

عمادة الدراسات العليا

جامعة القدس

قاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان

"دراسة مقارنة"

بشار اكرم حامد ابو هاشم

رسالة ماجستير

القدس - فلسطين

1438هـ - 2017م

قاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان

" دراسة مقارنة "

إعداد

بشار أكرم حامد أبو هاشم

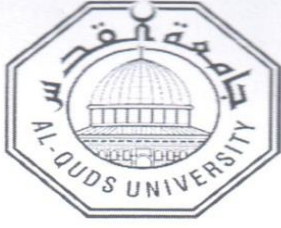
بكالوريوس قانون وعلوم شرطية كلية الشرطة المصرية - القاهرة، 2013

إشراف: د. ياسر زبيدات

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في القانون الخاص

بكلية الدراسات العليا في جامعة القدس - فلسطين

1438 هـ - 2017 م



جامعة القدس

عمادة الدراسات العليا

كلية الحقوق / القانون الخاص

إجازة الرسالة

قاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان

" دراسة مقارنة "

الاسم: بشار أكرم حامد أبو هاشم

الرقم الجامعي: 21411516

المشرف: د. ياسر زبيدات

نوقشت هذه الرسالة بتاريخ: 2017/8 /9 وأجيزت من لجنة المناقشة المكونة من التالية أسماؤهم وتواقيعهم:

التوقيع.....
التوقيع.....
التوقيع.....

1- د. ياسر زبيدات: رئيس لجنة المناقشة

2- د. محمد خلف: ممتحناً داخلياً

3- د. علي السرطاوي: ممتحناً خارجياً

القدس - فلسطين

1438 هـ - 2017 م

الإهداء

إلى من سعيًا وشقيا لأنعم بالراحة والهناء إلى اللذين لم يبخلا علي بشيء من أجل

دفعي في طريق النجاح...والذي العزيزين

إلى إخوتي أحبتي... رفقاء الدرب

إلى من وقفوا بجانبني وقدموا لي الدعم والتشجيع.... أصدقائي الأعزاء

خاصة المستشار القانوني الوليد درابيع, والمحاسب توفيق دودين

والمحامي نائر شديد، والمحامي آدم أبو عمرية

إليهم أهدي هذا الجهد المتواضع.

إقرار

أقر أنا معد الرسالة بأنها قد قدمت لجامعة القدس, لنيل درجة الماجستير, وأنها نتيجة أبحاثي الخاصة، باستثناء ما تم الإشارة له حيثما ورد, وأن هذه الرسالة, أو أي جزء منها, لم يقدم لنيل درجة عليا لأي جامعة أو معهد آخر.

التوقيع:

الاسم: بشار أكرم حامد أبو هاشم

التاريخ: 2017 / 8 / 9

الشكر والتقدير

أول شكرنا لله عز وجل الذي أنار لي الدرب، وفتح لي أبواب العلم وأمدني بالصبر والإرادة لإنجاز هذا البحث فالحمد لله رب العالمين، كما أتقدم بجزيل الشكر والتقدير إلى كل من يفتتح بفكرة فيدعو إليها ويعمل على تحقيقها لا يبغى بها إلا وجه الله ومنفعة الناس في كل زمان ومكان.

إلى الأساتذة الكرام أعضاء الهيئة التدريسية والإدارية في كلية الحقوق - جامعة القدس وأخص بالذكر الدكتور ياسر زبيدات الذي أشرف على هذا البحث فجزاه الله عنا كل الخير على توجيهاته ونصحه السديد.

كما أتقدم أيضا بجزيل الشكر والتقدير إلى أعضاء لجنة المناقشة: الدكتور محمد خلف، والدكتور علي السرطاوي لتفضلهما بمناقشة هذه الرسالة وعلى ملاحظتهما القيمة.

والشكر والامتنان لكلية الحقوق في جامعة القدس وخاصة قسم الدراسات العليا ومكتبة جامعة القدس لما قدموه من دعم لإخراج هذا العمل حيز الوجود، والشكر الجزيل لمكتبة معهد الحقوق في جامعة بير زيت (مكتبة مونتسيكو).

المخلص:

تناولت الدراسة بالبحث في قاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان، وذلك من خلال إتباع المنهج التحليلي الوصفي المقارن، بالنظر إلى التشريعات الفلسطينية النازمة لهذا الموضوع، إضافة إلى التشريعات المقارنة، وقد تمحورت إشكالية الدراسة في مدى اعتبار الفعل الجائر فعلا غير ضامن، وإلى أي مدى كانت هذه القاعدة متوافقة مع أحكام المسؤولية التقصيرية في ظل القوانين المقارنة، والفعل الضار في الفقه الإسلامي.

انقسمت الدراسة إلى فصلين، حمل الفصل الأول عنوان صور لقاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان، وقسم إلى مبحثين، تم التطرق في المبحث الأول إلى العديد من صور القاعدة في ظل القانون والتشريعات الحديثة، أما المبحث الثاني، فقد عالج العديد من صور القاعدة والتي أشار إليها الفقه القانوني وان نصت عليها القوانين بشكل عابر لا أكثر، توصل الباحث فيه لنتائج أهمها أن قاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان في الفقه الإسلامي تشترط في الأفعال الجائرة المنافية للضمان ألا تكون أفعالا ضارة، وألا يكون الفعل مقيدا بشروط السلامة طالما كان بالإمكان التحرز من وقوع الضرر وفق المجرى العادي للأمر، وألا يندرج الفعل ضمن حالات الضرورة في القانون، بينما اشترط القانون المدني الأردني في القاعدة أن يكون الفعل عبارة عن استعمال حق (انعدام الفعل الضار) وان يكون استعمال هذا الحق مشروعاً (انعدام التعسف) وقد تطرق الباحث في الفصل الثاني إلى عنوان انعدام الجواز الشرعي، وقسم إلى مبحثين، عالج المبحث الأول منه موضوع الفعل الضار والخطأ، في حين تطرق المبحث الثاني للنظرية العامة للتعسف في استعمال الحق والذي قسم إلى ثلاثة مطالب، تناول المطلب الأول مفهوم النظرية والذي تضمن البحث في ماهية التعسف في استعمال الحق، أما المبحث من الفصل الثاني فقد تطرق لمعايير التعسف في استعمال الحق، أما المطلب الثالث فد تطرق لبعض تطبيقات

التعسف، توصل الباحث فيه لنتائج أهمها أن الفعل الضار في المسؤولية التقصيرية هو معيار تحديد الجواز الشرعي من عدمه لعدة أسباب قوامها أن الأصل في الأعمال الإباحة لذا فالأولى تحديد المحظور (انعدام الجواز الشرعي) لإمكانية حصره تحت قاعدة مجردة، خاصة وان قيود السلامة تعتبر ضمن الأفعال الضارة الموجبة للمسؤولية وتعتبر تجاوزا للحدود الموضوعية للإباحة، توصل الباحث إلى أن نظرية التعسف في استعمال الحق تعتبر استثناء على قاعدة الجواز في الفقه الإسلامي، وقد توصل الباحث في نهاية الدراسة ككل إلى مجموعة من النتائج والتوصيات التي يأمل أن يستفيد منها العاملون في مشروع القانون المدني الفلسطيني من خلال ترسيخ أعمال القاعدة وإقرارها بين ثنايا القانون وأحكامه.

The licit lawful doesn't agree with the guarantee base

Prepared By: Bashaar A. H Abuhashim

Supervision: Dr. Yaser Zbiedat

Abstract:

The study researched in the licit lawful doesn't agree with the guarantee base , through the use of Comparative descriptive analytical approach by looking to the Palestinian legislations that controls this topic, in addition to the Comparative legislation, and the study's problem focused in how far the acceptable action could action without guarantee , and how far way this base hold with the provisory under the comparative rules, and the Harmful action in Islamic Jurisprudence .

The study divided into two chapters , the first chapter had a name "Images of licit lawful doesn't agree with the guarantee " and was divided into two parts, the first one discussed multiple images of the base under the law and recent legislation , the second part managed a lot of the base's images that the Jurisprudence pointed to , that the laws examined them accidentally not more .

The researcher concluded to many result, the most important one way that the legal marriage guarantee base doesn't in Islamic Jurisprudence requires in acceptable action that doesn't open with the guarantee not to be harmful .

And the action shouldn't restricted by the conditions of safety as it's possible to move from harmful according to the normal course of things, and that the action doesn't included in cases of necessity in the law, while the Jordanian civilian Low stipulates that the action is use the right (lack of harmful action) and use the right must be lawful (lack of arbitrariness).

And the second chapter had a subject "lack of licit lawful" and the it divided into two parts , The fist one discussed the harmful and wrongdoing, while the second topic discussed the general theory of the abuse of the right, which was divided into three parts . The first part talked about the concept of theory, which included the research the concept of arbitrariness of the right use, while the part of the second chapter

discussed the criteria of arbitrariness of the right use, while the third part discussed some of the applications of arbitrariness.

The researcher reached to the results that the harmful action in tort liability is the criterion of determining the legal licit lawful or not for several reasons, namely that the origin of the permissible acts, so the first is to identify the prohibition (lack of licit lawful) for the possibility of limiting it under an abstract rule, especially that safety restrictions are among the harmful acts of liability and considered to be beyond the substantive limits of permissibility.

And the theory of arbitrariness in the use of the right is an exception to the rule of permissibility in Islamic jurisprudence. At the end of the study, the researcher reached a set of conclusions and recommendations which he hoped would benefit the Palestinian civil law project by establishing the rule of law and approving it between the two branches of law And its provisions.

مقدمة:

تتضمن قواعد الفعل الضار في الفقه الإسلامي كذلك المسؤولية التقصيرية في اغلب القوانين الحديثة بشكل عام وأصيل تحميل الفاعل مسؤولية كافة ما قام به من أفعال ضارة بغض النظر عن مقدار هذا الضرر أو تفاقته، إلا أن ما سبق لا يعتبر مطلقاً، فالفقه الإسلامي وغيره من القوانين لا يرتبون الضمان أو المسؤولية في العديد من المناسبات على الفاعل الذي قام بالفعل الضار، والسبب هو وجود قاعدة فقهية في الفقه الإسلامي تسمى: "الجواز الشرعي ينافي الضمان"، وهي قاعدة فقهية وردت بشكل صريح في مجلة الأحكام العدلية العثمانية لسنة 1876م المستمدة من الفقه الحنفي.

"الجواز في اللغة يعود في الأصل لكلمة جوز حيث يقال جاز الموضع والطريق جوازا¹ ويعرفه الأصوليون بأنه: "التخيير بين الفعل والترك والتساوي بينهما بتسوية الشرع"²، والشرعي "اسم منسوب للشرع ومنها الشريعة وتعني ما سن الله من عبادات ومن أعمال"³، أما كلمة ينافي فأصلها من "النفي وهو الطرد، هذا ينافي ذلك وهما يتنافيان، نفي الشيء نفياً أي جحده"⁴، أما الضمان فهو مصطلح متداول في الفقه الإسلامي ويعني الالتزام، يقال ضمنت المال أي التزمته⁵.

تعد هذه القاعدة استثناء على أحكام الفعل الضار في الفقه الإسلامي والمسؤولية التقصيرية في القوانين الحديثة ولها تطبيقات عديدة، تقتضي بشكل عام أن أي فعل سواء كان حقا أو واجبا أو

¹ ابن منظور: لسان العرب، الجزء الخامس، دار صادر، بدون طبعة، بيروت 1955، ص 326.

² أبو حامد الغزالي: المستصفى من علم الأصول، دار إحياء التراث العربي، الطبعة الثانية، بيروت 1993، ج 1، ص 75.

³ ابن منظور: لسان العرب، الجزء الثامن، ص 176.

⁴ ابن منظور: لسان العرب، المجلد الخامس عشر، ص 336 وما بعدها.

⁵ احمد الفيومي: المصباح المنير، مكتبة لبنان، بدون طبعة، بيروت 1987، ص 138.

إباحة(حرية عامة) يمارسه الشخص لا يكون الأخير مسئولاً أو ضامناً لما قد يترتب على استعماله من أضرار قد تلحق بغيره طالما كان ذلك الفعل أو الترك مشروعاً وجائزاً، وهذه القاعدة تشبه القاعدة الشافعية الشهيرة(الرضا بالشيء رضا بما يتولد عنه)⁶، وبما أن الأصل في الأمور والأفعال الإجازة فإن معيار تحديد الفعل الجائز يكون من خلال تحديد ما هو غير جائز، وذلك بالرجوع إلى أحكام الفعل الضار في الفقه وأركانه التي يقوم عليها، وهو ما سيوضحه الباحث في الفصل الثاني من الرسالة.

تشمل هذه القاعدة مجالات واسعة من حياة الناس، فهي مرتبطة بشكل عام بالعديد من الأفعال التي قد يترتب عليها الضمان، لتشمل الجوانب العقدية كالوكيل في البيع الذي يأخذ كفيلاً أو رهناً بدل المال المباع الذي لا يكون مسئولاً في حال تلف الرهن أو إفلاس الكفيل ولا يكون ملزماً بأي ضمان أمام الموكل، وينطبق الأمر ذاته على الشراكة القائمة بين شخصين في ملكية عين أو شقة، وكان بينهما اتفاق يقضي بأن بإمكان أحدهما أن يسكن الشقة دون إذن الآخر فإذا ما سكن أحدهما الشقة واحتترقت فإنه لا يكون ضامناً بدل قيمة حصة الآخر، وتشمل القاعدة أحكام الهبة، فقضت بعدم أحقية رجوع الواهب على الفاعل الموهوب له، بدل انتقاعه بمال الواهب الذي أعطاه إياه بعد أن أذن بذلك، وغيرها من الأمثلة فيما يخص المعاملات المالية⁷.

شملت القاعدة العديد من التطبيقات الدارجة تحت نطاق الفعل الضار كالشخص الذي قام بحفر بئر في ملكه، إلا أن حيوان مملوك لغيره سقط فيه، ففي هذه الحالة لا يكون ضامناً لقيمته، وذلك

⁶ محمد الزحيلي: القواعد الفقهية على المذهب الحنفي والشافعي، لجنة التأليف والتعريب والنشر، جامعة الكويت، الطبعة الثانية 2004م، ص 489.

⁷ علي حيدر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام، المجلد الأول، دار عالم الكتب، الرياض، طبعة خاصة 2003م، ص 93.

لأن تصرفه بملكه كان بشكل مشروع وسليم، وتصرف الإنسان في ملكه غير مقيد بشرط السلامة.⁸

من التطبيقات المهمة كذلك، الشخص الذي قام بإنشاء محل تجاري للعمل فيه بجانب محل شخص آخر وترتب على ذلك أن تكسبت بضاعة جاره بسبب قلة الحركة التجارية، والذي تسبب لاحقاً في تراجع وضع جاره المالي بشكل كبير، فالفاعل في هذه الحالة لا يعتبر ضامناً بالأضرار التي لحقت بجاره، لأن قيام الشخص باستعمال حقه والمتمثل في مواصلة العمل التجاري يعتبر جوازا شرعياً لا يترتب أي مسؤولية أو تعويض⁹، وهذا ينطبق على المستأجر الذي اتلف المأجور أثناء الاستعمال المأذون، إلا إذا استعمله خارج نطاق المسموح به فيضمن لتعديده¹⁰.

يشترط فقهاء الشريعة في الفعل الجائر (أي الذي لا يشكل فعلاً ضاراً) حتى تسري عليه قاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان أن يتوفر فيه شرطان لازمان حتى لا يضمن الفاعل كالاتي:

أولاً: ألا يكون الأمر الجائر شرعاً مقيداً بشروط السلامة¹¹.

تشتت قاعدة الجواز الشرعي في الأمر الجائر ألا يكون الفعل الجائر مقيداً بشروط السلامة¹²، وهذا يعني أن الفعل إن كان مقيداً بشروط السلامة فإن فاعله يكون ضامناً لما وقع من أضرار، فالفاعل المقيد بشروط السلامة يتضمن وجوب تقيد الشخص بأخذ كافة الاحتياطات اللازمة لعدم

⁸ رستم باز: شرح المجلة، دار العلم للجميع، بيروت، الطبعة الثالثة 1988م، ص52.

⁹ محمد طلافحة: الجواز الشرعي ينافي الضمان وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون، بحث منشور على المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد الثاني - العدد الرابع - 2006م، ص11.

¹⁰ وهبة الزحيلي: نظرية الضمان، دار الفكر، الطبعة التاسعة، دمشق 2012، ص184.

¹¹ احمد الزرقا: شرح القواعد الفقهية، دار القلم، الطبعة الثانية، دمشق 1989، ص449.

¹² نصت مجلة الأحكام العدلية في المادة (926) منها على: لكل واحد حق المرور في الطريق العام ولكن بشرط السلامة، وهذا يعني أن مروره مقيد بشرط ألا يضر غيره بما يمكن التحرز منه فلو سقط في الطريق العام عن ظهر الحمال حمل واتلف مال احد فالحمال ضامن وكذا إذا أحرقت ثياب احد كان ماراً في الطريق الشرارة التي طارت من دكان الحداد حين ضربه الحديد ضمن الحداد ثياب المار.

الإضرار بالآخرين أثناء استعماله لحق من الحقوق التي يمنحها القانون¹³، لتشمل كل ما يمكن للشخص التحرز منه أثناء استعماله حقه وفق المجرى العادي للأمر، فإن كان الضرر من ضمن الأضرار التي يمكن التحرز منها كان الفاعل ضامنا والعكس هو الصحيح¹⁴ لكن ما هي الأفعال التي تتضمن أو المقيدة بشروط السلامة وما هي الأفعال غير المقيدة؟

ذكر الفقه بعض التطبيقات التي لا تتطلب الأخذ بشروط السلامة، ففضى باعتبار الشخص الذي قام بالحفر في الطريق العام بإذن من الحاكم غير ضامن، فحفره تم بناء على جواز شرعي سببه إذن الحاكم وهو غير مقيد بشروط السلامة فإن كان حفره قد تم بدون هذا الإذن فإن فعله في هذه الحالة يعتبر مقيدا بشروط السلامة ويكون صاحبه ضامنا لما قد ينشأ من أضرار، الأمر ذاته ينطبق على المسلم الذي قام بكسر مزار أو طبل خاص بمسلم آخر أو قام بقتل خنزير، وتشمل الأفعال التي لا تتطلب شروط السلامة أيضا تنفيذ الواجبات، كتفويض العقوبات البدنية بحق المجرمين، فالمنفذ لا يتحمل أي ضرر قد يحدث جراء تنفيذ العقوبة فعمله يعتبر جوازا شرعيا لا يستجوب الضمان¹⁵.

يذهب الحنفية في هذا الصدد إلى أن الواجبات القانونية هي أفعال غير مقيدة بشروط السلامة على عكس المباحات التي قيدت بذلك، مشيرين إلى أن القيام بواجب قانوني يعتبر سببا كافيا لوحدته حتى ينفي الضمان لكن ليس بشكل مطلق، فمن واجب الشخص الذي يقع على عاتقه تنفيذ الواجب ألا يتجاوز حدود الواجب المكلف به، فالتأديب والذي يعتبر واجبا لا يتقيد صاحبه بشروط السلامة أثناء استعماله، ومع هذا فالمؤدب ملزم بان لا يتجاوز في استعماله لهذا الحق،

¹³ عماد أبو صد: مسؤولية المباشر والمتسبب، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان 2011، ص 51.

¹⁴ أمين دواس،: مجلة الأحكام العدلية وقانون المخالفات المدنية، المعهد القضائي الفلسطيني، رام الله، الطبعة الأولى 2011م، ص 44.

¹⁵ محمد صدقي الغزي: الوجيز في إيضاح القواعد الفقهية، مؤسسة رسالة، الطبعة الرابعة، بيروت 1996، ص 362 وما بعدها.

كأن يضرب ضربا غير معتاد¹⁶. لكن، هل تشمل الأفعال التي لا تتطلب الأخذ بشروط السلامة فقط الواجبات القانونية كما ذهب بعض فقهاء الحنفية فيما سبق؟

فمن ناحية أخرى يذهب بعض الفقهاء إلى أن تصرف الإنسان في ملكه لا يتقيد بشروط السلامة¹⁷ وكما هو معلوم فإن التصرف في الملك لا يعتبر واجبا قانونيا، كما انه لا يعتبر فعلا مباحا، بل هو حق خاص لصاحبه على سبيل الاستثناء.

يتطلب في الإباحة دون الحق بشكل عام أن تكون الإباحة دون الحق مقيدة بشروط السلامة¹⁸، حيث عرف الأستاذ الصدة الحق بأنه: (ثبوت قيمة معينة لشخص بمقتضى القانون، فيكون لهذا الشخص أن يمارس سلطات معينة يكفلها له القانون، بغية تحقيق مصلحة جديرة بالرعاية¹⁹، في حين عرف الدكتور فتحي الدريني الإباحة على أنها: (إن يقر به المشرع مكنة الانتفاع مباشرة، لا على وجه الاختصاص، تحقيقا لمصلحة معينة)²⁰.

بناء على ما سبق فإن الحق يعطي صاحبه مركزا متميزا من خلال الاستثناء بمضمون الحق دون بقية الناس بالمقابل تجد أن الإباحات لا تعطي أي شخص مركزا متميزا عن الآخرين بل تعتبر الجميع متساوون من حيث المركز، فالإباحة أو الحرية العامة لا تقوم على الاستثناء أو الانفراد بحكم عموميتها وقدرة الجميع على التمتع بها، كما أن الحق قائم لوجود سبب معين على

¹⁶ ابن عابدين: حاشية ابن عابدين(رد المحتار)، الجزء السادس، دار الفكر، الطبعة الثانية، بيروت1992، ص565 وما بعدها.

¹⁷ رستم باز: شرح المجلة، مرجع سابق، ص52.

¹⁸ فتحي الدريني: نظرية التعسف في استعمال الحق، مؤسسة رسالة، الطبعة الثالثة، بيروت2013، ص270.

¹⁹ عبد المنعم الصدة: أصول القانون، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، مصر1998، ص315.

²⁰ فتحي الدريني: الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، مؤسسة رسالة، بيروت، الطبعة الثانية1977م، ص206.

عكس الإباحة أو الرخصة فهي قائمة لوجود سبب عام وهو إذن الشارع، وبذلك تكون الإباحة طريقاً للحق وليس الحق ذاته²¹.

وفي ذات الصدد أشارت المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني إلى أن الحق يكون خاصاً بصاحبه على أن يكون له حرية التصرف وحده كالتصرف في الملك والمال، في حين أن الرخص أو الحريات العامة تعتبر مشتركة بين الجميع في المجتمع لا يختص به إنسان بعينه كالسير في الطريق العام²²، دون أن يكون ما سبق مطلقاً، فحتى تصرف الشخص في ملكه وهو حق مطلق لصاحبه قد يتطلب الأخذ بشروط السلامة في بعض الأحوال كإيقاد النار داخل الملك فالنار تعتبر سريانا وانتشاراً، كما أن بعض الحقوق والتي يستأثر بها بعض الأشخاص كتأديب الزوجة مقيد بشرط السلامة كما سيرد لاحقاً، مع أنه حق خاص بالزوج على زوجته لكن المشرع لاعتبارات يراها اعتبره مقيداً، ربما حتى يقي الزوجة من أي تجاوز أو ضرر محتمل.

كان للخيرية رأي في هذا، فذهبوا إلى أن الزوج يعتبر ضامناً إن ضرب زوجته وأدى إلى تلف بعض أسنانها، وذلك لأن ضرب الزوج زوجته موجب للضمان سواء كان ظلماً أو بحق، فالمباح مقيد بشرط السلامة²³، ربما يكون نفس السبب الذي أدى إلى اعتبار استعمال النار في الملك أمراً مباحاً وليس حقاً، بحكم أن إشعال النار يعني تهديد ممتلكات الآخرين والتأثير عليهم وكأن إشعالها حق عام يشترك فيه الجميع، وأياً كان السبب فإن الباحث يتفق على اعتبار الواجبات والحقوق غير مقيدة بشرط السلامة على عكس المباحات.

²¹ بدر الدين عماري: نظرية التعسف في استعمال الحق عند الإمام الشاطبي، رسالة ماجستير منشورة، بيروت، الشركة الجزائرية اللبنانية، الطبعة الأولى 2009م، ص 89.

²² المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني: الجزء الأول، المكتب الفني- نقابة المحامين، مطبعة توفيق، الطبعة الثانية، عمان 1985، ص 321.

²³ علي الندوي: القواعد الفقهية، دار القلم، الطبعة الرابعة، دمشق 1998، ص 336.

يفسر البعض تقييد الشارع للمباحات دون الحقوق والواجبات بشروط السلامة أن المباحات تتضمن تصرف الفاعل في حقه من جهة وحق غيره من جهة أخرى²⁴ كما هو الحال عند استعمال الطريق العام فبسبب تقييد استعماله راجع إلى أن الطريق العام والمرور منه هو حق لجميع الناس ويمثل حق مشتركاً بينهم جميعاً ومن خلاله يستطيعون التنقل إلى أي مكان وهذا الاستعمال يتم بطريقة مشتركة.

يتبن من خلال ما تم عرضه أن سبب تقييد الإباحات بشروط السلامة راجع إلى أن المباحات تتطلب صدور عدة أفعال وتصرفات في نطاق الإباحة من قبل عدة أشخاص في ذات الوقت، فالإباحة تتضمن أن تكون قابلة للانتفاع من قبل عدة أشخاص وبالتالي فإن خطر حدوث أضرار وارد بشكل أكبر والتجاوزات فيها أوسع، لكن ما هو مبنی هذا الضمان؟ هل هو الفعل الضار أم إساءة استعمال الحق في القانون؟ وهل يعني كون الفعل مباحاً أنه لا يعتبر جوازاً شرعياً في جميع الأحوال؟

ثانياً: ألا يكون الفعل عبارة عن إتلاف مال للغير لمصلحة الفاعل

تتطلب قاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان ألا يكون الفعل الجائز عبارة عن إتلاف مال الغير لمصلحة الفاعل فالضمان يتطلب سبق التعدي كما يرى فقهاء الحنفية والجواز الشرعي يتنافى في حال وجوده²⁵.

من خلال كلمة جواز شرعي يتبين أن هناك شرطاً بديهياً في القاعدة يتطلب أن يكون الفعل الذي أتاه الشخص عبارة عن فعل جائز في المقام الأول كما ذكر سابقاً، بدلالة تسمية القاعد بالجواز

²⁴ علي المرغنياني: الهداية شرح بداية المبتدي، بيروت، المكتبة الإسلامية، ج4، ص197 وما بعدها

²⁵ احمد الزرقا: شرح القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص449.

الشرعي، أي أن الفعل جائز أساساً (لا يشكل فعلاً ضاراً) لكن لدواعي يراها المشرع تم وضع شرطين يقيدان من اعتبار الأفعال الجائزة أفعالاً غير ضامنة وهما الشرطان اللذان تم ذكرهما سابقاً، وبالعودة للشرط الثاني وهو ألا يكون الفعل الجائز عبارة عن إتلاف مال الغير لمصلحة الفاعل يتبين أن هناك استثناء وحيد على الشرط البديهي (فعل جائز) وهو ألا يكون الفعل الجائز قد تم لمصلحة الفاعل وترتب عليه إتلاف مال شخص آخر²⁶.

هذا الشرط يشير بشكل بديهي إلى حالة الضرورة في القانون والتي تعتبر حالة الجواز الشرعي الوحيدة التي يجب مراعاة حقوق الغير أثناء استعمالها²⁷، فالمضطر الذي يقوم بهدم جزء من دار جاره يكون ضامناً لما تم إتلافه حتى لو كان بسبب منع سريان النار إلى داره، إلا إذا كان ذلك بإذن من الحاكم أو بإذن من صاحب الدار نفسه، والسبب في ذلك أن الهدم قد تم من أجل أن ينقذ الفاعل بيته من الحريق، مع أن فعل المضطر جائز وقد اعتبره البعض واجباً، إلا أنه لا يعفي من الضمان، فالاضطرار لا يبطل حق الغير²⁸.

ذكرت القاعدة كذلك في القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976م وذلك تحت بند نطاق استعمال الحق في القانون المدني، حينما تم الإشارة إليها في المادة (61) منه والتي تنص على "الجواز الشرعي ينافي الضمان فمن استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يضمن ما ينشأ عن ذلك من ضرر" هذا يعني أن القانون الأردني اشترط في قاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان شرطان جوهرياً وهما أن يكون الفعل جائزاً في المقام الأول والمتمثل في استعمال حق من الحقوق التي يمنحها القانون للشخص، أما الشرط الثاني المطلوب لانتفاء الضمان فيتمثل في أن يكون

²⁶ محمد الزحيلي: القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، الجزء الأول، دار الفكر، الطبعة الأولى، دمشق 2006، ص 539.

²⁷ وهبة الزحيلي: نظرية الضمان، مرجع سابق، ص 184.

²⁸ أحمد الزرقا: شرح القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص 451.

استعمال الحق ذاته مشروعاً فلا يكفي أن يكون الفعل جائزاً بل يلزم أن يكون استعماله ضمن المشروع، مشيراً في المادة (66) منه إلى الحالات التي لا يعتبر فيها الاستعمال مشروعاً، والتي يطلق عليها معايير التعسف في استعمال الحق، بالمقابل لم تبين قاعدة الجواز الشرعي في الفقه الإسلامي موقفها من النظرية العامة للتعسف من استعمال الحق.

كما أن القانون الأردني أشار إلى شروط السلامة في مادة أخرى منفصلة المادة (292)²⁹ منه، مشيراً إلى أن الضرر الحاصل بسبب استعمال الحق العام (الإباحة) يعتبر فعلاً مستوجباً للضمان طالما كان بالإمكان التحرز من وقوعه، أما بالنسبة للشرط الثاني من القاعدة فإن القانون المدني الأردني قضى باعتبار المضرر مسئولاً بشكل كامل عن الأضرار الحاصلة وبالتالي فإنه يأخذ بشروط القاعدة السابقة ضمناً.

تعد مجلة الأحكام العدلية العثمانية لسنة 1876م وقانون المخالفات المدنية البريطاني رقم (36) لسنة 1944 القوانين المطبقة في فلسطين فيما يخص الشق المتعلق بالمسؤولية عن الفعل الضار، إلا أن قانون المخالفات المدنية ألغى العمل بأحكام المجلة في حال التعارض بينهما، وبما أن قانون المخالفات المدنية لم ينص على القاعدة في أحكامه، بخلاف المجلة التي نصت عليها في المادة (91) منها، تعتبر بذلك مطبقة في فلسطين كما أن مشروع القانون المدني الفلسطيني أشار إلى القاعدة ضمناً في المادة (3) منه، عندما أشار إلى صورة من صور القاعدة وهي استعمال الحق.

وبناء على ما سبق بيانه سيتم تقسيم الدراسة إلى فصلين، يتناول الفصل الأول صور لقاعدة الجواز الشرعي في الفقه والقانون، وذلك في سبيل الوصول إلى رؤية واضحة تمكن القارئ من

²⁹ تنص المادة (292) من القانون المدني الأردني على: استعمال الحق مقيد بسلامة الغير، فمن استعمل حقه العام واضر بالغير ضرراً يمكن التحرز منه كان ضمناً

فهم الدور الذي تلعبه القاعدة وآثرها على الأفعال ومدى توافر شروط القاعدة في كل منها، أما الفصل الثاني فقد تناول حالات انعدام الجواز الشرعي في إشارة واضحة للأفعال التي اختل فيها احد شروط القاعدة وأصبحت أفعالا ضارة موجبة للضمان، مع توضيح علاقة القاعدة بنظرية التعسف في استعمال الحق التي وجدت أصولها في الفقه الإسلامي منذ القدم.

أهمية الدراسة:

تظهر الأهمية النظرية للدراسة في عدة جوانب، فهذه القاعدة تعتبر الاستثناء الوحيد الذي قد يرد على أحكام الفعل الضار، وتعتبر بمثابة الميزان الذي يمكن من خلاله تحقيق التوازن بين الحقوق في المجتمع بحيث لا يطغى إحداها على الآخر، والسبب يعود إلى أن هذه القاعدة تجمع كافة موجبات الضمان مع الحالات التي بها ينتفي الضمان، وتبرز أهمية الموضوع النظرية أيضا من خلال المجال الواسع الذي تغطيه فتشمل الإطار العام للمسؤولية التقصيرية بشكل عام، وبعض الجوانب العقدية كما ذكر سابقا.

أما الأهمية العملية للدراسة فتتمثل في عدم وجود دراسات سابقة تختص بالقاعدة، كذلك قلة الأحكام القضائية فيما يخص موضوع الجواز الشرعي وخاصة في المحاكم الفلسطينية مع اقتصار الأحكام الموجودة على بعض الصور الخاصة التي نص عليها القانون بشكل صريح فنجد أن معظم القرارات المتعلقة بهذا الشأن مقتصرة على حالات كالدفاع الشرعي وحالة الضرورة مثلا، دون أن تتناول الصورة العامة للقاعدة وهي استعمال الحق بشكل عام، بالرغم من كثرة التطبيقات التي تقوم على هذه الصورة.

أهداف الدراسة:

تهدف الدراسة إلى الإحاطة قدر الإمكان بالأمر التالي:

1- البحث في الصور الشهيرة لقاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان، ومحاولة التماس الفوارق

بين رؤية كل من الفقه الإسلامي والقانون الحديث للصور خاصة الشروط الموضوعية.

2- الوقوف على مدى توفر الشروط التي تتطلبها القاعدة في كل صورة من الصور .

3- تناول أحكام الفعل الضار، والمسؤولية التقصيرية فيما يخص ركن الفعل أو الخطأ وذلك

لتحديد المعيار المتبع لاعتبار الأفعال والتصرفات التي يأتيها الإنسان في حكم الإلتاف والتعدي

أو من ضمن الأفعال الجائزة، وعلاقة ذلك بالقاعدة.

4- التطرق للنظرية العامة للتعسف في استعمال الحق بوصفها النظرية المكملة لأحكام المسؤولية

عن الفعل الضار، فبعض الأضرار قد تنشأ عن أفعال مشروعة أو استعمال لحق من الحقوق أي

أنها تخرج عن نطاق الإضرار، وتوضيح موقف قاعدة الجواز الشرعي منها.

حدود الدراسة:

تمثل الدراسة قاعدة فقهية من الفقه الإسلامي وهي قاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان، لذا فإن

الدراسة بشكل عام تتركز حول الأحكام العامة للقاعدة وصور القاعدة المشهورة في قانون

المخالفات المدنية ومجلة الأحكام العدلية كونها القانونين المطبقين في فلسطين، مع التطرق لما

يقتضيه الفقه الإسلامي بهذا الخصوص وما تضمن قانون العقوبات الأردني لسنة 1960م من

صور للقاعدة، على أن تتطرق الدراسة لأحكام الفعل الضار في الفقه الإسلامي والقانون المدني

الأردني ومقارنتها بالمسؤولية التقصيرية القائمة على أساس الخطأ في ظل مشروع القانون المدني الفلسطيني لسنة 2012م وما نص عليه قانون المخالفات المدنية.

كما وتشمل الدراسة البحث في موضوع التعسف في استعمال الحق وذلك في ظل الأحكام والآراء الفقهية الإسلامية فقط، بحكم قيام أحكام النظرية في القوانين الحديثة على ما انتهجه الفقه الإسلامي في هذا الخصوص، وتشمل الدراسة بياناً لبعض الأحكام القضائية والصادرة بشكل أساسي عن القضاء الأردني بالدرجة الأولى كونه أكثر القوانين العربية قرباً وارتباطاً بأحكام الفقه الإسلامي وبعض القرارات القضائية الصادرة عن المحاكم الفلسطينية كذلك بعض المسائل الواردة في الفقه الإسلامي.

منهج الدراسة:

لتحقيق أهداف الدراسة فإنه لا بد من إتباع منهجية قانونية قائمة على التحليل الوصفي المقارن بين القوانين المطبقة في فلسطين، والذي استدعى البحث عميقاً في الدراسات الفقهية الإسلامية ومشروع القانون المدني.

إشكالية الدراسة:

تقتضي قاعدة "الجواز الشرعي ينافي الضمان" أن تعتبر الفعل بغض النظر عن ماهيته أو صفاته فعلاً مشروعاً ولا يترتب أي مسؤولية على عاتق فاعله، فما معيار اعتبار الفعل الجائز فعلاً غير ضامن؟ وإلى أي مدى كانت هذه القاعدة متوافقة مع أحكام المسؤولية التقصيرية في ظل القوانين المقارنة؟ وما علاقة القاعدة بالنظرية العامة للتعسف في استعمال الحق إذا ما نشأ ضرر بسبب تعسف وتعنت صاحب الحق في استعماله؟

الفصل الأول:

صور لقاعدة "الجواز الشرعي ينافي الضمان"

في سبيل التعرف على قاعدة "الجواز الشرعي ينافي الضمان" لا بد من تناول أشهر صور القاعدة في الفقه الإسلامي أو تلك التي ذكرت في القانون الحديث، في محاولة البحث أكثر في خصائص هذه القاعدة والآثار المترتبة على توفرها في كل صورة من الصور، ومدى توفر شروط القاعدة في كل واحدة منها، وذلك من خلال مبحثين يتناول المبحث الأول أشهر صور القاعدة التي نصت عليها القوانين الحديثة صراحة، وخصائص وشروط كل صورة والآثار القانونية المترتبة عليها مع استعراض الآراء الفقهية فيما يخص بعض المسائل والوقوف على ما تقتضيه القوانين الجزائية بهذا الخصوص، أما المبحث الثاني فيتطرق لأشهر الصور التي تناولها الفقه الإسلامي والحديث والتي لم تتطرق لها القوانين الحديثة في نصوصها بالشكل المطلوب.

المبحث الأول: صور لقاعدة الجواز الشرعي في القانون

الجواز الشرعي يمس عدة صور في القانون، هذه الصور لكل منها أحكامها وشروطها الخاصة والتي قد تختلف من قانون لآخر، وعليه سيحاول الباحث التطرق في هذا المبحث لأشهر هذه الصور وفي مقدمتها الصورة العامة للجواز وهي استعمال الحق في المطلب الأول، على أن

يتناول كل من الدفاع الشرعي وحالة الضرورة وتنفيذ أمر الرئيس وذلك في ثلاثة مطالب متتالية، أما المطلب الخامس فيتناول صورة أخرى مهمة من صور الجواز الشرعي وهي رضا المضرور بالضرر.

المطلب الأول: استعمال الحق

يعتبر استعمال الحق من أهم صورة القاعدة في القانون فهو يعتبر الصورة العامة لقاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان، فالعديد من القوانين كمشروع القانون المدني الفلسطيني والقانون المدني الأردني أشارت إلى أن استعمال الحق لا يرتب أي مسؤولية على صاحبه في حال استعماله، طالما كان استعماله لحقه مشروعاً، وذلك بغض النظر عن مقدار الضرر الحاصل، وأشارت هذه القوانين بشكل صريح إلى أن أساس نفي المسؤولية راجع لقاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان³⁰، فما هو الحق؟ وما هي شروط استعماله؟ ومتى يعتبر مشروعاً؟

الحق في اللغة هو " نقيض الباطل وهو مصدر: حق الشيء إذا وجب وثبت بلا شك"³¹، أما بالنسبة تعريفه الاصطلاحي، فقد عرفه فتحي الدريني بأنه " اختصاص يقر به القانون سلطة على شيء أو اقتضاء أداء من آخر تحقيقاً لمصلحة معينة"³²، وللوقوف حول تحديد معناه الاصطلاحي بشكل أدق لا بد من التطرق لصفات الحق وميزاته على النحو التالي:

1- ارتبط مصطلح المصلحة بشكل كبير بالحق إلا أن الحق ليس المصلحة كما يعتقد

البعض وإنما هو السبيل إليها³³.

³⁰ نص مشروع القانون المدني الفلسطيني في المادة (3) منه على: من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يضمن ما ينشأ عن ذلك من ضرر، وفي ذات الاتجاه نص القانون المدني الأردني في المادة (61) منه على: الجواز الشرعي ينافي الضمان فمن استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يضمن ما ينشأ عن ذلك من ضرر.

³¹ ابن منظور: لسان العرب، مرجع سابق، الجزء العاشر، ص 49.

³² فتحي الدريني: الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، مرجع سابق، ص 193.

³³ فتحي الدريني: الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، مرجع سابق، ص 195.

2- مصطلح الحق يشمل كافة أنواع الحقوق، فيشمل حقوق الأسرة وحقوق المجتمع وكذلك الحقوق الغيرية أو الوظيفية.

3- لا يلزم وجود الإرادة حتى تتوفر الحقوق، فالحقوق موجودة بغض النظر عن إدراك وتمييز صاحبها.

4- للحق مقيدات وضوابط يتم الأخذ بها أثناء استعماله وهي تحقيق مصلحة معينة، فلا يخرج استعمال الحق عن هذا القيد³⁴.

تعتبر المصلحة المحرك الأساسي للحق لما تمثله من فائدة ومنفعة يسعى صاحب الحق إلى الوصول إليها من خلال استعماله لحقه، ويقصد بها: "الثمرة التي اقر بها القانون وأعطاه الاعتيار وحض على المحافظة عليها وجعل استغلالها أهمية بالنسبة لصاحبها، وجعل لذلك طريقة وأسلوب معين"³⁵، فحق التصرف من الحقوق العينية التي أجازها القانون لصاحب العين وحده، ومصلحته تقتضي بجعله المتصرف الوحيد بالعين كي يقوم باستغلالها لتحصيل بعض المنافع، كأن يأجرها بمبلغ ما، يقوم بتحصيله من المستأجر فيما بعد، يرى الباحث الاكتفاء بهذا القدر على أن يترك تفصيله لاحقا للفصل الثاني.

يشمل استعمال الحق كصورة عامة للجواز الشرعي كافة الحقوق التي يقرها القانون كالحقوق المالية والتقديرية وغيرها من الحقوق، ويشمل الجواز الشرعي كذلك "الحقوق التي اعتبرها القانون من قبيل الأفعال التي يعتبر فيها الإضرار مشروعاً كالدفاع الشرعي وتنفيذ أمر الرئيس وغيرها

³⁴ فتحي الدريني: الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، مرجع سابق، ص196.

³⁵ عبير القدومي: التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى 2007م، ص13.

من الحقوق التي يطلق عليها فقهاء القانون الجزائري أسباب التبرير، والتي تعتبر أفعالا جائزة رغم اقترانها بصفة التعدي³⁶ والتي سيتم التطرق لها فيما هو قادم.

وتشمل هذه الصورة أيضا استعمال المباحات أو الرخص ومن ضمنها الحريات العامة كحرية في التنقل، فيسري على استعمال الحقوق ما يسري على استعمال المباحات³⁷، لكن ما هو موقف قاعدة الجواز الشرعي من استعمال الإباحات في ظل اشتراطه ألا يكون الفعل الجائز مقيدا بشرط السلامة؟ فهل يعتبر استعمالها منافيا للضمان كما في الحقوق؟

يرى الباحث تأييد الاتجاه³⁸ القاضي باعتبار الإباحات مقيدة بشروط السلامة ضمن نطاق الأفعال الضارة التي يمكن التحرز من وقوعها بحيث لو بذل الفاعل مقدارا معيناً من الانتباه والاحتراز لما وقع الضرر حسب المجرى العادي للأمر، ففي هذه الحالة يكون الفعل أو الإباحة مقيدة بالسلامة ولا مجال لإعمال قاعدة الجواز الشرعي، أما بالنسبة لأفعال الضارة الناشئة عن الإباحة واستعمالها والتي لا يمكن التحرز من وقوعها فإنها غير مقيدة بشروط السلامة، ويلزم الفاعل بالضمان بناء على قاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان.

يشترط الفقه والقانون في مشروعية استعمال أي حق أو إباحة بشكل مبدئي عدة شروط كالآتي:

أولاً: وجود الحق

وجود الحق وعدم وجوده يعتبر أولوية في بحث شروط استعمال الحق فهو محل الاستعمال وصميمه ويتجلى وجود الحق بمعياريين، يقوم المعيار الأول على البحث في الأساس القانوني الذي يستند إليه الحق، ويشمل ذلك البحث في كافة المصادر القانونية للقاعدة القانونية وهي

³⁶ تحسين درويش: استعمال الحق كسبب للتبرير في القانون الجنائي، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر 1985م، ص 110.

³⁷ عماد أبو صد: مسؤولية المباشر والمتسبب، مرجع سابق، ص 234.

³⁸ علي المرغيناني: الهداية شرح بداية المبتدي، بيروت، المكتبة الإسلامية، ج 4، ص 197 وما بعدها.

التشريع والشريعة الإسلامية والعرف والقياس الوارد على ما تحتويه هذه المصادر من قواعد يعترف بها القانون، فالقاعدة القانونية بمثابة ضامن وحامي للحق بمجرد النص عليه، ويترتب عليها عدم جواز المساس بالحق ووجوب احترامه³⁹.

أما المعيار الثاني لوجود الحق فهو العذر أو الرخصة الشرعية وهو عبارة عن ترخيص أو مسوغ قانوني صادر بموجب القانون أو من خلال جهة قانونية مختصة، كالتراخيص الصادرة عن السلطات المختصة لأحد المواطنين والتي تسمح له بإنقاذ الآخرين من الغرق، وما يميز العذر الشرعي عن القاعدة القانونية أن الأعدار الشرعية غير قابلة للحصر فتشمل مجالات لا محدودة كرخصة القيادة التي تعطي الحق للشخص كي يقود مركبة على الطريق العام، وتعطى لكل من تتوفر فيه شروطها⁴⁰.

ثانياً: ألا يكون الحق محل نزاع

الشخص الذي يملك حق استعمال أي حق من الحقوق هو صاحبه فقط، فان كان الحق محل نزاع من قبل عدة أشخاص فالأصل عدم جواز استعماله من قبل أي طرف منهم ، فإدعاء الشخص بأنه هو صاحب الحق وحده لا يكفي لاعتباره صاحب الحق الشرعي في حال وجود نزاع عليه، بل عليه اللجوء للقضاء ليقضي بينه وبين خصمه في ذلك كالدائن الذي يختلس مال المدين وفاء لدينه يعتبر سارقاً وبالتالي متعدياً، زيادة على ما سبق قد يشترط القانون بعض

³⁹عثمان سعيد: استعمال الحق كسبب للإباحة، مكتبة المرحوم المحامي فؤاد عبد الهادي، القاهرة، بدون طبعة1968م، ص333-

334.

⁴⁰ عثمان سعيد: استعمال الحق كسبب للإباحة، مرجع سابق، ص335-336.

الشروط الخاصة على صاحب الحق كالشروط التي على الطبيب التأكد من اقتربها عند إجرائه لعملية جراحية كأخذ موافقة المريض وإجراء العملية كما تقتضي أصول المهنة⁴¹.

ثالثاً: عدم تجاوز حدود الحق

حتى يضمن الشخص عدم تجاوزه لحدود الأفعال والتصرفات التي يقوم بها، لا بد من التأكد من أن ذلك قد تم بالتوافق مع مضمون هذا الحق⁴² وحدوده الموضوعية ونطاقه الذي حدده القانون، للوصول ولتحقيق المصلحة المشروعة التي يتضمنها الحق⁴³، فالقانون حين أعطى الأب حق التأديب، حدد أسلوب التأديب بالضرب ومقداره من خلال جعله خفيفاً لا يولد آثاراً مادية على جسم الابن كالكدمات، فإن خالف الأب ذلك اعتبر متجاوزاً لحدود الحق الموضوعية الممنوح له، وبالتالي لا مجال للقول بأن فعل الأب كان جوازاً شرعياً قائماً على استعمال الحق⁴⁴ لأن الفعل في هذه الحالة يعتبر فعلاً ضاراً مستوجب الضمان.

هذا فيما يخص مشروعية الفعل وكونه استعمال حق من عدمه، لكن ماذا بشأن الاستعمال المشروع للحق والذي أشار إليه القانون المدني الأردني حينما نص على القاعدة في أحكامه؟

⁴¹ طلال أبو عفيفة: شرح قانون العقوبات - القسم العام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى 2012م، ص 197.

⁴² قضت محكمة الاستئناف الفلسطينية بانتفاء مسؤولية البلدية عن الأضرار التي لحقت بالطاعن وممتلكاته، حيث أن الطاعن في وقت سابق قام بنقل مصنعه إلى أرض جديدة خارج نطاق البلدية، ولم تقم البلدية بتوصيل الكهرباء له لرفضه دفع الرسوم التي قررتها البلدية على أصحاب المصانع والمشاغل، وعلى اثره قام الطاعن بشراء مولد، وترى المحكمة أن البلدية قد استعملت حقها ضمن القانون ولا تتحمل ما أصاب الطاعن من ضرر كون المصنع لا يقع ضمن المنطقة الصناعية المقترحة الواقعة خارج حدود البلدية، ولرفضه دفع الرسوم المطلوبة، خاصة وأن البلدية غير ملزمة بالاستمرار بإعطاء التراخيص للمنشآت التي تشكل ضرراً على السكان المجاورين (استئناف مدني، رقم 2010/299، الصادر بتاريخ 2010/12/26).

⁴³ حسن الذنون: المبسوط في المسؤولية المدنية - الخطأ، دار وائل للنشر، عمان، الطبعة الأولى 2006م، ص 382.

⁴⁴ طلال أبو عفيفة: شرح قانون العقوبات - القسم العام، مرجع سابق، ص 198.

يقضي القانون المدني الأردني أن استعمال الحق لا بد أن يتم وفق أساليب مشروعة⁴⁵ من قبل الفاعل، وذلك في سبيل تحقيق هدف محدد وهي مصلحة صاحب الحق، ولا سبيل لاستعمال الحق بوجه مشروع إلا من خلال مراعاة مصالح الآخرين والمصلحة العامة والتوفيق بينها وفق ميزان معين، بحيث لا يصل الأمر إلى حد الاستعمال المطلق للحق، والعبرة في استعمال الحق هي بتحقيق المصلحة التي منحها القانون لصاحب الحق، وطريق ذلك مشروع، إلا إذا تضمن استعمال الحق نية الإضرار بالغير أو اتخاذ الحق ذريعة لذلك وهو ما يسمى بالتعسف في استعمال الحق⁴⁶، فالأصل أن الحق يمنح صاحبه امتيازات قانونية تعطيه حرية التصرف في حقه وتكفل سبل ذلك، ولا يمكن اعتباره حقا غير مشروع أو مصلحة غير مشروعة في أي حال من الأحوال، إلا إذا استخدمه صاحبه بعيدا عن الحدود الاجتماعية التي رسمها القانون، فيكون بذلك متعسفا في استعماله لحقه ويصبح فعلا موجبا للضمان، ولا مجال للقول بان ما صدر كان جوازا شرعيا⁴⁷.

يرى الباحث أن قاعدة الجواز الشرعي كانت واضحة فيما يخص استعمال الحقوق والاباحات حين قضت أن استعمال الحق غير مقيد حتى يعتبر جوازا شرعيا، في حين قيدت استعمال المباحات في حال كان بالإمكان التحرز من وقوع الضرر، وعدم تقييد استعمالها فيما لا يمكن التحرز منه، لأن خلاف ذلك قد يعني أن هناك منعا واردا على استعمال الاباحات وقد يكون

⁴⁵ قضت محكمة التمييز الأردنية بنقض قرار محكمة الاستئناف الذي قضى بتضمين المدعى عليه بدل الأضرار جراء أعمال الإنشاء والبناء التي قام بها والتي سببها تضرر المدعي الذي تأثرت نسب مبيعاته وأرباحه كونه يجاوره في المكان، وأوردت أن سبب النقص يعود إلى أن محكمة الاستئناف لم تكن موقفة في تحديد كون استعمال المدعى عليه لحقه في إقامة البناء على أرضه مشروعا أو غير مشروع، وترى المحكمة أن صاحب البناء لا يكون ضامنا جراء استعمال حقه، إلا إذا توافر قصد التعدي من صاحب الحق أو كانت المصلحة المرجوة من الفعل غير مشروعة أو المنفعة منه لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر أو إذا تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة أو إذا كان الضرر فاحشا أو مخالفا للقوانين المتعلقة بالمصلحة العامة أو المصلحة الخاصة (تمييز حقوقي، رقم 2004/2312، الصادر بتاريخ 2004/12/19، موقع عدالة).

⁴⁶ فتحي الدريني: الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، مرجع سابق، ص 313-315.

⁴⁷ محمد شوقي السيد: التعسف في استعمال الحق، الهيئة العامة للكتاب، بدون مكان نشر، بدون طبعة، 1979م، ص 73.

ذلك سببا للتخوف من الانتفاع بها من قبل الناس، أما بالنسبة لكون الاستعمال مشروعاً من عدمه فإن القانون الأردني ومشروع القانون المدني الفلسطيني كان واضحاً في هذه النقطة فاشتراط وجود حق مشروع واستعمال مشروع له حتى يكون بالإمكان اعتبار الفعل جوازاً شرعياً، بخلاف الفقه الإسلامي الذي حصر القاعدة ضمن الفعل ومشروعيته دون التطرق للاستعمال المشروع .

المطلب الثاني : الدفاع الشرعي

يعتبر الدفاع الشرعي أو كما يسميه البعض بالدفاع المشروع من أهم صور الجواز الشرعي في الفقه والقانون، يُكيف على أنه حق بيد صاحبه يتطلب اجتماع بعض الشروط المطلوبة ويترتب على استعماله انتفاء الضمان⁴⁸، وقد فسر الفقه اعتبار الدفاع الشرعي فعلاً جائزاً لا يترتب الضمان، "أن لكل من المدافع والمعتدي مصلحتين متضادتين، فضلت في الوضع القائم الموجود مصلحة المدافع على مصلحة المعتدي"⁴⁹، وتبرز أهمية هذا الحق في كونه الوسيلة الوحيدة التي تمكن الشخص من درء المخاطر التي تهدده ويحمي نفسه أو نفس غيره من خطر اعتداء الآخرين أو ماله أو مال الغير في حال كان من المتعذر اللجوء إلى السلطات المختصة⁵⁰.

يتضمن هذا المطلب توضيحاً للمقصود بالدفاع الشرعي في محاولة الوصول للأساس القانوني الذي برز منه وذلك في الفرع الأول، أما الفرع الثاني فيتناول أقسام الدفاع الشرعي ومجالات تطبيقه، في حين يذهب الفرع الثالث إلى بحث الشروط الواجب توافرها فيه، على أن يترك تحديد الآثار المترتبة على استعماله للفرع الرابع.

⁴⁸ عاطف النقيب: النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي-الخطأ والضرر، مكتبة صادر، بدون مكان نشر، الطبعة الثانية 1999م، ص166.

⁴⁹ بشار الملكاوي وفيصل العمري: مصادر الالتزام- الفعل الضار، دار وائل للنشر، عمان، الطبعة الأولى 2006م، ص49.

⁵⁰ محمد حسن الشامي: ركن الخطأ في المسؤولية المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون طبعة 1990م، ص206.

الفرع الأول : المقصود بالدفاع الشرعي

أشارت معظم القوانين إلى جواز حق الدفاع الشرعي بما يتضمنه من أفعال يمارسها المدافع في سبيل حماية نفسه أو نفس الغير وماله أو مال الغير من كل اعتداء يحيط بها، وفي مقدمتها قانون المخالفات المدنية المطبق في فلسطين الذي أعطاه تفصيلا واسعا⁵¹، بالمقابل فإن مجلة الأحكام العدلية لم تتناول موضوع الدفاع الشرعي صراحة تاركة ذلك للقواعد الكلية الموجودة والتي أعطت الفائدة والمعنى الكامل لهذا الحق تحت عنوان دفع الصائل كنص المادة (27) منها والذي نص على "الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف"، والمادة(28) التي جاء فيها "إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمهما ضررا بارتكاب أخفهما وغيرها من المواد⁵²، أما بالنسبة للقوانين الأخرى كمشروع القانون المدني الفلسطيني والقانون المدني الأردني، فقد أشارت إلى هذا الحق بما يتضمنه من شروط عامة فقط⁵³، دون أن تعطي أي منها تعريفا لهذه الحق.

يعرف الدفاع الشرعي على أنه "حماية الإنسان لأي نفس معصومة أو مال معصوم أو شرف معصوم من كل خطر حال أو اعتداء غاشم بالقوة اللازمة، وذلك عند تعذر دفع الخطر أو الاعتداء بالوسائل الأخرى المشروعة"⁵⁴، وهو ما يطلق عليه في الفقه الإسلامي بالدفاع الشرعي الخاص (دفع الصائل)، أما الدفاع الشرعي العام فهو موضوع آخر يختلف عن موضوع الدراسة

⁵¹ نصت المادة (25) من قانون المخالفات المدنية على: في أية دعوى تقام بشأن الاعتداء يعتبر دفاعا صحيحا إقامة الدليل: 1- على أن المدعى عليه فعل ما فعل في سبيل حماية نفسه أو حماية شخص آخر ضد استعمال القوة من قبل المدعي.....
⁵² المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني: الجزء الأول، المكتب الفني- نقابة المحامين، مطبعة توفيق، الطبعة الثانية، عمان 1985، ص288.

⁵³ نصت المادة (182) من مشروع القانون المدني الفلسطيني على: من أحدث ضررا وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو ماله أو عن نفس الغير أو ماله كان غير مسئول، على ألا يتجاوز في دفاعه القدر الضروري، وإلا أصبح ملزما بالتعويض بقدر ما تجاوزه. كذلك نصت المادة (262) من قانون أردني على: من أحدث ضررا وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو ماله أو عن نفس الغير أو ماله كان غير مسئول، على ألا يتجاوز قدر الضرورة، وإلا أصبح ملزما بالضمان بقدر ما تجاوزه.

⁵⁴ علاء الدين الشرفي: الدفاع الشرعي العام في التشريع الجنائي الإسلامي، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس 2008م، ص177.

"الارتباط الدفاع الشرعي العام بالاصطلاح الفقهي المشهور الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر المنصوص عليه في أحكام الشريعة الإسلامية الغراء"⁵⁵ .

الفرع الثاني: أقسام الدفاع الشرعي

ذكر الفقه والقانون حالات وصور لحق الدفاع الشرعي بالنظر إلى محل الشيء المدافع عنه كالآتي:

1) الدفاع عن النفس أو نفس الغير

ذهب قانون المخالفات المدنية إلى أن من حق الشخص استعمال حق الدفاع الشرعي وذلك في سبيل حماية نفسه أو نفس الغير من كل خطر يهدد حياتهما، هذه الحالة من الدفاع الشرعي تتطلب توفر العديد من الشروط العامة حتى تكون جائزة، وهي أربع شروط بنص القانون⁵⁶، يتطلب توافرها في جميع حالات الدفاع الشرعي كما في الفرع الثالث، وفي هذا الاتجاه أشار قانون العقوبات الأردني إلى أن من حق الشخص قتل أو إصابة غيره بجراح وغيرها من الأفعال المؤثرة على المهاجم، من اجل حماية نفسه أو نفس غيره من خطر المهاجم، وذلك بتوفر نفس الشروط المطلوبة سابقاً⁵⁷، وجعل هذا الحق "جائزاً ضد جميع الجرائم الواقعة على النفس كائنة ما

⁵⁵ علاء الدين الشرفي: الدفاع الشرعي العام في التشريع الجنائي الإسلامي، مرجع سابق، ص179.

⁵⁶ نصت المادة(25/1) من قانون المخالفات المدنية على: في أية دعوى تقام بشأن الاعتداء يعتبر دفاعاً صحيحاً إقامة الدليل على أن 1- المدعى عليه فعل ما فعله في سبيل حماية نفسه أو حماية شخص آخر ضد استعمال القوة من قبل المدعي دون وجه مشروع، وان ما فعله لم يتجاوز ما هو ضروري، ضمن الحد المعقول لأجل تلك الغاية، وان الضرر الذي لحق بالمدعي من جراء الاعتداء لم يكن غير متلائم مع الضرر الذي أريد تجنبه.

⁵⁷ نص قانون العقوبات الأردني لعام 1960 في المادة(1/341) على: تعد الأفعال الآتية دفاعاً مشروعاً 1- فعل من يقتل غيره أو يصيبه بجراح أو بأي فعل مؤثر دفاعاً عن نفسه أو عرضه أو نفس غيره أو عرضه بشرط: 1- أن يقع الدفاع حال وقوع الاعتداء ب- أن يكون الاعتداء غير محق ج- أن لا يكون في استطاعة المعتدى عليه التخلص من هذا الاعتداء إلا بالقتل أو الجرح أو الفعل المؤثر.

كانت بغض النظر عن جسامتها"⁵⁸، ويشمل ذلك استعمال العنف على أساس انه حق دفاع شرعي وذلك بهدف إحباط مؤامرة ضد امن الدولة على اعتبار أن الدولة هي شخص معنوي"⁵⁹. وهو نفس الاتجاه الذي اخذ به الفقه الإسلامي الذي وردت فيه العديد من الأدلة التي تشير إلى جواز الدفاع عن النفس أو نفس الغير، ومنها ما روي عن سعيد بن زيد أن النبي قال: "من قاتل دون أهله أو ماله فهو شهيد .. ولا يجب عليه في شيء من ذلك ضمان .. وإن صالت عليه بهيمة فلم تدفع إلا بالقتل فقتلها لم يضمن لأنه إتلاف بدفع جائز، فلم يضمن كما لو قصده ادعي فقتله للدفع"⁶⁰ وغيرها من الأدلة الشرعية الأخرى.

يذهب قانون المخالفات المدنية إلى أن حالة الدفاع الشرعي عن النفس أو نفس الغير تصح تجاه المعتدي الذي يعاني من مشاكل عقلية أو جسدية كالصغير والمجنون أو الشخص الذي اختل شعوره لأحد الأسباب، حيث يرى المشرع أن الدفاع الشرعي جائز ضدهم طالما توفرت الضرورة في ذلك أو أن الظروف المحيطة أظهرت ذلك حسب المجرى الاعتيادي للأمر، مع توفر النية الحسنة من قبل المدافع، دون أن ننسى توفر باقي الشروط العامة المطلوبة التي يجب توافرها في كافة حالات الدفاع الشرعي"⁶¹.

وهو نفس الاتجاه الذي حذا به الفقه الإسلامي كالحنبلة"⁶² الذين يتفقون على جواز الدفاع الشرعي ضد المهاجم أيا كان، وبغض النظر عن كون المعتدي صغيرا أو مجنون، أما فيما يتعلق بكون المعتدي من ضمن الحيوانات فجمهور فقهاء المالكية والشافعية يرون أن المدافع في هذه الحالة لا

⁵⁸ كامل السعيد: شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الثالثة 2011م، ص142.

⁵⁹ كامل السعيد: شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات، مرجع سابق، ص151.

⁶⁰ حافظ المنذري: مختصر صحيح مسلم، الجزء الثاني، ص48، رقم1086.

⁶¹ تنص المادة (25/هـ) من قانون المخالفات المدنية: في أية دعوى تقام بشأن الاعتداء يعتبر دفاعا صحيحا إقامة الدليل هـ-على أن المدعي كان مختل الشعور أو متأثرا بعلّة عقلية أو جسدية وان استعمال المدعى عليه القوة كان في الواقع ضروريا، أو اظهر انه ضروري ضمن الحد المعقول، لوقايته أو وقاية أشخاص آخرين وان استعماله القوة قد جرى بسلامة نية ودون قصد سيء.

⁶² نصت مجلة الأحكام الشرعية الحنبلية للقاري أن: من قتل دفاعا عن نفس، حيوانا صائلا لا يندفع إلا بالقتل ولو كان ادنيا صغيرا أو كبيرا، عاقلا أو مجنونا لا ضمان عليه.

يضمن قيمة الدابة، بحكم زوال الحماية القانونية عنها، وأنه لا سبيل لدرء شرها سوى بقتلها⁶³، وذهب رأي ثاني يؤيده الباحث إلى أن دفع خطر الصبي والمجنون لا يعتبر من ضمن حالات الضرورة، وإنما هو دفاع شرعي لاعتبار الفعل الصادر منهما جريمة، وبالتالي ليس على المدافع أي ضمان طالما أن المدافع قبل أن يبادر بالدفاع عن نفسه قد قام بالاستغاثة ولم يصله أي غوث ودافع بشكل تدريجي شيئاً فشيئاً⁶⁴.

(2) الدفاع عن المال أو مال الغير

يعتبر المال من أهم مقومات الحياة بالنسبة للإنسان حيث نصت جميع التشريعات على أهمية حماية الأموال ومنع الاعتداء عليها، وليس غريباً أن جعلها القانون من ضمن أقسام الدفاع الشرعي، حيث ذهب قانون المخالفات المدنية إلى تقرير جواز الدفاع الشرعي عن المال أو مال الغير، إلا أنه جعل دفاع الشخص عن مال الغير مقيداً بضوابط محددة، وذلك من خلال إضافة مجموعة من الشروط الخاصة بزيادة على ما يقتضيه الدفاع الشرعي بشكل عام من شروط عامة يتطلب توافرها في كافة الحالات، فقانون المخالفات يشترط في الدفاع الشرعي عن مال الغير في العقارات أن يكون المدافع شاغلاً لهذا العقار أو مفوضاً بذلك من قبل صاحبه لحفظه ورعايته، بحيث تتجلى الغاية من الدفاع في منع دخول أو محاولة دخول المهاجم للعقار أو منعه من مغادرته أو محاولة ذلك في حال دخوله، ويشترط فيما سبق أن يكون دخول أو خروج المهاجم للعقار أو محاولة ذلك قد تم باستعمال للقوة منه، فإن لم يحم المهاجم بذلك، فإن على المدافع أن يمنحه فرصة معقولة للتراجع عن فعله وإعطائه الوقت الكافي بعد طلب ذلك منه⁶⁵.

⁶³ إسماعيل المحاقري: الإغفاء من المسؤولية المدنية في القانون المدني اليمني، سعد سمك للنسخ والطباعة، القاهرة، بدون طبعة 1996م، ص 61.

⁶⁴ محمد حسن الشامي: ركن الخطأ في المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص 220.

⁶⁵ نصت المادة (25/ب) من قانون المخالفات المدنية على: أن المدعى عليه بصفته يشغل مالا غير منقول أو يقوم بعمله بتقويض من مشغل ذلك المال، استعمل درجة معقولة من القوة ليمنع المدعي من الدخول إلى ذلك المال غير المنقول دخولا غير مشروع أو ليخرج

وفي حال كان مال الغير الذي يراد الدفاع عنه منقولاً فإن قانون المخالفات المدنية يشترط عدة شروط خاصة في ذلك، وهي أن يكون المدافع حائزاً لهذا المال حيازة مشروعة، فيحق للحائز في هذه الحالة أن يدافع عن المنقول الذي تحت يده ضد المهاجم في أحوال محددة، وهي أن يحاول المهاجم أن يجعل المنقول تحت يده، أو في حال قام المهاجم بأخذ هذا المال ووضعه تحت يده بصورة غير مشروعة، فإن لم يقم المهاجم بأخذ أو بمحاولة اخذ المنقول بالقوة فإن على المدافع قبل الالتجاء للقوة أن يطلب من المهاجم أن يتراجع عن أخذه في حال حاول ذلك، فإن أخذه الأخير فإن عليه أن يطلب منه إرجاعه مع إعطائه فرصة معقولة لذلك⁶⁶.

أما قانون العقوبات الأردني فقد أجاز قتل الغير أو إصابته بجراح وغيرها من الأفعال المؤثرة وذلك من أجل حماية المال أو مال الغير الذي يحفظه المدافع في أحوال محددة، فلا يحق للمدافع أن يلجأ لما سبق إلا أثناء قيام المهاجم بسرقة أو نهب المال مع استخدامه لمقدار ما من العنف غير محدد، أو أن يكون المهاجم قد قام بسرقة المال دون استخدام للعنف إلا أن من شأن هذه السرقة أن تؤدي إلى ضرر جسيم كسرقة مبلغ كبير تجعل المدافع في حالة من شأنها أن تفسد اختياره أو إرادته⁶⁷، وبالتالي يلزم البحث في العناصر الشخصية للحالة، فالمدافع عن المال باستعماله فعل القتل أو

المدعي منه بعد أن دخله دخولا غير مشروع وبقي فيه، ويشترط في ذلك انه إذا كان المدعي لم يدخل إلى ذلك المال غير المنقول أو لم يحاول الدخول إليه بالقوة، وجب على المدعي عليه أن يكون قد كلف المدعي الامتناع عن الدخول إلى ذلك المال غير المنقول أو الخروج منه، إذا كان قد دخله، وان يكون قد أتاح للمدعي فرصة معقولة لان يراعي تكليفه بسكون.

⁶⁶ نصت المادة (25/ج) من قانون المخالفات المدنية على: في أية دعوى تقام بشأن الاعتداء يعتبر دفاعا صحيحا إقامة الدليل ج- على المدعي عليه بصفته صاحب حق في حيازة أي منقول مال، استعمل درجة معقولة من القوة ليدافع عن حيازته لذلك المال، وإذا كان المدعي قد اخذ ذلك المال المنقول أو احتفظ به بصورة خاطئة، استعمل المدعي عليه درجة معقولة من القوة لإعادة حيازة ذلك المال من المدعي، ويشترط في ذلك انه إذا لم يأخذ المدعي أو لم يحاول اخذ المال المنقول بالقوة، وجب على المدعي عليه أن يكون كلف المدعي الامتناع عن اخذ المال المنقول، أو إذا كان قد أخذه أن يعيده إلى المدعي عليها وان يكون أتاح للمدعي فرصة معقولة لا يراعي تكليفه بسكون.

⁶⁷ نص قانون العقوبات الأردني لسنة 1960 في المادة (2/341) على: تعد الأفعال الآتية دفاعا مشروعا 2- فعل من يقتل غيره أو يصيبه بجراح أو بأي فعل مؤثر دفاعا عن ماله أو مال غيره الذي هو في حفظه بشرط أ- أن يقع الدفاع أثناء النهب أو السرقة المرافقين للعنف أو ب- أن تكون السرقة مؤدية إلى ضرر جسيم من شأنه أن يخل بإرادة المسروق منه ويفسد اختياره ولو لم يرافقه عنف. وان لا يمكن في كلتا الحالتين المذكورتين أيضا دفع السارقين والناهبين واسترداد المال بغير القتل أو الجرح أو الفعل المؤثر.

⁶⁷ مصطفى الزرقا: الفعل الضار والضمان فيه، دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى 1988م، ص36.

الجرح مفيد لدرجة كبيرة من خلال حصر الدفاع في نطاق المنقولات فقط، وفي جرائم محددة تتطلب شروطاً خاصة كالسرقة بغض النظر عن كون المدافع المالك الحقيقي أو مسئولاً عن حفظه فكلاهما يأخذ نفس الحكم⁶⁸.

"يسري الدفاع الشرعي عن المال أو مال الغير في الفقه الإسلامي بغض النظر عن مقدار المال المعتدى عليه أو حتى قيمته"⁶⁹، دون أن يحدد حالات معينة لذلك أو يضع قيداً ما أو مقداراً أو النتيجة المتوقعة من الدفاع، طالما توفرت الشروط العامة المطلوبة كأن يكون فعل الدفاع بالقدر المطلوب لدرء الخطر دون أي زيادة⁷⁰، بدلالة الحديث الشريف سابق الذكر (جاء رجل إلى رسول الله فقال: يا رسول الله أرأيت إذا جاء رجل يريد اخذ مالي؟ قال: فلا تعطه مالك، قال أرأيت إن قاتلني؟ قال: قاتله، قال أرأيت إن قاتلني؟ قال: فأنت شهيد، قال أفأرأيت إن قتلته؟ قال: هو في النار) وهذا الحديث كان واضح الدلالة من حيث إقراره مشروعية الدفاع عن المال، والنفس وعدم مسؤولية المدافع عن أي إصابة تلحق بالمهاجم.

لكن الخلاف قائم فقهاً حول مدى وجوب الدفاع عن المال أو مال الغير فأغلب فقهاء الشريعة يرون أن الدفاع عن المال هو جائز كون المال من المباحات ويجوز التخلي عنه باستثناء الأموال التي هي عبارة عن كائنات حية كالحيوانات، أو الأموال التي تتعلق بحقوق الغير فاعتبروا الدفاع عنها بمثابة واجب يقع على عاتق الشخص⁷¹، أما فيما يتعلق بالدفاع عن مال الغير فقد اختلف الفقهاء بين موجب لذلك ومجيز فقط، فمن يذهب إلى وجوب دفاع الشخص عن مال غيره يرى أن سبب

⁶⁸ كامل السعيد: شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 148-149.

⁶⁹ ابن عابدين: حاشية رد المحتار، الجزء الرابع، دار الفكر، الطبعة الثانية، بيروت 1992 ص 117.

⁷⁰ مصطفى الزرقا: الفعل الضار والضمان فيه، دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى 1988م، ص 36.

⁷¹ محمد حسن الشامي: ركن الخطأ في المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص 224.

ذلك راجع لاعتبارات اجتماعية ومالية وما تقتضيه مكارم الأخلاق، إلا أن نظرة اغلب الفقه تتجه إلى جواز الدفاع عن مال الغير فقط⁷².

3 (الدفاع عن العرض أو عرض الغير

عرض الإنسان هو جانب من جوانب الشخصية للإنسان والتي يسعى دائماً لان تكون نقيه طاهرة من أي مساس أو اعتداء أو خدش، وهو ما كان بنص صريح في العديد من الأحاديث النبوية والآيات الكريمة التي اعتبرت الدفاع عنه من ضمن حالات الدفاع الشرعي الجائزة، كما جاء في الحديث النبوي: (كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه)⁷³.

ويلاحظ من استعراض أحكام القوانين الحديثة ومن ضمنها قانون المخالفات فيما يخص الدفاع الشرعي أنها لم تنص صراحة على جواز الدفاع عن العرض، وذلك لان المقصود بالنفس من منظورها هو جميع الحقوق للصيقة بشخصية الإنسان وفي مقدمتها الحق في الحياة والحرية والعرض والشرف وغيرها من الحقوق، وبالتالي ما ينطبق على النفس من قواعد فيما يخص حق الدفاع الشرعي ينطبق على باقي الحقوق للصيقة بالإنسان وشخصيته⁷⁴. إلا أنها لم تحدد ما هي الأفعال التي يأتيها المهاجم ويكون من شأنها الاعتداء على عرضه وكرامته وشرفه، والى أي حد يمكن اعتبار ذلك الفعل اعتداء يعطي المدافع الحق في استعمال حق الدفاع الشرعي.

وفي هذا الشأن يذهب قانون العقوبات الذي نص صراحة على حق الدفاع الشرعي عن العرض إلى انه جائز في حال توفر احد الجرائم التي تقع على العرض والشرف كالاغتصاب وهناك العرض وصولاً إلى الحض على الفجور والأخلاق العامة وخرق حرمة الأماكن الخاصة بالنساء، إلا أن

⁷² زياد ساخن: الدفاع الشرعي الخاص (دفع الصائل) في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس 2008، ص118.

⁷³ ابن ماجه: سنن ابن ماجه، حديث رقم 3933، ص249

⁷⁴ عاطف النقيب: النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي-الخطأ والضرر، مرجع سابق، ص167.

الخلافاً قائم حول الجرائم الأخرى والتي أكثر ما تمس كرامة الإنسان ووجدانه كالتحقير والشتيم بين مجيز لحق الدفاع فيها، وبين من لا يرى داعي لذلك، بحكم أن الدفاع الشرعي عادة ما يكون عبارة عن قوة مادية تواجه قوة مادية أخرى مقابلة لها وبالتالي لا يمكن إعماله ضد فعل معنوي متمثل بالشتيم⁷⁵ كما يذهب الفقه الفرنسي⁷⁶، وفي هذا يرى الدكتور كامل السعيد أن "الدفاع الشرعي جائز ضد هذه الجرائم شريطة أن يكون في ظروف الواقعة ما يحمل القول بان استعمال العنف المادي من المدافع كان لازماً لوقفها"⁷⁷.

الفرع الثالث : شروط الدفاع الشرعي

أشار قانون المخالفات المدنية في المادة(25) والمادة(24) منه إلى مجموعة من الشروط العامة التي لا بد من الأخذ بها في حال استعمال حق الدفاع كالاتي:

1) وجود خطر اعتداء حال

يتطلب القانون في حالة الدفاع الشرعي وجود خطر اعتداء محيط بالمدافع⁷⁸، فقد أشار قانون المخالفات المدنية إلى أن الاعتداء الموجب لحق الدفاع يتمثل في حالتين، تتمثل الحالة الأولى باستعمال المهاجم للقوة تجاه المدافع من خلال الضرب أو اللطم أو الدفع وأي صورة أخرى مباشرة

⁷⁵ كامل السعيد: شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات، مرجع سابق، ص143.

⁷⁶ يذهب الفقه الفرنسي إلى أن قذف شخص لآخر سواء كان عن طريق النشر أو الكلمة المنطوقة باللسان المستفز لا يعطي من تم قذفه حق الدفاع عن نفسه من خلال ضرب القاذف مثلاً واعتبرته من قبيل الانتقام (عثمان سعيد: استعمال الحق كسبب للإباحة ، مرجع سابق، ص384).

⁷⁷ كامل السعيد: شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات، مرجع سابق، ص144.

⁷⁸ قضت محكمة النقض الفلسطينية بمسؤولية الطاعن عن قتل الضحية، حيث ترى المحكمة بان الطاعن لم يكن في حالة دفاع شرعي كما يرى هو، إذ أن الطاعن فور علمه بإطلاق النار من جانب المغدور اصطحب شقيقه وتوجه للمكان الذي يتواجد فيه المغدور وفور وصوله قام كل من القاتل والمقتول بإطلاق النار على الآخر، ونتج عن ذلك موت المغدور وإصابة الطاعن بعدة طلقات لكنه نجا من الموت، حيث أن المحكمة اعتبرت فعل الطاعن بمثابة عدوان على الطرف الآخر، حيث أن إطلاق النار بدأ في وقت واحد من الطرفين، والطاعن بتوجهه مع أشقائه إلى مكان الضحية لا يكون ضمن حالة دفاع شرعي فالخطر الذي أصاب الطاعن ليس بالخطر المشروع كما أن الطاعن لم يقم بالتوجه للسلطات المختصة لكي يأخذ القانون مجراه وقرر اخذ حقه بيده(نقض جزاء، رقم2011/142، الصادر بتاريخ2012/4/2).

أو غير مباشرة، أما الحالة الثانية فتتمثل بقيام المهاجم بمحاولة القيام بما سبق أو التهديد بارتكابه، أو صدور إيماء منه يفيد بذلك طالما كانت هذه الأفعال من شأنها أن يعتقد المدافع بان المهاجم عازم على فعل ما سبق، وأشار القانون إلى أن الاعتداء قد يتم برضا من المدافع إذا ما صدر معييا بواسطة الاحتيال والغش، ويلاحظ في التعريف الذي أشار إليه القانون أن النص اشترط في الاعتداء أن يكون مقصودا، وعليه فإن الدفاع الشرعي لا يمكن أن يقع إلا في مواجهة أفعال وجرائم مقصودة من قبل المهاجم⁷⁹.

وبشير القانون إلى أن استعمال القوة يشمل كافة الأشياء التي من شأن استعمالها إلحاق الضرر بالآخرين كالكهرباء والحرارة⁸⁰، والعبرة في ذلك كله متمثلة بوجود حالة من الخوف من وقوع خطر أو اعتداء يعتري المدافع، بحيث يوحي هذا الخطر للمدافع انه يستهدفه وأن السبيل الوحيد الذي أمامه هو أن يواجهه، أو أن المدافع قد توقع⁸¹ ذلك حسب المجرى العادي للأمر بحيث أن من شأن الدفاع الشرعي أن يبذل من هذا المجرى ويجنبه وقوع الضرر⁸².

يقصد بالخطر الحال كل خطر لم يقع بعد من المتوقع حدوثه قريبا، فمن غير الحكمة منح حق الدفاع الشرعي بعد وقوع الضرر، ينشا الخطر من وقت تأهب المهاجم لارتكاب الجريمة، والذي

⁷⁹ عرف قانون المخالفات المدنية الاعتداء في المادة (24/أ) منه بأنه: (استعمال أي نوع من أنواع القوة نحو شخص آخر عن قصد، سواء كان ذلك بطريق الضرب أم اللطم أم الدفع أم بأية صورة أخرى، مباشرة أو غير مباشرة، بغير رضى المعتدى عليه أو برضاه إذا كان هذا الرضا قد إستحصل عليه بطريق الغش والاحتيال أو بمحاولة استعمال تلك القوة أو التهديد نحو شخص آخر بفعل أو إيماء إذا كان القائم بالمحاولة أو التهديد قد تسبب في حمل الشخص الآخر على الاعتقاد بناء على أسباب معقولة، بأنه كان ينوي في ذلك الحين ويملك من القدرة ما يمكنه من تنفيذ غايته).

⁸⁰ نصت المادة (24/ب) من قانون المخالفات المدنية على: إيفاء بالغايات المقصودة من هذه المادة تشمل عبارة "استعمال القوة" استعمال الحرارة أو النور أو القوة لكهربائية أو الغاز أو الرائحة أو أية مادة أخرى أو شيء آخر، مهما كان نوعه إذا استعمل إلى درجة ينجم عنها ضرر.

⁸¹ قضت المحكمة العليا بغزة بصفتها محكمة نقض ببراءة المتهم من تهمة قيادة السيارة دون اتخاذ الحيطة الكافية لمفاجآت الطريق والذي لم يوقف سيارته رغم رؤيته المجني عليها متعلقة بباب سيارته، مما تسبب في وقوعها على الأرض وإصابتها بعدة إصابات، بحجة أن المتهم كان في حالة دفاع شرعي عن نفسه حيث أن المصابة كانت تمسك بقميصه وهو في السيارة وما كان منه إلا أن يهرب بالسيارة توقفا للخطر الذي توقعه فادى ذلك إلى سقوطها على الأرض، وترى المحكمة أن المدعى عليه غير ملزم بأي تعويض تجاه المصابة حسب القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية (نقض مدني رقم 2004/40، الصادر بتاريخ 2006/2/11، موقع المقتفي).

⁸² عاطف النقيب: النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي-الخطأ والضرر، مرجع سابق، ص166 وبداية ص167.

لا يلزم أن يكون حقيقياً، وإنما يكفي أن يعتقد المدافع ذلك طالما كان اعتقاده قائماً على أسس معقولة، وبغض النظر عن كون الخطر يستهدف المدافع أو يهدد حياته أو عرضه أو ماله أو حياة الآخرين أو عرضهم أو ماله⁸³، كما انه من غير المتصور أن يكون الدفاع الشرعي ضد خطر مستقبلي أي غير قريب الحدوث، حيث أن بإمكان المدافع أن يلجأ مثلا للسلطات العامة طلباً للحماية والإغاثة⁸⁴.

هذا الخطر لا بد أن يهدد بحدوث نتيجة جريمة أو ضرر متوقع حدوثه، بحيث أن استمرار حدوثه سيؤدي في النهاية إلى تحقق هذه النتيجة الضارة، كالشخص الذي يستمر بضرب آخر بالعصا على رأسه، فبالرغم من أن جريمة الضرب في هذه الحالة قد وقعت سابقاً لكنها مستمرة، كما أن خطر حدوث نتيجة جريمة اكبر كالقتل واردة، وعليه يكون للشخص حق الدفاع عن نفسه ضد خطر الموت والقتل⁸⁵، أي يلزم في الاعتداء أو الخطر الذي اثار حفيظة المدافع أن يمثل حالة من اثنتين، الحالة الأولى: أن يكون المهاجم أي المعتدي قد باشر في اعتدائه ولكنه لم ينته بعد من ذلك، والحالة الثانية: أن يكون فعل المعتدي من الأفعال التي بفعل بطبيعته يقبل التكرار، وكانت الظروف المحيطة توحى بان المعتدي لن يتوقف عن تكرار فعله⁸⁶، كذلك يشترط في الخطر الحال ألا يكون مثاراً من قبل المدافع أو من نتاج إرادته فمن يحمل شخصاً على مهاجمته بوسيلة ما لا يجوز له أن يستخدم حق الدفاع الشرعي في مواجهة المعتدي لأنه بمثابة المعتدي ضمناً⁸⁷.

(2) أن يكون الخطر الحال غير مشروع

⁸³ سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني- المجلد الأول- الفعل الضار، بدون ناشر، الطبعة الخامسة 1992م، ص 296-297.

⁸⁴ عاطف النقيب: النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي-الخطأ والضرر، مرجع سابق، ص 168.

⁸⁵ طلال أبو عفيفة: شرح قانون العقوبات- القسم العام، مرجع سابق، ص 203.

⁸⁶ أمين دواس: مجلة الأحكام العدلية وقانون المخالفات المدنية، المعهد القضائي الفلسطيني، الطبعة الأولى، رام الله 2011، ص 56.

⁸⁷ طلال أبو عفيفة:، شرح قانون العقوبات- القسم العام، مرجع سابق، ص 203.

يتطلب حق الدفاع الشرعي أن يكون فعل المهاجم بمثابة اعتداء أو محاولة اعتداء على المدافع وليس استعمالاً لحق أو أداء لواجب يبيحه القانون، فلا يجوز للشخص أن يستعمل حق الدفاع الشرعي إذا ما تم القبض عليه وهو متلبس بجناية ما، أو مقاومته لكل ما هو متعلق بأعمال السلطات العامة، ولو كان عمل السلطات في ذاته مخالفاً للقانون، لأن الخطر في تلك الحالتين يعتبر مشروعاً⁸⁸، إذن فالدفاع الشرعي لا يجوز ضد الأفعال التي تعتبر جوازاً شرعياً وفق ما تقتضيه القاعدة.

فقد نص قانون المخالفات المدنية بشكل صريح على أن الدفاع الشرعي لا يمكن أن يتم بأي شكل من الأشكال في وجه كل من يقوم بواجب قانوني مصرح به، كتفويض مذكرة حجز صادرة من محكمة أو سلطة ما، حتى لو كانت صيغة التصريح تعاني من نقص في الصيغة، وأشار القانون كذلك لحالات أخرى، ومن ضمنها عدم جواز دفاع الابن عن نفسه بوجه ما يتعرض له من قصاص وتأديب من وليه أو معلمه طالما التزم متولي الرقابة بحدود التأديب وكان ذلك ضمن المعقول، كما أن القانون أشار إلى أن حالة الدفاع الشرعي لا تكون جائزة وذلك في حال كان كل من المدافع والمهاجم ينتميان إلى جهة حكومية مختصة بتنفيذ القوانين، فاعتبر القانون أن المدافع الذي ينفذ ما تقتضيه هذه القوانين من أحكام بموجب ما تخوله من صلاحيات، لا يجوز الاعتداء عليه من قبل أي شخص آخر يعمل في نفس السلك بحجة قيامه بالدفاع عن نفسه بسبب تنفيذ الأول لواجبه، فالخطر في جميع الحالات السابقة يعتبر خطراً مشروعاً⁸⁹.

⁸⁸ سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني - المجلد الأول - الفعل الضار، مرجع سابق، ص 300-301.

⁸⁹ تنص المادة (25/د،و،ز) من قانون المخالفات المدنية على: في أية دعوى تقام بشأن الاعتداء يعتبر دفاعاً صحيحاً إقامة الدليل - على أن المدعى عليه كان ينفذ، أو يساعد بطريقة مشروعة في تنفيذ مذكرة قبض أو أمر حبس أو إحالة أو مذكرة حجز صادرة من محكمة أو سلطة مشروعة ذات اختصاص، بشرط أن يكون الفعل المشكو منه مصرحاً به في مذكرة القبض أو أمر الحبس أو الإحالة أو مذكرة الحجز، رغم وجود نقص في صيغة مذكرة القبض أو أمر الحبس أو الإحالة أو مذكرة الحجز أو في طريق إصدارها و- على أن المدعي والمدعى عليه ينتميان معاً إلى قوات جلالته المسلحة وأن المدعى عليه قد قام بعمله بموجب الصلاحية المخولة له في أي قانون من قوانين الإمبراطورية أو أي قانون أو تشريع آخر من القوانين أو التشريعات التي تنطبق على تلك القوات وفقاً لأحكام ذلك

وبناء على ذلك، فإن باشر احدهم حق الدفاع عن نفسه أو ماله فإنه لا يحق للمعتدي أن يتذرع بوجود اعتداء عليه من قبل المدافع، لان اعتداء المدافع مشروع، بمعنى آخر لا دفاع مشروع في وجه دفاع آخر، إلا إذا تجاوز المدافع الحدود الموضوعية المقررة في القانون⁹⁰.

يسري ما سبق على الأموال التي تعتبر من ضمن الأموال المحرمة، أو المواد التي يحظر القانون حيازتها كالمخدرات فلا يجوز التذرع بالدفاع الشرعي إذا وقع اعتداء أو إتلاف على الأموال التي يمنع القانون استعمالها، بحكم أن الخطر في هذا الوضع يعتبر مشروعاً، نظراً لان محل الحق الذي وقع عليه الخطر غير مشروع، فالفقه الإسلامي لم يعتبر إتلاف الخمر ولحم الخنزير اعتداءً أو ما شابهه ورتب على ذلك انه لا يجوز لصاحبها أن يدافع عن إتلافها، وهو ما ينطبق على المواد التي يحظر القانون حيازتها أو استعمالها كالمخدرات، فالقانون يمنع حيازة هذه الأموال بالأساس⁹¹.

(3) أن يتناسب فعل الدفاع مع الخطر

يجب أن يتم فعل الدفاع بالقدر الذي من شأنه درء ودفع الخطر بلا تجاوز⁹² وإلا اعتبر المدافع متعدياً ووجب عليه التعويض بقدر ما تجاوز الحد اللازم لدفع الخطر، وضابط تحديد فعل الدفاع إن

القانون أو التشريع ز- على أن المدعى عليه هو والد المدعي أو ولي أمره أو معلم مدرسته، أو شخص آخر تشبه صلة القرابة المتكونة بينه وبين المدعي صلة الوالد أو ولي الأمر أو معلم مدرسته، وأنه إنما أوقع على المدعي ما كان ضرورياً من القصاص، ضمن الحد المعقول، لإصلاحه.

⁹⁰ عبد القادر عودة: التشريع الجنائي الإسلامي (مقارناً بالقانون الوضعي)، الجزء الأول، مكتبة دار التراث، بدون طبعة وسنة نشر، القاهرة، ص488.

⁹¹ منصور البهوتي: كشاف القناع على متن الإقناع، الجزء الثالث، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بدون طبعة، 1982، ص152.

⁹² ذهبت محكمة التمييز العراقية في قرار صادر عنها أن المتهم قد تجاوز حدود الدفاع الشرعي عندما قام بإطلاق النار بواسطة رشاشه على المجني طليقتين أدت في النهاية إلى إصابته، وذلك بعد مطاردة من قبله حيث أن المجني عليه لاذ بالفرار بعد أن هاجم المتهم (حسن الذنون: المبسوط في المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص659 وبداية ص660) عن (تميز (جنائي) 1973/8/13 النشرة القضائية ع3 سورة 4 ص364).

كان فيه تجاوز أم لا، مرده ما قضى به قانون العقوبات⁹³ الذي يرى بان التناسب بين فعل الدفاع والاعتداء لا يعني أن يكون الضرر الناتج عن فعل الدفاع مساويا للضرر الذي كان سينتج عن الاعتداء أو خطره، لأنه من غير المعقول أن يكون المدافع حين دفاعه قد قام بتقدير ما كان سيحل به من ضرر لو استمر المعتدي في اعتدائه، إنما يكون التناسب عن من خلال استخدام المدافع لأقل الطرق جسامة على المعتدي حين دفاعه، بحيث لو كان بإمكان المدافع أن يستخدم فعل ما أو جريمة اقل جسامة بالمعتدي ليدراً الاعتداء عن نفسه أو ماله لثم اعتبار المدافع متجاوزاً في هذه الحالة لحدود حق الدفاع الشرعي وترتب على إثر ذلك الضمان⁹⁴، كما أن قياس التناسب لا يتم بمعزل عن الظروف المحيطة بواقعة الدفاع كالظروف الخارجية المحيطة بشخص المدافع من زمان ومكان وغيرها من الظروف الموضوعية⁹⁵.

(4) أن يكون فعل الدفاع هو الخيار الأخير أمام المدافع

يتضمن هذا الشرط أن يكون المدافع قد لجأ إلى الخيار الأفضل والأخف تأثيراً على المعتدي حتى لو تمثل فعل الدفاع باعتداء واضح أو جريمة يعاقب عليها القانون، فالأهم هو أن يكون المدافع قد استنفذ جميع الخيارات الأخرى التي اتضح بأنها غير صالحة لدرء الخطر، أما بالنسبة لموضوع الهرب، فالفقه لا يعتبره من ضمن خيارات المدافع ولا يقيم له أي أهمية وذلك لعدم اتفاهه مع مبادئ احترام الذات والكينونة أو الكرامة الإنسانية التي هي أسمى من كل شيء، ومن غير المعقول أن يطالب به الشخص⁹⁶.

⁹³ حسن الذنون: المبسوط في المسؤولية المدنية- الخطأ، مرجع سابق، ص 658.

⁹⁴ كامل السعيد: شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات ، مرجع سابق، ص 156.

⁹⁵ محمد حسن الشامي: ركن الخطأ في المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص 214.

⁹⁶ أمين دواس: مجلة الأحكام العدلية وقانون المخالفات المدنية، مرجع سابق، ص 57.

وبعني الخيار الأخير أن المدافع مطالب بالتدرج في استخدام هذه القوة الأشد فالأشد، وهذا ما يتفق عليه القانون والفقهاء، إلا أن الفقه الإسلامي قد خرج عن استخدام هذا التدرج في حالتين معينتين تتمثل الأولى في حالة دفع خطر جريمة من الجرائم الواقعة على العرض كالاعتصاب مثلاً، والحالة الثانية هي حالة كون المدافع والمعتدي في حالة من الالتحام الشديد بحيث لا يكون بإمكان المدافع أن يضبط الأمور أو يقلل من حدة الحدث ففي جميع هذه الحالات لا يكون الشخص في وضع يسمح له بالتفكير في موضوع التدرج⁹⁷.

الفرع الرابع : اثر تحقق شروط الدفاع الشرعي

يترتب على توافر ما هو مطلوب من شروط الدفاع مجتمعة دون أي نقص أن فعل الدفاع في هذه الحالة لا يعتبر تعدياً أو جريمة من الجرائم التي يعاقب عليها القانون، لان التعدي أو الاعتداء في هذه الحالة يكون مشروعاً، ولا يكون ملزماً بأداء أي التزام قانوني تجاه المهاجم، ويشمل بطبيعة الحال الالتزام المدني والجزائي⁹⁸، إلا إذا تجاوز المدافع حدود الدفاع الشرعي من خلال عدم مراعاة الشروط السابقة أو عدم التأكد من توفرها، ففي هذه الحالة تتحقق المسؤولية المدنية والجزائية على المدافع كاملة، باستثناء حالة واحدة وهي أن تتحقق جميع الشروط مع اختلال شرط التناسب في استعمال القوة كأن يستخدم المدافع قوة زائدة، ففي هذه الحالة يكون ملزماً بالتعويض بقدر ما تجاوز حسب قواعد الخطأ المشترك لتوزيع المسؤولية بين المدافع والمعتدي كما ترى القوانين الحديثة التي تقيم المسؤولية على أساس الخطأ⁹⁹.

⁹⁷ محمد حسن الشامي: ركن الخطأ في المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص225.

⁹⁸ سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني - المجلد الأول - الفعل الضار، مرجع سابق، ص301.

⁹⁹ حسن الننون: المبسوط في المسؤولية المدنية - الخطأ، مرجع سابق، ص660.

وهو نفس الاتجاه الذي اتخذته الفقه الإسلامي الذي حصر تجاوز حدود الدفاع الشرعي فيما يخص شرط التناسب والقوة المستخدمة فقط، واعتبر تجاوز حدود الدفاع الشرعي بمثابة اعتداء وقوة زائدة يكون صاحبها مسئولاً عنها بالتعويض عما أحدثته تلك الزيادة من ضرر، فإذا كان للمدافع أن يدرأ خطر المعتدي بالضرب فقط إلا أنه جرح المعتدي فإن المدافع يضمن بدل جرحه للمعتدي فقط، وإذا دافع الشخص بجرحه للمعتدي فقام المعتدي وهرب ثم لحقه المدافع فجرحه مرة ثانية فإنه يضمن بدل الجرح الثاني الذي سببه للمعتدي لأن الجرح الثاني لم يكن له سبب يجيزه ويلحقه أيضاً مسؤولية جزائية¹⁰⁰.

يترتب على حالة الدفاع الشرعي كذلك أن على محكمة الموضوع بحث وتقدير ما يقدمه المدافع من أدلة على توفر شروط حالة الدفاع الشرعي، بحكم مسؤولية المدافع عن تبعة إثبات توفر شروطه في الواقعة¹⁰¹، فإن لم يدفع المتهم بأنه مارس حقه في الدفاع الشرعي أمام المحكمة فإن هذا لا يعفيها من البحث عن توفر شروط الحق¹⁰².

يرى الباحث أن حق الدفاع الشرعي متوافق بشكل كامل مع ما تقتضيه قاعدة الجواز الشرعي حتى لا يضمن الفاعل (المدافع) بدل ما اتلف، والسبب في ذلك راجع إلى أن فعل الدفاع ذاته وهو فعل ضار عادة ما يكون مباشرة لا يعتبر غير مشروع في هذه الحالة، فحق الدفاع ذاته وحدوده الموضوعية تمنح صاحبه المجال حتى يتلف ويعتدي على غيره ضمن ضوابط محددة فيصبح التعدي والضرر في هذه الحالة مشروعاً وبالتالي فإن الفعل ذاته جائز ولا يشكل فعلاً ضاراً موجباً للمسؤولية، أما بالنسبة لباقي شروط قاعدة الجواز الشرعي فإن حق الدفاع يستوفيها

¹⁰⁰ زياد ساخن: الدفاع الشرعي الخاص (دفع الصائل) في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 155-156.

¹⁰¹ عبد الرحمن احمد: شرح قانون العقوبات القسم العام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى 2012، ص 286.

¹⁰² المرجع السابق، ص 287.

بحكم عدم تقييده بشروط السلامة خاصة وان هذا الحق قائم بالدرجة الأولى على الإلتلاف وقوامه

الإضرار، فأين المنطق من تقييده بشرط السلامة إن كان الحق ذاته إضرار بالآخرين؟

يرى الباحث أن قانون المخالفات المدنية لم يكن موفقا في تناوله لحق الدفاع الشرعي بكافة جوانبه، فالقانون جانب الصواب حينما اشترط القصد في الاعتداء المؤسس لحق الدفاع بشكل عام، في حين اعتبر اعتداء القاصر والمجنون الذين يعتبرون عديمي التمييز كما تقتضي المجلة اعتداء يمكن الدفاع ضده، فالاتجاه الذي اتخذه كل من مشروع القانون المدني والقانون المدني الأردني والفقهاء الإسلامي كان الأصح من حيث النص على جواز الدفاع عن مال الغير بشكل عام دون وضع أي قيود تضيق من ذلك، فقانون المخالفات المدنية ضيق من نطاق ذلك بشكل كبير من شأنه أن يمنع الشخص من المدافعة عن مال غيره في كثير من الأحوال.

يتبين أن قانون العقوبات في سائر القوانين المدنية في الشق المتعلق بالدفاع عن النفس أو نفس الغير، عكس الشق المتعلق بالدفاع عن المال، فقانون العقوبات ضيق بشكل كبير من نطاق الدفاع عن المال أو مال الغير لدرجة كفيلة بحصر فعل الدفاع القائم على القتل والجرح في جرائم السرقة والنهب في المنقول فقط، وبالتالي فإن أي دفاع شرعي تضمن جرح المهاجم أو قتله في إطار قانون المخالفات على عقار يشغله لا يعتبر دفاعا شرعيا كما يقضي قانون العقوبات ففي هذه الحالة لا يجوز للمدافع أن يستخدم أي من الوسيلتين، فما الحل بالنسبة لصاحب المال أو شاغله في حال قرر شخص ما مسلح أن يستولي على عقار تحت يده؟ لذلك يرى الباحث ضرورة أن يوسع قانون العقوبات من دائرة الدفاع فيما يخص المال ومال الغير.

المطلب الثالث : حالة الضرورة

الضرورة في اللغة تعني " الاضطرار وهو الاحتياج إلى الشيء وقد اضطر إلى الشيء أي الجأ إليه وهي اسم لمصدر الاضطرار"¹⁰³، لقوله تعالى " (فمن اضطر غير باغ و لا عاد فلا إثم عليه)"¹⁰⁴، أما اصطلاحاً فقد عرفها فقهاء الشريعة الإسلامية بأنها "الإلجاء إلى الفعل من الإنسان أو غيره ويشمل الإكراه الذي يكون الدافع فيه على الفعل من الإنسان، ويشمل أيضاً ما يكون الدافع فيه على الفعل من قوى الطبيعة"¹⁰⁵ وغيرها من التعريفات أشهرها تعريف الدكتور الزحيلي¹⁰⁶، أما فقهاء القانون الحديث فقد عرفوا حالة الضرورة بأنها: "ظرف خارجي يحمل خطراً حالاً، يتقابل أمامه حقان لشخصين فيضحي أحدهما في سبيل الآخر"¹⁰⁷.

تتفق كل من حالة الضرورة والدفاع الشرعي في أن كل منهما تفترضان وجود خطر محقق على النفس أو نفس الغير أو المال أو مال الغير يقوم المدافع أو المضطر بمواجهته، لكنهما يختلفان من حيث الآثار المترتبة، فالفقه يرى أن المضطر مسئول عن فعله، أما المدافع فلا، خاصة وإن تجاوز حدود الدفاع الشرعي¹⁰⁸ يعني أن المدافع ضامن ما ينشأ من ضرر جراء فعله كحالة الضرورة تماماً، ويختلفان أيضاً فيما يخص الضرور، حيث أن المتضرر في حالة الضرورة

¹⁰³ ابن منظور: لسان العرب، مادة ضرر، الجزء الرابع، ص483.

¹⁰⁴ سورة البقرة، آية رقم173.

¹⁰⁵ إسماعيل المحاقري: الإعفاء من المسؤولية المدنية في القانون المدني اليمني، مرجع سابق، ص62.

¹⁰⁶ عرف الدكتور وهبة الزحيلي الضرورة على أنها: حالة يطرأ فيها على الشخص خطر ما أو مشقة كبيرة من شأنها أن تجعل صاحبها في حالة خوف شديد من الإصابة بأي أذى أو أية أضرار مادية أو جسدية، ويترتب على ما سبق أن يكون بإمكان هذا الشخص ارتكاب ما حرمته الشريعة أو ترك ما أوجبه حتى يبعد عن نفسه ضرراً ظناً غالباً أنه سوف يصيبه (وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية، مرجع سابق، ص68).

¹⁰⁷ يوسف قاسم: نظرية الضرورة في الفقه الجنائي الإسلامي والجنائي الوضعي، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون طبعة1993م، ص86.

¹⁰⁸ قضت محكمة النقض الفلسطينية بمسؤولية المتهم الكاملة عن موت الضحية بعد أن وجه إليه ضربة واحدة بالخنجر في صدره حيث ان المتهم في وقت سابق بينما كان في مكتبه دخل عليه الضحية و اقترب من المقعد الذي يجلس عليه فما كان من المتهم إلا أنه اخرج الخنجر من الجرار وطلب من الضحية أن يغادر، إلا أن الضحية رفض ذلك، وبعد ذلك حصل تدافع بينهما أدى إلى تكسر زجاج باب المكتب وفي تلك اللحظة قام المتهم بطعن الضحية مرة واحدة، واعتبرت أن فعل الطاعن لا يمثل حالة من حالات الضرورة في القانون وهي تجاوز حدود الدفاع الشرعي، فتجاوز حق الدفاع الشرعي لا ينشأ إلا إذا كان هذا الحق مستوفياً جميع الشروط التي نص عليها القانون إلا أن شرط التناسب فيه قد اختل (نقض جزء، رقم 2011/125، الصادر بتاريخ 2012/2/29).

شخص بريء لم يرتكب أي فعل غير مشروع ولم يهاجم المضطر أو نشأ الخطر بسببه على عكس المضرور في الدفاع الشرعي الذي يكون معتديا(مهاجما) بالأساس وفعله يعتبر فعلا غير مشروع¹⁰⁹.

ينبغي التمييز بين حالة الضرورة والفضالة في القانون، التي عرفتها المجلة حين عرضها للمقصود بالفضولي في المادة(112) منها (الفضولي هو من يتصرف بحق بدون إذن شرعي)، الذي يشترط فيه القانون حتى يكون تصرفه في حق غيره والذي تم بدون إذن صاحبه على وجه مشروع مجموعة من الشروط، تتضمن أن عمل الفضولي والذي قد يكون تصرفا قانونيا أو عملا ماديا لا بد من أن يكون مهما جدا وضروري لمصلحة صاحب المال أو الشيء، وان يكون هذا التصرف أو الفعل نافع ويعود بالفائدة على الطرف الآخر، كمن يدفع ضريبة واجبة على رب العمل كي لا يتم توقيع الحجز على أمواله أو يقبل اشتراطا لمصلحة رب العمل¹¹⁰، فإذا ما توفرت الشروط السابقة فان صاحب الشيء ملزم بتنفيذ التعهدات التي يعقدها الفضولي باسمه وتعيضه عن أية خسائر لحقت به، ونفي مسؤولية الفضولي فيما يخص أي تصرف بمال الشخص الآخر¹¹¹.

يتبين مما سبق أن كل من الفضالة وحالة الضرورة قد يتضمننا تصرف بمال الآخر بدون إذن من صاحبه، إلا أن هذا التصرف أو الإلتلاف تم لمصلحة المضرور أو على الأقل لمصلحته ولمصلحة المضرور وذلك في الفضالة على عكس حالة الضرورة التي تمت لمصلحة الفاعل فقط.

¹⁰⁹ أنور العمروسي: الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني، دار العدالة، القاهرة، الطبعة السادسة 2016م، ص18.

¹¹⁰ أمين دواس: مجلة الأحكام العدلية وقانون المخالفات المدنية، مرجع سابق، ص336

¹¹¹ المرجع السابق، ص342.

يتناول هذا المطلب توضيحا كل من الطبيعة القانونية لحالة الضرورة وصور الحالة والشروط المطلوبة لقيامها، وكذلك الآثار القانونية المترتبة عليها في الأفرع التالية.

الفرع الأول: الطبيعة القانونية لحالة الضرورة

لم يتطرق قانون المخالفات المدنية لحالة الضرورة في أحكامه، وبالنظر إلى مجلة الأحكام العدلية والتي تعتبر مطبقة في فلسطين بالقدر الذي لا يتنافر مع أحكام قانون المخالفات، تعتبر أحكام المجلة سارية فيما يخص هذا الموضوع، وهذا يستدعي البحث في الأساس القانوني لحالة الضرورة في الفقه الإسلامي كونه المصدر التاريخي والفقهي للمجلة.

أولا : الطبيعة القانونية للضرورة في الفقه الإسلامي

تضمن الفقه الإسلامي العديد من الأدلة الشرعية من القرآن الكريم والسنة الشريفة كذلك القواعد الفقهية المتفق عليها التي تشير إلى حالة الضرورة ، ومن ضمنها مجلة الأحكام العدلية التي أشارت لحالة الضرورة في العديد من نصوصها، حيث نصت في المادة(21) منها على أن"الضرورات تبيح المحظورات" وفيه إشارة واضحة بان الفقه الإسلامي اقر بجواز ارتكاب بعض الأفعال المحظورة في أحوال الضرورة، إلا أنها نصت في المادة(33) منها على أن"الاضطرار لا يبطل الحق" وبهذا تكون قد أقرت الضمان والجزاء المدني على هذه الأفعال.¹¹²

ومن خلال استعراض الأساس القانوني لنظرية الضرورة يمكن تكييف حالة الضرورة على أنها حالة تقوم على اعتبار الفعل غير الجائز فعلا مباحا، بغض النظر عن ماهية الفعل أو العمل،

¹¹² أمين دواس: مجلة الأحكام العدلية وقانون المخالفات المدنية، مرجع سابق، ص63-64.

فتسري حالة الضرورة حتى لو كان ذلك الفعل من ضمن الواجبات القانونية الواقعة على عاتق الشخص، بحيث يحق للشخص في حالة الضرورة أن يترك ما يقع على عاتقه من واجبات¹¹³.

ثانيا: الطبيعة القانونية لنظرية الضرورة في ظل القوانين الحديثة

بغض النظر عن الأساس القانوني لحالة الضرورة في القانون، والباعث من إقرارها¹¹⁴، فقد تناولت معظم القوانين الحديثة نظرية الضرورة بشكل واضح وصريح كمشروع القانون المدني الفلسطيني¹¹⁵، فالمرجع أشار إلى أن حالة الضرورة تعتبر احد الحالات التي تنتفي بها المسؤولية عن الفاعل، لكن المشرع لفت الانتباه أيضا إلى أن هذه الحالة قد يترتب عليها أحيانا تخفيف المسؤولية وليس نفيها بالكامل كما لو كان المضرور مشترك نوعا ما في إحداث الضرر¹¹⁶، وذلك بناء على أحكام المسؤولية القائمة على أساس الخطأ المشترك، فالشخص الذي يحفر في ارض جاره حتى يعدل من مسار سيل الأمطار الجارف لا يكون مخطئا كونه تفاعدي خطرا اكبر بضرر اقل، ومع هذا فقد يكون مسئولا حسب ما يراه القاضي مناسبا من تعويض بمقتضى سلطته التقديرية¹¹⁷.

¹¹³ فرهاد حسين: عوارض المسؤولية المدنية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى 2014م، ص282.

¹¹⁴ حاول فقهاء القوانين الحديثة أن يضعوا بعض النظريات لتحديد الأساس القانوني للنظرية، أولها كان نظرية القانون الطبيعي والتي تعتبر أن جميع المتاع والمصالح الموجودة على وجه الأرض كانت سابقا مملوكة على الشيوع لجميع الناس، وذلك عندما كان القانون الطبيعي هو وحده الموجود إلى أن أتت القوانين الحديثة وعملت على تطبيق نظام الملكية الفردية، وعليه كلما كان الفرد بحاجة ماسة لإتلاف متاع غيره لدفع بلاء اكبر عنه فان أساس ذلك هو أن القانون الطبيعي حل مكان القانون الحديث حينئذ، أما النظرية الثانية فتسمى بالإكراه المعنوي: والتي يرى أنصارها أن الخوف من الضرر الشديد الذي يتعرض إليه المتلف هو بمثابة إكراه معنوي عليه يضطره إلى إتلاف مال غيره، وهو رأي منتقد كون بعض الحالات لا يتوفر فيها أي نوع من الإكراه على المضطر، أما النظرية الثالثة فهي نظرية انتفاء القصد الجنائي والتي يرى أنصارها أن الفاعل المضطر قد قام بالإتلاف ليس عند قصد الإضرار بغيره وإنما كان فقط لكي ينفذ نفسه أو ماله، رابعا: نظرية عدم تحقق الغاية من عقوبة المضطر حيث أن أنصار هذه النظرية يرون أن المضطر في هذه الحالة لا تتوفر لديه النية الجرمية ولا يعتبر خطرا على المجتمع وعليه لا عبرة بمعاينة هذا الشخص(فرهاد حسين: عوارض المسؤولية، مرجع سابق، ص287-289).

¹¹⁵ نصت المادة(184) من مشروع القانون المدني الفلسطيني على: من سبب ضررا لغيره لتقاضي ضررا اكبر، محققا به أو بغيره، لا يكون ملزما إلا بالتعويض الذي تراه المحكمة مناسبا.

¹¹⁶ أنور العمروسي: الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص27.

¹¹⁷ محمد حسن الشامي: ركن الخطأ في المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص228-229.

أما بالنسبة للقانون الأردني الذي يقيم المسؤولية على أساس الإضرار، فالمشرع لم ينص بشكل صريح على نظرية الضرورة، واكتفى بالإشارة إليها بواسطة بعض النصوص بطريقة غير مباشرة مثلما فعلت مجلة الأحكام العدلية، فكلاهما يستمد معظم أحكامه من الفقه الإسلامي، واعتبر المشرع أن حالة الضرورة هي حالة يضطر فيها الشخص إلى ارتكاب ضرر قليل لتجنب ضرر كبير، لكن هذا لا يعني عدم تعويضه للمضروب¹¹⁸، واتجه قانون العقوبات الأردني في اتجاه مساير إلى ما يقتضيه الفقه الإسلامي ومجلة الأحكام من خلال اعتبار حالة الضرورة من ضمن موانع العقاب في القانون الجنائي¹¹⁹، وهذا يعني أن الفاعل في منظور القانون لا يكون مسئولاً جزائياً عن حماية نفسه أو غيره من خطر حال يهددهم أو حماية ماله أو مال غيره من خطر اشترط أن يكون هذا الضرر كبيراً وجسماً بالإضافة إلى باقي شروط حالة الضرورة¹²⁰.

الفرع الثاني : صور حالة الضرورة

ذكر الفقه الإسلامي العديد من التطبيقات والقواعد الفقهية ذات الصلة بحالة الضرورة دون أن يضع قاعدة عامة مجردة بخصوصها، فأشار بجواز اخذ الشخص مال غيره حتى يحول دون هلاكه الوشيك، أو قتل الشخص الجمل الذي يصل عليه حتى يخلص نفسه من الجوع الشديد والهلاك، مع أن الجمل ليس من ضمن ممتلكاته، أو الشخص الذي يكره غيره على أن يتلف مال غيره من

¹¹⁸ بشار الملكوي وفيصل العمري: مصادر الالتزام- الفعل الضار، مرجع سابق، ص53.

¹¹⁹ تستمد معظم القوانين المدنية الحديثة شروط حالة الضرورة من القوانين العقابية التي نظمت بشكل كبير حالة الضرورة، وسط اختلافات حول مدى اعتبار حالة الضرورة من موانع العقاب كالمشرع الأردني، فاتجاه آخر يعتبرها من موانع المسؤولية الجزائية كالمشرع العراقي، بدليل استخدامه مصطلح لا يسال بدلا من مصطلح لا يعاقب، وتبرز أهمية ذلك في كون موانع العقاب لا تعني أن الجاني لا يسال جنائياً بتاتا وإنما قد تلحقه مسؤولية جنائية أحيانا على عكس موانع المسؤولية التي دائما ما تكون مانعة لأي نوع من العقوبة على الجاني، (فرهاد حسين، عوارض المسؤولية المدنية، مرجع، سابق، ص290).

¹²⁰ نصت المادة (89) من قانون العقوبات الأردني على(لا يعاقب الفاعل على فعل ألجأته الضرورة إلى أن يدفع به في الحال عن نفسه أو غيره أو عن ملكه أو ملك غيره خطراً جسماً محدقاً لم يتسبب هو فيه قصداً، شرط أن يكون الفعل متناسب والخطر) .

خلال تهديده بتلاف عضو من أعضائه أو موته حتى إن لم ينصاع إلى ذلك وغيرها من الصور التي لا حصر لها¹²¹.

بالمقابل يذهب الفقه الحديث كالقانون المصري الذي نسخ منه مشروع القانون المدني الفلسطيني نصه فيما يخص حالة الضرورة، إلى أن حالة الضرورة تقسم لعدة صور على النحو التالي:

1) حالة من يحدث بنفسه أو ماله ضررا لدفع ضرر اكبر منه كان سيلحق به، وهذه الحالة من غير المعقول أن يترتب أية مسؤولية لأن الشخص لا يكون مسئولا أمام نفسه.

2) حالة إحداث ضرر بالنفس أو المال حتى ينقذ غيره أو ماله من خطر ضرره اكبر¹²².

3) حالة إحداث المضطر لضرر يلحق بالغير لتجنب خطر ضرره اكبر كان سيلحق بالمضطر.

4) حالة إحداث ضرر بالغير لتجنب خطر ضرره اكبر كان سيصيب شخص ثالث ليس المضطر ولا المضطر¹²³

الفرع الثالث: شروط حالة الضرورة

أولاً: أن تكون حالة الضرورة ناشئة عن خطر حال

يشبه هذا الشرط إلى حد كبير الشرط الأول الذي يتطلبه حق الدفاع الشرعي، إلا أن الاختلاف

بينهما متمثل في هوية المهاجم وأهدافه، ويعني هذا الشرط أن الخطر الذي يخشى وقوعه لا بد

من أن يكون حالاً وليس مستقبلاً، دون أن يترك مجالاً للانتظار، أين المنطق من اخذ الشخص

طعام غيره دون إذنه على اعتبار انه سوف يجوع جوعاً شديداً فيما بعد؟¹²⁴

ثانياً: أن يكون مصدر الخطر أجنبياً عن مستعمل الحالة

¹²¹ علي حيدر: شرح المجلة، مرجع سابق، ص38.

¹²² سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني- المجلد الأول- الفعل الضار، مرجع سابق، ص292.

¹²³ المرجع السابق، ص293

¹²⁴ جبار طه: المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع بين الخطأ والضرر، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، بدون طبعة 2010م، ص 257.

يتطلب في حالة الضرورة أن يكون مصدر الخطر أجنبيا، فلا يجوز بأي حال من الأحوال أن يكون المضطر هو من تسبب في الخطر، فمصدر الخطر في هذه الحالة عادة ما يكون بفعل الطبيعة وقد يكون من فعل شخص آخر، وإلا كان المضطر في هذه الحالة هو الفاعل وترتب على ذلك أن يكون مسئولا مسؤولية كاملة مدنيا وجزائيا¹²⁵.

ثالثا: أن يكون الخطر المراد تفاديه اكبر من الضرر الذي وقع للغير

بالنظر إلى الغاية من إقرار حالة الضرورة والغاية من ورائها يلزم أن يكون الخطر الذي يراد تفاديه اكبر من الضرر الذي لحق بالغير، فإذا ما كان الضرر الذي يراد تفاديه اقل من الضرر الذي وقع بالفعل للغير، فلا وجود لحالة ضرورة تطبيقا للقاعدة الفقهية في المادة (27) من المجلة وهي "الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف" وهذا ينطبق إذا ما كان الضررين متساويين، ففي الحالتين لا يكون الشخص مضطرا ولا يجوز له إتلاف مال الآخرين¹²⁶.

تطبيقا لذلك يذهب الفقه الإسلامي إلى أن المضطر يكون مذنبا في حال لجوئه إلى ارتكاب جريمة نفس كالقتل أو الضرب أو في حال ضحى بحياة غيره من أجل إنقاذ نفسه أو اتلف عضو من أعضاء غيره حتى يسلم جسده هو، أما فيما يتعلق بجرائم الحدود والتعازير كجريمة السرقة والقتل فاعلم علماء الشريعة يرون أن للضرورة اثر في جرائم التعازير أو التأديب ولا ترتب مسؤولية عقابية على الجاني يجعلها مباحة، أما جرائم الحدود السبعة فلا يتصور قيام حالة الضرورة فيها بأي شكل من الأشكال إلا جريمة السرقة وجريمة شرب الخمر¹²⁷.

¹²⁵ عز الدين الديناصوري وعبد الحميد الشواربي: المسؤولية المدنية في ضوء الفقه و القضاء، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، الطبعة السابعة، بدون سنة نشر، ص86.

¹²⁶ علي حيدر: شرح المجلة، مرجع سابق، ص40 وما بعدها.

¹²⁷ محمد صدقي الغزي: الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، مرجع سابق، ص236.

تماما كما ذهب قانون العقوبات الأردني عندما اعتبر حالة الضرورة شاملة لأنواع الجرائم كافة لتشمل جرائم الأشخاص والأموال، بخلاف قانون العقوبات المصري الذي جعل من حالة الضرورة سبب لرفع العقوبة لكن في جرائم الأشخاص فقط، ولم يشمل جرائم الأموال فلم يرفع العقوبة عن الجاني حتى لو توفرت شروط الضرورة¹²⁸.

رابعاً: ألا يكون أمام المضطر وسيلة أخرى أقل تأثيراً على الغير

يجب على المضطر أن يتخذ أهون الوسائل والأفعال تأثيراً على المضرور، فإذا ما تحتم عليه ارتكاب جريمة ما فلا بد من تكون هذه الجريمة هي الطريق والخيار الأخير الذي أمامه، وهذا يعني أن على المضطر استعمال الوسيلة المباحة لدرأ الخطر وترك الوسيلة غير المشروعة قدر الإمكان، وإلا اعتبر متعدياً ووجب عليه تحمل كامل المسؤولية المدنية والجزائية عن تجاوز حدود حقه¹²⁹، لكن هذا الشرط غير مطلق حسب الحالة أو الوضع القائم، حيث قام الفقه الإسلامي بوضع بعض الشروط زيادة على ما سبق وهي على النحو التالي:

أولاً: ألا يتعارض فعل المضطر مع المبادئ الأساسية للشريعة الإسلامية ومنها حفظ حقوق الآخرين والالتزام بأصول الدين التي أقرها، ومنع التعدي عليها بأي شكل من الأشكال، فلا يمكن بأي شكل من الأشكال أن يلجأ المضطر ويغض النظر عن حالة الضرورة التي مر فيها إلى القتل أو الزنا أو الردة¹³⁰.

¹²⁸ يوسف قاسم: نظرية الضرورة في الفقه الجنائي الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون طبعة 1993، ص 262.

¹²⁹ فرهاد حسين: عوارض المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص 292.

¹³⁰ وهبة الزحيلي: نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي، مرجع سابق، ص 70.

ثانياً: في حالة الضرورة العامة على الموظف المسئول حين استعماله لحالة الضرورة التحقق من وجود إحدى صور الضرورة، والمتمثلة في ظلم كبير أو ضرر واسع أو ضياع منفعة عامة يترتب عليها تعرض الدولة للخطر¹³¹.

الفرع الرابع: آثار حالة الضرورة

تختلف الآثار المترتبة عن حالة الضرورة في الفقه الإسلامي عنه في القوانين الحديثة باستثناء القانون الأردني الذي يستمد أحكامه من مجلة الأحكام العدلية، فقد ذهب الفقهاء إلى أن المادة (33) من المجلة التي تنص على (الاضطرار لا يبطل حق الغير) تعتبر استثناء على المادة (21) من المجلة التي جاء فيها (الضرورات تبيح المحظورات)، فالمادة (21) تتضمن عذر إسقاط الجزاء العقابي عن الفعل فقط دون أن تشمل الجزاء المدني فالإباحة يجب ألا تكون سبباً لضياع حقوق الآخرين، وأشار الفقه إلى أن المادة (33) تضمنت نوعين من الاضطرار داخلي (سماوي) كالجوع، وخارجي (غير سماوي) وهو الإكراه الذي إن كان ملجئاً فإن المكره يضمن بدل المضطر لقاء ما اتلف الفاعل، بخلاف الإكراه غير الملجئ الذي يضمن المضطر (الفاعل) بدل ما اتلف بالرغم من اضطراره.¹³²

تذهب القوانين الحديثة كالقانون المصري ومشروع القانون المدني الفلسطيني إلى اعتبار المضطر في حال توفر شروط الضرورة مسئولاً مسؤولة جوازية حسب السلطة التقديرية للقاضي، مع مراعاة التفريق بين ثلاث حالات، أولها أن يكون المضطر قد نجح في تفادي الضرر الأكبر الذي كان يخشاه ففي هذه الحالة يحكم القاضي عليه بتعويض مناسب، ثانياً في حال لم يستطع المضطر أن يتجنب إلا مقداراً محدداً من الضرر فالقاضي يحكم عليه بالضمان

¹³¹ وهبة الزحيلي: نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي، مرجع سابق، ص 72.

¹³² محمد الزحيلي: القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، مرجع سابق، ص 286.

ويكون مقداره معادل لمقدار ما تم تجنبه من ضرر، ثالثا في حال لم يتمكن المضطر من إنقاذ أي شيء ففي هذه الحالة يحكم القاضي عليه بالتعويض الكامل عما سببه من ضرر للآخرين لاعتباره قد أخطأ في تقدير ظروف الضرورة¹³³.

يرى الباحث أن القواعد ونصوص المواد الموجودة في مجلة الأحكام فيما يخص حالة الضرورة كانت على درجة عالية من التوافق مع قاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان خاصة الآثار المترتبة عليها، وبالرغم من كون حالة الضرورة أمرا أو فعلا جائزا شرعا إلا أنها ترتب الضمان، ذلك راجع لما ورد في المجلة من نصوص أخرى تتوافق مع الشرط الثاني من شرطي قاعدة الجواز الشرعي وهو ألا يكون الفعل الجائز عبارة عن إتلاف مال الغير لأجل الفاعل، خاصة وان بعض الفقه يعتبر بعض صور الضرورة من قبيل الواجبات القانونية على الفرد.

يرى الباحث أن موقف القوانين الحديثة يخالف بشكل صريح قاعدة الجواز الشرعي من خلال جعل مسؤولية المضطر مسؤولية جوازية تعتبر المضطر غير مسئول في الأصل إلا إذا رأى القاضي تعويض المضرور حسب سلطته التقديرية وهذا يعني اختلال الشرط الثاني من القاعدة في ظل تطبيق نصوص المشروع، فالفقه الحديث جعل من مقدار نجاعة الشخص في درء الخطر مقياسا لمدى توفر الحالة ومقياسا لمقدار التعويض كذلك، وهذا غير عادل للمضرور الذي لا ذنب له بظروف المضطر وما الم به، ولا يوجد سبب منطقي يعني حرمان المضرور ولو بجزء من الضمان حتى يسلم المضطر، أما بالنسبة لإثبات حالة الضرورة يرى الباحث وبالمقياس على حالة الدفاع الشرعي أن تكون من مسؤولية المضطر إثباتها.

¹³³ فرهاد حسين: عوارض المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص 298-299.

المطلب الرابع : تنفيذ أمر الرئيس

تشير المجلة في المادة(89) منها إلى انه (يضاف الفعل إلى الفاعل لا الأمر مالم يكن مجبرا)، هذه القاعدة تتضمن بشكل صريح أن مجرد لقي الشخص أمرا يفيد بإتلاف مال شخص ثالث لا يعفي الفاعل من المسؤولية ، إلا إذا كان الأمر إلزاميا له أو كان مكرها على فعله¹³⁴، والإكراه المقصود في هذه الحالة هو الإكراه الملجئ كأن يقول شخص لآخر اتلف مال فلان أو قطعت يدك، ففي هذه الحالة يكون الإكراه ملجئا ويكون الضمان على الأمر وحده دون المأمور الذي لا ضمان عليه، عكس الإكراه غير الملجئ الذي يكون فيه المكره (المأمور) مسئولا عن كافة الأضرار تصيب الآخرين، فالإكراه غير الملجئ لا يجوز التحجج به كوسيلة لنفي المسؤولية في حال أدى إلى هلاك مال الآخرين¹³⁵.

وضع الفقه الإسلامي بعض الحالات التي تخرج عن نطاق القاعدة السابقة، أهمها أن يكون الأمر قد صدر من السلطان أو الحاكم فأمره يعتبر إجباريا وإلزاميا للفاعل، يشمل ذلك أيضا الأب الذي يأمر ابنه بإتلاف مال شخص آخر شرط أن يكون الابن صبيا وغيرها من الأمثلة والتي اعتبرها الفقه من صور الجواز الشرعي كما ذكر سابقا في مقدمة هذه الرسالة¹³⁶، وهو ما ظهر جليا في القانون المدني الأردني ومشروع القانون المدني الفلسطيني حين استثنيا من القاعدة السابقة أن يكون الأمر عبارة عن تنفيذ لأمر رئيس في العمل، فالقانون يعتبر تنفيذ أمر الرئيس بما يتضمنه من الأعمال من شأنه أن ينفي المسؤولية المدنية عن الشخص أو الموظف، الأمر ذاته ينطبق على

¹³⁴ محمد صدقي الغزي: الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، ج2، مرجع سابق، ص378.

¹³⁵ علي حيدر: شرح المجلة، مرجع سابق، ص746.

¹³⁶ محمد صدقي الغزي: الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، مرجع سابق، ص379.

قانون العقوبات الأردني الذي نفى المسؤولية الجزائية عن الشخص في الحالة السابقة، وحالة إطاعة القانون¹³⁷.

أولاً: تنفيذ أمر الرئيس

يعتبر تنفيذ أمر الرئيس احد صور انتفاء الضمان في القانون الحديث والتي من شأنها أن تنفي أي مسؤولية عن الموظف، ويقصد به كل "أمر يوجهه الرئيس الإداري المباشر للموظف من اجل القيام بعمل معين وتنفيذه خدمة للمصلحة العامة وأحياناً قد يتطلب منه تنفيذ مهمة محددة تتطلبها ظروف العمل الإداري"¹³⁸، وتبرز الغاية من اتخاذ تنفيذ أمر الرئيس كأحد موانع المسؤولية هو أن الموظفين العموميين توكل إليهم العديد من المهام والواجبات التي تخدم الصالح العام والحفاظ على النظام العام في المجتمع، فكان لا بد من توفير مناخ مناسب لهم يحول دون شعورهم بأي خوف أو تردد عند قيامهم بواجباتهم الوظيفية، وذلك بحمايتهم من التعرض للمسائلة المدنية عن الأضرار التي تنتج عن تنفيذ ما سبق¹³⁹.

ثانياً: إطاعة القانون:

يفرض القانون أحياناً على الأشخاص العاديين من فئات معينة وليس فقط الموظفين العموميين أداء بعض الواجبات المفروضة بنص القانون، كالواجب القانوني الذي يقضي بمسؤولية كل من

¹³⁷ نصت المادة (183) من مشروع القانون المدني الفلسطيني على: لا يكون الموظف العام مسئولاً عن عمله الذي اضر بالغير إذا قام به تنفيذاً لأمر صدر إليه من رئيسه، متى كانت إطاعة الأمر واجبة عليه، أو كان يعتقد أنها واجبة وأقام الدليل على اعتقاده بمشروعية الفعل الذي وقع منه، وكان اعتقاده مبنياً على أسباب معقولة وأنه راعى في عمله جوانب الحيطة والحذر. وفي نفس الاتجاه نصت المادة (61) من قانون العقوبات الأردني على: لا يعتبر الإنسان مسئولاً جزائياً عن أي فعل إذا كان قد أتى ذلك الفعل في أي من الأحوال التالية: 1- تنفيذاً للقانون 2- إطاعة أمر صدر إليه من مرجع ذي اختصاص يوجب عليه القانون إطاعته إلا إذا كان الأمر غير مشروع، كذلك تنص المادة (263) من القانون المدني الأردني على أن: 1- يضاف الفعل إلى الفاعل لا إلى الأمر إلا أن يكون مجبراً، على أن الإكراه المعتبر في التصرفات الفعلية هو الإكراه الملجئ وحده 2- ومع ذلك لا يكون الموظف العام مسئولاً عن عمله الذي أضر بالغير إذا قام به تنفيذاً لأمر صدر إليه من رئيسه، متى كانت إطاعة هذا الأمر واجبة عليه أو كان يعتقد أنها واجبة و أقام الدليل على اعتقاده بمشروعية العمل الذي وقع منه، وكان اعتقاده مبنياً على أسباب معقولة وأنه راعى في عمله جانب الحيطة والحذر.

¹³⁸ فرهاد حسين: عوارض المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص 325.

¹³⁹ أمين دواس: مجلة الأحكام العدلية وقانون المخالفات المدنية، مرجع سابق، ص 60.

يمارس مهنة الطب أو ما يشابهها أن يخبر السلطات عن إسعاف كل حالة قد ارتكب بحقها جناية أو جنحة وغيرها من الأمثلة، فالطبيب أثناء ممارسته لمهامه والذي قد يكون موظفا عاما وقد لا يكون¹⁴⁰، وهو نفس الاتجاه البارز في الفقه الإسلامي الذي اعتبر تنفيذ الواجبات الشرعية والقانونية من ضمن الصور التي لا ترتب الضمان على من ينفذها (جواز شرعي) والأمثلة على ذلك كثيرة ضمن ما تم عرضه سابقا¹⁴¹.

قد تقوم السلطات العامة بإصدار بعض الأوامر والتعليمات للأفراد العاديين لتنظيم بعض شؤونهم هذه الأوامر تعتبر بمثابة واجبات قانونية جائزة شرعا فإذا ما قام الأفراد بالالتزام بها وما تقتضيه من تعليمات فإنهم لا يكونون مسئولين عن آثارها، ومثال ذلك أن تسمح السلطات المختصة لبعض الناس بإيقاف عرباتهم أو متاعهم في مكان محدد وذلك لظرف ما تمر به المنطقة أو لمناسبة معينة، فان نتج عن ذلك أن اصطدمت بهم عربات أشخاص آخرين وتضرروا بسبب ذلك، فان الأشخاص المسموح لهم لا يكونوا مسئولين تجاه الآخرين، بل على العكس من ذلك فالأشخاص الذي اصطدموا يكونوا مسئولين عن أي أضرار قد تصيب الأشخاص الذين امتثلوا لأمر القانون جراء الاصطدام¹⁴²، هذا المثال مشابه للشخص الذي يحفر في الطريق بإذن من الحاكم والذي يعتبر عمله جوازا شرعيا منافيا للضمان.

وبذلك يتشابه كل من تنفيذ أمر الرئيس وإطاعة القانون إلى حد كبير خاصة من حيث الآثار القانونية مترتبة على كل منهما والمتمثلة في انتفاء الضمان عن الفاعل الذي التزم بالأمر الموكل إليه، إلا أن هناك فرقا كبيرا بينهما يتمثل في أن تنفيذ أمر القانون وطاعته يكون مانعا للمسؤولية

¹⁴⁰ كامل السعيد: الأحكام العامة في قانون العقوبات، مرجع سابق، ص164.

¹⁴¹ فرهاد حسين: عوارض المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص329-330.

¹⁴² محمد الجندي: في المسؤولية عن الفعل الشخصي، مرجع سابق، ص526.

في جميع الأحوال، أما تنفيذ أمر الرئيس الذي يعتبر إحدى صور طاعة القانون لا يمكن أن يكون مانعاً لقيام المسؤولية المدنية إلا إذا توفرت شروط حددها القانون لانتفاء المسؤولية، فبتخلف إحداها تقوم مسؤولية الفاعل¹⁴³، هذه الشروط على النحو التالي:

(1) أن يكون الشخص الذي صدر منه الفعل الضار موظفاً عاماً¹⁴⁴

وعليه لا يمكن اعتبار أمر الزوج لزوجته بمثابة أمر صادر من الرئيس وكذلك أمر صاحب المحل لمن يعمل لديه، فجميع من سبق لا يعتبرون موظفين عموميين، فقد حصر القانون الأشخاص الذين ينطبق عليهم وصف موظف عام من خلال اشتراط مجموعة من الشروط والصفات فيهم، وهي أن يكون الموظف قد انقطع لخدمة الدولة من خلال عمله في احد المرافق العامة على شكل وظيفة دائمة وذلك بعد أن تم تعيينه من قبل السلطات المختصة بالتعيين، فان توافرت هذه الصفات اعتبر الشخص موظفاً عاماً¹⁴⁵.

(2) أن يصدر أمر للمرؤوس من رئيسته في العمل

يتطلب لانتفاء مسؤولية الموظف عن الأمر الصادر إليه وجوب صدور ذلك الأمر من رئيس الموظف أو سلطة أعلى منه، بحيث تكون هذه السلطة صاحبة اختصاص في إصدار الأوامر لهذا الموظف وان تكون صاحبة الاختصاص في إصدار هذا النوع من الأوامر¹⁴⁶، والعبارة في

¹⁴³ فرهاد حسين: عوارض المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص321.

¹⁴⁴ لا يعتبر الموظف الذي يعمل بنظام العقود موظفاً عاماً حتى لو قبض راتبه من خزينة الدولة، فالمأذونين الشرعيين في مصر يعتبرون موظفين عموميين مع أنهم لا يقاضون رواتبهم من خزينة الدولة مأخوذ عن (حسن الذنون: المبسوط في المسؤولية المدنية- الخطأ، مرجع سابق، ص676).

¹⁴⁵ حسن الذنون: المبسوط في المسؤولية المدنية- الخطأ، مرجع سابق، ص674-675.

¹⁴⁶ عاطف النقيب: النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي-الخطأ والضرر، مرجع سابق، ص172.

مدى توفر ذلك تتجلى بوجود واجب قانوني¹⁴⁷ يقع على عاتق الموظف في تنفيذه للأمر الذي أوكل إليه، فإن لم يكن من واجب الموظف أن يتلقى الأوامر من موظف أعلى منه وينفذها فإن الموظف يكون مسئولاً عن الإجراء أو الفعل أتاها وأية أضرار قد تنتج¹⁴⁸، وبالتالي لا يعتبر الترخيص الإداري الممنوح من السلطات العامة بمزاولة بعض الأنشطة الإدارية ضمن حالة تنفيذ أمر الرئيس في القانون، فالضرر الذي يصيب الآخرين نتيجة هذا الترخيص يقع تعويضه على عاتق المرخص له ويكون ملزماً بالتعويض¹⁴⁹.

ويلزم كذلك أن يكون الأمر قد صدر فعلاً من قبل الرئيس أو الجهة صاحبة الاختصاص، فلا يكفي اعتقاد الموظف أن أمراً قد صدر إليه من رئيسه حتى تنتفي عنه المسؤولية في حال لم يصدر أمر بالأساس¹⁵⁰.

(3) أن يكون الأمر الصادر مشروعاً أو اعتقد الموظف أنه مشروع

يجب أن يكون الأمر الصادر للموظف مشروعاً قانوناً¹⁵¹ ومتوافقاً مع أحكامه لا يشكل تعدياً على حقوق الآخرين أو جرماً يعاقب عليه القانون وغيرها من الأفعال الضارة، وهذا بطبيعة الحال

¹⁴⁷ قضت محكمة التمييز الأردنية بعدم مسؤولية احد الحراس في الجيش الذي الحق بأضرار بشخص لم يقم بإعطاء كلمة السر لدى دخوله للمعسكر الذي يحرس فيه العسكري، وفي واقعة أخرى قضت المحكمة بمسؤولية موظف البنك الذي تلقى أمراً من مديره ويقضي باستلام بعض الحوالات البنكية والتصرف فيها على نحو غير مشروع، حيث كان عليه ألا ينفذ الأمر غير المشروع (عماد أبو صد، مسؤولية المباشر والمتسبب، مرجع سابق، ص 281-282) عن تمييز حقوقي رقم 1998/779 تاريخ 1998/6/9 وتمييز حقوق رقم 1997/1391 بتاريخ 1997/8/30.

¹⁴⁸ سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني- المجلد الأول- الفعل الضار، مرجع سابق، ص 312.

¹⁴⁹ يوسف الدرادكة: مسؤولية الموظف عن تنفيذ الأوامر الرئاسية، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، عمان 1998، ص 111.

¹⁵⁰ أمين دواس: مجلة الأحكام العدلية وقانون المخالفات المدنية، مرجع سابق، ص 62.

¹⁵¹ قضت محكمة النقض المصرية بمسؤولية المتهم الثالث والذي يعمل مهندس في شركة تعهدات والذي تلقى أمراً من مدير إدارة العمليات بالشركة يفيد بإشرافه على تنفيذ مشروع معين، وطلب منه أيضاً أن يصطنع تاريخاً للمحضر الذي يفيد بانجازه للمشروع مع أن المشروع هو ذاته قد تم الانتهاء منه في وقت سابق، حيث أن المحكمة اعتبرته مشتركاً في جريمة الاستيلاء على أموال الشركة ولا محل لإعمال مبدأ تنفيذ أمر الرئيس لأن الأمر الذي صدر إليه يعتبر أمراً غير مشروع خاصة وأنه يعلم أن القانون يعاقب عليه (نقض مصري رقم 19859 لسنة 70 قضائية و الصادر بتاريخ 2003/7/13).

يتضمن ألا يتجاوز الموظف الأمر الذي صدر من رئيسه، لأن بتجاوزه حدود الأمر المشروع يصبح بذلك مسيئاً في استعمال سلطاته ومسئولاً مسؤولية كاملة عن الأضرار الناتجة، لأن عليه اتخاذ الإجراء والحد المعقول من التصرف أو الواجب محل الأمر مع مراعاة قواعد الحيطة والتبصر، فضابط الشرطة الذي يتلقى أمراً بإلقاء القبض على من صدر بحقه مذكرة لا يجوز له أن يتلف ماله أو أن يضره¹⁵².

ويستثنى من ذلك أن يكون الأمر الصادر غير مشروع بحيث اعتقد الموظف بحسن نية انه مشروع وقام بتنفيذه، ويشترط في ذلك ألا يكون الموظف على علم بعدم مشروعية الأمر، وانه قام بأخذ كافة الوسائل الكفيلة بالتحقق من الأمر ومشروعيته مع إثبات أن هذا قد تم وفق أسباب مقنعة ومعقولة، حينها لا يضمن الموظف أية أضرار قد تنتج عن ذلك، إلا إذا اختل أي بند من البنود السابقة فيجب الضمان على الموظف المأمور¹⁵³، ويذهب الفقه إلى استثناء آخر فيما يخص هذا الشرط حيث يرى بعضهم أن تنفيذ الأمر في الوظائف العسكرية يختلف عنه في الوظائف المدنية لأن تنفيذها يكون أشد وبشكل أسرع في المجال العسكري وعليه يرون انه من الأفضل أن يتم التساهل أكثر مع الموظف العسكري فيما يخص اعتقاده بمشروعية الأمر¹⁵⁴.

يترتب على توفر الشروط السابقة انتفاء أي مسؤولية مدنية على الموظف، بحكم اعتبار الفعل الذي قام به فعل مشروع ينطوي على تنفيذ واجب قانوني وليس فيه أي تعدي، أو كما يرى البعض أن الفعل الناشئ بمقتضى الأمر الصادر فيه صفة التعدي ولكن بسبب شخص وصفة فاعله لا يترتب أي مسؤولية عليه¹⁵⁵، وأياً كان تكييف ذلك فإن الفقه الحديث يعتبر أن الموظف

¹⁵² محمد حسن الشامي: ركن الخطأ في المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص 249.

¹⁵³ محمد حسن الشامي: ركن الخطأ في المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص 253.

¹⁵⁴ عادل الطائي: المسؤولية المدنية للدولة عن أخطاء موظفيها، دار الثقافة، عمان، بدون طبعة 1999، ص 196.

¹⁵⁵ فرهاد حسين: عوارض المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص 329.

معفي من الأخذ بشروط السلامة حين تنفيذه لواجباته، وهو نفس الاتجاه الذي اخذ به الفقه الإسلامي الذي اعتبر تنفيذ الواجبات جوازا شرعيا¹⁵⁶.

يرى الباحث أن تنفيذ أمر الرئيس هو ضمنا تنفيذ لأمر القانون وما يقتضيه الواجب القانوني على الموظف، إلا أن القانون الحديث جعل له أحكام خاصة وحدود موضوعية أكثر دقة وتحديدا من إطاعة القانون، يرى الباحث أن سبب ذلك راجع لكي لا يتمادى الموظف أو يسيء استعمال سلطاته، فإذا ما تعثر احد الشروط المطلوبة اعتبر الفاعل في هذه الحالة متجاوزا للحدود الموضوعية المقررة له كان في إطاعة القانون أو في تنفيذ أمر الرئيس، وبالتالي يصبح فعله غير جائز ولا مجال لاعتباره جوازا شرعيا.

والذي لا جدال فيه هو انه بغض النظر عن ماهية الأمر أو الواجب القانوني فان الموظف أو الحاكم لا يتقيد بشروط السلامة أثناء ممارسة عمله حتى يتمكن من تنفيذها بدون خوف أو تردد إذا التزم بالشروط السابقة، وبما أن الواجب القانوني هو بالأساس فعل جائز شرعا والواجبات غير مقيدة بقيود السلامة كما عرض سابقا فان القيام بها يعتبر جوازا شرعيا لا يرتب الضمان على عاتق الفاعل، على أن الدولة قد تتحمله فيما بعد، فيما يتعلق بعبء إثبات توفر شروط حالة تنفيذ أمر الرئيس يرى الباحث أن الأصل في الأعمال التي يقوم بها الموظف أنها أفعال جائزة ليس من المفترض أن ينشأ عنها ضرر ما يصيب الآخرين، وعليه وبالتوافق مع حق الدفاع الشرعي فان على الموظف إثبات أن ما قام به من أفعال ضارة كان نتاج تنفيذ أمر رئيسه.

¹⁵⁶ محمد حسن الشامي: ركن الخطأ في المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص 256-257.

المطلب الخامس: رضاء المصاب (المضرور)

يعتبر رضا المضرور احد الأسباب التي بها تنفي المسؤولية عن الفاعل في الفقه والقانون، ويتمثل رضا المضرور في صورتين وهو أن يطلب الفاعل من المضرور مسبقاً أن يسمح له بإتلاف ماله فان وافق المضرور اعتبر ذلك رضا منه لا يرتب أي مسؤولية على الفاعل، أو أن يتم من خلال الإذن المباشر من المضرور للفاعل، والذي قد يكون صريحاً بعبارة واضحة أو قد يكون ضمناً¹⁵⁷، إلا أن هذا لا يعفي من تثبيت وجوده، فمشاهدة صاحب المال لشخص لآخر يقوم بإتلاف ماله لا يعد رضا منه بذلك حتى لو لم يقم بمنعه، فالسكوت في هذه الحالة لا يعتبر رضا ضمناً من صاحب المال بل يجب البحث في وقائع الحادثة ككل حتى يكون بالإمكان التماس وجوده¹⁵⁸.

يستمد رضا المضرور أساسه من نصوص القانون فقد نص المشرع الأردني على انه: "إذا اتلف احد مال غيره على زعم انه ماله ضمن ما اتلف، أما إذا أتلفه بإذن مالكة فلا يضمن"، ويتبن من النص السابق أن القانون المدني الأردني أكد على أن الشخص الذي يتلف مال غيره معتقداً انه ماله ضامن لقيمة المال، إلا إذا كان ذلك بناء على إذن من صاحب المال، ففي هذه الحالة لا يضمن قيمته وكان المشرع اعتبر المأذون بالمال كصاحبه له أن يتصرف فيه كما يشاء¹⁵⁹.

يشترط في إذن المضرور شرطان أساسيان هما:

أولاً: أهلية المضرور

¹⁵⁷ سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني - المجلد الأول - الفعل الضار، مرجع سابق، ص 315.

¹⁵⁸ محمد صبري الجندي: في المسؤولية التقصيرية المسؤولية عن فعل الغير، مرجع سابق، ص 519.

¹⁵⁹ المادة (277) من القانون المدني الأردني.

وهذا يعني وجوب صدور الرضا من شخص بالغ له أهلية التصرف ويملك ما يكفي من الوعي ليدرك ما يفعل، فالأمر بالإتلاف يتضمن إلحاق ضرر بصاحبه وبالتالي لا بد من التأكد من أهلية الشخص الذي أعطى الإذن بالإتلاف¹⁶⁰.

ثانياً: أن يكون محل الضرر مشروعاً

من خلال النص السابق يتبين أن المشرع الأردني حدد نوع الضرر الذي يمكن قبوله من قبل المضرور وهو الضرر المالي وحده، وسبب ذلك أن لصاحبها كامل الحرية في التصرف فيها حتى لو كان ذلك يعني تدميرها، فان كان لصاحب الحق كامل الحرية في التصرف به ضمن المسموح فما المانع من إعطاء الغير هذا الحق من خلال إعطاء الغير الإذن في تدميره وإتلافه وهذا هو جوهر رضا المضرور¹⁶¹، أما بالنسبة للرضا الواقع على الأضرار الجسدية وكل ما يتعلق بالنفس فان الرضا بإتلافها غير مشروع ولا يتصور وقوعه بأي حال من الأحوال، فحياة الإنسان وجسده معصومة من كل مس ولا يجوز القبول بالضرر الجسدي في جميع الأحوال¹⁶².

لا يجيز القانون الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية التقصيرية بشكل عام إذا ما تم باتفاق مسبق بينهما، فمشروع القانون المدني الفلسطيني نص بشكل صريح على ذلك في أحكامه، خاصة وأنه أجاز الاتفاق على التشديد من المسؤولية وقيمة الضمان لاعتبارات يراها، وهو نفس الاتجاه الذي اخذ به القانون الأردني الذي لديه نص مشابه، إلا أن هذه النصوص تشير إلى موضوع آخر وهو

¹⁶⁰ عاطف النقيب: النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي-الخطأ والضرر، مرجع سابق، ص 179.

¹⁶¹ محمد الجندي: في المسؤولية التقصيرية المسؤولية عن الفعل الضار، مرجع سابق، ص 206-207.

¹⁶² عماد أبو صد: مسؤولية المباشر والمتسبب، مرجع سابق، ص 287.

الرضا بالمخاطر والتي لا تنطبق على حالة الرضا بالضرر، فبالرغم من التشابه الكبير بينهما خاصة من حيث الشروط العامة لقيامهما إلا أنهما يختلفان من حيث المشروعية والآثار المترتبة¹⁶³.
ففي الصورة الأولى وهي الرضا بالضرر اتجهت نية المضرور إلى إعطاء الفاعل الإذن بإتلاف مال ثابت ومحدد، وبالتالي فإن الضرر في هذه الحالة يكون ثابت القيمة على عكس الصورة الثانية وهي الرضا بالمخاطر والتي يقبل فيها الشخص أن يعرض نفسه لاحتمال الإصابة بضرر ما من الوارد أن يحدث وقد لا يحدث، أي أن المصاب في الحالة الأولى قد رضي بالضرر في ذاته في حين رضي المصاب في الحالة الثانية بالفعل الذي قد يتمخض عن الضرر¹⁶⁴، وبالتالي فإن الصورة الأولى جائزة أما الثانية فلا، لأن "الإذن ابتداء لا يرفع المسؤولية إنما يمكن رفعها بعد ثبوت الحق فيها"¹⁶⁵.

يتمثل الرضا بالمخاطر في حالات كثيرة، كالشخص الذي يقبل أن يقوم بإجراء عملية جراحية مخاطرها عالية وفرص نجاحها ضئيلة بحيث تكون حياته مهددة بالخطر في أي لحظة، أو كحالة الشخص الذي يقبل أن يركب في مركبة سباق مع علمه بان سائقها على وشك تنفيذ جولة بها بأقصى سرعة، ففي هذه الأمثلة يعتبر قبول الشخص لهذه الظروف قبول لمخاطر غير اعتيادية وهو يختلف عن قبول الشخص للمخاطر الناشئة عن ركوب القطار مثلا في ظروف عادية ففي الحالة الأخيرة لا يوجد أية أخطار غير الاعتيادية من الممكن أن تحدث بالنظر إلى الوضع الراهن¹⁶⁶.

¹⁶³ تنص المادة (190) من مشروع القانون المدني الفلسطيني على: يقع باطلا كل شرط يقضي بالإعفاء أو التخفيف من المسؤولية المترتبة على الفعل الضار، ومع ذلك يجوز اشتراط تشديد هذه المسؤولية مالم ينص القانون على خلاف ذلك، وفي نفس الاتجاه تنص المادة(270) من القانون المدني الأردني على: يقع باطلا كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على الفعل الضار.

¹⁶⁴ سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني- المجلد الأول- الفعل الضار، مرجع سابق، ص316

¹⁶⁵ عماد أبو صد: مسؤولية المباشر والمتسبب، مرجع سابق، ص288.

¹⁶⁶ سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني- المجلد الأول- الفعل الضار، مرجع سابق، ص316-317.

بالرغم من أن القانون المدني الأردني ومشروع قانون المدني الفلسطيني لا يجيزان قبول المخاطر كأحد صور انتفاء الضمان، إلا أن بعض القوانين الحديثة تذهب إلى أن القبول بالمخاطر الاعتيادية في الظروف العادية كركوب القطار في الظروف العادية جائز، فإن ترتب على هذه الحالة حصول حادث ما فإن السائق لا يسأل مسؤولية كاملة وتخفف المسؤولية عنه طالما اخذ جانب الحيطة والحذر في عمله، أما بالنسبة لقبول المخاطر غير الاعتيادية فهو غير جائز باستثناء بعض الحالات¹⁶⁷.

إلا أن إجازة قبول المخاطر الاعتيادية لم تكن مطلقة، فقبول المخاطر في القانون يشبه قبول الأضرار من حيث عدم اقتران القبول بسلامة الجسد وكل ما يتعلق بالنفس، فلا يجوز للإنسان أن يقبل بمخاطر الإصابة أو الوفاة حال تنفيذه لأمر ما، بغض النظر عن نوع المخاطر التي يقبلها، ويستثنى من ذلك العمليات الطبية وممارسة الألعاب الرياضية، فالمضروب يقبل بالمخاطرة بحكم الحاجة ومنفعة من ورائها فالأعمال الطبية ضرورية لإنقاذ حياة المريض، ولكن بشرط بذل كل الاحتياطات اللازمة لذلك من قبل الفاعل والأمر ذاته ينطبق على الألعاب الرياضية فهي ضرورية للنفس والروح وتقويمها¹⁶⁸.

موقف الفقه الإسلامي من قبول المخاطر مشابها للموقف الذي اخذ مشروع القانون والقانون الأردني، فالفقه الإسلامي لا يعتبر قبول المخاطر صورة من صور الجواز الشرعي أو انعدام المسؤولية، حيث رتب على قبولها كقاعدة عامة عدم انتفاء المسؤولية عن الفاعل أو حتى تخفيفها إلا في حالة كان قبول المضروب للمخاطر كان ناتجا عن قلة احتراز من جانبه كأن يقوم

¹⁶⁷ سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني - المجلد الأول - الفعل الضار، مرجع سابق، ص 317-319.

¹⁶⁸ سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني - المجلد الأول - الفعل الضار، مرجع سابق، ص 322-323.

شخص بمرافقة آخر بمركبته وهو يعلم بأنه تحت تأثير مخدر ما، ففي هذه الحالة يتحمل الأخير جزءاً من المسؤولية بمقتضى القواعد العامة¹⁶⁹.

يرى الباحث أن رضا المضرور بإتلاف ماله يتفق بشكل واضح مع قاعدة الجواز الشرعي، فإذا ما اعتبرنا أن رضا المضرور بالتلف هو ضمناً إعطاء إذن بالتصرف فإن الفاعل في هذه الحالة يقوم بعمل جائز قانوناً يندرج تحت نطاق قاعدة الجواز ولا يرتب الضمان على صاحبه، السبب راجع إلى أن الرضا بالضرر يتضمن إعطاء الإذن للفاعل بالتصرف بالملك وأحد صور هذا التصرف هو إتلاف المال نفسه، وعليه فتصرف الفاعل يعتبر جائزاً كأنه تصرف في حر ماله، وكما ذكر سابقاً فإن تصرف الإنسان في ملكه غير مقيد بشرط السلامة، ولا يعتبر إتلافاً لمصلحة الفاعل كونه تم بإذن من صاحب المال، وبذلك تتوفر كافة شروط قاعدة الجواز الشرعي في هذه الحالة، عكس الرضا بالمخاطر الذي يعتبر فعلاً محظوراً بالأساس حيث لم يأتي نص قانوني يجيزه في بعض الأحوال حتى يكون بالإمكان اعتباره جوازاً شرعياً كما حدث في الدفاع الشرعي.

المبحث الثاني : صور لقاعدة الجواز الشرعي في الفقه

ذكر الفقه الإسلامي والحديث بعض الصور للقاعدة التي لم تتطرق لها القوانين الحديثة في نصوصها بالشكل المطلوب، وتشمل كل من الألعاب الرياضية وحق التأديب والتي يدرجها قانون العقوبات تحت نطاق إجازة القانون¹⁷⁰، هذه الصور وغيرها سيتم التطرق لها خلال هذا المبحث

¹⁶⁹ محمد الجندي: في المسؤولية التقصيرية المسؤولية عن الفعل الضار، مرجع سابق، ص 208.

¹⁷⁰ تنص المادة (61) من قانون العقوبات الأردني على 1- لا يعد الفعل الذي يجيزه القانون جريمة، 2- يجيز القانون أ- ضروب التأديب التي ينزلها بالأولاد أبائهم على نحو ما يبيحه العرف العام ب- أعمال العنف التي تقع أثناء الألعاب الرياضية إذا روعيت قواعد اللعب ج- العمليات الجراحية والعلاجات الطبية المنطبقة على أصول الفن، شرط أن تجري برضا العليل أو رضاً ممثليه الشرعيين أو في حالات الضرورة الماسة.

على أن يتناول المبحث صورة أخرى أشار إليها الفقه الإداري بشكل خاص، وهي كل ما يتعلق بأعمال الدولة ومهامها في المجتمع، على النحو الآتي:

المطلب الأول: ممارسة الألعاب الرياضية

تعددت الأدلة الشرعية في الفقه الإسلامي التي تبيح ممارسة الرياضة كقوله عليه السلام (ارموا واركبوا وان ترموا أحب إلي من أن تركبوا، وكل ما يلهو به المرء المسلم باطل إلا رمية بقوسه وتأديبه فرسه وملاعبته امرأته فأنهن من الحق)¹⁷¹، كذلك إعطائها هامشا كبيرا من حياة الفرد، فظهرت الفروسية والرماية بشكل كبير في بدايات العصر الإسلامي نظرا لكثرة الفتوحات الإسلامية في ذلك الوقت كونها تخدم بشكل كبير المقاتل وتقوي من عزمته في المعارك، استمرت الرياضة بالانتشار والتنوع إلى يومنا هذا، ناهيك عن التطورات التقنية المساعدة التي جعلتها أكثر فائدة للإنسان.

وكانت الغاية من إباحة ممارسة الرياضة للدور الكبير الذي تلعبه في إراحة الإنسان من همومه وتعبه الناتج عن ممارسته لحياته الاعتيادية، وللدور الكبير الذي تشغله هذه الألعاب في شحذ الهمم وتنشيط الطاقات في المجتمع للوصول للهدف الذي نصبوا إليه وهو تحقيق المصالح المشروعة¹⁷².

قد ينشا عن ممارسة الألعاب الرياضية حدوث إصابات للآخرين ممن يمارسون اللعبة خاصة إذا ما كانت اللعبة بطبيعتها قاسية وعنيفة كالملاكمة والمصارعة، فإذا ما نتج إتلاف أو إيذاء جراء ممارسة اللعبة اعتبر مشروعا ولا يتحمل فاعله أي مسؤولية جزائية أو مدنية تجاه اللاعب الآخر¹⁷³، ويرى الفقه الإسلامي أن سبب انتفاء المسؤولية عن اللاعب راجع إلى أن اللاعب

¹⁷¹ محمد الألباني: صحيح سنن ابن ماجة، الطبعة الثانية، رقم الحديث 2667، ص132.

¹⁷² عدنان جلون: أصول اللعب والترويح والرياضة في المجتمع الإسلامي، دار العلم، جدة، بدون طبعة 2000م، ص68.

¹⁷³ تحسين درويش: استعمال الحق كسبب للتبرير في القانون الجنائي، مرجع سابق، ص163.

يمارس حقا بموجب القانون وقد يكون واجبا قانونيا خاصة ألعاب الفروسية، قوامه أن الرياضة فيها ما ينفع الناس في دينهم أو دنياهم من مهارات أو علم أو فن¹⁷⁴.

يرجع قانون العقوبات الأردني المطبق في فلسطين انتفاء المسؤولية بسبب ممارسة الألعاب الرياضية لكونه احد صور إجازة القانون التي لا يترتب عليها مسؤولية على اللاعب¹⁷⁵، في حين يرى البعض أن ممارسة الألعاب الرياضية وما ينشأ عنها من إصابات يعتبر من صور الجواز الشرعي بسبب رضا اللاعب بالضرر سلفا، وهو بمثابة استثناء على القيد الذي وضعه القانون فيما يخص استبعاد الأضرار البدنية من ضمن حالات رضا المضرور¹⁷⁶، وبغض النظر عما تكيفه فانه لا بد من توفر العديد من الشروط مجتمعة لكي يمارس الشخص حقه في ممارسة الرياضة كالآتي:

الشرط الأول: أن تكون اللعبة من ضمن اللعب المعترف بها أو مشروعة

يمكن الاستدلال على مشروعية لعبة رياضية ما، إما من خلال استقراء قوانين اللعبة إن وجدت أو من خلال الأحكام العامة نفسها في الشريعة والقانون¹⁷⁷، فالأصل أن تحقق الألعاب الرياضية الهدف المنشود منها وألا تنشأ بسببها ضرر ما إلا أن الفقه الإسلامي أجازها حتى لو كانت بطبيعتها تتسم بالعنف المصارعة والعنف واستخدام القوة، كونها تحض على الجهاد والقتال مع أن

¹⁷⁴، عبد القادر عودة: التشريع الجنائي الإسلامي، الجزء الأول، دار الكتاب العربي، بيروت، ص528.

¹⁷⁵ تنص المادة(61) من قانون العقوبات الأردني على 1- لا يعد الفعل الذي يجيزه القانون جريمة، 2- يجيز القانون أ- ضروب التأديب التي ينزلها بالأولاد أبائهم على نحو ما يبيحه العرف العام ب- أعمال العنف التي تقع أثناء الألعاب الرياضية إذا روعيت قواعد اللعب ج- العمليات الجراحية والعلاجات الطبية المنطبقة على أصول الفن، شرط أن تجري برضا العليل أو رضی ممثله الشرعيين أو في حالات الضرورة الماسة.

¹⁷⁶ محمد صبري الجندي: في المسؤولية التقصيرية المسؤولية عن الفعل الضار، مرجع سابق، ص521.

¹⁷⁷ عروبة الشرفا: الإصابات الرياضية في التشريع الجنائي الإسلامي، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس 2009، ص115.

البعض يرى عدم جواز ذلك¹⁷⁸، أما النوع الآخر من النشاطات فهو الذي لا يقوم على استعمال القوة بين اللاعبين ولا يتطلب وجوده فيها بحيث لا يوجد فيها من النشاطات ما يتضمن ضرب أو جرح الخصم وقد اعتبرها الفقه الإسلامي في حكم الجائزة ككرة الصولجان¹⁷⁹.

يرى الفقه الإسلامي أن الشخص يكون مسئولاً عن الأضرار التي تحدث لخصمه حين ممارسة الألعاب التي لا تتطلب القوة لاستعمالها، ويرجعون ذلك إلى أن هذا النوع من الرياضات لا يمكن تصور وقوع هكذا ضرر بسببه لو أن الشخص قد التزم بقواعد اللعب¹⁸⁰، أما بالنسبة للرياضات التي بطبيعتها تتطلب استخدام القوة فإن ينبغي التفريق بين حالتين:

1- حالة تجاوز اللاعب لحدود اللعبة ويترتب على ذلك أن هذا اللاعب يكون متجاوزاً لحقه ويكون مسئولاً مسؤولية كاملة عما لحق خصمه من ضرر.

2- حالة عدم تجاوز حدود اللعبة المرسومة ويترتب على ذلك أن اللاعب لا يكون مسئولاً تجاه خصمه الذي تضرر من اللعب كونه لم يتجاوز حدود الحق الموضوعية¹⁸¹.

الشرط الثاني: أن تقع الإصابة أثناء ممارسة الرياضة

يتطلب لانتفاء مسؤولية اللاعب عن الإصابة التي لحقت باللاعب الآخر أن تقع الإصابة أثناء ممارسة اللعبة، فاللاعب غير مسئول عن الإصابة التي تحدث للاعبين الآخرين أثناء دقائق المباراة، بخلاف الإصابة الواقعة بعد انتهاء المباراة بالكامل فلا تقع تحت نطاق الجواز الشرعي، وإنما تحت نطاق الأحكام العامة للمسؤولية ويكون مرتكبها مسئولاً عنها بشكل كامل كونها خرجت

¹⁷⁸ ابن عابدين: حاشية ابن عابدين (رد المحتار)، الجزء السادس، مرجع سابق، ص 403.

¹⁷⁹ شمس الدين الشربيني: مغني المحتاج، المجلد الرابع، دار المعرفة، الطبعة الأولى، بيروت 1997، ص 420.

¹⁸⁰ عبد القادر عودة: التشريع الجنائي الإسلامي، الجزء الأول، دار الكتاب العربي، بيروت، ص 527

¹⁸¹ محمد الطبطبائي: المسابقات الرياضية ضوابطها الفقهية وآثارها الجنائية، مقال منشور في مجلة الحقوق، العدد الأول، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت 2004، ص 103-104.

عن كونها ممارسة للعبة رياضية¹⁸²، ويتضمن ذلك بطبيعة الحال أن يكون اللاعب حسن النية في لعبه مع خصمه بحيث تكون نيته من استعمال حقه في اللعب متجه نحو ممارسة اللعبة بكل نزاهة وروح رياضية فلا يجوز له التعسف في استعمال حقه بقصد الإضرار باللاعب الآخر¹⁸³.

الشرط الثالث: الالتزام بقواعد اللعبة

ينبغي على اللاعب أن يلتزم بأصول اللعبة الرياضية التي يمارسها وقواعدها، فإن خرج عن تلك الأصول اعتبر متعديا ومتجاوزا في استعمال حقه، فالقواعد العامة في المسؤولية تتجه بشكل عام إلى تضمين المعتدي أي ضرر يحدثه لغيره، إلا أن المشرع خرج عن هذا الأصل في ممارسة الألعاب الرياضية على افتراض أن اللاعب متقيد وملتزم بما تقتضيه اللعبة من قواعد عليه احترامها¹⁸⁴ وإلا أصبح الفاعل متجاوزا لحقه بعد أن كان فعله جائزا بالرغم من ترتيبيه للضرر.

ومعيار تحديد تجاوز اللاعب لقواعد اللعب من عدمه يقوم على أساس أن اللاعب في ممارسته للعبة الرياضية يكون ملزما ببذل العناية المطلوبة أثناء تعامله مع الآخرين، فأبي انحراف عن هذه العناية هو بمثابة خطأ يستوجب التعويض من صاحبه، وعليه فإن معيار التفارقة يكمن في مقارنة سلوك اللاعب أثناء اللعبة بسلوك لاعب آخر في نفس الظروف ونفس الحالة، على أن يكون

¹⁸² تحسين درويش: استعمال الحق كسبب للتبرير في القانون الجنائي، مرجع سابق، ص165.

¹⁸³ عروبة الشرفا: الإصابات الرياضية في التشريع الجنائي الإسلامي، مرجع سابق، ص117.

¹⁸⁴ صباح خضر: التعويض عن الإصابة الرياضية، -ماجستير قانون، دار الكتب القانونية، مصر، بدون طبعة 2011م، ص146.

سلوكه في مرحلة متوسطة من اليقظة والانتباه للقواعد التي تضمنتها اللعبة واحترامها¹⁸⁵، أي أن معيار الخطأ في الإصابة هو اللاعب متوسط المستوى من كافة النواحي الفنية والبدنية¹⁸⁶.

تعتمد كل رياضة قواعد خاصة بها قد تختلف عن الرياضات الأخرى، والتي عادة ما تكون منظمة ومكتوبة من خلال الهيئات الرياضة ذات العلاقة ناهيك عن المنظمات المحلية والدولية بالإضافة إلى مجموعة من القواعد غير المكتوبة، وهي عبارة عن قواعد رياضية عرفية¹⁸⁷ تتضمن هذه القواعد مجموعة من الالتزامات يجب على اللاعب أن يتقيد بها كأن يلعب دون أية خشونة زائدة بقصد الإضرار بالخصم وإيذائه حتى يحقق الفوز، فاللاعب مجبر بان يلعب بروح رياضية لان الرياضة بدونها لا تعتبر رياضة، ولان الروح الرياضية تعني احترام اللاعب الآخر وتجنب إيذائه في بدنه ونفسه¹⁸⁸.

يلزم لتحديد خطأ اللاعب عند ممارسته للعبة التي بطبيعتها خطيرة كلعبة الهوكي أن يبحث إضافة لما سبق وجود تعدي من قبل اللاعب من عدمه، وسبيل تحديد ذلك هو الرجوع إلى الأعراف الرياضية واستشارة الخبراء في هذا المجال، لأن خطأ اللاعب في هذا النوع من الرياضات من أصعبها إثباتاً، وبما أن هذه الرياضة تحتاج للعنف لذا من الطبيعي أن يحدث

¹⁸⁵ صدر حكم عن محكمة سعودية يقضي بتضمين لاعب كراتيه بسبب ضربه لخصمه أثناء مسابقة كراتيه، حيث أن الضربة الأخيرة أو ما قبلها كانت غير قانونية حسب تقرير حكم المباراة كونه قد وجهها في منطقة البطن مما أدى أثناء أداء الضحية للتحية الإختتامية إلى سقوطه على مؤخرة رأسه، مع أن الوقائع أثبتت عدم تعمد اللاعب ذلك وعدم وجود أي حقد أو كراهية بين اللاعبين، كما أن التقرير الطبي اثبت أن سبب الوفاة طبيعي (عروبة الشرفاء، الإصابات الرياضية في التشريع الجنائي الإسلامي، مرجع سابق، ص140-142).

¹⁸⁶ صباح خضر: التعويض عن الإصابة الرياضية، مرجع سابق، ص147.

¹⁸⁷ سعيد جبر: المسؤولية الرياضية، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون طبعة 1992م، ص35-36.

¹⁸⁸ صباح خضر: التعويض عن الإصابة الرياضية، مرجع سابق، ص148-149.

أضرار أكثر على عكس الرياضات الأخرى التي لا تتطلب استعمال للعنف في حال ترتب الضرر وجب الضمان على الفاعل¹⁸⁹.

يترتب على تحقق ما سبق من شروط تحلل اللاعب من أية مسؤولية مدنية جراء ممارسته للعبة الرياضية، فإن تضرر خصمه أثناء المسابقة فإنه لا يكون مسئولاً بتاتا حتى لو توفي خصمه، فسبب الوفاة قد يرجع لعلّة خفية في الخصم لا يعلمها أو لم يكن بالإمكان العلم بوجودها، ويرى البعض أن التبرير إجمالاً يعود لكون أن جميع الخصوم في اللعبة يهدفون إلى الفوز ودفع الهزيمة عن نفسه وهذا بطبيعة الحال يعود بالنفع العام كما سبق ذكره¹⁹⁰.

يرى الباحث أن ممارسة الألعاب الرياضية تندرج تحت نطاق الأفعال الجائزة التي ينتقي معها الضمان وفق قاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان مع أن ممارستها قد تعني أضراراً فادحة بحق الخصم في اللعبة وذلك لأن الإضرار مشروع فيه الحالة، ذلك راجع إلى أن ممارستها يعد من قبيل الأفعال الجائزة في القانون وسبب الإجازة راجع إلى ما تحققه من فوائد جمة، من خلال تنظيم حياة الفرد تهذيبه وتقوية بدنه والمحافظة على صحته وتقوية المناعة لديه وبالتالي فإن أعمال الضرب واستعمال القوة والتي تمثل أفعالاً ضارة في القانون تصبح أفعالاً مشروعة جائزة، إلا أن ذلك مقيد ضمن ما نص عليه القانون من تعليمات وقواعد فيما يخص كل لعبة وما يتفق عليه العرف الرياضي، أما بالنسبة لباقي شروط القاعدة ومدى توافرها في الصورة الحالة فإن ممارسة الألعاب الرياضية تعتبر من ضمن الحقوق المعترف بها للإنسان وذهب البعض إلى اعتبارها في حكم الواجبات القانونية في المجتمع وبالتالي فهي لا تنقيد بشروط السلامة التي نص عليها القانون، إلا إذا كانت الرياضة لا تتطلب بطبيعتها استعمال القوة.

¹⁸⁹ سعيد جبر: المسؤولية الرياضية، مرجع سابق، ص 36-37.

¹⁹⁰ تحسين درويش: استعمال الحق كسبب للتبرير في القانون الجنائي، مرجع سابق، ص 167.

المطلب الثاني: تأديب الزوجة و الأبناء

"التأديب هو تعليم المحامد ومحاسن الأخلاق بالنظر والضرب وغيره"¹⁹¹، وتبرز أهمية هذا الحق في كونه وسيلة مهمة من الوسائل التي تحث على مكارم الأخلاق وتسمو بها إلى مكانة أفضل، والتأديب من أهم الوسائل التطبيقية التي يستعان بها للتقويم الصحيح للتربية، فالإنسان مسئول في بعض الأحيان عن تربية وتنشئة غيره، لذلك لابد من إعانتة على ذلك للوصول لتربية ناجحة وذلك من خلال إعطائه حق التأديب، ونطاق التأديب يكون إما للولي على الأولاد أو للزوج على زوجته حسب ما تقضي صراحة بعض القوانين¹⁹².

الفرع الأول: تأديب الأولاد

يذهب الفقه الإسلامي إلى أن من حق الوالدين أن يؤدبوا أبنائهم في حالات معينة كترك الصلاة أو حال ارتكابهم لما يخالف الشريعة من كذب وسرقة أو في حالة صدور أفعال أو أقوال من الطفل فيها سوء أخلاق وانتهاك للأداب العامة، ويحق له أن يؤدبوا اولادهم فيما يتعلق بتقصيره في واجباته الدراسية وغيرها من الحالات، ويرى الفقه الإسلامي أن حق التأديب لا يمارس إلا بعد أن يعرف الآباء أبنائهم جل ما سبق ويجعلونهم قادرين على التمييز بين الخطأ والصواب في أفعالهم وأقوالهم¹⁹³.

يشترط الفقه والقانون بعض الشروط التي على الأهل الانتباه لها عند تأديبهم أولادهم كالاتي:

1- أن يكون سبب تأديبهم قائم على ذنب أو خطأ صدر من الابن بحيث يكون قد وقع فعلا

وليس خطأ مستقبلي توقع الأب أن يحدث .

¹⁹¹ ابن منظور: لسان العرب، المجلد الأول، ص201.

¹⁹² محمد العموش: موانع الضمان في الفقه الإسلامي، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، بدون طبعة2010م، ص313.

¹⁹³ محمد القادري: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، بيروت1997، الجزء التاسع، ص106.

2- أن تتجه نية الأب حين تأديبه ولده لإصلاحه وتوجيهه للصواب وليس للانتقام لوجود عداوة سابقة وغيره، فإن انتفت النتيجة من وراء التأديب كأن يكون بلا فائدة فليس له أن يستعمله.¹⁹⁴

3- أن يكون الابن صبيا لم يبلغ الخامسة عشرة من عمره إلا إذا كان ما يزال يعيش في كنف والده أو من يقوم بتربيته فيكون مسئولا عن تأديبه حتى سن البلوغ وهو الثامنة عشر.¹⁹⁵

4- التأديب يكون من خلال الوعيد والتوبيخ من جانب الأب أو القائم على الابن ويشمل كذلك التعنيف، إلا أنه لا يكون بالشتم إطلاقا فان لم ينجح ما سبق، عندها بإمكان المؤدب أن يستخدم الضرب، وهو ضرب يرجى منه إخافة الابن دون أن يؤثر على العضو.¹⁹⁶

5- أن يراعي المؤدب عند تأديبه أن يتجنب إصابة المواقع الحساسة في جسم الإنسان كالבطن والرأس، دون تجاوز لما يعتبره العرف العام¹⁹⁷ من وسائل عقابية ذات اثر جسيم على الابن.¹⁹⁸

إذا ما استوفى المؤدب كافة الشروط التي تعطيه الحق في تأديب الصغير فان فعله يعتبر جوازا شرعيا ، لكن ما هو موقف الفقه من إتلاف عضو أو هلاك الصغير أثناء التأديب؟ يذهب الفقه الحنفي إلى أن التأديب الذي يمارسه الآباء تجاه أبنائهم مقيد بشرط السلامة وبالتالي فان الأب

¹⁹⁴ مفلح الدباس: موانع الضمان في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص77.

¹⁹⁵ نظام المجالي: شرح قانون العقوبات القسم العام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الخامسة 2015م، ص184.

¹⁹⁶ اعتبرت محكمة التمييز الأردنية أن ضرب الأم لابنها وذلك حتى يكف عن الصراخ من صور التأديب المسموح بها في القانون نظرا لان العرف العام يعطي هذا الوجه أو الصورة للوالدين تجاه أبنائهم(كامل السعيد، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات، مرجع سابق، ص171، عن تمييز جزاء رقم 71/7 مجلة النقابة، س19، ص413)

¹⁹⁷ منصور بدر الدين: الضمان في الفعل المشروع، مرجع سابق، ص231.

¹⁹⁸ نظام المجالي: شرح قانون العقوبات القسم العام، مرجع سابق، ص184.

ضامن ما اتلف، ولا يرتبونه في حال كان التأديب لأغراض التعليم فهو واجب حسب نظرهم وغير مقيد بشرط السلامة¹⁹⁹، وبالتالي فان المؤدب لا يكون مسئولاً تجاه الصغير عن الأضرار التي لحقت به طالما تقيد بالشروط السابقة، وبما انه حق للمؤدب فهو غير ملزم بالتقيد بشروط السلامة²⁰⁰، وذهب الشافعية إلى أن الأب أو المعلم حين تأديبه للصغير ملزم بأخذ شروط السلامة فضربه مشروط دائماً بها بغض النظر عن باعث التأديب حتى لو كان الضرب معتاداً²⁰¹.

يرى الباحث تأييد الرأي الأول من الفقه والذي يقضي بان الولي غير مسئول عن أية أضرار تلحق بالصغير طالما التزم حدود الحق وما هو في حكم العادة من الوسائل التأديبية، فتأديب الطفل يعتبر عملاً مهماً من واجب الأب والأم، بحكم مسؤوليتهم عن أفعاله بصفتهم متولي رقابته، وإذا ما فرضنا جدلاً أن التأديب مشروط بسلامة العقاب فان الأب أو الأم لا يكونا مسئولين عن الأضرار الناشئة عن ضرب الصغير فيما لا يمكن التحرز منه، طالما لم يتجاوز حدود هذا الحق، بالتالي فالجواز الشرعي لضرب التأديب محصور فيما يمكن التحرز من وقوع من أضرار.

يعتقد الباحث أن المعيار المتبع في تحديد ما يمكن التحرز منه ربما من خلال النظر إلى مقدار الضرر الحاصل، فحق التأديب بخلاف حق الدفاع الشرعي يتطلب تصرفاً محدداً بضوابط شرعية كأن يكون الضرب معتاداً وحدد مقداراً مفترضاً من الضرر بحكم العادة، وسبب إجازة هذا المقدار من الفعل الضار راجع لأهمية حق التأديب بالنسبة للصغير والمجتمع ككل، فإذا ما تجاوزت الأضرار الحد المتوقع فان المؤدب يكون ضامناً حتى لو التزم حدود الحق لان فعله مقيد بسلامة

¹⁹⁹ ابن نجيم: الأشباه والنظائر عن مذهب أبي حنيفة النعمان، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، بيروت 1999، ص 249.

²⁰⁰ محمد القادري: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، مرجع سابق، الجزء التاسع، ص 106.

²⁰¹ أبو حامد الغزالي: الوسيط في المذهب، الجزء السادس، دار السلام، الطبعة الأولى 1997، ص 513.

العاقبة، بالمقابل فإن حق الدفاع الشرعي يتضمن إلحاق أذى غير محدد المقدار قد يصل لحد إزهاق روح المهاجم، لهذا السبب فإن الضرر الناتج عن حق التأديب مقيد بشرط السلامة.

الفرع الثاني : تأديب الزوجة

أقرت الشريعة الإسلامية بحق الزوج تأديب زوجته وتقويمها لقوله تعالى(واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن)²⁰²، ويشمل ذلك تقويم أفعالها وأقوالها، فإن قامت بمعصية زوجها أو نشزت في معاملته في حدود المشروع والمسموح بمقتضى الشريعة فيحق الزوج أن يقوم بتوجيه زوجته وتذكيرها بخروج ما بدر منها عن حدود المشروع في أسلوب النصح والإرشاد، فإن لم تستجيب فللزوج أن يهجر زوجته بما لا يزيد عن ثلاثة ليالي ويكون داخل حدود البيت، دون أن يقصر في واجباته الأخرى من توفير متطلبات الحياة الأخرى لها من مأكّل وملبس وغيره²⁰³.

للزوج أن يضرب زوجته في حال عدم نجاح الخطوات السابقة، والضرب المقصود في هذه الحالة هو الضرب الخفيف لقوله عليه السلام(اتقوا الله في النساء، فإنهن عوان عندكم ولكم عليهن أن لا يوطئن فراشكم أحدا تكرهونه فإن فعن فاضربوهن ضربا غير مبرح)²⁰⁴ فلا يتعدى في ضربه بان يضربها ضربا شديدا قد يؤدي لأضرار بليغة، وعليه فإن كان الزوج على يقين بان الضرب الخفيف وهو الوحيد المسموح به لن يجدي مع الزوجة وأن الضرب الشديد هو وحده من سيجدي فإن الزوج

²⁰² سورة النساء، الآية الكريمة رقم 34

²⁰³ نايف الحمد: تأديب الزوجة بين التعدي والمشروع، مقال منشور في مجلة العدل، مج12ع47، السعودية2010م، ص215.

²⁰⁴ صحيح مسلم، كتاب الحج، رقم الحديث4908.

في هذه الحالة لا يملك حق التأديب بالضرب من أساسه لانتفاء الغاية بما أن الضرب الخفيف لن يجدي معها فمن باب أولى عدم استخدامه²⁰⁵.

والضرب الخفيف في هذه الحالة هو الضرب الذي لا يكون بالسوط أو العصا كأن يكون بمندبل ملفوف في إشارة واضحة لتخفيفه قدر الإمكان من قبل الزوج، وهذا يعني عدم مشروعية الضرب على الوجه أو الأماكن الخطرة في الجسم كالرأس والبطن²⁰⁶، ويشترط لجواز حق التأديب ألا تكون المسألة التي بسببها قام الزوج بتأديب زوجته قد سبق وأن طرحت أمام السلطات المختصة بحل الخلافات الزوجي أو السلطات العامة الأخرى ذات العلاقة أو الاختصاص، لان الغاية من التأديب قد انتفت في هذه الحالة ولا داعي لإعطاء هذا الحق للزوج في هذا المقام، فلا يجوز للزوج أن يؤدب زوجته لارتكابها جنحة ما، سبق وأن تعاملت الشرطة مع أمرها²⁰⁷.

يتجه بعض الفقه الإسلامي كالحنفية إلى أن الزوج فيما لو تسبب في إحداث تلف كبير للزوجة أو تسبب في وفاتها أثناء ضربها فانه يكون مسئولاً في جميع الأحوال، لان الشريعة أعطته حق تأديبها وليس حق قتلها كما يرى البعض، خصوصاً بعد تحديد مقدار العقاب البدني وجعله كوسيلة تخويفية أكثر من كونه إيلاماً، وأن على الزوج الأخذ بشرط السلامة عند تأديبه زوجته، ويرتبون على وجود الضرر أن الزوج في جميع الأحوال قد تجاوز الحدود المقررة لحقه لو كان الضرب معتاداً²⁰⁸، ويذهب الحنابلة إلى أن الضرر الناتج عن تأديب الزوجة بالضرب المعتاد

²⁰⁵ منصور بدر الدين: الضمان في الفعل المشروع، مرجع سابق، ص213.

²⁰⁶ منصور البهوتي: كشاف القناع عن متن الإقناع، الجزء الخامس، علم الكتب، بدون طبعة، بيروت1983، ص209 وما بعدها.

²⁰⁷ محمد الحلبي: شرح قانون العقوبات القسم العام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، بدون طبعة، عمان1997، ص218.

²⁰⁸ ابن نجيم: البحر الرائق، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الثاني الجزء الثامن، ص392.

يعتبر فعلا جائزا قوامه إذن الشارع فإن تم وفق الشروط السابقة، لا حاجة لأن يعوض الزوج زوجته عن ذلك²⁰⁹.

لم تنص القوانين الحديثة على حق تأديب الزوج زوجته خاصة فيما يتعلق بضربها واقتصرت القوانين على ذكر تأديب الولي لابنه أو تأديب المعلم لتلميذه، إلا أن بعضها كالقانون الأردني اعتبر أن للزوج الحق في تأديب زوجته بالضرب قياسا على حقه تجاه ابنه، خاصة وأن القانون الأردني لم يذكر أسباب التبرير على سبيل الحصر²¹⁰.

يرى الباحث تأييد اتجاه الحنفية حينما اعتبروا تأديب الزوج زوجته من ضمن الأفعال المقيدة بشروط السلامة، وبالتالي فإن الجواز الشرعي مقيد في هذا الحق بما يمكن التحرز من وقوعه من أضرار تطبيقا لقاعدة (ما لا يمكن الاحتراز عنه فلا ضمان فيه).

ويرى أن ضرب التأديب وغيره من الأفعال التي تتطلب الأخذ بشروط السلامة لا تقيد الضرر المعتاد الناشئ عن الإباحة، فضرب الصغير والذي يرى البعض انه مقيد بشروط السلامة يتضمن ضررا معتادا حسب ما تمنح الإباحة من سلطات وميزات لصاحبها والتي لا يحاسب عليها الشخص في جميع الأحوال فهذه الأضرار واقعة تحرز الشخص أم لم يتحرز، ويلاحظ مما سبق أن الخلاف كان قائما بخصوص ترتيب الضمان على الأب أو الزوج الذي ضرب ابنه أو زوجته بالنسبة للأضرار غير الاعتيادية الحاصلة كتلف عضو أو الهلاك، فبحثوا مدى اعتبار الأفعال التي نشأ بسببها هذا الكم من الضرر أن كان الفقه أو الشرع يعتبره مقيدا بشرط السلامة أو انه غير مقيد.

²⁰⁹ منصور البهوتي: كشاف القناع عن متن الإقناع، الجزء السادس، مرجع سابق، ص16.

²¹⁰ محمد الحلبي: شرح قانون العقوبات القسم العام، مرجع سابق، ص217.

بالنظر إلى الميزات والحدود الموضوعية لضرب التأديب ومن خلال ما حدده القانون من وسائل مستخدمة فيه فإن الفاعل يكون مسئولاً عن كافة الأضرار غير المعتادة الناشئة عن الضرب فضرب التأديب مقيد بشروط السلامة فيما يمكن التحرز منه من أفعال، لذا يرى الباحث أن الأصل تضمين الفاعل لأي فعل نشأ عنه ضرر غير معتاد طالما كان مقيداً بشرط السلامة وأن مهمة إثبات كون الضرر كان ناشئاً عن فعل لا مجال للتحرز من وقوعه راجع للفاعل نفسه فإن لم يستطع إثبات أن الفعل من غير الممكن التحرز منه كان ضامناً، وهي مهمة صعبة جداً فضرب الزوجة يتضمن وسائل خفيفة جداً لا يمكن تصور وقوع أضرار تذكر عنها، خاصة وأن الفقه يرى أن الأولى تركه والالتجاء للوسائل الأخرى وبالتالي فالمنطق يقول بأن أية أضرار غير معتادة ناشئة عن الضرب تعني أن الفاعل لم يتحرز في فعله بالنظر لمقدار الضرر الحاصل فالإباحت لم تشرع لتكون وسيلة لإحداث الضرر .

المطلب الثالث: أعمال السلطات

تعتبر الدولة شخصاً معنوياً بحكم القانون وهي المسئول الأول عن تنفيذ الواجبات القانونية وإطاعة القانون، ولها صلاحيات واسعة تشمل كافة مجالات ونواحي الحياة، ونظراً لكثرة التداخلات الحاصلة بين الإنسان والدولة وما تسبب فيه ذلك من إضرار بالأفراد أثناء قيام الدولة بأعمالها من خلال موظفيها (تابعين)، فالقانون يذهب إلى أن الدولة (المتبوع) مسئولة عن تعويض الأشخاص الذين لحق بهم الضرر جراء تنفيذ أعمالها، لكن هذه المسؤولية ليست مطلقة فالدولة لا تعوز عن كافة الأضرار التي تحدث للغير بسبب تنفيذ أعمالها وسياساتها بل تشترط في ذلك شروط معينة²¹¹.

²¹¹ محمد حسين: مسؤولية الإدارة عن أعمال موظفيها، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى 2007م، ص 23-24.

بداية لا بد من توضيح طبيعة العلاقة بين الدولة وموظفيها، وفي هذا الشأن يذهب قانون المخالفات المدنية في هذا الشأن إلى أن المتبوع يتحمل كافة المسؤولية عن أعمال تابعه التي يأتيها سواء كانت فعلا أو تركا، طالما أجاز المتبوع ذلك العمل للتابع، مع ضرورة التأكد من أن الفعل كان ضمن ما يتطلبه العمل الوظيفي من إجراءات وضمن أهدافه، فإن كان الفعل الذي أتاه المتبوع قد تم بتفويض من تابع آخر دون تفويض صريح أو ضمنى من المتبوع فلا يتحملة المتبوع مسؤوليته، وأشار القانون إلى أن المتبوع لا حرية له في تحديد للتابع الذي يعمل تحت إشرافه فهو مسئول عنه في جميع الحالات طالما ثبتت سلطة توجيهه ورقابته عليه، خاصة وان مشروع القانون المدني تضمن نصا مشابها لما تضمنه قانون المخالفات²¹².

فالقانون يشترط لقيام مسؤولية الدولة عن أفعال موظفيها الضارة وجود رابطة تبعية بين الدولة والموظف وتتمثل في السلطة الفعلية للدولة على الموظف بصورها المختلفة وما تتطلبه من توفر لعنصري الرقابة والتوجيه ومتابعة تنفيذه لما تقتضيه وتقرره من لوائح وقوانين²¹³، يذهب الفقه إلى أن وجود هذه العلاقة غير المباشرة بين الموظف والدولة الذي من شأنه جعل الموظف تابع لها أن بإمكان الدولة أن تنفي المسؤولية عن نفسها من خلال نفي خطأ الموظف، فإن كان بإمكان

²¹² تنص المادة (1/12) من قانون المخالفات المدنية على: 1- إيفاء بالغايات المقصودة من هذا القانون، يتحمل المخدم تبعه أي فعل يأتيه خادمه إذا كان المخدم قد أجاز ذلك الفعل أو قرره، أو إذا كان الفعل قد ارتكبه خادمه في سياق العمل الموكل إليه ويشترط في ذلك أولا: لا يتحمل المخدم تبعه أي فعل يأتيه شخص لم يكن خادمه، فوض إليه خادم من خدمه أمر القيام بالعمل الموكل إليه دون تفويض صريح أو ضمنى من المخدم ثانيا: أن الشخص المجبر بحكم القانون على استعمال خدمات شخص آخر لا رأي له في اختياره، لا يتحمل تبعه أي مخالفة يأتيها ذلك الشخص في سياق العمل الموكل إليه. وفي ذات السياق تنص المادة (193) من مشروع القانون المدني الفلسطيني على: 1- يكون المتبوع مسئولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار، متى كان واقعا منه في حال تأديته وظيفته أو بسببها 2- تقوم رابطة التبعية، ولو لم يكن المتبوع حرا في اختيار تابعه متى كانت له عليه سلطة فعلية في رقابته وتوجيهه

²¹³ إيهاب شروف: المسؤولية التقصيرية للدولة عن الفعل الضار الصادر من رجال الأمن، رسالة ماجستير، جامعة القدس، القدس

الموظف أن ينفي عن نفسه المسؤولية فان الدولة تملك هذا الحق أيضا بحكم أن الموظف يعمل لصالحها²¹⁴.

لكن هذا يتطلب التمييز بين نوعين من الخطأ في المسؤولية الإدارية بين الخطأ المرفقي والذي ينشأ عن خطأ من جانب الإدارة فيما يخص عملها المرفقي وتقديمها للخدمات بأنواعها كالحماية والقضاء، ويقوم هذا الخطأ حال ارتكاب أي عمل يخالف أحكام القانون والقواعد المقررة لكل حالة أو القانون المنظم للخدمة المقدمة للجمهور وعدم اتخاذ الاحتياطات اللازمة لذلك والذي بدوره أدى إلى حدوث فساد أو خلل في عمل الإدارة²¹⁵.

يستتبع أن يكون الخطأ المرفقي²¹⁶ متصلا بالوظيفة اتصالا واضحا، وهذا لا يكون إلا من خلال انحراف الموظف عن السلوك المعتاد لنفس الموظف والذي يعمل في نفس الوظيفة وتحيط به نفس الظروف الخارجية، بغض النظر عن كونه عمديا أو غير عمدي، وقد يتجلى الخطأ المرفقي في العديد من الصور بين إساءة استعمال للسلطة الممنوحة للموظف من قبل الوظيفة التي يشغلها أو تجاوز للحدود والصلاحيات والسلطات التي تمنحه الوظيفة²¹⁷ فأى تجاوز لهذه الحدود يعني ان الفعل لم يعد جائزا شرعا أساسا حتى لو كان لمصلحة العمل والمجتمع.

وفي هذا الشأن أشار قانون المخالفات المدنية إلى أن فعل المتبوع لا يكون مرتبطا بالعمل إلا من خلال التأكد من انه قد تم في سياق العمل الوظيفي بصفته الشخص المسئول عن تنفيذه وما يقتضي العمل من تنفيذه لواجبات قانونية اعتيادية وما تتطلبه الظروف في بعض الأوقات حتى

²¹⁴ عادل الطائي: المسؤولية المدنية للدولة عن أخطاء موظفيها، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، بدون طبعة 1999م، ص 190.

²¹⁵ الوليد درابيع: مسؤولية الإدارة على أساس الخطأ، رسالة ماجستير، جامعة القدس، القدس 2017م، ص 9.

²¹⁶ ذهبت المحكمة الإدارية العليا في مصر إلى أن الإدارة تكون مسئولة عن قراراتها حال ارتكاب خطأ من قبلها ومناطق هذا يتحدد بوجود عيب لحق القرار من عيوب عدم المشروعية وهو كل عمل مخالف لحكم القانون على أن يصيب الأفراد ضرر مادي أو معنوي بسبب هذا الخطأ (الوليد درابيع: مسؤولية الإدارة على أساس الخطأ، مرجع سابق، ص 55).

²¹⁷ محمد حسين: مسؤولية الإدارة عن أعمال موظفيها، مرجع سابق، ص 34-35.

لو كان الفعل عبارة عن قيامه بفعل إجازة المختوم على غير وجهه الصحيح، إلا إذا كان عمله بهدف تحقيق مآرب خاصة لا علاقة لها بالوظيفة والمتبوع²¹⁸.

ويطلق على ما سبق الخطأ الشخصي، وهو خطأ عمدي يهدف صاحبه من خلاله إلى قصد الإضرار بالغير وتحقيق بعض المصالح الشخصية، والتي قد تتمثل في الكيد والانتقام من احد الأفراد أو المواطنين، ويترتب على هذا النوع من الأخطاء أن الموظف يكون وحده المسئول تجاه المضرور بحيث يعوضه من ماله الخاص ولا تكون الإدارة في هذه الحالة مسئولة تجاه المضرور، كاعتداء شرطي دون أي سبب على احد المواطنين في الشارع²¹⁹، ومع هذا فمن الصعب جدا التمييز بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي نظرا لعدم وجود معيار واضح يحدد الأفعال التي تتطوي على خطأ أو تعدي واقع بسبب الوظيفة أو بمناسبتها²²⁰.

يعتبر كل من الخطأ الشخصي والعمدي خطأين موجبان للمسؤولية والاختلاف قائم بينهما من حيث الآثار يتجلى فقط في الجهة التي تدفع التعويض، فبالنسبة للخطأ المرفقي الأكثر صلة بالموضوع فان الدولة غير قادرة على نفي المسؤولية عن الخطأ الموظف المرفقي إلا من خلال نفي خطأ الموظف ذاته، وذلك من خلال إثبات أن خطأ الموظف كان بناء على احد حالات وصور الجواز الشرعي²²¹ السابقة كحالة الدفاع الشرعي أو توفر حالة الضرورة أو أن الضرر قد

²¹⁸ -تنص المادة (2/12) من قانون المخالفات المدنية على: يعتبر الخادم انه ارتكب الفعل في سياق العمل الموكل إليه، إذا كان قد أتى ذلك الفعل بصفته خادما وخلال تأديته واجبات عمله العادي أو الواجبات المقترعة عن عمله، حتى لو كان الفعل عبارة عن قيامه بفعل إجازة المختوم، على غير وجهه الصحيح، أما إذا ارتكب الفعل بغية تحقيق مآربه الخاصة، لا بالنيابة عن مخدمه، فلا يعتبر انه أتى ذلك الفعل في سياق العمل الموكل إليه.

²¹⁹ عبد الكريم الصغير: مسؤولية الإدارة القائمة على أساس الخطأ، رسالة ماجستير، الجامعة الاردنية 1997م، ص 14.

²²⁰ محمد حسين: مسؤولية الإدارة عن أعمال موظفيها، مرجع سابق، ص 37.

²²¹ قضت محكمة التمييز الأردنية بانتفاء مسؤولية أمانة عمان الكبرى عن الضرر الذي لحق بالميزر بدل عطل تعرض له ومدته 70 يوما جراء الأعمال التي تقوم بها البلدية، وكانت عبارة عن إنشاء نفق أدى إلى إغلاق الشارع الذي يمر منه المتضرر، حيث ترى المحكمة أن أمانة عمان الكبرى مارست حقا مشروعاً يمنحه القانون، بل هو واجب قانوني يقع على عاتقها وأن جميع الأضرار التي لحقت بالمضرور كانت ناشئة عن تنفيذ هذه الواجبات القانونية وعليه فان الجواز الشرعي ينافي الضمان (تمييز أردني رقم

نتج عن رضاء سابق من المضرور²²² أو أن تثبت الدولة أن فعل الموظف قد تم بناء على تنفيذ واجب قانوني يفرضه القانون على الموظف طالما قد تم بالتوافق مع حدود الحق الموضوعية والغائية²²³ ودون تقصير أو كان فعل الموظف قد صدر بناء على أمر واجب التنفيذ من قبل رئيسه في العمل كما ذكر سابق في موضوع تنفيذ أمر الرئيس²²⁴.

يذهب الفقه الإسلامي إلى أن الدولة مسئولة بشكل مطلق عن الأضرار التي تحدث بسببها للأفراد أثناء ممارستها لمهامها من قبل موظفيها أو أدائها لواجباتها، واعتبرت بيت مال المسلمين الجهة المسؤولة عن دفع مبلغ التعويض، وذلك بحكم أن الموظف ينفذ مهامه في سبيل تحقيق المصلحة العامة، إلا إذا كان تنفيذه لعمله قد وقع بتعد مقصود أو تعسف واضح أو لتحقيق مصلحة خاصة، فإنه يكون هو المسئول عن التعويض ويعوض المضرور من ماله الخاص²²⁵.

من صور أعمال السلطات أعمال السلطة التنفيذية²²⁶ التي تقع على عاتقها الكثير من الواجبات القانونية كالإلقاء القبض على المتهمين، فضابط الشرطة الذي يلقي القبض على شخص بعد أن رآه متلبسا بفعله الجرمي الذي يعاقب عليه القانون لا يكون مسئولاً عن تقييد حرية المجرم كونه

2001/2459 الصادر بتاريخ 2001/11/28م).وقضت في قرار آخر بمسؤولية وزارة الأشغال العامة عن الأضرار التي لحقت بالمبني ضددهم جراء أعمال فتح وتوسيع الطريق المار على حدود قطعة الأرض التي يملكها المضرور على اعتبار أن الجواز الشرعي مشروط بعدم إلحاق الضرر بالغير(تميز أردني رقم 2012/4402 الصادر بتاريخ 2013/3/10).

²²² إيهاب شروف: المسؤولية التقصيرية للدولة عن الفعل الضار الصادر من رجال الأمن، مرجع سابق، ص51.

²²³ قضت محكمة التمييز الأردنية بمسؤولية سلط المياه والزامها بتعويض المتضرر عن نقص قيمة قطعتي ارض يملكها وذلك بسبب قيام سلطة المياه في وقت سابق بإستملاك قطعة ارض مجاورة لأرض المضرور، وأدى ذلك لجعلها على شكل قطعتين اثنتين بفصلهما بواسطة خط صرف صحي، خاصة وان المياه العادمة كانت تتسرب من المواسير لأرض المضرور، وبالتالي خروج هذه الأعمال عن نطاق الجواز الشرعي، فان كانت سلطة المياه تهدف إلى تحقيق الصالح العام فان هذا لا يعطيها الحق لكي تلحق بغيرها ضرر واضحا كهذا الضرر(تميز أردني رقم 2012/578 الصادر بتاريخ 2012/6/24م).

²²⁴ إيهاب شروف: المسؤولية التقصيرية للدولة عن الفعل الضار الصادر من رجال الأمن، مرجع سابق، ص55.

²²⁵ محمد حسين: مسؤولية الإدارة عن أعمال موظفيها، مرجع سابق، ص141-142.

²²⁶ اختلف الفقهاء المسلمون حول قضية في زمن الخليفة عمر بن الخطاب والذي أرسل مرة في طلب امرأة ليسألها عن أمر ما والتي أثناء حضورها في الطريق نزل جنينها ومات وذلك خوفا من طلب الخليفة لها، حيث يرى جانب من الفقه إلى أن الخليفة عمر مارس حقه وواجبه القانوني وانه غير مسئول تجاه هذه المرأة، وذهب رأي آخر وهو الراجح إلى أن عمر مسئول تجاه المرأة عن وفاة جنينها على أن يدفع بيت مال المسلمين دية الطفل (محمد العموش: موانع الضمان في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص303).

نقد الواجب القانوني الموكل إليه وغيرها من الصلاحيات التي يمنحها هذا الحق والتي قد تقتضي استعمال القوة مع المتهم، ويشمل ذلك أيضا مطاردة المجرمين الفارين وإطلاق النار عليهم وكذلك ما يتطلبه حفظ النظام العام من مكافحة الشغب وغيره²²⁷.

يعتبر حق إلقاء القبض حق عام لغير مأموري الضبط القضائي في حال توفر شرط التلبس، حيث انه يتيح لمستعمله استخدام العنف ضد المجرم إن لزم الأمر وتقييده، وذلك للحد من تحركه في انتظار وصول مأموري الضبط القضائي للتعامل حسب الأصول مع المتهم، إلا أن من يملك هذا الحق ملزم بان يراعي بعض الأمور حين استعماله إياه، كأن يراعي شروط السلامة أثناء القبض عليه، فالفاعل لا يملك الحق في استخدام العنف ضد المتهم في حال استجاب بإرادته ويهدوء وسلم نفسه، ويشترط كذلك ألا يكون المقصد من وراء إلقاء القبض عليه الانتقام منه وإنما تحقيقا الصالح العام من خلال تسليمه للجهات المختصة من مأموري الضبط القضائي، فان لم يلتزم بهذه الشروط اعتبر مرتكبا لجريمة الحبس غير المشروع وبالتالي يقع على عاتقه تعويض المتضرر²²⁸.

ومن صور ذلك أيضا عدم مسائلة أعضاء البرلمان عما يرتكبهه أثناء الكلمات والخطب التي يدلي بها أعضاؤه أثناء اجتماعاتهم السرية والعلنية في البرلمان، ويشمل ذلك كل قذف أو سب أو طعن يصدر من احد الأعضاء خلال إلقاءه للخطب وسرده للتقارير، فانتهاء مسؤولية الأعضاء قائمة على ما يملكون من حصانة حسب القانون وأقصى ما يمكن أن يصدر بحقهم هو اتخاذ إجراء تأديبي فقط²²⁹.

²²⁷ عادل الطائي: المسؤولية المدنية للدولة عن أخطاء موظفيها، مرجع سابق، ص195.

²²⁸ تحسين درويش: استعمال الحق كسبب للتبرير في القانون الجنائي، مرجع سابق، ص135-136.

²²⁹ حسن الذنون: المبسوط في المسؤولية المدنية-الخطأ، مرجع سابق، ص562.

يرى الباحث أن أعمال الدولة بشكل عام بما يعطيها القانون الحق في استعمالها وما يفرض على دوائرها من واجبات تعتبر جميعها أفعالاً جائزة تقع تحت نطاق قاعدة الجواز وذلك بالنسبة للموظف المسئول عما يرتكبه من أخطاء مرفقية، وقيام مسؤوليته الكاملة عن الأخطاء الشخصية المرتكبة التي لا دخل للدولة بها ، ويرى الباحث بالتوافق مع الفقه والقانون أن الدولة مسؤولة بشكل تام عن الأضرار الحاصلة عن الخطأ المرفقي دون أن تكون مسؤولة مطلقاً، فقد يكون الخطأ أو الإضرار الصادر مشروعاً كتنفيذ عقوبة الإعدام بالمدان، وبما أن هذه الأفعال تعتبر واجبات قانونية فهي غير مقيدة بشرط السلامة فتنفيذ العقوبة يعتبر جوازاً شرعياً منافياً للضمان، والدولة وفق تصور الفقه الإسلامي ضامنة ما ينتج من ضرر مباشرة كان أو تسبباً مالم يكن الضرر نفسه مشروعاً.

الفصل الثاني:

انعدام الجواز الشرعي:

"ترتبط فكرة الضمان في الفقه الإسلامي بشكل كبير بمفهوم الحق واستعماله، وهذا طبيعي لأن محل الضمان هو حقوق الغير من المضرورين"²³⁰ لذا تتطلب قاعدة الجواز الشرعي في الأفعال حتى لا يترتب عليها الضمان أن تكون أفعالاً جائزة، فالأصل في الأفعال الإباحة أي الجواز الشرعي إلا إذا كان الفعل فعلاً ضاراً، باستثناء بعض الأحوال التي يعتبر الإضرار فيها مشروعاً

²³⁰ مصطفى الجمال: القانون المدني في ثوبه الإسلامي-مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، حقوق الطبع محفوظة للمؤلف، بدون سنة نشر، ص535.

كفعل الدفاع الشرعي، فما هو مدى ارتباط قاعدة الجواز الشرعي بالفعل الضار والمسؤولية التقصيرية ومقدار التوافق بين أحكام كل منهما؟

لم تحدد القاعدة علاقتها بشكل مباشر بالنظرية العامة للتعسف في استعمال الحق، فالقاعدة وفق ما يرى الفقه الإسلامي ربطت نفسها بشكل واضح بالفعل الضار القائم على تجاوز الحدود الموضوعية والتي بانتفائها يعتبر الفعل جوازا شرعيا قد يكون استعمالا لحق أو أداء لواجب، فما موقف القاعدة من الأضرار الناشئة عن استعمال حق من هذه الحقوق أي الضرر الناشئ عن ذلك الجواز الشرعي؟ وهل يمكن اعتبار النظرية العامة للتعسف في استعمال الحق هي بمثابة استثناء على القاعدة؟ فالقانون المدني الأردني اشترط في الجواز الشرعي الأمرين معا أي وجود حق مشروع يستعمله الفاعل وأن يكون الاستعمال ذاته مشروعاً.

المبحث الأول: الفعل الضار

يقيم الفقه الإسلامي المسؤولية عن الفعل الضار الذي يعتبر احد أسباب الضمان الأربع في الفقه على أساس الضرر، هذه المسؤولية تقوم على ثلاثة أركان وهي (الفعل) وعلاقة السببية والضرر، بخلاف المسؤولية التقصيرية في القوانين المدنية الحديثة التي تقيمها على أساس الخطأ كمشروع القانون المدني الفلسطيني، وعليه فان الباحث سيتناول في هذا المبحث توضيح المعيار المتبع لدى الفقه الإسلامي والقوانين الحديثة في تحديدها للأفعال الصادرة عن الأشخاص إن كانت أفعالا جائزة أو أفعالا ضارة غير جائزة، وذلك بالتطرق لركن الفعل في كل من المسؤوليتين.

المطلب الأول: ركن الفعل في المسؤولية عن الفعل الضار

تقوم المسؤولية في الفقه الإسلامي على أساس وجود الضرر، وهذا يتطلب أن يقوم الشخص الضامن بفعل ما تمخض عنه الضرر، بعد البحث عن الفعل الذي أدى لحدوثه والذي يشترط فيه أن يكون مباشرة أو تسببا، هذا الركن ذهب القانون الأردني إلى تسميته بالإضرار أي الفعل غير المشروع²³¹، وهو قول فيه كثير من الخلط بين الفعل والضرر الحاصل كما أن الإضرار دائما ما يتطلب وجود التعدي الذي لا يلزم توافره في المباشرة²³².

المباشر: "هو شخص قام أو باشر بالفعل الضار (الإضرار) بنفسه دون أي وجود لعامل مساعد أو وسيط بين الفعل والضرر"²³³، وعليه فالمباشرة "هي الكيفية التي تم بها حدوث الضرر بناء على فعل وحيد لا يتخلله فعل آخر قام به الفاعل المباشر"²³⁴، المباشر يكون ضامنا بدل فعله بشكل مطلق دون البحث عن التعدي أو التعمد كما ذهب القانون المدني الأردني²³⁵ فالمباشرة سبب للضرر الذي وقع وعله مستقلة كافية لوحدها لقيام الضمان، دون النظر إلى السلوك المألوف أو أهلية الشخص²³⁶.

الأصل أن المباشرة²³⁷ لا تتم إلا بفعل إيجابي، فالفقهاء اختلفوا حول ورود المباشرة على الأفعال السلبية القائمة على الامتناع، فيرى البعض أن المباشرة لا ترد إلا على الأفعال الإيجابية، لأن المباشرة تتطلب وجود فعل أو القيام بفعل يباشره المباشر، ويذهب آخرون إلى أن

²³¹ ياسين الجبوري: شرح القانون المدني الأردني، مرجع سابق، ص 522

²³² محمد صبري الجندي: في المسؤولية عن الفعل الشخصي، مرجع سابق، ص 422.

²³³ عماد أبو صد: مسؤولية المباشر و المتسبب، مرجع سابق، ص 3.

²³⁴ المرجع السابق، ص 39.

²³⁵ نصت المادة (257) من القانون المدني الأردني على: 1- يكون الإضرار بالمباشرة أو التسبب 2- فإن كان بالمباشرة لزم الضمان ولا شرط له وإذا وقع بالتسبب فيشترط التعدي أو التعمد أو أن يكون الفعل مفضيا إلى ضرر.

²³⁶ علي الخفيف: الضمان في الفقه الإسلامي، القسم 1، معهد البحوث والدراسات العربية، بدون طبعة، القاهرة 1971، ص 83.

²³⁷ نصت المادة (887) من مجلة الأحكام العدلية على أن: الإتلاف مباشرة هو إتلاف الشيء بالذات ويقال لمن فعله مباشر.

المباشرة قد ترد على أفعال الامتناع من خلال مباشرة الشخص لفعل الترك وهو نفس الاتجاه ذهب إليه القانون الأردني²³⁸.

تقع المباشرة قصداً أو بدون قصد²³⁹، فلا أهمية للحالة النفسية للمباشر أو الفاعل، فالشخص الذي يمر بالسوق فيلمس شيئاً من البضائع المعروضة أو المعلقة دون قصد فتكسرت، يكون ضامناً للضرر الذي حصل، كونه مباشراً لفعل الإلتلاف²⁴⁰، خاصة وأن القانون لا يشترط في المباشرة الاتصال المادي بين المباشر ومحل الضرر فيعتبره مباشراً بغض النظر عن كونه قد باشر الفعل بنفسه أو من خلال أداة تحت تصرفه من الجمادات أو أشياء حية كالحيوانات، فالشخص الذي يمتطي حصانه ويصيب شخص آخر رفسه الحصان أثناء ذلك يكون مباشراً للفعل الذي نتج عنه الضرر²⁴¹، وهذا يعني أن المباشرة تنطبق على الصبي والمجنون بحكم اعتبار عديم التمييز محجوراً لذاته فيما يخص التصرفات القولية أما التصرفات الفعلية فيكون عديم التمييز مسئولاً عنها حال مباشرتها متى نتج عنها ضرر ما للغير²⁴².

المتسبب²⁴³: "هو الشخص الذي يقوم بعمل أو فعل ما، لم يترتب عليه بشكل مباشر حدوث أي ضرر، لكن لوجود عامل آخر أو فعل آخر ترتب على فعله حدوث ذلك للآخرين، والعبرة في تحديد كون الشخص متسبباً من عدمه يرجع إلى طرح تساؤل معين على كل حالة مفاده: لو لم يقم الشخص بالفعل الذي قام به، هل سيحدث الضرر؟ فإن كان عمله غير مؤثر في حصول

²³⁸ ياسين الجبوري: الوجيز في شرح القانون المدني الأردني-الجزء الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الثانية 2012م ، ص525.

²³⁹ نصت مجلة الأحكام العدلية في المادة (92) على أن: المباشر ضامن وإن لم يتعمد.

²⁴⁰ ياسين الجبوري: الوجيز في شرح القانون المدني الأردني-الجزء الأول، مرجع سابق، ص525.

²⁴¹ أمين دواس: مجلة الأحكام العدلية وقانون المخالفات المدنية، مرجع سابق، ص41.

²⁴² فظل عسقلان: المسؤولية المدنية لعديم التمييز، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس 2008، ص103.

²⁴³ نصت مجلة الأحكام العدلية في المادة(888): الإلتلاف تسبباً هو التسبب لتلف لشيء يعني إحداث أمر في شيء يفضي إلى إلتلاف شيء آخر على جري العادة ويقال لفاعله متسبب، فعليه إن قطع حبل قنديل معلق هو سبب مفض لسقوطه على الأرض وانكساره فالذي قطع الحبل يكون اتلف الحبل مباشرة وكسر القنديل تسبباً.

النتيجة فانه لا يكون متسببا، وهذا ما يميزه عن فعل المباشر الذي يكون فعله متصل اتصالا مباشرا بالنتيجة وهي الضرر، في حين أن فعل المتسبب لا يتصل بالنتيجة بصورة مباشرة لكن عمله اثر بشكل ما وحدث الضرر²⁴⁴.

تتشرط مجلة الأحكام العدلية والقانون المدني الأردني في مساءلة المتسبب إما أن يكون متعديا أو أن يكون متعمدا بمقتضى ما تحويه من نصوص حول التسبب²⁴⁵، فما هو التعدي والتعمد الذي أشارت إليه المجلة في هذا الصدد؟

يعرف الدكتور المحمصاني التعدي بأنه (العمل بدون حق ولا جواز شرعي) حيث ربط قاعدة الجواز الشرعي بالتعدي من خلال اشتراطه وجود التعدي لوجوب الضمان، فان لم يكن الفعل يشكل تعديا فانه يعتبر فعلا جائزا منافيا للضمان إن كان الفعل تسببا²⁴⁶، فالتعدي يمثل تجاوزا لحدود الشرع أو العرف أو العادة، هذه الحدود التي يتجاوزها الفاعل والتي يقوم عليها التعدي هي الحدود الموضوعية التي من المفترض أن يحافظ عليها الفاعل في أفعاله وهي نفسها التي يلتزم بها الرجل العادي في سلوكه²⁴⁷.

²⁴⁴ عماد أبو صد: مسؤولية المباشر والمتسبب، مرجع سابق، ص78.

²⁴⁵ قضت محكمة التمييز الأردنية بمسؤولية مجلس أمانة عمان الكبرى عن الأضرار التي أصابت المميز ضده والمتمثلة بالأضرار التي لحقت بسيارتها أثناء مرورها في شارع فيه حديد بارز مما أدى إلى ثقب إطار السيارة ، وعلى اثر ذلك اختل توازن السيارة وانحرفت عن مسارها، وتأسيسا على ذلك ترى المحكمة أن مجلس أمانة عمان الكبرى تسبب في وقوع الضرر وانه لا مجال لإعمال قاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان لان ذلك مشروط بعدم الإضرار بالغير(تميز أردني رقم 2009/3455 الصادر بتاريخ 2010/4/25).

²⁴⁶ صبحي المحمصاني: النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، الجزء الأول، مطبعة الكشاف، بيروت1948، ص175و186.

²⁴⁷ أسماء أبو سرور: ركن الخطأ في المسؤولية التقصيرية، رسالة ماجستير، جامعة النجاح، نابلس2006، ص80.

تتمثل حدود الحق الموضوعية في الشروط التي يتطلبها القانون عادة أثناء ممارسة الحق واستعماله، منها ما يتعلق بشخص الفاعل²⁴⁸، كالحقوق التي لا يجوز ممارستها إلا من قبل صاحبها كحق تأديب الأولاد، وقد تتعلق هذه الشروط بنوع الأداة أو الوسيلة المستخدمة لاستعمال الحق، فالطبيب يعتبر متعدياً إذا ما استخدم أدوات لا تعتبر مقبولة في عرف المهنة كأدوات جراحية غير معقمة، وقد تتعلق هذه الشروط بجسامة الأفعال التي يتخذها الشخص أثناء استعماله حقه في حال توفرت لديه عدة طرق لاستعماله، إلا أنه استعمل أكثرها جسامة²⁴⁹، وقد تتعلق هذه الشروط أو الحدود بما يقتضيه القانون عادة من إجراءات وأساليب متبعة أثناء استعمال الحق كمبدأ التدرج في استعمال حق التأديب أو التدرج في استعمال حق الدفاع الشرعي²⁵⁰.

يقوم التعدي على معيار موضوعي²⁵¹، حيث يعتد بالسلوك المجرد الذي يمثل أوساط الناس، أي سلوك الإنسان العادي بغض النظر عن العوامل والمعايير الشخصية الكائنة في الشخص، كأن يعتاد الشخص على سلوك معين، أو مقدارا محدودا بما يتمتع به المتعدي من ذكاء وفطنة أو مستواه العلمي أو الاجتماعي، حيث أن الآخرين دائماً ما يتوقعون من غيرهم ممارسة هذا السلوك المعتاد

²⁴⁸ قضت محكمة النقض الفلسطينية المنعقدة في رام الله بمسؤولية الطاعن المدنية بوصفه المهندس المسئول عن تنفيذ مشروع إسكان في منطقة رام الله، حيث قام أثناء عمليات الإنشاء بوضع الطمم في ارض المدعيين مما أدى لانهدام الجدران والسناسل وإتلاف أشجارهم، حيث أن المحكمة اعتبرت أعماله في الطريق والتي أدت لإلحاق الضرر بالغير غير مشروعة ولا مجال لإعمال قاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان كما يرى المهندس، وذلك لأنه لا يعمل مهندساً في البلدية ولم يرقم بالأعمال والإنشاءات بناء على إذن مسبق منها، خاصة وأن أعمال توسيع وإنشاء الشوارع يعد تنفيذاً للمشروع الهيكلي لمدينة رام الله وهذا بحد ذاته اختصاص للبلدية (نقض مدني رقم 2009/389 الصادر بتاريخ 2010/5/11م).

²⁴⁹ عمر الحديثي: التعسف في استعمال الحق بوصفه سبباً من أسباب الإباحة، دار الثقافة، الطبعة الأولى، عمان 2011م، ص 71.
²⁵⁰ المرجع السابق، ص 72.

²⁵¹ تنص المادة (916) من مجلة الأحكام العدلية على: تلف صبي مال غيره يلزم الضمان من ماله وإن لم يكن له مال ينتظر إلى حال يسر ولا يضمن وليه، وفي ذات الاتجاه تنص المادة (256) من القانون المدني الأردني على: كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر.

المجرد ولا ذنب لهم بما اعتاد عليه غيرهم، ويشمل هذا السلوك العادي أصحاب المهن في أعمالهم²⁵².

للتعدي مجالين اثنين، يشمل المجال الأول كافة الحقوق المباحة التي اقرها القانون للإنسان والتي تقتضي حرية الإنسان في إتيانها أو تركها كممارسة التجارة وغيرها من الرخص، فالأصل في ممارسة أي حق من هذه الحقوق أو تركها هو أن صاحبها غير ضامن ما ينشأ عنها من ضرر طالما لم يتعدى²⁵³، فان بدر من صاحب الحق أي فعل أو عمل من شأنه أن يتجاوز فعله حدود ونطاق حقه التي رسمها القانون إلى حقوق الآخرين فانه يكون متعديا باستعماله حقه، دون الالتفات لوجود التعمد أو القصد من عدمه، فالتعدي الناتج عن الإهمال مساوي من حيث الآثار للتعدي الناتج عن الفعل العمد أو المقصود²⁵⁴.

أما المجال الثاني للتعدي فيتمثل في كافة ما يقتضيه القانون من واجبات على عاتق الأشخاص المسؤولين عن تنفيذها، سواء تلك التي يأمر القانون بتنفيذها كمعالجة الطبيب للمريض الذي يصبح متعديا ومسئولا في حال عدم امتثاله للواجب الذي يقضي بعلاج المريض الذي يقصده في حال لم يقدم سببا قانونيا يبرر ذلك²⁵⁵، أو الواجب القانوني المتمثل في النهي عن إتيان بعض الأفعال، ويشمل الأفعال السلبية التي تكون مسبقة بالتزام قانوني فالقانون يفرض على بعض الأشخاص الامتناع عن بعض الأفعال كمنع الشخص من أن يترك غنمه تأكل زرع جاره، فهو مسئول عن حراستها وعدم إضرارها بالآخرين، وكذلك الأفعال السلبية المجردة²⁵⁶.

²⁵² مصطفى الجمال: القانون المدني في ثوبه الإسلامي-مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص539 وديابة ص1.540.

²⁵³ المرجع السابق، ص538.

²⁵⁴ وسيلة شربيط،: التعدي ونزعه الموضوعية في الفقه الإسلامي، بحث منشور في مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية- ع31، الجزائر2012م، موقع دار المنظومة ، ص17.

²⁵⁵ مصطفى الجمال: القانون المدني في ثوبه الإسلامي-مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص536.

²⁵⁶ مجد عناب: الخطأ السلبي في المسؤولية المدنية، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس2012م، ص41.

بما أن التعدي قد يصدر في شكل فعل غير مشروع، إذن: لا بد أن يقع تحت نطاق مجموعة من الأفعال كالاتي:

أولاً: مخالفة قاعدة قانونية، حيث أن معظم هذه القواعد تهدف إلى تنظيم حياة الناس وتشمل التشريع العادي أو الأساسي والفرعي بأنواعه من لوائح وأنظمة.

ثانياً: مخالفة قواعد العرف²⁵⁷، وإن كان العرف اقل من التشريع قوة إلا أن الفقه والقضاء يعتبرون العرف جزء من النظام القانوني في أي مجتمع أو منطقة.

ثالثاً: مخالفة ما تقتضيه العادات من قواعد معمول بها اجتماعياً، متى نشأ عنه ضرر ما ومن أهم الأمثلة عليها ما هو معترف به من عادات طبية وعادات رياضية .

رابعاً: مخالفة قواعد حسن السلوك والآداب في المجتمع يعتبر تعدياً واضحاً، كالإغواء الذي يقوم على الحيلة والخداع متى ترتب عليه ضرر.

خامساً: عدم احترام قواعد التعقل المعتاد بانحراف الإنسان عن سلوك الرجل المعتاد في الظروف المعتادة حال قيامه بأي نشاط في المجتمع²⁵⁸.

إلا أن بعض الأفعال المحظورة شرعاً في ذاتها والتي قد تشكل تعدياً يعتبرها القانون مشروعة لاعتبارات معينة دون أن تكون نافية للضمان، فالكثير من هذه الأفعال يعتبر من قبيل الواجب القانوني بحكم الوضع الراهن، والأمثلة على هذا كثيرة وتظهر جلياً في حالة الضرورة والتي يضطر فيها الإنسان إلى ارتكاب فعل لا يعتبر غير مشروع، وبما أن فعله تضمن إتلاف مال الآخرين فهو

²⁵⁷ اختلف الفقه في مسألة تتعلق بشخص قام بفرش حصير داخل مسجد أو قام بتعليق قنديل داخله، إلا أن رجلاً آخر أثناء وجوده داخل المسجد تعثر بسبب الحصير أو وقع عليه القنديل فمات، فينتفون أن ما سبق يكون جائزاً ولا يضمن صاحبه ما فعل في حال كان بناء على إذن من الحاكم ، إلا أن الاختلاف ظهر في حال لم يقم الشخص بأخذ إذن الإمام فيرى فريق منهم أنه يضمن وفريق آخر يرى بان لا ضمان عليه، وهو الرأي الراجح كون فعل الشخص من الأفعال المأذونة عرفاً خاصة وأن العادات تقضي بان التبرع لا يحتاج للإذن (محمد العموش: موانع الضمان في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 282-283).

²⁵⁸ محمد الجندي: في المسؤولية التقصيرية-المسؤولية عن الفعل الشخصي، مرجع سابق، ص 195-200.

مسئول عن تعويضه، أو أن الضرر نتج عن تصرف غير إرادي غير مقصود خاصة في حالة عديم التمييز²⁵⁹، لهذا السبب استتنت قاعدة الجواز الشرعي حالة الضرورة من نطاق القاعدة واعتبرته فعلا موجبا للضمان مع انه فعل جائز بالأساس.

حاول بعض الفقهاء وضع بعض الدلائل التي من يمكن خلالها الاستدلال على وجود التعدي خلال ممارسة الحقوق أو غيره من الأفعال والواجبات على النحو الآتي:

1- انعدام المنفعة عند القيام بالتصرف أو الفعل، بحيث يمارس الشخص أفعالا لا يترتب عليها أي منفعة بتاتا وليس من شأنها أن تجنبه ضرر أي ضرر، فالهدف من ورائها خالي المضمون لا يتجاوز حدود العبث، وبناء عليه فان أي ضرر ناتج عنها من شأنه أن يجعل الفاعل معتدي ومسئول، بحكم انعدام الفائدة المرجوة من التصرف العايب يمكن أن تقابل احتمال الضرر من ورائه²⁶⁰.

2- أن يعلم الفاعل بان إقدامه على تصرفه يحدث ضررا للآخرين، فان كان قاصدا إلحاق الضرر بغيره مع أن بإمكانه أن يجد سبيلا آخر في استعماله حقه اقل إضرار بالغير فانه يكون متعديا، فإن لم يكن يقصد ذلك فلا يكون متعديا وذلك بشرط ألا يتجاوز فيه ما هو معتاد، ويشترط أيضا أن تكون له حاجة ملجئة في فعله بحيث يترتب على تركه إيائها أن يلحقه ضرر ما أو فوات لمنفعة، كمن يوقد نارا أمام منزله في يوم عاصف فوصلت النار منزل جاره، حيث كان بإمكانه انتظارها حتى تهدأ²⁶¹.

²⁵⁹ مصطفى الزرقا: الفعل الضار و الضمان فيه، مرجع سابق، ص79.

²⁶⁰ محمد المرزوقي: مسؤولية المرء عن الضرر الناتج من تقصيره، الشبكة العربية للأبحاث والنشر، الطبعة الأولى، بيروت 2009، ص124 وص126.

²⁶¹ محمد المرزوقي: مسؤولية المرء عن الضرر الناتج من تقصيره، مرجع سابق، ص127-132.

3- أن يكون الضرر من نتائج الفعل المعهودة، وتختلف هذه الصورة عن الصورة السابقة أن الفاعل في الحالة الأولى كان قد تصور وقوع الضرر عند قيامه بالفعل الضار، بالمقابل فإن الفاعل يكون خالي الذهن من أن فعله قد ينتج عنه أي ضرر للآخرين، فبالرغم من أن تصرفه عادة ما ينتج عنه ضرر ما للآخرين إلا أنه أقدم على ذلك، فمعهود لدى عامة الناس أن فعله أو تصرفه من شأنه أن يكون منتجا للأضرار، كمن ينام دون أن يطفأ المدفئة مما تسبب في احتراق المنزل وانتقاله لمنازل للغير، ففي هذه الحالة يكون الفاعل متعديا بتقصيره.²⁶²

أشارت المجلة إلى أن التسبب قد يقع بالتعمد ، هذا يعني أن نية المتسبب اتجهت إلى إحداث الضرر منذ البداية، وهذا التعمد مختلف عن التعمد المعتبر كأحد صور التعدي، فالمقصود منه ربما تعمد الفعل دون النتيجة كالشخص الذي يحفر حفرة داخل أرضه بقصد أن يقع فيها جاره أثناء مروره منها ليلا، أو كالذي يقوم بوضع سياج حول أرضه فاحتك به حيوان لشخص آخر وتلف، ففي هذه الحالة لا يكون المتسبب مسئولا عن الضرر لأنه مارس حقا يعطيه إياه القانون، إلا إذا تعمد حدوث الضرر بوضعه للسياج حتى تتلف حيوانات الآخرين فيكون مسئولا بصفته متسببا بالأضرار²⁶³، وبالتالي فإن عديم التمييز لا يكون مسئولا عن تسببه في هذه الحالة عن أي ضرر.

²⁶² محمد المرزوقي: مسؤولية المرء عن الضرر الناتج من تقصيره، مرجع سابق، ص 133-134.

²⁶³ أمين دواس: مجلة الأحكام العدلية وقانون المخالفات المدنية، مرجع سابق، ص 44-45.

يذهب كل من القانون الأردني ومجلة الأحكام²⁶⁴ إلى انه في حال اجتماع مباشر ومتسبب منفصل عنه في حادثة واحدة فإن المسؤولية تقع في الأصل على المباشر وحده، إلا أن المتسبب قد يضمن في بعض الأحوال لوحده، فالمذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني تقتضي أن يكون المباشر مسئولاً لوحده عن أي فعل يؤدي إلى إحداث الضرر دون مساعدة أو اشتراك فعل آخر وهو المتسبب، فإن كان فعل المتسبب هو من أفضى إلى حدوث الضرر بصورة مباشرة وكافي لوحده لإحداثه فإن المتسبب هو المسئول الوحيد²⁶⁵.

كما أن المباشر والمتسبب قد يكونان مسئولين بشكل مشترك عن الضرر، وذلك في حال كان فعل المباشر مبني على فعل المتسبب، أو في حال كان المتسبب متعمداً لفعله وكانت أفعال المباشر تقوم عليها ومرتبطة بها، ففي هذه الحالة يتحمل المتسبب مسؤولية الفعل لوحده كالشخص الذي يضع السم في طعام احدهم، فبالرغم من أن شخص آخر قام بتقديم الطعام للضحية إلا انه المسئول بوصفه متسبباً ولا يسأل المباشر²⁶⁶، وينطبق الأمر ذاته في حال كان التسبب يعمل بانفراده، أي بحكم المجرى العادي للأمر كمن يمسك بالآخر بشكل مفاجئ فما كان للشخص الآخر إلا أن تفاجأً واسقط ساعته، فبالرغم من كونه مباشراً إلا أن المتسبب هو المسئول عن إتلاف الساعة وذلك لان السبب القريب يجب السبب البعيد²⁶⁷.

إذن: الفعل الضار وفقاً لما يرى الفقهاء القدامى لا يشترط فيه صدور خطأ من الفاعل وفقاً للمعنى المعروف لدى فقهاء القانون الحديث، بل أساسه قائم على مباشرة الفعل أو التعدي في

²⁶⁴-نصت المادة (90) من مجلة الأحكام العرفية على أن: إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر، وتنص المادة (913) منها على: إذا زلق واحد وسقط فاتف مال آخر ضمنه، ونصت في المادة(915) على أن: لو سحب واحد ثياب غيره وشقها ضمن جميع قيمته، أما لو تشبث بها وانشقت بجر صاحبها فإنه يضمن نصف القيمة.

²⁶⁵ رنا دواس: المسؤولية المدنية للمتسبب، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس 2010م، ص36.

²⁶⁶ ياسين الجبوري: الوجيز في شرح القانون المدني الأردني-الجزء الأول، مرجع سابق، ص534.

²⁶⁷ أمين دواس: مجلة الأحكام العرفية وقانون المخالفات المدنية، مرجع سابق، ص46.

التسبب، أي أن المسؤولية قائمة على أساس الضرر بمجرد حدوثه، بغض النظر عن الحالة النفسية للمتسبب وتوافر الإهمال والتقصير من عدمه.

إلا أن مفهوم التعدي تطور مع الوقت بحيث لم يعد يقتصر على المعيار الموضوعي كما سلف ذكره، أي مجرد ارتكاب الفعل خارج حدوده الموضوعية بل شملت بعض العناصر الذاتية والشخصية من قلة احتراز وإهمال وقوام ذلك أن على صاحب الحق واجبات والتزامات تقوم على التمييز والحرص والتحرز والتبصر فيما يفعل ويتصرف²⁶⁸، حيث قال السرخسي رحمه الله أن الحداد إذا ضرب بالمطرقة على الحديد فطارت منه شرارة حرقت ثوب احد المارين من الطريق العام يعتبر ضامنا لتعديه بفعله، فان طارت الشرارة من دكانه دون أن يكون قد طرق الحديد فلا ضمان عليه كأن يطير الشرار بفعل الريح مثلا²⁶⁹.

يدل ما سبق على أن التعدي الذي قوامه قلة الاحتراز والانتباه يعد فعلا ضارا مستوجب الضمان وهي نفسها شروط السلامة التي تقيد المباحات والحريات العامة في المجتمع، فالحداد ضامن في الحالة الأولى لقلة تحرزه وانتباهه من أن يطير الشرار على المارة، وهو ضرر بالإمكان التحرز منه، كأن ينتظر الحداد حتى تقل حركة الناس في السوق أو أن ينبه المارة أثناء مرورهم، في حين يعتبر الضرر الواقع في الحالة الثانية من الأضرار التي لا يمكن التحرز من وقوعها وعليه لا ضمان على الحداد، وبالرجوع لقاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان فان القاعدة كما سلف مقيدة في حال كان الفعل مقيدا بشرط السلامة أي أن القاعدة اعتبرت أي فعل مقيد بشرط السلامة يعتبر تعديا يستوجب ضمان فاعله أساسه قلة احتراز وإهمال من جانب الفاعل أثناء استعماله للإباحة والحرية إن حصل الضرر تسببا، فقد يحصل الضرر مباشرة في حالات أخرى

²⁶⁸ فتحي الدريني: نظرية التعسف في استعمال الحق، مؤسسة رسالة، الطبعة الثالثة، بيروت 2013، ص 69.

²⁶⁹ فخر الدين الحنفي: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، الجزء الخامس، الكبرى الأميرية، الطبعة الأولى، مصر 1315هـ، ص 147.

كالمثال السابق في بداية المطلب حول الشخص الذي لمس متاع احدهم أثناء مروره من السوق فيعتبر ضامنا دون البحث في توافر التعدي أو الإهمال أو قلة التحرز، يرى الباحث أن ذلك راجع إلى أن الحدود الموضوعية للمباحات تتضمن التحرز والانتباه أثناء استعمالها فهذه المباحات لا تعرف الاستثناء أو الانفراد على شخص واحد بل تتقاطع بين الناس كافة.

فبعض الفقهاء ومن ضمنهم الدكتور الزرقا أشار إلى أن التعدي قد لا ينشأ أحيانا ابتداء منذ بداية القيام بالفعل، فقد ينشأ امتدادا لاستعمال حق مشروع يمنحه القانون، فمن يعرقل حقوق المارة في الطريق العام يكون قد تعدى على حقوق الآخرين من بعد استعمال حقه المتمثل في استخدام الطريق العام والذي يعتبر حقا للجميع²⁷⁰، كأن الضرر حصل تسببا بسبب استعمال الإباحة، بغض النظر عن الوقت الذي نشأ فيه التعدي فالمهم أن الفعل شكل تجاوزا للحدود الموضوعية للحق (قوام التعدي) أساسه عدم تحرز الفاعل أثناء استعمال الإباحة، لهذا السبب اشترطت قاعدة الجواز الشرعي في الفعل الجائر ألا يكون فعلا مقيدا بشرط السلامة فاستعمال الإباحة كما أسلف هو بحد ذاته جوازا شرعيا طالما لم يتعدى الفاعل أو أهمل.

الفرع الثاني: الخطأ

حاول الفقهاء الوصول إلى تعريف شامل للخطأ الذي يعتبر أساس المسؤولية التقصيرية كما في بعض القوانين كقانون المخالفات، فذهب البعض منهم إلى "أن الخطأ هو الذي يقع إذا انحرف الشخص في سلوكه بطريقتين، إما من خلال التعدي أو من خلال تجاوز ما هو مقرر لما تقتضيه حدود السلوك الإنساني"²⁷¹، وذهب القضاء المصري إلى أن الخطأ يتحقق بحالتين اثنتين يكون تقدير وجودهما من مهام القاضي محل النزاع، وهما حالة مخالفة الواجبات القانونية التي أشارت

²⁷⁰ مصطفى الزرقا: صياغة قانونية لنظرية التعسف باستعمال الحق في قانون إسلامي، مرجع سابق، ص 26.

²⁷¹ زهدي يكن: المسؤولية المدنية أو الأعمال غير المباحة، منشورات المكتبة العصرية، بيروت، بدون طبعة وسنة نشر، ص 71.

إليها القوانين واللوائح والأنظمة، وحالة الانحراف عن الواجبات القانونية العامة، مع تأكيده على مراعاة سلوك الرجل المعتاد في كل حالة، والأخذ بعين الاعتبار الظروف المحيطة بالفعل أو الحادثة، وبذلك يكون القضاء المصري جعل من فكرة الخطأ فكرة مرنة لا يمكن حصرها في قاعدة جامدة مجردة دون الالتجاء للقاضي لتحديدها²⁷².

للخطأ أوصاف وأنواع ومن أهم أنواعه الخطأ العمد والخطأ غير العمد، فالفقه يذهب إلى تعريف الخطأ العمد بأنه كل إخلال بواجب يفرضه القانون على الشخص بضرورة الابتعاد عن قصد الإضرار بالغير إما من خلال السرقة أو الغصب أو القتل أو إتلاف المال وغيرها، على أن تنتج الإرادة إلى إحداث الضرر وليس توقعه فقط، ولا يشفي أن تنتج الإرادة إلى فعل السلوك فقط بل يلزم توافرها معاً، أما بالنسبة للخطأ غير العمد فهو الخطأ حسب ما ذهب القانون المغربي الذي يقوم على ترك ما كان يجب عمله أو فعل ما كان يجب الإمساك عنه وذلك من غير قصد إحداث الضرر²⁷³ ويسميه البعض بالإهمال²⁷⁴.

أما بالنسبة للتقسيمات الأخرى التي انتهجها بعض فقهاء القانون الحديث في تقسيمه للخطأ بين خطأ يسير وجسيم وتافه تحت فكرة التدرج في الخطأ فلم يعد لهذا التقسيم أهمية كالسابق، بحكم أن المسؤولية التقصيرية القائمة على أساس الخطأ قائمة بغض النظر عن مقدار الخطأ الذي وقع، وإن كانت المحاكم تتأثر في تحديدها لمقدار التعويض بمقدار الخطأ المرتكب من قبل

²⁷² إياد جبارين: الفعل الشخصي الموجب للمسؤولية التقصيرية في مشروع القانون المدني الفلسطيني، رسالة ماجستير، جامعة بيرزيت، رام الله 2007م، ص 86.

²⁷³ إياد جبارين: الفعل الشخصي الموجب للمسؤولية التقصيرية في مشروع القانون المدني الفلسطيني، مرجع سابق، ص 98 وبداية ص 99.

²⁷⁴ نصت المادة (1/50) من قانون المخالفات المدنية على: يتألف الإهمال أ- من إيتان فعل لا يأتيه شخص معتدل الإدراك ذو بصيرة في الظروف التي وقع فيها الفعل، أو التخلف عن إيتان فعل لا يتخلف شخص كهذا عن إيتانه في الظروف التي وقع فيها التقصير أو ب- التخلف عن استعمال الحذق أو اتخاذ الحيطة في ممارسة مهنة، أو حرفة، أو صنعة مما يستعمله أو يتخذه شخص معتدل الإدراك ذو بصيرة من ذوي الكفاية في تلك المهنة، أو الحرفة، أو الصنعة في مثل تلك الظروف.

الشخص، على عكس التفريق بين الخطأ العمد وغير العمد الذي له أهمية بالغة فالمحاكم أحيانا تزيد من قيمة التعويض في حالة الخطأ العمد عنه في حالة الخطأ غير العمد، وكذلك فيما يتعلق بالتأمين فيجوز التأمين ضد الخطأ غير العمد ولا يجوز في العمد، والأمر ذاته فيما يتعلق بالتعويض عن إصابات العمل²⁷⁵.

يذهب الفقه الحديث إلى أن الخطأ الموجب للمسؤولية التقصيرية يقوم على عنصرين أو ركنين مادي يتمثل في التعدي، ويقوم على قياس سلوك الفاعل بسلوك الشخص العادي في نفس الظروف الخارجية المحيطة بحيث يقارن بين سلوكهما، وعنصر آخر معنوي يقوم على إدراك الفاعل لما يقوم به من أفعال، حيث تشترط القوانين التي تقوم على اعتبار الخطأ أساسا للمسؤولية التقصيرية في الفاعل أن يكون مميزا²⁷⁶، كقانون المخالفات المدنية ومشروع القانون المدني الفلسطيني الذي أشار أيضا إلى إمكانية محاسبته فيما لو تعذر الحصول على التعويض من الشخص المسئول عنه²⁷⁷.

يعتني الركن المعنوي في الخطأ بالشخص عديم التمييز فلا يقيم المسؤولية على من هو في حكمه، أما بالنسبة للصبي المميز والأشخاص الذين يعانون من أمراض عقلية وكذلك المرأة ومن حرم من التعليم والثقافة فالأصل قياس سلوكهم يتم بالمقارنة مع سلوك الرجل المعتاد، إلا أن الفقه يذهب إلى أن قياس سلوك هؤلاء يكون من خلال قياس سلوك الصبي المميز بسلوك الصبيان الآخرين مثله، ويقاس سلوك المرأة بسلوك المرأة من أوساط النساء وفي نفس الظروف

²⁷⁵ إياد جبارين: الفعل الشخصي الموجب للمسؤولية التقصيرية في مشروع القانون المدني الفلسطيني، مرجع سابق، ص100 و101.

²⁷⁶ حسن الذنون: المبسوط في المسؤولية المدنية-الخطأ، مرجع سابق، ص128.

²⁷⁷ تنص المادة(8) من قانون المخالفات المدنية على: لا تقام الدعوى على شخص لمخالفة مدنية ارتكبها دون السنة الثانية عشرة من عمره. كذلك تنص المادة(180) من مشروع القانون المدني الفلسطيني على: 1- يكون الشخص مسئولا عن أفعاله الضارة متى صدرت منه وهو مميز، 2- إذا وقع الضرر من شخص غير مميز، ولم يكن هناك من هو مسئول عنه، أو تعذر الحصول على التعويض من المسئول، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل مع مراعاة مراكز الخصوم.

الخارجية المحيطة من زمان ومكان، وكذلك يقاس سلوك الشخص الذي حرم من التعليم والثقافة كـ بعض الريفيين بسلوك قروي من أوساط القرويين²⁷⁸.

أما بالنسبة للتعدي في المسؤولية التقصيرية القائمة على أساس الخطأ فيقوم على كل ما هو إخلال بالواجبات القانونية التي نص عليها القانون كذلك الواجبات القانونية العامة وذلك في شكل فعل يعد انحرافاً عن السلوك المألوف للشخص كما ذكر سابقاً، هذه الواجبات القانونية ما هو صريح بنص القانون كإضاءة مصابيح المركبة ليلاً، فإن سار السائق بدونها ليلاً اعتبر مخطئاً ومسئولاً، إلا أن هناك واجبات لم ينص عليها القانون صراحة وهي التي تعد من قبيل الواجبات العامة الواقعة على عاتق الشخص وفي مقدمتها احترام حقوق الغير والامتناع عن الإضرار بهم كواجب صاحب العمل بأن يضع إشارات تحذيرية حول ورشة العمل²⁷⁹ ربما هي نفسها شروط السلامة.

يشير الفقه الحديث إلى أهمية الإحاطة بما تتضمنه الظروف الخارجية المحيطة بالشخص أثناء حدوث الخطأ، دون الالتفات للظروف الداخلية والتي تركها للمعيار الشخصي، بحيث يقاس سلوك الفاعل بسلوك الرجل المعتاد مع الأخذ بعين الاعتبار الظروف الخارجية المحيطة والمتمثلة في الزمان والمكان، فسائق المركبة حين قيادته مركبته عليه مراعاة الحركة المرورية داخل المدينة وخارجها ووقت المرور، وأن يراعي وقت الذروة والحالة الجوية وغيرها من الأمور التي تتطلب حيطة أكبر من وقت لآخر ومكان لآخر²⁸⁰.

²⁷⁸ حسن الذنون: المبسوط في المسؤولية المدنية-الخطأ، مرجع سابق، ص155.

²⁷⁹ إياد جبارين: الفعل الشخصي الموجب للمسؤولية التقصيرية في مشروع القانون المدني الفلسطيني، مرجع سابق، ص105.

²⁸⁰ المرجع السابق، ص110.

تتجه القوانين الحديثة التي تقيم المسؤولية على أساس الخطأ كمشروع القانون المدني²⁸¹، أن عديم التمييز لا يكون مسئولاً عما يأتيه من أفعال ضارة، مقابل قيام المسؤولية على غيره ممن هم مسئولون عن رقابته كمسؤولية متولي الرقابة حيث يقيمون المسؤولية على أساس الخطأ المفترض وهو ما يخالف مبادئ الفقه الإسلامي والتي لا يحاسب إلا عن الفعل الشخصي وترى بان المشمول بالرقابة يكون مسئولاً مسؤولية أصلية عما يأتيه من أفعال ضارة، وتقيم المسؤولية أحياناً على متولي الرقابة ولكن ليس لاعتباره مسئولاً مسؤولية أصلية مفترضة كما تذهب القوانين الحديثة، وإنما لاعتباره متسبباً في وقوع الضرر بتقصيره في أداء واجباته التربوية الموكلة إليه كونه متولي الرقابة²⁸².

ومن هذا المنطلق أقرت القوانين الحديثة ومن ضمنها مشروع القانون المدني الفلسطيني والمدني الأردني المسؤولية عن فعل الغير القائمة على الخطأ المفترض الذي يرتكبه حارس الحيوان أو الأشياء كالألات الخطرة والأبنية²⁸³، كذلك الأمر قانون المخالفات المدنية الذي يعتبر حارس الحيوان مسئولاً عن الأشياء التي تقع تحت حراسته بمجرد وقوع الضرر مسؤولية مفترضة يقع على عاتق الحارس إثبات عكسها وهذا يشمل صور أخرى أشار إليها القانون كالمسئول عن

²⁸¹ تنص المادة (1/192) من مشروع القانون المدني الفلسطيني على: كل من يجب عليه قانونياً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة، لكونه قاصراً أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية، يكون ملزماً بتعويض الضرر الذي يحدثه الشخص للغير بفعله الضار، ويترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه الفعل الضار غير مميز، وفي نفس الاتجاه تنص المادة (288) من القانون المدني الأردني على: 1- لا يسأل احد عن فعل غيره، ومع ذلك فللمحكمة بناء على طلب المضرور إذا رأته مبرراً أن تلتزم بأداء الضمان المحكوم به على من أوقع الضرر أ- من وجبت عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو حالته العقلية أو الجسمية، إلا إذا اثبت انه قام بواجب الرقابة، أو أن الضرر كان لا بد واقعا ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية....

²⁸² أمين دواس: مجلة الأحكام العدلية وقانون المخالفات المدنية، مرجع سابق، ص 240 و 243.

²⁸³ تنص المادة (195) من مشروع القانون المدني الفلسطيني على: حارس الحيوان، ولو لم يكن مالكا له مسئول عما يحدثه الحيوان من ضرر، ولو ضل الحيوان أو ترسب مالم يثبت الحارس أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه، وفي المادة (196) منه على: حارس البناء، ولو لم يكن مالكا له مسئول عما يحدثه انهزام البناء من ضرر، ولو كان انهزاماً جزئياً، مالم يثبت أن الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه، أو أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال في الصيانة أو قدم في البناء أو عيب فيه. كذلك تنص المادة (289) من القانون المدني الأردني على: جناية العجماء جبار، ولكن فعلها الضار مضمون على ذي اليد عليها مالكا كان أو غير مالك إذا قصر أو تعدى، وتنص المادة (290) منه أيضاً على: الضرر الذي يحدثه انهيار البناء كله أو بعضه يضمنه مالك البناء أو المتولي عليه إلا إذا اثبت عدم تعديه أو تقصيره.

الأشياء الخطرة والشخص الذي أشعل نارا أثلقت مال غيره، فجميع الأشخاص في هذه الحالات يعتبرون مسئولين افتراضا عما نشأ عن أفعالهم من ضرر إلا إذا اثبتوا انعدام إهمالهم²⁸⁴.

يناقض هذا الاتجاه ما ذهب إليه مجلة الأحكام العدلية²⁸⁵ التي تقيم المسؤولية على حارس الشيء في حال إثبات الضرر وجود تقصير من قبل الحارس في أداءه لمهامه وواجباته²⁸⁶، وبذلك تكون القوانين التي تقيم المسؤولية على أساس الخطأ المفترض قد أقامت المسؤولية على أساس الضرر (مسؤولية مطلقة) وليس على أساس الخطأ، واعتبرت أن الخطأ موجود افتراضا بغض النظر عن كون الضامن قد أخطأ أم لا، إلا إذا اثبت الفاعل عكس ذلك في بعض الأحوال²⁸⁷.

ويلاحظ من ذلك أن التشريعات الحديثة تحاول أن تتجه إلى ما تتجه إليه الشريعة الإسلامية من حيث اعتماد الضرر كأساس للمسؤولية التقصيرية، لكن بصورة مغايرة عما تراه الشريعة التي ترى بان سائق الشاحنة مسئول عن الأضرار التي لحقت بالمارة جراء دهسهم كونه مباشرا لفعل الدهس والذي يعتبر تعديا ومجازرة لحقوق المارة، في حين قد تقوم المسؤولية على المارة أنفسهم في حال إثبات تسببهم في وقوع الحادث بطريقة معينة، بحيث يكون من شأن تسببهم المتعمد أن ينتج فعل السائق

²⁸⁴ تنص المادة(52) من قانون المخالفات المدنية على: في الدعاوي التي تقام لوقوع ضرر ويقام الدليل فيها على أن ذلك الضرر قد تسبب عن النار، أو نجم عن نشوب النار، وإن المدعى عليه هو الذي أشعل تلك النار، أو كان مسئولاً عن إشعاله، أو انه كان مشغولاً أو صاحب المال غير المنقول الذي تسبب في تلك النار، تقع على عاتق المدعى عليه تبعة إقامة البينة على انه لم يكن ثمة إهمال يؤاخذ عليه فيما يتعلق بمنشأ تلك النار أو انتشارها، وفي المادة(53) منه على: في الدعاوي التي تقام لوقوع ضرر ويقام الدليل فيها على أن ذلك الضرر قد تسبب عن حيوان بري أو عن حيوان غير بري يعلم المدعى عليه أو يفترض انه لا بد وان يكون عالماً، انه كان نزوعاً عن لايتان الفعل الذي نجم عنه الضرر، وإن المدعى عليه كان صاحب ذلك الحيوان أو الشخص المسئول عنه، تقع على المدعى عليه تبعة إقامة البينة على انه لم يكن ثمة إهمال يؤاخذ عليه فيما يتعلق بذلك الحيوان، وفي المادة(51) منه على: في الدعاوي التي تقام لوقوع ضرر ويقام الدليل فيها على ذلك الضرر قد تسبب عن شيء خطر، خلاف النار أو الحيوان أو عن إفلات شيء يخطر أن ينجم عن إفلاته، خطر وعلى أن المدعى عليه كان صاحب ذلك الشيء، أو الشخص المسئول عنه، أو مشغول المال الذي افلتت منه ذلك الشيء، تقع على المدعى عليه تبعة إقامة البينة على انه لم يكن ثمة إهمال يؤاخذ عليه فيما يتعلق بذلك الشيء الخطر أو بإفلات ذلك الشيء.

²⁸⁵ تنص المادة(929) من المجلة على(الضرر الذي أحدثه الحيوان بنفسه لا يضمنه صاحبه ولكن لو استهلك حيوان مال احد ورأه صاحبه ولم يمنعه يضمنه، ويضمن صاحب الثور النطوح والكلب العقور ما أثلفاه إذا تقدم احد من أهل محله أو قرينته بقوله حافظ على حيوانك ولم يحافظ عليه).

²⁸⁶ أمين دواس: مجلة الأحكام العدلية وقانون المخالفات المدنية، مرجع سابق، ص272.

²⁸⁷ عبد العزيز اللصاصمة: المسؤولية المدنية التقصيرية الفعل الضار أساسها وشروطها، جامعة العلوم التطبيقية، البحرين، الطبعة الأولى، 2011، ص62.

المباشر وتقوم المسؤولية على المتسبب وحده، على عكس ما تذهب إليه بعض القوانين الحديثة التي تعترف بالمسؤولية عن فعل الغير وترى بان خطأ السائق مفترض²⁸⁸.

بذلك تكون قاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان أكثر توافقا ووضوحا مع أحكام الفعل الضار في الفقه الإسلامي عنه في المسؤولية التقصيرية القائمة على أساس الخطأ في القوانين الحديثة كما في قانون المخالفات المدنية ومشروع القانون المدني الفلسطيني، السبب راجع إلى أن أحكام الفعل الضار أخذت موقفا موحدًا من المسؤولية عن الفعل الضار ككل، فلم يلجئ للمسؤولية عن فعل الغير كما فعلت المسؤولية التقصيرية القائمة على أساس الخطأ حتى تغطي النقص والعجز الذي أصابها في الكثير من الحالات وخاصة إذا ما كان الضرر ناشئًا عن عديم التمييز.

فالخطأ المفترض الذي تقوم عليه المسؤولية عن فعل الغير يقابله في الفقه الإسلامي مسؤولية المتسبب التي يلزم إثبات التعدي فيها حتى تقوم المسؤولية وينترتب الضمان، فإذا ما كان الخطأ مفترضا كما في المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير: فهذا يعني أن الكثير من الحالات والأفعال في الفقه الإسلامي والتي تعتبر جوازا شرعيا لا تندرج تحت نفس المسمى في المسؤولية التقصيرية فالتعدي أو الخطأ يعني انعدام الجواز الشرعي، والخطأ المفترض يعتبر الفاعل مباشرا للفعل ومحدثا للضرر مع انه قد لا يكون في مكان وقوع حدوث الضرر ولا علاقة له بذلك، وهذا لا يتوافق مع المنطق، بل يجب أن يكون سبب اعتبار فعله غير جائز شرعا واضح من خلال الوقائع والظروف بما يتوافق مع العقل والمنطق.

²⁸⁸ عبد العزيز اللصاصمة: المسؤولية المدنية التقصيرية الفعل الضار أساسها وشروطها، مرجع سابق، ص 64-66.

المطلب الثاني: ما يقع على الأشخاص

يعتبر الإنسان كيانا معصوما من أي أذى، لا بد من حمايته من كل اعتداء قد يواجهه، ومن واجب الآخرين احترام هذا الحق واتخاذ كل ما يلزم من إجراءات لمنع التعدي عليه بما أن الناس جميعهم متساوون مثلا في حقهم بالتمتع بالسلامة الجسدية، وأي تعدي على النفس أو الجسد يعني ترتيب الضمان، ناهيك عن العقوبة البدنية التي قد تنتظر الفاعل²⁸⁹، خاصة وأن القانون أعطى الشخص حق الدفاع الشرعي عن النفس والعرض. للضرر الواقع على الإنسان إلى ثلاث مجالات على النحو التالي، تم استخدام مصطلح التعدي فقط للدلالة على إحداث الضرر مع أن الضرر قد يحدث مباشرة في كل صورة من الصور:

الفرع الأول: التعدي على الحق في الحياة

أشار كل من قانون المخالفات المدنية والقانون المدني الأردني إلى مسؤولية كل شخص كان وراء في إنهاء حياة غيره عن كافة الأضرار الناتجة عن هذا الفعل، والتي قد تمتد بطبيعة الحال إلى بعض الأشخاص الآخرين²⁹⁰، ويعتبر القتل الفعل المادي الذي به يعتدي الشخص على حياة غيره، وقد عالجه قانون العقوبات في القسم الخاص منه وعرفه بأنه كل فعل أو اعتداء مميت يستهدف الحياة، وقد يتم بأي وسيلة كالسلاح الناري أو الآلات الحادة أو وسائل أخرى كالغاز أو الحرق أو الخنق، كما أن القتل قد يتم بوسيلة معنوية من خلال مفاجأة الضحية بخبر معين ويكون من شأنه

²⁸⁹ محمد العماوي : التعويض عن الأضرار الجسدية والأضرار المجاورة لها، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان 2012، ص35.

²⁹⁰ -تنص المادة(1/55) من قانون المخالفات المدنية على: إذا حدث أن تسبب موت شخص في مخالفة مدنية وكان من حق ذلك الشخص لو لم ينته أمره إلى الموت، أن يستحصل حين وفاته بموجب أحكام هذا القانون على تعويض مقابل الأذى الجسماني الذي سببته له تلك المخالفة المدنية، فعندئذ يجوز لزوج ذلك الشخص ولوالديه ان يحصلوا على تعويض من الشخص المسؤول عن تلك المخالفة المدنية. وفي ذات السياق تنص المادة (273) من القانون المدني الأردني على: ما يجب من مال في الجناية على النفس وما دونها ولو كان الجاني غير مميز هو على العاقلة أو الجاني للمجني عليه أو ورثته الشرعيين وفقا للقانون، وتنص المادة (274) منه أيضا على أن: رغما عما ورد في المادة السابقة كل من أتى فعلا ضارا بالنفس من قتل أو جرح أو إيذاء يلزم بالتعويض عما أحدثه من ضرر للمجني عليه أو ورثته الشرعيين أو لمن كان يعولهم وحرموا من ذلك بسبب الفعل الضار.

أن يصيبه بالخوف أو الصدمة فيفارق الحياة، وفعل القتل شأنه كشأن الأفعال الأخرى قد يتم بفعل إيجابي أو سلبي بالامتناع²⁹¹.

يرى البعض أن الموت من الناحية الفلسفية لا يعتبر ضرراً على أرض الواقع، على اعتبار أن الموت يخلص الإنسان مما يعانيه في حياته من كد وتعب وهموم في الحياة الدنيا، إلا أن الحياة هي أعلى ما يملك الإنسان وبفقدانها يصيب الإنسان أكبر ضرر يمكن تصوره، فأغلب الفقه الحديث يرى بأن فقدان الحق في الحياة كغيره من الحقوق يوجب لصاحبه الحق في الضمان عما خسر، وذلك لأن المضرور أثناء لفظه أنفاسه الأخيرة قد يعاني من أضرار جسدية ونفسية بغض النظر عن الفترة الزمنية²⁹².

وتذهب القوانين الحديثة كقانون المخالفات المدنية ومشروع القانون المدني الفلسطيني إلى الوفاة قد تكون سبباً في أضرار تصيب أشخاص آخرين غير المتوفى قد تكون أضراراً مادية وهو ما يسمى بالضرر المرتد، كما لو كان المتوفى معيلاً لمجموعة من الأشخاص، مع تحقق شروط الإعالة القانونية من حيث الاستمرارية وذلك بغض النظر عن صلة القرابة، بالنظر إلى فقدانهم مصدر دخلهم وتأثرهم بغيابه²⁹³، كما أن الوفاة قد ترتب بعض الأضرار المعنوية لدى ذوي المتوفى وهم الزوجة والأقارب حتى الدرجة الثانية والتمثلة في الحزن والأسى على الفراق²⁹⁴.

²⁹¹ محمد المشهداني: شرح قانون العقوبات القسم الخاص في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى 2001، ص 10.

²⁹² سعيد عبد السلام: التعويض عن ضرر النفس في القانون الوضعي والفقه الإسلامي والدول العربية، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، بدون طبعة، 1990، ص 84 و ص 88.

²⁹³ عمار اسعيدة: التعويض عن الأضرار الجسدية في القانون المدني، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس 2015، ص 39.

²⁹⁴ المرجع السابق، ص 40.

أقر الفقه الإسلامي جزاء مالي على عاتق القاتل يتمثل في الدية الشرعية²⁹⁵، ويذهب إلى اعتبار الوفاة الناتجة عن القتل سواء القتل العمد أو القتل الخطأ ضرر مستقل بنفسه، التي تختلف في حالة القتل الخطأ عن العمد فلكل منهما أحكام معينة، الذي ظهر جليا حين انقسم لعدة اتجاهات حول اعتبار الدية عقوبة أم تعويض مدني أو الاثنان معا، فالغالب من الفقه يذهب إلى أن الدية تجمع الاثنان معا على الجاني أو القاتل فهي عقوبة على الجاني لان القاضي قد يحكم بعقوبة تعزيرية في حال قام أهل المتوفى بتنازل عنها، وهي عقوبة مالية في ذات الوقت إلا أن هذه الدية محددة بمقدار شرعي معين لا يجوز تجاوزه بأي حال من الأحوال أو إنقاصه فدية الصغير مثل دية الكبير²⁹⁶. إلا إذا اثبت الشخص أن تسببه بإنهاء حياة الآخرين كان بناء على جواز شرعي من القانون ومن خلال استعمال حق جائر أو بناء على حالة دفاع شرعي²⁹⁷.

الفرع الثاني:التعدي الواقع جسد الإنسان

تناول القانون العديد من الجرائم الواقعة على جسم الإنسان، وذلك بهدف حمايته من اعتداءات الآخرين، والتي قد تتمثل بجرح المضرور الذي يشمل كل قطع أو تمزيق في احد أعضاء الجسم وأنسجته، ومن تطبيقات التعدي على جسم الإنسان كذلك الضرب والذي يؤدي إلى المساس بأنسجة جسم الإنسان دون أن يؤدي ذلك إلى تمزقها بغض النظر عن تسببه للألم أو الأداة

²⁹⁵ تنص المادة(1/70) من قانون المخالفات المدنية على: لا يجوز لأي محكمة خلاف المحكمة الشرعية أو محكمة العشائرية أن تحكم بالدية بشأن أي فعل وقع في تاريخ نفاذ هذا القانون أو بعده، ولا يجوز لأي محكمة شرعية أو محكمة عشائر أن تحكم بالدية بشأن أي فعل كهذا إذا كان قد حكم بالتعويض بشأن هذا الفعل، بمقتضى هذا القانون.

تنص المادة (1/44) من قانون المخالفات المدنية على: تنتشا المكرهة العامة عن ايتان فعل غير شرعي، أو ترك القيام بواجب قانوني إذا كان من شان ذلك الفعل أو الترك أن يعرض حياة أو سلامة أو صحة أو مال أو راحة الجمهور للخطر أو أن يعيق الجمهور عن ممارسة حق عام.

²⁹⁶ علاء الدين الحنفي: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، بيروت1986، الجزء 7، ص312.

²⁹⁷ يذهب الفقه الإسلامي إلى أن من يبني حائطا معتدلا إلا أنه قد مال فيما بعد، أو بناه بشكل مائل باتجاه ملكه فوقع هذا الحائط على شخص آخر فمات، لا يكون صاحب الحائط ضامنا بدل موت الشخص الآخر كونه قد تصرف في ملكه، وهذا التصرف لا يرتب الضمان لان صاحب الحائط لا يعتبر متعديا(محمد العموش: موانع الضمان في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص291).

المستخدمة، عكس الجرح الذي ترك أثرا على الجسم²⁹⁸، وقد يقع التعدي كذلك عن طريق إعطاء مواد ضارة بجسم الإنسان، ويلزم في هذه الحالة الإحاطة بظروف وأحوال الجسم، فكل مادة قد تكون ضارة ونافعة في نفس الوقت والعبرة في كون المادة ضارة هو بتأثيرها على جسم الشخص الذي تلقاها²⁹⁹ ويشمل التعدي الواقع على الحياة كذلك مساعدة شخص على الانتحار³⁰⁰.

يذهب الفقه الحديث إلى أن الاعتداءات السابقة على جسم الإنسان من شأنها تتضمن نوعين من الضرر بين أضرار مباشرة تتحقق بمجرد المساس بجسد الإنسان على اعتبار أن حق الإنسان في حياته وحقه في عدم المساس بجسمه قد انتهك، وترى أن من حق الشخص في هذه الحالة أن يطالب بالتعويض عما أصابه بغض النظر عن الحالة محل الاعتداء أو توفر الضرر عمليا من عدمه، وأضرار غير مباشرة تنتج بين أضرار مادية وأخرى معنوية³⁰¹، تتمثل الأضرار المادية بما خسره المصاب من مصاريف العلاج وكل ما يلزم من معدات وأدوات تساعد في علاجه ويشمل أيضا ما فقده الشخص من القدرة على كسب المال³⁰²، ويشمل أيضا الأضرار

²⁹⁸ معوض عبد التواب: الوسيط في شرح جرائم البلطجة والجرح والضرب، منشئة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى، بدون سنة نشر، ص105 وص131.

²⁹⁹ عوض محمد: جرائم الأشخاص والأموال، مرجع سابق، ص148-149.

³⁰⁰ لا يعتبر الانتحار جريمة قتل في القانون، فالقانون الحديث يعتبره في حكم المباح لان لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، وعليه فمن يحاول الانتحار ولم تنجح محاولته فإنه لا يعتبر شارعا في جريمة قتل، في حين أن بعض القوانين تكيفه بجريمة معينة، إلا أن القانون و الفقه اعتبر مساعدة شخص على الانتحار بمثابة الاشتراك في القتل، ويكون مسئولا عن موت هذا الشخص بوصفه شريكا، وهذه المساعدة تشمل واحدة من الأعمال التنفيذية في جريمة القتل كان يحيط القاتل بالحبل حول عنق المنتحر تلبية لطلب المنتحر أو كمن يضع السم في شراب المنتحر ويعين المنتحر على شربه (عوض محمد: جرائم الأشخاص والأموال، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية بدون طبعة، 1985، ص24-25).

³⁰¹ طه عبد المولى: التعويض عن الأضرار الجسدية في ضوء الفقه والقضاء الحديث، مرجع سابق، ص74.

³⁰² عمار اسعيدة: التعويض عن الأضرار الجسدية في القانون المدني، مرجع سابق، ص27.

المادية المرتدة وهي كل خسارة أو نقص أصاب الأشخاص الذين يعولهم المصاب والمتمثلة في فقدان النفقة التي اعتاد المصاب أن ينفقها على هؤلاء الأشخاص³⁰³.

يترتب على التعدي الواقع على جسد الإنسان كذلك مجموعة من الأضرار المعنوية غير المالية والتي تصيب المصاب تتمثل في الألم الجسماني الذي تعرض له وكذلك الآلام النفسية المصاحبة لحالته والمتمثلة بالشعور بالنقص جراء البتر أو التشويه وكل ما هو في حكم الخسارة غير المالية كالسعادة والحرمان من مباحج الحياة والجمال وأعطت الشخص في هذه الحالة الحق في المطالبة بالتعويض³⁰⁴ وتوسع البعض أكثر في ذلك من خلال التعويض بدل التأثير السلبي الذي سببته الإصابة للأشخاص المقربين من المصاب³⁰⁵.

يذهب الفقه الإسلامي باتجاه مغاير فيما يتعلق بالأضرار التي تقع نتيجة التعدي على جسد الإنسان، فتذهب إلى أن التعويض عن جميع ما سبق يكون من خلال إقرار مجموعة من العقوبات المالية كالدية، وهي مال يدفعه القاتل نتيجة تعديه على حياة الآخرين، وإقرار الإرش، والذي يمثل جزء من الدية يترك تقديره للحاكم أو القاضي ويكون ضمان للعضو المصاب من جسم الإنسان، كما أن الفقه الإسلامي اخذ بما يسمى بحكومة العدل والتي تتضمن تعويض المصاب بمقدار جزء من الدية الشرعية كالإرش، إلا أنها تختلف عن الأخير في كونها غير مقدرة من قبل الشارع وتكون بدل الخسارة التي لحقت بعضو من أعضاء الجسم، دون أن يكون

³⁰³ عمار اسعيدة: التعويض عن الأضرار الجسدية في القانون المدني، مرجع سابق، ص30.

³⁰⁴ سعيد عبد السلام: التعويض عن ضرر النفس في القانون الوضعي والفقه الإسلامي والدول العربية، مرجع سابق، ص69.

³⁰⁵ قضت محكمة استئناف مونتيلييه في فرنسا بتوافر ضرر جنسي يستوجب التعويض من الفاعل، وذلك بسبب تعرض امرأة إلى حادث مروري، أدى إلى حرمانها ممارسة الحياة الجنسية بشكل طبيعي، حيث أن زوجها فقد الرغبة في المعاشرة الزوجية مع أن المصابة أي زوجته لم تتعرض لإصابة أثرت على القدرة الجنسية لديها أو اثر عليها نفسيا في هذا المجال (أسامة مجاهد: التعويض عن الضرر الجنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون طبعة، 2002، ص24).

قد تلف بالكامل ورتبوا على ذلك أن حكومة العدل لا يجوز أن تتجاوز مقدار الدية أو مقدار ارش العضو المصاب³⁰⁶.

وبالتالي فإن الفقه الإسلامي لا يعوض في حالة التعدي على سلامة الجسد إلا عن ضررين يتمثل الأول في حادثة الاعتداء ذاتها الواقعة على جسد الشخص، وجعل المسؤولية قائمة بمجرد المساس بالحق في السلامة الجسدية حتى لو لم يترتب أي ضرر عنه كفقدان المنفعة من وراء العضو أو فقدان جماله أو غيره من أضرار، أما الضرر الثاني الذي يعوض عنه فيشمل كافة الأضرار الأخرى التي تذهب القوانين الحديثة للتعويض عنها المادية منها والمعنوية، وذلك عن طريق إقرار حكومة العدل أو الارش، وترك للقاضي تقديرها وتشمل الأضرار التي عرضت سابقا وفي مقدمتها تلف العضو³⁰⁷.

"يذهب الدكتور الزرقا³⁰⁸ إلى أن تكاليف العلاج ومصروفاته اللازمة لاستقرار الوضع الصحي للمريض وإصلاحها قدر الإمكان، تخرج من نطاق الأضرار التي تغطيها الدية أو الارش، حيث اعتبر هذه الأضرار في حكم الضرر المالي العادي، فبالرغم من كونها لحقت بالإنسان نتيجة الإصابة التي ألمت به، إلا أنها منفصلة عن الأذى الذي نتج عن الإصابة الجسدية على اعتبار

³⁰⁶ مصطفى الزرقا: الفعل الضار والضمان فيه ، مرجع سابق، ص137.

³⁰⁷ طه عبد المولى: التعويض عن الأضرار الجسدية في ضوء الفقه والقضاء الحديث، مرجع سابق، ص79-80.

³⁰⁸ إن القول الذي يقضي بان الدية والارش وحكومة العدل تغطي جميع الأضرار في حال التعدي على الحياة أو الحق في السلامة الجسدية تكون حال كان التعدي غير متعمد، وليس في حال القتل العمد خاصة و الشريعة الإسلامية تقيم المسؤولية المدنية في جميع هذه الحالات لو كان الفاعل أو الجاني غير مميز ،لان القتل العمد يأخذ حكم القصاص والذي يرى اغلب الفقه انه في حال اخذ بالقصاص في القتل العمد، فانه لا يمكن المطالبة بالدية وله أن يطلب الدية بدل القصاص حتى لو لم يرض الجاني (مصطفى الزرقا: الفعل الضار والضمان فيه، مرجع سابق، ص138-139).

أن هذه التكاليف تضر بماله وتؤدي ذمته المالية، وأنه ليس من العدل أن تذهب قيمة الارش أو حكومة العدل بدل مصاريف الطبيب وترك المصاب وأهله بدون تعويض³⁰⁹.

يرى الباحث انه بغض النظر عن الآلية التعويضية التي انتهجها كل من الفقه الإسلامي والفقه الحديث ومن ضمنهم قانون المخالفات في تحديده لأنواع الأضرار التي يشملها التعويض ومقداره وذلك في حال التعدي على الحق في الحياة والحق في السلامة الجسدية، فان كل منهما يقيم المسؤولية على الفاعل ويعتبرونه متعديا وملزما بالضمان، ولا يوجد ما يحول دون تطبيق قاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان في كلا الحالتين، فتطبيق حكم الإعدام على المدان يعتبر فعلا جائزا مع انه يقتضي إنهاء حياة احدهم، وينبغي الانتباه إلى أن الفقه والقانون يرتبان الضمان على من يضرب غيره حتى لو لم يترتب على ذلك أي تلف أو ضرر، وفي هذه الحالة لا يجوز للشخص أن يحتج بان فعله لم يترتب ضرر وربط ذلك بقاعدة الجواز الشرعي التي تنفي الضمان على الأشخاص عند ممارستهم لفعل جائز، كالقول الذي يقضي بان الأولى عدم تضمين الشخص عما يقترفه من أفعال إذا لم يترتب عليها ضرر من عدم تضمينه في أحوال أخرى مع انه احدث لغيره ضرر ما، وهذا قول لا يجوز الأخذ به لان فعل الأول غير جائز أما فعل الثاني فهو جائز.

الفرع الثالث: التعدي الواقع على عرض الإنسان وكرامته وحرية

يشمل التعدي كذلك حقوق أخرى للإنسان كحقه في حفظ كرامته وعرضه³¹⁰ والحرية الشخصية³¹¹ وغيرها من الحقوق اللصيقة بشخصية الإنسان وهي ليست على سبيل الحصر،

³⁰⁹ مصطفى الزرقا: الفعل الضار والضمان فيه، مرجع سابق، ص138.

³¹⁰ قضت محكمة النقض المصرية بثبوت التهمة بحق المتهم الذي قام بمغازلة المدعية أثناء مكالمته هاتفية بطريقة تخدش الحياء خاصة وأن المدعية قد نهرته، فما كان من المتهم إلا أنه قام بسبها وقذفها بأنجس النعوت وتأسيسا على ذلك قضت بحقها في المطالبة

حيث أن القانون جرم كافة الأفعال التي من شأنها المساس بعرض الإنسان أيا كان جنسه، فقام بتجريم الزنا والاعتصاب وجرائم هنك العرض والجرائم الأخرى المتصلة بها والتي تمس جسم الإنسان وعوراته³¹²، وقد يشمل التعدي كرامة الإنسان وذلك من خلال جرائم السب والقذف بغض النظر عن الوسيلة المستخدمة، فإذا ما تم شتم الشخص أو قذفه بواسطة النشر أو الطباعة ونتج عنه ضرر ما، فإن بإمكانه المطالبة بالتعويض فور صدور حكم من المحكمة الجزائية يقضي بإدانة الفاعل³¹³، ويسري الحكم ذاته على أي انتهاك حرمة الحياة الخاصة من خلال استراق السمع أو تسجيل ما يدور داخل المنزل بواسطة جهاز ما ناسخ أو عن طريق الهاتف أو من خلال التقاط الصور الشخصية³¹⁴.

باستثناء بعض الأفعال التي نص عليها قانون المخالفات المدنية والتي اعتبرها مخالفات مدنية تشكل تعديا على كرامة ووجدان الشخص وحرية، وحدد الشروط المطلوبة حتى تعتبر موجبة للضمان، كما انه ذكر بعض الحالات التي تصبح فيها هذه الأفعال مشروعة تندرج تحت قاعدة

بالتعويض أمام القضاء المدني لان للحكم الجنائي حجة أمام القضاء المدني(شريف الطباخ: التعويض عن جرائم السب والقذف وجرائم النشر، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى 2007، ص165، عن نقض رقم 2290 لسنة 65 ق جلسة 2001/1/22).

³¹¹ يعتبر الفقه الإسلامي أن من يحبس شخصا في بيت فمات جوعا أو عطشا، وكان قد وفر له الطعام والشراب الكافي فلم يتناول له حزنا أو خوفا، أو كان بإمكان المخطوف أن يطلب ذلك من الخاطف إلا انه درء بنفسه عن ذلك، وغيرها من الحالات لا يكون مسئولاً عن موته، أما في حال حبسه ولم يقدم له طعام أو ماء ومات المخطوف خلال مدة لا يموت فيها الشخص عادة، فاختلف الفقه بين رأيين، رأي يرى انه ضامن ورأي آخر يرى بأنه لا يضمن بدل موته، لان سبب الموت يرجع للجوع و ليس الحبس، إلا أن الراجح هو تأييد الرأي الذي يقضي بتضمنه وذلك لان تقييد الحرية الشخصية دون توفير مقومات الحياة عند ذلك يعتبر تعدي على الحق في الحياة(محمد العموش: موانع الضمان في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص284-285).

³¹² جمال دياب: جرائم الاعتداء على العرض، ماجستير قانون، بدون طبعة وناشر، 2010، ص22.

³¹³ شريف الطباخ: التعويض عن جرائم السب والقذف وجرائم النشر، مرجع سابق، ص165.

³¹⁴ المرجع السابق، ص243.

الجواز الشرعي، من خلال الإشارة إلى القذف ونشره وكذلك إلى الحبس غير المشروع وغيرها من

الأفعال³¹⁵.

فقد يسري التعدي كذلك على حق الإنسان في حرمة الشخصية، من أهم الأمثلة عليه جريمة الحبس غير المشروع والتي تقضي باحتجاز المضرور دون أي مبرر قانوني، وذلك من خلال منعه من مغادرة المكان الذي يتواجد فيه، فالقانون لا يشترط في هذا النوع من الأفعال وقوع الضرر حتى تقوم

³¹⁵ نصت المادة(1/16) من قانون المخالفات المدنية على: القذف هو أن ينشر شخص من الأشخاص، بواسطة الطبع أو الكتابة أو الرسم أو التصوير أو الإيماء أو الألفاظ أو الأصوات الأخرى أو بأية وسيلة أخرى مهما كانت، أية مادة من المواد: أ-تسند إلى شخص آخر ارتكاب جريمة أو ب-تسند إلى شخص آخر سوء التصرف في وظيفة عامة أو ج-من شأنها أن تؤذي سمعة شخص آخر في مهنته أو صنعته أو وظيفته أو د-من شأنها أن تعرض شخصا آخر لبعوض الناس له أو احتقارهم إياه أو سخرتهم منه، أو ه-من شأنها أن تعرض شخصا آخر لأعراض الناس عنه أو تجنبهم إياه، وفي المادة(17) منه على: يعتبر الشخص انه نشر مادة مكونة للقذف إذا تسبب في تداول المادة المطبوعة أو المكتوبة أو المرسومة أو المصورة أو الوسيلة الأخرى التي تنطوي على القذف ، إما بطريق العرض أو القراءة أو الإلقاء أو الوصف أو التسليم أو الإيصال أو التوزيع أو التظاهر أو العبير أو النفوه أو غير ذلك ، فادى بذلك إلى جعل معنى القذف الذي تنطوي عليه معلوما، أو من المحتمل أن يكون معلوما لأي شخص خلاف: أ- الشخص المقذوف في حقه، أو ب- زوج الشخص الذي نشر البيان المنطوي على القذف، مادامت الزوجية قائمة بينهما، إيفاء بالغايات المقصودة من هذه المادة، يعتبر التبليغ بكتاب مفتوح أو ببطاقة بريد نشرا سواء أرسل الكتاب أو البطاقة إلى الشخص المقذوف في حقه أو إلى شخص آخر.

وتنص المادة (27) من قانون المخالفات المدنية على: الحبس بغير حق هو حرمان شخص من الأشخاص من كامل حرمة على وجه غير شرعي مدة من الزمن بإحدى الوسائل المادية أو بإظهار السلطة.

كذلك تنص المادة(18) من قانون المخالفات المدنية على: يقبل في معرض الدفاع في الدعوي المقامة لنشر مادة مكونة للقذف 1- كون الأمر المشكو منه صحيحا، 2- كون نشر تلك المادة مستثنى من المؤاخذة بمقتضى أحكام هذا القانون...، ونصت المادة(1/19) منه على: يكون نشر القذف مستثنى من المؤاخذة استثناء مطلقا في كل من الأحوال التالية:ه- إذا كانت المادة المكونة للقذف قد نشرت في سياق إجراءات قضائية من شخص مشترك في تلك الإجراءات بصفته قاضيا أو حاكم صلح أو محاميا أو شاهدا أو فريفا في الإجراءات، و- إذا كانت المادة المنشورة هي في الواقع بيان معقول لأمر قيل أو جرى أو أذيع علنا في المجلس التنفيذي أو المجلس الاستشاري أو هيئة تشريعه قد تؤولف فيما بعد....، وتنص المادة(1/20) منه على: يكون نشر المادة المكونة للقذف مستثنى من المؤاخذة في أي حال من الأحوال التالية: أ- إذا كانت العلاقة بين الناشر وصاحب المصلحة في النشر من شأنها أن تجعل الناشر إزاء واجب قانوني أو أدبي أو اجتماعي يقضي عليه بنشر تلك المادة لصاحب المصلحة في النشر، ا كانت للناشر مصلحة شخصية شرعية في نشره تلك المادة على هذا الوجه، وجرى على الوجه المذكور بسلامة نية ودون قصد سيء، ب- إذا كانت المادة المنشورة عبارة عن إبداء الرأي بسلامة نية حول شخص يشغل وظيفة قضائية أو وظيفة عمومية أخرى، أو حول أخلاقه الشخصية بالقدر الذي يظهر فيه اثر تلك الأخلاق في سلوكه....، وتنص المادة(28) منه على: في أي دعوى تقام لحبس شخص بغير حق، يعتبر دفاعا صحيحا إقامة الدليل أ- على ان المدعى عليه كان ينفذ أو يساعد بطريقة مشروعة في تنفيذ مذكرة قبض أو أمر حبس أو إحالة أو مذكرة حجز صادرة من محكمة أو سلطة مشروعة ذات اختصاص، بشرط أن يكون الفعل المشكو منه مصحرا به في مذكرة القبض أو أمر الحبس أو الإحالة أو مذكرة الحجز، رغم وجود نقص في صيغة مذكرة القبض أو أمر الحبس أو الإحالة أو مذكرة الحجز أو طريقة إصدارها، ب- على ان المدعى عليه قد أوقف تحت الحفظ القانوني وفقا لأحكام أي تشريع.

المسؤولية، بل يكفي أن يقع فعل التعدي لوحده، لأنه كفيل بذاته لترتيب الضمان وهو أساس المسؤولية³¹⁶.

يترتب على ما سبق عرضه من أفعال وجرائم انتقاص حق الشخص المعتدى عليه في الاحترام والتقدير الواجبين له والمفترضتان بوصفه إنساناً، وهذه الأضرار بطبيعتها الحال ليست أضرار مالية وإنما أغلبها أضرار معنوية³¹⁷ تصيب الأحاسيس والمشاعر الإنسانية بحد ذاتها خصوصاً عندما يتعلق الأمر بالاسم والبيئة المحيطة، ويعوض الفقه الحديث عن هذه الأضرار المعنوية بطريقة متفاوتة يجعله الألم شيء مادي يقاس بمقياس مالي³¹⁸، أما الفقه الإسلامي فإنه مختلف من حيث اعتبار التعدي الواقع على كرامة الإنسان وعرضه من ضمن حالات التعدي التي توجب الضمان وذلك بالنظر إلى نوع الضرر الذي يترتب عادة عن هذا النوع من الأفعال.

"فيذهب جانب كبير من فقه الشريعة الحديث كالـدكتور وهبه الزحيلي³¹⁹ إلى جواز التعويض عن الضرر الناتج عن التعدي على الشرف والكرامة والعرض، وذلك تطبيقاً لمبدأ الشريعة القائم على التعويض لكافة الأضرار وأن العقوبة المالية قد تكون أمضى من العقوبة التعزيرية، فالقاضي مخير باستخدامه للعقوبة الرادعة من وجهة نظرهم ضد المعتدي، والتي قد تكون عقوبة بدنية أو مالية³²⁰، أما الدكتور الزرقا فكان له رأي مخالف عما يرى الفقه الحديث وبعض فقهاء الشريعة، فيرى بان الشريعة الإسلامية لم يرد فيها ما يدل على التعويض بدل الضرر المعنوي، حيث أن الشريعة عالجته من خلال العقوبات الجزية فقط، خاصة وإن تحديد معيار يمكن من

³¹⁶ زهير حرح: الخطأ في المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص40.

³¹⁷ نص القانون المدني الأردني في الفقرة الأولى من المادة (276) منه على: يتناول حق الضمان الضرر الأدبي كذلك، فكل تعد على الغير في حريته أو في عرضه أو في شرفه أو في سمعته أو في مركزه الاجتماعي أو في اعتباره المالي يجعل المعتدي مسؤولاً عن الضمان .

³¹⁸ محمد العماوي: التعويض عن الأضرار الجسدية والأضرار المجاورة لها، مرجع سابق، ص57.

³¹⁹ وهبة الزحيلي: نظرية الضمان. مرجع سابق، ص54.

³²⁰ حوران سليمان: ضمان الضرر المالي غير المادي، رسالة ماجستير، جامعة دمشق 2002م، ص215.

خلاله تحديد مقدار التعويض بدل الضرر المعنوي لكل حالة موجودة صعب جدا، إن لم يكن مستحيلا خصوصا في ظل الأرقام الكبيرة للتعويض التي يحكم بها بعض القضاة والتي قد تصل إلى ملايين، وهو ما يدل على أن تحديد مقدار التعويض المناسب كان بدون تعقل واعتباطي³²¹. يرى الباحث تأييد الاتجاه القاضي بالتعويض عن الضرر المعنوي أو الأدبي فان كانت المشكلة في مقدار قياسه فإن الأفضل حال ارتداده إلى مال أن يكون مقدار التعويض مكافئ للمال الذي خسر المضرور، إلا إذا كان الفعل ينطوي على إجازة من القانون كمن يمارس حق إلقاء القبض ضد شخص متلبس بجريمة ما.

المطلب الثالث: التعدي الواقع على الأموال

تناول الباحث سابقا الصورة الأولى للتعدي بالنظر إلى محل الحق وهي التعدي على الأشخاص، أما فيما يتعلق بالتعدي على الأموال فقد تنوعت صور التعدي على الأموال بين عدة حالات على النحو التالي:

الفرع الأول: إتلاف مال الغير

وردت العديد من الصور والحالات التي تندرج تحت نطاق إتلاف مال الغير في المجلة والقانون الأردني كأحد صور الإتلاف في القانون³²²، والإتلاف في اللغة "أي الهلاك والعطب في كل

³²¹ مصطفى الزرقا: الفعل الضار والضمان فيه، مرجع سابق، ص124.

³²² نصت المادة(912) من مجلة الأحكام العدلية على: مباشرة الإتلاف إذا اتلف واحد مال غيره الذي في يده أو في يد أمينه قصدا أو من غير قصد يضمن، و نصت المادة(917) منها أيضا على: لو طرا بفعله على مال غيره نقصان في قيمته فانه يضمن نقصان القيمة ونصت المادة(914) على: لو اتلف واحد مال غيره على ظن منه انه ماله يضمن. كذلك تنص المادة (275) من القانون المدني الأردني على أن: من اتلف مال غيره أو أفسده ضمن مثله أن كان مثليا وقيمه إن كان قيميا وذلك مع مراعاة الأحكام العامة للتضمنين، وفي المادة (276) منه على: إذا كان الإتلاف جزئيا ضمن المتلف نقص القيمة، فإذا كان النقص فاحشا فصاحب المال بالخيار: إن شاء اخذ قيمة ما نقص، وإن شاء ترك المال للمتلف واخذ تمام القيمة مع مراعاة أحكام التضمنين العامة، وفي المادة (277)

شيء³²³، بينما تعددت التعريفات الاصطلاحية بشأنه، فيقصد به هلاك المال بشكل نهائي من خلال جعله غير قابل للانتفاع به من قبل صاحبه على النحو المطلوب أو كما اقتضى تحضيره، وقد يكون الإتلاف بزوال قيمة الشيء واندثارها، ويشمل الإتلاف أيضا إلحاق عيب ما بالمال بحيث تزول المزايا التي تتيح للأشخاص الانتفاع بما توفره أموالهم من تلك المزايا كمن يخبز الدقيق قبل طحنه³²⁴، أما بالنسبة للكيفية أو الطرق التي من خلالها قد يتم إتلاف المال فيترك إلى التطبيقات التي طرحها الباحث عن إتلاف مال الغير.

يشترط الفقه عدة شروط في إتلاف مال الغير كالاتي

1- "أن يكون المال المتلف شيء متقوما، أي لا يتعارض مع القانون ولا يمنع حيازته،

فالحنفية وغيرهم لا تعتبرون إتلاف الخمر والخنزير إتلافا مستوجبا للضمان"³²⁵

2- أن يكون فعل الإتلاف تعديا³²⁶ وفق أحكام القانون كما ذكر سابقا، وبغض النظر عن

كون الإتلاف قد تم مباشرة أو تسببا، فمن يحفر حفرة بجانب الطريق العام دون الأخذ

بالاحتياطات اللازمة كوضع حاجز حول الحفرة فوق شخص أعى فيها، يضمن حتى

لو كان مأذونا من قبل السلطات المختصة³²⁷.

منه على: إذا اتلف احد مال غيره على زعم انه ماله ضمن ما اتلف، أما إذا أتلفه بإذن مالكة فلا يضمن، وتنص في المادة (278) منه على: إذا اتلف صبي مميز أو غير مميز أو من في حكمهما مال غيره لزمه الضمان في ماله.

³²³ ابن منظور: لسان العرب، الجزء التاسع، ص18.

³²⁴ أمين دواس: مجلة الأحكام العدلية وقانون المخالفات المدنية، مرجع سابق، ص209.

³²⁵ علاء الدين الحنفي: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء السابع، مرجع سابق، ص167.

³²⁶ اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول واقعة تتلخص أحداثها في شخص اخرج ميزابا باتجاه الشارع فسقط هذا الميزاب على بعض المارة فتلفت بعض متاعهم، بين رأي يوجب ضمان صاحب الميزاب وآخر يرى بأنه استعمال لحق أعطاه القانون وبالتالي لا يكون متعديا بتصرفه، إلا أن الراجح في هذه المسألة هو أن صاحب الميزاب متعديا كونه اخرج الميزاب إلى الطريق العام وهو حق للجميع وتسبب ذلك بالإضرار بالآخرين، خاصة لانعدام وجود ضرورة في ذلك، لان بإمكانه أن يحفر بئرا في أرضه ويجعل للماء مصرفا من السطح إليه(محمد العموش: موانع الضمان في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص291-293).

³²⁷ منصور الفارسي: الضمان بسبب الاشتراك في إتلاف المال، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، الاردن2002، ص71.

3- القدرة على الإلتلاف بحيث يكون من المتصور أن يملك المتلف القوة والمقدرة على إتيان الفعل وتحقيقه للنتيجة، فلا يمكن تضمين الطفل النائم مسؤولة تلف شيء صلب كان قد قلب عليه أثناء نومه، فمن غير المتصور أن يؤدي ثقله إلى تلك النتيجة، أو أن يشهد الطفل ضد شخص آخر في المحكمة، وغيرها من الحالات التي لا يتصور معها أن يكون هناك تعدي من قبل الفاعل، هذا يتطلب فحص كافة الأجزاء والوقائع التي رافقت الفعل والتي من شأنها أن تنفي العلاقة السببية³²⁸.

يترتب على إلتلاف مال الغير مجموعة من الآثار القانونية، فالمتلف ملزم بتعويض المضرور صاحب المال عما أتلّفه من أموال، وهذا يختلف في حال كان الهلاك الذي أصاب المال جزئياً أم كلياً، فإن كان الهلاك كلياً بحيث يشمل كافة أجزاء المال فإن المتعدي يضمن بمثل ما اتلف إن كان المال من المثليات وبالقيمة إن كان من القيميات، أما إن كان الهلاك جزئياً يشمل جزء محدد من المال فإن الفاعل يضمن مثل ما اتلف إن كان من المثليات، فإن كان المال المتلف جزئياً من القيميات فإن الفاعل يضمن الفرق في القيمة بين المال قبل الإلتلاف وبعده³²⁹.

كما أن الفاعل يكون مسئولاً عن النقص في قيمة المال المتلف حتى ولو لم يكن هناك نقص مادي في الشيء، كمن يحفر في أرض غيره بدون إذنه، لأن فعله يعتبر من الناحية العملية خارج عن نطاق الإلتلاف المادي للشيء، فالأرض بقيت كما هي من الناحية المادية والمتمثلة في التراب والصخور الموجودة، مع ذلك يكون مسئولاً عن فعله طالما نشأ عن حفره نقصان في قيمة الأرض، أما فيما يتعلق بالإلتلاف الجزئي والذي نتج عنه نقصان في قيمة الشيء بشكل فاحش فله أن يتركه للمتلف والحصول على القيمة الكاملة للشيء، أو أن يسترد صاحب المال ماله ويطالب المتلف بما

³²⁸ محمد سراج: ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الأولى 1993، ص 246.

³²⁹ أمين دواس: مجلة الأحكام العدلية و قانون المخالفات المدنية، مرجع سابق، ص 221.

نقص من قيمة المال، في حين يذهب البعض إلى جواز إصلاح الجزء المتلف من المال حال أمكن ذلك بدل دفع قيمته³³⁰.

أشار قانون المخالفات المدنية³³¹ والفقهاء للعديد من التطبيقات على إتلاف مال الغير كالآتي:

أولاً: في حال قام شخص بإتلاف مال غيره ظناً منه بأنه ماله فإنه يكون ضامناً لما أتلف، فلا عبرة بالظن البين خطؤه كما ذكرنا سابقاً، إلا إذا كان ذلك بإذن صاحب المال فلا يضمن، لأن فعله كان بناء على رضا من المضرور بالضرر، فالراعي الذي يذبح شاة دون أمر من صاحبها يكون ضامناً لقيمتها لأن الأمر بالرعي لا يتضمن إتلاف المال أو التصرف، إلا في حال اثبت الراعي أن الشاة كانت هالكة لا محالة، ففي هذه الحالة لا يضمن كون الأمر بالرعي يتضمن الأمر بالحفظ³³².

³³⁰ أمين دواس: مجلة الأحكام العدلية و قانون المخالفات المدنية، مرجع سابق، ص 212.

³³¹ نصت المادة (37) من قانون المخالفات المدنية على: تحويل مال الغير هو قيام المدعى عليه بغير حق، بتحويل مال منقول يملك المدعي حق حيازته، لاستعماله الخاص، بأخذه ذلك المال أو حجزه لديه أو إتلافه أو تسليمه لشخص ثالث أو حرمان المدعي منه على أي وجه آخر، ونصت المادة (1/42) من ذات القانون على: يقع التجاوز على المنقول بأخذ سلع، بغير حق، من شخص آخر، أو التعرض بالقوة تلك السلع وهي في حيازة ذلك الشخص، ويشترط في ذلك أنه لا يحق لأي مدع أن يستحصل على تعويض، مقابل التجاوز على مال منقول، إلا إذا لحقه ضرر مادي جراء ذلك، ونص المادة (33) منه على: كل من تسبب أو حاول أن يتسبب في جعل أي سلعة تؤخذ خطأ على أنها من سلع شخص آخر على وجه يحتمل أن يحمل المشتري العادي على الاعتقاد بأنه يشتري من سلع ذلك الرجل الآخر، وذلك عن طريق تقليد اسم السلعة أو وصفها أو علامتها أو البطاقة الملحقة بها، يعتبر انه ارتكب مخالفة مدنية بحق الشخص الآخر، ويشترط في ذلك أن لا يعتبر احد انه ارتكب مخالفة مدنية لمجرد استعماله اسمه الخاص فيما يتصل ببيع أي سلعة، وتنص المادة (49) من نفس القانون على: كل من منع بعائق أو بغيره، صاحب أو مشغل مال غير منقول من التمتع بقسط معقول من نور النهار، بالنظر إلى موقع ذلك المال وماهيته، في الأحوال التي كان فيها صاحب أو مشغل المال أو سلفاؤهم في الملكية يتمتعون بذلك النور على الدوام، عن غير طريق العهد أو العقد مدة لا تقل عن خمس عشرة سنة قبل قيام ذلك العائق أو المانع مباشرة، يعتبر انه ارتكب مخالفة مدنية، ونصت المادة (34) منه على: الاحتيال هو بيان أمر واقعي على غير وجهه الصحيح، مع العلم بأنه كاذب أو دون اعتقاده بصحته أو عن طيش، ودون اهتمام فيما إذا كان صحيحاً أو غير صحيح، بغية حمل الشخص المخدوع على الاعتماد على صحته، ويشترط في ذلك أن لا تقام دعوى بشأن هذا البيان إلا: 1- إذا كان قد قصد به خدع المشتكي، وأدى إلى خداعه بالفعل فاستند إليه في أعماله وتحمل من جرائه ضرراً مادياً ب- إذا كان يتعلق بأخلاق شخص أو سلوكه أو مكانته أو قدرته أو تجارته أو معاملاته بغية الحصول على اعتماد مالي أو نقود أو سلع وكان مكتوباً وموقعاً بتوقيع المدعى عليه نفسه.

³³² حسن الذنون: المبسوط في المسؤولية المدنية،-الخطأ، مرجع سابق، ص 232-233.

ثانيا: يذهب القانون الحديث إلى إقرار مسؤولية الشخص عن تفويت الربح الذي تسبب فيها للآخرين، على اعتبار انه اتلف ربحا كان سيحصل عليه الشخص عادة من المال الذي تم إتلافه، بشرط أن يكون هذا الضرر مباشرا ولم يكن في استطاعة الفاعل أن يتوقاه بالجهد المعقول³³³، عكس ما ذهب الفقه الإسلامي المعاصر كالشيخ على خفيف والذي لا يرتب أي تعويض عن تفويت الربح، فالضامن عليه وفاء ما في ذمته من مال وذلك في حال كان الالتزام دفع مبلغ ما فلا يضمن بدل تأخره بالوفاء، وهذا ينطبق في حال كان الالتزام عبارة عن قيام بفعل تأخر صاحبه أو امتنع عن القيام به³³⁴.

ثالثا: يعتبر الغرور أحد صور إتلاف مال الغير والتي نص عليها الفقه والقانون الحديث، وذلك لارتباطها بعقد الكفالة، ومن أهم الأمثلة عليه الشخص الذي يخبر أهل السوق بان هذا الطفل هو ابنه فمن يريد أن يتعامل معه بان يبيعه أو يشتري منه فلا بأس في ذلك، مع أن الطفل ليس ابنه ولم يكن بمقدور أهل السوق معرفة ذلك، فيترتب على ما سبق أن أية أضرار لحقت بأهل السوق نشأت عن التعامل المالي هذا الطفل يتحملها الشخص الذي مارس التغيرير ضد أهل السوق في المقام الأول³³⁵.

رابعا: تعتبر الحيلولة من أوجه التي بها يتم إتلاف الأموال، وتعني التعرض والمنع، وتأخذ عدة صور في الحياة العملية كالاستيلاء على حق من حقوق الغير أو التسبب في الحيلولة بين الحق وصاحبه، من أهم الأمثلة عليها الغصب، وقد تتم الحيلولة من خلال منع الشخص من رعاية

³³³ حوران سليمان: ضمان الضرر المالي غير المادي، مرجع سابق، ص169.

³³⁴ علي الخفيف: الضمان في الفقه الإسلامي، الجزء الأول، مرجع سابق، ص17 وما بعدها.

³³⁵ حسن الذنون: المبسوط في المسؤولية لمدنية،-الخطأ، مرجع سابق، ص231.

ماله وحفظه كأن يقوم شخص بمنع جريان الماء في مساره الذي يسقي زرع جاره فيتلف زرعه بسبب ذلك³³⁶.

خامسا: قد يطال التعدي أيضا حقوق الملكية الفكرية للمؤلف والمتمثلة في الشق التجاري والمالي منها، ويقع هذا التعدي من خلال استخدام معلومات المصنف بشكل يخالف ما نص عليه القانون الحامي للملكية الفكرية، كأن يتم الاستعمال بدون إذن من صاحب الحق، ويتمثل استعمال المصنف في الأعمال التي تتضمن عرض المادة أو محتواها أو نسخها واستخدامها في قالب فني كالتمثيل، خاصة في ظل وجود عقد النشر الإلكتروني الذي نظم هذه الأمور كافة، ويشمل التعدي أيضا انتهاك القيود الواردة على الاستعمال المشروع للمصنف أو المؤلف في إطار القانون المنظم له وبالتوافق مع القوانين والأنظمة الأخرى³³⁷.

سادسا: يعتبر تقويت الفرصة من الأفعال التي تدخل تحت نطاق إتلاف مال الغير، وترى القوانين الحديثة أن الشخص الذي يتسبب في تقويت الفرصة على غيره يكون ملزما بتعويض المضرور بغض النظر عن كون الفرصة غير مؤكدة، فتقويتها أصبح أمرا مؤكدا كالمحضر الذي يقصر في إعلان صحيفة الاستئناف حتى يعلم الخصوم إلى حين تقويت الميعاد، وهذا ما يميز تقويت الفرصة عن الضرر المحتمل³³⁸.

³³⁶ محمد سراج: ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 263-267.

³³⁷ عبد الحميد النجاشي: صور التعدي على حقوق الملكية الفكرية للمؤلف في عقد النشر الإلكتروني، بحث منشور في مجلة الفكر الشرطي، مج 23-ع 90، الامارات 2014، موقع دار المنظومة، ص 247.

³³⁸ حوران سليمان: ضمان الضرر المالي غير المادي، مرجع سابق، ص 197-198.

سابعا: تعتبر الدعاوي الكيدية³³⁹ أيضا من الأفعال التي قد ينشأ عنها إتلاف مال الغير بحكم اعتبارها أحد صور الغرور في القانون، ومن شأن تلك الدعاوي أن تلحق بالآخرين أي المدعى عليهم أضرارا تصيبهم في سمعتهم وأموالهم، إضافة إلى الجزاءات البدنية التي يتعرضون لها في الدعاوي الجزائية³⁴⁰.

الفرع الثاني: الغضب

يقصد بالغضب لغة "أخذ الشيء ظلما، فيقال غضب الشيء غضبه غضبا، وغضبه على الشيء أي قهره"³⁴¹، فيما يتعلق بالتعريف الاصطلاحي للغضب³⁴² فقد "عرفه الأحناف بأنه إزالة يد المالك عن ماله المتقوم على سبيل المجاهرة والمغالبة بفعل في المال"³⁴³، بخلاف الشافعية الذين وسعوا من مفهوم الغضب فعرفوه بأنه: الاستيلاء على حق غيره بغير حق³⁴⁴.

يتبين مما سبق أن الفقهاء انقسموا بين اتجاهين في تعريفهم للغضب بين من يضيقون من حدود الغضب، بأشراطهم إزالة يد المحقة أي صاحبة الحق، وإثبات اليد الأخرى الباطلة، واشتراط أن

³³⁹ تنص المادة (30) من قانون المخالفات المدنية على: المقاضاة الكيدية هي إقامة أو تعقيب إجراءات خاسرة، جزائية كانت أو اطلاقية أو إجراءات تصفية، ضد شخص آخر بسوء قصد دون سبب معقول ومرجح، متى كانت تلك الإجراءات: أ- قد أساءت بمكانة ذلك الشخص أو سمعته أو سببت له احتمال فقدان حريته، ب- وانتهت المصلحة في ذلك، أن كان من الممكن في الواقع أن تنتهي لمصلحته، ويشترط في ذلك أن لا تقام دعوى بشأن مقاضاة كيدية على أي شخص، لمجرد كونه قد قدم معلومات إلى سلطة ذات اختصاص تولت هي إقامة الإجراءات.

³⁴⁰ محمد سراج: ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 267.

³⁴¹ ابن منظور: لسان العرب، الجزء الأول، ص 648.

³⁴² عرفت المادة (881) من مجلة الأحكام العدلية الغضب بأنه: أخذ مال احد و ضبطه بدون إذنه ونصت في المادة (96) على: لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك غيره بلا إذنه، وفي المادة (97) على: لا يجوز لأحد أن يأخذ مال احد بلا سبب شرعي، وفي ذات الاتجاه تنص المادة (279) من القانون المدني الأردني على أن: 1- على اليد ما أخذت حتى تؤديه فمن غضب مال غيره وجب عليه رده إليه 2- فمن غضب مال غيره وجب عليه رده إليه بحاله التي كان عليها عند الغضب، وفي مكان غضبه 3- فإن استهلكه أو ضاع منه أو تلف بتعديه أو بدون تعديه فعليه مثله أو قيمته يوم الغضب وفي مكان الغضب 4- وعليه أيضا ضمان منافعه أو زوائده.

³⁴³ علاء الدين الحنفي: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء السابع، مرجع سابق، ص 143.

³⁴⁴ شمس الدين الرملي: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، الجزء الخامس، دار الكتب العلمية، الطبعة الثالثة، بيروت 2002، ص 142.

يقع هذا الفعل على مال عيني منقول، أما الاتجاه الآخر فحاول أن يوسع من حدود ونطاق تطبيق الغصب، من خلال اشتراطهم فقط لحدوث واقعة مادية تتمثل بالاعتداء أو الاستيلاء على حق من الحقوق التي ترتبط بالحياسة و الملكية³⁴⁵.

من خلال التعريفات السابقة تبين ضرورة توافر شروط معينة في الأفعال التي تعتبر غصبا في الفقه والقانون وذلك كالتالي:

(1) الاستيلاء على مال الغير، ويقصد بالاستيلاء كل فعل يكون من شأنه تفويت انتفاع صاحب المال به أو تقلل من ذلك، بغض النظر عن دخول المال في حيازة الغاصب من عدمه فيسري الغصب بدونه أيضا، وبغض النظر عن كونه قاصدا أم لا، ويشترط في الاستيلاء أيضا أن يكون بدون إذن المغصوب منه أو رضا سابق منه، كما أن الفقه لا يشترط في الاستيلاء نقل المال أو إزالة يد المالك فقد يتم الاستيلاء بدون نقل المال كما لو جحد المودع لديه عن رد الوديعة وقد يتم الاستيلاء بدون إزالة يد المالك كمن يجلس على فراش غيره بدون إذنه³⁴⁶.

(2) أن يكون المغصوب مالا متقوما جعل القانون من حيازته أمرا جائزا، ويشمل كافة الأموال التي يبيح القانون الانتفاع بها من عقارات ومنقولات، إلا إذا اقتضت الضرورة الانتفاع ببعض الأموال أو الأشياء التي يحظر القانون حيازتها، فالكحول محرمة شرعا في الإسلام إلا انه يجيزها في الحالات التي تعد ضرورة لإنقاذ الحياة من الموت حيث

³⁴⁵ محمد سراج: ضمان العدوان في الفقه الاسلامي ، ص199 وما بعدها.

³⁴⁶ المرجع سابق ، ص201-102.

تدخل في تكوين بعض الأدوية، وكذلك الأمر ينطبق على ما يستخدمه الطب من مواد مخدرة في العمليات الجراحية³⁴⁷.

(3) قد يرد الغصب على المنافع باعتبارها مال متقوما فاعتبروا أن المنفعة التي يحصل عليها الإنسان عادة من العقار أو المنقول الذي هو تحت يده هي أساس وجوه العين، فالإنسان فعليا لا يستفيد من جسم العقار كجدرانه بل أن الفائدة تتمثل في السكن أو استخدامه لأغراض أخرى، وبالتالي فالغصب يصيب بالأساس هذه الميزات التي يمنحها المال، لذلك فمن الأولى حين غصبها أن يترتب الضمان على الغاصب³⁴⁸، إلا أن البعض فرق بين تقويت المنافع كسكنى دار المغصوب وبين تعطيل المنافع وإهدارها كإغلاق دار المغصوب، بحيث اعتبر البعض منهم أن تعطيل وهدر المنافع من باب الإلتلاف وليس من باب الغصب مرجعين ذلك إلى أن إهدار المنافع لا يخول للغاصب الاستيلاء عليها³⁴⁹.

(4) أن يرافق عملية الاستيلاء تعدي واضح من قبل الغاصب، وهذا يعني أن الاستيلاء قد يتم بسوء نية وقد يتم بواسطة شخص مميز أو عديم التمييز³⁵⁰، كما أن اشتراط التعدي يرجع إلى أن الكثير من الأفعال والتي تعد من قبيل الاستيلاء قد تكون في ذاتها مشروعة، فقد لا يتوفر تعدي في الفعل المرتكب، ومن أهم الأمثلة على ذلك الاستيلاء على مال المفلس ومنعه من التصرف فيه حتى لا يبدها ويتسنى للقاضي أن يعطي الدائنين أموالهم³⁵¹.

³⁴⁷ حامد الفقى: أحكام الغصب في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص34.

³⁴⁸ المرجع سابق، ص67.

³⁴⁹ محمد سراج: ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص204.

³⁵⁰ المرجع سابق، ص204.

³⁵¹ حامد الفقى: أحكام الغصب في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص71.

يشبه الغصب بعض الأفعال المحظورة شرعا³⁵²، والتي نهى القانون عنها واعتبرها من الجرائم التي يحاسب عليها جزائيا، والتي نص عليها تحت بند جرائم الأموال كالسرقة، وقطع الطريق، واخذ مال الغير، وتعدي الأمين على الوديعة التي هي تحت يده، وإساءة الائتمان، هذه الصور تشبه الغصب إلى حد ما، إلا أنها تختلف عنه من حيث الركن المادي المكون للفعل، فالسرقة لا تتم إلا على سبيل الخفية والاستتار من صاحب الحق أو القائم عليه، على عكس الغصب الذي يتم بطريقة علانية وينطبق الأمر على قطع الطريق واخذ مال الغير وغيرها من الجرائم التي تتطلب شروط معينة³⁵³.

هذه الأفعال وغيرها من الأعمال تشترك مع الغصب في كونها تأخذ نفس الحكم القانوني، ويترتب عليها نفس الآثار المدنية، حيث ذهب جمهور الفقه الحنفي³⁵⁴ إلى أن السارق ملزم بضمان قيمة المسروق والمأخوذ من مال الناس، لكنهم أشاروا إلى أن تطبيق الحد الشرعي وهو القطع لا يجتمع والضمان تطبيقا لقوله عليه السلام (لا يغرم صاحب سرقة إذا أقيم عليه الحد)³⁵⁵، ويخالفهم في ذلك جمهور الشافعية الذين يرون أن السارق بغض النظر عن كونه قد تم إقامة الحد عليه أو لم يتم ذلك، موسرا أو معسرا، فانه ضامن بدل المسروق أو قيمته³⁵⁶ حيث تذهب القوانين الحديثة كما ذكرنا سابقا إلى أن التعويض عن الجرائم الواقعة على الأموال يكون

³⁵² تنص المادة (284) من القانون المدني الأردني على: من كانت في يده أمانة وقصر في حفظها أو تعدى عليها أو منعها عن صاحبها بدون حق أو جدها أو مات مجهلا لها، كان ضامنا لها بالمثل أو بالقيمة، وتنص المادة (285) منه أيضا على أن: من سرق مالا فعليه رده إلى صاحبه إن كان قائما ورده مثله أو قيمته إن استهلك ولو قضى عليه بالعقوبة، وكذا من قطع الطريق واخذ المال.

³⁵³ أمين دواس: مجلة الأحكام العدلية و قانون المخالفات المدنية، مرجع سابق، ص221.

³⁵⁴ علاء الدين الحنفي: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، الجزء السابع، ص84.

³⁵⁵ النسائي: السنن الكبرى، ص44

³⁵⁶ أبي إسحاق الشيرازي: المهذب في فقه الإمام الشافعي، الجزء الخامس، دار القلم، الطبعة الأولى، دمشق 1996، ص448.

بعد إثبات الواقعة الجنائية من خلال الادعاء بالحق المدني³⁵⁷. إلا إذا اثبت المتلف انه قام بالإتلاف أو الغصب بما يخوله القانون من حق في ذلك، فالأصل أن الشخص مسئول عن الضرر الذي يسببه حال اثبت المضرور حدوث الضرر، إلا إذا اثبت الفاعل انه قام بفعله بناء على جواز شرعي كما ذكرنا سابقا في حق الدفاع الشرعي³⁵⁸.

يرى الباحث أن إتلاف مال الغير عمل من شأنه التأثير على الوضع السابق الذي كانت عليه أموال الناس قبل فعل الإتلاف، فإذا ما كانت هذه الأفعال عبارة عن فعل ضار فان الفاعل يكون مسئولا عن تلك الآثار التي أحدثها في المال، واكبر الآثار هو التلف الذي أضحي ضررا ماليا لاحقا بصاحبه، إلا إذا كان فعل الإتلاف جائزا بنص القانون فلا يكون صاحبه ملزما بأي تعويض تجاه المضرور، وهذا هو الدور الأساسي الذي تلعبه قاعدة "الجواز الشرعي ينافي الضمان" في كونها المحدد لأفعال الإتلاف الموجبة للمسؤولية عن غيرها من أفعال الإتلاف، سواء الإتلاف الواقع على الأموال أو الواقع على الأشخاص، فكثير من الحقوق تعطي صاحبها الحق في إتلاف مال غيره أو الإضرار به بأي شكل من الأشكال التي قد تتم بها الأفعال الضارة.

فالتعدي في فعل ما قد لا يكون تعديا في فعل آخر إذا ما تم المقارنة بين ركني الفعل لكل منهما، وخير دليل على ذلك إتلاف مال الآخرين بدون إذن مسبق وإتلافه بوجود إذن، فالمحدد لمشروعية الإتلاف في الحالتين يرجع إلى توافر الإذن في إحدى الحالتين، وهو الذي جعل التعدي في فعله مشروعا، هذا يوصلنا إلى نتيجة سابقة مؤداها انه لا يمكن إعمال قاعدة الجواز دون البحث في الحدود الموضوعية للحق وما يمكن أن يعطيه لصاحبه من مميزات والتي قد تشمل ميزة إتلاف عضو من أعضاء جسم الشخص أو ماله، على الرغم مما سبق لا يغني البحث في الحدود

³⁵⁷ تنص المادة (194) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني على أن: لكل من تضرر من الجريمة أن يتقدم بطلب إلى وكيل النيابة أو المحكمة التي تنظر الدعوى يتخذ فيه صراحة صفة الادعاء بالحق المدني للتعويض عن الضرر الذي لحق به من الجريمة.

³⁵⁸ تنص المادة(35) من قانون المخالفات المدنية على: 1- الحجز غير الشرعي هو حبس مال منقول بغير حق، عن شخص يملك حق حيازته الفورية، 2- تقع على المدعى عليه في دعوى الحجز غير الشرعي تبعة إقامة الدليل على أن حبس المال كان مشروعا.

الموضوعية للحق حتى يقوم الضمان، بل يلزم البحث في الحدود الغائية (الاجتماعية) للحق والتي اقرها القانون.

المبحث الثاني: التعسف في استعمال الحق

خلص الباحث في المبحث الأول من هذا الفصل إلى أن قاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان أكدت على أن الأفعال الجائزة (كافة الأفعال الخارجة عن نطاق الفعل الضار) لا تستوجب الضمان على الفاعل إذا ما نشأ بسببها ضرر ما، مع توفر باقي الشروط المطلوبة، لكن القاعدة لم تبين موقفها من نظرية التعسف في استعمال الحق التي لا علاقة لها بالخروج عن الحدود الموضوعية للحق بشكل خاص وأحكام الفعل الضار بشكل عام، مع أن القانون يعتبرها من ضمن الأفعال المحظورة التي تستوجب الضمان، بالتالي يلزم تحديد ماهية التعسف في استعمال الحق وذلك في المطلب الأول، على أن يخص المطلب الثاني لبحث المعايير التي يمكن من خلالها إثبات وجوده.

المطلب الأول: ماهية التعسف في استعمال الحق

تعددت الاتجاهات في الفقه الإسلامي التي حاولت أن تحدد متى ينتهي الحق ويبدأ التعسف، بين اتجاه يمثله الحنفيون وغيرهم، يرون أن الإنسان حر في استعمال حقه بغض النظر عن الطريقة ودون مقيدات حتى لو نشأ عن ذلك ضرر، فاستعمال الحق يعتبر جائزا ولا يرتب الضمان حتى لو كان الضرر فاحشا متفقين بذلك مع نظرية الحقوق المطلقة³⁵⁹، وهو اتجاه يتوافق مع قاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان من حيث الشروط والآثار، ربما يكون هذا سبب

³⁵⁹ الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، الجزء السادس، ص246.

في أن قاعدة الجواز الشرعي لم تنطرق لنظرية التعسف أو أن تقوم بتوضيح العلاقة بينها بحكم أن القاعدة مستمدة من الفقه الحنفي كذلك.

ذهب اتجاه آخر إلى أن الإنسان حر في استخدام حقه وبإمكانه استعماله حتى لو ترتب عليه ضرر للآخرين باستثناء أن يكون الضرر ضرراً فاحشاً، وذهب اتجاه آخر إلى أن العبرة في تحديد وجود التعسف هي نية صاحب الحق، فإن قصد صاحب الحق منه قصد الإضرار بالآخرين لا يحق له استعماله حتى لو لم يتوفر الضرر³⁶⁰، وبذلك تعددت الاتجاهات التي حاولت تحديد بداية التعسف والتي من خلالها تم تحديد معايير التعسف فيما بعد.

تستمد نظرية التعسف في استعمال الحق أصولها في التشريع الإسلامي منذ أمد طويل في كافة مذاهبه لكن بدون استعماله لمصطلح تعسف أو إساءة المتداولة في العصر الحالي فطبيعة التشريع الإسلامي نفسه واصله العام ومن خلال مفهوم الحق والأصول العامة اللفظية والمعنوية والتي يقوم عليها الاجتهاد الفقهي كقاعدة سد الذرائع وقاعدة الاستحسان يمكن الاستدلال إلى منشأ نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي³⁶¹.

يعتبر النظر في مآل التطبيق أصلاً معتبراً ومقصد شرعي في التشريع الإسلامي حيث يمس أصل العدل والمصلحة القانونية في المجتمع، فالمرجع حين أقر بالحقوق والتطبيقات المصاحبة لها افترض ضمناً أن تكون النتائج الناشئة عن ممارسة ما سبق متوافقة ومنسجمة مع الغايات التي يهدف إلى تحقيقها والتي تمثل مقاصد ومصالح شرعية لا بد من تكون أوضاعاً قائمة في المجتمع وأصول العدل فيه وموجهاته، وبالتالي فإن أصل النظر في المآل هو بحد ذاته مقصد

³⁶⁰ محمد الجندي: في المسؤولية عن الفعل الشخصي، مرجع سابق، ص 609 وما بعدها.

³⁶¹ فتحي الدريني: نظرية التعسف في استعمال الحق، الطبعة الثالثة، مرجع سابق، ص 25.

شرعي، فأى انحراف يعني نشوء التعسف في استدراك هذه المصلحة لمناقضة مقصد الشارع كما يرى الإمام الشاطبي³⁶².

يقصد بأصل النظر في المآلات أن يعتمد الاجتهاد أثناء تطبيق القواعد الكلية وعمليات القياس المختلفة على الواقع وظروفه أن يعمل المكلف أثناء ممارسة حق أو إباحة على تحقيق الموافقة بين ما يتضمنه الواقع ومقاصد الشرع لكي لا يقع أي تناقض بينهما³⁶³، فالإمام الشاطبي يرى بان الأحكام أي النصوص والقوانين لم تشرع لأنفسها كما يرى البعض بل شرعت لمعان أخرى وهي المصالح المبتغاة من ورائها³⁶⁴، فإذا ما قصد المكلف تحقيق غاية أخرى مختلفة عن غاية المشرع أو نتج عن تحصيل المصلحة أضرار ما، عندها تقوم المناقضة، والمناقضة باطلة هي والفعل أو التصرف الذي أدى إلى حدوثها³⁶⁵، حيث أن المشرع عندما أجاز الحقوق لم يشرعها لتكون وسيلة لتحقيق الفساد وإلحاق الأضرار بالناس، بل على العكس كان الهدف منها تحقيق المصالح والمنافع المفيدة لهم³⁶⁶.

بما أن المصلحة هي الغاية التي وجد من أجلها الحكم أو الثمرة المرجوة من تطبيقه فمن الطبيعي أن يكون كل من الحكم والمصلحة التي شرع من أجلها مقترنان ومشروعان لصدورهما من نفس المصدر، فلا يجوز أن يخالف النص الحكمة التشريعية من إصداره تفسيراً وتطبيقاً، فالحكم ما هو إلا وسيلة لتحقيق المصلحة لذا لا عبرة بالوسائل إذا لم تحقق مقاصدها، وبالتالي

³⁶² أبي إسحاق الشاطبي: الموافقات في أصول الشريعة، المطبعة الرحمانية، مصر، بدون طبعة وسنة نشر، الجزء الرابع، ص194.

³⁶³ فتحي الدريني: نظرية التعسف في استعمال الحق، الطبعة الثالثة، مرجع سابق، ص19

³⁶⁴ أبي إسحاق الشاطبي: الموافقات في أصول الشريعة، مرجع سابق ص385-387

³⁶⁵ أبي إسحاق الشاطبي: الموافقات في أصول الشريعة، مرجع سابق، ص328

³⁶⁶ مصطفى الزرقا: صياغة قانونية لنظرية التعسف باستعمال الحق في قانون إسلامي، مرجع سابق، ص22.

تتحول المصلحة من مشروعة إلى غير مشروعة إذا نتج عنها مفساد مساوية لها أو راجحة عليها بسبب ظرف ما أو باعث غير مشروع³⁶⁷.

فقاعدة سد الذرائع تقوم على اعتبار كل مصلحة يأتيها الشخص بمثابة أضرار يمكنه من إلحاق الضرر بغيره من الناس، وهذا يشمل كافة التصرفات القولية والفعلية التي يأتيها الشخص، وتقوم هذه القاعدة على معيار موضوعي يهتم بالفعل وحده وما ترتب عليه من نتائج دون الاهتمام والالتفات إلى نية الفاعل، إلا أن هذا لا يكون إلا وفق اعتبارات محددة يراعى فيها مقدار الضرر الذي سيلحق بالآخرين ومقارنته مع الفائدة المرجوة من الفعل أو استعمال الحق³⁶⁸.

بناء على ما سبق فإن المناقضة قد تتمثل بين قصد الشارع من الحكم الذي اقره وبين قصد المكلف بالتنفيذ أثناء تطبيقه، فبطلان تصرفه قائم للحيلولة دون إيجاد هذه المناقضة³⁶⁹، وقد تكون المناقضة بين مآل ونتيجة العمل أو التصرف الذي قام به الشخص بغض النظر عن القصد أو النية وبين الأصل والمقصد العام الذي قام عليه الحكم ككل، فالمناقضة ممنوعة وغير مقبولة في التشريع بين شق جزئي قد يمثل مصلحة خاصة وجزء كلي قد يمثل المصلحة العامة³⁷⁰.

يكيف الإمام الشاطبي التعسف على انه تعد عن طريق التسبب حيث أن ضابط التعدي كما يرى في هذه الحالة يقوم على ضابط موضوعي يتكل على عناصر مادية خارجية، كأن الفعل غير مشروع ابتداء لا يستند إلى حق أصلا دون النظر للعناصر النفسية الشخصية للفاعل

³⁶⁷ فتحي الدريني: نظرية التعسف في استعمال الحق، الطبعة الثالثة، مرجع سابق، ص21

³⁶⁸ محمد شوقي السيد: التعسف في استعمال الحق، مرجع سابق، ص239-240.

³⁶⁹ أبي إسحاق الشاطبي: الموافقات في أصول الشريعة، مرجع سابق، الجزء الثاني، ص283

³⁷⁰ فتحي الدريني: نظرية التعسف في استعمال الحق، الطبعة الثالثة، مرجع سابق، ص23

كقصد الإضرار أو التقصير والإهمال في اتخاذ ما يلزم من حيلة وحذر منعا لوقوع الضرر³⁷¹، وبهذا جعل الإمام الشاطبي من قاعدة الجواز الشرعي شاملة لتغطي نطاق الأفعال الواقعة تحت نطاق الفعل الضار كذلك ممارسة الحقوق بشكل تعسفي إذا ما اعتبرنا التعسف بمثابة تعدي بطريق التسبب، فالتعدي كما سبق بيانه يعني العمل بدون حق أو جواز شرعي فأبي عمل نشأ عنه تعسف من قبل فاعله لا يعتبر فعلا جائزا أساسا دون البحث عن باقي شروط القاعدة.

لا يمكن للاتجاه السابق أن يحيط بالعديد من صور وتطبيقات التعسف في استعمال الحق القائمة على المعيار الموضوعي الذي لا يعبر أي انتباه لقصد الشخص أو إهماله أو تقصيره خاصة تلك القائمة على قاعدة سد الذرائع كالأضرار العامة ومضار الجوار، فقد يكون التعسف مبني على انحراف عن المصلحة التي قدر من أجلها الحق وذلك في نكاح التحليل المحرم في الشريعة الإسلامية وذلك بسبب مناقضته للحكمة التي من أجلها شرع النكاح والقائمة على التناسل والتوالد بل كان الهدف منه تحليل الزوجة التي طلقت ثلاث مرات من زوجها الأول حتى تعود ويصبح بمقدوره أن يتزوجها مرة أخرى³⁷².

صحيح أن كل من التعدي والتعسف في استعمال الحق تعتبر أفعالا محظورة شرعا، لكن ذلك لا ينفي الفرق والاختلاف الكبير بينهما فالتعسف قائم بالأصل على وجود حق ما أي انه ناشئ عن فعل مشروع أساسا³⁷³، أي أن التعسف ناشئ عن فعل يعتبر جوازا شرعيا حسب ما تقتضي قاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان.

³⁷¹ فتحي الدريني: نظرية التعسف في استعمال الحق، الطبعة الثالثة، مرجع سابق، ص 69

³⁷² فتحي الدريني: نظرية التعسف في استعمال الحق، الطبعة الثالثة، مرجع سابق، ص 72 و 76

³⁷³ فتحي الدريني: نظرية التعسف في استعمال الحق، الطبعة الثالثة، مرجع سابق، ص 55 وما بعدها

فالأصل أن المشروع يتولد عنه مشروع، لكن التعسف جعل من استعمال الحق أو الإباحة معييا من حيث الباعث عليه أو من حيث النتيجة الناشئة عنه، فإذا زالت العيوب عاد الفعل لأن يكون فعلا جائزا تنطبق عليه قاعدة الجواز الشرعي ولم يترتب الضمان، بينما الفعل القائم على المجاوزة أو التعدي فإنه يعتبر فعلا غير مشروع لوجود عيب ذاتي أي أن الشخص لا يملك الحق في ايتانه أصلا، إلا إذا كانت المجاوزة مشروعة بسبب شرعي من الأسباب المبيحة للمجاوزة كالتى ذكرت في الفصل الأول³⁷⁴.

تماما كإقامة مصنع خارج حدود المدينة ليساهم في الاقتصاد الوطني وهو استعمال مشروع ومعتاد للحق في الملكية، حيث نشأ حوله بعد فترة من الزمن حي سكني وأضحى وجود المصنع مصدر قلق وإزعاج للسكان وخطرا على الصحة العامة، فبالرغم من أن سلوك القائمين على المصنع سلوك معتاد وكان تصرفا في دائرة الحق وحدوده الموضوعية بالإضافة إلى كون المصنع سابق لوجود الحي السكني فإن صاحب المصنع يكون متعسفا لتأثيره على المصلحة العامة للسكان، والضرر يزال قديما كان أو حديثا³⁷⁵.

وقد حاول البعض أن يفسر الاختلاف بين التعسف في استعمال الحق والتعدي من خلال افتراض أن استعمال الإنسان لحقه يكون طبقا لما يقتضيه حقه من حدود خارجية أو موضوعية، فإن استعمال الشخص حقه مراعيًا تلك الحدود، إلا أنه لم يراعي الغرض الاجتماعي الذي شرع من أجله الحق، فيعتبر في هذه الحالة متعسفا في استعمال الحق وليس متعديا، فالتعدي ينشأ

³⁷⁴ فتحي الدريني: نظرية التعسف في استعمال الحق، الطبعة الثالثة، مرجع سابق، ص 56

³⁷⁵ فتحي الدريني: نظرية التعسف في استعمال الحق، الطبعة الثالثة، مرجع سابق، ص 78 وما بعدها

عند استعمال الحق الذي يعطيه القانون تجاوز صاحبه الحدود الموضوعية للحق، بغض النظر عن مراعاته الغرض الاجتماعي للحق من عدمه³⁷⁶.

يعتبر التكييف الذي اتبعه الدكتور فتحي الدريني أفضل تكييف يمكن إطلاقه على نظرية التعسف في استعمال الحق، الذي يعتبرها نظرية مستقلة بذاتها ترتبط أساسا بنظرية الحق ومدى استعماله كذلك الطبيعة المزدوجة للحق، وعليه عرف التعسف في استعمال الحق بأنه (مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا حسب الأصل) هذه المناقضة قد تكون مقصودة وقد لا تكون³⁷⁷.

ينظر الفقه الإسلامي للحق نظرة اجتماعية من خلال تقييد تصرف الشخص بحقه كسبا وانتقاعا تجاه الآخرين بغض النظر عن عددهم أو ما يمثلون للمحافظة على مقاصد الشرع وحقوق الآخرين واعتبر هذا التجاوز ممنوعا كالمنع الوارد على الأفعال الضارة والتعدي القائم على تجاوز الحدود الموضوعية³⁷⁸، فالحق صاحب صفة مزدوجة فردية واجتماعية تهدف إلى تحقيق مصالح فردية ومصالح عامة بما يتوافر من وسائل لتحقيق ذلك، لذا فان دور نظرية التعسف يكمن في تحقيق التوازن والتوافق بين هذه المصالح قدر الإمكان عند التعارض مع تقديم المصلحة العامة على الخاصة بعد تقديم التعويض العادل للفرد³⁷⁹.

بما أن الحق في غايته يهدف إلى تحقيق غايتين أساسيتين، وتتمثل في تنظيم شؤون الحياة، من خلال التوفيق بين المصالح العامة في المجتمع ككل ومصالح الأفراد الخاصة وتقديم الأولى

³⁷⁶ هلالى احمد: تجريم فكرة التعسف كوسيلة لحماية المجني عليه في مجال استعمال الحق، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى 1990م، ص58.

³⁷⁷ فتحي الدريني: نظرية التعسف في استعمال الحق، الطبعة الثالثة، مرجع سابق، ص91

³⁷⁸ فتحي الدريني: نظرية التعسف في استعمال الحق، الطبعة الثالثة، مرجع سابق، ص39

³⁷⁹ فتحي الدريني: نظرية التعسف في استعمال الحق، الطبعة الثالثة، مرجع سابق، ص42

على الثانية عند تعارضهما كما ذكر سابقا، حيث أن المصلحة العامة أولى وأهم، وبما أن الحق يهدف إلى تحقيق مصلحتين في وقت واحد فإن ذلك يعني انه من غير الممكن أن تكون أي من المصلحتين الخاصة أو الاجتماعية مطلقة، لان التعارض بينهما وارد وهنا يأتي دور نظرية التعسف في توفير التوازن المطلوب في الحق ذو الغاية المزدوجة، لان استعمال الحق جائز شرعا³⁸⁰.

فالحق ليس ميزة خاصة بل يفرض على صاحبه التزامات وهي ألا تتعارض المصالح الناشئة عن الحق مع مصلحة أخرى أجدر منها بالرعاية والاعتبار قد تكون خاصة أو عامة، حسب ما تقتضي المقررات والقواعد الكلية في الترجيح التي تستهدف المحافظة على مقاصد الشرع³⁸¹.

يرى الباحث تأييد الرأي الأخير والذي يقضي بالتمييز بين التعدي والتعسف في استعمال الحق من خلال التمييز بين الحدود الموضوعية والحدود الاجتماعية للحق كما عرض سابقا، فإذا ما تجاوز الفعل حدود الحق الموضوعية اعتبر الفعل تعديا حتى لو تحققت الأهداف الاجتماعية من وراءه، ويعتبر الفعل تعسفا في حال استعمال الحق بشكل مخالف للحدود الاجتماعية والغائية للحق مع أن الفاعل لم يتجاوز الحدود الموضوعية للفعل أو الحق، ويرى الباحث أن القول الذي يقضي بان التعدي ناشئ بالأساس عن فعل محظور غير دقيق، فالتعدي كما عرض سابقا يسري من خلال أفعال مشروعة كالحقوق والواجبات وقد يسري من خلال أفعال محظورة شرعا بالأساس.

نظرية التعسف³⁸² في استعمال الحق³⁸³ كانت حاضرة وموجودة في القانون المدني الأردني بشكل صريح في باب نطاق استعمال الحق في المادة(66) منه كاستثناء على قاعدة الجواز

³⁸⁰ محمد شوقي السيد: التعسف في استعمال الحق، مرجع سابق، ص109.

³⁸¹ فتحي الدريني: نظرية التعسف في استعمال الحق، الطبعة الثالثة، مرجع سابق، ص42و45

الشرعي ينافي الضمان، وهو نفس الاتجاه المعمول به في الفقه الإسلامي الذي يعتبر أن المنع من استعمال الحق (الجواز الشرعي) في حال أفضى لحدوث ضرر ما، عبارة عن استثناء على قاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان³⁸⁴، فالقاعدة وشروطها لم تتطرق لاستعمال الحقوق والتعسف الوارد عليها خاصة بعد فشل الاتجاه القائم على تكييف النظرية بأنها تعدي عن طريق التسبب عن الإحاطة بكافة أشكال وصور التعسف.

ذهب الباحث سابقا فيما يخص القيود الموضوعية على القاعدة فيما يتعلق بالاباحات والحريات العامة كونها مقيدة بشروط السلامة والتي تعتبر قيودا ماسة بالحدود الموضوعية للحرية وقوام الضمان فيها قائم على الضرر الواقع (التعدي بالتسبب) الذي وقف عاجزا عن الإحاطة بكافة صور التعسف، وعليه لا محل للقول بان شروط السلامة تعتبر من القيود الواردة على مشروعية استعمال الحقوق وأنها ذات علاقة بالحدود الاجتماعية للحق وان قاعدة الجواز أشارت للتعسف في استعمال الحق واستثنته من نطاق الجواز المنافي للضمان ولكن بشكل جزئي.

³⁸² -تنص المادة(4) من مشروع القانون المدني الفلسطيني على: لا يجوز التعسف في استعمال الحق، وتنص المادة (5) على: يعد استعمال الحق تعسفا في الأحوال الآتية: 1- إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير، 2- إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة، 3- إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها، 4- إذا كان من شأنه أن يلحق بالغير ضررا غير مألوف. كذلك نصت المادة (66) من القانون المدني الأردني تحت بند إساءة استعمال الحق على ما يلي: -يجب الضمان على من استعمل حقه استعمالا غير مشروع، ب-و يكون استعمال الحق غير مشروع: 1- إذا توفر قصد التعدي 2- إذا كانت المصلحة المرجوة من الفعل غير مشروعة 3- إذا كانت المنفعة منه لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر 4- إذا تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة.

³⁸³ قضت محكمة التمييز الأردنية بتأييد قرار محكمة الاستئناف والذي قضى بمسؤولية وزارة الأشغال العامة عن الأضرار التي لحقت بأرض المييز ضدها، وذلك نتيجة نقصان قيمة ارض المضرورة وبدل كلفة إزالة الطم والأنقاض والأضرار اللاحقة بأرضها، وقضت بان قاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان والمنصوص عليها في المادة (61) من القانون المدني الأردني ليست مطلقة، بحيث جاءت المادة (66) من نفس القانون حتى تقيد هذه القاعدة وذلك من خلال اشتراط عدم إلحاق الضرر بالغير (تمييز أردني رقم 2014/4562 الصادر بتاريخ 2015/3/17).

³⁸⁴ صبحي المحمصاني: النظرية العامة للعقود في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، الجزء الأول، ص174. فتحي الدريني: نظرية التعسف في استعمال الحق، مرجع سابق، ط3، ص69.

المطلب الثاني: معايير التعسف في استعمال الحق

من خلال استعراض الأدلة الشرعية التي تناولت التعسف في استعمال الحق يمكن تقسيم معايير التعسف³⁸⁵ في استعمال الحق إلى معيارين:

الفرع الأول: المعيار الذاتي (القصدي)

يشمل هذا المعيار كافة الصور المرتبطة بالعوامل النفسية المرافقة للشخص الذي استعمل حقه خلال أو قبيل ذلك، ويشمل هذا المعيار عدة صور أشارت إليها الشروحات الفقهية وكذلك القوانين الحديثة كما يلي³⁸⁶:

أولاً: تحقيق مصلحة غير المصلحة التي شرع الحق من أجلها

يفترض القانون دائماً أن الشخص حين استعماله حقه يكون ملتزماً للقصد والغاية التي بناء عليها تم تقرير الحق، والمتمثلة في المصلحة المشروعة التي أرادها المشرع، فإن كانت المصلحة التي يهدف إليها الشخص من الحق لا تتفق مع المصلحة التي يقرها الشرع فإن استعمال حقه يكون غير مشروع ويكون مسئولاً عن نتائج ذلك، حيث أن المصلحة تعنى بالمحافظة على مقاصد الشرع أو القانون والمتمثلة في الدين والنفس والعقل والنسل والمال³⁸⁷، فالفقه الإسلامي ينظر للحق والمصلحة المنبثقة عنه على أنها الميزان والوسيلة التي من خلالها يحقق الإنسان مصالحه من خلال جعل المصلحة المحافظة على مقصود الشرع بحيث أن كل ما يتضمن

³⁸⁵ قضت محكمة التمييز الأردنية أن من يستعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يضمن ما ينشأ عن ذلك من ضرر، إلا إذا استعمله استعمالاً غير مشروع، وذلك بتوافر قصد التعدي أو كانت المصلحة المرجوة من الفعل غير مشروعة أو المنفعة منه لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر أو في حال تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة أو كان الضرر فاحشاً، أو في حالة مخالفة القوانين المتعلقة بالمصلحة العامة أو الخاصة، ففي جميع الحالات السابقة يكون مسئولاً عما ترتب عن استعماله حقه أو تصرف بملكه من ضرر (تمييز أردني رقم 2044/2312 الصادر بتاريخ 2004/12/19).

³⁸⁶ أمين دواس: معايير التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الأردني، مرجع سابق، ص 63.

³⁸⁷ عبير قدومي: التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 40.

أصول الشرع من دين ومال ونفس وغيرها هي المصلحة بحد ذاتها وأي شيء يعارض ذلك يعتبر مفسدة³⁸⁸.

تتميز هذه الصورة بالشمول والعمومية، حيث أن بعض الفقهاء يعتبرها بمثابة المعيار العام للتعسف في استعمال الحق، وهذه الصورة بطبيعة الحال تعتمد بشكل عام على نية الشخص وقصده من وراء استعماله حقه والمصلحة المرجوة، إلا أن هذه الصورة تتضمن جانباً موضوعياً حيث يذهب البعض إلى اعتبارها مزدوجة التركيب، فهي قصدية ذاتية بناء على مقصد ومبتغى صاحب الحق والغاية المرجوة التي حملته على استعمال حقه، وتعتبر موضوعية بالنظر إلى مقاصد الشرع والقانون³⁸⁹.

ثانياً: قصد الإضرار بالآخرين

من أهم الأمثلة على هذه الصورة، أن يرفع الشخص دعوى شخص آخر يتهمه بارتكابه لجناية ما، بحيث يهدف المدعي من خلالها إلى إلحاق الأذى والضرر بالمدعى عليه لا أكثر، ويطلق على ما سبق الدعوى الكيدية³⁹⁰ أو كالمدين الذين يتصرف في ماله كأن يهبه أو أن يوقفه نكاية بالدائنين ومنعهم من تحصيل دينهم³⁹¹، وغيرها من الصور التي يهدف من خلالها صاحب الحق فقط إلحاق الضرر بغيره³⁹².

³⁸⁸ أبو حامد الغزالي: المستصفى، المطبعة الأميرية، بولاق، بدون طبعة 1322هـ، ج1، ص286 وما بعدها.

³⁸⁹ أمين دواس: معايير التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الأردني، مرجع سابق، ص64.

³⁹⁰ أحمد النجدي زهو: التعسف في استعمال الحق، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون طبعة 1991م، ص55.

³⁹¹ المرجع سابق، ص56.

³⁹² قضت محكمة استئناف رام الله بان الاختصاص المكاني يكون للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه أو محل عمله أو المكان الذي نشأ فيه الالتزام، وأن تحديد الاختصاص المكاني ليس من النظام العام، ولإلطراف أن يتفقوا على اختصاص محكمة أخرى يختارونها ولو لم تكن مختصة مكانياً بنظر الدعوى، وذلك بالنص عليه في الاتفاق المبرم بينهم ويجوز لهم ترك تحديد المحكمة المختصة لمن يرفع الدعوى منهم، إلا أن ذلك مشروط بعدم التعسف في استعمال هذا الحق من قبله في اختيار المحكمة، فلا يجوز له

يرى الإمام الشاطبي³⁹³ أن هذه الصور تمثل استعمال لحق أو لرخصة من جانب الشخص، لكنه قصد من وراء ذلك تحقيق هدفين وهما تحقيق مصلحة شخصية له وهدف آخر يتمثل في إلحاق ضرر ما بالغير، وعليه فإن الشخص في هذه الحالة يكون ضامناً لما نشأ من أضرار طالما توفر دليل أو قرينة يمكن من خلالها التماس قصد الإضرار من جانبه، فإن لم يكن بإمكان الشخص أن يمارس حقه دون أن يلحق ذلك الضرر بغيره، فإنه لا يمنع من ممارسته طالما ثبت أنه لم يقصد الإضرار به، إلا أن هذا ليس مطلقاً³⁹⁴.

تعتبر هذه الصورة بمثابة امتداد للصورة السابقة، وذلك لأن قصد الإضرار هو بمثابة مناقضة ومجافاة للقصد العام الذي ينتهجه الشارع في إقراره للحقوق كما ذكر سابقاً، وتعتبر هذه الصورة من أقدم الصور للتعسف وأصلها القانوني في الشريعة الإسلامية موجود في كثير من الأدلة الشرعية³⁹⁵ كالحديث النبوي الذي يقضي "إنما الأعمال بالنيات و إنما لكل امرئ ما نوى"³⁹⁶ وغيرها من الأدلة التي تعتبر بمثابة التأسيس القانوني لهذه الصورة.

"العبرة في هذه الصورة تتمثل في العوامل النفسية الداخلية فقط، والمتمثلة في قصد الإضرار وحده، وبناء على ذلك فإنه لا أهمية ولا وزن لما قد يترتب على استعمال الشخص لحقه قاصداً الإضرار بالغير من آثار مادية أخرى، كأن يترتب على الفعل نفع ما غير مقصود لصاحب الحق بغض النظر عن مقداره، فمن يزرع أرضه بأشجار كثيفة وكثيرة بقصد منع الضوء عن جاره يكون متعسفاً

أن يرفع الدعوى أمام محكمة لا مصلحة له في الرفع أمامها سوى النكاية بخصومه وإرهاقهم(استئناف مدني رقم 2009/240 الصادر بتاريخ 2010/2/24) .

³⁹³ أبي إسحاق الشاطبي: الموافقات في أصول الشريعة، مرجع سابق، الجزء الثاني، ص 265

³⁹⁴ بدر الدين عماري: نظرية التعسف في استعمال الحق عند الإمام الشاطبي، مرجع سابق، ص 248-249.

³⁹⁵ أمين دواس: معايير التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الأردني، مرجع سابق، ص 76.

³⁹⁶ صحيح مسلم: باب إنما الأعمال بالنيات، حديث رقم 1907.

في استعمال حقه حتى لو ترتب على ذلك فائدة فيما بعد كإنتاجها للثمار والتي لم يكن يقصدها في المقام الأول³⁹⁷.

بما أن هذا المعيار يتطلب إثبات وجود نية الإضرار من قبل صاحب الحق، فإن ذلك يتطلب البحث عن قرائن يمكن من خلالها البحث عن توفر هذه النية، خاصة في ظل صعوبة إثباتها حينما يتعلق الأمر باستعمال حق مشروع، ومن هذه القرائن³⁹⁸:

(1) انتفاء المصلحة من وراء الفعل بحيث يعتبر الشخص متعسفا في استعمال حقه في حال كان الفعل أو العمل لا يؤدي إلى تحقيق مصلحة له، وإنما نشأ عنها ضرر أصاب الآخرين، وهذا قد يقع بطريقتين إما بطريقة ايجابية بواسطة فعل ايجابي أو بطريقة سلبية من خلال منع الآخرين من عمل شيء ما، وفي كلا الحالتين لا فائدة ترجى من عمله³⁹⁹.

من أهم الأمثلة على الأفعال الايجابية التي بها تنتفي المصلحة، الشخص الذي زرع بأرضه شجرة، إلا أن عروق أفرع أشجاره ساهمت في إنبات شجرة في ارض جاره وبمقتضى القانون فصاحب الشجرة يملك الحق في أن يقلع شجرته وأن يأخذها بمقتضى أحكام حق الملكية، لكن هذا يتضمن أن يكون هناك فائدة ترجى من ذلك، كأن يقلعها ويغرسها في مكان آخر أو يستفيد منها كحطب يتدفأ به، فإن لم يكن لصاحب الشجرة أي فائدة من وراء ذلك فإن الشجرة تصبح في حكم المملوكة لصاحب الأرض إذا لم يكن لصاحبها منفعة يبتغيها من ورائها⁴⁰⁰.

³⁹⁷ أمين دواس: معايير التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الأردني، مرجع سابق، ص78.

³⁹⁸ عبيد قديمي: التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص38.

³⁹⁹ محمد شوقي السيد: التعسف في استعمال الحق، مرجع سابق، ص245.

⁴⁰⁰ محمد شوقي السيد: التعسف في استعمال الحق، مرجع سابق، ص246.

(2) تفاهة المصلحة المرجوة من استعمال الحق بحيث يسعى صاحب الحق حين استعماله إياه إلى تحقيق منفعة أو مصلحة تكون ضئيلة وتافهة، لا مجال لمقارنتها مع ما يصيب الآخرين من ضرر⁴⁰¹، ومن أشهر الأمثلة على ذلك الشخص الذي يفتح نافذة في منزله تطل على منزل جاره، حيث أن فتح هذه النافذة من شأنه أن تكشف جاره وتساهم في الاطلاع على عوراته، ففي هذه الحالة يعتبر الشخص الأول متجاوزا في استعمال حقه بالتصرف في ملكه بحكم أن الفائدة التي حصل عليها تعتبر تافهة بالمقارنة مع ما يصيب جاره من أضرار⁴⁰².

(3) أن يكون بإمكان صاحب الحق اختيار واحدة من عدة وجوه بالإمكان اللجوء إليها لاستعمال حقه، فإن لجا للوجه أو الطريقة التي بها يلحق ضرر أكبر بالآخرين يكون متعسفاً، فصاحب الحق بإمكانه أن يسلك طريقا آخر في استعماله حقه من شأنها أن ينتج ضررا أقل، وبالتالي يعتبر فعله قرينة على أنه قصد الإضرار بغيره وهو مسئول عما يصيبه من ضرر جراء ذلك، كمن يحفر بئرا خلف منزله المظلم حتى يقع كل شخص يمر من تلك المنطقة فيها⁴⁰³، ومع هذا فالفقه لم يعتمد على نية الإضرار وحدها في ترتيب المسؤولية على مستعمل الحق، فقد لا تكون كفيلة بإثبات ذلك، لذا لا بد من الإحاطة بالظروف والوقائع المادية الأخرى المصاحبة لاستعمال الحق⁴⁰⁴.

⁴⁰¹ عبير قدومي: التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص39.

⁴⁰² احمد النجدي زهو: التعسف في استعمال الحق، مرجع سابق، ص62.

⁴⁰³ محمد عبد الغني: نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، بحث منشور في مجلة كلية الشريعة والقانون-جامعة الأزهر، ع4، اسبوط1986م، ص77.

⁴⁰⁴ محمد عبد الغني: نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مرجع سابق، ص78.

الفرع الثاني: المعيار الموضوعي

يقوم المعيار الموضوعي في التعسف في استعمال الحق على النظر إلى النتيجة التي حدا بها الفعل وهي الأضرار التي حصلت، دون الالتفات إلى نية الفاعل أو قصده خاصة وأنه لا يستطيع استعمال حقه إلا بهذا الطريق أو الأسلوب الذي ألحق الضرر بالآخرين، بمعنى آخر أي أن استعماله لحقه لا يمكن أن يقع بمعزل عن إلحاق الضرر بغيره⁴⁰⁵، وهو ما يتوافق مع قاعدة سد الذرائع التي ذكرت سابقا والتي تعتبر احد القواعد التي يقوم عليها التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي.

يذهب الفقه إلى أن المعيار الموضوعي يضم صورتين للتعسف في استعمال الحق، ويشمل ذلك عدم التناسب بين المصالح المتعارضة وصورة الضرر الفاحش، إلا أن بعض كالقانون المدني الأردني يذهبون إلى الأخذ بصورة ثالثة وهي استعمال الحق بشكل مخالف للعرف والعادة، أي الاستعمال غير المعتاد للحق والذي ينشأ عن إهمال وقلة احتراز من جانب الشخص، والذي يذهب البعض إلى اعتباره "معيار مستقل بذاته عن المعيارين الذاتي والموضوعي، ومنهم الدكتور أمين دواس الذي اعتبره كأحد صور الخطأ أو التعدي في المسؤولية التقصيرية"⁴⁰⁶.

يرى الباحث تأييد الرأي الأخير، الذي يقضي باعتبار معيار مخالفة العرف والعادة من ضمن حالات التعدي في المسؤولية التقصيرية كما ذكرنا سابقا في المبحث الأول، وبالتوافق مع الأدلة الفقهية التي اعتبرت هذا المعيار من ضمن الحالات التي يخرج بها الشخص عن نطاق حدود الحق الموضوعية، وهي مخافة قواعد العرف والعادة والتي تعتبر احد مصادر القانون.

أولاً: انعدام التناسب بين المصالح

⁴⁰⁵ محمد عبد الغني: نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مرجع سابق، ص78.

⁴⁰⁶ أمين دواس: معايير التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الأردني، مرجع سابق، ص85.

تتضمن هذه الصورة أن يقوم الشخص باستعمال حقه مبتغياً تحقيق مصلحة معينة إلا أن هذا الاستعمال خل بالتوازن بين المصالح المتعارضة الذي يقتضيه مبدأ العدل المطلق، حيث يمضي الشخص للانتفاع من المصلحة التي يقرها القانون في سبيل الحصول على المنفعة المرجوة، إلا أن الضرر الذي لحق بالآخرين لا يقارن مع تلك المنفعة، وعلى أساس ذلك اعتبر الشخص متعسفا في استعماله حقه⁴⁰⁷.

يقول الإمام الشاطبي أن الأحكام شرعت حتى تحقق مصالح العباد وليس للإضرار بهم فإن كانت الأعمال متفقة مع الباعث من ورائها وهي المقاصد الشرعية فلا يوجد مشكلة، أما لو كانت الأعمال مشروعة لكن الباعث مخالف لمقصد الشرع فالعمل غير مشروع، فالضرر يعتبر مخالفة لمقاصد الشرع⁴⁰⁸.

تقوم هذه الصورة على ضابطين:

1) التعارض بين مصلحة خاصة ومصلحة عامة، ويقوم هذا الضابط على وجود تعارض بين مصلحة خاصة وهي مصلحة الشخص صاحب الحق، والمصلحة العامة التي لحقها ضرر بسبب ممارسته الشخص لحقه، ففي هذه الحالة يتم تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، تطبيقاً للقاعدة الفقهية الواردة في المادة(26) من مجلة الأحكام العدلية (يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام)⁴⁰⁹.

وضع الإمام الشاطبي بعض الاستثناءات فيما يخص هذا على القاعدة السابقة، من خلال التفريق بين نوع الضرر الذي قد يلحق بالفرد في حال عدم استعماله لمصلحته

⁴⁰⁷ فتحي الدريني: نظرية التعسف في استعمال الحق، الطبعة الثالثة، مرجع سابق، ص251.

⁴⁰⁸ أبي إسحاق الشاطبي: الموافقات في أصول الشريعة، مرجع سابق، الجزء الثاني، ص385

⁴⁰⁹ أمين دواس: معايير التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الأردني، مرجع سابق، ص87.

الخاصة بين أن يكون الضرر قابل للجبر أو الإصلاح كالأضرار المالية التي تصيب مال الفرد كانتزاع الملكية للمصلحة العامة، وبين الأضرار التي لا يمكن إصلاحها وجبرها كالحق في الحياة وغيرها من الحقوق، فمصلحة الفرد في الحالة الثانية أولى بالرعاية من المصلحة العامة لعدم إمكانية جبر الضرر، أما الحالة الأولى فتتطبق عليها القاعدة السابقة وتعتبر المصلحة العامة هي الأولى بالرعاية⁴¹⁰.

يعتبر منع التجار من احتكارهم للسلع التي يحتاجها الناس من أهم الأمثلة التي تتعلق بهذه الحالة، لان مصلحة المجتمع والمصلحة العامة تقتضي إشباع حاجة الناس والأفراد عامة بما يحتاجونه من سلع وخدمات، وكذلك منع إقامة مصنع يصدر ضجيجا وسط منطقة سكنية، وكذلك الحجر على الطبيب الجاهل والمدين المفلس وغيرها من الصور التي تهدف لتحقيق الصالح العام⁴¹¹.

(2) التعارض بين مصلحة خاصة وأخرى مثلها، وفي ذلك ثلاثة احتمالات، الاحتمال الأول وهو أن تكون المصلحة المرجوة اكبر من الضرر الذي قد يلحق الغير، ففي هذه الحالة تعتبر مصلحة الشخص أولى من مصلحة الآخرين، طالما كانت مصلحتهم اقل، أما الحالة الثانية فتكون بتساوي المصلحتين المتعارضتين وفي ذلك رأيان، أولها يقضي بان صاحب الحق في هذه الحالة لا يكون متعسفا في استعمال حقه إن نشأ عنه ضرر مساوي للمنفعة المرجوة ورأي ثاني يقضي بمسؤوليته⁴¹².

"أما الحالة الثالثة فتكون بتجاوز مقدار الضرر للمنفعة المرجوة من المصلحة الناشئة عن استعمال الحق، وفي هذا يكون الشخص متعسفا في استعمال حقه على اعتبار

⁴¹⁰ أبي إسحاق الشاطبي: الموافقات في أصول الشريعة، مرجع سابق، الجزء الثاني، ص265 وما بعدها

⁴¹¹ بدر الدين عماري: نظرية التعسف في استعمال الحق عند الإمام الشاطبي، مرجع سابق، ص252.

⁴¹² عبير قدومي: التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص44-45.

انتهاكه لمقاصد الشرع التي حددها القانون⁴¹³ تطبيقاً لقوله تعالى (فاتقوا الله ما استطعتم)⁴¹⁴.

يمكن تحديد ما هو الراجح من المصالح من خلال تحديد نوع هذه المصالح والتي يقسمها الإمام الشاطبي إلى ثلاث أنواع، بين مصالح ضرورية تشمل حفظ الدين والنفس والمال والنسل والعقل، ومصالح حاجية تتعلق برفع الضيق عن الإنسان والتوسعة عليه، ومصالح تحسينية تتعلق بكل ما هو مهم لتحقيق مكارم الأخلاق في المجتمع، بحكم ترتبها من حيث الأهمية: أولها المصالح الضرورية ثم تأتي المصالح الإحتياجية في المرتبة الثانية والمصالح التحسينية في المرتبة الأخيرة⁴¹⁵.

ثانياً: الضرر الفاحش

يشمل الضرر الفاحش⁴¹⁶ كل ما يضر البناء ويضعفه، بحيث يؤدي في مرحلة ما إلى سقوطه وكذلك كل ما يحول دون الانتفاع بالعمارة من حقوق انتفاع كحق السكنى وغيرها من الحقوق⁴¹⁷،

⁴¹³ عبيد قديمي: التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص45.

⁴¹⁴ التغابن، آية رقم 16

⁴¹⁵ أبي إسحاق الشاطبي: الموافقات في أصول الشريعة، مرجع سابق، الجزء الثاني، ص8-11.

⁴¹⁶ قضت محكمة التمييز الأردنية بمسؤولية المميز، وهي شركة مصانع الاسمنت الأردنية المساهمة العامة المحدودة بدل الأضرار التي لحقت بالمميز ضده، وهي عبارة عن نقصان في قيمة البناء والأرض وغيرها من الأضرار نتيجة الغبار المتطاير من مناجم ومخامص وأفران شركة الاسمنت والتفجيرات التي تقوم بها، وأساس ذلك المواد (256 و 266 و 61 و 66 و 1024) من القانون المدني الأردني تفيد بان نطاق استعمال الحق والقيود الواردة على تصرف المالك في ملكه مرهونة بان يكون الاستعمال للحق مشروع، فان كان استعماله لحقه بقصد التعدي أو كانت المصلحة المرجوة من الفعل غير مشروعة أو المنفعة منه لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر أو مخالفة العرف أو العادة، فان توفر إحداها يجعل الشركة مسئولة عما نتج من أضرار، وذلك كونها ناتجة عن استعمال المصنع وليس إنشائه، وهو بمثابة الضرر الفاحش الناتج عن استعمال الملك والذي أدى إلى تطاير الغبار على ملك غيره وتضرره بسبب ذلك، كما وأن المادة(1021) من القانون المدني الأردني أشارت إلى أن تصرف المالك بملكه مقيد بعدم الإضرار بغيره

وتشمل هذه الصورة كذلك التعارض المحتمل حدوثه والذي يحصل بين المصالح الفردية في المجتمع وخصوصا فيما يتعلق بحقوق الجوار، فالأصل أن كل شخص حر في التصرف بملكه لكن ذلك محدد وفق قيود وهذه القيود هي الامتناع عن الإضرار بالغير، خاصة تلك الأضرار التي تحول دون الانتفاع بالعقارات⁴¹⁸.

ويشمل الضرر الفاحش مجالا واسعا من العلاقات الفردية خاصة في مجال العقارات كالمنازل والأراضي الزراعية والأسوار وغيرها، فالضرر الفاحش قد يكون ماديا محسوسا من أهم الأمثلة عليه الأصوات العالية المزعجة والدخان الكثيف ورمي النفايات وإلقاءها ورفع الجدران وحجب النور والهواء وغيرها من الوسائل التي تعترض انتفاع الآخرين بعقاراتهم أو إتلافها، وقد يصدر الضرر الفاحش بوسائل معنوية كمن يفتح نافذة في منزله تكشف نوافذ أجزاء المنزل المجاور خاصة إذا ما تعلق الأمر بالنساء⁴¹⁹، "قالهه الإسلامى يعءبر الضرر الفاحش المعنوى من الضرر العام والذي يزال بغض النظر عن كونه قديم أو جديد"⁴²⁰.

يختلف الضرر الفاحش عن عدم التناسب بين المصالح المتعارضة مع أنهما صورتان للمعيار الموضوعى القائم على منع معارضة قصد الشارع في أن الضرر الفاحش لا مجال فيه للموازنة بين مصالح الأفراد، لأنه يصيب الآخرين بشكل مطلق واكبر من الضرر الناتج عن منع صاحب الحق استعمال حقه، في حين أن انعدام التناسب بين المصالح المتعارضة يقوم على مبدأ

وعدم التصرف بها بشكل يعارض المصلحة العامة واعتبار تصرفه بمثابة تعدي موجب للضمان (تميز أردنى رقم 2014/568 الصادر بتاريخ 2014/6/2).

⁴¹⁷ محمد عبد الغنى: نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامى والقانون الوضعى، مرجع سابق، ص 80.

⁴¹⁸ عبير قدومى: التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 48.

⁴¹⁹ فتحي الدرىنى: نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامى، مؤسسة رسالة، الطبعة الثانية، بيروت 1977، ص 272.

⁴²⁰ المرجع سابق ، ص 279.

الترجيح بين المصالح المتعارضة بحيث ينصف من يقع عليه ضرر اكبر ويمنع الآخر من استعمال حقه⁴²¹.

يرى البعض كالدكتور الزرقا أن معيار الضرر الفاحش ما هو إلا صورة من صور التعدي⁴²² في القانون من خلال التجاوز إلى حقوق الآخرين، فالشخص الذي يوقد نارا في يوم عاصف فتصل ملك جاره وتتلفه يكون متعديا، وكذلك من يحفر بئرا عميقا في الأرض فتضر بمستوى المياه الجوفية التي يستفيد منها جاره، فهذه الأمثلة توضح بان هذه الأفعال عادة ما يصدر عنها ضرر ما بحكم المجرى العام⁴²³. وهو رأي بعيد عن الصحة فإيقاد النار في يوم عاصف يعتبر فعلا غير جائز ابتداء بغض النظر عن قيمة الضرر الحاصل، حتى لو احترق غصن شجرة لجاره فقط.

تطبيقا على ما سبق تقسم التصرفات التي تصدر عن كل من صاحب العلو وصاحب السفلى إلى ثلاثة تصرفات بين تصرفات تضر بالآخر ضرر مؤكد كأن يهدم صاحب السفلى جزء من جداره و هي تصرفات ممنوعة، وتصرفات لا ترتب أية أضرار على أي طرف منهم كمن يدق مسمار في جداره أو يعلق مصباحا وغيرها، فهي لا تعتبر ممنوعة، وكذلك تصرفات ذات نتائج تثير الشك من حيث ترتيبها للأضرار والتي اختلف الفقه حولها بين كونها ممنوعة أو مسموحة، ومن

⁴²¹ عبير قنومي: التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، الطبعة الثانية، مرجع سابق، ص50.

⁴²² قضت محكمة التمييز الأردنية بتضمين المبيز وهي شركة مصانع اسمنت في عمان عن نقصان قيمة قطعة ارض المميز ضده وما لحقه من أضرار جراء أعمال الشركة القريبة من قطعة الأرض سابقة الذكر، حيث أن الضرر الذي لحق به هو عبارة عن ضرر فاحش يعتبر تعديا ويترتب عليه الضمان، فمحكمة التمييز ترى أن الضرر الفاحش ما هو إلا تعدي بحكم القانون (تميز أردني رقم 2009/1748 الصادر بتاريخ 2009/11/22).

⁴²³ مصطفى الزرقا: صياغة قانونية لنظرية التعسف باستعمال الحق في قانون إسلامي، مرجع سابق، ص27.

أهم الأمثلة عليها فتح صاحب السفلى لباب أو نافذة في احد جدران منزله في حين أن صاحب العلو يعاني من أحمال زائدة في طابقه⁴²⁴.

لا بد من الإشارة إلى نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي تشمل كافة الحقوق الذاتية والوظيفية وكذلك الحقوق الواسطة والتقديرية كحق الطلاق على اعتبار أن الفقه الإسلامي لا يفرق بين هذه الحقوق جميعاً⁴²⁵، أما فيما يتعلق بالمباحات والحريات العامة فالفقه الإسلامي شملها بما سبق فيما يخص نظرية التعسف واعتبر أن الإنسان من الممكن أن يتعسف في استعمال الإباحة أو الحرية التي يعطيها القانون، لأن الشريعة الإسلامية تقيم نظرية التعسف على مبدأ سد الذرائع الذي لا يميز بين حق وآخر أو حق وحرية، على عكس ما ذهب إليه بعض التشريعات الحديثة التي تذهب بعضها إلى أن نظرية التعسف في استعمال الحق لا تشمل الحريات العامة، أو أنها قاصرة على بعضها المعينة بالمعنى القانوني الدقيق⁴²⁶.

وهو ما يتوافق مع ما ذهب إليه الباحث سابقاً عندما اعتبر قيود السلامة الواردة على المباحات من ضمن الحدود الموضوعية للحق، فحتى الإباحة في حال استعمالها ضمن الحدود المسموحة مع بذل القدر المطلوب من التحرز قد يجعل الفاعل ضامناً بسبب تعسف الفاعل في استعمالها بسبب مخالفته للغاية التشريعية من إقرارها.

المطلب الثالث: تطبيقات على نظرية التعسف

أولاً: في حالة الشخص المضطر الذي تنقطع به السبل اللازمة للحفاظ على حياته من الهلاك بسبب الجوع الشديد الذي ألم به، والذي انقطع في منطقة شبه خالية من الناس، إلا أن شخصاً

⁴²⁴ أمين دواس: معايير التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الأردني، مرجع سابق، ص 101-102.

⁴²⁵ فتحي الدريني: نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، الطبعة الثانية، مرجع سابق، ص 382.

⁴²⁶ المرجع سابق، ص 286-287.

ما يملك قدرا من الطعام زائدا بإمكانه أن يستغني عنه رفض أن يعطيه للمضطر بأي حال من الأحوال سواء كان بمقابل أو بدونه، حيث أن معظم الفقه يذهب إلى أن الشخص الذي يملك الطعام مخير في بيعه للطعام ولا يمكن إجباره على ذلك، ومع هذا فإن الشخص في هذه الحالة يكون متعسفا كونه منع الطعام عن الشخص وهو في حالة حرجة جدا، بحيث كان معرضا لخطر الموت⁴²⁷.

ثانيا: قد يصدر التعسف في استعمال الحق من القضاة والمحكمين وذلك أثناء عملهم، كالقاضي الذي يسمح بتداول الخصومة لمدة أطول من اللازم كأن يسمح لبعض الخصوم بإبداء بعض الطلبات أو الدفوع، وذلك دون التحقق منها أو جديتها، والذي قد يتسبب في إحالة الدعوى ككل إلى التحقيق لمدة أطول من اللازم، وقد يقوم القاضي بإمهال احد الخصوم مدة من الزمن حتى يقوم بإبلاغ شقيقه أو شقيقته التي تسكن معه في نفس المسكن وذلك لمدة طويلة وهذا قد يضر بالطرف الآخر كثيرا⁴²⁸.

ثالثا: يعتبر الطلاق بمثابة صلاحية بيد الزوج يقوم من خلالها بإنهاء الرابطة الزوجية بينه وبين زوجته، إلا أن الشريعة الإسلامية حدد المقاصد والأهداف التي شرع من أجلها الطلاق والتي حددها في أحكامه وقواعده، وعليه في حال وقع الطلاق من قبل الزوج دون وجود أو توفر سبب من الأسباب الشرعية والتي تعتبر في منظور القانون مبررا لفك رابطة الزوجية، اعتبر الطلاق تعسفيا لأنه أصبح بمثابة وسيلة لإيذاء الزوجة وإلحاق الضرر بها⁴²⁹، أما بالنسبة للقوانين الحديثة فقد أخذت بنفس الاتجاه واعتبرت الزوج في هذه الحالة متعسفا وجعلته ملزما بتعويض

⁴²⁷ مصطفى الزرقا: صياغة قانونية لنظرية التعسف باستعمال الحق في قانون إسلامي، مرجع سابق، ص46.

⁴²⁸ احمد إبراهيم محمد: النظرية العامة للتعسف في استعمال الحق الإجرائي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى 2006م، ص746.

⁴²⁹ ساجدة عتيبي: الطلاق التعسفي والتعويض عنه بين الشريعة الإسلامية والقانون الأردني، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس 2011م، ص39.

الزوجة، دون حتى اشتراط إلحاق الأذى بالزوجة فجعل الزوج ضامن بغض النظر عن توفر الضرر⁴³⁰.

رابعاً: يصبح الزوج متعسفاً في استعمال حق التأديب زوجته وذلك في حال كان هدفه من استعمال حقه لمجرد الحقد الدفين الموجود سلفاً أو لإذلالها أو غيرها من الغايات والأهداف، التي لا تتفق مع مقاصد الشريعة والقانون والمتمثلة في إصلاح الزوجة وحضها على طاعة زوجها⁴³¹، عادة ما يكون التعسف في استعمال حق التأديب مقصوداً من قبل الفاعل حيث أن حدود الموضوعية الفعل وغيرها من الشروط تكون حاضرة، إلا أن الفاعل تغافل عن الحدود الغائية للحق وكان ذلك مقصوداً⁴³².

خامساً: قد يصدر التعسف في استعمال الحق من الخبراء الموكلين بتقديم تقارير الخبرة عادة في المسائل الواقعية المتعلقة بالدعوى والتي لا يكون القاضي ملماً بها، لأنها تدخل في مجالات أخرى كالطب والهندسة وغيرها من المهن⁴³³، ويكون متعسفاً في حال قام بتنفيذ أمور الخبرة بحيث استغرق وقتاً أكثر من اللازم فيها وذلك من خلال إعادة التقرير لعدة مرات أو من خلال تعمد الخبير تضييع فرص الخصوم بحضور الجلسات والدفاع عن أنفسهم، كأن يعتمد الخبير عدم إخبار الخصوم بإحالة القضية للخبير أو تعويل الخبير في تقريره لتقرير الخبرة على مستندات احد الخصوم دون الآخر⁴³⁴.

⁴³⁰ ساجدة عتيلى: الطلاق التعسفي والتعويض عنه بين الشريعة الإسلامية والقانون الأردني، مرجع سابق، ص40.

⁴³¹ عمر الحديثي: تجريم التعسف في استعمال الحق بوصفه سبباً من أسباب الإباحة، مرجع سابق، ص144.

⁴³² عمر الحديثي: تجريم التعسف في استعمال الحق بوصفه سبباً من أسباب الإباحة، مرجع سابق، ص150.

⁴³³ احمد إبراهيم محمد: النظرية العامة للتعسف في استعمال الحق الإجرائي، مرجع سابق، ص770.

⁴³⁴ احمد إبراهيم محمد: النظرية العامة للتعسف في استعمال الحق الإجرائي، مرجع سابق، ص774-775.

أما بالنسبة إلى المعايير التي قضت بها القوانين الوضعية، فإن هذه المعايير سبق وأن تناولها الفقه الإسلامي بشكل كامل، بل وأن الفقه الإسلامي توسع فيها بشكل أكبر وأفضل من حيث الدقة والتطبيقات المطروحة لكل معيار، فمعيار عدم تناسب المصالح في الفقه الإسلامي أكثر تفصيلاً مما يذهب الفقه الحديث كما أنه في الفقه الإسلامي مستقل بذاته عن باقي المعايير بخلاف ما ذهب إليه بعض فقهاء القانون الحديث عندما اعتبروه بمثابة المعيار الوحيد الذي ترد إليه جميع المعايير الأخرى⁴³⁵.

⁴³⁵ أمين دواس، معايير التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الأردني، مرجع سابق، ص180.

الخاتمة:

تناول الباحث في هذه الدراسة قاعدة "الجواز الشرعي ينافي الضمان" دراسة مقارنة بين كل من القوانين المطبقة في فلسطين، مع كل من مشروع القانون المدني الفلسطيني رقم(4) لسنة 2012م، والفقهاء الإسلامي والقانون الأردني.

وتم التطرق خلال هذه الدراسة لمفهوم القاعدة والشروط الواجب توفرها لإعمالها، واشتملت الدراسة على أبرز الصور التي تمس قاعدة الجواز الشرعي في الفقه والقانون وفي مقدمتها الصورة العامة للقاعدة ألا وهي استعمال الحق وتم البحث حول ما تقتضيه القوانين المدنية والعقابية بهذا الخصوص، وتم التحدث حول كل من ركني التعدي والخطأ في المسؤولية التقصيرية وأنواع التعدي بالنظر إلى محل الضرر، وأخيرا تم التطرق لنظرية التعسف في استعمال الحق، وذلك لارتباطهما المباشر بأحد شروط القاعدة.

وقد اعتمدت هذه الدراسة بصورة عامة على القوانين المطبقة في فلسطين وهي قانون المخالفات المدنية البريطاني رقم (36) لسنة 1944، ومجلة الأحكام العدلية العثمانية لسنة 1876م بالقدر الذي لا يتعارض مع قانون المخالفات، وكذلك قانون العقوبات الأردني رقم (16) لسنة 1960، وتم التطرق إلى ما يتضمنه مشروع القانون المدني الفلسطيني رقم(4) لسنة 2012م خاصة وأنه يقيم المسؤولية التقصيرية على أساس الخطأ، مستشهدا ببعض الأحكام القضائية الصادرة عن محكمة النقض الفلسطينية ومحكمة استئناف القدس الموقرة.

واستدعى الأمر البحث في القانون المدني الأردني رقم(43) لسنة 1976 وكذلك الفقه الإسلامي كونه المصدر التاريخي لكل من القانون المدني الأردني ومجلة الأحكام العدلية خاصة وان بعض صور الجواز الشرعي لم تنص عليها القوانين الحديثة بشكل صريح وهذا ينطبق على نظرية

التعسف في استعمال الحق، فكان لا بد من التطرق لما يقتضيه الفقه الإسلامي والحديث بخصوصها، مع استعراض بعض الأحكام الصادرة عن محكمة التمييز الأردنية وبعض المسائل التي تناولها الفقه الإسلامي حول الموضوع.

وقد توصل الباحث في نهاية الدراسة لمجموعة من النتائج والتوصيات وذلك على النحو الآتي:

أولاً: النتائج

- قاعدة الجواز الشرعي في الفقه الإسلامي تتعلق فقط بالفعل الضار القائم على أساس الضرر مباشرة وتسببا والقائم على تجاوز الحدود الموضوعية للحق، ومن ضمنها قيود السلامة التي قوامها إهمال الفاعل وقلة احترازه فيما يمكن التحرز منه.
- الواجبات والحقوق الخالصة غير مقيدة بشروط السلامة، عكس الإباحات كالحريات العامة والتي تعتبر مقيدة ضمن ما يمكن التحرز من وقوعه من أضرار، فأى ضرر ناشئ عن الإباحة لا يترتب الضمان طالما لم يستطع الفاعل التحرز من وقوعه فالحدود الموضوعية للحق تتطلب من الفاعل أن يتحلى بمقدار محدد من الانتباه وليس مقدرا مطلقا وإلا كف الفاعل عن استعماله.
- بعض الإباحات تتضمن حدوث بعض الأضرار المعتادة عند استعمالها والتي لا يحاسب عليها الشخص في جميع الأحوال كضرب التأديب فقيود السلامة ترد على الأضرار غير المعتادة الحاصلة فقط.
- حق الدفاع الشرعي يعطي صاحبه صلاحية إلحاق ضرر كبير غير محدد من الضرر يصل لحد إزهاق الأرواح
- حالة الضرورة تعتبر فعلا جائزا في الفقه الإسلامي، ومع هذا يضمن المضطر ما اتلف وهو الاستثناء الوحيد على الأفعال الجائزة التي ترتب الضمان وكأنها فعلا ضارا.

- تعتبر النظرية العامة للتعسف في استعمال الحق استثناء على قاعدة الجواز الشرعي، فشرط القاعدة لم تكن كفيلاً بالإحاطة بمعايير التعسف وصوره، خاصة وأن التعسف شامل للحقوق والاباحات كافة والتي من الممكن أن يقع التعسف حين استعمالها.
- القانون المدني الأردني ومشروع القانون المدني الفلسطيني جعل انعدام التعسف احد شروط قاعدة الجواز الشرعي، دون التطرق لباقي شروط القاعدة، فالقانون المدني ذكر شروط السلامة في مادة منفصلة ودون أن يحدد مبنى الضمان فيها، أما المشروع فقد اعتبر حالة الضرورة من ضمن الأفعال المشروعة والتي يعتبر فيها التعدي مشروعاً، وبذلك خالف شرطاً من الشروط التي تتضمنها القاعدة في الفقه الإسلامي.
- بعض صور الجواز الشرعي التي ذكرتها القوانين المدنية تختلف من قانون لآخر وذلك من حيث الشروط المطلوبة كما في الدفاع الشرعي، فالشروط التي ذكرها قانون المخالفات تختلف عن تلك الموجودة في مشروع القانون المدني الفلسطيني والقانون المدني الأردني، إلا حالة واحدة كان الاختلاف فيها من حيث الآثار المترتبة وكانت في حالة الضرورة فمشروع القانون المدني يخفف منها عكس المجلة التي اعتبرت المضطر مسؤولاً مسؤولية كاملة.
- قيدت القوانين العقابية من شروط إباحة الدفاع الشرعي واعتباره من صور الجواز الشرعي أكثر من قانون المخالفات المدنية، وهذا يعني أن هناك الكثير من الحالات التي لا يعتبر فيها الشخص مسؤولاً مدنياً مسؤولاً جزائياً، في أن اغلب باقي الصور تتفق فيما بينها بشكل كبير من حيث الشروط المطلوبة.
- صور الجواز الشرعي سواء التي ذكرها القانون أو تلك التي تناولها الفقه تتطلب كل واحدة منها مجموعة من الشروط الخاصة بها عادة ما تختلف عن الأخرى، وذلك بالنظر إلى حدود الحق الموضوعية .

- اختلال أي شرط من شروط أي صورة من الصور يعني أن الفعل أصبح غير مشروع (فعلا ضارا) حتى لو اجتمعت جميعها واختل شرط واحد فقط، باستثناء حالة واحدة وهي حالة عدم التناسب بين القوة المستعملة والخطر في حالة الدفاع الشرعي، حيث يتحول الفعل من دفاع شرعي ليصبح ضمن حالات الضرورة.
- رضاء المضرور بالضرر يعتبر احد صور الجواز الشرعي في القانون في حين أن الرضا بالمخاطر غير مقبول ابتداء ويعتبر فعل محظور من أساسه.
- يقع عبء إثبات توفر شروط وأركان كل صورة من الصور التي نص عليها القانون والفقهاء قياسا على حق الدفاع الشرعي على الفاعل، مع الاستعانة بتقارير الخبرة التي تقدمها بعض الجهات كالمستشفيات فيما يخص الخطأ الطبي والجهات الرياضية والتحكيمية فيما يخص الألعاب الرياضية
- الطريقة الأمثل للتمييز بين الفعل الضار والتعسف هو أن الفعل الضار عبارة عن خروج عن الحدود الموضوعية للحق، في حين أن التعسف قائم حال تناقض الحق مع الأهداف الاجتماعية التي وجدت من أجله.
- المسؤولية عن فعل الغير قيدت بشكل كبير مجال أعمال القاعدة بالمقارنة مع المعمول به في الفقه الإسلامي، فمجال الفعل الضار في الفقه ينحصر في مجالين وهي المباشرة بشكل مطلق والتعدي في التسبب ومن ضمنها قلة الاحتراز، أما المسؤولية التقصيرية القائمة على أساس الخطأ فالمسؤولية قائمة في حال إثبات الخطأ والذي قد يكون مباشرة أو تسببا، وفي حالة الخطأ المفترض الذي يقيم المسؤولية على الفاعل الذي يضمن بدل فعل ضار بأشبهه غيره.
- بالمحصلة فإن المسؤولية التقصيرية في الفقه الإسلامي متفقة بأحكامها ونظرياتها مع ما تقتضيه قاعدة الجواز الشرعي من أحكام وشروط، بحيث شملت مجالا واسع وكبيرا من الأفعال

والحقوق فيها، وبشكل اقل في القوانين التي تقيم المسؤولية على أساس الخطأ بحكم إقرار المسؤولية عن فعل الغير.

ثانياً: التوصيات:

- أن ينظم مشروع القانون المدني الفلسطيني قاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان في أحكامه مشيراً إلى شروط القاعدة التي تضمنها الفقه الإسلامي.
- أن يلغي مشروع القانون المدني الفلسطيني نص المادة (184) منه وجعل حالة الضرورة من ضمن الحالات التي ترتب الضمان بشكل كامل على الفاعل بالتوافق مع مجلة الأحكام العدلية وقاعدة الجواز الشرعي في الفقه الإسلامي.
- أن يقلل مشروع القانون المدني الفلسطيني من اعتماده على المسؤولية عن فعل الغير قدر الإمكان، حتى يتسنى إعمال القاعدة أكثر على الأفعال الضارة، فان كان إقرار المسؤولية عن فعل الغير اعدل بالنسبة للمضرور فانه اقل عدلاً بالنسبة للمسئول، وهذا قد يعني حرمانه من فرصة إثبات أن فعله كان جوازا شرعياً.
- توحيد النصوص القانونية في كل من القوانين المدنية والجزائية المطبقة في فلسطين فيما يخص صور القاعدة والشروط المطلوب توافرها في كل صورة خاصة من صور قدر الإمكان، وذلك منعا للتعارض.
- أن يتناول مشروع القانون المدني الفلسطيني صور التعدي أو الخطأ بالنظر إلى محل الحق المتلف ليشمل كل ما يقع على الأشخاص والأموال، فهذا من شأنه المساعدة في تحديد طبيعة الضرر والتعدي أن كان مشروعاً أم غير مشروع.

المصادر والمراجع

المصادر:

أولاً: القوانين

1. قانون المخالفات المدنية البريطاني رقم (36) لسنة 1944م.
2. مشروع القانون المدني الفلسطيني رقم(4) لسنة 2012م.
3. مجلة الأحكام العدلية العثمانية لسنة 1876م.
4. قانون العقوبات الأردني رقم (16) لسنة 1960.
5. القانون المدني الأردني رقم(43) لسنة 1976م.
6. مجلة الأحكام الشرعية الحنبلية للقاري.
7. قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطينية رقم(2) لسنة 2001م.
8. قانون الإجراءات الجزائية الفلسطينية رقم(3) لسنة 2001م.
9. صحيح البخاري، ج7.
10. القانون المدني المصري رقم(131) لسنة 1948.
11. صحيح مسلم.
12. ابن ماجة، سنن ابن ماجة
13. محمد الألباني، صحيح سنن ابن ماجة، الطبعة الثانية.
14. حافظ المنذري، مختصر صحيح مسلم.
15. النسائي، السنن الكبرى.

المعاجم اللغوية:

1. ابن منظور، لسان العرب، الجزء الخامس، دار صادر، بدون طبعة، بيروت 1955
2. احمد الفيومي، المصباح المنير، مكتبة لبنان، بدون طبعة، بيروت 1987.

ثانيا: أحكام المحاكم

أ- الأحكام الصادرة عن المحاكم الفلسطينية.

1. نقض مدني رقم 2009/389 الصادر بتاريخ 2010/5/11م.
2. نقض مدني رقم 2004/40، الصادر بتاريخ 2006/2/11.
3. نقض جزاء، رقم 2011/142، الصادر بتاريخ 2012/4/2.
4. نقض جزاء، رقم 2011/125، الصادر بتاريخ 2012/2/29.
5. استئناف مدني، رقم 2010/299، الصادر بتاريخ 2010/12/26.
6. استئناف مدني، رقم 2009/240 الصادر بتاريخ 2010/2/24 .

ب- الأحكام الصادرة عن القضاء الأردني.

1. تمييز أردني ، رقم 2004/2312، الصادر بتاريخ 2004/12/19.
2. تمييز أردني، رقم 1998/779 الصادر بتاريخ 1998/6/9
3. تمييز أردني، رقم 1997/1391 الصادر بتاريخ 1997/8/30.
4. تمييز أردني رقم 2001/2459 الصادر بتاريخ 2001/11/28.
5. تمييز أردني رقم 2012/4402 الصادر بتاريخ 2013/3/10.
6. تمييز أردني رقم 2012/578 الصادر بتاريخ 2012/6/24م.

7. تمييز أردني رقم 741 لسنة 1997-رقم الصفحة 4661.
8. تمييز أردني رقم 2009/3455 الصادر بتاريخ 2010/4/25.
9. تمييز أردني رقم 2014/4562 الصادر بتاريخ 2015/3/17.
10. تمييز أردني رقم 2044/2312 الصادر بتاريخ 2004/12/19.
11. تمييز أردني رقم 2014/568 الصادر بتاريخ 2014/6/2.
12. تمييز أردني رقم 2009/1748 الصادر بتاريخ 2009/11/22.
13. تمييز جزاء رقم 71/7 مجلة النقابة، س19، ص413.

ج- الأحكام الصادرة عن القضاء المصري

-نقض مصري، رقم 19859 لسنة 70 قضائية، الصادر بتاريخ 2003/7/13.

المراجع:

مراجع الفقه الإسلامي:

1. ابن عابدين: حاشية ابن عابدين(رد المحتار)، الجزء السادس، دار الفكر، الطبعة الثانية، بيروت1992.
2. ابن عابدين: حاشية رد المحتار، الجزء الرابع، دار الفكر، الطبعة الثانية، بيروت1992.
3. ابن نجيم: الأشباه والنظائر عن مذهب أبي حنيفة النعمان، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، بيروت1999.
4. ابن نجيم: البحر الرائق، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية.

5. أبو إسحاق الشاطبي: الموافقات في أصول الشريعة، المطبعة الرحمانية، مصر، بدون طبعة وسنة نشر.
6. أبو إسحاق الشيرازي: المهذب في فقه الإمام الشافعي، الجزء الخامس، دار القلم، الطبعة الأولى، دمشق 1996.
7. أبو حامد الغزالي: المستصفى من علم الأصول، دار إحياء التراث العربي، الطبعة الثانية، بيروت 1993.
8. أبو حامد الغزالي: المستصفى، المطبعة الأميرية، بولاق، بدون طبعة 1322هـ.
9. أبو حامد الغزالي: الوسيط في المذهب، الجزء السادس، دار السلام، الطبعة الأولى 1997.
10. أحمد الزرقا: شرح القواعد الفقهية، دار القلم، الطبعة الثانية، دمشق 1989.
11. رستم باز: شرح المجلة، دار العلم للجميع، بيروت، الطبعة الثالثة 1988م.
12. شمس الدين الرملي: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، الجزء الخامس، دار الكتب العلمية، الطبعة الثالثة، بيروت 2002.
13. شمس الدين الشربيني: مغني المحتاج، المجلد الرابع، دار المعرفة، الطبعة الأولى، بيروت 1997.
14. صبحي المحمصاني: النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، الجزء الأول، مطبعة الكشاف، بيروت 1948.
15. علاء الدين الحنفي: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، بيروت 1986.
16. علي الخفيف: الضمان في الفقه الإسلامي، الجزء الأول، معهد البحوث والدراسات العربية، بدون طبعة، القاهرة 1971.

17. علي المرغيناني: الهداية شرح بداية المبتدي، بيروت، المكتبة الإسلامية.
18. علي الندوي: القواعد الفقهية، دار القلم، الطبعة الرابعة، دمشق 1998.
19. علي حيدر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام، المجلد الأول، دار عالم الكتب، الرياض، طبعة خاصة 2003م.
20. فخر الدين الحنفي: تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق، الجزء الخامس، الكبرى الأميرية، الطبعة الأولى، مصر 1315هـ.
21. محمد الزحيلي: القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، الجزء الأول، دار الفكر، الطبعة الأولى، دمشق 2006.
22. محمد الزحيلي: القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، الجزء الأول، دار الفكر، الطبعة الأولى، دمشق 2006.
23. محمد القادري: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، بيروت 1997.
24. محمد صدقي الغزي: الوجيز في إيضاح القواعد الفقهية، مؤسسة رسالة، الطبعة الرابعة، بيروت 1996.
25. منصور البهوتي: كشاف القناع على متن الإقناع، الجزء الثالث، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بدون طبعة، 1982.
26. منصور البهوتي: كشاف القناع عن متن الإقناع، الجزء الخامس، علم الكتب، بدون طبعة، بيروت 1983.

27. وهبة الزحيلي: نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي، مؤسسة رسالة، بيروت، الطبعة الثانية 1979م.

28. وهبة الزحيلي: نظرية الضمان، دار الفكر، الطبعة التاسعة، دمشق 2012.

المراجع القانونية:

1. احمد إبراهيم محمد: النظرية العامة للتعسف في استعمال الحق الإجرائي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى 2006م.
2. احمد النجدي زهو: التعسف في استعمال الحق، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون طبعة 1991م.
3. أسامة مجاهد: التعويض عن الضرر الجنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون طبعة، 2002.
4. إسماعيل المحاقري: الإغفاء من المسؤولية المدنية في القانون المدني اليمني، سعد سمك للنسخ والطباعة، القاهرة، بدون طبعة 1996م، ص 61.
5. أمين دواس: مجلة الأحكام العدلية وقانون المخالفات المدنية، المعهد القضائي الفلسطيني، رام الله، الطبعة الأولى 2011م.
6. أنور العمروسي: الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني، دار العدالة، القاهرة، الطبعة السادسة 2016م.
7. بشار الملكاوي وفيصل العمري: مصادر الالتزام - الفعل الضار، دار وائل للنشر، عمان، الطبعة الأولى 2006م.

8. جبار طه: أساس المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع بين الخطأ والضرر، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، بدون طبعة 2010م.
9. جمال دياب: جرائم الاعتداء على العرض، ماجستير قانون، بدون طبعة وناشر، 2010.
10. حامد الفقى: أحكام الغصب في الفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى 2003م.
11. حسن الذنون: المبسوط في المسؤولية المدنية-الخطأ، دار وائل للنشر، عمان، الطبعة الأولى 2006م.
12. زهدي يكن: المسؤولية المدنية أو الأعمال غير المباحة، منشورات المكتبة العصرية، بيروت، بدون طبعة وسنة نشر.
13. سعيد جبر: المسؤولية الرياضية، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون طبعة 1992م.
14. سعيد عبد السلام: التعويض عن ضرر النفس في القانون الوضعي والفقه الإسلامي والدول العربية، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، بدون طبعة، 1990.
15. سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني- المجلد الأول- الفعل الضار، بدون ناشر، الطبعة الخامسة 1992م.
16. شريف الطباخ: التعويض عن جرائم السب والقذف وجرائم النشر، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى 2007.
17. طلال أبو عفيفة: شرح قانون العقوبات- القسم العام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى 2012م.
18. طه عبد المولى: التعويض عن الأضرار الجسدية في ضوء الفقه والقضاء الحديث، دار الكتب القانونية، مصر، بدون طبعة، 2002.

19. عادل الطائي: المسؤولية المدنية للدولة عن أخطاء موظفيها، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، بدون طبعة 1999م.
20. عاطف النقيب: النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي-الخطأ والضرر، مكتبة صادر، بدون مكان نشر، الطبعة الثانية 1999م.
21. عبد الحميد النجاشي: صور التعدي على حقوق الملكية الفكرية للمؤلف في عقد النشر الالكتروني، بحث منشور في مجلة الفكر الشرطي، مج23-ع90، الامارات 2014، موقع دار المنظومة.
22. عبد الرحمن احمد: شرح قانون العقوبات القسم العام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى 2012.
23. عبد العزيز اللصاصمة: المسؤولية المدنية التقصيرية الفعل الضار أساسها وشروطها، جامعة العلوم التطبيقية، البحرين، الطبعة الأولى 2011.
24. عبد القادر عودة: التشريع الجنائي الإسلامي، الجزء الأول، دار الكتاب العربي، بيروت.
25. عبد القادر عودة: التشريع الجنائي الإسلامي (مقارنا بالقانون الوضعي)، الجزء الأول، مكتبة دار التراث، بدون طبعة وسنة نشر، القاهرة.
26. عبد اللطيف العوضي: نظرية التعسف في استعمال الحق وتطبيقاتها، بحث منشور في سلسلة دراسات عربية وإسلامية، ج35، القاهرة 2011م، موقع دار المنظومة.
27. عبد المنعم الصدة: أصول القانون، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، مصر 1998.
28. عثمان سعيد: استعمال الحق كسبب للإباحة، مكتبة المرجوم المحامي فؤاد عبد الهادي، القاهرة، بدون طبعة 1968م.

29. عدنان جلون: أصول اللعب والترويح والرياضة في المجتمع الإسلامي، دار العلم، جدة، بدون طبعة 2000م.

30. عز الدين الديناصوري وعبد الحميد الشواربي: المسؤولية المدنية في ضوء الفقه و القضاء، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، الطبعة السابعة، بدون سنة نشر.

31. عماد أبو صد: مسؤولية المباشر والمتسبب، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى 2011م.

32. عمر الحديثي: التعسف في استعمال الحق بوصفه سببا من أسباب الإباحة، دار الثقافة، الطبعة الأولى، عمان 2011م.

33. عوض محمد: جرائم الأشخاص والأموال، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية بدون طبعة، 1985.

34. فتحي الدريني: الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، مؤسسة رسالة، بيروت، الطبعة الثانية 1977م.

35. فتحي الدريني: نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة رسالة، بيروت، الطبعة الثانية 1977م.

36. فتحي الدريني: نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة رسالة، بيروت، الطبعة الثالثة 2013م، ص 218.

37. فرهاد حسين: عوارض المسؤولية المدنية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى 2014م.

38. كامل السعيد: شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الثالثة 2011م.
39. محمد الحلبي: شرح قانون العقوبات القسم العام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، بدون طبعة 1997م.
40. محمد الزحيلي: القواعد الفقهية على المذهب الحنفي و الشافعي، لجنة التأليف والتعريب والنشر، جامعة الكويت، الطبعة الثانية 2004م.
41. محمد الطبطبائي: المسابقات الرياضية ضوابطها الفقهية وآثارها الجنائية، مقال منشور في مجلة الحقوق، العدد الأول، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت 2004م، موقع دار المنظومة.
42. محمد العمادي: التعويض عن الأضرار الجسدية والأضرار المجاورة لها، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان 2012.
43. محمد العموش: موانع الضمان في الفقه الإسلامي، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، بدون طبعة 2010م.
44. محمد المرزوقي: مسؤولية المرء عن الضرر الناتج من تقصيره، الشبكة العربية للأبحاث والنشر، الطبعة الأولى، بيروت 2009.
45. محمد المشهداني: شرح قانون العقوبات القسم الخاص في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى 2001.
46. محمد حسن الشامي: ركن الخطأ في المسؤولية المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون طبعة 1990م.

47. محمد حسين: مسؤولية الإدارة عن أعمال موظفيها، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى 2007م.
48. محمد سراج: ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الأولى 1993.
49. محمد شوقي السيد: التعسف في استعمال الحق، الهيئة العامة للكتاب، بدون مكان نشر، بدون طبعة، 1979م.
50. محمد طلافحة: الجواز الشرعي ينافي الضمان و تطبيقاتها في الفقه الإسلامي و القانون، بحث منشور على المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد الثاني - العدد الرابع - 2006م، موقع دار المنظومة.
51. محمد عبد الغني: نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، بحث منشور في مجلة كلية الشريعة والقانون - جامعة الأزهر، ع4، اسيوط 1986م، موقع دار المنظومة.
52. محمد منصور: المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، بدون طبعة ، بدون سنة النشر .
53. المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني: الجزء الأول، المكتب الفني - نقابة المحامين، مطبعة توفيق، الطبعة الثانية، عمان 1985.
54. مصطفى الجمال: القانون المدني في ثوبه الإسلامي - مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، حقوق الطبع محفوظة للمؤلف، بدون سنة نشر .
55. مصطفى الزرقا: الفعل الضار والضمان فيه، دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى 1988م.

56. مصطفى الزرقا: صياغة قانونية لنظرية التعسف باستعمال الحق في قانون إسلامي، دار البشير، عمان، الطبعة الثانية 1987م.

57. معوض عبد التواب: الوسيط في شرح جرائم البلطجة والجرح والضرب، منشئة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى، بدون سنة نشر.

58. نايف الحمد: تأديب الزوجة بين التعدي والمشروع، مقال منشور في مجلة العدل، مج12ع47، السعودية 2010م، موقع دار المنظومة.

59. نظام المجالي: شرح قانون العقوبات القسم العام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الخامسة 2015م.

60. هالي احمد: تجريم فكرة التعسف كوسيلة لحماية المجني عليه في مجال استعمال الحق، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى 1990م.

61. وسيلة شريط: التعدي ونزعه الموضوعية في الفقه الإسلامي، بحث منشور في مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية-ع31، الجزائر 2012م، موقع دار المنظومة.

62. ياسين الجبوري: الوجيز في شرح القانون المدني الأردني-الجزء الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الثانية 2012م.

63. يوسف قاسم: نظرية الضرورة في الفقه الجنائي الإسلامي والجنائي الوضعي، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون طبعة 1993م.

الرسائل الجامعية :

1. ساجدة عتيلي: الطلاق التعسفي والتعويض عنه بين الشريعة الإسلامية والقانون الأردني، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس 2011م.

2. بدر الدين عماري: نظرية التعسف في استعمال الحق عند الإمام الشاطبي، رسالة ماجستير منشورة، بيروت، الشركة الجزائرية اللبنانية، الطبعة الأولى 2009م.
3. أمين دواس: معايير التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الأردني، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، عمان 1991م.
4. حوران سليمان: ضمان الضرر المالي غير المادي، رسالة ماجستير، جامعة دمشق 2002م.
5. منصور الفارسي: الضمان بسبب الاشتراك في إتلاف المال، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، الاردن 2002.
6. عمار اسعيدة: التعويض عن الأضرار الجسدية في القانون المدني، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس 2015.
7. إياد جبارين: الفعل الشخص الموجب للمسؤولية التقصيرية في مشروع القانون المدني الفلسطيني، رسالة ماجستير، جامعة بير زيت، رام الله 2007م.
8. فظل عسقلان: المسؤولية المدنية لعدم التمييز، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس 2008.
9. رنا دواس: المسؤولية المدنية للمتسبب، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس 2010م.
10. أسماء أبو سرور: ركن الخطأ في المسؤولية التقصيرية، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس 2006.
11. زهير حرح: الخطأ في المسؤولية المدنية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة 1999.

12. مجد عناب: الخطأ السلبي في المسؤولية المدنية، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس 2012م.
13. الوليد درابيع: مسؤولية الإدارة على أساس الخطأ، رسالة ماجستير، جامعة القدس، القدس 2017م.
14. عبد الكريم الصغير: مسؤولية الإدارة القائمة على أساس الخطأ، رسالة ماجستير، الجامعة الاردنية 1997م.
15. إيهاب شروف: المسؤولية التقصيرية للدولة عن الفعل الضار الصادر من رجال الأمن، رسالة ماجستير، جامعة القدس، القدس 2016م.
16. مفلح الدباس: موانع الضمان في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة السند، حيدر اباد 1990م.
17. صباح خضر: التعويض عن الإصابة الرياضية، -ماجستير قانون، دار الكتب القانونية، مصر، بدون طبعة 2011م.
18. عروبة الشرفا: الإصابات الرياضية في التشريع الجنائي الإسلامي، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس 2009م.
19. منصور بدر الدين: الضمان في الفعل المشروع، رسالة ماجستير، جامعة دمشق، دمشق 2005م.
20. يوسف الدرادكة: مسؤولية الموظف العام عن تنفيذ الأوامر الرئاسية، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية 1998م.
21. بيان السلامين: قاعدة الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة أو خاصة، رسالة ماجستير، جامعة القدس، القدس 2011م.

22. زياد ساخن: الدفاع الشرعي الخاص (دفع الصائل) في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير،

جامعة النجاح الوطنية، نابلس 2008.

23. علاء الدين الشرفي: الدفاع الشرعي العام في التشريع الجنائي الإسلامي، رسالة

ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس 2008 م .

24. تحسين درويش: استعمال الحق كسبب للتبرير في القانون الجنائي، رسالة دكتوراه،

جامعة الجزائر 1985م.

المجلات الحقوقية:

- الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد الثاني - العدد الرابع - 2006م.
- مجلة الحقوق، العدد الأول، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت 2004م.
- مجلة العدل، مج 12 ع 47، السعودية 2010م.
- مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية - ع 31، الجزائر 2012م.
- مجلة الفكر الشرطي، مج 23 - ع 90، الامارات 2014.
- سلسلة دراسات عربية وإسلامية، ج 35، القاهرة 2011م.
- مجلة كلية الشريعة والقانون - جامعة الأزهر، ع 4، اسبوط 1986م.

المحتويات

أ.....	إقرار
ب.....	الشكر والتقدير
ج.....	الملخص:
ه.....	Summary:
1.....	مقدمة:
11.....	أهداف الدراسة:
11.....	حدود الدراسة:
12.....	منهج الدراسة:
12.....	إشكالية الدراسة:
13.....	الفصل الأول: صور لقاعدة "الجواز الشرعي ينافي الضمان"
13.....	المبحث الأول: صور لقاعدة الجواز الشرعي في القانون
14.....	المطلب الأول: استعمال الحق
20.....	المطلب الثاني: الدفاع الشرعي
21.....	الفرع الأول: المقصود بالدفاع الشرعي
22.....	الفرع الثاني: أقسام الدفاع الشرعي
28.....	الفرع الثالث: شروط الدفاع الشرعي
34.....	الفرع الرابع: اثر تحقق شروط الدفاع الشرعي
37.....	المطلب الثالث: حالة الضرورة
39.....	الفرع الأول: الطبيعة القانونية لحالة الضرورة
41.....	الفرع الثاني: صور حالة الضرورة
42.....	الفرع الثالث: شروط حالة الضرورة

45	الفرع الرابع: آثار حالة الضرورة.....
47	المطلب الرابع : تنفيذ أمر الرئيس.....
54	المطلب الخامس: رضاء المصاب (المضرور).....
58	المبحث الثاني : صور لقاعدة الجواز الشرعي في الفقه.....
59	المطلب الأول :ممارسة الألعاب الرياضية.....
65	المطلب الثاني: تأديب الزوجة و الأبناء.....
65	الفرع الأول: تأديب الأولاد.....
68	الفرع الثاني : تأديب الزوجة.....
71	المطلب الثالث: أعمال السلطات.....
77	الفصل الثاني: انعدام الجواز الشرعي.....
78	المبحث الأول:الفعل الضار.....
79	المطلب الأول: ركن الفعل في المسؤولية عن الفعل الضار.....
89	الفرع الثاني:الخطأ.....
96	المطلب الثاني: ما يقع على الأشخاص.....
96	الفرع الأول:التعدي على الحق في الحياة.....
98	الفرع الثاني:التعدي الواقع جسد الإنسان.....
102	الفرع الثالث :التعدي الواقع على عرض الإنسان و كرامته و حريته.....
106	المطلب الثالث:التعدي الواقع على الأموال.....
106	الفرع الأول:إتلاف مال الغير.....
112	الفرع الثاني: الغصب.....
117	المبحث الثاني:التعسف في استعمال الحق.....
117	المطلب الأول:ماهية التعسف في استعمال الحق.....

126.....	المطلب الثاني: معايير التعسف في استعمال الحق
126.....	الفرع الأول: المعيار الذاتي (القصدي)
131.....	الفرع الثاني: المعيار الموضوعي
137.....	المطلب الثالث: تطبيقات على نظرية التعسف
141.....	الخاتمة:
142.....	أولاً: النتائج
145.....	ثانياً: التوصيات:
146.....	المصادر والمراجع.