



جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة بابل / كلية القانون
فرع القانون الخاص / الدراسات العليا

فكرة الحراسة على الأشياء الخطرة - دراسة مقارنة

رسالة مقدمة إلى مجلس كلية القانون / جامعة بابل
وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون / الخاص الخاص
من قبل الطالب
علي سامي حسن

بإشراف
أ. د. ضمير حسين المعموري
أستاذ القانون الخاص

The Republic of Iraq

Ministry of Higher Education and Scientific Research

University of Babylon

College of Law



The idea of guarding dangerous objects - a comparative study

A thesis submitted

To the Council of the college of Law . University of Babylon

it is part of the requirements for a Master's degree

in law . private law

by the student

Ali Sami Hassan

Supervised by

Dr. Dameer Hussein Al-Mamouri

Professor of private law



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

(وَالَّذِينَ يُؤْذُونَ الْمُؤْمِنِينَ وَالْمُؤْمِنَاتِ بَغَيْرِ مَا اكْتَسَبُوا فَقَدْ احْتَمَلُوا بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا)

صدق الله العظيم

سورة الاحزاب الآية ٥٧



الإهداء

إلى خاتم النبيين ، وسيد المرسلين ، محمد ﷺ

إلى...معين الحب المتدفق... وجبين الحياة المتألق

نبراس العطاء وضوءه اللامع

والله _____ دي حفظه الله

إلى من تنحني هامتي لها خجلاً إلى من حملتني وهناً على وهن والـدتي

إلى من ارتوت من دمائه أرض العراق الطاهرة

أخي الشهيد محمد سامي رحمه الله برحمته الواسعة

إلى أخي وتي وأخ وتي

أعتـ _____ زازاً وأمماً _____ تناناً _____

اهدي اليهم ثمرة جهدي هذا

الباحث





قال تعالى في كتابه العزيز :

(ولا تنسوا الفضل بينكم إن الله بما تعملون بصير) (٢٣٧) (سورة البقرة)

وبعد أن من الله تعالى عليّ بإنهاء هذه الرسالة، فإنني أقف لأعرب بكل فخر واعتزاز، وود وعرفان، عن شكري لأساتذتي، الذين تشرفت بالأخذ عنهم، والاستفادة منهم، والانتساب إليهم، لاسيما أساتذتي في جامعة بابل كلية القانون.

وأقدم شكري، وخالص امتناني إلى أ. د. ضمير حسين المعموري، لتفضله بقبول الإشراف على رسالتي، ولما قدمه من عون ومساعدة، وتوصية وإرشاد، وساعدي على تذليل الصعوبات التي واجهتني، لذا ألتمس لنفسي العذر منه، وألتجئ إلى الله العلي القدير، أن يحفظه ويوفقه، لما يحبه ويرضاه.

والشكر موصول لأعضاء لجنة المناقشة، راجيا من الله تعالى أن يأخذ بأيديهم ليكونوا عوناً لي وإخواني، على تجنب العثرات، وتصحيح الهفوات.

ولا يفوتني أن أسجل بعبارات الثناء المعطر أساتذتي وإخوتي الفضلاء، الذين ساعدوني في إنجاز هذه الرسالة.

كما لا يفوتني أن أقدم شكري وعرفاني لكل من نصحني وأرشدني وقوم خطأي من الأصدقاء ، فجزاهم الله خير ما يجزي به عباده الصادقين.

وفي الختام أشكر موظفي المكتبات العامة، وذوي المكتبات الخاصة، وأخص منهم مكتبة كلية القانون في جامعة بابل، راجيا لهم جميعاً حسن العاقبة في الدنيا، وعلو الدرجات في الآخرة آمين، والحمد لله رب العالمين.

الباحث



ملخص الرسالة

يعتبر العمل غير المشروع احد مصادر الالتزام ، وتزداد اهميته اتساعاً في عصرنا الحاضر ، تبعاً لتطور الآلات الميكانيكية ودخولها جميع ميادين الحياة والتي تزداد انتشاراً وتعقيداً ، وكذلك الأشياء التي تتطلب عناية خاصة وانتشار المخترعات الحديثة ، كالأجهزة الطبية الحديثة لأجراء العمليات بالليزر ، وصعوبة اثبات خطأ حارسها ، بما تسببه من ازدياد الحوادث الموجبة للتعويض .

ومن نتائج ذلك ظهور المسؤولية عن الأشياء ، ولقد تطورت هذه المسؤولية فقهاً وقضاءً وتجاوزت المفاهيم التقليدية في الخطأ والضرر والعلاقة السببية ، وتكونت لها أركان خاصة بها .

وتناول المشرع العراقي المسؤولية عن الأشياء في المادة (٢٣١) من القانون المدني العراقي ، وأن أركان الحراسة هما الشئ والحارس والضرر ، وعناصر الحراسة هما العنصر المادي والعنصر المعنوي ، وتوجد صور عديدة للحراسة منها اشتراك عدة أشخاص في استعمال عدة اشياء ، واشتراك عدة اشخاص في استعمال شئ واحد ، ويمكن اثبات الحراسة بكافة طرق الأثبات ، والحراسة تنقضي بتخلي المالك عن ملكية الشئ ، وقد تنقضي دون تخلي المالك عن ملكية الشئ ، وتنتقل الحراسة من شخص لآخر ، تبعاً لأنتقال السلطة الفعلية والتي هي مناط الحراسة .

وأن المشرع العراقي لم يجعل مسؤولية الحارس شاملة للأشياء جميعها ، بل اقتصرها على الآلات الميكانيكية والأشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة للوقاية من ضررها ، وأن مسؤولية الحارس مفترضة افتراض قابل لأثبات العكس .

وإن محكمة الموضوع تستقل بتقدير توافر الحراسة من عدمه ، وأنها بذلك تتمتع بسلطة تقديرية واسعة دون رقابة لمحكمة التمييز عليها ، متى ما كان هذا الأثبات مستنداً الى أسباب مقبولة ومستمدة من الوقائع الثابتة ، إما تقدير كفاية تلك الوسائل لتوفر صفة الحراسة بالنسبة للشخص المعين ، وتكيفها القانوني ، فأن ذلك يعتبر من الوسائل القانونية التي تخضع لرقابة محكمة التمييز .



المحتويات

الموضوع	الصفحة
الآية	أ
الإهداء	ب
شكر وتقدير	ت
الملخص	ث
المحتويات	ج-ح-خ
المقدمة	١ - ٣
الفصل الأول : ماهية الحراسة	٤ - ٦٠
المبحث الأول : مفهوم فكرة الحراسة	٥ - ٣٢
المطلب الأول : ذاتية الحراسة	٦ - ٢٤
الفرع الأول : تعريف الحراسة	٦ - ١٠
الفرع الثاني : عناصر الحراسة	١١ - ٢٤
المطلب الثاني : تمييز الحراسة مما يشتبه بها	٢٤ - ٣٢
الفرع الأول : تمييز فكرة الحراسة من عقد الحراسة	٢٤ - ٣٠
الفرع الثاني : تمييز فكرة الحراسة من عقد الوديعة	٣٠ - ٣٢



٦٠ - ٣٣	المبحث الثاني : اركان الحراسة
٥١ - ٣٤	المطلب الأول : الشئ الخطر
٣٩ - ٣٤	الفرع الأول : الآلات الميكانيكية
٥١ - ٣٩	الفرع الثاني : الأشياء التي تتطلب عناية خاصة
٦٠ - ٥١	المطلب الثاني : الحارس
٥٣ - ٥٢	الفرع الأول : تعريف الحارس
٦٠ - ٥٣	الفرع الثاني : معايير تحديد مفهوم الحارس
١٠٩ - ٦١	الفصل الثاني : احكام الحراسة
٨٣ - ٦٢	المبحث الأول : الحراسة الموصوفة
٧٠ - ٦٢	المطلب الأول : تعدد الحراس والحراسة
٦٦ - ٦٢	الفرع الأول : تعدد الحراس
٧٠ - ٦٧	الفرع الثاني : نطاق تعدد الحراسة
٨٣ - ٧٠	المطلب الثاني : الحراسة المشتركة
٧٩ - ٧٢	الفرع الأول : اشتراك عدة اشخاص في استعمال شئ واحد
٨٣ - ٧٩	الفرع الثاني : اشتراك اشخاص عديدة في استعمال اشياء عديدة
١٠٩ - ٨٤	المبحث الثاني : انتهاء الحراسة واثباتها
٩٨ - ٨٤	المطلب الأول : انتقال الحراسة
٩٢ - ٨٥	الفرع الأول : الانتقال الإرادي للحراسة



٩٨ - ٩٣	الفرع الثاني : الانتقال غير الإرادي للحراسة
١٠٩ - ٩٩	المطلب الثاني : اثبات الحراسة وانقضائها
١٠٦ - ٩٩	الفرع الاول : اثبات الحراسة
١٠٩-١٠٦	الفرع الثاني : انقضاء الحراسة
١١١-١١٠	الخاتمة
١٢٠-١١٢	قائمة المصادر



Abstract

The harmful act is one of the sources of commitment, and its importance is increasing in our present time, according to the development of mechanical machines and their entry into all fields of life, which are increasing in prevalence and complexity, as well as things that require special care and the spread of modern inventions, with what they cause in the increase of accidents requiring compensation.

One of the results of that is the emergence of responsibility for things, and this responsibility has developed in jurisprudence and judiciary and has gone beyond the traditional concepts of error, damage and causation, and it has its own pillars.

The Iraqi legislator dealt with responsibility for things in Article (231) of the Iraqi Civil Code, and that the two elements of guarding are the thing, the guard and the damage, and the elements of guarding are the material element and the moral element, and there are many forms of guarding, including the participation of several people in the use of several things, and the participation of several people in using One thing, and the custody can be proven by all means of proof, and the guard ends when the owner abandons the ownership of the thing, and it may expire without the owner abandoning the ownership of the thing, and the guard is transferred from one person to another, according to the transfer of the actual authority which is the focus of guarding.

And that the Iraqi legislator did not make the responsibility of the guard comprehensive for all things, but rather limited it to mechanical machines and

things whose guard requires special care to prevent damage, and that the responsibility of the guard is an assumption that can be proven otherwise.

And that the trial court is independent in evaluating the availability of custody or not, and that it thus enjoys a wide discretionary authority without the oversight of the Court of Cassation over it, whenever this evidence is based on acceptable reasons and derived from established facts. This is one of the legal means that are subject to the oversight of the Court of Cassation.

مقدمة

أولاً : التعريف بموضوع الدراسة

إن الإنسان يعيش في مجتمع يسوده النظام ، وأن هذا الأخير كان نتيجة للجهود التي بذلها المشرعون ، لوضع قواعد وانظمة قانونية تحدد حقوق وواجبات كل شخص ، حفاظاً على سلامة الأشخاص ، ومن اجل هذا وجدت عدة انظمة قانونية تكفل اعادة التوازن الطبيعي بين حق الانسان في سلامته وسلامة امواله وبين الضرر الذي قد يتعرض له جراء الأعتداء عليه ، ومن هذه الانظمة نجد نظام المسؤولية المدنية .

وتعرف المسؤولية المدنية بأنها اخلال الفرد بالتزام اتفاقي او قانوني يكون سبباً في احداث الضرر للغير مما يستوجب التعويض ، وان المسؤولية المدنية تنقسم الى قسمين ، مسؤولية عقدية التي تترتب على عدم تنفيذ التزام عقدي او التأخير في تنفيذه وهي خارج نطاق بحثنا ، ومسؤولية تقصيرية تنشأ عند الأخلال بالتزام قانوني ، والمسؤولية التقصيرية من اكثر مسائل القانون المدني اهمية واجدرها بالبحث والدراسة ، فهي الأطار الذي يمتاز بالتطبيق العملي المستمر ، ولا يكاد يمر يوم من الايام الا وعرضت على القضاء مشكلة من المشاكل التي تثيرها المسؤولية التقصيرية .

والمسؤولية التقصيرية استقطبت اهتمام الفقه والقضاء في العراق ومصر وفرنسا ، للبحث في مختلف جوانبها ، ومن الموضوعات المثيرة للأهتمام في موضوع المسؤولية التقصيرية نجد موضوع المسؤولية عن الأشياء ، وان الاشياء وجدت لتحقيق رفاهية الانسان ، وأن هذه الاشياء لها أهمية كبيرة ، لتوفير حاجات الإنسان وقضائها وهذا قد يتسبب بضرر الافراد .

وأن الحاجات الاجتماعية الملحة التي تمخضت عن التطور الاقتصادي ، وما رافقه من ظهور الادوات والوسائل والاشياء الخطرة التي قد تسبب ضرراً للآخرين ، دون أن يستطيع المضرور في أغلب الاحيان اقامة الدليل على خطأ الحارس ، ومن ثم عدم الحصول على حقه في التعويض ، الامر الذي دفع المشرعين (المشرع العراقي والمشرع المصري والمشرع الفرنسي) لوضع انظمة وقوانين يتم من خلالها بيان حقوق والتزامات الافراد لتعزيز مركز المضرور ، بحيث أن الصناعات الحديثة وضعت في أيدي الناس أشياء كثيرة قد يسبب استخدامها ضرراً للغير ، دون أن يكون من السهل اثبات تقصير أو خطأ الشخص الذي يقوم بهذا الاستخدام ، وهذا ما يؤدي الى عدم حصول المضرور على حقه في التعويض .

لذلك فالمشرع أقام نوعاً من الضمان لتغطية هذه الحاجة التي تتمثل بالمسؤولية عن الاشياء ، والفكرة الأساس في هذا الضمان ؛ أن مجرد وقوع الضرر من الشيء يعد قرينة على خطأ حارسه في حفظه ومنع اذاه

عن الآخرين ، ومن خلال ذلك قام المشرع (العراقي والمصري والفرنسي) بتخفيف عبء الاثبات عن عاتق المضرور للوصول الى حقه في التعويض .

واذا كانت هذه المسؤولية تنشأ نتيجة الضرر على من يكون الشئ تحت حراسته او تصرفه ، فإنه من الضروري فهم معنى الحراسة على الشئ الذي احدث الضرر ، وتحديد الشخص الذي يكون مسؤولاً عن تعويض المضرور الذي لحقه الضرر من ذلك الشئ .

ثانياً : اهمية موضوع الدراسة

تظهر أهمية الدراسة من اهمية المسؤولية المدنية في استخدام الآلات والاشياء الخطرة ، فان الى جانب الأخطار التي قد تنتج عنها ، لها اهمية كبيرة في حياة الافراد وتحقيق رفاهية المجتمع .

ثالثاً : اشكالية موضوع الدراسة

تظهر اشكالية الدراسة في الاشكاليات الناجمة عن استخدام الآلات والاشياء الخطرة وعبء اثباتها والتعويض المناسب لها ، وكذلك تقوم مشكلة الدراسة على عدد من التساؤلات ، التي ينبغي علينا الاجابة عليها في ثنايا البحث وصولاً للحلول التي نطمح الى تحقيقها من خلال البحث في هذا الموضوع وهذه التساؤلات ندرجها بالاتي :

- ١- ما مفهوم الحراسة ؟
- ٢- ما مدى امكانية تجزئة الحراسة واشترك اكثر من شخص في المسؤولية عن حراسة الاشياء
- ٣- ما المعيار في تحديد الاشياء التي تحتاج الى عناية خاصة ؟
- ٤- هل يشترط لقيام مسؤولية الحارس ان تلحق هذه الآلات الضرر أثناء عملها فقط ام أن هذه المسؤولية تتحقق سواء كانت في حالة عمل ام في حالة توقف ؟
- ٥- هل يشترط التمييز في شخص الحارس لكي يساءل عن فعل الشئ الموجود في حراسته ؟

رابعاً : نطاق موضوع الدراسة

يتحدد نطاق هذه الدراسة بدراسة فكرة الحراسة على الاشياء الخطرة ، من حيث مفهوم الحراسة على الآلات الميكانيكية والاشياء الخطرة ، وأركان الحراسة والشخص المسؤول عن الاضرار التي

تحدثها الاشياء ، وصور الحراسة ، وأحكام الحراسة ، وفي حدود التشريعات المقارنة التي تتناولها الدراسة وهي التشريع العراقي والتشريع المصري والتشريع الفرنسي .

خامساً : منهج موضوع الدراسة

إن البحث في هذا الموضوع الذي تتوزع فيه القواعد القانونية بين ما يرتبط منها بالقواعد العامة في المسؤولية المدنية وبين تلك القواعد الخاصة في المسؤولية عن الاشياء ، لمعرفة الشخص المسؤول عن الاضرار التي تحدثها الاشياء ، فنجد المنهج الاقرب لطبيعة الدراسة هو المنهج المقارن التحليلي التطبيقي ، اذ اعتمدنا في بحث هذا الموضوع على المقارنة بين التشريع العراقي والتشريع المصري والتشريع الفرنسي ، كما اعتمدت الدراسة على المنهج التحليلي ، الذي يقوم على اساس تحليل الفكرة المعروضة ومناقشتها في ضوء الآراء الصحيحة لكي يتم اسنادها الى النص التشريعي المعالج لها ان وجد والى الرأي الفقهي المنصب عليها ، ، وكذلك اعتمدت الدراسة على المنهج التطبيقي الذي يقوم على اساس الاعتماد على بيان مواقف القضاء في العراق ومصر وفرنسا وتحليل المواقف بتسليط الضوء على المهم منها ومناقشته ، لتتم الفائدة من البحث في حراسة الأشياء الخطرة .

سادساً : تقسيم موضوع الدراسة

من أجل الاحاطة التامة بموضوع الدراسة ستتوزع الخطة على مقدمة وفصلين وخاتمة تتضمن أهم ما توصلنا اليه من نتائج ومقترحات ، نتناول في الفصل الاول ماهية الحراسة ، في بحثين ، أفردنا المبحث الاول لمفهوم فكرة الحراسة ، أما المبحث الثاني فنبين فيه أركان فكرة الحراسة ، وفي الفصل الثاني نتناول احكام الحراسة من خلال تقسيمه الى بحثين ، المبحث الاول الحراسة الموصوفة ، ومبحث ثانٍ يتناول انتهاء الحراسة واثباتها .

الفصل الاول

ماهية الحراسة

تطورت الحراسة على الاشياء في الفقه والقضاء ، وهناك عنصران للحراسة هما العنصر المادي للحراسة والعنصر المعنوي للحراسة ، وتعددت الاتجاهات الفكرية التي حاولت تحديد الحراسة عن الاشياء ، وان هذه الاتجاهات ارتبطت اساساً بالنظريات المختلفة التي وضعت بهذا الشأن ، وقد اشتهرت في هذا المجال في الفقه العراقي والمصري والفرنسي نظريتان لتحديد الحارس المسؤول عما يحدثه الشئ من ضرر ، وبالتالي تحديد مفهوم الحراسة عن الاشياء ، نظرية الحراسة القانونية ونظرية السلطة الفعلية ، وجوهر الحراسة على الاشياء هو ان يثبت لشخص السيطرة الفعلية على الشئ ، بالاضافة الى العنصر المعنوي ، ليصبح الشخص هو الحارس المسؤول ، اذ السيطرة المادية وحدها لا تكفي ، فالتابع لا يعد حارساً ، فالمالك هو الحارس ، وقوام الحراسة السلطة في توجيه ورقابة الشئ والتصرف في امره ، وان الحراسة عن الاشياء تتشابه مع اوضاع قانونية اخرى من مثل عقد الحراسة ، وعقد الوديعة ، وان فكرة الحراسة لا تنهض الا بتحقيق اركانها ، ويتضح ان هذه الفكرة تركز ابتداءً على الشئ ، ويشكل الركن الاول الذي تدور معه وتتحقق بوجوده ، لأن الاشياء تعتبر محلاً للحراسة ، ويتوجب لتحقيق مسؤولية حارس الشئ ، ان ينتج عن ذلك الشئ ضرراً يصيب الآخرين بأموالهم او بأرواحهم ، فالركن الثاني الذي تقوم عليه المسؤولية هو الضرر الذي يلحق بالآخرين ، سواء بأموالهم أم بأنفسهم ، فأن الضرر الذي يسببه الشئ وهو تحت الحراسة ، يشكل الركن الأهم في تحقق المسؤولية المدنية بشكل عام .

والركن الثالث يتمثل بوجود المسؤول عن الشئ الذي لحق الضرر بالآخرين ، فالشئ يمكن ان يتسبب في احداث الضرر ، ولكنه لا يمكن ان يكون مسؤولاً عن الضرر ، لأن المسؤول لا يكون الا شخصاً ، والمسؤولية المدنية ليست الا حقاً شخصياً للمضروب ، مقابل شخص آخر هو محدث الضرر ، اذاً لا بد من وجود شخص تقع عليه المسؤولية ، شخص ينسب اليه وجود الشئ او نشاطه ، فأذا لم يوجد هذا الشخص وكان الشئ سائباً او مباحاً ، فلا يمكن ان تقوم مسؤولية احد عما يحدثه الشئ من ضرر ، وأسماء المشرع العراقي (من تكون الاشياء تحت تصرفه) ، واصطلح على تسميته في غالبية التشريعات بالحارس ، وان الضرر هو احد اركان المسؤولية بصورها كافة ، وان الخوض في تفاصيله خارج نطاق بحثنا ، وان المسؤولية المفترضة عن الاشياء ترتبط بفكرة الحراسة وجوداً وعدماً .

والمسؤولية عن الاشياء تختلف عن المسؤولية القائمة على الفعل الشخصي ، في ان الضرر يحدث بفعل شئ من الاشياء ، ولا يقع بفعل شخص مباشر .

فسوف نبحت هذا الفصل في مبحثين ، سنخصص المبحث الاول لمفهوم الحراسة ، في حين نكرس المبحث الثاني لأركان الحراسة .

المبحث الاول

مفهوم فكرة الحراسة

ان فكرة الحراسة هي الجوهر الذي يعبر عن المسؤولية عن الاشياء بقوة القانون بسبب بعض السلطات على الشئ (^١) ، وان الفقه دأب على تسميتها بالفكرة (^٢) وتماشياً مع الفقه جرت العادة على تسميتها بفكرة الحراسة ، وان السيطرة الفعلية تتمثل بالسلطات الثلاث من استعمال وتوجيه ورقابة ، وان المشرع العراقي نظم فكرة الحراسة بنص قانوني في القانون المدني العراقي وكذلك نظمت بنصوص قانونية في التشريعات محل المقارنة كالتشريع المصري والتشريع الفرنسي (^٣)

وان الحراسة لا ترتبط بالضرورة بالملكية ، وكذلك لا ترتبط بالضرورة بالحيازة ، ، ولذلك يتبين مدى التعقيد الذي يصاحب تحديد هذه الفكرة ، ففكرة الحراسة ليست فكرة بسيطة ولكنها فكرة مركبة (^٤) ،

^١ - د . اسامه احمد بدر ، فكرة الحراسة في المسؤولية المدنية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، ٢٠٠٥ ، ص ٢٧ .
^٢ - د. محمد لبيب شنب ، المسؤولية عن الاشياء ، مكتبة النهضة المصرية ، ١٩٥٧ ، ص ٧٨ ؛ د . اياد عبد الجبار ملوكي ، المسؤولية عن الاشياء وتطبيقاتها على الاشياء المعنوية بوجه خاص ، رسالة دكتوراه قدمت الى مجلس كلية القانون والسياسة ، جامعة بغداد ، الطبعة الاولى ، ١٩٧٩ - ١٩٨٠ ، ص ١٤٦ ؛ د . محمد سعيد احمد الرحو ، فكرة الحراسة في المسؤولية المدنية عن الاشياء غير الحية ، بدون ذكر دار نشر ، ٢٠٠١ ، ص ٢٥ ؛ د . امجد محمد منصور ، المسؤولية عن الاضرار الناجمة عن الجمادات ، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع ، الطبعة الاولى ، ٢٠٠٢ ، ص ٤٧ ؛ د . اسامة احمد بدر ، مصدر سابق ، ص ٢٦ .

^٣ - المادة (٢٣١) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ والتي تنص (كل من كان تحت تصرفه آلات ميكانيكية او اشياء اخرى تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها يكون مسؤولاً عما تحدثه من ضرر ما لم يثبت انه اتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوع هذا الضرر ، هذا مع عدم الاخلال بما يرد في ذلك من احكام خاصة) ، وتقابلها المادة (١٧٨) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ والتي تنص على (كل من تولى حراسة اشياء تتطلب حراستها عناية خاصة او حراسة آلات ميكانيكية يكون مسؤولاً عما تحدثه هذه الاشياء من ضرر ، ما لم يثبت ان وقوع الضرر كان بسبب اجنبي لا يد له فيه ، هذا مع عدم الاخلال بما يرد في ذلك من احكام خاصة) ، والمادة (١/٢٤٢) من القانون المدني الفرنسي رقم ١٨٠٤ (والتي كانت سابقاً تحمل الرقم ١/١٣٨٤) بموجب التعديل في ١٠ / ٢٠١٦ والتي تنص على (يسأل المرء ليس فقط عن الضرر الذي يسببه بفعله الشخصي ، بل ايضاً عن الضرر الذي يسببه اشخاص آخرون هو مسؤول عنهم أو الضرر الذي تسببه الأشياء التي تكون تحت حراسته) .

^٤ - د . سهير سيد منتصر ، تحديد مدلول الحراسة في المسؤولية عن الاشياء ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس ، كلية الحقوق ، ١٩٧٧ ، ص ٩٩ .

يجب تحديد العناصر المكونة لها ، وللأحاطة بمفهوم فكرة الحراسة ، نتناول ذاتية الحراسة في المطلب الاول ، ونتناول تميز الحراسة مما قد يشتبها بها في المطلب الثاني .

المطلب الاول

ذاتية الحراسة

ان فكرة الحراسة المحور الجوهري لصورة خاصة من صور المسؤولية التقصيرية ، وسوف نبحت فكرة الحراسة والتعريفات الفقهية التي قيلت فيها ، ونبحث عناصر الحراسة بعنصريها المادي والمعنوي ، ونبين ما يتضمن كل عنصر من هذه العناصر .
وعليه سوف نتناول تعريف الحراسة في الفرع الاول ، ومن ثم نتناول عناصر الحراسة في الفرع الثاني .

الفرع الاول

تعريف فكرة الحراسة

سوف نبحت في هذا الفرع تعريف فكرة الحراسة تشريعاً ، ومن ثم تعريف فكرة الحراسة فقهاً ، ومن ثم قضاءً وكما يلي

اولاً : تعريف فكرة الحراسة تشريعاً

نود الاشارة الى ان المشرع العراقي والتشريعات المقارنة لم تضع تعريفاً لفكرة الحراسة ، وهو موقف سليم ، وكان موفقاً في ذلك ، فليس من واجب المشرع ان يضع تعريفاً للمصطلحات القانونية ، وانما ان يترك ذلك للفقهاء في ضوء شرحه وتعليقه على النصوص ، والقضاء في تطبيقه لها ، فالمشرع مهما حاول في ذلك فلا يستطيع ان يضع تعريفاً شاملاً جامعاً يحيط بجميع متطلبات فكرة الحراسة عن الاشياء ، لسعة مدلولها ، وبسبب التطورات التكنولوجية الحاصلة ، كما ان المشرع لو وضع لها تعريفاً فلربما يجد تعريفه بعد حين عاجزاً عن مواكبة التطورات الحاصلة في الشئ محل الحراسة ، الامر الذي يجعل التعريف يوصف بالقصور وضيق النطاق ، فيكون عرضة للنقد.

وان المشرع العراقي استعمل تعبير (تصرفه) عند تنظيمه لها اذ قال (من كان تحت تصرفه آلات ميكانيكية او اشياء اخرى تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها ...) (١).

في حين المشرع المصري استعمل تعبير الحراسة عند تنظيمه لها بقوله (كل من تولى حراسة اشياء تتطلب عناية خاصة او آلات ميكانيكية ...) (٢).

اما فيما يخص المشرع الفرنسي استخدم تعبير الحراسة عند تنظيمه لها اذ ورد فيه (يسأل المرء ليس فقط عن الضرر الذي يسببه بفعله الشخصي ، بل ايضاً عن الضرر الذي يسببه اشخاص آخرون هو مسؤول عنهم أو الضرر الذي تسببه الأشياء التي تكون تحت حراسته) (٣).

ونلاحظ من خلال الاطلاع على النصوص القانونية محل المقارنة انها بينت احكام الحراسة. ويتساءل الباحث هل ان تعبير (تحت تصرفه) الذي استخدمه المشرع العراقي ، مرادف لتعبير الحراسة الذي استعملته القوانين محل المقارنة ، و ما هو مضمون التعبيرين ومدى دقتهما ؟

ان التعبير الذي استعمله المشرع العراقي (تحت تصرفه) يعني من له السيطرة الفعلية على الشئ (٤) ، فالمنتفع والدائن المرتهن والمستعير والمستأجر والوديع والحائز سواء كان حسن النية او سيئها كالسارق والغاصب كل اولئك يكونون مسؤولين عن التصرف الذي يحدثه الشئ متى ما كانت لهم السيطرة الفعلية عليه (٥) .

اما التعبير الذي استخدمه التشريع المصري والتشريع الفرنسي فهو الحراسة ، وان التزام الحراسة الذي يفرضه نص المادة (١٧٨) من القانون المدني المصري والمادة (١٢٤٢ / ١) من القانون المدني الفرنسي ، فهو ليس بدفع الضرر عن الشئ وحفظه والمتمثل بعقد الحراسة ، وانما هو التزام بمنع الشئ من احداث الضرر بالغير ، فيجب ان لا يتم الخلط بينهما ، وعلى هذا إذا أخل الحارس بالالتزام الواقع على عاتقه وفقاً لنص المواد المذكورة اعلاه ، فان المسؤولية المترتبة عليه هي المسؤولية عن الأشياء (٦) .

وهكذا يقترب معنى (تحت تصرفه) الذي استعمله المشرع العراقي في المسؤولية عن الاشياء ، من معنى الحراسة في القانونين المصري و الفرنسي ، ويتضح ان تعبير التصرف الذي استخدمه المشرع العراقي مرادف لتعبير الحراسة التي استخدمتها القوانين محل المقارنة .

١- المادة (٢٣١) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .

٢- المادة (١٧٨) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ .

٣- المادة (١٢٤٢ / ١) من القانون المدني الفرنسي لعام ١٨٠٤ المعدل .

٤ - د . حسن علي الذنون ، النظرية العامة للالتزام ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠١٢ ، ص ٣٠٩ ؛ د . عصمت عبد المجيد بكر ، المسؤولية التقصيرية في القوانين المدنية العربية ، منشورات زين الحقوقية ، الطبعة الاولى ، ٢٠١٦ ، ص ٤٨٩ .

٥ - د.حسن علي الذنون ، المصدر نفسه ، ص ٣٠٩ .

٦ - د.اياد عبد الجبار ملوكي ، مصدر سابق ، ص ١٢٦ .

ومن كل ما تقدم نجد ان التعبير الذي استعمله المشرع العراقي (تحت تصرفه) والتعبير الذي استخدمه المشرع المصري (حراسة) والتعبير الذي استعمله المشرع الفرنسي (تحت حراسته) يمثلان السلطة الفعلية وكل التعابير السابقة هي دقيقة وتحمل نفس المضمون ولكن الاختلاف بالألفاظ فقط .

ثانياً : تعريف فكرة الحراسة فقهاً

واما من جانب الفقه ، فانه عرف الحراسة (الحراسة هي ملاحظة الشيء حتى لا يسبب ضرراً للغير) (١) .
وان هذا التعريف هو قصير العبارة وهذا شيء جيد ، ولكن ما يؤخذ عليه انه لم يحافظ على جوهر المعنى الخاص بالحراسة بعنصريها المادي والمعنوي ، اذ لم يتطرق الى السلطة الفعلية التي تحدد الحارس ، ولم يتطرق الى العنصر المعنوي للحراسة ، وان الشيء يعرف بذاته ، وان هذا التعريف لم يعرف ذات الشيء .
وعرفها آخر (الحراسة ترتبط بالفائدة المستمدة من الشيء وسلطة التوجيه التي تباشر على هذا الشيء) (٢).
ويلاحظ على هذا التعريف انه لم يحافظ على جوهر الحراسة ، ولم يتطرق الى السلطة الفعلية ، وتطرق فقط الى سلطة التوجيه ، ولم يعرف ذات الشيء .
وعرفها آخر (الحراسة هي سلطة للحارس على الشيء) (٣) . ويلاحظ على هذا التعريف انه لم يتطرق الى العنصر المعنوي للحراسة .
وعرفها آخر (الحراسة هي السيطرة الفعلية على الشيء قصداً واستقلالاً ، سواء استندت هذه السيطرة الى حق مشروع او لم تستند) (٤) .
ويلاحظ على هذا التعريف انه تطرق الى السلطة الفعلية والعنصر المعنوي للحراسة ، سواء كانت غير مشروعة او مشروعة ، وهذا ما يتطابق مع محتوى ومضمون الحراسة ، وهو شيء جيد ولا نلاحظ سلبية عليه وهذا ما نؤيده .

١- د. محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، ص ٦٥ .

2 - Savatier R : Traite de la responsabilite civile v1-2 , paris 3, ed , 1962 . p 36.

نقلاً عن رائد محمد فليح النمر ، الحراسة في نطاق المسؤولية عن فعل الاشياء ، رسالة دكتوراه ، جامعة العلوم الاسلامية العالمية ، كلية الدراسات العليا ، ٢٠١٣ ، ص ٧ ؛ قاصدي دليله واخناش نسيمه ، المسؤولية عن الاشياء غير الحية ، رسالة ماجستير ، جامعة عبد الرحمن - بجاية - كلية الحقوق والعلوم السياسية ، ٢٠١٥ - ٢٠١٦ ، ص ٢٣ .

٣- د. احمد شوقي محمد عبد الرحمن ، مسؤولية المتبوع باعتباره حارساً ، دون ذكر دار نشر ، ١٩٧٦ ، ص ٥٦ ؛ د . محمد وحيد محمد علي ، مسؤولية الطفل باعتباره حارساً ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٨ ، ص ٢١ .

4- د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصادر الالتزام ، الجزء الاول ، دار احياء التراث العربي ، ص ١٠٨٦ ؛ د . حسن على الذنون ، مصدر سابق ، ص ٣١٠ .

وعرفها آخر على انها (السيطرة الفعلية على الشيء ، مشروعة كانت او غير مشروعة) (١) . ويلاحظ على هذا التعريف انه تطرق الى السلطة الفعلية على الشيء ، ولكن ما يؤخذ عليه انه لم يتطرق الى العنصر المعنوي للحراسة .

ويقصد بالسيطرة الفعلية المستقلة ، الممارسة المستقلة للإمكانيات التي يوفرها الشيء ، فمثلاً يمارس السلطة على آلة المعمل رب العمل ، وليس العامل ، لان رب العمل يصدر الأمر بتشغيلها وتوقيفها ، وبالتالي فهو صاحب سلطة مستقلة عليها ، والسيطرة الفعلية على الشيء تقتضي ان يكون للشخص السلطة المعنوية عليه لأعتباره حارساً ، اما السلطة المادية فليست بكافية ، اي حارس الشيء تحت مراقبته جميع عناصر الشيء بما فيه اسراره الداخلية والاشراف عليها ، فعلى سبيل المثال ، السائق له السلطة المادية على السيارة ، ولكنه لا يملك السلطة المعنوية عليها ، ولذا تكون الحراسة للمالك ، ولكن لو خرج السائق عن حدود عمله ، وقاد السيارة لمنفعته الشخصية بدون علم المتبوع ، فإنه يعتبر مغتصباً وتنتقل اليه الحراسة ... كما ان العامل في المعمل له السلطة المادية على الآلة ، ولكنه لا يملك السلطة المعنوية عليها .

فهناك اذاً في الحراسة بعدان ، بعد اداري وبعد فني ، والذي يحدد شخصية الحارس هو البعد الاداري في استعمال الشيء ، وليس البعد الفني ، فالحارس هو الذي يملك حق اعطاء الأوامر بتحريك الشيء او عدم تحريكه .

ثالثاً : تعريف فكرة الحراسة قضاءً

اما من جانب القضاء فان محكمة النقض المصرية قضت بان ، الحراسة هي سيطرة الشخص سيطرة فعلية على الشيء لحساب نفسه (٢) ، وقضت في قرار آخر بأن الحراسة تكون لمن له السلطة الفعلية على الشيء قصداً واستقلالاً (٣). وان مقومات الحراسة هي الاستعمال والادارة والرقابة ، ففي قرار صادر من

١- د. عبد الحي حجازي ، مصادر الالتزام ، الجزء الثاني ، مطبعة نهضة مصر ، ١٩٥٣ ، ص ٤٩٠ ؛ د . هدى عبدالله ، آفاق المسؤولية المدنية على ضوء النصوص القانونية والآراء الفقهية والاجتهادية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الاولى ، ٢٠٢٠ ، ص ٣٦٤ .

٢ - رقم الطعن ٥٣٨ لسنة ١٩٤٣ . قرار غير منشور اورد د . سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، في الالتزامات ، المجلد الثاني ، في الفعل الضار والمسؤولية المدنية ، القسم الثاني في المسؤولية المفترضة ، دون ذكر دار نشر ، الطبعة الخامسة ، ١٩٨٩ ، ص ١٠٨٠ .

- رقم الطعن ١٠٧٢ لسنة ١٩٤٥ ، قرار غير منشور . اورده د . عز الدين الدناصري ، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء ، دون ذكر دار نشر ، ١٩٨٨ ، ص ٣٧٠ .

٣ - نقض مدني ، ٢٥ مارس ، ١٩٦٥ ، مجموعة احام النقض ، س ١٦ ، ص ٣٩
نقلاً عن د . سهير سيد منتصر ، مصدر سابق ، ص ١١٥ .

الغرفة المختلطة في محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ١٩٧١/٣/٢٦ تمسكت هذه الغرفة بالخصائص الثلاث بقولها ان الحراسة ترتبط باستعمال الشيء وبسلطة الادارة والرقابة التي تمارس عليه (١) .

وقد استمرت احكام القضاء الفرنسي منذ سنة ١٩٤١ على تعريف الحراسة ابتداءً من توافر العناصر الثلاث او الخصائص سالفة الذكر ، حيث قضى في اكثر من مناسبة ان قرينة المسؤولية المقررة بمقتضى المادة (١٣٨٤ / ١) المعدلة من القانون المدني الفرنسي في مواجهة حارس الشيء تؤسس على الالتزام بالحراسة مقابل سلطات الاستعمال والتوجيه والرقابة (٢) .

١ - مجلة الاسبوع القانوني، (semaine juridique) j.c.p. ١٩٧٢ ، ii ١٦٩٥٧

نقلاً عن د.عاطف النقيب ، مصدر سابق ، ص ٢٢ .

٢ - نقض مدني ، ٦ يوليو سنة ١٩٤٨ دالوز

، ص ٤٧١ .

نقلاً عن د . سهير سيد منتصر ، مصدر سابق ، ص ١١٤ .

الفرع الثاني

عناصر الحراسة

إن فكرة الحراسة تبنى على عنصرين ، هما العنصر المادي والعنصر المعنوي ، ويتكون العنصر المادي للحراسة من ثلاث سلطات ، تأتي أولها سلطة الاستعمال ثم تليها سلطة التوجيه وتتبعهما سلطة الرقابة (١).

إما العنصر المعنوي فينبغي استعمال الشيء لمصلحة الحارس ، وأن هذين العنصران يعبران عن السلطة الفعلية التي يملكها الحارس ، التي يكون بموجبها مسؤولاً عن الأضرار التي يحدثها الشيء محل الحراسة ، وسيكون الحديث عن العنصر المادي والعنصر المعنوي تبعاً .

أولاً: العنصر المادي للحراسة

إن العنصر المادي للحراسة هو السيطرة الفعلية على الشيء ، سيطرة تمكن صاحبها من استعمال الشيء ورقابته وتوجيهه (٢) ، ولا تتطلب هذه السلطة أن يكون الحارس واضعاً يده على الشيء مادياً ، أي لا تشترط الحيابة المادية للشيء ، فقد يكون الشيء في يد شخص آخر ويكون للحارس مع ذلك سلطة استعماله ورقابته ، كما لو سلم شخص لتابعه آلة ليستعملها في أداء عمله المكلف به ، مثال ذلك مالك السيارة يعهد بقيادتها إلى سائق أجير ، فإن المالك يكون هو حارس السيارة ولو أنها في حيازة السائق المادية ، وذلك لأن له السلطة على استعمالها وتوجيه سائقها (٣) . ولا يشترط أن يمارس الشخص سلطته على الشيء فعلاً فهو يعتبر حارس ولو لم يكن يستعمل الشيء إذ يكفي أن تكون للشخص هذه السلطة ولو لم يمارسها ، ما دام أحد لا يستطيع أن يعارضه إذا فكر يوماً في مباشرتها (٤) .

وقد جرى القضاء الفرنسي على ذكر هذه التعبيرات الثلاثة : استعمال ورقابة وتوجيه دون أن يبين المعنى المقصود من كل منهما وأحياناً كان يغفل أحدها (٥) ، وهذه الاصطلاحات يوضح بعضها

١- محمد سعيد أحمد الرحو، مصدر سابق ، ص ٧٦.

٢- شوان محي الدين ، المسؤولية عن حراسة الأشخاص التي تتطلب عناية خاصة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى ، ٢٠١٢ ، ص ٤٥ .

3- Mazeaud (Henri et Leon) - Traite theorique et pratique de la responsabilite civil , delictuelle , 3 Vol ., 4eme ed 1949 , p1159 .

نقلاً عن د . محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، ص ٨٤ .

٤ - د . محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، ص ٨٤ .

٥- مدني ، ١٧ ديسمبر ١٩٤٦ ، جازيت دي باليه ١٩٤٧ - ١ - ١٢٩ ، مدني ، ٢٤ نوفمبر ١٩٤١ دالوز الدوري ١٩٤٣ ، وقد اغفل ما تقدم ذكر كلمة الرقابة

نقلاً عن د . محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، ص ٨٥ .

الغموض الذي قد يكتنف بعض الاجزاء ، ويكمل النقص الحاصل فيه ، فهي ليست تعابير مستقلة ، وإنما متداخلة متكاملة إذ يوضح ويحدد ويكمل احدهما الآخر (١) .

ونوضح فيما يلي المعنى المقصود من هذه المصطلحات :

أ : الاستعمال ويعرف بأنه (هو سلطة الشخص في استعمال الشيء كاداة لتحقيق غرض معين) (٢) .
ويلاحظ على هذا التعريف أنه عرف الشيء ذاته بوصف الاستعمال سلطة ولا نلاحظ سلبية عليه وهذا ما نؤيده .
وعرفه آخر (الاستعمال لا يعني الاستعمال المادي فحسب وإنما يتمثل في استعمال الشيء على الصورة التي توفر للحارس غايته منه او حاجته في الحدود التي يحصل فيها عادة استعمال الشيء في الغرض المعد له) (٣) وإن هذا ليس تعريفاً وإنما وصفاً .
وعرفه آخر (الاستعمال يعني إمكانية التصرف ، وليس حتماً حصول التصرف عند وقوع الحادث ، بل الحق في التصرف به وان حصل بواسطة الغير) (٤) . وان هذا ليس تعريفاً للاستعمال إنما تحديد لإمكانية التصرف والحق في التصرف وهذا يقترب من الملكية وليس الاستعمال .
ولا يتطلب الاستعمال أن يكون الشخص مستحوذاً على الشيء من الناحية المادية ، فربما يثبت الاستعمال لشخص بينما يكون الشيء في حيازة آخر ، فالمهم ان يكون للحارس استخدم هذا الشيء لتحقيق ما يشاء من الاغراض (٥) ، فالشخص قد يبقى مستعملاً للشيء حتى لو كان ذلك الاستعمال يتم بواسطة شخص آخر (٦) .

1 - Mazeaud .o p. cit . p1160.

نقلاً عن د محمد لبيب شنب ، مرجع سابق ، ص ٨٥ .

2- Goldman , Barthold :

De la determination du gardien responsable du fait des choses inanimees , Lyon , 1946 .
P199.

نقلاً عن د . احمد شوقي محمد عبد الرحمن ، مصدر سابق ، ص ٦٤ ؛ د . سهير سيد منتصر ، مصدر سابق ، ص ١١٨ ؛ د . اياد عبد الجبار ملوكي ، مصدر سابق ، ص ١٣٧ ؛ د . عبد الحميد الشواربي ، التعليق الموضوعي على القانون المدني ، الكتاب الثاني ، مصادر الالتزام ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، بدون ذكر سنة طبع ، ص ٢٨٩ ؛ شوان محي الدين ، مصدر سابق ، ص ٣٧ .

٣- د . عاطف النقيب ، ، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن فعل الاشياء في مبادئها القانونية وأوجهها العملية ، المنشورات الحقوقية صادر ، ١٩٩٩ ، ص ٢٤ .

4- Req ..31 mars 1936 .Gp 1936 ,1868 ,Civ 13 juin 1985 .Gp 1985 ,pan 349 et observations
Durry a la Rtdc 1967 , 636.

نقلاً عن د هدى عبدالله ، مصدر سابق ، ص ٣٥٩ .

٥ - د . احمد شوقي محمد عبد الرحمن ، مصدر سابق ، ف ٦٨ ، ص ٦٤ ؛ د .اياد عبد الجبار ملوكي ، مصدر سابق ، ص ١٣٧ .

٦ - عز الدين الدناصوري ، مصدر سابق ، ص ٢٥٦ .

واستعمال الشيء قد يكون مباشراً يقوم به الشخص نفسه ، وقد يكون غير مباشر عندما يعهد الحارس لشخص آخر بأستعمال الشيء كالتابع مثلاً ، فقد يكون الشيء في حيازة شخص معين ، بينما سلطة الاستعمال تكون لشخص آخر ، وتبقى مسؤولية الشخص صاحب القدرة في استعمال الشيء قائمة ، حتى عندما يستعمل ذلك الشيء من قبل الشخص المتضرر أثر سماح الحارس له بذلك (١) . وتتحقق مسؤولية صاحب الشيء أيضاً عندما يطلب من الغير مساعدته في استعمال ذلك الشيء (٢) ، وقد تتحقق مسؤولية الشخص الذي يسيطر على استخدام الشيء بشكل آلي أو تلقائي ودون تدخل منه (٣) ، وإذا كان استعمال الشيء يتم وفقاً لما اعد له الشيء بطبيعته أو وفقاً لما يريده الشخص الذي يستعمله ، فأن مظهر الاستعمال قد يتحقق عندما يتم استعمال الشيء في ظل عمل ما من اعمال المهن المتعلقة بالشيء (٤) .

ولا يشترط أن يكون الغرض الذي يستخدم الشيء لتحقيقه غرضاً مادياً ، فالأغراض المعنوية تحقق معنى الأستعمال تماماً كالأغراض المادية ، فالشخص الذي يستعمل سيارته لأيصال صديق له أو التطوع بنقل طفل مصاب الى المستشفى ، يعتبر حارساً للسيارة المستعملة في ذلك ، فضلاً عن أن الغاية في استعمالها كانت بعيدة عن الكسب المادي (٥) .

ويجب أن تكون سلطة الاستعمال متوفرة للشخص عند وقوع الضرر لأمكان اعتباره مسؤولاً عن هذا الضرر ، فان لم تكن له هذه السلطة عند وقوع الضرر ، فانه لا يكون مسؤولاً ، سواء لم تكن هذه السلطة بيده في وقت من الأوقات ، أو لأن السلطة في استعمال الشيء كانت قد انقضت قبل الحادث ، أو لم تنشأ الا بعده (٦) ، ولا تتطلب سلطة الاستعمال أن يستعمل الشخص الشيء فعلاً ، بل يكفي ان يكون في مقدوره في أي وقت أن يباشر هذا الاستعمال دون أن يمنعه أحد أو أن يعوقه عائق (٧) .

١ - كالشخص الذي يستعمل آلات التسلية الكهربائية والميكانيكية التي يملك الحارس فيها السيطرة المركزية والمصعد الذي يتم استعماله من قبل المستفيدين منه بينما يبقى صاحب العمارة حارساً له .

٢ - فالشخص الذي يساهم في تشغيل مركبة أو آلة ما بناءً على التماس المستخدم الدائم لها بمساعدته لا يكون مسؤولاً عن الاضرار التي تنتج عن المركبة نتيجة ذلك طالما كانت هذه المساهمة بناءً على طلب الحارس الذي يظل محتفظاً بقدرة الاستعمال .

٣ - كالأشياء التي تحركها قوى الطبيعة كالرياح مثلاً .

٤ - Savatier. o p. cit . p 476 .

واستناداً على ذلك فالميكانيكي الذي يتولى اصلاح السيارة يكون مستعملاً لها اثناء فترة التصليح . اورده د . محمد سعيد احمد الرحو ، مصدر سابق ، ص ٨٠ .

5- Goldman . o p. cit . p199.

نقلًا عن عز الدين الدناصوري ، مصدر سابق ، ص ٣٥٦ ؛ د . سهير سيد منتصر ، مصدر سابق ، ص ١١٩ .

٦ - د . اياد عبد الجبار ملوكي ، مصدر سابق ، ص ١٣٨ .

٧ - د . محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، ص ٨٦ .

وإن سلطة الاستعمال تبقى قائمة حتى في حالة التوقف الوقتي عن استعمال الشيء ، إذ تظل الحراسة بيد صاحب السلطة في ذلك الاستعمال ما دامت سلطته بالبدء ومعاودة الاستعمال مجدداً قائمة (١) ، وإن سلطة الاستعمال ربما تثبت للشخص بمقتضى حق عيني له على الشيء كالملكية ، وقد تكون للشخص استناداً الى حق شخصي يستمده من عقد يخوله هذه السلطة كحق المستأجر والمعير للشيء ، وقد يستند الاستعمال الى قرار اداري صادر من السلطة العامة كالاستيلاء على الشيء للمصلحة العامة ، وقد لا يستند الاستعمال الى حق ما ، كما هو الحال بالنسبة للحائز ، بل قد يثبت الاستعمال نتيجة عمل غير مشروع كالسرقة (٢) ، وأن مجرد استعمال الشيء لا يعتبر احد مظاهر العنصر المادي للحراسة ، فالشخص الذي يستعمل الشيء لا يعتبر حارساً ما لم يرتبط هذا الاستعمال بمصلحته الشخصية ، وهذا ما يفسر لنا عدم اعتبار التابع حارساً للشيء رغم الاستعمال المادي له (٣) .

ب : التوجيه :

يرى معظم الفقهاء أن التوجيه أو كما يسميه البعض (بالأدارة) (٤) (يعني ملاحظة سلوك الشيء وتتبع حركته بحيث يبقى ضمن الخطة الموضوعة لعمله أو تحركه أو ادائه ، فأذا احدث هذا الشيء ضرراً للغير كان ذلك قرينة على حصول خلل في الادارة والرقابة ، فهي سلطة تقدير كيف تم استعمال الشيء ووقته وتحديد الغرض الذي يستخدم الشيء في تحقيقه ، وتعيين الاشخاص الذين سمح لهم بالاستفادة من هذا الاستخدام) (٥) .

فيلاحظ على هذا التعريف أنه عرف الشيء ذاته إذ عرف التوجيه بملاحظة سلوك الشيء ، وهذا ما نؤيده . فالشخص الذي يملك توجيه الشيء تكون له القدرة على تحديد طريقة استخدامه ، ووقت ذلك الاستعمال والغرض منه ، وتحديد الاشخاص الذين يسمح لهم بالانتفاع من الاستخدام ، وهو الذي يحدد نهج العمل الذي ينبغي السير على طريقه (٦) ، وإذا كان الشيء مركبة مثلاً ، فإن القدرة على التوجيه

١ - د . عاطف النقيب ، مصدر سابق ، ص ٢٤ .

٢ - د . عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصدر سابق ، فقرة ٧٢٦ .

٣ - د . محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، ف ٨٠ .

٤ - د . عاطف النقيب ، مصدر سابق ، ص ٢٥ .

5 - Goldman . o p . cit . p185.

نقلاً عن د . احمد شوقي محمد عبد الرحمن ، مصدر سابق ، ص ٦٥ ؛ د . اياد عبد الجبار ملوكي ، مصدر سابق ، ص ١٣٨ ؛ د . طارق عبد الرؤوف صالح رزق ، المسؤولية المدنية لحارس الاشياء الخطرة في القانون المدني الكويتي - مع الإشارة الى المسؤولية عن حراسة السيارة اثناء ارتكابها حادث ، دار النهضة العربية ، الطبعة الاولى ، ٢٠١٠ ، ص ١٠٨ ؛ شوان محي الدين ، مصدر سابق ، ص ٣٩ ؛ د . هدى عبدالله ، مصدر سابق ، ص ٣٥٩ .

٦ - د . سهير سيد منتصر ، مصدر سابق ، ص ١٢٠ .

تكون للشخص الذي يمكن ان يقرر ما اذا كان ينبغي ان تبقى المركبة في الموقف المحدد لها ام لا تبقى ، ويحدد من الذي يسمح له بقيادة المركبة وما هي الطرق التي يجب ان تسلكها ، وما الاماكن التي يجب أن تذهب اليها ويرى جانب من الفقه الفرنسي ان المقصود بالتوجيه هو التوجيه المعنوي ، أي سلطة الامر المتعلقة باستخدام الشيء ، فمالك السيارة له سلطة التوجيه على سيارته التي يقودها سائق يخضع لأوامره وتعليماته في أداء عمله (١) .

ويظل الشيء خاضعاً لسلطة الحارس في التوجيه حتى وان ابتعد عن الشيء ، فمالك السيارة يعتبر حارساً لها ، حتى وان تركها في الشارع لشراء بعض حاجياتها ، او تركها في فناء السكة الحديد لحين عودته من السفر ، ففي مثل هذه الحالات يكون للمالك سلطة التوجيه ، أي سلطة الامر بالنسبة لهذه السيارة ، فيستطيع ان يستخدمها عند عودته ، او يأمر بنقلها الى مكان آخر (٢) .

وان التوجيه له مدلولان ، أحدهما مادي ويتجلى بوضع اليد على الشيء وتوجيهه فعلياً ، كالعامل الذي يضع يده على محرك المركبة لتشغيله ، والآخر معنوي ويكمن في السلطة على الشيء امراً وتوجيهاً ، فصاحب المحرك يتمتع بالنسبة اليه بمثل هذه السلطة ذات الطابع المعنوي في الوقت الذي يكون تابعه عاملاً عليه من دونه .

اذ ان بعض الفقهاء يرون بحق ، اعتبار سلطة الادارة والتوجيه من اهم السلطات الثلاث ، وهي المرتكز الأساس للركن المادي للحراسة (٣) .

في حين يرى البعض الآخر أن هذه السلطة ترتبط بسلطة الاستعمال وتتداخل معها بحيث تظهر للعيان كسلطة واحدة ، ولذلك يجب أن تحصى سلطة الاستعمال بالأولوية بين تلك السلطات (٤) .

ويرى جانب من الفقه بأن الادارة والتوجيه من أهم السلطات الثلاث ، فتجريح سلطة الاستعمال او الاكتفاء بها ، لا يمكن أن يعطي التبرير المقنع عن المسؤول عن الاضرار الناتجة عن الاشياء غير المستعملة ، بالاضافة الى أن التعويل على سلطة الاستعمال كدليل يتولى حيازة او ادارة الشيء ، وتوجيه

1- Mazeaud . op. cit . p1160.

نقلاً عن د . عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصدر سابق ، ف ٧٢٦ ؛ د . عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، الجزء الاول ، مصادر الالتزام ، ط٤ ، بغداد ، المكتبة القانونية ، ١٩٧٤ ، ف ٩٩٣ ، ص ٦٠٦ .

2- – Josserand :

-cours de droit civil positif francais , t . 2, 2e ed 1935 , p ٥٤٤ , Mazeaud . o p . p. ٣١٥

نقلاً عن د . احمد شوقي محمد عبد الرحمن ، مصدر سابق ، ص ٦٥ ؛ د . اياد عبد الجبار ملوكي ، مصدر سابق ، ص ١٣٩ .
٣ - د . عاطف النقيب ، مصدر سابق ، ص ٢٥ ؛ د . محمد سعيد احمد الرحو ، مصدر سابق ، ص ٨٣ .

4 - – Stark (B) – Essai dune theorie generale de la responsabilite civile considere en sa double fonction de garantie et de peine privree , paris 1947 , p 246.

نقلاً عن د . محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، ص ٨٨ .

الأوامر نيابة عن مالكة ، فإن النائب يمارس وفقاً للتفسير المادي للتوجيه ، سلطة الاستعمال وإدارة الشئ من الناحية المادية ، الا أنه ووفقاً للتفسير المعنوي لتلك السلطة لا يكون مسؤولاً عن الاضرار التي تنتج عن الشئ طالما كان صاحبه قد احتفظ باليد على الشئ ، وطالما كان باستطاعته أن يقيد سلطات نائبه او يعزله متى ما اراد ذلك ، وما دام النائب يعمل لمصلحة ولحساب الأصل ولم يخرج عن حدود النيابة (١) وهذا ما نؤيده لتبريراته المذكورة اعلاه .

ونظراً لأرتباط سلطة التوجيه هذه بسلطة الاستعمال فانها تكون عادة للشخص الذي له استعمال الشئ فعلاً ولذلك يغفل بعض الشراح الاشارة اليها اكتفاء بسلطة الاستعمال ذاتها (٢) .

ج : الرقابة

والمقصود بالرقابة (هو سلطة فحص الشئ وتعهده بالصيانة والاصلاح واستبداله بما يتلف من أجزاء أخرى سليمة لضمان صلاحيته للاستعمال الذي اعد له (٣) . ويلاحظ على هذا التعريف بين ذات الشئ بوصفه للرقابة بأنها سلطة ، وقصير العبارة واحتوى مضمون المصطلح ولا نلاحظ عليه شئ سلبي وهو ما نؤيده .

وأن الرقابة تقع على الشئ ذاته لا على استعماله ، والرقابة اضيفت الى مدلول الادارة من أجل التوضيح ومنع الالتباس ، وهذه الرقابة قد يراها البعض ملازمة للتمييز بحجة انه لا يمكن أن يمارسها من لا تميز عنده . وهذا ما بدى من قرار لمحكمة النقض الفرنسية اصدرته في ١٩٤٧/٤/٢٨ (٤) . وعدت فيه فاقد التمييز لا يمكن أن يكون الحارس للشئ الذي استعمله والمسؤول عن ضرره .

ولكن محكمة النقض الفرنسية عادت وعدلت عن رأيها ذاك عندما ابقت الحراسة بيد الشخص الذي فقد تمييزه وقت استعماله الشئ ونشوء الضرر عنه (٥) .

١ - د . محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، ف ١٠٨ ، ص ١٢٩ .

2- Stark . o p . cit . p 246.

نقلاً عن د . محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، ص ٨٨ .

3 - Goldman . o p . cit . p112.

ابتدائي القاهرة ٢٠ أكتوبر ١٩٥٤ مجلة التشريع والقضاء ٧-٢١-٥٧ .

نقلاً عن د . احمد شوقي محمد عبد الرحمن ، مصدر سابق ، ص ٦٥ ؛ د . اياد عبد الجبار ملوكي ، مصدر سابق ، ص ١٣٩ .

٤ - مجلة دالوز ١٩٤٧ ، ص ٣٢٩ .

نقلاً عن د . محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، ص ٢٥ .

٥ - تمييز مدني فرنسي ، ١٩٧٣/١٠/٢٤ ، مجلة القصر ، ١٩٧٤/٢/١٣ .

نقلاً عن ، د . محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، ص ٢٦ .

وهذه الرقابة لا تعني بالضرورة بقاء الحارس الى جانب الشئ يلاحظه او يعاينه ، إذ يمكن في مظاهر لها أن تكون ذات مدلول معنوي ، فقد يعهد صاحب الشئ الى تابع له او متعاقد معه بمراقبة الشئ فعلياً أثناء استعماله ، ويظل بعد الذي عهد به الحارس له طالما ان سلطة التابع او المتعاقد في هذا الشأن تأتي امتداداً لسلطة الحارس او انطلاقاً منها .

وهذه هي المظاهر المادية للسيطرة الفعلية على الشئ (التوجيه او الادارة والاستعمال ، والرقابة) وهذه هي مظاهر او سلطات لحارس الشئ ، وأن توافرت في يد الشخص أمكن اعتباره حارساً لهذا الشئ بشرط توافر العنصر المعنوي للحراسة .

وإن لم تتوافر هذه المظاهر لم يكن هذا الشخص هو الحارس ، على أنه يحدث أن تنفصل السلطات المميزة للحارس بحيث لا تكون له الا سلطة واحدة منها او سلطتان فقط وتقلت الثالثة من يده ، كما اذا كان لشخص سلطة استعمال الشئ ولكن لم يكن له توجيهه ولا رقابته .

فقد تنفصل سلطا الاستعمال والتوجيه ، فيكون الاستعمال لشخص ويكون التوجيه لشخص آخر ، كما اذا أجر شخص سيارته فانتقلت الى المستأجر سلطة استعمال السيارة ، لكن المؤجر احتفظ لنفسه بحق التوجيه فاشترط أن لا يقودها شخص غير المستأجر ، والا يستقلها عدد محدد من الركاب ، او الا تنقل فيها بضائع او الا تسير في طريق غير معبد ، وقام فعلاً بمراقبة المستأجر في تنفيذه لهذه الشروط .

كذلك الحال اذا قيد المعير سلطة المستعير في استعمال الشئ بحيث تكون سلطة التوجيه له لا للمستعير ، فان المعير هو الذي يكون الحارس (١) . ويفترض أن المالك قد احتفظ لنفسه بسلطة التوجيه اذا كان موجوداً وقت استعمال الشئ ، كما إذا جلس في السيارة المعارة إلى جانب المستعير او اذا كان قد قدم تابعاً له ليقوم بقيادة السيارة دون أن يخضع في ذلك لأوامر وتعليمات المستأجر او المستعير ، او اذا كان المستعير في موقف خضوع ادبي بالنسبة له كما إذا أعار الاب لأبنة القاصر سيارته (٢) .

ولا ينبغي النظر الى سلطة الرقابة على انها سلطة فعلية متلازمة مع الشئ ، فقد يكون لهذه السلطة مدلول معنوي عندما يعهد صاحب الشئ الى شخص آخر بمراقبة الشئ فعلياً أثناء استعماله ،

1- Mazeaud . o p . cit . p 144 , Savatier. o . p . .474.

نقلاً عن د. محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، ص ٨٩ .

2 -Besson (Andre) – La notion de garde dans la responsabbilite du fait des choses ,
Dijon 1927, Goldman . o p . cit . p 191 .

نقلاً عن د. محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، ص ٩٠ .

وتبقى له الرقابة المعنوية لكي يمارسها من خلال الأشراف على الشئ واعطاء الأوامر الى الشخص الذي يديره ويستعمله من الناحية الفعلية ، إذ إنَّ إدارة هذا الأخير تُعد امتداداً لسلطة متولي الرقابة (١) .

ثانياً :العنصر المعنوي

المقصود بالعنصر المعنوي هو (استخدام الشئ لمصلحة الشخص الذي يملك عليه السلطة الفعلية) (٢) .
إذ يلاحظ على هذا التعريف أنه عرف ذات الشئ ، وقصير العبارة واحتوى على مضمون المصطلح ولا نلاحظ سلبية عليه وهذا ما نؤيده .

فلا يمكن عدّ ذلك الشخص الذي يتحكم بالعنصر المادي للحراسة حارساً للشئ ، الا اذا كان استعماله مقترناً بتحقيق الفائدة لحسابه الخاص ، وكانت ارادته مستقلة غير خاضعة لارادة الغير ، فالهدف من السيطرة المادية على الشئ يرتبط بتحقيق المصلحة الشخصية لمالكه ، او لمن يكون الشئ تحت يده ، فأذا كان الشخص الذي يملك العنصر المادي يستخدم الشئ لمصلحة آخر او لحساب غيره ، ولا يملك الحرية في استخدامه فلا يمكن عدّه حارساً للشئ ، وعليه فإن التابع الذي يملك مظاهر السلطة المادية على الشئ لا يمكن ان يكون حارساً له ، ما دام استخدامه للشئ كان لمصلحة متبوعه ، وكانت سلطته على الشئ تنحصر في السيطرة الفعلية فقط ، والحال نفسه بالنسبة للنائب ، فإنه لا يُعد حارساً للشئ الذي نتج عنه الضرر وتبقى الحراسة للأصيل الذي يتم استخدام الشئ بناءً على توجيهه ومراقبته لمصلحته الخاصة ولا يكفي عدّ الشخص حارساً ان تتوافر له المظاهر المادية (الاستعمال والتوجيه والرقابة) ، بل يجب فضلاً عن ذلك أن يباشر هذه المظاهر المادية لحسابه الخاص ، اي بقصد تحقيق مصلحة او فائدة شخصية له ، ذلك أنه اذا لم يكن يعمل لحسابه الخاص فان سيطرته على الشئ لا تكون كافية .

ولا يشترط في المصلحة التي يسعى الحارس لتحقيقها ان تكون مصلحة مالية بل يصح ان تكون مصلحة او فائدة ادبية او معنوية ، فمالك السيارة الذي يخرج بها للنزهة والترويح عن النفس يستعملها لحسابه الخاص اذ يحقق بها مصلحة ادبية ، كذلك اذا قام شخص بتوصيل صديق له الى مكان يقصده على سبيل المجاملة فانه يحقق لنفسه فائدة ادبية من وراء هذا التوصيل (٣) .

١ - د . عاطف النقيب ، مصدر سابق ، ص ٢٤ ؛ د . محمد سعيد احمد الرحو ، مصدر سابق ، ص ٨٦ ، فصاحب المركبة الذي يسلم المركبة الى سائقه او شريكه القائم بالعمل الفعلي يبقى محتفظاً بالرقابة المعنوية على الشئ ، ومالك المصعد الذي يضعه في خدمة نزلاء العمارة يبقى محتفظاً بالرقابة المعنوية عليه رغم عدم تواجده بقربه اثناء عمله .

٢ - د . محمد سعيد احمد الرحو ، مصدر سابق ، ص ٨٧ .

٣ - د . محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، ص ٩٨ .

ويكون المتبوع حارساً للشئ حتى ولو كان غير مميز ما دامت الفائدة من الشئ تعود له ، ولا يغير من الأمر شيئاً ، حتى لو كان التابع غير مميز (١) .

ويثار الخلاف عندما يستعمل التابع الاشياء المسلمة له ، والتي تعود لمتبوعه لأغراضه الخاصة وعما اذا كان يعتبر في هذه الحالة حارساً للشئ ام تبقى الحراسة للمتبوع ؟

فجانِب من الفقه يرى بان التابع يصبح الحارس المسؤول عنها لانه تصرف على مسؤوليته ووفق ارادته وتوجيهه ولمصلحته الخاصة ، وان تصرفه لم يقترن بمشيئة او توجيه المتبوع ، ولذلك ليس من العدل والوجدان ان يتحمل المتبوع المسؤولية دون أن يكون له اي دور فيما حدث (٢) .

بينما جانب آخر من الفقه يرى بقاء المسؤولية بالنسبة للمتبوع الذي لا يفقد حراسته حتى بأستعمال التابع الشئ لمصلحته (٣) .

ونحن نؤيد الرأي الاول القائل بمسؤولية التابع ، لانه تصرف وفقاً لارادته وتوجيهه ولمصلحته الخاصة ، فتكون له السيطرة الفعلية في هذه الحالة المتمثلة بالعنصر المادي اضافة الى العنصر المعنوي وتتحقق الحراسة له .

ويثار التساؤل هل يشترط في الحارس أن يكون مميزاً ؟

وللأجابة على ذلك سوف نتطرق الى موقف التشريع العراقي والتشريعات محل المقارنة ، ومن ثم موقف الفقه من ذلك .

١ - من جانب التشريع

إن موقف المشرع العراقي من مسؤولية عديم التمييز عن الاضرار التي يلحقها بالآخرين في المسؤولية عن الأفعال الشخصية هي مسؤولية اصلية ، وتحقق ضده بشكل مباشر ، فالمادة (١٩١ / ١) من القانون المدني العراقي قد ارسيت هذا المبدأ بنصها (اذا اتلف صبي مميزاً او غير مميز او من في حكمهما مال غيره لزمه الضمان في ماله) . فوفقاً للتشريع العراقي لا يشترط التمييز في الحارس ، لان مسؤولية عديم التمييز مسؤولية مباشرة واصلية .

^١ - د . محمود السيد عبد المعطي خيال ، تحديد العلاقة بين مسؤولية المتبوع ومسؤولية حارس الشئ غير الحي ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس ، ١٩٨٨ ، ص ٨٠ .

^٢ - Savatier. o p . cit . p 400 .

نقلاً عن د . محمد سعيد احمد الرحو ، مصدر سابق ، ص ٨٨ .

^٣ - د . عبد الفتاح عبد الباقي ، المسؤولية التقصيرية عن حوادث السيارات وغيرها من الاشياء الخطرة تأسيساً على حراستها ، محاضرات مطبوعة على الآلة الطابعة في كلية الحقوق والشريعة ، جامعة الكويت ، ١٩٧٣ ، القاهرة ، ١٩٨٥ ، نقلاً عن د . محمد سعيد احمد الرحو ، مصدر سابق ، ص ٨٨ .

اما المشرع المصري فإنه عدَّ بالأمكان مساءلة الشخص عن أعماله غير المشروعة عندما يكون مميزاً وقررت ذلك المادة (١٦٤ / ١) من القانون المدني المصري التي نصت على (يكون الشخص مسؤولاً عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز) .

فوفقاً للتشريع المصري يشترط التمييز في الحارس ، وهذه هي القاعدة العامة في هذا التشريع ، لان الفقرة الثانية من المادة المذكورة والتي نصها (ومع ذلك اذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسؤول عنه ، او تعذر الحصول على تعويض من المسؤول ، جاز للقاضي ان يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعيّاً في ذلك مركز الخصوم) .

فالمسؤولية هنا استثنائية وجوازية واحتياطية ، فالصفة الاستثنائية لها تنبع من كونها مقررة خلافاً للقاعدة العامة الواردة في الفقرة الاولى من المادة (١٦٤) من القانون المدني المصري والتي تقرر المسؤولية المدنية على الشخص المميز فقط ، وهي مسؤولية احتياطية لا يصار الى تطبيق احكامها الا عند عدم وجود من ينوب عن القاصر ، أو عند تعذر الحصول على تعويض من المسؤول لأي سبب كان ، وهي جوازية بحيث يعود تقدير الحكم فيه للقاضي ومراعيّاً مركز الخصوم ما دام نابعاً من اعتبارات العدالة والانصاف (١) .

بينما موقف المشرع الفرنسي في القواعد العامة للقانون المدني الفرنسي يشترط التمييز لثبوت المسؤولية وبعدها قد اصدر قانون رقم (٦٨) في ٣ / ١ / ١٩٦٨ الذي جاء معدلاً لأحكام المادة (٤٨٩) من القانون المدني الفرنسي بأضافة فقرة جديدة لها إذ اصبحت تقرأ بعد التعديل على النحو الاتي (يسأل من يحدث ضرراً للغير عن تعويضه حتى ولو كان مصاباً بخلل عقلي) . فوفقاً للتشريع الفرنسي لا يشترط التمييز لدى الشخص لأعتباره حارساً .

٢ - من جانب الفقه :

هناك جانب من الفقه في العراق لا يشترط التمييز في الشخص لعدّه حارساً (٢) ، فالمشرع العراقي عندما القى بالمسؤولية مباشرة على الصغير غير المميز او الصبي المميز او من في حكمهما كالمجنون او المعتوه ، تجعل إقامة المسؤولية عليه بعيداً عن فكرة الخطأ ، وبالنتيجة تجعل البحث او التمسك بالعنصر المعنوي للحراسة امراً عديم الفائدة (٣) .

أما الفقه في مصر فإنه لم يتفق على اشتراط التمييز في حارس الشئ ، حيث ذهب جانب من الفقه (٤) .

١ - د . سليمان مرقس ، مصدر سابق ، ف ٩٦ ، ص ٢٥١ .

٢ - د . اياد عبد الجبار ملوكي ، مصدر سابق ، ص ١٥٣ .

٣ - د . محمد سعيد احمد الرحو ، مصدر سابق ، ص ٩٨ .

٤ - د . عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصدر سابق ، ف ٧٣٥ .

الى وجوب توافر التمييز لدى الشخص لكي يمكن عدّه حارساً للشئ ومسؤولاً عما يحدثه من اضرار للآخرين ، والقائلون بهذا الاتجاه ممن يرون تحقق مسؤولية الحارس بتوافر الخطأ يسوقون التسويقات الآتية لدعم رأيهم :

أ - اذا كان من المتعذر نسبة الخطأ الواجب الاثبات عن الأفعال الشخصية الى عديم التمييز فمن باب اولى عدم امكانية اسناد الخطأ المفترض اليه ولذلك يتعذر معه عدّه حارساً مسؤولاً عن فعل الشئ الذي في حراسته ما دام تلك الحراسة مؤسسة بدورها على اساس من الخطأ المفترض (١) .

ب - يذهب القائلون بهذا الاتجاه الى تفسير الحراسة تفسيراً ينطوي على عنصر نفسي أو ذاتي يتمثل بتوافر الارادة المميزة المدركة ، وأن عديم التمييز لا يملك مثل هذه الارادة ، فلا يمكن اذاً عدّه حارساً للشئ مسؤولاً عن اضراره ، وأن انصار هذا الرأي يستشهدوا بنص الفقرة (١) من المادة (١٦٤) من القانون المدني المصري التي توجب لأمكان مساءلة الشخص عن افعاله الشخصية ، أن تكون قد حدثت منه وهو مميز ، واذا كان الأمر هكذا في المسؤولية عن الافعال الشخصية فأن هذا المبدأ ينسحب عن طريق القياس على حارس الشئ المسؤول عنه .

وأما الجانب الآخر من الفقهاء (٢) والذين ناصرُوا الفقه والقضاء الفرنسي فأنهم يرون عدم اشتراط توافر اهلية التمييز لدى الشخص لعدّه حارساً على الشئ ويدعمون رأيهم بالحجج الآتية :

أ - اذا كان من المسلم به أن مناط الحراسة هو السيطرة الفعلية على الشئ ، فليس هناك ما يمنع من تحقق هذه السلطة لعديم التمييز ، وحتى مع افتراض عدم قدرته على مباشرة تلك السلطة بنفسه فليس ثمة ما يحول دون مباشرة متولي الرعاية عنه لتلك السيطرة (٣) ، فالمركز القانوني للحارس عديم التمييز في مثل هذه الحالة يشابه المركز القانوني للمتبوع الذي نصت عليه المادة (١٧٤) من القانون المدني المصري التي عدّت المتبوع مسؤولاً عن أفعال تابعيه بغض النظر عن توافر التمييز ، واذا كان الفقه قد فسر هذا النص تفسيراً واسعاً شاملاً لنطاق المتبوع المميز وغير المميز ، واذا كانت المسؤولية تلقى على عاتق المتبوع غير المميز عن التصرفات الصادرة ممن هم في خدمته وتبعيته ، فأن القياس والمنطق يقضيان بأن يكون الحارس غير المميز مسؤولاً عن الاشياء التي في حراسته ، طالما كانا يشتركان في علة واحدة تتمثل في عدم قيامها بخطأ شخصي وطالما كانت مسؤوليتهما تتحقق بفعل الغير (٤) .

١ - د . سهير سيد منتصر ، مصدر سابق ، ص ١٦١ .

٢ - د . عز الدين الدناصري ، مصدر سابق ، ص ٣٥٧ .

٣ - Mazeaud . o p . cit . p 368 .

نقلاً عن د . محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، ص ٩٩ .

٤ - د . احمد شوقي محمد عبد الرحمن ، مصدر سابق ، ف ١٨٢ ، ص ١٧٨ .

ب – إن البعض من القائلين بهذا الاتجاه لا يرى قيام مسؤولية الحارس على أساس من الخطأ وإنما تنهض هذه المسؤولية على أساس الضرر ، أو تحمل التبعة ، ومما لا شك فيه أن قيام المسؤولية على هذا الأساس لا يستلزم التمييز (١) .

ج – يرى بعض الباحثين المصريين أنه ينبغي استبعاد العنصر النفسي أو المعنوي عندما يراد تحديد مفهوم الخطأ والاكتفاء بالعنصر الموضوعي المتمثل بالانحراف عن السلوك الواجب اتباعه دون أكرات بمدي توافر ملكة التمييز والادراك عند الفاعل ، وإذا كان الأمر كذلك في الخطأ الواجب اثباته ، فإنه يسري بالنسبة للخطأ المفترض الذي تبني عليه مسؤولية حارس الشئ ، الذي يلحق ضرراً بالغير وهو تحت حراسته (٢) .

د – إذا كان قصد المشرع عند اقراره المادة (١٧٤) من القانون المدني المصري ضمان حقوق الشخص المتضرر تجاه القاصر ، فإن العلة التي حملت المشرع على اقرار هذا النص ينبغي أن تكون قائمة كذلك بالنسبة للاضرار التي تصيب الغير من جراء الشئ الذي يتولى حراسته شخص غير مميز والقول بخلاف ذلك يؤدي الى نتيجة غير مقبولة منطقياً (٣) .

أما فيما يخص الفقه الفرنسي ، فإن الفقهاء لم يتفقوا على اشتراط التمييز لدى الحارس وتمتعه بالادراك والتمييز لإمكان مساءلته (٤) .

ويميل القائلون بوجوب توافر التمييز لدى الحارس ، الى تفسير الحراسة تفسيراً ينطوي على عنصر ذاتي وبما يتفق مع الاتجاه الذي كان سائداً ، المتضمن اشتراط توافر العنصر النفسي للخطأ الذي يتمثل بالادراك والتمييز ، الذي لا تتوفر لديه اراده مدركة واعية لا يمكن أن يكون حارساً يلقي عليه عبء المسؤولية عن الشئ الذي تسبب بالحاق الضرر بالآخرين ، ويخلص هؤلاء الفقهاء الى القول بأنه اذا كانت المسؤولية عن فعل الشئ تبني على الخطأ المفترض ، فينبغي اسناده الى شخص يملك اهلية تمييز ، لكي يمكن مساءلته عن ذلك الخطأ ، نظراً لان عديم التمييز لا يمكن تصور نسبة الخطأ اليه لفقدان عنصر الادراك وهو أحد عنصري الخطأ لديه .

١ - د . عبد السميع عبد الوهاب ابو الخير ، الحراسة وعلاقة السببية في المسؤولية عن الاشياء ، مكتبة وهبة ، القاهرة ، ١٩٨٢ ، ص ٥٦ .

٢ - د . محمود السيد عبد المعطي خيال ، مصدر سابق ، ص ٨٠ - ٨١ و ١٤٦ - ١٤٧ .

٣ - اذ يستنتج من ذلك ان المتبوع القاصر يكون مسؤولاً عن الضرر الناتج عن الشئ وهو في يد تابعه ، بينما لا يكون مسؤولاً باعتباره حارساً للشئ وهو في يد تابعه .

٤ - Neagu – Responsabilite civile extracontractuelle de l'aliene , paris 1927 , p233 , Rodiere – La responsabilite civile , paris 1952, p 611 .

نقلاً عن د . محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، ص ٩٩ .

وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية آراء أولئك الفقهاء في احكام عديدة عندما قضت بأن من غير الممكن عدُّ الشخص عديم التمييز حارساً للشئ الذي سبب الضرر ، ورفضت تحقق المسؤولية المفترضة ضد الشخص الذي لا يتمتع بتمييز وادراك كاملين (١) .

الا أن هذا الاتجاه لم يكتب له البقاء طويلاً ، إذ نبذه الفقه و عدل عنه القضاء ، فقد ذهب أحد فقهاء القانون المدني الفرنسي للأخذ بإمكانية قيام المسؤولية ضد حارس الشئ حتى عندما يكون عديم التمييز (٢) ، سواء كان انعدام التمييز بسبب صغر السن أو خلل في قواهم العقلية .

ولم يكن هذا التحول مقتصرأ على المجال الفقهي ، فقد عدلت محكمة النقض الفرنسية عما استقرت عليه سابقاً عندما اصدرت حكمها الشهير بتاريخ ١٤ / ١٢ / ١٩٦٤ في القضية المعروفة بقضية (تريشار) (٣) . وأن محكمة النقض الفرنسية حسمت التردد في اشتراط التمييز لدى الحارس عندما اصدرت بهيئاتها المجتمعة حكماً شهيراً لها في ٩ / ٥ / ١٩٨٤ ، عرف بقضية (ديسمارس) ، اعتبرت فيه الطفل الصغير غير المميز (وكان عمره ثلاث سنوات) حارساً للأشياء التي تحت تصرفه ، وأن لم يكن مدركاً أو مميزاً وقت حدوث الضرر طالما كانت له سلطات الاستعمال والتوجيه والرقابة .

^١ - وقد قضت المحكمة المذكورة بنفي المسؤولية عن شخص مجنون اطلق النار على شخص آخر من مسدس كان بيده ، بأعتباره عديم التمييز ، وقد عللت حكمها بقولها (ان سلطة الاستعمال والتوجيه والرقابة التي تعتبر اساس الحراسة وقوامها التي تلزمه بالتعويض استناداً للمادة (١ / ١٣٨٤) المعدلة لا تنهض لدى الشخص عديم التمييز ، اذ ينبغي لألقاء المسؤولية المفترضة على شخص ما بأعتباره حارساً للشئ ان يكون قادراً على الادراك والتمييز . القرار المؤرخ في ٢٨ / ٤ / ١٩٤٥ ، منشور في دالوز ١٩٤٧ - ١ - ٣٢٩ ، وبنفس هذا الرأي القرار الصادر في ٢٤ / ٩ / ٥٧ و المنشور في المجلة القضائية للقانون المدني ، ٧٨ - ١٩٥٨ . نقلاً عن د . محمد سعيد احمد الرحو ، مصدر سابق ، ص ٩٠ .

² - Mazeaud . o p . cit . p 522 , Savatier . o p . cit . p 155 , Weill A. et Terre f : Droit civil Les obligations 4e me ed- 1980 , p 631 , Le Tourneau . ph . La responsibilite civile , paris , 3e e dition 1982 , p 2401 , Marty G. et Raynaud B, driot civil T .ii v2, ed, 1988 paris, p333 .

نقلاً عن د . محمد سعيد احمد الرحو ، مصدر سابق ، ص ٩١ .

^٣ - المتضمن (بينما كان احد اصحاب السيارات يقود سيارته اصاب بنوبة صرع فقد على اثرها ادراكه ، واصاب أحد المارة بأضرار جسيمة ، فقضت محكمة الجزاء بالافراج عنه لأنه لم يكن اهالاً للعقاب ، فأن الشخص المتضرر قاضاه امام المحكمة المدنية مؤسساً دعواه على ما تقضي به المادة (١ / ١٣٨٤) المعدلة من القانون المدني الفرنسي ، فأن المحكمة اجابت طلبه وحكمت على (تريشار) بالتعويض ، ذلك لأن المادة المذكورة تلقي بمسؤولية مفترضة على حارس الشئ عن ما يحدثه هذا الشئ من ضرر ، وهذه المسؤولية المفترضة تقوم على افتراض قاطع لا سبيل لدفعها الا باثبات السبب الاجنبي ، وان الصرع لا يعتبر سبباً اجنبياً ، لان السبب الاجنبي لا يكون كذلك ، الا اذا كان عارضاً خارجياً ، وكان هذا الحكم المؤثر الحاسم لتحول محكمة النقض الفرنسية عن آرائها السابقة ، ثم تواترت بعده احكاماً كثيرة صادرة عنها كانت تجري في مجراه وتسير على غزاره ، وأن محكمة النقض الفرنسية عدت الشخص قد بقي حارساً وان لم يعد في الوضع الذي يستطيع معه ان يمارس بصورة صحيحة سلطات الرقابة والادارة والاستعمال لاختلال في قوته العقلية ، او لأضطراب نفسي اعتراه ، فمثل هذا الاضطراب وذاك الأختلال لا يؤلفان سبباً خارجاً عن الحارس او مستقلاً عنه من شأنه اعفائه من التبعية

نقض مدني فرنسي ، ١ - ٣ - ١٩٦٧ . نقلاً عن د . عاطف النقيب ، مصدر سابق ، ص ٣٣ .

وبذلك استقرت محكمة النقض الفرنسية في الوقت الحاضر على عدم اشتراط توافر التمييز عند الشخص لأعتباره حارساً للشئ الذي ينتج عن فعله ضرراً للآخرين ، و اقرار سريان المادة (٤٨٩) من القانون المدني الفرنسي المعدلة على كافة أولئك الذين يعانون من عدم التمييز وسواء كان ذلك بسبب صغر سنهم او سبب مرض عقلي طارئ (١) .

ومن كل ما تقدم نحن نؤيد رأي الفريق الفقهي الثاني ، القائل بعدم اشتراط التمييز لدى الحارس ، لأن ادلتهم تنطبق مع فكرة الحراسة ، حيث من المتصور أن يكون لعديم التمييز السيطرة الفعلية لحساب نفسه .

المطلب الثاني

تميز الحراسة مما قد يشتبه بها

بعد ان انتهينا من تعريف الحراسة على الاشياء الخطرة وبغية الأحاطة التامة في مفهومها ، فنميز بينها وبين الحراسة كعقد ، وما بينها وما بين عقد الوديعة لما قد ينشأ من تقارب بينهما ، قد يقودان للبس واشتباك المفاهيم

الفرع الاول

تميز فكرة الحراسة من عقد الحراسة

سوف نتطرق الى تعريف عقد الحراسة تشريعاً ، ومن ثم فقهاً

١- تعريف عقد الحراسة تشريعاً

إن المشرع العراقي لم يعرف عقد الحراسة ، وأن القانون المدني العراقي لم ينظم عقد الحراسة بنوعيهما الاتفاقية والقضائية ، الا أن قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل ، نظم الحراسة القضائية كأجراء بمادتين ، إذ تنص المادة (١٤٧) منه (١) - يجوز لكل صاحب مصلحة في منقول او عقار اذا تجمع لديه من الاسباب المعقولة ما يخشى معه خطراً عاجلاً من بقاء المال تحت يد حائزه ، أن يطلب من القضاء المستعجل وضع هذا المال تحت الحراسة وادارته ورده مع غلته المقبوضة الى من يثبت له الحق فيه ٢- ويكون تعين الحارس باتفاق ذوي الشأن جميعاً ، فان لم يتفقوا تولى القاضي تعيينه ، ويتقاضى الحارس اجراً تقدره المحكمة (٢).

١ - د . محمد سعيد احمد الرحو ، مصدر سابق ، ص ٩٣ .

٢ - المادة (١٤٧) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل .

في حين تنص المادة (١٤٨) منه على أن (تحدد المحكمة في قرارها مهمة الحارس والتزاماته وما له من حقوق وسلطة فان سكت الحكم عن ذلك تسري الأحكام الآتية : ١ - يلتزم الحارس بالمحافظة على الاموال المعهودة اليه حراستها وادارتها وان يبذل في ذلك عناية الرجل المعتاد وان يقدم للمحكمة حساباً بما تسلمه وبما انفقته معززاً بالمستندات ٢- ولا يجوز للحارس في غير اعمال الادارة أن يتصرف إلا بإذن من القضاء ولا يجوز له بطريق مباشر او غير مباشر ان يحل احداً محله في اداء مهمته كلها او بعضها ٣- وتنتهي الحراسة بقرار من القضاء)(١).

إذ يلاحظ على النص اعلاه ان المشرع العراقي قد جاء بنص شامل لمعنى الحراسة القضائية ، فضلاً عن ذلك يلاحظ ان التعبير الذي اورده المشرع العراقي في الحراسة القضائية جاء منسجماً مع الغرض الذي شرعت من اجله ، فوضع المال تحت الحراسة ما هو الا اجراء مستعجل لحماية المال من خطر محقق. اما فيما يخص المشرع المصري فقد عرف عقد الحراسة في القانون المدني (الحراسة عقد يعهد الطرفان بمقتضاه الى شخص آخر بمنقول او عقار او مجموع من المال يقوم في شأنه نزاع او يكون الحق فيه غير ثابت فيتكفل هذا الشخص بحفظه وبأدارته وبرده مع غلته المقبوضة الى من يثبت له الحق فيه)(٢) . إذ يُفهم من هذا التعريف ان الحراسة عقد يتم بين شخصين متنازعين او بينهما حق غير ثابت وبين شخص آخر يوكل اليه حفظ المال المتنازع عليه ، وانها تكون في المنقول كما تكون في العقار او فيهما معاً (٣) .

فيبدو من تعريف المشرع المصري للحراسة الاتفاقية أنه كان شاملاً ، إذ احتوى على الالتزامات التي تترتب على الحارس ، وهي التزامات بالحفظ والادارة للمال الموضوع تحت الحراسة ، فضلاً عن ذلك رد المال الى من يثبت له الحق فيه ، أما فيما يخص موقف المشرع المصري من الحراسة القضائية فنصت المادة (٧٣٠) منه (يجوز للقضاء ان يأمر بالحراسة في الاحوال المشار اليها في المادة السابقة اذا لم يتفق ذوي الشأن على الحراسة واذا كان صاحب المصلحة في منقول او عقار قد تجمع لديه من الاسباب المعقولة ما يخشى معه خطراً عاجلاً من بقاء المال تحت يد حائزه وفي الاحوال الاخرى المنصوص عليها في القانون)(٤).

١- المادة (١٤٨) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل .

٢- المادة (٧٢٩) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ .

٣ - انور طلبية ، العقود الصغيرة الحراسة والعمل ، المكتبة القانونية ، ٢٠٠٤ ، ص ٥ .

٤- المادة (٧٣٠) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ .

فالتزام الحراسة الذي تفرضه المادة (٧٣٤) من القانون المدني المصري والتي تنص (يلتزم الحارس بالمحافظة على الأموال المعهودة اليه حراستها وبأدارة هذه الاموال ...) فالتزام الحراسة الذي تفرضه هذه المادة هو التزام بحفظ الشئ ودرء الضرر عنه ، ويكون الحارس مسؤولاً في حالة الأخلال بهذا الالتزام التعاقدية مسؤولية عقدية قبل المتعاقد الآخر ، اما فيما يخص التزام الحراسة الذي تفرضه المادة (١٧٨) من القانون المدني المصري فهو ليس بدرء الضرر عن الشئ ، وانما هو التزام بمنع الشئ من احداث الضرر بالغير (١) .

وان كل من الحراسة الاتفاقية والحراسة القضائية اجراء مؤقت لا يمس اصل الحق ، يقصد به التحفظ على المال ، ويكفي لقيام الحراسة الاتفاقية ان يتفق عليها الخصوم في عقد مستقل ، او تجئ بموجب شرط تضمنه عقد مبرم بينهم ، كأن يشترط أنه في حالة تخلف المشتري عن الوفاء بأحد الاقساط توضع العين المباعة تحت حراسة شخص يعينه بذات العقد ، فأن خلا العقد من شخص الحارس او توفي بعد الاتفاق عليه او حجر عليه او تنحي ، جاز للخصوم تعيين حارس آخر بعد ذلك ، فأن لم يتفقوا قام القاضي بتعيينه دون بحث للحراسة ذاتها فقد تقرر باتفاق الخصوم ، ومن ثم لا يكون لقاضي ولا لأحد الخصوم ان ينفي الحراسة لأي سبب ولو بتخلف شرط قيام الخطر العاجل ، إذ أن هذا الشرط قاصر على الحراسة القضائية دون الاتفاقية ، ويكون الاختصاص لقاضي الموضوع ، الا اذا توافر شرط الاستعجال ، فينعتد الاختصاص حينئذ لقاضي الامور المستعجلة ، فأن لم يتوفر هذا الشرط ، لم يكن القضاء المستعجل مختصاً حتى لو اتفق الخصوم على اختصاصه ، إذ أن الاختصاص النوعي متعلق بالنظام العام ، فلا يجوز الاتفاق على ما يخالف احكامه ، وتظل الحراسة اتفاقية رغم تدخل القضاء ، ويحكمها العقد المبرم بشأنها (٢) ، فإذا ارتكب الحارس ما يستوجب عزله او اساء الادارة ، جاز لأي من الخصوم أن يطلب عزله ، كما يجوز عزله بأجماع الآراء .

اما فيما يخص موقف المشرع الفرنسي فإنه عرف عقد الحراسة في القانون المدني الفرنسي في المادة (١٩٥٦) من القانون المدني الفرنسي على انها (تقوم الحراسة الاتفاقية في ايداع شخص او عدة اشخاص شيئاً متنازعاً عليه بين يدي شخص ثالث يلتزم برده ، بعد انتهاء النزاع الى الشخص المفروض ان يتسلمه) .

^١ - د . اياد عبد الجبار ملوكي ، مصدر سابق ، ص ١٢٦ .

^٢ - انور طلبة العقود الصغيرة الحراسة والعمل ، مصدر سابق ، ص ٦ .

وهنا يلاحظ على التعريف أعلاه أن المشرع الفرنسي عرف الحراسة الاتفاقية بأنها (إيداع شخص أو أكثر) إذ يبدو أن هذا التعبير غير دقيق، ذلك لأن الحراسة الاتفاقية ليست وديعة، إذ لو كان الأمر كذلك لكان العقد وديعة لا حراسة، وكان الأجدر بالمشرع الفرنسي أن يورد في هذا النص أن الحراسة الاتفاقية هي أن يتفق شخصان أو أكثر بالاتفاق يكون أكثر استقامة مع موضوع ومحتوى النص.

أما بخصوص الحراسة القضائية، فهو لم يفرد لها نصاً خاصاً يعرفها، إلا أنه بين الأحوال التي يجوز فيها لقاضي الموضوع أن يأمر بها في المادة (١٩٦١) من القانون المدني الفرنسي (يمكن للقضاء أن يأمر بالحراسة... للأموال المنقولة المحجوزة على مدين والمال غير المنقول أو شيء منقول يتنازع على ملكيته أو حيازته شخصان أو عدة أشخاص ولأشياء يقدمها المدين لبراءة من الدين).

يتضح من النص أعلاه أن المشرع الفرنسي أعطى للقضاء مطلق الحرية في تقدير اللجوء إلى الحراسة من عدمه في الأحوال التي ذكرت أعلاه.

ويتضح من النص المتقدم أنه وارد على سبيل المثال لا الحصر، فمتى ما رأى قاضي الأمور المستعجلة ضرورة توجب وضع المال تحت الحراسة كان له أن يأمر بذلك، فضلاً عن ذلك أن التشريع يعد الحراسة إجراء لحماية الأموال أو الأشياء، ومن ثم يعطي لقضاء الموضوع سلطة تقديرية واسعة للقضاء في تعيين الحارس القضائي لحماية المال محل الحراسة.

٢- التعريف الفقهي لعقد الحراسة

أما بخصوص التعريف الفقهي لعقد الحراسة، فإن الفقهاء اختلفوا في تعريفهم له، فمنهم من أضاف له بعض الصفات مثل أنها قانونية قضائية، ومنهم من قلص تلك الصفات، وأن أغلب الفقهاء استمدوا تعريفها من النصوص التشريعية، فعرفها بعضهم بأنها: (إيداع الشيء الموضوع تحت يد القضاء عند شخص معين بأمر المحكمة إذا كانت المصلحة قاضية بذلك) (١).

ويظهر من خلال الاطلاع على هذا التعريف يركز على الأثر المترتب على الحراسة، وليس على الحراسة ذاتها، وبذلك يكون هذا التعريف خالي من الإشارة إلى طبيعة الحراسة وخصائصها ومنصبه على آثارها فقط.

وعرفها اتجاه آخر (وضع مال يقوم في شأنه نزاع أو يكون الحق فيه غير ثابت، ويهدده خطر عاجل، في يد أمين يتكفل بحفظه وإدارته ورده مع تقديم حساب عنه إلى من يثبت له الحق فيه) (٢)، وأن هذا التعريف ينطبق على أنواع الحراسة كلها، وأن المال يوضع تحت الحراسة إما باتفاق الطرفين المتنازعين فتسمى حراسة اتفاقية، أو بحكم من القضاء وتسمى حراسة قضائية.

١- د. أحمد فتحي زغلول، شرح القانون المدني، المطبعة الاميرية، القاهرة، ١٩١٣، ص ٣١٤؛ د. محمد كامل مرسي، العقود المدنية الصغيرة، مطبعة فتح الله الياس بمصر، الطبعة الثالثة، ١٩٤٢، فقرة ٤٧٢، ص ٤٢٨-٤٢٩.

٢- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصدر سابق، ص ٧٨١.

وعرفها اتجاه آخر (نيابة يوليها القضاء بأجراء مستعجل ووقتي يأمر به استناداً الى نص في القانون بناءً على طلب صاحب المصلحة اذا رأى القاضي انهاء اجراء ضروري للمحافظة على حقوق ذوي الشأن ومصلحتهم ، ويعهد القاضي للحارس بموجب هذا الاجراء بمال سواء كان منقولاً او عقاراً او مجموعاً من الاموال لحفظه وادارته لرده مع غلته المقبوضة لمن يثبت له حق فيه) (١) .

ويتضح من هذا التعريف أنه جمع بين أركان الحراسة وطبيعتها ومحتوى الحراسة ، وواجبات الحارس القضائي الذي تم تعيينه ، وبهذا يمكن لنا القول بأن هذا التعريف قد اشتمل على اهم ما يميز الحراسة القضائية ، وهو الذي نؤيده ، إذ يجمع الخصائص والصفات التي تتسم بها الحراسة القضائية ومنها : أن الحراسة القضائية هي اجراء وقتي وقضائي وتحفظي .

وعرفها اتجاه آخر (أجراء تحفظي مؤقت ، يأمر به القاضي بناءً على طلب صاحب المصلحة ، بوضع عقار او منقول او مجموع من المال يقوم في شأنه نزاع او يكون الحق فيه غير ثابت تحت يد أمين يتولى حفظه وأدارته ليرده مع غلته المقبوضة لمن يثبت له الحق فيه) (٢) .

ويتضح أن هذا التعريف بين أركان الحراسة القضائية ، كما بين نوع هذا الطلب بأنه اجراء تحفظي وانه يكون بطلب صاحب المصلحة في ذلك الحق ، فهو يتضمن شروط الحراسة الاساسية وهي وجود نزاع ، ، والخطر الجدي ، والعجلة الواجب اتباعها لتعين الحارس القضائي ، وعدم المساس بأصل الحق ، فدعوى الحراسة القضائية ليست بالدعوى المادية لعدم المساس بأصل الحق ولا تفصل بالنزاع القائم (٣) .

وعرفها اتجاه آخر بأنها (نيابة قانونية وقضائية فهي نيابة قانونية لأن القانون هو الذي يحدد نطاقها ويبين حالاتها ويوضح اركانها ويعين آثارها ، وهي نيابة قضائية ايضاً ، لأن القضاء هو الذي يضفي على الحارس صفته ، فلا تؤول اليه صفة النيابة الا بمقتضى حكم منه) (٤) .

ويظهر من التعريف اعلاه إنه اضى الصفة القانونية والقضائية على الحراسة وعلى طبيعة تلك الحراسة وانه سوغها ذلك ان الحراسة القضائية هي نيابة قانونية ، بأن القانون هو الذي يحدد النطاق

^١ - د . عبد الحكيم عبد الحميد فراج ، الحراسة القضائية في التشريع المصري ، الطبعة الثانية ، دار النشر للجامعات المصرية ، ١٩٥٢ ، ص ٥٤ .

^٢ - د . محمد عبد اللطيف ، القضاء المستعجل ، الطبعة الاولى ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، مصر ، ١٩٥٥ ، ص ١٧٧ .

^٣ - د . نزيه نعيم شلال ، دعوى الحراسة القضائية ، دراسة مقارنة من خلال اجتهاد المحاكم وارااء الفقهاء ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس ، لبنان ، ٢٠٠١ ، ص ٩ و ١٠ .

^٤ - د . عبد الحميد الشواربي ، الحراسة القضائية في ضوء القضاء والفقهاء ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، مصر ، ٢٠٠٤ ، ص ١٩ .

الخاص بالحراسة وحدودها التي يجب على الحارس الالتزام بها ، اضافة الى تحديد اركان تلك الحراسة ، اما اضافة صفة النيابة القضائية فلا نجد أن هناك ما يظهر من خلاف حول هذه الصفة بين شراح القانون ، إذ انها تصدر من القضاء وبحكم قضائي فلا بد أن تكتسب هذه الصفة ، المكتسبة للجهة المصدرة لحكم فرض الحراسة ، ولا سيما انها تبدأ وتنتهي بأمر من القضاء ، اي ان الصفة القضائية تبقى معها من نشوئها وحتى زوالها (١) .

وعرفها اتجاه آخر على أنها (عقد يتفق بمقتضاه شخصان متنازعان على مال ، ويستوي ان يكون هذا المال عقاراً او منقولاً او مجموع من الاموال ، ويوجد نزاع بين الطرفين بحيث يعهدا الى شخص ثالث بحفظ هذا المال وحراسته ، ولا تقتصر مهمة الحارس عند حد حفظ هذا المال ، بل يتعداه الى القيام بحفظ هذا المال ، وان يقوم برده مع غلته المقبوضة الى من يثبت له الحق على هذا المال ، وقد يتفق الشخصان المتعاقدان على الحراسة في عقد مستقل ، او تدرج كشرط في عقد ابرم بينهما ، على مقتضى الاحكام العامة في التعاقد (٢) . ويلاحظ على هذا التعريف أنه عرف ذات الشيء بوصف الحراسة بأنها عقد.

وأن الحراسة على الاشياء الخطرة تتكون من ثلاثة أركان هي الحارس والشيء محل الحراسة والضرر ، وكذلك عقد الحراسة يتكون من ثلاث اركان هما الحارس والمال الموضوع تحت الحراسة ، والاتفاق على الحراسة او الحكم الصادر بها ، ولكن الحارس في الحراسة على الاشياء الخطرة يتم تعيينه بموجب نظرية السلطة الفعلية ، في حين الحارس في عقد الحراسة يتم تعيينه بواسطة المحكمة وذلك بناءً على طلب من احد المتنازعين على المال او باتفاق اطراف النزاع ، وأن الحارس في المسؤولية عن الاشياء الخطرة يتخذ الحيطة الكافية والحذر لمنع الحاق الضرر بالآخرين من قبل الشيء ، بينما الحارس في عقد الحراسة يقوم بالمحافظة على المال الموضوع تحت الحراسة وادارته ورده مع غلته الى من يثبت له الحق فيه ، وان الحارس في المسؤولية عن الاشياء الخطرة يتخذ الحيطة والحذر ويلتزم بواجبه وبدون اجر بل التزام قانوني عليه ، بينما الحارس في عقد الحراسة قد يكون بأجر او بدون اجر .

وإن عقد الحراسة يكون على الاموال المتنازع عليها في حين فكرة الحراسة على العكس من ذلك ، حيث تكون للشخص الذي يملك السلطة الفعلية على الشيء ، وأن عقد الحراسة يقوم على المسؤولية العقدية بينما فكرة الحراسة تقوم على المسؤولية التقصيرية ، إن الهدف من عقد الحراسة وتعيين الحارس هو حماية الحقوق وحفظ الاموال من الخطر الذي يهددها عند قيام النزاع بين اصحاب الشأن (٣) ، في حين

^١ - حسنين نوري القيسي ، الحراسة القضائية في القانون العراقي والاردني ، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة الشرق الاوسط - كلية الحقوق ، ٢٠١٨ ، ص ١٦ .

^٢ - ابراهيم المنجي ، دعوى الحراسة ، المكتبة القانونية ، الطبعة الثانية ، ٢٠٠٧ ، ص ٤٩ .

^٣ - د . داود بن سليمان بن سالم الخروصي ، ، المسؤولية المدنية للحارس واصحاب المال محل الحراسة ، بحث منشور في مجلة كلية البنات الاسلامية - جامعة الازهر - فرع اسبوط ، العدد الخامس عشر ، ٢٠١٦ ، ص ٤٦٥٩ . ص ٤٦٥٦ .

الهدف من الحراسة على الاشياء الخطرة وتعين الحارس على الشئ هو لأخذ الحيطة والحذر من الاشياء وعدم الحاقها الاضرار بالآخرين وتعويض الضرر الناتج بفعل الاشياء .

و أن عقد الحراسة هو عقد يعهد بمقتضاه الطرفان المتنازعان الى آخر بمال ، ليقوم بحفظه وادارته على ان يرده مع غلته الى من يثبت له الحق فيه ، في حين فكرة الحراسة ليست بعقد وانما التزام قانوني على الحارس بعدم إحداث ضررٍ للآخرين من الشئ محل الحراسة .

ويعرف جانب من الفقه الفرنسي الحراسة بأنها (وضع عقار او منقول بين يدي طرف ثالث بهدف المحافظة على حقوق طرفي الخصومة ذوي المصلحة في حفظه) (١) .

ويتبين على هذا التعريف أنه لم يركز على الحراسة ذاتها ، وان الشئ يعرف بذاته ، لا بآثاره ، وان هذا التعريف يركز على الأثر المترتب على الحراسة ، وخالف من بيان طبيعة الحراسة وخصائصها .

ومن كل ما تقدم يمكن لنا ان نعرف عقد الحراسة بأنه (اجراء مؤقت يتفق عليه الأطراف او يحكم به القضاء ، يتم بموجبه وضع مال متنازع عليه تحت يد حارس يلتزم بالمحافظة عليه وادارته ورده عند انتهاء النزاع مؤيداً بحساب ختامي عنه) .

الفرع الثاني

تمييز فكرة الحراسة من عقد الوديعة

١ – تعريف الوديعة تشريعاً :

إن المشرع العراقي قد عرف الوديعة بأنها (عقد به يحيل المالك او من يقوم مقامه حفظ ماله الى آخر ولا يتم الا بالقبض) (٢) .

ويظهر من تعريف المشرع العراقي لعقد الوديعة ، انه عرف ذات الشئ اذ وصف الوديعة بالعقد ، وبه يحيل المالك او الوكيل حفظ ماله لآخر ، سواء كان منقول او عقار لحفظه ثم رده عيناً ، لأن المال وردت هنا مطلقة لتشمل المنقول والعقار ، وان عقد الوديعة وفقاً للتشريع العراقي هو عقد عيني ، لكون ورد في التعريف (لا يتم الا بالقبض) اي ان التسليم هنا ركن في العقد ، ولا نرى اهمية عملية من القول بأن الوديعة عقد عيني لا يتم الا بالتسليم ، وان الحفظ والرد هو الغرض الاساسي في العقد .

¹ - Aubry et Rau , Cours de droit civil francais , 5ed tom 6e . par rartin 1920 . N . 407 . p . 145 . Claude Brenner Lacte conservatoire , these paris II , 1999 , n . 342 .

نقلاً عن د . داود بن سليمان بن سالم الخروصي ، مصدر سابق ، ص ٤٦٥٩ .

٢- المادة (٩٥١) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .

في حين المشرع المصري عرف الوديعة بانها (عقد يلتزم به شخص ان يتسلم شيئاً من آخر على ان يتولى حفظ هذا الشيء وعلى ان يردّه عيناً)^(١).

ويتضح من تعريف المشرع المصري للوديعة أنه بين ذات الشيء ، إذ وصف الوديعة بالعقد ، وهو عقد رضائي ، لان التسليم هنا هو التزام قانوني يفرض على المودع عنده وليس ركن في العقد ، بأن يتسلم شيئاً سواء كان منقول او عقار لان (شيئاً) هنا وردت مطلقة لتشمل المنقول والعقار ، وان الالتزام بالحفظ والرد هو الغرض الاساسي في العقد .

مع التنويه أن المشرع الفرنسي تناول تعريف الإيداع بانه (هو عقد يستلم بموجبه الشيء من الغير ، مع الالتزام بحفظه وبرده عيناً)^(٢).

حيث يلاحظ على تعريف المشرع الفرنسي وصف الوديعة بانها (عقد) ، وأن المشرع الفرنسي بين ذات الشيء ، وأن عقد الوديعة في التشريع الفرنسي هو عقد عيني ، اي ان التسليم ركناً فيه ، لأنه قال عقد يتسلم بموجبه آخر ، ولا نلاحظ سلبية عليه وهذا مانؤيده .

ومن خلال الاطلاع على التشريعات سالفه الذكر الخاصة بالوديعة نجد ان المشرع العراقي والمشرع الفرنسي اعتبرا عقد الوديعة هو عقد عيني لا يتم الا بالقبض ، بينما المشرع المصري اعتبر عقد الوديعة هو عقد رضائي .

ثانياً : تعريف عقد الوديعة فقهاً

عرف جانب من الفقه الوديعة بأنها (عقد رضائي يلتزم المودع لديه بموجبه ان يتسلم شيئاً ، منقولاً او عقاراً ليتولى حفظه ثم رده عيناً ، ويسمى من يسلم الشيء مودعاً ، والذي يتسلمه مودعاً عنده او مودعاً لديه أو وديعاً ويسمى الشيء المودع وديعة ، ويجب ان يكون حفظ الشيء ورده هما الغرض الاساسي للمتعاقدين ، اذ ان الالتزام بالحفظ والرد قد يوجد في عقود اخرى غير الوديعة دون ان يكون هو الغرض الاساسي من التعاقد)^(٣) .

وما يلاحظ على هذا التعريف أنه بين ذات الشيء ، إذ وصف الوديعة بالعقد ، وأن هذا العقد رضائي ، لان التسليم لا يُعد ركناً فيه ، وإنما التزام على المودع عنده بعد ان يتم العقد ، وان الشيء المودع قد يكون منقولاً وقد يكون عقاراً ، وذكر التعريف ان هناك التزام يقع على عاتق المودع عنده هو حفظ الشيء ثم رده عيناً ، وان هذا التعريف لم يذكر كل الالتزامات ، فهناك التزام يقع على عاتق المودع عنده هو ادارة الشيء ورد غلته المقبوضة اضافة الى الالتزامات المذكورة في التعريف ، وما يؤخذ على

١- المادة (٧١٨) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ .

٢- المادة (١٩١٥) من القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ .

٣- انور طلبية ، العقود الصغيرة الصلح والمقايضة والوديعة ، المكتبة القانونية ، بدون ذكر سنة طبع ، ص ١٥٣ .

التعريف انه طويل العبارات ولم يتقيد ببيان ذات الشيء فقط ، وان التعريف بين الغرض منه ، وهو حفظ الشيء ورده ، فالمستعير يلتزم بحفظ الشيء المعار ، والمؤجر يلتزم بحفظ العين المؤجرة ، والوكيل يلتزم بحفظ اموال الموكل ... الخ فإن هذه ليست ودائع ، لان الغرض الاساسي منها ليس هو حفظ الشيء ، وانما الانتفاع بالنسبة للعارية والايجار ، والقيام بعمل بالنسبة للوكالة .

وعرفه اتجاه آخر (عقد الوديعة هو عقد رضائي يتسلم بمقتضاه شخص شيئاً من آخر منقولاً كان او عقاراً لحفظه ثم رده عيناً ، وان الالتزام بالحفظ والرد هو الغرض الاساسي في العقد) (١) .

وما يلاحظ على هذا التعريف انه بين ذات الشيء اذ وصف الوديعة بالعقد ، وذكر انه عقد رضائي اي ان التسليم لا يكون ركناً فيه ، وانما التزام على المودع عنده ، وذكر الغرض الاساسي من العقد وهو الحفظ والرد .

ومن كل ما تقدم نستنتج أن الوديعة هي عقد بينما فكرة الحراسة ليست بعقد ، وأن اركان عقد الوديعة في التشريع العراقي والتشريع الفرنسي هما الرضا والمحل والسبب والتسليم لانه عقد عيني والتسليم ركناً فيه ، في حين اركان الوديعة في التشريع المصري هما الرضا والمحل والسبب فقط لانه عقد رضائي وفقاً لهذا التشريع ، بينما اركان فكرة الحراسة هما الشيء محل الحراسة والحارس والضرر ، وان الوديعة لا تكون الا بالاتفاق ، في حين فكرة الحراسة تكون على العكس من ذلك ، فالحارس يحدد بموجب نظرية الحراسة الفعلية وليس بالاتفاق ، وان الوديعة تخضع الى المسؤولية العقدية بينما فكرة الحراسة تخضع الى المسؤولية التقصيرية ، وان الشخص المودع ، عليه التزامات يجب عليه ان يؤديها ، منها التزامه بدفع الأجر اذا كانت الوديعة بأجر (٢) ، وبناءً على ذلك فإن الأصل في الوديعة انها غير مأجورة ، ولا يجوز للمودع عنده المطالبة بالأجر الا اذا اتفقوا على غير ذلك في عقد الوديعة ، وأن الاتفاق على ذلك قد يكون صريحاً وقد يكون ضمناً ، وفي تحديد أجر المودع عنده يتم الرجوع الى العرف ، او يحدده القضاء ، ويدفع الأجر في المكان المتفق عليه وفي حالة عدم الاتفاق على مكان معين فيتم الدفع في موطن المودع بوصفه المدين بالأجر (٣) ، اما الحارس في فكرة الحراسة فعليه التزام بملاحظة الشيء وعدم إلحاقه الضرر بالآخرين .

١ - ابراهيم سيد احمد ، عقد الوديعة فقهاً وقضاءً ، دار الكتب القانونية ، ٢٠٠٥ ، ص ٥٦ .

٢ - تنص المادة (٧٢٥) من القانون المدني المصري على انه ((الأصل في الوديعة ان تكون بغير أجر فاذا اتفق على أجر وجب على المودع ان يؤديه وقت انتهاء الوديعة ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك)) .

٣ - ابراهيم سيد احمد ، مصدر سابق ، ص ٦١ .

المبحث الثاني

أركان الحراسة

ان فكرة الحراسة تنهض بتحقيق اركانها ، ومن خلال ملاحظة نص المادة (٢٣١) من القانون المدني العراقي وما يقابلها من التشريعات المقارنة ، يتضح ان فكرة الحراسة تركز على الشئ ، فالاشياء تشكل الركن الاول ، وان التشريع العراقي والتشريعات المقارنة لم تتفق في تقريرها لمبدأ المسؤولية عن الاشياء بخصوص تحديد هذه الاشياء ، وان هذه التشريعات اتخذت اتجاهين رئيسين :

الاتجاه الاول

يتميز بين الاشياء ، فيدخل بعضها في نطاق المسؤولية عن الاشياء ، بينما يخضع الباقي للقواعد العامة ، ومن اجل تحقيق هذا الغرض ، يضع القانون معياراً للتمييز بين الاشياء ، حيث يفرق بين ما يخضع منها للقواعد العامة ، وبين ما يخضع للمسؤولية عن الاشياء ، وهو مذهب القانون المدني العراقي في المادة (٢٣١) والقانون المدني المصري في المادة (١٧٨) ، حيث ان القانونين المذكورين قد ضيقا من مفهوم الاشياء ، فحصرها بالآلات الميكانيكية والاشياء التي تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها .

الاتجاه الثاني

فهو يعمم المسؤولية على الأشياء جميعها ، دون قصرها على نوع معين ، وهو ما ذهب إليه القانون المدني الفرنسي في المادة (١٢٤٢ / ١) ، فيخضع لهذه المسؤولية كل الاشياء غير الحية او الاشياء الجامدة ، باستثناء الاشياء التي وردت بشأنها نصوص خاصة ، والركن الآخر من اركان فكرة الحراسة والذي اسماه المشرع العراقي ((من تكون الاشياء تحت تصرفه)) ، او من هو مسؤول عن الشئ ، والذي اصطلح على تسميته في التشريعات محل المقارنة بالحارس ، اما فيما يخص الركن الثالث من اركان الحراسة فهو الضرر ، ولما كان الضرر هو احد اركان المسؤولية بشئى صورها ، ولكثرة الدراسات عنه ، فلم نتطرق له في بحثنا ، وعليه ولما تقدم سوف نبحت هذا المبحث في مطلبين ، حيث يكون المطلب الاول مخصصاً للشئ محل الحراسة ، ويكون المطلب الثاني مكرساً ((من تكون الاشياء تحت تصرفه)) او الحارس .

المطلب الاول

الشئ الخطر

للشئ معنى مادي او طبيعي وآخر قانوني ، فيعرف الشئ المادي او الطبيعي هو كل ما له من وجود مادي قائم ومستقل بنفسه عن الانسان او عن الوحدة الكلية للكون ، اما المعنى القانوني للشئ فهو كل ما يصح ان يكون محلاً للحقوق المالية (١) .

وعرف جانب من الفقه الشئ بأنه (كل ما يصلح لأن يستعمله الشخص او يملكه ابتغاء اشباع حاجاته الاقتصادية او الروحية) (٢) ، ويلاحظ على هذا التعريف انه بين ذات الشئ ، وكذلك بين الغرض منه ولا نلاحظ سلبية عليه وهذا ما نؤيده .

وان فكرة الحراسة تدور وجوداً وعدمًا مع الشئ المادي الذي يوجد له مالك فهو الشئ الذي يكون مداراً للحراسة ويدخل ضمن نطاقها ، فوحدها ممكن ان تكون محلاً للحراسة ، وتخرج من حكم النص الخاص بالحراسة الأشياء غير المادية كالأفكار ، والأشياء المادية المباحة التي لا مالك لها او تخرى عنها مالكةا .
وسوف نبحت هذا المطلب بفرعين ، حيث يكون الفرع الاول الآلات الميكانيكية ، بينما يكون الفرع الثاني لدراسة الاشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة .

الفرع الاول

الآلات الميكانيكية

سوف نتطرق الى تعريف الآلات الميكانيكية من جانب التشريع اولاً ، ومن ثم من جانب الفقه ثانياً .

اولاً : من جانب التشريع

إن المشرعين العراقي والمصري (٣) لم يضعوا تعريفاً لعبارة (الآلات الميكانيكية) ، لذلك يرى الباحث من الافضل الرجوع اولاً الى المعنى اللغوي له ، وأن هذا التعبير اجنبياً عن اللغة العربية (٤) ، فإن البحث عن معناه إنما يكون في اللغات الأجنبية .

^١ - د . ضمير حسين ناصر ، التبعية العينية - دراسة مقارنة ، اطروحة دكتوراه قدمت الى مجلس كلية القانون جامعة كربلاء ، ٢٠١٣ ، ص ٣٢ .

^٢ - د . رمضان ابو السعود ، النظرية العامة للحق ، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠٠٥ ، ص ٣٠٩ .

^٣ - إن عبارة (الآلات الميكانيكية) وردت في المادة (٢٣١) من القانون المدني العراقي والمادة (١٧٨) من القانون المدني المصري .

^٤ - وكان من الافضل ان يستخدم لفظ عربي بدلاً من اللفظ الاجنبي ليدل على ذات المعنى ، فيستعمل مثلاً مصطلح الاشياء الآلية او الذاتية الحركة ، لان اللغة العربية غير قاصرة على ايجاد اللفظ المقابل لذلك اللفظ الاجنبي .

فاذا رجعنا الى القواميس العلمية وجدناها تعرف الميكانيكا بأنها ((كل ما يتعلق بقوانين الحركة والتوازن)) (١) ، و(ميكانيكي) نسبة الى ميكانيكا وهي الصفة منها .

ولربما احسن المشرع عندما لم يورد تعريفاً معيناً لتلك الآلات ولم يقصرها على نطاق محدد ، ويبدو أنه أراد أن يترك تحديد مفهوم هذه العبارة للجهود الفقهية والقضائية التي تتبلور مع تطور المخترعات والاكتشافات التي تزيد من نطاق مدلول تلك الآلات (٢) وهو موقف سليم ، وكان موقفاً في ذلك ، فليس من واجب المشرع ان يضع تعريفاً للمصطلحات القانونية ، وإنما أن يترك ذلك للفقه في ضوء شرحه وتعليقه على النصوص ، والقضاء في تطبيقه لها ، فالمشرع مهما حاول في ذلك فلا يستطيع ان يضع تعريفاً شاملاً جامعاً ، بسبب التطورات التكنولوجية الحاصلة عليها ، بالاضافة الى أن المشرع لو وضع لها تعريفاً فلربما يجد تعريفه بعد حين عاجزاً عن مواكبة التطورات الحاصلة عليها ، الأمر الذي يجعل التعريف يوصف بالقصور وضيق النطاق فيكون عرضه للنقد .

ثانياً : من جانب الفقه

فان ((الآلة الميكانيكية هي مجموعة من الاجسام الصلبة ، الغرض منها تحويل عمل الى عمل آخر او شئ آخر ، وهي تستمد حركتها من محرك او قوة دافعة لها سواء كانت تلك القوة تتولد عن البخار او المياه او الهواء او الكهرباء او البترول او الطاقة النووية او الذرية باستثناء الانسان او الحيوان)) (٣).

١ - د . محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، ص ٥٤ .

٢ - د . اياد عبد الجار ملوكي ، مصدر سابق ، ف ٢٢ ، ص ٢٨ ؛ عبد السميع عبد الوهاب ابو الخير ، مصدر سابق ، ص ١٠٠ .

3 - La Grande Encyclopedie , p 873

اشار اليه عز الدين الدناصري ، مصدر سابق ، ص ٣٥١ ؛ د . سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، مصدر سابق ، ف ٣٤٢ ، ص ١٠٥٨ ؛ د . محمد سعيد احمد الرحو ، مصدر سابق ، ص ٣٠ . ويرى بعض الفقهاء بحق ان هذا لاستثناء لا مبرر له ، لأن الكثير من الآلات الميكانيكية لا تشغل الا من خلال يد الانسان ، الا ان البعض الآخر يرد على ذلك بأن الآلات التي تدار بقوة الانسان او الحيوان تدخل ضمن نطاق الاشياء ذو العناية الخاصة ، وهذا التخريج مستتببب عدم الأماطة بدور الانسان او الحيوان في تشغيل الآلة ، فكثير من الآلات تحتاج الى الانسان الذي قد (يكبس) يضغط على زر تشغيلها او يقوم بعمل بسيط لكي يجعل محركاتها تدور ، كما ان معظم الاشياء الميكانيكية او اكثرها تسبباً للأضرار لا تتحرك الا من خلال سيطرة الانسان عليها كالسيارات والطائرات والقاطرات والاسلحة .

- انظر في ذلك ، د . محمود سعد الدين الشريف ، شرح القانون المدني العراقي ، نظرية الالتزام ، الجزء الاول ، مصادر الالتزام ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٥٥ ، ص ٤٤٠ ؛ غازي عبد الرحمن ناجي ، المسؤولية عن الاشياء ، بحث منشور في مجلة العدالة ، بغداد ، ١٩٨٢ ، ص ٢٨ اشار اليه د . محمد سعيد احمد الرحو ، مصدر سابق ، ص ٣٠ ؛ د . اياد عبد الجبار ملوكي ، مصدر سابق ، ف ٢٢ .

ولا يغير من مفهوم الآلة الميكانيكية شيئاً سواء كانت جزءاً من العقارات ام من المنقولات (^١) ، كالسلاالم الكهروميكانيكية في العمارات والاسواق التجارية ، والمكائن الزراعية والصناعية ، والابواب التي تفتح بحركة ذاتية (كهرومغناطيسية) ، او العقارات بالتخصيص كالمصاعد الكهربائية (^٢) وغيرها
فجوهر الآلة الميكانيكية هو احتوائها على محرك ، ولا يهم بعد ذلك الغرض الذي تستعمل من اجله الآلة ، ولا المواد المصنوعة منها ولا الشكل الذي تتخذه ، وسواء كانت تلك الآلات مثبتة كاجهزة في الارض او كانت مجرد اجهزة منقولة لتحرك من مكانها الى مكان اخر ، وسواء كانت ذاتية الحركة والتنقل ام كانت تحمل منقولة بواسطة الانسان او الحيوان .

ولا يغير من طبيعة الآلة الميكانيكية ان يكون لها أكثر من محرك أو احتواؤها على منظومة متكاملة من المحركات التي يعمل كل منها بطاقة وخصوصية مختلفة عن الآخر من مثل المعامل الكبيرة والقطارات (^٣) .
فضلاً عن ذلك لا تنتفي الطبيعة الميكانيكية عن تلك الآلات التي تعمل بواسطة غرفة سيطرة مركزية (كنترول) يتم توجيهها والأشراف على اجهزتها ومحركاتها من خلال تلك السيطرة المركزية ، من مثل اجهزة تكييف الهواء المركزية حيث تجتمع محركاتها واجهزتها الميكانيكية في غرفة واحدة ، وكذلك سيارات التسلية عن بعد .

كما يدخل ضمن نطاق الآلات الميكانيكية تلك الاجهزة التي تعمل على قوة دفع الضغط دون احتوائها على محرك ، فبعض الآلات الميكانيكية تعمل ذاتياً بمجرد نصب وتهيئة مستلزمات عملها ، وهي تستمد عملها من قوتها الذاتية التي تنبع من قوة الضغط او الفعل ورد الفعل (^٤) .

^١ - د . عبد الرزاق احمد السنهاوري ، مصدر سابق ، ص ١٠٨٩ ؛ د . سليمان مرقس ، مصدر سابق ، ص ١٠٥٩ .
^٢ - المصاعد الكهربائية : هي الآلات المستعملة لنقل الاشياء الى الطوابق العليا في المباني ، او الى الاماكن المرتفعة في الجبال ، وهي مزودة بمحرك ذاتي كهربائي ، وهي تشمل بالإضافة الى عربة الصعود ، جميع التركيبات اللازمة لها من اسلاك كهربائية وثقالات واسطوانات وغيرها (نقلاً عن د . محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، ص ٦٠) .
وتثار عند تطبيق النصوص حول المسؤولية عن المصاعد الكهربائية افتراضات متعددة ، منها اعتبار المصعد الكهربائي عقاراً بالتخصيص ، وبالتالي تطبق المادة ٢٣٠ من القانون المدني العراقي والمادة ١٧٧ من القانون المدني المصري الخاصة بالمسؤولية عن تهمد البناء في حالة التهمد ، او تطبق المادة ٢٣١ من القانون المدني العراقي ، والمادة ١٧٨ من القانون المدني المصري باعتبارها من الاشياء الميكانيكية . (د . ابو اليزيد علي المتيت ، المسؤولية المدنية عن حوادث المصاعد الكهربائية (الاسانسير) ، مجلة المحاماة ، القاهرة ، السنة ١٩٣٨ ، العدد ٢ ، ص ٢٥٨ ، ولكن الافتراض الأخير لا ينال من فكرة اعتبار المصعد الكهربائي آلة ميكانيكية . (مشار اليه في د . اياد عبد الجبار ملوكي ، مصدر سابق ، ص ٣٠) .

^٣ - د . محمد سعيد احمد الرحو ، مصدر سابق ، ص ٣١ .

^٤ - الأسلحة الميكانيكية تعمل بقوة الغاز ونافض الأرجاع حيث يتم ارجاع الأقسام ودفعها الى الامام ثانية وبشكل ذاتي نتيجة عملية النصب ورد الفعل المتولد عن الاطلاق .

ومهما تكن اوصاف الآلات الميكانيكية فلا يستطيع أحد أن يحدد نطاقها أو يحصر مداها أو تعدادها فالتكنولوجيا والتطور العلمي في تقدم مستمر ، والمخترعات التقنية في تطور متزايد ، وإن ثورة المعلومات والمخترعات قد وضعت في مقدمة اهدافها استخدام نظام المكننة المبتكرة ، لكي تخفف من الطاقة البشرية وتحل محلها في كثير من المجالات .

والآلات الميكانيكية قد تكون من المنقولات وقد تكون من العقارات ، وهذا لا يغير من مفهوم الآلات الميكانيكية ، فالنص ذكر الآلات الميكانيكية بصورة مطلقة ، ولم يفرق فيما إذا كانت هذه الآلات من العقارات أو المنقولات (١) .

وهذا ما يبدو أنه الرأي الذي يتفق مع نص المادة (٢٣١) من القانون المدني العراقي ، والحال نفسه في التشريع المصري ، نظراً لعموم نص المادة (١٧٨) من القانون المدني المصري ، ولأن المادة (١٧٧) منه ، والخاصة بالضرر الناشئ عن المباني لا تنطبق على كل العقارات ، بل على ما يعد منها من قبيل المباني وهي بذلك لا تشمل كل الاضرار الناجمة عن البناء ، بل تقتصر على ما يترتب عن انهدامها فقط (٢) .

ولم يتطلب القانون في الآلات الميكانيكية ان تقتضي حراستها عناية خاصة وذلك لان هذه الآلات تنطوي طبيعتها على اقتضاء العناية الخاصة في حراستها (٣) .

ويثار التسائل فيما يخص مسؤولية الحارس فيما إذا كانت تقتصر على الاضرار التي تلحقها الآلات الميكانيكية في أثناء عملها ودورانها فقط أم انها تتحقق عن الآلات الميكانيكية جميعها بصورة مطلقة وسواء كان الضرر نتج عنها أثناء عملها أو توقفها ؟

والجواب على ذلك سوف يتبلور من خلال استعراض الرأيين التاليين:

الرأي الاول

إن التشريع العراقي في المادة (٢٣١) من القانون المدني العراقي ، والمادة (١٧٨) من القانون المدني المصري لم يشترط في الآلة الميكانيكية ان تكون في حالة عمل ، ولو اراد ذلك لأضاف الى النص القانوني عبارة (عمل الاجهزة الميكانيكية) وحيث ان النص التشريعي قد جاء بصورة مطلقة ، وحيث ان المطلق يجري على اطلاقه ما لم يقيد نصاً أو دلالة ، ولا يجوز الاستثناء من التعميم دون النص على التخصيص ، وعليه فان الضرر الذي ينتج عن الآلة الميكانيكية يقع ضمن نص المادة (٢٣١) من

١ - د . محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، ص ٥٥ ؛ د . اياد عبد الجبار ملوكي ، مصدر سابق ، ص ٣٠ .

٢ - د . عبد الرزاق احمد السنهاوري ، مصدر سابق ، ف ٧٢٧ ؛ د . محمد كامل مرسي ، شرح القانون المدني الجديد ، الالتزامات ، الجزء الثاني ، مصادر الالتزام ، المطبعة العالمية ، القاهرة ، ١٩٥٥ ، فقرة (١٧١) ، ص ٣١٤ .

٣ - د . عبد الحي حجازي ، مصدر سابق ، ص ٥٠١ ، حسن عكوش ، المسؤولية المدنية في القانون المدني الجديد ، مكتبة القاهرة الحديثة ، الطبعة الاولى ، ١٩٥٧ ، ص ٣٨٤ .

القانون المدني العراقي والمادة (١٧٨) من القانون المدني المصري سواء كانت الآلات الميكانيكية في حالة توقف او في حالة عمل .

الرأي الثاني

إن المشرع العراقي قصر نطاق المادة (٢٣١) من القانون المدني العراقي ، وكذلك فعل المشرع المصري في المادة (١٧٨) من القانون المدني المصري على الآلات الميكانيكية والأشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة دون سواها من الأشياء ، لأنه يرى أن الآلة الميكانيكية أثناء عملها قد تشكل خطورة كبيرة ، نظراً لما يتسم به عملها من سرعة فائقة وتعقيد ، فالعلة التي استثنى بسببها المشرع المسؤولية عن الأجهزة الميكانيكية من احكام القواعد العامة للمسؤولية واعتبرها مسؤولية مفترضة ، لا يمكن أن تكون إلا بسبب الآلة المعقدة التي تتسم بها تلك الأجهزة أثناء عملها وصعوبة اثبات الخطأ الناجم عن تلك الاعمال ، فعمل الآلة اذن هو المحور الذي ينبغي الاستناد عليه في التمييز ، فحيثما ينتفي عمل الآلة ستنتفي تلك العلة ، وبالتالي قد تصبح تلك الآلة شيئاً اعتيادياً لا تشكل ادنى خطوره وتخضع الأضرار الناجمة عنها للقواعد العامة للمسؤولية من حيث وجوب اثبات الخطأ (١) .

ومن خلال الاطلاع على الرأيين في اعلاه نرجح الرأي الاول ، لأن النص القانوني ورد بصورة عامة مطلقة ، فلم يشر المشرع الى وجوب عمل الآلة ، وان القول بقصر تحقق المسؤولية المفترضة في حالة عملها فقط ، يعني سوف يتحمل المضرور عبء اثبات عمل الماكينة لحضة حصول الضرر في الوقت الذي تم اعفاء المضرور من عبء اثبات الخطأ ، ففي الرأي الثاني سوف يتحمل المضرور عبء اثبات ان الماكينة كانت تعمل عند حصول الضرر ، ومن ثم سوف يكون هذا العبء ثقیل عليه او على ورثته لصعوبة اثبات ذلك ، وأن القول بوجوب ربط المسؤولية المفترضة بعمل الآلة فسيتيح للمسؤول عن الآلة التنصل من المسؤولية ودفعها بمجرد تمكنه من اثبات ان الماكينة لم تكن بحالة عمل في وقت حصول الضرر .

ثالثاً : من جانب القضاء

اما من جانب القضاء اذا ثبت لمحكمة الموضوع ان الضرر قد نشأ عن آلة ميكانيكية ، فان المادة (٢٣١) من القانون المدني العراقي هي التي تنطبق على القضية (٢) ، ولا يجوز استبعاد هذه المادة

^١ - نقلاً عن د . محمد سعيد احمد الرحو ، مصدر سابق ، ص ٣٥ .

^٢ - طبقت محكمة التمييز العراقية المادة ٢٣١ من القانون المدني على الآلات الميكانيكية المختلفة . يراجع قرارها المرقم ٧٣٩ ح / ٩٥٩ في ١٩٥٩/٤/٢٥ مجلة القضاء ، س١٧ ، عدد ٥ ، الذي طبقت فيه المادة المذكورة على السيارة . =

بدعوى أن الآلة التي احدثت الضرر لا تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها ، وتقدير فيما اذا كان الشئ الذي احدث الضرر هو آلة ميكانيكية ام لا ، مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة التمييز ، لتعلق الامر بشرط من شروط المسؤولية عن الاشياء (١) .

لذلك يجب على المحكمة عند اتخاذ قرارها ان تصف الشئ الذي احدث الضرر بانه آلة ميكانيكية ، اما تقرير ما اذا كان شئ معين هو الذي احدث الضرر دون غيره ، فمسألة وقائع تختص بها محكمة الموضوع دون رقابة لمحكمة التمييز عليها في ذلك (٢) .

وخلاصة القول ، أن الآلات الميكانيكية على اطلاقها ، يفترض النص فيها أنها تحتاج الى عناية خاصة للوقاية من ضررها ، نظراً لطبيعتها ، ولما ركب فيها من محرك ذاتي (٣) .

الفرع الثاني

الاشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة

إن الجزء الثاني من الاشياء التي تدخل في نطاق المادة (٢٣١) من القانون المدني العراقي هي الاشياء التي ((تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها)) او الاشياء التي ((تتطلب حراستها عناية خاصة)) حسب نص المادة (١٧٨) من القانون المدني المصري ، وعلى ذلك يكون موضوع هذا البحث هو بيان الاشياء التي تتطلب ملاحظتها عناية خاصة حتى لا تضر بالغير ، وتميز هذه الاشياء عن الاشياء الاخرى التي لا تحتاج في حراستها الى اية عناية او الى مجرد العناية العادية .
وأن الاشياء التي تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها ، لا تنفصل انفصلاً تاماً عن سابقتها وهي الآلات الميكانيكية ، ذلك ان الاولى تدخل في مفهوم الثانية وتُعد جزءاً منها ، فكل آلة ميكانيكية تُعد بحكم القانون شيئاً يتطلب عناية خاصة للوقاية من ضرره (٤) .

= والقرار رقم ٣٠ استئنافية ١٩٧٠ في ١٩٧١/٣/٢٧ الذي طبق المادة على الحادثة ، النشرة القضائية ، س٢ ، عدد (١) ، ص٢٢٥ ، والقرار رقم ١٤٤ مدنية اولى / ٧٣ في ١٩٧٣/٦/٦ على الطائفة ، النشرة القضائية ، س٤ ، عدد ٢ ، ص١١٢ ، نقلاً عن د . اياد عبد الجبار ملوكي ، مصدر سابق ، ص ٣١ .

١ - د . سليمان مرقس ، ف٦٤ ، ص ٢١٧ .

٢ - د . سليمان مرقس ف ١٦٤ ، ص ٢١٧ .

٣ - حسن عكوش ، مصدر سابق ، ص ٣٨٥ .

٤ - د . اياد عبد الجبار ملوكي ، مصدر سابق ، ص ٣٢ .

ولكن العكس غير صحيح ، فليس كل شئ يتطلب عناية خاصة للوقاية من ضرره هو آلة ميكانيكية . وهذا يدعونا الى التساؤل عن اهمية النص وجدواه على الشكل المذكور ، فعندما خص المشرع (الآلات الميكانيكية) بحكم خاص ، واخضعها على سبيل الحصر والتحديد لنطاق المادة (٢٣١) من القانون المدني العراقي ، فهو بذلك انما وضع قاعدة عامة يطبق فيها النص بحذافيره ، ولا مجال فيها للأجتهاد ، اما عندما يشير بعد ذلك الى الاشياء التي تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها ، فهو بذلك ، يضع معياراً مرناً ، يتيح للمحكمة الاجتهاد للبت فيما يعتبر من ضمن هذه الاشياء ، وهنا تبدو الحكمة من النص على الشكل المذكور ، فالمعيار المرن يكمل القاعدة الجامدة ، وبذلك يصل المشرع الى مقصوده في تحديد الاشياء الخاضعة الى نص المادة (٢٣١) من القانون المدني العراقي ، بصورة لا يقف امامها النص عاجزاً امام الوقائع المستجدة والقضايا المستحدثة (١) .

اما فيما يخص نص المادة (١٧٨) من القانون المدني المصري فقد ورد بالشكل التالي ((كل من تولى حراسة اشياء تتطلب حراستها عناية خاصة او الآلات ميكانيكية ...)) وقد كان هذا النص في المشروع التمهيدي في المادة (٢٤٧) منه ، مطابقاً للنص العراقي الحالي ، ثم عدل نص المشروع بعد ذلك الى ما هو عليه الآن بواسطة لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ (٢) ، وان هذا النص قد انتقد ، وان صياغة المشروع التمهيدي فضلت عليه ، وذلك لان تعبير الاشياء التي تتطلب عناية خاصة يشمل الآلات الميكانيكية ، واذا كان المشرع قد اراد بالنص على الآلات الميكانيكية صراحة ، ان لا يترك للقاضي سلطة تقدير فيما اذا كانت هذه الآلات تحتاج الى عناية خاصة ام لا فقد كان من الافضل ذكرها اولاً ، كما كان الحال في المشروع التمهيدي (٣) .

اما فيما يخص القانون المدني الفرنسي فان المادة (١٢٤٢ / ١) تنص على (يسال المرء ليس فقط عن الضرر الذي يسببه بفعله الشخصي ، بل ايضاً عن الضرر الذي يسببه اشخاص آخرون هو مسؤول عنهم او الضرر الذي تسببه الاشياء التي تكون تحت حراسته) . فيخضع لهذه المسؤولية كل الاشياء غير الحية ، مهما كانت المادة المكونة لها ، وسواء كانت تلك الاشياء عقاراً ام منقولاً (٤) .

^١ - د . اياد عبد الجبار ملوكي ، مصدر سابق ، ص ٣٢ .

^٢ - مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني ، مصر ، الجزء الثاني ، ص ٤٣٤ - ٤٣٨ .

^٣ - د . وديع فرج ، في دروسه في الالتزامات لطلبة كلية الحقوق ، للعام الدراسي ١٩٤٨ - ١٩٤٩ ، ص ٤٠٦ ؛ (اشار اليه د . محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، فقرة ٣٥ ، ص ٥٣ - ٥٤) .

^٤ - - Mazeaud . o p . cit . p 184 .

نقلاً عن د . اياد عبد الجبار ملوكي ، مصدر سابق ، ص ٢٥ .

وسواء ان يكون عقاراً بالتخصيص أم عقاراً بطبيعته (^١) . وسواء كان الشيء غير خطر ام خطر ، تتطلب حراسته عناية خاصة ، ام لا تتطلب عناية خاصة ، وسواء لم يوجد به عيب ام وجد به عيب (^٢) . باستثناء الأشياء التي وردت بشأنها نصوص خاصة ، كالتائرات إذ يحكم المسؤولية عنها قانون ٣١ مايو ١٩٢٤ (^٣) والبناء اذا كان الضرر ناتج عن انهدامه ، إذ تحكمه المادة (1244) من القانون المدني الفرنسي (^٤) ، وادوات البرق والتلغراف التي يحكمها قانون ٨ يونيو ١٩٤١ (^٥) .

وتخرج من حكم النص الاشياء غير المادية ، كالآراء على اختلافها والأفكار ، والأشياء المادية المباحة ، اي التي لا مالك لها ، او التي تخلق عنها مالكةا ، لأنها لا تكون في حراسة اي شخص (^٦) . ، وتخرج كذلك الحيوانات بانواعها لانها ليست جماداً ، ولأن المشرع انشأ للمسؤولية التي تنشأ عنها نصوصاً خاصة (^٧)

ولمعرفة معنى الأشياء التي تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها ، نشاهد في الواقع ، أن الانسان يولي عناية معقولة او اعتيادية للأشياء التي لا يتوقع ان تحدث ضرراً وهي في وضعها الطبيعي ، فهو

^١ - د . سليمان مرقس ، الاحكام الخاصة ، ف ١٨٧ ، ص ١٧٦ .

وقد اضاف القانون الصادر في ٧ نوفمبر ١٩٢٢ الى الفقرة الاولى من المادة ١٣٨٤ المعدلة من القانون المدني الفرنسي ، ما يلي ((مع ذلك ، من يحوز ، بصفة ما كامل او جزءاً من عقار أو أموال منقولة نشب فيها حريق ليس مسؤولاً تجاه الغير عن الأضرار التي تسبب بها هذا الحريق إلا اذا ثبت أن الحريق ناتج عن خطئه أو خطأ أشخاص هو مسؤول عنهم)) . وهذا النص يستثني الضرر الناتج عن الحريق من تطبيق المادة (١/1242) من القانون المدني الفرنسي ويترتب عليه تكليف المتضرر من الحريق اثبات خطأ المدعى عليه للحصول على تعويض عنه طبقاً للمبدأ العام للمسؤولية التقصيرية الواردة في المادة (1240) المعدلة من القانون المدني الفرنسي . ويستثنى من ذلك علاقة المالك بالمستأجر (لا تطبق هذه الأحكام على العلاقات بين المالكين والمستأجرين التي تبقى خاضعة لأحكام المادتين ١٧٣٣ ، ١٧٣٤) من القانون المدني الفرنسي .

نقلاً عن القانون المدني الفرنسي ، طبعة دالوز ، ٢٠٠٩ ، ص ١٣٧٣ .

^٢ - د . سليمان مرقس ، الاحكام الخاصة ، مصدر سابق ، فقرة ١٨٧ ، ص ١٧٦ .

^٣ - ومع ذلك تنطبق المادة (١/١٢٤٢) من القانون المدني الفرنسي على الضرر الحادث من الطائرات اذا لم تتوافر شروط انطباق قانون ٣١ مايو ١٩٢٤ كما اذا حصل الضرر والطائرة جاثمة فوق سطح الارض (مدني ٦ يناير ١٩٥٥ دالوز - سييري ١٩٥٥ - ٥٩٤ . مشار اليه في د . محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، ص ٥٢ .

^٤ - والتي تنص على (ان مالك البناء مسؤول عن الضرر الذي ينشأ عن تهدمه عندما يحدث ذلك بسبب نقص في صيانتة أو عيب في بنيانه) .

^٥ - د . محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، ص ٥٢ .

^٦ - د . سليمان مرقس ، الأحكام الخاصة ، مصدر سابق ، ف ١٨٧ ، ص ١٧٧ .

^٧ - تنص المادة (١٢٤٣) من القانون المدني الفرنسي على (يكون مالك الحيوان او الشخص الذي يستعمله خلال استعماله له مسؤولاً عن الضرر الذي يسببه الحيوان سواء كان تحت حراسته او ضائعاً او هارباً منه) .

يرى أن خطرهما غير حال ، وانه بحكم السير الاعتيادي للأمر ، غير مطلوب منه أن يبذل عناية كبيرة ، او اتخاذ الحيطة والحذر الشديد للوقاية من خطرهما ، من مثل الشجرة القائمة في موضعها والرمال والاحجار الموضوعة في محل البناء ، ومع ذلك فان خطر هذه الاشياء غير مستبعد تماماً في بعض الأحوال ، فان اي شئ يمكن ان يصبح خطراً في ظرف من الظروف ، اي انه يصبح خطراً بظروفه وملابساته . وعلى العكس من ذلك ، توجد اشياء يتعاضد خطرهما ويحتل تسببها في احداث الضرر ، تبعاً لطبيعتها الخطرة حتى في حال كونها في الوضع الطبيعي ، من مثل المتفجرات والأسلحة غير الميكانيكية والأسلاك الكهربائية والأدوية الطبية والمواد الكيميائية والفؤوس والزجاج والمناجل وغير ذلك .

فمثل هذه الاشياء ، يدرك الانسان ، مطلوب منه بذل عناية خاصة للوقاية من ضررها ، لأن الخطر صفة ملازمة لها ، تنبع من طبيعتها ، ومن غير الممكن تلافي ضرره الا ببذل عناية فائقة ، وقد استرشد المشرع عند وضعه النص الخاص بالمسؤولية عن الاشياء بهذه المحصلة الواقعية ، وقام بتحديد الواجب القانوني ببذل عناية خاصة بالشئ الخاضع لتصرفه ، فهو بذلك قد اختار من الاشياء ما يتطلب عناية خاصة للوقاية من ضرره اي الشئ الخطر بطبيعته او بظروفه وملابساته (١) .

فيثار التسائل فيما اذا المشرع العراقي والمشرع المصري والمشرع الفرنسي اخذ بمعيار الشئ الخطر ؟ وما هو مضمون هذا المعيار ؟ وهل يقتصر على الشئ الخطر بطبيعته او انه يمتد ليشمل الشئ الخطر بظروفه وملابساته ؟

إن المشرع العراقي والمشرع المصري اخذا بمعيار الشئ الخطر وأنه لم ياخذ بالاتجاه الذي يعمم المسؤولية على جميع الاشياء غير الحية ، وانما اخذ بالاتجاه الذي يفرق بين الاشياء ، فيدخل بعضها في نطاق المسؤولية عن الاشياء ، ويخضع الباقي للقواعد العامة ، وقد رأينا الطريقة التي اختارها النص العراقي في تحديد الاشياء ، واعتماده في ذلك على قاعدة محددة بفكرة (الآلات الميكانيكية) التي تتطلب عناية خاصة بصورة مطلقة وبحكم القانون ، يكملها معيار مرن يتمثل في فكرة (الاشياء التي تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها) اي الاشياء الخطرة .

اما فيما يخص المشرع الفرنسي فلم يأخذ بمعيار الشئ الخطر ، واطلق المسؤولية وفق المادة (١٢٤٢ / ١) على جميع الاشياء غير الحية او الجامدة باستثناء الأشياء التي وردت بشأنها نصوص خاصة ويثار التسائل ما الاشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة ؟ وبعبارة اخرى متى يكون الشئ خطيراً ، او ما معيار الشئ الخطير ؟

١ - د . اياد عبد الجبار ملوكي ، مصدر سابق ، ص ٣٤ .

وبالاجابة على ذلك انقسم الفقه في هذا الامر الى اتجاهين :

الاتجاه الاول

يقول : إن الشيء يكون محتاجاً الى عناية خاصة في حراسته في حالتين :

الحالة الاولى

اذا كانت طبيعة الشيء تقتضي هذه العناية الخاصة ، نظراً لما يصاحب تلك الطبيعة من خطورة ملازمة لها ، فمثل تلك الاشياء تحتاج للعناية الخاصة في حراستها لأمكان تجنب خطرها ، ولا يمكن القيام بذلك الا ببذل العناية فوق المعتادة (الفائقة) لتعاضد احتمال تسببها في احداث الضرر ، وهذا معيار موضوعي ينبع من ذات الشيء ويدور مع طبيعته .

الحالة الثانية

اذا كانت الظروف والملابسات التي تصاحب الحادث قد اقتضت عناية خاصة في حراسة الشيء ولو كان هذا الشيء بطبيعته غير خطر ، فعندما تكون مثل تلك الاشياء بوضعها الطبيعي لا تشكل خطراً يستوجب العناية الخاصة في حراستها ، ولكن تلك الظروف المستجدة والملابسات التي احاطت بها تجعلها بحالة من الخطورة تستتبع العناية الخاصة في حراستها التي تجعل الضرر الناتج عنها كنتيجة للأخلال المفترض بواجب الحراسة عليها . وهذا معيار شخصي (^١) .

فاستناداً للمعيار الموضوعي ، تكون حراسة الشيء تحتاج الى عناية خاصة اذا كان هذا الشيء بحكم تكوينه او تركيبه خطراً مثل التيار الكهربائي (^٢)

^١ - Tazuin (jean) – La responsabilite des proprietaries des choses dangereuses et specialement des automobiles . Essai de critique jurisprudentielle , 1929 , p181 .

(مشار اليه في د . محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، ص ٦٧)

- د . عبد الرزاق احمد السنهاوري ، مصدر سابق ، ص ١٠٩٥ ؛ د . احمد حشمت ابو ستيت ، نظرية الالتزام ، دون ذكر دار نشر ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٤ ، ص ٥١٤ ، نبذة ٥٥٧ ؛ د . عبد الحي حجازي ، مصدر سابق ، ص ٥٠٠-٥٠١ ؛ حسين عامر ، عبد الرحيم عامر ، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية ، الطبعة الثانية ، دار المعارف ، ١٩٧٢ ، ص ٧٣٠-٧٣١ .

^٢ - قضت محكمة التمييز بمسؤولية الجهة المتصرفة بالأسلاك او الاعمدة الكهربائية في قراراتها التالية ٢٤٦١ / ح / ٥٨ في ١٥ / ١ / ١٩٥٩ ، القضاء ، س ١٧ ، عدد ٢-٣ . ٦٧١ - ص ٦٦- في ٦ / ٧ / ١٩٦٦ ، قضاء محكمة التمييز ، المجلد الرابع ص ١١٣ . ١١٢ - ح ٢٨- في ٥ / ٧ / ١٩٦٨ ، قضاء محكمة التمييز ، المجلد الخامس ، ص ٢٥٦ . ٦٤١ - ح ٦٨- في ٢٢ / ٥ / ١٩٦٨ ، قضاء محكمة التمييز ، المجلد الخامس ، ص ٣٨١ . ١٤ / مدنية اولى - ٧٢ في ١٧ / ٢ / ١٩٧٢ ، النشرة القضائية ، س ٣ ، العدد ١ . ٢٤٧ - مدنية ثانية - ٧٣ في ٣٠ / ٦ / ١٩٧٣ ، النشرة القضائية ، س ٤ ، العدد ٢ . ٢٣٧ - مدنية ثانية - ٧٤ في ٢٨ - ٣ - ١٩٧٤ .

وعكس ذلك قرارها المرقم ١٦٢٧ - ح - ٦٠ - في ٥ - ١١ - ٦٠ ، القضاء ، س ١٨ ، عدد ٤-٥ ، حيث قررت عدم المسؤولية عن الصعق بالأسلاك الكهربائية بسبب ((... وان البيئة لم تؤيد وجود مسؤولية تقصيرية ...)) . ويبدو ان المحكمة قد طبقت القواعد العامة للمسؤولية على هذه القضية . نقلاً عن د . اياد عبد الجبار ملوكي ، مصدر سابق ، ص ٣٥

والمواد الكيماوية (١) ، سريعة الالتهاب او الانفجار (٢) . والمصابيح والزجاج والفؤوس والمفرقات والمناجل والنيران (٣) . ايأ كانت المواد المستعملة في اشعالها .

ووفقاً للمعيار الشخصي يكون الشئ محتاج الى عناية خاصة في حراسته او غير محتاج الى هذه العناية بحسب الظروف والملابس التي تحيط بكل حادث ، ولو كان هذا الشئ غير خطير بطبيعته ، فعربة الركوب والشجرة والسلم والحبل والرمال والصخر ، اشياء غير خطرة بطبيعتها ولكنها قد تصبح خطيرة في ظروف معينة ، فعربة الركوب بالنسبة الى المشاة شئ خطر وهي ليست خطرة بالنسبة الى السيارات ، والشجرة ليست خطرة ما دامت في وضعها الطبيعي ، فاذا اقتلعتها الريح ورمت بها في عرض الطريق اصبحت شيئاً خطيراً ، والسلم يصبح خطيراً إذا دهن بمادة لزجة تجعل الأنزلاق عليه امراً محتملاً جداً ، والحبل قد يصبح خطراً اذا جعل في وضع بحيث يرتطم به المارة ، وهذا هو الشان في الصخرة اذا انحدرت والرمال اذا انهالت (٤) .

وهكذا تكون للظروف والملابس اثرها في عدّ تلك الاشياء خطرة فضلاً عن أن طبيعتها لم تكن خطرة ، فالمعيار الذي يتخذ أساساً لقياس مدى تأثر تلك الظروف والملابس لا يتعلق بموضوع الشئ ، ولكنه يتوقف على تلك المستجدات والى هذا الرأي يميل البعض من الفقه في مصر (٥) .

وأن القضاء المصري يؤيد هذا الرأي ، فقد قضت محكمة النقض المصرية بأن الشئ الذي يكون في حكم المادة (١٧٨) من القانون المدني المصري هو ما تقتضي حراسته عناية خاصة اذا كان خطراً بطبيعته ، او كان خطراً بظروفه وملابساته بأن يصبح في وضع او في حالة تسمح بان يحدث الضرر ، وكان الحكم المطعون فيه قد اعتبر أن حمام السباحة الذي وقع فيه الحادث من الاشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة ، بالنظر الى ظروف الحادث وملابساته ، استناداً الى ان عرض الحوض يبلغ (٢٥) متر مربع وعمقه بين (٥ - ٦) امتار وانه كان ممتلئاً بالماء يوم وقوع الحادث ، وان الحمام يقع في وسط النادي ولا يمكن منع رواد النادي من الاقتراب منه ، فوجود مثل هذا الحوض يعتبر شيئاً خطراً في مثل هذه

١ - قرار محكمة التمييز المرقم ٥٣٠ - ح - ١٩٦٧ في ٢٩ - ٦ - ١٩٦٧ ، القضاء ، س ٢٢ ، العدد ٤ . مشار اليه في د . اياد عبد الجبار ملوكي ، مصدر سابق ، ص ٣٥ .

٢ - د . عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصدر سابق ، ص ١٠٩٥ .

٣ - قرار محكمة التمييز المرقم ١٨٢٨ - ح - ٦٦ في ١٩ - ١٢ - ١٩٦٦ ، قضاء محكمة التمييز المجلد الرابع ، ص ١٣٤ . مشار اليه في د . اياد عبد الجبار ملوكي ، مصدر سابق ، ص ٣٦ .

٤ - د . عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصدر سابق ، ص ١٠٩٦ .

٥ - د . عبد الحي حجازي ، مصدر سابق ، ص ٥٠١ ؛ د . سهير سيد منتصر ، مصدر سابق ، ص ٥٢ ؛ حسين عامر ، عبد الرحيم عامر ، مصدر سابق ، ص ٧٣١ .

الظروف طالما انه غير محاط بسور يمنع الدخول اليه الا بأذن مالكه ، كما لا توجد عليه حراسة تمنع ذلك ساعة وقوع الحادث ، كما ان الحمام بعد الساعة الثانية ظهراً لا يكون فيه مسؤول الانقاذ (١) .

وقد اخذت بهذا الراي محكمة القاهرة الابتدائية في حكم صدر في ٢٠ اكتوبر ١٩٥٤ (٢) في دعوى رفعها مزارع على شركة البترول يطالبها بتعويض الضرر الذي اصابه نتيجة تلف زراعته بسبب تلوث مياه ساقيته بالبترول المنساب من الانابيب المملوكة للشركة . فقد قررت المحكمة في حكمها ((ان مناط القول بان الشئ تقتضي حراسته عناية خاصة مرده ان يكون خطراً بطبيعته او خطراً بملايساته . وهو يضحي خطراً بملايساته اذا كان في وضع او في حالة تسمح عادة بان يحدث الضرر اي اذا تدخل تدخلاً ايجابياً في احداث الضرر .

ولأن الأنابيب ليست اشياء خطرة بطبيعتها فان ظروف وطمعها في باطن الارض وامتدادها لمسافات طويلة وانسياب الكيوسين - وهو مادة قابلة للاشتعال - فيها يدعو بطبيعة الأمر الى احاطتها بطبقة عازلة من القير واتخاذ الوسائل اللازمة لصيانتها من آونة لأخرى - كل ذلك من شأنه ان يجعلها خطرة في هذه الظروف المعينة بالذات ويوحى باندراجها ضمن الاشياء التي تتطلب عناية خاصة)) .

الاتجاه الثاني

يرى أن مفهوم الاشياء ذات العناية الخاصة يشمل الاشياء الخطرة بطبيعتها التي لا يمكن تركها دون رعاية خاصة ، حيث يروا ان نص المادة (٢٣١) من القانون المدني العراقي ، والمادة (١٧٨) من القانون المدني المصري ، تنطبق فقط على الاشياء الخطرة بطبيعتها ، اما الاشياء التي لا تعد كذلك ، فلا تدخل في نطاق تلك المادة (٣) .

فصفة الخطورة متلازمة معها وتتبع منها حتى عندما تكون بمعزل عن الظروف الخارجية والعوامل الأخرى التي قد تساهم في اظهار مثل تلك الخطورة ، ويرى اصحاب هذا الرأي ان هذه الفئة من الاشياء هي وحدها التي تخضع الى عناية خاصة تجعل حارسها مسؤولاً عن الاضرار الناجمة عنها طبقاً لأحكام المسؤولية المفترضة (٤) .

١ - حكم محكمة النقض المصرية في ١٥ - ١ - ١٩٨٩ ، رقم الطعن ١٧٨١ سنة ٥٦ . اورده د . سليمان مرقس ، مصدر سابق ، ص ١٠٦٢ .

٢ - مجلة التشريع والقضاء ، ٧ - ٢١ - ٥٧ . (نقلاً عن د . محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، ص ٦٧) .

٣ - د . محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، ص ٦٨ .

٤ - انظر في تأييد هذا الرأي د . حسن على الذنون ، المسؤولية عن الاشياء غير الحية ، دراسة غير منشورة ، ف ١٦٩ . نقلاً عن د . محمد سعيد احمد الرحو ، مصدر سابق ، ص ٣٩ .

٥ - د . سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، القسم الثاني ، المسؤوليات المفترضة ، ، مصدر سابق ، ف ٣٤٢ .

اما الاشياء الأخرى التي تتطلب حراستها عناية خاصة بسبب الظروف التي احاطتها والملابس التي لازمتها ، فإن المسؤولية عنها لا تتحقق ، الا وفقاً لأحكام القواعد العامة في المسؤولية المدنية التي تلزم الشخص المتضرر بأثبات خطأ الحارس .

وأن تلك الاشياء بطبيعتها وبحكم تكوينها او تركيبها لا تنفك عن الخطورة ، فأنها تحتاج الى عناية خاصة للوقاية من ضررها ، فمعيار خطورتها معياراً موضوعياً ينبع من الاشياء التي تنضوي تحت هذا الوصف كالمتفجرات والأسلاك الكهربائية والسموم وانايبب النفط والغاز والطاقة النووية والمواد الكيميائية والعديد من المواد الأخرى .

ويقدم اصحاب هذا الرأي الحجج الآتية لدعم رأيهم

أ – إن المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري افصح على أن المقصود بالاشياء الخطرة هي التي تشترك مع الآلات الميكانيكية التي تتطلب بطبيعتها عناية خاصة عندما كان ينص (كل من يتولى حراسة آلات ميكانيكية او اشياء تتطلب حراستها عناية خاصة ...) (١) ، وما دام افتراض المسؤولية عن الأضرار الناتجة عن الآلات الميكانيكية يرجع الى طبيعتها الخطرة التي تتطلب عناية خاصة ، فإن ذلك يستتبع القول بأشتراط الخطورة في طبيعة الأشياء المشتركة معها في الحكم ، وان التعديل البسيط الذي ادخله المشرع المصري على النص انف الذكر كان القصد منه جعل المعنى اكثر وضوحاً .

ب – افصحت المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي عن قصد المشرع حينما نصت على أن هذا التخصيص قصد به قصر الحكم على تلك الاشياء التي تحتاج للحراسة بسبب الخطر الملازم لها (٢) . ويفهم من هذا النص ان الحراسة التي يحتاج اليها الشئ بحسب الخطر الملازم له هي التي يحتاج اليها بحسب طبيعته لا بحسب وضع عارض فيه (٣) .

ج – لا يوجد ما يدعو لتطبيق حكم المادة (٢٣١) من القانون المدني العراقي والمادة (١٧٨) من القانون المدني المصري على الاشياء التي تلازمها الخطورة بسبب الظروف والملابس التي تحيطها ، فخطورة هذه الاشياء تنبع من الوضع الذي فرضته تلك الظروف والملابس وليس من طبيعتها ، ومتى ثبتت خطورة الشئ من وضعه ، فمن السهل ان ينسب الاهمال فيه الى القائم عليه ولو عن طريق قرائن الاحوال ، وان المسؤولية المفترضة لم تشرع لمثل هذه الاحوال التي يسهل فيها اثبات الخطأ (٤) .

١ - مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، ج ٢ ، ص ٤٣٥ .

٢ - د . سليمان مرقس ، الفعل الضار ، ف ١٦٤ ، ص ٢١٦ .

٣ - فيرى بعض الفقهاء تفسير مغاير لذلك فعبارة الخطر الملازم لها لا تقتصر عن الخطر الناتج من طبيعة الشئ فقط ، وانما تصدق كذلك على ما يمكن ان يقع من الاخطار نتيجة للظروف التي احاطت بالشئ وملابساته ، وان الشئ يصبح بذلك خطراً منذ تلك الملابسات ويستمر بوضعه وحتى زوال ذلك الخطر انظر في ذلك حسين عامر و عبد الرحيم عامر ، مصدر سابق ، ص ٧٣١ .

٤ - د . اياد عبد الجبار ملوكي ، ص ٣٧ .

د - إن اطلاق حكم المادة (٢٣١) من القانون المدني العراقي والمادة (١٧٨) من القانون المدني المصري على الاشياء الخطرة بطبيعتها وتلك التي تكون كذلك بسبب الظروف والملابسات التي رافقتها سيؤدي الى احلال احكام المسؤولية المفترضة محل القواعد العامة في المسؤولية لأن معظم الاضرار التي تستوجب المسؤولية تنبثق عن الاشياء ، بينما يفترض ان تكون احكام المسؤولية المفترضة استثنائية لا يلجأ اليها الا عندما نكون امام نص لا يجوز التوسع في تفسيره (١) .

ويأخذ القائلون بهذا الرأي بالمعيار الموضوعي للشئ ، إذ ينبغي النظر الى ذات الشئ ودون الاعتداد بالظروف التي صاحبت استعماله وقت حصول الضرر ، فأذا كان الشئ المذكور خطراً وطبيعته وذاته ، فإنه يتعين تطبيق احكام المسؤولية المفترضة ، واما اذا كان موضوع الشئ لا يتضمن في ذاته اي خطورة فينبغي استبعاد تطبيق احكام تلك المسؤولية ، وهذا يعني أن تحديد الاشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة ، لا علاقة لها بالضرر الواقع ولا بالظروف التي احاطت بوقوعه (٢) .

ولا يخفي بعض اصحاب هذا الاتجاه عن اعرابهم من صعوبة ايجاد معيار لتحديد الاشياء الخطرة بطبيعتها ، فالمعيار الموضوعي لتمييز تلك الاشياء استناداً لطبيعتها معياراً غير كافياً ، وان التفكير بالاعتناء بالفكر الغربي ابان فترة اعتناقه لمبدأ التفرقة بين الاشياء غير الخطرة والاشياء الخطرة ومحاولة الفقيه (ريبير) لأيجاد وسيلة للتمييز بين هذين النوعين من الاشياء عن طريق وضع قائمة تتضمن الاشياء الخطرة بطبيعتها للرجوع اليها ، لمعرفة فيما اذا كان الشئ الذي احدث الضرر ممن يدخل ضمن تعدادها لكي تطبق بحق حارسه احكام المادة (١٢٤٢ / ١) من القانون المدني الفرنسي ، او انه ليس من ضمن القائمة لكي يعتبر من الاشياء غير الخطرة التي توجب على الشخص المتضرر اثبات الخطأ وفقاً للقواعد العامة للمسؤولية (٣) ، فهذه الفكرة يشوبها الغموض وتفتقر الى الاساس القانوني لتحديد المقصود بالشئ الخطر ، ثم ان استمرار التطور العلمي والتكنولوجي لا يجيز لنا الابقاء على تحديد خطورة مثل تلك الاشياء ، فمن الاشياء التي تشير القائمة الى خطورتها قد لا تكون كذلك بعد مدة من الوقت والعكس صحيح (٤) .

^١ - د . محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، ص ٦٩ - ٧٠ . ويضيف المؤلف بقوله (ان فكرة الخطر ليست فكرة نسبية تختلف باختلاف الظروف التي تقع فيها الحوادث ، فالخطورة صفة ملازمة للشئ ، والأشياء تنقسم بطبيعتها الى اشياء خطيرة تتطلب حراستها عناية خاصة والى اشياء غير خطيرة ، فالخطورة فكرة مطلقة تقتضي ان الشئ الخطر يعتبر كذلك في جميع الحالات ، وبالنسبة الى جميع الاشياء والاشخاص وبصرف النظر عن كيفية استعمال الشئ وقت حصول الضرر ، وهذا المعنى هو المستفاد من مذكرة المشروع التمهيدي التي تقرر ان الاشياء تحتاج الى حراسة بسبب الخطر الملازم لها .

^٢ - د . سليمان مرقس ، الفعل الضار ، ف ١٦٤ ، ص ٢١٦ .

^٣ - د . محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، ص ٧١ .

^٤ - د . محمد سعيد احمد الرحو ، مصدر سابق ، ص ٤١ .

الى جانب ذلك أن قيام محكمة النقض ، بالأشراف على مثل تلك القوائم يعد خروجاً عن واجبها المتمثل بالأشراف على تطبيق القانون ومراعاة الشرعية من قبل المحاكم التي تكون تحت اشرافها ، اضافة الى ان تثبيت مثل تلك القائمة ستجعل التشريع جامداً ومتخلفاً عن مواكبة التطورات العلمية والصناعية التي يشهدها العالم (^١) ، ولذلك اقترح بعض القائلين بهذا الرأي أن يلحق بهذا المعيار معياران آخران لكي يتمكن القاضي من خلالهما من الاهتداء الى تعيين الاشياء الخطرة ، وان المعيار الاول يتمثل بالاستعانة بالاحصائيات المختلفة التي تمثل تلك الاشياء الخطرة التي سببت اضراراً ، والمعيار الثاني يقتضي بالرجوع الى الرأي العام الذي ينبع من اعتقاد المجتمع بصدد خطورة الاشياء التي تحدث الاضرار وذلك لأنه يلاحظ انه يتولد لدى الناس في مكان معين وفي وقت محدد شعور جماعي يقتضي الحكم على شئ ما بأنه خطر او غير خطر وهذا الشعور يستمد عناصره من الحوادث التي يحدثها هذا الشئ ومن العناية الخاصة التي يوليها حراس الشئ له (^٢) . وهو يقدم تعريفاً للشئ الخطر بانه ((الشئ الذي من شأنه – ان لم يحط بعناية خاصة – ان يسبب اضراراً في الغالب من الحالات (^٣) ، ولذلك يعتبره الناس خطراً)) .

بعد أن بينا الرأيين في تحديد مفهوم (الشئ الخطر) ، اتضح لنا ، ان الراي الأول يأخذ بمعيارين ، موضوعي وشخصي ، يتمثل الاول في فكرة (الشئ الخطر بطبيعته) ، ويتمثل الثاني في فكرة (الشئ الخطر في ظروفه وملابساته) .

اما فيما يخص الراي الثاني ، فلم ياخذ الا بالمعيار الموضوعي ، أي بفكرة (الشئ الخطر بطبيعته) .

فيثارت التساؤل اي من الرأيين أقرب الى روح التشريع ؟

وللأجابة على ذلك ، فان الفقه والقضاء الفرنسيان قد خاضا غمار الجدل حول هذا الموضوع في المرحلة التي كان فيها القضاء الفرنسي يفرق بين الاشياء الخطرة التي كانت تخضع لحكم المادة (١٢٤٢ / ١) من القانون المدني الفرنسي والاشياء غير الخطرة التي كانت تخرج عن نطاق تلك المادة ، وان عرض تلك الآراء فيه فائدة لبحث الموضوع للتمكن من ترجيح احد الرايين ، خاصة وان المعيار الذي اخذ به القضاء الفرنسي في هذه المرحلة ، قريب جداً من المعيار الذي اخذ به القانونان العراقي والمصري .

^١ - د . اباد عبد الجبار ملوكي ، مصدر سابق ، ص ٤٠ – ٤١ .

^٢ - Cahierre (paul) – Des choses inanimees soumises a l'obligation de garde , Rennes 1939, Sur (A) – De la responsabilite en cas d'accident d'ascenseurs , paris 1939 , p 114 . .

نقلاً عن د . محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، ص ٧٢ .

^٣ - ماتيان، في المجلة الفصلية ، ١٩٣٠ – ١٧ . مشار اليه في د . محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، ص ٧٢ .

فقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الشهير الصادر في ٢١ - ٢ - ١٩٢٧ الى انه يشترط لتطبيق المادة (١٢٤٢ / ١) ان يكون الشئ في ذاته خطراً بحيث يحتاج الى الحراسة ، وجاء في الحكم المذكور ما يلي : ((وحيث ان القانون ، لأجل تطبيق الافتراض الذي يقرره لا يميز بين ما اذا كان الشئ محركاً او غير محرك بيد الانسان ، وانما يكفي ان يكون هناك شئ في حاجة الى الحراسة ، وذلك بسبب ما يمكن ان يعرض له الناس من الأخطار)) (١) .

ولم يتفق الفقه حول الأخذ او عدم الأخذ بمعيار (الشئ الخطر) ، فقد قال الأستاذ ريبير الى ان الشخص لا يسأل عن الأضرار الناتجة عن الأشياء استناداً للمادة (١٢٤٢ / ١) الا اذا كانت هذه الاشياء تتطلب الحراسة نظراً للخطر الذي يحتمل ان يحصل منها ، ولا يعتد بظروف الحادث في تقرير ما اذا كان الشئ خطراً او غير خطر ، بل يجب اثبات ان الشئ خطر بذاته وبطبيعته ، وهو ما يؤدي الى تطبيق المادة (١٢٤٢ / ١) من القانون المدني الفرنسي ، فاذا حصل الضرر بسبب اشياء غير خطيرة وجب الرجوع للقواعد العامة للمسؤولية وفقاً للمواد (١٢٤٠) و (١٢٤١) من القانون المدني الفرنسي (٢) .

اما الرأي المقابل لرأي الأستاذ ريبير ، فيرفض الأخذ بالتفرقة بين الشئ غير الخطر والشئ الخطر ، وذلك بسبب صعوبة التفرقة غالباً بين الشئ الخطر والشئ غير الخطر ، ولأن تكليف المدعي بأثبات ان الشئ خطر يعني تحميله بالتزام يشبه عبء الاثبات الوارد في المادة (١٢٤٠) من القانون المدني الفرنسي ، ولأن القانون لم ينص على هذه التفرقة في المادة (١٢٤٣) من القانون المدني الفرنسي المتعلقة بالمسؤولية عن الضرر الناتج عن الحيوان ، ولان من نتائج هذه التفرقة افلات عدد كبير من الحوادث من حكم المادة (١٢٤٢ / ١) المعدلة من القانون المدني الفرنسي بحجة ان الشئ موضوع الدعوى غير خطر .

وقد انكر الاستاذ مازو ان يكون المعنى الذي قصدت اليه محكمة النقض في حكمها الصادر بتاريخ ١٢ - ٢ - ١٩٢٧ ، هو معيار (الشئ الخطر) ، بقوله ((فالمحكمة انما قالت ان المسؤولية التي تقوم على خطأ مفترض تتأسس على حاجة الشئ للحراسة لما يعرض الناس له من الخطر ، فهي لا تميز بين الشئ غير الخطر والشئ الخطر ، بل تفسر حاجة الشئ للحراسة ، فترجعها الى ما يعرض الشئ له الناس من الخطر)) (٣) .

^١ - دالوز ١٩٢٧ - ١ - ٩٧ مع تعليق ريبير - سيريه ١٩٢٧ - ١ - ١٣٧ مع تعليق اسمان . نقلاً عن د . عبد الزاق احمد السنهوري ، مصدر سابق ، ص ١٠٩٢ .

^٢ - Repert , Georges: La Regle Morale dans Les obligations Civiles , 4 eme . edn., Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence , paris , 1949 , p 224 .

نقلاً عن د . اياد عبد الجبار ملوكي ، مصدر سابق ، ص ٤٠ .

^٣ - Mazeaud . o p . cit . p 236 .

مشار اليه في د . اياد عبد الجبار ملوكي ، مصدر سابق ، ص ٤٢ .

وقد اصدرت محمة النقض الفرنسية بدوائرها الجمعية حكمها الصادر بتاريخ ١٣ فبراير ١٩٣٠ (١) .
والتي نصت فيه على معيار (الشئ الخطر) فلم تذكره في اسباب الحكم ، وربطت المسؤولية القائمة على
خطأ مفترض بفكرة الحراسة لا بالشئ ذاته ، سواء كان غير خطر ام خطر (٢) .

وبعد بيان الاراء المختلفة التي قيلت في مفهوم بيان (الشئ الخطر) نرجح الرأي الذي يعتبر (الشئ خطر)
اما بطبيعته واما بظروفه وملابساته ، بالنظر لعدم وجود مانع قانوني من الاخذ بالمعيار الشخصي المتمثل
في ان الشئ يكون خطر بظروفه وملابساته ، الى جانب المعيار الموضوعي الذي يعد
الشئ خطر بطبيعته فقط ، نظراً لعموم النص ، وعدم راحة حجج الرأي المقابل التي حاولت تقييد النص
، ويرد على انصار فكرة (الشئ الخطر بطبيعته) بما يلي :

إن الاعتماد على نص المشروع التمهيدي الذي قدم عبارة (الآلات الميكانيكية) على (الأشياء التي تتطلب
عناية خاصة) غير مجدٍ في التشبث بفكرة الشئ الخطر بطبيعته لان الآلات الميكانيكية وان كانت تتطلب عناية
خاصة بحكم القانون ، قد لا تكون خطرة بطبيعتها ، لكن يمكن ان تكون خطرة بملابساتها وظروفها ، وقد لا تكون
خطرة .

وأن ما جاء في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي من انه ((بديهي ان هذا التخصيص قصد
به الى قصر الحكم على تلك الاشياء التي تحتاج لحراسة بسبب الخطر الملازم لها)) ، ينصرف الى
حاجة الشئ للحراسة بسبب الخطر الذي قد يتعرض له الغير منه وان عبارة (الخطر الملازم) يمكن
التوسع في تفسيرها بحيث تفيد الخطر الناتج من طبيعة الشئ او نتيجة لملابسات الشئ وظروفه ، فلا يوجد
مانع من وصف الشئ الذي يصبح خطر بملابساته وظروفه بانه شئ ملازم للخطر ، او ان الخطر ملازم له ، منذ
اللحظة التي يصبح فيها خطراً والى حين زوال ذلك الخطر .

وان الحجة القائلة لا داعي لتطبيق حكم (١٧٨) من القانون المدني المصري على الاشياء التي
لا تتطلب عناية خاصة في حراستها ، الا بسبب وضعها في ظروف وملابسات معينة وضعاً يضاعف
خطرها على الغير ، لان الوضع الذي تكون موضوعه فيه بحيث يضاعف خطرها هو في ذاته وضع
خاطئ يسهل نسبة الاهمال فيه الى من قام به ولو من طريق قرائن الاحوال ، هذه الحجة لا تسوغ وضع
عبء الاثبات على عاتق المدعي ، لان هذا الاثبات قد يكون سهلاً في بعض الاحوال ، وصعباً في اوضاع
اخرى ، بل انه قد يكون اصعب من اثبات الاهمال في استعمال الآلات الميكانيكية ، خاصة اذا كانت
الملابسات او الظروف التي يوجد فيها الشئ غير ظاهرة .

١ - دالوز ١٩٣٠ - ١ - ٥٧ مع مذكرة ماتير وتعليق ريبير ، - سيري - ١٩٣٠ - ١ - ١٢١ مع تعليق اسمان . اورده :
Mazeaud . o p . cit . p 330 .

نقلا عن د . اياد عبد الجبار ملوكي ، مصدر سابق ، ص ٤٢ .
٢ - د . عبد الرزاق احمد السنهوي ، مصدر سابق ، ص ١٠٩٢ - ١٠٩٣ .

ولا رقابة لمحة التمييز على ما تقرره محكمة الموضوع حول ذاتية الشئ الذي حصل منه الضرر ، اذ تُعد من مسائل الواقع ما تقرره محكمة الموضوع من ان الضرر قد تسبب عن الصعق بالتيار الكهربائي او عن مواد سامة او متفجرة او عن اسلحة غير ميكانيكية وغيرها .

اما بخصوص وصف الشئ الذي احدث الضرر بانه خطر او انه غير خطر فهو مسألة قانونية تخضع لرقابة محمة التمييز (١) . ويجب على محكمة الموضوع ان تبين في حكمها ان الشئ الذي احدث الضرر يحتاج الى عناية خاصة للوقاية من ضرره ، والا كان حكمها مشوباً بقصور في التسبب .

وان اطلاق تسمية الاشياء الجامدة ، يبدو انه غير موفق ، لان المعنى اللغوي الشائع لهذا التعبير يدل على الاشياء الصلبة دون سواها ، وبالنتيجة فأنها لا تشمل الاشياء الغازية والسائلة ، رغم ان الكثير من تلك الاشياء تنسم بالخطورة والتي عناها المشرع وجعلها من ضمن الاشياء التي تدخل ضمن نطاق المسؤولية المفترضة اسوة بالاشياء الصلبة ، وبالتالي سوف يتم حرمان العديد من الاشخاص من المتضررين من الاشياء الغازية والسائلة والتي لا تقل خطورة عن غيرها ، وان اطلاق تعبير الاشياء الحية لتكون اطاراً للمسؤولية المفترضة عن الاشياء تسمية غير موفقة ، فهذا المصطلح يستثني من حكم الاشياء النباتات بوصفها من الاشياء الحية ، فالنباتات تعتبر من الاشياء الحية على الرغم من الطبيعة الخاصة بها ، وبالنتيجة سوف يحرم الشخص المتضرر من المطالبة بالتعويض وفقاً لأحكام المسؤولية المفترضة ، عن تلك الاضرار التي تسببها له الاشجار والانواع الاخرى من النباتات .

المطلب الثاني

الحارس

إن الاشياء محل الحراسة قد تلحق الضرر بالآخرين ، ولا بد من البحث عن الشخص المسؤول الذي يتحمل تبعه الأضرار التي تحدثها تلك الأشياء ، وان حارس الشئ هو الذي يتحمل تلك المسؤولية ، فلا بد من وجود شخص تقع عليه المسؤولية وينسب اليه وجود الشئ او نشاطه ، فأذا لم يوجد هذا الشخص ، وكان الشئ مباحاً او سائباً ، فلا يمكن ان تقوم مسؤولية احد عما يحدثه الشئ من ضرر .

فيثار التسائل من يكون هذا الحارس ؟ وما الوسائل التي نستعين بها للوصول الى مبتغانا في ذلك ؟

وللأجابة سوف نبحت هذا المطلب في فرعين ، إذ يكون الفرع الاول لتعريف الحارس ، بينما يكون الفرع الثاني لوسائل تحديد الحارس .

١ - د . محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، فقرة ٥٥ ، ص ٧٥ .

الفرع الاول

تعريف الحارس

إن مصطلح الحارس يمثل اهمية بالغة في مجال المسؤولية المفترضة عن الاشياء ، لأرتباط هذه المسؤولية بفكرة الحراسة وجوداً وهدماً ، وأن الحراسة لا تبرز للوجود الا من خلال الشخص الذي اسماه المشرع العراقي (من تكون الاشياء تحت تصرفه) ، وسمّته تشريعات اخرى مثل التشريع المصري والتشريع الفرنسي بالحارس ، ولو تأملنا التعبيرين لوجدناهما يتفقان بالدلالة على نفس المعنى ، بالرغم من اختلافهما بالتسمية ، فمن الواضح ان المراد بمن يكون الشئ تحت تصرفه هو الحارس للشئ ، وسوف نبين تعريف الحارس تشريعاً أولاً ، ومن ثم تعريف الحارس فقهاً ثانياً وكما يلي :

اولاً : تعريف الحارس تشريعاً

إن المشرع العراقي والقوانين محل المقارنة لم تعرف الحارس .

ثانياً : تعريف الحارس فقهاً

فقد عرف (الحارس) : ((هو الشخص الذي تكون له وقت حدوث الضرر سيطرة فعلية على الشئ ذاته وعلى استعماله)) (١) .

ويلاحظ على هذا التعريف نص على السيطرة الفعلية على الشئ وهذا شئ جيد وان التعريف ذكر عبارة (وعلى استعماله) حيث لا داعي لذكرها لان السيطرة الفعلية تدل عليها او تتضمنها ، وما يؤخذ عليه انه لم يتطرق الى العنصر المعنوي الذي يعني استعمال الشئ لحساب نفسه .

وعرفه آخر (حارس الشئ هو من تكون له عليه السيطرة الفعلية لحساب نفسه لا لحساب غيره وقت وقوع الضرر بغض النظر عن ثبوت حق له على الشئ المذكور او عدمه وعن وجود هذا الشئ في حيازته المادية او عدم وجوده فيها) (٢) .

ويبدو ان هذا التعريف جسد نظرية السيطرة الفعلية وكذلك العنصر المعنوي وهو موقف جيد ولكنه تعريف مطول كان من الأفضل اختصاره بعبارة اقصر منها دون ان يؤثر ذلك على جوهر التعريف .

وعرفه آخر (الحارس هو من تكون له السيطرة على الشئ ذاته ، وعلى استعماله ، والتي يباشرها بصورة مستقلة وذلك حتى لو كان لا يستند في سيطرته على الشئ الى حق ما ، فلا يشترط ان

١ - د . عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصدر سابق ، ص ١٠٨٦ ، نبذة ٧٢٦ ؛ د . محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، ص ٨٢

٢ - د . سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، في الالتزامات ، المجلد الثاني ، في الفعل الضار والمسؤولية المدنية ، القسم الثاني ، ف ٣٤٤ ، ص ١٠٦٧ .

يكون مالكا للشيء أو صاحب حق عيني عليه كالمنتفع وصاحب العقار المرتفق ، أو صاحب حق شخصي كالمستاجر والمستعير . بل هو يعتبر حارساً ، حتى ولو كانت سلطته على الشيء غير مشروعة (١) .
ويلاحظ على هذا التعريف أنه جسد نظرية السلطة الفعلية والعنصر المعنوي وهو موقف جيد ولكن يؤخذ عليه أنه تعريف طويل العبارة وكان بالإمكان إيجازه دون أن يؤثر في جوهره .

وعرفه آخر (الحارس : هو الشخص الذي يخوله مركزه القانوني حق إدارة الشيء واستخدامه ومراقبته وتستمد هذه السلطة القانونية من الحق الذي يكون لهذا الشخص على الشيء ، الذي ينبغي أن يكون حقاً مشروعاً ، ولا يهم أن يكون الحق حقاً عينياً أو حقاً شخصياً يتصل بهذا الشيء ويتعلق به) (٢) .
وسواء كان العقد مصدراً لهذا الحق أو كان القانون مصدره أو أي مصدر آخر من مصادر الحقوق (٣) .
وان هذا التعريف جسد نظرية الحراسة القانونية ولم يجسد نظرية السلطة الفعلية سواء كانت مشروعة أو غير مشروعة وأنه طويل العبارات .

وعرفه آخر (الحارس هو ذلك الشخص الذي يتسلط عليه ، فتتحقق له سلطة فعلية على هذا الشيء في توجيه ورقابة نشاطه) (٤) .

ويلاحظ على هذا التعريف أنه جسد نظرية السلطة الفعلية وهو موقف جيد ولكن ما يؤخذ عليه أنه ذكر كلمات التوجيه والرقابة التي تتجسد في السلطة الفعلية ولا داعي لذكرهما ، وكذلك لم يتطرق إلى العنصر المعنوي .

ومن كل ما تقدم يمكن لنا أن نعرف الحارس (هو من تكون له السيطرة الفعلية على الشيء وقت حصول الضرر ، ولحسابه الخاص) .

الفرع الثاني

معايير تحديد مفهوم حارس الأشياء الخطرة

تظافرت جهود الفقه والقضاء في محاولة إيجاد بعض الوسائل من أجل تحديد المدلول القانوني للحارس ، وتمثلت تلك الوسائل في نظريتين أعطت كل واحدة منهما مدلولاً مغايراً لمعنى الحارس ، نظرية الحراسة القانونية إذ تعتبر مالك الشيء هو الحارس ، ونظرية الحراسة الفعلية تعد الشخص صاحب السيطرة الفعلية هو الحارس للشيء .

١ - د . إيد عبد الجبار ملوكي ، مصدر سابق ، فقرة ١٠٠ ، ص ١٣٤ .

٢ - د . محمد سعيد أحمد الرحو ، مصدر سابق ، ص ٥٣ .

٣ - د . محمد ليبب شنب ، مصدر سابق ، فقرة ٥٧ ، ص ٧٧ .

٤ - د . امجد محمد منصور ، مصدر سابق ، ص ٤٨ .

أولاً : نظرية الحراسة القانونية

ان الفقيه الفرنسي (هنري مازو) هو اول من قال بهذه الفكرة ، حيث اشار اليها في مقال له عن الخطأ في الحراسة ، ثم سادت هذه الفكرة في الوسط الفقهي والقضائي حتى اواخر عام ١٩٤١ ، إذ العديد من فقهاء فرنسا ايدوه في الرأي امثال جوسران وكوريبيسي واندريه بيسون (١) .

ومقتضى هذه النظرية ، يجب في الشخص ، ليتمكن اعتباره حارساً ، ان تكون له سلطة قانونية على الشئ تستمد من حق شخصي متعلق به او حق عيني على هذا الشئ ، فلكي يكون الشخص حارساً ، يجب أن تكون له سلطة على الشئ ، بناءً على نص في القانون او بناءً على العقد ، او اي مصدر آخر من مصادر الحقوق (٢) .

الى جانب ذلك أن محكمة النقض الفرنسية قد تبنت هذه النظرية ، إذ قررت في حكمها الصادر في ١٥ ديسمبر (كانون الاول) ١٩٣٠ ان الحارس هو من له التوجيه والحراسة القانونية للشئ (٣) ، وتستند نظرية الحراسة القانونية الى حجة مستمدة من نص المادة (١٣٨٥) المعدلة من القانون المدني الفرنسي بطريق القياس ، إذ أن هذه المادة تنص على أن حارس الحيوان يكون مسؤولاً ولو تسرب منه الحيوان او ظل ، وقد برر انصار النظرية بقاء الحراسة في هذه الحالة للحارس ، لان الحارس وان فقد حيازة الشئ المادية ، الا انه لم يفقد سلطته القانونية على الحيوان ، والتي تبقى على الرغم من فقده او تسربه ، فالأعداد اذ لا يكون الا بهذه السلطة القانونية .

ومن خلال السلطة القانونية ، فان الحارس يستمد حقه على الشئ في التوجيه والاستعمال والرقابة ، وهذا يعني حقه في اصدار التعليمات والأوامر الخاصة باستخدام الشئ في نشاط خاص يباشره بصورة مستقلة (٤) . وبمعنى انه لا يخضع لسلطة شخص ثالث في استخدام الشئ ، ويتمكن الحارس ان يمنع حصول الأضرار من استخدام الشئ (٥) ، ويكتفي بوجود هذه السلطة القانونية لثبوت الحراسة ، ولا يشترط مباشرتها بالفعل .

¹ - (Alexandre) Coressi : De la responsilite , encorue par les automobilistes a raison des damaged causes par eux , paris 1928 .

نقلاً عن د . محمد سعيد احمد الرحو ، مصدر سابق ، ص ٥٣ .

^٢ - د . محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، ص ٥٧ ، ص ٧٧ .

^٣ - جازيت دي باليه ١٩٣١ - ١ - ١٣١ . أورده د . محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، فقرة ٥٧ ، ص ٧٨ .

⁴ - Stark . o p cit . p 438 .

نقلاً عن د . اياد عبد الجبار ملوكي ، مصدر سابق ، ص ١٣٠ .

^٥ - بيسون ، تعليق في دالوز ١٣ - ٢ - ١٩٢٨ . أورده د . احمد شوقي محمد عبد الرحمن ، مصدر سابق ، فقرة ٦٠ ، ص ٥٨ .

وتبعاً لذلك ، فان عدم معرفة الشخص بالأمر الفنية المتعلقة بالشئ ، لا يتعارض مع اعتباره حارساً ، طالما كان له الحق في رقابته وتوجيهه ، وان لم يستطيع مباشرة ذلك فعلاً بسبب جهله الفني (١) . فمثلاً فيما يخص الأطباء الذين يقومون بأجراء العمليات للمرضى بأجهزة الليزر يتحملون المسؤولية عن الأضرار التي تسببها هذه الاجهزة للمرضى حتى لو كان الأطباء يجهلون استخدام تلك الاجهزة بصورة فنية دقيقة .

ووفقاً لهذه النظرية ، يُعد المالك ، صاحب السلطة القانونية على الشئ ، تبعاً لما له من حق عيني على الشئ ، ولذا قد اقام القضاء قرينة على اعتبار المالك حارساً للشئ ، ويعفي المضرور من اثباته كونه هو الحارس ، وعلى المالك ان يثبت انتقال الحراسة لشخص آخر اذا كانت قد انتقلت فعلاً . واستناداً لهذه النظرية ، فان الحراسة على الشئ لا تنتقل الا بتصرف قانوني ينقلها من شخص لآخر ، وذلك لان الحراسة تنتج عن المركز القانوني الذي يوجد فيه الحارس بالنسبة الى الشئ ، وان المراكز القانونية تنظمها الاتفاقات (٢) . وعليه لا تنتقل الحراسة بالسرقة الى السارق ، بل تبقى للحارس الأصلي ، بالرغم من زوال حيازته على الشئ ، طالما ظل له الحق في استرداده .

ويترتب على هذه النظرية ، ان التابع لا يعتبر حارساً للشئ الذي يستخدمه لحساب متبوعه ، بل تبقى الحراسة للمتبوع ، فالحيازة المادية غير كافية لأكساب التابع صفة الحراسة ، طالما ان نية المتبوع لا تتجه الى نقل السلطة القانونية على الشئ الى التابع ، كذلك ان سلطة التابع على الشئ لا تتصف بالاستقلال ، بسبب خضوعه لتوجيه ورقابة المتبوع ، ولان استعماله للشئ يكون لحساب المتبوع لا لحسابه الخاص .

وقد انتقدت هذه النظرية من ناحية ان الربط بين الحراسة ووجود حق او سلطة قانونية على الشئ ، ليس له سند من القانون (٣) ، فالمادة (١ / 1242) من القانون المدني الفرنسي لا تشير الى وجوب تحقق مثل هذه السلطة . اما الاستناد الى المادة (1243) من القانون المدني الفرنسي باعتبار انها لا تشترط الحيازة المادية للحيوان . فذلك لا يفيد بالضرورة ان مناط الحراسة هو السلطة القانونية ، خاصة وان هذا النص الأخير يستطرد فيقول ان الحارس يكون مسؤولاً عن الحيوان ولو لم يكن مالكا له مما يعني انه لا يشترط ان يكون الحارس ذا حق على الشئ مهما كان ذلك الحق (٤) .

١ - د . اياد عبد الجبار ملوكي ، مصدر سابق ، ص ١٣١ .

٢ - هنري مازو ، في دروسه لطلبة الدكتوراه ، دراسة غير منشورة ، ص ٣٥١ . اورده د . محمد ليبب شنب ، مصدر سابق ، ص ٧٨ .

٣ - Goldman. op . cit . p 174 .

اورده د . اياد عبد الجبار ملوكي ، مصدر سابق ، ص ١٣٢ .

٤ - د محمد ليبب شنب ، مصدر سابق ، ف ٥٧ ، ص ٧٩ .

وقيل ان مما يجافي العدالة ، ان يظل مالك الشئ المسروق حارساً له ، فما دام السارق لا يملك اي حق على الشئ ، فلن يستطيع ان ينقل الحراسة الى اي شخص ، ولو كان حسن النية . وهكذا يظل المالك حارساً فضلاً عن تداول الشئ بين عدة ايدي ، ما دام له حق استرداده ، ولا شك أن هذه النتيجة تتنافى مع العدالة ومع روح القانون (١) .

وقد رفضت الكثير من المحاكم الفرنسية الأخذ بنظرية الحراسة القانونية (٢) ، مما اقتضى تدخل محكمة النقض بدوائرها المجتمعة لتقرر في حكمها الصادر في ٢ ديسمبر ١٩٤١ ، ان حرمان مالك الشئ من استعماله ورقابته وتوجيهه ، يزيل عنه صفة الحراسة (٣) ، واستناداً على ذلك فان صاحب الحق على الشئ لا يكون حارساً له ، متى ما حرم من استعماله وتوجيهه ورقابته ، أي أن وجود الحق القانوني على الشئ لا يكفي لقيام صفة الحراسة ، وبذلك تكون محكمة النقض الفرنسية ، قد قضت على نظرية الحراسة القانونية .

١ - د . محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، فقرة ٥٧ ، ص ٨٠ .

٢ - حكم محكمة استئناف بيزانسون الصادر في ٢٥ فبراير ١٩٣٧ ، فقد قررت : ((حيث ان معنى حراسة الشئ هو حفظه ورقابته فان صفة الحراسة تزول عمن اضحت رقابته على ذلك الشئ متعذرة . وحيث ان وصف الحراسة انها حراسة قانونية لا يغير من الامر الواقع شيئاً - لان الحراسة بطبيعتها واقعة مادية ، فلا يمكن لمجرد وصف الحراسة في بعض احوالها بالحراسة القانونية الى ان يتحول الى كيان قانوني اخر يعدم مدلولها ، ذلك ان مالك الشئ او حائزه او واضع اليد عليه ، يفقد صفته كحارس للشئ منذ اللحظة التي يفقد فيها سلطة رقابته ، سواء نفسه او بواسطة تابعه ، ولا تتغير هذه الحقيقة مهما حاولنا ان نقم على هذا الموقف الخلاف بين الحراسة القانونية والحراسة المادية لكي نخالف مدلول كلمة الحراسة ...))

دالوز الاسبوعي ، ١٩٣٧ ، ص ١٨٢ . اورده نعيم عطيه في مقاله ، تحديد مدلول الحراسة على الجمادات ، مجلة المحاماة، القاهرة ، س ٣٥ ، ع ٣ ، ص ٦٢٦ . نقلاً عن د . اياد عبد الجبار ملوكي ، مصدر سابق ، ص ١٣٣ .

٣ - نص القرار ((حيث ان الحكم المطعون فيه قد رفض دعوى الورثة تأسيساً على ان المدعى عليه وقت ارتكاب الحادثة ، كان قد تجرد من سيارته بفعل السرقة ، ومن ثم كان يستحيل عليه ان يباشر عليها ادنى رقابة ، ولما كان صاحب السيارة قد حرم من استعمال سيارته وتوجيهها ورقابتها ، فقد زالت عنه صفة الحراسة ، ولم يعد ثمة محل لأثارة قرينة المسؤولية التي نصت عليها الفقرة الاولى من المادة (١ / 1242) من القانون المدني الفرنسي في حقه ، وبالتالي فان حكم محكمة الاستئناف المطعون فيه عندما قرر مساءلة المدعى عليه ، لم يجانب الصواب في تطبيق المادة (١ / 1242) . سيري ، ١٩٤١ - ١ - ٢١٧ ، تعليق هنري مازو . اورده نعيم عطية في مقاله ، ص ٦٢٦ . ويرى الدكتور سليمان مرقس انه ((كان يمكن القول في هذه الحالة بمسؤولية مالك السيارة الى جانب مسؤولية السارق تطبيقاً لنظرية تعادل الأسباب (التي تأخذ بها محكمة النقض الفرنسية) اذا كان قد وقع من المالك تقصير في حفظ السيارة لولاه ما امكنت سرقتها ولا سيطرة السارق عليها ، تلك السيطرة التي ادت الى وقوع الفعل الضار ، غير ان محكمة النقض الفرنسية ابت متابعة منطق نظرية تعادل الاسباب الى هذا الحد ، فقضت دائرتها المدنية في ٦ يناير و ١٢ و ١٥ مارس من سنة ١٩٤٣ ، بان تقصير المالك في المحافظة على سيارته والحيلولة دون سرقتها لا يعتبر سبباً في الضرر الذي وقع بفعل السيارة بعد سرقتها ، لان ما يعتبر سبباً يجب ان يكون قد لعب دوراً ايجابياً في حدوث الضرر . ويظهر من ذلك ان من مقتضيات العدالة ، حملت محكمة النقض على الانحراف في هذا الموضوع على نظرية تعادل الأسباب ، والأخذ فيه بنظرية السببية الفعالة)) . د . سليمان مرقس ، الاحكام الخاصة ، ف ١٧٩ ، ص ١٦٤ . د . اياد عبد الجبار ملوكي ، مصدر سابق ، ص ١٣٣ .

اما فيما يخص القضاء فان محكمة التمييز العراقية لم تستقر على رأي واضح بالنسبة للموضوع ، ولم تكن احكامها على وتيرة واحدة لغاية عام ١٩٩٢ ، ولو تتبعنا الاحكام الخاصة بالمسؤولية المقررة وفق المادة (٢٣١) من القانون المدني العراقي لوجدنا بان محكمة التمييز تأخذ تارة بنظرية السلطة الفعلية (١) ، لتحديد الحارس المسؤول وتخلط تارة اخرى بين النظرية الفعلية ونظرية السلطة القانونية ، ويتضح ذلك من خلال الحكم الصادر عنها في ٢١ - ١ - ١٩٩١ إذ حكمت المحكمة المذكورة على مستأجر إحدى محطات تعبئة الوقود ، وهي من الاشياء الخطرة ، بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بسيارة احد المواطنين من جراء الحريق الذي نشب في المحطة والزمّت المنشأة العامة لتوزيع المنتجات النفطية بالتضامن معه بأعتبارها مالكة المحطة ومن خلال تحليل ذلك فان محكمة التمييز قد خلطت في الحكم على صاحب السلطة الفعلية الذي هو المستأجر الذي ينتفع من المحطة لحسابه الخاص ومالك المحطة ، بأعتباره الحارس ، طبقاً لنظرية الحراسة القانونية (٢) .

بينما قضت محكمة التمييز في قرار اخر لها بمسؤولية مالك الآلات الميكانيكية عن الأضرار التي أحدثتها بالغير فضلاً عن تلك الآلات كانت بحيازة السائق الذي كان يعمل لمصلحته وحسب توجيهه بأعتباره تابعاً له ، مما يدل على مسايرتها للفقهاء في الأخذ بنظرية السلطة الفعلية ، ويتضح من هذا القرار ان المحكمة المذكورة قد استعملت لفظ المالك للدلالة على الحارس (من كان تحت تصرفه) ولا جناح على المحكمة المذكورة فيما ذهبت اليه لو كانت تقصد بان مالك الشيء يعتبر في الأصل ، حارساً له الى حين أثبات العكس .

واما لو كانت تقصد من استعمالها لتلك العبارة ان المسؤولية المقررة في المادة (٢٣١) من القانون المدني العراقي مرتبطة بالملكية وتدور معها وجوداً وعدماً فأنها تكون بذلك قد افرغت النص من

^١ - انظر القرار ٧٧ / موسعة اولى / ٩٢ في ١٥ - ٤ - ١٩٩٢ ، وكان القرار المذكور قد قضى بالزام مدير الشركة العامة لتوزيع المنتجات النفطية اضافة لوظيفته فقط بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بسيارة المدعي بعد اشتعالها بسبب انكسار صمام تفريغ مادة الزيت من السيارة العائدة له والتي كان يقودها احد التابعين له استناداً لأحكام المادة (٢٣١) من القانون المدني العراقي مؤسسة قضائها على عائدية السيارة لدائرة المدعى عليه الذين كانت له سلطة استعمالها في الشوارع العامة ، وتوجيهها ومراقبتها ، القرار غير منشور . اورده د . محمد سعيد احمد الرحو ، مصدر سابق ، ص ٦٩ .

^٢ - القرار ٧٩١ / ٩٧٢ / مدنية في ٢١ / ١ / ١٩٩٢ ، القرار غير منشور . اورده د . محمد سعيد احمد الرحو ، مصدر سابق ، ص ٧٠ . ويلاحظ على القرار ان المحكمة لم تكن موفقة بالحكم بالتضامن على المستأجر والمالك فأشترك الطرفين المذكورين بالحكم لا نجد له مبرر قانوني بل يتعارض مع القواعد القانونية التي تقيم المسؤولية على المستأجر الذي تنتقل الحراسة اليه بموجب عقد الأيجار ويكون له على المحطة سلطة الاستعمال والتوجيه والمراقبة والأنتفاع منها لحسابه الخاص .

جوهره ومحتواه واحاطته بسور ضيق جداً خلافاً لما اراده المشرع ، فالحراسة هي محور المسؤولية في المادة (٢٣١) من القانون المدني العراقي وليست الملكية (١) .
اما محكمة التمييز الفرنسية فقالت بأن (الحارس هو الذي تكون له ادارة الشئ وحراسته القانونية) (٢) .

ثانيا : نظرية السلطة الفعلية

إن نص المادة (٢٣١) من القانون المدني العراقي ، والمادة (١٧٨) من القانون المدني المصري أن من كان تحت تصرفه او (حراسته) الات ميكانيكية او اشياء اخرى تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها ، يكون مسؤولاً عما تحدثه من ضرر ، اما فيما يخص القانون المدني الفرنسي الذي استعمل مصطلح الحراسة في المادة (١ / 1242) المعدلة ، فان هذه القوانين لم تحدد من هو المتصرف بالشئ او الحارس .

الا انه ورد في المذكرة الأيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري ، ان الفقه يفرق بين الحراسة المادية والحراسة القانونية ، وان الثانية دون الاولى هي التي تنبني عليها المسؤولية (٣) .
وإن حكم الدوائر المجتمعة لمحكمة النقض الفرنسية جاء في ٢ ديسمبر ١٩٤١ ، بمعيار جديد لتحديد الحارس ، بدلاً عن معيار الحراسة القانونية ، فالقرار يقضي بان مالك الشئ لا يعتبر حارساً له ، متى ما كان محروماً من استعماله ورقابته وتوجيهه ، فان ذلك يدل على ان صفة الحراسة تتوقف على توفر هذه السلطات الثلاث وهما الاستعمال والرقابة والتوجيه (٤) .

^١ - القرار ٧٣٩ / حقوقية / ٥٩ ، في ٢٥ - ٤ - ١٩٥٩ ، منشور في مجلة القضاء ، العدد الخامس لسنة ١٩٥٩ . اورده د . محمد سعيد احمد الرحو ، مصدر سابق ، ص ٧٠ .

^٢ - تمييز فرنسي : غرفة العرائض ، ١٥ - ١٢ - ١٩٣٠ ، مجلة القصر ، ١٩٣١ ، ١ ، ١٢١ . اورده د . محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، ص ٢٠ .

^٣ - الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، ج ٢ ، ص ٤٢٤ .

غير انه ورد في مناقشات لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ، ما يفيد عكس ذلك ، لقد قرر الدكتور حسن بغدادى ان الفقه ((كان يفرق على الأخص بين الحراسة المادية والحراسة القانونية ، والثانية دون الاولى هي التي كانت تنبني عليها المسؤولية ، ولكن التطور اتجه الى الاعتداد بالسيطرة الفعلية وعلى هذا النحو ، يسال مالك الحيوان متى كانت له الحراسة الفعلية عما يحدثه هذا الحيوان من ضرر للرائض الذي استخدمه للعناية به)) .

ويفسر هذا التعارض بين القولين ، ان المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي كتبت ما بين ١٩٣٨ - ١٩٤٠ ، حيث كانت تسود فكرة الحراسة القانونية في فرنسا ، فتأثرت المذكرة الأيضاحية بذلك ، اما مناقشات لجنة القانون المدني ، فقد تمت في تاريخ لاحق ، حيث تحول القضاء الفرنسي بعد حكم فرانك في ٢ ديسمبر ١٩٤١ الى نظرية السلطة الفعلية ، فكان تقرير الدكتور بغدادى منسجماً مع الفكرة الجديدة في فرنسا . نقلاً عن د . محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، ص ٨٢ .

^٤ - د . اياد عبد الجبار ملوكي ، مصدر سابق ، ص ١٣٤ .

واستناداً الى هذه النظرية فإن الحارس هو من تكون له السيطرة الفعلية على الشئ ذاته ، وعلى استعماله ، والتي باشرها بصورة مستقلة لمصلحته الشخصية ، وذلك حتى ولو كان لا يستند في سيطرته على الشئ الى حق ما ، فلا يشترط ان يكون مالكا للشئ ، او صاحب حق عيني عليه ، كالمنتفع وصاحب العقار المرتفق ، او صاحب حق شخصي كالمستأجر والمستعير ، بل هو يُعد حارساً ، حتى وان كانت غير مشروعة سلطته على الشئ ، كالغاصب والسارق (١) ، وان السيطرة لا تثبت للشخص بمجرد حيازته المادية للشئ ، فالحراسة انما تقوم على السلطة الفعلية ، واذا لم تتوافر هذه السلطة لدى الحائز ، فلم يكون حارساً ، ومن جانب آخر ، فان انتفاء الحيازة المادية لا يعني فقد الحراسة ، طالما ان سلطة الحارس ما زالت قائمة على الشئ . ويؤيد ذلك نص المادة (1243) من القانون المدني الفرنسي ، التي تقرر ان الحارس يكون مسؤولاً ، ولو ظل الحيوان او تسرب منه ، فصفة الحراسة لا تتوقف على توفر الحيازة المادية (٢) .

على انه لا يشترط ان يمارس الشخص سلطته على الشئ فعلاً ، فهو يعتبر حارساً له ، ولو لم يمارس سلطته عليه او لم يستعمله . ما دامت هذه السلطة ثابتة له ، ويستطيع ان يمارسها في اي وقت يشاء ، فمن كان له سيطرة على اشياء خطيرة ، وتركها مدة طويلة دون ان يستعملها او يمارس سلطاته عليها ثم تسببت في احداث ضرر للغير ، فانه لا يستطيع ان يدفع مسؤوليته بعدم كونه الحارس المسؤول عن هذه الأشياء.

ويلاحظ ان السيطرة الفعلية لسلطات الاستعمال والرقابة والتوجيه ، لا يعني ان كل سلطة من هذه السلطات الثلاث تختلف وتستقل عن الأخرى ، بل ان كلاً منها تكمل الأخرى ، فتعطي مدلولاً متكاملًا ومحددًا للحراسة (٣) .

ففي حالة عدم توفر السيطرة الفعلية لشخص ما على شئ من الاشياء ، فان ذلك الشئ يكون بلا حارس مسؤول عنه ، كما هو الحال في الاشياء المباحة التي لا مالك لها ، والتي يملكها اول من يستولي عليها ، متى ما سيطر عليها سيطرة فعلية .

١ - د . عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصدر سابق ، فقرة ٧٢٦ ، ص ١٠٨٧ .

٢ - د . محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، فقرة ٥٦ ، ص ٧٧ .

٣ - Mazeaud . op . cit . p 1260 .

اورده د . اياد عبد الجبار ملوكي ، ص ١٣٦ .

وإذا كانت السلطات الثلاث من استعمال ورقابة وتوجيه تمثل العنصر المادي للسلطة الفعلية ومن ثم للحراسة ، فإن للحراسة عنصر آخر يقابل العنصر المادي ، ألا وهو العنصر المعنوي الذي يتمثل في اشتراط ان يباشر الشخص هذه السلطة لحسابه الخاص ، اي بقصد تحقيق مصلحة شخصية له ، اي ان صفة الحراسة لا تتوفر اذا كان الشخص يستخدم الشيء لمصلحة غيره ولحسابه (١) .

وأن محكمة التمييز الاتحادية استقرت في قراراتها على نظرية السلطة الفعلية بصورة واضحة بعد عام ٢٠٠٨ ، ومنها قرار الحكم المرقم ٣٢٤ في ١١ / ٦ / ٢٠٠٨ حيث قررت مسؤولية المدعى عليه التقصيرية ، لعدم اتخاذه الحيطة الكافية لمنع وقوع الضرر وفقاً لما نصت عليه المادة (٢٣١) من القانون المدني العراقي وذلك لعدم ربط السلك الكهربائي العابر فوق سكة الحديد ، الامر الذي ادى الى ارتطامه بالعربة السياحية وسقوطه مما ادى الى اصابة المدعي بالصعق الكهربائي وبتر ساعده الأيسر (٢) ، والحال نفسه في قراراتها الاخرى ، ومنها قرارها بالعدد ١٤٩ في ١١ / ٣ / ٢٠٠٨ ، وقرارها المرقم ٨٦٦ / الهيئة المدنية / ٢٠١٠ في ٢١ / ٩ / ٢٠١٠ ، وقرارها بالعدد ٦٨٤ / الهيئة المدنية / ٢٠١٠ في ٦ / ٩ / ٢٠١٠ ، وقرارها المرقم ١١٤٢ / الهيئة المدنية / ٢٠١٠ في ١٩ / ١٢ / ٢٠١٠ ، وقرارها بالعدد ٢٤٤ / الهيئة الاستئنافية / ٢٠١٥ في ٢٧ / ١ / ٢٠١٩ ، وقرارها بالعدد ٥٤٦ / الهيئة الاستئنافية / ٢٠١٩ في ١٩ / ٢ / ٢٠١٩ ، وقرارها بالعدد ١٦٤٧ / الهيئة الاستئنافية / ٢٠١٩ في ٢٦ / ٥ / ٢٠١٩ وكذلك قرار محكمة تمييز اقليم كردستان الهيئة المدنية / ٢٠١٤ في ١٣ / ١١ / ٢٠١٤ (٣) .

وأضاف بعض الفقهاء نظرية ثالثة (٤) ، ومن كل ما تقدم نؤيد نظرية السلطة الفعلية لأنها تجسد مضمون الحراسة .

١ - نعيم العطية في مقاله ، مصدر سابق ، ص ٦٢٨ .

وقد قررت محكمة التمييز العراقية ، ان الحادثة التي يقودها تابعي المدعي عليهما ، والتي اصطدمت بالقطار ، تكون تحت تصرف الآخرين ، لذا فهما يكونان مسؤولين عن تعويض الضرر . (قرار رقم ٣٦٥ و ٣٦٦ - عامة ٧١ في ١٩ - ٢ - ١٩٧٢ ، النشرة القضائية ، بغداد ، س ٣ ، ع ١ ، ص ٤٥) . نقلاً عن د . اياد عبد الجبار ملوكي ، مصدر سابق ، ص ١٣٧ .

٢ - فلاح كريم وناس آل جحيش ، الموسوعة القضائية المدنية ، دار السنهوري ، الجزء الثاني ، بيروت ، ٢٠٢١ ، ص ٥٦ .

٣ - فلاح كريم وناس آل جحيش ، مصدر سابق ، ص ٤١ وما بعدها .

٤ - قال بعض الفقهاء بنظرية الحراسة الاقتصادية ، وان القائلون بهذه النظرية يربطون المسؤولية عن الأشياء بالمنفعة التي يجنيها المنتفع من الشيء . اذ يذهب انصار هذه النظرية على اعضاء الطابع الموضوعي على هذا النوع من انواع المسؤولية ، واستناداً الى ذلك فان حارس الشيء هو الشخص الذي يستفيد من الشيء وتعود منفعته والفائدة المتوخاة منه اليه ويعبر الفقيه سافيتيه في مؤلفه عن المسؤولية المدنية عن تاييد لهذه النظرية . وان هذا المعيار قد تعرض الى انتقادات عديدة ابرزها انه معيار يشوبه الغموض وتعوزه الدقة ، فقد يشترك اكثر من شخص في الاستفادة اقتصادياً من الشيء وقد تتحقق الفائدة من الشيء للعديد من الاشخاص ، فاي منهما سيكون حارساً للمأجور ، وهل يمكن ان ننظر الى وجود الفائدة فقط ؟ ام يستلزم الامر المفاضلة بين الفائدتين ، لكي تتلاشى الفائدة الأقل مقابل الفائدة الأكبر ، ومن الذي يقدر ذلك ، ومن المؤكد القول بثبوت الحراسة على الشيء لأكثر من شخص في ذات الوقت يتعارض مع المبدأ القائل بان الحراسة تتبادل ولا تتعدد . وان هذا المعيار سيؤدي الى ثبوت الحراسة لمن يستفيد اقتصادياً من الشيء ، حتى وان لم تكن له اي سلطة عليه ، وهو امر يتنافى مع مدلول الحراسة التي تقتض ان يكون للحارس سلطة فعلية على الشيء . وازاء هذه الانتقادات تخلى عن الفكرة =

الفصل الثاني

احكام الحراسة

قد يتعدد الأشخاص الذين لهم السلطة على الشئ ، مما يزيد في صعوبة تعيين الشخص الذي يمتلك السلطة الفعلية على الشئ ، ويحدث هذا في تعدد الحراس او الحراسة المشتركة ، والأمر يقتضي بيان أحكام فكرة الحراسة ، فننطلق الى إثبات الحراسة ، وإنقضائها فيفقد المالك حراسة الشئ بفقد سلطاته عليه ، وبالتخلي عنه ، وكذلك بضياعه او بسرقة اذا كان منقولاً ، او بأغتصابه منه اذا كان عقاراً ، فمناط الحراسة هي السيطرة الفعلية على الشئ ، وأن فقدان هذه السيطرة يؤدي بالنتيجة الى فقدان الحراسة ، لأن الحراسة قد تنقضي ويبقى الشئ دون حارس جديد له ، بالإضافة الى أنها قد تنتقل من شخص لآخر ، وتظهر اهمية فكرة انتقال الحراسة في معرفة وتحديد من هو صاحب السيطرة الفعلية على الشئ ، وهو المسؤول عن الحراسة وعن الأضرار التي تصيب الغير ، وذلك لأن العبرة في قيام مسؤولية حارس الأشياء هي وجود السيطرة الفعلية على الشئ ، وانتقال الحراسة يعني تحويل السلطة الفعلية التي كانت للحارس على الشئ الى شخص آخر .

وهذه السيطرة الفعلية يمكن أن تنتقل من شخص الى آخر وتبعاً لذلك تنتقل الحراسة ، ومعرفة هل إنتقلت الحراسة ام لا ، وتحديد متى انتقلت الحراسة ، يمكننا من معرفة المسؤول عن الحراسة ، وبالتالي إسناد المسؤولية اليه ، ومساءلته عن الأضرار الناتجة عن فعل الشئ ، وهناك حالات تنتقل فيهما الحراسة ، فمثلاً يعهد المالك بالشئ الى شخص من اجل تحقيق غاية ، ومن مقتضيات تحقيق هذه الغاية ممارسة السلطة الفعلية او السيطرة الفعلية عليه من مثل عقد الصيانة .

وكذلك يكون هناك عقد تنتقل بموجبه السيطرة الفعلية من المالك الى شخص آخر والذي يمارس على الشئ حقاً عينياً ، ومن هذه العقود عقد العارية وعقد الأيجار ، وان هذا الانتقال يتحدد تبعاً لمصدره فقد يكون ارادي وقد يكون قسري .

في ضوء هذه المعطيات ، ولتنظيم البحث بشئ من التفصيل والتحليل لهذه الأحكام فقد أرتأيت تقسيم هذا الفصل الى مبحثين ، خصصنا الأول منه الى الحراسة الموصوفة ، وكرسنا المبحث الثاني لانتهاة الحراسة واثباتها

= العديد من الفقهاء الذين دافعوا عنها ومنهم الفقيه سافيتيه الذي عاد في الطبعة الثانية من مؤلفه في المسؤولية ، للقول بان الحراسة ترتبط بالفائدة المستمدة من الشئ وسلطة التوجيه التي تباشر على هذا الشئ . كما تراجع الفقيه ديموج ايضاً عن تأييد هذه النظرية بقوله ان الحارس هو صاحب السلطة الفعلية على الشئ شريطة ان تتحقق له الفائدة من هذا الشئ ، وبذلك لم تستطع هذه النظرية من ايجاد معيار منظم لتحديد مدلول الحارس وتلاشت تلك الفكرة امام نظرية السلطة الفعلية . نقلاً عن د . محمد سعيد احمد الرحو ، مصدر سابق ، ص ٧٢- ٧٥ .

المبحث الاول

الحراسة الموصوفة

الحراسة المنفردة على الشئ والتي تنسم بالطابع الفردي ، وهي الصورة الأكثر شيوعاً للحراسة ، وقد يمتلك الشئ اكثر من شخص ، ويكونون حراساً متعددين له ، او يتعدد الحراس وأن كانت الحراسة واحدة لا تتعدد ، ومن أجل الأحاطة بصور الحراسة سنقسم هذا المبحث الى مطلبين ، نخصص الاول لتعدد الحراس والحراسة ، بينما نكرس المطلب الثاني للحراسة المشتركة .

المطلب الاول

تعدد الحراس والحراسة

قد يتعدد الحراس في حين الحراسة لا تتعدد ، وهما فكرتان قانونيتان متقاربتان الألفاظ ومتضادتان بالمعنى ، فأحدهن تقوم على النقيض من الأخرى ، ومن أجل بيان ذلك ، سوف نبحت هذا المطلب في فرعين ، إذ يكون الفرع الاول لتعدد الحراس ، في حين الفرع الثاني لدراسة نطاق تعدد الحراسة.

الفرع الاول

تعدد الحراس

لا يوجد ما يمنع من أن يكون للشئ الواحد أكثر من حارس ، بشرط أن لا تتجزأ الحراسة بينهم ، وأن يكون كل منهم مسؤولاً عن كل الضرر الذي يحدثه الشئ ، فإذا تعدد الحارسون للشئ الواحد ، فإنه يبقى لكل منهم السلطة ذاتها يتولاها على الشئ نفسه ، فلا يكون له في مثل هذا الوضع ان يواجه شريكاً آخر له فيها بالمسؤولية عن فعل هذا الشئ ، مثال ذلك ، مباراة كرة قدم حيث يمارس كل لاعب على الكرة سلطة الرقابة والتوجيه ذاتها ، لا يكون لأي لاعب أن يتذرع بالمسؤولية عن الاشياء تجاه لاعب آخر تضرر من فعل الكرة في أثناء المباراة ، فالكرة تنتقل من لاعب الى آخر بالشكل المختلط المتداخل ، فيكون الجميع مشاركاً في الاستعمال طوال مدة المباراة ، وتكون الحراسة لهم جميعاً وليس لأحدهم فقط عند اللحظة التي تمس الكرة قدمه او في متناوله ، إذ أن الكرة لا تستقر عنده ويتناقلها اللاعبون استعجالاً ، فيكون كل منهم مستعملاً لها طبقاً لمتطلبات اللعبة ، اما اذا كان الشخص المتضرر احد المشاهدين في المدرجات ، فإنه بإمكانه ان يقيم دعواه على اللاعبين جميعاً بصفتهم الحارسين للكرة (١) .

^١ - د . طارق عبد الرؤوف صالح رزق ، مصدر سابق ، ص ١٢١ .

ويتحقق ذلك عندما يشترك أكثر من شخص في استعمال شئ واحد في وقت واحد ، بحيث تكون لكل منهم السلطة الأمر على الشئ ، ويكونون في المركز القانوني نفسه بالنسبة له ، ففي مثل هذه الحالة يعتبرون جميعهم حراساً للشئ ، وأن التعدد ليس في الحراسة ، وإنما التعدد يلحق الأشخاص الذين يمارسون السلطة الفعلية انطلاقاً من وحدة مركزهم القانوني الذي يخولهم القيام بذلك وممارسة هذه السلطة بدون تعارض من الآخرين ، ومتى ما توافرت لهم السلطة الفعلية مع وحدة المركز القانوني ، فإن صفة الحراس تثبت لهم جميعاً واصبحوا حراساً متعددين (١) .

وإن هذا المبدأ يتفق مع فكرة الحراسة ، لأن قوام الحراسة تكمن في السلطة الفعلية ، أي السلطة الأمر المستقلة على الشئ ، وهي لا يمكن أن تجتمع لأكثر من شخص في وقت واحد إذا كان لكل منهم مركز قانوني مختلف عن الآخر ، لأن هذه السلطة تفترض عدم وجود مانع يحول دون مباشرتها ، وأن وجود السلطة لأكثر من شخص غير متشابهين في المركز القانوني قد يعيق مباشرة سلطة احدهم او بعضهم او جميعهم على الشئ ، فالأوامر الصادرة من احدهم المتعلقة باستخدام الشئ ، قد تتعارض مع الأوامر الصادرة من احدهم او بعضهم ، وإن السلطة الأمر على الشئ ، تثبت لأحدهما وتستبعد بالضرورة سلطة شخص آخر غير متشابه معه في المركز القانوني ، على الشئ نفسه في الوقت ذاته ، وأن تعدد الحراس يتحقق عندما يشترك أكثر من شخص في استعمال شئ واحد في الوقت نفسه (٢) ، بحيث تكون لكل منهم السلطة الأمر على الشئ ، ويكونون في مركز قانوني متشابه بالنسبة للشئ ، كأن يكونوا جميعهم مغتصبين او مستأجرين للشئ ، ولا يوجد ما يمنع من أن يكون للشئ الواحد أكثر من حارس ، بشرط أن لا تتجزأ الحراسة بينهم ، وأن يكون كل منهم مسؤولاً عن كل الضرر الذي يحدثه الشئ ، لأن عدم تجزئة الحراسة لا يمنع من أن يكون للشئ أكثر من حارس ، بشرط ألا تتجزأ الحراسة بينهم ، ففي هذه الحالة يعتبرون جميعهم حراساً للشئ مسؤولين عن الضرر الناتج عنه بالتضامن (٣) .

بحيث يمكن للشخص المتضرر أن يرجع على أي منهم بقيمة التعويض ، ومع ذلك فإن اصابه أحد الحراس بضرر ناتج عن الشئ ، لا يجيز له الرجوع على الحراس الآخرين بناءً على قواعد المسؤولية عن الأشياء ، ذلك أن الالتزام برقابة الشئ يقع عليه هو الآخر بالإضافة الى الحراس الآخرين ، فلا يجوز

^١ - جمانه احمد محمد ، فكرة الحراسة في المسؤولية المدنية ، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة النيلين ، كلية القانون ، ٢٠٠٨ ، ص ٧٢ ؛ قاصدي دليله و إخناس نسيمه ، مصدر سابق . ص ٣٩ .

^٢ - د . احمد شوقي محمد عبد الرحمن ، مصدر سابق ، ٩٧ .

^٣ - Demogue (Rene) – Traite des obligations en general , 1925, p 128 .

نقلاً عن د . محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، ص ٩٦ .

للاعب التنس الذي يصاب بجرح من الكرة في أثناء اللعب ، أن يستند الى قواعد المسؤولية عن الاشياء عند رجوعه على اللاعب الآخر (١) .

والحال نفسه بالنسبة لمالكي الشئ على وجه الشيوخ واصحاب الحقوق العينية ، فأنهم يقتسمون الشئ قسمة مهايأة ، فإذا كانت المهايأة زمانية كان الحارس المسؤول هو الشخص الذي كان يستعمل الشئ فعلاً وقت الحادث دون باقي الملاك ، الا اذا كان هؤلاء يقتسمون الشئ قسمة مهايأة مكانية ، كما اذا كان الشئ قابلاً للقسمة ، فان كل شخص يُعد حارساً في الجزء الذي يقع فيه نصيبه بموجب القسمة (٢) .

وعليه يكون صاحب حق الانتفاع بمزرعة الحارس لما يتناوله حقه من ارض فيما تنتجه ومن اشجار فيما تثمره ومن أدوات ومواد يستعملها في ممارسة حقه ، فأن حصل ضرر للغير بفعل سقوط غصن شجرة من المزرعة فأن صاحب حق الانتفاع يكون الحارس للغصن الذي سقط والمسؤول عن ضرره لو كان الغصن في سقوطه هو الأداة في احداث الضرر (٣) .

إن هذه الصورة تفترض أن يكون لأكثر من شخص سلطة فعلية على الشئ ، ولهم مباشرتها عليه ولهم مركز قانوني واحد ، وان هذه الصورة تقتضي بقاء الحراسة على الشئ واحدة لا تتعدد ، فالتعدد هنا يحصل بتعدد الأشخاص الذين يمارسون تلك السلطة ، استناداً الى مركزهم القانوني المتماثل الذي يخولهم القيام بها وممارستها بدون تعارض مع اي احد ، فتثبت لهؤلاء الاشخاص جميعاً صفة الحارس ويكونوا حراساً متعددين ، متى ما توافرت لهم السلطة الفعلية على الشئ مع وحدة مركزهم القانوني ، ولا يشترط لوحدة المركز القانوني لهؤلاء الحراس ان تكون نسب اشتراكهم في الشئ محل الحراسة متساوية ، فقد يكون لأحدهم الربع والآخر النصف والآخر الثمن والآخر السدس في الشئ محل الحراسة ، وأن اختلاف حصص الحراس المتعددين في الشئ محل الحراسة لا ينفي كونهم حراس متعددين عليه ، وان آثار الاختلاف في الحصص ، لا تظهر الا عند رجوع الحراس بعضهم على البعض الآخر بايفاء التعويض (٤) .

١ - د . احمد شوقي محمد عبد الرحمن ، مصدر سابق ، ص ٩٨ .

٢ - Demogue . op . . cit . p 128 .

نقلاً عن د . محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، ف ٧٩ ، ص ٩٦ ؛ د . اياد عبد الجبار ملوكي ، مصدر سابق ، ص ١٤٨ ؛ د . طارق عبد الرؤوف صالح رزق ، مصدر سابق ، ص ١٢٢ .

٣ - د . عاطف النقيب ، مصدر سابق ، ص ٤٢ .

٤ - د . محمد سعيد احمد الرحو ، مصدر سابق ، ص ١٣٥ .

وسواء كان مصدر المركز المشترك حقاً عينياً كالملكية او حقاً شخصياً ، وسواء كان مصدره مشروعاً أو غير مشروع ، من مثل تعدد السراق او تعدد الغاصبين ، فهم جميعاً يسألون عن تعويض الضرر الناجم من الشيء الذي تحت حراستهم مسؤولية تضامنية ، بحيث تجيز للمضرور مطالبتهم جميعاً بالتعويض او مطالبة احدهم او بعضهم ، وبصرف النظر عما اذا كان مصدر الضرر نتج عن الاستعمال السئ للشيء ام حصل عن عيب داخلي فيه (١) .

وأن العبرة بتعدد الحراس تتمثل في امكانية مباشرة السلطة الفعلية وليس بممارستها فعلاً ، وعليه فان الأشخاص الذين يملكون إمكانية مباشرة تلك السلطة ولم يباشرونها بالفعل على الرغم من استطاعتهم ذلك ، فهم يعتبرون حراساً على الشيء مسؤولون عما ينتج عنه من ضرر .

وأن الحراسة تقوم على السلطة الفعلية بصرف النظر عن مباشرة تلك السلطة او عدم مباشرتها ، لأن العبرة بذات السلطة وليس العبرة بمباشرتها (٢) ، وفي حالة وجود أكثر من شريك في الشيء ، فان استعمال الشيء من قبل بعضهم لحسابهم الخاص دون غيرهم ، ففي هذه الحالة تنحصر المسؤولية عن فعل الشيء في الأشخاص الذين استعملوه دون غيرهم باعتبارهم حراساً متعددين له . فتشكل الحراسة ذاتها وحدة واحدة لا تتجزأ الى عدة حراسات مختلفة ، فلا يجوز في نفس الوقت ان يكون للشيء الواحد اكثر من حارس (٣) .

وأن تعدد الحراس لا يشترط ان يتولى جميعهم ممارسة السلطة الفعلية بمظاهرها كافة ، فقد يباشر احدهم سلطة استعمال الشيء ، ويتولى الآخر سلطتي التوجيه والرقابة ، ولا يمنع من قيام التعدد أن يتخصص كل حارس بنشاط معين ضمن ذلك الاستعمال ، وقد كشف القضاء عن بعض الصور التي يتحقق فيها التعدد المذكور .

ومن هذه الصور الملكية الشائعة لمنزل ، فإن المصعد يعد ايضاً ملكية شائعة ، فإذا حصل ضرر نتيجة لحادث المصعد (٤) . فإن الملاك المتعديدين يسألون عن تعويض ذلك الضرر .

وأن فكرة تعدد الحراس برزت في القضاء الفرنسي على وجه الخصوص في الحوادث التي تقع اثناء الألعاب الرياضية الجماعية او الثنائية ، ففي مباراة للتنس ، أحد اللاعبين سد الكرة بقوة في اتجاه

١ - د . احمد شوقي محمد عبد الرحمن ، مصدر سابق ، ص ٩٨ .

٢ - وهذا ما يفسر لنا اعتبار الشخص حارساً للشيء على الرغم من استعماله من قبل شخص آخر .

٣ - ابراهيم الدسوقي ابو الليل ، المسؤولية المدنية والأثر بلا سبب ، مؤسسة دار الكتب ، الطبعة الثانية ، ١٩٩٨ ، ص ١٨٥ .

٤ - السين ١١ يناير سنة ١٩٣٧ جازيت دي باليه ١٩٣٧ - ٢ - ٤٧٥ . نقلاً عن د . سهير سيد منتصر ، مصدر سابق ، ص ١٤٤ . فإن الملاك المتعديدين يسألون عن تعويض ذلك الضرر .

خصمه ، فأن الكرة اصابته في عينه ، فأقام الدعوى ضد خصمه طبقاً لأحكام المادة (1240) من القانون المدني الفرنسي المتعلقة بالخطأ الواجب اثباته ، والمادة (1242 / ١) المعدلة من القانون المدني الفرنسي الخاصة بمسؤولية حارس الأشياء .

وان محكمة النقض الفرنسية أيدت بقرارها الصادر في ٢٠ نوفمبر ١٩٦٨ (^١) ما ذهبت اليه محكمة الموضوع من ان الأصابة لا ترجع الى اهمال اللاعب الآخر ، وانما الى طبيعة اللعب نفسه ، وبالنتيجة فقد استبعدت تطبيق المادة (1240) من القانون المدني الفرنسي .

أما فيما يتعلق بمسؤولية حارس الاشياء ، فقد كان المدعي قد تمسك امام محكمة الموضوع بأن المدعى عليه يعتبر حارساً للكرة ، وبالنتيجة فهو مسؤول عما سببته له من ضرر ، دون حاجة الى اثبات الخطأ في جانبه ، إستناداً الى القرينة المنصوص عليها في المادة (١/1242) من القانون المدني الفرنسي ، وان محكمة الموضوع رفضت هذا الدفاع ، إستناداً الى ما ذهبت اليه من ان كل لاعب قد قبل تحمل المخاطر الناشئة عن اللعب ، لكن محكمة النقض اقامت قضائها برفض الطعن على فكرة الاستعمال المشترك للأداة التي سببت الضرر .

ومؤدى هذه الفكرة ان كل لاعب يعتبر في نفس الوقت حارساً للكرة ، او كما قالت محكمة النقض في اسباب حكمها : (كل لاعب باشر على الكرة سلطات الرقابة والتوجيه نفسها) .

ففي حالة اختلاف مركز الاشخاص بالنسبة للشئ فالذي يكون الحارس هو احدهم فقط ، فالمستأجر والمؤجر لا يكونان حارسين في الوقت نفسه ، والشئ نفسه بالنسبة لصاحب حق الانتفاع ومالك الرقبة ، فأن السيطرة الفعلية تكون لأحدهما ، فيكون هو الحارس (^٢) .

ومن كل ما تقدم نجد إمكانية تعدد الاشخاص كحراس على الشئ الواحد مع تساوي مراكزهم القانونية ولا يوجد مانع من ذلك .

^١ - مجلة ادارة قضايا الحكومة ، القاهرة ، س ١٦ ، ع ٣ ، ص ٧٦٩ . نقلاً عن د . اياد عبد الجبار ملوكي ، مصدر سابق ، ص ١٤٨ .

^٢ - محكمة استئناف اورليان في ٢ مايو ١٩٥١ ، دالوز الاسبوعي ، ١٩٥١ - ٥٥٧ . نقلاً عن د . اياد عبد الجبار ملوكي ، مصدر سابق ، ص ١٤٩ .

الفرع الثاني

نطاق تعدد الحراسة

إن الفقه يشير الى عدم جواز تعدد الحراسة على الشئ الواحد ، فأذا كان هناك أكثر من شخص له سلطة الأمر على الشئ ، فإن الحراسة تكون مشتركة ، طالما لم يستقل اي منهم بالسيطرة على الشئ ، الا ان الحراسة في هذه الحالة تكون مشتركة ، الا انها لا تتجزأ فلا يجوز ان يختص كل حارس بنوع معين من الحراسة ، فالحراسة ذاتها تشكل وحدة واحدة لا تتجزأ الى عدة حراسات مختلفة ، فلا يجوز ان يكون للشئ الواحد اكثر من حارس في آن واحد استناداً الى حراسات متنوعة (١) .

فتعدد الحراسة الذي يعتد به هو تعدد أشخاص من يملكونها طالما إستندوا الى السلطة ذاتها وليس المقصود بتعدد الحراسة تجزئة سلطاتها ، ومن ثم فالحراسة لا تتجزأ ، وإذا فرض انفصلت سلطة الاستعمال عن سلطة الرقابة والتوجيه ، فإن ذلك لا يعني تجزئة الحراسة فالحراسة لا تتعدد ، فأذا كانت السيطرة الفعلية على الشئ لشخص معين فإنه يكون هو الحارس ، حتى اذا إنتقلت هذه السيطرة الى شخص آخر ، فإن الأول يفقد صفة الحارس ، في حين يكتسب الثاني الحراسة ، فالحراسة تتبادل بينهما ولا تتعدد (٢) ، ومن ثم عدم تجزئة الحراسة لا يمنع من أن يكون للشئ اكثر من حارس ، بشرط عدم تجزئة الحراسة بينهم والملاك المشتاعين واصحاب الحقوق العينية.

فلا يمكن أن يكون للشئ الواحد اكثر من حارس في وقت واحد ويملكون مراكز قانونية مختلفة ، وان القاعدة ان الحراسة تبادلية لا متعددة ، ومعنى ذلك ان السلطة الفعلية والمستقلة على الشئ في الاستعمال والتوجيه والرقابة من حيث هي السمة المميزة للحراسة لا يمكن أن تكون لعدة أشخاص في آن واحد ولديهم مراكز قانونية مختلفة وعلى نفس الشئ (٣) .

وقد رتب اصحاب فكرة الحراسة التبادلية على هذا المفهوم أن اسناد الحراسة لأحد الأشخاص يؤدي الى اعفاء غيره منها (٤) .

^١ - د . ابراهيم الدسوقي ابو الليل ، مصدر سابق ، ص ١٨٥ ؛ د . طارق عبد الرؤوف صالح رزق ، مصدر سابق ، ص ١٢١ .

^٢ - د . سليمان مرقس ، المجلد الاول ، مصدر سابق ، ص ١٨١ .

^٣ - د . محمود جمال الدين زكي ، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري ، دون ذكر دار نشر ، الطبعة الثالثة ، ١٩٧٢ ، فقرة ٣١٧ ، ص ٤ ؛ د . احمد شوقي محمد عبد الرحمن ، مصدر سابق ، ص ٦٧٥ ؛ عمر الازمي الادريسي ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، المجلد ٢ ، العدد ٣ ، ٢٠٠٧ ، ص ١١٣ .

^٤ - د . محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، ص ٩٧ ؛ د . محمود السيد عبد المعطي خيال ، مصدر سابق ، ص ١٢٤ .

لأن قوام الحراسة تكمن في السيطرة الفعلية ، اي السلطة الأمرة المستقلة على الشئ ، وان هذه السلطة لا يمكن ان تجتمع لأكثر من شخص في الوقت نفسه اذا كانت مراكزهم القانونية مختلفة بعضها عن البعض الآخر ، ذلك أن هذه السلطة الأمرة تفترض عدم قيام عائق يحول دون مباشرتها ، ولا شك أن وجود سلطة لشخصين يختلفان في المركز القانوني ، يعيق مباشرة أحدهما لسلطاته على الشئ ، فالأوامر المتعلقة باستخدام الشئ الصادرة من احدهما قد تتعارض مع الاوامر الصادرة من الشخص الآخر ، والسلطة الأمرة على الشئ قد تثبت لأحدهما وتستبعد بالضرورة سلطة شخص آخر يختلف عنه في المركز القانوني وعلى الشئ ذاته في نفس الوقت (١) .

فان الحراسة على الشئ لا تثبت لأصحاب المراكز القانونية المختلفة (٢) ، ويذكر ان الحراسة لا تثبت لشخصين في الوقت ذاته ، ذلك ان الحراسة لا تجتمع لمالك الشئ ومستأجره في ذات الوقت ، فهي اما ان تثبت للمالك او المستأجر ، فيمكن ان تنتقل من احدهما الى الآخر ، ذلك ان مناط الحراسة هي السيطرة الفعلية على الشئ حتى يعتبر من يباشرها حارساً (٣) ، وهي لا تثبت في نفس الوقت الا لمن له السلطة الفعلية على الشئ ، فأن كانت لشخص معين فإنه يكون هو الحارس ، حتى اذا انتقلت هذه السيطرة الى شخص آخر ، فأن الأول يفقد صفة الحارس بينما يكتسب الثاني الحراسة ولا يكون الاثنان حارسين في نفس الوقت فالحراسة بينهما تتبادل ولكنها لا تتعدد (٤) .

فإذا كانت المركبة مملوكة للزوج والزوجة معاً وكان كل منهما يستعملها لغايته الشخصية ، فأن احدهما لا يكون حارسها في الوقت الذي يكون الآخر مستقلاً بها يمارس عليها منفرداً سلطة الأمرة بمعزل عن الاول ولغرض خاص به وحده (٥) ، لأن الحراسة لا تتعدد وانما تبادلية تنتقل من شخص لآخر .
واذا كانت الوالدة قد نظمت لأبنها وكالة ليتصرف بالسيارة فاستلمها بموجب الوكالة ، فأن الحراسة تنتقل اليه (٦) .

١ - د . احمد شوقي محمد عبد الرحمن ، مصدر سابق ، ص ٩٧ .

٢ - د . احمد شوقي محمد عبد الرحمن ، مصدر سابق ، ص ٩٧ .

٣ - د . طارق عبد الرؤوف صالح رزق ، مصدر سابق ، ص ١٢١ .

٤ - د . سليمان مرقس ، الفعل الضار ، مصدر سابق ، الطبعة الثانية ، ص ١٨١ ، نبذة ١٣٧٥ .

٥ - د . عاطف النقيب ، مصدر سابق ، ص ٨٩ .

٦ - تمييز مدني فرنسي ، الغرفة الثانية ، ٢٥ - ١١ - ٧٠ ، مجلة الاسبوع القانوني ، ١٩٧١ ، ٤ ، ص ٦ . نقلاً عن د . عاطف النقيب ، مصدر سابق ، ص ٩٠ .

فكل حارس مستقل بسلطاته التي قد تتعارض مع سلطات الآخرين الذين آلت اليهم باي طريقة سلطة الأمر على الشيء ، وان الحراسة تدور وجوداً وعدمياً مع وجود السلطة الفعلية على الشيء من عدمه ، فلا يمكن تصور قيام المسؤولية ضد شخص فقد السلطة الفعلية على الشيء لانتقاله الى غيره وانقطاع علاقته القانونية به ، ولا يمكن إشراكه بالمسؤولية مع ذلك الشخص .

وبمعنى آخر فان فاقد السيطرة الفعلية وسلطة الأمرة على الشيء لا يمكن ان يكون حارساً لذلك الشيء ، ومن ثم فإن الحراسة لا تثبت الا لمن له السيطرة ولا يمكن تصور تعددها (١) .

ولا يمكن ان تكون حراسة الشيء متعددة في آن واحد ، لان القول بعكس ذلك سيؤدي الى مشاكل عديدة لا حصر لها ، وانما يصح القول بتبادل الحراسة تبعاً لانتقالها من يد الى يد ، فمؤجر الدار مثلاً يكون حارساً لها عندما تكون الدار تحت تصرفه وقبل تأجيرها للغير ، الا ان هذه الحراسة تتبدل بانتقالها الى المستأجر بعد إستئجاره للدار حيث يصبح هو الحارس المسؤول عن تعويض الآخرين للضرر الناجم عن المأجور وتزول حراسة المؤجر لها ، وهذا يؤدي الى نتيجة هي عدم جواز إعتبار المؤجر والمستأجر حارسين للمأجور في آن واحد .

وتعدد الحراسة الذي يعتد به ، هو تعدد الأشخاص الذين يملكونها طالما استندوا الى السلطة نفسها ، وليس المقصود بتعدد الحراسة تجزئة سلطاتها (٢) .

ويبدو ان الحكم اعلاه تنقصه الدقة في التعبير ، لان هذه الحالة او الصورة ليست تعدد للحراسة وانما هي حراسة مشتركة .

فالحراسة لا تتعدد ، فإذا كانت السيطرة الفعلية على الشيء لشخص معين فإنه يكون هو الحارس ، حتى اذا انتقلت هذه السيطرة الى شخص آخر ، فإن الشخص الأول يفقد صفة الحارس ، بينما الشخص الثاني يكتسب الحراسة ، فالحراسة تتبادل بينهما ولا تتعدد (٣) .

١ - د . محمد سعيد احمد الرحو ، مصدر سابق ، ص ١٣٧ .

٢ - د . طارق عبد الرؤوف صالح رزق ، مصدر سابق ، ص ١٢١ - ١٢٢ ، قاصدي دليله واخناش نسيمه ، مصدر سابق ، ص ٣٩ .

٣ - د . سليمان مرقس ، الفعل الضار ، الطبعة الثانية ، ص ١٨١ .

وأن الفقه الفرنسي إستقر على اقرار ان الحراسة تبادلية وليست متعددة (^١) ، وأن محكمة النقض الفرنسية قد إستقرت على هذا المبدأ في قرارات عديدة لها ، حيث اعتبرت أن الحراسة تبادلية وليست ازدواجية (^٢) .

ومن كل ما تقدم نجد أن الحراسة لا تتعدد ولكنها تتبادل من شخص لآخر ، أي يتعدد الأشخاص كحراس على الشيء في حالة وحدة مراكزهم القانونية ولا يمكن ان تتعدد الحراسة على الشيء .

المطلب الثاني

الحراسة المشتركة

إن الحراسة المشتركة تعني ((ان يكون للشيء أكثر من حارس ، يمارسون جميعاً او يمارس بعضهم ، السلطة الفعلية على الشيء ، حيث يتمتعون بمركز قانوني واحد بالنسبة لتلك السيطرة التي يباشرونها لحسابهم الخاص ، ووحدة هذا المركز القانوني لهم يؤدي الى استبعاد التعارض في الأوامر الصادرة عنهم ومباشرة سلطاتهم على ذلك الشيء ، وهذا ما يؤدي الى إمكانية اعتبار كل واحد منهم حارساً لذلك الشيء (^٣) .

وما يلاحظ على هذا التعريف أنه واضح وجود أكثر من حارس يتمتعون بوحدة المركز القانوني وجسد عنصر الحراسة المادي والمعنوي ، وهذا شيء جيد ولكن ما يؤخذ على هذا التعريف انه مطول وغير مقتضب وكان من الأفضل إقتضابه بعبارات قصيرة دون أن يؤثر على جوهره .

وأن تكون الحراسة على الشيء لأكثر من حارس ، يتحملون بالتضامن ، تبعة تعويض المضرور عن الضرر الذي أحدثه الشيء .

^١ - Stark . op . cit . p 443, Mazeaud . O p . cit . p1029 , Savatier. Op . cit . p 408 ,

نقلاً عن د . محمد سعيد احمد الرحو ، مصدر سابق ، ص ١٣٧ .

^٢ - مدنية ١٩ - شباط ٩٥٨ - داللو ٩٥٨ - ٥٣١ ؛ والقرار في ١٩ - ٤ - ٥٦ المنشور في مجلة الاسبوع القانوني ١٩٥٦ ، العدد الرابع ، ص ٧٨ ؛ والقرار الصادر من محكمة استئناف انجرس في ٢٣ - ٥ - ١٩٦٠ المنشور في داللو ٩٦٠ ، ص ٤٥٩ . نقلاً عن د . محمد سعيد احمد الرحو ، مصدر سابق ، ص ١٣٧ .

^٣ - د . محمد شكري سرور ، مشكلة تعويض الضرر الذي يسببه شخص غير محدد ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨٣ ، ص ٧٠ .

وكانت الحراسة الفردية على الشئ هي الصورة الأكثر شيوعاً ، ولكن تطور التكنولوجيا والتقدم الصناعي والزراعي ، وما يعقبه من انشاء تجمعات استثمارية وصناعية عملاقة قد تجعل نطاق الحراسة الفردية في انحسار ، لمصلحة فكرة الحراسة المشتركة التي بدأ نطاقها يتسع مع النمو المتزايد لهذه النهضة المتطورة التي شملت كافة نواحي الحياة (١) .

وأن المالك الشريك في الشئ المشترك ، لا يكون حارساً للشئ اذا لم يكن يمارس السلطة الفعلية عليه عند وقوع الحادث ، فالمسؤولية المشتركة لا تنهض بسبب الاشتراك في ملكية الشئ ، وانما تتحقق نتيجة الاشتراك في الحراسة .

ولا يتطلب لقيام الحراسة المشتركة وجوب توافر رابطة قانونية او تعاقدية بين الحراس ، ولا النظر الى نوعية تلك الرابطة ، وسواء كانت مشروعة او غير مشروعة ، قانونية او فعلية (٢) .
وتوجد عدة حالات للحراسة المشتركة ولا يمكن هنا الأحاطة بكافة الحالات لتعدد مصادرها ، وإختلاف نطاقها ، وان تلك الحالات تجمعها وحدة المركز القانوني للأشخاص ، الذي يعتبر الاساس الذي تبنى عليه هذه الحراسة .

ومن كل ما تقدم يمكن لنا ان نعرف الحراسة المشتركة بانها (ان يوجد للشئ اكثر من حارس ، ويملكون السلطة الفعلية لحسابهم الخاص ، مع وحدة مراكزهم القانونية) .

ومن أجل تسليط الضوء على ذلك سوف نبحت المطلب في فرعين ، يكون الفرع الاول اشتراك اشخاص عديدة في استعمال شئ واحد ، بينما يكون الفرع الثاني اشتراك عدة اشخاص في استعمال عدة اشياء .

^١ - فمن هذه الحالات امتلاك شخص لمركبة واحدة ، يتولى حراستها من خلال امتلاكه السيطرة الفعلية عليها والانتفاع منها لحسابه الخاص ، بينما ما يحصل في السنوات الأخيرة نلاحظ العديد من المستثمرين بقيامهم بالشراكة فيما بينهم وامتلاكهم اسطول كامل من سيارات النقل البري للعمل في القطاع الخاص .

^٢ - د . عاطف النقيب ، مصدر سابق ، ص ٩٢ ؛ شوان محي الدين ، مصدر سابق ، ص ٧٣ . .

الفرع الاول

اشتراك عدة اشخاص في استعمال شئ واحد

وأن هذه الحالة تنهض عندما يكون لأكثر من شخص السلطة الفعلية على شئ مشترك بينهم ، وتجمعهم وحدة المركز القانوني ، وينتفعون من الشئ جميعهم باعتباره مخصصاً للاستعمال المشترك بينهم (١) .

وان هذه الحالة تعتبر من اكثر الحالات التي تظهر فيها الحراسة المشتركة ، مثال ذلك عقار مملوك على الشيوع ووقع الضرر من مصعد العقار واصاب احد المستأجرين ، فأن الملاك على الشيوع بصفتهم حارسين للمصعد يتحملون المسؤولية عن الضرر (٢) .

فاذا كانت المركبة مملوكة لعدة متبوعين ويحدث التابع ضرراً بواسطة هذه المركبة ، فيسأل كل المتبوعين عن الضرر (٣) .

وقد يكون المشتركون بالانتفاع بالشئ من المالكين فأن الحراسة تكون مشتركة بينهم ، ويسألون معاً عن الضرر الناشئ عن فعله لو كان كل منهم يمارس فعلاً على الشئ السلطة التي تفترضها الحراسة ، وتوزع المسؤولية بينهم بنسبة اشتراكهم في الملكية (٤) ، فأن وقع ضرر بفعل المصعد المركب في بناية تتعدد الشركاء في ملكيتها ، فأن التبعة تترتب على الشركاء بصفتهم حارسين للمصعد معاً (٥) ، وقد يستعمله أشخاص غير المالكين ، حيث لا يشترط ان يكون هؤلاء الاشخاص المشتركون في الانتفاع بالشئ مالكيين له ، فالعبرة تكون بوحدة المركز القانوني للأشخاص على الشئ ، وان مسؤولية اولئك الحراس لا تنهض بسبب الاشتراك في ملكية الشئ ، ولكنها تنهض من الاشتراك في الحراسة ، فمستأجري اليخت السياحي مثلاً ، يكونون حراساً مشتركين له ، وبالتالي فهم مسؤولين بالتضامن عن الاضرار الناجمة عنه (٦) .

^١ - قاصدي دليله واخناش نسيمه ، مصدر سابق ، ص ٣٨ .

^٢ - د . طارق عبد الرؤوف صالح رزق ، مصدر سابق ، ص ١٣٢ .

^٣ - د . علي علي سليمان ، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري ، دون ذكر دار نشر ، الطبعة الثانية ، دون ذكر سنة طبع ، ص ١١٧ .

^٤ - د . هدى عبد الله ، مصدر سابق ، ص ٣٧٠ .

^٥ - د . عاطف النقيب ، مصدر سابق ، ص ٤١ .

^٦ - قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر في ٣ - ٧ - ١٩٧٩ المنشور في مجلة G . p لسنة ١٩٨٣ ، العدد الاول ، ص ٨٣ ، مع تعليق رودبير . اورده د . محمد سعيد احمد الرحو ، مصدر سابق ، ص ١٤١ .

ومن الصور المألوفة للحراسة المشتركة رياضة الألعاب الجماعية ، التي يستعمل فيها الفريق الشئ باعتبارها اداة للعب ، وأن لعبة كرة القدم ، تكون مثلاً واضحاً للحراسة المشتركة للفريق ومسؤوليته عن الضرر الذي تحدثه الكرة بالآخرين ، فطيلة فترة المباراة تكون الكرة في متناول اعضاء الفريق ، حيث يتبارى اللاعبون في السيطرة الفعلية عليها ، وان تلك السيطرة لا تتسم بالاستقرار والهدوء والاستمرار لفترة طويلة ، فتزاحم اللاعبين وطبيعة اللعبة لا تسمح للاعب بحيازة الكرة الا لفترات قصيرة جداً وعابرة ومؤقتة ، بحيث تنعكس هذه الحالة على الحد من سلطته في الاستعمال والرقابة والأدارة ، وبالتالي فان اي لاعب لا يكون مستاثراً بالكرة بشكل مستقل عن زملائه اعضاء الفريق ، فجميع اللاعبين يتزاحمون على الاستئثار بالكرة لرميها ثانية باسرع ما يكون لزملائهم ، فالجميع يستعملون شيئاً واحداً ويمررون الكرة على نمط واحد وبهدف معين ، فلو احدثت الكرة اثناء ذلك ضرراً لأحد المتفرجين فانها لا تعتبر في حراسة اللاعب الذي رماها بشكل منفرد (١) .

ويترتب على التسليم بهذا الراي عدم اسناد الحراسة على الكرة الى لاعب بعينه والقاء المسؤولية المفترضة على اللاعبين جميعاً تبعاً لفكرة الحراسة المشتركة ، ودون الحاجة الى البحث عن هوية الشخص الذي كانت الكرة بحوزته (٢) ، وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في تصوير الحراسة المشتركة الى ابعد من ذلك عندما قضت بمسؤولية لاعبي التنس عن الضرر الذي اصاب احد المتفرجين اثر ارتطام الكرة في وجهه (٣) . وإقامت المسؤولية على اللاعبين بشكل تضامني باعتبارهما حراساً مشتركين للكرة التي كانا يلعبان بها (٤) .

فإذا أصابت الكرة شخصاً ثالثاً اثناء المباراة كان من بين المشاهدين ، فإنه يمكن للمتضرر ان يحتج لصالحه بالمسؤولية عن فعل الكرة بوجه اللاعبين الحارسين لهذه الكرة في اطار المباراة ذاتها ، لان الحراسة المشتركة تكون لهم بحكم اشتراكهم تساوياً وتتابعاً في استعمال الكرة .

١ - سعيد جبر ، المسؤولية الرياضية ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٢ ، ص ٧٣ .
٢ - واستناداً لهذا المبدأ اصدرت محكمة استئناف (كان) قرارها في ٢٠ - ٥ - ٦٩ المنشور في مجلة الأسبوع القانوني ١٩٦٩ - ٢ - ١٦٠٤٠ والمشار اليه في د . محمد شكري سرور ، مصدر سابق ، ص ٢٥ .
٣ - القرار الصادر في ٢٥ - ٢ - ١٩٨١ ، مشار اليه في د . حسن على الذنون ، المسؤولية عن الاشياء ، دراسة غير منشورة ، ف ٥٣ . نقلاً عن د . محمد سعيد احمد الرحو ، مصدر سابق ، ص ١٤٢ .
٤ - القرار الصادر في ٦ - ١ - ١٩٧٧ ، المنشور في دالوز ، ١٩٧٧ ، ص ٢٥٢ مع تعليق Larroumet . نقلاً عن د . محمد سعيد احمد الرحو ، مصدر سابق ، ص ١٤٢ .

وهذه الوجهة مقبولة انطلاقاً من تعريف الحراسة على اساس الاستعمال المشترك للكرة وفق مقتضيات اللعب ، وأن محكمة التمييز الفرنسية في قرارها ٢٠ - ١١ ١٩٦٨ لا تستبعد هذه الوجهة ، وقد اتضح للبعض انه في الحالة ذاتها ينبغي القاء التبعة الموضوعية على عاتق الفريق الذي ينتمي اليه اللاعب الذي اطلق الكرة مسبباً الضرر .

ولكن هذا الحل ليس منطقياً ، لانه وقت المباراة يتداخل اللاعبون متبادلين استمرار الكرة ، ولا يمكن مع هذا التبادل لها جعل الحراسة منتقلة في كل لحظة من فريق لآخر ، اذ تمسي عندها متحركة دوماً تبعاً لتبادل الكرة بين اللاعبين على اختلافهم ، وهم الذين يشاركون واقعاً في الاستعمال بصورة متشابكة متلاحقة زمنياً وعملياً (١) .

ولما كان التسويغ القانوني للمسؤولية المشتركة لفريق كرة القدم ، فان جانب من الفقه يرى عكس ذلك بحيث يرى البعض ان الرياضة الجماعية التي تقضي باستعمال اداة واحدة بواسطة الجميع الذين يستعملون ذلك الشئ بالتتابع ، من مثل كرة القدم والطائرة والسلة ، ومتى سلمنا بطريقة هذا اللعب ، فان الكرة تكون لحظياً في حراسة اللاعب الذي يستعملها في تلك اللحظة ، فهو الحارس لها ، وله عليها سلطة الرقابة والتوجيه ، ويكون مسؤولاً عن الضرر الذي تحدثه الكرة في تلك الاثناء (٢) .

كما ان بعض المحاكم الفرنسية ايدت هذا الرأي ، عندما عدت اللاعب الأخير الذي كانت الكرة بحوزته ، هو الحارس المسؤول عن تعويض ذلك الضرر ، وان مسؤوليته بذلك مسؤولية فردية لا يشاركه فيها بقية اعضاء الفريق (٣) .

الا ان هذا الاتجاه لم يحظ بتأييد من محكمة النقض الفرنسية التي اعتبرت اللاعبين جميعهم يتحملون مسؤولية مشتركة نابعة من حراستهم المشتركة للكرة ، التي أصابت الغير عندما كانوا يركلونها اثناء اللعب . ومن كل ما تقدم نجد الأصح منطقياً عدّ الحراسة على الكرة مشتركة بينهم جميعاً ، حيث يتبارى اللاعبون في السيطرة الفعلية على الكرة بالأشتراك فيما بينهم ولحسابهم الخاص ولمصلحتهم جميعاً . وأن من الصور الأخرى للحراسة المشتركة ، هي الحراسة التي يسبغها القانون للملاك المشتركين بالمرافق المشتركة ، فان للمضروب مطالبة اي شريك بكامل التعويض ، كما ان له مطالبة الشركاء كافة او بعضهم على سبيل التضامن ، فالضرر الذي يحدثه مصعد العمارة (الشائعة شيوفاً

^١ - د . عاطف النقيب ، مصدر سابق ، ص ٩٤ .

^٢ - Compagulhen R . La nation d'acceptation de risques sportifs et le droit Responsapilite Civil , these,paris, 1961 ,p. 61.

نقلاً عن د . محمد سعيد احمد الرحو ، مصدر سابق ، ص ١٤٢ .

^٣ - انظر حكم محكمة استئناف (كان) في ٢٠ - ٥ - ٦٩ المنشور في مجلة الاسبوع القانوني ، والمشار اليه في بحث د . محمد شكري سرور ، المرجع السابق ، ص ٢٧ ، وقرار محكمة النقض الفرنسية ، مدنية في ٦ - ١ - ١٩٧٧ ، داللو ١٩٧٧ - ٢٥٢ وتعليق لاروجيه ، والقرار الصادر في ٩ - ٥ - ١٩٨٤ ، المنشور في مجلة الاسبوع القانوني ، ١٩٨٤ ، والجزء الثاني رقم ٩٥٢٥٥ ، القرارات مشار اليها في ، سعيد جبر ، مصدر سابق ، ص ٩٤ .

جبرياً بين المالكين والمخصص لأستعمالهم) بالآخرين ، يلقي بتبعته على كافة المالكين بوصفهم حراساً مشتركين له (١) .

اما اذا كان الغير قد تضرر بسبب يعود لسبب خاص في طابق واحد من طوابق العمارة ، فان المسؤولية المشتركة تنحصر في مستغلي ذلك الطابق فقط دون غيرهم من مالكي العمارة ، لان المسؤولية المشتركة لا تبنى على الاشتراك في الملكية وانما تبنى على الاشتراك في استعمال الشئ ورقابته وتوجيهه (٢) .

وأن حالات الحراسة المشتركة لا تقتصر على صورة واحدة ، وأن مجالاتها لا حصر لها ، وأن محكمة النقض الفرنسية قد بينت نماذج لا حصر لها ، فقد قضت في قرارات لها بمسؤولية مالك السيارة وصاحب الكراج الذي تولى اصلاحها عن الاضرار التي احدثتها هذه السيارة ، عندما قاما بفحصها في احدى الشوارع ، باعتبار ان المركبة كانت في حراستهما المشتركة عندما كانوا يستقلونها ويتمتعان بخبرة وإلمام كافيين بعيب السيارة وطريقة تصليحها (٣) .

وان المحكمة التي تم ذكرها اعلاه قررت مسؤولية المالك والمصلح على أساس فكرة الحراسة المشتركة ، ونجد أن ذلك قد يثير الانتقاد ، لأن الحراسة في مثل هذه الحالة تكون للمصلح لانه هو الذي يتولى السلطة الفعلية على السيارة ، كما قررت محكمة النقض بمسؤولية سائق سيارة السباق ومساعدته عن تعويض الغير باعتبارهم حارسين مشتركين للسيارة (٤) .

وأن محكمة النقض تنظر الى مثل هذه الحالات بدقة ، ففي قضية حصلت ووقائعها تتلخص بان قائد الدراجة البخارية المزودة المقاعد ، كان يتجول بصحبة صديقه الذي كان يجلس بجانبه للتعرف على مسارات السباق ، واثناء ذلك إصيب هذا المساعد نتيجة حادث ، وان محكمة الموضوع اعتبرت ان الدراجة كانت تحت الحراسة المشتركة لكل من السائق ومساعدته ، وبالتالي فلا يمكن استفادة المساعد من

١ - قرار محكمة استئناف السين الفرنسية الصادر في ١١ - ١٠ - ١٩٧٧ المشار اليه من قبل د . حسن علي الذنون ، مصدر سابق ، ص ٣٥ . نقلاً عن د . محمد سعيد احمد الرحو ، مصدر سابق ، ص ١٤٣ .

٢ - قرار محكمة النقض ، مدنية ، في ١١ - ٣ - ١٩٦٤ ، داللو ، ٩٦٤ - ١٠٢ . اوردته د . محمد سعيد احمد الرحو ، مصدر سابق ، ص ١٤٣ .

٣ - قرار استئناف (كان) في ١٥ - ١ - ١٩٣٣ والقرار الصادر في ٤ - ٣ - ١٩٥٦ . نقلاً عن د . محمد سعيد احمد الرحو ، مصدر سابق ، ص ١٤٤ .

٤ - قرار استئناف اكس الصادر في ٢٧ - ٤ - ١٩٧٢ . مشار اليه في د . سعيد جبر ، مصدر سابق ، ص ٧٩ ، هامش ٦ .

المسؤولية المفترضة وفق المادة (1242 / ١) من القانون المدني الفرنسي ، الا ان محكمة النقض نقضت هذا الحكم الابتدائي ، لأفتقاره للأساس القانوني السليم (١) .

ولا يشترط أن يمارس الحراس السلطة الفعلية على الشئ بانفسهم لقيام الحراسة المشتركة ، فقد يعهدون لتابعيهم باستخدام الشئ المشترك ، كما لا يستوجب وجود الحراس المشتركين جميعاً اثناء حدوث الضرر ، فقد يحصل احياناً أن يكون احدهم او بعضهم قد عهد الى الآخرين بممارسة السلطة الفعلية على الشئ ، فالعبرة ليست في وجودهم انما في سلطتهم الفعلية المشتركة على الشئ ، ولا يهم ان تكون نسبة الأشتراك في الشئ محل الحراسة المشتركة متساوية ، فالعبرة في تحديد المسؤولية المفترضة بوجود الشئ تحت الحراسة المشتركة ، وان نسبة الأشتراك مهمة عند قيامهم بالرجوع على بعضهم بعد تسديدهم للتعويض .

وأن مسؤولية الحراس تتحقق عن الضرر الذي يسببه الشئ للغير بدون الرجوع الى نطاق استعمال كل حارس للشئ واختصاصه فيه ومجال عمله ، فالمركب الذي يتولى إستعماله وتوجيهه وإدارته اكثر من شخص يتوزعون بمهام تسييره بينهم يكونون مسؤولين بالتضامن عن الضرر الذي يلحق الغير سواء كان الضرر حصل بسبب منظومة التشغيل او منظومة السيطرة او منظومة التوجيه ، ولا يتمكن اي حارس من الحراس المشتركين التنصل من مسؤوليته بحجة أن الضرر الذي لحق بالآخرين كان بسبب الخلل الحاصل في قاعدة التجذيف بينما كان يعتلي السارية لتوجيه المركب الشراعي (٢) .

ويثار التساؤل عندما بعض الحراس المشتركين يسببوا ضرراً ببعضهم الآخر من الذين يشاركونهم الحراسة ، فهل يحق للمتضرر من أولئك الحراس ان يطالب مسبب الضرر وفق احكام المسؤولية المفترضة عن الأشياء وفـق احكام المواد (٢٣١) من القانون المدني العراقي و (١٧٨) من القانون المدني المصري و (1242 / ١) المعدلة من القانون المدني الفرنسي ام ان مسؤولية ذلك الحارس وفقاً لأحكام القواعد العامة في المسؤولية للقوانين المذكورة ، مما يتوجب عليه إقامة الدليل على صدور الخطأ من ذلك الحارس الذي تؤسس مسؤوليته وفقاً للقواعد العامة للمسؤولية عن الأفعال الشخصية ، وبالتالي فهو خارج نطاق المسؤولية المفترضة عن فعل الشئ ؟

^١ - وكان مما جاء في حيثيات النقض ((ان قائد الموتوساكيل يمكن إعتباره الحارس الوحيد للألة ، لو اخذنا الدور السلبي للشخص الآخر المضرور)) ، حيث ان الشخص الذي يتولى السلطة الفعلية في الاستعمال والرقابة والتوجيه لحظة وقوع الحادث كان قائد الدراجة فقط ، وبالتالي فان الحراسة تثبت له وحده دون مرافقه

مدنية ٥ - ٥ - ١٩٦٥ مشار اليه في

Mazeaud . op . cit . p . 1182 .

نقلاً عن د . محمد سعيد احمد الرحو ، مصدر سابق ، ص ١٤٥ .

^٢ - د . محمد سعيد احمد الرحو ، مصدر سابق ، ص ١٤٥ .

إن جانب من الفقه الفرنسي يرى في الأجابة على ذلك ان تقام المسؤولية على وفق أحكام المادة (1240) من القانون المدني الفرنسي ، واستبعاد احكام المسؤولية المفترضة وفق المادة (1242 / ١) من القانون المدني الفرنسي ، وتبعاً لذلك يتوجب على اللاعب المتضرر الذي يطالب زميله بالأضرار التي لحقت له ان يقيم الدليل على صدور خطأ منه ، وان هذا الاتجاه يعني ان المضرور لا يسعه الاستفادة من احكام المادة (1240 / ١) من القانون المدني الفرنسي المؤسسة على افتراض خطأ اللاعب على النحو الذي لا يقبل اثبات العكس (١) .

وأن محكمة النقض الفرنسية تؤيد ذلك وتسوغ ذلك باعتبار كل لاعب من اللاعبين له نفس السلطة التي للاعب الآخر على الكرة ، فكل منهما له سلطة الاستعمال والتوجيه والرقابة ، وما دام الأمر كذلك فان هاتين الحراستان قد اصطدمتا ، مما يترتب على ذلك أن الحراسة المشتركة للشئ ، لا تبيح للمضرور من هؤلاء الحراس اقامة دعواه استناداً لأحكام المسؤولية المفترضة ، وانما عليه إسنادها طبقاً لأحكام القواعد العامة في المسؤولية التقصيرية ، وان القول بخلاف ذلك يعني ان يتحمل المضرور جزء من هذه المسؤولية باعتباره احد حراس الشئ الذي سبب الضرر .

اما فيما يخص جانب آخر من الفقه ، فيرى خلاف ذلك ، على ان كل لاعب في التنس ، مثلاً يستعمل الكرة بعد زميله وعندما يوشك احدهما بضربها بمضربه ليرسلها الى اللاعب الآخر ، فان الكرة تكون في تلك اللحظة في حراسة هذا اللاعب الذي له سلطة استعمالها ، في تلك اللحظة وسلطة الرقابة والتوجيه عليها ، وعليه فاذا إصاب تلك الكرة اللاعب الآخر بضرر ، فان اللاعب الآخر يسال عن الضرر طبقاً لأحكام المادة (1242 / ١) من القانون المدني الفرنسي .

وان التسليم بهذا الرأي يثير صعوبة تحديد الحارس في لحظة الإصابة ، لأن حراستهما للكرة تنسم بالتناقص والتزامن في آن واحد ، إضافة لأحتمال تدخل عنصر آخر قد يساهم في اللحاق الضرر كالحواجز المثبتة في الأرض او الرياح ... الخ (٢) .

وتوجد العاب لا يستوجب على اللاعب ان يردّها على زميله فوراً ، فمثلاً لعبة الغولف ، لا يقوم اللاعب فيها برد الكرة فوراً لزميله ، وانما ينتظر وقتاً لكي يرسلها بدوره الى الحفرة وليس الى زميله ، وبالنتيجة لو الحقت الكرة ضرراً بزميله فان تلك الكرة لم تكن تحت الحراسة المشتركة للاعبين ، وبالتالي يحق للاعب المضرور مقاضاة اللاعب الآخر الذي رمى الكرة طبقاً لأحكام المواد (٢٣١) من القانون المدني

¹ - Mazeaud . op . cit . p .1185 .

مشار اليه في د . محمد سعيد احمد الرحو ، مصدر سابق ، ص ١٤٦ .

² - Compagulhen. R. La nation dacceptation de risques sportifs et Le droit Responsapilite civil , these , paris ,1961 , p 60 .

اورده د. محمد سعيد احمد الرحو ، مصدر سابق ، ص ١٤٧ .

العراقي والمادة (١٧٨) من القانون المدني المصري والمادة (١ / ١٣٨٤) من القانون المدني الفرنسي (١) .

ونرى أن السبب في إقامة المسؤولية طبقاً لأحكام المواد (٢٣١) من القانون المدني العراقي والمادة (١٧٨) من القانون المدني المصري والمادة (١ / ١٢٤٢) من القانون المدني الفرنسي ، لان طبيعة مثل هذه الألعاب لا تستوجب الاستعمال المشترك للعبة ، ولان الكرة التي أحدثت الضرر كانت تحت الحيازة الهادئة للاعب من دون أن ينافسه الآخرين ، مما يفسح المجال للاعب في ان يتخذ كافة الوسائل الممكنة لمنع وقوع الضرر ، فسلطة كل لاعب مستقلة عن سلطة اللاعب الآخر ، ولا يمكن إفتراض انصهار اللاعبين ضمن الفريق الواحد ، كما هو الحال في الألعاب الشعبية التي يتبادل فيها اعضاء الفريق الكرة بسرعة ومضايقة من الفريق الآخر كلعبة كرة القدم .

وهناك حالات اثار خلافات في القضاء الفرنسي ، من مثل الحالة التي تتمثل في أن أحد اعضاء فريق متسلقي الجبال الذي يتقدم زملائه التسلق ، وعند ذلك تنزلق بسبب حبله ، او من تحت قدمه احدى الأحجار فتصيب المتسلق الذي وراءه ، فهل يكون المتسابق الأول مسؤولاً طبقاً لأحكام المواد (٢٣١) من القانون المدني العراقي والمادة (١٧٨) من القانون المدني المصري والمادة (١ / ١٢٤٢) من القانون المدني الفرنسي ، على إعتبار ان هذا المتسلق كان الحارس للحبل والحجر ، وان المتضرر الذي اصابه الأذى كان من الأغيار بالنسبة لذلك المتضرر ، ام ان حراسة تلك الاحجار كانت من مهمة ذلك الفريق مشتركاً ، وبالنتيجة يحرم المتضرر من الرجوع على المتسابق الأول من الفريق ومطالبته بالتعويض وفقاً للمسؤولية المفترضة ، مما يجعل مطالبته بالتعويض تتم استناداً لأحكام القواعد العامة المذكورة في القانون العراقي والقوانين محل المقارنة.

فان بعض المحاكم سارت على استبعاد تطبيق المادة (١ / ١٢٤٢) من القانون المدني الفرنسي بمسوخ أن الشخص الذي تسلق اولاً لم يكن حارساً للحجر الذي انفصل عن الجبل ، وبالنتيجة يستوجب إثبات الخطأ طبقاً لأحكام القواعد العامة (٢) ، ولكنهم حرّاس الحبال التي يستعملونها وبالنتيجة هم مسؤولون عن الضرر الذي يسببه سقوط الحجارة الناتج عن استعمال الحبل (٣) .

¹ - Veaux D . Le droit du sport , Les respons.pilite 1987 , litec house , no 60 .

اورده د . محمد سعيد احمد الرحو ، مصدر سابق ، ص ١٤٧ .

^٢ - محكمة استئناف جرينوبل في قرارها المؤرخ في ٢١ - ١ - ١٩٧٩ المنشور في مجلة جازيت دي باليه ٥٥٤ - ٢ - ١٩٧٩ . نقلاً عن د . محمد سعيد احمد الرحو ، مصدر سابق ، ص ١٤٨ .

^٣ - قرار محكمة اكس - ان - بروفانس ، ٨ ، أيار / مايو ١٩٨١ .

نقلاً عن القانون المدني الفرنسي بالعربية ، طبعة دالوز ، ٢٠٠٩ ، دالوز للطباعة العربية ، جامعة القديس يوسف ، ص ١٣٧٤ .

وان مثل هذه التساؤلات تبقى قائمة بالنسبة للاعب الذي قام برمي الكرة من داخل الملعب ، وإسقاطها تحت اطار احدى المركبات التي تسير على الشارع العام ، والتي بدورها تسببت في رميها باتجاه احد الأشخاص وفقأت عينه .

فيثار التساؤل هنا ، فهل الحراسة المشتركة للكرة منعقدة للاعب الذي رمى الكرة وحارس السيارة أم ان الاشتراك بينهما منتفياً لعدم وجود الترابط ووحدة الهدف ؟
إن محكمة النقض الفرنسية أجابت على هذا التساؤل ، عندما أقامت المسؤولية في إحدى القضايا المشابهة على عاتق سائق المركبة ، على اعتبار ان الحادث حصل بفعل السيارة ، ونفت المسؤولية عن اللاعب ، لان الحادث لم يقع بفعل الكرة ، ولان دور الكرة كان دوراً سلبياً بالنسبة الى الشخص المتضرر (١) .
ونجد أن محكمة النقض الفرنسية كانت موفقة في هذا الاتجاه ، لأن فعل السيارة هو المسبب الرئيسي في الحادث ، فلولا مرور المركبة لما حصل الحادث ، وكذلك لان السيارة واللاعب الذي رمى الكرة ليس لهما غرض مشترك ولا يجمعهما هدف في حراسة مشتركة .

ومن كل ما تقدم نجد ان حالة اشتراك اشخاص عديدة في استعمال شئ واحد تحقق الحراسة المشتركة ، وتنهض الأخيرة عندما يكون لأكثر من شخص السلطة الفعلية على شئ مشترك بينهم ، وتجمعهم وحدة المركز القانوني ، وان مسؤولية أولئك الحراس لا تنهض بسبب الاشتراك في الملكية ، وانما تنهض بسبب الاشتراك بالحراسة ، وان الحراسة المشتركة للشئ لا تبيح للشخص المتضرر من أولئك الحراس اقامة دعواه استناداً لأحكام المسؤولية المفترضة (٢) ، وانما اسنادها وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية .

الفرع الثاني

اشتراك اشخاص عديدة في استعمال اشياء عديدة

أن هذا الفرض يتمثل باشتراك عدة اشياء بايقاع الضرر ، مما يتعذر معه تمييز الشئ الذي احدث الضرر عن غيره وبالنتيجة تحديد الحارس المسؤول عن التعويض ، ولهذه الصورة احوال عديدة ، من مثل اشخاص اشتبكوا فيما بينهم بالعصي والسكاكين ، فاصيب من جراء ذلك اشخاص اخرين تدخلوا

١ - قرار النقض ، مدنية / ١٤ - ١٢ - ١٩٥٨ ، المنشور في النشرة القضائية العدد الثاني ، ١٩٥٨ ، ص ٧٢٩ . نقلاً عن د . محمد سعيد احمد الرحو ، مصدر سابق ، ص ١٤٨ .

٢ - المادة (٢٣١) من القانون المدني العراقي والمادة (١٧٨) من القانون المدني المصري والمادة (١ / 1242) من القانون المدني الفرنسي .

لفض النزاع ، او اولاد يلعبون بالألعاب الخاصة بهم والتي تطلق العيارات البلاستيكية ، وأن احدى هذه العيارات إصابت احد المارة دون معرفة الشخص الذي اطلق هذا العيار .

وان أحد صور هذه الحالة تتمثل في حملة صيد ، حيث يشارك فيها اكثر من صياد وهم مدججين بالسلاح بحملة صيد في الغابة واثناء مطاردة الفريسة قام الصيادون باطلاق النار باتجاه الفريسة ، وتمت إصابة احد الأشخاص بعيار ناري من تلك الأطلاقات ، وأن المضرور لم يستطيع تحديد الشخص الذي اطلق النار واصابه بالعيار الناري .

ويثار التساؤل من هو الشخص المسؤول عن تعويض المصاب ، فالبنادق نوعية واحدة واعدادها كبيرة ، والعيارات النارية كانت غزيرة ، وأن احدى هذه العيارات او اكثر اخترقت جسم المضرور ؟ وان الإجابة على ذلك في هذه الحالة والتي حصل فيها الضرر من قبل احد افراد مجموعة الصيادين الذين يستقل كل واحد منهم بالسلاح الذي يستخدمه ، والذي نجم الضرر عنه ، وان الواضح من هذه الصورة ان الصيادون متعددون ، وان كل منهم مدجج بالسلاح المتشابه مع سلاح بقية الصيادين ، وان كل منهم يملك السلطة الفعلية المستقلة على سلاحه ، إذ يوجهه كما يريد ، ويطلق منه العيارات النارية دون تدخل بقية الصيادين ، الذين لم يكن أي منهم يشارك الآخر باستخدام السلاح او الضغط معه على الزناد في وقت واحد ، لذلك هنا يثار التساؤل اي من هؤلاء الصيادين اطلق النار من سلاحه على المضرور واصابه حتى يصبح المسؤول عن التعويض ؟

وهنا يجب تحديد الفاعل ، فاذا لم يتمكن المضرور الذي اصابه ضرراً من تحديد الشخص الذي اصابه باضرار ، فان حقه في التعويض سيهدر ما دام انه عجز عن إثبات نسبة الضرر الذي لحق به الى شخص معين .

وأن الملكية المشتركة بين مجموعة اشخاص ، فأن مسؤوليتهم تكون مشتركة وتوزع بينهم بنسبة اشتراكهم في الملكية (١) ، في حال امتلاكهم السيطرة الفعلية .

وكان لهذا الراي صداه لدى محكمة النقض الفرنسية ، فان المحكمة المذكورة قضت في حكم لها ان القاعدة العامة تقضي بعدم جواز مساءلة اي من الصيادين الأثنين الذين اطلقا من بندقيتهما في الوقت نفسه ، فتم إصابة احد الأشخاص بعيار من هذين الصيادين ، فما دام المضرور قد عجز عن تحديد الشخص الذي عيار بندقيته هو السبب في هذا الضرر وذلك لتخلف رابطة السببية ، وان القول بعكس ذلك والحكم على كل من الصيادين بالتعويض على سبيل التضامن يعني الحكم على برئ وهذا هو الظلم بعينه (٢) .

١ - بلاينول وريبير واسمان ، ج ٦ ، بند ٦١٤ . نقلاً عن د . هدى عبدالله ، مصدر سابق ، ص ٣٧٠ .

٢ - القرار /مدنية / ٢٩ / ٩ / ١٩٤١ . اورده د . حسن علي الذنون ، المسؤولية عن الاشياء ، دراسة غير منشورة ، ص ٢٨ . نقلاً عن د . محمد سعيد احمد الرحو ، مصدر سابق ، ص ١٥١ .

الى جانب ذلك ان محكمة استئناف موبيليه اخذت بالاتجاه نفسه في حادثة تتلخص وقائعها في ان بعض الصبية كان يتراشقون بسهام من القصب ، واثناء ذلك اصيب احد هؤلاء الصبية بسهم ، في احد عينيها وتم فقسيها نتيجة لذلك ، فرفع ابواه دعوى بالتعويض على اولياء امور الصبية الآخرين ، فردت دعواهما بالتعويض ، لأنهما عجزا عن تحديد الصبي الذي قام برمي السهم وادى الى ذلك الضرر (١) .

الا ان القضاء الفرنسي لم يستمر على موقفه المتشدد ، فقد عدل عنه بعد ان شعر بما ينطوي عليه من ظلم وضياع لحقوق المضرور الذي لم يسعفه الحظ في تحديد الشخص الذي اصابه ، فبدأ ينظر الى هذا المضرور بوصفه صاحب المصلحة الاولى بالرعاية ، وعلى هذا الأساس اتجه القضاء الفرنسي على نحو معاكس لاتجاهه السابق ، وبدأ يقضي بالزام جميع افراد المجموعة بتعويض المضرور على سبيل التضامن ، واذا كان موقف القضاء الفرنسي قد قبل مثل هذه الغاية فانه لم يمتص على وتيرة واحدة في ايجاد التبرير القانوني لهذا الاتجاه ، فاستعانت بعض المحاكم بفكرة الخطأ المشترك لافراد المجموعة في التخطيط لآعمال الصيد ، وتنظيم الحملة لتبرير مطالبة المضرور بالتعويض .

ولذلك يعتبر كل فرد منهم مخطئاً ويلزمه التعويض ويكونون مسؤولين بذلك على سبيل التضامن (٢) . وأن كل فرد من افراد المجموعة يعتبر مخطئاً ، لأنه أضاع على المضرور فرصة مقاضاة الفاعل الحقيقي ومطالبته بالتعويض ، لانه بسبب تزامن اطلاق النار في حوادث الصيد ، فيصبح من المستحيل على المضرور تحديد السلاح الذي انطلقت منه الأطلاقه التي اصابته ، فيكون من المستحيل عليه اقامة الدليل على المتسبب في الحادث بين الصيادين ، فان اطلاق النار من قبل الصيادين ، حتى وان لم تصب جميعها المضرور ، الا انها تساهم جميعها في اهدار وسائل المضرور واثبات مسؤولية الشخص الذي اطلق العيارات ومقاضاته ، وان اهدار الأدلة يشكل ضرراً للمصاب الذي كان بإمكانه الاستفادة منها بتحديد الشخص المطلق لولا هذا التزامن بالأطلاق ، ولذلك فان من حق المضرور مقاضاة جميع الصيادين الذين فوتوا عليه فرصة معرفة الفاعل بخطأهم المشترك (٣) .

الا أن اللجوء الى فكرة الخطأ المشترك هو امر مننقد ، لانه لا يمكن اعتبار هذه الالعب او هذه الرياضة افعالاً خاطئة ، الا اذا تسببت في الحاق الضرر بالغير ، وما دام المضرور عاجز عن نسبة

^١ - القرار صادر عن محكمة استئناف موبيليه في ٨ - ١١ - ٤٩ المنشور في المجلة الفصلية للقانون المدني ١٩٥٠ مشار اليه في د . حسن على الذنون ، المسؤولية عن الاشياء ، دراسة غير منشورة ، ص ٥٨ . نقلاً عن د . محمد سعيد احمد الرحو ، مصدر سابق ، ص ١٥١ .

^٢ - قرار محكمة النقض الفرنسية ١١ - ٢ - ٦٦ و ٢١ - ٢ - ٦٠ . نقلاً عن د . محمد سعيد احمد الرحو ، مصدر سابق ، ص ١٥٢ .

^٣ - تعود هذه الفكرة الى (بوستاسيوجلي) ، انظر ذلك في بحثه مشاكل الحراسة الجماعية ، منشور في المجلة الفصلية للقانون المدني ، ١٩٥٤ ، ص ٤٤١ ، اشار اليه محمد شكري سرور ، مصدر سابق ، ص ٩٣ .

الضرر الذي لحق به الى الغير ، فلا مجال لألزام اي فرد من افراد هذه المجموعة او غيرها بالتعويض ، وعليه فان الأستاذ لهذه الفكرة لا سند له من القانون (١) .

فان الحراسة الجماعية للصيادين في هذه الحالة تبنى على وحدة هذه الاعيرة النارية المنطلقة دون التقيد بوحدة الأسلحة المستعملة ، فان الشئ الذي سبب الضرر هو العيار وليس البندقية ، ، ويرى البعض تأصيل هذه الصورة قياساً على حكم المادة (٥٧٣) (٢) من القانون المدني الفرنسي ، فتجعل هذه المادة من الشئ الذي تكون من اتحاد بضع مواد مملوكة لأشخاص مختلفين ، مملوكة ملكية مشتركة لهم جميعاً ، فان الأعيرة النارية التي انطلقت بالتزامن ، إنما تشكل ناتجاً جديداً يتمثل في مجموعة واحدة من النيران تختلط فيما بينها وتنفى فيها ذاتية كل عيار .

الا أن الأستاذ لي تورنو يرى أن هذا الرأي لا يستقيم مع الواقع عندما يكون الضرر قد حدث من عيار واحد (٣) . وإن هذا الرأي منتقد ايضاً عندما يكون عيار واحد قد اقلت من اصابة المضرور ما دام ان هذا العيار لن يكون بالفرض قد اندمج مع الأعيرة الأخرى التي سببت هذه الاصابة ، ، ولما كانت جميع الأسلحة التي اطلقت تشترك في احتمالية ان يكون هذا العيار قد خرج منها ، فإنه لا يسلم من حراستهم جميعاً في احداث الضرر ، الا بتجاهل واضح لحقائق الأمور ومن باب لو ان عياراً واحداً فقط من بين مجموع ما اطلق كان هو الذي احدث الأصابة .

في حين ذهب جانب من الفقه للقول بان توجه الصيادين بشكل جماعي في حملة الصيد ، ليس الا فكرة مشتركة انبثقت عن مجموع الصيادين الذين وضعوا نصب اعينهم هدفاً مشتركاً يسعى الجميع لتحقيقه ، من خلال اشتراكهم جميعاً في هذا المشروع المشترك ، وان هذا التصور الجماعي يكون قائماً بالنسبة للأشياء التي يستعملونها في تحقيق الغرض المشترك ، وعليه فأن كل شئ من الاشياء التي يستعملونها في الحملة وصولاً لغاياتهم تكون تحت الحراسة الجماعية لكل افراد الجماعة ، ففي حالة حصول ضرر من اي شئ من هذه الأشياء ، كان كل فرد من افراد المجموعة مسؤولاً عن التعويض على سبيل التضامن .

وأن الفقيه اسمان هو اول القائلين بهذه الفكرة عندما طرح فكرة عدّ مجموع المشتركين في رحلة الصيد حراساً جماعيين لمختلف الأسلحة التي يحوزونها (٤) .

١ - د . حسن علي الذنون ، مصدر سابق ، ص ٢٩ . نقلاً عن د . محمد سعيد احمد الرحو ، مصدر سابق ، ص ١٥٢ .

٢ - والتي تنص على (عندما يصنع شئ عن طريق مزج عدة مواد يملكها مالكيين مختلفين ، لكن دون ان يكون من الممكن النظر إلى أي منها على أنها المادة الرئيسية ، وكان ممكناً فصل هذه المواد عن بعضها البعض ، يحق لمن حصل المزج من دون علمه أن يطالب بفصلها بعضها عن بعض . أما إذا كان من غير الممكن فصل تلك المواد بدون ضرر ، فيملك جميعهم الشئ المصنوع بالاشتراك بنسبة كمية ونوع وقيمة المواد العائدة لكل منهم) .

٣ - Le Tourneau ph , civile . no . 355 .

نقلاً عن د . محمد سعيد احمد الرحو ، مصدر سابق ، ص ١٥٣ .

٤ - محمد شكري سرور ، مصدر سابق ، ف ٦٢ ، ص ٨٥ .

ويتضح ان القضاء الفرنسي يحبذ هذا الرأي ، فأن المحاكم الفرنسية واكبت اصدار احكامها تطبيقاً له ، حيث اصدرت محكمة استئناف (روان) حكماً جاء فيه : (ان الظروف قد خلقت بين اعمال الصيادين نوعاً من عدم القابلية للأنقسام الذي لا يسمح بتقدير كل منها على وجه الأستقلال ، كما ان الظروف تبين على انهم جميعاً قد اخلوا في التزامهم بالحراسة ، بالنسبة للسلاح الذي كان بتصرف كل واحد منهم وكانوا جميعاً حراساً مشتركين له (١) .

وان الفقيه سافاتييه ايد اتجاه محكمة النقض الفرنسية بقوله : (عندما يتعلق الأمر برياضة من هذا النوع الذي يمارس بشكل جماعي ، فإنه تكون هنالك حقيقة نوع من عدم الأنقسام من العمل ، حيث ان كل عضو في الفريق يتحد فيه مع الأدوات المستعملة ، لغرض تحقيق نتيجة مشتركة ، وبتطبيق هذه الفكرة على حوادث الصيد ، فأن الصيادين من اجل الوصول الى النتيجة المشتركة التي ييغونها ، يشتركون في وضع اسلحتهم ليس على صورة المالكين المشتركين لها ، وانما على صورة مستعمليها المشتركين ، وان ما يؤيد هذا القول انه لا يمكن لأي منهم من الناحية العملية ان ينسب لنفسه منفرداً نتاج الصيد ، وفي الحقيقة يكون لهم جميعاً نتاج هذا الصيد ، وان الأسلحة المستعملة في صيد الفريسة تكون بدورها تحت السلطة المشتركة للصيادين (٢) .

فأن الحراسة المشتركة للأسلحة التي استخدمت في حملة الصيد يمكن ان تعطي التسويغ القانوني للمسؤولية المشتركة لاولئك الصيادين ، عن الضرر الذي قد حصل نتيجة احد الأشياء التي يستخدمونها دون استطاعة تحديده او تحديد مطلقه سيما وان نتائج الصيد سيكون لهم جميعاً .

وليس من الضروري لقيام الحراسة المشتركة ان تقوم بين افرادها رابطة تعاقدية ، او ان تقوم بينهم اي رابطة قانونية اخرى ، ولكن يشترط لقيام هذه الحراسة ، هو ان تقوم بين هؤلاء الأشخاص رابطة واقع مادي فيجعل منهم حارساً بنظر القانون (٣) .

ومن كل ما تقدم نجد ان حالة اشتراك اشخاص عديدة في استعمال اشياء عديدة تحقق الحراسة المشتركة ، وان مسؤولية اولئك الحراس تنهض بسبب الاشتراك بالحراسة وليس بسبب الاشتراك بالملكية .

١ - القرار الصادر في ٣ / ١ / ١٩٣٩ . نقلاً عن د . محمد سعيد احمد الرحو ، مصدر سابق ، ص ١٥٤ .

٢ - سافاتييه ، في تعليق له على حكم النقض الصادر في ٨١ / ٥ / ١٩٥٥ والمنشور في مجلة الاسبوع القانوني ١٩٥٧ . نقلاً عن د . محمد سعيد احمد الرحو ، مصدر سابق ، ص ١٥٥ .

٣ - شوان محي الدين ، مصدر سابق ، ص ٧٣ .

المبحث الثاني

انتهاء الحراسة وإثباتها

إن مفهوم الحراسة قد تحدد بفكرة السلطة الفعلية على الشيء ، دون باقي النظريات الأخرى ، فاصبح من الضروري والواجب أن نعتمد على النظرية المذكورة عند النظر في اثبات الحراسة وانقضائها وانتقالها ، وتعتبر مسألة اثبات الحراسة من المسائل المهمة ، إذ نستطيع بموجبها معرفة حقوق الشخص المتضرر والتحقق من مسؤولية الحارس ، وإيجاد التسوية القانونية لألزامه بالتعويض عن اضرار الشيء الذي تحت تصرفه والأخلال بالالتزام يكون عنصر الخطأ في المسؤولية ، ولا يلتزم الشخص المتضرر في هذه الحالة ان يثبت انحراف في سلوك الحارس ، فبمجرد حصول الحادث يعد امراً كافياً في حد ذاته ، وهو ما يفسر لنا أن قيام الحارس بأثبات أنه بذل العناية الكافية غير المجدي في نفي مسؤوليته ، فما يسند الى الحارس ليس مجرد الأهمال ، بل أنه سمح للشيء أن يخرج من تحت رقابته (١) ، فاذا كان معيار السلطة الفعلية على الشيء يتمثل في السيطرة الفعلية ، فان فقدان هذه السيطرة يؤدي حتماً الى فقدان الحراسة ، وأن فقد الشخص للحراسة يحصل بصورتين ؛ الأولى هي أن تنتقل الحراسة من شخص الى آخر بحيث يفقدها الشخص الأول ويكتسبها الشخص الآخر ، وفي هذه الحالة يتحقق انتقال الحراسة ، وأن هذا الانتقال يتحدد تبعاً لمصدره ، فقد يكون غير ارادي أي قسراً على الحارس ، وقد يكون ارادي بأرادة الحارس ، أما الصورة الثانية فهي أن يفقد الشخص الحراسة دون أن يكتسبها أحد غيره ، وتنتهي ويبقى الشيء دون حارس جديد له ، وفي هذه الحالة تنقضي الحراسة على الشيء ، وللاحاطة بأحكام الحراسة والقاء الضوء عليها بشئ من التفصيل والتحليل رأينا أن نبحت هذا المبحث في مطلبين ، نخصص المطلب الأول لانتقال الحراسة ، بينما نكرس المطلب الثاني لأثبات الحراسة وانقضائها .

المطلب الاول

انتقال الحراسة

إن الحراسة تنتقل من شخص لآخر في الوقت الذي يفقدها فيه الشخص الأول ، ويكتسبها فيه الشخص الثاني ، ويترتب على هذا الانتقال أن يفقد الطرف الأول صفة الحراسة ويكتسبها الطرف الثاني ، وأن هذا الانتقال قد يتم بصورة مشروعة ، أي تبعاً لأرادة الأطراف او وفقاً لنص القانون ، وقد يتم هذا

^١ - د . سهير سيد منتصر ، مصدر سابق ، ص ٩١ .

الانتقال بصورة غير مشروعة . وسوف نبحث هذا المطلب في فرعين ، نخصص الفرع الاول للانتقال
الأرادي ، بينما نكرس الفرع الثاني للانتقال غير الأرادي .

الفرع الاول

الانتقال الارادي

إن الحراسة تنتقل وفقاً لهذا الطريق بارادة الحارس ، وبما يتفق مع التصرف القانوني الذي اراده ، وأن التصرفات تعبر عن تلاقي ارادتين كالعقد ، والمالك ينقل السيطرة الفعلية على الشئ الى الطرف الآخر بموجب عقد من العقود الناقلة للملكية ، كالهبة والبيع ، بالإضافة الى ذلك اذا باع الحارس الشئ المملوك له وقام بتسليمه الى مشتريه ، لكي يمارس عليه مشتريه سلطات المالك ، ففي مثل هذه الحالة تنتقل السيطرة الفعلية من البائع الى المشتري ، فان البائع في مثل هذه الحالة يفقد صفة الحراسة وان المشتري يكتسب صفة الحارس ، او ينقلها بموجب عقد يرتب حقوقاً عينية على الشئ ، كالرهن الحيازي ، او حقوقاً شخصية عليه ، كالعارية والايجار والوديعة ، وقد يكون تصرف قانوني لانتقال الحراسة صادر عن ارادة منفردة للحارس ، كما في حالة الوصية ، فاذا اوصى شخص لآخر بشئ معين ثم توفي وتسلم الموصى له هذا الشئ ، و انتقل اموال المورث الى ورثته ، على ان المورث لا يصبح حارساً بمجرد وفاة مورثه ، بل من الوقت الذي تكون له فيه السيطرة الفعلية على الأشياء الموروثة ، او بأستيلاء السلطة العامة على الشئ ، تحقيقاً للمصلحة العامة (١) .

إن الحراسة في كل هذه الحالات تنتقل بانتقال السيطرة الفعلية من الطرف الاول الى الطرف الثاني ولا تنتقل بدون انتقال السيطرة الفعلية ، فبمجرد ابرام التصرف القانوني ، كالأيجار والبيع ، او تحقق الواقعة القانونية كالوفاة في حالة الأثر والوصية ، لا يترتب عليه انتقال الحراسة ، بل أن الحراسة تنتقل في الوقت الذي تتحقق فيه السيطرة الفعلية لخلف المالك ، وذلك بتسلمه الشئ فتكون دائماً العبرة في انتقال الحراسة بالسيطرة الفعلية من المالك الى الطرف الثاني (٢) .

إن التصرفات القانونية سواء كانت صادرة بارادة منفردة ام بارادتين ، ام كان محلها انشاء حق شخصي او ترتيبها حق عيني ، وسواء كان العمل الأرادي قد اجراه الحارس بأعتباره غير مالك للشئ ام مالكا له (٣) ، فأنها تنقل حراسة الشئ الى الآخرين الذين انصرفت اليهم تلك التصرفات عبر طريق

¹ - Colin , A. et Capitant , H . et De la Morandiere :Cours elementaire de droit civil francais , T. 2,8eme . edn. , paris , 1935, p 679 .

اورده د . اياد عبد الجبار ملوكي ، مصدر سابق ، ص ١٥٩ .

^٢ - د . حسين عامر وعبد الرحيم عامر ، مصدر سابق ، ف ٩٢٤ ، ص ٧٣٠ .

^٣ - د . عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصدر سابق ، فقرة ٧٢٦ ، ص ١٠٨٧ .

اختياري و ارادي . وتنتقل الحراسة في هذه الحالات من الطرف الأول الى الطرف الثاني بصورة مشروعة .

ومن أجل أن ينقل التصرف القانوني الإرادي حراسة الشئ للطرف الآخر ، يستوجب انتقال السيطرة الفعلية على الشئ الى الشخص الذي اراد الحارس نقل الحراسة اليه ، وأن مجرد التصرف القانوني لا ينقل السلطة الفعلية على الشئ ، وانما يجب أن تقترن بتسليم الشئ لكي تنتقل السلطة الفعلية الى الشخص الذي أجرى التصرف القانوني لمصلحته (١) .

فأن العمل الإرادي لا يكفي لانتقال الحراسة ، لانها تدور وجوداً وعدماً مع تسليم الشئ ، وما دام البائع لم يقيم بتسليم الشئ ، فأن المشتري لم يكن حارساً له ، وان المشتري يكون حارساً للشئ الذي استلمه بموجب عقد ثبت بطلانه او كان قابلاً للابطال او موقوفاً فيه نقل الملكية ولو لم تنتقل اليه ملكيته ، لان العبرة ليست بالملكية وانما تكون العبرة بالسيطرة الفعلية على الشئ والمالك تحت شرط واقف او فاسخ يعتبر حارساً ما دامت له السيطرة الفعلية على الشئ (٢) .

وان الرجوع الى الاتفاق ليس عديم الفائدة في كل الحالات ، لانه اذا وجد مثل هذا الاتفاق ، فالمفروض انه يكون قد تم تنفيذه ، وبالنتيجة توجد قرينة على ان الشخص المسمى في الاتفاق هو الحارس ، وهي قرينة غير قاطعة بل قابلة لاثبات العكس (٣) .

فاذا كان هناك اتفاق يقضي بتعيين الحارس ، فانه لا يحتج به في مواجهة المضرور ، الذي يستطيع مطالبة الحارس الأصلي دون التفاف على هذا الاتفاق ، فلو حدد في عقد ايجار مركبة ، كان المؤجر هو الحارس ، رغم انتقال السلطة الفعلية الى المستأجر ، فأن المستأجر يظل هو الحارس وأن المضرور يستطيع ان يرجع عليه على الرغم من وجود هذا الاتفاق .

فان الحراسة في نظر القانون هي السيطرة الفعلية على الشئ ونص القانون في هذا الشأن هو امر لا يجوز الاتفاق على مخالفته ، فان اسناد الحراسة لشخص ما هو امر منوط بالقانون نفسه ، ويخرج عن مجال الارادة (٤) .

١ - د . سهير سيد منتصر ، مصدر سابق ، ص ٢٠٠ .

٢ - د . عبد الزاق احمد السنهاوري ، مصدر سابق ، ف ٧٢٦ ، ص ١٠٨٧ .

٣ - د . محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، ص ١٣٥ .

٤ - جنى ، في تعليق له بدالوز الانتقادي ١٩٤٣ - ٢ . نقلاً عن د . محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، ص ١٣٤ .

ويترتب على ذلك ، في حالة وجود اتفاق على تعيين شخص ما حارساً مسؤولاً ، فذلك لا يغني عن البحث عن تكون له السيطرة الفعلية على الشيء واعتباره حارساً له ، حتى وأن كان غير الشخص المحدد في الاتفاق ، وأن ذلك لا يعني ان الرجوع الى ارادة المتعاقدين لتعيين الحارس ليس له فائدة مطلقاً ، لانه من الطبيعي أن تفترض أن العقد تم تنفيذه ، ففي حالة تعاقد طرفان على شيء ما وذكرنا في العقد على ان احدهما يحتفظ بالسلطة الفعلية على الشيء ، فإنه يفترض على هذا المتعاقد قد احتفظ بالسلطة المذكورة فعلاً ، وبأشر سلطاتها ، وبذلك فانه توجد قرينة على اعتباره هو الحارس ، ولكن يجوز للمضرور أن يثبت أن السلطة الفعلية كانت لشخص آخر غير الشخص المذكور في العقد فيكون هو الحارس ، لان هذه القرينة غير قاطعة وقابلة لاثبات العكس .

فإن المشتري قد يكون حارساً للشيء الذي اشتراه من دون ان يراه عندما يتسلمه نائبه او تابعه او عندما يوعز للبائع بأيداعه في محل ما لحسابه ، وقد يتم استلام الشيء باستلام مفاتيحه فقط ، فان التسليم الذي تدور معه انتقال الحراسة يعني افساح المجال امام من انتقلت اليه الحراسة ، والذي اصبح الحائز القانوني للشيء بالتصرف في الشيء محل الحراسة ولحسابه الخاص ، وبمعنى ان الحراسة تنتقل بتسليم الشيء سواء كان التسليم فعلياً او حكماً .

إن انتقال الحراسة استناداً الى عقد من العقود ، ليس حتمياً في جميع الحالات ، فانه لا يتوقف على الطبيعة الذاتية للعقد ، بل يتحتم على قاضي الموضوع بحث كل حالة على حدة ، وان الحارس يتحدد بناءً على الوقائع التي تبين من هو صاحب السلطة الفعلية على الشيء ، اهو المالك او الشخص الذي تلقى منه الحق على الشيء (١) ، فلو اجر شخص مركبته لآخر ليذهب بها برحلة ويقودها بنفسه ، ففي هذه الحالة الحراسة تنتقل الى المستأجر ، اما لو اجرها له ، ولكنه احتفظ لنفسه بقيادتها ، فإن الحراسة في هذه الحالة لا تنتقل الى المستأجر .

ففي حالة وجود اتفاق على تعيين حارس غير الشخص الذي يعينه القانون ، وان هذا الاتفاق كان مبرماً بين الحارس القانوني والشخص المضرور ويقضي باعتبار الأخير حارساً ، فإن هذا الاتفاق يكون باطلاً ، لانه في الحقيقة هو اتفاق على الأعفاء من المسؤولية ، اما في حالة كون الاتفاق مبرماً بين الحارس القانوني وشخص آخر قبل ان يكون هو الحارس المسؤول ، فإنه لا يحتج به على المضرور لانه لم يكن طرفاً فيه ، وان القاعدة هي ان الاتفاقات تكون ذات اثر نسبي ، فلا تسري الا على الأشخاص الذين كانوا طرفاً فيها (٢) .

١ - د . احمد شوقي محمد عبد الرحمن ، مصدر سابق ، ف ٧٥ ، ص ٧٠ .

٢ - د . محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ن ص ١٣٥ .

إن الطريق الأكثر شيوعاً لانتقال الحراسة هي العقود ، فأن انتقال الحراسة تبعاً لها ليس بالأمر الحتمي الذي يؤخذ على إطلاقه ، إذ يكون لقاضي الموضوع الدور المؤثر في تحديد وتقدير امر انتقال الحراسة من حارس لآخر ، استناداً على توافر السلطة الفعلية على الشيء ، فأن القاضي قد يرى بأن الحراسة لا تزال للمالك على الرغم من انتقال الشيء الى حائز جديد (١) ، كما ان النية الحقيقية للمتعاقدين وتفسير العقد يؤدي دوراً مهماً في تحديد ما اذا كان احد المتعاقدين قد احتفظ بالسلطة الفعلية على الشيء ، او ان هذه السلطة قد انتقلت الى الشخص الآخر ، وان ارادة الطرفين قد تتوافق ، لا يظهر تعارضاً بينها وبين السلطة الفعلية على الشيء فذلك يعتبر قرينة في تحديد الحارس (٢) .

فأن الحراسة ترتبط بالقانون الذي يتولى تحديدها اكثر من ارتباطها بارادة المتعاقدين ، فأن الحارس هو صاحب السلطة الأمرة المستقلة على الشيء حتى وان لم تستند تلك السلطة الى حق قانوني ، وهذه الحقيقة تطغي على ارادة المتعاقدين في تحديد انتقال الحراسة (٣) . وان مالك الشيء يتمكن من اثبات انتقال الحراسة الفعلية الى طرف آخر دون الحاجة الى اثبات وجود العقد الذي نقلت بموجبه مظاهر السلطة الفعلية الى هذا الطرف ، وان المضرور ليس طرفاً في العقد لكي يتقيد به ، وعليه فلا يمكن لمن يملك السلطة الفعلية على الشيء ان يحتج في مواجهة المضرور بغية التخلص من المسؤولية باحكام العقد وبانه لا يخوله السلطة الأمرة على الشيء ، كما لا يحق للمضرور ان يحتج بالعقد الموقع بين طرفيه لكي يرجع عليه بدلاً من الرجوع على الحارس الفعلي للشيء (٤) .

وتوجد عدة صور للانتقال الأراذي ، وان الحراسة على الشيء تنتقل من طرف الى طرف آخر من خلال التصرفات القانونية التي ارادها الطرفين ، وان تلك التصرفات القانونية تتبلور في العديد من العقود ، فقد تقع على ملكية الشيء فتنقل ملكيته الى الحارس الجديد مثل عقد البيع ، وقد ترد على منفعة الشيء فتنقلها الى المنتفع مثل عقد الأيجار وسوف نبحت انتقال الحراسة في هذين العقدين

¹ - Savatier , op . cit . p 370 .

نقلاً عن د . محمد سعيد احمد الرحو ، مصدر سابق ، ص ١٧١ .

^٢ - احمد شوقي محمد عبد الرحمن ، ف ٧٥ ، ص ٧٠ .

³ - Mazeaud , op . cit . p 1174 .

نقلاً عن د . محمد سعيد احمد الرحو ، مصدر سابق ، ص ١٧٢ .

^٤ - د . احمد شوقي محمد عبد الرحمن ، مصدر سابق ، ف ٧٦ ، ص ٧١ .

١ - البيع

إن عقد البيع يعتبر من أهم العقود الواردة على الملكية ، فهو ينقل ملكية الشيء الى الطرف الآخر مقابل ثمن معلوم ، فأن مالك الشيء الذي يقوم ببيع الشيء الذي تحت حراسته فانه يقوم بنقل تلك الحراسة للمشتري ، الذي يصبح عند استلامه الشيء الحارس الجديد له الذي يمارس السلطة الفعلية عليه (١) . ويشترط أن يقترن البيع بالتسليم لأنتقال الحراسة الى المشتري ، وان التسليم قد يحصل مع انعقاد عقد البيع مباشرة ، وقد يتم في وقت لاحق ، وأن العبرة بانتقال الحراسة الى المشتري هي بتسليم المبيع اليه وليس بانعقاد العقد وتتمخض عن ذلك نتائج مهمة منها : أن وقت انتقال الحراسة للطرف الآخر يدور مع وقت ممارسته للسلطة الفعلية على الشيء ، الذي تتوافر له باستلامه الشيء المبيع ، وان حراسة البائع لا تنتقل للمشتري ما دام الشيء في حيازته وسيطرته الفعلية .

الحراسة لا تنتقل حتى وان كان عدم قيام البائع بتسليم الشيء المبيع لسبب مشروع ، كأن يستند الى الدفع بعدم التنفيذ لعدم تسديد المشتري الثمن المستحق ، على الرغم من ان المشتري قد اصبح مالكا لهذه العين بمجرد انعقاد عقد البيع ، كما ان حراسة البائع على الشيء تستمر طيلة الفترة التي يتم بها تهيئة الشيء ونقله لغرض تسليمه الى مشتريه الذي لم تنتقل له الحراسة بعد رغم انتقال الملكية اليه ، اذ تنتقل بعد استلامه للشيء وامتلاكه السيطرة الفعلية عليه (٢) .

ويذكر أن حراسة المشتري للمركبة تنتقل بمجرد استلامها حتى وأن كان عقد البيع باطلاً ، لعدم اكتسابه الشكالية القانونية المطلوبة اللازمة بتسجيله في الدائرة المختصة ، فإذا كان التسجيل ركناً للانعقاد في القانون العراقي ، فانه غير لازم لأنتقال الحراسة الى المشتري ، لان مناط الحراسة هي السيطرة الفعلية على الشيء التي تنتقل للمشتري حال استلامه للمركبة واستخدامها لحسابه الخاص دون التقيد بوقت الملكية وبغض النظر عن مشروعية العقد او تقرير بطلانه لان العبرة ليست بالملكية ، وانما العبرة بالسيطرة الفعلية (٣) .

لا بد من القول أن الحراسة تنتقل للمشتري حتى وان كان قد اشترى الشيء بموجب عقد معلق على شرط هو احتفاظ البائع بالملكية لحين الوفاء بكامل الثمن ما دامت السيطرة الفعلية للمشتري (٤) . وأن الحراسة تنتقل للمشتري حتى اذا كان عقد البيع معلقاً على شرط التجربة إذ أن المشتري يستلم المبيع لغرض تجربته ، عندها تكون له السيطرة الفعلية عليه ، وبالنتيجة تنتقل اليه حراسة الشيء خلال مدة

¹ - Mazeaud , op . p . 1166.

نقلاً عن د . محمد سعيد احمد الرحو ، مصدر سابق ، ص ١٧٤ .

^٢ - د . عاطف النقيب ، مصدر سابق ، ص ٤٥ .

^٣ - د . عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصدر سابق ، فقرة ٧٢٦ ، ص ١٠٨٧ .

^٤ - د . احمد شوقي محمد عبد الرحمن ، مصدر سابق ، فقرة ٧٤ ، ص ٦٩ .

التجربة ويكون مسؤولاً عن تعويض الآخرين عن الضرر الذي لحق بهم بسبب ذلك الشيء سواء قام بشراء الشيء أو رده الى بائعه (١) .

٢ الأيجار

ان عقد الأيجار من العقود التي ترد على منفعة الشيء ، وتبعاً له يصبح المستأجر حارساً للشيء منذ استلامه والانتفاع منه لحسابه الخاص (٢) ، وان الحراسة على الشيء تنتقل للمستأجر سواء كان الضرر الذي لحق بالآخرين قد نتج عن عيب خفي في الشيء المؤجر أو عن استعمال الشيء المؤجر أو خلال في تكوينه (٣) ، وان انتقال الحراسة للمستأجر مرهون بانتقال السلطة الفعلية على الشيء للمستأجر .
فيثا التساؤل عن الوقت الذي تتم فيه انتقال السلطة الفعلية للمستأجر ، وللأجابة على ذلك اتجه الفقه الى اتجاهين أو رأيين :

الرأي الاول : حيث يرى بعض الفقهاء بأن السلطة الفعلية تنتقل للمستأجر بمجرد تسليم الشيء المأجور للمستأجر اذ بتسليمه له يكون مالكا للسلطة الفعلية عليه وله ممارستها متى ما يشاء ، وان محكمة النقض الفرنسية تدعم هذا الرأي حيث تبنته في القضية المعروفة بقضية (Bouchahd) (٤) .

اما الرأي الثاني : حيث يرى البعض الآخر بأن القبول بالرأي الأول لا يصح على اطلاقه ، لأن المستأجر لا يصبح حارساً للشيء بمجرد استلامه للشيء ، وانما يجب ان يمتلك سلطات الرقابة والتوجيه والاستعمال عليه ، وان هذه السلطات قد لا يستطيع ممارستها على الرغم من استلامه الشيء ، فأن المؤجر الذي يستلم مفاتيح الدار ليساعد المؤجر في ترميم الدار وتصليحه وعلى ان لا تبدأ مدة التأجير له الا بعد تاريخ محدد او بعد الانتهاء من مدة الصيانة ، حيث ان المستأجر لا يعتبر حارساً للدار المذكور خلال هذه المدة (٥) .

¹ - Savatier , op . cit . p 363 .

نقلاً عن د . احمد شوقي محمد عبد الرحمن ، مصدر سابق ، فقرة ٧٤ ، ص ٦٩ .

² - Mazeaud , op . cit . p . 138 .

نقلاً عن د . محمد سعيد احمد الرحو ، مصدر سابق ، فقرة ٩٤ ، ص ١٧٦ .

^٣ - وان هذا الرأي يتفق مع القائلين بفكرة عدم تجزئة الحراسة ، بينما انصار فكرة التجزئة يرون ان الحراسة التي تنتقل للمستأجر هي الحراسة الناتجة عن استعمال الشيء فقط ، اما الأضرار التي تنجم عن عيب في تكوين الشيء فأن المؤجر يكون مسؤولاً عنها باعتباره حارساً للشيء من هذه الناحية وحراسته ما تزال قائمة حتى عندما يستعمل المستأجر الشيء . نقلاً عن د . محمد سعيد احمد الرحو ، مصدر سابق ، ص ١٧٦ .

⁴ - Savatier , op . cit . p 362 .

وقرار محكمة النقض الفرنسية المرقم مدنية / ١١ / ٦ / ٩٥٣ والمعروف بقضية (بوشيد) والذي جاء فيه بأن الحراسة على السيارة تنتقل الى مستأجرها بمجرد تسلمها الذي يتحمل كل المخاطر التي تسببها للآخرين . القرار منشور في داللو ١٩٥٤ . نقلاً عن د . محمد سعيد احمد الرحو ، مصدر سابق ، ص ١٧٦ .

^٥ - ابراهيم الدسوقي ابو الليل ، مصدر ساق ، ف ٣٨ ، ص ١٦٣ .

ونرى ترجيح الرأي الأول ، لان المستأجر عندما يتسلم الشئ فهذه قرينة على انتقال الحراسة اليه ، حيث يصبح بإمكانه ان يستخدم الشئ في اي وقت يريد ، وان القول بعكس ذلك يعطي فرصة للمستأجر على التخلص من مسؤولية الشئ بحجة انه لم يمارس السلطة الفعلية على الشئ رغم استلامه .

وان التمتع والتدقيق في عقد الأيجار يعطي الأنطباع الدقيق فيما اذا كان المؤجر قد اراد من خلاله نقل الحراسة الى المستأجر عند تسليم الشئ ام انه اراد الاحتفاظ بها حتى بعد التسليم ، فقد يتفق الطرفان على ان يتحمل المؤجر الأضرار التي تلحق الآخرين نتيجة استعمال المستأجر للشئ (١) .

واذا كان المفترض ان تنتهي حراسة المستأجر للشئ بأنتهاء مدة الايجار فأن حراسته للمأجور تبقى مستمرة ما دام الشئ المستأجر تحت يده بصرف النظر عما اذا كانت تلك اليد هي يد امانه او يد ضمان . وان جانب من الفقه يشير الى انتقال الحراسة للمستأجر عندما تؤجر المركبة دون سائق (٢) .

فيثا التساؤل حول انتقال الحراسة للمستأجر على الشئ الذي يستأجره مع الشخص الذي يتولى تشغيله بعقد واحد ؟

وللأجابة على هذا التساؤل فأن ذلك يتحدد بالاستعانة ببعض الضوابط ومنها الجهة المسؤولة عن دفع اجرة ذلك الشخص الذي يتولى الشئ وطول فترة الأيجار وتحديد جهة تبعية الشخص ومدى مساهمة المستأجر في توجيهه والاشراف على الشئ بالرغم من وجود القائم على تشغيله والعديد من المؤشرات الأخرى .

ويتبين من ما تقدم فإن الراي الراجح يتجه الى ان المركبة التي يتم تأجيرها مع سائقها للغير تبقى بحراسة المؤجر ، ما دام سائقها تابعاً له ، لان المؤجر (المتبوع) يبقى في مثل هذه الحالة محتفظاً بالسلطة الفعلية على الشئ ومتمتعاً بسلطات الأشراف والرقابة والتوجيه عليه وعلى تابعه الذي يتلقى أوامره منه ويعمل حسب توجيهه واشرافه ، وعليه فان المركبة لو احدثت ضرراً للآخرين كان المؤجر هو المسؤول عن تعويضه .

اما في حالة كون المستأجر قد التزم بدفع أجر السائق مع اجرة السيارة ، فأن الحراسة على السيارة قد تنتقل اليه ويصبح هو الحارس المسؤول عن الضرر الذي يلحقه الشئ بالآخرين ، وان السائق يجرد عن تبعيته لمتبوعه الأصلي ليصبح تابعاً عرضياً اثناء قيادته المركبة ، للمستأجر الذي انتقلت اليه سلطة التوجيه والاشراف (٣) .

١ - ابراهيم الدسوقي ابو الليل ، مصدر سابق ، ف ٤١ ، ص ١٦٧ .

٢ - د . محمد سعيد احمد الرحو ، مصدر سابق ، ص ١٧٧ .

٣ - د . ابراهيم الدسوقي ، مصدر سابق ، ف ٤١ ، ص ١٦٦ .

كما ان طول مدة استئجار الشئ وما يتبعها من قيام المستأجر بسلطات الأشراف والرقابة تعتبر مؤشراً على انتقال الحراسة اليه خلال تلك الفترة (١) ، وحتى عندما يكون المؤجر هو المسؤول عن السائق وهو الذي يدفع أجرته باعتباره تابعاً له ، عندما يستغل ذلك المستأجر ارادة السائق ويصرفه عن الوجهة المقررة لأستعمال المركبة خلافاً لأرادة وتوجيه المؤجر فالحراسة تنتقل الى المستأجر (٢) ، لأن المستأجر بذلك يكون قد استأثر بمنفعة المركبة والتصرف بها خلافاً للاتفاق الحاصل مع المؤجر ، وهو بذلك قد عدّ نفسه بمركز صاحب السلطة على المركبة ، وبذلك قد نقل الحراسة اليه وجعل السائق الذي يعمل على السيارة تابعاً عرضياً له ، وهناك من يرى ان الحراسة لا تنتقل للمستأجر حتى عندما يقوم بدفع اجرة السائق فيما اذا اتسمت مدة الأيجار بالقصر (٣) .

فهناك العديد من الآليات والأشياء الثقيلة التي تحتاج الى عناية خاصة وخبرة دقيقة في التشغيل والعمل ، ولا يتمكن المستأجر من توفيرها عند ايجاره لها ، مما يتوجب عليه ايجارها مع سائقها ، وبالرغم من دفعه لأجرتها وأجرة سائقها فإن حراستها تبقى للمؤجر (٤) .

ونرى بأن العبرة في انتقال الحراسة لا تعتمد على تحديد جهة دفع اجرة السائق ، ومع هذا تبقى الإرادة معقودة للمؤجر ولا تنتقل اليه ، فأن دفع الأجرة لا يمكن ان يكون الضابط الوحيد للبت في امر انتقال الحراسة للمستأجر .

ونرى بأن المعيار الأفضل لتحديد انتقال الحراسة على الشئ المستأجر مع سائقه يعتمد على من تكون له السيطرة الفعلية على الشئ بصرف النظر عن قصر او طول مدة الأيجار ، وعليه يتوجب الرجوع الى تحليل شروط العقد وبنوده لمعرفة ما اذا كان المؤجر قد اراد بتأجير الشئ نقل السلطة الفعلية عليه للمستأجر ومنحه سلطات التوجيه والأشراف ، ام انه اراد الاحتفاظ بها لنفسه على الرغم من استلام المستأجر للعين المؤجرة ، وفي الحالة الاولى يستتبع ذلك انتقال الحراسة للمستأجر ، وفي الحالة الثانية فإن المؤجر يبقى حارساً للشئ ، ولا يغير من هذا التفسير المنطقي ما تتضمنه بعض عقود الأيجار من بنود وشروط تستوجب بتحمل المستأجر الأضرار التي تحدثها المركبة بالغير ، فمثل تلك الشروط لا يكون لها آثار قانونية ما لم يقترن بانتقال السلطة الفعلية على الشئ .

ومن كل ما تقدم نجد ان الحراسة تنتقل بطريق ارادي وتنتقل بطريق غير ارادي ، وان الحراسة تنتقل بتسليم الشئ سواء كان التسليم ارادياً او غير ارادي .

١ - سافاتييه ، تعليق له في الاسبوع القانوني ١٩٥٦ - ٢ - ٩٠٥٢ . نقلاً عن د . محمد سعيد احمد الرحو ، مصدر سابق ف ٩٤ ، ص ١٧٨ .

٢ - د . عاطف النقيب ، مصدر سابق ، ص ٥٣ .

٣ - Stark , op . cit . p . 506 .

نقلاً عن د . محمد سعيد احمد الرحو ، مصدر سابق ، ص ١٧٩ .

٤ - فان المستأجر الذي يقوم بأيجار خباطة الكونكريت مع سائقها لا يكون مسؤولاً عن الضرر الذي يحصل اثناء تشغيلها وان حراستها تبقى لمؤجرها وان مشغلها يبقى تابعاً على الرغم من قيام المستأجر بتسديد الأجرة عن الأثنين .

الفرع الثاني

الانتقال غير الإرادي

تنتقل الحراسة بطريق غير ارادي ، فالحراسة قد تنتقل الى الغير كالغاصب والسارق الذي يأخذ الشيء دون وجه حق ، وان انتقال الحراسة الى الغير دون ارادة الحارس تتم بعدة صور ، وقد تكون مشروعة وقد تكون غير مشروعة وسنأخذ منها السرقة والأستيلاء للمصلحة العامة

١: السرقة

السرقة اختلاس مال منقول مملوك لغير الجاني عمداً ، ويعتبر مالاً منقولاً لتطبيق احكام السرقة النبات وكل ما هو متصل بالأرض او مغروس فيها بمجرد فصله عنها والثمار بمجرد قطفها والقوى الكهربائية والمائية وكل طاقة او قوى محرزة اخرى ، ويعد في حكم السرقة اختلاس المنقول المحجوز عليه قضائياً او ادارياً او من جهة مختصة اخرى ، والمال الموضوع تحت يد القضاء بأي وجه ولو كان الاختلاس قد وقع من مالك المال ، وكذلك اختلاس مال منقول مثقل بحق انتفاع او بتأمين عيني او بحق حبس او متعلق به حق للغير ولو كان ذلك حاصلاً من مالكة (١) ، فان الحارس يفقد حراسته على الشيء حال السرقة ، وان الحراسه تنتقل الى الشخص السارق ، فهي حالة حيازة شخص لشيء ما رغماً عن ارادة مالكة ، مع مراعاة كون الحارس سئ النية .

اما اذا كان الشخص حسن النية ، فانه يكتسب ملكية المنقول بمجرد حيازته ، تبعاً لقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية (٢) ، وبالنتيجة تثبت له صفة الحارس ، ما لم يثبت انتقال الحراسة الى شخص آخر (٣) . وان انتقال السلطة الفعلية قد يتم رغماً عن ارادة الحارس او بارادته ، او بدون ارادة الطرفين او بارادتهما ، فان وجود الأرادة ليس شرطاً لازماً لانتقال الحراسة ، لأن انتقال السيطرة الفعلية على الشيء قد يتم بدون موافقة حارس الشيء ، كما في حالة السرقة ، فيكون السارق هو الحارس للشيء المسروق ، كما انه ليس شرطاً كافياً لهذا الانتقال (٤) .

١ - المادة (٤٣٩) من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩

٢ - المادة (١١٦٣) من القانون المدني العراقي والتي تنص على (١ - من حاز وهو حسن النية منقولاً او سنداً لحامله مستنداً في حيازته الى سبب صحيح ، فلا تسمع عليه دعوى الملك من احد) والمادة (٩٧٦) من القانون المدني المصري والتي تنص على (١ - من حاز بسبب صحيح منقولاً او سنداً لحامله فانه يصيب مالكا له اذا كان حسن النية وقت حيازته) والمادة (٢٢٧٩) من القانون المدني الفرنسي والتي تنص على (يحق للذين يملكون او يضعون يدهم بشكل هادئ ان يقدموا دعاوى الحيازة وفقاً للشروط المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية) .

٣ - د . احمد شوقي محمد عبد الرحمن ، مصدر سابق ، ف ٧٩ ، ص ٧٣ .

٤ - د . محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، ف ١١٤ ، ص ١٣٤ .

فاذا باع شخص لآخر مركبة ، وقررا في العقد ان حراستها تكون للمشتري منذ ابرام الاتفاق ، فلا يكون المشتري هو الحارس اذا كان البائع قد احتفظ بحيازة المركبة والسيطرة الفعلية عليها ، فوجود الأرادة شرط غير لازم لتحقيق الانتقال .

وان الفقه والقضاء يرون بان الحراسة تدور وجوداً وعدماً مع السلطة الفعلية على الشئ في مظاهرها المتمثلة بالرقابة والتوجيه والاستعمال ، وان الحراسة تكون للشخص الذي يتولى تلك السلطات بصرف النظر فيما اذا كانت تلك السلطات مشروعة او غير مشروعة وبصرف النظر عن سنده في ممارسة تلك السلطات ، فان معظم الفقه في فرنسا والدول العربية يتجه الى عدم مساءلة مالك المركبة المسروقة عن الأضرار التي تصيب الآخرين نتيجة استخدام المركبة وهي تحت تصرف سارقها (١) .

فاذا تحققت السيطرة الفعلية للحائز ، وبأشر سلطته الأمرة على الشئ ولحسابه الخاص ، فيعتبر هو الحارس ، وهكذا يعتبر السارق حارساً للشئ المسروق دون المالك الذي يفقد حراسته على الرغم من بقاء حقه العيني على الشئ المسروق .

واذا قام التابع بأخذ مركبة متبوعه بدون علمه ، وذهب بها لقضاء حاجاته الخاصة فانه يعتبر حارساً لها ، لأن انتقال السيطرة الفعلية اليه (٢) ، وبالنتيجة ما يجب الأعتداد به في انتقال الحراسة هو انتقال السلطة الفعلية على الشئ ، وفي ذلك يقول الأستاذ جيني : ((ان اسناد الحراسة لا يناط بارادة الطرفين ، وانما يناط بالقانون)) (٣) .

وان محكمة النقض الفرنسية اخذت بهذا الاتجاه الذي اسسه الفقه ، باصدار حكمها الشهير في قضية فرانك ، وان الفقه والقضاء تخلوا عن نظرية السلطة القانونية ، والتوجه الى نظرية السلطة الفعلية التي تقيم المسؤولية على الشخص الذي يمارس على الشئ السلطة الأمرة والتصرف به وبصرف النظر عن الأساس القانوني لتلك السلطة ، وتلقى بالتبعية عليه لوحده عندما ينتج عن الشئ المسروق ضرراً يلحق بالآخرين باعتباره الحارس المسؤول الذي انتقلت الحراسة اليه بعد زوالها عن مالك الشئ بفعل

١ - انظر في تأييد الفقه الفرنسي لهذا الاتجاه مازو وتونك ، المطول في المسؤولية ، ج ٢ ، ف ١١٦٢ ، ص ٢٣٣ ؛ لي تورنو في المسؤولية المدنية ، ف ٢٢٦١ ، ط ٢ ، ١٩٨٢ ، فيني ، شروط المسؤولية ، ف ٦٧٧ ، ويل وتيريه في القانون المدني ، الالتزامات ، ف ٧٢٠ ، ط ١٩٨٧ ؛ سافاتييه ، مصدر سابق ، ج ١ ، ف ٣٦٤ . نقلاً عن د . محمد سعيد احمد الرحو ، مصدر سابق ، ص ١٨٧ .

- وفي الفقه العربي انظر د . محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، فقرة ٨٥ ؛ د . عاطف النقيب ، مصدر سابق ، ص ٦٠ ؛ د . عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصدر سابق ، فقرة ٧٢٦ .

٢ - د . عبد المجيد الحكيم ، مصدر سابق ، ف ٩٩٣ ، ص ٦٠٧ .

٣ - جيني ، دالوز الانتقادي ، ١٩٤٣ . وفي نفس المعنى : نقض مدني فرنسي في ٥ يوليو ١٩٤٨ حيث يقول : ((ان مستعير المركبة يصبح بمجرد عقد العارية حارساً لها طوال مدة العقد)) . الأسبوع القانوني ، ١٩٤٨ . نقلاً عن د . ايداد عبد الجبار ملوكي ، مصدر سابق ، ص ١٦٢ .

عملية السرقة (^١) ، وان هذا المبدأ مستقر ولا يؤثر على صحته ما يمكن ان يثار من احتمال تخلي السارق عن الشيء وهروبه بعد الحادث ، وان حق المضرور سوف يكون معرض للضياع اذا لم يوفر له السبيل لمطالبة مالك المركبة بالتعويض ، لان للمضرور في مثل هذه الحالة ان يلجأ الى مؤسسات الضمان الاجتماعي ليحصل على بعض من حقه في التعويض ، كما قد يكون حقه في التعويض مضموناً على شركات التأمين فيما لو كان الشيء محدث الضرر مؤمناً بتاريخ الحادث (^٢) .

ولا يغير من هذا المبدأ حالة انتقال الحراسة على الشيء المسروق من مالك المركبة الى السارق ، نتيجة اهمال مالك المركبة ام لم يكن نتيجة اهماله ، فعلى فرض حصول الاهمال من جانب المالك فانه لم يكن السبب المنتج والمؤثر الذي كان وراء الأضرار التي حصلت للمضرور ، وان الضرر حصل للأخرين بعد عملية السرقة وليس قبلها ، وان وجدت رابطة بين السرقة والاهمال فمن غير الممكن وجود رابطة بين الضرر والاهمال (^٣) .

وان مسؤولية السارق تتحقق بصرف النظر عن شخصية الشخص المسروق ، ودون الاعتداد باليد التي كانت تحوز الشيء قبل حصول عملية السرقة سواء كانت يد الشخص المالك او كانت يد الشخص الحارس (^٤) .

وان الحراسة على الشيء تنتقل الى السارق حتى اذا كان عديم التمييز ، فلا توجد اهمية فيما اذا كان السارق مصاب بمرض عقلي او غير مميز (^٥) ، بينما يرى البعض عكس ذلك ، إذ ينفي مسؤولية السارق اذا كان عديم التمييز (^٦) .

ونحن نؤيد الرأي القائل بانتقال الحراسة للسارق حتى وان كان عديم التمييز ، لان السارق يمتلك السلطة الفعلية على الشيء ، ويمكن تصور ان عديم التمييز ان يملك السيطرة الفعلية لحساب نفسه .

^١ - وان القرار قد صدر عن الهيئة العامة في ٢ / ١٢ / ١٩٤١ ، والقرار مدنية / ٦ / ١ / ١٩٤٣ المنشور في دالوز ١٩٤٣ / ١ / ٢٣٨ ؛ والقرار مدنية / ٢٩ / ٤ / ١٩٦٩ المنشور في مجلة القصر ١٩٦٩ / ٢ / ٢١٥ ؛ والقرار مدنية / ٥ / ٣ / ١٩٨٠ المنشور في مجلة القصر ١٩٨٠ / ٤ / ١٩٧ . نقلاً عن د . محمد سعيد احمد الرحو ، مصدر سابق ، ص ١٨٧ .

^٢ - ان المادة (١) من قانون التأمين الالزامي عن حوادث السيارات رقم ٥٢ لسنة ١٩٨٠ تشير الى ان كافة السيارات العاملة في نطاق جمهورية العراق تكون مشمولة بالتأمين بصرف النظر عن شخصية سائقها وبذلك يحق للمتضرر الرجوع على الشركة المؤسسة للمطالبة بالتعويض سواء كانت السيارة وقت الحادث تحت تصرف مالكها الشرعي ام كانت بحوزة سارقها .

^٣ - د . سهير سيد منتصر ، مصدر سابق ، ص ١١٣ .

^٤ - د . احمد شوقي محمد عبد الرحمن ، مصدر سابق ، ص ٧٤ .

^٥ - Mazeaud , op . cit . p 300 .

نقلاً عن د . محمد سعيد احمد الرحو ، مصدر سابق ، ص ١٨٨ .

^٦ - د . خليل جريج ، النظرية العامة للموجبات ، ج ١ ، دون ذكر دار نشر ، بيروت ، ١٩٥٧ ، ص ٢٥٤ .

وان السارق هو الحارس المسؤول عن الأضرار التي تلحق الآخرين من فعل الشيء ، حتى وان اجبر مالك الشيء على الجلوس معه ، وان الحراسة انتقلت الى السارق حتى عندما يجبر الحارس السابق على قيادة الشيء المسروق تحت تأثير السلاح والتهديد بالقتل (١) .

وان الأحوال المتقدمة تسري لكل الأحوال المشابهة في حكمها للسرقه ، فان غاصب المركبة الذي يستحوذ عليها دون مسوغ قانوني رغباً عن مالكها ، وكل من كان يده على الشيء يد ضمان ، فان الحراسة تنتقل اليهم ما دام الشيء تحت سيطرتهم الفعلية دون الاعتداد بمركزهم القانوني (٢) .

٢: انتقال الحراسة بسبب قانوني

ان السلطة العامة قد تلجأ نتيجة لظروف معينة طارئة الى الاستيلاء المؤقت على بعض الأشياء العائدة للغير ، وان ذلك يتم غالباً بدون الاتفاق مع مالك الشيء ، حيث رغباً عن ارادة صاحب الشيء يتم الاستيلاء على الشيء (٣) .

فان الحراسة على الاشياء تنتقل الى السلطة العامة ، بمجرد وضع يدها على الشيء ، فانها تتحمل تبعه الاضرار التي تلحق بالآخرين من تلك الاشياء ، وان الحراسة تنتقل الى الجهة الادارية واضعة اليد على الشيء سواء كانت هي تتولى استخدام الشيء ام حارسها السابق هو الذي يقوم بذلك ، ففي كلتا الحالتين فان الحراسة تنتقل اليها ، لان سلطة المالك القديم الفعلية تكون قد انتفت بمجرد حرمانه من ممارسة مظاهر تلك السلطة بشكل مستقل واختياري (٤) .

وهناك تساؤل بصدد تعيين الحارس على الشيء عندما يبقى بيد تابع المالك الذي يبقى اثناء فترة الاستيلاء ، حيث يثار التساؤل عما اذا كان المتبوع يبقى محتفظاً بسلطاته ورقابته واشرافه على تابعه اثناء فترة الاستيلاء ام ان رابطة التبعية بينه وبين تابعه تنقضي لتنتقل الى السلطة الادارية والتي تصبح متبوعاً عرضياً ويكون سائق الشيء تابعاً لها ؟

ان الاتجاه يعتبر حراسة المتبوع الأصلي قد انتقلت الى السلطة الادارية التي تصبح متبوعاً عرضياً طيلة مدة الاستيلاء ، ويصبح سائق الشيء (التابع) تابعاً لها وخاضعاً لسلطاته في الرقابة والتوجيه ، سواء كان الشخص الذي يقود الشيء المستولى عليه تابعاً لها ، او كان من يقوده هو التابع لمالك

١ - د . عاطف النقيب ، مصدر سابق ، ص ٦٥ و ٦٦ .

٢ - د . محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، ص ١٢١ .

٣ - ان المشرع العراقي اصدر القانون المرقم (١٢) لعام ١٩٧١ المعروف بقانون التعبئة وفي المادة (٢١) منه الفقرة الثالثة الذي اجاز فيه للسلطة العامة الاستيلاء المؤقت على بعض المركبات والآليات ، وان كان هناك اتفاق بوجود مع المالك ، فان هذا الاتفاق يكون ذو آثار تنظيمية فقط ، فليس لصاحب الشيء حق المعارضة او التعديل او الرفض ، فان مثل هذا الاتفاق لا ينبع عن اختيار حر وارادة حرة .

٤ - قرار محكمة النقض الفرنسية ١ / ٦ / ٩٤٨ ، دالوز ١٩٤٨ ، ص ٤٠٨ . مشار اليه في د . محمد سعيد احمد الرحو ، مصدر سابق ، ص ١٩٣ .

المركبة ، اذ ان اكتساب السلطة الادارية السلطة الامر على الشئ بعد الاستيلاء عليه تجعل الشخص الذي يتولى تشغيل الشئ تابعاً لها بصرف النظر عن ارتباطه السابق وهويته (١) .

وان الحراسة تنتقل بالوفاة ، فيثار التساؤل عن الوقت الذي تنتقل فيه حراسة الشئ الى الوارث واعتباره حارساً له .

وللأجابة على هذا التساؤل هناك رأيان ، الرأي الأول وفيه قال جانب من الفقه ان الوارث لا يعتبر حارساً بمجرد وفاة المورث ، بل من الوقت الذي تتوافر فيه سلطات الاستعمال والتوجيه والرقابة على الشئ الموروث (٢) .

وان هذا الرأي محل نظر ، فلو تم الاخذ به فانه سيؤدي الى نتيجة غير مقبولة وهي ان يصبح الشئ في الفترة ما بين وفاة المورث وتسلم الوارث له ليس في حراسة احد وهذا الرأي غير صحيح ، لانه ليس من الأشياء المباحة اما فيما يخص الرأي الثاني ، فيرى جانب من رجال القانون ان الوارث يعتبر حارساً للشئ حال وفاة المورث اذ يعتبر الشئ ملكاً له بمجرد تحقق وفاة مورثه (٣) .

ونرى الأخذ بالرأي الثاني المتضمن انتقال الحراسة على الشئ الى الوارث بمجرد وفاة المورث استناداً الى الحجج الآتية :

أ- ان الوارث يكسب المنقولات والعقارات والحقوق الموجودة في التركة بطريق الميراث وان انتقال اموال التركة وتحديد نصيب الورثة وتعيينهم يخضع لأحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الخاصة بها (٤) ، ونظراً لخلو قانون الأحوال الشخصية من تحديد وقت لانتقال الأشياء محل التركة لذلك يتوجب الاستدلال بنص الفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية (٥) .

^١ - ومن الفقهاء القائلين بهذا الاتجاه

Mazeaud , op . cit . p . 1188 , Savatier , op . cit . p 101

نقلاً عن د . محمد سعيد احمد الرحو ، مصدر سابق ، ص ١٩٤ .
وبمعنى مقارب د . احمد شوقي محمد عبد الرحمن ، مصدر سابق ، ف ٤٧ و ٤٨ . ولكنه يجعل الحراسة للسلطة العامة اثناء فترة عمل المركبة ، اما عند ايقافها عن العمل في الليل مثلاً فان الحراسة تسترد للمتبوع ، وهذا الأمر لا يمكن قبوله لان الحراسة لا تقبل التجزئة ولأحتمال عمل المركبة ليلاً ونهاراً .

^٢ - د , محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، ف ١١٣ ، ص ١٣٣ .

^٣ - عبد الحليم عبد القادر ابو هزيم ، مصدر سابق ، ص ٨٣ .

^٤ - ان المادة (١١٠٦) من القانون المدني العراقي تنص على (١ - يكسب الوارث بطريق الميراث المنقولات والعقارات والحقوق الموجودة في التركة . ٢ - تعيين الورثة وتحديد انصبتهم في الأثر وانتقال اموال التركة ، تسري عليها احكام الشريعة الإسلامية والقوانين الخاصة بها) .

^٥ - المادة الاولى الفقرة الثانية من قانون الأحوال الشخصية تنص على (اذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون) .

ب - ان الأجماع في الفقه الاسلامي منعقد بين مذاهبه على ان التركة تنتقل الى الورثة حال وفاة المورث عندما لا تكون مثقلة بدين لأحد ، وحتى عندما تكون التركة مثقلة بدين ، فان جمهور الفقهاء المسلمين يؤيدون انتقالها محملة بتلك الديون حال وفاة المورث (١) .

ج - اذا كان نتاج التركة في الفترة الواقعة بين الوفاة الى حين التسليم يعود للورثة الذين ينتفعون منه فأن قاعدة الغنم بالغرم تقضي وجوب تحملهم تبعة اضرار الشئ خلال تلك الفترة سيما وان الورثة هم خلف عام للوارث وان الحقوق والالتزامات تنتقل اليهم (٢) .

ومن كل ما تقدم نجد ان ارادة الأطراف شرط غير لازم لانتقال الحراسة ، وانما الانتقال يناف بالقانن ، وان الحراسة تنتقل الى السارق حتى وان كان عديم التمييز .

١ - د . احمد الخطيب ، الموجز في احكام الميراث ، مطبعة المعارف ، ١٩٦٨ ، ص ٣٧ .

٢ - د . محمد يوسف موسى ، التركة والميراث في الاسلام ، منشورات معهد الدراسات العربية العالمية ، جامعة الدول العربية ، ١٩٦٠ ، ص ٦٧ .

المطلب الثاني

إثبات الحراسة وانقضائها

سوف نبحث اثبات الحراسة طبقاً لنظرية السلطة الفعلية ، وأن القاعدة العامة في الأثبات هي البيئة على من ادعى ، فيتوجب في دعوى المسؤولية عن الأشياء أن يثبت أركان هذه المسؤولية كافة ، ومن ضمنها أن الشيء كان في حراسة المدعى عليه عند حصول الضرر ، ولما كانت الحراسة تقوم على أساس السلطة الفعلية التي تكون لشخص على الشيء ، وليس على المركز القانوني لذلك الشخص ، فإنه يجوز اثبات السلطة انفة الذكر بطرق الاثبات جميعها لأنها واقعة مادية ، بما في ذلك القرائن القضائية وشهادة الشهود ، ولأهمية موضوع اثبات الحراسة وما يترتب عليه من نتائج تنعكس على حقوق الحارس والشخص المتضرر لغرض حصول الشخص المتضرر على حقه في التعويض اذا كان الحارس لم يتخذ العناية اللازمة ، او تنتفي مسؤولية الحارس اذا اثبت أنه اتخذ العناية اللازمة أو كان الضرر حاصل بفعل سبب اجنبي ، والحراسة تنقضي على الشيء عندما يتخلى الشخص عن ملكية الشيء ، وتنقضي كذلك بدون التخلي عن ملكية الشيء ، وسوف نبحث هذا المطلب في فرعين ، نخصص الفرع الاول لأثبات الحراسة ، بينما نكرس الفرع الثاني لأنقضاء الحراسة .

الفرع الاول

اثبات الحراسة

ومن أجل بيان ذلك سوف يتم تقسيم هذا الفرع الى وسائل اثبات الحراسة أولاً ، ومن ثم دور الحارس في نفيها .

أولاً : وسائل اثبات الحراسة

إن القاعدة في مجال الاثبات هي ؛ البيئة على من ادعى واليمين على من أنكر (١) ، وأن عبء الأثبات يقع على المدعي ، ولذلك يجب على الشخص المدعي في دعوى المسؤولية عن الأشياء أن يقيم الدليل على توافر هذه المسؤولية ، ومنها ان الشيء الذي احدث الضرر كان في حراسة المدعى عليه وقت وقوع الضرر (٢) .

^١ - المادة (٧) من قانون الاثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ ، وتقابلها المادة (١) من قانون الأثبات المصري لسنة ١٩٦٨ والمادة (١٢٢٩) من قانون الاثبات الفرنسي .

^٢ - عبد الحليم عبد القادر ابو هزيم ، المسؤولية عن الأشياء غير الحية في القانون الأردني ، رسالة ماجستير ، الجامعة الأردنية ، ١٩٩٥ ، ص ٨٤ .

واستناداً لهذه القاعدة يتوجب على المتضرر إقامة الدليل على تحديد الشئ الذي سبب له الضرر ، وأن هذا الشئ كان في حراسة صاحبه عند حصول الضرر ، وأن الضرر عندما يستطيع اثبات هذين الأمرين ، تثبت مسؤولية الحارس عن الضرر الذي لحقه ، وأصبح من الضروري تعويضه عن الأذى الذي حصل له ، وفي حالة عجز المضرور عن اثبات ما تم ذكره انفاً ، فإن دعواه ترد (١) .

ومن أجل تمكين المضرور من اثبات الضرر الذي لحقه بسبب الشئ ، فمن حقه الاستعانة بالقرائن العديدة التي اوجدها التشريع والقضاء لتخفيف عبء الأثبات عن كاهل المدعي ومن هذه القرائن :

١- إن من تثبت له الحراسة في وقت من الاوقات فإن من المفترض انه يظل محتفظاً بها عند وقوع الضرر ، فإن الشخص المتضرر لا يكلف باثبات الحراسة في وقت حصول الحادث ، وإنما يكفي اثباتها في وقت سابق قبل حدوث الضرر ، فأن الشخص المدعى عليه اذا دفع بأن الحراسة انتقلت منه قبل الحادث فيقع عليه عبء اثبات ذلك (٢) .

وإن القضاء أوجد هذه القرينة ، التي سهلت على الشخص المتضرر الكثير من عبء الأثبات ، وهي افتراض أن الحارس الذي كان الشئ تحت حراسته في أي وقت سابق على حصول الضرر ، يبقى محتفظاً بتلك الحراسة في وقت حصول الضرر ، وهذا يعني اعفاء الشخص المتضرر من اثبات أن الحراسة كانت لا تزال للحارس وقت وقوع الضرر ، فمتى ما تمكن من اثبات توافرها قبل حصول الضرر ، فإن ذلك يسمح للقاضي بان يفترض أن الحراسة ظلت له حتى حصول الحادث ، واذا المدعى عليه دفع الدعوى بانه فقد الحراسة قبل وقوع الحادث توجب عليه أن يثبت ذلك .

وبالمقابل يقع على عاتق الحارس عبء نفي ذلك الافتراض باثباته أن الحراسة كانت قد انتقلت الى شخص آخر قبل حصول الضرر ، وعدم تمكنه من ذلك يعني ثبوت الافتراض بانه كان ولا يزال الحارس للشئ حتى حصول الضرر (٣) .

١ - واستناداً على ذلك فإن محكمة النقض الفرنسية ، نقضت القرار الصادر عن إحدى المحاكم الدنيا ؛ لانه خرج عن قواعد الأثبات ، وأن الحادث كان يتعلق بوفاة صاحب دراجة نارية أثناء سقوطه من فوق دراجته ، واصطدم بأحدى المركبات القريبة من محل الحادث ، وعند عرض الموضوع على القضاء ، فإن محكمة الاستئناف المختصة قضت على صاحب تلك المركبة بالتعويض ، لانه لم يستطيع اثبات انعدام علاقة مركبته بالحادث ، ولدى عرض الموضوع على محكمة النقض ، فإن المحكمة المذكورة عابت على الحكم المميز ، وقررت نقضه لخروجه عن القواعد العامة في الأثبات ، والمتضمنة وجوب تكليف المضرور بإقامة الدليل على علاقة المركبة الواقعة بالحادث وكونها كانت السبب في حصوله ، لا تكليف صاحب المركبة بتقديم الدليل على ان مركبته لم يكن لها دور في الحادث ، وأن القرار المذكور يتفق مع القواعد العامة في الاثبات ومبدأ عدم جواز اثبات النفي

القرار / مدنية / ٢ / ١٠ / ١٩٩٢ المنشور في دالوز ١٩٩١ - ص ١٥٩ . والمشار اليه من قبل د . محمد حسين منصور ، تدخل السيارة في حادث المرور ، مناهة مسؤولية القائد ، دار المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٩٦ ، ص ٧٠ .

٢ - د . محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، ص ١٣٦ .

٣ - د . عبد السميع عبد الوهاب ، مصدر سابق ، ص ٦١ .

و أن المدعي لا يكلف باثبات صفة الحراسة على الشئ ، ومن الشخص الحارس له في حالة كان الشئ في يد ماله عند حصول الضرر ، لان المفترض تكون السلطة الفعلية لمالك الشئ ويملك عليه السلطة الأمرة ويستخدمه لحسابه ، ويصح القول بافتراض أن من تثبت له في الأصل ملكية الشئ فقد تثبت له الحراسة عليه (١) ، وأن هذا الافتراض يتفق مع أصول الأثبات المقررة بالقاء عبء الأثبات على من يدعي خلاف الظاهر ، وهنا ان ظاهر الامر أن المالك هو صاحب السلطة الفعلية على الشئ ، والشخص الذي يدعي عكس ذلك يتحمل عبء الأثبات (٢) .

وقد اتجه رأي الى افتراض توفر الحراسة لدى اصحاب الحقوق العينية الأخرى المتفرعة عن حق الملكية ، كصاحب حق الاستعمال والمنتفع والمرتهن رهناً حيازياً ، لان السلطات التي تخولها هذه الحقوق تخول السلطات المميزة للحارس (٣) ، وما يؤيد اقامة قرينة الحراسة على المالك اعتبار أن ، الاعتبار الاول هو اتفاقها مع القواعد العامة في الأثبات ، التي تضع عبء الاثبات على عاتق من يدعي خلاف الظاهر ، ذلك أن المدعي هو من يتمسك بخلاف الظاهر ، فالبينة تقع عليه ، فان الوضع المادي للمالك هو أن يكون مسيطراً على الشئ الذي يملكه سيطرة فعلية ، وبالنتيجة يكون هو حارسه ، فان المضرورة لا يكلف باثبات هذا الامر ، بل يقع على المالك اثبات عكسه أن اراد التخلص من المسؤولية ، اما فيما يخص هذه القرينة تتفق مع المقترضات العملية ، لانها تسهل على الشخص المتضرر الحصول على حقه ، وهو أمر يؤخذ بعين الاعتبار في نطاق المسؤولية عن الأشياء ، لان تكليف الشخص المتضرر باثبات صفة الحارس ، يكون أمر في غاية الصعوبة في اغلب الاوقات ، وقد يعرض حقه في التعويض للضياع (٤) .

واذا كانت محكمة النقض الفرنسية قد اقرت الأخذ بهذه القرينة ، فمسبقاً أن قضائها لم يسير على هذا النحو ، فان المحكمة المذكورة كانت تتحفظ على الأخذ بهذه القرينة إذ كانت تسيّر باحكامها القديمة على نمط مختلف ، ففي بعض احكامها اتجهت الى القول بان قرينة الملكية لا تصلح بذاتها لأثبات الحراسة ، وانما يجب ان تنصب تلك القرينة على توافر الالتزام بالحراسة ، بصرف النظر فيما اذا كان الملتزم هو مالك الشئ او غيره (٥) ، بالإضافة الى أنها عززت ذلك الاتجاه بقرار مماثل كانت محكمة النقض الفرنسية قد عابت على الحكم الذي اصدرته محكمة الموضوع بانه قاصراً في التسبب ، ما دام لم يفصح عن الظروف التي

١ - د . عبد الزاق احمد السنهاوري ، مصدر سابق ، ص ١٠٨٦ ؛ د . اياد عبد الجبار ملوكي ، مصدر سابق ، ص ١٦٤ ؛ عبد الحليم عبد القادر ابو هزيم ، مصدر سابق ، ص ٨٤ .

٢ - وان محكمة النقض الفرنسية قد اخذت بهذه القرينة في اكثر من قرار منها القرار مدنية / ٧ / ٤ / ١٩٦٧ ؛ والقرار مدنية في ١٦ / ١٢ / ٧٠ وان القرارين مشار اليهما في المجلة الفصلية للقانون المدني الفرنسي لعام ١٩٦٧ ، ص ١٢٩ وللعام ١٩٧١ ، ص ٨٥٥ . نقلاً عن د . محمد سعيد احمد الرحو ، مصدر سابق ، ص ٢٠٠ .

٣ - Goldman . op . cit . p 52 .

نقلاً عن د . محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، ص ١٣٧ - ١٣٨ .

٤ - رائد محمد فليح النمر ، مصدر سابق ، ص ٨٤ .

٥ - القرار مدنية / ١١ / ٤١ / دالوز الانتقادية ٢ - ٤٢ . مشار اليه في د . محمد سعيد احمد الرحو ، مصدر سابق ، ص ٢٠٠ .

دعته الى اعتبار المالك حارساً ، فضلاً عن أن المركبة كان يقودها شخص آخر وضع تحت تصرف المالك بمعرفة صاحب الكراج ، فان القرار أنف الذكر لا يؤيد افتراض الحراسة على مالك الشئ (١) .

وإن ما يسوغ الاستدلال بهذه القرينة ما يأتي : ان مالك الشئ يمارس بنفسه ولحسابه الخاص السلطة الأمرة على الشئ المملوك له ، وهذا هو الواقع العملي ، وهو الشخص الاول الذي يفترض فيه ان يمارس سلطات الشئ ، فضلاً عن ذلك فان مشكلة البحث عن الحارس ، لا تثار عملياً الا اذا ترددت الحراسة بين المالك وشخص آخر ، واذا كانت ظروف الواقع تشير الى توافر الحراسة لهذا الغير ، فان الشخص المتضرر سوف يرفع عليه دعواه ، اذ ليس من المعقول ان يكلف نفسه معاناة رفعها على غير الحارس ، فيعمل بذلك بغية ما ينتهي اليه الأمر من رفض متوقع لدعواه ، فيضيع بذلك وقتاً ومالاً . (٢) .

وإن الأستاذ ستارك يقول في هذا ، ان المشكلة لن تثار الا في حالة الشك ، ويتعين في هذه الحالة فقط أن نقرر الى اي شخص يتوجه المضرور بالمطالبة ، وهنا تبدو القرينة ضرورية ولازمة (٣) .
وإن افتراض تلك الصفة في جانب المالك ، سوف يسهل على المتضرر الحصول على حقه في التعويض ، حيث أن تلك القرينة ، قد رفعت عنه الاستقصاء بحثاً عن الحارس .

وما يتفق مع القواعد العامة في الإثبات ، هو افتراض تلك الصفة في جانب المالك ، لان القواعد العامة في الإثبات تقرر بأن عبء الأثبات يقع على عاتق من يدعي خلاف الظاهر ، وأن المضرور لا يدعي خلاف الظاهر بالنسبة للمالك ، فانه يقع على عاتق المالك عبء اثبات خلاف الظاهر ، ان اراد التخلص من المسؤولية عن اضرار ذلك الشئ ، باثبات أنه لم يكن الحارس وقت وقوع الضرر ، لانه لم يكن يمارس فعلاً سلطات الحارس (٤) .

وفي تطور لاحق اتجه القضاء الفرنسي الى تعزيز هذه القرينة والتوسع في مجال الافتراض بموجبها بالنسبة الى حوادث المركبات الى ابعد مما افترضه في السابق ، من أن حارس المركبة هو مالکها ، بافتراضه ان قائد المركبة هو مالکها (٥) .

١ - القرار مدنية / ٣ / ١١ / ١٩٤٣ المشار اليه من قبل د . عبد السميع عبد الوهاب ، مصدر سابق ، ص ٦٦ .

٢ - د . سهير سيد منتصر ، مصدر سابق ، ص ١٩٨ .

٣ - starck . op . cit . p . 194 .

نقلاً عن د . سهير سيد منتصر ، مصدر سابق ، ص ١٩٩ .

٤ - د . عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصدر سابق ، ف ٧٢٦ .

٥ - قرار محكمة النقض الفرنسية / مدنية / ٢٣ / ١٠ / ٦٩ ، النشرة المدنية ، العدد ٢٢ ، رقم ٣٨٦ ؛ ومدنية ١٣ / ١٠ / ٩٧١ دالوز ١٩٧٢ - ٣٩ . نقلاً عن د . محمد سعيد احمد الرحو ، مصدر سابق ، ص ٢٠١ .

٢ وإن القضاء ابتكر حديثاً قرينة ساهمت في تفسير عبء الإثبات على المضرور ، هي قرينة افتراض ان مجرد نجاح المضرور في اقامة الدليل على ان الضرر الذي حصل له كان نتيجة تدخل شئ معين ، إذ يعني أن افتراض هذا الشئ كان السبب الذي احدث الضرر ، فان تدخل الشئ يعد قرينة قاطعة لصالح الشخص المتضرر ، وان ذلك يعفي الشخص المتضرر عن اثبات توافر الرابطة السببية بين الضرر الحاصل وخطأ الحارس (فعل الشئ) ، لان القضاء اعتبر أن تلك الرابطة مفترضة (١) .

وهناك ايضاً قرينة افتراض خطأ الحارس ، وهي من القرائن المؤثرة في اثبات الحراسة ، فان المشرع اراد من اقرار هذه القرينة ، استثناء المضرور من القواعد العامة التي توجب اثبات خطأ المدعى عليه المسبب لحصول الضرر ، واعفاء المضرور من عبء اثبات خطأ حارس الشئ ، واعتبار مجرد حصول الضرر قرينة على افتراض خطأ حارس الشئ الذي احدث الضرر ، وأن الغرض من ذلك هو للتخفيف على الشخص المتضرر من اثبات حراسة المدعى عليه للشئ ومسؤوليته عن الضرر الناتج منه تبعاً لذلك ، والتي تصعب عليه في كثير من الأحيان ، والتي تؤدي الى ضياع حقه في التعويض او التأخير في الحصول على حقه في التعويض ، وان الحارس لا يستطيع ان يدفع المسؤولية عنه الا بانتفاء الرابطة السببية بين الضرر الناتج وفعل الشئ ، وانه لا يتمكن من ذلك الا بأثبات السبب الأجنبي الذي حصل الضرر بواسطته (٢) ، وان الأضرار الناجمة عن الأشياء التي تحت حراسته ، حيث افتراضاً خطأ الحارس بشكل لا يقبل اثبات العكس بمجرد حصول الضرر (٣) .

^١ - وان تلك القرائن تجلت بالأخص في حوادث التعويض عن الأضرار الناجمة عن السيارات ، حيث ان محكمة النقض استقرت على الأخذ بهذه القرينة في قراراتها ومنها القرار مدنية / ٢ / ٢٠ / ٤ / ٩٨٨ ، النشرة المدنية ١١ رقم ٨٩ ؛ والقرار مدنية / ١٩ / شباط / ١٩٨٦ ؛ والقرار مدنية / ٢ / ١٤ / ٩٨٧ ، المنشور في النشرة المدنية ، العدد ١١ رقم ١٩٩ ؛ والقرار مدنية / ٢ / ١٦ / ١ / ١٩٩١ ، المنشور في النشرة المدنية ١١ رقم ١٦ . نقلاً عن د . محمد سعيد احمد الرحو ، مصدر سابق ، ص ٢٠٢ .

^٢ - د . عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصدر سابق ، ف ٧٣٥ ، ص ١٠٩٨ .

^٣ - انظر في قضاء محكمة النقض المصرية القرار مدنية / ٢٣ / ٤ / ٨٠ ، مجموعة احكام النقض ٣١ / ١١٨١ - ٢٢٧ ؛ والقرار مدنية / ٢٥ / ٣ / ٦٥ ، ص ٣٦١ ، وكذلك قرارات محكمة النقض الفرنسية مدنية / ٣١ / ٧ / ٩٠٥ - ٢٦ / ٤ / ٩١٣ ، والقرار مدنية / ٢ / ٢١ / ٧ / ٨٢ ، المنشور في دالوز ، ٩٨٢ ، ص ٤٩٩ ، وتعليق الاستاذ روجيه عليه ، والقرار مدنية ٢ في ٦ / ٧ / ٩٨٧ ، المنشور في جوريسكلاسير الدوري ١٩٨٧ - ٢ - ٢٠٢٥ . نقلاً عن د . محمد سعيد احمد الرحو ، مصدر سابق ، ص ٢٠٣ .

وإن القانون المدني العراقي تبني فكرة الخطأ المفترض ، ولكنه جعل الافتراض بسيطاً قابلاً لإثبات العكس (١) ، بينما القانون المدني المصري (٢) والقانون المدني الفرنسي (٣) جعل الافتراض غير قابلاً لإثبات العكس ، وإن التشريع العراقي والتشريعات محل المقارنة اجازت اثبات الحراسة والعناصر المكونة لها بكافة طرق الأثبات بما فيها من جواز الاستماع الى البيئة الشخصية ، لانهما من الوقائع المادية (٤) .

وإن محكمة الموضوع تستقل بتقدير توافر الحراسة من عدمه ، وإنها في ذلك تتمتع بسلطة تقديرية واسعة دون رقابة عليها من محكمة التمييز ، متى ما كان هذا الإثبات مستنداً الى اسباب مقبولة ومستمدة من الوقائع الثابتة ، أما تقدير كفاية تلك الوسائل لتوافر صفة الحراسة بالنسبة للشخص المعين وتكييفها القانوني ، فإن ذلك يعتبر من الوسائل القانونية التي تخضع لرقابة محكمة التمييز (٥) .

ثانياً : دور الحارس في نفي الحراسة

إن للشخص المتضرر اثبات الضرر الذي حصل له بفعل شيء محدد ، وإن هذا الشيء كان تحت حراسة صاحبه ، وكان ذلك مع ما يتفق مع خصوصية المسؤولية المفترضة والتخفيف عن عاتقه في موضوع الأثبات ، فلا ينبغي التسلم بذلك على إطلاقه ، وبالنتيجة عدم السماح للحارس من اثبات انتفاء علاقته بما حدث وحرمانه من دفع المسؤولية عنه ، وإذا كانت التشريعات المدنية قد اجازت القيام بذلك ، فإنها لم تتفق مع مدى حرите بذلك ، فإن العديد من التشريعات المدنية ومنها التشريع العراقي في المادة (٢٣١) من القانون المدني العراقي ، فيما يخص مسؤولية الحارس المفترضة افتراض قابل لإثبات العكس عن الاشياء التي تكون تحت حراسته ، اقامت مسؤولية حارس الشيء على خطأ مفترض افتراضاً قابلاً لإثبات العكس ، وبذلك فسحت المجال للحارس لدفع المسؤولية عنه بنفي الخطأ عن طريق اثبات أنه قد قام بواجبه باتخاذ الحذر والحيلة لمنع اذى الشيء عن الآخرين .

١ - انظر المادة (٢٣١) من القانون المدني العراقي .

٢ - انظر المادة (١٧٨) من القانون المدني المصري

٣ - انظر المادة (١/١٢٤٢) من القانون المدني الفرنسي

٤ - المادة (٧٦) من قانون الإثبات العراقي والتي تنص (يجوز الإثبات بالشهادة في الوقائع المادية) .

٥ - د . محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، ص ١٣٨ ؛ د . اياد عبد الجبار ملوكي ، مصدر سابق ، ص ١٦٥ .

اما البعض الآخر من التشريعات ومنها التشريع المصري في المادة (١٧٨) من القانون المدني المصري ، والتشريع المدني الفرنسي في المادة (١٢٤٢ / ١) من القانون المدني الفرنسي ، قد ضيق من حق الحارس في نفي المسؤولية عنه ، واعتبرت مجرد حصول الضرر دليلاً على خطأ الحارس المفترض افتراضاً غير قابل لإثبات العكس فلا يتمكن من دفع المسؤولية عنه الا بأثبات السبب الأجنبي (١) وإن محكمة النقض الفرنسية قد ساهمت في الحد من دور الحارس في دفع المسؤولية عنه ، فذهبت في قضائها الحديث الى صور السبب الأجنبي التي تجيز للحارس الاستناد اليها في نفي المسؤولية عنه ، فلم تعد تسمح له القيام بذلك الا عندما يكون خطأ الشخص المتضرر ، إحدى صور السبب الأجنبي ، وحده هو الذي سبب الضرر (٢) .

وبمقارنة بين الاتجاه التشريعي الأول الذي جعل الافتراض قابل لإثبات العكس ، القانون المدني العراقي مع الاتجاه التشريعي الثاني الذي جعل الافتراض غير قابل لإثبات العكس التشريع المصري والتشريع الفرنسي ، نجد ان موقف التشريع الذي اخذ بالاتجاه الأول ، التشريع العراقي ، لم يتوسع في إيجاد الطرق الكفيلة لضمان حصول الشخص المتضرر على حقه في التعويض .

بينما نرى أن موقف الاتجاه التشريعي الثاني ، التشريع المصري والتشريع الفرنسي ، قد ضيقا على الحارس المجال لدفع المسؤولية عنه ، وانه قد ساهم في توسيع قاعدة الحماية للشخص المتضرر من فعل الأشياء الخطرة وتخفيف عبء الأثبات عن كاهله ، بما يضمن حقه في الحصول على التعويض بأسهل الطرق وضمنها ، وبالمقابل يكون هنا اجحاف بحق الحارس في حال اتخذه الحيطة والحذر وعدم التقصير وتتم مسألته .

ونحن نجد ان الاتجاه التشريعي الأول ، التشريع العراقي ، الأفضل في التنظيم ، لانه افترض افتراض الخطأ في شخص الحارس ، للتسهيل على الشخص المتضرر في الحصول على حقه في التعويض وتخفيف عبء الأثبات عليه ، وفي الوقت نفسه جعل الافتراض قابلاً لإثبات العكس ، من اجل حماية حقوق الحارس وعدم الأجحاف بحقوقه في حال كونه اتخذ الحيطة والحذر ، لأنه من غير المنصف تحميل شخص غير مخطئ اي مسؤولية ، ونجد ان هذا الاتجاه يتفق مع الغاية من اقرار المسؤولية القابلة لإثبات العكس في حراسة الآلات الميكانيكية التي تزداد انتشاراً وتعقيداً والأشياء الخطرة .

١ - د . عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصدر سابق ، ص ١٠٨٩ و ١٠٩٧ .

٢ - د . محمد حسين منصور ، مصدر سابق ، ص ٧٤ .

وتوجد هناك طرق كثيرة يمكن للحارس أن يدعي بها لنفي حراسته على الشئ محدث الضرر ، منها تمكنه من اثبات أن تلك الحراسة قد انتقلت للغير قبل حصول الحادث سواء كان انتقالها بسبب غير ارادي ام بسبب ارادي ، وله أن يثبت عكس القرائن البسيطة القابلة لأثبات العكس ، فان مالك الشئ يستطيع أن يثبت أنه لم يكن الحارس عليه عند حصول الضرر ، بالإضافة الى أنه يستطيع أن يثبت أن الشئ لم يكن قد تدخل في احداث الضرر ، أو أن تدخله لم يكن جوهرياً ، وأن الشئ كان في حالة سكون وفي وضعه الطبيعي عندما كان تحت حراسته ، وقد يستطيع اقامة الدليل على أن مركبته كانت واقفة في المكان الطبيعي المخصص لها ومن كل ما تقدم نجد أن مسؤولية الحارس في التشريع العراقي ، مسؤولية مفترضة قابلة لأثبات العكس ، بينما تكون في التشريعين المصري والفرنسي غير قابلة لأثبات العكس ، فلا يتمكن الحارس من دفع المسؤولية عنه الا بأثبات السبب الأجنبي .

الفرع الثاني

انقضاء الحراسة

الحراسة هي السيطرة الفعلية لشخص ما على الشئ ، ولذلك فان فقد هذه السيطرة يؤدي الى انقضاء الحراسة ، وأن صفة الحراسة تنقضي باحد أمرين ، أن الحراسة تنقضي دون انتقالها الى حارس جديد (١) ، وذلك عندما يتخلى الشخص عن حيازة الشئ وملكيته ، وتنقضي أيضاً الحراسة دون التخلي عن الشئ عندما تنتقل من حارس الى حارس آخر. وسوف نببحث في هذا الفرع ، انقضاء الحراسة بالتخلي عن ملكية الشئ أولاً ، وانقضاء الحراسة دون التخلي عن ملكية الشئ ثانياً .

أولاً :انقضاء الحراسة بالتخلي عن ملكية الشئ :

الحراسة تدور وجوداً وعدماً مع السلطة الفعلية على الشئ ، فان زوال تلك السلطة بالتخلي عن الشئ ، تؤدي الى اعتبار ذلك الشئ في عداد الأشياء المهملة والمتروكة التي لا حارس لها ، وبالتالي تكون قد انقضت حراسة المالك دون أن تظهر عليها حراسة بدلاً منها ، أو دون أن تنتقل الى غيره اذا انقضى حقه في ملكيته ، فبذلك تنتهي سلطته على الشئ الذي يبقى بدون مالك ، وأن ذلك يتحقق في المنقول عندما مالكة يتخلى عنه بقصد النزول عن ملكيته (٢) ، ففي هذه الحالة يفقد الشخص سيطرته على الشئ ، فان هذا الشئ يصبح من الاشياء المتروكة ويكون بدون حارس .

١ - د . اياد عبد الجبار ملوكي ، مصدر سابق ، ص ١٥٨ .

٢ - المادة (١١٠٤) من القانون المدني العراقي والتي تنص على (يصبح المنقول مباحاً اذا تخلى عنه مالكة بقصد النزول عن ملكيته) والمادة (٨٧١) من القانون المدني المصري والتي تنص على (١ - يصبح المنقول لا مالك له اذا تخلى عنه مالكة بقصد النزول عن ملكيته) .

الى أن يستولي عليه شخص آخر بنية تملكه ، ففي هذه الحالة يملكه ويكون حارسه المسؤول (١) ، وأن الشئ يصبح بدون حارس مسؤول ، ومن ثم لو حصل ضرراً من ذلك الشئ سيكون بدون تعويض ، فالأشياء المتروكة قد تعتبر من الأشياء المباحة التي لا تكون منوطاً للمسؤولية ، وتبقى كذلك ما لم يستولي عليها شخص آخر بنية حيازتها او تملكها ومتى ما حصل ذلك فان هذا الشخص سيكون حارساً جديداً مستقلاً ، ولا يكون مسؤولاً الا عن الضرر الذي يحصل بعد هذا الاستيلاء فقط ، ولا تكون حراسته انتقلاً للحراسة القديمة او امتداداً لها قبل التخلي عنها (٢) .

وبانقضاء الحراسة على الشئ الذي اصبح مهملاً ، تنقضي مسؤولية الحارس السابق ، فلا يستطيع المتضرر مطالبته بالتعويض ، بحجة أنه كان الحارس السابق على الشئ ، الا أن هذه القاعدة لا تؤخذ على إطلاقها لانها مقيدة بشرط عدم حصول خطأ من جانب الحارس القديم عند التخلي عن الشئ ، فان الحارس عندما يكون قد قصر أو أهمل عند التنازل عن الشئ ، او عند تخليه عنه بعدم اتخاذه الإجراءات الضرورية اللازمة التي تحول دون حصول الضرر منه ، فان للمضرور أن يطالبه بالتعويض استناداً للقواعد العامة في المسؤولية المقررة في المادة (1240) من القانون المدني الفرنسي ، ومتى ما نجح في اثبات اركان هذه المسؤولية استحق التعويض (٣) ، لعدم اتخاذه الحذر والحيطه اللازمة لدفع ضرر الشئ عن الآخرين .

الا ان ما تقدم كان محل خلاف وجدل بالنسبة لقيام المسؤولية او عدم قيامها او بالنسبة لأساسها وطبيعتها (٤) . اذن بمثل هذه الفروض يثبت خطأ الحارس في مسلكه بالتنازل ، وبالنتيجة تتحقق المسؤولية الشخصية عليه استناداً للقواعد العامة .

كما يقع على الحارس القديم او المالك عبء اثبات تنازله عن الشئ المهمل وانقضاء حراسته عنه ، وذلك باثبات تخليه عن الشئ بنية النزول عن ملكيته ، وهو اثبات ليس من السهل في اغلب الأحوال ، لان مجرد ضياع المنقول دون توفر النية في النزول عنه ، لا يزيل حق الملكية عن صاحبه الذي يبقى حارساً له ، إذ أن تشبته بفقدان المنقول دون ثبوت نيته في التخلي عن ملكيته ، لا تجعله في منأى عن المسؤولية بوصفه حارساً لها .

١ - المادة (١٠٩٨) من القانون المدني العراقي والتي تنص على (١ - كل من احرز ب قصد التملك منقولاً مباحاً لا مالك له ملكه) والمادة (٨٧٠) من القانون المدني المصري والتي تنص على (من وضع يده على منقول لا مالك له بنية تملكه ، ملكه) .

٢ - د . غازي عبد الرحمن ، مصدر سابق ، ف ٦٤ .

٣ - Mazeaud . op . cit . p . 1166 .

١١٦٦ وان محكمة النقض الفرنسية قد ايدت هذا الرأي بقرارها مدنية ٢٥ / ١ / ١٩٦٠ المشار اليه في دالوز ، ١٩٦١ / ٦١٨ . نقلاً عن د . محمد سعيد احمد الرحو ، مصدر سابق ، ص ١٩٥ .

٤ - انظر في ذلك الخلاف Buch عدم المشروعية في المسؤولية المدنية التقصيرية ، رسالة دكتوراه ، ١٩٧٣ ، ف ١٣٦ وما بعده ؛ فيني ، مصدر سابق ، ف ٦٣٥ . نقلاً عن د . محمد سعيد احمد الرحو ، مصدر سابق ، ص ١٩٥ .

ونرى بان التحقق من موضوع انقضاء الحراسة على الشئ المتروك الذي اصبح لا مالك له هو أمر يعود الى قاضي الموضوع الذي عليه البحث عن وجود النية الحقيقية للحارس بالتخلي عن الشئ والتنازل عنه قبل حصول الضرر ، او أن التظاهر بذلك ليس الا حجة لدفع المسؤولية عنه ، فلو تبين له صحة الفرض الثاني ، فان مسؤولية المالك عن ذلك الشئ يجب أن تكون متحققة عنه طبقاً لأحكام المواد (٢٣١) من القانون المدني العراقي والمادة (١٧٨) من القانون المدني المصري والمادة (١٢٤٢ / ١) المعدلة من القانون المدني الفرنسي ، وأن حارس الشئ يتحجج باي وسيلة لدفع المسؤولية عنه وتحميل المضرور عبء الأثبات .

كما نرى بأن الحراسة على الشئ تنقضي بتخلي المالك عن الشئ وتركه ، فإنها لا تنقضي اذا كان الحارس قد اضاع الشئ او تسرب منه ، وأن ذلك يقاس على حالة مالك الحيوان او حارسه الذي مسؤوليته تبقى قائمة حتى عندما يتسرب الحيوان منه او يظل (١) .

وأن تخلي المالك عن المنقول لا يعفيه دائماً من المسؤولية ، وذلك في الحالات التي يصاحب هذا التخلي خطأ في مسلك المالك ، اذا تركه في صورة او وضعية يحتمل معها حصول مخاطر معينة ، ومثال ذلك كمن يترك مواد متفجرة في الطريق العام ، فتنفجر وتصيب أحد الأشخاص (٢) . ففي مثل هذه الحالة تترتب مسؤولية المالك على اساس الخطأ الشخصي ، واستناداً للقواعد العامة (٣) ، او مواد مشعة او مواد نووية في الطريق العام ، فتؤدي الى اصابة احد الأشخاص ، وأن مسألة تخلي الحارس عن ملكية الشئ او اضاعته هي مسألة وقائع واثبات وأن تقديرها يعود للمحكمة المختصة .

^١ - المادة (٢٢١) من القانون المدني العراقي والتي تنص (جناية العجماء جبار فالضرر الذي يحدثه الحيوان لا يضمنه صاحبه الا اذا ثبت انه لم يتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوع الضرر) ، والمادة (١٧٦) من القانون المدني المصري والتي تنص (حارس الحيوان ولو لم يكن مالكا له مسئول عما يحدثه الحيوان من ضرر ولو ضل الحيوان او تسرب منه ، ما لم يثبت الحارس ان وقوع الحادث كان بسبب اجنبي لا يد له فيه) ، والمادة (١٢٤٣) من القانون المدني الفرنسي والتي تنص (يكون مالك الحيوان او الشخص الذي يستعمله خلال استعماله له مسؤولاً عن الضرر الذي يسببه الحيوان سواء أكان تحت حراسته أم ضائعاً أو هارباً منه) .

² - Benuci (Eduardo Bonusi) – La responsabilite civile , 1955 , p 178 .

اشار اليه د . محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، ف ١١٢ ، ص ١٣٣ .

³ - Mazeaud . op . cit . p 1166 .

مشار اليه في د . اياد عبد الجبار ملوكي ، مصدر سابق ، ص ١٥٩ .

ثانياً: انقضاء الحراسة دون التخلي عن ملكية الشيء

إن الحراسة على الشيء تنقضي بتخلي الحارس عن الشيء وتنازله عنه ، حتى يصبح لا مالك له ، وهذا هو الطريق الأكثر شيوعاً لأنقضاء الحراسة ، ويوجد هناك طريق آخر لأنقضاء الحراسة وانتفاء مسؤولية الحارس ، فضلاً عن احتفاظه بملكية الشيء الذي سبب الضرر ، فإن الحارس قد يفقد ملكية الشيء دون أن يتخلى عنه ودون انتقالها للغير ، سواء نتيجة تصرف قانوني ارادي محدد ام عند غصبه او سرقة ، ومن تلك الحالات ما قررته محكمة النقض الفرنسية في قضية تخص احد تجار الفاكهة الذي اعتاد وضع بعض اكياس الكستناء التي يتعامل فيها امام باب محله ، فحضر اشخاص مجهولين الهوية واخذوا تلك الأكياس من مكانها ونشروها في منتصف الطريق على سبيل النكتة والدعابة ، وليس لغرض الاستحواذ والسرقة ، حيث اصطدم احد مستقلي الدراجات الهوائية باحد اكياسها ، حيث سقط على الارض وهو مصاب ببعض الأضرار ، فقام الدعوى ضد هذا التاجر ، حيث أن محكمة النقض قررت بعدم تحقق مسؤولية ذلك التاجر ، لانه لم يعد حارساً لتلك الاكياس التي انقضت حراسته عليها بهذا العمل ، الذي قام به اولئك الأشخاص الذين لم تعرف هويتهم ، وبالنتيجة ضاع على هذا المضرور حقه في التعويض ، لان المالك لم يعد الحارس المسؤول ولأن الحارس الحقيقي لم تعرف شخصيته (١) .

والحال نفسه بالنسبة للشخص الأجنبي الذي يدخل إلى سيارة مفتوحة ويعمد فضولاً لتشغيلها ، فتنتلق فتلحق ضرراً بالآخرين دون ان تكون له نية سرقتها ، فان محكمة النقض الفرنسية قررت عدم مسؤولية حارسها لان حراسته قد انقضت على المركبة ، عندما عبث ذلك الشخص بالمركبة في اثناء وقوفها الأصولي الذي امسى حارساً لها (٢) .

ومن كل ما تقدم نجد بأنقضاء الحراسة على الشيء الذي اصبح مهملاً ، تنقضي مسؤولية الحارس السابق ، وأن الحراسة تنقضي بتخلي المالك عن الشيء وتركه .

^١ - القرار صادر عن الغرفة المدنية ١٤ / ٦ / ١٩٦٣ المنشور في دالوز ٩٦٤ - ١٠ . اورد د . محمد سعيد احمد الرحو ، مصدر سابق ، ص ١٩٧ .

^٢ - القرار في ٨ / ١١ / ١٩٦٤ المشار اليه من قبل يوسف نجم جبران ، النظرية العامة للموجبات ، مصدر الموجبات ، منشورات عويدات ، بيروت ، ١٩٧٨ ، ص ١٩٠ ، هامش ٢ .

الخاتمة

بعد ان يسر الله سبحانه وتعالى لي سبيل رسالتي ، ومن خلال دراستنا لموضوع الحراسة على الاشياء الخطرة ، تبين لنا مدى اهمية هذا الموضوع ، لما له من مساس مباشر بالافراد من الناحيتين المادية والمعنوية من خلال الاضرار التي تسببها الاشياء ، وقد توصلنا في نهاية هذا البحث الى العديد من النتائج والمقترحات ، نعرض النتائج اولاً ومن ثم المقترحات .

أولاً : النتائج

١- إن القوانين محل المقارنة لم تتفق بخصوص تحديد الاشياء الخطرة التي تكون محلاً لفكرة الحراسة حيث اتجهت في ذلك الى اتجاهين ، أولها اخذت بالمعيار الضيق الذي يرى أن مفهوم الاشياء تنحصر بالآلات الميكانيكية والاشياء التي تتطلب عناية خاصة للوقاية منها وهذا مسلك القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري ، إما الاتجاه الثاني فهو اخذ بالمعيار الواسع الذي يعمم المسؤولية عن الاشياء جميعها دون قصرها على نوع معين باستثناء الاشياء التي جاءت بنصوص خاصة وهذا مسلك القانون المدني الفرنسي .

٢- الحراسة تقوم على عنصرين الاول مادي وقوامه ثلاث سلطات وهي استعمال الاشياء الخطرة ، وتوجيهها ، ورقابتها لدفع الضرر عن الآخرين وعدم الاضرار بهم ، والعنصر الثاني المعنوي هو استعمال الشيء لمصلحته الشخصية ومن ثم لا يمكن القول بوجود فكرة الحراسة الا بوجود هذين العنصرين معاً ، فاذا انفصل العنصر المادي عن المعنوي لا توجد الحراسة ومن ثم انعدام صفة الحارس .

٣- إن تحديد مفهوم الحراسة يكون على وفق نظريتين هما نظرية الحراسة القانونية ونظرية الحراسة الفعلية الا أن القضاء العراقي لم يستقر على أحد هذه النظريات فتارة يأخذ بنظرية الحراسة القانونية وأخرى بنظرية الحراسة الفعلية مما انعكس على تحديد المدلول القانوني للحارس الا أن مشروع القانون المدني العراقي قد نص على نظرية السلطة الفعلية .

٤- الحراسة على الشيء الواحد لا تتعدد وإنما يتعدد الاشخاص القائمون على الحراسة ، أي يتعدد الاشخاص كحراس على الشيء في حالة وحدة مراكزهم القانونية ولا يمكن أن تتعدد الحراسة على الشيء.

٥- إن الحراسة يمكن اثباتها بجميع طرق الاثبات بما في ذلك البينة الشخصية وذلك لانها من الوقائع المادية ، بالإضافة الى أن نفي المسؤولية يختلف بين القوانين محل المقارنة في نطاق الحراسة ويرجع ذلك للأساس القانوني الذي تقوم عليه المسؤولية عن حراسة الاشياء الخطرة

فالقانون المدني العراقي تبنى الخطأ المفترض القابل لاثبات العكس وبالتالي توسع في وسائل دفع المسؤولية فيستطيع دفع المسؤولية عن طريق اثبات بانه قام ببذل العناية المطلوبة منه فضلاً عن اثبات السبب الاجنبي ، اما القانون المدني المصري والفرنسي فقد اسس المسؤولية على الخطأ المفترض غير القابل لاثبات العكس وبالتالي قصر وسائل نفي المسؤولية على السبب الاجنبي دون غيره من الوسائل .

٦- إن الحراسة تقوم بالأساس على السلطة الفعلية على الشيء فإن زوال هذه السلطة يؤدي الى انقضاء الحراسة .

٧- إن الحراسة على الاشياء الخطرة تنتقل بطريقي ارادي وقسري – غير ارادي بحيث يفقدها الاول ويكتسبها الثاني بصورة مشروعة او غير مشروعة رغماً عن اردته تبعاً لمصدر الانتقال

ثانياً : المقترحات

نقترح أن ترفع عبارة الآلات الميكانيكية من نص المادة (٢٣١) من القانون المدني العراقي لأنها دائماً تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها بالنظر الى طبيعتها وما ركب فيها من محرك ذاتي ولا داعي لذكرها ، ولما تقدم نقترح ان يعدل نص المادة (٢٣١) من القانون المدني العراقي ويصبح كالاتي (كل من كان تحت تصرفه أشياء تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها يكون مسؤولاً عما تحدثه من ضرر ما لم يثبت انه اتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوع هذا الضرر ، هذا مع عدم الاخلال بما يرد في ذلك من احكام خاصة) .

قائمة المصادر

اولاً : الكتب القانونية

١. د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل ، المسؤولية المدنية والأثر بلا سبب ، مؤسسة دار الكتب ، الطبعة الثانية ، ١٩٩٨ .
٢. ابراهيم المنجى ، دعوى الحراسة ، المكتبة القانونية ، الطبعة الثانية ، ٢٠٠٧ .
٣. ابراهيم سيد احمد ، عقد الوديعة فقها وقضاء ، دار الكتب القانونية ، ٢٠٠٥ .
٤. د. احمد الخطيب ، الموجز في احكام الميراث ، مطبعة المعارف ، ١٩٦٨ .
٥. د. احمد حشمت ابو ستيت ، نظرية الالتزام ، دون ذكر دار نشر ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٤ .
٦. د. احمد شوقي محمد عبد الرحمن ، مسؤولية المتبوع باعتباره حارساً ، دون ذكر دار نشر ، ١٩٧٦ .
٧. د. احمد فتحي زغلول ، شرح القانون المدني ، المطبعة الاميرية ، القاهرة ، ١٩١٣ .
٨. د. اسامه احمد بدر ، فكرة الحراسة في المسؤولية المدنية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، ٢٠٠٥ .
٩. د. امجد محمد منصور ، المسؤولية عن الاضرار الناجمة عن الجمادات ، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع ، الطبعة الاولى ، ٢٠٠٢ .
١٠. انور طلبية ، العقود الصغيرة الحراسة والعمل ، المكتبة القانونية ، ٢٠٠٤ .
١١. انور طلبية ، العقود الصغيرة الصلح والمقايضة والوديعة ، المكتبة القانونية ، بدون ذكر سنة طبع .
١٢. حسن عكوش ، المسؤولية المدنية في القانون المدني الجديد ، مكتبة القاهرة الحديثة ، الطبعة الاولى ، ١٩٥٧ .
١٣. د. حسن علي الذنون ، النظرية العامة للالتزام ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠١٢ .
١٤. حسين عامر ، عبد الرحيم عامر ، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية ، الطبعة الثانية ، دار المعارف ، ١٩٧٢ .
١٥. د. خليل جريج ، النظرية العامة للموجبات ، ج ١ ، بدون ذكر دار نشر ، بيروت ، ١٩٥٧ ، ص ٢٥٤ .
١٦. د. رمضان ابو السعود ، النظرية العامة للحق ، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠٠٥ .
١٧. سعيد جبر ، المسؤولية الرياضية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٢ .

١٨. د. سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، في الالتزامات ، المجلد الثاني ، في الفعل الضار والمسؤولية المدنية ، القسم الثاني في المسؤولية المفترضة ، دون ذكر دار نشر ، الطبعة الخامسة ، ١٩٨٩ .
١٩. شوان محي الدين ، المسؤولية عن حراسة الاشخاص التي تتطلب عناية خاصة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الاولى ، ٢٠١٢ .
٢٠. د. طارق عبد الرؤوف صالح رزق ، المسؤولية المدنية لحارس الاشياء الخطرة في القانون المدني الكويتي – مع الاشارة الى المسؤولية عن حراسة السيارة اثناء ارتكابها حادث ، دار النهضة العربية ، الطبعة الاولى ، ٢٠١٠ .
٢١. د. عاطف النقيب ، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن فعل الاشياء في مبادئها القانونية واجهها العملية ، المنشورات الحقوقية صادر ، ١٩٩٩ .
٢٢. د. عبد الحكيم عبد الحميد فراج ، الحراسة القضائية في التشريع المصري ، الطبعة الثانية ، دار النشر للجامعات المصرية ، ١٩٥٢ .
٢٣. د. عبد الحميد الشواربي ، الحراسة القضائية في ضوء القضاء والفقه ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، مصر ، ٢٠٠٤ .
٢٤. د. عبد الحميد الشواربي ، التعليق الموضوعي على القانون المدني ، الكتاب الثاني ، مصادر الالتزام ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، بدون ذكر سنة طبع .
٢٥. د. عبد الحي حجازي ، مصادر الالتزام ، الجزء الثاني ، مطبعة نهضة مصر ، ١٩٥٣ .
٢٦. د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصادر الالتزام ، الجزء الاول ، دار احياء التراث العربي ، ١٩٥٢ .
٢٧. د. عبد السميع عبد الوهاب ابو الخير ، الحراسة وعلاقة السببية في المسؤولية عن الاشياء ، مكتبة وهبة ، القاهرة ، ١٩٨٢ .
٢٨. د. عبد الفتاح عبد الباقي ، المسؤولية التقصيرية عن حوادث السيارات وغيرها من الاشياء الخطرة تاسيساً على حراستها ، محاضرات مطبوعة على الآلة الطباعة في كلية الحقوق والشرعية ، جامعة الكويت ، ١٩٧٣ ، القاهرة ، ١٩٨٥ .
٢٩. د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، الجزء الاول ، مصادر الالتزام ، ط٤ ، بغداد ، المكتبة القانونية ، ١٩٧٤ .
٣٠. د. عصمت عبد المجيد بكر ، المسؤولية التقصيرية في القوانين المدنية العربية ، منشورات زين الحقوقية ، الطبعة الاولى ، ٢٠١٦ .

٣١. د. علي علي سليمان ، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري ، دون ذكر دار نشر، الطبعة الثانية ، دون ذكر سنة طبع .
٣٢. د. محمد سعيد احمد الرحو ، فكرة الحراسة في المسؤولية المدنية عن الاشياء غير الحية ، دون ذكر دار نشر ، ٢٠٠١ .
٣٣. د. محمد شكري سرور ، مشكلة تعويض الضرر الذي يسببه شخص غير محدد ، القاهرة ، دار الفكر العربي ، ١٩٨٣ .
٣٤. د. محمد عبد اللطيف ، القضاء المستعجل ، الطبعة الاولى ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، مصر ، ١٩٥٥ .
٣٥. د. محمد كامل مرسي ، العقود المدنية الصغيرة ، مطبعة فتح الله الياس بمصر ، الطبعة الثالثة ، ١٩٤٢ .
٣٦. د. محمد كامل مرسي ، شرح القانون المدني الجديد ، الالتزامات ، الجزء الثاني ، مصادر الالتزام ، المطبعة العالمية ، القاهرة ، ١٩٥٥ .
٣٧. د. محمد لبيب شنب ، المسؤولية عن الاشياء ، مكتبة النهضة المصرية ، ١٩٥٧ .
٣٨. د. محمد وحيد محمد علي ، مسؤولية الطفل باعتباره حارساً ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٨ .
٣٩. د. محمد يوسف موسى ، التركة والميراث في الاسلام ، ص ٥٨ وما بعدها ، منشورات معهد الدراسات العربية العالمية ، جامعة الدول العربية ، ١٩٦٠ .
٤٠. د. محمود جمال الدين زكي ، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري ، دون ذكر دار نشر ، الطبعة الثالثة ، ١٩٧٢ .
٤١. د. محمود سعد الدين الشريف ، شرح القانون المدني العراقي ، نظرية الالتزام ، الجزء الاول ، مصادر الالتزام ، مطبعة العاني ، ، بغداد ، ١٩٥٥ .
٤٢. د. نزيه نعيم شلال ، دعوى الحراسة القضائية ، دراسة مقارنة من خلال اجتهاد المحاكم واءاء الفقهاء ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس ، لبنان ، ٢٠٠١ .
٤٣. د. هدى عبدالله ، آفاق المسؤولية المدنية على ضوء النصوص القانونية والآراء الفقهية والاجتهادية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الاولى ، ٢٠٢٠ .

ثانياً : الرسائل والأطاريح

- ١- د . اياد عبد الجبار ملوكي ، المسؤولية عن الاشياء وتطبيقاتها على الاشياء المعنوية بوجه خاص ، رسالة دكتوراه قدمت الى مجلس كلية القانون والسياسية ، جامعة بغداد ، الطبعة الاولى ، ١٩٧٩ - ١٩٨٠ .
- ٢- جمانه احمد محمد ، فكرة الحراسة في المسؤولية المدنية ، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة النيلين ، كلية القانون ، ٢٠٠٨ .
- ٣- حسنين نوري القيسي ، الحراسة القضائية في القانون العراقي والاردني ، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة الشرق الاوسط - كلية الحقوق ، ٢٠١٨ .
- ٤- د . رائد محمد فليح النمر ، الحراسة في نطاق المسؤولية عن فعل الاشياء ، رسالة دكتوراه ، جامعة العلوم الاسلامية العالمية ، كلية الدراسات العليا ، ٢٠١٣ .
- ٥- د . سهير سيد منتصر ، تحديد مدلول الحراسة في المسؤولية عن الاشياء ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس ، كلية الحقوق ، ١٩٧٧ .
- ٦- صلاح فايز العدوان ، المسؤولية المدنية عن الآلات والاشياء الخطرة ، رسالة ماجستير ، جامعة الشرق الاوسط ، ٢٠١٩ .
- ٧- د . ضمير حسين ناصر ، التبعية العينية - دراسة مقارنة ، اطروحة دكتوراه قدمت الى مجلس كلية القانون جامعة كربلاء ، ٢٠١٣ .
- ٨- قاصدي دليله واخناش نسيم ، المسؤولية عن الاشياء غير الحية ، رسالة ماجستير ، جامعة عبد الرحمن بجاية - كلية الحقوق والعلوم السياسية ، ٢٠١٥ - ٢٠١٦ .
- ٩- د . محمود السيد عبد المعطي خيال ، تحديد العلاقة بين مسؤولية المتبوع ومسؤولية حارس الشئ غير الحي ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس ، ١٩٨٨ .

ثالثاً : البحوث والمجلات

- ١ د . ابو اليزيد علي المتيت ، المسؤولية المدنية عن حوادث المصاعد الكهربائية (الاسانسير) ، مجلة المحاماة ، القاهرة ، السنة ١٩٣٨ ، العدد ٢ .

٢ د . داود بن سليمان بن سالم الخروصي ، ، المسؤولية المدنية للحارس واصحاب المال محل الحراسة ، بحث منشور في مجلة كلية البنات الاسلامية – جامعة الازهر – فرع اسيوط ، العدد الخامس عشر ، ٢٠١٦ .

٣ عمر الازمي الادريسي ، فكرة الحراسة الجماعية للشئ في الفقه والقضاء ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، المجلد ٢ ، العدد ٣ ، ٢٠٠٧ .

٤ د . غازي عبد الرحمن ناجي ، المسؤولية عن الاشياء ، بحث منشور في مجلة العدالة ، بغداد ، ١٩٨٢ .

رابعاً : الموسوعات القضائية

- ١- فلاح كريم وناس ال جحيش ، الموسوعة القضائية المدنية ، دار السنهوري ، الجزء الثاني ، بيروت ، ٢٠٢١ .
- ٢- مجلة القصر ، ١٣/٢/١٩٧٤ .
- ٣- مجلة ادارة قضايا الحكومة ، القاهرة ، س ١٦ ، ع ٣ .
- ٤- مجلة دالوز ١٩٤٧ .
- ٥- مجلة الاسبوع القانوني ١٦٩٥٧ ، ii ١٩٧٢ j p.c.

خامساً : التشريعات العراقية

- ١- القانون المدني رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل .
- ٢- قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ .
- ٢ قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل .
- ٣ - قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩

٤ بقانون التعبئة رقم (١٢) لعام ١٩٧١ .

٥ - قانون الأثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ .

٦ قانون التأمين الالزامي عن حوادث السيارات رقم ٥٢ لسنة ١٩٨٠ .

سادساً : التشريعات الأجنبية

- ١- القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ المعدل
- ٢- القانون المدني الفرنسي لعام ١٨٠٤ المعدل .
- ٣- مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني ، مصر ، الجزء الثاني .
- ٤- قانون الأثبات المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ .
- ٥- قانون الأثبات الفرنسي .

سادساً : الأحكام القضائية العراقية

- ١- قرار محكمة التمييز المرقم ٧٣٩ ح / ٩٥٩ في ٢٥ / ٤ / ١٩٥٩ . (قرار منشور)
- ٢- قرار محكمة التمييز المرقم ١٩٧٠ في ٢٧ / ٣ / ١٩٧١ . (قرار منشور)
- ٣- قرار محكمة التمييز المرقم ١٤٤ مدنية اولى / ٧٣ في ٦ / ٦ / ١٩٧٣ . (قرار منشور)
- ٤- قرار محكمة التمييز المرقم ٢٤٦١ ح / ٥٨ في ١٥ / ١ / ١٩٥٩ . (قرار منشور)
- ٥- قرار محكمة التمييز المرقم ١١٢ ح ٢٨ في ٧ / ٥ / ١٩٦٨ . (قرار منشور)
- ٦- قرار محكمة التمييز المرقم ٦٤١ ح ٦٨ في ٢٢ / ٥ / ١٩٦٨ . (قرار منشور)
- ٧- قرار محكمة التمييز المرقم ١٣٧ - ح - ٦٨ في ٥ / ٣ / ١٩٦٨ . (قرار منشور)
- ٨- قرار محكمة التمييز المرقم ١٤ / مدنية اولى ٧٢ في ١٧ / ٢ / ١٩٧٢ . (قرار منشور)
- ٩- قرار محكمة التمييز المرقم ٢٤٧ - مدنية ثانية - ٧٣ في ٣٠ / ٦ / ١٩٧٣ . (قرار منشور)
- ١٠- قرار محكمة التمييز المرقم ٢٣٧ - مدنية ثانية - ٧٤ في ٢٨ ٣ - ١٩٧٤ . (قرار منشور)
- ١١- قرار محكمة التمييز المرقم ٥٣٠ - ح - ١٩٦٧ في ٢٩ - ٦ - ١٩٦٧ . (قرار منشور)
- ١٢- قرار محكمة التمييز المرقم ١٨٢٨ - ح - ٦٦ في ١٩ - ١٢ - ١٩٦٦ . (قرار منشور)
- ١٣- قرار محكمة التمييز المرقم ٧٧ / موسعة اولى / ٩٢ في ١٥ - ٤ - ١٩٩٢ . (قرار منشور)
- ١٤- قرار محكمة التمييز المرقم ٧٩١ / ٩٧٢ / مدنية في ٢١ / ١ / ١٩٩٢ . (قرار منشور)
- ١٥- قرار محكمة التمييز المرقم ٧٣٩ / حقوقية / ٥٩ ، في ٢٥ - ٤ - ١٩٥٩ . (قرار منشور)
- ١٦- قرار محكمة التمييز المرقم ٧٣٩ - ح - ٥٩ كركوك في ٢٥ - ٤ - ١٩٥٩ (قرار منشور)

- ١٧ قرار محكمة التمييز المرقم ٣٦٥ و ٣٦٦ - عامة ٧١ في ١٩ - ٢ - ١٩٧٢ (قرار منشور)
- ١٨ - قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٣٢٤ في ١١ / ٦ / ٢٠٠٨ . (قرار منشور)
- ١٩ قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٤٩ في ١١ / ٣ / ٢٠٠٨ . (قرار منشور)
- ٢٠ قرار محكمة تمييز اقليم كردستان بالعدد ٦٩٢ في ١٣ / ١١ / ٢٠١٤ . (قرار منشور)
- ٢١ قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٨٦٦ في ٢١ / ٩ / ٢٠١٠ . (قرار منشور)
- ٢٢ قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٦٨٤ في ٦ / ٩ / ٢٠١٠ . (قرار منشور)
- ٢٣ قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١١٤٢ في ١٩ / ١٢ / ٢٠١٠ . (قرار منشور)
- ٢٤ قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٢٤٤ في ٢٧ / ١ / ٢٠١٥ . (قرار منشور)
- ٢٥ قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٥٤٦ في ١٩ / ١٢ / ٢٠١٩ . (قرار منشور)
- ٢٦ قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٦٤٧ في ٢٦ / ٥ / ٢٠١٩ . (قرار منشور)

سابعاً : الأحكام القضائية الأجنبية

- ١- قرار محكمة النقض المصرية ، رقم الطعن ٥٣٨ لسنة ١٩٤٣ . (قرار منشور)
- ٢- قرار محكمة النقض المصرية ، رقم الطعن ١٠٧٢ لسنة ١٩٤٥ . (قرار منشور)
- ٣- - قرار محكمة النقض المصرية ، نقض مدني ، ٢٥ مارس ، ١٩٦٥ . (قرار منشور)
- ٤- قرار محكمة النقض الفرنسية ، ٦ يوليو سنة ١٩٤٨ . (قرار منشور)
- ٥- قرار محكمة النقض الفرنسية ، مدني ، ١٧ ديسمبر ١٩٤٦ ، جازيت دي باليه ١٩٤٧ ١ ١٢٩ ، مدني ، ٢٤ نوفمبر ١٩٤١ دالوز الدوري ١٩٤٣ .
- ٦- قرار محكمة ابتدائي القاهرة ٢٠ اكتوبر ١٩٥٤ . (قرار منشور)
- ٧- ١ - ٣ - ١٩٦٧ . ١٩٧٣/١٠/٢٤ . (قرار منشور)
- ٨- قرار محكمة النقض الفرنسية ، ١ ٣ ١٩٦٧ . (قرار منشور)
- ٩- قرار محكمة كولمار الفرنسية في ٢١ - يناير - ١٩٣١ . (قرار منشور)
- ١٠- قرار محكمة اكس الفرنسية في ٥ يناير ١٩٤٩ . (قرار منشور)
- ١١- قرار محكمة النقض الفرنسية في ١٩ يونيه ١٩٥١ . (قرار منشور)

- ١٢- قرار محكمة النقض الفرنسية في ٢٣ يناير ١٩٥٢ . (قرار منشور)
- ١٣- قرار محكمة النقض الفرنسية في ٦ يناير ١٩٥٥ . (قرار منشور)
- ١٤- حكم محكمة النقض المصرية في ١٥ - ١ - ١٩٨٩ ، رقم الطعن ١٧٨١ سنة ٥٦ .
(قرار منشور)
- ١٥- حكم محكمة استئناف بيزانسون الصادر في ٢٥ فبراير ١٩٣٧ . (قرار منشور)
- ١٦- قرار محكمة السين المرقم ١٩٣٧ - ٢ - ٤٧٥ في ١١ يناير سنة ١٩٣٧ (قرار منشور)
- ١٧- محكمة استئناف اورليان في ٢ مايو ١٩٥١ بالعدد ١٩٥١ - ٥٥٧ . (قرار منشور)
- ١٨- تمييز مدني فرنسي ، الغرفة الثانية ، ٢٥ - ١١ - ٧٠ ، ١٩٧١ . (قرار منشور)
- ١٩- قرار محكمة استئناف انجرس في ٢٣ - ٥ - ١٩٦٠ المنشور في داللو ٩٦٠ .
- ٢٠- قرار محكمة استئناف (كان) قرارها في ٢٠ - ٥ - ٦٩ المنشور في مجلة الأسبوع القانوني ١٩٦٩ - ٢ - ١٦٠٤٠ .
- ٢١- قرار محكمة النقض الفرنسية في ٦ - ١ - ١٩٧٧ ، المنشور في داللو ، ١٩٧٧ .
- ٢٢- محكمة النقض الفرنسية ، مدنية في ٦ - ١ - ١٩٧٧ ، داللو ١٩٧٧ - ٢٥٢ .
- ٢٣- قرار محكمة النقض الفرنسية المرقم ٩٥٢٥٥ في ٩ - ٥ - ١٩٨٤ ، المنشور في مجلة الاسبوع القانوني ، ١٩٨٤ .
- ٢٤- قرار محكمة النقض الفرنسية ، مدنية ، في ١١ - ٣ - ١٩٦٤ ، داللو ، ٩٦٤ ١٠٢ .
- ٢٥- محكمة النقض الفرنسية المرقم ١٩٥٧ ، ٦٨٦ - ١٠ في ١٧ - ٣ - ١٩٧٠ . (قرار منشور)
- ٢٦- قرار محكمة استئناف جرينوبل في قرارها المؤرخ في ٢١ - ١ - ١٩٧٩ المنشور في مجلة جازيت دي باليه ٥٥٤ - ٢ - ١٩٧٩ .
- ٢٧- قرار محكمة النقض الفرنسية في ٩ / ١٠ / ١٩٥٧ المنشور في داللو ٧٠٨ / ١ / ١٩٥٧ .
- ٢٨- قرار محكمة النقض الفرنسية في ٥ / ٢ / ١٩٦٠ المنشور في داللو ٣٦٥ / ٢ / ١٩٦٠ .

- ٢٩- قرار محكمة النقض الفرنسية في ١١ / ٢ / ١٩٦٠ المنشور في دالوز ٣٢٨ / ١ / ١٩٩٦ .
- ٣٠- قرار محكمة النقض الفرنسية / مدنية / ٢٣ / ١٠ / ٦٩ ، النشرة المدنية ، العدد ٢٢ ، رقم ٣٨٦ .
- ٣١- قرار محكمة النقض الفرنسية ١٣ / ١٠ / ٩٧١ دالوز ١٩٧٢ - ٣٩ . (قرار منشور)
- ٣٢- قرار محكمة النقض المصرية القرار مدنية / ٢٣ / ٤ / ٨٠ ، مجموعة احكام النقض ٣١ / ١١٨١ - ٢٢٧ .
- ٣٣- قرار محكمة النقض الفرنسية في ٢٥ / ١ / ١٩٦٠ المشار اليه في دالوز ، ١٩٦١ / ٦١٨ .
- ٣٤- قرار محكمة النقض الفرنسية في ١٤ / ٦ / ١٩٦٣ المنشور في دالوز ٩٦٤ - ١٠ .
- ٣٥- قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر في ٢٠ / ٧ / ١٩٥٥ ، المنشور في دالوز ٩٥٦ - ١ - ٤١ .
- ٣٦- قرار محكمة النقض الفرنسية في ٦ / ١ / ١٩٤٣ المنشور في دالوز ١٩٤٣ / ١ / ٢٣٨ .
- ٣٧- قرار محكمة النقض الفرنسية في ٢٩ / ٤ / ١٩٦٩ المنشور في مجلة القصر ١٩٦٩ / ٢ / ٢١٥ .
- ٣٨- قرار محكمة النقض الفرنسية في ٥ / ٣ / ١٩٨٠ المنشور في مجلة القصر ١٩٨٠ / ٤ / ١٩٧ .
- ٣٩- قرار محكمة النقض الفرنسية ١ / ٦ / ٩٤٨ ، دالوز ١٩٤٨ .

