



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

مسؤولية المتسبب عن العمل غير المشروع

— دراسة مقارنة —

رسالة مقدمة

الى مجلس كلية القانون / جامعة بابل

وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون / القانون الخاص

من قبل الطالب

كرار علي عبيد علاوي

بإشراف

د. محمد جعفر هادي

استاذ القانون المدني المساعد

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿وَمَا تَوْفِيقِي إِلَّا بِاللَّهِ عَلَيْهِ تَوَكَّلْتُ
وَالْيَهُ اتَّبِعُ﴾

صدق الله العظيم

سورة هود

آية رقم (١١١)

الاهداء

- الى منبت الخير والتضحية والإيثار
والدي المبجل
- الى التي لم يارحني التوفيق ببركة دعائها
والدتي الكريمة
- الى من قاسمني مشقة الدراسة
زوجتي العزيزة
- الى سندي وعصدي في هذه الحياه
إخوتي وإختي
- الى كل من كان له يد في انجاز هذا العمل وبالأخص
استاذي المشرف
- الى كل من لم يدخر جهداً في نشر العلم وبالأخص
معارف أهل البيت
- الى الذين تواروا تحت الثرى لتستمر قافلة الحياة
شهداء العراق
- اهدي جهدي هذا

الباحث

الشكر والتقدير

بعد حمد الله تعالى على واسع فضله، وجزيل عطائه، حمداً كثيراً مباركاً، عدد خلقه، ومرضى نفسه، ومرتبة عرشه، ومداد كلماته، وبعد شكر ولي نعمتي إمامي صاحب العصر والزمان "عجل الله تعالى فرجه الشريف وسهل مخرجه"، لا يسعني إلا أن أقدم بخالص الشكر وعظيم الامتنان إلى استاذي المشرف، الاستاذ المساعد الدكتور محمد جعفر هادي، لما أبداه من العون والتوجيه والنصح. فكان لإرشاداته السديدة، ولآرائه القيمة، وتوجيهاته الحكيمة، الأثر البالغ في إخراج الرسالة بما هي عليه. فأسأل الله أن يحفظه، وأن يمن عليه بالصحة والعافية، وبالمرئد من التوفيق والنجاح.

كذلك حقاً علي أن أرفع أخلص آيات الشكر والامتنان إلى جميع اساتذتي في كلية القانون جامعة بابل الذين كانوا لنا خير مثال يحتذى به، فأسأل الله لهم دوام الصحة والعافية والمرئد من التقدم.

كما ويلزمني الوفاء أن اسجل شكري وتقديري إلى الاستاذ الفاضل "صفاء يوسف حسين"، الذي كان له الفضل الكبير في تزويدي بالعديد من المصادر، فأسأل الله أن يجزيه خير جزاء المحسنين.

كما ولا يفوتني أن أقدم بحمیل الشكر، إلى كل من بادر بصغيرة أو كبيرة أحصاها مرربي ولم احصها، ساهمت في اتمام هذه الرسالة، وأخص منهم بالذكر العاملين في المكتبات، سواء المكتبات التابعة لكليات القانون أو التابعة للعتبات المقدسة، والاخوة من دولة الاردن، الذين لم يخلوا علي بالقيم من المصادر، والاحبة من أقارب وأصدقاء الذين لم يقصروا في مساندتي.

المحتويات

ت	الموضوع	الصفحة
١	المقدمة	١
٢	الفصل الاول مفهوم المتسبب	٩
٣	المبحث الاول:- تحديد ماهية المتسبب	١٠
٤	المطلب الاول:- التعريف بالمتسبب	١١
٥	الفرع الاول:- تعريف المتسبب وتمييزه من المباشر	١١
٦	أولاً : تعريف المتسبب	١١
٧	ثانياً: تمييز المتسبب من المباشر	١٦
٨	الفرع الثاني:- صور التسبب	٢٣
٩	أولاً: التسبب الايجابي	٢٣
١٠	ثانياً: التسبب السلبي	٢٤
١١	المطلب الثاني:- أساس مسؤولية المتسبب	٣١
١٢	الفرع الاول:- النظريات التي وضعت لبيان أساس المسؤولية	٣٢
١٣	أولاً: النظرية الشخصية	٣٢
١٤	ثانياً: نظرية تحمل التبعة	٣٤
١٥	ثالثاً: نظرية الضمان في الفقه الاسلامي	٣٧
١٦	الفرع الثاني:- أساس مسؤولية المتسبب في القانون العراقي والقوانين محل المقارنة	٣٩
١٧	المبحث الثاني:- حالات ضمان المتسبب	٤٧
١٨	المطلب الاول:- احداث الضرر تعدياً	٤٨
١٩	الفرع الاول:- تحديد المقصود بالتعمد	٤٨
٢٠	الفرع الثاني:- تحديد أهلية المتسبب	٥٣
٢١	المطلب الثاني:- احداث الضرر تعدياً	٦٦
٢٢	الفرع الاول:- تحديد المقصود بالتعدي	٦٧
٢٣	أولاً: تعريف التعدي	٦٧

٢٤	ثانياً: معيار التعدي	٧٣
٢٥	الفرع الثاني:- حالات انتفاء التعدي	٧٦
٢٦	أولاً: حالة الدفاع الشرعي	٧٦
٢٧	ثانياً: حالة الضرورة	٨١
٢٨	ثالثاً: تنفيذ أمر الرئيس	٨٦
٢٩	الفصل الثاني أحكام مسؤولية المتسبب	٩٠
٣٠	المبحث الاول:- اجتماع المباشر والمتسبب	٩٠
٣١	المطلب الاول:- تغليب مسؤولية أحد الفاعلين على الآخر	٩١
٣٢	الفرع الاول:- تقديم المباشر في الضمان	٩١
٣٣	الفرع الثاني:- تقديم المتسبب في الضمان	٩٩
٣٤	المطلب الثاني:- اشراك كلا الفاعلين بالضمان والتضامن فيما بينهم	١١٠
٣٥	الفرع الاول:- اشراك المباشر والمتسبب بالضمان	١١٠
٣٦	الفرع الثاني:- تضامن المباشر والمتسبب بالضمان	١١٣
٣٧	المبحث الثاني:- اجتماع المتسببين والاعفاء من الضمان	١٢١
٣٨	المطلب الاول:- اجتماع المتسببين	١٢١
٣٩	الفرع الاول:- نظريات تحديد العلاقة السببية	١٢٢
٤٠	أولاً: نظريات الفقه الغربي	١٢٢
٤١	ثانياً: معالم نظرية السببية في الفقه الاسلامي	١٢٩
٤٢	ثالثاً: موقف القانون العراقي والقوانين محل المقارنة	١٣٢
٤٣	الفرع الثاني:- حكم اجتماع المتسببين	١٣٥
٤٤	المطلب الثاني:- حالات اعفاء المتسبب من الضمان	١٣٨

١٣٩	الفرع الاول:- القوة القاهرة	٤٥
١٤٦	الفرع الثاني:- فعل الغير	٤٦
١٥٣	الفرع الثالث:- خطأ المتضرر	٤٧
١٥٩	الخاتمة	٤٨

الخلاصة

تناولت هذه الدراسة جزئية يمكن أن توصف بأنها من الموضوعات المهمة في القانون المدني، وهي المسؤولية عن العمل غير المشروع، حيث تعتبر هذه الأخيرة من أهم ركائز القوانين المدنية، لتعلقها بمسألة تهمة أفراد المجتمع، وهي مسألة التعويض. فعرضت الدراسة لأحدى صورتين العمل غير المشروع، وهو التسبب. حيث تم بحث هذه الصورة للعمل غير المشروع لما قد تثيره من إشكالية، بسبب توقف وقوع الضرر بموجبها على تدخل بعض العوامل، الأمر الذي استدعى البحث فيما إذا كان لتلك العوامل التي توسطت الضرر والفعل الضار الأثر في نفي نسبة ذلك الضرر إلى الفاعل أم لا. للوقوف على ما إذا كان للمتسبب خصوصية معينة تستدعي معالجة مسؤوليته بأحكام خاصة.

وفي سبيل بحث إشكالية الدراسة، تم معالجة الموضوع في فصلين: خُصص الأول لبحث مفهوم مسؤولية المتسبب، والذي كُرس لبيان تعريف المتسبب، وحالات تحقق مسؤوليته. فيما خصص الفصل الثاني لبحث أحكام مسؤولية المتسبب، والذي تضمن بيان أحكام اجتماع المباشر والمتسبب، وأحكام اجتماع أكثر من متسبب، بالإضافة إلى التطرق لحالات إعفاء المتسبب من الضمان.

المقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم

والحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الخلق أجمعين، أبي القاسم محمد، وعلى آله الطيبين الطاهرين، وبعد.

قبل الخوض بتفاصيل بحث مسؤولية المتسبب عن العمل غير المشروع، لابد لنا من مقدمة، نضمنها جوهر فكرة الموضوع الذي سنتناوله، والاشكالية التي نسعى لبحثها، والاهمية التي تبرر بحث هذا الموضوع، وأسباب اختياره، والدراسات السابقة له، والمنهج الذي سنتبعه في بحثه، بالإضافة الى هيكلية البحث، وكالآتي:

أولاً: - جوهر فكرة الموضوع:

يمثل موضوع المسؤولية عن العمل غير المشروع، أهم الركائز الاساسية في القانون المدني، لما له من أهمية خاصة على حياة الافراد فضلاً عن ممتلكاتهم، وذلك لتعلقه بمسألة تحديد المسؤول عن تعويض الضرر. حيث يعد هذا الاخير (التعويض عن الضرر) بحق سبب كل تطور طرأ على المسؤولية. فالرغبة في حماية المتضرر، وتوفير ضمانة فعالة لتعويضه عما أصابه من ضرر، هي رغبة تبتغيها مختلف الانظمة القانونية.

وفي سبيل تحقيق هذه الرغبة نظم المشرع العراقي أحكام المسؤولية عن العمل غير المشروع، مستمداً تلك الاحكام بصورة أساسية من الفقه الاسلامي مع إجراء بعض التحويرات عليها، حيث صنف المشرع - كما الفقه الاسلامي - المسؤول عن الافعال الشخصية الى نوعين هما المباشر والمتسبب، وذلك تبعاً لطبيعة الفعل الضار الصادر منه، فيما إذا كان مستقلاً أو محتاجاً لغيره في احداث الضرر.

فالضرر الواقع، تارة يقع بفعل لا يحتاج الى أية واسطة تتخلل بينه وبين محل الضرر، واخرى يكون فيها الفعل غير مؤدي بذاته الى احداث الضرر وإنما يكون محتاجاً في سبيل ايقاع الضرر الى واسطة غيره من الاسباب الاخرى، بحيث يكون لتلك الاسباب دور فعال في حدوث

الضرر، بمعنى ان الفعل الضار موجب لإحداث الضرر لا بذاته بل بواسطة أمر آخر لم يكن له التأثير الكافي لإحداثه، على نحو لا يمنع من نسبة الضرر الى الفاعل.

ثانياً: - إشكالية البحث:

استمد المشرع العراقي مصطلح المتسبب من الفقه الاسلامي، في الوقت الذي لم ينظم فيه أحكام خاصة للتسبب.

يعد ما تقدم الإشكالية الاساسية في هذه الدراسة، والتي نسعى من خلالها لطرح مجموعة من التساؤلات، ومن البديهي سيكون أول هذه التساؤلات ما المقصود بالتسبب وماهي المعايير التي تميزه عن المباشر؟ وإذا كان للتسبب مفهوم خاص، فهل هو على صورة واحدة؟

كذلك فأن تعدد النظريات التي يمكن أن تقوم عليها المسؤولية عن العمل غير المشروع عموماً، يوجب علينا التساؤل الى أي من تلك الاسس يمكن إرجاع مسؤولية المتسبب؟

هذا بالإضافة الى التساؤل عن الحالات التي تتحقق فيها تلك المسؤولية؟ وحالات انتفائها؟ لأنه كما اتضح مما تقدم، أنّ إيقاع الضرر بالتسبب يحتاج الى وساطة بعض العوامل، وبالتالي فهل تمنع تلك العوامل، التي توسطت فعل الشخص والنتيجة، من نسبة تلك النتيجة الى ذلك الشخص، بحيث تنقطع الصلة بينه وبينها وتصبح نتيجة الفعل الضار نتيجة مباشرة لتلك العوامل؟ أم يبقى فعل الشخص هو المؤثر في احداثها بالرغم من تدخل بعض العوامل وأثرها في احداث النتيجة؟

وأخيراً لابد من الوقوف على أحكام التسبب، من خلال التساؤل عن حكم اجتماع المباشر والمتسبب؟ ومحاولة استجلاء حقيقة موقف الفقه الاسلامي من ذلك. لمعرفة مدى موافقة ما تبنته القوانين التي استمدت تقسيم الفعل الضار من الفقه الاسلامي مع ما طرحه هذا الفقه من أحكام.

ثالثاً: - نطاق البحث:

من المعروف أن مصطلح المسؤولية عن العمل غير المشروع، يشمل المسؤولية عن الاعمال الشخصية، والمسؤولية عن عمل الغير، والمسؤولية عن الاشياء، ولذا قد يتبادر الى الازهان أن دراستنا ستكون في هذه التقسيمات الثلاثة للمسؤولية، غير انه سوف نقصر بحث

مسؤولية المتسبب في نطاق المسؤولية عن الاعمال الشخصية، بشقيه، أي المسؤولية عن الاعمال التي تقع على المال وتلك التي تقع على النفس.

رابعاً: - أهمية موضوع البحث وأسباب اختياره:

يستمد بحث موضوع مسؤولية المتسبب عن العمل غير المشروع أهميته من أهمية موضوع المسؤولية المدنية عموماً، حيث تعتبر هذه الأخيرة من الموضوعات التي تثير اشكاليات متعددة بما يشكل مادة للباحثين في مواصلة الدراسة والتحليل لكل مفرداتها أو مفاصلها. وخصوصاً إذا ما كان البحث في القانون العراقي، الذي حاول (المزاوجة) بين الفقه الاسلامي والفقه الغربي، مما جعله ينفرد عن القوانين التي أخذت بتقسيم الافعال المضمونة الى مباشرة وتسبب، وللمصدر التاريخي المأخوذ عنه (الفقه الاسلامي). هذا التفرد يستحق أن يدرس بشكل موضوعي لبيان ما له وما عليه، مقارنة بالقوانين التي التزمت بما طرحه الفقه الاسلامي، وتلك التي لم تلتزم هذا النوع من التمييز بين الافعال المضمونة. لذلك فان هناك أهمية نظرية لدراسة الموضوع.

أما أسباب اختيار موضوع البحث فتتمثل بالآتي:

١- قدما إن المشرع العراقي قد استمد أحكام المسؤولية عن العمل غير المشروع من الفقه الاسلامي، وقد أجرى بعض التحوير عليها، بالإضافة الى استخدامه لبعض المصطلحات من الفقه الغربي، مما ولد نوعاً من الابهام في طبيعة التوجه الذي سلكه المشرع في بناءه للأحكام المتعلقة بالعمل غير المشروع. ولذا سوف نسعى من خلال هذه الدراسة لبحث بعض الاشكاليات الناتجة عن ذلك.

٢- محاولة الوقوف على حقيقة التغييرات التي أجراها المشرع العراقي على الاحكام التي استمدها من الفقه الاسلامي. وبالخصوص ما تعلق منها بحالة اجتماع المباشر والمتسبب.

٣- التذكير بضرورة التقيد بالمصطلحات التي اعتمدها المشرع على مستوى الدراسات النظرية (الفقهية) أو حتى على مستوى القضاء، حيث وجدنا ان هناك العديد من القرارات القضائية التي يكون فيها الضرر المطالب بتعويضه قد وقع بطريق التسبب، ولكن رغم ذلك لا يكيف الحكم القضائي على ان المسؤول فيه متسبب. صحيح ان الحكم سيكون

واحد، لأن العمل الذي نتج عنه الضرر في النهاية هو عمل غير مشروع، ولكن لا بد من الالتزام بما ورد من مصطلحات في النصوص القانونية، وتوصيف الفاعل طبقاً للمصطلحات المعتمدة تشريعاً وبلا تصرف.

خامساً: - الدراسات السابقة:

لا ندعي أن لنا السبق في بحث موضوع التسبب، فهناك العديد من الدراسات التي أجريت على هذا الموضوع، نعرض لأهمها، لعدم اتساع المقام لذكرها جميعاً، وأيضاً لعدم حصولنا على البعض منها. وكما يلي:

١- صالح أحمد الهيبي، المباشر والمتسبب في المسؤولية التقصيرية، دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٤.

قسم الباحث الدراسة الى فصلين، تناول في الاول منهما ماهية المباشر والمتسبب، تكلم فيه عن تعريف المباشر والمتسبب والفرق بينهما، بالإضافة الى بحث شروط قيام مسؤولية المباشر والمتسبب، حيث بحث تلك الشروط ضمن الشروط التقليدية، اي تناول الفعل الضار والضرر والعلاقة السببية بينهما. وهو ما تجنبنا القيام به في دراستنا لما فيه من نمطية منهجية أصبحت غير مقبولة في الدراسات الحديثة، لما تؤدي اليه من استعراض للقواعد العامة المستقرة والتي لا جديد في دراستها. بينما خصص الفصل الثاني لبيان أحكام مسؤولية المباشر والمتسبب، وقد بحث فيه مسؤولية المباشر، ومسؤولية المتسبب، وحالة اشتراك المباشر والمتسبب في المسؤولية. وختم هذا الفصل بالحديث عن نفي أو تخفيف مسؤولية المباشر والمتسبب، سواء كان ذلك بنص القانون أو للسبب الاجنبي. وألحق ما تقدم بخاتمة ضمنها أهم النتائج التي توصل اليها، والتوصيات التي اقترح على المشرع الاخذ بها. والتي كان من أهمها اقتراحه لمادة جديدة تحكم مسألة اجتماع المباشر والمتسبب والتي صاغها بالشكل الآتي (١- اذا اجتمع المباشر والمتسبب فالمسؤول هو المباشر ما لم يكن المتسبب أولى بالمسؤولية منه. ٢- ويكون المتسبب أولى بالمسؤولية اذا كانت المباشرة مبنية على التسبب ولم يكن المباشر متعدياً، أو كان المتسبب غاراً للمباشر، أو مكرهاً له، أو توفر لديه سوء القصد دون المباشر، أو

تعذر تضمين المباشر، أو كان التسبب هو الاشد تأثيراً. ٣- يشترك المباشر والمتسبب في الضمان اذا كان فعل كل منهما يؤدي نفس الدور في احداث الضرر.).

والملاحظ ان هذا المادة المقترحة، هي نفس المادة التي اقترحها الشيخ مصطفى أحمد الزرقا، في كتابه الفعل الضار والضمان فيه، كمقترح لتعديل المواد (٢٥٩/٢٥٨) من القانون المدني الاردني. والتي كانت قد اقرتها بعد ذلك اللجنة العامة وتم ادخالها في المشروع العربي الموحد برقم (٢٦٥)، مع اضافة فقرة على ما اتى به الزرقا. تتمثل بجعل مسؤولية المتسبب هي الغالبة اذا كان فعله "هو الاشد تأثيراً".

وقد إتفقنا في دراستنا مع ما خلص اليه الباحث اللهيبي من ضرورة تعديل نص المادة (١٨٦) من القانون المدني العراقي، ولكن بصيغة غير الصيغة التي اخذها -بحسب الظاهر- عن الزرقا. يضاف الى ذلك أن الباحث قد عرض لأحكام مسؤولية المتسبب بشكل موجز، حيث لم يفصل فيه آراء المذاهب الاسلامية، ومدى موافقة ما أخذ به المشرع العراقي مع ما أتى به الفقه الاسلامي. فقد كان العرض موجزاً. كما لوحظ أن الباحث في دراسته المقارنة لم يتعرض - في اغلب الاحيان- الى آراء المحدثين من الباحثين في الفقه الاسلامي، ولم يعط نفس المساحة عن المقارنة لجميع المذاهب الفقهية، حيث لم يشر الى آراء فقهاء الامامية الا في مورد أو موردين، رغم ثراء هذا الفقه في هذا الموضوع.

٢- عماد أحمد ابو صد، مسؤولية المباشر والمتسبب، دراسة مقارنة بالشرعية الاسلامية والقانون المدني، دار الثقافة، عمان، ٢٠١١.

قسم الباحث الدراسة الى تمهيد وبابين، تناول في التمهيد التعريف بالقانون المدني الاردني، مخصصاً الباب الاول لبيان أركان مسؤولية المباشر والمتسبب، والذي قسمه الى ثلاث فصول، تناول في الاول الفعل الضار، مبيناً شروطه بالنسبة للمباشر وللمتسبب. أما الفصل الثاني فقد خصصه لركن الضرر، حيث وضح فيه المقصود بالضرر المادي والمعنوي. وتناول في الفصل الثالث العلاقة السببية، وتطرق فيه لطرق دفع المسؤولية، بالإضافة الى بيان احكام الضمان عند تعدد محدثي الضرر. أما الباب الثاني فقد كرسه لبيان أحكام مسؤولية المباشر والمتسبب وتطبيقاتها، مقسماً هذا الباب الى فصلين تناول في الاول منهما تطبيقات المباشرة والتسبب. في حين تعرض في الفصل الثاني لأحكام

مسؤولية المباشر والمتسبب. وقد تكلم فيه عن دعوى الضمان وتقدير الضمان، بالإضافة الى الاتفاقات المعدلة لأحكام الضمان، والتأمين من المسؤولية. وكان الباحث يعرض لموقف الفقه الاسلامي ثم ما هو عليه الوضع في القانون المدني الاردني والقانون المصري. خلص الباحث في النهاية الى أنَّ القانونَ المدنيَّ الأردنيَّ اقرب القوانين التي اخذت بنظام المباشرة والتسبب الى احكام الفقه الاسلامي، وقد خالفنا الباحث فيما وصل اليه في مسألة اجتماع المباشر والمتسبب. فقد اتضح من خلال هذه الدراسة أن القانون العراقي هو الاقرب لموقف الفقه الاسلامي في مسألة اجتماع المباشر والمتسبب.

والملاحظ ان الباحث عقد المقارنة بالفقه الاسلامي، إلا أنه قصر الامر على المذاهب الاربعة، دون التطرق الى فقه الامامية. بالإضافة الى ان المقارنة كانت بالدرجة الاساس بين الفقه الاسلامي والقانون المدني الاردني والمصري، ولم يتطرق الى القانون العراقي الا في موارد محددة.

٣- د. جهاد محمد الجراح، الاضرار بالتسبب في القانون المدني الاردني، بحث منشور في مجلة الميزان للدراسات الاسلامية والقانونية، المجلد الثالث، العدد الثاني، ٢٠١٦.

قسم الباحث الدراسة الى مبحثين، تناول في المبحث الاول مدى ضرورة شرط التعدي لقيام مسؤولية المتسبب. أما المبحث الثاني فقد ناقش فيه مدى ضرورة التعمد والافضاء لقيام مسؤولية المتسبب. وختم الدراسة بمجموعة من النتائج والتوصيات التي تمنى على المشرع الاردني الأخذ بها.

واقترنت الدراسة على بيان موقف القانون المدني الاردني، من حالات ضمان المتسبب. أي التعمد والتعدي والافضاء. لذلك فهو لم يتطرق لبيان أحكام مسؤولية المتسبب. أي الحالات التي يقدم فيها المتسبب على المباشر بالضمان، والحالات التي يقدم فيها المباشر على الاول، وتلك التي يجتمع فيها الطرفان بالضمان. وكذلك لم يتطرق لحالات انتفاء مسؤولية المتسبب.

٤- مدحت صالح غريب، المباشرة والتسبب في الشريعة والقانون، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم الانسانية، المجلد السادس عشر، العدد الثاني، ٢٠٠٩.

تناول الباحث تعريف المباشرة والتسبب وأثر المباشرة والتسبب في وجود التعدي وموقف القانون المدني العراقي وموقف القضاء العراقي من التسبب، كل في مبحث مستقل.

وقد اقتصرَت الدراسة على بيان معنى المباشرة والتسبب، بالإضافة الى عرض الآراء الفقهية بخصوص ضمان المباشرة دون تعدي وعدم ضمان المتسبب إلا بالتعدي، مع عرض لنصوص القانون العراقي، بخصوص العمل غير المشروع. وعرض لبعض القرارات القضائية التي تشير الى توجهات القضاء في موضوع التعدي، والذي أكد من خلالها ان القضاء العراقي لم يفرق في أحكامه بين التعدي والخطأ ويخلط بين المصطلحين مما يفقد القانون العراقي أهم ميزة فيه وهي عدم الاعتداد بالإدراك.

سادساً: - منهج البحث:

سنعتمدُ في بحثنا لمسؤولية المتسبب عن العمل غير المشروع الاسلوب التحليلي المقارن للنصوص محل الدراسة، على أن ننطلق من نصوص القانون المدني العراقي كأساس للمقارنة مع كلٍّ من القانون المدني الاردني، وقانون المعاملات المدنية الاماراتي، لجهة أنهما قد استلهما من الفقه الاسلامي ذات التقسيم الذي اعتمده المشرع العراقي للأفعال المضمونة.

كذلك فانه سوف لن تفوتنا الاشارة الى القانون المصري، ذلك انطلاقاً من حقيقة ان هذا الاخير هو أيضاً يمثل أهم المصادر التاريخية للقانون العراقي، فضلاً عن إن المقارنة مع القانون المصري تكتسي أهمية خاصة، لجهة أن هذا القانون لم يأخذ بتقسيم الافعال الضارة الى (مباشرة وتسبب) فتتكشف بالتالي أهمية الاخذ بالتقسيم من عدمه عند المقارنة مع القانون المصري.

وإن بيان أحكام القوانين التي استلهمت تقسيم الفعل الضار من الفقه الاسلامي سوف يكون قاصراً اذا لم تتم مقارنتها بأحكام ذلك الفقه بمذاهبه الغنية المتعددة، - والتي سنقصرها على المذاهب الخمسة المتمثلة بالمذهب الحنفي والمذهب الحنبلي والمذهب الشافعي والمذهب المالكي ومذهب الامامية - لكونه يمثل جذرها التاريخي الاول.

وفضلاً عن كل ما تقدم سنحاول عرض بعض القرارات القضائية بخصوص موضوع بحثنا، سواء في المحاكم العراقية أو الاردنية أو الاماراتية أو المصرية كلما تيسر ذلك.

سابعاً: - هيكلية البحث:

سنوزع موضوع البحث على فصلين، نخصص الاول منهما لبيان مفهوم مسؤولية المتسبب، وذلك في مبحثين، نتولى في المبحث الاول تحديد ماهية المتسبب، من خلال بيان تعريفه ومعايير تمييزه عن المباشر، فضلاً عن صوره والاساس الذي تقوم عليه مسؤوليته القانونية. وأما المبحث الثاني فسنتناول فيه حالات ضمان المتسبب، حيث سنبحث فيه حالة التعمد في احداث الضرر، من خلال تحديد معنى التعمد وبيان أهلية المتسبب. وحالة التعدي في احداث الضرر، وذلك عن طريق تحديد معنى التعدي وبيان معياره والحالات التي ينتقي فيها.

أما الفصل الثاني فنخصصه لمبحث أحكام مسؤولية المتسبب، وذلك في مبحثين، نكرس الاول منهما لمبحث حالة اجتماع المباشر مع المتسبب، فنبين فيه متى تغلب مسؤولية أحدهما على الآخر؟ ومتى يشتركان في الضمان؟ بالإضافة الى بحث مسألة التضامن فيما بين المباشر والمتسبب. أما المبحث الثاني فنخصصه لمبحث حالة اجتماع المتسببين والاعفاء من الضمان، حيث يتم البحث فيه عن متى تتحقق حالة اجتماع المتسببين، من خلال عرض النظريات الفقهية التي وضعت لتحديد السببية، ومن ثم ننقل لمبحث مسألة اعفاء المتسبب من الضمان.

" والله ولي التوفيق "

الفصل الأول

مفهوم المتسبب

من المسلّم به، أنّ المسؤولية عن الأعمال الشخصية غير المشروعة، لا يمكن أن تتحقق، إلا بصدر فعل ضار من الشخص، حيث يشكل هذا الفعل أول أركانها. لذلك اهتمت التشريعات بتحديد عناصره، وبيان الحالات التي يمكن أن يظهر من خلالها وجوده، ليعتبر مع غيره من باقي الأركان الأساس الذي تُبنى عليه المسؤولية. والملاحظ في هذا الصدد أن الفقه الإسلامي قد عالج الفعل الضار والمسؤولية المترتبة عليه، بطريقة لم تعرفها القوانين الوضعية. فهو ينظر إلى الأفعال الضارة من حيث أثرها المباشر أو غير المباشر في إحداث الضرر، ويقسمها تبعاً لذلك إلى مباشرة وتسبب، ومن ثم يؤسس على ذلك حكماً على قدر من الأهمية، يتمثل بضمان المباشر مطلقاً، وعدم ضمان المتسبب إلا بالتعدي أو التعمد.

وبما أن المشرّع العراقي قد حاول مسايرة الفقه الإسلامي في تقنينه المدني، فقد أخذ بذلك التقسيم^(١). فنصّ في الفقرة الأولى من المادة (١٨٦) بأنه "إذا أُلّف أحد مالٍ غيره أو انقص قيمته مباشرة أو تسبباً يكون ضامناً...".

لذا وبما أن المشرّع العراقي قد نصّ على مسؤولية المتسبب، سنحاول في هذا الفصل التعرف على مفهوم المتسبب، من خلال بيان ماهية المتسبب والحالات التي يجب فيها الضمان على المتسبب. الأمر الذي يستدعي معالجة ذلك في بحثين: يخصص الأول لتحديد ماهية المتسبب، والثاني لبيان حالات ضمان المتسبب.

(١) غير أنه لم يرتب عليه تلك النتائج المهمة، حيث جعل شروط الضمان واحدة بالنسبة لكل من المباشر والمتسبب.

المبحث الأول

تحديد ماهية المتسبب

رغم أنَّ أساس مصطلح التسبب يعود إلى المدونات الفقهية الإسلامية، إلا أنه لا يوجد ما يشير إلى لفظ المتسبب أو التسبب في رواية أو حديث على وجه الخصوص^(١). وإنما جاء في بعض الأحاديث الشريفة ذكر لبعض صور الأفعال التي يجب ضمان ما ينتج عنها من ضرر، والتي يكون ترتب الضرر فيها بصورة غير مباشرة، منها قول الإمام الصادق عليه السلام: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم "مَنْ أخرج ميزاباً أو كنيفاً^(٢)، أو أوتد وتداً، أو أوثق دابة، أو حفر شيئاً في طريق المسلمين فأصاب شيئاً فعطب، فهو له ضامن"^(٣). ليستخلص من ذلك فقهاء المسلمين مصطلح التسبب، ويرتبوا عليه أحكاماً خاصة في الضمان.

لذا، ومن أجل الوقوف على معنى المتسبب، لا بُدَّ من الرجوع في تحديد مضمونه إلى المدونات الفقهية الإسلامية، ليتسنى لنا بعد ذلك تحديد مضمونه قانوناً، وذلك في مطلب أول، فإذا فرغنا من ذلك سوف ننتقل للبحث في الأساس الذي يقوم عليه تضمين المتسبب في القانون المدني العراقي والقوانين محل المقارنة في مطلب ثانٍ.

(١) الميرزا أبو الفضل نجم آبادي، الرسائل الفقهية، إعداد: مؤسسة آية الله العظمى البروجردي لنشر معالم أهل

البيت عليهم السلام، قم المقدسة، دون سنة نشر، ص ٥٦٠.

(٢) يقصد بالكنيف: الظلة تشرع فوق باب الدار.

(٣) الشيخ محمد بن حسين الحر العاملي، تفصيل وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة، الجزء التاسع

والعشرون، الطبعة الرابعة، مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث، قم المقدسة، ١٤٣٨هـ، ص ٢٤٥.

وأيضاً ينظر: مضمون هذا الحديث العلامة أبي محمد بن غانم البغدادي، مجمع الضمانات في مذهب

الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، دراسة وتحقيق د. محمد أحمد سراج و د. علي جمعة محمد، المجلد

الأول، الطبعة الأولى، دار السلام، القاهرة، ١٩٩٩، ص ٤٠٢.

المطلب الأول

التعريف بالمتسبب

لأجل الإحاطة بمفهوم المتسبب، ينبغي أولاً بيان معناه اللغوي والاصطلاحي، ومن ثم السعي إلى تمييزه من مفهوم المباشر من خلال دراسة المعايير التي وضعت للتمييز بينهما، وهذا ما سيكون محور الدراسة في الفرع الأول، ثم بعد ذلك ننتقل إلى بيان الصور التي يمكن أن يتحقق بها التسبب في فرع ثاني.

الفرع الأول

تعريف المتسبب وتمييزه من المباشر

كثيراً ما يختلط مفهوم المتسبب بمفهوم مقارب له، ألا وهو المباشر، لذا ولأجل بيان معنى المتسبب، توجب تقسيم هذا الفرع على فقرتين: تخصص الأولى لتعريف المتسبب، والثانية لتمييز المتسبب من المباشر وكما يلي:

أولاً: تعريف المتسبب

يُعرَّف المتسببُ لُغَةً على أنه: اسم مفعول من تسبب، وأصله الثلاثي سبب، ومعنى السبب " كل شيء يتوصل به إلى غيره ... والجمع أسباب؛ وكل شيء يتوصل به إلى شيء، فهو سبب"^(١). وقد عرف السبب بالطريق وفي هذا المعنى قوله تعالى " ... وآتيناه من كل شيء سبباً"^(٢)، أو الباب كما في قوله تعالى " ... لعلّي أبلغ الأسباب أسباب السماوات"^(٣)، أي أبوابها، أو الحبل كما في قوله تعالى " ... فليمدد بسبب إلى السماء ..."^(٤). حيث إن هذه

(١) ابن منظور، لسان العرب، المجلد الأول، دار صادر، بيروت، دون سنة نشر، ص ٤٥٨.

(٢) سورة الكهف، آية ٨٤.

(٣) سورة غافر، آية ٣٦ و آية ٣٧.

(٤) سورة الحج، آية ١٥.

"المعاني ترجع إلى معنى واحد وهو أن السبب يكون موصلاً إلى شيء فالباب موصل إلى البيت والحبل موصل إلى الماء والطريق موصل إلى ما تريد"^(١).

أما المتسبب في اصطلاح الفقهاء، فيطلق على ما يُقابل المباشر، والملاحظ أن أغلب فقهاء الشريعة الإسلامية اتجه إلى تعريف الفعل وليس فاعله، أي أنهم عرفوا التسبب وليس المتسبب حيث عرفه بعض الحنفية بأنه "الفعل في محل يفضي إلى تلف غيره عادة"^(٢). وبهذا المعنى جاء في مجلة الأحكام العدلية بأن "الإتلاف تسبباً هو التسبب لتلف شيء يعني إحداث أمر في شيء يفضي إلى تلف شيء آخر على جري العادة ويقال لفاعله مُتَسَبِّب"^(٣). وقريب من هذا المعنى، ما أورده بعض الحنابلة، من أن التسبب هو "فعل ما يفضي عادة إلى الإتلاف دون أن يتخلل بينهما"^(٤) ما يمكن إحالة الحكم عليه ويعبر عن الفاعل بالمتسبب"^(٥). ويلاحظ على هذه التعريفات، إنها تقتضي أن يكون السبب، مما من شأنه في العادة أن يفضي إلى التلف، أي أنه يجب أن يؤدي غالباً للتلف، عند وقوع علته، غير أن ذلك لا يعني أنه يجب أن يؤدي غالباً لوقوع التلف، في ذلك السبب. فمثلاً حفر البئر، يعتبر منشأ لهلاك الواقع فيه عادةً، لا أنه منشأ لأن يقع فيه أحد في العادة، إذ إن من الممكن أن يبقى الحفر لسنوات ولا يقع فيه أحد، فالمراد بالأغلبية هنا، أغلبية التأثير في وقوع الضرر عند تحقق علته^(٦)، وذلك استبعاداً لما لا يكون كذلك، كوضع حجر صغير، أو حفرة صغيرة في الطريق العام، فصادف أن رتبا ضرر للغير،

(١) بدران أبو العينين بدران، أصول الفقه، دار المعارف، ١٩٦٥، ص ٣٧٥.

(٢) علاء الدين بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق وتعليق: الشيخ علي محمد عوض والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، الجزء العاشر، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٣، ص ٧١.

(٣) المادة (٨٨٨) من مجلة الأحكام العدلية.

(٤) بين فعل المتسبب والضرر.

(٥) أحمد عبد الله القاري، مجلة الأحكام الشرعية، دراسة وتحقيق: د. عبد الوهاب أبو سليمان و د. محمد إبراهيم أحمد، الطبعة الأولى، مطبوعات تهامة، جدة، ١٩٨١، ص ٤٣٠.

(٦) حسين جعفر كاشف الغطاء، أنوار الفقهاء، الجزء التاسع، الطبعة الأولى، المركز العالمي للعلوم والثقافة الإسلامية، طهران، ٢٠١٥، ص ٥٢.

فانه لا ضمان على المتسبب في هذه الحالة؛ لعدم قابليتهما لترتيب الهلاك عند العثار بهما غالباً^(١).

ومع ذلك، فإن التعريفات المتقدمة للتسبب، لا يمكن أن يوصف أي منها بأنه تعريف جامع، لأنها تسمح بدخول غير المتسبب في مضمونها؛ إذ أن المباشرة أيضاً قد تكون بإحداث أمر في شيء يؤدي إلى تلف شيء آخر، أو تكون بفعل ما يفضي عادةً إلى الاتلاف، مثال ذلك ما لو قام أحدهم بدفع شخص ما على مال مملوك للغير فأتلفه، في هذه الحالة يكون الفعل وهو دفع الشخص قد أدى إلى تلف شيء آخر وهو مال الغير، وما من شك في إن الفاعل في هذه الحالة وأمثالها يُعدُّ مباشراً للضرر. أما الشافعية فقد عَرَفَ بعضهم التسبب بأنه "ما يؤثر في الهلاك ولا يحصله"^(٢). بينما عَرَفَ التسبب من بعض المالكية على أنه "ما يحصل الهلاك عنده بعلة أخرى إذا كان السبب هو المفتضى (المفضي) لوقوع الفعل بتلك العلة"^(٣). فيما عَرَفَ بعض الإمامية التسبب بأنه "ما لولاه لما حصل التلف لكن علة التلف غيره"^(٤)، أو كما عرفه آخر بأنه "فعل ملزوم العلة"^(٥). أي القيام بما هو لازم لوجود علة التلف.

الواضح من التعريفات المتقدمة أنها تركز على أن فعل المتسبب يكون لازماً لحدوث الضرر، من غير أن يكون هو السبب المباشر له، أي أن فعل المتسبب لا يحدث الضرر بذاته، وإنما يقوم بما يلزم لوجوده. كحفر البئر، فهو لازم لتحقيق الضرر، من خلال الوقوع فيه، لأن

(١) العلامة عبد الصاحب محمد النراقي، مشارق الأحكام، تحقيق: السيد حسين الشبريتي، الطبعة الثانية، مطبعة سلمان الفارسي، قم المقدسة، ١٣٨٠ ش، ص ٤٣٢.

(٢) الشيخ شمس الدين محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج لمعرفة معاني ألفاظ المنهاج، الجزء الخامس، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٠، ص ٢١٦.

(٣) أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن القرافي، الفروق المسمى بأنوار البروق في أنواء الفروق، الجزء الرابع، الناشر وزارة الأوقاف السعودية تصوير عن طبعة دار إحياء الكتب العربية، مصر، ٢٠١٠، ص ٢٧.

(٤) المحقق نجم الدين جعفر بن الحسن الحلبي، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، مع تعليقات السيد صادق الشيرازي، المجلد الثاني، القسم الثالث والرابع، الطبعة الحادية عشرة، دار القارئ، بيروت، ٢٠٠٤، ص ٤٩٧.

(٥) الشيخ شمس الدين محمد بن مكي العاملي، الدروس الشرعية في فقه الإمامية، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، ١٤١٤ هـ، ص ١٠٧.

الوقوع موقوف على الحفر، ولا يتحقق إلا بعد تحققه، غير أن ذلك لا يعني أن فعل المتسبب يستلزم وقوع الضرر، بل إن وقوع الضرر يستلزم صدور فعل من المتسبب^(١).

أما التعريفات التي ذكرت للتسبب عند الباحثين في الفقه الإسلامي من المحدثين، لا تخرج عما جاء به القدامى من فقهاء المسلمين. حيث عرّفه بعضهم بأنه " أن يتصل أثر فعل الإنسان بغيره لا حقيقة فعله فيتلف به "^(٢)، وعرّفه آخر بأنه " ما كان بفعل في محل أفضى إليه بواسطة فعل آخر، متوسط بين السبب الأصلي والضرر الحادث "^(٣). فيما عرّف بعضهم المتسبب بأنه " الذي تخلل بين فعله والأثر المترتب عليه من تلف أو غيره فعل فاعل مختار "^(٤).

وواضح من التعريفات المتقدمة هي أنها تركز كما في التعريفات الواردة عن فقهاء المسلمين على أن فعل المتسبب لا يستقل وحده بجلب الضرر، وإنما يستلزم وجود فعل آخر، يقع بواسطته الضرر، والذي عبر عن فاعله بالواسطة. ورغم اتفاق الفقهاء على ضرورة وجود هذه الوساطة، إلا أنهم اختلفوا في تحديد صفة فاعلها. حيث يرى جانب من الفقه، بأنه لا بدّ وأن يصدر الفعل الثاني، من فاعل مختار، لذا عرفوا المتسبب بأنه " الذي حصل التلف بفعله وتخلل بين فعله والتلف فعل مختار "^(٥)، بينما يرى جانب من الباحثين المحدثين بأنه يجب أن لا يكون الفعل الثاني، قد صدر من فاعل مختار، وإلا انقطعت السببية بين الفعل الأول والضرر، حيث يعتبر من أتى بالفعل الثاني مباشراً، وبالتالي يستقل بالضمان^(٦). ولذا قرروا بأنه يجب أن يكون الفعل الثاني، قد صدر من حيوان، أو من الطبيعة، أو أن يكون صادر من فاعل غير

(١) بهذا المعنى المحقق أحمد المقدس الأربيلي، مجمع الفائدة والبرهان في شرح إرشاد الأذهان، الجزء العاشر، مؤسسة النشر الإسلامي، قم المقدسة، دون سنة نشر، ص ٤٩٦.

(٢) د. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجناحية في الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، دار الفكر المعاصر، بيروت، ٢٠١٢، ص ٣١.

(٣) د. محمد المدني بوساق، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، دار إشبيلية، الرياض، ١٤١٩هـ، ص ٦٤.

(٤) الشيخ أحمد محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، الطبعة الثانية، دار القلم، دمشق، ١٩٨٩، ص ٤٤٧.

(٥) أحمد بن محمد الحموي، غمز عيون البصائر في شرح كتاب الأشباه والنظائر، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٥، ص ٤٧٤. وكذلك ينظر ضمن هذا الاتجاه د. إبراهيم محمد محمود الحريزي،

المدخل إلى القواعد الفقهية الكلية، الطبعة الأولى، دار عمار، عمان، ١٩٩٨، ص ١٥٤.

(٦) الشيخ علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٦٣.

قاصد له، أو كان ملزماً شرعاً، أو عقلاً به، كالقاضي الذي يحكم طبقاً لشهادة الزور، أو كالمكره الذي يعمل دون إرادته. ففي كلا الفرضين يعتبر الفاعل غير مختار. وبالتالي، يتحمل الضمان فاعل الفعل الأول، والذي عبر عنه بالمتسبب^(١). ويمكن القول في هذا الصدد، أنه سواء كان الفعل الثاني قد صدر من فاعل مختار، أو كان لا خيار له، ففي كلا الفرضين يبقى صاحب الفعل الأول متسبب. أما كونه ضامن أو غير ضامن فهذا ما سنبحثه في الفصل الثاني من هذه الرسالة.

أما تعريف المتسبب قانوناً، فقد خلا القانون المدني العراقي، والقوانين محل المقارنة من تعريف للتسبب أو المتسبب، ولذلك اجتهد الفقه في تعريفه، فمنهم من عرفه على أنه ما " يكون بعمل يقع على شيء فيفضي إلى تلف شيء آخر "^(٢). والظاهر من هذا التعريف هو أنه يقترب أو يكاد يطابق تعريف فقهاء الحنفية الذي مر ذكره^(٣)، وبيان ما يكتنفه من عيب، حيث إنه ليس بمانع من دخول غير المتسبب في مفهومه، فهو ينطبق على المباشر كما المتسبب. وقد عرف المتسبب من البعض الآخر بأنه " ما يحدث الضرر لا بذاته بل بواسطة وكان علة الضرر "^(٤). وإذا كان يمكن الاتفاق مع الشق الأول من هذا التعريف، فإن الشق الثاني محل نظر، لأنه لو كان فعل المتسبب علة للضرر، لما احتاج إلى شيء آخر لكي يقع بواسطته هذا الضرر. وذهب بعض الشراح إلى تعريف المتسبب على أنه " الذي يحدث الضرر نتيجة لأثر فعله "^(٥)، ويرى آخرون بأن المتسبب هو " الذي يكون لفعله دخل في حدوث الضرر ولكن يفصل بين الضرر

(١) السيد محمد حسين البجنوردي، القواعد الفقهية، تحقيق مهدي المهريزي، محمد حسين الدرايتي، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، الهادي، قم المقدسة، ١٤١٩هـ، ص ١٨٠ - ١٨٤. الشيخ عباس علي الزراعي السبزواري، القواعد الفقهية في فقه الإمامية، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، مؤسسة النشر الإسلامي، قم المقدسة، ١٤٣٠هـ، ص ١٧٧.

(٢) عز الدين الدناصور، المسؤولية المدنية في ضوء القضاء والفقه، الطبعة الأولى، المكتبة القانونية، ١٩٩٨، ص ٥٤.

(٣) ينظر ص ١٢ وما بعدها من هذه الرسالة.

(٤) د. عادل جبري محمد حبيب، المفهوم القانوني لرابطة السببية وانعكاساته في توزيع عبء المسؤولية المدنية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٥، ص ٢٢٨.

(٥) د. عماد أحمد أبو صد، مسؤولية المباشر والمتسبب، دراسة مقارنة بالشرعية الإسلامية والقانون المدني، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، ٢٠١١، ص ٩٥.

وهذا الفعل أمر آخر غير مترتب عليه ^(١). أو هو " من يفعل فعلاً يؤدي الى ضرر ما ولكن بواسطة اخرى ^(٢)

ومما يُلاحظ من التعريفات المتقدمة، أنها تدور في فلك تعريفات الفقه الإسلامي، التي تحصر أفعال المتسبب بتلك التي لا تحدث الضرر بذاتها وإنما بواسطة، أي تركيز على أن فعل المتسبب يمهد للفعل الذي نتج عنه الضرر، من غير أن يكون هذا الفعل لازم لفعله، فمن يضع شيئاً في الطريق العام، لا يكون فعله هذا جالب للضرر، من غير أن يصادفه فعل ثانٍ صادر من المتضرر أو من غيره.

ومن مجموع ما تقدم يتضح أن المراد بالمتسبب هو من يسند إليه الفعل الممهد أو المعد للفعل الذي نتج عنه الضرر.

ثانياً: تمييز المتسبب من المباشر

بعد أن فرغنا من بيان التعريفات التي وضعت للتسبب والمتسبب، نجد أنه من المناسب التعرف على المعيار الذي من خلاله يتم التمييز بين المتسبب والمباشر، إذ من غير المتصور أن تقوم المسؤولية عن الأفعال الشخصية إلا عن طريق المباشرة أو التسبب، وبالتالي فإذا ما وقع الضرر، تحتم معرفة طريقة وقوعه، أكان بطريق المباشرة، أم عن طريق التسبب، لما لهذه التفرقة من أهمية خاصة، تنعكس على الضمان - في الفقه الاسلامي والقوانين التي التزمت أحكامه - . ولكن قبل الشروع في بيان المعايير التي وضعت للتمييز، لا بُدَّ أولاً من بيان المراد من المباشر، حتى يمكن تمييزه من المتسبب. تعرف المباشرة عند فقهاء المسلمين بأنها " إيجاد علة التلف كالقتل والأكل والإحراق ^(٣)، أو هي " ما يؤثر في الهلاك ويحصله ^(٤)، أو كما

(١) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المسؤولية المدنية بين التقيد والإطلاق، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة نشر، ص ٣٤٨.

(٢) د. عبد الباسط جميعي، عبد المنعم حسني، د. محمد سلام مذكور، عادل تحتوت، الوسيط في شرح القانون المدني الأردني رقم ٤٣ سنة ١٩٦٧، إشراف حسن الفكهاني، الجزء الرابع، إصدارات الدار العربية للموسوعات، القاهرة، ٢٠٠١، ص ١٢٩٦.

(٣) العلامة حسن بن يوسف بن مطهر الحلبي، قواعد الأحكام، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، مؤسسة النشر الإسلامي، قم المقدسة، ١٤١٨هـ، ص ٢٢١.

(٤) الشيخ شمس الدين محمد الخطيب الشربيني، مرجع سابق، ص ٢١٦.

عرفتها مجلة الأحكام العدلية بأنها " اتلاف الشيء بالذات ويقال لمن فعله فاعل مباشر " ^(١)، أما المباشر فقد عُرِفَ بِأَنَّهُ " من يلي الأمر بنفسه " ^(٢)، أو هو " الذي يحصل التلف من فعله دون أن يتخلل بينه وبين التلف فعل فاعل آخر " ^(٣). من خلال هذه التعريفات، يتضح أن المباشر هو من يأتي بفعل يكون مؤدياً إلى الضرر بذاته، دون حاجة إلى أن يتدخل فعل آخر بين الفعل والفاعل والضرر ^(٤)، كما لو أن شخصاً صدم آخر فأصابه بجروح، فيكون فعله هذا من الأفعال التي تحدث الضرر مباشرة، من غير حاجة إلى تدخل فعل آخر، ولو أن الضرر لم يظهر فوراً ^(٥). غير أن ذلك لا يعني أن يتحتم صدور الفعل من المباشر ذاته، إذ قد يصدر من شيء تحت يده، ومع ذلك يبقى الفاعل مباشراً للضرر، مادام هذا الشيء غير مستقل في فعله عن فعل المباشر ^(٦)، وعلى ذلك جاء في المجلة " لو داست دابة مركوبة لأحد على شيء بيدها أو رجلها في ملكه أو في ملك الغير وأتلفته يعد الراكب قد أتلّف ذلك الشيء مباشرة فيضمن على كل حال " ^(٧)، وذلك لأن التلف قد حصل بثقل الراكب وثقل الدابة، هذا بالإضافة إلى أن الدابة تعتبر من قبيل الآلة بيده، فيضاف سيرها إليه ^(٨). وفي هذا الصدد قضت محكمة التمييز الأردنية من " إن عدم سيطرة سائق السيارة الشاحنة على سيارته مما أدى إلى صدم سيارة الصالون الخصوصي فاندفعت السيارة المصدومة وصدمة سيارة أمامها نتيجة لهذه الصدمة فلا دور لسائق

(١) المادة ٨٨٧ من مجلة الأحكام العدلية.

(٢) سليم رستم باز، شرح المجلة، المطبعة الأدبية، بيروت، ١٩٨٨، ص ٥٠.

(٣) علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، المجلد الأول، دار عالم الكتب، الرياض، ٢٠٠٣، ص ٩١.

(٤) د. عدنان إبراهيم السرحان، د. نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٠، ص ٣٧٩.

(٥) بدر جاسم محمد يعقوب، المسؤولية عن استعمال الأشياء الخطرة في القانون الكويتي، رسالة دكتوراه، مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٧٧، ص ٩٨.

(٦) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مرجع سابق، ٣٠٢.

(٧) المادة ٩٣٦ من مجلة الأحكام العدلية.

(٨) سليم رستم باز، المرجع السابق، ص ٥٠٠.

السيارة الوسطى ... ولا يسأل بقيمة الأضرار التي لحقت بالسيارة التي صدمتها لأن المباشر الحقيقي هو سائق الشاحنة" (١).

أما في التسبب فإن فعل الفاعل لا يؤدي بذاته إلى الضرر، وإنما يكون أثر الفعل، هو المؤدي للضرر، إذا اتصل به فعل آخر، كما في عملية الحفر، فإن الذي يؤدي إلى التلف هو أثر فعل الفاعل، والمتمثل بالعمق الناتج عن الحفر، فالتلف لم يحدث من حقيقة الفعل، وهو الحفر وإنما حصل بأثر الحفر وهو العمق (٢)، وبعبارة أخرى، إن ما يُضاف إليه الهلاك إضافة حقيقية يسمى علة، والإتيان به مباشرة، وما لا يضاف إليه الهلاك ولكن من شأنه أن يقصد بتحصيله ما يضاف إليه الهلاك يسمى سبباً والإتيان به تسبباً (٣).

إلا أن الأمر قد لا يكون بتلك السهولة، فقد يصعب التمييز بين المباشر والمتسبب، ولذا اختلف بعض الفقهاء في تحديد صفة الفاعل في جملة من المسائل، منها على سبيل المثال مسألة ما لو فتح شخص قفص طائر فطار ما فيه. حيث اختلفوا في هذه المسألة على عدة آراء. فمنهم من يرى بأنه لا ضمان على الفاعل؛ لأن مجرد فتح القفص، بحسب مبانيهم، ليس بإتلاف لا مباشرة ولا تسبباً، فالمباشرة تتطلب اتصال آلة التلف بمحلّه، وهو ليس متحقق، والتسبب منتفٍ لأن فعل الطير يعتبر مباشرة وبالتالي لا ضمان على المتسبب مع وجود المباشر، بينما يرى جانب آخر أنه يجب الضمان على الفاعل، باعتبار أن الفعل تسبب، والمتسبب يضمن بالتعدي، بينما يذهب رأي ثالث وسط بين الرأيين إلى التمييز بين حالتين هما: أن يطير ذلك الطائر في الحال فيضمن عندها الفاعل، بخلاف إذا مكث الطائر بعد فتح القفص ثم طار فلا ضمان على الفاعل، لأن فعله يعتبر تسبباً، وفعل الطير مباشرة، والمباشرة مقدمة على التسبب (٤).

(١) تمييز حقوق رقم ١٩٨٦/٢٤٥ تاريخ ١٩٨٦/٤/١٤ منشور على موقع <https://www.lawjo.net>، نظر

هذا الموقع بتاريخ ٢٠٢١/٢/٢٧ الساعة ٧:٣٠ صباحاً.

(٢) د. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص ٣١ وما بعدها. د. محمد المدني بوساق، مرجع سابق، ص ٦٤.

(٣) زين الدين بن علي العاملي، مسالك الإفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، الجزء الثاني عشر، الطبعة الرابعة، مؤسسة المعارف الإسلامية، قم المقدسة، ١٤٢٩هـ، ص ١٦٣.

(٤) أشار إلى تلك الآراء علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني، مرجع سابق، ص ٧٣.

لذا، وفي سبيل رسم الحدود، بين الأفعال التي تعتبر من الأفعال المباشرة، وتلك التي تعد من قبيل التسبب، فقد وُضِعَت المعايير التالية:

١- معيار تخلف النتيجة، والذي يعني أن نتيجة الفعل، والمتمثلة بالضرر، إذا كانت غير حتمية الوقوع، فالفعل يعتبر تسبباً، والفاعل يدعى متسبباً^(١)، وقد استخلص هذا المعيار من التعريف الذي قدمه بعض الفقه للتسبب على أنه " ما كان بفعل في محل أفضى إليه فعل آخر في محل آخر مع احتمال تخلف الفعل الثاني عنه فإن لم يكن التخلف محتملاً عد الضرر حينئذٍ مباشراً "^(٢). ومن الأمثلة التي يستدلون بها على ذلك، ما جاء في مجلة الأحكام العدلية من " إن من قطع حبل قنديل معلق يكون سبباً مفضياً لسقوطه على الأرض وانكساره ويكون حينئذٍ قد أتلّف الحبل مباشرة وكسر القنديل تسبباً "^(٣)، على اعتبار أن النتيجة وهي كسر القنديل غير حتمية التحقق، لذا يعتبر كاسر القنديل متسبباً^(٤).

إلا أن هذا المعيار يعتبر معياراً غير منضبط، وذلك لاحتمال تختلف النتيجة عن الفعل، سواء كان الفعل من قبيل المباشرة أو التسبب، ومثال ذلك أن يقوم شخص برمي أواني الغير على الأرض، لغرض كسرها، فإنه ليس من المحتم أنها ستتكسر، مع أن الفعل يعتبر من أفعال المباشرة دون شك.

٢- معيار اتصال الفعل بمحل التلف، حيث يعتبر الفعل وفق هذا المعيار من الأفعال التي تحدث الضرر مباشرةً، إذا اتصل بمحل التلف، ويتضح هذا المعيار من خلال تعريف المباشرة عند بعض فقهاء المسلمين بأنها " ايصال الآلة بمحل التلف "^(٥). لأنه وبمفهوم المخالفة، إن لم يكن الضرر قد وقع من خلال فعل مادي متصل مباشرة بمحل التلف، فهو عمل تسببي. وتبعاً لذلك أفتوا بأن من صاح على صبي قائم على سطح، ففزع الصبي وسقط ومات، فإن الضمان

(١) صالح أحمد الهيبي، المباشر والمتسبب في المسؤولية التقصيرية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة،

عمان، ٢٠٠٤، ص ٤٤. د. عماد أحمد أبو صد، مرجع سابق، ص ١١٨.

(٢) الشيخ علي الخفيف، مرجع سابق، ص ٥٨.

(٣) المادة ٨٨٨ من مجلة الأحكام العدلية.

(٤) د. عماد أحمد أبو صد، مرجع سابق، ص ١١٨.

(٥) علاء الدين بن مسعود الكاساني، مرجع سابق، ص ٧١ وما بعدها.

على عاقلة^(١) الفاعل وليس عليه^(٢). باعتبار أن عمله هذا تسبب وليس مباشرة، لعدم وجود اتصال مادي بين الفعل والضرر.

إلا أن الأخذ بهذا المعيار يضيّق من نطاق المسؤولية عن الفعل الضار، لأن الفقه الإسلامي وبعض القوانين التي تبنت أحكامه، تشترط التعدي في فعل المتسبب دون فعل المباشر، وبالتالي، وبحسب الرأي المتقدم، إذا حصل الضرر من فعل لم يتصل مباشرة بالشئ المضرور، ولم يكن الفاعل متعدياً، فإنه لا ضمان عليه، هذا بالإضافة إلى أنه ستخرج من نطاق مفهوم المباشرة، جميع الأضرار التي تقع بالامتناع، وكذا الأمر بالنسبة للأضرار الأدبية، ومعلوم أن الضرر الأدبي يتحقق رغم عدم وجود اتصال مادي بين الفعل والشئ المضرور، وبالخصوص إذا كان هذا الفعل قد تم من خلال التشهير بالغير، عن طريق مواقع التواصل الاجتماعي، لذا فإن كان هذا المعيار قد يتناسب والعصر الذي قيل فيه، فإنه لم يعد كذلك بالنسبة للعصر الحاضر، وإلا كيف يمكن أن يؤسس الضرر الحاصل من الجرائم الإلكترونية، والقذائف التي تخلف أنواعاً من الأضرار وهي تعمل بأزرار يتحكم بها عن بعد^(٣).

وعلى ذلك، فإنه لا يشترط الاتصال المباشر بين الفعل الضار ومحل الضرر، ليعتبر الفعل مباشرة، إذ كلما يتطلب في فعل المباشر أن يكون هو الذي جلب الضرر بذاته، من غير حاجة إلى تدخل عوامل أخرى، فمن يطلق رصاصة في الهواء، فيفزع من بجانبه ويخلف له نتيجة لذلك ضرراً ما يعتبر مباشراً، رغم عدم وجود اتصال مادي بين الفعل والشخص المضرور^(٤).

(١) عاقلة الرجل: عصبته وهم من الأقارب من جهة الأب.

(٢) العلامة أبو محمد بن غانم بن محمد البغدادي، مرجع سابق، ص ٣٩٤.

(٣) د. جهاد محمد الجراح، الإضرار بالتسبب في القانون المدني الأردني، بحث منشور في مجلة الميزان للدراسات الإسلامية والقانونية، المجلد الثالث، العدد الثاني، ٢٠١٦. ص ٤٥١ وما بعدها.

(٤) د. محمد المرسي زهرة، المصادر غير الإرادية للالتزام في قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، الفعل الضار والفعل النافع، الطبعة الأولى، مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة، ٢٠٠٢، ص ١٣١.

٣- معيار قوة إسناد النتيجة إلى الفعل، حيث يعتبر الفاعل مباشراً، وفق هذا المعيار، عندما تكون السببية ظاهرة وقوية، بحيث تكون من القوة بحيث لا يفصل فيها بين الفعل والضرر الناتج عنه أي واسطة، أي بعبارة أخرى أن يكون الفعل موجداً بذاته لعلّة التلف، أما إذا كانت العلاقة السببية ليست بهذه القوة والظهور، لوجود فعل آخر يفصل بين الفعل الأول والضرر، أي أن الفعل لم يوجد علّة التلف، وإنما أوجد ما يستوجب وجود العلة، كنا بصدد تسبب^(١)، إلا أن هذا الرأي قد تعرض للنقد، لجهة أن العلاقة السببية هي إما أن توجد أو ألا توجد، فإذا وجدت لا يهم بعد ذلك قوتها أو ضعفها، إذ سوف يترتب عليها حكم وجودها^(٢).

٤- معيار العرف، حيث ذهب بعض فقهاء المسلمين إلى أنّ المعيار في التمييز بين ما إذا كان فعل الفاعل من قبيل المباشرة أم التسبب يتوقف على نظر العرف، فلا بُدّ من مراجعته في تشخيص مصاديقهما^(٣).

ومن أجل ترجيح أحد المعايير السالفة لا بُدّ من التمهيد قليلاً عن موجبات الضمان في الفقه الإسلامي التي يمكن تقسيمها إلى ثلاث من غير اليد (الغصب) فهي إما أن تكون بإيجاد علّة التلف، أو إيجاد سببه، أو إيجاد شرطه^(٤).

أما الأول وهو إيجاد علّة التلف، والذي يعبر عن فاعله بالمباشر، فهو على قسمين: الأول إيجاد العلة بلا واسطة، كالكلّام والقيام والأكل والشرب، وكل ما اصطلح عليه بالأفعال الصدورية غير التوليدية^(٥)، والثاني هو إيجاد علّة علّة التلف، وذلك عندما يكون فعل الفاعل علّة مؤثرة في

(١) فخري رشيد مهنا، المسؤولية التقصيرية ومسؤولية عديم التمييز، مطبعة الشعب، بغداد، ١٩٧٤، ص ٣٦. د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مرجع سابق، ص ٣٤٩.

(٢) د. عماد أحمد أبو صد، مرجع سابق، ص ١١٧.

(٣) الشيخ عباس علي الزراعي السبزواري، مرجع سابق، ص ١٧٢. الميرزا أبو الفضل النجم آبادي، مرجع سابق، ص ٥٦٣.

(٤) العلامة عبد الصاحب محمد النراقي، مرجع سابق، ص ٤٢٧. الشيخ عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام، القواعد الكبرى، الموسوم بقواعد الأحكام في إصلاح الأنام، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار القلم، دمشق، ٢٠٠٠، ص ٢٦٥.

(٥) الشيخ محمد حسين كاشف الغطاء، تحرير المجلة، تحقيق الشيخ محمد الساعدي، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، مطبعة خاتم، طهران، ٢٠٠٤، ص ١١٩.

علة التلف، كالجرح المولد للمرض المولد للموت، أو سد مجرى التنفس، فإنه يصدق على فاعله مباشراً للضرر، لأن التلف إما أثر فعله أو أثر أثره، مع عدم مشاركة غير فعله أو أثر فعله في إيجاد التلف^(١). أما الثاني وهو إيجاد سبب التلف، فهو الآخر على قسمين: أحدهما ما لا يدخله مباشرة غيره، والذي يسمى بالتسبب التوليدي، ومثله إلقاء الثوب في النار، أو حبس الحيوان عن الطعام حتى يموت، أو فتح قفص الطير، أو رفع رأس وكاء السائل^(٢)، والآخر هو ما كان بمداخلة مباشرة الغير، بحيث كان السبب له أثراً في توليد المباشرة. كالإكراه على التلف أو شهادة الزور عند القاضي^(٣). أما الثالث فهو إيجاد شرط التلف، والمقصود بالشرط هنا هو " ما لا يؤثر في الهلاك ولا يحصله بل يحصل التلف عنده بغيره ويتوقف تأثير ذلك الغير عليه كالحفر مع التردّي فإنه لا يؤثر في التلف ولا يحصله وإنما يؤثر التخطي صوب الحفرة والمحصل للتلف التردّي فيها ومصادمتها لكن لولا الحفر لما حصل التلف "^(٤). ومن خلال ما تقدّم يتضح أن ما يصطلح عليه بالمتسبب هو من أوجد شرط التلف^(٥)، أو الذي أوجد السبب الذي يتطلب مباشرة الغير لوقوع التلف، وهذا يعني أن السبب الذي لا يدخله مباشرة غيره، والذي يسمى بالتسبب التوليدي يخرج من مفهوم المتسبب، ومن ذلك يتبين أن ما جاء في مجلة الأحكام العدلية من أن قاطع حبل القنديل، يعتبر مباشراً لقطع الحبل ومتسبباً في كسر القنديل، محل نظر، على اعتبار أن الفاعل في هذا المثال قد أوجد علة علة التلف، بمعنى أنه يدخل ضمن مفهوم المباشرة، لأن فعله جلب الضرر من غير أن يتطلب مشاركة غيره فيه، وهكذا بالنسبة لفتح باب القفص، أو حل رباط الدابة، أو فتح وكاء السائل، وأضرابها من الأفعال التي تدخل ضمن مفهوم المسبب التوليدي، فإنها تدخل ضمن مفهوم المباشرة طالما حصل التلف من الفعل مباشرة من غير تطلب أمر أو فعل آخر صادر من الغير أو من الطبيعة أو الحيوان.

(١) العلامة عبد الصاحب محمد النراقي، مرجع سابق، ص ٤٢٧.

(٢) أي فتح رباط القرية أو الكيس الذي فيه السائل. فالوكاء في اللغة يعني رباط الصرة أو الكيس أو الوعاء.

(٣) العلامة عبد الصاحب محمد النراقي، مرجع سابق، ص ٤٢٧ وما بعدها.

(٤) الشيخ شمس الدين محمد الخطيب الشربيني، مرجع سابق، ص ٢١٦.

(٥) الشيخ ناصر مكارم الشيرازي، القواعد الفقهية، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، مدرسة الإمام علي عليه السلام،

قم المقدسة، ١٤١١ هـ، ص ٢٠٧. الشيخ محمد حسين كاشف الغطاء، مرجع سابق، ص ١١٩.

النتيجة مما تقدم هو تأييد ما يذهب إليه الاتجاه الذي يرى بأن معيار التمييز بين المباشرة والتسبب هو مدى قوة إسناد النتيجة الضارة إلى الفاعل، وآلية إعمال هذا المعيار هو النظر إن كان الضرر الحاصل نتيجة فعلين صادرين من شخصين مختلفين، بحيث يعتبر الفعل الأول مهيناً أو معداً وممهداً للفعل الثاني، الذي ترتب عليه الضرر مباشرة، من غير أن يكون لازماً له^(١).

الفرع الثاني

صور التسبب

مما لا شك فيه، أن للتسبب صوراً متعددة ومتنوعة، مما لا يمكن الإحاطة بها أو حصرها. إلا أن من المؤكد أن ما يجمع تلك الصور جميعاً هي الطريقة التي تقع بها، فالفعل الضار عموماً، والتسبب خصوصاً، لا يمكن أن يتحقق إلا بطريقتين: الأولى يتمثل بصدور فعل معين من الشخص، وهذا ما يعرف بالتسبب الإيجابي، والثاني يتمثل بالترك أو الامتناع عن فعل معين، وهو ما سمي بالتسبب السلبي^(٢)، وسنعرض لكلا النوعين، وكما يلي:

أولاً: التسبب الإيجابي

المقصود بالتسبب الإيجابي هو قيام الشخص بفعل إيجابي معين، ينشأ عنه وضع، لو صادفه فعل آخر لرتب ضرراً للغير. بمعنى أن التسبب الإيجابي، يستلزم صدور فعل إيجابي من الشخص، ليكون ذلك الشخص مسؤولاً عن نتائج الضارة. والمقصود بالفعل الإيجابي هو "كل عمل ينتج عنه ضرر للغير"^(٣)، أو كما عرفه بعضهم بأنه "كيان مادي محسوس، ويتمثل هذا الكيان فيما يصدر من مرتكبه من حركات لأعضاء في جسمه ابتغاء تحقيق آثار مادية

(١) الشيخ محمد حسين كاشف الغطاء، مرجع السابق، ص ١٢٠.

(٢) محمود شلتوت، الإسلام عقيدة وشريعة، الطبعة الثامنة عشرة، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠١، ص ٤٠٦.

(٣) نجيب شقرا المحامي، المسؤولية المدنية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مطبعة المعارف، مصر، ١٩٠٤،

معينة^(١)، فمن يضع أدوات البناء في الطريق العام، أو يحفر فيه، أو يرشه، أو يصب فيه شيء يزلق به، يكون قد تسبب بالضرر عن طريق قيامه بفعل إيجابي، وهذا الفعل تطلب منه صدور حركة عضوية، لأنه بغير هذه الحركة يتجرد الفعل من الماديّات، وبالتالي، لا يمكن أن يوصف بأنه فعل إيجابي، غير أن ذلك لا يعني أن الحركة العضوية تعني دائماً الحركة اليدوية، فقد تتحقق هذه الحركة بتحريك اللسان^(٢)، ومن ثم، يمكن أن يكون القول المجرد حركة عضوية، يقوم بها الفعل الإيجابي المسبب للضرر، كما في حالة رجوع الشهود عن شهادتهم بعد الحكم بها، حيث قضى فقهاء الشريعة الإسلامية بأنه إذا أقر الشهود أنهم قد تعمدوا الكذب، أو ادّعوا أنهم قد أخطأوا، بعد ما سببت شهادتهم هلاك المشهود عليه أو ماله، فالضمان والقود^(٣) عليهم دون الحاكم^(٤).

ثانياً: التسبب السلبي

ويراد به ذلك التسبب الناتج عن امتناع الشخص عن إتيان تصرف معين، إذا كان ملزماً بهذا التصرف، قانوناً أو اتفاقاً. أي أن التسبب ناتج عن الخطأ السلبي أو كما يعرف بالامتناع الخاطئ، والذي يعرف بأنه " إحجام شخص عن عمل يترتب عليه إنقاذ نفس من الهلاك أو حفظ مال من التلف "^(٥). أو كما عرفه آخر بأنه " إحجام شخص عن القيام بعمل قانوني يلزم عليه القيام به إما بمقتضى تشريع أو اتفاق أو مخالفته لسلوك الشخص المعتاد وفقاً لما يقضي به

(١) إيهاب عبد المطلب، د. سمير صبحي، القانون الجنائي المغربي في ضوء الفقه وأحكام المجلس الأعلى المغربي ومحكمة النقض المصرية، المجلد الأول، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، ٢٠١١، ص ٥٤٤.

(٢) إيهاب عبد المطلب، د. سمير صبحي، مرجع سابق، ص ٥٤٤.

(٣) القود يعني القصاص.

(٤) أبو الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي، القواعد في الفقه الإسلامي، دار الفكر، دون سنة نشر، ص ٢٨٥.

(٥) د. يوسف قاسم، نظرية الضرورة في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣، ص ٣٧٤.

العرف أو مبادئ الشريعة الإسلامية وقواعد العدالة إذا كان هذا الامتناع يمكن إثباته أمام القضاء من غير تجسس ولا كشف للأستار^(١).

يُفرّق الفقه الوضعي في هذا الصدد بين نوعين من الإمتناع، وعلى النحو الآتي:

١- الامتناع المسبوق بالتزام، أو كما يسمى اصطلاحاً، بالامتناع بمناسبة عمل، والذي يتحقق عندما يمتنع الشخص عن القيام بما هو ملزم به قانوناً، أو بما ألزم به نفسه^(٢)، كالذي يمتنع عن أداء واجبه الوظيفي أو الاتفاقي، مما يسبب ضرراً لغيره، أو الذي يقوم بنشاط معين، ويمتنع عن الأخذ بالاحتياطات اللازمة التي تتطلبها ممارسة ذلك النشاط، للحيلولة دون وقوع الضرر^(٣). كامتناع دائرة الكهرباء من اتخاذ الاحتياطات اللازمة للسلامة، أو امتناع المهندس عن وضع إشارات التنبيه للدلالة على وجود الحفريات في الطريق العام، أو امتناع المقاتل عن وضع علامات تحذير من المواد الخطرة المستخدمة في البناء.

وقد اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية وشراح القانون، بصدد هذا النوع من الامتناع على قيام مسؤولية الممتنع^(٤)، لما يمثله هذا الامتناع من خروج على الواجب العام المتمثل باليقظة

(١) د. أيمن سعد سليم، الامتناع مصدر للمسؤولية المدنية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ٥٣.

(٢) د. معاذ محمد يعقوب، الامتناع الخاطئ في المسؤولية المدنية، بحث منشور في مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، المجلد التاسع، العدد الثاني، لسنة ٢٠١٩، ص ٥٣٣.

(٣) د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الالتزامات، الفعل الضار والمسؤولية المدنية، المجلد الثاني، القسم الأول، الطبعة الخامسة، دون دار نشر، ١٩٨٨، ص ٢٧١.

(٤) موسوعة الفقه الإسلامي طبقاً لمذهب أهل البيت، الطبعة الأولى، الجزء الثالث، مؤسسة دائرة معارف الفقه الإسلامي، قم المقدسة، ٢٠٠٤، ص ٢٥٦. العلامة محمد النراقي، مرجع سابق، ص ٤٣٦. محمود شلتوت، مرجع سابق، ص ٤٠٧. محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٨، ص ٩٢. د. محمد أحمد سراج، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، دراسة فقهية مقارنة بأحكام المسؤولية التقصيرية في القانون، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٩٣، ص ٢٥١. د. محمد المدني بوساق، مرجع سابق، ص ٨٧. د. عبد المجيد الحكيم، د. عبد الباقي البكري، د. محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، مصادر الالتزام، الجزء الأول، العاتك، القاهرة، المكتبة القانونية، بغداد، دون سنة نشر، ص ٢٢١. د. حسن علي الذنون، =

والتبصر عند القيام بالعمل^(١). وبالتالي، يكون هذا الامتناع داخلاً في ضمن المفهوم العام للتعدي. حيث ورد تعبير التعدي في القانون المدني العراقي والقوانين محل المقارنة بصورة مطلقة ولم يقيد بأي قيد مما يعني أنه يشمل التعدي الإيجابي والتعدي السلبي، وما من شك أن الامتناع هنا ما هو إلا صورة من صور التعدي السلبي، والمتمثل بالإهمال والتقصير وعدم التحرز، يُسأل عنه الممتنع إذا نشأ عنه ضرر للغير^(٢).

وهذا ما تأكده محكمة النقض المصرية، حيث جاء في قرار لها " إن من المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن المسؤولية التقصيرية لا تقوم إلا بتوافر أركانها الثلاثة من خطأ ثابت في جانب المسئول إلى ضرر واقع في حق المضرور وعلاقة سببية تربط بينهما وقد قامت هذه المسؤولية على فكرة الخطأ فهو يتناول الفعل السلبي والفعل الإيجابي وتنصرف دلالاته إلى مجرد الإهمال والفعل والعمد على حد سواء "^(٣).

وفي هذا الصدد قضت محكمة التمييز الاتحادية العراقية، بأن " سقوط محولة كهرائية إلى الأرض وتسببها بأضرار جسدية للشخص تتحقق بموجبه المسؤولية التقصيرية على الجهة الرسمية المسؤولة وعليها التعويض المادي والأدبي عن الضرر "^(٤).

=المبسوط في المسؤولية المدنية، الخطأ، الجزء الثاني، مطبعة العزة، بغداد، ٢٠٠١، ص ٢٠٤. د. عبد الحكم فودة، الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية، دار الألفي، دون سنة نشر، ص ٢٦. مصطفى عبد القادر حليلو، عناصر المسؤولية عن الفعل الضار في القانون المدني الأردني والجزائري، رسالة مقدمة إلى كلية الدراسات العليا الجامعة الأردنية، ١٩٩١، ص ٧٧.

(١) د. حبيب إبراهيم الخليلي، مسؤولية الممتنع المدنية والجنائية في المجتمع الاشتراكي، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٦٧، ص ٤٦.

(٢) د. حسن علي الذنون، المرجع السابق، ص ٢٢٠.

(٣) الطعن رقم ٤٨٠١، لسنة ٦٩ قضائية، جلسة ٢٠١٧/١١/١١ منشور على الرابط https://www.cc.gov.eg/judgment_single?id=111367250&ja=141391 نظر هذا الموقع

بتاريخ ٢٠٢١/٣/٢ الساعة ٨:٠٠ مساءً.

(٤) الطعن عدد ١٠٣٣/استئنافية منقول، بتاريخ ٢٠٠٩/٢/٢٥، منشور في النشرة القضائية، العدد الثاني عشر، أيار - ٢٠١٠، ص ١١.

وهكذا جاء في قرار لها بأنه " لدى التدقيق والمداولة وجد أن الطعن التمييزي واقع ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلاً، ولدى عطف النظر في الحكم المميز وجد أنه صحيح وموافق للقانون ذلك لأن الثابت من خلال التحقيقات التي أجرتها المحكمة حدوث انفجار محولة الكهرباء المنصوبة في الحي الصناعي في النجف وأدى ذلك إلى احتراق المحلات القريبة منها بينها المحل العائد للمدعي وقد بين الخبراء الثلاثة في تقريرهم المقدم إلى المحكمة بأن سبب وقوع الحادث هو دائرة الكهرباء بنسبة ١٠٠% مما كوّن للمدعي حق المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي أصابته نتيجة الحادث المذكور... ولذا قرر تصديق الحكم ورد اللائحة التمييزية"^(١).

وأيضاً ما قضت به محكمة التمييز الأردنية بأنه " ما دام أن شركة البترول الأردنية المساهمة المحدودة هي المصدر الوحيد لأسطوانات الغاز المطروحة للاستعمال من قبل الجمهور وأنها الجهة الوحيدة التي تتولى تعبئتها يقع عليها واجب الرقابة والفحص وتأمين السلامة العامة ... ذلك أن الفعل الضار الذي يترتب الضمان لا فرق بين أن يكون فعلاً إيجابياً على صورة تعبئة كمية من الغاز في الاسطوانة تزيد على الحد المقرر أو فعلاً سلبياً على صورة الإهمال في تفحص الصمام وإحكام تثبيته وحيث أن ثبوت الخطأ على الوجه السالف باعتباره السبب الذي أفضى إلى الضرر الناتج عن الحريق يكفي لتوفير شروط المسؤولية بالتسبب حسب شروط المادة (٢/٢٥٧) من القانون المدني فإن الميزة تكون ملتزمة بضمان الضرر ... "^(٢).

وكذلك قضت محكمة التمييز الأردنية بأن " ثبوت أن الشركة المدّعى عليها قامت بعمل الحفرة ولم تضع حواجز أو إشارات تحذيرية حول الحفرة تحول دون سقوط الناس يشكل ركن الإهمال والتقصير من جانبها ويجعلها مسؤولة عن إهمالها وخطئها "^(٣).

(١) الطعن عدده ٢٧٥/مدنية منقول، تاريخ ٢٠٠٩/٥/٧، منشور في النشرة القضائية، المرجع السابق، ص ١٨.

(٢) تمييز حقوق رقم ١٩٨٤/٦٠ تاريخ ١٩٨٤/٤/٢١ منشور على الرابط <https://www.lawjo.net> نظر هذا الموقع بتاريخ ٢٠٢١/٢/٢٧ الساعة ٧:٣٠ صباحاً.

(٣) رقم القرار ١٨١٨ ١٩٩٧ منشور على الرابط <https://www.lawjo.net> نظر هذا الموقع بتاريخ ٢٠٢١/٢/٢٧ الساعة ٧:٣٠ صباحاً.

ومن الجدير بالذكر، أنه لا يكفي في هذا المقام، للتخلص من المسؤولية أن يحتج الشخص بأنه التزم بما تمليه عليه القوانين واللوائح التي تضعها الجهة المختصة، إن لم يتخذ كافة الوسائل التي يستدعي اتخاذها لحماية الغير، إذا كان العمل الذي يمارسه الشخص محفوفاً بالمخاطر، حتى وإن استوفى جميع ما تشترطه الجهات المختصة، إذا تبين عدم كفاية لحماية الغير^(١).

٢- الامتناع المجرد، والذي يقصد به " الامتناع عن عمل إيجابي لم يفرضه القانون ولا الاتفاق صراحة ولا يتعلق ببذل الاحتياطات اللازمة التي يتطلبها ممارسة نشاط معين "^(٢). فهذا النوع من الامتناع لم يكن يشكل إخلالاً لما التزم به الشخص، ولا هو إخلال بواجب اليقظة والتبصر، وإنما هو امتناع عن تقديم المساعدة، أو كما يصطلح عليه بـ "الامتناع عن الإغاثة"^(٣)، كالامتناع عن انقاذ شخص على وشك الغرق، مع القدرة على السباحة، أو الامتناع عن تخليص مال يحترق، أو الامتناع عن إسعاف شخص مصاب، أو غيرها من الصور التي يكون فيها الشخص قادراً على التدخل لمنع وقوع الضرر، ومع هذا يتخذ موقف المتفرج.

على مستوى الفقه الاسلامي، لا يوجد اتفاق في الرأي بصدد هذا النوع من الامتناع، حيث ذهب فقهاء المالكية إلى القول بضمان الممتنع، باعتبار أن صون نفس المسلم وماله واجب على كل مسلم، ومن ترك واجباً في الصون ضمن، ولذا قرروا بأن من مرَّ على حباله فيها صيد يمكنه تخليصه وحيازته لصاحبه فتركه حتى مات، أو مر على لقطة يعلم أنه إذا تركها أخذها من يجدها وجب عليه أخذها، وإلا ضمن قيمتها^(٤). بينما ذهب فقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة والامامية الى عكس ذلك، بأن لا ضمان على الممتنع، باعتبار أن مناط التضمن هو الاتلاف وليس التلف، بمعنى أنه ولكي يلزم الشخص بالضمان، يجب أن يصدر منه عمل يؤدي

(١) عز الدين الدناصورى، مرجع سابق، ص ٦٨. د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، دون ناشر، دون تاريخ نشر، ص ٢٨٦ وما بعدها.

(٢) رياض أحمد عبد الغفور، الامتناع الخاطئ عن تقديم المساعدة والمسؤولية المدنية المترتبة عليه، دراسة في ضوء أحكام القانون المدني والفقه المقارن، بحث منشور في مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، العدد الأول، المجلد الخامس، ٢٠١٢، ص ٢١٢.

(٣) د. يوسف قاسم، مرجع سابق، ص ٣٧٤.

(٤) احمد بن ادريس بن عبد الرحمن القرافي، الفروق المسمى بأنواء البروق في انواء الفروق، الجزء الثاني، دار النوادر، الكويت، ٢٠١٠، ص ٢٠٥.

إلى التلف، إذ لا يكون الضمان إلا نتيجة لفعل إيجابي، وبالتالي، لا يمكن أن يحكم بضمنان شخص لمجرد الترك، لأن الترك أمر عديمي والعدم لا ينتج عنه إلا العدم، ولذا فمن ترك حفظ مال الغير، أو إنقاذ الغريق، أو إطفاء الحريق مع القدرة عليه، فمع أنه آثم شرعاً، إلا أنه غير ضامن^(١).

وأمّا من الناحية القانونية، فلم تتناول معظم التشريعات المدنية - ومنها القانون المدني العراقي والقوانين محل المقارنة - مسألة الامتناع عن تقديم المساعدة بنص خاص^(٢)، لذلك كان قيام المسؤولية بناءً على هذا التصرف محل خلاف بين شراح القانون، فقد انقسم الرأي بينهم على اتجاهين، الاول يرى أن الامتناع إذا لم يكن مخالفاً لنص قانوني معين، أو لم يكن مخالفاً للواجب العام المتمثل باتخاذ الحيطة والحذر عند التعامل، فإنه لا يمكن أن يشكل تعدياً تقوم معه مسؤولية الممتنع^(٣)، على اعتبار أن القول بخلاف ذلك يؤدي إلى المساس بحرية الفرد، الحرية التي لا يمكن أن يحد منها إلا نص القانون، وما دام أنه لا يوجد نص كهذا، فلا يمكن

(١) محمد بن علي بن محمد الحصكفي، الدر المختار، الجزء الثاني، مطبعة الواعظ، القاهرة، دون سنة نشر، ص ١٣٠. الشيخ شمس الدين محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج لمعرفة معاني الفاظ المنهاج، الجزء الرابع، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ١٣٧٧هـ، ٣٠٩. منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، الجزء السادس، عالم الكتب، بيروت، ١٩٨٣، ص ١٥. السيد عبد الأعلى السبزواري، مذهب الأحكام في بيان الحلال والحرام، المجلد التاسع والعشرون، الطبعة الأولى، دار التفسير، ٢٠٠٩، ص ١٥٨.

(٢) مع أن قانون العقوبات اعتبر هذا السلوك جريمة معاقب عليها قانوناً. ينظر المادة ٣٧٠ من قانون العقوبات العراقي التي تنص على أنه " ١- يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر وبغرامة لا تزيد على خمسين دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من امتنع أو توانى بدون عذر عن تقديم معونة طلبها موظف أو مكلف بخدمة عامة مختص عند حصول حريق أو غرق أو كارثة أخرى. ٢- ويعاقب بالعقوبة ذاتها من امتنع أو توانى بدون عذر عن إغاثة ملهوف في كارثة أو مجني عليه في جريمة ". ويذهب بعض الشراح إلى القول بإمكانية الاستناد إلى هذا النص لقيام مسؤولية الممتنع المدنية عن الضرر الحاصل من الحالات التي عدتها المادة أعلاه. ينظر د. حسن علي الذنون، مرجع سابق، ص ٢٢٥.

(٣) د. محمد المرسي زهرة، مرجع السابق، ص ١٤٦ وما بعدها. وكذلك بهذا المعنى د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دون سنة نشر، ص ١٢٨٠.

مسألة الشخص عما لم يكن مكلفاً به، هذا بالإضافة إلى أنه لا توجد رابطة سببية بين الامتناع والضرر، فالضرر يتحقق من الفعل الذي صدر من شخص آخر غير الممتنع، ولذا فالامتناع لم يكن السبب لوقوع هذا الضرر^(١).

أما الاتجاه الثاني، فقد رأى قيام مسؤولية الممتنع، إذا ما ترتب عن امتناعه ضرر لحق بالغير^(٢)، إلا أنهم اختلفوا في الضابط أو المعيار الذي من خلاله يحدد متى يعتبر الممتنع مسؤولاً عن امتناعه؟ ومتى لا يعتبر كذلك؟ حيث قدم الشراح العديد من الآراء في هذه المسألة، منها الرأي القائل بأن الضابط في ذلك، هو الموازنة بين المصالح، أي الاعتماد على ضابط موضوعي، من خلاله تتم الموازنة بين مصلحة الممتنع في أن يظل ساكناً، ومصلحة المضرور الذي يحتاج إلى المساعدة، وبالتالي، يعتبر الممتنع متعدياً بامتناعه، إذا رجحت مصلحة المضرور على مصلحته، في حين ذهب رأي آخر إلى الاعتماد على نظرية التعسف في استعمال الحق، للفرقة بين الممتنع المسؤول، وبين غيره، حيث يعتبر الممتنع متعسفاً في استعمال حقه في الامتناع، إذا تعمد من خلال ذلك الامتناع إيقاع الضرر بالغير، دون مصلحة خاصة له، أما إذا لم يتعمد ولم يكن مريداً لأن يتضرر غيره فلا مسؤولية عليه^(٣). بينما ذهب آخر إلى الاعتماد على القواعد العامة في تحديد التعدي، فيرى بأن الممتنع يعد متعدياً إذا خالف سلوك الرجل المعتاد، حيث لا بد من مقارنة سلوك الممتنع مع سلوك رجل معتاد يوجد في نفس الظروف الخارجية التي وجد فيها الممتنع، فإن امتنع انتفت مسؤولية الممتنع، لأن سلوكه موافق للسلوك المعتاد، وإن لم يمتنع الرجل المعتاد، بأن قام بما يجب القيام به من مساعدة، فإن

(١) د. عبد الحكم فودة، مرجع السابق، ص ٢٢ وما بعدها. د. حسن علي الذنون، مرجع سابق، ص ٢١٢ وما بعدها. د. عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، الخطأ والضرر، الطبعة الأولى، منشورات عويدات، بيروت، باريس، ١٩٨٣، ص ١٩٧.

(٢) د. عبد المجيد الحكيم، د. عبد الباقي البكري، د. محمد طه البشير، مرجع سابق، ٢٢١. د. حسن علي الذنون، المرجع السابق، ٢٢٤. د. عاطف النقيب، المرجع السابق، ص ٢٠٢. د. عبد الحكم فودة، مرجع سابق، ص ٢٥. د. أيمن سليم سعد، مرجع سابق، ص ٧١. رياض أحمد عبد الغفور، مرجع سابق، ص ٢١٩.

(٣) ينظر في عرض هذه الآراء د. حبيب إبراهيم الخليلي، مرجع سابق، ص ١٠٦. د. أيمن سعد سليم، مرجع سابق، ص ٦٧.

المتمتع يضمن ما ترتب من ضرر، لخروجه عن السلوك المعتاد^(١). غير أن ما يؤخذ على هذا الرأي هو استناده الى معيار الرجل المعتاد، وهو معيار يصلح في حال وجد التزام ببذل عناية، أما ما نحن بصدد فهو عدم وجود أي التزام.

ويمكن القول أن الاتجاه الأول والذي يرى عدم قيام مسؤولية المتمتع هو الأقرب الى القبول لأن القول بمسألة المتمتع لا يستند الى أي نص قانوني.

المطلب الثاني

أساس مسؤولية المتسبب

إذا كان المقصود بأساس المسؤولية هو "الأسباب أو الاعتبارات التي تحمل المشرع على وضع عبء تعويض الضرر على عاتق شخص معين"^(٢) دون غيره، فإن ذلك يعني أن الدراسة في هذا المطلب ستتركز على البحث عن سبب الحكم بالتعويض على المتسبب، حيث إن هذا السبب، والذي يعتبر أساس المسؤولية، يختلف بحسب القوانين وما تتبناه من نظريات، ولذا سنحاول في هذا المطلب تحديد الأساس الذي اعتمده المشرع العراقي لقيام المسؤولية المتسبب، مبتدئين ذلك بعرض النظريات التي طرحت بهذا الصدد، ومن ثم معرفة موقف المشرع العراقي والقوانين محل المقارنة منها.

وفي ضوء ما تقدم سيتم تقسيم هذا المطلب على فرعين: يخصص الأول لعرض النظريات التي وضعت لبيان أساس المسؤولية بوجه عام، والفرع الثاني لبيان موقف المشرع العراقي والقوانين محل المقارنة.

(١) د. حسن علي الذنون، مرجع سابق، ص ٢٢٤. د. أيمن سليم سعد، مرجع سابق، ص ٥١ وما بعدها. د.

سليمان مرقس، مرجع السابق، ص ٢٧٤. د. عاطف النقيب، مرجع سابق، ص ٢٠٢.

(٢) د. سمير ذنون، الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي في القانونين المدني والإداري، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، ٢٠٠٩، ص ٢٧.

الفرع الأول

النظريات التي وضعت لبيان أساس المسؤولية

تتجاذب الفقه القانوني، منذ عقود، نظريتين أساسيتين في تحديد الأساس القانوني للمسؤولية غير العقدية، نظرية ترى بأن الخطأ هو قوام المسؤولية، وهي التي تعرف بالنظرية الشخصية أو الخطئية، وأخرى ترى بأن الضرر هو ما تقوم عليه المسؤولية، وهي ما سميت بالنظرية الموضوعية، التي هي بدورها انقسمت على اتجاهين، اتجاه ينادي باستبعاد فكرة الخطأ كلياً من نطاق المسؤولية والقول بنظرية تحمل التبعة، وآخر يرى بأن يبقى على فكرة الخطأ كأسس ثانوي إلى جانب الضرر مع تحديد مجالاته، وطرح نظرية الضمان ونظرية التضامن الاجتماعي^(١).

هذا بالإضافة إلى نظرية الضمان في الفقه الإسلامي، التي هي الأخرى يمكن أن تصنف في ضمن النظريات الموضوعية، إلا أنه ولكي يتم تركيز البحث، فسنتصر على تناول أشهر نظريتين، وهما النظرية الشخصية والنظرية تحمل التبعة، بالإضافة إلى نظرية الضمان في الفقه الإسلامي وذلك في ثلاث فقرات.

أولاً: النظرية الشخصية

وهي النظرية التقليدية، التي تقرر بأن كل من يحدث ضرراً بالغير، لا يلزم بالتعويض، إلا إذا كان التصرف الصادر منه والذي نتج عنه الضرر، يعد تصرفاً خارجاً عن المألوف أو المعتاد، أي شكلاً خطأً. وتسمى هذه النظرية أيضاً بالنظرية الشخصية، حيث ينظر فيها إلى الفاعل وسلوكه، ومدى موافقة هذا السلوك مع سلوك الشخص المعتاد^(٢).

(١) عمر بن الزبير، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية، أطروحة دكتوراه، مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ٢٠١٧، ص ١٣.

(٢) د. جبار صابر طه، أساس المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع بين الخطأ والضرر، دار الكتب القانونية، مصر، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، ٢٠١٠، ص ٤٩.

ترجع جذور هذه النظرية إلى الفقيه دوما Domat الذي كان متأثراً بالفكر الكنسي، الذي يرى بأن الإنسان لا يسأل وجدانياً وأدبياً إلا عن الأضرار التي يحدثها بخطئه، أما تلك التي تحدث بغير خطأ منه، فلا يلزم بتعويضها، ليجسد دوماً ذلك في كتابه القوانين المدنية "Lois civiles"، الذي استقى منه واضعوا التقنين المدني الفرنسي القديم أحكام المادتين^(١) ١٣٨٢ و ١٣٨٣، اللتين شكلتا المبدأ العام للمسؤولية المدنية في القانون المدني الفرنسي^(٢).

ومن ثم تبلورت فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية، وأن لا مسؤولية بدون خطأ، وأن رتب التصرف ضرراً لحق بالغير، حيث يتحمل كل فرد في المجتمع ما يلحق به من أضرار، إلا إذا كانت هذه الأضرار ناجمة عن خطأ عندها سيتحملها المخطئ. سواء أكان هذا الخطأ صادراً عن عمد أو عن إهمال وتقصير وعدم احتياط، إذ في كل الأحوال يلزم من صدر منه بالتعويض^(٣).

ويستوي في ذلك أن يكون الخطأ المرتكب واجب الإثبات، كما في المسؤولية عن الأعمال الشخصية، أو أن يكون مفترضاً، كما في المسؤولية عن فعل الغير والمسؤولية عن الأشياء، حيث إن ذلك لا يغير من كون الخطأ، هو أساس المسؤولية عن العمل غير المشروع، غاية الأمر أن الخطأ في المسؤولية عن الأعمال الشخصية، يجب أن يتم إثباته بموجب القواعد العامة في الإثبات، أما في المسؤولية عن فعل الغير، أو عن الأشياء، فلصعوبة إثبات الخطأ فيها، اقتضت اعتبارات العدالة، ومراعاة لمن لحقه الضرر، إعفاء المضرور من بعض عبء الإثبات الملقى عليه، وذلك بتقرير قرائن قانونية بمقتضاها يفترض خطأ المسؤول ابتداءً، فلا يحتاج من لحقه الضرر لإقامة الدليل عليه^(٤).

وبالرغم من أن الخطأ يمثل الركن الأساسي في المسؤولية عند القائلين بهذه النظرية، إلا أنه مع ذلك لم تتفق كلمتهم في تحديد مضمونه، هذا بعد تجنب معظم القوانين المدنية وضع تعريف

(١) انظر ما يقابلها نصوص المواد ١٢٤٠، ١٢٤١ من القانون المدني الفرنسي طبقاً للتعديل الجديد الصادر في عام ٢٠١٦.

(٢) د. عادل جبري محمد حبيب، مرجع سابق، ص ١٦٨.

(٣) عز الدين الدناصوري، مرجع سابق، ص ٥٥.

(٤) محمد صلاح الدين حلمي، أساس المسؤولية التقصيرية في الشريعة الإسلامية والقانون المدني، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة القاهرة، دون سنة طبع، ص ١٢٦.

محدد له، وترك تلك المهمة للقضاء والفقه، ولذا فقد عُرِفَ بتعريفات كثيرة ومتنوعة، ولكن أغلب تلك التعريفات غير جامعة ولا مانعة، والسبب في ذلك هو أن الخطأ فكرة ذات جذور أو أبعاد أخلاقية يصعب ضبطها بمعيار ثابت^(١).

ومع ذلك فإن الفقه والقضاء اتجها إلى تقريب معنى الخطأ في المسؤولية غير العقدية من معناه في المسؤولية العقدية، فإذا كان الخطأ في المسؤولية العقدية يعني "الإخلال بالتزام عقدي"، فإن الخطأ في المسؤولية غير العقدية يعني "الإخلال بالتزام قانوني"، غير أن الالتزام في المسؤولية العقدية إما أن يكون التزاماً بنتيجة أو أن يكون التزاماً بعناية، بمعنى إما أن يكون المطلوب من المتعاقد تحقيق نتيجة معينة وإلا عُدَّ مُخطئاً، أو أن يكون المطلوب منه أن يبذل العناية اللازمة للوصول للنتيجة، ولا يهم بعد ذلك تحقق تلك النتيجة من عدمه، أما الالتزام في المسؤولية غير العقدية فإنه يكون دائماً التزاماً بعناية، يلتزم بمقتضاه الشخص باليقظة والتبصر عند القيام بسلوك معين، حتى لا يضر بالغير، فإذا انحرف في سلوكه عن السلوك المعتاد، مع قدرته على الإدراك والتمييز قامت مسؤوليته^(٢).

وبذلك يكون الخطأ مستنداً على ركنين، لا يقوم إلا بهما معاً، يتمثل الركن الأول بالتعدي، والذي يتحقق بالخروج عن السلوك المعتاد للرجل العادي، لو وجد في الظروف الخارجية نفسها التي وجد فيها محدث الضرر^(٣)، أما الركن الثاني فهو الركن المعنوي، المتمثل بالإدراك والتمييز الذي يجب أن يتمتع به محدث الضرر^(٤).

ثانياً: نظرية تحمل التبعة

إنطلق دعاة نظرية تحمل التبعة، بالتأسيس لنظريتهم، بإنكار فكرة ضرورة توافر الخطأ لقيام المسؤولية، على اعتبار أن هذه الفكرة لم تعد تتسجم وما ترمي إليه المسؤولية المدنية، من جبر

(١) د. جبار صابر طه، مرجع سابق، ص ٥٩.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ٧٧٩.

(٣) د. محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٧٧، ص ٣٤٤.

(٤) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، الجزء الأول، الطبعة الثانية، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد، ١٩٦٣، ص ٤٤٠.

الضرر الذي خلفه فعل الفاعل، بعيداً عن فكرة العقاب، حيث لم تعد الغاية من ترتيب المسؤولية معاقبة الفاعل، وإنما تعويض الضرر الذي أحدثه، وبالتالي، فلا يبقى أي معنى لاشتراط عدم مشروعية فعل الفاعل لإمكان قيام مسؤوليته^(١).

وقد كانت الظروف الاقتصادية آنذاك عاملاً مهماً لنشوء هذه النظرية، فقد أدى ازدهار الصناعات، وقيام المصانع الكبرى إلى تزايد أعداد إصابات العمل، نتيجة انتشار الآلة، وما رافق ذلك من صعوبة إثبات الخطأ بجانب رب العمل، وفق القواعد العامة، التي تقضي بأن البيئة على من ادّعى، الأمر الذي أدى إلى حرمان العديد من العمال المصابين من حقهم في التعويض، بسبب عجزهم في مضمار الإثبات^(٢).

وفي ظل هذا الواقع، حاول بعض الفقهاء البحث عن أساس جديد لإقامة المسؤولية المدنية عليه، وقد وجدوا ضالتهم في الضرر، ليكون هو الأساس الذي تبنى عليه المسؤولية المدنية^(٣). فكان الفقيه لابييه Labbe أول من نادى بذلك، حيث رأى إمكان قيام المسؤولية، بعيداً عن فكرة الخطأ، مستنداً في ذلك لنص المادة (٣٨٤ قديم، ١٢٤٢ حديث) من القانون المدني الفرنسي، التي تقرر إعفاء الوالدين والمربين ومعلمي الحرف من المسؤولية، عند إثبات عدم صدور خطأ بجانبهم، في الوقت الذي تغفل فيه تلك المادة، الإشارة إلى حراس الأشياء، بعدما قررت مسؤوليتهم في الفقرة الأولى منها، الأمر الذي استنتج منه الفقيه لابييه أن مسؤولية الحارس لا تقوم على الخطأ، ثم تبعه على ذلك الفقيه سالي Saleilles، بعد أن رأى أن المادة (٣٨٢ قديم، ١٢٤٠ حديث) تقرر أن "كل فعل أياً كان" يجب تعويض الضرر الناتج عنه، وبالتالي رأى أن هذه المادة ترتب المسؤولية على أي فعل بقطع النظر عن كونه خاطئاً أم غير خاطئ، إلا أن سالي ما لبث أن عدل عن المادة المتقدمة إلى المادة (٣٨٤ قديم، ١٢٤٢ حديث)، بعد صدور قرار من محكمة النقض، استندت فيه إلى المادة الأخيرة للحكم بالتعويض بدون خطأ^(٤)، فرأى أن

(١) حسن علي الذنون، مرجع سابق، ص ٥ وما بعدها.

(٢) حسين عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، الطبعة الأولى، مطبعة مصر، ١٩٥٦، ص ١٦٢.

(٣) د. جبار صابر طه، مرجع سابق، ص ١٦٥.

(٤) تتلخص وقائع هذا الحكم في أرملة أقامت دعوى على مالكي مرجل بخاري يدعى Marie للحكم لها ولأولادها الصغار بالتعويض عن موت زوجها المتوفي بانفجار حدث في المرجل بسبب تمزق أنبوب من الأنابيب،

هذه المادة الأخيرة تصلح لأن تكون سنداً للقول بنظرية تحمل التبعة بصورتها المطلقة، التي تقرر بأن الشخص يُسأل عن النتائج الضارة لأي نشاط يبذله دون تقييد، والتي سميت بنظرية تحمل المخاطر المستحدثة^(١).

غير أنه سرعان ما تبين أنَّ القولَ بمسؤولية الفرد عن النتائج الضارة لأي نشاط يبذله، من شأنه أن يثني الناس عن العمل، ويجعلهم يأترون الامتناع عن أي عمل نافع^(٢)، وتجنباً لذلك اتجه بعض الفقهاء، وفي مقدمتهم الفقيه جوسران Josserand إلى تقييد هذه النظرية، من خلال قصر المسؤولية على الأحوال التي يكون فيها الشخص قد زاد من المخاطر العادية للحياة، وذلك بإقدامه على عمل يدر عليه ربحاً، بحيث يكون تحمل نتائج المخاطر مقابل ما يجنيه من ربح من ذلك العمل، على أساس قاعدة الغرم بالغنم، وهكذا ظهر إلى جانب نظرية تحمل التبعة بصورتها المطلقة، نظرية أخرى عرفت بنظرية تحمل تبعة المخاطر المقابلة للربح^(٣).

إلا أنَّ تقييدَ النظرية على النحو المتقدم لم يعصمها من النقد، لأن مفهوم الربح يتصف بالمرونة، إلى حد يجعل منه غير صالح لأن يكون ضابطاً يقاس به قيام المسؤولية، باعتبار أن الأشخاص يبحثون عن النفع في الأنشطة التي يقومون بها، وبالتالي، لا يكون هناك حد فاصل بين النفع الذي يبرر قيام المسؤولية، وبين ما لا يبرر ذلك^(٤).

وبعد سلسلة من المرافعات والطعون حكم لها بالتعويض. ينظر في عرض تفاصيل هذه القضية د. حسن الخطيب، نطاق المسؤولية المدنية التقصيرية والمسؤولية العقدية، في القانون الفرنسي والقانون العراقي المقارن، مطبعة حداد، البصرة، دون سنة نشر، ص ١٢٣.

(١) د. سليمان مرقس، محاضرات في المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، القسم الثاني، الأحكام الخاصة، فعل المسؤولية عن فعل الغير والمسؤولية عن الأشياء، ١٩٦٠، ص ١٩٧.

(٢) د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص ١١٢٥.

(٣) د. إبراهيم الدسوقي، الإعفاء من المسؤولية المدنية عن حوادث السيارات، دراسة تحليلية لنظرية السبب الأجنبي في الفقه والقضاء المصري والفرنسي، أطروحة دكتوراه قدمت إلى كلية الحقوق، جامعة عين شمس، دون سنة نشر، ص ٨٩.

(٤) د. حسين عامر، مرجع سابق، ص ١٦٥.

ثالثاً: نظرية الضمان في الفقه الإسلامي

من المعلوم أن منهج الفقه الاسلامي يختلف عن منهج الفقه الغربي، حيث كان فقهاء الشريعة الإسلامية يفتون في كل تصرف على حدة، وبحسب ما يعرض عليهم من مسائل عملية، وذلك بالاستناد إلى القواعد الكلية التي قررتها الشريعة. الأمر الذي ترتب عليه أن جاءت الأحكام المتعلقة بالضمان، موزعة على أبواب فقهية مختلفة، مثل الجنایات، والحدود، والديات، والاتلاف، ومما جعل من الصعوبة القول بوجود نظرية عامة للضمان، كما هو الشأن في النظريات الغربية^(١).

مع ذلك فقد وضع فقهاء الشريعة مبدأً عاماً يشمل جميع المسائل المتعلقة بالضمان، ويتمثل هذا المبدأ بإلزام كل من أضر بغيره في ماله أو جسمه بالضمان^(٢)، مستنديين في ذلك إلى الحديث الشريف في قول النبي صلى الله عليه وآله وسلم " لا ضرر ولا ضرار"، وما يتفرع عن هذا الحديث من قواعد فقهية كلية منها قاعدة "الضرر يدفع بقدر الإمكان"^(٣)، وقاعدة "الضرر يزال"^(٤). وتبعاً لذلك قرر الفقهاء بأنه لا يشترط للحكم بالضمان إلا وقوع الضرر المستند إلى شخص معين، سواء كان الضرر قد نشأ عن اعتداء أو مخالفة المحظور أم لا، إذ يجب الضمان مطلقاً، سواء وجد الاعتداء أم لم يوجد، لأن الضرر علة وسبب للتضمنين، فإذا وجدت العلة وجد المعلول، فالفعل المولد للضرر يجب ضمانه لأنه حينئذ يكون فعلاً محظوراً بالنظر إلى نتائجه^(٥).

(١) د. إدريس العلوي العبدلاوي، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، دون ناشر، دون سنة نشر، ص ١٤٨. د. إبراهيم الدسوقي، المسؤولية المدنية بين التقيد والاطلاق، مرجع سابق، ص ١٤٢ وما بعدها. د. سعد أمين، المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير الفقه الإسلامي المقارن، دون دار نشر، ٢٠٠١، ص ٦٩. د. محمد الزين، المسؤولية التقصيرية، دون دار نشر، ١٩٩٩، ص ٦. د. عبد المجيد

الحكيم، مرجع سابق، ص ٤٢١.

(٢) د. سعد أمين، المرجع السابق، ص ٨٤. د. عبد المجيد الحكيم، المرجع السابق، ص ٤٢١ وما بعدها.

(٣) المادة ٣١ من مجلة الأحكام العدلية.

(٤) المادة ٢٠ من مجلة الأحكام العدلية.

(٥) الشيخ علي الخفيف، مرجع سابق، ص ٣٧ وص ٥٤.

إلا أنَّ الحكم المتقدم ليس على مطلقاً، لأن الشريعة الإسلامية وكما مر تقسم الأضرار المضمونة بحسب درجة ارتباطها بالفاعل على نوعين: فهي إما أضرار تقع بالمباشرة، وفيها يحكم بالضمان من غير قيد أو شرط، أو أضرار تقع بالتسبيب، وحينئذ لا يحكم بالضمان، من غير تعدٍ، أو تعمد، وكما سيتضح معنا.

هذا بالنسبة لضمان الفعل الشخصي، أما ضمان فعل الغير، فقد اعتبر الفقه الاسلامي متولي الرقابة غير مسؤول عن فعل الخاضع لرقابته^(١)، لأنه يقرر مبدأ المسؤولية الفردية^(٢)، فالصغير المميز، وغير المميز، ومن في حكمه، يسأل الضمان في ماله، وهذا ما أكدته مجلة الأحكام العدلية التي جاء فيها "إذا أُلِّف صبي مال غيره يلزم الضمان من ماله وإن لم يكن له مال ينظر إلى حال يساره ولا يضمن وليه"^(٣)، وجاء فيها أيضاً بأنه "... يلزم الضمان على الصبي إذا أُلِّف مال الغير وإن كان غير مميز"^(٤)، وعلى ذلك لا يعفى الشخص من الضمان بدعوى كونه عديم التمييز، حيث إن ذلك لا يؤثر في كون فعله قد رتب ضرراً للغير، أوجب الشارع رفعه مطلقاً، سواء أحدث من صبي مميز أو عديم التمييز، ولا سبيل لرفعه إلا بالضمان، دون الالتفات إلى عارض إنما عرض لنفس الفاعل وذهب عنه أهليته ولم يذهب بما ترتب على فعله من ضرر^(٥).

أما ما يخص عمل التابع، فالأصل أن المتبوع لا يسأل عن عمل التابع، إلا بتحقيق شرطين: الأول بأن يكون هناك بينهم عقد أجارة، والثاني بأن يكون التابع قد أحدث الضرر وهو يعمل في حدود ما كلف به، وإلا فلا ضمان على المتبوع، دون تحقق هذين الشرطين^(٦).

(١) د. أحمد محمد عطية، نظرية التعدي كأساس للمسؤولية المدنية الحديثة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، دون سنة نشر، ص ٦١.

(٢) د. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ٢١٧.

(٣) المادة ٩١٦ من مجلة الأحكام العدلية.

(٤) المادة ٩٦٠ من مجلة الأحكام العدلية.

(٥) الشيخ علي الخفيف، مرجع سابق، ص ٣٧.

(٦) الشيخ محمود شلتوت، المسؤولية المدنية والجنائية، ص ٢٨، اشار اليه د. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص ٢٢١.

أما ضمان الأشياء، فالقاعدة العامة المقررة في الفقه الإسلامي هي عدم افتراض التعدي، وبالتالي، لا يبيح هذا الفقه مساءلة الفرد عن ضرر لا يد له في وقوعه^(١)، حيث إن المسؤولية عن الأشياء في الفقه الإسلامي لا تخرج عن القاعدة العامة المقررة فيه، والتي تقرر ضمان المباشر دون تعدٍ، وعدم ضمان المتسبب إلا بالتعدي، وإن اعتبر بعضهم^(٢) أن حالات مساءلة الشخص عما يحدثه الحيوان أو الشيء استثناءً من الأصل العام، إلا أنه في الحقيقة ما هي إلا تطبيق للقاعدة السالفة، حيث ينظر عند وقوع ضرر من فعل الحيوان أو الشيء ما إذا كان مالك الحيوان أو الشيء قد تعدد الإضرار بالغير من خلال الشيء أو الحيوان الذي يملكه، فحينها يضمن ما ترتب من ضرر، باعتباره مباشراً للفعل الضار، أما إذا كان وقوع الضرر لا يد له فيه، وذلك بأن لم يكن مقصراً في الحفظ أو التوجيه بالنسبة للحيوان و الصيانة والترميم بالنسبة للبناء أو الآلة الشيء، فإن ما يحدث من ضرر يكون هدرًا، أي لا ضمان فيه، لأنه متسبب بالضرر، والمتسبب لا يضمن إلا بالتعدي، أما إذا ثبت تقصيره في الحفظ أو إهماله في الترميم والصيانة فيكون الضرر قد حدث بسبب تقصيره، وبالتالي يكون ضامناً لتعديه.

الفرع الثاني

أساس مسؤولية المتسبب في القانون العراقي والقوانين محل المقارنة

بعد استعراض النظريات التي وضعت لبيان أساس المسؤولية، نأتي الآن لبيان موقف القانون العراقي منها وبأيها أخذ. في البدء لا بدّ من القول إن شراح القانون لم يتفقوا على رأي موحد في هذا الصدد، حيث تفرقوا إلى آراء عدة، فذهب بعضهم إلى القول بأن القانون المدني العراقي وبإشتراطه التعدي لقيام المسؤولية، فقد استلزم توافر الخطأ بما هو معروف بالمعنى القانوني. أي لا بدّ من وجود الركن المعنوي المتمثل بالإدراك والتمييز، إلى جانب الركن المادي الذي يتمثل بالتعدي، حتى يمكن أن تقوم المسؤولية، مما يعني أن القانون العراقي قد أخذ

(١) د. أحمد محمد عطية، مرجع سابق، ص ٦١. د. سمير ذنون، مرجع سابق، ص ٦٥.

(٢) د. وهبة الزحيلي، مرجع السابق، ص ٢١٧.

بالنظرية الشخصية^(١)، فالمسؤولية فيه لا تنهض دون خطأ، سواء أكان هذا الخطأ واجب الإثبات، كما في المسؤولية عن الأعمال الشخصية، أم مفترضاً مع إمكانية إثبات عكسه، كما في المسؤولية عن عمل الغير والأشياء، أو غير قابل لإثبات العكس، كما في مسؤولية مالك البناء المهدم^(٢).

إلا أن ما يؤخذ على هذا الاتجاه، أنه يستند في رأيه إلى مصطلح التعدي الوارد في المادة (١٨٦)، ويجعل منه مساوياً في معناه لمصطلح الخطأ بمعناه القانوني، مع أن التعدي - وكما سيتم إثبات ذلك - لا يعتد بالركن المعنوي كما في الخطأ، وخير دليل على ذلك، هو ما ذهب إليه المشرع العراقي في المادة (١٩١) التي أجازت مساءلة عديم التمييز، وهذا بخلاف جميع القوانين التي تجعل من الخطأ أساساً للمسؤولية، حيث تعفي عديم التمييز من المسؤولية، لعدم توافر الركن المعنوي لديه، وبالتالي، ينتفي الخطأ بجانبه، لانعدام أحد ركنيه، لذا لو كان قصد المشرع من التعدي هو الخطأ بركنيه، لذهب إلى ما ذهبت إليه تلك القوانين، من عدم مسؤولية عديم التمييز^(٣).

ويستدل بعضهم^(٤) - وهو في صدد إثبات أن الخطأ هو أساس المسؤولية عن الأضرار الجسدية - بالقول بأن المشرع لو أراد أن يقيم المسؤولية على مجرد الضرر، لما تردد في التعبير عن رأيه صراحة، كما فعل في غيره من القوانين، مثل قانون التأمين الإلزامي من حوادث

(١) د. حسن علي الذنون، مرجع سابق، ص ٥٨ وص ١٣٩. د. محمود سعد الدين الشريف، شرح القانون المدني العراقي، نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٥، ص ٣٦٧. د. سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، مرجع سابق، ص ٤٤٣. د. محمد سليمان الأحمد، الخطأ وحقيقته أساس المسؤولية المدنية في القانون العراقي، الطبعة الأولى، مكتب التفسير، أربيل، ٢٠٠٨، ص ٦٠.

(٢) د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، الطبعة الأولى، دار نارس، أربيل، ٢٠٠٦، ص ٢٦٦.

(٣) فخري رشيد مهنا، مرجع سابق، ص ١٩٧.

(٤) د. أكرم فاضل سعيد قصير، التطور التاريخي لأساس المسؤولية المدنية الناشئة عن الإصابات الجسدية في النظام القانوني والقضاء العراقي، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق الصادرة عن جامعة النهريين، المجلد الثالث عشر، العدد الثاني، ٢٠١١، ص ١٦٩.

السيارات^(١)، وقانون العمل^(٢)، أو التعبير عن رأيه ضمناً، كما في قانون تعويض المتضررين جراء العمليات الحربية والأخطاء العسكرية والعمليات الإرهابية^(٣)، ويُضيف إلى ما تقدم أن المسؤولية تؤسس عملياً على عنصر الخطأ الواجب الإثبات، حيث إن القاضي يأمر المدعي بإثبات دعواه، وذلك بأن يقيم الدليل على صدور خطأ من المدعى عليه.

إلا أن هذا التبرير لا ينهض كحجة كافية لإثبات أن المشرع أقام المسؤولية على الخطأ، وإلا لأمكن أن يحتج به أيضاً، لإثبات أن المسؤولية تقوم على التعدي، باعتبار أن المشرع يشير صراحةً إلى مصطلح التعدي وليس إلى الخطأ.

بينما ذهب البعض الآخر إلى أن أساس المسؤولية عن العمل غير المشروع في القانون العراقي يختلف فيما إذا كانت المسؤولية تتعلق بالأضرار الجسدي عنه في المسؤولية عن الأضرار المالية، حيث إن أساسها فيما يتعلق بالأضرار المالية هو الخطأ بركنيه المادي والمعنوي^(٤)، ويستدل على ذلك بالقول بأن المشرع لو كان يقصد بالتعدي الركن المادي للخطأ فقط، لما كان منه أن يأتي بنص خاص ينظم فيه مسؤولية الصغير، على اعتبار أن نص المادة (١٨٦) شملها حكماً، أما وأنه قد نظم مسؤولية الصغير ومن في حكمه بنص خاص، فإن ذلك

(١) حيث جاء في قانون التأمين الإلزامي رقم ٥٢ لسنة ١٩٨٠ المعدل في المادة الثانية الفقرة الأولى بأنه " يلتزم المؤمن بالتعويض عن الوفاة أو الإصابة البدنية التي تلحق أي شخص جراء استعمال السيارة في الأراضي العراقية، بصرف النظر عن توفر ركن الخطأ...".

(٢) حيث نص قانون العمل رقم ٧١ لسنة ١٩٨٧ المعدل في المادة ٩٥ منه على أنه "إذا وجدت علاقة عمل بين صاحب عمل وحدث لا يجوز تشغيله بموجب أحكام هذا القانون التزم صاحب العمل بدفع أجور الحدث المتفق عليها وبتعويضه في حالة إصابته أثناء العمل أو من جرائه بصرف النظر عن توفر ركن الخطأ".

(٣) حيث جاء في قانون رقم ٢٠ لسنة ٢٠٠٩ في المادة الأولى منه ما يلي "يهدف هذا القانون إلى تعويض كل شخص طبيعي أصابه ضرر جراء العمليات الحربية والأخطاء العسكرية والعمليات الإرهابية...".

(٤) د. جاسم لفقة سلمان العبودي، المداخلات في إحداث الضرر تقصيراً، الطبعة الأولى، مكتبة الجيل العربي، الموصل، ٢٠٠٥، ص ٣٣. د. نواف حازم خالد، دور جسامه الخطأ في تقدير مقدار التعويض، بحث منشور في مجلة الحقوق الصادرة عن كلية القانون جامعة المستنصرية، المجلد الثالث، العدد الحادي عشر، ٢٠١٠، ص ١٥٩.

يعني أن المقصود بالتعدي هو الخطأ بركنيه، وإلا لأصبح نص المادة (١٩١) لغواً زائداً لا موجب له، ولا يمكن للمشرع أن يفوته أمر كهذا^(١).

غير أنه يمكن أن يقال أيضاً، إن المشرع ومن خلال النص على مسؤولية عديم التمييز، فإنه قد أكد موقفه، بأن المقصود بالتعدي الركن المادي للخطأ فقط، وإلا لأصبح نص المادة (١٩١) مؤدياً إلى نتائج غير مقبولة من الناحية المنطقية والقانونية، وهي أن مسؤولية الصغير أشد من مسؤولية البالغ.

ويرى - صاحب الرأي المتقدم - أن أساس المسؤولية عن الأضرار الجسدية هو الضرر وحده، ويدل على ذلك بأن المشرع في المسؤولية عن الأضرار الجسدية^(٢)، لم يشترط التعدي أو الخطأ، كما اشترط ذلك في المسؤولية عن الأضرار المالية^(٣).

غير أنه يأخذ على ما تقدم أن المادة (٢٠٢) وإن استهلكت نصها بعبارة كل فعل ضار، ولم تذكر لفظ التعدي، إلا أنها قد جاءت بقرائن لفظية وتطبيقات تشير إلى أفعال التعدي بأعلى صورها، من القتل والجرح والضرب، يضاف إلى ذلك، إن ما ذكر في المادة (٢٠٤)^(٤) يستفاد منه، أن كل الحالات المذكورة في المواد السابقة، هي بنظر المشرع من حالات التعدي، بدليل أن النص قد احتاط بأن أضاف إليها عبارة "غير ما ذكر في المواد السابقة" ليدل ذلك على أن المشرع جعل كل هذه السلسلة من الأفعال التي ذكرت في المواد السابقة على المادة (٢٠٤) وما لم يذكر من أفعال التعدي التي تستوجب التعويض.

وقد ذهب رأي ثالث إلى ما ذهب إليه الرأي السابق، من التفرقة في أساس المسؤولية بين الأعمال غير المشروعة التي تقع على الأموال وتلك التي تقع على الجسد، فيرى بأن أساس المسؤولية عن الأعمال التي تقع على الجسد، هو الضرر وحده، لأن المشرع لم يشترط الخطأ أو

(١) د. نواف حازم خالد، المرجع السابق، ص ١٥٩.

(٢) المادة ٢٠٢ التي تنص على أن " كل فعل ضار بالنفس من قتل أو جرح أو ضرب أو أي نوع آخر من أنواع الإيذاء يلزم بالتعويضات من أحدث الضرر ".

(٣) د. جاسم لفنة سلمان العبودي، مرجع سابق، ص ٣٥. د. نواف حازم خالد، المرجع السابق، ص ١٦٢.

(٤) والتي نصها " كل تعدٍ يصيب الغير بأي ضرر آخر غير ما ذكر في المواد السابقة يستوجب التعويض ".

التعدي، أما أساس المسؤولية عن الأعمال التي تقع على المال، فهو التعدي وليس الخطأ، كما ذهب الرأي السابق، ويستدل على ذلك بالقول، إن المشرع لم يستعمل اصطلاح الخطأ مطلقاً، وإنما استمد المصطلحات المعبرة عن المسؤولية عن العمل غير المشروع من الفقه الإسلامي، ولا شك أن لتلك المصطلحات معانيها ومدلولاتها الخاصة التي تختلف عن معاني التعبيرات القانونية، لذا لا يمكن أن يكون قصد المشرع من لفظ التعدي إلا كما قصده به الفقهاء المسلمون، وهو مجرد مجاوزة الحد ودون اعتداد بالتمييز، ويرى بأنه لو كان للتعدي معنى الخطأ نفسه، لما طالب بعضهم المشرع بتبديل تعبير التعدي بتعبير الخطأ^(١).

وإذا كان يمكن الاتفاق مع هذا الرأي في شقه الأخير، فإنه لا يمكن كذلك مع الشق الأول منه، لما تقدم من إشكال عليه، وعلى ذلك، فإن هذا يقودنا إلى تأييد الرأي القائل بأن التعدي هو أساس المسؤولية في القانون العراقي، وإن المقصود به هو الركن المادي للخطأ فقط، أي الخروج عن الجواز القانوني، سواء أكان هذا الخروج مقترناً بالتمييز أم غير مقترن^(٢).

ومن ذلك تبين أن القانون المدني العراقي قد أقام المسؤولية عن الأعمال غير المشروعة على أساس الخطأ الموضوعي، والذي يقصد به الخطأ الذي يقوم دون الركن المعنوي، حيث إنه رغم تأثره بنظرية الضمان في الفقه الإسلامي، فإنه لم يأخذ بها كما هي، من إن المباشر ضامن مطلقاً، وإن المتسبب لا يضمن إلا بالتعدي، وهكذا لم يأخذ بالنظرية الشخصية بتمامها، فهو أيضاً قد قصد من التعدي الركن المادي للخطأ فقط، وهو بالتأكيد لم يأخذ بنظرية تحمل التبعة، لأنه اشترط التعدي لقيام المسؤولية، لذا لا يمكن نسبة أساس المسؤولية في القانون العراقي بالكامل لأي من تلك النظريات.

أما بالنسبة لصور التسبب التي أوردتها المشرع العراقي بنصوص خاصة تحت عنوان المسؤولية عن الأشياء، سواء ما تعلق منها بالمسؤولية عن جناية الحيوان أو المسؤولية عما يحدث في الطريق العام أو المسؤولية عن البناء، فيرى بعضهم أن أساس المسؤولية فيها يختلف بحسب كل حالة. فالمسؤولية عن جناية الحيوان تقوم بحسب لأصل على الخطأ الواجب لاثبات

(١) د. جابر صابر طه، مرجع سابق، ص ٣٧٥ - ٣٨٠.

(٢) د. عبد المجيد الحكيم، د. عبد الباقي البكري، د. محمد طه البشير، مرجع سابق، ص ٢٢٠. فخري رشيد مهنا، مرجع سابق، ص ١٩٥ وما بعدها.

ثم استثناءً تقوم تارة على الخطأ المفترض فرضاً قابلاً لإثبات العكس، كما في المواد (٢/٢٢٤)، (٢/٢٢٥)، وأخرى تقوم على الخطأ غير القابل لإثبات العكس، كما تقرر المواد (٢٢٢، ١/٢٢٣)، (١/٢٢٥، ١/٢٢٦). أما المسؤولية عما يحدث في الطريق العام، فأن أساسها هو التعدي الواجب الإثبات، حيث أنها تدخل في نطاق المسؤولية عن الأفعال الشخصية. أما المسؤولية عن البناء فيجب التفريق فيها بين صورتين: الأولى المسؤولية الناشئة عن انهدام البناء أو سقوطه، والثانية المسؤولية الناشئة عما يلقي أو يسقط من المسكن. وفي الصورة الأولى يختلف أساس المسؤولية بين فرضين: الأول إذا كان صاحب البناء قد نبه إلى العيب الذي في بنائه، وفي هذه الحالة تكون مسؤولية صاحب البناء مفترضة فرضاً غير قابل لإثبات العكس. والفرض الثاني عندما لا ينبه صاحب البناء إلى العيب الذي في بنائه وإنما كان يعلم أو ينبغي أن يعلم فيه، وفي هذه الحالة يكون أساس المسؤولية هو الخطأ المفترض القابل لإثبات العكس. أما الصورة الثانية والتي تتعلق بالمسؤولية عما يلقي أو يسقط من المسكن فإن أساس المسؤولية فيها هو الخطأ المفترض فرضاً قابلاً لإثبات العكس^(١).

أما بالنسبة لأساس المسؤولية في القوانين محل المقارنة، فقد ذهب كل من القانون المدني الأردني، وقانون المعاملات المدنية الإماراتي، إلى تأسيس المسؤولية عن الفعل الضار على ما أسمياه بالإضرار، وذلك بحسب نص المادة (٢٥٦) من القانون الأردني المطابقة صياغةً ومضموناً للمادة (٢٨٢) من القانون الإماراتي، حيث نصت على أنه "كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر".

فبحسب هذا النص، يكون الإضرار هو أساس المسؤولية عن الفعل الضار، والإضرار هو خلق تشريعي معاصر استحدثه القانون المدني الأردني، وتبعه في ذلك قانون المعاملات المدنية الإماراتي، ليجعل منه قوام المسؤولية عن الفعل الضار^(٢).

(١) د. عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، مرجع سابق، ص ٢٧٢- ص ٢٧٨.

(٢) د. عدنان إبراهيم سرحان، تأملات في أحكام الفعل الضار، دراسة تشريعية وقضائية في قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، بحث منشور في مجلة المفكر، صادرة عن كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة خيضر، الجزائر، العدد السابع، ٢٠١١، ص ١١.

وإذا كان شرح القانون قد اتفقوا على أن أساس المسؤولية عن الفعل الضار في القانونين الأردني والإماراتي هو الإضرار، فقد اختلفوا في تفسير معناه، حيث ذهب بعضهم إلى أن الإضرار يعني الفعل الذي نتج عنه الضرر^(١)، أيًا كان وصفه، سواء أكان مشروعاً، أم غير مشروع، وسواء كان فيه تعدٍ أم لا، وتفسير الإضرار بهذا المعنى، يستتبعه القول، بأن المسؤولية عن الفعل الضار في القانونين المذكورين، تتحقق بمجرد حدوث الضرر، كما يذهب إلى ذلك بعضهم^(٢).

فيما لم يسلم بعض الشراح بذلك، حيث يرون إن هذا التوجه يتعارض ونص المادة (٦١) من القانون المدني الأردني، والتي تطابق مضمون المادة (١٠٤) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، والتي تنص على أنه "الجواز الشرعي ينافي الضمان، فمن استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يضمن ما ينشأ عن ذلك من ضرر"، بمقتضى هذا النص لا يكون الشخص مسؤولاً عن الضرر طالما كان التصرف الصادر منه جائزاً قانوناً، وبالتالي، فلا يمكن تأسيس المسؤولية على مجرد إحداث الضرر، لأن ممارسة الشخص لحقه دون تعدٍ لا يوجب الضمان، وتبعاً لذلك يرى الشراح بأن إقامة المسؤولية على الإضرار في القانونين الأردني والإماراتي مقيد بكون الإضرار - والذي يعني الفعل أو عدم الفعل - يمثل تعدياً أو تجاوزاً للحد. مما يعني أن معنى الإضرار هو التعدي، ويستدل على ذلك بما جاء في المذكرة الإيضاحية، التي عرفت الإضرار بأنه "مجاورة الحد الواجب الوقوف عنده أو التقصير عن الحد الواجب الوصول إليه في الفعل أو الامتناع مما يترتب عليه الضرر"^(٣).

(١) د. نوري حمد خاطر، الضرر الناشئ بفعل شيء بين المسؤولية العقدية وغير العقدية: تعليق على قرار محكمة تمييز دبي في طعن رقم ٣٥٢ لسنة ٢٠٠١، بحث منشور في مجلة الحقوق، صادرة عن مجلس النشر العلمي جامعة الكويت، العدد الأول، لسنة ثلاثون، ٢٠٠٦، ص ٣١٤. د. أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، الإصدار الثالث، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٧، ص ٢٩٩.

(٢) د. أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، الإصدار الرابع، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٧، ص ٢٦٤. د. عماد أحمد أبو صد، مرجع سابق، ص ٢٥.

(٣) د. محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص ٨٤ وما بعدها.

غير أن تفسير مصطلح الإضرار بهذا المعنى، لا يرفع التعارض بين نصوص القانون، لأن المادة (٢٥٦) من القانون المدني الأردني، والمقابلة لنص المادة (٢٨٢) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، قد وضعتا الأصل العام في المسؤولية عن الفعل الضار، وهو أن كل إضرار بالغير يلزم فاعله بالضمان، وبمساعدة ذلك الرأي الذي يقرر بأن الإضرار هو التعدي، ننتهي إلى القول بأن التعدي شرط لترتيب الضمان، سواء كان الإضرار بالمباشرة أم بالتسبب وهذا ما يتعارض مع صريح نص المادة (٢/٢٥٧) من القانون المدني الأردني، المقابلة لنص المادة (٢/٢٨٣) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، التي نصت على أنه " فإذا كان بالمباشرة لزم الضمان ولا شرط له وإذا وقع بالتسبب فيشترط التعدي أو التعمد أو أن يكون مفضياً إلى الضرر". حيث بموجب هذا النص إن المباشر ضامن من دون قيد أو شرط، وبالتالي، لا يمكن أن يشترط في فعل المباشر أن يكون من قبيل التعدي، هذا بالإضافة إلى أنه لا يبقى معنى لاشتراط التعدي لضمان المتسبب إذا كان الإضرار أساساً يعني التعدي.

وبالمحصلة، سواء كان الإضرار يعني الفعل الضار، كما يذهب الرأي الأول، أو يعني التعدي، كما يذهب الرأي الثاني، فإن التعارض واضح في نصوص القانون المدني الأردني وقانون المعاملات الإماراتي، وعلى كلا الفرضين يكون أساس مسؤولية المتسبب هو التعدي.

أما القانون المدني المصري فقد أسس المسؤولية على الخطأ، حيث نص في المادة (١٦٣) على أن " كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض "، وبالتالي، فإن قوام المسؤولية هو الخطأ، سواء كان الخطأ واجب الإثبات، كما في المسؤولية عن الأفعال الشخصية، أو خطأ مفترض كما في المسؤولية عن فعل الغير أو عن الأشياء^(١).

(١) د. حسين عامر، مرجع سابق، ص ١٧٥. د. سمير عبد السيد تناغوا، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، مكتبة

الوفاء القانونية، الاسكندرية، ٢٠٠٩، ص ٢٢٢.

المبحث الثاني

حالات ضمان المتسبب

من المعلوم أن القانون المدني العراقي قد استمد أحكام المسؤولية عن الأعمال الشخصية من مجلة الأحكام العدلية، وبمراجعة هذه المجلة نجد أنها تقضي في المادة (٩٣) منها بأن "المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد"، وتنص المجلة أيضاً في المادة (٩٢٤) على أنه "يشترط التعدي في كون التسبب موجباً للضمان..."، وتبعاً لذلك جعل المشرع العراقي حالات ضمان المتسبب هي التعمد والتعدي، فنص في المادة (١٨٦) على أنه "١ - إذا أُلّف أحد مال غيره أو أنقص قيمته مباشرةً أو تسبباً يكون ضامناً إذا كان في إحداثه هذا الضرر قد تعمد أو تعدى". إن استخدام المشرع للحرف (أو) يعني أنه قد جعل الضمان يتحقق بتحقيق أحدهما.

وهذا ما أخذ به أيضاً القانونان الأردني والإماراتي، حيث نصا في المادتين (٢٥٧) و(٢٨٢) وبحسب الترتيب المتقدم على أنه "١ - يكون الإضرار بالمباشرة أو التسبب ٢ - فان كان بالمباشرة لزم الضمان ولا شرط له وإذا وقع بالتسبب فيشترط التعدي أو التعمد أو يكون الفعل مفضياً إلى الضرر". بموجب هذا النص، فإن القانونين الأردني والإماراتي، قد أضافا حالة ثالثة لحالات ضمان المتسبب، وهي التي يكون فيها من شأن الفعل الإفضاء إلى الضرر، ورغم أن هناك من يرى أن هذه الحالة، تعني أن الفعل المباح إذا كان مفضياً إلى الضرر بحسب المألوف بين الناس، ورغم ذلك اقتصره الشخص، فإنه يعتبر متعدياً^(١)، إلا أن أغلب الشراح يرون أن كل تسبب هو مفضي إلى الضرر، وإلا لما سمي تسبباً، حيث إن الإفضاء إلى الضرر هو جزء من مفهوم التسبب، وليس شرطاً له، وبالتالي فإن هذه الحالة لا محصل لها^(٢).

(١) د. مصطفى الجمال، تقييم مواقف الفقه والقضاء من أحكام المسؤولية التقصيرية في قانون المعاملات المدنية، بحث منشور في مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي، المجلد الرابع، العدد الأول، لسنة ١٩٩٦، ص ١٩٨.

(٢) مصطفى احمد الزرقا، الفعل الضار والضمان فيه، دراسة وصياغة قانونية مؤصلة على نصوص الشريعة الاسلامية وفقها انطلقاً من نصوص القانون المدني الاردني، الطبعة الاولى، دار القلم، دمشق، ١٩٨٨، ص ٧٣. د. عدنان إبراهيم السرحان، د. نوري حمد خاطر، مرجع سابق، ص ٣٩٤. د. محمد المرسي زهرة، =

وعلى ذلك سنقصر الدراسة في هذا المبحث، على حالة إحداث الضرر تعمداً، وذلك في مطلب أول، وحالة إحداث الضرر تعدياً في مطلب ثانٍ.

المطلب الأول

إحداث الضرر تعمداً

لمعرفة متى يتحقق ضمان المتسبب في هذه الحالة، لا بد من الوقوف أولاً على معنى التعمد، وذلك من خلال بيان المقصود به لغةً واصطلاحاً، ومن ثم، البحث في موقف الفقه الإسلامي منه، وبيان متى يعد الفاعل متعمداً عند الفقهاء المسلمين، وموقف القانون العراقي من ذلك. هذا من ناحية، ومن ناحية ثانية، وإتماماً للبحث لا بُدَّ من التطرق لأهلية المتسبب، من خلال عرض موقف الفقه الإسلامي، والقانون العراقي، والقوانين محل المقارنة، وتبعاً لذلك سيتم تقسيم هذا المطلب على فرعين، يخصص الأول لتحديد المقصود بالتعمد، والثاني لتحديد أهلية المتسبب.

الفرع الأول

تحديد المقصود بالتعمد

التعمد في اللغة هو " ضد الخطأ في القتل وسائر الجنايات، وقد تعمدته وتعمد له ويعمده عمداً ... واعتمده: قصده ... وفعلت ذلك عمداً على عين وعمد عين أي بجد ويقين"^(١)، وضربه عمداً أي قصداً، قام بذلك عن عمد، عن تصميم وقصد^(٢).

=مرجع سابق، ص ١٠٧. د. عماد أحمد أبو صد، مرجع سابق، ص ١٠٨. د. بشار ملكاوي، د. فيصل العمري، مصادر الالتزام، الفعل الضار، الطبعة الاولى، دار وائل للنشر، عمان، ٢٠٠٥، ص ٤٥.

(١) ابن منظور، لسان العرب، الجزء التاسع، الطبعة الثالثة، دار إحياء التراث العربي، مؤسسة التاريخ العربي، بيروت، ١٩٩٩، ص ٣٧٨.

(٢) د. عبد الغني أبو العزم، معجم الغني، كتاب الالكتروني، كلمة عمد.

أما اصطلاحاً، فقد عُرِفَ التعمد من بعض الباحثين في الفقه الإسلامي بأنه "صدور الفعل عن قصد وإرادة"^(١)، وعرفه آخر بأنه " قصد الحاق الضرر بالغير"^(٢)، ويرى بعض الباحثين في الفقه الإسلامي أنه يكفي في التعمد أن يقصد الفاعل الفعل والأثر المترتب عليه، دون اشتراط أن يقصد الآثار التي ترتبت على ذلك الأثر، ومثال ذلك، ما لو رمى شخص بالبندقية فخافت دابة فأتلقت شيئاً، فإنه يكفي لاعتبار الفاعل متعمداً، وبالتالي، ضامناً لما وقع من أضرار، أن يكون قد قصد الإخافة فقط، من غير أن يتطلب أكثر من ذلك، بأن يكون رمى ليفزع الدابة لتتلف مال الغير^(٣).

أما التعمد عند شرح القانون، فقد عرفه بعضهم بأنه " قصد إحداث الفعل وقصد النتيجة الضارة منه أو توقعها"^(٤)، غير أن تعريف العمد على النحو المتقدم، أي إدخال التوقع، في ضمن مفهومه، إذا كان ينسجم وما يقضي به الفقه الإسلامي - كما سيتضح لاحقاً^(٥) - فإنه لا ينسجم وما يقضي به القانون^(٦). وعرف التعمد من البعض الآخر بأنه " الإرادة المتوجهة نحو الفعل ونتائجه"^(٧). في حين عرفه آخر بأنه " ارتكاب الفعل بقصد الإضرار"^(٨)، وعلى ذلك، يكون المراد من التعمد عند شرح القانون هو " قصد إلى النتيجة والإرادة لها"^(٩)، وقد عرف

(١) د. محمد المدني بوساق، مرجع سابق، ص ٦٦.

(٢) د. مصطفى إبراهيم الزلمي، إيضاح الفوائد في شرح القواعد على نمط جديد، الطبعة الأولى، دار نشر إحسان، طهران، ٢٠١٤، ص ٣٤٩.

(٣) الشيخ أحمد الزرقا، مرجع سابق، ص ٤٥٥.

(٤) محمد صلاح حلمي، مرجع سابق، ص ٢١٨.

(٥) ينظر صفحة ٥١ من هذه الرسالة.

(٦) ينظر صفحة ٥٢ من هذه الرسالة.

(٧) بدر جاسم يعقوب، مرجع سابق، ص ٩١.

(٨) د. أحمد سلمان شهيب السعدي، د. جواد كاظم سميسم، مصادر الالتزام، دراسة مقارنة بالقوانين المدنية والفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٥، ص ٢٩٦.

(٩) د. عصمت عبد المجيد بكر، المسؤولية التقصيرية في القوانين المدنية العربية، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٦، ص ١١٩.

القصد^(١) بأنه " توجيه الإرادة نحو فعل ما "^(٢)، ولا يشترط فيه أن يكون قد قصد من الفعل تحقق نتيجة محددة، أي أن يقصد الإضرار بشخص بعينه، وإنما يكفي القصد المطلق^(٣).

وهكذا، يجب البحث عن نية محدث الضرر، وما دام الحديث عن النية، فالأمر يتطلب الإدراك والتمييز، وبالتالي، فيلزم أولاً لتحقيق مسؤولية المتسبب - بهذه الحالة- أن يكون مميزاً^(٤)، أي أن يكون له إرادة، ومن ثم يجب أن تكون هذه الإرادة متوجهة نحو الإضرار، أي يجب أن تكون الغاية من الفعل، إلحاق الضرر بالغير، بحيث لا يقصد سوى الإضرار بغيره، وإن تحققت له منفعة بطريق عرضي، كذلك الأمر لو كان قاصداً تحقيق منفعة لنفسه، إلا أن غايته الأساسية من الفعل هي الضرر، وإن نية جلب المنفعة عامل ثانوي، فإنه ملزم بالضمان، سواء تحققت المنفعة أم لم تتحقق^(٥)، وعلى ذلك فإن تضمين المتسبب بناء على تعمله الضرر يتطلب توافر عنصرين: الأول الإرادة الحرة المميزة، والثاني القصد، والمتمثل بإرادة تحقيق النتيجة الضارة^(٦).

هذا، ومن المهم معرفة أن اشتراط التعمد لضمان المتسبب لا يخلو من وجهين، فهو إما أن يراد به التعمد زيادة على التعدي، بمعنى أن يكون التصرف غير مشروع بحد ذاته، ومع ذلك يشترط فيه أن يكون قد وقع على سبيل العمد، كما يذهب إلى ذلك بعضهم^(٧)، أو أن يراد به أن يكون التصرف مشروعاً في حد ذاته، لكن القصد فيه غير مشروع، أي أن يكون التصرف الجائز قد وقع لأجل الإضرار بالغير، وهذا هو الأرجح، لأن اشتراط الأشمـل يحتوي المشمول، فما دام أن المشرع قد اشترط التعدي، وأن التعدي قد يقع عمداً أو عن غير عمد، فما الداعي أن يشترط العمد في التعدي مجدداً، لذا لا يبقى سوى القول إن المراد من التعمد، أن التصرف جائز بحسب

(١) عرف القصد الجنائي بأنه " علم بعناصر الجريمة وإرادة متوجهة إلى تحقيق هذه العناصر أو إلى قبولها ".

ينظر د. محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص ٦٩١.

(٢) د. سعد أمين، مرجع سابق، ص ٨٦.

(٣) فحري رشيد مهنا، مرجع سابق، ص ٧٩.

(٤) د. عدنان إبراهيم السرحان و د. نوري حمد خاطر، مرجع سابق، ص ٣٨٦.

(٥) د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٨٤٤.

(٦) بدر جاسم يعقوب، مرجع سابق، ص ٢٤٥.

(٧) د. جهاد محمد جراح، مرجع سابق، ص ٤٦٥.

أصله، إلا أن نية فاعله غير مشروعة، وبالتالي فإن عدم المشروعية يطل الفاعل، وهذا ما تؤكدته المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني التي نصت على أن كلمتي " (التعمد) و (التعدي) ليستا مترادفتين إذ المراد بالتعمد تعمد الضرر لا الفعل، والمراد بالتعدي ألا يكون للفاعل حق في إجراء الفعل الذي حصل منه الضرر"^(١)، وسأقت مثلاً على ذلك عندما نصت "وإذا كان المتسبب متعمداً كان ضامناً ولو لم يكن متعدياً، فإن حفر أحد خندقاً في ملكه بقصد الإضرار بماشية الغير، فتضررت، كان ضامناً لتعمده الإضرار، ولو لم يكن متعدياً في فعله"^(٢).

ومن ذلك نخلص إلى أن المراد من التعمد، كحالة من حالات ضمان المتسبب، هو توجه الإرادة في التصرف الجائز أو الواجب نحو إحداث الضرر. وقد مر بيان نية الإضرار عند التصرف الجائر، أما التصرف الواجب، فيتحقق فيه الضمان، عندما يكون أمام الشخص أكثر من طريق لإنجاز واجبه، إلا أنه يختار الطريق الذي يضر بغيره، قاصداً ذلك الإضرار.

لكن السؤال الذي يثار هنا هو ماذا لو لم يكن الشخص يقصد الإضرار بالغير، إلا أنه علم أن تصرفه هذا سيجلب عليه ضرر بغيره؟

وعند الإجابة على هذا السؤال يمكن القول، إن حكم هذه المسألة يختلف في الفقه الإسلامي عنه في القانون الوضعي، ففي الفقه الإسلامي، يتخذ الفقهاء المسلمون من العلم بالضرر دليلاً على العمد^(٣)، بل ويستدلون بظن الضرر على وجود التعدي^(٤)، حيث جاء في مدوناتهم الفقهية ما نصه "والظاهر: إن مرادهم من نفي الضمان في الملك، إنما هو في غير ما علم كونه سبباً لتلف النفس المعصومة، وإلا فينتجه الضمان في النفس فضلاً عن المال... والظاهر: إلحاق الظن بالغالب المعتبر عادة بالعلم فيما ذكر، فلو وضع الطعام المسموم في مكان مباح، فيه مظنة أكل الجاهل، لم يبعد الضمان"^(٥)، وجاء أيضاً "هذا مع الإشكال في جواز الحفر في الملك إذا علم تسبب لقتل نفس محترمة، كمن يعلم أن مضطراً يمر على ملكه، بل وحتى غير

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون الأردني، أشار إليها د. عبد الباسط جمعي وآخرون، مرجع سابق، ص ١٢٨٧.

(٢) المذكرة الإيضاحية للقانون الأردني، أشار إليها د. عما أحمد أبو صد، مرجع سابق، ص ١٠٣.

(٣) بدر جاسم محمد اليعقوب، مرجع سابق، ص ٩١.

(٤) د. محمد المدني بوساق، مرجع سابق، ص ٦٦. الشيخ علي الخفيف، مرجع سابق، ص ٧٦.

(٥) عبد الصاحب محمد النراقي، مرجع سابق، ص ٤٣٠ وما بعدها.

المضطر كالسارق إذا أمكن دفعة دون قتل" (١)، أو القول إنه " كلما ظن الموت بفعله فهو عمد، سواء قصد التلف أم لا " (٢).

ويذهب بعضهم إلى أبعد من ذلك، حيث جعلوا معيار التعدي معياراً ذاتياً، يقاس بنية الإضرار أو مظهره أو الإهمال والتقصير، بعد أن استبعدوا العمل غير المشروع أساساً من مفهوم التعدي (٣).

أما من الناحية القانونية، فالأمر مختلف، فعلى الرغم من عدم بيان المراد من التعمد في القانون المدني العراقي والقوانين محل المقارنة، إلا أن معناه لا يخرج عن القصد إلى الضرر، وهذا ما أكدته محكمة التمييز العراقية في قرار لها جاء فيه "... والمراد بالتعمد أنه يعتمد الفاعل الضرر والمراد بالتعدي أن لا يكون للفاعل حق في إجراء الفعل الذي حصل منه الضرر وعلى هذا إذا استعمل الشخص حقاً له ونشأ عن ذلك ضرراً للغير فإنه لا يسأل إلا إذا تعسف في استعمال الحق" (٤)، وعلى هذا وما دام المطلوب لقيام الضمان أن يعتمد الفاعل الضرر لا الفعل، فلا يبقى مجال للقول بمسؤولية الفاعل، إن لم يكن قاصداً الإضرار، حيث لا يكفي في ذلك أنه ظن أن الضرر قد يقع، فمن يتصرف في ملكه ويرتب على ذلك التصرف ضرراً للغير، لا يكون مسؤول عن ذلك الضرر حتى وإن احتمل وقوعه عند التصرف، ما لم يكن قاصداً إليه (٥).

(١) الشيخ محمد القائي، المبسوط في فقه المسائل الطبية المعاصرة، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، مطبعة اعتماد، نشر مركز فقه الأئمة الأطهار، قم، ١٤٢٧، ص ١٢٣.

(٢) الشيخ مقداد بن عبد الله السوري، ضد القواعد الفقهية على مذهب الإمامية، مطبعة الخيام، قم، ١٤٠٣ هـ، ص ٤٧٦.

(٣) رأي الشاطبي ينقله د. فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، الطبعة الرابعة، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٨٨، ص ٥٩.

(٤) القرار رقم ١٢٥٨ مدنية ثالثة/١٩٧٢ في ١٩٧٣/٥/٢٠ المنشور في مجلة القضاء، العدد الرابع، السنة ١٩٧٣، ص ١٥٩. أشار إليه مدحت صالح غريب، المباشرة والتسبب في الشريعة والقانون، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، المجلد السادس عشر، العدد الثاني، ٢٠٠٩، ص ٦٣.

(٥) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دون سنة نشر، ص ٨٤٤.

الفرع الثاني

تحديد أهلية المتسبب

مر بنا أن الفقه الإسلامي ينظر إلى الضمان على أنه من الأحكام الوضعية، وبالتالي، لا يشترط لوجوبه توفر العقل والبلوغ، لذا جاءت أحكام هذا الفقه، تلزم كل من أحدث ضرراً بالغير بالضمان، سواء أكان صغيراً أم كبيراً، عاقلاً أم مجنوناً، عالماً أم جاهلاً^(١)، وكذلك، مر معنا، أن المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد أو التعدي، وتبعاً لذلك، اتفق الباحثون في الفقه الإسلامي من المحدثين، على أن هذا الأخير يقضي بضمان عديم التمييز مطلقاً، في حال كونه مباشراً، وعدم ضمانه مطلقاً، في حال كان متسبباً، ولم يصدر منه أي تعدٍ، لعدم تصور صدور العمد منه، لجهة أن العمد يتطلب الإدراك والتمييز، وهذا ما لا يتوافر فيه، أما مسألة ضمان المتسبب عديم التمييز في حال تعديه، فلا يوجد في أقوال الفقهاء المسلمين من الاقدمين ما يشير إلى مناقشتهم لتلك المسألة، مكتفين بما ورد بشأنها من أحكام عامة^(٢). لذا انقسم الرأي بشأنها إلى اتجاهين: الأول يذهب إلى القول بعدم ضمان المتسبب إذا كان عديم التمييز^(٣)، مستنداً في ذلك إلى حجج عدة، منها نص المادة (٩٣) من مجلة الأحكام العدلية، التي تنص على أن " المتسبب لا يضمن

(١) باستثناء ما ذهب إليه بعض المالكية، من أن عديم التمييز لا يضمن مطلقاً، سواء أكان الضرر مالياً أم جسدياً. وما ذهب إليه الظاهرية، وبعض من المالكية، من وجوب التفرقة بين الأضرار التي تقع على نفس الإنسان وجسمه وبين التي تقع على ماله، فقالوا بضمان الثانية دون الأولى . ينظر د. محمد أحمد سراج، مرجع سابق، ص ٢٤٥.

(٢) الشيخ علي الخفيف، مرجع سابق، ص ٥٩ هامش.

(٣) د. صبحي المحمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، بحث مقارنة في المذاهب المختلفة والقوانين الحديثة، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٨٣، ص ٢٢٣ وما بعدها. د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار إحياء التراث العربي، مؤسسة التاريخ العربي، بيروت، دون سنة نشر، ص ٤٥ هامش، د. سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية، مرجع سابق، ص ١٠٥ و ص ٢٤٧. د. محمود سعد الدين الشریف، مرجع سابق، ص ٤١٤ هامش، د. مصطفى إبراهيم الزلمي، مرجع سابق، ص ٤٧ وما بعدها. بدر جاسم يعقوب، مرجع سابق، ص ١٠٢،

الا بالتعمد"، ولما كان لا يتصور صدور العمد من عديم التمييز، فلا يبقى محل للقول بضمانه^(١).

غير أن هذه الحجة غير كافية للتدليل على ما يذهب إليه أصحاب هذا الرأي، لان القاعدة المتقدمة غير مسلم بها من قبل المتخصصين في الفقه الإسلامي^(٢)، لمعارضتها للأصول العامة للضمان في ذلك الفقه. وما يؤكد ذلك هو وجود العديد من النصوص الفقهية التي يشترط فيها التعدي فقط للقول بتحقيق الضمان^(٣).

ويستند أيضاً أصحاب الرأي السالف بما جاء في بعض نصوص الفقهاء، وبالأخص ما جاء في كتاب المبسوط للسرخسي الذي يقول فيه " فإن سار الصبي على الدابة فأوطأ إنساناً فقتله فإن كان هو ممن يستمسك عليها فديته على عاقلة الصبي... وإن كان مما لا يسير على الدابة لصغره ولا يستمسك عليها فدم القتل هدر"^(٤). حيث يرى مؤيدو التوجه المتقدم، بأن عدم

(١) د. صبحي المحمصاني، المرجع السابق، ص ٢٢٣.

(٢) أن اشتراط التعمد لقيام مسؤولية المتسبب أثار انتقاد أغلب الباحثين في الفقه الإسلامي، حيث ذهب المتخصصون في هذا الفقه إلى أن ما ورد في مجلة الأحكام العدلية من أن "المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد"، لا ينسجم وما يقوم عليه الضمان في الفقه الإسلامي، الذي يأخذ المنحى المادي بعيداً عن العمد والتعمد، لأن هذه القاعدة تجعل ترتيب الضمان على المتسبب منحصراً بالتعمد، وهو خلاف الأصول العامة للضمان المقررة في الفقه الإسلامي، ولذا يرجح بعض الباحثين أن ما ورد في المجلة كان "خطأ"، ويرجع هذا الخطأ إما إلى خطأ كتابي وقع في بعض الكتب الفقهية، وتم تناقله على ما هو، أو يرجع إلى الخطأ في تفسير موقف المذهب الحنفي من ضمان المتسبب، والذي يرى أن المتسبب لا يضمن إلا حين يأتي بخطأ يبلغ من الجسامه يقربه من العمد، وما يؤيد هذا التوجه أن أغلبية كتب الفقه الإسلامي، لم تشترط ما اشترطته المجلة، باستثناء ما جاء في كتاب الأشباه والنظائر لأبن نجيم، والذي استقت منه المجلة هذا الحكم، حيث ذكر ابن نجيم عند حديثه عن الغصب أن المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد، غير أنه عاد واشترط في كتابه البحر الرائق لضمن المتسبب أن يكون متعدياً، مما يرجح معه أن ابن نجيم لم يشأ أن يحصر ضمان المتسبب بالتعمد، وجعل ذلك كقاعدة عامة، وإنما ذكر ذلك لأن موضوعه كان الغصب، والغصب لا يكون إلا بالعمد. ينظر في ذلك د. محمد أحمد سراج، مرجع سابق، ص ١٠٢ وما بعدها. مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، الطبعة الثانية، دار القلم، دمشق، ٢٠٠٤، ص ١٠٤٧. وللمؤلف نفسه، الفعل الضار والضمان فيه، مرجع سابق، ص ٧٨. د. مصطفى إبراهيم الزلمي، مرجع سابق، ص ٣٤٩. د. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص ١٧٣. د. عماد أحمد أبو صد، مرجع سابق، ص ١٠٢.

(٣) ينظر في عرض هذه النصوص، مصطفى أحمد الزرقا، مرجع سابق، ص ٧٧.

(٤) شمس الدين السرخسي، المبسوط، الجزء السادس والعشرون، دار المعرفة، بيروت، دون سنة نشر، ص ١٨٧.

الضمان في هذه الحالة، راجع إلى أن الصبي لا يملك التمييز، الذي هو عنصر لازم لقيام التعدي. وبالتالي، وإن كان التعدي هو شرط ضمان المتسبب، فإنه لا يمكن أن يتحقق في عديم التمييز^(١).

إلا أن هذه الحجة تم نقضها، من ناحية أن الواقعة المشار إليها، من تطبيقات المباشرة لا التسبب، لأن الدابة بمثابة الآلة بيد الصغير، فيضاف فعلها إليه مباشرةً، وبالتالي، فإن القول إن عدم الضمان في هذه الواقعة راجع إلى انتفاء التمييز، يستتبعه القول، إن الفقه الإسلامي يقضي بعدم ضمان عديم التمييز مطلقاً، وهذا ما لا يتسق والواقع. هذا بالإضافة إلى أن ما يؤكد أن انتفاء الضمان في الواقعة المشار إليها، لا يرجع إلى فقد الإدراك والتمييز، هو تعليل السرخسي نفسه، حيث علل الحكم السابق بالقول " لأن هذه الدابة بمنزلة المنفلتة فإنها سارت من غير أن يسيرها أحد والدابة المنفلتة إذا أوطأت إنساناً فدمه هدر ... والصبي الذي لا يستمسك على الدابة بمنزلة متاع موضوع عليها فلا يكون هو مسير للدابة"^(٢)، وبذلك يتأكد أن انتفاء الضمان، يرجع إلى فقد الصغير القدرة على تسيير الدابة، لا إلى عدم تمييزه^(٣).

ولم يكتفِ أنصار الرأي المتقدم بالأدلة النقلية، وإنما استدلت بعضهم بالمنطق، حيث يرى البعض منهم بأنه لا يمكن نسبة التعدي إلى عديم التمييز، باعتبار أنه لا يملك من الإدراك ما يمكنه من التمييز بين ما إذا كان الفعل الذي يقوم به له حق فيه أم لا، الأمر الذي يترتب عليه، القول بعدم الضمان بالنسبة له. وإلا لما كان هناك فرقاً بين العاقل والمجنون أو الصغير. وكذلك لأغينا " التفرقة القائمة بين المباشر والمتسبب، لأن المجنون أو الصغير، سيكون في الحالتين ضامناً، ولا يشترط صدور خطأ منه، في حين أن البالغ العاقل سيكون له وضع أفضل منه في حالة التسبب " ^(٤).

إلا أن هذه الحجة رد عليها، بالقول بأن من المسلم به أن التعدي عمل غير مشروع وعدم المشروعية فيه تقاس بمعيار موضوعي، وهذا المعيار لا يعتد بدواخل الشخص التي إذا اخذت

(١) بدر جاسم يعقوب، مرجع سابق، ص ١٠٣-١٠٦.

(٢) شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، ص ١٨٧.

(٣) محمد صلاح حلمي، مرجع سابق، ص ٥٠٩.

(٤) د. بدر جاسم يعقوب، المرجع السابق، ص ١٠٢ وما بعدها.

بنظر الاعتبار أدت الى تغليب المعيار الشخصي^(١)، أي وتعبير آخر إن معيار التعدي هو معيار مادي بحت، لا يعتد بالظروف الذاتية للفاعل، فالنظر فيه إلى الفعل ذاته لا إلى فاعله^(٢)، وبالتالي، فإن تحقق التعدي لا يستلزم وجود الإدراك، فالتعدي كما يمكن أن يقع من البالغ العاقل، فإنه قد يقع من عديم التمييز، فالفقه الإسلامي لا يميز بين المدرك وغيره في مسائل الأموال، وعلى ذلك فإن القول بضمان عديم التمييز لا يؤدي إلى إلغاء التفرقة بين المباشر والمتسبب ولا يجعل البالغ العاقل في وضع أفضل من عديم التمييز^(٣).

أما الاتجاه الثاني والذي يذهب بحق إلى القول بضمان المتسبب وإن كان عديم التمييز^(٤)، مستنداً في ذلك إلى حجج عدة، منها القول بأن أغلب نصوص الفقه الإسلامي، جاءت مطلقة في تقرير ضمان عديم التمييز، ولم تفرق في هذا الصدد بين المباشر والمتسبب، ومن حيث أنها جاءت مطلقة، والمطلق يجري على إطلاقه ما لم يقيد، ولم يرد ما يفيد التقييد بهذا الخصوص هذا من جانب. ومن جانب آخر إن القول بعدم ضمان الإضرار التي يتسبب بها عديم التمييز، يستتبعه القول، بأن فعله كان مباحاً، والواقع أنه لو كان كذلك، لما توجه الشارع بالخطاب في شأنه إلى من له الولاية عليه^(٥).

وبالإضافة إلى ما تقدم، فقد استند أنصار هذا التوجه إلى بعض الأحكام الفقهية التي يستفاد منها ضمان عديم التمييز، وإن كان متسبباً. ومن تلك الأحكام، ما جاء من وجوب الدية على الصبي والمعتوه لو صدر منهما إكراه للغير^(٦)، وأيضاً، ما أفتى به الفقهاء من وجوب ضمان

(٤) د. ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الاردني، مصادر الحقوق الشخصية، مصادر الالتزامات، الجزء الاول، الطبعة الاولى، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٨، ص ٥٣٢.

(٢) د. محمد المرسى زهرة، مرجع سابق، ص ٩٨.

(٣) د. عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير، التعويض عن ضرر الفعل الشخصي لعديم التمييز في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤، ص ٤٩ وما بعدها.

(٤) محمد صلاح حلمي، مرجع سابق، ص ٥٠٨. د. عبد السميع عبد الوهاب، ص ٥١. د. محمد المرسى زهرة، مرجع سابق، ص ١٠٨. فخري رشيد مهنا، مرجع سابق، ص ٩١. د. عماد أحمد أبو صد، مرجع سابق، ص ٩٣.

(٥) د. عبد السميع عبد الوهاب، مرجع سابق، ص ٥٥.

(٦) أبو محمد بن غانم البغدادي، مرجع سابق، ص ٤٦٢.

الإضرار التي تحدث نتيجة سقوط الحائط المائل المملوك للصبي، إذا امتنع عن ترميمه، أو إزالته^(١)، وكذلك ما نص عليه بعضهم من أن "الشارع جعل الترك سبباً في الضمان فيتناول البالغ وغيره"^(٢). وهكذا، ما قضا به من ضمان الإضرار التي تحدثها الدواب بسبب تراخي قائدها أو سائقها، حتى وإن كان غير مكلف^(٣). ولا شك، أن هذه التطبيقات التي ذكرت هي من صور التسبب، ومع هذا فإن الفاعل فيها يضمن رغم عدم تمييزه.

أما بالنسبة للقانون العراقي، فقد قرر قيام مسؤولية الصغير مباشراً كان أم متسبباً، فنص في المادة (١٩١) من القانون المدني بأنه " ١- إذا أُلِفَ صبي مميز أو غير مميز أو من في حكمهما مال غيره لزمه الضمان في ماله. ٢- وإذا تعذر الحصول على التعويض من أموال من وقع منه الضرر إن كان صبيّاً غير مميز أو مجنوناً جاز للمحكمة أن تلزم الولي أو القيم أو الوصي بمبلغ التعويض على أن يكون لهذا الرجوع بما دفع على من وقع منه الضرر. ٣- عند تقدير التعويض العادل عن الضرر لا بد للمحكمة أن تراعي في ذلك مركز الخصوم".

والواضح من النص المتقدم أنه في كلامه عن ضمان الاتلاف جاء مطلقاً، حيث لم يفرق في قيام مسؤولية عديم التمييز، بين ما إذا كان مباشراً أم متسبباً. وبالتالي، تقوم مسؤولية هذا الأخير عندما يتسبب في إحداث الضرر.

وتمتاز مسؤولية عديم التمييز بموجب النص السالف، بأنها مسؤولية أصلية^(٤)، وجوبية^(٥)، وتقوم على العدالة^(٦). فهي مسؤولية أصلية، لأن عديم التمييز ملزم بالضمان من ماله الخاص،

(١) شمس الدين السرخسي، المبسوط، الجزء السابع والعشرون، مرجع سابق، ص ١٠.

(٢) شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء الثاني، دار إحياء الكتب العربية، بدون مكان نشر، بدون سنة نشر، ص ١١١.

(٣) شمس الدين محمد بن أبي العباس الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، الجزء الثامن، الطبعة الثالثة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٣، ص ٣٨.

(٤) د. عبد المجيد الحكيم، د. عبد الباقي البكري، د. محمد طه البشير، مرجع سابق، ص ٢١٩.

(٥) د. سليمان مرقس، محاضرات في المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية، مرجع سابق، ص ٤٤٤.

(٦) فخري رشيد مهنا، مرجع سابق، ص ٢٠٩.

أما إذا لم يكن ذا مال، فإنه يكون للمحكمة أن تلزم الولي أو القيم أو الوصي بدفع مبلغ التعويض عنه، على أن لمن دفع منهم نيابة عن عديم التمييز، أن يرجع عليه بما دفع^(١).

ولا يغير من كون مسؤولية عديم التمييز في القانون العراقي مسؤولية أصلية، ما نصت عليه المادة (٢١٨)، التي جاء فيها بأنه " ١- يكون الأب ثم الجد ملزماً بتعويض الضرر الذي يحدثه الصغير. ٢- ويستطيع الأب أو الجد أن يتخلص من المسؤولية إذا ثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أن الضرر كان لا بُد واقعاً حتى لو قام بهذا الواجب ". حيث إن مسؤولية الأب والجد، بحسب النص المتقدم، هي الأخرى مسؤولية أصلية، تقرر على أساس الخطأ المفترض بجانبهما. ولذا فإذا ما وقع تعدد من عديم التمييز، ترتب على ذلك قيام مسؤوليتان معاً، مسؤولية عديم التمييز، ومسؤولية الأب أو الجد^(٢).

وتعتبر مسؤولية عديم التمييز مسؤولية وجوبية، لأن القاضي لم يمنح سلطة تقديرية للحكم بالتعويض أو عدمه، إذ متى ما توافرت عناصر المسؤولية، قضى بإلزام عديم التمييز بالتعويض، إذا كان يملك المال، أو إلزام الولي أو القيم أو الوصي، إذا كان معدماً لا مال له^(٣).

أما من حيث إنها تقوم على العدالة، فذلك لأن على المحكمة عند تقدير التعويض أن تراعي فيه الوضع المالي للصغير من جهة، ومقدار الضرر الذي أصاب المضرور من جهة أخرى، ومن ثم تحكم بتعويض عادل^(٤). وبذلك، لا يمكن أن توصف المسؤولية في هذا المقام، بأنها مسؤولية مخففة، لأنها لا بُد فيها من مراعاة مراكز الخصوم، ومن الواضح أن المراد من ذلك هو مركز كلا الخصمين، وهذا لا يستلزم المسؤولية المخففة، لأن الصغير قد يكون أكثر ملاءة مالية ممن وقع عليه الضرر، فلا تلازم بين صغر السن والفقر، وكبر السن والغنى، ومما يعني أن على المحكمة أن تراعي الصغير إن كان فقيراً، وبخلافه فعليها أن تراعي الخصم الآخر، أي الذي وقع عليه الضرر إذا كان الصغير غنياً. وهذا ما قصده المشرع من مراعاة مركز الخصوم، ولو كان أراد غير ذلك، بأن يريد مراعاة عديم التمييز فقط، لاستخدم عبارة تحصر المعنى بذلك،

(١) د. عبد المجيد الحكيم، د. عبد الباقي البكري، د. محمد طه البشير، مرجع سابق، ص ٢١٩.

(٢) د. سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، مرجع سابق، ص ٤٤٥.

(٣) مصطفى عبد القادر حليلو، مرجع سابق، ص ٣٦.

(٤) فخري رشيد مهنا، مرجع سابق، ص ٢١٠.

والحال أنه راعى مركز الخصمين، وبالتالي ليس بالضرورة أن يفهم من مراعاة مركز الخصوم أن تكون المسؤولية مخففة. وهكذا لا يمكن أن يفهم من التعويض العادل، بأنه تعويض غير كامل، بل العكس هو الصحيح، فلا يكون التعويض عادلاً، إلا إذا كان كاملاً. ومع ذلك فإن المسؤولية ممكن أن توصف بالمخففة من جهة عدم شمول عديم التمييز بالمسؤولية - مباشراً كان أم متسبباً - إلا من خلال التعدي، أي غير المستلزم للتمييز، بمعنى إذا كانت مسؤولية البالغ يمكن أن تنشأ عن الفعل غير المشروع بذاته، وأيضاً عن الفعل المشروع بذاته، إذا تم التعسف في استخدامه بما يؤسس للتعتمد في إحداث الضرر، فإن عديم التمييز لا يضمن إلا الأفعال غير المشروعة بذاتها، لعدم إمكانية قيام مسؤوليته تعمداً عن الأفعال التعسفية المشروعة بذاتها^(١). ويترتب على ذلك، أن عديم التمييز إذا كان يتصرف ضمن حدود حقه، ونتج عن هذا التصرف ضرر للغير، لا يسأل عن هذا الضرر مطلقاً، لعدم تعديه، وعدم إمكانية صدور تعمد منه.

هذا، وقد أثارت المادة (١٩١) جدلاً بين شراح القانون، بدعوى أن هناك تناقضاً بينها وبين الفقرة الأولى من المادة (١٨٦)، وذلك لأن الفقرة الأولى من المادة (١٩١) تقضي بضمان عديم التمييز مطلقاً، بينما الفقرة الأولى من المادة (١٨٦) تشترط ضرورة توافر صفة التعمد أو التعدي لقيام المسؤولية^(٢).

وفي سبيل، رفع هذا التناقض في مدلول نص المادتين، قدمت حلول عدة من بعض شراح القانون والباحثين، حيث يرى بعضهم أن ما ورد في المادة (١٩١)، هي حالة خاصة تنهض خلالها المسؤولية لا على أساس الخطأ، وإنما على أساس تحمل التبعة. وبالتالي، فإن هذه المادة تعتبر استثناء لا ينقيد بما ورد من شروط لقيام المسؤولية في المادة (١٨٦)، التي توجب أن يكون الفعل الضار قد وقع بتعمد من الفاعل أو تعدي منه^(٣). وفي هذا التوجه نفسه، يرى آخر أن المشرع وإن ألزم عديم التمييز بالضمان بلا قيد ولا شرط، إلا أنه لم يرد جعل مسؤوليته قائمة على أساس تحمل التبعة، وإنما أراد مجارة المادة (٩١٦) من مجلة الأحكام العدلية، التي تنص

(١) m. Hadi, La responsibilite' civile du fait des produits defetconx, e'tude comparative francoirakienne. the'se de paris 1 2019, p 65.

(٢) د. منذر الفضل، مرجع سابق، ص ٢٨٣.

(٣) د. حسن علي الذنون، مرجع سابق، ص ١٦١ وما بعدها.

على أنه " إذا أُلّف صبي مال غيره فيلزمه الضمان من ماله، فإن لم يكن له مال ينظر إلى حال يساره ولا يضمن وليه ". ليقرر المشرع بذلك، مسؤولية مادية مبناها مباشرة الإلتاف أو التسبب فيه^(١).

إلا أن التوجه المتقدم، يستند إلى أساس قابل للنقاش، وهو أن أساس المسؤولية في القانون العراقي، يقوم على الخطأ بركنيه المادي والمعنوي. وبالتالي، يحاول أن يفسر موقف المشرع، من مسؤولية عديم التمييز، خارج هذا الأساس، فلم يرَ بدءاً سوى القول، بأن أساس المسؤولية هنا هو تحمل التبعة أو الفعل الضار بصورة عامة، مما يترتب على ذلك أن يضمن عديم التمييز لأضرار التي يحدثها مطلقاً. إلا أن مسايرة ذلك الرأي في مدعاه يؤدي إلى نتائج غير مقبولة، إذ يشدد من مسؤولية عديم التمييز من خلال القول بضمانه مطلقاً. في المقابل ستكون المسؤولية أخف بالنسبة للبالغ العاقل، لأنه سيكون غير مسؤول إن لم يتعدّ في فعله أو يعتمد الضرر^(٢).

بينما يرى البعض الآخر أن المشرع العراقي بموقفه هذا قد أخذ بما هو مقرر في الشريعة الإسلامية من ضمان المباشر مطلقاً، وعدم ضمان المتسبب إلا بالتعمد أو التعدي وبالتالي سيكون عديم التمييز مسؤولاً مطلقاً، إذا كان مباشراً في إحداثه للضرر، بينما لا تقوم مسؤوليته إلا بالتعدي، إذا كان قد تسبب بإحداث الضرر^(٣).

إلا أن هذا الرأي فيه تخصيص بغير مخصص، لأنه إما أن يقال إن المادة (١٨٦) هي أساس المسؤولية، وبالتالي، تحكم عديم التمييز بما جاءت به من شروط، بغير تفرقة بين المباشر والمتسبب، لأن المشرع أساساً قد خرج على أحكام الفقه الإسلامي، وسأوى بين المباشر والمتسبب في شروط المسؤولية. أو أن يقال إن لكل من المادتين مجالها الخاص بالتطبيق، وبالتالي تكون مسؤولية عديم التمييز مسؤولية مطلقة بغير أن تقيد بما ورد في المادة (١٨٦).

وذهب رأي آخر إلى القول، إنه ولكي نفهم توجه المشرع في مسؤولية الصغير ومن في حكمه، لا بُد من التقريب بين النص الذي قرر هذه المسؤولية، ونص المادة (٢٠٤) الذي يقيد

(١) د. محمود سعد الدين الشريف، مرجع سابق، ص ٣٧٤ وما بعدها.

(٢) m. Hadi, Référence précédente, p 69.

(٣) فحري رشيد مهنا، مرجع سابق، ص ٢٠٦.

المسؤولية بضرورة وقوع تعدي من الفاعل، وبالتالي ضرورة توافر التمييز لديه، لإمكان قيام مسؤوليته، متسبباً كان أم مباشراً. حيث يتضح بعد ذلك أن المادة (١٩١) تقيم مسؤولية عديم التمييز بصفة استثنائية على التعدي، أي على أساس العنصر المادي وحده من عنصري الخطأ^(١).

وإذا كان يمكن الاتفاق مع هذا التوجه، لما خلص إليه من نتيجة، وهي إقامة مسؤولية عديم التمييز على أساس عنصر التعدي وحده، فإنه لا يمكن الاتفاق معه بأن مسؤولية عديم التمييز خروج على القواعد العامة، أي أنها استثنائية. لأنه وكما اتضح سابقاً، إن القانون العراقي يقيم المسؤولية على أساس التعدي، وليس الخطأ. ولأنه وكما سيتضح لاحقاً، إن التعدي الذي تقام عليه المسؤولية في القانون العراقي، يعني العنصر المادي للخطأ، أي لا يتطلب الإدراك والتمييز. وبالتالي، لا يمكن أن توصف مسؤولية عديم التمييز بأنها استثنائية، وإنما هي خاضعة للقواعد العامة التي قررتها المادة (١٨٦).

ورأى بعض الشراح، إنه لمعرفة موقف القانون العراقي من مسؤولية عديم التمييز لا بُد من التقريب بين نصوص القانون، حيث نجد أن الفقرة الأولى من المادة (١٨٦)، تنص على أنه "إذا أُلِف أحد مال غيره". حيث عبرت عن المسؤول في هذا النص بتعبير "أحد"، وهو تعبير عام، يشمل الكبير والصغير، والمميز وغير المميز. وكذلك الأمر بالنسبة للفقرة الثانية من المادة نفسها، تقرر جعل الضمان على المتعمد أو المتعدي، من غير أن تفرق في الحكم بين البالغ وغير البالغ، من مميز وغير مميز، ومعنى ذلك أنه لا يمكن أن تقوم مسؤولية عديم التمييز إن لم يكن مخطئاً، فشروط المسؤولية في التقنين العراقي، تنطبق على البالغ العاقل وغيره^(٢).

وهذا الرأي الأخير، ينسجم وما قرره القانون العراقي من إقامة المسؤولية على التعدي، وبالتالي ينفي عن التقنين المدني دعوى التناقض بين نصوصه. صحيح أنه عبر عن التعدي بلفظ "الخطأ"، إلا أنه من المؤكد أن مقصوده بالخطأ، في هذا المقام، الخطأ بمعناه الموضوعي، أي الخطأ الذي يقوم دون تمييز، لأن الكلام أساساً عن عديم التمييز.

(١) د. سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية، مرجع سابق، ص ٢٤٨.

(٢) د. عبد المجيد الحكيم، مرجع سابق، ص ٥٠٠ وما بعدها.

وضمن هذا التوجه الأخير، يضيف بعضهم، بأنه ولكي نفهم قصد المشرع يجب أن يفسر كل من النصين (١٨٦/١٩١) في سياق الآخر. إذ يجب أن ينظر إليهما ككل واحد لا يفصلان عن بعضهما البعض، وبالشكل الذي يعطي معنى متكامل لكلا النصين. فيكون نص المادة (١٩١) هو كاشف عن توجه المشرع بإقامة المسؤولية على الركن المادي للخطأ فقط (التعدي) دون الركن المعنوي، وبالمقابل قبول تبعية نص المادة (١٩١) كنص خاص إلى النص العام الوارد في المادة (١٨٦)، وبالتالي تكون مسؤولية عديم التمييز خاضعة لذات الشروط المتعلقة بمسؤولية البالغ، باستثناء حالة التعمد في إحداث الضرر فإنها ستخرج بالضرورة من حكم نص المادة (١٨٦)، باعتبار أن التعمد يتطلب الإدراك والتمييز وهو ما لا يتوافر في عديم التمييز، وبالتالي سيكون عديم التمييز مسؤولاً فقط في حال التعدي^(١).

أما بالنسبة للقانونين الأردني والإماراتي، فلم يخرج عما قضى به الفقه الإسلامي، من تقرير مسؤولية عديم التمييز، سواء أكان في حال المباشرة أم التسبب. فقد جاء في المادة (٢٥٦) من القانون المدني الأردني، التي تطابق مضمون وصياغة المادة (٢٨٢) من قانون المعاملات الإماراتي، ما نصه " كل إضرار يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر ". وأيضاً ما قضت به المادة (٢٧٨) من القانون الأردني، ومثلها المادة (٣٠٣) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي بأنه " إذا أُلّف صبي مميز أو غير مميز أو من في حكمهما مال غيره لزمه الضمان من ماله ".

وبمقتضى هذه المواد، فإن مسؤولية عديم التمييز في القانونين الأردني والإماراتي، هي مسؤولية أصلية ووجوبية وكاملة. فهي أصلية، لأن المسؤول فيها يلزم بالضمان من ماله الخاص، وإن لم يكن ذا مال ينظر حتى يساره. وهي وجوبية لأن القاضي لا يملك سوى الحكم بها، عند توافر شروطها. وهي كاملة، لأن عديم التمييز يلزم بموجبها بالتعويض القانوني الكامل، دون اعتبار لمركزه الاقتصادي، أو مركز المضرور، أي لا يراعى فيها مراكز الخصوم^(٢).

(١) m. Hadi, Référence précédente, p 62.

(٢) مصطفى عبد القادر حليلو، مرجع سابق، ص ٣٣ وما بعدها.

وبهذا يكون المشرع الأردني، ومثله الإماراتي، قد أخذ بما هو مقرر في الفقه الإسلامي، من إلزام عديم التمييز بدفع مبلغ التعويض من ماله، وإذا لم يكن يملك ذلك المبلغ، فينظر حتى يساره. ولا يلزم من هو تحت رقابته بدفع ذلك المبلغ، ما لم يطلب المضرور ذلك، وترى المحكمة مبرراً له، على أن لمن دفع عن عديم التمييز أن يرجع عليه بما دفع^(١). وهذا بخلاف القانون العراقي، الذي أجاز للمحكمة من تلقاء نفسها، أن تلزم الولي أو القيم أو الوصي بدفع مبلغ التعويض بغير طلب من المضرور. وكذلك اختلف الحكم في القانونين الأردني والإماراتي عما جاء به القانون العراقي من حيث إنه لا يجوز بموجبهما الرجوع على الأب أو الجد مباشرة، كما رأينا في القانون العراقي، أي أن المتضرر لا يملك خيارين في إقامة الدعوى على من شاء من الأب أو الصغير، وإنما له فقط أن يطلب من المحكمة أن تلزم من كان له رقابة على عديم التمييز، بدفع مبلغ الضمان عنه. والمحكمة لا تلزم متولي الرقابة هذا، بدفع مبلغ الضمان، ما لم تر مبرراً لذلك.

على أن موقف المشرع الأردني هذا، ونظيره الإماراتي، لم يسلم من النقد، حيث تم الإشكال عليهما من حيث إنهما قد قضيا بمسؤولية عديم التمييز من غير أن يفرقا بين ما إذا كان مباشراً أم متسبباً. وإذا كان النص على ذلك، يتوافق ومسؤولية المباشر، فإنه ليس كذلك بالنسبة للمتسبب، حيث يشترط التعدي أو التعمد، وهو غير متصور من عديم التمييز. وفي سبيل رفع هذا الإشكال، يمكن أنه أن يقال إذا كان لا يتصور صدور العمد من عديم التمييز، فإنه ليس هناك ما يمنع من صدور التعدي منه، إذ إن حالات ضمان المتسبب غير محصورة في حال التعمد فقط. وعلى ذلك، سيكون عديم التمييز مسؤولاً في حال سبب تعديه ضرراً للغير، أما إذا

(١) المادة (٢٨٨) من القانون المدني الأردني التي تطابق مضمون وصياغة المادة ٣١٣ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي والتي نصها " ١- لا يسأل أحد عن فعل غيره ومع ذلك فللقاضي بناء على طلب المضرور إذا رأى مبرراً أن يلزم أياً من الآتي ذكرهم بأداء الضمان المحكوم على من أوقع الضرر: أ- من وجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو حالته العقلية أو الجسمية إلا إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أن الضرر كان لا بد واقعاً ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية. ب- ... ٢- ولمن أدى الضمان أن يرجع بما دفع على المحكوم عليه به ."

لم يصدر منه تعدٍ فلا مسؤولية عليه، وإن سبب تصرفه المشروع ضرراً لغيره، لأن العمد غير متصور منه^(١).

وأما مسؤولية المتسبب عديم التمييز في القانون المدني المصري، فكما هو معلوم، إن القانون المصري، لم يأخذ بما قرره الشريعة الإسلامية، من تقسيم الأضرار المضمونة، إلى أضرار تقع بطريق المباشرة، وأخرى تكون بالتسبب. ولكن أياً يكن الأمر، فإن من المقرر فيه أنه يجب ضمان الضرر الناتج عن العمل غير المشروع سواء نتج ذلك الضرر مباشرة عن العمل أم نتج بصورة غير مباشرة^(٢).

وقد تقدم أن القانون المصري، يقيم المسؤولية عن العمل غير المشروع، على أساس الخطأ. واتضح حينها، أن الخطأ يقوم على ركنين: ركن مادي، يتمثل بالتعدي، وركن معنوي، يتمثل بالإدراك والتمييز، وإن انتفاء أي منهما يعني انعدام الخطأ، وبالتالي، انعدام المسؤولية. وعلى ذلك فإن الأصل في القانون المصري، أن لا مسؤولية على عديم التمييز^(٣). وقد عبرت عن هذا المعنى المادة (١٦٤) من القانون المدني، والتي نصها "يكون الشخص مسئولاً عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز".

والواضح من هذا النص أنه لا يمكن تصور ترتيب المسؤولية بدون وجود التمييز، بمعنى أنه لا مسؤولية على عديم التمييز. ولا يلزم أن يكون انعدام التمييز مستمراً، أي تنتفي المسؤولية

(١) محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص ١٠٦.

(٢) ومن ذلك ما قضت به محكمة النقض المصرية، من إلزام المطعون ضده، بأن يدفع بالتضامن مبلغ التعويض إلى الطاعن، باعتباره مخالفاً للتعليمات التي تقضي بإرسال المقبوض عليه بصحبة حراسة مشددة وتبعاً لذلك رأت المحكمة "إن قتل ابن الطاعن لا يرجع إلى فعل الجناة وحدهم وإنما أيضاً إلى خطأ المطعون ضده ومن ثم يسأل معهم عن تعويض هذا الضرر". حيث إن من الواضح من هذا الحكم أن المطعون ضده كان المتسبب بالضرر، ومع ذلك قضت المحكمة بإلزامه بدفع مبلغ التعويض بالتضامن مع المباشرين. ينظر في تفاصيل هذه الدعوى طعن رقم ٦٤٧ لسنة ٤٥ جلسة ١٩٨٦/٢/٦ منشور على موقع محكمة النقض المصرية

على الرابط
https://www.cc.gov.eg/judgment_single?id=111116176&ja=10686 نظر هذا الموقع

في تاريخ ٢٠٢١/٣/١٨ الساعة ٩:٨ صباحاً.

(٣) عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ٨٠١.

حتى لو كان هذا الانعدام وقتياً، يرجع إلى سبب عارض يزول. فما دام التمييز قد انعدم وقت صدور الفعل، فإن المسؤولية ترفع، سواء كان سبب الانعدام يعود إلى حالة سكر أو تخدير أو صرع أو غير ذلك مما يرفع الإدراك من أسباب وقتية^(١)، على أن لا يكون سبب انعدام التمييز يرجع إلى خطأ من الفاعل، أي أنه تعمد الوصول لحالة فقد الإدراك، وإلا سيكون مسؤولاً عن عمله غير المشروع حتى وإن ارتكبه وهو في حالة انعدام الإدراك^(٢).

وإذا كان هذا هو الأصل العام، فإنه ونزولاً عند مقتضيات العدالة، فقد خرج القانون المصري على هذا الأصل، الذي يؤسس المسؤولية على الخطأ، ونص على مسؤولية عديم التمييز، وفق شروط معينة، استناداً لنظرية تحمل التبعة، أي أن القانون المصري قرر أن يتحمل عديم التمييز تبعة ما يحدثه من ضرر^(٣). فنص في الفقرة الثانية من المادة السالفة نفسها بأنه "ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسئول عنه أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعيًا في ذلك مركز الخصوم".

وطبقاً لهذا النص، فإن مسؤولية عديم التمييز في القانون المصري، هي مسؤولية احتياطية، حيث لا تتقرر ابتداءً على عديم التمييز، وإنما تتحقق أولاً مسؤولية متولي الرقابة، فإذا تبين أنه لا يوجد من يتولى رقابة عديم التمييز، أو وجد ولكن كان معسراً، أو أنه استطاع أن ينفي عن نفسه الخطأ في الرقابة، جاز حينها للقاضي أن يقضي بمسائلة عديم التمييز^(٤). وهذا بالتأكيد خلاف ما رأينا بالنسبة للقانون العراقي، حيث تتحقق مسؤولية كل من عديم التمييز ومتولي الرقابة - الأب أو الجد - معاً. ومن ثم، يكون للمضرور خياران في إقامة الدعوى، وهو أيضاً

(١) د. أحمد عبد السلام العطار، الموسوعة الشاملة في شرح القانون المدني، الطبعة الأولى، الجزء الثاني، المركز الدستوري الدولي للطباعة والنشر، القاهرة، ٢٠١١، ص ٤٦٨.

(٢) د. حسين عامر، مرجع سابق، ص ٢٠٦.

(٣) د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الجزء الثاني، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، ١٩٥٣، ص ٤٠٣. توفيق حسن فرج، د. مصطفى الجمال، مصادر وأحكام الالتزام، دراسة مقارنة، الطبعة

الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٨، ص ٣٧٣.

(٤) فخري رشيد مهنا، مرجع سابق، ص ١٧٣.

بخلاف ما رأينا في القانونين الأردني والإماراتي، حيث تتحقق مسؤولية عديم التمييز ابتداءً، ولا يمكن الرجوع على متولي الرقابة، إلا بعد الطلب من المحكمة، وقناعتها بذلك.

وكذلك تتميز مسؤولية عديم التمييز في القانون المصري، بأنها مسؤولية جوازية، لأنه حتى وإن لم يكن هناك مسؤول عن عديم التمييز، أو وجد لكنه كان معسراً، أو نفى عن نفسه التقصير، فإن القاضي غير ملزم بالحكم على عديم التمييز بالتعويض، وإنما يكون له الخيار في إلزام عديم التمييز بالتعويض من عدمه. وهو يعتمد في ذلك على ظرف الحال، ومدى إمكانية عديم التمييز المالية^(١). وإن قضى بالتعويض فليس بالضرورة أن يكون هذا تعويضاً كاملاً، فالمحكمة تقدر الوضع المالي للخصمين، فإن كان عديم التمييز ثرياً والمتضرر فقيراً حكمت بتعويض كامل، وإذا وجدت أن الخصمين متقاربين من الناحية المالية تحكم بتعويض جزئي، أما إذا وجدت أن عديم التمييز لا مال له فلها أن لا تحكم بأي تعويض^(٢).

المطلب الثاني

إحداث الضرر تعدياً

للاحاطة بهذه الحالة من حالات ضمان المتسبب، ينبغي أولاً، تحديد المقصود بالتعدي من خلال بيان تعريفه لغةً واصطلاحاً. ومن ثم، البحث في المعيار المعتمد للقول بتحقيقه. لننتقل بعد ذلك لبحث حالات انتفاء التعدي. وعليه سيتم تقسيم هذا المطلب على فرعين. نتناول في الأول منهما تحديد المقصود بالتعدي وبيان معياره. وفي الفرع الثاني بيان حالات انتفاء التعدي.

(١) د. محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص ٣٥٥.

(٢) د. سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص ٢٣٤.

الفرع الأول

تحديد المقصود بالتعدي

للقوف على معنى التعدي، سيتم تقسيم هذا الفرع على فقرتين، تخصص الفقرة الأولى لتعريف التعدي، والفقرة الثانية لبيان معياره.

أولاً: تعريف التعدي

التعدي في اللغة هو "مجاوزة الشيء إلى غيره، فيقال: عديته فتعدى أي تجاوز. وقوله «عز وجل»: ﴿فلا تعتدوها﴾ أي لا تتجاوزوها إلى غيرها، وكذلك قوله «عز وجل»: ﴿ومن يتعد حدود الله﴾ أي يتجاوزها. وقوله «عز وجل»: ﴿فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون﴾ أي المجاوزون ما حد لهم وأمروا به ... وأصل هذا كله مجاوزة الحد والقدر والحق. يقال: تعديت الحق واعتديته وعدوته أي جاوزته ... وعدى عن الأمر: جازه إلى غيره وتركه ^(١).

أما اصطلاحاً، فقد استخدم فقهاء المسلمين تعبير التعدي في معانٍ كثيرة، منها للدلالة على الجناية، ومنها للدلالة على مجاوزة الحدود، وأيضاً للدلالة على الاستيلاء على منفعة مال الغير دون رقبته. إلا أن الاستعمال السائد لهذا التعبير -عندهم- هو بمعنى الظلم والعدوان ومجاوزة الحقوق ^(٢). كما أن من الفقهاء من أطلق التعدي، ومنهم من قيده، فأما من أطلقه فيرى أن التعدي يكون بمجرد مجاوزة الحد، فالعادون هم المجاوزون للحدود ^(٣). أو كما عرفوه بأنه "الخروج عن الحد، والحد هو ذلك الضابط الذي يدركه العقل ويرى أنه لا ينبغي للإنسان أن

(١) ابن منظور، لسان العرب، الجزء التاسع، مرجع سابق، ص ٩٢.

(٢) د. عادل جبر محمد حبيب، مرجع سابق، ص ٢٢٠.

(٣) محمد بن أحمد القرطبي، الجامع لأحكام القرآن والمبين لما تضمنه من السنة وآي الفرقان، الجزء الخامس عشر، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، بيروت، ٢٠٠٦، ص ١٥.

يتعداه ^(١). وأما من قيده فيرى أن المجاوزة يجب أن تكون غير مشروعة، لذا عرفوه بأنه "مجاوزة ما يجوز إلى ما لا يجوز" ^(٢). أو هو "فعل ما لا يجوز شرعاً" ^(٣).

هذا، وقد يطلق التعدي عند فقهاء المسلمين على الفعل، في حين يستخدمون تعبير التفريط على الترك، وذلك بقولهم إن التعدي هو "فعل ما لا يجوز فعله"، والتفريط هو "ترك ما يجب فعله" ^(٤). وقد يطلقون التعدي على ما يعم التفريط، فيكون المراد منه "التجاوز عما ينبغي القيام به سواء كان فعلاً لما يترك أو تركاً لما يفعل" ^(٥). وهكذا يستعملون أحياناً تعبير التعدي للدلالة على التعمد ^(٦).

ومن خلال ما تقدم يتضح أن مصطلح التعدي عند فقهاء المسلمين، يشمل جميع أوجه المجاوزة، سواء ما وقع منها بالعمد أو التقصير والإهمال وعدم التحرز. لذا نجدهم قد أطلقوا تعبير العمد أو التقصير أو الإهمال أو عدم التحرز للدلالة على معنى التعدي، باعتبار أن مفهومها يدل عليه وينخرط في مسلكه ^(٧).

أما تعريف التعدي عند الباحثين في الفقه الإسلامي من المحدثين، فهو لا يخرج عن معناه اللغوي، أي مجاوزة الحق. حيث عرفه بعضهم بأنه "تجاوز الحق أو ما يسمح به الشرع" ^(٨).

(١) الشيخ حسن عبد الستار، بحوث في علم الأصول، مباحث الحجج والأصول العملية، المجلد السادس، الجزء الثامن، الطبعة الأولى، مطبعة ستارة، قم، ١٤٢٣هـ، ص ٣٥٣.

(٢) محمد الآلوسي البغدادي، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، الجزء الثاني، دار الطباعة المنيرية، مصر، ص ٤٤.

(٣) العلامة جمال الدين بن فهد الحلبي، المذهب البارعي في شرح المختصر النافع، الجزء الثالث، مؤسسة النشر الإسلامية، قم، ١٤١١هـ، ص ١١.

(٤) الشيخ زين الدين العاملي، مسالك الإقحام إلى تنقيح شرائع الإسلام، الجزء الخامس، الطبعة الرابعة، مطبعة عترة، قم، نشر مؤسسة المعارف الإسلامية، بدون سنة نشر، ص ١٠١.

(٥) السيد مير عبد الفتاح الحسيني، العناوين، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، ١٤١٨هـ، ص ٤٤٨.

(٦) د. صبحي المحمصاني، مرجع سابق، ص ١٧٤.

(٧) محمد صلاح حلمي، مرجع سابق، ص ١٧٢.

(٨) د. محمد المدني بوساق، مرجع سابق، ص ٦٥.

وعرفه آخر بأنه " تجاوز حدود الحق المسموح به شرعاً أو عادةً "(١). بينما عرفه البعض الآخر بأنه " الافتيات على حقوق الغير في أبدانهم أو أعراضهم أو أموالهم إذا كان هذا الافتيات مما لا يقره الشارع سواء بالقصد إلى هذا الافتيات أو بوقوعه على سبيل الإهمال أو التقصير "(٢).

في حين رأى البعض الآخر، إن التعدي يستعمل في معنيين، يجب التمييز بينهما، الأول: هو " المجاوزة الفعلية إلى حق الغير أو ملكه المعصوم "، والثاني: هو " العمل المحظور في ذاته شرعاً، بقطع النظر عن كونه متجاوز على الحدود الغير أم لا ". ويرى بأن التعدي بالمعنى الأول هو المقصود في مسؤولية كل من المباشر والمتسبب على السواء. فإذا وقع التعدي بذلك المعنى فلا يهم بعد ذلك أن يكون الفعل محظوراً شرعاً أم لا. إذ قد يتحقق التعدي ولا يكون الفعل محظوراً شرعاً، بل قد يكون واجباً، ومع ذلك، يستتبعه الضمان، كما في حالة الاضرار إلى أكل مال الغير، بلا إذن منه، فرغم أنه فعل جائز شرعاً، بل وواجب، ولكنه لا ينفى الضمان (٣).

وقد تعرض الرأي المتقدم للنقد، من ناحية، أن المعنى الأول للتعدي، وهو التجاوز على حق الغير، لا يختلف عن المعنى الثاني، وهو العمل المحظور في ذاته. بدعوى أن التجاوز إلى حقوق الغير هو عمل محظور أصلاً، وهو لا يتحقق إلا بفعل محظور. يضاف إلى ذلك أن ربط فكرة التعدي، بفكرة الحق، دون فكرة الفعل المحظور، قد يؤدي إلى عدم استيعاب بعض الفروض التي يترتب فيها الضمان في الواقع العملي. ذلك لأن استلزام المجاوزة في التعدي، يثير في ذهن المساس المباشر بحق الغير، والثابت أن الضمان لا يتطلب بالضرورة مساساً من هذا النوع. هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، أن للحق معنى واسع، لا يقتصر على حقوق معينة، كحق الإنسان في سلامة جسده، وحقه في حفظ ملكه، وإنما يمتد ليشمل حقوقاً أخرى، منها حقوقه المعنوية، كسمعته وكرامته وغيرها، وذلك كله لا يتصور التعدي عليه بفعل يمس به مباشرة (٤).

(١) د. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص ٩٢.

(٢) د. محمد أحمد سراج، مرجع سابق، ص ٢٤٢.

(٣) مصطفى أحمد الزرقا، مرجع سابق، ص ٧٨ وما بعدها.

(٤) د. مصطفى الجمال، مرجع سابق، ص ٢٠٨ وما بعدها.

إلا أن هذا الانتقاد لا ينسجم مع ما هو مستقر من حكم في الفقه الإسلامي، فليس كل تجاوز على حق الغير، ينتج عن عمل محظور شرعاً بذاته، وخاصةً إن كان هذا التجاوز عن غير عمد، إذ تنتفي عنه صفة الحرمة الشرعية، ومع ذلك يبقى الضمان قائماً. ومن أمثلة ذلك ما لو رمى أحد سهماً في ملكه، فأصاب شخصاً صادف وجوده في ذلك الملك، فإنه ضامن لما يصيب ذلك الشخص من ضرر^(١)، رغم أن تصرفه غير محظور شرعاً، حيث إن رمي سهم أو غيره في الملك جائز شرعاً، ولكن بما أنه رتب ضرراً للغير فيجب ضمانه. ثم إنه على أي أساس يطلق القول، بأن المجاوزة تثير في الذهن معنى المساس المباشر، فلا تلازم، بين تعبير المجاوزة وضرورة أن يكون المساس بحق الغير بصورة مباشرة.

وجدير بالذكر إنه ما من شك أن التعدي بمعنى المجاوزة الفعلية إلى حق الغير، شرط لا بُد منه للقول بضمان المباشر والمتسبب في الفقه الإسلامي. غير أنه من المؤكد أن التعدي بالمعنى المتقدم، إن كان يكفي لتحقيق مسؤولية المباشر، فإنه لا يكفي بالنسبة للمتسبب^(٢). وهذا المعنى واضح من خلال الأحكام الفقهية التي أوردها الفقهاء للمباشرة والتسبب، فبالنسبة للمباشر، تقدم القول إن من يرمي سهماً في ملكه يضمن ما يصيب غيره من ضرر. وهكذا من ينقلب وهو نائم على متاع غيره فيتلفه، أو يزلق في أثناء المشي ويتلف ماله لغيره. ففي كل ذلك لا يتوقف الضمان على عدم مشروعية الفعل أو على تجاوزه للحد المشروع، وإنما يتوقف على تحقق الضرر من الفعل. أما بالنسبة للتسبب، فقد أفتى فقهاء المسلمين بعدم ضمان من يحفر في ملكه، وكذلك من يحفر بأمر السلطان. مما يعني أن ضمان المتسبب لا يتوقف على المجاوزة الفعلية، وإنما يتطلب شيئاً آخر إلى جانب هذه المجاوزة.

ولذا اتجه بعض^(٣) شراح القانون إلى القول، بأن التعدي المطلوب في المباشرة يختلف عنه بالنسبة للتسبب، فبينما يكفي في المباشرة التعدي بمعنى الاعتداء على حقوق الغير دون مسوغ شرعي، فإن ذلك لا يكفي بالنسبة للمتسبب، وإنما يجب تطلب أمر آخر إلى جانب التعدي

(١) عثمان الزيلعي، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق، وبهامشه حاشية الشيخ شهاب الدين أحمد الشلبي، الجزء

الخامس، الطبعة الأولى، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، مصر، ١٣١٥هـ، ص ١٤٧.

(٢) د. عدنان إبراهيم السرحان، د. نوري حمد خاطر، مرجع سابق، ص ٣٩٠ وما بعدها.

(٣) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المسؤولية المدنية بين التقيد والإطلاق، ص ١٦٤ وما بعدها.

بالمعنى المتقدم، ولن يكون ذلك الأمر سوى العمد أو الإهمال. وأما "التسبب العفوي"^(١) فلا ضمان فيه. واستدل على ذلك بالقول إننا لو أوقفنا ضمان المتسبب على مجرد التعدي، بمعنى المجاوزة إلى حق الغير، لما كان هناك محل للفرقة بين المباشر والمتسبب.

إلا أن هناك من ينتقد هذا الرأي بالقول، إنه ليس هناك ما يحتم أن تتم الفرقة بين المباشر والمتسبب، من خلال اشتراط التعدي لضمان الثاني دون الأول. ويستدل على ذلك، بما نص عليه القانون العراقي، من جعل شروط الضمان واحدة بالنسبة للمباشر والمتسبب. ويستطرد قائلاً بأن اشتراط التعمد أو الإهمال لتضمين المتسبب لا يضيف جديداً، لأن العمد والإهمال من صور التعدي، وبالتالي فإن اشتراطهما لا يضيف شيئاً، وإلا فما هو التعدي وكيف يتحقق في الواقع إن لم يكن بالتعمد أو الإهمال وعدم التحرز. وإذا كان لا ضمان في ما سمي بالتسبب العفوي فذلك لانتفاء التعدي أساس مسؤولية المتسبب. وينتهي هذا الرأي إلى وضع تعريف للتعدي بأنه " المساس بحق أو مصلحة مشروعة - ويتحقق ذلك - شرعاً وقانوناً بمجاوزة الحد الواجب الوقوف عنده أو التقصير عن الحد الواجب الوصول إليه شرعاً أو عرفاً أو عادة"^(٢).

الواقع، إذا كان يمكن الاتفاق مع ما انتهى إليه الرأي المتقدم، من تعريف للتعدي، فإن ما قدمه من انتقاد يبقى قابلاً للنقاش. حيث إن القول بأنه لا يتحتم أن تتم الفرقة بين ضمان المباشر والمتسبب من خلال اشتراط التعدي، محل نظر. لأن أهم ما يترتب على تقسيم الأفعال الضارة إلى مباشرة وتسبب هو مسألة ضمان المباشر مطلقاً، وعدم ضمان المتسبب إلا بالتعدي. ولا يمكن أن يتم الاحتجاج بموقف القانون العراقي، لأنه قد خرج أساساً على أحكام الفقه الإسلامي. يضاف إلى ذلك، إن من الثابت أن الفقه الإسلامي يستعمل مصطلح التعدي في ثلاثة معانٍ، الأول هو العمل المحظور في ذاته شرعاً، بقطع النظر عن كونه متجاوزاً إلى حق الغير أم لا. والثاني هو المجاوزة الفعلية إلى حق الغير أو ملكه المعصوم، وأما المعنى الثالث

(١) يقصد بالتسبب العفوي، التسبب الذي يخلو من التعمد والإهمال والتقصير. حيث يتحقق عندما يكون الفاعل غير قاصد الإضرار بالغير، ولا مهملاً أو مقصراً عند قيامه بالفعل أو عند الامتناع عنه. ومن أمثلة ذلك، ما لو قام أحد برش واجهة محله أو داره رشاً خفيفاً معتادة لدفع الغبار، فإنه لا يضمن ما لو زلق فيه أحد وتضرر من ذلك. ينظر العلامة أبو محمد بن غانم بن محمد البغدادي، مرجع سابق، ص ٣٧٩.

(٢) د. محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص ٨٧ - ص ٨٩.

فهو الإهمال والتقصير في الاحتياط، والتعنت وسوء القصد عند استعمال الحق^(١). وبالتالي فقد جاء الرأي المتقدم، لتمييز المقصود بالتعدي المطلوب لضمان المتسبب، لأنه لا يمكن أن يكون مجرد المساس بحق الغير هو أساس مسؤولية المتسبب. ولذا فقد انتهى إلى أن المقصود بالتعدي في هذا المقام، هو بالإضافة إلى المجاوزة إلى حق الغير، أن تكون هذه المجاوزة إما بالعمد أو التقصير. مما يعني أنه سيخرج من نطاقها ما كان بغير عمد ولا تقصير.

وقد اختلف شراح القانون العراقي في تحديد معنى التعدي الوارد في المادة (١٨٦) إلى اتجاهين: اتجاه يرى أن المراد به هو الخطأ بركنيه المادي والمعنوي^(٢)، وآخر يذهب إلى أن التعدي يعني الركن المادي للخطأ فقط^(٣). وهذا ما رجحناه للأسباب المذكورة في محله^(٤). هذا فضلاً عما يضيفه بحق بعض الفقه من إن المشرع العراقي قد عطف تعبير التعدي على التعمد بحرف (أو) وهو ما يدل على أن القصد غير متوافر في المعطوف، بخلاف المعطوف عليه. مما يعني أن التعدي لا يستلزم وجود القصد والإدراك، لا سيما أن المشرع عندما فصل بين تعبير التعدي والتعمد بحرف أو فإن ذلك يعني أن " كلمة التعدي قسيم التعمد، وقسيم الشيء مباين له فإذا اشترط توافر العنصر المعنوي في التعدي فلا يبقى أي فرق بين التعمد والتعدي وهذا خلاف المنطق اللغوي والمنطق القانوني"^(٥).

(١) د. أحمد موافي، الضرر في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، المجلد الأول، دار بن عفان، السعودية، ١٩٩، ص ٨٠٣ وما بعدها.

(٢) د. حسن علي الذنون، مرجع سابق، ص ٥٨ و ص ١٣٩. د. محمود سعد الدين الشريف، مرجع سابق، ص ٣٦٧. د. سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، مرجع سابق، ص ٤٤٣. د. محمد سليمان الأحمد، مرجع سابق، ص ٦٠. د. منذر الفضل، مرجع سابق، ص ٢٦٦. د. جاسم لفقة سلمان العبودي، مرجع سابق، ص ٣٣. د. نواف حازم خالد، مرجع سابق، ص ١٥٩.

(٣) د. عبد المجيد الحكيم، د. عبد الباقي البكري، د. محمد طه البشير، مرجع سابق، ص ٢٢٠. فخري رشيد مهنا، مرجع سابق، ص ١٩٥ وما بعدها. د. جابر صابر طه، مرجع سابق، ص ٢٢٣.

(٤) راجع صفحة ٣٩ وما بعدها من هذه الرسالة.

(٥) د. مصطفى إبراهيم الزلمي، المنطق القانوني في التصورات، الطبعة الأولى، نشر إحسان، ٢٠١٤، ص ٤٧ وما بعدها.

وعلى ذلك يكون المشرع العراقي، ومثله الأردني والإماراتي، قد قصد من تعبير التعدي الإخلال بالواجب القانوني العام المتمثل باتخاذ الحيطة والحذر عند التعامل بغية عدم الإضرار بالغير، سواء صدر هذا الإخلال من مميز أو عديم التمييز^(١). ويتحقق هذا الإخلال بصورة عامة، عندما يتصرف الشخص بما لا حق له فيه أصلاً. أي القيام بعمل غير مشروع. أو أن يتصرف بما هو حقاً له لكنه يتجاوز هذا الحق إلى حقوق الآخرين. أو أن يقصر بترك الاحتياط المطلوب في التصرفات الجائزة^(٢). ومعلوم أن التقصير كما يمكن أن يتحقق بعدم القيام بما هو مطلوب قانوناً أو عرفاً أو عادةً. فإنه يتحقق أيضاً إذا لم يصل الشخص بالجهد المطلوب وفقاً للعرف والعادة والقانون. وبعبارة أخرى فإنه كما يشمل الإحجام التام يشمل العمل الناقص أو غير التام^(٣).

والخلاصة مما تقدم، إن تعبير التعدي في القانون العراقي، يعني الخروج على الواجب القانوني، المتمثل بأداء فعل معين، أو بترك فعل معين، أو اتخاذ الحيطة والحذر المطلوب عادةً عند التعامل، سواء صدر هذا الخروج من مميز أو من عديم التمييز.

ثانياً: معيار التعدي

تبين مما تقدم، إن فقهاء المسلمين قد أسهبوا في تعريف التعدي، إلا أنهم رغم ذلك لم ينصوا على ضابط محدد وصريح له^(٤)، على أن ذلك لا يعني أنه لا أساس له لديهم. لأن من الثابت في الشريعة الإسلامية، أن الحاكم على تصرفات الناس هو الشارع المقدس. فهو الذي

(١) د. عبد المجيد الحكيم، د. عبد الباقي البكري، د. محمد طه البشير، مرجع سابق، ص ٢٢٠. فخري رشيد مهنا، مرجع سابق، ص ١٩٧. د. مصطفى الزلمي، المرجع السابق، ص ٤٧. إلا أن الدكتور الزلمي يقصر تفسير التعدي على هذا النحو فقط عندما يكون الخطأ مدنياً ومباشراً وإيجابياً أما إن كان الخطأ في حال التسبب أو الخطأ السلبي فهو لا يختلف معناه عنده عن معنى الخطأ بركنيه المادي والمعنوي.

(٢) د. عبد اللطيف عوض محمد القرني، نظرية السببية في المسؤولية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٦، ص ٢٧٥.

(٣) د. محمد صبري الجندي، في المسؤولية التقصيرية، المسؤولية عن الفعل الضار، المجلد الأول، دار الثقافة، عمان، ٢٠١٥، ص ١٩٣.

(٤) د. أحمد محمد عطية محمد، مرجع سابق، ص ٩٣.

ينص على مشروعية أو عدم مشروعية الأفعال. وأما التي لم يتناولها بالنص، فقد ترك أمر الفصل فيها إلى العرف^(١)، حيث يقول بعض الفقهاء في ذلك، إن " كل ما ورد به الشرع مطلقاً، ولا ضابط له فيه، ولا في اللغة، يرجع فيه إلى العرف"^(٢). وتبعاً لذلك، يكون معيار التعدي في الشريعة الإسلامية، هو الخروج على أمر الشارع، أي القيام بعمل منهي عنه أو الامتناع عن عمل مأمور به. حيث يشكل إتيان ما نهى عنه أو الامتناع عما أمر به، تعدياً يوجب مسؤولية فاعله، إذا ترتب عليه ضرر للغير. أما إذا لم يترتب عليه أي ضرر فلا ضمان فيه^(٣)، وإن شكل التصرف تعدياً يوجب الإثم الأخروي. أما في الأحوال التي لا نص فيها، أو ورد بشأنها نص مطلق، فإن الضابط فيها هو العرف، أي مجاوزة ما هو معتاد بين الناس^(٤).

أما بالنسبة لمعيار التعدي في القانون المدني العراقي، والقوانين محل المقارنة، فلم يرد بشأنه نص. غير أنه مما لا شك فيه، أن لكل فعل من الأفعال التي يأتي بها الشخص، حكمه القانوني، من حيث الحظر والإباحة. فبعض هذه الأفعال مأمور بها، وبعضها الآخر منهي عنها، فإذا كانت ليست من هذه ولا تلك فهي أفعال مباحة. وعلى ذلك، إذا تعلق التصرف بأحد الأفعال الواجب الإتيان بها، أو الامتناع عنها، فإن الشخص عند إتيانه الفعل أو امتناعه عنه، لا يكون متعدياً، وإن ترتب على تصرفه ضرر أصاب الغير. وإذا كان العكس، أي أن الشخص امتنع عن القيام بالواجب، أو لم ينته عن الممنوع، يكون حينئذ متعدياً، ويلزم بضمان ما ترتب على ذلك من ضرر. أما إن كان الفعل مباحاً، فإن الشخص مخير بين أن يأتي به أو يمتنع عنه. وهو في إتيانه للفعل أو امتناعه عنه، لا يعتبر متعدياً، وإن ترتب على ذلك ضرر للغير^(٥). وهذا المعنى عبرت عنه المادة (٦) من القانون المدني العراقي بقولها " الجواز الشرعي ينافي الضمان".

(١) أحمد صلاح حلمي، مرجع سابق، ص ١٧٣ وما بعدها.

(٢) جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، الجزء الأول، الطبعة الثانية، مكتبة نزار مصطفى الباز، الرياض، ١٩٩٧، ص ١٦٢.

(٣) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المسؤولية المدنية بين التقيد والإطلاق، مرجع سابق، ص ١٦٦.

(٤) د. محمد أحمد سراج، مرجع سابق، ص ٢٤٣. د. أحمد محمد عطية محمد، مرجع سابق، ص ٩٦.

(٥) د. مصطفى الجمال، مرجع سابق، ص ٢٠٩ وما بعدها.

غير أن الإباحة لا تعني أن الشخص غير مقيد بأي قيد، فالمباح مقيد بوصف السلامة، إذ لا بد من مراعاة الواجب العام، المتمثل بالحيلة والتبصر، عند التصرف، وبالتالي قد يشكل التصرف تعدياً رغم كونه مباحاً. ويكون ذلك، عندما يكون ذلك التصرف لا يتفق وسلوك الرجل المعتاد. فعلى الرغم من عدم وجود نص قانوني يحدد معيار التعدي، إلا أن الفقه متفق على أن المعيار في ذلك، هو الرجل المعتاد، الذي يمثل شخص من جمهور الناس، فلا هو شديد اليقظة والتبصر، ولا هو محدود الفطنة والانتباه. فينظر إلى المألوف من سلوكه، ليقاس عليه سلوك الشخص الذي نسب إليه التعدي، فإذا تبين أن سلوك الفاعل متفق مع سلوك الشخص العادي، فلا يعتبر متعدياً، وإن تبين أن سلوكه فيه انحراف عن سلوك ذلك الشخص، يكون حينها قد تعدى^(١).

وتطبيق معيار الرجل المعتاد، يستلزم الاعتداد بالظروف الخارجية، دون الداخلية. أي يجب أن يعتد بالظروف التي أحاطت بالفاعل وقت إتيان الفعل أو الترك، كظرف الزمان والمكان، دون تلك التي تتصل بذات الشخص، من جنسه وثقافته وحالته النفسية والاجتماعية^(٢). وبالتالي فإن معيار الرجل المعتاد هو معيار موضوعي^(٣) كمعيار العرف المعتمد في الفقه الإسلامي^(٤)، ينظر فيه إلى التعدي ذاته، لا إلى فاعله^(٥).

على أن معيار الرجل المعتاد، لا يقتصر تطبيقه على الأفعال المباحة. بل يطبق كذلك على كل حالة يكون فيها النص أمراً بإتيان فعل معين. لأن الامتثال للواجب القانوني لا يعفي من شبهة التعدي، ما لم يكن الشخص قد سلك عند إتيانه للفعل المأمور به، مسلكاً مألوفاً بين الناس، دون أن يتجاوز ما اعتادوا عليه، في أمثاله من التصرفات^(٦).

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ٧٨١.

(٢) د. عبد المجيد الحكيم، د. عبد الباقي البكري، د. محمد طه البشير، مرجع سابق، ص ٢١٦.

(٣) د. محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص ٣٤٤.

(٤) د. أحمد محمد عطية، مرجع سابق، ص ١٠٠.

(٥) محمد صلاح حلمي، مرجع سابق، ص ١٨٨.

(٦) د. محمد المرسى زهرة، مرجع سابق، ص ٩٦.

الفرع الثاني

حالات انتفاء التعدي

نص القانون المدني العراقي، والقوانين محل المقارنة، على حالات، معينة ينتفي فيها التعدي. وتتمثل هذه الحالات بالآتي:

أولاً: - حالة الدفاع الشرعي:

الدفاع الشرعي هو اصطلاح معاصر، يستخدمه شراح القانون، كان قد درج فقهاء المسلمين على تسميته بـ "دفع الصائل"، ورغم كون اللفظ مختلفاً إلا أن المعنى واحد^(١). إذ الصيال عندهم يعني "الاستطالة والوثوب على الغير بغير حق"^(٢). والصائل هو الظالم^(٣)، أو كما عرفه بعضهم بأنه "المعتدي، مكلفاً أو غير مكلف من الإنسان أو غيره، على شخص لما يفوت نفسه، أو بعضه أو ماله"^(٤). وهكذا عرف الدفاع الشرعي من بعض الباحثين المحدثين بأنه "حق الشخص في حماية نفسه أو ماله ونفس غيره أو ماله، من خطر كل اعتداء غير مشروع، حال أو على وشك الوقوع بالقوة اللازمة المناسبة لرد الاعتداء"^(٥). وعرفه آخر بأنه

(١) د. عبد الله بن سليمان المطرودي، ضوابط الدفاع الشرعي الخاص والآثار المترتبة عليه في الفقه الإسلامي، بحث منشور في مجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة واللغة العربية وآدابها، المجلد الثامن عشر، العدد السابع والثلاثون، ٢٠٠٦، ص ١٨.

(٢) إبراهيم بن محمد بن أحمد الباجوري، حاشية الباجوري على شرح العلامة بن قاسم الغزي على متن أبي شجاع، المجلد الرابع، الطبعة الأولى، دار المناهج، جدة، ٢٠١٦، ص ١٨٣.

(٣) الشيخ شمس الدين محمد الخطيب الشربيني، مرجع سابق، ص ٥٢٧.

(٤) محمد سلام مذكور، الحكم التخييري أو نظرية الإباحة عند الأصوليين الفقهاء، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤، ص ٣٧٩. أشار إليه الصديق أبو الحسن محمد، حق الدفاع الشرعي الخاص، الطبعة الأولى، مكتبة وهبة، القاهرة، ١٩٩٢، ص ٢٧.

(٥) الصديق أبو الحسن محمد، المرجع السابق، ص ٣٣.

" واجب الإنسان في حماية نفسه أو نفس غيره، وحقه في حماية ماله أو مال غيره من كل اعتداء حال غير مشروع بالقوة اللازمة لدفع هذا الاعتداء "(١).

حيث قرر فقهاء المسلمين، بموجب هذا الحق، تخويل الإنسان الذي يتعرض لاعتداء على نفسه أو عرضه أو ماله، أو نفس غيره أو عرضه أو ماله، برد هذا الاعتداء^(٢)، على أن يبتدىء بالأخف فالأخف إن أمكن. بمعنى إن أمكنه دفع المعتدي بالصياح فليس له أن يضربه، وإن أمكن بالضرب الخفيف فليس له أن يستخدم من القوة ما يؤدي إلى تلف عضو أو القتل. وهكذا يتدرج حتى يصل إلى جواز قتل المعتدي^(٣).

والأصل العام للدفاع الشرعي هو قوله تعالى " ... فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ... "(٤)

ورتب فقهاء المسلمين على تحقق حالة الدفاع الشرعي، إعفاء المعتدى عليه من الضمان^(٥). فحيثما وقع الاعتداء، أو كان على وشك الوقوع، ورد المدافع من غير أن يتجاوز ما هو ضروري لهذا الرد، فإنه لا يضمن ما يترتب على ذلك من هلاك في النفس أو المال. فلا قصاص ولا كفارة ولا دية عليه^(٦). إذ سيعفى من المسؤوليتين الجنائية والمدنية^(٧).

أما بالنسبة للقانون المدني العراقي، فهو الآخر قد أعفى المعتدى عليه من ضمان الأضرار التي يحدثها وهو في حال الدفاع الشرعي، إذا لم يتجاوز القدر الضروري لرد الاعتداء. حيث

(١) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنة بالقانون الوضعي، الجزء الأول، دار الكاتب العربي، بيروت، دون سنة نشر، ص ٤٧٣.

(٢) الصديق أبو الحسن محمد، مرجع سابق، ص ١٤٠.

(٣) د. وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية، الطبعة الرابعة، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٨٥، ص ١٤٣.

(٤) سورة البقرة، آية رقم ١٩٤.

(٥) السيد محمد الشيرازي، مرجع سابق، ص ٣٨٥. الإمام النووي، مرجع سابق، ص ١٨٦.

(٦) إلا أن الفقه الحنفي قد استثنى من ذلك ما إذا كان المعتدي صبياً أو مجنوناً أو بهيمة فيضمن قيمة البهيمة ويسأل عن دية الصبي والمجنون. للمزيد من التفصيل ينظر د. عبد الله بن سليمان المطرودي، ص ٣٠.

(٧) د. محمود محمد عبد العزيز الزيني، الضرورة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية ١٩٩٣، ص ١٨٤. د. وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية، ص ١٤٧.

نصت المادة (٢١٢) من القانون المدني على أنه " ٢- فمن أحدث ضرراً وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو عن غيره كان غير مسؤول على ألاّ يجاوز في ذلك القدر الضروري، وإلا أصبح ملزماً بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة ". وهكذا الأمر بالنسبة للقوانين محل المقارنة، حيث نصت على ذات الحكم المادة (٢٦٢)^(١) من القانون المدني الأردني، والمادة (١٦٦)^(٢) من القانون المدني المصري. مع توسيعهما في نطاق حق الدفاع الشرعي ليشمل لا فقط نفس المدافع ونفس غيره وإنما حالة الدفاع عن ماله ومال الغير أيضاً. وهكذا تبعهم على ذلك قانون المعاملات المدنية الإماراتي، بما نصت عليه المادة (٢٨٨)^(٣) التي أيضاً وسعت من نطاق الدفاع الشرعي، ليشمل بالإضافة إلى حق الدفاع عن النفس والمال، حق الدفاع عن العرض. مع ذلك فإن القوانين التي لم تنص صراحة على حق الدفاع عن العرض، لا يبعد أنها شملته بحالة الدفاع عن النفس، باعتباره شكلاً من أشكال المساس بالجسم هذا إذا كان الاعتداء بصورته المادية القائمة على التعدي على جسم المدافع أو جسم غيره وليس بصورته المعنوية المتمثلة بالقذف والطعن بالعرض^(٤).

غير أن الدفاع الشرعي في القانون العراقي، والقوانين محل المقارنة. لا ينفي المسؤولية عن المعتدى عليه، ما لم تتوفر فيه الشروط التالية:

(١) انظر نص المادة (٢٦٢) من القانون المدني الاردني، التي تنص على أنه " من أحدث ضرراً وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو ماله أو عن نفس الغير أو ماله كان غير مسؤول على أن لا يجاوز قدر الضرورة وإلا أصبح ملزماً بالضمان بقدر ما جاوزه ".

(٢) انظر نص المادة (١٦٦) من القانون المدني المصري، التي تنص على أنه " من أحدث ضرراً وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو ماله أو عن نفس الغير أو ماله، كان غير مسؤول، على ألاّ يجاوز في دفاعه القدر الضروري. وإلا أصبح ملزماً بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة ".

(٣) انظر نص المادة (٢٨٨) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي، التي تنص على انه " من أحدث ضرراً وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو عرضه أو ماله أو عن نفس الغير أو عرضه أو ماله كان غير مسؤول عن ذلك الضرر على أن لا يجاوز قدر الضرورة وإلا أصبح ملزماً بالضمان بقدر ما جاوزه ".

(٤) د. محمود المظفر، موانع المسؤولية، الطبعة الثانية، دار المثني، دون مكان طبع، دون سنة نشر، ص ٢١.

١- أن يكون هناك خطر حال أو على وشك الوقوع، بحيث لا يتيح للشخص إمكانية الالتجاء إلى وسيلة أخرى لدفعه^(١). أما إذا كان الخطر المهدد به قد توقف، أو كان قد وقع بالفعل ورتب آثاره. فلا يمكن للشخص التمسك بحقه في الدفاع، لدرء المسؤولية عن نفسه. ويعد عمله حينئذ انتقاماً يسأل عنه قانوناً^(٢). وكذلك الأمر، إذا كان الخطر المهدد به مستقبلياً، بأن كان هناك بينه وبين وقوعه فسحة من الزمن، يمكن من خلالها الاستعانة بالسلطة العامة لدفع هذا الاعتداء^(٣).

ومعيار تقدير وجود الخطر، ومدى خطورته، معيار شخصي، يرجع إلى الشخص المهدد بالخطر نفسه^(٤). ولا يلزم أن يكون الاعتداء، قد توجه إلى الشخص نفسه، حتى يمكن التمسك بحق الدفاع الشرعي، وإنما يكون للشخص أن يدافع عن غيره، دون اشتراط أن يكون ذلك الغير عزيزاً عليه، حتى يمكنه التمسك بحق الدفاع، كما يذهب إلى ذلك بعضهم^(٥)، فالنص جاء مطلقاً والمطلق يجري على إطلاقه^(٦).

٢- أن يكون الخطر ناتجاً عن عمل غير مشروع، وإلا اعتبر الدفاع عملاً غير مشروع. ومن ثم لا ينفي المسؤولية عن المدافع. كما في حالة الهارب من العدالة، الذي يقاوم من يروم القبض عليه، حيث لا يمكنه الالتجاء إلى الدفاع بحجة أنه في خطر^(٧).

٣- أن يكون الدفاع بالقدر اللازم لدفع الاعتداء، أي أن يكون هناك تناسب بين الخطر المهدد به والضرر الذي تسبب به المدافع، دون مجاوزة وإفراط. وإلا اعتبر المدافع متعدياً، وبالتالي، مسؤولاً عن هذه المجاوزة، غير أن مسؤوليته مسؤولية مخففة. نظراً لصدور خطأ من جانب

(١) د. عبد المجيد الحكيم، د. عبد الباقي البكري، د. محمد طه البشير، مرجع سابق، ص ٢٢٢.

(٢) د. محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص ١١١.

(٣) د. عبد الله بن سليمان المطرودي، مرجع سابق، ص ٢٦.

(٤) د. توفيق حسن فرج، د. مصطفى الجمال، مرجع سابق، ص ٣٧٦.

(٥) د. عبد الرزاق السنهوري. مرجع سابق، ص ٧٨٨. د. سمير عبد السيد تناعو، مرجع سابق، ص ٢٢٩.

(٦) د. عدنان إبراهيم السرحان و د. نوري حمد حاطر، المرجع سابق، ص ٣٩٦. د. بشار ملكاوي، د. فيصل

العمرى، مرجع سابق، ص ٥٠.

(٧) د. منذر الفضل، مرجع سابق، ص ٢٧٢.

المعتدي، فيكون هناك خطأ مشترك. لذا يحكم بتعويض عادل، يراعى فيه توزيع الضرر على الطرفين^(١).

فإذا توافرت الشروط المتقدمة، أسبغ وصف المشروعية على فعل المعتدى عليه. ومن ثم، ينتقي وصف التعدي عنه. مما يترتب عليه، انتفاء المسؤولية بجانبه، وحيث لا مسؤولية لا ضمان^(٢).

هذا، وبعد بيان المراد من الدفاع الشرعي على نحو الاجمال، وتحديد الشروط التي يلزم توافرها ليرتب آثاره. فإن السؤال الأهم في هذا المقام، هو مدى إمكانية التجاء المتسبب إلى حالة الدفاع الشرعي لدرء المسؤولية عن نفسه؟

وعند الإجابة عن هذا السؤال، يمكن القول بأن المشرع المدني العراقي، ونظيره في القوانين محل المقارنة، عندما نصوا على حالة الدفاع الشرعي، لم يقيدوا هذا النص بحالة المباشرة فقط، وإنما جاء مطلقاً. وبالتالي، يستفيد من أحكامه المباشر والمتسبب على حدٍ سواء. وإن كان يصعب تصور أن يكون الدفاع أحد صور التسبب، وذلك لطبيعة عمل القائم بالدفاع، الذي غالباً ما يحدث الضرر بالمعتدي مباشرة. ومع ذلك لا يمكن استبعاد فرضية حدوث الأضرار تسبباً. ومن ذلك ما لو قامت قوات من الجيش أو الشرطة، بالمعسكرة في منطقة معينة، وسد الشوارع المحيطة بالمعسكر، ومنع مرور العجلات المدنية فيها، اثر تعرضها لهجوم، الأمر الذي أدى إلى تضرر المحلات الموجودة في تلك الشوارع، بسبب عدم استطاعة الزبائن الوصول إليها. ففي هذه الحالة تكون قوات الجيش أو الشرطة متسببة بالضرر لأصحاب المحلات، غير أنها لا تلزم بأي تعويض، باعتبار أنها كانت في حالة دفاع شرعي.

وفي الختام لا بُد من مناقشة مسألة، ما لو ترتب على حالة الدفاع الشرعي، أضرار أصابت أشخاص آخرين، أي غير المعتدي والمعتدى عليه، لتصادف وجودهم في ذات المكان الذي حصل فيه الهجوم والدفاع. حيث إنه مما لا شك فيه، أن هؤلاء الأشخاص يجب أن يعرضوا عن

(١) د. سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص ٢٣٠.

(٢) د. محمد المرسى زهرة، مرجع سابق، ص ١١٥.

الأضرار التي ألحقت بهم، إلا أن ما يجب معرفته من هو الذي يلزم بهذا التعويض؟ المدافع أم المعتدي؟

والملاحظ في هذه الحالة، أنَّ الضرر وإن وقع بيد المدافع، إلا أن هذا الأخير، كان مجبراً على إيقاعه بمناسبة الدفاع. أي أنه لا يعتبر متعدياً. وبالتالي، لا يبقى سوى القول بإلزام المهاجم بالتعويض، طالما كان المدافع غير متجاوز حدود الدفاع، لأن المهاجم يمثل السبب الذي أجبر المدافع على القيام بأعمال كان من نتائجها أن رتبت أضرار بالغير.

ثانياً: - حالة الضرورة:

أورد فقهاء المسلمين العديد من التعريفات للضرورة، إلا أن أغلب تلك التعريفات، لم تؤسس لاعتبار حالة الضرورة كنظرية عامة، تشمل كل الحالات التي يترتب عليها إباحة المحظور، عند تحقق وصف الاضطراب فيها^(١). فمعظم التعريفات التي أوردوها متجهة نحو بيان ضرورة الغذاء فقط^(٢). ومنها القول بأن الضرورة هي " بلوغه حداً إن لم يتناول الممنوع هلك أو قارب"^(٣). أو هي " الخوف على النفس من الهلاك علماً أو ظناً"^(٤). في حين نجد أن الباحثين في الفقه الإسلامي من المحدثين، قد وضعوا تعريفات أشمل لحالة الضرورة، ومنها القول بأن الضرورة هي " خوف الهلاك على النفس أو المال"^(٥). أو كما يعرفها آخر بأنها " الحالة التي تلجئ الإنسان لفعل الممنوع شرعاً خوفاً على أحد الضروريات للنفس أو الغير"^(٦). وهكذا الأمر عند

(١) د. يوسف قاسم، مرجع سابق، ص ٧٨.

(٢) د. وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية، مرجع سابق، ص ٦٧.

(٣) أبو عبد الله بدر الدين محمد الزركشي، المنثور في القواعد، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٠، ص ٦٩.

(٤) أحمد بن محمد الدردير، الشرح الكبير، الجزء الثاني، المكتبة التجارية، دون سنة نشر، ص ١١٥.

(٥) د. يوسف قاسم، المرجع السابق، ص ٨٠.

(٦) عادل مبارك المطيرات، أحكام الجوائح في الفقه الإسلامي وصلتها بنظريتي الضرورة والظروف الطارئة، رسالة دكتوراه، كلية دار العلوم، قسم الشريعة الإسلامية، جامعة القاهرة، ٢٠٠١، ص ٤٠.

شرح القانون، فقد عرفها بعضهم بأنها " تلك الحالة التي يتهدد فيها المرء أو غيره بخطر جسيم ولا يجد وسيلة للخلاص منه أو تفاديه إلا بفعل يسبب ضرراً للغير "(١).

ومن خلال التعريفات المتقدمة، يتضح أن حالة الضرورة تقوم عندما يجد الإنسان نفسه في حال خطر داهم - يهدده أو يهدد غيره - لا قبل له بدفعه، إلا بارتكاب فعل ممنوع شرعاً، أو قانوناً، فيباح له ذلك.

وقد أجمع فقهاء المسلمين، على أن الضرورة، لا أثر لها فيما يصيب النفس، من قتل أو جرح أو قطع. فليس للمضطر، وفي سبيل إنجاء نفسه، أن يقتل أو يجرح غيره، مهما كانت الظروف التي تحيطه^(٢). أما فيما يتعلق بما يتناوله من طعام، حال الاضطرار، أو ما يتلفه من مال، فقد اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة آراء: الأول، والذي يمثل رأي الحنفية والشافعية والحنابلة والامامية^(٣) وبعض المالكية، يذهب إلى أن على المضطر أن يضمن ما تناوله أو ما أتلفه حال الاضطرار. وقد عبرت عن هذا المعنى، مجلة الأحكام العدلية، بقولها " الاضطرار لا يبطل حق الغير "^(٤). في حين يذهب الرأي الثاني، والذي يمثل رأي أكثرية المالكية، إلى أنه ليس على المضطر أن يضمن شيئاً، لأن ما قام به في أثناء الاضطرار واجباً عليه، لحفظ نفسه من الهلاك، " والواجب لا يؤخذ له عوض ". بينما يذهب الرأي الثالث، والذي يمثل رأي الظاهرية، إلى وجوب التفرقة بين ما إذا كان المضطر، يملك حال الاضطرار، قيمة ما تناوله أم لا، فإن كان يملك، وجب عليه الضمان، وإلا فلا ضمان عليه^(٥).

أما بالنسبة للقانون العراقي، فقد جسد حالة الضرورة في صورتين، تتمثل الأولى في درء الضرر الأشد بالأخف. والثانية في درء الضرر العام بالخاص. وقد عرض للصورة الأولى في المادة (٢١٣) من القانون المدني التي نصها " ١- يختار أهون الشرين، فإذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً ويزال الضرر الأشد بالضرر الأخف ولكن الاضطرار لا يبطل حق الغير

(١) د. حسين عامر، مرجع سابق، ص ٢١٥.

(٢) د. يوسف قاسم، مرجع سابق، ص ٢٢٠.

(٣) الشيخ زين الدين العاملي، مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام، الجزء الثاني عشر، مرجع سابق، ص ١٢٠.

(٤) المادة (٣٣) من مجلة الأحكام العدلية.

(٥) ينظر في عرض هذه الآراء بالتفصيل مع أدلة كل رأي د. يوسف قاسم، مرجع سابق، ص ٢٤٢ - ص ٢٤٤.

إبطالاً كلياً ٢- فمن سبب ضرراً للغير وقاية لنفسه أو لغيره من ضرر محقق يزيد كثيراً على الضرر الذي سببه لا يكون ملزماً إلا بالتعويض الذي تراه المحكمة مناسباً".

أما الصورة الثانية فقد نص عليها في المادة (٢١٤) التي تقضي بأنه " ١- يتحمل الضرر الخاص لدرء الضرر العام ".

أما بالنسبة للقوانين محل المقارنة، فلم ينص القانون المدني الأردني، ونظيره الإماراتي، على حالة الضرورة، غير أنهما نصا على قواعد كلية في هذا المجال، حيث جاء في المادة (٦٥) من القانون المدني الأردني، التي تطابق مضمون المادة (١٠٥) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، بأن " يدفع الضرر العام بالضرر الخاص والأشد بالأخف ". وكذلك جاء في المادة (٢٢٢) من القانون المدني الأردني بأن " الضرورات تبيح المحظورات ". وبناءً على ذلك يرى بعض الشراح، أن القانون الأردني، قد أخذ بحالة الضرورة، بشكل ضمني، حيث يعفى مسبب الضرر، من الضمان إن كان في حال من الاضطراب، عند إحداثه للضرر، غير أنه لا يعفى بشكل مطلق، وإنما يعفى بقدر الضرورة التي أحاطته^(١). فيما يرى البعض الآخر، بالنسبة لقانون المعاملات المدنية الإماراتي، بأنه يجب الرجوع، في حال تحقق الضرورة، إلى القواعد العامة في ذلك القانون، وبالأخص إلى ما نصت عليه المادة الأولى منه، التي توجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، في حال لم يوجد نص تشريعي خاص^(٢).

بينما نص المشرع المصري على حالة الضرورة في المادة (١٦٨) من القانون المدني التي جاء فيها " من سبب ضرراً للغير ليتفادى ضرراً أكبر محدقاً به أو بغيره لا يكون ملزماً إلا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسباً".

على أن الأخذ بأحكام الضرورة لا يكون ما لم تتوافر الشروط التالية:

(١) د. عدنان إبراهيم السرحان، د. نوري حمد خاطر، مرجع سابق، ٤٠٢.

(٢) د. محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص ١٢٤ وما بعدها.

١- أن يكون هناك خطر حال، محقق بمحدث الضرر، أو بغيره^(١). وقد اختلف شراح القانون العراقي، في محل هذا الخطر. فذهب بعضهم، إلى أنه يجب أن ينصب هذا الخطر على نفس المضطر أو نفس غيره، وإلا فلا تقوم حالة الضرورة، إن كان الخطر يهدد الشخص أو غيره في ماله، على اعتبار أنه ليس من العدالة أن يتحمل شخص لم يصدر منه أي تعدٍ، قسطاً من الخسارة التي لحقت بغيره، بدعوى أن هذا الغير كان في حالة اضطراب^(٢). في حين يرى البعض الآخر، أنه يستوي أن يكون محل الخطر النفس أو المال، فالضرورة تقوم، سواء تعلق الخطر بنفس المضطر أو بماله أو بنفس غيره أو بماله^(٣).

إلا أنه يمكن القول، يجب التفريق بين فرضين: الأول تكون فيه الضرورة متعلقة بدفع الضرر العام بالخاص، وفي هذه الحالة لا خلاف على أن الضرورة تتحقق سواء انصب الخطر على النفس أم المال، لأن المشرع في هذه الحالة استخدم تعبير الضرر، بياناً لما يراد تفاديه، والضرر تعبير عام يشمل الضرر الجسدي والضرر المالي على حد سواء. أما الفرض الثاني فتكون فيه الضرورة متعلقة بالأضرار الشخصية، فأن الظاهر في هذه الحالة، إن الضرورة، تقوم فقط، إذا انصب الخطر على نفس المضطر. لأن المشرع قد صرح في هذه الحالة بأن المراد تفاديه يكون وقاية للنفس، ولذا فمن المرجح أن يكون قد قصد الأضرار الجسدية فقط، لأن المشرع أساساً قد قسم الأعمال غير المشروعة إلى أعمال تصيب المال (الإتلاف)، وأخرى تصيب النفس، وبالتالي فعندما يصرح بأن الضرورة تقوم عندما يكون هناك خطر على النفس، يرجح معه أنه قد قصد الأضرار الجسدية فقط.

٢- أن يكون مصدر الخطر أجنبياً عن المضطر والمضروب. لأنه إن كان مصدر الخطر هو المضطر نفسه، فلا يمكن أن يعتبر في حالة اضطراب من وضع هو سببه لنفسه. وبالتالي، فما

(١) د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥، ص ٥١٥.

(٢) د. حسن علي الذنون، مرجع سابق، ص ٦٨٣. د. محمود سعد الدين الشريف، مرجع سابق، ص ٣٨٣.

(٣) د. عبد المجيد الحكيم، د. الباقي البكري، د. محمد طه البشير، مرجع سابق، ص ٢٢٤. د. منذر الفضل، مرجع سابق، ص ٢٧٩. د. عصمت عبد المجيد، مرجع سابق، ص ١٧٢. د. أحمد سلمان شهيبي السعداوي، د. جواد كاظم جواد سميسم، مرجع سابق، ص ٣٠٢.

يصدر منه يعتبر تعدياً، تقوم معه المسؤولية وفق القواعد العامة. أما إن كان مصدر الخطر هو المضرور، فإن محدث الضرر يعتبر في حالة دفاع شرعي. وبالتالي، يعفى من المسؤولية^(١).

٣- أن يكون الضرر الذي تم تقاديه، يفوق كثيراً الضرر الحاصل، وإلا فلا تكون هناك حالة ضرورة، إن كان الضرر الذي تم تقاديه أقل من الضرر الحاصل، أو مساوياً له. باعتبار أن الشخص العادي، ما كان ليلحق الضرر بغيره، من أجل أن يتقاضي ضرراً مماثلاً أو أقل منه، فإذا ما فعل المضطر ذلك، فإنه يكون قد خرج على السلوك المألوف للرجل العادي، مما يعني أنه متعدي، وبالتالي فهو مسؤول مسؤولية كاملة وفق القواعد العامة^(٢).

فإذا توافرت الشروط المتقدمة، تحققت حالة الضرورة. وبالتالي، وبحسب نص المادة (٢/٢١٣) فإن الشخص لا يكون ملزماً إلا بالتعويض الذي تراه المحكمة مناسباً. أي لا يحكم عليه بالتعويض وفقاً للقواعد العامة، وإنما يراعى في ذلك حالة الاضطراب التي كان فيها، فيخفف من مسؤوليته عن الأضرار التي خلفها. ومما يعني أن حالة الضرورة لا ترفع المسؤولية عن المضطر، وبالتالي، لا يمكن اعتبارها سبباً للإعفاء من المسؤولية، وإنما هي مجرد ظرف يخفف من المسؤولية. وهذا بخلاف حالة الدفاع الشرعي، التي كما سبق أن اتضح، أنها ترفع كامل المسؤولية عن المدافع. والسبب في ذلك واضح، فبينما أن في حالة الدفاع الشرعي، يقع الضرر على شخص معتدٍ، ففي حالة الضرورة يقع هذا الضرر على شخص لم يصدر منه أي تعدي، ولذا كان من المنطقي أن ترفع المسؤولية كاملة في الحالة الأولى، وتخفف في الحالة الثانية^(٣).

غير أن حالة الضرورة تشابه حالة الدفاع الشرعي، من ناحية صعوبة تصورهما في أفعال التسبب. ويرجع ذلك أيضاً لطبيعة فعل المضطر، الذي غالباً ما ينتج عنه الضرر مباشرة. ولذا نجد، أنه حتى من أراد من الباحثين، أن يمثل لصورة التسبب بالضرر، عند الاضطراب، يأتي بمثال يكون فيه الفاعل مباشراً، من ذلك القول " إذا دخل مجموعة أطفال إلى الشارع فجأة، فاضطر سائق السيارة إلى الخروج عن الشارع وهدم جداراً للغير، فسقط ذلك الجدار بعد هدمه

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ٧٩٤.

(٢) د. محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص ٣٥٠.

(٣) د. حسن علي الذنون، مرجع سابق، ص ٧٠٩.

على مال الغير وأتلفه، كان فعل المضطر بالنسبة لهدم الجدار مباشرة، وبالنسبة لإتلاف المال بهدم الجدار تسبباً^(١).

في الواقع، أن هدم الجدار وإتلاف المال، في المثال المتقدم، كلاهما من أفعال المباشرة، لأن إتلاف المال، ما هو إلا أثر لهدم الجدار، وهو أثر مباشر له، لا يحتاج إلى عامل آخر، ليقع من خلاله الضرر. أي وبتعبير آخر، إن فعل السائق قد جلب الضرر بذاته، من غير أن يتطلب مشاركة غيره، وبالتالي لا يمكن أن يعتبر الفاعل متسبباً.

ومع ذلك، لا يمكن استبعاد فرضية التسبب بالضرر عند الاضطرار، وإن كانت قليلة ونادرة جداً في الواقع العملي. ومن أمثلة ذلك، ما لو اضطر أحد الأشخاص أن يترك ماله المنقول في مكان عام، حفاظاً على نفسه من خطر هده، ومن ثم أتى شخص واصطدم بهذا المال، وترتب على ذلك ضرراً أصابه. ففي هذه الحالة وأمثالها يكون المضطر قد تسبب بالإضرار بالغير، ويكون له أن يلجأ إلى أحكام الضرورة، لتخفيف من مسؤوليته، وبما يتناسب ودرجة الاضطرار التي كان فيها.

ثالثاً: - حالة تنفيذ أمر الرئيس:

من الثوابت في الفقه الإسلامي، أن طاعة ولي الأمر واجبة شرعاً. ويأتي هذا الوجوب من قوله تعالى " يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم ... "^(٢). لذا كان من الطبيعي، أن يقرر هذا الفقه، أن الضمان على الأمر لا المأمور، إذا ما ترتب على تنفيذ الأمر ضرراً للغير، لأن أمره إكراه^(٣).

(١) صالح أحمد محمد الهيبي، مرجع سابق، ص ١١٥.

(٢) سورة النساء آية رقم ٥٩

(٣) محمد أمين ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، الجزء التاسع، طبعة خاصة، دار عالم الكتب، الرياض، ٢٠٠٣، ص ٣١٠.

وعلى ذلك، أفتى فقهاء المسلمين بعدم ضمان المأمور لما يخلفه من أضرار لتنفيذه الأمر. حيث جاء في مدوناتهم الفقهية " لا ضمان على المأمور بقطع السلع"^(١). وكذلك ما صرحوا به من أن " الأمر لا ضمان عليه إلا في ستة، إذا كان الأمر سلطاناً أو أباً أو سيداً أو المأمور صبيّاً أو عبداً أمره بإتلاف مال غير سيده"^(٢). ومن الفقهاء من صرح بأنه لا ضمان على الأمر إلا في ثلاث، وهي كون الأمر سلطاناً أو مولاً للمأمور أو كان المأمور عبداً لغيره^(٣). ولذا أفتوا بأنه لو أمر الوالد ابنه بأن يشعل ناراً في أرضه، فامتثل الابن وأشعل النار، ثم تعدت النار إلى أرض الجار، فأتلفت شيئاً، كان الضمان على الأب دون الابن^(٤).

أما في القانون العراقي والقوانين محل المقارنة، فقد اقتصر الإعفاء من الضمان، على الموظف العام، عند تنفيذه أوامر رئيسه. حيث جاء في الفقرة الثانية من المادة (٢١٥) من القانون المدني العراقي بأنه " مع ذلك لا يكون الموظف العام مسؤولاً عن عمله الذي أضر بالغير إذا قام به تنفيذاً لأمر صدر إليه من رئيسه متى كانت إطاعة هذا الأمر واجبة عليه أو يعتقد أنها واجبة وعلى من أحدث ضرراً أن يثبت إنه كان يعتقد مشروعية العمل الذي أتاه بأن يقيم الدليل على أنه راعى في ذلك جانب الحيطة وإن اعتقاده كان مبنياً على أسباب معقولة".

فبموجب هذا النص، الذي جاء قريباً جداً في صياغته من نصوص المواد (١٦٧)^(٥) من القانون المدني المصري، و(٢/٢٦٣)^(١) من القانون المدني الأردني، و(٢/٢٨٩)^(٢) من قانون

(١) العلامة أبو منصور الحسن بن يوسف بن مطهر الأسدي، إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، ١٤١٠ هـ، ص ١٨٨.

(٢) محمد أمين ابن عابدين، المرجع السابق، ص ٣١٠.

(٣) الشيخ زين الدين بن إبراهيم ابن نجيم، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٩، ص ٢٤٤.

(٤) محمد أمين ابن عابدين، المرجع السابق، ص ٣١٠.

(٥) انظر نص المادة (١٦٧) من القانون المدني المصري، التي تنص على أنه " لا يكون الموظف العام مسؤولاً عن عمله الذي أضر بالغير، إذا قام به تنفيذاً لأمر صدر إليه من رئيس، متى كانت إطاعة هذا الأمر واجبة عليه، أو كان يعتقد أنها واجبة، وأثبت أنه كان يعتقد مشروعية العمل الذي وقع منه، وكان اعتقاده مبنياً على أسباب معقولة، وأنه راعى في عمله جانب الحيطة ".

المعاملات الإماراتي، يعفى الموظف العام الذي أحدث ضرراً بالغير من المسؤولية، إذا كان هذا الضرر ترتب عن عمل جاء تنفيذاً لأمر قد صدر إليه من رئيس واجب الطاعة.

غير أن الإعفاء من المسؤولية استناداً لهذه الحالة يتطلب الشروط التالية:

١- أن يكون محدث الضرر موظفاً عاماً^(٣). وهذا يعني، أنه لا يمكن للعامل الذي يعمل تحت إمرة رب العمل، أو الابن الذي يطيع والده، أو غيرهم ممن كان ملزماً شرعاً أو عرفاً بالإطاعة، أن يتمسك بهذا النص، للتخلص من المسؤولية. لذا يذهب بعض الباحثين إلى أن هؤلاء وأمثالهم يجب أن يعاملوا معاملة الموظف العام. وذلك بانتفاء المسؤولية بجانبهم، وانتقال الضمان إلى من له الولاية عليهم. طالما كانوا يعتقدون بمشروعية العمل الصادر منهم، وبوجوب طاعة الأمر الصادر إليهم. أو لا أقل بجعل الأمرين عليهم كفلاء لهم بقوة القانون^(٤). إلا أن البعض الآخر، يرى أن المشرع قد غطى الأحكام الخاصة بمن تقدم ذكرهم، من خلال النص على المسؤولية عن أعمال التابع، ومسؤولية متولي الرقابة^(٥). أو من خلال الأحكام الخاصة بالإكراه الملجئ^(٦).

٢- أن يكون قد قام بالعمل تنفيذاً لأمر الرئيس، سواء كان رئيسه المباشر أو غير المباشر^(٧). وسواء كان هذا الرئيس رئيسه في العمل حقيقة، أم أنه اعتقد ذلك، على أن يكون اعتقاده مبنياً

(١) انظر نص المادة ٢/٢٦٣ من القانون المدني الاردني، التي تنص على أنه " ومع ذلك لا يكون الموظف العام مسؤولاً عن عمله الذي أضر بالغير اذا قام به تنفيذاً لأمر صدر إليه من رئيسه متى كانت إطاعة هذا الأمر واجبة عليه أو كان يعتقد أنها واجبة وأقام الدليل على اعتقاده بمشروعية العمل الذي وقع منه وكان اعتقاده مبنياً على أسباب معقولة وأنه راعى في عمله جانب الحيطة والحذر ".

(٢) نفس صياغة ومضمون المادة أعلاه.

(٣) د. عبد الحي حجازي، مرجع سابق، ص ٣٩٩.

(٤) الشيخ مصطفى أحمد الزرقا، مرجع سابق، ص ١١٠.

(٥) د. محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص ١٢٠.

(٦) عدنان إبراهيم السرحان و د. نوري حمد حاطر، مرجع سابق، ص ٣٩٩.

(٧) د. حسن علي الذنون، المرجع السابق، ص ٧٣٦.

على أسباب معقولة، كما لو كانت مدة الرئيس قد انقضت، أو أنه قد تم نقله، أو أحيل على التقاعد، دون أن يعلم الموظف بذلك^(١).

٣- أن يكون حسن النية، وذلك بأن يعتقد بمشروعية الأمر الصادر إليه، ووجوب تنفيذه. على أن يثبت أن اعتقاده مبني على أسباب معقولة، وأنه لم ينفذ الأمر إلا بعد التثبت والتحري من مشروعية العمل وإن مصدره رئيسه^(٢).

فإذا توافرت الشروط المتقدمة، لا يسأل الموظف عن تعويض الضرر الذي نتج عن تنفيذ الأمر صادر إليه. لانقضاء التعدي بجانبه، تطبيقاً لمعيار الرجل المعتاد، لأن سلوك الموظف في هذه الحالة، وضمن الشروط السالفة، متفق مع سلوك الموظف المعتاد. وبالتالي، فإن فعله لا يشكل تعدياً^(٣).

ويكون للمتسبب تبعاً لذلك، أن يتمسك بأمر الرئيس لدفع المسؤولية عن نفسه. كما لو صدر إليه أمر من رئيسه، برفع غطاء البالوعة، مما أدى إلى سقوط أحد الصبية فيها. أو صدور أمر إليه بوضع مطب في الشارع العام، مما سبب حوادث سير في ذلك المكان. أو صدور أمر إليه باستخدام نوعية معينة من الأسلاك الكهربائية، لا يتناسب والغرض من استخدامها، مما أدى إلى تماس كهربائي، نشب عنه حريق في أحد المحلات التجارية. ففي كل ما تقدم، يعتبر الموظف العام متسبباً بالضرر، إلا أن له أن ينفي مسؤوليته عن ذلك الضرر، بإثبات تلقيه أمر من رئيس واجب الطاعة.

(١) د. محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص ١٢١.

(٢) د. محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص ٣٥٢.

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ٧٩٢.

الفصل الثاني

أحكام مسؤولية المتسبب

ممّا لا شك فيه، أنّ أهمية تقسيم الأفعال الضارة في الفقه الاسلامي إلى مباشرة وتسبب، تظهر من خلال الأحكام المترتبة على ذلك التقسيم. الأمر الذي يستدعي أن نتطرق لتلك الأحكام من خلال دراسة أثر اختلاف طبيعة الفعل الضار على توزيع المسؤولية بين الفاعلين المتعددين، سواء أكان هؤلاء الفاعلين من صنف واحد، أو كانوا مختلفي الصنف. أي سواء أكانوا مباشرين ومتسببين أم متسببين فقط، وذلك للوقوف على حقيقة ما أخذ به الفقه الإسلامي في هذا الصدد. لننتقل بعد ذلك لبحث أثر تقسيم الأفعال الضارة على توزيع المسؤولية بين الفاعلين المتعددين في القانون العراقي، والقوانين محل المقارنة، لنتبين من مدى تمسك القوانين التي استمدت تقسيم الفعل الضار من الفقه الاسلامي بالأحكام التي رتبها ذلك الفقه بهذا الخصوص. وإتماماً للبحث لا بد من التطرق أخيراً إلى الأحوال التي يعفى فيها المتسبب من الضمان.

ولذا، ولأجل الإحاطة بما تقدم سنعمد إلى تقسيم هذا الفصل على مبحثين: يخصص الأول لبحث اجتماع المباشر والمتسبب. فيما يخصص الثاني لبحث اجتماع المتسببين وإعفائهم من الضمان وكما يلي:

المبحث الأول

اجتماع المباشر والمتسبب

من الممكن أن يكون الضرر قد حصل نتيجة اجتماع فعلين، يكون أحدهما قد أحدث مباشرةً، والآخر على سبيل التسبب. أي أن يكون الضرر نتيجة اجتماع فعلي المباشرة والتسبب. وبالتالي، فإن ضمان ذلك الضرر لا يخرج عن احتمال أن يكون على المباشر وحده، أو على المتسبب وحده، أو عليهما معاً. وبتعبير آخر، إما أن تُغلب مسؤولية أحدهما على الآخر، أو أن يشتركان في المسؤولية. وهذا ما سيكون موضوعاً لدراستنا في هذا المبحث، حيث سنقسمه على مطلبين: نتناول في الأول منهما تغليب مسؤولية أحد الفاعلين على الآخر، وفي الثاني اشتراك كلا الفاعلين بالضمان والتضامن فيما بينهم.

المطلب الأول

تغليب مسؤولية أحد الفاعلين على الآخر

من البديهي، أن كل من يشترك في إحداث ضرر بالغير، يكون ملزماً بضمان ذلك الضرر، عند توافر شروط معينة. لكن الفقه الإسلامي، وفي كثير من الأحيان، يقضي بغير ذلك عندما يكون المسؤولون عن الضرر مختلفي الصفة. حيث يقضى بتقرير ضمان أحد المسؤولين دون الآخر. وطبيعي أن هذا المسؤول إما أن يكون المباشر أو المتسبب. وعليه سنعرض في هذا المطلب للأحوال التي يقدم فيها المباشر، وتلك التي يقدم فيها المتسبب، وموقف القانون العراقي والقوانين محل المقارنة منها كل في فرع مستقل وكما يلي:

الفرع الأول

تقديم المباشر في الضمان

اشتهر في الفقه الإسلامي، أنه عند اجتماع المباشر للضرر والمتسبب فيه، يقدم المباشر على المتسبب في الضمان^(١). أي يحكم بضمان الأول دون الثاني. كما جاء في مجلة الأحكام العدلية التي نصت على أنه " إذا اجتمع المباشر والمتسبب أضيف الحكم إلى المباشر"^(٢).

ومعلوم أن مجلة الأحكام العدلية قد استمدت هذا الحكم من الفقه الحنفي، الذي أورده ضمن القواعد الفقهية العامة، والذي قضى به، بأن الضمان يكون على المباشر، كلما اجتمع مع المتسبب^(٣). على اعتبار إن المباشرة هي العلة المؤثرة في حصول التلف، من غير حاجة إلى واسطة، كما في التسبب. وعليه يكون الأصل أن يضاف الضمان إلى المباشرة، لا إلى الأسباب

(١) علي حيدر، مرجع سابق، ص ٩١.

(٢) المادة (٩٠) من مجلة الأحكام العدلية.

(٣) العلامة أبو محمد بن غانم بن محمد البغدادي، مرجع سابق، ص ٤٠٥. الشيخ زين الدين بن إبراهيم ابن

نجيم، مرجع سابق، ص ١٣٥.

التي أوصلت إليها. لأن المباشرة أقرب وأقوى في التأثير^(١). وعلى ذلك أفتى فقهاء الحنفية بأنه لو أن شخصاً حفر بئراً في الطريق العام، وجاء آخر وأردى فيه حيواناً للغير، فإن الضمان يكون على المردى دون الحافر^(٢).

إلا أن جانباً من الفقه الحنفي، لم يسلم بذلك الحكم على إطلاقه. إذ قيدوه بأن يكون فعل المتسبب شيئاً لا يمكن أن يعمل بانفراده على جلب الضرر، حتى يمكن تضمين المباشر وحده. أما لو كان العكس، أي لو كان فعل المتسبب من الممكن أن يؤدي إلى التلف منفرداً، كان الضمان عليهما، أي يشترك المباشر والمتسبب في الضمان^(٣).

على أن قاعدة تقديم المباشر على المتسبب لم ينفرد بها الفقه الحنفي، حيث أورد فقهاء الشافعية هذا الأصل ضمن القواعد العامة بعبارة تشبه ما جاء عند الحنفية. فقصوا بأنه "إذا اجتمع السبب أو الغرور^(٤) والمباشرة قدمت المباشرة"^(٥). وجاء عندهم أيضاً بأن "الأصل أن المباشرة والسبب إذا اجتمعا كان حكم المباشرة مقدماً على السبب"^(٦).

كما صاغ فقهاء الحنابلة هذا الأصل في قاعدة عامة مع تقييده بأن لا تكون المباشرة مبنية على السبب وناشئة عنه. حيث جاء في القاعدة السابعة والعشرين بعد المائة، من كتاب القواعد في الفقه الإسلامي، لابن رجب الحنبلي بأنه "إذا استند إتلاف أموال الآدميين ونفوسهم إلى

(١) الشيخ أحمد بن محمد الزرقا، مرجع سابق، ص ٤٤٧. د. إبراهيم محمد محمود الحريري، مرجع سابق، ص ١٥٤.

(٢) يوسف آصاف، مرجع سابق، ص ٥٠.

(٣) العلامة فخر الدين عثمان الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، بهامشه حاشية الشيخ شهاب الدين أحمد الشلبي، الجزء السادس، الطبعة الأولى، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، ١٣١٥ هـ، ص ١٥٠.

(٤) المقصود بالسبب هنا هو المتسبب، والمقصود بالغرور هو الغار، وبالتالي يكون معنى القاعدة إذا اجتمع المتسبب أو الغار مع المباشر، يقدم المباشر في الضمان.

(٥) جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، مرجع سابق، ص ٢٥٩.

(٦) أبو سليمان حمد بن محمد الخطابي، معالم السنن، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، المطبعة العلمية، حلب، ١٩٩٤، ص ٧.

مباشرة وسبب تعلق الضمان بالمباشرة دون السبب إلا أن تكون المباشرة مبنية على السبب وناشئة عنه ...^(١).

وهكذا الأمر بالنسبة للفقهاء المالكي، فهو الآخر قد قرر تقديم المباشر على المتسبب في الضمان في أحوال اجتماعهما. فأفتى القرافي بأنه " إذا اجتمع منها سببان كالمباشرة والتسبب من جهتين غلبت المباشرة على التسبب "^(٢). غير أن بعض فقهاء المالكية قد قيد هذا الأصل بأن لا يكون المتسبب قد قصد الإضرار بشخص معين، وإلا كان كلاهما مسؤولاً عن الضمان. كما لو أن شخصاً حفر بئراً ليقع فيها شخص معين، علم أنه سيمر عليها، فدفعه فيها شخص آخر، كان كلاهما المسؤول^(٣)، أي الحافر والمردى.

كما أخذ بذلك التوجه بعض فقهاء الإمامية مع تقييده بعدم علم المباشر بحال السبب حيث جاء عندهم بأنه " إذا اتفق المباشر والسبب، ضمن المباشر، كالدافع مع الحافر ... ولو جهل المباشر حال السبب، ضمن المسبب "^(٤).

إلا أن الحكم المتقدم ليس محل إجماع عند فقهاء الإمامية، إذ ذهب فريق منهم، إلى عدم التسليم بضمان المباشر مطلقاً، عند اجتماعه مع المتسبب. وإنما يكون الملاك في تقرير الضمان عندهم هو مدى قوة التأثير في إيقاع الضرر. حيث ينظر إن كانت المباشرة أقوى، اختص المباشر بالضمان دون المتسبب، وإن كان التسبب أقوى، كان الضمان على المتسبب دون المباشر^(٥)، وإن لم يكن أحدهما أقوى من الآخر، قضى باشتراكهما بالضمان^(١). فيما أشكل

(١) أبي الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي، مرجع سابق، ص ٢٨٥.

(٢) أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن القرافي، الفروق المسمى بأنواء البروق في انواء الفروق، الجزء الثاني، دار النوادر، الكويت، ٢٠١٠، ص ٢٠٨.

(٣) العلامة شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مع تقارير الشيخ محمد عlish، الجزء الثالث، دار إحياء الكتب العربية، دون سنة طبع، ص ٤٤٤ وما بعدها.

(٤) المحقق الحلبي أبو القاسم نجم الدين، مرجع سابق، ص ٥٠١. الشيخ زين الدين العاملي، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، الجزء الرابع، الطبعة الثانية عشر، مجمع الفكر الإسلامي، قم المقدسة، ١٤٣٧ هـ، ص ٤٨٣.

(٥) محمد جواد مغنية، فقه الإمام جعفر الصادق، الجزء الخامس، قدس محمدي، قم المقدسة، دون سنة نشر، ص ١٢.

البعض الآخر على ذلك بالقول، إن كون المباشرة أقوى من التسبب، لا يوجب نفي الضمان عن المتسبب بعد وجود ما يقضي بضمانه أيضاً، واستدلوا على ذلك بضمان الغاصب مع تعاقب الأيدي على العين المغصوبة، أو ما كان بحكم الغصب، إذ لا فرق في الحكم بين القوي والضعيف. حيث إن مجرد تحقق اليد يستوجب الضمان على الغاصب^(٢). ولذا قرروا بأنه لا يوجد ما يمنع من القول بضمانهما معاً، لولا الاجماع المنعقد على ضمان الأقوى منهما، حيث لولا ذلك، لكان القول بضمانهما معاً في غاية الحسن^(٣).

ومن مجموع ما تقدم، يتبين أن قاعدة تقديم المباشر على المتسبب في الضمان، ليست قاعدة مطلقة في الفقه الإسلامي. حيث إن أغلب مذاهب هذا الفقه قيدت تلك القاعدة بقيود معينة. ولذا يذهب بعضهم، إلى أن ما يرد على قاعدة تقديم المباشر على المتسبب من استثناءات، يفقدها صفتها كقاعدة عامة^(٤). وهناك من ذهب إلى أن هذه القاعدة قد انتشرت "خطأً" في الفقه وبين الفقهاء وشرح القانون، لأنه وبتتبع الفروع الفقهية، التي أوردها فقهاء الشريعة، والتي عالجوا من خلالها حالات اجتماع المباشر مع المتسبب، يتضح أن القاعدة الصحيحة هي "إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى أقواهما وإذا تساويا تساوت المسؤولية"^(٥).

بينما ذهب البعض الآخر إلى نقد التفرقة بين المباشرة والتسبب من الأساس. حيث يرى بما أن هذه التفرقة تقوم على إحدى القواعد الأصولية، التي تميز بين العلة والسبب. فليس من السليم تطبيق قاعدة أصولية على مسألة من مسائل الضمان بصورة مطلقة ومنفردة، رغم خطورة النتائج

(١) الشيخ عباس علي السبزواري، مرجع سابق، ص ١٨٥.

(٢) السيد أحمد الخوانساري، جامع المدارك في شرح المختصر النافع، الطبعة الثانية، الجزء السادس، مؤسسة اسماعيليان، قم المقدسة، ١٤٠٥ هـ، ص ٢١٢ وما بعدها.

(٣) السيد علي محمد علي الطبطبائي، رياض المسائل في تحقيق الأحكام بالدلائل، الجزء الرابع عشر، مرجع سابق، ص ٢٠.

(٤) د. عدنان إبراهيم السرحان، مرجع سابق، ص ١٩.

(٥) د. مصطفى إبراهيم الزلمي، إيضاح الفوائد في شرح القواعد على نمط جديد، مرجع سابق، ص ٧٩.

التي تترتب عليها. إذ إن القواعد الأصولية تستند إلى المنطق الفلسفي، الذي قد يبتعد عن جوهر الضمان، الذي تنظمه أفكار أخرى، مثل العدالة والتضامن^(١).

أما بالنسبة للقانون المدني العراقي، فقد نص في الفقرة الثانية من المادة (١٨٦) على أنه "وإذا اجتمع المباشر والمتسبب ضمن المتعمد أو المتعدي منهما فلو ضمنا معاً كانا متكافلين في الضمان".

واستناداً إلى ذلك، ذهب بعضهم^(٢) إلى القول بأن الحكم في القانون المدني العراقي، يقضي بتقديم المتعمد على المتعدي عند اجتماعهما، أيّاً كانت صفته، سواء أكان مباشراً للضرر أم متسبباً فيه. بمعنى أنه لا بُد من البحث أولاً عن صفة التعمد في كلا الفاعلين، فإن كان أحدهما يتصف بها بخلاف الآخر، ضمن دونه، حتى وإن كان هذا الآخر متعدياً. وإن كان كلاهما متصف بهذه الصفة اشتركا في الضمان. أما إذا لم يكن أي منهما متعمداً، فيأتي دور التعدي لحكم المسألة، حيث يكون الضمان على المتعدي، وإن كان كلا المسؤولين متعديان اشتركا في الضمان. ويرى أن عدم الأخذ بالتراتب المتقدم، يؤدي إلى تضمين الاثنين دائماً سويةً، لأنه لا يخرج المباشر والمتسبب عن كونهما إما متعدين أو متعمدين أو أن أحدهما متعمد والآخر متعمد، لذلك فقد أراد المشرع أن يخرج حالة الاتحاد فقط من حكم الفقرة الأخيرة من النص، فيجعل حكمهما التضمين المشترك، ويترك حالة الاختلاف بالصفة للحالة الأولى فقط، وهي أن يكون أحدهما متعمد والآخر متعمد، فيقرر المسؤولية على الأول فقط. وبالتالي فإن عبارة ضمنا معاً، يرادفها إذن الاتحاد في الصفة، وهي الحالة الوحيدة التي لا يمكن الترجيح بينهما للتساوي في قوة السبب (تعمد أو تعدي). يضاف إلى ذلك أن الغاية أو الفلسفة من الترجيح تقوم على أساس أن يتم اختيار أحد الفاعلين (المباشر أو المتسبب) ليكون مسؤولاً لوحده عن جبر الضرر، لقوة سببه أو قوة تأثير فعله. بمعنى أن الآخر (المرجوح) هو أيضاً له مدخلة في إحداث الضرر إلا أنه قد أسهم بشكل أقل. النتيجة من ذلك، أن كلا السببين قد اشترك في المسؤولية، وهما لا يكونا كذلك إلا إذا كانا أما متعمدين أو متعدين أو أن أحدهما متعمد والآخر متعمد، بمعنى أن شروط المسؤولية قائمة للراجع والمرجوح، غاية ما هنالك أن أحدهما أقوى من الآخر. بخلافه أي إذا

(١) د. إبراهيم الدسوقي، المسؤولية المدنية بين التقييد والإطلاق، مرجع سابق، ص ٣٥٢ وما بعدها.

(2) m. Hadi, Référence précédente, p 68.

كان أحدهما متعمداً أو متعدياً والآخر ليس كذلك، لا يمكن القول بإعمال قواعد الترجيح بينهما، لأن أحدهما غير مسؤول أصلاً، فقواعد الترجيح لا تكون إلا إذا اعترفنا ابتداءً بمسؤولية الاثنين معاً، ولكن لقوة تأثير أحدهما جاز لنا تحميله المسؤولية دون غيره.

غير أن المفهوم العام لنص المادة (١٨٦) لا يوحي بالحكم المتقدم، لأن أساس ما يقوم عليه التوجه السالف، هو أن الفقرة الثانية من المادة أعلاه، تتكلم عن الترجيح بين المسؤولين، بمعنى أن كلا المسؤولين (المباشر والمتسبب) متصف بالتعمد أو التعدي. غير أن ذلك لا ينسجم مع مفهوم النص، حيث إن المفهوم العام للنص، يوحي بأن المشرع بعدما عرض إلى تضمين من يتلف مال غيره مباشرة أو تسبباً، عرض إلى مسألة اجتماع المباشر والمتسبب في الإلتاف، فقرر ربط مسألة ضمانهما، بالتعمد أو التعدي، دون اعتبار لصفتهما، من كون أحدهما مباشراً للضرر والآخر متسبباً فيه، لإزالة ما قد يحدث من شك حول جواز ذلك؛ لأن المشهور في الفقه الإسلامي أنه يقضي بتقديم المباشر على المتسبب في الضمان. وبالتالي لو أن المشرع اكتفى بنص الفقرة الأولى، التي تربط الضمان بالتعمد أو التعدي، لثار التساؤل حول مسألة اجتماع المباشر والمتسبب معاً. يضاف إلى ذلك أنه لو كانت الفقرة الثانية، تتكلم عن الترجيح، وأن كلا الفاعلين فيها متصف أما بالتعمد أو التعدي، لكان النص على النحو التالي "وإذا اجتمع المباشر والمتسبب ضمن المتعمد منهما وإلا فيضمنان معاً".

أما مسألة أن عدم الأخذ بالتراتب المتقدم يؤدي إلى تضمين الاثنين معاً دائماً، فلا تتسق والواقع، حيث يمكن تصور كثير من الحالات التي يجتمع فيها المباشر والمتسبب، ويكون أحدهما غير متعمد ولا متعدي. ومثال ذلك ما لو قام مالك محل لتبديل زيوت السيارات، بصب الزيت التالف في الشارع العام، وفي هذه الأثناء مر عليه أحد الأشخاص وزلق فيه وأتلف واجهة أحد المحلات المجاورة. حيث تحقق في هذا الفرض اجتماع المباشر والمتسبب وكان أحدهما متعدياً والآخر ليس كذلك.

وعلى ذلك فإنه لا يمكن الاتفاق مع التوجه المتقدم، لأن الظاهر من نص الفقرة الثانية من المادة (١٨٦) هو أن المشرع جعل الضمان على المتعمد أو المتعدي من مباشر أو متسبب. أما إذا كان كلاهما متعمدين أو متعديين أو كان أحدهما متعمد والآخر متعدياً اشتركا في الضمان.

غير أن موقف المشرع هذا منتقد، حيث إنه مجافٍ للعدالة، إذ قد يجتمع المباشر والمتسبب ويكون أحدهما أقوى من الآخر في إحداث النتيجة الضارة. كما لو أن شخصاً أوقف سيارته في غير المكان المخصص للوقوف، ثم جاء آخر ودفعها فأتلف بها مال الغير. أو أن شخصاً قام بتسميم ماء ترده البهائم وأتى آخر وساق حيوان الغير ليشرب منه، مع عدم علمه بحالة التسميم. فإنه ليس من المستساغ تضمين المباشر في هذه الحالة، أو تضمين المتسبب في الحالة الأولى. لأن أحدهما كان أكثر فاعلية من الآخر في إحداث النتيجة الضارة. هذا كله على فرض انعدام تعمد إحداث الضرر من أحد الطرفين. أما لو كان أحدهما متعمداً والآخر متعدياً فقط، فإنه ليس من العدالة بمكان ترتيب المسؤولية عليهما معاً. ومثال ذلك ما لو أن شخصاً ألقى متاع غيره في نار أججها ثالث في مكان عام لتقيهِ من البرد. فكيف يمكن أن يكون كلا الطرفين مسؤولاً عن التلف، وكان أحدهما متعمداً وأتلف مال الغير والآخر فقط تعدى بإشعاله النار في مكان عام^(١).

وعلى ذلك ندعو المشرع العراقي، لإجراء تعديل على نص الفقرة الثانية من المادة (١٨٦)، وذلك بأن يجعل الضمان على ذي التأثير الأقوى في إحداث النتيجة الضارة، ليكون النص على النحو الآتي "وإذا اجتمع المباشر والمتسبب ضمن أقواهما بالتأثير في إحداث الضرر، وإن تساوبا فيه ضمناً معاً". حيث إن جعل الضمان على الأقوى في التأثير، أقرب إلى العدالة، لأنه يكون هناك مساحة للقاضي للحكم على من يرى أنه يمكن أن يكون مسؤولاً حقيقةً عن الضرر، لأن تضمين الشخص، لمجرد كونه داخل ضمن الأسباب التي أدت إلى الضرر، قد لا يكون عادلاً في بعض الأحيان، وخاصةً عند اجتماع الفاعل المتعمد مع المتعدي. ولذا فإن جعل الضمان على الأقوى منهما، يترك للقاضي الحرية في تضمين من يرى أنه السبب الحقيقي للضرر، وإن رأى أن كلا الفاعلين، من مباشر ومتسبب، كانا متساويين في التأثير، ضمنهما معاً.

أما بالنسبة للقانونين الأردني والإماراتي، فقد قررا جعل الضمان على المباشر في حال اجتماعه مع المتسبب، جرياً على ما نصت عليه مجلة الأحكام العدلية. حيث نص المشرع الأردني في المادة (٢٥٨) من القانون المدني، والمشرع الإماراتي في المادة (٢٨٤) من قانون المعاملات المدنية، على ذلك في مادة متطابقة في المضمون والصياغة جاء فيها "إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر".

(١) فخري رشيد مهنا، مرجع سابق، ص ٢٠٠ وما بعدها.

فبحسب مفهوم هذا النص، يكون الضمان على المباشر مطلقاً، كلما اجتمع مع المتسبب^(١). الأمر الذي يثير التساؤل حول الوضع القانوني فيما لو كان لفعل المتسبب الدور الأكبر في إيقاع الضرر، كما لو قام شخص برش مادة زلقة في الشارع العام فتسببت بأن يزلق بها أحد المارة ويتلف إثر ذلك الانزلاق مالا لغيره. فيثار التساؤل عن مدى إمكانية تقرير الضمان على المتسبب في هذه الحالة وأمثالها^(٢).

بالرجوع إلى المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الإماراتي، نجد أنها تقرر بأنه من الممكن أن يكون الضمان على المتسبب وحده، مع وجود مباشر للضرر معه، حيث جاء فيها "يقدم المباشر في الضمان على المتسبب ... أما إذا كان السبب مما يفضي مباشرة إلى التلف فيترتب الحكم على المتسبب"^(٣). إلا أن صياغة نص المادة (٢٨٤) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، وما يقابلها في القانون المدني الأردني، تأبى أن يكون للمتسبب نصيب من الضمان، ما دام وجد معه مباشراً. وعليه يتحمل المباشر كامل المسؤولية، ويلزم بالضمان وحده^(٤)، ودون إمكانية وجود أحوال استثنائية، يقدم فيها المتسبب أو يشترك مع المباشر في الضمان^(٥).

أما بالنسبة للقانون المصري، فقد عالج مسألة تعدد المسؤولين، بعيداً عن فكرة المباشرة والتسبب، حيث نصت المادة (١٦٩) من التقنين المدني بأنه "إذا تعدد المسؤولون عن عمل ضار كانوا متضامنين بالتزامهم في تعويض الضرر، وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي، إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في التعويض".

(١) مصطفى أحمد الزرقا، مرجع سابق، ص ٨٤.

(٢) د. مدحت محمود عبد العال، نظرة تحليلية لأحكام المسؤولية عن الفعل الضار في قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، ٢٠١٠، ص ٦٥ وما بعدها.

(٣) المذكرة الإيضاحية، مرجع سابق، ص ٢٨١، أشار إليها د. مدحت محمود عبد العال، المرجع السابق، ص ٧٠.

(٤) مصطفى عبد القادر حليلو، مرجع سابق، ص ١٥٦. د. مدحت محمود عبد العال، المرجع السابق، ص ٦٨.

(٥) د. عدنان إبراهيم السرحان، المرجع السابق، ص ١٧.

الظاهر من النص المتقدم، أنه يتيح للقاضي توزيع التعويض على المسؤولين المتعددين، لا على أساس التساوي بينهم، وإنما على أساس آخر. ولذا يجب التفريق بين فرضين: الأول أن يعين القاضي نصيب كل من المسؤولين في التعويض، وفي هذه الحالة يكون توزيع المسؤولية بحسب ما يحدده القاضي، والغالب أن القاضي يحدد نصب كل مسؤول بالنظر الى جسامه الخطأ الصادر منه. أما الفرض الثاني ألا يعين القاضي نصيب المسؤولين في التعويض، وفي هذه الحالة توزع المسؤولية بين المسؤولين بالتساوي^(١). ويرى بعضهم في هذا الصدد أن القاضي لا يلجئ الى التوزيع على عدد الرؤوس، أي التساوي في المسؤولية، إلا إذا لم يستطع تحديد جسامه خطأ كل مسؤول فعندئذ يُجري التوزيع بالتساوي على المسؤولين^(٢).

الفرع الثاني

تقديم المتسبب في الضمان

بالنظر لما تتصف به نصوص الشريعة الإسلامية من توخي العدل والإنصاف، نجد أن إطلاق قاعدة تقديم المباشر على المتسبب لا تتسق مع ذلك. إن المتتبع للحالات أو الفرضيات التي أوردها فقهاء المسلمين، والتي يجتمع فيها المباشر والمتسبب، يجد أن هناك قيوداً على قاعدة إضافة الفعل للمباشر في حال اجتماعه مع المتسبب، كما ويجد أن هناك استثناءات قد أوردت عليها، تجلت في الفروض العملية لموارد اجتماع المباشر والمتسبب. ومن خلال استقراء نصوص الشريعة التي وردت في مختلف المذاهب الإسلامية، ومن خلال تتبع الفروض العملية فيها، نخلص إلى أن هناك أحوالاً يقدم فيها المتسبب على المباشر في الضمان^(٣)، تتمثل بالآتي:

أولاً: إذا كانت المباشرة ناشئة عن التسبب، وكانت لا عدوان فيها بالكلية^(٤). كما في حالة رجوع الشهود عن الشهادة، بعد أن حكم القاضي بناء على شهادتهم^(٥). إذ يلزم الشهود في هذه الحالة بالضمان، رغم أن المباشر هو القاضي، وأن الشهود ما هم إلا متسببين. إلا أنه ما دام أن

(١) د. محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص ٤٣٧ وما بعدها.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ٨٩٥.

(٣) مصطفى أحمد الزرقا، مرجع سابق، ص ٨٤.

(٤) أبو الفرج بن عبد الرحمن بن رجب الحنبلي، مرجع سابق، ص ٢٨٥.

(٥) السيد محمد حسن البجنوردي، مرجع سابق، ص ٣٥.

المباشرة لم يكن فيها أي تعدٍ، وكانت مبنية على شهادة الشهود. لا يلزم المباشر - والحال هذه - بأي ضمان، ويكون الضمان على المتسبب وحده. وهكذا الحكم عندما يقيم الخبراء أموال اليتامى أو الاوقاف بغبن فاحش، وهم يعلمون بذلك، فإنهم يضمنون النقص^(١). ومثله لو قام شخص بوضع قارورة تحت رجل شخص نائم، فمد النائم رجله وكسرها، تقرر الضمان على الواضع ولا شيء على النائم^(٢). وكذلك لو أفتى رجل الدين بالفتوى، ثم تبين خطأه، فإن ما يترتب على هذه الفتوى من الضمان يكون عليه وحده^(٣).

وهذا ما يتوافق وما قرره القانون المدني العراقي، من حيث أن هذا الأخير قد جعل الضمان على المتعمد أو المتعدي. وبالتالي إذا كان المباشر غير متعمد أو متعدي، أي كانت المباشرة لا عدوان فيها، فلا ضمان عليه. مما يعني أن الضمان يتقرر على المتسبب وحده.

وهذا بخلاف الحال بالنسبة للقانونين الأردني والإماراتي، اللذان قضيا بتقديم المباشر في الضمان مطلقاً. ومع ذلك لم يلتزم القضاء بحرفية النص، فقد قضت محكمة تمييز دبي في غير قضية من أنه " إذا اجتمع للضرر فعان أحدهما بالمباشرة والآخر بالتسبب، فالأصل إضافة الضمان إلى المباشر ما لم يكن المباشر ملجأ إلى التسبب وليس فيه عدوان أو قائماً بواجب فرضه عليه القانون أو العرف، وعندئذ يكون ضمان الضرر على المتسبب لإلجائه إلى المباشرة"^(٤). وجاء في قرار لها أيضاً " أن الشركة المستأنف ضدها (الطاعنة) كان منوطاً بها أعمال الصيانة والتجديد لواجهة المبنى الذي تشغل المنشأة المؤمن لصالحها من المستأنفة (المطعون ضدها) جزءاً منه وأنه أثناء قيام عمال المستأنف ضدها بإزالة الطلاء القديم لواجهة المبنى باستخدام اللهب، كان من شأنه اتصال ذلك اللهب بالمواد التي تملأ فواصل التمدد بين الحوائط والتي تتكون من شرائح الإسفنج أو اللدائن البلاستيكية، تسبب اللهب المشار إليه في احتراقها دون اشتعال لهب وصاحب ذلك صدور دخان الذي انتشر للخارج من جهة وتخلل المسافات البينية بين الجدران للداخل من جهة أخرى، وفي هذه الحالة كان يتعين تدخل الدفاع

(١) ابن عابدين، حاشية رد المحتار، الجزء السادس، دار الفكر، بيروت، ١٩٩٥، ص ٥١٧.

(٢) السيد عبد الأعلى الموسوي السبزواري، مرجع سابق، ص ٣٦١.

(٣) جلال الدين عبد الرحمان السيوطي، مرجع سابق، ص ٢٦٠.

(٤) د. عدنان إبراهيم السرحان، مرجع سابق، ص ٢٢.

المدني والقيام بأعمال الإطفاء التي يقدرها رجال الدفاع المدني وفقاً للحال عن الانتقال إليها، وأن ذلك التدخل من قبل الدفاع المدني كان عن طريق سكب المياه والتي تسربت إلى داخل الجزء الذي تشغله الشركة المتضررة وتزاول به نشاطها فتسبب ذلك في بعض الأضرار بالأجهزة والديكور والأثاث ... وكان مفاد ما خلصت إليه محكمة الموضوع على نحو ما سبق أن الضرر الذي قضت بالتعويض عنه وقع نتيجة فعلين مجتمعين أحدهما بالمباشرة من جانب الدفاع المدني لاتصال المياه التي سكبتها على واجهة المبنى بهذا الضرر والآخر بالتسبب من جانب الشركة الطاعنة باستعمال عمالها دون حيلة اللهب في إزالة الطلاء من واجهة المبنى المذكور والذي تسبب عنه احتراق الفواصل بين الجدران وانتشار الدخان خارج وداخل المبنى، ولما كان الدفاع المدني ملجأً ومضطراً وقائماً بواجبه بحكم طبيعة عمله إلى التدخل لإزالة مصادر الدخان، ومن ثم فإن الضمان حينئذ يكون على المتسبب وهي الشركة الطاعنة لالتجائها إلى المباشرة في وقوع ذلك الضرر...^(١).

أما بالنسبة للقانون المدني المصري، فكما بينا سابقاً، فإنه يربط المسؤولية بالخطأ. وبالتالي، فإن الضمان على من صدر منه الخطأ، سواء أكان مباشراً أم متسبباً.

ثانياً: "إذا جهل المباشر حال السبب"^(٢)، أي إذا كان المباشر لا يعلم بوجود السبب المؤدي إلى التلف. كما لو ان الطبيب وصف الدواء الخطأ، والممرض اعطاه إلى المريض، مما زاد في مرضه، فإن الضمان يكون على الطبيب إذا كان الممرض جاهلاً بحال الدواء^(٣). أو كما لو دفع

(١) الطعن رقم ٢٥٤ لسنة ٢٠٠٣ حقوق، جلسة ١٢/١٠/٢٠٠٣، قضاء محكمة تمييز دبي، إصدارات المكتب الفني للمحكمة، ع ١٤، ٢٠٠٤، ج ١ حقوق، ص ١٠٦٦. أشار إليه د. عدنان إبراهيم السرحان، مرجع سابق، ص ٢٣.

(٢) الشيخ شمس الدين محمد بن جمال الدين مكي العاملي، اللعة الدمشقية في فقه الإمامية، تقديم علي أصغر مرواريد، دون دار نشر، دون سنة نشر، ص ١٨٢. المحقق أبو القاسم نجم الدين جعفر بن حسن الحلبي، مرجع سابق، ص ٥٠١. زين الدين بن علي العاملي، مرجع سابق، الجزء الخامس عشر، ص ٣٨٠. العلامة أبو منصور الحسن بن يوسف بن مطهر الحلبي، مرجع سابق، ص ٦٥٨. السيد عبد الله فضل الله فحص الحسيني، الجواهر الفقهية في شرح الروضة البهية، كتاب القصاص - كتاب الديات، الجزء العشرون، الطبعة الأولى، دار الأضواء، بيروت، ٢٠١٢، ص ٢١٦.

(٣) السيد محمد حسن البنو جردى، مرجع سابق، ص ٣٤.

شخص آخر، فوق في بئر مغطى، كان قد حفره شخص ثالث، وغطاؤه. ألزم الحافر بالضمان، ولا شيء على الدافع^(١).

والملاحظ في هذه الحالة، إن جعل الضمان على المتسبب، لا يتوقف على التعمد. حيث يعتبر المتسبب مقدماً على المباشر، سواء قصد الإضرار بالغير أم لم يقصد ذلك^(٢). مما يعني أن الضمان في هذه الحالة تقرر بالاستناد إلى التعدي، والملاحظ أيضاً أن التعدي قد صدر من كلا الفاعلين كما في المثال الأخير. ولذا لا يبقى سوى القول بأن الضمان تقرر بالاستناد على قوة التأثير في جلب الضرر. لأنه معلوم أن الأضرار الناتجة عن مجرد الدفع تختلف قطعاً عن تلك التي تنتج من الوقوع في حفرة. وبالتالي قدم المتسبب باعتبار أن فعله أقوى في جلب الضرر.

ومن المهم في هذا الصدد، معرفة مدى إمكانية شمول هذه الحالة بعموم نص المادة (١٨٦) من القانون المدني العراقي؟ في البدء لا بد من القول، إن ما من شك بأن المباشر إذا كان غير عالم بوجود السبب المؤدي إلى الضرر، فهذا يعني، أنه في الغالب غير متعمد الإضرار. ولذا تكون هذه الحالة مستوعبة ضمناً في عموم نص المادة المشار إليه، طالما كان المباشر غير متعمد، أما إذا كان المباشر قد تعدى فيكون الضمان عليهما معاً. وهذا بالتأكيد عكس ما ذهب إليه القانونين الأردني والإماراتي، عندما جعلوا الضمان على المباشر مطلقاً.

ثالثاً: إذا كان التسبب من قبيل التغرير بالمباشر^(٣). والتغرير كما يعرفه فقهاء المسلمين هو ترغيب شخص إلى فعل معين، يترتب عليه ضرر، أي أن يكون الفعل قد صدر من المباشر نتيجة انخداعه بواسطة الغير^(٤). أو هو كما يعرفه بعض شراح القانون بأنه " أن تورد قولاً أو

(١) السيد روح الله الموسوي الخميني، تحرير الوسيلة، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، دار التعارف، بيروت، ١٩٨١، ص ٥٦٩.

(٢) الشيخ محمد القائني، مرجع سابق، ص ١٣٦.

(٣) الشيخ شمس الدين محمد بن مكي العاملي، مرجع سابق، ص ١٠٧. زين الدين بن علي العاملي، مسالك الإفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، مرجع سابق، ص ١٦٥. حسن بن جعفر كاشف الغطاء، مرجع سابق، ص ٥٤. محمد جواد مغنية، مرجع سابق، ص ١٢.

(٤) السيد محمد حسن البجنوردي، القواعد الفقهية، الجزء الأول، مرجع سابق، ص ٢٧٢-٢٦٩.

فعلاً يحمل الغير على القيام بأمر يقوده إلى الضرر بماله^(١). أو كما عرفه آخر بأنه "حمل شخص على قبول ما لا خير فيه بوسيلة كاذبة مضللة ترغب فيه بدعوى أن فيه مصلحة"^(٢).

ويورد فقهاء المسلمين تطبيقات لتضمين الغار منها، ما لو قال رجل لأهل السوق هذا ابني فبايعوه، إني أذنت له بالتجارة، ثم تبين أنه ابن الغير، فإن لمن تباع مع الصغير الرجوع على الرجل^(٣). وكذلك لو أنه استأجر أحد للحفر في جدار الدار التي يسكنها، ثم تبين أن الدار لا تعود له، فإن للحافر أن يرجع عليه، إذا ضمنه مالك الدار، قيمة الجدار. ومثله ما لو أمره بذبح شاة ثم تبين أنها ليست ملكه، فإن للمالك الرجوع على الذابح والذي بدوره له الرجوع على الغار^(٤).

ويتضح مما تقدم أنَّ المُراد من أن الضمان يكون على الغار، هو استقراره عليه، لأن لصاحب المال التالف أن يرجع على المتلف، الذي يكون له أن يرجع على من غره^(٥).

هذا، ويرى بعض فقهاء الشريعة أن الغار يكون ضامناً، سواء قصد التغرير أم لم يقصد^(٦). فيما اختلف البعض الآخر منهم في مسألة اشتراط علم الغار بترتيب الضرر من الفعل الذي يغرر به من عدمه. حيث يرى بعضهم انه يشترط أن يكون الغار عالماً بالضرر، حتى يحكم بضمانه، على اعتبار أن التغرير هو الخديعة ولا يصدق هذا الوصف لغةً وعرفاً إن لم يكن الغار عالماً بما يؤول إليه التصرف^(٧).

(١) د. منير القاضي، محاضرات القانون المدني العراقي، مصادر الالتزام غير العقدية والأوصاف المعدلة لآثار الالتزام، ألفت على طلبة الدراسات القانونية، دار مصر للطباعة، ١٩٥٤، ص ١٠.

(٢) د. أنور سلطان، مرجع سابق، ص ٣٠٤.

(٣) محمد أمين ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، دراسة وتحقيق الشيخ عادل أحمد عبد الموجود والشيخ علي محمد معوض، قدم له وقرظه د. محمد بكر إسماعيل، الجزء السابع، طبع خاصة، دار عالم الكتب، الرياض، ٢٠٠٣، ص ٣٦٥.

(٤) محمد أمين ابن عابدين، الجزء التاسع، مرجع سابق، ص ٣١١.

(٥) حسن بن جعفر كاشف الغطاء، مرجع سابق، ص ٥٥.

(٦) الشيخ محمد القائي، مرجع سابق، ص ١١٠.

(٧) الشيخ عباس علي الزراعي السيزواري، مرجع سابق، ص ١٩٤ وما بعدها.

بينما اتجه آخرون إلى أنه ليس من الضروري أن يكون الغار على علم بما يؤول إليه تغريره، لأنه لا يشترط في صدق عناوين الأفعال أن يكون الفاعل قاصداً لتلك العناوين، وإنما يكفي أن يصدر الفعل منه، فالذي يقوم أو يقعد، لا يشترط أن يكون ملتفتاً إلى قيامه أو قعوده، حتى يصدق عليه القول إنه قام أو قعد. وإنما مجرد صدور الفعل منه يتحقق به هذا الوصف. وهكذا الأمر بالنسبة لمن غرر غيره بالقيام بتصرف ترتب عليه ضرر، فإنه ضامن، وإن لم يكن قاصداً الخديعة، أو حتى لو لم يكن يدر أنه يخدع^(١). وخير دليل على ذلك ما ورد من نصوص فقهية قضت بضمان الشاهد عند رجوعه عن الشهادة بعد ما قضى بالاستناد إليها، فإنه يضمن ما لحق الغير من خسارة، وإن كان قد ادعى الاشتباه في شهادته. وهكذا الأمر في المفتي، فإنه ضامن لما لحق المكلف من خسارة بسبب فتواه، إذا ما عاد عن هذه فتوى^(٢).

وفي الأحوال جميعها يجب أن يكون المغرور جاهلاً بترتيب الضرر، وإلا فلا يصدق عليه وصف المغرور^(٣).

وجدير بالذكر أنه وعلى الرغم من أن غالبية فقهاء المسلمين^(٤)، اتجهوا إلى أن قاعدة التغرير هي من مستثنيات قاعدة تقديم المباشر في الضمان، وإنما من صغريات قاعدة التسبب. إلا أن هناك من ذهب إلى أن قاعدة التغرير تغاير قاعدة التسبب، حيث إن لكل قاعدة تطبيقها الخاص، ويستدلون على ذلك، بما يترتب من نتائج عند تطبيق كل من القاعدتين. حيث إن قاعدة التغرير تقضي بأن للمضرور الرجوع على من شاء من غار أو مغرور. إذ إن ضمان الغار في عرض ضمان المغرور. إما في قاعدة التسبب فإن المضرور لا يستطيع الرجوع إلا

(١) السيد محمد حسن البجنوردي، مرجع سابق، ص ٢٦٩ وما بعدها.

(٢) الشيخ محمد القائي، مرجع سابق، ص ١١٢-١١٤.

(٣) ناصر مكارم الشيرازي، مرجع سابق، ص ٢٩٥. الشيخ عباس علي الزراعي السبزواري، مرجع سابق، ص ١٩٤.

(٤) الشيخ شمس الدين محمد بن مكي العاملي، مرجع سابق، ص ١٠٧. زين الدين بن علي العاملي، الجزء الثاني عشر، مرجع سابق، ص ١٦٥. حسن بن جعفر كاشف الغطاء، مرجع سابق، ص ٥٤. محمد جواد مغنية، مرجع سابق، ص ١٢. السيد محمد حسن البجنوردي، مرجع سابق، ص ٣٥.

على المتسبب، فليس له أن يرجع على المباشر، ومن ثم للمباشر أن يرجع على المتسبب وإنما له الرجوع على المتسبب فقط^(١).

والاتجاه الأخير ينسجم وما اتجه إليه القانون المدني العراقي، حيث نص على التغيرير على أنه فعل ضار، في مادة مستقلة عن مواد اجتماع المباشر والمتسبب، فأورد في المادة (١٨٩) إنه " إذا غر أحد آخر ضمن الضرر، فلو قال رجل لأهل السوق: هذا الصغير ولدي بيعوه بضاعة فإنني أذنته بالتجارة، ثم ظهر بعد ذلك أن الصبي ولد غيره فلأهل السوق أن يطالبوه بضمن البضاعة التي باعوها للصبي وبالتعويض عن الأضرار الأخرى".

وهذا ما أخذ به القانونين الأردني والإماراتي، حيث جاء في المادة (٢٥٩) من القانون المدني الأردني، التي تطابق مضمون وصياغة المادة (٢٨٥) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي بأنه "إذا غر أحد آخر ضمن الضرر المترتب على ذلك الغرر".

والواضح من النص المتقدم أنه لم يفرق بين التغيرير القولي والفعل، حيث جاء مطلقاً. إلا أن المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، عند تناولها لهذه المادة قد حصرت الضمان بالتغيرير الفعلي، حيث جاء فيها " وإذا كان الغرور بالفعل فالغار ضامن ضمان المتسبب... وإذا كان الغرور بالقول فيكون الغار ضامناً إذا ضمن والتزم، فيكون الضمان فيه حينئذ من قبيل الالتزام بالشرط لا من قبيل التضمن بسبب الغرور المحض، وإذا لم يتضمن الاشتراط لم يترتب عليه تضمين عند جمهور الفقهاء إذ لا يجب على المغرور تصديقه بل يجب عليه التروي والنظر. مثال ذلك إذا قال شخص لآخر: اسلك هذا الطريق فإنه آمن فإذا كان غير آمن وأخذ اللصوص مالك فأنا ضامن، ثم سلكه فأخذ اللصوص ماله فإنه يكون ضامناً ويتبع المغرور من غره بسلوكه وهذا بخلاف ما إذا قال له: اسلك هذا الطريق فإنه آمن ولم يشترط الضمان، فإنه إذا سلكه فضاع ماله، لم يضمن الغار"^(٢).

إلا أنه، وكما تقدم، فإن منطوق نصوص المواد (٢٥٩/أردني-٢٨٥/إماراتي) جاء مطلقاً. وبالتالي، يشمل التغيرير القولي والفعل، ولا مجال للأخذ بالتقييد الذي ورد في المذكرة

(١) الشيخ عباس علي الزراعي السبزواري، مرجع سابق، ص ٢٠٣-٢٠٩.

(٢) المذكرة الإيضاحية، أشار إليها د. عبد الباسط جميعي وآخرون، مرجع سابق، ص ١٣٠٤.

الإيضاحية، لا سيما إذا كان التعبير قد صدر ممن يعتد بقوله^(١). كما لو صدر التعبير من موظف عام ممن يعتد بتصديقه. فلو أن شخصاً سأل شرطي المرور عن مدى جواز إيقاف سيارته في مكان معين، فأجاب الشرطي بالإيجاب، ثم تبين عدم جواز الوقوف فيه، فإن للسائق أن يرجع على الشرطي بما تحمله من غرامة، على اعتبار أنه قد تسبب بتغييره^(٢).

أما بالنسبة للقانون المدني المصري، فلم ينص على التعبير في المسؤولية غير العقدية بنص خاص. ولكن بما أنه لا يوجد حصر للأفعال غير المشروعة التي يمكن أن تشكل خطأ يوجب قيام مسؤولية فاعله، فإن التعبير يكون مشمولاً ضمن هذه الأفعال، إذا خلف للغير وهماً ترتب عليه ضرر له، باعتباره صورة من صور الخطأ^(٣).

رابعاً: إذا كان التسبب بطريق الإكراه^(٤). ويعرف الإكراه عند فقهاء المسلمين بأنه " اسم لفعل يفعله المرء لغيره فينتقي به رضاه أو يفسد به اختياره بغير أن تتعدم به الأهلية بحق المكره أو يسقط عنه الخطاب"^(٥). أو هو " حمل الغير على ما لا يرضاه من قول أو فعل ولا يختار مباشرته لو ترك ونفسه"^(٦). فيما عرف الإكراه من بعض شراح القانون على أنه " حمل الغير

(١) د. مدحت محمد محمود عبد العال، مرجع سابق، ص ٨٣.

(٢) مصطفى أحمد الزرقا، مرجع سابق، ص ٩٢.

(٣) د. سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، مرجع سابق، ص ٤٤٢.

(٤) العلامة أبو محمد بن غانم بن محمد البغدادي، مرجع سابق، ص ٤٥٧. جلال الدين عبد الرحمن السيوطي،

مرجع سابق، ص ٣٠٧. أبو الفرج عبد الرحمن بن رجب، مرجع سابق، ص ٢٨٦. الشيخ شمس الدين محمد

بن مكي العاملي، مرجع سابق، ص ١٠٧. زين الدين علي العاملي، مسالك الإفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام،

مرجع سابق، ص ١٦٥. جواد مغنية، مرجع سابق، ص ١٢.

(٥) الشيخ شمس الدين السرخسي، المبسوط، الجزء الرابع والعشرون، مرجع سابق، ص ٣٨.

(٦) كمال الدين بن همام الحنفي، التقرير والتحرير شرح العلامة المحقق ابن أمير الحاج الحلبي على التحرير

في أصول الفقه، ضبطه وصححه عبد الله محمود محمد عمر، المجلد الثاني، الطبعة الأولى، دار الكتب

العلمية، بيروت، ١٩٩٩، ص ٢٦٥.

- بغير حق - على ما لا يرضاه ^(١). وهكذا عرفه المشرع العراقي بأنه " إجبار الشخص بغير حق على أن يعمل عملاً دون رضاه ^(٢)."

ويقسم فقهاء المسلمين الإكراه على نوعين: الأول وهو الإكراه التام، ويكون عندما يخشى المكره معه من فوات النفس، أو عضو من الأعضاء، أو هتك العرض، أو حتى بفوات المال إذا كان كثيراً ^(٣). ويسمى هذا النوع من الإكراه بالإكراه الملجئ، لانتفاء اختيار المكره أو فساد، فيصبح كالألة بيد المكره ^(٤). والثاني هو الإكراه الناقص، ويكون عندما لا يتعلق بنفس المكره أو أعضائه، وإنما دون ذلك، وبما لا يخاف معه التلف، ويسمى بالإكراه غير الملجئ ^(٥).

وقد أخذ القانون المدني العراقي بهذا التقسيم، فنص في الفقرة الثانية من المادة (١١٢) بأنه "يكون الإكراه ملجئاً إذا كان تهديداً بخطر جسيم محقق كإتلاف نفس أو عضو أو ضرب مبرح أو إيذاء شديد أو إتلاف خطير في المال، ويكون غير ملجئ إذا كان تهديداً بما هو دون ذلك كالحبس والضرب؛ على حساب أحوال الناس" ^(٦).

ويتحقق الإكراه الراجع للضمان، عند فقهاء المسلمين، بما يتحقق به الإكراه المفسد للعقد ^(٧). بمعنى أنه يجب أن يكون المكره قادراً على تحقيق ما يهدد به، وأن يكون قد وقع في أكثر ظن

(١) د. محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص ١١٦.

(٢) المادة (١١٢) من القانون المدني. وكما أورد كل من القانون المدني الأردني في المادة (١٣٥) منه، وقانون المعاملات المالية في المادة (١٧٦) منه، نفس تعريف القانون العراقي، مع إضافة عبارة "ويكون مادياً أو معنوياً" في التشريع الأردني. وعبارة " ويكون الإكراه ملجئاً أو غير ملجئ ويكون مادياً أو معنوياً " في التشريع الإماراتي. كما ويستفاد تعريف الإكراه من نص المادة (١٢٧) من القانون المدني المصري بأنه رهبة يبعثها الطرف الآخر في نفس المكره دون وجه حق.

(٣) أحمد المقدس الاردبيلي، مرجع سابق، ص ٥٠١.

(٤) د. أحمد محمد سراج، مرجع سابق، ص ٢٨٣.

(٥) سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح، الجزء الثاني، مكتبة صبيح، مصر، دون سنة نشر، ص ٣٩٠.

(٦) ينظر نفس المعنى، المادة (١٣٦) من القانون المدني الأردني، والمادة (١٧٧) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

(٧) زين الدين بن علي العمالي، مسالك الإفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، مرجع سابق، ص ١٦٥.

المكره وغالب رأيه أنه إن لم يجب المكره إلى ما يريد للحق به منه ما يهدده به، أما لو غلب على ظنه، أن المكره لا يفعل ما يهدد به، لما تحقق الإكراه وإن وجد التهديد. وبالمقابل قد يتحقق الإكراه وإن لم يوجد تهديد. كما إذا كان الأمر بالفعل من غير وعيد، لكن غلب على ظن المكره أنه سيلحق به ضرر أن لم يفعل ما يأمر به^(١).

من هنا نجد أن القوانين محل المقارنة، والتي توصف بالأكثر قرباً من الفقه الإسلامي قد اتجهت إلى جعل الضمان على المكره على التصرف، إذا كان الإكراه ملجأً. حيث جاء في المادة (١/٢١٥) من القانون المدني العراقي، وبما يتطابق مضموناً وصياغةً للمادتين (١/٢٦٣) من القانون المدني الأردني، و(١/٢٨٩) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، بأنه "يضاف الفعل إلى الفاعل لا الأمر ما لم يكن الفاعل مجبراً على أن الإكراه المعتبر في التصرفات الفعلية هو الإكراه الملجأ وحده".

أما القانون المدني المصري، فقد جاء خالياً من نص مشابه للنص المتقدم، مع ذلك، فإنه يمكن إعفاء المكره من المسؤولية عن تعويض الضرر الذي نتج عن الفعل الذي أكره عليه استناداً لنص المادة (١٦٣) التي تقرر بأن "كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض". وبالتالي، لا يكون الشخص مسؤولاً عن الضرر ما لم يصدر منه خطأ. ومعلوم أن الخطأ لا يتحقق إن لم يكن هناك خروج عن سلوك الشخص المعتاد. وعليه ما دام أن فعل المكره غالباً ما يكون متوافقاً مع تصرف الشخص العادي، الذي يوضع بظروفه نفسها، فلا يمكن أن يوصف فعله بالتعدي. مما يعني أنه لا ينسب إليه أي خطأ في التصرف. وبالتالي يكون غير مسؤول عن الضرر. بعكس المكره الذي سيكون هو المسؤول عن هذا الضرر، لثبوت صدور الخطأ منه.

خامساً: إذا كان المباشر شخصاً عديم التمييز، أو حيواناً لا يملك الشخصية القانونية^(٢). حيث يقرر فقهاء المسلمين في هذه الحالة بأنه إذا حفر أحدهم بئراً ودفع الحيوان أو المجنون شخص

(١) علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني، مرجع سابق، ص ١٠٤.

(٢) مصطفى أحمد الزرقا، مرجع سابق، ص ٩٢. د. صبحي المحمصاني، مرجع سابق، ص ١٩٢.

ما فيه، كان الضمان على الحافر. وهكذا لو أن شخصاً أعطى للمجنون سكيناً فجرح بها أحداً، تقرر الضمان على المتسبب، أي المعطي، ولا شيء على المجنون^(١).

والملاحظ على هذا الحكم، إنه يخالف ما نصت عليه المادة (١٩١) من القانون المدني العراقي، التي تقرر مسؤولية عديم التمييز. وبالتالي فإن الصغير أو المجنون لا يمكن أن يعفى من مسؤولية لاجتماعه مع متسبب في إحداث الضرر، طالما صدر منه تعدٍ، أما إذا لم يصدر منه أي تعدٍ فلا ضمان عليه، لعدم إمكانية صدور التعمد منه. ولذا وبحسب الأمثلة المتقدمة فإن الضمان سيكون على عديم التمييز والمتسبب معاً، طبقاً لأحكام القانون العراقي. وفي الحالة التي يكون فيها المباشر حيواناً، ينظر إن كان مالكة مقصراً في حراسته، فيسأل عن فعله، باعتباره متسبباً. وبالتالي تكون المسألة فيها متسببان. وهما الحافر في المثال أعلاه ومالك الحيوان. أما إذا لم يقصر في الحفظ، فلا ضمان عليه، وبذلك يكون الضمان على الحافر وحده باعتباره المتسبب.

وكذلك يختلف الحكم في القانونين الأردني والإماراتي وما قرره الفقه الإسلامي، حيث يكون الضمان في هذين القانونين على المباشر وحده^(٢)، سواء أكان مميزاً أم كان عديم التمييز. أما إذا كان المباشر حيواناً فإنه ينظر أيضاً إن كان مالكة قد قصر في حراسته أم لا، فإذا تبين أنه مقصر، فالضمان عليهما معاً، أي على الحافر ومالك الحيوان، باعتبارهما المتسببان بالضرر، أما إن لم يقصر فالضمان على الحافر وحده.

ويتوافق حكم الفقه الإسلامي ومع ما ذهب إليه القانون المدني المصري، الذي يقرر بأنه لا مسؤولية إلا على من صدر منه خطأ^(٣). وبالتالي، إذا اجتمع أكثر من مسؤول عن الضرر، لا يلزم بالضمان إلا من يسند إليه الخطأ. وبما أن عديم التمييز من غير المتصور أن ينسب إليه الخطأ، فلا مسؤولية عليه. طالما أن القانون المصري يقيم الخطأ على ركنين معاً (المادي المتمثل بالقيام بسلوك مخالف للقانون، والمعنوي المتمثل بضرورة امتلاك هذا الشخص للإدراك)

(١) السيد محمد حسن البنوردي، مرجع سابق، ص ٣٥ وما بعدها.

(٢) انظر نص المادة ٢٥٨ من القانون المدني الاردني، والمادة ٢٨٤ من قانون المعاملات المدنية الاماراتي.

(٣) انظر نص المادة (١٦٣) من القانون المدني المصري.

المطلب الثاني

اشراك كلا الفاعلين بالضمان والتضامن فيما بينهم

انتهى البحث في المطلب السابق إلى أن قاعدة تقديم المباشر على المتسبب في الضمان، ليست قاعدة مطلقة في الفقه الإسلامي. حيث ترد عليها مجموعة من الاستثناءات، يكون فيها الضمان تارة على المتسبب وأخرى عليه وعلى المباشر معاً. وبعد أن انتهينا من تتبع الاستثناءات التي يكون فيها الضمان على المتسبب وحده، ننتقل الآن لتتبع الاستثناءات التي يشترك فيها المتسبب مع المباشر في تحمل عبء الضمان أو التعويض. فإذا انتهينا من ذلك فلا بد من بحث مسألة التضامن بين المباشر والمتسبب بالضمان. وتبعاً لذلك سيتم تقسيم هذا المطلب على فرعين: نبحث في الأول منهما اشتراك المباشر والمتسبب بالضمان. أما الثاني فسيخصص لمناقشة موضوع التضامن بين المباشر والمتسبب في دفع مبلغ الضمان.

الفرع الأول

اشراك المباشر والمتسبب بالضمان

تتمثل الاستثناءات التي أوردها فقهاء المسلمين - من مختلف المذاهب - والتي يشترك فيها المباشر والمتسبب بالضمان بالآتي:

أولاً: إذا كان التسبب شيئاً يعمل بانفراده في الإتيان. وهذا يعني أن المتسبب لا يضمن مع المباشر، إلا عندما يكون التصرف الصادر منه، من غير الممكن أن يحدث الضرر منفرداً. كما في عملية الحفر، فإن الحفر لا يوجب التلف دون الإلقاء الصادر من المباشر، لذا يحكم بضمان المباشر وحده. أما لو كان عمل المتسبب من الممكن أن يكون محدثاً للضرر بمفرده، فإنه يشترك مع المباشر في الضمان. كما لو أن راكب الدابة أمر أحد بنخسها، فنخسها^(١)، فداست إنساناً، كان الضمان عليهما، أي على الراكب باعتباره مباشراً، والناخس باعتباره متسبباً^(٢).

(١) أي طعن مؤخرتها أو جنبها بحديدة أو عود لتسرع في سيرها.

(٢) العلامة فخر الدين عثمان الزيلعي، الجزء السادس، مرجع سابق، ص ١٥٠.

إلا أن هذا الحكم قابل للنقاش، لأنه يُبنى على أساس أن بإمكان التسبب لوحده أن يحدث الضرر من غير حاجة إلى تدخل عامل آخر. وهذا بخلاف ما رأينا في موضوع تعريف المتسبب. حيث تبين حينها أن عمل المتسبب لا يجلب الضرر بذاته، وإنما لا بد من صدور فعل آخر، من شيء، أو شخص آخر، ليقع بواسطة الضرر^(١). واتضح حينها أيضاً، أن المباشر هو من كان عمله مؤدياً إلى الضرر بذاته، من غير حاجة إلى تدخل فعل آخر^(٢). وعلى ذلك فمن غير المتصور، أن يستقل عمل المتسبب في إحداث الضرر بمفرده. وإلا لما وصف العمل بأنه تسبب، وإنما يكون مباشرة حينئذ.

وعليه لا يمكن اعتبار ما تقدم استثناء على قاعدة تقديم المباشر. لأن الفاعل في هذه الحالة هو مباشر للضرر، والدليل على ذلك، المثال الذي ضرب أعلاه، حيث إن ناخس الدابة هو في الحقيقة مباشر للضرر، لأن الضرر الحاصل ما هو إلا أثر لفعله من غير حاجة لواسطة، وبالتالي فإن مثل هذه الحالة لا تعتبر من حالات اجتماع المباشر والمتسبب وإنما كلا الفاعلين مباشر للضرر ولذا فإن من المؤكد أن يضمنان معاً.

ولذا، وبما أن هذه المسألة وأمثالها، لا تعتبر من مسائل اجتماع المباشر والمتسبب، فسيكون حكمها القانوني سواء في القانون المدني العراقي، أو في القوانين محل المقارنة، هو قيام مسؤولية كلا الفاعلين معاً.

ثانياً: إذا تواطأ المتسبب مع المباشر، أي عندما يتفق المتسبب والمباشر على الإضرار بشخص معين. كما لو قال شخص لآخر انصب لك سكيناً فادفع فلان عليها، أو أحفر لك حفرة فادفع فلان فيها، فإن الضمان يكون عليهما معاً^(٣).

ثالثاً: إذا كان التسبب قد قصد منه الإضرار بشخص معين، إلا أن المباشرة قد صدرت من شخص آخر. كما لو أن شخصاً قد حفر بئراً ليقع فيها شخص معين، فدفعه فيها شخص آخر. كان الضمان على الحافر والدافع معاً، أي على المباشر والمتسبب^(١).

(١) راجع صفحة ١٤ وما بعدها من هذه الرسالة.

(٢) راجع صفحة ١٧ من هذه الرسالة.

(٣) حسن بن جعفر كاشف الغطاء، مرجع سابق، ص ٥٦.

والملاحظ في هذه الحالة، والتي قبلها، أن ضمان المتسبب يتقرر على أساس التعمد، أي تعمد الإضرار بشخص معين. وفي الحقيقة، لا يوجد ما يمنع من تطبيق الحكم نفسه على الأحوال التي يكون فيها قصد الإضرار عام، أي لا يقصد منه الإضرار بشخص معين، وإنما أي شخص كان.

والحكم المتقدم يتوافق وما قرره القانون العراقي، حيث إن المادة (١٨٦) من القانون المدني تقرر بأنه "إذا اجتمع المباشر والمتسبب ضمن المتعمد أو المتعدي منهما فلو ضمنا معاً كانا متكافلين في الضمان". وعليه فإذا كان المتسبب متعمداً في إحداث الضرر، يكون ملزماً بضمان هذا الضرر. وهكذا الأمر بالنسبة للمباشر، حيث يكون هو الآخر ملزماً بضمان الضرر الذي ينتج عن التعدي الصادر منه، فإذا اجتمعا في إحداث ضرر معين. يكونان متضامنين في ضمان هذا الضرر. وهذا ما يخالف ما ذهب إليه القانونان الأردني والإماراتي، حيث إن الضمان فيهما يكون على المباشر في كل الأحوال، كما تقضي بذلك المادة (٢٥٨) من القانون المدني الأردني والمادة (٢٨٤) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

رابعاً: إذا كانت المباشرة مبنية على التسبب. تقدم بأن المباشرة إذا كانت ناشئة عن التسبب، فلا ضمان على المباشر، طالما لم يصدر منه أي تعدٍ. أما إن كان المباشر قد تعدى، اشترك والمتسبب في الضمان^(١). وهذا الحكم أيضاً مشمول بعموم نص المادة (١٨٦) من القانون المدني العراقي. إذا كان التسبب قد صدر عن عمد أو تعدٍ. أما إذا لم يكن كذلك، أي لم يكن المتسبب لا متعمداً ولا متعدياً، فيستقل المباشر بالضمان، وإن بُنيت المباشرة على التسبب. والحكم الأخير أيضاً، يخالف ما ذهب إليه القانونان الأردني والإماراتي في المواد (٢٥٨) أردني و(٢٨٤) إماراتي.

هذا وبعد تتبع الاستثناءات التي أوردها فقهاء المسلمين لقاعدة تقديم المباشر على المتسبب، سواء ما تعلق منها بتقديم المتسبب بالضمان أو تلك التي يشترك فيها والمباشر بالضمان يتضح أن القانون المدني العراقي كان هو الأقرب إلى تبني الأحكام التي رتبها الفقه الإسلامي

(١) العلامة شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، الجزء الثالث، مرجع سابق، ص ٤٤٥.

(٢) أبو الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي، مرجع سابق، ص ٢٨٥.

-بخصوص تعدد المسؤولين - على تقسيم الفعل الضار إلى مباشرة وتسبب. حيث إنه رغم اشتهاار القاعدة التي تقرر جعل الضمان على المباشر كلما اجتمع مع المتسبب إلا أن الاستثناءات التي ترد عليها تكاد تفقدها صفتها كقاعدة عامة. ومن ذلك نجد أن المجمع الفقهي الإسلامي أفتى بأنه " إذا اجتمع المباشر والمتسبب كانت المسؤولية على المباشر دون المتسبب إلا إذا كان المتسبب متعدياً والمباشر غير متعدٍ"^(١).

الفرع الثاني

تضامن المباشر والمتسبب بالضمان

يعرف شراح القانون التضامن بأنه " تساند ذم المدينين"^(٢)، بمعنى " أن كلا من المسؤولين المتعددين يكون مسئول قبل المضرور بأداء كامل التعويض، ويجوز للمضرور مطالبته جميعاً كما يستطيع أن يختار من بينهم من يشاء فيقتصر عليه دعواه دون غيره ويطالبه بالتعويض كله"^(٣). فطالما أن الضرر كان نتيجة أخطاء عدة، صادرة من أشخاص عدة، اعتبر أن خطأ كل واحد منهم سبب في تحقق الضرر بأكمله، وبالتالي نشوء الالتزام في ذمته بأداء كامل مبلغ التعويض، فيسأل عن جميع ذلك المبلغ بغض النظر عن نشوء مثل هذا الالتزام في ذم المسؤولين الآخرين^(٤).

تقضي الشريعة الإسلامية، وكقاعدة عامة بعدم وجود تضامن بين المسؤولين عن الفعل الضار، إذا ما كان الضرر نتيجة اجتماع أفعالهم^(٥). إذ إن الأصل عند جمهور فقهاء المسلمين

(١) قرار رقم (٧١) بشأن حوادث السير، قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدولي، (١٩٨٨-٢٠٠٩) منظمة المؤتمر الإسلامي، تجميع عبد الحق العيفة، ص ١٤١.

(٢) د. جاسم لفنة سلمان العبودي، مرجع سابق، ص ٩٢ هامش رقم (١).

(٣) د. أحمد عبد السلام العطار، مرجع سابق، ص ٩.

(٤) د. سليمان مرقس، الفعل الضار، مرجع سابق، ص ١٢٣. د. جاسم لفنة سلمان العبودي، مرجع سابق، ص ٩٢.

(٥) د. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ٤١. مصطفى أحمد الزرقا، مرجع سابق، ص ١١٤. د. عبد المجيد الحكيم، مرجع سابق، ص ٤٤٢.

إن كل مسؤول يلتزم بما يقع عليه من مبلغ الضمان، دون أن يسأل عن أفعال الآخرين، ودون أن يتكافل أو يتضامن معهم. فالمضرور لا يطالب المسؤول إلا بما اختص به من مبلغ الضمان^(١)، ولا يستثنى من ذلك إلا بعض الحالات^(٢).

أما بالنسبة للقانون المدني العراقي والقوانين محل المقارنة، فمن المقرر فيها إن التضامن لا يفترض، وإنما يفرض، أما بناءً على نص في القانون أو بمقتضى اتفاق، كما تقتضي بذلك المادة (٣٢٠) من القانون المدني العراقي^(٣). وما دام الكلام عن مسؤولية غير عقدية فلا يتصور وجود مثل هذا الاتفاق المسبق على التضامن بين المسؤولين والمضرور. ولذا فقد تكفل المشرع بحماية المضرور عن طريق فرضه بموجب القانون، تحسباً لأن يكون بعض المسؤولين معدماً فيفوت على المضرور جزء من نصيبه في التعويض^(٤).

وعليه فقد نص القانون المدني العراقي على مسألة تضامن المسؤولين في موردين: الأول يتعلق بتضامن المباشر والمتسبب، بحسب ما ورد في الفقرة الثانية من المادة (١٨٦) التي نصت على أنه " وإذا اجتمع المباشر والمتسبب ضمن المتعمد أو المتعدي منهما فلو ضمنا معاً كانا متكافلين في الضمان". والثاني نص عام يقضي بتضامن المسؤولين عن العمل غير المشروع دون تمييز، سواء أكانوا مباشرين أم متسببين، كما تقتضي بذلك الفقرة الأولى من المادة (٢١٧) والتي نصها " إذا تعدد المسؤولون عن عمل غير مشروع كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر دون تمييز بين الفاعل الأصلي والشريك والمتسبب ".

د. أحمد سلمان شهيب السعداوي و د. جواد كاظم جواد سميسم، مرجع سابق، ص ٢٩٢. محمد صلاح حلمي، مرجع سابق، ص ٢٤٤.

(١) د. صبحي محمصاني، مرجع سابق، ص ١٨٨.

(٢) ينظر تفصيل هذه الاستثناءات د. محمد فوزي فيض الله، المسؤولية التقصيرية بين الشريعة والقانون، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الشريعة، جامعة الأزهر، ١٩٦٢، ص ٣٢٩ وما بعدها.

(٣) انظر نص المادة ٣٢٠ التي تنص على أنه " التضامن ما بين المدنيين لا يفترض وإنما يكون بناءً على اتفاق أو نص في القانون ". كذلك ينظر نص المادة (٤٢٦) من القانون المدني الأردني. والمادة (٤٥٠) من قانون المعاملات المالية الإماراتي. والمادة (٢٧٩) من قانون المدني المصري.

(٤) د. جاسم لفنة سلمان العبودي، مرجع سابق، ص ١٠٥.

وفي هذا الصدد يرى بعضهم^(١) أن هناك تعارضاً بين نص المادتين السابقتين، من ناحية الآلية المعتمدة في الرجوع على المسؤولين والترجيح بينهم. حيث يرى أن المادة (٢/١٨٦) تقرر الرجوع بين المسؤولين بشكل تراتبي، أي لا بد من الرجوع أولاً على المتعمد، وفي حال عدم وجود التعمد من الجميع يتم الرجوع على المتعدي من بينهم، في الوقت الذي تقرر فيه المادة (٢/٢١٧) آلية مختلفة تماماً، حيث تصرح بتضامن جميع المسؤولين بغير تمييز بين الفاعل الأصلي والشريك والمتسبب. ومعنى ذلك أنها أبقت مسؤولية الجميع قائمة، وإن ميزت بينهم في حجم المسؤولية الملقاة على كل منهم.

وَقَدَّمَ التوجه السالف قراءتين لفك ذلك التعارض: الأولى ويستند فيها إلى قواعد التفسير المجرد للقول بأن نص الفقرة الثانية من المادة (١٨٦) قد ورد لحكم المسائل المتعلقة بإتلاف الأموال فقط. أما المادة (٢١٧) وبما أنها وردت في باب الأحكام المشتركة للعمل غير المشروع، فإن نطاقها سوف يكون متعلقاً بجميع مسائل الأضرار الناشئة عن الفعل الضار، ما عدا تلك المتعلقة بإتلاف الأموال، حيث إن هذه الأخيرة سوف تكون خاضعة لنص المادة (١٨٦). أما القراءة الثانية فهي أن المادة (٢١٧) تمثل المبدأ العام للمسؤولية التضامنية، وأن المادة (١٨٦) تبين آلية تنفيذ هذه المسؤولية، من خلال فرض المسؤولية ابتداءً على المتعمد، فإذا لم يكن هناك متعمد ضمن المتعدي، وإن كان كلاهما متعمدين أو متعديين تكون المسؤولية تضامنية بينهم. ويقرر أن هذه القراءة الأخيرة كان يمكن قبولها لو أن المادة (٢١٧) اكتفت ببيان المبدأ العام للمسؤولية التضامنية، غير أنها فصلت آلية الرجوع في الفقرة الثانية بشكل مختلف تماماً عما جاء في المادة (٢/١٨٦)، ولذا يرجح القراءة الأولى وإن كان يراها شاذة من حيث نتائجها. فهي تؤدي إلى التمييز بين تضامن المدينين في حالة الإلتاف، عن تضامن المدينين في الحالات الأخرى للفعل الضار.

الواضح أن المادة (٢/١٨٦) قد فرضت التضامن بين المباشر والمتسبب بعد صدور التعمد أو التعدي منهما. وهكذا الحال بالنسبة للمادة (١/٢١٧) فإنها أيضاً قد فرضت التضامن بين المسؤولين المتعديين دون تمييز بين المباشر والمتسبب مما يعني أنه لا تعارض بين نص

(١) m. Hadi, Référence précédente, p 70.

المادتين. ألا أن يقال أن المادة (٢/١٨٦) قد بنت المسؤولية بين الفاعلين مختلفي الصفة على الترتيب، وهذا ما تم مناقشته آنفاً وعدم الأخذ به.

أما بالنسبة للقانون المدني المصري، فهو الآخر قد فرض المسؤولية التضامنية إذا ما تعدد المسؤولون عن عمل ضار، وذلك بموجب المادة (١٦٩) التي نصت على " إذا تعدد المسؤولون عن عمل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر...".

أما بالنسبة للقانونين الأردني والإماراتي فالأمر مختلف، حيث لم يفرض التضامن بموجب القانون، وإنما جعله من صلاحيات المحكمة. حيث نصت المادة (٢٦٥) من القانون المدني الأردني، المطابقة للمادة (٢٩١) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على أنه " إذا تعدد المسؤولون عن فعل ضار، كان كل منهم مسؤولاً بنسبة نصيبه فيه وللمحكمة أن تقضي بالتساوي أو بالتضامن والتكافل فيما بينهم".

وعلى ذلك فإن مسألة تضامن المتسببين تكون إما مفروضة بنص القانون، كما في القانون العراقي والقانون المصري، أو تكون من صلاحيات المحكمة، تقضي بها بحسب الأحوال، كما في القانون الأردني وقانون المعاملات المدنية الإماراتي.

إلا أنه سواء أكان التضامن مفروضاً بنص القانون كما يقضي بذلك القانونين العراقي والمصري، أو من قبل المحكمة كما يقضي بذلك القانونين الأردني والإماراتي، لا يمكن تقريره بين المسؤولين إن لم تتوافر الشروط التالية:

أولاً: أن يصدر خطأ من كل واحد من المسؤولين. إن أول ما يشترط للقول بتضامن الشخص مع غيره من المسؤولين أن يكون قد صدر منه خطأ^(١) يوجب قيام المسؤولية بجانبه^(٢).

وبعد ثبوت صدور خطأ من كل من المسؤولين، لا يهم بعدئذ أن تكون هذه الأخطاء قد وقعت دفعة واحدة أم وقعت على التعاقب، حيث لا يلزم تعاصر الأخطاء. وكما لا يلزم أن يكون

(١) المقصود بالخطأ في هذا المقام هو الخطأ بالمعنى الموضوعي، أي الذي يقوم على ركن التعدي فقط، هذا بالنسبة للقانون العراقي والقانونين الأردني والإماراتي، أما بالنسبة للقانون المصري فإن المقصود به هو الخطأ بركنيه المادي والمعنوي.

(٢) زهدي يكن، المسؤولية المدنية أو الأعمال غير المباحة، الطبعة الأولى، منشورات المكتبة العصرية، بيروت، دون سنة نشر، ص ١٣٦.

هناك تواطؤ أو اتفاق سابق بين المسؤولين، إذ إن التضامن يتقرر ولو لم يكن لديهم نية الإضرار^(١). وكما لا يستلزم أن تكون هذه الأخطاء من درجة واحدة، إذ قد يكون بعضها يسيراً فيما يكون الآخر جسيماً، حيث لا يعتد بدرجة جسامة الخطأ المنسوب إلى كل واحد من المسؤولين، إلا فيما بينهم، عند توزيع عبء المسؤولية عليهم. وكما لا يشترط أن تكون هذه الأخطاء من طبيعة واحدة، كأن تكون جميع الأخطاء إيجابياً أو سلباً أو ثابتة أو مفترضة^(٢).

ثانياً: أن يكون الضرر المطالبين بتعويضه واحداً^(٣)، أي أن يتماثل الضرر الناشئ عن خطأ كل من المسؤولين، بحيث يكون من الطبيعة نفسها، متمثلاً بإتلاف شيء معين، أو إصابة جسدية معينة^(٤). أما لو كان الضرر الذي خلفه خطأ كل من المسؤولين، مختلف عن الآخر، بحيث يكون كل في مجال معين، فلا وجود للتضامن بينهم حينها^(٥).

ثالثاً: علاقة سببية بين خطأ كل من المسؤولين والضرر المحدث^(٦)، فقد ذهب بعض الشراح إلى أن العلاقة السببية المطلوب تحققها في هذا الصدد، لا تتميز عن القواعد العامة. حيث يجب أن تكون هناك علاقة سببية مباشرة بين خطأ كل من المسؤولين والضرر برمته^(٧). أي أن تتعدد الروابط السببية بتعدد الأخطاء. فيما يرى البعض الآخر بأن تحقق الضرر يعد أثراً مباشراً لرابطة سببية واحدة "ذلك أن تعدد الأسباب يتمثل من الناحية المادية في الارتباط الضروري بين عدة عوامل بحيث إن تحقق الواقعة مصدر الضرر يعتبر الأثر المباشر للتأثير المتبادل بينها فبين تحقق الواقعة مصدر الضرر وأسبابها لا تتعدد الروابط بتعدد الأسباب والدليل على ذلك إن

(١) د. حسين عامر، مرجع سابق، ص ٤٢٨.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ٩٢٧.

(٣) د. جاسم لفنة سلمان العبودي، مرجع سابق، ص ١٠١.

(٤) عز الدين الدناصور، مرجع سابق، ص ٤٨١.

(٥) د. أحمد شوقي عبد الرحمن، مرجع سابق، ص ١٤. د. علي علي سليمان، مرجع سابق، ص ٢٠٠.

(٦) د. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة

الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ٢٠٠٣، ص ١٩٩.

(٧) د. أحمد شوقي عبد الرحمن، مرجع سابق، ص ١٧. غني ريسان جادر الساعدي، مرجع سابق، ص ١١٠.

تخلف سبب من الأسباب التي أدى اجتماعها إلى تحقق الضرر لا يؤدي إلى تحقق جزئي للضرر لكن يؤدي إلى عدم تحقق الواقعة التي نتج عنها الضرر كلية^(١).

وهذا المعنى الأخير يبدو أكثر قبولاً، لأنه يتماشى وفكرة التسبب. إذ يتسق والطريقة التي يحدث بها الضرر بالتسبب، لأنه - وكما مر معنا سابقاً - فإن فعل المتسبب لا يحدث الضرر بذاته^(٢). مما يعني أنه مهما اجتمعت أفعال مختلفة للتسبب، لا يكون هناك ضرر محدث، ما لم يصادف هذه الأفعال فعل صادر من الغير، أو من الطبيعة، أو من المضرور نفسه. وبالتالي، فإن الفعل المحدث للضرر واحد، وتبعاً لذلك تكون هناك رابطة سببية واحدة.

فاذا توافرت الشروط المتقدمة، تقرر التضامن بين المسؤولين، وكان كل منهم ملزماً بكامل مبلغ التعويض في مواجهة المضرور، ونسبة حصته من المسؤولية فيما بينهم، والتي يختلف تقديرها بين القوانين. حيث إن المشرع العراقي قضى بأن الأصل أن توزع المسؤولية بين المسؤولين بحسب جسامة التعدي الصادر من كل منهم. حيث نص "ويرجع من دفع التعويض بأكمله على كل من الباقيين بنصيب تحدده المحكمة بحسب الأحوال وعلى قدر جسامة التعدي الذي وقع من كل منهم، فإن لم يتيسر تحديد قسط كل منهم في المسؤولية يكون التوزيع عليهم بالتساوي"^(٣). وهكذا الأمر بالنسبة للقانونين الأردني والإماراتي، حيث جاء في المادة (٢٦٥) من القانون المدني الأردني، التي تطابق مضمون المادة (٢٩١)^(٤) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي بأنه "إذا تعدد المسؤولون عن فعل ضار، كان كل منهم مسؤولاً بنسبة نصيبه فيه وللمحكمة أن تقضي بالتساوي أو بالتضامن والتكافل فيما بينهم".

غير أن ما يؤخذ على نص القانونين الأردني والإماراتي أنهما عطا التضامن على التساوي باستخدام حرف (أو)، مما يوهم أنهما متنافيان، ولا يمكن الجمع بينهما. أي إما أن يكون المسؤولون متساوين في المسؤولية أو متضامين فيها. وهذا على الأغلب بخلاف المقصود،

(١) د. عادل جبري محمد حبيب، مرجع سابق، ص ٥٢٥.

(٢) انظر صفحة ١٤ من هذه الرسالة.

(٣) الفقرة الثانية من المادة (٢١٧) من القانون المدني.

(٤) والتي نصها "إذا تعدد المسؤولون عن فعل ضار، كان كل منهم مسؤولاً بنسبة نصيبه فيه وللقاضى أن يحكم بالتساوي أو بالتضامن أو التكافل فيما بينهم".

حيث إنه لا يمنع من أن يكون المسؤولون متساوين في المسؤولية ومتضامنين فيها في الوقت نفسه^(١).

أما القانون المدني المصري فقد اتخذ موقفاً مغايراً لما نص عليه القانون العراقي والقانونين الأردني والإماراتي. حيث جعل الأصل أن تكون المسؤولية بالتساوي بين المسؤولين. والاستثناء هو التوزيع بحسب جسامه الخطأ المنسوب إلى كل من المسؤولين، عندما يكون من الممكن تحديد هذه الجسامة. حيث نص في المادة (١٦٩) من القانون المدني على أنه "إذا تعدد المسؤولون عن عمل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر، وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي، إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في التعويض".

ومما تجدر الإشارة إليه، إن مصطلح (التكافل) الوارد في المادة (١٨٦) من القانون المدني العراقي، قد دفع بعضهم^(٢) إلى تبني فكرة المسؤولية التضاممية بين المباشر والمتسبب. على سند من القول، بأن مصطلح التكافل يختلف من حيث المعنى القانوني عن مصطلح التضامن. حيث عرف المشرع الكفالة بأنها "ضم ذمة إلى ذمة بتنفيذ الالتزام". واستناداً إلى ذلك يرى بأن التكافل ليس مرادفاً للتضامن. ويستدل بالإضافة إلى ذلك بما ذهب إليه القانون الإماراتي، حيث فرق بين المصطلحين، عندما خير القاضي فرض أحدهما، وذلك باستخدام حرف (أو) بين المصطلحين، ليدل ذلك على أن أحدهما مغاير للآخر. ويضيف، بأنه إذا لم يكن الأمر كذلك، أي إذا لم يكن التكافل مغايراً للتضامن، لما أورد المشرع العراقي فقرة في المادة (١٨٦) تقضي بالتضامن بين المباشر والمتسبب، وهو قد نص على تضامن المسؤولين في المادة (٢١٧) بصورة عامة.

(١) مصطفى أحمد الزرقا، مرجع سابق، ص ١١٦.

(٢) صفاء شكور عباس، المسؤولية التضاممية عن العمل غير المشروع في القانون المدني العراقي، دراسة تحليلية مقارنة، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، صادرة كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة كركوك، المجلد الرابع، العدد الثالث عشر، ٢٠١٥، ص ٨٧-٨٩.

ويقصد بالتضام هو " تعدد المدينين في الالتزام مع تعدد مصدره ووحدة محله، دون تضامن أو عدم قابلية للانقسام"^(١).

وبالنظر لأوجه الاختلاف بين مصطلحي التضامن والتضام،^(٢) وبالنظر الى أن الفقه الإسلامي - والذي يعتبر المصدر التاريخي للنص - يستخدم مصطلح التكافل للدلالة على التضامن^(٣). فإنه من المرجح أن يكون المشرع العراقي قد قصد من (التكافل) هو أن كلاً من

(١) رؤى علي عطية، الآثار القانونية لالترام التضاممي، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، المجلد الرابع عشر، العدد الأول، ٢٠١٢، ص ٨٦.

(٢) إن التضامن يلتقي مع التضامن، في أن كلا منهما يكون عندما يتحد محل دين التعويض، مع تعدد المسؤولين عنه، ومع إمكانية مطالبة أي من المسؤولين بكامل مبلغ التعويض، وإن الوفاء الصادر من أحدهم يبرء ذمم الآخرين.

وإن ما يتميز به التضامن عن التضامن هو اختلاف مصدر الدين، حيث إن التضامن يقتضي تعدد مصدر دين كل من المسؤولين، كأن يكون بعضهم ملتزماً بمقتضى المسؤولية العقدية، بينما يكون البعض الآخر ملتزماً بمقتضى المسؤولية غير العقدية، أما التضامن فيكون فيه مصدر التزام جميع المسؤولين واحد. هذا بالإضافة إلى أنه لا توجد مصلحة مشتركة بين المسؤولين في التضامن، وبالتالي فلا نيابة تبادلية بينهم. وهذا بخلاف الحال في التضامن، الذي يتميز بوجود مثل هذه النيابة، نظراً لوجود مصلحة مشتركة بين المسؤولين. إلا أنها نيابة مختصة فيما ينفع فقط. حيث إن أي تصرف من أحد المسؤولين يضر بالآخرين يسري عليه وحده. ولذا لو تصالح أحد المسؤولين مع المضرور، مقابل ترتيب التزام جديد على المسؤولين الآخرين، فإن هذا الالتزام لا يسري إلا على المسؤول المتصالح. وهذا بعكس ما لو تضمن الصلح إبراء من دين التعويض مثلاً، إذ يستفيد منه المسؤولون جميعهم. وهكذا الأمر لو صدر الحكم على أحدهم، فإنه لا يحتج به على الآخرين، بخلاف فيما لو كان الحكم لصالحه، فإنهم يستفيدون منه. ومثله لو أقر أحدهم بالدين، أو نكل عن اليمين، أو وجه اليمين إلى المضرور، وحلفها المضرور، فإن في كل ذلك لا تسري آثار التصرف على بقية المسؤولين.

غير أن أهم ما يميز التضامن عن التضامن، هو مسألة الرجوع بين المسؤولين. إذ إن الرجوع فيه ليس مبدأ عاماً كما في التضامن، الذي يكون فيه لمن وفى بكامل مبلغ التعويض أن يرجع على بقية المسؤولين، وإنما يكون بحسب كل حالة. فشركة التأمين مثلاً، ليس لها أن ترجع على مالك السيارة المؤمن له، لتطالبه بمبلغ التعويض الذي دفعته للمضرور، طبقاً لعقد التأمين. انظر في عرض هذه التفاصيل د. أحمد عبد السلام العطار، مرجع سابق، ص ١٦. د. جميل الشرفاوي، مرجع سابق، ص ٥٤٩ هامش. د. محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص ٥٤٩ وما بعدها. د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ٩٢٩. د. علي علي سليمان، مرجع سابق، ص ١٩٩. د. عز الدين الدناصوري، مرجع سابق، ص ٥٠٤. كذلك انظر نصوص المواد (٣٣١) و (٣٣٢) و (٣٣٣) من القانون العراقي، والمواد (٤٣٦) و (٤٣٧) و (٤٣٨) من القانون المدني الأردني، والمواد (٤٦٠) و (٤٦١) و (٤٦٢) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، والمواد (٢٩٤) و (٢٩٥) و (٢٩٦) من القانون المدني المصري.

(٣) د. أحمد فتح الله، معجم ألفاظ الفقه الجعفري، الطبعة الأولى، مطابع المدوخل، الدمام، ١٩٩٥، ص ١١٣.

المسؤولين ملزم بكامل التعويض أصالة عن نفسه، وكفالة عن غيره من المسؤولين، بما يفوق حصته^(١).

المبحث الثاني

اجتماع المتسببين والإعفاء من الضمان

بعد الفراغ من بيان الأحكام الفقهية والقانونية، لأحوال اجتماع المسؤولين إذا كانوا مختلفين الصفة، أي كان بعضهم مباشراً والآخر متسبباً. بقي لنا أن نتعرف على الأحكام الخاصة بالمسؤولين إذا كانوا من نفس الصفة، وبالأخص إذا كانوا متسببين، موضوع بحثنا. وذلك من خلال عرض الآراء الفقهية في الفقه الإسلامي، ومن ثم بيان حكم القانون فيها، لننتقل بعد ذلك لبحث مسألة إعفاء المتسبب من الضمان.

وعليه سيتم تقسيم هذا المبحث على مطلبين: يخصص الأول لبحث مسألة اجتماع المتسببين. والثاني لبحث حالات إعفاء المتسبب من الضمان.

المطلب الأول

اجتماع المتسببين

ان بحث مسألة اجتماع أكثر من متسبب في إحداث الضرر، يقتضي أولاً، تعيين الأسباب التي يجب أن يعتد بها، ومن ثم البحث في مسؤولية محدثيها. ذلك أن الأسباب التي تتميز بأسبقيتها في الوجود، قياساً بتحقيق الواقعة مصدر الضرر، قد تتعدد وتتوالى، فيكون هناك سبب وسبب السبب، وقد تتراعى السلسلة وتتباعدها، مما يقتضي تمييز هذه الأسباب، وحصرها بتلك التي يكون لها نوعٌ من التأثير في إحداث الضرر، بما يؤدي إلى قيام ارتباط بينها وبين الواقعة مصدر الضرر.

(١) منير القاضي، مرجع سابق، ص ٣١.

وتبعاً لذلك سيتم تقسيم هذا المطلب على فرعين: يخص الأول منهما لبحث النظريات التي وضعت لتحديد معيار العلاقة السببية، وموقف القانون منها. ويخصص الفرع الثاني لبحث حكم اجتماع المتسببين.

الفرع الأول

نظريات تحديد العلاقة السببية

تعددت النظريات الفقهية التي وضعت لإيجاد معيار مناسب، يتم من خلاله، إسناد الضرر إلى أحد العوامل المؤدية إليه أو بعضها. غير أنه لا يسعنا في هذا المقام الحديث عن هذه النظريات جميعها، مما يقتضي أن نقصر البحث على أهم نظريتين، وهما نظرية تكافؤ الأسباب ونظرية السبب المنتج، باعتبارهما النظريتين اللتين طال النقاش حولهما. ولكي تتم الدراسة المقارنة، يجب أن نتطرق أيضاً إلى المعيار الذي يعتمد عليه الفقه الإسلامي للقول بتحقيق السببية. وأخيراً لا بد من بيان موقف التشريع العراقي والتشريعات محل المقارنة. وكما سيأتي:

أولاً: نظريات الفقه الغربي

قدما أنه سيتم قصر البحث في هذا المقام على أشهر نظريتين وضعنا لتحديد علاقة السببية واللتين تتمثلان بالتالي:

١ - نظرية تكافؤ الاسباب

تنطلق هذه النظرية، التي تنسب إلى العالم الالمانى فون بوري (Von-Buri)، من تحليل جون ستيوارت مل (John S. Mill) للسبب، من أنه مجموعة العوامل اللازمة لتحقيق النتيجة. لتقرر بأنه يجب الاعتداد بجميع الأسباب التي كانت لازمة لتحقيق الضرر، واعتبارها متكافئة، من غير إمكانية إقصاء بعضها والاعتداد بالبعض الآخر، مهما كان هذا البعض غير مألوف أو لم يكن ذا أهمية بالنسبة لبقية الأسباب^(١).

(١) د. عادل جبري محمد حبيب، مرجع سابق، ص ٢٨٨ وما بعدها.

تستند هذه النظرية إلى اعتبارات المنطق، الذي يقضي بأن الضرر ما كان ليحدث لولا هذه الأسباب، حيث يعتبر كل سبب منها شرطاً لحصوله. وبالتالي، فلا يمكن الموازنة بين هذه الأسباب، وإسناد الضرر إلى بعضها دون الآخر، وإنما تكون جميعاً هي السبب المحدث للنتيجة الضارة^(١). حيث يقول فون بوري في ذلك " إن مجموع القوى التي ساهمت في إحداث الظاهرة يتعين النظر إليها كسبب لهذه الظاهرة، ويمكن لنا، وبنفس الحق، اعتبار كل سبب من هذه الأسباب بصفة مستقلة سبباً للظاهرة، لأن تحقق هذه الأخيرة يتوقف على كل منها لدرجة أنه إذا أقصينا سبباً واحداً فالظاهرة نفسها تختفي. فكل قوة معتبرة لوحدها، هي التي تحرك كل المجموع، تتجمد بدونها باقي العوامل. وهي التي تجعل كل المتبقي منها متسبباً "^(٢).

ويأتي فون بوري، بتشبيه عملي، ليوضح به نظريته. حيث افترض أن عجلة طاحونة تحتاج إلى كمية ٥/٥ من الماء لتدويرها، وكان في تلك المنطقة بركتان من الماء، الأولى تزود الطاحونة بمعدل ٥/٤ من الكمية التي تحتاجها، والآخرى تزودها بمعدل ٥/١ الكمية المتبقية. فيرى بأنه من الصحيح القول، بأن البركتين هما سبب تدوير عجلة الطاحونة، ما دام أن كل واحدة منهما ضرورية لعمل الأخرى، وإن أياً منهما لا يمكنها أن تنتج أي أثر بدون الأخرى^(٣).

لينتهي إلى القول بأن العلاقة السببية، تعد متوافرة بين الخطأ والضرر، متى ما ثبت أن الخطأ، كان أحد العوامل التي أحدثت الضرر، مهما كان قربه أو بعده من الضرر، ومهما كان نصيبه محدوداً في إحداثه^(٤). باعتبار أن الضرر الحاصل، ما كان ليقع، لولا وجود هذا الخطأ.

(١) د. مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات، القسم العام، دار الفكر العربي، ١٩٧٩، ص ١٣٨.

(٢) Marteau p : "la notion de la causalite dans la responsabilite civile" AIX.1914. P:

1820 اشارت اليه د. فريدة اليوموري، علاقة السببية في مجال المسؤولية التقصيرية بين رأي الفقه وموقف

القضاء، دراسة مقارنة، تقديم د. محمد الكشور، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة، ٢٠٠٩، ص ٣٠.

(٣) Hart, H.L.A., Causation an the law, First ed. 1959, Reprinted from corrected

sheets of the 1st. ed. 1973, p. 392 أشار إليه علي عبيد عودة، العلاقة السببية بين الخطأ

والضرر وتطبيقاتها القضائية، دراسة مقارنة، رسالة مقدمة إلى كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، ١٩٧٧،

ص ١٨١.

(٤) د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ٩٠٥.

حيث إن بقية العوامل التي ساهمت في إحداث الضرر، تعد عاجزة عن إحداثه، من دون وجود الخطأ، فيكون هو الذي حرك العوامل الأخرى وكان سبباً لسببيتها^(١).

ويترتب على ما تقدم، أنه لا يمكن تصور انتفاء العلاقة السببية، بين خطأ المدعى عليه والضرر، وفق هذه النظرية، إلا في الأحوال التي يكون فيها، من الممكن تصور تحقق ذات الضرر، من غير تدخل خطأ المدعى عليه. بعبارة أخرى، أن تكون بقية الأسباب مؤدية إلى ذات النتيجة، وإن لم يصدر خطأ من المدعى عليه. أو في حال ثبت أن الضرر المطالب بتعويضه، قد ترتب من رابطة سببية جديدة، مستقلة عن خطأ المدعى عليه، كما لو كان الضرر المطالب بتعويضه ناشئ عن اعتداء لاحق مستقل عن الاعتداء السابق على نفس المعتدى عليه^(٢). وهذا يعني أنه لا يمكن نفي العلاقة السببية، بإثبات أن هناك عوامل أخرى، ساهمت مع خطأ المدعى عليه، بإحداث الضرر. سواء كانت هذه العوامل راجعة إلى المتضرر نفسه أو الغير أو كانت عوامل طبيعية، وإن كانت شاذة وغير مألوفة^(٣).

تمتاز هذه النظرية ببساطة معيارها، الذي يقضي بأن يكون خطأ المدعى عليه سبباً للضرر، كلما ترتب على تخلفه انتفاء ذلك الضرر، بحيث لا يمكن التفكير بإهماله، إلا مع التفكير بسقوط النتيجة، المتمثلة بالضرر^(٤). هذه البساطة في المعيار قد جعلت النظرية سهلة التطبيق، حيث يكفي لمعرفة تحقق السببية بموجبها، الإجابة على السؤال التالي: هل يمكن حدوث الضرر بدون خطأ المدعى عليه؟ فإذا كانت الإجابة بالإثبات، فإن السببية تعد غير متوافرة بين الخطأ والضرر. أما إذا كان الجواب بالنفي فإن السببية تعد متوافرة^(٥).

(١) د. عبد اللطيف عوض محمد القراني، مرجع سابق، ٣٤١.

(٢) د. رؤوف عبيد، السببية في القانون الجنائي، دراسة تحليلية مقارنة، الطبعة الثالثة، دار الفكر العربي، ١٩٧٤، ص ٢٠.

(٣) مأمون محمد سلامة، مرجع سابق، ص ١٣٩ وما بعدها.

(٤) مقدم جميلة، قيام الرابطة السببية في الجرائم الطبية، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة الجبلالي ليايس بسيدي بلعباس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١٩، ص ٧٨.

(٥) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للجرائم، دار النهضة العربية، ١٩٦٢، ص ٣١٧.

هذه المزايا تسهل على المتضرر مسألة الإثبات، حيث لا يتطلب منه سوى إثبات أن الخطأ كان أحد العوامل التي ساهمت في إحداث الضرر، دون عناء البحث عن مدى فاعلية ذلك الخطأ، ومقدار مساهمته في أحداث الضرر^(١).

وبالرغم من بساطة هذا المعيار في التطبيق، إلا أنه قد تعترضه بعض الإشكاليات عند تطبيقه، منها: عندما يكون الضرر محل التعويض واقعاً لا محال، سواء وجد خطأ المدعى عليه أم لم يوجد، غير أن خطأ المدعى عليه عجل في وقوعه. وبالتالي إن افتراض عدم وجود هذا الخطأ لا يؤثر في تحقق الضرر. ولذا فمن المفترض، بحسب هذا المعيار، أن العلاقة السببية غير متوافرة. وهذا ما لا ينطبق والواقع. ومن إشكالات تطبيق هذا المعيار أيضاً، إذا كان الضرر قد حدث بسبب خطأين، كان كل منهما كافياً لإحداث الضرر بالصورة التي حدث بها. فإنه بحسب هذا المعيار، يكون من الممكن نفي السببية عن كلا الخطأين، لأن افتراض عدم صدور أي منهما لا يغير النتيجة^(٢).

وبالإضافة إلى هذه الصعوبات في التطبيق، فقد تعرضت هذه النظرية للعديد من الانتقادات. ابتداءً من الأساس الذي تقوم عليه، حيث انتقدت بأنها تستند على المنطق المجرد، بعيداً عن الاعتبارات القانونية. وبالتالي، فقد أعطت أهمية للعوامل التي لا قيمة القانونية لها، تعادل أهمية العوامل ذات القيمة القانونية، في حين أنه يجب الاعتداد بالعوامل الأولى، وإهمال الثانية. وإلا لتحققت علاقة السببية، بين خطأ المدعى عليه، ونتائج قد تكون بعيدة عنه، ليتحمل المدعى عليه بذلك عبء عوامل لا صلة له بها^(٣).

وقد حاول أنصار هذه النظرية الرد على هذا النقد بالقول، إن القاضي عند بحثه في تحقق علاقة السببية، يستبعد جميع العوامل غير المؤثرة، والعوامل الاستثنائية، التي ساهمت في إحداث الضرر. غير أن هذا الرد يتعارض وما أسست له النظرية، من عدم التمييز بين الأسباب

(١) د. عبد الرشيد مأمون، علاقة السببية في المسؤولية المدنية، دون دار نشر، دون سنة نشر، ص ١٦.

(٢) د. محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص ٣١٨.

(٣) د. عادل جبري محمد حبيب، مرجع سابق، ص ٣٠٤.

على أساس مدى تأثيرها في تحقيق الضرر، وإن اجتماع هذه الأسباب يشكل شرطاً ضرورياً لتحقيق الضرر وبالتالي يجب اعتبارها متعادلة^(١).

وإنْتَقَدَتْ هذه النظرية أيضاً، من حيث أنها تتطلق من مقدمة متناقضة، لأنها من جهة تقرر "إن سبب النتيجة جميع العوامل"، ومن جهة أخرى ترى أن "سبب النتيجة هو كل عامل على حدة من هذه العوامل". وهذا خلاف المنطق، لأن السببية إما أن تكمن في جميع العوامل مجتمعة، أو أنها تكمن في كل واحد من هذه العوامل على حدة^(٢).

وانتقدت أيضاً، بأنها نظرية غير عادلة، لأنه ليس من العدالة أن يسأل من صدر منه تعدٍ بسيط عن تقاوم نتائج التعدي الصادر منه، لوجود عوامل أخرى لا يد له فيها^(٣).

وأخيراً انتقدت بأنها تعطي فكرة متسعة للسببية، من خلال جعل علاقة السببية شاملة لكل الأسباب التي ساهمت في إحداث الضرر، مهما كانت قيمتها. وهذا القول يستتبعه التوسع في المسؤولية. لأن الشخص قد يسأل عن نتائج تكون علاقتها السببية بخطئه ضعيفة. وقد رد أنصار النظرية على ذلك بالقول، إن التوسع في نطاق السببية لا يستتبعه بالضرورة التوسع في المسؤولية. الآن المسؤولية لا تقوم فقط على علاقة السببية، وإنما لا بد من توافر أركان أخرى. ولذا فقد يكون سلوك الفاعل مؤدياً إلى الضرر، ومع ذلك لا تقوم مسؤوليته، لانعدام صفة الخطأ في سلوكه. مما يعني أن العناصر الأخرى للمسؤولية تحد من هذا التوسع^(٤).

٢ - نظرية السبب المنتج

ذَهَبَتْ هذه النظرية، التي تنسب إلى الفقيه الألماني فون كريس (Von Kries)، إلى التمييز بين العوامل التي أحدثت الضرر، على أساس ما تؤديه من دور سببي، معتمد به قانوناً، لتقرر

(١) د. عبد الرشيد مأمون، مرجع سابق، ص ١٧.

(٢) د. عادل جبري محمد حبيب، مرجع سابق، ص ٣٠٦ وما بعدها.

(٣) د. عبد اللطيف عوض محمد القراني، مرجع سابق، ص ٣٤٩.

(٤) د. فريدة اليوموري، مرجع سابق، ص ٣٤.

بأنه لا يمكن الاعتداد بجميع العوامل التي أحدثت الضرر، كما تقرر نظرية تكافؤ الأسباب، وإنما يجب أن يعتد فقط بتلك التي تمثل السبب الفعال أو المنتج، دون تلك التي تعد عارضة^(١).

واعتمدت هذه النظرية في التمييز بين الأسباب العارضة والمنتجة، على ما أسمته بمعيار الإمكانية الموضوعية^(٢). الذي يتطلب لإعماله، افتراض أن الضرر لم يحصل بعد، والنظر فيما إذا كان بإمكان خطأ المدعى عليه، إحداثه أم لا^(٣). أي وبتعبير آخر، إن إعمال هذا المعيار يتطلب إعادة تجريبية ونموذجية للحادث^(٤)، لمعرفة ما إذا كان خطأ المدعى عليه، يملك بطبيعته القدرة والكفاءة اللازمة لإحداث الضرر المتحقق، وفقاً للمجرى العادي للأمر. فإذا تبين أن هذا الخطأ، لا يملك مثل هذه القدرة، على إحداث الضرر، فإنه لا يعتبر سبباً له، وإن ساهم في إحداثه^(٥).

وبديهي، إن أي فعل يراد معرفة إمكانيته في إحداث نتيجة معينة. من غير الممكن تجريده من جميع العوامل التي ساهمت معه في إحداثها. فالبحث عن إمكانية أو قدرة الفعل على تحقق نتيجة ما، يتطلب الأخذ بعين الاعتبار العوامل التي ساهمت في إحداثها. غير أنه بحسب هذه النظرية، لا يجب الأخذ بجميع هذه العوامل، وإنما لا بد من التمييز بينها، والاعتداد ببعضها دون البعض^(٦).

وطبيعي، إن العوامل التي يلزم أخذها بعين الاعتبار، هي العوامل التي توصف بأنها عوامل طبيعية مألوفة. والتي يجب استبعادها، هي العوامل التي تعد شاذة وغير مألوفة. ولذا، فلا بد من اعتماد ضابط معين، للتمييز بين العوامل التي تعد مألوفة، والتي لا تعد كذلك.

واتفق أنصار هذه النظرية، على أن ضابط التمييز بين العوامل المألوفة، والعوامل غير المألوفة، هو ضابط العلم، بمعنى أن ما أحاط به العلم، فهو عامل مألوف، وما لم يحط به

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ٩٠٥ وما بعدها.

(٢) د. عز الدين الدناصورى، مرجع سابق، ص ١٨٩.

(٣) د. عادل جبري محمد حبيب، مرجع سابق، ص ٣١٢.

(٤) د. عبد الرشيد مأمون، مرجع سابق، ص ٣٣.

(٥) د. مأمون محمد سلامة، مرجع سابق، ص ١٤٣.

(٦) د. فريدة اليومري، مرجع سابق، ص ٥٣.

العلم، فهو عامل غير مألوف وشاذ. إلا أنهم اختلفوا في حدود هذا العلم. حيث ذهب بعضهم إلى أنه يجب الاعتداد بالعوامل التي كان المدعى عليه عالماً بها، أو كان باستطاعته أن يعلم بها وقت إثباته الفعل، وطرح ما سوى ذلك، ولو علم به بعد ذلك. بينما ذهب البعض الآخر، إلى أنه يجب الاعتداد بجميع العوامل التي كان باستطاعة الشخص شديد الحرص والذكاء العلم بها، سواء كانت استطاعة العلم متاحة، وقت إثبات الفعل، أم بعد ذلك، فالعبرة بوقت نظر الدعوى. غير أن الرأي الغالب عند أنصار هذه النظرية، يذهب إلى أنه يجب الاعتداد بالعوامل التي كانت موجودة وقت إثبات الفعل، وكان من المستطاع العلم بها من قبل الشخص شديد الحرص والذكاء^(١).

وبما أن هذه النظرية نشأت على إثر الانتقادات التي وجهت إلى نظرية تكافؤ الأسباب، فقد حاولت تجنب ما عيب على تلك النظرية، من أنها قامت على المنطق المجرد، بعيداً عن الاعتبارات القانونية. ولذا فإن أول ما تميزت به هو طابعها القانوني. ويتجلى ذلك من خلال اعتدادها فقط بالعوامل العادية والمألوفة، عند بحث الإمكانية الذاتية للفعل. الأمر الذي يتوافق والمنطق القانوني. حيث إن القانون لا يعتد إلا بتلك العوامل. ولا يسأل إلا عن النتائج العادية للفعل. هذا بالإضافة إلى اعتمادها على ضابط العلم، في التمييز بين العوامل العادية والمألوفة، وتلك التي تعد غير عادية وشاذة. وهو ضابط ذو طابع قانوني أيضاً، وله تطبيقاته في مجالات قانونية متنوعة^(٢).

وامتازت هذه النظرية أيضاً بحصر نطاق العلاقة السببية في مجال معقول، متفادية بذلك ما عيب على نظرية تكافؤ الأسباب، من إعطاء مفهوم واسع للسببية، يستتبعه القول بقيام مسؤولية الشخص في حالات تتنافى والعدالة^(٣).

لكن رغم هذه المزايا، فقد تعرضت للعديد من الانتقادات، أهمها: إنها تعتمد في تمييزها بين الأسباب المنتجة والعارضة، على فكرة الإمكانية الموضوعية، وهي فكرة لا تمت للسببية بصلة. فالإمكانية الموضوعية، تتعلق بالفعل نفسه، وصفاته، لا في الرابطة التي تصل بينه وبين

(١) د. محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص ٣٢٢ وما بعدها.

(٢) د. عادل جبري محمد حبيب، مرجع سابق، ص ٣١٦ وما بعدها. د. فريدة اليوموري، مرجع سابق، ص ٧٠.

(٣) د. عبد اللطيف عوض محمد القراني، مرجع سابق، ص ٣٥٩.

النتيجة. ودليل ذلك، هو أن من الممكن أن تتحقق هذه الإمكانية في الفعل، مع أن النتيجة لم تقع أساساً. كما لو أطلق شخص الرصاص تجاه آخر، بنية قتله، لكن لم تحدث الوفاة. فإن الإمكانية الموضوعية موجودة في الفعل، رغم عدم وجود علاقة سببية لأن النتيجة لم تحدث من الأساس^(١).

وَأُنتَقِدَتْ أيضاً بأنها تعتمد في تمييزها بين العوامل المألوفة، التي يجب أن تضاف إلى الفعل، عند فحص إمكانيته الموضوعية، والعوامل غير المألوفة، التي يجب أن تستبعد، على ضابط العلم. مع أنه لا يوجد أي علاقة بين القوة السببية للعامل والعلم به. فالدور السببي للعامل يبقى مرتبطاً بوجوده الفعلي، وتحريكه للقوانين الطبيعية. هذا بالإضافة، إلى أنه لا يوجد أي سند لهذا التمييز، فالعوامل التي يتم استبعادها هي بالحقيقة عوامل ساهمت في إحداث النتيجة. وبالتالي، فإن هذا الاستبعاد هو محض تحكم لا يقره المنطق^(٢).

ثانياً: معالم نظرية السببية في الفقه الإسلامي

لا شك أن الفقه الإسلامي مثله مثل القوانين الوضعية، لا يلزم الشخص بضمان ضرر لم يكن نتيجة لفعله، وإنما يستلزم للحكم بالضمان، أن تكون هناك علاقة سببية، تربط الفعل الضار الصادر من الشخص، بالضرر المطالب بتعويضه. إلا أنه رغم استلزام الفقه الإسلامي لذلك، لم يبحث فقهاؤه الأقدمين، مسألة علاقة السببية، بنحو صريح، كما نجده اليوم عند فقهاء القانون. وإنما كان لبعض الباحثين المحدثين في الفقه الإسلامي الفضل في بحثها، وإبراز المعيار الذي من خلاله، يتم القول بتحقيق هذه العلاقة، بين الفعل والضرر^(٣).

وقد لا يصعب القول بوجود العلاقة السببية، إذا كان الفعل الضار من قبيل المباشرة، ولم يكن هناك تعاقب للأضرار، ذلك لاتصال الفعل الضار بالضرر اتصالاً مباشراً. إنما الصعوبة قد تثار في الأحوال التي يكون فيها الفعل الضار من قبيل التسبب، أو عندما يكون هناك تعاقب للأضرار. حيث يصعب في هذه الأحوال القول بتحقيق علاقة السببية، بين فعل الفاعل والضرر،

(١) د. محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص ٣٢٦.

(٢) د. فريدة اليوموري، مرجع سابق، ص ٧١.

(٣) د. عادل جبري محمد حبيب، مرجع سابق، ص ٢٦٣.

لعدم اتصال هذا الفعل بالضرر، اتصالاً مباشراً، بسبب تعدد العوامل التي ساهمت في جلب الضرر، ومساعدة بعضها البعض في إحداثه، أو قطع بعضها عمل البعض. ولأجل ذلك، وضع فقهاء الشريعة معياراً يترتب على تحققه القول بوجود علاقة سببية، ويتمثل باللجوء إلى العرف في حسم المسألة، حيث يكون "ما اعتبره العرف سبباً للنتيجة فهو سبب لها ولو كان سبباً بعيداً، وما لم يعتبره العرف سبباً للنتيجة فهو ليس سبباً لها ولو كان سبباً قريباً"^(١).

وصرح بعض الفقهاء بهذا الخصوص، إن "الإتلاف معنى عرفي ليس فيه اصطلاح: صدقه متوقف على نظر العرف، وصحة الاستناد عند أهله ومصاديقه مختلفة، فقد يصح الاستناد بإيجاد شرطه، وقد يستند بإيجاد سببه، كما أنه يصح الاستناد بمباشرة الإتلاف، فهذه كلها مصاديق للإتلاف يتوقف صدق النسبة بها على مساعدة العرف"^(٢).

وعلى ذلك، فإن الفقه الإسلامي يستند عند بحثه لمسألة العلاقة السببية إلى الواقع العملي، بعيداً عن المفهوم الفلسفي لها. حيث يعتبر الفعل الضار، وفقاً لذلك، سبباً للضرر، عندما يكون مؤدياً إليه عادة، وفق المجرى العادي للأمر. وتنحصر مسؤولية الشخص، بموجب ذلك، بالنتائج المحتملة أو المتوقعة لفعله بحسب المعتاد. أما ما عدا ذلك، فيعتبر من قبيل الأقدار ولا يسأل عنه الفاعل^(٣).

ويظهر بجلاء، الأخذ بهذا المعيار في الفقه الإسلامي، في حال كان الفعل الضار، من قبيل التسبب، حيث يشترط هذا الفقه - كما تم بيانه سابقاً - أن يكون الضرر الواقع نتيجة طبيعية لفعل المتسبب، ليكون مسؤولاً عن ضمانه. أي بتعبير آخر، يجب أن يؤدي فعل المتسبب عادةً إلى الضرر الواقع^(٤). ولذا يفتي فقهاء المسلمين بعدم ضمان من يحفر حفرة صغيرة أو يضع حجراً

(١) عبد القادر عودة، مرجع سابق، ص ٤٥٨-٤٦٢.

(٢) الميرزا أبو الفضل النجم آبادي، مرجع سابق، ص ٥٦٣. وينظر بهذا المعنى السيد مير عبد الفتاح الحسيني المراغي، مرجع سابق، ص ٤٣٥.

(٣) د. محمد أحمد سراج، مرجع سابق، ص ١٦٦-١٧٤-١٧٨.

(٤) محمود شتلوت، مرجع سابق، ص ٤٠٥.

صغيراً في الطريق العام، لو أنه حدث بهما ضرر للغير، لعدم إكانيتهما في ترتيب الضرر عند العثار بهما غالباً^(١).

وهذا المفهوم لمعيار السببية عند الفقه الإسلامي، يقارب وما أتت به نظرية السبب المنتج. حيث اتضح أن النظرية الأخيرة تعتمد معيار الإمكانية الموضوعية في بحثها للسببية. وهذا المعيار يقارب معيار الغالب أو المعتاد في الأمور الذي اعتمده فقهاء المسلمين. لأن أعمال معيار المعتاد، يتطلب بحث إمكانية الفعل الضار في إحداث الضرر الحاصل، بحسب المعتاد أو المتعارف بين الناس، ولا يمكن أن يصل الأمر إلى حد الاعتقاد، إن لم يكن هذا الفعل من ذاتيته، بحسب الظروف الطبيعية، أن يحدث النتيجة الواقعة. وهذا هو مضمون معيار الإمكانية الموضوعية.

غير أن معيار السببية في الفقه الإسلامي يختلف عن معيار نظرية السبب المنتج، في الفروض التي تكون فيها الأفعال المنتجة للضرر مباشرة وتسبب. فنظرية السبب المنتج تعتد بجميع تلك الأفعال. وبالتالي، يعتبر كل من أتى بها مسؤولاً^(٢). وهذا بخلاف الحال في الفقه الإسلامي، الذي يقضي بتقديم المباشر، بحسب المشهور. مما يعني أنه يتفق وما نادى به أصحاب نظرية السبب الأخير^(٣)، أو نظرية السبب القريب^(٤). غير أنه إذا أخذنا بنظر الاعتبار التطبيقات العملية، التي يجتمع فيها المباشر والمتسبب، والحالات التي تم دراستها آنفاً، والتي

(١) العلامة عبد الصاحب محمد النراقي، مرجع سابق، ص ٤٣٢.

(٢) د. محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص ٢١٧.

(٣) ترى هذه النظرية التي قال بها الفقيه الألماني رودلف أورتمان بأن سبب حدوث الواقعة الضارة هو " العامل الأخير زمنياً من حيث التدخل في التسلسل السببي فإذا أحصرنا العوامل التي أسهمت في حدوث الضرر وتبيننا لحظة إبراز كل عامل قوته السببية تجاه الضرر أي لحظة تدخل كل عامل في التسلسل السببي الذي أفضى إلى حدوث الضرر فإن العامل الأخير إسهاماً أي الأخير تدخلاً في هذا التسلسل هو الذي يعد سبباً للضرر " ينظر في عرض هذه النظرية د. عادل جبيري حبيب محمد، مرجع سابق، ص ٢٩٩ هامش.

(٤) تذهب هذه النظرية التي ظهرت على يد الفقيه الإنكليزي فرانسيس باكون إلى تحميل السبب القريب دون غيره مسؤولية النتيجة حيث بحسب هذه النظرية لا يعتد بالعوامل التي أحدثت الضرر إلا بذلك العامل الذي يكون أكثرها قرباً للنتيجة من حيث الزمن ومباشراً في إفضائه إليها. ينظر في عرض هذه النظرية د. عبد اللطيف عوض محمد القراني، مرجع سابق، ص ٣٧٨ وما بعدها.

يكون فيها الضمان على المتسبب وحده، في حالات معينة، وعليهما معاً، في حالات أخرى، نجد أن الفقه الإسلامي في أحوال اجتماع المباشر والمتسبب يعتد بالسبب الأقوى، ويهمل بقية الأسباب، وإذا تساوت الأسباب بالقوة يقضي بتحميلها المسؤولية معاً. وهذا الاتجاه قد يقترب من مضمون نظرية السبب الأقوى^(١).

وبذلك يتضح أن موقف الفقه الإسلامي من علاقة السببية، يتوافق مع نظرية السبب المنتج، في الأحوال التي لا يتعدد فيها المسؤولون عن الفعل الضار، وتلك التي يكون فيها المسؤولون المتعددون من صنف واحد. أما الأحوال التي يجتمع فيها المسؤولون المختلفون الصفة، فيتوافق موقفه مع نظرية السبب الأقوى.

ثالثاً: موقف القانون العراقي والقوانين محل المقارنة

يذهب غالبية شراح القانون، إلى أن القانونين العراقي والمصري، قد تبنيا نظرية السبب المنتج، عند تحديد العلاقة بين الفعل الضار والضرر^(٢). وقد تقدم أنه بحسب تلك النظرية، لا يجب الاعتداد بجميع الأسباب التي أحدثت الضرر، وإنما يعتد فقط بتلك التي تمثل السبب الفعال أو المنتج. ويعتبر السبب فعالاً أو منتجاً للضرر وفقاً لتلك النظرية، إذا كان بطبيعته يملك القدرة والكفاءة اللازمة لإحداث الضرر، وفقاً للمجرى العادي للأمر. وهذا المعنى يمكن أن يستفاد من سياق نص الفقرة الأولى من المادة (٢٠٧)، من القانون المدني العراقي، المطابقة

(١) بحسب هذه النظرية التي قال بها الفقيه الألماني كارل بيركمير، أنه إذا كانت العوامل التي أحدثت الضرر، مختلفة من حيث درجة إسهامها في إحداثه، فإنه يتعين انتقاء العامل الذي كان أكثرها إسهاماً وأكثرها فعالية، واعتباره سبب حدوث الضرر، لأنه استوعب فعالية سائر العوامل الأخرى، فينسب الضرر إليه. ينظر في عرض هذه النظرية د. محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص ٣٢٧.

(٢) د. عصمت عبد المجيد بكر، مرجع سابق، ص ٢٧١. د. أحمد سلمان شهاب السعداوي ود. جواد كاظم جواد سميسم، مرجع سابق، ص ٣١٦. د. إسماعيل غانم، في النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، مطبعة النصر، ١٩٥٦، ص ١٠٨. د. عادل جبري محمد حبيب، مرجع سابق، ص ٢٤٢. د. أمجد محمد منصور، مرجع سابق، ٢٩٧. ينظر كذلك قرار محكمة التمييز المصرية طعن رقم (٤٥٦) لسنة (٨٤) قضائية ٢٠١٩/٦/١٦ منشور على الموقع

https://www.cc.gov.eg/judgment_single?id=111392708&&ja=123186 نظر هذا الموقع

بتاريخ ٢٠٢١/٢/٢٠ الساعة ٤:١٣ مساءً.

لمضمون نص المادة (٢٢١)، من القانون المدني المصري، والتي جاء فيها " تقدر المحكمة التعويض في جميع الأحوال بقدر ما لحق المتضرر من ضرر وما فاته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع ".

والواضح من النص المتقدم، أن الضرر لا بد وأن يكون نتيجة طبيعية للفعل الضار، حتى يمكن المطالبة بتعويضه. مما ينبئ بوضوح عن تبني القانونين العراقي والمصري لنظرية السبب المنتج، لأنه لا يوجد فرق بين كون الضرر نتيجة طبيعية للفعل الضار، كما تقرر المادة أعلاه، وبين أن يكون من شأن الفعل الضار أن يحدث الضرر وفقاً للمجرى العادي للأمر، كما تقرر نظرية السبب المنتج. فهما عبارتان تفيدان نفس المعنى، إلا أن كلاً منهما ينظر إليه من زاوية مختلفة^(١).

ومع ذلك، قد يتبادر إلى الأذهان، إن القانون العراقي قد تبني نظرية تكافؤ الأسباب، في الأحوال التي يجتمع فيها مباشر ومتسبب. لأنه قضى بضمانهما معاً، عند اجتماعهما في إحداث الضرر. إلا أن هذا التصور غير صحيح، لأن المشرع عندما قرر مساءلة المتسبب في هذه الأحوال، لا لأنه فقط كان ضمن التسلسل السببي لإحداث الضرر، وإنما لأن فعله كان منتجاً وفعالاً في جلب الضرر، وإن لم يكن كذلك، فلا يمكن اعتبار المسألة من مسائل اجتماع المباشر والمتسبب. حيث سيكون هناك مسؤول واحد فقط، وهو المباشر. باعتبار أنه بحسب مضمون المادة سالفة الذكر، يجب أن يكون من النتائج الطبيعية لفعل الفاعل إحداث الضرر، وإلا فلا يمكن المطالبة بتعويض ما ينتج عنه. بمعنى أن فاعله سيكون غير مسؤول عن الأضرار التي يحدثها. وبالتالي، فيما أنه قد تقرر أن فعل المتسبب منتج، وبما أنه لا يوجد مانع، بموجب نظرية السبب المنتج، أن يكون المسؤول عن الضرر أكثر من شخص، فإن مساءلة المباشر والمتسبب معاً ما هو إلا تطبيق لنظرية السبب المنتج.

هذا، ومن الجدير بالذكر، أن القانون العراقي لم يبين المقصود بالنتيجة الطبيعية. بخلاف القانون المصري الذي جاء فيه " ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن

(١) د. إسماعيل غانم، مرجع سابق، ص ١٠٨.

يتوقاه ببذل جهد معقول" ^(١). حيث من خلال هذا المعيار، يستطيع القاضي أن يحدد نوع العلاقة بين الفعل الضار والضرر. مع ملاحظة أن القانون المصري، عندما أورد هذا المعيار، لم يقصد به أنه المعيار الوحيد الذي يجب أن يلتزم به. بحيث إنه إذا كان الضرر الواقع من الممكن أن يتم توقيه، ببذل جهد معقول، فإنه حتماً نتيجة غير طبيعية. وإنما أوردته الشارع فقط للاسترشاد به ^(٢).

وأما بالنسبة القانونين الأردني والإماراتي، فقد نصا كما نص القانونان العراقي والمصري، على ضرورة كون الضرر الواقع نتيجة طبيعية للفعل الضار، حتى يلزم الفاعل بضمانه. حيث جاء في المادة (٢٦٦) من القانون المدني الأردني، التي تطابق مضمون وصياغتها المادة (٢٩٢) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، بأنه "يقدر الضمان في جميع الأحوال بقدر ما لحق المضرور من ضرر وما فاتته من كسب بشرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعية للفعل الضار".

وقد اتفق شراح القانون، وبالأستناد إلى النص المتقدم، على أن القانونين الأردني والإماراتي، قد تبنيوا نظرية السبب المنتج ^(٣). ويستدل بعضهم على ذلك، بالإضافة إلى النص السالف، بقاعدة "إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر" ^(٤). باعتبار أن هذه القاعدة مجرد تطبيق لنظرية السبب المنتج، أو بتعبير أدق، تبدو هذه النظرية الحديثة إعمالاً لذات المنطق الذي قررته قاعدة تقديم المباشر ^(٥).

غير أن هذا الاستدلال، لا يمكن التسليم به. لأنه لا يوجد تلازم بين المباشرة والسبب المنتج، حتى يمكن القول بأن إضافة الضرر إلى المباشر وحده هو بالحقيقة إضافته إلى السبب

(١) المادة (٢٢١) من القانون المدني المصري.

(٢) د. عبد الراق السنهوري، مرجع سابق، ص ٩١٤ هامش. د. عادل جبيري محمد حبيب، مرجع سابق، ص ٢٨٦.

(٣) د. عدنان إبراهيم السرحان و د. نوري حمد خاطر، مرجع سابق، ص ٤٥٥. د. مدحت محمد محمود عبد العال، مرجع سابق، ص ٣٦. د. أمجد محمد منصور، مرجع سابق، ص ٢٩٧. د. بشار ملكاوي، د. فيصل العمري، مرجع سابق، ص ٨٣.

(٤) المادة (٢٥٨) من القانون المدني الأردني. والمادة (٢٨٤) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

(٥) د. محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص ٢١٩.

المنتج، دون البحث في فعل المتسبب، للتحقق من مدى كونه سبباً منتجاً للضرر الواقع أم لا. حيث إنه في أغلب الأحوال، يكون فعل المتسبب أيضاً منتجاً للضرر بحسب المجرى العادي للأمور. فمثلاً الأضرار الجسدية التي تنتج من إلقاء المواد الجارحة في الطريق العام، تعتبر أضراراً طبيعية لهذا الفعل. وبالتالي فإن هذا الفعل التسببي يعتبر سبباً منتجاً للضرر، وإن لم يكن كذلك فكيف يكون فاعله ملزماً بضمان الضرر الناتج عنه عندما لا يجتمع معه مباشر. وعلى ذلك فإن جعل الضمان على المباشر وحده، لا يتوافق ونظرية السبب المنتج، التي رأينا سابقاً أنها لا تمنع من أن يكون الضمان على أكثر من شخص، إذا كانت أفعالهم منتجة.

وعلى ذلك، يمكن القول، إن القانونين الأردني والإماراتي، قد أخذوا بنظرية السبب المنتج في الأحوال التي لا يكون فيها هناك تعدد للمسؤولين، وتلك التي يكون فيها المسؤولون المتعددون من الصنف نفسه. أما في أحوال اجتماع المسؤولين مختلفي الصنف، أي مباشر ومتسبب، فإن موقف هذين القانونين أقرب إلى نظرية السبب القريب أو السبب الأخير.

الفرع الثاني

حكم اجتماع المتسببين

بعد أن اتضح أن الفقه الإسلامي والقانون العراقي، يعتدنان فقط بالسبب الذي يكون من طبيعته أن ينتج الضرر. يكون المراد من اجتماع المتسببين هو "شركة الفردين أو الأفراد في تحصيل معدات التلف"^(١). أي وبعبارة أخرى، أن يكون الضرر قد حصل نتيجة اجتماع أفعال المتسببين معاً. كما لو تعاون عدة أشخاص على وضع شيء في مكان عام أو الحفر فيه. أو كما لو قام أحدهم بوضع حجر في غير ملكه، وقام الآخر بالحفر بجانبه. أما لو كان الفعلان يستندان إلى شخص واحد، فلا وجود للاشتراك في التسبب. وإنما يكون فاعل الفعلين هو الضامن وحده، فيما لو كان قد تعمد الإضرار، أو تعدى في فعله.

(١) الشيخ عباس علي السبزواري، مرجع سابق، ص ١٨٦.

وقرر فقهاء المسلمين أنَّ الضمانَ يكونُ على جميع المتسببين، في حال وقوع أفعال التسبب دفعة واحدة^(١). كما لو تعاون جماعة على وضع شيء في الطريق العام، فإنهم يشتركون في الضمان. هذا على فرض اتصاف أفعال الجميع بالتعدي أو التعمد. أما لو اتصف فعل أحدهم بهذا الوصف، دون الآخر، اختص بالضمان^(٢). كما لو أن أحدهم حفر في ملكه، وجاء آخر ووضع سكيناً في الحفرة، فإن الضمان يكون على واضع السكين، فيما لو أصابت أحد بعد وقوعه في الحفرة^(٣).

أما إذا كانت أفعال التسبب قد وقعت على التعاقب، كما لو أن شخصاً حفر في ملك عام، وأتى آخر ووضع حجراً بجانبه، فإن فقهاء المسلمين انقسموا في حكم الضمان على اتجاهين: الاتجاه الأول يذهب إلى أن الضمان يكون على فاعل أول الأسباب^(٤). والمقصود بالأول في هذا الصدد، هو الأول من ناحية التأثير في إيقاع الضرر، لا من ناحية الترتيب الزمني^(٥). لذا، وبحسب المثال السابق، لا فرق بين أن يكون الحفر قد وقع أولاً، ومن ثم وضع الحجر، أو كان

(١) زين الدين بن علي العاملي، مرجع سابق، ص ١٦٤. حسن بن جعفر كاشف الغطاء، مرجع سابق، ص ٥٣. محمد بن صالح العثيمين، الشرح الممتع على زاد المستقنع، الجزء الرابع عشر، الطبعة الأولى، دار ابن الجوزي، ١٤٢٨ هـ، ص ٩١ وما بعدها. عبد الرحمان المقدسي، الشرح الكبير على متن المقنع، الجزء التاسع، دار الكتاب العربي، دون سنة نشر، ص ٤٨٨.

(٢) الشيخ أبو طالب محمد بن الحسن بن يوسف بن المطهر الحلي، إيضاح الفوائد في شرح إشكالات القواعد، علق عليه السيد حسين الموسوي والشيخ پناه الاشتهادي، والشيخ عبد الرحيم البروجردي، الجزء الرابع، دون دار نشر، دون سنة طبع، ص ٦٦٨.

(٣) السيد عبد الله فضل الله فحص الحسيني، مرجع سابق، ص ٢١٨.

(٤) الشيخ زين الدين العاملي، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، مرجع سابق، ص ٤٨٣. العلامة أبو محمد بن غانم بن محمد البغدادي، مرجع سابق، ص ٤٠٨. الشيخ الميرزا جواد التبريزي، تنقيح مباني الأحكام، كتاب الديات، الطبعة الثانية، دار الصديقة الشهيدة، قم المقدسة، ١٤٢٩ هـ، ص ١١٤. الإمام النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، الطبعة الأولى، الجزء التاسع، المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق، عمان، ١٩٩١، ص ٣٢٤. السيد عبد الأعلى السبزواري، مرجع سابق، ص ١٥٤. منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، مرجع سابق، ص ٧. شمس الدين السرخسي، المبسوط، الجزء السابع والعشرون، مرجع سابق، ص ١٧.

(٥) الميرزا أبو الفضل آبادي، مرجع سابق، ص ٥٧٠.

وضع الحجر هو أولاً ومن بعده أتى الحفر، ففي كلا الفرضين يكون الضمان على واضع الحجر^(١).

ويبرر ذلك بالقول، بأن الضرر تحققت نسبته إلى الفعل الأول قبل الثاني، فيُستصحب^(٢). هذا بالإضافة إلى أن السببية الثانية مستندة إلى الأولى^(٣). ولذا كان الضمان على واضع الحجر، لأنه كالدافع، فكان بمنزلة المباشر^(٤).

أما الاتجاه الثاني فيذهب إلى أن الضمان يكون على جميع المتسببين^(٥)، باعتبار أنه لا يوجد دليل شرعي على تقديم أحدهم على الآخر، عدا ما قيل من استصحاب أثر الفعل الأول، وبه يرجح على الثاني. إلا أنه لا مجال للاستصحاب أصلاً. حيث إنه لا أثر للفعل الأول قبل الفعل الثاني، بل إن الضرر مستند إليهما معاً. فإن سببية الضرر مستندة إلى الفعلين على حد سواء. فلا وجه للترجيح بينهم^(٦).

(١) الشيخ الميرزا جواد التبريزي، مرجع سابق، ص ١١٣.

(٢) السيد عبد الله فضل الله الحسيني، مرجع سابق، ص ٢١٧.

(٣) الميرزا أبو الفضل آبادي، مرجع سابق، ص ٥٧٠.

(٤) الميرزا جواد التبريزي، مرجع سابق، ص ١١٣. موفق الدين أبو محمد عبد الله بن قدامة المقدسي، المغني، تحقيق د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، ود. عبد الفتاح محمد الحلو، الجزء الثاني عشر، الطبعة الثالثة، دار عالم الكتب، الرياض، ١٩٩٧، ص ٨٨.

(٥) السيد علي الحسيني السيستاني، منهاج الصالحين، المعاملات، الطبعة التاسعة عشر، الجزء الثاني، دار المؤرخ العربي، بيروت، ٢٠١٣، ص ٢٤٨. أبو القاسم الموسوي الخوئي، منهاج الصالحين، المعاملات، مع فتاوي الشيخ الوحيد الخراساني، الجزء الثالث، الطبعة السادسة، مدرسة الإمام الباقر للعلوم، قم المقدسة، ١٤٢٨ هـ، ص ٥٤٩. الميرزا أبو الفضل آبادي، المرجع السابق، ص ٥٧٠ وما بعدها. السيد محمد صادق الروحاني، تكملة منهاج الصالحين، مطبعة الآداب، النجف الاشرف، دون سنة نشر، ص ١١٢. الشيخ محمد إسحاق الفياض، منهاج الصالحين، المعاملات، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، الناشر مكتب آية الله العظمى الشيخ محمد إسحاق الفياض، قم المقدسة، دون سنة نشر، ص ٤٠٤.

(٦) أبو القاسم الموسوي الخوئي، مباني تكملة منهاج، القصاص والديات، الطبعة الرابعة، مؤسسة إحياء آثار الإمام الخوئي، ٢٠٠٩، ص ٣٢٢.

وهذا ما قرره القانون العراقي، حيث جعل من المتسبب مسؤولاً عن الضرر، طالما صدر منه فعل التسبب عن تعمد أو تعدٍ. ولا يغير من هذه المسؤولية أن هناك من اشترك معه في أفعال التسبب. وبالتالي، يكون محكوماً هو ومن اشترك معه بنص المادة (٢١٧) التي تقرر في فقرتها الأولى بأنه " إذا تعدد المسؤولون عن عمل غير مشروع كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر دون تمييز بين الفاعل الأصلي والشريك والمتسبب".

وهكذا الأمر بالنسبة للقانون المدني الأردني، وقانون المعاملات المدنية الإماراتي، فإنه على الرغم من أن النص لم يبين إلا حالة اجتماع المباشر مع المتسبب. أي لا يعرض إلى حالة تعدد المباشرين، أو تعدد المتسببين. إلا أنه مما لا شك فيه، أن الضمان يكون على جميع المتسببين. لأن المتسبب، إذا تحققت فيه إحدى حالات الضمان، وهي التعمد أو التعدي، فإنه سيكون مسؤولاً. وبالتالي، يكون محكوماً بنص المادة (٢٦٥) من القانون المدني الأردني، والمادة (٢٩١) من قانون المعاملات المالية الإماراتي، والتي تقضي بأنه " اذا تعدد المسؤولون عن الفعل الضار كان كل منهم مسؤولاً بنسبة نصيبه فيه...".

ولا يختلف الأمر بالنسبة للقانون المدني المصري، فعلى الرغم من أنه لم ينص على التسبب، إلا أنه مما لا شك فيه، إذا شكل التسبب خطأ، فإن فاعله يكون مسؤولاً عن تعويض الضرر الناتج عنه. وإذا كان هذا التسبب صادراً من عدة أشخاص فإنهم يكونون جميعاً مسؤولين عن هذا التعويض.

المطلب الثاني

حالات إعفاء المتسبب من الضمان

اتضح من خلال هذا البحث، أن إيقاع الضرر عن طريق التسبب، لا يمكن أن يتم ما لم يصدر فعل من المتضرر أو الغير أو الطبيعة، ليقع من خلاله الضرر. الأمر الذي يثير التساؤل عن مدى إمكانية المتسبب، في أن يحتج بالسبب الأجنبي، لدراء المسؤولية عن نفسه، طالما كان تدخل فعل المتضرر أو الغير أو الطبيعة لازماً ليتم به وقوع الضرر، في الوقت الذي أورد فيه المشرع العراقي هذه الأفعال كصور للسبب الأجنبي. حيث جاء في المادة (٢١١) من القانون المدني العراقي بأنه " إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه

كآفة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو خطأ المتضرر كان غير ملزم بالضمان ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك^(١).

وعلى ذلك سيتم تخصيص هذا المطلب، لبحث مسألة إعفاء المتسبب من الضمان، من خلال بحث صور السبب الأجنبي كل في فرع مستقل وكالاتي:

الفرع الأول

القوة القاهرة

نص القانون المدني العراقي، ونظيره الأردني والإماراتي، على الآفة السماوية والقوة القاهرة والحادث الفجائي. وقد استمدت هذه القوانين، تعبير الآفة السماوية من الفقه الإسلامي، بينما أخذت تعبير القوة القاهرة والحادث الفجائي عن القانون المدني الفرنسي^(٢). ويُستخدم تعبير الآفة السماوية عند فقهاء المسلمين، للدلالة على كل أمر لا يمكن الاحتراز عنه، وليس بالإمكان توقعه^(٣)، حيث عرفها بعضهم على أنها " ما لا صنع لآدمي فيها كالسيل والوباء وربما تطلق في مقابل الأرضية كالرياح والصاعقة "^(٤). أما القوة القاهرة والحادث الفجائي، فرغم محاولة جانب من الشراح التمييز بينهما، وحصر الإعفاء من المسؤولية بالقوة القاهرة^(٥). إلا أن الفقه والقضاء، قد استقر على أنهما تعبيران مترادفان يدلان على معنى واحد^(٦)، يقصد به " أمر غير متوقع

(١) ينظر مضمون هذه المادة في القانون المدني الأردني، المادة (٢٦١)، وفي قانون المعاملات المدنية الإماراتي، المادة (٢٨٧)، وفي القانون المدني المصري، المادة (١٦٥).

(٢) د. عصمت عبد المجيد بكر، مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٧، ص ٣١٠.

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، الجزء السادس، الطبعة الأولى، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دون سنة نشر، ص ١٢٥.

(٤) موسوعة الفقه الإسلامي طبقاً لمذهب أهل البيت، الجزء الأول، مرجع سابق، ص ٢٢٩.

(٥) د. سليمان مرقس، في نظرية دفع المسؤولية المدنية، الحادث الفجائي والقوة القاهرة - فعل الدائن وفعل المصاب - فعل الأجنبي، دراسة مقارنة في المسؤولية التعاقدية والمسؤولية التقصيرية في القانونين الفرنسي

والمصري، مقدمة بقلم ليون مازو، مطبعة الاعتماد، دون سنة نشر، ص ١٨٨.

(٦) د. أمجد محمد منصور، مرجع سابق، ٢٩٩.

حصوله وغير ممكن تلافيه يجبر الشخص على الإخلال بالالتزام^(١). ومعنى ذلك أن الحادث نفسه يكون قوة قاهرة وحادثاً فجائياً في ذات الوقت. حيث يكون قوة قاهرة إذا نظرنا إليه من حيث إنه غير ممكن الدفع، ويكون حادثاً فجائياً إذا نظر إليه على أنه غير متوقع الحصول^(٢).

ولا توجد حوادث معينة تعتبر في ذاتها قوة قاهرة أو حوادث فجائية، فالحروب والفيضانات وغيرها من الحوادث، من الممكن أن تعتبر قوة قاهرة في أحوال معينة، ومن الممكن أن لا تعتبر كذلك في أحوال أخرى^(٣)، فالأمر يعتمد على تحقق الشروط الآتية^(٤):

أولاً: انتفاء الإسناد^(٥):

والمقصود بذلك، أن يكون الحادث خارجاً عن إرادة المدعى عليه، ولا يكون له يد فيه، بحيث لا يمكن إسناده إليه بأي حال من الأحوال^(٦)، وإلا فلا يمكن اعتباره سبباً أجنبياً، وإن كان في ذاته قد تحققت فيه شروط القوة القاهرة. لأن مجرد مساهمة المدعى عليه، أو أحد تابعيه أو الأشياء التي تحت حراسته، في حدوث الحادث أو تفاقمه، ينفي عن الحادث وصف السبب لأجنبي. لأن هذا الوصف، وكما يدل عليه اسمه، لا يتحقق في الحادث ما لم يكن أجنبياً عن المدعى عليه^(٧).

(١) د. سليمان مرقس، الفعل الضار، مرجع سابق، ص ١١٢.

(٢) د. سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص ٢٥٢، بنفس المعنى د. زهدي يكن، مرجع سابق، ص ١٠٢.

د. عز الدين الدناصوري، مرجع سابق، ص ٢٢٤.

(٣) د. سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، مرجع سابق، ص ٤٩٢.

(٤) إن هذه الشروط من وضع الفقه الغربي، لكن لا يبعد أن تكون ذاتها قد اعتمدت من قبل فقهاء المسلمين.

(٥) د. محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص ٣٦٧. د. محمد صبري الجندي، مرجع سابق، ص ٣٩٦. سامي

الجري، شروط المسؤولية المدنية في القانون التونسي والمقارن، الطبعة الأولى، مطبعة التسفير الفني،

قفاقس، ٢٠١١، ص ٥٠٧.

(٦) د. سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، مرجع سابق، ص ٤٨٧.

(٧) د. محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص ٢٤٤. د. محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص ٣٦٧.

ثانياً: عدم إمكان التوقع^(١):

ويشترط في الحادث الذي يتم التمسك به كسبب أجنبي أن يكون غير ممكن التوقع. أي أن يكون من غير المستطاع تحديد زمان ومكان حدوثه. وبالتالي، فليس بالضرورة أن يكون الحادث لم يسبق أن وقع، حتى يعتبر غير ممكن التوقع، وإنما الأمر يتعلق بمدى تحقق سبب خاص ينبئ بوقوعه من عدمه. إذ قد يقع الحادث في الماضي مراراً، ومع ذلك يبقى غير ممكن التوقع مستقبلاً^(٢). حيث إنه لا يمكن اعتبار كل حادث قابلاً للحدوث متوقعاً. وإلا فلا يبقى ما يمكن اعتباره غير متوقع، وإنما يجب أن يكون ثمة ظرف من شأنه أن يوحى بإمكان وقوع الحادث^(٣). ولذا فإن اعتبار الحادث متوقعاً من عدمه يعتبر أمراً نسبياً، يختلف باختلاف الزمان والمكان، وظروف وملابسات كل حادث^(٤). ومن ثم يجب أن يقدر هذا الشرط بمعيار موضوعي لا شخصي. فلا يفيد تبعاً لذلك، أن الحادث لم يدخل في حساب المدعى عليه. إذ ليس المقصود بانتفاء التوقع أن الحادث لم يدخل في حسابه، لأن الأمر لو كان كذلك، لكان كل ما لم يُحسب حسابه من قبل المدعى عليه، قوة قاهرة^(٥).

ويرى بعض الشراح، بأنه إذا تبين أن الحادث كان متوقعاً، لا يكون للمدعى عليه - حينها - الاحتجاج به لرفع المسؤولية عنه، حتى وإن كان يستحيل دفعه^(٦). إلا أن هناك من يرى بأن الحادث قد يعتبر قوة قاهرة رغم أنه كان متوقع الحدوث، ويكون ذلك عندما يشكل حالة لا يمكن مقاومتها، أو دفعها. ويضرب مثلاً على ذلك بالحروب وأفعال الهياج الشعبي، التي قد تكون

(١) د. عز الدين الدناصورى، مرجع سابق، ص ٢٢٥.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ٨٧٨.

(٣) د. حسين عامر، مرجع ساق، ص ٣٦١.

(٤) د. محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص ٣٣٨.

(٥) د. سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، مرجع سابق، ص ٤٨٩.

(٦) د. عز الدين الدناصورى، مرجع سابق، ص ٢٢٥. وقد أخذت محكمة التمييز المصرية بذلك، ينظر طعن

رقم (٤٩٣٢) لسنة (٨١) قضائية منشور على الموقع

https://www.cc.gov.eg/judgment_single?id=111398738&&ja=274652 نظر هذا الموقع

بتاريخ ٢٠٢١/٢/٢٠ الساعة ٨:١٥ مساءً.

متوقعة ولكنها مع ذلك تعد قوة قاهرة، إذا وضعت الفاعل في وضع يؤدي به إلى إحداث الضرر دون إمكانية تفاديه^(١).

إلا أنه وبحسب المنطق، إن لزوم شرط عدم إمكان التوقع، في القوة القاهرة، يتوقف على استحالة الدفع. أي يجب أن تقاس استحالة الدفع قبل التوقع وبعده. فإذا كان الحادث مستحيل الدفع في جميع الأحوال، أي تم توقعه أم لا. فلا يؤثر التوقع من عدمه في قيام القوة القاهرة. أما إذا كان الحادث مستحيل الدفع قبل التوقع، وممكن بعده، فإن عدم توقعه ينفي وصف القوة القاهرة عنه.

ثالثاً: استحالة الدفع^(٢):

لا يكفي لاعتبار الحادث قوة قاهرة، أن يكون غير مستند إلى المدعى عليه ولا يمكن توقعه، وإنما يشترط إضافة إلى ذلك، أن يكون مستحيل الدفع. بمعنى أن يكون مما لا يمكن مقاومته، فلا يستطيع المدعى عليه أن يفعل شيئاً حياله^(٣)، بحيث يكون حصوله محتملاً^(٤). ولا يكون الحادث كذلك إلا عندما تكون الاستحالة مطلقة^(٥). ولا يعني بذلك أن يكون غير ممكن الدفع إلا باستعمال قدرات وإمكانات خارقة^(٦). وإنما المقصود بالاستحالة المطلقة هنا، أن تكون الاستحالة تامة وعامة، تامة بالمعنى السابق، أي أن يكون من المستحيل على الشخص أن يتصرف بخلاف ما فعل. وعامة بمعنى أن لا يكون المدعى عليه وحده الذي لا يستطيع دفعها، وإنما يجب أن تكون مستحيلة على أي شخص عادي لو وجد بنفس الظروف^(٧).

(١) د. محمد صبري الجندي، مرجع سابق، ص ٤٠٨ وما بعدها.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ٨٧٨.

(٣) د. إياد جبار ملوكي، مرجع سابق، ص ٢٣٢.

(٤) د. محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص ٣٦٨.

(٥) د. حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، الرابطة السببية، الطبعة الاولى، دار وائل، عمان، ٢٠٠٦، ص ٨٢.

(٦) د. محمد صبري الجندي، مرجع سابق، ص ٤١٠.

(٧) د. سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، مرجع سابق، ص ٤٨٧.

أما إن كان الحادث ممكن الدفع، فلا يعتبر قوة قاهرة أو حادثاً فجائياً، وإن كان مما لا يمكن توقعه^(١). على أن إمكانية الدفع يجب أن تقاس بحصول الحادث وآثاره^(٢)، بمعنى يجب أن يكون الحادث ليس في المستطاع دفع حصوله، أو تلافي نتائجه بعد أن حصل. أما لو كان في المستطاع تلافي نتائجه، بأي وسيلة كانت، فلا يكون قوة قاهرة^(٣).

بعد توافر الشروط المتقدمة، يتحقق أثر القوة القاهرة، وهو الإعفاء من الضمان^(٤). لكن السؤال الأهم في هذا المقام، هو هل يكون للمتسبب، طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، والقوانين محل المقارنة، أن يتمسك بالقوة القاهرة لدرء المسؤولية عن نفسه؟

لَمْ يتناولَ فقهاء الشريعة الإسلامية هذه المسألة على وجه الخصوص، لذا اختلف الباحثون في الفقه الإسلامي، في الإجابة عن ذلك. حيث يرى بعضهم^(٥)، إنه لا مجال للاحتجاج بالقوة القاهرة لإعفاء المسؤول عن عمله الشخصي من الضمان، مباشراً كان أم متسبباً. مستنداً في ذلك إلى ما يقرره هذا الفقه من مسؤولية عديم التمييز عما يلحقه بغيره من ضرر. فيرى بأنه ما دام أن نظرية الضمان في الفقه الإسلامي، تأخذ المنحى المادي، أي أنها تربط المسؤولية بمصدر الضرر دون النظر إلى أهلية أو إرادة الفاعل، وإن عدم التمييز ليس مسقطاً للمسؤولية فيها، فلا مجال بعد ذلك للقول بإعفاء المسؤول من الضمان. فلو أن أحدهم حفر في الطريق العام، وهبت ريح عاتية وأوقعت شخصاً أو متاعه فيها، فلا يعفى من الضمان بعذر القوة القاهرة. وكذلك لو أن شخصاً قاد سيارته، وأثناء القيادة غشي بصره ببرق خاطف، فلم يعد يرى ما أمامه، فأُتلف مالا لغيره. فلا يعفى من الضمان في الفقه الإسلامي بحجة القوة القاهرة. رغم أن التلف حدث بسبب تلك القوة. وهكذا الأمر فيما لو كان التلف قد حدث بسبب انفجار آلة، أو انكسار عجلة، أو انزلاق السيارة على أرض لزجة، فلا تسقط المسؤولية عن الفاعل في الفقه الإسلامي. اللهم إلا أن يقال، وفي المباشرة فقط، إن القوة القاهرة قد ألغت فعالية المباشر إلغاءً

(١) د. عز الدين الدناصورى، مرجع سابق، ص ٢٢٥.

(٢) سامي الجري، مرجع سابق، ص ٥٢١.

(٣) د. حسين عامر، مرجع سابق، ص ٣٦٣.

(٤) د. عبد المجيد الحكيم، مرجع سابق، ص ٤٦٥.

(٥) مصطفى أحمد الزرقا، مرجع سابق، ص ٩٧-١٠٠.

تماماً، وجعلت منه كالألة لا يتحرك بإرادته، كما لو هب اعصار شديد فقذف بإنسان على مال
لآخر فأثقله، فلا ضمان عليه عندئذ.

ويرى البعض الآخر^(١)، بأن للمتسبب أن يحتج بالقوة القاهرة لإعفائه من الضمان. إعمالاً
للقاعدة الفقهية التي تقر بأنه "ما لا يمكن الاحتراز عنه لا ضمان فيه"^(٢). واستناداً إلى ما قرره
بعض الفقهاء من أنه لو أن أحداً وضع جمرة في الطريق، وهبت ريح وأزالتها عن مكانها
وأحرقت شيئاً، فلا ضمان عليه^(٣).

وفي الحقيقة، إن كلا من الرأيين يمكن أن يكون مقبولاً، لأن القول بأن المتسبب لا يستطيع
الاستناد إلى القوة القاهرة، لإعفائه من الضمان، يكون مقبولاً عندما يكون الفعل المسبب للضرر،
قد صدر منه، ومن ثم تحققت القوة القاهرة، فأحدثت الضرر بمشاركة هذا الفعل. والأمثلة على
ذلك كثيرة، منها مثال الحفر في الطريق العام، الذي استدل به الرأي المتقدم. ومنها أيضاً، ما لو
قصر شخص في ربط حمل سيارته بالشكل المطلوب، مما أدى إلى سقوطه في الشارع العام،
بعد أن هبت رياح قوية، وتسبب في حوادث سير. ومنها أيضاً، الشخص الذي يهمل في إصلاح
سياج داره مثلاً، ويؤدي ذلك لأن يسقط على أحد المارة، بعد هطول الأمطار بشكل غزير. حيث
لا يكون للمتسبب في الأمثلة المتقدمة أن يحتج بالقوة القاهرة لإعفائه من الضمان، باعتبار أنه
قد صدر منه تعدياً.

وهكذا الأمر بالنسبة للرأي الثاني، الذي يمكن أن يكون مقبولاً أيضاً، عندما يكون الضرر
الذي ينسب إلى المتسبب، قد نتج عن قوة القاهرة، كما لو أن شخصاً ألقى الزيوت في الشارع
العام، وأقيمت عليه دعوى التعويض، لمطالبته بتعويض ما وقع من ضرر جسدي أو مالي لأحد
الأشخاص، بسبب انزلاقه في محل إلقاء الزيت، فإنه يكون للمتسبب في هذه الحالة أن يثبت أن

(١) د. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجناحية في الفقه الإسلامي، مرجع سابق،
ص ٣٧.

(٢) السيد محمود أفندي حمزه، الفرائد البهية في القواعد الفقهية، مطبعة حبيب أفندي خالد، دمشق، ١٣٩٨،
ص ٦٢. العلامة أبو محمد بن غانم بن محمد البغدادي، مرجع سابق، ص ٣٧٧ هامش.

(٣) فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، الجزء السادس، مرجع سابق، ص ١٤٤. العلامة أبو محمد بن غانم بن
محمد البغدادي، مرجع سابق، ص ٣٧٣.

الضرر الحاصل ليس نتيجة التعدي الصادر منه، وإن الانزلاق الذي حدث للمدعي كان بسبب وجود مياه الأمطار مثلاً.

وخلاصة ما تقدم أن الفقه الإسلامي، يقرر إعفاء المتسبب من الضمان، عندما يكون الضرر الواقع، لا يرجع إلى تعديه، كما في مثال إلقاء الزيوت في الشارع العام. أما لو كان التعدي قد صدر من المتسبب، ومن ثم تحققت القوة القاهرة، فلا يكون للمتسبب حينها أن يحتج بالقوة القاهرة لإعفائه من الضمان، كما في مثال حفر البئر، وهبوب الرياح، التي أسقطت شخص فيه.

أما بالنسبة للقانون المدني العراقي، والقوانين محل المقارنة، فإن نص المادة (٢١١) من القانون المدني العراقي، وما يقابلها في القوانين محل المقارنة، نص عام. وبالتالي، ينطبق على المتسبب كما المباشر، ولكن بما أن التسبب يختلف عن المباشرة، في أن الضرر لا يحدث مباشرة من فعل المتسبب، فإن تمسك المتسبب بالقوة القاهرة، لازمه عدم صدور تعدٍ منه، فلا يكون له أن يحتج بالقوة القاهرة بعد أن يهيئ ظروف إيقاع الضرر (يتسبب). وفي هذا الصدد قضت محكمة التمييز الاتحادية، بتصديق الحكم المميز، الذي يقضي بإلزام المدعى عليه، المدير العام للشركة العامة لتوزيع كهرباء الوسط/ إضافة إلى وظيفته، بتعويض المدعي، عن الضرر الذي لحق سيارته، جراء سقوط أحد أعمدة الإنارة عليها نتيجة هبوب رياح قوية، بعد أن ثبت أن دائرة المدعى عليه لم تتخذ الاحتياطات اللازمة لمنع وقوع مثل هذا الضرر^(١). حيث واضح من هذا الحكم، أن المتسبب في هذه الواقعة، وهي دائرة الكهرباء، ليس لها أن تحتج بالقوة القاهرة لدرء المسؤولية عنها، بعد أن صدر منها تعدٍ، والمتمثل بعدم اتخاذ الاحتياطات اللازمة لمنع وقوع الضرر.

(١) قرار رقم ٣٦٩١/ الهيئة الاستئنافية، بتاريخ ١٦/١٢/٢٠١٩، أشار إليه القاضي سعيد جريان التميمي، المبادئ القانونية في محكمة التمييز الاتحادية للأعوام ٢٠١٩-٢٠٢٠، الجزء الرابع، دار السنهوري، بيروت، ٢٠٢١، ص ١٦٧.

الفرع الثاني

فعل الغير

من المتصور أن يكون الضرر الذي أصاب المضرور، قد حصل نتيجة فعل صدر من غير المدعى عليه. وفي هذه الحالة، يكون لهذا الأخير، أن يثبت ذلك، ليدرأ المسؤولية عن نفسه. وذلك بأن يقيم الدليل على أن الضرر لم يكن نتيجة التعدي الصادر منه، وإنما نتيجة لفعل صدر من الغير^(١).

وغني عن البيان، أن المقصود بالغير في هذا المقام، هو كل شخص غير المضرور والمدعى عليه، ومن يسأل عنهم قانوناً^(٢). لأنه لا يتصور عقلاً ومنطقاً أن يكون للمدعى عليه أن يتمسك بفعل فرض القانون عليه ضمانه، لنفي المسؤولية عن نفسه^(٣). وبناءً على ذلك، يتمتع عليه أن يحتج بفعل التابع أو بفعل من كان تحت رقابته لنفي مسؤوليته^(٤).

وبديهي، أن فعل الغير، قد يكون هو السبب الوحيد للضرر المطالب بتعويضه، وقد يشترك معه خطأ المدعى عليه. فإذا كان الأمر كما الاحتمال الأول، فلا يلزم المدعى عليه والحال هذه بأي ضمان. لعدم تحقق مسؤوليته، ويكون الضمان عندئذ على الغير وحده^(٥). أما إذا كان الأمر كما الاحتمال الثاني، أي كان الضرر نتيجة اشتراك فعل الغير وتعدي المدعى عليه. فإن الغالب في هذه الحالة تكون من قبيل اجتماع المباشرة والتسبب، حيث يقف تعدي المدعى عليه عند حد التسبب، ليكتسب فعل الغير صفة المباشرة^(٦).

وإن حكم هذه الحالة في الفقه الإسلامي، وكما اتضح معنا سابقاً، هو تقديم الأقوى بالتأثير وإن تساوى فيه اشتركا في الضمان.

(١) د. حسين عامر، مرجع سابق، ص ٣٨٢.

(٢) د. حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، الرابطة السببية، مرجع سابق، ص ١٧٩.

(٣) د. محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص ٢٦٧.

(٤) د. عدنان إبراهيم السرحان ود. نوري حمد خاطر، مرجع سابق، ص ٤٦٦.

(٥) د. عبد الرشيد مأمون، مرجع سابق، ص ١١٢.

(٦) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المسؤولية المدنية بين التقيد والإطلاق، مرجع سابق، ص ٣٢١.

أما بالنسبة للقانون المدني العراقي، فإن من المقرر فيه أنه " وإذا اجتمع المباشر والمتسبب ضمن المتعمد أو المتعدي منهما فلو ضمنا معاً كانا متكافلين في الضمان"^(١). وعلى ذلك، لا يكون للمتسبب، طبقاً لأحكام القانون العراقي، أن يحتج بفعل الغير لنفي المسؤولية عن نفسه، طالما أن الفعل الصادر منه كان له أثر في إحداث الضرر، وكان هذا الفعل قد صدر منه عن تعمد أو تعدٍ. إذ سيكون في هذه الحالة، ملزماً بالضمان إلى جانب الغير، إذا كان هذا الغير قد تعمد أو تعدى أيضاً. أما إذا لم يكن للفعل الصادر منه أي دخل في إحداث الضرر، فيكون له حينها أن يحتج بفعل الغير لنفي المسؤولية عن نفسه، طبقاً لأحكام المادة (٢١١) من القانون المدني. وفي هذا الصدد قضت محكمة التمييز الاتحادية بأنه " لدى التدقيق والمداولة وجد أن الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلاً ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد أنه صحيح وموافق للقانون ذلك أن المدعية / المميزة طلبت الحكم بإلزام المدعى عليه مدير بلدية كربلاء / إضافة إلى وظيفته بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بدارها المشيدة على القطعة ... لتبليط الشارعين المحاذيين لدارها المذكورة مما جعل دارها النقطة الأكثر انخفاضاً بالنسبة للشارعين ما أدى إلى ارتفاع نسبة الرطوبة بالدار وتضرر السياج الخارجي وتلف الممرات الداخلية وحيث إن الثابت من التحقيقات الجارية في الدعوى أن دار المدعية منخفضة عن الشارع عند بنائها ابتداءً وإن من بناها يكون هو المتسبب في إحداث هذه الأضرار ولما كانت المادة ٢١١ من القانون المدني تنص على أنه (إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كافة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو خطأ المتضرر كان غير بالضمان...) مما تكون الدعوى واجبة الرد وهذا ما قضى به الحكم البدائي وأيدته محكمة الاستئناف بحكمها المميز لذا قرر تصديقه ورد الطعن ..."^(٢).

حيث إن من الواضح من هذا الحكم، إن محكمة التمييز لم تقض بمسؤولية المدعى عليه، لوجود السبب الأجنبي، والمتمثل بفعل الغير. حيث اعتبرت أن من قام ببناء الدار هو المتسبب، وليس مديرية المدعى عليه.

(١) ينظر الفقرة الثانية من المادة (١٨٦) من القانون المدني العراقي.

(٢) قرار رقم ١٧٢٨، الهيئة الاستئنافية العقار، بتاريخ ٢٠١٥/٤/٥، أشار إليه القاضي قاسم فخري الربيعي، مبادئ محكمة التمييز الاتحادية، القسم المدني، الطبعة الأولى، مطبعة الكتاب، بغداد، ٢٠١٨، ص ٢٤.

والملاحظ، أن المادة (١٨٦) من القانون المدني قد جعلت الضمان على المتعمد أو المتعدي. مما يعني، أنه إذا اجتمع مع المتسبب مباشر أو متسبب آخر، وكان هذا المباشر أو المتسبب الآخر، غير متعمد ولا متعدي، فإن الضمان يكون على المتسبب الأول وحده. وبالتالي، يثار التساؤل حول مدى إمكانية المتسبب والحال هذه أن يحتج بفعل الغير، لنفي جزء من المسؤولية المقررة عليه؟

في البدء، لا بد من الإشارة، إلى أن بعض شراح القانون، اتجه إلى أنه يشترط في فعل الغير أن يتصف بوصف الخطأ، حتى يمكن الاستناد عليه لنفي المسؤولية^(١). ويصرح بعضهم بهذا الخصوص بأنه " كان الأولى بوضعي القانون المدني العراقي أن يستعملوا تعبير خطأ الغير بدلاً من تعبير فعل الغير"^(٢).

إلا أنه من الواضح، إن فعل الغير، إذا كان هو السبب الوحيد للضرر، فمن غير المنطقي أن يشترط فيه الاتصاف بوصف معين، حتى يمكن الاستناد عليه، لنفي مسؤولية شخص - مباشراً كان أم متسبباً - لا يد له في إحداث الضرر المطالب بتعويضه^(٣). لأن هذا الشخص، غير مسؤول ابتداءً، طبقاً للقواعد العامة في المسؤولية، التي تشترط وجود رابط سببي بين الفعل والضرر لقيامها. إلا أنه من الممكن أن يكون ما دفع بعض الشراح إلى تبني فكرة اشتراط الخطأ في فعل الغير، هو الفرض الذي يشترك فيه، فعل الغير وفعل المدعى عليه، في إحداث الضرر. لأنه في هذه الحالة، لا يكون الغير ملزماً بالضمان، إن لم يتصف فعله بالتعمد أو التعدي. ولذا اشترطوا أن يكون فعل هذا الغير، متصفاً بوصف الخطأ، ليكون حينها مسؤولاً عن جزء من الضرر. وبالتالي، يعفي المدعى عليه من جزء من الضمان.

غير أن نص المادة (٢١١) من القانون المدني، صريح في اعتداده بفعل الغير، للإعفاء من الضمان. وبناءً على ذلك، يكون للمتسبب أن يستند إلى فعل الغير، لنفي جزء من المسؤولية عن نفسه.

(١) د. محمود سعد الدين الشريف، مرجع سابق، ص ٤٠٤. د. إياد عبد الجبار ملوكي، مرجع سابق، ص ٢٥٥.

(٢) د. عبد المجيد الحكيم، مرجع سابق، ص ٤٦٦.

(٣) د. حسين عامر، مرجع سابق، ص ٣٨٤. د. عبد الرشيد مأمون سلامة، مرجع سابق، ص ١١٧. د. فريدة

اليوموري، مرجع سابق، ص ٣٢٣.

صحيح أن نص المادة يوحي بأن المراد به هو الإغفاء الكلي من ضمان الضرر، إلا أنه لا يوجد ما يمنع من تطبيقه، إذا كان المتسبب قد أثبت أن جزءاً من الضرر يعود إلى فعل الغير، ليدراً بذلك عن نفسه مسؤولية ضمان هذا الجزء. ولا يمكن الاحتجاج بهذا الصدد، بأنه في هذه الحالة سيكون تحمل هذا الجزء من الضرر، على المضرور، باعتبار أن الغير غير ملزم بضمانه. لأن من المقرر في القانون المدني العراقي، أنه ليس كل ضرر مضموناً، ما لم يكن هناك تعمد أو تعدٍ. ولهذا، إذا كان من الممكن أن يكون كل الضرر الواقع للمضرور، غير مضمون، إذا لم يكن مسببه متعمداً أو متعمداً. فلم لا يمكن أن يكون جزءاً من هذا الضرر، غير مضمون أيضاً. إذا أثبت المتسبب أنه لم يكن ناتجاً عن فعله، وإلا لكان من غير العادل أن يتحمل المتسبب، وخاصةً إذا كان الضرر الحاصل لا يتناسب والتعدي الصادر منه. كما لو أن شخصاً وضع الحصى الخاص ببناء داره في الشارع، وفي هذه الأثناء، أتى شخص آخر يقود سيارته بسرعة عادية، وعند مروره بجانب الحصى، داس على إحداها بعجلة السيارة، مما أدى الى أن تتضغط بين عجلة السيارة والأرض، لتندفع بعد ذلك وتصيب أحد المارة بعينه، وينتج عن ذلك قلع عين المصاب. ففي هذه الحالة، من المؤكد أن الضمان سيكون على المتسبب، طبقاً لأحكام المادة (١٨٦) من القانون المدني. لأنه المتعدي بوضع أدوات البناء في الشارع، والمباشر غير متعمد ولا متعمد. ولذا، فإنه من غير العادل أن لا يكون للمتسبب أن يحتج بفعل الغير، ليخفف من المسؤولية المقررة عليه. لأنه في هذه الحالة سيكون ضامناً لنتيجة فعله وفعل غيره.

أما بالنسبة للقانونين الأردني والإماراتي، فقد نصا، كما في القانون العراقي، على "فعل الغير"^(١)، لدفع المسؤولية عن الشخص. إلا أنهما خالفا ما قرره المشرع العراقي، عندما أعفيا المتسبب من الضمان، إذا اجتمع معه مباشر. حيث نصا بأنه "إذا اجتمع مباشر ومتسبب يضاف الحكم إلى المباشر"^(٢).

فاستناداً لهذا النص، يكون للمتسبب أن يدفع بفعل الغير، لنفي المسؤولية عن نفسه، وإن كان قد صدر منه تعدٍ أو تعمد، وكان هذا التعدي أو التعمد الصادر منه، له دور في حصول

(١) المادة (٢٦١) من القانون المدني الأردني، والمادة (٢٨٧) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

(٢) المادة (٢٥٨) من القانون المدني الأردني، والمادة (٢٨٤) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

الضرر، ما دام أن الغير الذي يحتج بفعله كان مباشراً للضرر. وهذا بالتأكيد، يخالف ما رأيناه بالنسبة للقانون المدني العراقي، الذي ألزم المتسبب بالضمان، إذا كان قد صدر منه تعمد أو تعدٍ. ولم يتح له أن يحتج بفعل الغير، إلا ليخفف من المسؤولية الملقى عليه، من غير أن يجعل له إمكانية الإعفاء من المسؤولية بالكامل.

ومما تجد الإشارة إليه بهذا الصدد، أن بعض الشراح يذهب إلى أنه ما دام القانونين الأردني والإماراتي، قد نصا على المباشرة والتسبب في الضمان، فإن هذا يغني عن النص على فعل الغير، كسبب أجنبي لدفع المسؤولية. لأن الغير المراد الاحتجاج بفعله، إما أن يكون مباشراً أو متسبباً. وبالتالي، تطبق عليهما قواعد المباشرة والتسبب عند اجتماعهما^(١).

أما بالنسبة للقانون المدني المصري، فإن الأمر مختلف، حيث جاء فيه بأنه " إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كحادث فجائي ... أو خطأ من الغير كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ... " ^(٢).

في البدء لا بُد من الإشارة، إلى أن فعل الغير إذا كان هو السبب الوحيد للضرر، فلا يهم عندئذ أن يتصف بوصف الخطأ من عدمه. إذ سيؤدي إثباته إلى نفي رابطة السببية بين خطأ المدعى عليه والضرر محل التعويض. وبالتالي، إلى نفي المسؤولية عن المدعى عليه بالكلية^(٣).

أما إذا كان الضرر نتيجة اشتراك خطأ الغير وخطأ المدعى عليه. يلزم في هذه الحالة أن يكون فعل الغير متصفاً بوصف الخطأ، لإمكان الاستناد إليه لنفي المسؤولية أو تخفيفها. أما إذا لم يكن متصفاً بهذا الوصف، أي لم يكن خطأ، فلا يمكن الاستناد إليه لدفع المسؤولية، ما لم تتوافر فيه شروط القوة القاهرة^(٤).

(١) مصطفى أحمد الزرقا، مرجع سابق، ص ٩٩.

(٢) المادة (١٦٥) من القانون المدني المصري.

(٣) د. فريدة اليوموري، مرجع سابق، ص ٣٢٣. د. حسين عامر، مرجع سابق، ص ٣٨٤. د. عبد الرشيد مأمون سلامة، مرجع سابق، ص ١١٧.

(٤) د. سليمان مرقس، في نظرية دفع المسؤولية المدنية، ص ٣٩١. وينظر أيضاً للمؤلف نفسه، الفعل الضار، مرجع سابق، ص ١١٥ وما بعدها.

فإذا استطاع المدعى عليه، إثبات خطأ الغير، فإن شراح القانون المصري، قد اتفقوا على أنه إذا استغرق أحد الخطأين الآخر، فإن المسؤولية تكون على فاعل الخطأ المستغرق. فإذا كان الغير، تحمل كامل المسؤولية. وإن كان المدعى عليه تحمل هو المسؤولية ولا شيء على الغير^(١). ومن المتفق عليه أيضاً بين شراح القانون المصري أن استغراق أحد الأخطاء للآخر لا يكون إلا في حالتين: الأولى هي عندما يوجد خطأ عمدي من بين الأخطاء، حيث يستغرق الأخطاء الأخرى. والثانية عندما يكون أحد الخطأين نتيجة للآخر^(٢).

ولكن من الجدير بالذكر، إنه رغم اتفاق الشراح على أن الخطأ العمدي يستغرق الخطأ غير العمدي. إلا أنه لا يوجد سند قانوني يشفع لهذا التوجه. لأن القانون المصري كان صريحاً بالزام كل من صدر منه خطأ بالتعويض، من غير أن يميز بين الأخطاء. حيث جاء فيه " كل خطأ سبب ضرراً للغير... " ^(٣). وبالتالي، فإن أي خطأ يكون فاعله ملزماً بتعويض الضرر الناتج عنه. وما يؤيد ذلك، ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية، في حكم لها قضت فيه " ... ذلك أنه لما كانت رابطة السببية في المسؤولية التقصيرية تقوم على الخطأ المنتج للضرر، وكان الخطأ المنتج هو ما كانت مساهمته لازمة في إحداث الضرر ولم يكن مجرد نتيجة لخطأ آخر، فإذا ما تعددت هذه الأخطاء اعتبرت أسباباً مستقلة متسادة تتوزع المسؤولية عليها جميعاً ولا ينفرد بتحملها الخطأ الأكبر وحده، ذلك أن قضاء هذه المحكمة جرى على أنه مهما كانت جسامه الخطأ الأشد فإنه لا يستغرق غيره من الأخطاء المستقلة إلا إذا كان كافياً لإحداث النتيجة بالصورة التي تمت بها مستغنياً بذاته عن مساهمة الأخطاء الأخرى، لما كان ذلك وكانت أحكام المسؤولية التقصيرية لا تفرق بين الخطأ العمدي وغير العمدي، فإن الحكم المطعون فيه إذا خلص إلى انتفاء مسؤولية المطعون ضده الثاني عن خطئه غير العمدي على سند من إطلاق

(١) د. حسين عامر، مرجع سابق، ص ٣٨٥. د. سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص ٢٥٦ وما بعدها.
د. جميل الشرقاوي، مرجع سابق، ص ٥٣٧. د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ٨٩٧. د. سعيد سعد عبد السلام، مصادر الالتزام المدني، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ٤٠٨.
د. عبد الله مبروك النجار، مصادر الالتزام الإرادية وغير الإرادية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٢٦٦.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ٨٩٧.

(٣) ينظر المادة (١٦٣) من القانون المدني المصري.

القول بأن الخطأ العمدي يستغرق حتماً الخطأ غير العمدي ورتب على ذلك وحده القضاء برفض دعوى الطاعن قبل المطعون ضدهما الثاني والثالث حاجباً نفسه بحث مدى أثر خطأ المطعون ضده الثاني في إحداث الضرر موضوع الدعوى، يكون - فضلاً عن خطئه في تطبيق القانون - معيباً بالقصور بما يوجب نقضه^(١).

وكما واضح، إن محكمة النقض المصرية، لا تؤيد ما استقر عليه شراح القانون، من إطلاق القول بأن الخطأ العمدي يستغرق غيره من الأخطاء غير العمدية. واعتبرت ذلك من قبيل الخطأ في تطبيق القانون إذا ما تم. ثم صرحت، بأنه لا يمكن أن يستغرق أحد الأخطاء الآخر، إلا إذا كان وجود أحد الأخطاء وعدمه يؤدي إلى نفس النتيجة الضارة أو كان أحدهما نتيجة للآخر. إذ في هاتين الحالتين فقط، يمكن أن يستغرق أحد الأخطاء الآخر. أما إذا كان الخطأ مساهمته لازمة في حصول الضرر، فلا يمكن اعتباره بأي حال من الأحوال مستغرقاً بغيره من الأخطاء.

ولذا إذا أثبت المدعى عليه، أن خطأه لم يكن السبب الوحيد للضرر، وأن هناك خطأ صادر من الغير، قد اشترك في إحداث الضرر مع خطئه. اعتبر كلاهما مسؤولين عن التعويض. وبالتالي، خضعا لنص المادة (١٦٩) من القانون المدني، التي تقضي بتضامنهم بالمسؤولية، وكما مر تفصيل ذلك.

هذا، وقد اتجه بعضهم إلى أنه يلزم أن يكون الغير المراد التمسك بخطئه لنفي المسؤولية أو التخفيف منها معيناً ومعلوماً، لأنه إن لم يكن كذلك، لا يمكن الجزم بأنه أجنبي عن المدعى عليه. إذ قد يكون ممن يسأل عنهم قانوناً. وهذا بخلاف ما إذا أراد المدعى عليه أن يثبت أن الضرر محل التعويض، راجع إلى فعل الغير الذي لا خطأ فيه، حيث لا يلزم في هذه الحالة أن يكون الغير معلوماً. لأنه لا فائدة من هذا التعيين، طالما أنه لا يمكن إقامة أي دعوى عليه^(٢).

(١) طعن رقم (٦٤٧) لسنة ٤٥ قضائية جلسة ١٩٨٦/٢/٦ منشور على الموقع https://www.cc.gov.eg/judgment_single?id=111116176&ja=10686 نظر هذا الموقع

بتاريخ ٢٠٢١/٢/٢١ الساعة ٩:٢١ مساءً.

(٢) د. سليمان مرقس، في دفع المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص ٤١٧-٤١٩.

إلا أن أغلب شراح القانون، اتفقوا على أنه لا يلزم أن يكون الغير معلوماً بذاته. إذ كلما يلزم أن يثبت أن الضرر نتج عن فعل شخص وإن كانت شخصيته مجهولة^(١).

الفرع الثالث

خطأ المتضرر

اتضح مما سبق، أنه عند تقرير مسؤولية المدعى عليه، لا يمكن التغاضي عن العوامل القاهرة التي أدت إلى حدوث الضرر المطالب بتعويضه، ولا عن الأشخاص الذين كان لهم يد في إيقاعه، وبديهي أنه لا يمكن التغاضي أيضاً عن الدور الذي يكون للمتضرر في تحقيقه. إذ من الوارد جداً أن يصدر من المدعى عليه تعدي، لكن الضرر الواقع أو جزء منه، يكون ناتج من فعل المدعى، فليس من العدل عندئذ إلزام المدعى عليه بكامل مبلغ التعويض في الحالة الأولى أو عدم الانقاص منه في الحالة الثانية. ولذا، فإن من الثابت في الشريعة الإسلامية، أن المدعى عليه، لا يلزم بأي ضمان، إذا كان المدعي قد تعمد الإضرار بنفسه، كما لو أنه ألقى بنفسه في بئر حفرها غيره في الطريق العام، أو تعمد المرور في الموضع الذي صب فيه الماء مما أدى إلى انزلاقه^(٢)، أو عندما يكون الضرر نتيجة تعديه، كما لو أنه نخس دابة رجل يمشي في الطريق فنفتحه^(٣) (٤).

ولا يختلف الأمر في القانون المدني العراقي، حيث نص المشرع على "خطأ المتضرر"، ضمن صور الأسباب الأجنبية. غير أن أول ما يلاحظ في هذا الصدد، أن القانون المدني العراقي، وكالقانون المدني المصري، استخدم مصطلح خطأ المتضرر، في التعبير عن الفعل الذي يكون للمدعى عليه التمسك به كسبب أجنبي. مما يعني أن المشرع يشترط في الفعل الصادر من المتضرر، أن يتصف بوصف الخطأ، لإمكان الاحتجاج به لدرء المسؤولية.

(١) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الإغفاء من المسؤولية المدنية عن حوادث السيارات، مرجع سابق، ص ٢٠٨.

د. حسين عامر، مرجع سابق، ص ٣٨٤.

(٢) العلامة أبو محمد بن غانم بن محمد البغدادي، مرجع سابق، ص ٤٠٨.

(٣) أي ضربته بحد حافرها.

(٤) شمس الدين السرخسي، الجزء السابع عشر، مرجع سابق، ص ٢.

فإذا ما اتصف الفعل بهذا الوصف، كان للمتسبب أن يحتج به لنفي مسؤوليته. وفي هذا الصدد صدقت محكمة التمييز الاتحادية العراقية، قراراً يقضي برد الدعوى التي أقامها والدي المتوفي، للحكم لهما بالتعويض المادي والمعنوي، عما أصابهما من ضرر نتيجة وفاة ولدهما. وفي تفاصيل القرار " ادعى وكيل المدعين لدى محكمة بداءة مدينة الصدر أن المدعى عليه/ إضافة إلى وظيفته تسبب بصعق ولدهما المرحوم ر ع بالتيار الكهربائي بتاريخ ٢٠٠٩/١١/١٤ في مدينة الصدر. حيث قام المدعى عليه برفع المحولة التي تغذي المنطقة، وترك الأسلاك متدلّية منها، مما أدى إلى وفاته نتيجة الصعق الكهربائي. لذا طلب دعوته للمرافعة والحكم بإلزامه بتعويضهما عن الضرر المادي والأدبي الذي لحق بهما جراء ذلك ... فأصدرت محكمة الموضوع بتاريخ ٢٠١٠/٦/٢٧ وبالعدد ... حكماً حضورياً برد دعوى المدعيان ... ". ولعدم قناعة المدعيان بالحكم المذكور، فقد طعنا به تمييزاً. من جانبها رأت محكمة التمييز، أن قرار محكمة الموضوع برد الدعوى، صحيح وموافق للقانون، لأن الثابت من أوراق التحقيق الخاصة بالوفاة، أن سبب وفاة ابن المدعين هو إصابته بالصعق الكهربائي، في أثناء قيامه بالصعود إلى عمود الكهرباء، لغرض ربط السلك الكهربائي الخاص بالمولدة الأهلي (الديزل)، مما يعني أن سبب الوفاة كان ناشئاً عن خطئه. وبالتالي، فلا تقوم مسؤولية المدعى عليه إضافة إلى وظيفته استناداً للمادة (٢١١)^(١).

أما بالنسبة للقانونين الأردني والإماراتي، فقد جعلاً "فعل المتضرر" معفياً من المسؤولية، حيث جاء في المادة (٢٦١) من القانون المدني الأردني، التي تطابق مضمون وصياغة المادة (٢٨٧) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي بأنه " إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كآفة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو فعل المتضرر كان غير ملزم بالضمان ما لم يقضي القانون أو الاتفاق بغير ذلك ". غير أن موقفهما هذا منتقد، باعتبار أن كلا من القانون الأردني والقانون الإماراتي قد نص على المباشرة والتسبب. فإنه إذ كان من الممكن إيجاد تبرير معين لجعل فعل المتضرر غير الخاطئ معفياً أو

^(١) قرار رقم ١١٤٢ / الهيئة المدنية منقول، تاريخ ٢٠١٠/١٢/١٩، منشور على موقع قاعدة التشريعات القضائية

على الرابط http://iraqlid.hjc.iq/identity_search.aspx نظر هذا الموقع بتاريخ ٢٠٢١/٤/١٤،

الساعة ٥:١١ صباحاً.

مخففاً من مسؤولية المباشر، فإنه من غير الممكن إيجاد تبرير لذلك، إذا كان الضرر واقع بالتسبب، لأن المتسبب لا يحدث الضرر مباشرة، وإنما لا بد من تدخل فعل من الطبيعة أو الغير أو المضرور ليحصل به الضرر. كما في عملية الحفر، فإن مجرد الحفر، لا يترتب عليه أي ضرر، ما لم يكن هناك فعل صادر من المتضرر، والمتمثل بالمشي صوب الحفرة. ولذا كيف يمكن أن يجعل من هذا الفعل سبباً للإعفاء من المسؤولية أو تخفيفها. وعليه كان أولى بالمشرعين الأردني والإماراتي، استخدام مصطلح "تعدي المضرور" لعدم الوقوع في إشكال كهذا.

على أنه من المؤكد، أن في القانونين العراقي والمصري إذا كان فعل المتضرر هو السبب الوحيد للضرر، وأن التعدي الصادر من المدعى عليه، لا دخل له في تحقق هذا الضرر، فلا يشترط فيه أن يتصف بأي وصف حتى يمكن أن تنتفي به مسؤولية المدعى عليه، نظراً لانعدام الرابطة السببية بين التعدي والضرر. وبالتالي، تخلف ركن من أركان قيام المسؤولية^(١). وهكذا الأمر لو تحقق في فعل المتضرر شروط القوة القاهرة فإنه يمكن التمسك به حتى وإن لم يتصف بالتعدي^(٢).

أما إذا اشترك فعل المتضرر وتعدي المدعى عليه في إحداث الضرر، فإنه -كما تقدم- يلزم في هذه الحالة، أن يكون الفعل الصادر من المتضرر متصفاً بوصف الخطأ، لينتج أثره في الإعفاء^(٣). أي يجب أن يتوافر فيه عنصراً للخطأ، والمتمثلان بالتعدي والإدراك أو التمييز. وبالتالي، فإن المتضرر، إن كان غير مميز، لا يمكن اعتباره فعلاً خطأً، وإن تضمن خروج عن السلوك المعتاد^(٤). مما يثير الإشكال في القانون العراقي، باعتبار أن المشرع العراقي، من ناحية يقضي بمسائلة عديم التمييز، أي يعتد بالتعدي فقط، لقيام المسؤولية، ومن ناحية أخرى يستلزم توافر الخطأ، أي التعدي والتمييز، لإمكان دفع تلك المسؤولية.

(١) د. حسين عامر، مرجع سابق، ص ٣٣٥. د. أمجد محمد منصور، مرجع سابق، ص ٣٠١.

(٢) د. سليمان مرقس، الفعل الضار، مرجع سابق، ص ١١٤.

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ٨٨١. د. عبد المجيد الحكيم، د. عبد الباقي البكري، د. محمد

طه البشير، مرجع سابق، ص ٢٤٢.

(٤) د. محمد ليبب شنب، مرجع سابق، ص ٣٦٩.

لكن رغم ذلك، من المرجح، أن يكون للمدعى عليه أن يتمسك بفعل عديم التمييز، المتصف بالتعدي، لدرء مسؤوليته أو التخفيف منها. لأنه ليس من المنطق أن يقضي المشرع بالإلزام عديم التمييز بتحمل تبعه فعله الضار بالغير، ولا يقضي، في ذات الوقت، بالإلزامه بتحمل تبعه فعله الضار بنفسه.

ومع ذلك، كان من المستحسن لو أن المشرع العراقي استخدم مصطلح "تعدي المتضرر" بدلاً من "خطأ المتضرر". لأن ذلك يتسق وما قرره من قيام المسؤولية عن العمل غير المشرع على التعدي فقط. لذا ندعو المشرع العراقي لإجراء تعديل على هذه المادة، وذلك بإحلال مصطلح "التعدي" محل مصطلح "الخطأ".

وعلى أي حال، إذا استطاع المتسبب أن يثبت أن لخطأ المتضرر شأن فيما وقع من ضرر، فإن الأمر لا يخرج عن احتمال أن يستغرق خطأ المتسبب خطأ المتضرر، أو العكس، أي يستغرق خطأ المتضرر خطأ المتسبب، أو أن يكون لكلا الخطأين شأن في إحداث الضرر، فلا يستغرق أي منهما الآخر.

ولكن قبل الخوض في تفاصيل استغراق أحد الخطأين للآخر، لا بد من الإشارة، إلى أنه إذا كانت مسألة استغراق فعل الغير، لخطأ المدعى عليه، أو العكس، ليس لها سند من القانون، سوى فكرة السبب المنتج، في الأحوال التي يكون فيها أحد الخطأين عرضياً. فإن مسألة استغراق الأخطاء بين المدعي والمدعى عليه، تستند، بالإضافة إلى ذلك، إلى نص المادة (٢١٠) من القانون المدني العراقي، التي جاء فيها "يجوز للمحكمة أن تنقص مقدار التعويض أو ألا تحكم بتعويض ما إذا كان المتضرر قد اشترك بخطئه في إحداث الضرر أو زاد فيه أو كان قد سوأ مركز المدين" ^(١). حيث إن خطأ المدعى عليه قد اشترك في إحداث الضرر، كما يفهم ذلك من النص. فكيف يمكن إذن أن يكون للقاضي، ألا يحكم بالتعويض، كما يصرح بذلك النص، إلا أن يقال إن المشرع وضع في الحسبان مسألة استغراق خطأ المدعي لخطأ المدعى عليه. لأنه بغير

(١) ينظر المضمون نفسه، المادة (٢٦٤) من القانون المدني الأردني، والمادة (٢٩٠) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، والمادة (٢١٦) من القانون المدني المصري.

هذا التبرير، لا يكون للقاضي، مع وجود خطأ من المدعى عليه اشترك في إحداث الضرر المطالب بتعويضه، إلا أن يحكم بالتعويض^(١).

وبناءً على ذلك، إذا استغرق خطأ أحد الطرفين الآخر، فإنه لا يكون للخطأ المستغرق أي أثر على مسؤولية الطرف الآخر^(٢). فإن استغرق خطأ المتضرر، خطأ المتسبب، أعفى المتسبب من الضمان. أما إذا استغرق خطأ المتسبب، خطأ المتضرر، تحمل المتسبب كامل مبلغ الضمان.

وقد سبق القول، بأنه يستغرق أحد الأخطاء الآخر، عندما يكون أحدهما أكثر جسامه من الآخر، أو عندما يكون أحد الأخطاء نتيجة الآخر.

وبخصوص كون أحد الأخطاء أكثر جسامه من الآخر تقضي محكمة النقض المصرية بأنه "من المقرر في قضاء محكمة النقض أن مساهمة المضرور في الخطأ لا تسقط مسؤولية الجاني إذا ما ثبت لدى المحكمة قيام خطأ من جانبه، إذ يصح في القانون أن يقع الحادث بناء على خطأ شخصين مختلفين، ولا يسوغ في هذه الحالة القول بأن خطأ أحدهما ينفي المسؤولية عن الآخر، لأن الأصل أن خطأ المضرور لا يرفع مسؤولية المسئول وإنما يخفّضها ولا يعفى المسئول استثناءً من هذا الأصل إلا إذا تبين من ظروف الحادث أن خطأ المضرور قد بلغ من الجسامه درجة بحيث يستغرق خطأ المسئول"^(٣).

وإذا لم يستغرق أي من الخطأين الآخر، اعتبر أن كلا منهما سبب في إحداث الضرر، أي تحقق ما اصطلح عليه بالخطأ المشترك^(٤)، ليكون للمتسبب حينها أن يتمسك بخطأ المتضرر للتخفيف من مسؤوليته، حيث يطبق عليهما نص المادة (٢١٠) سالفه الذكر، التي خولت القاضي انقاص مبلغ التعويض. وذلك بإعمال المادة (٢١٧) من القانون المدني التي تقضي بأنه

(١) ينظر بهذا المعنى د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ٨٩١.

(٢) د. جميل الشرقاوي، مرجع سابق، ص ٥٣٤.

(٣) الطعن رقم (٦٣٨١) لسنة ٨٠ قضائية جلسة ٢٠١٩/١/١ منشور على الموقع https://www.cc.gov.eg/judgment_single?id=111392809&&ja=266190 ، نظر هذا

الموقع بتاريخ ٢٥/١/٢٠٢١، الساعة ٤:١٥ صباحاً

(٤) د. أحمد عبد السلام العطار، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص ٤٧٢.

إذا كان من الممكن تحديد جسامّة التعدي الصادر من كلا المسؤولين، حكم بالتعويض بينهما تبعاً لذلك. وإذا لم يكن ذلك ممكناً، قضي بتوزيع مبلغ التعويض بالتساوي بينهما، بمعنى إلزام المدعى عليه بنصف مبلغ الضمان^(١).

(١) د. عبد المجيد الحكيم، مرجع سابق، ص ٤٦٩.

الخاتمة

بعد أن تم بعون الله تعالى بحث الموضوع الموسوم بـ " مسؤولية المتسبب عن العمل غير المشروع - دراسة مقارنة - "، خلصنا الى مجموعة من النتائج، نأتي على بيانها تباعاً، ونردفها بمجموعة من المقترحات التي نوصي المشرع العراقي لأخذ بها.

أولاً: - النتائج:

- ١- المتسبب هو من يسند اليه الفعل الممهد أو المعد للفعل الذي نتج عنه الضرر.
- ٢- يتمثل معيار التمييز بين المباشرة والتسبب بمدى قوة اسناد النتيجة الضارة الى الفاعل. وآلية اعمال هذا المعيار هي النظر فيما اذا كان الضرر الحاصل نتيجة فعلين صادرين من شخصين مختلفين، بحيث يعتبر الفعل الاول مهيباً أو معد وممهد للفعل الثاني الذي ترتب عليه الضرر مباشرة.
- ٣- لا يمكن حصر صور التسبب، فهي متعددة ومتنوعة، مما يتعذر معه الاحاطة بها. غير ان ما يجمع تلك الصور جميعاً هي الطريقة التي تقع بها. حيث ان التسبب أما أن يكون بصدور فعل معين من الشخص، وهذا ما يعرف بالتسبب الايجابي. والذي تم تعريفه بأنه قيام الشخص بفعل ايجابي معين، ينشأ عنه وضع، لو صادفه فعل آخر لرتب ضرراً للغير. أو أن يكون التسبب ناشئاً عن امتناع عن فعل معين، وهو ما سمي بالتسبب السلبي، والذي تم تعريفه بأنه ذلك التسبب الناتج عن امتناع الشخص عن اتيان تصرف معين، اذا كان ملزماً بهذا التصرف، قانوناً أو اتفاقاً.
- ٤- إن أساس مسؤولية المتسبب هو التعدي، سواء في القانون العراقي أو القانونيين محل المقارنة، باستثناء القانون المصري الذي أقام المسؤولية بصورة عامة على الخطأ. وأن التعدي يعني الركن المادي للخطأ، أو بحسب ما يصطلح عليه بالخطأ الموضوعي، أي الخطأ الذي يقوم دون الركن المعنوي. مما يعني أنه لا يمكن نسبة اساس المسؤولية في القانون العراقي بالكامل لأي من النظريات الفقهية التي وضعت لبيان أساس المسؤولية. حيث انه رغم تأثره بنظرية الضمان في الفقه الاسلامي، فانه لم يأخذ بها كما هي، من

ان المباشر ضامن مطلقاً، وان المتسبب لا يضمن إلا بالتعدي، وهكذا لم يأخذ بالنظرية الشخصية بتمامها، فهو ايضاً قد قصد من التعدي الركن المادي للخطأ فقط. وهو بالتأكيد لم يأخذ بنظرية تحمل التبعة، لأنه اشترط التعدي لقيام المسؤولية.

٥- حالات ضمان المتسبب هي التعمد والتعدي. وان المقصود بالتعمد هو توجه الارادة في التصرف الجائز أو الواجب نحو احداث الضرر. ويتحقق التعمد في التصرف الواجب عندما يكون أمام الشخص أكثر من طريق لإنجاز واجبه، إلا أنه يختار الطريق الذي يضر بغيره، قاصداً ذلك الإضرار. وأن المقصود بالتعدي هو الخروج على الواجب القانوني، المتمثل بأداء فعل معين، أو بترك فعل معين، أو اتخاذ الحيطة والحذر المطلوب عادةً عند التعامل، سواء صدر هذا الخروج عن الواجب من مميز أو من عديم التمييز.

٦- يكون للمتسبب أن يحتج بحالة الدفاع الشرعي لدرأ المسؤولية عن نفسه، أو بحالة الضرورة لتخفيف من تلك المسؤولية. وان كان ينذر أن يكون الدفاع الشرعي أو حالة الضرورة أحد صور التسبب، وذلك لطبيعة عمل المدافع والمضطر الذي غالباً ما ينتج عنه الضرر مباشرةً. وهذا بخلاف حالة تنفيذ أمر الرئيس التي يكون للمتسبب أن يتمسك بها لدفع المسؤولية الملقاة عليه فهي واردة وكثيرة الوقوع في الواقع العملي.

٧- ان قاعدة تقديم المباشر على المتسبب في الضمان ليست قاعدة مطلقة في الفقه الاسلامي، حيث ورد عليها العديد من الاستثناءات، سواء ما تعلق منها بتقديم المتسبب في الضمان أم ما تعلق بضمانهما معاً. ومما يكاد يفقدها صفتها كقاعدة عامة. وتتبع تلك الاستثناءات اتضح أن القانون المدني العراقي كان هو الاقرب الى تبني الاحكام التي رتبها الفقه الاسلامي - بخصوص تعدد المسؤولين - على تقسيم الفعل الضار الى مباشرة وتسبب.

٨- ان القانونين العراقي والمصري قد تبنيا نظرية السبب المنتج في تحديد علاقة السببية وهكذا الحال بالنسبة القانونين الاردني والاماراتي، فقد اخذا بنظرية السبب المنتج في الاحوال التي لا يكون فيها هناك تعدد للمسؤولين، وتلك التي يكون فيها المسؤولين متعددين من نفس الصنف. أما في احوال اجتماع المسؤولين مختلفين الصنف، اي

مباشر ومتسبب، فإن موقف هذين القانونين اقرب الى نظرية السبب القريب او السبب الأخير.

ثانياً: - التوصيات:

١- إجراء تعديل على نص الفقرة الثانية من المادة (١٨٦)، وذلك بجعل الضمان على ذو التأثير الاقوى في احداث النتيجة الضارة، ليكون النص على النحو الاتي " وإذا اجتمع المباشر والمتسبب ضمن أقواهما بالتأثير في إحداث الضرر، وان تساويا فيه ضمنا معاً". لأن ربط المسؤولية بطبيعة الفعل المسبب للضرر (المباشرة أو التسبب) أو بالتعمد أو التعدي، قد لا يكون عادلاً في بعض الاحيان، حيث قد يجتمع المباشر والمتسبب ويكون فعل أحدهما أقوى بالتأثير في احداث الضرر، ولذا فلا يمكن جعل المسؤولية مرتبطة بطبيعة الفعل الضار. وهكذا الامر بالنسبة للتعمد والتعدي اذ قد يجتمع التعدي اليسير مع التعمد، وبالتالي فلا يكون من العدل أن يضمنان معاً. ولذا فأن جعل الضمان على من كان فعله أقوى في التأثير يتيح للقاضي فرض الضمان على من يرى انه المسؤول حقيقة عن الضرر، وهو ما يتوافق والغاية من تقسيم الافعال الى مباشرة وتسبب.

٢- إجراء تعديل على نص المادة (٢١١)، وذلك بإحلال مصطلح "التعدي" محل مصطلح "الخطأ"، لتكون على النحو التالي " إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كآفة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو تعدي المتضرر كان غير ملزم بالضمان ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك ".

- ٧- أبي سليمان حمد بن محمد الخطابي، معالم السنن، الجزء الرابع، الطبعة الاولى، المطبعة العلمية، حلب، ١٩٩٤.
- ٨- الشيخ أبي طالب محمد بن الحسن بن يوسف بن المطهر الحلي، ايضاح الفوائد في شرح اشكالات القواعد، علق عليه السيد حسين الموسوي والشيخ پناه الاشتهادي، والشيخ عبد الرحيم البروجردي، الجزء الرابع، دون دار نشر، دون سنة نشر.
- ٩- العلامة ابي محمد بن غانم البغدادي، مجمع الضمانات في مذهب الامام الاعظم ابو حنيفة النعمان، دراسة وتحقيق د. محمد احمد سراج و د. علي جمعة محمد، المجلد الاول، الطبعة الاولى، دار السلام، القاهرة، ١٩٩٩.
- ١٠- العلامة أبي منصور الحسن بن يوسف بن مطهر الاسدي، ارشاد الازهان الى احكام الايمان، الجزء الثاني، الطبعة الاولى، مؤسسة النشر الاسلامي، قم، ١٤١٠هـ.
- ١١- السيد احمد الخوانساري، جامع المدارك في شرح المختصر النافع، الطبعة الثانية، الجزء السادس، مؤسسة اسماعيليان، قم المقدسة، ١٤٠٥هـ.
- ١٢- المحقق احمد المقدس الاردبيلي، مجمع الفائدة والبرهان في شرح ارشاد الازهان، الجزء العاشر، مؤسسة النشر الاسلامي، قم المقدسة، دون سنة نشر.
- ١٣- احمد بن ادريس بن عبد الرحمن القرافي، الفروق المسمى بأنواء البروق في انواء الفروق، الجزء الثاني، دار النوادر، الكويت، ٢٠١٠.
- ===== ، الفروق المسمى بأنوار البروق في أنواء الفروق، الجزء الرابع، الناشر وزارة الاوقاف السعودية تصوير عن طبعة دار احياء الكتب العربية، مصر، ٢٠١٠.
- ١٤- احمد بن محمد الحموي، غمز عيون البصائر شرح كتاب الاشباه والنظائر، الطبعة الاولى، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٥.
- ١٥- احمد بن محمد الدردير، الشرح الكبير، الجزء الثاني ، المكتبة التجارية، دون سنة نشر.
- ١٦- احمد عبد الله القاري، مجلة الحكام الشرعية، دراسة وتحقيق د. عبد الوهاب ابو سليمان و د. محمد براهيم احمد، الطبعة الاولى، مطبوعات تهامة، جدة، ١٩٨١.

- ١٧- د. أحمد فتح الله، معجم ألفاظ الفقه الجعفري، الطبعة الاولى، مطابع المدوخل، الدمام، ١٩٩٥.
- ١٨- الشيخ احمد محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، الطبعة الثانية، دار القلم، دمشق، ١٩٨٩.
- ١٩- د. احمد موافي، الضرر في الفقه الاسلامي، الطبعة الاولى، المجلد الاول، دار بن عفان، السعودية، ١٩٩٧.
- ٢٠- الامام النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، الطبعة الاولى، الجزء التاسع، المكتب الاسلامي، بيروت، دمشق، عمان، ١٩٩١.
- ٢١- بدران ابو العينين بدران، اصول الفقه، دار المعارف، ١٩٦٥.
- ٢٢- جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، الاشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، الجزء الاول، الطبعة الثانية، مكتبة نزار مصطفى الباز، الرياض، ١٩٩٧.
- ٢٣- العلامة جمال الدين بن فهد الحلبي، المذهب البارع في شرح المختصر النافع، الجزء الثالث، مؤسسة النشر الاسلامية، قم، ١٤١١هـ.
- ٢٤- الميرزا جواد التبريزي، تنقيح مباني الاحكام، كتاب الديات، الطبعة الثانية، دار الصديقة الشهيدة، قم المقدسة، ١٤٢٩هـ.
- ٢٥- العلامة حسن بن يوسف بن مطهر الحلبي، قواعد الاحكام، الجزء الثاني، الطبعة الاولى، مؤسسة النشر الاسلامي، قم المقدسة، ١٤١٨هـ.
- ٢٦- الشيخ حسن عبد الستار، بحوث في علم الاصول، مباحث الحجج والاصول العملية، المجلد السادس، الجزء الثامن، الطبعة الاولى، مطبعة ستارة، قم، ١٤٢٣هـ.
- ٢٧- الشيخ حسين جعفر كاشف الغطاء، أنوار الفقاهة، الجزء التاسع، الطبعة الاولى، المركز العالمي للعلوم والثقافة الاسلامية، طهران، ٢٠١٥.
- ٢٨- السيد روح الله الموسوي الخميني، تحرير الوسيلة، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، دار التعارف، بيروت، ١٩٨١.
- ٢٩- الشيخ زين الدين العاملي، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، الجزء الرابع، الطبعة الثانية عشر، مجمع الفكر الاسلامي، قم المقدسة، ١٤٣٧هـ.

- ===== ، مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام، الجزء الخامس،
الطبعة الرابعة، مطبعة عتريت، قم، نشر مؤسسة المعارف الاسلامية، بدون سنة نشر.
- ===== ، مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام، الجزء الثاني عشر،
الطبعة الرابعة، مؤسسة المعارف الاسلامية، قم المقدسة، ١٤٢٩هـ.
- ٣٠- الشيخ زين الدين بن براهيم ابن نجيم، الاشباه والنظائر على مذهب ابي حنيفة
النعمان، الطبعة الاولى ، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٩.
- ٣١- سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح، الجزء الثاني،
مكتبة صبيح، مصر، دون سنة نشر.
- ٣٢- سليم رستم باز، شرح المجلة، المطبعة الادبية، بيروت، ١٩٨٨.
- ٣٣- شمس الدين السرخسي، المبسوط، الجزء السابع والعشرون، دار العرفة، بيروت، دون
سنة نشر.
- ===== ، المبسوط، الجزء السادس والعشرون، دار المعرفة، بيروت،
دون سنة نشر.
- ٣٤- العلامة شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير،
مع تقارير الشيخ محمد عlish، الجزء الثالث، دار احياء الكتب العربية، دون سنة
نشر.
- ===== ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير،
مع تقارير الشيخ محمد عlish، الجزء الثاني، دار احياء الكتب العربية، دون سنة نشر،
دون سنة نشر.
- ٣٥- الشيخ شمس الدين محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج لمعرفة معاني الفاظ
المنهاج، الجزء الخامس، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٠.
- ===== ، مغني المحتاج لمعرفة معاني الفاظ
المنهاج، الجزء الرابع، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ١٣٧٧هـ.
- ٣٦- شمس الدين محمد بن ابي العباس الرملي، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج، الجزء
الثامن، الطبعة الثالثة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٣.

- ٣٧- الشيخ شمس الدين محمد بن جمال الدين مكي العاملي، اللمعة الدمشقية في فقه الامامية، تقديم علي أصغر مرواريد، دون دار نشر، دون سنة نشر.
- ===== ، الدروس الشرعية في فقه الامامية، الجزء الثالث، الطبعة الاولى، مؤسسة النشر الاسلامي، قم، ١٤١٤ هـ.
- ٣٨- د. صبحي المحمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية، بحث مقارنة في المذاهب المختلفة والقوانين الحديثة، الجزء الاول، الطبعة الثالثة، دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٨٣.
- ٣٩- الصديق ابو الحسن محمد، حق الدفاع الشرعي الخاص، الطبعة الاولى، مكتبة وهبة، القاهرة، ١٩٩٢.
- ٤٠- الشيخ عباس علي الزراعي السبزواري، القواعد الفقهية في فقه الامامية، الجزء الثاني، الطبعة الاولى، مؤسسة النشر الاسلامي، قم المقدسة، ١٤٣٠ هـ.
- ٤١- السيد عبد الاعلى السبزواري، مهذب الاحكام في بيان الحلال والحرام، المجلد التاسع والعشرون، الطبعة الاولى، دار التفسير، ٢٠٠٩.
- ٤٢- عبد الرحمان المقدسي، الشرح الكبير على متن المقنع، الجزء التاسع، دار الكتاب العربي، دون سنة نشر.
- ٤٣- العلامة عبد الصاحب محمد النراقي، مشارق الاحكام، تحقيق السيد حسين الشبريتي، الطبعة الثانية، مطبعة سلمان الفارسي، قم المقدسة، ١٣٨٠ شمسية.
- ٤٤- د. عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الاسلامي مقارنة بالقانون الوضعي، الجزء الاول، دار الكاتب العربي، بيروت، دون سنة نشر.
- ٤٥- د. عبد الله بن سليمان المطرودي، ضوابط الدفاع الشرعي الخاص والاثار المترتبة عليه في الفقه الاسلامي، بحث منشور في مجلة جامعة ام القرى لعلوم الشريعة واللغة العربية وآدابها، المجلد الثامن عشر، العدد السابع والثلاثون، ٢٠٠٦.
- ٤٦- السيد عبد الله فضل الله فحص الحسيني، الجواهر الفقهية في شرح الروضة البهية، كتاب القصاص- كتاب الديات، الجزء العشرون، الطبعة الاولى، دار الاضواء، بيروت، ٢٠١٢.

٤٧- العلامة عثمان الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، وبهامشه حاشية الشيخ شهاب الدين أحمد الشلبي، الجزء الخامس، الطبعة الاولى، المطبعة الكبرى الاميرية، بولاق، مصر، ١٣١٥هـ.

===== ، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، بهامشه حاشية الشيخ شهاب الدين احمد الشلبي، الجزء السادس، الطبعة الاولى، المطبعة الكبرى الاميرية، بولاق، مصر، مصر، ١٣١٥هـ.

٤٨- الشيخ عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام، القواعد الكبرى، الموسوم ب قواعد الاحكام في اصلاح الانام، الجزء الثاني، الطبعة الاولى، دار القلم، دمشق، ٢٠٠٠.

٤٩- علاء الدين بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق وتعليق الشيخ علي محمد عوض والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، الجزء العاشر، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٣.

٥٠- السيد علي الحسيني السيستاني، منهاج الصالحين، المعاملات، الطبعة التاسعة عشر، الجزء الثاني، دار المؤرخ العربي، بيروت، ٢٠١٣.

٥١- الشيخ علي الخفيف، الضمان في الفقه الاسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٠.

٥٢- علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الاحكام، المجلد الاول، دار عالم الكتب، الرياض، ٢٠٠٣.

٥٣- السيد علي محمد علي الطبطبائي، رياض المسائل في تحقيق الاحكام بالادلة، الجزء الرابع عشر، تحقيق مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث، دون دار نشر، دون سنة نشر.

٥٤- قرارات وتوصيات مجمع الفقه الاسلامي الدولي، (١٩٨٨-٢٠٠٩) منظمة المؤتمر الاسلامي، تجميع عبد الحق العيفة.

٥٥- كمال الدين بن همام الحنفي، التقرير والتحبير شرح العلامة المحقق ابن امير الحاج الحلبي على التحرير في اصول الفقه، ضبطه وصححه عبد الله محمود محمد عمر، المجلد الثاني، الطبعة الاولى، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٩.

٥٦- محمد ابو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الاسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٨،

٥٧- د. محمد أحمد سراج، ضمان العدوان في الفقه الاسلامي، دراسة فقهية مقارنة بأحكام المسؤولية التقصيرية في القانون، الطبعة الاولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٩٣.

٥٨- الشيخ محمد اسحاق الفياض، منهاج الصالحين، المعاملات، الجزء الثالث، الطبعة الاولى، الناشر مكتب اية الله العظمى الشيخ محمد اسحاق الفياض، قم المقدسة، دون سنة نشر.

٥٩- محمد الالوسي البغدادي، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، الجزء الثاني، دار الطباعة المنيرية، مصر، دون سنة نشر.

٦٠- الشيخ محمد القائني، المبسوط في فقه المسائل الطبية المعاصرة، الجزء الثاني، الطبعة الاولى، مطبعة اعتماد، نشر مركز فقه الاثمة الاطهار، قم، ١٤٢٧هـ.

٦١- د. محمد المدني بوساق، التعويض عن الضرر في الفقه الاسلامي، دار اشبيليا، الرياض، ١٤١٩هـ.

٦٢- محمد أمين ابن عابدين، حاشية رد المحتار، الجزء السادس، دار الفكر، بيروت، ١٩٩٥.

===== رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار، الجزء التاسع، طبعة خاصة، دار عالم الكتب، الرياض، ٢٠٠٣.

===== رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار، دراسة وتحقيق الشيخ عادل احمد عبد الموجود والشيخ علي محمد معوض، قدم له وقرظه د. محمد بكر اسماعيل، الجزء السابع، طبع خاصة، دار عالم الكتب، الرياض، ٢٠٠٣.

٦٣- محمد بن احمد القرطبي، الجامع الاحكام القرآن والمبين لما تضمنه من السنة وآي الفرقان، الجزء الخامس عشر، الطبعة الاولى، مؤسسة الرسالة، بيروت، ٢٠٠٦.

٦٤- الشيخ محمد بن حسين الحر العاملي، تفصيل وسائل الشيعة الى تحصيل مسائل الشريعة، الجزء التاسع والعشرون، الطبعة الرابعة، مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث، قم المقدسة، ١٤٣٨هـ.

- ٦٥- محمد بن علي بن محمد الحصكفي، الدر المختار، الجزء الثاني، مطبعة الواعظ، القاهرة، دون سنة نشر.
- ٦٦- محمد بن صالح العثيمين، الشرح الممتع على زاد المستقنع، الجزء الرابع عشر، الطبعة الاولى، دار ابن الجوزي، ١٤٢٨هـ.
- ٦٧- محمد جواد مغنية، فقه الامام جعفر الصادق، الجزء الخامس، قدس محمدي، قم المقدسة، دون سنة نشر.
- ٦٨- السيد محمد حسين البجنوردي، القواعد الفقهية، تحقيق مهدي المهريزي، محمد حسين الدرايتي، الجزء الثاني، الطبعة الاولى، الهادي، قم المقدسة، ١٤١٩هـ.
- ٦٩- الشيخ محمد حسين كاشف الغطاء، تحرير المجلة، تحقيق الشيخ محمد الساعدي، الجزء الثالث، الطبعة الاولى، مطبعة خاتم، طهران، ٢٠٠٤.
- ٧٠- السيد محمد صادق الروحاني، تكملة منهاج الصالحين، مطبعة الاداب، النجف الاشرف، دون سنة نشر.
- ٧١- السيد محمود افندي حمزه، الفرائد البهية في القواعد الفقهية، مطبعة حبيب افندي خالد، دمشق، ١٣٩٨هـ.
- ٧٢- محمود شلتوت، الاسلام عقيدة وشريعة، الطبعة الثامنة عشرة، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠١.
- ٧٣- د. محمود محمد عبد العزيز الزيني، الضرورة في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي، مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية، ١٩٩٣.
- ٧٤- د. مصطفى ابراهيم الزلمي، ايضاح الفوائد في شرح القواعد على نمط جديد، الطبعة الاولى، دار نشر احسان، طهران، ٢٠١٤.
- ٧٥- مصطفى احمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، الطبعة الثانية، دار القلم، دمشق، ٢٠٠٤.
- ٧٦- الشيخ مقداد بن عبد الله السوري، نضد القواعد الفقهية على مذهب الامامية، مطبعة الخيام، قم، ١٤٠٣هـ.
- ٧٧- منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، كشف القناع عن متن الاقناع، الجزء السادس، عالم الكتب، بيروت، ١٩٨٣.

٧٨- موسوعة الفقه الاسلامي طبقاً لمذهب أهل البيت، الجزء الثامن والعشرون. الطبعة

الاولى، مؤسسة دائرة معارف الفقه الاسلامي، قم المقدسة، ٢٠١٣.

===== ، الطبعة الاولى، الجزء الثالث،

مؤسسة دائرة معارف الفقه الاسلامي، قم المقدسة، ٢٠٠٤.

٧٩- موفق الدين ابي محمد عبد الله بن قدامة المقدسي، المغني، تحقيق د. عبد الله بن عبد

المحسن التركي، ود. عبد الفتاح محمد الحلو، الجزء الثاني عشر، الطبعة الثالثة، دار

عالم الكتب، الرياض، ١٩٩٧.

٨٠- السيد مير عبد الفتاح الحسيني، العناوين، الجزء الثاني، الطبعة الاولى، مؤسسة

النشر الاسلامي، قم، ١٤١٨هـ.

٨١- الشيخ ناصر مكارم الشيرازي، القواعد الفقهية، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، مدرسة

الامام علي عليه السلام، قم المقدسة، ١٤١١هـ.

٨٢- المحقق نجم الدين جعفر بن الحسن الحلبي، شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام،

مع تعليقات السيد صادق الشيرازي، المجلد الثاني، القسم الثالث والرابع، الطبعة الحادية

عشرة، دار القارئ، بيروت، ٢٠٠٤.

٨٣- د. وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية، الطبعة الرابعة، مؤسسة الرسالة، بيروت،

١٩٨٥.

===== ، نظرية الضمان او احكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه

الاسلامي، دار الفكر، دمشق، دار الفكر المعاصر، بيروت، ٢٠١٢.

٨٤- د. يوسف قاسم، نظرية الضرورة في الفقه الجنائي الاسلامي والقانون الجنائي

الوضعي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣.

ثالثاً: - الكتب القانونية:

١- د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، المسؤولية المدنية بين التقيد والاطلاق، دار النهضة

العربية، القاهرة، دون سنة نشر.

- ٢- د. أحمد سلمان شهيب السعدي، د. جواد كاظم سميّسم، مصادر الالتزام، دراسة مقارنة بالقوانين المدنية والفقّه الاسلامي، الطبعة الاولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٥.
- ٣- د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، الالتزام التضامني للمسؤولين تقصيراً في مواجهة المضرور، المطبعة العربية الحديثة، القاهرة، ١٩٨٠.
- ٤- د. أحمد عبد السلام العطار، الموسوعة الشاملة في شرح القانون المدني، الطبعة الاولى، الجزء الثاني، المركز الدستوري الدولي للطباعة والنشر، القاهرة، ٢٠١١.
- ٥- د. أحمد محمد عطية، نظرية التعدي كأساس للمسؤولية المدنية الحديثة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، دون سنة نشر.
- ٦- د. ادريس العلوي العبدلاوي، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، دون ناشر، دون سنة نشر.
- ٧- د. اسماعيل غانم، في النظرية العامة للالتزام، احكام الالتزام، مطبعة النصر، ١٩٥٦.
- ٨- د. أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، الطبعة الاولى، الاصدار الرابع، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٧.
- ٩- د. انور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني، دراسة مقارنة بالفقّه الاسلامي، الطبعة الاولى، الاصدار الثالث، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٧.
- ١٠- د. أياد عبد الجبار ملوكي، المسؤولية عن الاشياء وتطبيقاتها وتطبيقها على الاشخاص المعنوية بشكل خاص، دراسة مقارنة، الطبعة الاولى، مطبعة بابل، بغداد، ١٩٨٠.
- ١١- د. أيمن سعد سليم، الامتناع مصدر للمسؤولية المدنية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.
- ١٢- ايهاب عبد المطلب، د. سمير صبحي، القانون الجنائي المغربي في ضوء الفقّه واحكام المجلس الاعلى المغربي ومحكمة النقض المصرية، المجلد الاول، الطبعة الاولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، ٢٠١١.

- ١٣- د. بشار ملكاوي، د. فيصل العمري، مصادر الالتزام، الفعل الضار، الطبعة الاولى، دار وائل للنشر، عمان، ٢٠٠٥.
- ١٤- د. توفيق حسن فرج، د. مصطفى الجمال، مصادر وأحكام الالتزام، دراسة مقارنة، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٨.
- ١٥- د. جاسم لفقة سلمان العبودي، المداخلات في احداث الضرر تقصيرياً، الطبعة الاولى، مكتبة الجيل العربي، الموصل، ٢٠٠٥.
- ١٦- د. جبار صابر طه، اساس المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع بين الخطأ والضرر، دار الكتب القانونية، مصر، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، ٢٠١٠.
- ١٧- د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الاول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥.
- ١٨- د. حبيب ابراهيم الخليلي، مسؤولية الممتنع المدنية والجناحية في المجتمع الاشتراكي، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٦٧.
- ١٩- د. حسن الخطيب، نطاق المسؤولية المدنية التقصيرية والمسؤولية العقدية، في القانون الفرنسي والقانون العراقي المقارن، مطبعة حداد، البصرة، دون سنة نشر.
- ٢٠- د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، الخطأ، الجزء الثاني، مطبعة العزة، بغداد، ٢٠٠١.
- == == == == ==
الطبعة الاولى، دار وائل، عمان، ٢٠٠٦.
- == == == == ==
ناشر، دون تاريخ نشر.
- ٢١- حسين عامر، المسؤولية المدنية، التقصيرية والعقدية، الطبعة الاولى، مطبعة مصر، ١٩٥٦.
- ٢٢- د. رؤوف عبيد، السببية في القانون الجنائي، دراسة تحليلية مقارنة، الطبعة الثالثة، دار الفكر العربي، ١٩٧٤.
- ٢٣- د. زهدي يكن، المسؤولية المدنية أو الاعمال غير المباحة، الطبعة الاولى، منشورات المكتبة العصرية، بيروت، دون سنة نشر.

- ٢٤- د. سامي الجري، شروط المسؤولية المدنية في القانون التونسي والمقارن، الطبعة الاولى، مطبعة التفسير الفني، قفاس، ٢٠١١.
- ٢٥- د. سعد امين، المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير الفقه الاسلامي المقارن، دون دار نشر، ٢٠٠١.
- ٢٦- د. سعيد سعد عبد السلام، مصادر الالتزام المدني، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.
- ٢٧- سلوان علي الكسار، العمل غير المشروع، المسؤولية التقصيرية، دراسة مقارنة، دار آمنة، عمان، ٢٠١٣.
- ٢٨- د. سليمان مرقس، الفعل الضار، الطبعة الثانية، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٥٦.
- ===== ، الوافي في شرح القانون المدني، الالتزامات، الفعل الضار والمسؤولية المدنية، المجلد الثاني، القسم الاول، الطبعة الخامسة، دون دار نشر، ١٩٨٨.
- ===== ، في نظرية دفع المسؤولية المدنية، الحادث الفجائي والقوة القاهرة - فعل الدائن وفعل المصاب - فعل الاجنبي، دراسة مقارنة في المسؤولية التعاقدية والمسؤولية التقصيرية في القانونين الفرنسي والمصري، مقدمة بقلم ليون مازو، مطبعة الاعتماد، دون سنة نشر.
- ===== ، محاضرات في المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، القسم الثاني، الاحكام الخاصة، فعل المسؤولية عن فعل الغير والمسؤولية عن الاشياء، ١٩٩٦.
- ٢٩- د. سمير ذنون، الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي في القانونين المدني والاداري، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، ٢٠٠٩.
- ٣٠- د. سمير عبد السيد تناغوا، مصادر الالتزام، الطبعة الاولى، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، ٢٠٠٩.
- ٣١- صالح أحمد اللهبي، المباشر والمتسبب في المسؤولية التقصيرية، دراسة مقارنة، الطبعة الاولى، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٤.

- ٣٢- د. عادل جبيري محمد حبيب، المفهوم القانوني لرابطة السببية وانعكاساته في توزيع عبء المسؤولية المدنية، الطبعة الاولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٥.
- ٣٣- د. عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، الخطأ والضرر، الطبعة الاولى، منشورات عويدات، بيروت، باريس، ١٩٨٣.
- ٣٤- د. عبد الباسط جميعي، عبد المنعم حسني، د. محمد سلام مدكور، عادل تحتوت، الوسيط في شرح القانون المدني الاردني رقم ٤٣ سنة ١٩٦٧، اشراف حسن الفكاهاني، الجزء الرابع،
- ٣٥- د. عبد الحكم فودة، الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية، دار الالفي، دون سنة نشر.
- ٣٦- د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الجزء الثاني، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، ١٩٥٣.
- ٣٧- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الاول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار احياء التراث العربي، بيروت، دون سنة نشر.
- ===== ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، الجزء الاول، الطبعة الاولى، دار احياء التراث العربي، مؤسسة التاريخ العربي، بيروت، دون سنة نشر.
- ===== ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، الجزء السادس، الطبعة الاولى، دار احياء التراث العربي، بيروت، دون سنة نشر.
- ٣٨- عبد الرشيد مأمون، علاقة السببية في المسؤولية المدنية، دون دار نشر، دون سنة نشر.
- ٣٩- د. عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير، التعويض عن ضرر الفعل الشخصي لعديم التمييز في الفقه الاسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤.
- ٤٠- د. عبد اللطيف عوض محمد القرني، نظرية السببية في المسؤولية، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٦.

- ٤١- د. عبد الله مبروك النجار، مصادر الالتزام الارادية وغير الارادية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٢٦٦.
- ٤٢- د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، الطبعة الخامسة، مطبعة نديم، بغداد، دون سنة نشر.
- ٤٣- د. عبد المجيد الحكيم، د. عبد الباقي البكري، د. محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، مصادر الالتزام، الجزء الاول، العاتك، القاهرة، المكتبة القانونية، بغداد، دون سنة نشر.
- ٤٤- د. عدنان ابراهيم السرحان، د. نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، الطبعة الاولى، مكتبة دار الثقافة، عمان ، ٢٠٠٠.
- ٤٥- د. عز الدين الدناصورى، المسؤولية المدنية في ضوء القضاء والفقه، الطبعة الاولى، المكتبة القانونية، ١٩٩٨.
- ٤٦- د. عصمت عبد المجيد بكر، المسؤولية التقصيرية في القوانين المدنية العربية، الطبعة الاولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٦.
- ٤٧- د. عصمت عبد المجيد بكر، مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة، الطبعة الاولى، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٧.
- ٤٨- د. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ٢٠٠٣.
- ٤٩- د. عماد احمد ابو صد، مسؤولية المباشر والمتسبب، دراسة مقارنة بالشريعة الاسلامية والقانون المدني، الطبعة الاولى، دار الثقافة، عمان، ٢٠١١.
- ٥٠- فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الاسلامي، الطبعة الرابعة، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٨٨.
- ٥١- فخري رشيد مهنا، المسؤولية التقصيرية ومسؤولية عديم التمييز، مطبعة الشعب، بغداد، ١٩٧٤.
- ٥٢- د. فريدة اليوموري، علاقة السببية في مجال المسؤولية التقصيرية بين رأي الفقه وموقف القضاء، دراسة مقارنة، تقديم د. محمد الكشور، الطبعة الاولى، مطبعة النجاح الجديدة، ٢٠٠٩.

- ٥٣- د. مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات، القسم العام، دار الفكر العربي، ١٩٧٩.
- ٥٤- د. محمد الزين، المسؤولية التقصيرية، دون دار نشر، ١٩٩٩.
- ٥٥- د. محمد المرسي زهرة، المصادر غير الارادية للالتزام في قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة، الفعل الضار والفعل النافع، الطبعة الاولى، مطبوعات جامعة الامارات العربية المتحدة، ٢٠٠٢.
- ٥٦- د. محمد سليمان الاحمد، الخطأ وحقيقته اساس المسؤولية المدنية في القانون العراقي، الطبعة الاولى، مكتب التفسير، اربيل، ٢٠٠٨.
- ٥٧- د. محمد صبري الجندي، في المسؤولية التقصيرية، المسؤولية عن الفعل الضار، المجلد الاول، دار الثقافة، عمان، ٢٠١٥.
- ٥٨- د. محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٧٧.
- ٥٩- د. محمود المظفر، موانع المسؤولية، الطبعة الثانية، دار المثني، دون دار نشر، دون سنة نشر.
- ٦٠- د. محمود سعد الدين الشريف، شرح القانون المدني العراقي، نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، الجزء الاول، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٥.
- ٦١- د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للجرائم، دار النهضة العربية، ١٩٦٢.
- ٦٢- د. مدحت محمود عبد العال، نظرة تحليلية لأحكام المسؤولية عن الفعل الضار في قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة، الطبعة الاولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، ٢٠١٠.
- ٦٣- د. مصطفى ابراهيم الزلمي، المنطق القانوني في التصورات، الطبعة الاولى، نشر احسان، ٢٠١٤.
- ٦٤- مصطفى احمد الزرقا، الفعل الضار والضمان فيه، دراسة وصياغة قانونية مؤصلة على نصوص الشريعة الاسلامية وفقها انطلاقاً من نصوص القانون المدني الاردني، الطبعة الاولى، دار القلم، دمشق، ١٩٨٨.

٦٥- د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، الطبعة الاولى، دار ثاراس، اربيل، ٢٠٠٦.

٦٦- د. منير القاضي، محاضرات القانون المدني العراقي، مصادر الالتزام غير العقدية والأوصاف المعدلة لآثار الالتزام، القيت على طلبة الدراسات القانونية، دار مصر للطباعة، ١٩٥٤.

٦٧- د. نجيب شقرا المحامي، المسؤولية المدنية، الجزء الاول، الطبعة الاولى، مطبعة المعارف، مصر، ١٩٠٤.

٦٨- د. ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الاردني، مصادر الحقوق الشخصية، مصادر الالتزامات، دراسة مقارنة، الطبعة الاولى، الاصدار الاول، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٨.

رابعاً: - الرسائل والأطاريح:

١- ابراهيم الدسوقي، الاعفاء من المسؤولية المدنية عن حوادث السيارات، دراسة تحليلية نظرية السبب الاجنبي في الفقه والقضاء المصري والفرنسي، اطروحة دكتوراه قدمت الى كلية الحقوق، جامعة عين شمس، دون سنة نشر.

٢- بدر جاسم محمد يعقوب، المسؤولية عن استعمال الاشياء الخطرة في القانون الكويتي، رسالة دكتوراه، مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٧٧.

٣- عادل مبارك المطيرات، احكام الجوائح في الفقه الاسلامي وصلتها بنظريتي الضرورة والظروف الطارئة، رسالة دكتوراه، كلية دار العلوم، قسم الشريعة الاسلامية، جامعة القاهرة، ٢٠٠١.

٤- علي عبيد عودة، العلاقة السببية بين الخطأ والضرر وتطبيقاتها القضائية، دراسة مقارنة، رسالة مقدمة الى كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، ١٩٧٧.

٥- عمر بن الزوبير، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية، رسالة دكتوراه، مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ٢٠١٧.

٦- غني ريسان جادر الساعدي، تعدد المسؤولين وأثره على ضمان حق المتضرر (دراسة مقارنة) ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٦.

- ٧- محمد صلاح الدين حلمي، أساس المسؤولية التقصيرية في الشريعة الاسلامية والقانون المدني، رسالة دكتوراه، مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة القاهرة، دون سنة طبع.
- ٨- مصطفى عبد القادر حليلو، عناصر المسؤولية عن الفعل الضار في القانون المدني الاردني والجزائري، رسالة مقدمة الى كلية الدراسات العليا الجامعة الاردنية، ١٩٩١.
- ٩- مقدم جميلة، قيام الرابطة السببية في الجرائم الطبية، دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه مقدمة الى جامعة الجبالي ليايس بسيدي بلعباس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١٩.

خامساً: - البحوث والمقالات:

- ١- اكرم فاضل سعيد قصير، التطور التاريخي لأساس المسؤولية المدنية الناشئة عن الاصابات الجسدية في النظام القانوني والقضاء العراقي، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق الصادرة عن جامعة النهرين، المجلد الثالث عشر، العدد الثاني، ٢٠١١.
- ٢- د. جهاد محمد الجراح، الاضرار بالتسبب في القانون المدني الاردني، بحث منشور في مجلة الميزان للدراسات الاسلامية والقانونية، المجلد الثالث، العدد الثاني، ٢٠١٦.
- ٣- رؤى علي عطية، الآثار القانونية لالتزام التضاممي، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، المجلد الرابع عشر، العدد الاول، ٢٠١٢.
- ٤- رياض أحمد عبد الغفور، الامتناع الخاطئ عن تقديم المساعدة والمسؤولية المدنية المترتبة عليه، دراسة في ضوء احكام القانون المدني والفقه المقارن، بحث منشور في مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، العدد الاول، المجلد الخامس، ٢٠١٢.
- ٥- صفاء شكور عباس، المسؤولية التضاممية عن العمل غير المشروع في القانون المدني العراقي، دراسة تحليلية مقارنة، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، صادرة كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة كركوك، المجلد الرابع، العدد الثالث عشر، ٢٠١٥.
- ٦- د. عدنان براهيم سرحان، تأملات في احكام الفعل الضار، دراسة تشريعية وقضائية في قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة، بحث منشور في مجلة المفكر،

صادرة عن كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة خيضر، الجزائر، العدد السابع، ٢٠١١.

٧- مدحت صالح غريب، المباشرة والتسبب في الشريعة والقانون، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم الانسانية، المجلد السادس عشر، العدد الثاني، ٢٠٠٩، ص ٦٣.

٨- د. مصطفى الجمال، تقييم مواقف الفقه والقضاء من أحكام المسؤولية التقصيرية في قانون المعاملات المدنية، بحث منشور في مجلة الامن والقانون، اكااديمية شرطة دبي، المجلد الرابع، العدد الاول، لسنة ١٩٩٦.

٩- معاذ محمد يعقوب، الامتناع الخاطيء في المسؤولية المدنية، بحث منشور في مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية، المجلد التاسع، العدد الثاني، لسنة ٢٠١٩.

١٠- نواف حازم خالد، دور جسامه الخطأ في تقدير مقدار التعويض، بحث منشور في مجلة الحقوق الصادرة عن كلية القانون جامعة المستنصرية، المجلد الثالث، العدد الحادي عشر، ٢٠١٠.

١١- د. نوري حمد خاطر، الضرر الناشئ بفعل شيء بين المسؤولية العقدية وغير العقدية: تعليق على قرار محكمة تمييز دبي في طعن رقم ٣٥٢ لسنة ٢٠٠١، بحث منشور في مجلة الحقوق، صادرة عن مجلس النشر العلمي جامعة الكويت، العدد الاول، لسنة ثلاثون، ٢٠٠٦.

سادساً: - القوانين:

- ١- مجلة الاحكام العدلية، المطبعة الادبية، بيروت، ١٣٠٢هـ.
- ٢- القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ المعدل.
- ٣- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.
- ٤- القانون المدني الاردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ المعدل.
- ٥- قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات رقم (٥) لسنة ١٩٨٥ المعدل.

سابعاً: - مراجع القرارات القضائية:

- ١- القاضي سعيد جريان التميمي، المبادئ القانونية في محكمة التمييز الاتحادية للأعوام ٢٠١٩-٢٠٢٠، الجزء الرابع، دار السنهوري، بيروت، ٢٠٢١.

٢- القاضي قاسم فخري الربيعي، مبادئ محكمة التمييز الاتحادية، القسم المدني، الطبعة الاولى، مطبعة الكتاب، بغداد، ٢٠١٨.

٣- النشرة القضائية، المجلس القضاء الاعلى، العدد الثاني عشر، أيار-٢٠١٠.

ثامناً: - المواقع الالكترونية:

١- موقع شبكة قانوني الاردن

[/https://www.lawjo.net](https://www.lawjo.net)

٢- محكمة النقض المصرية

[/https://www.cc.gov.eg](https://www.cc.gov.eg)

تاسعاً: - المصادر الأجنبية:

m. Hadi, La responsabilite' civile du fait des produits defetcnx, e'tude comparative francoirakienne. the'se de paris 1 2019.

Abstract

This study dealt with a part that can be described as one of the important topics in civil law, which is the responsibility for the illegal act, as the latter is considered one of the most important pillars of civil laws, as it relates to an issue of interest to members of society, which is the issue of compensation. The study presented one of the two forms of illegal action, which is causation. Where this image of the illegal act was discussed because of the problematic it may raise, because the damage was stopped according to the intervention of some factors, which necessitated the research whether those factors that mediated the damage and the harmful act had an effect in denying the attribution of that harm to the perpetrator or not. To find out whether the offender has a certain privacy that requires addressing his responsibility with special provisions.

In order to discuss the problematic of the study, the topic was dealt with in two chapters: the first was devoted to examining the concept of the culprit's responsibility, which was devoted to clarifying the definition of the culprit, and the cases of realizing his responsibility. While the second chapter was devoted to discussing the provisions of the liability of the culprit, which included a statement of the provisions of the combination of the direct and the culprit, and the provisions of the meeting of more than one culprit, in addition to addressing the cases of exempting the culprit from the guarantee.

The Republic of Iraq

Ministry of Higher Education and Scientific Research

University of Babylon / College of Law

Private Law Department



Liability of causative person for unlawful act

– A comparative study –

Introduction message

To the Council of the College of Law / University of Babylon

As part of the requirements for obtaining a master's degree in law/private law

by the student

Karrar Ali Obaid Allawi

Supervised by

Dr. Muhammad Jaafar Hadi

Associate Professor of Civil Law