

موضوعية ضمان الضرر

دراسة مقارنة

مجلة الحقوق مجلة الحقوق مجلة الحقوق مجلة الحقوق مجلة الحقوق مجلة الحقوق مجلة الحقوق مجلة الحقوق مجلة الحقوق مجلة الحقوق

أ. د. عدنان إبراهيم سرحان

أستاذ القانون المدني وعميد كلية القانون

جامعة الشارقة/ دولة الإمارات العربية المتحدة

Adnan_sarhan@hotmail.com

مجلة الحقوق مجلة الحقوق مجلة الحقوق مجلة الحقوق مجلة الحقوق مجلة الحقوق مجلة الحقوق مجلة الحقوق مجلة الحقوق مجلة الحقوق

تاريخ تسلّم البحث: ٢٠١٣/٠٢/١٨ م

تاريخ قبوله للنشر: ٢٠١٣/٠٥/١٢ م

موضوعية ضمان الضرر

دراسة مقارنة

أ.د. عدنان إبراهيم سرحان

أستاذ القانون المدني وعميد كلية القانون،

جامعة الشارقة / دولة الإمارات العربية المتحدة

الملخص

اختلفت توجهات القوانين الوضعية في موضوع ضمان الضرر بين من يؤسس الالتزام بالتعويض على فكرة الخطأ الشخصي الذي يحتاج لوجوده البحث في سلوك مرتكب الفعل الضار ومدى إدراكه وتمييزه، انطلاقاً من أن للمسئولية المدنية وظيفتين، الأولى: إصلاحية تهدف إلى تعويض المضرور عن الضرر الذي أصابه، والثانية عقابية تهدف إلى تقويم سلوك مرتكب الفعل الضار. في حين اتجهت قوانين آخر. إلى تأسيس الالتزام بالتعويض على فكرة الضمان، التي لا ترى للمسئولية المدنية إلا غاية واحدة وغرضاً وحيداً هو إصلاح الضرر، فتنتظر إلى المضرور والضرر الذي أصابه دون الالتفات إلى مرتكب الفعل الضار والسلوك الذي ارتكبه.

وقد تصدى هذا البحث لموضوعية ضمان الضرر بدراسة مقارنة بين ثلاثة قوانين عربية، القانون المدني العراقي، والقانون المدني الأردني فقانون المعاملات المدنية الإماراتي، وفقاً لأصولها من الفقه الإسلامي الذي استمدت منه أحكامها. وكانت أهم النقاط التي تناولها البحث الآتي:

١. بيان أساس ضمان الضرر في الفقه الإسلامي والقوانين محل الدراسة، ومظاهر ضمان الضرر فيها.
٢. بيان مدى وضوح ونجاعة رؤية الفقه الإسلامي في تبنيه لموضوعية ضمان الضرر، وسبقه في هذا المجال على توجهات القانون الوضعي.
٣. إظهار بعض الآثار السلبية لموضوعية ضمان الضرر.
٤. دراسة نقدية لبعض أحكام القوانين محل الدراسة والتوجهات الفقهية والقضائية فيها، والتي تتعارض مع توجهها العام في موضوعية الإضرار.

The Objectivity of Damage Guarantee

A Comparative Study

Professor Adnan Ibrahim Sarhan

Professor of Civil Law and Dean
of the College of Law , UAE / University of Sharjah

Abstract

Laws took different positions relating to damage guarantee. Some laws have built the obligation to compensate on the idea of personal mistake which renders it necessary to examine the behavior of the person who committed the wrongful act and that person's capacity. In this context, civil liability has two functions which can be used to justify the approach taken by the first set of laws: the first function is correctional whereby the affected party is compensated for the damage he/she suffered, and the second function is punitive aiming at disciplining the behavior of the person who committed the wrongful act. On the other hand, there are laws that have built the obligation to compensate on the basis of guarantee which assumes that there is only one goal for civil liability and that is to make for the damage done or for reparation. This type of guarantee and civil liability focus only on the affected person and damage he/she suffered without paying attention to the person who committed the wrongful act and his behavior.

The article analyzes the merits of damage guarantee by comparing three laws; the Iraqi Civil Code, Jordanian Civil Code, and UAE Civil Transactions Law, and their origins in Islamic Fiqh. The main points raised in the article are as follows:

1. Highlighting the merits of damage guarantee in Islamic Fiqh and the relevant laws under study as well as forms of this guarantee.
2. The extent of clarity and effectiveness of Islamic Fiqh's view on damage guarantee, as Islamic Fiqh preceded other laws in addressing this issue.
3. Addressing some of the negative effects damage guarantee.
4. A Critical study of the relevant laws and the different views adopted by scholars and jurisprudence which run contrary to the general tendency of damage guarantee.

مقدمة

ظل تقنين الفقه الإسلامي فكرة لم تشهد تطبيقاً عملياً واضحاً ومهماً إلا بصدر مجلة الأحكام العدلية العثمانية (١٨٦٩م)، التي شكلت القانون المدني للدولة على المذهب الحنفي الذي كان المذهب الرسمي للدولة، وقبلها ربما الفتاوى الهندية المعروفة بـ (العالمكيرية). كما تلت هذه التجربة محاولات غير رسمية، فردية، في تقنين الفقه الإسلامي، منها كتاب مرشد الحيران لقدرى باشا.

الحجة التي قامت عليها جميع محاولات تقنين الفقه الإسلامي، نشأت المسائل والفروع والاجتهادات فيه، وهو ما يجعل من تمييز القول الصحيح منها أمراً عسيراً حتى على القضاة الشرعيين، مع الاعتراف بندرة وجود المتبحرين في العلوم الشرعية في جميع الجهات، وعدم إطلاع قضاة الحقوق. القضاء العدلي أو المدني) على مسائل علم الفقه. وقد لخص ذلك بوضوح تقرير لجنة وضع مجلة الأحكام العدلية الذي جاء فيه أن: (علم الفقه بحر لا ساحل له، واستنباط درر المسائل اللازمة منه لحل المشكلات يتوقف على مهارة علمية وملكة كلية... وتمييز القول الصحيح من تلك المسائل... وتطبيق الحوادث عليها عسيراً جداً... وقد ندر وجود المتبحرين في العلوم الشرعية في جميع الجهات، فضلاً عن أنه لا يمكن تعيين أعضاء في المحاكم النظامية لهم القدرة على مراجعة الكتب الفقهية وقت الحاجة لحل الإشكالات، وقد صار من الصعب أيضاً وجود قضاة للمحاكم الشرعية الكائنة في الممالك المحروسة... (فصار الأمل معلقاً) على تأليف كتاب في المعاملات الفقهية يكون مضبوطاً سهل المأخذ، عارياً من الاختلافات، حاوياً للأقوال المختارة، سهل المطالعة على كل أحد؛ لأنه إذا وجد كتاب على هذا الشكل حصلت منه فائدة عظيمة عامة لكل من نواب الشرع ومن أعضاء المحاكم النظامية والمأمورين بالإدارة، فيحصل لهم بمطالعتهم الانتساب إلى الشرع ولدى الإيجاب تصير لهم ملكة بحسب الوسع يقتدرون على التوفيق ما بين الدعاوى والشرع الشريف، فيصير هذا الكتاب معتبراً مرعي الإجراء في المحاكم الشرعية، مغنياً عن وضع قانون لدعاوى الحقوق التي ترى في المحاكم النظامية.

وكانت المجلة مطبقة في الأقاليم التابعة للدولة العثمانية، عدا مصر، التي صدرت فيها، خلال فترة تطبيق المجلة في غيرها، قوانين وضعية مستمدة من القوانين الغربية على أيدي رجال هذه القوانين العاملين في مصر بمناصب أكاديمية واستشارية عليا.

ومع تكوين الدول العربية المستقلة، بدأت حركة التقنينات المدني، حيث صدر أولاً القانون المدني اللبناني (قانون الموجبات والعقود)، الذي جاء متأثراً بشكل كبير بالقانون المدني الفرنسي، ثم في نحو منتصف القرن العشرين اتسعت دائرة التفكير لدى الدول العربية الأخرى، بإصدار قوانين مدنية، وكان أمامها تجربتان: مجلة الأحكام العدلية، وعموم الفقه الإسلامي الذي تنتمي إليه،

والقوانين الوضعية، وتشمل: المدرسة اللاتينية التي يمثلها القانون المدني الفرنسي، والمدرسة الجرمانية التي يمثلها القانون المدني الألماني، وقانون العقود والالتزامات السويسري، والمدرسة الأنجلوسكسونية، التي يمثلها القانون الإنجليزي الذي كان في غالبه غير مكتوب.

وقد انقسمت توجهات المشرع في الدول العربية إلى عدة اتجاهات:

١ - الإبقاء على التطبيق المباشر للشريعة الإسلامية، وهو ما عليه الوضع في المملكة العربية السعودية.

٢ - إصدار قانون مدني متأثر بالقوانين الغربية، خصوصاً القانون الفرنسي، مع تعميمه ببعض توجهات الفقه الإسلامي، مع غلبة الميل إلى القانون الفرنسي، وهذا هو توجه القانون المصري، السوري، الليبي، الجزائري، القطري والبحريني.

٣ - إصدار قانون مدني خليط من حيث شكل وتبويب القانون الوضعي المتأثر بالقانون الفرنسي، مع أحكام موضوعية خليط من القوانين الغربية والفقه الإسلامي، مع ميل واضح للفقه الإسلامي بدرجات متفاوتة. وكان من هذا التوجه قانون العقود والالتزامات الكويتي ثم القانون المدني النافذ، القانون المدني اليمني، القانون المدني السوداني، والقوانين الثلاثة محل هذه الدراسة: القانون المدني العراقي، القانون المدني الأردني، تقنين المعاملات المدنية الإماراتي، وهي القوانين الأقرب كلية في جانب أحكامها الموضوعية إلى الفقه الإسلامي.

وفي مجال بحثنا، يلاحظ أن المشرع في القوانين الثلاثة قد أخذ التبويب في مواضيع المسؤولية عن الفعل الضار عن الفقه الغربي، إما الأحكام الموضوعية فأخذها عن الفقه الإسلامي التقليدي، ولكنه خرج على ما يقرره هذا الفقه في بعض مسائل الفعل الضار، وأبقى الباب مفتوحاً أمام الفقه والقضاء للاجتهاد في التطبيق على ما يجد من حوادث ونوازل، مما يساعد على التجديد على الأسس التي قام عليها الفقه الإسلامي^(١). كل ذلك في موضوع أثبت دائماً أنه من مواضيع الساعة على جدول نشاطات المحاكم والفقهاء. يرجع السبب في ذلك إلى الرغبة الدائمة في تحقيق الضمان والتضامن مع المضرورين، وتوفير القدر الكافي من الحماية لهم وتحقيق المساواة بينهم في مواجهة مخاطر المدنية الحديثة التي تشعبت فيها أسباب ومديات الأضرار عموماً والجسدية منها على وجه الخصوص.

كما يلاحظ أن القوانين الثلاثة محل الدراسة، ووفقاً لأصولها من الفقه الإسلامي قد تبنت بشكل مبدئي وحاسم موضوعية ضمان الضرر، على خلاف القوانين الوضعية الأخرى التي أخذت بالمذهب الشخصي للمسؤولية عن الفعل الضار، كأصل عام، وإن كانت أنواع خاصة للمسؤولية المدنية فيها قد انحازت أسسها إلى النظرية الموضوعية.

(١) المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الصادر بالقانون الاتحادي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥، إصدار وزارة العدل الإماراتية،

على أن توجه القوانين الثلاثة محل الدراسة الموضوعي في مجال ضمان الضرر، لم يمنع شمولها على بعض الأحكام التي تتعارض مع هذا التوجه، وتنتمي للتوجه الشخصي. ويرجع السبب في ذلك إلى محاولة هذه القوانين المزج بين قواعد الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية الغربية المتعارضة في أحيان كثيرة، وعدم نجاحها في أنجاز هذا المزج بشكل يحقق التناسق التام بين مختلف النصوص والأحكام التي تخص موضوعاً بذاته.

بناءً على ما تقدم، سنتناول في هذا البحث، مظاهر موضوعية ضمان الضرر في القوانين محل الدراسة في مبحث أول، على أن نتبعه بمبحث ثانٍ يبين أوجه الانحراف في هذه القوانين عن موضوعية ضمان الضرر نحو شخصيته. وسنتبع في بحثنا المنهج التحليلي للنصوص القانونية وللاتجاهات الفقهية والقضائية في القوانين محل الدراسة، بقصد الكشف عن مدى توافقها مع أصول هذه القوانين من الفقه الإسلامي ومواطن الخروج فيها عن هذه الأصول، سائلين المولى عز وجل التوفيق والسداد، وهو من وراء القصد.

المبحث الأول

مظاهر موضوعية ضمان الضرر

في القوانين محل الدراسة (الإماراتي، الأردني، العراقي)

لقد كشف التطور التاريخي للمسئولية عن الفعل الضار عن تردد أساسها بين فكرتي الخطأ والضرر. فالمسئولية بدأت في القوانين القديمة موضوعية لا حاجة فيها لوزن سلوك محدث الضرر لتحديد ما إذا كان مخطئاً أم لا، لذلك جاءت القوانين العراقية القديمة مثلاً على شكل جداول تحدد الأفعال الضارة وما يقابلها من مبالغ التعويض التي يتوجب على مرتكب الفعل الضار دفعها، دون اشتراط أن يكون الضرر مستنداً إلى سلوك خاطئ.

غير أن هذه المرحلة التي اتصفت بوضع معايير موضوعية وموحدة للضرر القابل للتعويض، والتي يترتب عليها إمكان إلزام الشخص بالتعويض رغم أنه غير مخطئ، قد تركت المجال شيئاً فشيئاً لمرحلة سيطرت عليها النزعة الشخصية للمسئولية المدنية التي ربطت بين الالتزام بالتعويض والخطأ، على نحو لا يمكن معه مساءلة محدث الضرر ما لم يرتكب سلوكاً منحرفاً يمكن وصفه بأنه خاطئ^(٢). فأين تقف القوانين الثلاثة محل الدراسة بين هذين الاتجاهين؟

موقف القوانين بين النزعتين الموضوعية والشخصية يرجع إلى تغليب إحدى المصلحتين الآتيتين: مصلحة الإنسان في أن يعيش بأمان، ومصلحته في أن يتصرف بحرية. فالقوانين الوضعية الغربية

2) P. Esmein, La faute et sa place dans la responsabilité civile, RTDC. 1949, P. 488 ; R. Savatier. . . Comment repenser la conception française actuelle de la responsabilité civile, Ext. D. S. 1966 .P.3..

قد غلبت المصلحة الثانية على الأولى، تأثراً منها بالأفكار المسيحية، التي ركزت على الإنسان الفرد ووجوب إعطائه الثقة بنفسه بجعله كائناً مسؤولاً عن تصرفاته ونتائجها، إلا إنه لا يسأل إلا عما فعله بحرية.، وبالتالي فهي قد أقامت المسؤولية عن الفعل الضار على فكرة الخطأ، لأن المسؤولية تفترض إدراك وتمييز الخير والشر، والقدرة على فعل الخير وتجنب الشر، واختيار الشر أي بإتيان التصرف الخاطئ. وقد وجد واضعو هذه القوانين أن الأخذ بالخطأ أساساً للالتزام مرتكبه بتعويض الضرر الذي يلحقه بالغير، يصلح لتحقيق هدفين للمسئولية المدنية، الأول، عقاب مرتكب الفعل الخطأ على سلوكه المنحرف الذي خان الثقة التي منحت له باعتباره كائناً مسؤولاً، ومن وراء ذلك تقويم سلوكه وردع غيره عن إتيان السلوك نفسه، والثاني، تعويض المضرور عن ضرره. إلا أن هذا الهدف الأخير يعد أقل أهمية مقارنة بالأول، فتعويض المضرور يجب أن يمر دائماً عبر عقاب محدث الضرر على سلوكه الخاطئ.

أما الفقه الإسلامي فكان هدفه الأسمى أن يعيش الإنسان بأمان، لذلك غلب مصلحة هذا الإنسان في المحافظة على حقه المعصوم في ماله وجسده وعرضه على مصلحته في أن يعيش بحرية. وكان من نتيجة ذلك أن غلب جانب إصلاح الضرر وضمنان حق المضرور في مقابل الخسارة التي لحقت به وما فاتته من المصالح على جانب معاقبة محدث الضرر على إلحاقه هذا الضرر بالغير. وقد ساعد في ذلك وضوح رؤية الفقهاء المسلمين للحدود الفاصلة بين المسئوليتين المدنية والجزائية، فالعقاب هدف المسئولية الجزائية وغايتها، إما المسئولية المدنية فمبتغاها تأمين تعويض المضرور عما أصابه من ضرر. وقد عبروا عن ذلك تعبيراً دقيقاً بالإشارة إلى أن الجوابر (ويقصد بها التضمينات) مشروعة لجلب ما فات من المصالح، وأن الزواجر (ويقصد بها العقوبات) مشروعة لدرء المفساد، ولا يشترط في الجوابر إثم من وجبت عليه، خلافاً للزواجر التي تجب في مقابلة الإثم، ولهذا شرع الجبر في الخطأ والجهل وعلى المجانين والصغار^(٣).

بدا واضحاً أن هذه القوانين، تأثراً منها بالفقه الإسلامي، قد تبنت فكرة المسئولية الموضوعية التي يتركز جل اهتمامها في حماية المضرور وضمنان تعويضه عما أصابه من ضرر، إما تقويم سلوك مرتكب الفعل الضار فلا يدخل في حساباتها إلا عرضاً. ويمكننا عرض أهم مظاهر موضوعية ضمنان الضرر في القوانين محل الدراسة من خلال مطلبين الأول نخصه لبيان أساس ضمنان الضرر، والثاني لتحديد مدى موضوعية هذا الأساس.

(٣) عز الدين بن عبد السلام، ت٦٦٠هـ/١٢٦٢م)، قواعد الأحكام في إصلاح الأنام، ج١، ص١٧٨، شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، (ت٦٨٤هـ/١٢٨٥م)، الفروق، طبعة مصر، ١٣٤٤هـ، ج٢، ص٢١٢.

المطلب الأول

في تحديد مفهوم أساس ضمان الضرر

في القوانين محل الدراسة

نبحث في هذا المطلب أساس ضمان الضرر في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني من جهة باعتبار أن النص فيهما متطابق، وأساس الضمان في القانون المدني العراقي. الفرع الأول: أساس ضمان الضرر في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني. تنص المادة (٢٨٢) من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، التي تطابق تماماً نص المادة (٢٥٦) من القانون المدني الأردني على أن: (كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر). فما المقصود بالإضرار كأساس لضمان الفعل الشخصي في هذين القانونين؟ وما هي مظاهر موضوعيته؟

فمناطق المسؤولية عن الفعل الضار في قانون المعاملات المدنية الإماراتي إذاً هو الإضرار، الذي يعني وبحسب ما تنص عليه مذكرته الإيضاحية، مجاوزة الحد الواجب الوقوف عنده أو التقصير عن الحد الواجب الوصول إليه في الفعل أو الامتناع، مما يترتب عليه الضرر. وقد استعاض المشرع بلفظ الإضرار عن سائر النعوت المستعملة في هذا المقام، كمصطلح العمل غير المشروع أو العمل المخالف للقانون أو الفعل الذي يحرمه القانون^(٤).

الفرع الأول

الإضرار لا يعني الضرر

بمعناه المتقدم يختلف الإضرار عن الضرر اختلاف السبب عن النتيجة. فالإضرار هو الفعل أو عدم الفعل الذي يؤدي إلى الضرر. لذلك نحن نختلف مع من يقرر مطلقاً أن الالتزام بالضمان يقوم على مجرد الضرر^(٥). كما لا نوافق المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الإماراتي التي تشير إلى أنه: (أما في الفقه الإسلامي فمسئولية من يأمر غيره مسؤولية لا تقوم على الخطأ

(٤) المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية، المادة (٢٨٢) .. ٢٧٤ وما بعدها، وهو مطابق لما جاء في المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، إعداد المكتب الفني لنقابة المحامين الأردنية، ج١، ١٩٩٢ .. ٢٧٦ .

(٥) محمد وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة في القانون المدني الأردني، دراسة موازنة بالفقه الإسلامي والمدونات العربية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٦، ص١٢٣، محمد شريف أحمد، مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٩ .. ٢١١، عمر السيد أحمد عبد الله، مسؤولية الشخص عن فعله في قانون المعاملات المدنية الإماراتي مقارناً بالقانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة ١٤١٦هـ. ١٩٩٥م .. ٣١ .

بل على الضرر...^(٦). ذلك أنه إذا كان صحيحاً أن لا يقوم الالتزام بضمان الضرر في الفقه الإسلامي على الخط، فإن إطلاق القول بأن هذا الالتزام يقوم فيه على مجرد الضرر يعوزه الكثير من الدقة^(٧).

الضرر الثاني

الإضرار لا يعني مجرد إلحاق الضرر بالغير

إذا كان الإضرار مفهوماً غير مرادف للضرر، بل هو ذات الفعل أو الامتناع المضر بالغير، فهو أيضاً لا يعني مجرد إلحاق الضرر بالغير مطلقاً، بل لابد أن يكون إلحاق الضرر بالغير على نحو غير مقبول. ومصدر عدم المقبولية فيه يأتي من كون الفعل أو الامتناع غير مأذون به من ناحية، وأن يتجاوز فيه على حق الغير المعصوم من ناحية أخرى..

ويترتب على ما تقدم أن يستبعد من نطاق الإضرار، جميع الحالات التي يلحق فيها شخص ضرراً بالغير وهو يمارس نشاطه بناءً على جواز شرعي أو قانوني. فإتلاف الإصلاح، كإتلاف الأطعمة والأشربة والأدوية الفاسدة، وإتلاف الأعضاء لإنقاذ أصحابها، والتجاوز على تكامل ومعصومية الجسد البشري بالجرح لغرض التطبيب، وإتلاف الدفع، كالدفاع الشرعي وقتل الأعداء والبلغاء، وإتلاف الزجر كإصدار الأحكام بالعقوبات الشرعية وتنفيذها^(٨)، لا تقوم بها جميعاً مسئولية محدث الضرر، لأنها تشكل واجباً تقتضيه الضرورة لحفظ الأجساد والأرواح وإقامة العدل وشرع الله، فتعد بذلك نشاطاً مشروعاً لا عدوان فيه ولا يحقق معنى الإضرار وإن ترتب عليه إلحاق ضرر بالغير^(٩).

ويمكن أن نقيس على ذلك كل أشكال الأضرار الناجمة عن المنافسة المشروعة المسموح بل المرغوب بها لحفظ المصلحة في معقولية الأسعار وتحسين نوعية المنتجات، والضرر المألوف في علاقات الجوار المتسامح فيه لعدم إمكانية التحرز منه، أو حتى إتلاف المال بإذن صاحبه. كما يستبعد من نطاق الإضرار أيضاً الضرر الذي يصيب مصلحة اقتصادية محضة لا ترقى إلى أن تكون حقاً يحميه القانون، كإتلاف مال غير متقوم، مثل خمر أو خنزير يعود لمسلم، لغياب معصومية المصلحة المتجاوز عليها.

(٦) مرجع سابق، ٢٧٧، ويلاحظ أن هذا هو ما قرره المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني مرجع سابق، ٢٧٩.

(٧) عدنان إبراهيم السرحان، الفعل غير المشروع (الإضرار) كأساس للمسئولية التقصيرية (الالتزام بالضمان) في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني، مجلة المنارة الصادرة عن جامعة آل البيت الأردنية، المجلد الثاني، العدد الثاني، ١٩٩٧، ص ١٠٣.

(٨) انظر في هذا التصنيف، عز الدين بن عبد السلام، قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٧٤.

(٩) انظر في هذا المعنى، حكم محكمة تمييز دبي، الطعن ٢٥٤ لسنة ٢٠٠٣ حقوق، جلسة ١٢/١٠/٢٠٠٣، قضاء محكمة تمييز دبي، إصدارات المكتب الفني للمحكمة، ١٤، ٢٠٠٤، ج ١ حقوق، ١٠٦٦.

ويلاحظ -هنا- أن وجوب عدم المأذونية في الفعل المفضي للضرر لتحقيقه معنى الإضرار غير ظاهر في القاعدة العامة للفعل الضار في القانونين الإماراتي والأردني، الأمر الذي دعا جانب من الفقه^(١٠) إلى القول بأن هذه المادة قد أطلقت الإضرار ورتبت عليه الحكم وهو ضمان الضرر دون تقييد له بقيد، والحال أنه يجب أن يقيد بحالة إذا كان الإضرار من قبيل التعدي بمعنى مجاوزة الحد.

ونحن نعتقد أن هذا الرأي كان سيصيب كبد الحقيقة، لو اكتفى المشرع للإضرار بمعناه اللغوي الظاهر وهو الفعل المضر بالغير مطلقاً، إلا أن المشرع الإماراتي قد ابتدع للإضرار معنى اصطلاحياً يقصره على الفعل المضر بالغير على نحو غير مشروع. هذا المعنى الأخير قد حددته المذكرة الإيضاحية للقانون بنصها على أنه: (ويغني لفظ. الإضرار) في هذا المقام عن سائر النعوت والكنى التي تخطر في معرض التعبير كاصطلاح «العمل غير المشروع» أو «العمل المخالف للقانون. أو. الفعل الذي يحرمه القانون... إلخ.^(١١). وليس شرطاً برأينا أن يوصف الإضرار بعدم المأذونية في نص القانون صراحة، بل يمكن أن تحدد صفته هذه في المذكرة الإيضاحية للقانون أو بعمل الفقه والقضاء، تماماً كما تم تعريف الخطأ وحددت أركانه فقهاً وقضاً في القوانين التي تجعله أساساً للمسئولية.

الفرع الثالث

أساس ضمان الضرر في القانون المدني العراقي

تحت عنوان العمل غير المشروعة، وبعد الإشارة إلى بعض صور الفعل الضار، الإلتلاف والغصب، والأعمال غير المشروعة التي تقع على النفس، قرر القانون المدني العراقي في المادة (٣٠٤) منه قاعدة عامة في الفعل الضار مفادها أن. (كل تعد يصيب الغير بأي ضرر آخر غير ما ذكر في المواد السابقة يستوجب التعويض).

وقصد المشرع العراقي بالتعدي -هنا- التجاوز على حق الغير المعصوم، أي ما يطلق عليه بالعدوان، وهو بهذا المعنى مطابق للإضرار في القانونين الأردني والإماراتي كأساس لقيام الالتزام بالضمان، في المباشرة والتسبب على حد سواء.

(١٠) مصطفى الزرقاء، الفعل الضار والضمان فيه، دراسة وصياغة قانونية مؤصلة على نصوص الشريعة الإسلامية وفقهها انطلاقاً من نصوص القانون المدني الأردني، دار العلم، دمشق، ١٤٠٩هـ. ١٩٨٨م، ص٧١. والأستاذ الزرقاء رحمه الله يناقش -هنا- نص المادة (٢٥٦) من القانون المدني الأردني المطابقة لنص المادة (٢٨٢) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، قرب، مصطفى الجمال، القانون المدني في ثوبه الإسلامي، مصادر الالتزام، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، ١٩٩٦، ص٥٣١. (١١) المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية، مرجع سابق، ص٢٧٤.

المطلب الثاني

في موضوعية أساس الضمان

في القوانين محل الدراسة

أساس الضمان في القوانين محل الدراسة مفهوم موضوعي، وموضوعيته هذه قاعدة عامة تسري مهما كانت أسلوب إلحاق الضرر بالغير، وهذا ما نراه في فرعين مستقلين.

الفرع الأول

أساس الضمان مفهوم موضوعي

إن اشتراط عدم المأذونية في فعل الإضرار في القانونين الإماراتي والأردني أو العدوان في القانون المدني العراقي، لا تجعله مرادفاً للخطأ في القانون الوضعي المقارن. فالمسئولية المدنية في القانون الوضعي تقوم على الخطأ بمعنى الاعتداء والمخالفة، ولا يتحقق هذا المعنى بدون الإرادة الواعية، فيجب لوصف شخص ما بالمخطئ وتقرير مسؤليته عن النتائج الضارة لتصرفه، أن يكون مميّزاً مدركاً لأفعاله. عليه وكأصل عام، لا تقوم في القوانين الوضعية التي تؤسس المسئولية المدنية على فكرة الخطأ، مسؤلية الصغير والمجنون ومن في حكمهما عما يسببانه من ضرر للغير.

أما القوانين العربية الثلاثة فقد استمدت فكرة الإضرار أو العدوان كأساس لضمان الضرر من الفقه الإسلامي الذي لا يعرف الخطأ في التصرفات الفعلية^(١٢). فالحاق الضرر بالغير، ما لم يكن جائزاً مأذوناً به، فالجواز الشرعي يناه في الضمان، يعد في الفقه الإسلامي بذاته فعلاً محظوراً وغير مشروع، لقول رسول الإسلام صلى الله عليه وسلم «لا ضرر ولا ضرار»، لذلك جعله الشارع سبباً لضمان ما ترتب عليه من ضرر. وهذا ما عبرت عنه المذكرة الإيضاحية للقانونية الأردني والإماراتي التي تشير في تحديدها لمفهوم الإضرار إلى أنه. (ولا يخرج عن هذه السببية ألا يوصف فاعله بالاعتداء والمخالفة بسبب عارض خارج عنه كفقده أهلية التكليف لأن سببته ترتبط بذاته وبآثاره لا بقصد فاعله وإدراكه، ولذا يترتب عليه أثره إذا صدر من نائم أو من مجنون أو من طفل، لأن الأمر في اقتضائه التضمين مبني على المعاوضة وجبر الفاقد حتى لا يظلم أحد في ماله... فالضمان في القانون منوط بالخطأ بمعنى الاعتداء، فلا ضمان. فيه» على فاقد الأهلية. على خلاف ما ذهب إليه الفقهاء من إناطة التضمين بالضرر المترتب على فعل محظور في ذاته وإن صدر من عديم الأهلية، كالنائم حال نومه والمجنون والطفل الذي لا يميز)^(١٣).

(١٢) عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء الأول، في مصادر الالتزام، طه، مطبعة نديم، بغداد ١٩٧٧، ص ٤٩٦.

(١٣) المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية، مرجع سابق، ٢٧٦-٢٧٧.

يتضح، مما تقدم أن أساس المسؤولية في هذه القوانين ذو طبيعة موضوعية بحتة، بموجبه يعد الإضرار فعلاً محظوراً بذاته وبالنظر لنتائجه، أي الضرر المترتب عنه، فتقع تبعته على فاعله بصرف النظر عن وصف الفاعل وإرادته^(١٤)، مميزاً أم غير مميز، صغيراً أم كبيراً، عاقلاً أم مجنوناً. فالمهم في الإضرار هو الضرر الناتج عنه لا وصف الفاعل وإرادته.

مسئولية عديم التمييز:

قررت القاعدة العامة في ضمان الضرر في القانونين الإماراتي والأردني إلزام مرتكب الإضرار ولو كان غير مميز بضمانه. وتأكيداً لذلك نصت المادة (٣٠٣) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي والمادة (٢٧٨) من القانون المدني الأردني على أنه: (إذا أُلّف صبي مميز أو غير مميز ومن في حكمهما مال غيره لزمه الضمان من ماله). وهذا الحكم سبق للقانون المدني العراقي أن أخذ بما يطابقه في المادة (١/١٩١) منه.

ووفق الطبيعة الموضوعية لأساس ضمان الضرر في هذه القوانين، يمكن تبرير مسؤولية عديم التمييز بما يأتي:

١- إن هدف ضمان الضرر، أو المسؤولية المدنية، تعويض المضرور وجبر الضرر الذي أصابه، ولا يدخل ضمن غايته عقاب محدث الضرر الذي تسعى إليه المسؤولية الجزائية. لهذا كانت الأهلية شرطاً للمسؤولية الجزائية، وليست شرطاً للمسؤولية المدنية أو ضمان الفعل الضار، فإن كان فاعل الضرر عديم الأهلية لم يؤثر ذلك في أنه قام بفعل ترتب عليه ضرر بالغير أوجب الشارع رفعه لحديث «لا ضرر ولا ضرار»، لذلك جعله الشارع سبباً لضمان ما ترتب عليه من ضرر.

٢- إن الحكم الشرعي في الإسلام ينقسم إلى خطاب تكليف وخطاب وضع، وخطاب التكليف يشترط فيه علم المكلف وقدرته على الفعل وكونه من كسبه، أما خطاب الوضع فلا يشترط فيه كل ذلك. ومن خطاب الوضع ضمان الفعل الضار الذي يتحقق بمجرد وجود الفعل المؤدي إلى الضرر دون النظر إلى شخص الفاعل فيما إذا كان عالماً أو لا، مدركاً أو لا^(١٥).

الفرع الثاني

موضوعية الإضرار قاعدة عامة لا تختلف باختلاف طرقه

يقع الإضرار أو العدوان، في كل من الفقه الإسلامي والقوانين محل الدراسة، بالمباشرة أو بالتسبب .

(١٤) محمد شريف أحمد، مرجع سابق، ص ٢١٠ .

(١٥) محمد شريف أحمد، مرجع سابق، ص ٢١٤-٢١٥ .

أولاً - موضوعية الإضرار بالمباشرة

أ- مفهوم المباشرة.

يقصد بالمباشرة وفقاً لفقهاء الشريعة الإسلامية الذي استقى منه القوانين محل الدراسة هذا الاصطلاح، كل فعل جلب بذاته الضرر وكان سبباً له ولم يفصل بينه وحدث الضرر فعل آخر^(١٦). ويكون الإضرار بالمباشرة، ويقال لفاعله مباشر، إذا كان هناك اتصال بين أداة الإضرار ومحل الضرر، كما في اتصال آلة الإيتلاف بالمال المتلف، مثاله لو مزق شخص كتاباً أو وثيقة، أو كسر إناءً، أو هدم جداراً، أو طعن آخر بسكين.

ب- شروط ضمان المباشر

إذ كان يشترط في أساس ضمان الضرر عدم المقبولية على ما سبق بيان، فإن هذه الصفة في الإضرار بالمباشرة تأتي في الفقه الإسلامي من مجرد التجاوز على حق الغير المعصوم في جسده وماله وعرضه، إذا كان هذا التجاوز غير مأذون في فعله، بأصله بأن كان محرماً، أو بصفته لأنه، مما يفضي إلى الضرر في العادة^(١٧)، وإن كان هذا التجاوز لا يستند إلى عدوان، فالمباشر ضامن ولو لم يتعمد أو يتعدى، ولا إلى إرادة، فهو ضامن سواء أكان مميزاً مدركاً لأفعاله أم لا^(١٨). هذا وقد جرت تطبيقات الفقه الإسلامي على ذلك، فقد جاء في المادة (٩١٢) من مجلة الأحكام العدلية أنه: (إذا أتلّف أحد مال غيره الذي في يده أو في يد أمينه قصداً أو في غير قصد يضمن...)، كما نصت مادتها (٩١٤) على أنه: (لو أتلّف واحد مال غيره على ظن منه أنه ماله يضمن)، وورد في المادة (٩١٦) منها أنه: (إذا أتلّف صبي مال غيره يلزمه الضمان من ماله، وإن لم يكن له مال ينتظر إلى حين الميسرة ولا يضمن وليه).

وقد تبني القانونان الإماراتي والأردني هذا الموقف، فقد نصت المادة (٢٨٣) من القانون الأول، والمادة (٢٥٧) من القانون الثاني على أنه. (١- يكون الإضرار بالمباشرة أو بالتسبب ٢، فإن كان بالمباشرة لزم الضمان ولا شرط له...) . وبينت مذكرتهما الإيضاحيتان مرجع ذلك بقولها: (...إن المباشرة علة مستقلة وسبب للإضرار بذاته، فلا يجوز إسقاط حكمها بداعي عدم التعمد أو عدم التعدي...) ^(١٩). كما جاء فيها أيضاً: (إن الفعل إذا كان مؤدياً للضرر في ذاته استوجب ضمان ما يترتب عليه من تلف، لأنه حينئذ يكون فعلاً محظوراً بالنظر إلى نتائجه فتتبع تبعته على فاعل، فإن

(١٦) تمييز دبي، الطعن رقم ٥٧ لسنة ١٩٧٧ حقوق في ١١/١٠/١٩٩٧، مجلة القضاء والتشريع الصادرة عن المكتب الفني لمحكمة تمييز دبي، ٨، أبريل ١٩٩٩، ج١ حقوق، الرقم ١١٠.. ٧٠٤. اتحادية عليا، الطعن ٩٩ لسنة ١٦ قضائية في ١٧/١٢/١٩٩٥، مشار إليه سابقاً، والطعن ١٤٨ لسنة ١٨ قضائية في ١٠/١٢/١٩٩٦، المرجع ذاته، س١٧، ١٩٩٦، ٣، المبدأ ١٦٧، ص١٠١..
(١٧) مصطفى الجمال، القانون المدني في توبه الإسلامي، مصادر الالتزام، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، ١٩٩٦، ص٥٣١.

(١٨) محمد شريف أحمد، مرجع سابق، ٢١٢.

(١٩) المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الإماراتي، مرجع سابق، ص٢٧٩.

كان فاعله عديم الأهلية لم يؤثر ذلك في أنه فعل ترتب عليه ضرر بالغير أوجب الشارع رفعه لحديث للرسول صلى الله عليه وسلم: «لا ضرر ولا ضرار»، وذلك يوجب رفع الضرر مطلقاً سواءً أحدث من مكلف أم غير مكلف، ولا سبيل إلى رفعه في هذه الحالة إلا بإيجاب الضمان في ماله^(٢٠). فلو زلق شخص فوقع على مال غيره فأتلفه، وجب عليه الضمان، وإن كان قد ارتكب فعلاً غير إرادي، مما لا يوصف بالجواز أو الحظر، بل قد يسأل مع أن فعله جائز بل واجب، كما لو اضطر إنسان لأكل طعام غيره ليجنب نفسه الهلاك، فذلك لا يعفيه من الضمان ورد المثل^(٢١). وعلة ذلك (... إن المباشرة علة مستقلة وسبب للإضرار بذاته، فلا يجوز إسقاط حكمها بداعي عدم التعمد أو عدم التعدي...)^(٢٢).

بناءً على ما تقدم، يبين أن المباشرة مفهوم موضوعي يقوم على مجرد إلحاق الضرر بالغير دون جواز شرعي أو قانوني، ولا تستند في ترتيبها لمسئولية المباشرة إلى إرادة واعية وآثمة، ولا إلى وزن سلوك المباشرة للبحث إذا ما كان مخطئاً أم لا وفق مفهوم القانون الوضعي. وهذا برأينا ما قصده المشرع الإماراتي والأردني عندما نص على أن الإضرار إذا كان بالمباشرة لزم الضمان ولا شرط له. فعبارة (لا شرط له) لا تعني غياب كل شرط، بل لا شرط أضافه فوق عدم مقبولية الفعل الواجب أصلاً لتحقيق معنى الإضرار على ما سبق بيانه، والمتمثل في التجاوز على حق الغير المعصوم دون جواز شرعي وقانوني، وهذا الشرط نتفق، مع البعض^(٢٣)، على عدم الحاجة لإثباته في المباشرة، لأنه ثابت فيها بذاته، باعتبارها علة مستقلة وكافية وحدها للضرر الحادث.

كما تجدر الإشارة إلى أن القول بأن المباشرة ضامن وإن لم يتعمد أو يتعدى، لا يعني عدم إمكانية أن يدرأ المباشرة، ومثله المتسبب أيضاً، عن نفسه المسئولية بإثبات أن الضرر نشأ عن فعل شخص آخر غير مسئول هو عنه. وهذا ما أكدته محكمة تمييز دبي في أحد أحكامها^(٢٤)، الذي جاء فيه، أن الضرر الحاصل للسيارة المؤمن عليها لم ينجم مباشرة عن حركة (الكرين) (وهي عجلة لرفع الأثقال الكبيرة) الذي كان يقوده المطعون ضده الثالث. لتدخل فعل آخر بين حركته والضرر الناجم. وهو وجود منهل المجاري في طريقه لم يكن بالإمكان رؤيته لأنه غير مكشوف ومغطى بالأتربة، مما أدى إلى سقوطه فيه وميل جزء منه على تلك السيارة، مما يجعل قائد الكرين. المطعون ضده الثالث. مجرد متسبب في الضرر وليس مباشراً له، ويقطع علاقة السببية بين حركة الكرين والضرر المطالب بالضمان عنه بفعل الغير.

(٢٠) المرجع ذاته.. ٢٧٧.

(٢١) مصطفى الزرقاء، الفعل الضار والضمان فيه، دار القلم، دمشق، ١٤٠٩هـ-١٩٨٨م، ص ٧٩.

(٢٢) المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الإماراتي، مرجع سابق، ص ٢٧٩.

(٢٣) مصطفى الجمال، مرجع سابق، ص ٥٥٢.

(٢٤) الطعن ٥٧ لسنة ١٩٩٧ حقوق في ١١/١٠/١٩٩٧، مجلة القضاء والتشريع، الصادرة عن المكتب الفني لمحكمة تمييز دبي، ٨٤

أبريل ١٩٩٩، ج ١ حقوق، المبدأ ١١٠، ٧٠٤.

ثانياً: موضوعية الإضرار بالتسبب

مفهوم التسبب:

التسبب هو ما كان علة للضرر ولم يحصله بذاته. ويكون الإضرار بالتسبب، ويقال لفاعله متسبب، بإتيان فعل لا يتصل بمحل الضرر، ولا ينجم الضرر عنه لوحده وبذاته وإنما عن طريق تدخل فعل أو عامل آخر يتوسط بينهما. كما لو حضرت البلدية حفرة في الطريق العام ولم تتخذ الاحتياطات في تنبيه الناس لمنع إلحاق الضرر بهم، فسقطت فيها سيارة وتعرضت للضرر، أو رش شخص أمام محله التجاري مادة دهنية، فتزحلق بها شخص وكسرت ساقه .

ب- شروط ضمان المتسبب:

إلحاق الضرر بالغير تسبباً يحتاج لتضمين المتسبب إلى عدم مشروعية مزدوجة، شقها الأول، أن يشكل تجاوزاً غير مأذون به على حق الغير المعصوم، وهو ما يكفي لوحده لتضمين المباشر كما رأينا، وشقها الثاني، أن يأتي هذا التجاوز على سبيل العدوان^(٢٥).

وقد تم التعبير عن صفة العدوان هذه بالتعمد أو التعدي، فمن القواعد الكلية التي نصت عليها مجلة الأحكام العدلية أن (المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد)^(٢٦). كما جاء في المادة (٩٢٣) منها، وفي فصل إتلاف المال تسبباً، أنه:.. لو جفلت دابة أحد من الآخر وفرت فضاغت لا يلزم الضمان، وأما إذا كان قد أجفلها قصداً يضمن...). كما نصت المادة (٩٢٤) منها على أنه:.. يشترط التعدي في كون التسبب موجباً للضمان... يعني ضمان المتسبب في الضرر مشروع بعمله فعلاً مفضياً إلى ذلك الضرر بغير حق (...).

وقد أخذ القانونان الإماراتي والأردني بهذه الأحكام، عندما نصت المادة (٢٨٣) من الأول والمادة (٢٥٧) من الثاني على أنه. (١- يكون الإضرار بالمباشرة أو بالتسبب، فإن كان بالمباشرة لزم الضمان ولا شرط له، وإذا وقع بالتسبب فيشترط التعدي، أو التعمد، أو أن يكون الفعل مفضياً إلى الضرر).

وعبرت المذكرة الإيضاحية للقانون الإماراتي عن ذلك بنصها على أنه. (... وكلمتا. التعمد» و«التعدي»، ليستا مترادفتين، إذ أن المراد بالتعمد تعمد الضرر لا تعمد الفعل...، فإذا كان الإضرار كالاتلاف. بالمباشرة لم يشترط التعمد ولا التعدي وإذا كان بالتسبب اشترط التعمد أو التعدي، وقد صيغ الحكمان في الفقه الإسلامي في قاعدتين هما. المباشر ضامن ولو لم يتعمد أو يتعدى»

(٢٥) محمد شريف أحمد، مرجع سابق، ٢١٢-٢١٣، وباللغة الفرنسية انظر، شفيق شحاته، نظرية المسؤولية المدنية في النظم

القانونية لدول الشرق الأوسط، مجلة القانون المقارن، بروكسيل، ١٩٦٧، ٨٨٦

(٢٦) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، المجلد الأول، دار الجيل، بيروت، ١٩٩١، قاعدة رقم (٩٣)، ص ٩٤.

و« المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد أو التعدي.^(٢٧) وعن سبب اشتراط التعمد أو التعدي في التسبب دون المباشرة، فقد تقول أن: (مرجع التفرقة بين المباشرة والتسبب أن المباشرة علة مستقلة وسبب للإضرار بذاته، فلا يجوز إسقاط حكمها بداعي عدم التعمد أو عدم التعدي، إما التسبب فليس بالعلة في ذاته، فيلزم أن يقترن العمل فيه بصفة التعمد أو التعدي ليكون موجبا للضمان^(٢٨) .

ت- علة اشتراط العدوان في التسبب :

يعد مبرراً أن تؤسس المسؤولية عن الفعل الضار في القانون الوضعي على فكرة الخطأ، بما تقتضيه من إدراك وتمييز، مادام أن من الأهداف المركزية لهذه المسؤولية عقاب محدث الضرر على سوء تصرفه وتقييم سلوكه. ولكن لم يشترط العدوان لإقامة الضمان على الفعل أو الامتناع في الفقه الإسلامي والقانون الإماراتي، ما دام أن هدف الضمان مقصور على جبر الضرر وتعويضه، دون أن يكون لفكرة العقاب والردع وجود فيه .

في الواقع إن اشتراط العدوان المتمثل في مخالفة واجب شرعي أو قانوني، أو مخالفة سلوك الرجل المعتاد، هو مجرد معيار للمفارقة بين حقوق المضرور ودائرة نشاطه المشروع وحقوق صاحب الفعل أو الامتناع ودائرة نشاطه، وأداة لتوزيع عبء الأضرار المترتبة على الفعل أو الامتناع على كل من المضرور ومن ينسب له ذلك الفعل أو الامتناع، وليس معياراً لتحديد من يستحق تحمل الالتزام بالتعويض لما أتاه من سلوك سيء يقتضي معاقبته في ماله. ولهذا لم يشترط في المتعدي أن يكون أهلاً للتكليف حتى يترتب الضمان في جانبه^(٢٩) .

ث- كيف يتحقق العدوان ؟

أجابت على ذلك المادتان (٢٨٣) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي و(٢٥٧) من القانون المدني الأردني بنصهما على أن الإضرار إذا (... وقع بالتسبب فيشترط التعدي أو التعمد أو أن يكون الفعل مفضياً إلى الضرر) ، فما المقصود بهذه المسميات.

١- التعدي

التعدي في الفقه الإسلامي والقانون الإماراتي يعني، مجاوزة الحد الذي يجب الوقوف عنده أو التقصير عن الحد الواجب الوصول إليه في الفعل أو الامتناع. ويتحقق التعدي إذا جاء التصرف مخالفاً لمعايير السلوك المعتبرة، والتي تتمثل بما يأتي:

(٢٧) المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الإماراتي، مرجع سابق، ص٢٧٩. وهو ما نصت عليه أيضاً المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، مرجع سابق، ص٢٨١ .

(٢٨) المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الإماراتي، مرجع سابق، ص٢٧٩، المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، مرجع سابق، ص٢٨٢. وانظر أيضاً، علي حيدر، مرجع سابق، المجلد الأول، في شرحه للقاعدة (٩٢) من المجلة، ص٩٢ .

(٢٩) مصطفى الجمال، مرجع سابق، ص٥٣٧.

• الحدود التي يجب التزامها شرعاً وقانوناً:

وتتمثل بما تشتمل عليه القوانين والأنظمة والاتفاقات من الواجبات المنصبة على إتيان الفعل في حالة الأمر والامتناع عنه في حالة النهي. ومن ذلك أن يحفر شخص حفرة في الطريق العام دون إذن السلطة العامة، فيقع فيها شخص ليلاً ويصاب بأذى، أو أن يقصر المدرب في مراقبة الصغير الذي عهد إليه تعليمه السباحة، فيفترق.

• السلوك الذي جرى عليه العرف والعادة:

وهو ما يطلق عليه في تقدير الخطأ في القانون الوضعي، سلوك الرجل المعتاد^(٢٠). جاء في شرح المجلة أنه، لو أحدث أحد ضرراً في مزرعة جاره وهو يسقي مزرعته ينظر، فإذا كان سقي ذلك الشخص بما تحتمله الأرض وعلى الوجه المعتاد فلا يلزم ذلك الشخص ضمان لأنه متسبب غير متعد، ولو أوقد أحد في داره ناراً لا يوقد مثلها عادة فاحترقت دار جاره بسبب ذلك لزم الضمان^(٢١). وفي مجمع الضمانات للبغدادى^(٢٢)، إذا قصر المودع في حفظ الوديعة عما يحفظ به الناس أموالهم ضمن، ولو أسود البيت المستأجر بالسراج أو بإيقاد النار لا يضمن إذا لم يجاوز المعتاد. كما جاء في الأم للشافعي^(٢٣)، أنه إذا قام الختان بعملية الختان التي نجم عنها جرح وضرر للصغير، فإنه لا يكون ضامناً إذا كان قد أجرى العملية تماماً كما يجريها غيره من محترفي المهنة. ويلاحظ أن التعدي في الفقه الإسلامي والقوانين محل الدراسة يرادف الخطأ في القانون الوضعي، لكنه لا يطابقه. فهو يشبهه من حيث إن سلوك الإنسان يعد تعدياً متى كان مخالفاً لمعايير السلوك المعتبرة، والمتمثلة بالحدود التي يجب التزامها شرعاً وقانوناً، أو الواجبات المنصبة على إتيان الفعل في حالة الأمر والامتناع عنه في حالة النهي. كما تتمثل أيضاً بالسلوك الذي جرى عليه العرف والعادة، أو ما يطلق عليه في تقدير الخطأ في القانون الوضعي، سلوك الرجل المعتاد^(٢٤)، لكنهما مع ذلك يختلفان من حيث إن الخطأ مفهوم شخصي يقتضي من المخطئ أن يكون مدركاً لأفعاله، في حين أن التعدي مفهوم موضوعي، لا يشترط فيه الإدراك والتمييز. فالتعدي يمكن أن يأتي بقصد أو دون قصد، كما يمكن أن يأتيه الكبير والصغير، العاقل وغير العاقل^(٢٥).

(٢٠) المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الإماراتي، مرجع سابق، ص ٢٧٦.

(٢١) علي حيدر، مرجع سابق، ص ٦١٤.

(٢٢) مرجع سابق، ص ١٧ وما بعدها.

(٢٣) محمد بن إدريس الشافعي، الأم، مطبعة بولاق، القاهرة، ١٣٢٤/١٣٢١، ج ١٦٦.

(٢٤) مصطفى الجمال، مرجع سابق، ص ٥٢٤ وما بعدها، المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الإماراتي، مرجع سابق، ص ٢٧٦.

(٢٥) في هذا المعنى انظر، شفيق شحاتة، مرجع سابق، ص ٨٨٧، في حين يرى البعض الآخر أن التعدي في الفقه الإسلامي يطابق الخطأ في القانون الوضعي، انظر بالفرنسية، أميل تيان، نظام المسؤولية التقصيرية في القانون الإسلامي، رسالة دكتوراة، ليون-فرنسا، ١٩٢٩، ص ١٨٣.

٢- التعمد

يتميز التعمد بوجود نية الإضرار، فلا يكفي للتعمد أن يقصد الشخص الفعل، بل يجب أيضاً أن يقصد النتيجة، أي الضرر. فلو حفر شخص خندقاً في أرضه بقصد الإضرار بماشية جاره التي تمر ليلاً وهي عائدة من مرعاها، كان ضامناً لتعمده الإضرار، وإن لم يتعد لأنه قد حفر في ملكه الخاص. كما يضمن البائع إذا رخص في ثمن سلعته قاصداً إلى تقليص تاجر آخر يجاوره، فالبائع بالثمن الأقل مباح، لكنه اكتسب الحرمة بالقصد إلى الضرر.

ويلاحظ أن نية الأضرار اللازمة للتعمد أمر شخصي يختلف من إنسان لآخر، فهي تعتمد على مكنون الإرادة القائمة على الرغبة والاختيار، بما يقتضيه من الإدراك والتمييز. لذلك لا يمكن القول بتعمد عديم التمييز الإضرار بالغير، فعمد الصغير خطأ، وبالتالي لا يمكن مساءلته كمتسبب للضرر على أساس التعمد. ولكن لا يقصد بنية الإضرار النية الخفية التي يصعب إثباتها، بل النية المستفادة من الظروف والقرائن، فالشخص يكون متعمداً إذا قام بعمل لا يفعل في العادة إلا لأجل أذى الغير، كدس السم في الطعام^(٣٦).

تقييم اشتراط التعمد لمساءلة المتسبب

ينسب دائماً للفقهاء الإسلامي تبنيه لقاعدة مفادها أن (المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد أو التعدي). والحقيقة أن مجلة الأحكام العدلية قد اشتملت على قاعدتين كليتين هما. (المباشر ضامن وإن لم يتعمد). (المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد)^(٣٧). كما نصت المادة (٩٤٢) منها على أنه: (يشترط التعدي في كون التسبب موجبا للضمان ... يعني ضمان المتسبب في الضرر مشروط بعمله فعلاً مفضياً إلى ذلك الضرر بغير حق، مثلاً لو حفر أحد في الطريق العام بئراً بلا إذن ولي الأمر ووقعت فيها دابة لآخر وتلفت يضمن وأما لو وقعت الدابة في بئر كان قد حفرها في ملكه وتلفت لا يضمن).

وفي شرحه للمجلة، ذهب علي حيدر إلى أبعد من ذلك عندما قال: (يشترط شيئاً، التعمد والتعدي لأن يكون التسبب موجبا للضمان... يعني ضمان المتسبب في الضرر الناشئ عن تسببه مشروط بعمله فعلاً مفضياً إلى الضرر عمداً وبغير حق. أي إذ كان قد استعمله عمداً وتعدياً يضمن). ثم تكلف رحمه الله في تبرير اشتراطه التعمد والتعدي معاً لضمان المتسبب عندما قال: (لو حفر أحد بئراً في الطريق العام من دون إذن ولي الأمر... فسقط فيها حيوان لآخر... كان ضامناً، لأن ذلك الشخص ليس له حق في التصرف في الطريق العام وحفر بئر فيها، فكما أن

(٣٦) مصطفى الزرقاء، مرجع سابق، ص ٩١.

(٣٧) انظر المادتين (٩٢، ٩٣) من المجلة.

في الحضر المذكور تعدياً فيعد تعمداً أيضاً^(٢٨)، وهذا القول لا يكون برأينا مفهوماً إلا إذا قصد بالتعمد -هنا- تعمد الفعل لا تعمد الضرر .

وواقع الحال لا يوجد وضوح في مصدر قاعدة ضمان المتسبب بالتعمد، ونرجح أن يكون تقريراً خاطئاً لمفهوم المخالفة لقاعدة (المباشر ضامن وإن لم يتعمد)، والتي وردت في كتابات الكثير من الفقهاء^(٢٩). فربما ورد في ذهن واضعي المجلة أن تأكيد الفقهاء على أن المباشر ضامن وإن لم يتعمد، يعني أن المتسبب، وهو ضد المباشر، لا يضمن إلا إذا كان متعمداً. والحقيقة إن كتابات الفقهاء واضحة في أنه يشترط لضمان المتسبب التعدي، فمثلاً جاء في المبسوط للسرخسي أن (المتسبب إذا لم يكن متعدياً لا يكون ضامناً)^(٣٠)، وأشار الزيلعي في شرح الكنز إلى أن (التسبب... يشترط فيه التعدي)^(٣١)، كما ورد في رد المحتار لابن عابدين (... لأنه متسبب، وشرط الضمان فيه التعدي)^(٣٢).

٣- الإفضاء إلى الضرر

ربما لا يكون المتسبب متعمداً، لأنه لم يقصد إلحاق الضرر بالغير، ولا متعدياً، لأنه لم يخالف معايير السلوك المعتبرة، بأن تصرف في ملكه مثلاً، ولكن فعله اتصل بالضرر، وكان، مما يؤدي إليه لا محالة، فهو في هذه الحالة يسأل، لأنه يكون بمنزلة الفاعل المباشر. فلو فتح شخص قفصاً، فطار طير غير المحبوس فيه وضاع، أو قطع حبلاً فانكسر قنديل غير المعلق فيه، ضمن الفاعل الضرر، وإن كان القفص أو الحبل ملكاً له ولم يقصد ضياع الطير أو كسر القنديل. فهو -هنا- وإن كان متسبباً في الضرر دون تعمد ولا تعد، لكنه مع ذلك يضمن، كما يضمن المباشر دون عمد ولا عدوان، لأن الضرر كان النتيجة المباشرة والطبيعية التي يؤدي إليها فعله وفق المجرى العادي للأمر.

ثالثاً: علة التفرقة بين شروط المباشرة وشروط التسبب

الاختلاف في شروط ضمان المباشر والمتسبب يرجع إلى ما يأتي :

أ- إن المباشرة علة مستقلة وسبب للإضرار بذاته فلا يجوز إسقاط حكمها بداعي عدم التعمد أو عدم التعدي، إما التسبب فليس بالعلة فلزم أن يقترن العمل فيه بصفة التعمد أو التعدي ليكون

(٢٨) مرجع سابق، المجلد الثاني، ٦١٦-٦١٧.

(٢٩) غياث الدين البغدادي، مجمع الضمانات في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، المطبعة الخيرية بمصر، بدون سنة نشر، ص ١٤، حيث جاء فيه: (المباشر ضامن وإن لم يتعمد، والمتسبب لا إلا إذا كان متعدياً).

(٤٠) السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، ١٩٨٦، ج ٢٧، ص ٢٢.

(٤١) فخر الدين الزيلعي، تبين الحقائق في شرح كنز الدقائق - مطبعة بولاق بمصر، ١٣٣٥هـ، ٦٠، ص ١٤٩.

(٤٢) محمد بن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، طبعة الحلبي، ١٢٨٦هـ، ج ٥، ص ٥٤.

موجباً للضمان^(٤٣).

ب- إن التقسيم إلى مباشرة وتسبب، هو تقسيم للنشاط المتعدي أو ما يعرف بالعدوان في لغة الفقه الإسلامي، والذي يقصد به المجاوزة الفعلية لحق الغير أو ملكه المعصوم، أو الفعل المحظور في ذاته شرعاً أو قانوناً. واشتراط التعمد أو التعدي في التسبب جاء لإثبات العدوان، لأنه في التسبب غير ثابت بذاته باعتباره ليس علة مباشرة للضرر، في حين لم يشترط التعمد أو التعدي في المباشرة لأن العدوان فيها ثابت لكونها علة مباشرة للضرر^(٤٤).

ت. إن المباشرة وحدها كافية لقيام مسئولية المباشرة، بسبب قرب علاقة السببية القائمة بين فعل الفاعل المباشر والضرر الناجم عنه، والمتمثلة باتصال آلة الضرر بمحلّه. إما في التسبب الذي هو ليس علة مستقلة للضرر، فتكون علاقة السببية بعيدة لغياب شرط الاتصال الموجود في المباشرة، لذلك وجب توافر نية الإضرار أو التعدي لتبديد الشك حول علاقة السببية، ولتحلان محل ذلك الشرط المفقود^(٤٥).

رابعاً: موضوعية المباشرة أكثر وضوحاً من موضوعية التسبب

الملاحظ على جميع الأمثلة والتطبيقات التي يطرحها الفقه المعاصر للتدليل على موضوعية الإضرار في الفقه الإسلامي، أنها تنطبق على مسئولية المباشرة لا مسئولية التسبب. ففي باب الإلتلاف مباشرة نجد نصوصاً عديدة للمجلة تؤكد المفهوم الموضوعي للمباشرة، يظهر فيها عدم اشتراط أي عنصر شخصي كامن في إرادة الفاعل أو مستوى إدراكه وتمييزه. فهي تقرّر مسئولية المتلف وإن لم يكن قاصداً الإلتلاف، أو كان ظاناً أنه يتلف ماله، وخصوصاً حتى لو كان صغيراً، حيث يلزمه الضمان من ماله، وعندما لا يكون له مال ينتظر لحين ميسرة ولا يضمن وليه. كما اقتضت أمثلة شراح المجلة لتضمن الصغار وعديمي الإدراك والتمييز على حالات الإلتلاف مباشرة، ولم يرد في شرحهم للمواد المنظمة للتسبب أدنى إشارة إلى إمكانية تضمين غير المميزين من الصبية والمجورين باعتباره متعدين^(٤٦).

وعلى هذا المنوال سارت المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الإماراتي، فكل الأمثلة التي ساققتها للتدليل على موضوعية الإضرار وعدم ضرورة وصف فاعله بالاعتداء والمخالفة أو الإدراك والتمييز، إنما هي أمثلة للإضرار مباشرة لا تسبباً، خصوصاً أن هذه الأمثلة كانت مجرد

(٤٣) المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الإماراتي، مرجع سابق، ص ٢٧٩.

(٤٤) مصطفى الجمال، مرجع سابق، ص ٥٥٢، وفي القضاء الإماراتي، انظر، اتحادية عليا، الطعن ٩٩ لسنة ١٦ القضائية في ١٧/١٢/١٩٩٥، مجموعة أحكام المحكمة الاتحادية العليا، مرجع سابق، س ١٦/١٩٩٥، ١٤، المبدأ ١٩٠، ص ١٢٦٩.

(٤٥) محمد أحمد سراج، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة، ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م، ص ٣٢٣،

شفيق شحاته، مرجع سابق، ص ٨٨٧.

(٤٦) انظر المواد (٩١٣، ٩١٤، ٩١٦) من المجلة، وشرحها لعلي حيدر، مرجع سابق، المجلد الثاني، ص ٥٩٧ وما بعدها.

إحالة لنصوص المجلة وكتابات شراحها، المشار إليها أعلاه .

ولعدم صراحة موضوعية الإضرار تسبباً في الفقه الإسلامي، أشار الشيخ علي الخفيف في معرض تعليقه على شرط التعدي قائلاً: (ذلك ما يدعو إلى النظر فيما إذا كان المسبب صيباً أو مجنوناً، فهل ينظر إلى أهليته فلا يعد الفعل الذي يصدر عنه اعتداءً مسبباً لعدم تصور التعدي منه فلا ضمان عليه حينئذ، أو ينظر إلى الفعل نفسه كونه محظوراً ليعتد اعتداءً، ويكون عليه الضمان)، ثم انتهى يقول: (ذلك ما لم أره، ويظهر من إطلاقهم في فاعل الفعل الأول اعتبار النظر الثاني والإلزام بالضمان محافظة على الأموال)^(٤٧).

لكن الأستاذ الدكتور محمد شريف أحمد كان أكثر وضوحاً في تبنيه لشخصية التعدي في الفقه الإسلامي، فهو بعد أن ساوى بين التعدي في الفقه الإسلامي والقوانين المتأثرة به والخطأ في القانون الوضعي قال: (وهنا نسأل: هل يسأل الصبي غير المميز أو المجنون عن نتائج فعله الضار بالتسبب. الذي أراه وأكد أجزم به هو النفي، ذلك أنه لا يعقل التعدي من المجنون، ولكن يعقل منه تجاوز حدود حق الغير، والتعدي يتضمن عنصر المسؤولية). وخلص من ذلك إلى القول بمسئولية الفاعل المباشر وإن لم يكن مميزاً لجواز أن يصدر عنه تجاوزاً غير عدواني على حق الغير، وهذا يكفي لمساءلته، غير أن الصغير لا يمكن مساءلته تسبباً، لأن التسبب يحتاج إلى التعمد أو التعدي، أي تجاوز عدوان وإرادة، والصغير لا إرادة عنده. وانتهى الأستاذ محمد شريف من كل ذلك إلى أن نطاق القاعدة العامة للفعل الضار، والتي تقرر أن (كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر)، هو الفعل المباشر الذي يستوجب الضمان دون قيد أو شرط، ولا علاقة للقاعدة العامة بالفاعل المتسبب إلا بشروط معدله تعديلاً جوهرياً. وبرأيه، عندما نقول أن أساس المسؤولية هو الإضرار لا الخطأ، نقصد بذلك أساس المسؤولية بالنسبة إلى الفعل المباشر، إما الفعل المتسبب، فلا يكون مستوجباً للضمان، إلا على أساس الخطأ باستثناء الحالة التي يكون فيها الفعل المتسبب مفضياً إلى الضرر حتماً فيكون بمنزلة المباشر، وبالتالي يأخذ حكمه^(٤٨).

خامساً: التسبب مفهوم موضوعي في القوانين محل الدراسة رغم عدم وضوح ذلك في الفقه الإسلامي

على الرغم من عدم وضوح موضوعية التسبب في الفقه الإسلامي، خلافاً لموضوعية المباشرة، على ما سبق بيانه، ومع تقديرنا لرأي الأساتذة الذين قالوا بشخصية التعدي باشتراط التمييز لمساءلة الصغير الذي يضر بغيره تسبباً، والمعلوم أن أغلب حالات التسبب تكون بالتعدي، إضافة إلى التعمد الذي لا خلاف على شخصيته، لأنه يستند إلى نية الإضرار بالغير، والنية لا توجد لدى

(٤٧) علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، القاهرة، ١٩٧١، ص٧٥، أشار إليه، محمد شريف، مرجع سابق، ص٢١٥.

(٤٨) محمد شريف أحمد، مرجع سابق، ص٢١٢، ٢١٣، ٢١٥.

عديمي الإرادة، نقول رغم كل ذلك. فإننا مازلنا نعتقد أن التعدي مفهوم موضوعي حتى في الفقه الإسلامي، وهو كذلك بالتأكيد في القوانين محل الدراسة. ويمكننا أن نؤيد ذلك من خلال ما يأتي:

١- جاء في المادة (٩٢٢) من مجلة الأحكام العدلية أنه: لو أُلّف أحد مال الآخر أو أنقص قيمته تسبباً، يعني لو كان سبباً مفضياً لإتلاف مال أو نقصان قيمته يكون ضامناً فهذا النص وأمثاله في المجلة، جاء بصيغة مطلقة، فهو يقول: إذا أُلّف أحد (...)، ولفظ أحد يشمل الكبير والصغير، والمميز وغير المميز^(٤٩).

٢- أن القوانين محل الدراسة قد رتبت الضمان على الإضرار بالإطلاق، عندما نصت المادة (٢٨٢) من القانون الإماراتي والمادة (٢٥٦) من القانون الأردني على أنه: (كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر). ومعلوم أن الإضرار قد يتم بالمباشرة أو بالتسبب، وعموم النص يفيد أن مرتكب الإضرار، سواءً أكان مباشراً أم متسبباً يضمن الضرر الذي ألحقه بالغير، سواءً أكان مميزاً أم لا. ولا يفهم من ذلك غير أن التسبب لا يقل موضوعية عن المباشرة، وأن شرط التسبب الأساس وهو التعدي ذو طابع موضوعي، لا يستند إلى أي عنصر شخصي مستند إلى الإرادة والإدراك.

ولكن قد يقال أن المتسبب في هذه القوانين يسأل، إضافة إلى حالة كونه متعدياً، عند تعمه أو إفضاء فعله إلى الضرر حتماً، فأين الموضوعية من هذين المفهومين الأخيرين؟ أما عن الإفضاء إلى الضرر، فالموضوعية فيه واضحة، لأن المقصود به أن يتصل فعل المتسبب بالضرر لا محالة، كما لو فتح شخص باب قفص فطار منه الطير وضاع، فهو -هنا- وإن كان متسبباً في ضياع الطير، إلا أنه يكون بمنزلة الفاعل المباشر، والمباشر ضامن، قاصداً كان أم لا، مميزاً كان أم غير مميز. إما التعمد، فلا شك في أنه يقتضي توافر نية الإضرار، والنية لا تقوم إلى بوجود إرادة واعية مدركة، ومع ذلك، فإننا نعتقد أن التعمد ليس إلا صورة من صور التعدي، توجد عندما يتوافر لدى المتعدي قصد إلحاق الضرر والإيذاء. فاستعمال المباح مقيد بقصد المصلحة وعدم تجاوز المعتاد، وليس من المعتاد أن يتعمد الشخص إلحاق الضرر والإيذاء بالغير، فاقتراف الفعل عمداً يشكل تعدياً من الفاعل، لكن المشرع الإماراتي عمد إلى أفراد هذه الحالات بالنص ربما لإزالة ما قد يكون هناك من شك في اعتبار الفعل المصاحب لأي منها تعدياً^(٥٠).

ووجود التعمد بما يقتضيه من إرادة واعية مدركة لا يغير في طبيعة التعدي في عمومته الذي يبقى مفهوماً موضوعياً، كما لا يغير في طبيعة التسبب باعتباره واحداً من طرائق الإضرار يمكن أن يأتيه الصغير والكبير، العاقل والمجنون.

(٤٩) عبد المجيد الحكيم، مرجع سابق، ص ٥٠١.

(٥٠) انظر في هذا الرأي، مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٥٥٥.

وضمن هذا التوجه، فإن القانون المدني العراقي، الذي أخذ الأحكام الموضوعية للفعل الضار من الفقه الإسلامي مع تحوير عميق لما يقرره هذا الفقه، وبعد الإشارة إلى بعض صور الضرر، قرر قاعدة عامة في الفعل الضار مفادها أن. (كل تعد يصيب الغير بأي ضرر آخر غير ما ذكر في المواد السابقة يستوجب التعويض).

٣- أشرنا قبل قليل إلى الاتجاه الذي يرى أن المباشرة وحدها دون التسبب مفهوم موضوعي في الفقه الإسلامي، بحيث يمكن مساءلة الصغير والمجنون عند مباشرتهما الضرر، إما فعلهما الضار بالتسبب فلا تقوم به مسئوليتهما، لأن التسبب يشترط له التعدي، ولا يعقل التعدي منهما. ونحن نعتقد، على فرض تسليمنا جدلاً بهذا الرأي، أن القوانين محل الدراسة كانت مصيبة عندما عممت نطاق القاعدة العامة للضمان بحيث تقرر فيها أن كل إضرار بالغير، مباشرة كان أو تسبباً، يلزم فاعله ولو غير مميز بالضمان. فهذا التوجه يحقق العدل أكثر، لأنه إذا أحدث شخص ضرراً لآخر فعليه تعويض هذا الضرر، ولو لم يكن قاصداً ولا مميزاً، فإن قيل ما ذنب هذا الشخص فتحمله نتيجة فعل لم يرد، قلنا ما ذنب المتضرر فتحمله ضرراً لا يد له فيه. الواقع إن أماننا ضرراً وذمتين يجب أن تتحمل إحدهما هذا الضرر، فأى الذمتين أولى بتحملة؟ العدل والمنطق يقتضيان أن من كان مناسبة لوقوع الضرر هو الذي عليه تعويضه، لأنه لولاه لما وقع^(٥١).

كما أن عدالة هذا التوجه، وملاءمته لحماية المضرورين من ضحايا المدنية الحديثة، قد دفعت إلى تبنيه وإن جزئياً في القوانين التي قامت منطلقاتها النظرية على تأسيس المسؤولية عن الفعل الضار على الخطأ بمفهومه الشخصية، فهل من الحكمة أن نتخلى عن بضاعتنا في الوقت الذي فيه يطلبها الغير حثيثاً.

الفرع الثالث: موضوعية أساس المسؤولية سلاح ذو حدين

الإضرار بمفهومه الموضوعي المتقدم كأساس تقليدي للمسؤولية عن الفعل الضار في الفقه الإسلامي والقوانين محل الدراسة، قد ساهم بدون شك بتوفير قدر مهم من الحماية للمضرورين، خصوصاً في مواجهة محدثي الضرر من عديمي الإدراك والتمييز.

ولكن للقمر وجهاً آخر مظلماً، فقد ثبت أن هناك حدوداً لفاعلية موضوعية المسؤولية المدنية في حماية المضرورين، فعدم التمييز كما يمكن أن يكون مسؤولاً عن الضرر، فهو أيضاً قد يكون المضرور، وعندئذ سيحسب عليه فعله الذي ساهم به في إحداث الضرر، ولا يشفع له عندئذ جنونه أو صغره. فقد جاء في المادة (٢٩٠) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي أنه. (يجوز للقاضي أن ينقص الضمان أو لا يحكم بضمان ما إذا كان المتضرر قد اشترك بفعله في إحداث الضرر أو

زاد فيه)^(٥٢)، وهذا النص مطلق، ولفظ (المتضرر. يشمل الكبير والصغير، والمميز وغير المميز. ومن باب المقارنة نشير إلى أنه قد ظهر هذا الأثر السلبي في القانون الفرنسي، على إثر الأحكام التي أسقطت فيها الهيئة الموسعة لمحكمة النقض الفرنسية ركن الإدراك في الخطأ كأساس للمسئولية الشخصية. فقد كان المضرور في اثنين من القضايا الخمسة التي نظرتها الهيئة يومئذ من الأطفال، ففي القضية الأولى صعق صغير في الوقت الذي كان ينزع فيه مصباحاً دون أن يقطع التيار الكهربائي، وفي الثانية دهست طفلة في الخامسة من العمر أثناء عبورها الشارع، بعد أن تعثرت خطواتها فزعاً من سيارة اتجهت نحوها بسرعة، ومع ذلك نسبت المحكمة لهما خطأً وجدت، بموجب سلطاتها التقديرية، أنهما قد ساهما به في إحداث الضرر على نحو أنقص حقهما في التعويض .

لذلك تدخل المشرع الفرنسي جزئياً للتقليل من هذا الأثر السلبي، عندما اسقط كل أثر لخطأ المضرورين من الأطفال على حقهم في التعويض عن الأضرار الجسدية التي يتعرضون لها من حوادث السيارات إذا كان عمر المضرور أقل من (١٦) سنة، وذلك بموجب قانون ١٩٨٥/٧/٥. المنظم لحوادث السيارات)^(٥٣).

٥٢ وقد نصت على ذات الحكم مع تحوير بسيط، المادتان (٢١٠) مدني عراقي، (٢٦٤) مدني أردني.

٥٣ انظر المادة.٣. من القانون. وانظر في الموضوع

G. Viney , L'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation , LGDJ , 1992 ; F . CHABAS , Le droit des accidents de la circulation après la réforme du 5juillet 1985 , Litec , 2^e éd. 1988. p .160 et s

المبحث الثاني

أوجه الانحراف عن موضوعية ضمان الضرر في القوانين محل الدراسة

لقد رصدنا في القوانين العربية المتأثرة في الفقه الإسلامي أوجه للانحراف عن موضوعية ضمان الضرر ستكون محل دراستنا في مطالب هذا المبحث:

المطلب الأول

تخلي القضاء عن موضوعية ضمان الضرر

لاحظنا من خلال تتبع أحكام القضاء في الدول محل الدراسة وجود نمطين من التخلي. الأول ظاهري شكلي والثاني موضوعي .

الفرع الأول: تخلي القضاء الإماراتي ظاهراً عن مفهوم الإضرار كأساس للمسئولية عن الفعل الضار

جرى القضاء الإماراتي، وبأعلى حلقاته، وفي العديد من أحكامه، على الإشارة إلى الخطأ كأساس للمسئولية عن الفعل الشخصية، أو بيان أن هذه المسئولية تقوم في القانون الإماراتي على ثلاثة أركان هي: الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما. فقد ذهبت المحكمة الاتحادية العليا في دولة الإمارات في أحكام عدة إلى أن (استخلاص الخطأ الموجب للمسئولية أو نفيه وتقدير توافر علاقة السببية بين الخطأ والضرر، من وسائل الواقع التي تدخل في سلطة محكمة الموضوع، بلا معقب عليها مادام استخلاصها سائغاً) (٥٤).

(٥٤) انظر حكمها في الطعنين ٣٠٠٠٣١٩ لسنة ١٥ قضائية في ٢٦/٤/١٩٩٤، مجموعة الأحكام القضائية الصادرة من دوائر المواد المدنية والتجارية والشرعية والأحوال الشخصية، إصدارات المكتب الفني للمحكمة الاتحادية العليا بالتعاون مع كلية الشريعة والقانون في جامعة الإمارات، ١٦، ١٩٩٤، ٢٤، ١٤٢١هـ- ٢٠٠٠م، المبدأ ١١٩، ص ٦٢٢، والطعن رقم ٣٢٤ لسنة ١٧ قضائية في ١٢/١٢/١٩٩٥، س ١٦، ١٩٩٥، ٣، ١٤٢١هـ- ٢٠٠٠م، المبدأ رقم ١٨٦، ص ١٢٤٠، والطعن ١٨٢ لسنة ٢٢ قضائية في ١٤/٤/٢٠٠٢، ٢، ١٤٢٥هـ- ٢٠٠٤م، المبدأ رقم ١٢٠، ص ٨٧٥، والطعن ٥١٩ لسنة ٢٢ قضائية، المبدأ ١٤٤، ص ١٠٧٣، والطعن ٤٢٨ لسنة ٢٢ قضائية في ١٨/١٢/٢٠٠٢، المرجع السابق، س ٢٤، ع ٤، المبدأ ٣١٠، ص ٢٣١٤، والأغرب من ذلك أن تشير المحكمة إلى الخطأ الموجب للمسئولية في واقعة تتعلق بالمسئولية عن فعل الأشياء التي هي في القانون الإماراتي مسئولية موضوعية تقوم على فكرة تحمل تبعه المخاطر، انظر حكمها في الطعن ٦٣ لسنة ١٧ قضائية، المرجع ذاته، ٢، ١٤٢١هـ- ٢٠٠٠م، ١١٠٥، وحول اشتراط الخطأ للمسئولية، انظر أيضاً حكم محكمة تمييز دبي في الطعن ٣٧٧ لسنة ١٩٩٩ حقوق في ٢/١١/٢٠٠٠م، مجموعة الأحكام، المكتب الفني للمحكمة، ١١٤، ديسمبر ٢٠٠٠م، المبدأ ١٩، ١١٦، والطعنين ٨٨، ١١٣ لسنة ١٩٩٧ حقوق في ٢/١١/١٩٧٧، مجلة التشريع والقضاء، مرجع سابق، ٨٤، أبريل ١٩٩٩، ج ١، المبدأ ١٢٣، ص ٨٤٥.

كما أشارت في العديد من أحكامها إلى المادة (٢٩٠) من قانون المعاملات المدنية التي تنص على أنه. (يجوز للقاضي أن ينقص مقدار الضمان أو لا يحكم بضمان ما إذا كان المتضرر قد اشترك بفعله في إحداث الضرر أو زاد فيه)، ورأت في هذا النص ما يعني. أنه إذا شارك المضرور بخطئه في إحداث الضرر المطالب عنه بالتعوي، فإن تحديد هذا الخطأ وأثره على وقوع الضرر يخضع لمطلق تقدير القاضي، كما يكون له الحق في عدم إنقاص مقدار التعويض متى تبين له أن الخطأ من المضرور قد بلغ حداً من الضآلة بحيث لا يتناسب مع جسامة الخطأ الواقع من جانب مرتكب الفعل الضار)^(٥٥)، مع أن نص المادة أعلاه واضح، فهو يشير إلى فعل المضرور دون أن يصفه بالخطأ، وليس فيه ولا في غيره من نصوص قانون المعاملات المدنية الإماراتي أدنى إشارة إلى خطأ المضرور أو خطأ المسئول عن الفعل الضار.

هذا التوجه في القضاء الإماراتي شهد القضاء الأردني مثيلاً له، بسبب تطابق أحكام المسؤولية في القانون المدني الأردني وقانون المعاملات المدنية الإماراتي، فالقانون الأول هو المصدر التاريخي المباشر للقانون الثاني، الذي يعد برأينا نسخة معدلة عنه. فعلى سبيل المثال ذهبت محكمة التمييز الأردنية إلى أنه (يعتبر الضرر قوام المسؤولية التقصيرية في الأعمال المصرفية خلافاً لأركان المسؤولية الواردة في القانون المدني التي تستلزم بالضرورة توافر عنصر الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما)^(٥٦). كما ذهبت في حكم أخرجتقول. لا بد للحكم بالتعويض عن الضرر اللاحق بأي شخص ... أن تقدم البيئة على ارتكاب المدعى عليه خطأ ما بصورة ما، وأن يثبت حصول الضرر، وأن تكون هناك علاقة سببية بين الخطأ والضرر)^(٥٧). وعلى نحو أوضح من ذلك جاء في حكم آخر لها. (إن ضمان المتسبب في الضرر مشروط بقيامه بالفعل الذي أدى إلى ذلك الضرر بغير حق، والمسؤولية عن الخطأ تتطلب ثبوت خطأ المسئول ووقوع الضرر الذي أصاب السائل ورابطة سببية تربط الخطأ والضرر)^(٥٨).

ونحن نعتقد أنه قد ساعد على هذا الخلط الشكلي بين الإضرار والخطأ، التقارب الكبير

(٥٥) انظر حكمها في الطعن ٢١٧ لسنة ١٦ قضائية في ٦/٢٥/١٩٩٥، مجموعة الأحكام القضائية، المرجع السابق، المبدأ ١٢٩ ع ٢، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م، ص ٧٨٠، والطعن ٧٥٦، ٧٩٥ لسنة ٢٢ قضائية في ١١/١٢/٢٠٠٢، المبدأ ٢٨٣، ١٤٢٥هـ، ٢٠٠٤م.

(٥٦) انظر قرارها رقم ٩١/١٢١٩ لسنة ١٩٩٤، المحامين محمد ويوسف خلاه، الاجتهاد القضائي، المبادئ القانونية لمحكمة التمييز في المواد المدنية والتجارية من سنة ١٩٩٢ حتى سنة ١٩٩٨، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠١، رقم ١٦٧٥، ص ٦٤٣.

(٥٧) انظر قرارها رقم ٩٥/١٠٤٦ لسنة ١٩٩٦، المرجع السابق، رقم ٢٣٢٢، ٨٤٦. وعكس ذلك ذهبت أحكام آخر. إلى أن أساس المسؤولية هو الفعل أو عدم الفعل الذي يلحق بالغير الضرر، وأن الأضرار الذي نصت عليه المادة (٢٥٦) من القانون المدني الأردني يعني العمل غير المشروع أو العمل المخالف للقانون أو الذي يحرمه القانون استثناء بما ورد في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني، انظر قراراتها، رقم ٩٠/٩٢٥ لسنة ١٩٩٢، المرجع أعلاه، المبدأ رقم ٣٦٦٢، ص ١٣٧٦، رقم ٩٤/١١٩٦ لسنة ١٩٩٥، المرجع السابق، المبدأ رقم ٢٣٤٦، ٨٥٠، ورقم ٩٣/٤٦٦ لسنة ١٩٩٥، المرجع السابق، المبدأ رقم ٣٦٧٧، ١٢٨١.

(٥٨) انظر حكمها رقم ٩٠/٩٦٥ لسنة ١٩٩٢، المرجع السابق، المبدأ رقم ٣٧٠١، ص ١٣٨٩ - ١٣٩٠.

بين مفهوم الإضرار بمعناه الذي اختاره له المشرع الإماراتي وهو «العمل غير المشروع» أو «العمل المخالف للقانون. أو. الفعل الذي يحرمه القانون. والخطأ. وبوجه خاص التطابق الواضح بين ضوابط تقدير كل منهما، فالمذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الإماراتي تشير إلى أنه: (يجب أن يترك تحديد ما فيه إضرار لتقدير القاضي وهو يسترشد في ذلك، بما يستخلص من طبيعة نهي القانون عن الإضرار من عناصر التوجيه، فثمة التزام يفرض على الجميع عدم الإضرار بالغير، ومخالفة هذا النهي هي التي ينطوي فيها الإضرار. ويقتضي هذا الالتزام تبصراً في التصرف، يوجب بذلك أعمال عناية الرجل الحريص) (٥٩). وإذا كان الأمر كذلك، فلا عجب أن يستخدم القاضي في الإمارات تعبير الخطأ بدلاً عن مصطلح الإضرار، لأن طريقة ومعايير تقدير الإضرار كما وردت في المذكرة الإيضاحية هي ذاتها المستخدمة في تقدير الخطأ في القانون الوضعي. وكانت هذه المذكرة أكثر صراحة في التعبير عن التقارب بين التعدي والخطأ، فقد جاء فيها: (فالخطأ في القانون يرادف التعدي في الفقه الإسلامي الذي يقع من الشخص في تصرفه بمجاوزة الحدود التي يجب التزامها في سلوكه شرعاً وقانوناً وهو انحراف في السلوك بتحقيق بالإضرار بالغير عن عمد أو عن إهمال وتقصير إلى درجة أدت إلى ضرر الغير) (٦٠).

كما أننا لا يمكن أن نهمل عامل الخلفية القانونية للقضاة العاملين في دولة الإمارات، فأغلبهم من رعايا دول عربية تعتمد قوانينها الخطأ أساساً للمسئولية المدنية، ومن الطبيعي أن يتأثروا، شاءوا أم أبوا، بالمدارس القانونية التي ينتمون إليها، وعلى وجه الخصوص رعايا الدول التي قادت حركة التقنين المدني الحديث، وكان لقوانينها المدنية التأثير البالغ على القانون المدني في العالم العربي كله.

ولكن نلاحظ أنه لم يكن استبدال الخطأ بالإضرار أكثر من تغيير لفظي شكلي غاب عنه أدنى تأثير على الأحكام الموضوعية للفعل الضار. فقد حافظ القضاء على القواعد الموضوعية لضمان الضرر ومسمياته كما وردت في الفقه الإسلامي بالقدر الذي تبناه قانون المعاملات المدنية الإماراتي، وهو القدر الغالب، وبرز ذلك، في شأن أساس المسؤولية عن الفعل الضار، في نظامي المباشرة والتسبب بمفهومهما الموضوعي كما تم تناوله في هذا البحث، وما ترتب على هذا المفهوم من عدم اشتراط القصد ولا الإدراك والتمييز لمساءلة الشخص عن أفعاله.

والأهم من ذلك كله، أن استخدام مصطلح الخطأ بدلاً عن الإضرار، لم يكن توجهاً عاماً، فقد شهد القضاء الإماراتي، ومنذ وقت ليس بالقريب، أحكاماً تلتزم مسمى الإضرار وسائر التعبيرات المرتبطة بضمان الضرر في الفقه الإسلامي، كما وردت في القانون الإماراتي أساساً لضمان الفعل

(٥٩) المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية، مرجع سابق، ص ٢٧٥. ويتطابق ذلك ما ورد في المذكرات الإيضاحية للقانون

المدني الأردني، مرجع سابق، ٢٧٦ - ٢٧٧.

(٦٠) المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية، مرجع سابق، ص ٢٧٦.

الضار، وتوضح صراحة الفرق بينه والخطأ في القانون الوضعي^(٦١).

الفرع الثاني: تخلي الفقه والقضاء العراقيين موضوعياً عن موضوعية ضمان الضرر

من باب المقارنة مع تردد القضاء الإماراتي بين مصطلحي الإضرار والخطأ للتعبير عن أساس ضمان الضرر في قانون المعاملات المدنية، وتعميماً للفائدة، نود الإشارة إلى أن الفقه والقضاء العراقيين قد شهدا تخلياً، موضوعياً هذه المرة، عن أسس ضمان الضرر في الفقه الإسلامي، شجع عليه بدون شك التحوير الذي أدخله المشرع العراقي على بعض هذه الأسس، وقد بدا هذا التحوير من خلال ما يأتي :

١- اشتراط التعمد أو التعدي لتقرير ضمان المباشر والمتسبب على حد سواء، في حين أن القاعدة التقليدية في الفقه الإسلامي، والتي التزمها قانون المعاملات المدنية الإماراتي^(٦٢): أن المباشر ضامن وإن لم يتعمد أو يتعدى. فقد نصت الفقرة الأولى من المادة (١٨٦) من القانون المدني العراقي على أنه. (إذا أُلّف أحد مال غيره أو أنقص قيمته مباشرة أو تسبباً يكون ضامناً إذا كان في إحداثه هذا الضرر قد تعمد أو تعدى . وفي هذا النص يكون القانون المدني العراقي قد أسقط الفائدة العملية للتمييز بين المباشرة والتسبب، مادام يجب في كل منهما التعمد أو التعدي^(٦٣) .

٢- تقريره في حالة اجتماع المباشر والمتسبب إضافة الحكم إلى المتعمد أو المتعدي منهما، في حين أن القاعدة التقليدية في الفقه الإسلامي، التي تمسك بها المشرع الإماراتي^(٦٤)، تضيف الحكم في هذه الحالة للمباشر دون التسبب، باعتبار أن المباشرة علة مستقلة وكافية لوحدها لإحداث الضرر. فقد جاء في الفقرة الثانية من المادة (١٨٦) من القانون المدني العراقي أنه: . وإذا اجتمع المباشر والمتسبب ضمن المتعمد أو المتعدي منهما، فلو ضمناً معاً كانا متكافئين بالضمان . .

وقد فهم الفقه والقضاء العراقيين من اشتراط المشرع التعمد أو التعدي لضمان مسئولية المباشر والمتسبب على حد سواء، تأسيس القانون المدني العراقي المسئولية عن الأعمال الشخصية على أساس الخطأ بمفهومه الشخصي في القانون الوضعي القائم على ركنين: التعدي، بمعنى مخالفة سلوك الرجل المعتاد، ونسبة هذا التعدي لمرتكبه بما يشترطه من الإدراك والتمييز. فقد

(٦١) انظر على سبيل المثال، أحكام المحكمة الاتحادية العليا في الطعن ٣١٠ لسنة ١٧ قضائية في ٢١/١١/١٩٩٥، مجموعة الأحكام، مرجع سابق، ع ١٤٢١، هـ ٣٠٠٠م، المبدأ ١٢٦، ص ١٠٨٠، والطعن ٩٩ لسنة ١٦ قضائية في ١٧/١٢/١٩٩٥، المرجع ذاته، المبدأ ١٩٠، ص ١٢٦٩.

(٦٢) انظر المادة (٢/٢٨٣) من القانون .

(٦٣) عبد المجيد الحكيم، مرجع سابق، ص ٤٩٩ .

(٦٤) انظر المادة (٢٨٤) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي .

جاء في قرار محكمة بداءة بغداد^(٦٥)، الممثل لحكم النقص الصادر عن الهيئة العامة لمحكمة تمييز العراق في قضية أطلقت فيها الشرطة النار على تظاهرة طلابية قتلت شخصاً من غير المتظاهرين (.. أن قوات الشرطة أطلقت الرصاص على المتظاهرين دون مسوغ قانوني. إذ في الوقت الذي لم يكن أحد المتظاهرين مسلحاً بسلاح ناري أو استخدم السلاح ضد أفراد الشرطة.. لذا فتكون قوات الشرطة قد أخطأت باستعمال الرصاص لتفريق المتظاهرين. إذ على فرض وجود حالة الدفاع الشرعي لا يجوز لأفراد الشرطة أن يتجاوزوا في دفع الاعتداء القوة اللازمة والمناسبة لتفريق المتظاهرين، وكان عليها أيضاً لغرض جواز استعمال الرصاص أن تتخذ الحيطة والتبصر والعناية اللازمة لعدم إصابة السابلة والمارين الذين لم يشتركوا في المظاهرات... إما أن تقرير حاكم (أي قاضي) التحقيق لم يعين الشرطة الذين أطلقوا النار على القتل المجني عليه فهذا لا يفي مسؤولي الحكومة مدنياً عن خطأ موظفيها ومستخدميها ما دام الخطأ قد سبب وفاة المميز عليه. ولا يشترط في تقرير المسؤولية المدنية تعيين الموظف أو المستخدم الذي أخطأ باستعمال الرصاص، بل يكفي لتحقيق المسؤولية ثبوت الخطأ والضرر اللذين توافرا في هذه الدعوى، فيكون التعويض لازماً. . كما جاء في حكم لمحكمة تمييز العراق أن. حق المحتجز عليه بالمطالبة بتعويض الضرر الذي أصابه من جراء توقيع الحجز الذي تقرر رفعه وإبطاله... مقيد بقواعد المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع التي تتطلب توافر أركانها الثلاثة وهي الخطأ والضرر والرابطة السببية بينهما)^(٦٦). وقد تأيد اشتراط القضاء لقيام المسؤولية عن الفعل الضار إلى أركان ثلاثة: الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما، بأحكام صدرت عن الهيئة العامة لمحكمة التمييز العراقية^(٦٧). وفي شأن أحد تطبيقات التعدي وهو التعسف باستعمال الحق، قضت محكمة تمييز العراق غير مرة (أن نظرية التعسف باستعمال الحق ما هي إلا صورة من صور الخطأ التقصيري ولا يمكن عكسها على المغضوب منه صاحب الحق واحترام عمل الغصب). كما قضت بأنه. لا يسأل بائع السيارة عن تعويض الضرر الناشئ عن مدة توقفها عن العمل بسبب وضع الحجز عليها

(٦٥) ورد ضمن حكم محكمة تمييز العراق، الهيئة العامة، رقم (٩٥٧/٢٥٠٤) في ٢٠/٤/١٩٥٨، مجموعة الأستاذ عبد العزيز السهيل، ص ٢٦٨-٢٧١، وانظر أيضاً حكم محكمة تمييز العراق، في ١٢/١١/١٩٨٥، أشار إليه الحكيم، مرجع سابق هامش (٣٥٨) ص ٥٠٥.

(٦٦) النشرة القضائية، ع ٢١٤، ص ٤٢-٤٤، وانظر في حكم مماثل، المرجع ذاته، ع ١، ص ٢٩-٤٠، أشار إليهما، عبد المجيد الحكيم، مرجع سابق، ص ٥١٧، وقد. وفي هذا المعنى انظر، حكم محكمة بداءة بغداد الصادر بتاريخ ١٢/١٨/١٩٦٣، مشار إليه في حكم الهيئة العامة لمحكمة تمييز العراق، رقم ١٤٦٤/حقوقية/ ١٩٦٤، بتاريخ ٢٧/٢/١٩٦٥، قضاء محكمة تمييز العراق، المجلد الثالث، ص ٥٥.

(٦٧) انظر حكمها في ٢٨ / ١ / ١٩٨٦، مجموعة الأحكام العلية الصادرة عن وزارة العدل العراقية..، ٢، ١٩٨٦، ص ١١٩، وحكمها في ١٧ / ٣ / ١٩٨٦، المرجع ذاته..، ١، ٢، ١٩٨٦، ص ٤١. وانظر أيضاً، مدنية ثلاثة في ٦/٦/١٩٨٨، المرجع ذاته، ع ٢، ١٩٨٨، ص ٢٨، ٨/٦/١٩٩٢، غير منشور. وانظر أيضاً أحكام محكمة استئناف البصرة في ١٣/٢/١٩٨٩، ١٩٨٩/٦/٨/١٩٨٩، ١٩٩١، غير منشورة.

من قبله تأميناً لاستيفاء بقية ثمنها المتأخر، إذا لم يكن قد ارتكب خطأً عقدياً أو تقصيرياً^(٦٨). كما فسر الفقه العراقي^(٦٩) فكرة التعدي، ليس وفقاً لمفهومها الموضوعي المتفق مع أصوله في الفقه الإسلامي، بل وفقاً للمفهوم الشخصي للخطأ في القانون الوضعي، وخصوصاً ما كان سائداً في فرنسا ومصر. وإذا كان الوضع في القانون الفرنسي قد تطور جذرياً، خصوصاً في أحكام القضاء، لينتقل من فكرة الخطأ الشخصي إلى الخطأ الموضوعي، فإن الفقه العراقي لم يلاحق حتى هذا التطور وأحتفظ إلى الآن بمفهوم شخصي للتعدي، الذي لا يرى فيه غير تعبيراً آخر عن الخطأ.

ومع كامل تقديرنا لهذا التوج، فإننا نعتقد أن القانون المدني العراقي، ورغم التعديلات التي أدخلها على قواعد ضمان الضرر في الفقه الإسلامي، لم يأخذ بفكرة الخطأ بمفهومه الشخصي في القانون الوضعي، بل أنه قد تبنى مفهوماً موضوعياً للعمل غير المشروع كأساس لإلزام المسئول عن الضرر بتعويضه، لا تختلف كثيراً عما يعرفه الفقه الإسلامي والقوانين المتأثرة به كالقانونين الأردني والإماراتي. ويمكننا أن نؤيد رأينا بالأدلة الآتية :

٣- لم ترد في نصوص القانون المدني العراقي، لا تصريحاً ولا تلميحاً، أدنى إشارة إلى الخطأ كأساس للمسئولية عن الفعل الضار .

أن المشرع العراقي قد استخدم تعبير (التعمد) أو (التعدي)، في تنظيمه لتطبيقات العمل غير المشروع. الأعمال غير المشروعة التي تقع على المال. الإتلاف والغصب. والأعمال غير المشروعة التي تقع على النفس)، والتي اختار أن يبتدأ بها تنظيمه للعمل غير المشروع كمصدر للالتزام. ثم أتبع ذلك بأحكام مشتركة للأعمال الشخصية غير المشروعة، أقام بشأنها المسئولية كقاعدة عامة على فكرة التعدي، عندما نصت المادة (٢٠٤) منه على أنه : (كل تعدد يصيب الغير بأي ضرر

(٦٨) أشار إليها، عبد المجيد الحكيم، مرجع سابق، ٥٢٣، ٥٢٥. ولكن يلاحظ أن بعض الأحكام القضائية قد التزمت بنصوص القانون المدني العراقي بالإشارة إلى التعدي كأساس للمسئولية عن الفعل الضار، فقد جاء في حكم لمحكمة تمييز العراق أن. تقديم الشكوى حق كفه قانون الأصول الجزائية، فلا يعتبر المشتكي متعدياً ملزماً بالتعويض إلا إذ أدين بسببها عن جريمة إخبار كاذب أو شهادة زور، لأن الجواز الشرعي يناهز الضمان)، قضاء محكمة التمييز، المجلد الرابع، ص٣٦٠، ٣٥٨، كما جاء في حكم آخر لها. ... أن سبب الدعوى في التضمن عن الأعمال غير المشروعة يستند إلى التفرير أولاً وإلى التعدي ثانياً، وحيث لم يصدر عن المميز-وزير الشؤون الاجتماعية- أي تفرير إنما أعطيت الإجازة- إجازة ملهي ليلي. له. المميز ضده. بناءً على طلبه ومراجعته... وإذ أن سحب الإجازة... ضمن صلاحية المميز وأنه قام به خدمة للمصلحة العامة ولم يكن قيامه فيها بتعسف فلا يعد متعدياً. ومن ثم فلا محل لتضمن خزينة الدولة الأضرار التي يدعي المميز حدوثها بسبب الإجراء الإداري المذكور، انظر حكمها الصادر في ١٩٥٧/٥/٩، أشار إليه، الحكيم، مرجع سابق، ٥٢١.

(٦٩) عبد المجيد الحكيم، مرجع سابق، ص٥٠٠، غني حسون طه، مصادر الالتزام، بغداد، ١٩٧١، ص٤٣٨، سعدون العامري، الخطأ في المسئولية المدنية، دروس أقيمت على طلبة دبلوم الماجستير في القانون الخاص، كلية القانون- جامعة بغداد، ١٩٨٣-

آخر غير ما ذكر في المواد السابقة يستوجب التعويض). ولاشك في أن هذه المصطلحات يجب في تحديد مضمونها الرجوع إلى مصدرها من الفقه الإسلامي، مادام لم يعطها المشرع مضامين آخر. تختلف عما ورد في هذا الفقه.

٤- في باب الإلتلاف نصت الفقرة الأولى من المادة (١٩١) من القانون المدني العراقي على أنه:.. إذا ألتف صبي مميز أو غير مميز أو من في حكمهما مال غيره لزمه الضمان من ماله). وقد وجد جانب من الفقه العراقي أن هذا النص قد تسبب في نوع من عدم المنطقية في أحكام قانونه المدني، ففي الوقت الذي يقرر فيه هذا القانون مسؤولية عديم التمييز مطلقاً دون أن يشترط لذلك التعمد أو التعمد، فإنه يعلق مسؤولية البالغ على التعمد أو التعدي، فقد نصت المادة (١/١٨٦) منه على أنه. (إذا ألتف أحد مال غيره أو أنقص قيمته مباشرة أو تسبباً يكون ضامناً إذا كان في إحداثه هذا الضرر قد تعمد أو تعدى)، فيكون بذلك قد عامل الشخص البالغ معاملة أخف من معاملة عديم التمييز^(٧٠). ثم أشار هذا الرأي إلى أنه، رغم هذا التناقض يمكن الوصول إلى تقرير مسؤولية عديم التمييز من خلال الجمع بين نصوص المواد. ١٨٦، ١٩١، ٢٠٤. أعلاه، على اعتبار أن نص المادة (١٨٦) جاء مطلقاً، فهو يقول. (إذا ألتف أحد ...)، ولفظ أحد يشمل الكبير والصغير، المميز وغير المميز، وكذلك نص المادة (٢٠٤)، فهو يقول. (كل تعد يصيب الغير...) فهو يشترط التعدي لتقرير التعويض، ولا يشترط في هذا التعدي أن يصدر عن الكبير دون الصغير. ويخلص صاحب هذا الرأي من ذلك إلى القول بأن مسؤولية الصغير في القانون المدني العراقي لا تقل عن مسؤولية الكبير في ضرورة توافر الخطأ لتقريرها^(٧١).

ومع تقديرنا العالي لصاحبه، نرى أن هذا الرأي قد انطلق من مقدمات غير صحيحة قادت إلى استنتاجات غير سليمة. إذ يبدو أن اشتراط التعمد أو التعدي في نص المادة (١٨٦)، والذي فهمه صاحب هذا الرأي على أنه اشتراط للخطأ كأساس للمسؤولية، قاد إلى الاعتقاد بسريانه على البالغين فقط على اعتبار أن الصغار لا يمكن وصف سلوكهم بالخطأ. وعندما وصل صاحب هذا الرأي إلى المادة (١٩١) بما تشير إليه من إلزام الصغار ومن في حكمهم بالضمان من مالهم، بأن له التناقض، مما أضطره إلى إعمال جهده الفكري للوصول إلى تقرير مسؤولية الصغار من خلال الجمع بين النصوص.

ونحن نعتقد أنه لا حاجة لهذا الجهد والتخريج لتقرير مسؤولية عديم التمييز، وكل ما يجب علينا للوصول إلى ذلك هو إعمال نصوص القانون المدني العراقي وفقاً لأصولها من الفقه الإسلامي، والنظر إلى الفعل الضار، سواءً تم بالمباشرة أو بالتسبب، على أنه مفهوم موضوعي يختلف عن الخطأ الشخصي في القانون الوضعي، ولا حاجة في قيامه إلى البحث في سلوك المسئول ومدى

(٧٠) عبد المجيد الحكيم. مرجع سابق، ص ٥٠٠، غني حسون طه، مرجع سابق، ص ٤٣٨.

(٧١) عبد المجيد الحكيم، مرجع سابق، ص ٥٠٠-٥٠١.

إدراكه وتمييزه، وليس في نصوص القانون المدني العراقي ما يخالف هذا التوجه. إما اشتراط هذا القانون التعمد أو التعدي لقيام مسؤولية المباشر، وعدم تقديم المباشر على المتسبب في الضمان إذا اجتمعا، بل إلزام من كان متعمداً أو متعمداً منهما، فمع إننا لا نقره عليه، لأنه يقلص الحماية التي وفرها الفقه الإسلامي للمضروب بتقرير حقه في الضمان قبل المباشر دون شرط، كل ذلك ما هو إلا مجرد أداة لتوزيع عبء الضمان، على ما سبق بيانه بشأن النصوص المقاربة في القانون الإماراتي ولا علاقة له بطبيعة أساس المسؤولية، ولا ينفي كونه مفهوماً موضوعياً .

٤- قد يسأل سائل، إذا كان القانون المدني العراقي قد ساوى بين البالغ والصغير، العاقل والمجنون، بتقرير مسؤولية من باشر الضرر أو تسبب فيه متى تعمد أو تعدى، وذلك من خلال نصوص عامة مطلقة تشمل الاثني عشر معاً. (المادتان، ١٨٦، ٢٠٤)، فلماذا أفرد هذا القانون نصاً آخر هو نص المادة (١٩١) ليقرر في فقرته الأولى أنه. (إذا أُلّف صبي مميز أو غير مميز أو من في حكمهما مال غيره لزمه الضمان من ماله). هل أن هذا النص تزيد لا معنى له، أم قصد المشرع منه تقرير مسؤولية استثنائية للصغار تقوم على ركن واحد للخطأ وهو التعدي^(٧٢)، مسؤولية لا تقررهما القواعد العامة للفعل الضار القائمة على الخطأ بركنيه التعدي والإدراك، قريبة من تلك التي قررها القانون المدني المصري^(٧٣).

نحن نعتقد أن هذا النص لم يأت لتقرير مبدأ مسؤولية الصغار من المميزين أو غير المميزين، فذلك تضمنه النصوص الأخرى للعمل غير المشروع القائم على التعدي بمفهومه الموضوعي في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي، إنما هو نص وجد لينظم موضوع عبء التعويض ومن يتحملة. ويؤيد ما نقول أنه بعد أن أكدت الفقرة الأولى أعلاه من المادة (١٩١) الأصل القاضي بتحمل الصغير عبء التعويض في ذمته المالية الشخصية، ذهب الفقرة الثانية من هذه المادة إلى أنه: (وإذا تعذر الحصول على التعويض من أموال من وقع منه الضرر، إن كان صبياً غير مميز أو مجنون جاز للمحكمة أن تلزم الولي أو القيم أو الوصي بمبلغ التعويض، على أن يكون لهذا الرجوع بما دفعه على من وقع منه الضرر). إما الفقرة الثالثة منها فتشير إلى أنه: (عند تقدير التعويض العادل عن الضرر لا بد للمحكمة أن تراعي في ذلك مركز الخصوم).

من خلال ذلك كله يمكننا القول بأن القانون المدني العراقي قد وصل إلى المساواة بين الكبير والصغير، العاقل وغير العاقل، في المسؤولية عن العمل غير المشروعة، ولكن ليس لجهة ضرورة توافر

(٧٢) انظر في هذا الرأي، سعدون العامري، الخطأ في المسؤولية المدنية، دروس أقيمت على طلبة الماجستير في كلية القانون جامعة بغداد، ١٩٨٢-١٩٨٤ .

(٧٣) تنص المادة. (١٦٤) من القانون المدني المصري على أنه. (١- يكون الشخص مسؤولاً عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو غير مميز ٢٠- ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسؤول عنه أو تعذر الحصول على تعويض من المسؤول جاز للفاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعيًا في ذلك مركز الخصوم. .

الخطأ لتقريرهما، كما ذهب أنصار الرأي المتقدم بحثه قبل قليل، بل لجهة ضرورة توافر التعمد أو التعدي بالمفهوم الموضوعي الذي قرره الفقه الإسلامي الخالي من اشتراط الإدراك والتمييز لتقرير التزام محدث الضرر بتعويضه. لذلك لا نرى على الإطلاق داع لنص المادة (١٩١) أعلاه، فالفقرة الأولى منها تغطيها القواعد العامة للفعل الضار المنصوص عليها في المادتين (١٨٦، ٢٠٤) المشار إليهما سلفاً، إما الفقرة الثانية فتغطيها تماماً نصوص القانون المقررة للمسئولية عن فعل الغير وبالذات المواد (٢١٨، ٢٢٠). من القانون^(٧٤)، إما الفقرة الثالثة، فمحلها النصوص المنظمة لتقدير التعويض.

ولكننا أيضاً نتحفظ على مضمون هذه الفقرة الأخيرة الذي يلزم المحكمة بمراعاة مركز الخصوم عند تقدير التعويض العادل الذي تلزم به الصغير أو متولي الرقابة عليه تجاه المضرور، فالتعويض يجب أن يكون معادلاً للضرر لا مجرد عادل، وذلك تطبيقاً لمبدأ التعويض الكامل للضرر. والحقيقة أن القانون المدني العراقي قد استعار هذا النص من القانون المدني المصري، غير أن الأمر في القانونين جد مختلف، فالقانون المصري ينطلق من أن الأصل فيه عدم مساءلة الصغير لعدم توافر الإدراك لديه وهو أمر لازم لقيام الخطأ كأساس للمسئولية في هذا القانون، فكان مقبولاً فيه عندما يقرر مسئولية الصغير استثناءً، أن يوجه المحكمة إلى الحكم بتعويض عادل ربما لا يغطي كامل الضرر الواقع فعلاً، تحقيقاً للعدالة حتى يكون التعويض في سعة غير المميز، ومراعاة لاستثنائية مساءلة الصغير، التي تسمح للقاضي أن يرفض الحكم بالتعويض إذا لم يكن غير المميز قادراً على أدائه^(٧٥). إما القانون المدني العراقي فالأصل فيه أن مسئولية الصغير مسئولية كاملة وأصلية لا استثنائية، فلا فرق فيه بين الصغير والكبير في المسئولية عن العمل غير المشروعة، فلا محل بعدئذ للتمييز بينهما في المعاملة بخصوص مقدار التعويض.

٥- أكثر من كل ما تقدم، وجدت موضوعية أساس الالتزام بالضمان في القانون المدني العراقي دفعة كبيرة آخر.، عندما نصت المادة (٢٠٢)، وتحت عنوان الأعمال المشروعة التي تقع على النفس، على أنه. (كل فعل ضار بالنفس من قتل أو جرح أو أي نوع آخر من أنواع الإيذاء يلزم بالتعويضات من أحدث الضرر..

ففي كل النصوص المتقدمة، كان التزام المسئول بالتعويض، وإن كان مباشراً للضرر، يستند إلى التعمد أو التعدي، بمفاهيمها المتقدمة، غير أن هذا النص قد أقام هذا الالتزام على كل فعل ضار بالنفس، مباشرة أو تسبباً، على مجرد إلحاق الضرر بالغير، دون أن يشترط وصف هذا الفعل

(٧٤). تنص المادة (٢١٨) من القانون على أنه: (١- يكون الأب ثم الجد ملزماً بتعويض الضرر الذي يحدثه الصغير. ٢- ويستطيع الأب أو الجد أن يتخلص من المسئولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أن الضرر كان لا بد واقعاً حتى لو قام بهذا الواجب)، إما المادة (٢٢٠) فتتص على أنه. (للمسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه بما ضمنه..

(٧٥) الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري.. ٥٢٢ وما بعدها، أشار إليه، معوض عبد التواب، مدونة القانون المدني، ج١، منشأة المعارف بالإسكندرية، بدون سنة نشر.. ٣٠٤.

بصفة التعمد أو التعدي. ومبرر ذلك برأينا، رغبة المشرع في توفير ضمان أكبر لمن يكون ضحية أخطر أنواع الضرر ألا وهو الضرر الجسدي، بما يترتب عليه من نتائج كارثية على حياة المضرور أو من يعيلهم، ولطابع المؤونة الذي يتصف به التعويض عن هذا الضرر، الأمر الذي يوجب البحث له عن ذمة تتحمله. ولا شك في أن الشخص الذي كان المناسبة لوقوع الضرر هو الذي يجب عليه أن يتحمله، إذ لولاه لما وقع الضرر.

٦- وفي الختام، سبق أن أشرنا، إلى أن القوانين التي أقرت مسؤولية عديم التمييز مسئولية أصلية كالقانون الإماراتي والأردني، أو مسئولية استثنائية كالقانون المصري، قد وفرت بدون شك حماية أكبر للمضرورين من الأفعال الضارة لهؤلاء. غير أنها بتقريرها هذه المسئولية قد تخلت، من حيث تدري أو لا تدري، عن حماية المضرور إذا كان عديم التمييز وساهم بفعله في إحداث الضرر أو زاد فيه، لأن ذلك سيسقط حقه في التعويض كلاً أو جزءاً، رغم عدم إمكان نسبة الخطأ إليه.

أما القانون المدني العراقي، فيبدو أنه قد تجنب هذه النتيجة السلبية، قصد واضعوه ذلك أم لم يقصدوا، فهو بعد أن أقام مسئولية الشخص، وإن لم يكن مميزاً، على أسس موضوعية مستمدة من الفقه الإسلامي، فحقق بذلك حماية للمضرورين من أفعال عديمي التمييز، اشترط لتأثير سلوك المضرور على حقه في التعويض أن يتصف هذا السلوك بوصف الخطأ، فقد جاء في المادة (٢١٠) منه أنه. (يجوز للمحكمة أن تنقص مقدار التعويض أو ألا تحكم بتعويض ما إذا كان المتضرر قد اشترك بخطئه في إحداث الضرر أو زاد فيه أو كان قد سواً مركز المدين. وهذا النص يعني برأينا أن مساهمة عديم التمييز بفعله في إلحاق الضرر بنفسه بالاشتراك مع الغير المسئول، لن يؤثر على حقه في التعويض الكامل عن الضرر الذي أصابه، على اعتبار أنه لا يمكن وصم عديم التمييز بالخطأ لغياب الإدراك لديه كركن معنوي لازم لوجود الخطأ الشخصي وفقاً لمفهومه في القانون الوضعي.

المطلب الثاني

الانحراف عن موضوعية ضمان الضرر

بسبب الجمع غير الناجح بين أحكام الفقه الإسلامي وقواعد القانون الفرنسي

برز هذا الانحراف بوضوح في مجال مسئولية متولي الرقابة على الغير، ونفي علاقة السببية بالسبب الأجنبي، ونرى ذلك في فرعين مستقلين:

الفرع الأول. الانحراف عن موضوعية ضمان الضرر في مجال مسئولية متولي الرقابة

تنص المادة (٢٨٨) من القانون المدني الأردني، والمادة (٣١٣) من قانون المعاملات المدنية الإماراتية على أن: (١- لا يسأل شخص عن فعل غيره ومع ذلك فللقاضي بناءً على طلب المضرور إذا رأى مبرراً أن يلزم أياً من الآتي ذكرهم حسب الأحوال بأداء الضمان المحكوم به على من أوقع الضرر: أ- من وجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو حالته العقلية أو الجسمية إلا إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أن الضرر كان لا بد واقعاً ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية. ب- من كانت له على من أوقع الضرر سلطة فعلية في رقبته وتوجيهه ولو لم يكن حراً في اختياره إذا كان الفعل الضار قد صدر من التابع في حال تأدية وظيفته وبسببها. ٢- ولمن أدى الضمان أن يرجع به على المحكوم عليه به. .

فهذه النصوص تشير إلى أن الأصل في القانونين الإماراتي والأردني، تأثراً منهما بالفقه الإسلامي، عدم مسئولية الشخص عن فعل غيره، فكل إنسان مسئول عن تعويض الضرر الذي يسببه بفعله للغير. ومع ذلك، فإن هذين القانونين قد قبلتا المسئولية عن فعل الغير استثناءً، وأشارت مذكرتهما الإيضاحية إلى أن القانون الوضعي قد قبل فكرة مسئولية الشخص عن فعل غيره وأقامها على أساس الخطأ المفترض لسد حاجة نظرية، هذه الحاجة برزت بسبب تأسيسه المسئولية عن الفعل الضار على الخطأ، الذي بدوره يقتضي التمييز، مما ينتج عنه غياب مسئولية عديم التمييز، فلا مخلص عندئذ لحماية المضرور من فعل الصغير والمجنون من البحث عن شخص آخر لتحمله عبء التعويض. وتمثل الحل بتحميل المسئولية لتولي الرقابة عليهما، مع تسهيل الإثبات على المضرور من خلال افتراض خطأ متولي الرقابة. إما الفقه الإسلامي فلا توجد فيه مثل هذه الحاجة، لأنه أقام الضمان أصلاً على فكرة الإضرار التي تلزم كل شخص بنتائج أفعاله ولو كان غير مميز^(٧٦). ولذلك لم يأخذ الفقه الإسلامي بمبدأ محاسبة الإنسان عن فعل غيره، استناداً لقوله تعالى «ولا تزر وازرة وزر آخر». وقوله «لا يكلف الله نفساً إلا وسعها لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت». وقوله «كل نفس بما كسبت رهينة».

ومع ذلك فقد وافق القانونان الإماراتي والأردني القانون الوضعي في أن هناك حاجة من نوع أخر جتبرر إلزام الشخص بأداء الضمان المحكوم به على غيره. فالحاجة العملية لحماية المضرور من إفسار محدث الضرر الخاضع للرقابة أو التابع، تبرر في نظر المشرع إعطاء القاضي الحق بإلزام المكلف بالرقابة أو المتبوع بأن يدفع ما حكم به على مرتكب الضرر، دون الخروج على المبدأ الأصلي المقرر شرعاً وهو ألا يسأل شخص عن فعل غيره. خصوصاً أن الفقه الإسلامي يعرف صوراً لهذه المسئولية، فلا يعلم خلاف بين أهل العلم في أن دية الخطأ على العاقلة، كما يسأل

(٧٦) انظر في ذلك، المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الإماراتية، مرجع سابق، ٢١١-٢١٢.

الأستاذ عما يفعله صبي الحرفة^(٧٧).

والذي يهمننا من كل ذلك الأساس الذي أقام عليه القانونان مسئولية متولي الرقابة على القاصر ومن في حكمه. فطبقاً للمادتين أعلاه من القانون المدني الأردني وقانون المعاملات المدنية الإماراتي، والتي جاء فيها: ... للقاضي بناءً على طلب المضرور إذا رأى مبرراً أن يلزم أياً من الآتي ذكرهم حسب الأحوال بأداء الضمان المحكوم به على من أوقع الضرر: أ- من وجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو حالته العقلية أو الجسمية إلا إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أن الضرر كان لا بد واقعاً ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية)، فإن أساس مسئولية متولي الرقابة هو تقصيره المفترض،. ولتوضيح ذلك لا بد من ملاحظة ما يأتي :

١- إن إلزام متولي الرقابة بالضمان لا يقوم على أساس مباشرته الضرر بالغير، بل لتسببه فيه بواسطة الخاضع للرقابة. لذا وجب لقيام مسئولية متولي الرقابة توافر شروط مساءلة المتسبب عن فعله الشخصية، وهي التعمد أو التعدي أو الإفضاء إلى الضرر، ولذلك اشترط التقصير لقيام مسئولية متولي الرقابة، والتقصير من صور العدوان.

٢- كان من المفروض، وفقاً للقواعد العامة في الإثبات، أن يقيم المضرور بصفته المدعي في دعوى ضمان الفعل الضار، البيئة على دعواه، بإثبات أركان المسئولية من إضرار وضرر وعلاقة سببية بينهما، ولكن رغبة من المشرع في توفير المزيد من الحماية للمضرور، وتقديراً منه لصعوبة إثبات تقصير متولي الرقابة، فقد أعفاه المشرع من الإثبات، عندما افترض هذا التقصير في جانب متولي الرقابة بمجرد إثبات المضرور تعرضه للضرر بفعل الخاضع للرقابة.

٣- لأن مسئولية متولي الرقابة جاءت خروجاً عن الأصل القاضي بعدم مساءلة الشخص عن فعل غيره، فقد أحاطها المشرع الإماراتي بشروط تجعلها ضعيفة. وبدا ذلك واضحاً من افتراضه تقصير متولي الرقابة فرضاً بسيطاً قابلاً لإثبات العكس، حيث سمح لمتولي الرقابة أن يتخلص من المسئولية، وذلك بأحد أمرين:

أ- نفي التقصير عن نفسه، بإثبات قيامه بواجب الرقابة بما ينبغي له من عناية الشخص الحرص .

ب- إثبات أن الضرر، مما لا يمكن التحرز منه، لأنه واقع حتماً ولو قام بواجب الرقابة بما ينبغي من العناية، فيتساوى عندئذ تقصيره من عدمه، فلا يبقى وجه لتضمينه.

(٧٧) محمد شريف، مرجع سابق، ص ٢٣٦. ويذهب بعض فقهاء الشريعة المعاصرون إلى إمكان إسناد المسئولية عن فعل الغير إلى بعض المصادر النصية، من ذلك قوله عليه الصلاة والسلام (كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته ...)، ومن ذلك أيضاً بعض الوقائع التي تحمل فيها بيت المال دية من قتله الجند خطأً قبل أن يتبين إسلامه، باعتبار القاتل عاملاً للدولة عليها أن تتحمل نتيجة خطئه. انظر في ذلك، مصطفى الزرقا، مرجع سابق، ص ٢٨، ٤٣، ١٦٠ .

ونحن نعتقد أن إقامة مسؤولية متولي الرقابة على تقصير مفترض فرضاً قابلاً لإثبات العكس، إذا كان يناسب التشريعات المتأثرة بالفقه الغربي، التي لا تحفظ لديها على مساءلة الشخص مسؤولية أصلية عن فعل غيره، جزاء على تقييده في واجب الرقابة، فهو لا يناسب البتة الطبيعة الموضوعية لضمان الضرر، ولا الطبيعة الاستثنائية والتأمينية لهذه المسؤولية في القانون الإماراتي. ففي هذا القانون يسأل الخاضع للرقابة شخصياً عن فعله الضار، إما إلزام متولي الرقابة بالضمان المحكوم به على الخاضع لها، فلا يقوم على معنى المسؤولية التي ترتبط بوجود سلوك منحرف، بل بمعنى أداء الواجب، وهو التعويض^(٧٨)، على سبيل الكفالة القانونية، حماية للمضروب من إفسار الخاضع للرقابة وعدم قدرته على أداء دين التعويض. ومثل هذه الغاية لا يناسبها ربط إلزام متولي الرقابة بالضمان بتقصيره في واجب الرقابة، أو السماح له بالتخلص من هذا الواجب بنفي التقصير عن نفسه، لأن ذلك قد يبقى المضروب دون ضمان عند عدم ثبوت التقصير أو نفيه. لذلك كان يجب إلزام متولي الرقابة بالضمان، حال إفسار الخاضع للرقابة، في كل الأحوال استناداً لفكرة الكفالة، ودون ربط الأمر بتقصير متولي الرقابة ولو المفترض، تماماً كما هو عليه الحال في مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه.

من ناحية آخر، فإن إقامة مسؤولية متولي الرقابة على التقصير المفترض في واجب الرقابة وكجزء لهذا التقصير، لا تستقيم مع إعطائه الحق في الرجوع في جميع الأحوال على الخاضع للرقابة بما أداه من ضمان، لأن هذا الرجوع يحول بين الجزاء وهدفه في العقاب والردع وتقويم السلوك، ولهذا يجب أن يكون شخصياً يتحملة متولي الرقابة في ذمته ولا يرجع به على أحد. إما لو ألزمتنا متولي الرقابة بالضمان دون ربط ذلك بالتقصير، وعلى أساس فكرة الكفالة، فلا تناقض بعد ذلك في السماح له بالرجوع بما أداه على الخاضع للرقابة المدين المكفول^(٧٩).

لذلك كان على المشرع الإماراتي، تأسيساً لمسؤولية متولي الرقابة، أن لا يجمع بين فكرتين لا يمكن الجمع بينهما، بل يختار إحدهما:

- التقصير المفترض، ويكون عندئذ من العدل أن يسمح لمتولي الرقابة بالتخلص من الضمان بنفي التقصير عن نفسه، عن طريق إثبات قيامه بواجب الرقابة أو أن الضرر لا بد واقعاً وإن قام بهذا الواجب، فإن عجز عن ذلك ألزم بالضمان، دون أن يكون له الحق في الرجوع بما أداه على الخاضع للرقابة، لأن الضمان سيكون جزاءً لتقصيره ومسئوليته الشخصية.

- الكفالة بنص القانون، وهذا الذي نرجحه، وعندئذ يلزم متولي الرقابة بالضمان في كل الأحوال، ولكن يجوز له الرجوع على الخاضع للرقابة بما أداه للمضروب، مع عدم السماح له بالتخلص من واجب دفع الضمان بنفي التقصير عن نفسه.

(٧٨) محمد سراج، مرجع سابق، ١٢٨.

(٧٩) انظر في ذلك، مصطفى الجمال، مرجع سابق، ٥٦٧، ٥٦٨.

الفرع الثاني: الانحراف عن موضوعية ضمان الضرر في مجال السبب الأجنبي

تنص المواد (٢٨٧) معاملات مدنية إماراتي، (٢٦١) مدني أردني، (٢١١) مدني عراقي، على أنه: إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كافة سماوية، أو حادث فجائي، أو قوة قاهرة، أو فعل الغير، أو فعل المتضرر. خطأ المتضرر في القانون العراقي- كان غير ملزم بالضمان ما لم يقض القانون أو الاتفاق بغير ذلك).

وجذور هذه المواد، التي تشير إلى الأسباب التي يمكن أن تنتفي بها مسؤولية المدعى عليه، ترجع إلى الفقه الغربي الذي اتخذ الخطأ والتكليف أساساً للمسؤولية التقصيرية في، حيث يترتب على إثبات أحد هذه الأسباب نفي الخطأ عن المدعى عليه وانتفاء مسؤوليته. وعلي، فإن فكرة السبب الأجنبي لا تتلاءم مع نظام الضمان في الفقه الإسلامي ذي المنحى الموضوعي في تقرير مسؤولية المباشر والمتسبب، وعلى اعتبار أن الإلزام بالضمان حكم ووضعي لا تلزم له أهلية التكليف^(٨٠).

ونحن نعتقد أن ما في الفقه الإسلامي من قواعد تفرق بين المباشرة والتسبب، وتضيف الضمان إلى المباشر دون التسبب في حالة اجتماعهما^{٨١}، وهو ما نصت عليه المادة (٢٨٤) معاملات مدنية إماراتي، والمادة (٢٥٨) مدني أردن، حيث جاء فيهما. (إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشرة)^(٨٢)، تغني المشرع عن الأخذ بأحكام السبب الأجنبي من القوانين الوضعية الأخرى لأنها تشكل برأينا ازدواجاً غير مبرر مع تلك القاعدة، بل أنها لا تتوافق في بعض حالاتها مع قانون المعاملات المدنية الذي يأخذ في الفعل الضار بفكرة الضمان.

فعلى الرغم من تعدد المسميات التي أشارت إليها المواد أعلا، فإن السبب الأجنبي ينحصر في: القوة القاهرة، فعل الغير، فعل المتضرر. والغير أو المتضرر الذي قد ينسب المدعى عليه الإضرار إليه قد يكون مباشراً للضرر أو متسبباً فيه، وبالتالي يمكن أن تطبق بشأن اجتماعه مع فعل المدعى عليه قاعدة (إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشرة) وفقاً لأصلها واستثناءاتها. كما يمكن الاستفادة بهذا الشأن من نصوص آخر. لقانون المعاملات المدنية الإماراتي المتعلقة بتعدد المسؤولين، ونقصد المادة (٢٩١) معاملات مدنية إماراتي، والمادة (٢٦٥) مدني أردني التي جاء فيها: (إذا تعدد المسؤولون عن فعل ضار كان كل منهم مسؤولاً بنسبة نصيبه فيه وللقاضي أن يحكم بينهم بالتساوي أو التضامن أو التكافل فيما بينهم)^(٨٣)، أو المتعلقة بمساهمة المتضرر بإلحاق الضرر بنفسه، التي احتوتها المادة (٢٩٠) معاملات مدنية إماراتي، والمادة (٢٦٤) مدني

(٨٠) مصطفى الزرقا، مرجع سابق، ٩٦ وما بعدها .

(٨١) الجمال، مرجع سابق، ٩٦.

(٨٢) في المقابل تنص المادة (١/١٨٦) من القانون المدني العراقي على أنه: وإذا اجتمع المباشر والمتسبب ضمن المتعمد أو المتعدي منهما. فلو ضمناً معاً كانا متكافئين في الضمان).

(٨٣) قرب من ذلك المادة (٢٠٢٧) من القانون المدني العراقي.

أردني، والمادة ٢١٠) مدني عراقي، من القانون بنصها على أنه: . يجوز للقاضي أن ينقص مقدار الضمان أو لا يحكم بضمان ما إذا كان المتضرر قد اشترك في إحداث الضرر أو زاد فيه).
أما القوة القاهرة، وهنا مربط الفر، فإننا نعتقد بأن اعتبارها سبباً لإعفاء المدعى عليه بالضمان من المسؤولية أو توزيع المسؤولية بينه وبينها، يعني تحميل المضرور المسؤولية كاملة أو نصيب القوة القاهرة من المسؤولية، مع أنه لا توجد أدنى علاقة بين سلوكه والضرر الذي أصابه، وهذا يتنافى مع فكرة الضمان التي يبشر المشرع الإماراتي بالأخذ بها من الفقه الإسلامي،. فإذا كان لا بد من أن تتحمل إحدى الذمتين، ذمة المضرور أو ذمة المدعى عليه محدث الضرر، جزء المسؤولية الخاص بالقوة القاهرة، فيجب أن تكون ذمة المدعى عليه الذي ساهم في إحداث الضرر، فهو أولى من المضرور في تحمل مصيبتة .

وهذا الأثر يسري في حق المدعى عليه بدون شرط، إذا كان مباشراً للضرر، كما لو انبهر نظر سائق السيارة ببرق خاطف، فلم يبصر ما أمامه فصدم شخصاً. إما إذا كان متسبباً فيه، فيجب لتحميله كامل المسؤولية أن يكون متعدياً، كما لو غصب شخص مالا، فيكون ضامناً لهلاكه ولو كان ذلك بقوة القاهرة^(٨٤)، أو لو حفر شخص حفرة في الطريق العام دون إذن، فسقطت فيها سيارة بسبب انعدام الرؤية لضباب أو عاصفة رملية^(٨٥).

(٨٤) المادة (٣/٢٠٤) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

(٨٥) مصطفى الزرقاء، الفعل الضار والضمان فيه، دار القلم، دمشق، ١٤٠٩هـ-١٩٨٨م، ص ١٠٠.

الخاتمة

يسرنا في خاتمة هذا البحث الإشارة إلى الملاحظات الآتية:

١- لقد التزم المشرع الإماراتي في تنظيمه للفعل الضار القواعد التقليدية للفقهاء الإسلامي، غير أنه ابتدع مسمىً جديداً أطلق عليها. الإضرار. أساساً لحق المضرور في مطالبة المسئول عن الضرر بالتعويض. وقد استعاض في لفظ الإضرار عن سائر النعوت والكنى، كالفعل غير المشروعة، أو الفعل المخالف للقانون وغيرها .

٢- ولفظ الإضرار، بالتحديد المتقدم، يستبعد كل أشكال إلحاق الضرر بالغير على نحو مشروع، أو مأذون به، من نطاق الأفعال التي تقوم فيها المسؤولية عن الفعل الضار، ليحدد نطاقه بالأفعال غير المشروعة. وتتحدد عدم مشروعية هذه الأفعال بذاتها، إن كان الإضرار قد تم بالمباشر، حيث لا شرط للضمان، ويثبت حق المضرور بالتعويض بمجرد وقوع الضرر بفعل غير مأذون به، فإن وقع الإضرار بالتسبب، وجب لتحقق عدم مشروعية الفعل والزام مرتكبه بالتعويض، عدم مشروعية من نوع آخر، تعاضد الأولى ولا تحل محلها، تتمثل بضرورة أن يكون التسبب متعمداً أو متعمداً أو كان فعله مفضياً إلى الضرر لا محالة .

٣- ومهما كان أسلوب الإضرار، مباشرة أو تسبباً، فإن هذا الأساس للمسؤولية عن الفعل الضار في القانون الإماراتي من طبيعة موضوعية لا يستند في قيامه إلى أي عنصر نفسي كامن في إرادة محدث الضرر أو إدراكه وتمييزه.

٤- وقد طابقت القانون الإماراتي في هذا الأساس للمسؤولية المدنية القانون المدني الأردني تماماً، وشذ القانون المدني العراقي عن ذلك قليلاً، رغم أنه هو الآخر قد نظم أحكام المسؤولية عن العمل غير المشروع على أساس من الأحكام الموضوعية التقليدية لضمان الضرر في الفقه الإسلامي. وقد بدا هذا الشذوذ من خلال اشتراطه التعمد أو التعدي لمسائلة المباشرة والمتسبب على حد سواء، وتقديره في حالة اجتماع المباشرة والمتسبب في واقعة الواحدة إلزام المتعمد أو المتعدي منها بالضم، فإن ضمناً معاً كانا متكافئين بالضمان، في حين أن القاعدة التقليدية في الفقه الإسلامي، التي التزمها القانونان الإماراتي والأردني، أن الضمان يكون على المباشرة دون المتسبب. ويبدو أن المشرع في هاتين الدولتين قد جمده عند قاعدة. إذا اجتمع المباشرة والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشرة، التي لم يجمدها عندها الفقه الإسلامي نفسه، إذ أخذ ينظر في تطوره إلى علة الضرر، فقد قرر أن المتسبب لا يضمن مع المباشرة عندما لا يؤدي بانفراده إلى الإلتلاف، وبعبارة يشتركان في الضمان .

٥- في كل الأحوال ساهمت الطبيعة الموضوعية لأساس الالتزام في الفقه الإسلامي والقوانين المتأثرة به في توفير حماية أكبر للمضرورين، من خلال عدم اشتراط القصد ولا الإدراك للحصول على الضمان، بما يستتبعه من مساءلة عديم التمييز على قدم المساواة مع العاقل الرشيد. وهذا الأمر أدى إلى تقدم قواعد المسؤولية عن الفعل الضار في الفقه الإسلامي والقوانين المتأثرة به

على مثيلاتها في القانون الوضعي المعاصر، وجنبها التخبط وعدم التناسق الذي وقعت به القوانين الأخيرة، بعد اضطرارها لقبول مسئولية عديم التمييز رغم أن قواعدها التقليدية تقيم المسئولية على الخطأ بما يقتضيه من إدراك مرتكب الفعل الضار لأفعاله، بعد شعورها بضرورة إجحاف الحلول التي تترتب على عدم مساءلة عديمي التمييز.

٦- لقد كان منطلق الفقه الإسلامي في تنظيمه لضمان الضرر أكثر واقعية، عندما حدد غايته بضمان حق المضرور بالتعويض ولم يلتفت إلى محدث الضرر أو سلوكه، وهو ما يقتضي الموضوعية في أساس المسئولية، في الوقت الذي لم تكن المسئولية عن الفعل الضار في القانون الفرنسي مثلاً، إلا جزءاً مدينياً للخطأ ومصدراً للالتزامه بالتعويض، الأمر الذي يقتضي بداهة شخصية الخطأ والمسئولية.

٧- إن موضوعية أساس المسئولية عن الفعل الضار سلاح ذو حدين، فهي إذ تحمي المضرور من خلال مساءلة محدث الضرر، وإن كان عديم التمييز، تسحب هذه الحماية عن المضرور إن كان عديم التمييز واشترك بفعله في الضرر الذي أصابه، بما تقرره من إسقاط أو تخفيض حقه في التعويض، لذلك نحن ندعو إلى تصحيح هذا الوضع عن طريق استبعاد أي أثر لفعل المضرورين من عديمي التمييز، من الصغار والمجانين ومن في حكمهم، على حقهم في التعويض.

٨- نحن ندعو أيضاً القضاء الإماراتي إلى التزام تعبيرات قانونه المدني وتفسير نصوصه، شكلاً ومضموناً بالرجوع إلى مصدره المباشر وهو الفقه الإسلامي، وتجنب الإشارة إلى الخطأ كأساس للمسئولية عن الفعل الضار، بما يثير اللبس لدى القارئ حول حقيقة هذا الأساس. كما ندعو الفقه والقضاء العراقيين، إلى مراجعة عميقة لتوجههما نحو اعتبار الخطأ أساساً للفعل غير المشروعة، خلافاً لنصوص القانون المدني العراقي التي لا يفهم منها، لا شكلاً ولا مضموناً تبني مثل هذا الأساس. ونلتمس منهما النظر إلى أن هذا الأساس، ورغم التعديلات التي أدخلت عليه، مازال مفهوماً موضوعياً يدور في فلك قواعد ضمان الضرر في الفقه الإسلامي، بما يستتبعه من اعتبار مسئولية عديم التمييز، التي جاءت بشأنها نصوص صريحة في هذا القانون، مسئولية أصلية تتناغم مع ذلك الأساس، وليست بدعاً عنه أو خروجاً عليه، كما هو الاعتقاد السائد، القائم على ظن بين خطؤه، بأن الخطأ بمفهومه الشخصي هو أساس المسئولية عن العمل غير المشروع في هذا القانون. كل ذلك حتى لا نضطر إلى البحث عن حلول لحماية المضرورين، مما تتبدعه الحياة المدنية الحديثة من أسباب وأشكال الضرر، في الوقت الذي عندنا ما يغطي هذا الحل، غير أننا بخسنا بضاعتنا واستطعنا بضاعة الغير.

وفي الختام، نحمد الله على توفيقه وامتنانه، وهو من وراء القصد .

قائمة المراجع

أولاً. باللغة العربية

- ١- السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، ١٩٨٦، ج٢٧.
- ٢- المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، إعداد المكتب الفني لنقابة المحامين الأردنية، ج١، ٣، ١٩٩٢.
- ٣- المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الصادر بالقانون الاتحادي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥، إصدار وزارة العدل الإماراتية، بدون سنة نشر.
- ٤- سعدون العامري، الخطأ في المسؤولية المدنية، دروس أقيمت على طلبه دبلوم الماجستير في القانون الخاص، كلية القانون. جامعة بغداد، ١٩٨٣-١٩٨٤.
- ٥- عبدالمجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء الأول، في مصادر الالتزام، ط٥، مطبعة نديم، بغداد ١٩٧٧.
- ٦- عز الدين بن عبدالسلام، قواعد الأحكام، ج٢.
- ٧- عدنان إبراهيم سرحان، الفعل غير المشروع (الإضرار) كأساس للمسؤولية التقصيرية (الالتزام بالضمان) في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني، مجلة المنارة الصادرة عن جامعة آل البيت الأردنية، المجلد الثاني، العدد الثاني، ١٩٩٧، ص١٠٣.
- ٨- علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، معهد الدراسات العربية التابع لجامعة الدول العربية، القاهرة، ١٩٧١.
- ٩- علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، المجلد الأول، دار الجيل، بيروت، ١٩٩١.
- ١٠- عمر السيد أحمد عبدالله، مسؤولية الشخص عن فعله في قانون المعاملات المدنية الإماراتية مقارنةً بالقانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة ١٤١٦هـ. ١٩٩٥م
- ١١- غني حسون طه، مصادر الالتزام، بغداد، ١٩٧١.
- ١٢- غياث الدين البغدادي، مجمع الضمانات في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، المطبعة الخيرية بمصر، بدون سنة نشر.
- ١٣- فخر الدين الزيلعي، تبين الحقائق في شرح كنز الدقائق، طبعة بولاق بمصر، ١٣١٣/١٣٣٥هـ.
- ٦.
- ١٤- محمد أحمد سراج، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة، ١٩٩٠.
- ١٥- محمد بن إدريس الشافعي، الأم، مطبعة بولاق، القاهرة، ١٣٢٤/١٣٢١، ج٦، ١٦٦.

- ١٦- محمد بن عابدين، رد المحتار على الدر المختار طبعة الحلبي، ج ٥، ١٣٨٦ هـ .
- ١٧- محمد شريف أحمد، مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٩ .
- ١٨- محمد وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة في القانون المدني الأردني، دراسة موازنة بالفقه الإسلامي والمدونات العربية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٦ .
- ١٩- مصطفى الجمال، القانون المدني في ثوبه الإسلامي، مصادر الالتزام، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، ١٩٩٦ .
- ٢٠- مصطفى الجمال، مناهج الإلزام بالأحكام المدنية، مجلة الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول، ١٩٧٤، ٢٦٣ .
- ٢١- مصطفى الزرقاء، الفعل الضار والضمان فيه، دراسة وصياغة قانونية مؤصلة على نصوص الشريعة الإسلامية وفقهها انطلاقاً من نصوص القانون المدني الأردني، دار العلم، دمشق، ١٩٨٨ م .
- ٢٢- معوض عبد التواب، مدونة القانون المدني، ج ١، منشأة المعارف بالإسكندرية، بدون سنة نشر.

ثانياً. باللغة الفرنسية

- 23- B .Puill ,Les caractères du fait non fautif de la victime,D. 1980.Chron.P.157 .
- 24- Chafik CHEHATA , La théorie de la responsabilité civile dans les systèmes juridiques des pays du proch-orient. Rev.dr.com.1967.
- 25- E. TYAN. Le système de la responsabilité délictuelle en droit musulman , Thèse, Lyon. 1929 .
- 26- F .CHABAS , Le droit des accidents de la circulation après la réforme du. juillet 1985 , Litec , 2° éd. 1988.
- 27- G. Viney , Rapport , Entertiens de Nanterre sur « Les grandes orientations de la responsabilité civile». JCP.. Ed Entreprise , 1992, P. 29 .
- 28- G. Viney , Réflexions sur l'article 489-2 du code civil RTDC, 1970 , P. 25 .
- 29- G. Viney , La réparation des dommages causés sous l'empire d'un état d'inconscience: un transfert nécessaire de la responsabilité vers l'assurance . JCP, 1985,1 , 3189 .
- 30- G. Viney et P. Jourdain , Les conditions de la responsabilité 2° éd . LGDJ, 1998 .
- 31- H. Mazeaud , La faute objective et la responsabilité sans faute , D . 1985, chron. P. 13 .
- 32- H. Roland et L. Boyer , Obligations , 1 , Responsabilité délictuelle. 4° éd . Litec .
- 33- J. F .Barbieri , L'incidence de l'article 489-2 après une décennie ; inconscience et responsabilité dans la jurisprudence civile, JCP. ,1982 ,
- 34- J.-J. Burst. La réforme de droit des incapables et ses conséquences sur le droit majeurs de la responsabilité civile extracontractuelle, JCP., 1970,1, 2307 .
- 35- Mazeaud et Tunc. Traité Théorique et pratique de la responsabilité civile, T.III. 5° éd. 1960, n° 416 et s .
- 36- N. D. de la Batie, Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français ,Thèse , LGDJ. 1965 .
- 37- N. D. de la Batie, note sur Ass. Plén.. mai 1984. JCP, 1984, 1 , 20255 .
- 38- P . Esmein, La faute et sa place dans la responsabilité civile , RTDC. 1949, P. 488 .
- 39- Ph. Le Tourneau et L . Cadiet , Droit de la responsabilité et des contrats , Dalloz , 2002-2003 .
- 40- R. Savatier. Comment repenser la conception française actuelle de la responsabilité civile, Ext.D. S. 1966 , P.3.
- 41- Y .Lambert.Faivre , L'évolution de la responsabilité civile d'une dette de responsabilité. une créance d'indemnisation, RTDC, 1987, P.. .