



عمادة الدراسات العليا

جامعة القدس

المسؤولية التقصيرية لعدم التمييز

" دراسة مقارنة "

عمار محمد جميل جعار

رسالة ماجستير

القدس - فلسطين

1439هـ - 2017م

المسؤولية التقصيرية لعدم التمييز
" دراسة مقارنة "

إعداد:

عمار محمد جميل جعار

بكالوريوس قانون - جامعة القدس - فلسطين

المشرف: د. علي أبو مارية

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص بكلية الدراسات العليا بجامعة القدس في أبو ديس - فلسطين

1439هـ - 2017م



جامعة القدس
عمادة الدراسات العليا
برنامج القانون الخاص

إجازة الرسالة
المسؤولية التقصيرية لعدم التمييز

اسم الطالب: عمار محمد جميل جعار

الرقم الجامعي: 21410055

المشرف: د. علي أبو مارية

نوقشت هذه الرسالة وأجيزت بتاريخ: 2017/12/13 من أعضاء لجنة المناقشة المدرجة أسماؤهم وتوافقهم:

1- رئيس لجنة المناقشة: د. علي أبو مارية التوقيع:

2- ممتحناً داخلياً: د. محمد خلف التوقيع:

3- ممتحناً خارجياً: د. أحمد السويطي التوقيع:

القدس - فلسطين

1439هـ - 2017م

الإهداء

إلى كل من أضاء بعلمه عقل غيره
أو هدى بالجواب الصحيح حيرة سائله
فأظهر بساحته تواضع العلماء
و برحابته سماحة العارفين.

إهداء

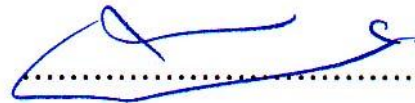
اهدي هذا العمل المتواضع إلى أبي الذي لم يبخل علي يوماً بشيء
و إلى أمي التي زودتني بالحنان و المحبة

إهداء

إلى من علمني النجاح والصبر
إلى الذين مهدوا لنا طريق العلم والمعرفة...

إقرار:

أقر أنا معد الرسالة بأنها 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 أية درجة عليا لأي جامعة أو معهد آخر.

التوقيع: 

الاسم: عمار محمد جميل جعار

التاريخ: 2017 / 12 / 13

شكر وتقدير

أشكر الله سبحانه وتعالى الذي من علي بالصبر والتوفيق، وأعانني على إتمام هذه الرسالة.

كما أتقدم بجزيل الشكر إلى كل من ساعدني على إتمام هذه الرسالة، من خلال تشجيعه وتوجيهه، وفي مقدمتهم أستاذي الفاضل الدكتور علي أبو مارية، الذي كان له أكبر الأثر في إثراء هذه الرسالة، كما أتوجه بخالص الشكر والتقدير إلى الأساتذة أعضاء لجنة المناقشة الأفاضل الدكتور محمد خلف والدكتور أحمد السويطي على تفضلهما بقبول مناقشة الرسالة، وإثراؤها، والحكم عليها، وأوجه شكري وامتناني إلى كافة أساتذتي في جامعة القدس عموماً وإلى أساتذة كلية الحقوق خصوصاً.

المخلص

لقد درست في رسالتي هذه المسؤولية التقصيرية لعديم التمييز حيث يعتبر هذا الموضوع من الموضوعات القانونية المهمة لملاسته لنشاطات الأفراد ومعاملاتهم اليومية فيما بينهم، ولأنه يتعلق بفئة لها وضعها الخاص والحساس في المجتمع وهي فئة الأشخاص عديمي التمييز مما يتطلب دراسة موقف القوانين المدنية من هذه المسألة مقارنة بالفقه الإسلامي.

ويثير هذا الموضوع العديد من التساؤلات والتي تتمحور في مجملها حول مدى المسؤولية التقصيرية لعديم التمييز، فهل يعتبر الصبي غير المميز مسئولاً عن أفعاله التي يقوم بها وتلحق ضرراً بالغير، أم لا؟، وما الأساس القانوني الذي استندت إليه القوانين المدنية وأحكام الفقه الإسلامي في تقرير المسؤولية من عدمها؟، وقد قمت بالإجابة في دراستي على هذه التساؤلات بعد أن عرضت ابتداءً للأحكام العامة في المسؤولية التقصيرية، والعوامل التي تتأثر بها الأهلية في القوانين المدنية وذلك في الفصل التمهيدي حيث قمت بتوضيح معنى المسؤولية بوجه عام ومن ثم التمييز بين أنواعها وتوضيح الفروق فيما بينها، وكل ذلك في سبيل التوصل إلى فكرة شمولية عن مفهوم المسؤولية، وبعدها قمت بدراسة أركان المسؤولية التقصيرية، وقد توصلت إلى أن ركن الإضرار في القانون الأردني والفقه الإسلامي يقابله ركن الخطأ في القانون المدني المصري، وبعدها قمت بدراسة العوامل التي تتأثر بها الأهلية من صغر السن بمراحله الثلاثة، وتوصلت إلى عدة نتائج منها أن مجلة الأحكام العدلية لم تحدد الحد الأقصى للسن الذي يكون عنده الصغير غير مميز، وبعدها قمت بدراسة عوارض الأهلية من جنون وعته وسفه وغفلة، وقد توصلت من خلالها للعديد من الملاحظات المهمة ومنها أن السفه والغفلة لا يعدمان التمييز لدى الشخص، ولا ينفيان المسؤولية عنه، بل يعتبر كل من السفه وذو الغفلة ناقص الأهلية .

وقد خصصت الفصل الأول لدراسة موضوع مدى مسؤولية عديم التمييز في القوانين المدنية والفقه الإسلامي، حيث بحثت في القاعدة العامة في مسؤولية عديم التمييز في القانون المدني الأردني والفقه الإسلامي، وقد وجدت أن المسؤولية في القانون المدني الأردني تقوم على الضرر وليس على الخطأ الذي يتطلب الإدراك للانحراف عن السلوك المألوف، وقد وجدت أيضاً أن القاعدة العامة في مسؤولية عديم التمييز تختلف في القانون المدني الأردني والفقه الإسلامي عنها في القانون المدني المصري وذلك لاختلاف الأساس الذي يقوم عليه كل من القوانين المذكورة بالإضافة إلى أنني قد وجدت بأن موقف القانون المدني الأردني هو نفس موقف الفقه الإسلامي من مسؤولية عديم التمييز، وهذا نتيجة أن القانون المدني الأردني مأخوذة أحكامه من مجلة الأحكام العدلية المستقاة أحكامها من الفقه الإسلامي، ومن ثم بحثت في القاعدة العامة لمسؤولية عديم التمييز في القانون المدني المصري، فوجدت أن الشخص يكون مسئولاً عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز، وبناءً على

ذلك، فإن التمييز يعد شرطاً أساسياً لقيام المسؤولية، ويجب أن يتوافر عنصر الإدراك في الشخص حتى ينسب إليه الخطأ، وقد وجدت أن القانون المدني المصري قد نص على مسؤولية عديم التمييز بصفة استثنائية وليست أصلية، فجعل منها مسؤولية مشروطة ومخففة، وبعدها قمت بدراسة مدى مسؤولية عديم التمييز عن أفعاله الشخصية، وذلك في ضوء القاعدتين المهمتين اللتين جاء بهما الفقه الإسلامي وهما المباشرة والتسبب، وقد وجدت أن مسؤولية عديم التمييز تقوم في حالة المباشرة دائماً، أما في حالة التسبب فإن التسبب لا يضمن أي لا تقوم مسؤوليته إلا بالتعدي أو بالتعمد، ووجدت أن هذا الحكم ينطبق أيضاً على عديم التمييز إذا ما كان متسبباً للضرر، وبعدها درست مدى مسؤوليته باعتباره حارساً للأشياء، حيث وجدت أنه يجب أن تقرر المسؤولية الكاملة لعديم التمييز كحارس للأشياء الحية منها وغير الحية، أي كانت الفكرة لتأسيس هذه المسؤولية، فسواء كانت فكرة تحمل التبعة، كما يذهب غالبية الفقه المصري، أو أخذنا بفكرة الضمان التي قال بها الفقه الإسلامي، واتبعتها القانون المدني الأردني، وذلك لأن الأخذ بهذا الاتجاه هو الذي يحقق مصلحة المضرور التي أصبحت هدفاً تسعى إليه أغلب التشريعات الحديثة.

أما الفصل الثاني فقد خصصته لموضوع الأساس القانوني لهذه المسؤولية في الفقه الإسلامي والقوانين المدنية، فدرست في المبحث الأول الأساس القانوني لمسؤولية عديم التمييز في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني، وذلك من خلال عدة مواضيع مهمة، وهي ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، ومن ثم قمت بدراسة أساس وجوب الضمان في الفقه الإسلامي وفي القانون المدني الأردني، وقد وضحت من خلاله بأن الضرر هو أساس وجوب الضمان، وقمت بدراسة القواعد العامة لتقدير التعويض عن الضرر المالي الذي يسببه عديم التمييز بفعله، وأخيراً قمت بدراسة الأساس القانوني لمسؤولية عديم التمييز الاستثنائية في القانون المدني المصري، ووجدت أنها تستند إلى فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية التقصيرية عن الأفعال الشخصية بعنصرها المادي والنفسي، وأن الأصل في القانون المدني المصري هو انتفاء مسؤولية عديم التمييز، إلا في حالات استثنائية، وأن هذه الحالات لا تكفي لتحقيق العدالة، وبالتالي كان لا بد من أن ينص القانون المدني المصري على المسؤولية الكاملة لعديم التمييز عن أفعاله الضارة، وفي نهاية هذا الفصل فقد توصلت إلى أن نظرية تحمل التبعة هي الأساس الذي يستند إليه نص المادة (2/164) من القانون المدني المصري.

وفي النهاية فقد قمت بتسجيل استنتاجاتي وآرائتي المختلفة بشأن مسؤولية عديم التمييز في القوانين المدنية محل الدراسة، وقد خرجت بتوصيات مقترحة للمشرع المدني الفلسطيني في سبيل للحصول على قانون مدني فلسطيني مواكبا لتطورات القوانين المدنية المقارنة .

Tort Liability of a Non –discerning Person· "A Comparative study"

By: Ammar Ga'ar

Supervisor: Dr. Ali Abu Maria

Abstract

In this study, I discussed the Tort Liability of a non-discerning persons. In the first chapter, is considered to be one of the important legal issues for its relevance to the activities of individuals and their daily dealings with each other and because it relates to a special and sensitive group in society.

This issue raises many questions about the extent of tort liability for non-discerning Person, Is the non-privileged child responsible for his actions and harming others, or the legal basis on which the civil laws and Islamic jurisprudence were based on the responsibility report?

In my study, I answered these questions after than presented the general provisions on tort liability and the factors affecting civil law eligibility in the introductory chapter, where I explained the meaning of responsibility in general and thus distinguish between types The differences between them, all in order to arrive at a comprehensive idea of the concept of responsibility, and then I study the elements of tort liability, and I have concluded that the elements damage in Jordanian law and Islamic jurisprudence is offset by the elements of mistake in the Egyptian civil law, and then I studied the factors that are affected by Eligibility of the young age in its three stages, and reached several results, including that the Judicial Regulation Journal sentences didn't specify the maximum age at which the young isn't discernment, And then I studied the Eligibility symptoms of insanity and idiocy and sloppiness and stupidity, and have reached through which many important observations, And negligence isn't count Man discriminates against the person, and does not deny responsibility for him, but both the fools And the negligent Minus eligibility.

The first chapter deals with the extent of the responsibility of non-discrimination in civil laws and Islamic jurisprudence, It examined the general rule of the responsibility of non-discrimination in Jordanian civil law and Islamic jurisprudence, and found that responsibility in Jordanian civil law is based on harm rather than on mistake which requires perception to deviate I also found that the general rule in the responsibility of non-discrimination is different in Jordanian civil law and Islamic jurisprudence than in the Egyptian Civil Law, because of the difference between the basis of each of these laws. In addition, I found that the position of The Jordanian Civil Law is the same

as the position of Islamic Jurisprudence on the responsibility of non-discrimination. This is the result of the fact that the Jordanian Civil Law is derived from the jurisprudence of the Islamic jurisprudence, and then examined the general rule of the responsibility of non-discrimination in the Egyptian Civil Law. for its illegal when it issued him a special, and accordingly, the distinction is a prerequisite for the establishment of responsibility, and must be an element available perception in person even attributed to him mistake, I have found that the Egyptian civil Law stipulates non-discrimination responsibility as an exceptional and not original, then I studied the extent of the responsibility of the non-discrimination for his personal actions, in light of the two important rules which the Islamic jurisprudence is the direct and the causing, and found that the responsibility of the non-discrimination is always in the case of direct, but in the case of causing the culprit It ensures that the responsibility of the non-discrimination as a guardian of both living and non-living things is determined, whatever the idea is to establish this responsibility, whether it is the idea of bearing responsibility, as it goes dolt Egyptian jurisprudence, or we take the idea of security, which he said the Islamic jurisprudence, and followed by the Jordanian Civil Law, because the introduction of this trend is in the interests of the injured, which has become a target sought by most modern legislation.

The second chapter is devoted to the subject of the legal basis for this responsibility in Islamic jurisprudence and civil law. In the first topic, I examined the legal basis for the responsibility of non-discrimination in Islamic jurisprudence and Jordanian civil law. To study the basis of the obligation of guarantee in Islamic jurisprudence and in Jordanian civil law, in which I explained that the damage is the basis of the obligation of guarantee, and I studied the general rules for the estimation of compensation for financial damage caused by non-discrimination by doing so, And found that it is based on the idea of mistake as a basis for tort liability for personal acts with its material and psychological components, The principle in the Egyptian Civil Law is the absence of responsibility for non-discrimination, except in exceptional cases, and these cases are not sufficient to achieve justice. must be the Egyptian civil law provides for full non-discrimination responsibility for harmful actions, At the end of this chapter, I found out that the theory of holding liability remains the legal basis of the non-discerning person include in the text of Article (164/2) in the Egyptian civil law.

In the end, I have to register my findings and my views on various non-discrimination in civil liability laws under study, and came out to the recommendations proposed for the Palestinian civil legislator in order to obtain a Palestinian civil law up to date with developments in the comparison civil laws .

المقدمة

إصلاح الأضرار التي يسببها الأشخاص لغيرهم، يمثل أهمية كبيرة في القانون المعاصر، لذا قامت المسؤولية المدنية بهدف تعويض المضرور عن الضرر الناجم عن الفعل الضار، فالتعويض هدف ووسيلة محو الضرر، أو التخفيف من وطأته، فالضرر يزال من خلال تقرير تعويض شامل ومناسب للمضرور، وبه يجبر ما ألم به من أضرار، أو تخفيف وطأتها.

ويعتبر موضوع المسؤولية المدنية من المواضيع الهامة في الواقع العملي، حيث إن الأفراد يجدون في أحكام هذه المسؤولية حلولاً لكافة المنازعات اليومية التي تحصل فيما بينهم .

وقد أنعم الله تعالى على الإنسان بأن كرمه وفضله على سائر خلقه، فقد قال تعالى: (ولقد كرّمنا بني آدم وحملناهم في البحر ورزقناه من الطيبات وفضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلاً)، وبذلك فإن أهليته ترتبط ارتباطاً وثيقاً بقدرته على التمييز، وهذه القدرة تختلف من شخص لآخر، ويرجع ذلك إما لصغر السن، أو لإصابته بمرض عقلي¹.

ولئن كان غالبية الفقه والقوانين المدنية تتبنى قيام مسؤولية القاصر المميز عن جميع أفعاله الضارة، فإن مسؤولية عديم التمييز أثارت جدلاً فقهيّاً وقضائياً استتبع ذلك اختلاف التشريعات المدنية إزاء هذه المسألة، فثمة جانب من هذه التشريعات يرى عدم مساءلة عديم التمييز عن فعله الضار، وبالتالي عدم جواز مطالبته شخصياً بالتعويض إلا في حالات استثنائية، حيث ألقى عبء الالتزام بالتعويض على عاتق متولي الرقابة عليه ومنها القانون المدني المصري، وبعض التشريعات الأخرى قد ألقت المسؤولية الكاملة على عديم التمييز وألزمته بالتعويض عن أضرار فعله الشخصي ومنها القانون المدني الأردني والمستفاداً من أحكامه من الفقه الإسلامي.

¹ بوكرزازة، أحمد، (2013): رسالة دكتوراه، المسؤولية المدنية للقاصر، دراسة مقارنة، جامعة قسنطينة، الجزائر، ص أ.

والمسؤولية في معناها العام هي المؤاخذة والتبعية، وتعرف قانوناً بأنها الالتزام بتعويض الضرر الذي يسببه إخلال المدين بالتزامه، والمسؤولية التقصيرية هي الإخلال بواجب عام مفروض على الكافة بعدم الإضرار بالغير.

ويعرف عديم التمييز بأنه الشخص الذي يكون دون سن التمييز (أي دون سن السابعة في معظم القوانين)، أو من يأخذ حكمه، كأن يكون مصاباً بعارض من عوارض الأهلية كالمجنون.

كانت المسؤولية المدنية والجناحية في العصور القديمة مختلطتين، وكان جزاء ما يقع من جرائم هو الأخذ بالتأثر وهذا الطابع الذي كان سائداً في القانون الروماني، حيث كان من حق المضرور أن يثأر لنفسه وأن يلحق الأذى بمن أضره، ولما قوي سلطان الدولة حددت حق الأخذ بالتأثر منعاً من الإسراف، ثم ظهر نظام الدية الاختيارية الذي كان يعد بمثابة شراء لحق الصفح، وفي مرحلة تالية ظهر نظام الدية الإجبارية بالنسبة لدفعها من الجاني وقبولها من المضرور، فكانت تختلط فيها فكرة التعويض بفكرة العقوبة.

ولما قامت الدولة الحديثة بما لها من سلطان، اعتبرت ما يقع من جرائم من أخص مهامها، كفالة لقيام النظام ونشر السلام الاجتماعي، وتقديراً منها أن الضرر الذي أصاب المضرور لا يقتصر أثره عليه فحسب، بل يمس كيان المجتمع، ويؤثر على نظامها وأمنها، ومن ثم اختصت الدولة بتوقيع العقاب باسم المجتمع، واقتصر دور المضرور على المطالبة بتعويض ما أصابه من ضرر، وهكذا تم الانفصال بين المسؤولية الجزائية والمسؤولية المدنية، لكن الأخيرة نشأت في أحضان المسؤولية الجزائية، فانطبعت بطابعها وتأثرت بأحكامها، وفي القانون الروماني كان الضرر هو الشرط البارز في المسؤولية التقصيرية، وكان الخطأ كأساس للمسؤولية فكرة غامضة، كما أن فكرة التعويض ظلت مختلطة بالعقوبة، فلم يعرف القانون الروماني قاعدة عامة تقرر أن كل خطأ يترتب عليه ضرر يوجب

التعويض، فكانت المسؤولية تقوم على أساس التعدي المادي، كما كانت تعتبر مصدراً لالتزام جزائي، ثم أخذت فكرة الخطأ تظهر بالتدرج، كما أنها ظهرت بوضوح، إلى أن استغرقت فكرة الضرر .

وقد أدت التطورات الاجتماعية والاقتصادية في المجتمعات إلى سيادة فكرة جبر الضرر وتعويضه وتحرر فكرة المسؤولية من الطابع العقابي الذي كان يغلب على أحكامها في ظل ارتباطها بالمسؤولية الجنائية، وإلى انفصال المسؤولية التقصيرية عن المسؤولية العقدية، مما أدى إلى الحاجة الملحة لبحث أحكامها .

وكان للتطور الاقتصادي الهائل في القرن التاسع عشر وتعاضم المخاطر التي يتعرض لها الإنسان نتيجة التقدم التقني وانتشار استعمال الآلات وما يصاحب ذلك من انتشار الفكر الاجتماعي، أن تفاقمت الأضرار التي تلحق بالأفراد، وكان لافتاً للنظر تعذر حصولهم على تعويض يجبر ما لحق بهم من ضرر، نتيجة صعوبة إثبات الخطأ، وإسناده إلى مرتكبه، وقد اتجه الفكر القانوني إلى ضرورة إعمال نظام المسؤولية الموضوعية التي لا تعنى أصلاً بالخطأ بل تعنى بالضرر الذي يصيب الشخص، وليفصل ذلك التعويض عن الخطأ، والعودة إلى الضرر كأساس للمسؤولية ليس لمواجهة قوى الطبيعة الغاشمة كما كان الأمر في العصور القديمة، لكن لمواجهة مخاطر التقدم الصناعي الذي أدى إلى تزايد ملحوظ في أعداد الضحايا.

أهمية الدراسة

يعتبر موضوع المسؤولية التقصيرية لعديم التمييز من الموضوعات القانونية المهمة للامسته نشاطات الأفراد ومعاملاتهم اليومية فيما بينهم، ولأنه يتعلق بفئة لها وضعها الخاص والحساس في المجتمع وهي فئة الأشخاص عديمي التمييز، وتتمحور الأهمية النظرية لهذا الموضوع حول الأساس الذي ارتكزت إليه القوانين المدنية محل الدراسة لتقرير مسؤولية عديم التمييز كما أن لهذا الموضوع أهميته من الناحية العملية حيث أنه يستوجب تعويض المضرور عما أصابه من ضرر وذلك من جراء ما ينتج من أضرار تلحق به نتيجة ممارسة الأفراد لنشاطاتهم اليومية، وما يقومون به من تصرفات ضارة، وكثير من هذه الحالات يكون مرتكب هذه الأفعال الضارة شخص عديم التمييز، وبالتالي تظهر أهمية هذا الموضوع من خلال ضرورة التعرف على الأحكام المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية المترتبة على عديم التمييز من جراء ارتكابه للفعل الضار.

منهجية الدراسة

اتبعت في هذه الدراسة المنهج الوصفي التحليلي المقارن، حيث قمت بدراسة وتحليل النصوص القانونية في ضوء آراء الفقه والمذكرات الإيضاحية، وعبر الرجوع إلى أحكام القضاء، وإجراء المقارنة بين أحكام كل من القانون المدني الأردني، والمذهب الراجح في الفقه الإسلامي، والقانون المدني المصري .

صعوبات الدراسة

أن أكثر الصعوبات التي واجهتني في إعداد هذه الرسالة هي تعدد التشريعات التي تعالج الموضوع، وعدم وضوحها - كالقانون المدني المصري-، وعدم معالجتها لهذا الموضوع بكل جوانبه، كما أنني قد

واجهت صعوبات في الحصول على المراجع المتعلقة بالموضوع محل الدراسة، وكذلك قلة شروح القانون المدني الأردني، والمصري، وكذلك قلة قرارات المحاكم المتعلقة بموضوع المسؤولية التقصيرية لعدم التمييز .

إشكالية الدراسة

لا إشكال في ثبوت المسؤولية التقصيرية وترتيب آثارها إذا كان مرتكب الفعل الضار كامل الأهلية، ولكن تثور الإشكالية والتساؤل في حال كان مرتكب الفعل الضار عديم التمييز، ومدى إمكانية إعمال أحكام هذه المسؤولية على هذا الشخص الذي يتمتع بوضع خاص يتوجب أخذه بعين الاعتبار.

مما يثير التساؤل عن مدى المسؤولية التقصيرية لعدم التمييز ؟

تختلف القوانين المدنية- محل الدراسة- والفقهاء الإسلامي من حيث مدى المسؤولية التقصيرية لعدم التمييز (الفصل الأول)، وذلك لاختلاف الأساس القانوني لمسؤولية عدم التمييز في الفقه الإسلامي عنه في القوانين المدنية - محل الدراسة - (الفصل الثاني).

الأحكام العامة في المسؤولية التقصيرية

يفيد تعبير المسؤولية بأن هناك فعلاً ضاراً قد ارتكب، وينبغي مؤاخذه فاعله، فلا بد من تعويض المضرور، ولكن هل معنى ذلك أن يعتبر الشخص مسئولاً كيفما كان عما سببه من ضرر للغير، ويلزم بالتالي تعويضه؟، قلما تخلو مجريات الحياة الطبيعية من أن يكون الإنسان في بعض تصرفاته سبباً في وقوع ضرر للغير، وبالتالي ليس من المستساغ إلزامه بالتعويض عما يحدث عن ذلك. ولهذا فإنه من غير اليسير تحديد معنى المسؤولية بوجه عام، إلا بأنها محاسبة شخص على فعل أو امتناع غير جائز.¹

ويمكن تعريف المسؤولية لغة بأنها: حال أو صفة من يسأل عن أمر تقع عليه تبعته، يقال أنا بريء من مسؤولية هذا العمل، وتطلق (أخلاقياً) على: التزام الشخص بما يصدر عنه قولاً أو عملاً، وتطلق (قانوناً) على: الالتزام بإصلاح الخطأ الواقع على الغير طبقاً لقانون².

وتعرف أيضاً بأنها: ما يكون به الإنسان مسؤولاً ومطالباً عن أمور أو أفعال أتاها.³

يتضح من التعريف اللغوي أن المفهوم يعالج أمرين أساسيين هما:

الأول، الأثر المترتب على وجود المسؤولية، أي ما يلتزم به الشخص إذا ما كان مسؤولاً وبتعبير آخر الجزء الناشئ من كونه مسؤولاً، والثاني، العنصر أو الركن المؤسس للمسؤولية، وهو ما تقوم به المسؤولية، وبالرجوع للتعريف يكون أساس وجودها الأمور والأفعال التي أتاها الفاعل.⁴

(1) الزعبي، محمد يوسف، (1987): مسؤولية المباشر والمتسبب في القانون المدني الاردني، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، ج 2، العدد الأول، الأردن، ص 162.

(2) المعجم الوسيط، ج 1، دار الدعوة، مجمع اللغة العربية، القاهرة، ص 411.

(3) مصطفى، إبراهيم، وآخرون، (1972): المعجم الوسيط، ج 1، ط 2، دار الدعوة، اسطنبول، ص 411.

(4) أبو سرور، أسماء، (2006): ركن الخطأ في المسؤولية التقصيرية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، ص 10.

وأما اصطلاحاً، فقد اجتهد الفقهاء في سبيل الوصول إلى التعريف الاصطلاحي للمسؤولية، ولعل من أبرز هذه التعريفات هي أنها: "محاسبة الشخص عن فعله الذي يسبب ضرراً للغير ويفترض فيه أنه مخالف لقاعدة قانونية أو خلقية"¹، وعرفت أيضاً بأنها: "الحكم الذي يترتب على الشخص الذي ارتكب أمراً يوجب المؤاخذة"².

يتبين من هذه التعريفات أن معنى المسؤولية يدور حول المحاسبة والمسائلة التي تقع على عاتق الشخص الذي يقوم بفعل ضار، بشرط أن يكون هذا الفعل مخالفاً لإحدى القواعد القانونية أو الخلقية، فبمجرد مخالفته لهذه القواعد فإنه يلزم بالتعويض الناجم عما سببه من أضرار من جراء هذه المخالفة . ويمكن تعريفها بأنها: الحالة التي يوجد بها الشخص مخالفاً لأحد النصوص القانونية الملزمة، أو إحدى القواعد الخلقية، وينتج عنها ضرر، ويكون هذا الشخص ملزماً بجبر الضرر، وتحمل كافة الآثار القانونية المترتبة على هذه المخالفة.

وتتعدد أنواع المسؤولية تبعاً لمصدرها فقد تكون المسؤولية أدبية (أخلاقية)، وقد تكون قانونية، والأخيرة تقسم إلى مسؤولية جزائية ومسؤولية مدنية، ومسؤولية تأديبية، والمسؤولية المدنية تقسم إلى مسؤولية عقابية ومسؤولية تقصيرية، وسأقوم بالتمييز بين أنواع المسؤولية وذلك في المبحث الأول، ودراسة أركان المسؤولية التقصيرية وذلك في المبحث الثاني، أما في المبحث الثالث فلا بد من دراسة العوامل التي تتأثر بها الأهلية، وكل ذلك بهدف التعرف إلى الأحكام العامة في المسؤولية التقصيرية قبل الخوض في دراسة المسؤولية التقصيرية لعديم التمييز .

(1) السرحان، عدنان، وخاطر، نوري حمد، (1997): شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص 359.

(2) مرقس، سليمان، (1988): الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، القسم الأول في الأحكام العامة، م 1، مطبعة السلام، القاهرة، ص 300.

المبحث الأول: التمييز بين أنواع المسؤولية

سبق القول بأن المسؤولية تتعدد أنواعها وتختلف باختلاف مصدرها، فهي إما أن تكون واجبات اجتماعية، أو واجبات مصدرها القانون، وبهذا فالمسؤولية نوعان: مسؤولية أخلاقية (أدبية)، ومسؤولية قانونية، والأخيرة تقسم إلى مسؤولية جزائية ومسؤولية تأديبية ومسؤولية مدنية، وسأتناول كل منها بشيء من التفصيل في المطالب التالية:

المطلب الأول: تمييز المسؤولية الأخلاقية (الأدبية) عن المسؤولية القانونية

المسؤولية الأخلاقية (الأدبية) هي التي تقوم على تأنيب الضمير، ولا تدخل في دائرة القانون وبالتالي لا يترتب عليها جزاء قانوني، وهي حالة يوجد فيها الفرد مخالف لقاعدة من قواعد الأخلاق، التي ترسم للإنسان سلوكه نحو ذاته، ونحو غيره، معيارها شخصي، بحيث تأتي طبقاً لتصرفات الفرد ونواياه، أما المسؤولية القانونية فهي التي تدخل في دائرة القانون، وتأتي من الإخلال بالالتزام تفرضه قاعدة قانونية تنظم السلوك الذي ينبغي أن يلتزمه الفرد تجاه غيره، ويترتب عليها جزاء قانوني¹.

وبالرغم من وجود تشابه بينهما من حيث أنهما تترتبان كجزاء للإخلال بسلوك اجتماعي، إلا أنهما تختلفان في أمور عديدة أهمها:-

أولاً: إن نطاق المسؤولية الأخلاقية أوسع من نطاق المسؤولية القانونية، لأن المسؤولية الأخلاقية تتصل بعلاقة الإنسان بنفسه، أو علاقته بغيره من أفراد المجتمع .

(1) السنهوري، عبد الرزاق، (ب . ت): الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ج1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ص 743-744.

في حين تكون المسؤولية القانونية متحققة إذا أخل الشخص بالتزام قانوني في مواجهة غيره من الأفراد فقط¹.

ثانياً: إن المعيار الذي تقاس به المسؤولية الأخلاقية هو معيار شخصي لأنها تقرر طبقاً لتصرفات الشخص ونواياه².

أما المسؤولية القانونية فإنها تأتي عن الإخلال بالتزام مفروض بموجب القانون، ولذلك فإنها قد تأتي عن عمد أو حتى عن غير عمد، مادام تصرف الشخص يشذ عن السلوك المألوف للشخص العادي.

ثالثاً: تكون المسؤولية الأخلاقية دون جزاء قانوني، وتكتفي بتأنيب الضمير، أما المسؤولية القانونية فلأنها داخلية في دائرة القانون فتستوجب ترتيب جزاء قانوني عليها³.

المطلب الثاني: التفرقة بين المسؤولية الجزائية والمسؤولية المدنية

إن مخالفة القاعدة القانونية يترتب عليها جزاء إما عقوبة جزائية، وإما تعويض، وإما الائتتان معاً⁴، وبهذا فإن المسؤولية المدنية تهدف إلى الحد من الأضرار التي تقع على الغير نتيجة لمخالفة قاعدة قانونية، فالهدف منها تعويض المتضرر من الإخلال بالتزام مصدره القانون أو الإرادة، أما المسؤولية الجزائية فتترتب على كل فعل يشكل جريمة نص عليها القانون، وهي مرتبطة بمبدأ (لا جريمة ولا

(1) السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط، م 1، مرجع سابق، ص 744.

(2) السرحان، عنان، وخاطر، نوري حمد، شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 360.

(3) الجبوري، ياسين محمد، (2011): الوجيز في شرح القانون المدني الاردني، ج1، مصادر الحقوق الشخصية، مصادر الالتزامات، دراسة موازنة، ط 2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص 494.

(4) ملكاوي، بشار، والعمرى، فيصل، (2005): مصادر الالتزام، الفعل الضار، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص 16.

عقوبة (إلا بنص)، بحيث تأتي لحماية المجتمع ضد كل من يخل بأمنه، ويقدر لكل جريمة عقوبة هدفها زجر الفاعل، وردع غيره¹.

وتكون المسؤولية القانونية جزائية، إذا كانت مخالفة للقاعدة القانونية بإتيان فعل يمس مصلحة المجتمع العامة، فالمسؤولية الجزائية تنشأ عن كل فعل يشكل جريمة بنص القانون، وفي هذه الحالة يكون مرتكب الفعل مسؤولاً قبل الدولة باعتبارها ممثلة للمجتمع، ويكون جزاؤه عقوبة توقعها عليه باسم المجتمع .

وتكون المسؤولية مدنية إذا كانت مخالفة القاعدة القانونية تمس مصلحة خاصة لشخص أو أكثر دون مصلحة المجتمع، فالمسؤولية المدنية تهدف إلى الحد من الأضرار التي تقع على الغير بتعويض المتضرر، فإذا كان الفاعل قد أخل بالتزام مقرر في ذمته مصدره القانون أو الإرادة وترتب على هذا الإخلال ضرر للغير، فإنه يصبح مسؤولاً قبل المضرور، وملتزمًا بتعويضه عما أصابه من ضرر. ويكون للمضرور وحده حق المطالبة بالتعويض، ويعتبر هذا الحق مدنياً خالصاً له، وهذه المسؤولية ينظمها القانون المدني الذي يهدف إلى حماية المصالح الفردية عن طريق فرض تعويض لصالح من يصيبه ضرر .

ويمكن التفرقة بين المسؤولية الجزائية والمسؤولية المدنية من حيث أن المسؤولية الجزائية تهدف إلى زجر الجاني وردع غيره، عن طريق توقيع عقوبة على الجاني يقصد منها تحريم مخالفة التنظيم القانوني العام وحماية المصالح العامة، بينما تهدف المسؤولية المدنية إلى حماية المصالح الفردية عن طريق تعويض من يصيبه الضرر الناشئ عن إخلال بالتزام قانوني.

(1) السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط، م 1، مرجع سابق، ص 744.

ومن ناحية اخرى فإن المسؤولية الجزائية تنقيد بقاعدة لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، فالاعتداء على حق المجتمع لا يقع إلا بارتكاب جريمة من الجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات، بينما لا تطبق هذه القاعدة على المسؤولية المدنية، فالتعدي على حق فرد من أفراد المجتمع تتعدد صورته وأشكاله، حيث لا يمكن أن يسأل الشخص جزائياً إذا لم يكن فعله مجرمًا بنص القانون، في حين لا تنطبق هذه القاعدة على المسؤولية المدنية، فهي تقضي بان كل فعل يسبب ضرراً للغير يلزم مرتكبه بالتعويض، دون البحث عن كون الفعل مجرمًا قانوناً أم لا¹.

فلا يمكن للمشرع أن يحصر سلفاً كل الأفعال التي تسبب ضرراً للغير لذلك وضعت قواعد عامة بموجبها يستوحي القاضي الحكم المناسب بالتعويض بما يتناسب وجسامته الضرر.

وتختلف المسؤولية الجزائية عن المسؤولية المدنية أيضاً من حيث تحريك الدعوى، فالدعوى في الأولى تحرك - كقاعدة عامة - عن طريق النيابة العامة كمثل للمجتمع، ولا يجوز لها الصلح أو التنازل عن الدعوى الجزائية، في حين أن الثانية لا تقام إلا من المتضرر أو من ينوب عنه، وله أيضاً حق التصالح أو التنازل عن الدعوى.

وبالرغم من كل هذه الفروق السابقة الذكر بين المسئوليتين إلا أن هناك صلة بينهما، حيث أنه يمكن أن يشكل الفعل الواحد جريمة جزائية وجريمة مدنية في ذات الوقت إذا أضر بالمجتمع وبيعض الأشخاص، كما في الرشوة وتزوير الأوراق الرسمية، أو إذا كان الفعل الضار بالأفراد فعلاً اعتبره المشرع ذا خطر بالنسبة إلى المجتمع فنهى عنه وفرض عليه عقوبة جزائية، كما في القتل والسرقة

(1) السرحان، عدنان، وخاطر، نوري حمد، شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 351.

والنصب والسب، فإن هذا الفعل تنشأ عنه المسؤوليةان الجزائية والمدنية معاً، فيكون الفاعل مسئولاً جزائياً ومدنياً، وتتولى النيابة العامة الدعوى الجزائية ويتولى المضرور الدعوى المدنية.¹

والمسؤولية المدنية تقسم إلى قسمين هما: المسؤولية العقدية والمسؤولية عن الفعل الضار (المسؤولية التقصيرية)، وهذا ما سأبحثه في المطلب التالي .

المطلب الثالث: التمييز بين المسؤولية عن الفعل الضار (التقصيرية) و المسؤولية العقدية

إن المسؤولية العقدية تنشأ عن خطأ تعاقدى هو عدم تنفيذ التزام ناشئ عن عقد والإخلال بالالتزام المترتب على أطراف هذا العقد، ومثال ذلك عدم التزام البائع بتسليم المبيع حسب ما هو متفق عليه في عقد البيع فهو بذلك يتحمل مسؤوليته عن الضرر الذي يسببه للدائن ،كما قد تنشأ المسؤولية المدنية عن الإخلال بالتزام ناشئ عن فعل ضار، وينتج عن هذا الإخلال أضرار تلحق بالغير، ويكون الإضرار غير المشروع مصدراً للمسؤولية في حدود النصوص القانونية التي تحكمها.²

ويظهر التمييز بين المسؤوليتين من خلال القواعد التالية:

أولاً: الأهلية: يشترط لقيام المسؤولية العقدية توافر أهلية التعاقد أي أهلية الأداء وهي بلوغ الفاعل سن الرشد كقاعدة عامة، أما في المسؤولية عن الفعل الضار (التقصيرية) فإن بعض القوانين كالقانون المدني المصري يشترط توافر أهلية التمييز وهي سبع سنوات في القانون السابق ذكره ، بينما البعض الآخر من القوانين لا يشترط حتى التمييز بل يكون الفاعل مسؤولاً حتى لو كان غير مميز، ومنها القانون المدني الأردني كما سنرى لاحقاً .

(1) النكروري، عثمان، والسويطي، احمد، (2016): مصادر الالتزام، مصادر الحق الشخصي، المكتبة الأكاديمية، الخليل، ص 398.

(2) السرحان، عدنان، وخاطر، نوري حمد، شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 354.

ثانياً: من حيث عبء الإثبات: في المسؤولية العقدية يلتزم المتعاقد المتضرر من إخلال المتعاقد الآخر بإثبات وجود الالتزام وعدم تنفيذ المدين لالتزامه العقدي، وللمسئول نفي وجود الالتزام أو إثبات وفائه به، أو إثبات وجود السبب الأجنبي الذي حال بينه وبين تنفيذه لالتزامه، في حين يختلف الأمر في المسؤولية التقصيرية، حيث أنه يجب على الدائن المضرور إثبات كل أركان المسؤولية من فعل وضرر وعلاقة سببية .

ثالثاً: من حيث مدى التعويض: يسأل المسئول بموجب المسؤولية العقدية عن تعويض الضرر المتوقع عند التعاقد فقط، فلا يجوز التعويض عن الضرر المباشر غير المتوقع إلا في حالتَي الغش والخطأ الجسيم، في حين أن المسئول في المسؤولية التقصيرية يسأل عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع .

رابعاً: من حيث التضامن: التضامن بين المدينين بالتعويض عن الفعل الضار مفترض حيث يستطيع المتضرر الرجوع عليهم مجتمعين أو منفردين للمطالبة بكل التعويض، ويختلف الأمر في المسؤولية العقدية، فالتضامن لا يفترض إذا تعدد المسئولون عن الإخلال بالالتزام العقدي¹، وإنما يجب أن يشترط في العقد أو حيثما ينص القانون على التضامن.

خامساً: الإعفاء من المسؤولية: في المسؤولية العقدية تجيز بعض القوانين الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية كالقانون المدني المصري²، بينما لا يجوز في المسؤولية التقصيرية الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية لأنها من النظام العام .

(1) السرحان، عدنان، وخاطر، نوري حمد، شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 354.

(2) راجع المادة 2/217 مدني مصري.

سادساً: التعويض عن الضرر الأدبي: في المسؤولية العقدية لا يوجد تعويض عن الضرر الأدبي _ كما هو الحال في القانون المدني الأردني _ الذي لا يجيز ذلك،¹ على عكس القانون المدني المصري الذي يجيز التعويض عن الضرر الأدبي في نطاق المسؤولية العقدية، بينما في المسؤولية عن الفعل الضار يجوز التعويض عن الضرر الأدبي .

سابعاً: عدم سماع الدعوى: في المسؤولية العقدية لا تسمع الدعوى كقاعدة عامة وفق المادة 1660 من مجلة الأحكام العدلية بانقضاء مدة التقادم العادي وهي 15 سنة، بينما في المسؤولية عن الفعل الضار (التقصيرية) فلا تسمع الدعوى وفق المادة 68 من قانون المخالفات المدنية رقم 36 لسنة 1944م، المطبق في فلسطين بمضي سنتين، من تاريخ وقوع الفعل، أو توقف الضرر إذا كان يستمر من يوم لآخر، أو من التاريخ الذي لحق فيه الضرر بالمدعي، أو من تاريخ اكتشاف المدعي للمخالفة المدنية أو كان في وسعه اكتشافها .

ولا يكفي للإمام بالمسؤولية التقصيرية تمييزها عن غيرها من أنواع المسؤولية بل لابد من دراسة أركانها وهذا ما سأدرسه بإيجاز في المبحث الثاني.

⁽¹⁾ قضت محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحفوقية في القرار رقم 2007/888 (هيئة خماسية)، بتاريخ 2007/8/30، بأنه: "1- إذا كانت العلاقة بين طرفي الدعوى هي علاقة تعاقدية وإن المطالبة بالأضرار يحكمها المسؤولية العقدية باعتبار أن مصدر الالتزام بينهما هو العقد وليس الفعل الضار مما يتعين تطبيق أحكام المواد 360-364 من القانون المدني الأردني على وقائع الدعوى، وأن الضمان المطالب به ينحصر فيما يساوي الضرر الواقع فعلاً بالمدعية ولا يشمل الربح الفائت والضرر المعنوي ما دام أن المدعية لم تدع العش والخطأ الجسيم بجانب الجهة المدعى عليها"، مأخوذ من الموقع الإلكتروني لشبكة قانوني الأردن www.lawjo.net/vb/showthread.php?28804 نظر الموقع بتاريخ 2017/10/31.

المبحث الثاني: أركان المسؤولية التقصيرية:

القاعدة العامة في القانون المدني الأردني أن كل فعل يصيب الغير بضرر فإنه يستوجب التعويض، وإن صدر من شخص غير مميز، وهذا ما نصت عليه المادة (256) من القانون المدني الأردني، حيث إن " كل إضرار بالغير يلزم فاعله، ولو غير مميز بضمان الضرر"، وهذا النص مستمد من قول الرسول صلى الله عليه وسلم: (لا ضرر ولا ضرار) وقاعدة: (الضرر يزال) .

"ومن الملاحظ أن المشرع الأردني في النص السالف الذكر لم يشترط من أجل الضمان أن يرتكب محدث الضرر خطأ في جانبه، بحيث أنه لو أشترب الخطأ لما أوجب ضمان عديم التمييز _ كالمجنون وعديم الأهلية _ عن أي ضرر ألحقه بالغير، ذلك لأنهم عديمي الإرادة، والأصل أن انعدام الإرادة يعتبر مانعاً من موانع المسؤولية"¹.

وقد نص المشرع المدني المصري في المادة (163) منه على أن: " كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض".

يتبين من نص هذه المادة أن " المشرع المصري تطلب لقيام المسؤولية التقصيرية خطأ في جانب المسؤول حتى تقوم مسؤوليته، فتكون أركان المسؤولية وفقاً للقانون المصري هي الخطأ والضرر والعلاقة السببية، وأما في القانون المدني الأردني فإن المشرع لم يتطلب خطأ في جانب المسؤول عن الضرر، وإنما أقام المسؤولية على مجرد فعل يضر بالغير، بحيث يكون هذا الضرر نتيجة للفعل

(1) أبو مارية، علي، (2016): القانون المدني، مصادر الالتزام، مصادر الحق الشخصي، ط1، مطبعة نبراس الفنية، بيت لحم، ص 186.

الضار، وبذلك تكون أركان المسؤولية التقصيرية في القانون المدني الأردني هي: الفعل الضار والضرر وعلاقة السببية¹.

وبهذا فإن للمسؤولية التقصيرية أركان ثلاثة هي: الفعل غير المشروع (الإضرار)، والضرر (النتيجة)، والعلاقة السببية بينهما، وسأتناولها بشيء من التفصيل في المطالب التالية:

المطلب الأول: ركن الإضرار

حتى يكون الشخص ضامناً للضرر الذي يسببه للغير بفعله يجب أن يكون قد أتى عملاً يتصف بعدم المشروعية، وهذا كما ينطبق على الفقه الإسلامي، فإنه ينطبق أيضاً على القانون المدني الأردني الذي اختار أن يطلق على هذا العمل غير المشروع اصطلاح (الإضرار) فقد نصت المادة (256) منه على أن " كل إضرار بالغير يلزم فاعله، ولو غير مميز بضمان الضرر".

فإن للإضرار بهذا المعنى مفهوم يختلف عن مفهوم الضرر وهو غير مرادف له، فالإضرار يعني في الحقيقة إحداث الضرر بفعل غير مشروع، أو إحداثه على نحو مخالف للقانون².

أي أنه حتى يكون فاعل الضرر ضامناً له أي مسؤولاً عن تعويضه يجب أن يكون إتيانه للضرر غير مشروع، ولكن متى يعتبر إلحاق الضرر بالغير غير مشروع؟، تختلف إجابة هذا السؤال بحسب الطريقة التي وقع فيها الإضرار، إذ من الثابت في الفقه الإسلامي أن الإضرار قد يكون بالمباشرة وقد يكون بالتسبب، وعدم مشروعية الفعل الضار كأساس لضمانه تختلف في شروطها بحسب هاتين الحالتين.

(1) أبو مارية، علي، القانون المدني، مصادر الالتزام، مصادر الحق الشخصي، مرجع سابق، ص 186.

(2) السرحان، عدنان، وخاطر، نوري حمد، شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 365.

أما بالنسبة للمشرع المصري فإنه كما ذكرت سابقاً قد تطلب لقيام المسؤولية التقصيرية خطأ في جانب المسؤول حتى تقوم مسؤوليته، فتكون أركان المسؤولية وفقاً للقانون المصري هي الخطأ والضرر والعلاقة السببية.

وبالرجوع إلى القانون المصري، نجد أنه حتى يمكن مسائلة الشخص عن نتائج أفعاله الضارة يجب أن يكون مدركاً مميزاً، أي أن يقوم الخطأ على الإرادة الواعية أو الإدراك، لذلك نجد أن للخطأ ركنان: الركن الأول مادي يطلق عليه التعدي وهو الانحراف عن السلوك المنتظر من الرجل العادي، والركن الثاني ركن معنوي، يقوم على الإدراك، لذلك لا يسأل الصبي غير المميز والمجنون ومن في حكمهما، ويمكن وصف الخطأ في هذه الحالة بالخطأ الشخصي، ومن ذلك أيضاً قانون المخالفات المدنية، إذ نصت المادة الثامنة منه على أنه: " لا تقام الدعوى على شخص لمخالفة مدنية ارتكبها وهو دون السنة الثانية عشرة من عمره" بينما اكتفى القانون المدني المصري في المادة (164) بأن يكون الفاعل مميزاً فنص على أنه: "1- يكون الشخص مسئولاً عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز".¹

وهذا على خلاف موقف بعض القوانين الأخرى تجاه الخطأ حيث تعتبر بعض القوانين أن وظيفة المسؤولية المدنية هي إصلاح الضرر، لذلك فإن عنصر الإرادة الواعية لا يعد ضرورياً لقيام مسؤولية محدث الضرر الذي سببه للغير، فمجرد ارتكاب فعل مخالف، ومجرد الانحراف عن سلوك الرجل المعتاد يكفي لقيام الخطأ، دون أن تكون هناك حاجة للتساؤل عن إرادة الفاعل أو مدى إدراكه وتمييزه لذلك يكفي للخطأ أساساً للمسؤولية ركن التعدي (الركن المادي)، وعلى ذلك فإن الصغير أياً كان عمره، أي لو كان غير مميز، والمجنون، ومن في حكمهما يعد مسؤولاً عن الضرر الذي يسببه للغير

(1) النكرووي، عثمان، و السويطي، احمد، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 423.

بفعله كلما كان هذا الفعل يعد موضوعياً مخالفاً لسلوك الرجل العادي، ويوصف بالخطأ الموضوعي، ومن ذلك القانون المدني الأردني، ومجلة الأحكام العدلية، فقد نصت المادة 960 منها على أنه: " يلزم الضمان على الصبي إذا أتلف مال الغير وإن كان غير مميز.¹"

ولا يكفي الإضرار لوحده لقيام المسؤولية التقصيرية بل لابد من توافر الضرر، وهذا ما سألرسه في المطلب الثاني.

المطلب الثاني: ركن الضرر

والضرر يمكن أن يعرف بأنه الأذى الذي يلحق بالشخص في ماله أو جسده أو عرضه أو عاطفته وعموم الضرر واجب التعويض، يقتضيه عموم المبدأ الذي أخذ به القانون المدني الأردني في المادة (256) التي جاء فيها " كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر"، وهو مبدأ يقوم على الحديث النبوي الشريف " لا ضرر ولا ضرار"، والذي يقتضي رفع الضرر دون تقييد بنوع منه دون آخر.²

وتتنشعب أنواع الضرر بشكل كبير بحسب درجة جسامته نتائج الفعل الضار، فهذا الأخير قد يؤدي إلى إتلاف المال، أو موت المصاب، أو جرحه، أو المساس بشرفه وكرامته،³ وبهذا فقد يكون مادياً، أو جسدياً، أو معنوياً.

(1) التكروري، عثمان، و السويطي، احمد، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 423.

(2) الزرقا، مصطفى، (1988): الفعل الضار والضمان فيه، دراسة وصياغة قانونية مؤصلة على نصوص الشريعة الإسلامية وفقها انطلافاً من القانون المدني الأردني، ط1، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، ص 586.

(3) السرحان، عدنان، وخاطر، نوري حمد، شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 395.

فالضرر المادي هو الضرر الذي يصيب الأموال فتؤدي إلى تلفها كلياً أو جزئياً، أو إلى نقص في قيمتها، أو إلى تفويت منفعتها، لذلك يسمى الضرر المالي أو الضرر الاقتصادي، ومثاله إتلاف مال الغير بالحرق أو الكسر أو الهدم.

وأما الضرر الجسدي، فهو الأذى الذي يصيب جسم الإنسان، وقد يزهق الروح بالموت فيكون اعتداء على الحق في الحياة، أو يقتصر على فقد عضو أو الجرح أو الضرب أو المرض. وقد نظم القانون المدني الأردني هذا الضرر في المادتين (273) و (274)، فقد نصت المادة (273) على أن: " 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 وفقاً للقانون "، ونصت المادة (274) على أنه: رغماً عما ورد في المادة السابقة، " كل من أتى فعلاً ضاراً بالنفس من قتل أو جرح أو أذى يلزم بالتعويض عما أحدثه من ضرر للمجني عليه أو ورثته الشرعيين أو لمن كان يعولهم، وحرّموا من ذلك بسبب الفعل الضار " .

أما بالنسبة للضرر الأدبي (المعنوي)، فيمكن القول بأنه عبارة عن الاعتداءات التي تقع على مشاعر الضحية المتضرر، بحيث أنها لا تؤثر مباشرة على الذمة المالية ولكنها تسبب له ألماً نفسياً ومعنوياً . وعلى الرغم من أن الفقه الإسلامي لا يعترف بهذا الضرر في نطاق التعويض إلا أن المشرع المدني الأردني قد نص صراحة على التعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية التقصيرية فقط و دون المسؤولية العقدية، فقد نصت المادة (267) من القانون المدني الأردني على أن:

"1- يتناول حق الضمان الضرر الأدبي كذلك، فكل تعد على الغير في حريته أو في عرضه أو في شرفه أو سمعته أو في مركزه الاجتماعي أو في اعتباره المالي يجعل المعتدي مسئولاً عن الضمان .

2- ويجوز أن يقضى بالضمان للأزواج وللأقربين من الأسرة عما يصيبهم من ضرر أدبي بسبب موت المصاب 3- ولا ينتقل الضمان عن الضرر الأدبي إلى الغير إلا إذا تحددت قيمته بمقتضى اتفاق أو حكم قضائي نهائي " .

وحتى يكون الضرر قابلاً للتعويض لا بد أن تتوفر فيه عدة شروط وهي:

أولاً: أن يكون الضرر محققاً أي ثابتاً على وجه اليقين والتأكيد¹، ولا يقصد بتحقق الضرر وقوعه في الحال، بل يكفي أن يصبح مؤكداً الوقوع ولو تراخى وقوعه في المستقبل، أما الضرر المحتمل فهو ضرر غير مؤكد الوقوع ولا يتم التعويض عنه إلا بعد وقوعه.

ثانياً: أن يكون الضرر مباشراً أي أنه نتيجة مباشرة للفعل الضار، ويرتبط به ارتباط السبب بالمسبب .
وثالثاً: أن يصيب الضرر مصلحة مشروعة للمتضرر، ويتبين من ذلك أنه لا ب من وقوع الضرر على مصلحة مشروعة وهي المصلحة التي يحميها القانون ويتبين كذلك لا يشترط أن يكون الحق الذي حصل المساس به حقاً مالياً، كحق الملكية، وحق الانتفاع، بل يكفي المساس بحق يحميه القانون، سواء كان ذلك الحق متعلقاً بسلامة جسمه، أو عاطفته، أو حرته، أو شرفه واعتباره .

المطلب الثالث: علاقة السببية

لا يكفي لقيام المسؤولية أن يكون هناك فعل ضار صدر من أحد وضرر أصاب غيره، بل لا بد أن يكون ذلك الفعل هو السبب في وقوع هذا الضرر، وهذا ما يعبر عنه بضرورة وجود علاقة السببية بين الاثنين².

(1) السرحان، عدنان، وخاطر، نوري حمد، شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 423.

(2) السرحان، عدنان، وخاطر، نوري حمد، شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 425.

وهذا الأمر كما يقتضيه المنطق تقتضيه أيضاً نصوص القانون، فالمادة (256) من القانون المدني الأردني تنص على أن: " كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر " وتعبير فاعله يعني من كان وراءه أي من وقع الضرر بفعله، وكان الضرر مرتبطاً بالفعل ارتباط النتيجة بالسبب.

كما نصت المادة (261) من القانون المدني الأردني على أنه: " إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كآفة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو فعل المتضرر كان غير ملزم بالضمان ما لم يقضي القانون أو الاتفاق بغير ذلك " .

والرابطة السببية هي تلك الرابطة التي تربط الفعل الضار بالضرر رابطة سبب بنتيجة بمعنى أنها تجعل الضرر نتيجة للفعل الضار، فحتى تجيب المحكمة طلب المضرور بالتعويض فلا بد أن تتوافر رابطة السببية، بأن يكون ما أصاب المضرور من ضرر سببه فعل المتسبب في إحدائه، فإذا انتفت رابطة السببية فلا مسؤولية على الفاعل، وتوافر رابطة السببية من عدمه من مسائل الموضوع التي يستقل قاضي الموضوع بالفصل فيها دون رقابة عليه في ذلك من محكمة التمييز¹.

(1) أبو مارية، علي، القانون المدني، مصادر الالتزام، مصادر الحق الشخصي، مرجع سابق، ص 194.

المبحث الثالث: العوامل التي تتأثر بها الأهلية

الأصل في الإنسان كمال الأهلية، ولكن استثناءً قد تكون أهليته معدومة أو ناقصة إما بسبب طبيعي (أصلي) أو بسبب طارئ، أما السبب الأصلي فيرجع إلى تأثير تمييز الإنسان وإدراكه بحسب مراحل العمر التي يمر بها في حياته، وأما السبب الطارئ فيعود إلى أمور عارضة تقع فتؤدي إلى اختلال في تمييز الإنسان أو قواه العقلية، ويقال لها عوارض الأهلية .

وحتى ينعقد التصرف صحيحاً، فلا بد من أن يكون كل من طرفيه أهلاً لانعقاده، وقد نصت المادة (116) من القانون المدني الأردني على أن: " كل شخص أهلاً للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون"، وهذا يعني أن الأصل في كل شخص توافر أهلية التعاقد، إلا إذا قرر القانون غير ذلك فيكون الشخص غير مؤهل للتعاقد، ومقتضى ذلك قيام قرينة قانونية على توافر الأهلية من شأنها إلقاء عبء الإثبات على عاتق من يدعي العكس¹.

والأهلية هي صلاحية الشخص لتتعلق به حقوق والتزامات سواء أكانت حقوقاً له على غيره، أو حقوقاً لغيره عليه²، ولأن يباشر بنفسه الأعمال القانونية والقضائية التي تتعلق بهذه الحقوق، والأهلية إما أن تكون أهلية وجوب وإما إن تكون أهلية أداء:

أولاً: أهلية الوجوب

يعنى بهذا النوع من الأهلية صلاحية الشخص لأن يكون له حقوق وعليه التزامات، حيث أنها صفة تجعل الإنسان قابلاً لأن تثبت له الحقوق وتقرر عليه الالتزامات، وبهذه الصفة في الشخص يكون صالحاً لأن يتعلق به حق معين له أو عليه، وهذه الصفة هي خاصية يتمتع بها الإنسان، وتدور مع

(1) أبو مارية، علي، القانون المدني، مصادر الالتزام، مصادر الحق الشخصي، مرجع سابق، ص62.

(2) النكروري، عثمان، والسويطي، احمد، مصادر الالتزام، مصادر الحق الشخصي، مرجع سابق، ص 157.

شخصيته وجوداً وعدمياً، كمالاً أو نقصاً، فتحكم هذه الصفة ذات القواعد التي تحكم الشخصية القانونية¹، فمتى وجد الشخص وجدت أهلية الوجوب وتكون ناقصة بالنسبة للجنين.

ثانياً: أهلية الأداء

تعرف أهلية الأداء بأنها قدرة الشخص على القيام بالأعمال القانونية لحساب نفسه، ويتحدد نطاقها بالتصرفات القانونية وحدها سواء تمت بإرادة واحدة أم بإرادتين، وهي تستلزم أن يتوافر لدى الشخص قدر معين من التمييز يجعله قادراً على التعبير عن إرادته تعبيراً يعتد به القانون ويرتب عليه آثاره. والأهلية صفة يقدرها المشرع في الشخص لتصح منه التصرفات وتثبت له الحقوق²، وتتأثر أهلية الإنسان بعدة عوامل وهذا ما سأدرسه في المطالب التالية.

المطلب الأول: صغر السن

يمر الإنسان في حياته بثلاثة مراحل اهتم فقهاء الشريعة الإسلامية بتنظيم أحكامها ومن هؤلاء أخذ القانون المدني الأردني هذه الأحكام .

الفرع الأول: مرحلة انعدام التمييز

وتبدأ هذه المرحلة بالولادة وتنتهي بسن التمييز وهو سبع سنوات كاملة ويكون للإنسان فيه أهلية وجوب كاملة إلا أنه يكون عديم أهلية الأداء لأنه عديم التمييز ؛ وعديم التمييز بسبب الصغر محجور عن التصرف لذاته فلا حاجة لصدور حكم بالحجر عليه من المحكمة حتى تكون تصرفاته باطلة، سواء أكانت نافعة نفعاً محضاً، أو ضارة ضرراً محضاً، أو دائرة بين النفع والضرر.

(1) مرقس، سليمان، (1978): الوافي في شرح القانون المدني، ج2، في الالتزامات نظرية العقد والإرادة المنفردة، مطبعة السلام، القاهرة، ص311.

(2) مرقس، سليمان، الوافي في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 31.

وفي هذا السياق نصت المادة (117) من القانون المدني الأردني على أن: " ليس للصغير غير المميز حق التصرف في ماله وتكون جميع تصرفاته باطلة ".

إذاً فإن عديم الأهلية وفقاً لهذا النص هو الشخص غير المميز، وسن التمييز وفقاً لنص الفقرة الثالثة من المادة (118)، تمام السابعة من العمر، حيث جاء فيها: 3- " وسن التمييز سبع سنوات كاملة " .

فهذا الدور يمتد منذ الولادة إلى ما قبل بلوغ السابعة من العمر، وفيه لا يكون للإنسان الحق في إبرام أي تصرف من أي نوع كان لأنه فاقد للتمييز، وحكم جميع تصرفاته البطلان حتى وإن كانت نافعة نفعاً محضاً كقبوله للهبة¹.

وقد نصت المادة (110) من القانون المدني المصري على أن: " ليس للصغير غير المميز حق التصرف في ماله، وتكون جميع تصرفاته باطلة "، وكذلك المادة (45) منه على: " 1- لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون 2- وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقد التمييز ".

أما بالنسبة لمجلة الأحكام العدلية فلم تحدد ضمن نصوصها سن انعدام التمييز بشكل واضح ، بل اكتفت ببيان حكم تصرفات الصغير غير المميز ومدى صحتها إذا ما قام بها وهو في مرحلة انعدام التمييز، وهو ما نصت عليه المادة (966) من مجلة الأحكام العدلية من أنه: " لا تصح تصرفات الصغير غير المميز القولية مطلقاً وإن أذن له وليه "، كما أوضحت نصوص أخرى من المجلة من هو الصغير غير المميز وأعطت بعض الأمثلة للاستدلال عليه كما هو الحال في نص المادة (943) من مجلة الأحكام العدلية التي جاء بها: " الصغير غير المميز هو الذي لا يفهم البيع والشراء يعني

(1) أبو مارية، علي، القانون المدني، مصادر الالتزام، مصادر الحق الشخصي، مرجع سابق، ص 63.

من لا يعرف أن البيع سالب للملكية والشراء جالب لها، ولا يفرق بين الغبن الفاحش الظاهر كالتغيير في العشرة خمسة وبين الغبن اليسير ويقال للذي يميز ذلك، صبي مميز".

وقضت محكمة النقض الفلسطينية بأن سن التمييز يبدأ بتمام السابعة من العمر حيث قضت بأن: " لقد شكك وكيل المطعون ضده بلائحته الجوابية بصحة المبرزين ك/3، ك/4 على اعتبار أنهما ناشئان عن تقدير سن بعد مدة طويلة من ولادة الطاعنين، ولكننا نجد أن المبرز ك/3 يفيد أن عمر الطاعن الأول عزمي عند توقيع عقد البيع كان خمس عشرة سنة والمبرز ك/4 يفيد أن عمر الطاعن الثاني فخري عند توقيع العقد تجاوز الحادية عشرة سنة، وحيث أن سن التمييز يبدأ بتمام السابعة من العمر فتصرفاته ما كان نفعاً خالصاً لم تصح من غير إذن الولي المادة 967 من المجلة وما كان ضاراً به ضرراً خالصاً لا تصح منه كهفته لغيرة وتصدقه ووقفه وما كان محتملاً بين الضرر والنفع توقف على إجازة وليه فإن أجازها صحت لأن ذلك دليل نفعها له وإن أبطلها بطلت لأن ذلك دليل ضررها به، إن عقد البيع هو من العقود المترددة بين الدفع والضرر، وطالما شهد على العقد ولي الطاعنين والدمها فإن ذلك يعتبر إذناً لهما بالبيع، إذ أن المادة 971 من المجلة تنص كما يكون الإذن صراحة يكون دلالة على تصرفات الصغير المميز، وسكوت الولي يكون إذن بذلك التصرف طالما تم العقد بحضوره وشهد عليه¹".

يتبين من مجمل هذه النصوص أن المجلة لم تحدد بدورها سن انعدام التمييز، وبناءً على ذلك لم يتفق الفقهاء المسلمين على تحديد السن الذي يتجاوز فيه الصغير مرحلة انعدام التمييز، ولكن السائد عند الحنفية أن مرحلة انعدام التمييز تصاحب الصبي من ميلاده إلى بلوغه سن السابعة من عمره، وذلك استناداً لما جاء في حديث الرسول _ صلى الله عليه وسلم _: " مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع".

¹ حكم محكمة النقض الفلسطينية رقم 19، 2005، (رام الله)، الصادر بتاريخ 2005/4/20، منشور على الموقع الإلكتروني www.qanon.ps، نظر الموقع بتاريخ 2017/12/13.

الفرع الثاني: مرحلة التمييز

ويبدأ هذا الدور من أول يوم من السنة الثامنة إلى حين بلوغ سن الرشد وهي ثماني عشرة سنة كاملة¹. ونصت المادة (45) من القانون المدني الأردني على أنه: " من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد بعد يكون ناقص الأهلية "، فأهلية الأداء عنده محدودة بالتصرفات النافعة نفعاً محضاً حيث تتعقد صحيحة دون إذن من أحد مثل قبول الهبة، أما التصرفات الضارة ضرراً محضاً فليس له إجراؤها وتقع باطلة ولو أذن له وصيه لأن أي منهما ليس له إجراء هذه التصرفات أصلاً .

أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فتتعقد موقوفة على إجازة الولي في الحدود التي يجوز فيها له التصرف ابتداءً أو إجازة القاصر نفسه بعد بلوغه سن الرشد² .

وقد بينت المادة (967) من مجلة الأحكام العدلية حكم تصرفات الصغير المميز حيث نصت على أنه: " يعتبر تصرف الصغير المميز إذا كان في حقه نفعاً محضاً وإن لم يأذن به الولي ولم يجزه كقبول الهدية والهبة ولا يعتبر تصرفه الذي هو في حقه ضرر محض وإن أذنه بذلك وليه وأجازه كأن يهب لآخر شيئاً أما العقود الدائرة بين النفع والضرر في الأصل فتتعقد موقوفة على إجازة وليه، ووليه مخير في إعطاء الإجازة وعدمها فإن رآها مفيدة في حق الصغير أجازها وإلا فلا . مثلاً: إذا باع الصغير المميز مالاً بلا إذن وإن كان قد باعه بأزيد من ثمنه يكون نفاذ ذلك البيع موقوفاً على إجازة وليه لأن عقد البيع من العقود الدائرة بين النفع والضرر في الأصل " .

وبهذا فإن الصغير في هذه المرحلة يكون مميزاً له أهلية أداء ناقصة وتعد تصرفاته:

أولاً: صحيحة متى كانت نافعة نفعاً محضاً كقبول هدية من غيره.

ثانياً: باطلة متى كانت ضارة ضرراً محضاً كإعطاء هدية لغيره.

(1) انظر المواد (118 فقرة 3 و المادة 44 فقرة 4 و 43) من القانون المدني الأردني.

(2) المادة 119 الفقرة الثانية من القانون المدني الأردني.

ثالثاً: موقوفة على إجازة الولي في الحدود التي يجوز له فيها التصرف ابتداءً، أو إجازة القاصر بعد بلوغ سن الرشد، متى كانت دائرة بين النفع والضرر مثل عقد البيع.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض الفلسطينية بأن: " المحكمة ترى أن استنتاج محكمة الاستئناف في أن عدم إجازة ولي المطعون ضدها للبيع يبطل البيع باعتبار البائعة قاصرة هو استنتاج في محله وليس فيه أية مخالفة للقانون لأن البيع بالنسبة للقاصر من الأمور الدائرة بين النفع والضرر طبقاً للمادة (967) المذكورة أعلاه ¹ .

وقضت كذلك بأنه: " بالنسبة للإدعاء بأن المشتري المدعى عليه الثاني كان قاصراً عند تنظيم الوكالة الدورية ط/2 فإن صغر السن وفق ما جاء في لائحة الإدعاء لا يعتبر سبباً لإبطال الوكالة الدورية المبرز ط/4 وعقد البيع رقم 554/92 المبرز ط/6 كان برضا وليه عملاً بأحكام المواد 970 و 971 و972 من المجلة حيث نصت المادة 972 بأنه (لو أذن للصغير من قبل وليه يكون في الخصومات الداخلة تحت الإذن بمنزلة البالغ وتكون عقودها التي هي البيع والشراء معتبرة وبذلك فإن تنظيم الوكالة الدورية المبرز ط/4 وعقد البيع المبرز ط/6 يكونان معتبرين ما دام وليه أن ذلك كما أثبتت البيئة المقدمة في الدعوى) ² .

(1) حكم محكمة النقض الفلسطينية رقم 86، 2002، (غزة)، الصادر بتاريخ 2002/9/30، منشور على الموقع الإلكتروني

المقتفي www.muqtafi.birzeit.edu، نظر الموقع بتاريخ 2017/4/10.

(2) حكم محكمة النقض الفلسطينية رقم 345، 2002، الصادر بتاريخ 2004/6/7، منشور على الموقع الإلكتروني

المقتفي www.muqtafi.birzeit.edu، نظر الموقع بتاريخ 2017/4/10.

وقضت كذلك محكمة التمييز الأردنية بأنه: " إذا صدر عقد البيع صحيحاً، فإنه يعتبر موقوفاً على إجازة المميز ضده بعد بلوغه سن الرشد وفقاً لما تقضي به المادة 2/118 من القانون المدني الأردني"¹.

حيث نصت المادة (118) من القانون المدني الأردني على أن: " تصرفات الصغير المميز صحيحة متى كانت نافعة نفعاً محضاً، وباطلة متى كانت ضارة ضرراً محضاً، أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فتعد موقوفة على إجازة الولي وفي الحدود التي يجوز فيها له التصرف ابتداءً أو إجازة القاصر بعد بلوغه سن الرشد ".

وفي القانون المدني المصري نصت المادة (46) منه على أن " كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيهاً أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون " وكذلك المادة (111) والتي تنص على حكم تصرفات الصبي المميز بأنه " 1- إذا كان الصبي مميزاً كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة نفعاً محضاً، وباطلة متى كانت ضارة ضرراً محضاً 2- أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر، فتكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر ويزول حق التمسك بالإبطال إذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد، أو إذا صدرت الإجازة من وليه أو من المحكمة بحسب الأحوال وفقاً للقانون ".

ومن الملاحظ أن أحكام كلا القانونين الأردني والمصري تتفق في شأن تصرفات الصبي المميز النافعة نفعاً محضاً والضارة ضرراً محضاً، أما بالنسبة للتصرفات الدائرة بين النفع والضرر فهي موقوفة على إجازة الولي في القانون المدني الأردني، و قابلة للإبطال في القانون المدني المصري، وهناك فرق بين الوقف والقابلية للإبطال، فالعقد الموقوف عقد صحيح ولكنه غير نافذ، ويظل موقوفاً على الإجازة، فإن

(1) حكم محكمة التمييز الأردنية ، المبدأ رقم 1891 لسنة 2003، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، 2004، ص 1485، نقلا عن التكروري، عثمان، و السويطي، احمد، مصادر الالتزام، مرجع سابق ، ص 167.

أجيز نفذ وان لم يجر بطل، أما العقد القابل للإبطال فهو عقد صحيح نافذ حتى يقضى ببطلانه، فإن قضي ببطلانه اعتبر كأن لم يكن¹.

وأما بخصوص الشخص القاصر المأذون له بالتجارة فقد نصت المادة (968) من مجلة الأحكام العدلية على أن: " للولي أن يسلم الصغير المميز مقداراً من ماله ويأذن له بالتجارة لأجل التجربة فإذا تحقق رشده دفع وسلم إليه باقي أمواله ".

ونصت كذلك المادة (119) من القانون المدني الأردني على أنه: " 1- للولي بترخيص من المحكمة أن يسلم الصغير المميز إذا أكمل الخامسة عشرة مقدارا من ماله ويأذن له في التجارة تجربة له، ويكون الإذن مطلقاً أو مقيداً 2- وإذا توفي الولي الذي أذن للصغير أو انعزل من ولايته لا يبطل إذنه".

ومن الملاحظ أن هنالك فرق ما بين حكم المجلة من جهة وحكم القانون المدني الأردني من جهة اخرى، فالقانون المدني الأردني حدد سن القاصر المأذون بسن الخامسة عشرة، إلا أن المجلة لم تقم بذات الأمر، فلم تحدد سناً معيناً للصغير المميز حتى يؤذن له بالاتجار.

الفرع الثالث: سن الرشد

وسن الرشد في القانون المدني الأردني هي ثماني عشرة سنة شمسية كاملة، فإذا بلغ الشخص هذه السن، ولم يحكم عليه باستمرار الولاية أو الوصاية لجنون أو عته أو غفلة أو سفه فإنه يصبح كامل الأهلية، فله إجراء جميع التصرفات النافعة والضارة، والدائرة بينهما.

(1) سلطان، أنور، (1998): مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي، ط 2، المكتبة القانونية، عمان، ص 44 .

حيث نصت المادة (43) من القانون المدني الأردني على أنه: " 1- كل شخص يبلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. 2- وسن الرشد هي ثماني عشرة سنة شمسية كاملة"، ولكن سن كمال الأهلية وفق أحكام المجلة هو أقل من ثماني عشرة سنة.

فقد نصت المادة (947) من مجلة الأحكام العدلية على أن: " الرشيد هو الذي يتقيد بمحافظته ماله ويتوقى السرف والتبذير"، ولمعرفة السن الذي يكون فيه الإنسان رشيداً فقد وضعت مجلة الأحكام العدلية عدة نصوص ومن أهمها نص المادة (986) والتي نصت على أن " مبدأ سن البلوغ في الرجل اثنتا عشرة سنة وفي المرأة تسع سنوات وفي كليهما خمس عشرة سنة . وإذا أكمل الرجل اثنتي عشرة سنة ولم يبلغ يقال له المراهق وإذا أكملت المرأة تسعاً ولم تبلغ يقال لها المراهقة إلى أن يبلغا ".

حيث أن مجلة الأحكام العدلية قد اعتبرت أنه من الممكن أن يكون الذكر بالغاً ببلوغه اثنا عشرة سنة وأن الأنثى من الممكن أن تكون بالغة ببلوغها تسع سنوات، ولكن في كلتا الحالتين كل من بلغ منهما خمسة عشرة سنة يكون بالغاً حكماً، أي كامل الأهلية متمتعاً بأهلية الأداء .

أما بالنسبة للقانون المدني المصري فتقضي المادة (44) منه بأن: " 1- كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية لم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، 2- وسن الرشد هي إحدى وعشرون سنة ميلادية ".

ونخلص من ذلك، أن سن الرشد وفق أحكام المجلة هو خمسة عشرة سنة هجرية كقاعدة عامة، وأن سن الرشد في القانون المدني الأردني هي ثماني عشرة سنة شمسية كاملة أما في القانون المصري فسن الرشد هي إحدى وعشرون سنة ميلادية، ومن الملاحظ من خلال ما نصت عليه هذه القوانين

أنها تسعى إلى الرفع من سن الرشد وتقييده بسن معينة حتى يكون الشخص قادراً في هذا السن على التحكم في أمواله وممتلكاته وصيانتها.

المطلب الثاني: عوارض الأهلية

قد يعترض الإنسان عوارض كثيرة تؤثر في أهليته، وهي طارئة تشوب أهلية الأداء، فيحصل أن يبلغ الإنسان سن الرشد تام التمييز، ولكن يطرأ على تمييزه ما يخل به فتختل تبعاً لذلك أهليته، وبالتالي تؤثر على تصرفاته القانونية، حيث يمكن أن يكون العارض مؤثراً على أحكام الأهلية بحيث يحد منها أو ينقصها أو يفقدها، وهذه العوارض هي: الجنون، والعتة، والسفه والغفلة.

الفرع الأول: الجنون

الجنون مرض يصيب الإنسان في عقله حيث يتولى تحديد ذلك طبيب مختص، فالقانون المدني الأردني لم يعرف الجنون وكذلك الأمر بالنسبة لمجلة الأحكام العدلية، والسبب في ذلك اعتبارهم أن الجنون حالة فنية يتولى أصحاب الاختصاص من الأطباء تحديدها .

وعرفه البعض بأنه: " اختلال في القوة المميزة بين الأمور الحسنة و القبيحة المدركة للعواقب وقد يعرف بأنه مرض يعتري الإنسان يؤدي إلى زوال العقل¹ ".

ويعرف أيضاً بأنه: " فقد الإنسان لعقله وانعدام التمييز لديه فلا يعتد بأقواله وأفعاله إذ هو مرض يصيب العقل ويعطل الإدراك والجنون إما أن يكون مطبق أو غير مطبق (متقطع)² ".

والمجنون عديم الأهلية فاقد التمييز فقد جاء في المادة (44 فقرة 1) من القانون المدني الأردني أنه: " لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن، أو عته، أو جنون"،

(1) عدنان السرحان ونوري خاطر، مرجع سابق، ص 119.

(2) أبو مارية، علي، القانون المدني، مصادر الالتزام، مصادر الحق الشخصي، مرجع سابق، ص 66.

ولكن يلاحظ أن هذا النص يعتبر العته سبباً لفقد التمييز الذي يؤدي إلى انعدام الأهلية في حين أن المعتوه ناقص الأهلية كما سنرى لاحقاً .

وهذا ما ينطبق على الجنون المطبق أما الجنون غير المطبق أي المتقطع فقد نصت الفقرة الثانية من المادة (128) من القانون المدني الأردني أنه: " أما المجنون غير المطبق فتصرفاته في حال إفاقته كتصرف العاقل " .

وفي هذا السياق نصت الفقرة الأولى من المادة (114) من القانون المدني المصري على أنه: " يقع باطلاً تصرف المجنون أو المعتوه إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر " ، وفي الفقرة الثانية من المادة المذكورة على أنه: " أما إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلاً إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد أو كان الطرف الآخر على بينه منها " .

" ومن الملاحظ من نص هذه المادة أن المشرع المدني المصري لم يميز مطلقاً بين جنون مطبق وآخر غير مطبق، وقد اعتبرت المادة (114) من القانون المدني المصري أن تصرفات المجنون تكون باطلة بعد تسجيل قرار الحجر عليه، في حين أن تصرفاته قبل ذلك تكون صحيحة من حيث المبدأ ما لم تكن حالة الجنون شائعة وقت العقد أو يكن الطرف الآخر على علم بها، ويعتبر تقدير حالة الجنون لدى المتعاقد من أمور الواقع التي تعود لقاضي الموضوع، ولا رقابة لمحكمة التمييز عليه في ذلك " ¹ .

وبالنسبة للجنون المطبق، فهو الجنون الذي لا يفيق المريض به من جنونه ولا تتخلله فترات صحو ووفق المادة (944) من المجلة التي نصت على أن: " المجنون على قسمين: أحدهما، المجنون

(1) دواس، أمين، (2004): القانون المدني، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية العقد والإرادة المنفردة، ط 1، دار الشروق للنشر والتوزيع، رام الله، ص 38.

المطبق وهو الذي يستوعب جنونه جميع أوقاته والثاني، المجنون غير المطبق وهو الذي يكون في بعض الأوقات مجنوناً ويفيق في بعضها " .

ويكون الشخص في هذه الحالة محجوراً لذاته دون الحاجة لصدور قرار من المحكمة بالحجر وهذا يتطابق مع حكم المجلة وفق المادة (957) التي نصت على أن: " الصغير والمجنون والمعتوه محجورون أصلاً لذاتهم"، وكذلك المادة (1/127) من القانون المدني الأردني التي نصت على أن: " الصغير والمجنون والمعتوه محجورون لذاتهم"، وأيضاً فإن حكمه حكم الصغير غير المميز، فتأثير الجنون على الأهلية ينحصر في تأثيره على أهلية الأداء فيعدمها باعتبار مناطها العقل والتمييز، فالمجنون يعتبر فاقداً للتمييز، لهذا فحكمه حكم الصغير غير المميز عملاً بحكم المادة (979) من المجلة التي نصت على أن: " المجنون المطبق هو في حكم الصغير غير المميز"، ولا تأثير للجنون على أهلية الوجوب، لأن مناطها الصفة الإنسانية ومعياريها الحياة وليس العقل.

وأما بالنسبة للجنون غير المطبق، فهو الجنون الذي يفيق المريض به من جنونه وتتخلله فترات صحو، ويكون الشخص في حالة الجنون كالصغير غير المميز، أما في حالة الإفاقة فهو في حكم العاقل، وذلك استناداً لما جاء في المادة (980) من المجلة والتي نصت على أن: " تصرفات المجنون غير المطبق في حال إفاقته كتصرفات العاقل " .

الفرع الثاني: العته

أما العته فهو يوجب خللاً في العقل أيضاً يترتب عليه أن يكون المعتوه قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير إلا أنه يضرب ولا يشتم، والمعتوه كالمجنون محجور لذاته، إلا أن حكمه حكم الصغير المميز كما تشير الفقرة الأولى من المادة (128) من القانون المدني الأردني التي نصت على أن " المعتوه هو في حكم الصغير المميز"، في حين عرفت المادة (945) من مجلة الأحكام العدلية المعتوه "هو

الذي اختل شعوره بأن كان فهمه قليلاً وكلامه مختلطاً وتدبيره فاسداً"، وكذلك المادة (978) من مجلة الأحكام العدلية التي نصت على أن: "المعتوه في حكم الصغير المميز".

ويعرفه أيضاً بأنه: "خلل يصيب العقل يؤدي إلى اختلاط الكلام وفساد التدبير أو هو نقصان العقل بغير جنون وهو يختلف عن الجنون من حيث أن هذا الأخير يعدم العقل بينما العته ينقص العقل ويشبهه من حيث الحجر، فالمجنون والمعتوه كلاً منهما محجوراً لذاته، ودون حاجة إلى حكم من المحكمة بالحجر¹، وهو ما نصت عليه المادة 1/127 من القانون المدني الأردني بالقول 1- الصغير والمجنون والمعتوه محجورون لذاتهم".

إن العلماء قد اختلفوا كثيراً في وضع التعريف الاصطلاحي للمعتوه، وإن أحسن ما قيل فيه هو من كان قليل الفهم، مختلط الكلام، فاسد التدبير، إلا أنه يضرب ولا يشتم، والمعتوه بعيد عن المجنون، وإنما ينقصه الفهم الكافي لإدارة أعماله وتقدير معاملاته لعجز طبيعي فيه أو لضعف طراً عليه بسبب التقدم في السن، وقد يكون هذا النقص في الفهم ضعيفاً إلى درجة يأذن له القاضي معها بالعمل، بحيث إذا أقر بكسب أو ارث صح، وليس من الضروري أن تتناول قلة الفهم سائر المسائل العامة البسيطة كمعرفة الأيام والأبناء والأقارب والأمور المنزلية اليومية².

وعليه فالمعتوه يتمتع بأهلية ناقصة تسمح له إبرام العقود النافعة نفعاً محضاً دون العقود الضارة ضرراً محضاً، أما العقود الدائرة بين النفع والضرر فتتعقد موقوفة على إجازة الولي، أو الوصي، ولكن إذا

(1) أبو مارية، علي، القانون المدني، مصادر الالتزام، مصادر الحق الشخصي، مرجع سابق، ص 67.

(2) أحمد نشأت، بحث بعنوان العته الموجب للحجر، منشور على الموقع الإلكتروني لمندى المحامين العرب، www.mohamoon.com/montada، ص2، نظر الموقع بتاريخ 2017/4/10.

ذهب العته بالتمييز كله فإنه يأخذ حكم المجنون¹، أما السفه والغفلة فهما لا يعدمان التمييز لدى الشخص، ولا ينفيان المسؤولية عنه ؛ بل يعتبر كل من السفه وذي الغفلة ناقص الأهلية².

الفرع الثالث: السفه والغفلة

السفه لا يعتبر خلا يعترى العقل، وإنما هو خفة تعترى الإنسان فتحمله على العمل بخلاف موجب العقل و الشرع.³

والسفيه هو من يبذر أمواله فيما لا مصلحة فيه وعلى غير مقتضى العقل، ولو كان في سبيل الخير، والسفيه يحتاج إلى قرار من المحكمة للحجر عليه⁴، حيث نصت المادة 2/127 من القانون المدني الأردني على أنه: " أما السفيه وذو الغفلة فتحجر عليهما المحكمة وترفع الحجر عنهما وفقاً للقواعد والإجراءات المعتمدة في القانون".

فالسفه يكون بإنفاق المال وتبذيره على خلاف مقتضى العقل، كالتبذير في النفقة، أو الإسراف في القمار والصرف على الأصدقاء، فيكون السفيه معتاد التبذير ومتبعاً للهوى، وبالتالي فإن السفيه هو من ينفق ماله في غير موضعه وبغير ما هو مألوف، بحيث لا يمكن إعطاؤه مبرراً كافياً.

(1) عبد الرحمن، محمد شريف، (2000): مسؤولية عديم التمييز، مكتبة نجم القانونية للنشر، عمان، ص 10
(2) مرقس، سليمان، (1988): الوافي في شرح القانون المدني، ج 2، الالتزامات، م 2، الفعل الضار والمسؤولية المدنية، ط 5، القاهرة، فقرة 93، ص 244.
(3) البخاري، علاء الدين، (1997): كشف الأسرار عن أصول البزدوي، ج 4، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، ص 514، نقلاً عن عثمان التكروري وأحمد السويطي، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 181.
(4) أبو مارية، علي، القانون المدني، مصادر الالتزام، مصادر الحق الشخصي، مرجع سابق، ص 68.

وقد نصت المادة (946) من مجلة الأحكام العدلية على أن " السفية هو الذي يصرف ماله في غير موضعه وبيذر في مصروفاته ويضيع أمواله ويتلفها بالإسراف والذين لا يزالون يغفلون في أخذهم وإعطائهم ولم يعرفوا طريق تجارتهم وتمتعهم بحسب بلاهتهم وخلو قلوبهم يعدون أيضاً من السفهاء"¹.
أما الغفلة، فهي أيضاً ليست بخلل في العقل وإنما بوجودها يستدل على عدم وجود الخبرة بحيث تؤدي بمن تعترية إلى عدم معرفة التصرف الربح من الخاسر فيغيب سلامة قلبه²، فالغفلة لا تخل بالعقل من الناحية الطبيعية، وإنما على فساد التدبير، وترد على حسن الإدارة والتقدير.

حيث أن " الغفلة هي عدم الاهتداء إلى التصرفات الربحة، فذو الغفلة هو الذي لا يهتدي إلى خير إذا تصرف في معاملته لسلامة نيته، والغفلة تعزى إلى عدم تمرس من يقع فيها، وقلة خبرته، إذ لا يميز بين التصرف الربح والتصرف الخاسر"³.

(1) جاء في شرح المجلة لعلي حيدر بأن "السفيه مأخوذ من السفه، والسفه لغة خفة العقل، والسفيه هو من كان في عقله خفة، أما شرعاً فهو الذي يصرف ماله في غير موضعه يعني خلافاً لما يقتضيه الشرع والعقل وبيذر في مصروفاته ويضيع أمواله ويتلفها بالإسراف، والفرق بين الإسراف والتبذير هو أن التبذير صرف الشيء في غير محله اللائق زيادة عن اللازم، فعلى ذلك التبذير هو تجاوز موضع الحق وجهل بمواضع ومواقع الحقوق أما الإسراف فهو تجاوز في الكمية وجهل في مقادير الحقوق، فالتبذير والإسراف اللذان ينشآن عن السفه يكونان أحياناً في أمور الشر فكما أن يعطي ماله للعازفين والمغنين أو يجمع في بيته أهل الشرب والفسق فيطعمهم ويسقيهم أو يسرف في الإنفاق عليهم أو من يفتح باب الجوائز والصلوات أو يشتري الطيور الطائرة بأثمان باهظة أو من يلقي أمواله في النهر والبحر أو يحرقها بالنار، وكذلك يعد سفياً من أسرف في نفقة، إذ إن الذي لا يكون له غرض في تصرفاته وكان له غرض إلا أنه تصرف به بصورة جعلته لا يعد غرضاً فهو سفية كالغيب في التجارة من غير محمده وإن يكن الأصل في التصرفات أن تكون مبنية على المسامحة كما أن البر والإحسان مشروعان إلا أن الإسراف فيهما حرام كالإسراف في المأكولات والمشروبات، قال تعالى: (والذين إذا أنفقوا لم يسرفوا) أي: لم يتجاوزوا حد الكرم، (ولم يفتروا) أي: لم يضيفوا تضيق الشئح أي: البخل ويكون الإسراف في الأمور الخيرية أيضاً كبناء المساجد أو صرف جميع أمواله على الأمور الخيرية مع عدم اقتداره متبعاً الهوى وتاركاً ما يدل على الحجى أما إذا صرف شخص ماله على المعاصي كشراب الخمر والزنا فلا يعد سفياً بالمعنى المبين في هذه المادة، ويعد أيضاً بمنزلة السفية الذين لا يزالون يغفلون في أخذهم وإعطائهم ولم يعرفوا طريق تجارتهم وتمتعهم بحسب بلاهتهم مع أنه لا يعدون سفهاء بالمعنى الوارد في الفقرة الأولى ويمكن الحجر على أبله وبسيط كهذا عند الإمامين كما ذهب إليه المادة (958) ويطلق على كل من الأبله والبسيط مغفل وليس المغفل فاسداً وإنما هو من كان سليم القلب لا يقدر على التصرفات الربحة مع كونه يخدع فيها "، حيدر، علي، (ب. ت): درر الحكام، شرح مجلة الأحكام، ط 1، م 2، دار الجيل، بيروت، قاعدة 93، ص 94.

(2) الصدة، عبد المنعم فرج، (1979): مصادر الالتزام، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية، بيروت، ص 210.

(3) أبو مارية، علي، القانون المدني، مصادر الالتزام، مصادر الحق الشخصي، مرجع سابق، ص 68.

والسفيه وذو الغفلة يجب أن يصدر قرار من المحكمة بالحجر عليهما، لذا تكون تصرفاته قبل الحجر عليه صحيحة، إلا إذا كانت نتيجة استغلال أو تواطؤ، أما بعد الحجر فتكون تصرفاته مثل تصرفات الصغير المميز¹.

" ولا يسري الحجر في حق الغير إلا من وقت تسجيل القرار ولكن يقع كثيراً أن السفيه أو ذو الغفلة يتوقع الحجر عليه، فيتصرف في ماله متواطئاً مع من تصرف له، أو ينتهز الفرصة فيستصدر منه تصرفات يستغله بها، ويبتر أمواله، ففي الحالتين _التواطؤ والاستغلال _ يكون التصرف باطلاً إذا كان من أعمال التبرع، وقابلاً للإبطال، إذا كان من أعمال التصرف، أو أعمال الإدارة " ².

وقد نصت المادة (990) من مجلة الأحكام العدلية على أن: " السفيه المحجور هو في المعاملات كالصغير المميز وولي السفيه الحاكم فقط وليس لأبيه وجده وأوصيائه حتى الولاية عليه "، كما نصت المادة (991) أيضاً على أن: " تصرفات السفيه القولية بعد الحجر في المعاملات غير صحيحة ولكن تصرفاته قبل الحجر نافذة كتصرفات سائر الناس ".

بما معناه انه يجوز الحجر على السفيه رعاية لمصلحته ومحافظة على ماله، حتى لا يكون عاله على غيره، ويكون حكمه حينئذ حكم الصبي المميز في التصرفات، لقوله تعالى (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم)³، وقوله سبحانه (فإن كان الذي عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً، أو لا يستطيع أن يمل هو فليمل وليه بالعدل)⁴، وهذا يدل على جواز الولاية على السفيه.

(1) التكروري، عثمان، و السويطي، احمد، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 183.

(2) السنهوري، عبد الرزاق، مرجع سابق، ص 107.

(3) سورة النساء، الآية 5.

(4) سورة البقرة، الآية 282.

وقد نصت المادة (46) من القانون المدني المصري أيضاً على أنه: " كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيهاً أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون ".

ويلاحظ من نص هذه المادة أن السفه والغفلة لا يعدمان التمييز لدى الشخص، ولا ينفيان المسؤولية عنه، بل يعتبر كل من السفه وذي الغفلة ناقص الأهلية .

وفي هذا قضت محكمة النقض المصرية بأن: " الغفلة وإن كان يرجع في إثباتها أو نفيها لذات التصرفات التي تصدر من الشخص، إلا أنه ليس ثمة ما يمنع من أن تستمد محكمة الموضوع أيضاً الدليل إثباتاً ونفياً من أقوال المحجور عليه في التحقيقات ومن مناقشتها له، فإذا ما كشفت هذه الأقوال عن سلامة الإدراك وحسن التقدير أمكن الاستدلال بها على انتفاء حالة الغفلة دون أن يؤخذ على هذا الاستدلال الخطأ في مفهومها أو في تطبيق هذا المفهوم ¹ .

وللتفريق بين السفه والغفلة من حيث المعنى، قضت محكمة النقض المصرية بأنه: " من المقرر أن السفه هو تذيير للمال وإتلافه فيما لا يعده العقلاء من أهل الديانة غرضاً صحيحاً، وهو فكرة معيارية تبنى بوجه عام على إساءة استعمال الحقوق، ومن ضوابطه، أنه خفة تعتري الإنسان فتحمله على العقل على خلاف مقتضى العقل والشرع، وأن الغفلة هي ضعف بعض الملكات الضابطة في النفس ترد على حسن الإدارة والتقدير ويترتب على قيامها بالشخص أن يغيب في معاملاته مع الغير ² .

(1) حكم محكمة النقض المصرية، رقم 33 لسنة 1978، نقلاً عن التكروري، عثمان، و السويطي، احمد، مصادر الالتزام، مرجع سابق ، ص 183.

(2) حكم محكمة النقض المصرية، رقم 397 لسنة 1939، مشار اليه في السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في القانون المدني، ج 1، مرجع سابق، ص 243، نقلاً عن التكروري، عثمان، و السويطي، احمد، مصادر الالتزام، مرجع سابق ، ص 183.

وبعد أن تعرضت إلى الأحكام العامة في المسؤولية التقصيرية لا بد من دراسة موقف القوانين المدنية والفقهاء الإسلامي من مسؤولية عديم التمييز وهذا ما سأدرسه في الفصل الأول، وذلك لكي أتوصل بالنتيجة إلى الأساس القانوني لهذه المسؤولية والذي استندت إليه هذه القوانين، وهذا ما سأدرسه في الفصل الثاني .

الفصل الأول:

مدى مسؤولية عديم التمييز في القوانين المدنية (الأردني والمصري) والفقہ الإسلامي

تمهيد:

في هذا الفصل سوف أدرس القاعدة العامة في مسؤولية عديم التمييز وذلك في المبحث الأول، أما في المبحث الثاني فسوف أدرس مدى مسؤولية عديم التمييز عن أعماله الشخصية ومدى مسؤوليته باعتباره حارساً للأشياء.

المبحث الأول: القاعدة العامة في مسؤولية عديم التمييز

تختلف القاعدة العامة في مسؤولية عديم التمييز في القانون المدني الأردني وفي الفقہ الإسلامي عنها في القانون المدني المصري، وذلك لاختلاف الأساس الذي يقوم عليه كل من القوانين المذكورة، وهذا ما سأدرسه في المطالب التالية.

المطلب الأول: القاعدة العامة في القانون المدني الأردني والفقہ الإسلامي

تقوم المسؤولية في القانون المدني الأردني على الضرر الذي لا يشترط فيه توافر الإدراك في الشخص مرتكب الفعل الضار لقيام المسؤولية التقصيرية بل يكفي بقيام هذا الشخص بالانحراف عن السلوك المعتاد لتقرير المسؤولية في مواجهته عما ارتكبه من إحداث ضرر للغير، وهذا ما نصت عليه المادة (256) من القانون المدني الأردني على أنه: " كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر ".

ومن الملاحظ أن أحكام المسؤولية التقصيرية في القانون المدني الأردني تتشابه مع أحكام المسؤولية في الفقه الإسلامي وذلك لأن القانون المدني الأردني مأخوذة معظم أحكامه من مجلة الأحكام العدلية والمستقاة معظم أحكامها من الفقه الإسلامي الذي تقوم فيه المسؤولية على الضرر وليس على الخطأ الذي يشترط الإدراك للانحراف عن السلوك المألوف.

وبهذا يتبين أن الشخص يكون مسئولاً عما ارتكبه من ضرر للغير وملزم بتعويضه سواء أكان مرتكب الفعل مميزاً أم غير مميز، حيث أن عديم التمييز حسب القانون المدني الأردني مسئول عن ضمان الأضرار التي تحدث منه للغير مسؤولية كاملة.

وعلى الرغم من القانون المدني الأردني قد أقر بمسؤولية عديم التمييز الكاملة عن فعله الضار، إلا أنه قد يتعذر أحياناً الحصول على التعويض منه، وفي هذه الحالة وكى لا يفقد المضرور حقه في الحصول على التعويض عما لحقه من ضرر، فقد نص القانون المدني الأردني على مسؤولية متولي الرقابة في هذه الحالة عما ينجم من أضرار تسبب بها عديم التمييز الخاضع لرقابته حسب القانون، وحيث إن المشرع قد أبقى هذه المسؤولية خاضعة لتقدير قاضي الموضوع، وذلك لأنها مسؤولية استثنائية حيث تمت معاملتها معاملة خاصة من قبل المشرع، وهذا ما جاء النص عليه في المادة (288) من القانون المدني الأردني على أنه: " 1- لا يسأل أحد عن فعل غيره، ومع ذلك فللمحكمة بناءً على طلب المضرور إذا رأت مبرراً أن تلزم 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".

وبرأيي فإنه كان يفترض من المشرع المدني الأردني أن يجعل مسؤولية متولي الرقابة على عديم التمييز مسؤولية أصلية وكاملة، لا أن يخضعها لسلطة القاضي بأن جعلها جوازية، لكي يتسنى للمضرور الحصول على التعويض عما لحقه من ضرر .

أما بالنسبة للقاعدة العامة لمسؤولية عديم التمييز في الفقه الإسلامي، فيعتبر الشخص مسئولا عما تسبب به من ضرر للغير وضامناً له سواء أكان هذا الشخص مميزاً أم غير مميز ، فلا عبرة للتمييز عند تقرير الضمان في الفقه الإسلامي ، إلا أنه يختلف الحكم فيما إذا كان الشخص مرتكب الفعل الضار مباشراً أم متسبباً للضرر، فيختلف الحكم في هاتين الحالتين استناداً للقواعد التي يستند إليها الفقه الإسلامي في تقرير وجوب الضمان ، حيث إن المباشر ضامن وإن لم يتعمد¹، وأن المتسبب لا يضمن إلا إذا كان متعمداً أو متعمداً².

يستند الفقه الإسلامي في موقفه من مسؤولية عديم التمييز إلى ركيزتين مهمتين أولهما: أن المباشر ضامن وإن لم يتعمد، وثانيتها، أن المتسبب لا يضمن إلا إذا كان متعمداً أو متعمداً.

ومن الملاحظ أن القرآن الكريم تضمن آيات قرآنية عديدة عن المسؤولية في الآخرة، إذ قال سبحانه وتعالى في سورة النحل: " ولتسئلن عما كنتم تعملون " ³ ، وقال تعالى في سورة العنكبوت: " وليسئلن يوم القيامة عما كانوا يفترون " ⁴.

وقد أطلق الفقه الإسلامي تسمية الضمان أو التضمين فهذه الكلمة في تعني إلزام الإنسان بتعويض مالي عما سببه لغيره من الضرر بسبب إخلاله بالتزام التزم به بإرادته أم بدون إرادته.

(1) المادة 92 من مجلة الأحكام العدلية .

(2) المادة 93 من مجلة الأحكام العدلية .

(3) الآية 93 من سورة النحل.

(4) من الآية 13 من سورة العنكبوت.

وإذا كانت المسؤولية المدنية عموماً تقوم في القوانين المدنية على أساس الخطأ وبصفة عامة الخطأ الذي يصيب الحق أو المصلحة المشروعة بضرر بفعل الانحراف عن السلوك المعتاد، فإن الأساس في وجوب الضمان على الشخص في الفقه الإسلامي هو الضرر الواقع فعلاً بمال المضرور بالمباشرة أو بالتسبب إذ لا يوجد ضمان إلا عندما يكون الضرر مالي متقوماً، غير أن الفقه الإسلامي لم يشترط وقوع الخطأ لضمان الضرر الواقع على المال، وقد أوجب المشرع في التشريع الوضعي وجوب الخطأ عموماً الذي سبب الضرر عن تعد من الشخص الذي صدر منه الخطأ إلا أن الضرر الواجب التعويض عنه في الفقه الإسلامي هو الضرر المؤكد الواقع على المال بينما يكون التعويض عن الضرر في القانون الوضعي في حال الضرر محقق الوقوع حتى ولو لم يقع هذا الضرر فعلاً¹.

والسبب في الالتزام بالضمان في الفقه الإسلامي أن هذا الأمر ليس من قبيل خطاب التكليف، وهو ما يوجه من الشارع إلى المكلف بطلب فعل أو تركه، ومناطه العقل، حتى يستطيع إدراك ذلك وإنما هو من خطاب الوضع الذي يصدر من الشارع بترتيب معقول على علته، أو مسبب على سبب، فالالتزام عديم التمييز مسبب عن حدوث السبب، وهو الفعل الضار².

ومن الملاحظ أن الفقهاء المسلمين فرقوا بين يد الضمان كيد الغاصب والسارق، وبين يد الأمانة كالمودع لديه والمستعير.

وفي رأي الفقه الإسلامي أن الأول ضامن للضرر حتى ولو هلك المال بالآفة السماوية، وأن المؤتمن لا يضمن الهلاك الناجم عن الآفة السماوية، وإنما يضمن الضرر الناتج عن التعدي الصادر منه³.

(1) الفضل، منذر، (1995): النظرية العامة للالتزامات، ج 1، مصادر الالتزام، ط 2، بغداد، ص 369.

(2) عبد الرحمن، محمد شريف، مسؤولية عديم التمييز، مرجع سابق، ص 88.

(3) الفضل، منذر، النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص 370-371.

وبهذا فإنه يلاحظ بأن موقف القانون المدني الأردني هو نفس موقف الفقه الإسلامي من مسؤولية عديم التمييز، وهذا نتيجة أن القانون المدني الأردني مأخوذة أحكامه من مجلة الأحكام العدلية المستقاة أحكامها من الفقه الإسلامي، وهذا على خلاف ما اتجه إليه موقف المشرع المدني المصري.

المطلب الثاني: القاعدة العامة في مسؤولية عديم التمييز في القانون المدني المصري

يختلف موقف المشرع المدني المصري عن موقف المشرع الأردني والفقه الإسلامي بالنسبة لمسؤولية عديم التمييز، فالمشرع الأردني وكذلك الفقه الإسلامي قد اتجها إلى تقرير المسؤولية الكاملة لعديم التمييز، وذلك على خلاف المشرع المصري الذي نفي هذه المسؤولية، وسبب هذا الخلاف يرجع إلى الأساس الذي تستند إليه هذه القوانين لإقامة المسؤولية عن الفعل الضار، فمنها من تبني النظرية الشخصية كأساس للمسؤولية، ومنها من اتخذ النظرية الموضوعية كأساس لأحكامه بشأن المسؤولية عن الفعل الضار.

ويلزم لتوافر الخطأ كقاعدة عامة في القانون المدني المصري أن يتوافر الانحراف في السلوك، وأن يكون الشخص مميزاً، فإذا لم يتوافر الانحراف في سلوك الشخص والتمييز لديه لا تقوم مسؤوليته، أي أنه قد أخذ فكرة الخطأ بعنصريها المادي والمعنوي عند تقرير المسؤولية عن الأفعال الشخصية وبهذا فلا بد أن يتوافر فعل الانحراف في السلوك بالإضافة إلى الإدراك أو التمييز لكي تقوم المسؤولية على الشخص مرتكب الفعل الضار.

وبناءً على ذلك لا يكون مسئولاً كل من كان غير مميز، كالصبي الذي لم يبلغ السابعة من عمره، ومن في حكمه، كالمجنون، والمعتوه .

ويعتبر غير مميز أيضاً كل من فقد رشده بسبب عارض كالسكر، والغيبوبة، والتتويم المغناطيسي، وغير ذلك، إذ أن كل من هؤلاء يكون غير مدرك لأفعاله، ولهذا فلا يمكن أن ينسب إليه الخطأ، وبالتالي لا يكون مسئولاً.

إذ إن الخطأ يرتبط بالتمييز والإدراك، فإذا كان الشخص لا يدرك الأفعال التي تصدر منه، فلا ينبغي أن يسأل، لأن المسؤولية تقوم على الخطأ، وهذه هي القاعدة¹.

وقد نصت الفقرة الأولى من المادة (164) من القانون المدني المصري على أن: " يكون الشخص مسئولاً عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز ". وبناءً على ذلك، فإن التمييز يعد شرطاً أساسياً لقيام المسؤولية، ولكن هذا لا يعني أن يكون الشخص قد بلغ سن الرشد . ذلك أن التمييز في المسؤولية التقصيرية لا يعد أهلية يجب أن تتوفر في الشخص، كما هو الحال في العقد .

ويجب أن يتوافر عنصر الإدراك في الشخص حتى ينسب إليه الخطأ، فإذا كان الشخص الذي صدر منه الفعل الضار غير مميز، بأن كان صبيّاً لم يبلغ السابعة أو كان فاقد الوعي وقت ارتكاب الفعل، بأن كان مجنوناً أو معتوهاً أو نحو ذلك، فلا يجب مساءلته، نظراً لعدم توافر عنصر الإدراك .

ويجب الانتباه إلى أن العبرة هي بتوافر التمييز لدى الشخص في وقت ارتكاب الفعل، حتى ينسب الخطأ إليه، و إذا كان الشخص غير مميز وقت ارتكاب الفعل الضار، فلا يمكن أن ينسب إليه فعل الخطأ².

وانعدام التمييز قد يكون راجعاً إلى السن، أو إلى آفة عقلية أو إلى عارض مؤقت³.

(1) فرج، توفيق حسن، (1991): النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الدار الجامعية، بيروت،، فقرة 276، ص 372.

(2) فرج، توفيق حسن، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 372-373.

(3) سلطان، أنور، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 353

وعلى الرغم من أن القاعدة العامة التي تبناها المشرع المدني المصري من عدم مسائلة عديم التمييز إلا أنه أقر مسؤوليته في حالات استثنائية في نطاق ضيق ومشروط، حيث أنه من الملاحظ أن القانون المدني المصري تدارك ما قد ينجم من ضرر، من وراء انتفاء المسؤولية بسبب انعدام التمييز، وفي هذا النطاق الضيق الذي رسم حدوده .

لأن مبدأ عدم مسؤولية عديم التمييز يؤدي إلى حلول مجافية للعدالة على الأقل كلما كان عديم التمييز موسراً، وكان المضرور معدماً¹.

وعلى ذلك نصت الفقرة الثانية من المادة (164) من القانون المدني المصري والتي جاء فيها: " ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز، ولم يكن هناك من هو مسئول عنه، أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل، مراعيًا في ذلك مركز الخصوم" .

ويرى البعض من الفقه أن مسؤولية عديم التمييز لا تقوم هنا على الخطأ، والخطأ له ركنان، الإدراك والتعدي، وعديم التمييز لا يوجد عنده الإدراك، وإنما تقوم مسؤولية عديم التمييز في هذه الحالة على تحمل التبعة، فالشخص غير المميز، بناءً على الشروط التي وردت في نص المادة 2/164 من القانون المدني المصري يتحمل تبعة ما يحدثه من ضرر².

أي أنه إذا كان عديم التمييز متبوعاً ومسؤولاً عن أفعال تابعه أو كان يتولى حراسة أشياء ويسأل عن فعل الشيء الذي يوجد تحت حراسته، كما إذا تولى عديم التمييز قيادة سيارة أو تولى حراسة حيوان .

(1) الجمال، مصطفى محمد، (1996): القانون المدني في ثوبه الإسلامي، مصادر الالتزام، ط 1، الفتح للطباعة، الإسكندرية، ص547.

(2) السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط، ج 1، مرجع سابق، فقرة 540، ص 804.

فإن المسؤولية في هذه الحلة تقوم على الخطأ المفترض من جانب عديم التمييز، ولا ينفي هذا الخطأ انعدام تمييزه .

وسوف أدرس هذا الموضوع لاحقاً بشيء من التفصيل عند دراسة مدى مسؤولية عديم التمييز باعتباره حارساً للأشياء وباعتباره متبوعاً.

ومن الملاحظ أن مسؤولية عديم التمييز، وفقاً لنص المادة 2/164 من القانون المدني المصري هي مسؤولية مشروطة ومخففة، فهي مشروطة لأن شرطها هو ألا يجد المضرور سبباً للحصول على التعويض من شخص آخر غير عديم التمييز، والغالب أن يعهد إلى شخص آخر برقابة عديم التمييز، أي أن يكفل متولي الرقابة رقابة عديم التمييز، إذ أن الصغير في السن غير المميز يكون في الغالب من الأحوال في كفالة أبيه أو جده أو أمه أو أحد أقاربه، ويكون المجنون في كفالة أبيه أو أمه أو جده أو أي شخص آخر أو في كفالة مستشفى الأمراض العقلية، ويكون متولي الرقابة على الشخص عديم التمييز هو المسئول عن الضرر الذي يحدثه عديم التمييز.

فإذا وجد متولي الرقابة على عديم التمييز، كان هو المسئول وحده نحو المضرور . ويرجع المضرور على متولي الرقابة بالتعويض كاملاً، أما إذا لم يوجد من يتولى الرقابة على عديم التمييز، أو وجد متولي الرقابة على عديم التمييز، ولكنه استطاع أن ينفي الخطأ عن نفسه، لأن خطأ متولي الرقابة هنا خطأ مفترض قابل لإثبات العكس، أو لم يستطع متولي الرقابة على عديم التمييز نفي الخطأ المفترض في جانبه، ولكنه كان معسراً بحيث لا يستطيع المضرور أن يحصل منه على التعويض فعند ذلك يكون للمضرور أن يرجع بالتعويض على عديم التمييز نفسه.

وهي أيضاً مسؤولية مخففة، إذ أن عديم التمييز لا يسأل حتماً عن تعويض الضرر الذي أحدثته التعويض الكامل لهذا الضرر، والسبب في ذلك أن مسؤوليته لا تقوم على الخطأ؛ بل تقوم على تحمل التبعة، ولا يحمل القانون عديم التمييز التبعة عن أفعاله الضارة إلا في حدود عادلة .

ويجب على القاضي عند تقدير التعويض أن يراعي مركز الخصوم من الغنى والفقير، فعلى القاضي أن يقضي بتعويض كامل إذا كان عديم التمييز موفور الثراء، وكان المضرور فقيراً، أو معدماً، أو أصيب بضرر جسيم بسبب العمل الذي صدر من عديم التمييز وأحدث به الضرر، وللقاضي أن يقضي ببعض التعويض إذا كان عديم التمييز موسراً في معيشتته وكان المضرور في حاجة إلى التعويض، ويجب على القاضي في هذه الحالة أن يترك لعديم التمييز قدرًا من ماله يكون مورداً كافياً لنفقاته على نفسه، وعلى من تجب عليه نفقاتهم¹ .

ويكون للقاضي بالألا يقضي بالتعويض أصلاً؛ لأن الحكم بالتعويض في هذه الحالة جوازي لا وجوبي، ومثال ذلك إذا كان عديم التمييز فقيراً، وكان المضرور مقتدراً، ويجب على القاضي أن يضع في اعتباره _ عند تقديره التعويض _ مقدار العناية التي بذلها المضرور، لتوقي الضرر الذي أصابه من عديم التمييز، لأنه إذا قصر المضرور في أخذه للاحتياطات اللازمة لتوقي الضرر وسهل تعرضه له بدون احتياط ، وكان ما وقع به من ضرر من جراء فعله فإن ذلك يعد خطأ منه، قد بحرمة من الحصول على التعويض عما أصابه من الضرر الناجم عن فعل عديم التمييز.

(1) عبد الرحمن، محمد شريف ، مسؤولية عديم التمييز، مرجع سابق، ص 42.

ومن الملاحظ أن السبب في جعل مسؤولية عديم التمييز استثنائية في القانون المصري هي أنها مبنية على تحمل التبعة، لا على الخطأ لأنها لو بنيت على الخطأ لتطلب ذلك توافر الإدراك لدى مرتكب الفعل، والفرص أن المسئول فاقده¹.

وبهذا نجد أن القانون المدني المصري قد نص على مسؤولية عديم التمييز بصفة استثنائية وليست أصلية، وفي حالات خاصة، أو في حالة توافر شروط خاصة، على عكس القانون المدني الأردني والفقهاء الإسلامي، واللذان جاء النص فيهما على مسؤولية عديم التمييز بصفة أصلية، ولمعرفة المسؤولية التي يتحملها عديم التمييز في القوانين السابقة الذكر، لابد من دراسة المسؤولية عن الأعمال الشخصية لعديم التمييز، والمسؤولية عن الأشياء، وهذا ما سأقوم بدراسته في المبحث التالي.

(1) السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط، ج 1، مرجع سابق، ص 540.

المبحث الثاني: المسؤولية عن الأعمال الشخصية والمسؤولية عن الأشياء

يلاحظ أنه حتى يكون فاعل الضرر ضامناً له، أي مسؤولاً عن تعويض هذا الضرر، يجب أن يكون إحدائه للضرر غير مشروع، ولكن متى يكون إلحاق الضرر بالغير غير مشروع؟ .

تختلف الإجابة عن هذا السؤال بحسب الطريقة التي وقع بها الإضرار، إذ أن من الثابت في رأي الفقه الإسلامي أن الإضرار قد يكون بالباشرة، وقد يكون بالتسبب، وأن عدم مشروعية الفعل الضار كأساس لضمان هذا الفعل، تختلف في شروطها بحسب هاتين الحالتين وسوف نعرض لذلك.

المطلب الأول: مدى مسؤولية عديم التمييز عن أفعاله الشخصية في حالتي البباشرة والتسبب

بداية وقبل تحديد مدى مسؤولية عديم التمييز في حالتي البباشرة والتسبب لابد من تحديد المقصود بالبباشرة والتسبب .

اختلفت تعاريف المباشر لدى الفقه الإسلامي في صياغتها، إلا أنها تتضمن نفس المعنى وهو مدى ارتباط الفعل الضار بالنتيجة التي قد حصلت، فمتى ترتبت النتيجة على الفعل كان مباشرة¹.
فالبباشرة لغة: تطلق على من (باشر الأمر، وليه بنفسه ومباشرة الأمر أن تحضره بنفسك وتليه بنفسك)².

وأما اصطلاحاً: فقد عرف الفقهاء المسلمين البباشرة بعدة تعاريف مختلفة، وذلك في سبيل الوصول معناها، فعرف الحنفية البباشرة بأنها: (إيصال الآلة بمحل التلف)³، والمباشر هو (من يلي الأمر

(1) مهنا، فخري رشيد، (1974): أساس المسؤولية ومسؤولية عديم التمييز، دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والقوانين الإنجلو سكسونية والعربية، جامعة بغداد، بغداد، ص 10.

(2) ابن منظور، (ب.ت): لسان العرب، معجم اعداد وتصنيف يوسف الخياط، م 1، دار لسان العرب، بيروت، ص 216.

(3) الكاساني، علاء الدين أبي بكر بن مسعود، (1974): بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 7، ط 3، دار الكتاب العربي، بيروت، ص

بنفسه)¹، وعند المالكية ما يقال عادة حصل الهلاك به من غير توسط²، أما الشافعية فيعرفونها بأنها: (ما يؤثر في الهلاك ويحصله)³.

أي أنه يقصد بالمباشرة، الحالة التي يكون فيها الفاعل، قد أنتج الضرر بنفسه، وكان هذا الفعل هو السبب الوحيد للضرر دون تدخل فعل آخر في إحداث النتيجة، والتي نجمت عن فعله مباشرة، وتعرف أيضاً بأنها " ما كانت نتيجة اتصال آلة التلف بمحله "⁴.

وعرفها آخرون بأن: " المقصود بالإضرار مباشرة أن يؤدي الفعل إلى الضرر مباشرة دون أن يفصل بين الفعل الضار الذي يأتيه المباشر وبين المضرور فعل أو حادث يقع من شخص آخر "⁵.

وقد تعرضت مجلة الأحكام العدلية لحالة إتلاف المال مباشرة، ونصت المادة 877 منها على أن: " إتلاف الشيء بالذات من غير أن يتدخل فعل المباشر والتلف عامل آخر، ويقال عن فعله (فاعل مباشر) " .

ونصت أيضاً في المادة 912 منها على أنه: " إذا أتلف أحد مال غيره الذي في يده أو في يد ابنه قصداً أو في غير قصد يضمن"، كما نصت في المادة 917 منها على أنه: " يضمن نقصان القيمة".

ولكن يلاحظ أن المجلة نظمت إتلاف المال مباشرة دون إتلاف النفس، والسبب في ذلك أن المجلة تعرض للأموال فقط، ويتضح مما سبق أنه إذا أضر شخص بمال الغير أو نفسه مباشرة فهو ضامن

(1) باز، سليم رستم، (1305 هـ): شرح المجلة، ط 3، شرح المادة 92 من المجلة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ص 60.

(2) الصنهاجي القرافي، شهاب الدين، (ب.ت): وبهامشه عمدة المحققين وتهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية، ج 4، دار المعارف للطباعة والنشر، بيروت، ص 27 .

(3) الرملي، شمس الدين محمد، (1938): نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج 5، مطبعة مصطفى ألبابي، مصر، ص 150.

(4) الزحيلي، وهبة، (1982): نظرية الضمان وأحكام المسؤولية المدنية والجناحية في الفقه الإسلامي، دار الفكر الإسلامي، دمشق، ص 26.

(5) أبو مارية، علي، (2016): القانون المدني، مصادر الالتزام، مصادر الحق الشخصي، مرجع سابق، ص 188.

لهذا الضرر في الفقه الإسلامي مطلقاً وفي كل الأحوال، ولا يشترط لهذا الضمان أي شرط يذكر .
كالتعمد والتعدي اللازمين في حالة الإضرار بالتسبب على ما سيأتي بيانه.

وعرف آخرون المباشر بأنه " ما كان نتيجة مباشرة لما باشره المعتدي من فعل دون أن يتوسط بينهما
فعل آخر يتسبب عنه الضرر"¹.

وكل هذا يدل على انه في المباشرة يعد الإضرار وحده عملاً غير مشروع يقوم عليه الالتزام بالضمان،
وعلى ذلك فإن إلحاق الضرر بمال الغير بإتلافه أو إلحاق الضرر بنفس الغير بالقتل أو بالجرح، أو
بالضرب يعد تجاوزاً على حق الغير المعصوم في ماله وجسده . ويكون هذا التجاوز كافياً لقيام
مسؤولية المباشر دون قيد أو شرط².

أما بالنسبة للمقصود بالمتسبب، فالتسبب لغةً: هو كل شيء يتوصل به إلى غيره، والجمع أسباب،
وكل شيء يتوصل به إلى الشيء فهو سبب³، وفي هذا المعنى قوله تعالى: (ورأوا العذاب وتقطعت
بهم الأسباب⁴)، وقال ابن كثير في تفسير الآية الكريمة: " أي عاينوا عذاب الله وتقطعت بهم الحيل،
وأَسباب الخلاص، ولم يجدوا عن النار معدلاً ولا مصرفاً"⁵، إذن التسبب لغة هو " ما يتوصل به إلى
غيره"⁶ .

(1) الخفيف، علي، (1971): الضمان في الفقه الإسلامي، القسم الأول، ج 1، معهد الدراسات القانونية والشرعية، القاهرة، ص 74.

(2) عدنان السرحان ونوري خاطر، مرجع سابق، فقرة 427، ص 380.

(3) ابن منظور، (ب. ت): لسان العرب، م 2، المصدر السابق، ص 78.

(4) سورة البقرة، آية 66.

(5) القرشي دمشقي، الحافظ أبي الفداء اسماعيل ابن كثير، (1990): تفسير القرآن العظيم، ج1، ط 2، دار الجبل، بيروت، ص 193.

(6) اللهيبي، صالح أحمد محمد، (2004): المباشر والمتسبب في المسؤولية التقصيرية، دراسة مقارنة، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص 30 .

أما التسبب اصطلاحاً: فقد عرفنا سابقاً أن الفعل في المباشرة يؤدي إلى حدوث النتيجة مباشرة، بينما هنا في التسبب فإن بين الفعل والنتيجة عامل آخر فلا يؤدي الفعل بمفرده إلى النتيجة¹.

ويعرف التسبب عند الحنفية بأنه: "هو الفعل في محل يفضي إلى تلف غيره عادة"²، ويعرفه المالكية بأنه: " ما يحصل الهلاك عنده بعلة أخرى إذا كان السبب هو المقتضي لوقوع الفعل بتلك العلة"³، ويعرفه الشافعية بأنه: " ما يؤثر في الهلاك ولا يحصله"⁴.

ويقصد بالتسبب الحالة التي يرتكب فيها شخص فعلاً تؤدي نتائجه إلى الضرر دون الفعل ذاته⁵.

" ويكون الإضرار تسبباً عندما لا يؤدي الفعل الضار مباشرة إلى التلف أو الضرر وإنما يكون بعمل يقع على شيء يفضي إلى إتلاف شيء آخر"⁶.

وقد بينت مجلة الأحكام العدلية معنى التسبب حيث جاء في المادة (888) منها على أن " الإلتلاف تسبباً هو التسبب في تلف شيء يعني أن يحدث في شيء ما يفضي عادة إلى تلف شيء آخر، ويقال لفاعله متسبب "

ومثال ذلك، أن يحفر شخص حفرة في الطريق العام، فيقع فيها شخص آخر فيصاب أو يموت أو يقع في هذه الحفرة حيوان فيصاب، أو يموت، وبصفة عامة في حالات التسبب نصت المادة (922) من مجلة الأحكام العدلية على أنه: " لو أتلف واحد مال آخر أو أنقص قيمته تسبباً، يعني لو فعل ما كان مفضياً إلى تلف أو نقصان قيمته كان ضامناً "

(1) اللهيبي، صالح أحمد محمد، المباشر والمتسبب في المسؤولية التقصيرية، مرجع سابق، ص 30
(2) الكاساني، علاء الدين أبي بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المصدر السابق، ص 165.
(3) الصنهاجي القرافي، شهاب الدين، وبهامشه عمدة المحققين وتهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية، المصدر السابق، ص 27.
(4) الخطيب، محمد الشربيني، (ب.ت): معنى المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج4، دار الكتب العربية الكبرى، مكة المكرمة ص6.
(5) الزحيلي، وهبة، (1982): نظرية الضمان وأحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 27.
(6) أبو مارية، علي، (2016): القانون المدني، مصادر الالتزام، مصادر الحق الشخصي، مرجع سابق، ص 188.

ولكن إذا كان الإضرار بالمباشرة سبباً لذاته لمسؤولية المباشر والتزامه بالضمان في كل حال لأنه يعد لوحده عملاً غير مشروع يتحقق به معنى العمل غير المشروع أو الإضرار كأساس للمسؤولية في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني فإن مجرد إحداث الضرر تسبباً لا يكفي منفرداً لقيام العمل غير المشروع أو الإضرار بالمعنى المقصود في القانون المدني الأردني؛ فالإضرار تسبباً لا يعد علة مستقلة للضرر¹، فالقاعدة في الفقه الإسلامي إن " المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد أو التعدي " .

وقد التزم القانون المدني الأردني هذا الحكم عندما نصت الفقرة الثانية من المادة (257) منه على أنه: " فإن كان الإضرار بالمباشرة لزم الضمان ولا شرط له وإذا وقع بالتسبب فيشترط له التعدي أو التعمد أو أن يكون الفعل مفضياً إلى الضرر " .

يتضح مما سبق بيانه أن الاختلاف بين المباشرة والتسبب هو أن الفعل في المباشرة يؤدي إلى حدوث النتيجة كاملة لوحده دون تدخل من أي فعل آخر، بينما في التسبب يتدخل فعل آخر في تحقيق النتيجة فهي لا تتحقق بمجرد حدوث الفعل الأول لوحده، فلا يؤدي الفعل بمفرده إلى النتيجة، وإنما تشترك معه عوامل أخرى² .

وبعد أن تعرفنا على المقصود بكل من المباشرة والتسبب لا بد من معرفة حكم كل منهما في الفقه الإسلامي، والقانون المدني الأردني، ومدى انطباق هذا الحكم على عديم التمييز، وهذا ما سأدرسه في الفرعين التاليين .

(1) السرحان، عدنان، وخاطر، نوري حمد، شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 371.

(2) المحمصاني، صبحي، (1972): النظرية العامة للعقود والعقود في الشريعة الإسلامية، بحث مقارنة في المذاهب المختلفة والقوانين الحديثة، ج 2، دار العلم للملايين، بيروت، ص 183.

الفرع الأول: حكم المباشر في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني ومدى انطباقه على عديم

التمييز

يعد أمراً مفهوماً ما يقرره الفقهاء المسلمون من أن مباشر الضرر يعد ضامناً له، وإن كان فاقداً للإدراك، والتمييز بسبب صغر أو جنون، ويكون الضمان من ماله الخاص لا مال متولي الرقابة عليه.

فالمادة (916) من مجلة الأحكام العدلية تذهب إلى أنه: " إذا أتلّف صبي مال غيره يلزم الضمان من ماله، وإن لم يكن له مال ينتظر لحين الميسرة ولا يضمن وليه".

بالإضافة إلى ذلك فقد نصت المادة (92) من المجلة على أن: " المباشر ضامن وإن لم يتعمد" فهذه هي القاعدة الأساسية في فقه الشريعة الإسلامية تجاه مسؤولية المباشر للضرر، والتي لم تشترط أية شروط لضمان المباشر في هذه الحالة .

وقد استند المشرع الأردني لهذه القاعدة أيضاً، وقرر الضمان على المباشر، ويتبين ذلك من نص المادة (257) من القانون المدني الأردني والتي جاء فيها أن: " 1- يكون الإضرار بالمباشرة أو التسبب، 2- فإن كان بالمباشرة لزم الضمان ولا شرط له، و إذا وقع بالتسبب فيشترط له التعدي أو التعمد أو أن يكون الفعل مفضياً إلى الضرر"¹ .

(1) وقد جاء في قرار صادر عن محكمة التمييز الأردنية أن "1- كل إضرار بالغير يلزم فاعله بضمان الضرر إذا كان بالمباشرة ويشترط فيه التعدي أو التعمد إذا كان بالتسبب عملاً بالمادتين (256 و 257) من القانون المدني، وعليه فإن عدم اتخاذ شركة الكهرباء تدابير خاصة لأسلاك الضغط العالي المارة فوق أسطح المنازل لمنع حدوث الضرر للغير تعدياً بالمعنى المقصود في المادة (257) المشار إليها ويرتب مسؤولية شركة الكهرباء عن الأضرار اللاحقة بالمضروورة و لا يشترط ذلك صدور حكم جزائي بثبوت الضرر إذ قد يكون الضرر ناجماً عن جرم جزائي أو فعل ضار لا يشكل جريمة 2- لا يعتبر قيام المضرور بحمل الماسورة فوق سطح المنزل وتحريكها تحت خطوط الضغط العالي مساهمة منه في إحداث الضرر طالما كان تصرفه تصرف الشخص المعتاد " (تمييز حقوق، رقم 1993/466 م، منشور على موقع التشريعات الأردنية، نظام المعلومات الوطني www.lob.gov.jo، نظر هذا الموقع بتاريخ 2017/2/12 الواقع يوم الأحد، الساعة 11.22 مساءً) .

يتبين من خلال هذه المادة أنها تؤكد على مسؤولية المباشرة الكاملة دون أن يشترط التعمد ولا التعدي وإذا كان بالتسبب اشترط التعمد أو التعدي، ويكون الإضرار بالمباشرة إذا انصب فعل الإلتلاف على الشيء نفسه، ويقال لمن فعله فاعل مباشر، ويؤكد ذلك ما ورد في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني حيث جاء فيها أن " 1. هذه المادة تتناول الإضرار، وهل يشترط التعمد أو التعدي أم لا ؟ 2. وكلمتا التعمد والتعدي ليستا مترادفتين، إذ المراد بالتعمد تعمد الضرر لا تعمد الفعل . والمراد بالتعدي ألا يكون للفاعل حق في إجراء الفعل الذي حصل منه الضرر، والشخص قد يتعمد الفعل ولا يقصد به الضرر، ولكن يقع الضرر نتيجة غير مقصودة، فإذا كان الإضرار (كالإلتلاف بالمباشرة) لم يشترط التعمد ولا التعدي و إذا كان بالتسبب اشترط التعمد أو التعدي، وقد صيغ هذان الحكمان في الفقه الإسلامي في قاعدتين هما (المباشر ضامن ولو لم يتعمد أو يتعد)، و(المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد أو التعدي)، 3. ويكون الإضرار بالمباشرة إذا انصب فعل الإلتلاف على الشيء نفسه، ويقال لمن فعله (فاعل مباشر)، بأن كان إناء فكسره مثلاً، ويكون بالتسبب بإتيان فعل في شيء آخر فيفضي إلى إلتلاف الشيء مثلاً كقطع حبل معلق به قنديل فوق القنديل وانكسر فهذا إلتلاف للحبل مباشرة وللقنديل بالتسبب وكحفر بئر فوق فيه إنسان فمات، فموت الإنسان يكون بالتسبب، ومرجع التفرقة في الحكم بين المباشرة والتسبب أن المباشرة علة مستقلة وسبب الإضرار بذاته فلا يجوز إسقاط حكمها بداعي عدم التعمد أو عدم التعدي أما التسبب فليس بالعلة المستقلة فلزم أن يقترب العمل فيه بصفة التعمد أو التعدي ليكون موجباً للضمان"¹.

أخلص مما سبق إلى أن القاعدة في فقه الشريعة الإسلامية أن المباشرة ضامن وإن لم يتعمد أو يتعد، وكذلك الحال في القانون المدني الأردني، فإذا كان الإضرار بالمباشرة لزم الضمان، ولا يشترط له، ولكن ما مدى انطباق هذا الحكم (حكم المباشرة) على عديم التمييز ؟.

(1) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ص 281-282.

بناءً على ما تقدم فقد اتجه الفقهاء المسلمون إلى أن مباشر الضرر يعد ضامناً له، وإن كان فاقد الإدراك والتمييز بسبب صغر أو جنون، ويكون الضمان من ماله الخاص لا مال المتولي عليه فالمادة (916) من المجلة تذهب إلى أنه: " إذا أتلّف صبي مال غيره يلزم الضمان من ماله، وإن لم يكن له مال ينتظر لحين الميسرة ولا يضمن وليه "، ودون تفرقة بين صبي مميز وغير مميز، وهذا ما أراد المشرع الأردني أن يؤكد عليه ليزيل أي شك عندما جاءت المادة (278) من القانون المدني الأردني لتتص على أنه: " إذا أتلّف صبي مال غيره يلزم الضمان ماله . وإن لم يكن له مال ينتظر إلى حين الميسرة ولا يضمن وليه "، ودون تفرقة بين صبي مميز أو غير مميز، وهذا ما أراد المشرع الأردني النص عليه حيث نص على أنه: " إذا أتلّف صبي مميز أو غير مميز أو من في حكمهما مال غيره لزمه الضمان من ماله."

وجاءت المادة (960) من المجلة بذكر الأشخاص الذين ينطبق عليهم هذا الحكم وذلك لإزالة الغموض الذي قد يحصل، حيث جاء فيها: " المحجورون الذين ذكروا في المواد السابقة (الصغير، والمجنون، والمعتوه، والسفيه، والمدين المحجور) وإن لم يعتبر تصرفهم القولي كالبيع والشراء، فإنهم يضمنون حالاً الضرر والخسارة الذين نشأ من فعلهم. "

ولبيان صراحة هذا المبدأ وشموله، يذهب الفقهاء المسلمون إلى أنه: " لو أن شخصاً يغط في نوم عميق قد انقلب أثناء غياب وعيه، على مال للغير فأتلّفه كان ضامناً للضرر الذي سببه كما يضمن الشخص اليقظ الواعي "، وأيضاً، فلو أن الوليد يوم ولادته قد وقع على مال للغير فأتلّفه كان ضامناً للمال المتلف، ومن ماله الخاص.

ويجب الانتباه أنه حتى يكون المباشر ضامن لما أتاه من أفعال، لا بد أن يكون إتيانه لهذه الأفعال غير مشروع، أما إذا كان مشروعاً كمن يوكل له أمر تنفيذ الحدود والتعازير، أو من يقوم بعمله

كالطبيب الغير متعمد ولا متعد لإحداث الضرر فلا تقوم المسؤولية في مواجهة هؤلاء الأشخاص، أي أنه لا ينطبق حكم ضمان المباشر عليهم في هذه الأحوال؛ لأن فعل هؤلاء لا يشكل الإضرار المقصود بالمادة (256) من القانون المدني الأردني طبقاً لقاعدة: "الجواز الشرعي ينافي الضمان"¹.

لذلك يذهب آخرون إلى أن مسؤولية المباشر هي الأخرى يشترط لها التعدي بمعنى التجاوز على حق الغير أو ملكه المعصوم²، ولكن يرى البعض الآخر بأن التعدي بهذا المعنى يحتويه معنى الإضرار الذي أراده المشرع الأردني، والذي أوضحته المذكرة الإيضاحية للقانون المدني، وهو شرط لوجود الإضرار عموماً، ولقيام مسؤولية كل من المباشر والمتسبب على حد سواء³.

إلا أن التعدي بهذا المعنى لا يكفي لقيام مسؤولية المتسبب بل لابد من معنى آخر للتعدي حتى تقوم مسؤولية المتسبب وهذا ما سأدرسه في الفرع التالي .

الفرع الثاني: حكم المتسبب في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني ومدى انطباقه على عديم

التمييز

إذا كان لا يشترط أي شرط أو قيد بخصوص مسؤولية المباشر عن الضرر الذي يحدثه للغير فإن هذا الحكم يختلف فيما إذا كان الفاعل متسبباً للضرر، فالقاعدة في الفقه الإسلامي أن " المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد أو التعدي "، وهذا الحكم هو ما تبناه المشرع الأردني، حيث نصت المادة (257) منه على انه: " فإن كان الإضرار بالمباشرة لزم الضمان ولا يشترط له، وإذا وقع بالتسبب فيشترط بالتعدي أو التعمد أو أن يكون الفعل مفضياً إلى الضرر"، أي أن هنالك ثلاثة حالات يكون المتسبب

(1) عدنان السرحان ونوري خاطر، مرجع سابق، ص 371.

(2) الزرقا، مصطفى، (1988): الفعل الضار والضمان فيه، دراسة وصياغة قانونية مؤصلة على نصوص الشريعة الإسلامية وفقها انطلاقاً من القانون المدني الأردني، مرجع سابق، ص 79.

(3) عدنان السرحان ونوري خاطر، مرجع سابق، ص 371.

فيها ملزماً بالضمان وهي حالة التعمد ، وحالة التعدي، وحالة إذا كان الفعل مفضياً إلى الضرر، وهي كالاتي .

أولاً: التعمد

ويجب لمسائلة المتسبب المتعمد أن يكون المتسبب قد تعمد الفعل بقصد الإضرار بالغير، ولا يكفي أن يكون قد تعمد الفعل ولم يقصد به الضرر، فالتعمد يتميز إذاً بتوافر نية الإضرار، وعندئذ يكون المتعمد مسؤولاً عن تعويض الضرر الذي ألحقه بالغير تسبباً، وإن لم يكن قد باشر الضرر بنفسه.

فالتعمد يتميز بتوافر نية الإضرار، وعند ذلك يكون مسؤولاً عن تعويض الضرر الذي ألحقه بالغير تسبباً، ولو لم يكن قد أحدث الضرر بنفسه، مثل ذلك أن يحفر شخص خندقاً في أرضه بقصد الإضرار بمواشي جاره أو بقصد الإضرار بالجار نفسه الذي يمر كل يوم عند عودته من عمله في هذه الأرض حتى يصل إلى داره، فيكون المتعمد ضامناً للضرر مسؤولاً عن تعويض هذا الضرر، لتعمده الإضرار، ولو لم يكن متعمداً في فعله لأنه قد حفر البئر أو الخندق في ملكه الخاص.

ثانياً: التعدي

والثابت لدى الفقه الإسلامي أن المتسبب يضمن متى كان متعمداً، وجاء في مجمع الضمانات للإمام البغدادي: "أن المباشر ضامن، وإن لم يتعمد، والمتسبب لا يضمن إلا إذا كان متعمداً، فلو أن شخصاً حفر بئراً في ملكه، فوقع فيه إنسان لم يضمنه، ولو حفر بئراً في غير ملكه فوقع فيه إنسان يضمن من

حفر البئر¹، فالتعدي إذن هو مجاوزة الشخص لحدود حقه الشرعي، وهذا قد يتم عمداً، كما قد يتم إهمالاً وتقصيراً².

وجاء في المادة (924) من مجلة الأحكام العدلية في معرض بيانها لمقصود التعدي كشرط لمسؤولية المتسبب أنه "... يعني أن ضمان المتسبب للضرر المشروط بعمله بغير حق فعلاً مفضياً إلى ذلك الضرر"، فالتعدي يعني أذا ارتكاب الفعل دون وجه حق، أو أنه فعل ما لا يجوز فعله³.

على أن كلمتي التعمد و التعدي غير مترادفتين، فالمقصود بالتعمد "هو تعمد الضرر لا تعمد الفعل فالشخص قد يتعمد القيام بالفعل ولا يقصد تعمد الضرر ولكن يقع الضرر كنتيجة غير مقصودة، فإن كان الشخص قد تعمد الإضرار لا الفعل فيلزمه الضمان"⁴.

وأما المقصود بالتعدي فهو ألا يكون للفاعل الحق في القيام بالفعل المنتج للضرر، ومثال ذلك ، من يضع حاجز في شارع عام فوق أرضاً شخصاً ما بسببه فهو في هذه الحالة متسبب ومتعد فيضمن.

ثالثاً: أن يكون الفعل مفضياً إلى الضرر

ومعنى ذلك أن يكون الفعل مفضياً إلى الضرر هو أن توجد علاقة سببية بين التعدي والضرر المترتب عليه، والتي لا بد منها لقيام مسؤولية المتسبب⁵، إذ أن الفعل المنسوب إلى المتسبب يجب أن

(1) البغدادي، أبو محمد بن غانم محمد، (1987): مجمع الضمانات، ط 1، عالم الكتب، مصر، ص 146.

(2) صبجي محمصاني، مرجع سابق، ص 174.

(3) السرحان، عدنان، وخاطر، نوري حمد، شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 374.

(4) أبو مارية، علي، القانون المدني، مصادر الالتزام، مصادر الحق الشخصي، مرجع سابق، ص 188.

(5) عبد الرحمن، محمد شريف، مسؤولية عديم التمييز، مرجع سابق، ص 198.

يكون مما يؤدي إلى الضرر بحسب العادة، لذلك فإن الإفضاء إلى الضرر مطلوب في التسبب بحالتيه (التسبب بالتعدي، والتسبب بالتعمد)¹.

ولكن إذا كان في مباشرة الضرر أو التسبب فيه بتعمد أو تعد مما يجعل الفعل الضار غير مشروع، فإن هناك من الحالات ما يكون فيها الإضرار مشروعاً فلا تقوم به مسؤولية فاعل الضرر وهي حالة الدفاع الشرعي، وحالة أداء الواجب، وحالة الضرورة.

وبشأن هذا الشرط يذهب البعض إلى القول بأن عبارة " أو أن يكون الفعل مفضياً إلى الضرر، هي عبارة محصل لها، ذلك لأن كل تسبب مفضي إلى ضرر، و إلا لا يسمى تسبباً، فالإفضاء إلى الضرر هو جزء من مفهوم التسبب وليس شرطاً يطلب فيه² ".

ويرى آخرون بأنه لا داعي بأن يقوم المشرع الأردني بالنص على هذه العبارة، ويقترح إلغاؤها خصوصاً أن شرط الإفضاء إلى الضرر ليس شرطاً لمسؤولية المتسبب عند أكثر الفقهاء المسلمين³، وهذا الرأي صحيح، حيث أنه لو لم يحدث ضرر من جراء التسبب لما قامت به المسؤولية، حيث لا ضمان على متسبب الفعل إذا لم يسبب فعله أية أضرار للغير.

ولكن يبقى التساؤل عن مدى انطباق حكم المتسبب على عديم التمييز؟.

استطيع القول بناءً على ما تم بيانه سابقاً عن المقصود بالتسبب وشروطه وخصوصاً حالة التسبب عمداً (تعدياً)، وحالة التسبب إهمالاً وتقصيراً، فمن الثابت في الحالة الأولى وهي التعمد أنه لا فرق بين المميز وغير المميز، وذلك لأن التعمد يقضي وجود إرادة متجهة إلى قصد إحداث النتيجة،

(1) السرحان، عدنان، وخاطر، نوري حمد، شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 394.

(2) الزرقا، مصطفى، (1988): الفعل الضار والضمنان فيه، دراسة وصياغة قانونية مؤصلة على نصوص الشريعة الإسلامية وفقها انطلاقاً من القانون المدني الأردني، مرجع سابق، ص 73.

(3) عدنان السرحان ونوري خاطر، مرجع سابق، ص 381.

والإرادة تستلزم توافر الإدراك أو التمييز، وعليه في حالة التسبب تعمداً يسأل عديم التمييز عن فعله الضار.

فالتعدي في الفقه الإسلامي، والقانون المدني الأردني يعد عملاً غير مشروع، وعدم المشروعية فيه تقاس بمعيار موضوعي لا علاقة له بإرادة الإنسان ودواخله¹.

لذلك يصبح اعتبار الصغير والمجنون متعدياً إذا ما ارتكب ما يخالف المألوف وإن لم يكن يتمتع بالتمييز الكافي لفهم وإدراك أفعاله وتصرفاته².

وكذلك الحال بالنسبة لمسؤولية عديم التمييز المتسبب إهمالاً وتقصيراً، فقد أقام الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني المسؤولية عليه، والمقصود من ذلك هو أن يوجب على الناس أخذ الحيطة والتبصر في سلوكهم، كي يلتزموا بما هو مألوف في مجتمعهم، وإلا وجب عليهم الضمان.

ويقول البعض بهذا الصدد أنه: " إذا كان الضرر قد نشأ بطريق التسبب، فلا ضمان على من أحدث الفعل المتسبب، وهو الفعل الأول الذي لم يترتب عليه الضرر مباشرة إذا لم يكن متعدياً فيه اتفاقاً، ويعلق على ذلك بقوله: " ذلك ما يدعو إلى أهليته، فلا يعد الفعل الذي صدر من اعتداء مسبباً لعدم تصور التعدي منه فلا ضمان عليه حينئذ أو ينظر إلى نفس الفعل، وكونه محظوراً ليعتد اعتداء، ويكون عليه الضمان، وذلك ما لم أراه، ويظهر من إطلاقهم في فاعل الفعل الأول اعتبار النظر الثاني، محافظة على الأموال"³.

(1) السنهوري، عبد الرزاق، مرجع سابق، ص 161.

(2) عدنان السرحان ونوري خاطر، مرجع سابق، ص 378.

(3) الخفيف، علي، (1971): الضمان في الفقه الإسلامي، القسم الأول، ج 1، مرجع سابق، ص 75 بالإضافة إلى الهامش.

وهناك اتجاه آخر لفقّه يذهب إلى ضرورة التمييز بين المباشر والمتسبب، وإذا كانت القاعدة الصريحة في عدم استلزام التمييز في حالة المباشرة، إلا أن الأمر على خلاف ذلك في حالة التسبب التي تقتضي التعمد أو التعدي، أي الخطأ، والخطأ يستلزم بالضرورة إن يكون المخطئ مميزاً¹.

ويستندون إلى أنه لا بد أن يتوافر قدر من الإرادة لدى الشخص حتى تتم مساءلته، وبما أن عديم التمييز تتعدم لديه هذه الإرادة، فإنه من الأولى ألا تتم مساءلته عن فعله الضار حسب رأيهم .

وبرأيي فإن هذا الاتجاه غير مقنع وإنني أؤيد الرأي الأول القائل بمسؤولية عديم التمييز في حالة التسبب، حيث أنه مبني على أسس وقواعد من الفقه الإسلامي حيث أن القول بعدم مسؤولية عديم التمييز، يؤدي إلى حرمان المضرور من الحصول على التعويض عما أصابه من ضرر .

أخلص مما سبق أنه ينطبق حكم المتسبب في الفقه الإسلامي والقانون الأردني على عديم التمييز، بحيث يعتبر ضامناً للضرر، وبعبارة أخرى فإنه تقوم مسؤوليته عن تعويض الضرر الناتج عنه تسبباً.

وأخيراً لا بد من ذكر حكم اجتماع المباشر والمتسبب، فقد نصت المادة (90) من مجلة الأحكام العدلية على أنه: "إذا اجتمع المباشر والمتسبب أضيف الحكم إلى المباشر"، وقد ورد في شرح المجلة لعلي حيدر أنه: "إذا اجتمع المباشر والمتسبب أضيف الحكم إلى المباشر هذه القاعدة مأخوذة من الأشباه، ويفهم منها أنه إذا اجتمع المباشر أي عامل الشيء وفاعله بالذات مع المتسبب وهو الفاعل للسبب المفضي لوقوع ذلك الشيء ولم يكن السبب ما يؤدي إلى النتيجة السيئة إذا هو لم يتبع فاعل آخر يضاف الحكم الذي يترتب على الفعل إلى الفاعل المباشر دون المتسبب، وبعبارة أخرى يقدم المباشر في الضمان عن المتسبب، مثال ذلك: لو حفر رجل بئراً في الطريق العام فألقى أحد حيوان شخص في ذلك البئر ضمن الذي ألقى الحيوان ولا شيء على حافر البئر ؛ لأن حفر البئر بحد ذاته

(1) السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط، ج 1، مرجع سابق، ص 56.

لا يستوجب تلف الحيوان ولو لم ينضم إليه فعل المباشر وهو إلقاء الحيوان في البئر لما تلف الحيوان بحفر البئر فقط، ورب قائل يقول بأنه لو لم يحصل فعل الحفر لما تأتى فعل الإلقاء، فيما أن فعل الإلقاء هو الوصف الأخير فقد أضيف التلف إليه وقد ورد أيضاً أن (كل حكم يثبت بعلة ذات وصفين يضاف الحكم إلى الوصف الذي وجد منها أخيراً، كذلك لو دل شخص لصاً على مال لآخر ليسرقه فسرقه اللص فليس على الدال ضمان وإنما الضمان على اللص و كذلك لو فتح أحد باب دار آخر وفك فرسه من قيوده فجاء لص وسرق الفرس فالضمان على السارق . كذلك لو أمسك شخص بآخر وجاء ثالث فاغتصب ما مع الرجل من النقود فالضمان على المغتصب المباشر لاستلاب المال دون الآخر المتسبب بذلك، أما إذا كان السبب ما يفضي مباشرة إلى التلف فيترتب الحكم على المتسبب . مثال ذلك لو تماسك شخصان فأمسك أحدهما بلباس الآخر فسقط منه شيء كساعة مثلاً فكسرت فيترتب الضمان على الشخص الذي أمسك بلباس الرجل رغماً من كونه متسبباً والرجل الذي سقطت منه الساعة مباشر ؛ لأن السبب هنا قد أفضى إلى التلف مباشرة دون أن يتوسط بينهما فعل فاعل آخر، كذا لو شق شخص زقاً مملوءاً زيتاً أو قطع حبلاً معلقاً به قنديل فتلف الزيت الذي فيه فيترتب الضمان عليه وإن لم يخرج كونه متسبباً فقط لأن فعل الشق وفعل القطع سببان نشأ عنهما التلف مباشرة. (مستثنيات هذه القاعدة) لو دل مودع لصاً على مكان الوديعة التي أودعت عنده فسرقها اللص فالضمان على المودع المتسبب لتقصيره بحفظ الوديعة، وذلك بمقتضى المادة (787) من المجلة، والاصل بما أنه مباشر ويترتب الضمان عليه حسب هذه المادة فيحق للمودع أن يرجع بالضمان عليه أيضاً، كذلك القضاء هو من مستثنيات هذه المادة وإيضاح ذلك هو أنه إذا رجع الشهود عن شهادتهم بعد أن حكم الحاكم بمقتضاها يترتب الضمان على الشهود المتسببين دون الحاكم المباشر مع أنه بمقتضى هذه المادة كان من الواجب أن يكون الضمان على الحاكم دون الشهود، وقد ذهب الإمام الشافعي إلى هذا الرأي تمسكاً بهذه القاعدة ووجه استثناء هذه المسألة هو أنه لما كان

الحاكم مجبراً على الحكم بعد أداء الشهود الشهادة وتحققه من عدالتهم ويأثم فيها لو امتنع عنه فهو بمنزلة المكره على الحكم، والشهود هم المكروهون له على ذلك ولو وجب الضمان على الحاكم لامتنع الناس عن تقلد القضاء، وفي ذلك ما فيه من اختلال الأمور، فقد ترتب الضمان على الشهود وهم المتسببون دون الحاكم المباشر"¹.

وبعد أن تعرضت لمدى مسؤولية عديم التمييز عن أعماله الشخصية لا بد من معرفة مدى مسؤوليته عن الأشياء (الحية وغير الحية)، وباعتباره متبوعاً، وهذا ما سأدرسه في المطلب التالي .

المطلب الثاني: مدى مسؤولية عديم التمييز باعتباره حارساً للأشياء

في حال توافرت لعديم التمييز السيطرة الفعلية على الأشياء، سواء كانت حية أو غير حية، ووقع فعل ضار من جراء هذه الأشياء، فإن الأمر يكون كالاتي .

الفرع الأول: حالة كون عديم التمييز حارساً للأشياء الحية (الحيوان)

الأصل في الفقه الإسلامي أن فعل الحيوان وما يترتب عليه من ضرر يكون هدرًا، غير أن الفقهاء تنبهوا إلى ضمان فعل الحيوان إذا كان نتيجة تقصير ممن له الحراسة عليه، كالمالك أو المستعير أو المستأجر، وهذا ما تؤكدته المادة 289 من القانون المدني الأردني والتي نصت على أن: " جنائية العجماء جبار ولكن فعلها الضار مضمون على ذي اليد عليها مالكا كان أو غير مالك إذا قصر أو تعدى"².

(1) حيدر، علي، (ب. ت): درر الحكام، شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق، ص84.

(2) ويقابلها في القانون المدني المصري المادة 176 والتي تنص على أن " حارس الحيوان، ولو لم يكن مالكا له، مسئول عما سيحدثه الحيوان من ضرر، ولو ضل الحيوان أو تسرب، ما لم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب أجنبي لا يد له فيه".

وهذا الحكم ينطبق أيضاً على عديم التمييز، وذلك لأن القانون المدني الأردني والفقهاء الإسلامي لا يشترطان التمييز لقيام المسؤولية على الفاعل حسب ما تم بيانه سابقاً، وبناء على ذلك فإنه متى توافرت لعديم التمييز حراسة الحيوان أي السيطرة الفعلية عليه؛ فإنه يعتبر مباشراً لما يقع منه من ضرر للغير فيكون ضامناً له، وهذا ما عبرت عنه مجلة الأحكام العدلية أيضاً من ضمن أحكامها حيث نصت المادة (936) من مجلة الأحكام العدلية على أنه: " لو أن دابة ركبها إنسان داست شيئاً بيدها أو رجلها في ملكه، أو في ملك الغير، وأتلفته يعد الراكب أنه أتلف ذلك الشيء مباشرة فيضمن في كل حال ".

وحيث أن فقهاء المسلمين قد اعتبروا أن عديم التمييز مباشراً لما يقع منه من ضرر للغير، فيكون ضامناً، ويستند الفقهاء في حكمهم هذا على أن ما حدث من ضرر للغير أثناء سير الدابة، إنما نتيجة ثقله، وثقل الدابة لأن ثقل الدابة تابع له، وسيرها مضاف إليه . " فالدابة إذن تعتبر مجرد آلة بين يديه" ¹.

وإنني أؤيد هذا الحكم، حيث أن عديم التمييز مسئول عن الضرر الذي يقع بمجرد امتطائه للدابة، حيث أنها قد أصبحت آلة بين يديه، وأن ثقل الدابة وسيرها مضافاً إليه، وأي ضرر يقع بفعل ثقله وتقلها يتوجب تضمينه عليه.

الفرع الثاني: حالة كون عديم التمييز حارساً للأشياء غير الحية (حارس الآلات)

نصت المادة 291 من القانون المدني الأردني على أن: " كل من كان تحت تصرفه أشياء تتطلب عناية خاصة للوقاية أو آلات ميكانيكية، يكون ضامناً لما تحدثه هذه الأشياء من ضرر إلا ما لا يمكن التحرز منه"، ومن الملاحظ من هذه المادة أنه متى كان للشخص السيطرة الفعلية على الأشياء، ووقع ضرراً من جراء هذه الأشياء فإنه يكون ضامناً لما وقع من ضرر، وكذلك الأمر فلو أن شخصاً

(1) باز، سليم رستم، (1305 هـ): شرح المجلة، ط 3، مرجع سابق، ص 529.

عديم التمييز كانت له السيطرة الفعلية على الآلات، وقد لحق ضرراً بالغير من استعمالها، فإنه يكون مباشراً للضرر، فتتحقق مسؤوليته تطبيقاً لقاعدة " أن المباشر ضامن وإن لم يتعد " وقياساً على ما أخذ به فقهاء الشريعة في شأن حارس الحيوان¹، و ينطبق حكم الفقه هذا أيضاً على القانون المدني الأردني .

أما بالنسبة لموقف المشرع المدني المصري من مسؤولية عديم التمييز متى كان حارساً للأشياء، فلم يقر بالنص عليها صراحة، وبذلك فمسؤوليته في هذه الحالة تحدد ضمن نطاق مسؤوليته عن فعله الشخصي، والتي تعتبر مسؤولية استثنائية، بحيث تكون مسؤولية جوازيه، واحتياطية، ومخففة، وذلك استناداً لنص المادة (2/164) من القانون المدني المصري الذي قد قرر الأخذ بمسؤولية عديم التمييز عن أفعاله الضارة استثناءً على القاعدة العامة في عدم المسؤولية، ولم يصدر القضاء المصري أيضاً حتى الآن حكماً يحدد فيه موقفه من مسؤولية عديم التمييز باعتباره حارساً للأشياء، وبناءً على ذلك فقد أصبحت هذه المسألة محلاً للخلاف بين الفقهاء، فقد اتجه الجمهور إلى الأخذ بالمسؤولية الكاملة لعديم التمييز عما تحدثه الأشياء التي تحت حراسته من أضرار تلحق بالغير، فيسأل عن الضرر الذي يحدثه الحيوان الذي يكون تحت حراسته، كما يسأل عما يقع من الأشياء غير الحية التي تكون تحت حراسته كالبناء، أو الآلات الميكانيكية، ويستندون في ذلك إلى أساس هذه المسؤولية هو تحمل التبعة، فمتى كان الحارس يستفيد من الشيء، فعليه أن يتحمل ما يترتب على استخدامه من ضرر يلحق بالغير، كما أن بعض أنصاره قد أسسوا هذه المسؤولية على فكرة الضمان.

وعلى العكس من ذلك فقد اتجه الفقيهان الكبيران السنهوري وعبد الحى حجازي إلى ضرورة توافر التمييز في الشخص حتى يمكن أن يكون حارساً، ويستندان في ذلك إلى أن أساس مسؤولية حارس الأشياء هو الخطأ (بركنيه المادي والمعنوي)، وعديم التمييز لا يتصور الخطأ في جانبه.

(1) الخفيف، علي، (1971): الضمان في الفقه الإسلامي، القسم الأول، ج 1، مرجع سابق، ص 241.

وأخيراً يتخذ اتجاه ثالث موقفاً وسطاً بين الاتجاهين السابقين، فهو وإن كان لا يسلم بالمسؤولية الكاملة لعديم التمييز كحارس للأشياء تأسيساً على أنه لا يجد هذه المسؤولية تقوم على تحمل التبعة، إلا أنه من ناحية أخرى لا يتجه إلى الأخذ بانتفاء مسؤولية عديم التمييز تماماً، ونفي صفة الحارس عنه، وإنما يذهب إلى نص المادة (2/164) من القانون المدني المصري الذي قرر مسؤولية عديم التمييز استثناءً عن أفعاله الشخصية، يمكن أن يؤخذ به أيضاً في نطاق مسؤوليته كحارس للأشياء¹.

وبذلك فإن مسؤولية عديم التمييز كحارس للأشياء ستكون مسؤولية عن خطأ شخصي هو خطأ في الحراسة وبناءً على ذلك فإنه يترتب على عديم التمييز مسؤوليته كحارس للأشياء عندما يتدخل الشيء في إحداث الضرر، ولم يكن هناك من يسأل عن عديم التمييز أو تعذر الحصول على التعويض منه. وإنني أؤيد الاتجاه الأول، حيث يجب أن تقرر المسؤولية الكاملة لعديم التمييز كحارس للأشياء الحية منها وغير الحية، وذلك لأن الأخذ بهذا الاتجاه هو الذي يحقق مصلحة المضرور، وأيضاً فإن هذا الاتجاه هو الأقرب لفكرة الضمان التي استند إليها الفقه الإسلامي، والتي تسعى لضمان حق المضرور بالكامل في الحصول على التعويض، بغض النظر عما إذا كان محدث الضرر مميزاً أم لا.

أما بالنسبة لمدى مسؤولية عديم التمييز باعتباره متبوعاً، فقد جرى الفقه والقضاء المصري على أن عديم التمييز، وإن كان غير مسؤول عن أفعاله الضارة إلا على سبيل الاستثناء المحض وفي حدود معينة، إلا أنه يكون مسؤولاً عن أفعال تابعه الضارة، مسؤولية كاملة، إذ تتحقق سلطة الإشراف والرقابة والتوجيه، ولو لم يكن المتبوع قادراً عليها من الناحية الإدارية والتنظيمية، إذ يمكن أن يتولاها عن عديم التمييز نائبه القانوني، كالولي أو الوصي أو القيم .

(1) مصطفى، أبو زيد عبد الباقي، (1982): مدى مسؤولية عديم التمييز التصديرية في القانون المقارن، بحث مقارن في القانون الفرنسي والقانون المصري وفقه الشريعة الإسلامية والقانون الكويتي، القسم الثاني، منشور في مجلة الحقوق، تصدرها كلية الحقوق بجامعة الكويت، العدد4، السنة السادسة، الكويت، ص 90.

فإذا كان عديم التمييز متبوعاً ومسؤولاً عن أفعال تابعه، أو كان عديم التمييز يتولى حراسة أشياء، ويسأل عن فعل الشيء الذي يوجد تحت حراسته، كما إذا تولى عديم التمييز قيادة سيارة، أو إدارة آلة ميكانيكية، أو تولى حراسة حيوان، فإن المسؤولية في هذه الحالة تقوم على الخطأ المفترض في جانب عديم التمييز، ولا ينفي هذا الخطأ انعدام تمييزه، مثال ذلك أن يكون الصغير غير المميز (كمتبوع) مسؤولاً عن هم في خدمته مسؤولية المتبوع عن التابع، وقد فرض الخطأ في جانبه مع أنه عديم التمييز¹.

ويعتبر القضاء المصري أن عديم التمييز يسأل بوصفه متبوعاً عن خطأ صدر من تابعه أثناء عمله لحسابه ولمصلحته، وبالتالي فإن عديم التمييز لا يسأل عن خطأ وقع منه شخصياً، ومن ثم فلا تثور مسألة مدى إمكان نسبة وقوع خطأ شخصي منه.

كما أن الفقه المصري من جانبه يبرر هذا الاتجاه بأنه متى اعتبرنا أن مسؤولية المتبوع هي مسؤولية عن فعل الغير وعلى أي وجه فسرت هذه المسؤولية، وبخاصة إذا فسرت بفكرة الضمان، يجعل المتبوع مسؤولاً عن تابعه، ولا يستطيع التخلص من هذه المسؤولية ولو أثبت أنه كان يستحيل عليه أن يمنع العمل غير المشروع الذي سبب الضرر، فالالتزام بالتزام بتحقيق غاية، وليس التزام ببذل عناية، وهذا الاعتبار يجيز أيضاً استبقاء مسؤولية المتبوع حتى لو كان غير مميز، فمسؤوليته عن التابع ليس مصدرها الاتفاق حتى يشترط التمييز، بل مصدرها القانون سواء كانت ضماناً أو نيابة، أو حلولاً².

(1) السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط، ج 1، مرجع سابق،، فقرة 539، ص 803.

(2) مصطفى، أبو زيد عبد الباقي، مدى مسؤولية عديم التمييز التقصيرية في القانون المقارن، مرجع سابق، ص 89.

ملخص الفصل الأول

يتبين لنا مما تقدم أن المسؤولية في القانون المدني الأردني تقوم على الضرر وليس على الخطأ الذي يتطلب الإدراك للانحراف عن السلوك المألوف، فالضرر في القانون المدني الأردني يترادف أو يماثل في مفهومه التعدي في الفقه الإسلامي، وأيضاً يتبين لنا أنه لا يشترط في المسؤولية المالية أن يكون مرتكب الفعل الضار مميزاً؛ لأن غير المميز مثل المميز يكون مسئولاً في حالة إذا أتلّف مالملاً مملوكاً لشخص آخر، ومن الملاحظ أيضاً أن المشرع الأردني قد تلافى عند إقراره المسؤولية على مرتكب الفعل الضار فكرة التعمد والتعدي، والتي تتطلب التمييز، والإدراك .

وبهذا فإن المشرع المدني الأردني قد عد مسؤولية عديم التمييز مسؤولية أصلية كاملة فهو مسئول عن ضمان الأضرار التي يحدثها للآخرين مسؤولية كاملة.

وقد وجدت أيضاً أن القاعدة العامة في مسؤولية عديم التمييز تختلف في القانون المدني الأردني والفقه الإسلامي عنها في القانون المدني المصري وذلك لاختلاف الأساس الذي يقوم عليه كل من القوانين المذكورة بالإضافة إلى أنني قد وجدت بأن موقف القانون المدني الأردني هو نفس موقف الفقه الإسلامي من مسؤولية عديم التمييز، وهذا نتيجة أن القانون المدني الأردني مأخوذة أحكامه من مجلة الأحكام العدلية المستنقاة أحكامها من الفقه الإسلامي .

ويتبين لنا أيضاً أن القاعدة العامة لمسؤولية عديم التمييز في القانون المدني المصري، أن الشخص يكون مسئولاً عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز، وبناءً على ذلك، فإن التمييز يعد شرطاً أساسياً لقيام المسؤولية، ويجب أن يتوافر عنصر الإدراك في الشخص حتى ينسب إليه الخطأ، وأن يكون الشخص مميزاً، فإذا لم يتوافر الانحراف في الشخص المميز لا تقوم مسؤوليته، أي أنه قد أخذ فكرة الخطأ بعنصريها المادي والمعنوي عند تقرير المسؤولية عن الأفعال الشخصية وبهذا

فلا بد أن يتوافر فعل الانحراف في السلوك بالإضافة إلى الإدراك أو التمييز لكي تقوم المسؤولية على الشخص مرتكب الفعل الضار، وبناءً على ذلك لا يكون مسئولاً كل من كان غير مميز، كالصبي الذي لم يبلغ السابعة من عمره، ومن في حكمه، كالمجنون، والمعتوه .

وقد وجدت أن القانون المدني المصري قد نص على مسؤولية عديم التمييز بصفة استثنائية وليست أصلية، وفي حالات خاصة، أو في حالة توافر شروط خاصة، فجعل منها مسؤولية مشروطة؛ لأن شرطها هو ألا يجد المضرور سبباً للحصول على التعويض من شخص آخر غير عديم التمييز، ومخففة؛ إذ أن عديم التمييز لا يسأل حتماً عن تعويض الضرر الذي أحدثه التعويض الكامل لهذا الضرر، والسبب في ذلك أن مسؤوليته لا تقوم على لخطأ؛ بل تقوم على تحمل التبعة، ولا يحمل القانون عديم التمييز التبعة عن أفعاله الضارة إلا في حدود عادلة .

ويتبين لنا أيضاً أن مدى مسؤولية عديم التمييز عن أفعاله الشخصية، تظهر من خلال القاعدتين المهمتين اللتين جاء بهما الفقه الإسلامي وهما المباشرة والتي عرفتها بأنها: " الحالة التي يكون فيها الفاعل والذي يطلق عليه المباشر والذي يمارسه بنفسه قد أنتج الضرر، وكان هذا الفعل هو السبب الوحيد للضرر دون أن يتدخل فعل آخر أياً كان بين فعل الفاعل والضرر الذي ينتج عنه مباشرة " والتسبب والذي يقصد به: " الحالة التي يرتكب فيها شخص فعلاً يؤدي نتائجه إلى الضرر دون الفعل ذاته " .

وقد تعرضت بعدها إلى مدى انطباق أحكامهما على عديم التمييز، وقد وجدت أن مسؤولية عديم التمييز تقوم في حالة المباشرة دائماً، أما في حالة التسبب فإن المتسبب لا يضمن أي لا تقوم مسؤوليته إلا بالتعدي .

وتبين لنا مما تقدم وبخصوص ومدى مسؤولية عديم التمييز باعتباره حارساً للأشياء سواء الحية منها أو غير الحية، أنه يجب أن تقرر المسؤولية الكاملة لعديم التمييز كحارس للأشياء الحية منها وغير الحية، أي كانت الفكرة لتأسيس هذه المسؤولية، فسواء كانت فكرة تحمل التبعة، كما يذهب غالبية الفقه المصري، أو أخذنا بفكرة الضمان التي قال بها الفقه الإسلامي واتبعها القانون المدني الأردني، وذلك لأن الأخذ بهذا الاتجاه هو الذي يحقق مصلحة المضرور التي أصبحت هدفاً تسعى إليه أغلب التشريعات الحديثة.

وبعد أن تعرضت إلى موقف القوانين المدنية، والفقه الإسلامي من مسؤولية عديم التمييز لابد من دراسة الأساس القانوني لهذه المسؤولية والذي استندت إليه هذه القوانين، وهذا ما سأدرسه في الفصل الثاني .

الفصل الثاني:

الأساس القانوني لمسؤولية عديم التمييز في الفقه الإسلامي والقوانين المدنية محل الدراسة

تمهيد وتقسيم:

في هذا الفصل سوف أدرس الأساس القانوني لمسؤولية عديم التمييز في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني في المبحث الأول، أما في المبحث الثاني سوف أدرس الأساس القانوني لمسؤولية عديم التمييز في القانون المدني المصري.

المبحث الأول: الأساس القانوني لمسؤولية عديم التمييز في الفقه الإسلامي والقانون

المدني الأردني

لقد استمد القانون المدني الأردني معظم أحكامه من الفقه الإسلامي، وأن مجلة الأحكام العدلية هي التي كانت مطبقة قبل صدور القانون المدني الأردني في العام 1976م، وتعد مجلة الأحكام العدلية بمثابة قواعد شرعية مستقاة من الفقه الحنفي، وكان يرجى منها أن تكون قانوناً مدنياً في الدولة العثمانية، حيث تعد مجلة الأحكام العدلية المصدر التاريخي للقانون المدني الأردني، وبالتالي فهي واجبة التطبيق فيما لا يتعارض مع نصوص هذا القانون، حيث جاء في المادة الثانية من المجلة أنه: " فإذا لم تجد المحكمة نصاً في هذا القانون حكمت بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون فإن لم توجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ".

وبناء على ما تقدم فإنه لا بد من بحث هذا الموضوع في الفقه الإسلامي قبل أن نبحت أساس مسؤولية عديم التمييز عن فعله الضار في القانون المدني الأردني، وعليه فإنني سأعرض في هذا المبحث

لضمان التعدي في الفقه الإسلامي وذلك في المطلب الأول، وذلك في سبيل الوصول إلى أساس وجوب الضمان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني وهذا ما سأعرضه في المطلب الثاني.

المطلب الأول: ضمان التعدي في الفقه الإسلامي

لاشك في أهمية موضوع الضمان في أي نظام تشريعي، لا من حيث كونه سبباً في شغل الذمة بحق الغير فحسب، بل ولتأثيره في تنظيم السلوك في المجتمع وحفظ الحقوق والمصالح الخاصة وإقامة العدالة الاجتماعية.

ويدل الضمان في اللغة على عدة معان منها التحمل والالتزام، وجاء في لسان العرب: ضمن الشيء وبه ضمنا و ضمانا كفل به، وضمنه إياه: كفله، وفلان ضامن وضمين: كافل وكفيل، ويقال ضمننت الشيء أضمنه ضماناً فأنا ضامن، وهو مضمون¹.

وأيضاً هو التزام ما في ذمة الغير، وهو مشتق من الضمن لأن الذمة من ضمن البدن في معنى الكفالة، ويقال كفل فلان فلانا، بمعنى ضمه إليه، والضمان من الفعل ضمن، ضمناً، وضماناً، ويقصد به "التزام رد مثل الهالك إن كان مثلياً أو رد قيمته إن كان قيمياً"².

وسأدرس في هذا المطلب تعريف ضمان التعدي والتفرقة بين ضمان التعدي وضمان العقد، بالإضافة إلى دراسة العلة التي يقوم عليها الضمان والمسؤولية المدنية.

(1) نقلا عن سراج، محمد أحمد، (1993): ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، ط 1، المؤسسة الجامعية، بيروت، ص 55 .

(2) نقلا عن مصطفى، إبراهيم، وآخرون، (1972): المعجم الوسيط، ج 2، دار الدعوة، اسطنبول، ص 445.

الفرع الأول: تعريف ضمان التعدي

ضمان التعدي يعني شغل الذمة بحق مالي للغير جبراً للضرر الناشئ عن التعدي بمخالفة القواعد الشرعية العامة القاضية بحرمة مال المسلم ودمه وعرضه وسائر حقوقه، مما لا يرجع إلى واجب الوفاء بالعقود¹، ويتضح من هذا التعريف أن الحق المالي يشمل واجب التعويض برد العين المملوكة للغير كما في الغصب أو بإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعدي كما في التكليف بطم البئر التي حفرها شخص تعدياً في ملك غيره، كما يشمل كذلك وجوب رد المثل والقيم والتعويض بأداء قدر من المال للمتضرر، كما في الجروح والشجاج وغيرها من الإصابات، وأن القصد من شغل الذمة بهذا الواجب أو الحق هو رفع الضرر الناشئ عن التعدي، ويتبين أن الإضافة في (ضمان التعدي) من إضافة المصدر لفاعله وسببه، وإنما شغلت الذمة بالضمان نتيجة التعدي بارتكاب فعل محرم شرعاً في أصله أو بالنظر إلى مآله أو بترك واجب التبصر والتحوط إعمالاً لقاعدة: " من ترك واجباً في الحفظ والصون ضمن"، ويفهم من ذلك أيضاً بأن أفعال التعدي الموجبة للضمان كثيرة ومتنوعة، تشمل الغضب والإتلاف بالمباشرة أو التسبب، ويشمل التعدي بالتسبب صوراً كثيرة يصعب حصرها، من بينها على سبيل المثال الكف أو الترك والغرور وشهادة الزور والسعاية والترويع والتفريع(الصدمة العصبية) والتعسف في استعمال الحقوق والإهمال في حفظ الحيوانات ورعاية من تجب رعايته، وكذلك يختلف التعدي الموجب لهذا النوع من الضمان عنه في ضمان العقد من جهة أن الخطأ في ضمان العدوان هو السلوك مسلكاً مخالفاً لما أمر به الشارع وأوجبه على الكافة، أما الخطأ في ضمان العقد فينشأ بمخالفة ما أوجبه الشخص على نفسه باعتباره طرفاً في علاقة تعاقدية، ويتعلق الضرر في ضمان العقد بالحقوق الشخصية التي تنشأ للفرد على غيره بدخوله معه في علاقة تعاقدية، في حين يتعلق الضرر في ضمان العدوان بالحقوق العامة التي تجب للفرد على الكافة كحقه في سلامة نفسه

(1) سراج، محمد أحمد، (1993): ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 84 .

وممتلكاته والحقوق الشخصية التي تتعلق بذمة شخص معين عند قيام سببها، أما الحقوق الأخرى فهي التي تقوم بنفسها ولا تجب في ذمة أحد¹.

وحيث أن هنالك قاعدة شرعية تقضي بأن: " درء المفسد مقدم على جلب المصالح "، وأيضاً قول الرسول عليه الصلاة والسلام: " لا ضرر ولا ضرار "²، وتعني هذه القاعدة عدم جواز إلحاق الضرر بالغير عمداً أو خطأ، كما أن الضرر لا يزال بمثله أي لا يجوز الرد على الضرر بمثله، وإنما يتم جبر الضرر بتقديم المثل أو القيمة، فإذا أتلّف شخص مالاً لآخر كان متعدياً وضمن ما ترتب على إتلافه من ضرر، ولا يجوز لمن تلف ماله أن يتلف مال من اعتدى عليه، وإنما عليه أن يطالب بإزالة الضرر عيناً، فإن تعذر ذلك كان له أن يطالب بجبر ما أصابه من ضرر، ويتم جبر الضرر بالزام المعتدي بتعويض عبارة عن مثل الشيء الذي تلف، فإن تعذر تقديم المثل، وجب دفع القيمة³.

ويلاحظ أن العدوان في الفقه الإسلامي الموجب للضمان هو الفعل الضار الذي لا تجيزه الشريعة الإسلامية ولا تأذن به، ويستند هذا التعريف إلى مفهوم القاعدة الفقهية التي تقضي بأن " الجواز الشرعي ينافي الضمان "⁴.

وقد يعرف العدوان بأنه السلوك مسلماً مخالفاً لما ألزم به الشارع، سواء بترك الواجب أو بفعل المحرم، وينتفي الضمان، لذلك إذا صدر الفعل على وفق الواجب شرعاً، فالقاعدة أن " الواجب لا يتقيد بوصف السلامة والمباح يتقيد به "⁵.

(1) سراج، محمد أحمد، (1993): ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 85.

(2) ابن مالك، انس، (2001): موطأ مالك، تحقيق محمد الماجدي، ج 1، ط 1، كتاب الأفضية، باب القضاء في المرفق، الحديث رقم 1435، المكتبة العصرية، بيروت، ص 711.

(3) عبد الرحمن، محمد شريف، مرجع سابق، ص 182.

(4) ابن مالك، انس، (2001): موطأ مالك، تحقيق محمد الماجدي، المصدر السابق، 711.

(5) ابن مالك، انس، (2001): موطأ مالك، تحقيق محمد الماجدي، المصدر السابق، 711.

الفرع الثاني: المسؤولية المدنية والضمان

يرد مصطلح المسؤولية المدنية في الفكر القانوني عنواناً على ما وجب في الذمة لحق الغير جبراً للضرر الواقع عليه بمخالفة العقد أو بالتعدي بارتكاب فعل غير مشروع، والالتزامات بهذا أعم من المسؤولية المدنية التي تنحصر في قيام واجب التعويض عن الضرر الناشئ بمخالفة العقد، أو ارتكاب فعل غير مشروع، أما الالتزامات فتشمل كل ما ينشأ في الذمة بالإرادة المنفردة والعقد وارتكاب فعل غير مشروع، والكسب غير المشروع، وتنقسم المسؤولية المدنية إلى قسمين كبيرين، أولهما المسؤولية العقدية التي تنشأ إذا تخلف أحد العاقدين عن الوفاء بما أوجبه العقد دون وجود عذر طارئ، وثانيتهما المسؤولية التقصيرية، والتي تنشأ إذا ارتكب الشخص فعلاً ضاراً أدى إلى إلحاق الضرر بالغير.

والمسؤولية التقصيرية هي التي تعني ما يعنيه ضمان العدوان، وقد وردت المسؤولية في النصوص الشرعية فمن ذلك قول الله تعالى: " وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولاً "¹، أي مجازى به، وقوله تعالى: " وقفوهم إنهم مسئولون "²، وقول الرسول _ صلى الله عليه وسلم _: " كلكم راع وكل راع مسئول عن رعيته "³، ومعنى تلك الكلمة في هذه النصوص التبعية والمؤاخذه والمجازاة عن العمل الذي يقوم به المرء، وترادف كلمة المسؤولية .

غير أن الفقهاء المسلمون لم يلتفتوا إلى تقسيم المسؤولية كما قسمها الفكر القانوني، بل ركزوا بدلاً من ذلك على النظر إلى نتائج هذه المسؤولية، وما يجب بهما بالتفريق بين الجوابر، والزواجر، ويلاحظ

(1) سورة الإسراء، الآية 34.

(2) سورة الصافات، الآية 34.

(3) البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل، (ب . ت): صحيح البخاري، ج2، كتاب الوصايا، طبعة دار الحديث، القاهرة، ص 101.

وفقاً لرأي الفقه الإسلامي أن الزواجر والعقوبات هي موجب التكليف أو الخطاب الجنائي، على حين أن تعد الجوابر تكليف أو مسؤولية تنشأ عن الحكم بالضمان¹.

وهذه الجوابر المالية أو التعويضات إنما تثبت في الذمة رفعا للضرر الناشئ عن مخالفة أحكام الشارع العامة القاضية بحق المرء في سلامة نفسه وبدنه وسمعته وحقوقه المالية الأخرى، كما أن هذه الجوابر تجب في الذمة رفعا للضرر الناشئ عن التعدي بمخالفة أحكام العقد و الامتناع عن تنفيذه دون عذر يبرر ذلك، وبهذا فإن الضمان يوجب التعدي رفعا للضرر، سواء رجع هذا التعدي إلى التخلف عن الوفاء بالعقود والعهود كما في قوله تعالى: " يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود"²، وفي قوله تعالى: " وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولا"³، أو رجع إلى مخالفة الأحكام الشرعية العامة بعدم الامتثال لما أوجبه الشارع وحرمه مما لا يرجع إلى وجوب الوفاء بالعقود.⁴

ويرى البعض من الفقه أنه يجب إطلاق مفهوم العدوان على وجوب رفع الضرر الناشئ عن التعدي بمخالفة الأحكام الشرعية التي تمنع التعرض للمرء في حقوقه التي كلفها الشارع على حين يختص ضمان العقد بالمسؤولية الناشئة عن الامتناع عن تنفيذ العقد، ويتطابق مفهوم الضمان بهذا التحديد مع مفهوم المسؤولية المدنية في الفكر القانوني، ويرجع الضمان والمسؤولية المدنية إلى سبب واحد إذا اتبعنا هذا الفهم، وهو واجب جبر الضرر الواقع بالتعدي على الغير في أي حق من حقوقه، سواء كان هذا التعدي بارتكاب فعل محرم في ذاته أو بالنظر إلى ماله أو بمخالفة أحكام العقد وعدم الوفاء به.⁵

(1) سراج، محمد أحمد، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 64.

(2) سورة المائدة، الآية 1.

(3) سورة الإسراء، الآية 34.

(4) سراج، محمد أحمد، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 65.

(5) سراج، محمد أحمد، مرجع سابق، ص 66.

وقد شرع الضمان في الفقه الإسلامي كوسيلة لكفالة سلامة أفراد المجتمع من أي تلف تتعرض له أنفسهم، أو أعضائهم، أو أموالهم، والمحافظة على حقوقهم، وتوقي الإضرار بهم، ودفعاً للعدوان عليهم وجبراً لما يصيبهم من ضرر.

وإذا كان الضمان بمعناه الأعم في لسان الفقهاء، هو شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل، فإن كلمة الضمان قد تستعمل للدلالة على المال المطلوب أدائه، والمقصود هنا هو إلزام الشخص بتعويض المضرور عن الضرر الذي حصل بفعله، وقد أناط الفقه الإسلامي التضمين بالضرر المترتب على فعل محظور في ذاته، وإن صدر من عديم التمييز، فما دام الفعل في ذاته مؤدياً إلى الضرر استوجب ضمان ما ترتب عليه من تلف، لأنه حينئذ يكون فعلاً محظوراً بالنظر إلى نتائجه، وتقع تبعته على فاعله، لأن اقتضاء التضمين مبني على المعاوضة وجبر الفاعل حتى لا يظلم أحد في ماله دون حاجة لإثبات الخطأ على النحو المعروف في فقه القانون، فالخطأ في الفقه الإسلامي يراد به التعدي فحسب دون اشتراط الإدراك والتمييز، فالانحراف في بالسلوك يتحقق بالإضرار بالغير بالاعتداء والمخالفة، فالضمان من الجوابر، والجوابر مشروعة لجلب ما فات من المصالح، والزواجر مشروعة لدرء المفاسد، والغرض من الجوابر جبر ما فات من المصالح، حقوق الله وحقوق عباده، ولا يشترط في ذلك أن يكون من وجب عليه الجبر آثماً، ولذلك شرع الجبر مع الخطأ والعمد والجهل والعلم والذكر والنسيان، وعلى المجانين، والصبيان، بخلاف الزواجر فإن معظمها لا يجب إلا على عاصي زاجراً عن المعصية¹، فالسببية بين الضرر والتعدي ترتبط بذات الفعل وبآثاره لا بقصد فاعله وإدراكه.

وفكرة الضمان في الفقه الإسلامي على نحو ما تقدم هي فكرة قديمة معروفة منذ قرون، وقد قال بها الفقيه الفرنسي ستارك، حيث كان مبعث نظرية الفقيه ستارك ما لاحظته من أن قصر المسؤولية على

(1) عبد الله، فتحي عبد الرحيم، (2005): دراسات في المسؤولية التقصيرية، نحو مسؤولية موضوعية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص30.

الفعل الخاطئ سواء في مسؤولية الشخص عن فعله الشخصي أو عن عمل غيره، أو فعل الشيء، يؤدي إلى ضياع كثير من حقوق الضحايا، وأن التكافل والتضامن الاجتماعي يلزم المجتمع أن يضمن لأفراده سلامة أشخاصهم وأموالهم، وأن أي ضرر يصيب الشخص في سلامته الجسدية والبدنية أو في سلامته المادية، أي في أمواله يجب أن يعوض في جميع الحالات، فالالتزام بالتعويض يقوم في نظره على فكرة الضمان¹.

والواقع أن نظرية الضمان كان لها دوراً أساسياً نحو الاتجاه بالمسؤولية المدنية اتجاهها موضوعياً ينطلق من نقطة الضرر كأساس لتعويض المضرور، بصرف النظر عن سلوك محدث الضرر، خاطئ أو غير خاطئ، فمن استحدث بنشاطه خطراً يجب عليه تعويض الضرر الناجم عن هذا الخطر، فالغرم بالغنم²، وبذلك فإن نظرية الضمان تؤسس المسؤولية على حق المضرور في التعويض، على اعتبار أن الإخلال بحق المضرور في الاستقرار وسلامته الجسدية والبدنية و سلامة أمواله، ورغم الانتقادات التي وجهت لهذه النظرية فإنها تعتبر في نظرنا إطاراً جديرًا بالعناية في نطاق القانون الوضعي، فقد أتت بنظام جديد مؤسس على فكرة أن كل اعتداء على سلامة الأشخاص أو على الأموال يستحق التعويض، وهو ما يقربنا إلى فكرة الضمان التي أخذ بها فقهاء الشريعة الإسلامية منذ قرون³.

المطلب الثاني: أساس وجوب الضمان في الفقه الإسلامي وفي القانون المدني الأردني

يشترك القانون المدني الأردني والفقه الإسلامي في الأساس الذي يوجب الضمان، وهذا ما سألرسه في الفرع الأول، مما يتطلب أيضاً دراسة القواعد العامة لتقدير التعويض عن ضرر الفعل الشخصي لعديم التمييز، وهو ما سألرسه في الفرع الثاني، وذلك كالآتي.

(1) عبد الله، فتحي عبد الرحيم، دراسات في المسؤولية التقصيرية، مرجع سابق، ص 30.

(2) عبد الله، فتحي عبد الرحيم، دراسات في المسؤولية التقصيرية، مرجع سابق، ص 31.

(3) عبد الله، فتحي عبد الرحيم، دراسات في المسؤولية التقصيرية، مرجع سابق، ص 32.

الفرع الأول: الضرر هو أساس وجوب الضمان

المراد بالضرر كل أذى يصيب الإنسان فيسبب له خسارة مالية في أمواله سواء كانت ناتجة عن نقصها، أو نقص منافعها أو عن زوال بعض أوصافها ونحو ذلك عن كل ما يترتب عليه نقص في قيمتها عما كانت عليه قبل حدوث ذلك الضرر، ويشمل الضرر أيضاً كل ما يصيب الإنسان في جسمه من جراح يترتب عليها ضرر أو تشويه أو عجز، ونحو ذلك.

وبذلك فإن الفقه الإسلامي قد استند إلى أن الضرر هو أساس الالتزام بالضمان أو التعويض، وكذلك القانون المدني الأردني¹، ويدعم ذلك العديد من التطبيقات الفقهية ومنها على سبيل المثال: إذا قطع إنسان شجرة من دار رجل بغير إذنه وكانت قيمتها لا تزيد عن قيمتها مقلوعة، فليس هناك ضرر، ولا ضمان على القاطع لأنه لم يتلف شيئاً، ولو ذبح شخص شاة لغيره أشرفت على الموت ولا يرجى حياتها ليس عليه ضمان قيمتها سواء أكان راعياً أم كان أجنبياً استحساناً، ولو شد قصاب رجل شاة وأضجعها ليذبحها وجاء رجل آخر فذبحها بدون إذن لم يضمن لعدم الضرر، ولو عين رجل شاة من بهائم أضحية فجاء آخر وذبحها بدون إذنه، وكان ذلك وقت الأضحية، فلا ضمان عليه استحساناً، وترتيباً على ما يراه الفقه الإسلامي من أن الضرر هو علة التضمين وأساسه فإن الفقه قضى بعدم وجوب الضمان كلما تخلف عن الفعل نتيجته الضارة².

في حين يعتقد آخرون " أن الفقه الإسلامي قد أقام المسؤولية على أساس التعدي وهو مجاوزة الحد وعدم الإذن أو مجاوزة ما ينبغي أن يقتصر عليه شرعاً أو عرفاً أو عادة، والذي يقابل الخطأ في القانون، إلا أنه اعتمد هذا الأساس في الأضرار التي تقع تسبباً فقط أما الأضرار الأخرى التي تكون بطريق المباشرة فإن الفقهاء لا يشترطون إلا أن يكون الشخص قد باشر الفعل وأن الفعل قد أدى إلى

(1) راجع في ذلك قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 1996/316، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، 1996، ص 146.

(2) صبحي محمصاني، النظرية العامة للعقود والعقود في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 169.

التلف (الضرر) فيكون ضامناً، وكان من نتيجة ذلك أن قالوا إن المباشر ضامن وإن لم يتعد بفعله، والمتسبب لا يضمن إلا إذا كان متعدياً بفعله"¹.

والفقه الإسلامي لا يشترط في الضرر الموجب للتعويض أن يكون ناشئاً عن اعتداء، ومخالفة محظورة، بل يجب الضمان فيه مطلقاً سواء أكان ناشئاً عن اعتداء، أم لا، في حين يذهب أحد شارحي القانون في تكييفه لسبب الضمان أن "الاعتداء والضرر هما معا سبب الضمان، أما الرابطة السببية فهي من قبيل عدم وجود المانع للسبب، والمانع للسبب هو الأمر الذي يلزم من وجوده عدم تحقق السبب"².

ويرد البعض على ذلك بأن "هذا التكييف غير دقيق لأمرين، أحدهما أنه ساوى بين التعدي والضرر في كونهما معا سبب الضمان، مع أن الضرر لا يكافئ التعدي من وجهين الأول في اللغة الفقهية، حيث يذكر الفقهاء التعدي كسبب للضمان ولا يذكرون الضرر إلا نادراً، والوجه الآخر في الواقع، حيث أن الضرر هو لازم أو نتيجة ناجمة عن التعدي، وعليه فالتعدي أسبق منه، لأن المعلول لا يتقدم علته، فكان الأولى أن ينفرد التعدي بكونه سبباً، ويكون الضرر شرطاً في هذا السبب، والأمر الآخر أنه كيف الرابطة السببية على أنها من قبيل عدم وجود المانع للسبب، ولست أعلم وجها لهذا التكييف، لأن الرابطة السببية هي وصف وجودي وقد جعله الزحيلي عديماً، ولأن الوصف الذي يتمثل في عدم وجود المانع هو الشرط نفسه، فإنك قد تقول الحيض مانع من صحة صوم المرأة، أو تقول عدم وجود الحيض، أي الطهارة، هو شرط لصحة صومها، فكان الأولى به بدل هذا التعقيد أن يقول

(1) البرعي، صلاح حسن، (1996): أساس المسؤولية المدنية الناشئة عن الأفعال الشخصية (دراسة مقارنة في القانون الوضعي)، دار الفكر والقانون، المنصورة، ص438.

(2) الزحيلي، وهبة، (1982): نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجناحية في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص1.

بأن الرابطة السببية هي شرط في التعدي بحيث يكون التعدي مسببا للضرر أو هي شرط في الضرر بحيث يكون الضرر ناتجا عن التعدي"¹.

وإنني أرى مما سبق، أن الضرر هو أساس الضمان، وليس التعدي، لأنه لو كان كذلك لما كانت القاعدة الشرعية تقضي بأن المباشر ضامن وإن لم يتعد، ونظرا لأن الفقه الإسلامي يجعل من الضرر علة للضمان وسببا له فإنه قد استلزم لوجوب هذا الضمان أن ينسب الضرر إلى علة. ومن ثم فإن الفقه الإسلامي وكما سبق القول لم يجعل التسبب موجبا للضمان إلا إذا ثبت تعدي من تسبب في هذا الضرر، وما كان ذلك الحكم إلا لأن إسناد النتيجة إلى الفعل غير مؤكد في تلك الحالة وهو ما استتبع ضرورة تحقق التعدي في جانب الفاعل حتى يصلح فعله أن يكون علة لضمان ما ترتب عليه من ضرر.

الفرع الثاني: تقدير التعويض عن ضرر الفعل الشخصي لعديم التمييز

اتفق العلماء على تحريم الغصب والإتلاف ونحوهما من الاعتداء على أموال الآخرين، لقوله تعالى: " يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل"²، وقال (ص): " لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه"، ولهذا فإن الأصل العام المقرر في الضمانات هو رد الحقوق بأعيانها عند الإمكان، وقد اجمع الفقهاء القائلون بوجوب ضمان الأضرار التي تحدث بفعل عديم التمييز على ضرورة التفرقة بصدد هذا التقدير بين جنائية عديم التمييز على النفس أو البدن، وبين جنائيته على المال، حيث تكفل المشرع بتحديد قدر الضمان في الحالة الأولى، بينما ترك تحديده لولي الأمر في الحالة الثانية وفق أسس محددة نص عليها الفقه في هذا الصدد³.

(1) صالح، أيمن علي، حكمة ضمان الفعل الضار وأثرها في تحديد موجباته في الفقه الإسلامي، بحث منشور على موقع الدليل الإلكتروني للقانون العربي www.arablawninfo.org، صفحة 26، نظر الموقع بتاريخ 2017/3/16.

(2) سورة النساء، الآية 29.

(3) عبد الرحمن، محمد شريف، مسؤولية عديم التمييز، مرجع سابق، ص 185.

ويقدر القاضي التعويض بالاستعانة بالخبراء، ويلاحظ ما حدث من الأضرار المادية الملموسة الواقعة فعلاً، أما الأضرار المحتملة فإن كان وقوعها مؤكداً فهي في حكم الواقعة، أما ضياع المصالح والخسارة المستقبلية غير المؤكدة، والأضرار الأدبية أو المعنوية فلا يعرض عنها في الفقه الإسلامي، لأن محل التعويض حسب أحكامه هو المال الموجود المحقق فعلاً، وهذا لا ينطبق على الأضرار المستقبلية لأنها غير محققة حالاً، وكذلك الضرر الأدبي فهو غير متقوم شرعاً¹.

والمبدأ العام في تعويض الأضرار الناشئة عن المسؤولية التقصيرية، هو المماثلة بين التعويض والضرر، أي أنه يجب تعويض جميع الضرر، بعبارة أخرى أنه يجب إزالة الضرر عيناً، وحيث أن القواعد العامة لتقدير التعويض عن الضرر المالي الذي يسببه عديم التمييز هي كالاتي:

أولاً: يتعين إزالة الضرر عيناً كلما كان ذلك ممكناً، كما هو الحال فيما لو باشر عديم التمييز أو تسبب في سقوط حائط مثلاً أو في حفر حفرة في أرض الغير، فإن خير تعويض في تلك الحالة هو الحكم بإعادة بناء الحائط وردم الحفرة لإعادتها إلى ما كانت عليه².

ثانياً: يتعين رد عين المال إلى صاحبه كلما كان ذلك ممكناً.

ثالثاً: إذا تلفت العين أو هلكت هلاكاً جزئياً خير صاحب المال بين التعويض عن القيمة الكلية للعين أو استردادها والحصول على ما يساوي قيمة النقص في حالة الهلاك الجزئي متى كان التلف أو الهلاك مفوتاً للغرض المقصود من الشيء.

رابعاً: إذا تعذر رد عين المال لتلفه أو استهلاكه أو انقطع المثل فإنه يصار إلى القيمة³.

خامساً: إذا كان المال مثلياً، فإنه يجب ضمان مثله متى كان موجوداً، إلا إذا خرج المثلي عن أن تكون له قيمة، فإن الضمان حينئذ يكون بدفع القيمة⁴.

سادساً: تتحدد القيمة في حالة الإلتلاف بلا غصب بالقيمة السائدة للمثل في مكان ويوم الإلتلاف.

(1) راجع المواد (360-364) من القانون المدني الأردني .

(2) راجع المادة (2/269) من القانون المدني الأردني .

(3) راجع المادة (257) من القانون المدني الأردني .

(4) راجع المادة (275) من القانون المدني الأردني .

سابعاً: تتحدد القيمة في حالة الإلتلاف المسبوق بغضب بقيمة المثل يوم الخصومة عند الكثير من الفقهاء، بينما ذهب البعض إلى أن تحديد تلك القيمة يكون بأعلى سعر للشيء المغصوب من وقت الغضب إلى وقت التلف.¹

المطلب الثالث: الأدلة على ضمان العدوان في الشريعة الإسلامية

سأدرس في هذا المطلب الأدلة على ضمان العدوان في القرآن الكريم والسنة النبوية مع دراسة مسؤولية عديم التمييز في ضوء المبادئ العامة للشريعة الإسلامية، وذلك حسب الآتي .

الفرع الأول: الأدلة من القرآن الكريم والسنة النبوية

قررت الشريعة الإسلامية مبدأ التضمين للحفاظ على حرمة أموال الآخرين وأنفسهم، وجبراً للضرر، وقمعاً للعدوان، وزجراً للمعتدين، وذلك في مناسبات كثيرة في القرآن الكريم والسنة النبوية، حيث ثبتت مشروعية الضمان عموماً بأدلة تفيد اليقين لتواردها على إيجابه وتواترها تواتراً معنوياً، من ذلك الآيات القرآنية الكريمة المتعلقة بإرساء مبدأ المسؤولية الشخصية ، فمن الآيات القرآنية قوله سبحانه: " فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم² "، وقوله تعالى: " وجزاء سيئة سيئة مثلها³ "، وقوله تعالى: " وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به⁴ "، وأيضاً قوله تعالى: " كل نفس بما كسبت رهينة⁵ "، وقوله تعالى: " لا يكلف الله نفساً إلا وسعها لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت⁶ "، وقوله تعالى: " ولا تكسب كل نفس إلا عليها ولا تزر وازرة وزر أخرى ثم إلى ركم مرجعكم فبينكم بما كنتم فيه تختلفون

(1) أبو الخير، عبد السميع عبد الوهاب،(1994): التعويض عن ضرر الفعل الشخصي لعديم التمييز في الفقه الإسلامي والقانون المدني دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ص171-172.

(2) سورة البقرة، الآية 192.

(3) سورة الشورى، الآية 40.

(4) سورة النحل، الآية 126.

(5) سورة المدثر، الآية، 38.

(6) سورة البقرة، الآية 286.

"¹، وقوله تعالى: " من يعمل سوءاً يجز به "²، وقوله تعالى: " من عمل صالحاً فلنفسه ومن أساء فعليها "³.

لا يخفى من الآيات الكريمة السابقة أن وجه الدلالة على مشروعية الضمان أنه نوع من الجزاء على تعدي المرء واكتسابه.

ومن السنة النبوية في ضمان المتلفات ما رواه أنس قال: أهدت بعض أزواج النبي (ص) إليه طعاماً في قصعة، فضربت عائشة القصعة بيدها، فألقت ما فيها، فقال النبي (ص): " طعاماً بطعام، وإناء بإناء "⁴، وكما ورد في السنة النبوية أيضاً أحاديث كثيرة تفيد بعصمة دماء المسلمين، منها ما ورد في صحيح البخاري من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: " لا يزال المؤمن في فسحة من دينه ما لم يصب دماً حراماً "⁵، وقوله صلى الله عليه وسلم: " أكبر الكبائر الإشراف بالله وقتل النفس وعقوق الوالدين وقول الزور أو شهادة الزور"، وعن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: "من حمل علينا السلاح فليس منا"، وقوله صلى الله عليه وسلم: " إذا التقى المسلمان بسيفهما فالقاتل والمقتول في النار"، فقال سيدنا أبو بكر رضي الله عنه يا رسول الله هذا للقاتل فما بال المقتول، فقال عليه الصلاة والسلام: " إنه كان حريصاً على قتل صاحبه "⁶، ومما يدل على وجوب الضمان عموماً، ويعتبر قاعدة أساسية في هذا الشأن، قوله (ص): " لا ضرر ولا ضرار"، ووجه دلالة الحديث على مشروعية الضمان، أن الحديث يستلزم لفهمه وجوب الضمان من جهة أن الحديث لم يرد لنفي الضرر في الواقع المحسوس، وإنما أريد به التنبه إلى اتخاذ الأسباب المانعة من الإضرار بالغير، ووجوب الضمان على

(1) سورة الأنعام، الآية 164.

(2) سورة النساء، الآية 123.

(3) سورة فصلت، الآية 46.

(4) نقلاً عن الزحيلي، وهبة، (1982): نظرية الضمان وأحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 23.

(5) البخاري، أبو عبد الله محمد بن اسماعيل، (ب.ت): صحيح البخاري، الجزء التاسع، كتاب الديات، طبعة دار الحديث، القاهرة، ص 442.

(6) البخاري، أبو عبد الله محمد بن اسماعيل، (ب.ت): مرجع سابق، ص 242-443.

من أوقعه، وهذا هو مدلول القاعدة الفقهية "الضرر يزال"، فإنه لا طريق إلى إزالة الضرر الواقع إلا بإيجاب الضمان تداركاً لهذا الضرر¹، وقال الكاساني يجب الضمان في الغصب والإتلاف، لأن كل ذلك اعتداء وإضرار، وبناء على هذا الحديث وضع الفقهاء عدة قواعد في معناه منها، "الضرر يدفع بقدر الإمكان"، و"الضرر يزال"، فالقاعدة الأولى تعني وجوب دفع الضرر قبل وقوعه، والثانية تعني وجوب رفع الضرر الفاحش وترميم آثاره بعد الوقوع، وكل ما ذكر يدل على أن مبدأ المسؤولية عن الضرر أمر أساسي في الإسلام².

الفرع الثاني: التناسب بين الجزاء والضرر في القرآن الكريم

إن القاعدة الأساسية للضمان في القرآن الكريم هي المماثلة بين الجزاء المقرر والضرر الواقع على الشخص، وذلك لأن المقصود من التضمين هو جبر الضرر، وهو أعدل وأتم في مثل الشيء المتلف، لأن المثل معادل صورة ومعنى، أي مراعى فيه جنس التالف، وحيث أن الواجب في الضمان الاقتراب من الأصل بقدر الإمكان تعويضاً للضرر، ولكن في حالة تعذر وجود المثل فإنه يسار إلى تقدير القيمة، وكما ترسي الآيات القرآنية الكريمة مبدأ التناسب بين الجزاء والضرر، من ذلك قول الله تعالى: "وجزاء سيئة سيئة مثلها"³، وقوله تعالى: "فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم"⁴ وقوله تعالى: "وإن عوقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به"⁵، ووجه الاستدلال أن الآيات الكريمة تقر مبدأ

(1) سراج، محمد احمد، مرجع سابق، ص 103.

(2) الزحيلي، وهبة، (1982): نظرية الضمان وأحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 24.

(3) سورة الشورى، الآية 40.

(4) سورة البقرة، الآية 94.

(5) سورة النحل، الآية 136.

المماثلة في الجزاء عموماً، سواء كان ضماناً أو عقوبة، لتحقيق العدالة والإنصاف، وإنما أطلقت الآيات على الجزاء المشروع سيئة، واعتداء لتأكيد مبدأ المماثلة¹.

الفرع الثالث: مضمون المبادئ الأساسية في القرآن الكريم والسنة النبوية

يوجب القرآن الكريم مبدأ احترام حق الملك بقوله تعالى: " ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام لتأكلوا فريقاً من أموال الناس بالإثم ² " ، وقوله تعالى: " يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ³ " ، ووجه الاستدلال أن الشارع حرم التعدي على مال الغير، واعتبره ظلماً ، وتوعد عليه بالعذاب، والضمان إنما هو لرفع هذا الظلم ولحماية حق الملك.

وتتضمن المبادئ الأساسية في القرآن الكريم والسنة النبوية الصحيحة الأمر بالعدل بين الناس، ووجوب أن يحصل كل إنسان على حقه دون زيادة أو نقص، وتتضمن أيضاً وجوب احترام الإنسان لحقوق الآخرين وعدم التعدي على حقوق الآخرين وحماية كافة حقوق كل إنسان تجاه الآخرين، وتوفير الحماية الكافية والتامة له⁴.

ويتبين وفقاً لنصوص القرآن والسنة - السالف ذكرها- أن القاعدة العامة في الشريعة الإسلامية هي وجوب التعويض الكامل والتام للضرر سواء لحق الضرر بالأشخاص أو لحق الضرر بالأشياء، وتقرر المبادئ العامة في القرآن الكريم وفي السنة الصحيحة الحماية التامة للإنسان من الاعتداء عليه ،

(1)سراج، محمد احمد، مرجع سابق، ص 100.

(2) سورة البقرة، الآية 194.

(3) سورة النساء، الآية 29.

(4) عبد الرحمن، محمد شريف ، مسؤولية عديم التمييز، مرجع سابق، ص 166.

والحماية التامة للأموال من إتلافها وهذا هو عين العدل، ذلك أنه من العدل أن يحصل كل إنسان على حقه دون زيادة أو نقص.

الفرع الرابع: مسؤولية عديم التمييز في ضوء المبادئ العامة للشريعة الإسلامية

تكفل الشريعة الإسلامية لكل شخص الحماية التامة في سلامة جسده وسلامة أمواله وسلامة كافة مصالحه المادية والمعنوية أو الأدبية أو الاجتماعية وغيرها من المصالح الأخرى والله تعالى حكيم فيما أنزله من تشريعات، وذلك بناء على المبادئ العامة للقرآن والسنة، والمبنية على أساس وجوب العدل بين الناس عند الفصل فيما ينشأ بينهم من منازعات.

ومن الملاحظ أن هدف الفقه الإسلامي هو الحفاظ على مصالح الناس وحقوقهم وأموالهم وأعراضهم، وفي سبيل تحقيق هذا الهدف، فقد قيد الحرية الشخصية للإنسان في أن يعيش ويتصرف بحرية، لكي لا يتم المساس بهذه المصالح، وفرض الجزاء على من يخالف ذلك، بالإضافة إلى أنه قد فرض الضمان على محدث الضرر بسبب إلحاقه الضرر بالغير، وإن الفقهاء المسلمون قد أشاروا إلى الجوابر، ويقصد بذلك التضمينات مشروعة لجلب ما فات من المصالح، وأن الزواجر، ويقصد بها العقوبات مشروعة لدرء المفسد، ولا يشترط في الجوابر إثم من وجبت عليه، خلافاً للزواجر التي تجب على الشخص في مقابل الإثم، ولهذا شرع الجبر في حالة الخطأ وحالة الجهل وعلى المجانين والصغار، وبناء على ذلك فإن أساس الالتزام بالضمان في الفقه الإسلامي هو الفعل الضار أو العمل الغير مشروع لوحده، وعدم المشروعية في الفعل لا تقوم على فكرة الخطأ المعروفة في القانون المدني المصري، لأن هدفها فقط هو التمييز بين حالة الفعل الضار المسموح به شرعاً والذي لا تقوم مسؤولية فاعله وبين الفعل الضار غير المسموح به فيسأل عنه فاعله، بعيداً عن فكرة الجزاء والعقاب لمرتكب الفعل.

وقد جاء في مجمع الضمانات أن " الحر البالغ إذا أمر عبدا صغيرا أو كبيرا مأذونا له في التجارة أو محجورا عليه ليقتل رجل خطأ فقتله، يخاطب مولى المأمور بالدفع والفدا وكذا في كل موضع لا يكون موجبا للقصاص ثم يرجع مولى العبد بأقل من قيمته ومن دية المقتول على الأمر في ماله ولهذا لو تلف في حال استعماله يضمن كذا في الجنایات من الخلاصة "، وجاء أيضاً " لو أن رجل قال لصبي محجور اصعد هذه الشجرة انفض لي ثمارها فصعد الصبي وسقط وهلك كان على عاقلة الأمر دية الصبي، وكذا لو أمره بحمل شيء، أو كسر حطب يضمن، ولو قال اصعد هذه الشجرة انفض الثمار ولم يقل انفض لي ففعل الصبي ذلك فعطبَ اختلف المشايخ فيه والصحيح أنه يضمنُ سواءً قال انفض لي الشجرة، أو قال انفض ولم يقل لي"¹.

وجاء كذلك لو " أن رجلا رأى صبيا على حائط، أو شجرة فصاح به الرجل وقال له قع فوق الصبي ومات ضمن القائل ديته، ولو قال لا تقع فوق ومات لا يضمن"، وجاء في كذلك ولو أن "بالغا أمر صبيا بتخريق ثوب إنسان، أو بقتل دابته فضمن ذلك في مال الصبي ثم يرجع به على الأمر، وكذا لو أمر بقتل رجل فقتله كان على عاقلة الصبي الدية ثم ترجع على عاقلة الأمر سواء علم الصبي بفساد الأمر أو لم يعلم، ولو أن عبدا مأذونا أمر صبيا بتخريق ثوب إنسان قال أبو حنيفة يضمن الأمر، ولو أمره بقتل رجل ففعل لا يضمن الأمر، ولو أمر صبيا بالغا بقتل إنسان فقتله وجب الدية على عاقلة القاتل ولا يرجع بذلك على عاقلة الأمر، ولو أمر صبيا بالغا لا يضمن الأمر، ولو أمر بالغ بالغا بذلك كان الضمان على القاتل ولا شيء على الأمر"².

وجاء أيضا لو أن " عبدا محجورا بالغا أمر عبدا مثله بقتل رجل أو كان الأمر بالغا والمأمور صغير ففعل يرجع بالضمان على الأمر بعد العتق"، "ولو أن صغيرا حرا أمره عبد محجور عليه صغير بذلك

(1) البغدادي، أبو محمد بن غانم محمد، (1987):، مرجع سابق، ص 156.

(2) البغدادي، أبو محمد بن غانم محمد، (1987): مرجع سابق، ص 157.

ضمن الصغير ولا يرجع على العبد الأمر وإن أعتق الأمر، ولو ضرب المعلم أو الأستاذ الصبي أو التلميذ بأمر الأب فمات فإنه لا يضمن من جنایات¹.

وقد لاحظت أن القانون المدني الأردني قد اقتفى أثر الفقه الإسلامي عندما جعل الإضرار أساساً للمسؤولية المدنية التقصيرية متجهاً بذلك اتجاهها حديثاً ومتطوراً في شأن المسؤولية التقصيرية لعديم التمييز إذ اعتبرها مسؤولية أصلية وكاملة، وهذا على خلاف المشرع المدني المصري عندما جعل الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية التقصيرية، وبالتالي اعتبارها مسؤولية استثنائية وهذا ما سيتم دراسته في المبحث التالي.

(1) البغدادي، أبو محمد بن غانم محمد، (1987): مرجع سابق، ص 157.

المبحث الثاني: الأساس القانوني لمسؤولية عديم التمييز في القانون المدني المصري

المسؤولية عن الأفعال الشخصية تقوم _ كقاعدة عامة _ في ظل القانون المدني المصري على فكرة الخطأ¹ بعنصريه المادي والمعنوي، وبالتالي فإنه لتحقيق هذه المسؤولية ينبغي أن يكون هناك انحرافاً في السلوك، مع توافر الإدراك أو التمييز لدى مرتكب الفعل الضار إلى جانب الشروط الأخرى من تحقق الضرر وتوافر علاقة السببية.

وهذا ما نصت عليه المادة (163) من القانون المدني المصري على أن: " كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض "، وما جاء أيضاً في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري من أنه: " لما كان الأصل في المسؤولية التقصيرية بوجه عام، أن تناط بخطأ يقام الدليل عليه، لذلك القي عبء الإثبات فيها على عاتق المضرور، وهو الدائن²، وكذلك قررت محكمة النقض المصرية أيضاً أن " تكييف الفعل بأنه خطأ موجب للمسؤولية التقصيرية يعتبر من المسائل القانونية التي تخضع لرقابة محكمة النقض³."

وبناءً على ما تقدم، فإنني سأعرض في هذا المبحث إلى فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية التقصيرية عن الأفعال الشخصية بعنصريها المادي والمعنوي (النفسي)، وذلك في المطلب الأول، في سبيل الوصول إلى الأساس القانوني للمسؤولية التقصيرية الذي يستند إليه نص المادة (2\164) من القانون المدني المصري وهذا ما سأعرضه في المطلب الثاني.

(¹) وهو ما استقر عليه قضاء النقض المصري، ومن قراراته، القرار رقم 1954/6، مجموعة أحكام النقض، نقلاً عن أبو سرور، أسماء، (2006): ركن الخطأ في المسؤولية التقصيرية، مرجع سابق، ص 99 .

(²) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج 2، الالتزامات، مصادر الالتزام (المادة 89 - 264) صادرة عن وزارة العدل المصرية، ص 355.

(³) نقض مدني مصري 29 مارس 1987، منشور في موقع قاعدة التشريعات والاجتهادات المصرية، www.arablegalportal.org، نظر هذا الموقع بتاريخ 2017/3/16.

المطلب الأول: فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية التقصيرية عن الأفعال الشخصية

تقوم المسؤولية التقصيرية وفقاً للنظرية الشخصية على فكرة الخطأ، حيث يعتبر الخطأ وفقاً لتلك النظرية أساس المسؤولية التقصيرية، وعلية فإن كل خطأ يسبب ضرراً للغير يلزم مرتكبه بالتعويض، ويرجع الفضل في صياغة تلك القاعدة إلى القانون المدني الفرنسي القديم الذي لم يعجبه الحال في القانون الروماني، كون ذلك الأخير لم يكن يتضمن قاعدة عامة للمسؤولية التقصيرية عن العمل غير المشروع، بل كان يتضمن تنظيمًا لأفعال محددة يعتبرها أعمالاً غير مشروعة تستوجب قيام المسؤولية التقصيرية¹.

وقد عرف غالبية الفقه والقضاء الخطأ تعريفاً شخصياً لم يتأثر بالنظريات المادية فعرف بأنه: " إخلال بواجب قانوني مقترن بإدراك الخلل إياه "، فالخطأ يتكون من عنصرين أحدهما نفسي وهو التمييز أو الإدراك، والثاني مادي وهو فعل الإخلال بواجب قانوني، لذا يشترط في المسؤول أن يكون مميزاً، وقد عرفت محكمة النقض المصرية الخطأ الموجب للمسؤولية التقصيرية بأنه: " هو الانحراف عن السلوك العادي المألوف وما يقتضيه من يقظة وتبصر حتى لا يضر بالغير"².

كما عرفته في حكم آخر بأنه: " الإخلال بالتزام قانوني يفرض على الفرد أن يلتزم في سلوكه بما يلتزم به الأفراد العاديون من اليقظة والتبصر حتى لا يضررون بالغير، فإذا انحرف عن السلوك الذي يتوقعه الآخرون، والواجب مراعاته، فإنه يكون قد أخطأ"³.

(1) السنهوري، عبد الرزاق، مرجع سابق، ص 863.

(2) نقض مدني مصري، 15/1/1990م، منشور في كتاب عبد الله، فتحي عبد الرحيم، مرجع سابق، ص 51.

(3) نقض مدني مصري، 30/10/1978م، منشور في كتاب عبد العزيز، محمد كمال، التقنين المدني في ضوء الفقه والقضاء، ج 1، الالتزامات، طبعة نادي القضاة، ص 528.

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن وصف الفعل بأنه خطأ موجب للمسؤولية أو نفي هذا الوصف عنه هو من المسائل القانونية التي تخضع لرقابة محكمة النقض¹، وفي أحكام أخرى تركت تكيف الفعل بأنه خطأ موجب للمسؤولية أو نفي هذا الوصف عنه لتقدير قاضي الموضوع، واعتباره من مسائل الواقع لا يخضع فيها لرقابة محكمة النقض متى كان استخلاصه سائغاً، وهذا ما استقر عليه الفقه والقضاء، فجميع الظروف والملابسات التي أحاطت بالواقعة وتقديرها يعد من مسائل الواقع التي تستقل بها محكمة الموضوع .

يتضح من نص المادة (163) من القانون المدني المصري السابق ذكرها أن الخطأ ركن أصيل في المسؤولية التقصيرية عن الأفعال الشخصية، يستوي أن يكون الخطأ بالفعل (أي عملاً إيجابياً) أو بالترك (عملاً سلبياً)، وهذا الخطأ غير مفترض بل يقع على المصاب (المضروب) عبء إثباته، وقد يعجز عن ذلك في الكثير من الأحوال، على أن " استخلاص الخطأ الموجب للتعويض مما يدخل في حدود السلطة التقديرية لقاضي الموضوع"²، ما دام هذا الاستخلاص سائغاً ومستمداً من عناصر تؤدي إليه وقائع الدعوى.

معنى ما تقدم أن الفقه والقضاء في مصر يعتقد نظام المسؤولية الشخصية القائم على الخطأ والتي تحمل معنى الردع والحساب وقليل من العقوبة وتستند أساساً إلى الإدراك والتمييز، فهو يبحث في مسلك المسؤول أكثر مما يبحث في الضرر الذي أصاب المضروب، ويؤيد ما ذهب إليه الفقه والقضاء في مصر ما جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي من أنه: " ولما كان الأصل في المسؤولية التقصيرية بوجه عام أن تتأط بخطأ يقام الدليل عليه، لذلك ألقى عبء الإثبات فيها على عاتق المضروب، وهو الدائن، ويلاحظ أن المشروع قد تطلب إثبات الضرر من قبل المضروب، أي أنه لم

(1) نقض مدني مصري، 1984/1/5، منشور في كتاب عبد الله، فتحي عبد الرحيم، مرجع سابق، ص 51.

(2) عبد الله، فتحي عبد الرحيم، دراسات في المسؤولية التقصيرية، نحو مسؤولية موضوعية، مرجع سابق، ص 50.

يفترض تلك المسؤولية على أساس الخطأ المفروض "، ذلك أن الأوضاع الاقتصادية في البلاد لا تقتضي تطوراً يبلغ عمقه مثل هذا المدى، وقصارى ما هنالك أن المشروع قنع بتطبيق المسؤولية على أساس الخطأ المفروض في نطاق الأحكام الخاصة بالمسؤولية عن عمل الغير، والمسؤولية الناشئة عن الأشياء، أما المسؤولية على أساس تبعات المخاطر المستحدثة فلا يوجد في شأنها سوى تشريعات خاصة تناولت تنظيم مسائل بلغت من النضوج ما يؤهلها لهذا الضرب من التنظيم " ¹.

لذلك فإنه يتطلب لانعقاد المسؤولية في القانون المصري أن يثبت المضرور أن الفاعل قد أدخل بالتزامه القانوني باتخاذ الحيطة والحذر واليقظة في سلوكه حتى لا يضر بالغير، وأنه انحرف عن السلوك المألوف للرجل العادي فألحق الضرر بالمضرور، ومن ناحية أخرى أن المسؤولية تقوم على التمييز، والشخص الذي لا يدرك ما يصدر عنه من عمل لا تجوز مسألته أدبياً و لا جنائياً، ولا مدنياً، مادامت المسؤولية تقوم على الخطأ بركنيه المادي والمعنوي.

مما تقدم فإن ذلك يباعد بين نظام المسؤولية التقصيرية عن الأفعال الشخصية والمعمول به في مصر، والأخذ بنظام المسؤولية الموضوعية ونظرية الضمان ² كقاعدة عامة .

ونظام المسؤولية الشخصية القائم على الخطأ هو نظام مستمد من النظرية الشخصية للخطأ، ووفقاً لهذه النظرية، فلا توجد المسؤولية إذا لم يوجد الخطأ، وهي تبحث في مسلك المسؤول أكثر مما تبحث في الضرر الذي أصاب الغير، لذا سميت بالنظرية الشخصية، وينتصر القائلون بهذه النظرية بما هو ظاهر في نصوص القانون سواء كانت مسؤولية الشخص عن أفعاله أو عن أفعال غيره أو عن فعل شيء، فإن المسؤولية لا تقوم إلا إذا وجد خطأ، ويستوي أن يكون خطأ واجب الإثبات كما في المسؤولية عن الأفعال الشخصية، وهذا هو الأصل، أو أن يكون خطأ فرضه القانون.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج 2، الالتزامات، مصادر الالتزام، صادرة عن وزارة العدل المصرية، ص 355.

(2) والتي أخذ بها الفقه الإسلامي.

ونتيجة للتطور الاقتصادي الهائل والتقدم التقني والصناعي وصعوبة إثبات الخطأ ونسبته إلى فاعله، فقد يتعذر على المضرور إقامة الدليل على الخطأ خاصة بعد ازدياد مخاطر العمل نتيجة استعمال الآلات الحديثة، وصعوبة إثبات خطأ صاحب العمل في أغلب الحالات، حتى يستطيع الرجوع عليه بالتعويض .

وقد وجهت إلى النظرية الشخصية انتقادات لعدم منطقيتها، وتعارضها مع الفكر القانوني الحديث بعد أن انفصلت المسؤولية المدنية عن المسؤولية الجنائية، والأخيرة هي التي تعنى بالخطأ والعقوبة تتناسب مع جسامة الخطأ، أما المسؤولية المدنية فلا تهتم إلا بالضرر، ويقدر التعويض بقدر الضرر ولجبر الضرر، فالتعويض المدني إذن لا دخل للعقوبة فيه، ومن ثم يكون من غير المنطقي إقامة المسؤولية التقصيرية على أساس الخطأ، ويجب إقامتها على أساس الضرر الذي يستوجب التعويض، لا الخطأ الذي يقتضي المؤاخذة والعقاب¹ .

كما أعترض الفقهاء على النظرية الشخصية على أساس أنها لا تصلح إلا في نظام اقتصادي يقوم على الزراعة، أما في ظل التطور الحالي للصناعة والاقتصاد وازدياد مخاطر الآلات فلا تصلح إلا المسؤولية الموضوعية، إذ ليس من العدل أن نضحي بالمصاب، وألا نحمل صاحب التبعة الذي ينتفع بالشيء، فالغرم بالغنم، ومن ثم يجب هجر النظرية الشخصية القائمة على الخطأ، ولو كان مفروضاً إلى المسؤولية المجردة على أي خطأ، وتأييدا لرأيهم يقولون: إذا وقع ضرر بلا خطأ ثابت على أحد، فمن الذي يتحمل تبعة هذا الضرر، فمن المنطقي أن يتحمل تبعته محدث الضرر، فهو الذي أوجده

(1) عبد الله، فتحي عبد الرحيم، دراسات في المسؤولية التقصيرية، نحو مسؤولية موضوعية، مرجع سابق، ص 20.

وهو الذي يفيد من النشاط الذي سببه، ومن ثم يجب أن يحمل عبء مغارمها، وانتهوا إلى أن الخطأ لم يعد قادراً على أن يحقق العدل والتوازن بين العلاقات¹.

الفرع الأول: العنصر المادي للخطأ (التعدي)

التعدي هو احد الاصطلاحات التي يعبر بها عن الركن المادي للخطأ، فهو إخلال بالتزام سابق، فالتعدي أيضاً هو مجاوزة الحدود التي يجب على الشخص التزامها، أو هو الانحراف عن السلوك الواجب حتى لا يضر بالغير، ويقاس الانحراف في السلوك بمعيار موضوعي أي بسلوك شخص دون الالتفات إلى ظروفه الشخصية، أي بسلوك الشخص العادي²، فالتعدي معياره واحد لا يتغير من شخص لآخر، وهو الشخص العادي، فإذا جاوز الانحراف المألوف عن سلوك الناس وضابطه الشخص العادي، صار تعدياً دون النظر للظروف الشخصية الذاتية للفاعل، ووفقاً لهذا التصور يكون الخطأ شيئاً اجتماعياً لا ظاهرة نسبية، وإذا كان الفقه والقضاء يجتمعان على عدم الاعتداد بالظروف الداخلية للشخص المعتدي في مقياس السلوك المألوف من الشخص العادي، فليس لنا أن نجرده من الظروف الخارجية وأهما ظروف الزمان والمكان³.

ويلاحظ أن المسؤولية قد ترتبت على عمل شخصي من المسئول، وبذلك فإنها تقوم على خطأ واجب الإثبات، ويقع عبء الإثبات هذا على المضرور، وهو الدائن والذي يتوجب عليه أن يثبت أن المعتدي قد انحرف عن السلوك المألوف للشخص العادي، وإخلاله بالتزامه القانوني بعدم اتخاذ الحيطة الواجبة في عدم الإضرار بالغير مما ألحق الضرر بالأخير⁴.

(1) عبد الله، فتحي عبد الرحيم، دراسات في المسؤولية التقصيرية، مرجع سابق، ص 20.

(2) عبد الله، فتحي عبد الرحيم، مرجع سابق، ص 16.

(3) أبو الخير، عبد السميع عبد الوهاب، (1994): مرجع سابق، ص 188.

(4) السنهوري، عبد الرزاق، مرجع سابق، ص 304.

لذلك يتطلب لانعقاد المسؤولية أن يثبت المضرور أن الفاعل قد أحل بالتزامه القانوني باتخاذ الحيطة واليقظة في سلوكه حتى لا يضر بالغير، وأنه انحرف عن السلوك المألوف للرجل العادي فألحق الضرر بالدائن هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى أن المسؤولية تقوم على التمييز، والشخص الذي لا يدرك ما يصدر عنه من عمل لا تجوز مسألته لا أدبياً ولا جنائياً ولا مدنياً، مادامت المسؤولية تقوم على الخطأ بركنيه المادي والمعنوي¹.

الفرع الثاني: العنصر النفسي للخطأ (التمييز - الإدراك)

التمييز اصطلاح يعبر عن أمر معنوي، حيث نقول إن الشخص مدرك ومميز لما قام به من فعل، فهو أن يصبح للشخص تبصر عقلي، يستطيع به أن يميز بين الحسن والقبيح من الأمور، ويتبين الخير والشر والنفع والضرر²، أي أن العنصر النفسي للخطأ هو أن يكون مرتكب الفعل الضار قد قصد الإضرار بالغير (في حالة الجريمة المدنية)، أو على الأقل أن يكون قد توقع حصول الضرر نتيجة لفعله ولم يثته ذلك عن هذا الفعل أو لم يحمل على اتخاذ الاحتياطات اللازمة لتفادي الضرر (في حالة شبه الجريمة المدنية)³.

ويتحقق العنصر النفسي للخطأ إذا توافر قصد الإضرار بالغير ، وكان هذا الخطأ عمداً ووصف الفعل الضار بأنه جنحة مدنية وإن لم يتوافر هذا القصد، وبكفي لقيام المسؤولية المدنية بأن يكون مرتكب الفعل الضار مدركاً وقت ارتكابه أنه مغل بواجب قانوني وأن إخلاله هذا يمكن أن يترتب عليه الإضرار بالغير، وفي هذه الحالة يعتبر خطؤه غير عمد، ولكن النتيجة واحدة من حيث قيام المسؤولية

(1) السنهوري، عبد الرزاق، مرجع سابق، ص 112.

(2) الزرقا، مصطفى، (1988): الفعل الضار والضمان فيه، دراسة وصياغة قانونية مؤصلة على نصوص الشريعة الإسلامية وفقها انطلقاً من القانون المدني الأردني، مرجع سابق، ص 760.

(3) مرقس، سليمان، (1988): الوافي في شرح القانون المدني، في الالتزامات في الفعل الضار و المسؤولية المدنية، القسم الأول، في الأحكام العامة، م 1، القاهرة، ص 233.

المدنية والالتزام بالتعويض، ولا فرق في شأنهما بين ما إذا كان الخطأ عمداً أو غير عمد، أي بين ما إذا كان الفاعل قد قصد الإضرار بالغير بفعله، وما إذا كان لم يقصد ذلك¹.

وقد ذهب كثير من الشراح إلى الاكتفاء في تقدير توافر هذا العنصر النفسي أو عدم توافره تقديراً موضوعياً مجرداً، فلا يشترط أن يثبت أن الفاعل قد تمثل وقوع الضرر باعتباره نتيجة محتملة لفعله بل يكفي بأن يكون في وسع الرجل العادي تمثله في مثل هذه الظروف حتى يفرض في الفاعل أنه تمثله فعلاً، ويعتبر العنصر النفسي للخطأ متوافراً فيه²، وسبب ذلك هو صعوبة التحقق من توافر قصد الإضرار أو من توافر التمييز، لأن هذا الأمر يكمن في النفس الإنسانية، أي غير ظاهر، ويصعب إثبات الحالة النفسية لمرتكب الفعل الضار وقت ارتكابه، ولذلك فقد جرى القول على الاكتفاء في قيام المسؤولية بتوافر التمييز لدى مرتكب الفعل الضار.

ويمثل التمييز الحد الأدنى من العنصر النفسي لتوافر الخطأ الذي تقوم على أساسه المسؤولية المدنية، وهذا ما جرى الأخذ به من قبل الفقه المصري، وذلك لأن الخطأ هو إخلال بواجب قانوني، ولأن هذا الواجب لا بد في نشوئه من قاعدة تفرضه، ولأن القاعدة القانونية هي خطاب موجه إلى الناس بأمر أو نهي، فهي تفترض فيمن توجه إليهم التمييز والإدراك، بل هي في الأصل لا تعتبر موجهة إلا إلى من يتوافر فيهم التمييز فيما عدا الحالات الاستثنائية التي يفرض فيها القانون واجبا لا يتطلب من المكلف به تمييزاً أو إدراكاً، ويمكن اقتضاؤه منه دون حاجة في ذلك إلى أي عمل إرادي من جانبه، كما هو شأن التزام المتبوع عديم التمييز بضمان أفعال تابعه.

(1) مرقس، سليمان، مرجع سابق، ص 234.

(2) خاطر، نوري حمد، بحث بعنوان: تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسؤولية المدنية، دراسة نظرية مقارنة منشورة على موقع الدليل الإلكتروني للقانون العربي، www.arablawinfo.org، ص 6، نظر بتاريخ 2017/3/16.

ولذلك نص المشرع المدني المصري في المادة (164) كما كان ينص التقنين المدني القديم في المادة (212) منه على ضرورة توافر التمييز في مرتكب الفعل الضار حتى يمكن إلزامه بما سببه من ضرر للغير، وبناء على ذلك لا يسأل المجنون ولا الصبي غير المميز عن أفعالهما الضارة بالغير بالرغم مما فيها من مساس بحقوق الغير ومن خرق مادي للواجبات المقابلة لهذه الحقوق لأن خطاب الشارع بهذه الواجبات لا يعتبر موجهاً إلا إلى ذوي التمييز¹.

" الواقع أن خطاب الشارع - وإن كان من الصعب على عديمي التمييز فهمه - إلا أن ذلك لا يمنع الشارع من التدخل بتنظيمه للقواعد المتعلقة بحالات ارتكاب عديمي التمييز لأفعال ضارة، ذلك لأن اعتبارات العدالة تقضي تعويض المصاب عما لحق به من ضرر وهذا هو الأهم في تقديري، وبعبارة أخرى أنه ليس بمبرر مطلقاً أن لا يحصل المصاب على التعويض الذي يستحقه لأن القاعدة القانونية لا تخاطب عديمي التمييز²."

وبعد أن عرضت إلى فكرة الخطأ والتي يستند إليها القانون المدني المصري كأساس للمسؤولية التقصيرية عن الأفعال الشخصية، لابد من معرفة الأساس القانوني للمسؤولية التقصيرية الذي يستند إليه نص المادة (2\164) من القانون المدني المصري وهذا ما سأعرضه في المطلب التالي.

المطلب الثاني: الأساس الذي يستند إليه نص المادة (2\164) من القانون المدني المصري

نصت الفقرة الثانية من المادة (164) من القانون المدني المصري على أنه: " ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز، ولم يكن هناك من هو مسئول عنه، أو تعذر الحصول على تعويض

(1) مرقس، سليمان، الوافي في شرح القانون المدني، في الالتزامات في الفعل الضار و المسؤولية المدنية مرجع سابق، ص 235.

(2) عسقلان، فضل، (2008): المسؤولية التقصيرية لعديم التمييز، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، ص80.

من المسئول، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعيًا في ذلك مركز الخصوم".

يجمع غالبية الفقه المصري على أن أساس المسؤولية الاستثنائية المنصوص عليها في الفقرة الثانية من نص المادة (164) من القانون المدني المصري هو فكرة تحمل التبعة أو التضامن الاجتماعي، فغير المميز يتحمل تبعة أفعاله الضارة ولكن في حدود معينة فهي مسؤولية مقررة على خلاف الأصل العام¹، بينما ذهب البعض إلى تأسيسها على فكرة الضمان.

ومع ذلك ففي الفقه المصري من يقول بأن المسؤولية المدنية لم تتوفر أركانها، وأن النص يمثل التزاماً قانونياً فرضه الشارع على كاهل عديم التمييز.²

وقد تعرضت فكرة تحمل التبعة كأساس لمسؤولية عديم التمييز للنقد من جانب الفقه الفرنسي، كما أن فكرة الالتزام القانوني الذي يفرضه المشرع بنص قانوني لا يصلح في رأبي أساساً للمسؤولية، لأن جميع الالتزامات أيًا كان أساسها القانوني يجب أن يتضمنها مصدر من مصادر القانون سواء أكان التشريع، أو غيره من مصادر القانون المعروفة، ولو أخذت الأمور على هذا النحو لقلنا أن جميع الالتزامات مفروضة دون أن يعرف الأساس الصحيح لكل منها.

"وأنه بالأخذ بفكرة الخطأ بمعياره الموضوعي ما يصلح أساساً مناسباً لمسؤولية عديم التمييز متى وضع في الاعتبار أن الاتجاه الحديث أصبح يعدد بمجرد وقوع الضرر لتقرير المسؤولية حماية للمضروب دونما أن يعبأ كثيراً بمدى إدراك مرتكبه"³.

(1) مرقس، سليمان ، الوافي في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 361.

(2) مصطفى، أبو زيد عبد الباقي، مدى مسؤولية عديم التمييز التقصيرية في القانون المقارن، مرجع سابق، ص92.

(3) مصطفى، أبو زيد عبد الباقي، مدى مسؤولية عديم التمييز التقصيرية في القانون المقارن، مرجع سابق، ص92

ومن ناحية اخرى " فقد تدارك المشرع المصري بهذا النص ما قد ينجم من ضرر بالمضروبين من وراء انتفاء المسؤولية لانعدام التمييز، وقرر مسؤولية عديم التمييز أنها مسؤولية مخففة في حالات وفي حدود رسمها في النص المتقدم، وهي مسؤولية لا تقوم على الخطأ وإنما تقوم _ كما هو الحال في الفقه الإسلامي _ على ضمان الإلتلاف، فمن يرتكب فعلاً يصيب الغير في نفسه أو ماله عليه الضمان، فالفقه الإسلامي يجعل الضرر علة وسبباً للتضمنين، فإذا وجدت العلة وجد المعلول .

وإذا كانت مسؤولية عديم التمييز وفقاً لنص المادة (2/164) ليست مطلقة كما هو الحال في القانون الفرنسي، إلا أنه يكون مسؤولاً عن أفعاله التي تلحق ضرراً بالغير بصرف النظر عن إدراكه ووعيه وتمييزه، فالمشرع المصري قرر في هذه الحالة مسؤولية موضوعية " ¹ .

في رأيي أن المشرع المصري لم يأخذ بفكرة الخطأ بمعياره الموضوعي، كما أنه لم يأخذ بفكرة الضمان التي تقوم عليها مسؤولية عديم التمييز في الفقه الإسلامي، لأنه لو صح ذلك لكانت مسؤولية عديم التمييز أصلية لا استثنائية، ووجوبية لا جوازيه، وكاملة لا مخففة، ولما كانت الفقرة الأولى من المادة (164) من القانون المدني المصري تقضي بكون الشخص مسؤولاً عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز، وعليه فإن نظرية تحمل التبعة التي قال بها معظم الفقه المصري تبقى هي الأساس القانوني لمسؤولية عديم التمييز التي تضمنها نص المادة (2/164) من القانون المدني المصري .

وإنني أرى ضرورة تعديل نص المادة (164) من القانون المدني المصري، بحيث يتم تقرير المسؤولية الكاملة لعديم التمييز عن أفعاله الضارة على غرار ما أخذ به في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني، على أن تكون مسؤولية أصلية لا استثنائية، ووجوبية لا جوازيه للقاضي، وكاملة لا مخففة،

(1) مصطفى، أبو زيد عبد الباقي، مدى مسؤولية عديم التمييز التقصيرية في القانون المقارن، مرجع سابق، ص92.

لأنه إذا ما ترك الأمر لقاضي الموضوع فإنه يمكن إلا يحصل المضرور على أي تعويض متى رأى القاضي أن عديم التمييز لا مال له، أو لا يحصل إلا على تعويض جزئي متى قدر قاضي الموضوع ذلك، فالمسألة تخضع لتقدير القاضي، وتختلف من حالة لأخرى، مما يتعارض بحسب رأيي مع اعتبارات العدالة التي تقضي بضرورة حصول المضرور على التعويض الكامل عما يقع له من ضرر.

أما في فلسطين، فإن مجلة الأحكام العدلية السارية قد اعتبرت المسؤولية عن الفعل الضار مسؤولية موضوعية، والتي لا تشترط الخطأ لقيام المسؤولية، وعلى العكس من ذلك فإن قانون المخالفات المدنية الساري المفعول أيضاً في فلسطين قد أخذ بالنظرية الشخصية، حيث نصت المادة 8 منه على أنه: " لا تقام الدعوى على شخص لمخالفة مدنية ارتكبها وهو دون السنة الثانية عشرة من عمره ¹، وأما بالنسبة لمشروع القانون المدني الفلسطيني، فإنني أرى تناقضاً واضحاً بين نصوصه، فقد جمع بين النظريتين المتناقضتين في المسؤولية عن الفعل الضار في آن واحد، وهذا يعد خلافاً في السياسة التشريعية²، حيث نصت المادة 179 من المشروع المدني الفلسطيني على أن " كل من ارتكب فعلاً سبب ضرراً للغير يلزم بتعويضه³ "، بينما نصت المادة 180 منه في الفقرة الأولى على أنه " يكون الشخص مسؤولاً عن أفعاله الضارة متى صدرت منه وهو مميز"⁴، وبذلك فإنني أرى ضرورة تعديل هاتين المادتين، وذلك تقادياً للتناقض الشرعي بينهما، وأرى ضرورة أن يتبنى المشرع الفلسطيني نظرية واحدة لتقرير المسؤولية، وأرى أن يتم تبني النظرية الموضوعية، وذلك على غرار ما أخذ به في الراجح لدى الفقه الإسلامي، والمشرع الأردني، وذلك لأن هذه النظرية هي التي تحقق الحماية الأفضل لمصلحة المضرور.

(1) المادة 8 من قانون المخالفات المدنية رقم 36 لسنة 1944 .

(2) التكروري، عثمان، و السويطي، احمد، مصادر الالتزام، مرجع سابق ، ص 415.

(3) المادة 179 من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

(4) المادة 1/180 من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

ملخص الفصل الثاني

يتبين لنا مما تقدم وبعد دراسة الأساس القانوني لمسؤولية عديم التمييز في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني، وذلك من خلال عدة مواضيع هامة، وهي ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، أن ضمان العدوان يعني " شغل الذمة بحق مالي للغير جبراً للضرر الناشئ عن التعدي لمخالفة القواعد الشرعية العامة القاضية بحرمة مال المسلم ودمه وعرضه وسائر حقوقه، مما لا يرجع إلى واجب الوفاء بالعقود" .

والتفرقة بينه وبين المسؤولية المدنية حيث أنه تبين بأن البعض من الفقه الإسلامي يرى بأنه يجب إطلاق مفهوم العدوان على وجوب رفع الضرر الناشئ عن التعدي بمخالفة الأحكام الشرعية التي تمنع التعرض للمرء في حقوقه التي كلفها الشارع على حين يختص ضمان العقد بالمسؤولية الناشئة عن الامتناع عن تنفيذ العقد، وبهذا يلاحظ بأن مفهوم الضمان بهذا التحديد يتطابق مع مفهوم المسؤولية المدنية في الفكر القانوني، ويرجع الضمان و المسؤولية المدنية إلى سبب واحد إذا اتبعنا هذا الفهم، وهو واجب جبر الضرر الواقع بالتعدي على الغير في أي حق من حقوقه، سواء كان هذا التعدي بارتكاب فعل محرم في ذاته أو بالنظر إلى ماله أو بمخالفة أحكام العقد وعدم الوفاء به، وأنه وقد شرع الضمان في الفقه الإسلامي كوسيلة لكفالة سلامة أفراد المجتمع من أي تلف تتعرض له أنفسهم، أو أعضائهم، أو أموالهم، والمحافظة على حقوقهم، وتوقي الإضرار بهم، ودفعاً للعدوان عليهم وجبراً لما يصيبهم من ضرر.

وتبين لنا أيضاً أن الضرر أساس وجوب الضمان في الفقه الإسلامي وفي القانون المدني الأردني، وبناء على ذلك فإن أساس الالتزام بالضمان في الفقه الإسلامي هو الفعل الضار أو العمل الغير مشروع لوحده، وعدم المشروعية في الفعل لا تقوم على فكرة الخطأ المعروفة في القانون المدني

المصري، لأن هدفها فقط هو التمييز بين حالة الفعل الضار المسموح به شرعاً والذي لا تقوم مسؤولية فاعله وبين الفعل الضار غير المسموح به فيسأل عنه فاعله، بعيداً عن فكرة الجزاء والعقاب لمرتكب الفعل، وأيضاً يتبين لنا بأن هنالك قواعد عامة لتقدير التعويض عن الضرر المالي الذي يسببه عديم التمييز.

وأخيراً تبين لنا من خلال دراسة الأساس القانوني لمسؤولية عديم التمييز في القانون المدني المصري، أنها تستند إلى فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية التقصيرية عن الأفعال الشخصية بعنصرها المادي والنفسي، ووجدت أن الفقه والقضاء في مصر يعتقد نظام المسؤولية الشخصية القائم على الخطأ والتي تحمل معنى الردع والحساب وقليل من العقوبة وتستند أساساً إلى الإدراك والتمييز، لذلك فإنه يتطلب لانعقاد المسؤولية في القانون المصري أن يثبت الضرور أن الفاعل قد أحل بالتزامه القانوني باتخاذ الحيطة والحذر واليقظة في سلوكه حتى لا يضر بالغير، وأنه انحرف عن السلوك المألوف للرجل العادي فألحق بالدائن هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى أن المسؤولية تقوم على التمييز، والشخص الذي لا يدرك ما يصدر عنه من عمل لا تجوز مسألته أدبياً و لا جنائياً، ولا مدنياً، مادامت المسؤولية تقوم على الخطأ بركنيه المادي والمعنوي.

وأن الأصل في القانون المدني المصري هو انتفاء مسؤولية عديم التمييز، إلا في حالات استثنائية، وأن هذه الحالات لا تكفي لتحقيق العدالة، وبالتالي كان لا بد من أن ينص القانون المدني المصري على المسؤولية الكاملة لعديم التمييز عن أفعاله الضارة، وفي نهاية هذا الفصل فقد توصلت إلى الأساس الذي يستند إليه نص المادة (2/164) من القانون المدني المصري، حيث وجدت أن المشرع المصري لم يأخذ بفكرة الخطأ بمعياره الموضوعي، كما أنه لم يأخذ بفكرة الضمان التي تقوم عليها مسؤولية عديم التمييز في الفقه الإسلامي، لأنه لو صح ذلك لكانت مسؤولية عديم التمييز أصلية لا

استثنائية، و وجوبية لا جوازية، وكاملة لا مخففة، ولما كانت الفقرة الأولى من المادة (164) من القانون المدني المصري تقضي بكون الشخص مسؤولاً عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز، وعليه فإن نظرية تحمل التبعة التي قال بها معظم الفقه المصري تبقى هي الأساس القانوني لمسؤولية عديم التمييز التي تضمنها نص المادة (2/164) من القانون المدني المصري

الخاتمة

قدمت فيما سبق دراسة تحليلية لمسؤولية عديم التمييز متعرضاً في ذلك إلى أحكام الفقه الإسلامي ومجلة الأحكام العدلية وأحكام كل من القانونين المدني المصري والمدني الأردني فيما يخص هذه المسؤولية وما يتصل بها.

لقد عرضت ابتداءً للأحكام العامة في المسؤولية التقصيرية للعوامل التي تتأثر بها الأهلية في القوانين المدنية وذلك في الفصل التمهيدي حيث قمت بتوضيح معنى المسؤولية بوجه عام ومن ثم التمييز بين أنواعها وتوضيح الفروق فيما بينها سواء ما بين المسؤولية القانونية و الأخلاقية وما بين نوعي المسؤولية القانونية وهما المسؤولية الجزائية والمسؤولية المدنية، بالإضافة إلى التمييز بين نوعي المسؤولية المدنية وهما المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية، وكل ذلك في سبيل التوصل إلى فكرة شمولية عن مفهوم المسؤولية، وبعدها قمت بدراسة أركان المسؤولية التقصيرية الثلاثة، من فعل ضار وضرر وعلاقة سببية فيما بينهما، وقد توصلت إلى أن أركان المسؤولية التقصيرية في القانون المدني الأردني والفقه الإسلامي تختلف عن أركان هذه المسؤولية في القانون المدني المصري وذلك من حيث الركن الأول فقط، حيث أن ركن الإضرار في القانون الأردني والفقه الإسلامي يقابله ركن الخطأ في القانون المدني المصري وذلك لاختلاف الأساس الذي استند إليه كل من هذه القوانين لتقرير المسؤولية، وبعدها قمت بدراسة العوامل التي تتأثر بها الأهلية من صغر السن بمراحله الثلاثة وهي مرحلة انعدام التمييز، ومرحلة التمييز، ومرحلة الرشد، وتوصلت إلى عدة نتائج منها أن مجلة الأحكام العدلية لم تحدد الحد الأقصى للسن الذي يكون عنده الصغير غير مميز، وبعدها قمت بدراسة عوارض الأهلية من جنون وعته وسفه وغفلة، وقد توصلت من خلالها للعديد من الملاحظات الهامة

ومنها أن السفه والغفلة لا يعدمان التمييز لدى الشخص، ولا ينفيان المسؤولية عنه، بل يعتبر كل من السفه وذي الغفلة ناقص الأهلية .

وقد خصصت الفصل الأول لدراسة موضوع مدى مسؤولية عديم التمييز في القوانين المدنية والفقهاء الإسلامي، حيث بحثت في القاعدة العامة في مسؤولية عديم التمييز في القانون المدني الأردني والفقهاء الإسلامي، وقد وجدت أن المسؤولية في القانون المدني الأردني تقوم على الضرر وليس على الخطأ الذي يتطلب الإدراك للانحراف عن السلوك المألوف، فالضرر في القانون المدني الأردني يترادف أو يماثل في مفهومه التعدي في الفقه الإسلامي، وقد وجدت أيضاً أن القاعدة العامة في مسؤولية عديم التمييز تختلف في القانون المدني الأردني والفقهاء الإسلامي عنها في القانون المدني المصري وذلك لاختلاف الأساس الذي يقوم عليه كل من القوانين المذكورة بالإضافة إلى أنني قد وجدت بأن موقف القانون المدني الأردني هو نفس موقف الفقه الإسلامي من مسؤولية عديم التمييز، وهذا نتيجة أن القانون المدني الأردني مأخوذة أحكامه من مجلة الأحكام العدلية المستقاة أحكامها من الفقه الإسلامي، ومن ثم بحثت في القاعدة العامة لمسؤولية عديم التمييز في القانون المدني المصري، فوجدت أن الشخص يكون مسئولاً عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز، وبناءً على ذلك، فإن التمييز يعد شرطاً أساسياً لقيام المسؤولية، ويجب أن يتوافر عنصر الإدراك في الشخص حتى ينسب إليه الخطأ، وقد وجدت أن القانون المدني المصري قد نص على مسؤولية عديم التمييز بصفة استثنائية وليست أصلية، وفي حالات خاصة، أو في حالة توافر شروط خاصة، فجعل منها مسؤولية مشروطة ومخففة، وبعدها قمت بدراسة مدى مسؤولية عديم التمييز عن أفعاله الشخصية، وذلك في ضوء القاعدتين الهامتين اللتين جاء بهما الفقه الإسلامي وهما المباشرة والتسبب، وقد تعرضت لبيان مفهوم المباشرة والتسبب ومدى انطباق أحكامهما على عديم التمييز، وقد وجدت أن مسؤولية عديم التمييز تقوم في حالة المباشرة دائماً، أما في حالة التسبب فإن المتسبب لا يضمن أي

لا تقوم مسؤوليته إلا بالتعدي أو بالتعمد، ومدى مسؤوليته باعتباره حارساً للأشياء سواء الحية منها أو غير الحية، حيث وجدت أنه يجب أن تقرر المسؤولية الكاملة لعديم التمييز كحارس للأشياء الحية منها وغير الحية، أياً كانت الفكرة لتأسيس هذه المسؤولية، فسواء كانت فكرة تحمل التبعة، كما يذهب غالبية الفقه المصري، أو أخذنا بفكرة الضمان التي قال بها الفقه الإسلامي واتبعها القانون المدني الأردني؛ وذلك لأن الأخذ بهذا الاتجاه هو الذي يحقق مصلحة المضرور التي أصبحت هدفاً تسعى إليه أغلب التشريعات الحديثة.

أما الفصل الثاني فقد خصصته لموضوع الأساس القانوني لهذه المسؤولية في الفقه الإسلامي والقوانين المدنية، فدرست في المبحث الأول، الأساس القانوني لمسؤولية عديم التمييز في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني، وذلك من خلال عدة مواضيع مهمة، وهي ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، حيث قمت بتعريفه والتفرقة بينه وبين المسؤولية المدنية، ومن ثم قمت بدراسة أساس وجوب الضمان في الفقه الإسلامي وفي القانون المدني الأردني، ووضحت من خلاله بأن الضرر هو أساس وجوب الضمان، وقمت بدراسة القواعد العامة لتقدير التعويض عن الضرر المالي الذي يسببه عديم التمييز بفعله، وأخيراً قمت بدراسة الأساس القانوني لمسؤولية عديم التمييز الاستثنائية في القانون المدني المصري، ووجدت أنها تستند إلى فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية التقصيرية عن الأفعال الشخصية بعنصرها المادي والنفسي، ووجدت أن الفقه والقضاء في مصر يعتنق نظام المسؤولية الشخصية القائم على الخطأ والتي تحمل معنى الردع والحساب وقليل من العقوبة وتستند أساساً إلى الإدراك والتمييز، وأن الأصل في القانون المدني المصري هو انتفاء مسؤولية عديم التمييز، إلا في حالات استثنائية، وأن هذه الحالات لا تكفي لتحقيق العدالة، وبالتالي كان لا بد من أن ينص القانون المدني المصري على المسؤولية الكاملة لعديم التمييز عن أفعاله الضارة .

وبخصوص الأساس الذي يستند إليه نص المادة (2/164) من القانون المدني المصري، حيث وجدت أن نظرية تحمل التبعة التي قال بها معظم الفقه المصري هي الأساس القانوني لمسؤولية عديم التمييز التي تضمنها نص المادة (2/164) من القانون المدني المصري .

فغير المميز يتحمل تبعة أفعاله الضارة ولكن في حدود معينة فهي مسؤولية مقررة على خلاف الأصل العام، بينما ذهب البعض إلى تأسيسها على فكرة الضمان، ومع ذلك فقد في الفقه المصري من يقول بأن المسؤولية المدنية لم تتوفر أركانها، وأن النص يمثل التزاماً قانونياً فرضه الشارع على كاهل عديم التمييز .

وقد تعرضت فكرة تحمل التبعة كأساس لمسؤولية عديم التمييز للنقد من جانب الفقه الفرنسي، كما أن فكرة الالتزام القانوني الذي يفرضه المشرع بنص قانوني لا يصلح في رأيي أساساً للمسؤولية، لأن جميع الالتزامات أيّاً كان أساسها القانوني يجب أن يتضمنها مصدر من مصادر القانون سواء أكان التشريع، أو غيره من مصادر القانون المعروفة، وفارق كبير بين مصدر الالتزام وأساسه القانوني، أي الوسيلة الفنية التي يجد فيها أساسه، ولو أخذت الأمور على هذا النحو لقلنا أن جميع الالتزامات مفروضة دون أن يعرف الأساس الصحيح لكل منها.

وأنه بالأخذ بفكرة الخطأ بمعياره الموضوعي ما يصلح أساساً مناسباً لمسؤولية عديم التمييز متى وضع في الاعتبار أن الاتجاه الحديث أصبح يعتد بمجرد وقوع الضرر لتقرير المسؤولية حماية للمضروب دونما أن يعبأ كثيراً بمدى إدراك مرتكبه .

ومن ناحية أخرى فقد تدارك المشرع المصري بهذا النص ما قد ينجم من ضرر بالمضروبين من وراء انتفاء المسؤولية لانعدام التمييز، وقرر مسؤولية عديم التمييز أنها مسؤولية مخففة في حالات وفي حدود رسمها في النص المتقدم، وهي مسؤولية لا تقوم على الخطأ وإنما تقوم _ كما هو الحال في

الفقه الإسلامي _ على ضمان الإلتلاف، فمن يرتكب فعلاً يصيب الغير في نفسه أو ماله عليه الضمان، فالفقه الإسلامي يجعل الضرر علة وسبباً للتضمنين، فإذا وجدت العلة وجد المعلول، وإذا كانت مسؤولية عديم التمييز وفقاً لنص المادة (2/164) ليست مطلقة كما هو الحال في القانون الفرنسي، إلا أنه يكون مسؤولاً عن أفعاله التي تلحق ضرراً بالغير بصرف النظر عن إدراكه ووعيه وتمييزه، فالمشرع المصري قرر في هذه الحالة مسؤولية موضوعية .

ورأيت أن المشرع المصري لم يأخذ بفكرة الخطأ بمعياره الموضوعي، كما أنه لم يأخذ بفكرة الضمان التي تقوم عليها مسؤولية عديم التمييز في الفقه الإسلامي، لأنه لو صح ذلك لكانت مسؤولية عديم التمييز أصلية لا استثنائية، ووجوبية لا جوازيه، وكاملة لا مخففة، ولما كانت الفقرة الأولى من المادة (164) من القانون المدني المصري تقضي بكون الشخص مسؤولاً عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز، وعليه فإن نظرية تحمل التبعة التي قال بها معظم الفقه المصري تبقى هي الأساس القانوني لمسؤولية عديم التمييز التي تضمنها نص المادة (2/164) من القانون المدني المصري .

ورأيت أن هنالك ضرورة لتعديل نص المادة (164) من القانون المدني المصري، بحيث يتضمن هذا التعديل تقرير المسؤولية الكاملة لعديم التمييز عن أفعاله الضارة على غرار ما أخذ به في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني، على أن تكون مسؤولية أصلية لا استثنائية، ووجوبية لا جوازيه للقاضي، وكاملة لا مخففة؛ لأنه في ظل الوضع القائم يمكن إلا يحصل المضرور على أي تعويض متى رأى القاضي أن عديم التمييز لا مال له، أو لا يحصل إلا على تعويض جزئي متى قدر قاضي الموضوع ذلك، فالمسألة تخضع لتقدير القاضي.

بالمحصلة فقد ثبت من خلال دراستي لمسؤولية عديم التمييز في كل من القانون المدني الأردني والقانون المدني المصري والفقہ الإسلامي ومجلة الأحكام العدلية، أن نظرية الخطأ بمفهومها التقليدي قد عفا عليها الزمن، وأن الاتجاه الحديث يذهب إلى القول بأفكار أخرى كفكرة تحمل التبعة أو الضمان أو غيرهما من الأفكار، وبالنتيجة أعتقد أن النهج الذي اتجه إليه الفقہ الإسلامي بتأسيس المسؤولية على الإضرار وليس الخطأ هو النهج الأسلم، والأكثر حداثة وتطوراً، وهو ما اتبعه القانون المدني الأردني أيضاً والتشريعات الحديثة، وذلك لأنه النهج الأفضل لضمان حماية مصلحة المضرور.

التوصيات

1. أرى ضرورة إجراء تعديلات تشريعية في القوانين المدنية بأن لا يتم النص على تحديد الحالات التي ينعدم بها التمييز وقصرها على صغر السن والجنون والعتة بل لا بد من أن يكون النص بشكل عام على حالات انعدام التمييز ومنح قاضي الموضوع سلطة تقديرية لتقرير ما إذا كانت حالة الشخص ينعدم بها التمييز أم لا.

2. ضرورة تعديل نص المادتين (179) و(1/180) من مشروع القانون المدني الفلسطيني، لأن هنالك خلافاً تشريعياً فيما بينهما، وأرى أن يتم الأخذ بالنظرية الموضوعية للمسؤولية التقصيرية، وذلك على غرار ما أخذ به في المذهب الراجح في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني.

3. ضرورة تعديل نص المادة (164) من القانون المدني المصري، بحيث تكون مسؤولية عديم التمييز أصلية ووجوبية لا مسؤولية احتياطية و جوازيه، وذلك على غرار ما أخذ به في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني.

4. ضرورة أن يعتبر المشرع المدني الأردني مسؤولية متولي الرقابة مسؤولية وجوبية لا جوازيه وخاضعة لتقدير القاضي، وذلك لكي تتم حماية مصلحة المضرور بشكل كامل.

5. الأخذ بنظام التأمين الإجباري من المسؤولية، حيث قد أصبح ضرورة لا غنى عنها في مجالات عديدة، كما هو الحال في نطاق المسؤولية المدنية عن حوادث السيارات، وذلك حرصاً على مصلحة عديم التمييز نفسه، وأيضاً على مصلحة المضرور وبذلك سيتحقق التوازن المطلوب بين مصلحة الطرفين.

6. الأخذ بنظام صندوق الضمان الحكومي، حيث أنها فكرة حديثة ومتبعة في العديد من الدول، حيث أن هذا الصندوق سيعوض المتضرر من فعل عديم التمييز الضار متى ثبتت مسؤوليته وكان معسراً.

المصادر والمراجع

1. ابن مالك، انس، (2001): موطأ مالك، تحقيق محمد أُلماجدي، ج 1، ط 1، كتاب الأفضية، باب القضاء في المرفق، الحديث رقم 1435، المكتبة العصرية، بيروت .
2. ابن منظور، (ب.ت): لسان العرب، معجم اعداد وتصنيف يوسف الخياط، م 1، دار لسان العرب، بيروت.
3. أبو الخير، عبد السميع عبد الوهاب،(1994): التعويض عن ضرر الفعل الشخصي لعديم التمييز في الفقه الإسلامي والقانون المدني دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة.
4. أبو مارية، علي، (2016): القانون المدني، مصادر الالتزام، مصادر الحق الشخصي، ط 1، مطبعة نبراس الفنية، بيت لحم.
5. باز، سليم رستم، (1305 هـ): شرح المجلة، ط 3، دار إحياء التراث العربي، بيروت .
6. البخاري، أبو عبد الله محمد بن اسماعيل، (ب . ت): صحيح البخاري، ج 9، كتاب الديات، طبعة دار الحديث، القاهرة .
7. البخاري، علاء الدين، (1997): كشف الأسرار عن أصول البزدوي، ج4، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت .
8. البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل، (ب . ت): صحيح البخاري، ج2، كتاب الوصايا، طبعة دار الحديث، القاهرة.

9. البرعي، صلاح حسن، (1996): أساس المسؤولية المدنية الناشئة عن الأفعال الشخصية (دراسة مقارنة في القانون الوضعي)، دار الفكر والقانون، المنصورة.
10. البغدادي، أبو محمد بن غانم محمد، (1987): مجمع الضمانات، ط 1، عالم الكتب، مصر.
11. التكروري، عثمان، و السويطي، احمد، (2016): مصادر الالتزام، مصادر الحق الشخصي، المكتبة الأكاديمية، الخليل
12. الجبوري، ياسين محمد، (2011): الوجيز في شرح القانون المدني الاردني، ج 1، مصادر الحقوق الشخصية، مصادر الالتزامات، دراسة موازنة، ط 2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان .
13. الجمال، مصطفى محمد، (1996): القانون المدني في ثوبه الإسلامي، مصادر الالتزام، ط 1، الفتح للطباعة، الإسكندرية .
14. حيدر، علي، (ب.ت): درر الحكام، شرح مجلة الأحكام، ط 1، م 2، دار الجيل، بيروت.
15. الخطيب، محمد الشرييني، (ب.ت): معنى المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج 4، دار الكتب العربية الكبرى، مكة المكرمة .
16. الخفيف، علي، (1971): الضمان في الفقه الإسلامي، القسم الأول، ج 1، معهد الدراسات القانونية والشرعية، القاهرة .
17. دواس، أمين، (2004): القانون المدني، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية العقد والإرادة المنفردة، ط 1، دار الشروق للنشر والتوزيع، رام الله .

18. الرملي، شمس الدين محمد، (1938): نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج5، مطبعة مصطفى البابي، مصر.

19. الزحيلي، وهبة،(1982): نظرية الضمان وأحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، دار الفكر الإسلامي، دمشق .

20. الزرقا، مصطفى، (1988): الفعل الضار والضمان فيه، دراسة وصياغة قانونية مؤصلة على نصوص الشريعة الإسلامية وفقها انطلافاً من القانون المدني الأردني، ط 1، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق.

21. الزعبي، محمد يوسف، (1987): مسؤولية المباشر والمتسبب في القانون المدني الاردني، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، ج 2، العدد الأول، الأردن.

22. السرحان، عدنان، وخاطر، نوري حمد، (1997): شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.

23. سراج، محمد أحمد، (1993): ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، ط 1، المؤسسة الجامعية، بيروت .

24. سلطان، أنور، (1998): مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي، ط 2، المكتبة القانونية، عمان.

25. السنهوري، عبد الرزاق، (ب . ت): الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ج 1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان .

26. الصدة، عبد المنعم فرج، (1979): مصادر الالتزام، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية، بيروت .

27. الصنهاجي القرافي، شهاب الدين، (ب.ت): عمدة المحققين وتهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية، ج 4، دار المعارف للطباعة والنشر، بيروت.

28. عبد الرحمن، محمد شريف، (2000): مسؤولية عديم التمييز، مكتبة نجم القانونية للنشر، عمان.

29. عبد الله، فتحي عبد الرحيم، (2005): دراسات في المسؤولية التقصيرية، نحو مسؤولية موضوعية، منشأة المعارف، الإسكندرية .

30. فرج، توفيق حسن، (1991): النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الدار الجامعية، بيروت.

31. الفضل، منذر، (1995): النظرية العامة للالتزامات، ج 1، مصادر الالتزام، ط 2، بغداد.

32. القرآن الكريم.

33. القرشي الدمشقي، الحافظ أبي الفداء اسماعيل ابن كثير، (1990): تفسير القرآن العظيم، ج 1، ط 2، دار الجيل، بيروت .

34. الكاساني، علاء الدين أبي بكر بن مسعود، (1974): بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 7، ط 3، دار الكتاب العربي، بيروت .

35. اللهبي، صالح أحمد محمد، (2004): المباشر والمتسبب في المسؤولية التقصيرية، دراسة مقارنة، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.

36. عبد العزيز، محمد كمال، التقنين المدني في ضوء الفقه والقضاء، الجزء الأول، الالتزامات، طبعة نادي القضاة .

37. المحمصاني، صبحي، (1972): النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، بحث مقارن في المذاهب المختلفة والقوانين الحديثة، ج 2، دار العلم للملايين، بيروت .

38. مرقس، سليمان، (1988): الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، القسم الأول في الأحكام العامة، م 1، مطبعة السلام، القاهرة.

39. مرقس، سليمان، (1988): الوافي في شرح القانون المدني، ج 2، الالتزامات، م 2، الفعل الضار والمسؤولية المدنية، ط 5، القاهرة .

40. مرقس، سليمان، (1978): الوافي في شرح القانون المدني، ج 2، في الالتزامات نظرية العقد والإرادة المنفردة، مطبعة السلام، القاهرة .

41. مصطفى، إبراهيم، وآخرون، (1972): المعجم الوسيط، ج 1، ط 2، دار الدعوة، اسطنبول.

42. مصطفى، إبراهيم، وآخرون، (1972): المعجم الوسيط، ج 2، دار الدعوة، اسطنبول.

43. المعجم الوسيط، الجزء الأول، دار الدعوة، مجمع اللغة العربية، القاهرة .

44. ملكاوي، بشار، والعمري، فيصل، (2005): مصادر الالتزام، الفعل الضار، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.

القوانين والمذكرات الإيضاحية

1. القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976.
2. القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948.
3. المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني .
4. المذكرات الإيضاحية للقانون المدني المصري .
5. مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري.

أحكام المحاكم

1. أحكام محكمة النقض الفلسطينية، منشورة على الموقع الإلكتروني المقتفي
. www.muqtafi.birzeit.edu
2. أحكام محكمة التمييز الأردنية، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، 2004.
3. أحكام محكمة النقض المصرية منشورة على موقع قاعدة التشريعات والاجتهادات المصرية،
www.arablegalportal.org

الأبحاث والرسائل

1. مصطفى، أبو زيد عبد الباقي، (1982): مدى مسؤولية عديم التمييز التقصيرية في القانون المقارن، بحث مقارن في القانون الفرنسي والقانون المصري وفقه الشريعة الإسلامية والقانون الكويتي،

القسم الثاني، منشور في مجلة الحقوق، تصدرها كلية الحقوق بجامعة الكويت، العدد4، السنة السادسة، الكويت .

2.نشأت، أحمد، بحث بعنوان العته الموجب للحجر، منشور على الموقع الإلكتروني لمنندى المحامين العرب، www.mohamoon.com/montada .

3.صالح، أيمن علي، حكمة ضمان الفعل الضار وأثرها في تحديد موجباته في الفقه الإسلامي، بحث منشور على موقع الدليل الإلكتروني للقانون العربي www.arablawinfo.org ، ص 26، نظر الموقع بتاريخ 2017/3/16.

4.مهنا، فخري رشيد، (1974):أساس المسؤولية ومسؤولية عديم التمييز، دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والقوانين الإنجلو سكسونية والعربية، جامعة بغداد، بغداد.

5.مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج2، الالتزامات، مصادر الالتزام، صادرة عن وزارة العدل المصرية .

6. خاطر، نوري حمد، بحث بعنوان:تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسؤولية المدنية، دراسة نظرية مقارنة منشورة على موقع الدليل الإلكتروني للقانون العربي، www.arablawinfo.org .

7.بوكرزازة، أحمد، (2013): رسالة دكتوراه، المسؤولية المدنية للقاصر، دراسة مقارنة، جامعة قسنطينة، الجزائر.

8.أبو سرور، أسماء، (2006): ركن الخطأ في المسؤولية التقصيرية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس.

9. عسقلان، فضل، (2008): المسؤولية التقصيرية لعدم التمييز، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس.

المواقع الالكترونية

1. www.lob.gov.jo

2. www.arablawinfo.org

3. www.arablegalportal.org

4. www.mohamoon.com/montada

5. www.muqtafi.birzeit.edu

6. www.arablegalportal.org

7. www.lawjo.net

8. www.qanon.ps

فهرس المحتويات:

أ	إقرار:
ب	شكر وتقدير
ت	المخلص
ج	ABSTRACT
خ	المقدمة
1	الفصل التمهيدي: الأحكام العامة في المسؤولية التقصيرية
3	المبحث الأول: التمييز بين أنواع المسؤولية
3	المطلب الأول: تمييز المسؤولية الأخلاقية (الأدبية) عن المسؤولية القانونية
4	المطلب الثاني: التفرقة بين المسؤولية الجزائية والمسؤولية المدنية
7	المطلب الثالث: التمييز بين المسؤولية عن الفعل الضار (التقصيرية) و المسؤولية العقدية
10	المبحث الثاني: أركان المسؤولية التقصيرية:
11	المطلب الأول: ركن الإضرار
13	المطلب الثاني: ركن الضرر
15	المطلب الثالث: علاقة السببية
17	المبحث الثالث: العوامل التي تتأثر بها الأهلية
18	المطلب الأول: صغر السن
18	الفرع الأول: مرحلة انعدام التمييز
21	الفرع الثاني: مرحلة التمييز
24	الفرع الثالث: سن الرشد
26	المطلب الثاني: عوارض الأهلية
26	الفرع الأول: الجنون
28	الفرع الثاني: العته

30.....	الفرع الثالث: السفه والغفلة.....
35	الفصل الأول: مدى مسؤولية عديم التمييز في القوانين المدنية (الأردني والمصري) والفقہ الإسلامي ...
35.....	تمهيد:
35	المبحث الأول: القاعدة العامة في مسؤولية عديم التمييز
35.....	المطلب الأول: القاعدة العامة في القانون المدني الأردني والفقہ الإسلامي
39.....	المطلب الثاني: القاعدة العامة في مسؤولية عديم التمييز في القانون المدني المصري
45	المبحث الثاني: المسؤولية عن الأعمال الشخصية والمسؤولية عن الأشياء
45.....	المطلب الأول: مدى مسؤولية عديم التمييز عن أفعاله الشخصية في حالتها المباشرة والتسبب
50.....	الفرع الأول: حكم المباشر في الفقہ الإسلامي والقانون المدني الأردني ومدى انطباقه على عديم التمييز
53.....	الفرع الثاني: حكم المتسبب في الفقہ الإسلامي والقانون المدني الأردني ومدى انطباقه على عديم التمييز
60.....	المطلب الثاني: مدى مسؤولية عديم التمييز باعتباره حارساً للأشياء
60.....	الفرع الأول: حالة كون عديم التمييز حارساً للأشياء الحية (الحيوان)
61.....	الفرع الثاني: حالة كون عديم التمييز حارساً للأشياء غير الحية (حارس الآلات)
65.....	ملخص الفصل الأول.....
	الفصل الثاني: الأساس القانوني لمسؤولية عديم التمييز في الفقہ الإسلامي والقوانين المدنية محل
68	الدراسة
68.....	تمهيد وتقسيم:
	المبحث الأول: الأساس القانوني لمسؤولية عديم التمييز في الفقہ الإسلامي والقانون المدني
68	الأردني
69.....	المطلب الأول: ضمان التعدي في الفقہ الإسلامي
70.....	الفرع الأول: تعريف ضمان التعدي
72.....	الفرع الثاني: المسؤولية المدنية والضمان
75.....	المطلب الثاني: أساس وجوب الضمان في الفقہ الإسلامي وفي القانون المدني الأردني
76.....	الفرع الأول: الضرر هو أساس وجوب الضمان.....

78.....	الفرع الثاني: تقدير التعويض عن ضرر الفعل الشخصي لعديم التمييز
80.....	المطلب الثالث: الأدلة على ضمان العدوان في الشريعة الإسلامية
80.....	الفرع الأول: الأدلة من القرآن الكريم والسنة النبوية
82.....	الفرع الثاني: التناسب بين الجزاء والضرر في القرآن الكريم
83.....	الفرع الثالث: مضمون المبادئ الأساسية في القرآن الكريم والسنة النبوية
84.....	الفرع الرابع: مسؤولية عديم التمييز في ضوء المبادئ العامة للشريعة الإسلامية
87.....	المبحث الثاني: الأساس القانوني لمسؤولية عديم التمييز في القانون المدني المصري
88.....	المطلب الأول: فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية التقصيرية عن الأفعال الشخصية
92.....	الفرع الأول: العنصر المادي للخطأ (التعدي)
93.....	الفرع الثاني: العنصر النفسي للخطأ (التمييز - الإدراك)
95.....	المطلب الثاني: الأساس الذي يستند إليه نص المادة (2\164) من القانون المدني المصري
99.....	ملخص الفصل الثاني
102.....	الخاتمة
108.....	التوصيات
110.....	المصادر والمراجع