك مسائل أخرى، كالسرقة بسبب فتح الخرز كمن يفتح حانوتا لرجل فيتركه مفتوحا فيسرق، وغيره كثير⁽²⁾ ما أردناه فقط هو إيضاح ما توصل إليه الفقهاء في هذا الموضوع، والمتعلق بقضايا التسبب بعدم التحرز والتبصر، وهذا بعينه مسلك النظرية العامة الحديثة في خصوص هذا الموضوع دائما.

خلصنا مما سبق إلى أن المباشر من أوجد علة التلف، أما المتسبب فهو من أوجد سبب التلف وعليه وقفنا على تعريفات المصطلحين، وعلى أمور تتعلق بكل مصطلح على حدة. أما الآن فسنحاول إيضاح علاقة المباشرة بالتسبب، من حيث التمييز بينهما ومعيار هذا التمييز، ثم تقدير معيار هذا التمييز، وتطبيق قاعدة اجتماع المباشر والمتسبب، وأحكام هذا الاجتماع كذلك.

أولا : التمييز بين المباشرة والتسبب : اتضح لنا سلفا في معرض تعريف كل من المباشرة والتسبب أن الغاية منهما كانت تحديد الطريقة التي يحدث بها الضرر لتبرير طلب التعويض والحصول عليه من طرف المتضرر في مواجهة الفاعل. ومنه فالمباشرة تعني بكل بساطة الالتقاء التلقائي ضمن الفعل الضار بين الضرر وفعل الفاعل، بينما التسبب على نقيض هذا حيث يحصل الفاصل بين الفعل الضار ونتيجته ويختلط ماديا معه⁽³⁾.

ينجلي هكذا معيار التفرقة بين المباشرة والتسبب في درجة علاقة السببية بين كل منهما والضرر على وجه الدقة، فإذا كنا في علاقة المباشرة كان الفاعل مباشرا وأما إن كنا في علاقة التسبب سمي الفاعل متسببا. جاء في "التشريع الجنائي" الآتي: "ونستطيع أن نفرق بين المباشرة والتسبب، فإن المباشرة تولد الجريمة دون واسطة، وأن السبب يولد المباشرة، أو هو واسطة لتولد المباشرة التي تتولد عنها الجريمة".⁽⁴⁾

وعلى هذا فجوهر التفرقة بينهما، هو أن من أوجد العلة كان مباشرا، ومن أوجد ملزومها كان متسببا. على هذا فالتسبب أقل مرتبة من المباشرة وعليه لم يرتب الفقهاء المسؤولية

⁽¹⁾ ابن قدامة، المرجع السابق، 564/9 - 571. ابن رشد، المرجع السابق، 265/2. - ابن قيم، المرجع السابق، 17/2 في مسألة سقوط الأعمى والبصير الذي يقوده في البحر.

⁽²⁾ ابن جزري، المرجع السابق، ص 318. أبو القاسم العبدوي (المواق)، التاج والاكلیل لمختصر خليل، المرجع السابق، 278/5.

⁽³⁾ في المعنى نفسه، علي الخفيف، المرجع السابق، 40/1.

⁽⁴⁾ عبد القادر عودة، المرجع السابق، 451/1.

عليه إلا وفق شروط.⁽¹⁾

إذن المباشرة والتسبب شرط جوهري لقيام الضمان مهما كانت صفة حدوث الفعل الضار، إلا أنه في حالة المباشرة فالنسبة ظاهرة دون وساطة. وإليك بيان شرطي المباشرة والتسبب في هذا المحل :

أ - أن يترتب على الفعل ضرر محتلب : إن المقصود من هذا الشرط بدهة تأكيد الرابطة بين الفعل، والضرر الواقع، وفي هذا الصدد نلاحظ تقارب النظرة الإسلامية لمفهوم العلاقة السببية من الناحية القانونية للفقهاء اللاتين، فكما نعلم أنه في إطار هذه العلاقة ظهرت نظريات شتى منها نظرية تعادل الأسباب المفضية للضرر، والتي تعتبر كل سبب شرطاً ضرورياً أسهم في حصول نتيجته التي هي الضرر. ومنه تتعادل الأسباب المساهمة في إحداث الضرر، على اعتبار أن تخلف أي منها يعني تخلف حدوث الضرر لكن ما يؤخذ على هذه النظرية أنها تحمّل الأفعال التي اقتضت على الاشتراك في الضرر نتائج بعيدة واستثنائية.⁽²⁾

وعلى نقيض النظرية السابقة ظهرت نظرية السبب الفعّال، والتي تميز في داخلها بين الأفعال التي لا تستطيع بمفردها إحداث الضرر إلا بالاشتراك الاستثنائي وغير المتوقع لبعض الظروف الأخرى وبين الأفعال المعتبرة فعلا في حدوث الضرر، وهي التي توافق المجرى المعتاد للأمور وعلى هذا فالمعتبر فقط هي الشروط التي تتضمن على الأقل احتمالا كبيرا أو كافيا، لإحداث الضرر.⁽³⁾

واضح أن مقصود فقهاء الشريعة بقولهم إن التسبب الملحق إلى المباشرة حكمه حكم المباشرة، وفق المجرى العادي المألوف، في حال دفع الإنسان رجلا على آخر فيعطب الآخر، مثلا كان الضمان على الدافع لأن المدفوع كالألة في يد الدافع.⁽⁴⁾ عبّر الفقهاء عن هذا الشرط بأن يكون الضرر نتيجة لاتصال آلة التلف بمحله⁽⁵⁾ ولكن المباشرة أو انعدام الواسطة تتحقق، ولو في حال تخلل فعل آخر بين الفعل الضار ونتيجته، ذلك أنه جاء نتيجة حتمية للفعل الأول. بمعنى أنه إن لم يكن الفعل الثاني نتيجة حتمية للفعل الأول، أي وقع بسبب ظروف خارجية

(1) فقري رشيد مهنا، المرجع السابق، ص 36.

(2) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 345.

(3) المرجع السابق نفسه.

(4) الزيلعي، المرجع السابق، ص 145. - ابن جزوي، المرجع السابق، ص 323. - علي الخفيف، المرجع السابق، 85/1.

(5) علي الخفيف، المرجع السابق، 74/1.

عنه، لا سيما إذا كان الاحتمال الأكبر - على حسب مجرى العادة - هو ألا يقع، ففي مثل هذه الحالة لا يعتبر صاحب الفعل الأول مباشرا للضرر، ولكن مجرد متسبب فيه لا أكثر.

وإعمالا لهذا الشرط أيضا، فلكي تتحقق المباشرة لابد أن يكون الفعل المحدث للضرر هو السبب الحقيقي، مع التأكيد - كما مر بنا سافا - على أن المباشرة يبقى حكمها وإن تخللها فعل آخر، لكنه متصل بها على وجه الإلزام⁽¹⁾.

ومن جهة أخرى فبالنسبة للمتسبب، وهو الذي يكون لفعله دخل إيجابي في حدوث الضرر، ولكن يتحقق الفاصل، هذا الأخير الذي يتميز عن فاصل المباشرة كونه غير مترتب عليه، بمعنى أن حدوث الضرر هو بطريقة غير مباشرة تنسب إلى المباشر الذي توسط بفعله بين فعل المتسبب والضرر. وهكذا فحد التسبب أن يتصل أثر فعله بغيره، لا حقيقة فعله، فيتلف به⁽²⁾.

نخلص إلى أن معيار التفرقة بين المباشرة والتسبب ترجع دائما إلى طبيعة ودرجة علاقة السببية، فإذا كانت هذه الأخيرة مباشرة دون واسطة كنا بصدد الفعل الضار المباشر، أما إذا كانت هذه العلاقة غير مباشرة لوجود فاصل ما كنا أمام التسبب، إضافة إلى الآثار القانونية المجملية لعدة الاختلاف، حيث إن المباشرة علة، وهي قريبة للحكم، ويسأل المباشر في حالتي القصد أو الخطأ، وبالتالي يضمن، أما المتسبب فأفعاله صادرة بناء على كونها طريقا للتلف لا علة له، حيث إن التسبب ليس علة، بل توسط بين فعل الفاعل والتلف فعل آخر ينسب إلى غير الفاعل الأصلي، فلا يضمن إلا في حال ثبوت العمد إلى إحداث النتيجة، أو كان فعله من الأخطاء المدان عليها قانونا، أو نتيجة سوء السلوك كذلك⁽³⁾.

ثانيا : معيار التمييز بين المباشر والمتسبب : إن فائدة التفريق بين المباشرة والتسبب تكمن في كون الحكم مضافا إلى علة ودائرا معها وجودا وعدما، أما التسبب فحتى يعطى حكم العلة وجب زيادة وصف آخر له يجعله صالحا للعلة، وإذن: فما معيار التفرقة بينهما إلى الحد الذي وصلنا إليه؟ وكيف يقدر هذا المعيار؟ أو على أي درجة من حكم الصحة هو؟ إن الشريعة

(1) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 347.

(2) علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري، كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام البيهقي، ج4، القاهرة، دار الكتاب الإسلامي، ص

198 - علي حيدر، المرجع السابق، 93/1.

(3) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 349.

الإسلامية تأخذ بكل من المسؤوليتين المطلقة والمقيدة، وبالتالي فالمعيار هو التمييز في نسبة الضرر حالتي المباشرة أو التسبب كالاتي :

أ - النسبة في المباشرة : إذا كانت المباشرة ناجزة يكون المعيار وفقها منجزا، فتبقى نسبة الفعل إلى المباشر، ولا يتوقف على قصد فاعله، قال "الشافعي" : "إذا كان الفارس أو الرجل واقفا في ملكه أو غير ملكه أو مضطجعا أو راقدًا. فصدمه رجل فقتله، والمصدوم يبصر، ويقدر على أن ينحرف، أو يبصر ولا يقدر على أن ينحرف، أو أعمى لا يبصر فسواء، ودية المصدوم مغلظة على عاقلة الصادم ولو مات الصادم كانت ديته هدرا، لأنه جنى على نفسه، ولو أن الواقف انحرف عن موضعه فالتقى هو وآخر مقبلين فصدمه فماتا مصطدمين فنصف دية كل واحد منهما على عاقلة صادمه." (1)

ب - النسبة في التسبب : المعيار هنا أن ينسب التلف إلى فعل المتسبب حسب المجرى العادي للأمر، مع ارتباط التلف بفعل المتسبب، كمن يضع حجرا في الطريق فيعثر رجل به فيقع في بئر، فالضمان على واضع الحجر، كأنه دفعه بيده، فإن لم يعرف للحجر واضع فالضمان على صاحب البئر وإن دفعته دابة منفلة فلا ضمان على صاحب الدابة ولا على صاحب البئر. (2)

ثالثا : اجتماع المباشر والمتسبب، وإضافة الحكم لأحدهما : إن القاعدة في الفقه الإسلامي، تنص على أنه في حال وجود ضرر ناتج عن مباشر ومتسبب، يضاف الحكم إلى الأول عملا بالقاعدة الفقهية القاضية بأنه : "إذا اجتمع المباشر والمتسبب أضيف الحكم إلى المباشر" (3). وورد في قواعد ابن رجب النص على أنه : "إذا استند إتلاف أموال الأدميين ونفوسهم إلى مباشرة وسبب تعلق الضمان بالمباشرة دون السبب إلا إذا كانت المباشرة مبنية على السبب وناشئة عنه." (4)

ولعل المقرر في أصل القاعدة أنه في الشرع يضاف الحكم إلى علته أي المباشر، وليس إلى علة العلة أي المتسبب (5)، وتجسيدا لهذه القاعدة نورد أمثلة شديدة الدلالة والوضوح على المقصود. منها لو وضع رجل حجرا، وحفر آخر بئرا أو نصب سكيئا، فعثر إنسان بالحجر،

(1) الشافعي، الأم، مع مختصر المزني، دار الفكر، ط2، 1403هـ - 1983م، ص 92. - ابن رشد، المرجع السابق، 451/2.

(2) أبو يوسف، الخراج (مذكور في موسوعة الخراج)، بيروت، لبنان، دار المعرفة للطباعة والنشر، ص 161.

(3) راجع عبارة كتاب ابن نجيم، المرجع السابق، ص 163، ولقد أخرج ست مسائل من القاعدة "19".

(4) ابن رجب، المرجع السابق، قاعدة 127، ص 274.

(5) الزيلعي، المرجع السابق، 145/6.

وروقع في البئر أو على السكين وهلك، فالضمان على واضع الحجر دون الحافر وناصب السكين، لأن واضع الحجر كالدافع له وإذا اجتمع الحافر والدافع، فالضمان على الدافع وحده.⁽¹⁾ وكذلك لو دلّ أحدهم لصا على مال إنسان فسرقه فالضمان على السارق لأنه مباشر، ولا شيء على الدال لأنه متسبب فالدلالة سبب محض إذ هي طريق الوصول إلى المقصود.⁽²⁾ وأيضا لو فتح أحدهم باب دار فسرق اللص منه متاعا، لم يضمن الفاتح عند جمهور الفقهاء، ويضمن عند "مالك"⁽³⁾.

ولعل لعموم القاعدة السابقة خصوص ينجلي في جملة استثناءات أو قيود، وضمنها نلاحظ الحالات الآتية :

أ - تضمين المتسبب مع المباشر : يشترك المباشر والمتسبب في التضمن حسب ما قال به الفقهاء حيث إن المتسبب يضمن مع المباشر إذا كان السبب شيئا لا يعمل بانفراده في الإلحاق، كما في الحفر مع الإلقاء، فإن الحفر لا يعمل شيئا دون الإلقاء، وأما إن كان السبب يعمل بانفراده فيشتركان.⁽⁴⁾ ومحل ما قال به الفقهاء يرجع إلى كون السبب هنا في معنى العلة وليس قائما بذاته.

ولقد توسع الفقهاء في تطبيق هذا المحمل، وهناك أمثلة كثيرة يكون فيها المباشر والمتسبب ضامنين عند بعض الفقهاء، من ذلك لو فر رجل من ظالم فأمسكه أو أخذه آخر حتى أدركه الظالم وغرمه، أو دل أحد الظالم عليه حتى قبض منه ماله، فالضمان على الظالم وحده عند "أبي حنيفة"، دون الآخذ أو الدال، أما عند صاحبه "محمد" فيضمن الجميع، أي الظالم المباشر، والآخذ والدال المتسببين. كذلك لو أمسك أحدهم بآخر فقتله ثالث، فالممسك يعد متسببا، والقاتل مباشرا لكن عند الشافعية المسؤول وحده هو القاتل، وعند "مالك" و"أحمد" فالممسك والقاتل سيان في المسؤولية.⁽⁵⁾

ونختتم جملة الأمثلة السابقة بالوديع الذي يدل السارق على الوديعة فالوديع ضامن أيضا

⁽¹⁾ ابن قدامة، المرجع السابق، 565/9.

⁽²⁾ علاء الدين البخاري، المرجع السابق، 178/4.

⁽³⁾ ابن نجيم، المرجع السابق، ص 163 حيث قال : "ولا يضمن من دل سارقا على مال وإنسان فسرقه". - ابن جزري، المرجع السابق، ص 318-319.

⁽⁴⁾ الزيلعي، المرجع السابق، 150/6.

⁽⁵⁾ ابن قدامة، المرجع السابق، 566/9. - العز، المرجع السابق، 133/2. - ابن رجب، المرجع السابق، ص 277.

من باب ضمان العقد الناتج عن عقد الوديعة، وسببه التقصير في حفظ الأمانة.⁽¹⁾ لا يسبب ضمان الإتلاف.

ب - تضمين المتسبب وحده : إذا تعذر إضافة العلة بالكلية للمباشر، يصبح المتسبب وحده مسؤولا دون المباشر ويضاف الحكم إلى المتسبب وحده إذا كان المباشر غير مسؤول، أو غير موجود، أو لأنه غير معروف، فيتقوى جانب التسبب للأحوال السابقة فيقدم على المباشر، ويبقى الحكم مضافا إليه لأن المتسبب كالمباشر إذا كان متعديا⁽²⁾. والمثال في هذه الحال، رجوع شهود الزور عن شهادتهم بعدما أوجبوا ضياع المال على المدعى عليه، فإنهم يضمنون بذلك ما أتلفوه بشهادتهم، لكن القاضي الذي قضى في الشهادة الأولى لا يضمن، مع أنه هو المباشر وهم المتسببون.⁽³⁾ كذلك لو أن أحدا قدم سما لآخر في طعامه فأكله جاهلا به، يكون واضع السم متسببا فيضمن لوحده والمباشر في هذا المثال هو آكل السم، لقتله نفسه باختياره.⁽⁴⁾

يظهر من مختلف الأمثلة التي سقناها أنه متى كان المتسبب أقوى من المباشر بسبب عدم وجود المباشر، أو عدم مسؤوليته أو بسبب تعذر معرفته، فخلافا للأصل يكون المتسبب وحده ضامنا، ذلك أن التعدي يتحقق في المتسبب لقوته، ولكون المباشر كذلك فعلة أقل قوة وأثرا مقارنة بفعل المتسبب.

ولعلنا نختم هذا الفصل بالكلام عن النزعة الموضوعية للفقهاء الإسلاميين في نظرية سوء استعمال الحق أو كما يسميها فقهاء الشريعة "بالمضارة في استعمال الحق".⁽⁵⁾ إن فكرة التعسف استقرت كنظرية عامة في أغلب تشريعات العالم، بعد أن عرفت مدا وجزرا عبر مراحل التاريخ المختلفة، إذ ذاك ساد اتجاه الفكر الاشتراكي الذي يعبر عن روح العصر الحديث، فرفض كل استعمال أناني لا يراعي المصالح الخاصة أو العامة للغير.⁽⁶⁾

⁽¹⁾ ابن نجيم، المرجع السابق، ص 163. - ابن رجب، المرجع السابق، ص 277 وعبارته: "لو دل المودع السارق على الوديعة فإنه يضمن لترك الحفظ". - علاء الدين البخاري، المرجع السابق، 180/3 للفظ "ولا يلزم دلالة المودع".

⁽²⁾ علاء الدين البخاري، المرجع السابق، 168/4. - صبحي عمصاني، النظرية العامة، المرجع السابق، ص 192.

⁽³⁾ ابن رجب، المرجع السابق، قاعدة 127، ص 275. - القراني، المرجع السابق، 208/2.

⁽⁴⁾ المرجعان السابقان نفسيهما.

⁽⁵⁾ لفظ المضارة ورد في قوله تعالى: ﴿... من بعد وصية يوصي بها أو دين غير مضار، وصية من الله، ...﴾ النساء: 92.

⁽⁶⁾ مصطفى أبو بكر، مجال التعسف في استعمال الحق وطبيعته القانونية في القانون المدني الجزائري، رسالة لنيل درجة الماجستير في القانون، جامعة قسنطينة، الجزائر، ص 1.

وخلال عرضنا لهذه النظرية - طبقا لما يقتضيه مجال البحث فقط - يبقى غرضنا الوحيد إبراز الجانب الموضوعي للفقه الإسلامي، وعليه تظهر الحقيقة التي لا مرء فيها، وهي سبقه مختلف القوانين الوضعية بخصوص هذه المسألة وغيرها كثير.

يعني التعسف بوجه عام، استعمال الحق لتحقيق مصلحة غير مقصودة شرعا، أو لقصد الإضرار بالغير، مما يفوت مقصود الشارع من شرع الحق.⁽¹⁾ ولعل المثال الذي يبين السابق ذكره بكل واقعية، ما جاء في "الوسيط في مصادر الالتزام" ما ثبت من حكم محكمة استئناف "كولمار" في الثاني من ماي 1855. حيث أدانت المحكمة مالكا أقام فوق سطح بيته مدخنة لحجب النور عن جاره، وكان مستند هذا الحكم، وجوب تقييد استعمال حق الملكية، أو أي حق آخر لإحراز مصلحة حقيقية مشروعة، لا لمجرد الاستجابة للرغبات الشريرة، أو الشهوات الخبيثة.⁽²⁾

وهكذا فالمبدأ العام أن استعمال الحق رخصة لكن بشرط انتفاء أي تبعة أو ضمان بسبب تلك الرخصة⁽³⁾ مادام الفعل يدور مع الجواز الشرعي، طبقا لقاعدة: "الجواز الشرعي ينافي الضمان"⁽⁴⁾ يقول "علي الخفيف": "إن 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 فيها".⁽⁵⁾

وبما أدركناه من الاستعمال الجائز للحق نجد بالمقابل أن هناك من يستعمل حقه بنية الإضرار بغيره، أو أن يتضرر الغير جراء هذا الاستعمال. وقد تكون المصلحة المراد الوصول إليها محرمة شرعا، وعليه قيد الفقهاء استعمال الحق في الحالات التي ذكرت وسموها بحالة سوء استعمال الحق.⁽⁶⁾ وهكذا إذا استعمل الحق في حدود ما قرره الشريعة وأجازته يزال عنه أصلا كل تبعة أو ضمان طبعا جراء ذلك الاستعمال ضمن الحدود القانونية كذلك.⁽⁷⁾

(1) محمد أحمد سراج، المرجع السابق، ص 387.

(2) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، بند 556، ص 837.

(3) موسى سليمان، الطبيعة القانونية للرخصة، مجلة العلوم القانونية، جامعة قسنطينة، دار البعث للطباعة، والنشر، العدد 1، السنة الأولى، جويلية 1982، ص 132.

(4) علي حيدر، المرجع السابق، المادة 91. 92/1.

(5) علي الخفيف، المرجع السابق، 43/1.

(6) جبار صابر طه، المرجع السابق، ص 213.

(7) أحمد مصطفى الزرقا، المرجع السابق، بند 648، 1032/2.

وكما رأينا سابقا فبالنسبة لقضية المصطلح نشير إلى أنه لم يرد في عبارات الفقهاء والأصوليين، مصطلح التعسف، وإنما وردت بدلا منه عبارات العنت، أو الاستعمال المذموم.⁽¹⁾ وتتفق مفاهيم العنت والتعسف في إفادة معنى الظلم والمشقة والإيذاء والإضرار بالغير⁽²⁾ في الحقوق أو عند استعمالها، كما يفيد تقييد نسبة هذه الجملة، بيان سبب الظلم أو الإيذاء والإضرار.

وعلى الرغم من اقتراب مصطلحي التعنت والمضارة في الحقوق من الاستعمال الفقهي لها، ووضوح المعنى كذلك، وانطلاقا من عبارة لا مشاحة في الاصطلاحات فما دامت تؤدي معنى ووظيفة متقاربة جدا، فإننا نستعمل التعبير السائد اليوم، وهو التعبير القانوني، بمعنى التعسف وهذا لكثرة تداوله، وما دامت المصطلحات أبدا تحمل معنى متحدا وواضحا.⁽³⁾

ولعلنا نختصر تعريف التعسف من الوجهة الفقهية، بما أورده "فتح الدريني" وهو: "أن يمارس الشخص فعلا مشروعاً في الأصل، بمقتضى حق شرعي ثبت له - بعوض أو بغير عوض - أو بمقتضى إباحة مأذون فيها شرعا على وجه يلحق بغيره الأضرار، أو يخالف حكمة المشروعية"⁽⁴⁾.

ومنه ففكرية سوء استعمال الحق، أو التعسف فيه وصلت صياغة أحكامها من قبل الفقهاء إلى درجة مدهشة من النضج، وهذا قبل أن تتطور أفكار الغرب وكذلك مشاعرهم بإيعاز من التقدم الاجتماعي عندهم، وأصبح ينظر للحق عندهم على أنه وظيفة اجتماعية.⁽⁵⁾ وعلى هذا سنقف على نظرة بعض القوانين قديمها وحديثها لسوء استعمال الحق، ثم موقف الفقه الإسلامي من استعمال الحق وتقييده.

أولا : نظرة بعض القوانين قديمها وحديثها لهذه النظرية : إن قيام نظرية سوء استعمال الحق، وتميزها عن غيرها من النظريات أثبتته الحقيقة التاريخية التي تشكلت عبر مراحلها المختلفة ووفقا لعوامل اقتصادية، واجتماعية وفكرية، انتعشت فيه هذه النظرية حيناً، ثم انتكست حيناً آخر.

(1) الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، وعليه شرح : عبد الله دراز، ج3، مصر، المكتبة التجارية الكبرى، ص 218 - 219.

(2) ابن منظور، المرجع السابق، مادة عنت أو عسف، 3120/4.

(3) محمد أحمد سراج، المرجع السابق، ص 391.

(4) فتح الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، ونظرية التعسف في استعمال الحق بين الشريعة والقانون، بيروت، دار الفكر، ص 272-273.

(5) المرجع السابق نفسه، ص 24.

هذا ما سنراه ابتداء في القانون الروماني، وانتهاء إلى عصرنا هذا ودائما نبقي ضمن الاتجاه اللاتيني للقوانين الوضعية، ونخص بالذكر كذلك كل من القانونين المدني المصري والجزائري، لاعتبارات سوف نقف عليها لاحقا.

مر التفكير القانوني للرومان من خلال موقفه من نظرية التعسف بمرحلتين : الأولى منهما لم يعرف فيها هذا التفكير أصلا هذه النظرية، ولو بإشارة بسيطة لها. وعليه تهمنا المرحلة الأخرى، والتي عرفت بعض التطبيقات العملية لنظرية التعسف، حيث نص أحد فقهاءهم على أن: "من حفر بئرا في أرضه، وتعمق في الحفر حتى قطع العروق النابعة في عين لجاره لا يكون مسؤولاً عن تعويض هذا الضرر، ولكنه يكون مسؤولاً إذا كان التعمق في الحفر من شأنه أن يسقط حائط الجار".⁽¹⁾

وبالرغم من هذه التطبيقات وغيرها إلا أن القانون الروماني لم يعرف هذه النظرية كنظرية عامة، حيث كانت نصوصا مبعثرة لم تصل إلى حد بناء نظرية متكاملة الحدود والمعايير، كالشريعة الإسلامية والقوانين الحديثة.⁽²⁾

تتوالى المراحل التاريخية، ومنها مرحلة الفقه والشريعة الإسلامية التي أرست لهذه النظرية الحدود والمعايير كما سنرى لاحقا لنتنقل مباشرة إلى موقع هذه النظرية في القوانين الحديثة، ولكننا لن نتناول بالإشارة إلا للقانون الفرنسي، ومن ثم المصري فالجزائري.⁽³⁾

إذن انتقلت النظرية من القانون الروماني، إلى القانون الفرنسي القديم، حيث ذهب "دوما" إلى أن التعسف ينجلي حيث يقصد الشخص أثناء استعماله لحقه الإضرار بالغير، ولا مصلحة له في ذلك، وكذا من يتعسف في مباشرة إجراءات التقاضي، حيث تتحقق المسؤولية بلا مرأى.⁽⁴⁾

⁽¹⁾ فتحي الدريني، المرجع السابق، ص 522، وما بعدها - مصطفى أبو بكر، المرجع السابق، ص 9 - 10.

⁽²⁾ أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للإلتزام، المرجع السابق، ص 319.

⁽³⁾ إن الغرض من التركيز على هذه القوانين، وهي القانون الفرنسي ابتداء باعتباره مصدرا للقانون المدني الجزائري، ولو بطريق غير مباشر، ثم لأنه طبق في الجزائر قبل الاستقلال وبعده حتى 1975، وهو تاريخ صدور القانون المدني الجزائري. ثم على القانون المصري لكونه كذلك المصدر المباشر للقانون المدني الجزائري بوجه عام وهذه النظرية بوجه خاص. ولا يخفى أخيرا أن القانون المدني الجزائري طرغا في المقارنة المعقدة في هذه الرسالة.

⁽⁴⁾ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، بند 554، ص 836.

ثم جاء عصر الانتكاس خلال فترة الثورة الفرنسية وما تلاها من وضع للقانون المدني الفرنسي حيث كان ذلك العهد مشبعاً بروح الفردية، ومما زاد الانتكاس بلة أنه ولغاية هذه الفترة لم تتكون بعد نظرية فقهية شاملة، وهذا ما أخذه رجال الفقه على عاتقهم.⁽¹⁾ وبفضلهم انتعشت هذه النظرية في العصر الحاضر، حيث أخذت المحاكم الفرنسية بكل. وضوح بمبدأ منع استعمال الحق، قصداً للإضرار بالغير، لأن مبادئ العدالة مع بساطتها تأتي غير ذلك، وعليه أجمع على الأخذ بها الفقه وكذا القضاء الفرنسيان.⁽²⁾

وقد قاد الفقه في هذه النظرية كل من "سالي" و"جوسران"، حيث في سنة 1905 وضع "جوسران" مؤلفه الذي عنوانه بـ "التعسف في استعمال الحقوق"، وقد جمع "جوسران" في هذا المؤلف أحكام القضاء منسقة، واستخلص منها أصول نظرية عامة على غرار نظرية التعسف في استعمال السلطة في القانون الإداري، وبعده عام 1927 أصدر كتابه في روح الحقوق وفي نسبتها، النظرية المسماة "بنظرية التعسف في استعمال الحق" وهو أشمل مؤلف وأكثرها وضوحاً.⁽³⁾

ولا تغفل الإشارة إلى النقد الذي وجه لهذه النظرية⁽⁴⁾ وبالرغم منه نجد القضاء خطاً بدوره خطوات جبارة بنور من الفقه فكثرت أحكامه وتطبيقاته للنظرية.

وهكذا أخذت نظرية التعسف طريقها إلى مختلف التشريعات من أواخر القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين،⁽⁵⁾ وما يعيننا من هذه التشريعات التشريعان المصري والجزائري خاصة.

فأما التشريع المصري فقد أخذ القانون المدني المصري الجديد بنظرية التعسف هذه، وأحلها المكان اللائق بها في الباب التمهيدي أي ضمن النصوص التمهيدية. وهكذا صارت نظرية عامة تنبسط على جميع نواحي القانون، لا المسؤولية التقصيرية فحسب⁽⁶⁾. وعليه نصت المادة 4 مدني مصري التي مهدت للنظرية بإقرارها للمبدأ العام الذي يحكمها على أن: "من

(1) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، بند 554، ص 836. - فتحي الدريني، المرجع السابق، ص 534 - 535.

(2) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 50.

(3) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، بند 516، ص 838. - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 51.

(4) انظر النقد في: أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 320. - زهدي يكن، المرجع السابق، ص 151.

(5) كمحطة الالتزامات التونسية عام 1906 الفصل 103: "من فعل ما يقتضيه حقه دون قصد الإضرار بالغير، فلا عهدة مالية عليه" عبد الرزاق

السنهوري، المرجع السابق، بند 556، ص 838.

(6) المرجع السابق نفسه، بند 556، ص 840. - مصطفى أبو بكر، المرجع السابق، ص 24.

استعمل حقه استعمالا مشروعاً لا يكون مسؤولاً عما قد ينتج عن ذلك من ضرر يصيب الغير." أما المادة 5 من هذا القانون فتحدد المعايير التي تضبط المعيار العام الموضوعي وهو الانحراف عن سلوك الرجل المعتاد إذ تقول : "يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية :

أ - إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير.

ب - إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.

ج - إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة.⁽¹⁾

وانطلاقاً من المبدأ العام الوارد في المادة 4 مدني مصري من وجوب استعمال الحقوق استعمالاً مشروعاً إذ غطى المبدأان الآتيان والمعروفان في الشريعة. الحاجة للاسترسال في ذكر التطبيقات الفرعية، وهما :⁽²⁾

المبدأ الأول : إذا كان استعمال الحق يتعارض مع مصلحة عامة جوهرية.

المبدأ الثاني : إذا كان استعمال الحق من شأنه أن يعطل استعمال حقوق تتعارض معه تعطيلاً يحول دون استعمالها على الوجه المألوف.

وأخيراً نختتم التشريعات السابقة، بالقانون المدني الجزائري، والذي تأخر في الصدور حتى 1975، وفيه تم انتهاج سبيل مغاير تماماً لما كان سائداً سواء قبل الاستقلال أو بعده، بفترة معينة، إذ كان القانون المطبق طبعاً هو قانون فرنسا الدولة المستعمرة، لكن ونتيجة الإرادة الحرة للشعب وقيادته وفيما يخص الموضوع الذي نتحدث عنه خاصة نجد أن هذه الإرادة التشريعية قد جمعت بين أصالة هذه الأمة وانتمائها الحضاري الإسلامي، زيادة على مسايرتها للأفكار القانونية الحديثة⁽³⁾، فأخذت بهذه النظرية، ونصت عليها في المادة 41 من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها أنه : "يعد استعمال الحق تعسفياً في الأحوال الآتية :

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.

- إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.

⁽¹⁾ حسن عكوش : المرجع السابق، ص 92 وما بعدها، مذكرة المشروع التمهيدي لنص المادة الخامسة من القانون المدني المصري.

⁽²⁾ فتحي الدريبي، المرجع السابق، ص 560 - 561 وهذا المعيار خاص بمضار الجوار غير المألوفة، أو الضرر البين.

⁽³⁾ نشرة القضاة، العاد، جانفي - مارس 1972، ص 6.

- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة".

يؤخذ على هذه المادة أنها وضعت في الفصل الأول من الباب الثاني المخصص لأحكام أهلية الرشيد، وأهلية عديم التمييز، أي بين نصي المادتين 40 و 42، ولا علاقة لهذه المادة بالمادتين السابقتين مطلقاً، بل الأليق جعلها في الباب التمهيدي أسوة بأحدث القوانين، وهذا لأهميتها ودورها البارزين كذلك. هذا من الناحية الشكلية، أما موضوعياً فلم يوضع المبدأ العام والقاضي بعدم المسؤولية في حالة الاستعمال المشروع للحق، بل نجد المشرع اقتصر على ذكر الاستثناءات، وهذا غير سائغ منطقياً. كما استبدل المشرع عندنا لفظ المصلحة بالفائدة مع أن الأولى أدق خاصة في مجال الحقوق، ذلك أن الحق يتقرر لتحقيق مصلحة ما.⁽¹⁾

ومهما قيل على هذه المادة أو لوحظ عليها، فقد كان المشرع عندنا موفقاً عند استعماله للفظ "التعسف" بدل "غير مشروع" حيث يعلق "فتححي الدّريني" قائلاً: "... ولو وصفوه بكونه تعسفياً كما فعل المشرع الجزائري لتفادوا خلافاً هو أشد مما توقعوا من محظور وصفه تعسفياً..."⁽²⁾.

وهكذا واكب المشرع عندنا الفكر القانوني الحديث، وأخذ بمعياري التعسف المادي والذاتي وأحصى لهذه النظرية تطبيقات شتى في القانون المدني، ومختلف القوانين الأخرى خاصة في مجال الأحوال الشخصية ومضار الجوار، وإنهاء عقود العمل على نحو ما نمثل به⁽³⁾ بما جاءت به المادة 410 من القانون المدني الجزائري، حيث تضمنت إجازة للقاضي بمنع توجيه اليمين الحاسمة إذا كان الخصم متعسفاً في ذلك. وأيضاً المادة 881 التي نصت على أنه: "يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الإرتفاق كله أو بعضه، إذا فقد الإرتفاق كل منفعة للعقار المرتفق أو إذا لم تبق له سوى فائدة محدودة لا تتناسب مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به."

(1) علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر، المرجع السابق، ص 16. - محمد صوري السعدي، المرجع السابق، ص 58 - 59.

(2) فتححي الدّريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون الجزائري، محاضرات أقيمت على طلبية الماجستير، كلية الحقوق، الجزائر، 1980، ص 175. نقلاً عن: مصطفى أبو بكر، المرجع السابق، ص 29.

(3) تنوع التطبيقات التشريعية في القانون المدني الجزائري منها المادة 85 "التمسك بالغلط على وجه يتعارض مع حسن النية"، م 427 "عزل الشريك عن الإدارة دون مبرر"، المادة 705 "تعليق الحائط المشترك"، المادة 875 "زيادة عبء الارتفاق"، وانظر أكثر، محمد صوري السعدي، المرجع السابق، ص 62، هامش 106.

ثانيا : موقف الفقه الإسلامي من هذه النظرية : لم نشأ سابقا الاسترسال في الكلام عن موقف الشريعة الإسلامية من هذه النظرية إرجاء لها عند هذه الجزئية، حيث نجد آراء شتى بصدد إطلاق استعمال الحق أو تقييده، ذهب فيها البعض من الفقهاء كأبي حنيفة "والشافعي"، وأهل الظاهر إلى إطلاق الحق مطلقا، وهذا ما يسمى بنظرية الحق المطلق. ومما جاء عن بعض هؤلاء الأئمة قول "الشافعي" : "لا يحمل المرء من التصرف في ماله ما ليس بواجب عليه، وأن الرجل له أن يفعل في ماله، ولو أضر هذا بغيره، بل ولو أضر بنفسه أيضا"⁽¹⁾ ومثله، أكثر إيضاحا قول "ابن حزم"⁽²⁾ : "لا ضرر أعظم من أن يمنع المرء من التصرف في مال نفسه مراعاة نفع غيره، فهذا هو الضرر حقا"⁽³⁾.

ولكن مع ما يفهم من الإطلاق الكلي في الأقوال المذكورة تمثيلا لنجدهم كذلك يقيدون هذا الاستعمال بالحدود المشروعة له، وتأكيد هذا قول "ابن حزم" نفسه : "لا يجوز لأحد أن يدخن على جاره لأنه أذى، وقد حرم الله أذى المسلم."⁽⁴⁾

أما موقف الجمهور فعكس السابق، حيث صرحوا تحديدا بتقييد الحق في حالة إساءة صاحبه في استعماله له، ذلك أن مدار الحقوق في الشريعة دائما دفع المضار وجلب المصالح وإقامة حد الموازنة بينهما. إن كل حق ثابت مقيد بعدم الإضرار، قال تعالى : ﴿وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ﴾⁽⁵⁾ والجمهور إذن تبنا نظريتين بشأن تقرير إساءة استعمال الحق، إستنادا دائما إلى نسبة الحقوق، وهما النظرية المادية لسوء استعمال الحق، والنظرية المعنوية لسوء استعمال الحق أيضا، كالآتي :

أ - النظرية المادية : إن تقييد الحقوق طبقا لهذه النظرية، يجد المرتع الخصب له في أن الحقوق نسبية ليست مطلقة حيث إن الاعتبار هنا هو النتيجة المادية لاستعمال الحق، دون إغارة أدنى اهتمام لنية المستعمل قصد أم لم يقصد، كانت النية حسنة أم سيئة، حيث الواقع المادي هو الذي يحكم، بالمعيار المادي كذلك.

⁽¹⁾ ابن جزى، المرجع السابق، ص 340-341. - حاشية المختار، المرجع السابق، 237/5.

⁽²⁾ ابن حزم : هو علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري أبو محمد، عالم الأندلس في عصره، وأحد الأئمة، له مؤلفات بلغت 400 منها : "مسائل أصول الفقه"، و "المحلى"، توفي 456 هـ. ابن خلكان، المرجع السابق، 325/3. - الأتابكي، المرجع السابق، 75/5.

⁽³⁾ ابن حزم، المرجع السابق، ج 8، 1305 هـ، ص 241، ومطلب "دفع في داره وتأذى الجيران".

⁽⁴⁾ المرجع السابق نفسه، ص 242.

⁽⁵⁾ البقرة : 190.

استند جملة من الفقهاء في رأيهم إلى الأخذ بالنظرية المادية، إلى تبني "مالك" هذا المسلك فقرر في "المدونة" أنه : "إذا فتح أحد أبوابا وكوى في بنائه يشرف على دار جاره أو عياله فإنه يمنع من ذلك."⁽¹⁾ وتبرير رأي المالكية هذا ينصب حول الضرر الممنوع الذي لا يقيد، ويعنون به كل ضرر سواء أكان فاحشا أم غير ذلك، فيمنع أي شخص إحداث الضرر بجاره، وإن كان ضمن ملكه، حيث مثلوا بالشخص الذي يريد أن يفتح بابا في زقاق نافذ أو غير نافذ، فإذا كان هذا ضررا فلا يجوز أن يحدث على جاره ما يضره به، وإن كانت السكة نافذة فله أن يفتح ما شاء ويحول بابه إلى أي موضع شاء.⁽²⁾

وقد قال بهذه النظرية كذلك "أبو يوسف"، ومتأخروا الحنفية، وكذا جملة الأحكام العدلية، ومثلوا لها بمن يتصرف في ملكه فيتضرر جاره ضررا بينا، ولا يمكن لجاره التحرز منه، كان له منعه.

وعليه فالنظرية المادية لسوء استعمال الحق مبتناها درء المفسدة والضرر عن الناس⁽³⁾ إذ قرر فقهاء المسلمين منع المرء من استعمال حق له متى أدى إلى إلحاق ضرر فاحش بالغير، ذلك أن الأولى بالرفع والدفع طبقا للضابط السابق هو منع الضرر الفاحش، وليس اعتبار بقاء المنفعة لصاحب الحق.⁽⁴⁾

وعلى السابق الإشارة إليه أخذت مجلة الأحكام العدلية بموافقتها على قول "أبي يوسف" حيث جاء في المادة 1197 ما يلي : "لا يمنع أحد من التصرف في ملكه أبدا، إلا إذا كان ضرره بغيره فاحشا".⁽⁵⁾ قال "علي الخفيف" : "ويرون مع ذلك أن الشارع كما حدد لكل حق حدودا تتوقف على مراعاتها شرعيته، حدد له ما يجب أن يراعى في مباشرة الانتفاع به وجعل تجاوز ذلك ومخالفته في الحالين أمرا محظورا تلزم الفاعل تبعاته على أساس أنه إذا كان في مباشرته لحق من حقوقه ضرر بغيره وجب عليه أن يوازن بين مصلحته المشروعة التي أرادها والمضرة التي تترتب على استعماله له فإن رجحت مصلحة المالك سلم له حقه وإن رجحت

⁽¹⁾ مالك بن أنس، المدونة، المرجع السابق، 378/4.

⁽²⁾ المرجع السابق نفسه، 274/4.

⁽³⁾ وفقا لضابط القاعدة العامة "درء المفسد أول من جلب المصالح، المادة 30 من درر الأحكام، المرجع السابق، 41/1، و"الضرر يزال" المادة

20 من المرجع السابق نفسه، 37/1.

⁽⁴⁾ جبار صابر طه، المرجع السابق، ص 215.

⁽⁵⁾ علي حيدر، المرجع السابق، 210/3.

مضرة غيره قيد حقه بما يدفع المضرة عنه مع مراعاة أن الخروج عن الحدود التي تتوقف عليه شرعية الفعل غير مقبول في جميع الأحوال ما عدا حال الضرورة إذ الضرورات تبيح المحظورات من ناحية الإثم فلا يترتب عليها إثمها.⁽¹⁾

ب - النظرية المعنوية : هذه النظرية توافق النظرية السابقة في أن الحقوق تبقى دائما نسبية غير مطلقة، ولكن ما يميز هذه النظرية عن النظرية الأولى، كون هذه الثانية تُعنى بالبائع أو القصد، ذلك أن الفاصل أو المعيار بين الاستعمال المشروع للحق وبين المضارة في استعماله يتحدد بنية مستعمل الحق، فإن كانت حسنة فلا سبيل إلى منعه، ولو ألحق ضررا بالغير. أمّا نية السوء أو القصد إلى الإضرار، فيمنع، ويسأل عن مضاره استنادا إلى قوله - صلى الله عليه وسلم - "إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى"⁽²⁾ لأنه ليس في الدنيا أبدا مصلحة محضة أو مفسدة محضة.⁽³⁾

وفي معرض التفرقة بين المصالح والمفاسد الراجحة يقول "الشاطبي"⁽⁴⁾ : "... فإذا كان كذلك فالمصالح والمفاسد الراجحة إلى الدين إنما تفهم على مقتضى ما غلب، فإذا كان الغالب جهة المصلحة فهي المصلحة المفهومة عرفا، وإذا غلبت الجهة الأخرى فهي المفسدة المفهومة عرفا، فإذا رجحت المصلحة فمطلوب، وإذا غلب جهة المفسدة فمهرب منه ويقال مفسدة."⁽⁵⁾

يُبين من القول السابق أنه إذا لم يكن قصد صاحب الحق من استعماله إيّاه، غير جلب المفسدة للآخرين يكون مخالفا ومناقضا لما أمرت به الشريعة من التكليف.

(1) علي الحقيف، المرجع السابق، 96/1.

(2) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب : بدء الوحي، باب : كيف كان بدء الوحي إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وقوله الله جل ذكره : ﴿ إِنَّا أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ كَمَا أَوْحَيْنَا إِلَى نُوحٍ وَالنَّبِيِّينَ مِنْ بَعْدِهِ ﴾ النساء : 163، ابن حجر، الفتح، المرجع السابق، 9/1، حديث رقم 1، وأخرجه أيضا في سبعة مواضع أخرى منها، كتاب : الإيمان، باب : ما جاء أن الأعمال بالنية والحسنة ولكل امرئ ما نوى، ابن حجر، الفتح، المرجع السابق، 135/1، حديث رقم 54. - وأخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الإمارة، باب : قوله - صلى الله عليه وسلم : "إنما الأعمال بالنية"، وأنه يدخل في الغزو وغيره من الأعمال، المرجع السابق، حديث رقم 155، 1515/3.

(3) الشاطبي، المرجع السابق، 25/2.

(4) الشاطبي : أبو اسحاق إبراهيم بن موسى الغرناطي، العلامة المؤلف المحقق النظائر، الأصولي، المفسر، اللغوي، المحدث، له تأليف نفيسة منها : "الاعتصام". "الموافقات"، أحمد بابا التنبكي، نيل الابتهاج بتطريز الديباج، حاشية الديباج المذهب، المرجع السابق، ص 46. - ابن عبد الكبير الكشاني، فهرس الفهارس والأنساب، ج 1، بيروت، دار الغرب الإسلامي، ط : 2، 1402 هـ - 1982 م، ص 191.

(5) الشاطبي، المرجع السابق، 26/2.

وطبقا لهذه النظرية، يتبين بكل وضوح اعتمادها على المعيار المعنوي الذي يقاس بعنصر القصد عند إساءة استعمال الحق، ونسوق هنا مثالين يظهر فيهما قصد الإضرار بالغير، كالعنين إذا انتهت المدة المضروبة له لوطء زوجته فيها، ولم يفعل لعجزه، وأصر على عدم مفارقتها، فرّق القاضي بينهما⁽¹⁾ لتضرر الزوجة جراء عجزه، وكذلك الدائن الذي يرفض قبض الدين إذا جاء المدين به، يقبضه الحاكم ويرى ذمة المدين⁽²⁾ ولا مراء في ثبوت الدليل على أنه لا ضرر ولا ضرار في الإسلام.⁽³⁾

بهذا تنجلي النزعة الموضوعية دائما للفقهاء الإسلاميين في منع إساءة استعمال الحق، وحتى في النظرية المعنوية اتخذ معيار القصد سبيلا للحكم بالإساءة من عدمها، وما يستنتج هنا أن فقهاء الشريعة كانوا على دقة وسعة في جميع نظرياتهم التي لم يصل إليها الغرب إلا مؤخرا، وهذا دليل آخر على مرونة القواعد الفقهية وشمولها لأغلب الحلول الممكنة، واستيعابها لكل الأزمنة والأمكنة.

(1) ابن رجب، المرجع السابق، قاعدة 23، ص 32.

(2) المرجع السابق، ص 33.

(3) ابن جزري، المرجع السابق، ص 327، حيث إن من أحدث ضررا أمر بقطعه ولا ضرر ولا ضرار.

خاتمة:

نخلص من بحثنا لأساس المسؤولية التقصيرية دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، من خلال الفصول المختلفة للبحث إلى كيفية تحقق عنصر البناء الفني القانوني لهذه المسؤولية، عبر مراحل مختلفة من تاريخ الإنسانية، هذا البناء الذي تجسد خصوصا بنصوص من القانون المدني الفرنسي الذي يعد المصدر التاريخي للقانون المدني الجزائري.

وما لوحظ على المشرع الجزائري تماثيه شبه الكلي مع ما وصل إليه القضاء الفرنسي بخصوص موضوعنا هذا. مع وجود أحوال خاصة جدا بالمجتمع الفرنسي ولا ارتباط لها البتة بأحوال المجتمع الجزائري. ويبقى الرجاء في تحول الحال حتى يثبت المشرع الجزائري صدق استقلاليته التامة. ولإثراء هذا الموضوع نظرنا إليه من وجهة الفقه الإسلامي، تحت تسمية الضمان، هذا الأخير الذي يعني الإلزام والالتزام، وهذا بعينه المراد من المسؤولية المدنية، لهذا سهل الربط في المقارنة.

لقد كان للخطأ بداية دوره الهام في المجتمعات ما قبل الصناعية وتماشى معها بالقدر الذي جعله أساسا مرنا يسع كل الحوادث رغم قتلها. لكن نتيجة التحول الهائل في دنيا الصناعة، والذي بدوره غير الحياة الاجتماعية والسياسية، حتم على القانون كذلك مساهمة هذه المكتسبات.

وعلى ضوء هذا التحول بدأ دور الخطأ كأساس للمسؤولية التقصيرية يظهر عدم وفائه المستمر بما جدد من حوادث لم يكن هو حلها المرن دائما، خاصة إذا راعينا وضعية المتضرر في حل معادلة طرفها الأساس هو المسؤول الذي قلما يثبت عليه خطأ.

إن فقه النظرية الشخصية التي تصب اهتمامها الوحيد في بحث مسلك التسبب في الضرر قبل مساءلته، فقدت صيتها الذي لازمها مع انتشار المذهب الفردي، وكيف أن أنصارها زادوها دعاية رغم التأكيد الواقعي على وجوب تغييرها أو اندثار الفكرة التقليدية للخطأ الذي يستند إلى اللوم الأخلاقي، أو استبدالها بأفكار أخرى موضوعية حتى تقوم عليها هذه المسؤولية. وهكذا كان لتقدير النظرية الشخصية نتيجة هامة، هي أن السلاح الذي روعي في بقائها، وهو السند التاريخي هو نفسه الذي هدمها باعتبار أن الزمن في سيرورة مستمرة، وما

فائمه

كان صالحا لفترة لا يكون بالضرورة صالحا لفترة أخرى.

وإذا نحن دققنا النظر في أركان الخطأ الموجب للمسؤولية التقصيرية، وهما ركنان، الركن المادي والركن المعنوي أي التعدي والتمييز. لوجدنا كيف أن النقد طالهما. وكيف أنهما لم يخضعا للمعيار الشخصي، بل للمعيار الموضوعي، خاصة ركن التعدي، وهذا بقياس السلوك فيه. معيار الرجل المعتاد الذي يوجد في الظروف الخارجية نفسها التي يوجد فيها محدث الضرر وما التخفيف من التمسك بركن التمييز (الإدراك) إلا تأكيد آخر على استبعاد القاعدة التقليدية ولهذا دعا جانب من الفقه الفرنسي إلى تصور خطأ غير المميز على أساس الخطأ المقيس بالمقياس الاجتماعي، قوامه الانحراف عن السلوك المعتاد، وإلى اعتبار مسؤولية عديم التمييز موضوعية لا تشترط الخطأ في جانبه.

ونقول بكل أمانة إن توسع القضاء في فكرة الخطأ، واعتباره المسؤولية عقدية بدل المسؤولية التقصيرية وخاصة في عقد نقل الأشخاص، أين يرتب على الناقل التزاما بضمان السلامة، وأخذه بقرينة الخطأ أحيانا على أنها غير قابلة لإثبات العكس تحايل منه والأفضل لو وفر على نفسه مؤونة ذلك، وواجه الموقف من طريق مباشر، ليقرر أن الخطأ لم يعد أساس المسؤولية، وأن هذا الأساس هو الضرر.

إن الواقع يؤكد انتفاء الفارق بين خطأ مفروض لا يقبل إثبات العكس، وبين المسؤولية الموضوعية، فالقضاء حينما جعل القرينة المستفادة من المادة 1/1384 مدني فرنسي غير قابلة لإثبات العكس، وأدخل تحت حكمها سائر الأشياء، كان في طريقه للأخذ بالمسؤولية الموضوعية، ولتأثره البين بها.

ويظهر من استقراء نصوص القانون المدني الجزائري في باب المسؤولية التقصيرية أن المشرع الجزائري ما يزال ماضيا على النظرة التقليدية للخطأ في اعتبار أن المسؤولية عن الفعل الشخصي تقوم على أساس الخطأ واجب الإثبات، فضمن المادة 124 مدني جزائري القاعدة العامة التي تحكم هذه المسؤولية فلم يفترض فيها الخطأ افتراضا، بل أوجب على المتضرر إثباته. ومن المسؤولية عن عمل الغير أقام مسؤولية متولي الرقابة على قرينة الخطأ، وهو خطأ قابل لإثبات العكس. كما جاء النص على هذا في المادة 134 مدني جزائري. وعليه فهذه المسؤولية وسط بين المسؤولية الشخصية التي ينبغي للمتضرر فيها أن يثبت الخطأ في جانب المسؤول، وبين

شكر وتقدير

أثني بالشكر الجزيل، والامتنان العظيم، إلى والدي في العلم فضيلة الدكتور، المحامي "عبد الرزاق بوبندير" الذي أشرف على هذا البحث وتابعه من وقت أن كان فكرة وإشكالية، إلى أن صار بين دفتي رسالته، على الرغم من كثرة واجباته، واهتماماته، ما يخل عليّ يوماً بنصائحه وإرشاداته العلمية والمنهجية، رغم كثرة ترددي على مكتبه كذلك، فجزاه الله عني أجزل جزاءً.

كذلك لا يسعني إلا أن أقدم بالشكر الجزيل لأعضاء لجنة المناقشة، الذين تحملوا مشقة القراءة والإعداد لمناقشة هذه الرسالة، وأخيراً وضعها في الميزان العلمي قصد تقييمها.

كذلك لا أنسى كل من ساعد في إنجاز نخشي هذا إن بكلمة أو إشارة، أو فعل مادي، ما زادني إلامضياً ومثابرة رغم قسوة الظروف وشدةها، فحمد الله مصبغ النعم.

مسؤولية الحارس التي هي مسؤولية مفترضة افتراضا لا يقبل اثبات العكس. ونشير هنا إلى اختلاف المشرع الجزائري عن المشرع الفرنسي في آلية الدفع، حيث جعلها القانون الجزائري تندفع بنفي الخطأ عن متولي الرقابة بأنه يقصر في واجب الرقابة، أو أن الضرر واقع حتى ولو قام بواجب الرقابة كما ينبغي، وهذا بعزو الضرر إلى السبب الأجنبي. كما أقام المسؤولية الناشئة عن الحريق على أساس الخطأ واجب الإثبات مع أنها حقيقة تدخل في إطار المسؤولية الموضوعية عن فعل الأشياء ذلك أن القضاء الجزائري لم يتعرض لما تعرض له القضاء الفرنسي من ضغط من طرف شركات التأمين وملاك الغابات. ولتعرض القانون الفرنسي بخصوص هذه المسألة إلى نقد مثير من طرف الفقه الفرنسي، وكان ينبغي للقانون الجزائري أن يترك المسؤولية عن الأضرار التي يحدثها الحريق لحكم المادة 138 مدني جزائري بدل المادة 1/140 مدني جزائري. إذ لا معنى من استثنائها مطلقا. وأقام المسؤولية عن تهدم البناء على الخطأ القابل لإثبات العكس، في المادة 2/140 مدني جزائري، وفي حال العجز عن إثبات الخطأ تفترض المسؤولية افتراضا لا يقبل إثبات العكس، ولا تدحض إلا بإثبات السبب الأجنبي، أو بنفي علاقة السببية بين التهدم والضرر، وهكذا ففي جميع هذه الصور يكون المتضرر مطالبا بإثبات الخطأ في جانب المسؤول حتى تقوم مسؤوليته.

ولئن كان بعض الفقه يرى بقاء الخطأ أساسا للمسؤولية التقصيرية في جميع صورها، ويرى أن افتراض المشرع للخطأ إنما هو مجرد نقل لعب الإثبات، فنحن نرى أن هذا التفسير يتناقض مع واقع أن الخطأ في بعض صور المسؤولية، مفترض غير قابل لإثبات العكس. ثم إن نفي الخطأ ليس من شأنه أن يسقط المسؤولية عن المسؤول، كما أن عدم إثباته من قبل المتضرر لا ينفي هذه المسؤولية. وهذا ما يجعلنا نقول مع بعض الفقه إن المسؤولية في هذا الخصوص تقوم على أساس الضرر أخذا بالنظرية الموضوعية في صورة تحمل التبعة.

ونصل إلى فقه النظرية الموضوعية التي ترفض تقدير الخطأ تقديرا شخصيا، حيث لاقت قبولا حسنا لدى القضاء، ترجم إلى ابتكار وسائل جديدة نتيجة لتفاقم عدد الحوادث.

إن البسط الموضوعي للنظرية المادية بصورتها الغالبية في نظرية تحمل التبعة وهما : نظرية المخاطر المستحدثة، ونظرية الغرم بالغرم، مع إيجابياتها، لم تحمل قوانيننا العربية وخاصة القانون المدني الجزائري على اعتناقها، ذلك أن حظها قليل، وهذا مجازاة للقانون الفرنسي، رغم

أن النظرية الشخصية أصبحت لا تتلاءم مع روح التطور، بعد أن زعزع كيانه، وثبتت قصورها وعدم عدالتها في عقرب دارها، ولا أدل على هذا من انكماش دور الخطأ، وذلك نتيجة الاتجاه الموضوعي الداخل في تكييفه، وتحديد فكرته، وكذلك تقديره الموضوعي بمادية المعيار، وموضوعية الظروف المؤثرة في هذا التقدير، ثم التخلي عن الركن المادي خاصة في الالتزام بالسلامة في عقد النقل مثلا. وأيضا التقلص اليّن لدور الخطأ في الاكتفاء بالركن المادي للخطأ خاصة في حالي عديم التمييز، والشخص الاعتباري، إذ هما من المظاهر شديدة الدلالة على تدهور الخطأ، حيث يركن الركن المعنوي إليه. فلا يظهر له أثر في هاتين الحالتين خصوصا. وفي هذا دلالة قوية مفادها أن الخطأ قد نزل إلى أقل مستوى بعد أن كان على قمة هرم المسؤولية.

كما يظهر من استقراء نصوص القانون المدني الجزائري أن المشرع يتبنى النظرية الموضوعية في المسؤولية الناشئة عن الأشياء على قول من حمل نص المادة 138 مدني جزائري محمل نظرية تحمل التبعة، على اعتبار أن الضرر يكون راجعا إلى فعل الشيء بتوافر السببية ليتحمل الحارس المسؤولية دون إثبات خطأ في جانبه ودون فحص لمسلكه للوقوف على إهماله أو تقصيره، ولهذا فإن المادة 138 مدني جزائري لا تشترط لقيام المسؤولية عن الأشياء غير الحية أي خطأ في جانب الحارس، ولا يثبت المتضرر أي انحراف في سلوك الحارس ومنه فالمسؤولية قائمة بمجرد وقوع الضرر من الشيء وتوافر علاقة السببية بينهما، وهناك من يجعل هذه المسؤولية تخضع للقواعد العامة المنصوص عليها في المادة 124 مدني جزائري، ذلك أن النظرية الشخصية تشترط فحصا ذاتيا لسلوك الحارس للوقوف على المظهر الخاطيء فيه وفق معيار الشخص العادي الذي يكون في ظروف الحارس نفسها، وعليه يمتنع القول بأن أساس المسؤولية عن فعل الأشياء غير الحية وفق المادة 138 مدني جزائري هو تحمل التبعة، لأنه لا يستقيم حتى مع مضمون هذه المادة، ولا يعضده ما صدر عن القضاء من قرارات تطبيقية لنص هذه المادة، وبالتالي يكون التخريج الصحيح لهذه الأحكام هو أن أساس المسؤولية عن فعل الأشياء غير الحية هو الخطأ أما مسؤولية المتبوع عن عمل التابع المنصوصة في المادة 136 مدني جزائري فهذه المسؤولية غير قابلة للنفي في أغلب القوانين، وكذلك القانون المدني الجزائري، فليس للمتبوع التخلص من مسؤوليته لا بنفي الخطأ عن نفسه، ولا بنفي علاقة السببية بين خطئه وبين الضرر الذي سببه التابع، وعليه يكون أقرب أساس لهذه المسؤولية هو تحمل التبعة بمفهوم واسع

يتجاوز فكرة مقابلة الربح، مع تشدد المشرع الجزائري بخصوص هذا النوع من المسؤولية مجازاة للقانون الفرنسي والقوانين العربية، مع أن الشريعة الإسلامية لم تعرف مسؤولية الإنسان عن فعل غيره، وعليه يكون الاقتصار في تحقق هذه العلاقة على الأشخاص الاعتبارية وحسب، والحكم نفسه بالنسبة للمسؤولية الناشئة عن فعل الحيوان المنصوص عليها في المادة 139 مدني جزائري، إذ أنيطت هذه المسؤولية بحارس الحيوان لا مالكة متابعة للقوانين العربية على خلاف مذهب القانون الفرنسي، وهذه المسؤولية مفترضة افتراضا لا يدحض إلا بإثبات السبب الأجنبي، وعليه فإن الضرر الناتج عن فعل الحيوان يثبت بأمرين الأول منهما هو أن الشخص المرفوع عليه الدعوى هو حارس الحيوان، ولا يستطيع التخلص من هذا إلا بإثبات انتقال الحراسة إلى غيره، والأمر الآخر أن يثبت المتضرر صدور الضرر عن فعل الحيوان بالذات، كما أن مسألة الدفع تخضع في مجملها لشروط الدفع في المسؤولية عن فعل الشيء غير الحي.

والتساؤل الذي يفرض نفسه الآن هو متى توجد المسؤولية الشخصية، ومتى توجد المسؤولية الموضوعية؟ وإذا كانت المسؤولية المبنية على الخطأ هي القاعدة العامة والأصل، فهل هناك موجه عام للمسؤولية الموضوعية؟ إن الإجابة على هذين التساؤلين لم يتعرض الفقه الفرنسي لهما ومع ذلك يمكن استنباط معايير للتمييز بين النظريتين، لعل أهمها ربط المسؤولية الموضوعية بفعل الشيء، ومعيار عدم الاعتياد، ثم معيار العدالة - الصفة الاحتياطية للمسؤولية - وأخيرا معيار التفرقة بين الالتزام بوسيلة والالتزام بنتيجة.

ومع اختلاف هذه المعايير، نقرر أن التنظيم القانوني للمسؤولية المدنية في الأنظمة اللاتينية لا يعطي معيارا عاما وجامعا. والحقيقة التي يجب الاعتراف بها. أن الأصل مازال هو تقييد المسؤولية بالخطأ، وأن الاستثناءات الواردة على هذا الأصل العام والتي تحكمها المسؤولية الموضوعية مبعثرة لا يقودها معيار يجمعها، وبناء على هذا فالمسؤولية الموضوعية في الأنظمة اللاتينية لا تكون إلا بنص خاص، والقاعدة هي المسؤولية المقيدة بالخطأ.

أما الفقه الإسلامي، فقد تميز عن جميع الأنظمة الوضعية بتحديد له مجال ومعيار المسؤولية الشخصية، والمسؤولية الموضوعية، عن طريق مصطلحي المباشرة والتسبب، فكانت المباشرة تتضمن المسؤولية الموضوعية كما تضمن التسبب المسؤولية الشخصية، وعليه فالقصد من المسؤولية الموضوعية هنا قيامها في جانب محدث الضرر. بمجرد انعدام حقه في إحداثه، وهذا

بعينه الفعل الضار دون وجه حق أو جواز شرعي في الفقه الإسلامي، كما أن التعدي أيضا هو أساس المسؤولية والضمان في الفقه الإسلامي، وهو شرط ضروري في كل من المباشرة والتسبب، وإن كان يكفي في الأولى دون الأخرى، والتي تتطلب إلى جانبه الخطأ أيضا لكن ليس بالمفهوم القانوني الذي نعرفه، والذي يشترط التعدي والتمييز معا.

ويبقى معيار التفرقة بين المباشرة والتسبب في طريقة إحداث الضرر أو في درجة علاقة السببية بين كل منهما وبين الضرر. مع الإشارة إلى تناولنا لنظرية التعسف في استعمال الحق دون توسع كبير إلا ما خدمنا به غرض الدراسة فجعلناها من أهم التطبيقات على تبلور الاتجاه الموضوعي في الفقه الإسلامي.

تم بحمد الله وبتوفيق منه.

فهرس الآيات القرآنية

الصفحة	السورة	رقمها	طرف الآية
20	البقرة	178	1 - "يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى..."
20	البقرة	179	2 - "ولكم في القصاص حياة يا أولي الألباب..."
128	البقرة	185	3 - يريد الله بكم اليسر..."
156	البقرة	190	4 - "ولا تعتدوا إن الله لا يحب المعتدين..."
130	البقرة	195	5 - "فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه..."
132	النساء	59	6 - يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله..."
20	النساء	92	7 - "وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً إلا خطأ"
128	المائدة	6	8 - "ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج..."
20	المائدة	45	9 - "وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس..."
35	الإسراء	13	10 - "وكل إنسان ألزمناه طائره في عنقه..."
130	الشورى	39	11 - ولئن انتصر بعد ظلمه فأولئك..."

الفهارس

جامعة الأمير

علاء القادر للعلوم الإسلامية

فهرس الأحاديث النبوية

الصفحة	الحديث
158	1 - "إنما الأعمال بالنيات..."
124	2 - العجماء جرحها جبار «
132	3 - "كلكم راع وكلكم مسؤول..."
18	4 - "لا ضرر ولا ضرار «
132	5 - "لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق"
130	6 - "من شھر على المسلمين سيفاً فقد أحل دمه"

بإشراف
القادر للعلوم الإسلامية

فهرس الأعلام

الاسم	الصفحة
إبراهيم الدسوقي أبو الليل	23، 138 .
ابن الحسن الشيباني	21، 134، 148.
ابن حزم	156.
ابن رجب	125، 147.
ابن رشد	22.
ابن قدامة	23، 122، 143.
أبو حنيفة (الإمام)	13، 21، 24، 133، 148، 156.
أبو يوسف	21، 134، 157.
أحمد (الإمام)	129، 131، 148.
أكيليا	3، 54.
إهرنك	44.
أوجست كونت	80.
أولبيا نوس	78.
البغدادى	24، 136.
بلانيول	33، 89.
بوتيه	46.
بودري	32.
بول	36.
تنك	57.
تبيو	81.
ثروت أنيس الأسيوطي	74.
جورج ريبير	29، 36، 75.

10، 73، 75، 77، 81، 85، 95، 99، 153.	جوسران
41.	حسن زكي الأبراشي
5، 6، 7، 30، 31، 46، 152.	دوما
10، 54، 99.	ديموج
32.	ديمو لومب
74.	زهدي يكن
10، 55، 93.	سافاتيه
81.	سافيني
31.	سالموند
10، 73، 75، 77، 95، 96، 153.	سالي
20.	السرخسي
19.	سيد عبد الله حسين
128، 132، 140.	السيوطي
80.	سيمون
158.	الشاطبي
22، 131، 144، 156.	الشافعي (الإمام)
25.	صبحي محمضاني
92.	عبد الحليم الجندي
61.	عبد الحميد الشواربي
25، 49، 56، 115، 120.	عبد الرزاق السنهوري
25.	عبد الفتاح السيد
18، 135، 140.	العز (ابن عبد السلام)
61.	عزالدين الدناصوري
20، 25، 150، 157.	علي الخفيف
46.	علي علي سليمان

136.	فخري رشيد مهنا
9، 43، 80، 87.	فيري
18، 140.	القراي
143.	قاضي خان
122.	الكاساني
75، 77، 96، 100.	لايه
54.	لكير
32، 75.	لوران
29.	ليون
25.	محمد صادق فهمي
116.	محمود جلال حمزة
29، 57.	مازو
19، 129، 131، 143، 148، 157.	مالك (الإمام)
76، 108.	نابليون
31.	هاجر ستروم

فهرس المصادر والمراجع

1 - القرآن الكريم برواية حفص عن عاصم.

أولا : كتب التفسير

الرقم	المؤلف	عنوان الدراسة	معلومات النشر
2	الخصاص (أبو بكر أحمد بن علي الرازي الحنفي ت 370 هـ)	أحكام القرآن. تحقيق : محمد الصادق قمحاري.	الجزء الأول، دار المصحف، الطبعة الثانية.

ثانيا : كتب الحديث

الرقم	المؤلف	عنوان الدراسة	معلومات النشر
3	ابن أبي شيبة (الحافظ أبو بكر ت 235 هـ)	الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار. تحقيق : مختار أحمد الندوي.	الجزء الثاني عشر، الهند، الدار السلفية، الطبعة الأولى، 1402 هـ - 1982 م.
4	ابن حجر العسقلاني (أحمد بن علي)	فتح الباري شرح صحيح البخاري. رقم كتبه وأبوابه : محمد فؤاد عبد الباقي.	أشرف على طبعه : محمد الدين الخطيب، بيروت، لبنان، دار المعرفة.
5	ابن ماجة (أبو عبد الله بن يزيد)	سنن ابن ماجة	الجزء الثاني، دار الفكر.
6	أحمد بن حنبل (الإمام)	منتخب كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال.	دار الفكر.
7	الزيلعي (جمال الدين بن يوسف الحنفي ت 762 هـ)	نصب الراية لأحاديث الهداية مع حاشيته النفيسة : بغية الأملعي في تخريج الزيلعي.	القاهرة ، دار الحديث.
8	مالك بن أنس (الإمام)	الموطأ برواية يحيى بن يحيى اللبثي. إعداد أحمد راتب عرموش.	دار النفائس، الطبعة الحادية عشرة، 1410 هـ - 1990 م
9	مسلم (ابن الحجاج القشيري النيسابوري ت 261 هـ)	صحيح مسلم. تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي.	بيروت، لبنان، دار إحياء التراث العربي.
10	محمد ناصر الدين الألباني	إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل. إعداد زهير الشاويش.	الجزء الثالث، المكتب الإسلامي، الطبعة الثانية 1405 هـ - 1985 م.
11	النسائي	السنن. بشرح الحافظ جلال الدين السيوطي وحاشية الإمام السندي.	بيروت، لبنان، دار الفكر، 1930.
12	النيسابوري (الحافظ أبي عبد الله الحاكم)	المستدرک على الصحيحين وبذيله : التلخيص للحافظ الذهبي.	بيروت، لبنان، دار الكتاب العربي.

ثالثا : كتب الفقه والشرعية الإسلاميين

الرقم	المؤلف	عنوان الدراسة	معلومات النشر
13	ابن جزري (أحمد بن محمد)	القوانين الفقهية.	نشره : عبد الرحمن بن حمزة الزام الشريف ومحمد الأمين الكتبي، تونس، مطبعة النهضة، العدد أحد عشر، 1344 هـ - 1926 م.
14	ابن حزم (أحمد بن سعيد ت 456 هـ)	المحلى. تحقيق : محمد منير الدمشقي.	الجزء الثامن : 1350 هـ. الجزء الحادي عشر : 1352 هـ، مصر، إدارة الطباعة المديرية.
15	ابن رجب (الحافظ أبي الفرج عبد الرحمن ت 795 هـ)	القواعد في الفقه الإسلامي	بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1413 هـ - 1983 م.
16	ابن رشد الحفيد (ابن أحمد بن رشد القرطبي ت 595 هـ)	بداية المجتهد ونهاية المقتصد.	الجزء الثاني، القاهرة، مكتبة الكتابات الأزهرية، 1402 هـ - 1983 م.
17	ابن فرحون (محمد المالكي)	تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام. راجعه وقدم له : طه عبد الرؤوف سعد.	الجزء الثاني، القاهرة، مكتبة الكتابات الأزهرية، الطبعة الأولى، 1406 هـ - 1986 م.
18	ابن قدامة (موفق الدين ت 620 هـ)	المغني. ويليه الشرح الكبير لشمس الدين ابن قدامة.	لبنان، دار الكتاب العربي، 1403 هـ - 1983 م.
19	ابن قيم الجوزية (شمس الدين الدمشقي ت 751 هـ)	أعلام الموقعين عن رب العالمين. راجعه وعلق عليه : طه عبد الرؤوف سعد.	الجزء الثاني، مكتبة الكليات الأزهرية، مصر، مطبعة النهضة.
20	ابن نجيم (زين العابدين بن إبراهيم)	الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان.	لبنان، دار الكتب العلمية، 1405 هـ - 1985 م.
21	ابن الهمام (كمال الدين ت 681 هـ)	تكملة شرح فتح القدير على الهداية. شرح بداية المبتدئ.	الجزء العاشر، بيروت، لبنان، دار الفكر.
22	أبو يوسف (القاضي يعقوب بن إبراهيم).	الخراج. مذكور في موسوعة الخراج.	بيروت، لبنان، دار المعرفة، دون تاريخ.

23	الأنصاري (زكريا)	الشرقاوي على شرح التحرير مع تقرير : مصطفى الذهب.	الجزء الثاني، مصر، دار إحياء الكتب العربية، دون تاريخ.
24	البخاري (علاء الدين عبد العزيز)	كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام البزدوي.	القاهرة، دار الكتاب الإسلامي.
25	بدران أبو العينين بدران	أصول الفقه الإسلامي.	الاسكندرية، مؤسسة شباب الجامعة، بلا سنة طبع.
26	بدران أبو العينين بدران	الشريعة الإسلامية، تاريخها ونظرية الملكية والعقود.	الاسكندرية، مؤسسة شباب الجامعة، 1986.
27	الخطاب (أبو عبد الله محمد بن محمد المغربي ت 954 هـ)	مواهب الجليل بشرح مختصر تحليل. وبهامشه : التاج والإكليل لأبي عبد الله بن أبي القاسم العبدري (المواق).	الجزء السادس، دار الفكر، الطبعة الثالثة، 1412 هـ - 1992م.
28	الخرشي (سيدي عبد الله محمد)	شرح المحقق الجهمي على مختصر التحليل للإمام أبي الضياء سيدي خليل. وبهامشه حاشية الشيخ علي العدوي.	دار الفكر.
29	الرملي (شمس الدين ت 1004 هـ)	نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي ومعه حاشية أبو الضياء نور الدين بن علي الشيرازي، وحاشية أحمد بن عبد الرزاق المعروف بالمغربي الرشدي.	دار الفكر، الطبعة الأخيرة، 1404 هـ - 1984م.
30	الزبلي (فخر الدين عثمان بن علي الحنفي)	تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق.	الجزء السادس، القاهرة، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية.
31	السرخسي (شمس الدين)	المبسوط. تصنيف : خليل الميس.	الجزء 26-27، بيروت، لبنان، دار المعرفة، 1406 هـ - 1986م.
32	السلمي (أبي محمد عز الدين بن عبد السلام ت 660 هـ)	قواعد الأحكام في مصالح الأنام. مراجعة وتعليق : طه عبد الرؤوف سعد.	الجزء الأول والثاني، بيروت، دار الجيل، الطبعة الثانية، 1344 هـ.
33	السيوطي (جلال الدين ت 911 هـ)	الأشباه والنظائر في الفروع. ضبطها وعلق على حواشيها علي مالكي.	مصر، مطبعة مصطفى محمد.
34	الشريبي (محمد الخطيب)	مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج على متن منهج الطالبين للنووي، وتعليقات جوبلي بن إبراهيم الشافعي.	دار الفكر.

35	الشاطبي (أبي إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي المالكي ت 390 هـ)	الموافقات في أصول الشريعة. وعليه شرح بجليل : عبد الله دراز.	مصر، المكتبة التجارية الكبرى.
36	الشافعي (أبي عبد الله محمد بن إدريس)	الأم مع مختصر المزني.	الجزء السادس، دار الفكر للطباعة الثانية، 1403 هـ - 1983 م.
37	الشيرازي (علي بن يوسف الفيروز أبادي)	المذهب في فقه الإمام الشافعي.	الجزء الثاني، دار الفكر.
38	صبحي محمضاني	فلسفة التشريع في الإسلام.	بيروت، دار العلم للملايين، الطبعة الثالثة، 1380 هـ - 1961 م.
39	صبحي محمضاني	النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية	الجزء الأول، بيروت، دار العلم للملايين، الطبعة الثانية، 1972.
40	فوزي فيض الله	فصول من الفقه الإسلامي العام	دمشق، مطبعة الجامعة، 1967 - 1968.
41	القراقي (شهاب الدين الصنهاجي ت 664 هـ)	الفروق وبهامشه تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية للشيخ محمد علي بن الشيخ حسين.	دار إحياء الكتب العربية، الطبعة الأولى، 1345 هـ.
42	الكاساني (علاء الدين الحنفي ت 587 هـ)	بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع.	الجزء السابع والتاسع، مصر، مطبعة الجمالية، الطبعة الأولى، 1328 هـ - 1910 م.
43	مالك بن أنس (الإمام)	المدونة الكبرى ومعها مقدمات ابن رشد	دار الفكر.
44	محمد البشير الإبراهيمي	عيون البصائر	دار المعارف.
45	محمد يوسف موسى	المدخل لدراسة الفقه الإسلامي	القاهرة، دار الفكر العربي، الطبعة الثانية، 1380 هـ - 1961 م.
46	محمود شلتوت	الإسلام عقيدة وشريعة	القاهرة، بيروت، دار الشروق، 1992.
47	مصطفى أحمد الزرقاء	المدخل الفقهي العام. نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي.	الجزء الثاني، دار الفكر.
48	نظام وجماعة من علماء الهند الأعلام	الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة وبهامشه : فتاوى قاضيان والفتاوى البزازية.	بيروت، لبنان، دار إحياء التراث العربي، الطبعة الرابعة، 1406 هـ - 1986 م.

49	وهبة الزحيلي	الفقه الإسلامي وأدلته، تنمة العقود، الملكية وتوابعها.	الجزء الخامس، الجزائر، دار الفكر، الطبعة الأولى، 1412 هـ - 1991 م.
----	--------------	---	--

رابعاً : كتب القانون

50	أحمد حشمت أبو ستيت	نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد.	الطبعة الثانية، 1964.
51	أحمد محمد خليفة	النظرية العامة للتحريم - دراسة في فلسفة القانون الجنائي -.	مصر، مطابع دار المعارف، الطبعة الأولى، 1959.
52	إلياس فرح	دراسات في الفكر الاشتراكي.	بيروت، دار الطليعة، 1974.
53	ثروت أنيس الأسيوطي	مبادئ القانون.	دار النهضة العربية، القاهرة، مطبعة الجامعة، 1974.
54	ثروت حبيب	الالتزام الطبيعي حالاته وآثاره.	مصر، مطبعة الرسالة، 1961.
55	جميل الشرقاوي	النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام.	الجزء الأول، القاهرة، دار النهضة العربية، 1995.
56	حامد فهمي، ومحمد حامد فهمي.	النقض في المواد المدنية والتجارية.	القاهرة، مطبعة لجنة التأليف والترجمة، 1937.
57	حسن عكوش	المسؤولية المدنية في القانون المدني الجديد	مكتبة القاهرة الحديثة.
58	خليل أحمد فتادة	الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام.	ج1، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية. 1994 م
59	زهدي يكن	المسؤولية المدنية، أو الأعمال غير المباحة.	بيروت، منشورات المكتبة العصرية، الطبعة الأولى.
60	سليمان مرقس	المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية، الأحكام العامة أركان المسؤولية : الضرر والخطأ والعلاقة السببية.	معهد البحوث والدراسة العربية، مطبعة الحبلاري، الطبعة الثانية، 1971.
61	سمير عبد السيد تناغو	نظرية الالتزام .	الإسكندرية منشأة المعارف، 1975.
62	عاطف النقيب	النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي الخطأ و الضرر.	بيروت، باريس، منشورات عويدات، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية الطبعة الثالثة : 1984 .

63	عاطف النقيب	النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن فعل الأشياء في مبادئها القانونية وأوجهها العلمية.	بيروت، باريس، منشورات عويدان الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية الطبعة الثانية : 1981 .
64	سعد واصف	التأمين من المسؤولية - دراسة في عقد النقل البري - رسالة دكتوراه من جامعة القاهرة - كلية الحقوق.	دار النشر للجامعات المصرية 1985.
65	عبد الرزاق السنهوري	الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام.	الجزء الأول، القاهرة، دار النشر للجامعات المصرية. لبنان، بيروت، دار إحياء التراث العربي.
66	عبد السلام ذهني بك	النظرية العامة في الالتزامات.	بلا سنة طبع.
67	عبد المنعم فرج الصده	أصول القانون.	بيروت، دار النهضة العربية للطباعة والنشر.
68	عز الدين الدناصوي وعبد الحميد الشواربي	المسؤولية المدنية في ضوء الفقه القضاء	القاهرة، مطبعة مصر للحدائق.
69	علي علي سليمان	دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري.	الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، 1989.
70	علي علي سليمان	ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري.	الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1992.
71	علي علي سليمان	نظرات قانونية مختلفة.	الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1994.
72	علي علي سليمان	النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري.	الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة.
73	محمد إبراهيم دسوقي	تقدير التعويض بين الخطأ والضرر.	الاسكندرية، مطابع رمسيس، بلا سنة طبع.
74	محمد الشيخ عمر	مسؤولية المتبوع.	القاهرة، مطابع سجل العرب، 1970.
75	محمد زهدور	المسؤولية عن فعل الأشياء غير الحية، ومسؤولية مالك السفينة في القانون البحري الجزائري.	لبنان، بيروت، دار الحدائق، الطبعة الأولى، 1990.

76	محمد صبري السعدي	شرح القانون المدني الجزائري مصادر الالتزام، الواقعة القانونية.	الجزء الثاني، الجزائر (عين مليلة)، دار الهدى، الطبعة الأولى، 1991-1992.
77	عمود جلال حمزة	المسؤولية عن فعل الأشياء غير الحية في القانون المدني الجزائري.	الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1988.
78	عمود جمال الدين زكي	الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، مصادر الالتزام.	الجزء الأول، القاهرة، مطبعة الجامعة والكتاب الجامعي، 1976.
79	عمود محمود مصطفى	شرح قانون العقوبات، القسم العام.	القاهرة، دار النهضة، الطبعة الثامنة، 1959.
80	مصطفى الجمال	النظرية العامة للالتزامات.	الدار الجامعية، 1987.
81	مصطفى مرعي	المسؤولية المدنية في القانون المدني المصري.	القاهرة، الطبعة الأولى، 1936.
82	هشام علي صادق	تنازع القوانين.	الاسكندرية، منشأة المعارف، 1993.

خامسا : كتب الدراسات المقارنة الفقهية منها والقانونية

83	إبراهيم طه الفياض	مسؤولية الإدارة عن أعمال موظفيها في العراق مع الإشارة للقانونين المصري والفرنسي.	القاهرة، دار النهضة العربية، 1393 هـ - 1973.
84	أنور سلطان	مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي).	عمان، منشورات الجامعة الأردنية، الطبعة الأولى، 1987.
85	أنور سلطان	مصادر الالتزام، النظرية العامة للالتزام، دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني.	بيروت، دار النهضة العربية، 1983.
86	توفيق حسن فرج	النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام (مع مقارنة بين القوانين العربية).	الدار الجامعية، 1988.
87	جبار صابر طه	إقامة المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع على عنصر الضرر (دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية). رسالة ماجستير في القانون جامعة صلاح الدين.	بغداد، مديرية مطبعة الجامعة، 1984.

88	حسن زكي الأبراشي	مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والقانون المقارن. رسالة دكتوراه من جامعة القاهرة، 1949.	دار النشر للجامعات المصرية، بلا سنة طبع.
89	عبد القادر عودة	التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي.	الجزء الأول والثاني، مؤسسة الرسالة، الطبعة الرابعة، 1403 هـ - 1983 م.
90	علي الخفيف	الضمان في الفقه الإسلامي. دراسة لأهم مسائل الضمان فيما يتلف من الأموال مع الموازنة بين آراء الفقهاء.	الجزء الأول، معهد البحوث والدراسات العربية، 1971.
91	علي الخفيف	الضمان في الفقه الإسلامي، الكفالة - الديات (دراسة مقارنة).	الجزء الثاني، قسم البحوث والدراسات القانونية والشرعية، 1973.
92	عبد المنعم فرج الصده	مصادر الالتزام (دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري).	بيروت، دار النهضة العربية، 1979.
93	فتحى الدر بني	الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، ونظرية التعسف في استعمال الحق بين الشريعة والقانون (رسالة دكتوراه من الأزهر).	بيروت، دار الفكر.
94	فخري رشيد مهنا	أساس المسؤولية التقصيرية ومسؤولية عديم التمييز (دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والقوانين الأنجلوسكسونية والعربية).	بغداد، مطبعة الشعب، 1974.
95	محمد أحمد سراج	ضمان العدوان في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة فقهية بأحكام المسؤولية التقصيرية في القانون).	القاهرة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 1409 هـ - 1989 م.
96	محمدليب شنب	المسؤولية عن الأشياء (دراسة في القانون المدني المصري مقارنا بالقانون الفرنسي).	مكتبة النهضة المصرية، 1957.
97	محمود جلال حمزة	العمل غير المشروع باعتباره مصدرا للالتزام (القواعد العامة والخاصة) دراسة مقارنة بين القانون المدني السوري، والجزائري، والفرنسي. قدم له: محمد هشام القاسم.	الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1405 هـ - 1985 م.
98	وحيد الدين سوار	التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي. دراسة مقارنة بالفقه الغربي.	الجزائر، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، 1979.

99	وهبة الزحيلي	نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة. - 1982م. دمشق، دار الفكر، 1402 هـ
100	يحيى أحمد موافي	المسؤولية عن الأشياء في ضوء الفقه والقضاء (دراسة مقارنة). القاهرة، مطبعة أطلس، 1992. الإسكندرية، منشأة المعارف،

سادسا : كتب المعاجم واللغة والموسوعات

101	ابن حجر العسقلاني	لسان الميزان. تحقيق ودراسة: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، وعبد الفتاح أبو سنة - 1996م. بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1416 هـ
102	ابن خلكان	وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان. تحقيق : إحسان عباس. بيروت، دار صادر.
103	ابن شاذان الكنتي	فوات الوفيات والذيل عليها. بيروت، دار الثقافة.
104	ابن عبد الكبير الكتاني	فهرس الفهارس والأنساب. بيروت، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الثانية، 1402 هـ - 1982م.
105	ابن العماد الجنبلي	شذرات الذهب في أخبار من ذهب. بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية.
106	ابن فرحون اليعمري المالكي	الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب. وبهامشه : نيل الابتهاج بتطير الديباج لبابا التنبكي ت 1032 هـ. مصر، مطبعة السعادة، الطبعة الأولى، 1329 هـ.
107	ابن منظور	لسان العرب. تحقيق : عبد الله علي الكبير، محمد أحمد حسب الله، هاشم محمد الشاذلي. دار المعارف.
108	أبو الوفاء القرشي الحنفي	الجواهر المضية في الطبقات الحنفية هجر للطباعة والنشر، الطبعة الثانية، 1413 - 1993.
109	الأنابكي جمال الدين	النجوم الزاهرة في ملوك مصر والقاهرة. تحقيق : إبراهيم علي طرعيان. وزارة الثقافة والإرشاد القومي، المؤسسة المصرية العامة.
110	أحمد الشنتاوي، وإبراهيم زكي حورشيد، وعبد الحمدي يونس	دائرة المعارف الإسلامية. المجلد الأول، بيروت، لبنان، دار المعرفة.
111	الأسنوي عبد الرحيم	طبقات الشافعية. كمال يوسف الحوت. بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1407 هـ - 1987م.

112	الأصبهاني عبد الله ت 430 هـ	حلية الأولياء وطبقات الأصفياء.	بيروت، لبنان، دار الكتاب العربي، الطبعة الثالثة، 1400 هـ - 1980 م.
113	البغدادي الخطيب ت 463 هـ	تاريخ بغداد أو مدينة السلام.	بيروت، لبنان، دار الكتاب العربي.
114	حاجي حليقة	كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون.	دار الفكر، 1402 هـ - 1982 م.
115	الذهبي (شمس الدين ت 748 هـ)	تذكرة الحفاظ.	بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية.
116	الذهبي (شمس الدين ت 748 هـ)	سير أعلام النبلاء. تحقيق كامل الخراط.	مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، 1402 هـ - 1982 م.
117	السيوطي	طبقات الحفاظ.	بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1403 هـ - 1983 م.
118	عمر رضا كحالة	معجم المؤلفين.	الجزء الحادي عشر، بيروت، لبنان، دار إحياء التراث العربي.
119	محمد أبو زهرة	موسوعة الفقه الإسلامي.	القاهرة، إصدار جمعية الدراسات الإسلامية.

سابعاً : الرسائل

120	السعيد مقدم	التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية - دراسة مقارنة - جامعة الجزائر، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، 1982.
121	عبد العالي بوشهدان	المسؤولية عن فعل الأشياء غير الحية في القانون المدني الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة عنابة.
122	محمد مخلوفي	مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة بالقانونين المصري والفرنسي، رسالة ماجستير في القانون، 1987.
123	مصطفى أبو بكر	بجمل التعسف في استعمال الحق وطبيعته القانونية في القانون المدني الجزائري. رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة قسنطينة، الجزائر.

ثامنا : البحوث والمقالات

124	إبراهيم الدسوقي أبو الليل	المسؤولية المدنية بين التقييد والإطلاق. منشور في موسوعة الفقه والقضاء للدول العربية. مجلد 116، بيروت، لبنان، الدار العربية للموسوعات.
125	أبو اليزيد علي المتيت	المطبعة العالمية، 1957 - 1958.
126	بلحاج العربي	المسؤولية عن فعل الأشياء في القانون المدني الجزائري. مجلة الشرطة، العدد 49. أكتوبر، 1992.
127	ثروت أنيس الأسيوطي	المنهج القانوني بين الرأسمالية والاشتراكية. مجلة مصر المعاصرة. العدد 333، السنة 59. 1968.
128	جمال الدين زكي	بحث عن ضمان أخطار المهنة في القانون المصري. مجلة القانون والاقتصاد. العدد (1-2). السنة 25، 1955. مطبعة جامعة القاهرة، 1956.
129		شرح القانون المدني الأردني الجديد رقم 43 لسنة 1976، المواد من 199 - 292، القسم الثالث، منشور في موسوعة الفقه والقضاء للدول العربية. المجلد 49، بيروت، لبنان، الدار العربية للموسوعات، 1400 هـ - 1980 م.
130	عبد الحليم الجندي	المسؤولية المدنية في النظام الاشتراكي. مجلة مصر المعاصرة. العدد 328، السنة 58. 1967.
131	عبد الرحمن عياد	نظام المسؤولية العقدية. مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية. العدد (4،3). السنة 14. الاسكندرية، 1969.
132	عبد المنعم البدر اوي	الاتجاه الاشتراكي في القانون المدني. المجلة المصرية للعلوم السياسية، العدد 11. شباط، 1962.
133	محمد كمال إمام	الخلفية الفكرية والتشريعية والاجتماعية لاستبعاد تطبيق الشريعة الإسلامية. مجلة المسلم المعاصر، العدد 58، السنة 15. 1990 - 1991.
134		مسؤولية من استخدم أجيرو صانعا لعمل معين. مجلة المحاماة، العدد 3، السنة 19. أكتوبر، 1992.
135	نجيب هواويني (تنسيق)	مجلة الأحكام العدلية. الطبعة الخامسة، 1388 هـ - 1968 م.
136		نظام تعويض الأضرار الناجمة عن حوادث المرور في الجزائر. المجلة القضائية للمحكمة العليا. العدد الأول. 1991.
137	نعيم عطية	تحديد مدلول الحراسة. مجلة المحاماة. العدد 3، السنة 35. 1955.
138	ه.ل. أ. هارت	الرضعية والفصل بين القانون والأخلاق. عرض محمد نور فرحات. مجلة العلوم القانونية والاقتصادية. العدد 2. السنة 10. جامعة عين شمس، كلية الحقوق، تموز، 1968.

139	هوارى بومدين	خطاب رئيس مجلس الثورة والحكومة. نشرة القضاء وزارة العدل. العدد الأول، جانفي - مارس. مديرية التشريع والمصادر، 1392 - 1972.
-----	--------------	---

تاسعا : الدوريات

140	مجلة المحاماة	العدد 29 ، رقم 117.
141	مجلة المحاماة	العدد 21 ، رقم 258.
142	نشرة القضاء	العدد 3، جويلية 1985.
143	النقض الجنائي	جلسة 10 - 5 - 1976. مجموعة المكتب الفني سنة 27. القاهرة، مطبعة دار القضاء العالي، 1977.

عاشرا : القوانين

144	القانون المدني الجزائري.	الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية. وزارة العدل. الديوان الوطني للأشغال التربوية. 1998.
-----	--------------------------	--

المراجع باللغة الفرنسية

I- Ouvrages généraux

N°	Auteur	Titre de l'ouvrages	Edition
1	Aubry et Raupar Esmein	Droit civil français	5 Volume.
2	Besson (André)	La notion de garde dans la responsabilité du fait des choses	Dyon, 1927.
3	Colin et capitan	Cours élémentaire de droit civil	Tome2. 10ème édition. Paris. 1948.
4	Demogue (Rene)	Traité des obligations en général	Tome 3, 1925.
5	Domat	Les lois civil dans leur ordre naturel	Tomel, titre7, section4, 1777.
6	Husson (Leon)	Les transformations de la responsabilité, étude sur la pensée juridique	Paris, 1947.
7	Josserand	Cours de droit civil positif français	Tome2, Paris. 1938-1939.
8	Josserand	Les transports	1926.
9	Lalou (Henri)	Traité pratique de la responsabilité civile	Paris, 6ème édition, 1962.
10	Loché	La législation civil commerciale de la France	T XIII.
11	Mazeaud (H et L) et Zunc (André)	Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle	Tome I, Paris, 6ème éd., 1965.
12	Ripert (George)	La règle morale dans les obligations civiles	Paris, 4ème édition, 1949.
13	Ripert (George)	Le régime démocratique et le droit moderne	Paris, 2ème éd., 1948.
14	Sainetelette	De la responsabilité et de la garantie.	1884.
15	Saleilles (Raymond)	Les accident de travail et de la responsabilité civile	Paris, 1879.
16	Savatier (Rene)	Traité de la responsabilité civile en droit français.	Paris, 2ème ed., 1951.
17	Stark (Boris)	Droit civil et obligation	Paris, Librairie technique, 1972.

II- Thèses

18	Déliyannis	La notion d'acte illicite considéré en sa qualité d'élément de la faute délictuelle. Thèse.	Paris, 1952.
19	Jacomel	Essai sur les actions civiles de caractère pénale en droit français. Thèse.	Paris, 1905.
20	Max Amiot	Essai sur la faute contractuelle en droit français. Thèse dactylographée.	Paris, 1945.

III- Articles

21	Fenet	Recueil complet de travaux préparatoires du code civil.	Paris, 1827.
22	Le Tourneau	La responsabilité civile des personnes atteintes d'un trouble .	J.C.P. 1971-1-2401.
23	Levy (Emanuel)	Responsabilité et contrat. Revue critique.	1899.
24	Mazeaud (Henri)	La faute dans la garde. Revue trimestrielle de droit civil.	1925.
25	Sauzet	De la responsabilité des patrons vis-à-vis des ouvriers dans les accidents industriels. Revue critique.	1885

فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع
أ - ث	مقدمة
	فصل تمهيدي
1 - 26	التطور التاريخي للمسؤولية التقصيرية في القوانين الوضعية وفي الفقه الإسلامي
1	تمهيد وتقسيم
2	المبحث الأول : التطور التاريخي للمسؤولية التقصيرية في القوانين الوضعية.....
3	المطلب الأول : المسؤولية التقصيرية في القانون الروماني.....
5	المطلب الثاني : المسؤولية التقصيرية في القانون الفرنسي.....
13	المطلب الثالث : المسؤولية التقصيرية في القانون المدني الجزائري.....
16	المبحث الثاني : التطور التاريخي للمسؤولية التقصيرية في الفقه الإسلامي.....
17	المطلب الأول : المسؤولية التقصيرية قبل العهد الإسلامي.....
18	المطلب الثاني : المسؤولية التقصيرية في العهد الإسلامي.....
	الفصل الأول
27 - 70	الخطأ كأساس المسؤولية التقصيرية
27	تمهيد وتقسيم
28	المبحث الأول : النظرية الشخصية وتقديرها.....
29	المطلب الأول : النظرية الشخصية.....
35	المطلب الثاني : تقدير النظرية الشخصية.....
46	المبحث الثاني : أركان الخطأ الموجب للمسؤولية التقصيرية.....
48	المطلب الأول : الركن المادي.....
59	المطلب الثاني : الركن المعنوي.....
	الفصل الثاني
71 - 120	الضرر كأساس للمسؤولية التقصيرية
71	تمهيد وتقسيم

72	المبحث الأول : النظرية الموضوعية وتقديرها.....
73	المطلب الأول : النظرية الموضوعية.....
84	المطلب الثاني : تقدير النظرية الموضوعية.....
95	المبحث الثاني : نظرية تحمل التبعة.....
96	المطلب الأول : الصورة العامة أو المطلقة لنظرية تحمل التبعة.....
99	المطلب الثاني : الصورة الخاصة أو المقيدة لنظرية تحمل التبعة.....
102	المبحث الثالث : الضرر الموجب للمسؤولية التقصيرية.....
103	المطلب الأول : الضرر المادي.....
107	المطلب الثاني : الضرر المعنوي.....
	الفصل الثالث
159 - 121	أساس المسؤولية التقصيرية في الفقه الإسلامي.
122	المبحث الأول : المسؤولية المطلقة أو المباشرة.....
125	المطلب الأول : طبيعة فكرة المباشرة وشروطها.....
128	المطلب الثاني : دفع ضمان المباشرة.....
135	المبحث الثاني : المسؤولية المقيدة أو التسبب.....
139	المطلب الأول : شروط التعدي ومعياره.....
142	المطلب الثاني : تطبيقات التسبب مع عدم الاحتراز.....
160	الخاتمة.....
166	فهرس الآيات القرآنية.....
167	فهرس الأحاديث النبوية.....
168	فهرس الأعلام.....
171	فهرس المصادر والمراجع.....
185	فهرس الموضوعات.....