

نظرية التعدي

كأساس للمسئولية المدنية الحديثة

دراسة مقارنة في ضوء الفقه وأحكام القضاء

دكتور

أحمد محمد عطيه محمد

كلية الحقوق - جامعة حلوان

دار الفكر الجامعي

٣٠ شارع سوثير - الاسكندرية

ت. ٤٨٤٣١٣٢

نظرية التعدي

د. أحمد محمد عطيه

دار الفكر الجامعي



نظرية التعدي

كأساس للمسئولية المدنية الحديثة

دراسة مقارنة في ضوء الفقه وأحكام القضاء

دكتور

أحمد محمد عطية محمد

كلية الحقوق، جامعة حلوان

دار الفكر الجامعي

٣٠ ش سوتير الأزاريطة - الاسكندرية

ت ٤٨٤٢١٢٢

٤٨٤٢١٢٢

مقدمة :

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد النبي الأمين صلى الله عليه وعلى آله وصحبه ومن آمن به وسار على نهجه إلى يوم الدين ... وبعد

١- لقد اعتنقت الشريعة الإسلامية فكرة الضمان والتي تعنى المسؤولية في القاتون الوضعي ، والضمان لغة : الإلزام والإلتزام^(١) وفي الإصطلاح : عرفه الحنفية ، بأنه إلتزام حق ثابت في نعمة الغير^(٢) أما الشافعية فقد ذهبوا إلى أنه وجوب أداء الشئ أو أداء بدله بالمثل أو بالضحية وعند الحنابلة ضم نعمة الضامن إلى نعمة المضمون عنه فسي إلتزام الحق^(٣) وقد ذهبت مجلة الأحكام العدلية في المادة ٤١٦ بأن الضمان " إعطاء مثل الشئ إن كان من المثليات وقيمته إن كان من القيمات " ، وذهب الفقه الحديث في تعريفه بأنه إلتزام بتعويض مالى عن ضرر للغير^(٤).

- (١) المقنى لعبد الله بن احمد بن محسن بن قدامتن مقدم بن نصر بن عبد الله القمى ، المتوفى عام ١٢٠ هـ : الطبعة الثالثة دار المنار مصر ، ج٧ - ١٣٦٧ ، ص٥٣٤ * بقال ضمنفت المال أى التزمته
- (٢) الأئبياء والتفكر ، زين الدين بن ابراهيم بن محمد بن نجيب المتوفى عام ٩٧٠ هـ - مطبوع بمصر عام ١٢٩٠ هـ ، ج١ ، ص١٨٢ .
- (٣) الوجيز فى فقه مذهب الإمام الشافعى لأبى حامد محمد ابن محمد الفزالى المتوفى عام ٥٠٥ هـ طبعة مصر عام ١٣١٧ هـ ، ج١ ، ص٢١٥ .
- (٤) وهبه الزحلى : نظرية الضمان وأحكام المسؤولية المدنية والجنائية فى الفقه الإسلامى ، دراسة مطارنه بيروت ، دار الفكر ١٩٧٠ ،

ويقصد بالمسؤولية الإلتزام بتعويض الضرر الناجم عن الإخلال بالإلتزام مقرر فى ذمة المسئول ، وقد يصدر الإلتزام عن عقد يربطه بالمضرور فتكون مسئوليته مسئولية عقدية يحكمها العقد ويحدد مداها من جهة ، والقواعد الخاصة بالمسؤولية العقدية من جهة أخرى وقد يكون مصدر الإلتزام القاتون فى صورة تكاليف عامة يفرضها على الكافة وعندئذ تكون مسئوليته مسئولية تقصيرية^(١) .

ونخلص من هذا إلى أن الضمان فى مضاه اللغوى لا يختلف عن مفهومه بالمعنى الإصطلاحى والذى يقترب من مفهوم المسؤولية المدنية التى تعنى الإلزام والإلتزام خاصة أن مفهوم المسؤولية والضمان هو الإلتزام بتعويض الضرر عن الإخلال بالإلتزام .

اهمية وأسباب اختيار موضوع البحث:

٢- ان ثبتت المسؤولية المدنية بقواعدها التقليدية ذات الصبغة الشخصية التى تقوم على فكرة الخطأ قد زاد الامر سوءا ففى ظل التطور الحادث بالمجتمع مما زاد صعوبة حصول المضرور على تعويضه ، فلقد أقام المشرع الوضعى المسؤولية التقصيرية على أساس الخطأ التقصيرى^(٢) والذى يعتبر ركنا من أركان المسؤولية لا يقوم إلا

- (١) محمد كمال عبد العزيز - التكتين المدنى فى ضوء الفقه والقضاء - ج١ ، فى الإلتزامات - الطبعة الثالثة بدون نشر سنة ١٩٨٥ ، ص٥١٠ .
- (٢) نقض مدنى ٣٠/١٠/١٩٧٨ ، الطعن رقم ٤٠ لسنة ٤٣ ق ، ١٩٧٨/٥/٣١ ، رقم ٣٣٦ لسنة ٤٣ ق * الخطأ الموجب للمسؤولية التقصيرية المنصوص عليها فى المادة ١٦٣ من القاتون المدنى هو الإحتراف عن السلوك العدلى المكوف وما يقتضيه من يقظه وتبصر حتى لا يضر بالغير .

به إما واجب الإثبات طبقاً لنص المادة ١٦٢ من القانون المدني المصري ، والمادة ١٢٨٢ من القانون المدني الفرنسي ، أو على الخطأ المفترض والذي يقبل إثبات العكس طبقاً لنص المادة ١٧٢ من القانون المدني المصري والمادة ١٣٨٤ من القانون المدني الفرنسي أو الخطأ الثابت والذي لا يمكن دفع المسؤولية الا بنفي رابطة السببية .

اما الشريعة الاسلامية فلم تعتق فكرة الخطأ بالمفهوم القانوني السابق الإشارة اليه ، فلقد كان للشريعة الاسلامية موقفاً مغايراً فقد قال الله تعالى " وما كان لمؤمن ان يقتل مؤمناً إلا خطأ " ويقصد به عدم القصد^(١) وهو أن يقع من الشخص خلاف ما يريد ،

٣- وامام هذا الاختلاف وجدت انه من المفيد تخصيص البحث بشأن تحديد أساس المسؤولية المدنية في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية ، خاصة أن المواقف بشأن هذا متباينة ، فلقد تباينت مواقف الفقه في القانون الوضعي بشأن اعتبار الخطأ أساساً للمسؤولية بين مؤيد ومعارض ولكل فريق حجته ولقد دفع النقد الموجه الى نظرية الخطأ أنصار النظرية لمحاولة علاج العيوب التي تعترى فكرة الخطأ من أجل بقاء تلك النظرية أساساً للمسؤولية ، ولقد لمحت اتجاه المشرع والفقه والقضاء الى الاهتمام بالفعل الضار في ذاته دون الاهتمام بصفة عدم مشروعيته فيه ، فلقد كانت أحدث آراء الفقه في فرنسا هو تبني

(١) الجامع لأحكام القرآن لأبي عبد الله محمد بن أحمد الأصبغى القرطبي : المتوفى سنة ٦٧١ هـ ، دار أحياء التراث العربي ببيروت لبنان ١٩٦٦ ج ٥ ، ص ٣١٢ .

المسؤولية الموضوعية ، تلك التي لا تقوم على الخطأ المفترض أو الخطأ الثابت ، وهو ما اكدته محكمة النقض الفرنسية في ١٩ فبراير ١٩٩٧ بجعل مسؤولية الاب والام مسؤولية بقوة القانون لا يمكن دفعها الا بإثبات السبب الاجنبي^(١) والذي دفع هذا الاتجاه هو محاولة للتخلص من العبء الثقيل الذي القاه المشرع على كامل المضرور بضرورة اثبات الخطأ ، هذا القصور في فكرة الخطأ دفعني الى اقتراح البديل فقد وجدت ان الشريعة الإسلامية قد اعتنقت فكرة التعدي إستناداً لقوله تعالى " فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم " ^(٢) وهو تأسيس المسؤولية التقصيرية او الضمان على التعدي ، والتي يقصد بها مجاوزة ما يجوز إلى ما لا يجوز ، حيث يكاد يقترب المعنى المقصود في القانون الوضعي مع الشريعة الإسلامية ، لأن الإخلال بواجب قانوني يعنى مجاوزة الحد المأثور فيه ،^(٣) سواء كان ذلك بترك فعل معين أو بلاء فعل محظور .

٤ - وعرضنا لهذه الفكرة ليس بالأمر الغريب أو الجديد ، فقد كتبت المسؤولية في القانون الروماني ، وهي المصدر التاريخي للأظمة اللاتينية تعود الى فكرة التعدي ، ويؤيدنا في هذا جانب من الفقه الحديث ، خاصة ، أننا نجد الفقيه ستارك من الفقه الفرنسي يذهب إلى أن الاعتداء على حقوق الغير الأساس القانوني للمسؤولية^(٤)

(١) Viney:note sous 2 fevr.1997.ج. c. p ed 1997.11.22848.p. 250

(٢) القرآن الكريم : سورة البقرة ، الآية رقم " ١٩٤ " .

Stark, these, p. 47 .

(٣)

نجد

والذي بمقتضاه يلزم المدعى عليه بالتعويض فلم يستند إلى مبرر قانوني يخول له إحداث الضرر ، كما ذهب الفقيه الفرنسي ديموج إلى أن الخطأ هو الاعتداد على حقوق الغير ^(١) .

وهذا ما أكده أصحاب الاتجاه الموضوعي في تعريف الخطأ غير أن فكرة الخطأ عند أنصار النظرية الشخصية لا تقتصر على الركن المادي بل تشترط العنصر المعنوي وهو الإثراك ، بخلاف الشريعة الإسلامية وهذا ما يدفعنا إلى بحث الضابط أو المعيار الذي يمكن الاستناد عليه للفكرة التعدي ، خاصة أن فقهاء الشريعة الإسلامية لم ينصوا على ضابط أو معيار محدد للتعدي ، الأمر الذي دفعنا إلى محاولة تحديد هذا الضابط لعنا تكون قد أسدينا إلى الفكر الإسلامي فكرة ، وإلى المشرع الوضعي أساساً يعتمد عليه بدلاً عن فكرة الخطأ ، وألم هذا التنوع والاختلاف وجدت أنه من المفيد بحث نظرية التعدي كأساس للمسئولية المدنية في القوتون المدني ومقارنته بموقف الفقه الإسلامي

خطبة البحث

٥- ومن ثم نتناول موضوعنا في فصل تمهيدى وثلاثة أبواب : نخصص الفصل التمهيدي لمفهوم الخطأ والتعدي في الشريعة الإسلامية إما الباب الأول : فنجعله لسدور الخطأ كأساس للمسئولية ونكرس الثاني لمدى كفاية الضرر كأساس للمسئولية ونجعل الثالث لتأسيس المسئولية على التعدي والضرر .

فصل تمهيدى

مدلول الخطأ والتعدي في الشريعة الإسلامية

١- مفهوم التعدي في الفقه الإسلامي :-

٦- لقد اعتبرت الشريعة الإسلامية التعدي أساساً يقوم عليه الضمان ، وهذا ما يدفعنا إلى تحديد مفهوم التعدي لغة واصطلاحاً على النحو الآتي :

٧- أولاً : التعدي لغة :

مجازة الحد أو القدر أو الحق ، ففي لسان العرب : عدا ، يعدون ، عدا أي يظلمون ظلماً والتعدي مجازة الشئ إلى غيره ، والعداى هو الظالم ^(١) .

ثانياً : في الشرع : أ - في القرآن الكريم :

٨- ورد لفظ التعدي في كثير من آيات القرآن الكريم ، فقد ذهب القرطبي في تفسير قوله تعالى " فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم " البقرة ، الآية ١٩٤ ، " بالاعتداء ، وهو التجاوز ^(٢) .

(١) لسان العرب ، ج١٩ ، ص٢٥٧ . ٢٧٠ . لعل عدا ، المعجم الوسيط ج٢ ، لعل عدا ، المصباح المنير ، ج٢ ، ص٤٥ ، في معنى القرآن للفراء ج١ ، ص١١٦ ، ١١٧ (عدا طوره جاوزه ، عدا عليه ظلمه) .

(٢) الجامع لأحكام القرآن : ج٢ ، ص٢٨٨ .

كما يذهب الالوس في تفسير قوله تعالى " فمن اعتدى بعد ذلك فله عذاب اليم " بمجازة المشروع أو تجاوز ما شرع (١) .
ومفاد هذا أن مفهوم التعدى في كتب التفسير يعنى التجاوز وهو ذات المعنى اللغوى .

ب - فى المنفة :

ورد لفظ التعدى فى العديد من احاديث النبى صلى الله عليه وسلم ، منها حديث قتادة بن النصفان عن رسول الله صلى الله عليه وسلم " أنه عدى عليه " أى ظلمه .

ج - من أقوال الصحابة والتابعين :

فى قول على بن ابي طالب " لا قطع على عادى ظهر " ، و حديث عمر بن عبد العزيز رضى الله عنه ، أنه أتى برجل قد اختلس طوقاً فلم يقطعه وقال " تلك عادية الظهر " والعادية من اختلس الشئ والظهرة ما ظهر من الاثنياء (٢) .

د - فى كتب الفقه :

جاءت كلمة التعدى دلالة على مغيبين :
الأول : بمعنى الاستيلاء على منفعة مال الغير .

(١) روح المعانى : فى تفسير القرآن والسبع المثانى المشهور بتفسير الالوسى للعلامة ابي الفضل شهاب الدين السيد محمود الالوسى البغدادى ، المتوفى سنة ١٢٧٠ هـ - دار الطباعة المنيرية ج٢ ، ص٧٢ .

(٢) النهاية : فى غريب الحديث والأثر لابن الاثير ، ج٣ ، ص١٩٢ وما بعدها

فقد ذكر الدرديرى فى الشرح الكبير ، بأن التعدى هو الاستيلاء على المنفعة كسكن دار وركوب دابة (١) .

الثانى : مجازة ما يجوز الى ما لا يجوز ، فقد جاء فى فتح الجليل للخرشى قوله " من حفر بئراً تدبياً فهلك فيها شئ فإنه يضمن ، كما لو حفرها فى ارض غيره أو فى طريق المسلمين " (٢) ، كما جاء فى القوانين الفقهية لابن جزى " فإن قصد أن يفعل الجائز فأخطأ بفعل غيره أو جاوز فيه الحد أو نقص فيه عن الحد فتولد منه تلف يضمنه " (٣) .

(١) الشرح الكبير فتح القدير فى شرح مختصر الخليل : لأبى البركات أحمد بن محمد بن احمد العوى للدرديرى المولود فى مصر والمتوفى بالقاهرة عام ١٢٠١ هـ ، مطبعة دار إحياء الكتب العربية ، ج٣ ، ص٤٤٢ ، بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع : لعلاء الدين الكسائى سبعة اجزاء الطبعة الاولى سنة ١٣٢٨ هـ سنة ١٩١٠ م ، ج٧ ، ص١٤٣ ، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمام لابن المرتضى مطبعة المنة المحمدية ١٣٦٨ هـ - ج٦ * شرح ملتقى الأبحر مجمع الأثر ، طبعة سنة ١٣٢٧ هـ ، ج٤ ، ص١٧٣ .

(٢) فتح الجليل على مختصر العلامة خليل : لأبى عبد الله بن محمد الخرشى ، المتوفى سنة ١١٠١ هـ ، ج٦ ، ص١٣٢ .

(٣) القوانين الفقهية لمحمد بن أحمد بن جزى الكلبى المالكى ، المتوفى ٧٤١ هـ ، ص٢٢٣ .

وقد ذهب بعض الفقه الحديث في تعريفه للتعدى ، بأنه مجاوزة الحد المأذون به ^(١) ، وذهب البعض الآخر بأنه العمل بدون وجه حق أو جواز شرعى ^(٢)

ويعتبر المعنى الثانى هو المعنى المراد بيانه بإعتباره العلة فى عدم مشروعية ذات الفعل ، ومن هذا يمكننا تعريف التعدى بأنه : تجاوز الحد المأذون فيه سواء كان ذلك بترك فعل معين أو بإداء فعل معين أو بعدم اتخاذ الحيطة والحذر .

ب- مفهوم الخطأ فى الشريعة الإسلامية

٩ - لم تعتق الشريعة الإسلامية فكرة الخطأ بالمفهوم القاتونى السابق الإشارة اليه و الذى يقوم على عنصرين :

الأول : مبادئ وهو سلوك الفاعل ، و الثانى : مغسوى وهو الإبراك والتمييز .

بل الخطأ يقصد به شرعاً عدم القصد أو ما يقابل العمد ، ولذا فإن الشريعة الإسلامية أسست الضمان على التعدى دون الخطأ بمفهومه

فقد قال الله تعالى " وما كان لمؤمن ان يقتل مؤمناً إلا خطأ " و يقصد به عدم القصد ^(١) وهو أن يقع من الشخص خلاف ما يريد ، ولقد عرف الفقهاء الخطأ بأنه أن يفعل الانسان فعلاً من غير أن يقصده قصداً تاماً، كما إذا رمى صوباً فأصاب إنساناً ، فإنه قصد الرمى لكن لم يقصد به الانسان ، فهو قصد غير تام وذلك أن تمام قصد الفعل بقصد محله وفى الخطأ يوجد قصد الفعل دون قصد المحصل ^(٢) ، وقد جاء فى موطأ الامام المالك قوله " أن كل ما أخطأ الطبيب أو تعدى ففبه العقل " ^(٣) .

ونخلص من هذا ، إلى أن مصطلح الخطأ فى القاتون الوضعى يختلف عن مفهوم الخطأ فى الشريعة الإسلامية ، حيث يقصد به فى الاخيرة سواء عند علماء اللغة أو فى اصطلاح الفقهاء ما يقابل العمد وهو قصد الفعل والنتيجة أما فى القاتون الوضعى فإنه يعتبر احد أركان المسئولية ويشمل العمد والخطأ و فى الشريعة الإسلامية فإنه يقابل العمد ^(٤) .

(١) الجامع لأحكام القرآن لأبى عبد الله محمد بن أحمد الأصبغى القرطبى : المتوفى سنة ٦٧١هـ ، دار أحياء التراث العربى بيروت لبنان ١٩٦٦ جـ ٥ ، ص ٣١٣ .

(٢) شرح التلويح على التوضيح : جـ ٢ ، ص ١٩٥ .

(٣) الموطأ : للإمام مالك بن انس ، المتوفى ١٧٩ هـ جـ ٧ ، ص ٥٣٢ ، طبعة كتاب الشعب .

(٤) محمد صلاح الدين حلمى : أساس المسئولية التصورية فى الشريعة الإسلامية والقاتون المدنى رسالة دكتوراه سنة ١٩٧٨ ، ص ١٨٢ وما بعدها .

(١) محمد فاروق بدرى العكام : الفعل الموجب للضمان فى الفقه الإسلامى ،

دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه سنة ١٣٣٧ هـ ، ١٩٧٧ م ص ٧٥

(٢) صحبى المحمصلى ، النظرية العامة للموجبات والظود جـ ١ ، ص ١٧٥ .

الباب الأول دور الخطأ كأساس للمسئولية

تقسيم :

١٠- ونقسم الباب إلى فصلين ، نخصص الأول لنظرية الخطأ فسى الفقه ، ونكرس الثاني لمحاولات المشرع الإبقاء على فكرة الخطأ على النحو التالي :

الفصل الأول

نظرية الخطأ بين أنصارها وخصومها

تمهيد وتقسيم :

١١- لقد تباينت مواقف الفقه بشأن اعتبار الخطأ أساساً للمسئولية المدنية بين مؤيد ومعارض ولكل فريق حجته كما تقدم ، ولقد دفع النقد الموجه الى نظرية الخطأ أنصار النظرية لمحاولة علاج العيوب التى تعترى فكرة الخطأ من أجل بقاء تلك النظرية أساساً للمسئولية .

١٢- ونقسم الفصل إلى مبحثين :

نخصص الأول لحجج أنصار وخصوم نظرية الخطأ ، والثانى للترجيح بين الخطأ والضرر.

المبحث الأول حجج أنصار وخصوم نظرية الخطأ

١٣- تقوم حجج أنصار النظرية الشخصية على دعامتين :

الأولى : الدفاع عن الخطأ باعتباره أساس المسئولية الوحيد ، والثانية : النقد الموجه إلى الضرر كأساس للمسئولية .
ولقد دافع أنصار النظرية الموضوعية عن الضرر باعتباره الأساس الوحيد للمسئولية أو على الأقل بجانب الخطأ عند البعض ويتمثل وجه دفاعهم فى اتجاهين :

الأول : الرد على حجج أنصار نظرية الخطأ ، والثانى : السداع عن نظريتهم باعتبار الضرر أساس المسئولية .
على النحو الآتى :-

أوجه الدفاع عن نظرية الخطأ والرد عليها :-

١٤- لقد دافع أنصار النظرية الشخصية عن الخطأ باعتباره أساس المسئولية بحجة قانونية ، وتاريخية ، وأدبية ، وحجج أخرى ، بالإضافة الى النقد الموجه الى نظرية الضرر، ولقد دافع أنصار نظرية الضرر بالرد على هذه الحجج على النحو التالى :

أولاً : الحجج القانونية :

١٥- ذهب أنصار النظرية الى ان المشرع نص صراحة على الخطأ باعتباره أساس المسئولية التقصيرية فى المادة ١٣٨٢ من القانون المدنى الفرنسى ، والمادة ١٦٣ من القانون المدنى المصرى،

ومبرها أن نظرية الخطأ قرينة العدالة ، وأن المسؤولية بلا خطأ بلا عدالة ، ومساعدة شخص دون خطأ تعنى معاقبة بريء (١) هذا من جهة بالإضافة إلى أن نظرية الخطأ مبرر لبعض اوضاع القاتون ، من جهة أخرى ، والا كيف نفسر عدم مساعدة المجنون والصغير وعدم التمييز عن الضرر الذي يحدثه الغير .

١٦- ولقد ذهب أنصار نظرية الضرر ، رداً على هذه الحجة وعلى رأسهم الفقيه الفرنسي سالي ، إلى أن معنى الخطأ وفق المادة ١٣٨٢ من القانون المدني ليس إلا الفعل المنشئ للضرر .

كما ذهب الفقيه الفرنسي إلى استبعاد فكرة الخطأ تماماً كأساس للمسئولية المدنية مستنداً إلى فحوى نصوص المواد ١٣٨٢ ، ١٣٨٤ ، ١٣٨٤ ، مدني فرنسي ، حيث أن التفسير الدقيق للمادة ١٣٨٢ من القانون المدني الفرنسي لا يقتصر على الفعل العمدى فقط ، بل إن كل فعل ضار يتضمن الحق في التعويض لأن لفظ خطأ لم يظهر في المادة إلا عرضاً من أجل تحديد المسئول أو الفاعل عن الضرر .

(١) Mazeaud : (Henri Et Leon)
Traite Theorique et Pratique de la Responsabilite Civile ,
delictuelle et contractuelle , 4 eme edition , 1947 , P . 614 , N :
663 .
Saleilles : (raymond) " les accidents de travail et la
responsabilite Civile These paris, 1897 P , 63 - 65 , N ; 2

أما بالنسبة للمادة ١٣٨٢ فبها لا تنفصل عن المادتين ١٣٨٢ ، ١٣٨٤ حيث حددت المادة ١٣٨٢ حالات أربع للمسئولية : الأولى : حالة الامتناع المجرد وهذه لا تقم المسؤولية التقيسية : حالة الاشتراك غير المباشر وهذا يجب فيه إثبات الإهمال وفقاً لنص المادة ١٣٨٢ الثالثة : حالة الاشتراك المباشر الكافي بذاته طبقاً للمادة ١٣٨٢ . الرابعة : الحالة التي تنطبق والأعمال الصناعية ويطبق بشأنها نص الفقرة الأولى من المادة ١٣٨٤ والتي يصل بشأنها خطأ الموضوعي ، كما يذهب السلي إلى أن التفسير الدقيق للمادة ١٣٨٤ بجعل المسؤولية تؤسس على علاقة السببية المرتبطة بالفعل المادي أي على فكرة المخاطر وليس الخطأ (١)

١٧- ولقد ذهب الفقيه جوران رداً على تلك الحجج القانونية في رسالته " المسؤولية عن فعل الأثنياء غير الحية " إلى أن التفسير الدقيق للفقرة الأولى من المادة ١٣٨٤ من القانون المدني الفرنسي والتي تنص على أنه " يسأل المرء عن فعل الأثنياء التي تكون في حراسته " بجعل المسؤولية تؤسس على الضرر وليس الخطأ ، وأنه ليس على المدعي سوى إثبات علاقة السببية بين الضرر والالتزام الواقع على عتق المالك والشيء ، ولذا فليس على المدعي إثبات خطأ المالك وإن الأخير لا يمكنه دفع مسئوليته بإثبات عدم ارتكابه للخطأ أو الإهمال مما يفيد بوضوح قيام المسؤولية على أساس الضرر ، ونبهه فكرة الخطأ كلية (٢)

(١) Saleilles: These, N ; 23, P. 37 .N ; 43 .P, 63 , 65 .

(٢) Gosserand .de la responsabilite du fait des choses
inanimees These paris 1897 . P , 50 , P . 90 , 118

ثانياً: الحجة التاريخية :

١٨- استند أنصار نظرية الخطأ الى حجة تاريخية ، مفادها ان القاتون المدني الفرنسي قبل تعديله كان يشترط الخطأ كأساس للمسئولية المدنية ، ونظراً لأن القاتون الفرنسي الحالي كان يترسم خطى القاتون الفرنسي قبل تعديله ولم يشأ تعديله فبأن القاتون المدني الفرنسي الحالي يشترط الخطأ كأساس للمسئولية المدنية .

١٩- بينما ذهب أنصار النظرية الموضوعية الى ان المسئولية الجنائية أول ما ظهر من أنواع المسئولية وقد كانت تؤسس على الخطأ ، وظل الحال هكذا الى ان بدأت المسئولية المدنية تبين كنظام قائم بذاته الا انها احتفظت بفكرة الخطأ أساساً لها وان كانت المسئولية الجنائية قد تحررت من فكرة الخطأ وكان هذا على يد الفقيه فيرى * بالمدرسة الإيطالية الوضعية والذي نسب الجريمة الى مجموعة من العوامل البيئية والطبيعية والاجتماعية والعقبة والوراثية تتفاصل فيما بينها وتند الجريمة ، ولذا فإن تجريم الفرد ينبغى الا ينسب إلى خطئه ولذا كان اولى بالمسئولية المدنية ان تحرر من الخطأ خاصة انها لا تستهدف عقاب الجاني بل تعويض المضرور (١).

٢٠- وقد ذهب أنصار النظرية الخطئية رداً على هذا ، بأنه لا محل للمقاييس بين المسئولية الجنائية والمسئولية المدنية ، اذ لويس لزاماً

(١) سعد واصف ، التلمين من المسئولية دراسة في عقد النقل البرى ، رسالة دكتوراة كلية الحقوق القاهرة ١٩٥٨ ، ص ٩٢ وما بعدها ، ١١٢ وما بعدها

اذا تحررت المسئولية الجنائية من الخطأ كما ذهبت المدرسة الإيطالية ان تحرر بالتبعية المسئولية المدنية لأن كل من المسئوليتين تختلف عن الأخرى من ناحية وظيقتها وغرضها فكل منهما شروطها وأحكامها (١).

٢١- والحقيقة فإن الاختلاف بين المسئوليتين الجنائية والمدنية ليس محل شك ، ولذا فقد استلخت المسئولية المدنية عن المسئولية الجنائية فإذا ما كانت المسئولية الجنائية والخطأ الزم لها قد تحررت عن فكرة الخطأ - وهى التى تهدف بالعقوبة جزاء ما اُترفت يد المجرم من خطأ نحو الفرد والمجتمع - فليس من باب أولى أن تحرر المسئولية المدنية من فكرة الخطأ وهى التى لا تهدف كما تقدم عقاب المجرم بل جبر الضرر .

ثالثاً : الحجة الإيمية :

٢٢- كما ذهب أنصار نظرية الخطأ الى توجيه حجة أخرى ايمية مفادها، ان تلميس المسئولية على غير الخطأ مدعاة للإهمال وعدم التحوط وتجاهلها للأساس الأخلاقى للمسئولية ، ولقد ذهب الفقيه الفرنسي ريبير الى أن هذه النظرية (نظرية الخطأ) تنتزع من المسئولية المدنية العنصر الأيمى الذى يستمد منه القاتون قوته (٢).

٢٣- وقد ذهب جانب من الفقه الى أن مثل هذا الإجماع غير مقبول ، خاصة أن أنصار نظرية الخطأ أقاموا فى بعض الحالات نظريتهم على أساس المسئولية المدنية ، ووضعت هذه التشريعات

(١) سعد واصف : ، رسالته السابقة ، ص ٩٢ وما بعدها ، ١١٢ وما بعدها .

موضع التنفيذ ، منها تشريع العمل الصادر في ٢٩ أبريل سنة ١٨٩٨ ، ومسئولية رب العامل والتي تقوم على أساس فكرة المخاطر المستحثة لقانون ٢ أغسطس سنة ١٩٠٣ وغيرها^(١).

النقد الموجه لنظرية الضرر :-

٢٤ - كما ذهب أنصار النظرية الخطيئة إلى أن من شأن إعمال المسؤولية الموضوعية بعيداً عن الخطأ من شأنه تجريد المحاكم من الرقابة على الدعاوى المرفوعة لديها ، لأن القاضى يحتاج الى أفكار محددة وليست أفكار فلسفية أو اقتصادية غير محددة^(٢).

والحقيقة فإنه قول مردود :

أولاً : أثبتت التجربة في العديد من التشريعات في فرنسا ومصر ، والتي استبعدت الخطأ وأقامت المسؤولية على أساس الضرر ، أنها أو ما إلى تحقيق العدالة والمثل العليا ولم تبلغ حتى الآن بل إنه يتوسع فيها كدليل على سلامة الضابط الذى تقوم عليه^(٣).

(١) Mazeaud . (H) et Chab (f) , Exereices pratiquer : Droit . (١) Civil . 2 , 8 ed . Paris 1992 , P , 86 .45

(٢) سعد واصف : رسالته ، ص ١٤٥ وما بعدها .

(٣) سليمان مرقس : الوافى شرح القانون المدنى -٢- المجلد الثانى لى الفصل فى الضرر والمسئولية المدنية ، القسم الثانى فى المسئوليات المفترضة ، الطبعة الخامسة ٨٩ ، فقرة ٣٥٦ ، ص ١١٣٥ .

ثانياً : وفيما يخص حجة أنصار النظرية الشخصية بأن نظرية الضرر ضد العدالة والأخلاق بإعتبار أنه يسأل غير المخطئ ، فيمكننا الرد على هذا بأن هدف المسؤولية المدنية هو جبر الضرر بتعويض المضرور ، ولذا فليس من العدالة أن نترك مرتكب الفعل الضار ونحمل المضرور كلفة الضرر إعمالاً للقاعدة الواردة بنص المادة ١٧٠ من القانون المدنى المصرى والتي تنص على أنه (يقدر القاضى مدى التعويض عن الضرر الذى لحق بالمضرور طبقاً لأحكام المادتين ٢٢١ ، ٢٢٢ مراعيًا فى ذلك الظروف الملائمة * .

ولا تتعد عبارة الظروف الملائمة فى سلامة هذا النظر ، وتطيل ذلك أن المسؤولية ليست قاعدة جزاء ، لأن التعويض لا يقدر بصيغة أساسية بدرجة الخطأ حتى يتناسب الجزاء مع الخطأ ولكنه يقدر بالضرر ، لأن المسؤولية قاعدة جبر الضرر ، حيث أن عبارة الظروف الملائمة تتصرف الى جملته الخطأ كحد هذه الظروف التى تلبس الحال وتسمح بزيادة التعويض^(١) .

(١) سعد واصف السابق : ص ١٤٨ وما بعدها .

المبحث الثالث

الترجيح بين الخطأ والضرر لتحديد أساس المسؤولية

٢٥ - بعد عرضنا لحجج أنصار وخصوم نظرية الخطأ والرد عليها وقد بدا لنا من عرض موقف الفقه المؤيد والمعارض لفكرة الخطأ أنه لا يصلح سندا تقوم عليه المسؤولية، وأن نظرية الضرر تحقق العدالة، وإنها نظرية سليمة وسلامتها مطلقه فيما يتعلق بهدفها وهو ألا يكون هناك مضرور ولا ضرر غير مجبور، أما سلامتها بالنسبة لو سألها فهي نسبية وهي أدنى لتحقيق العدالة، لأن الضرر ركن لازم من أركان المسؤولية بحيث إذا لم يتوافر الضرر لم يكن هناك مجال للمساواة وبالتالي فلا تعويض، لأنه يستحيل أن توجد مسؤولية بلا ضرر.

لذا فإتينا ترجيح الضرر أساساً علماً للمسؤولية ونقوم حجتها على دعلمتين:

الأولى: من محاولات أنصار نظرية الخطأ علاج عيوبه، الثانية:

اقتراب مفهوم الخطأ نحو الموضوعية.

على النحو التالي:

محاولات أنصار النظرية الخطئية لعلاج عيوب الخطأ:

٢٦ - لا نجد رداً أبغ حجة من محاولات أصحاب النظرية الشخصية التخفيف من عبء الخطأ والذي تمثل في أمرين:

الأول: التوسع في العنصر المادي للخطأ.

الثاني: الحد من العنصر المعنوي أو النفسي للخطأ أو حتى الاستثناء عنه، على النحو التالي:

التوسع في العنصر المادي للخطأ:-

٢٧ - لقد لجأ أنصار نظرية الخطأ الى التوسعة من نطاق العنصر المادي للخطأ من أجل أن يشمل كافة أحوال الخطأ، نزولاً على حكم الواقع والذي أثبت عدم كفاية الخطأ بالصورة التقليدية لمواجهة كافة مشكلات المسؤولية المدنية، فقد ذهب بعض الفقه من أنصار النظرية الشخصية كأمثال بلاتبول وسافنتيه وديموج وجوسران ومرازو بوضع تعريفات لتوسعة العنصر المادي للخطأ.

حيث ذهب الفقيه الفرنسي بلاتبول في تعريفه للخطأ: بأنه الإخلال بالتزام سابق^(١) ومقاد هذا أن الخطأ يقوم على ركن وحيد وهو الركن المادي للخطأ دون اشتراط عنصر الإبراك والتمييز، حيث تعدد هذا الاتجاه إلى استبعاد فكرة الالام النفسي والخلقي عن الخطأ القانوني أو الموضوعي^(٢). كما ذهب الفقيهان مزو وتتك إلى أن الخطأ يتمثل في سلوك الشخصي المعتاد^(٣) وعرفه آخرون بأنه الانحراف في السلوك على النحو الذي لا يمكن أن يأتيه الرجل الرشيد إذا ما وضع في ذات الانحراف عن الظروف التي أحاطت بالمسئول عن الضرر، ويؤيد هذا

(١) (٢) Planiol : droit civil , II 2 , N ; 863

نفس الاتجاه:

- Gosserand : Cours de droit Positif francois 3 em tom ed TT N ; 422 et Suivre .
- Lamoureux . Essai d.un theorie public et prive these paris 1951 , N . 39 .

(٣) Mazeaad .et tunc responsabilite ,N .394 , P. 473

التعريف جانب من الفقه والقضاء في فرنسا ومصر (١).

والملاحظ على هذا الاتجاه ، أنه وإن كان يميل إلى الأخذ بالطابع الشخصي إلا أنه اعتد بالناحية الموضوعية في تحديد الانحراف بمسلك الرجل الرشيد إذا ما وضع في نفس الظروف التي لحطت بالشخص المعتاد ، وبهذا فقد خرج عن فكرة الأثم والذنب الخلقى وجعل المعيار معيار الرجل الرشيد أو الشخص المعتاد وهو معيار موضوعي بحت .

٢٨- وقد ذهب جانب من الفقه خالط بين النزعة الموضوعية والنزعة الشخصية في تحديد مفهوم الخطأ ، وعلى رأس هؤلاء الفقيه الفرنسي سافنتيه والذي ذهب إلى أن الخطأ هو إخلال الشخص بواجب قانوني سابق يمكنه إبرائه (٢) حيث حدد هذا الاتجاه الخطأ بعنصرين :

الأول : موضوعي وهو الإخلال بواجب قانوني سابق ، بما يحسى اعتناق فكرة الواجب العلم بحكم الإضرار بالتغير ، وفي تفسير هذا الاتجاه لفكرة الواجب القانوني ذهب مذهبا موسعاً فلم يقصره على فكرة الالتزام بمعناه القانوني وإنما امتد إلى الواجب العلم المقرر على الكافة بعدم الإضرار بالتغير بالإضافة إلى الواجب الأبوي .

(١) Marte et reune:droit Civil ,2,obligation. Paris 1962,N. 406

نفس المعنى :

- سليمان مرقس : دروس في المسؤولية المدنية لطلبة الدكتوراه بكتلة الحقوق جامعة القاهرة ، ١٩٥٤ ، ص ٢٥١ بفقرة ١٢٥
- عبد المنعم فرج العبد : مصادر الالتزام ، لفرة ٤٢٠ .

(٢) Savatier Rene : Traite de la responsabilite Civile en droitFrancaiscivil,administratif,professionnel,procedural,2,eme ,ed.paris,1951 .

الثاني : الركن المعنوي والذي يشترط الإدراك والتمييز لقيام الخطأ ونجد هذا الاتجاه وإن كان في تحديده لمفهوم الخطأ اعتنق النزعة الشخصية إلا أنه لم يفلج الجانب الموضوعي وهو مسلك الشخص المعتاد إذ ما وضع في نفس الظروف التي أحاطت بالمستول عن الضرر ٢٩- والملاحظ على محاولات أنصار النظرية الخطيئة علاج عيوب الخطأ ، إنه لم يسد النقص الذي شاب نظرية الخطأ ، خاصة أن هذه محاولات من أنصار نظرية الخطأ للإبقاء عليها بالحد من العنصر النفسي والتوسع في العنصر المادي ، لأن الخطأ يتكون من ركنين أساسيين هما : الركن المعنوي : والذي يتمثل في عدم مشروعية الفعل ، والركن المعنوي : والذي يقصد به التمييز والإدراك أو قصد الإصرار بالتغير ، ولا يمكننا إلا القول بأن هذا الاتجاه يقترب من الموضوعية في فكرة الخطأ بل يكاد أن يمر فكرة الخطأ كلية ويقترب من فكرة التعدي ، خاصة أن البعض من أنصار النظرية قد ذهب إلى الاستغناء عن العنصر النفس للخطأ ، كأمثال بلانيول وريبير يتلون صراحة بجواز مسائلة عديم التمييز عن فعله الضار ، الأمر الذي يجعل العنصر النفسي للخطأ عديم الجدوى ، بل إن البعض الآخر من المؤيدين للنظرية الخطيئة هاجم الرأي القائل باعتبار التمييز عنصراً ضرورياً في الخطأ ، كأمثال هنري وليون مزروا من الفقه الفرنسي والذي يترتب عليه عدم مسائلة المجنون والصغير ، خاصة وأن الاتجاه الحديث الآن نحو مسائلة عديم التمييز سواء كان صغير السن أو من المختلفين عقلياً كما سيتضح من خلال البحث ، كما أن المدلول المادي للخطأ لا يتسع طبقاً لتعريف ولا يضيق طبقاً لأخر بل هو يتسع ويضيق إذ ما تغيرت الظروف البديلة والاقتصادية والاجتماعية .

الفصل الثاني

محاولات المشرع الإبقاء على فكرة الخطأ

تمهيد وتقسيم :

٣٠- حاول المشرع تجنباً لعيوب تأسيس المسؤولية على الخطأ واجب الإثبات طبقاً للقواعد العامة تأسيس المسؤولية على الخطأ المفترض بفقد توخي المشرع فيه التيسير على المضرور في حصوله على التعويض عما أصابه من الضرر فلأجح عن عاتقه عبء إثبات الضرر .

وقد قسم المشرع هذه الحالات إلى قسمين :

قسم للمسئولية عن عمل الغير ، وآخر للمسئولية الناشئة عن الأشياء (١)

٣١- وتقسيم الفصل إلى ثلاث مباحث :-

الأول : لدور الخطأ المفترض كأساس للمسئولية ، أما الثاني فنخصه لدور الخطأ الثابت كأساس للمسئولية ، ونكرس الثالث لمبدأ عدم افتراض التعدي في الشريعة الإسلامية .

(١) المنهوري : الوجيز في شرح القانون المدني ، ج١ ، نظرية الالتزام بوجهه علم ، الطبعة الثانية بتفاح المستشار مصطفى الفلي ، طبعه ١٩٩٧ ، ص٤٢٤ .

المبحث الأول

دور الخطأ المفترض كأساس للمسئولية

أولاً : في القانون المصري :-

٣٢- كتبت المادة ١٥١ من القانون المدني الوطني القديم في مصر تنص على ما يأتي : (وكذلك يلزم الإنسان بضرر الغير الناشئ عن إهمال من هم تحت رعايته ، أو عدم الدقة والانتباه أو عن عدم ملاحظته لهم) ، وكتبت المادة ٢١٢ من القانون المدني المختلط القديم تنص على أن (يلزم الشخص كذلك بضرر الغير الناشئ عن تقصير من هم في رعايته أو عن إهمالهم أو عن عدم الدقة والانتباه منهم ، أو عن عدم ملاحظته إياهم) وأخذ الفقه على تلك النصوص اضطربها حيث أنها تعرض تارة لمسئولية متولى الرقابة عن هم تحت رعايته بناء على خطأ مفترض ، وتعرض تارة لمسئولية متولى الرقابة بناءً على خطأ ثابت ، كما أنها لم تبين الشروط والأحوال التي يصبح الشخص متولياً لرقابة غيره ، ولم توضح أساس المسؤولية (١) .

(١) سليمان مرقس : الوافي في شرح القانون المدني -٢- المجلد الثاني في الفعل الضار والمسئولية المدنية ، القسم الثاني في المسؤوليات المفترضة ، الطبعة الخامسة ١٩٨٩ لفسرة ٢٦٠ ، ص ٧٨٠ . نفس المعنى : عبد الرزاق المنهوري : الموجز في النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني المصري مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر ، بدون سنة طبع ، ص٣٥ .

٢٣- ثم جاء التقيين المدني الجديد متجنباً تلك العيوب إذ نص في المادة ١٧٣* منه على أنه :

١- كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره ، أو بسبب حالته العقلية ، أو الجسمية يكون ملزماً بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع ، ويترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه الصل الضار غير مميز .

٢- ويختبر القاصر في حاجة إلى الرقابة إذا لم يبلغ خمس عشرة سنة أو بلغها وكان في كنف القائم على تربيته ، وتنتقل الرقابة على القاصر إلى معلمه في المدرسة أو المشرف في الحرفة ، مادام القاصر تحت إشراف المعلم أو المشرف ، وتنتقل الرقابة على الزوجة القاصر إلى زوجها أو إلى من يتولى الرقابة على الزوج

٣- ويستطيع المكلف بالرقابة أن يخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة ، أو أثبت أن الضرر كان لآدب واقعاً ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية * .

قيام المسؤولية المدنية لمتولى الرقابة على أساس الخطأ المفترض :

٣٤ - جعل المشرع المصري مسؤولية متولى الرقابة تقوم على الخطأ المفترض في حالة وحيدة وهي ما يحدثه الخاضع للرقابة من أضرار للغير أثناء الخضوع للرقابة ، طبقاً للفقرة الأولى من المادة ١٧٣ من القانون المدني المصري (١)

(١) سليمان مرقس: الوالدي شرح القانون المدني السابق لفرة ٢٦٠ ، ص ٧٨٠ .
نفس المعنى : عبد الرزاق السنهوري : الموجز في النظرية العامة للإلتزامات السابق ص ٣٥٤ .

وقد جاء في مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني أنه * أما من نيطت به الرقابة عليه فيفترض خطؤه باعتبار أنه قصر في أداء واجب الرقابة * (١) . وبذلك فإن المضرور من فعل الخاضع للرقابة لا يكلف بإثبات خطأ متولى الرقابة في الرقابة ، لأن المشرع أقسام قرينه بسيطة على وجود خطأ الإخير المفترض ، فقد افترض أن حدوث الفعل المسبب للضرر من القاصر سببه تقصير متولى الرقابة في القيام بواجب الرقابة ، أو عدم القيام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية ، وإنما يكلف المضرور بإثبات خطأ الخاضع للرقابة طبقاً للقواعد العامة (٢) .

وقد قضت محكمة النقض المصرية في ١٠ يونية سنة ١٩٨٠ : بأن * مسؤولية رليس المدرسة بالرقابة لا ترتفع بمجرد اختلار مشرفين من المعلمين لملاحظة التلاميذ أثناء وجودهم بالمدرسة ، بل تقسوم بوصفه رقيبها الأول يلزم بتعويض الضرر الذي يحدثه القاصر للغير بصله غير المشروع أثناء وجوده بالمدرسة، إلى جانب مسؤولية هؤلاء المشرفين بنساء على خطأ مفترض في واجب الرقابة بوصفه قائماً بإدارة المدرسة * (٣) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ، ج ٢ ، ص ٤٠٧ .

(٢) عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام ، المجلد الثاني ، ج ٧ ، طبعة دار النهضة العربية ، طبعة ١٩٨١ ، ص ١٤٠٧ . نفس المرجع : منصور مصطفى منصور : المصادر غير الإرفاقية للإلتزام ، خلاصة دروس المقرر ٢٠٤ للفصل الدراسي الأول ، سنة ١٩٨١ ، ص ٤٨ .

(٣) نقض مدني : ١٠/٦/١٩٨٠ ، مجموعة أحكام النقض المصرية ، لسنة ٣١ ، الطعن رقم ٢٥ ص ١٧٣٦ .

ويبدو لنا من قضاء النقض تأييده لموقف المشرع وما اتجه اليه الفقه بشأن قيام مسئولية متولى الرقابة على أساس الخطأ المفترض لما يحدثه الخاضع للرقابة من أضرار للغير طبقاً لنص المادة ١٧٣ من القانون المدني المصري ، وهذا ما استقر عليه قضاء محكمة النقض دون خلاف^(١) .

ضرورة افتراض رابطة السببية

٣٥- علاقة السببية من أركان المسؤولية وشرط لازم لقيامها^(٢) ولذا فإن افتراض الخطأ يتطلب افتراض رابطة السببية ، لأن الضرور إذا طوّل يثبت علاقة السببية لا ضرر إلى إثبات الخطأ^(٣) ، لأن علاقة السببية لا يمكن إثباتها إلا بين سبب ومسبب معينين وثابتين^(٤) ، وهو ما يؤكد القضاء في مصرف قد ذهبت محكمة النقض إلى أنه " متى كتبت محكمة الاستئناف قد رأت في حدود سلطتها التقديرية أن الحادث بالصورة التي وقع بها ما كان ليقع لو أن الطاعن ناظر المدرسة

- (١) نقض مدني: ١٩٧٥/٣/١١ مجموعة أحكام النقض المصرية ، سنة ٢٦ ، العدد الأول من ٥٤٩ نقض مدني : ١٩٧٧/١٢/١٥ ، مجموعة أحكام النقض المصرية الطعن رقم ٤٢٠ لسنة ٤٤ ق
 (٢) نقض مدني : ٢٠٠٠/٣/٧ ، الطعن رقم ٦٣ ، لسنة ٥٤٧ ق
 (٣) عبد الرزاق السنهوري : المرجع السابق " الوسيط " طبعة ١٩٨١ ، لفرة ٧٦٣ ، ص ٤١٢
 (٤) سليمان مرسى : المرجع السابق " الوالي " لفرة ٢٦٢ ، ص ٧٩٤ الشانصوري والشاوي : للمسئولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء ، طبعة ١٩٨١ ، ص ٢٦٣ .

والمطعون عليه الثابت الذي عين مشرفاً قاما بواجب الرقابة المفروض عليهما ، وانتهت بأسباب متأنفة إلى أن المفاجأة في وقوع الحادث التي قال بها الطاعن لم تتحقق وبالتالي لم تنتف ولكن قد يكون السبب ما تقتضيه الظروف في بعض الصور ... مجموعة علاقة السببية المفترضة بين الخطأ المفترض في جاتبه وبين الضرر الذي أصاب المطعون عليه الأول^(١) .

ويبدو لنا من خلال الحكم أن محكمة النقض أقامت مسئولية متولى الرقابة على أساس افتراض رابطة السببية ، والذي نخلص منه في النهاية إلى أن المشرع المصري أقام المسئولية المدنية لمتولى الرقابة على أساس افتراض الخطأ والافتراض رابطة السببية فيما يحدثه الخاضع للرقابة من أضرار للغير أثناء الخضوع للرقابة .

ثانياً - في القانون الفرنسي :-

٣٦- تنص المادة ١٣٨٤ من القانون المدني الفرنسي على انه يسأل الشخص عن الأضرار التي يحدثها للغير بفعله الشخصي ، ويسأل أيضا عن الأضرار التي تحدث بفعل الأشخاص الذين يسأل عنهم ، أو بفعل الأشياء الموضوعة تحت حراسته ، ويسأل الأب أو الأم بعد وفاة زوجها عن الأضرار التي تحدث بفعل أولاده القصر المقيمين معه ، ويسأل السادة والمتبوعون عن الأضرار التي تقع بفعل خدمهم أو تابعيهم في أدايم لوظائفهم المعينين فيها ويسأل المربون ومعلموا

- (١) نقض مدني: ١٩٧٥/٣/١١ السابق نفس المعنى: نقض مدني: ١٩٥٤/٤/٥ مجموعة أحكام النقض المصرية لسنة ٥ ، رقم ٢٨٧ ، ص ٩٠٥ .

الحرف عن الأضرار التي تحدث بفعل تلامذتهم أو صبيبتهم في الوقت الذي يكون فيه الآخرون تحت ملاحظة الأولين ، وتقوم المسؤولية المبنية أعلاه ما لم يثبت الأب أو الأم أو معلم الحرفة أنه لم يكن في وسعه منع الفعل الذي يقبم المسؤولية ، وفيما يتعلق بالمعلمين : يتعين على المدعى في دعوى التعويض إقلمة الدليل طبقاً للقواعد العامة على ما ينسب إليهم من خطأ ، أو عدم تبصر أو إهمال^(١).

(١) وهذا هو النص الفرنسي

(on est responsable , non seulement du dommage que l'on cause parson Propre fait , mais encore de celui qui est Cause par le fait des Personnes dont on doit répondre , ou des choses que l'on a Sous Sa garde .

* le pere et .

la mère , en tant qu'ils exercent le droit de garde. Sont Solidairement responsables du dommage Causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux .

* les maitres et les commettants , du . Dommage Causé par leurs domestiques et préposes dans les fonctions auxquelles ils les ont employés

* les artisans du dommage causé par leurs apprentis pendant le temps qu'ils sont sous leur Surveillance .

* la responsabilité ci dessus a lieu à moins que le père et mère – et artisans ne prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à celle responsabilité .

* en ce concerne les instituteurs , les fautes , imprudences ou négligences invoquées contre eux comme ayant causé le fait dommageable devront être prouvées , conformément au droit commun par le demandeur à l'instance .)

Cité . Par : Le Batonnier : la responsabilité puplic Des Maitres Dans .

l'enseignement puplic et Dans l'enseignement prive ed . 1939 N . 156 , P . 141 .

٣٧- ويبدو من موقف المشرع والفقه والقضاء في فرنسا ومصر أن أساس مسؤولية متولى الرقابة يقوم على الخطأ المفترض والذي يقبل اثبات العكس غير أننا لا نتفق وما ذهب إليه المشرع من افتراض خطأ متولى الرقابة ، لما يمثل ذلك من الأضرار بمتولى الرقابة لأننا نحمل الأخير تبعاً فعل أداء غيره من الخاضعين لرقابته والذين يمكنهم للتمييز بين القاطع والضرر .

٣٨- ولذا فقد ذهب جالب من الفقه الفرنسي بتبني نظلم المملولة للموضوعية لمتولى الرقابة^(١) تلك المسؤولية التي لا تقوم على الخطأ سواء الخطأ المفترض أو الخطأ واجب الاثبات ، ومما دفع هذا الفريق إلى تبني هذا الرأي ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في ١٩ فبراير سنة ١٩٩٧ بجعل مسؤولية الأب والأم مسؤولية بقوة القانون لا يمكن دفعها إلا بإثبات السبب الأجنبي^(٢) .

(١) Michel Taburet: Responsabilité des Enseignements 14,11,2000

نفس المعنى :

T . G . I . Strasbourg , 7 Octobre 1996 , Jurisprudence (R . L . R (560 - 2) Précité P . 11 . " l'enfant était gardien de l'instrument du dommage et donc responsable Sur le fondement de l'Art , 1384 alinea 1 , du code civil " .

(٢) Cass.Civil . 2,19 Fevr . 1997 , au J.C.P. 1997 , N . 22848 , P . 247 " Selue la Force majeure ou la faute de la victime pouvaitis exonérer M . de responsabilité de plein droit " .

وهذا ما يعنى تحول أساس المسؤولية المفترضة للوالدين إلى المسؤولية الموضوعية والتي تقوم على أساس الضرر ، والذي دفع هذا الرأي إلى هذا الإتجاه هو محاولة للتخلص من العبء الثقيل الذى ألقاه المشرع على كاهل المضرور بضرورة إثبات الخطأ .

ويشهد الواقع الفرنسى فى ظل تبنى المشرع نظرية الخطأ المفترض قبل صدور قانون ٥ أبريل سنة ١٩٣٧ الخاص بالمعظمين عن أصابة المعلم لولادته بالجنون وذلك لقيام مسؤوليته المفترضة عما أحدثه أحد تلاميذه الخاضع لرقابته من ضرر للغير مما دفع غالبية الفقهاء والمشرع السى تبنى نظرية الخطأ واجب الإثبات والتي لم تسلم بدورها من النقد (١) .

المبحث الثانى

دور الخطأ الثابت كأساس للمسؤولية

تمهيد وتقسيم :-

- ٣٩ - لقد اعتق المشرع فكرة الخطأ المفترض والذي لا يقبل ثبات العكس أو ما يسمى بالخطأ الثابت وتمثل ذلك فى حالات وهى :-
- ١- مسؤولية المتبوع عن فعل التابع .
 - ٢- المسؤولية الناشئة عن الأخطاء والتي تتمثل فى المسؤولية عن فعل الحيوان ، والمسؤولية عن فعل البناء ، والمسؤولية الناشئة عن الأخطاء الأخرى وهو ما تعرض له على النحو التالى كل فى مطلب مستقل .

المطلب الأول

أساس مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه

- ٤٠ - نصت المادة ١٧٤ من القانون المدنى المصرى على أنه " يكون المتبوع مسئولاً عن الضرر الذى يحدثه تابعه بصله غير المشروع متى كان واقعاً منه فى حالة تلبية الوظيفة أو بسببها ، وتقوم رابطة التبعية ولو لم يكن المتبوع حراً فى إختيار تابعه ومتى كان عليه سلطة فعلية فى رقيبته وتوجيهه " .
- وقد جاء بمنكرة المشروع التمهيدي " ثم إن المشروع جعل من الخطأ المفترض أساساً لهذه المسؤولية " .

(١) راجع رسالتنا ، المسؤولية المدنية للمعلم دراسه مقارنه بالفقه الإسلامى - رسالة دكتوراه - حقوق القاهرة ٢٠٠٢م / ١٤٢٣هـ ، ص ٨٤ لقره ١١٨ .

ويبدو أنه لا خلاف من اعتبار مسئولية المتبوع مسئولية مفترضة لا تقبل إثبات العكس ، إذا يكفى لتحققها مجرد ثبوت خطأ التابع ، ووقوع هذا الخطأ بمناسبة الوظيفة .

ويثور التساؤل بشأن تحديد الأساس الذي تبنى عليه هذه المسئولية ؟ وقد اختلف الفقه والقضاء بشأن الرد على هذا :

٤١ - حيث ذهب جانب من الفقه والقضاء إلى أن أساس المسئولية يقوم على الخطأ المفترض الذي لا يقبل إثبات العكس في جانب المتبوع والذي يتمثل في إسالة إختيار تابعه ، أو التفسير في مراقبته وتوجيهه والإشراف عليه ، لأن المتبوع يكون مسئولاً لأنه ارتكب خطأ في إختيار تابعه أو في رقبته أثناء قيامه بالعمل ، ويعنى المضرور من المسئولية^(١).

٤٢ - غير أن هذا الرأي لم يلق قبولاً لدى جانب كبير من الفقه باعتبار أن هذا القول يتعارض مع ما هو ثبت من أن المتبوع لا يستطيع التخلص من المسئولية بإثبات عدم خطئه ، ولا بإثبات وجود علاقة سببيه بينه وبين الضرر ، بالإضافة إلى أن المتبوع يسأل حتى ولو كان غير مميز .

Karbone : Op. Cit. N.247, P. 440, Mazeaud et Chaba, P. 92
(١), Bode et Bard Idroit Civil, N. 29.
Loram, N. 570.

من القضاء المصري :

نقض جنيفي ١٩٥٥/٧/٧ مجموعة أحكام النقض المصرية، لسنة ٨، رقم ٣١٦، ص ١٧.
نقض منفي ١٩٩٠/١٢/١٣ ، مجموعة أحكام النقض المصرية ، لسنة ٥٧
الطنين رقم ٥٠١ .

مما يفيد بحد هذه المسئولية عن فكرة الخطأ سواء كان خطأ مفترضاً أو خطأ ثابتاً^(١) وهي مسئولية لا تقوم على فكرة الخطأ لأنها مسئولية عن فعل الغير وليست عن الفعل الشخصي ، يتحمل أيها المتبوع جريمة تابعه وليست تبعه تشاطه أو فطه للشخصي^(٢) هذا من جهة .

كما أنه من جهة لغيري فإن تأسيس مسئولية المتبوع على خطأ مفترض في جانبته يعنى إعطائه من المسئولية إذا كان غير مميز على أن غير المميز لا يمكن إسناد الخطأ إليه ، غير أنه وجد أن غير المميز يتحمل في الواقع الصلى المسئولية في الوقت الحالي هذا ما بين بوضوح أن فكرة الخطأ المفترض غير كافية^(٣).

٤٣ - وقد تعددت الآراء بشأن أساس المسئولية المفترضة ما بين مؤيد لقيامها على فكرة تحمل تبعه ، في حين أسسها البعض الآخر على فكرة الضمان أو إلتبته^(٤) ، وهذا ما أكده القضاء في مصر من أن مسئولية المتبوع مقرر بحكم القانون لمصلحة المضرور تقوم على فكرة

(١) إبراهيم السواقي أبو الليل : المسئولية المدنية بين التقييد والاطلاق ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٠ ، ص ١٩٠ .

(٢) السنهوري : الوجيز في شرح القانون المدني ، ج ١ ، طبعه ١٩٩٧ ، ص ٤١٩ وما بعدها ، فقرة ٤٤٦ .

(٣) إبراهيم الضماوي : دور الخطأ في المسئولية المدنية ، ص ٣٣١ .

(٤) محمد كمال عبد العزيز : السابق ، ص ٦١١ ، السنهوري الوجيز : طبعه ١٩٧٠ ، ص ٤٤٩ وما بعدها .

الضمان القانوني ، فالمتبوع يعتبر في حكم الكفيل المتضامن كغالبه مصدرها القانون وليس العقد ، ومن ثم فإن للمتبوع الحق على تابعه محدث الضرر ما يلي من التعويض للمضرور لا على أساس أنه مسئول معه بل لأنه مسئول عنه ^(١) أو على فكرة الطول ولسنا هنا في مقام عرض حجج كل رأى وإنما نستطيع أن نقرر أن فكرة الخطأ المفترض لا تصلح أساساً تقوم عليه المسؤولية وإنما تقوم على فكرة الضرر .

٤٤ - ونخلص من هذا ، أن تراجع دور الخطأ كأساس للمسؤولية بات واضحاً في المسؤولية عن فعل الغير والمتمثلة في مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه والتي يجب لقيامها وجود علاقة تبعه بين محدث الضرر والمراد تحميله المسؤولية بشرط أن يكون للأخير سلطة الإشراف والرقابة والتوجيه وأن يكون الضرر قد حدث أثناء تلبية الوظيفة أو بسببها ، وفقاً لنص المادة ١٧٤ من القانون المدني المصري والفقرة الخامسة من المادة ١٣٨٤ من القانون المدني الفرنسي ، حيث تقوم المسؤولية على الخطأ المفترض والذي لا يقبل إثبات العكس ، وهذا ما دفع جتوب كبير من الفقه محاولاً إيجاد أساس آخر للمسؤولية بعيداً عن الخطأ .

(١) نفض منى ١٩٧٨/٥/٨ ، الطعن رقم ٦٥٧ لسنة ٤٢ ق ، ٦٩/١/٣ رقم ٢٠ لسنة ١٩٩٩ ، ٦٨/٢/٢٢ رقم ١٩ لسنة ٢٢٧ .

المطلب الثاني

أساس المسؤولية الناشئة عن الأشياء

الفرع الأول

أساس المسؤولية عن فعل الحيوان

النصوص القانونية :

٤٥ - تنص المادة ١٣٨٥ من القانون المدني الفرنسي على أن مالك الحيوان أو مستخدمه في الوقت الذي يستخدمه فيه يسأل عن الضرر الناشئ بفعل الحيوان سواءً بقي الحيوان في حراسته أم ضل منه أو هرب .
وكانت المادة ١٥٣ / ٢١٥ منى مصرى قديم تنص على أن (يلزم مالك الحيوان أو مستخدمه بالضرر الناشئ عن الحيوان المذكور سواءً كان في حيازته أو تسرب منه) .
وتنص المادة ١٧٦ منى مصرى على أن (حارس الحيوان ولو لم يكن مالكا له مسئول عما يحدثه الحيوان من ضرر ولو ضل الحيوان أو تسرب ما لم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب أجنبي لا يد له فيه) .

٤٦ - ويبدو لنا أن المشرع المصرى يتفق ونظيره الفرنسى من تقرير مسؤولية مفترضة تقع على عاتق حارس الحيوان ، حيث يبدو من مقتضى النص قيام مسؤولية الحارث على أساس الخطأ المفترض دون الحاجة إلى إقامة الدليل على خطأ المالك .

٤٧ - ذهب الفقه في أول الأمر إلى أن أساس هذه المسؤولية افتراض وقوع خطأ من الحارث من اقتناء الحيوان الذي أحدث الضرر أو في حراسته وكانت المحاكم الفرنسية بناء على ذلك تجيز للحارس أن يدفع هذه المسؤولية بنفي الخطأ عن نفسه في اقتناء الحيوان وفي حراسته ، غير أن هذه المحاكم قد عدلت عن ذلك منذ عام ١٨٨٥ وأصبحت تشترط في دفع هذه المسؤولية إقامة الدليل على أن الفعل الضار قد وقع بسبب أجنبي عن الحارث كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ المصاب أو خطأ شخص أجنبي^(١) ، وقد جرت المحاكم المصرية على ذلك أيضاً ، ثم نص عليه القاتون المدني المصري صراحة حيث قرر في المادة ١٧٦ أن هذه المسؤولية تقوم (ما لم يثبت الحارث أن وقوع الحادث كان بسبب أجنبي لا يد له فيه)

٤٨ - وقد ذهب البعض الآخر إلى أن أساس هذه المسؤولية افتراض خطأ في الحراسة افتراضاً غير قليل لإثبات العكس ، حيث يذهب هذا الإجماع إلى أن الخطأ قد تم إثباته ولا يتصور إذا أن يثبت عكسه^(٢)

ذلك أن الضرر لم يحدث إلا لأن نمام الحيوان قد أفلت من يده ، وهذا الأفلت هو ذات الخطأ وقد ثبت الأفلت بدليل وقوع الخطأ ، حيث تقوم المسؤولية هنا على الخطأ وليس تحمل التبعة ، وإلا لكان المسئول هو المنتفع بالحيوان لا الحارث ولما جاز دفع المسؤولية بإثبات السبب الأجنبي ولتحققت للمسئولية ولو كان المدعى عليه عديم التمييز^(١) .

٤٩ - ويبدو لنا أن الرأي الأخير جنير بالتأييد ، فقد قضت محكمة النقض المصرية في ٢ مارس سنة ١٩٦٧ بأن حارس الحيوان بالمعنى المقصود في المادة ١٧٦ من القانون المدني هو من تكون له السيطرة الفعليه عليه ويملك التصرف في أمره ، ولا تنتقل الحراسة من مالك الحيوان إلى التابع المنوط به ترويضه وتدريبه ، ذلك أنه وإن كان للتابع السيطرة المعايه على الحيوان وقت تدريبه إلا أنه إذ يصل لحساب متبوعه ولمصلحته ويتلقى تعليماته في كل ما يتعلق بهذا الحيوان فإليه يكون خاضعاً للمتبوع مما تنظر معه الحراسة لهذا الأخير ، إذا أن الحرية في قيام الحراسة الموجبة للمسئولية على أساس الخطأ المفترض هي بسيطرة الشخص على الحيوان سيطرة فعليه لحساب نفسه^(٢) .

(١) ساليان مرقس : محاضرات في المسؤولية المدنية في تقييدت البلاد العربية ، القسم الثاني ، الأحكام الخاصة ، المسؤولية عن فعل الغير ، المسؤولية عن فعل الأثماء ١٩٦٠ ، ص ١٠١ وما بعدها .

(٢) السنهوري ، الوسيط السابق ، الجزء الأول ، فقرة ٧٠٨ .

(١) السنهوري ، الوجيز السابق ، ص ٤٦٣ ، فقرة ٤٦١ .

(٢) نقض مدني ، القطع ١٨١ لسنة ٣٣ ، جلسة ٦٧/٣/٢٢ ، ص ٥٣١ ، المستشار عبد المنعم بسوقي ، ج ٢ ، ص ١٠٢ ، في المجلد الثاني ، الطبعة الثالثة سنة ٢٠٠٤ ، الفقرة ٢٥٠٢ ، ص ٩٣٩ .

الفرع الثاني

أساس المسؤولية الناشئة عن سقوط المياني

٥٠ - قضت المادة ١٧٧ مدني مصري على أنه 'حارس البناء ولو لم يكن مالكاً له مسئول عما يحدثه إتهام البناء من ضرر ولو كان إتهاماً جزئياً ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال في الصيانة أو قدم في البناء أو عيب فيه' ، وقد نصت المادة ١٣٨٦ من القانون المدني الفرنسي على مسؤولية مالك البناء عن الأضرار الناشئة عن تدهمها ، إذا كان سببه عيب في تشييدها أو نقص في صيقتها .

٥١ - وقد ذهب جتوب من الفقه في فرنسا ومصر إلى أن المادة ١٣٨٦ ما هي إلا حالة من حالات المسؤولية عن فعل الغير (١) ، لذا تقوم هذه المسؤولية على أساس افتراض المسؤولية من وقوع المالك على أساس الكفالة أو الضمان باعتبار أن المالك وقت سقوط البناء يسأل عن فعل المالك السابق وعن فعل من كان البناء في حراسته كصاحب حق الانتفاع والمستأجر ، ولذا فإن مسؤولية المالك المفترضه مبنية على فكرة الضمان والتي تعني أن ضمان المالك يحل مؤقتاً محل ضمان المسئول الفعلي ولا يخشى من أن يصبح نهائياً إلا إذا كان الأخير مصراً (٢) .

(١) Mazeaud: (H. et. L.): Traite, Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile delictuelle et contractuelle 3 vol. 5 eme ed 1957, N. 1055.

(٢) St. L. (b) essai d'une theorie generale de la responsabilité civile considerée en sa double fonction de garantie et de price, these paris 1947 P. 44, 80, P. 138, 139

٥٢ - ويبدو أن المشرع جعل المسؤولية واقعة على حارس البناء لا على مالكه بمجرد تهمد البناء حتى ولو كان إتهاماً جزئياً ما لم يثبت الحارس أن الحادث يرجع سببه إلى عيب في البناء أو نقص في الصيانة بشرط أن يكون الضرر نتجاً عن ذلك وتعتبر مسؤولية حارس البناء مفترضة تقوم على الخطأ المفترض في جاقبه ، وهذا ما أكده القضاء في مصر ، فقد قضت محكمة النقض المصري في ٢٠ فبراير ١٩٨٦ لما كان مفاد نص المادة ١/١٧٧ من القانون المدني أن مسؤولية حارس البناء عن الضرر الناشئ عن تهمده كلياً أو جزئياً تقوم على خطأ مفترض في جاقب الحارس بإهماله صيغته البناء أو تجديده أو إصلاحه وهو خطأ لا يقبل إثبات العكس ، وإن كانت المسؤولية تتكفي بنفي علاقة السببية بين هذا الخطأ المفترض وبين الضرر بثباته إن وقوع التهمد ولو كان جزئياً لا يرجع إلى إهمال في الصيانة أو قدم في البناء أو عيب فيه ، وإنما يرجع إلى القوة القاهرة أو خطأ الغير أو خطأ المضرور نفسه (١) ، ونخلص من هذا أن المسؤولية تقوم على شقين : الأول : يقوم على أن تهمد البناء سببه إهمال في الصيانة أو التجديد أو الإصلاح قبل إثبات العكس .

(١) الطعن رقم ٢٣٤٨ لسنة ٥٢ق - جلسة ٨٦/٢/٢٠ ، قضاء النقض في المواد المدنية السابق ص ٩٦٥ ، لفرع ٢٥٥٢ .

نص المضي :

الطعن ٩٨ لسنة ٥٣ق - جلسة ٨٣/٦/٢١ ، ص ٣٤٠ ، ١٤٦٠ .

الطعن ١٦٤١ لسنة ٥٠ق - جلسة ٨٤/٤/٢٦ ، ص ٣٥٥ ، ١١١٧ .

نقض جنكسى ١٩٣٩/١١/٢٧ ، الطعن ١٧٠٩ لسنة ٥١ق ، ٤٥/٢/١٩ ،

الطعن ٦٨ ، لسنة ١٥ق .

والشك الثاني : يقوم على أن الأهمال منسوب إلى خطأ الحارس والافتراض هنا غير قابل لأثبات العكس فإذا لم يستطع حارس البناء نفي الشك الأول بقي هذا الشك مفترضاً في جانيه ، وكذلك يبقى الشك الثاني مفترضاً لأن افتراضه لا يقبل أثبات العكس ، ويعتبر الأهمال في الصيانة أو التجديد أو الإصلاح منسوباً إلى خطئه ولا يمكنه دفع مسئولته إلا بنفي رابطة السببية (١) .

الفرع الثالث

أساس المسؤولية الناشئة عن الأشياء الأخرى

في القانون الفرنسي :

٥٢ - لم يرد في التشريع الفرنسي نص يتم المسؤولية عن الأضرار الناتجة عن فعل الأشياء بصفة عامة حيث كانت المسؤولية تقوم طبقاً للمادتين ١٣٨٢ ، ١٣٨٣ أي على أساس الخطأ ولجب الأثبات ، وقد فهم الفقه والقضاء أول الأمر أن المشرع لم يقرر مسؤولية المراء مسؤولية مفترضة عن فعل الأشياء إلا في الحالتين اللتين تناولتهما المادتين ١٣٨٥ ، ١٣٨٦ ولم ينظر إلى الفقرة الأولى من المادة ١٣٨٤ من القانون المعنى والتي تنص على أنه " لا يسأل المراء عن الضرر الذي يحدثه بقطعه للشخص فقط ، بل أيضاً عن الضرر الذي يحدث بفعل الأشخاص الذين يسأل عنهم أو بفعل الأشياء التي في حراسته " ، ويشور القسول بشأن تحديد أساس المسؤولية ؟

٥٤ - ولرد على هذا ذهب الفقه والقضاء في أول الأمر إلى أن أساس هذه المسؤولية افتراض وقوع الخطأ من الحارس في منع الشيء من الإضرار بالغير وإذا فُين من حق الحارس دفع مسؤولية بنفي الخطأ عن نفسه مادام لم يرد نص على اعتبارها قطعة (١) .

Mzeaud (H . L) op Cit P 198 , N . 1144 .

(١)

نفس المعنى :

سليمان مرقس : دروس نظرية الدكتوراه ، السابق ، ص ١٥٨ وما بعدها .

راجع أيضاً نظرية دفع المسؤولية ، ص ١٢٤ وما بعدها .

(١) الوجيز السابق : ص ٤٦٨ وما بعدها ، لفرة ٤٧١ ، ٤٧٢ .

أما في مصر :

٥٥ - فلم يتضمن التشريع المصري نصاً مقابلاً للفقرة الأولى من المادة ١٣٨٤ فرنسي حيث كانت تصل القواعد العامة بشأن الأضرار الناتجة عن الأشياء والآلات الميكانيكية طبقاً لنص المادتين ١٦٢ ، ١٦٤ من القانون المدني إلى أن صدرت التفتين المدني الجديد والذي نص فيه المشرع على المادة ١٧٨ من القانون المدني والتي تنص بأن " كل من تولى حراسة أشياء تتطلب حراستها رعاية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية يكون مسئولاً عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه ، هذا مع عدم الأخلاخ بما يرد في ذلك من أحكام خاصة .

٥٦ - وقد ذهب البعض تحديداً لأساس المسئولية إلى أن الأمر استقر على أن أساس المسئولية يقوم على خطأ ثابت في الحراسة وأن المشرع افترض علاقة السببية حيث تقوم المسئولية المفترضة بمجرد حدوث الضرر وليس خطأ مفروضاً فحسب ، حيث قصر المشرع هذه المسئولية المفترضة على الأحوال التي ينشأ فيها الضرر عن أشياء خطيرة توجب بطبيعتها رعاية خاصة في حراستها (١).

٥٧ - ويمكننا تقسيم الاتجاهات الفقهية بشأن هذا إلى فريقين :

الأول لأصحاب النظرية الشخصية :

وقد ذهبوا إلى أن أساس المسئولية الخطأ ، وانقسموا على أنفسهم ، حيث ذهب اتجاه إلى قيام المسئولية على أساس الخطأ المفترض ، وبين قائل بفكرة قرينة تعدل السبب الأجنبي .

الثاني : لأصحاب النظرية الموضوعية وقد ذهبوا إلى قيام المسئولية على أساس الضرر ، على أساس فكرة تحمل التبعية ، في حين قال البعض منهم بفكرة الضمان أو فكرة الالتزام بالسلامة أو فكرة السلطة ، بينما اختلف البعض بأنها مسئولية مقررة بموجب القانون (١) .

(١) محمد كمال عبد العزيز ، المرجع السابق ص ١٦٦ .

(١) سليمان مرقس ، دروس لطلبة الدكتوراه ، السابق ، ص ١٩٠ وما بعدها .

٥٨ - وقد قضت محكمة النقض المصرية في ٢٣ أبريل

١٩٨٠ بأن مسؤولية حارس الأضياء المنصوص عليها في المادة ١٧٨ من القانون هي مسؤولية تصيرية قوامها خطأ يتمثل في تصيير حارس الشيء في بذل ما تقتضيه الحراسة عليه من رعاية خاصة تحول دون أن يفلت زمامه من يده فيحدث الضرر ، وهو خطأ يمكن أن يكون محلاً للمساءلة الجنائية متى تحدد نوعه وقلم الدليل على نسبهته إلى الحارس أما افتراض مسؤولية الحارس على الشيء فإنه قاصر على مسئولية المدنية وحدها وينصرف الغرض فيها إلى علاقة السببية دون الخطأ ، يؤكد ذلك ما نصت عليه المادة المشار إليها من قبلية افتراضها لإثبات العكس متى أثبت الحارس وجود السبب الأجنبي الذي تنتسبى به السببية (١) .

ويبدو أن القضاء يؤسس المسؤولية عن حراسة الأضياء التي تحتاج إلى رعاية خاصة على خطأ مفترض في جانب الحراسة لايقبل إثبات العكس .

(١) الطعن ٢١٤ لسنة ٤٦ق - جلسة ٨٠/٤/٢٣ من ٣١ص ١١٨١ ، قضاء النقض في المواد المدنية ، السابق ص ٩٤٥ .

نفس المعنى :

الطعن ١٤٩ لسنة ٤٤ق - جلسة ١٩٧٨/٤/٢٥ من ٢٩ ص ١٠٩٤ ، نقض جلسة ٨٤/١/٣١ من ٣٥ ص ٣٥٧ .

المبحث الثالث

موقفنا بشأن نظرية الخطأ

نعرض لموقفنا من خلال حجتين الأولى قانونية والاخرى شرعية

اولا : الحجة القانونية :

٥٩- قبل أن نبدى رأينا بشأن مدى نجاح نظرية الخطأ

المفترض في مواجهة المشاكل التي أثارها الخطأ واجب الأثبات يجب أن نتعرض لموقف المشرع والفقه والقضاء في كل من فرنسا ومصر .

موقف الفقه :

٦٠ - ذهب جانب من الفقه إلى تبنى نظرية المسؤولية

المفترضة للدولة بدلاً من تحميل بعض الأشخاص الخطأ المفترض ، مما قد يشكل عبئاً على كاهله بحجة أن ذلك يجمع بين مصلحة المضرور من جهة ، ومركب الفعل الضار من جهة أخرى ، حيث تتحقق مصلحة المضرور برفع عبء الأثبات عنه وتيسير حصوله على التعويض باعتبار أن الدولة شخص ملء بخلاف التابع لها .

ويبدو ان كل هذا الرأي يحقق مصلحة المضرور بعدم تكليفه اثبات خطأ التابع إلا أن من شأنه تحميل ميزانية الدولة لما يقام ضدها من المسؤولية المفترضة عن كل ضرر يرتكبه التابعون (١) .

(١) Le Batonnier : la responsabilité Des Maitres Dans .
pupic l'enseignement pupic et Dans l'enseignement prive ed ,
Precit N. 208 , P. 189 .

٦١ - كما ذهب البعض الآخر إلى تبني إقتراح المسؤولية اللاخطئية للدولة ، حيث تعتمد مسؤولية الدولة دون النظر إلى مسبب الضرر حيث لا يشترط إثبات خطأ التابع بل بمجرد ارتكاب الضرر ، وهذا ما يبتعد تماماً عن النظرية الشخصية والتي تقم المسؤولية على أساس الخطأ وذلك يضمن تحقيق مصلحة المضرور بسهولة حصوله على التعويض لعدم تكلفة إثبات الخطأ وضمن عدم تحمل الأخير التعويض باعتبار أن الدولة شخص ملئ^(١).

غير أنه وجد أن العمل بهذا النظام يحمل الدولة كلفة التعويضات الناتجة عن فعل التابعين ، وقد ذهب الفقيه الفرنسي لاري إلى عدم تأييد الرأي السابق لأن المسؤولية اللاخطئية للدولة لا تطبق إلا بصفة استثنائية عن أخطار المرافق العلم الناشئة عن أعمال الأشغال العامة^(٢).

موقف القضاء^(١)

٦٢ - ولقد تضاربت أحكام القضاء نتيجة الصعوبات الناجمة عن اعمال الخطأ كمداس للمسؤولية ، بالإضافة إلى اعتناق نظرية الخطأ المفترض في فرنسا ، وهذا ما نجده واضحاً من موقف التشريع والذي تأثر بحكم محكمة السين المدنية ، والذي قضت فيه بمسؤولية المظم عن الاعتداء الذي قام به أحد التلاميذ على زميله بالضرب الذي أفضى إلى موته ، حيث كان من شأن هذا الحكم أصالة المظم ، وكان يدعى لويللاك بالجنون ، وتم الطعن على الحكم بالاستئناف أمام محكمة باريس والتي قضت بعدم مسؤولية المظم إلا أن الحكم قد صدر متأخراً بعد أصابته بالجنون^(٢) ، كما سبقت الإشارة ، وعلى أثر كثرة الحوادث المؤلمة وتحمل الدولة والمظم بعاء ثقل لوجود نظام المسؤولية المفترضة والحلول ، تدخل المشرع بقتون ٥ إبريل سنة ١٩٣٧ معدلاً أساس المسؤولية ، حيث ألغى إفتراض الخطأ وجعل أساس المسؤولية المدنية للمظم يقوم على الخطأ واجب الإثبات ، طبقاً لنص المادة الأولى من قاتون ٥ إبريل سنة ١٩٣٧^(٣).

غير أن هذا التحديل لم يلق قبولاً لدى محكمة النقض الفرنسية فقد قضت الدارة الثالثة المدنية في ٥ يونية سنة ١٩٨٥: بقولها مسؤولية مظم

(١) راجع تفصلياً موقف القضاء في فرنسا ، رسالتنا ص ٨٦ .

(٢) Guerët : 18dec. 1894, cité par, Mazeaud et tunc, Traite Théorique et pratique de la responsabilité civile delictuelle et Contractuelle ed. refondue, N. 788, P. 886 .

(٣) Michel TaBuret : op. cit. P. 3 .

Carbonnier : Droit Civil, T. 4 , universitaires de France (١)

Ed. 1996 . N. 100 .

(٢) Lary: D. La responsabilité du fait des Mineurs, Thèse Paris 1983 , P. 364 . " Des risques Particuliers et Caractérisés

التربية الرياضية لوجود تفسير فسي واجب الرقابة نون أن تلزم
المضروب بإثبات خطأ المعلم ، حيث أنه في أثناء نظم التلاميذ دروس
الرياضة البدنية نظم المعلم مسابقة للجرى وقد وقف الأخير في نقطة
الوصول بعد أن قسم التلاميذ إلى مجموعتين ، وفي أثناء ذلك أصيب
أحد التلاميذ بجراح وقد ذهب قضاء الموضوع ومحكمة النقض إلى قيام
مسئولية المعلم .

وقد عللت المحكمة قضائها بوجود عيب في الرقابة نون أن تشترط على
المضروب إثبات خطأ المعلم (١) ، وهذا ما يشكل مخالفة صريحة لقانون
٥ إبريل سنة ١٩٣٧ لأنه يعود بأسس المسئولية المدنية للمعلم إلى ما
كلفت عليه قبل صدور القانون الجديد حيث كانت المسئولية تقوم على
الخطأ المفترض .

وقد كان للدائر المدنية الثانية لمحكمة النقض الفرنسية حكماً مغايراً لما
كان عليه الحكم السابق ، فقد قضت في ١٦ أكتوبر سنة ١٩٩١: بأن
الحكم الذي يقضى بأن رقابة المعلم لتلاميذه غير كافية مشوب بالتقصير
لأنه لم يتلقى وصحيح القانون الذي يلزم المضروب إثبات خطأ المعلم
طبقاً لقانون ٥ إبريل سنة ١٩٣٧ (٢) .

ويعتبر هذا الاتجاه القضائي رداً عملياً صريحاً على ما قضت به محكمة
النقض من إقامة مسئولية معلم التربية الرياضية على أساس الخطأ
المفترض ، وفي ١٦ مارس سنة ١٩٩٤ رفضت صراحة الدائرة الثانية
المدنية لمحكمة النقض الفرنسية إقامة مسئولية المعلم على أساس
الخطأ المفترض بمناسبة الضرر الذي سببه أحد التلاميذ في فناء
المدرسة ، وقد عللت المحكمة قضائها : بأن المبادئ القانونية والتي
أقرها قانون ٥ إبريل سنة ١٩٣٧ والخاصة بمسئولية المعلم يجب
احترامها ، لأن مسئولية الأخير يلزم أن تكون قائمة على أساس الخطأ
واجب الإثبات (١) ، وهذا ما أبدته محكمة " سر جمين " المدنية في
٣ يوليو سنة ١٩٩٦: بضرورة قيام المضروب بإثبات خطأ المعلم في
الرقابة لاتخاذ مسئولية الدولة طبقاً لقانون ٥ إبريل سنة ١٩٣٧
والفقرة السادسة والثامنة من المادة ١٣٨٤ من القانون المدني (٢)
وهكذا أيد القضاء الفرنسي إقامة المسئولية المدنية للمعلم على أساس
الخطأ واجب الإثبات .

Cass.Civi.2,16 Mars 1994,au J.C. P, 1994 ,11, 22336, note (١)
H . Merger et C.Fedal.

Jugement du 3Juillet1996 ,du Tribunal de grand (٢)
instance de ,Sarreguimines ,Jurisprudence ,(R . L .R . 560 -2)
Page , 4 نفس المعنى

*Jugement du 7 Octobre1996 , du tribunal de grand instance
de Strasbourg , (Jurisprudence R.L.R. 560 -2) P. 11 .

*Cass . Civ . 2 , 24 November 1993 , Bull , Civ . 11 , N . 399 .

V. Cass .Civi . 2 , 5 Juin . 1985 , D. 1985 , Somme . P . 369 (١)
note : Jeannot Pages (G) .

Cass. Civi. 2 , 16 Octobre 1991 , Dalloz , 1991 , 11, 250 et . (٢)
D . 1993 , 11 , 335 , note . J . Mauly que disait . " l'arrêt qui
pour , craclériser la faute , se Contente d'enoncer que la
Surveillance , des élèves par l'enseignement était insuffisante
n' a Pas donne , de base légele à Sa décision ."

ج
٢

٦٢ - ونستطيع أن نقرر بعد أن عرضنا لموقف المشرع والفقهاء والقضاء في فرنسا ومصر رفضنا لفكرة الخطأ المفترض على النحو التالي :

أولاً : بالنسبة للخطأ المفترض الذي لا يقبل إثبات العكس :

ليس للمدين نفي الخطأ لأن الخطأ ثابت وإسما له أن يدفع مسؤوليته بنفي رابطة سببية بين هذا الخطأ والضرر أي بإثبات السبب الأجنبي والمتمثل في خطأ الدائن أو خطأ الغير أو القوة القاهرة ، وبهم من ذلك أنه إذا أثبت المدين خطأ الدائن أو القوة القاهرة فلا مسئولية عليه برغم من قيام خطأ المدين الثابت أو الذي لا يمكن نفيه بإثبات العكس ، لأن إثبات السبب الأجنبي لا يضي انتفاء رابطة السببية بين الخطأ والضرر انتفاء لزوم ، ولا يضي بالتالي انعدام المسئولية فإذا ما التزم خطأ المدين بخطأ الدائن وتسبب كلاهما في أحداث الضرر فإبان المسئولية تكون محققة على أساس الخطأ المشترك طبقاً لنص المادة ٢١٦ من القانون المدني المصري (١).

ويترتب على ذلك أن إثبات خطأ الدائن لا يصلح دفعاً للمسئولية وعمهما بل يخلفها ، فإذا لحق المدين في إثبات خطأ الدائن فإنه يكون مسئولاً ويترتب على ذلك مسئولية المدين دائماً في كل مرة يكون فيها الضرر وبالتالي فإن النتيجة المترتبة لتطبيق نظرية الخطأ تؤدي إلى نتيجة لا يقبلها أنصارها وإلا كانت نظريتهم إحدى صور الضرر (٢).

(١) نصت المادة ٢١٦ من القانون المدني المصري على أنه " يجوز للضامى أن ينص مقدار التعويض أو لا يحكم بتعويض إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في أحداث الضرر " .

(٢) سعد واصف : رسالته ، ص ١٠٦ .

ولذا فقد ذهب جانب من الفقه إلى أن الخطأ المفترض الذى لا يقبل إثبات العكس غير مقبول لأن الخطأ التقصيرى العادى يختلف عن الخطأ الناجم عن مخالفة التزام قاتونى محدد ، فالأول يقتضى المقارنة مع الرجل العادى ، أما الثانى فينبغ مباشرة من التزام قاتونى محدد ، حيث أن وجود مخالفة للقانون تقيم المسئولية بطريقة آلية على عكس الالتزام القاتونى المحدد ، ولذا فإن الخطأ وفق الحالة هذه تتبع مباشرة من هذه المخالفة دون أن يراجع القاضى سلوك المدين بسلوك الرجل المعتاد ، كما فى حالة المسئولية المؤسسة على فكرة الحراسة فإنها تنتهى إلى مخالفة التزام محدد وهو الالتزام بالحراسة أى ببسند غفيلة وهو التزام بنتيجة ، فالمسئولية المبينة على خطأ الحراسة ليست مبينة على قرينة قانونية لا تقبل إثبات العكس بل على مخالفة القانون (١).

كما يذهب الفقيه الفرنسى جوسران إلى خطأ التعبير بالخطأ المفترض والذى لا يقبل إثبات العكس ، بل يذهب إلى أنه لا يوجد نص تشريعى يشير صراحة من قريب أو من بعيد إلى فكرة الخطأ كأساس لمسئولية (٢).

(١) *besson (a) la notion de garde dans la responsabilité du fait des choses, dijion 1927, paris, librairie dalloz, 1927, 164, 165*

(٢) مشار إليه : سعد واصف : رسالته ص ١٠٦ وما بعدها .

ثانياً: إن نظرية الخطأ المفترض ليست إلا قاعدة إثبات خاصة أن أنصار نظرية الخطأ قد لجأوا إلى فكرة الإثبات من أجل تخفيف العبء على المضرور بإعفائه من إثبات الخطأ ، وإعتبر الخطأ مفترضا لا يقبل إثبات العكس ، ولذا لا يخرج الخطأ بهذا النحو من أن يكون مسوى إجراء احتياطي فإذا ما زالت الخشية التي من أجلها اتخذ هذا الاحتياط فإن المسؤولية تنتهي إلى أن تكون بلا خطأ^(١).

ثالثاً : كما تحمل نظرية الخطأ المفترض عناصر هدم نفسها وتنتهي إلى أن يصبح الخطأ كما مهماً وجد أولم يوجد ، ويتجلى هذا واضحاً في ضرورة الخطأ ووجوب وجوده من ناحية ، والالتزام بالثبات المسبب الاجنبي من ناحية اخرى ، وأعتبر هو سبب الضرر فإن فعله سواء كان خاطئاً أم لا لخلل بالالتزام ويصبح الخطأ تزييداً لا مبرر له .

رابعاً: وما يخص خطأ الحارس المفترض باعتباره خطأ تقصيرياً والذي تترتب عليه المسؤولية المفترضة ، حيث أن الخطأ التقصيري يقتضي المقارنه مع الرجل العادي أما الخطأ العمدى فيقه ينبع مباشرة من التزام قانوني محدد ، ويترتب عليه أنه وكما ذهب الفقيه الفرنسي ليون ، أن المسؤولية المؤسسة على فكرة الحراسة تنتهي إلى مخالفة التزام محدد وهو الالتزام بالحراسة أي ببذل عناية وهو الالتزام بنتيجة ، فالمسؤولية المبنية على خطأ الحراسة ليست مبنية على قرينة قانونية لا تقبل إثبات العكس بل على مخالفة القانون .

ولذا فإنه إذا لم ينفذ الحارس التزامه فإنه يعتبر مسئولاً بمجرد عدم التنفيذ لخلاله بالتزامات عقد الحراسة ، وفي ذات الوقت مخالفة التزام القانون بالحراسة والذي يعد خطأ عقدياً ، ولذا فإن المسؤولية تفسر بالالتزام الذي فرضه القانون أو العقد على الحارس بإصلاح ما يحدثه من أضرار وبمجرد وقوع الضرر يثبت خطأ الحارس^(١).

ونخلص من هذا ، أن نظرية الخطأ لا تخرج عن كونها تدور في حلقة مفرغة من المجاز من أجل القضاء عليها ، وفي النهاية يعود أنصار النظرية بنظريتهم إلى فكرة الضرر .

ثانياً: - الحجّة الشرعية :-

عدم افتراض التعدي في الشريعة الإسلامية :-

٦٤- يرفض غالبية الفقه الإسلامي تماماً نظرية الخطأ واجب الاتبات باعتبارها أساساً للالتزام بالضعمان " للمسئولة " كما يرفض افتراض التعدي فقد قرر القرآن الكريم للمبدأ في آيات كثيرة مؤداها أن يتحمل الإنسان تبعه عمله كما يتحمل من هو في رعايته تبعات عمله ، من هذه الآيات قوله تعالى : بسم الله الرحمن الرحيم " ولا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى " (١) ، وقوله تعالى : " لا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى " (٢) ، ومفاد ذلك ألا يحمل أحد ذنب أحد ولا يجنئ جان إلا على نفسه (٣) مما يفيد عدم افتراض التعدي وهو ما تؤكد السنة النبوية فقد روى عن أبي رقية قال تطلعت مع أبي نحو النبي صلى الله عليه وسلم ، ثم إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " أما إنه لا يجنئ عليك ولا تجنئ عليه " ، وقرأ رسول الله صلى الله عليه وسلم " ولا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى " (٤) ، ومفاد هذا أن كل تسليح يتحمل تبعه عمله وبالتالي يتحمل من هو في رعايته غيره تبعه فطه .

(١) سورة الإسراء ، الآية رقم ١٥٠ .

(٢) سورة التجم ، الآية رقم ٣٨ .

(٣) جامع البيان عن تأويل أي القرآن لابن جرير الطبري : المتوفى سنة ٣١٠ هـ . المجلد الثامن ١٥-١٦ ، دار البيان للتراث سنة ١٤٠٧ هـ ، سنة ١٩٨٧ م . ص ٤١ ، المجلد الحادي عشر ٢٤-٢٧ ، تفسير سورة التجم ، ص ٤٢ ، وما بعدها .

(٤) أخرجه أبو داود في سننه : ولللفظه ٤/٢٣٦/٢٢٧ ، والنسقى ٣/٨ .

وابن حبان (موارد الظمان ٠٣٦٦) .

ب - مذهب جمهور الفقهاء :-

٦٥- ويبدو هذا واضحاً من خلال ما ذهب إليه الصحابة والتابعون مما ورد في نصوصهم والتي تلبد تحمل الصغير في ماله بون وليه أو القلم برعايته ، فقد جاء في الإشراف على مذهب أهل العلم : " أن ما جنت يد الإنسان خطأ أن يضمته في ماله ، فإن كان دماً فطى عاقلته تسليماً للسنة المجمع عليها " (١) أما بخصوص الصبي: فقد ذهب الشعبي وعمر بن عبد العزيز والزهرى والنخعي وقتاده والحسن البصري وأحمد وإسحاق وأصحاب الرأي إلى أن عمد الصبي خطأ وعمده وخطاه يتحملة الصغير ، فقد ذهبت طائفة إلى أن عمد الصبي في ماله وبكذا قال عبد الله بن الزبير (٢) .

مما يفيد عدم تحمل متولى الرقابة منه شيء على الرغم أنه مسئول عن رعايته وحفظه .

(١) (٢) الإشراف على مذاهب أهل العلم : لأبي بكر محمد بن إبراهيم المنذر النيسابوري الشافعي ، المتوفى سنة ٣٠٩ هـ ، المجلد الثالث ، دار الجنان ، طبعة سنة ١٤١٤ هـ ، سنة ١٩٩٣ م ، ص ١٢٧ نفس المعنى :
المبسوط للمرخمي : السابق ، ج ٢٦ ، ص ٨٦ .

وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقه الإسلامي من الحنفية (١) وغالبية المالكية (٢) والشافعية (٣) والحنابلة (٤) والظاهرية (٥) والإمامية (٦)

ولقد ذهب الفقهاء المحدثين إلى تقرير ذات المبدأ (١).
وتتلخص حجة جمهور الفقه الإسلامي في أن البالغ إذا استهلك مالا
إحسان فيضمن سواء كان له قصد صحيح في ذلك أو لم يكن مطلقاً أي
وجه يلزمه الضمان .

حيث لا تثبت العقوبات في ذمة الصبي ، ولا تجب عليه لعدم توجه
الخطاب إليه ولذا فلا يمكن أن يقوم متولى الرقابة بتحمل العقوبة لأن
الهدف منها ردع الجاني وزجره والتنبية عنه في هذا لا تحقق الهدف ،
أما الالتزامات المالية فبها تثبت في نمته حتى ولو لم يستطع أدائها أو
الوفاء بها بنفسه لأن وليه أو النائب عنه يقوم مقامه في ذلك .

ويرفض غالبية الفقه الإسلامي تلمأً وبحق نظرية الخطأ واجب
الالتزام باعتبارها أساساً للالتزام بالضمان "المسئولية" لأن الضمان من
قبول خطاب الوضع ، ولذا فإنه يقوم سواء كان محدثه عالماً أو جاهلاً ،
مميزاً أو غير مميز ، مخطئاً أو غير مخطئ كما يرفض افتراض
التدعي ، بل لقد ذهب الشريعة إلى أبعد من ذلك فاعتبرت متولى الرقابة
غير مسئول عن فعل الخاضع لرقابته .

لان المقرر في فقه الشريعة الإسلامية أن الانسان لا يسأل عن فعل
أحدثه غيره ولو كان الأخير غير مميز أعمالاً لمبدأ المسئولية الفردية ،
والذى يفيد بأن الشخص مسئول عن أفعاله الضارة بالغير سواء كان في
رعاية غيره أم لا ، مميزاً أو غير مميز .

(١) راجع المبدأ وحجته تفصيلاً برسالتنا السابقة ص ٩١ وما بعدها لفرة ١٣٤
وما بعدها .

- (١) معن الأحكام فيما يترد بين الخصمين من الأحكام : لعلاء الدين الطرابلسي ،
المتوفى سنة ٨٤٤هـ طبعة ١٣٠٠هـ ، ص ٢٠٢ :
(٢) حاشية التسوقي على الفرح الكبير لمحمد بن أحمد بن عرفه التسوقي ،
المتوفى سنة ١١٢٠هـ ، مطبعة مصطفى محمد سنة ١٢٧٣هـ ، ج ٣ ، ص ٢٩٦ :
(٣) شرح المنهاج "نهية المحتاج إلى شرح المنهاج : لابن شهاب السدين
الرملي ، المتوفى سنة ١٠٠٤هـ ، ج ٧ ، ص ١٦٢ .
(٤) المتقى : لعبد الله أحمد بن محمد بن قدامة ، المتوفى سنة ٦٣٠هـ ، طبعة
دار الإفتاء سنة ١٤٠١هـ ، ج ٤ ، ص ٤٧١ .
(٥) المحلى للإمام أبي محمد بن علي بن أحمد بن علي أحمد بن سعد بن حزم
القاهري ، طبع مكتبة الجمهورية العربية ، سنة ١٣٩١ هـ ، سنة ١٩٧١
م ، ص ١٥٦ ، مسئلة ١٢٥٨ .
(٦) لفه الإمام جعفر الصادق : للشيخ محمد جواد بن محمد الحسيني العاملي ، طبعة
١٣٣١ هـ ، ج ٥ ، ص ٨ .

ونخلص من هذا إلى أن علماء الشريعة قد سهلوا قبل مسئولية الصغير وذلك بمسئوليته في ماله فإن لم يكن له مال فنظرة إلى ميسرة ، ونلتك من باب خطاب الوضع والذي يقتضى ترتيب المسببات على أسبابها ، وليس من خطاب التكليف الذي يتطلب القصد وهو لا يتوفر لديه كسائر مترتب على تقرير مبدأ المسئولية الفردية ، وإذا تنص المادة ٩١٦ من مجلة الأحكام التحلية على أنه "إذا تلفت الشيء من غيره فيلزم الضمان في ماله ، وإن لم يكن له مال ينتظر إلى حال يسره ولا يضمن ولبه "

الباب الثاني

الإتجاه نحو تأسيس المسئولية على الضرر

٦٦ - سبقت الإشارة إلى أن نظرية الخطأ لا تصلح سنداً تقوم عليه المسئولية أو الضمان ، وقد بان لنا أنه لابد من بديل آخر تؤسس عليه المسئولية خاصة في ظل الظروف الاقتصادية المتطورة مما جعل فكرة الضرر تأخذ مكانها الطبيعي كأساس للمسئولية .

٦٧ - ونقسم الباب إلى ثلاثة فصول :

الأول : نخصمه لإتجاه الفقه نحو تأسيس المسئولية على الضرر ، ونكرس الثقي لإتجاه المشرع والقضاء ، أما الثالث : فنجعله لشروط الضرر المعبر في الفقه الإسلامي

الفصل الأول

اتجاه الفقه نحو تأسيس المسئولية على الضرر

٦٨ - تقسم لفقه بشأن تأسيس المسئولية على الضرر إلى

أربعين :

الأول : إتجه نحو اعتبار الضرر أساساً عاماً للمسئولية متجنباً لفكرة الخطأ تماماً واعتبر أن المسئولية ركبتها الوحيد هو الضرر .
والثاني : أخذ بفكرة الخطأ بجانب الضرر باعتبار كلاهما أساساً للمسئولية .

ونقسم الفصل إلى مبحثين :

الأول لنظرية الضرر كأساس وحيد للمسئولية ونكرس الثقي لتأسيس المسئولية على الخطأ والضرر .

المبحث الأول

الضرر أساس المسؤولية دون الخطأ

٦٩ - لقد اتجه قنبل من الفقه في فرنسا نحو اعتبار الضرر

أساس المسؤولية بلا حاجة إلى الخطأ حتى أن أصحاب هذا الاتجاه يسمون نظريتهم بنظرية إعدام الخطأ *risque integrali* ، حيث يعتبرون الخطأ شاع زائف ، وزعيم القائلين بهذا العلامة الفرنسي سالي (١) ، وهو أول من نادى بتلك النظرية باعتبار الضرر أساساً عاماً

للمسؤولية المدنية دون الخطأ متقراً بحكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في ١٦ يونيو ١٨٩٦ ، في قضية تتلخص وقائعها في التجار فرن بسبب عيب في البناء ، حيث أقيمت المحكمة المسؤولية على أساس الضرر وأرست من خلاله قواعد المسؤولية المدنية ، وقد أعزل الفقرة الأولى من المادة ١٣٨٤ على العمل المضور مكتفياً من العمل أثبتت أن الضرر الذي حدث كان بفعل آلات ميكانيكية دون أن يطلب منه إثبات الخطأ ، وتتخلص حجة الفقيه للفرنسي سالي في النواحي الآتية : أولاً : يجب أن تكرر المسؤولية سواء كان الفعل خاطئاً أم غير خاطئ ، طالما كان هناك ضرر دون الحاجة إلى البحث في سلوك المدين .

ثانياً : العلاقات المالية بين الأفراد هي في واقع الأمر نم مالية وليست علاقات بين أشخاص ، ومن السخف أن نقول أن نمه مالية قد أخطأت وإن كان من الطبيعي أن نقول أن نمه مالية قد أضرت .

(١) Saleilles : Essai d'une Theorie objective de la responsabilite delictuelle . Cass . Civ . 16 Juin 1896 ، 17 ، 1 ، 1897 . D . 1897 . 1,333 .

ثالثاً : أن هدف المسؤولية المدنية جبر الضرر على عكس المسؤولية الجنائية والتي تسعى إلى عقاب الجاني ، ولذا فلا أهمية لما إذا كان الضرر قد نتج عن خطأ من عمه .

رابعاً : أن من العدالة أن يتحمل صاحب الفعل الضرر نتيجة فعله ، لأن من يصل عليه م خاطر عمله لأنه وفق ما ذهب إليه أنصار نظرية الخطأ إذا ما ارتكب المدين خطأً فإنه يتحمل الضرر والتعويض فإذا لم يرتكب خطأ فمن يتحمل التعويض الضرر ، لذا فإنه من غير العدالة أن تنسك المضور فريسة لسوء طاعة ومن العدالة أن يتحمل الفرد نتيجة عمله

خامساً : لا يعتبر الخطأ ركناً من أركان المسؤولية لأن كلمة *Faute* والتي أوردها المادة ١٣٨٢ منى فرنسي لم يستخدم الا في هذه المادة فقط ولا تحتل الا مكاناً ثانوياً فيها ، بينما كلمة *Faite* استخدمت في صدر المادة والمواد التالية لها ، وهذا ما دعى إلى القول بنظرية عامة في المسؤولية أساسها الضرر ، بل إن كلمة خطأ لم تستعمل بمعاها الفنى القانونى بل استعملت بمعاها الدارج في اللغة حيث يقال *C'est votre Faute* أى كل فعل أو نشاط أضر بالغير بوجب المسؤولية وهنا فإن المسؤولية تقوم على ركنين الأول الضرر ، والثانى : علاقة السببية بين الضرر وفعل للمدين (١) .

وتخلص من هذا أن المسؤولية المدنية تبنى على أساس الضرر ، وهي مسؤولية مادية أو موضوعية ولا يعتبر الخطأ ركناً فيها بل إن تعويض الضرر يقوم على علاقة سببية بين الفعل الضار والضرر أى على فكرة المخاطر .

٧٠ - ويعتبر سالي من المتشددين لنظرية الضرر وأن الخطأ لا يعتبر ركناً من حيث الأصل من أركان المسؤولية المدنية ، غير أننا لا نؤيد هذا الرأي على إطلاقه لأنه لا يمكن الاستغناء عن تحديد مرتكب الفعل الضار وهو من جاوز بقله الحد المأثور له ، وإن كنا نؤيده فى الاعتماد على الضرر كأساس^(١) إلا أنه لا يجب أن تغفل التعدى المرتبط بالضرر كأساس للمسؤولية .

المبحث الثانى

تأسيس المسؤولية على الضرر والخطأ

٧١ - اتجه جانب من الفقه فى فرنسا الى اعتبار الضرر اسماً للمسؤولية دون العصف بفكرة الخطأ ، وانقسم هذا الاتجاه على نفسه ، فبعضهم صدر نظرية الضرر على الخطأ والأخر صدر نظرية الخطأ على الضرر ، فقد ذهب الفقيه الفرنسى بترميو فى رسالته أن نظرية الخطأ لها الصدارة فى القلقون ولكن تلعب نظرية الضرر دورها فى حالتين الأولى : إذا كان الفعل للضرر غير عادى . الثانية : إذا كان الفعل الضار عادياً ولكن نجم عن إستعمال آلة اقتربت عليه اختلال فى المراكز المادية بين المضرور والفاعل^(١) .

ويؤيد هذا موقف الفقيه الفرنسى سافتيه والذى ذهب الى الإعتداد بفكرتى الخطأ والضرر كأساس للمسؤولية حيث ان المسؤولية على أساس الضرر ينهى أن تكون لها دور احتياطى بجانب الخطأ والذى يعتبر دوره أساسياً باعتبار أن له الصدارة لاتصاله بالكيان الشخصى والجزاء^(٢) وأن الضرر يجب ألا يكون اسماً للمسؤولية إلا فى حالة تدخل المشرع نفسه ، كما فعل فى تشريعت العمل ، لأن المسؤولية على أساس الضرر تستند إلى عدالة مادية فإذا كان الضرر غير متوقع ولا يمكن دفعه فبته بالتالى يكون نتجاً عن حدث مفاجئ غير عادى يفرج عن التقدير الطبيعى للأمر وتوقعها .

(١) Bettremieux:Essai ,Historique et critique Sur le Fond ement del responsabiliteCivile en droit Francais unvertiser lil 1921,P.105

(٢) Savatier Rene : Traite de la responsabilite Civile en droit Fran , Cass . Civil administratif Professionnel precedural 2 eme ed, paris 1951, N , 279 .P.352 , 353 ,354 .

٧٢ - يذهب الفقيه الفرنسي جوسران إلى تأسيس المسؤولية عن حراسة الأشياء والواردة بالفقرة الأولى من المادة ١٣٨٤ على الضرر دون الخطأ ، بحجة أنه لا يجب على المضرور إثبات خطأ المالك ، لأن المسؤولية مقررة بحكم القانون ، كما أن المالك لا يمكنه دفع مسؤوليته بإثبات عدم ارتكابه للخطأ ، ويؤيد جوسران ما ذهب إليه الفقيه سالي من أن المادة ١٣٨٢ من القانون المدني الفرنسي تقم المسؤولية عن كل فعل ضار دون شرط الخطأ ، حيث أن التفسير الدقيق للمادة لا يقتصر على الفعل العمدى ويؤكد ما ذهب إليه سالي من أن كلمة خطأ لم تأت إلا بطريقة تقوية من أجل تحديد الفاعل المسئول ، ويعتبر الخطأ ركناً في المسؤولية في حالة الاشتراك غير المباشر والبعيد الذي يتطلب إثبات الإهمال طبقاً للمادة ١٣٨٣ منى فرنسى .

ويخلص جوسران إلى أن المسؤولية تقوم على أساسين متكافئين هما الخطأ والضرر .

٧٣ - ويبدو أن الفقيه جوسران كان أقل حده من الفقيه الفرنسى سالي في إعتبار الضرر أساساً للمسؤولية بوجه علم حيث يعتبر الخطأ ركناً من أركان المسؤولية إلا في حالة الضرر الناتج عن مباشرة مشروع بحيث تقوم المسؤولية هنا على أساس الضرر لأن ممارسة المشروع التجارى والصناعى والإدارى يستوجب التسلمين ، وينتهسى جوسران إلى أن المسؤولية تقوم على ركنين الخطأ والضرر وهما فى

كلا الأساسين يستند إلى التشريع طبقاً للمادة ١٣٨٤ وما بعدها فى الأحوال التى يعتبر فيها الضرر ناشئاً عن فعل الشئ ، ويقوم على أساس الخطأ طبقاً للمادة ١٣٨٢ منى فرنسى فى الأحوال التى يعتبر فيها الضرر ناشئاً عن فعل الإنسان (١) .

والملاحظ على رأى الفقيه جوسران أنه وزن بين الخطأ والضرر وإن كنا نؤيد أساس للمسؤولية على الضرر إلا أننا لا نتلق مع فكرة الخطأ بخصريها بل نقصر الأمر على التقدي .

(١) Gosserand .de la responsabilite du fait des choses inanimees (١)
These paris 1897 . P , 50 , P . 90 , 1

موقف الفقيه ستارك :

٧٤- يؤسس ستارك نظريته على الضرر وذلك ما يعرف بنظرية الضمان ،حيث تقوم على أن المجتمع يجب عليه أن يضمن سلامة الأفراد وأن أي ضرر يصيب الشخص في حياته أو في بدنه أو في ماله يجب أن يعرض ، حيث يرى أن تستبدل بنظرية المسؤولية " نظرية الضمان " فالمدعى عليه يجب أن يعرض المضرور بإعتباره ضامناً للضرر لا لأنه مسئول عنه بل لأنه مسئول معه ^(١) .

حيث تسعى النظرية إلى التوفيق بين الحرية فى المعاملات والأمان فى المجتمع فهى فى الوقت الذى تسعى فيه إلى حماية المضرور تهدف أيضا إلى مراعاة المدعى عليه " الضامن " وأن حدود الحرية هى حدود حرية الفرد فإذا كان الفرد حراً فى أن يعصل فى حدود القانون فإن الاضرار بالتغير لا يعتبر فى نفس الوقت مخالفة لحق الأمان المخول لكل فرد ، وإن قواعد المسؤولية يجب أن تتقرر فى ضوء الاعتبارين الحرية والأمان ،ولما كانت فكرة الأمان هى الغالبة إذا نظرنا ناحية المصالح فانه ينبغى أن نميزه بنظرة خاصة ،فهى إن قواعد ضمان بالنسبة له لا قواعد مسئولية بالنسبة للمسئول ويذهب إلى أنه ليس كل ضرر ينبغى التعويض عنه بل الاضرار المادية والتي تحيق بجسم الانسان وحرية ، أما الأضرار المشروعة كحق الاضرار مثلأ فلا ينبغى التعويض عنها لأن القانون سمح بها .

(١) Stark : (b) essai d'une theorie generale de la laresponsabilite civil considerée en sa double fonction de garantie et de privee ,these paris1947, 44 , 80 .

٧٥- ونخلص من هذا ان الفقيه الفرنسى ستارك فرق بين نوعين من الأضرار :

الأولى : الأضرار ذات الطابع الاقتصادى أو الإدارى وهذه لا يضمنها القانون لأنها نتيجة طبيعة لممارسة الحق ويلزم فيها إثبات خطأ المسئول .

أما الثانية : فهى الأضرار ذات الطابع المادى أو الجسمائى وهذه لا يشترط فيها اثبات الخطأ ، وذلك لأن حق الأمان فى سلامة جسمه وماله هو الحد الأدنى من الحق الذى يتطلب لحياة الأمان ، لذا فبإلزام الإضرار بها يوجب الضمان دون النظر هل ارتكب الفاعل خطأ أم لا . ومن أجل هذا فانه يرفض النظرية الخطئية على عمومها لأن من شأن العمل بها ضياع حق المضرورين ، وأيضاً لا يقر نظرية تحمل التبعة لأن من شأن العمل بها أن يجعل مناهج المسئولية وعدمها نشاط المتسبب فى الضرر وما ينال من غم وبالتالي فإن هذه النظرية توسع فى المسئولية لأنها تشمل الأفعال الضارة الناتجة عن الخطأ وعن غير الخطأ ، وفى ذلك قضاء على النشاط الإبتائى أمام الأعباء الثقيلة لتعويض الأضرار .

٧٦- والملاحظ على موقف الفقه الفرنسى ، أن البعض أيد الأخذ بفكرة الضرر كأساس للمسئولية وأعدم فكرة الخطأ تماماً ،حتى أن البعض من الفقه أطلق على هذا الاتجاه " نظرية إعدام الخطأ " كما سبقت الإشارة ، كما أن البعض الآخر اعتنق فكرتى الخطأ والضرر

مجتمعتين كأساس للمسئولية في جميع الحالات ، والثالث أخذ بفكرة الخطأ في بعض الأحوال مع إعتبار الضرر أساساً للمسئولية في أحوال أخرى .

إلا أننا لا نؤيد هذه الاتجاهات على إطلاقها ، حيث أننا نعتبر الضرر أساساً للمسئولية ، لأنه لا قيام لأي مسئولية دون ضرر ، كما أننا لا نعتقد فكرة الخطأ بركننه المادي والمعنوي ، بل نستبدل التعدي بالخطأ ، ولا نقصر هذا في بعض أحوال المسئولية المدنية بل نعتبر التعدي أساساً عاماً للمسئولية المدنية مع الضرر ، وهو ما نعرض له بالتفصيل من خلال البحث .

الفصل الثاني

اتجاه المشرع والقضاء نحو تأسيس المسئولية على

الضرر

تمهيد وتقسيم :

٧٧ - لقد أصدر المشرع في فرنسا ومصر تشريعات خاصة مقيماً للمسئولية على أساس الضرر أو المخاطر متجنباً فكرة الخطأ ، ولقد كان للقضاء موقفه بشأن هذا وهو ما نعرض له في محثيين متتالين على الترتيب :-

المبحث الأول

اتجاه المشرع نحو تأسيس المسئولية على الضرر

٧٨ - لقد تأثر المشرع الوضعي بموقف الفقه مما نفعه للتدخل بنصوص تشريعه خاصة مكتفياً بحدوث الضرر دون أن يطلب المضرور إثبات لخطأ خاصة في ظل تطور الحياة والتقدم التكنولوجي منها :

١ - قنوتون أصالية العمل :

اولاً : في القنوتون الفرنسي :

٧٩ - في فرنسا ، أصدر المشرع قنوتون ٩ إبريل سنة ١٨٩٨ والخاص بعمل المصانع ، بشأن تعويض أصابات العمل إذا ما حدث الضرر بسبب أو أثناء القيام بالعمل ، وما تلاه من قوانين أخرى طبقت أحكامه على أصابات عمال التجارة والزراعة وخدم المنازل والتي قننت بعد تعديلها بقنوتون ٣ أكتوبر سنة ١٩٤٦ ، الخاص بتسوية أصابات

العمل والأمراض الحرفية والمهنية والتعويض عنها المعدل بالقانون الصادر في ١ سبتمبر سنة ١٩٤٧ ، ١٢ يناير سنة ١٩٤٨ حيث لا يشترط وفقاً لهذا القانون على المضرور إثبات خطأ صاحب العمل أو أحد تابعيه حتى ولو كان الحادث يعود إلى الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة ولا يمكن لصاحب العمل الإغناء من المسؤولية إلا بإثبات الخطأ العمدى للعمل المصاب .

٨٠ - ولقد صدرت بعد قانون ١٨٩٨ مجموعة من التشريعات تقيم المسؤولية بعيداً عن فكرة الخطأ منها قانون ١٧ إبريل سنة ١٩١٩ وقانون ١٩ أكتوبر سنة ١٩٤٦ والخاص كل منها بالزام الدولة بالتعويض عن الأضرار الناشئة عن الحرب وقانون ٣ مايو سنة ١٩٢٠ الخاص بالتعويضات عن الأضرار التي تحدث لعمال مصانع الدفاع الوطنى بالإضافة إلى قانون ٣١ مايو سنة ١٩٢٤ والخاص بمجال الاستغلال الجوى عن الأضرار التي تحدث أثناء تطبيق الطقيرة أو عن الأشياء التي تنفصل عنها أو يسقط منها والتي تصيب الغير على سطح الأرض أو ما يحدث لممتلكاتهم . حيث يسأل مستغلى الطائرات بمجرد حدوث الضرر وقد عدل هذا القانون في ٢ مارس سنة ١٩٥٧ وقد أبقى التحديل على تأسيس المسؤولية على أساس الضرر دون الاعتماد على فكرة الخطأ .

٨١ - وفي مجال الأستغلال النووي أصدر المشرع الفرنسى قانون رقم ٩٤٣ الصادر في ٣ أكتوبر سنة ١٩٦٨ ، والمعدل بالقانون رقم ٤٨٨ الصادر في ١٦ يونيو سنة ١٩٩٠ ، والذي نص على مسؤولية مستغلى المنشآت النووية ، وقد أقم المسؤولية بعيداً عن فكرة

الخطأ ولا تستبعد المسؤولية إلا في حالة الخطأ العمدى للمضرور وفي حالة القوة القاهرة .

ثانياً : في التشريع المصرى :

٨٢ - لقد أود المشرع فى مصر مساهم عليه المشرع الفرنسى بشأن أقامة حالات من المسؤولية بعيداً تماماً عن فكرة الخطأ ، مكتفياً بحدوث الضرر بعضها سابق وبعضها لاحق لصدور القسوتون المدنى الجديد ، منها فى مجال اصابة العمل أصدر المشرع المصرى قسوتون رقم ٤٦ سنة ١٩٣٦ ، والمعدل بقسوتون رقم ٨٩ سنة ١٩٥٠ ثم القسوتون رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ ولقد توالت تعديلات هذا القسوتون حتى صدر قسوتون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ والخاص بالتأمين الإجتماعى والذي أكتفى بإثبات المضرور إرتكاب رب العمل خطأ بسيطاً دون الخطأ الجسم طبقاً للققرة الثاقبية من المادة ٦٨ من القسوتون .

٨٣ - كما أقم المشرع المسؤولية بعيداً عن الخطأ فيما يخص الأضرار التي تصيب أفراد طاقم السفينة التجارية وتعويضهم ضد خطر الحرب بالقسوتون رقم ٢٩ لسنة ١٩٤٤ ، أيضاً القسوتون رقم ١٣٠ لسنة ١٩٤٨ والخاص بتتظيم الإرشاد بميناء الاسكندرية ، وقد أكد المشرع اتجاهه بشأن التعويض عن أمراض المهنة والمعدل بالقسوتون رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ والقسوتون ٥ يوليو سنة ١٩٨٥ والخاص بمسؤولية حوادث المرور .

ونخلص من هذا ، أن المشرع في فرنسا ومصر قد أقام حالات خاصة من المسؤولية بعيداً عن فكرة الخطأ مما يبين عجز هذه النظرية عن مواجهة حالات المسؤولية كافة .

المبحث الثاني

اتجاه القضاء نحو تأسيس المسؤولية على الضرر

تمهيد :

٨٤ - لقد أتجه القضاء نحو إقامة بعض حالات المسؤولية على

أساس الضرر منها :

- ١- مسؤولية عديم التمييز .
- ٢- المسؤولية عن مضر الجوار غير المألوفه .
- ٣- نظرية الخطأ المضرر .

كل في مطلب مستقل على النحو التالي

المطلب الأول

مسؤولية عديم التمييز

أولاً - في القانون الفرنسي :

٨٥- لقد مرت المسؤولية المدنية لعديم التمييز بمرحلتين تتمثل :

الأولى : فيما قبل قانون يناير سنة ١٩٦٨ .

الثانية: فيما بعد قانون يناير سنة ١٩٦٨ على النحو التالي :

أولاً : مرحلة ما قبل قانون يناير سنة ١٩٦٨ .

٨٦- اتجه المشرع في فرنسا في هذه المرحلة إلى عدم

مساعدة عديم التمييز لعدم توافر الخطأ لديه لانعدام الركن المعنوي في الخطأ وهو التمييز والإدراك ، ولقد كان من شأن هذا ضياع حق المضرور وإفلات مرتكب الفعل من المسؤولية مما حدا بجانب كبير من الفقه ، أيده القضاء في فرنسا إلى اللجوء إلى المعيار الموضوعي وهو معيار الشخص المجرد (١) .

مما دفع المشرع إلى تعديل القانون والاتجاه نحو مساعدة عديم التمييز بقانون يناير سنة ١٩٦٨ .

ثانياً : مرحلة ما بعد قانون يناير سنة ١٩٦٨ .

٨٧ - نصت الفقرة الثانية من المادة ٤٨٩ على أن " كل من

تسبب في الإضرار بالغير تحت تأثير إضطراب عقلي يكون ملزماً بتعويض المضرور "

(١) من الفقه الفرنسي

ويبدو من موقف المشرع أنه يتجه نحو إقامة مسؤولية عديم التمييز بعيداً عن الخطأ مؤسماً للمسئولية على الضرر ، فقد نص المشرع على حالة الإضطراب العقلي وهي حالة الجنون الكلي أو الجزلي .

وإن كنا لا نرى مبرراً للتفرقة بين حالة صغر السن والإضطراب العقلي لتوافر حالة لعدم التمييز في الحالتين مما يتسع لإعمال نص المشرع والإتجاه نحو مساءلة عديم التمييز .

٨٨- وقد تقسم الفقه بشأن تحديد أساس مسؤولية المجنون

إلى فريقين :

الأول : ذهب إلى أن الفقرة الثانية من المادة ٤٨٩ أقيمت للمسئولية على أساس خطأ موضوعي معياره تصرف الرجل اليقظ الرشيد ، بينما ذهب الفريق الآخر إلى أن المسؤولية للمنصوص عليها في المادة مسؤولية دون خطأ .

وقد أقسم أنصار المذهب إلى ثلاث اتجاهات :

الأول : إلقاء المسؤولية على أساس الضمان .

الثاني : فقد أقيمتها على أساس المخاطر .

الثالث : أستند إلى الإخلال بولجب قانوني محدد .

٨٩- وإن كان البعض من الفقه الفرنسي قد ذهب محاولاً تأسيس مسؤولية عديم التمييز على أساس الخطأ بوضع تعريف للخطأ على أنه إتحراف في السلوك لا يرتكب من شخص متيقظ وضع في نفس الظروف الخارجية لمحدث الضرر (١) ، إلا أن هذا التعريف ما هو إلا محاولة للإبقاء على فكرة الخطأ للتوصل إلى تقرير مسؤولية عديم التمييز على أساسها دون الأخذ بالمفهوم الموضوعي للخطأ ، خاصة ، أنه استند إلى الركن المادي دون المعنوي للخطأ، فلم يذكر التعريف عنصر الإدراك أو التمييز وما أتجاه المشرع نحو إقرار نص المادة ٤٨٩ إلا محاولة منه للتخلص من عبء الخطأ الملغى على كاهلة محاولة منه لتجنب المشاكل التي يثيرها تصيم المسؤولية على أساس الخطأ محاولاً إيجاد أساساً آخر للمسئولية وهو الضرر

ب- موقف القضاء :

٩٠ - لقد أتجه القضاء في فرنسا إلى مساءلة عديم التمييز والأول مرة في ١٨ ديسمبر سنة ١٩٦٤ ، حيث قضت محكمة النقض بمسئولية عديم التمييز طبقاً للفقرة الأولى من المادة ١٣٨٤ من القانون المدني ، باعتباره

حارساً للأشياء التي يملك الميطرة عليها^(١) ، على الرغم أن حراسة الأشياء يلزمها القدرة على الاستئصال والإدارة والرقابة وهذه تشترط التمييز كما أن المسؤولية عن حراسة الأشياء تقوم على الخطأ ، وعدم التمييز لا يتصور ارتكابه للخطأ ثم تنتها الدوائر المجتمعة لمحكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ٩ مايو سنة ١٩٨٤ والتي قضت بمسئولية الطفل لدى يبلغ من العمر ثلاث أعوام عن الضرر الذي أحدثه لزميله بسبب إمساكه بعضاً عند سقوطه وهو يلعب بالأرجوحة ، وقد علقت المحكمة فضائلها : بأن الطفل يملك القدرة على الاستئصال والتوجيه والرقابة على العصا ، مما يعتبر معه حارساً للعصا التي بيده^(٢) .

تعقيب :

٩١- وبهذا فإن القضاء الفرنسي قد اعتد بالضرر المتسبب فيه الصغير عديم التمييز دون النظر إلى ارتكابه للخطأ من عدمه ، وبالتالي فهذا إقرار من القضاء الفرنسي بتأييد فكرة التعدي^(١) والتي نص عليها فقهاء الشريعة الإسلامية بدلاً من فكرة الخطأ واجب الإثبات ، وأيام المسؤولية على أساس للضرر

ثانياً : في القانون المصري :

٩٢- اعتد المشرع المصري بنتيجة الفعل دون النظر إلى مشروعيته ، فلم يستعمل في نصه للفقرة الثانية من المادة ١٦٤ ، تعبير الفعل غير المشروع والذي استعمله في الفقرة الأولى من ذات المادة ، وذلك اعترافاً منه بأن عديم التمييز لا يأتي للفعل غير المشروع وإنما الفعل الضار^(١) ، أيضاً في نصه للفقرة الأولى من المادة ١٧٣ قد استند إلى عبارة " ويترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه الفعل الضار غير مميز " ، وما عدول المشرع عن وصف الفعل الصادر من غير المميز بعدم المشروعية والإكتفاء بكونه ضاراً إلا لأنه يرى أن الضرر هو أساس المسؤولية بغض النظر عن كون الفعل مشروعاً أو غير مشروع ، مما يدفعنا إلى القول : بأن المشرع المصري قد ألقم مسؤولية عديم التمييز على أساس للضرر .

(١) تنص المادة ١٦٤ من القانون المدني المصري :

١- " يكون لشخص مسئولاً عن أصله غير المشروعية متى صدرت منه وهو مميز ٢- ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسئول عنه ، أو تضرر الحصول على تعويض من المسئول جازل القاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعياً في ذلك مركز الخصوم "

(١) Cass. Civ. 2, 18 dec. 1964, au D. 1965, P. 191, et J. C. P. 1965 (1) II, 14304 .

(٢) Can. Civ. 5 Mai, 1984, au J. C. P. 1984, 11, 20255 .
 "En retenant qu'un enfant de trois ans avait l'usage, la direction et le control du bâton ... Si celui avait un discernement à legement Justifie Sa decision l'enfant responsabilité Sur le fondement de l'Art 1384 /1, du cod civil "

٩٣- وهذا ما يؤكد الفقه المصري، فقد ذهب البعض إلى تأسيس المسؤولية المدنية لعدم التمييز على أساس تحمل التبعية دون أن يقيم المسؤولية على أساس الخطأ، والذي يتضمن عنصرى الإدارة والتمييز لعدم قدرة عديم التمييز على ارتكاب الخطأ^(١)، وقد ذهب فريق آخر إلى تأسيس المسؤولية على أساس الضمان باعتبار أن الفعل الذى يرتكبه عديم التمييز يتضمن اعتداء على الحقوق والمصالح المشروعة للمحافظة على سلامة جسمه وماله^(٢)، وبهذا يتضح أن المشروع أقام مسؤولية عديم التمييز ليس على أساس الخطأ وإنما لحدوث الضرر.

٩٤- ولقد أقر القضاء المصرى إقلمة مسؤولية عديم التمييز على أساس الضرر وفقاً لما قضت به محكمة النقض المصرية فى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٩٩ بأن "الأصل فى المساءنة المدنية وجوب تعويض كل من لحقه ضرر يستوى فى ذلك الضرر المادى والضرر الأئبى لغير من رقع عليه الفعل الضار"^(٣).

(١) ، (٢) إبراهيم السوفى أبو الليل : المسؤولية المدنية السابق ، المرجع السابق ص ٧٧ ، عبد المنعم الصده مصادر الالتزام القاهرة ١٩٦٠ مطبعة الباسى الحلبي ص ٤٩٩ محمد نصر رفاعى الضرر كأساس للمسؤولية المدنية لى المجتمع المعاصر رسالة دكتوراة حقوق القاهرة ١٩٧٨ ص ٣٩٣ عبد الحى حجازى النظرية العامة للالتزام فى ذاته طبعة ١٩٥٤ ص ٤٦٥ ، إبراهيم العشاوى رسالته ص ٣٦١ ، إبراهيم السوفى السابق ، ص ٧٧ هلمش ٤ (٣) نلض مننى ١٧ / ١١ / ١٩٩٩ مجموعة أحكام النقض المصرية، الطعن رقم ٦٠ لسنة ١٩٣٦ قى ٠ مشار إليه رسالتنا السابقة ص ٨٩ .

المطلب الثانى

المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة

٩٥ - نصت لفقرة الثانية من المادة ٨٠٧ من القانون المدنى المصرى على هذه المضار بالأى بقول المالك فى إستعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار وإلا كان للجار أن يطلب مضار الجوار إذا تجاوزت الحد المألوف ، كما نصت المادة ١٢ من القانون الصادر فى ١٩ ديسمبر ١٩١٧ على أن الإذن أو ترخيص الإدارى لا يمنع مسائلة المسبب للضرر ولا يؤثر فى حق الغير بالتعويض عن الضرر الناتج عن المحلات الخطرة والمقلقة للراحة اوالصحة العامة ويقصد بها تحديد المسئول عن المضار التى تجاوز الحد المألوف والذى جرت العادة على التسامح فيه نتيجة لعلاقة الجوار .

٩٦- والملاحظ على موقف المشرع أنه لم يحدد أساس واضح للمسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة مما دفع للقضاء محالوا تأسيس للمسؤولية على الضرر خلفت محكمة الإستئناف الأهلية فى ١٧ أكتوبر ١٩٤٠ بأن الجار ملزم بتعويض جاره عما يصيبه من الضرر ولو لم يخالف فى عمله نصوص القانون أو اللوائح وذلك متى كان الضرر فليشأً ومتجاوزاً الحد المألوف بين الجيران^(١) وفى ذات الإتجاه سار القضاء فى فرنسا حتى ولو حصل المالك على ترخيص إدارى أو اتخذ الاحتياطات اللازمة لمنع الضرر^(٢).

(١) ١٧/١٠/١٩٤٠ ، المحل السابق رقم ٣٧٦ ص ٨٩١ ، ١٩٢٧/١٢/٣١ ،

المجموعة الرسمية رقم ٢٩ رقم ٤١ ص ٨٩ .

(٢) عرض فرنسى . 1930 , 1 , 1 , 19 . S . 26/6/1926 .

٩٧ - و لقد ذهب جاتب من الفقه في فرنسا محاولاً تأسيس المسؤولية على الخطأ استناداً إلى المادة ١٣٨٢ القانون المدني بإعتبار أن هذه الأفعال من قبيل الإحتراف في الملوك الذي يجب فيه التبصر والحذر (١) ، غير أن هذا الرأي لم يلق قبولاً ، فقد ذهب جاتب آخر وبحق إلى أن المسؤولية في هذه الحالة لا تقوم على الخطأ خاصة أنها لا تقوم إلا في حالة الضرر غير المألوف ، والقول بغير ذلك يفيد أنه في حالة الضرر العادي لم يرتكب المسئول خطأ ، لذا فإن المسؤولية تقوم على أساس الضرر (٢) .

المطلب الثالث

نظرية الخطأ المضمّر

٩٨ - ولقد كان من أثر عدم تعريف المشرع للخطأ ان حدا بالمحاكم إلى اللجوء إلى إعمال المسؤولية على أساس الضرر دون الخطأ ، مما دفع القضاء إلى إيجاد ما يسمى بنظرية الخطأ المضمّر أو الواقعي *La faute Virtuelle* ، والتي دفعت المحاكم إلى استنتاج الخطأ كلما حدث الضرر على أساس أن الوقعة الضارة ثابتة لا تحتاج إلى دليل ، فقد قضت محكمة النقض الفرنسية في ٢٨ يونيو سنة ١٩٦٠ في قضية تتلخص وقتعها في أن طبيباً أصاب مريضاً بالضرر من جراء معالجته بأشعة X ، مما دفع الأخير إلى رفع الدعوى ضد الطبيب مطالباً إياه فيها بالتعويض ، غير أن تقرير الخبير المنتدب لم يقر بوجود خطأ شخصي ، خاصة ، أنه ثبت أن زيادة كمية الأشعة الموجه للمريض كانت بسبب عطل في جهاز الأشعة ، وقد قضت الدائرة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية بأنه كان يجب على محكمة الاستئناف البحث عن الخلل الذي أصاب جهاز الأشعة ، والذي يعود من حيث الواقع إلى عدم ضبط مسمار من الصملمات ، مما يبعث إلى قيام الخطأ الشخصي للطبيب ، خاصة ، أنه كان يجب عليه فحص الجهاز قبل استصاله (١) ، ويبدو من الحكم أن القضاء قد استعان بنظرية الخطأ المضمّر والذي لا يقوم على أساس الخطأ بالمعنى اللغوي للكلمة ، وما هذه النظرية إلا إقرار بإعتبار الضرر أسماً للمسئولية .

Cass . Cv , 1, 28 Jnin, 1960 , J . C . P 1960 TT , 11787 , note (١) Sevatie

نفس المعنى :

Cass , Cv , 1, 28 Fev , 1984 . D . S . 1984 , T . R 46

(١) Planiol . Obligation , T . 6 , N . 581 . P , 811 .

(٢) Saleilles : These . N , 332 . P , 335 , 336 .

Demogue : droit Civile 4 . N , 716 .

نفس المعنى :

الفصل الثالث

الضرر في الشريعة الإسلامية

تمهيد وتقسيم :

٩٩- ذهب فقهاء الشريعة الإسلامية إلى أن الضرر علة للضمان ، وسببه يدور معه وجوداً وهدماً ، وقد عبر الكمال بين الهمام عن ذلك بقوله : " لا بد أن يتوسط بينه أي السبب وبين الحكم علة ، فإن لم يتحقق تلك العلة لا يتحقق الحكم بمجرد السبب " (١) .

لذا فإذا ما حدث التعدي لكون أن ينتج عنه ضرر فلا ضمان ، فقد جاء في المذهب * إذا غير الغاصب في المصوب على جهه لم يترتب على تغييره نقص في قيمته بل نزلت كما هي أو زادت فلا تبعه على الغاصب بخلاف ما إذا ترتب عليه نقص في قيمته إذ ضمن الغاصب قيمة ما نقص * (٢) ، ويبدو من هذا أن العبرة بحدوث الضرر حتى تتعدت المسؤولية أو يلتزم بالضمان .

١٠٠- ونقسم الفصل إلى مبحثين : نخصص الأول لشروط

الضرر المعترف في الشريعة الإسلامية ، ونكرس الثاني لمدى كفاية الضرر كأساس علم للمسئولية للتقصيرية أو الضمان .

- (١) فتح القدير للامام الكمال بن الهمام الحنفي مطبوعة مصطفى الباشي الحلبي واولاده بمصر سنة ١٣٨٩هـ سنة ١٩٧٠م، ج٧، ص ٣٠٢ .
- (٢) المذهب للشيرازي طبعة ١٩٥٩ هـ، ج١، ص ٣٧٢ .

المبحث الأول

شروط الضرر المعترف في الشريعة الإسلامية

١- الضرر المالي :

١٠١ - لقد قررت الشريعة الإسلامية إعتبار الضرر المالي أساساً للمسئولية التقصيرية أو الضمان (١) وذلك لأن في الضرر المالي إكثافية قيام فكرة المبادلة بين المال الفاعد وبين ما سدفع من المال تعويضاً عنه

٢- وجوب كون المال متقوقاً :

١٠٢ - لا يعتبر الفعل تعدياً في مجال الضمان إلا إذا كان محدثاً ضرراً بمال متقوم وهذا ما أكده الفقه الإسلامي ، فقد ذهب الحنفيه إلى أنه من أتلف خمرأ أو ذبح خنزيراً لمسلم لا يعتبر فعله تعدياً ولا يستوجب الضمان ، لأنهما ليسا بمال متقوم عند المسلمين سواء كان المتألف مسلم أو ذمي ، على عكس الحال ما إذا كان لذمي فإن على متلفهما الضمان لاعتبار فعله تعدياً سواء كان المتألف مسلم أو ذمي لأنهما مال متقوم بالنسبة للذمي (٢) ، أما الشافعية وإمام أحمد فقد نفى التعدي عن المتألف ولا ضمان عليه في شئ من ذلك لأنهما ليس بمال فتقوم عندهما سواء كتفا لمسلم أو ذمي (٣) .

(١) مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المشهور بدار المعرف سنة ١٩٦٨ م ، ج١، ص٤٤ ، المعنى لابن قدامة ج٥ ، ص٤٣٥ ، المبسوط للسرخسي ، ج١١ ، ص٧٨ ، الأشباه والنظائر للمبسوطي ص١٢٧ ، الموافقات للنشاطي ، ج٢ ، ص٨٠ .

(٢) تبين الحقائق للزليعي : ج٥ ، ص٢٣٥ .

(٣) كشف القناع ، ج٢ ، ص٣١٤ ، المعنى لابن قدامة ، ج٥ ، ص٢٩٩ .
طبعة لرئاسة إدارات البحوث العلمية بالمسعودية عام ١٤٠١ .

١٠٣ - ويعود الخلاف بين الحنفية والشافعية والحنابلة إلى أن أهل الذمة مكلفون بفروع الشريعة عند الشافعية والحنابلة بخلاف الحنفية حيث يروا أنهم غير مكلفين بناء على عقد الذمة ، ولا يعتبر الفعل تعدياً عند الإمام أحمد أن وقع على كل نجس لا يباح الانتفاع به كالكلب العقور ، كذا آلات للهو^(١) .

ما يعتبر مالا وما لا يعتبر :

١٠٤ - اختلف الفقه الإسلامي فيما يعد مالا وما لا يعد بالنسبة للمنافع فقد ذهب الحنفية إلى أن الشيء لا يعتبر مالاً إلا إذا تسافر فيه أمران :
الأول : إمكان حيازته ، والثاني : إمكان الانتفاع به على وجه معقد ،
وإذا فإن المنافع لا تعتبر لمواقي نظرم^(٢) .

أما الملكية والشافعية والحنابلة فقد ذهبوا إلى أن المنافع تعتبر أموالاً لأنه يكفي عندهم أن يحاز المال حياة أصلية^(٣) ، ووجه إختلافهم يتلخص في أن مالية الشيء عند الحنفية تثبت بتموله والذي يقصد به إتخاذ الشيء مالا وصيقلته بإخراجه في وقت الحاجة ، أما المنافع فلأنها حين توجد تتلصق وتعم فلا يتصور فيها الإضرار والتمويل .

- (١) على الخليفة: الضمان في الفقه الإسلامي معهد البحوث والدراسات العربية
جامعة الدول العربية ، القسم الأول طبعة ١٩٧١ ، ص ٥٠ .
(٢) المبسوط للمرخسي : ج ١١ ، ص ٧٥ نفس المعنى تبين الدليل للزليعي :
ج ٥ ، ص ٢٢٤ .
(٣) على الخليفة مختصر الأحكام المعاملات الشرعية : ط ٤٩ ، ص ٣ وما بعدها .

٣ - أن يكون الضرر محققاً :

١٠٥ - وحتى يعتبر الفعل تعدياً ويجب الضمان لا يكفي فقط أن يكون الضرر واقعاً على المال بل يجب أن يكون الضرر محققاً ، لأن الضرر سبب للضمان والمسبب لا يسبق سببه ، فقد جاء بمجمع الضمانات للبهادى "من طبخ لحم غيره أو طحن حنظله أو دفع جربته فتكسرت أو حمل على دابة فعطبت كل ذلك بلا أمر المالك يكون ضامناً"^(١) ، أما إذا كان الضرر محتملاً فلا يعتبر الفعل تعدياً ولا يجب الضمان فقد جاء "إذا نبح رجل شاه لآخر لا ترجى حياتها لم يضمن قيمتها ، سواء كان لجنبياً لم راعياً لها إستحصتاً ، إذا أنه بعسله أفساد ملكها ولم يضره ، لأنه لم يفرط عليه لحمها على حين يفرط عليه لو أنه تركها فتلفت بدون نبح"^(٢) .

ولقد هذا أن معيار التعدي يرتبط بتحقيق الضرر الفعلي وليس مجرد الضرر الإحتمالي ، وبهذا فإنه يختلف عن القاتون الوضعي الذي قرر قبل المسؤولية على ما قلنا من كسب بإعتباره ضرراً محتملاً .

(١) مجمع الضمانات : ص ١٤٢ .

(٢) المرجع السابق : ص ١٤٧ .

٤- أن يكون الضرر مباشراً أو غير مباشر :

١٠٦ - لا يلزم لإعتبار الفعل تعدياً وقيام الضمان أن يكون الضرر المحقق والواقع على المال المقوم قد نتج عن ضرر مباشر بل يقوم الضمان سواء كان الضرر نتج مباشرة عن الفعل أو بطريق غير مباشر ، وهو ما يسمى بالمباشرة والمسببية ، على عكس الحال فى القاتون الوضعى الذى اشترط فى الضرر أن يكون مباشراً .

استبعاد الضرر الأدبى :

١٠٧ - يتمثل الضرر الأدبى فى كل أذى يصيب الإنسان فى عرضه أو شرفه ، وقد قرر له المشرع عقوبة دون الجزاء المادى لأنه لا يمكن التعويض عن ما يمس الشرف والسمعة ، ولذا أكلن لابد من عقوبة تعزيرية بقررها الحاكم ، ولأن الإعتداء على السمعة والشرف لا يمكن تعويضه بالمال^(١) .
ومن أجل هذا كان للشرع وقلته فى توابع عقوبة أخرى زاجره دون الضمان المالى .

وتخلص من هذا أن الفعل المسبب للضرر الأدبى يعتبر تعدياً لكنه لا يوجب الضمان ، وفى هذا يختلف الحال عن القاتون الوضعى الذى قرر التعويض عن الضرر الأدبى .

الباب الثالث

تأسيس المسؤولية على التعدى والضرر

تمهيد وتقسيم :

١٠٨ - وبعد أن بان لنا مدى فشل نظرية الخطأ كلساس للمسئولية التقصيرية سواء كان الخطأ واجب الإثبات أم مفترضاً يقبل اثبات العكس أم لا يقبل ، يدققا البحث عن بديل لنظرية الخطأ ، خاصة أنه لا غنى عن تحديد مرتكب الفعل الضار لتحميله تعويض الضرر باعتباره مسئولاً أو ضامناً وهو تأسيس المسؤولية التقصيرية على التعدى ، تلك الفكرة التى سبقت الإشارة فى تحديد مفهومها وأقترابها من الركن المادى للتعدى فى القاتون الوضعى ، والتى تضى الإخلال بواجب قانونى ، وفى الشرع بمجاوزة ما يجوز إلى ما لا يجوز ، حيث يكاد يقترب المعنى المقصود فى القاتون الوضعى مع الشريعة الإسلامية ، لأن الإخلال بواجب قانونى يعنى مجاوزة الحد المألوف فيه ، سواء كان ذلك بترك فعل معين أو بإداء فعل محظور .

١٠٩ - وعرضنا لهذه الفكرة ليس بالأمر الغريب أو الجديد ، فقد كتبت للمسئولية فى القاتون الروماتى ، وهى المصدر التاريخى للأظمة اللاتينية ، تعود إلى فكرة التعدى ، ويؤيدنا فى هذا جانب من الفقه الحديث ، خاصة ، أننا نجد الفقيه ستارك من الفقه الفرنسى يذهب إلى أن الأعتداء على حقوق الغير الأساس القانونى للمسئولية^(١)

نجد

(١) تبين الحقيق للزبلى : ج ٥ ، ص ٢٧٤ ، فتح القدير ج ٧ ، ص ٢٩٢ .

من الفقه الحديث : الضمان ، على الخفيف ، ص ٥١ ، ص ٢١٢ .

والذي بمقتضاه يلزم المدعى عليه بالتعويض فلم يستند إلى مبرر قانوني يخوله إحداث الضرر ، كما ذهب الفقيه الفرنسي ديموج إلى أن الخطأ هو الاعتداد على حقوق الغير ^(١) .

١١٠- وهذا ما أكده أصحاب الاتجاه الموضوعي في تعريف الخطأ غير أن فكرة الخطأ عند فصل النظرية الشخصية لا تقتصر على الركن المادي بل تشترط العنصر المعنوي وهو الإهمك ، بخلاف الشريعة الإسلامية .

وهذا ما يدفعنا إلى بحث الضابط أو المعيار الذي يمكن الاستناد عليه لفكرة التعدي ، خاصة أن فقهاء الشريعة الإسلامية لم ينصوا على ضابط أو معيار محدد للتعدي ، الأمر الذي دفعنا إلى محاولة تحديد هذا الضابط لعلنا نكون قد أسدينا إلى الفكر الإسلامي فكرة جوهرية إلى المشرع الوضعي أساساً يعتمد عليه بدلاً عن فكرة الخطأ

١١١- ونقسم الباب إلى فصلين ، نجعل الأول لضابط التعدي ونكسر الثاني : لإرتباط التعدي بالضرر ، .

الفصل الأول

ضابط التعدي

تمهيد وتقسيم :

١١٢ - سبقت الإشارة إلى أن فقهاء الشريعة الإسلامية لم ينصوا على ضابط محدد للتعدي وبالتالي تتحقق المسؤولية أو الضمان في الأحوال التي ينص فيها المشرع على مشروعية الأفعال أو عدم مشروعيتها أما في غير الأحوال التي لم يأت فيها المشرع بالنص فإنه يؤخذ بالعرف وهو ما تعارف عليه الناس وأعدوه من معاملات استتبت أمورهم عليها حتى صار من نظام حياتهم ، لأن الثابت بالعرف كالثابت بالدليل الشرعي .

١١٣ - ولقد كانت المواقف متباعدة بشأن معيار التعدي والخطأ في القانون الوضعي عنه في الشريعة الإسلامية ، خاصة ، بشأن الاعتداد بالظروف التي تحيط بمرتكب الفعل الضار سواء كانت ظروف داخلية أو ظروف خارجية .

١١٤ - ونقسم الفصل إلى مبحثين :

الأول : لمعيار التعدي في حالة وجود النص .

الثاني : لمعيار التعدي حلة عدم وجود النص .

المبحث الأول

معيار التعدى حالة وجود النص

١١٥- إذا نص المشرع الوضعى على إزلام أو واجب محدد فإن مجرد مخالفة ذلك الإلتزام أو الواجب الذى حدده القاتون يقيم الخطأ سواء اصاب الضرر الشخص الآخر أو لم يصبه بسوء ، ونلك كمخالفة ما تقتضى به لوائح المرور فبته سهل فى تلك الحالة وأمثالها ضبط الخطأ بإعتباره إخلال بالترزم محدد .

١١٦- ويتمثل معيار التعدى فى الشريعة الاسلامية حالة مخالفة نص المشرع سواء تحقق على مخالفة النص ضرر بالغير أو لم يتحقق لانه بمجرد مخالفة النص يقوم التعدى إذا نهى الله تعالى عن إبتان فعل وأناه الشخص فبته يعتبر متعدياً فى نظر الشريعة . وذلك كما فى قوله تعالى " يولها الذين آمنوا لا يسخر قوم من قوم ... أخ * سورة الحجرات ، رقم الآية * * * " وهنا نهى عن السخرية وإلا اعتبر من أناها متعدياً .

كما نهى الله عن أكل أموال اليتامى ظلماً فقال تعالى " إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً إنما يأكلون فى بطونهم نراً وسيصلون سعيراً * سورة النساء ، الآية رقم * ١٠ * "

ومن السنة نجد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن أكل الربا ونعن أكله وكتابه وشاهديه ، كما نهى عن شهادة الزور وأعتبرها من أكبر الكبائر ، ولذا فإن إبتان مثل هذه الأفعال يعتبر تعدياً لمخالفة نص المشرع سواء كان قرآناً أو سنة .

١١٧- ونخلص من هذا أن ضابط التعدى عند علماء الشريعة ومعيار الخطأ عند القاتون يتفقان فى حالة وجود نص يحدد الإلتزام والواجب المفروض على الشخص إبتانه ، حيث يتحقق التعدى فى حالة مخالفة نص المشرع .

١١٨ - وقد يكون إزلام الشارع نتيجة إعتداء أو لمصلحة أوجب ذلك حيث تشمل الطائفة الأولى جميع السيدات والأرض التسى أوجبها الشارع حل الأعتداء على النفس أو على أطرافها ، وقد يكون التعدى فى مخالفة ما أمر به الشارع دون الاعتداء على حق أحد من الناس لمخالفة المحرم (١) .

١١٩- أما ما أوجبها الشارع لمصلحة إجتماعية كالزكاة المفروضة والكفارات والخراج والجزية فإن عله التثريب تسببوا فى إشاعة التعلون والترابط وليس فى ذلك إعتداء على حق أحد حتى يتمكن الأخير من جبر الضرر ، حيث أن المخالفة ما هى إلا مخالفة ما أمر به المشرع لمصلحة أوجب ذلك ولا يقوم هذا النوع على فكرة التعدى (٢) .
ويخص الإمام القرافى فى الفروق علة الزواج والنواهي بأن الزواج تقوم على المفاسد فقد يكون معها العصيان فى المكلفين وقد لا يكون معها عصيان ... والزواج مشروع لدرء المفاسد المتوقعة (٣)

(١) (٢) الشيخ على الخفيف : الضمان ص ٢١١ .

(٣) الفروق لأحمد بن إدريس بن عبد الرحمن بن عباس القرافى ، المتوفى ٥٦٤ هـ

، ج ١ ، ص ٢١٢ .

نفس المعنى : قواعد الأحكام : للقر بن عبد السلام ، ج ١ ، ص ١٧٨ ،

المبحث الثالثي

حالة عدم وجود نص

تمهيد وتقسيم :

١٢٠- لقد اعتد الفقهاء بالعرف كمعيار للتدعي في الشريعة الإسلامية في حالة عدم النص ، بالإضافة إلى معيار الشخص الحصري والإعتداء بالظروف الخارجية نون الداخلية وهو ما تعرض له كل في مطلب مستقل

المطلب الأول

العرف معيار التدعي في الشريعة الإسلامية

١٢١- أتطأ المشرع للعرف لتحديد ضابط التدعي ، ويقصد بالعرف ما تعلمت عليه الناس واعتادوه من معاملات استقرت عليها حياتهم وتقتضيها حاجتهم ، ولضابط في هذا هو المصلحة ، ولذا يقول صلى الله عليه وسلم " ما رأه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن " ، وقد ذهب السبوي في الأئباه والنظر قوله " كل ما ورد به الشارع مطلقاً ولا ضابط له فيه ولا في اللغة يرجع فيه إلى العرف " (١) ويؤكد هذا ما ذكره ابن نجيم من أن " ثبات بالعرف ثابت بدليل شرعي " (٢) ولذا فإن قياس التدعي يكون بما يخالف العرف المستقر في أذهان الناس وما استقرت عليه أمورهم سواء كان ذلك العرف عرفاً عاماً والذي

(١) الأئباه والنظر للسبوي : ص ٦٩ .

(٢) الأئباه والنظر لابن نجيم : ج ١ ، ص ١٢٧ .

اتفق عليه الناس في كل الأمصار ، أم عرفاً خاصاً وهو الذي يسود في بلد من البلدان أو طائفة من الناس كعرف التجار وعرف الزراع وغيرهم ومن أمثلة العرف العام :

١٢٢ - ما ذكره ابن قاضي سماه " لو تعدى برشه - ماء - فقهه يضمن وإن لم يتعد لم يضمن بأن رش كالعادة لرفع الغبار " (١) حيث جعل معيار التدعي والضابط له عادة الناس ، وما جاء في القسرة البهية للأصاري " سقى أرضه فتنشر الماء من شق إلى أرض غيره فلفسد زرعه إن كان جاوز العادة في قدر الماء " (٢) فقد جعل ضابط التدعي الموجب للضمن العادة في قدر الماء

١٢٣- والملاحظ على هذه الأمثلة أنها تخص عاملة الناس دون تحديد لطائفة معينة والذي يمكن به قياس حدوث تدعي من عنده ، أما لو تعلق الأمر بطائفة أو جماعة من الناس معينة نوى مهنة أو حرفة واحدة فإن معيار التدعي يقاس بالعرف الخاص بهم حسب كل مهنة على حدة .

١٢٤ - ففي طائفة المعتمدين : على المعتم أن يراعى تلاميذه الصغار الذين تكفل بتعليمهم ، وأن عليه واجب المحافظة على جسم وعقل ونفس الصغير فإن أهمل في شأن منها ضمن (٣) ، فقد جاء في المعنى لابن قدامة " وأن سلم ولده الصغير إلى السابح ليطمئه السابح فغرق فالضمان على عقله السابح لأنه سلمه ليحتاط في حفظه فإذا غرق نمب إليه التفريط في الحفظ " (٤) .

(١) جمع الأصولين ، لابن قاضي سماه ، ج ٢ ، ص ١٢٥ .

(٢) القدر البهية في شرح البهجة الوردية للأصاري ج ٥ ، ص ٧ .

(٣) رسالتنا ، السابحة ، ص ١٨٠ وما بعدها ، لفرة ٢٧٦ .

(٤) المعنى ، لابن قدامة ، ج ٧ ، ص ٨٣١ .

بشروط عدم تمييز التلميذ الصغير ، ولذا جاء في شرح المهذب * وان سلم البالغ نفسه إلى المباح ليطعمه ففرق لم يضمه لأنه في يد نفسه فلا ينسب إليه التفريط في هلاكه إلى غيره * (١) ، وقد ذكرنا في رسالتنا أنه * في الأحوال التي تخص طائفة المعتمدين فإن معيار التقدي يقاس بما يخرج عن المؤلف في مهنة التعليم ، كأن يترك المعلم واجب الحفظ ، وبالتالي يتحقق التقدي بتركه أو بداء فعل معين كضربه أحد التلاميذ مسببا للضرر أو الواجب العلم بالحيلة والحنن بمناسبة فعل مشروع ، كأن يتخلى المعلم عن اتخاذ كافة الإجراءات الاحتياطية اللازمة لمنع الضرر * (٢) .

١٢٥ - وفيما يخص طائفة المزارعين ذكر ابن فرحون في تبصرة الحكام قوله * إذا أوقد رجل نارا فترامت حتى أحرقت زرع رجل في أئدره - وهو الجرن الذي يتم فيه درس الزرع بعد حصاده - فإن كان قريبا من الأكثر فهو ضامن والقرب في ذلك غير محسود وإتسا يرجع فيه إلى أهل المعرفة * (٣) .

- (١) المجموع ف شرح المهذب ، للأمام ابن تكريا معى السنين بن شرف النوى ، المجلد التاسع ، دار الفكر العربي ، ص ١١ .
 (٢) رسالتنا ، ص ١٠٢ ، فقرة ١٤٩ .
 (٣) تبصرة الحكام لابن فرحون ، ج ٢ ، ص ٢٤٨ .

١٢٦ - وما يخص طائفة من يعملون بالرعى وعمل الحيوان جاء في مجمع الضمانات للبغدادى * سنل نجم الأئمة المعنى عن أسلم أفراسه إلى الراعى ليحفظها مدة معلومة ، ودفع إليه أجرة الحفظ والرعى ، واشتغل الراعى بمهمة وترك الأفراس فضاغت ، فهل يضمن ؟ فقال لا إن كان ذلك متعارفاً فيما بين رعاة الخيل والأئمة * (١) ولذا فإن ضابط التقدي هنا ما هو متعارف عليه عند هذه الطائفة من رعاة الخيل والأئمة *

وقد جاء في الأم للشافعى * وإذا ائكرى (أجر) الرجل من الرجل الدابة فضررها أو لجعها بلجام أو ركضت فماتت سنل أهل العلم بالركوب ، فإن كان فعل ذلك ما يفعل العامة فلا يكون فيه عندهم حقوق تلف أو فعل في الكبح والضرب مثل ما يفعل بمثلهما عند ما فعله فلا أعد ذلك خرقاً ولا شئ عليه * (٢) ، حيث جعل ضابط التقدي بالضرب حتى الموت للدابرة هو سؤال أهل العلم بالركوب .

وتخلص من هذا ، أن ضابط التقدي فيما لا يخص علمة الناس ويخص طائفة معنه أصحاب حرفه أو مهنة أو نوى خبرة في مجال معين في حالة عدم النص هو عادة هذه الطائفة .

- (١) مجمع الضمانات للبغدادى ، ص ٣٠ .
 (٢) الأم للشافعى ، فقرة ج ٦ مجلد ١٥ ، ص ١٦٧ ، طبعة كتاب الشعب

معيار الشخص الحصيف والإعتداء بالظروف الخارجية دون الداخلية

أولاً : في الشريعة الإسلامية : الاعتداد بالظروف الخارجية

١٢٧- لقد أعتد فقهاء الشريعة الإسلامية بالظروف الخارجية دون الداخلية للشخص المعتاد أو الحصيف، لأن معيار التعدي في الفقه الإسلامي معيار موضوعي مجرد عن شخص مرتكب الفعل الضار وتتمثل الظروف الخارجية في تلك الخارجة عن شخص مرتكب الفعل كظرف المكان والزمان ، فقد ذهب الحنابلة إلى أن من بنى مسجداً في طريق واسع لم يترتب على بنائه ضرر فلا ضمان ولو كان قد بناه بغير إذن الإمام ، كذا لو بنى جسراً على نهر فقد اعتبر ابن رجب من الحنابلة أن بناء مسجد في طريق واسع لا يترتب عليه ضرر (١) ، كما جاء عن ابن عابدين من الحنابلة ، وإنما وجبت الكفارة لتركه التحرز عند نومه في موضع يتوهم أن يكون متعاصراً قصداً إلى إستعمال الارث في مكان يتوهم أن يصير فيه قتلاً ، والكفارة في القتل الخطأ إما تجب لترك التحرز (٢) ، ففي المثال الأول لم يترتب على الفعل وهو بناء المسجد ضرر لاتساع المكان ولذا فلا يعتبر الفعل تعدياً ، أما في المثال الثاني فقد اعتد الفقه بظرف المكان في وجوب أن يحرز النعم عند نومه بأن يكون في موضع يلمن فيه الانقلاب على انسان أو متاع لآخر فتسبب في هلاكه إذا ما أسلم نفسه للنوم في مكان لا يلمن فيه (٣)

(١) الفواع لابن رجب الحنبلي ص ٢٢٢.

(٢) (٣) على الخليفة : الضمان السابق ، ص ٤٥.

عدم الاعتداد بالظروف الداخلية

١٢٨ - لم يعتد الفقهاء بالظروف الداخلية كظرف السن والمرض وغيرها عند قياس التعدي ، فقد جاء في الفتاوى الهندية " رجل يمشي في الطريق فأدركه مرض فوقع مغمى عليه أو أدركه ضعف فلم يقدر معه على المشي فوقع على انسان فقتله او وقع على الأرض حياً ثم مات فعثر به انسان فاضمان واجب على عاقبته " (١) حيث اعتبر فطه تعدياً دون الاعتداد بحالته الصحية ان كان مريضاً من عدمه ، وهذا ما أكده ابن فرجون في التبصرة " أو كان على الدابة نائم أو مريض فوطلت أحداً فذلك عليه إلا أن يكون معها قلند أو مساق فيكون عليه وهذا ما يبين تحمل المريض الضمان لتعديه " وفي هذا مخالفة لما عليه الحال في القتون الوضعي .

١٢٩ - عدم الاعتداد بظرف السن : حيث يقع الفعل تعدياً إذا كان مجاوزاً للحد المألوف به حتى ولو كان عديم التمييز فقد جاء في الشرح الكبير " وضمن الصبي ولو غير مميز ما أتلفه في ماله " (٢) كما جاء في الدر المختار " وأن أتلفوا شيئاً متقوماً من مال أو نفس ضمنوا " (٣) ويقصد به المحجورين كما جاء في المقنى " والحكم في الصبي والمجنون كالحكم في السفوه في وجوب الضمان عليهما فيما أتلفاه من مال غيرهما بغير أنثه أو غضباة فتلّف في أيديهما " (٤) .

(١) الفتاوى الهندية : ج ٦ ، ص ٤٣

(٢) شرح الكبير ج ٣ ، ص ٢٩٦ مطبوع مع حاشية الموسوي .

(٣) الدر المختار للحصلي ، ج ٥ ، ص ١٢٥ مطبوع مع حاشية ابن عابدين .

(٤) المقنى ج ٤ ، ص ٤٧١ .

ثانيا : في القاتون الوضعي :

١٣٠ - ذهب جاتب من الفقه الفرنسي والمصري إلى اعتناق معيار الشخص البيظ الرشيد ، وقد علل هذا الفريق رايه بأن ذلك يضمن حداً أدنى من الثقة والطمأنينة ، كما أن الضرورة الإجتماعية تلرض إعمال مثل هذا المعيار ، لأن حرية الشخص ليس مطلقة من كل قيد ، بل انها مرتبطة بحرية الآخرين والتي لا يجب المساس بها (١) ، كما أنه لا يمكن لأحد أيا ما كان أن يعرف ما يدور بخلد كل شخص إلا الله وحده المتحكم في الناس ، ولذا فلا مناص للقاضي إلا النظر بطريقة موضوعية للأمر ، حيث ينظر عند حكمه إلى الفعل ذاته أو السلوك الذي أتاه الشخص دون النظر إلى الفاعل أي مجرداً من ظروفه الشخصية (٢) وهذا ما حدا بمحكمة النقض في فرنسا ومصر أن تأخذ بمعيار رب الأسرة العاقل أو الشخص العادي أو الشخص المتسقط ، لأن إعمال رقبة محكمة النقض على وصف الخطأ تستلزم بالضرورة الأخذ بالمعيار الموضوعي والذي أعتقه الفقه وذلك لعدم وجود قاعدة عامة يمكن مقارنة سلوك الفاعل بها (٣) .

(١) Veny Condition , Responsabilite , N.462 , P.556 .

(٢) Jersklear : Responsabiliti pond faute , N.21 , P.6

نفس المعنى :

Stark : These Precite P . 7 , 8 .

من الفقه المصري : السنهوري : الوسيط ، ص ٨٨٤ ، ٨٨٦ سليمان

مرقس : القاتون المدني : ج ٢ ، فقرة ٣٩٤ ، إبراهيم النمساوي : المرجع

المناقب ص ٦٤ ، فقرة ١٥٠

(٣) Cass . Cv : 2,26 Octb 1961 Bull . Civ TT , N ,706 .P , 498

١٣١ - كما ان إعمال معيار الشخص الحريص أو البيظ والذي

يتسم سلوكه بقدر من الحرص والمعقولية يكون على جمهور الناس و يمكن إعماله على طائفة المعتمدين مثلاً أو المهندسين أو أصحاب الحرف أو من لديه عاهة عقله أو جسمه كل في حدود مهنته .

و يلزم لاعمال معيار الشخص المعتاد مراعاة الظروف الخاصة الداخلية، وهذا ما يؤكد القضاء في فرنسا فقد قضت محكمة النقض الفرنسية في ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٦١ بإعتبار معيار الخطأ والذي يرتكبه الشخص ذو العاهة المادية يكون على أساس عدم اتخاذه الاحتياطات اللازمة والحذر المطلوب والذي يتمشى مع ظروفه (١) ، ولذا فإن القاضي يقيس سلوك الشخص المريض بمرض مزمن أو من لديه عاهة كالاعشى والأصم بسلوك شخص آخر في نفس ظروفه

فقد قضت محكمة " نتمس " المدنية في ١٩ فبراير سنة ١٩٩٢ بتخاذل: مسؤولة معلم التربية البدنية لتكليف أحد التلاميذ المرضى بممارسة رياضة عنيفة على الرغم من وجود شهادة طبية مع التلميذ تلغيد إعطائه من أي رياضة عنيفة ، وقد أوردت المحكمة في أسباب حكمها قولها : (أحياتا تعد رياضة الغولفي بول رياضة عنيفة وقد ارتكب المعلم خطأ مشاركة التلميذ مع علمه بالمرض) (١) ، كما أكدت محكمة " آراس " المدنية في ١٩ ديسمبر سنة ١٩٩٧ ذات الحكم بسبب قولم

Cass . Cv : 2,26 Octb 1961 Bull . Civ TT , N ,706 .P , 498 (١)

T.G .I .Nancy : 19/2/1992 , cit . par , Michel Taburet :Ency (٢)

Précité , P.13 .

المعلم بتكليف أحد التلاميذ المرضى بالجرى بطريقة خطيرة ، وهو نشاط معطى منه طبيياً ، مما يخالف التزامه بالرقابة والذي يلزمه بقدر من اليقظة والتبصر^(١) .

وقد قضت محكمة إستئناف "أكس" في ١١ فبراير سنة ١٩٧٠ في قضية تتلخص وقتها في قيام المعلم بالسماح لتلاميذه باللعب بكرات من الثلج ، وفي هذه الأثناء ضرب أحد التلاميذ زميله بكلمة يد في عينه وكان هذا الأخير معروفا لمعلم ومدير المدرسة بمرض في العين ، حيث أنه أصيب بالمرض وأجريت له جراحة بعينه في ديسمبر سنة ١٩٦٧ ، وكان يجب على المعلمة التي تعلم يقينا بحالة التلميذ المرضية أن تمنعه من ممارسة هذه اللعبة ، وهذا ما يضي قصور في الرقابة والذي تقوم معه مسؤولية المعلم^(٢) ، وعلى العكس لا يمكن أن يطالب المعلم بتخفيف وسائل الحديقة والحذر لحماية طفل يبدو طبيعياً أمام معلمه وزملائه وهو يعانى من مرض داخلي أو نشوة خلقى لم يعلم به شئنا لعدم إعلانه من قبل والديه^(٣) . لذا فقد اعلت محكمة إستئناف "فرساي" في ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٨٢ المعلم من المسؤولية، فقد قضت بإلزام ولي الأمر بإعلام المعلم والمدرسة بحالة الطفل المرضية إلا إذا كانت تلك ظاهرة من السهل معرفتها كمن يتعرض لنوبات تب منتظمة^(٤)

T.I,Arras:19/12/1997,cit.par,Michel taburet l'article (1)
Précité P.13

C. A. Aix, 11 Février, 1970, Jamet. au. D. 1970, P. 277 (٢)

C. A. Ioy 18 Novembre 1946 G. P. 1947, 1, P. 27. (٣)

C. A. Versailles : 22, Novembre, 1982, au. D. 1970, P. 277 (٤)

أو به مرض ظاهر وقد يكون الطفل الصغير في حاجة إلى الرقابة تختلف عن هو في مثل سنه لظروف أمت به ، لذا ينبغي مراعاة الحالة النفسية للطفل ، خاصة إذا ما كان الطفل مصاباً بحالة نفسية أو عصبية فينبغي على القلم بالرقابة أن يكرس جزءاً كبيراً من رقبته له^(١) .

وتعتقد أن هذا الموقف القضائي يبين بوضوح مدى حاجة الطفل المريض إلى الرقابة أكثر من غيره ، إلا أنه ينبغي أن نلاحظ أن الضرر الذي يحدثه الطفل المريض نفسياً أو الحركات الطائشة وبسبب الضرر للغير أثناء خضوعه للرقابة لا يضى بالضرورة تقصير القلم بالرعاية فقد يأخذ الأخير بوسائل الحديقة والحذر والحماية اللازمة للطفل ولزملاجه إلا أنه قد يحدث منه الضرر على الرغم من زيادة الحذر والتبصر .

كما أن القضاء في فرنسا أعتد بالمهارات والكفاءات الصمعية عند تحديده معيار الخطأ قلم بقسه بمسك الرجل المعتاد لجمهور الناس ، بل بمن هو في نفس ظروفه^(٢) ، ولا يمكننا الاتفاق وما ذهبت إليه المحكمة ، خاصة أنه من الصعوبة تحديد التعدى بمعيار المهارة والكفاءة^(١) Cass. Civi 2, 12 Janvier 1956, Bull, civ. N. 43, P. 26.

نفس المعنى

* Textes Recents en direction des personnels Circaire , du 26/8/1997 , (B . O) N . 30 du , 4/9/1997 : instructions concernant les violences sexuelles , circulaire du 2/10/1998 . (B . O) N . 11 du 15/10/1998 , Cit . par , Michel Taburet : ency précité , P , 3 .

Cass . Civ , 2 6Fev. 1957 Bull . CivTT . N . 117 . P , 72 . (٢)

نفس المعنى :

Cass : Civ 2, 14 Fev . 1963 . D,1963 . P,344 .

لأنه معيار غير منضبط وليس غننا وسيلة لقياس مدى الكفاءة ، فكيف يمكن قياس درجة الحرص والعناية المطلوبه على ما يحدث من طفل صغير أو رجل رشيد ، حيث نجد أن القضاء في فرنسا ذهب في أول الأمر إلى معاملة مسلك الصغير بمن هو في مثل منه فما يحدث من رجل مسن لا يمكن أن يقاس بما يحدثه طفل صغير (١) ، غير أن القضاء في الفترة الأخيرة قد أتجه عكس المشرع فقد عامل الصغير كالرجل المعتاد بل عامل المختلين عقلياً وعديمي التمييز معاملة الأسوياء اصحالا لما نصت عليه الفقرة الثابتة من المادة ٤٨٩ وهذا ما اكدته الدوائر المجتمعه لمحكمة النقض الفرنسية في ٩ مايو سنة ١٩٨٤ السابق الاشارة اليه

١٣٢ - ويمتد معيار الخطا ليشمل أيضاً التنبؤ أو التوقع بنتائج الحدث وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في ٢٢ فبراير ١٩٦٧ بأن الالتزام بالرقابة يستلزم رقابة بظنة نشطة وفعاله ويتطلب بعض الإجراءات الاحتياطية لمنع الخطر^(١) وهذا ما اكدته محكمة استئناف * كان ' في ١٩ ديسمبر ١٩٩٦ بأن الالتزام بواجب الرقابة يقتضى التوقع بنتائج الحدث ، وإلا اعتبر متولى الرقابة مقصراً في القيام بالتزامه بالرقابة كما أن مقتضيات الرقابة تتجاوز مجرد الإدارة والرقابة إلى حدوث التنهن بكل الإذارات التي تنبئ بوقوع الحدث^(٢) وقد اعتبر القضاء المصري والفرنسي التبصر عنصراً ضروريا لكل رقابة فعالة ، غير أنه قد تكون هناك بعض الحركات سريعة ومفاجئة ولا يمكن

التنبؤ بها ، وهذا ما حدا بالمحاكم إلى إعفاء متولى الرقابة من المسؤولية (١) إلا أنه يجب أن يكون لدى متولى الرقابة قدر من التبصر يمكنه من تصور وإدراك ما يمكن أن يحدثه الصغير من ضرر، لأن الخطأ في الرقابة ما هو إلا عيب في تقدير الرقابة ، كما أن القضاء في فرنسا قد اتجه إلى أن التزام متولى الرقابة يمتد ليشمل التنبؤ ، غير أن مفهوم التنبؤ لا يمتد إلى الحوادث المفاجئ والذي يعتبر سبباً لإعفاء متولى الرقابة من تحمل المسؤولية ، فإذا ما تم الحادث المسبب للضرر بأداة أو آله أو حدث في منطقة محظورة فإن هذا لا يكفى لأن يفقد الحادثة صفة عدم التبصر (٢) لذا فبقنا نرحب بالأخذ بالمعيار الموضوعى لقياس الأحراف بسلوك شخص مجرد من ظروفه الشخصية فيصبح شخصاً عادياً يمثل جمهور الناس ، فلا هو شديد اليقظة فيرتفع عن الشخص العادى ولا هو محدود اليقظة فينزل عن الشخص العادى ، بل ينظر إلى المؤلف من سلوك هذا الشخص المعتاد ونقيس عليه سلوك الشخص الذى ينسب إليه التعدى بهذا يعلم لنا معيار منضبط واف بالغرض فلانحن في حاجة بالبحث في خلفياً النفس والكشف عن سرائرها ، ولايختلف المعيار من شخص لآخر بل يصبح التعدى أمراً واحداً للجميع ، فهو الاحراف عن السلوك المؤلف للشخص المعتاد يستوى في ذلك اللطن الذكى والوسط العادى والجاهل الغبى فتمسقر الأوضاع وتنضبط الروابط .

(١) محكمة الزفريق الابتدائية : ١٩٣٥/٢٥ ، المحامسة ١٦-٧٤٠-٣٤٢ ، ومشار إليه في د . سليمان مرقس ، الوالى ، ، هلمش رقم ٦ ، ص ٧٩٨ .
 (٢) T.G.I. : Nanter 10/2/1998 , cit. par : Michel Taburet : . Précité , P. 10

(١) Doris. 9Ju. 1961 D.1961 153 , J. C. P. 1961 TT 12062 .
 (٢) Cass.Civi 22Fevrier,1967,Etait Français c/Estrabeau ,au,Bull(٢) Cass . Civi , 11 . N . 89 , P . 62
 (٣) C.A.Caen ,19/12/1996 ,Michel Tahuret . Précité , P. 10

الفصل الثاني

أساس مسئولية المباشر والمتسبب

تمهيد وتقسيم :

١٣٣- تقوم المسئولية التقصيرية على التعدي المرتبط بالضرر ، فلقد ربط الفقه الإسلامي بين الضمان والضرر إعمالاً لقاعدة الضرر يزال والمنبثقة من قول النبي صلى الله عليه وسلم " لا ضرر ولا ضرار " (١) ولكي يكون الضرر معتبراً أساساً للمسئولية يجب أن يكون واقعاً على مال وإن يكون محققاً ومباشراً وشخصياً على النحو السابق نكره ، ومرتكب الفعل الضار إما أن يكون مباشراً ، وإما أن يكون متسبباً .

والمباشرة لغة : أن تقوم بالأمر بنفسك لا بسبب ولا بوكيل (٢)

وإصطلاحاً : فقد عرفها الحنفية بأنها " من بلى الأمر بنفسه (٣) كما جاء عن الشافعية " ما يؤثر في الهلاك ويحصله (٤) وذهب المالكية إلى أنه " ما يقال عادة حصل الهلاك به من غير توسط " (٥) ، وعرّفها البعض من الفقه الحديث بأنها " إتلاف الشيء بدون أن تكون هناك واسطة تحول دون ترتب النتيجة على الفعل مباشرة " (٦) .

(١) روه البخاري ومسلم وأحمد ومالك في مواضعه ، وقال الحكم في المستدرک أنه صحيح الأسناد وقال الدرر فطنی أنه حديث حسن صحيح .

(٢) شرح الألفاظ اللغوية : لابن بطال الرکبى ، ج١ ، ص٣٧٥ .

(٣) البدایع للکاسمى : ص١٦٥ .

(٤) حاشية الشرفوى : ج٤ ، ص٣٦٠ .

(٥) الفروق للفرافى : ج٤ ، ص٢٧٠ .

(٦) إبراهيم الدسولى : المرجع السابق ، ص٣٠٠ .

ونخلص من هذه التعريفات أن المباشرة تعنى إتلاف الشيء بالذات والمباشرة من مباشر الفعل الضار بنفسه دون أن يتدخل أمرين الفعل والضرر الناتج عنه باعتبار الفعل علة التلف .

تعريف التسبب :

لغة : الطريق أو الباب وهو ما يعنى أن يكون موصلًا إلى الشيء كالطريق الموصل إلى ما تريد والباب الموصل إلى السبب (١) .

أما في الإصطلاح : فقد ذهب الحنفية في تعريفهم إلى أن التسبب أن يحدث شيئ ما يفضى إلى تلف شيئ آخر عادة ، فقد ذهب الكاسمى في تعريفه بأنه " الفعل في محل يفضى إلى تلف غيره عادة (٢) ، وعرّفه الشافعية بأنه ما يؤثر في الهلاك ولا يحصله (٣) ، وقد ذهب المالكية في تعريفهم إلى أنه ما يحصل الهلاك عنده بطة أخرى إذا كان السبب هو المفضى لوقوع الفعل بتلك العلة (٤) ، وقد ذهب بعض الفقهاء المحذون في تعريفهم للتسبب : بأنه ما يحدث الضرر لإبذاته بل بواسطة وكان علة للضرر (٥) .

ونخلص من هذا أن التسبب هو إيجاد علة المباشرة وأن المتسبب هو ما يحدث الضرر بواسطة وكان علة له .

(١) بدران أبو العينين : أصول الفقه : ص٣٧٥ .

(٢) بدایع الصناع في ترتيب الشرائع للکاسمى ، ج٢ ، ص٦٦ .

(٣) حاشية الشرفوى على تحفه الطلاب لشرح تحرير تفتيح الباب .

لبن يحيى زكريا الأنصارى طبعه مصر ١٩٤١ ، ج٢ ، ص٣٦٠ .

(٤) الفروق للفرافى : ج٤ ، ص٢٧٠ ، الفرق رقم ٢١٧ .

(٥) عبد القادر عودة : المرجع السابق ، ص٤٥١ .

ويحدث الضرر المباشر كنتيجة مباشرة لما يبشره المعتدى من فعل دون أن يتوسط بينهما فعل آخر يتسبب عنه الضرر ، كما يحدث الضرر غير المباشر عندما يتوسط بينهما فعل آخر يتسبب عنه الضرر (١) ويمكن التمثيل لذلك إذا ما قطع شخص قنديل مطق فتكسر لسقوطه على الأرض فإن تلف الحبل يعد ضرراً مباشراً لقطعه ، وانكساره يعد ضرراً غير مباشر حدث بطريق التسبب نتيجة قطع الحبل (٢)

ولكى نعرض لنظريتنا بشأن أساس الضمان (أو تأسيس المسؤولية التقصيرية على التعدي المرتبط بالضرر) يثور التساؤل بشأن مدى اشتراط تعدي المباشر لقيام الضمان وهل يكفي الضرر لقيام المسؤولية أيضا بشأن المتسبب هل يشرط تعديه أم يجب تعده لقيام مسؤوليته وهل يكفي أيضا بالضرر لقيام المسؤولية ؟

وردأ على هذا ينبغي بيان أساس مسؤولية المباشر والمتسبب .
وتنقسم الفصل إلى ثلاث مباحث :

نتناول في الأول : أساس مسؤولية المباشر ، ونجعل الثاني لاساس مسؤولية المتسبب ، ونخصص الثالث لاساس الضمان في حالة إجتماع المباشر مع المتسبب .

المبحث الأول

أساس مسؤولية المباشر

مدى اشتراط تعدي المباشر لقيام الضمان .

١٣٤- جاء بمجمع الضمائم للبيدادي * أن المباشر ضامن وأن لم يتعد وأن المتسبب لا يضمن إلا بالتعدي * (١) ونظراً لأن الفقه القديم لم يتعرض لهذه القاعدة بالشرح والتوضيح فقد اتقسم الفقه الحديث بشأن اشتراط العمد فبين يرتكب الفعل الضار عن طريق المباشرة .

١٣٥- حيث ذهب جاتب من الفقه إلى أن الصياغة الصحيحة للقاعدة المشار إليها * أن المباشر ضامن وان لم يتعد * (٢) ، وليس يتعد ، فيكون المقصود في رأيه أن من يحدث الضرر عن طريق المباشرة يضمن سواء كان قاصداً أم غير قاصد شرط أن يكون متعمداً ، وأن عدم تطلب القاعدة التعدي صراحة كشرط للضمن ، لأن ذلك الشرط يهدى باعتبار أن تخلفه لا يقوم معه الضمان اصلاً ، إعمالاً للقاعدة الشرعية التي تقر أن الجواز الشرعي ينافي الضمان استناداً إلى المادة ٩١٢ من المجلة التي تنص على أنه * إذا أتلف واحد مال غيره الذي في يده أوفى يد أمينة قاصداً أو من غير قصد يضمن * كما أنه من باب العدالة والتي تلبي أن يسأل الشخص بمجرد حدوث الضرر وفي جميع الحالات سواء استند إلى حق شرعي أم لا تقوم مسؤولية المباشر ليس على مجرد الفعل بل يجب أن يكون متعمداً (٣) .

(١) مجمع الضمائم للبيدادي ص ١٤٦ .

(٢) (٣) إبراهيم الدسوقي : المرجع السابق ص ٣١٠ وما بعدها .

(١) الشيخ على الخليلي: الضمان ، ص ١٤٦

(٢) المرجع السابق ، ص ٧٤ .

١٣٦- وبالمقابل ، ذهب البعض الآخر إلى أن المباشرة تتحقق بمجرد وقوع الضرر أو التلّف بغض النظر عن الفعل سواء كان متعمداً من عمدته ، حيث يكفي توافر الأثر الخارجى أى مجرد الواقعة المادية الظاهرة بغض النظر عن حدوث الفعل وكونه وقع بحق أو بغير حق ، وذلك لأن حالات المباشرة لا تثير شبهة في صحة اسناد الفعل الضار إلى فاعله أو إضافة التلّف الى من وقع منه ، وذلك بسبب عدم وجود الوسطة التي تفصل بين الفعل والنتيجة حيث ان الضرر مربوط بالفعل الضار ربط المعطول بعته فحيث بشر الفاعل التلّف أو الضرر بنفسه فإن الضمان مترتب على فعله غير منك عنه (١) ، وقد يرجع الخلاف بين الفقهاء المحدثين بشأن اشتراط التحدى لقيام الضمان عن الفعل الضار إلى أن الفقهاء القداسي لم يتعرضوا لهذه القاعدة بالشرح والتحليل ، بل وردت القاعدة مجردة مما اشيع الخلاف الفقهي الذي نحن بصده .

- ونعمول إلى تأييد (الإجهاد الأخير) استناداً إلى ما جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم " لا ضرر ولا ضرار " ، فمن يبلّغ الفعل الضار أزم بالضمان سواء كان محدثه متعمداً أو غير متعمد ، فوضمن المجنون في ماله ما أتلفه بغيره ، وكذا الصبي ، لأن ذلك من قبيل خطب التكليف ومناط التضمين تحقق الضرر المالى بالمضروب نتيجة لتلف ماله أو نقصه أو نقص قيمته أو بخره أو لزوال الامتاع الذى كان يطلب منه عادة ويؤيدنا في هذا ما جاء بنص المادة ٩١٢ من المجلة " إذا أتلف أحد مال غيره الذى في يده أو في يد أمينة قاصداً أو من غير قصد بضمن "

(١) محمد صلاح الدين حلمي ، رسالته ، ص ٢١٦ .

١٣٧- أما ما جاء في بعض كتب الفقه القديم كما في القواعد لابن رجب الحنبلى " إذا استند إتلاف أموال الأدميين ونفوسهم إلى مباشرة تطلق الضمان بالمباشر دون السبب ، إلا أن تكون المباشرة مبنية على السبب وناشئة عنه سواء كتبت ملجئة أو غير ملجئة ، ثم إذا كتبت المباشرة والحال هذه لا عدوان فيها بالكلية استقل السبب وحده بالضمان لا يقصد بها تحديد عمد المباشر من عمدته ، بل أن الضمان يقوم في حق من يباشر الضرر بدليل قوله " تعلق الضمان بالمباشر " (١) دون أن يحدد تعديه عن قصد أو غير قصد بل استند إلى مجرد الإلتفاف ، أما في حالة مشاركة المباشرة مع التسبب في أحداث الضرر فإقه لتحديد المسئول عن الضرر بشرط عدوان المتسبب لتضمينه ، لأن الأصل هو تحميل المباشر الضمان وإن كان في المباشرة عدوان إشتراك مع السبب في الضمان ، وهذا ما أكده الميسوس للمرخسى " من ضرب دابة عليها راكب أو نخمها يعود بلا أن الركب فضرر بعدها شخصاً آخر أو نثرت بلا قصد منه ضمن النافس لا الركب لأنه غير متعمد (٢) .

وهذا النص يحدد المسئول عن الضرر لأنه من باب العدالة الانحلال الركب الضرر وإن كان مباشر للفعل لأن المباشرة مبنية على السبب وناشئة عنه ولذا استقل المتسبب بالضمان .
وتخلص من هذا إلى أنه الصياغة كما جاءت في كتب الفقه صحيحة وهي أن المباشر ضامن وإن لم يقصد .

(١) القواعد لابن رجب الحنبلى ، ص ٢٢٠ .

(٢) الميسوس للمرخسى : ج ٢٧ ، ص ٢ .

المبحث الثاني

أساس مسئولية المتسبب

مدى اشتراط التعدي والتمييز لقيام مسئولية المتسبب :

١٣٨- سبقت الإشارة إلى أنه فقهاء الشريعة القدامى اکتفوا بذكر القاعدة الفقهية " وأن المتسبب لا يضمن إلا بالتعدي " (١) دون أن يتناولوها بالشرح والتحليل ، كما أن بعض الفقهاء القدامى نكروا القاعدة بلفظ التصد دون التعدي ، فقد جاء في الأشباه والنظائر لابن نجيم " المتسبب لا يضمن إلا بالتعدي " (٢) ، كما أن مجلة الأحكام العدلية أوردت ذات المعنيين فقد جاء بالمادة ٩٣ على أن المتسبب لا يضمن إلا بالتعدي أما المادة ٩٢٤ فقد جاء بها أن المتسبب لا يضمن إلا بالتعدي ، مما ثار خلاف في الفقه الحديث بشأن مدى اشتراط تعدي المتسبب لتحمله الضمان .

١٣٩- فقد اتجه الفريق الأول : إلى اشتراط تعدي المتسبب لتحمله المسئولية أو الضمان والذي يضي إتيان الفعل الضار عن قصد واردة ، لأن الاكتفاء بالتعدي كقيد يرد على مسئولية المتسبب أمر مشكوك فيه ، لأن التصد هو مجال الضمان ، ولذا فإن الفعل الذي صدر من المتسبب وترتب عليه حصول الضرر أما عمداً وإما إهمالاً من المتسبب وهو ما يعادل الخطأ في مفهومنا الحالي لأننا لو أوقفنا الضمان على مجرد التعدي لما كان هناك محل للتفرقة بين ضمان المتسبب والمباشر .

(١) مجمع الضمانات للبهادى ، ط ٠ الأولى ، مصر ص ١٤٦ .

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم : السابق ص ١١٣ .

ويخلص هذا الإتجاه إلى أن مجرد أحداث الضرر لا يكفى لضمان المتسبب ولا يكفى مجرد توافر التعدي وإنما يشترط القصد والإهمال (١)

١٤٠- وقد ذهب فريق ثلثي من الفقه إلى أن عديم التمييز لا يضمن إذا كان متسبباً لعدم إمكان تصور وقوع التعدي منه ، ويضمن في حال المباشرة فقط بحيث أن فعله لا يوصف بالتعدي لإعدام فهمه للخطاب (٢) دون ذكر لفظ التصد .

وقد اتجه هذا الفريق إلى تطلب الإدراك والتمييز لدى المتسبب في الضرر على أساس أن المسئولية تفترض التعدي والذي يعتبر الركن الأول المادي ، وهو الإضرار بالغير بدون وجه حق ، والثالثي : معنوي وهو عنصر الإدراك والتمييز لأن التعدي لا يصدر إلا من شخص مخطئ وأن الخطأ لا يصدر إلا من يميز أو يدرك (٢) .

١٤١- وبالمقابل ذهب جانب آخر من الفقه إلى الإكتفاء بشرط التعدي دون التمييز ، باعتبار أن الشريعة الإسلامية لا تميز بين العمد وغير العمد إلا في مسائل القصاص أو في الجناية على النفس بخلاف مسائل الضمان (٣) .

(١) إبراهيم الدسوقي : المرجع السابق ، ص ١٦٤ وما بعدها ، فقرة ١٠٥ .

(٢) عبد الرزاق السنهوري : مصادر الحق السابق : ج ١ ، ص ٥٦ .

صبيح المحمصاني : النظرية العامة للموجبات والعقود ، ج ١ ، ص ٢٢٣ ، ٢٢٤ .

(٣) السنهوري : مصادر الحق السابق ، ج ١ ، ص ٥٦ نفس المعنى : منصور

مصطفى منصور الخطأ في المسئولية المدنية ، منكرات لطلبة الدراسات العليا

- ديوان الفتون الخاص - جامعة الكويت ٧٤/٧٥ . ووجه الترجيح ، السابق ،

ص ١٦٩ ، محمد صلاح الدين حلمي ، رسالته ، ص ٢٥٩ .

وقد أيد هذا الاتجاه نظرتة بأن مناط الضمان الفعل الضار بإعتباره مكوناً للتعدى المحظور شرعاً بصرف النظر عن فاعله وكونه مميزاً أو غير مميز على إعتبار أن ذلك يتمشى مع النزعة المادية فى الفقه الإسلامى وهى نزعة موضوعية لا شخصية (١) .

١٤٢- والحقيقة فإن ما أتى به الإتجاه الأخير جدير بالتأييد ولا بداء حجتنا بشأنه يجب علينا بداية الرد على حجة الفريق الأول والتي تتمثل فى نقطتين :

الأولى : أن لزوم تعدد المتسبب دون تعديه بعدم مجال التفرقة بين ضمان المتسبب وضمن المباشر .

الثانية : عدم ضمان عدم التمييز إذا ما كان متسبباً لعدم إمكان تصور وقوع التعدى منه .

أما بالنسبة للحجة الأولى فإن فقهاء الشريعة الإسلامية قد فرقوا بين المباشر والمتسبب سواء من ناحية تحديد المضمون أو من زاوية قيام المسؤولية أو الضمان ، كما سبق الإشارة ، فمن حفر بلسراً فسى ملكه فوَقعت فيه دابة إيمان فتلفت أو أسقطها شخص آخر فتلفت فلا ضمان عليه لأنه لم يكن متعدياً بحفره ، أما المسقط قطعيه الضمان لمباشرتة الضرر ، فإن حافر البئر متسبب ولكنه غير معتمد ، لأنه حفر البئر فى ملكه ، بخلاف ما لو حفره فى الطريق العام ، لذا فإن مسؤوليته لا تقوم فى الحالة الأولى ويضمن المباشر لتعديه بينما تقوم فى الحالة الثانية لتعديه .ولا يمكن القول باختلاط مجال

(١) السرهمى المبسوط : ج١ ، ص ٢٦ ، ص ١٨٧ .

نفس المعنى : على الخفيف ، ص ٧٥ ، هامش ص ١ لخرى رشيد مهني ص ١٠٠ .

ضمان المتسبب والمباشر ، كما أن الشريعة حددت حالات تحصل المتسبب الضمان فى أحوال اشترك المباشرة مع التسبب ، كما سنعرض خلال البحث

أما بالنسبة للحجة الثانية : فإنه لا يمكننا التسليم بتقيد ضمان عدم التمييز بقصره على أحوال المباشرة دون التسبب ، لأن معيار التعدى معيار موضوعى مجرد ، كما سبق ، لا يعد فيه بالظروف الذاتية للفاعل حتى ولو كان إعدام التمييز ، كما سبق الإشارة .

بالإضافة إلى أن الأمة الثلاثة الشافعى ومالك والإمام أحمد قد ذهبوا بالإضافة بالإباحة لمن صال عليه صبي أو مجنون أن يندفعه ، فإن لم يندفع إلا بالقتل فقتله لا إثم عليه ولا ضمان ، وقد رخص الحنفيه فى الدفع ولذا فإن الضمان قد شرع لجبر الضرر دون تفرقه بين المباشر والمتسبب ، فقد جاء فى الشرح الكبير " لأن الشارع جعل الترك سبباً فى الضمان يتناول البالغ وغيره "

(١) على الخفيف : هامش ، ص ٧٥

نفس المعنى :

السوقسى على الشرح الكبير ج٣ ، ص ١١ ، محمد سلام منكسور :

نظرية الإباحة ، ص ٤٣٩ .

المبحث الثالث

التعدى فى حالة إجتماع المباشر والمسبب

١٤٣- يمكننا إعمال فكرة التعدى فى حالة إجتماع المباشر والمسبب وكما جاء بمجمع الأنهر " وإذا ساق شخص دابة فوقع سرجها أو ما تحمله على مال فتلته ضمن السائق لتعديه " (١) وذلك لعدم مراعاته جانب الحيطة والحذر .

وإذا وضع شخص السم فى الطعام المعد لأكل الحيوان فقدمه إليه صاحبه جاهلاً وأكله الحيوان فمات ضمن واضع السم إتفاناً لوجود التعدى ، وإذا وضع السم فى الطعام فقدمه آخر إلى حيوان وهو جاهل فأكله فمات ضمن واضعه عند مالك وأحمد باعتبار أن وضع السم فى الطعام فى حد ذاته يعتبر تعدياً . (٢)

ولو وضع فى الطريق جمرأ فاحترق به شئ ضمن باعتباره متعدياً بفعله ، أما إذا حركت الريح النار أو الجمر من مكان إلى مكان آخر من الطريق فاحترق به شئ لم يضمن لانقضاء تعديه لوجود فعل فصل بين فعله والتلف وهوانتقال الحجر بفعل الريح إلى مكان آخر ، أما إذا كان اليوم يوم ريح ضمن لوجود التعدى بفعله لعلمه اليقيني بإمكان إنتقال الحجر بفعل الريح لكن لو أن ما تلف به من المال دون انتقال الحجر ضمن عند بعض الفقهاء لنسبة التلف إليه إذ لم يفصل بينه وبين التلف ما يمنع نسبته إليه عادة (٣) .

وقد يضمن كل من المباشر والمسبب معاً لصدور التعدى من فعل كل منهما فمن كذب لدى حاكم كذباً أدى إلى أخذ مال إنسان كان ضمناته عليه لكذبه واغرائه لعدم لإقطاع نسبة التلف إليه المتسبب (١) ضمان المتسبب دون المباشر

وقد يضمن المتسبب وحده فى أحوال انتفاء تعدى المباشر وهى :

١٤٤- حالة استقلال السبب بالضمنان ، و إذا كان السبب شيئاً لا يعمل بإنفراده فى الإلتلاف و الا يكون حدوث الفعل الثقى لازماً لحدوث الفعل الأول على وجه اللزوم . على النحو التالى :

١- استقلال المتسبب بالضمنان .

وذلك إذا كان فعل المباشر لا عدوان فيه فإن انتفاء التعدى يوجب الضمان على المتسبب وحتى وإن كان فيهما عدوان اشترك المسبب والمباشر فى الضمان بحيث تتلخص الأحوال فى .

الأول : إجتماع المباشر والمسبب ولم تكن المباشرة ملجئة إلى التسبب وفى هذه الحال يعتبر المباشر متحدياً ويلزمه الضمان كما فى : حفر بئر فى الطريق فتلقى فيه بعل إنسان دابة فنتلف ، فإن ضمانتها على من ألقاها وحده وهو المباشر .

الثقى : إجتماعها والمباشرة ملجئة إلى التسبب وليس فى المباشرة عدوان وذلك كما فى حالة شهادة الزور فإن الضمان على الشاهد وليس للقاضى باعتبار الشاهد متحدياً بشهادة الزور لأن المتسبب ملجأ إلى المباشرة . (٢)

(١) على الخليفة السابق ص ٨١ ، كشف القناع ، ج ٢ ، ص ٣٦٠ .

(٢) على الخليفة السابق ص ٨١ وما بعدها .

(١) مجمع الأنهر ج ٢ ، ص ٦٣٣ .

(٢) ، (٣) الضمان على الخليفة ص ٧٧ وما بعدها .

الثالث : إجتماعهما والمباشرة ملجئة إلى التسبب ولكنها عنوان كما إذا أكره إنسان آخر على إتلاف مال لثالث فالمكره مسبب والمكره مباشر وفي المباشر تعدى

وقد ذهب الحنابلة إلى ثلاث : الأول الضمان على المكره وحده وهو مذهب الحنفية والثاني : الضمان عليهما جميعاً لوجود التعدى في فعل كل منهما والثالث : الضمان على المكره لأن المتسبب المباشر كمن وضع حجر على حافة بئر حفر في الطريق فتطرت فيه دابه فوقت في البئر فتلفت ، قيل الضمان على واضع الحجر لتعديه لأنه في حكم الدافع للدابة في البئر وقيل عليهما كلأى أحضر مالاً لمن أتلفه (١) .

٢- ضمان المتسبب إذا كان المسبب شيئاً لا يعمل باستفراجه في الإلتلاف

١٤٥- فقد جاء ذكر هذه القاعدة في التبيين للزيلعي (٢) فإذا كان الإلتلاف نتيجة لإجتماعهما فترتب عليهما جميعاً الضمان ، وذلك كما في الراكب للدابة والسائق إذا أتلفت مالا في سيرها إذ يكون الضمان عليهما وإن كان الراكب مبشراً والسائق مسبباً في الإلتلاف باعتبار فعل كل منهما تعدياً ، فمثلاً إذا حفر إنسان حفرة في طريق الحيوان عرف أنه سيمر فيه وذلك بغرض إتلافه فلإرادته فيه إنسان مع ذلك فإن الضمان عليهما جميعاً أيضاً لو أمسك شخص آخر لظالم ليأخذ منه ما معه من النقود بعد فراره فالضمان عليهما لوجود التعدى ، ولأن المتسبب لا يعمل باستفراجه خلافاً لأبي حنيفة (٣) .

(١) على الخليفة ، ص ٨٦ وما بعدها

(٢) الزيلعي : ج ٦ ، ص ١٤٣ وما بعدها ، نفس المعنى بداية المجتهد ، ج ٢

ص ٢٦٢ وما بعدها ، الفروق للرافعي ، ج ٢ ، ص ٢٠٥ وما بعدها .

(٣) مجمع الضمانات ، ١٧٧ ، نفس المعنى : الشرح الكبير ج ٤ ، ص ٢٤٤ وما بعدها

٣- ألا يكون حدوث الفعل الثاني لازماً لحدوث الفعل الأول على وجه اللزوم وإلا كان كفعل واحد فيكون الضمان عليهما .

وكما ذكر ابن رجب الحنبلي في القواعد بالآتكون المباشرة مبنية على السبب ونشأته عنه سواء كان الفعل المتسبب ملجئاً إلى الفعل المباشر أم لا (١)

ونخلص من هذا ان التعدى دون ضرر لا يوجب الضمان ، وما يؤكد رأينا ما جاء بمجمع الضمانات للبهادى ، إذ ذبح رجل شاه لآخر لا ترجى حياتها لم يضمن نهبها ، إذا أنه بعصه أفاد مالكا ولم يضره فبأنه بعصه هذا لم يذبح عليه لحمها على حين أنه يذبح عليه لو أنه تركها فتلفت بدون نهب ، أما إذا كان مكان الشاة فرساً مثلاً فبأنه يضمن قيمتها وقت نهبها لإتلافه مالا وقت الإعتداء ومثله إذا ذبح شخص شاهاً لآخر وقت الإضحية ، وكان الأول عنها لذلك لم يضمن لعدم الاعتداد . (٢)

١٤٦- ولذا ذهب الشافعية إلى أن من غصب عسوراً ففقدت كميته ولم تنقص قيمته لا ضمان عليه ، لأن نقصه يتبخر بضع مائه والماء لا قيمة له لذا لا يعتبر فعله تعدياً لانتفاء الضرر . (٣)

١٤٧- وقد أكد الحنابلة ذات المعنى بأن من بنى مسجداً في طريق واسع

(١) على الخليفة ، ص ٨٤ .

(٢) مجمع الضمانات ، للبهادى ، ص ٣٠٨ - ص ٣٦٠ .

نفس المعنى : القواعد لابن رجب الحنبلي ، ص ٢٢٢ .

الشيخ على الخليفة ، الضمان السابق ، ص ٤٥ .

(٣) الخرئسي ، ج ٦ ، ص ١٦٦ .

ولم يترتب على بنائه ضرر فلا ضمان عليه ولو بناه بغير إذن الإمام
لاقتفاء الضرر (١) .

الفصل الثالث

اعمال فكرة التعدي على حالات المسؤولية

تمهيد :

١٤٩- بعد أن أوضحنا مدى قصور نظرية الخطأ الثابت والخطأ
المفترض في مواجهة المشكلات المرتبطة بالمسؤولية المدنية والذى
جعلنا نرفض الإعتداد بإيهما كأساس للمسؤولية ، مما دفعنا إلى إعتبار
الضرر المخرج الوحيد والذى يمكن به مواجهة كلفة المشكلات التى
تواجه المسؤولية ، ويلزم لتمام الفقده اقتراح البديل عن فكرة الخطأ
وهى فكرة التعدي التى وضع الفقه الإسلامى شروطها ، وتحيل إلى ما
سبق بشأن أعمال فكرة التعدي على المسؤولية عن الأعمال الشخصية
والمسؤولية عن فعل الغير لى تكون الفعده مرجوة من البحث .
اما بالنسبة للمسؤولية الناشئة عن الاشياء فانه يمكننا اعمال فكرة
التعدي بشأنها على حالات ثلاثة الاولى المسؤولية عن فعل
الحيوان،الثانية المسؤولية عن البناء الثالثة المسؤولية عن حراسة
الاشياء التى تحتاج حراستها الى غنية خاصة كل فى مبحث مستقل
على النحو الاتى .

١٤٨- ويقصد بالضرر كل إذى يصيب الإنسان فيسبب له
خساره مادية أو جسدية ، والتعويض فى الفقه الإسلامى لا يكون الا عن
الضرر المالى الذى وقع فعلاً ولقد ربط الفقه بين الضمان والضرر
إعمالاً لقاعدة الضرر يزال ، ولقول النبى صلى الله عليه وسلم " لا ضرر
ولا ضرار " كما سبقت الإشارة .

المبحث الأول

المسئولية عن فعل الحيوان

١٥٠- نصت المادة ١٧٦ من القانون المنقح المصري على ان "حارس الحيوان ولو لم يكن ملكاً له مسئول عما يحدثه الحيوان من ضرر ولو ضل الحيوان أو تسرب ما لم يثبت الحارس ان وقوع الحادث كان بسبب احتياى لابد له فيه ."

وقد انتهينا، كما سبقت الإشارة ، الى ان مجرد حدوث الفعل من الحيوان نليل على وقوع خطأ من الحارس فى اقتناء الحيوان او حراسته حيث تقوم المسئولية على اساس خطأ فى الحراسة ثابت وعلى سببية مفترضة . وقد سبق ان بينا مدى العور الذى لاجق نظرية الخطأ المفترضة فى الحراسة .

ولذا فلا مناص من البحث عن اساس اخر للمسئولية ولا نجد الفضل مما أتى به الشرع الحنيف الذى لا يكتبه الباطل من بين يديه ولا من خلفه . وهو قيام المسئولية على فكرة التعدى ، الامر الذى يحتاج منا الى وضع معيار واضح يمكن ان يستند اليه القاضى فيه بدلاً عن فكرة الخطأ على النحو التالى:

جناية العجماء جبار :-

١٥١- الاصل ان ما ماينشأ عن فعل الحيوان من ضرر ان يكون جباراً لا يستعيب مساعلته لأنه لائمة له ولا ادراك ، لما رواه ابى هريرة رض الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم " العجماء جرحها جبار "

وجاء فى بعض الرويات " ساقمه جبار " ويقصد بالعجماء الدابة ، والسقمة الدابة المرسله فى رعيها والجبار هدر (١) ، وهذا ما أكدته مجلة الاحكام العدليه فقد نصت المادة ٩٤ منها " جنابة العجماء جبار " ويستخلص من هذا انه لا يسأل صاحب الحيوان عما يسببه من ضرر اذا تمخض الفعل عن الحيوان ذاته ، وهذا ما أكدته صراحة المادة ٩٢٩ " الضرر الذى نشأ من تلقاء الحيوان لا يضمنه صاحبه "

ولكن ماذا لو كان صاحب الحيوان معه ؟

ردا على هذا ذهب ابو حنيفة الى اعمال القاعدة سواء كان صاحب الحيوان معه أم لا ، بخلاف الائمة الثلاثة المالكية والشافعية والحنابلة فقد اشترطوا عدم وجود صاحب الحيوان والا ضمن (٢) .

وقد ذهب البعض الى أنه لو اتفقت الدابة بنفسها ولولفى الطريق أو فى ملك غير صاحبها فصابت مالا أو أدمياً نهراً أو لوبلاً لا ضمن فى الكل لا عليها ولا على صاحبها (٣) غير أننا لا نؤيد هذا الرأى على اطلاقه لأنه كما روى حرام بن محيص ، أن ناقة البراء بن عازب دخلت حائطاً فلقتت فيه فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان على أهل

(١) على الخليف : ص ٢٤١ .

(٢) المحاسنى : فى شرح المادة ٩٢٩ من المجلة .

(٣) مشر اليه : سليمان مرقس : ص ١٠٥ .

الحوادث حفظها بالنهار وأن ما أسدته المواشى بالليل ضامن على أهلها وذلك لأن المواشى حيث تترك للرعى نهراً فلا تقصير أو إهمال من صاحبها ولا يمكن أن ينسب إليه التعدى عند حدوث ضرر من فعل الحيوان ، لأن التعدى هنا ينسب إلى صاحب الدار لاهماله حفظها نهراً أما ليلاً فالأمر مختلف ، لأن على صاحب الحيوان حفظه فإذا ما وصلت حوائطهم وأسندت فبقه صاحب الحيوان يتحمل الضرر باعتبار تعديه متمثلاً في التقصير والاهمال في الحراسة ، بحيث لا راعي وتحبس في حظرها ، ويؤكد هذا ما ذهب إليه الأئمة الثلاثة المالكية والشافعية والحنابلة من أن صاحب الحيوان يضمن ليلاً وعدم ضمان ما حدث من ضرر نهراً استناد إلى حديث النبي صلى الله عليه وسلم ، أما إذا كلفت الدابة معروفة بالأسد فإن صاحبها يضمنها مطلقاً ، واشترط الشافعية التعدى بالاهمال من صاحب الحيوان بوضمن ، فقد جاء في الام للشافعي " ما أصابت العجماء من جرح وغيره في حال جبر وفي حال غير جبر وفي هذا دليل على أنه إذا كان على أهل العجماء حفظها ضمنوا ما أصابت فإذا لم يكن عليهم حفظها لم يضمنوا شيئاً مما أصابت " .

وذهب آخرون إلى لزوم صدور فعل إيجابي من صاحب الحيوان بما يعنى صدور التعدى منه ^(١) .

١٥٢ - أما الحنفية فقد اعتبروا سابق الدابة ضامن ، لمبايحتة لمبايهرته الائلاف باعتبار ثقله وثقل الدابة اتصالاً بالمتلف ، فكأنهما وطأه جميعاً ، والمبايهر ضامن متدياً أم غير متد ، بخلاف ما لو كان سقلاً أو قفداً فلا ضمان عليه لعدم تعديه ^(٢) .

(١) الام للشافعي ج: ٧ ، ص: ٤٠ .

(٢) على الخليفة : السابق ، ص: ٢٤١ ، ٢٤٦ ، وما بعدها .

١٥٣ - أما بخصوص هذه القاعدة فيقتا نؤيد ما ذهب إليه الأئمة الثلاثة في حالة عدم صدور تعدى من صاحب الحيوان بالاهمال أو التقصير ، ويؤيدنا في هذا ما رواه التمام بن بشير قال " قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من وقف دابة في سبيل المسلمين أو في سوق من أسواقهم فإوطأت بيد أو رجل فهو ضامن " لأن وقف الدابة في الطريق العام يعد تعدياً من صاحبها حيث أن الطريق جعل للمرور وليس لوقوف الدابة .

ونخلص من هذا ، إلى أنه إذا لم يكن للدابة صاحباً أو تحركت بغير إرادة صاحبها فإن الضرر يعتبر من قبيل الضرر المباشر والمباشرة لا يشترط فيها التعدى ، وتحرك الحيوان بغير إرادة صاحبها من قبيل التسبب بالنظر إلى صاحب الدابة ، ولذا فانه يلزم أن يكون الضرر الناشئ عن فعل الحيوان نتيجة تقصير حتى يمكن تأسيس مسؤوليته على التعدى .

١٥٤ - وقد اختلف الأئمة بشأن تحميل صاحب الحيوان الضرر الناشئ عن ائلاف الدابة برجلها وصاحبها عليها ركب فذهب الحنفية إلى ضمان صاحبها إن كلن بطؤها ، فقد جاء بمجمع الضمانات " الراكب ضامن لما وطلت الدابة ولما أصابت يديها أو رجلها أو رأسها أو كمت أو خبطت ، وكذا إذا صدمت ولا يضمن مالفت برجلها أو ذنبها ، وإن أوقفها في الطريق ضمن أيضاً لأنه متد بالابقاف ، وأن أصابت بيدها أو رجلها حصاة أو نواة أو أثارت غباراً أو حجراً صغيراً ففلسأت عين إنسان أو أسندت ثوبه لم يضمن وإن كلن حجراً كبيراً ضمن ^(١) " .

(١) مجمع الضمانات للبغدادى ، ص: ٣٥٨ نفس المعنى : مسمى المحمصالى ج: ١

ص: ٢٣٨ ، على الخليفة ص: ٢٤٦ ، وما بعدها

ويبدو من النص أن صاحب الدابة لا يضمن بغير وطء ، فإن كان في موضع مأذون فيه لراكبها بسلوكة لم يضمن لعدم تعديه .

وعلة ارتباط الضمان بوطنه لأنه يعتبر مباشراً لأن التلف حصل بثقله وثقل الدابة تابع له ، حيث يعتبر في حكم الدابة فيضاف سيرها إليه ولذا فاته لا يعتبر مباشراً بل متسبباً ولا يضمن إلا في حالة التعدي وهذا ما تؤكده المادة ٩٣٠ من المجلة * لا يضمن صاحب الدابة الشيء أحدثت بيدها أو رجلها أو نزلها كونها في ملكه راكب كان أو لم يكن أما إذا كانت خاضعة لتوجيه فاته يضمن لتعديه بالأهمال كما نصت المادة ٩٣٦ " لو داست دابة مركوبة لأحد على شيء بيدها أو رجلها في ملكه أو في ملك الغير أو أتلفته بعد الراكب قد أتلف ذلك الشيء مباشرة فيضمن على كل حال .

١٥٥- أما مالك ، فقد ذهب إلى عدم ضمان صاحب الدار ما أتلفته بيدها أو رجلها أو فمها إذا لم يكن من جهة ركبها أو قتلدها أو ساقطها أو لم يصدر تد منه من همز أو حدث وقال الشافعي أنه يضمن على كل حال سواء كان الضرر نتج بسبب ركبها أو قتلدها من عدمه أما الأمام أحمد فقد ذهب إلى أن ما أتلفته برجلها وصاحبها عليها فلا ضمان لعدم تعديه (١) .

ويلاحظ أن الأئمة الثلاثة الحنفية والمالكية والشافعية فقد ذهبوا إلى الضمان ، والمعيار في هذا الاعتبار الراكب مباشراً أن تكون الدابة خاضعة لصاحبها وتوجيهه وإلا بعد متسبباً ولا يسأل إلا إذا تعدى .

(١) راجع هذا على الخليلي : ص ٢٤٦ وما بعدها .

فقد جاء في المبسوط للمرخسي " لو سار صبي على الدابة فلوطأ امتساقا فقتله فإن كان هو ممن يمسك عليها فديته على عاقلة الصبي ، وإن كان ممن لا يسير على الدابة تصغره ولا يستمسك عليها فدم القتل هدرأ (١) .

ويعتبر فعل الدابة هدرأ أي في حكم العجماء ، لأن الطفل الصغير غير أهل للتعدى فهو مسبب وليس مباشراً حتى نحمله المسئولية (٢) .

أما إذا قتلت الدابة وقت أحداثها الضرر غير خاضعة لتوجيه صاحبها أو قتلدها أو ساقطها فإن كان في وسعه منعها فلم يفعل فاته يعتبر متعدياً ، فقد جاء في المادة ٩٢٩ من المجلة " لو استهلك حيوان مال أحد ورآه صاحبه ولم يمنعه ضمن لتقصيره ، أما إن رآه غير ملكه فإن كان حارساً للحيوان لمسبب غير الملك فلم يمنعه ضمن لتعديه ، أما إن كان غير حارس للحيوان لم يضمن لأنه لا التزام عليه بمنعه

١٥٦- وإذا كان الحيوان كالكبش القنطوح والكلب العطور والجمل الضوض فإن كان له صاحباً ضمن لتعديه لعدم محافظته عليه ، فقد جاء في المادة ٩٢٩ من المجلة " يضمن صاحب الثور القنطوح والكلب العطور ما أتلفاه إذا تقدم أحد بقوله حافظ على حيواتك ولم يحافظ عليه" ومؤاده أن الأضهاد على صاحب الحيوان هذا يوجب عليه منعه من أحداث الضرر بالغير ، وقالوا إن الأضهاد لا يوجب المنع الأفرما يكاف تلف بني آدم وما يتبعه من تلف المال ، أما حراف تلف المال فقسف فلا يترتب عليه أثر هذا الأضهاد ، كما لو كان له كلب يكل عشب الكرم فلتشده عليه فيه فلم يحفظه حتى أكل العشب لم يضمن (٣) .

(١) المبسوط : ج ٢٦ ، ص ١٨٧ .

(٢) المحمصي : ج ١ ، ص ٢٢٤ ، سليمان مرقس ، المرجع السابق ص ١٧ ،

(٣) سليم بتر شرح المجلة : ج ١ ، ص ٤٩٧ ، المحمصي : شرح المجلة : ج ٢ ، ص ٢٢٩ .

ما يحدثه الحيوان في الطريق العام من ضرر :
 جاء في جامع الفصوليين ، لو تصادمت دابتان في مكان احد لوقوف
 الدواب فتلقت أحدهما الأخرى فلا ضمان ، كما لو كانت في سوق
 الدواب المخصص لعرض الدواب وبيعها لعدم تعدى من صاحب الدابة
 في وقفها في سوق الدواب لأنه مكان أحد لذلك ولا مجاوز فيه للحق
 بحسب عرف الناس وعادتهم (١) .

وهذا ما تؤكد المادة ٩٣٤ من المجلة من أنه لو وقف أحد أو ربط دابته
 في الطريق العام بضمن جنابته على كل حال سواء رفعت بيدها أو
 رجلها أو نزلها أو جنت بسائر الوجوه * لأنه الوقوف الطريق العلم يعتبر
 تعدياً بحسب عرف الناس ، بخلاف سوق الدواب ، كذا لو ربط دابته في
 ملك الغير دون أنفه فقد نصت المادة ٩٣٨ من أنه إذا ربط شخص دابته
 في ملكه ثم ربط غيره دابته في ملك الأول دون أنفه فتلقت دابة الأخير
 دابة صاحب الملك فإن بضمن تعديته بربط دابته في ملك غيره دون أنفه
 وإذا سار صاحب الدابة أو راكبها أو قندها أو ساقها في الطريق العلم
 فته بضمن ما يمكنه التحرز منه ، وذلك لأن من حقه المرور دون
 الإهمال ، وإذا فإن المرور مشروط بالسلامة مما يمكن التحرز منه
 وهذا ما أكتته المادة ٩٣٢ من المجلة ، من أنه لا يضمن المرء ركاباً
 على حيوان في الطريق العلم الضرر الذي لا يمكن التحرز منه كما لو
 رفعت برجلها المؤخرة أو تلطمت بذيلها وذلك لعدم إمكان التحرز منه
 أي لعدم تعديته .

(١) جامع الفصوليين ج٢ ، ص ٨٦ وما بعدها .

وتخلص من هذا إلى أن صاحب الحيوان إذا كان مباشراً للضرر فته
 بضمن لتعديته أما إذا كان متسبباً فته لا بضمن إلا إذا كان متعدياً ، مما
 يجعلنا نعتبر التعدي أساساً للمسئولية عن فعل الحيوان ، ونقتصر
 استبدال الخطأ المفترض بالتعدي كأساس للمسئولية .

المبحث الثاني

مسئولية حارس البناء

أولاً في القانون الوضعي :

١٥٧- تنص المادة ١٧٧ على أن ١ -حارس البناء ولو لم
 يكن ما لكأله ، مسئول عما يحدثه انهدام البناء من ضرر ولو كان
 انهداماً جزئياً ، ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال في
 الصيقة أو قدم في البناء أو عيب منه .
 ٢- ويجوز لمن كان مهتماً بضرر بصيبيته من البناء أن يطالب
 المالك بتخاذ ما يلزم من التدابير الضرورية لدرء الخطر فإن لم يقم
 المالك بذلك جاز الحصول على ان من المحكمة في اتخاذ هذه التدابير
 على حساب المالك * .

ويبدو وكما جاء بمذكرة المشرع التمهيدى : أن تأسس هذه المسئولية
 على الخطأ المفروض ، وقد ألقى عليها على علق حارس البناء دون
 ما لكه فتظل مسئولية الحارس قائمة ، ما لم يثبت أن تداعي البناء لا
 يرجع إلى إهمال في الصيقة أو قدم أو عيب في أشغته ، فلمن يتهدده
 هذا الضرر أن يكلف المالك دون الحارس بتخاذ ما يلزم من التدابير
 لدرء الخطر فإذا لم يستجب مالك البناء لهذا التكليف جاز للمحكمة أن
 تلزم لمن يتهدده الضرر بتخاذ هذه التدابير على حساب المالك .

ونخلص من هذا أن المسئولية عن تدهم البناء تقوم كلياً أو جزئياً وتُسند إلى خطأ مفترض في جانب الحارس لا يقبل اثبات العكس باهمال في صيغته البناء أو التجديد أو الإصلاح ، وإن كانت هذه المسئولية تنتهي بما تنتهي به علاقة السببية بين الخطأ المفترضة والضرر ، بثبوت أن وقوع التدهم لا يرجع الى اهمال في الصيقة أو قدم في البناء أو عيب فيه كلن يرجع الى حريق نشب فيه أو زلزال أو أسقط جزءاً منه (١) .

وقد سبقت الإشارة الى أن نظرية الخطأ المفترض والذي لا يقبل اثبات العكس أو ما يسمى بالخطأ الثابت تعوزها الفقرة ولا تساير منطق العدالة الذي يلبي مساعلة الشخص عن ضرر لم يرتكبه أو لم يتسبب فيه هذا من جهة ، كما أن المسئول لا يمكنه دفع المسئولية بنفسه الخطأ المفترض بل ينفي رابطة السببية من جهة أخرى ، هذا ما يدفعنا الى اقتراح البديل عن الخطأ المفترض كأساس للمسئولية وهو التعدي على النحو الوارد في الفقه الاسلامي على النحو الآتي .

ثانياً في الشريعة الإسلامية :

١٥٨- لاخلاف بين الفقهاء في ان التعدي هو اساس ضمان صاحب البناء لما يحدثه سقوط البناء من اضرار بالآخرين ولكنهم اختلفوا فقط في تحديد حالات التعدي ، فمن بنى حائطا مثالا الى الطريق او الى مسلك الغير ابتداء يكون ضامنا لتعديه (٢) ، اما من بنى حائطاً مستقيماً ثم مال بعد فان في ضمانه خلاف ، ويرجع اختلاف الفقهاء لاختلافهم في

(١) محمد كمال العزيز: المسئولية المدنية، السابق ، ج١ ، في الالتزامات ص ٦٩٢

(٢) المقضي لابن قدامة ، ج ١٢ ص ٩٤ ، الشرح الكبير للدردير موجود بهامش حاشية السوفى ، ج ٤ ، ص ٢٥٦ ، البحر الزخار ج ٦ ص ٢٤٤ من الفقه الحديث ، سيد امين ، رسالته ، ص ٢٢١ ، اسماعيل المحافى برسالته ، ص ٧٨ ، على الخفيف السابق ص ٢٥٤ .

ثبوت تعديه فقد ذهب جمهور الفقهاء من المالكية (١) وبعض الحنابلة (٢) ، والحنفية (٣) ، والزيدية (٤) ، الى عدم اعتباره متعدياً الا اذا طوبى باصلاحه ولم يفعل .

ويؤكد ما ذهب اليه الشافعية (٥) والظاهرية (٦) وبعض الحنفية (٧) لانه بنى الحائط في ملكه .

وبالمقابل ذهب بعض الحنابلة واسحاق (٨) ، الى ان مجرد ميلان الحائط يجعل صاحبه متعدياً اذا لم يزله ، سواء طوبى بنقضه ام لا .

ونخلص من هذا الى ان التعدي اساس ضمان صاحب البناء وهذا يقتضى امرين :

الاول ، ثبوت التعدي في جانب المسئول ، فإذا كان متسبباً الى الاضرار كلف المضرور بثبوت تعديه ويكفي وقوع الضرر في حالة المباشرة .

والثاني : وقوع الضرر بفعل البناء حيث يكلف المضرور اثبات ان الضرر كان بفعل البناء .

- (١) الشرح الكبير للدردير ، السابق ، ج ٤ ص ٢٥٦ .
- (٢) المقضي السابق ، ج ١٢ ص ٩٥ .
- (٣) بدائع الصنائع ، ج ٧ ، ص ٣٨٣ .
- (٤) البحر الزخار ، ج ٦ ص ٢٤٤ .
- (٥) مقضى المحتاج ، ج ٥ ص ٣٤٤ .
- (٦) المحلى لابن حزم الظاهري ، ج ١١ ص ١٩٤ .
- (٧) تبين الحقائق ، ج ٦ ص ١٤٧ .
- (٨) المقضي لابن قدامة ، ج ١٢ ص ٢٥٤ .

المبحث الثالث

مسئولية حارس الاشياء الخطرة او التي تحتاج

حراستها الى عناية خاصة

اولا في القانون الوضعي :

١٥٩ - نصت المادة ١٧٨ من القانون المدني المصري على انه
 "كل من تولى حراسة اشياء تتطلب حراستها عناية خاصة او حراسة
 آلات ميكانيكية يكون مسئولا عما تحدثه هذه الاشياء من ضرر بمالم
 يثبت ان وقوع الضرر كان بسبب اجتناب لئد له فيه ، هذا مع عدم
 الاخلال بما يرد في ذلك من احكام خاصة "

اساس المسؤولية

١٦٠ - تقوم هذه المسؤولية على اساس الخطأ المفترض في
 الحراسة ، الذي لا يقبل اثبات العكس وذلك اذا كان الضرر قد وقع بفعل
 الشيء ، وان يكون المدعى عليه هو حارس الشيء الذي وقع الضرر
 بفعله ، ولا يجوز للحارس ان ينفي المسؤولية عنه الا بنفي علاقة
 السببية بين الضرر وخطئه بأن يثبت ان الضرر يعود الى سبب اجنبي
 لايد له فيه (١) .

ثانيا : في الشريعة الاسلامية :

١٦١ - لاخلاف بين الفقهاء في ان التعدي هو اساس ضمان
 حارس الاشياء ، وهو من كلفت الاشياء تحت يده بشرط ثبوت تعدي من
 براء مساعلته ، كما هو الشأن في تضمين الاضرار الناجمة عن تهديم
 البناء او عن فعل الحيوان ، فقد تناولت الفروع الفقهية هذا .

(١) الوسيط للمنهورى السابق مج ١ - ص ١٠٩٦ ، ١١٠٠

فقد جاء في واقعات المفتين لو انفلتت فأس من قصاب كان يكسر العظم
 فانفلتت عضو انسان يضمن * (١) وجاء بمجمع الضمانات ان ارباب
 السفن اذا اوقفوها على الشط ، فجاءت سفينة فاصابت السفينة الواقفة
 ، فتكسرت السفينة الواقفة كان ضمان الواقفة على صاحب السفينة
 الجاتية . لانالام انن لارباب السفن بابقاف السفن على الشط فلا يكون
 متعبدا * (٢) .

وتخص من هذا ان التعدي هو اساس الضمان في الفقه الاسلامي عن
 الاشياء التي تحتاج حراستها الى عناية خاصة بشرط ١- ثبوت التعدي
 في جانب المسئول ، فإذا كان متسببا الى الاضرار كلف المضرور باثبات
 تعديه ويكفي وقوع الضرر في حالة المباشرة .
 ٢- وقوع الضرر بفعل الشيء حيث يكلف الضرر اثبات ان الضرر كان
 بفعل الشيء .

وقد سبقت الاشارة الى أن نظرية الخطأ المفترض والذي لا يقبل اثبات
 العكس او ما يسمى بالخطأ الثابت تعوزها الدقة ولا تسامر منطق العدالة
 الذي يلبي مساعلة الشخص عن ضرر لم يرتكبه أو لم يتسبب فيه هذا
 من جهة ، كما أن المسئول لا يمكنه دفع المسؤولية بنفي الخطأ المفترض
 بل بنفي رابطة السببية من جهة اخرى .

هذا ما يدفعا الى اقتراح البديل عن الخطأ المفترض كأساس للمسئولية
 وهو التعدي على النحو الوارد في الفقه الاسلامي السابق الاشارة اليه .

(١) واقعات المفتين : ص ٦٤

(٢) مجمع الضمانات للبدادي : ص ١٥٠

خاتمة

بعد الانتهاء بتوفيق من عند الله سبحانه وتعالى وعونه من إعداد هذا الكتاب يطيب لنا أن نشير في البداية إلى أننا إن تقوم بتلخيص ما سبق عرضه بل نشير إلى عدد من النتائج والمقترحات ولغة من المفيد أبرز أهمها على النحو التالي :

- ١- نتائج البحث
- ٢- الحلول المقترحة بالنسبة للتعديل التشريعي .
- ٣- التوصيات .

نتائج البحث

ينتهي هذا الكتاب - وكما بدأ - نظرية التعدي كإسناد المسؤولية الحديثة ، في القاتلون الوضعي (الفرنسي والمصري) والشريعة الإسلامية وكانت وسيلتنا إلى هذا الهدف الإقتراب من فكرة التعدي بإعتباره أساس للمسئولية أو الضمان ، وفي محاولته لإيجاد ضابط له خاصة أن الفقهاء لم يضعوا ضابطاً محدداً للتعدي يمكن الاعتماد عليه كأساس للمسئولية .

وقد انتهينا إلى أن الضرر المرتبط بالتعدي أساس للمسئولية ، وليس في الأخذ بنظريتنا هذه ثورة على أوضاع القاتلون القائمة ، ولا نحن نحوننا بها نحو الفقرة بين ما استقرت عليه أحكام المحاكم وكتابات الكتاب ، ولكننا في تأييدنا لفكرة التعدي كأفضل أساس للمسئولية والمرتبط بالضرر قد أبدينا نظرية الخطأ في حجج أنصراها وخصوصها وما وجدنا

إلا اتجاه أنصار النظرية محاولين الإبقاء على فكرة الخطأ بالتوسع في العنصر المادي (التعدي) ، وبالتضييق من العنصر النفسي ، وهو الإقتراب من وجهة نظرنا .

ونجد المشروع يستبعد تماماً الخطأ كأساس للمسئولية مؤسساً للمسئولية على الضرر في بعض حالات المسئولية ، وتارة أخرى نجده يحتق فكرة الخطأ المفترض في المسئولية عن فعل الغير والمسئولية الناشئة عن الأشياء ، وقد وجدنا أن الشريعة الإسلامية ترفض تماماً فكرة افتراض التعدي وأن نظرية الخطأ المفترض لا تصلح لسلسلأ للمسئولية ، وقد بان لنا أنها تقترب بالمسئولية نحو الموضوعية بإعتبار الضرر لسلسلأ لها ، وقد تبين لنا بوضوح مدى معاناة المجتمع الفرنسي والذي رأيناه في موقف القضاء فقد وجدناه يقضى بالمسئولية على أساس الخطأ ولجب الإثبات وفي نفس الموضوع يقضى بالمسئولية على أساس الخطأ المفترض ، بالإضافة إلى أن نظرية الخطأ المفترض قد أخذ عليها بأنها تفرق في بحر من المجاز ، وقد ينتهي الأمر بالمسئولية لأن تكون بلا خطأ .

كما أن لفقه الإسلامي وضع شروطاً للضرر المعتبر أساساً للمسئولية أو الضمان مستبعداً الضرر الأجنبي الذي اعتنقه القاتلون الوضعي في فرنسا ومصر ، ووضع شروطاً للضرر الواقع على المال محدداً مفهوم المال للوجب التعويض عن تلفه ، كما أنه لم يعترف بالضرر المستقبل أو المحتمل بل الضرر الواقع المحقق المباشر .

الحلول المقترحة بالنسبة للتعديل التشريعي

قد وضعنا من خلال البحث قصور نصوص التشريع عن مواجهة كثير من المشكلات التي تعرض للمسئولية المدنية ، ولذا وجدنا

تضارب في موقف الفقة والقضاء بشأن تأسيس المسؤولية ، وهذا ما دفعنا ان نقترح تعديل بعض النصوص على النحو التالي

- ١ - التعديل المقترح بشأن المادة ١٦٣ من القانون المدني الفرنسي وقد سبق وأن نادينا بتعديل نص المادة ١٦٣ من القانون المدني المصري والتي نقضى بأن " كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض " على أن، يستبدل لفظ الخطأ بالتعدي بحيث يصبح نص المادة كالاتى " كل تعدي سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالضمنان " .
والذى من شأنه إمكان مساعلة عديم التمييز وإعمال مبدأ فردية المسؤولية والذى يقوم على أن يتحمل كل انسان وزر ما اقترفت يده
- ٢ - التعديل المقترح بشأن المادة ١٧٣ ، على أن يراعى فى التعديل المقترحات الآتية :

١- قيام المسؤولية الفردية للخاضع للرقابة .

٢- إعمال فكرة التعدي المرتبط بالضرر .

٣- تحديد متى يكون متولى الرقابة مسئولاً ، وذلك فى حالة

إهمالة أو عدم تحوطه وإتخاذ الإجراءات اللازمة لمنع الضرر ، وهذا ما يقتضى إعمال نظرية المباشرة والتسبب ، كما بالبحث ومتى يكون المتسبب مسئولاً فى حالة وجود المباشر ومتى يكون المباشر وحده مسئولاً ، وبهذا يكون النص كالاتى :

" يسأل الخاضع للرقابة مميّزاً أو غير مميّز عن الضرر الذى يحدثه للغير فى ماله اذا ما كان تعدي عديم التمييز فى محل المباشرة ويلزم المضروور بإثبات بتحديه فى حالة التسبب ."

" لا يسأل متولى الرقابة عن الضرر الذى يحدثه الخاضع للرقابة أثناء فترة الرقابة الا اذا كان فعل متولى الرقابة فى محل المباشرة وفعل

الخاضع للرقابة فى محل التسبب أو إذا كان تعدي الخاضع للرقابة نتيجة مباشرة لإهمال متولى الرقابة فى واجب الرقابة أو فى حالة ما اذا كان تعدي متولى الرقابة متسببا يعمل بتفراذه ."

٣ - التعديل المقترح بشأن المادة ١٧٦ :

تنص المادة على ان " حارس الحيوان ولو لم يكن مالكا له مسئول عما يحدثه الحيوان من ضرر ولو ضل الحيوان أو تسرب ، ما لم يثبت الحارس أو وقوع الحادث كان بسبب اجنبى لا يد له فيه .

يعمل نص المادة فيكون كالاتى :

" حارس الحيوان ولو لم يكن مالكا له مسئول عما يحدثه الحيوان من ضرر إذا كان فعل الحارس مباشراً للضرر ويضمن فى حالة التسبب إذا كان متعدياً " .

٤ - التعديل المقترح بشأن المادة ١٧٧ :

تنص المادة ١/١٧٧ على أنه " حارس البناء ولو لم يكن مالكا له مسئول عما يحدثه اتهدام البناء من ضرر ولو كان اتهداماً جزئياً ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال فى الصيانة أو قدم فى البناء أو عيب فيه .

٢- ويجوز لمن كان من مهدداً بضرر يصيبه من البناء أن يطالب المالك بإتخاذ ما يلزم من التدابير الضرورية لدرء الخطأ فإن لم يضمن المالك بذلك جاز الحصول على ائمن من المحكمة لإتخاذ هذه التدابير لحسابه "

فيكون تعديل نص المادة كالاتى :

* حارس البناء ولو لم يكن مالكا له مسئول عما يحدثه اهدام البناء من ضرر ولو كان اهداماً جزئياً بشرط أن يعذر صاحبه وأن يطالب بالتعويض وأن يشهد عليه *
ونستطيع أن نقرر ان المسؤولية هنا تقوم على التعدى للتاجم عن الاهمال والتعويض وليس على الخطأ المفترض .

٢- إذا كان البناء فى الطريق العام فلكل أحد حق التقدم والتنبيه قبل من له حق التقدم كالجيران وإن كان البناء قد سقط على جار مثلاً فلهذا الجار ولمن أعلق البناء طريق مرورهم .

التوصيات

ويعد بحث موضوع نظرية التعدى كأساس للمسئولية المدنية ونتاجه فى القاتون الوضعى والشريعة الاسلامية يمكننى التقدم ببعض التوصيات وتمثل فى :

١- الضرر المرتبط بالتعدى أساس المسؤولية .

ننشد المشرع فى مصر بالاعتداد بالضرر كأساس للمسئولية دون الخطأ واجب الأثبات أو الخطأ الثابت أو الخطأ المفترض والذى يقبل اثبات العكس * ، والذى جعله المشرع أساساً للمسئولية على أنه يكون الضرر المرتبط بالتعدى وهو ما فقرته الشريعة الاسلامية أساساً للمسئولية ويلزم لاعمال بتلك النظرية :

١- الأعداد بفكرة التعدى كأساس عام للمسئولية المدنية على النحو الذى أخذ به الفقه الاسلامى .

٢- إعصال مبدأ فردية المسؤولية

قائمة المصادر والمراجع

اولا المراجع الشرعية

(١) كتب التفسير :

- جامع البيان عن تأويل أى القرآن لابن جرير الطبرى: المتوفى سنة ٣١٠هـ ، المجلد الثامن ١٥-١٦ ، دار البيان للتراث سنة

١٤٠٧هـ سنة ١٩٨٧م ، ص ٤١ ، المجلد الحادى عشر .

- الجامع لأحكام القرآن لأبى عبد الله محمد بن أحمد الأصبارى القرطبى المتوفى سنة ٦٧١هـ ج-١٧ دار أحياء التراث العربى بيروت لبنان ١٩٦٦ ، وطبعة الشعب

- روح المعانى : فى تفسير القرآن والمبع المنقلى المشهور بتفسير الألوسى للعلامة أبى الفضل شهاب الدين السيد محمود الألوسى البغدادى ، المتوفى سنة ١٢٧٠ هـ ادارة الطباعة المنبرية

(٢) كتب الحديث :

- سنن أبى داود لادى داود بن سليمان بن الأشعث السجستى المتوفى سنة ٢٧٥هـ

- سنن النسائى لاحمد بن شعيب النسائى المتوفى سنة ٢٠٣هـ ابن حبان (موارد الظمان ٠٣٦٦) .

- نيل الأوطار شرح منقلى الأخبار لمحمد بن على بن محمد الشوكاتى المتوفى سنة ١٢٥٥ ، ج-٥

- سبل السلام: شرح بلوغ المرام من جمع أئمة الأحكام لمحمد بن إسماعيل الصنعائى المتوفى سنة ١١٨٢هـ ج-٣ طبعة ١٩٥٠هـ حنبى

- الموطأ : للإمام مالك بن انس ، المتوفى ١٧٩ هـ - ٧ ، طبعة كتاب الشعب .
- النهاية : فى غريب الحديث والأثر لابن الأثير ، ج ٣ .

(٣) كتب اللغة :

- لسان العرب لمحمد بن مكرم بن على جمال الدين بن منظور الاصلى المتوفى سنة ٧١١ هـ - ٢ - دار المعارف
- المعجم الوسيط : للطبعة الثالثة
- كتاب المصباح المنير فى غريب الشرح الكبير للرافعى تأليف العالم العلامة احمد بن محمد بن على المقرئ الفيومى ، المتوفى سنة ٧٧٠ هـ
- الطبعة السادسة بالمطبعة الاميرية بالقاهرة سنة ١٩٢٥ م .

(٤) اصول الفقه :

- أحمد النجدى زهو : اصول للفقه الإسلامى ج ١ - دار الثقافة العربية بدون سنه طبع .
- محمد سلام منكور : نظرية الإلهة عند الأصوليين والفقهاء الطبعة الثانية دار النهضة العربية ١٩٦٥

(٥) مراجع الفقه الإسلامى :

- الفقه الحنفى :

- الأشباه والنظائر ، لزين الدين بن ابراهيم بن محمد بن نجيم المتوفى عام ٩٧٠ هـ - مطبوع بمصر عام ١٢٩٠ هـ ، ج ١ .
• الميسوط لمحمد بن احمد بن سهل ابوبكر شمس الائمة المرخسى المتوفى سنة ٤٨٣ هـ مطبعة السعادة سنة ١٣٣١ هـ ، ج ٥ ، ج ٦
• الفتاوى الهندية للملكية : مجموعة من لجنة علماء الهند برئاسة الشيخ نظام ، المطبعة الاميرية ١٣١٠ هـ ج ٦ .
• شرح تنوير الابصار على الدر المختار : لعلاء الدين محمد بن على بن محمد بن على الحصكفى ، ج ٥ ، مطبوع مع حاشية ابن عابدى .
• بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع : لعلاء الدين الكسائى سبعة اجزاء الطبعة الاولى سنة ١٣٢٨ هـ سنة ١٩١٠ م .
• تبين الحقائق لعثمان بن على بن محمد فخر الدين ، الزيلعى ، المتوفى بالقاهرة سنة ٧٤٣ هـ : ج ٥ .
• حاشية ابن عابدين على الدر السماه رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين السابق ، طبعه ١٣٢٤ ج ٥ .
• حاشية الرملى على جامع الفصولين للآئىءالدرىةقى القواعد الخيرية لخير الدين الرملى المتوفى سنة ١٠٨١ هـ ، مطبوعة على جامع الفصولين ج ٢ .
• فتح القدير للإمام الكمال بن الهمام الحنفى ، مطبعة مصطفى البابى الحلبي واولاده بمصر سنة ١٣٨٩ هـ سنة ١٩٧٠ م ، ج ٧ .
• معين الأحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام : لعلاء الدين الطرابلسى ، المتوفى سنة ٨٤٤ هـ - طبعة ١٣٠٠ هـ .

- مجمع الضمانات للإبي محمد غانم البغدادي، المتوفى سنة ١٠٣٠هـ، ط. الأولى، مصر.
 - مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر لداماد أفندي وبهامشه شرح بدر المنتقى في شرح المنتقى ج٢.
 - رد المختار على الدر المختار: شرح تنوير الأضمار للإمام العالم محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز بن عابدين، طبعة ١٣٢٤هـ، ج٥.
- الفقه المالكي :
- الفروق لآحمد بن ادريس بن عبد الرحمن بن عباس القرافي المتوفى ٥٨٤هـ طبعة ٥١٣٤٥، ج١.
 - الموافقات للإبي اسحق موسى اللخمي الغرناطي الشاطبي المتوفى سنة ٧٩٠هـ المطبعة المملوكية بمصر ٥١٣٤١، ج٢.
 - القوانين الفقهية لمحمد بن أحمد بن جزي و الكلبى المالكي، المتوفى ٧٤١هـ.
 - فتح الجليل على مختصر العلامة خليل : لأبي عبد الله بن محمد الخرشى، المتوفى سنة ١١٠١هـ الطبعة الثانية ٥١٣١٧، ج٦.
 - الشرح الكبير فتح القدير في شرح مختصر خليل: للدردير ج٣.
 - حاشية النسوقى على الشرح الكبير :لمحمد بن أحمد بن عرفه النسوقى، المتوفى سنة ١٢٣٠هـ، مطبعة مصطفى محمد سنة ١٣٧٣هـ، ج٣.
 - مواهب الجليل لشرح مختصر خليل : للإمام أبى عبد الله محمد بن عبد الرحمن المعروف بالخطيب، طبعة مطبعة السعادة، سنة ١٣٢٩هـ، ج٥.

- القوانين الفقهية لابن جزي و الغرناطي، المتوفى سنة ٧٤١هـ مطبعة الإستقامة طبعة ١٣٧٢ هـ.
- تبصرة الحكام فى أصول الأفضية ومناهج الأحكام لابن فرحون، ج٢.
- بداية المجتهد ونهاية المقتصد : لمحمد بن أحمد بن أحمد بن رشد القرطبي الحفيد، المتوفى سنة ٥٩٥ هـ، المكتبة الجديدة بمصر سنة ١٣٢٩هـ، ج٢.

- الفقه الشافعى :

- الام للشافعى وهو محمد بن ادريس بن العباس القرشى ابو عبد الله المتوفى ٢٠٤ الطبعة الأولى المطبعة الاميرية ٥١٣٢١.
- الوجيز فى فقه مذهب الإمام الشافعى لأبى حامد محمد ابن محمد الغزالي المتوفى عام ٥٠٥، طبعة مصر عام ١٣١٧هـ، ج١.
- الأئباه والنظائر لعبد الرحمن بن أبى بكر بن محمد بن سابق الدين الخضرى السيوطى جلال الدين المتوفى سنة ٥٩١١، طبعة مصر ١٣٥٥.
- المهذب للإمام لأبى إسحاق إبراهيم بن على بن يوسف الفيروز أبادى الشيرازى، المتوفى سنة ٤٧٦هـ، مطبعة عيسى الحلبي، سنة ١٣٧٩هـ، ج٢، طبعة ١٩٥٩، ج١، وطبعة ١٣٤٣هـ، ج٢.
- المجموع ف شرح المهذب، للأمام أبى نكريا محى الدين بن شرف النووى، المجلد التاسع عشر، دار الفكر العربى.
- حاشية الشيراملى على نهاية المحتاج : للإمام الشيخ أبى الضياء نور الدين على بن على الشيراملى وهى مطبوعة على هامش نهاية المحتاج، ج٨.

- شرح المنهاج : نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج : لابن شهاب الدين الرملي ، المتوفى سنة ١٠٠٤هـ ، ج٧ .
- قواعد الأحكام : للجز بن عبد السلام المتوفى سنة ٥٦٠هـ ، مطبعة دار الشروق سنة ١٣٨٨هـ سنة ١٩٦٨م ، ج١ .
- معنى المحتاج : إلى معرفة الفاظ المنهاج للشيخ محمد الشربيني الخطيب المتوفى سنة ٩٧٧هـ مطبعة مصطفى محمد ج٤؛ طبعة سنة ١٣٥٢هـ ، سنة ١٩٣٣ وهو شرح على متن المنهاج لأبي زكريا يحيى ابن شرف النووي ج٤ .

- الفقه الحنبلي :

- المعنى لعبد الله بن احمد بن محسن بن قدامين مقدم بن نصر بن عبد الله القنسي ، المتوفى علم ٦٣٠ هـ : الطبعة الثالثة دار المنار مصر ، ج٧ - ١٣٦٧ . وطبعة دار الإفتاء سنة ١٤٠١هـ ج٤
- القواعد الفقهية ، لأبي الحافظ أبو الفرج بن رجب الحنلي ، المتوفى سنة ٧٩٥ ، الطبعة الأولى ، سنة ١٣٥٢هـ ، سنة ١٩٣٣
- الشرح الكبير على متن المقنع لشمس الدين بن قدامة المقدسي المتوفى سنة ٦٨٢ هـ مطبوع مع المعنى ، ج٥ .
- منتهى الإرادات: للشيخ تقي الدين محمد بن أحمد الفتوح الحنبلي المصري الشهير بأبي التجار طبعة مكتبة دار العروبة بدون سنة طبع ، ج١ .

- الفقه الظاهري :

- المحلى للإمام أبي محمد بن علي بن أحمد بن علي أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري ، المتوفى سنة ٤٥٦هـ ، طبع مكتبة الجمهورية العربية ، سنة ١٣٩١ هـ ، سنة ١٩٧١ م ، المطبعة المنيرية بمصر سنة ١٣٥٠هـ ج١٠ .

- فقه الشيعة الإمامية :

- فقه الإمام جعفر الصادق: للشيخ محمد جواد بن محمد الحسيني العاملي ، طبعة ١٣٣١ هـ .
- شرح اللمعة الدمشقية الروضة البهية لزين الدين بن علي بن أحمد العاملي ، المتوفى سنة ٩٦٥هـ مطبع دار الكتاب العربي بمصر طبعة ١٣٧٨هـ ، ج٢
- شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام لـ جعفر بن الحسن بن أبي زكريا بن سعد الملقب بالمحقق المحلى ، من فقهاء الإمامية ، المتوفى سنة ٥٧٦هـ ، ج٤ ، طبعة ١٩٦٩ م
- فقه الإباضية :
- شرح التنزيل وشفاء العليل للإمام محمد بن يوسف أظفيس : عشرة أجزاء في عشرة مجلدات المطبعة السلفية سنة ١٩٢٤ ، ج٧ .

— فقه الزيدية :

• البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأئمة لابن المرتضى ، مطبعة السنة المحمدية ١٣٦٨هـ — ج ٦ • شرح منقلى الأبحر مجمع الأنهر السابق ، طبعة سنة ١٣٢٧هـ — ج ٢ .

— مراجع وكتب اسلامية ورسائل دكتوراة :

• الإشراف على مذاهب أهل العلم : لأبي بكر محمد بن إبراهيم المنذر النيسابوري الشافعي ، المتوفى سنة ٣٠٩ هـ ، المجلد الثالث ، دار الجنان ، طبعة سنة ١٤١٤ هـ ، سنة ١٩٩٣ م

• المبسوط للرخسى : السابق ، ج ٢٦ .

• عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير : التعويض عن ضرر الفعل الشخصي لعدم التمييز في الفقه الإسلامي والقانون المدني ، دراسة مقارنة دار النهضة العربية سنة ١٩٩٤ .

• عبد القادر عوده : التشريع الجنائي الإسلامي مطبعة المدني

ج ١ سنة ١٣٧٨هـ .

• علي أحمد الندوي : القواعد الفقهية ، مفهومها ، نشأتها تطورها ، دراسة مؤلفاتها ، أنلتها مهمتها تطبيقاتها ، دار القلم دمشق ، الطبعة الثالثة . سنة ١٤١٤هـ — سنة ١٩٩٤ .

• علي الخفيف : الضمان في الفقه الإسلامي ، معهد البحوث والدراسات العربية ، جامعة الدول العربية ، القسم الاول ، طبعة ١٩٧١

مختصر الأحكام المعاملات الشرعية : ط ٤٩ .

• محمد فاروق بدرى العلام : الفعل الموجب للضمان فى الفقه الإسلامى ، لدراسة مقارنة ، رساله دكتوراه سنة ١٣٢٧ ، ١٩٧٧ .

• محمد صلاح الدين حلمي : أساس المسؤولية التقصيرية فى الشريعة الإسلامية والقانون المدني رسالة دكتوراه سنة ١٩٧٨ .

• وهبه الزحيلي : نظرية الضمان وأحكام المسؤولية المدنية والجنائية فى الفقه الإسلامى ، دراسة مقارنة بيروت ، دار الفكر ١٩٧٠ .

• نظرية الضرورة الشرعية ، مطبعة الفاربي ، دمشق ١٣٨٩هـ

• يوسف قاسم : نظرية الضرورة فى الفقه الجنائى الإسلامى والقانون الجنائى الوضعى طبعة ١٤١٣ هـ ، ١٩٩٣ م ، دار النهضة العربية مطبعة جامعة القاهرة .

ثانياً : المراجع القانونية

— المراجع العامة والمتخصصة :

• الدناصورى والشواربى : المسؤولية المدنية فى ضوء الفقه والقضاء ، طبعة ١٩٨١ .

• السعيد مصطفى السعيد : الأحكام العامة فى قانون العقوبات ، مطبعة دار المعارف بالقاهرة ج ٤ ، سنة ١٩٦٢ .

• إبراهيم السوقي ابو النول : المسؤولية المدنية بين التقيد والاطلاق ، دار النهضة العربية ١٩٨٠ .

• أنور سلطان : الموجز فى مصادر الإلتزام ، مطبعة منشأة دار المعارف ١٩٩٦ : النظرية العامة للإلتزام ، ج ١ ، مصادر الإلتزام ، طبعه ١٩٩٦ ، دار المعارف بالإسكندرية .

• جلال الدعوى : أصول الإلتزامات ، مصادر الإلتزام منشأة المعارف ، سنة ١٩٩٧ .

• سليمان مرقس : بحث فى ضبط معيار الخطأ ، مجموعة بحوث

- وتطبيقات على الأحكام فى المسؤولية ، سنة ١٩٨٧ .
- * سليمان مرقس : الوافى بشرح القاتون المدنى -٢- المجلد الثانى فى الفعل الضار والمسئولية المدنية ، القسم الثانى فى المسئوليات المفترضة ، الطبعة الخامسة ١٩٨٩ : دروس فى المسئولية المدنية لطلبة الدكتوراه بكلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ١٩٥٤ .
- محاضرات فى المسئولية المدنية فى تقنينات السبلد العربية ، القسم الثانى ، الأحكام الخاصة ، المسئولية عن فعل الغير ، المسئولية عن فعل الأثماء ١٩٦٠ .
- الفعل الضار والمسئولية المدنية ، الطبعة الثانية ١٩٥٦
- * صبحى المحمصانى ، النظرية العامة للموجبات والعقود -١-
- * عبد المنعم الصده مصادر الالتزام القاهرة ١٩٦٠ مطبعة البهاى الحلبي
- * عبد الحى حجازى النظرية العامة للالتزام فى ذاته طبعة ١٩٥٤ :
- ص ١٤٦٥ / ١٢ / ١٩٢٧ ، المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٤١ ص ٨٩ .
- * عبد الرزاق السنهورى : الوسيط فى شرح القاتون المدنى ، نظرية الالتزام بوجه علم بمصادر الالتزام ، المجلد الثانى ، -٧- ، طبعة دار النهضة العربية ١٩٦٤
- الوجيز فى شرح القاتون المدنى ، -١- ، نظرية الالتزام بوجه علم ، الطبعة الثانية ، تنقيح المستشار مصطفى الفقى ، طبعه ١٩٩٧
- * الموجز فى النظرية العامة للالتزامات فى القاتون المدنى المصرى مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر ، بدون سنة طبع ،
- * مصادر الحق فى الفقه الإسلامى ، السنهورى ، مدار المعارف سنة ١٩٦٨ م ، -١- .

- * عبد الحى حجازى : النظرية العامة للالتزام ، -٢- مصادر الالتزام مطبعة نهضة مصر سنة ١٩٥٤ .
- * عبد الرشيد مأمون : علاقة السببية فى المسئولية المدنية ، دار النهضة العربية ، بدون سنة طبع .
- * محمود جمال الدين زكى : الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات فى القاتون المدنى المصرى ، طبعة ١٩٧٦ .
- * محمود نجيب حسنى : شرح قاتون العقود ، القسم العام سنة ١٩٦٢
- * محمد كمال عبد العزيز - التقنين المدنى فى ضوء الفقه والقضاء : -١- ، فى الإلتزامات - الطبعة الثالثة بدون نشر سنة ١٩٨٥ .
- * منصور مصطفى منصور : المصادر غير الإلزامية للالتزام ، خلاصة دروس المقرر ٢٠٤ الفصل الدراسى الأول ، سنة ١٩٨١
- الخطأ فى المسئولية المدنية ، منكرات لطلبة الدراسات العليا - دبلوم القاتون الخاص - جامعة الكويت ٧٥/٧٤ .
- * محمد سلام منكور : نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء ، الطبعة الثانية سنة ١٩٦٥ دار النهضة العربية
- * مصطفى مرعى : المسئولية المدنية فى القاتون المصرى ، الطبعة الثانية ، مطبعة الإعتكاف ، سنة ١٩٤٤ م ،
- * كامل مرسى : شرح القاتون المدنى الجديد -٣-
- رسائل دكتوراة :
- * احمد محمد عطية ، المسئولية المدنية للمطم دراسه مقارنه بالفقه الإسلامى - رسالة دكتوراه حقوق القاهرة ٢٠٠٢ م / ١٤٢٣ هـ .

بإلغة الفرنسية

المراجع العلة والمتخصصة

ouvrages generaux ,

- besson (a) la notion de garde dans la responsabilite du fait des choses ,dijon 1927

Bettremieux : Essai , Historique et critique Sur le Fond ement dela responsabilite Civil en droit Francais unverist lil 1921 ,

-Carbonnier : Droit Civil, T. 4, Presses , universitaires de France Ed . 1996

-Demogue : droit Civile 4 .

Gossrand (Andre) Cours de droit civil Positif

- Francais Tome , 2 eme , 1930 .

-Hemard : Theorie et pratique des assurances terrestres , paris , 1924-1925 , t.l .

-Husson Leon " les Tranformation de la responsabilite etude sur la pensee . Juridique . Paris 1947 .

Mazeaud : (Henrl Et Leon)

Traite Theorie et Pratique de la Responsabilite Civile , delictuelle et contractuelle , 4 eme edition , 1947 .

Mazeaud : (H . et . L) : Traite , Theorie et Pratique de la responsabilite Civil delictuelle et contractuelle 3 vol . 5 eme ed 1957 ,

* إسماعيل المحافري : الاعفاء من المسئولية المدنية فى القانون اليمنى مقارنا بالقانون المصرى والشريعة الإسلامية ، رسالة دكتوراة ١٩٩٦ .

* رجب عبد التواب سليمان : نظرية التأمين التعاونى ، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة القاهرة ١٩٨٦ .

* سيد محمد أمين : المسئولية القصيرية عن فعل الغير ، رسالة دكتوراه حقوق القاهرة سنة ١٩٦٤ .

* محمد فاروق بدرى العكلم : الفعل الموجب للضمان فى الفقه الإسلامى ، رسالة دكتوراه حقوق القاهرة ، سنة ١٩٧٧ .

* محمد نصر رفاعى الضرر كلساس للمسئولية المدنية فى المجتمع المعاصر رسالة دكتوراة حقوق القاهرة ١٩٧٨

* سعد واصف ، للتأمين من المسئولية ، دراسة فى عقد النقل البرى رسالة دكتوراة ، حقوق القاهرة ، ١٩٥٨ .

- المجموعة التشريعية

القانون اليمنى المصرى

مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون اليمنى

الدوريات ومجموعات الاحكام

مجلة القانون والاقتصاد

مجلة التشريع والقضاء

مجلة المحاماة

مجموعة احكام النقض المصرية التى يصدرها المكتب الفنى

مجموعة عمر فى خمس سنوات

Thésés

Le Batonnier la responsabilité public Des Maitres
l'enseignement public et Dans l'enseignement Dans.
prive ed . 1939 .

Gosserand .de la responsabilité du fait des choses
inanimées These paris 1897 .

* Lamoureux . Essai d.un theorie public et prive these
paris 1951 .

Lary : D. La responsabilité du fait des Mineurs ,
(Thèse Paris ,1983.

Saleilles : (raymond)" les accidents de travail et la
responsabilité Civile These paris,1897

Stark :(b) la responsabilité civil considérée en sa
double fonction de garantie et de privée ,these
paris1947 .

Mazeaud . (H) et Chab (f) , Exereices pratiquer :
Droit . Civil . 2 , 8 ed . Paris 1992

Mazeaud et tunc , Traite Théorique et pratique de la
responsabilité civile delictuelle et Contractuelle ed .
refondue .

Marte et reune : droit Civil , 2 , obligation .Paris1962
Planiol . Obligation , T . 6 , N . 581 . P , 811 .

Picard (M .) et Besson (A) ; Les assurances
terrtresen en droitfrançais 1950 , N . 134 . P , 289
Planiol : droit civil , II

Rigot Muller : Droit . et Folie : une Irresponsabil
responsabilité , du de memt en draiï civi l T . 36 ,
Droit et science 1991 .

Ripert et boulanger : traité de droit civ .d . Après le
traité de planiol t , 11 , 1957 ,

Saleilie : obligation , T . 3 .

Savattier Rene : Traite de la responsabilité Civile en
droitFrançaiscivil,administratif,professionnel,procedu
ral,2,eme,ed.paris,1951

Veny , driot civil ,les obligation, la Responsabilité
Conditions,ed.1982

Notes de jurisprudences (d)

-V. Cass . Civi . 2 , 5 Juin . 1985 , D . 1985 , Somme . P . 369 note : Jeannot Pages (G) .

-Cass , Cv . 1 , 28 Fev , 1984 . D . S . 1984 , T . R 466 .
Obs . Pennew .

-Cass . Civi . 2 , 16 Octobre 1991 , Dalloz , 1991 , 11 , 250 et D . 1993 , 11 , 335 , note . J . Mauly que disait .

-Cass . Civi . 2 , 16 Mars 1994 , au J . C . P , 1994 , 11 , 22336 , note H . Merger et C . Fedal

-T . G . I . Nancy : 19/2/1992 , cit . par , Michel Taburet .

-T . I , Arras : 19/12/1997 , cit . par , Michel taburet
*

-C . A . Caen , 19/12/1996 , Michel Taburet .
Cass . Cv , 1 , 28 Jnin , 1960 , J . C . P 1960 TT , 11787 , note Sevatie

-besson (a) la notion de garde dans la responsabilite , dijon 1927 , paris , librairie du fait des choses dalloz , 1927 .

-Cais Civil administratif Professionnel precedural 2 eme ed , paris 1951 .

-Demeslay . la Faute de surveillance de member l'enseignement public dans la carde des accidents scolaires au revue Juridique de l'ouest , N . 1 , ed , 1997 ,

-Michel Taburet : Responsabilité des Enseignements 14,11,2000

* Nancy Roden . responsabilite en maietre de securité dans les Ecoles . ed 5/11/1998 .

-Note de Service , du 9 Mars 1994 , (B . O) N . 11 , du 17/3/1994 Securite des élèves .

-Viney : Responsabilité civil au J . C . P , Hebdom Mai , 1997 .

فهرس الكتاب

٥	مقدمة
٨	خطة البحث
٩	فصل تمهيدى: مدلول الخطأ والتحدى فى الشريعة الإسلامية
٩	مفهوم التحدى فى الفقه الإسلامى
٩	اولا : التحدى لغة :
٩	ثانياً : فى الشرع :
٩	أ - فى القرآن الكريم :
١٠	ب - فى السنة :
١٠	ج - من أقوال الصحابة والتابعين :
١٠	د - فى كتب الفقه :
١٢	الخطأ فى الشريعة الإسلامية
١٣	اختلاف مفهوم الخطأ فى الشريعة الإسلامية عنه فى القنونوضى
١٤	الباب الأول
١٤	دور الخطأ كأساس للمسئولية
١٤	تمهيد وتقسيم:
١٤	الفصل الأول: نظرية الخطأ بين أنصارها وخصومها
١٤	تمهيد وتقسيم :
١٥	المبحث الأول : حجج أنصار وخصوم نظرية الخطأ
١٥	تمهيد :
١٥	أوجه الدفاع عن نظرية الخطأ والرد عليها

١٥	اولا : الحجج القنونية :
١٦	موقف الفقيه سالى
١٧	موقف الفقيه جوسران رداً على الحجج القنونية
١٨	ثانياً : الحجة التاريخية :
١٩	رأينا فى المسألة
١٩	ثالثاً : الحجة النبوية
٢٠	النقد الموجه لنظرية الضرر
٢٢	المبحث الثالث: لترجيح بين خطأ والضرر لتحديد أساس المسئولية
٢٦	الفصل الثالثى محاولات المشرع الإبقاء على فكرة الخطأ
٢٦	تمهيد و تقسيم
٢٧	المبحث الأول : دور للخطأ المفترض كأساس للمسئولية
٢٧	اولا: فى القنون المصرى
٢٨	قيام المسئولية المعنوية لمتولى الرقابة على أساس الخطأ المفترض
٣٠	ضرورة افتراض رابطة مسببية
٣٠	اولا : فى القنون المصرى
٣١	ثانيا : فى القنون الفرنسى
٣٢	رأينا فى الموضوع
٣٥	المبحث الثالثى : دور للخطأ الثابت كأساس للمسئولية
٣٥	تمهيد وتقسيم
٣٥	المطلب الأول : أساس مسئولية المتبوع عن فعل تابعه
٣٦	موقف الفقه والقضاء
٣٩	المطلب الثالثى: أساس للمسئولية الناشئة عن الأخطاء
٣٩	الفرع الأول : أساس للمسئولية عن فعل الحيوان

المطلب الثالث: نظرية الخطأ المضمرة.....	٨٦
الفصل الثالث : الضرر في الشريعة الإسلامية.....	٨٦
تمهيد وتقسيم :	٨٦
المبحث الأول : شروط الضرر المعترف في الشريعة الإسلامية.....	٨٧
الباب الثالث : تأسيس المسؤولية على التعدي والضرر.....	٩١
تمهيد وتقسيم.....	٩١
الفصل الأول : ضابط التعدي	٩٣
تمهيد وتقسيم.....	٩٣
المبحث الأول : معيار التعدي حالة وجود النص	٩٤
المبحث الثاني :حالة عدم وجود نص.....	٩٦
المطلب الأول : العرف معيار التعدي في الشريعة الإسلامية	٩٦
المطلب الثاني: معيار الشخص والإعتداء بالظروف الخارجية دون الداخلية.....	١٠٠
الفصل الثالثي : أساس مسئولية المباشر والمتسبب.....	١٠٨
تمهيد وتقسيم:	١٠٨
المبحث الأول : أساس مسئولية المباشر.....	١١١
المبحث الثاني : أساس مسئولية المتسبب	١١٤
المبحث الثالث : التعدي في حالة اجتماع المباشر والمتسبب	١١٨
١- حالة استقلال السبب بالضمنان	١١٩
٢- إذا كان السبب شيئاً لا يصل بإتفراده في الإلتلاف	١٢٠
٣- ألا يكون حدوث الفعل الثاني لازماً لحدوث الفعل الأول على وجه اللزوم..	١٢١
الفصل الثالث : تطبيقات أعمال فكرة التعدي على حالات المسؤولية	١٢٣

النصوص القانونية :	٣٩
موقف الفقيه :	٤٠
الفرع الثاني : أساس المسؤولية الناشئة عن سقوط المباتى.....	٤٢
الفرع الثالث : أساس المسؤولية الناشئة عن الأشياء الأخرى	٤٥
المبحث الثالث : موقفنا بشأن نظرية الخطأ المفترض.....	٤٩
أولاً : الحجة القانونية :	٤٩
ثانياً : الحجة الشرعية.....	٤٩
الباب الثاني: الإتهام نحو تأسيس المسؤولية على الضرر.....	٦٣
تمهيد وتقسيم	٦٣
الفصل الأول : اتجاه الفقه نحو تأسيس المسؤولية على الضرر	٦٣
المبحث الأول : الضرر أساس المسؤولية دون الخطأ	٦٤
المبحث الثاني : تأسيس المسؤولية على الضرر والخطأ	٦٧
الفصل الثاني: اتجاه المشرع والقضاء نحو تأسيس المسؤولية على الضرر.....	٧٢
تمهيد وتقسيم :	٧٣
المبحث الأول : اتجاه المشرع نحو تأسيس المسؤولية على الضرر	٧٣
المبحث الثاني : اتجاه القضاء نحو تأسيس المسؤولية على الضرر	٧٦
تمهيد وتقسيم :	٧٦
المطلب الأول : مسئولية عديم التمييز.....	٧٧
أولاً : في القانون الفرنسي :	٧٧
ثانياً : في القانون المصري	٨١
المطلب الثاني : المسؤولية عن مضر الجوار غير المألوفة	٨٣

١٢٤	المبحث الأول المسؤولية عن فعل الحيوان.....
١٢٤	جناية العجماء جبر :
١٢٥	حالة ماذا كان صاحب الحيوان معه
١٣١	المبحث الثاني : مسؤولية حارس البناء.....
١٣١	أولا في القاتون الوضعي :
١٣٢	ثانيا في الشريعة الإسلامية :
١٣٤	المبحث الثالث مسؤولية حرس الإتهام المفرطة أو التي تحتاج حراستها إلى عناية خاصة ١٣٤
١٣٤	أولا في القاتون الوضعي
١٣٤	أساس المسؤولية.....
١٣٤	ثانيا : في الشريعة الإسلامية :
١٣٦	خاتمة
١٣٦	نتائج البحث.....
١٤٠	التوصيات
١٤١	قائمة المراجع والمصادر.....
١٤١	أولا المراجع الشرعية.....
١٤٩	ثانيا المراجع القانونية
١٤٩	١- باللغة العربية.....
١٥٣	٢- باللغة الفرنسية.....