

جامعة محمد الصديق بن يحيى - جيجل  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
قسم الحقوق

## أساس التعويض في المسؤولية التقصيرية في الفقه التقليدي

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص  
تخصص: القانون الخاص للأعمال

إشراف الأستاذ:  
بن غريب رابح

من إعداد الطالب:  
بلال عيسى

لجنة المناقشة:

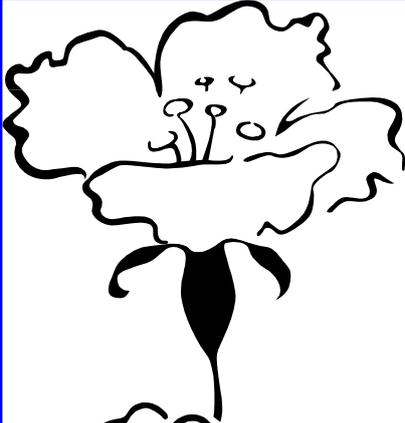
- د - بلحيرش حسين، أستاذ محاضر أ، جامعة جيجل ..... رئيسا  
أ - بن غريب رابح، أستاذ مساعد أ، جامعة جيجل ..... مشرفا و مقررا  
أ - بعداش اليامين، أستاذ مساعد أ، جامعة جيجل ..... ممتحنا

السنة الجامعية: 2015-2014

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

" وَقُلْ رَبِّ زِدْنِي عِلْمًا "

طه: 114.



إلى الله



إلى الوالدين الكريمين، أطل الله في عمرهما  
إلى إخوتي وأخواتي،  
إلى أساتذتي،  
إلى أصدقائي،  
وكل من ساعدني في دراستي،  
إليهم جميعا أهدي ثمرة جهدي.

عيسى

# كلمة شكر

نتقدم بجزيل الشكر إلى

الأستاذ المشرف: " بن غريب رابح "

لقبوله الإشراف على هذه المذكرة

وعلى الجهود التي بذلها في تصحيحها وتقييمها.

كما أتقدم بجزيل الشكر للسادة الأساتذة على قبولهم الإشتراك في لجنة

## المناقشة

إضافة إلى الأساتذة المذكورة أسماءهم

سما نصر الدين. قريمس عبد الحق. عنصل كمال الدين

كامل فؤاد على ما قدموه لنا من مساعدة

وإلى كافة أساتذة وطلبة كلية الحقوق

وشكرا

عيسى

## قائمة المختصرات

### ❖ باللغة العربية

- د.ب.ن: .....دون بلد نشر.  
د.ت: .....دون تاريخ نشر.  
ط: .....الطبعة.  
ج: .....الجزء.  
ص: .....الصفحة.  
ج.ر: .....الجريدة الرسمية.

### ❖ باللغة الفرنسية

P. : .....page.

Op.cit : .....Référence Précédement Citée.

مقدمة

تكتسب المسؤولية المدنية أهمية بالغة تجعل لها مكانا مرموقا و متميزا في عالم القانون، بل تحتل مركز الصدارة، نظرا لما تتميز به من تطور وتقدم في أحكامها يتفق وتطور المجتمع وتقدمه، ويتماشى مع ما يسوده من أفكار وأنشطة.

وتقسم 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 عما هو عليه الحال في الفقه الإسلامي، حيث يقسم الضمان إلى ضمان العقد و ضمان التعدي.

ولئن كانت المسؤولية التقصيرية و التي هي مدار بحثنا تجد مصدرها في الفعل الضار الذي يترتب عليه القانون التزاما بالتعويض، غير أن هذا الأخير قد اختلف فقهاء القانون حول الأساس الذي يبنى عليه، وقاد هذا الاختلاف إلى ظهور نظريات تعددت نظراتها فكان نتيجة حتمية أن اختلفت في مضمونها، ولكن هذا الاختلاف كان نتيجة بديهية نظرا للارتباط الوثيق بين التطور الاجتماعي والاقتصادي والسياسي، مع الجانب القانوني وحتمية ذلك أن ما يعد اليوم مستقرا وثابتا، قد يأتي عليه الغد ليحليه بصورة مغايرة تماما لما كان عليه، فكانت بدايتها مسؤولية شخصية بنت أساس إلزامها استلهاما من أفكار دينية كنسية، أو لما تركته هذه الأخيرة من تأثير على رجال الفقه القانوني في القرن التاسع عشر وهو ما تجلى في "فكرة الخطأ"، هذه الأخيرة التي اشتقت وجودها من كلمة "خطيئة"، وتم في هذه الفترة وضع القانون الفرنسي لعام "1804" الذي عرف بتقنين "نابليون"، واستقرت فكرة الخطأ أساسا لهذا القانون، فكان مدار البحث والاهتمام دائما هو سلوك الإنسان وذهنيته وشخصيته، أي شخص المسؤول.

ومع تطور الحياة البشرية و ظهور معطيات جديدة مخالفة تماما لما كانت عليه الحياة في السابق، ظهرت الحاجة إلى إعادة التفكير في الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية

المدنية فلم يعد الإنسان وحده من يتصور أن يصدر منه خطأ، فقد اقتحمت التقنية معيشة الإنسان بقوة نتيجة النهضة الصناعية في أوربا عموماً، وأصبحت بذلك الرفيق الدائم للإنسان، وكثرت الحوادث خاصة في الأوساط العمالية، وأدى ذلك إلى عجز نظام التعويض القائم آنذاك على مواكبة التطور، فسعى الفقه الذي حمل ثقل لواء التغيير بداية، متجهاً نحو الأخذ بيد هذه الفئة الضعيفة وأصبح الاهتمام منصبا على شخص المضرور لا المسؤول.

ولم تتوقف جهود الفقه عند هذا الحد حتى قامت محاولة جديدة، حاولت بنظرها تلك إعطاء مفهوماً جديداً لأساس المسؤولية المدنية، ولا يخف عنا كذلك أن الفقه الإسلامي كان السباق إلى تنظيم مسائل حياتنا البشرية، فكان الفقه غرضه هو محو الضرر وإزالته وتلافي الأضرار شأنه شأن القاعدة الرومانية التي فرضت التيقظ بمنع الأذى عن الآخرين، والتي اعتبرت أن مجرد الإخلال بهذا الواجب يرتب التعويض.

إن دراسة هذا الموضوع تنطوي على أهمية بالغة، كونها تصب في واقع المجتمع فقضية التعويض، هي قضية العصر، فلا تكاد تخلو دعوى قضائية منه، ونحن نطالع الصحف اليومية والمجلات القضائية، ولهذا انصبت جهود الفقه وعلى ومر الأيام على تهيئة صيغة قانونية تكفل النهاية السعيدة لدعوى المسؤولية المدنية، ألا وهي الحصول على التعويض.

إن أسباب اختيارنا لهذا الموضوع راجعا، لكونه موضوعاً حيويًا يستدعي وفي كل مرة إثارة الجدل والنقاش الفقهي القانوني الحاد بخصوصه، نظراً لتعلقه بحق أسمى يملكه الإنسان على الإطلاق، هو حقه في حماية جسمه وماله ضد أي اعتداء، وهذا الحق إنما يستلزم حماية القانون له من خلال إيجاد أساس عادل يكفل في حال الاعتداء على هذا الحق المقدس للإنسان، حقه في الحصول على تعويض عادل.

وإننا لا نبالغ إن قلنا أن موضوعات المسؤولية المدنية قليلة الدراسة والتمحيص على

الرغم من خطر و أهمية هذا الموضوع من الناحيتين النظرية والتطبيقية، فإن تصفحنا قائمة المؤلفات القانونية العربية، فإننا لا نكاد نعثر إلا على عدد قليل محدود من هذه المؤلفات بل فقط العدد اليسير منها، وإن وجدت فإنها تكاد تكون أشبه ببعضها، ومقتصرة على بحث مسألة جزئية من مسائل المسؤولية، لم تتجاوز نظرتها إلى النظرة الشاملة.

وعليه فإني لا أخفي في هذا المقام، الصعوبة التي واجهناها ونحن بصدد إعداد بحثنا هذا، نظرا لقلّة المراجع المتخصصة، والبحوث والدراسات الأكاديمية التي خاضت في هذا الإتجاه، إلا ما قل منها ونذر وخاصة في الجزائر، أضف إلى ذلك توازي وتقاطع آراء الفقهاء وشرح القانون في البلاد العربية بخصوص هذه المسألة، إضافة إلى عامل الزمن والذي لم يكن بحق في صالحنا، نظرا لما يحتاجه هذا الموضوع من بذل جهد وبحث كافي بغية الوقوف على كل كبيرة وصغيرة منه، وإخراجه في أحسن صورة.

إن إشكالية الموضوع، تتضح من خلال ما تم إيجازه سابقا، وهو بحث الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية المدنية، فكيف أصبحت "فكرة الخطأ" أساس لهذه المسؤولية في فرنسا، ولماذا تراجعت بعد ذلك أمام "نظريات التبعة" و"الضمان"، ما التأثير الذي تركته خصوصا نظرية التبعة على تطور النظم القانونية والتطور الاقتصادي عامة، وما هي التطورات العديدة التي حدثت مؤخرا في المسؤولية الفردية القائمة على الخطأ، وما موقف الفقه الإسلامي من هذه المسألة، وهل تعاني هذه الأخيرة من أزمة حقيقية تهدد وجودها ذاته وبالتالي المستقبل الذي ينتظرها ؟

مما سبق قمنا بدراسة بحثنا هذا، اعتمادا على المنهج الوصفي التحليلي، من خلال تحليل ووصف التطورات الحاصلة فيما يخص أساس على مستوى صرح المسؤولية المدنية إضافة إلى المنهج المقارن حيث عمدنا في أحيان كثيرة إلى المقارنة بين القانون الفرنسي والقانون الجزائري، والقانون المصري، باعتبار أن القانون الفرنسي هو المنبع والمشرّب الأساس لهذه التشريعات العربية.

وعليه ولدراسة موضوعنا هذا قمنا بتقسيم بحثنا إلى ثلاثة فصول، وكل فصل إلى  
مبحثين فكان كالتالي:

الفصل الأول: نظرية الخطأ.

المبحث الثاني: عرض نظرية الخطأ.

المبحث الثاني: عناصر نظرية الخطأ.

الفصل الثاني: نظرية تحمل التبعة.

المبحث الأول: عرض نظرية تحمل التبعة.

المبحث الثاني: صدى النظرية والنقد الموجه لها.

الفصل الثالث: نظرية الضمان.

المبحث الأول: نظرية الضمان في الفقه القانوني.

المبحث الثاني: نظرية الضمان في الفقه الإسلامي.

# الفصل الأول

## نظرية الخطأ

يفتضي البحث في الخطأ كأساس للمسؤولية التقصيرية التطرّق ولو بإيجاز لأصل هذه النظرية، التي أخذت مكانا مرموقا في التشريعات الوضعية، فالنظرية الشخصية تعتبر نتاجا لما عرفه المجتمع الروماني من تطوّر عبر مختلف حقبة الزمنية، ففي بداية العهد الروماني كانت السلطة المركزية في أضعف مراحلها حيث سادت روح الانتقام والثأر، فكانت المسؤولية الفردية مسؤولية جماعية، فالفرد لا قيمة له، ولا وجود له من دون جماعته، فترتّب على ذلك حالة لا استقرار، مما أدّى بعد ذلك إلى ضرورة تنظيم عملية الثأر، فأصبحت بذلك عملية فردية تأخذ شكل القصاص فكان الأساس هو العين بالعين<sup>1</sup> والسن بالسن.

وفي مرحلة لاحقة ظهر ما يعرف باسم الدية كبديل يحقق مصلحة أفضل للمضرور فكانت بدايتها اختيارية وهو ما يبين اعتبارها شكل من أشكال العقوبة، وحتى بعد أن أصبحت الدية إجبارية لكنها رغم ذلك بقيت محتفظة بشكلها السالف الذكر، فكانت وظيفتها إذا ردية لا إصلاحية<sup>2</sup>، والدليل على ذلك أنها تفوق أحيانا حتى الضرر الحاصل، وهكذا بقي التطوّر في الجزاء والأثر المترتب لكن بعيدا عن أي تطوّر في الأساس الداعم لقيام المسؤولية، فكانت المسؤولية مبنية على الفعل المادي المحض فلا اعتبار لشخص الفاعل أبدا، لكن وفي مرحلة متقدّمة بدأت رياح التغيير تهب تزامنا مع زيادة بروز السلطة المركزية ووجود الدولة، وظهر آنذاك قانون الألواح "الإثني عشر" الذي حدّد الجزاءات وفرّق بين الأفعال ضمن جرائم خاصة تمس الأفراد و جرائم عامة تمس الدولة، لكن بقي الضرر هو الأساس في ذلك، لكنها كانت خطوة نحو الاهتمام بالفعل، ثم تلاها قانون "أكيليا" الذي اشترط بعض الأوصاف في الأفعال حتى تؤسس عليه المسؤولية، فكانت هذه بادرة بداية

<sup>1</sup> - سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الالتزامات في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، المجلد الثاني، ط5 دار الكتب القانونية لبنان، 1988، ص25.

<sup>2</sup> - جميل الشرفاوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995 ص497.

مخاض لتمايز المسؤوليتين الجنائية والمدنية والذي استتبع ضرورة تغيير أساس كل منهما إذ تم ضبط عملية المساءلة فليس كل فعل ضار يستتبع المسؤولية، إلى أن تم التوصل إلى المبدأ الشهير المعروف حالياً في القانون وهو ما يطلق عليه مبدأ المشروعية<sup>1</sup>، وكان هذا في أواخر عهد الإمبراطورية الرومانية، لكن هذه المرحلة عاصرت بدأ ظهور التأثير الأخلاقي والديني على المسؤولية نتيجة التأثير بالكنيسة اليونانية واهتمامها بنية إحداث الضرر وبفكرة الخطيئة، ووجدت ضرورة لاستحداث فكرة جديدة تفتح المجال للتوسع في الأفعال التي يسأل مرتكبها، وكانت هذه الفكرة، هي "الخطأ"، إلا أنه يلاحظ أنها بقيت مجرد فكرة، فكان تأسيس المسؤولية، على الفعل الضار في أواخر العهد الروماني.

أتت مرحلة ثانية بلغت أوجها في القانون الفرنسي القديم والحديث، حيث كان هذا القانون يشكل امتداداً طبيعياً لما وصل إليه القانون الروماني، وتم الاعتماد على محل وقوع الضرر، بحيث تم تقسيم الأفعال إلى جرائم تقع على الأموال وهي جرائم خاصة، وأخرى تقع على الأشخاص وهي جرائم عامة، وكانت التي تقع على الأموال تشكل جريمة مدنية تستوجب التعويض، وفي هذه المرحلة بالذات بدأ الفصل بين المسؤوليتين الجنائية والمدنية وعليه فإن التعويض أول ما ظهر في القانون الفرنسي حمل فكرة العقوبة والردع، لكن الفقه الروماني ترك بصمته على الفقه الفرنسي كما سلف الذكر، متأثراً بالأصول الأخلاقية للمسؤولية في الفكر الكنسي والذي اهتم بالإرادة الحرة القادرة على تمييز الخير والشر ومحاسبة النفس قبل محاسبة الغير، فجعل كل هذا شرطاً لمساءلة الإنسان، حيث لا يسأل إلا إذا خالف قاعدة أخلاقية أو دينية، إضافة إلى كونه مكلفاً والعقل هو مناط التكليف، فكان هذا هو أصل كلمة خطأ التي اشتقت من "خطيئة"، نظراً لما تركته الكنيسة من تأثير على

<sup>1</sup> - منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، دراسة مقارنة، دراسة مقارنة، ج1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1996، ص337.

الفقه الروماني وصولاً إلى الفقه الفرنسي، وكان الفقيه "دوما" أول من نادى بالخطأ كأساس للمسؤولية بصفة مطلقة، ولكن مع انفصال المسؤوليتين الجزائية والمدنية في القانون الفرنسي وظهور الوظيفة الإصلاحية للتعويض، كانت بحاجة لضابط وجودها وتأسيسها، فاعتبر الخطأ يمثل الأساس الأصلح، الذي يعتمد لقيام المسؤولية التقصيرية خاصة وأنها لم تنزل متأثرة بالمسؤولية الجزائية رغم انفصالها، ولما كانت طبيعة الأثر والحكم المترتب على وجودها يؤكد الحاجة إلى ضابط فضفاض واسع يوائم بين وظيفة جبر الأضرار وعدم القدرة على التخلص من المسؤولية الجزائية، كان الخطأ دون شك يمثل المخرج لتلك الحاجة والمتناغم مع الفكر الأخلاقي السائد في تلك المرحلة الزمنية، ولقد تبناه القانون الفرنسي كأساس للمسؤولية التقصيرية في مدونة نابليون<sup>1</sup> لسنة "1804"م، وهكذا قامت النظرية الشخصية واستقرت في العديد من القوانين التي ورثت أحكامها عن القانون الفرنسي والنظام اللاتيني بشكل عام.

<sup>1</sup> - علي السرطاوي، ركن الخطأ في المسؤولية التقصيرية، دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري والقانون المدني الأردني، قدمت هذه الأطروحة استكمالاً لمتطلبات الماجستير في القانون الخاص، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين 2006، ص19.

## المبحث الأول: عرض لنظرية الخطأ.

لقد التف حول هذه النظرية جمع كبير من فقهاء القانون أمثال "ريبير"، "ليون"، "هنري مازو" الذين أسهموا جميعاً في تطويرها وتقدير انسجامها مع الاجتهاد<sup>1</sup>، لكن فرض النظرية الشخصية نفسها على أذهان رجال الفقه والتشريع، لم يكن إلا تماشياً مع الفكر الفلسفي الطاعني آنذاك، أي النزعة الفردية، والتي تقرّر أنه لا قيام لمسؤولية أي فرد إلا إذا أخل بالواجبات الملقاة على عاتقه، باعتبارها القيد الذي يرد على حريته ضماناً لحقوق الآخرين.

إن تأسيس أي فكرة ومحاولة ترسيخها وتثبيت وجودها، لا بد لها من جهة من أسانيد ومرتكزات للتدليل على صحتها وكفاءتها وتكون الدقة أوضح لمجال أعمالها، ومن جهة أخرى فإنه لا بد من التدليل على مفهومها.

### المطلب الأول: مرتكزات نظرية الخطأ وتقديرها.

إن مرتكزات النظرية الشخصية تظهر فيما ساقه أنصارها من أسانيد وحجج لتبرير القول بهذه النظرية، وعليه نتولى بيانها مع العرض لتقديرها.

### الفرع لأول: أسانيد وحجج نظرية الخطأ.

وسنبدأ أولاً ببيان أسانيد هذه النظرية، ثم دراسة حججها ثانياً.

### أولاً: أسانيد نظرية الخطأ.

لا تخرج أسانيد نظرية الخطأ عن ثلاثة، وهي السند التاريخي، الأخلاقي و التشريعي.

<sup>1</sup> - عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن فعل الأشياء في مبادئها القانونية وأوجهها العلمية، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، منشورات عويدات، بيروت باريس، الجزائر، 1981، ص380.

**1- السند التاريخي:** يظهر لنا في إطار هذا العنصر، أن أهم مرتكز، بل أقواه على الإطلاق لتبرير القول بالنظرية الشخصية، كان ولا يزال الجانب التاريخي، بل قد لا تحيد حجج أنصار هذه النظرية عن الإطار التاريخي لها، وتطورها وإقرارها تشريعاً وقضاءً<sup>1</sup>.

لقد مرّ بنا من خلال مدخل الفصل أن فكرة الخطأ، هي فكرة مستحدثة إلى حد ما أدخلت على الفكر القانوني نتيجة الأثر الذي تركته الكنيسة، و المستوحاة من فكرة "خطيئة" التي تبلور اتجاهي الخير والشر، وقد ورث القانون الفرنسي القديم ومن بعده الجديد لسنة 1804م هذه الفكرة، وتقرّر أنه "لا مسؤولية دون خطأ"، وهاهو الفقيه "دوما" يقول: "إذا نشأ أي ضرر غير متوقع عن فعل بريء، لا يمكن نسبة أي خطأ إلى فاعله، فلا يكون الفاعل مسؤولاً عنه"<sup>2</sup> ومنه أخذ الخطأ مكانه كأساس وحيد للمسؤولية المدنية والمسؤولية التقصيرية خاصة.

**2- السند الأخلاقي:** يدعم أنصار النظرية الشخصية فكرتهم هذه بالقول إن نظريتهم تجد 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" و"سالmond": "إن قواعد النظام القانوني يجب أن تكون مرتبطة بالضرورة بمعايير الأخلاق وقواعد العدالة، وهذا الارتباط هو الذي يفسّر ظاهرة

<sup>1</sup> - جبار صابر طه، إقامة المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع على عنصر الضرر: دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، رسالة ماجستير في القانون، مديرية مطبعة الجامعة، جامعة صلاح الدين، 1984، ص 70.

<sup>2</sup> - سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، القسم الأول، الأحكام العامة، أركان المسؤولية، الضرر والخطأ والعلاقة السببية، ط2، مطبعة الحبلأوي، معهد البحوث والدراسة العربية، 1971، ص 81.

الحقوق القانونية<sup>1</sup>.

بناء على هذا فإنه لا بد طبقاً لهذا السند الأخلاقي، من توافر قصد الإضرار لدى الفاعل، فيلزم بأداء التعويض، وهذا بالتحديد العنصر النفسي في الخطأ، إذن فوجود هذا السند يعزّز الخطأ ويقيم للنظرية الشخصية ديمومة في التطبيق والإرساء ببقائه لأنها دونه تفتح المجال للنظرية الموضوعية.

**3- السند التشريعي:** إن أنصار هذه النظرية يتشبثون طبقاً لهذا السند، بجملة نصوص من التقنين المدني الفرنسي، خصوصاً المادة "1382"، التي تشترط صراحة توافر الخطأ لوجوب طلب التعويض، ولم يكن هذا إلا لإرساء النظرية الشخصية، كونها سابقة الوجود على النصوص التشريعية اللاحقة لها، والمؤيدة لفحواها تبعاً، أي بعد ظهور التقنين المدني لسنة "1804"م، حيث 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"<sup>2</sup>.

لقد كان لهذه الكلمات الصدى الكبير، حيث تلقّفتها المشرّع الفرنسي داعماً إياها من خلال التقنين المدني، وخذت حذوه مختلف القوانين رابطة ومقيّدة المسؤولية التقصيرية بالخطأ.

وهكذا راح أنصار مدرسة الشرح على المتون ومنهم "ديمولومب" و"لوران" إلى تقديس

<sup>1</sup> - وسيلة أحمد شريط، أساس المسؤولية التقصيرية: دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في الشريعة والقانون، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، 1420هـ، 1999-2000، ص31.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص31.

النصوص التشريعية استناداً إلى الأعمال التحضيرية للقانون المدني، وأنه لا يجوز للفقيه ولا حتى القاضي تفسير النصوص وفقاً للتطورات الاجتماعية، بل يجب البحث دائماً عن نية المشرع الحقيقية عند وضع النص والالتزام بحكمه، وهكذا تبنت هذه المدرسة كأصل عام الخطأ كأساس للمسؤولية<sup>1</sup>.

### ثانياً: حجج نظرية الخطأ.

من جملة الحجج التي تمسك بها أنصار النظرية الشخصية لتبرير الخطأ كأساس للمسؤولية التصيرية ما يأتي:

1- انطلاقاً من أنصار النظرية الشخصية كان مفادها أن إلغاء الخطأ كأساس للمسؤولية وإحلال المسؤولية الموضوعية محلّه، يؤدي إلى فتور روح المسؤولية لدى الفرد، وتزايد حالات الأضرار في المجتمع، لذا فالوضع السليم للمسؤولية وهو الوضع القائم، يعطي للخطأ دوره الفعال لتحديد من يتحمل عبء التعويض، ويتعين على المضرور تحمّل الضرر في حالة انتفاء الخطأ، بقيمة ما أصابه<sup>2</sup>، إذا فالحاصل هو أن يسعى الفرد بقدر ما استطاع لضبط سلوكه لتفادي أي خطأ ينجّر عنه ضرر بالغير وبالتالي التعويض، كمقابل فإنه يسعى إلى تفادي إضرار غيره به، حتى لا يدخل في دوامة إثبات الخطأ، وإذا من يتحمّل التعويض؟ فالخطأ كأساس للمسؤولية لا يزال عاملاً مهماً في التقليل من الأضرار وتفاديها من ناحية المسؤول أو المتضرر<sup>3</sup>.

2- يؤكد أنصار هذه النظرية أن الأخذ بالنظرية الموضوعية، إنما هو ضد المصلحة

<sup>1</sup> - وسيلة أحمد شريط، المرجع السابق، ص 31.

<sup>2</sup> - محمد إبراهيم دسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، مطابع رمسيس، الإسكندرية، د. ت.، ص 189.

<sup>3</sup> - وسيلة أحمد شريط، المرجع السابق، ص 32.

العامة وتؤدي إلى نتائج خطيرة جداً، وإلى شلل نشاط المنافسة بين الأفراد، لأنه بذلك وقبل ممارسة الفرد لأي نشاط، يقوم بتحديد ما قد يعود عليه من مسؤوليات وتبعات جزاء نشاطه ويعني هذا بطريقة مباشرة إحجام الفرد عن القيام بأي نشاط.

3- يرى أنصار النظرية الشخصية في موقف الفقه والقضاء المعادي للنظرية الموضوعية أنه 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، اللتان لا تكفيان، إذ الغرض الأساسي يبقى الجبر المادي للضرر، والفرد كائن اجتماعي يعيش وسط جماعة، والنتيجة أنه قد يضرّ بهم أو العكس، لذلك يجب أن يحتاط في التعامل معهم وأن لا يأتي خطأ، ذلك أن الفعل الخاطئ الذي يأتيه كان في استطاعته أن يتجنبه، وبذلك يبقى الخطأ ركناً أساسياً في المسؤولية ولا تقوم إلا بوجوده<sup>1</sup>.

4- يقول "بلانيول": "إن نظرية الخطأ قرينة العدالة، وأن المسؤولية المدنية بلا خطأ معناها لا عدالة، ومساءلة شخص في القانون المدني تقابل في قانون العقوبات معاقبة بريء"<sup>2</sup>.

5- إن التعويض وإن قيل عنه أنه ليس عقوبة، إلا أنه لا جدل أنه يصيب ذمة المرء أي الانتقاص من ذمته، إذا فهو على الأقل لا يخلو من طابع الجزاء<sup>3</sup>.

6- يصرّح أنصار هذه النظرية أن الخطأ كأساس يبرر بعض الأوضاع القانونية

<sup>1</sup> - محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص 189.

<sup>2</sup> - وسيلة أحمد شريط، المرجع السابق، ص 33.

<sup>3</sup> - نعيم عطية، تحديد مدلول الحراسة، مجلة المحاماة، العدد 35، السنة 1995، ص 600-601.

كوضعية عديم التمييز أو فاقده، ذلك أن القول بتجريد المسؤولية المدنية من المسؤولية الأدبية غير صحيح، لأنها تظل مرتبطة بالعامل الأدبي، وعليه فمناط المسؤولية هو التمييز فالشخص الفاقد لهذا العنصر، لا تجوز مساءلته لا مدنيا ولا أدبيا ولا جنائيا، طالما كانت المسؤولية قائمة على الخطأ، هذا بعينه هو فضل النظرية الشخصية<sup>1</sup>.

ويمكن القول أن القضاء بخصوص القول السالف الذكر، أنه قد خرج عنه، فلم يأخذ به في كثير من الحالات، وكان من بين هذه الأخيرة حالة عدم وجود مسئول عن عديم التمييز<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: تقدير نظرية الخطأ.

إن معالجة نظرية الخطأ من زاوية العرض إلى تقديرها، يستدعي منا بحث أسانيد هذه النظرية، بتفنيدها من جهة، ومن جهة أخرى تبيان مظاهر عيوبها.

### أولا: تفنيد أسانيد النظرية الخطأ.

على منوال بيان أسانيد النظرية الشخصية السابقة الذكر، نورد تفنيد هذه الأسانيد.

**1- بالنسبة للسند التاريخي:** استمد هذا السند جذوره من القانون الروماني وتعاليم الكنيسة تجسيدا لمبدأ "لا مسؤولية دون خطأ" كما سبق ذكره، لكنه لاقى الحجة لإبطاله من معارضي هذه النظرية، فكان الردّ تاريخيا استقصاء لأمم سالفة الوجود<sup>3</sup> على القانون الروماني وأيضا الكنسي، وهذه الأمم قامت المسؤولية في عصرهم على الضرر ترجيحا للجانب الموضوعي وليس على الخطأ.

<sup>1</sup> - وسيلة أحمد شريط، المرجع السابق، ص 34.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 34.

<sup>3</sup> - محمود شلتوت، الإسلام عقيدة وشرعية، دار الشروق، القاهرة، بيروت، 1992، ص 403.

وبمجاورة مرحلة القانون الروماني، وقوفاً عند ما كان من نهج الشريعة الإسلامية نجد أنها بخصوص هذه المسألة لم تأخذ بفكرة الخطأ، بل حصرت النظر في محدث الضرر الذي يلزم بالتعويض أو الضمان باتفاق الفقهاء المسلمين، كما تتجلى خصوصية التشريع هنا في فكرة التمييز، التي لم يكن لها اعتبار لقوله تعالى: (وكل إنسان ألزمناه طائره في عنقه)<sup>1</sup>. وبالتقدّم نحو العصر الحديث، وتغير الأوضاع والزمان تحتمّ إعادة النظر في النظرية الشخصية، نتيجة انتصار الاتجاه الاشتراكي على غريمه الرأسمالي الفردي، حيث كان للنظرية الموضوعية الأثر الكبير والفعال، وأدى إلى التراجع المحسوس لفكرة الخطأ، لأنها تخالف التطور الاجتماعي والقانوني والاقتصادي، وعليه فإن هذا السند يتراجع كلما تمعنا في الشرائع المقارنة قديمها وحديثها<sup>2</sup>.

**2- بالنسبة للسند الأخلاقي:** هناك عبارة شهيرة للفقهاء الروماني "بول"<sup>3</sup> مفادها: "ما يسمح به القانون لا يتفق دائماً مع الأخلاق"، وهي عبارة مسلّم بها على أن للأخلاق مجالها المنظم وكذلك للقانون.

لم يكن الخلط بين الأخلاق والقانون إلا في العصور الوسطى، ثم ما لبث أن عاد الفصل بينهما حديثاً، ومفاد فكرة الفصل هذه أن وجود القانون شيء، والحكم عليه بمعايير القبح والحسن شيء آخر<sup>4</sup>، وفي الحقيقة فإن الغاية من الفصل بين القانون والأخلاق هي في النهاية أن يحصر القانون اهتمامه في القانون كما هو كائن، دون الاهتمام بالقانون كما

<sup>1</sup> - الآية: الإسراء 13.

<sup>2</sup> - وسيلة أحمد شريط، المرجع السابق، ص 36.

<sup>3</sup> - عبد المنعم فرج الصده، أصول القانون، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، د.ت.، ص 28.

<sup>4</sup> - وسيلة أحمد شريط، المرجع السابق، ص 36.

يجب أن يكون<sup>1</sup>.

ما يمكن قوله في هذا السند أن القول بوجود قاعدة أخلاقية مرغوب فيها لا تعني ارتقائها إلى مرتبة القانون، ولا أن وجود قاعدة قانونية مخالفة لمعايير الأخلاق لا يخلع عنها صفة القانون<sup>2</sup>، كما وأن المشرع لم ينتكر للأخلاق التي هي العدالة في وجه من الوجوه يوم تنكّر للنظرية الشخصية، وتبنى النظرية الموضوعية في تبعات العمل وقوانين عدة تماشياً مع متغيرات العصر، وكانت الأخلاق الداعية القوية لهذا التغيير.

كما أنه من ناحية أخرى فإن عديم التمييز لا يمكن أن يسأل عن خطئه مهما بلغ حسب النظرية الشخصية، رغم المبدأ الذي يسود هذه الأخيرة، والتي تأبى أن تقيم المسؤولية على غير الخطأ، أولاً يعد هذا تناقضاً واضحاً داخل صرح هذه النظرية؟.

إذا فالقانون والأخلاق لا يمكن لهما الاختلاط إلى الحد الذي تقام عليه نظرية قانونية على أساس خلقي يتبنى فكرة الخطأ<sup>3</sup>.

**3- بالنسبة للسند التشريعي:** إن الأمر هنا يتعلّق بما قالت به مدرسة الشرح على المتون والتي تذهب إلى تقديس النصوص القانونية ولو اتّضح عدم انسجامها مع متغيّرات الحياة، وهي التي قرّرت بأن المادة "1382" من التقنين المدني الفرنسي، ينصّب الخطأ كأساس للمسؤولية ولا يجوز لا للفقهاء ولا للقاضي الخروج عنه<sup>4</sup>.

ما يمكن الردّ به على هذه المدرسة؛ هو أن القانون لا فائدة مرجوة منه، ما لم يأخذ

<sup>1</sup> - عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص14.

<sup>2</sup> - وسيلة أحمد شريط، المرجع السابق، ص37.

<sup>3</sup> - سعد واصف، التأمين من المسؤولية: دراسة في عقد النقل البري، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، دار النشر للجامعات المصرية، 1985 ص115.

<sup>4</sup> - جبار صابر طه، مرجع سابق، ص95.

بعين الاعتبار التطورات الحاصلة في المجتمع، بقي في حالة جمود لا حياة فيه، كما أن الفقه نفسه قد انساق إلى هدم هذا السند، نتيجة ما استجدّ من ظروف الحياة، ورأى في قداسة النصوص تعارضها مع الأخلاق والعدالة، وهذا يناقض حتى المنطق السليم عند الفقه التقليدي نفسه<sup>1</sup>، ونموذج هذا التحوّل، هو مظهر مثالي للنظرية الموضوعية كان حتى على مستوى القضاء دون التصريح بذلك، بأن تم إدخال فكرة الخطأ المفروض في المسؤولية عن فعل الأشياء، وهو خطأ تصوّري لا وجود له في الحقيقة، بل كان حيلة توصل من خلالها القضاء إلى إعفاء المضرور من عبء الإثبات، نتيجة تهاطل الانتقادات على هذا النص وما يؤكد هذا القول، ما صدر عن محكم النقض بتاريخ 27-10-1885 فيما يتعلق بمسؤولية الحيوان، إذ قرّرت في هذا الصدد قيّام هذه المسؤولية على الافتراض الذي لا يقبل إثبات العكس، ولا يدحض إلا بإثبات السبب الأجنبي، والذي يؤكد تبني القضاء لنظرية تحمّل التبعية<sup>2</sup>

### ثانياً: مظاهر عيوب نظرية الخطأ.

تتجلى مظاهر عيوب النظرية الشخصية من ناحيتين هما: الأولى تتمثل في الخطأ قوام العدالة الفردية، أما الثانية وكبحه للتطور الاجتماعي والاقتصادي والقانوني.

**1- الخطأ قوام العدالة الفردية:** لقد أخذت الشرائع الحديثة في أغلبها بفكرة الخطأ بطريقة مخالفة لما كان سائداً عند الرومان، وبما أن التقنين الفرنسي انتهى إلى اعتبار

<sup>1</sup> - علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2003، ص156.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص157.

الخطأ أمراً متفقاً مع فكرة الأخلاق، التي توجب عدم الإضرار بالغير<sup>1</sup>، فلم يكن من الأصلح القول بالمسؤولية دون خطأ، وحيث صاحب هذه الفكرة انتشار المذهب الفردي، الذي يحمي الفرد ومصالحه، فكانت النتيجة الطبيعية هي انصراف أذهان واضعي التقنين الفرنسي في القرن التاسع عشر، إلى جعل الخطأ الأساس الوحيد للمسؤولية التقصيرية، فكان للخطأ دوره الفعّال في تحقيق العدالة آنذاك.

لكن ومن جهة أخرى، هذه العدالة بعينها تقتضي منّا وبعدمًا تطوّرت مختلف نواحي الحياة أعمالها قدر المستطاع، لكن ذلك لا يمكن أن يتحقق لو اعتمدنا على هذه النظرية في إطلاقها دون التحوّل إلى موضوعية التعويض، هذه الأخيرة التي ترعى الاعتبارات والمصالح الاجتماعية، أكثر من غريمتها الشخصية، فالموضوعية هي انعكاس لوجهة نظر المتضرّر لا المسؤول، وخير دليل على ذلك فيما لو استحال إسناد الخطأ إلى أي طرف كان<sup>2</sup>، فمن يتحمّل الضرر؟.

إن منطق العدالة يقضي بتحميل ذلك للطرف الإيجابي، وهذا دليل على تماشي موضوعية التعويض والعدالة أكثر منها والنظرية الشخصية<sup>3</sup>.

## 2- الخطأ عرقله كبح للتطور الاجتماعي، والاقتصادي، والقانوني:

إن الأوضاع الاجتماعية هي مرآة للأوضاع الاقتصادية وانعكاس لها في أي مجتمع وإنه لا جدل أن الحياة كلما ازدادت تمدّنا وتطوّرا، زادت العلاقات الاجتماعية تشابكا وتعقّدا مما يقتضي وجود قواعد تنظم هذه العلاقات، عاكسة بذلك التطور الحاصل في المجتمع.

<sup>1</sup> - محمود جمال الدين زكي، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، ط 2، مطبعة جامعة، القاهرة، 1976، 452.

<sup>2</sup> - وسيلة أ حمد شريط، مرجع سابق، ص 39.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص 39.

أما الترابط بين تطور الحياة والنصوص القانونية ومواكبتها لذلك فإنه، لما كانت الحياة متجددة ومتغيرة، والنصوص ثابتة جامدة، ظهرت مشكلات ثلاث كشفت واقع القانون في المجتمعات بأسرها، مشكلة الثغرات إذ النصوص متناهية والوقائع عكس ذلك، الحاجة إلى ملاءمة النصوص بين عمومياتها وخصوصيات الحياة، والحاجة إلى تجديد شباب القانون كلما تغيرت ظروف المجتمع<sup>1</sup>.

لقد كان الأخذ بفكرة الخطأ هو محل الربط بين القاعدة القانونية والحياة الاجتماعية التي سادت أثناء ظهور القانون المدني الفرنسي لسنة "1804"، وتم التسليم في مرحلة سابقة أن الخطأ هو قوام العدالة الفردية، لكن وأن الحياة تغيرت وتطورت، فإن الحاجة كانت ملحة إلى تغيير القاعدة، أي ضرورة البحث في أساس جديد يتماشى وفق المنطق المتبع، وهو التغيير الاجتماعي والاقتصادي<sup>2</sup> بعدما استدعى العصر السابق الأخذ بفكرة الخطأ، لقد أصبحت المخاطر في تزايد يوماً بعد يوم نتيجة التطور الاقتصادي خلال أواخر القرن التاسع عشر، فأصبح المجتمع ينظر إلى الخطأ بنظرة ربيبة، فأصبح الاهتمام الغالب ينصب حول جبر الضرر، وعليه أصبحت المسؤولية الشخصية غير ملائمة للعصر الحالي، ومنه فالخطأ يقف ضد متطلبات الحياة الجديدة<sup>3</sup>، ويصلح لقياس سلوك أفراد عاشوا في زمن تقاربت فيه مستوياتهم نتيجة بساطة الحياة وعدم كلفتها، حيث كان المجتمع فضاء زراعياً بامتياز، فكان المسئول لا يرضى أن يترك المصاب لحاله دون أن يفعل شيئاً، وكذلك

<sup>1</sup> - ثروت أنيس الأسيوطي، المنهج القانوني بين الرأسمالية والاشتراكية، مجلة مصر المعاصرة، العدد 33، السنة 1968، ص235.

<sup>2</sup> - إبراهيم طه الفياض، مسؤولية الإدارة عن أعمال موظفيها في العراق مع الإشارة للقانونين المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة 1393هـ-1973، ص462-463.

<sup>3</sup> - وسيلة أحمد شريط، المرجع السابق، ص41.

المضرور، حيث قلّمَا كان يرضى بأخذ العوض، ناهيك عن المطالبة به<sup>1</sup>.

إجمالاً يمكن القول أن التطور الاجتماعي و الإقتصادي تعرقله صراحة النظرية الشخصية، إذ أن سنة التطور تأبى على هذه النظرية استمرارها في الصلاحية لعصر آخر يختلف عن عصر صلاحها في معظم ملامح الحياة الاجتماعية والاقتصادية، وفي هذا يقول حسن زكي الأبراشي: "الحياة الاجتماعية في الوقت الحاضر قد اكتتفها تغييرات واسعة النطاق، شملت نواحي متعدّدة من نواحي الحياة، لذلك لا مناص من أن تحدث أثرها في التفكير القانوني، وأن تجبر الرؤوس القانونية الكبرى على البحث عما يلزم اتباعه ضمّاناً للعدالة بين الناس، التي هي أساس لكل تقدّم، ورخاء، واطمئنان..."<sup>2</sup>.

وإجمالاً للمآخذ التي اعترضت سبيل النظرية الشخصية، وحولت الأنظار عنها صوب النظرية الموضوعية نورد مايلي:

أ- إن تعدّد صور المسؤولية وتزايدها المستمر، يصعب قيامها بحسب فكرة الخطأ بالمعنى التقليدي، مثل مسؤولية الغير، ومسؤولية الأشياء، بحيث إن هذه الأخيرة يبقى الضرر هو أساسها الجوهرية<sup>3</sup>.

ب- إن القول بالنظرية الشخصية يعني أن المزج بين المسؤوليتين المدنية والجنائية مازال قائماً، وإلا فهذه تعنى بالخطأ، بينما الأولى يبقى الضرر هو معيارها الوحيد، ذلك أن

<sup>1</sup> - جبار صابر طه، مرجع سابق، ص 84.

<sup>2</sup> - حسن زكي الأبراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والقانون المقارن، رسالة دكتوراه، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1949، ص 9.

<sup>3</sup> - وسيلة أحمد شريط، المرجع السابق، ص 43.

التعويض يقدر بمقدار الضرر الحاصل بغض النظر عن جسامه الخطأ من ضلالتة<sup>1</sup>.

ج- إن النزعة الشخصية تقيم حماية لعدم التمييز فتعفيه من المساءلة، إلا أن هذه الحماية قد انهدمت من طرف الفقه الحديث، الذي اصطبغ بالصبغة المادية، إذ أن هذا الانتقاد سوى بين الضرر الناتج عن شخص مدرك أو غير مدرك، ذلك أن المسؤولية حديثاً ليس هدفها توقيع الجزاء على المخطئ، بقدر ما تسعى أساساً إلى حماية المتضرر وتعويضه<sup>2</sup>.

د- قد تتعقد المسؤولية على الخطأ المفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس، ومع ذلك يقع على الفاعل إثبات أن مسلكه لا يتنافى وسلوك الرجل العادي، أو أن مسلكه يخلو من أي لوم أخلاقي، ومع هذا تتعقد المسؤولية على أساس الخطأ<sup>3</sup>.

### المطلب الثاني: مفهوم الخطأ.

لا يكفي أن يحدث الضرر بفعل شخص حتى يلزم ذلك الشخص بتعويضه، بل يجب أن يكون ذلك الفعل خطأ، لأن الخطأ شرط ضروري لقيام المسؤولية المدنية بل هو الأساس الذي تقوم عليه، فيجب أن يتمسك المضرور بخطأ وقع عليه من الفاعل وأن يقيم الدليل عنه. وقد أغفلت معظم التشريعات المختلفة تعريف الخطأ وحسنت فعلاً، نظراً لكثرة الحالات التي تثار فيها فكرة الخطأ، وذلك إعمالاً للسياسة التشريعية التي تقضي بأن ينأى المشرع بنفسه عن تعريف الخطأ. وقد تركت هذه التشريعات هذه المهمة لمقابلة على عاتق الفقهاء الذين يحاولون تعريف الخطأ منذ صدور قانون نابليون - مع الإشارة أنه وجد تعريف للخطأ

<sup>1</sup> - عبد المنعم فرج الصده، مصادر الالتزام: دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية، بيروت 1979، ص 535، 536.

<sup>2</sup> - وسيلة أحمد شريط، المرجع السابق، ص 45.

<sup>3</sup> - محمد إبراهيم دسوقي، مرجع سابق، ص 350.

حتى في ظل العصر الروماني- فتمخض عن محاولاتهم تعريفات كثيرة متباينة تختلف وفق نزعاتهم الشخصية وحسب ظروف مجتمعهم الذي يعيشون فيه من الناحيتين الاقتصادية والاجتماعية، ومتطلبات هذا التطور.

### الفرع الأول: موقف المشرعين الجزائري والمصري من الخطأ.

#### أولاً: موقف المشرع الجزائري.

إن الصياغة الحالية لنص المادة "124" من التقنين المدني الجزائري<sup>1</sup>، قد وضعت حدا للخلافات الفقهية السابقة التي أثارها صياغتها الأصلية ألا وهي: "كل عمل أي كان يرتكبه المرء ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".

إن مثل هذه الصياغة الأخيرة جعلت بعض الفقهاء يعتقدون أن المشرع الجزائري قد أخذ بالتصور الموضوعي للمسؤولية والي قوامها الضرر، في حين رأى فريق آخر أنه أخذ بالتصور الشخصي للمسؤولية والتي قوامها الخطأ<sup>2</sup>.

إن الرأي الأول يستند إلى ألفاظ النص الذي لم يشترط الخطأ، بل اكتفى بأي عمل يترتب عنه ضرر بغض النظر عن السلوك الذي أتاه الفاعل، سواء كان سلوك عادي أو منحرف عن السلوك العادي.

إلا أن الرأي الثاني يستند إلى عدة حجج منها صياغة النص باللغة الفرنسية باعتباره النص الأصلي الذي يشترط صراحة الخطأ.

<sup>1</sup> - أمر 58/75 مؤرخ في 1975/09/26، يتضمن القانون المدني، جريدة رسمية، عدد 78، الصادرة بتاريخ 1975/09/30م، معدّل ومتمّم.

<sup>2</sup> - خنوف حضرية، تطور فكرة الخطأ في المسؤولية التقصيرية والعقدية، مذكرة لنيل درجة الماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق ابن عكنون، جامعة الجزائر، د.ت، ص31.

إن نص المادة "124" من التقنين المدني، بالصياغة الحالية لم ترفع اللبس فقط حيث تشترط صراحة خطأ الفاعل<sup>1</sup>، ولا شك أن المشرع بقي متأثراً بأحكام المادة "1382" من التقنين المدني الفرنسي التي أخذت بالتصور الشخصي للمسؤولية المدنية عن الفعل الشخصي، والتي قوامها الخطأ الشخصي.

إن المشرع الجزائري ذهب إلى أبعد من ذلك فبدل عبارة (المرء) استعمل عبارة (الشخص) باعتبار أن المسؤولية الشخصية ليست قاصرة على الإنسان فهي تعني كذلك الشخص المعنوي<sup>2</sup>.

### ثانياً: موقف المشرع المصري.

إن المشرع المصري في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني، قد أقر بوجود التزام يفرض على الكافة عدم الإضرار بالغير ومخالفة هذا النهي هي التي ينطوي فيها الخطأ، ويقتضي هذا الالتزام تبصراً في التصرف يوجب إعماله بذل عناية الرجل الحريص<sup>3</sup>، دون أن يعرف الخطأ مباشرة<sup>4</sup>.

إن الذي يبديه الشارع في تلك المذكرة الإيضاحية إنما يؤكد الصعوبة التي تواجه من يريد تحديد معنى الخطأ ، كما أنه من ناحية أخرى لم يضع حلاً يمكن الرجوع إليه في هذا الصدد، بل ترك الأمر فيه إلى السلطة التقديرية للقاضي، ومع هذا فإن ما يقوله الشارع يشير إلى معيار عام من أن هناك التزاماً يفرض على الكافة عدم الإضرار بالغير.

<sup>1</sup> - تنص على أنه: "كل فعل أيا كان... بخطئه ويسبب ضرراً للغير... بالتعويض"، أمر 75، معدّل ومتمّم.

<sup>2</sup> - علي فيلالي، الالتزامات: الفعل المستحق للتعويض، ط2، موفم للنشر، الجزائر، 2010، ص50 وما يليها.

<sup>3</sup> - خنوف حضرية، المرجع السابق، ص32.

<sup>4</sup> - أسماء موسى أسعد أبو سرور، ركن الخطأ في المسؤولية التقصيرية ، " دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري والقانون المدني الأردني، قدمت هذه الأطروحة استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية ، نابلس ، فلسطين ، ص42 .

إن مخالفة هذا النهي هي التي ينطوي عليها الخطأ، وفي هذا ما قد يكون مثارا للتأويل لما قد ينتج عنه من إدماج الخطأ بالضرر، وعلى ما تؤدي إليه تلك العبارة من أن المسؤولية تقوم بحدوث الضرر، لاعتبار حدوثه إخلالا بالتزام النهي عن عدم الإضرار بالغير وهو ما ينطوي عليه الخطأ<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: تعريف الخطأ.

لقد تباينت تعاريف الخطأ وهذا التباين كان نتيجة طبيعية، لاختلاف المنطق الفكري والتأسيسي لكل من حاول أن يعرف الخطأ<sup>2</sup>، كما أن استقرار الخطأ في الفكر والتطبيق القانوني، فإنه كان لا بد من هذه الفكرة من التحول من مجرد فكرة أخلاقية واسعة إلى أساس قانوني، يفترض فيه من الوضوح والدقة ما يتناسب مع هذه المهمة الجديدة له لذلك وجدت الكثير من المحاولات لتعريف الخطأ من أجل ضبط وجوده من عدمه.

### أولاً: آراء الفقهاء الأجانب في تعريف الخطأ ونقدها.

**1- رأي الفقيه "ديموج":** يعرف الخطأ حسب هذا الفقيه بأنه "اعتداء على حق يدرك المعتدي فيه جانب الاعتداء"<sup>3</sup>.

ما يمكن قوله في هذا التعريف أنه لا يمكن أن يشكل أكثر من تعريف نظري يصعب إعطاؤه شكلا عمليا، فمثلا لا حصرا، ما المقصود بالاعتداء؟ ومتى يمكن القول بوجود

<sup>1</sup> - رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، ط 2، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003، ص 331.

<sup>2</sup> - ذهب الفقيه الفرنسي "ريبير" إلى أنه لا يوجد أي تعريف مقبول للخطأ، ولا يمكن البحث عن تعريف شامل، إلا أن ذلك يجب ألا يثني عن هذه المهمة.

- أنظر: إباد محمد جاد الحق، مدى لزوم الخطأ كركن من أركان المسؤولية التقصيرية في مشروع القانون المدني الفلسطيني دراسة تحليلية، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية، المجلد العشرون، العدد الأول، يناير 2012، ص 203، نقلا عن:

- G.Ripert, LA règle morale dans l'obligation civiles, 2<sup>ème</sup> édition , paris,1927, p25.

<sup>3</sup> - بوبكر مصطفى، أساس المسؤولية التقصيرية بين الخطأ والضرر في القانون المدني الجزائري، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون، تخصص: قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة منتوري قسنطينة، 2011/2012، ص 35.

اعتداء على هذا الحق؟ ورغم إمكانية القول باحتواء هذا التعريف على جانبين، الجانب الموضوعي ويظهر في الشرط الأول من التعريف، والمتعلق بالتعدّي على إطلاقه دون الارتباط بشخص الفاعل مرتكب الخطأ، والجانب الذاتي المتمثل بشرط الإدراك، وهو ما تعلق بشخص الفاعل<sup>1</sup> لكن هذا الاستنتاج والإفراز للعناصر الأساسية للتعريف، لم يكن كافياً للإجابة عن الأسئلة التي طرحت سابقاً.

من تعريفاته أيضاً للخطأ أنه "الفعل غير المشروع الذي لا يبيحه القانون"<sup>2</sup>، وهذا التعريف يفتقد أيضاً للمقومات، التي تجعل منه قابلاً لاتخاذ الجانب التطبيقي، فكيف يتم استناداً إليه تحديد العمل المشروع؟ وما هو معيار المشروعية؟

**2- رأي الفقيه "جوسران":** هذا الفقيه يعرف الخطأ بأنه "انتهاك لحرمة حق لا يستطيع من انتهاك حرمة أن يعارضه بحق أقوى أو مماثل"

إن هذا التعريف هو تقريباً ما ذهب إليه الفقيه "ديموج" في تعريفه للخطأ (تعريفه الأول) والفرق بينهما، أن الفقيه الأول يضيّق من فكرة الخطأ، إذ يشترط المساس بحق معين للغير، أما الفقيه الثاني فيوسع من فكرة المساس بحق الغير ليجعلها تشمل أعم الحقوق وأقلها تحديداً، ولكن كل منهما لم يضع تعريفاً للخطأ ولم يقدم معياراً دقيقاً للتعرف عليه، كما أن الاعتداء على حق، والإخلال بالواجب والحق الأقوى أو المماثل، كل هذه الألفاظ لا تحدد معنى الخطأ بل هي ذاتها في حاجة إلى تحديد.

**3- رأي الفقيه "سافاتيه":** يعرف هذا الفقيه الخطأ بأنه "إخلال بواجب قانوني مع علم المخل بإخلاله أو كان باستطاعته أن يتبيّن هذا الواجب وأن يلتزمه". وفي رأي هذا الفقيه أن الواجب القانوني يكون مصدره القانون أو العقد أو يكون واجباً أدبياً محدداً يأمر

<sup>1</sup> - أسماء موسى أسعد أبو سرور، مرجع سابق، ص 49.

<sup>2</sup> - عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي: الخطأ والضرر، ط 3، منشورات عويدان وديوان المطبوعات الجامعية، بيروت وباريس والجزائر، 1984، ص 113.

بفعل أو ينهى عن فعل، أو عبارة عن واجب عام يقضي بعدم الإضرار بالغير، وهذا الفقيه هو من أنصار الاتجاه الذي ذهب إليه الفقيهان السابقان.

و يؤخذ على رأي هذا الفقيه أنه يقرّر وجود التزام عام على كل شخص بعدم الإضرار بالغير، والقول بالالتزام العام لا يحدد معنى للخطأ بل هو في حاجة لتحديد.

#### 4- رأي الفقيه "بلانيول": يعرف هذا الفقيه الخطأ بأن "إخلال بالتزام سابق"<sup>1</sup>

لعل أن هذا أهم التعاريف التي تبناها الكثير من الفقه مع استخدام بعض الألفاظ المختلفة بشكلها لا بمضمونها ودلالاتها<sup>2</sup>، من خلال الوسع في فكرة الخطأ، ويحصر "بلانيول" الالتزامات التي تشكل الإخلال بها خطأ من المسؤول في أربع مجموعات هي: الامتناع عن العنف، الكف والامتناع عن الغش، الإحجام عن عمل لم تنهياً له الأسباب من قوة أو مهارة اليقظة في تأدية واجب الرقابة على الأشياء أو الأشخاص، ويضيف "بلانيول" أن الواجب القانوني السابق، المقصود به ليس الإخلال بالتزام قائم بين الطرفين، إنما الإخلال بأي من الالتزامات العامة التي تقع على عاتق كل شخص وفق المبادئ العامة للقانون، بمعنى أنه من المفروض في كل شخص أن يتقيد بها دون ضرورة للنص عليها في القانون<sup>3</sup>.

لقد أثار تعريف "بلانيول" في الفقه نقداً كبيراً ونعت بالعقيم وغير المجدي، حيث أنه لا يفيد كثيراً في تمييز الفعل الخاطئ من غيره، وهذا لأنه يجعل كل إخلال بالتزام سابق خطأ وهذا يقضي بأن تعين جميع الالتزامات أو الواجبات الملقاة على عاتق الشخص من أجل أن يتبين ما إذا كان الفعل المنسوب إليه يتضمن إخلالاً بهذه الواجبات أم لا، وأن

<sup>1</sup> - سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، مرجع سابق، ص185.

<sup>2</sup> - عبد التواب معوض، الموجز في التعليق على نصوص القانون المدني، ج 1، ط 4، منشأة المعارف، الإسكندرية 1998، ص548.

<sup>3</sup> - عاطف النقيب، المسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، المرجع السابق، ص115.

وضع قائمة بهذه الواجبات أمر مستحيل لأنها تنشأ من ظروف الحياة المختلفة وتتنوع بتنوعها.

وأخذ على هذا التعريف أنه لا يحل المشكلة في تعريف الخطأ، إنما ينقل صعوبة ذلك لمرحلة أخرى، فعوض أن يتساءل القاضي عن الفعل بأنه خطأ أم لا، يجعله هذا التعريف يتساءل عما إذا كان ثمة واجب قانوني يفرض على الشخص الامتناع عن مثل هذا الفعل الضار أم لا، كما وانتقد هذا التعريف، كونه لا يعدو أن يكون محاولة تصنيف الخطأ وتقسيم أنواعه، لأن هذا الفقيه لم يقدم معياراً، لتحديد طبيعة الفعل إن كان خاطئاً أم لا، إنما اكتفى بوضع قائمة بالواجبات العامة، وفي الواقع فإنها لا تعدو أن تكون صوراً معينة، لا تغني عن وضع ظابط يميز من خلاله العمل الخاطئ من غيره.

**5- رأي الفقيه "ريبير":** إن الأستاذ "ريبير، Ripert" يقر بعدم وجود تعريف للخطأ وأنه من المتعذر إيجاد تعريف جامع مانع.

إن المذكور أعلاه يقر إجمالاً بما يذهب إليه الأستاذ "بلانيول" من أن الخطأ هو إخلال بالتزام سابق ينشأ عن القانون، أو عن العقد<sup>1</sup>، أو قواعد الأخلاق، إلا أنه حتى وإن تعذر وضع تعريف جامع مانع للخطأ فإن ذلك لا يمنع من الوصول إلى تعريف فيه من المرونة بما يمكن أن تتكون تحته جل حالات المسؤولية ويصلح للقضاء للاسترشاد به.

**6- رأي الفقيه "ايمانويل ليفي":** إن هذا الفقيه وحسب رأيه يؤكد، أنه ولتحديد الخطأ يجب التوفيق بين أمرين: مقدار معقول من الثقة يوليه الناس للشخص، فمن حقهم عليه أن يحجم عن الأعمال التي تضر بهم، ومقدار معقول من الثقة يوليه الشخص لنفسه، فمن حقه على الناس أن يقدم على العمل دون أن يتوقع الإضرار بالغير، فالشخص إذا ما بين الإقدام

<sup>1</sup> - عاطف النقيب، المسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، المرجع السابق، ص 115.

والإحجام يشق لنفسه طريقاً وسطاً يساير ثقته بنفسه ولا يتعارض مع ثقة الناس به<sup>1</sup>، ويدعى هذا المذهب بمذهب الإخلال بالثقة المشروعة "Confiance légitime trompée".

هذا و يرى الأستاذ "عبد الرزاق السنهوري" أن الخطأ لا يتضمن ضابط يبين هذا الطريق الوسط الذي يعصم الشخص من الخطأ إذ هو سلكه واتبعه<sup>2</sup>.

7- رأي الفقيه "تاسيير": إن هذا الفقيه يرى أن حالة عدم تحديد لفظ الخطأ، يبيح لكل واحد أن يفسره كما يراه مناسباً، وعلى الأخص أن كلمة الخطأ لا تعني أكثر من رابطة السببية التي تجب لقيام المسؤولية، وأن الفعل الخطأ الذي لا ينسب لشخص لا يقصد به مسلكه فيه، وإنما المقصود هو أن ذلك الشخص قد تسبب بفعله في إحداث ضرر. لكن من جهة أخرى يرد على هذا القول بأن رابطة السببية هي ركن قائم بذاته يتميز عن الخطأ<sup>3</sup>.

8- رأي الفقيه "بول لكثير": لقد اتجهت بعض الآراء إلى نحو آخر عند تعريفها للخطأ فقامت بإدماجه في ركن الضرر، وقد كان خير واحد حمل لواء هذا الاتجاه هذا الفقيه، وهو النائب العام بمحكمة النقض البلجيكية، في خطاب له بجلسة افتتاح السنة القضائية في 15/09/1927 حيث يرى أن "كل من يصيب الغير بضرر أو يمس بحق له يعتبر خطأ"، ومؤدى هذه الفكرة أن ثمة خطأ في كل ما يحدث من ضرر، وبهذا يطغى الضرر على الخطأ وتقام المسؤولية المدنية على ركنين فقط، الضرر وعلاقة السببية أما الخطأ فقد تلاشى في الضرر<sup>4</sup>، ولقد كان "ليكلير" في تعريفه للخطأ متأثراً بحالة خاصة هي ما ينجم عن حوادث السيارات، فالميل السائد في هذه الأيام، هو البحث عن وسيلة

<sup>1</sup> - بوبكر مصطفى، مرجع سابق، ص 36.

<sup>2</sup> - خنوف حضرية، مرجع سابق، ص 34.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص 35.

<sup>4</sup> - حسين عامر، عبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية، ط 2، دار المعارف، القاهرة، 1979، ص 137.

يمكن بها إعفاء المجني عليه في حادث سيارة من عبء إثبات ما وقع من خطأ القائد، تفاديا لما يلاقه المجني عليه من عقبات بالغة في سبيل إثبات ذلك، وهكذا تقترب هذه الفكرة من نظرية تحمل التبعة - وإن اختلفت عنها - حيث أن الأولى تقتضي أن من يتسبب في حدوث ضرر يعتبر مخطئا، ومن ثم فهو مسؤول، أما نظرية تحمل التبعة إنما تجعل المرء مسؤولا عما يتسبب فيه من ضرر.

ويؤخذ على هذه النظرية أن تعييبها للخطأ في ظل طغيان الضرر، يفرغ الموضوع من معناه، ولا يؤدي إلى وضع تعريف للخطأ من خلال تحليل القواعد التي تقوم عليها المسؤولية، كما أن مدلولها ينصرف إلى ما تنهى عنه من إحداث الضرر الناجم عن خطأ وليس على النهي عن الإضرار بالشخص أو ماله.

**ثانيا: آراء الفقهاء العرب في تعريف الخطأ و نقدها.**

سنقصر على بعضها فقط.

**1- تعريف الدكتور جميل الشرقاوي:** يعرّف الدكتور جميل الشرقاوي الخطأ في كتابه النظرية العامة للالتزام بأنه: "الإخلال بواجب قانوني سواء أكان هذا الواجب واجبا خاصا أي التزاما، أم واجبا عاما من الواجبات التي تفرض على كل شخص يعيش في جماعة يحكمها القانون بأن يحترم حقوق الغير وحررياتهم وألا يرتكب مساسا بهذه الحقوق والحرريات"<sup>1</sup>

**2- تعريف الدكتور سليمان مرقس:** يرى الدكتور سليمان مرقس في كتابه موجز أصول الالتزام الخطأ بأنه: "إخلال بواجب قانوني مقترن بإدراك المخل إياه"<sup>2</sup>

**3- تعريف الأستاذ جلال علي العدوي:** يرى الأستاذ علي جلال العدوي الخطأ بأنه:

<sup>1</sup> - جميل الشرقاوي، مرجع سابق، ص 481.

<sup>2</sup> - سليمان مرقس، موجز أصول الالتزامات، مطبعة لجنة البيان العربي، 1961، ص 360.

"إخلال بحق أو بصلحة أعلى"<sup>1</sup>.

ولكن يؤخذ على كل من هذه التعريفات مأخذاً، فتعريف الدكتور جميل الشرقاوي ينطوي في حقيقته على استبعاد لفكرة الخطأ لأنه يجعل الإضرار بحق الغير خطأ وهذا ما يراه الفقيه "بول لكثير" كما سبقت الإشارة إليه.

أما تعريف الدكتور سليمان مرقس فينقصه حصر الواجبات القانونية الملقاة على عاتق الشخص، وهذا أمر صعب جداً كما سبقت الإشارة إليه.

أما تعريف الأستاذ جلال علي العدوي، فتم التساؤل حول متى يقع الإخلال المصلحة، وما الذي يحدد المصلحة الأعلى<sup>2</sup>؟، إن هذا التعريف يعتمد على فكرة تدافع المصالح في المجتمع البشري، وهي ليست فكرة مجردة بل تمثل أمراً متحقق الوقوع، وهو أمر نسبي بحاجة إلى ظابط، ربما يكون أصعب من تحديد ظابط لوجود أو عدم وجود الخطأ، فيمكن القول أن المصلحة الأعلى هي الأجدر بحماية القانون، وهذا أمر لا شك فيه.

### ثالثاً: الرأي الفقهي الراجح في تعريف الخطأ.

إن الراجح فقها في تعريف الخطأ، هو الذي يقترب في معناه إلى تعريف الفقيه "بلانيول" رغم ما لاقى تعريف هذا الأخير من انتقاد، إضافة إلى أنه لم يتضمن عنصر التمييز الذي يجب أن يتوافر في الخطأ، كركن من أركان المسؤولية التقصيرية، لذلك تنبه البعض إلى هذا القصور وعرف الخطأ بأنه: "الإخلال بالتزام قانوني سابق يصدر عن تمييز وإدراك"<sup>3</sup>، إلا أن ذلك الفريق لم يدخلوا في التعريف معيار الانحراف، وهو معيار الشخص العادي.

<sup>1</sup> - جلال العدوي، أصول الالتزامات، مصادر الالتزام، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1997، ص 345.

<sup>2</sup> - أسماء موسى أسعد أبو سرور، مرجع سابق، ص 41.

<sup>3</sup> - سليمان مرقس، موجز أصول الالتزامات، المرجع السابق، ص 360.

بناء عليه يمكن القول في تعريف الخطأ ورغم ما يمكن أن يلاقه من نقد بأنه: "الانحراف عن السلوك المألوف للشخص العادي، يصدر عن تمييز وإدراك"، وهو الرأي الراجح فقها، وبهذا يظهر للخطأ عنصرين هما: العنصر المادي، المتمثل بالانحراف أو التعدي، والعنصر المعنوي، المتمثل بالإدراك والتمييز.

### الفرع الثالث: شكل الفعل الذي يتعلق به الخطأ.

كما هو معروف فإن الخطأ يعتبر صفة، وهذه الصفة تتعلق بموصوف لها وهو الفعل ولاكتمال دراسة الوصف "الخطأ"، لا بد لذلك من إعطاء الوصف حقه في الدراسة خاصة وأن هذين العنصرين على ترابط شديد، ومن البديهيات أنه يجب البحث في الفعل، حتى نبحث في إمكانية وجود الخطأ من عدمه، فلا وجود لهذا لأخير دون أن يوجد الأول، إذا متى يتحقق وجود الفعل؟ وما شكل السلوك الذي يتحقق به هذا الوجود؟

يوجد الفعل إن وجد العمل، لكن هل يشترط لتحقق العمل شكل معين؟ إن من دلائل وجود الفاعل هو الفعل، ومن دلائل وجود الفعل هو السلوك المادي الذي يظهر للعلن دالا على وقوع الفعل، كما وأن النتائج مصدرها أفعال باعتبار هذه الأخيرة أسبابا للنتائج، فالفعل له فاعل والفعل له نتائج، وهذه لا تكون دون أفعال، ولكن الأفعال قد لا تأخذ شكلا ماديا خارجيا أي إيجابيا، فهل ذلك يعني عدم وجود الفعل، إلا بالسلوك المحسوس؟

إنه لا خلاف بتحقق المسؤولية على أساس الخطأ الإيجابي، مثلا فالسائق الذي يتجاوز السرعة القانونية يرتكب فعلا إيجابيا، حيث اتخذ فعله سلوكا ماديا خالف به واجبا بالامتناع عن زيادة السرعة<sup>1</sup>، ولكن طبيعة الالتزامات القانونية لا تأخذ شكلا واحدا، فقد يكون محل الالتزام ليس الامتناع عن فعل، بل القيام بفعل، وهو أكثر حالات الالتزام

<sup>1</sup> -- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 271.

القانوني، حيث الأصل في الأشياء الإباحة، فالنهى القانوني عن القيام بفعل ما أمر محدود بينما القيام بالفعل مباح أصلاً، لكن القانون قد يشدّد على القيام ببعض الأفعال بنص صريح مثلاً هناك التزام قانوني باتخاذ الاحتياطات اللازمة عند القيام بالفعل حتى لا يلحق الضرر بالغير<sup>1</sup>، فإن امتنع المكلف عن اتخاذ هذه الاحتياطات، فهو لم يأت أفعالاً ألزم بها، أي امتنع عما هو مكلف به، والسؤال الذي يطرح، أيعتبر ذلك امتناعاً، لا يقوم به الخطأ؟ قطعاً لا، إن الامتناع بهذه الطريقة يشكل أكثر حالات وقع الخطأ<sup>2</sup>، حتى أن البعض يجعل الخطأ والإهمال مترادفات<sup>3</sup>، ولكن لا تعتبر هذه الحالة الوحيدة لتحقيق الفعل بالصورة السلبية أي الامتناع، فالإهمال شكل من أشكال الامتناع، فهو امتناع مركب، حيث يقترن الامتناع بفعل يقوم به الممتنع، فالامتناع عن اتخاذ الاحتياطات اللازمة، اقترن بالفعل الأصلي الذي يوجب اتخاذ هذه الاحتياطات عند القيام به، ومن أشكال الامتناع كذلك، الامتناع الصرف أو البسيط، وهو امتناع قائم بذاته مستقل غير مرتبط بفعل آخر، كامتناع الطبيب عن علاج المريض<sup>4</sup>.

إن حالة الامتناع البسيط تكمن في عدم وجود نص قانوني صريح يأمر الفعل الذي تركه الممتنع، ولا إشكال في القول بوجود خطأ من عدمه عند وجود نص القانون، تشير الآراء المختلفة، فرأى فريق أول وهو من أنصار المذهب الفردي المتمسكون بسمو مبدأ الحرية الفردية، لا يجدون في مثل هذه الحالة تحققاً للخطأ، لأن أهم مظاهر الحرية ما يحظى به الفرد من حرية القيام بالفعل أو عدم القيام بفعل لم يرد في القانون نص يوجب فعله أو تركه وأرجعوا هذه الفكرة الاجتماعية إلى الأصل القانوني الذي يفسرها ويجعلها

<sup>1</sup> - عاطف النقيب، المسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، مرجع سابق، ص 194.

<sup>2</sup> - أسماء موسى أسعد أبو سرور، مرجع سابق، ص 47.

<sup>3</sup> - مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الثاني، المسؤولية المدنية، ط1، مؤسسة بحسون، بيروت، 1996 ص 250.

<sup>4</sup> - عبد المنعم فرج الصده، مرجع سابق، ص 247.

صحيحة حسب تقديرهم، ومبدأ الشرعية (لاجريمة ولا عقوبة إلا بنص)<sup>1</sup>، وهناك رأي مناقض يرى العكس وهو تحقق الخطأ حتى في حالة الامتناع الصرف، ويرجعون حججهم إلى عدة اعتبارات أهمها، أن الأساس القانوني للمسؤولية التقصيرية باعتباره يعالج الشق المدني للمسؤولية في القواعد العامة في القانون الجنائي لا يخضع للمبدأ الذي يحكم هذا القانون وهو "لاجريمة ولا عقوبة إلا بنص"، فالخطأ الذي يسبب ضرراً للغير تقوم به المسؤولية التقصيرية، دون إرجاع قيامه إلى شرط آخر ودون الحاجة إلى نص صريح يقضي بوجود الخطأ، كما ويستندون إلى أن عدم اعتماد النص الصريح كسبب وحيد لتحقيق الخطأ جاء للخطأ بعمومه دون اشتراط انطباق ذلك على الخطأ الإيجابي فقط<sup>2</sup>، فلماذا هذا التزيّد وتضييق انطباق الفكرة دون سند يدل عليه؟

بحسب المنطق فإن الامتناع أهم مظاهر الحرية، والامتناع حق للفرد، ولكن يبقى على صاحب الحق عدم التعسف في استعمال حقه بشكل يلحق الضرر بالآخرين، فحرية الفرد تنتهي عند بداية حرية الغير، حتى يكون الجميع على قدم المساواة، وذلك بإخضاع استعماله لحقه لقاعدة عدم التعسف في استعمال الحق، أو بإخضاع الامتناع إلى المعيار العام في تحديد وجود الخطأ من عدمه، فالرجل العادي قد يأخذ سلوكه شكل الامتناع وعليه ما المانع من قياس الامتناع على شكل السلوك الذي سيتخذه الرجل العادي في ذات الظروف، فإن الرجل العادي في سلوكه المألوف في ذات الظروف سيمتنع عن التدخل، فما المانع من القول بانتفاء الخطأ؟ حتى مع قول البعض أن الرجل العادي في الغالب يمتنع عن التدخل في الغالب، فيما لا يعنيه ولا طائل له من ورائه<sup>3</sup>، طالما كان هذا منهج وسلوك

<sup>1</sup> - أسماء موسى أسعد أبو سرور، المرجع السابق، ص 48.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 48.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص 49.

الرجل العادي، كما وأن القول بعدم جواز مساءلة الفرد عما لم يكلف به ابتداء<sup>1</sup>، لا يتناقض مع اعتبار الخطأ متحقق بالامتناع، لأن البحث في مسألة وجود التكليف من عدمه في حال انعدام النص القانوني لا يقتصر على الخطأ السلبي، بل يشمل الخطأ المترتب على فعل إيجابي أو سلبي.

عموماً فإن الامتناع قد تم الاستقرار عليه في الفقه والقضاء وإمكانية تحقق الخطأ به ونجد مثلاً القانون والقضاء المصري، وهذا ما تم الاستقرار عليه على ما يبدو في الجزائر لكنه باسئراط أن يكون قد سبق هذا الامتناع التزام مدني تم خرقه بهذا الامتناع فيرى في الامتناع عن مدّ يد العون للغير، وإن كان واجباً إلا أنه لا يعدو أن يكون واجباً أخلاقياً وليس واجباً قانونياً، ومن هنا استبعد الامتناع عن القيام بعمل إلا إذا كان الالتزام قانوني ويقصد بالالتزام القانوني، ما كان منصوفاً عليه صراحة وما كان من الواجبات العامة التي تقابل الحقوق المقررة، ولقد اختلف الفقه الإسلامي<sup>2</sup> في هذا الشأن حيث ساوى البعض بين الترك والفعل والبعض الآخر اعتبر التارك آثماً ديانة فقط<sup>3</sup>، لكن إضافة إلى كل هذا فإنه مازال من يطرح عدم إمكانية تحقق المسؤولية الامتناع ليس فقط لعدم تحقق الخطأ به، ولكن لعدم تحقق رابطة السببية به<sup>4</sup>، لكن يمكن القول أنه من الوجهة المنطقية أن السببية، وإن لم تكن واضحة بين النتيجة الضارة والامتناع، فإن السببية تتضح بين الفعل، الذي امتنع عنه واقعا وعدم تحقق النتيجة في حال القيام به، حيث كان الفعل الذي امتنع عنه قادراً وسبباً في عدم تحقق النتيجة الضارة لو قام به الممتنع، وعليه فإن امتناعه يعدّ سبباً في النتيجة الضارة.

<sup>1</sup> - حسين عامر، المسؤولية المدنية، ط 1، مطبعة مصر، القاهرة، 1956، ص 153.

<sup>2</sup> - أسماء موسى أسعد أبو سرور، المرجع السابق، ص 50.

<sup>3</sup> - أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني: دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ط 1، منشورات الجامعة الأردنية، عمان، 1987، ص 302.

<sup>4</sup> - حسين عامر، المسؤولية المدنية، ط 1، المرجع السابق، ص 152.

## المبحث الثاني: عناصر الخطأ.

إن اعتبار الخطأ أساساً للمسؤولية التقصيرية، ترتب عنه ضرورة البحث في مفهومه وتحديد مكونات وجوده، كمحاولة في ذلك لوضع آلية عملية لتطبيقه والتعامل معه في الواقع ومن خطوات ضبطه إعطائه تعريفاً معيناً، على الرغم مما لحق هذه المحاولة من نقص في القدرة على ضبط المفهوم، لكنه وتجاوزاً لهذه المعضلة واستناداً إلى أكثر التعريفات تبنياً فقها وقضاء وهو "الانحراف عن سلوك الرجل المعتاد، مع إدراك الشخص لذلك" حدّدت مكوناته ببنائه على ركنين أساسيين هما: الركن المادي الذي يتمثل في التعدين والركن المعنوي والذي يتمثل في التمييز، وعليه لا بد من التحليل والفهم لهذه الأركان حتى يتسنى الفهم الجيد للخطأ وهذا ما سندرسه في المطلبين التاليين.

### المطلب الأول: الركن المادي (التعدي).

إن التعدي هو أحد الاصطلاحات التي يعبر بها عن الركن المادي للخطأ، إذ يعبر عنه في بعض الحالات بالانحراف، و يقصد بالتعدي لغة: التجاوز<sup>1</sup>، والخطأ حسب أكثر تعريفاته اعتماداً هو إخلال بالتزام سابق، على اختلاف الالتزام من فهم إلى آخر، سواء فهم أنه التزام بعدم الإضرار بالغير، أو فهم أنه ألتزام باليقظة والتبصّر بالسلوك، فكلها تقود إلى أن المكلف ملتزم باليقظة والتبصّر، سواء كان التزامه بذلك مباشراً أو كان التزامه بذلك غير مباشراً متحققاً بالتزام المكلف بعدم الإضرار بالغير، فما هو التعدي وفقاً لهذا التعريف؟

إن المرء حر في السلوك الذي يتبعه، طالما لم يخالف النصوص الصريحة في القانون، فهل يفترض في هذا السلوك ضوابط معينة حتى تتحقق هذه الحرية؟ نعم بالطبع والضابط لهذا السلوك هو ما يتشكل بتجاوزه التعدي.

<sup>1</sup> - أديب اللجمي وآخرون، المحيط معجم اللغة العربية، تقديم محي الدين صابر، مجلد 2، د.ت.، ص 849.

ويعرّف السنهاوري التعديّ بأنه: "مجاورة المرء للحدود التي عليه التزامها في سلوكه"<sup>1</sup> والتعديّ باعتباره الركن المادي للخطأ يقوم عند تجاوز حدود اليقظة والتبصر المفترضين قانوناً، فالمخطئ حتى يعتبر مخطئاً يجب أن يكون متجاوزاً (متعدياً) لهذه الحدود من التبصر والعناية في سلوكه، وقد يقع مقترباً بقصد الإضرار، كما قد يقع بمجرد الإهمال والتقصير، وعليه ما المرجع والمعيّار، الذي يتحدد من خلاله تجاوز هذه الحدود؟

لكن قبل البحث في هذه المعايير، لابد من الإشارة إلى أن بعض الفقه قد اتجه إلى أخذ المعيار التشريعي بعين الاعتبار<sup>2</sup>، والقائم على مخالفة السلوك للنصوص الصريحة في القانون، حيث إن المخالفة تعدّ خروجاً عن حدود العناية المطلوبة في السلوك، حتى لا يترتب عليه الإضرار بالغير، إلا أن الاجتهادات الفقهية التي حاولت إيجاد معيار يتحدّد به وجود التعديّ والتجاوز في السلوك من عدمه قد أفرزت اتجاهين أساسيين يتحدّد من خلالهما معرفة مجاوزة التعدي من عدمه، إضافة إلى هذا فإن التعديّ، وفي أغلب الأحيان قد تسوده ظروف وملابسات قد تؤثر فيه وجوداً وعدمًا.

### الفرع الأول: المعيار الشخصي.

يقوم هذا المعيار على اعتبار السلوك المألوف للفاعل، المرجع الذي يتحدّد به وجود التجاوز أو الانحراف في مقدار العناية المفترضة منه، عند قيامه بممارسة سلوكه، فإن عرف عن الفاعل الحرص الشديد والذكاء والفتنة في أموره عامة، فإن الانحراف البسيط أو التجاوز عن حدود هذا الحرص واليقظة، يشكّل تعدياً مؤسساً للركن المادي<sup>3</sup> للخطأ، أما إن

<sup>1</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في القانون المدني، ج 1، تنقيح أحمد مدحت المراغي، دون طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004 ص 644.

<sup>2</sup> - أسماء موسى أسعد أبو سرور، مرجع سابق، ص 67.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص 68.

عرف عنه قلة اليقظة وقلة الذكاء والإهمال، فإن انحرافه وتجاوزه عما عرف به، أي إهماله أكثر من العادة لديه، وكان أقل من فطنته وذكائه المعتاد، يجعله متعدياً، أي أنه يتطلب منه إهمال وعدم تبصر كبيرين حتى يعتبر متعدياً، إذ أن الشخص تتم معاملته بقدر طاقاته وصفاته التي قد لا يكون له سيطرة عليها، ومن هذا المنطلق يرى أنصار هذا المعيار عدالة تكمن في تفعيله واستخدامه، حيث يحاسب الفرد وفقاً لطاقاته وقدراته.

إن الأخذ بهذا المعيار يترتب عليه أن استحقاق المتضرر للتعويض، يتوقف على معرفة حقيقة الشخص الذي وقع منه الضرر لتبني درجة يقظته أو إهماله، ويتم عليه تحديد ما إذا كان هناك انحراف في سلوكه أم لا؟

من خلال ذلك يتبين لنا أن الأخذ بهذا المعيار يؤدي بدون شك إلى ظلم المتضرر في حالة عدم تعويضه من طرف شخص مهمل، إذ لا بد له أن يصل درجة كبيرة من الجساماة حتى يمكن القول بالتعويض، أما في حالة كون الشخص في حالة من الحرص والتبصر من الشخص العادي، فإن أدنى انحراف يسأل عنه، ويعتبر متعدياً نتيجة انحراف سلوكه، إضافة إلى ما سبق فإن الجزم بتحديد ومعرفة درجة يقظ الشخص، وتبصره أمر في غاية الصعوبة، ذلك أن المقياس الشخصي لا يكون منضبطاً، ولا يمكن سحبه على جميع حالات التعدي، إذ هو لا يفي بالغرض المطلوب نتیجته منه<sup>1</sup>.

إن فالمعيار الشخصي جد معقد، والبحث الذي يستدعيه جد صعب، وبالتالي لاتون النتيجة دائماً دقيقة، إضافة إلى اختلافها من شخص إلى آخر، وعلى هذا فالمعيار لن يكون ثابتاً، فقد تتباين نتیجته حتى في حالات جد متقاربة من بعضها، وبالتالي تعارضه مع المنطق الاجتماعي<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - وسلة أحمد شريط، مرجع سابق، ص 49.

<sup>2</sup> - عاطف النقيب، المسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، مرجع سابق، ص 136.

## الفرع الثاني: المعيار الموضوعي.

ابتداءً يجب التنويه أن هذا المعيار هو المعيار العام، حيث يعتبر المعيار الأكثر اعتماداً في الفقه والقضاء، ويتمثل هذا المعيار بالسلوك المألوف للرجل أو الإنسان العادي في ذات الظروف التي أحاطت بالفاعل<sup>1</sup>، أي أنه في حال وقوع ضرر من سلوك ما، تتم مقارنة وقياس السلوك الحاصل بالسلوك المألوف للرجل العادي في ذات الظروف، فإن تجاوز سلوكه هذا المرجع والمعيار، اعتبر متعدّياً وقام بذلك الركن المادي للخطأ، وهو التعدّي، أما إن لم يتجاوز بسلوكه ما يأتيه الرجل العادي من سلوك، فإنه لا يعتبر متعدّ ولا مخطئ.

وقد استطاع هذا المعيار تجاوز معظم الانتقادات التي أحاطت بالمعيار الشخصي وأضعفته فهو يتحدد بعنصرين أساسيين هما:

### أولاً: التجريد.

وهو من أهم مقومات السند القانوني، حيث يتجرّد الشخص من صفاته الخاصة والذاتية من فطنة وذكاء وحرص<sup>2</sup>، وغيرها من الظروف والصفات الأخرى، وهذا التجريد يضمن وحدته وعدم تعدّده من لآخر، وبالتالي المساواة أمام هذا المعيار لجميع الفاعلين حيث يترتب العموم على التجريد، وتتحقق بذلك العدالة النسبية، وإن كانت قاصرة على الفاعلين متجاهلة المضرورين وتحقيق العدالة فيما بينهم.

<sup>1</sup> - مصطفى عبد الحميد عدوي، النظرية العامة للالتزام: مصادر الالتزام، ط 1، مطبعة حمادة الحديثة، القاهرة، 1996 ص417.

<sup>2</sup> - جلال علي العدوي، مرجع سابق، ص361.

## ثانيا: الوسطية.

حيث يؤسس هذا المعيار، على الوسط كافة العوامل المؤثرة في السلوك من قدرات ذهنية وخبرات تراكمية، وحرص ويقظة متطلّبة عند القيام بالسلوك والتصرف، وهذه الوسطية تضمن العدالة، حيث يكلف العموم بما لا يفوق طاقة الأغلبية<sup>1</sup>، فهو يحاسب على أساس الشريحة الأوسع من الناس، لأن معظم الناس وسط في المدى الذي توجد به هذه الصفات<sup>2</sup> وما ألفه الناس من سلوك في ذات الظروف، يمثل واجبا على الكافة<sup>3</sup>.

مما يراه أنصار هذا المعيار من ميزات له، أنه يخرج بالأساس الذي تقوم عليه المسؤولية، وهو الخطأ من اعتباره مجرد ظاهرة نفسية إلى ظاهرة اجتماعية تترتب عليها أوضاع قانونية أفضل من أن تتبني هذه الأوضاع، على عوامل وظواهر نفسية، يصعب تقصيها ومعرفتها إلا بولوج نفسية الفاعل -إن أمكن ذلك أصلا- فالظاهرة الاجتماعية يسهل تعقبها وتتبعها بالمشاهدة والتجربة، ولكن هل تصلح التجربة والمشاهدة ليتأسس بها وحدها وضع قانوني ما، وترتيب ما لهذا الوضع؟ ربما يقول قائل نعم، فالسلوك المألوف يتحدّد خلقية وأدبية، وهي من أهم مصادر القانون، صحيح، ولكنها لا تشكل مصدرا مباشرا، يقوم به وضع قانوني ما، فالقاعدة الأخلاقية والأدبية توجّه لكل فرد على حدة، فلا يقابها الواجب ولا تظهر فيها تلك الثنائية التبادلية التي تظهر في العلاقة القانونية، المتمثلة بالحق والواجب<sup>4</sup>. كما قد يرى البعض في السلوك المألوف قاعدة عرفية، فهو واجب قانوني مصدره العيش في جماعة، إذا من يعيش في جماعة عليه الانتظام في هذه الجماعة بالسلوك السائد

<sup>1</sup> - جلال علي العدوي، المرجع السابق، ص 361.

<sup>2</sup> - نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام: مصادر الالتزام، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004 ص 391.

<sup>3</sup> - مصطفى الجمال، النظرية العامة للالتزام، دون طبعة، الدار الجامعية، الإسكندرية، 1987، ص 348.

<sup>4</sup> - أسماء موسى أسعد أبو سرور، مرجع سابق، ص 70.

فيها، وترتقي بعض قواعده لتشكل جزءا من النظام العام في هذا المجتمع، إن قلنا بأنه يمثل عرفا، فالعرف يشترط فيه أن يأخذ شكلا محددا مطردا، لكن السلوك المألوف لا يطرد على نحو ما هو كائن في القواعد العرفية، فهذه يستمر التعامل بها في إطار عام محدّد، ولكن السلوك المألوف لا يمثل تلك الحالة العامة، فقد يوجد في وضع آخر مخالف ويسمى سلوكا مألوفاً، حتى إن الوضع الواحد يتغير فيه السلوك المألوف بتغير الظروف المحيطة بكل وضع على حدة، كما أن النظام العام يعبر عن مفاهيم ثابتة وراسخة في المجتمع، وعليه لا يمكن أن يتشكل به قاعدة من قواعد النظام العام، حيث قواعده تقتقر إلى الثبات والاطراد وإلى أهم ميزة وهي الرسوخ في ضمير المجتمع.

إن الأستاذ سليمان مرقس يرد على المنتقدين لهذا المعيار، ومدى صلاحيته ليشكل وضعاً قانونياً بأن هذا المعيار، لا ينشئ الالتزامات أو الأوضاع القانونية، بل يحدّد مداها لأن القانون هو الذي يجعل من السلوك المألوف مصدراً يتحدّد به المدى الكمي للالتزامات ولا يتحدّد به نوع هذه الالتزامات، المحدّد ابتداءً في القانون، إذا هو لا ينشئ التعدي، ولكنه يمثل وسيلة القاضي في تحديد المدى الكمي لا النوعي للالتزامات المستندة وجودها في القانون<sup>1</sup>.

إن ما يسوقه الأستاذ سليمان مرقس يعتبر امتداداً لما يراه من أساس لوجود الخطأ الذي تقوم به المسؤولية، وهو المتمثل بفكرة الحقوق والواجبات المتقابلة، فمعيار السلوك المألوف يحدّد مدى الواجبات التي يتعيّن على المتسبب بالضرر مراعاتها أثناء ممارسته لحقه بحيث لا تتعارض مع حق الغير، صحيح أن هذا الواجب محدّد في القانون وأن المعيار يتحدّد به مدى هذا الالتزام (العناية). إذا تم التسليم بصحة هذا التحليل، هل يكفي هذا المعيار بضباييته وضعاً قانونياً؟ السلوك المألوف في ذات الظروف، من هو الرجل

<sup>1</sup> - أسماء موسى أسعد أبو سرور، المرجع السابق، ص 71.

العادي؟ هو الإنسان الوسط في صفاته الذهنية، من ذكاء وفطنة وهو الوسط في قدراته من حرص ويقظة، هذا التعريف ربما يقترب إلى أوضح ما يمكن الوصول إليه من تعريف للوسطية التي تمثل العموم<sup>1</sup>، لكن هل الأفراد كلهم يشكلون جماعة واحدة لها عيّنة وسطية واحدة تمثل العادي بينهم؟.

إن الاختلاف سمة من سمات المجتمع، فالمجتمع الواحد يتشكل من خليط، وحتى لو أمكنت المقاربة بين مجموعات نسيج هذا المجتمع لإعطائها مميّزا ما يجمع بينها، إلا أنه لا يمكن مع هذه المقاربة الافتراض أن الرجل العادي واحد لجميع أفاد المجتمع، فليس للمجتمع نمودجا يمثلهم كلّهم، فالمجتمع خليط فئات متعدّدة.

إذن الرجل العادي متعدّد، كما أن السلوك لهذا الرجل متغيّر بحسب ما يتأثر به من الظروف المختلفة، وعليه فهو معيار تنقسه الدّقة في تحديده ابتداء، حتى يتم عليه القياس لاحقا، وحتى وإن جرت المحاولة للتخلص من هذا الافتقار إلى الدقة، بإرجاع عملية القياس على سلطة وصلاحيّة القاضي، حسب كل واقعة على حدة وحسب حيثيات ومؤثرات كل قضية<sup>2</sup>، فعلى ماذا سيعتمد القاضي في تحديده للسلوك المألوف وقياس السلوك الحاصل عليه والخروج بنتيجة لها احتمالان، أن يوجد التعدي أو لا يوجد التعدي؟ على منظاره الشخصي وتقديره للأمر، دون ضابط متعلق بما يراد الوصول إليه، لا، ففي هذه الحالة سيظهر أثر ثقافة وبيئة القاضي على حكمه، مما سيسمح باختلاف الآراء<sup>3</sup>. إن طبيعة وظيفة القضاء تقتضي التزام الموضوعية، والانطلاق لتحقيق ذلك بالاعتماد على مقاييس ومرجعيات أكثر موضوعية وعمومية، تقارب النصوص القانونية الصريحة بهذا الوصف

<sup>1</sup> - أسماء موسى أسعد أبو سرور، المرجع السابق، ص72.

<sup>2</sup> - نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص394.

<sup>3</sup> - مصطفى العوجي، مرجع سابق، ص257.

وهما هنا وحسب الفقه، العرف والعادة في ظل ذات الظروف، خاصة وأن العرف مصدر من مصادر القانون، فالقاضي عليه أن يرى الأمور بمنظار المجتمع لها، لا كما يستتبطها هو أي أن العرف والعادة يتحدّد بهما صلاحياته بالاستنتاج، على الرغم من أنه هناك من يرى بأن هذه الصلاحيات واسعة أكثر مما ينبغي، خاصة مع اعتبار نتائجها من الأمور الواقعية التي لا تتقض<sup>1</sup>.

### الفرع الثالث: الظروف المعتد بتأثيرها على السلوك.

على افتراض السلوك المألوف للرجل العادي بأنه "متغير"، فإن ذلك يفرض دراسة العوامل المؤثرة فيه، التي تحدّد طبيعة المسار و الاتجاه الذي يتخذه هذا السلوك، وبما أن السلوك المألوف يمثل حالة اجتماعية، فأول ما يؤثر فيه عوامل الزمان والمكان كمؤثرات خارجية عن الشخص الذي يقوم بهذا السلوك، وبما أن السلوك هو ما ألف من الرجل العادي، فلا تأثير للعوامل الداخلية في شخص الفاعل على وصف الفعل بالتعدي إذا لم تماثل العوامل في الشخص العادي. اختصاراً يمكن القول بأنه توجد عوامل يعتد بتأثيرها وبعضها لا يعتد بتأثيرها وهو ما سيتم دراسته من خلال هذا الفرع.

### أولاً: التقسيم الأول.

هذا التقسيم يعتمد مدى التصاق هذه الظروف بشخص الفاعل، أو التصاقها بالمحيط الذي وقع فيه الفعل، وهي على النحو التالي:

**1\_ الظروف الخارجية:** ويقصد بها الطرف الزماني، أي الزمن الذي وقع فيه السلوك هل وقع في الليل أم في النهار، أو متعلقة بالمكان الذي نم فيه السلوك، ولقد عرّفها الفقه بأنها ما خرج عن ميزات الشخص وصفاته وخصائصه الطبيعية، فمثلاً السير في الليل

<sup>1</sup> - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 394.

يتطلب من عناية وشكل في السلوك، ما لا تتطلبه القيادة في النهار، والقيادة في الظهيرة وقت الزحام في أحد الشوارع الرئيسية، تختلف عن القيادة وما تتطلبه من عناية وحذر، إن كانت في شارع فرعي بعد منتصف الليل.

**2\_ الظروف الداخلية أو الخاصة:** وهي ما كانت من خصائص مرتكب السلوك وميزاته الشخصية<sup>1</sup>، وهي مؤثرات شديدة وضوح الأثر في طبيعة وشكل السلوك الذي يقع من الفاعل، فمقدار فطنته وذكائه وحرصه ويقظته، أهم المؤثرات والعوامل في إخراج السلوك الذي ظهر به.

إن السؤال الذي يطرح بعد هذا العرض للعوامل وتأثيرها في سلوك الفرد، هل يعتد بها في عملية القياس، التي تتم لتحديد وجود التعدي من عدمه، قياساً إلى المعيار المعتمد وهو السلوك المعتاد للرجل العادي<sup>2</sup>؟.

توافقاً مع المعيار، فإنه من الطبيعي عدم الاعتداد بالظروف الداخلية، لأنه معيار مجرد من كل الصفات والخصائص، التي يتباين بها شخص عن آخر، فلا يعتد بمقدار فطنة الفاعل أو بمقدار حرصه، أو قدراته الذهنية وخبراته الشخصية، ولكن العوامل التي تتماشى مع المعيار وموضوعيته، حيث يتساوى بها كافة الفاعلين، هي العوامل الخارجية "الزمان والمكان"، ويرى الدكتور عاطف النقيب في الظروف الواجب الاعتداد بها "أنها الظروف التي تلازم الحادث في تسلسل وقائعه ومكان حصوله وزمانه، وتخرج من هذه الظروف المتعلقة بطباع وخصائص الفاعل النفسية، كأن يكون حاد الطباع أو مرهف الحس"<sup>3</sup>، إذا هو لا يقصر الظروف الخارجية على الزمان والمكان، بل يجعل كافة الظروف

<sup>1</sup> - أسماء موسى أسعد أبو سرور، مرجع سابق، ص74.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص74.

<sup>3</sup> - عاطف النقيب، المسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، مرجع سابق، ص137.

خارجية، إلا ما تعلق منها بالظروف النفسية، أي اعتداد بالسن والمرض، ورغم منطقية هذا التقسيم، حيث لا يتجاهل العديد من الظروف الداخلية كبيرة الأثر في شكل السلوك إلا أنه يخرج بالمعيار عن وصفه المجرد أو الموضوعي<sup>1</sup>.

إذن الظروف الداخلية تتميز عن الخارجية، دون الاتفاق الدقيق على أيهما داخلي وأيهما خارجي، وإن كان معظم يرى الاعتداد بالظروف التي أحاطت بالفاعل، وهي على الأرجح ظروف الزمان والمكان، حيث يظهر ذلك من وصف الإحاطة، كما أن الظرف ذاته -وإن كان الفقه حصرها في ظروف السن والحالة الاجتماعية والجنس- مرة يكون ظرفا داخليا ومرة أخرى خارجيا، وذلك حسب السلوك خصوصه وعمومه، فإن كان سلوكا خاصا بفئة معينة، مثلا سلوك لا يأتيه سوى الصغار، أو سلوك لا يأتيه سوى النساء، فالجنس والسن في هذين المثليين يعتبران ظرفا خارجية لا داخلية، إذا يعتد به عند القياس، حيث يكون السلوك المؤلف للرجل العادي ما يسلكه الأطفال العاديين في نفس الظروف، وهذا يرجعنا إلى اعتبار المجتمع طائفة واحدة لها مقياس واحد، وقد يكون السلوك ليس حكرا على أحد حيث يأتيه المجموع العام من الناس، دون اختصاصه بطائفة واحدة، وعليه يكون الجنس والحالة الاجتماعية والسن ظروفًا داخلية، لا تدخل في القياس<sup>2</sup>، فمثلا قيادة السيارة سلوك لا تختص به فئة دون الأخرى، فلا اعتداد بجنس أو سن السائق عند قياس مدى التعدي في سلوكه.

يعيب الدكتور "مرقس" على هذا التقسيم للظروف (الخارجي والداخلي)، أنه يصعب إيجاد الحد الفاصل الذي يتميز به كل عن الآخر، كما أن الظرف الداخلي في معظم الحالات هو صاحب الأثر الأكبر في مسار السلوك، وأن هناك اعتداد فعلي في معظم

<sup>1</sup> - أسماء موسى أسعد أبو سرور، المرجع السابق، ص 74.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 75.

الأحيان بالظروف الداخلية، خاصة ظروف الجنس والسن و الحالة الاجتماعية<sup>1</sup>.

عليه طرح الدكتور نفسه والعديد من الفقهاء تقسيما آخر وهو ما سنتولى بيانه.

### ثانيا: التقسيم الثاني.

ويعتمد على ظهور أو عدم ظهور الظروف المؤثرة للمضرور و المسؤول، فالظروف المعتد بها هي ما تخص طرفي العلاقة فقط، والسبب في الاعتداد بهذه الظروف دون غيرها أنها تدخل في حساب وتقدير الطرفين عند القيام بالسلوك، واشتراط علم الطرفين بها ناتج عن الصفة الثنائية في العلاقة بين الحق والواجب، حيث العلم بالظروف لها لأثر الواضح في تحديد المدى الذي يستطيع الحق أن يمتد به على حساب الواجب، وهي على ما يبدو ترد إلى تعريف الخطأ أنه إخلال بالثقة المشروعة، فالثقة تتبني على العلم، وأهمية العلم تظهر في أن يكون حله الظروف المؤثرة في السلوك ومساره، فكل طرف في العلاقة يرتب وضعه ومدى ثقته على ما يعلمه، ولكن المهم في هذا الوضع هو علم المضرور، لأن السلوك سيكون من الطرف المقابل، وعليه تصرفه، هو الذي سيوضع في القياس، إن كان يشكل تعديا أم لا، فظروف الفاعل التي تكون منظورة للمضرور هي التي تبني عليها ثقة هذا الأخير وتوقعاته بما سيكون عليه شكل سلوك الفاعل، وعليه فالتعدي يتحدد بتجاوز سلوك الرجل العادي في مثل هذه الظروف الظاهرة، التي أثرت في السلوك وأحاطت به سواء أحاطت بالفاعل أم أحاطت بالفعل، أي تتساوى في كونها ظروفًا خارجية أم ظروفًا داخلية طالما كانت منظورة للمضرور، على الرغم من القول بأن الظروف الخارجية هي التي تنظر من قبل المضرور. ولكن يمكن القول بأنه ليست الظروف الخارجية وحدها هي المنظورة فقد توجد العديد من الظروف الداخلية للصيقة بخصائص الفاعل مثل السن

<sup>1</sup> - سليمان مرقس، موجز أصول الالتزام، مرجع سابق، ص 218.

و المرض ... الخ<sup>1</sup> وتكون ظاهرة للمضرور، وعليه فإن هذا التقسيم، إنما يعتبر محاولة للتوسع في الظروف المعتد بها، فهل يمكن مثلا تجاهل صفة التخصص في الطبيب، عند وضع سلوكه في موضع القياس، فما يتوقع من الطبيب المختص، يخالف ما يتوقع من الطبيب العام وعليه ما يطالب به من العناية والحرص يختلف في مقداره عما يمكن أن يطالب به الطبيب العام<sup>2</sup>.

وينتقد البعض هذا التقسيم على أساس الظاهر وغير الظاهر، بأن ما يكون ظاهرا لمضرور، لا يكون ظاهرا لآخر<sup>3</sup>، فما الضابط لذلك؟، وهل كل ظرف ظاهر هو ظرف مؤثر بالضرورة؟، على ما يبدو فإن التقسيم الأول أكثر نجاعة ولو جزئيا.

### المطلب الثاني: الركن المعنوي.

لا يتحقق الخطأ ومن ثم المسؤولية لمجرد حصول تعدد على النحو الذي بيناه آنفا، بل لابد من نسبة هذا التعدي أو إسناده إلى الفاعل، وذلك لأن الفرد لا يكون مسؤولا بسبب التعدي الذي صدر منه، ولكن باعتبار أنه قام يمثل هذا الفعل بمحض إرادته، فيسأل بذلك الفرد كونه، يتمتع بحرية الاختيار، ومفادها أن للفرد مقدرة على التمييز بين الفعل الضار والفعل النافع، وبين الفعل المباح والفعل المخالف للقانون، وعندما يقدم على فعل مغل بقاءة قانونية أو بواجب قانوني، فيكون ذلك بإرادته الحرة أي باختياره ومن ثم يتحمل ما يترتب على هذا الفعل من جزاء، وأما إن انتفت حرية الاختيار لدى الفاعل، كأن يكون غير مميز فلا يسأل، هذا ويلاحظ أن المشرع الفرنسي لم يشترط ضرورة توافر التمييز لدى الفاعل للقول بوجود تعدي، وبالتالي وجود خطأ، ويبدو هذا واضحا من خلال صدور القانون

<sup>1</sup> - أسماء موسى أسعد أبو سرور، مرجع سابق، ص 77.

<sup>2</sup> - جلال علي العدوي، مرجع سابق، ص 362.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص 362.

في 3 يناير سنة 1968<sup>1</sup>، الذي تم بموجبه تعديل المادة "2/489" من التقنين المدني الفرنسي، حيث قررت أن كل من تسبب في إلحاق ضرر بالغ، ولو تحت تأثير اضطراب عقلي يكون ملزم بالتعويض، على الرغم من تحفظ بعض الفقه وإثارته مشكلة التشدد البادي في النص، فهو وإن كان يحقق العدالة للمضروب، إلا أنه شديد القسوة على المريض باختلال عقلي، إلا أنهم خففوا من هذه القسوة، في محاولة منهم لإقامة التوازن بين مصلحة المضروب ومحدث الضرر، هذا ولم يتكلم هذا النص إلا على الجنون، فلم يتعرض لصغر السن، ومع ذلك فإن الفقه يميل إلى توحيد الحكم في الحالتين، باعتبار أن هذا القانون يتضمن تعبيراً عن الاتجاه التشريعي الجديد، الذي يقتصر على العنصر المادي للخطأ، حيث يقاس بمعيار مجرد لا يدخل فيه الظروف الخاصة بالحالة العقلية للمدعى عليه<sup>2</sup>.

أما المشرع المصري فإنه اشترط التمييز في المادة 164<sup>3</sup> وتقابلها المادة 125 من التقنين المدني الجزائري التي تنص على أنه: "لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو بإهمال منه أو عدم حيطته إلا إذا كان مميزاً".

إن هذه المسألة كان الإجماع ينعقد عليها منذ أن تقررت في القانون الروماني وانتقلت منه إلى العصور الوسطى، ثم إلى العصور الحديثة، واعتبر سقوط المسؤولية عن عديم التمييز، من الناحيتين الجنائية والمدنية معا خطوة خطأها القانون إلى الأمام.

<sup>1</sup> - فضل ماهر محمد عسقلان، المسؤولية التقصيرية لعديم التمييز "دراسة مقارنة"، قدمت هذه الأطروحة استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2008 ص93.

<sup>2</sup> - أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، الدراسات البحثية في المسؤولية المدنية، المجلد الأول، المسؤولية المدنية الشخصية في الفقه والقضاء المصري والفرنسي، 2007، ص45.

<sup>3</sup> - من القانون المدني المصري الصادر بتاريخ 1948/07/29 والذي بدأ سريانه ابتداء من تاريخ 1949/10/15 المعدل والمتمم.

إلا أن أصحاب النظرية المادية في المسؤولية التقصيرية، وهي النظرية التي تبني المسؤولية على أساس تحمل التبعة لا على الخطأ، بدؤوا يعيدون إلى ميدان البحث مسؤولية عديم التمييز، إذ يقولون بالمسؤولية حتى إذا انعدم التمييز، فغير المميز إذا لم يكن قادراً على ارتكاب الخطأ يستطيع إحداث الضرر، والمسؤولية عندهم تقوم على الضرر.

هذا وقد نعوا على المتمسكين بالخطأ أساساً للمسؤولية أن منطقتهم يستلزم عدم المساءلة إذا انعدم التمييز، وأشاروا إلى حالات يكون من القسوة فيها ألا يعرض عديم التمييز إذا كان واسع الثراء، وما أحدثه من ضرر جسيم لفقير منعدم.

إلا أنه ورغم ما نادى به هذه النظرية فإن الرأي الغالب في الفقه والقضاء يتطلب لقيام المسؤولية التقصيرية توافر التمييز في مرتكب الخطأ، إلا أنه يسعى في نفس الوقت إلى التضييق من نطاق هذا المبدأ بوسائل شتى نزولاً منه على اعتبارات العدالة، منها مثلاً إمكانية الرجوع على المكلف بالرقابة بالتعويض، كما أقرت ضرورة انعدام التمييز انعداماً تاماً وقت وقوع الضرر، كما اشترطوا أن لا يكون انعدام التمييز راجع إلى فعل محدث الضرر كتعاطي مسكر أو مخدر، أي رجوع فقد التمييز إلى خطأ سابق في جانب عديم التمييز.

كان هذا بالنسبة لمسؤولية الشخص المميز عموماً، لكن ومن جهة أخرى وإن اتفقت معظم التشريعات على ضرورة توافر التمييز للقول بوجود التعدي وبالتالي القول بوجود خطأ فإنه من جهة أخرى قد اختلفت حول مسؤولية عديم التمييز، وهذا ما سنبحثه في الفرعين التاليين، ومكتفين في ذلك بحالة الجزائر ومصر.

## الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري.

### أولاً: مسؤولية المميز.

إن المشرع الجزائري قد نص صراحة في المادة 125<sup>1</sup> من التقنين المدني على ضرورة توافر التمييز لدى المتسبب في الضرر حتى تقوم مسؤوليته<sup>2</sup>. هذا ويستفاد من نص هذه المادة أن المشرع لا يميز بين درجات الخطأ، فأى كانت صورته أو درجته فهو منتج للمسؤولية شريطة أن يكون صاحب الخطأ مميزاً. وما تجب الإشارة إليه هنا أن القاصر ببلوغه سن الثالثة عشر سنة يصبح مميزاً، وهذا عملاً بأحكام المادة 02/42 من القانون 05-10 المعدل والمتمم للتقنين المدني التي تنص: "يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة". إنه ويتحقق هذا الشرط فإنه ليس هناك مانع للمطالبة بمسؤوليته الشخصية طالما يمكن أن يسند له خطأ.

### ثانياً: مسؤولية عديم التمييز.

إن إلغاء الفقرة الثانية<sup>3</sup> من المادة 125 من التقنين المدني الجزائري بمقتضى القانون 05-10 المتمم والمعدل للتقنين المدني وضعت حداً للتساؤلات والاختلافات الفقهية حول مسؤولية عديم التمييز والتي كانت تنص: "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". إن مسؤولية عديم التمييز وطبقاً للفقرة 02 من المادة 125 الملغاة بموجب القانون المذكور أعلاه جعلتها مسؤولية مخففة ومشروطة وهي تتميز بالخصائص التالية: إذ تعتبر

<sup>1</sup> - من القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم.

<sup>2</sup> - علي فيلاي، مرجع سابق، ص 79.

<sup>3</sup> - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، المسؤولية التقصيرية: الفعل المستحق للتعويض، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى للطباعة، الجزائر، 2001، ص 42.

استثنائية، واحتياطية، و جوازية، ومخففة.

ويتساءل بعض شراح القانون، ومنهم الأستاذ القدير الدكتور محمد صبري السعدي عن سبب إلغاء المشرّع مسؤولية عديم التمييز في حين نصّت على تلك المسؤولية، العديد من التشريعات الأجنبية مراعاة للعدالة<sup>1</sup>.

**الفرع الثاني: موقف المشرع المصري.**

إن تفحصنا لأحكام الفقرة 02 من المادة 164 من التقنين المدني المصري يتبين لنا أن مسؤولية عديم التمييز تتميز بأمرين: الأول أنها مسؤولية مشروطة، وشرطها أن المضرور لا يستطيع الحصول على تعويض من شخص آخر غير عديم التمييز شريطة ألا يكون لهذا الأخير شخص آخر يكفله كوالده أو أمه أو عمه، أو أن يكون تحت كفالة شخص مكلف بالرقابة عليه، ولكن إذا تعذر الحصول على التعويض لانتفاء قرينة الخطأ من جانب المذكورين أعلاه لأنه قابل لإثبات العكس، أو أنهم لم يستطيعوا نفي الخطأ من جانبهم ولكنهم كانوا معسرين فعندئذ يرجع على عديم التمييز بالتعويض.

أما الأمر الثاني فهي مسؤولية مخففة<sup>2</sup> وجوازية للقاضي فيما يتعلق بالحكم بالتعويض ومقداره، فعديم التمييز لا يكون مسئولاً حتماً عن تعويض ما أحدثه من ضرر تعويضاً كاملاً، وعلّة ذلك أن هذه المسؤولية لا تبنى على الخطأ بل على تحمل التبعة، لأن الخطأ يتطلب الإدراك، والفرض أن المسؤول فاقده، فالقانون لا يحمّله التبعة عن الأضرار إلا في حدود عادلة مراعيًا في ذلك مركز المسؤول والمضرور يسراً أو عسراً.

فإذا كان عديم التمييز ميسر العيش وكان المضرور في حاجة إلى تعويض، فيجب على القاضي في هذه الحالة أن يترك لعديم التمييز من ماله ما يكفي للإنفاق على نفسه<sup>3</sup> ويجوز

<sup>1</sup> - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 43.

<sup>2</sup> - فضل ماهر محمد عسقلان، مرجع سابق، ص 75.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص 75.

للقاضي أن لا يحكم بالتعويض أصلاً إذا كان عديم التمييز فقيراً، وكان المضرور موسراً، لأن حكم التعويض جوازي له.

وأخيراً فإن مسؤولية عديم التمييز تقوم على أساس العدالة لا على أساس القانون<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 43.

## الفصل الثاني

### نظرية تعلم التبعية

يعتبر كل من الفقيهان "سالي وجوسران" أشد مناهضي النظرية الشخصية<sup>1</sup>، هذه الأخيرة التي كانت تنزع إلى الفاعل أكثر منه إلى المضرور، بيد أنه وإن صدق على هؤلاء هذا القول فإنهما من ناحية أخرى استخدموا أذهانهم قصد تأييد العدالة.

مما لا شك فيه أنه كان للتطور الاقتصادي السريع منذ القرن التاسع عشر أكبر الأثر في تطور نظريات المسؤولية التقصيرية، فقد تقدمت الصناعة تقدما عظيما باستحداث الآلات الميكانيكية وشتى وسائل النقل، ونجم عن ذلك أن أصبح الخطر الكامن في استعمال هذه المخترعات أقرب احتمالا وأكثر تحققا مما كان عليه الأمر في الماضي، فعاد ركن الضرر في المسؤولية التقصيرية إلى البروز حتى كاد يغطي على ركن الخطأ<sup>2</sup>، وبدأ تطور المسؤولية يرجع إلى نقطة الابتداء حيث كان المعيار ماديا لا شخصيا وكان ذلك نتيجة أن أصبح هذا الرفيق الجديد للإنسان أكثر صعوبة في التحكم فيه، 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، إذ أن انفجار ما في محرك القاطرة أو أية وسيلة نقل أخرى كالسفينة يؤدي حتما إلى ضحايا عديدين لا ذنب لهم، وصاحب الآلات يبقى المستفيد الأول من تشغيلها، ولا جدال 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.

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

<sup>1</sup> - قال فيهما العلامة ريبير: "أنهما وكلاء تغليسة الخطأ".

- محمود جلال حمزة، العمل الغير مشروع باعتباره مصدرا للتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، 1985، الصفحة 260.

<sup>2</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 634.

الضار وتمكين الرأسمالية من أن تغرف الأرباح الطائلة، وتجمع الثروات الأسطورية صاعدة إلى قمة الغنى على أكوام ضحايا الظلم<sup>1</sup>.

من هذه البداية البسيطة انطلق الفقهاء ينادون بما نسميه الآن المسؤولية المادية والتف حولها كبار رجال القانون وكان أبرزهم "سالي وجوسران"<sup>2</sup>.

لكن كان لابد لقبولها من جانب الفقه والقضاء تقديم سند قانوني ترد إليه، كما أنه يتحتم على أنصارها إقامة الدليل على أن النصوص التشريعية لم تتخذ لها سبيلا آخر يتعارض معها.

هذا ما انبرى لبيانه والتدليل عليه الفقيهان الفرنسيان "سالي" وجوسران، فقد بذلا جهدا كبيرا في رد الفكرة المتقدمة إلى بعض النصوص التشريعية، وفي البرهنة على أن المشرع الفرنسي لم يشترط على الدوام توافر الخطأ لقيام المسؤولية، واندفعوا إلى التدليل على أن الخطأ لا يعتبر ركنا من أركان المسؤولية في صورتها كلّها.

لقد أصدر الأستاذ "سالي" في أواخر القرن التاسع عشر في سنة 1897م كراسا بعنوان "حوادث العمل والمسؤولية المدنية"، أرجع فيه فكرة تحمل التبعة إلى المادتين "1382-1383" مدني فرنسي، فقد رفض هذا الأستاذ أن يقيم أي وزن لتاريخ هذه المادة أو للأعمال التحضيرية التي صاحبته، وذهب إلى أن الخطأ الذي تشير إليه المادة ليس في حقيقة الأمر أكثر من كلمة "عمل"<sup>3</sup>، وهو يرى أن هذا هو ما انصرف إليه ذهن واضعي قانون نابليون، وما يدل عليه منطوق المادة المتقدمة وعبارتها، إذ لا تعد المادة أن تكون

<sup>1</sup> - ثروت أنيس الأسيوطي، مبادئ القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، د.ت.، بند 319، ص 188-189.

<sup>2</sup> - حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، 2، الخطأ، ط1، دار وائل للنشر، الأردن، 2006، ص 7.

<sup>3</sup> - محمود جلال حمزة، المسؤولية الناشئة عن الأشياء غير الحية في القانون المدني الجزائري، رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون الخاص، جامعة الجزائر، 1980، ص 369.

مجرد تطبيق لقواعد العدالة التي تقضي بأن يكون لكل امرئ ثمرة عمله.

بيد أنّ الأستاذ "سالي" "saleille" ما لبث أن تحوّل عن التمسك بهذه المادة ليتمسك بالمادة "1/1384" التي كان يفهم منها أنها لا تدلّ إلا على التمهيد لما بعدها من أحكام في الفئرتين المواليتين لها-الثانية والثالثة- من المادة نفسها والتي تتعلّق بمسؤولية الآباء والأمهات والمريين عن أفعال تابعيهم، وهذا ما أشارت إليه عبارة "وإنما أيضا عن الضرر الذي يقع بفعل الأشخاص الذين يسأل عنهم"، وكذلك ما نصّت عليه المادّتان "1385" و "1386" وتتعلقان بالمسؤولية عن أفعال الحيوان وتهدمّ البناء، وهذا ما أشارت إليه عبارة "...أو بفعل الأشياء التي تحت حراسته"، وهو ما كان مستقرا عليه الفقه في السابق، وهو يؤكّده ما ذهب إليه الأستاذ "مازو" من أنه بالرّجوع إلى المشروع التمهيدي للقانون المدني الفرنسي، يلاحظ أن المادّتين "1384" و "1385" كانتا تكونان مادة واحدة لأنهما لم تتفصلا إلاّ عند الصياغة النهائية بسبب طول النصّ دون قصد تغيير أحكامهما.

لقد تمسك "سالي" بهذه المادة بعد اطلاعه على حكم شهير أصدرته محكمة النقض الفرنسية في دائرتها المدنية مؤرخ في 16 جوان 1896م<sup>1</sup>، ولأهمية هذا الحكم نورد خلاصته وتتنصر في الوقائع التالية:

"حدث انفجار في سفينة بخارية تسمى "ماري" ويعود الانفجار إلى تمزق في أحد أنابيب السفينة أدّت إلى موت العامل الميكانيكي، وتكشّف للجنة الفنية التي فحصت أسباب الانفجار بأنه يعود إلى عيب في لحام الأنبوبة الممزّقة.

<sup>1</sup> - أبو زيد عبد الباقي مصطفى، التأمين من المسؤولية المدنية عن حوادث السير، دراسة مقارنة بين النظامين المصري والفرنسي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1975، ص6 وما يليها.

أقامت أرملة الميكانيكي دعوى أمام محكمة السين (أول درجة) ضدّ مالكي السفينة مطالبة بالتعويض استناداً إلى ما جاء في تقرير اللّجنة الفنية، فرفضت الدعوى تأسيساً على عدم ثبوت أي خطأ في مواجهة مالكي السفينة وفق للمادتين "1383-1382" مدني فرنسي.

استأنفت الأرملة الحكم أمام محكمة باريس، التي قامت بتعديل الحكم وأدانت المالكين بدفع التعويض إلى المدّعية مستندة في ذلك إلى سببين:

**الأول:** وجود عقد يربط المالكين والميكانيكي بمقتضاه، عهد المالكين بماكينه إلى الميكانيكي صالحة لتأدية مهمّتها التي خصّصت لها، ولم يثبت للمحكمة أنّ هناك خطأ ارتكبه العامل، وبالتالي فإنّ هذا يلقي على عاتق المالكين التزاماً بضمان سلامة العامل كما لم يدرج أي شرط خاص في الاتفاق، وذلك ما يفسّره اتجاه هذا الحكم إلى الأخذ بنظرية الفقيه "سوزيه" في فرنسا و"سانكتليت" في بلجيكا اللّذين كانا يناديان بتطبيق هذه المسؤولية عن الأضرار التي تنشأ عن فعل الشيء، خاصّة تلك الأضرار التي تنشأ عن النقل والعمل حيث يلزم بمقتضاها الناقل وصاحب العمل بأن يحافظ على سلامة العامل أثناء قيامه بعمله، وأن يمنع عنه كل خطر أو ضرر، وأن يردّ العامل سليماً كما تسلّمه. فإذا أصيب الراكب أثناء نقله والعامل أثناء عمله اعتبر الناقل ورب العمل مقصراً في تنفيذ النّزاهة وتخلّف عن ذلك، وقامت مسؤوليته التعاقدية، ما لم يثبت أنّ الحادث يعود إلى سبب أجنبي<sup>1</sup>.

**الثاني:** المسؤولية التقصيرية المؤسّسة على المادة "1386" مدني فرنسي تنطبق على القضية المطروحة عليها صراحة، وقرّرت المحكمة أنّه من العدل، مادام قد عهد للعامل

<sup>1</sup> - علاوة بشوع، التأمين الإلزامي من المسؤولية المدنية عن حوادث السيارات في الجزائر، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة قسنطينة، 2005-2006، ص54، نقلاً عن: محمد نصر رفاعي، الضرر كأساس للمسؤولية المدنية في المجتمع المعاصر، رسالة دكتوراه، 1978، ص56.

بماكينة، فإنّ المالكين يكونان مسؤولين عن الضرر الناشئ عن العيب الموجود في تشييد الماكينة.

طعن في الحكم أمام محكمة النقض استناداً إلى مخالفة المادتين "1382-1383" مدني فرنسي، أي ليس هناك أي خطأ وقع من المالكين.

فرفضت المحكمة الطعن المقدم إليها، وأدانت المالكين بتعويض المدّعية استناداً إلى المادة "1/1384" مدني فرنسي، معلنة -لعلّ ذلك أول مرة تستخدم فيها المحكمة تلك المادة- أن الحكم المطعون فيه قد أثبت بما لا معقب عليه أن انفجار ماكينة السفينة البخارية الذي تسبب في موت العامل يرجع إلى عيب التشييد، وأنه وفقاً لما ورد في المادة "1/1384" مدني فرنسي، فإن هذا الإثبات الذي يستبعد معه الحادث الفجائي أو القوة القاهرة، ينشئ في مواجهة المضرور من الحادث مسؤولية مالكي السفينة دون أن يستطيع الأخير أن يتخلصاً من هذه المسؤولية بإثبات خطأ منشئ الماكينة أو الطابع الخفي للعيب المطعون فيه".

فثبت من هذا الحكم إعفاء المضرور من عبئ إثبات خطأ المدعى عليه، كما أن المسؤولية أقيمت حتى مع انعدام الخطأ لعدم تبيّن المالك العيب الخفي الذي يستبعد معه خطأه، بل إنه مسؤول حتى لو ثبت خطأ منشئ الماكينة أو عيبها ما لم يثبت السبب الأجنبي، فمسؤوليته إذا دون خطأ، وإن استناد الحكم إلى العيب الخفي، القصد منه فقط هو التدليل على انتفاء الحادث الفجائي أو القوة القاهرة.

وقد اعتبر هذا الحكم أنه أول قبول من محكمة النقض الفرنسية لمبدأ المسؤولية عن فعل الأشياء، فالمحكمة إذا أخذت بمعيار الضرر الناشئ عن فعل الشيء وبسببه فقط (علاقة السببية بين فعل الشيء والضرر) ورابطة الحراسة الثابتة للمالك، أي أخذت

بالمسؤولية الموضوعية<sup>1</sup>.

غير أن دائرة العرائض لمحكمة النقض الفرنسية أصدرت في مارس، الثلاثين منه 1897م حكماً في قضية مشابهة لقضية السفينة البخارية تلك، رفضت فيه دعوى المضرور حيث ثبت أن الغلاية (المرجل) التي تسببت في الحادث قد ركبت طبقاً للقواعد الفنية وأنها كانت في حالة جيدة من حيث الصيانة، وصرحت المحكمة أن الحادث الذي يضل مجهولاً أو الذي يصعب إثبات سببه يتعادل مع الحادث الفجائي الذي تنتفي معه قرينة الخطأ، مما يعني أن المحكمة قد سمحت للمدعى عليه إثبات عدم ارتكابه خطأ، وأسندت أساس المادة "1/1384" مدني فرنسي إلى فكرة قرينة الخطأ، أي أن القضاء منذ هذا الحكم استمر في الأخذ بقرينة الخطأ، أي الخطأ المفترض لحين من الوقت، فكان يجوز للحارس أن ينفي عنه المسؤولية بإثبات عدم وقوع خطأ منه ما دام المضرور معفى من عبء إثبات خطأ الحارس، وهذا تماشياً من القضاء مع منطقته في نظريته التي تقيم المسؤولية على أساس قرينة الخطأ، ولأن القرائن القانونية هي قرائن بسيطة يمكن إثبات عكسها ما لم يحظر ذلك بنص خاص صريح، وأن قرينة خطأ الحارس ليست مستقلة بل ليست مستثناة، فيجوز للحارس أن يثبت عدم خطئه، ويهدم بالتالي تلك القرينة<sup>2</sup>.

وإلى 25 مارس 1905م، حيث صدر عن دائرة العرائض بمحكمة النقض الفرنسية حكم قضى بأن القرينة التي تقرّها المادة "1/1384" مدني فرنسي، لا يمكن هدمها إلا بإثبات الحارس أن الحادث يعود إلى حادث فجائي أو قوة قاهرة أو خطأ المضرور، وأصبح من المستقر الثابت أنه لا يكفي لإعفاء حارس الشيء من المسؤولية أن يثبت أنه لم يرتكب خطأ أو أن يبقى سبب الحادث مجهولاً، فلا يتخلّص الحارس من المسؤولية التي تظلّ

<sup>1</sup>- علاوة بشوع، مرجع سابق، ص 55 نقلاً عن: محمد نصر رفاعي، ص 64 وما بعدها.

<sup>2</sup>- أنظر: المادة "337" من القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم، تقابلها المادة "1254" مدني فرنسي.

تلاحقه وتقع على عاتقه، إلا إذا أثبت السبب الأجنبي الذي لا ينسب إليه<sup>1</sup>.

وتؤكد هذا الاتجاه القضائي الفرنسي بحكم الدوائر المجتمعة لمحكمة النقض في 13 فيفري 1930م مقرراً: "إن قرينة المسؤولية -بدلاً من قرينة الخطأ- الواردة في المادة "1/1384" مدني فرنسي، في مواجهة من كان تحت حراسته الشيء غير الحي الذي سبب ضرراً للغير لا يمكن أن تهدم إلا بإثبات الحادث الفجائي أو القوة القاهرة أو السبب الأجنبي الذي لا ينسب إلى الفاعل، وأنه لا يكفي إثبات أنه لم يرتكب أي خطأ أو أن يظل سبب الحادث مجهولاً..." مما يعني أن المحكمة بهذا الحكم أوضحت بأن المسؤولية لا ترتبط بالخطأ، وهي منفصلة عنه تماماً لأن الخطأ المفترض يمكن إثبات عكسه، وهي لا تسمح بنفي المسؤولية إلا إذا أثبت السبب الأجنبي.

هذا القضاء هو ما كرّسته المادة "138"<sup>2</sup> مدني جزائري بجانب القاعدة العامة للمسؤولية المدنية المبنية على الخطأ وهي المادة "124" مدني جزائري.

وعلى غرار الفقيه "سالي" كان "جوسران" من بين الذين دعوا إلى التمسك بالمسؤولية الشئئية، حيث نشر بحثاً بعنوان "المسؤولية عن الأشياء غير الحية" ذهب فيه إلى ما ذهب في تفسيره الفقيه "سالي" واعتبر أن الحارس يكون مسؤولاً عن تعويض الضرر مخطئاً كان أم غير مخطئ، فنحن أمام مسؤولية شئئية قررها القانون دون النظر إلى الاعتبارات الشخصية أو الذاتية للفاعل<sup>3</sup>.

كما أن الفقيه "لابيه" الذي اشتهر بتعليقاته الزائفة على أحكام المحاكم والذي كان من أشهر خصوم هذه النظرية، نجده يتخلى عن موقفه المعارض وينضم إلى أنصار هذه

<sup>1</sup> - علاوة بشوع، المرجع السابق، ص56، نقلاً عن: محمد نصر رفاعي، ص75.

<sup>2</sup> - المادة "138" من القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم.

<sup>3</sup> - من أقواله: "أن إرهاب كاهل المضرور بالضرر، ظلم أوجدته الصدفة ويجب ألا يكون في الصدفة محل في القانون"

النظرية، فلقد نشر هذا الفقيه عام 1899م تعليقا على أحد الأحكام في مجلة "سيري" جاء فيها: أن من يدخل في المجتمع شيئا من شأنه زيادة المخاطر التي يتعرّض لها الأفراد يتعين عليه تعويض الآخرين عما يصيبهم من أضرار ناتجة عن هذا الشيء كأنفجاره أو تحطمه، ثم ما لبث كذلك أن اعتنق الفكرة السابقة الفقيه الفرنسي "اسمان Ismeen" والفقيهان الناشئان آنذاك "تسيير Tessiere" و"ريبير ripert"<sup>1</sup>.

لقد كان هذا أهم ما نظرت له هذه النظرية ودعت إليه، ولبحث هذه النظرية أكثر قمنا بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين رئيسيين: خضنا في المبحث الأول إلى عرض هذه النظرية محاولين الإحاطة بمختلف جوانبها. أما المبحث الثاني فخصّصناه إلى صدى هذه النظرية على التشريع والقضاء، والنقد الذي وجه إلى هذه النظرية من طرف خصومها مع الإدلاء بدلونا بخصوص هذا النقد أيضا.

<sup>1</sup> - حسن علي الذنون، مرجع سابق، ص12.

### المبحث الأول: عرض نظرية تحمل التبعّة.

لقد دعا أنصار هذه النظرية إلى الأخذ بفكرة الضرر بدلا من الخطأ كأساس لقيام المسؤولية التقصيرية، لكن ذلك لم يأتي هكذا فقط، فقد ساهم في إنكفاء وظهور هذه النظرية عدة أسباب وساعدت على نجاحها عدة مبررات<sup>1</sup> هذا من جهة، كما أنه كان لهذه الفكرة عدة اتجاهات ونظريات أدت إلى الاختلاف حولها من طرف أنصارها وإن اتفقوا في بداية طريقهم من جهة أخرى، وهو ما تمت دراسته بعنوان مضمون نظرية تحمل التبعّة.

### المطلب الأول: أسباب ظهور نظرية تحمل التبعّة ومبررات نجاحها.

وسنبدأ من خلال هذا المطلب بدراسة الأسباب أولا، ثم المبررات ثانيا.

### الفرع الأول: أسباب ظهور نظرية تحمل التبعّة.

لقد أدت جملة من الأسباب إلى تبلور هذه النظرية ونورد منها ما يلي:

#### أولا: مبادئ الأخلاق والعدالة.

من المسلّم به أن القانون الفرنسي لسنة 1804م كان وليد الثورة الفرنسية التي كان هدفها الأول تحرير الفرد من القيود التي أثقلته، في السياسة والقانون.. الخ. فقررت الثورة بأن للفرد حقوقا طبيعية بلغت حينها من القداسة ألا يجوز العبث أو المساس بها ولو لصالح الغير، ولذا ساد هذا القانون الروح الفردية<sup>2</sup>، وإذا رجعنا إلى الفكر القديم نجد الفقيه الروماني "أوليبانوس" يقول: "القانون هو فن الخير والعدالة والقواعد التي يقوم عليها هي: استقامة السير في الحياة وعدم إيذاء أحد، وإيتاء كل ذي حق حقه"<sup>3</sup>. ولعل مبادئ الأخلاق والعدالة

<sup>1</sup> - وسيلة أحمد شريط، مرجع سابق، ص78.

<sup>2</sup> - محمد يوسف موسى، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، 1830هـ، 1992م، ص80-81.

<sup>3</sup> - علي علي سليمان، نظرات قانونية مختلفة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص7.

تقضي في هذا المقام أن يلزم الفاعل بجبر الضرر حتى وإن لم يكن بخطئه، والعدالة كذلك تأبى أن يتحمل المتضرر زيادة على ضرره تكاليف تنقل كاهله، لذلك فتحديد مجال المسؤولية هنا ضروري حتى يتحمل نتائج الضرر من تسبب في حدوثه وليس من لا دخل له فيه<sup>1</sup>، وهكذا فليس من العدل في شيء أن ينتفع الإنسان من ملكه، بينما لا يتحمل أضراره ويستأثر بالنتج ويحمل غيره الضرر.

إن المقصود بالعدالة في هذا الموضوع، المبادئ الأساسية التي تحكم الأفراد في حالي الثبوت والاستمرار، وهذه مبادئ مستنبطة من فقه القانون وأصوله، وهكذا فقوتها مستمدة من الضمير الاجتماعي<sup>2</sup>.

### ثانياً: النزعة المادية.

إن ظهور النزعة المادية في القانون كان في نهاية القرن التاسع عشر على يد الألمان وانتقلت منه إلى الفقه الفرنسي، ساهمت في تبرير نظرية تحمل التبعة وتعول هذه النزعة على المظهر الخارجي للإرادة دون أن تعتد بالإرادة الباطنة في ذاتها، وتهدف إلى إعلاء شأن الناحية المالية من الحقوق والواجبات على ناحيتهما الشخصية ناظرة إلى هذه الحقوق والواجبات على أنها مجرد عناصر للذمم المالية<sup>3</sup>. وقد وصل الأمر بها إلى درجة اعتبار الالتزام أنه مقابلة بين ذمة وأخرى، ويمكن نقل هذه العلاقة من واحدة إلى أخرى دون التوقف على إرادة المدين<sup>4</sup>، وكان تبرير النظرية الموضوعية من خلال النزعة المادية للقانون هو

<sup>1</sup> - علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص 153.

<sup>2</sup> - حامد فهمي ومحمد حامد فهمي، النقض في المواد المدنية والتجارية، النقض في المواد المدنية والتجارية، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، 1973، ص 98.

<sup>3</sup> - أيمن إبراهيم عبد الخالق العشماوي، تطور مفهوم الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1991، ص 126.

<sup>4</sup> - وسيلة أحمد شريبط، المرجع السابق، ص 79.

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 حتماً إلى بحث الحالة النفسية للفاعل، وهو ما لا شأن له بالعلاقة المالية<sup>1</sup>.

من خلال ما سبق فمادية القانون يناسبها قيام المسؤولية على عنصر الضرر الذي يتمثل في الجانب المالي أي التعويض، لا عنصر الخطأ الذي تحيط به المعايير الشخصية.

### ثالثاً: مبادئ المدرسة الوضعية في القانون الجنائي.

إذا كان الصالح العام فوق أي اعتبار، فإن ما يناسبه ويحافظ عليه هو اعتبار الضرر والتعويض عليه، دون النظر لأمّ آخر، إن واقعية الضرر هذه الفكرة التي تستوجب النظر في الفعل الذي ألحق ضرراً بالغير من وجهة اجتماعية، وبالتالي محاولة جبره بأفضل الوسائل وأنفعها<sup>2</sup>، هو ما جاءت به المدرسة الواقعية بزعامة "فيري" كنظرية جديدة في القانون الجنائي، ومؤداها هو ضرورة النظر إلى الجريمة نظرة مجردة، وإلى وقعها كذلك على المجتمع من حيث آثارها السلبية عليه، لا بالنظر إلى المجرم على أنه خلق مجرم بالوراثة وبتأثير من بيئته، يزكي كل ما سبق تكوينه الشخصي، وطبعاً هذا يستلزم من القاضي جهوداً خاصة في تتبع كل تلك المؤثرات، وهيئات أن يستطيع ذلك، لقد ضربت هذه النظرية عنصر الخطأ عرض الحائط، وأصبح الأكد في الاعتبار هو خطورة الجريمة ومدى تأثيرها على المجتمع و الدفاع عن سلامته وأمنه، وفي هذا يقول "فيري": "أن اللوم والاستهجان المقترن بالجريمة مآله الزوال بانتشار مبادئ المدرسة الجديدة، كما زال الاستهجان الذي كان سائداً في الماضي بالنسبة للمصابين بالجنون"، ولقد تأثر علماء الاجتماع في فرنسا بآراء

<sup>1</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ج 1 مرجع سابق، ص 769.

<sup>2</sup> - محمد إبراهيم دسوقي، مرجع سابق، ص 170.

هذه المدرسة وتأسست المدرسة الوضعية بزعامه "سيمون" وتلميذه "أوجست كومت" وكان الترحاب على أشده لنطاق المسؤولية المدنية وأكثر نفاذا، خاصة بعد تمايز المسؤوليتين المدنية والجنائية، حيث أصبح النظر منصبا على حصول المتضرر على تعويض من الإصابة التي وقعت له، بعد أن كان العقاب هو الهدف، وهكذا كان لهذه النظرية أجل الأثر في المسؤولية وعلى توجيهها نحو النظرية الوضعية المجردة عن فكرة الخطأ، بتثبيت فكرة الضرر فحسب.

#### رابعا: مبادئ المدرسة التاريخية في القانون.

يتزعم هذه المدرسة الفقيه الألماني "سافيني" عام 1814م، ويرى هذا التيار أن منشأ القانون من البيئة ذاتها وهو نتاج لها يتغير من تلقاء نفسه وينمو بشكل غير محسوس وعليه فإنه لا ينبغي أن ينظر إلى المسؤولية بالنظره 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<sup>1</sup>، ويدعم هذا القول "جوسران" فيقول: "إنه أصبح من المتعين طرح تلك القاعدة العتيقة البالية التي تمثل مدنية بائدة والاستعاضة عنها بقاعدة جديدة تساير مقتضيات المجتمع الجديد"، فمادام المجتمع في تحول وتطور مستمر فإن القانون كذلك في متابعته للمجتمع، ولو كان شريعة مقدسة، وهذا طبعا في فروعها لا في نصوصها العامة<sup>2</sup>.

#### خامسا: النزعة الاشتراكية في القانون.

إن تحول الأنظمة المختلفة من الرأسمالية إلى الاشتراكية كحركة منظمة، أبرزه التحول الذي مس الحياة الاجتماعية والاقتصادية... الخ الذي أوجب تدخل الدولة حفاظا على

<sup>1</sup> - وسيلة أحمد شريط، مرجع سابق، ص 81.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 81.

المكاسب العامة وتطويرها كذلك، وهذه أبرز الخطوط العامة لأثر النزعة الاشتراكية وتحديدًا في القانون المدني وقبله في القانون بوجه عام.

## 1\_ أثر النزعة الاشتراكية في القانون بوجه عام.

نظرا لارتباط التفكير القانوني بمجمل متغيرات المجتمع وتطبيق هذا المجتمع له ساهم الفقهاء إلى حد بعيد في ظهور الدعوات لتغيير أساس المسؤولية المدنية نتيجة التقدير الموضوعي لها في الضرر، فلا جدال أن العصر الذي نحياه، يتميز بتدفق التيار الاشتراكي والذي حرّك في مجتمعاته دواليب النظام الاجتماعي والاقتصادي والقانوني<sup>1</sup>، إن عصرنا الحالي عصر الآلة والتقنية التي لم تغز الإنتاج الصناعي فحسب، بل دخلت كافة مرافقنا اليومية وكادت تمتلكه، وهي في طريقها إلى أن تجدد حضارتنا جذريا<sup>2</sup>، لذا وجب تغيير النظر إلى جميع القضايا الاجتماعية بنظرة جديدة، مؤطرة بالتغيرات الحاسمة والحاصلة في دنيا الآلية، فلم يعد الفكر التقليدي يصلح لها وللتطور الحديث المشار إليه.

## 2\_ أثر النزعة الاشتراكية في القانون المدني.

إن مفهوم العدالة ينصب على حتمية اشتراك جميع المواطنين في موارد بلدهم قصد تحسين حياتهم، وبالتالي حياة أمتهم، فالاشتراكية هكذا وثيقة الصلة بالناحية الاجتماعية 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<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - عبد المنعم البدرابي، الاتجاه الاشتراكي في القانون المدني، المجلة المصرية للعلوم السياسية، العدد 11، شباط 1962، ص58.

<sup>2</sup> - إلياس فرح، دراسات في الفكر الاشتراكي، دار الطليعة، بيروت، 1947، ص63.

<sup>3</sup> - عبد المنعم البدرابي، المرجع السابق، ص62.

إن تحقق العدالة الاجتماعية الحقّة، تفرضه ضرورة تدخل الدولة بناء على متطلبات الضرورة الاقتصادية والاجتماعية، وكان من أثر هذه النزعة هي 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 يقطع النظر عن مسلك المتسبب في الضرر أخطأ أم لم يخطأ<sup>1</sup>.

#### سادسا: أسباب قانونية.

من الناحية القانونية لقد برز القصور التشريعي عن تغطية مختلف الحوادث المستجدة، وتأطيرها قانونا وظهر العبء الكبير على إثبات الخطأ من طرف العمال الضعفاء ضد أصحاب المصانع الكبرى للقول بإمكانية التعويض عن الضرر من عدمه طبقا لأحكام المادتين "1382-1383" من القانون المدني الفرنسي وهذا قبل الالتفات لأحكام الفقرة الأولى من المادة "1384" مدني فرنسي<sup>2</sup>.

ويؤكد أنصار نظرية تحمل التبعة من جهة أخرى أن قيام المسؤولية المدنية على فكرة الخطأ كان نتيجة طبيعية لنشأتها في أحضان المسؤولية الجنائية، والنظر إلى التعويض على أنه عقوبة أو جزاء يوقع على المتسبب في الضرر، أمّا أنه قد استقلت المسؤولية المدنية عن المسؤولية الجزائية وأصبح غرض التعويض هو جبر الضرر لا عقاب الفاعل، فإنه لم يعد هناك ما يبرر الاستمرار في تطلب الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية، بل إن من شأن ذلك أن يعوق تطور هذه المسؤولية.

كان هذا أهم الأسباب التي دفعت بالنظرية إلى الظهور، أما من ناحية ثانية فكان لهذه النظرية مبررات ساهمت بحق في انتشارها ونجاحها بدرجة كبيرة.

<sup>1</sup> - علي علي سليمان، النظرية العام للالتزام، مرجع سابق، ص 151-152.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 151-152.

## الفرع الثاني: مبررات نجاح النظرية.

أهم ما سوق له أنصار نظرية تحمل التبعه لتبرير نظريتهم هذه، أن هذه الأخيرة تتّسم بالبساطة والعدالة، كما أنها تحمل بين طياتها فوائد اجتماعية لا يمكن إنكارها.

### أولاً: البساطة.

إن المشاكل الرئيسية التي تثيرها المسؤولية الشخصية هي إثبات الخطأ من جهة وتقديره من جهة أخرى، وفي الواقع فإن فكرة الخطأ التي تقوم عليها المسؤولية الشخصية هي فكرة غامضة، ولا يمكن أن تؤدي إلا إلى أحكام إن لم تكن جائرة، فهي على الأقل محل شك ونزاع كبير<sup>1</sup>.

وعلى النقيض مما تقدّم، فإنه لو قام الحكم القضائي على مجرد إثبات فعل مادي فإنه يكون أكثر سهولة بلا شك من إثبات سلوك شخصي شاذ أو غير مألوف، لأننا بذلك نكون قد رفعنا من على عاتق المضرور عبء الإثبات الصعب لخطأ الفاعل، ويكفيه فقط أن يثبت أن المدعى عليه قد تسبّب مادياً في حدوث الضرر، وفي هذه الحالة فإنه لا يكون أمام هذا الأخير كي يدفع عن نفسه المسؤولية سوى إقامة الدليل على أن الضرر لا يعود إلى فعله وإنما يرجع إلى سبب آخر، وهذه مسألة سببية بحتة.

ولاشك أيضاً أن عمل القضاة يجري ببساطة شديدة في ظل نظرية تحمل التبعه فمادام المقصود هو إثبات أفعال بالمعنى الدقيق للكلمة فإن الأمر لا يخرج عن أحد الاحتمالين: إما أن يكون المدعى عليه قد تسبّب مادياً في حدوث الضرر، وإما ألا يكون له دخل في ذلك، وفي كلتا الحالتين فإن الأمر لا يتعلق بتقدير أخلاقي لسلوك الفاعل وإنما بالتحقق من فعل ضار تسبب في حدوث الضرر وهو أمر أكثر سهولة بلا شك بالنسبة

<sup>1</sup> - أيمن إبراهيم عبد الخالق العشماوي، مرجع سابق، ص 139.

للقضاء<sup>1</sup>.

إن نظرية تحمل التبعه تتفادى التعقيدات التي تنشأ من الصعوبة التي يواجهها المرء عند تعريفه للخطأ، فهي تخفف عبء الإثبات وتسهل تعويض الأضرار التي تترتب عن الحوادث، فالمضرور الذي لم يأخذ على سلوكه شيء ما، لا يجب بحال من الأحوال أن يتحمل نتائج عرف أو تقليد يرجع أصله إلى القانون الروماني والآداب النُصرانية، لقد كان هدف أنصار نظرية تحمل التبعه إصلاح القضاء الخاص بالمسؤولية التقصيرية بإعطائه أساساً قانونياً عادلاً، وهو التبرير الثاني للنظرية.

## ثانياً: العدالة.

إن المضرور في أغلب الأحيان لم يفعل شيئاً، وإنما يقتصر دوره على تحمل الضرر أي على المعاناة فقط، ومادام الأمر كذلك فإنه ليس هناك أي مبرر لكي نجعله يتحمل عبء ذلك الضرر، أما مرتكب الفعل الضار فإنه على العكس من ذلك، قد قام بنشاط ما فإذا ترتب على نشاطه هذا نتائج مريحة، معنى ذلك أنه هو الذي يجني فائدة هذا النشاط وبما أن نشاطه كان ضاراً بالغير فإنه من العدل أن نلقي على عاتقه بعبء هذا الضرر، وبعبارة أخرى، فإن الأمر يتعلّق باختيار يجب أن يجري بين الفاعل والمضرور ومن العدل إلقاء عبء هذا التعويض على الأول الذي تصرف وبحث عن المنفعة بدلاً من الثاني الذي لم يفعل شيئاً، فمن كانت له الفائدة ينبغي أن يتحمل المخاطر.

ومن الجدير بالذكر أن هذا التبرير يبدو واضحاً بدرجة في مجال حوادث العمل، فبما أن رب العمل يجني فائدة المشروع، فإنه يجب بالمقابل أن يتحمل مخاطره عن طريق تعويض العامل في حالة تعرّضه لحادث عمل<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - أيمن إبراهيم عبد الخلق العشماوي، المرجع السابق، ص 141.

### ثالثاً: الفائدة الاجتماعية.

يؤكد أنصار نظرية تحمل التبعة أن هذه النظرية لها مزايا عديدة من الناحية الاجتماعية لاسيما في مجال تدارك الأضرار، حيث تتجلى الفائدة الكبيرة لها وذلك بسبب صرامتها وآلية المسؤولية التي تتفرع عنها والتي تؤدي بالضرورة إلى خفض عدد الحوادث وفي الواقع فإنه لو علم كل شخص بأنه يسأل عن النتائج الضارة حتى ولو كانت غير خاطئة لوجد نفسه مدفوعا إلى التصرف بدرجة أكبر من الحرص والحذر خوفا من المسؤولية والتعويض، وبصفة عامة أدت عدة نتائج إلى نجاح نظرية تحمل التبعة، ويعود أول هذه العوامل إلى نمو وازدهار الأنشطة الجماعية والتي أدت إلى صعوبة إسناد الحادث إلى خطأ شخص معين، ولاشك إن إلقاء عبء الحادث في ظل هذا الوضع على عاتق الجماعة هو أمر مطلوب بالفعل لما يحققه من العدالة، ولما يعبر عنه من التضامن بين جميع أفراد المجتمع.

أما ثاني هذه الأسباب فهو تطور الماكينة المترتب على الثورة الصناعية في أوروبا عموماً، حيث ضاعفت الآلات والماكينات المختلفة بشدة من عدد الحوادث كما ضاعفت من خطورتها أيضاً، حتى أنه صار من الصعب في الوقت الحالي قبول بقاء المضرور في حادث ما دون وسيلة للحماية بحجة عدم وجود مسؤول يمكن مطالبته بالتعويض.

إلا أن الأمر الأكثر أهمية بلا شك في نجاح تحمل التبعة هو الانتشار الواسع لتأمين المسؤولية، وهو الأمر الذي جعل المحاكم أكثر تساهلاً في الحكم بالتعويض.

<sup>1</sup> - أيمن إبراهيم عبد الخلق العشاوي، المرجع السابق، ص 114.

## المطلب الثاني: مضمون نظرية تحمل التبعة.

بعدما عرضنا لجملة الأسباب والمبررات التي قامت عليها هذه النظرية، سنحاول في هذا المطلب دراسة مضمون النظرية، بشقيها السلبي والإيجابي.

### الفرع الأول: الجانب السلبي للنظرية.

إن الجانب السلبي للنظرية كانت نقطة الانطلاق الرئيسية فيه هي نقد النظرية الشخصية ومهاجمتها ومحاولة هدمها، بعدما رأت هذه الأخيرة أن الخطأ هو الأساس الوحيد للمسؤولية، فالخطأ كما يؤكد أنصار نظرية تحمل التبعة هو فكرة غامضة يستعصي تعريفها علاوة على أنه فكرة أخلاقية عديم الجدوى، فليس غرض المسؤولية المدنية هو عقاب المذنب بل تحديد المسؤول الذي يتحمل عبء الضرر، ويرى أنصار نظرية تحمل التبعة أن إقامة المسؤولية المدنية على فكرة الخطأ يعود إلى الخلط بينها وبين المسؤولية الجنائية، أي بين التعويض والعقوبة، وإذا كان من الثابت في عصرنا الحالي أن المسؤولية المدنية أصبحت تهدف إلى تعويض الضرر فقط دون عقاب الفاعل، فإنه يكون من العبث إذا البحث في الخطأ الذي هو موضوع المسؤولية، وطالما أصبح موضوع المسؤولية المدنية هو تعويض المضرور فقط<sup>1</sup> فإن فكرة الخطأ والتي صارت أثرا من مخلفات الماضي يجب بالتالي أن تذهب تماما من مفردات هذه المسؤولية، فهي لم تعد تصلح لشيء ما، ليس فنيا فقط بل عمليا. والذي يتتبع أحكام القضاء الفرنسي الخاصة بحوادث العمل قبل صدور قانون حوادث العمل في 1889/04/9م، يلاحظ بحق كما يؤكد أنصار نظرية تحمل التبعة، أن المحاكم لم تتوقف على مرّ الأعوام عن توسيع فكرة الخطأ نفسها من أجل حماية المضرورين، حتى أنها أصدرت أحكاما بعيدة تماما عن فكرة الخطأ بمعناها التقليدي.

ولقد كان للمدرسة الواقعية والمادية والتاريخية أثرها البالغ في أنصار نظرية تحمل

<sup>1</sup> - أيمن إبراهيم عبد الخالق العشماوي، المرجع السابق، ص 130.

التبعة، كما سبقت الإشارة إليه، فهم يذهبون إلى القول بأنه في حالة تنازع الحقوق وتضارب المصالح لا نجد إلا (ذمما مالية) ولا أهمية في هذا التنازع للشخص الذي يفكر أو يعمل، لا أهمية مطلقا لهذا الشخص الذي له روح أو ضمير ووجدان، إذ ينبغي علينا في مثل هذه المواقف والحالات أن "نصبع القانون المدني بصبغة مادية صرفة، وأن نصرف النظر عن الجانب الشخصي للحق" كما يقول الفقيه المعروف "سالي"، لكن وإن رأى أنصار هذه النظرية بضرورة إصباح القانون المدني صبغة مادية وإلقاء الجانب النفسي للقانون من أعلى الحافة<sup>1</sup>، فإنه قد تم الرد على هذا القول برأي مفاده أنه إذا كان القانون لا يحكم غير الأحوال، ولا ينضم غير الضوابط التي تقوم بين الذم المالية فكيف يمكن القول مع هذا بقيام المسؤولية المدنية؟ هل يشترط في منطوق أنصار هذا الرأي أن يصدر عن ذمة مالية من الذم "الخطأ" يحدث ضررا بذمة أخرى، وتلتزم الذمة الأولى بتعويض هذه الذمة الثانية؟

إن هذا القول هراء لا معنى له على الإطلاق، فليست الذمة المالية غير مجموعة من الأشياء ذات قيم مالية أو مادية لا يمكن صدور خطأ منها، ولا يمكن أن نتصور أنها خرقت قاعدة من قواعد السلوك فصدر منها فعل يوصف بالحسن أو بالقبح أو بالصواب أو بالخطأ.

وتفاديا لمثل هذا النقد الحاسم قام فريق من أنصار نظرية تحمل التبعة بتحويل بسيط للفكرة السالفة، فانطلقوا من نفس نقطة البداية التي ينطلق منها أنصار الرأي السالف أي مهاجمة فكرة الخطأ والقضاء عليها، ولكنهم يستعينون في الوصول إلى هذه الغاية بهذا التيار الاشتراكي العام الذي يرمي إلى إضفاء طابعه على سائر الضوابط الاجتماعية وفي مقدمتها القانون، فعندهم أن المصلحة الأولى التي يهدف القانون لحمايتها هي مصلحة المجتمع لا مصلحة الفرد، فليست هناك أي ضرورة للبحث عما إذا كان سلوك الفرد الذي

<sup>1</sup> - أيمن إبراهيم عبد الخالق العشماوي، المرجع السابق، ص131، نقلا عن:

- (pierre) bretteux , Essai historique et critique sur le fondement de la responsabilité civile en droit français Thèse, Lille, 1921, n°51, p94-97.

نجم عنه ضرراً سليماً أو غير سليم، خاطئاً أو غير خاطئ، وإنما المهم أولاً وأخيراً هو البحث عما إذا كانت مصلحة المجتمع تفرض على هذا الفرد تعويض الضرر الذي أحدثه أو أنها لا تفرض عليه هذا التعويض<sup>1</sup>.

وهناك فريق ثالث يجري في تيار قريب من التيار المتقدم، فهو يرى رد نظرية تحمل التبعه إلى قواعد العدالة، إلى القواعد الخلقية، ويتساءل هذا الفريق فيقول أنه إذا ما حدث ضرر لشخص معين فمن يتحمل هذا الضرر هل هو الفاعل أم المضرور؟<sup>2</sup>.

ثم يجيبون عن هذا السؤال بقولهم: لا جدال في أن الفاعل هو وحده من يتحمل عبء هذا الضرر في حالة ما إذا كان قد اقتترف خطأ، ولا جدال كذلك في أن المضرور هو الذي يتحمل عبء ما لحقه من ضرر إذا كان هذا الضرر نتيجة خطئه وتقصيره، ولكن ما الحكم إذا لم يكن هناك أي خطأ لا من الفاعل ولا من المضرور؟.

تلقي النظرية الشخصية عبء هذا الضرر في هذه الحالة على المضرور وحده، وهذا ظلم فادح تأباه قواعد العدالة، إذ ينبغي ألا تلعب الصدفة أو الحظ أي دور في توزيع الأضرار وتحديد من يتحملها، ومن العدل أن يتحمل محدث الضرر عبء هذا الضرر أو نتائجه لا أن يتحملة من لم يكن له في حدوثه أي دور أو نصيب، كما سلفت الإشارة إليه.

### الفرع الثاني: الجانب الإيجابي لنظرية تحمل التبعه.

<sup>1</sup> - حسن علي الذنون، مرجع سابق، ص 20.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 20.

إذا كان أنصار نظرية تحمل التبعه متفقين في الخطوة الأولى التي وهي هدم الفكرة التقليدية للخطأ، فإنهم اختلفوا اختلافا كبيرا في الخطوة التالية التي تهدف إلى تبني معيارا أو ضابطا يحل محل الخطأ وتدور معه المسؤولية وجودا وعدما إذا ما توافرت بقية أركانها وعلى الرغم من الاختلاف الحاصل، إلا أنه يمكن القول أن هذه النظرية تقوم على أساسين وهما أن الشخص المسؤول هو الذي ينشأ الضرر نتيجة استعماله لأشياء خطيرة، وهي الصورة المطلقة لنظرية تحمل التبعه هذا من جهة، أو من جهة ثانية هو الشخص المنتفع من استعمال الشيء الذي يقابله الالتزام بمخاطره، وهي الصورة المقيدة لنظرية تحمل التبعه.

### أولا: الصورة المطلقة لنظرية تحمل التبعه.

إن الصورة المطلقة لنظرية تحمل التبعه وهي نظرية الخطر المستحدث على أساسها يسأل الشخص عن النتائج الضارة لأي نشاط يبذله دون حصر.

قام الأستاذ "لابيه" عام 1890م مناديا بفكرة تحمل التبعه بدلا من فكرة الخطأ، إذ يجب أن تقوم المسؤولية المدنية على اعتبار أن من ينشأ بفعله خطرا مستحدثا يتعين عليه تبعته<sup>1</sup>، ولقد تابعه "سالي" فأهدر الخطأ نهائيا معتبرا أن النظرية الموضوعية هي الوضع السليم للأمر، بلا حاجة إلى قناع مزيف هو الخطأ، وأساس هذه النظرية ألا تقام تفرقة بين الفعل الخاطئ وغير الخاطئ، ذلك أن المسؤولية مقررة على كلا الفعلين عند وجود ضرر ودون البحث في سلوك الفاعل<sup>2</sup>. وإجمالا يمكن رد هذه الصورة بقيامها على أساسين: هو أن الضرر هو الشرط الرئيس في تحقق المسؤولية الشئئية، فإذا أوقع أي شخص ضررا بالغير في استعماله للشيء، توجب أن يتحمل تبعه ذلك بغض النظر عن السلوك أيدخل في إطار

<sup>1</sup> - زهدي يكن، المسؤولية المدنية أو الأعمال غير المباحة، ط1، منشورات المكتبة العصرية، بيروت، د.ت. ص252.

<sup>2</sup> - محمد لبيب شنب، المسؤولية عن الأشياء: دراسة في القانون المدني المصري مقارنا بالقانون الفرنسي، مكتبة النهضة العربية، 1957، ص283.

النظرية الشخصية أم النظرية الموضوعية، وبناء على هذا لا يمكن للحارس أن ينفي المسؤولية عن نفسه بإثبات أنه لم يخطئ، إذ لا قيمة لهذا، استناداً إلى أن الشيء قد أحدث بالفعل ضرراً بالغير، وثاني شيء هو أنه يعتبر مسؤولاً طبقاً لهذه النظرية كل من يستعمل شيئاً ويهيئ الفرصة للإضرار بغيره، وعليه فمالك الشيء ومستعيره ومستأجره يقعون تحت طائلة تحمل التبعة، كونهم مسؤولين طبقاً لهذه النظرية، والأمر نفسه لعديم التمييز، لأنه باستطاعته إنشاء مخاطر تلحق ضرراً بالغير وعليه تحمل قيمة التعويض، كما وأنه يجني فائدة من وراء ذلك الاستعمال، وعلى هذا لا يطالب المتضرر بإثبات خطأ الحارس بل يكفي إثبات الضرر الذي أصابه وعلاقة السببية بين الضرر والشيء غير الحي<sup>1</sup>، لأن العدالة تقضي بتحميل المتسبب المسؤولية وليس الواقع عليه الضرر.

غير أن هذا القول واجه اعتراضات كبيرة، فقليل أن هذه النظرية دعوة صريحة لكافة الناس حتى يحدثوا من تحركاتهم خشية إلحاق الأضرار بالآخرين مباشرة أو تسبباً، وبالتالي يسحب من ذمتهم الأموال الكثيرة تعويضاً منهم عما ألحقوه من أضرار بغيرهم والتي قد لا تنتهي باستمرار نشاطهم، وهذا من شأنه أن يرخي العزائم ويصبح الجميع على حذر ونتساءل أي مجتمع هذا الذي يكون أفرادُه على هذه الصفة؟ مع الملاحظة أن هذا الاعتراض صالح في مجمله وتفصيله لكافة صور النظرية الموضوعية<sup>2</sup>. كما اعترض على هذه النظرية من جهة أخرى، في جانب معادلتها الصعبة و التي تستبدل فيها صعوبة بصعوبة أشدّ، فأما الصعوبة الأولى وهي استغناؤها عن الخطأ كركن في المسؤولية، أما الثانية هي الاعتماد على التسبب فقط في إحداث الضرر كأساس بديل، والذي يخلق إشكالية

<sup>1</sup> - فخري رشيد مهنا، أساس المسؤولية التقصيرية ومسؤولية عديم التمييز: دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والقوانين الأنجلوساكسونية والعربية، مطبعة الشعب، بغداد، 1947، ص157.

<sup>2</sup> - وسيلة أحمد شريبط، مرجع سابق، ص97.

أخرى كبرى تتمثل في تعدّد الأسباب الفاعلة في إحداث الضرر<sup>1</sup>، والتي لا يمكن حصرها جميعاً إذا ما تعاقبت وتداخلت، فما السبب الذي أنشأ الضرر، وكيف توزع المسؤولية على الأسباب إذا تعدّدت خاصة في حالة تعادل الأسباب؟ أما ثالث أمر وجّه إليها أنها لا تتماشى والحلول التي أعطاهها القضاء من حيث أنها<sup>2</sup> لا تعطي تفسيراً واضحاً لأمر إعفاء الحارس من المسؤولية الموضوعية، إذا ما رجع الحادث إلى أسباب أجنبية واستمر الحارس منتقياً بالشيء، ولا تتفق في جوهرها مع مبدأ إثبات الدور السلبي للشيء لإعفاء الحارس من المسؤولية، التي تلقى على عاتق الحارس إذا كان هو منشئ النشاط وانتفع منه كذلك. وهذه النظرية بصورتها المطلقة كذلك، تحصي عدداً من المسؤوليات تلحق الشخص الذي يتابع نشاطه، لو قدر أن صاحبه سئل عن كل خطوة منه<sup>3</sup>، وأخيراً قيل أن هذه النظرية ترتب المسؤولية على أساس تملك الشيء غير الحي أو الانتفاع به، مع أن المادة 1/1384 مدني فرنسي تقوم على أساس وجوب الحراسة، وما وقع الضرر إلا لعدم الوفاء بالالتزام بالحراسة.

### ثانياً: الصورة المقيدة لنظرية تحمل التبعه.

إن الصورة السابقة استلزمت تقييداً بعد كل الذي أثارته من ردود فعل، وعليه اقترح بعض الفقهاء وعلى رأسهم "جوسران" و"ديموج" هذه الصورة المقيدة والقائمة على مبدأ "الغرم بالغرم"، فرأى "جوسران" وجوب تحديد هذا المبدأ أو جعل مجال تطبيقه قاصراً على حالات يكون فيها محدث الضرر قد زاد المخاطر العادية الملازمة للحياة العملية، بحيث أن المخاطر غير العادية تبقى مقابلة للريح الذي جناه، أما "ديموج" فقد قيّد مبدأ "الغرم بالغرم"

<sup>1</sup> - وسيلة أحمد شربيط، المرجع السابق، ص 97.

<sup>2</sup> - عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الأشياء في مبادئها القانونية وأوجهها العلمية، مرجع سابق ص 391.

<sup>3</sup> - يحي أحد موافي، المسؤولية عن الأشياء في ضوء الفقه والقضاء: دراسة مقارنة، منشأة المعارف، مطبعة أطلس الإسكندرية، 1992 ص 288.

بالنسبة للفرد بالغنم الاقتصادي فحسب، بحيث يكون الضرر ناجما عن استخدام المتسبب شيئا خطرا في ذاته، كالسيارة أو التيار الكهربائي أو المشروع الخطير.

ومنه أطلق الفقهاء على الصورة المقيدة من فكرة تحمل التبعه، نظرية تحمل المخاطر المقابلة للريح، وعليه فإن هذه القاعدة تجد وضعها السليم دون حاجة إلى ربطها بالجانب الاقتصادي، خاصة المسؤولية الناشئة عن الأشياء، ذلك أن الشيء مهما كان ضئيلا وذا مردود قليل، فإنه يجلب الغنم لصاحبه وإلا كيف اقتناه وتملكه؟

وبالموازاة مع الفكرة السابقة أي الصورة المطلقة، تقوم هذه الصورة الثانية لنظرية تحمل التبعه على شرطين أساسيين، ويتمثل الأول في أن الأساس في تحقق المسؤولية عن الأشياء هو الضرر لا الخطأ، فتقوم مسؤولية الحارس سواء أخطأ أم لم يخطئ، إذا ما توافرت العلاقة السببية بين الشيء والضرر، إذ لا اعتبار لفكرة الخطأ في هذه النظرية، وإن كان الضرر ناتجا عنّ يقع تحت رقابته، كأبنائه وتابعيه مثلا، فلا خلاص للحارس من المسؤولية إلا بإثبات أن الشيء لم يكن تحت حراسته وقت وقوع الحادث، أو بنفي العلاقة السببية البينة بين الشيء والضرر، كأن يثبت مثلا أن سبب الضرر كان أجنبيا لا دخل له فيه<sup>1</sup>. أما الشرط الثاني هو أن الشخص المسؤول وفق هذه النظرية هو من يفيد من مغنم شيء غير حي، عليه مقابل ذلك من مغارمه طبقا لقاعدة "الغرم بالغنم"، وعلى غرار النظرية الأولى تم الاعتراض على هذه الثانية، منها أنها نظرية اقتصادية وليست قانونية كونها قامت للدفاع عن مصالح اقتصادية للعمال نتيجة التحول الجذري الصناعي خلال الربع الأخير من القرن التاسع عشر، وهي مشبّعة بالأفكار الاقتصادية حيث تشترط الغنم لتحمل تبعه الفعل.

لكن يرد أنصار النظرية بالقول أن القانون ذا علاقة قوية بالاقتصاد، والفصل بينهما حالة غير متصورة، ذلك أن القانون شكل من أشكال تنظيم الاقتصاد، وبالتالي لا يمكن

<sup>1</sup> - محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص 283.

تصور قاعدة قانونية خالية من نتائج اقتصادية. ومن جهة أخرى فإن من يؤكّد هذا الفصل هم فقهاء الشرح على المتون، حيث يتمسّكون بحرفية النصوص إبقاء للمصالح التطبيقية التي ترعاها تلك النصوص. ومن جهة أخرى فإن التشريعات تعكس دائماً المصالح الاقتصادية والاجتماعية والسياسية.

### المبحث الثاني: صدى النظرية والنقد الموجه لها.

كان لظهور نظرية تحمل التبعة نتيجة التطور الصناعي عامة والأوضاع التي آلت إليها أحوال كثير من العمال خاصة بعدما اقتحمت التقنية مجال حياتنا بقوة وأصبح العامل في خطر دائم، وبعد ضغط كبير من الفقه مقترحا حلا جديدا فيما يتعلق بالمسؤولية المدنية أن تم الإصغاء إلى هذه الطبقة والأخذ بيدها، وكان نتيجة لذلك أن تم الأخذ بهذه النظرية الجديدة والاستئناس بها. وبذلك سنحاول في هذا المبحث دراسة نظرية تحمل التبعة من حيث صداها بالتشريعات الوضعية وأيضا تأثيرها على القضاء هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإننا سنعرض للنقد الذي وجه لهذه النظرية.

#### المطلب الأول: صدى النظرية.

لقد كان لهذه النظرية أثرها البالغ على التشريعات الوضعية والأحكام القضائية مناصفة، حيث أدى ضغط هذه النظرية إلى تبني بعض تشريعات الدول لهذه النظرية ولو على سبيل الاستثناء، كما ساهم ذلك في التأثير على أحكام وقرارات قضائها.

#### الفرع الأول: تأثير نظرية تحمل التبعة على التشريع.

لقد امتد تأثير نظرية تحمل التبعة إلى التشريعات الوضعية ولم يبق رهين جو جدال الفقهاء، فأصبحت كل دول العالم تقيم المسؤولية على أساسها في مختلف أنواع نشاطات الحياة العملية، فكانت حوادث النقل، حوادث المرور، حوادث المهن، حوادث النقل الجوي الأضرار التي ترتبت حديثا على ظهور المنشآت الذرية... الخ من بين المجالات التي أخذت بهذه النظرية في مختلف أنواع البلدان، وسنقتصر على ذكر بعض التشريعات المقارنة منها.

## أولاً: التشريعات الأجنبية.

## 1: في فرنسا.

لقد أخذ المشرع الفرنسي بنظرية تحمل التبعّة في قانون 1889/04/9م الخاص بحوادث العمل أو الأخطار المهنية (les risques professionnels) والذي يعتبر بحق تطبيقاً نموذجياً بالغ الأهمية لهذه النظرية، والفكرة الرئيسية في هذا القانون هي أن حادث العمل ما هو إلا خطر مهني يجب أن يتحمل كل واحد من الطرفين، أي رب العمل والعامل، جزءاً منه، وإن كان الجزء الأكبر منه يجب أن يتحمّله رب العمل، حيث تصير مسؤوليته بموجب هذا القانون مسؤولية آلية تقوم على فكرة المخاطر المهنية، لا على فكرة الخطأ، أما بالنسبة لخطأ المضرور فإنه لا يؤخذ في الاعتبار إلا إذا كان خطأ غير مغتفر. وبالمقابل فإن التعويض لا يكون كاملاً بل يكون تعويضاً جزافياً<sup>1</sup> ولا يشمل سوى الضرر المادي فقط، ومادام الأمر كذلك فإنه يمتنع على المضرور مقاضاة رب العمل على أساس القواعد العامة في المسؤولية المدنية.

ثم صدر في مرحلة لاحقة قانون 1930/04/30، الذي أسس للتأمين الاجتماعي وقد تعرّض هذا النظام إلى بعض التنقيحات والإصلاحات إلى غاية دمجها في قانون 1946/10/30 المعدل بالقانونين الصادرين في 1948/01/12 و 1948/09/10

<sup>1</sup> - التعويض الجزافي: هو تعويض إصلاحي يؤدي وظيفة جبر الضرر وحدها، ويتصف بخصيصتي الكفالة والعدالة فتعبيراً عن كفالة التعويض حلّ المعيار الاجتماعي محل المعيار الأخلاقي في قيام وظيفة الإصلاحية، كما تدخلت الجماعة إلى جانب الفردية، وتعبيراً عن العدالة أصبح التعويض العادل كافياً لتحقيق الوظيفة الإصلاحية للتعويض بدلاً من التعويض الكامل.

- منار حلمي عبد الله عدوي، أحكام تعويض إصابات العمل في ظل قانون العمل الفلسطيني رقم (7) لسنة 2000، دراسة مقارنة، قدمت هذه الأطروحة استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير، تخصص القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2008، ص 17.

ثم بقانون 1976/12/06 المتعلق بالضمان الاجتماعي، حيث حلّت بعد ذلك صناديق الضمان الاجتماعي محل أرباب العمل، وأجازت لرب العمل التأمين حتى على أخطائه غير المغتفرة وخول للعامل تعويضاً كاملاً، وهو الأمر الذي أدّى بلا شك إلى اختفاء رابطة المسؤولية بين رب العمل والمضروب، وأصبح كل ما يلتزم به رب العمل هو دفع اشتراكات لهذه الصناديق دائماً.

كما صدرت العديد من القوانين منها: قانون 1940/07/8م الذي جعل مستغلي العربات الهوائية (les téléphériques) يقومون على تحمل التبعّة<sup>1</sup>. ثم صدر قانون الطيران في سنة 1924م الذي حل محله تشريع الطيران المدني والتجاري الصادر في 1967/03/30م ثم تشريعات 1965/11/19 الخاصة بمستغلي المنشآت الذرية، وأخيراً قانون برقم 577 بتاريخ 1985/07/5م خاص بالأضرار الناشئة عن أدوات النقل البري المتحركة بمحرّك وكلها تقيم المسؤولية على أساس تحمل التبعّة.

## 2: في ألمانيا.

صدر قانون 1909 المعدّل بقانون 1952 والمكمل بمرسوم صدر 1956/03/30م بشأن التعويض عن حوادث المرور الذي أقال المسؤولية فيه على تحمل التبعّة<sup>2</sup>.

## ثانياً: التشريعات العربية.

على غرار التشريعات الأجنبية فقد تبنت الدول العربية هي كذلك هذه النظرية منها:

### 1: في مصر.

صدر القانون رقم 64 لسنة 1936، الذي حلّ محلّه القانون رقم 89 لسنة 1950

<sup>1</sup>- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص 160.

<sup>2</sup>- فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، 2009، ص 277.

بشأن التعويض عن إصابات العمل، ثم القانون رقم 177 لسنة 1950 بشأن الأمراض المهنية، وقد أقاما المسؤولية على أساس تحمل التبعيّة<sup>1</sup>.

## 2: في الجزائر.

تيمنا بالتشريعات الغربية والعربية، أصدر المشرع الجزائري بعض القوانين محدداً بذلك نطاقاً ضيقاً لنظرية تحمل التبعيّة، ولم يجعل منها قاعدة وكان شأنه في ذلك شأن التشريع الفرنسي ومن القوانين التي أصدرها في هذا الشأن نجد مثلاً:

لقد أخذ المشرع بالنظرية الموضوعية في نظام التعويض عن حوادث العمل والأمراض المهنية، منها الأمر رقم 66-183 الملغى<sup>2</sup>، ورتّب مسؤولية صاحب العمل على أساس مخاطر العمل، وأعفى المضرور من إثبات الخطأ في جانب صاحب العمل.

كما صدر أيضاً القانون رقم 83-11، المتعلق بالتأمينات الاجتماعية<sup>3</sup>، المعدل والمتمم بموجب أمر رقم 96-17<sup>4</sup>.

أيضاً القانون رقم 83-13 المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية<sup>5</sup> معدل ومتمم بموجب قانون رقم 11-08<sup>6</sup>، أمر 74-15 المتعلق بالزامية التأمين على السيارات<sup>1</sup> ونظام

<sup>1</sup> - فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 277.

<sup>2</sup> - أمر 66-183 مؤرخ في 21/06/1966، يتضمن تعويض حوادث العمل والأمراض المهنية، ج.ر، عدد 55 مؤرخة في 28/06/1966.

<sup>3</sup> - قانون رقم 83-11 مؤرخ في 02/07/1983، يتعلق بالتأمينات الاجتماعية، ج.ر، عدد 28، مؤرخة في 05/07/1983.

<sup>4</sup> - أمر 96-17 مؤرخ في 06/07/1996، يعدل ويتم القانون رقم 83-11، مؤرخ في 02/07/1983، يتعلق بالتأمينات الاجتماعية، ج.ر، عدد 42، مؤرخة في 07/07/1996.

<sup>5</sup> - قانون 83-13 مؤرخ في 02/07/1983، يتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية، ج.ر، عدد 28، مؤرخة في 05/07/1983.

<sup>6</sup> - قانون 11-08 مؤرخ في 05/06/2011، يعدل ويتم القانون رقم 83-11، مؤرخ في 02/07/1983، يتعلق بالتأمينات الاجتماعية، ج.ر، عدد 32، مؤرخة في 08/06/2001.

التعويض عن الأضرار<sup>2</sup>، وبهذا الصّد نصت المادة 8 منه: "أن كل حادث سير سبّب أضراراً جسمانية، يترتّب عليه التعويض لكل ضحية أو ذوي حقوقها وإن لم تكن للضحية صفة الغير اتجاه الشخص المسؤول مدنيا عن الحادث".

يلاحظ على هذه المادة أن المشرّع الجزائري أقرّ التعويض على أساس حدوث الضرر ولم يشترط في حصول الضرر وجود أي خطأ هذا من جهة، ومن جهة أخرى مدّد التعويض لكل شخص لحقه الضرر سواء كان من الغير أو كان مالك السيارة نفسه.

### الفرع الثاني: تأثير النظرية على القضاء.

لقد تركت نظرية تحمل التبعة بصمتها على القضاء عامة نتيجة الصعوبات التي واجهت المضرور في إثبات خطأ الفاعل، وسنحاول في هذا الفرع التطرق إلى حال القضاء الفرنسي، ثم بعدها عرضنا إلى موقف القضاء في مصر من هذه النظرية، وختمناه بموقف القضاء الجزائري.

#### أولاً: موقف القضاء الفرنسي.

لقد كان حال القضاء الفرنسي مع نظرية تحمل التبعة أن قام بتبنيها مع اختلاف طريقة إقراره لها، تارة بطريقة مباشرة وتارة أخرى بطريقة غير مباشرة.

#### 1: بالنسبة للإقرار المباشر.

لعب القضاء الفرنسي دوراً كبيراً في نجاح نظرية تحمل التبعة من خلال تفسيره للمادة "1/1384" مدني فرنسي مكتشفاً قرينة مسؤولية على عاتق حارس الشيء وموسّعاً بالتدرّج

<sup>1</sup> - حنان بن داود، المسؤولية التقصيرية عن فعل الشيء في ظل القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعقم، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2013-2014، ص55.

<sup>2</sup> - أمر رقم 74-15، مؤرخ في 30/01/1974، يتعلق بإلزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض عن الضرر ج.ر، عدد15، مؤرخة في 19/02/1974.

وعلى مَرّ السنين من نطاق تطبيق هذا النص.

ولا شك أن التطور الهائل الذي حدث للمسؤولية عن فعل الأشياء والذي نتج عن تأثير هذه النظرية هو في غاية الأهمية والخطورة في نفس الوقت، فالقانون الفرنسي لم ينشأ قرينة خطأ إلا على عاتق مالك الحيوان أو من يستخدمه ومالك البناء، وهو الأمر الذي دفع القضاء إلى توسيع نطاق المسؤولية عن فعل الأشياء بدرجة كبيرة من خلال تفسير جريء لنص المادة "1/1384" مدني فرنسي منشأ قرائن مماثلة على عاتق من له الحراسة على أي شيء تسبّب في حدوث ضرر للغير<sup>1</sup>.

وفي الحقيقة فإن التفسير السابق لنص هذه المادة قد اتسم بدرجة كبيرة من المغالاة لأنه كان في اعتقاد واضعي التقنين المدني الفرنسي أن القواعد التي وضعوها فيما يتعلق بمسؤولية مالك الحيوان أو من يستخدمه ومالك البناء ليست مخالفة للقواعد العامة فقط ولكنها أيضا لا تتمتع إلا بالدقة المحددة للقرائن البسيطة، ففيما يتعلق بفعل الحيوان المادة "1335" مدني فرنسي على سبيل المثال، يستطيع الشخص المسؤول -مالك الحيوان أو من يستخدمه- التخلص من المسؤولية بإثبات أنه قد تصرف على نحو صحيح<sup>2</sup>، إلا أن القضاء الفرنسي أعطى على النقيض من ذلك لهذه القرينة قوة القرائن التي لا تنقض، أو على الأقل قوة القرائن المختلطة التي لا يقبل فيها إثبات العكس إلا في حدود ضيقة جدا حيث لا يستطيع الشخص الذي تقوم ضده القرينة أن يتخلص منها إلا بإثبات أن الضرر يعود لسبب أجنبي يماثل القوة القاهرة، بمعنى أنه يرجع إلى أمر خارج عن الشيء نفسه غير متوقع ولا يمكن دفعه<sup>3</sup>. ولاشك أن هذا الواقع يخالف المنطق بدرجة كبيرة، حيث يمكن القول أن من له

<sup>1</sup> - أيمن إبراهيم عبد الخالق العشماوي، مرجع سابق، ص 149.

<sup>2</sup> - يلاحظ أن هذه المسؤولية تكون أكثر تعقيدا في مجال المسؤولية عن فعل المباني.

- المرجع نفسه، ص 150.

<sup>3</sup> - أيمن إبراهيم عبد الخالق العشماوي، المرجع السابق، ص 150.

الحراسة على شيء ما، يفترض في حالة تسبب هذا الشيء في حدوث ضرر للغير، أنه قد ارتكب خطأ، ومع ذلك نمنعه في نفس الوقت من إثبات أنه لم يرتكب خطأ، وإذا كانت المغالاة في هذا التفسير قد بدأ عندما مدّ الفقهاء هذه القرينة على كل شيء حتى ولو كان غير ضار وحتى ولو كان يدار بواسطة الإنسان وقت الحادث، إلا أن المغالاة وصلت مداها عندما قضت محكمة النقض الفرنسية بأن إقامة الدليل على انعدام الخطأ هو إثبات لا طائل منه في حكم لها في 13/02/1930م<sup>1</sup>، ولم تتحدث المحكمة عن "قرينة الخطأ بل قرينة مسؤولية" وهو الأمر الذي يشكل اتجاها حقيقيا نحو الأخذ بنظرية تحمل التبعه، بحيث يتمتع -بموجب هذا الحكم- على الشخص الذي له الحراسة على شيء ما إثبات أنه لم يرتكب خطأ على أساس أنه يكون مسؤولا بهذا الفعل وحده عن كافة المخاطر التي قد تترتب على نشاطه، وذلك مع التحفظ فقط في الحالة التي ينتج فيها الضرر من تدخل سبب أجنبي.

لكن هذا الاصطلاح انتقد وقيل أن المسؤولية نتيجة والنتيجة لا تفترض، وإنما تفترض الوقائع التي تستخلص منها هذه النتيجة، فعدلت محكمة النقض عنه، وقررت في حكم صدر بتاريخ 18/10/1956م أن مسؤولية حارس الأشياء غير الحية تقوم "بقوة القانون"، وبذلك قطعت محكمة النقض برأيها في فكرة الخطأ في المسؤولية عن فعل الشيء غير الحي، وقد أصبحت المسؤولية عن فعل الشيء تواكبها وتتأثر بها و كل ذلك بتأثير نظرية تحمل التبعه.

## 2: بالنسبة للإقرار غير المباشر.

لقد ضاعفت المحاكم الفرنسية حالات المسؤولية مطلقة هذا الاسم على تصرفات لا

<sup>1</sup> - حيث عدل القضاء الفرنسي عن اصطلاح افتراض الخطأ في المسؤولية عن فعل الأشياء غير الحية إلى اصطلاح افتراض المسؤولية.

- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص 157.

يرى فيها الرأي العام أي شيء يستحق اللوم، كما وصلت كذلك إلى هذه النتيجة عن طريق احتفاظها بأخطاء تافهة أو مجهرية إن صح التعبير، ليس لها أي صلة إطلاقاً بالحقيقة الأخلاقية للانحراف في السلوك، وليس أدل على ذلك من فكرة الخطأ المضرر أو الواقعي التي فيها استنتجت المحاكم الخطأ من مجرد حدوث الضرر، على أساس أن الواقعة ثابتة ولا تحتاج إلى دليل، إذ يكفي التحقق من مجرد حدوث ضرر كي تستنتج المحاكم أن الشخص قد ارتكب خطأ، هذا هو الخطأ المضرر على خلاف القواعد العامة التي توجب على المدعي إقامة الدليل على خطأ المدعى عليه<sup>1</sup>.

ومن الوسائل التي لجأت إليها المحاكم أيضاً من أجل تخفيف صعوبة إثبات الخطأ هي الأخذ بنظرية الأفعال الخاطئة، فقد صدرت عن المحاكم عدة أحكام أكدت فيها أن بعض الحوادث تشهد من تلقاء نفسها بوجود الخطأ، وبالتالي لا يطالب المضرور بإثبات الخطأ، فخرج قطار عن المسار مثلاً لا يمكن تبريره إلا بخطأ الشخص المتسبب في الضرر، أي أن إثبات الحادث هو في نفسه إثبات للخطأ ذاته<sup>2</sup>.

لكن القضاء الفرنسي تراجع عن هذه الفكرة بعدما تعرضت للنقد بحجة أن الحوادث غالباً ما تكون طارئة أو غير متوقعة تماماً، وأمام شعوره بالصعوبة التي مازال يلاقيها المضرور في إثبات الخطأ وحصوله على تعويض، لجأ القضاء الفرنسي هذه المرة إلى مختلف الوسائل الممكنة، وكان من بين من هذه الوسائل، التوسع في المسؤولية العقدية وتطبيقها على

<sup>1</sup> - وهو ما لجأت إليه المحاكم فيما يتعلق بمسؤولية الناقل وذلك في الوقت الذي كانت تتوقف فيه هذه المسؤولية على إثبات الخطأ وفقاً للمادة "1382" مدني فرنسي، حيث اعتبرت المحاكم خطأ الناقل قائماً، بفقدته السيطرة على عجلة القيادة أثناء السير.

- أيمن إبراهيم عبد الخالق العثماوي، المرجع السابق، ص153.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص155، نقلاً عن:

- R.savatier, traité de la responsabilité civile, t1, 2 édition, paris, 1951, p307-308.

حالات كانت أصلا من اختصاص المسؤولية التقصيرية، فيكفي عدم تنفيذ المتعاقد للالتزام الواقع عليه حتى تقوم مسؤوليته، وهكذا عن طريق التوسع الجديد هذا، اكتشفت المحاكم "التزاما بضمان السلامة" في بعض العقود لاسيما عقد نقل الأشخاص وعقد العمل، وقرر أنه على الناقل التزام بأن يوصل المسافر إلى وجهته سليما معافا، وعلى رب العمل نفس الالتزام<sup>1</sup> وترتب على هذا الالتزام أنه في حالة تعرض العامل أو المسافر لأي إصابة في أثناء السفر أو العمل يحق له مطالبة أمين النقل أو صاحب العمل، بتعويض وفقا لقواعد المسؤولية العقدية، والتي لا تتطلب جهدا كبيرا من حيث الإثبات أيا كان السبب في الإصابة، وتعزيزا لهذه المبادئ أي واجب تأمين السلامة، وواجب اتخاذ الاحتياطات اللازمة رؤي إدماجها حيثما يوجد عقد بين المضرور وخصمه أية علاقة عقدية، وبذلك يفيد المضرور من تطبيق قواعد المسؤولية العقدية وتسهيل الإثبات عليه<sup>2</sup>، وقد لاقت هذه الوسيلة الأخيرة "الالتزام بضمان السلامة" نجاحا كبيرا ولا زالت تطبق إلى اليوم حيثما وجد عقد بين المضرور وخصمه أية علاقة عقدية<sup>3</sup>.

ولم تقف المحاكم عند هذا الحد بل واصلت في نفس الاتجاه، حيث عملت على إقرار "نظرية تحمل التبعة" من خلال تقديرها للخطأ الشخصي وللقوة القاهرة بصرامة شديدة.

ففيما يتعلق بالخطأ الشخصي أوضحت المحاكم قاعدتين بشأنه وهو: أن كل خطأ بما في ذلك الخطأ اليسير يؤدي إلى قيام مسؤولية صاحبه، إضافة إلى تفسير المادة "1383" مدني فرنسي والتي تتحدث عما يسببه المرء بإهماله أو عدم تبصره، تفسيراً صارماً بأن جعل الخطأ في هذه الحالة كالخطأ العمدي.

وهكذا شوّهت فكرة الخطأ والتي كانت في الأصل فكرة ذاتية شخصية كما هي في

<sup>1</sup> - بويكر مصطفى، مرجع سابق، ص 53.

<sup>2</sup> - سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 115.

<sup>3</sup> - أيمن إبراهيم عبد الخالق العشماوي، المرجع السابق، ص 157.

الأخلاق، بعد أن أضفى عليها القضاء الطابع الموضوعي.

من جهة أخرى بدا القضاء صارما في قبول حالات القوة القاهرة التي تعفي الحارس أو المخطئ من المسؤولية، وهو الأمر الذي يشكل إقرارا غير مباشر لنظريّة تحمل التبعه<sup>1</sup>.  
ومنذ ذلك الوقت صار ممكنا الحديث عن هبوط المسؤولية الفردية، بعدما اتسع نطاق تطبيق المادة "1/1384" مدني فرنسي موازاة مع اتساع "فكرة الخطأ"، فإن لم تعوض الأضرار على الأساس الأول تم تعويضها على الأساس الثاني، وبذلك يكون القضاء قد رسّخ "نظريّة تحمل التبعه" ولعب دورا هاما في حماية الضحايا بتأمين حصولهم على تعويضات تجبر ما لحق بهم من أضرار دون أن يتوقف حصولهم عليها على إثبات خطأ الفاعل<sup>2</sup>.

لكن ومن جهة أخرى يظهر عمليا أن الأحكام الصادرة من المحاكم بإقرارها لنظريّة تحمل التبعه بطريق مباشر أو غير مباشر، أنها أحكام استثنائية مقارنة مع العدد الهائل الكبير من الأحكام المتعلقة بالمسؤولية المدنية، والتي جرت جميعا على الأخذ بالنظريّة التقليدية التي تقرّ بجوهرية الخطأ في المسؤولية المدنية، يضاف إلى ذلك أن هذه الأحكام شاذة صدرت أغلبها عن محاكم الدرجة الأولى أو محاكم استئناف ولا يوجد منها ما صدر بدرجة كبيرة من محكمة النقض لا من دوائرها المجتمعة، ولا من دائرة العرائض، فأغلب الأحكام التي صدرت عن المحكمة الفرنسية العليا تذهب إلى الأخذ بضرورة توافر الخطأ كركن من أركان المسؤولية، ولا يمكن لهذه الأخيرة أن تنهض بدونه، كما أن التمعن في الأحكام الشاذة هذه، نجدها تنحصر في صورة معينة من صور المسؤولية وهي المسؤولية عن الأشياء.

<sup>1</sup> - أيمن إبراهيم عبد الخالق العشماوي، المرجع السابق، 159، نقلا:

- - ph.le tourneau, la responsabilité civile, 3<sup>e</sup> édition, paris, 1982, p14

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص160.

**ثانياً: موقف القضاء المصري.**

فيما يتعلق بالقضاء المصري فقد تأثرت محاكمه الابتدائية والاستئنافية في بعض أحكامها بنظرية تحمل التبعة، مجارية في ذلك القضاء الفرنسي و مستجيبة لرأي فقيه مصري، هو الأستاذ "عبد السلام ذهني" الذي نادى في مصر بهذه النظرية، ولكن محكمة النقض المصرية رفضت الأخذ بهذه النظرية رفضاً باتاً في حكم لها صدر بتاريخ 15/11/1934<sup>1</sup>م قالت فيه أن القانون المصري لم يتضمن ما يفيد الأخذ بهذه النظرية، بل أن الشارع المصري يرفضها.

**ثالثاً: موقف القضاء الجزائري.**

إن الراجح أن الأساس الحقيقي للمسؤولية عن فعل الأشياء في القانون المدني الجزائري كان نتيجة ما توصل إليه القضاء الفرنسي بأن المسؤولية عن الأشياء هي مسؤولية مفترضة أو مسؤولية بقوة القانون<sup>2</sup> لا يجوز للحارس إثبات أنه لم يخطئ، بل لا بد عليه للتخلص من المسؤولية إثبات وجود أحد أسباب الإعفاء المحددة في المادة "2/138"<sup>3</sup>.

لكن ما يلاحظ أن قرارات المحكمة العليا يشوبها الاضطراب في اتخاذ موقف واضح يمكن الارتكاز عليه، فهي تارة تأخذ "بالخطأ المفترض" الذي لا يقبل إثبات العكس، كالقرار الذي جاء فيه: "أنه من المبادئ المقررة أن خطأ حارس الشيء مفترض، متى نتج عنه ضرر، ولا يعفى من مسؤولية التعويض المدني ولو حكم ببراءته جزائياً، إلا إذا أثبت أن الضرر كان بسبب الضحية أو الغير أو حصل نتيجة حالة طارئة أو لقوة قاهرة عملاً بالمادة

<sup>1</sup> - علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص 159.

<sup>2</sup> - فاضلي إدريس، المسؤولية عن الأشياء غير الحية في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2006، ص 288.

<sup>3</sup> - حنان بن داود، مرجع سابق، ص 60.

"138" من القانون المدني<sup>1</sup>، وتارة تأخذ بالخطأ في الحراسة، ومن ذلك ما جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ: 1985/11/21م حيث جاء فيه: "لكن إنّ قضاة مجلس سكيكدة أثاروا في قرارهم المنتقد إلى الخطأ المفترض الذي يتحمّله السائق بالقول: إن سائق القطار إذا أحدث ضررا وهو يسوق القطار يفترض أنّه قصر في حراسته طبقا للمادة "138" قانون مدني جزائري، هذا من جهة، ومن جهة أخرى يقول القرار: أنّه يؤخذ من الملف الجزائري حسبما أوضحتها الصّورة لمكان الحادث أن الخطّ كان مستقيما وكان بإمكان سائق القطار أن يرى الضّحية بوضوح، وأن يتّخذ التّدابير من أجل إيقاف القطار في الوقت المناسب، ومن ثم جعلوا على حق المسؤولية إنصافا بين كل من الضّحية وسائق القطار وهذا تبرير سليم من أجل تطبيق المادة "138" ق.م بفقرتها، ومن أجل ذلك رفض الوجهين...<sup>2</sup>، وتارة تأخذ بالخطأ الثابت، ومن ذلك القرار الصادر عن المحكمة العليا حيث جاء فيه: "أن الضّحية التي سقطت على السكّة عند نزولها قبل التّوقف التّام أو بعد انطلاق القطار في السّير تعدّ الشركة الوطنية للسكك الحديدية مسؤولة عنها مدنيًا، وأن الخطأ ثابت في حقّها...<sup>3</sup>، وتارة أخرى بالمسؤولية المفترضة كما جاء في حيثيات إحدى القرارات بقولها: "حيث أنه بالرجوع إلى ملف الدّعوى وإلى القرار المنتقد يتضح أن مسؤولية الطّاعنة قد أسست على المادة "138" قانون مدني الخاصة بمسؤولية حارس الشيء، وحيث إن مثل هذه المسؤولية مفترضة وتبقى قائمة حتى ولو تبين أن حارس الشيء لم يرتكب أي خطأ وأن

<sup>1</sup> - القرار الصادر عن المحكمة العليا، الغرفة المدنية، بتاريخ 1982/03/17م، ملف رقم 24192، مجلة قضائية 1989، عدد 2، ص 20.

- حنان بن داود، المرجع السابق، ص 60.

<sup>2</sup> - القرار الصادر عن المحكمة العليا، الغرفة المدنية، بتاريخ 1985/11/21، ملف رقم 41523، قرار غير منشور.

- علي فيلاي، مرجع سابق، ص 238.

<sup>3</sup> - القرار الصادر عن المحكمة العليا، الغرفة المدنية، بتاريخ 1994/04/20، ملف رقم 111358، قرار غير منشور.

- علي فيلاي المرجع السابق، ص 239.

سبب الحادث ظلّ مجهولاً<sup>1</sup>.

ورغم أن قضية القضاء الجزائري تبقى غامضة، لكن يفهم ضمناً أنه يتجه للأخذ بهذه النظرية، ومهما يكن فإنه يمكن الرجوع إلى المادة "138" من القانون المدني الجزائري التي تفترض المسؤولية في جانب الحارس بمجرد أن يترتب عن الشيء محل الحراسة ضرراً للغير<sup>2</sup>.

أمّا الأستاذ "علي علي سليمان" في كتابه النظرية العامة للإلتزام فيقول: "وأما موقف القضاء الجزائري بعد الاستقلال من نظرية تحمل التبعه فإنّي لم أعرّ على أي حكم له يدل على الأخذ بها، وأعتقد فيما أعلم أنه لم يعتنق هذه النظرية".

بعدها قمنا في المطلب السابق بدراسة تأثير النظرية على التشريع والقضاء سنعرض الآن في إلى النقد الذي وجّه إلى نظرية تحمل التبعه.

### المطلب الثاني: نقد نظرية تحمل التبعه.

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

<sup>1</sup> - القرار الصادر عن المحكمة العليا، الغرفة المدنية، بتاريخ 1992/02/26، ملف رقم 81110، قرار غير منشور.

- نقلاً عن علي فيلاي، المرجع السابق، ص 229.

<sup>2</sup> - القرار الصادر عن المحكمة العليا، الغرفة المدنية، بتاريخ 2000/02/16، ملف رقم 215653 حيث جاء فيه: "متى اعتمد قضاة المجلس في إبتاتهم لمسؤولية الطاعنة عن الأضرار اللاحقة بالمطعون ضده على أساس المسؤولية عن الأشياء وفقاً للمادة 138 من القانون المدني بناء على محضر التحقيق والتقرير الطبي المثبت أن الأضرار اللاحقة بالمطعون ضده ناتجة عن احتراق كهربائي عالي الضغط وعجز الطاعنة عن نفي مسؤوليتها بإثبات السبب الأجنبي وفقاً للفقرة الثانية من المادة "138" من القانون المدني فإنهم بقضائهم هكذا يكونوا قد طبقوا القانون تطبيقاً صحيحاً"، مجلة قضائية، 2000، عدد 1، ص 127.

- حنان بن داود، المرجع السابق، ص 61.

النصوص عندها ألزمت على الفقه والقضاء البحث عن نية المشرع الحقيقية عند وضع النصوص مهما تغيرت أوضاع المجتمع.

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

من جهة أخرى وقفنا على أن المنطق يقضي بتحمل الشخص تبعة ما أتاه من فعل ضار، وكذلك العدالة تقضي بإصلاح ما أحدثه الشخص من ضرر خاصة إن وجدنا أمام حالة يكون فيها محدث الضرر مليئا في حين يكون المتضرر معدوما، أضف إلى ذلك المتغيرات الاقتصادية والصناعية، التي جعلت من إثبات الخطأ من لدن المتضرر متعذرا بل قد يكون مستحيلا، وهكذا ظهرت النظرية الموضوعية أكثر عدالة، وأصلح من النظرية الشخصية في التأسيس، ورغم هذا فإن هذه النظرية لم تسلم من النقد، وفيما يلي أهم الانتقادات التي تعرّضت لها، مع تبيان الرد عليها تباعا بترتيب نقاط النقد.

أولا: إن بناء هذه النظرية على مقتضيات العدالة ليس مبررا لإيجاد سند قانوني لها ذلك أن التشريع هو المصدر الأول للقانون، ولا يلجأ إلى العدالة -المصدر الإحتياطي- لسد نقص التشريع<sup>1</sup>، غير أننا إذا تتبعنا الناحية العلمية في التأسيس الفني لهذه النظرية، 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 في الضرر عن طريق الخطأ.

كذلك المادة "1/1384" مدني فرنسي لم ترتب المسؤولية الناشئة عن الأشياء على

<sup>1</sup> - زهدي يكن، مرجع سابق، ص 253.

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 مقرّرة<sup>1</sup>.

وكرّد على هذا النقد احتج أنصار النظرية الموضوعية، بأن النصوص المتعلقة بالمسؤولية عن الأشياء، تخدم هذه النظرية كذلك، فلا يوجد أي مانع من الأخذ بها 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 قرّر أن المسؤولية القانونية لا تستند إلى فكرة الخطأ كنظرية، إذ أن منطق العقل والعدل لا يلزم شخصا بتعويض ما، إذا ظهر أنه لا خطأ من جانبه<sup>2</sup>.

**ثانياً:** يدّعي خصوم النظرية أنها مطلقة تطلق العنان لقيام المسؤولية دون تحديد وهذا يؤدي إلى نتائج خطيرة تمس الفرد والمجتمع، وتؤدي إلى تقاعس الكثيرين عن النشاط الصناعي حتى الفردي، تفادياً لأي مساءلة وهذا تجنب وقوع الخطأ.

ثم إنها تكوّن قيوداً رهيباً على الحقوق والحريات الشخصية، فترتّب مسؤولية كل من نتج عن تصرفه ضرر حتى ولو كان يتصرّف في خالص حقه، وفي حدود الجواز الشرعي وهذا يسبب الحرج والضيق للآخرين<sup>3</sup>. أما كونها ضيقة فلأنها تحصر قيام المسؤولية بقاعدة "الغرم بالغنم"، وهذا تضيق لغرض قيام المسؤولية، حيث إن القائلين بهذا المبدأ حملتهم الشفقة على العامل، ولحمايته اتجاه رب العمل قرّروا هذه القاعدة، وبالتالي أهملوا شتى النشاطات الفردية، فلم يعيروها أهمية مثلما فعلوه للنشاط الصناعي.

إن حجة المعادين للنظرية الموضوعية في عمومها، وخصوصها، وكذا تثبيطها للهمم

<sup>1</sup> - زهدي يكن، المرجع نفسه، ص 253.

<sup>2</sup> - عبد السلام ذهني بك، النظرية العامة في الالتزامات، د.ب.ن، د.ت.، ص 66.

<sup>3</sup> - فخري رشيد مهنا، مرجع سابق، ص 192.

لا يمكن التسليم بها، والدليل على عدم صحتها، يدحض بمجرد الإحاطة بحال المجتمعات التي تبنت المسؤولية الموضوعية، خاصة مجال المسؤولية عن الأشياء والآلات، فهذه المجتمعات في الوقت الحاضر تشهد تقدماً كبيراً ورفاهية لا توصف، فهل هذا إذن دليل تقاعس وتثبيط همم؟ إن الجواب سيكون بالنفي المطلق<sup>1</sup>، إضافة إلى ذلك فأولى بالغير إذا علم مسبقاً أنه يتحمل النتائج الضارة لنشاط غيره، ألا يقدم على الدخول في أي نشاط كان وأكثر وضوحاً وجلاءً لعلاقة الفرد والغير، أنّ 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 فسيعوّضه حتماً<sup>2</sup>.

وخلاصة يمكن القول أن النظرية الموضوعية نتيجتها العملية أكثر طمأنينة وأماناً وحيطة في واقع الحياة المعيش.

**ثالثاً:** إن وقع 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<sup>3</sup>، إن الرد على ازدواجية تأثير كل من الفاعل والمصاب وكذلك الموقف السلبي لهذا المصاب يكون كالاتي:

إن التسليم بهذا الرأي معناه ببساطة تحميل المصاب المسؤولية دون أن يكون قد صدر عنه فعل خاطئ، وهذا بعينه لم يسلم به أصحاب النظرية الشخصية، إذ كيف نحمل المصاب نتيجة موقف سلبي، وهو لم يقترف خطأ.

إن النظرية الموضوعية تشكل حماية كافية للفاعل في حالة تعمد المصاب، أو خطئه

<sup>1</sup> - إبراهيم طه الفياض، مرجع سابق، ص 460.

<sup>2</sup> - جبار صابر طه، مرجع سابق، ص 158.

<sup>3</sup> - جبار صابر طه، المرجع السابق، ص 160.

الجسيم فتقرّر إعفاءه من المسؤولية.

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

إن بطلان القياس القائم بين المسؤوليتين الجنائية والمدنية في استبعاد الخطأ عند أصحاب النظرية الشخصية، يجد صحته عند القائلين بالنظرية الموضوعية، إذ أن إقامة المسؤولية على فكرة الخطأ هو الخطأ الصريح بين المسؤوليتين، بينما جرى العرف أن مفهوم التقدّم القانوني كان مداره ولا يزال هو التمييز بين القانونين المدني والجنائي، حيث شهدا مرحلة الاندماج الكلي، وهذا في التشريعات القديمة<sup>1</sup>، إن اختلاف المسؤوليتين في الوظيفة والغرض، ليسا محلاً للشك، حيث إن المسؤولية الجنائية لم تتخلّص تماماً من فكرة الخطأ كأساس لها، بينما العكس تماماً يلاحظ في المسؤولية المدنية، إذ أن سهولة قبول فكرة تحرّرها من الخطأ كأساس لها متصورة، علماً أنه توجد بعض الحالات للمسؤولية الموضوعية في الجانب الجنائي، حيث لا يشترط الركن المعنوي للجريمة فيها، وتقوم المسؤولية بصفة آلية.

**خامساً:** إن خصوم النظرية الموضوعية يدّعون أنها منافية للعدالة ولأخلاق، ذلك أن العدل عندهم هو عدم مساءلة غير المخطئ، وبالتالي تحميله المسؤولية دون خطأ.

رداً على هذا نقول أن مؤيدي الفصل بين الأخلاق والقانون، لم ينكروا الصلة الوثيقة بينهما، مع التأثيرات المتبادلة بينهما، ويرون أن المحاكم قد تكون ملزمة بالحكم وفقاً لما تراه

<sup>1</sup> - علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 1989، ص89.

عدلاً<sup>1</sup>، كما أن قواعد العدالة وهي مصدر احتياطي يلجأ إليها عند غياب النص التشريعي أو القاعدة العرفية أو الشرعية<sup>2</sup>.

وإذا كنا بصدد العدالة والأخلاق فكيف يترك متضرر ما فريسة للضرر دون تعويض معقول؟ كذلك وشيء آخر، فإن كنا بصدد حاث ضار، وقع بلا خطأ من أحد الطرفين عدلاً وأخلاقاً من يتحمل نتائجه؟ إنه لا غرو في أن الفاعل هو الذي يتحمل نتائجه وليس المتضرر وكمعادلة بسيطة حلّها في شطرها الثاني، أي أنه إذا لم يكن غريباً أن يضمن أحد الأفراد ضرراً أحدثه بآخر دون التزام منه بإثبات الخطأ فالغريب أن يضمن إذا حدث منه ضرر<sup>3</sup>، إضافة إلى هذا يمكن القول أن المسؤولية ليست قاعدة جزاء بل هي قاعدة لجبر الضرر، وإذا كانت المسؤولية الموضوعية ترمي إلى ذلك، فهي دون شك أقرب إلى العدالة. سادساً: كان الاعتراض على النظرية الموضوعية بحجة النزعة الاشتراكية في القانون لتبرير المسؤولية الموضوعية، بالقول أن هذه النظرية مما تحمّله للفرد من مسؤولية سواء أخطأ أم لا، فإن ذلك سيؤدي إلى القصد في النشاط وبالتالي القعود والجمود خشية قيام المسؤولية.

إن الرد على هذا يكون بالقول، أن المجتمع الاشتراكي هدفه الأسمى هو الحفاظ على مصالح المجموع، أي بسط المساواة الحقيقية وإحقيق التضامن الاجتماعي ورعاية كل فرد لمصلحة الآخرين فإن أحدث فرد ضرر بالغير وتمكن هذا الأخير من النجاة، اختل النظام الاجتماعي وأدى إلى عجز المتضرر عن نيل التعويض، إذا فلا معنى للتضامن الاجتماعي والمساواة هنا إن لم يفرض المجتمع على محدث الضرر التزاماً فورياً بإعادة الحال للمتضرر على أقل تقدير.

<sup>1</sup> - وسيلة أحمد شريط، مرجع سابق، ص 87.

<sup>2</sup> - تنص المادة الأولى من القانون المدني، معدل ومتمم: "... فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة".

<sup>3</sup> - وسيلة أحمد شريط، المرجع السابق، ص 88.

**سابعا:** تم انتقاد النظرية من طرف الفقيه "بلانيول" فيقول: "كل حالة مسؤولية بلا خطأ إذا قبلت تعد ظلما اجتماعيا، وهي بالنسبة للقانون المدني بمثابة البريء في القانون الجنائي"<sup>1</sup>.

إن الرد على هذا القول يكون بافتراضنا مثلا، أن شخصا أحدث ضررا بنفسه أي بفعله، إذا هو من يتحمل النتيجة، بالمقابل ستصاب ذمته المالية بالنقص، كونه محدث الضرر ولو كان في مرتبة المتضرر لطالب بالتعويض، إذا لا غرو أنه إذا أوقع هو ضررا بالغير أن يتحمل النتيجة مثلما تحمل نتيجة الضرر الحاصل بنفسه، وبالنظر إلى المسؤولية المدنية على أنها قاعدة جبر ضرر، لا قاعدة عقاب، فلا إشكال، ذلك أن الإدانة لن تتعدى في الجانب المدني التزاما بالتعويض عن الضرر الذي تسبب فيه محدثه، وهكذا يتبين أن قاعدة المسؤولية بلا خطأ أكثر عدالة وأجدر لرفع الظلم الاجتماعي<sup>2</sup>.

**ثامنا:** انتقدت النظرية الموضوعية فيما يخص الشخص المسؤول بالقول أن القضاء والفقهاء في فرنسا استقر بأن الشخص المسؤول هو من له السيطرة الفعلية على الشيء، وهذا الشخص قد لا يكون هو المنتفع دائما من الشيء بعكس ما تقرره نظرية تحمل التبعة<sup>3</sup>.

نرد على هذا من خلال تعريف الحارس: "هو الشخص الذي تكون له السيطرة الفعلية<sup>4</sup> على الشيء ذاته وعلى استعماله". وعلى هذا فالحارس هو المنتفع دائما ولو كانت منفعة أدبية بعكس ما يقرره خصوم النظرية الموضوعية والذين يضيّقون من فكرة الانتفاع ويحصرونها في المنفعة المالية فقط، أما بالنسبة للمسؤولية على أساس المخاطر المستحدثة وهي الصورة الثانية، فلا جدال في أن الحارس هو المسؤول في جميع الأحوال.

<sup>1</sup> - وسيلة أحمد شريبط، المرجع السابق، ص 89.

<sup>2</sup> - جبار صابر طه، مرجع سابق، ص 164-165.

<sup>3</sup> - وسيلة أحمد شريبط، المرجع السابق، ص 89.

<sup>4</sup> - محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص 83 وما بعدها.

**تاسعا:** نقدت هذه النظرية نظرا لطبيعة التعويض الذي تقرّره، فهو تعويض ليس بكامل بل جزافي مقرّر من القضاء ابتداء دون أن يتجاوز قدرا معيناً، ولمّا لم يحدّد المشرّع التعويض في المسؤولية عن الأشياء، فإنّ التعويض يكون كاملاً وهذا يدل على الإبتناء على فكرة الخطأ، لا على أساس تحمل التبعيّة، ويستندون في ذلك إلى قوانين إصابات العمل الخاصة<sup>1</sup>.

إنّ لهذه الجزافية ما يبررها في إصابات العمل، لا في حالة المسؤولية عن الأشياء فالجزافية ليست من الخصائص الجوهرية لنظرية تحمل التبعيّة، ذلك أنّ أخذ المشرّع بها لم يكن إلاّ لاعتبارات قدرها، فقوانين العمل توفر حماية أكبر للعمال مما يوفره القانون المدني للمتضررين، إضافة إلى هذا فإنّ رب العمل يسأل عن الضرر وإنّ لم يتعمّد العامل<sup>2</sup>، كما أنّ هذا الأخير يربطه عقد عمل مع رب العمل وأجره يعتبر تسديد لما يقابله من مخاطر بعكس المتضرر في المسؤولية عن الأشياء فهو يعتبر أجنبياً عن الحارس لا تربطه به أية علاقة تعاقدية.

**عاشرا:** نقدت النظرية الموضوعية بالنسبة للمسؤولية من أنّها لا تنتفي ولو بإثبات السبب الأجنبي، وذهب فريق من الشراح إلى أنّ خطأ المتضرر وحده هو الذي يعفي من هذه المسؤولية.

<sup>1</sup> - وسيلة أحمد شريط، المرجع السابق، ص 90.

<sup>2</sup> - محمد إبراهيم دسوقي، مرجع سابق، ص 422.

إن هذا النقد كذلك غير صحيح، حيث إن التبعات التي تقوم على أساس المخاطر تنتفي بإثبات السبب الأجنبي<sup>1</sup>، فالمسؤولية المبنية على تحمل التبعة قد تنتفي بإثبات القوة القاهرة، أو خطأ المتضرر، فإذا اعترفنا للمشرع بهذه السلطة 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 المسلّم به أن المسؤولية تنتفي إذا نفي المدعى عليه رابطة السببية، وعليه فإعفاء حارس الأشياء من المسؤولية في حالة وجود سبب أجنبي لا تتعارض مع إقامة هذه المسؤولية على فكرة تحمل التبعة.

يبقى وأن رابطة السببية هي ركن في المسؤولية المادية، وكذا المسؤولية الشخصية والرابطة هذه تنتفي بإثبات السبب الأجنبي عموماً، سواء أكان قوة قاهرة أم بخطأ من المتضرر، أم أنه صدر من الغير.

وفي الأخير لم يبق إلا القول بأن نظرية تحمل التبعة توافق روح التطور الاجتماعي والقانوني، إن القانون ما هو إلا نتيجة من نتائج التفاعلات الجارية في المجتمع ويعبر في النهاية عن كيان المجتمع وتكوينه، نعلم أن القانون عبارة عن قواعد تنظيمية لعلاقات يحكمها، وبهذا فإن مسابرة للتطورات تجسيد عملي لتلاؤم العلاقات السابقة ولبناء هذه العلاقات على أسس سليمة، جاءت هذه النظرية الموضوعية أكثر انسجاماً مع تلك المتغيرات العصرية، أضف إلى هذا توافق هذه النظرية مع النظرة الموضوعية للفقه

<sup>1</sup> - أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد، ط2، 1964، ص400.

الإسلامي خاصة إذا علمنا أن الشريعة الإسلامية تعتبر من بين مصادر القانون في البلاد العربية والإسلامية عموماً.

## الفصل الثالث

### نظرية الضمان

لقد كان بناء الإلزام بتعويض الضرر أكثر ارتباطاً بمعطيات الواقع لا مقتضيات العقل، فمع التلازم بين حدوث الضرر وما يعتري السلوك الإنساني من مظاهر الخلل، لم يثر التعويض أي إشكال، خصوصاً وأن المواد القانونية التي كانت تحكم العلاقات الاجتماعية آنذاك كانت كافية بذاتها والوسط البيئي الذي انبثقت عنه، حيث كان المجتمع مجتمعاً زراعياً بامتياز، فكان الخطر الوحيد المتوقع هو خطر الإنسان بذاته، ومع تبدل معطيات الواقع وانفصام عرى ما جمع بين الخطأ والضرر من رباط، نتيجة تعاضد مظاهر نشاط الإنسان من وسائل وتطور تقني، بات من المتعذر في كثير من الأحيان نسبة الضرر الناتج عن الحادث إلى الخطأ، محمولاً على معنى العمد أو التقصير وعدم التبصر، مما أثار الشك في مدى اتساق المسؤولية الخطئية مع مقتضيات الوجود الاجتماعي، ودعا الفقه والاجتهاد إلى البحث عن صيغ قانونية تكفل الحق في التعويض، ورغم ما هيأته لضحايا الحوادث من ضمان، إلا أنها لم تتعدّ بذلك زاوية النظر إلى محدث الضرر، سواء تمثلت في سلوكه (الخطأ)، أم في نشاطه (تحمل التبعة)، وأدى التساؤل من هذه الناحية الضيقة عن سبب إلزام محدث الضرر إل حلول منتقدة، وبصفة خاصة أنها أغفلت بطريقة أو بأخرى الاعتبارات المتصلة بضحية الضرر<sup>1</sup>.

إنه لا ينبغي إغفال أن حقوقنا الشخصية وحرية الفردية، تتقيد بحقوق وحرية الغير فالإنسان يتمتع في حدود القانون ليس فقط بحرية الفعل، وإنما كذلك بالحق في الأمن وسلامة أمواله المادية والمعنوية، والحفاظ على حياته وسلامته الجسدية، وبصفة عامة فإنه لكل شخص الحق في الاستقرار<sup>2</sup>، لذا وإن بدت المسؤولية قيدياً على حرية الفعل، فإن

<sup>1</sup> - حسن عبد الرحمان قدوس، الحق في التعويض، مقتضياته الغائية ومظاهر التطور المعاصر في النظم الوضعية، دار النهضة العربية، القاهرة، د.ت.، ص 266.

<sup>2</sup> - محمد عبد الغفور العماري، التعويض عن الأضرار الجسدية والأضرار المجاورة لها، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012، ص 18.

الإضرار بالغير يشكل تعدياً على سلامة شخصه وذمته المالية.

انطلاقاً من هذه الفكرة قامت نظرية أخرى محاولة بذلك تجاوز النظريات السابقة، وقد كانت هذه النظرية من جانب الفقيه "بوريس ستارك" والتي نادى بها في رسالته للدكتوراه التي قدّمها لجامعة باريس في سنة 1974<sup>1</sup>، تحت عنوان: "محاولة لنظرية عامة عن المسؤولية المدنية" باعتبار أن لها وظيفتين هما: الضمان والعقوبة الخاصة.

لقد حاول هذا الفقيه أن يضع نظرية تسعى لكفالة التعويض للمضرورين باعتبارها إحدى نظريات التكافل الاجتماعي، معالجا نظريته في ذلك من خلال النظر أكثر من زاوية المصاب وحقوقه، وليس من زاوية المتسبب في الضرر، وجعل أساس النظرية هو الضمان.

من جهة أخرى فإن مصطلح الضمان، لم يكن يبعيد عن شريعتنا الإسلامية الغراء بل بالعكس، فإن الشريعة الإسلامية هي أول من نادى بهذا المصطلح، دالة في ذلك على معنى المسؤولية، سابقة في ذلك الفقه القانوني، فكان من بين ما نظمته وكفلته شريعتنا الغراء، وهو يعتبر من مقاصدها، حفظ الأنفس وحفظ الأموال، وحرّمت الاعتداء عليها، مراعية في ذلك مبدأ العدالة التي قامت عليه وجعله القانون الذي يحكم علاقاتنا الاجتماعية، مستهدفا إياه القضاة والحكام في قضايا الفصل في الخصومات، لأن الأنفس حرمة عظيمة عند الله سبحانه وتعالى والمال في تقدير صاحبه قرين الروح<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص 160.

<sup>2</sup> - وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجناحية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار الفكر دمشق، 1402هـ - 1982 ص 15.

### المبحث الأول: الضمان في فقه القانون.

تقوم نظرية الضمان عند الفقيه "ستارك" على مجرد تحقق الضرر وحده دون مسوغ من القانون، وكل نظرية أخرى والتي تتطلب لتأسيسها وإقامتها الدليل الكافي والبرهان الشافي، فقد ذهب الفقيه "ستارك" إلى التدليل على صحة نظريته، من خلال الأسلوب المنهجي الذي اعتمده، القائم على التفريق بين الضرر الجسدي والمادي، وبين الضرر الاقتصادي والمعنوي، ولأن اليقين المستمد من فكر مجرد، حتى وإن استلهم مبادئ العدل والأخلاق، فإنه لا يلقى دائماً إجماعاً، فالأكثريّة في عصر الريبة لا تعتقد إلا في التجربة فهي المحكمة العليا التي لا يقبل قرارها النقض والإبرام<sup>1</sup>.

لكن الفقيه "ستارك" وإن اتجهت نظريته ونزعت أكثر إلى المضرور، إلا أن الفقيه نفسه لا يستبعد دور الخطأ كلياً من المسؤولية وهو الذي يؤدي إلى أعمال الوظيفة الثانية لهذه النظرية.

إلا أنه وعلى غرار النظريات الأخرى التي قيلت في شأن المسؤولية، فلقد طال هذه النظرية أيضاً، جانب من النقد وأثارت ردود أفعال متباينة.

### المطلب الأول: الضرر الجسدي والمادي.

كان لاستظهار اتساق فكرة الضمان مع حقيقة التعويض الوضعية، تقييمها من منظوري المسؤولية، من خلال زاويتين، الأولى هي: المسؤولية عن الفعل الشخصي، والثانية هي: المسؤولية عن الأشياء.

<sup>1</sup>- حسن عبد الرحمان قدوس، مرجع سابق، ص 289.

### الفرع الأول: المسؤولية عن الفعل الشخصي.

يمكن تعريف الفعل الشخصي بأنه الفعل الإنساني المؤدي مباشرة إلى الضرر ولا ينفي عن الفعل هذه الصفة في أن يتم بواسطة أداة ما، فالشيء لا يستقل بالضرورة عن فعل الإنسان، إن الفعل باكتسائه صفة عدم المشروعية، فإنه بذلك يشكل أساساً كافياً لإلزام صاحبه بالتعويض، لكن الصعوبات تثور متى وجد الضرر أسبابه في فعل إنساني مباح<sup>1</sup> أي أنه لا يشكل أي تعدي مما هو مفروض من حدود لمباشرة الفعل، فما هي الاعتبارات التي يمكن أن تفسر من زاوية محدث الضرر لإلزامه بالتعويض؟

بالنسبة لأنصار المفهوم الموضوعي للخطأ، يجب أن يكتسي الفعل الضار شكل الانحراف عن سلوك شخص يمثل المستوى المفروض من العناية والتبصر، فيقدر الخطأ تبعاً لذلك، بطريقة مجردة استقلالاً عن الحالة النفسية والذهنية لمباشره.

غير أن الواقع يثبت أن تحليل القضاء يكشف أن التقدير المجرد يسمح للقاضي بأن يقيم من إثبات الفعل الشخصي الضار، دليلاً على اقتراح مباشره للخطأ، وبهذا يبدو أن الخطأ غير شرط للإلزام بالتعويض، طالما كان إثبات الفعل الشخصي هو إثبات للخطأ خاصة إن كان الشخص هو سيد سلوكه.

لقد حجبت مفاهيم الخطأ بنظرتها إلى عدم مشروعية الفعل كونه كافٍ لإلزام مقترفه بالتعويض، إدراك ما وراء تحقق الضرر من تنازع بين الحقوق، حق محدث الضرر في مباشرة مظاهر حرية الفعل، وحق ضحيته في سلامة شخصه وذمته<sup>2</sup>، لذا استغرقت فكرة الفعل غير المشروع فكرة الضرر غير المشروع، أي التعدي على الحقوق الشخصية للغير فمن خلال تقييد الإلزام بالتعويض بفكرة الخطأ، لم يول الفقه أدنى أهمية لما يمثله مثلاً القتل

<sup>1</sup> - حسن عبد الرحمن قدوس، المرجع السابق، ص 290.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 291.

أو الإصابات الجسدية أو الإلتلافات المالية، من اعتداء على السلامة الجسدية والمادية، وهذا بذاته يكفي لتقرير الحق في التعويض، فحق الإنسان في مباشرة مظاهر حرية الفعل يتوقف حده عند سلامة الغير، ولا يعتبر هذا مصادرة لحرية الفعل، بل فقط بيان لحدودها الاجتماعية<sup>1</sup>، وإسناد الإلزام بالتعويض إلى هذا المقتضى الموضوعي أحسن من التمسك بمفاهيم الخطأ الصورية.

لكن وإن سلمنا بحق الإنسان في سلامة شخصه ودمته، فإن ذلك لا يفي وجه التمايز بين نظريتي الضمان وتحمل التبعة، فنظرية الضمان وإن اعتدت بالفعل الضار أيا كانت مشروعيته أو عدم ذلك، فإنها بذلك لا تقيم الإلزام بالتعويض على سببية مادية، كما هو الشأن في نظرية تحمل التبعة، فالفعل الضار إطار الضمان إنما هو تعدي على حق الغير في سلامة شخصه ودمته، حتى وإن رأى البعض في هذا التباين مظهرا من الجدل اللفظي، مادام أن المسؤولية مقيدة في هذين الصرحين بثبوت الفعل الضار، إلا أن هذا ينطوي على قصور في الفهم والاستدلال، ذلك أنه ليس كل فعل ضار مرتب للمسؤولية خاصة وإن أخذ في الاعتبار أن مباشرة بعض مظاهر الفعل الضار يمكن استناده إلى حق لكن الضمان فكرة المسؤولية فيه تنقيد بالطبيعة الخاصة للضرر، أي طبيعة الحق المعتدى عليه، لذا فالمسؤولية تبدو ضمانا لبعض الحقوق وليس تبعة ملازمة للنشاط<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - إن مشروعية ما يترتب عن الفعل المباح من ضرر إغفال للوجود الاجتماعي للإنسان، فمثلا للفرد الحق في التمتع بحياة الفعل، فإنه للأخرين كذلك الحق في التمتع الآمن بحياتهم وأموالهم، فمشروعية الفعل لا تستتبع بالضرورة مشروعية الضرر.

- حسن عبد الرحمن قدوس، المرجع السابق، ص 292.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 293، نقلا عن:

-Boris Starck, Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée, paris, 1947, p.87.

حتى وإن سلّم القضاء والفقّه بضرورة إلزام محدث الضرر في بعض الحالات بجبره وإن اتخذ سلوكه منحى سليماً من الناحيتين القانونية والأخلاقية، إلا أن المفاهيم التي طرحت أفضت إلى نتائج تتنافى والعدالة، خاصة وإن تمّ مقارنتها بتلك التي يؤدي إليها التسليم بنظرية الضمان، فالإلزام بتعويض الضرر بتعويض الضرر ناتج عن فعل إنساني غير مشروع لا يتصوّر من الناحيتين القانونية والأخلاقية، ما لم نسلم بحق ضحية الضرر في سلامة شخصه وماله، وهذا يبيّن صورية المفاهيم التي بنت أساس الإلزام بالتعويض على اعتبارات متصلة بشخص محدث الضرر لا الحقوق التي تعرّضت للاعتداء<sup>1</sup>.

فرغم أن القضاء من جهة أقر مبدأ عدم مسؤولية عديم التمييز لصغر السن ومختلي العقل، إلا أنه سعى من جهة أخرى وبطرق مختلفة إلى كفالة التعويض لضحايا الضرر سبيل المثال، ألزم المضرور بإثبات حالة الجنون وقت مباشرة الفعل الضار وبالتالي البحث عن عناصر الخطأ، وأيضاً الفقه سعى إلى ذات الغاية، ولكن بمسح الجوهر الأخلاقي لفكرة الخطأ واستغراق ذلك للهيكل الفني للمسؤولية الشخصية، فمتى كان الخطأ مجرد انحراف في السلوك لا يقترفه شخص متبصر، فإنه يمكن إسباغ صفة الخطأ على ما يباشره عديم التمييز من مظهر الفعل الضار<sup>2</sup>.

لكن وإن بدا من العدل أن يبنى الخطأ على أساس مجرد قوامه شخص سوي، فإن القول بذلك بالنسبة لعديم التمييز لن يكون أكثر من تصنع، فالقول بخطأ الإنسان تبعاً لهذا المقياس، يتطلب إرادة حرة وقدرة على توجيه السلوك، فهذا التقدير المجرد وإن بدا أكثر

<sup>1</sup> - حسن عبد الرحمان قانوس، المرجع السابق، ص 293.

<sup>2</sup> - يتعذر في تقدير "ستارك" رد مسؤولية عديم التمييز إلى فكرة تحمل التبعة، لأن تلك النظرية وإن اتجهت إلى هدم الخطأ، استبدلت بفكرته اعتبارات نفعية متصلة بالنشاط الضار، اعتبارات لا يتصور ثبوتها بالنسبة إلى نشاط عديم التمييز الضار.

- المرجع نفسه، ص 294.

اتساقاً مع من بمكنتهم إدراك حقيقة أفعالهم وما يستتبعه من تبصّر في السلوك، لا يتسق مع حالة عديم التمييز.

بناء على هذا سعى البعض، استلهاما لأحكام القانون المقارن، إلى بناء إلزام عديمي التمييز بالتعويض على فكرة العدالة، من خلال فرض واجب قانوني بالمساعدة يسوغ، مع الإقرار بعدم مسؤولية عديم التمييز، الإلزام بالتعويض، والواقع أن هذا البناء العقلي يكون مقبولاً فقط متى اتجه من خلال فكرة المساعدة والإحسان، إلى إلقاء تبعة التعويض على الجماعة<sup>1</sup>، خاصة وأن فرض واجب فردي بالمساعدة، أي واجب متصل في اقتضائه ببواعث نفسية غير متصوراً بالنسبة لعديمي التمييز.

لكن وإن تطلّعت بعض التشريعات إلى ذلك، فإن هذا لا يجب أن ينسبنا أن التشريع في حقيقته الوظيفية لا يتعدّى حدود صياغة ما يقتضيه الوجود الاجتماعي من مبادئ، فالتشريع بحاجة إلى استلهام فكرة موجهة، أكثر من حاجته إلى مسخ المفاهيم القانونية والاستغراق في وضع صيغ شكلية، ولا سبيل، متى بدا ترك ضحية الضرر دون تعويض مظهراً صارخاً من الظلم، إلى التعويض، سوى بناء الإلزام به على ما يمثله الإضرار بالغير استقلالاً عن كل اعتبار متّصل بشخص المباشر، من تعد على الحق الشخصي في السلامة، وكأنما الفقيه "ستارك" يريد أن يقول بلسان فقه الضمان الإسلامي: "المباشر ضامن وإن لم يتعد"<sup>2</sup>، وذلك ما يؤكده من خلال عبارته بأن المباشر وإن لم يتسم فعله الضار بعدم مشروعية يلزم بجبر ما أحدثه من ضرر غير مشروع (ظلم موضوعي)<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - حسن عبد الرحمن قدوس، المرجع السابق، ص 295.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 296.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص 296، نقلاً عن:

## الفرع الثاني: المسؤولية عن فعل الأشياء.

كان التطابق بين الفعل المباشر الضار والخطأ، والذي بدأ المبدأ الطبيعي المطلق لا المفهوم القانوني النسبي، يفسر ولقرون، سيادة المسؤولية الشخصية، وحتى عندما اقتضى تبدل المعطيات الاجتماعية، تقرير حالات مسؤولية غير خطئية، لم يكن النظر إليها سوى مظهرا من الاستثناء غير المخل بالمبدأ العام، لكن هذا الاستثناء في المسؤولية الشخصية شكل ظاهرة اجتماعية في مجال المسؤولية عن فعل الأشياء، حيث تعذر، وأيا كان مستوى التبصر، توقي الإضرار بالغير، نتيجة تفجر الثورة الصناعية، فكثرت الحوادث مجهولة الأسباب، وتعذر نسبتها إلى خطأ، وأبانت بذلك عن قصور المسؤولية الشخصية في كفالة الحق في التعويض، في مواجهة المخاطر الجسيمة الماسة بسلامة الأشخاص وأموالهم.

إن المسؤولية عن فعل الأشياء حسب الفقيه "ستارك"، وإن بدت بالنسبة للفقه التقليدي مظهرا من الاستثناء على المبدأ العام، إلا أنه يتعذر التسليم بذلك، فأقرار التقنين المدني لمسؤولية حارس الحيوان ومالك البناء في المادتين: (1385-1386) لم يكن تطبيقا خاصا على المبدأ العام للمسؤولية الخطئية، في المادة (1382) مدني فرنسي، وهو ما أكدته محكمة النقض، بتقرير مسؤولية حارس الحيوان ومالك البناء حتى مع انعدام الخطأ.

إن هاتين المادتين كانتا تمثلان المبدأ العام للمسؤولية عن فعل الأشياء، فالحيوان والبناء استقلالا عن الخطأ الشخصي في ذلك العصر، هما ما اعتقد فيهما إحداث الضرر<sup>1</sup> لكن الثورة الصناعية قلبت هذا المعطى الاجتماعي، وأصبحت الأشياء التي تنطوي على مخاطر لا حصر لها، فتتابع تدخل المشرع واجتهاد القضاء، فبمجرد ما يكشف الواقع عن خطر استخدام شيء ما من شأنه المساس بسلامة الإنسان أو أموله المادية، تأتي قاعدة لتبسط حمايتها الموضوعية على ضحايا الضرر، وهكذا فالقانون في تطور مستمر، كل ما

<sup>1</sup> - حسن عبد الرحمن قدوس، المرجع السابق، ص300.

تغير الواقع الاجتماعي لتكملة الصرح الشامخ لنظام، لا يروم سوى ضمان سلامة الإنسان ومع تكاثر حالات المسؤولية نتيجة النشاط الاجتماعي، دعت الحاجة إلى تجريدها من عنصرها الخاص، فوجد القضاء بطريق التفسير في المادة (1/1384) مدني فرنسي، المبدأ العام للمسؤولية عن فعل الأشياء.

إن هذا المبدأ، لا يتعدى في تقدير البعض حدود الصياغة القانونية فهي مجرد قرينة قانونية على الخطأ، فمع تدخل الشيء في إحداث الضرر، يفترض تقصير صاحبه، خاصة وإن كان الشيء ينطوي على خطورة وتتطلب حراسته عناية خاصة، ووجه القصور الملازم لهذا النظر، يكمن في تقييده الحماية باعتبارات تبدو أجنبية عن ضرورة افتراض الخطأ<sup>1</sup> فتدخل غير الأشياء الخطرة لا يتصور دون تقصير إنساني، على خلاف تدخل الأشياء الخطرة، التي قد يرجع إلى ما تضويه من قوى الإضرار، لذا فافتراض الخطأ في الحالة الأولى، أولى بالاعتبار وأكثر منطقاً، لذا يفرض الضمان القانوني نفسه، فحماية الحقوق لا تتوقف على طبيعة ما يمكن أن يتخذ أداة للمساس بها، وهو ما أقره القضاء في أكثر من مرة، وذلك برفضه كل مظاهر التمييز بين الأشياء التي ترتب على تدخلها المسؤولية من جهة، ومن جهة أخرى قيام مسؤولية الحارس وإن أقام الدليل على انتفاء الخطأ.

وتوالى اجتهاد أنصار المفهوم الشخصي للمسؤولية في رد المسؤولية عن فعل الأشياء إلى فكرة الالتزام بالحراسة، من خلال رقابة الشيء رقابة مطلقة، سواء بواسطة الشخص أو بغيره، ومع تدخل الشيء في إحداث الضرر، يفترض وبطريقة مطلقة إخلال الحارس بواجب الرقابة، أي ارتكابه خطأ متمثل في ترك الشيء يفلت من رقابته أو سيطرته المادية، وليس ما يكشف عنه تدخل الشيء في إحداث الضرر من تقصير وتبصر، وبذلك يتبين بأن هذا المفهوم الخاص للخطأ، لا يتسق حتى مع فكرة الخطأ الموضوعي ذو المقياس المجرد

<sup>1</sup> - حسن عبد الرحمن قدوس، المرجع السابق، ص 302.

فالخطأ في الحراسة مفهوم مطلق مجرد يرتبط بواقع مادي محض ولا يقتضي تقييما قانونيا للسلوك، ما يستتبع بذاته طمس فكرة الخطأ<sup>1</sup>.

إن المسؤولية عن فعل الأشياء بردها إلى فكرة الحراسة، يبدو افتراضا لا تسوغه ضرورة، سوى التصنع وإخفاء للحقيقة، إذ لا يتصور وجود التزام مطلق بالحراسة، دون تسليم بحق مطلق في السلامة، فوجود هذا الحق هو الذي يفرض واجبا عاما بعدم الإضرار، سواء مباشرة أو بواسطة الأشياء، فالالتزام بالحراسة يبدو في حقيقته العميقة التزاما بضمان السلامة أي مقتضى للضمان<sup>2</sup>.

من جهة أخرى، فقد سعى البعض إلى كفالة الحق في التعويض من خلال نظرية تحمل التبعة، إلا أن هذه النظرية كذلك لم تتعد الإلزام بتعويض الضرر زاوية محدثه، كذلك كما أن هذه النظرية وإن كانت بالكاد تفسر، تعويض الضرر الناشئ عما يلزم الاستغلال الصناعي من مخاطر استثنائية، فإنها تفقد كل بريقها مت أريد اتخاذها أساسا للمسؤولية الشيئية بمفهومها القضائي، فضلا على أن القضاء ينظر إلى المسؤولية عن فعل الأشياء كمسؤولية بقوة القانون<sup>3</sup>، فإنه لا يرتب على التدخل المادي للشيء، كما انتهت إليه نظرية تحمل التبعة المسؤولية، فأحكامه تشير إلى ضرورة النظر إلى ما إذا كان الشيء يعمل وقت حدوث الضرر بطريقة طبيعية أو ما إذا كان في وضع مألوف أم غير مألوف، وهذا يكشف عن قصورها وافتقادها إلى أي تحديد قانوني يكفل لها التطبيق من الناحية العملية، فبنظرتها إلى المسؤولية عن فعل الأشياء كتبعة لنشاط مصدر لنفع مادي أو معنوي لمباشره تبدو

<sup>1</sup> - حسن عبد الرحمن قدوس، المرجع السابق، ص304.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص304.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص305.

كفكرة في حاجة إلى صياغة قانونية<sup>1</sup>.

وليس من الغلو تأكيد أن هذه المفاهيم الفقهية، بنظرتها إلى سبب وجود المسؤولية عن فعل الأشياء من زاوية محدث الضرر وحده، حجبت نفسها عن إدراك المقتضى الحقيقي للإلزام بتعويض الضرر، فالمسؤولية عما تسببه الأشياء من ضرر، ليس سوى الجزاء القانوني للتعدي على الحق الشخصي في السلامة، أي حق كل إنسان في سلامة شخصه وأمواله المادية، لذا فهي لا تفرق من ناحية الطبيعة، عن الفعل الشخصي، ولا يتصور أن يكون الأمر على خلاف ذلك، لأن نشاط الأشياء ما هو إلا مظهر خاص لفعل الإنسان وضمن حق لا يمكن أن يتوقف على ما يلبس الحدث الماس به من ظروف الواقع، وهذا يتسق مع رفض القضاء لكل مظاهر التفرقة، المتجهة إلى تقييد مبدأ المسؤولية عن فعل الأشياء، بين الأشياء المعيبة وغير المعيبة، الحية وغير الحية، الخطرة وغير الخطرة، الثابتة والمنقولة، اقرار الحارس لخطأ أم لا<sup>2</sup>.

ولكن نظرية الضمان بهذا لا تتجه إلى استبدال فكرة السببية بالخطأ، فالسببية وإن ظلت شرطاً للضمان، لا تستغرق حقيقة المسؤولية باعتبارها مقتضى أولي لكفالة حق الإنسان في سلامة شخصه ودمته، وإدراك تلك الحقيقة يفسر بذاته بناء الإلزام بتعويض الضرر على فكرة الضمان، والتي تقضي بالنظر إلى كل مظاهر المساس بسلامة الغير كضرر غير مشروع أي تعدي على حق، فالضمان ليس استغراقاً في المادية، وإنما هو مفهوم موضوعي معبر عن إدراك عميق لحقيقة ما تكفله المسؤولية المدنية من قيم أخلاقية.

<sup>1</sup> - حسن عبد الرحمن قدوس، المرجع السابق، ص 305، نقلاً عن:

- Boris Starck, p.134 et 135.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 306.

إن ما يريد أن يصل إليه "ستارك" هو أن الحق في السلامة الجسدية والمادية، يعتبر الحد الأدنى من الحقوق التي يجب أن تصان في المجتمع، ويتكفل هذا الأخير بضمانه دون البحث في صراع المصالح<sup>1</sup> لتغليب مصلحة على أخرى، لذلك يجب التضحية بحرية الشخص المسؤول أثناء قيامه بنشاطاته المعهودة أم غير المعهودة في سبيل حماية أمن الأشخاص واستقرارهم، ويجب عليه أن يعرض للمضور بقوة القانون، ولا يمكن له أن ينفي المسؤولية بإثبات أنه في الوقت الذي أحدث الضرر كان يستند إلى حقه.

### المطلب الثاني: الضرر الاقتصادي والمعنوي.

يتعرض الإنسان في إطار وجوده الاجتماعي، ليس فقط لمخاطر المساس بسلامته الجسدية والمادية، وإنما أيضا لمخاطر المساس بمصالحه الاقتصادية والمعنوية، ولئن أقامت نظرية الضمان من عدم مشروعية الضرر شرطا للإلزام بتعويضه، فإن عدم مشروعية الضرر الاقتصادي والمعنوي، ليست سمة ذاتية ملازمة، فهي سمة مكتسبة تقتضي تقييما لسلوك محدث الضرر، على خلاف الضرر الأول الذي تبدو عدم مشروعيته سمة مطلقة بدا الضرر المتمثل في المساس بمصالح اقتصادية ومعنوية مقيدا بفكرة الخطأ، وذلك باعتباره مظهرا مألوفًا من الآثار السلبية الملازمة لمظاهر النشاط الاجتماعي، والتي لا يمكن الاحتراز منها، ولكن كون الفعل مباحا، أي مأذون قانونا بمباشرة، لا يستتبع بالضرورة مشروعية كل ما يتعرض له الغير من ضرر، فمباشرة المباح لا ترفع بذاتها عن الضرر صفة عدم المشروعية، إنما تنتفي تلك الصفة فقط متى ضوى المباح في ذاته مكنة الإضرار<sup>2</sup>، وعلى أي حال فإن المباح يجد حد مشروعيته النهائي في فكرة الخطأ، محمولة

<sup>1</sup> - محمد بعجي، المسؤولية المدنية المترتبة عن حوادث السيارات، أطروحة دكتوراه في الحقوق فرع القانون الخاص جامعة الجزائر، 2007-2008، ص 62.

<sup>2</sup> - حسن عبد الرحمن قدوس، المرجع السابق، ص 311.

على معنى هيئات السلوك التي يمكن أو يجب تحاشيها.

إن الصعوبات التي تعترض التعويض عن هذا الضرر لا تنفصل عن فكرة تنازع الحقوق، وتبع لذلك تثير التساؤل عما إذا كانت مباشرة الفعل الضار تضوي مكنة الإضرار إن هذه الأفعال ليست في ذاتها مظهرا من الأفعال الضارة ضررا محضا، وما تضويه من مكنة الإضرار لا ينفصل عنا تقتضيه الحياة من تنافس لذا تنقيد مشروعية ما يترتب عنها من ضرر بما يفرضه القانون من حدود لمباشرتها<sup>1</sup>، وهذا يعكس ضرورة الاعتدال في النظر عند مواجهة ما يثيره تقابل الحقوق من تنازع، فنظرية الضمان عندما ميزت ابتداء من طبيعة الحقوق بين مجالي الضرر المادي والجسدي والمسؤولية الشخصية أي الضرر غير المادي تكون قد هيأت لما يثيره تعويض الضرر من تعارض للمصالح الأساس العقلي الذي يكفل عدالة الحلول<sup>2</sup>.

إن من مظاهر النشاط التي تضوي مكنة الإضرار مباشرة التجارة، ففي ظل نظام اقتصادي، يهيئ لحرية النشاط وما يلازمه من تنافس ما يقتضيه من الضمانات، تبدو الآثار السلبية بسبب تعارض المصالح الاقتصادية، أمرا لا يمكن الاحتراز منه، إذن ما ينتج عن مباشرة التجارة من مساس بمصالح اقتصادية لا يخرج عن دائرة الضرر المشروع، وتبعاً لذلك لا يترتب الحق في التعويض، فالمشروعية هنا مقتضى أساسي لمباشرة التجارة، وكذلك حرية النقد الأدبي والفني، تضوي مكنة الإضرار بالغير، فأثارها السلبية وإن مسّت بقيمة الإبداع الفني والأدبي أو استغلاله الاقتصادي، فهي تتسم بالمشروعية، وكذلك حق الالتجاء إلى القضاء - بطريق الدعوى، الدفع، طعن، حجز أموال المدين - يترتب أضرار مادية أو معنوية جسيمة، لكنها أضرار ملازمة لمباشرة الحق ذاته، والقول بعدم مشروعيتها لن يستتبع إلا

<sup>1</sup> - حسن عبد الرحمن قدوس، المرجع السابق، ص 312.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 312.

إعاقه مباشرة حق التقاضي الذي تنهياً من خلاله الوسيلة الأساسية لكفالة احترام الحقوق ونفس الشيء بالنسبة لحق الإضراب الذي يضوي مكنة الإضرار بمصالح رب العمل، والقول بعدم مشروعية ما ينتجه من آثار، يشكل عقبة في سبيل الالتجاء إلى أهم وسيلة تعبير جماعي تكفل للعمال الدفاع عن مصالحهم<sup>1</sup>، والملكية وإن بدت حقا مطلقا لا تضوي مكنة الإضرار، فإن المضار المسببة بدون حق في إطار علاقات الجوار، ترتب حقا في التعويض ولا يرفع عن هذه المضار صفة عدم المشروعية، التزام المالك بما فرضه القانون من حدود لمباشرة حق الملكية، لأن التنازع الذي يثور هنا، ليس تنازعا بين حقوق الملكية، وإنما تنازع بين حقوق شخصية أو حريات فردية، فالقانون يمنح الجار حق الاستغلال الصناعي والتجاري، ويضمن في الوقت ذاته سلامة الغير ضد كل ما يمس الصحة والأمن والسكينة فمباشرة الحقوق الشخصية تجد في ضرورة الانتهاء عن المساس بسلامة الغير مبدأ التقيد الطبيعي وذلك استقلالا عما يفرضه القانون من قيود على مباشرة حق الملكية<sup>2</sup>.

إن الجوار بمفهومه المادي يوّلد مضارا لا يمكن توقيها، فهي مضار ينبغي التسامح فيها كمقابل للتمتع بالحياة الاجتماعية، لكن تكون كذلك إذا كانت عرفا مقبولة، فإن تجاوزت حدود المألوف في هذا العرف، عدّت غير مشروعة، فتصبح ضرر غير مأذون فيه، أي مباشر بدون حق.

إن مضار الجوار وإن كانت نتيجة حتمية لممارسة حق، فإن هذا الحق كغيره من الحقوق يجد حده النهائي في فكرة الخطأ، فأيا كان طبيعة ما يباشره الإنسان من حق أو حرية، لا يمكن أن يضفي مشروعية على ضرر كان يمكن أو يجب الاحتراز عنه، فالحقوق والحريات تتقيد، استقلالا عما تفرضه الاعتبارات الاجتماعية والاقتصادية والأخلاقية من

<sup>1</sup> - حسن عبد الرحمن قدوس، المرجع السابق، ص 313، نقلا عن:

- Boris starck, op.cit, p.157.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه ، 314.

حدود لمباشرتها، بضرورة الانتهاء عن اقرار الخطأ، فمع ثبوت خطأ مباشر الضرر لا يثور شك في الخروج عن حدود الحق، وهذا يستتبع بذاته عدم مشروعية الضرر<sup>1</sup>.

وينطبق الأمر كذلك بالنسبة للأمتة السابقة، فممارسة التجارة وما يترتب عنها من مساس بمصالح اقتصادية نتيجة للمنافسة التجارية، وإن كانت تستند إلى حق، فإن هذا الحق يفقد مشروعيته متى ثبت التعدي على المبادئ القانونية والعرفية التي تحكمها كاستخدام العلامات أو الاسم التجاري للغير... الخ، ويفقد الضرر الأدبي والمادي المترتب عن توقيع حجز أو رفع دعوى أو شهر إفلاس متى ثبت أنه كيديا، وكذلك الحق في الإضراب فيفقد مشروعيته متى اتجه إلى الإضرار بمصالح رب العمل وليس تحقيق مصالح مهنية.

والخطأ لا يتحدد فقط في الخروج عن حدود الحق، بل يمتد إلى كل هيئات السلوك التي كان يمكن أو يجب الاحتراز عنها و توقيها، أي عدم الالتزام في مباشرة الحق بما يقتضيه حرص وتبصر الرجل العدل من هيئات السلوك، فالخطأ يشكل القيد الشخصي للحقوق والحريات، أي الحد النهائي الذي لا يمكن تعديه دون التعرض لجزاء، ففي مواجهة ما يثيره التعويض من حقوق يرجح ثبوت الخطأ مصلحة ضحية الضرر<sup>2</sup>.

### المطلب الثالث: دور الخطأ في المسؤولية المدنية.

إن الضمان في نظر "ستارك" يقوم على تحقق الضرر وحده دون مسوغ من القانون ودون الحاجة إلى تطلب خطأ ثابت أو مفترض في جانب محدث الضرر، فهل يبقى الخطأ الصادر من المسئول غير ذي أثر في نطاق المسؤولية المدنية؟ يرى ستارك أن وجود الخطأ يؤدي إلى إعمال الوظيفة الثانية للمسؤولية المدنية وهي العقوبة الخاصة.

<sup>1</sup> - حسن عبد الرحمن قدوس، المرجع السابق، ص 316.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 315.

إن الوظيفة المانعة للقانون (Fonction preventive du droit)<sup>1</sup> هي إحدى وظائفه الجوهرية، ومن الخطأ قصر هذه الوظيفة على القانون الجنائي وحده أو الاحتفاظ للقانون المدني بالصفة الحسابية البحتة لإعادة التوازن بين الذمم، ذلك أن وسائل القانون الجنائي وجزاءاته وقواعد تفسيره لا تتفق مع متطلبات الاجتماعية، فضلا عن أن التعويض وحده لا يكفي لمنع الأخطاء بسبب ما قد يفيد المسئول من الفعل الضار أو بسبب ثروته أو بسبب اتفاقات عدم المسؤولية، إن ثمة ضرورة لسياسة منع الإضرار الناتجة عن خطأ الفرد، ومبدأ التعويض الواحد لكل صور الخطأ يهدر الوظيفة المانعة للقانون المدني، ففي حالة الخطأ فإن محدث الضرر هو الذي يعيننا وذلك بأن تقرر عقوبة خاصة لمنع الخطأ<sup>2</sup>.

إلا أن الخطأ الذي يتطلب عقوبة خاصة عند "ستارك" ليس أي خطأ فلهذا الفقيه رأيه في ذلك، كما وأن هذا الخطأ له حدود معينة ينبغي مراعاتها.

### الفرع الأول: درجة الخطأ الداعي لعقوبة خاصة.

يقول "ستارك": "إن الخطأ الذي يوجب توقيع العقوبة الخاصة بهدف منع الأضرار والأخطاء، هو الخطأ الثابت المتميز أو الغلط المعلوم في السلوك"<sup>3</sup>، أو كما يسميه "ستارك" الخطأ الموصوف، فالمجتمع لا يذهب إلى حد الزعم بمنع كل الأضرار التي يسببها الأفراد لبعضهم البعض، ذلك أن بعض هذه الأضرار مشروع ومصريح به، والبعض الآخر وإن كان

<sup>1</sup> - يبدو أن "ستارك" يقصد بوضوح من الوظيفة المانعة للقانون وظيفة الردع والمنع للأخطاء في ذات الوقت، ولكنه درج على استعمال لفظ (Prevention) وحده بدلا من أن يقربه بلفظ (Repression)، ويبدو أن ذلك كان تحت تأثير ما اتبعه فقه القانون المدني من الربط بين الاصطلاحين، حتى ليعدهما شيئا واحدا.

- محمد إبراهيم دسوقي، مرجع سابق، ص 156.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 156.

<sup>3</sup> - بحماوي الشريف، التعويض عن الأضرار الجسمانية بين الأساس التقليدي للمسؤولية المدنية والأساس الحديث، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2007-2008، ص 69.

غير مشروع فهو يرتبط بنشاط عادي ونافع اجتماعيا، ولكن يمكن بل ويجب حظر تلك الأخطاء التي يمكن تحاشيها، وعلى ذلك فهو يعرف الخطأ بأنه "طريقة سلوك يمكن ويجب تحاشيها".

فالسلك كيف بأنه خطأ لأن القاضي يعبر عن الشعور العام، فيقدّر أنه في الظروف التي وجد فيها المسئول، كان يجب عليه أن يسلك بطريقة أخرى، ولذلك لا يدخل في فكرة الخطأ بهذا المعنى، الغلط الطفيف الراجع إلى العرف والروتين، ولا عدم الحيطة التي يرتكبها الرجل الحريص مائة مرة في اليوم<sup>1</sup>، ولا الأخطاء الميكروسكوبية، وهي الأخطاء عديمة الروح والجوهر التي يقول بها الفقه كقناع لتغطية المسؤولية الموضوعية في بعض الحالات ليس ضروريا أن يتصف الخطأ بسوء النية أو الغش، بل يكفي أن يثبت للقاضي أن المسئول كان مسلكه منفرا للشعور الوسط، أو أنه ارتكب إهمالا أو عدم حيطة أو خداعا بل ويكفي أن يكون الخطأ يسيرا لتوقيع العقوبة الخاصة، فمتى قلنا أنه ما كان يجب على المسئول أن يفعل ذلك، فإن رد الفعل الجزائي يظهر إلى الوجود، وبذلك فإن الخطأ الذي يوجب إعمال العقوبة الخاصة في نظر "ستارك" لا يشترط فيه أن يبلغ مرتبة الغش أو الخطأ الجسيم، بل يكفي أن يكون خطأ يسيرا بالمقياس المجرد، ولكن يشترط في هذه الحالة ألا يكون خطأ تافها.

### الفرع الثاني: حدود العقوبة الخاصة.

إن العقوبة الخاصة عند الفقيه "ستارك" تقوم عندما يكون التعويض المستحق على محدث الضرر أكثر من ذلك الذي كان يستحق بمناسبة ضرر مشابه وقع نتيجة لنشاط غير خاطئ، فالعقوبة الخاصة ما هي إلا تكملة للتعويض، لكن هذه العقوبة الخاصة لها حد أدنى تبدأ منه وحد أقصى تنتهي عنده.

<sup>1</sup> - محمد إبراهيم دسوقي، المرجع سابق، ص 157.

### أولاً: الحد الأدنى.

إن الحد الأدنى يتمثل في التعويض الموضوعي المعتدل الذي لا يشمل إلا الخسارة الواقعة أو القيمة التجارية<sup>1</sup> للشيء التالف أو الإيرادات المعتادة لمثل المضرور، والذي لا يشمل الضرر غير المتوقع في المسؤولية العقدية، كما لا يشمل الضرر الأدبي- لكنه يستثني حالة الوفاة وعدم وجود ضرر يتم تعويضه-، هذا التعويض يمثل الحد الأدنى الذي من بعده تبدأ العقوبة الخاصة، فهي التكملة أو الإضافة التي تلو مثل هذا التعويض المعتدل<sup>2</sup>.

### ثانياً: الحد الأقصى.

إن الحد الأقصى للعقوبة في هذه النظرية يتمثل في التعويض الكامل المقدر تقديراً ذاتياً، ويشمل الكسب الفائت والضرر الأدبي غير المتوقع عند التعاقد، والذي تقدر عناصره تقديراً ذاتياً أي بمدى ما لحق بالمضرور ذاته من الضرر، لكن هذه العقوبة الخاصة لا يجب أن تتجاوز مقدار الضرر بحيث تشكل إثراء للمضرور<sup>3</sup>، وتدفعه بالتالي إلى تشجيع وقوع الضرر.

### المطلب الرابع: تقييم النظرية.

لا شك أن محاولة "ستارك" صياغة نظرية حديثة كان من خلال تأكيد أهمية الوظيفة الرادعة في القانون الخاص في نطاق الروابط الخاصة المدنية، وقد جاءت نظريته كمحاولة

<sup>1</sup> - بحماوي الشريف، مرجع سابق، ص 70.

<sup>2</sup> - يضيف "ستارك" أنه في الحالات التي تتطلب الخطأ من محدث الضرر، كما في الالتزام ببذل عناية والمسؤولية عن الأضرار الاقتصادية والأدبية البحتة لالتزامه بالتعويض، فإن تخلف هذا الخطأ يوجب عدم مسؤوليته، ومن الواضح أنه يقصد أن عدم المسؤولية هنا هو الحد الأدنى الذي من بعده تبدأ العقوبة الخاصة في حالة الخطأ المتميز من محدث الضرر.

- محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص 158.

<sup>3</sup> - بحماوي الشريف، المرجع السابق، ص 70.

أولى في الفقه لإيجاد وسيلة أو صيغة فنية لإعمال الردع مع جبر الضرر من خلال التعويض المدني، ورسالته تنطوي على قدر كبير من الحقيقة وخاصة فيما يتعلق بالوظيفة المزدوجة للمسؤولية المدنية.

ومع هذا فإن الصياغة التي قدمها "ستارك" يبدو أنها لم تتجح في حسم مشكلة كيفية الجمع بين الردع وجبر الضرر في جزاء التعويض.

إن نظرية "ستارك" عن عقوبتها الخاصة ارتبطت وتأسست على فكرة الضمان التي ينادى بها في نطاق المسؤولية المدنية، فقد جاءت هذه النظرية متأثرة بهذا الافتراض المسبق بوجود التزام بالضمان، وعلى هذا فإن كل انتقاد لفكرة الضمان من شأنه أن يمس أيضا بهذه العقوبة الخاصة، آخذين في الاعتبار بأن الضمان هو القاعدة التي تقوم عليها هذه العقوبة<sup>1</sup>.

إن فكرة الضمان الذي نادى به الفقيه "ستارك" ليست جديدة في نطاق المسؤولية المدنية فهي ترديد لأفكار نظريات التبعة، التي تدعو إلى قيام المسؤولية عن الضرر وحده دون اشتراط الخطأ ثابتا كان أم مفترضا، وهذه النظريات التي لاقت رواجاً في الفقه الفرنسي لفترة من الزمن لم يكتب لها البقاء كقاعدة عامة للمسؤولية المدنية، وقد تحول عنها أغلب الفقه، كما أن القضاء تردد في الأخذ بها دون سند تشريعي<sup>2</sup>، إضافة إلى أن التشريع لم يخص هذه النظرية سوى بنطاق ضيق جداً، وقد بقيت النظرية الشخصية للمسؤولية القائمة على الخطأ هي الأصل في نظر التشريع والقضاء والفقه، وعلى ذلك فإن هذه النظرية التي نادى بها "ستارك" لم تخرج عن الإطار النظري البحث، فالفرد لا يمكن أن يسأل في جميع الأحوال عن كل ضرر يحدثه ولو لم يكن مخطئاً، وبذلك يمكن القول بأن فكرة الضمان هذه فكرة صناعية نوعاً ما، وهذا ما يؤدي إلى القول بأن العقوبة الخاصة كذلك التي يقول بها "ستارك"، هي أيضا مجرد افتراض نظري لم ينزل إلى

<sup>1</sup> - محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق 161.

<sup>2</sup> - بحماوي الشريف، المرجع السابق، ص 71.

مجال التطبيق، ودليل ذلك أن "ستارك" ينادي في ختام رسالته استبدال نصوص المسؤولية في التقنين المدني بنصوص أخرى تسمح بقبول نظريته<sup>1</sup>، كما وأن هذه النظرية تحمل في طياتها تناقضا واضحا، ففي حين أنها تنتقد النظرية الشخصية للمسؤولية ونظرية التبعة لأنهما تصبان اهتمامهما على شخص المسؤول بخطئه أو بنشاطه، مع تجاهل حقوق المضرور التي تكفل القانون بحمايتها، ومع هذا فإن تعويض الضمان هو تعويض موضوعي يستبعد معه أي تقدير ذاتي للضرر، بمعنى أن التعويض سيكون أقل من الضرر الذي لحق المضرور، إلا في حالة الخطأ الثابت المتميز من المسؤول، بينما هذا التعويض الكامل يقدمه له القانون عدا وجود نص خاص أو حالة اتفاق وفقا للنظرية التقليدية أو التبعة كحق أصيل يستقل عن فكرة العقوبة<sup>2</sup>.

كما وأن التعويض الكامل الذي يقول به "ستارك" المقرون بشرط وجود خطأ ثابت والذي يقدر تقديرا ذاتيا لا يختلف عن الخطأ العادي الذي درج القضاء على تحديده، فالخطأ الموجب للعقوبة الخاصة لا يختلف عن الخطأ الذي يقاس به سلوك الرجل المعتاد الذي يوجد في مثل الظروف، إلا إذا استثنينا الخطأ التافه، وهذا ما سيؤدي حتما لشمول نطاق العقوبة الخاصة لكل نطاق المسؤولية القائمة على الخطأ، بل وسيؤدي حتما -مادام الأمر كذلك- إلى تلاشي الضمان أمام هذه العقوبة الخاصة، فالفعل الذي لا يستند إلى القوة القاهرة، غالبا ما يكون انحرافا في السلوك وبالتالي خطأ موجب للمسؤولية، وذلك أن القضاة غالبا ما يفترضوا الأخطاء لمصلحة المضرور أو المجتمع بهدف تحقيق المنع الجماعي للأضرار وليس بهدف العقوبة الخاصة.

كما وأن "ستارك" تغاضى عن خصيصة أساسية وهي التقريد، حين قال بأن التعويض القائم على الخطأ إنما هو عقوبة خاصة وظيفتها الردع، فهو يرى بوجود التعويض سواء بالنسبة للخطأ الجسيم أو اليسير أو العمد، وهو التعويض الكامل، وهو ما يؤدي في النهاية إلى إلغاء

<sup>1</sup> - محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص 162.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 162.

الاتجاه الشخصي للتعويض الذي قصد إثباته، ويتجه بذلك إلى الاتجاه الموضوعي الذي يرى بوحدة العقوبة بالنسبة لجميع درجات الخطأ<sup>1</sup>، أي التعويض المجرد.

وإذا كان العنصر الأدبي للعقوبة الخاصة هو معاقبة ذلك الذي ارتكب خطأ متميزا سواء كان ذلك إهمالا أو عدم حيطة أو خطأ يسيرا، فإن "ستارك" يصف هذه الأخطاء بالتالي يمكن ويجب تحاشيها، وعلى ذلك فلفظ العقوبة الخاصة هنا لا يبدو مناسباً، لأن الخطأ غير العمد قد يكون سهواً وقد يمثل انحرافاً في السلوك إذا قيس بمقياس الرجل المعتاد، ولكنه لا يمثل تعدياً على قواعد الأخلاق إذا أخذ بالمعيار الذاتي، وقد يكون الخطأ من مستلزمات النشاط بحيث لا يمكن تحاشيه إلا بوقف النشاط ذاته، ولذلك فإن إطلاق صفة العقوبة على التعويض التقليدي المقرر عن الأضرار الناتجة عن الخطأ اليسير قد يحمل شيئاً من التجاوز باعتبار أن مثل هذا الخطأ يوجب جبر الضرر دون ردع المسؤول<sup>2</sup>.

في الأخير فإنه يمكن القول بأن ما تقرره هذه النظرية من أساس المسؤولية هو المساس بحقوق الغير دون وجه حق، هو ذات المساس الذي اعتمده كثير من فقهاء النظرية التقليدية في تعريفهم للخطأ، كما وأن التفرقة التي قال بها الفقيه "ستارك" بين حالتين من الأضرار لا تؤدي في النهاية إلا إلى الأخذ بنظرية تحمل التبعة في الحالة الأولى، ونظرية الخطأ في الحالة الثانية، بل إن نظرية الضمان تعتبر في هذا المجال التطبيق الأكثر شدة لمبدأ تحمل التبعة<sup>3</sup> حيث لا تعلق الضمان وبالتالي المسؤولية على أية شروط، بل يكفي مجرد حدوث ضرر من الشيء، هذا ما يظهر لدى "ستارك" بصفة خاصة عندما جعل مبدأ الضمان عام التطبيق<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص 164.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 165.

<sup>3</sup> - حنان بن داود، مرجع سابق، ص 59.

<sup>4</sup> - حنان بن داود، مرجع سابق، ص 59، نقلاً عن: عادل جبيري محمد حبيب، المفهوم القانوني لرابطة السببية وانعكاساته

في عبء توزيع المسؤولية المدنية، ط 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص 147.

## المبحث الثاني: الضمان في الفقه الإسلامي.

كما سبق ذكره فالشريعة الإسلامية كانت السبّاقة إلى تنظيم أحوال العباد عبادة ومعاملة، وكما كان للفكر القانوني رأيه بخصوص موضوع المسؤولية التقصيرية، كان للفقه الإسلامي كذلك شأنه في ذلك، فالشريعة الإسلامية تميز داخل نظرية الضمان بين الأضرار التي تحدث مباشرة، وفيها يكفي بالضرر فقط دون بحث عن شروط أخرى تدعمه، بينما الأضرار التي تحدث تسببا، فإنه يشترط فيها التعمد أو التعدي، وهذا ما سنركز دراستنا عليه خلال أربعة مطالب، نعرض في الأول منه إلى بيان حقيقة الضمان ومشروعيته، ثم في الثاني إلى المسؤولية المطلقة القائمة على فكرة المباشرة، ثم في الثالث إلى المسؤولية المقيدة والقائمة على فكرة التسبب، وأخيرا في الرابع لعلاقة المباشرة بالتسبب.

### المطلب الأول: حقيقة الضمان ومشروعيته.

#### الفرع الأول: تعريف الضمان.

ضمان المال لغة أي التزامه، يقال: ضمنت المال وبالمال ضمانا، فانا ضامن وضمنين، أي التزمته، وضمنتها المال: ألزمتها إياه، كما ويقصد به "التزام رد مثل الهالك إن كان مثليا أو رد قيمته إن كان قيميا"<sup>1</sup>

ويستعمل أكثر الفقهاء كلمتي: "الضمان والكفالة" على أنهما لفظان مترادفان يراد بهما ما يعم ضمان المال وضمان الأنفس، وذلك عند التزامهما بعد الكفالة والضمان، كما يستعملون اسم الضمان فيما هو أعم من ذلك، وهو ضمان المال بعقد أو بغير عقد كاعتداء<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - مصطفى إبراهيم وآخرون، المعجم الوسيط، المجلد الثاني، ط 2، دار الدعوة، استنبول، 1972، ص 445.

<sup>2</sup> - علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، 2000، ص 8.

ويقول المالكية: الضمان: "شغل ذمة أخرى بالحق"، ويقول الشافعية: "الضمان لغة الالتزام، وشرعا يقال للالتزام حق ثابت في ذمة الغير، أو إحضار من هو عليه، أو عين مضمونة"<sup>1</sup>.

وعرفته مجلة الأحكام العدلية<sup>2</sup> في المادة "416" فنصت أن الضمان: "هو إعطاء مثل الشيء إن كان من المثليات، وقيمه إن كان من القيميات"<sup>3</sup>.

ويمكن تعريف الضمان بما يتلاءم مع عموم نظريته الشاملة للمسؤوليتين المدنية والجنائية بما يأتي: وهو الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال أو ضياع المنافع أو عن الضرر الجزئي، أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية، وهذا هو ما يهمننا من الضمان والذي ينصرف إلى معنى التزام التعويض.

### الفرع الثاني: مشروعية الضمان.

قررت الشريعة الإسلامية مبدأ التضمن للحفاظ على حرمة أموال الآخرين وأنفسهم وجبرا للضرر، وقمعا للعدوان، وزجرا للمعتدين، وذلك في مناسبات كثيرة في القرآن الكريم والسنة النبوية.

<sup>1</sup> - وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 22.

<sup>2</sup> - شمل سلطان الخلافة العثمانية عددا كبيرا من الدول الإسلامية، وقد طبقت على معاملاتها أحكام الشريعة الإسلامية عن طريق المجلة المقننة والمسماة بمجلة الأحكام العدلية، على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، وقد احتوت المجلة على 1850 مادة مقسمة إلى مقدمة وستة عشر كتابا 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.

- وسيلة أحمد شريط، مرجع سابق، ص 13، نقلا عن: نجيب هوايني، مجلة الأحكام العدلية، ط 5، 1388هـ-1968.

<sup>3</sup> - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 22.

فمن الآيات القرآنية قوله سبحانه: (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم)<sup>1</sup>. وأيضا قوله تعالى: (وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به)<sup>2</sup>، وأيضا قوله سبحانه: (وجزاء سيئة سيئة مثلها)<sup>3</sup>.

ومن السنة النبوية، مثلا في ضمان المتلفات: ما رواه أنس قال: أهدت بعض أزواج النبي صلى الله عليه وسلم إليه طعاما في قصعة، فضربت عائشة القصعة بيدها، فألقت ما فيها، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: "طعام بطعام، وإناء بإناء"، وهناك أحاديث وردت في جنایات البهائم، ومنه ماورد في الغصب والإيداع والإعارة.

ومما يدل على وجوب الضمان عموما حديث نبوي آخر يعتبر قاعدة أساسية في هذا الشأن، وهو قوله صلى الله عليه وسلم: "لا ضرر ولا ضرار"<sup>4</sup>، وبناء على هذا الحديث وضع الفقهاء عدة قواعد في معناه، منها "الضرر يدفع بقدر الإمكان" المادة "31" من المجلة العدلية، وأيضا "الضرر يزال"، المادة "20" من مجلة الأحكام، والقاعدة الأولى تعني وجوب دفع الضرر قبل وقوعه، والثانية تعني وجوب رفع الضرر الفاحش وترميم آثاره بعد الوقوع<sup>5</sup>، وكل ما ذكر يدل على أن مبدأ المسؤولية عن الضرر أمر مقرر أساسي في الإسلام.

### المطلب الثاني: المسؤولية المطلقة أو المباشرة.

<sup>1</sup> - البقرة: الآية 194.

<sup>2</sup> - النحل: الآية 126.

<sup>3</sup> - الشورى: الآية 40.

<sup>4</sup> - أنس ابن مالك: موطأ مالك، تحقيق محمد الماجدي، ج 1، ط 1، كتاب الأفضية، باب القضاء في المرفق، الحديث رقم 1435، المكتبة العصرية - الدار النموذجية، بيروت، 2001، ص 711.

<sup>5</sup> - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 24.

لقد تعددت تعريفات مصطلح المباشرة من طرف الفقهاء لكنها 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"، ويعرفون الحنفية المباشر بأنه: "من يلي الأمر بنفسه<sup>1</sup>، والشافعية المباشر عندهم هو: "ما يؤثر في الهلاك ويحصله". والمالكية يحددونه بأنه: "ما يقال عادة حصل الهلاك به من غير توسط". أما الكاساني<sup>2</sup> فيعرّفه قائلا: "إيصال الآلة بمحل التلف"، أما الحنابلة فلا يعفون المباشرة ويكتفون بالتمثيل لها، كالجرح لما له نفوذ كسكين وشوكة، أو القتل بمتقل، أو إلقاء حائط على شخص أو إلقائه... الخ. 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".<sup>3</sup>

من هذه التعاريف يمكننا القول بأن المباشرة تتواجد كلما أوجد الفعل علة التلف والعلة هي التي يستند إليها الفعل، إذا فالمباشرة تتطلب تدخلا إيجابيا من الفاعل، أي أن يصدر منه فعل مادي، كالذي يطعن آخرا بسكين ويؤدي ذلك إلى قطع عضو من أعضائه فيكون مباشرا في إتلاف ذلك العضو، أما إذا كان موقفه موقفا سلبيا، فلا تكون هنالك مباشرة، لأن الفقه الإسلامي ينظر إلى المباشرة بزواية ضيقة لا تصلح بالقول بإمكان تحققها عن طريق الامتناع.

<sup>1</sup> - وسيلة أحمد شريبط، مرجع سابق، ص122، نقلا عن: مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، ج2، دار الفكر، دون سنة نشر، ف637، ص1044، تعليقا على المادة 92 من المجلة العدلية.

<sup>2</sup> - الكاساني: أبو بكر بن مسعود بن أحمد الحنفي، ملك العلماء، مصنف "البدائع" الكتاب الجليل، توفي 587هـ.

- المرجع نفسه، ص122.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص122.

فالمباشر كما يدل المعنى اللغوي<sup>1</sup> للكلمة، من باشر التلف أو الضرر فأنفذه، وعليه فمفند الضرر هو المباشر له، وتتحقق المباشرة بمجرد العلاقة السببية المادية بصرف النظر عن الإفساد بين الضرر والمدعى عليه.

كما يقرر الفقه الإسلامي بوضوح أنه: "لو داست دابة مركوبة لأحد على شيء برجليها الأماميتين أو رجليها الخلفيتين في ملكه أو في محل آخر، وأتلفه، يعد الراكب قد أتلف ذلك الشيء مباشرة فيضمن على كل حال"

فالمباشرة لا تعني صدور الفعل بالضرورة من المباشر ذاته، فقد يصدر من شيء حي أو شيء جامد تحت يد المباشر، والشرط الوحيد هنا ألا يستقل فعل الشيء عن فعل المباشر حتى يمكن نسبته إليه، وينطبق الحكم كذلك فيما لو كنا مثلاً بصدد مركبة وكان المباشر هو قائدها، وبتعبير آخر أي شيء آخر غير حي خاضع لرقابته، وعليه فالحكم العام هنا أن الأشياء سواء كانت حية أو غير حية فإنها تضاف دائماً إلى المباشر، حيث تكون مسؤوليته مطلقة، لا تحتاج إلى إثبات الخطأ في 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 أعمال الحكم السابق، وإعمالاً للفكرة السابقة نفسها، فلا ضمان لو كانت الدابة جموحاً، إذ لا يقدر الراكب على ضبطها وأضرت عملاً بالمبدأ المقرر شرعاً أن: "جناية العجماء جبار"، بمعنى هدرا لا تستتبع مساءلة، ذلك

<sup>1</sup> - وتعني المباشرة لغة: أن تلي الأمر بنفسك لا بسبب، ولا بوكيل ولا خادم، ولا معين.

- وسيلة أحمد شريط، المرجع السابق، ص123، نقلاً عن: ابن منظور، لسان العرب، تحقيق عبد الله علي الكبير، محمد أحمد حسب الله، وهاشم محمد الشاذلي، ج 1، مادة - بشر-، دار العارف، دت، ص287.

أنه لا ذمة لها ولا إدراك، ولهذا قال الرسول صلى الله عليه وسلم فيما رواه أبو هريرة: "العجماء جرحها جبار" رواه مسلم، والعجماء هي الدابة<sup>1</sup>.

غير أن بعض الفقهاء المحدثين يقررون ضمان الشخص المباشر للضرر في هذه الحالة، وهكذا ففكرة المباشرة لا تتعارض البتة مع إمكان صدور الفعل، أو حدوث الضرر من غير المباشر، شرط ألا يكون مستقلا عنه كلية، والحكم لا يختلف ذلك إذا توسط بين الشخص والضرر فعل شخص آخر، فمن باب أولى أعمال القاعدة الأساسية، أو الشرط المعترف وهو عدم الاستقلالية، أي أن فعل الثاني يضاف إل فعل الأول بالضرورة، ومنه فإن من يقذف مثلا شخصا على شخص آخر، يكون مباشرا لما يصيب هذا الأخير من ضرر<sup>2</sup>.

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 تقضي إلى النتيجة على الفور، بل بمضي الوقت، كمن يجرح أحدا جرحا يسري إلى التالف<sup>3</sup>.

وهكذا نكون قد أعطينا صورة عامة عن فكرة المباشرة، لكن ذلك لا يكتمل إلا إذا قمنا بتوضيح الرؤية أكثر فأكثر وعليه فإننا نتساءل عن الطبيعة القانونية لفكرة المباشرة؟ وما علاقتها بمسألة الإدراك؟

### الفرع الأول: الطبيعة القانونية لفكرة المباشرة.

تضمنت كتب الفقه أمثلة كثيرة عن المباشرة منها: لو رمى شخص سهما من ملكه

<sup>1</sup> - علي الخفيف، مرجع سابق، ص 178.

<sup>2</sup> - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المسؤولية المدنية بين التقيد والإطلاق، مقال منشور في موسوعة الفقه والقضاء للدول العربية، مجلد 116، بيروت، لبنان، الدار العربية للموسوعات، د ت، ص 304.

<sup>3</sup> - وسيلة أحمد شريط، المرجع السابق، ص 124.

فأصاب إنسانا ضمنه، إذا لم يؤذن في ذلك شرعا، فيضمن ما تولد عنه<sup>1</sup>، فيلاحظ على ما سبق وجود تعدد من مباشر الضرر ينجلي في إتيانه فعلا ليس له الحق في مباشرته، إن حالات المباشرة على اختلافها تستوجب بالضرورة وجود التعدي بالمعنى الفقهي الضيق، أي تجاوز الحد، و انعدام حق المباشر في إحداث الضرر، فالتعدي هنا لا يعني الخطأ بالمعنى القانوني الوضعي، ولا يعني مجرد إحداث الضرر، وإنما يعني إحداثه بغير حق، أو من غير مبرر شرعي<sup>2</sup>.

ويؤكد "ابن رجب"<sup>3</sup> 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...".

وكإشارة على سبيل الاستدلال فقط، إلى أنه في حال اجتماع المباشر والمتسبب ضمن المباشر، ذلك أن في تغليب هذا الأخير اقتصر فقط على الحالات التي تكون فيها المباشرة تعديا، أما إذا كانت المباشرة لا عدوان فيها يضمن المتسبب وحده، ومما يبين 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<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - وسيلة أحمد شريط، المرجع السابق، ص125.

<sup>2</sup> - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص308.

<sup>3</sup> - ابن رجب: الحافظ أبي فرج عبد الرحمن، الحنبلي، حافظ للحديث من كتبه: "شرح جامع الترمذي" و"لطائف المعارف" توفي في دمشق في 795هـ.

- وسيلة أحمد شريط، المرجع السابق، ص125.

<sup>4</sup> - وسيلة أحمد شريط، المرجع السابق، ص126.

وبالاعتماد على ما سبق يمكن القول أن الصياغة الأوفق لقاعدة المباشرة تأصيلاً<sup>1</sup> هي: "أن المباشِر ضامن وإن لم يتعمد"، وليس وإن لم يتعدّ، ذلك أنه توجد حالات يكون فيها الشخص مباشراً للضرر إلا أنه لا يضمن لعدم توافر التعدي في جانبه، فيكون المقصود من الصياغة السابقة أن الفاعل يضمن سواء كان قاصداً أم لا، شرط أن يكون متعدياً، ولا يقوم الضمان أصلاً دون وجود تعدي، طبقاً لقاعدة: "الجواز الشرعي ينافي الضمان"<sup>2</sup>.

بالتالي لا يبحث الضمان إلا مع انعدام الجواز الشرعي، وهو التعدي، ورغم هذا فإن غالبية الفقهاء لا يشترطون التعدي للتضمنين في حالة المباشرة، وتأكيداً لحقيقة يمكن القول أن العدالة تأبى أن يسأل الشخص بمجرد مباشرته للضرر ودون استثناء، ههما كانت ظروف المباشرة هذه، أي سواء استندت إلى حق شرعي أم لا، فلا يمكن منطقياً وضع قاعدة مطلقة لتضمنين المباشِر دون قيد أو شرط آخر، خلاف مباشرته للضرر<sup>3</sup>.

إن قاعدة المباشِر قاعدة موضوعية في ذاتها، تقرر، المبدأ العام الذي يقضي بتعويض الأضرار بمجرد ثبوت التعدي، لكن يثور التساؤل لتبرير تلك القاعدة، ذلك أن المباشِر، 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، إذا لا يكفي مجرد حدوث الضرر، بل يضاف إلى هذا المبدأ ألا يرتكز إلى مبرر قانوني، وبالتالي يتحقق التعدي القانوني وفقاً لمعناه القانوني كذلك، وهذا هو التعدي في الفقه الإسلامي الذي هو الفعل الضار دون وجه حق أو جواز شرعي، فإذا ثبت لكل فرد

<sup>1</sup> - على ما ذهب إليه: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 310.

<sup>2</sup> - وسيلة أحمد شريط، المرجع السابق، ص 126.

<sup>3</sup> - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 312.

الحق في الحركة والتصرف، فللغير كذلك، والأمر نفسه فيما يخص الأمان والسلامة بعدم الاعتداء على المصالح المشروعة والسلامة الشخصية والمالية لجميع الأفراد<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: الإدراك.

إن النتيجة الحتمية لتقرير التعدي، أنه في ضمان المباشر لا حاجة لتوافر الإدراك أو التمييز، فلو أتلّف صبي مال غيره لزمه الضمان، والمالكية يفرقون بين الصبي المميز وغيره، فيغرم المميز ما أتلّفه إن كان له مال، فإن لم يكن له مال أتبع به، أما غير المميز فلا شيء عليه فيما أتلّفه من نفس أو مال كالعجماء ومثله المجنون<sup>2</sup>، 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<sup>3</sup> فالضمان إذا لا يكون جزاء خطأ ارتكب، وإنما هو بدل عوض عما أتلّف حفاظاً على حقوق وأموال الغير.

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.

### المطلب الثالث: المسؤولية المقيدة أو التسبب.

<sup>1</sup> - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص313.

<sup>2</sup> - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، تنمة العقود، الملكية وتوابعها، ج 5، ط 1، دار الفكر، الجزائر، 1412هـ - 1991، ص741.

<sup>3</sup> - وسيلة أحمد شريط، المرجع السابق، ص127.

بعدما تم التطرق إلى مصطلح المباشرة، وجب علينا أن نبحت في المصطلح الثاني الذي يخص مصطلح التسبب، فما هو المقصود بالتسبب الذي يحدد مجال المسؤولية المقيدة وما علاقته بمسألة التمييز؟

قد يحدث الفاعل ضررا أو تلفا، لكن ليس بطريق المباشرة، ولكن بعلّة أخرى، بحيث يكون الفعل ذاك، شرطا بذلك للتلف لا علة له.

ويتضح هذا من جملة التعريفات الفقهية، من ذلك تعريف الأحناف للتسبب، أو الإلتاف تسبب 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 منديل معلق يكون سببا مفضيا على سقوطه على الأرض وانكساره، ويكون حينئذ قد أتلف الحبل مباشرة وكسر القنديل تسببا<sup>1</sup>، وكذا إذا شق واحد ظرفا فيه سمن، وتلف ذلك السمن، يكون قد أتلف الظرف مباشرة، والسمن تسببا" وهو ما نصت عليه المادة "888" من مجلة الأحكام العدلية السابقة ذكرها، أما الشافعية فالتسبب عندهم هو: "ما يؤثر في الهلاك ولا يحصله". ويعرفه المالكية بأنه: "ما يحصل الهلاك عنده بعلّة أخرى، إذا كان السبب هو المقتضى لوقوع الفعل بتلك العلة". بخصوص الحنابلة فلم يوردوا تعريفا لهذا المصطلح اكتفاء منهم بالتمثيل له، ومع هذا لم يخرجوا عما ذهب إليه جمهور الفقهاء<sup>2</sup>.

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 قي وقوعه. وتجدر الإشارة إلى أن فقهاء المسلمين القدامى لم يتناولوا قاعدة المتسبب بالشرح

<sup>1</sup> - وسيلة أحمد شريط، المرجع السابق، ص135.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص135.

والتحليل، واكتفوا بذكرها دون تحديد دقيق لفحواها، مما أدى إلى تزايد غموضها، فنجد بعض الفقهاء يقيّدونها وصف التعمد، أي أن "المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد"<sup>1</sup>، كما نجد البعض يستعمل لفظ التعدي فتكون القاعدة أن "المتسبب لا يضمن إلا إذا كان متعدياً"<sup>2</sup>، ونجد أخيراً بعض المصادر جمعت الصياغتين معا كما في المادة "93" من المجلة العدلية: "إن المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد"، ثم جاءت المادة "924" واشترطت التعدي.

إلا أن "البغدادي الحنفي" (صاحب مجمع الضمانات)، حسم الغموض، وجعل الفقه الحديث يعتنق الصياغة الصحيحة لقاعدة التسبب، والتي تقيد الضمان للمتسبب بالتعدي لا التعمد<sup>3</sup>، والعلة في هذا المأخذ، أن الشريعة الإسلامية، لا تعرف التفرقة بين العمد والخطأ في مسائل الضمان المدني ومن تتحقق بالعمد وعدمه، وعليه فالمتسبب يمكن أن يضمن ولو لم يكن في حال التعمد أو القصد لإحداث الضرر، كذلك فإن تطلب التعمد يخالف ما استقر عليه فقهاء الشرع من مساءلة من لا قصد له كالصبي والمجنون<sup>4</sup>.

إن التعمد لا يختلف في مفهومه في الفقه الإسلامي، عن مفهومه لدى الفقهاء القانونيين، والذي يعني عندهم "صدور الفعل بقصد الإضرار بالغير"، أما التعدي، فهو الظلم والعدوان ومجاوزة الحقوق" عند عامة فقهاء السريعة، وبخصوص استعمال هذا اللفظ في الاصطلاح الفقهي في مجال الضمان، فيعني "الفعل الضار دون وجه حق أو جواز شرعي".

<sup>1</sup> - وسيلة أحمد شريط، المرجع السابق، ص 136.

<sup>2</sup> - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مرجع سابق، ص 159.

<sup>3</sup> - وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، مرجع سابق، ص 198.

<sup>4</sup> - بينما نميز 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.

- فخري رشيد مهنا، مرجع سابق، ص 39.

وقد تضمنت المجلة العدلية أمثلة عديدة للإلتلاف تسببا، منها نص المادة "923" وهي: "لو جفلت 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 نكسر أحد أعضائها لا يلزم الضمان وأما إذا كان الصياد قد رمى البندقية قاصدا إجفالها فإنه يضمن"<sup>1</sup>.

وعليه فإن تعبير التعدي في الفقه الإسلامي أكثر توسعا، 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<sup>2</sup>:

**الأول:** إن النظر إلى التعدي متجه إلى واقع السلوك بمعيار مادي خارجي، بينما الخطأ هو تحري الموصوف به بمعيار شخصي، وهكذا اتجه الفقهاء عندنا إلى مساواة الصغار وفاقدي التمييز ما أتلفوا، بينما التزام لفظ الخطأ في التعبير الفقهي الوضعي أخرجهم عن التضمين والمساءلة.

**الثاني:** التعدي يرجح أصحاب النظرية المادية، حيث ينظرون للالتزام على أنه رابطة مالية بينما الخطأ يفسرونه على أنه رابطة شخصية.

كما تتبغى الإشارة كذلك إلى 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،

<sup>1</sup> - صبحي محمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، ج 1، ط 2، دار العلم للملايين بيروت، 1972، ص 197.

<sup>2</sup> - فوزي فيض الله، فصول في الفقه الإسلامي العام، مطبعة جامعة دمشق، 1967-1968، ص 34 و ص 54.

ويتساءل عما يميز المباشرة عن التسبب إذا؟ خاصة إذا كانت المباشرة تتطلب التعدي كشرط للضمان فحتمًا التسبب يتطلب أمرًا آخر زيادة عن التعدي، ولن يكون ذلك سوى العمد أو الإهمال.

أمر آخر، فمن خلال استقصاء الأمثلة المذكورة في الكتب على تنوعها، كمن يتخذ كلبًا عقورًا ويهمل في منع أذاه فينهش شخصًا أو يقتله، وأيضًا من يسقي زرعًا هاء يزيد الحاجة، أو سقا وهو عالم بوجود ثقب أو مجرى على أرض جاره، ولم يحتط له يكون ضامنًا<sup>1</sup>.

إذا فمسائل عدم التحرز في التسبب دون شك أكثر مسائل الإلتلاف في كتب الفقه وهي جميعها يقترفها الفاعل اختيارًا دون التبصر الكافي للنتائج الضارة، هذا التبصر الذي يمليه السلوك الشرعي والعرفي على الناس في تعاملهم وحياتهم<sup>2</sup>.

مما سبق يمكن القول 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 مجاوزة الحق الشخصي، والاعتداء على حقوق الغير خاصة.

أما بخصوص الإدراك في التسبب، فإنه هناك من يميل إلى القول بأن الشريعة الإسلامية لا تتطلب الإدراك لقيام مسؤولية المتسبب استنادًا إلى أن المقصود بالتعدي هو كما سبق القول، مباشرة الفعل الضار، أي مجرد الاعتداء على حقوق الغير دون مبرر شرعي، وهناك من يميل إلى القول بوجود تطلب الإدراك<sup>3</sup> لقيام مسؤولية المتسبب، استنادًا

<sup>1</sup> - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مرجع سابق، ص 164، "أما التسبب العفوي في الضرر، فهو الذي لا يتوافر فيه العمد ولا الإهمال، فلا ضمان فيه".

<sup>2</sup> - صبحي محمصاني، النظرية العامة لموجبات والعقود، المرجع السابق، ص 201-202.

<sup>3</sup> - فضل ماهر محمد عسقلان، مرجع سابق، ص 109.

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 الإلتلاف لم يكن له مثل في باب الإلتلاف تسببا، إضافة إلى تطلب الضمان بالتسبب إلى التعدي بمعناه الضيق - القصد والإهمال - وكلاهما يتطلب الإدراك والتمييز<sup>1</sup>.

إلا أنه يمكن القول بأن الرأي الأول هو الأولى بالأخذ والتأييد، ذلك أنه قد أسس على قواعد من فقه الشريعة الإسلامية الغراء، فالضمان من خطاب الوضع لا من خطاب التكليف وهو ما يقضي بترتيب المسبب على سببه، ومن ثم كان الإلتلاف بدون حق من عديم التمييز سببا لوجوب الضمان في ماله، نظرا لتمتعه بأهلية الوجوب التي يستلزمها خطاب الوضع ومناط الإنسانية، وهذه الإنسانية تجعل له حقوقا وذمة تتحمل هذه الحقوق، ومن ثم تكون له ملكية فيكون عليه مئونها وتكليفاتها من وجوب زكاة الزروع والثمار، وبالمثل وجوب الضمان في ماله عما لحقه بالغير من ضرر، وإذا كانت أهلية الأداء لا تتوافر لعديم التمييز، فإن الذي يقوم بالأداء عليه من له الولاية على أمواله<sup>2</sup>.

كما أن الضمان من الجوابر، وهي شرعت لجلب ما فات من المصالح بخلاف الزواجر، فإنها لدرء المفسد، فأساس الضمان الجبر، لا الجزاء و العقوبة وقد أريد به رفع الضرر لعموم قول الرسول صلى الله عليه وسلم: "لا ضرر ولا ضرار"<sup>3</sup>، ولاشك أن إلتلاف عديم التمييز مالا لغيره إضرار به يتعين رفعه، وهو ما لا يتحقق إلا بتعويضه من ماله، حتى يتحمل تبعه فعله الضار<sup>4</sup>، وهو ما قال به فقهاء المسلمين دون تمييز في ذلك بين

<sup>1</sup> - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 172.

<sup>2</sup> - أبو زهرة محمد، أصول الفقه، دار الفكر العربي، 1958، ص 328-329.

<sup>3</sup> - أنس ابن مالك: موطأ مالك، مرجع سابق، ص 711.

<sup>4</sup> - فخري رشيد مهنا، مرجع سابق، ص 99.

الخاطيء والعامد والجاد واللاعب، والعاقل والمجنون، والبالغ والصبي<sup>1</sup>.

كذلك ما اشتهر عن الحنفية من قول بأن "الصبي المحجور عليه مؤاخذ بأفعاله فيضمن ما أتلفه من المال"، وقولهم بأن "الحجر يقع على الأقوال دون الأفعال" أي أن المحجور عليه يسأل عن أفعاله، لا عن عقوده وإقراراته، وهو ما عبرت عنه المادة "960" من المجلة العدلية، بقولها<sup>2</sup>: "المحجورون... وإن لم يعتبر تصرفهم القولي...، لكنهم يضمنون حالا الضرر والخسارة الذين نشأ من فعلهم. مثلا يلزم الضمان على الصبي إذا اتلف مال الغير وإن كان غير مميز".

ونخلص مما سبق أنه يجب الأخذ بالاتجاه القائل بضرورة تضمين عديم التمييز وبعبارة الفقه الحديث تقرير مسؤوليته عما يأتيه من أفعال ضارة بالغير، يستوي في ذلك كونه مباشرا أو متسبا.

#### المطلب الرابع: علاقة المباشرة بالتسبب.

قمنا فيما سبق أن المباشر من أوجد علة التلف، أما المتسبب هو من أوجد سبب التلف، بعدما تطرقنا إلى تعريف كل من المصطلحين، والآن نتولى إيضاح المباشر بالمتسبب، من حيث التمييز بين الاثنين، ومعيار هذا التمييز، وبيان تقدير هذا التمييز وحالة اجتماع المباشر بالمتسبب، وأحكام هذا الاجتماع.

#### الفرع الأول: التمييز بين المباشر والمتسبب.

<sup>1</sup> - فضل ماهر محمد عسقلان، المرجع السابق، ص 110، نقلا عن: علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، القسم

الأول، ج 1، معهد الدراسات القانونية والشرعية، القاهرة، 1971، ص 99.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 110.

مما سبق يتضح جليا أن الغاية من المباشرة والمتسبب، تكمن في تحديد الطريقة التي يحدث بها الضرر لتبرير طلب التعويض والحصول عليه من طرف المتضرر في مواجهة الفاعل، إذ فالمباشرة تعني الالتقاء المباشر ضمن الفعل الضار بين الضرر وفعل الفاعل بينما التسبب على نقيض هذا، حيث يكون هناك فاصل بين الفعل الضار ونتيجته ويختلط ماديا معه.

إذا فالتفرقة بين المباشر والمتسبب تكمن في درجة علاقة السببية في كل منهما والضرر على وجه الدقة، فإن كنا في علاقة المباشرة، كان الفاعل مباشرا، وإن كنا في علاقة التسبب، سمي الفاعل متسببا، وكما 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"<sup>1</sup>.

وعلى هذا فالفرق بينهما، هو أن من أوجد العلة كان مباشرا ومن أوجد ملزومها كان متسببا فالتسبب أقل مرتبة من المباشرة، وعليه لم يرتب الفقهاء المسؤولية عليه إلا وفق شروط<sup>2</sup>.

فالمباشرة والتسبب شرط جوهري لقيام الضمان مهما كانت صفة حدوث الفعل الضار إلا أن في حالة المباشرة، النسبة تكون ظاهرة دون واسطة، وعلى أية حال فإنه لوجوب الضمان في الحالتين، فإنه لا بد أن يكون هناك ضرر مجتلب، والمقصود من هذا الشرط هو تأكيد الرابطة بين الفعل والضرر الواقع، وفي هذا ملاحظة على قرب الشريعة الإسلامية من الناحية القانونية للفقهاء اللاتين، فيما يخص العلاقة السببية، فكما هو معروف في إطار هذه

<sup>1</sup> - وسيلة أحمد شريط، مرجع سابق، ص144، نقلا عن: عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون

الوضعي، ج 1، ط 4، مؤسسة الرسالة، 1403هـ-1983، ص451.

<sup>2</sup> - فخري رشيد مهنا، مرجع سابق، ص36.

العلاقة، برزت نظريات شتى، منها نظرية تعادل الأسباب المفضية للضرر، فيعتبر كل سبب شرط ضروري أسهم في حصول النتيجة التي هي الضرر، وتتخلف النتيجة أي الضرر بتخلف أحد هذه الأسباب.

وعلى النقيض من هذه النظرية، ظهرت نظرية أخرى هي نظرية السبب الفعال، والتي تميز بين الأفعال التي لا تستطيع بمفردها إحداث الضرر إلا بالاشتراك الاستثنائي<sup>1</sup> لبعض الظروف الأخرى، وبين الأفعال المعتبرة فعلا في حدوث الضرر التي توافق المجرى المعتاد للأمور، والمعتبر في هذه النظرية هي الشروط التي تتضمن على الأقل احتمالا كبيرا أو كافيا لإحداث الضرر<sup>2</sup>.

يتضح من مقصود فقهاء الشريعة أن التسبب الملجئ 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، ويعبر الفقهاء عن هذا الشرط بأن يكون الضرر نتيجة لاتصال آلة التلف بمحله، ولكن المباشرة أو انعدام الوساطة قد تتحقق، ولو في حالة تخلل فعل آخر بين الفعل الضار ونتيجته، ذلك أنه كان نتيجة حتمية للفعل الأول، بمعنى أن الفعل الثاني إن لم يكن نتيجة حتمية للفعل الأول، فوقع بسبب ظروف خارجية عنه، لاسيما وإن كان الاحتمال الكبير بحسب المجرى العادي للأمور ألا يقع، ففي هذه الحالة لا يعتبر صاحب الفعل الأول مباشرا للضرر، ولكن مجرد متسبب فيه.

<sup>1</sup> - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مرجع سابق، ص 345.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 345.

إذا لكي تتحقق المباشرة إعمالاً لهذا الشرط، لا بد أن يكون الفعل المحدث للضرر هو السبب الحقيقي، مع التأكيد كما سلف ذكره أن المباشرة، يبقى حكمها وإن تخللها فعل آخر لكنه متصل بها على وجه الإلزام<sup>1</sup>.

ومن جهة أخرى، فبالنسبة للمتسبب، وهو الذي يكون لفعله دخل إيجابي في حدوث الضرر، ولكن يتحقق الفاصل، هذا الأخير الذي يتميز عن فعل المباشرة كونه غير مترتب عليه، أي أن حدوث الضرر كان بطريقة غير مباشرة تنسب إلى المباشر الذي توسط بفعله بين فعل المتسبب والضرر، إذا فحد التسبب أن يتصل أثر فعله بغيره، لا حقيقة فعله، فيتألف به<sup>2</sup>.

إذا فالتفرقة ترجع دائماً إلى طبيعة ودرجة السببية، فإذا كانت هذه الأخيرة مباشرة دون واسطة كنا بصدد الفعل الضار المباشر، وإن كانت هذه العلاقة غير مباشرة لوجود فاصل كنا أمام التسبب، إضافة إلى الآثار القانونية المبيّنة لعلة الاختلاف، فالمباشرة علة، وهي قريبة للحكم، ويسأل المباشر في حالتي القصد والتعمّد، إذا يكون ضامناً أما المتسبب فأفعاله صادرة بناء على كونها سبيلاً للتلف، لا علة له، فالتسبب ليس علة، بل توسط بين فعل الفاعل، والتلف فعل آخر ينسب إلى غير فعل الفاعل الأصلي، فلا يضمن إلا في حال ثبوت العمد إلى إحداث النتيجة، أو كان فعله من الأخطاء المدانة قانوناً، أو نتيجة سوء السلوك كذلك<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 347.

<sup>2</sup> - وسيلة أحمد شريط، مرجع سابق، ص 146، نقلاً عن: علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري، كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام البزدوي، ج 4، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، د.ت، ص 198.

<sup>3</sup> - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 349.

### الفرع الثاني: معيار التمييز بين المباشر والمتسبب.

إن الفائدة من التمييز بين المباشر والمتسبب، تكمن في أن الحكم يضاف إلى علته ويدور معه وجودا وعدما، أما التسبب فحتى يعطى حكم العلة، وجب زيادة وصف آخر له يجعله صالحا للعلية، إذا فما معيار التفرقة بين الاثنين، و كيف يقدر هذا المعيار؟

إن الشريعة الإسلامية تأخذ بكل من المسؤوليتين المطلقة والمقيدة، وبالتالي سيكون المعيار هو التمييز في "نسبة الضرر" بالنسبة لحالتي المباشرة والتسبب.

#### أولا: النسبة في المباشرة.

إذا كانت المباشرة ناجزة يكون المعيار وفقها منجزا، فتبقى نسبة الفعل إلى المباشر ولا يتوقف عل قصد فاعله. قال "الشافعي": "إذا كان الفارس أو الرجل واقفا في ملكه أو غير ملكه أو مضطجعا أو راقدا، فصدمه رجل فقتله، والمصدوم يبصر، ويقدر على أن ينحرف أو يبصر ولا يقدر على أن ينحرف، أو أعمى 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 فماتا مصطدمين، فنصف دية كل واحد منهما على عاقلة صادمه<sup>1</sup>.

#### ثانيا: 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 رجلا به فيقع في بئر فالضمان على واضع الحجر، كأنه دفعه بيده، فإن لم يعرف للحجر واضع، فالضمان على

<sup>1</sup> - وسيلة أحمد شريبط، المرجع السابق، ص147، نقلا عن: أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، الأم مع مختصر المنزي، ط 2، دار الفكر، 1403هـ-1983، ص92.

صاحب البئر، وإن دفعته دابة منفلة فلا ضمان على صاحب الدابة ولا على صاحب البئر<sup>1</sup>.

### الفرع الثالث: 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 عملاً بالقاعدة الفقهية القاضية بأنه: "إذا اجتمع المباشر والمتسبب أضيف الحكم إلى المباشر" وهي المادة "90" من مجلة الأحكام العدلية السابقة الذكر، وورد في قواعد "ابن رجب" النص على أنه: "إذا استند إتلاف أموال الآدميين ونفوسهم إلى مباشرة وسبب، تعلق الضمان بالمباشرة دون السبب، إلا إذا كانت المباشرة مبنية على السبب وناشئة عنه"<sup>2</sup>.

ولعل المقرر في أصل القاعدة أنه في الشرع يضاف الحكم إلى علته أي المباشر وليس إلى علة العلة أي المتسبب<sup>3</sup>، وتطبيقاً لهذه القاعدة نورد بعض الأمثلة، نورد بعض الأمثلة للدلالة والوضوح على المقصود، منها لو وضع رجلاً حجراً، وحفر آخر بئراً أو نصب سكيناً، فعثر إنسان بالحجر، ووقع في البئر أو على السكن وهلك، فالضمان على واضع الحجر دون الحافر وناصب السكين، لأن واضع الحجر كالدافع له، وإذا اجتمع الحافر والدافع، فالضمان على الدافع وحده، وكذلك لو دل أحدهم لصاً على مال إنسان فسرقه فالضمان على السارق لأنه مباشر، ولا شيء على الدال لأنه متسبب، فالدلالة سبب محض

<sup>1</sup> - وسيلة أحمد شريط، المرجع السابق، ص 147.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 147.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص 147.

إذ هي طريق الوصول إلى المقصود<sup>1</sup>، وأيضا لو فتح أحدهم باب دار فسرق اللص منه متاع لم يضمن الفاتح عند جمهور الفقهاء، ويضمن عند "مالك"<sup>2</sup>.

ولعل لعموم القاعدة السابقة خصوص ينجلي في جملة استثناءات أو قيود، وضمنها الحالات التالية:

#### أولا: تضمين المتسبب مع المباشر.

يشترك المباشر والمتسبب في التضمين حسب ما قال به الفقهاء حيث إن المتسبب يضمن مع المباشر، إذا كان السبب شيئا لا يعمل بانفراده في الإلتلاف، كما في الحفر مع الإلقاء، فإن الحفر لا يعمل شيئا دون الإلقاء، وأما إن كان السبب يعمل بانفراده فيشتركان<sup>3</sup> ومحل ما قال به الفقهاء يرجع إلى كون السبب هنا في معنى العلة وليس قائما بذاته<sup>4</sup>.

وقد 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 وغرّمه، أو دل أحد الظالم عليه حتى قبض منه ماله، فالضمان على الظالم وحده عند "أبي حنيفة"، دون الآخذ والدادل، أما عند صاحبه "محمد" فيضمن الجميع أي الظالم المباشر، والآخذ والدادل 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<sup>5</sup>، وكمثال آخر نختم به الأمثلة السابقة،

<sup>1</sup> - وسيلة أحمد شريط، المرجع السابق، ص 148.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 148.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه ص 148.

<sup>4</sup> - المرجع نفسه، ص 148.

<sup>5</sup> - المرجع نفسه، ص 148.

الوديع الذي يدل السارق على الوديعة، فالوديع ضامن أيضا من باب ضمان العقد الناتج عن عقد الوديعة، وسببه التقصير في حفظ الأمانة<sup>1</sup> لا بسبب ضمان الإلتلاف.

### ثانيا: 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<sup>2</sup>، وكمثال، 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، كذلك لو أن أحدا قدم سما لآخر في طعامه فأكله جاهلا به، يكون واضع السمّ متسببا فيضمن لوحده، والمباشر في هذا المثال هو آكل السمّ، لقتله نفسه باختياره<sup>3</sup>.

يظهر من مختلف الأمثلة التي تم طرحها، 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 فعله أقل قوة وأثرا مقارنة بفعل المتسبب.

في ختام هذا الفصل الأخير لم يبق لنا إلا أن نتساءل عن سبب تعمد التشريعات العربية والإسلامية خاصة، وبلدنا الجزائر بالأخص، في تتبع خطوات الفقه الغربي واحدة واحدة، في انتظار ما يوجد علينا من أفكار ونظريات، وإن نحن نثمنها، إلا أنها ومهما بلغت

<sup>1</sup> - وسيلة أحمد شريط، المرجع السابق، ص 149.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 149.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص 149.

لن تصل درجة ما بلغته شريعتنا السمحاء في تهيئة الحلول المرضية والعادلة لجميع الأطراف المتخاصمة، ولأن شريعتنا صالحة لكل زمان ومكان، فما علينا إلا الاجتهاد بغية جعلها متماشية مع روح متطلبات العصر، طبعاً في فروعها لا في أصلها، ولنا في التشريع المدني الأردني خير مثال على ذلك باعتباره كنموذج للفقهاء الإسلاميين.

الخطبة

في ختام بحثنا لأساس التعويض في المسؤولية التقصيرية في الفقه التقليدي، نخلص مما درسناه إلى الكيفية التي تحقق بها البناء الفني القانوني لهذه المسؤولية، عبر مختلف المراحل التاريخية الإنسانية، هذا البناء الذي يعد مشرب مختلف التشريعات العربية.

لقد نص المشرع الفرنسي على أحوال المسؤولية في المواد "1382-1386" من المجموعة المدنية، وقررت المادة "1382" ذلك المبدأ الشهير الذي اعتنقه "دوما" ومن بعده "بوتيه"، الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية، فنصت هذه المادة على أنه: "كل فعل أيا كان يوقع ضررا بالغير يلزم من وقع بخطئه هذا الضرر أن يعرض هذا الضرر"، وهي المادة التي تقابل المادة "124" من التقنين المدني الجزائري.

من المعروف أن التقنين المدني الفرنسي، جاء في ظروف اختلفت عن تلك التي لحقتها، فقد ساد هذا التقنين الروح الفردية، والتي كانت نتاجا للثورة الفرنسية، فكان للخطأ آنذاك دوره الفعال في حسم قضايا المسؤولية.

لكن مع بزوغ عصر النهضة الصناعية في نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين، وظهر الآلة كرفيق جديد للإنسان، انقلبت الأوضاع رأسا على عقب، لقد أدى شيوع استعمال الآلة وبوجه خاص في الصناعة والنقل بواسطة السكك الحديدية والسيارات أن أصبحت الأضرار أكثر وقوعا وأكثر خطورة وتحققا في الوقت ذاته، تتراوح من فقد عضو أو تعطيله إلى حد إزهاق الروح البشرية، وصار من المتعذر إثبات الخطأ لا من جانب الضحية ولا من جانب وراثته، وبالتالي رفض دعوى المسؤولية الرامية إلى جبر الضرر، وهذا خرق صريح وواضح للعدالة.

أمام هذا الوضع المتأزم، قام نخبة من الفقهاء وعلى رأسهم "سالي" و"جوسران" ينادون بما تعرف اليوم "بنظرية تحمل التبعة" وقد ساهمت جملة من العوامل والأسباب إلى جانب هذه الأوضاع الخطيرة على انتشارها، ولما كان القضاء ذلك الصرح الشامخ الذي همّه الوحيد الحرص على تتبع الغاية التي يتغياها أي شارع، ألا وهي الوصول إلى أقرب نقطة

تتحقق فيها العدالة، فأمام تعاضم دعاوى المسؤولية وتهاطلها عليه، لم يجد هذا المرفق من حيلة أمامه إلا حتمية تحايله على نصوص المجموعة المدنية بما يملكه من حق تفسير النصوص القانونية، وخير شاهد على ذلك ما قام به من تحويل لنصوص المجموعة المدنية وكانت المادة "1/1384" البداية في ذلك، حيث عمد إلى تفسيرها مكتشفاً "قرائن خطأ" وموسعا من خلال ذلك من نطاق هذا التطبيق على مرّ الأيام، ومنشئاً قرائن مماثلة على عاتق من له الحراسة على شيء يتسبب في حدوث ضرر، ووصل به الأمر إلى سحب هذه المسؤولية على أي شيء ولو لم يكن غير ضار، إلى أن وصل أن قررت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها في 13/02/1930م، أن إقامة الدليل على انعدام الخطأ أمر لا طائل منه، وأنه لا يمكن نفي المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي، ولوحظ أن هذا الحكم لم يستعمل "قرينة خطأ، بل "قرينة مسؤولية" وقيل بأن المسؤولية نتيجة والنتيجة لا يمكن افتراضها، بل افتراض الوقائع التي تستخلص منها النتيجة، وهذا ما أدى بمحكمة النقض إلى العدول عن هذا المصطلح وقررت أن مسؤولية حارس الشيء تقوم "بقوة القانون" في حكم لها صدر في 18/10/1956م، وأدى ذلك بالبعض إلى القول بأن المسؤولية اليوم، أصبحت نوعين: أحدهما يقوم على أساس "الخطأ" والثاني على أساس "تحمل التبعة".

وواصل القضاء باتجاه الأخذ بهذه النظرية في سبيل إسعاف المضرور، مطلقاً حالات مسؤولية على أفعال لا تستحق حتى "اللوم" في اعتبار الرأي العام، واستنتجت الخطأ من مجرد وقوع الفعل الضار، بل وذهب إلى الأخذ بالمسؤولية العقديّة إن لم تسعف المضرور المسؤولية التقصيرية، مكتشفاً، التزاماً "بضمان السلامة" ذلك المبدأ الذي لا يزال معمولاً به إلى اليوم، ووصل الأمر إلى حد تشدّده في شرط انتفاء المسؤولية المتمثل في السبب الأجنبي، كما اعتبر الخطأ المنصوص عليه في المادة "1383" "خطأ عمدياً" وأضفى عليه بذلك طابعا موضوعياً، ومنذ هذا الوقت أمكن الحديث عن هبوط المسؤولية الفردية.

أما القضاء الجزائري، فلم يتبين رأيه من هذه المسألة بالتحديد، لأن قراراته وكما سبق الحديث عنها يشوبها الكثير من الاضطراب، بالرغم من أن المادة "138" تشكل القاعدة الأساسية التي يمكن للمضور الاستناد إليها في حالات كهذه.

أما القضاء المصري فقد فصلت محكمة النقض كما رأينا سابقا في رأيها بخصوص هذه المسألة فاصحا عن رفضه الأخذ بهذه النظرية في الحكم الصادر بتاريخ 1934/11/15م.

ولقد كان لهذه النظرية الأثر البالغ على الدول الغربية والعربية وما يفسر ذلك، هو أفرادها للعديد من التشريعات التي أخذت بهذه النظرية منها: تشريعات العمل، الضمان الاجتماعي، الطيران، المنشآت الخطيرة، "مثل تشريع المنشآت الذرية".....الخ.

إلا أنه في حقيقة الأمر لم تنزل التشريعات وفيّة للنظرية الشخصية، ولم تأخذ هذه التشريعات بهذه النظرية إلا على سبيل الاستثناء، وهو كذلك الحال بالنسبة للجزائر، أضف إلى هذا أن المشرع الجزائري، يشترط وفي كل مرة ضرورة تواف التمييز لدى الفاعل، وهذا أحد أهم الركائز الأساسية للمسؤولية الفردية، أما بخصوص فرنسا وبحسب ما استقيناها من بحثنا فإنه يسعى إلى التوفيق نوعا ما بين المسألتين، وهو ما يفسره التعديل الذي قام به على نص المادة "2/489" من القانون المدني.

عموما لقد تركت هذه النظرية بالغ الأثر على الوسط الاقتصادي وبالتالي الاجتماعي، وأدت بحق هذه إلى تطور المجتمعات خصوصا الصناعية، وما زاد من هذا التطور هو انتشار تقنية التأمين والذي أدى بدوره إلى التوسيع من الأخذ بهذه النظرية.

ولم تتوقف الاجتهادات الفقهية عند هذا الحد، حتى قامت نظرية أخرى في سنة "1947م" من طرف الفقيه "ستارك" تنادي بضرورة تغيير النظر كليا في الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية المدنية، حيث قامت محاولة من جانب هذا الفقيه، حاول على إثرها تجاوز كل من النظريتين السابقتين، إلا أنه ما يمكن قوله اختصارا عن هذه النظرية، أنها لم تلق

الرواج الواسع الذي وجدته سابقاتها، وحذا بالبعض إلى القول أن هذه النظرية ما هي إلا ترديد لأفكار سابقة، فهي من جانب تعكس النظرية الفردية، ومن جانب آخر هي صورة لنظرية تحمل التبعية، بل هي التطبيق الأشد لها ولم نعثر تقريبا في بحثنا على ما يؤكد انتزاع مكان لها بجانب النظريات السابقة.

أما الفقه الإسلامي وبحسب بحثنا، فإننا لا نجد ما يؤكد اتجاهه إلى تنظيم إلى "نظرية عامة للعمل غير المشروع والمسؤولية التقصيرية عامة"، ربما كون الشريعة الإسلامية جاءت سابقة على هذه النظريات، إضافة إلى أن اجتهاداته لم تكن وليدة النظريات، بل وليد القضايا العملية والمسائل الحقيقية، لكن ما تجدر ملاحظته، أن الفقه الإسلامي، قد تميز عن جميع الأنظمة بتحديد له مجال ومعيار المسؤولية الشخصية، والمسؤولية الموضوعية، عن طريق مصطلحي المباشرة والتسبب فكانت المباشرة تتضمن المسؤولية الموضوعية، كما تضمن التسبب المسؤولية الشخصية، حيث تقوم المسؤولية الموضوعية 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 و"الضمان في الفقه الإسلامي" وهو شرط ضروري في كل من المباشرة والتسبب، إلى جانب تطلب الخطأ في هذا الأخير ولكن ليس بالمفهوم القانوني، والذي يشترط التعدي والتمييز معا.

ويبقى الفاصل بين الاثنين، هو في طريقة إحداث الضرر أو في درجة علاقة السببية، بين كل منهما والضرر.

# قائمة المراجع

## قائمة المصادر المراجع

أولاً: القرآن الكريم

ثانياً: السنة النبوية

1- أنس ابن مالك، موطأ مالك، تحقيق محمد الماجدي، ج1، ط1، المكتبة العصرية، الدار النموذجية، بيروت، 2001.

ثالثاً: الكتب

I- الكتب الفقهية

1. أبو زهرة محمد، أصول الفقه، دار الفكر العربي، 1958، ص328-329.

2. الخفيف علي، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، 2000.

3. الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، تنمة العقود، الملكية وتوابعها، ج 5، ط 1، دار الفكر، الجزائر، 1412هـ-1991..

4. شلتوت محمود، الإسلام عقيدة وشريعة، دار الشروق، القاهرة، بيروت، 1992.

5. فيض الله فوزي، فصول في الفقه الإسلامي العام، مطبعة جامعة دمشق، 1967-1968.

6. محمد يوسف موسى، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، 1830هـ-1992م.

7. محمصاني صبحي، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، ج 1، ط 2، دار العلم للملايين، بيروت، 1972.

II- الكتب القانونية

1. أبو السعود رمضان، مصادر الإلتزام، ط2، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003 .

2. أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد، ط2، 1964.
3. إلياس فرح، دراسات في الفكر الاشتراكي، دار الطليعة، بيروت، 1947.
4. ثروت أنيس الأسيوطي، مبادئ القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، د.ت.
5. جلال علي العدوي، أصول الالتزامات: مصادر الالتزام، دون طبعة، منشأة المعارف الإسكندرية، 1997.
6. الجمال مصطفى، النظرية العامة للالتزام، دون طبعة، الدار الجامعية، الإسكندرية 1987.
7. دسوقي محمد إبراهيم، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، مطابع رمسيس، الإسكندرية د.ت.
8. الذنون حسن علي، المبسوط في المسؤولية المدنية، 2، الخطأ، ط1، دار وائل للنشر الأردن، 2006.
9. زهدي يكن، المسؤولية المدنية أو الأعمال غير المباحة، ط1، منشورات المكتبة العصرية، بيروت، د.ت.
10. السعدي محمد صبري، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام، المسؤولية التقصيرية: الفعل المستحق للتعويض، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى للطباعة، الجزائر، 2001.
11. السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في القانون المدني، ج 1، تنقيح أحمد مدحت المراغي، دون طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
12. \_\_\_\_\_، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ج1 القاهرة، دار النشر للجامعات المصرية، لبنان، د.ت.

13. الشرقاوي جميل، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.
14. عادل جبري محمد حبيب، المفهوم القانوني لرابطة السببية وانعكاساته في عبء توزيع المسؤولية المدنية، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003.
15. عامر حسين، المسؤولية المدنية، ط 1، مطبعة مصر، القاهرة، 1956.
16. عامر حسين، عامر عبد الرحيم، المسؤولية المدنية، ط 2، دار المعارف، القاهرة 1979.
17. عبد السلام ذهني بك، النظرية العامة في الالتزامات، د.ب.ن.د.ت.
18. عبد المنعم فرج الصده، مصادر الالتزام: دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري دار النهضة العربية، بيروت، 1979.
19. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2003.
20. \_\_\_\_\_، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989.
22. \_\_\_\_\_، نظرات قانونية مختلفة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1994.
23. علي فيلاي، الالتزامات: الفعل المستحق للتعويض، ط2، موفم للنشر، الجزائر 2010.
24. العوجي مصطفى، القانون المدني، الجزء الثاني، المسؤولية المدنية، ط1، مؤسسة بحسون، بيروت، 1996.

25. فاضلي إدريس، المسؤولية عن الأشياء غير الحية في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006.
26. ———، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية 2009.
27. الفضل منذر، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، دراسة مقارنة، دراسة مقارنة ج1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1996.
28. فهمي حامد وفهمي محمد حامد، النقص في المواد المدنية والتجارية، النقص في المواد المدنية والتجارية، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، 1973.
29. محمود جلال حمزة، العمل الغير مشروع باعتباره مصدرا للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، 1985.
30. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني المصري ط 2، مطبعة جامعة القاهرة، 1976.
31. مرقس سليمان ، الوافي في شرح القانون المدني، الالتزامات في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، المجلد الثاني، ط5، دار الكتب القانونية لبنان، 1988.
32. ——— ، موجز أصول الالتزامات، مطبعة لجنة البيان العربي، 1961.
33. ———، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، القسم الأول، الأحكام العامة، أركان المسؤولية، الضرر والخطأ والعلاقة السببية، ط2، مطبعة الحبلأوي، معهد البحوث والدراسة العربية، 1971.
34. مصطفى عبد الحميد عدوي، النظرية العامة للالتزام: مصادر الالتزام، ط 1، مطبعة حمادة الحديثة، القاهرة، 1996.

34. معوض عبد التواب، الموجز في التعليق على نصوص القانون المدني، ج 1، ط 4 منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998.
35. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام: مصادر الالتزام، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004.
36. النقيب عاطف، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي: الخطأ والضرر ط 3، منشورات عويدان وديوان المطبوعات الجامعية، بيروت وباريس والجزائر، 1984.
37. \_\_\_\_\_، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن فعل الأشياء في مبادئها القانونية وأوجهها العلمية، ط 2، ديوان المطبوعات الجامعية، منشورات عويدات، بيروت باريس الجزائر، 1981.

### III- كتب الدراسات الفقهية والقانونية المقارنة

1. إبراهيم طه الفياض، مسؤولية الإدارة عن أعمال موظفيها في العراق مع الإشارة للقانونين المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة 1993هـ-1973.
2. أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، الدراسات البحثية في المسؤولية المدنية، المجلد الأول المسؤولية المدنية الشخصية في الفقه والقضاء المصري والفرنسي، 2007.
3. أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني: دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ط 1، منشورات الجامعة الأردنية، عمان، 1987.
4. حسن عبد الرحمن قدوس، الحق في التعويض، مقتضياته الغائية ومظاهر التطور المعاصر في النظم الوضعية، دار النهضة العربية، القاهرة، د.ت.
5. الزحيلي وهبة، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، دار الفكر، دمشق، 1402هـ-1982.

6. فخري رشيد مهنا، أساس المسؤولية التقصيرية ومسؤولية عديم التمييز: دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والقوانين الأنجلوساكسونية والعربية، مطبعة الشعب، بغداد، 1947.
7. محمد عبد الغفور العماري، التعويض عن الأضرار الجسدية والأضرار المجاورة لها، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012.
8. محمد لبيب شنب، المسؤولية عن الأشياء: دراسة في القانون المدني المصري مقارنا بالقانون الفرنسي، مكتبة النهضة العربية، 1957.
9. يحي أحد موافي، المسؤولية عن الأشياء في ضوء الفقه والقضاء: دراسة مقارنة، منشأة المعارف، مطبعة أطلس، الإسكندرية، 1992.

#### رابعاً: الرسائل والمذكرات الجامعية

##### I- رسائل الدكتوراه

1. أبو زيد عبد الباقي مصطفى، التأمين من المسؤولية المدنية عن حوادث السير، دراسة مقارنة بين النظامين المصري والفرنسي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1975.
2. أيمن إبراهيم عبد الخالق العشماوي، تطور مفهوم الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1991.
3. حسن زكي الأبراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والقانون المقارن، رسالة دكتوراه، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1949.
4. عبد المنعم فرج الصده، أصول القانون، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت دون سنة نشر سعد واصف، التأمين من المسؤولية: دراسة في عقد النقل البري، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، دار النشر للجامعات المصرية، 1985.
5. محمد بعجي، المسؤولية المدنية المترتبة عن حوادث السيارات، أطروحة دكتوراه في الحقوق فرع القانون الخاص جامعة الجزائر، 2007-2008.

6. محمود جلال حمزة، المسؤولية الناشئة عن الأشياء غير الحية في القانون المدني الجزائري، رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون الخاص، جامعة الجزائر، 1980.

## II- مذكرات الماجستير

1. أسماء موسى أسعد أبو سرور، ركن الخطأ في المسؤولية التقصيرية: دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري والقانون المدني الأردني، أطروحة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية في نابلس فلسطين، 2006.

2. بحماوي الشريف، التعويض عن الأضرار الجسمانية بين الأساس التقليدي للمسؤولية المدنية والأساس الحديث، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2007-2008.

3. جبار صابر طه، إقامة المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع على عنصر الضرر: دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، رسالة ماجستير في القانون، مديرية مطبعة الجامعة، جامعة صلاح الدين، 1984.

4. حنان بن داود، المسؤولية التقصيرية عن فعل الشيء في ظل القانون المدني الجزائري مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعمق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان 2013-2014.

5. خنوف حضرية، تطور فكرة الخطأ في المسؤولية التقصيرية والعقدية، مذكرة لنيل درجة الماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق ابن عكنون، جامعة الجزائر، د.ت.

6. علاوة بشوع، التامين الإلزامي من المسؤولية المدنية عن حوادث السيارات في الجزائر مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة قسنطينة، 2005-2006.

7. علي السرطاوي، ركن الخطأ في المسؤولية التقصيرية، دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري والقانون المدني الأردني، قدمت هذه الأطروحة استكمالاً لمتطلبات الماجستير في القانون الخاص، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2006.

8. فضل ماهر محمد عسقلان، المسؤولية التقصيرية لعديم التمييز "دراسة مقارنة"، قدمت هذه الأطروحة استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2008.

9. وسيلة أحمد شريط، أساس المسؤولية التقصيرية: دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في الشريعة والقانون، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، 1420هـ، 1999-2000.

#### خامساً: البحوث والمقالات

1. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المسؤولية المدنية بين التقييد والإطلاق، مقال منشور في موسوعة الفقه والقضاء للدول العربية، مجلد 116، بيروت، لبنان، الدار العربية للموسوعات د.ت.

2. إياد محمد جاد الحق، مدى لزوم الخطأ كركن من أركان المسؤولية التقصيرية في مشروع القانون المدني الفلسطيني، دراسة تحليلية، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية المجلد العشرون، العدد الأول، يناير 2012.

3. البدرابي عبد المنعم، الاتجاه الاشتراكي في القانون المدني، المجلة المصرية للعلوم السياسية، العدد 11، شباط، 1962.

4. ثروت أنيس الأسيوطي، المنهج القانوني بين الرأسمالية والاشتراكية، مجلة مصر المعاصرة، العدد 33، السنة 59، 1968.

5. عطية نعيم، تحديد مدلول الحراسة، مجلة المحاماة، العدد 3، السنة 35، 1995.

## سادسا: القواميس والمعاجم

1. أديب اللجمي وآخرون، المحيط، معجم اللغة العربية، مجلد 2 تقديم محي الدين صابر دت.
2. مصطفى إبراهيم وآخرون، المعجم الوسيط، المجلد الثاني، ط2، درر الدعوة، استنبول 1972.

## سابعا: النصوص القانونية

1. أمر 66-183 مؤرخ في 21/06/1966، يتضمن تعويض حوادث العمل والأمراض المهنية، ج.ر، عدد 55، صادر في 28/06/1966.
2. أمر 74-15 مؤرخ في 30/01/1974، يتعلق بالزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض عن الضرر، ج.ر، عدد 15، صادر في 19/02/1974.
3. أمر رقم 75/58 مؤرخ في 62/09/1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر، عدد 78، صادر بتاريخ في 30/09/1975، معدّل ومنتّم.
4. قانون 83-11 مؤرخ في 02/07/1983، يتعلق بالتأمينات الاجتماعية، ج.ر، عدد 28، صادر في 05/07/1983.
5. قانون 83-13 مؤرخ في 02/07/1983، يتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية، ج.ر، عدد 28، صادر في 05/07/1983.
6. أمر 96-17 مؤرخ في 06/07/1976، يعدّل ويتمم القانون رقم 83-11 مؤرخ في 02/07/1983، يتعلق بالتأمينات الاجتماعية، ج.ر، عدد 42، صادر في 07/07/1996.

7. 08-11 مؤرخ في 2011/06/05 يعدل ويتم القانون رقم 83-11 مؤرخ في 1983/07/02، يتعلق بالتأمينات الاجتماعية، ج.ن عدد 32، صادر في 2011/06/08.

8. القانون المدني الفرنسي لعام 1804 المعدل والمتمم.

9. القانون المدني المصري الصادر بتاريخ 29 جويلية 1948 الساري المفعول ابتداء من تاريخ 15 أكتوبر 1949 المعدل والمتمم.

#### ثامنا: القرارات القضائية والأحكام القضائية

1. قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 24192، الصادر بتاريخ 1982/03/17 المجلة القضائية، عدد 2، سنة 1989.

2. قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 215653، الصادر بتاريخ 2000/02/16، المجلة القضائية، عدد 1، سنة 2000.

## الفهرس

الصفحة	العنوان: أساس التعويض في المسؤولية التقصيرية في الفقه التقليدي
أ-د	مقدمة: .....
2	الفصل الأول: نظرية الخطأ .....
5	المبحث الأول: عرض لنظرية الخطأ .....
5	المطلب الأول: مرتكزات نظرية الخطأ وتقديرها .....
5	الفرع الأول: أسانيد وحجج نظرية الخطأ .....
5	أولاً: أسانيد نظرية الخطأ .....
6	1: السند التاريخي .....
6	2: السند الأخلاقي .....
7	3: السند التشريعي .....
8	ثانياً: حجج نظرية الخطأ .....
10	الفرع الثاني: تقدير نظرية الخطأ .....
10	أولاً: تنفيذ أسانيد نظرية الخطأ .....
10	1: بالنسبة للسند التاريخي .....
11	2: بالنسبة للسند الأخلاقي .....
12	3: بالنسبة للسند التشريعي .....
13	ثانياً: مظاهر عيوب نظرية الخطأ .....
13	1: الخطأ قوام العدالة الفردية .....
14	2: الخطأ كبح للتطور الاجتماعي، الاقتصادي والقانوني .....
17	المطلب الثاني: مفهوم الخطأ .....
18	الفرع الأول: موقف المشرعين الجزائري والمصري من الخطأ .....
18	أولاً: موقف المشرع الجزائري .....
19	ثانياً: موقف المشرع المصري .....
20	الفرع الثاني: تعريف الخطأ .....
20	أولاً: آراء الفقهاء الأجانب في تعريف الخطأ ونقدها .....
20	1: رأي الفقيه "ديموج" .....
21	2: رأي الفقيه "جوسران" .....

## الفهرس

21	.....	3: رأي الفقيه "سافاتيه"
22	.....	4: رأي الفقيه "بلانيول"
23	.....	5: رأي الفقيه "ريبير"
23	.....	6: رأي الفقيه "إيمانويل ليفي"
24	.....	7: رأي الفقيه "تاسيير"
24	.....	8: رأي الفقيه "بول لكثير"
25	.....	ثانيا: آراء الفقهاء العرب في تعريف الخطأ
25	.....	1: تعريف الدكتور "جميل الشرقاوي"
25	.....	2: تعريف الدكتور "سليمان مرقس"
25	.....	3: تعريف الدكتور "جلال العدوي"
26	.....	ثالثا: الرأي الفقهي الراجع في تعريف الخطأ
27	.....	الفرع الثالث: شكل الفعل الذي ينعلق به الخطأ
31	.....	المبحث الثاني: عناصر الخطأ
31	.....	المطلب الأول: الركن المادي (التعدي)
32	.....	الفرع الأول: المعيار الشخصي
34	.....	الفرع الثاني: المعيار الموضوعي
34	.....	أولا: التجريد
35	.....	ثانيا: الوسطية
38	.....	الفرع الثالث: الظروف المعتد بتأثيرها على السلوك
38	.....	أولا: التقسيم الأول
38	.....	1: الظروف الخارجية
39	.....	2: الظروف الداخلية أو الخاصة
41	.....	ثانيا: التقسيم الثاني
42	.....	المطلب الثاني: الركن المعنوي
45	.....	الفرع: موقف المشرع الجزائري
45	.....	أولا: مسؤولية المميز
45	.....	ثانيا: مسؤولية عديم التمييز

## الفهرس

46	..... الفرع الثاني: موقف المشرع المصري
49	..... الفصل الثاني: نظرية تحمل التبعة
57	..... المبحث الأول: عرض نظرية تحمل التبعة
57	..... المطلب الأول: أسباب ظهور نظرية تحمل التبعة ومبررات نجاحها
57	..... الفرع الأول: أسباب ظهور نظرية تحمل التبعة
57	..... أولا: مبادئ الأخلاق والعدالة
58	..... ثانيا: النزعة المادية
59	..... ثالثا: مبادئ المدرسة الوضعية في القانون الجنائي
60	..... رابعا: مبادئ المدرسة التاريخية في القانون
60	..... خامسا: النزعة الإشتراكية في القانون
61	..... 1: أثر النزعة الإشتراكية في القانون بوجه عام
61	..... 2: أثر النزعة الإشتراكية في القانون المدني
62	..... سادسا: أسباب قانونية
63	..... الفرع الثاني: مبررات نجاح النظرية
63	..... أولا: البساطة
64	..... ثانيا: العدالة
65	..... ثالثا: الفائدة الإجتماعية
66	..... المطلب الرابع: مضمون نظرية تحمل التبعة
66	..... الفرع الأول: الجانب السلبي للنظرية
69	..... الفرع الثاني: الجانب الإيجابي لنظرية تحمل التبعة
69	..... أولا: الصورة المطلقة لنظرية تحمل التبعة
71	..... ثانيا: الصورة المقيدة لنظرية تحمل التبعة
74	..... المبحث الثاني: صدى النظرية والنقد الموجه لها
74	..... المطلب الأول: صدى النظرية
74	..... الفرع الأول: تأثير نظرية تحمل التبعة على التشريع
75	..... أولا: التشريعات الأجنبية
75	..... 1: في فرنسا

## الفهرس

76	..... 2: في ألمانيا
76	..... ثانيا: التشريعات العربية
76	..... 1: في مصر
77	..... 2: في الجزائر
78	..... الفرع الثاني: تأثير النظرية على القضاء
78	..... أولا: موقف القضاء الفرنسي
78	..... 1: بالنسبة للإقرار المباشر
80	..... 2: بالنسبة للإقرار غير المباشر
84	..... ثانيا: موقف القضاء المصري
84	..... ثالثا: موقف القضاء الجزائري
86	..... المطلب الثاني: نقد نظرية تحمل التبعة
97	..... الفصل الثالث: نظرية الضمان
99	..... المبحث الأول: الضمان في فقه القانون
99	..... المطلب الأول: الضرر الجسدي والمادي
100	..... الفرع الأول: المسؤولية عن الفعل الشخصي
104	..... الفرع الثاني: المسؤولية عن فعل الأشياء
108	..... المطلب الثاني: الضرر الاقتصادي والمعنوي
111	..... المطلب الثالث: دور الخطأ في المسؤولية المدنية
112	..... الفرع الأول: درجة الخطأ الداعي لعقوبة خاصة
113	..... الفرع الثاني: حدود العقوبة الخاصة
114	..... أولا: الحد الأدنى
114	..... ثانيا: الحد الأقصى
114	..... المطلب الرابع: تقييم النظرية
118	..... المبحث الثاني: الضمان في الفقه الإسلامي
118	..... المطلب الأول: حقيقة الضمان ومشروعيته
118	..... الفرع الأول: تعريف الضمان
119	..... الفرع الثاني: مشروعية الضمان

## الفهرس

121	.....	المطلب الثاني: المسؤولية المطلقة أو المباشرة
123	.....	الفرع الأول: الطبيعة القانونية لفكرة المباشرة
126	.....	الفرع الثاني: الإدراك
127	.....	المطلب الثالث: المسؤولية المقيدة أو التسبب
132	.....	المطلب الرابع: علاقة المباشرة بالتسبب
133	.....	الفرع الأول: التمييز بين المباشر والمتسبب
136	.....	الفرع الثاني: معيار التمييز بين المباشر والمتسبب
136	.....	أولاً: النسبة في المباشرة
136	.....	ثانياً: النسبة في التسبب
137	.....	الفرع الثالث: اجتماع المباشر والمتسبب وإضافة الحكم لهما
138	.....	أولاً: تضمين المباشر مع المتسبب
139	.....	ثانياً: تضمين المتسبب وحده
142	.....	خاتمة:
147	.....	قائمة المراجع

المخلص

## المخلص

عندما نتحدث عن المسؤولية، فإن أول مسألة تطرح نفسها مباشرة هي أساس هذه المسؤولية، ولا نبالغ إن قلنا بأن هذا الموضوع من أكثر الموضوعات إثارة للخلافات في قانون المسؤولية المدنية بأكمله، والسبب في ذلك هو أن الآراء المختلفة التي حاولت تبرير هذه المسؤولية ارتبطت في الواقع بمفاهيم أخلاقية، واجتماعية واقتصادية، بل وفلسفية أيضاً. فلماذا تلقى إذا المسؤولية على شخص ما؟، تجيب النظرية الشخصية ببساطة: لأنه ارتكب خطأ، إلا أنه منذ نهاية القرن التاسع عشر، بدت فكرة الخطأ عاجزة تماماً عن تبرير المسؤولية بعد ظهور حالات عديدة للمسؤولية استناداً إلى فكر المخاطر أو تحمل التبعة، وفي محاولة لتجاوز الخلاف بين الخطأ والمخاطر، قدم الفقه نظرية أخرى مختلطة، حاولت تجاوز الفكرتين السابقتين المتعارضتين من حيث المبدأ، ألا وهي نظرية الضمان، أما الفقه الإسلامي فكان بعيداً عن هذا الجدل الفقهي النظري، إلا أنه يقيم المسؤولية بصفة عامة على مبدأ الضمان استناداً إلى حديث الرسول صلى الله عليه وسلم: "لا ضرر ولا ضرار".

## Résumé

lorsqu'on parle de la responsabilité civile, la première question qui se pose directement est celle du fondement de cette responsabilité, et nous nous exagérons nullement si nous disons que ce sujet est l'un des sujets les plus controversés en terme du code de responsabilité civile tout entier; la raison en est que les différentes opinions ayant tenté de justifier cette responsabilité se sont liées en fait à des notions morales, sociales et économiques et voir même philosophiques.

Pourquoi la responsabilité est-elle assumée donc par une personne donnée?, La théorie personnelle répond tout simplement à cette question dans les termes suivants :

Puisque il a commis une faute, cependant et depuis la fin du 19<sup>ème</sup> siècle, l'idée de la faute semblait ne pas être en mesure de justifier la responsabilité après l'apparition de plusieurs cas de responsabilités en se basant sur l'idée des risques ou en assumer les conséquences. Et en tentant de dépasser le différend autour de la question de la faute et risques, la jurisprudence a présenté une autre théorie mixte ayant essayé d'outrepasser les deux idées précédentes contradictoires sur le principe, à savoir la théorie de la garantie. Quant au fiqh islamique, il était loin de cette didactique théorique de jurisprudence, mais il met la responsabilité en général sur le principe de la garantie en se basant sur le hadith du prophète que le salut et bénédiction du dieu soit lieu « **Ne faites pas de mal, et ne rendez pas le mal pour le mal** » ou « **Pas de nuisance ni à soi-même ni à autrui** ».