



كلية الدراسات العليا
كلية الحقوق والإدارة العامة

الفعل الشخصي الموجب للمسئولية التقصيرية في مشروع القانون المدني الفلسطيني
"دراسة مقارنة"

**The Personal Act Leads to Tortious Liability in the Draft of
The Palestinian Civil law; A comparative Study**

رسالة مقدمة من الطالب
إياد محمود جبارين

إشراف الدكتور
ياسر العموري

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون
من كلية الحقوق والإدارة العامة في جامعة بيرزيت، فلسطين

2007

جامعة بيرزيت

كلية الحقوق والإدارة العامة
برنامج الماجستير في القانون

**الفعل الشخصي الموجب للمسئولية التقصيرية في مشروع القانون المدني
اللسطيني
"دراسة مقارنة"**

**The Personal Act Leads to Tortious Liability in the Draft of
The Palestinian Civil law; A comparative Study**

رسالة مقدمة من الطالب
إياد محمود جبارين

نوقشت هذه الرسالة وأجيزت بتاريخ: .../.../...

لجنة المناقشة:

الدكتور ياسر العموري- رئيساً

الدكتور يوسف شندي- عضواً

الدكتور أنور أبو عيشة- عضواً

الإهداء

إلى:

والدِّيَّ الأَظْهَرُ مَحْدَرٌ

سَبْرِي وَإِلَهَامِي أَدَامَمَا اللهُ

إِخْوَتِي وَأَخَوَاتِي الَّذِينَ أَعْتَرُ بِهِمْ

إلى:

عَل

قَطْرَةَ مَاءٍ

وَحَرَّةٍ تُرَابِجٍ

وَحَبَّةٍ رَمَلٍ

وَنَسَمَةٍ مَوَاءٍ

سَامَمَةٍ فِي تَطْوِينِ

فِلِسْطِينِ الْحَبِيْبَةِ

إلى كل من ساعدني على إتمام هذه الرسالة. . .

شكر وتقدير

أشكر الله العلي العظيم الذي منّ علي بالصبر والتوفيق وأعانني علي إتمام هذه

الرسالة.

كما أتقدم بجزيل الشكر إلي كل من ساعدني علي إتمام هذه الرسالة، من خلال

تشجيعه وتوجيهه، وفي مقدمتهم أساتذتي الأفاضل الدكتور ياسر العموري والدكتور

يوسف الشندي والدكتور انور أبو عيشة، الذين كان لهم أكبر الأثر في إثراء هذه

الرسالة.

كما أتقدم بجزيل الشكر إلي أسرة مكتبة معهد الحقوق، علي ما قدموه لي من

مساعدة في توفير المراجع القانونية، وكذلك أسرة مكتبة جامعة عين شمس، وأسرة مكتبة

جامعة القاهرة وأسرة مكتبة جامعة الإسكندرية، لما أبدوه من تعاون ومساعدة في توفير

المراجع القانونية التي ساهمت في إثراء هذه الرسالة وخروجها إلي حيز الوجود.

الفهرس

ملخص.....خ

Abstract.....ر

المقدمة.....س

الفصل الأول: تحديد ماهية الفعل الشخصي الموجب للمسئولية التقصيرية في مشروع القانون

المدني الفلسطيني والقانون المدني الأردني.....1

المبحث الأول: الركن المادي للفعل الشخصي الموجب للمسئولية التقصيرية.....6

المطلب الأول: الإضرار بالمباشرة.....

8

الفرع الأول: مفهوم المباشرة.....8

الفرع الثاني: أحكام المباشرة وصور حدوثها.....15

الفرع الثالث: شروط قيام مسئولية المباشرة.....20

المطلب الثاني: الإضرار بالتسبب.....26

الفرع الأول: مفهوم التسبب وصور حدوثه.....26

الفرع الثاني: شروط قيام مسئولية المتسبب.....35

المبحث الثاني: الركن المعنوي (مسئولية عديم التمييز).....49

المطلب الأول: مدى مسئولية عديم التمييز عند الفقهاء المسلمين.....50

المطلب الثاني: مسئولية عديم التمييز القانونية ومدى انسجامها مع الركن المادي للفعل الشخصي

الموجب للمسئولية التقصيرية.....57

الفصل الثاني: تحديد فكرة الخطأ الموجب للمسئولية التقصيرية في القانون المدني المصري

والقانون الفلسطيني.....65

المبحث الأول: ماهية الخطأ المتطلب لقيام المسئولية عن الفعل الشخصي الضار.....72

73.....	المطلب الأول: صعوبة تحديد مفهوم الخطأ والإهمال
.....	المطلب الثاني: صور حدوث الخطأ وأنواعه
89	
90.....	الفرع الأول: صور حدوث الخطأ
99.....	الفرع الثاني: أنواع الخطأ " الخطأ العمد وغير العمد"
105.....	المبحث الثاني: أركان الخطأ
106.....	المطلب الأول: الركن المادي "الإخلال بالواجب القانوني أو الفعل الضار"
105.....	الفرع الأول: الركن المادي للخطأ في القانون المدني المصري
	الفرع الثاني: الركن المادي للفعل الشخصي الموجب للمسئولية التقصيرية في القانون
121.....	الفلسطيني
	المطلب الثاني: الركن المعنوي للخطأ المتمثل في الإدراك أو التمييز "مسئولية عديم
131.....	التمييز"
133.....	الفرع الأول: ماهية عديم التمييز
140.....	الفرع الثاني: نطاق مسؤولية عديم التمييز الاستثنائية
151.....	الخاتمة
159.....	قائمة المصادر والمراجع

ملخص

لقد زاد تطور السلوك الإنساني في ظل التسارع المعلوماتي والتقدم التكنولوجي الذي أصاب

نواحي الحياة المختلفة، فساهم في زيادة المخاطر والأضرار الناجمة عنها، مما يدعو إلى ضبط القواعد القانونية المنظمة لهذا السلوك. لكن مشروع القانون المدني الفلسطيني أنضوى على غموض أصاب الأحكام المنظمة للفعل الشخصي الموجب للمسئولية التقصيرية، فقد أقامها على ركن الضرر في المادة (179) منه ولم يقم مسؤولية عديم التمييز كقاعدة عامة في المادة (180).

فأنتت هذه الدراسة لتبحث في وضع تصور قانوني ضابط للسلوك الإنساني، وما ينجم عنه من

نتائج ضارة، يمكن الأخذ به في مشروع القانون المدني الفلسطيني من خلال دراسة أحكام الفعل الشخصي الموجب للمسئولية التقصيرية في مشروع القانون المدني الفلسطيني "دراسة مقارنة"؛ فبينت أن هذا المشروع أخذ أحكامه عن المدرسة اللاتينية؛ فاكتمى بالفعل المجرد الذي يحدث ضرراً للغير، مما يعني إقامته للمسئولية التقصيرية على ركن الضرر، فبذلك يكون قد أخذ بأحكام النظرية الموضوعية " خصوصاً نظرية تحمل التبعة" التي دعا إليها جانب من الفقه الفرنسي. كما بينت الدراسة أن تطلب الفعل المجرد يؤدي إلى المساواة بين الفعل المشروع وغير المشروع، وهذا مجافٍ للمنطق والعدالة، بالإضافة إلى أنه لا يمكن ضبط هذا الفعل من خلال تطلب مشروعيته. كما بينت أنه لم يقم مسؤولية عديم التمييز عن نتيجة أفعاله الضارة بشكل عام، وإنما أقامها على سبيل الإستثناء، متبنياً في ذلك أحكام القانون المدني المصري.

كما بحثت الدراسة أحكام ركن الإضرار الشخصي الموجب للمسئولية التقصيرية في القانون المدني الأردني؛ فبينت أنه يتحقق بصورتين هما: الإضرار بالمباشرة الذي يتحقق بصدور فعل إيجابي يساهم في تكوين الضرر دون توسط فعل آخر. والإضرار بالتسبب الذي يتحقق عند صدور فعل يؤدي أثره إلى إحداث الضرر. ولكن يتوجب لقيام الضمان عنه توافر أحد شرطين هما؛ الأول التعدي

الذي يعني مخالفة الشرع أو العرف أو العادة أو عدم اتخاذ الإحتياطات اللازمة لمنع إحاق الضرر بالغير. أو الثاني الذي يتوافر عندما يكون الفعل مفضياً إلى حدوث الضرر بالغير، فبينت الدراسة أنه يتحقق عندما تكون النتيجة مترتبة على الفعل ولازمة له على مجرى العادة.

وبحثت الدراسة ركن الخطأ الشخصي الموجب للمسئولية التقصيرية في القانون المدني المصري، فانقدت جميع التعريفات التي وضعت له، وتوصلت إلى عدم إمكانية وضع تعريف محدد له، وذلك لأن فكرة الخطأ الشخصي تنصب على وصف سلوك إنساني متغير ومتطور. لكنها وضعت إطاراً محدداً لمفهوم هذا السلوك، يقوم بموجبه ركن الخطأ عند الإخلال بالواجبات القانونية على نحو يشكل انحرافاً عن السلوك المألوف للرجل العادي في ذات الظروف التي وجد فيها، مع إدراك الشخص لهذا الإخلال، ويختص القاضي بتقدير مدى توافره.

كما تعرضت الدراسة لركن الخطأ الشخصي في قانون المخالفات المدنية الفلسطيني الذي يشمل عدة حالات، من بينها حالة الإهمال التي بينت الدراسة أن مفهومها يوافق مفهوم الخطأ في القانون المدني المصري.

وبينت الدراسة أنه تم الأخذ بالمعيار الموضوعي لقيام الخطأ الشخصي في القانون المدني المصري والإهمال في قانون المخالفات المدنية الفلسطيني، الذي يقوم عند الإنحراف عن سلوك رجل عادي من أوساط الناس في الذكاء والإدراك. وقد تم النص صراحةً على الأخذ بهذا المعيار في قانون المخالفات المدنية الفلسطيني، بينما يعود الفضل في تنبيهه إلى الفقه والقضاء في مصر.

توصلت الدراسة إلى عدم إمكانية إقامة مسئولية عديم التمييز عن نتائج أفعاله الضارة، وفقاً للنظريتين الموضوعية والشخصية وكذلك في الفقه الإسلامي. كما توصلت الدراسة إلى أن الأحكام المنظمة للفعل الشخصي الموجب للمسئولية التقصيرية في القانون المدني الأردني هي الأولى بالإتباع والأخذ بها في مشروع القانون المدني الفلسطيني.

Abstract

Since the human attitude developed, during the informational and technological development, which touched all fields of life, contributing to the increase of the risk and the damages resulting from it, that make a need to control the legal rules which organize this attitude, but the draft of the Palestinian Civil law suffers from ambiguity in some of the articles that organized the personal act leading to the tortious liability, based on the harm in article (179) and didn't build the liability on the discrimination as a general bases of article (180).

This study states a legal point of view that punctuate the human attitude, and the damages resulted, which can be taken by the draft of the Palestinian Civil Law, through studying the personal act leads to tortious liability "comparative Study", which showed that this draft took the Latin school regulations, and was satisfied by the abstracted act leads to the damage, meaning that basing the tortious liability on the damage, taking the subjective theory " especially the theory of taking over the affiliation", discussed by the French jurisprudence. As this study shows the abstracted act leads to equality between the legal and illegal act, and this is illogical and injustice, in addition to that, this act cannot be punctuated through asking for its legality. And the responsibility of the person, who lacks the sense, was not based on the damages he causes in general, but it was based exceptionally, adopting the Egyptian Civil law regulations.

As this study shows that personal harming leading to tortious liability in the Jordanian Civil Law, showed that it can be executed in two ways: the direct harming which is caused when the act causes harm, but it is based on two conditions' the first is the offense that means breaking the laws, traditions or regulations or ignorance of taken needed procedures to avoid causing harm

to others. The second is that the act should cause the harm to the others, so this study showed that the result should be based on the act and always accompanied to it.

This study talked about the personal mistake leading to tortious liability in the Egyptian Civil law, and criticized all its definitions, and reached the truth that it is not possible to state a specific definition for it, because the personal mistake is based on the changing and developing human attitude, but it stated a specific frame for understanding the attitude, according to it the mistake is based on breaching the legal duties, causing a deviation in a common attitude taken by the normal person in the same conditions the was there, with the person's knowledge of the breach, and it is the judge's responsibility to weigh its existence.

Also, this study exposed to the personal mistake in the Palestinian Civil Breaches law, which includes many conditions, of it the negligence, which this study stated its meaning, agreeing with the Egyptian Civil Law.

This study showed that the subjective standard of the personal mistake in the Egyptian Civil Law, and the negligence in the Palestinian Civil Breaches law, which exists when a deviation occurs in the normal person attitude amongst siblings possess the same level of sense and intelligence. This was stated obviously in the Palestinian Civil Breaches law, and it refers to the Egyptian jurisprudence and precedents.

The study came up with a result that the person, who lacks sense and caused harm, is liable according to the personal and subjective theories as well as the Islamic jurisprudence. Also came up with the regulations that organize the personal act that leads to the tortious liability in the Jordanian Civil Law, which is better to be taken by the draft of the Palestinian Civil law.

المقدمة

كثرت التطورات الإقتصادية والإجتماعية التي أصابت نواحي السلوك الإنساني، مما ساهم في زيادة الأخطار المفضية إلى إحداث أضرار لحقت بالغير من جراء تطور هذا السلوك. وذلك يعتبر محور المسؤولية التقصيرية التي تسعى إلى ضبط السلوك الإنساني ومعالجة الأضرار الناجمة عنه، بوضع ضابط تشريعي لهذا السلوك الذي يصعب حصر صور حدوثه ونطاق تطبيقه بشكل مسبق، على خلاف المسؤولية العقدية التي تكون مبنية على وجود علاقة عقدية بين أطراف المسؤولية مما يسهل عملية ضبطها وإيجاد الحلول القانونية الشافية لها.

وبسيادة فكرة جبر الضرر وتعويضه وتحرر فكرة المسؤولية المدنية من الطابع العقابي الذي كان يغلب على أحكامها في ظل ارتباطها بالمسؤولية الجنائية، الذي كان سائداً في القانون الروماني، وبانفصال المسؤولية التقصيرية عن المسؤولية العقدية، أصبحت الحاجة ملحة إلى بحث أحكامها. فرغم كثرة المؤلفات الفقهية التي عرضت لأحكامها بشكل عام، لكن أياً منها -على حد علمنا- لم يعرض بشكل مفصل ودقيق لدراسة الفعل الشخصي الموجب لها في القانون الوضعي والفقه الإسلامي على نحو مقارن، رغم أن تحديد ماهية هذا الفعل وطبيعته، يمكن له أن يحدد النظرية التي يمكن تبنيها فيما يخص المسؤولية التقصيرية؛ فالأخذ بالفعل المجرد الذي يحدث ضرراً للغير، يعني إقامة هذه المسؤولية على ركن الضرر، وهذا ما دعا له أنصار النظرية الموضوعية.

إلا أن إقامة المسؤولية التقصيرية على ركن الخطأ الذي يحدث ضرراً للغير، كان له النصيب الأكبر في الإلتباع والمراعاة من جانب كبير من الدول وتحديداً؛ بعد الأخذ بأحكامه

من قبل القانون المدني الفرنسي، الذي أخذ عنه القانون المدني المصري وعدد من التشريعات المدنية العربية التي تدور في فلك المدرسة اللاتينية، بعد تحررها من تطبيق أحكام مجلة الأحكام العدلية التي كانت سائدة في ظل الحكم العثماني، التي انضوت في مجملها على مواد متفرقة وأمثلة تفصيلية حاولت من خلالها معالجة أحكام المسؤولية التقصيرية، فلم توجد قاعدة عامة تعتمد على أساس واضح ومحدد للمسؤولية التقصيرية.

لكن هنالك بعض التشريعات التي تأثرت بأحكام الفقه الإسلامي، وما جاءت به مجلة الأحكام العدلية، وفي مقدمتها القانون المدني العراقي الذي عرض مجموعة من النصوص القانونية، التي تضمنت أحكاماً تفصيلية وأمثلة تطبيقية مشابهة لما أخذت به مجلة الأحكام فهماً ومضموناً، فلم يعرض بذلك لوضع أساس محدد تقوم عليه المسؤولية التقصيرية.

أما القانون المدني الأردني فقد أقام المسؤولية التقصيرية على فكرة الإضرار، التي صاغها بشكل دقيق، يغلب عليه الطابع القانوني، دون عرضه لحالات تفصيلية وأمثلة تطبيقية، تؤدي إلى عدم وضوح الأساس الذي تقوم عليه، كما هو حال مجلة الأحكام العدلية والقانون المدني العراقي.

كما أن تطور السلوك الإنساني وتسارع تغيره، أسهم في تصاعد أخطاره التي تؤدي إلى زيادة الأضرار الناجمة عنه، مما يوجد الحاجة الملحة إلى ضبطه من خلال تبني قواعد قانونية قادرة على مواجهة هذا التطور. وذلك يعد محور هذه الدراسة التي تبحث أحكام الفعل الشخصي الموجب للمسؤولية التقصيرية.

إلا أن الغموض الذي أصاب وجهة مشروع القانون المدني الفلسطيني فيما يخص أحكام الفعل الشخصي الموجب للمسئولية التقصيرية، كان بمثابة جرس الإنذار الذي نبه إلى ضرورة إجراء هذه الدراسة؛ فقد تبنى المشروع أحكام النظرية الموضوعية التي تقيم المسئولية على ركن الضرر في المادة (179)، دون وضعه لأي ضابط للفعل الذي يؤدي إلى إحداث هذا الضرر بدعوى أنه تبنى أحكام الفقه الإسلامي، كما أنه نص في المادة (180) منه على وجوب توافر الإدراك لهذا الفعل، التي جاء حكمها مطابق لما أخذ به القانون المدني المصري في المادة (164) منه، الذي تبنى أحكام النظرية الشخصية التي تقيم المسئولية على ركن الخطأ.

لذلك تدق الحاجة إلى دراسة أحكام الفعل الشخصي الموجب للمسئولية التقصيرية في مشروع القانون المدني الفلسطيني، وكل من القانونين المدني الأردني و المدني المصري، وقانون المخالفات المدنية الفلسطيني، لكي نتمكن من إيجاد الأحكام الأكثر تلائماً وقدرة على إقامة التوازن بين المصالح المتعارضة، على نحو تراعى فيه مصلحة المضرور، ولا يجحف بحق محدث الضرر، مما يسهم في ترسيخ مبادئ العدالة والمنطق القانوني.

نطاق الدراسة ومحدداتها:

تنصب هذه الدراسة بمجملها على بحث أحكام ركن الفعل الشخصي الموجب للمسئولية التقصيرية؛ الذي اكتفى مشروع القانون المدني الفلسطيني لقيامه بالفعل المجرد، والذي يتمثل بفكرة الإضرار في القانون المدني الأردني المستمدة من أحكام الفقه الإسلامي، وبفكرة الخطأ في كل من القانون المدني المصري الذي استمد أحكامه من الفقه اللاتيني، وبفكرة الخطأ في قانون المخالفات المدنية الفلسطيني الذي يستمد أحكامه من القانون الإنجليزي.

ولما كانت فكرة الخطأ في القانون المدني المصري تشترط توافر التمييز أو الإدراك لقيام مفهومها؛ فستتناول الدراسة بحث أحكام مسؤولية عديم التمييز، ومدى ضرورة تطلبها وانسجامها، مع تطلب الفعل المجرد في مشروع القانون المدني الفلسطيني لقيام الفعل الشخصي الموجب للمسئولية التقصيرية، وفكرة الخطأ في القانون المدني المصري وقانون المخالفات المدني الفلسطيني، وفكرة الإضرار التي أخذ بها القانون المدني الأردني. وبذلك يخرج من نطاق هذه الدراسة؛ ركني الضرر وعلاقة السببية المتطلبان لقيام المسؤولية التقصيرية، كما يخرج من نطاقها دراسة الأحكام المتعلقة بالمسئولية عن فعل الغير.

هدف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة إلى وضع تصور واضح لأساس المسؤولية التقصيرية، بتركيزها على بحث أحكام الفعل الشخصي الموجب لها في مشروع القانون المدني الفلسطيني، ومقارنة أحكامه مع ما أخذ به كل من القانون المدني الأردني من جهة، والقانون المدني المصري وقانون المخالفات المدنية الفلسطيني من جهة أخرى.

فستتركز هذه الدراسة على بحث الآراء الفقهية، التي تناولت الفعل الشخصي الموجب للمسئولية التقصيرية الذي تختلف أحكامه تبعاً لاختلاف النظرية المعمول بأحكامها- كما سبق بيانه-، من خلال تحليل هذه الآراء والعرض للأسانيد والمبررات التي بنيت عليها، ليتمكن الباحث من ترجيح هذه الآراء وتبني ما تمليه عليه الحاجة للأخذ بها، ومدى قدرتها على ضبط السلوك الإنساني الذي يلحق الضرر بالغير، على نحو لا تغيب عنه مبادئ العدالة والمنطق القانوني.

كما ستعرض هذه الدراسة للتطبيقات القضائية المختلفة، لكل من فكرة الخطأ وفكرة الإضرار، بغية توضيح مفهومها. كون الدراسة أساساً تنصب على الفعل الشخصي الذي يسبب الضرر للغير، مما يسهم في زيادة قدرة الباحث على تبني ما يراه أكثر ملاءمةً للواقع الفلسطيني، وضبطاً للسلوك الإنساني على نحو يسهم في مواجهة التطورات الاقتصادية والاجتماعية التي أصابت النواحي المختلفة له.

إشكالية الدراسة وتساؤلاتها:

ستعرض هذه الدراسة لمعالجة إشكالية رئيسة؛ تمثلت في تبني مشروع القانون المدني الفلسطيني في المادة (179) منه للنظرية الموضوعية؛ فأقام المسؤولية على ركن الضرر بصرف النظر عن الفعل الذي أحدثه، لكنه تطلب وجوب إدراك الشخص لهذا الفعل في المادة (180) منه، فلم يقدّم مسؤولية عديم التمييز عن نتائج أفعاله الضارة بشكل عام، مع تطلبه لها بشكل استثنائي، مستمداً أحكامها من المادة (164) من القانون المدني المصري الذي تبني النظرية الشخصية، فأقام المسؤولية على ركن الخطأ. مما أوجد نوع من الغموض وعدم الإنسجام في أحكام الفعل الشخصي الموجب للمسؤولية التقصيرية في مشروع القانون المدني الفلسطيني؛ لتبنيه أحكام نظريتين مختلفتين ومتعاكستين في المعنى والمضمون.

لذلك فإن الدراسة تبحث إشكالية رئيسة هي؛ ما هو التصور الذي يمكن تبنيه فيما يخص أحكام الفعل الشخصي الموجب للمسؤولية التقصيرية والذي يمكن الأخذ به في مشروع القانون المدني الفلسطيني؟

وهذا بدوره يقودنا إلى عدة تساؤلات فرعية؛ فما هو مفهوم فكرة الإضرار التي أخذ بها القانون المدني الأردني؟ وما هو مفهوم فكرة الخطأ في كل من القانون المدني المصري وقانون المخالفات المدنية الفلسطيني؟

وما مدى وجوب قيام مسئولية عديم التمييز عن نتيجة أفعاله الضارة في كل من فكرة الإضرار والخطأ والفعل المجرد؟ وما مدى ضرورة تطلب الإدراك أو التمييز من عدمه في ظل تطبيق مفهوم فكرة الإضرار أو الخطأ؟

أهمية الدراسة:

تستمد هذه الدراسة أهميتها من تركيزها على بحث الفعل الشخصي الموجب للمسئولية التقصيرية، الذي يعنى بضبط السلوك الإنساني المتطور والمتغير، وما ينجم عنه من أضرار للغير، فموضوع هذه الدراسة محور جدل وخلاف على صعيدي الفقه والقضاء؛ فتختلف رؤية كل من تناول موضوع الدراسة، تبعاً لاختلاف النظرية التي يرى ضرورة الأخذ بها.

ومما يزيد من أهمية هذه الدراسة، تناولها للنظريات المختلفة التي عالجت ضبط أحكام السلوك الإنساني في ظل التطبيقات القضائية لمفهومها؛ مما يسهم في تمكين الباحث من تبني الأحكام التي يرى أنها أكثر ملاءمةً وقدرةً على ضبط هذا السلوك.

كما أن هذه الدراسة تكتسب أهمية خاصة؛ كونها ستشكل مقترحاً يسهم في تمكين المشرع الفلسطيني من تحديد موقف مشروع القانون المدني الفلسطيني، بإقامة المسئولية التقصيرية على أساس تصور قانوني واضح يحفظ حقوق الافراد وكرامتهم، فيراعي مصلحة المضرور دون الإجحاف بحق محدث الضرر.

منهجية الدراسة:

سيتبع الباحث المنهج الوصفي التحليلي المجرد؛ بدراسة المواد القانونية التي نظمت أحكام الفعل الشخصي، والتطبيقات القضائية لها، كما سيتناول الآراء الفقهية التي عرضت له بالتحليل؛ لتوضيح مدى توافقها أو تعارضها، ومن ثم ترجيح ما يراه الباحث أكثر ملاءمة، مستعيناً بالتطبيقات القضائية التي تبين مدى قدرة أحكام فكرة الخطأ أو الإضرار على مواجهة التطورات الإقتصادية والتقدم التكنولوجي التي أصابت نواحي السلوك الإنساني.

كما سيعمل الباحث الأسلوب التطبيقي؛ الذي يعتمد على دراسة التطبيقات القضائية التي عرضت للمواد القانونية المنظمة للفعل الشخصي الموجب للمسئولية التقصيرية، في كل من مصر والأردن وفلسطين، بغية التعرف على معالجة الحالات المختلفة التي تتمثل بما ينجم عن السلوك الإنساني من أضرار للغير، مما يسهم في توضيح كيفية معالجتها من الناحية العملية، التي تعد محور رئيسي في هذه الدراسة؛ لكونها لا تقف عند حدود المفهومين الفقهي والقانوني، بل تعمق كيفية مواجهة الأضرار المتزايدة الناجمة عن السلوك الإنساني.

كما سيعتمد الباحث إلى دراسة أحكام الفعل الشخصي الموجب للمسئولية التقصيرية في مشروع القانون المدني الفلسطيني، على نحو مقارن مع ما يقابلها في كل من القانون المدني الأردني والقانون المدني المصري وقانون المخالفات المدنية الفلسطيني؛ ليتمكن من وضع رؤيا واضحة يمكن لها إيجاد الحلول المناسبة للإشكالات التي تعرض لها هذه الدراسة.

سيتجنب الباحث استخدام المنهج التاريخي، للحفاظ على مسار الدراسة وتحقيقها للأهداف المرجوة منها، مع إمكانية الأخذ به في الإطار الذي يخدم غاية هذا البحث ويسهم في حل الإشكالات التي يتضمنها.

خطة الدراسة:

سيتم تنظيم هذه الدراسة من خلال تقسيمها إلى فصلين؛ يتناول الباحث في الأول دراسة أحكام فكرة الإضرار التي تبناها القانون المدني الأردني واستمدها من أحكام الفقه الإسلامي مع مقارنتها مع ما أخذ به مشروع القانون المدني الفلسطيني، وذلك بدراستها في مبحثين يتعرض في الأول للركن المادي للفعل الشخصي الموجب للمسئولية والمتمثل بالإضرار بالمباشرة والإضرار بالتسبب، كما سيدرس في المبحث الثاني للركن المعنوي الذي يتمثل بمدى مسئولية عديم التمييز عن نتيجة أعماله الضارة. كما سيتناول الباحث في الفصل الثاني أحكام فكرة الخطأ وفق مفهوم كل من القانون المدني المصري اللاتيني الأصل، وقانون المخالفات المدنية الفلسطيني الذي استمد أحكامه من القانون الإنجليزي الأنجلوسكسوني، وكل ذلك على نحو مقارن بما تبناه مشروع القانون المدني الفلسطيني من أحكام. وسيدرس ذلك من خلال بحث مفهوم فكرة الخطأ وصور حدوثها في مبحث أول، والأركان الواجب توافرها لقيام ركن الخطأ الشخصي الموجب للمسئولية التقصيرية في مبحث ثان.

الفصل الأول: تحديد ماهية الفعل الشخصي الموجب للمسئولية التقصيرية في مشروع القانون

المدني الفلسطيني والقانون المدني الأردني

لقد أقام القانون المدني الأردني المسئولية التقصيرية على أساس الإضرار، فنص في

المادة 256 منه على أن: "كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر". يتضح

من هذا النص أن للمسئولية التقصيرية ثلاثة أركان رئيسة هي: الفعل (الإضرار) والضرر وعلاقة

السببية، وقد أكدت محكمة التمييز الأردنية على ضرورة توافر هذه الأركان لقيام المسئولية

التقصيرية في العديد من القرارات¹.

لكن محكمة التمييز الأردنية ما زالت تتحدث في بعض قراراتها عن ضرورة توافر

الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما لقيام المسئولية التقصيرية، فقد ذهبت في أحد قراراتها إلى

القول بأنه: "يستفاد من المادة 256 من القانون المدني أن للمسئولية التقصيرية ثلاثة أركان هي

الخطأ والضرر وعلاقة السببية ما بين الخطأ والضرر... فإن انحرف مسبب الضرر عن سلوك

الرجل اليقظ وكان من القدرة على التمييز بحيث يدرك أنه انحرف، كان هذا الانحراف خطأ

¹ راجع: مجلة نقابة المحامين الأردنية، تمييز حقوق رقم 1965/99، العدد الأول والثاني والثالث، السنة الخمسون، 2002، ص 453.

مجلة نقابة المحامين الأردنية، تمييز حقوق رقم 530/87، العددان الثامن والتاسع، السنة الثامنة والثلاثون، 1990، ص 1687.

1692. مجلة نقابة المحامين الأردنية، تمييز حقوق رقم 530/85، العدد الثاني، السنة الخامسة والثلاثون، 1987، ص 273. مجلة

نقابة المحامين الأردنية، تمييز حقوق رقم 458/86، ق.ه.ع، العدد الحادي عشر والثاني عشر، السنة الرابعة والثلاثون، 1986، ص

1518. مجلة نقابة المحامين الأردنية، تمييز حقوق رقم 27/86، ق.ه.ع، العدد الرابع والخامس، السنة الرابعة والثلاثون، 1986، ص

...564

لكن المادة 362 من القانون المدني الأردني نصت على أنه: "لا ضرورة لإعذار المدين في الحالات التالية: 1... 2. إذا كان محل

الالتزام تعويضاً ترتب على عمل غير مشروع"، ونرى أن هذا النص غير منسجم مع التوجه السابق، حيث أنه تطلب العمل غير

المشروع الذي يأخذ به القانون المدني المصري، وبذلك نرى ضرورة تعديل الفقرة الثانية لتصبح: "2 إذا كان محل الإلتزام تعويضاً

ترتبت على إضرار بالغير"، وبذلك تكون منسجمة مع ما أخذ به المشرع الأردني بصدد أحكام المسئولية التقصيرية، وفي ذات السياق

قضت محكمة التمييز الأردنية بأن الضمان عن الفعل الضار لا يستوجب توجيه إنذار عدلي للمدعى عليهم قبل إقامة الدعوى استناداً

لنص المادة 362 المذكورة، لكنه يتطلب توافر الضرر والإضرار وعلاقة السببية بينهما "دون تطلب العمل غير المشروع"، راجع:

مجلة نقابة المحامين الأردنية، تمييز حقوق رقم 1965/99، العدد الأول والثاني والثالث، السنة الخمسون، 2002، ص 453.

يستوجب المسؤولية التقصيرية². نرى أن هذا التوجه مننقد؛ لأن تطلب الخطأ مخالف لما أخذ به القانون المدني الأردني، الذي بنى المسؤولية التقصيرية على الإضرار الذي يقرب في مضمونه ومعناه من النظرية الموضوعية التي تقيم المسؤولية على ركن الضرر، أكثر من قربه من النظرية الشخصية التي تقيم المسؤولية التقصيرية على ركن الخطأ. ويتبين كذلك من نص القرار المذكور أنه أخذ بمسؤولية عديم التمييز عندما يكون عنده " القدرة على التمييز بحيث يدرك أنه انحرف..". لكن إقامة مسؤولية عديم التمييز مخالف لنص المادة 256 من القانون المدني الأردني التي تطلبت إقامة مسؤولية عن الأضرار التي يسببها للغير.

أما مشروع القانون المدني الفلسطيني فقد أقام المسؤولية التقصيرية على ركن الضرر فنص في المادة 179 منه على أن: "كل من ارتكب فعلاً سبب ضرراً للغير يلزم بتعويضه". ويتضح من هذه المادة أن المشروع بنى المسؤولية التقصيرية على ركن الضرر، مما يعني قيام هذه المسؤولية بصرف النظر عن الفعل الذي سببها. إلا أن المادة 180 لم تقيم مسؤولية عديم التمييز عن نتيجة أفعاله الضارة للغير فنصت على أنه: "1. يكون الشخص مسؤولاً عن أفعاله الضارة متى صدرت منه وهو مميز. 2. إذا وقع الضرر من شخص غير مميز، ولم يكن هناك من هو مسئول عنه، أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل مع مراعاة مركز الخصوم"، فنتج عن ذلك تناقض بين المادتين، عبرت عنه المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني عندما ذكرت أن: " نص الفقرة الأولى من المادة 180 لا يستقيم مع نص المادة 179 الذي يجعل الضرر مناط

² راجع: مجلة نقابة المحامين الأردنية، تمييز حقوق رقم 380/88، العدد السابع، السنة الثامنة والثلاثون، 1990، ص 1406-1409. وفي ذات التوجه راجع: مجلة نقابة المحامين الأردنية، تمييز حقوق رقم 682/84، العددان التاسع والعاشر، السنة الثالثة والثلاثين، 1985، ص 1511-1517. مجلة نقابة المحامين الأردنية، تمييز حقوق رقم 261/87، الأعداد الخامس والسادس، السنة السادسة والثلاثون، 1998، ص 780.

المسئولية سواء ارتكب الضرر ممن كان مميزاً أو غير مميز، لذلك وجد تناقض بين نص المادة 179 ونص المادة 180 من المشروع³.

كذلك أحاط الغموض والتضارب تحديد وجهة مشروع القانون المدني الفلسطيني والنظرية التي تبناها فيما يخص المسؤولية التقصيرية. فقد بينت المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني أنه تبنى النظرية الموضوعية المتمثلة بنظرية المخاطر المستحدثة أو تحمل التبعة، فذكرت في مقدمة الفصل الثالث المتعلق بالفعل الضار أنه: "بناءً على الفكر القانوني السابق ظهرت نظرية "تحمل التبعات المستحدثة" أو النظرية الموضوعية. والفرق بين النظرية الشخصية التي أخذ بها المشرع الفرنسي والنظرية الموضوعية التي صاغها جانب من الفقه الفرنسي، في أن النظرية الأولى تقوم على فكرة الخطأ ولو كان مفروضاً فرضاً لا يقبل إثبات العكس والثانية تقوم على فكرة الضرر... (كل من ارتكب فعلاً سبب ضرراً للغير يلزم بتعويضه) وهذا النص يضع قاعدة عامة تجعل الضرر هو شرط المسؤولية حتى ولو لم يوجد خطأ، وفي هذا أخذ بالاتجاهات الحديثة التي تجعل المسؤولية التقصيرية تقوم على أساس النظرية الموضوعية"⁴.

لكن الإشكالية تكمن في أن المذكرة الإيضاحية ذاتها عادت وأوردت في شرحها للمادة

(179) ما يفيد بأنها بنت أحكامها على هدي الفقه الإسلامي فذكرت أنه: "تقرر المادة 179 قاعدة عامة تتمثل في أن كل من ارتكب فعلاً يصيب الغير بالضرر يلزم بالتعويض، وتستند هذه القاعدة إلى ما هو مقرر في الفقه الإسلامي وما نص عليه في المجلة (لا ضرر ولا ضرار) المادة 19 والضرر يزال المادة 20"⁵.

³ راجع: المذكرات الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني، ديوان الفتوى والتشريع الفلسطيني، 2003، ص 210.

⁴ ذات المرجع السابق، ص 205.

⁵ المرجع السابق نفسه، ص 209.

وحديث الرسول (ص) "لا ضرر ولا ضرار"⁶، الذي بينت المذكرة الإيضاحية لمشروع

القانون المدني الفلسطيني أنها بنت أحكام المادة (179) من المشروع عليه، اعتبره المشرع

الأردني عمدته ودليله في تقرير قواعد المسؤولية عن الفعل الضار⁷، التي يقابل مفهومها في الفقه

الإسلامي اصطلاح ضمان الإلتلاف⁸.

⁶ بخصوص رواية الحديث، راجع: مالك بن أنس، الموطأ، دار الجبل- بيروت، ودار الأفاق الجديدة- المغرب، دت، ص 651. وجاء في معنى الحديث أنه لا يجوز إحداث الضرر ابتداءً وأن لا نقابله إذا وقع بضرر مثله فمثلاً لا يجوز لأحد أن يهدم حائط غيره وإن هدمه لا يجوز مقابلته بهدم حائطه بل عليه أن يرفع الأمر إلى الحاكم فيضمنه قيمة الحائط الذي هدمه، وتطبيقاً لهذا المعنى جاء نص المادة 261 من القانون المدني الأردني والمادة 286 من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات المتحدة فذكرت أنه: " ليس لمن أتلف ماله شخص أن يتلف مال ذلك الشخص وإلا ضمن كل منهما ما أتلفه". وكذلك نصت المادة 921 من مجلة الأحكام العدلية العثمانية على أنه: "ليس للمظلوم أن يظلم غيره لأنه ظلم" فلو قام الذي أتلف حائطه بمقابلة الإلتلاف بمثله وإتلاف حائط المتلف ضمن كل منهم ما أتلفه، وبذلك يتضح أن مقابلة الإضرار توجب الضمان على كل فيما أتلفه. راجع: سليم رستم باز اللبناني، شرح المجلة، الطبعة الثالثة، دار إحياء التراث العربي، بيروت- لبنان، 1986، ص 29 و 32.

⁷ راجع: المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، الجزء الأول، نقابة المحامين، المكتب الفني، عمان، دت، ص 274. وذهبت محكمة التمييز الأردنية إلى أكثر من ذلك فقررت مساءلة من استعمل ملكه على نحو يضر بالغير "إساءة استعمال الحق" بناء على هذا الحديث، فقررت أن مشروعية حقوق المالك بالتصرف في ملكه تنتهي عند حد المساس بحقوق الغير أو إلحاق الضرر الفاحش بالغير، وإن خروج المالك عن حدود المشروعية جزاءه أن يتحمل دفع الضرر وإزالته عملاً بالقاعدتين: لا ضرر ولا ضرار والضرر يزال.... راجع: مجلة نقابة المحامين الأردنية، تمييز حقوق رقم 947/91، الأعداد السابع والثامن والتاسع، السنة الحادية والأربعين، 1993، ص 1444.

⁸ يأتي مصطلح الضمان في الفقه الإسلامي للدلالة على معنيين: الأول معنى الكفالة: وفي هذا السياق؛ فقد عرفه المالكية بأنه: "التزام غير محجور ديناً على غيره لازماً أو فيما يلزم، أو طلبه من عليه الدين لمن هو له". وعرفه الحنابلة بأنه: "ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق". وعرفه الشافعية بأنه: "التزام حق ثابت في ذمة الغير، أو إحضار من هو عليه أو عين مضمونه". والثاني يأتي بمعنى التعويض أو جبر الضرر: وفي هذا السياق؛ فقد عرفه الحموي بأنه: "مثل الهالك إن كان مثلياً أو قيمته إن كان قيمياً". وعرفه الزرقا (حديث نسبياً) بأنه: "التزام بتعويض مالي عن ضرر الغير". راجع: (منذر عرفات زيتون، الأحداث مسئوليتهم ورعايتهم في الشريعة الإسلامية، دار مجدلاوي، د.م، دت، ص 94 و 95). وبذلك فإن مصطلح الضمان عند فقهاء المسلمين يشمل: ضمان عقد وهو ضمان يستند إلى عقد يوجب، بمعنى المسؤولية العقدية التي تتمثل في التعويض عن إخلال المدين بما التزم به في العقد. وضمان يد بمعنى الضمان الذي يترتب على وجود الشيء في يد شخص ليس مالاً له، سواء كانت اليد مؤتمنة كيد الوديع في الودائع أو غير مؤتمنة دون إذن المالك كيد السرقة، أو بإذنه كيد البائع على المبيع قبل القبض. وضمان إلتلاف وهو إلتلاف فعل يلحق ضرراً بآخر ويأخذ صوراً مختلفة كالإتلاف والتعييب والتغيير، ويمثل هذا النوع الأخير من أنواع الضمان محلاً لهذه الدراسة. راجع: عادل جبوري محمد حبيب، المفهوم القانوني لرابطة السببية وانعكاساته في توزيع عبء المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص 76- 79. غالب محمد القرالة، الضمان في القانون المدني الأردني والمقارن، د.م، دت، ص 12- 14. وتجدر الإشارة إلى أن هناك خطأ شائع، يتمثل في أن عدد من المؤلفات والدراسات تقابل المسؤولية عن الفعل الضار بمصطلح الضمان في الفقه الإسلامي، لكن كما أوضحنا؛ فإن مصطلح الضمان في الفقه الإسلامي له مفهوم واسع يشمل المسؤولية التصديرية والعقدية.

فحديث الرسول (ص) "لا ضرر ولا ضرار" يمثل الأساس الشرعي لأحكام المسؤولية التقصيرية في الفقه الإسلامي، ويتفرع عنه عدة قواعد شرعية في الفقه الإسلامي⁹، توجب ضرورة إزالة الضرر وضمانه وجبره، كما يتفق مع مبدأ إقامة التوازن بين المصالح المتعارضة وإنصاف المضرور.

وفي هذا الفصل سندرس الأحكام التي تبناها الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني، فيما يخص أركان الفعل الشخصي الموجب للمسؤولية التقصيرية، لإظهار مدى انسجامها وتوافقها مع ما أخذ به مشروع القانون المدني الفلسطيني من أجل تحديد الوجهة أو النظرية التي تبناها و أقام أحكام المسؤولية التقصيرية على أساسها. لذلك سنعالج هذا الموضوع في بحثين: نتناول في الأول الركن المادي للفعل الشخصي الموجب للمسؤولية التقصيرية في مشروع القانون المدني الفلسطيني والقانون المدني الأردني والفقه الإسلامي، وندرس في الثاني الركن المعنوي فيها.

المبحث الأول: الركن المادي للفعل الشخصي الموجب للمسؤولية التقصيرية

⁹ يتفرع عن هذا الحديث عدد من القواعد الفقهية أهمها: أ- قاعدة الضرر يزال: فمن تعدى فينبى في الطريق فيجب إزالة البناء. ب- قاعدة الضرر لا يزال بمثله: فلا تفرض النفقة على قريبه الفقير مثله. ج- قاعدة الضرر الأشد يزال بالأخف: وتطبيقاً لها جواز شق بطن الميتة لإخراج الولد إذا كانت ترجى حياته. د- قاعدة يتحمل الضرر الخاص لأجل دفع الضرر العام: وتطبيقاً لها بيع طعام المحتكر جبراً عنه عند الحاجة وامتناعه عن البيع، دفعاً للضرر العام. هـ- قاعدة الضرورات تبيح المحظورات: ومنها جواز كشف الطبيب على عورات الناس إذا توقف على ذلك علاجهم. للتفصيل؛ راجع: زين الدين بن إبراهيم المعروف بابن نجم الحنفي، الأشباه والنظائر، تحقيق وتقديم محمد منير الحافظ، دار الفكر، ديم، دبت، ص 94- 100. مصطفى احمد الزرقا، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، المدخل الفقهي العام، الجزء الثاني، دار الفكر، ديم، ص 975 - 982.

رغم ما ذكرناه عن التوجه الموضوعي لكل من القانون المدني الأردني من جهة ومشروع القانون المدني الفلسطيني من جهة أخرى، إلا أن هناك اختلاف في مفهوم الركن المادي للفعل الشخصي الموجب للمسئولية التقصيرية في كل منهما.

فيمثل الركن المادي للفعل الشخصي الموجب للمسئولية التقصيرية في القانون المدني الأردني في "الإضرار" المنصوص عليه في المادة (256). بينما يتمثل في مشروع القانون المدني الفلسطيني بالفعل المجرد كما نص عليه في المادة "179" منه. وهناك فرق كبير بين المفهومين: الإضرار والفعل المجرد. فالإضرار يشمل المعنيين: الإيجابي والسلبى للفعل الشخصي الموجب للمسئولية التقصيرية¹⁰، كما أنه يأتي بمعنى العمل غير المشروع أو المخالف للقانون أو الفعل الذي يجرمه القانون، فيوجد التزام عام يفرض على الكافة هو عدم الإضرار بالغير، يتطلب تبصراً في التصرف يوجب إعماله بذل عناية الرجل الحريص¹¹.

بينما يقتصر الفعل الشخصي الموجب للمسئولية في مشروع القانون المدني الفلسطيني على المعنى الإيجابي دون السلبى، فلا تقوم المسئولية التقصيرية فيه إلا بصدور فعل إيجابي ينتج عنه ضرر للغير¹²، فيكتفي بأي فعل يحدث ضرراً للغير لإقامة المسئولية، وبذلك فإن الركن الأساسي في المسئولية التقصيرية هو الضرر بصرف النظر عن الفعل الذي أحدثه.

لكن على الرغم من هذه الفروق بين مفهوم الإضرار والفعل المجرد، إلا أنهما يمثلان الركن المادي للفعل الشخصي الموجب للمسئولية التقصيرية، كما أن كل من القانون المدني الأردني ومشروع القانون المدني الفلسطيني يرتكزان على ركن الضرر بشكل أساسي، فالمشروع

¹⁰ راجع: المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ص 276

¹¹ راجع: ذات المرجع السابق، ص 276-277.

¹² راجع: المذكرات الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني، ص 259.

ينظر إلى الفعل المجرد، والقانون المدني الأردني ينظر إلى توافر معنى معين في هذا الفعل بصرف النظر عن الفاعل الذي أحدثه.

ولزيادة توضيح الفرق بين المعنيين السابقين نورد المثال التالي: لو سارت مركبة في طريق عام ونتج عن سيرها تطاير غبار أصاب شخص مصاب بأزمة صدرية مزمنة كان يسير بمحاذاة الشارع، مما أدى إلى تفاقم مرضه وإلحاق الضرر به. فيختلف الحكم في كل من القانون المدني الأردني ومشروع القانون المدني الفلسطيني وفقاً لاختلاف مفهوم الركن المادي للفعل الشخصي الموجب للمسئولية التقصيرية في كل منهما؛ فوفقاً لمشروع القانون المدني الفلسطيني يجب ضمان الضرر وعلاج تفاقم المرض الناجم عن تطاير غبار السيارة، لتوافر أركان المسئولية التقصيرية التي تطلبها وهي الفعل والضرر وعلاقة السببية بينهما.

أما القانون المدني الأردني الذي أخذ أحكامه من الفقه الإسلامي¹³، فإنه لا يمكننا تحديد موقفه من المثال المتقدم ذكره إلا بدراسة وتوضيح مفهوم الإضرار الذي يندرج ضمن صورتين هما: الإضرار بالمباشرة والإضرار بالتسبب¹⁴، وقد نصت المادة 257 عليهما فذكرت أنه:

"1. يكون الإضرار بالمباشرة أو التسبب. 2. فإن كان بالمباشرة لزم الضمان ولا شرط له وإذا وقع بالتسبب فيشترط التعدي أو التعمد أو ان يكون الفعل مفضياً إلى الضرر".

وللوقوف على المعنى الأدق لكل من الإصطلاحين، ومعرفة وجهة كل من القانون المدني الأردني ومشروع القانون المدني الفلسطيني، سنقوم بدراسة أحكام الإضرار بالمباشرة والإضرار بالتسبب في الفقه الإسلامي، والليذان يمثلان الركن المادي للفعل الشخصي الموجب للمسئولية

¹³ أكدت المذكرة الإيضاحية على أن القانون المدني الأردني استمد أحكام المسئولية عن الفعل الضار عن الفقه الإسلامي. راجع:

المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ص 275 و 276.

¹⁴ اللذان يعدان من خلق وإبداع الفقه الإسلامي، لذلك تتطلب دراستهما البحث في كتب الفقه الإسلامي لأنهما مصطلحان أصيلان مستمدان منه، فلا تعرفهما القوانين الوضعية إلا ما أخذ منها أحكام المسئولية التقصيرية عن أحكام الفقه الإسلامي، لذلك سيكون بحثهما أقرب إلى بحث فقهي إسلامي منه إلى بحث قانوني، لكننا سنستعين بقرارات محكمة التمييز الأردنية للوصول إلى فهم تطبيقي واضح لهما.

التقصيرية. ونقسم هذا المبحث إلى مطلبين: نعرض في الأول لدراسة الإضرار بالمباشرة، ونتناول في الثاني الإضرار بالتسبب.

المطلب الأول: الإضرار بالمباشرة

أخذ القانون المدني الأردني بالإضرار مباشرة، فوضع له أحكاماً وشروطاً خاصة، ترتبط بمفهومه الذي لا يمكن دراسته إلا بالرجوع إلى ما عرضه الفقهاء من تعريفات خاصة له نتولى دراستها في فرع أول، لنتمكن من تحديد أحكامه وصور حدوثه في فرع ثانٍ، ومن ثم ندرس الشروط المتطلبة لقيام حكم المباشر في فرع ثالث.

الفرع الأول: مفهوم المباشرة

نص القانون المدني الأردني على الإضرار بالمباشرة دون وضع تعريف محدد له¹⁵، وبذلك فقد واجه تحديد معناه جدلاً فقهيّاً واسعاً، انصب بمجمله على إبراز علاقة السببية بين الفعل والنتيجة الضارة له.

وقد انقسم الفقه في تعريف الإضرار بالمباشرة إلى قسمين، ذهب الأول إلى تضيق العلاقة السببية بين الفعل والنتيجة، ورأى الثاني توسيع هذه العلاقة. ونعرض لكلاهما على النحو الآتي:

الإتجاه الأول: الآراء الفقهية التي ضيقت مفهوم المباشرة.

تتمثل هذه الآراء بما جاء به فقهاء مذاهب الشريعة الإسلامية من تعريفات لمفهوم

اصطلاح المباشرة، الذي تختص الشريعة الإسلامية بإبداعه وتطوير مفهومه¹⁶.

¹⁵ كذلك فعلت القوانين التي أخذت بأحكام الإضرار بالمباشرة كالقانون المدني العراقي والإماراتي والكويتي. لمراجعة نصوص القانون المدني الكويتي، ونصوص قانون المعاملات المدنية الإماراتي؛ راجع: مكتبة التشريعات العربية، أقرص مغنطة "CD"، القاهرة، 2000.

¹⁶ عرض الفقهاء المسلمون عدة تعريفات للمباشرة: فعرفها فقهاء الشافعية بأنها: " إيجاد علة التلف أو ما يضاف إليه التلف إضافة حقيقية". راجع: عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي القزويني الشافعي، العزيم شرح الوجيز، تحقيق وتعليق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، الجزء الخامس، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، دبت، ص 396 و 398. وسنشير له فيما بعد: القزويني

ونبدأ بتعريف المباشرة لغةً فهي: من يلي الأمر بنفسه، والمباشرة الملامسة¹⁷.

أما مجلة الأحكام العدلية فقد عرفت المباشرة بأنها: "إتلاف الشيء بالذات من غير أن يتخلل بين الفعل المباشر والتلف فعل آخر، ويقال لمن فعله مباشر"¹⁸، وبذلك فإن مباشرة الضرر تعني: "إحداثه بفعل يصدر من الفاعل مباشرة دون واسطة، ودون أن يتخلل بين هذا الفعل والضرر الذي ترتب عليه فعل آخر، بحيث يختلط الضرر مادياً مع الفعل الذي أحدثه"¹⁹.

ونلاحظ أن هذا المفهوم للمباشرة حاول توضيح مدى الارتباط بين الفعل والنتيجة التي أدى إليها، فتطلب أن يساهم الفعل في تكوين التلف أو الضرر دون تخلل فعل آخر، والحكم الظاهر على هذا الارتباط بين الفعل وطريقة حدوثه يقودنا إلى القول بأن هناك عدم تطور في المفهوم الإسلامي لأركان المسؤولية عن الفعل الشخصي الضار، بمعنى أنه دمج بين أركانها أي بين العلاقة السببية والفعل، إلا أننا نرى في حقيقة الأمر أن هذا الارتباط بين الفعل والطريقة التي أحدث بها النتيجة، يهدف إلى زيادة توضيح كيفية إحداث الفعل وإيقاعه للنتيجة، مما يمكننا من إعطاء الصورة المناسبة له، التي يكون لها حكمها الخاص²⁰.

الشافعي، العزيز شرح الوجيز. وعرف فقهاء الحنابلة المباشرة بأنها: "مباشرة الإتلاف بسبب يقتضيه كالقتل والحرق". راجع: الحافظ أبي الفرج عبد الرحمن ابن رجب الحنبلي، القواعد في الفقه الإسلامي، دار المعرفة، بيروت- لبنان، دت، ص 204. وسيشار له فيما بعد: بابن رجب الحنبلي، القواعد. وعند فقهاء المالكية فالمباشرة هي: "ما يقال عادةً حصل الهلاك به من غير توسط". راجع: شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي المشهور بالقرافي، الفروق، وبهامشه في الأسرار الفقهية لابن الشاط، تحقيق عبد الحميد هندراوي، الجزء الرابع، المكتبة العصرية، صيدا- بيروت، دت، ص 30. وسيشار له فيما بعد: القرافي، الفروق. وعند فقهاء الحنفية فهي: "إيصال الآلة بمحل التلف قتل إنسان أو إحراق ثوبه". راجع: علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء السابع، الطبعة الثانية، دار الكتاب العربي، لبنان، 1982، ص 143. وسيشار له فيما بعد: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع.

¹⁷ راجع: ابن منظور، لسان العرب، المجلد الرابع، دار صادر- بيروت، ص 61.

¹⁸ راجع: علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، المجلد الثاني، دار الجبل، بيروت، دت، ص 50.

¹⁹ راجع: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مباشر الضرر في حوادث السيارات، بحث منشور في مجلة الحقوق، تصدر عن جامعة الكويت، السنة الثامنة، العدد الثالث، 1984، ص 14.

²⁰ نشير هنا إلى أنه لا يمكننا بحث إشكالية العلاقة السببية في الفقه الإسلامي هنا؛ لأن مدار بحث هذه الدراسة هو الفعل الشخصي الموجي للمسؤولية التقصيرية وليس العلاقة السببية التي تمثل الركن الثاني للمسؤولية عن الفعل الشخصي الضار. للتفصيل في العلاقة السببية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي؛ راجع: عادل جبري محمد حبيب، مرجع سابق، ص 235 وما بعدها.

الإتجاه الثاني: الآراء الفقهية التي حاولت توسيع مفهوم المباشرة.

عرض جانب من الفقهاء المحدثين نسبياً عدة آراء حاولوا من خلالها تحديد مفهوم الإضرار مباشرة. فعرف جانب من الفقه المباشرة: "بأنه من يحدث الأثر بفعله"²¹، وعرفوا الأضرار المباشرة بأنها: "الأضرار التي تنشأ عن نفس الفعل الذي سببها، وتختلط مادياً معه، وبذلك فالمباشر من كان فعله هو الذي أدى مباشرة إلى الضرر"²². فيتبين من ذلك أن الضرر المباشر هو: "ما حصل بفعل من غير أن يتخلل بين حصوله والفعل المنتج له فعل مختار"²³.

وقد حاول أصحاب هذا التوجه توسيع مفهوم المباشر من خلال تعريفهم له بأنه: من يأتي فعلاً يكون سبباً للضرر دون توسط أمر آخر بينهما أو من يكون الضرر نتيجة حتمية لفعله وفق المجرى المألوف للأمر²⁴ أو حسب المجرى العادي للأمر²⁵.

ونلاحظ بأن هذا المفهوم يوسع معنى المباشرة، من خلال محاولة وضع جميع الحالات التي يؤدي فيها الفعل وفق المجرى العادي للأمر إلى ترتيب النتيجة في معنى المباشرة، بحيث لا يقتصر مفهومها هنا على الحالات التي يكون فيها الفعل مساهم في تكوين النتيجة بشكل مباشر كما تطلب أصحاب الإتجاه الأول من الفقه، وإنما يشمل كل ما كان الفعل يؤدي إليه حسب العادة أو المجرى المألوف للأمر، وبذلك فلا يشترط أن يكون الفعل مساهم في التكوين ومختلط مادياً مع النتيجة.

²¹ راجع: مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ص 1038.

²² راجع: أمجد محمد منصور، المسؤولية عن الأضرار الناجمة عن الجمادات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان- الأردن، 2002، ص 89 و 99.

²³ راجع: محمد بن المندي بوساق، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، دار إشبيلية للنشر والتوزيع، دم، 1416هـ، ص 46.

²⁴ فقد عرف الأستاذ بدر جاسم المباشر بأنه: "صاحب الفعل الذي أحدث الضرر دون توسط فعل آخر أو سيؤدي إلى حدوث الضرر حتماً حسب المجرى العادي للأمر". راجع: بدر جاسم اليعقوب، تعليق على حكم محكمة الاستئناف العليا الكويتية، قضية رقم 584/1977.1978، منشور بمجلة الحقوق والشريعة، تصدر عن جامعة الكويت، السنة الخامسة، العدد الثالث، 1981، ص 335.

²⁵ راجع: صالح أحمد محمد الهيبي، المباشر والمتسبب في المسؤولية التقصيرية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان- الأردن، 2004، ص 25.

ولتوضيح الفرق بين الإتجاهين نعرض لموقفهم من المثال التقليدي الذي ورد في مجلة

الأحكام العدلية وقال به أصحاب الإتجاه الأول وهو: "إن من قطع حبل قنديل معلق يكون سبباً مفضياً لسقوطه على الأرض وانكساره ويكون حينئذٍ قد أتلّف الحبل مباشرة والقنديل تسبباً²⁶، إلا أن أصحاب الآراء الفقهية الذين حاولوا توسيع مفهوم المباشرة، يرون أن إتلاف الحبل وسقوط القنديل في حكم المباشرة²⁷، رغم أن الفعل انصب على إتلاف الحبل بشكل مباشر، مما أدى إلى سقوط القنديل تسبباً²⁸.

ورغم تقديرنا لما ذهب إليه جانب من الفقه من القول بتوسيع مفهوم المباشرة، إلا أننا لا

نوافقهم في هذا التوجه؛ لأن للإضرار بالمباشرة أحكام خاصة تتطلب على مفهومه الضيق،

²⁶ يتبعه في الحكم من شق زق (ظرف) فيه سمن، وقد نصت مجلة الأحكام العدلية العثمانية على مثال القنديل والزق (الظرف الذي يوضع فيه السائل) في المادة 888 منها. راجع: علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق، ص 508. وقد ثار خلاف بين الفقهاء المسلمين حول مثال "من شق زق (ظرف) فيه سمن وتلف ذلك السمن فيكون قد أتلّف الظرف مباشرة والسمن تسبباً؛ فيرى الشافعية أنه إذا فتح الزق وهو على الأرض فاندفع ما فيه ضمن، وإن كان الزق منتصباً ولا يسقط ما فيه بمجرد الفتح بل يحتاج إلى أمر عارض كالزلزلة أو هبوب الريح فلا ضمان؛ لأن الهلاك لم يحدث بفعل ففتح الزق. راجع: (القرويني الشافعي، العزيز شرح الوجيز، مرجع سابق، ص 400 و 401)، ويرى المالكية أنه يجب الضمان على ففتح الزق، سواء ضاع ما فيه بمجرد الفتح أو بهبوب الريح؛ لأنه لو لا فتح الزق لما ضاع ما فيه بالسقوط، أما لو جاء شخص آخر وأسقط الزق فضاع ما فيه فالضمان عليه لقطعه التسبب بالمباشرة فهو أولى بالضمان. راجع: (المرجع السابق، نفس الصفحة)، ويرى الحنابلة أن من حل وكاء زق فاندفع ما فيه فإنه يضمنه، سواء كان سائل أو جامد فأذابته الريح أو الشمس؛ لأنه تسبب بالإتلاف بما يقتضيه عادة. راجع: (ابن رجب الحنبلي، القواعد، المرجع السابق، ص 204 و 205)، بينما يرى الحنفية أنه إذا كان ما في الزق سائلاً يندفع بمجرد الفتح يضمن، أما إذا كان جامداً فأذابته الشمس فإنه لا يضمن، ويبنون على ذلك قاعدة مفادها "أن ما كان الغالب فيه اللبث لا يضمن كفتح قفص طائر، وإن كان لا يلبث ضمن كقطع حبل قنديل أو شق زق سائل". راجع: (أبي محمد بن غانم بن محمد البغدادي، مجمع الضمانات في مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، الطبعة الأولى، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، 1308هـ، ص 148 و 149، وسيشار له فيما بعد، البغدادي، مجمع الضمانات). يتضح من المثال المذكور؛ أن الفقهاء المسلمين أجمعوا على الضمان إذا كان ما في الزق سائلاً يندفع بمجرد فتح الزق، لكنهم اختلفوا حول قيام الضمان عندما يكون ما في الزق لا يندفع بمجرد الفتح، بل لا بد من وجود عوامل أخرى كالشمس أو الريح، ونرى بوجود الضمان إذا ترتبت النتيجة على فتح الزق مباشرة إذا كان ما فيه سائلاً، أما إذا كان ما فيه جامداً وساعدت عوامل أخرى في ترتيب التلف كالشمس أو الحرارة فإنه يعد متسبباً في التلف وليس مباشراً له.

²⁷ راجع: محمد يوسف الزعبي، مسئولية المباشر والمتسبب في القانون المدني الأردني، بحث منشور في مجلة نقابة المحامين الأردنية، العدد الثالث، السنة الخامسة والأربعون، 1997، هامش رقم 59، ص 931. بدر جاسم محمد اليعقوب، تحديد مفهوم مباشر الضرر، بحث منشور في مجلة الحقوق والشريعة التي تصدرها جامعة الكويت، السنة الثانية، العدد الثاني، 1978، هامش رقم 25، ص 291. أمجد محمد منصور، مرجع سابق، هامش رقم 1، ص 100. صالح أحمد اللهيبي، مرجع سابق، ص 25.

²⁸ في ذات السياق؛ يذهب الأستاذ بدر جاسم إلى القول بأن: "الفقهاء المسلمين عندما أوردوا مثال (قطع حبل القنديل)، كان هدفهم إعطاء مثال يفرق بين المباشرة والتسبب فلم يوفقهم الحظ إذ لا يمكن أن يقول الشخص كنت هادفاً إتلاف الحبل دون كسر القنديل". راجع: بدر جاسم اليعقوب، تحديد مفهوم مباشر الضرر، مرجع سابق، ص 292.

كاعتبارها علة للضمان دون شرط أو قيد²⁹، فإذا قمنا بتوسيع مفهومه على النحو السابق، فإن ذلك سيؤدي إلى اعتبار أي فعل موصل للنتيجة وفق المجرى العادي في حكم المباشرة، وهذا المفهوم عدا عن كونه يؤدي إلى توسيع مفهوم المباشرة، فإنه سيؤدي إلى عدم التمكن من التفرقة بينها وبين الإضرار بالتسبب، لذلك نرى ضرورة تطلب المساهمة في تكوين النتيجة ولا نكتفي بإمكانية تحققها وفق المجرى المؤلف للقول بقيام مفهوم المباشرة.

لكن التساؤل الذي نحتاج إلى الإجابة عليه في ظل المفهوم السابق للمباشرة هو: هل لا بد من توافر الإتصال المادي بين الفعل والنتيجة التي أدى إلى إحداثها لقيام مفهوم المباشرة وحكمها أم أنه لا يعتد بالإتصال المادي فيمكن قيام مفهومها دون وجوده؟

وفي سبيل الإجابة على هذا التساؤل نجد أن الفقه قد انقسم إلى اتجاهين، هما:

الأول: يرى أنه لا بد من تحقق الإتصال المادي بين الفعل والنتيجة حتى تقوم المباشرة، فمتى

تخلف الإتصال المادي بينهما انتفت المباشرة، فلا يمكن تحققها بواسطة شيء غير ملموس

كالصياح مثلاً³⁰.

²⁹ سنعرض لتوضيح حكم المباشرة وشروط قيام حكمها بالتفصيل في وقت لاحق من هذه الدراسة.

³⁰ في ذات المعنى؛ جاء في مجمع الضمانات أنه لو وثب من حائط إلى الطريق فنفرت الدابة وألقت جرة سمن، فلا يضمن القافز الجرة، ولكنها ذكرت أيضاً أنه لو صاح شخص على دابة فنفرت وأصاب صبي بضرر فإنه يضمن؛ لأنه تسبب بحصول الضرر عن تعد منه.

راجع: (البغدادي، **مجمع الضمانات**، مرجع سابق، ص 148 و 172). والإتصال المادي عند الحنفية المتطلب في مفهوم المباشرة يتحقق بوجود آلة بيد المباشر، كمن يقتل بسكين أو غيرها، وذهب فقهاء الحنفية إلى أبعد من ذلك فقالوا لما كان المكره مسلوب الاختيار لم يصف الفعل إليه، فجعل كالألة في يد المكره وانتقل حكم المباشرة إليه كالفاتل بالة. راجع: (مجد الدين عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي، **الإختيار لتعليل المختار**، المجلد الثالث، الطبعة الأولى، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، عمان- الأردن، 1999، ص 40 و 41)، وجاء في "جامع الفصولين" أن اشتراط الإتصال المادي هي الصورة الوحيدة التي تقوم بها المباشرة ويظهر منها بوضوح أن الضرر قد حدث بفعل الفاعل، حيث لا يثور أي شك في إعتباره محدث الضرر. راجع: (ابن القاضي سماوية الحنفي، **جامع**

الفصولين، الطبعة الأولى، الجزء الثاني، المطبعة الأزهرية، دم، 1300هـ، ص 112، مشار له عند مصطفى عبد القادر حليلو، **عناصر المسئولية عن الفعل الضار في القانون المدني الأدرني والجزائري**، دراسة مقارنة، رسالة مقدمة للجامعة الأردنية استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في الحقوق، 1991، ص 9)

الثاني: يرى أنه يمكن تحقق المباشرة ولو انعدم الإتصال المادي بين الفعل والضرر³¹، ويستدل على رأيه بما روي عن عمر بن الخطاب "رضي الله عنه"، حيث أن امرأة ذكرت عنده فأرسل في طلبها ففزعت ومات طفلها فأمر لها بالدية³².

وفي تقديرنا فإن الإتجاه الأول الذي ذهب إلى تطلب الإتصال المادي كان هدفه حصر حالات المباشرة، حتى تكون العلاقة بين الفعل والضرر واضحة مما يمكن معه تضمين المباشر دون شرط كما سيأتي لاحقاً³³. لذلك نؤيد هذا الإتجاه فيما ذهب إليه ونرى إمكانية تحقق الإتصال المادي ولو استخدم المباشر آلة كمسدس أو سيارة³⁴، فمن أطلق النار من مسدسه فأصاب آخر وقتله فإن معنى المباشرة يشملها؛ لتحقق الإتصال المادي بين الفعل والضرر الذي يقوم به معنى المباشرة.

وقد أكدت محكمة التمييز الأردنية المعنى السابق للإضرار مباشرة بقولها: "ان المباشرة تقع إذا انصب فعل الإلتلاف على الشيء نفسه ويقال لمن فعله فاعل مباشر.... فإذا كان سائق السيارة الشاحنة الذي صدم السيارة المتوقفة على يمين الشارع مما أدى إلى وفاة سائقها وإلحاق أضرار بها مسرعاً فيكون سائق الشاحنة مباشراً للضرر وتلتزم شركة التأمين المؤمنة له

³¹ تجدر الإشارة إلى أن الرسالة المذكورة في الهامش السابق، تبين الإتجاه الثاني "الذي لم يتطلب الإتصال المادي" بقولها: "إن هناك من يعتبر راكب الدابة مباشر وهذا خلاف الحنفية"، وذلك القول ينصوي على فهم مغلوط لتوجه الحنفية، كما أوضحناه في الهامش السابق رقم 30، ويرى فقهاء الحنفية أن من ركب الدابة فأصاب بها شيئاً فالضمان على الراكب لأنه مباشر، والسائق للدابة متسبب. راجع: (عبد الله بن محمود بن مودود الموصلية الحنفي، الإختيار لتعليل المختار، تعليق محمود أبو دقيقة، الجزء الخامس، دار الدعوة، دم، دب، ص 47 - 50.

³² نقل الشيرازي في المهذب أن امرأة ذكرت عند سيدنا عمر "رضي الله عنه" بسوء، فأرسل في طلبها ففزعت وضربها الطلق وهي في طريقها إليه، فألقت طفلاً فصاح صيحة ومن ثم مات، فاستشار عمر الصحابة فقال بعضهم أنه لا شيء عليه فهو وال مؤدب، لكن على "كرم الله وجهه" قال أن دية على عمر لأنه أفرعها. مشار له عند: (مصطفى أحمد الزرقا، الفعل الضار والضمان فيه، دار العلم، دمشق، 1984، ص 41). ويبنى على ذلك أن من مات بطلب السلطان "الحاكم" أو تهديده فهو ضامن له. راجع: (أحمد عبد الله بن أحمد البعلي، الروض الندي شرح كافي المبتدي، المطبعة السلفية، دم، دب، ص 453). وكذلك فإنه لو صاح على صبي فزال عقله وجبت دية. راجع: شهاب الدين أحمد بن حجر الهيتمي الشافعي، تحفة المحتاج بشرح المنهاج، تحقيق وتدقيق عبد الحميد الشرواني وأحمد بن قاسم العبادي، الجزء التاسع، دم، دب، ص 2 و 3، وسيشار له فيما بعد: الهيتمي الشافعي، تحفة المحتاج بشرح المنهاج.

³³ راجع ما سيأتي من هذه الدراسة؛ ص 20 - 24.

³⁴ نشير هنا إلى أننا سنتعرض لدراسة إمكان تحقق المباشرة بألة أو بغيرها بالتفصيل في وقت لاحق من هذه الدراسة.

بالتعويض³⁵. وذهبت في قرار آخر لها إلى القول بأن "سائق السيارة (شركة التأمين المؤمن لديها) ملزم بتعويض الأضرار التي وقعت نتيجة الحادث... وأن مصدر الإلتزام هو نص المادة 256 و 257 من القانون المدني"³⁶.

نخلص مما تقدم إلى تعريف الإضرار بالمباشرة بأنه: " الفعل الإيجابي الذي يدخل في تكوين الضرر مباشرة مع عدم إمكان توسط فعل آخر"؛ فهذا التعريف يبين بإيجاز ووضوح طبيعة العلاقة بين الفعل والنتيجة في المباشرة، فلا يكفي أن يسبب الفعل الضرر، بل يجب أن يساهم الشخص بفعل إيجابي في تكوين الضرر بشكل مباشر كضرب شخص أو دهسه بسيارة. وبذلك فلا يشمل مفهوم المباشرة الحالات التي يساهم الفعل فيها بإيجاد وضع معين ينتج عنه الضرر أو ينصب الفعل فيها على أمر يفضي إلى إحداث الضرر كحفر بئر في الطريق يقع به إنسان أو كترك سيارة في منطقة غير مستوية مع عدم تأمين وقفها، مما يؤدي إلى سيرها وإصابتها لأحد المواطنين أو كعمل حفريات بالقرب من منزل تؤدي إلى تصدعه وإصابة من فيه، بل يجب ان يدخل الفعل في تكوين الضرر بشكل مباشر دون تدخل أي فعل آخر. وهذا المفهوم الخاص للإضرار بالمباشرة يترتب عليه أحكام خاصة نعرض لدراستها في الفرع التالي مباشرة.

الفرع الثاني: أحكام المباشرة وصور حدوثها

وضع القانون المدني الأردني أحكاماً خاصة للإضرار بالمباشرة فنص في الفقرة الثانية من المادة (257) منه: "2. فإن كان بالمباشرة لزم الضمان ولا شرط له". ويتبين من ذلك أن حكم

³⁵ راجع: مجلة نقابة المحامين الأردنية، تمييز حقوق رقم 453/90، الأعداد التاسع والعاشر والحادي عشر، السنة التاسعة والثلاثون، 1991م، ص 2089 - 2092.

³⁶ راجع: مجلة نقابة المحامين الأردنية، تمييز حقوق رقم 574/90، الأعداد التاسع والعاشر والحادي عشر، السنة التاسعة والثلاثون، 1991م، ص 2091 - 2094.

المباشرة في القانون المدني الأردني هو الضمان ولا شرط لها، فالمباشرة علة مستقلة وسبب للتضمين قائم بذاته دون اشتراط التعمد أو التعدي³⁷.

والمباشر يأخذ ذات الحكم سواء باثر الفعل بنفسه أو بواسطة آلة كالسكين أو المسدس أو السيارة تبعاً لأحكام الفقه الإسلامي، شريطة أن يكون للشخص سيطرة وتحكم فعلي بهذه الآلة³⁸.
لكن هل أخذ كل من القانون المدني الأردني ومشروع القانون المدني الفلسطيني بهذا الحكم؟
في سبيل الإجابة على هذا التساؤل؛ أوضح القانون المدني الأردني في المادة (291) منه أن من كان تحت تصرفه أشياء تتطلب حراسة خاصة أو آلات ميكانيكية يضمن ما ينتج عنها من

³⁷ راجع: المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ص 282. وتقابلها المادة 283 من قانون المعاملات المدنية الإماراتية الإتحادي.

³⁸ راجع: محمد يوسف الزعبي، مرجع سابق، ص 875. وقد أورد الفقهاء المسلمين بعض الفروع التي تبين قيام حكم المباشرة في حالة سيطرة الشخص على الأشياء التي بحوزته سيطرة فعلية، فقد ورد أن من ركب دابة وسيرها فأصاب بها إنسان وقتله أو ألحق به الضرر ضمنه. راجع: (شمس الدين السرخسي، المبسوط، الجزء السادس والعشرون، الطبعة الثالثة، دار المعرفة للنشر والتوزيع، بيروت- لبنان، دبت، ص 189). ويتبين من ذلك أن راكب الدابة يعد مباشراً في حالة السيطرة عليها بشكل فعلي. كما نصت المادة رقم 289 من القانون المدني الأردني على أن: "جناية العجماء جبار ولكن فعلها الضار مضمون على ذي اليد عليها مالكاً أو غير مالك قصر أو تعدى"، ويتضح من ظاهر معنى المادة أن القانون المدني الأردني جعل جناية الدابة هدرًا إلا إذا كان هناك صاحب يد عليها وقصر أو تعدى، ولكن بالرجوع إلى المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني نجد أنها ذكرت عدد من الأمثلة يمكن أن نستدل بها عن قصد وغاية المشرع ومنها: 1- لو ربط شخصان فرسيهما في مكان معد لذلك فأتلف فرس أحدهما فرس الآخر فليس من ضمان على صاحب الحيوان المتلف. 2- لا يترتب على صاحب الهرة ضمان فيما لو أتلفت طيراً لإنسان... إلخ) يتبين لنا من هذه الأمثلة أن جناية العجماء جبار لأنه لم يكن لصاحبها أو مالكاها يد عليها وكذلك لأنها أتلفت من تلقاء نفسها، أما لو كان للشخص سيطرة على الشيء أو الحيوان، فيتضح حكمها من خلال بعض الأمثلة التي ذكرتها ذات المذكرات الإيضاحية وهي: 1- لو أطلق شخص حيوانه على مزروعات آخر يكون ضامناً لما يتلف الحيوان. 2- لو رأى إنسان حيوانه وهو في مزروعات آخر ولم يمنعه يكون ضامناً لما يتلفه. بخصوص هذه الأمثلة؛ راجع: (المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ص 218 و 219)، ويتبين من مفهوم مجمل الأمثلة =المذكورة؛ أن ما يفعله الحيوان من تلقاء ذاته دون وجود من يرعاه لا ضمان عليه، لكن إن كان هناك من يتولى سلطة فعلية عليه ويسيره فيكون برأينا ضامناً لنتيجة أفعاله المباشرة وينطبق عليه وصف المادة (257) من القانون المدني الأردني، أما إذا لم يتحقق شرط السيطرة الفعلية عليه فيكون ضمان أفعاله طبقاً لنص المادة (289) المذكورة.

أضرار إلا ما لا يمكن التحرز منه³⁹، وينطبق ذلك على الآلات التي تعمل بمحرك خاص بها⁴⁰، أما إذا حركها شخص وسيطر عليها فيكون ما ينتج عنها من أضرار مضمون بحكم المباشرة⁴¹.

أما مشروع القانون المدني الفلسطيني فقد بنى مسؤولية حارس الآلات والأشياء الخطرة التي تتطلب حراستها عناية خاصة على أساس الخطأ المفترض، فلا تنتفى هذه المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي⁴².

³⁹ تنص المادة 291 من القانون المدني الأردني على أن: "كل من كان تحت تصرفه أشياء تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها أو آلات ميكانيكية يكون ضامناً لما تحدثه هذه الأشياء من ضرر إلا ما لا يمكن التحرز منه، هذا مع عدم الإخلال بما يرد في ذلك من أحكام خاصة".

⁴⁰ راجع: محمد يوسف الزعبي، مرجع سابق، ص 877.

⁴¹ راجع: علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، الجزء الأول، ص 241، مشار له عند، عبد القادر الفار، مصادر الإلتزام مصادر الحق الشخصي في القانون المدني الأردني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان- الأردن، دبت، ص 22. كذلك ذكر البغدادي: أن من ركب عجلة فأصاب بها صيباً فكسر رجله وجب عليه ضمان إرش الكسر. راجع: (البغدادي، مجمع الضمانات، مرجع سابق، ص 149). وبذلك فإن راكب الدابة وسائق السيارة الذين يسيطرون عليها ويتحكمون بها يعدون مباشرين للضرر. وفي تأكيد ذات المعنى راجع: محمد يوسف الزعبي، مرجع سابق، ص 875 و 879. لكن هناك رأي آخر يرى أن ما يحدثه الحيوان من قبيل التسبب ولو كان هناك من يسيطر عليه ويحركه، فلا بد من توافر التعدي أو التعمد للضمان وفق هذا الفرض. راجع: عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص 228.

لكن إذا لم يكن للشخص سيطرة فعلية على الشيء فإنه لا يمكن قيام مسؤوليته التقصيرية على أساس الإضرار بالمباشرة وإنما تكون هذه المسؤولية وفق فكرة الحراسة، وهذا ما أكدت عليه محكمة التمييز الأردنية، فقد قضت في إحدى قراراتها بقيام مسؤولية البلدية وترتب الضمان عليها لتسبب عطل الإشارة الضوئية بحادث تصادم بين سيارتين، وقد قررت قيام هذه المسؤولية وفق نص المادة 291 من القانون المدني الأردني " باعتبار البلدية حارسة للإشارة الضوئية". راجع: (مجلة نقابة المحامين الأردنية، تمييز حقوق رقم 1626/99، الأعداد الرابع والخامس والسادس، السنة الخمسون، 2002، ص 864 - 871). ولا ينطبق حكم مسؤولية المباشر على هذه الحالة؛ لأنه لا يمكن نسبة ضرر الإشارة الضوئية بناء على حكم المباشرة إلى البلدية، فالبلدية لا تسيطر على الإشارة الضوئية سيطرة فعلية وتحركها كما تشاء وإنما تعمل هذه الإشارة بمحرك ذاتي مما يترتب الضرر على عملها إذا لم يكن هناك حراسة لها وتأمين لعملها على الوجه الصحيح.

⁴² تنص المادة 197 من مشروع القانون المدني الفلسطيني على أن: "حارس الآلات الميكانيكية والأشياء الأخرى التي تتطلب حراستها عناية خاصة، يكون مسؤولاً عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه"، وتطابق نص المادة 178 من القانون المصري، وبذلك يتضح أن كلاً من المشرع المصري والفلسطيني قد أقاما مسؤولية حارس الأشياء والآلات على =القرينة المفترضة بحق حارسها التي لا يمكن نفيها إلا بإثبات السبب الأجنبي "قوة قاهرة أو خطأ المضرور أو خطأ الغير"، وذلك على أساس الخطأ المفترض الذي لا مكان له في القانون المدني الأردني. لكن المشرع الأردني أقام مسؤولية حارس الآلات والأشياء الخطرة على قرينة مفترضة يمكن إثبات عكسها بشئى الوسائل لنصه في المادة 291 على إقامة المسؤولية "إلا ما لا يمكن التحرز منه"، وهناك فرق آخر بين النصين وهو أن المشرع الفلسطيني تطلب أن تكون الآلات الميكانيكية خطرة بخلاف المشرع الأردني الذي تطلب في هذه الآلات أن تعمل بمحرك ذاتي فقط وفي ذات السياق قضت محكمة التمييز الأردنية في قرار لها أن: "تحقق المسؤولية يستلزم توفر شرطين هما أن يتولى شخص حراسة شيء تقتضي حراسته عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية من جهة ومن جهة أخرى أن يقع الضرر بفعل الشيء... ولم يشترط القانون في الآلات الميكانيكية أن تتطلب حراستها عناية خاصة كما تطلب في غيرها لأن هذه الآلات تتحرك بمحرك ذاتي فاقتضى القانون لذلك أن حراستها تتطلب دائماً عناية خاصة". راجع: مجلة نقابة المحامين الأردنية، تمييز

ويتبين من ذلك أن مشروع القانون المدني الفلسطيني أقام مسئولية الحارس على أساس

خطأ غير قابل لإثبات العكس، فلا ينتفي هذا الخطأ إلا بإثبات السبب الأجنبي الذي يقطع علاقة

السببية، وذلك يتفق مع ما أخذ به ونص عليه القانون المدني المصري⁴³.

كما يتضح لنا بذلك أنه تناقض مع أحكام المباشرة المتطلبية في القانون المدني الأردني؛

لأنه أطلق الحكم على الآلات الخطرة، دون أن يشترط فيها أن تعمل بمحرك داخلي، فالآلة وإن

كانت خطيرة إلا أنه يمكن السيطرة عليها والتحكم بها من شخص سيطرة فعلية، مما يلزمه بالضمان

عن الأضرار التي يلحقها للغير بواسطة هذه الآلة، وفق مفهوم المباشرة السابق توضيحه⁴⁴.

حقوق رقم 636/86، السنة السابعة والثلاثون، الأعداد الأول والثاني، 1989، ص 248.

⁴³ في ذات المعنى؛ قضت محكمة النقض المصرية في قرار لها بأن: " المادة 178 من القانون المدني نصت على أن كل من تولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية أو حراسة آلات ميكانيكية يكون مسئولاً عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه. ومن ثم فإن الحراسة الموجبة للمسئولية على أساس الخطأ المفترض طبقاً لهذا النص إنما تتحقق بسيطرة الشخص على الشيء سيطرة فعلية لحساب نفسه". راجع: الطعن رقم 538 لسنة 43 ق جلسة 1/3/1977، الأحكام العربية، مجموعة التشريعات العربية، أفراس ممغنطة (cd)، القاهرة، 2000. تشير هنا إلى أن جميع قرارات محكمة النقض المصرية مأخوذة من ذات المصدر، لذلك سنكتفي بالإشارة إلى رقم الطعن وسنته والجلسة في القرارات اللاحقة، وفي حالة وجود مصدر آخر مختلف سنشير إلى ذلك. وقد قضت محكمة النقض المصرية في قرار آخر لها أن: " المقرر في قضاء هذه المحكمة - أن المسئولية المقررة بالمادة 178 من القانون المدني إنما تقوم على أساس خطأ مفترض وقوعه من حارس الشيء إقتراساً لا يقبل إثبات العكس، ومن ثم فإن هذه المسئولية لا تدرأ عنه بإثبات أنه لم يرتكب خطأ ما أو أنه قام بما ينبغي عليه من العناية والحيلة حتى لا يقع الضرر من الشيء الذي في حراسته وإنما ترتفع عنه هذه المسئولية فقط إذا أثبت الحارس أن وقوع الضرر - كان بسبب إجنبي لا يد له فيه. راجع: الطعن

رقم 1145 لسنة 59 ق جلسة 27/2/1994.

⁴⁴ لكن يدق التساؤل هنا عن مفهوم المباشرة ومقدار المسئولية في حالة استخدام أكثر من شخص لآلة أو لعدة آلات في إحداث الضرر؟. بداية نرى أن هذا التساؤل يخص علاقة السببية رغم مساهمته في توضيح معنى الإضرار بالمباشرة، لذلك سنتعرض لإجابته هنا لزيادة توضيح مفهوم المباشرة على النحو الآتي: لقد روي عن رسول الله (ص) أنه قال: " لو أن أهل السماء وأهل الأرض اشتروا في دم مؤمن لأكبهم الله في النار". راجع: (منصور علي ناصيف، التاج الجامع في أحاديث الرسول "ص"، الجزء الثالث، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، د.م، د.ت، ص 4). فحكم اجتماع المباشرين إذا تساوا في الفعل المباشر بتقسيم الضمان عليهم جميعاً بالتساوي، أما إذا تفاوتت أعمالهم قوة وضعفاً فيسأل كل منهم عن مقدار فعله وتأثيره في حدوث الضرر، ومما ذكر عن الفقهاء المسلمين في هذا الصدد أنه لو اجتمع عشرة أشخاص ورموا حجراً "بمنجنيق" فقتل واحد منهم أو أصاب شخصاً آخر، ففي الفرض الأول يقسم ضمان دية على التسعة الآخرين وينقص منها عشر الدية مقدار مساهمته في الضرر، وفي الفرض الثاني "إصابة شخص آخر" تقسم الدية عليهم بأن يضمن كل منهم عشر الدية. وكل ذلك ما لم يكونوا قاصدين قتله وإلا قتلوا به. راجع: (الهيتمي الشافعي، تحفة المحتاج، الجزء التاسع، مرجع سابق، ص 25). وذلك يتعلق بحالة تساوي أعمالهم قوة وضعفاً، أما لو تفاوتت أعمال المشتركين في المباشرة كاجتماع ثلاثة أشخاص لضرب آخر، فضربه الأول ضربة والثاني ضربتين والثالث ثلاث ضربات مما أدى إلى وفاته من مجموع الضربات فيكون على الأول سدس الدية وعلى الثاني ثلث الدية وعلى الثالث نصف الدية لأن مجموع الضربات ستة، فتوزع الدية عليهم بنسبة ما لكل من الضربات إلى المجموع، وبذلك تقوم مسئولية كل منهم بمقدار مساهمته في إحداث الضرر. راجع: (حاشية إبراهيم البيجوري على شرح ابن القاسم الغزي على متن أبي شجاع، تصحيح وضبط محمد عبد السلام شاهين، الجزء الثاني، دار الكتب

وتجدر الإشارة هنا إلى أن الإضرار بالمباشرة يحدث بصورة إيجابية، فلا يمكن وقوعه

بمجرد الإمتناع⁴⁵ وإلا كنا بصدد حالة الإضرار تسبباً التي سنأتي على دراستها⁴⁶؛ لأن مفهوم

المباشرة كما تبين لنا يقرب من معنى الملامسة والمساهمة في تكوين الضرر. وبتقديرنا فإنه لا

يمكن تحقق هذا المفهوم بمجرد الإمتناع.

أما بخصوص ما ذهب إليه محكمة التمييز الأردنية، فيتبين لنا من خلال إستجلاء

قراراتها المختلفة أنها أكدت على المعنى الإيجابي للمباشرة رغم عدم إفصاحها عن ذلك بشكل

صريح⁴⁷. فقد ذهب في إحدى قراراتها التي تتعلق بحادثة اصطدام سيارتين متحركتين إلى اعتبار

العلمية، بيروت- لبنان، دت، ص 385 و 386). وقد أوجب القانون المدني الأردني المسؤولية على كل شخص بمقدار مساهمته في إحداهن الضرر فنص في المادة 265 منه على أنه: " إذا تعدد المسؤولين عن الفعل الضار كان كل منهم مسؤولاً بنسبة نصيبه فيه وللحكمة أن تقضي بالتساوي أو التضامن والتكافل فيما بينهم". وتقابلها المادة 185 من مشروع القانون المدني الفلسطيني لكن المادة الأخيرة أعطت امتيازاً للمضروور باستيفاء الضمان من أي شخص من المتسببين في الضرر ومن ثم يعود على الآخرين بنسبة مساهمة كل منهم، ونجد أن ذلك فيه حماية أكثر للمضروور من جانب المشروع المدني الفلسطيني.

⁴⁵ في تأييد ذلك؛ راجع: الكاساني، *بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع*، مرجع سابق، ص 164 و 165. وفي موافقة هذا الإتجاه من المحدثين؛ راجع: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، *المقصود بمباشر الضرر في حوادث السيارات*، بحث منشور في مجلة الحقوق الصادرة عن جامعة الكويت، السنة الثامنة، العدد الثالث، 1904، ص 15. بدر جاسم اليعقوب، *تحديد مفهوم مباشر الضرر*، مرجع سابق، ص 294. شريف أحمد شريف حسين، *المسئولية الناشئة عن انهيار البناء في القانون المدني الأردني*، دراسة مقارنة، رسالة مقدمة للجامعة الأردنية استكمالاً للحصول على درجة الماجستير في القانون، 1994، ص 88. مصطفى عبد القادر حليلو، مرجع سابق، ص 12. إلا أن هناك جانب من الفقه قال بإمكانية تحقق المباشرة بمجرد الإمتناع كما تحدث بالفعل الإيجابي، فيرون أن من منع عن شخص طعماً فائضاً عن حاجته مع حاجة هذا الشخص إليه ضمن. راجع: منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، *كشف القناع عن متن الإقناع*، الجزء السابع، راجعه وعلق عليه، هلال مصيلحي ومصطفى هلال، دار الفكر، لبنان- بيروت، 1982، ص 116. البعلي، الروض الندي شرح كافي المبتدي، مرجع سابق، ص 453. وفي تأييد هذا الإتجاه من المحدثين؛ راجع: محمد فوزي فيض الله، *نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام*، الطبعة الثانية، مكتبة دار التراث، الكويت، 1986، ص 73. محمد بن المدني بوساق، مرجع سابق، ص 50.

⁴⁶ راجع ما سيأتي من هذه الدراسة؛ ص 26- 49.

⁴⁷ رغم ما ذهب إليه في العديد من القرارات إلى إمكانية تحقق الإضرار بشكل عام بالفعل أو الترك استناداً لنص المادة 256 من القانون المدني الأردني "كل إضرار...". وبخصوص بعض هذه القرارات؛ راجع: مجلة نقابة المحامين الأردنية، *تميز حقوق رقم 986/89*، الأعداد السادس والسابع والثامن، السنة التاسعة والثلاثون، 1991، ص 1298 و 1299. مجلة نقابة المحامين الأردنية، *تميز حقوق رقم 925/90*، الأعداد السابع والثامن والتاسع، السنة الأربعون، 1992، ص 1021- 1025. مجلة نقابة المحامين الأردنية، *تميز حقوق رقم 1196/94*، الأعداد الخامس والسادس، السنة الثالثة والأربعون، 1995، ص 1377.

كلا السائقين مباشرين للضرر وفقاً لنص المادة 257⁴⁸، كما أنها ذهبت في قرار آخر لها إلى اعتبار سائق السيارة التي صدمت سيارة متوقفة على يمين الشارع مباشر للضرر⁴⁹.

أما مشروع القانون المدني الفلسطيني فرغم إقامته للمسئولية التقصيرية على ركن الضرر، إلا أنه لم يعتبر أي فعل أحدث ضرراً للغير موجب للمسئولية، فقد تطلب أن يكون الفعل إيجابياً. وبذلك فإن عدم أخذ المشروع بأحكام المباشرة التي أخذ بها القانون المدني الأردني، لا ينفي كونه تطلب الفعل الإيجابي، فلم يكتف بمجرد الإمتناع أو الترك لقيام المسئولية، وهذا ما أكدت عليه المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني عندما ذكرت في شرحها للمادة 179 أن: "النص يفيد الفعل بوضوح، لذلك لا يشمل عدم الفعل الذي يترتب عليه ضرر"⁵⁰.

وبذلك فإن مشروع القانون المدني الفلسطيني رغم تطلبه لأي فعل مجرد، إلا أنه اكتفى بالفعل الإيجابي دون السلبي، متوافقاً في ذلك مع أحكام المباشرة التي أخذ بها القانون المدني الأردني. وبعد أن انتهينا من دراسة أحكام المباشرة وصور حدوثها، يبقى أن نبحث شروط قيام مسئولية المباشر وحكمه، التي سنعرض لها في الفرع التالي مباشرة.

الفرع الثالث: شروط قيام مسئولية المباشر

⁴⁸ راجع: مجلة نقابة المحامين الأردنية، تمييز حقوق رقم 819/49، السنة الثالثة والأربعون الأعداد الخامس والسادس، 1995، ص 265-267.

⁴⁹ سبقنا الإشارة لهذا القرار هامش رقم 34 من هذه الدراسة. وفي ذات السياق أكدت محكمة الاستئناف العليا الكويتية، على أنه يجب أن يكون مباشر الضرر في حوادث السيارات أتى فعلاً حقيقياً وأن يكون تدخل السيارة تدخل إيجابي. في تفصيل هذا التوجه، راجع: سمير إسماعيل، ثلاث مسائل في المسئولية المدنية تعليق على حكم رقم 59/75، منشور في مجلة المحامي الصادرة عن جمعية الحقوقيين السعودية، السنة الرابعة، الأعداد الثامن والتاسع والعاشر، 1980، ص 91 و 92.

⁵⁰ إلا أن المذكرة الإيضاحية أكملت شرحها للمادة 179 فذكرت أنه: "يتناول النص الفعل الإيجابي دون الفعل السلبي، في حين تستوجب المسئولية في حالة الفعل الإيجابي والفعل السلبي إذا نتج عنه ضرر، لذلك رأيت الأقلية تعديل نص المادة ليصبح على النحو الآتي (كل إضرار بالغير يلزم فاعله بالتعويض)، وهذا النص يشتمل على الأضرار الناتجة عن الفعل أو عدم الفعل، وبهذا تكون أركان المسئولية التقصيرية، الفعل أو عدم الفعل، والضرر وعلاقة السببية بينهما". راجع: (المذكرات الإيضاحية للمشروع المدني الفلسطيني، ص 209). إلا أن الأخذ بفكرة الإضرار يعني الأخذ بالإضرار بالمباشرة والإضرار بالتسبب، وفق ما ذهب إليه القانون المدني الأردني والفقهاء الإسلامي، وهذا ما لا يمكن تحديده إلا باستكمال دراسة أحكام الإضرار، وكذلك دراسة فكرة الخطأ التي أخذ بها القانون المدني المصري، للوقوف على أكثر الأحكام موافقة للواقع الفلسطيني وتماشياً مع فكرة العدالة التي تهدف إلى الموازنة بين مصلحة المضرور ومحدث الضرر له.

لم يتطلب القانون المدني الأردني التعدي أو التعمد لقيام حكم الإضرار مباشرة⁵¹، إلا أن هناك شرطين لا بد من توافرها لقيام حكم المباشرة وهما: الأول صدور فعل من المباشر، والثاني ترتب الضرر مباشرة على الفعل دون واسطة.

الشرط الأول صدور فعل من المباشر. يشترط جانب من الفقه توافر التعدي في هذا الفعل المباشر، وذلك وفق اتجاهين أو معنيين مختلفين على النحو الآتي:

الاتجاه الأول: يذهب إلى أنه لا بد من توافر التعدي لضمان المباشر، فلا يكفي صدور فعل يؤدي إلى إحداث الضرر بطريق المباشرة، وإنما يجب أن يكون هذا الفعل حدث تعدياً⁵²، ويبرر ذلك بما يلي:

⁵¹ ذلك موافق لما أخذ به الفقه الإسلامي، الذي لم يشترط التعدي أو التعمد لقيام حكم الإضرار بالمباشرة، فقد اعتبر الفقهاء المسلمين أن المباشرة علة مستقلة للتضمنين ولا شرط لها. لتأكيد ذلك. راجع: البغدادي، **مجمع الضمانات**، مرجع سابق، ص 146 و 147. الموصلي الحنفي، **الاختيار لتعليل المختار، الجزء الخامس**، مرجع سابق، ص 48 و 49. القرافي، **الفروق**، مرجع سابق، ص 30 و 31. **حاشية إبراهيم البيجوري، الجزء الثاني**، مرجع سابق، ص 375. أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، **المغني، الجزء الخامس**، على مختصر أبي القاسم عمر بن حسين بن عبد الله بن أحمد الخرقى، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض- السعودية، دت، ص 398-401.

وذلك على عكس ما ذهب إليه مشروع القانون المدني العربي الموحد الذي نص في المادة 264 منه على أن: "كل من أضر بغيره فعلياً إضراراً مباشراً أو بالتسبب، ولو غير متمعد، ولا مميز، مسئول تجاه المضرور، بالتعويض مع مراعاة المواد التالية في هذا الفصل"، والقانون المدني العراقي الذي نص في الفقرة الأولى من المادة 186 من القانون المدني العراقي على أنه: "1- إذا أتلّف أحد مال غيره أو أنقص قيمته مباشرة أو تسبباً يكون ضامناً إذا كان في إحداثه هذا الضرر قد تعمد أو تعدى". وذهب المشرع الكويتي إلى أبعد من ذلك فنص في الفقرة الأولى من المادة 227 على أن: "كل من أحدث بفعله الخاطيء ضرراً بغيره يلزم بتعويضه، سواء أكان في إحداثه الضرر مباشراً أو متسبباً"، ويتبين من هذا النص أن المشرع الكويتي أقام المسؤولية التقصيرية على الخطأ على غرار المشرع المصري، رغم ذكره لاصطلاح المباشرة والتسبب المستمدان من الفقه الإسلامي. وبذلك يكون القانون المدني الأردني متوافقاً مع أحكام الفقه الإسلامي فيما يخص الشروط المتطلبية لقيام حكم المباشرة.

⁵² في هذا الاتجاه؛ راجع: وهبة الزحيلي، **نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة**، دار الفكر المعاصر، بيروت- لبنان، دار الفكر، دمشق- سورية، 1998، ص 75 و 76. نوح علي سليمان، **إبراء الذمة من حقوق العباد، دار البشير، عمان- الأردن**، دت، ص 464. محمد المدني بوساق، مرجع سابق، ص 52 و 53. شريف أحمد شريف حسين، مرجع سابق، ص 89. أمجد محمد منصور، مرجع سابق، ص 9. محمد فوزي فيض الله، مرجع سابق، ص 92 و 93. مصطفى أحمد الزرقا، **الفعل الضار والضمان فيه**، مرجع سابق، ص 82 و 83. إبراهيم فاضل الديوب، **الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة**، دار البيارق، بيروت- لبنان، دار عمار، عمان- الأردن، 1997، ص 178 و 179. محمد يوسف الزعبي، مرجع سابق، ص 887.

1. أن التعدي بمعنى المجاوزة إلى حق معصوم للغير، وهو شرط أساسي لقيام مسؤولية المباشر فإذا لم يتحقق هذا التجاوز "التعدي" ينتفي الضمان⁵³.
2. أن مباشر الضرر يجب أن يكون متعدياً بمعنى عدم الجواز الشرعي لفعله، فإذا لم يتجاوز انتفت مسؤوليته⁵⁴، ويمثلون على ذلك بأنه لو حفر شخص في ملكه حفرة فتردى بها إنسان أو حيوان، فإنه لا ضمان على الحافر.
3. يرى جانب من الفقه أنه من غير الصحيح والمنطقي لزوم الضمان بمجرد صدور الفعل مباشرة، فلا بد من ترتب ضرر عليه وتوافر علاقة السببية بينهما، فالفعل قد يكون مشروعاً ومع ذلك تقوم مسؤولية المباشر إذا لم نشترط التعدي، وذكرنا مثال على ذلك هو: أن من يهدم بيت شخص آخر بإذنه يكون ضامن لهدم البيت رغم أن فعله مشروع لوقوعه بإذن مالك البيت وهذا غير منطقي، لذلك يخلص أصحاب هذا الرأي إلى القول بضرورة اشتراط التعدي بمعنى عدم المشروعية للفعل المباشر الضار حتى تقام مسؤولية مرتكبه وضمانه لنتيجة فعله⁵⁵.
- لذلك ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن مصطلح الإضرار المتطلب في المادة 256 من القانون المدني الأردني يشمل حكمه المباشرة المنصوص عليها في المادة 257 منه، فيكون التعدي "بمعنى عدم المشروعية" متطلب لقيام حكم المباشرة؛ لأن المادة 256 يشمل حكمها المادة 257 في القانون المدني الأردني⁵⁶.

⁵³ راجع: مصطفى أحمد الزرقا، الفعل الضار والضمان فيه، مرجع سابق، ص 78 و 79.

⁵⁴ راجع: إبراهيم فاضل الدبو، مرجع سابق، ص 179 و 180.

⁵⁵ راجع: محمد يوسف الزعبي، مرجع سابق، ص 884 و 885.

⁵⁶ حازم نعيم الصمادي، المسؤولية المدنية في العمليات المصرفية الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، دم، 2003، ص 93 و 94.

4. إن التعدي ركن لقيام مسئولية المباشر والمتسبب عند الفقهاء المسلمين، فلا بد من تحقق الإعتداء أو مجاوزة الشرع لضمان المباشر⁵⁷.

وفي تقديرنا أنه رغم وجاهة بعض المبررات التي عرض لها أصحاب هذا التوجه، إلا أنها تنضوي في جلها على فهم غير واضح لمفهوم المباشرة وحكمها، مما حدا بأصحابها إلى اشتراط التعدي في الإضرار بالمباشرة. لذلك سنتولى تنفيذ هذه المبررات على النحو الآتي:

تنفيذ المبرر الأول: الذي تطلب في مضمونه تجاوز الإضرار بالمباشرة إلى حق أو مال معصوم،

فنرى أن هذا القيد يتعلق بالمال أو الحق المعتدى عليه ولا يتعلق بالمباشرة وشروط قيامها، فالمال

أو الحق المتضرر يجب أن يكون معصوماً لكي يصدق معنى الإضرار بحق متلفه أصلاً. فقول

الرسول (ص) " والذي لا إله غيره، لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً

رسول الله إلا بإحدى ثلاث ... والنفس بالنفس " يتبين منه أن من قتل قاتلاً لا تجب عليه الدية⁵⁸؛

لأن حقه في الحياة غير معصوم، والعصمة شرط عام يجب توافره في الأموال والحقوق حتى

يصلح ضمانها⁵⁹، وبذلك لا مكان لتطلب العصمة كشرط في الإضرار بالمباشرة لتعلقها بالمال أو

الحق المعتدى عليه وليس في الفعل المباشر ذاته.

⁵⁷ راجع: محمد فوزي فيض الله، مرجع سابق، ص 92- 99.

⁵⁸ راجع: موفق الدين بن قدامة المقدسي الحنبلي، الهادي أو عمدة الحازم في المسائل الزوائد عن مختصر أبي القاسم، طبع على نفقة حاكم قطر، د.م، د.ب، ص 212 و 213.

⁵⁹ لتوضيح ذلك نجري المثال التالي: إن من يصطاد من سمك البحر لا ضمان عليه لأنه مباح وغير معصوم، ولكن لو أخذ شخص مجموعة من السمك ووضعها في حوض خاص به، فمن يعتدي على السمك في الحالة الأخيرة يكون ضامن له، لأنها أصبحت معصومة بتخصيص ملكها.

الرد على المبرر الثاني: نجد أنه ينضوي على خلط وغموض حيث أنه يتطلب التعدي في المباشرة ويمثل على ذلك " بمثال حفر البئر"⁶⁰ الذي يتعلق بمسئولية المتسبب وليس المباشر كما سيأتي معنا لاحقاً في سياق هذه الدراسة⁶¹.

الرد على المبرر الثالث: الذي ذكر صاحبه أنه من غير المنطقي أن يضمن من كان عمله مشروعاً، لذلك قرر أنه لا بد من توافر التعدي لقيام مسئولية المباشر وضمانه. نرى أن مشروعية العمل تنفي الضمان، وهذا متطلب في القواعد العامة في الفقه الإسلامي، وقد نصت عليه مجلة الأحكام العدلية في المادة 91 "الجواز الشرعي ينافي الضمان"⁶²، وكذلك المادة 61 من القانون المدني الأردني التي أتت في مقدمة الفصل الرابع الذي يعرض للقواعد العامة التي أخذ بها القانون المدني الأردني عن الفقه الإسلامي⁶³، فإن "جواز" هدم المنزل ينافي ضمان الهادم. لذلك لا مكان لاشتراطه في حالة الإضرار بالمباشرة؛ لأنه متطلب بموجب القواعد العامة في الفقه الإسلامي التي أخذ بها القانون المدني الأردني.

أما بخصوص الرد على المبرر الرابع: فقد أوضحنا في سياق هذه الدراسة أن الفقه الإسلامي يوجب الضمان في المباشرة بمجرد توافرها، فهي علة مستقلة يجب التضمين بمجرد توافرها، وفي هذا رد كافي على المبرر الرابع، الذي احتج بأن الفقه الإسلامي يتطلب التعدي في كل من الإضرار مباشرة وتسبباً.

⁶⁰ هذا المثال نصت عليه المادة 924 من مجلة الأحكام العدلية عند علاجها لحالة الإضرار بالتسبب، للتفصيل؛ راجع: سليم رستم باز اللبباني، شرح المجلة، مرجع سابق، ص 514 و 515.

⁶¹ راجع ما سبق من هذه الدراسة؛ ص 29 و 36.

⁶² راجع، سليم رستم باز اللبباني، شرح المجلة، مرجع سابق، ص 59 و 60.

⁶³ تنص المادة 61 من القانون المدني الأردني على أن: " الجواز الشرعي ينافي الضمان فمن استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يضمن ما ينشأ عن ذلك من ضرر".

الإتجاه الثاني: يرى أصحابه أن مفهوم المباشرة منضوي على توافر التعدي، فهم يتطلبون التعدي في المباشرة والتسبب ولكنهم يرون أن التعدي في الإضرار مباشرة يتحقق بمجرد حدوث الضرر على نحو مباشر، عكس الإضرار بالتسبب الذي يتطلب مفهوماً خاصاً للتعدي⁶⁴.

وفي تقديرنا أن القول بضرورة توافر التعدي في الإضرار مباشرة والإضرار بالتسبب، لكن معناه يتحقق بمجرد توافر المباشرة، قول يجافي المنطق السليم؛ لأنه ما دام التعدي لا يغير من معنى المباشرة ولا يضيف لها جديد ويتحقق بمجرد توافرها فلا مكان لاشتراطه وتطلبه ابتداءً.

الشرط الثاني أن يترتب الضرر مباشرة على الفعل دون واسطة:

لا بد من حدوث الضرر لقيام مسئولية المباشر، ولا بد أن يكون هذا الضرر قد ترتب على الفعل مباشرة، فطبيعة المباشرة لا يمكن أن يتخللها فعل آخر، ويمكن تبين ذلك بما عرض له شرح المادة 90 من مجلة الأحكام العدلية⁶⁵؛ الذي بين أنه لو حفر شخص بئراً في الطريق العام وألقى آخر فيه إنسان أو حيوان، فحافر البئر متسبب والملقي مباشر للضرر قطع التسبب فترتب الحكم عليه.

ويتبين مما تقدم أنه لا يوجد شرط للمباشرة، سوى صدور فعل مباشر يؤدي إلى إحداث الضرر، فالمباشرة علة مستقلة للتضمنين، وهذا ما أكدت عليه محكمة التمييز الأردنية، فذهبت في إحدى قراراتها إلى القول بأن: "المباشرة علة للضمان ولا شرط لها"⁶⁶. وقضت في قرار آخر لها أنه: "إذا كان الفعل بالمباشرة لزم الضمان ولا شرط له...فمباشر الضرر ضامن للضرر الذي يحدثه، ولا اعتبار لحسن نيته أو سوءها في ضمانه"⁶⁷.

⁶⁴ راجع: عادل جبيري محمد حبيب، مرجع سابق، ص 222 و 223. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مرجع سابق، ص 20 و 21.

⁶⁵ للتفصيل؛ راجع: سليم رستم باز اللبناني، شرح المجلة، مرجع سابق، ص 59.

⁶⁶ راجع: مجلة نقابة المحامين الأردنية، تمييز حقوق رقم 4466/93، العددان الأول والثاني، السنة الثالثة والأربعون، 1995، ص 301-305.

⁶⁷ راجع: مجلة نقابة المحامين الأردنية، تمييز حقوق رقم 1198/93، العددان الأول والثاني، السنة الثالثة والأربعون، 1995، ص 313-316. لكنها ذكرت في قرار آخر لها أن: "اصطدام تريبلا أثناء دخولها المحطة بالإنشاءات المقامة بها يقيم المسئولية عليها، لأن

وبعد دراسة شروط المباشرة نود أن نعرض لصياغة قاعدة مسئولية المباشر. فقد جاء في المادة 92 من مجلة الأحكام العدلية أن: "المباشر ضامن وإن لم يتعمد"⁶⁸، لكن هناك جانب من الفقه يرى أن التعبير بلفظ التعمد الوارد في هذه المادة من المجلة يقصد فيه التعدي⁶⁹.
وبدراسة الشروط المتطلبة لقيام مسئولية المباشر، وباستجلاء آراء الفقه الإسلامي⁷⁰ يتبين لنا أن صياغة قاعدة المباشر تكون على النحو الآتي: المباشر ضامن وإن لم يتعدى، وهذا ما أكدت عليه محكمة النقض الأردنية، فذهبت في إحدى قراراتها إلى القول بأن: "الإضرار بالمباشرة يوجب الضمان ولو لم يتوافر التعدي أو التعمد لأن الضمان في المباشرة لا شرط له طبقاً لنص المادة 257 من القانون المدني"⁷¹.

أما بخصوص مشروع القانون المدني الفلسطيني فلم يأخذ بالإضرار بالمباشرة؛ وذلك وفقاً لما نصت عليه المادة 179 منه، التي بينت أن أركان المسئولية التقصيرية عن الفعل الشخصي تتمثل في الفعل المجرد والضرر وعلاقة السببية القائمة بينهما. لذلك سنعرض لدراسة الإضرار بالتسبب في المطلب التالي مباشرة.

المطلب الثاني: الإضرار بالتسبب

نص القانون المدني الأردني على الإضرار بالتسبب في المادة (257)، فوضع له أحكاماً مختلفة عن الإضرار بالمباشرة الذي تكون فيه علاقة السببية واضحة بين الفعل والضرر بما يكفي

المباشر ضامن وإن لم يتعمد". راجع: مجلة نقابة المحامين الأردنية، تمييز حقوق رقم 882/92، العددان العاشر والحادي عشر، السنة الحادية والأربعون، 1993، ص 1938-1940.

⁶⁸ راجع: مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، ص 60.

⁶⁹ راجع: مصطفى أحمد الزرقا، الفعل الضار والضمان فيه، مرجع سابق، ص 77.

⁷⁰ نعرض لجانب مما جاء به الفقه الإسلامي تأكيداً لذلك. فقد ورد في مجمع الضمانات أن المباشر ضامن وإن لم يتعد. راجع: (البغدادي، مجمع الضمانات، مرجع سابق، ص 146). كما ذكر السرخسي بأن راكب الدابة إذا أصاب بها شيء ضمن ولا شرط له. راجع: السرخسي، المبسوط، الجزء السادس والعشرون، مرجع سابق، ص 188 و 189.

⁷¹ راجع: مجلة نقابة المحامين الأردنية، تمييز حقوق رقم 679/88، العددان الثامن والتاسع، السنة الثامنة والثلاثون، 1990، ص

لإقامة حكمها دون شروط. أما الإضرار بالتسبب فله مفهومه وطريقة حدوثه المتميزة التي سنتناولها في فرع أول، لنتمكن في الفرع الثاني من دراسة الشروط المتطلبة لقيام مسئولية المتسبب.

الفرع الأول: مفهوم التسبب وصور حدوثه

السبب لغةً: كل شيء يتوصل به إلى غيره⁷² والسبب هو سبب الأمر الذي يوصل به وكل فصل يوصل بشيء فهو سببه، والسبب: الحيل⁷³.

أما في اصطلاح الفقهاء⁷⁴ فقد عرفته مجلة الأحكام العدلية: بأن يحدث في شيء ما يفضي إلى تلف شيء آخر على جري العادة ويقال لفاعله متسبب⁷⁵. وبذلك فإن المتسبب في حادثة هو الذي يفعل ما يؤدي إليها ولا يباشرها مباشرة⁷⁶، فهو ما كان بفعل في محل أفضى إليه بواسطة فعل آخر متوسط بين السبب الأصلي والضرر الواقع، كأن يتصل أثر فعله بغيره لا حقيقة فعله المباشر⁷⁷، فمن ربط دابة في طريق المسلمين ضمن لتعديه في السبب⁷⁸؛ فيتضح من ذلك أن المتسبب قام بالفعل الذي أدى أثره إلى إحداث الضرر، فالسبب هو الذي يوصل إلى الحكم أو أثره

⁷² راجع: ابن منظور، لسان العرب، المجلد الأول، مرجع سابق، ص 58.

⁷³ راجع: عبد الرحمن بن أحمد الخليل الفراهيدي، كتاب العين، الجزء السابع، تحقيق مهدي المخزومي وإبراهيم السامرائي، مؤسسة دار الهجرة، د.م، د.ت، ص 203 و 204.

⁷⁴ عرض الفقهاء المسلمين عدة تعريفات للإضرار بالتسبب: فقد عرفه فقهاء الشافعية: بإيجاد ما يحصل الهلاك عنده بعلة أخرى، ولكن لولاه لما أثمرت العلة. راجع: (القزويني الشافعي، العزيز شرح الوجيز، مرجع سابق، ص 396 و 397). وعرف فقهاء المالكية التسبب بأنه: ما يحصل الهلاك عنده بعلة أخرى إذا كان السبب هو المقتضى لوقوع الفعل بتلك العلة كحفر البئر في محل عدواناً. راجع:

(القرافي، الفروق، مرجع سابق، ص 30). وعند الحنابلة ينصب سبب عدوان فيحصل به الإتلاف كمن حفر بئر عدواناً في غير ملكه. راجع: (ابن رجب الحنبلي، القواعد، مرجع سابق، ص 204). والتسبب عند الحنفية هو الفعل في محل يفضي إلى تلف غيره عادةً.

راجع: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ص 165.

⁷⁵ راجع: علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق، ص 508.

⁷⁶ راجع: مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ص 1039.

⁷⁷ راجع: محمد بن المدني بوساق، مرجع سابق، ص 64 و 65.

⁷⁸ راجع: الميسوط، السرخسي، الجزء السادس والعشرون، مرجع سابق، ص 190.

على جري العادة ولا يؤثر بنفسه فيه⁷⁹، ومثال ذلك: فتح قفص أو حل دابة مما يؤدي إلى ذهابهما فالضمان على من فتح القفص أو حل الدابة⁸⁰؛ لأنه تسبب بذهابهما بفعله، فلو لا فتح القفص وحل الدابة لما ذهبتا. ومثال ذلك أيضاً: قيام شخص بعمل حفرة في الطريق فيقع فيها صبي مما يؤدي إلى تضرره، فيكون الضمان على من قام بعمل الحفرة إذا لم يحيطها بالحماية اللازمة لمنع تضرر الآخرين بها⁸¹.

⁷⁹ راجع: محمد فوزي فيض الله، مرجع سابق، ص 97.

⁸⁰ اختلف الفقهاء في مثال فتح القفص: فذهب الحنفية إلى القول بعدم الضمان إلا إذا أهاج الطير أو أفزعه حتى ذهب، لأن ذهاب الطير يعد مباشرة فيقطع التسبب ولا يجب الضمان على فاتح القفص إلا إذا أفزعه أو أهاجه. راجع: (البغدادي، **مجمع الضمانات**، مرجع سابق، 148 و 149)، وقال الشافعية أنه لو وقف الطائر أو الدابة ثم ذهب بعد ذلك لا يضمن، لكن لو ذهبت الدابة في الحال أو طار الطائر عقب الفتح ضمن. راجع: (القزويني الشافعي، **العزير شرح الوجيز**، مرجع سابق، ص 402 و 403)، وقال الحنابلة أن الضمان يجب على فاتح القفص وحال الدابة لأنه ذهب بسبب فعله كما لو نفره. راجع: (ابن قدامة، **المعني، الجزء الخامس**، مرجع سابق، 303 و 304)، وذهب المالكية كذلك إلى ضمان فاتح القفص في جميع الأحوال، لأن الطائر لم يكن مختاراً للطيران، فالضمان متعلق بالسبب الذي توصل به الطائر لمقصده، وذلك كحافر البئر فيقع فيها حيوان فمع اختياره لنزولها، لكن يضاف الحكم إلى السبب المعلوم هنا وهو حفر البئر. راجع: (الفرافي، **الفروق، الجزء الأول**، مرجع سابق، ص 30). ونرى أن يتحمل فاتح القفص الضمان في جميع الأحوال سواء أهاج الطائر أم لا، إذا فتحه دون إذن صاحبه أو على نحو مخالف لإذنه كأن أطال مدة فتح القفص، وذلك لتحقيق التعدي في فعله مما يوجب ضمانه.

⁸¹ لكن لزيادة توضيح مفهوم التسبب نعرض لحالة اشتراك أكثر من شخص في عمل حفرة أو في وضع أكثر من شيء في الطريق مما أدى إلى تضرر الغير: الأصل أن من عمل حفرة في طريق المسلمين مما يحدث الضرر للغير يضمن " اتفق فقهاء الحنفية على ضمان الحافر إذا سقط في الحفرة إنسان فمات، ولكن اختلفوا في انه لو مات في الحفرة للغم أو لعدم توافر الطعام؛ فقال أبو حنيفة أنه لا يضمن لأنه لم يمت بالوقوع في الحفرة ولكنه مات لمعنى في نفسه وهو الغم أو الجوع، وقال أبو يوسف يضمن إذا مات بالغم دون الجوع لأن الغم بسبب البئر والوقوع فيها، وقال محمد أن الجوع يضمن كالغم لأنه بسبب الوقوع إذ لولاه لكان الطعام قريب. راجع: (ابن مودود الموصلي، **الاختيار لتعليل المختار، المجلد الثالث**، مرجع سابق، ص 46)، ونرى موافقة رأي محمد فيما ذهب إليه؛ إذ أنه لولا وقوعه في الحفرة لما تسبب له الغم أو الجوع الذي أدى لهلاكه. أما من وضع حجراً فعطب به إنسان وجب عليه ضمانه، لكن لو وجد أكثر من حجر في الطريق فعثر إنسان في الحجر الأول ووقع على الثاني أو عثر في الأول فوقع في حفرة فمات فما هو الحكم؟ اختلف الفقه في حكم هذه المسألة على النحو الآتي: ذهب جانب من الفقه إلى أنه يجب الضمان على واضع الحجر الذي عثر به فوقع على الحجر الثاني أو في الحفرة فمات؛ لأن واضع الحجر الأول بمثابة دافع للعائر على الحجر الثاني أو الحفرة فيقدم في الضمان ويختص به، فقالوا أنه إذا تعذر إضافة الهلاك إلى صاحب الحجر الأول، يضاف إلى واضع الحجر الثاني. راجع: (**السرخسي، المبسوط، الجزء السابع والعشرون**، مرجع سابق، ص 51 و 52. **المقدسي الحنبلي، الهادي**، مرجع سابق، ص 219). وفي تقديرنا فإن هذا الحكم منتقد؛ لأنه من غير المنطقي تضمين واضع الحجر الأول دون تضمين الحافر أو واضع الحجر الثاني لتعديهما أيضاً في السبب، وبذلك نرى أنه يجب الضمان على كل متعدي منهم على قدر مساهمته في إحداث الضرر. ولذلك ذهب رأي آخر من الفقه إلى أنه إذا كان واضع الحجر في ملكه من غير تعدي وحافر البئر متعدياً، وجب الضمان على حافر البئر لتعديده، وبذلك فلو كان أحدهما محقاً والآخر متعدياً ضمن المتعدي في السبب. راجع: (عبد الرحمن بن عبيدان الحنبلي **الدمشقي، زوائد الكافي والمحرم على المقنع**، برأي واهتمام محمد بن عبد العزيز بن مانع وقاسم بن درويش فخرو، طبع على نفقة حاكم قطر، د.م، د.ت، ص 260)، ويتضح من الرأي الأخير أنه لو كان واضع الحجر متعدي لوجب الضمان عليه وعلى حافر البئر، وبذلك فإن هذا الحكم أتى بقاعدة مهمة مفادها: " أنه لو اجتمع أكثر من متسبب في إحداث الضرر وجب الضمان على المتعدي منهم". أما لو حفر شخص في الطريق حفرة وجاء آخر ووسعها، فحكم ذلك هو وجوب

ويتبين من ذلك أن الإضرار بالتسبب لا تكون فيه علاقة السببية مباشرة وبشكل واضح،

وبذلك فإنه يحدث بعدة صور. لكن ما هي هذه الصور التي يحدث بها الإضرار بالتسبب؟

يقع الإضرار تسبباً وفق عدة وجوه أو صور، وأكثرها حدوثاً هي الإهمال والتقصير أو

قلة الإحتراز. وقد عرض الفقه لعدة أمثلة منها أنه: لو وقع سراج دابة أو لجامها أو شيء محمول

عليها، أو متاع الرجل الذي معه فأصاب إنسان وجب الضمان؛ لأن هذا يمكن التحرز منه، فكأنه

ألقاه بيده في الطريق⁸². وكذلك لو ضرب حداد حديداً على حديد محمي فطارت شرارة فأصابت

شخصاً يسير في الطريق لضمن لعدم تحزره⁸³.

وفي ذات المعنى قضت محكمة التمييز الأردنية في قرار لها أن: "إهمال شركة الكهرباء

في اتخاذ التدابير اللازمة لحفظ أسلاك الضغط العالي مما تسبب في إحداث الضرر يوجب

مسئوليتها"⁸⁴.

الضمان عليهما أنصافاً؛ لأن كل منهما متعدياً في السبب فيجب الضمان عليهما. راجع: (العبادي، تحفة المحتاج بشرح المنهاج، الجزء التاسع، مرجع سابق، ص 9). وفي ذات السياق فقد أكدت محكمة التمييز الأردنية على أن اجتماع أكثر من متسبب في إحداث الضرر يوجب الضمان على كل منهم بمقدار مساهمته. راجع: مجلة نقابة المحامين الأردنية، تمييز حقوق رقم 661/93، العددان السابع والثامن، 1994، ص 1503 و 1509.

⁸² راجع: السرخسي، المبسوط، الجزء الثاني والعشرون، مرجع سابق، ص 189 و 190. إلا أنه لو دخل إنسان إلى أرض بإذن مالكها فوقع في حفرة أقامها في الأرض ضمن المالك لتقصيره في إعلام الشخص بوجود حفرة في أرضه. راجع: العبادي، تحفة المحتاج بشرح المنهاج، الجزء التاسع، مرجع سابق، ص 7.

⁸³ راجع: البغدادي، مجمع الضمانات، مرجع سابق، ص 161. وعدم التحرز يعني: عدم اتخاذ الإجراءات اللازمة لمنع تضرر الغير.

⁸⁴ جاء في متن القرار أن: "إهمال شركة الكهرباء اتخاذ تدابير خاصة لأسلاك الضغط العالي المارة فوق سطح المنازل، لمنع حدوث الضرر للغير كوضع شبكة خاصة تقي الغير من صعقة التيار الكهربائي أو نقلها من فوق الأسطح...يعتبر بالمعنى الوارد في الفقرة الثانية من المادة 257 مدني، مما يرتب مسئوليتها عن الأضرار اللاحقة بابتها المميز ضده الناجمة عن صعقة التيار الكهربائي". راجع: مجلة نقابة المحامين الأردنية، تمييز حقوق رقم 466/93، العددان الأول والثاني، السنة الثالثة والأربعون، 1995، ص 301 - 305. =وذبت محكمة التمييز في قرار آخر لها في دعوى تتلخص وقائعها، بسقوط فتاة في حفرة قامت بها شركة مقاولات لتنفيذ مشروع بناء مما أدى إلى تضررها، وجاء في نص القرار أن: "عدم وجود حواجز وإشارات تحذيرية حول الحفرة، يبين أن هناك إهمال وتقصير من جانب المدعي عليها، تمثل بعدم وضع الحواجز وإشارات تحذيرية...مما يوجب مسئوليتها عن إهمالها وتقصيرها". راجع: مجلة نقابة المحامين الأردنية، تمييز حقوق رقم 1818/97، العددان العاشر والحادي عشر، 1998، ص 3497 و 3502. ويتضح لنا من مجمل القرارات المذكورة أن الإهمال يدخل في معنى التعدي المتطلب لقيام مسؤولية المتسبب.

أما بخصوص وقوع الإضرار تسبباً بفعل سلبي أم أنه لا بد من توافر الفعل الإيجابي. ففيما يخص الإضرار تسبباً بفعل إيجابي⁸⁵ كحفر بئر في الطريق العام أو ربط دابة⁸⁶ فلا تقوم أي إشكالية في ضمان المتسبب في هذه الحالة. لكن فيما يخص الامتناع أو الترك فهناك ثلاثة حالات من الإمتناع ستم دراستها وهي: 1. الإمتناع المسبوق بفعل إيجابي مرتبط به، 2. الإمتناع في حالة وجود واجب شرعي على الممتنع، 3. الامتناع المجرد "الترك".

الحالة الأولى: الإمتناع المسبوق بفعل إيجابي: ومثاله: حبس أحد الأشخاص والإمتناع عن تقديم الطعام والشراب له حتى يهلك، أو تأجيج نار من قبل شخص في ملكه في يوم ريح مع تركه لها أو الغياب عنها حتى تحرق بيت أو مزروعات لجاره مما يوجب عليه الضمان في هذه الحالة⁸⁷. وقد أكدت محكمة التمييز الأردنية على قيام المسؤولية في هذه الحالة، فقضت في قرار لها بأنه: "يجب إقامة مسؤولية سلطة القوات المسلحة الأردنية، لتسببها بوفاة شخص بلغم أرضي كانت قد بثته (وضعته)، وذلك لأنها لم تتخذ الحيطة اللازمة لتنبه الجمهور عن مخاطر الانفجار عند بثها للألغام"⁸⁸. ويتضح من هذا الحكم قيام القوات المسلحة بزرع اللغم "الفعل الإيجابي"، ومن ثم

⁸⁵ في ذات السياق؛ قضت محكمة التمييز الأردنية في حادثة اصطدام قاطرة ومقطورة بسيارة خصوصي، مما أدى إلى وفاة أب وابنه وإصابة زوجته بجروح إذ كانوا يركبون السيارة الخصوصي، وجاء في متن القرار أن: "مسئولية المتسبب بالحادثة هو الفعل الضار وتعتبر الشاحنة القاطرة والمقطورة متسببتين في الحادث لأن أي خلل في حركة أي منهما يؤثر في حركة الأخرى". راجع: بشأن القرار المذكور: مجلة نقابة المحامين الأردنية، تمييز حقوق رقم 136/90، الأعداد التاسع والعاشر والحادي عشر، السنة التاسعة والثلاثون، ص 1703 - 1713. ويتضح لنا من خلال هذا القرار الفرق بين مباشر الضرر في حوادث السيارات الذي يصطدم مباشرة بإنسان أو بحيوان فيؤدي إلى تضرره، والمتسبب الذي يصطدم بشيء آخر يؤدي إلى إحداث الضرر كاصطدامه بسيارة أخرى أو بجدار ووقوعه على شخص وتضرره.

⁸⁶ ذهب فقهاء المالكية إلى القول أن: "من قطع وثيقة أو أفسدها فتألفت فإنه يضمن ما فيها، لأنه تسبب بضياح الحق المتضمنة له هذه الوثيقة". راجع: برهان الدين أبي الوفاء بن إبراهيم ابن شمس الدين بن فرحون اليعمري المالكي، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، وبهامشه كتاب العقد المنظم للحكام فيما يجري بين أيديهم من العقود والأحكام، تأليف أبي محمد عبد الله بن سلمون الكتاني، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، دت، ص 122. وسيشار له فيما بعد اليعمري المالكي، تبصرة الحكام.

⁸⁷ راجع: البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، الجزء الرابع، مرجع سابق، ص 121.

⁸⁸ راجع: مجلة نقابة المحامين الأردنيين، تمييز حقوق رقم 322/85، العددان الحادي عشر والثاني عشر، السنة الرابعة والثلاثون 1986، ص 1684-1687.

امتناعها أو تقصيرها في اتخاذ الإجراءات اللازمة للتحذير من خطر هذا اللغم، مما دعا إلى قيام مسئوليتها عن الأضرار التي لحقت بالغير جراء إنفجار هذا اللغم.

أما بخصوص مشروع القانون المدني الفلسطيني، فرغم أنه تطلب الفعل الإيجابي لقيام المسؤولية على ما سبق توضيحه، إلا أن هذه الحالة يمكن أن يشملها حكمه في تقديرنا، فمن يقوم بعمل حفرة وينتج عنها ضرر للغير يكون موجب بالتعويض عن فعله الإيجابي المتمثل في عمل الحفرة، وبما أن المشروع أطلق الحكم في التعويض عن أي فعل إيجابي سبب ضرراً للغير، فإن من يتضرر من هذا الفعل يجب تعويضه، سواء أحاط الشخص فعله بالإحتيطات اللازمة لمنع تضرر الغير أم لا.

وبذلك فإن حكم المشروع يختلف عن ما أخذ به القانون المدني الأردني والفقهاء الإسلامي

اللدان يعتبران أن قيام الشخص باتخاذ الإجراءات اللازمة لمنع تضرر الغير من فعله، كافية لامتناع قيام مسئوليته. ونجري المثال الآتي لتوضيح الفرق بين حكم كل منهما: لو قامت شركة الإتصالات بعمل حفرة في طريق عام، ووضعت لوحة تشير إلى وجودها كما أنها أحاطتها بسياج لمنع وقوع الناس بها، وبعد ذلك وقعت سيارة في هذه الحفرة نتيجة سرعتها أو عدم انتباه السائق رغم الاحتياطات المتخذة لوجودها. ففي مشروع القانون المدني الفلسطيني تتحمل شركة الإتصالات المسؤولية لصدور فعل إيجابي من جانبها "عمل الحفرة" أدى إلى وقوع السائق بها "فلولا وجود الحفرة لما وقع السائق بها وتضرر"، فتوافرت هنا أركان المسؤولية المتمثلة في الفعل "عمل الحفرة" والضرر وعلاقة السببية. أما في القانون المدني الأردني فلا تقوم مسؤولية شركة الإتصالات لقيامها باتخاذ الإجراءات اللازمة لمنع تضرر الغير، فوضعت لوحة تحذير كما أنها أحاطت الحفرة بسياج لمنع وقوع الأشخاص بها، فكان يجب على المارة أو السائقين اتخاذ الحيطة اللازمة لعدم إلحاق الضرر بأنفسهم.

وفي تقديرنا فإن حكم القانون المدني الاردني أكثر منطقية وقرباً من العدالة من مشروع القانون المدني الفلسطيني في هذه الحالة؛ لأن الأخذ بحكم المشروع يعني قيام مسؤولية الأشخاص بصرف النظر عن الإحتياطات التي يتخذونها لمنع تضرر الغير المهمل الذي حدث له الضرر، وذلك يؤدي إلى نتيجة غير منطقية هي المساواة بين المهمل الذي لم يتخذ أي تدابير لحماية الغير من آثار تصرفاته، والشخص غير المهمل الذي قام بجميع ما يلزم لحماية الغير ومنع تضرره. فتصرف المتضرر وإهماله وعدم اتخاذه للحيطه اللازمة هي التي أدت إلى تضرره من عمل إيجابي اتخذت كل الإحتياطات اللازمة لمنع تضرر الغير منه.

الحالة الثانية: حالة وجود التزام أو واجب فرضه القانون: ومثال ذلك: أنه لو سلم إنسان إبنه إلى مدرب سباحة ليعلمه السباحة فغرق الصبي، وجب الضمان على المعلم الذي تسبب في غرقه؛ لوجود واجب عليه يلزمه بحفظ الصبي من الغرق⁸⁹. كذلك لو أن امرأة تصرع أحياناً فتحتاج إلى حفظها، فإن لم يحفظها زوجها حتى ألفت نفسها في النار عند الصرع فعليه ضمانها، وكذلك لو سُلمت صغيرة إلى الزوج لحفظها فضيعها ضمن⁹⁰.

ففي جميع الحالات المذكورة يكون هناك واجب بالحفظ أو واجب باتخاذ تدابير معينة على شخص أو جهة معينة، فتقوم مسؤوليته وضمانه لامتناعه عن القيام بهذا الواجب. وتطبيقاً لذلك فقد قضت محكمة التمييز الأردنية في قرار لها: "بقيام مسؤولية البلدية وذلك لسقوط طفل في بركة تملكها ووفاته، وذلك لعدم قيامها بوضع سور على البركة أو ما يمنع وصول الناس لها، رغم مسؤوليتها عن حماية الناس ووقايتهم من الأخطار واتخاذ الإجراءات اللازمة لذلك"⁹¹.

⁸⁹ راجع: العبادي، تحفة المحتاج بشرح المنهاج، الجزء التاسع، مرجع سابق، ص 6.

⁹⁰ راجع: محمد فوزي فيض الله، مرجع سابق، ص 90.

⁹¹ تتلخص وقائع الدعوى بغرق طفل في بركة تملكها إحدى البلديات مما أدى إلى وفاته، فرغ أبويه قضية على البلدية لتسببها بوفاة طفلهم، وذلك لعدم اتخاذها الإحتياطات اللازمة لمنع وصول الأطفال إلى البركة، وجاء في متن القرار أن: "وفاة ولدهما كان نتيجة إهمال وتقصير البلدية، وعدم مراعاتها لشروط الصحة والسلامة العامة، وعدم اتخاذها للإجراءات الضرورية للحيلولة دون غرق المواطنين في البركة...". المادة 41 من قانون البلديات رقم 29 لسنة 1995 تفرض على البلدية اتخاذ الإجراءات والإحتياطات اللازمة

وفي تقديرنا أن حكم هذه الحالة يشمل مشروع القانون المدني الفلسطيني، فمن يمتنع عن

القيام بواجب فرضه القانون عليه مما يحدث الضرر للغير يكون ضامناً لفعله، كمن يمتنع عن إضاءة مصابيح سيارته أثناء قيادته لها، أو كمدرّب السباحة الذي يمتنع عن إنقاذ شخص في ظل وجود واجب قانوني عليه بإنقاذه في إطار عمله، وهذا الحكم يعتبر تخصيص واستثناء على القاعدة العامة في المشروع التي وضعتها المادة (179) والتي تقضي بالمسؤولية عن الفعل الإيجابي دون السلبى؛ لأن القانون الذي فرض هذه القاعدة خصص بموجب واجب قانوني فرضه قانون آخر.

الحالة الثالثة: الإمتناع المجرد الذي يؤدي إلى الإضرار بالغير⁹².

لم يتعرض القانون المدني الأردني لحكم هذه الحالة بنص صريح⁹³، إلا أن محكمة التمييز الأردنية ذهبت في قرار لها إلى عدم قيام مسؤولية شركة الكهرباء لعدم تسببها في حادث

لوقاية الأشخاص والأموال ومنع وقوع الأضرار والحوادث المؤذية داخل حدود البلدية...ومن الثابت أنها لم تتخذ أي احتياطات...". راجع: مجلة نقابة المحامين الأردنية، تمييز حقوق رقم 1584/98، العدد السادس، السنة السابعة والأربعون، 1999، ص 1966- 1972. ويتضح من القرار أن مجرد عدم اتخاذ التدابير على نحو ما يفرضه المعنى العام للقانون يوجب مسؤولية المتسبب بالضرر.

⁹² اختلف الفقهاء المسلمين في حكم هذه الحالة على النحو الآتي: ذهب فقهاء المالكية والحنابلة إلى وجوب ضمان الممتنع إذا كان بمقدوره إنقاذ نفسه أو مال مسلم دون تعرضه للخطر فلم ينفذه، فإن أُلقت الريح إلى بيت إنسان ثوب وجب عليه حفظه وإعلام صاحبه والإضمن، وكذلك كل من أمكنه إنقاذ نفسه من هلك فلم يفعل ضمن، ومن كان عنده شهادة لإحياء حق لآخر فلم يشهد حتى تلف وجب عليه ضمانه لتسببه في ضياعه، ومن مر على آخر معه صيد ولا يملك مديّة، وكانت معه فمنعه عنه حتى تلف الصيد ضمنه لتسببه في التلف. راجع: (البيعمري المالكي، تبصرة الحكام، مرجع سابق، ص 122 و 158 و 159. البهوتي، كشاف القناع عن متن الإمتناع، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 363- 365. ذات المرجع السابق، الجزء الرابع، ص 121 و 122. موفق الدين بن عبد الله بن قدامة المقدسي، المقنع، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، دت، ص 284 و 285. وسيشار له فيما بعد بإبن قدامة المقدسي، المقنع). أما فقهاء الحنفية والشافعية فإن الإمتناع عندهم عدم ولا ينتج عنه مسؤولية على الممتنع، وقالوا أنه لو منع إنسان عن ماله حتى هلك لا يضمن، وأنه يجب أن يكون الفعل إيجابياً كهدم البناء وحفر الأرض حتى يجب الضمان، وبذلك فلا بد أن يسبق الإمتناع فعل مادي مرتبط به كأن يحبس شخص ويمنع عنه الطعام حتى يضمن، فلو وقع على سطح بيت ثوب فلم يحفظه حتى هلك لا يضمن، وكذلك لو وقع على جدار له طائر فلا يضمنه لعدم حفظه له؛ لأنه كان ممتنعاً فلا يترتب عليه ضمان. راجع: الموصلي الحنفي، الإختيار لتعليل المختار، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 60 و 61. فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق، وبهامشه حاشية احمد الشلبي، المطبعة الأميرية، بولاق- مصر، 1315هـ، ص 140 وما بعدها. القزويني الشافعي، العزيز شرح الوجيز، الجزء الخامس، مرجع سابق، ص 402 - 404. الهيتمي الشافعي، تحفة المحتاج بشرح المنهاج، الجزء الخامس، مرجع سابق، ص 152- 160.

⁹³ كذلك فعل كل من المشرع الإماراتي والعراقي والكويتي.

وفاة أحد الأشخاص سواء بالفعل أو التترك⁹⁴، مما يبين إمكانية قيام مسؤولية الممتنع إذا تسبب بضرر لآخر من جراء إمتناعه، لكن لا يمكن لمحكمة التمييز إقامة المسؤولية في حالة الإمتناع المجرّد من وجود واجب قانوني كالإمتناع عن مساعدة الغير، لعدم وجود نص قانوني يقيم المسؤولية عليه، مع أنه يمكن لها التوسع بمفهوم التقصير عن الواجب لإقامة مسؤولية الممتنع المتسبب بالضرر كلما سنحت الفرصة لذلك.

لكننا نرى ضرورة إقامة المسؤولية في جميع الحالات التي يكون بمقدور الشخص إنقاذ إنسان أو مال مع عدم تعرضه للخطر ويمتنع عن ذلك؛ لأن ذلك يعمل على تعزيز روح التكافل الإجتماعي وإقامة روابط التعاون المشترك بين أفراد المجتمع، خاصة في المجتمع الفلسطيني، الذي نحن بأمس الحاجة إلى مساعدة بعضنا البعض كلما سنحت الفرصة لذلك.

وبما أن مشروع القانون المدني الفلسطيني تطلب الفعل الإيجابي لإقامة المسؤولية التقصيرية، فإنه لا يمكن إقامة مسؤولية الممتنع في هذه الحالة، لذلك نقترح إضافة المادة التالية إليه وهي: "يعد فعلاً ضاراً يستوجب المسؤولية، امتناع الشخص عن تقديم المعونة لحماية الغير من خطر يداهمه في النفس أو العرض أو المال، إذا كان بمقدوره أن يبذل هذه المعونة دون أن يعرض نفسه للخطر". التي توافق نص المادة 140 من قانون المعاملات المدنية السوداني⁹⁵ التي أشارت له المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني في مقدمة الفصل الثالث المتعلق بالفعل الضار فذكرت أنه: "قد أحسن قانون المعاملات السوداني لسنة 1984 حينما وضع نصاً

⁹⁴ راجع: مجلة نقابة المحامين الأردنية، تمييز حقوق رقم 1952/97، العدد التاسع، السنة السادسة والأربعون، 1998، ص 3099-

3112.

⁹⁵ فقد وضع قانون أصول المعاملات المدنية السوداني في عام 1984 بعد أن كان يطبق القانون الإنجليزي، ونص في المادة 140 منه على أنه: "يعد فعلاً ضاراً يستوجب المسؤولية، امتناع الشخص عن تقديم المعونة لحماية الغير من خطر يداهمه في النفس أو العرض أو المال وإذا كان بمقدوره أن يبذل هذه المعونة دون أن يتعرض للضرر"، وبخصوص التطور التاريخي لمفهوم قواعد المسؤولية =التقصيرية في السودان؛ راجع: محمد شتا أبو سعد، أصول المسؤولية التقصيرية في أصول المعاملات المدنية الإسلامي السوداني، الكتاب الأول، تاريخ المسؤولية التقصيرية في السودان، الطبعة الأولى، د.م، 1984، ص 5 وما بعدها.

يبين فيه حكم الترك حين لا يرتبط ببذل أي نشاط من قبل المسئول، كما لو وجد صاحب سفينة في عرض البحر ورأى شخصاً يغرق، وكان بإمكانه أن ينقذه ولم يقم بذلك، أو كما لو وجد طبيب مريضاً ينزف وامتنع عن مساعدته، فاعتبر ذلك فعلاً ضاراً يستوجب المسؤولية... يظهر اعتناق التقنين السوداني المذهب الاجتماعي الذي يكفل تحقيق مبدأ التضامن الاجتماعي بين الأفراد، وهذا يعني أنه ليس من واجب الفرد الأحجام عن الإضرار بغيره، بل يمتد إلى مساعدة الغير وتقديم العون له، وأصبح هذا واجبا قانونيا إذا أخل به عد أنه ارتكب فعلاً ضاراً يستوجب مسؤوليته⁹⁶.

وفي تقديرنا أنه كان يمكن لو اضعي مشروع القانون المدني الفلسطيني أن لا يكتفوا بمدح موقف قانون أصول المعاملات المدنية السوداني، والحكم الخاص الذي نص عليه فيما يتعلق بالإمتناع، بل كان يمكنهم الأخذ بهذا الموقف وتبني مادة توجب مسؤولية الممتنع وضمائه لنتيجة امتناعه غير المبرر الذي لا يعرضه للخطر مما يسبب الأذى والضرر للغير.

وذلك يظهر لنا بوضوح أن مشروع القانون المدني الفلسطيني بمذكرته الإيضاحية عدا عن أنه ينضوي على غموض وخطب فيما يخص النظرية أو التوجه الذي تبناه بخصوص المسؤولية التقصيرية على النحو السابق ذكره، فإنه أيضاً لم يأخذ بما جاءت به القوانين المدنية العربية لا سيما الحديثة منها كالقانون المدني الأردني والقانون المدني الإماراتي ومشروع القانون المدني العربي الموحد، كما أنه لم يطوع هذه الأحكام بما يتناسب مع المجتمع الفلسطيني وطبيعته القانونية الخاصة؛ لكثرة القوانين المطبقة فيه وتنوع المدارس القانونية التي أخذت عنها. وبدراسة مفهوم الإضرار بالتسبب نصل إلى ضرورة توضيح الشروط المتطلبة لقيام مسؤولية المتسبب، وسنتناولها في الفرع التالي مباشرة.

الفرع الثاني: شروط قيام مسؤولية المتسبب

⁹⁶ راجع: المذكرات الإيضاحية للمشروع المدني الفلسطيني، ص 208.

تطلب القانون المدني الأردني عدة شروط لقيام الإضرار بالتسبب فنص في المادة (

257) منه على أنه: "2. وإذا وقع بالتسبب فيشترط التعدي أو التعمد أو أن يكون الفعل مفضياً إلى الضرر"، فلا بد من توافر أحد هذه الشروط الثلاثة ليكون المتسبب ضامناً لما يحدثه من أضرار للغير⁹⁷.

وقد عرض الفقهاء والباحثين لمفهوم هذه الشروط، فوضعوا لكل منها معاييرها الخاصة، مما يدعونا إلى دراسة كل شرط منها على حدة، لنتمكن من تحديد المفهوم الدقيق له في ظل ما أوردته محكمة التمييز الأردنية من قرارات تطبيقاً لنص الفقرة الثانية من المادة (257).

الشرط الأول: التعدي:

التعدي لغةً: بمعنى مجاوزة الحد في الحق أو في الشيء⁹⁸، والتعدي بمعنى الجناية⁹⁹.

وقد عبر محمد بن الحسن صاحب أبي حنيفة عن معنى التعدي بقوله أنه: "إذا كان الشخص يريد أن يفعل الفعل الجائز له ففعله فأخطأ¹⁰⁰ ففعل غيره أو جاوز فيه الحد أو قصر فيه عن المقدار، ففيما تولد من ذلك فهو ضامن له، وما خرج من هذا الأصل فهو مردود عليه"¹⁰¹.

⁹⁷ في ذات السياق؛ فقد تباينت شروح المجلة لنص المادة 922 من الفصل الثاني المتعلق بالإتلاف تسبباً، فذكر الأستاذ سليم رستم باز أنه لو أنفد أحد مال آخر أو أنقص قيمته تسبباً... يشترط أن يكون متعمداً أو متعمداً. راجع: (سليم رستم باز اللبناني، شرح المجلة، مرجع سابق، ص 512 و 513)، لكن ذكر الأستاذ علي حيدر في شرح ذات المادة أن المراد بفعله هو فعله الواقع بالتعدي، ولم يأتي على ذكر التعمد (علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق، ص 613)، وهذا الرأي الأخير يمثل التوجه السليم والأدق الذي نتفق معه؛ لأنه ما دام ضمان المتسبب يقوم بتعديده، فمن باب أولى أن يقوم بتوافر القصد والتعمد لدى المتسبب.

⁹⁸ فقد جاء في لسان العرب أن: "عدا عدواً وعدواناً إذا ظلم ظملاً جاوز فيه القدر، والعادي هو الظالم وأصله من تجاوز الحد في الشيء، أو مجاوزة الشيء إلى غيره". راجع: ابن منظور، لسان العرب، المجلد الخامس، مرجع سابق، ص 32 و 33.

⁹⁹ في ذات السياق؛ يرى اليعمرى المالكي أن التعدي يعني الجناية على بعض السلعة، أما الغصب فيعني الجناية على السلعة بكاملها، للتفصيل؛ راجع: اليعمرى المالكي، تبصرة الحكام، مرجع سابق، ص 123.

¹⁰⁰ يظهر أن معنى الخطأ هنا هو بأن يأتي على حفر جدار يظنه له فيحفر جدار لجاره مثلاً، وليس المعنى العام للخطأ المتطلب في المسؤولية التصديرية في الفقه اللاتيني الذي سنعرض لدراسته لاحقاً.

¹⁰¹ راجع؛ محمد بن الحارث الخشني، أصول الفتيا في الفقه على مذهب الإمام مالك، حققه وعلق عليه محمد المجذوب ومحمد أبو الأجدال وعثمان بطيخ، الدار العربية للكتاب، د.م، د.ت، ص 386-388.

بذلك يتبين لنا أن مفهوم التعدي عند الفقهاء المسلمين يشمل كل فعل أو تقصير حدث على خلاف الشرع، بأن جاوزه أو قصر عنه، ويشمل أيضاً مجاوزة العرف والعادة، فإيقاد النار في يوم ريح مما يؤدي إلى تطايرها إلى أرض الغير وإحاق الضرر بها يوجب الضمان؛ لانتقال النار بفعل الريح على مجرى العادة¹⁰². ففي فكرة التعدي يتم النظر إلى الفعل ومدى تجاوزه للعرف أو العادة أو الشرع دون نظر إلى شخص فاعله.

وفي ذات المعنى ذهب جانب من الفقه إلى تعريف التعدي بأنه: "ما ينبغي أن يقتصر عليه شرعاً أو عرفاً أو عادة"¹⁰³، وذهب جانب آخر إلى القول بأن التعدي هو: "تجاوز الحق أو ما يسمح به الشرع كحفر بئر في الطريق العام"¹⁰⁴. كما ذكر رأي آخر أن التعدي هو تجاوز الحق أو ما يسمح به الشرع سواء كان بقصد أو بغير قصد¹⁰⁵.

إلا أن هناك جانب من الفقه خرج عن المفهوم التقليدي لفكرة التعدي، الذي يتركز في إطار الخروج عن الشرع أو العرف أو العادة¹⁰⁶. فعرض لفكرة التعدي مفهومين مختلفين هما:

¹⁰² فقد جاء في المغني أنه لو أوقد ناراً في ملكه أو في أرض موات فطارت شرارة إلى بيت جاره فأحرقته فلا ضمان، لأنه فعل ما جرت به العادة من غير تفريط، وإن أجم ناراً تسري لكثرتها في العادة أو لوجود ريح ضمن لتعديه على جري العادة. راجع: (ابن قدامة المقدسي، المغني، الجزء الخامس، مرجع سابق، ص 305). وهناك عدة فروع أوردها الفقهاء المسلمين تبين أن من عمل شيء لا حق له به فهو ضامن، ومثال ذلك: أنه لو أخرج ميزاب "مصرف مياه بارز" إلى الطريق فعطب به إنسان أو دابة وجب الضمان على واضع الميزاب لأنه تسبب بالتلف، وهو متعدي فيه يشغل طريق المسلمين وهواءه بما ليس له حق الشغل. راجع: (ابن مودود الموصلي، الإختيار لتعليل المختار، المجلد الثالث، مرجع سابق، ص 75 و 76). وكذلك من أوقف دابة له في الطريق وتركها فعطب بها إنسان كان عليه الضمان، لأنه يكون قد شغل الطريق بما لا تعد الطريق له فيكون متعدياً، والمتعدي في التسبب يكون ضامناً. راجع: السرخسي، المبسوط، الجزء السادس والعشرون، مرجع سابق، ص 189.

¹⁰³ راجع: محمد فوزي فيض الله، مرجع سابق، ص 92 و 93.

¹⁰⁴ راجع: وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 77.

¹⁰⁵ راجع: محمد بن المدني بوساق، مرجع سابق، ص 65 و 66.

¹⁰⁶ العرف هو عادة جمهور قوم في قول أو فعل، كالتعامل في الزواج على أن المرأة تشتري بمهرها جهاز لها من ملبوس ومفروش، أو كالتعامل في بعض أنواع العقود كالإستصناع، والعادة هي الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية فتكون ناشئة عن ميل أو طبع أو عامل طبيعي، كإسراع البلوغ في بعض المناطق وكثرة الأمطار في بعض الأقاليم صيفاً، وبذلك فإن العادة أعم من العرف؛ لأنها تشمل العادة الناشئة عن عامل طبيعي وعادة الجمهور التي هي العرف، فكل عرف عادة وليس كل عادة عرف للتفصيل في معنى العرف والعادة والفرق بينهما راجع: مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 830 وما بعدها.

الأول: ذهب إلى توسيع معنى التعدي. فذكر أن التعدي المتطلب لقيام مسؤولية المباشر والمتسبب هو: "المجازة إلى حق الغير أو ملكه المعصوم"¹⁰⁷.

وفي تقديرنا فإن هذا التعريف غير دقيق؛ لأن العصمة هي شرط في المال أو الحق المعتدى عليه وليست شرط في الفعل المتعدي، مما يعني أنه لا مكان لتطلبها في التعدي المتعلق بالتسبب في الضرر أي بالفعل الذي أحدث الضرر تسبباً. وهذا ما يبرر برأينا تعميم هذا المفهوم على الإضرار بالمباشرة والإضرار بالتسبب، فهو لا يركز على تحديد فكرة التعدي بل يفرغها من مفهومها عندما يرى أنها تقوم بمجرد الإعتداء على حق الغير. وبمعنى أدق فإن هذا المفهوم يركز على المال أو الحق المعتدى عليه دون وجود أي معنى خاص لشرط التعدي المتطلب لقيام الضمان في الإضرار بالتسبب دون حالة الإضرار بالمباشرة التي تعد علة مستقلة للضمان.

الثاني: حاول أصحاب هذا الإتجاه من الفقه الخروج عن المعنى التقليدي للتعدي: فذهبوا إلى القول بأن فكرة التعدي في الفقه الإسلامي تطورت وأصبحت تقابل فكرة الخطأ في القانون الوضعي، وأن مفهوم التعدي أصبح يعتمد على عوامل نفسية يتم تقديرها بالرجوع إلى الشخص الذي ارتكبه بعد أن كان تقديرها يتم بشكل موضوعي ينظر فيه إلى الفعل ويقاس بمجرد الخروج عن حدود الحق¹⁰⁸.

لكننا نرى أن هذا التوجه منتقد وغير دقيق؛ لأن التعدي يعني وفق ما بيناه مجازة الحق أو الشرع أو التقصير عنهما أو مجازة العادة والعرف على نحو يؤدي إلى إلحاق الضرر للغير،

¹⁰⁷ فقد ذكر الأستاذ مصطفى أن للتعدي معنيين هما: الأول بمعنى المجازة إلى حق الغير أو ملكه المعصوم، والثاني هو العمل المحذور في ذاته شرعاً بقطع النظر عن كونه متجاوزاً على حدود الغير أم لا، وأن المتطلب لمسئولية المباشر والمتسبب هو المعنى الأول". راجع: مصطفى احمد الزرقا، الفعل الضار والضمان فيه، مرجع سابق، ص 79.

¹⁰⁸ راجع: سليمان مرقص، المسؤولية المدنية في تقنيات البلدان العربية، القسم الأول الأحكام العامة، معهد البحوث والدراسات العربية، مصر، دت، ص 106 و 107. حسن الفكهاني وعبد الباسط جميعي وآخرون، الوسيط في شرح القانون المدني الأردني، رقم 43 لسنة 1976، الجزء الرابع، الدار العربية للموسوعات، مصر، 2001، ص 1233 و 1234. شريف احمد حسين، مرجع سابق، ص 93. عدنان ابراهيم السرحان ونوري حمد خاطر، شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية، الإلتزامات، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، الإصدار الثاني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005، ص 375-377.

بصرف النظر عن بحث سلوك الشخص المتعدي من حيث أنه معتاد أو غير معتاد، فالفقه الإسلامي ينظر إلى الفعل ومدى خروجه عن الشرع أو العادة أو العرف أو التقصير عنها، بصرف النظر عن الشخص الذي ارتكبه، ومدى انسجام سلوكه مع الآخرين أو مع التصرفات التي يقوم بها عوام الناس¹⁰⁹.

وبذلك فإنه يتم النظر إلى الفعل المتسبب بالضرر ومدى توافقه مع القانون والعرف والعادة، فإذا كان متوافقاً مع القانون أو العرف أو العادة وألحق الضرر بالغير فلا يجب الضمان، وبذلك فإن الإجابة على التساؤل الذي وضعناه في بداية دراستنا للإضرار، المتعلق بتطايير غبار السيارة على الغير وإصابته بأذى عندما كانت تسير في الشارع، يتوقف على مدى سير المركبة في الطريق المعدة لها، ومدى سرعتها، فإذا كانت موافقة للشرع والقانون فلا ضمان على السائق، أما لو أصاب السائق أحد المارة في الطريق فإنه يكون ضامن لوقوع هذه الحالة ضمن مفهوم الإضرار بالمباشرة الذي لا يحتاج إلى تعدي.

لكن المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني عرفت التعدي بأن: لا يكون للفاعل حق في إجراء الفعل الذي حصل منه الضرر¹¹⁰، ولم توضح المذكرة المقصود بعدم الأحقية في إجراء الفعل، لذلك فإن هذا التعريف مشوب بالغموض؛ فيمكن تفسير عدم الأحقية في إتيان الفعل بمخالفة القانون عند قراءة التعريف من منظور ضيق، فيعد هذا التعريف بذلك قاصر عن شمول جميع الحالات التي يضمها مفهوم التعدي في الفقه الإسلامي كحالة مخالفة العرف والعادة. لكن

¹⁰⁹ في ذات المعنى قال الأستاذ الزعبي أن: "التعبير بلفظ التعدي أفضل، ويعطي انطباعاً بأن التعدي فكرة موضوعية، فلا يتطلب بحث سلوك الشخص وهل هو سلوك الرجل العادي والحكم عليه أم لا، بل ينظر في وجود التعدي ويكتفي بأن يكون هناك ثمة اعتداء قد صدر من شخص...". راجع: محمد يوسف الزعبي، مرجع سابق، ص 906 و 907. لكن هناك رأي آخر يذهب إلى القول أنه رغم أن التعدي يعني المجاوزة إلى حق معصوم، لكنه يحتاج فوق ذلك أن يرتكب المتسبب سلوكاً منحرفاً عن سلوك الرجل العادي المتوسط الحرص. راجع: محمد فوزي فيض الله، مرجع سابق، ص 93 و 94. حازم نعيم الصمادي، مرجع سابق، ص 96. وهذا الرأي الأخير منتقد؛ لأن معيار سلوك الرجل العادي يمكن استخدامه في النظرية الشخصية ولا مكان له في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني الذي ينظر إلى ذات الفعل ومدى كونه مباشر أو متعدي في حالة الإضرار بالتسبب، دون الالتفات إلى وضع سلوك رجل معين والقياس عليه.

¹¹⁰ راجع: المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ص 281.

بتفسير هذا التعريف على نحو واسع يمكن القول: إن الحق يجب أن يخول بموجب القانون، فمن يمارس حقه على خلاف ما قرره القانون يكون مسئول عن الأضرار التي يلحقها بالغير، كما أن من يقوم بأفعال لا يخوله القانون القيام بها مما يلحق ضرراً للغير يوجب ضمانه. لذلك فإن هذا المفهوم غير دقيق وغامض بشكل عام؛ لأنه بحاجة إلى تحديد ماهية الحق الذي يخوله القانون للشخص وهو بذلك بحاجة إلى تعريف أكثر من كونه يضع مفهوم محدد لفكرة التعدي.

ونخلص مما تقدم إلى تعريف التعدي بأنه: مخالفة القانون أو العرف أو العادة أو عدم إتخاذ الإحتياطات اللازمة لمنع إلحاق الضرر بالغير عند ممارسة الشخص لأعماله. فنرى ان هذا المفهوم يعد شاملاً لجميع الحالات التي تنضوي تحت مفهوم التعدي، فكما يشمل الحالات التي يتم الخروج فيها عن الشرع كعدم إضاءة السائق لمصابيح سيارته ليلاً، أو عن العرف أو العادة، ومثال ذلك: هناك عادة دارجة في المخيمات الفلسطينية تتمثل بعدم وضع السيارات أو الأشياء بجانب الطرق نتيجة ضيق المساحة، فمن يقوم بوضع هذه الأشياء مما يحدث ضرراً للغير نتيجة ذلك يجب عليه تحمل نتيجته. كما يضم هذا التعريف حالة عدم اتخاذا الإحتياطات اللازمة لمنع إلحاق الضرر بالغير عند ممارسة الشخص لأعماله المشروعة، ومثال ذلك: عمل البلدية لحفرة في طريق عام لمد خطوط الهاتف، لا يمنعها من اتخاذا الإحتياطات اللازمة كوضع سياج وإخطار الناس بوجودها لمنع إلحاق الضرر بهم.

أما بخصوص قضاء محكمة التمييز الأردنية فقد ذهبت في قرار لها أنه: "بمجرد عدم اتخاذا شركة الكهرباء تدابير خاصة لأسلاك الضغط العالي المارة فوق أسطح المنازل لمنع حدوث الضرر بالغير، يعد تعدياً بالمعنى المقصود في المادة 257 ويرتب مسؤولية شركة الكهرباء"¹¹¹، ويتضح من هذا القرار أن محكمة التمييز الأردنية اعتبرت مجرد عدم قيام شركة الكهرباء بوضع

¹¹¹ راجع: مجلة نقابة المحامين الأردنية، تمييز حقوق رقم 466/93، العددان الأول والثاني، السنة الثالثة والأربعون، 1995، ص

شبكة على خطوط الضغط العالي المالكة لها، لمنع الإضرار بالغير يعد تعدياً، وهنا يأتي مفهوم التعدي بمعنى تقصير شركة الكهرباء عن القيام بواجب قانوني عام مفروض عليها هو وضع شبكة حماية على الخطوط لمنع التسبب في إحداث ضرر للغير.

كما قضت محكمة التمييز الأردنية في قرار آخر لها بأن: "إبقاء سلك نازل من العامود نحو الشارع، مما أدى لصعق سائق سيارة صدمت في العامود، تسبب من قبل شركة الكهرباء بالضرر موجب للتعويض"¹¹²، ويتبين أن التعدي هنا جاء بمعنى عدم اتخاذ الإحتياطات اللازمة التي يوجبها القانون عند ممارسة الشخص أو الجهة التي سببت الضرر لأعمالها.

الشرط الثاني التعمد:

¹¹² جاء في نص القرار أنه: "وبما أن الثابت لمحكمة الموضوع أن وجود خلل في السلك النازل من العامود إلى الأرض وحيث أن المتسبب يلزم فاعله بالضمان عملاً بالمادتين 256 و 257 من القانون المدني...". راجع: مجلة نقابة المحامين الأردنية، تمييز حقوق رقم 801/93، العددان السابع والثامن، السنة الثانية والأربعون، 1994، ص 1712-1715. وفي ذات السياق قضت محكمة التمييز العراقية في قرار لها تتلخص وقائعه في تسبب شركتين منفذتين لمشروع بناء جسر بأضرار لأحد البيوت وجاء في متن القرار أنه: "لذلك تكون المدعى عليهما مسئولتين عن الضرر المدعى به مسئولية تقصيرية وفق أحكام المادتين 1186 و 204"، وتنص المادة 204 من القانون المدني العراقي على أن: "كل تعد يصيب الغير بأي ضرر آخر غير ما ذكر في المواد السابقة يستوجب التعويض"، فمجرد تسبب وضع دعوات الجسر من قبل الشركتين لضرر في مبنى قريب من الجسر يعتبر تعدياً يوجب التعويض "تمييز حقوق رقم 743/57". بخصوص الإشارة له؛ راجع: عبد العزيز السهيل، أحكام القضاء العراقي على مواد القانون المدني، الجزء الأول، دار التضامن للطباعة والتجارة والنشر، بغداد، دت، ص 250-253. لكن محكمة التمييز الأردنية ذهبت في قرار آخر لها إلى القول بأن: "ضمن المتسبب في الضرر مشروط بقيامه بالفعل الذي أدى إلى حدوث الضرر بغير حق، فالمسئولية الخطائية تتطلب ثبوت خطأ المسئول ووقوع الضرر ورابطة سببية بين الخطأ والضرر"، وتتخلص وقائع الدعوى بقيام شخصين برفع دعوى على صاحب بناء بدعوى عدم أحقيته في إقامته في المكان الذي بني فيه، مما دعا إلى إيقاف البناء ولكن الدعوى ردت شكلاً، فقام صاحب البناء برفع دعوى عليهما لتسببهم بتعطيل بناءه بالدعوى التي رفعوها دون وجه حق، إلا أن طلبه رفض لأن الدعوى التي رفعوها رفضت شكلاً ولم يثبت عدم أحقيتها، ليثبت حقه في التعويض، مجلة نقابة المحامين الأردنية، تمييز حقوق رقم 965/90، الأعداد السابع والثامن والتاسع، السنة الأربعون، 1992، ص 1052-1055. رغم أنه يتضح من وقائع الدعوى أحقيتها فيما ذهبت إليه لعدم ثبوت عدم أحقية الدعوى المرفوعة من قبل المدعين لوقف البناء، مما يعني عدم توافر التعدي الموجب لمسئولية المتسببين، لكن المحكمة جانبها الصواب فيما يخص صيغة القرار عندما تطلب الخطأ بشكل عام، وهذا ما لا محل له في القانون المدني الأردني فهو يخالف التوجهات العامة له، وبذلك فإنه كان على محكمة التمييز التدقيق في مصطلحاتها؛ لأن كل مصطلح له معنى وأثر مختلف عن الآخر. فنرى أن هذا القرار قد انضوى على خلط بين مفهوم التعدي المتطلب في القانون المدني الأردني والخطأ المتطلب في الفقه اللاتيني الذي أخذ به القانون المدني المصري، وهذا توجه منتقد؛ لأن مسئولية المتسبب مبنية على التعدي الذي يتوافر بمجرد التقصير أو عدم اتخاذ التدابير اللازمة التي يتطلبها القانون بمفهومه العام، دون البحث عن الركن المعنوي المتطلب في الخطأ وسلوك الرجل العادي...، ففي حالة الإضرار بالتسبب تقوم المسئولية بمجرد التقصير أو التجاوز عن الشرع أو العرف أو العادة أو عدم اتخاذ الإحتياطات اللازمة.

التعمد هو صدور الفعل عن قصد وإرادة كأن يسد الماء عن أرض رجل فتبيس مزروعاته¹¹³، فالمتعمد ضامن وإن لم يكن متعمداً بفعله، ومثال ذلك: أنه لو حفر شخص خندقاً في ملكه بقصد الإضرار بماشية الغير فتضررت كان ضامناً لعمده الإضرار، ولو لم يكن متعمداً في فعله لقيامه بالحفر في ملكه¹¹⁴.

وبذلك فإن التعمد يتطلب توافر نية الإضرار، وهذا يعد أمر باطني يصعب تبينه، وخصوصاً في حالة كون الفعل مشروع ولا يعد بذاته تعدياً، إلا أنه يمكن تبيين هذه النية الباطنية بالاستدلال بالظروف المحيطة بكل حالة على حدة، ومثال ذلك قولهم: "أن يتعمد الضرب بما يفرق الأجزاء كالسيف"¹¹⁵، فمجرد الضرب بالسيف يعد قرينة على توافر التعمد، أما في التسبب فإنه يتضح أن من قطع الماء عن مزروعات آخر حتى تلفت يكون ضامناً لها؛ لأن قطع المياه عن المزروعات مدة من الزمن يشكل قرينة على انصراف نيته إلى إتلاف هذه المزروعات. إلا أن هناك جانب من الفقه يرى أن التعمد الذي ذكرته مجلة الأحكام العدلية يقصد به التعدي، فيعتبرون أن شرط التعمد يعد من قبيل التزويد والتكرار الذي لا داعي لوجوده¹¹⁶؛ لأنه إذا اشترط القانون الأشمل وهو التعدي فقد اشترط الأقل شمولية أي التعمد، فمتى وجد التعدي لا ينظر إلى التعمد والتقصيد¹¹⁷.

وتأكيداً لهذا التوجه فقد قضت محكمة التمييز الأردنية في قرار لها بخصوص تسبب وزارة الأشغال بضرر لشركة مقاولات أردنية بسبب إحالتها العطاء لشركة أخرى رغم عدم توافر

¹¹³ راجع: وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 77. فلا بد من توافر الإرادة للقول بقيام مسؤولية المتعدي، ونوضح ذلك من خلال ما أوردته مجلة الأحكام العدلية، حيث ذكرت أنه: لو جفلت دابة واحد من الآخر وفرت فضاغت لا يلزم الضمان، أما إذا قصد إجمالها فإنه يضمن. راجع: سليم رستم باز اللبناني، شرح المجلة، مرجع سابق، ص 514.

¹¹⁴ راجع: المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ص 283.

¹¹⁵ راجع: ابن مودود الموصل، الإختيار لتعليل المختار، المجلد الثالث، مرجع سابق، ص 41.

¹¹⁶ راجع: مصطفى احمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ص 1037. شريف احمد حسين، مرجع سابق، ص 95.

¹¹⁷ راجع: محمد يوسف الزعبي، مرجع سابق، ص 908.

الشروط فيها، فجاء في نص القرار أن: "كل إضرار بالغير يلزم فاعله بالضمان سواء أكان بالمباشرة أو بالتسبب عملاً بالمادتين 256 و 257 من القانون المدني، بما يعني أن التعمد ليس شرطاً للضمان وقيام المسؤولية عن الشكل الضار، وعلى ذلك يكون طعن الممينة بأن لجنة العطاءات لم تتعمد إلحاق الضرر هو طعن لا يقوم على أساس ويستحق الرد"¹¹⁸.

فيتبين من هذا القرار بوضوح أن محكمة التمييز الأردنية لا تتطلب التعمد في حالة التسبب في الضرر لقيام المسؤولية، رغم أن المادة 257 أشارت إلى أنه يمكن قيام التسبب بتوافر التعمد، وبذلك فإن التعدي يكفي لقيام مسؤولية المتسبب وضمانه لنتيجة فعله الضار.

ففي تقديرنا إن التعمد لا يمكن المساءلة عنه إلا إذا توافر الفعل المادي الضار بالغير، فلا يكفي مجرد انصراف الإرادة إلى تحقيق فعل ما، بل لا بد من قيامها به، والضمان يكون للنتائج الضارة لهذا الفعل التي تكون مشمولة بمعنى التعدي، فعدم سقاية المزروعات حتى تبيس مخالف للعرف والعادة اللتان تقضيان بوجوب سقاية المزروعات كي لا تتلف مما يجعل هذا العمل الضار مشمولاً بمفهوم التعدي، وهذا يدعونا إلى تأكيد القول بأنه لا لزوم لاشتراط التعمد لقيام مسؤولية المتسبب بالضرر، ويكفي بذلك قيام التعدي في جانبه ليصار إلى مساءلته.

الشرط الثالث أن يكون الفعل مفضياً إلى الضرر:

¹¹⁸ تتلخص وقائع الدعوى بحاجة مدرسة لإقامة وتجهيز قاعة كمبيوتر، فقامت بطرح عطاء من خلال وزارة الأشغال العامة بمواصفات معينة، فأرست اللجنة الفنية في وزارة الأشغال العطاء على إحدى الشركات، لانطباق المواصفات المطروحة في العطاء عليها، ولكن لجنة العطاءات في الوزارة أرست العطاء على شركة أخرى لا تتوافر فيها المواصفات المطلوبة، فرفضت الشركة الأولى المقرة من جانب اللجنة الفنية دعوى على وزارة الأشغال للمطالبة بالتعويض عن العطل والضرر الذي أصابها من جراء منح العطاء لشركة أخرى لا تتوافر فيها المواصفات المطلوبة، ودفعت وزارة الأشغال أنها لم تتعمد الإضرار بالشركة المدعية. راجع: مجلة نقابة المحامين الأردنية، تمييز حقوق رقم 534/92، العدد الثاني عشر، السنة الحادية والأربعون، 1993، ص 3438-3443.

لقد تعرض بعض الباحثين لهذا الشرط وبينوا أنه يتعلق برابطة السببية التي يجب توافرها سواء كان الفاعل متعدياً أو متعمداً، فرابطة السببية يجب توافرها في جميع الأحوال بين الفعل والضرر، فاعتبروا أن هذا الشرط تزييداً يمكن الاستغناء عنه¹¹⁹.

لكن جانب من الفقه ذهب إلى القول أنه: "رغم أن هذا الشرط من قبيل الإفضاء إلى الضرر وأنه يجب توافره في جميع الأحوال لضمان المتسبب، لكن لعل الإفضاء إلى الضرر هنا المقصود به أمر آخر أسى التعبير عنه، وهو أن يترتب الضرر على التسبب كنتيجة لازمة لا تتخلف عنه كقطع حبل القنديل المؤدي إلى سقوطه حتماً، وبذلك فإن عدم التخلف بين التسبب والنتيجة ليس شرطاً لمسئولية المتسبب عند أكثر الفقهاء لذلك نقترح حذف هذا الشرط"¹²⁰.

وفي تقديرنا فإن هذا الشرط يتعلق بترتب النتيجة الضارة على الفعل ولزومها له، كمن سقى مزروعاته فتسرب الماء إلى بيت جاره مما أدى إلى وهن بنيته، وكذلك كحالة قطع أسلاك الكهرباء فإن ذلك سيؤدي إلى قطع الكهرباء عن الأماكن التي توصل إليها هذه الكوابل، أو كحالة قطع حبل قنديل فإن ذلك سيؤدي إلى سقوطه وتلفه. فجميع هذه الحالات توجب مسؤولية مرتكبها؛ لأن النتيجة تكون مترتبة على الفعل ولازمة له¹²¹ بصرف النظر عن توافر التعدي في جانبه أو عدم توافره.

¹¹⁹ راجع: جمال حسني هارون، المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير قدمت استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في القانون المدني للجامعة الأردنية، 1993، ص 14. محمد يوسف الزعبي، مرجع سابق، ص 912.

¹²⁰ راجع: مصطفى أحمد الزرقا، الفعل الضار والضمان فيه، مرجع سابق، ص 73 و 74.

¹²¹ في ذات المعنى نصت المادة 922 من مجلة الأحكام العدلية على أنه: " لو أئلف أحد مال الآخر وأنقص قيمته تسبباً يعني لو كان سبباً مفضياً لإتلاف مال أو نقصان قيمته يكون ضامناً. مثلاً إذا تمسك بثياب آخر وحال مجاذبتهما سقط مما عليه شيء أو تعيب يكون المتمسك ضامناً وكذا لو سد أحد ماء أرض لآخر أو روضته وبيست مزروعاته ومغروساته وتلف أو أفاض الماء زيادة وغرقت المزروعات وتلفت يكون ضامناً. وكذا لو فتح أحد باب إصطبل لآخر وفرت حيواناته أو ضاعت أو فتح باب قفص وفر الطير الذي كان فيه يكون ضامناً". راجع: مجلة الأحكام العدلية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الإصدار الأول، عمان، 1999، ص 106. ويتبين من الأمثلة التي أوردتها المادة أن الفعل يفضي إلى النتيجة على جري العادة، فمن فتح باب قفص فإن ذلك يؤدي إلى فرار ما بها من طيور عادة مما يقيم مسؤوليته وضمانه لها.

وفي ذات المعنى قضت محكمة التمييز الأردنية في إحدى قراراتها بأن: "تسرب المياه من النفايات التي وضعتها البلدية في ملكها إلى أرض الغير بوجب ضمانها، لتسببها في الإضرار تعدياً فضلاً عن أن الفعل مفضياً إلى الضرر في هذه الحالة"¹²².

وكذلك يشترط لقيام مسؤولية المتسبب عن الضرر فضلاً عن توافر التعدي قيام رابطة السببية بين الفعل أو التصير والضرر، وأن لا يتخلل بين فعل المتسبب والضرر فعل آخر لأنه يقطع علاقة السببية في هذه الحالة¹²³.

ومن خلال ما تقدم نرى أنه لا بد من توافر التعدي أو أن يكون الفعل مفضياً إلى الضرر، حتى تقوم مسؤولية المتسبب، وذلك على عكس القاعدة المستقرة في الفقه الإسلامي والتي تقضي بأن: "المباشر ضامن وإن لم يتعد والمتسبب لا يضمن إلا بالتعدي"¹²⁴. لذلك نقترح ضرورة تعديل نص المادة 257 من القانون المدني الأردني، وذلك بحذف شرط التعمد، والإكتفاء بتوافر أحد الشرطين الآخرين، وهما: التعدي أو أن يكون الفعل مفضياً إلى الضرر.

ونستنتج من كل ما تقدم أن كلاً من القانون المدني الأردني والفقه الإسلامي أخذوا بفكرة الإضرار بصورتها: الإضرار بالمباشرة والإضرار بالتسبب، وهذا يتناقض تماماً مع ما أخذ به مشروع القانون المدني الفلسطيني الذي اكتفى بالفعل المجرد لقيام الركن المادي للفعل الشخصي

¹²² جاء في متن القرار إن: "المميزة (البلدية) تملك قطعة أرض محاذية لملك المميز ضده وترتفع عنها وقد اتخذت منها مكباً للنفايات والمياه العادمة مما أدى إلى تسرب المياه... وألحق ضرراً بأرض المميز ضده... ويستفاد من نص الفقرة الثالثة من المادة 257 من القانون المدني، أن المتسبب في إيقاع الضرر يلزمه الضمان في حالتين الأولى التعدي أو التعمد، والثانية أن يكون الفعل الصادر مفضياً إلى الضرر، وإن عدم قيام البلدية بإحداث ما يمنع التسرب إلى أرض المميز ضده فضلاً عن أنه يعتبر تعدياً فإن هذا الفعل يعتبر مفضياً إلى الضرر، وبذلك تكون المميزة ملزمة بالضمان...". راجع: مجلة نقابة المحامين الأردنية، تمييز حقوق رقم 658/91، العدد الثاني عشر، السنة الأربعون، 1992، ص 2096 - 2098.

¹²³ للتفصيل؛ راجع: منذر عرفات زيتون، مرجع سابق، ص 101. محمد المدني بوساق، مرجع سابق، ص 66 و 67. وللتفصيل في شروط قيام مسؤولية المباشر والمتسبب بشكل عام؛ راجع: محمد فوزي فيض الله، مرجع سابق، ص 89 وما بعدها.

¹²⁴ راجع: البغدادي، مجمع الضمانات، مرجع سابق، ص 146. وفي تأكيد ذات المعنى من الفقهاء المحدثين. راجع: وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 198 و 199. إبراهيم فاضل الدبوع، مرجع سابق، ص 186 و 187. شريف احمد حسين، مرجع سابق، ص 94. محمد يوسف الزعبي، مرجع سابق، ص 910. عادل جبوري محمد حبيب، مرجع سابق، ص 229 و 230.

الموجب للمسئولية التقصيرية. وبذلك يتبين لنا أن المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني انضوت على عدم دقة وخطأ عندما ذكرت خلال شرحها للمادة (179) من المشروع أنها: "تقرر المادة قاعدة عامة تتمثل في أن كل من ارتكب فعلاً يصيب الغير بالضرر يلزم بالتعويض، وتستند هذه القاعدة إلى ما هو مقرر في الفقه الإسلامي وما نص عليه في المجلة (لا ضرر ولا ضرار) المادة 19 (والضرر يزال) المادة 20"¹²⁵.

ففكرة الإضرار التي أخذ بها القانون المدني الأردني والفقه الإسلامي تختلف عن مفهوم الضرر¹²⁶ الذي أقام عليه مشروع القانون المدني الفلسطيني المسئولية، فرغم وجود بعض القواسم المشتركة بين صورة الإضرار بالمباشرة وما أخذ به مشروع القانون المدني الفلسطيني وفق ما سبق الإشارة له، إلا أن الإضرار بالتسبب يتطلب في الفعل أن يكون مخالفاً للقانون أو العرف أو العادة، وهذا ما لا يمكن القول بتوافره فيما يخص مشروع القانون المدني الفلسطيني الذي اكتفى بالفعل المجرد.

كما أن إقامة مشروع القانون المدني الفلسطيني للمسئولية التقصيرية عن الفعل الشخصي على ركن الضرر في المادة 179 منه، تعني أنه اكتفى بقيام رابطة السببية بين الفعل الضار والضرر الناجم عنه، مما يعد أخذاً منه بنظرية تحمل التبعة "المخاطر المستحدثة" التي قال بها جانب من الفقه الفرنسي، فدعا أصحابها إلى إقامة المسئولية على ركن الضرر دون اعتبار لماهية

¹²⁵ راجع: المذكرات الإيضاحية للمشروع المدني الفلسطيني، ص 209.

¹²⁶ في ذات السياق قول جانب من الفقه أن: "إن مفهوم الإضرار يختلف عن مفهوم الضرر وهو غير مرادف له... فالمسئولية المدنية أو الإلتزام بالضمان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني، لا يقوم على إلحاق الضرر بالغير مطلقاً، بل لا بد لذلك من أن يكون إلحاق الضرر بالغير قد جاء على نحو غير مشروع. ويقصد بهذا التقييد استبعاد الكثير من الحالات التي لا يكون فيها محدث الضرر مسؤولاً؛ لأنه قد أحدثه على جواز شرعي أو قانوني". راجع: عدنان السرحان ونوري خاطر، مرجع سابق، ص 365.

الفعل الذي أحدثه، فسواء كان هذا الفعل خاطيء أم لا، فإن المسؤولية تقوم بدعوى وجود الضرر¹²⁷.

ونرى أنه على الرغم من وجهة التيار الفقهي الذي دعا إلى الأخذ بنظرية تحمل التبعة، إلا أنه لا يمكن القول بإمكانية الأخذ بها بشكل عام، وسيادتها بإقامة المسؤولية على ركن الضرر، فقد عدل عنها جانب كبير من الفقه الفرنسي الذي ابتدعها، كما أن المشرع الفرنسي لم يتبناها كقاعدة عامة وإنما أخذ بها في بعض القوانين الخاصة كقانون إصابات العمل¹²⁸. لذلك نرى عدم إمكانية الأخذ بنظرية تحمل التبعة كمبدأ عام في مشروع القانون المدني الفلسطيني، وذلك لإعتبارين هما:

الأول: أن القائلين بنظرية تحمل التبعة لم يريدوا فرضها كنظرية عامة يتم تنظيم أحكام المسؤولية التقصيرية بشكل كامل على أساسها، وإنما كان القصد من القول بها أن تطبق في مجال إصابات العمل وفي الحالات التي يستفيد محدث الضرر بنشاطه من الفعل الذي أدى إلى إحداث الضرر، مما يدعوه إلى الإلتزام بتعويض ما ينجم عن فعله من ضرر للآخرين¹²⁹.

¹²⁷ في ذات المعنى يقول الأستاذ جميل الشرقاوي: " يرى بعض الفقه أن الظروف الجديدة تقتضي تغيير أساس المسؤولية، وذلك بالمنادات بالتحول عن فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية إلى فكرة الخطر *risque*، على اعتبار أن هدف المسؤولية هو رفع الضرر عن من يصاب به بفعل شخص آخر، وأنه إذا تحقق حدوث الضرر بفعل ينسب إلى شخص معين، فإن هذا الشخص يكون ملتزماً بتعويضه دون حاجة إلى إثبات أي خطأ في جانبه، أي نادوا بأن السببية (المادية) بين الفعل الضار والضرر المتحقق شرط كافٍ لقيام المسؤولية، لا تقوم معها حاجة إلى البحث عن خطأ في جانب من يعزى إليه الفعل". راجع: جميل الشرقاوي، النظرية العامة للإلتزام، الكتاب الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص 502 و 503.

¹²⁸ راجع: مصطفى الجمال ورمضان أبو السعود ونبيل ابراهيم سعد، مصادر وأحكام الإلتزام، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، دم، دب، ص 296.

¹²⁹ فيرى أصحاب نظرية تحمل التبعة والداعين إلى الأخذ بها أن إقامة المسؤولية على أساس الخطأ لم يعد كافي لمواجهة التطورات الاقتصادية والصناعية التي أصابت القطاعات المختلفة، فقد دعو إلى الأخذ بهذه النظرية في مجال حوادث العمل، ومن ثم امتدت مطالباتهم للأخذ بها في جميع الحالات التي يحدث فيها الإنسان ضرراً للغير مع إفادته من النشاط الذي يقوم به والذي أدى بدوره إلى إحداث الضرر. للتفصيل بخصوص نظرية تحمل التبعة. راجع: عادل جبيري محمد حبيب، مرجع سابق، ص 128 وما بعدها. سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنينات البلدان العربية، القسم الأول، الأحكام العامة، معهد البحوث والدراسات العربية، 1971، ص 93- 96. عبد الرحمن جمعة، ضمان الضرر الناشيء عن فعل عديم التمييز وفقاً لأحكام القانون المدني الأردني، بحث منشور في مجلة دراسات الصادرة عن عمادة البحث العلمي في الجامعة الأردنية، المجلد 29، العدد الأول، 2002، ص 249 و 250. رمضان أبو السعود، مصادر الإلتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص 326 و 327.

فمن دعا إلى هذه النظرية وضع لها تبريراً يتمثل في أنها تتفق مع ما وصل إليه التطور الإقتصادي، حيث أصبحت الآلات مصدر رزق كبير ومصدر خطر كبير، فترتب على ذلك زيادة الحوادث الضارة التي سببتها هذه الآلات دون وجود تعويض لها لعدم إمكانية إثبات الخطأ المتطلب للمسئولية في النظرية الشخصية في العديد من الحالات، فلذلك دعا أصحاب هذه النظرية إلى تحميل من ينتفع بشيء تبعته؛ لأن الغرم بالغنم¹³⁰.

الثاني: إن القول بتطبيق نظرية تحمل التبعة كمبدأ عام، يؤدي إلى نتائج غير منطقية؛ لأنه يدعو إلى المساواة بين جميع الأفعال، سواء كانت مشروعة أو غير مشروعة، فالركن الأساسي هو الضرر، وبذلك فإن من يمارس عملاً مشروعاً يؤدي إلى الإضرار بالغير الذي قام بعمل غير مشروع يسأل عن الضرر الذي سببه، ومثال ذلك: قيام شخص بعمل بئر في أرضه ليتسنى له سقاية مزروعاته، فيأتي شخص آخر ويقوم بسرقة المياه من البئر أو بأخذها دون إذن مالكة، لكنه يقع في البئر مما يؤدي إلى تضرره، مما يعني تحقق الضرر له. فوفق النظرية الموضوعية فإنه يجب تعويض المتضرر الذي سقط في البئر، وهذه النتيجة غير منطقية؛ لأنه رغم تحقق الضرر الناجم عن عمل البئر، إلا أنه يجب على الشخص الذي حاول سرقة المياه أو أخذها دون إذن مالكة أن لا يقوم بهذا العمل غير المشروع أصلاً، بل إنه يمكن مساءلته عن عمله غير المشروع، لا تعويضه عن الضرر الذي لحق به.

ويتبين لنا مما تقدم إلى أن هناك اختلافاً جوهرياً ما بين القانون المدني الأردني ومشروع القانون المدني الفلسطيني بشأن الركن المادي للفعل الشخصي الموجب للمسئولية التقصيرية، فبينما تبنى الأول فكرة الإضرار التي أخذ بأحكامها عن الفقه الإسلامي، تمسك الأخير بنظرية تحمل التبعة ذات الأصل اللاتيني الفرنسي. وسنحاول إبراز مدى انسجام ذلك مع ما أخذ به كل منهما

¹³⁰ راجع: عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للإلتزامات، المصادر والأحكام والإثبات، القسم الأول، مصادر الإلتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص 230.

فيما يخص الركن المعنوي المتمثل في مدى مسئولية عديم التمييز، وذلك ما سنعرض له في
المبحث التالي.

المبحث الثاني: الركن المعنوي (مسئولية عديم التمييز)

يرتبط الركن المعنوي للفعل الشخصي الموجب للمسئولية التقصيرية بالركن المادي،
وبذلك فإن أخذ القانون المدني الأردني لأحكامه فيما يخص الركن المادي عن الفقه الإسلامي يدعوه
إلى الأخذ بأحكام الركن المعنوي عن الفقه الإسلامي، لكي تتناسق أحكام الفعل الشخصي الموجب
للمسئولية التقصيرية فيه، فتكون مبنية على ذات المدرسة والاتجاه.

كما أن إقامة المسئولية في مشروع القانون المدني الفلسطيني على ركن الضرر والإكتهاء
بالفعل المجرد تعني: عدم إقامة أي اعتبار للفعل الذي أدى إليه والفاعل الذي أحدثه؛ لأن المسئولية
تقوم بشكل أساسي على وجود ضرر ناجم عن فعل بصرف النظر عن طبيعة هذا الفعل.

وبذلك فإن فكرة الإضرار التي تمثل الركن المادي للفعل الشخصي الموجب للمسئولية
التقصيرية تتطلب الأخذ بمسئولية عديم التمييز عن أحكام الفقه الإسلامي، لكن هناك جانب من الفقه

يرى ضرورة مساءلة عديم التمييز في حالة الإضرار تسبباً، وذلك لإيجاد نوع من التناسق بين أحكام كل من الركن المادي والمعنوي للفعل الشخصي الموجب للمسئولية التقصيرية في الفقه الإسلامي.

لذلك سنعرض لدراسة مدى مسئولية عديم التمييز في الفقه الإسلامي في مطلب أول. ونبحث في الثاني المسئولية القانونية لعديم التمييز ومدى انسجامها مع الركن المادي "الذي يتمثل بفكرة الإضرار في القانوني المدني الأردني وبالفعل المجرد في مشروع القانون المدني الفلسطيني".

المطلب الأول: مدى مسئولية عديم التمييز عند الفقهاء المسلمين

تبدأ شخصية الإنسان بولادته حياً وتنتهي بموته¹³¹، فتكتمل أهلية الوجوب للصبي المميز ببلوغه سن السابعة¹³²، ويتمتع بعد بلوغه سن السابعة بأهلية أداء ناقصة¹³³ لعدم اكتمال العقل لديه،

¹³¹ نصت المادة 38 من مشروع القانون المدني الفلسطيني على أنه: "1. تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حياً وتنتهي بموته. 2. يحدد القانون حقوق الحمل المستكن"، للتفصيل فيما يخص شرح هذه المادة؛ راجع: **المذكرات الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني**، ص 23.

¹³² الأصل في فقه الشريعة الإسلامية أن الصبي غير المميز هو الذي لا يعقل أي لا يميز بين الخير والشر لأنه ضعيف العقل فمتى أصبح قادراً على اختيار الأصلح له أصبح مميزاً، ويتضح من ذلك أن هذه المعاني تحتاج في تقديرها إلى الإمتحان وتقوم بدلالة العيان، لكن للتيسير على الناس ولتعذر الوقوف على المعاني الباطنة تقام على الأسباب الظاهرة. راجع: (محمد محمود بن أحمد العيني، **البنية في شرح الهداية**، تصحيح محمد عمر الشهير بناصر الإسلامي الرامفوري، دار الفكر، دم، 1981، ص 215)، واستكمالاً للمعنى المتقدم فإن الرأي الراجح في فقه الشريعة الإسلامية ذهب إلى القول بأن من بلغ سن السابعة أصبح مميزاً ما لم يصاب بعراض عقلي، وسندهم فيما ذهبوا إليه قول الرسول (ص): "مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع"، وكذلك فالأمر البالغ الذي يثبت في المشاهدة والتجربة يشير إلى أن من بلغ السابعة نمت مداركه بحيث يستطيع التمييز بين الخير والشر. للتفصيل؛ راجع: علي رمضان محمد زبيدة، **النظرية العامة للأهلية، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون، المنشأة العامة للنشر والتوزيع والإعلان**، طرابلس، ليبيا، د.ت، ص 63.

¹³³ راجع: علي رمضان محمد زبيدة، مرجع سابق، ص 64 و 65.

الذي يعود بدوره لعدم اكتمال البلوغ¹³⁴ أو لآفة تصيب العقل كالجنون. لذلك تتصرف أسباب عدم التمييز لحالتين رئيسيتين¹³⁵ هما: صغر السن لأقل من السابعة¹³⁶ والجنون¹³⁷.

وقد أجمع الفقهاء المسلمين على سقوط إقامة الحد على عديم التمييز؛ لأن الحدود تدرأ بالشبهات¹³⁸، فلا يسأل عديم التمييز في الفقه الإسلامي عن الجرائم التي يرتكبها، ولا يقيم عليه الحد أي العقوبة المقررة بحكم الشريعة الإسلامية؛ لأن هدفها ردع مرتكب الجريمة، وبما أن عديم التمييز غير مدرك للجريمة ولهدف العقوبة فإنها تسقط عنه، لكن ذلك يدعونا إلى التساؤل عن مدى

¹³⁴ ذهب الفقهاء المسلمين إلى القول بأن البلوغ يثبت للصبي إما بظهور علامات معينة في البالغ كالإحتلام أو نبات شعر العانة أو الحبل عند المرأة. للتفصيل؛ راجع: (عبد الوهاب الشعراوي، الميزان، تحقيق وتعليق عبد الرحمن عميرة، الطبعة الأولى، الجزء الثالث، عالم الكتب، بيروت- لبنان، 1989، ص 77)، وإذا لم تظهر العلامات المتقدمة يكون السن دليل على البلوغ، ونجد أن الفقهاء المسلمين قد اختلفوا في السن التي يبلغ الإنسان بالوصول إليها إذا لم تظهر عليه العلامات المتقدمة للبلوغ، فذهب الحنفية إلى تقرير سن البلوغ بثمانية عشرة سنة، وعند أصحاب الإمام مالك بن أنس سبعة عشرة سنة أو ثمانية عشرة سنة، وعند الحنابلة والشافعية خمسة عشرة سنة. راجع: (محمد أولي بن المنذر الأنصاري، إرشاد المسترشد في تهذيب مذاهب الهدى في الفقه وأدلته، تصحيح أحمد عبدا لله بن محمد الأنصاري، الطبعة الأولى، الجزء الثالث، مكتبة العبيكان، الرياض- السعودية، 1998، ص 61).

¹³⁵ توجد بالإضافة إلى الصغر والجنون أسباب عارضة أخرى كالغيوبة الناشئة عن تناول المسكرات والمخدرات. للتفصيل؛ راجع: (أبو زيد عبد الباقي مصطفى، مسؤولية عديم التمييز التقصيرية في القانون المقارن، القسم الأول، مجلة الحقوق، العدد الثالث، السنة السادسة، 1992، ص 23). ولا نود التعرض لتفاصيل ماهية عديم التمييز في القانون المدني الأردني؛ لأنه أوجب مسؤوليته كما أوجب مسؤولية المميز هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنه سيتم العرض له بشكل مفصل عند دراسة مسؤولية عديم التمييز في القانون المدني المصري في وقت لاحق من هذه الدراسة.

¹³⁶ نصت الفقرة الثانية من المادة 44 من القانون المدني الأردني على أنه: "2. وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقداً للتمييز"، وتقابلها المادة 54 من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

¹³⁷ المجنون عند الفقهاء المسلمين من لا يعقل الأمور فيغلب عليه الوسواس والسوداء في أقواله وأفعاله. للتفصيل؛ راجع: (صالح عبد السميع الأزهرى، جواهر الإكليل شرح مختصر الشيخ خليل، ضبطه وصححه محمد عبد العزيز الخالدي، الطبعة الأولى، الجزء =الثاني، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، 1997، ص 147). ويمكن القياس على هذا المفهوم الواسع لدى الفقهاء المسلمين لمعنى الجنون ليشمل جميع الأمراض المخلة بالعقل في وقتنا الحاضر كانفصام الشخصية والجنون النصفي وكل حالة يقدر الطب فيها أن الشخص لا يقدر على التمييز بين الخير والشر في أفعاله، ولا يعقل ما يقوم ويتصرف به.

¹³⁸ لأنه لا يمكن توافر القصد لدى عديم التمييز، لذلك قرر الفقهاء المسلمين أن عمد الصبي والمجنون خطأ وبما أن الحدود تدرأ بالشبهات فلا تقام عليهم، لكن إذا ارتكب المجنون جنائته في حال الإفاقة وعقل ما فعله قام الحد عليه لاندرأ الشبهة، ولأنه أصبح قادراً على التمييز والقصد والعقل فوجب القصاص بحقه كالعقل، للتفصيل؛ راجع: حاشية البيجوري، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 381-383. أبي سليمان بن خلف بن سعد وارث الباجي الأندلسي، المنتقى شرح موطأ الإمام مالك، الجزء السابع، دار الفكر العربي، دم، دت، ص 70 و 71. ابن قدامة الموصلي، الإختيار لتعليل المختار، المجلد الثالث، مرجع سابق، ص 49. مالك بن أنس، المدونة الكبرى، المجلد الخامس، مكتبة بيروت العربية، بيروت، ص 399.

مسئولية عديم التمييز عن تعويض الأضرار التي سببها للغير؟ فهل يتطلب الفقهاء المسلمين أن يكون الشخص مميزاً لإقامة مسؤوليته عن نتيجة أفعاله الضارة أم لا؟.

وفي سبيل إجابة هذا التساؤل نجد أن الفقهاء المسلمين قد عرضوا في فروعهم المتفرقة في كتب الفقه الإسلامي لمدى مسؤولية عديم التمييز، فذكروا عدة آراء نعرض لدراسة كل منها على حدة من خلال عدة نقاط نبحث فيها آراء المذاهب الفقهية الإسلامية الرئيسية، على النحو الآتي:

▪ ذهب جمهور فقهاء الحنفية¹³⁹ والحنابلة¹⁴⁰ والشافعية¹⁴¹، إلى القول بضمان عديم التمييز لنتيجة أفعاله الضارة، فكل من أتلف مال أو نفس إنسان وجب عليه الضمان سواء كان مميزاً أو عديم التمييز، كما أن الفقهاء المسلمين درجوا على القول: أنه لو انقلب نائم على شيء أو نفس لآخر فأتلفه ضمن¹⁴².

فقد درج فقهاء الحنفية على القول بأن الحجر يقع على الأقوال دون الأفعال، فالأفعال موجودة حساً ومشاهدة، أما الأقوال فلأن اعتبارها موجودة بالشرع والقصد شرطه، إلا إذا كان فعلاً يتعلق به حكم يندريء بالشبهات كالحدود والقصاص فيجعل ذلك شبهة في حق الصبي والمجنون. وبذلك فإن من أتلف شيئاً لآخر لزمه ضمانه؛ لأن في ضمانه إحياء لحق المتلف عليه، ولأن الإلتلاف موجب لا يتوقف على القصد كالذي يتلف بانقلاب النائم عليه، أو كالحائط المائل بعد الإشهاد¹⁴³.

¹³⁹ راجع: برهان الدين المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي مع نصب الراية، الجزء الخامس، الطبعة الأولى، أخرج أحاديث

الهداية جمال الدين الزيلعي، باعثناء أيمن صالح شعبان، دار الحديث، القاهرة، 1415هـ-1995م، ص 372.

¹⁴⁰ راجع: منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، الروض المربع شرح زاد المستقنع، وحاشية الروض المربع لعبد الله بن عبد العزيز العنقري، الجزء الثالث، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض-السعودية، 1970، ص 228.

¹⁴¹ فقد ذهب فقهاء الشافعية إلى القول أنه لو وقع من به صرع أو غير المميز على مال لغيره ضمن. راجع: الهيتمي الشافعي، نهاية المحتاج بشرح المنهاج، الجزء التاسع، مرجع سابق، ص 12، وكذلك ذات المرجع الجزء السادس، ص 11.

¹⁴² في ذات المعنى نصت المادة 913 من مجلة الأحكام العدلية على أنه: "إذا زلق أحد وسقط على مال آخر وأتلفه يضمن". راجع: مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، ص 105.

¹⁴³ راجع: محمد محمود بن أحمد العيني، البناية في شرح الهداية، الجزء الثامن، مرجع سابق، ص 218-225.

أما فقهاء الحنابلة فقد ذهبوا إلى أكثر مما ذهب إليه فقهاء الحنفية، عندما أعطوا دين المجني عليه الناجم عن الإلتلاف امتيازاً على باقي ديون المفلس المتسبب بالضرر لنفس أو مال الغير، فقالوا يكون الضمان على سائر أموال المفلس من حق المتلف عليه، فيبدأ بما يسرع إليه الفساد ومن ثم الحيوان فالأثاث وصولاً إلى العقار، فمتى استوفى من أتلف عليه شيء تعويضه اللازم يكون الوفاء لمن له رهن لازم...¹⁴⁴.

▪ عرض فقهاء المالكية ثلاثة آراء¹⁴⁵ في حكم ضمان عديم التمييز، وهي:

الرأي الأول: ذهب إليه جانب من فقهاء المالكية. ويقضي بضمنان عديم التمييز مطلقاً لما أتلفه من مال أو نفس وجسد للغير، فمتى صدر عن عديم التمييز ما أضر بغيره وجب عليه الضمان وتحمل نتيجة فعله الضار بتعويض من أصابه الضرر¹⁴⁶.

الرأي الثاني: ذهب إليه جانب آخر من فقهاء المالكية ويقضي بعدم ضمان عديم التمييز مطلقاً لنتيجة عمله الضار بالنفس أو المال بدعوى أنه كالعجماء "الحيوان" فلا ضمان عليه¹⁴⁷.

الرأي الثالث: ذهب جانب من فقهاء المالكية إلى القول أنه يجب على عديم التمييز ضمان ما يتلف من جسد أو نفس للغير، لكنه لا يكون ضامناً لنتيجة أفعاله الضارة بأموال الغير¹⁴⁸.

¹⁴⁴ راجع: أحمد بن محمد بن أحمد الشوكي، التوضيح في الجمع بين المقنع والتنقيح، تحقيق ناصر بن عبد الله بن عبد العزيز المسلماني، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، المكتبة الملكية، مكة- السعودية، 1997، ص 690 و 691.

¹⁴⁵ للتفصيل في آراء فقهاء المالكية بخصوص ضمان عديم التمييز؛ راجع: أبي البركات أحمد الدردير، حاشية محمد عرفة الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء الثالث، تقرير وتحقيق محمد عليش، ميدان الأزهر، مصر، 1353هـ- 1934م، ص 444 و 445.

¹⁴⁶ ورد في المنتقى ما يوجب ضمان الصبي والمجنون لما يتلفه من مال أو نفس للغير، وسندهم في هذا الرأي هو ما رواه الإمام مالك عن يحيى بن سعيد من أن: "مروان بن الحكم كتب إلى معاوية بن أبي سفيان أنه أتى بمجنون قتل رجلاً فكتب إليه معاوية أن اعقله ولا تقد منه فإنه ليس على مجنون قود"، ولكن ذكر أيضاً أن ابن القاسم (الفقيه المالكي) قال ضمن الصغير ما أتلفه إذا كان المرجو تأديبه لكي لا تتخذ عادة لديه، ونرى أن ظاهر النص يدل على الصغير المميز لكي يقدر على عقل معنى التأديب ابتداءً؛ لأن غير المميز لا يعقل أفعاله ومعناها أصلاً، إلا أن المجنون لا يضمن مطلقاً سواء كسر سن لآخر أو خرق له ثوباً. راجع: الباجي الأندلسي، المنتقى، الجزء السابع، مرجع سابق، ص 71.

¹⁴⁷ راجع: أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب الرعيني، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ضبطه وخرج أحاديثه وآياته زكريا عميرات، الطبعة الأولى، الجزء السابع، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، 1995، ص 313. وسيشار له فيما بعد: الرعيني، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل.

¹⁴⁸ راجع: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء الثالث، مرجع سابق، ص 444.

ويتبين لنا من خلال العرض لما قال به فقهاء المالكية أن هناك جانب منهم دعا إلى ضمان عديم التمييز بشكل مطلق على غرار فقهاء الحنابلة والحنفية والشافعية، إلا أن هناك جانب آخر منهم دعا إلى ضمان عديم التمييز إذا أتلّف نفس أو جسد آخر دون ضمانه في حالة إتلافه لمال غيره. وهذه الآراء بحاجة إلى تحليل ودراسة نعرض لهما من خلال النقاط الآتية:

- ذهب جانب من الفقه إلى الرد على فقهاء المالكية بقوله إن: "مبنى ما ذهب إليه فقهاء المالكية يتمثل في إنزالهم عديم التمييز منزلة الحيوان في عدم المسؤولية عن فعله، وذلك بجامع أن كل منهما غير عاقل لعدم فهمه للخطاب الشرعي، لكن المساواة بين عديم التمييز والبهيمة هو قول يجافي الحقيقة البديهية، فالبهيمة لا تعدو أن تكون مالا ومن ثم فهي لازمة لها عدم مسئوليتها بذاتها، بخلاف الإنسان الذي بمجرد خروجه إلى الحياة تثبت له الذمة وهي مستقر الحقوق والواجبات، وحيث أنها صفة خاصة بالإنسان فلا يصلح قياس عديم التمييز على البهيمة"¹⁴⁹.
- كما نجد أن الفقهاء المسلمين ميزوا بين نوعين من الخطاب الشرعي وهما: خطاب التكليف الذي يستلزم وجود الأهلية في المكلف المخاطب به، وخطاب الوضع الذي لا حاجة لتوافر أهلية المخاطب به¹⁵⁰، وبما أن جبر الضرر من خطاب الوضع لا من خطاب التكليف فيجب الضمان على الشخص المسبب له بصرف النظر عن كونه مميز أو عديم تمييز.

¹⁴⁹ راجع: عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير، التعويض عن ضرر الفعل الشخصي لعديم التمييز في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة- مصر، 1994، ص 30.

¹⁵⁰ الحكم التكليفي هو ما يقتضي طلب الفعل أو الكف عنه أو التخيير بينهما، ويتطلب في المكلف توافر الأهلية لديه حتى يقوم الحكم بحقه، أما الحكم الوضعي فهو ما يقتضي جعل شيء سبباً لشيء آخر، أو شرطاً له أو مانعاً منه، ولا يتطلب هذا النوع من الخطاب توافر أهلية معينة لدى المكلف به فيستوي في حكمه المميز وعديم التمييز، وبذلك فإن الإضرار شرط للضمان؛ فهو من خطاب الوضع الموجب للضمان بصرف النظر عن محدث الضرر وتوافر التمييز لديه من عدمه. للتفصيل؛ راجع: محمد سليمان الأحمد، المدخل لدراسة الضمان، دراسة تحليلية مقارنة، الطبعة الأولى، دار ومكتبة الحامد للنشر والتوزيع، عمان- الأردن، 2002، ص 48 وما بعدها.

فقد درج الفقهاء المسلمين على القول بأن العمد والخطأ في أموال الناس سواء، فالعمد والخطأ في حق عديم التمييز سواء وفي مقدمتهم فقهاء المالكية¹⁵¹، فإذا كان الدارج ضمان الفعل الضار دون النظر إلى وجود القصد أو عدمه، فإن ذلك يستوجب توجه الفقه الإسلامي إلى عدم الالتفات إلى مميز وعديم تمييز؛ لأنه لا اعتبار لصفة الشخص وإنما العبرة للفعل نفسه.

▪ ذكر جانب من فقهاء المالكية أنه إذا أودع شخص لدى آخر مال له، فأنتلفه ابنه الصغير فيكون الضمان على المتلف إن كان له مال وإلا بقيت ديناً عليه، لكن إذا كان الصبي ابن شهر فأقل فإنه لا يضمن شيئاً لأنه يكون كالعجماء¹⁵²، فنرى أن هذا القول لا يستسيغه العاقل؛ لأنه يعني أن الطفل إذا أصبح عمره سنتين مثلاً انتقل حكمه من حكم البهيمة إلى حكم الإنسان، وهذا بتقديرنا يدل على عدم عمق رأي جانب من الفقه المالكي فيما ذهب إليه من عدم تضمين لعديم التمييز.

لذلك نرى ترجيح ما قال به غالبية الفقه الإسلامي بوجود تضمين عديم التمييز عن أفعاله الضارة، فإذا ارتكب الصبي غير المميز أو المجنون عملاً يضر بالغير كان ضامناً له. وبذلك يبقى لنا أن ندرس حكم بعض الحالات التي استثناها الفقهاء المسلمين من الحكم المتقدم لضمان عديم التمييز وهي¹⁵³:

¹⁵¹ فقد ورد في مواهب الجليل أن عديم التمييز يضمن نتيجة فعله الضار مطلقاً فالخطأ والعمد في فعل عديم التمييز سواء، والفعل الضار من خطاب الوضع الذي لا يشترط توافر أهلية معينة في المكلف به، ومن ثم فيجب الضمان على عديم التمييز في حالة إتلاف مال أو جسد ونفس الغير. راجع: (المغربي الرعيني، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، الجزء السابع، مرجع سابق، ص 313). وكذلك ورد في المدونة أن الخطأ والعمد في حق عديم التمييز سواء، فمتى جنى الصبي أو المجنون وجب الضمان على عاقلته فيما زاد عن ثلث الدية. راجع: مالك بن أنس، المدونة، المجلد السادس، مرجع سابق، ص 399.

¹⁵² راجع: عبد الرحمن الحزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء الثاني، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، 1970، ص 365.

¹⁵³ في الإشارة لهذه الحالات عند الفقهاء المسلمين؛ راجع: عبد الرحمن الحزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 263 و 264. منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، الروض المربع شرح زاد المستقنع، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 227 و 228. محيي الدين يحيى بن شرف أبي زكريا النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين ومعه حواشي الروضة، الجزء الثاني، اعتناء واهتمام سراج الدين عمر بن رسلان وجلال الدين عبد الرحمن بن عمر بن رسلان البلقيني، جمع صالح بن عمر بن رسلان البلقيني، تقديم عبد الله البارودي، دار الفكر، بيروت- لبنان، 1995، ص 465. صالح عبد السميع الأبي الأزهرى، جواهر الإكليل، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 147.

1. إذا أودع شخص ماله عند عديم التمييز فأهلكه أو أتلفه أو ضيعه، فلا يكون الضمان على الأخير رغم إتلافه للمال المودع لديه.
2. إذا أقرض شخص ماله لعديم التمييز فضيعه الأخير أو أتلفه أو هلك عنده فلا يكون عليه ضمانه.
3. إذا باع آخر لعديم التمييز شيء فأتلفه أو ضيعه فيكون ضمانه على البائع لا على عديم التمييز.
4. إذا أعار شخص ماله لعديم التمييز كالصبي غير المميز والمجنون فأتلفه أو ضيعه كان على الشخص الذي أعاره الضمان لا على عديم التمييز¹⁵⁴.

لكن يستثنى من حكم الحالات الأربعة المتقدمة حالة كون المال المقرض أو المبيع أو المودع أو المعار لعديم التمييز ما زال قائماً فإنه يرد لصاحبه، ويستثنى أيضاً من حكمها حالة كون التعامل بالبيع أو الإيداع أو القرض أو الإعارة من قبل الصبي بإذن الولي أو الوصي.

أما في حالة إيداع عديم التمييز لدى آخر عديم تمييز مثله، كأن يقوم عديم التمييز بأخذ شيء من آخر دون علمه فيودعه عند آخر عديم تمييز مثله، ومثال ذلك: أن يأخذ عديم تمييز من آخر شيء ويودعه عند عديم تمييز مثله فيهلكه، ففي هذه الحالة يعطى الخيار للمالك بتضمين أي منهما شاء¹⁵⁵. وتعليل ذلك أن المالك في الحالات الأربعة المتقدمة سلط عديم التمييز على ماله باختياره فكان مفرطاً، أما في حالة أخذه دون علم مالكة فإنه لم يسلطه إذ لم يودع عنده، فيكون عديم التمييز مضيعاً لمال الشخص دون علمه مما يوجب ضمانه.

¹⁵⁴ اختلف فقهاء الحنفية في حكم هذه الحالات تبعاً لاختلافهم في تحديد مفهومها، فذهب أبو حنيفة ومحمد بن الحسن إلى عدم إيجاب الضمان على عديم التمييز في هذه الحالات لتعلقها بضمان عقد، وبما أن عديم التمييز ليس من أصحاب العقود فلا ضمان عليه، بينما ذهب أبو يوسف إلى أنه يجب الضمان على عديم التمييز في هذه الحالات، لتعلقها بضمان فعل وعديم التمييز من أصحاب الضمان لنتيجة فعله الضار. راجع: (سليم رستم باز اللبناني، شرح المجلة، مرجع سابق، ص 539). ونرجح ما ذهب إليه كل من أبا حنيفة ومحمد بن الحسن، فنرى ضرورة استثناء حالة الإيداع أو البيع أو القرض أو الإعارة من ضمان عديم التمييز سواء أتلف المال أو ضيعه؛ لأن هذه الحالات من العقود التي تتطلب أهلية خاصة لدى المتلف، فلا يمكن القول بأن هذه الأهلية متوافرة لدى عديم التمييز، وتبعاً لذلك تخرج هذه الحالات من مفهوم الإضرار بالمباشرة وبالتسبب السابق دراستهما، فلا يكون ضمانها على عديم التمييز.

¹⁵⁵ راجع: عبد الرحمن الحريزي، الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 264.

وفي تقديرنا فإن الضمان يجب في حكم الحالة الأخيرة على عديم التمييز الذي أخذ المال وأودعه لدى عديم تمييز آخر؛ لأنه هو المتعدي بأخذه المال دون إذن مالكه، وبما أن الوديعة من العقود فيجب توافر الأهلية اللازمة لدى المودع لديه، وبما أن هذه الأهلية لا تتوافر لديه فلا يجب الضمان بحقه، لكن عديم التمييز الذي أخذ المال دون إذن مالكه يوجد سبب لضمانه، فالأخذ على نحو السرقة إذا كان خفية عن المالك أو على نحو التعدي إذا كان بعلم مالكه دون قدرته على منعه بأن يكون أخذه وهرب، فنرى وجوب ضمانه في الحالتين؛ فسقوط الحد عنه في السرقة لا يعفيه من ضمان المال الذي سرقه أو تعدى في أخذه له من مالكه.

لكن رغم ذهاب غالبية الفقه الإسلامي إلى وجوب ضمان عديم التمييز، إلا أن هناك جانب من الفقه الحديث يدعو إلى وجوب ضمانه في بعض الحالات، وذلك تبعاً لمفهومهم الخاص لفكرة الإضرار، وربطهم لهذا المفهوم بالركن المعنوي المتمثل في مسئولية عديم التمييز، وسنتولى توضيح ذلك في المطلب التالي مباشرة.

المطلب الثاني: مسئولية عديم التمييز القانونية ومدى انسجامها مع الركن المادي للفعل

الشخصي الموجب للمسئولية التقصيرية

أخذ القانون المدني الأردني برأي غالبية فقهاء المسلمين، القائل بضمنان عديم التمييز لنتيجة أفعاله الضارة بالغير سواء كانت هذه الأفعال واقعة على المال أو على النفس، فنص في المادة 256 منه على أن: " كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمنان الضرر". ويتبين لنا من خلال هذا النص أن مسئولية عديم التمييز تتسم بميزتين رئيسيتين هما:

1. أنها مسئولية وجوبية أصيلة¹⁵⁶: فيجب الضمان على عديم التمييز في حال إحدائه لتلف في مال أو نفس الغير على حدٍ سواء، كما أن هذا الضمان يكون في مال عديم التمييز، فإن لم يكن له مال ينظر لحال يساره¹⁵⁷.

2. أنها مسئولية كاملة: فيجب الضمان على المميز وعديم التمييز في حال إتلافهم لمال أو نفس الغير، دون إعطاء الحق للقاضي بتخفيفها أو التقليل من الضمان على عديم التمييز فيأخذ حكم المميز في ضمان نتيجة أفعاله الضارة.

وقد ذهبت محكمة التمييز الأردنية في العديد من قراراتها إلى تأكيد قيام مسئولية محدث الضرر سواء كان مميزاً أو عديم التمييز، وسواء صدرت منه الأفعال الضارة بقصد أو بغير قصد¹⁵⁸، فمن يحدث ضرراً للغير يكون عليه ضمانه بصرف النظر عن ماهية محدثه ومدى تمييزه، فالعبرة بجبر الضرر وتعويضه، كما أن المسئولية التقصيرية تهدف إلى جبر الضرر لا إلى معاقبة الفاعل، لذلك لا لزوم لقيام تمييز من أحدث الضرر.

إلا ان هناك جانب من الفقه¹⁵⁹ ذهب إلى القول بضرورة التمييز في الحكم بين الإضرار

بالمباشرة والإضرار بالتسبب فيما يخص مسئولية عديم التمييز؛ فيجب قيام مسئولية الشخص في

¹⁵⁶ في ذات المعنى؛ نصت المادة 916 من مجلة الأحكام العدلية على أنه: "لو أتلّف صبي مال غيره يلزم الضمان من ماله وإن لم يكن له مال ينتظر إلى حال يسر ولا يضمن وليه". راجع: (مجلة الأحكام العدلية، ص 105). ومما تجدر الإشارة له هنا أن حكم هذه المادة مقصور على ضمان المال، وذلك يعود لكون مجلة الأحكام العدلية لم تبحث سوى الأموال دون التعرض لحكم الجناية على النفس التي كان لها قوانينها الخاصة.

¹⁵⁷ راجع: المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ص 280.

¹⁵⁸ في تأكيد قيام مسئولية عديم التمييز وضمانه لنتيجة أفعاله الضارة لدى محكمة التمييز الأردنية؛ راجع القرارات التالية: مجلة نقابة المحامين الأردنية، تمييز حقوق رقم 2580/99، الأعداد الرابع والخامس والسادس، السنة الخمسون، 2001، ص 802-806. مجلة نقابة المحامين الأردنية، تمييز حقوق رقم 925/90، الأعداد السابع والثامن والتاسع، السنة الأربعون، 1992، ص 1021-1025. مجلة نقابة المحامين الأردنية، تمييز حقوق رقم 654/99، الأعداد الأول والثاني والثالث، السنة التاسعة والأربعون، 2001، ص 162-168.

¹⁵⁹ راجع: عيد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، المجمع العلمي العربي الإسلامي، بيروت- لبنان، ص 1953 و 1954، هامش رقم 1، ص 56. سليمان مرقس، المسئولية المدنية في تقنينات البلدان العربية، القسم الأول، مرجع سابق، ص 247. حسن الفكهاني وعيد الباسط جميعي وآخرون، الوسيط في شرح القانون المدني الأردني، الجزء الرابع، مرجع سابق، ص 1233. شريف أحمد شريف حسين، مرجع سابق، ص 92 و 93.

حالة الإضرار مباشرة ولو كان غير مميز؛ لأن الإضرار بالمباشرة علة مستقلة للضمان ولا شرط لها، لكن في حالة وقوع الإضرار بالتسبب فلا بد من توافر التمييز؛ لأنه يشترط توافر التعدي في المتسبب، مما يتطلب ضرورة تمييز الشخص المتعدي لقيام مسؤوليته. وأوردوا عدة مبررات وبراهين لتأييد موقفهم المتقدم، نتناول عرضها ودراستها وتحليلها من خلال عدة نقاط على النحو الآتي:

البرهان الأول: أن فكرة التعدي في الشريعة الإسلامية قد تطورت فلم تعد تقتصر على الخروج عن حدود الحق وإنما شملت عدم التبصر والإهمال، مما يتطلب تقدير مسؤولية المتسبب بالضرر تقديراً شخصياً بعد أن كان تقديراً موضوعياً يقوم بمجرد الخروج عن الحق، بل إن الأمر قد انتهى عند بعض الفقهاء المسلمين إلى التعبير عن التعدي بلفظ الخطأ، فقد جاء في مجمع الضمانات أنه لو رمى رجل سهماً عمداً فنفذ من شخص إلى آخر فماتا فيكون القصاص على الأول والدية على الثاني "على عاقلته"؛ لأن فعل الأول عمد وفعل الثاني أحد وجهي الخطأ¹⁶⁰.

ويمكن مناقشة هذا الدليل على النحو الآتي:

1. إن فكرة التعدي في الفقه الإسلامي ذات مفهوم موضوعي، تقوم بمجرد التقصير أو التجاوز على الشرع أو العرف أو العادة هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن الفقهاء المسلمين كما يتضح من فروعهم المختلفة كانوا ينظرون إلى الفعل وليس إلى الفاعل، فقد ذكروا أن من ربط دابته في طريق المسلمين كان ضامناً لما تتلفه، دون أي اعتبار لشخصيته أو كونه مميز أو غير مميز، أو قاصد أو غير قاصد، فالفعل بحد ذاته يشكل تعدي كما سبق بيانه¹⁶¹ يوجب الضمان بصرف النظر عن أية اعتبارات أخرى.

¹⁶⁰ راجع: سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 106. حسن الفكاهي وعبد الباسط جمعي وآخرون، الوسيط في شرح القانون المدني

الأردني، الجزء الرابع، مرجع سابق، ص 1233.

¹⁶¹ للتفصل في مفهوم التعدي المتطلب في حالة الإضرار بالتسبب؛ راجع: ما سبق من هذه الدراسة، ص 34 - 39.

2. إن المثال المذكور انضوى على مفهوم مغاير لما قصد به واضعوه وهم فقهاء الحنفية وما بني على خطأ فهو خطأ، ويمكن توضيح ذلك من خلال ما يلي:

- 1- إن المثال المذكور قال بضمان الذي أحدث القتل بطريق الخطأ ابتداءً، لكن الدية في هذه الحالة تجب على العاقلة سواء كان مرتكب الفعل مميز أو عديم تمييز، وهذا لا ينفي الضمان وإنما يتعلق بكيفية قضاءه¹⁶².
- 2- إن فقهاء الحنفية "أصحاب هذا المثال" قسموا القتل إلى خمسة أنواع: وهي القتل العمد الذي يقضي بالضرب بما يفرق الأجزاء عادة كالسيف، والقتل شبه العمد والذي يحدث بما لا يفرق الأجزاء كالعصا أو الحجر، والقتل الخطأ وهو إما خطأ في الفعل كأن يقصد إصابة صيد فيخطيء فعله ويصيب إنسان، أو خطأ في القصد كأن يضرب ما يعتقد أنه حيوان فيتبين أنه إنسان، وقتل أجري مجرى الخطأ وهو ينضوي على معنى المباشرة كأن ينقلب نائم على شخص آخر فيؤدي إلى قتله، والنوع الخامس وهو القتل بالتسبب كحافر البئر وواضع الحجر في غير ملكه مما يؤدي إلى هلاك إنسان بها¹⁶³.

فيتبين لنا من خلال العرض المتقدم لأنواع القتل عند فقهاء الحنفية أن المثال المذكور يقع في مضمون مفهوم النوع الثالث، فهو لا يعد قتل مباشرة ولا تسبب، وبذلك لا ينطبق عليه معنى التعدي المتطلب في التسبب عند الفقهاء الحنفية مما يعني أنه ذكر للتدليل على حالة لم يضعه واضعوه للتدليل عليها. وهذا برأينا يظهر عدم عمق فهم أصحاب هذا التوجه لأحكام الفقه الإسلامي، مما جعلهم يخفقون بما دللوا به على صحة توجههم.

¹⁶² إن الدية تجب أصلاً على العاقلة في حالة القتل الخطأ أو شبه العمد عند الفقهاء المسلمين. للتفصيل؛ راجع: سعيد عبد السلام، التعويض عن ضرر النفس في المسؤولية التقصيرية في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، رسالة لنيل درجة الدكتوراة في الحقوق مقدمة لجامعة القاهرة، 1988، ص 104 وما بعدها.

¹⁶³ راجع: ابن قدامة المقدسي، الإختيار لتعليل المختار، المجلد الثالث، مرجع سابق، ص 45 و 46.

3- إن فقهاء الحنفية كما تبين لنا قد أخذوا بضمان عديم التمييز عن أفعاله الضارة بالغير، وهذا يؤكد عدم قصدهم بالتعبير بلفظ الخطأ تطوير مفهوم التعدي لكي يساءل عديم التمييز في حالة الإضرار تسبباً عن نتيجة فعله الضار، وإلا كان ذلك يستتبع قولهم بعدم مساءلة عديم التمييز وهذا ما لم يقيم حكمه عندهم.

البرهان الثاني: قالوا بأن عدم تطلب التمييز في محدث الضرر تسبباً يؤدي إلى المساواة بين المباشر والمتسبب، فإذا كان التعدي عبارة عن العنصر المادي فقط للخطأ، فمعنى ذلك أننا لا نأخذ بعين الاعتبار الناحية النفسية للفاعل مما يؤدي إلى المساواة بين المباشرة والتسبب بالنسبة لعديم التمييز¹⁶⁴.

ويمكن مناقشة هذا الدليل على النحو الآتي:

1. فقد بين جانب من الفقه أن القول بوجود الضمان في حالة التسبب على عديم التمييز، لا يعني إلغاء التفرقة بين المباشرة والتسبب؛ لأن التعدي صفة في الفعل لا في الفاعل، فلا يشترط الإدراك والتمييز لوجوده، فكما يحدث التعدي من المميز يمكن أن يقع من عديم التمييز مما يوجب ضمانه¹⁶⁵.

2. نرى أن القول بقيام مسؤولية عديم التمييز يؤدي إلى المساواة بين المباشرة والتسبب هو قول غير سديد؛ لأن كل من المباشرة والتسبب لها مفهومها وأحكامها الخاصة، فبينما تعد المباشرة علة مستقلة للضمان، فإن التسبب يتطلب التعدي، ومثال ذلك: أنه لو جلس عديم التمييز في ملكه فعطب به إنسان فلا ضمان عليه، أما لو قام بإلقاء قشر فاكهة في الطريق فعطب بها حيوان أو إنسان، فإن ذلك يوجب عليه الضمان لتوافر التعدي في فعله المتسبب في إضرار الغير، فبما أن عديم

¹⁶⁴ راجع: شريف احمد شريف حسين، مرجع سابق، ص 92. بدر جاسم اليعقوب، المسؤولية عن استعمال الأشياء الخطرة في القانون

الكويتي، ص 102 مشار له عند السميع عبد الوهاب أبو الخير، مرجع سابق، هامش رقم (1) ص 50.

¹⁶⁵ راجع: عبد السميع عبد الوهاب، مرجع سابق، ص 50.

التمييز له ذمة مالية تحمله بالحقوق والواجبات فإن جبر الضرر أولى من إهماله. وفي ذات السياق ذهب جانب من الفقه إلى القول بأنه إذا كان عديم التمييز تجب عليه زكاة أمواله ونفقاتها فمن باب أولى وجوب تحمله لنتيجة أفعاله الضارة بأن يكون ضامناً لما يلحقه بالغير من أضرار مالية أو جسدية¹⁶⁶.

ونذهب بدورنا إلى ترجيح ضمان عديم التمييز في الشرع والفقه الإسلامي لنتيجة أفعاله الضارة سواء كان مباشراً أو متسبباً، ونستدل على ذلك -بالإضافة لما سبق- بالنصين الشرعيين التاليين:

الأول: قوله تعالى "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ"¹⁶⁷ فهذه العصمة التي أعطاها الشارع الكريم للنفس والمال إن كانت تستتبع درء الحد عن عديم التمييز للشبهة، فهي لا توجب عدم ضمانه لنتيجة أفعاله الضارة بالغير إذا أدت إلى إتلاف نفس هذا الغير دون رضاه.

الثاني: قول الرسول (ص) " لا ضرر ولا ضرار"¹⁶⁸، فقد استوجب هذا الحديث عدم الإضرار بالغير، لكن إذا وقع هذا الإضرار أفلا يكون ضمان على محدثه؟ فإذا كانت القاعدة الأولى التي فرعها الفقه الإسلامي عن هذا الحديث هي قاعدة الضرر يزال، فيكون من الأولى إزالة الضرر، فإذا لم نستطيع إزالته مادياً فيجب علينا ضمانه وإصلاحه بالتعويض عنه¹⁶⁹.

¹⁶⁶ راجع: أبو زيد عبد الباقي مصطفى، مدى مسئولية عديم التمييز التقصيرية في القانون المقارن، القسم الثاني، بحث منشور بمجلة الحقوق الصادرة عن جامعة الكويت، العدد الرابع، السنة السادسة، 1982، ص 104 و 105.

¹⁶⁷ آية 29 من سورة النساء.

¹⁶⁸ بخصوص الإشارة لسند هذا الحديث والقواعد المتفرعة عنه راجع: ما سبق من هذه الدراسة، هامش رقم 6 ورقم 9 ص 4 و 5.

¹⁶⁹ إن التعويض في الشريعة الإسلامية ذو نزعة موضوعية يقتضي إزالة الضرر برد الحالة إلى ما كانت عليه لأن أساسها إزالة الضرر الذي يستوجب تعويض محدث الضرر لنتيجة فعله الضار، ويقوم التعويض بالمال مقام القصاص في العمد بحالة الصلح، وتقوم أيضاً ولو لم يكن هناك خطأ من الفاعل، فالشريعة الإسلامية لا تبحث في فعل محدث الضرر، وإنما يقاس الفعل الضار بمقياس موضوعي قوامه أن الإضرار بالغير يوجب التعويض. راجع: سعيد عبد السلام، مرجع سابق، ص 113 - 116.

أما بخصوص الوضع القانوني لمسئولية عديم التمييز في فلسطين¹⁷⁰:

لقد أقام كل من الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني مسؤولية عديم التمييز وأوجبا ضمانه لنتيجة أفعاله الضارة على ما سبق دراسته وتوضيحه، وهذا يشكل وضع قانوني سليم ومنسجم مع ما تم الأخذ به في الركن المادي الذي ينظر فيه إلى الفعل بحد ذاته ومدى إحدائه للضرر دون بحث لتمييز مرتكبه، فسواء كان الإضرار صادراً عن مميز أو عديم تمييز فإنه يوجب الضمان إذا وجد مفهومه السابق توضيحه.

أما مشروع القانون المدني الفلسطيني فرغم أنه اكتفى بالفعل المجرد لقيام المسؤولية، مما يعني أنه أقام المسؤولية على ركن الضرر دون أن يتطلب أي شرط في هذا الفعل، فبذلك لا يكون هناك أي اعتبار لشخص مرتكبه ومدى تمييزه، إلا أن مشروع القانون المدني الفلسطيني لم يراع ذلك عندما نص في المادة 180 منه على أنه: "1. يكون الشخص مسؤولاً عن أفعاله الضارة متى صدرت منه وهو مميز. 2. إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسئول عنه، أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل مع مراعاة مركز الخصوم".

وفي تقديرنا فإن محاولة إقامة مسؤولية عديم التمييز في الفقرة الثانية من المادة (180) لم تكن منسجمة مع توجه المشروع فيما يخص الركن المادي للفعل الشخصي الموجب للمسئولية التقصيرية، فقد جاءت على نحو استثنائي من الأصل المنصوص عليه في الفقرة الأولى من ذات المادة التي لا تأخذ بمسئولية عديم التمييز بشكل عام عن نتيجة أفعاله الضارة. وبذلك نرى أنه كان من الأولى على واضعي مشروع القانون المدني الفلسطيني مواكبة توجهه السابق فيما يخص الركن

¹⁷⁰ نحيل بحث ودراسة مسؤولية عديم التمييز في قانون المخالفات المدنية الفلسطيني وتعديلاته إلى الفصل الثاني اللاحق؛ لأنه يتطلب

في الركن المادي للفعل الموجب للمسئولية التقصيرية مفهوم خاص يقرب من مفهوم القانون المدني المصري له، وبما ان الركن المعنوي للمسئولية مبني على الركن المادي فإنه سيتم عرضه ودراسته في المبحث اللاحق تبعاً لدراسة الركن المادي لارتباطهما وزيادة فائدة التعرض لدراستهما معاً.

المادي، بالنص على إقامة مسئولية عديم التمييز عن نتيجة أفعاله الضارة. وبذلك نرى ضرورة إبداء الملاحظتين الآتيتين على مسئولية عديم التمييز في مشروع القانون المدني الفلسطيني وهما:

1. إن عدم وضوح رؤية مشروع القانون المدني الفلسطيني بخصوص التوجه الذي يريد تبنيه في المسئولية التقصيرية، بحيث أنه خلط ما بين نظرية تحمل التبعة وأحكام الفقه الإسلامي كما سبق دراسته. وحقيقةً فإنه تبنى أحكام النظرية الموضوعية "نظرية تحمل التبعة"، فلم يأخذ بذلك بأحكام الفقه الإسلامي، وذلك على عكس ما جاء في مذكرته الإيضاحية عند شرحه للمادة 179 من المشروع- السابق ذكره.

2. أخذ مشروع القانون المدني الفلسطيني بأحكام نظريتين مختلفتين ومتضادتين في آن واحد هما: النظرية الموضوعية المتمثلة في نظرية تحمل التبعة فيما يخص تطلبه للفعل المجرد، والنظرية الشخصية القائمة على الخطأ فيما يخص مسئولية عديم التمييز، فهذا الجمع بين نظريتين لاتينيتين متناقضتين في المعنى والأحكام، أوجد نوعاً من عدم الانسجام والتناقض في أحكام المشروع؛ فالأخذ بالنظرية الموضوعية التي تعد الأولوية فيها لركن الضرر تعني قيام مسئولية محدثة بصرف النظر عن تمييزه أو عدم تمييزه، لكن الأخذ بالنظرية الشخصية التي تقيم المسئولية على ركن الخطأ ربما يمكن له أن يتطلب عدم إقامة مسئولية غير المميز، لكي يجعله يدرك أنه ارتكب خطأً وسبب ضرراً للغير.

وقد عبرت المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني خلال شرحها لنص

المادة 180 عن عدم التناقض والتوافق بينها وبين نص المادة 179، فذكرت أن: "نص الفقرة

الأولى من المادة 180 لا يستقيم مع نص المادة 179 التي جعلت الضرر مناط المسئولية

التقصيرية سواء أن كان من أحدث الضرر مميز أو غير مميز"¹⁷¹.

¹⁷¹ راجع: المذكرات الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني، ص 210.

لذلك كان من الأولى أن يكون توجه مشروع القانون المدني الفلسطيني أكثر دقة، وذلك

من خلال تبنيه مدرسة واحدة متناسقة، سنتولى في أعقاب دراسة الفعل الشخصي الموجب للمسئولية التقصيرية في القانون المدني المصري محاولة تحديدها؛ لأن الرؤية ستكون واضحة بعد دراسة النظريات المختلفة والتطبيقات القضائية لها مما يدعنا قادرين على تحديد ما نحتاج إلى تطبيقه في فلسطين، اعتماداً على دراسة التجارب السابقة للدول المجاورة والنظريات المختلفة.

الفصل الثاني: تحديد فكرة الخطأ الموجب للمسئولية التقصيرية في القانون المدني المصري

والقانون الفلسطيني

ذكرنا أن مشروع القانون المدني الفلسطيني قد أقام المسئولية عن الفعل الشخصي الضار على ركن الضرر دون اعتبار لحدوث هذا الضرر نتيجة فعل خاطيء أو غير خاطيء، مما يعني أن مجرد صدور فعل وإحداثه ضرراً للغير يوجب مسئولية فاعله. وبيننا أيضاً أن القانون المدني الأردني والفقهاء الإسلامي قد أقاما المسئولية على فكرة الإضرار؛ بالمباشرة التي يكفي لقيام المسئولية فيها إحداث الضرر بطريق المباشرة، وبالتسبب الذي يتطلب توافر التعدي أو أن يكون الفعل مفضياً إلى الضرر لإقامة مسئولية مسبب الفعل الشخصي الضار.

وكذلك ذكرنا أن كلاً من الإضرار بالمباشرة والإضرار بالتسبب تمثلان صورتين لحدوث الضرر اختص بأحكامهما الفقهاء الإسلامي وأخذ عنه القانون المدني الأردني. كما تبين لنا أن كلاً من القانون المدني الأردني والفقهاء الإسلامي ينظران إلى الفعل وكيفية حدوثه بصرف النظر عن فاعله مما يقربهما من النظرية الموضوعية التي تنظر إلى وجود الضرر وكيفية تعويضه، مع عدم اكتراثها بالفعل الذي سببه وكونه خاطيء أم لا.

لكن القانون المدني المصري تبني النظرية الشخصية التي تقيم المسئولية عن الفعل

الشخصي الضار على فكرة الخطأ التي تستمد أحكامها من الفقهاء والقانون اللاتيني، الذي لا

يعرف فكرة الإضرار التي أخذ بها القانون المدني الأردني والفقهاء الإسلامي، وبذلك فلا بد من توافر خطأ لإقامة المسؤولية في القانون المدني المصري، وذلك على عكس ما أخذ به مشروع القانون المدني الفلسطيني وكلاً من القانون المدني الأردني والفقهاء الإسلامي.

وبما أن أحكام المسؤولية عن الفعل الشخصي الضار في النظرية الشخصية التي أخذ بها القانون المدني المصري عن القانون المدني الفرنسي لم تأت دفعةً واحدةً، بل مرت بعدة مراحل وصلت في نهايتها إلى إقامة المسؤولية على فكرة الخطأ، فسنشير إلى دراسة هذه المراحل بإيجاز على النحو الآتي:

المرحلة الأولى مرحلة الشرائع القديمة:

لقد ساد حكم الغرائز الإنسانية في العصور البدائية بدل تحكيم العقل والمنطق؛ فالرغبة في الإنتقام هي التي كانت سائدة بصرف النظر عن كون الإعتداء مقصوداً أو غير مقصود؛ فلم يكن هناك ضوابط تحكم الرغبة في الثأر والإنتقام، فكان المضرور يسرف في استعمال حقه الذي يعتمد على قوته¹⁷².

لكن بعد أن قويت الجماعة وأصبحت لها سلطة تحكمها تولت تنظيم مسألة الثأر على نحو لا يتم الإسراف فيه لقيام هذه السلطة بالإشراف عليه، مما أدى إلى ظهور فكرة الدية كتعويض للمجني عليه، والتي كانت في بداية الأمر اختيارية يتحكم في تحديد مقدارها المجني عليه، ومن ثم أصبحت هذه الدية إجبارية تتحكم السلطة في تحديد مقدارها، فتوجب على الجاني دفعها وعلى المجني عليه قبولها¹⁷³.

¹⁷² في ذات السياق يقول الفقيه الألماني أيهرنج: " إن نظام الشعوب البدائية يظهر لنا رد فعل عنيف نتيجة التعدي الذي يقع على الفرد، ورد الفعل هذا عنيف من ناحيتين: الأولى أنه تعميده العاطفة فتغيب عنه نظرة الجرم ذاته. والثانية أنه لا يكفي بمجرد إصلاح الأثار الضارة للتعدي وإنما يتطلب أيضاً إرضاءاً شخصياً لشعوره المجرور، الذي يتطلب إيقاع العقوبة". بخصوص الإشارة لذلك؛ راجع: محمد ابراهيم الدسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، دبت، د.م، ص 19.

¹⁷³ راجع: ذات المرجع السابق، ص 19 و 20.

ومع ظهور سلطة الدولة في المجتمع وجدت أن بعض الجرائم لا يقتصر أثرها وضررها على الأفراد بل يتعداهم إلى الدولة ذاتها، مما دعاها إلى التدخل في الأحوال التي يتم الإعتداء فيها على إحدى مؤسساتها بشكل مباشر، ومن ثم تطور تدخلها وامتد ليطلق الجرائم التي تقع على الأفراد وتمس الدولة بشكل غير مباشر كجرائم القتل والسرقة، وترتب على ذلك ضرورة التمييز بين نوعين من الجرائم هما: الجرائم الخاصة التي لا تملك الدولة فيها حق العقاب ويقتصر دورها على فرض الدية المحددة، والجرائم العامة التي توقع فيها الدولة العقوبات بإسم المجتمع بالإضافة إلى فرض الدية؛ مما أدى إلى إصباح طابع التعويض على الدية أكثر من طابع العقاب، ومن هنا ظهرت فكرة الحق في التعويض التي قامت على أنقاض حق الثأر¹⁷⁴. إلا أن المجتمعات القديمة لم تكن تفصل بين المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية؛ لأن كلاً منهما بقيت مرتبطة بالأخرى على نحو لا يمكن تمييزه بشكل واضح ومحدد¹⁷⁵.

المرحلة الثانية مرحلة القانون الروماني:

في البداية كان القانون الروماني يعتمد أساساً على العرف، ثم بدأ تدوين قانون الألواح الإثني عشر¹⁷⁶ الذي ميز بين نوعين من الجرائم هما: الجرائم العامة الضارة بمصالح المدينة،

¹⁷⁴ راجع: سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الأول في الإلتزامات، المجلد الأول في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، القسم الأول في الأحكام العامة، الطبعة الخامسة، أسهم في تنقيحها وتزييدها بأحدث الآراء والأحكام حبيب إبراهيم الخليلي، د.م، 1992، ص 89 و 90.

¹⁷⁵ راجع: عبد الودود يحيى، مرجع سابق، ص 228 و 229.

¹⁷⁶ يعد قانون الألواح الإثني عشر خلاصة ما جمعه الدولة من العرف والعادات السائدة منذ زمن طويل، وذلك بعد تهذيب غير الصالح منها، وقد تم تشكيله في أوائل عصر الجمهورية نحو عام 450 ق.م، ويرى الشراح المحدثون أن قانون الألواح الإثني عشر ما زال يكون الأساس الهام لمعرفتنا بالقانون الروماني القديم. وترجع النظرية التقليدية لسبب تدوين هذا القانون إلى أنه: قد اقتصر القانون في أول الأمر على هيئة الكهنة التي كانت تطبق العرف، ولا تكشف عنه إلا أثناء الخصومة "مرحلة سرية القانون"؛ مما أدى إلى اتهام طبقة الكهنة التي كانت تعين من الأشراف بالتحكم وتفسير العرف لصالح طبقته، وذلك أدى بدوره إلى نشوب ثورة من العامة وشكلت حركة تزعمها آرما وطالب بتدوين القوانين، ونجحت هذه الحركة في استصدار قرار بوقف الحكام العاديين وإحلال لجنة مكونة من عشرة رجال لتدوين القوانين، وأرسلت هذه اللجنة إلى بلاد الإغريق لدراسة قوانين صولون. لكن هذه اللجنة أحدثت من الإستبداد وإساءة استعمال السلطة أثناء مباشرتها الحكم مما دفع إلى نشوب ثورات ترتب عليها إنشاء لجنة أخرى. وقد تمكنت اللجان من تدوين العرف الواجب التطبيق في اثنا عشر لوحاً، شكلت ما عرف بقانون الألواح الإثني عشر. راجع: عبد المجيد محمد الحنفوي، نظرية الإلتزام في القانون الروماني، د.م، 1964/1965، ص 17 و 18.

وكانت عقوبتها تتراوح ما بين الإعدام والجلد والغرامة المالية التي تحمل الصفة العقابية لا صفة التعويض. والجرائم الخاصة التي تقع على الفرد وحده، وكانت عقوبتها تتراوح ما بين القصاص والغرامة المقدرة بموجب القانون¹⁷⁷.

ولم يتمكن القانون الروماني من الفصل بين المسئوليتين المدنية والجنائية؛ فقد كانت القوانين اللاحقة لقانون الألواح¹⁷⁸ كقانون أكيليا¹⁷⁹ تقيم المسؤولية على أساس التعدي المادي الذي يعد مصدراً للإلتزام الجنائي الذي لا يشترط فيه ارتكاب خطأ من الجاني¹⁸⁰. فلم تظهر فكرة الخطأ لقيام المسؤولية إلا في أواخر عهد الجمهورية؛ حيث اشترط لتطبيق قانون أكوليا أن يكون في مسلك الجاني الذي وقع منه التعدي خطأ *culpa*، وكان يكفي لذلك توافر الخطأ اليسير حتى انتهى الأمر إلى أن أصبح لفظ *injury* (الجرح أو الضرر) مرادفاً لمدلول الخطأ *culpa*¹⁸¹.

ورغم الأخذ بفكرة الخطأ وإقامة المسؤولية عليها، إلا أنها لم تظهر كقاعدة عامة في القانون الروماني، وذلك لعدم نضوج فكرة الفصل التام بين المسئوليتين المدنية والمدنية، فلم يصل الفقه الروماني إلى درجة إقامة المسؤولية على فكرة الخطأ، فكانت المسؤولية المدنية تطبق في أحضان المسؤولية الجنائية على مسائل جزئية بطريق القياس أو الإجتهد بناءً على الجرائم

¹⁷⁷ راجع: محمد شتا أبو سعد، الخطأ المشترك، دار الفكر الجامعي، القاهرة، دبت، ص 16.

¹⁷⁸ كقانون أكوليا الصادر حوالي 287 ق.م، وقانون إيبوتيا الصادر حوالي 130 ق.م، وقانون كورنيليا الصادر حوالي 80 ق.م. في الإشارة لهذه القوانين؛ راجع: عبد المجيد الحفناوي، مرجع السابق، ص 17.

¹⁷⁹ نص قانون أكيليا على مجموعة من الأفعال والجرائم وأوجب مسؤولية فاعلها، وأنشأ جريمة الإعتداء على مال الغير كالإضرار بماله الذي يرتكب بقصد الإلتلاف. للتفصيل؛ راجع: محمد ابراهيم الدسوقي، مرجع سابق، ص 34 و 35.

¹⁸⁰ راجع: محمد حسين الشامي، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري واليميني والفقه الإسلامي، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق من جامعة عين شمس، 1989، ص 201. محمد شتا أبو سعد، مرجع سابق، ص 16 و 17.

¹⁸¹ راجع: سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 95. عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، الخطأ والضرر، الطبعة الثانية، د.م، 1999، ص 61.

المنصوص عليها. لكن الإصلاحات الفقهية والبريتورية مهدت الطريق أمام فقهاء القانون الفرنسي القديم ومكنتهم من الفصل التام بين المسؤولية المدنية والمسؤولية الجنائية¹⁸².

المرحلة الثالثة مرحلة القانون الفرنسي القديم وبداية القانون الأنجلوسكسوني¹⁸³:

لقد بدأ القانون الفرنسي القديم تطوره متأثراً بفكرة العقوبة التي كانت مسيطرة على القانون الروماني، إلا أنه ما برح أن تطورت أحكامه حتى وصل إلى التمييز الكامل بين المسؤولية الجنائية التي أصبغ عليها قاعدة (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) والمسؤولية المدنية التي أصبح يكفي لقيامها بارتكاب أي خطأ يحدث ضرراً للغير، وانبثق عن ذلك قاعدة (لا مسؤولية بدون خطأ)¹⁸⁴.

وقد عرض الفقيه دوما DOMAT في مؤلفه "القوانين الفقهية" تصوره لوضع أساس عام تقوم عليه المسؤولية التقصيرية فقال: "إن الخسائر والأضرار التي تحدث بفعل أي شخص سواء كان هذا الفعل؛ نتيجة عدم تبصر أو طيش أو جهل بما ينبغي العلم به أو أي خطأ مماثل مهما كان يسيراً يلزم بتعويضها من تسبب في حدوثها بعدم تبصرة أو بأي خطأ آخر"¹⁸⁵.

وقد صاغ التقنين المدني الفرنسي لعام 1804 المبدأ العام للمسؤولية عن الفعل الشخصي الضار في المادتين 1382 و 1383، حيث نصت الأولى على أن: "كل فعل أياً كان

¹⁸² راجع: محمد حسين علي الشامي، مرجع سابق، ص 22- 28.

¹⁸³ استمد قانون المخالفات المدنية الفلسطيني رقم 36 لسنة 1944 والقانون المعدل له رقم 5 لسنة 1947 أحكامهما من القانون الإنجليزي، فقد تم وضعهما على يد الإنتداب البريطاني، كما نصت المادة الثانية الخاصة بالتعريف من قانون المخالفات الفلسطيني لسنة 1944، على أنه: "1. ينطبق القانون التفسيري على هذا القانون، ومع مراعاة ذلك القانون يفسر هذا القانون وفقاً لمبادئ تفسير القوانين المعمول بها في إنجلترا، بالقدر الذي يتفق في ذلك ومدلولها، وباستثناء المواضع التي ورد فيها نص صريح بخلاف ذلك، وتفسر تلك العبارات والالفاظ وفقاً لتلك الشرائع". وبخصوص نصوص قانون المخالفات المدنية الفلسطيني والقوانين المعدلة له بشكل عام. راجع: منظومة التشريع والقضاء الفلسطيني. [Wep sit. www.muqtafi.birzeit.edu](http://www.muqtafi.birzeit.edu).

¹⁸⁴ راجع: محمد ابراهيم الدسوقي، مرجع سابق، ص 53.

¹⁸⁵ بخصوص الإشارة لقول الفقيه الفرنسي دوما؛ راجع: سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 106 و

يحدث ضرراً بالغير يلزم من فعل مع قصد الإضرار بتعويض هذا الضرر¹⁸⁶، ونصت الثانية على أنه "لا يسأل المرء عن الضرر الذي سببه بفعله فقط بل يسأل أيضاً عما وقع بإهماله أو عدم تبصره"¹⁸⁷.

كما أقام القانون المدني المصري المسؤولية التقصيرية على فكرة الخطأ مستمداً أحكامه من القانون المدني الفرنسي، فنص في المادة 163 منه على أن: "كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض"، ومن ثم نص على أحكام مسؤولية عديم التمييز في المادة 164 من ذات القانون، مستمداً أحكامها من مشروع القانون المدني الفرنسي الإيطالي¹⁸⁸. أما القانون الأنجلوسكسوني الذي أخذ عنه قانون المخالفات المدنية الفلسطيني أحكامه، فقد مرت المسؤولية المدنية فيه بعدة مراحل كما هو الحال بالنسبة للنظام اللاتيني؛ فبدأت بحق الثأر في المجتمعات البدائية وعدم التمييز بين المسؤولية المدنية والمسؤولية الجنائية، مروراً بظهور فكرة الخطأ كأساس لتعويض المضرور، ومن ثم فصل المسؤولية المدنية عن المسؤولية الجنائية، فأصبح الخطأ هو الضابط والمعيار لقيام المسؤولية المدنية بدلاً من مجرد الإضرار بالغير الذي كان معتاداً به كأساس للمسؤولية في المرحلة السابقة¹⁸⁹.

¹⁸⁶ تنص المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي.

Art. 1382: "Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer".

¹⁸⁷ تنص المادة 1383 من القانون المدني الفرنسي.

Art. 1383: "Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence".

¹⁸⁸ في تأكيد ذات المعنى؛ راجع: المذكرة التفسيرية للقانون المدني المصري. مشار لنصوصها كاملة عند؛ قمر محمد موسى، الموسوعة الجامعية في التعليق على القانون المدني، الجزء الثالث، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص 1437 و 1438.

¹⁸⁹ راجع: زهير بن زكريا حرح، الخطأ في المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة في النظام الأنجلوسكسوني والنظام اللاتيني، رسالة لنيل درجة الدكتوراة في الحقوق من جامعة عين شمس، 1999، ص 6-14.

لكن القانون الإنجليزي لم يرق المسؤولية التقصيرية على ذات المفهوم لفكرة الخطأ
المأخوذ بها في القانون المدني الفرنسي والمصري، فقد أورد عدة حالات ذكر من بينها حالة
الإهمال التي يقرب مفهومها من مفهوم فكرة الخطأ في الفقه اللاتيني.

وفكرة الإهمال في القانون الإنجليزي تقوم بدور مزدوج؛ حيث تظهر كشرط
ضروري لقيام المسؤولية في بعض الحالات التي ينظمها القانون، وتبرز في حالات أخرى
كمصدر مستقل وقائم بذاته للمسؤولية دون تحديدها أو ارتباطها بحالات معينة¹⁹⁰.

وبذلك يتبين لنا أنه رغم إقامة المسؤولية عن الفعل الشخصي الضار في كل من
القانون المدني المصري وقانون المخالفات المدنية الفلسطيني على فكرة الخطأ، إلا أنهما
يستمدان أحكامهما من نظامين قانونيين مختلفين، لذا سنقوم بدراسة ماهية الخطأ المتطلب لقيام
المسؤولية في كل منهما في المبحث الأول، ومن ثم سنتناول الأركان المتطلب لقيام فكرة الخطأ
في المبحث الثاني، مستعينين بالتطبيقات القضائية المختلفة¹⁹¹ لجوانب المواضيع المتطلب بحثها
ودراستها.

¹⁹⁰ للتفصيل؛ راجع: ذات المرجع السابق، ص 8 و 9. عاطف النقيب، مرجع سابق، ص 74 و 75.

¹⁹¹ نذكر هنا أنه سيتم الاستعانة بالتطبيقات القضائية لقانون المخالفات المدنية الفلسطيني الصادرة عن المحكمة العليا الإسرائيلية التي تطبق ذات القانون الذي وضع على يد الإنتداب البريطاني وما زال ساري المفعول في كل من فلسطين وإسرائيل. وذلك لدقة التطبيقات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا الإسرائيلية من جهة، ولعدم توفر تطبيقات قضائية فلسطينية كافية لجوانب موضوع هذه الدراسة من جهة أخرى.

المبحث الأول: ماهية الخطأ المتطلب لقيام المسؤولية عن الفعل الشخصي الضار

ترتبط فكرة الخطأ بالسلوك الإنساني وتتصب على وصف هذا السلوك، وبما أنه يصعب ضبطه وتحديد بوضعه ضمن تعريف محدد يكون جامعاً مانعاً لمفهومه، فإن وضع مفهوم منضبط ومحدد لفكرة الخطأ يعد امرأً في غاية الصعوبة، بل إن جميع التعريفات التي وضعت لتوضيح معناه لم تخل من الإنتقاد.

لكن الصعوبات التي تحيط بتحديد مفهوم الخطأ لا تنفي حقيقة أنه يعد ركناً أساسياً لا بد من توافره لقيام المسؤولية عن الفعل الشخصي الضار، وهذا ما أكدت عليه محكمة النقض المصرية في العديد من قراراتها، كما قضت في إحداها إلى القول بأنه: "يتعين للحكم بالتعويض بسبب العدول عن الخطبة أن تتوافر شرائط المسؤولية التقصيرية... فإذا كان سبب العدول مجرداً عن أي فعل خاطيء مستقل عنه فإن الحكم المطعون فيه يكون قد اخطأ في تطبيق القانون إذا قضى للمطعون عليها بالتعويض"¹⁹².

لذلك سنقوم بدراسة المحاولات الفقهية والتطبيقات القضائية التي عرضت لتعريف الخطأ، وصور حدوثه بالإمتناع والفعل الإيجابي، وكذلك سنقف على تحديد أنواع الخطأ وهي: الخطأ العمد والخطأ غير العمد (الإهمال) والفرق بينهما. وبذلك سنتولى دراسة مفهوم الخطأ الموجب للمسؤولية عن الفعل الشخصي الضار في مطلب أول، وصور حدوث الخطأ وأنواعه في مطلب ثانٍ.

المطلب الأول: صعوبة تحديد مفهوم الخطأ والإهمال

¹⁹² راجع: مجموعة الأحكام العربية، المجموعة الدولية للمحاماة والاستشارات القانونية، أقراس ممغنطة (CD)، الإسكندرية و القاهرة، 2000. الطعن رقم 438 لسنة 25 جلسة 28/4/1966. وسيتم الإشارة إلى رقم الطعن والسنة والجلسة في القرارات اللاحقة فجميعها مأخوذة من ذات المصدر المشار له، وإذا وجد مصدر آخر سنشير لذلك.

برزت عدة آراء فقهية وتطبيقات قضائية حاولت إيجاد مفهوم واضح للخطأ كأساس للمسئولية عن الفعل الشخصي الضار، لا سيما في الفقه اللاتيني المصري؛ لتبنيه النظرية الشخصية التي تقيم المسئولية التقصيرية على ركن الخطأ. كما حاول الفقه والقانون الإنجليزي تحديد فكرة الخطأ، لكنه اتبع منهجاً مغايراً لما أخذ به الفقه اللاتيني؛ لأنه يعالج المسئولية التقصيرية *tortious liability* من خلال النص على عدة حالات؛ فالخطأ في القانون الأنجلوسكسوني عدة أوجه كالتعدي وأعمال العنف والتعرض لسلامة الإنسان أو حياته، والمساس بحياته الخاصة أو بكرامته أو أحاسيسه،¹⁹³ وكذلك نص على حالة الإهمال التي وضع لها ضوابط وأحكام خاصة، تقرب مفهومها من بعض المفاهيم التي حاول الفقه اللاتيني وضعها لتعريف فكرة الخطأ.

ومما تجدر الإشارة إليه أن قانون المخالفات المدنية الفلسطيني سار على نهج القانون الإنجليزي، فنص على عدة حالات¹⁹⁴ تقوم المسئولية التقصيرية بتوافرها، ومن ثم أفرد لحالة الإهمال أحكاماً ومفهوماً خاصاً بها.

لذلك يختلف مفهوم الخطأ في القانون المدني المصري عن مفهومه في القانون الإنجليزي؛ لاختلاف المصدر القانوني لكل منهما، والطريقة التي يعالج فيها القانون والفقه اللاتيني المصري الخطأ، عن تلك التي ينتهجها القانون الإنجليزي الأنجلوسكسوني؛ فبينما ينص القانون المدني المصري بشكل صريح على إقامة المسئولية عن الفعل الشخصي الضار على الخطأ، فإن القانون الإنجليزي الذي أخذ عنه قانون المخالفات المدنية الفلسطيني ينص على عدة

¹⁹³ للتفصيل؛ راجع: عاطف النقيب، مرجع سابق، ص 75 و 76.

¹⁹⁴ فقد نص قانون المخالفات المدنية الفلسطيني لسنة 1944 على عدة حالات تشكل كل منها مخالفة مدنية توجب المسئولية التقصيرية *tortious liability*، ومن هذه المخالفات المدنية: الإعتداء ونص عليه في المادة 24، والمقاضاة الكيدية ونص عليها في المادة 30، والتقليد في المادة 33، والإحتيال في المادة 34، وحجز مال الغير في المادة 35، وتحويل مال الغير في المادة 37. بخصوص نصوص هذه المواد راجع: ملحق رقم (1) أ.

حالات تقوم المسؤولية بتوافرها، ومن بين هذه الحالات الإهمال الذي يقرب مفهومه من بعض التعريفات التي وضعها الفقه اللاتيني للخطأ.

فقد عرض الفقه اللاتيني المصري عدة آراء لتعريف فكرة الخطأ، نجملها في ثلاثة اتجاهات رئيسية: ربطت الأولى مفهوم الخطأ بالواجب القانوني، وانشغلت الثانية بوصف الخطأ بأنه سلوك منحرف، وحاولت الثالثة الجمع بين المفهومين السابقين، وسنعرض لدراسة كل منها على حدة.

التوجه الأول ربط مفهوم فكرة الخطأ بالإحراف عن الالتزام أو الواجب القانوني:

فذهب جانب من الفقه إلى تعريف الخطأ بأنه: "العمل الضار غير المشروع أو العمل الضار المخالف للقانون"¹⁹⁵، ويتبين من هذا المفهوم أنه يحدد فكرة الخطأ في إطار الأعمال المخالفة للقانون كوجوب إضاءة مصابيح السيارات ليلاً وعدم تجاوز السائق للسرعة المحددة قانوناً.

ويؤخذ على هذا التعريف أنه لا يمكن تحديد الأفعال الضارة التي ينهى عنها القانون، فوجود بعض النصوص القانونية التي تعين بعض هذه الأعمال، لا ينفي حقيقة أن الكثرة الغالبة منها لم يرد تحديدها في إطار نصوص قانونية محددة، وبذلك فهي تحتاج إلى وضع ضوابط لتحديدها¹⁹⁶، ووضع ضوابط لتحديد الأعمال الضارة يحتاج بذاته إلى بحث ودراسة وتعريف، مما يجعل هذا المفهوم مشوب بالغموض من جهة، ومن جهة ثانية فإنه يضيق مفهوم الخطأ على

¹⁹⁵ يجد هذا التوجه أساسه فيما نصت عليه المادة 212 من القانون المدني المصري المختلط لسنة 1875 من أن: "كل فعل مخالف للقانون يلزم ملزوميه فاعليه بتعويض الضرر الناشئ عنه، ما لم يكن الفاعل غير مدرك لأفعاله سواء أكان لعدم تمييزه بالنسبة لسنة أم لسبب آخر"، وتقابل المادة 151 من القانون المدني الاهلي المصري لسنة 1883. بخصوص الإشارة لهذه النصوص؛ راجع: جمال حسني هارون، مرجع سابق، ص 19.

¹⁹⁶ في الإشارة لهذا الإتجاه ونقده؛ راجع: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول في نظرية الإلتزام بوجه عام ومصادر الإلتزام، الطبعة الثانية، أضاف في حواشيتها عبد الباسط جميعي ومصطفى محمد الفقي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1964، ص 879.

نحو لا يصلح لشمول جميع الحالات التي يتضمنها مفهومه؛ فلا يكفي مراعاة السائق للسرعة المحددة قانوناً لانتفاء مسؤوليته عن نتيجة الحادث الذي سبب ضرراً للغير، بل لا بد من مراعاته جميع الظروف المحيطة بحالة الطريق ومدى ازدحامها بالمارة¹⁹⁷.

لذلك ذهب جانب آخر من الفقه إلى تعريف الخطأ بأنه: "الإخلال بالالتزام قانوني سابق، وقد حددت هذه الإلتزامات في أربعة أقسام: الأول عدم الإعتداء بالقوة على أموال الناس وأشخاصهم. الثاني الإمتناع عن استخدام وسائل الغش والخديعة. الثالث عدم القيام بالأعمال التي تتطلب مهارة خاصة لدى الإنسان، ولا تتوافر فيمن يقدم عليها. الرابع الإلتزام ببذل العناية في رعاية الأشخاص المسئول عنهم والأشياء التي في حوزته ورعايته"^{198 199}.

وطال هذا التعريف عدة انتقادات نبرز أهمها:

- أن هذا التعريف لم يقتصر على تحديد مفهوم الخطأ، وإنما يعرض بشكل أساسي إلى أقسام الخطأ وأنواعه أكثر من كونه يضع تعريفاً له²⁰⁰.
- لو افترضنا أن هذا التعريف يقربنا من تحديد فكرة الخطأ لأنه يعتبر كل إخلال بواجب سابق خطأ يستوجب المسؤولية، فإن ذلك يعيدنا إلى فكرة تحديد الواجبات التي يعد الإخلال بها خطأ،

¹⁹⁷ سنتولى توضيح ودراسة الظروف المحيطة التي يجب على الشخص مراعاتها لعدم الانحراف عن السلوك المعتاد، عند بحث الركن المادي للخطأ لاحقاً. فقد اكتفينا هنا بالإشارة لها بالقدر الذي يتضح معه قصور التعريف في المتن عن تحديد مفهوم الخطأ فقط.

¹⁹⁸ وضع هذا التعريف للخطأ الفقيه الفرنسي بلانيول، وهو يعد من المحاولات المهمة لتعريف الخطأ. بخصوص الإشارة لنص هذا التعريف وتأكيد أهميته؛ راجع: حسن عكوش، المسئولية العقدية والتقصيرية في القانون المدني الجديد، دار الفكر الحديث للطباعة والنشر، القاهرة، 1973، ص 28 و 29. حسين النوري، مصادر الإلتزام وأحكامه، مكتبة عين شمس، القاهرة، دت، ص 42 و 43.

¹⁹⁹ يرى الأستاذ سليمان مرقس أن هذا التعريف يعد الأساس الذي انطلقت منه كافة المحاولات الرامية إلى التوسع في مفهوم فكرة الخطأ. راجع: سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 187. ويؤكد الأستاذ محمود جمال زكي على أن هذا التعريف كان له أصداء واسعة في الفقه الفرنسي والمصري على حد سواء. راجع: محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسئولية المدنية، الجزء الأول، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، 1978، ص 23.

²⁰⁰ راجع: عيد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 88. حسن عكوش، مرجع سابق، ص 29. حسين النوري، مرجع سابق، ص 43.

والتي إذا تم حصرها وتحديدها من قبل المشرع زالت الصعوبة²⁰¹؛ لأنه لا يمكن قصر فكرة الخطأ على الإخلال بالالتزام منصوص عليه صراحة في القانون، فذلك يترتب عليه تضيق فكرة المسؤولية التقصيرية عموماً على نحو يهدد العدالة وحماية القانون²⁰². فالصعوبة تكمن في تحديد الواجبات التي يعد الإخلال بها خطأ، رغم المحاولات التي بذلت في سبيل تحديدها²⁰³، كما أن النص على جميع هذه الواجبات يتنافى مع طبيعة القانون الذي ينص على قواعد عامة مجردة لا يمكن ضبط وتحديد مدى مخالفتها بسهولة.

- إذا كانت المسؤولية عن الفعل الشخصي الضار تقوم على وضع قانوني سابق في الوجود عليها؛ فليس هذا الوضع سوى قاعدة سلوكية، فهو ليس التزاماً حقيقياً يقع على الكافة لمصلحة الكافة؛ لأن الإلتزام هو علاقة قانونية بين طرفين يكون أحدهما مديناً للآخر، فتقييد السلوك الإنساني على النحو السابق يعد خلافاً للأصل في الحرية المعتادة²⁰⁴.

وفي تقديرنا إن تعريف الخطأ بأنه إخلال بالالتزام سابق، يكون أكثر ملاءمةً لتعريف

فكرة الخطأ في المسؤولية العقدية؛ لأن الإلتزامات تكون محددة ومرتبطة من قبل أطراف العقد

²⁰¹ راجع: محمد شريف عبد الرحمن أحمد، مسؤولية من تجب عليه الرقابة عن هم تحت رقابته، رسالة لنيل درجة الدكتوراة في الحقوق مقدمة لجامعة عين شمس، 1995/1996، ص 269.

²⁰² راجع: حسام الدين كامل الأهواني، النظرية العامة للإلتزام، الجزء الأول، المجلد الثاني، دم، 1997/1998، ص 92.

²⁰³ عرض الاستاذ سليمان مرقس لمحاولة تحديد الواجبات القانونية وإمكانية حصرها ضمن قسمين هما: الأول الواجبات القانونية المعينة بنصوص خاصة توجب أمور معينة تعييناً دقيقاً كالإلتزامات التي تفرضها لوائح المرور بنصوص خاصة ومنها واجب السير على يمين الطريق، وواجب إضاءة مصابيح السيارة ليلاً. والثانية هي الإلتزامات التي يكتفي المشرع عند تعيينه لها بتقرير مبدأ عام تاركاً للقاضي تطبيقه ليمكنه تعيين الواجبات في كل حالة على حدة حسب مقتضيات الظروف ومثال ذلك: المبدأ الذي يوجب في استعمال الرخص القانونية اتخاذ الحيطة اللازمة لتحاشي الإضرار بالغير كواجب مقاول البناء ومالكه في اتخاذ الحيطة اللازمة لمنع سقوط شيء من مواد البناء على المارة في الطريق. راجع: سليمان مرقس، مذكرات في الفعل الضار، محاضرات ألقيت على طلبة كلية الحقوق في جامعة فؤاد الأول عام 1947/1948، المطبعة الإجتماعية، بولاق، ص 97 و 98. وفي تقديرنا إن هذه المحاولات التي عكفت على تحديد الإلتزامات القانونية تبين صعوبة هذا التحديد أصلاً؛ لأنه إذا امكنا التسليم بإمكانية تحديد النوع الأول من هذه الإلتزامات المحددة بنصوص قانونية واضحة وتبقى إلتزام محدد، إلا أنه لا يمكننا تحديد الإلتزامات العامة التي تمثل النوع الثاني لكثرة هذه الإلتزامات من جهة، ولأنه لا بد من الرجوع إلى القاضي لتحديد مدى المسؤولية التقصيرية الناجمة عن مخالفتها؛ لأن تحديدها ينظر فيه إلى الظروف الخاصة بكل قضية، وهذا يستتبع القول بعدم الإمكانية لتحديد هذه الإلتزامات إلا بالرجوع للقاضي.

²⁰⁴ راجع: محمود جمال الدين زكي، مرجع سابق، ص 13.

بمحض حريتهم الكاملة مما يجعل الإخلال بهذه الإلتزامات من قبل أحدهم يشكل خطأً موجباً للمسئولية؛ إلا أن هذا التعريف لا يصلح لتطبيقه على فكرة الخطأ في المسئولية التقصيرية التي لا تقوم على الإخلال بالإلتزامات قانونية محددة مسبقاً في كثير من الحالات.

في ذات التوجه السابق لمفهوم الخطأ ذهب جانب آخر من الفقه إلى تعريفه بأنه: "إخلال بالإلتزام قانوني مقترن بإدراك المخل إياه"²⁰⁵. ويؤخذ على هذا التعريف أنه لا يمكن تحديد الضوابط الموضحة للأعمال الضارة المخالفة للقانون²⁰⁶، مما يعيدنا إلى دوامة البحث في تحديد الواجبات القانونية التي لا يمكن حصرها. فهو لم يضيف لسابقه سوى إمكانية إدراك المخل لنتيجة فعله الضار؛ مما يعني أنه أضاف ركن الإدراك للإخلال بالواجبات القانونية، دون أن يلتفت إلى توضيح ووصف فكرة الخطأ، ليتمكن من تجنب الإنتقادات التي وجهت للمفاهيم السابقة التي جاءت في ذات المعنى.

التوجه الثاني وصف الخطأ بالإنحراف عن السلوك المألوف:

في خضم الإنتقادات المتقدمة للتوجه السابق في تعريف فكرة الخطأ، ذهب جانب آخر من الفقه إلى تعريفه بأنه: "انحراف في السلوك المألوف للشخص العادي مع الإدراك لهذا الإنحراف"²⁰⁷، ورغم تميز هذا التعريف عن سابقه؛ لتكيزه على وصف فكرة الخطأ، إلا أنه منتقد؛ لأنه لا يمكن تحديد السلوك المألوف الذي يشكل الإنحراف عنه خطأً يوجب المسئولية،

²⁰⁵ راجع: سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 188. عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الإلتزام، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة، بيروت، 1979، ص 540. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، النظرية العامة للإلتزام، منشأة المعارف الإسكندرية، 2005، ص 302.

²⁰⁶ راجع: حسن عكوش، مرجع سابق، ص 29.

²⁰⁷ راجع: عز الدين الدناصوري وعبد الحميد الشواربي، المسئولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، الطبعة السادسة، دم، 1997، ص 61. حسام الدين كامل الاهواني، مرجع سابق، ص 92 و 93. أنور سلطان، مصادر الإلتزام في القانون المدني الاردني، دراسة مقارنة، الطبعة الاولى، عمان، 1987، ص 299.

فهو يثير التساؤل عن الخط الفاصل بين ما يعد سلوكاً مألوفاً من الأفعال وما لا يعد كذلك، وهذا ما نرى عدم إمكانية تحديده بسهولة.

لذلك حاول جانب آخر من الفقه تحديد مفهوم الخطأ من خلال الجمع بين الإخلال بالواجب القانوني ومخالفة السلوك المألوف، فعرفه بأنه: "إخلال بالالتزام قانوني هو بذل العناية اللازمة باليقظة في السلوك والتبصر تجنباً للإضرار بالغير، وبالتالي فإذا انحرف الشخص عن هذا السلوك وكان من القدرة على إدراك انحرافه أو إخلاله وجبت مسئوليته"²⁰⁸.

ونرى أن هذا التعريف منتقد من جانبين هما: الأول أنه أوجد واجب قانوني عام على

كافة الناس باتخاذ الحيطة والحذر لعدم الإضرار بالغير، وبذلك فإنه يمكن اعتبار الإضرار بالغير قرينة على الإنحراف عن السلوك المطلوب، مما يعني اعتبار وقوع الضرر قرينة على وجود الخطأ، وهذا في تقديرنا يهدد وجود النظرية الشخصية التي تقوم على فكرة الخطأ التي أخذ بها القانون المدني المصري، وهذا في رأينا أيضاً ما دعا واضعوا هذا التعريف إلى توضيح مفهومه بالعودة إلى فكرة السلوك المألوف، وذلك يقودنا إلى القول بالانتقاد الثاني وهو إن عودة التعريف إلى فكرة السلوك المألوف يعيدنا بدوره إلى التساؤل السابق عن ماهية السلوك المألوف الذي هو ذاته بحاجة إلى تحديد ودراسة.

ولعل صعوبة تعريف فكرة الخطأ في إطار الفقه وكثرة الإنتقادات الموجهة لمحاولات تحديد مفهومه هي التي دعت جانب من الفقه إلى القول بأن: "مفهوم الخطأ ما زال محل خلاف رغم كل الدراسات التي تناولته، ولم يخل من الخط، رغم أن هناك إجماع على أنه ناتج عن عمل أو امتناع بالمخالفة للإلتزام أو القاعدة أو الواجب، كما أن المعنى القانوني لفكرة الخطأ ليس له مغزى أكثر من وجود تقصير في السلوك يتطلب الحرص لحماية الآخرين من أجل

²⁰⁸ راجع: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 881 و 882. عبد الودود يحيى، مرجع سابق، ص 232. وفي تبني هذا التعريف وتأبيده؛ راجع. حسين النوري، مرجع سابق، ص 43.

المصلحة العامة الإجتماعية²⁰⁹، وهذا التحليل يعد وصفاً للأفعال الموجبة للمسئولية وليس تعريفاً للخطأ، فهو يوضح مشكلة مفهوم الخطأ دون وضعه تعريف منضبط له.

لذلك سنحاول تحديد مفهوم الخطأ من خلال دراسة بعض القوانين التي حاولت توضيح مفهومه، بالإضافة إلى عرض بعض التطبيقات القضائية التي تعرضت لتحديد المقصود به. فقد نص كل من التشريعين المغربي والتونسي على تعريف فكرة الخطأ غير المقصود؛ فنصت المادة 78 من القانون المدني المغربي على أن: " كل شخص مسئول عن الضرر المعنوي والمادي الذي أحدثه، لا بفعله فقط ولكن بخطئه أيضاً، وذلك عندما يثبت أن هذا الخطأ هو السبب المباشر في ذلك الضرر. وكل شرط مخالف لذلك يكون عديم الأثر. والخطأ هو ترك ما كان يجب فعله، أو فعل ما كان يجب الإمساك عنه، وذلك من غير قصد لإحداث الضرر"²¹⁰.

كما نصت المادة 83 من قانون الإلتزامات والعقود التونسي على أن: "من تسبب في مضرة غيره خطأً سواء كانت المضرة حسية أو معنوية فهو مسؤول بخطأه إذا ثبت أنه هو السبب

²⁰⁹ هذا القول للفقهاء الفرنسي أسمان. في الإشارة له؛ راجع: محمد حسين علي الشامي، مرجع سابق، ص 97 و 98.

²¹⁰ بخصوص نصوص قانون الإلتزامات والعقود المغربي؛ راجع: (مكتبة التشريعات العربية، أقراص ممغطة "CD"، القاهرة، 2000)، ونورد هنا بعض ما جاء في كتاب وزارة العدل المغربية من شرح لهذه المادة لأهميته، حيث ذكرت أنه: " عند انعدام قصد الإضرار ففي أية حالة يمكن للقاضي أن يصرح بأن فعلاً حصل عن خطأ، أو امتناعاً عن فعل أدى إلى ضرر. أ. كل إخلال بنص قانوني، أو خرق لأحد الضوابط التنظيمية، ينشئ حتماً خطأً دونما إجابة إلى البحث عما إذا كان المخطيء حينما أقدم على خطئه فعلاً أو امتناعاً كان باستطاعته أن يقدر عواقبه أم لا، مثل سائق السيارة الذي يسير على الجانب الأيمن من الطريق. ب. نفس ما سبق يجري أيضاً وبصفة عامة، يجري على كل إخلال بالعادات وبالأخص عند ممارسة إحدى الرياضات مثل سباق السيارات أو الدراجات. ج. وفي حالة عدم وجود نص قانوني، أو ضابط أو عادة، فإنه يتحتم على القاضي، أن يبحث عما إذا كان المخطيء قد أقدم على فعل ما كان لشخص آخر غيره، يحتاط عادةً لنفسه، ويعرف مجريات الأمور، ويوجد في نفس الظروف، أن يقوم عليه...وبعبارة أخرى، يتعين عليه أن يتبين كون المخطيء قد سار في نفس الإتجاه الذي كان غيره من الأشخاص ينتظرون منه السير فيه أم لا وهل مارس حقه ممارسة غير تعسفية". راجع: (توفيق عبد العزيز وسعيد الفكاهي وحسين جعفر، التعليق على قانون الإلتزامات والعقود المغربي، الجزء الأول، الطبعة الأولى، الدار العربية للموسوعات، القاهرة، 1986، ص 276 و 277). وبذلك نجد أنه على الرغم من أن نص المادة 78 من القانون المدني المغربي لم يضع مفهوماً شاملاً لفكرة الخطأ، إلا أن شرح هذه المادة قد أفاض في وضع الضوابط التي يمكن الإستعانة بها عند تحديد مفهوم فكرة الخطأ، وذلك من خلال شمول ذلك التعريف لفكرة الإخلال بالنصوص القانونية أو الأعراف أو العادات أو السلوك العادي المنضبط، للشخص الذي يوجد في ذات الظروف التي وجد فيها محدث الضرر، فهذا المفهوم الواسع لفكرة الخطأ يقرب مفهومها بشكل كبير من فكرة التعدي في الفقه الإسلامي، وفي تقديرنا فإن توسيع مفهوم فكرة الخطأ على هذا النحو؛ لكي تكون قادرة على مواجهة التطورات التي أصابت نواحي السلوك الإنساني المختلفة.

الموجب للمضرة مباشرةً. وكل شرط يخالف ذلك لا عمل عليه. والخطأ هو ترك ما وجب فعله أو فعل ما وجب تركه بغير قصد الضرر²¹¹.

نلاحظ أن كلاً من التشريعين المدنيين المغربي والتونسي قد بينا أن الإهمال يتمثل بترك ما كان يجب فعله أو فعل ما كان يجب الإمساك عنه من غير قصد لإحداث الضرر. ونرى أن هذا التعريف يشمل جميع حالات الإهمال كقلة الإحترار وعدم اتخاذ الإحتياطات اللازمة؛ لأن هذه الحالات تصدر من غير قصد لإحداث الضرر أو التسبب به، وهذا برأينا يعبر عن دقة الوصف القانوني لمفهوم فكرة الخطأ غير المقصود في هذه التشريعات. وفيما يخص قانون المخالفات المدنية الفلسطيني الذي يستمد أحكامه من القانون الإنجليزي common law، فيبدو أكثر ضبطاً لفكرة الخطأ الموجب للمسئولية التقصيرية؛ لأنه أورد قانون خاص بالمسئولية عن الفعل الضار وهو ما يسمى ب law of tort، ونص فيه على عدد من الحالات الموجبة للمسئولية، كالإعتداء على شخص الغير أو التعدي على أمواله المنقولة أو حبسه دون وجه حق، والتي يمكن أن ينتج عنها مساءلة جزائية بالإضافة للمساءلة المدنية بالتعويض، كما عرض لفكرة الإهمال كإحدى الحالات الموجبة للمسئولية²¹². وفي ذات الإتجاه سار قانون المخالفات المدنية الفلسطيني، الذي نص على مجموعة من الحالات التي توجب مخالفتها مسؤولية محدث الضرر، فقد عرض لهذه الحالات ووضع لها مفاهيم تفصيلية ومحددة، ومنها الإعتداء على شخص الغير والقذف والمقاضاة الكيدية والإحتيال والتجاوز على أمواله المنقولة وتحويل مال الغير...، ولا نود بحث هذه الحالات جميعها لسببين: الأول أن بحث ودراسة هذه الحالات يتطلب تخصيص دراسة كاملة أو أكثر، مما يخرج هذه

²¹¹ القانون عدد 87 / 2005، مجلة الإلتزامات والعقود التونسية، وزارة العدل وحقوق الإنسان، منشورات مركز الدراسات القانونية والقضائية، المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، تونس، 2005.

²¹² للتفصيل في شرح هذه الحالات في القانون الإنجليزي؛ راجع: زهير بن زكريا حرح، مرجع سابق، ص 25 وما بعدها.

الدراسة عن هدفها ومسارها. والثاني أن فكرة الخطأ في هذه الحالات تتحقق عند مخالفة النصوص المتعلقة بها، والتي تحددها بشكل دقيق وتفصيلي.

لذلك نود أن نعرض لبعض التطبيقات القضائية لمحكمة العدل العليا الإسرائيلية التي تطبق ذات القانون الساري في فلسطين، والذي تم وضعه من قبل سلطة الانتداب البريطاني على فلسطين، فيما يخص حالات الخطأ، ومن ثم نعرض لبعض التطبيقات القضائية لحالة الإهمال التي تقرب في مفهومها من فكرة الخطأ في النظام اللاتيني الفرنسي المصري.

فقد ذهبت المحكمة العليا الإسرائيلية بصفتها محكمة استئناف مدني في إحدى قراراتها التطبيقية لنص المادة 24²¹³ من قانون المخالفات المدنية الفلسطيني لعام 1944²¹⁴ المتعلقة بحالة الإعتداء على الغير، فقضت بأنه: "يتحمل أفراد الشرطة المسؤولية عن الأضرار التي لحقت بالمدعي نتيجة اعتداءهم عليه طبقاً لنص المادة 24 من قانون الأخطاء المدنية... لأن أفعال الشرطة غير مبررة قانوناً، ولأنها مخالفة لتعليمات معاملة السجناء وتحديداً رقم 128 منها التي لا تبيح الضرب إلا في حالة الدفاع عن النفس أو حالة الهروب لمنعه هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنه لا يمكن إقامة مسؤولية الدولة عن أفعال الإعتداء طبقاً لنص المادة 26²¹⁵ من ذات

²¹³ تنص المادة 24 من قانون المخالفات المدنية الفلسطيني على أن: " الاعتداء هو استعمال أي نوع من أنواع القوة نحو شخص آخر عن قصد، سواء أكان ذلك بطريق الضرب أم اللطم أم الدفع أم بأية صورة أخرى، مباشرة أو غير مباشرة، بغير رضى المعتدى عليه أو برضاه إذا كان هذا الرضى قد استحصل عليه بطريق الغش والاحتيال أو بمحاولة استعمال تلك القوة أو التهديد نحو شخص آخر، بفعل أو إيماء، إذا كان القائم بالمحاولة أو التهديد قد تسبب في حمل الشخص الآخر على الاعتقاد، بناء على أسباب معقولة، بأنه كان ينوي في ذلك الحين ويملك من القدرة ما يمكنه من تنفيذ غايته. إيفاء بالغايات المقصودة من هذه المادة، تشمل عبارة "استعمال القوة" استعمال الحرارة أو النور أو القوة الكهربائية أو الغاز أو الرائحة أو أية مادة أخرى أو شيء آخر مهما كان نوعه إذا استعمل إلى درجة ينجم عنها ضرر".

²¹⁴ تشير المحاكم الإسرائيلية إلى قانون المخالفات المدنية الفلسطيني في أحكامها المترجمة إلى الإنجليزية بـ " civil wrongs ordinances, 1944" بمعنى نظام الأخطاء المدنية لعام 1944، أو law of tort, 1944 " بمعنى قانون الجرح.

²¹⁵ تنص المادة 26 من قانون المخالفات المدنية الفلسطيني على أنه: " بالرغم مما ورد في هذا القانون، لا يتحمل الأصيل أو المخدم تبعة أي اعتداء يرتكبه وكيله أو خادمه، على أي شخص آخر، إلا إذا كان قد أجاز ذلك الاعتداء أو أقره صراحة".

القانون التي تتطلب قيام المفوض والأصيل (الدولة) بإجازة الإعتداء أو إقراره صراحةً لقيام مسؤوليته، وهذا ما لم يتوافر في أفعال الشرطة التي كانت بناءً على تصرف شخصٍ منهم²¹⁶.

يتبين لنا من هذا القرار أن مفهوم الخطأ في الحالات التي نص عليها القانون، يتحقق بمخالفة ما هو منصوص عليه في القانون بشأنها، وبالتالي لا تثور صعوبة كبيرة في تحديد مدلول فكرة الخطأ في هذه الحالات؛ لأنها محددة بشكل مفصل ودقيق بموجب النصوص القانونية. لكن ما يهمنا دراسته وتحديد مفهومه بشكل خاص هو فكرة الإهمال كأحد الحالات المنصوص عليها في قانون المخالفات المدنية الفلسطيني لعام 1944 والقوانين المعدلة.

فقد عرضت المادة 5 من قانون المخالفات المدنية الفلسطيني لسنة 1947 "المعدل" المعدلة للمادة 50 من قانون المخالفات المدنية الفلسطيني لعام 1944 لتحديد مفهوم فكرة الإهمال فنصت على أنه: "يتألف الإهمال من: أ. إتيان فعل لا يأتيه شخص معتدل الإدراك ذو بصيرة في الظروف التي وقع فيها الفعل، أو التخلف عن إتيان فعل لا يتخلف شخص كهذا عن إتيانه في الظروف التي وقع فيها التقصير. ب. بالتخلف عن استعمال الحذق أو اتخاذ الحيطة في ممارسة مهنة أو حرفة أو صناعة مما يستعمله أو يتخذه شخص معتدل الإدراك ذو بصيرة من ذوي الكفاية في تلك المهنة أو الحرفة أو الصناعة في مثل تلك الظروف"، ويتبين من هذا النص أنه وضع الإطار العام لفكرة الإهمال التي نحتاج إلى تحديد مفهومها بالرجوع إلى الفقه والقانون الإنجليزي.

فهناك تعريفين أو فكرتين يتجاذبان مفهوم الإهمال في النظام الأنجلوسكسوني هما:

الأولى تشير إلى السلوك الموسوم بعدم بذل العناية أو الحرص والحيطة على الرغم من وجود

²¹⁶راجع: The supreme court sitting as a court of civil appeal, 31 december 1963, N 358/63. وبخصوص

نص القرار راجع: Wep sit. www.court.gov.il/hep/hom.htm. 6/8/2006. وسيتم الإشارة فيما يأتي إلى اسم المحكمة ورقم القرار بالنسبة لقرارات المحكمة العليا الإسرائيلية؛ لأنها مأخوذة من ذات المرجع "wep sit" المشار له، وإذا كان هناك مصدر آخر سيتم الإشارة لذلك.

واجب قانوني يقضي بضرورة بذل العناية، بمعنى إغفال القيام بعمل يقوم به الشخص العادي أو إثبات عمل لا يأتيه الشخص العادي. والثانية تقتضي وجود واجب بالعناية أو الحيطة أي القيام بعمل بالرغم من احتمال حدوث النتيجة، فذلك يجب أن ينعكس على الحالة الذهنية للإنسان، وبالتالي على عمله، فإن لم يحدث ذلك ركن الإنسان إلى المجازفة، فأحدث النتيجة، مما يجعله مهملاً ويوجب مسؤوليته²¹⁷.

لكن نجد أن فكرة الإهمال في النظام الأنجلوسكسوني تقوم بدور مزدوج؛ فهي تظهر كشرط ضروري لقيام المسؤولية في بعض الحالات التي تنظمها من جهة، وتظهر باعتبارها مصدراً للمسؤولية في حد ذاته أي بدون تحديد لحالات معينة من جهة أخرى²¹⁸، ومن الجدير بالقول أن ما يهمنا هو المعنى أو الحالة الأخيرة لفكرة الإهمال، أي عندما تكون مصدراً قائماً ومستقل بحد ذاته للمسؤولية. وفي ذات المعنى ذهب أحد القضاة الإنجليز إلى تعريف الإهمال في قضية قضى فيها، بأنه الذهول عن القيام بأمر يأتيه رجل عاقل توجهه اعتبارات هي التي تحكم عادة أعمال الناس، أو في القيام بعمل شيء لا يأتيه شخص متعقل²¹⁹. ونرى أن هذا التعريف بحاجة إلى توضيح ماهية الأمر الذي يأتيه الرجل المتعقل ولا يأتيه الرجل غير المتعقل، وبذلك فإن هذا التعريف يشوبه الغموض وعدم التحديد؛ لاختلاف تقدير مفهوم الفعل المتعقل من شخص لآخر طبقاً لمفهومه الخاص لفكرة التعقل والسلوك العاقل، وهذا بدوره يقودنا إلى القول بصعوبة وضع تعريف جامع مانع لفكرة الإهمال في قانون المخالفات المدنية الفلسطيني والقانون الإنجليزي؛ لأنها على غرار فكرة الخطأ في الفقه اللاتيني، تتعلق بالسلوك

²¹⁷ راجع: محمد شتا أبو سعد، أصول المسؤولية التقصيرية في قانون المعاملات المدنية السوداني، الكتاب الأول، الطبعة الأولى،

دم، 1984، ص 105- 107.

²¹⁸ راجع: زهير بن زكريا حرح، مرجع سابق، ص 108.

²¹⁹ راجع: قضية Bryth. V. Birmingham works, c. 1856. مشار لها عند. عاطف النقيب، مرجع سابق، ص 77.

الإنساني وتتصب على وصفه وبما أنه غير منضبط ومتغير فيصعب وضعه في إطار مفهوم محدد منضبط.

لذلك سنعرض لفكرة الخطأ والإهمال في إطار التطبيقات القضائية لقانون المخالفات المدنية الفلسطينية "المطبق في إسرائيل" والقانون المدني المصري، بغية محاولة وضع مفهوم واضح أو إطار محدد على الأقل لفكرة الخطأ والإهمال في كلا القانونين المستمدين من نظامين قانونيين مختلفين.

فقد عرضت المحكمة العليا الإسرائيلية بصفتها محكمة استئناف جنائي لتحديد مفهوم فكرة الإهمال الموجب للمسئولية بوضوح، فذكرت في إحدى قراراتها أن: " معنى الإهمال المنصوص عليه في المادة 50 من قانون الأخطاء المدنية لعام 1944 يتألف من ثلاثة عناصر وهي: أولاً وجود واجب قانوني. ثانياً خرق هذا الواجب. ثالثاً تسبب ذلك بالضرر. وخرق واجب العناية يتحقق عند الإنحراف عن السلوك المألوف للرجل العادي إذا وجد في ذات الظروف التي وجد فيها محدث الضرر"²²⁰.

وبذلك فإن مفهوم الواجب القانوني يشمل أي واجب عام مفروض بموجب القانون، ولتحديد ذلك بوضوح نعرض لقرار المحكمة العليا الإسرائيلية بصفتها محكمة استئناف مدني قضت فيه بأن: "التفرقة بين واجب الأب في رعاية أبنائه كواجب أخلاقي يتمثل في إعطائهم الحنان والرعاية اللازمة لهم، والذي لا تنهض المسئولية بخصوصه. وبين الواجب القانوني للأب في الإنفاق على أبنائه وتعليمهم ورعاية حاجاتهم الأساسية، والمفروض عليه بموجب قانون الوصاية الإسرائيلي، والذي تنهض المسئولية عنه، فيشكل خرقه إيجاب المسئولية وقيامها، وفي سبيل تحديد معيار هذا الخرق يمكن اللجوء إلى فكرة الرجل العادي وهو في هذه

²²⁰ راجع: "The supreme court sitting as a court of crim appeal, April 29, 1954, N 1/52"

الدعوى يتمثل في الأب الذي وجد في ذات الظروف التي وجد فيها الأب مسبب الضرر، وبذلك فإن عدم قيام الأب بتعليم أبنائه وتوفير الاحتياجات الأساسية لهم وفق ما تم النص عليه في القسم 15 من قانون الوصاية والصفة القانونية، بل إنه تركهم دون أدنى رعاية مما أدى إلى وضعهم في مؤسسات رعاية خاصة، فلم يقوم بزيارتهم في هذه المؤسسات، كذلك لم يستقبلهم في بيته، فإن ذلك يقيم مفهوم الإهمال الموجب للمسئولية في حقه مما يلزمه بتعويض الأضرار التي لحقت بهم²²¹.

وبذلك يتبين لنا من خلال التطبيقات القضائية لمحكمة العدل العليا الإسرائيلية لقانون المخالفات المدنية الفلسطينية الساري المفعول في إسرائيل، يتحقق عند مخالفة أو خرق واجب قانوني مفروض على الشخص بموجب نظام أو قانون، على أن يراعى في خرق هذا الواجب مدى التزامه بالسلوك المألوف والمتعارف للرجل العادي، والظروف المحيطة به، ومثال ذلك: وجوب الإلتزام بالواجبات التي تفرضها قوانين السير كالسير وفق سرعة محددة أو كوجوب إضاءة مصابيح السيارة ليلاً، فإذا خالف هذه الواجبات قامت مسؤوليته، كما أنه يجب عليه مراعاة ظروف الطريق وكونها مبللة أو وعرة مما يلزمه بالنزول بسرعه عن السرعة العادية المحددة للظروف العادية، وذلك لملاءمة سرعه مع هذه الظروف الإستثنائية.

وبتحديد مضمون فكرة الإهمال في ظل التطبيقات القضائية لقانون المخالفات المدنية الفلسطيني المستمدة والمعتمدة على السوابق القضائية الإنجليزية، نرى ضرورة التعرض

²²¹ تتلخص وقائع الدعوى في: " إهمال اب لرعاية أبنائه الثلاثة، فقام بعد انتحار أمهم بالزواج من امرأة أخرى،الذين لم يول أي اهتمام يذكر بهم، لذلك تم وضعهم في جمعيات للرعاية بهم، كما أنه لم يكن يستقبلهم عند قدومهم لزيارته، بالرغم من انتظارهم لمقابلته ساعات حول اسوار بيته، مما أدى بدوره إلى انحرافهم في سلوكهم وإصابتهم بعقد نفسية، وألم ومعاناة شديدين من جراء هذا الإهمال الكبير لهم، وكذلك لم يكن ينفق عليهم مطلقاً". راجع: **The supreme court sitting as the court of civil Appeals,**

للتطبيقات القضائية لفكرة الخطأ الموجب للمسئولية عن الفعل الشخصي الضار من خلال دراسة بعض قرارات محكمة النقض المصرية التي عرضت لمفهومه.

وقبل التعرض للتطبيقات القضائية لفكرة الخطأ التي لم يضع لها القانون المدني المصري تعريف خاص، نعرض لما أورده المذكرة الإيضاحية من شرح لنص المادة 163 التي أقامت المسئولية على فكرة الخطأ، فقد ذكرت أنه: " لا بد من توافر خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما، ويغني لفظ الخطأ في هذا المقام عن سائر النعوت والكنى التي تخطر للبعض. فهو بهدف تناول الفعل السلبي (الإمتناع) والفعل الإيجابي... ويجب أن يترك تحديد الخطأ لتقدير القاضي وهو يسترشد في ذلك بما يستخلص من طبيعة نهي القانون عن الإضرار من عناصر التوجيه فثمة التزام يفرض على الكافة عدم الإضرار بالغير ومخالفة هذا النهي ينطوي فيه الخطأ، ويقضي هذا الإلتزام تبصراً في التصرف بوجوب إعماله عناية الرجل الحريص"²²².

وتطبيقاً لمفهوم الخطأ الذي حددت المذكرة إطاره في شرحها لنص المادة 163 من القانون المدني المصري، قضت محكمة النقض المصرية في قرار لها بأن: "إخلال الشخص في الإلتزامات التي تفرضها عليه القوانين واللوائح يعد خطأً، ويستوجب المسئولية التقصيرية، ومن ثم فإن الجار الذي يخالف القيود القانونية يرتكب خطأً، فإذا ترتب على خطأه هذا ضرر للجار فإنه يلتزم بتعويضه"²²³. ويتبين من هذا القرار أن معنى الخطأ يتوافر بالخروج عن نصوص قانونية محددة لالتزامات قانونية كمخالفة الجار للإلتزامات القانونية المفروضة عليه تجاه جاره.

كما قضت محكمة النقض المصرية في قرار آخر لها بأنه: "إذا كان من الثابت أن الصحيفة التي يمثلها المطعون عليه نشرت ما تناوله التحقيق الإبتدائي في مرحلة من مراحل

²²² راجع: قمر محمد موسى، الموسوعة في التعليق على القانون المدني، مرجع سابق، ص 1442.

²²³ راجع: الطعن رقم 2233 لسنة 51، جلسة 21/11/1982. وفي تأكيد محكمة النقض المصرية على ذات المعنى لفكرة الخطأ؛ راجع: الطعن رقم 197 لسنة 34 ق، جلسة 26/10/1967. الطعن رقم 267 لسنة 47 ق، جلسة 27/1/1981. الطعن رقم 280 لسنة 34 ق، جلسة 16/4/1968.

عن توجيه الإتهام إلى الطاعنين معرفين بأسميهما والإفراج عنهما بضمان مالي، وذلك قبل أن يتحدد موقفهما بصفة نهائية من هذه التحقيقات الجنائية دون تريث إلى حين التصرف فيها، وعلى نحو متسرع... وبهذا التسرع مست بسمعتهما... وهذا التسرع يشكل انحراف عن السلوك المؤلف للشخص المعتاد، وهو ما يتوافر فيه ركن الخطأ الموجب للمسئولية التقصيرية دون حاجة إلى تبين سوء النية من عدمه²²⁴. ويتبين من ذلك أن مفهوم الخطأ توافر هنا بمخالفة الصحفي لقيد قانوني هو عدم نشر معلومات تمس بالأشخاص في مرحلة التحقيق الابتدائي لعدم صدور قرار قاطع بحقهم يؤكد التهم المنسوبة إليهم أو ينفىها.

يستفاد من ذلك بوضوح أن فكرة الخطأ في القضاء المصري تتحقق في حالتين يتم تقدير توافرها من قبل القاضي وهما: الأولى تتمثل بمخالفة الواجبات التي تفرضها اللوائح والأنظمة والتعليمات القانونية. والثانية تتحقق بالانحراف عن الواجبات القانونية العامة. ويراعى في كل ذلك السلوك المؤلف للرجل المعتاد في ظل الظروف التي وجد فيها.

ونخلص مما تقدم إلى محاولة وضع إطار لفكرة الخطأ، في القانون المدني المصري، والتي يمكن تحققها: بالإخلال بالواجبات المنصوص عليها بشكل محدد في القانون أو الواجبات القانونية العامة، على نحو يشكل انحرافاً عن السلوك المؤلف للرجل العادي في ذات الظروف التي وجد فيها، الذي يتم تقدير مدى توافره من قبل القاضي مع إدراك الشخص لهذا الإخلال.

وقد ينتقد هذا الإطار المحدد لمفهوم فكرة الخطأ؛ بأنه لم يحدد ماهية السلوك المؤلف، والواجبات القانونية التي تتحقق فكرة الخطأ بالانحراف عنها، والرد على هذا الانتقاد يتكون من جانبين: الأول أنه لا يمكن ضبط فكرة الخطأ ووضعها في إطار جامد ومحدد دون الرجوع إلى القاضي؛ لأنها تنصب أصلاً على وصف سلوك إنساني متغير من مكان إلى آخر، ومن زمان

²²⁴ راجع: الطعن رقم 1844 لسنة 52 ق، جلسة 17/6/1990.

إلى آخر، وبالتالي لا يمكن وصف سلوك متطور وغير منضبط بمفهوم شامل وكامل ومنضبط، وهذا بدوره يقودنا إلى النقطة الثانية وهي أنه يمكن ترك تحديد فكرة الإنحراف عن السلوك المؤلف والواجبات القانونية وتقدير مدى توافرها إلى القاضي، وذلك وفق ظروف كل قضية على حدة مع الإلتزام بالضوابط التي يمكن التعارف عليها وضمانها من خلال تواتر التطبيقات القضائية من جهة، ومن خلال تعدد درجات التقاضي التي تتيح للمحكمة الأعلى مراقبة توافر فكرة الخطأ من عدم توافرها. لذلك كله لم نضع تعريف محدد لفكرة الخطأ، كما درج على ذلك الباحثين، وإنما اكتفينا بوضع الإطار المحدد لمفهوم فكرة الخطأ الشخصي الموجب للمسئولية التقصيرية.

وفي ذات الإطار المحدد لمفهوم فكرة الخطأ، نجد أن محكمة النقض المصرية أكدت في العديد من قراراتها على أن: "تكييف الفعل المؤسس عليه طلب التعويض بأنه خطأ أو نفي هذا الوصف عنه هو من المسائل التي يخضع قضاء محكمة الموضوع فيها لرقابة محكمة النقض، إلا أن استخلاص وقوع الفعل المكون للخطأ الموجب للمسئولية هو مما يدخل في حدود السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع، ما دام هذا الإستخلاص سائغاً ومستمداً من عناصر تؤدي إليه من وقائع الدعوى"²²⁵.

ويتبين من الإطار المحدد لفكرة الخطأ أنها يمكن أن تقع وفق عدة صور أو وجوه؛ فيمكن أن تحدث بفعل إيجابي أو بفعل سلبي، كما أن هذا الفعل قد يكون مقصوداً أو غير مقصود أي ناتج عن إهمال، وفي سبيل توضيح مفهوم فكرة الخطأ سنعرض لتحديد المقصود بكل من صور حدوثه وأنواعه في المطلب التالي مباشرة.

²²⁵ راجع: الطعن رقم 7723 لسنة 59، جلسة 13/5/1993. وقد أكدت محكمة النقض المصرية على ذات المعنى في العديد من قراراتها؛ راجع: الطعن رقم 306، لسنة 59، جلسة 13/5/1993. الطعن رقم 306 لسنة 59ق، جلسة 29/4/1993. الطعن رقم 1914 لسنة 56 ق، جلسة 9/5/1991.

المطلب الثاني: صور حدوث الخطأ وأنواعه.

قبل التعرض لصور حدوث الخطأ وأنواعه نرى ضرورة عرض جانب من شرح المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري للمادة 163 منه، حيث أشارت إلى صور حدوث الخطأ وأنواعه فذكرت أنه: " يغني لفظ الخطأ ... فهو يتناول الفعل السلبي (الإمتناع) والفعل الإيجابي، وتنصرف دلالاته إلى مجرد الإهمال والفعل العمد على حدٍ سواء²²⁶ .

يستفاد من ذلك أن الخطأ كما يحدث بالفعل الإيجابي، فإنه يمكن أن يتحقق بالإمتناع، وأن مفهومه يشمل الفعل العمد ومجرد الإهمال، وهذه الإصطلاحات أو المفاهيم بحاجة إلى دراسة لتوضيح مفهومها، وكذلك لنتمكن من إبراز أهمية التفرقة بينها وأوجه حدوثها، كما أن ذلك يسهم في توضيح مفهوم فكرة الخطأ الموجب للمسئولية عن الفعل الشخصي الضار. لذلك سنعرض لدراسة صور حدوث الخطأ في فرع أول، وأنواعه في فرع ثانٍ.

الفرع الأول: صور حدوث الخطأ

يترتب الخطأ على الفعل الإيجابي كما أنه يحدث بالفعل السلبي، لكن ما هو مفهوم كل من الفعل الإيجابي والسلبي، الذي يتحقق به قيام ركن الخطأ الشخصي الموجب للمسئولية التقصيرية؟ وفي سياق الإجابة على هذا التساؤل.

فقد أورد الفقه بعض التعريفات لفكرة الخطأ الإيجابي، فهناك من يعرفه بأنه: "ما يكون فعل المخطيء فيه عملاً إيجابياً كإتلاف مال الغير"²²⁷. وتجدر الإشارة هنا، إلى أن ارتكاب الجرائم المعاقب عليها على اختلاف درجاتها، سواء المنصوص عليها في قوانين العقوبات أو القوانين المكملة لها، تعد من قبيل الخطأ الإيجابي الموجب للمسئولية؛ لأن من

²²⁶ راجع: معوض عبد التواب، المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996، ص 455.

²²⁷ راجع: عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق، ص 546.

ارتكب جريمة فقد ارتكب فعلاً يستحق العقاب من أجله، وفي ذات الوقت يكون قد ارتكب خطأً إيجابياً يوجب المسؤولية التقصيرية على مرتكبه²²⁸.

لكن هناك من عرف الخطأ الإيجابي بأنه إغفال اتخاذ احتياطات معين كان يجب اتخاذه عند ممارسة عمل ما، كمجاوزة السرعة القانونية وإطلاق الرصاص خارج أماكن التدريب أو داخلها دون اتخاذ الحيطة اللازمة²²⁹.

ويتبين من ذلك أن فكرة الخطأ الإيجابي تشمل كل أفعال الجرائم على اختلاف درجاتها كالسرقة والإعتداء على الغير أو الغش والنصب، وتحريض الناس على الإخلال بالتزاماتهم، ومن المنفق عليه أن هذه الأفعال تشكل مخالفة للواجبات القانونية على نحو يشكل انحرافاً عن السلوك المعتاد، وبالتالي فهذه الحالات تعد أخطاءً إيجابية تقيم مسؤولية محدثها²³⁰.

أما فكرة الخطأ السلبي؛ فهي تتحقق بالإمتناع عن عمل، وذلك باتخاذ موقف سلبي كعدم القيام بعمل معين، ومثال ذلك: امتناع الطبيب عن علاج مريض أو سكوته عن إخطار مريضه الذي يعالجه بإصابته بمرض معدٍ خطير، وترك المقاول لحفرة كان قد أحدثها في الطريق أو في مكان عام، وكذلك سكوت أحد الأشخاص عن الإدلاء بمعلومات تؤدي إلى الكشف عن المجرم الحقيقي مما يترتب عليه إظهار براءة المتهم²³¹.

ويستفاد من مجموع هذه الحالات أن فكرة الخطأ السلبي تتحقق في حالة الإمتناع المجرد عن القيام بعمل، كالإمتناع عن تقديم المساعدة لشخص بحاجة إليها مع عدم التعرض

²²⁸ راجع: محمد أحمد عابدين، التعويض بين الضرر المادي والموروث، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002، ص 29 و 30.

²²⁹ راجع: سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 271.

²³⁰ راجع: محمد أحمد عابدين، التعويض بين المسؤولية العقدية والتقصيرية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1995، ص 25 و 26.

²³¹ راجع: سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 271.

للخطر، والإمتناع عن معالجة مريض بحاجة إلى العلاج، وكذلك تتحقق في حالة الإمتناع المسبوق بعمل إيجابي، كعمل حفرة في مكان عام ومن ثم الإمتناع عن اتخاذ الاحتياطات اللازمة لمنع وقوع الأطفال أو الاشخاص البالغين فيها.

لذلك فإن الفقهاء درجوا على التفرقة بين نوعين من الخطأ السلبي "الإمتناع" هما:

الأول وهو الإمتناع المجرد دون وجود فعل إيجابي يسبقه. والثاني الإمتناع بمناسبة عمل إيجابي قام به الشخص دون اتخاذ الاحتياطات اللازمة لمنع إضراره بالغير²³²، وسنعرض لدراسة كلٍ منها، للوقوف على مفهوم الإمتناع المتطلب لقيام فكرة الخطأ الموجب للمسئولية عن الفعل الشخصي الضار.

أولاً الإمتناع بمناسبة القيام بعمل:

توجد هذه الصورة من الإمتناع عند القيام بنشاط معين، دون إحاطته بالتدابير اللازمة لمنع وقوع المخاطر والأضرار التي تلازمه أو يحتمل وقوعها، وبمعنى آخر هو موقف سلبي يرتبط بنشاط معين للمسئول ويندمج معه²³³.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن هناك اتفاق بين الفقهاء على وجوب قيام مسؤولية الممتنع بمناسبة عمل، كإمتناع السائق عن تهدئة السرعة في منطقة مزدحمة، وكذلك إمتناع المقاول أو

²³² راجع: أنور سلطان، مرجع سابق، ص 303. إلا أن الأستاذ مصطفى عبد السيد الجارحي يذهب إلى عدم الإعتراف بالتقسيم المذكور في المتن، فيقول " لا نقر من جانبنا محاولات التمييز بين الإمتناع المجرد، والإمتناع بمناسبة عمل، وذلك لأن هذه المحاولات قد أغفلت الواجب القانوني كميّار للتمييز، فعند تحديد ما إذا كان الإمتناع خطأ أم لا، علينا أولاً وأخيراً البحث عن الواجب القانوني المدعى به قبل هذا الإمتناع، فإذا تبين أن الإمتناع مخالف لذلك الواجب كان الخطأ متوافراً، وسواء كان الإمتناع أثناء فعل أو كان مستقلاً". راجع: (مصطفى عبد السيد الجارحي، الخطأ بالإمتناع، بحث منشور في مجلة القانون والإقتصاد الصادرة عن جامعة القاهرة، السنة الثانية والخمسون، 1982، مطبعة دار الهنا، 1984، ص 366). ولا نوافق الرأي الأخير فيما ذهب إليه؛ لأنه في حالة الإمتناع بمناسبة عمل -يتوجب على الشخص القيام باتخاذ كافة الإجراءات اللازمة لعمله لكي لا يضر بالغير، فذلك لا يحتاج إلى واجب قانوني محدد، بل يكفي لتحقيقه أن يقوم الشخص أو الهيئة بعمل دون اتخاذ الإجراءات الكفيلة بمنع ضرر هذا العمل بالغير، كعمل حفرة من قبل الهيئة المحلية في الشارع وعدم قيامها بإحاطتها بسياج أو بتنبية الناس إلى وجودها.

²³³ راجع: جهان العطار الحسيني، المسؤولية المدنية بسبب الإمتناع عن الفعل، حلقة بحث قدمت لجامعة دمشق للحصول على درجة الدبلوم في القانون الخاص، 1999/2000، ص 22.

إهماله وضع علامة تنبه إلى الحفرة التي حفرها في الطريق العام، حيث يعتبر مسئولاً عن الضرر الذي يحدث للغير بسبب السقوط فيها²³⁴.

كما أن محكمة النقض المصرية أكدت على قيام المسؤولية في حالة الإمتناع بمناسبة عمل، فذهبت في إحدى قراراتها إلى القول بأن: "استعمال الطاعنين آلات ميكانيكية ثقيلة في ذلك أساسات عمارتهم الملاصقة لمبنى المطعم ضده، دون اتخاذهم للإحتياطات الواجبة في هذه الحالة لمنع ما تحدثه هذه العملية من ضرر في مبنى الجار، يعد خطأً يستوجب مسئوليتهم عن تعويض الضرر الذي تسبب عنه طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية"²³⁵.

وذاً الحكم مطبق بالنسبة لقانون المخالفات المدنية الفلسطيني، كما أن المحكمة العليا الإسرائيلية بصفتها محكمة استئناف مدني أكدت على ذات المعنى، فقضت في إحدى قراراتها بأن: "عدم وضع سياج على حفرة محدثة في مكان عام، مما أدى إلى وقوع أحد الأطفال الذي لا يجاوز عمره 12 عام فيها، يستوجب المسؤولية التقصيرية tortious liability على القائم بهذه الحفرة، لعدم اتخاذه الإحتياطات اللازمة بإحاطة الحفرة بسياج ينه إلى وجودها ويحول دون وقوع الأطفال فيها، مما شكل إهمالاً في جانبها يوجب مسئوليتها وفق قانون الجرح الإسرائيلي لعام 1944"²³⁶.

لكن هناك جانب من الفقه اعتبر حالة الإمتناع بمناسبة عمل من قبيل الفعل الإيجابي، حيث يكون الإمتناع عن اتخاذ الإجراءات اللازمة ضمن العمل الإيجابي المتعلق به، فيوصف بأنه إهمال وقع في ممارسة الفعل المذكور، كما لو أغفل شخص إطفاء لفاة تبغ قبل إلقائه لها

²³⁴ راجع: محمد حسين علي الشامي، مرجع سابق، ص 193.

²³⁵ راجع: الطعن رقم 320 لسنة 34ق، جلسة 15/2/1968.

²³⁶ تتلخص وقائع الدعوى في: " سقوط طفل يبلغ من العمر 12 عام في حفرة، مقامة في الحارة اليهودية في البلدة القديمة في القدس كانت سلطة الآثار الإسرائيلية قد حفرتها دون أن تضع حولها سياج يمنع سقوط الأطفال بها، أو دون اتخاذ أي إجراء من شأنه تنبيه الأشخاص إلى وجود هذه الحفرة ويحول دون تضررهم بالوقوع فيها". راجع: **The supreme court sitting as the court**

.of civil Appeal, march 14, 2004, N 140/2000

في سلة المهملات، مما أدى إلى اشتعال النار في السلة وما يحيطها من أثاث ومستندات، وبالتالي فليس المقصود بهذه الحالة الخطأ السلبي²³⁷.

ونؤيد هذا الرأي فيما ذهب إليه؛ فالضرر يحدث في هذه الحالة لعدم اتخاذ الإحتياطات اللازمة للفعل الإيجابي الذي ينجم عنه الضرر للغير، وبذلك فإن المادة (179) من مشروع القانون المدني الفلسطيني التي تطلبت الفعل الإيجابي، يشمل حكمها حالة الإمتناع بمناسبة عمل. كما نلاحظ أن حكم هذه الحالة هو وجوب الضمان في كل من قانون المخالفات المدنية الإنجليزي الأصل، والقانون المدني المصري اللاتيني الأصل، والقانون المدني الأردني المستقى من أحكام الفقه الإسلامي، فيما يخص المسؤولية التصويرية، مما يعني وجود اتفاق بين هذه المدارس في بعض الحالات التطبيقية وأخذها ذات الحكم فيما يخص الفعل الشخصي الموجب للمسؤولية التصويرية بصددها، رغم اختلاف طريقتها في معالجة أحكامه.

ثانياً الإمتناع المجرد:

يتحقق مفهوم الإمتناع المجرد، في حالة الإمتناع عن القيام بعمل أو بإتخاذ موقف سلبي مستقل عن أي عمل إيجابي، كإمتناع الطبيب عن علاج مريض أو سكوته عن إخطار الطبيب لمرضع الطفل الذي يعالجه بإصابة الرضيع بمرض معدى خطير، وكذلك ترك الجار جريمة ترتكب عند جاره دون قيامه بما في وسعه كإخافة المجرمين وإزعاجهم أو إغاثته المجني عليه أو الإستغاثة من أجله²³⁸.

وقد أنكر أنصار المذهب الفردي قيام مسؤولية الممتنع في هذه الحالة، واستندوا في

رأيهم إلى عدة مبررات، نعرض لذكر وإبراز أهمها²³⁹:

²³⁷ راجع: سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، مرجع سابق، هامش رقم 330 ص 271.

²³⁸ راجع راجع: ذات المرجع السابق، ص 271 و 272.

²³⁹ للتفصيل بخصوص هذه المبررات؛ راجع: عبد الحكم فودة، مرجع سابق، ص 22- 25. جهان العطار الحسيني، مرجع سابق، ص

المبرر الأول أنه لا يمكن توافر علاقة السببية بين مجرد الإمتناع، وبين الضرر الذي ترتب عليه؛ لأن الضرر يرجع إلى العامل الأول الذي أحدثه، دون أن يكون للإمتناع دخل فيه.

المبرر الثاني إن أنصار المذهب الفردي يذهبون إلى القول بأنه: لا يفرض على الإنسان أي واجب قانوني، وإنما يكفي أن يطلب منه عدم القيام بعمل إيجابي يلحق الضرر بالغير، وبالتالي فإذا كان الفرد مطالب بالإمتناع عن إيقاع الأذى بالناس فإنه غير مطالب بأن يدفع الأذى عنهم. وعرض جانب من الفقه إلى الرد على هذه المبررات؛ ففيما يخص المبرر الأول فهو

يشكك في كفاية الإمتناع كسلوك، وبذلك فهو يعده مجرد عدم لا ينتج أو يسبب ضرر للغير، وهذا منتقد؛ لأن الإمتناع صورة للسلوك الإنساني، فهو يضم عنصراً إيجابياً هو الإرادة المتجهة على نحو معين، وبذلك فهو تعبير عن هذه الإرادة، كما أنه من الناحية المادية وسيلة لبلوغ غاية في العالم الخارجي، وكل هذا يحول دون وصفه بأنه ظاهرة سلبية، وإذا كان الإمتناع لا يمكن وصفه بأنه عدم، فهو يصلح لأن يسبب نتيجة إجرامية أو ضرراً معيناً²⁴⁰، وكذلك إذا أمكن

ونود أن نبين هنا أن بعض أنصار المذهب الفردي في الفقه الفرنسي ذهبوا إلى القول بأن: الإمتناع لا يعد خطأً مدنياً إلا إذا كان مخالفاً لنص قانوني يوجب القيام بالعمل الذي حصل الإمتناع عنه؛ أي أنهم قصرُوا الواجبات القانونية التي يمكن أن يكون الإمتناع المخالف لها خطأً مدنياً على الواجبات التي يأمر بها نص قانوني محدد دون سواها، وذلك على غرار القانون الجزائي الذي يعتمد على مبدأ لا عقوبة ولا جريمة دون نص. وفي الرد على هذا الإتجاه؛ قيل أنه: لا يمكن الأخذ بالمبدأ المقرر في القانون الجنائي، وذلك منذ أن تقرر المبدأ العام الذي يلزم كل من ارتكب خطأً سبب ضرراً للغير بتعويض هذا الضرر، ومنذ أن نص المشرع الفرنسي على هذا المبدأ في المادة 1382 مدني، هذا من جهة، ومن جهة ثانية فإن الخطأ الإيجابي لا ينحصر في مخالفة النصوص القانونية بل يتحقق في مخالفة أي واجب قانوني ولو كان غير منصوص عليه ما دام يمكن تعيين هذا الواجب ومداه بالرجوع إلى معيار الرجل العادي، وبالتالي فإنه لا محل للتفرقة في ذلك بين الخطأ الإيجابي والسلبي. راجع: سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 273-275.

رغم أننا ندعو إلى وجوب تحقق المسؤولية في حالة الإمتناع كما هي في الفعل الإيجابي، لنتمكن من مساءلة كل شخص لم يساعد آخر بحاجة للمساعدة مع قدرته على ذلك وعدم تعرضه للخطر، إلا أن ذلك غير متحقق؛ فمفهوم الإمتناع الشخصي المجرد الموجب للمسؤولية لا يتحقق كما هو الحال في حالة الفعل الإيجابي، وهذا بدوره يوافق ما ذهب إليه أنصار المذهب الفردي، ويناقض ما قال به الأستاذ سليمان مرقص، ولتوضيح رأينا نجري المثال الآتي: إذا كان يجب على الطبيب عند معالجته لأحد المرضى أن لا ينحرف عن معيار الرجل العادي وذلك بصدد فعل إيجابي، لكن ذلك لا يمكن إعماله في حالة الإمتناع المجرد فلا يمكن القول بأن الطبيب الذي يمتنع = عن علاج أحد الأشخاص مع حاجته لذلك وقدرة الطبيب على علاجه، يعتبر مسؤولاً عن الضرر اللاحق به بدعوى أن الطبيب العادي كان يمكن له لو وجد في ظروف هذا الطبيب أن يعالج المريض. بذلك نرى أنه في حالة الإمتناع المجرد لا بد من وجود واجب قانوني محدد يلزم الشخص بالقيام بعمل معين للقول بقيام مسؤوليته عن امتناعه عن القيام بهذا العمل.

²⁴⁰ راجع: مصطفى عبد السيد الجارحي، مرجع سابق، ص 368 و 369.

القول بأن الإمتناع ليس سبباً للنتيجة الضارة، إلا أنه يعد مكملاً لسببية الفعل الإيجابي السابق عليه، إذ يتيح للخطر الناشئ عنه أن يتحول إلى اعتداء فعلي²⁴¹.

وفيما يخص المبرر الثاني فقد انتقده جانب من الفقه؛ بدعوى أنه إذا كان من الممكن مساءلة الفرد عن عمله الإيجابي الخاطيء من دون النظر إلى مسألة النيل من حرিতে فيما أقدم عليه من عمل، فإنه لا مبرر للأخذ بهذه الفكرة عندما نكون بصدد مساءلة شخص عن عمل من المفترض عليه القيام به، ليمنع وقوع الضرر على الغير²⁴².

وفي تقديرنا مهما وجه إلى المذهب الفردي من انتقادات، إلا أنه كان له بعض الأثر، الذي يبرز بما قرره القانون والقضاء المصري من عدم إقامة للمسئولية عن مجرد الإمتناع عن مساعدة الغير إذا كان في خطر مع عدم تعرض الشخص عند إنقاذه للأذى، فهذا الواجب هو واجب أخلاقي لا يرتقي إلى درجة المساءلة عنه، فيمكن لمن يرى شخص يغرق أن لا ينقذه رغم قدرته على ذلك مع عدم تعرضه للخطر، وبالتالي لا تقوم مسئوليته بصدد عدم القيام بإنقاذ المشرف على الغرق²⁴³، وبذلك فإنه لا بد من وجود واجب قانوني على الشخص ليتمكن مساءلته عن إمتناعه عن القيام بهذا الواجب، الذي يؤدي إلى إلحاق الضرر بالغير أو مفاقة الضرر الحاصل لهم بفعل آخر.

إلا أن المسئولية عن الإمتناع تقوم في حالة وجود واجب قانوني عام، فالمحافظ أو العمدة الذي يدلي لإحدى الصحف بمعلومات يمتنع عن الإدلاء بها لصحيفة أخرى، تقوم مسئوليته في هذه الحالة، كما تقوم مسئولية النادي الذي يرفض إدخال عربات فندق معين إلى فئاته مع سماحه ذلك لغيره من الفنادق²⁴⁴، ففي هذه الحالات نرى أن المحافظة أو هيئة الفندق

²⁴¹ راجع: جهان العطار الحسيني، مرجع سابق، ص 25.

²⁴² راجع: ذات المرجع السابق، ص 24.

²⁴³ راجع: عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق، ص 546.

²⁴⁴ راجع: عبد الحكم فودة، مرجع سابق، ص 25.

أغفلت مبدأً وواجب قانوني عام مكفول عادةً في غالبية دساتير دول العالم، وهو مبدأ المساواة في التعامل من قبل الهيئات والمؤسسات العامة مع الأفراد أو الهيئات الأخرى، لكن ذلك المبدأ بحاجة إلى دراسة وفق كل حالة على حدة لتبين مدى مخالفته ومدى الضرر الناجم عن ذلك، وجميع الظروف المحيطة بالحالة التي يجب على القاضي البت فيها.

وفي سبيل تحديد مدى قيام المسؤولية عن الفعل السلبي أو الإمتناع نجد أن محكمة

النقض المصرية قضت في قرار لها بأنه: " إذا كانت الهيئة المطعون ضدها، لم تتخذ

الإحتياطات اللازمة والكفيلة بغلق أبواب القطارات أثناء سيرها، فلا تفتح إلا بعد الوقوف في

محطات الوصول رغم تفشي ظاهرة تدافع الركاب الصاعدين والنازلين من القطارات، قبل

وقوفها بالمحطات مما يشكل ركن الخطأ الموجب للمسؤولية التقصيرية في جانبها"²⁴⁵.

فيتبين من ذلك أن عدم اتخاذ الإجراءات اللازمة لمنع إلحاق الضرر بالغير من قبل

السلطة الملزمة بذلك، يقيم مسؤوليتها القانونية، إلا أن ذلك لا ينفي حقيقة كون المسؤولية لا

تتهض بخصوص الإمتناع المجرد من أي التزام قانوني، وفي تأكيد هذا المعنى قضت محكمة

النقض السورية في إحدى قراراتها بأنه: " ومن حيث أن الوقائع التي استثبتها الحكم الإبتائي

المصدق استئنافاً تفيد بأن الإدارة توقعت قيام المظاهرات وأصدرت أوامرها بمنع التجول،

ولكنها لم تتخذ الإحتياطات اللازمة ولم توزع قواتها بشكل يكفي لحماية أموال المواطنين مما

أدى إلى إلحاق الأذى بالسيارة دون أن يقوم رجال الأمن بأية محاولة لمنع المتظاهرين... ومن

حيث أن هذه المسؤولية الناجمة عن الخطأ السلبي فيما ينسب للإدارة من تقصير في اتخاذ

الإجراءات اللازمة لقمع ما حدث، مما يجعل الإدارة ملزمة بالتعويض عن الضرر... ومن

حيث أن المسؤولية التقصيرية تترتب على كل خطأ يجر إلى ضرر فإن مساءلة الجهة الطاعنة

²⁴⁵ راجع: الطعن رقم 5174 لسنة 65 ق، جلسة 26/6/1996.

بعد أن قامت رابطة السببية بين الخطأ والضرر من جانبها سليمة وبالتالي يتعين رفض الطعن²⁴⁶.

وبذلك لا يمكن نهوض المسؤولية بصدد الإمتناع المجرد دون وجود واجب قانوني يتم الإمتناع عنه، وفي ذات المعنى ذهبت محكمة النقض المصرية في إحدى قراراتها إلى القول بأن: "مجرد العدول عن الخطوبة مهما طال أمدها والإمتناع عن إتمام الزواج، لا يعد سبباً موجباً للتعويض مهما استطلت مدة الخطوبة، إلا إذا اقترن هذا العدول بأفعال أخرى مستقلة ألحقت ضرراً بأحد الخطيبين"²⁴⁷.

وفي ذات الإتجاه نجد توجه القانون الإنجليزي الذي أخذ عنه قانون المخالفات المدنية الفلسطيني، فلم يقيم مسؤولية من يمتنع عن مساعدة الغير كالإمتناع عن إنقاذ غريق يشرف على الموت²⁴⁸، لكن إذا وجد واجب قانوني على الممتنع يلزمه باتخاذ الإحتياطات أو القيام بواجبات معينة فيتوافر مفهوم الإهمال الموجب للمسؤولية عند الإمتناع عن القيام بهذه الواجبات، وفي ذات المعنى قضت المحكمة العليا الإسرائيلية بصفتها محكمة استئناف مدني في قرار لها بأن: "عدم اتخاذ رب العمل الإحتياطات اللازمة، فلم يسيح الأجزاء الخطرة من الآلات الميكانيكية في مصنعه مما تسبب في إصابة أحد العمال بالضرر، يشكل إهمالاً من جانبه تمثل في خرقة الواجب القانوني المفروض عليه بموجب نظام المصانع لسنة 1946 والذي يوجب على رب

²⁴⁶ راجع: نقض مدني سوري رقم 165 بتاريخ 16/5/1964، مجلة القانون، ص 443. مشار له عند . شفيق طعمة وأديب اسنانبولي ومحمد علي الأسطواني ومحمد منير برمدا، التقنين المدني السوري، نصوص قانونية وأعمال تحضيرية ومذكرات المشروع التمهيدي واجتهادات قضائية وتعليقات فقهية، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دم، 1992، ص 864 - 866.

²⁴⁷ راجع: الطعن رقم 174 لسنة 27 ق، جلسة 15/11/1963.

²⁴⁸ راجع: Clerk & lindsell, on torts (13 edition) london, 1969, N 861. بخصوص الإشارة له؛ راجع: مصطفى السيد الجارحي، مرجع سابق، هامش رقم 3 ص 374.

العمل تسييج الأجزاء الخطرة من الآلات الميكانيكية لمنع وصول العمال إليها، وبالتالي منع تعرضهم لخطرهما²⁴⁹.

لكن نرى أن القانون المدني الفرنسي قد تميز عن كل من القانون المدني المصري وقانون المخالفات المدنية الفلسطيني المستمد من القانون الإنجليزي، فأوجب مسؤولية من يمتنع عن إنقاذ حياة الغير دون تعرضه للخطر، واعتبر بموجب نص المادة 63 من قانون العقوبات الفرنسي الصادر في عام 1945، أن مجرد إمتناع الشخص عن مساعدة الغير دون تعرضه شخصياً لخطر ما جريمة، وبذلك فإن مخالفة النص المذكور بالإضافة إلى كونه يشكل جريمة، فهو يقيم ركن الخطأ المتطلب في المسؤولية التقصيرية، والذي يستمد وجوده من مخالفة الواجب القانوني الذي فرضه قانون العقوبات المذكور²⁵⁰.

وبعد دراسة صور تحقق الخطأ سواء بالفعل الإيجابي أو بالفعل السلبي " الإمتناع"، وتوضيح مضمونها، نود دراسة أنواع الخطأ المتمثلة بالخطأ العمد والخطأ غير العمد، لنوضح مفهومها ونقف على أهم الآثار المترتبة على التفرقة بينها. وذلك ما سنعرض لدراسته في الفرع التالي مباشرة.

الفرع الثاني: أنواع الخطأ " الخطأ العمد وغير العمد"

بما أن فكرة الخطأ تقوم بارتكاب الفعل الإيجابي والسلبي على النحو السابق دراسته، فإن هذا الفعل الخاطيء قد يرتكب عن عمد أو عن إهمال أي عن غير عمد، فإن المسؤولية التقصيرية تتعقد من حيث المبدأ بمجرد ارتكاب خطأ دون فارق بين كون هذا الخطأ متعمد أو غير متعمد²⁵¹.

²⁴⁹ راجع: The supreme court sitting as acourt of civil Appeal, septmber 24, 1954, N 176/53.

²⁵⁰ للتفصيل؛ راجع: أنور سلطان، مرجع سابق، ص 301 و 302. عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق، ص 546.

²⁵¹ في تأكيد ذلك؛ راجع: جميل الشرفاوي، مرجع سابق، ص 518.

وفي ذات المعنى قضت محكمة النقض المصرية في قرار لها بأن: "المسئولية التقصيرية تقع على المتسبب بذات الفعل أو الترك الضار سواء أكان متعمداً أو غير متعمد، وسواء كان حسن القصد أو سيئاً"²⁵².

ورغم أخذ القانون المدني المصري بفكرة الخطأ، إلا أنه لم يحدد مفهومه، على عكس قانون الموجبات والعقود اللبناني الذي أشار لمفهومه فوصفه بالجرم، عندما نص في المادة 121 منه على أن: "الجرم عمل مضر بمصلحة الغير عن قصد وبدون حق مشروع"²⁵³، كذلك أشار قانون الإلتزامات والعقود المغربي إلى مفهوم فكرة الخطأ العمد، فنص في المادة 78 منه على أن: "كل فعل ارتكبه الإنسان عن بينة واختيار من غير أن يسمح له به القانون فأحدث ضرراً..."²⁵⁴.

وفي إطار الفقه فقد ذهب جانب منه إلى تعريف الخطأ العمد بأنه الخطأ الذي يقع بقصد الإضرار بالغير²⁵⁵، وعرفه جانب آخر بأنه: "الإخلال بواجب الإبتعاد عن قصد الإضرار بالغير كالقتل والسرقه وإتلاف المزروعات عمداً"²⁵⁶، وبذلك يجب أن تتجه الإرادة إلى إحداث الضرر، فلا يكفي اتجاهها إلى القيام بالسلوك الذي سبب الضرر، فيجب أن تتجه إلى إحداث الفعل والضرر، لذلك يطلق على الخطأ العمدي قصد أو نية الإضرار²⁵⁷.

²⁵² راجع: الطعن رقم 15 لسنة 7ق، جلسة 16/12/1937.

²⁵³ راجع: بدوي حنا، موجبات وعقود-نصوص قوانين واجتهادات، الكتاب الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1992، ص 461.

²⁵⁴ راجع: توفيق عبد العزيز وسعيد الفكاهاني وحسين جعفر، التعليق على قانون الإلتزامات والعقود المغربي، مرجع سابق، 248.

²⁵⁵ راجع: عمر السيد احمد عبد الله، مرجع سابق، ص 27.

²⁵⁶ راجع: سليمان مرقس، مذكرات في الفعل الضار، مرجع سابق، ص 32.

²⁵⁷ راجع: محمد أحمد عابدين، التعويض بين الضرر المادي والأدبي والموروث، مرجع سابق، ص 32. حسام الدين كامل الأهواني، مرجع سابق، ص 111.

ولتحقق الخطأ العمد لا بد من أن يكون الفاعل قصد تحقيق الضرر، فلا يكفي أن يكون قد توقعه؛ لأن القصد يختلف في مدلوله عن مجرد التوقع من الناحية القانونية واللغوية، وبذلك لا يعد الخطأ مقصوداً إلا إذا كان من صدر منه قد استهدف حدوث الضرر كنتيجة لفعله²⁵⁸.

أما فيما يخص الخطأ غير العمد أو الإهمال فلم يأت القانون المدني المصري على وضع مفهوم له، لكن هناك بعض التشريعات العربية قد أشارت إلى مفهومه، فقد عرفته المادة 78 من قانون الإلتزامات والعقود المغربي "المشار لها سابقاً" فنصت على أنه: "ترك ما كان يجب فعله، أو فعل ما كان يجب الإمساك عنه، وذلك من غير قصد لإحداث الضرر".

أما المشرع اللبناني فقد أشار للخطأ غير العمد عندما نص في المادة 123 من قانون الموجبات والعقود على أنه: "يسأل المرء عن الضرر الناجم عن إهماله أو عدم تبصره كما يسأل عن الضرر الناشيء عن فعل يرتكبه"²⁵⁹، ويتبين من هذه المادة أنها قابلت بين الفعل المقصود والإهمال، وإن كانت بصيغتها الفرنسية قد وصفت الفعل المقصود بالإيجابي²⁶⁰.

ويستفاد مما أوردته التشريعات السابقة فيما يخص الخطأ غير العمد "الإهمال"؛ أنه يجب أن يكون صادر عن غير قصد لإحداث الضرر، فيكفي فيه أن يكون الفعل قد صدر عن عدم تبصر أو عدم احتراز كافي في فعله، مما سبب الضرر للغير.

لذلك ذهب جانب من الفقه إلى تعريف الخطأ غير العمد أو الإهمال بأنه: "الإخلال بواجب قانوني مقترن بإدراك المخل لهذا الإخلال دون أن يقصد الإضرار بالغير"²⁶¹، وبذلك

²⁵⁸ راجع: عاطف النقيب، مرجع سابق، ص 127.

²⁵⁹ راجع: بدوي حنا، موجبات وعقود نصوص قوانين، مرجع سابق، ص 462.

²⁶⁰ للتفصيل؛ راجع: عاطف النقيب، مرجع سابق، ص 126 و 127.

²⁶¹ راجع: سليمان مرقس، مذكرات في الفعل الضار، مرجع سابق، ص 32. محمد أحمد عابدين، التعويض بين المسؤولية العقدية والتقصيرية، مرجع سابق، ص 28. ويلاحظ على هذا التعريف أنه قد تأثر بتعريف بلانيرول لفكرة الخطأ الذي تمت دراسته سابقاً في متن الدراسة.

ينضوي تحت مفهوم الإهمال كل صور عدم التبصر والخفة والجهل بما ينبغي عمله، وعدم بذل العناية المعتادة²⁶²، ويتمثل أيضاً بالطيش في التصرفات أو النسيان للقواعد الفنية والمهنية، ويكفي ان لا يكون الفاعل قد اتخذ الإحتياطات التي يتخذها فرد عادي لتجنب الضرر²⁶³، كما أن جميع الحالات السابقة تعد من قبيل الأخطاء غير العمدية لعدم توافر قصد الإضرار فيها. كذلك فإن الخطأ غير العمد يضم بين جنباته عدة صور أو أوصاف، كالخطأ الجسيم والخطأ اليسير، ويكون الخطأ جسيماً إذا لم يريد مرتكبه إحداث الضرر، وإنما أراد الفعل وتصرف وفقاً لما أراده، مما يعني أن الضرر كان يبدو محتملاً بشكل قوي كنتيجة للفعل²⁶⁴، وفي ذات السياق عرفت محكمة النقض المصرية الخطأ الجسيم بأنه: "الخطأ الذي يقع بدرجة غير يسيرة ولا يشترط فيه أن يكون متعمداً"²⁶⁵. أما الخطأ اليسير فهو الذي لا يقترفه الرجل العادي في الحرص والذكاء²⁶⁶.

لكن تقسيم الخطأ غير العمد إلى خطأ يسير وجسيم وتافه وهو ما يعرف بفكرة تدرج الخطأ، لم يعد له أهمية؛ لأنه يكفي لقيام المسؤولية التقصيرية وقوع أي قدر من الخطأ ولو كان تافهاً²⁶⁷، على الرغم من أن المحاكم من الناحية العملية تميل إلى مراعاة مدى جسامه الخطأ عند تقدير التعويض²⁶⁸.

²⁶² راجع: محمد حسين علي الشامي، رسالته المشار لها سابقاً، ص 152.

²⁶³ راجع: موريس نخلة، الكامل في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 41- 43.

²⁶⁴ راجع: حسام الدين كامل الأهواني، مرجع سابق، ص 113.

²⁶⁵ راجع: الطعن رقم 808 لسنة 44ق، جلسة 26/4/1980. وفي تأكيد ذات المعنى كذلك راجع. الطعن رقم 262 لسنة 42 قن 29/6/1976.

²⁶⁶ راجع: عبد الحكم فودة، مرجع سابق، ص 17 و 18.

²⁶⁷ في تأكيد ذات المعنى؛ راجع: عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق، ص 548. جميل الشرقاوي، مرجع سابق، ص 518. عز الدين الدناصوري وعبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 79.

²⁶⁸ راجع: سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 264.

أما التفرقة بين أنواع الخطأ العمد وغير العمد فلا تخلو من بعض الأهمية، حيث

يترتب على التفرقة بينهما مجموعة من الآثار أو النتائج نبرز أهمها:

1. ميز كل من القانون المدني المصري ومشروع القانون المدني الفلسطيني في مجال التأمين بين الخطأ العمد وغير العمد، فأجازا التأمين من الخطأ غير العمد دون إجازتهما له فيما يخص الخطأ العمد²⁶⁹.

2. إن القوانين الخاصة بإصابات العمل سواء في فرنسا أو في مصر تفرق بين الإصابات التي تحدث بخطأ العامل العمد أو بخطئه غير العمد، فتبقي للعامل على حقه في التعويض في الحالة الأخيرة دون الأولى²⁷⁰، كما أن قانون العمل الفلسطيني أجاز التعويض للعامل عن الخطأ غير العمد، إلا أنه لم يجزه في حالة الخطأ العمد إلا في حالة وفاة العامل أو إصابته بعجز يراوح 30% فأكثر²⁷¹.

3. إن المحاكم درجت على مراعاة مدى جسامة الخطأ وبلوغه حد العمد من عدمه، فدرجت على زيادة التعويض في حالة الخطأ العمد عنه في حالة الإهمال²⁷².

²⁶⁹ نصت المادة 750/1 من القانون المدني المصري على أنه: " يقع باطلاً ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط الآتية: 1- الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التأمين بسبب مخالفة القوانين واللوائح، إلا إذا انطوت هذه المخالفة على جنائية أو جنحة عمدية". وتقابل المادة 875/1 من المشروع المدني الفلسطيني، وكذلك تطابق المادة 924/1 من القانون المدني الأردني. لكن المشروع المدني الفلسطيني أولى حماية خاصة للمؤمنين فنص في الفقرة الأولى من المادة 875 على أنه: " يقع باطلاً كل ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط الآتية: أ. الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التأمين بسبب مخالفة القوانين إلا إذا انطوت المخالفة على جريمة عمدية". مما يعني؛ أنه لا يكون التأمين باطل بمجرد صدور مخالفة عمدية بل لا بد من صدور جنائية عمدية أدت إلى تضرره لكي لا يسري التأمين بحقه.

²⁷⁰ راجع المادة 64/1 من القانون الفرنسي الصادر بتاريخ 30 أكتوبر 1946 الذي حل محل قانون 9 إبريل 1898. وفي القانون المصري قوانين إصابات العمل "المادة 3 من كل من القانونين 1936/64 و 1950/89، ثم المادة 10 من القانون 1958/202". في الإشارة لذلك؛ راجع: سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، مرجع سابق، هامش 284 ص 256.

²⁷¹ لقد نص قانون العمل الفلسطيني رقم 5 لسنة 2000 في المادة 123 على أنه: "1. يسقط حق المصاب في التعويض إذا ثبت بعد تحقيق تجريبه جهة ذات اختصاص أن الإصابة نتجت عما يلي: أ. عن فعل متعمد من المصاب. ب. تأثير الخمر أو المخدرات. 2. يستثنى من أحكام الفقرة (1) أعلاه حالة الوفاة أو العجز الدائم بنسبة 30% فأكثر".

²⁷² راجع: حسين النوري، مرجع سابق، ص 51. وكذلك فإن المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري أشارت إلى ضرورة مراعاة الخطأ الجسيم، وذلك في شرح المادة 169 التي تنص على حالة تعدد المتسببين في إحداث الضرر، فذكرت أنه: "فيما يتعلق برجوع المسؤولين فيما بينهم عند التضامن، فيحدد القاضي ما يؤديه كل منهم معتداً في ذلك بجسامة الخطأ الذي وقع منه ونصيب هذا الخطأ في

4. أن هناك بعض الحالات التي يتطلب القضاء فيها أن يكون الخطأ جسيماً أو قريباً من العمد كارتباطه بالغش، ومن ذلك تصرفات القاضي التي تصدر عنه أثناء عمله فيجب أن تكون منضوية على خطأ جسيم أو غش حتى تقوم مساعلته عن نتيجة عمله الضار، وهذا ما أكدت عليه محكمة النقض المصرية في العديد من قراراتها²⁷³.

بذلك يتبين لنا أن الخطأ في إطار الفقه اللاتيني المصري تحديداً، يقسم إلى عدة أنواع كالخطأ العمد وغير العمد، وهذا بدوره يثير التساؤل عن مدى الأخذ بهذه التفرقة في إطار القانون والفقه الإنجليزي الذي أخذ عنه قانون المخالفات المدنية الفلسطيني أحكامه. بخصوص القانون الإنجليزي كسوني بشكل عام فإن فكرة تدرج الخطأ وتقسيمه إلى خطأ عمدي وغير عمدي غير معروفة فيه²⁷⁴، لكنه يعرف ما يطلق عليه اصطلاحاً RECKLESSES DISREGARD²⁷⁵ أي عدم الإكتراث الذي يتحقق عندما يتصرف الفاعل خلافاً للواجبات التي يقتضيها الحذر في الظرف ذاته الذي كان فيه²⁷⁵.

فإذا كان الفاعل في حالة الخطأ العمد يعلم النتيجة ويريدها، فإنه يكون في حالة عدم الإكتراث RECKLESSES DISREGARD²⁷⁶ يعلم أن النتيجة كبيرة الإحتمال، ولكنه مع ذلك يقدم على العمل، لذلك تم إلحاق عدم الإكتراث بالعمد؛ من خلال الربط بينهما معاً في القانون الأنجلوسكسوني الذي أطلق عليهما مصطلح Willful Misconduct بمعنى سوء السلوك الإرادي²⁷⁶.

إحداث الضرر". راجع: قمر محمد موسى، الموسوعة في التعليق على القانون المدني، مرجع سابق، ص 1445.

²⁷³ راجع مثلاً: الطعن رقم 364 لسنة 58ق، جلسة 28/3/1993. الطعن رقم 410 لسنة 56 ق، جلسة 12/12/1991.

²⁷⁴ راجع: زهير بن زكريا حرح، مرجع سابق، ص 207.

²⁷⁵ راجع: عاطف النقيب، مرجع سابق، ص 77.

²⁷⁶ راجع: محمد شتا أبو سعد، أصول المسؤولية التقصيرية في قانون المعاملات المدنية السوداني، مرجع سابق، ص 101. وهناك من يرى أن اصطلاح willful misconduct يقابل فكرة الغش والخطأ غير المغتفر في الفقه اللاتيني. راجع: ذات المرجع السابق، ص 104. ولكن هناك من يرى أن هذا الإصطلاح المعتمد في القانون الأنجلوسكسوني يقابل فكري الغش والخطأ الجسيم في القانون اللاتيني. وفي الإشارة لهذا الرأي؛ راجع: زهير بن زكريا حرح، مرجع سابق، ص 207.

وبعيداً عن الجدل الفقهي، فإن ما يهمننا هنا هو التعرف على فكرة الإهمال التي خلصنا من دراستها، إلى أنه لا بد لقيامها والمساءلة عنها، من وجود واجب قانوني والإخلال بهذا الواجب على نحو يسبب الضرر للغير.

وبدراسة مفهوم فكرة الخطأ والأنواع المختلفة التي تنصوي عليها، نرى أنه لا بد من بحث أركانها، فكما انتهينا إلى تحديد إطار مفهوم فكرة الخطأ بأنه: الإخلال بالواجبات المنصوص عليها بشكل محدد في القانون أو الواجبات القانونية العامة، مع مراعاة السلوك المؤلف للرجل العادي في ذات الظروف التي وجد فيها الذي يتم تقدير مدى توافره من قبل القاضي مع إدراك الشخص لهذا الإخلال. فالخطأ يتكون من ركنين مادي ويتمثل بالإخلال بالواجبات القانونية ومعنوي ويتوافر عند إدراك هذا الإخلال، لذلك سنعرض لدراسة أركان

الخطأ في المبحث التالي مباشرة

المبحث الثاني: أركان الخطأ

لقد تبين لنا من دراسة الآراء الفقهية والتطبيقات القضائية التي عرضت لمفهوم الخطأ في القانون المدني المصري أنه يتكون من ركنين هما: الأول الركن المادي الذي يتمثل بالإخلال بالتزام محدد بنص قانوني أو الإخلال بالتزام قانوني عام على نحو يشكل انحرافاً عن السلوك المؤلف للرجل المعتاد، والثاني هو ركن الإدراك أو التمييز المتطلب لإدراك هذا الإخلال. وهو ذات المعنى الذي تبناه قانون المخالفات المدنية الفلسطينية فيما يخص الركن المادي للإهمال الشخصي الموجب للمسئولية التقصيرية، أما الركن المعنوي فلم يأخذ به. كذلك مشروع القانون المدني الفلسطيني اكتفى بتوافر أي فعل سواء كان منحرفاً عن السلوك المعتاد أم لا فيما يخص الركن المادي للفعل الشخصي الموجب للمسئولية التقصيرية، أما الركن المعنوي فقد أخذ بأحكامه عن القانون المدني المصري.

ويستفاد من ذلك أن مفهوم الفعل الشخصي الموجب للمسئولية التقصيرية في كل من القانون المدني المصري ومشروع القانون المدني الفلسطيني لا بد لقيامه من توافر ركنين رئيسيين هما: الركن المادي الذي يتحقق بمجرد الفعل الضار في مشروع القانون المدني الفلسطيني، وبالإخلال بالواجب القانوني في كل من القانونين المدني المصري وقانون المخالفات المدنية الفلسطيني بخصوص فكرة الإهمال، والذي سنتولى دراسته في مطلب أول. والركن المعنوي الذي يتمثل بالإدراك لهذا الفعل أو الإخلال، الذي أخذ به كل من القانون المدني المصري ومشروع القانون المدني الفلسطيني وسنعرض له في مطلب ثانٍ.

المطلب الأول: الركن المادي " الإخلال بالواجب القانوني أو الفعل الضار "

تبين لنا سابقاً أن مفهوم الخطأ الشخصي في كل من القانونين المدني المصري وقانون المخالفات المدنية الفلسطيني، يختلف عن مفهوم الفعل الشخصي الموجب للمسئولية التقصيرية في مشروع القانون المدني الفلسطيني.

فالقانونين المدني المصري وقانون المخالفات المدنية الفلسطيني يتطلبان لقيام الركن المادي للخطأ وجود انحراف عن الواجب القانوني، وذلك على خلاف مشروع القانون المدني الفلسطيني الذي يكفي بمجرد ارتكاب أي فعل لقيامه.

ولنتمكن من تحديد وجهة مشروع القانون المدني الفلسطيني فيما يخص الركن المادي المتطلب لقيام الفعل الشخصي الموجب للمسئولية التقصيرية، سنتولى دراسته في القانون المدني المصري في فرع أول، ونعرض له في القانون الفلسطيني في فرع ثاني.

الفرع الأول: الركن المادي للخطأ في القانون المدني المصري

يتوافر الركن المادي للخطأ في القانون المدني المصري بالإخلال بالواجبات القانونية المنصوص عليها بشكل محدد، والواجبات القانونية العامة على نحو يشكل انحرافاً عن السلوك المألوف للشخص العادي الذي يقدره القاضي.

والواجبات القانونية المحددة لا يثير قيام الركن المادي فيها أية صعوبة؛ لأن هذه الواجبات منصوص عليها بشكل صريح وواضح في متن القانون، فيتحقق الركن المادي للخطأ في هذه الحالة بمجرد الخروج عن الإلتزامات المنصوص عليها ومخالفتها، ومثال ذلك: أن القانون يعتبر الإعتداء على الغير بالضرب جريمة، وكذلك يلزم السائقين بإضاءة مصابيح السيارات ليلاً، فيتحقق الركن المادي للخطأ في هذه الحالات، بمجرد مخالفتها كالسير ليلاً دون إضاءة المصابيح، أو الإعتداء على الآخرين²⁷⁷.

لكن الواجبات القانونية لا تنحصر في الحالات المنصوص عليها بشكل واضح ومحدد على النحو السابق، فهناك واجبات قانونية غير محددة بشكل واضح في النصوص القانونية، بل تعد من قبيل الواجبات العامة التي تفرض على الأشخاص احترام حقوق الغير والإمتناع عن الإضرار بهم²⁷⁸، ومثال ذلك: ما يتفرع عن المبدأ الذي يوجب الحرص في إستعمال الرخص القانونية، فيتطلب اتخاذ الحيطة اللازمة لتحاشي الإضرار بالغير، كواجب مقاول البناء ومالكه في اتخاذ الحيطة اللازمة لمنع سقوط شيء من مواد البناء على المارة في الطريق، وواجب مصلحة السكك الحديدية المتمثل بالحراسة سواء بإقامة بوابات وحواجز عليها أو وضع حراس بجانبها أو أية وسائل أخرى، لكي تحقق هذا الواجب فتحول دون إضرار القطارات والسكك الحديدية بالغير²⁷⁹.

²⁷⁷ راجع: عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق، ص 541.

²⁷⁸ راجع: رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 331 و 332.

²⁷⁹ راجع: سليمان مرقس، مذكرات في الفعل الضار، مرجع سابق، ص 31 و 32.

والواجبات القانونية العامة كواجب الحراسة بحاجة إلى معيار، يتم بموجبه تحديد مدى التزام الأفراد بتطبيقها، بل إن الإلتزامات المحددة بنصوص قانونية صريحة بحاجة إلى معيار يضبطها أيضاً؛ لأن مراعاة الشخص لمدى الإلتزام الوارد في النص تكون كافية لنفي قيام الركن المادي للخطأ بجانبه في الظروف العادية، أما إذا برزت ظروف استثنائية فيجب عليه مراعاتها وإقامت مسؤوليته²⁸⁰، ولتوضيح ذلك نجري المثال الآتي: إذا كان منصوص في قوانين السير على مراعاة سرعة معينة، فإن السياقة ضمن هذه السرعة تكون واجبة في الظروف العادية، أما إذا ظهرت ظروف خاصة كأن تكون الطريق مبللة أو مزدحمة فيجب على الشخص مراعاتها، مما يوجب عليه تخفيف سرعته تبعاً لهذه الظروف الخاصة الإستثنائية، فلا يكفي مراعاته للسرعة المنصوص عليها لإنتفاء قيام الركن المادي للخطأ الموجب لمسئوليته التصيرية.

كل ذلك يدعونا لدراسة المعيار الذي يقوم الركن المادي للخطأ بمجرد الإخلال به. فقد عرض الفقه لذلك من خلال معيارين هما: المعيار المادي "الموضوعي"، والمعيار الذاتي "الشخصي"، وسنتولى دراسة مفهوم المعيارين، وتحديد أيهما أولى بالإتباع أولاً، ثم نعرض للإشكاليات الناتجة عن الأخذ بمعيار للخطأ ثانياً.

أولاً: مفهوم كل من المعيارين الشخصي والموضوعي.

يختلف مفهوم كل من المعيارين وفقاً للسلوك الذي يتبناه كل منهما للقياس عليه، فيتطلب المعيار الموضوعي اتخاذ سلوك عام يتوافر في غالبية الناس، أما المعيار الشخصي فيقوم على وجوب مراعاة سلوك الشخص مسبب الضرر والقياس عليه.

²⁸⁰ راجع: جميل الشرفاوي، مرجع سابق، ص 332.

فيعتبر المعيار الذاتي "الشخصي" أن الشخص لا يكون مخطئاً إلا إذا كان قد اتخذ مسلكاً كان بمقدوره أن يتجنبه، فيتم تقدير مسلك الشخص محدث الضرر بالرجوع إلى كل ما يتعلق بحالته النفسية والعقلية والبدنية²⁸¹. وطبقاً لذلك فإن الشخص الذي يكون على درجة كبيرة من اليقظة، يعتبر أقل انحراف في سلوكه تعدياً أو انحرافاً يوجب المساءلة، أما الشخص الذي يكون دون المستوى العادي من اليقظة والفتنة، فلا يعتبر متعدياً إلا إذا كان الانحراف في سلوكه كبيراً وبارزاً، أما إذا كان في المستوى العادي، فإن التعدي في سلوكه لا يكون بهذا القدر من البروز أو على تلك الدرجة من الضالة²⁸².

وهناك من يرى أن العدالة تتحقق بتطبيق المعيار الشخصي؛ لأنه يمكن من محاسبة كل شخص بقدر ما يتوافر لديه من يقظة وحسن تدبير²⁸³. لكن هذا المعيار قد تعرض إلى انتقادات جوهرية نبرز أهمها:

- أن تطبيقه يقتضي النظر إلى شخص كل إنسان والكشف عما يتوافر لديه من يقظة وفتنة وحسن تدبير، وذلك كله أمر خفي، بل لعله مستتر على نحو يستعصي على الباحث المدقق كشفه²⁸⁴.
- إن ارتباط الخطأ بحالة الشخص على النحو السابق، يؤدي إلى جعل حق المضرور متوقف على ما إذا كان المتسبب في الضرر شخصاً فوق المستوى العادي أو دون هذا المستوى، فهو بذلك يضع الشخص المهمل في موقع أفضل من الحريص²⁸⁵.

²⁸¹ راجع: حسام الدين كامل الأهواني، مرجع سابق، ص 93 و 94.

²⁸² راجع: عبد الرزاق أحمد السنهوري، *الوجيز في النظرية العامة، تنقيح أحمد مدحت المراغي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004*، ص 331.

²⁸³ راجع: رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 332.

²⁸⁴ راجع: عبد الرزاق السنهوري، *الوسيط في شرح القانون المدني*، مرجع سابق، ص 883.

²⁸⁵ راجع: حسام الدين كامل الأهواني، مرجع سابق، ص 45.

لذلك نجد أن الأخذ بالمعيار الشخصي يثير صعوبات عملية وموضوعية على النحو الآتي:

1. إن تطبيق المعيار الشخصي يثير صعوبة عملية؛ تتمثل في ضعف قدرة القاضي في

الكشف عن حالة الشخص الذهنية وكونه بالغ اليقظة أو قليل المبالاة، بل إن هذه الحالات لا

يمكن الكشف عنها في كثير من الأحيان من قبل متخصص في علم النفس.

2. كما أن المعيار الشخصي يثير صعوبة موضوعية؛ تتمثل في أنه يجعل ذات المسلك

يعد خطأً عند شخص عالي اليقظة، ولا يعتبر كذلك عند آخر قليل اليقظة والإدراك والمبالاة،

فالشخص المضروب قد يجد نفسه دون تعويض لمجرد أن مرتكب الفعل الضار شخص قليل

اليقظة والفتنة مع أن سلوكه يعد خطأً بالنسبة لعامة الناس العاديين. لذلك فقد اتجهت غالبية

الفقه إلى الأخذ بالمعيار الموضوعي.

ويقنضي المعيار الموضوعي أن يتم النظر فيه لمعرفة ما إذا كان سلوك الشخص

خطأً أم لا إلى السلوك المعتاد، فتتم المقارنة بين سلوك الرجل العادي والشخص المنسوب إليه

الإنحراف، فإذا كان هذا الإنحراف لا يصدر من الرجل العادي، فيعتبر الشخص أنه ارتكب

خطأً بصرف النظر عن درجة حرصه أو إهماله في شئون نفسه، أما إذا كان هذا الإنحراف

أمراً مألوفاً بالنسبة للرجل العادي فإنه لا يعد قد ارتكب خطأً²⁸⁶.

والرجل العادي الذي يعد الإنحراف عن سلوكه خطأً يوجب المسؤولية، هو شخص

يمثل أواسط الناس، فلا هو محدود الذكاء، ولا هو مفرط في ذكائه، فهو غير مهمل ولا شديد

الحرص واليقظة²⁸⁷، وإنما هو وسط بين هذا وذاك، أي أنه لو وضع في مثل ظروف الشخص

²⁸⁶ راجع: حسين النوري، مرجع سابق، ص 45.

²⁸⁷ راجع: حمدي عبد الرحمن، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دم، 1999، ص 504. حسام الدين كامل الأهواني، مرجع

سابق، ص 95.

المعتاد لم يسلك نفس سلوكه بل ينحرف عنه، مما يحقق الركن المادي للخطأ الشخصي الموجب للمسئولية التقصيرية في جانبه²⁸⁸.

لذلك فإن الأخذ بالمعيار الموضوعي دون المعيار الذاتي، يغني عن البحث في خفايا النفس للكشف عن مكنونها، كما أنه لا يتغير من شخص إلى آخر، مما يسهم في ضبط الروابط القانونية واستقرار الأوضاع²⁸⁹.

مما دعا الغالبية العظمى من الفقه المصري²⁹⁰ إلى القول بضرورة الأخذ بالمعيار الموضوعي أو المجرد، والإرتكاز عليه لتحديد ماهية الخطأ، حيث يتم تحديد السلوك الذي يتحقق الخطأ بالإنحراف عنه، بقياسه بسلوك الشخص العادي الذي يمثل أوساط الناس في ظل الظروف الخارجية التي تتمثل بالظروف العامة التي يوجد فيها جميع الناس، مما يعني عدم الأخذ بالظروف الشخصية التي تتعلق بشخص مرتكب الفعل الضار كحالته النفسية وثقافته وحالته البدنية، والتي يمكن الأخذ بها في المعيار الشخصي.

وأبرز الظروف الخارجية التي يتوجب مراعاتها هما ظرفا الزمان والمكان. فيجب مراعاة ظرف المكان عند قيادة السيارة، كالقيادة داخل المدينة أم خارجها، وكذلك كون الطريق وعرة أو مبللة بماء المطر، كما يجب مراعاة ظرف الزمان، فالقيادة ليلاً تتطلب الحذر أكثر من

²⁸⁸ راجع: توفيق عبد العزيز وسعيد الفكاهي وحسين جعفر، التعليق على قانون الإلتزامات والعقود المغربي، مرجع سابق، ص 263.

²⁸⁹ في تأكيد ذات المعنى؛ راجع: ذات المرجع السابق، نفس الصفحة. محمد حسن قاسم، الوجيز في نظرية الإلتزام، المصادر والأحكام، دار الجامعة الجديدة للنشر، دم، 1994، ص 119. حمدي عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 504. أنور سلطان، مرجع سابق، ص 300.

²⁹⁰ راجع؛ المراجع المشار لها في الهامش السابق، ذات الموقع. وكذلك راجع: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون

المدني، مرجع سابق، ص 888 و 889. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 203. عز الدين الدناصوري وعبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 62. عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق، ص 543. رمضان ابو السعود، مرجع سابق، ص 334. مصطفى الجمال ورمضان محمد أبو السعود ونبيل ابراهيم سعد، مرجع سابق، ص 303. جميل الشرقاوي، مرجع سابق، ص 509. حسين النوري، مرجع سابق، ص 46.

القيادة في النهار، فهذه الظروف الخارجية، يتم أخذها بعين الإعتبار عند تحديد مدى الإنحراف عن السلوك المألوف للرجل العادي²⁹¹.

وقد تبنى القضاء المصري المعيار الموضوعي في تقدير السلوك الخاطيء، فاعتبر أن الإنحراف عن السلوك المعتاد في ظل الظروف الخارجية التي وجد فيها الشخص محدث الضرر يقيم ركن الخطأ الموجب للمسئولية في جانبه.

وتطبيقاً لحالة الإخلال بالتزام محدد بنص قانوني، فقد ذهبت محكمة النقض المصرية في إحدى قراراتها إلى القول بأن: " السرعة التي تصلح أساساً للمساءلة المدنية في جريمة القتل الخطأ ليس لها حدود ثابتة، وإنما هي تجاوز الحد الذي تقتضيه ملاسبات الحال وظروف المكان وزمانه فيتسبب من هذا التجاوز الموت، ولا يغير من ذلك أن تكون السرعة داخلية في الحدود المسموح بها طبقاً للقرارات والقواعد المنظمة للمرور، واستخلاص ما إذا كانت سرعة السيارة في ظروف معينة تعد عنصراً من عناصر الخطأ أو لا تعد هي مسألة تقديرية متروكة لمحكمة الموضوع بلا معقب عليها من محكمة النقض متى كان ذلك فإن إسناد الحكم المطعون فيه الخطأ لسائق السيارة الملاكي لأنه كان يسير بسرعة زائدة ومتجاوز لسيارة (أوتوبيس) للأسباب السائغة التي أوردتها المحكمة ولا رقابة عليها لهذه المحكمة²⁹².

يستفاد من هذا القرار بوضوح أن مراعاة الواجبات المحددة بنصوص قانونية يكون في الظروف العادية، أما إذا برزت ظروف استثنائية فلا بد من مراعاتها. لذلك نجد أن المحكمة قررت عدم كفاية التزام السائق بالسرعة المنصوص عليها في القانون لانقضاء مسئوليته، بل أوجبت عليه ضرورة مراعاة الظروف الإستثنائية التي تمثلت في أن الطريق مبللة ومزدحمة بالسيارات، والتي تتطلب مراعاتها النزول عن السرعة القانونية المحددة للظروف العادية.

²⁹¹ راجع: عز الدين الدناصوري وعبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 63.

²⁹² راجع: الطعان رقما 561 و 562 لسنة 42 ق، جلسة 27/12/1983.

وتطبيقاً لحالة الإخلال بالتزام قانوني عام، قررت محكمة النقض المصرية الأخذ بالمعيار الموضوعي فقضت في أحد قراراتها بأن: " حرية الصحفي لا تعدو حرية الفرد العادي، فلا يمكن أن تتجاوزها إلا بتشريع خاص، لذلك يجب أن يكون النشر لمعلومات صحيحة، وفي إطار المقومات الأساسية للمجتمع والحفاظ على الحريات والحقوق والواجبات العامة واحترام الحياة الخاصة للمواطنين... وبذلك فإن المساس بالشرف والسمعة متى ثبتت عناصره، يعد من ضروب الخطأ الموجب للمسئولية، الذي يكفي فيه أن يكون المعتدي قد انحرف عن السلوك المألوف للشخص العادي الذي يتوافر هنا لعدم تأكد الصحفي من صحة الخبر"²⁹³.

وفي ذات المعنى قضت محكمة النقض المصرية في قرار آخر لها بأنه: "متى أقام الحكم المطعون فيه قضاءه بالتعويض على أن ما تبودل من مكاتبات بين الهيئة العامة للبتترول وشركة الملاحة لا يعدو مرحلة التمهيد لإبرام عقد نقل بحري، ولا يؤدي إلى إنعقاده غير أنه يرى في التصرفات التي أسندها للسكرتير العام للهيئة إنحرافاً عن السلوك المألوف في الظروف التي صدرت فيها هذه التصرفات مما يشكل خطأ تقصيرياً في جانبها، فهذه التصرفات ليست مما تقتضيه عملية التمهيد للتعاقد التي ذكر الحكم أنها تدخل في سلطة السكرتير العام، وكان ما استخلصه الحكم من أن هذه التصرفات كان من شأنها في الظروف الملائمة أن توقع ممثل الطرف الآخر في فهم خاطيء بأن التعاقد قد تم وأن عليه أن يبدأ في تنفيذه هو إستخلاص سائع مستمد من مقدمات تؤدي إليه فإن الحكم لا يكون قد خالف القانون"²⁹⁴.

وينيه هذا القرار إلى التساؤل عن ماهية الواجب القانوني الذي تم الإخلال به على نحو يشكل انحرافاً عن السلوك المألوف للشخص المعتاد في المرحلة السابقة على التعاقد؟ وفي

²⁹³ راجع: الطعن رقم 527 لسنة 58 ق، جلسة 29/9/1994.

²⁹⁴ راجع: الطعن رقم 309/299 لسنة 33 ق، جلسة 28/3/1968.

سياق الإجابة على هذا التساؤل. فقد اختلف الفقه في الأساس الذي يمكن اللجوء إليه لإقامة المسؤولية التقصيرية في المرحلة السابقة على التعاقد، إلا أن الرأي الغالب ذهب إلى القول بأن أساس المسؤولية التقصيرية في هذه المرحلة هو عدم مراعاة مبدأ حسن النية²⁹⁵، الذي يوجب القانون مراعاته في تنفيذ العقود²⁹⁶، وذلك يستتبع القول بأن مبدأ حسن النية تم إسداله على المرحلة السابقة على التعاقد كمبدأ قانوني عام.

ونستنتج مما سبق أن محكمة النقض المصرية وسعت مفهوم الواجبات القانونية العامة

التي يمكن اللجوء إليها كلما انحرف الشخص عن السلوك المألوف للرجل المعتاد في ظل الظروف الخارجية، الذي يمثل المعيار الموضوعي الذي استقر قضائها على الأخذ به، لتقدير السلوك المنحرف الذي يقوم الركن المادي للخطأ الموجب للمسؤولية التقصيرية بتوافره. لكن الأخذ بالمعيار الموضوعي يثير التساؤل عن مدى اعتبار صغر السن من الظروف الداخلية التي تخص شخص محدث الضرر، وكذلك تثير التساؤل عن ماهية المعيار الذي يؤخذ به لقياس الخطأ العمد الذي لا بد لقيامه من إرادة الفعل والضرر على حدٍ سواء، وهذا ما سنعرض له في العنوان التالي مباشرة.

ثانياً: الإشكالات الناجمة عن تحديد معيار الخطأ.

ذكرنا فيما سبق أن الفقه والقضاء قد استقرا على الأخذ بالمعيار الموضوعي لتقدير توافر الخطأ. والذي يتطلب الأخذ به عدم البحث في سريرة الشخص ونفسيته التي تخص المعيار الذاتي، بل إنه يتطلب البحث عن مدى الانحراف عن السلوك المألوف للرجل العادي

²⁹⁵ للتفصيل؛ راجع: جمال فاخر النكاس، العقود والاتفاقات الممهدة للتعاقد، وأهمية التفرقة بين العقد والاتفاق في المرحلة السابقة

على العقد، بحث منشور في مجلة الحقوق الصادرة عن جامعة الكويت، السنة العشرون، العدد الأول، 1996، ص 164 و 165.

²⁹⁶ نصت الفقرة الأولى من المادة 148 من القانون المدني المصري على أنه: " يجب تطبيق العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية".

الذي يمثل أواسط الناس في الذكاء والفتنة، وذلك يدعو إلى التساؤل عن المعيار الذي يقاس فيه الخطأ العمد الذي يعتمد على نية الشخص ومدى اتجاه إرادته إلى ارتكاب الخطأ والضرر.

كما أن الأخذ بالمعيار الموضوعي الذي يتطلب الإعتداد بالظروف الخارجية التي

يشارك فيها جميع الأشخاص كظرف الزمان والمكان كما أشرنا سابقاً²⁹⁷، يثير التساؤل عن

إمكانية الأخذ بالإدراك أو التمييز الذي يعد من الظروف الداخلية الخاصة بمسبب الضرر.

لذلك سنعرض لدراسة إشكالية معيار الخطأ العمد في البداية، ثم ندرس إشكالية الأخذ

بالإدراك أو التمييز في ظل اعتماد المعيار الموضوعي لتقدير الخطأ، لنتمكن من الوقوف على

أهم الإستنتاجات التي تثيرها دراسة هذه الإشكالات على النحو الآتي:

1. إشكالية معيار قياس الخطأ العمد: وإذا كنا قد خلصنا إلى تعريف الخطأ العمد بأنه قصد

الإضرار بالغير وإحداث النتيجة الضارة له، فما هو المعيار الذي يقاس به هذا السلوك المتعمد

لإحداث الضرر؟ فهل يتم الإعتداد بالنية وتقديرها لتحديد مدى توافر الخطأ العمد؟

وللإجابة على هذا التساؤل نجد أن الفقه انقسم إلى ثلاثة اتجاهات فيما يخص تحديد

المعيار الواجب الإلتباع لقياس الخطأ العمد، وهي:

• يرى جانب من الفقه أن الخطأ العمد بحكم طبيعته يتم قياسه بمعيار شخصي ذاتي؛ لأن

تقدير توافر النية والقصد يتطلب تبين إرادة الإضرار بالغير، والبحث في نيته ومدى توافر

القصد لديه، وذلك يتوافر في المعيار الشخصي الذي ينظر فيه إلى صفات محدث الضرر

الشخصية أو الذاتية دون اعتداد بالظروف الخارجية عنه²⁹⁸.

²⁹⁷ راجع ما سبق من هذه الدراسة، ص 11.

²⁹⁸ راجع: عاطف النقيب، مرجع سابق، ص 129. محمد حشمت أبو ستيت، مصادر الإلتزام، ص 409. بخصوص الإشارة له؛ راجع:

محمد حسين علي الشامي، مرجع سابق، ص 149.

• يرى جانب آخر من الفقه أن الخطأ العمد يتكون من عنصرين هما: عنصر الفعل أو السلوك ويتم قياسه بمعيار موضوعي مجرد، فينظر إلى هذا الفعل من حيث تضمنه لانحراف عن السلوك المألوف للرجل المعتاد، وبعد تبين هذا العنصر يتم بحث العنصر الآخر وهو النية أو الإرادة لتبين مدى انصرافها وتوجهها إلى الإضرار بالغير، وهذا العنصر يتم بحثه وفق المعيار الشخصي أو الذاتي²⁹⁹. بذلك فإن الخطأ العمد وفق هذا التوجه يتم قياسه بكلا المعيارين: المعيار المادي الشخصي والمعيار الموضوعي المجرد.

• يذهب بعض الفقه إلى أنه يجب قياس الخطأ العمد بمعيار موضوعي، قوامه سلوك الشخص المعتاد؛ لأنه لا يكفي القول بوجود قصد الإضرار بالغير، بل لا بد من إنحراف الشخص عن السلوك المعتاد لقيام مسئوليته؛ لأنه لو قصد الإضرار بالغير وكان سلوكه قويم وغير منحرف، فذلك لا يمكن وصفه بالسلوك الخاطيء³⁰⁰.

وبتقديرنا أن الإتجاه الأخير أولى بالإتباع، ونؤيد ذلك بمبررين رئيسين هما:

1. ان البحث في النية والإرادة والوقوف على ما في سريرة الإنسان ومدى توجه إرادته إلى إحداث الضرر هو من الظروف الداخلية الخاصة بشخص الإنسان، التي لا يمكن تبينها بسهولة، بل تكاد تكون مستحيلة الكشف في بعض الحالات.

2. ان الخطأ العمد أو غير العمد يتم قياسه وفق الظروف الخارجية التي أحاطت به، وبذلك لا يكفي قصد الإضرار إذا كان هذا السلوك سليم وغير منحرف عن السلوك المألوف للشخص المعتاد، ومثال ذلك: من ينافس منافسة تجارية مشروعة إذا قصد الإضرار بغيره من

²⁹⁹ في هذا الإتجاه؛ راجع: سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 261. حسام الدين كامل الأهواني، مرجع سابق، ص 100.

³⁰⁰ في هذا الإتجاه؛ راجع: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، هامش رقم 2 ص 889 و 890. وفي تأييد هذا الرأي؛ راجع: زهير بن زكريا حرح، مرجع سابق، 213. محمد حسين علي الشامي، مرجع سابق، ص 147. وفي ذات المعنى لما ذهب إليه هذا الإتجاه؛ راجع: عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق، ص 547.

التجار لا يكفي هذا القصد لمساءلته، إذا لم يقترن بسلوك ظاهر دال عليه؛ لأن ذلك يبقى في مرحلة التفكير الذهني الذي لا تنهض المسألة عنه.

يتبين لنا من ذلك أن المعيار الموضوعي يؤخذ به في تقدير الخطأ العمد، وهذا بدوره يقودنا إلى دراسة إشكالية الإدراك أو التمييز ومدى الأخذ به في ظل تطبيق المعيار الموضوعي.

2. إشكالية الإدراك أو التمييز ومدى الأخذ به عند تطبيق المعيار الموضوعي :

حاول الفقه حل إشكالية الأخذ بالتمييز أو الإدراك، كأحد الظروف التي يمكن مراعاتها عند تطبيق المعيار الموضوعي، من خلال طرحه لبعض الآراء التي تقوم على إيجاد أساس للتفرقة بين الظروف الخارجية والداخلية على نحو يجعل ظرف التمييز من الظروف الواجب مراعاتها عند تطبيق المعيار الموضوعي. ونعرض لذلك عبر النقاط الآتية:

- فرغم اعتبار جانب من الفقه ظرف السن والجنس والحالة الإجتماعية من الظروف الداخلية، وتطبيقهم لذلك على حالة سائق السيارة الذي لا يؤثر في مسؤليته كونه صبي أو امرأة أو ريفي، فيقاس سلوكه بسلوك الرجل العادي المجرد من هذه الظروف، إلا أنه يرى عدم صحة استثناء هذه الظروف بشأن الأعمال التي تعتبر عادةً من أعمال الصبيان أو النساء أو أهل الريف، فالصبي الصغير إذا لعب مع رفاقه لا ينبغي أن يقاس سلوكه بسلوك الشخص الناضج في السن، كذلك المرأة إذا باشرت عملاً تباشره النساء عادةً، كالتوليد والتمريض والتعليم، فلا يقاس سلوكها بسلوك الرجل العادي، وأيضاً الريفى الساذج الذي يعيش في قرية النائية عيشته المألوفة، فلا يقاس سلوكه بسلوك الرجل المتقف المتحضر، وبذلك يعتبر كل من الصبي والمرأة والريفى منتماً إلى طبقة قائمة بذاتها، فيتم تجريد شخص عادي من كل طبقة، يكون سلوكه

المألوف هو المقياس الذي يمكن اللجوء إليه لقياس سلوك جميع الأفراد الذين ينتمون إلى هذه الطبقة³⁰¹.

وتعرض هذا التوجه لنقد جوهرى؛ يتمثل في أن اعتبار ظرف الحالة الإجتماعية والصبى والجنس ظروف خارجية، يشكل كل ظرف فيها طبقة يتجرد منها شخص يقاس على سلوكه، يجيز القول بأن لكل مجموعة من الأشخاص تشترك بظرف معين من الظروف الداخلية كضعف البصر أو الأعصاب وسرعة الإنفعال أن يكونوا طبقة قائمة بذاتها، يتم تجريد شخص عادي من بينها يكون سلوكه المألوف هو المقياس لجميع الأفراد الذين ينتمون لهذه الطبقة، مما يؤدي إلى العودة إلى الأخذ بالمعيار الشخصي الذي يعتد بالظروف الداخلية الخاصة بكل شخص³⁰². ونؤيد هذا الانتقاد فيما ذهب إليه فيما يخص نظرية الطبقات، ونضيف له انتقاد آخر يتمثل في أن الأخذ بهذه النظرية يهدد وجود المعيار الموضوعي الذي أخذ به، وفكرة العدالة، ونوضح ذلك عبر نقطتين كما يلي:

1. فهو يهدد وجود المعيار الموضوعي؛ لأن قياس سلوك الصبى بسلوك الرجل العادي فيما لا يباشره من أعمال عادة كقيادة السيارة، ومن ثم قياسه بسلوك الصبى عند مباشرته لأعمال تخصه، يعني تغير السلوك المعتمد للقياس عليه وعدم انضباطه تبعاً لماهية العمل الذي يباشره الصبى، وذلك يتنافى مع مفهوم المعيار الموضوعي الذي أخذ بالسلوك المألوف للرجل العادي كمقياس منضبط يتم قياس مدى انحراف الشخص عنه لتقدير توافر الخطأ من عدمه في جميع الحالات، بصرف النظر عن كون هذا الفعل مرتكب من قبل صبى أو امرأة أو ريفي أو

³⁰¹ راجع: عبد الرزاق السنهوري، *الوجيز في النظرية العامة للإلتزام*، مرجع سابق، ص 333 و 334. وفي ذات الإتجاه؛ راجع:

مصطفى الجمال ورمضان محمد أبو السعود ونبيل سعد، مرجع سابق، ص 303. عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق، ص 545.

³⁰² راجع: سليمان مرقس، *الوافي في شرح القانون المدني*، مرجع سابق، ص 223 و 224.

من غيرهم، مما أسهم في انضباط هذا المعيار وعمومية تطبيقه، والقول بخلاف ذلك يعني هدم المعيار الموضوعي لتغيير السلوك الذي يتم اعتماده والقياس عليه.

2. إن الأخذ بنظرية الطبقات يجافي المنطق والعدالة؛ لأن المضرور لا يمكنه الحصول على التعويض بمجرد كون الشخص الذي سبب له الضرر صبي أو ريفي أو امرأة يباشر عمل يخصه، مع أن هذا العمل يشكل انحرافاً عن السلوك المألوف المعتاد من عوام الناس، أي أنه يعد خطأ موجب للمسئولية، فهو يعتبر ذات الصبي أو المرأة أو الريفي مسئولين عن خطأ قياساً لسلوك معتاد في عمل ما، ولا يعدهم كذلك لمجرد أنهم يباشرون عمل يخصهم. كما أن هذا الرأي يتطلب منا جهد كبير لتحديد الأعمال التي تخص الصبيان والنساء والريفيين دون غيرهم، وبذلك فإن هذا الرأي يسهم في عدم انضباط الحالات التي تقيم مفهوم ركن الخطأ وتعقيدها أكثر من كونه يوجد حلاً لإشكالية ما.

- ذهب جانب آخر من الفقه إلى القول بضرورة التفرقة بين الظروف الظاهرة والظروف غير الظاهرة، فيجب أن يتم النظر عند تعيين واجبات الفاعل إلى مسلك الرجل العادي في مثل ظروفه التي تكون ظاهرة للمضرور، بحيث تجعله يتوقع من الفاعل مسلكاً معيناً، فإذا كان الفاعل قد انحرف عن هذا المسلك، فإن انحرافه يعد إخلالاً بالثقة المشروعة للغير، وإخلالاً بالواجب الملقى عليه، مما يوجد خطأً في جانبه يوجب مسئوليته³⁰³.

وهذا الرأي منتقد بتقديرنا؛ لأن الأخذ به يؤدي إلى هدم أساس المعيار الموضوعي،

كما أنه يخالف المنطق القانوني، ونبرز ذلك من خلال النقطتين الآتيتين:

1. هدم المعيار الموضوعي: إذا كان قوام المعيار الموضوعي هو السلوك المألوف للرجل المعتاد الذي يمثل أوساط الناس، فإن القول بنظرية الظروف الظاهرة يهدم هذا المفهوم؛

³⁰³ راجع: ذات المرجع السابق، ص 225. وفي تأييد ذات الاتجاه؛ راجع: حسام الدين كامل الأهواني، مرجع سابق، ص 98 و 99.

لأنه يدعو إلى مراعاة جميع الظروف الظاهرة للغير كضعف البصر والإصابة الجسمانية، التي لا يمكن القول أنها تتوافر لدى الرجل المعتاد الذي بني على أساس سلوكه المعيار الموضوعي.

2. عدم مراعاة المنطق القانوني: إن تطبيق نظرية الظروف الظاهرة يعني مراعاة ظرف

ضعف البصر لدى سائق السيارة مثلاً كونه ظرف ظاهر، وهذا ما لا يتم مراعاته من قبل القانون؛ لأنه ظرف خاص لا يتوقف حق الضرور بالتعويض عليه، هذا من جهة. ومن جهة أخرى إن الأخذ بنظرية الظروف الظاهرة، يعني أن الشخص الذي يتبين من مظهره الخارجي أنه مميز أو عاقل، يعتبر كذلك رغم عدم صحة ذلك حقيقةً في كثير من الأحيان، والعكس صحيح، وذلك يعني؛ أن هذا الرأي لا يحل إشكالية عدم التمييز التي وضع لإدخالها في الظروف التي يجب مراعاتها في ظل تطبيق المعيار الموضوعي.

نخلص مما سبق إلى الإستنتاج الآتي وهو: أن الأخذ بالمعيار الموضوعي يتم النظر فيه إلى الظروف الخارجية كظرف الزمان والمكان التي يشترك فيها عموم الناس، فلا يعتد بالظروف الداخلية الخاصة كضعف البصر والإدراك وغيرها؛ لأن السلوك المألوف للشخص العادي، يتطلب أن يكون هذا الشخص معتدل في تصرفاته يمثل أواسط الناس الذين يملكون قدر متوسط من الذكاء والإدراك.

ولعل ذلك ما دعا جانب من الفقه إلى القول بأن الأخذ بهذا المعيار يعد تسليماً جزئياً بنظرية تحمل التبعة؛ لأنه يتطلب من جميع الناس بلوغ حد معين من اليقظة، فالأشخاص الأقل يقظة وذكاء وحيطة وحذر وإدراك يلامون على أفعالهم رغم أنهم يبذلون قصارى جهدهم في سبيل عدم الإضرار بالغير، وبالمقابل فإن الأشخاص الذين يكون لديهم مستوى عالي من الفطنة والإدراك أو حتى في مستوى عادي، إذا أخذوا احتياطاتهم وبذلوا جهدهم لعدم تحقق الإضرار بالغير يتمكنوا من ذلك؛ لأن أفعالهم تقدر قياساً إلى سلوك الشخص العادي الذي هم في مستواه

في الإدراك والتمييز أو حتى أعلا منه، مما يصدق وصف فعلهم بالخطأ عند الإنحراف عن السلوك المعتاد³⁰⁴.

وبذلك يتضح لنا مفهوم الركن المادي للخطأ والمعيار الذي أخذ به الفقه والقضاء

المصري في تقديره، مما يدعونا لتولي توضيح مفهومه في القانون الفلسطيني، وذلك ما سنعرض له في الفرع التالي مباشرة.

الفرع الثاني: الركن المادي للفعل الشخصي الموجب للمسئولية التقصيرية في القانون

الفلسطيني

يختلف مفهوم الركن المادي للفعل الشخصي الموجب للمسئولية التقصيرية في

مشروع القانون المدني الفلسطيني عنه في قانون المخالفات المدنية الفلسطيني. فيتمثل الركن

المادي في المشروع في ارتكاب أي فعل ينتج عنه ضرر للغير؛ لأن نص المادة (179) من

المشروع السابق ذكره، جاء عام على نحو يقيم المسئولية بمجرد ارتكاب أي فعل يسبب

الضرر، وبما أن المطلق يبقى على إطلاقه ما لم يتم تقييده، فإن الركن المادي يقوم بمجرد

ارتكاب أي فعل، مما يعني سهولة تحققه وعدم حاجة مفهومه إلى دراسة لوضوح معناه.

أما الركن المادي للإهمال في القانون الإنجليزي فيقوم بالإنحراف عن الواجب

القانوني، الذي يتم تقديره بمعيار موضوعي يتمثل بالسلوك المعتاد في ظل الظروف الخارجية.

والواجب القانوني إما أن يكون محدد بنص معين يوجبه ومثال ذلك: وجوب إضاءة مصابيح

السيارات ليلاً والسير على يمين الطريق وعدم قطع إشارة المرور وهي حمراء اللون، وإما أن

يكون واجب قانوني عام يتم النص عليه في متن القانون على نحو يوجب أخذ الحرص وبذل

³⁰⁴ في ذات المعنى؛ راجع: عبد الرزاق السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، مرجع سابق، هامش رقم 1 ص 333.

العناية اللازمة، التي يبذلها الشخص المعتاد، ومثال ذلك: واجب العناية المفروض على

المرضى في المستشفيات، وواجب الأب في رعاية أبنائه والإنفاق عليهم³⁰⁵.

وقد ضبط قانون المخالفات المدنية الفلسطيني المعيار الموضوعي فنص عليه بشكل

صريح في المادة 50 منه التي ذكرت أنه: " يتألف الإهمال من: أ. إتيان فعل لا يأتيه شخص

معتدل الإدراك ذو بصيرة في الظروف التي وقع فيها الفعل، أو التخلف عن إتيان فعل لا

يتخلف شخص كهذا عن إتيانه في الظروف التي وقع فيها التقصير"³⁰⁶.

كما عرض قانون المخالفات المدنية الفلسطيني لتحديد الواجب القانوني الذي تتحقق

المسئولية التقصيرية بمخالفته، فنص في المادة 55 منه أنه: "1. يتألف الإخلال بواجب قانوني

من تقصير أي شخص في القيام بواجب مفروض عليه بمقتضى أي تشريع، خلاف هذا القانون،

إذا كان القصد من ذلك التشريع بعد تفسير معناه تفسيراً صحيحاً، منفعة أو وقاية أي شخص

آخر، ونشأ عن التقصير أن لحق بذلك الشخص الآخر ضرر من النوع أو الصنف المقصود في

ذلك التشريع. 2. إيفاءً بالغايات المقصودة في هذه المادة، يعتبر التشريع أنه لمنفعة أو وقاية أي

شخص إذا كان القصد منه، بعد تفسير معناه تفسيراً صحيحاً، منفعة أو وقاية ذلك الشخص على

التخصيص أو الناس عموماً، أو منفعة أو حماية أي صنف أو نوع من الأشخاص الذين ينتمي

إليهم ذلك الشخص"³⁰⁷.

وتطبيقاً لحالة مخالفة السلوك المعتاد بخصوص واجب قانوني محدد، قضت محكمة

الإستئناف العليا الفلسطينية في قرار لها بأن: "السائق كان يقود سيارته بسرعة تقرب السبعين

³⁰⁵ راجع: زهير بن زكريا حرح، مرجع سابق، ص 108 وما بعدها. محمد شتا أبو سعد، مرجع سابق، ص 115 و 116.

³⁰⁶ بخصوص نص المادة 5 من قانون المخالفات المدنية المعدل رقم 5 لسنة 1947 المعدلة لنص المادة 50 من قانون المخالفات المدنية رقم 36 لسنة 1944، راجع: ملحق رقم (1) ب.

³⁰⁷ بخصوص نص المادة 6 من قانون المخالفات المدنية الفلسطيني المعدل رقم 5 لعام 1947 المعدلة لنص المادة 55 من قانون المخالفات المدنية الفلسطيني لسنة 1944 راجع: ملحق رقم (1) ب.

كيلومتراً في الساعة رغم أن الشاهدين... شهدا بأن الطريق مبللة لهطول الأمطار، مما يقتضي اتخاذ الحيطة التي يتوجب على الرجل العادي اتخاذها في مثل هذا الظرف، لكون الطرق المبللة بمياه الأمطار من العوائق التي توجب على السائق زيادة الإنتباه وتخفيف السرعة وعدم اجتياز السيارات أو الدراجات التي أمامه إلا بعد اتخاذ جميع الإحتياطات اللازمة... وإذا كان المستأنف ضده لم يقف عند إشارة الوقوف المثبتة على يمين الطريق (علامة كف)، وعند نقطة التفتيش اللتان لا تبعدان عن مكان الحادث أكثر من مائة متر تقريباً، مما يؤكد إهماله وعدم مراعاته لوائح وأنظمة المرور³⁰⁸.

يستفاد من هذا القرار بوضوح أن مراعاة السرعة المحددة قانوناً يتم في الظروف العادية، أما إذا برزت ظروف استثنائية أو طارئة، كأن تكون الطريق مبللة فإنه يجب مراعاة هذه الظروف وتخفيف السرعة على نحو ملائم لها. وهو ذات الحكم الذي أخذ به القضاء المصري فيما يخص مخالفة النصوص المحددة بموجب نص القانون.

أما فيما يخص الواجبات القانونية العامة التي تتطلب اتخاذ الحرص والعناية والحيطة عند القيام بعمل معين، فإنه يجب مراعاة السلوك المعتاد في هذه الحالة في ظل الظروف المحيطة أي وفق المعيار الموضوعي. وهذا ما أكدت عليه محكمة الإستئناف الفلسطينية في دعوى تتلخص وقائعها (بتعرض طفلة للإصابة أثناء وجودها في جمعية أو مشفى للعناية بها، وذلك نتيجة تسرب مياه ساخن إلى جسدها من قربة موضوعة على جانبها لوجود ثقب فيها أدى إلى التسرب) حيث قضت المحكمة بأنه: " قد يكون مستحيلاً في رأيي الوصول إلى أية نتيجة أخرى غير أنه كان هناك في القربة ثقب أمكن اكتشافه لو أجريت عناية إعتيادية للقربة. إذن، لو أن العناية الإعتيادية تمنع الإصابة، فيجب أن يكون الثقب قد وجد قبل إعادة تعبئة القربة،

³⁰⁸ راجع: القضية رقم 32/70 استئناف عليا جزاء، جلسة 17/11/1970. إعداد وتجميع وليد الحايك، مجموعة مختارة من أحكام محكمة الإستئناف العليا. محكمة العدل العليا الفلسطينية، الجزء الأول، طبعة ثانية، غزة، 1995، ص 251-253.

فربما أن القاضي العارف قد وجد مسئولية ضد الأنسة رندل (الممرضة)، فنعتقد أنه يجب الأخذ بأنه أيضاً وجد كحقيقة أن الثقب كان موجوداً عندما رشحت القربة في سرير السيدة (أور) ولا نعتقد أن هذه نتيجة يجب على المحكمة أن تتدخل فيها... أما حقيقة صغر الثقب، والذي وصف بأنه (ثقب دبوس). والفترة القصيرة التي حدث فيها الضرر... فإذا كان المستأنفين لم يقدموا أي دليل لبناء دفاعهم على أن الحادث كان لا يمكن تجنبه. وفي الحقيقة فإن ظروف هذه القضية تتيح تطبيق مبدأ *Res ipsa loquitur*، وبغياب أي تفسير معقول من قبل المستأنفين فإن

المحكمة مخولة بأن تجزم بأن إصابة الطفلة كانت بسبب حاجة إلى العناية³⁰⁹.

ويبرز استعراض بعض ما جاء به القرار السابق حقائق مهمة نجملها في نقطتين:

1. إن القرار أكد على ضرورة مراعاة معيار العناية المعقولة للرجل المعتاد في الواجبات القانونية العامة التي توجب العناية والحرص في أمور معينة، كواجب العناية الملقى على الممرضة تجاه المريض.

فيتبين لنا من ذلك أن الواجبات القانونية التي يشكل الإخلال بها إهمالاً موجباً

للمسئولية في قانون المخالفات المدنية الفلسطيني والقانون الإنجليزي، يتم النص عليها في متن القانون، سواءً تمثلت بواجبات قانونية خاصة تتعلق بواجب محدد كواجب إضاءة السيارة ليلاً، أو بالواجبات العامة التي تتطلب وجود نص في متن القانون يوجب بذل الحرص والعناية، وهذا المعنى الأخير للواجبات العامة يختلف عن مفهوم الواجبات القانونية العامة التي يشكل الإخلال بها الركن المادي للخطأ الموجب للمسئولية التقصيرية في القانون والقضاء المصري الذي اكتفى بوجود واجب قانوني عام كواجب الحراسة أو مبدأ عام كمبدأ حسن النية الواجب مراعاته في المرحلة السابقة على التعاقد.

³⁰⁹ راجع: استئناف رقم 29/47، بتاريخ 13/5/1947. راجع نص القرار؛ *Wep sit*، منظومة التشريع والقضاء في فلسطين،

2. قضى القرار بوجود مبدأ أو قاعدة مهمة هي *Res ipsa laquiture* والتي تعني أن الشيء يتحدث بذاته، ويتم الأخذ بها عندما يكون الفعل الذي سبب الضرر لا يمكن أو لا يتصور وقوعه عادةً دون وجود إهمال من المدعى عليه، فهي تقيم قرينة على وجود إهمال بجانب محدث الضرر عند عدم وجود دليل على إهمال الفاعل، مع أن الظروف توحى بعدم إمكان حدوث الضرر من غير إهمال الشخص المضرور، وتطبق هذه القرينة بالنسبة للحوادث التي لا يمكن في سياق المجرى العادي للأمور أن تقع إلا نتيجة إهمال المدعى عليه أو تابعيه أي عندما يرتبط وقوع الحادث بالإهمال³¹⁰.

يستفاد من ذلك أن هذه القاعدة لا توسع مفهوم الإهمال وإنما توجد قرينة على وجوده، أي أنها تفترض وجوده، كما أن القضاء الإنجليزي قد ابتدعها، وأخذ بها عنه القضاء الفلسطيني، ليتم الأخذ بها في الحالات التي تدل على وجود إهمال مع صعوبة إثباته من جانب المضرور.

وبإكمال دراسة الركن المادي للفعل الشخصي الموجب للمسئولية التقصيرية في كل من القانون المدني الأردني ومشروع القانون المدني الفلسطيني وقانون المخالفات المدنية الفلسطيني والقانون المدني المصري، نرى ضرورة عرض بعض الملاحظات والإستنتاجات، التي سنحاول في نهايتها اقتراح الحلول المناسبة التي نجد ضرورة الأخذ بها فيما يخص الركن المادي للفعل الشخصي الموجب للمسئولية التقصيرية في مشروع القانون المدني الفلسطيني، وذلك من خلال النقاط الآتية:

³¹⁰ للتفصيل بخصوص مبدأ *Res ipsa laquiture*؛ راجع: زهير بن زكريا حرح، مرجع سابق، ص 115 - 125.

أولاً: حاول كل من القانون المدني المصري وقانون المخالفات المدنية الفلسطيني، إيجاد حلول مناسبة لبعض الصعوبات التي تواجه اعتماد فكرة الخطأ والإهمال كأساس للمسئولية التقصيرية، وذلك على النحو الآتي:

1. وسع القضاء المصري من مفهوم الواجبات القانونية العامة ليشمل مفهوم المباديء القانونية العامة، مما يعني أن الانحراف عن السلوك المألوف للرجل المعتاد مع وجود مبدأ قانوني عام يقيم الركن المادي للخطأ. وذلك يوسع مفهوم الخطأ على نحو يقربه من فكرة التعدي التي أخذ بها القانون المدني الأردني في حالة الإضرار تسبباً.

2. أخذ القضاء الفلسطيني عن القضاء الإنجليزي مبدأ *Res ipsa laquiture* الذي يعني أن الشيء يتحدث عن نفسه، فيفترض وجود إهمال في الحالات التي يدل سياقها على وجوده مع عدم التمكن أو القدرة على إثباته. وهذا يعني في رأينا افتراض وجود الإهمال في هذه الحالات، فيكون الاعتبار لركن الضرر؛ لأن ركن الإهمال مفترض، وبوضوح فإن هذا المبدأ يعني أنه في الحالات التي يوجد فيها ضرر يصيب الغير يدل المجرى العادي للأمر على وقوعه نتيجة إهمال تقوم المسئولية دون حاجة لإثبات هذا الإهمال، وإذا كان الإهمال مفترض على نحو يكتفى به بوجود ركن الضرر فإن ذلك يقربنا من مفهوم النظرية الموضوعية التي تقيم المسئولية على ركن الضرر.

ثانياً: إن المشرع المصري لم يكتفي بالمفهوم السابق لفكرة الخطأ لشمول جميع الحالات التي تنضوي تحت مضمونه، بل نجده قد أقام المسئولية التقصيرية في العديد من القوانين الخاصة على نظرية تحمل التبعة أو المخاطر المستحدثة التي نادى بها بعض الفقه في بداية الأمر ليتم تطبيقها فيما يخص المسئولية عن إصابات العمل، التي تتطلب إقامة المسئولية على ركن

الضرر سواء حدث عن خطأ أو عن أي فعل، وذلك انطلاقاً من أن الذي يمارس نشاطاً معيناً عليه تحمل تبعات الضرر الناجم عنه³¹¹.

ومن التشريعات الخاصة التي أخذ بها المشرع المصري بنظرية تحمل التبعة، قانون

التأمين الإجتماعي رقم 79 لسنة 1975، وقانون رقم 29 لسنة 1944 بشأن تعويض أفراد

طاقم السفن التجارية ضد أخطار الحرب، وقانون رقم 88 لسنة 1942 بشأن التعويض عن

التلف الذي يصيب المباني والمصانع والمعامل والآلات الثابتة بسبب الحرب³¹².

وبذلك يمكننا القول أن المشرع والقضاء في مصر، قد عرضا لمواجهة التطورات

التي أصابت نواحي الحياة الإقتصادية والسلوك الإنساني بشكل عام، من خلال إقامة المسؤولية

على نظرية تحمل التبعة في بعض التشريعات الخاصة من جهة، وبتوسيع مفهوم فكرة الخطأ

من جهة أخرى، وهذا بدوره يقودنا إلى التساؤل التالي: ألم يكن من الأجدر بالمشرع المصري

أن يواجه هذه التطورات بالنص على مبدأ عام ينحو باتجاه النظرية الموضوعية؟. وفي سبيل

الإجابة على هذا التساؤل نجد أنه يعترض المشرع المصري في سبيل أخذه لأساس آخر غير

فكرة الخطأ وإقامة المسؤولية عليه، بتقديرنا صعوبتين:

الأولى: تتمثل في التراكم الكمي الهائل للسوابق القضائية التي أوجدت خبرة عملية لدى القضاة

من جهة، والتراكم المعرفي بفكرة الخطأ وفلسفتها من جهة أخرى، مما يصعب معه القول

بنسف فكرة الخطأ التي طبقت لقرون طويلة في إطار القضاء المصري، في الوقت الذي يسهل

فيه تحويرها وتطويرها وتوسيع مفهومها، أكثر من نسفها وإيجاد أساس جديد للمسؤولية يبدأ

القضاء بالعمل في إطاره، وبناء تراكم معرفي جديد فيه.

³¹¹ للتفصيل في ماهية نظرية تحمل التبعة أو المخاطر؛ راجع: عاطف النقيب، مرجع سابق، ص 66- 69. عبد الرحمن جمعة، مرجع

سابق، ص 249 و 250.

³¹² بخصوص الإشارة لهذه القوانين؛ راجع: عبد الرزاق السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، مرجع سابق، هامش رقم 1

ص 326 و 327. عادل جبيري محمد حبيب، مرجع سابق، هامش رقم (1) ص 129 و 130.

الثانية: تكمن في أن التشريعات القانونية المصرية راعت عند صياغتها لأحكام المسؤولية التقصيرية في القانون المدني المصري أنها أقيمت على فكرة الخطأ، مما يجعل عملية تغييرها بإقامة المسؤولية على فكرة الإضرار، تقتضي إجراء تغييرات في العديد من التشريعات، مما يتطلب بذل جهد تشريعي كبير ومضني، وإعادة النظر في العديد من التشريعات ومثال ذلك: تشريعات إصابات العمل ومخاطر الطيران والمنتجات الصناعية وأية تشريعات تضم أفراد أو هيئات يسببون ضرراً للغير، التي كانت قد راعت في أحكامها أن المسؤولية التقصيرية قائمة على الخطأ، ونسقتها تبعاً لذلك.

لكن تحوير فكرة الخطأ وتوسيع مضمونها لكي تستطيع مواجهة التطورات الحديثة لنواحي السلوك المختلفة يعد أمراً في غاية الصعوبة على القضاء الفلسطيني الفتى؛ لأن القضاء المصري توصل إليه بعد قرون طويلة أحدثت تراكم معرفي كبير بفكرة الخطأ. كما أن الصعوبات التي تعترض المشرع المصري عند استبداله لفكرة الخطأ، وإقامة المسئولة على نحو آخر، لا تواجه المشرع الفلسطيني الذي يعتبر في بداية الطريق، فمن الأجر له أن يبدأ مما انتهت عنده التطورات التشريعية، لمواجهة التطورات الاقتصادية والاجتماعية التي أصابت جميع نواحي السلوك الإنساني، لا أن يبدأ من حيث بدأ التشريع المصري ومن ثم يحور فكرة الخطأ.

ثالثاً: إن الأخذ بالمعيار الموضوعي المتمثل بسلوك الشخص المعتاد، بالإضافة إلى أنه "كما خلاصنا" يعتبر الإدراك أو التمييز ركن داخلي لا يمكن الأخذ به، فإنه أيضاً يعتبر تسليماً جزئياً بنظرية تحمل التبعة. وذلك يعني أن فكرة الخطأ بحد ذاتها لم تستطع مواجهة التطورات العملية والاقتصادية التي أصابت نواحي السلوك الإنساني المختلفة وزادت في مخاطره على نحو يحتاج

إلى صياغة نظريات قادرة على إقامة التوازن بين المصالح المتعارضة لكل من المضرور ومحدث الضرر.

رابعاً: إن فكرة الإضرار³¹³ التي أخذ بها القانون المدني الأردني تعد أكثر انضباطاً ومرونةً من

فكرة الخطأ التي أخذ بها القانون المدني المصري؛ فالإضرار بالمباشرة يعتبر علة مستقلة

للتضمين بمجرد توافر فعل إيجابي ساهم في تكوين الضرر دون توسط فعل آخر.

أما الإضرار بالتسبب فلا بد فيه من توافر التعدي الذي يقرب من مفهوم الخطأ في

القانون المدني المصري، إلا أنه أكثر انضباطاً فيقوم معناه بمجرد الخروج على القانون أو

العرف أو العادة أو بعدم اتخاذ الإحتياطات اللازمة لمنع إلحاق الضرر بالغير. كما أن الإضرار

بالتسبب نظراً لقيام معناه بارتكاب فعل يؤدي أثره إلى إحداث النتيجة، مما يحتاج معه إلى ضبط

هذا الفعل من خلال اشتراط فكرة التعدي أو أن يكون الفعل مفضياً إلى الضرر، وذلك بأن تكون

النتيجة مترتبة على الفعل ولازمة له.

فضبط فكرة الإضرار على النحو السابق، يتيح الفرصة أمام القضاء لتطبيقها على

نحو مرن، يقام فيه التوازن بين مصلحة المضرور ومحدث الضرر؛ فلا تقوم مسؤولية شخص

بصد عمل قام به واتخذ كافة الإحتياطات اللازمة لمنع تضرر الغير منه، وكذلك لا تقوم

مسئوليته بصد فعل مشروع قام به ولم يتعدى في إرتكابه هذا من جهة، ومن جهة أخرى

راعى مصلحة المضرور عندما منحه الحق في التعويض عندما يحدث له ضرراً مباشراً من

آخر، فمن يصدر عنه فعلاً إيجابياً يكون الضرر للغير، يكون أولى بالمسؤولية عنه من

المضرور في هذه الحالة، وذلك ما تقتضيه العدالة؛ فإذا قيل ما ذنب محدث الضرر فترى ما

³¹³ رغم أخذ مشروع القانون المدني العربي الموحد بفكرة الإضرار من أحكام الفقه الإسلامي، إلا أنه اختلف في تنظيمه لها عن القانون المدني الأردني، فقد اشترط التعدي لإقامة مسؤولية كل من المباشر والمتسبب بالضرر، كما أنه بدأ بالنص على أحكام الإضرار بالمباشرة وبالتسبب، فلم يضع نص عام على غرار نص المادة 256 من القانون المدني الأردني. بخصوص النصوص القانونية المنظمة لأحكام فكرة الإضرار في مشروع القانون المدني العربي الموحد؛ راجع: ملحق رقم (2).

ذنب المضرور الذي لم يكن له يد في إحداث هذا الضرر ابتداءً، فالشخص الذي سبب الضرر بفعله للآخرين عليه تحمل نتيجة فعله وتعويض من لحقه الضرر دون أي ذنب أو عمل صادر منه في حالة المباشرة.

خامساً: إن إقامة مشروع القانون المدني الفلسطيني للمسئولية على ركن الضرر في المادة 179 منه، يعني أخذه بشكل مطلق بنظرية تحمل التبعة التي تم إيجادها في الأساس لتطبق فيما يخص إصابات العمل، فهي لم توجد ليطم اعتمادها كمبدأ عام يطبق في المسئولية التقصيرية. فإقامة المسئولية على ركن الضرر بشكل مطلق يعني أنه يجب المساءلة عند تحقق الضرر سواء كان الفعل الذي سببه مشروع قانوناً أو غير مشروع.

فإذا قلنا في هذا السياق أن طلب مشروعية الفعل يمكن له ضبط هذا الفعل وجعله ملائماً للتطبيق، فإن ذلك قول غير سديد؛ لأن الأعمال المشروعة قد توجب المسئولية عندما تؤدي إلى إلحاق الضرر بالغير، ومثال ذلك: قيام شخص بوضع نفايات في أرضه، فرغم تصرفه في ملكه إلا أنه يلحق الضرر بجيرانه من جراء رائحة هذه النفايات، كما أنه يؤدي إلى انتشار الأوباء، فهذه الفكرة تبين لنا أنه إذا تطلبنا قاعدة الشرعية بشكل مطلق بحيث لا تقوم مسئولية من يتصرف في ملكه أو في شيء مشروع، فذلك سيؤدي إلى وجود إشكالية.

لكن القانون المدني الأردني والفقهاء الإسلامي من خلال تبنيهما لفكرة الإضرار ضبطا السلوك الإنساني بشكل دقيق وخالي من التناقضات، مما جعل هذه الفكرة ملائمة للأخذ بها، فهي قادرة على مواجهة التطورات التي تصيب نواحي النشاط الإنساني المختلفة الاقتصادية والاجتماعية.

من كل ما تقدم نقترح ضرورة تبني أحكام القانون المدني الأردني والفقهاء الإسلامي

فيما يخص الركن المادي للفعل الشخصي الموجب للمسئولية التقصيرية الموجب للمسئولية

التقصيرية. وسنعرض في المبحث التالي لدراسة الركن المعنوي للخطأ الشخصي الموجب للمسئولية التقصيرية لنكمل في نهاية دراستنا له تحديد وجهة مشروع القانون المدني الفلسطيني فيما يخص الفعل الشخصي الموجب للمسئولية التقصيرية على نحو متناسق ومنسجم مع ما تم الأخذ به فيما يخص الركن المادي. وذلك في المطلب التالي مباشرة.

المطلب الثاني: الركن المعنوي للخطأ المتمثل في الإدراك أو التمييز "مسئولية عديم التمييز"

يعتبر الإدراك أو التمييز الركن الثاني للخطأ في القانون المدني المصري؛ فلا يكفي لقيام المسؤولية عن الفعل الشخصي الضار أن يكون الشخص قد انحرف عن السلوك المألوف للرجل العادي، بل أيضاً يجب أن يكون مدرك لهذا الانحراف، وإلا إنعدمت مسؤوليته³¹⁴، لذلك فقد نص القانون المدني المصري في المادة 164/1 منه على أنه: "1. يكون الشخص مسؤولاً عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز".

لكن المشرع المصري قد ارتأى أن عدم مساءلة عديم التمييز في جميع الحالات وبشكل مطلق، قد يؤدي إلى نتائج غير عادلة، كما في حالة المجنون واسع الثراء الذي يقتل العائل الوحيد للأسرة³¹⁵.

كذلك فإن أحكام الفقه الإسلامي التي جرى تبنيها من قبل عدد من الدول العربية والإسلامية تقيم المسؤولية الكاملة لعديم التمييز عن أفعاله الضارة للغير. كما أن بعض

³¹⁴ راجع: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 905.

³¹⁵ راجع: أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 313.

التشريعات المدنية³¹⁶ الحديثة نسبياً أقامت مسؤولية عديم التمييز عن أفعاله الضارة في الأحوال التي لا يستطيع المضرور فيها الحصول على تعويض من الشخص المسئول عنه.

وتماشياً مع التوجه السابق، فقد أقام المشرع المصري مسؤولية عديم التمييز بشكل استثنائي فنص في الفقرة الثانية من المادة 164 على أنه: "2. ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسئول عنه، أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعيًا في ذلك مركز الخصوم"³¹⁷.

وأخذ مشروع القانون المدني الفلسطيني بحكم المادة 164 من القانون المدني المصري، فنص في المادة 180 منه على أنه: "1. يكون الشخص مسئولاً عن أفعاله الضارة متى صدرت منه وهو مميز. 2. إذا وقع الضرر من شخص غير مميز، ولم يكن هناك من هو مسئول عنه، أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل مع مراعاة مركز الخصوم".

³¹⁶ تشير هنا إلى بعض التشريعات التي نصت على مسؤولية مخففة واستثنائية لعديم التمييز؛ وهي: التقنين الألماني الذي نص في المادة 829 منه على أنه: "من لا يكون مسئولاً عن ضرر وقع منه يجب عليه مع ذلك إذا لم يتمكن من الحصول على تعويض ممن تجب عليه رقبته أن يعرض هذا الضرر بقدر ما تقضي به العدالة مع مراعاة الظروف وعلى الأخص مركز الطرفين". والتشريع المدني السويسري الذي نص في الفصل 54 من قانون الإلتزامات السويسري على أنه: "يجوز للقاضي أن يحكم على عديم التمييز بإصلاح كل أو بعض الضرر الذي وقع منه". والتشريع المدني الإيطالي الذي نص في الفقرة الثانية من المادة 2047 منه على أنه: "عند عدم استطاعة المضرور الحصول على تعويض ممن تجب عليه رقابة عديم التمييز يجوز للقاضي على أساس الظروف الإقتصادية للطرفين أن يحكم على عديم التمييز بتعويض عادل". وكذلك التشريع السوري الذي نص بشكل مطابق للمادة 164 مصري مدني، في المادة 165 منه. بخصوص الإشارة لنصوص المواد السابقة؛ راجع: توفيق عبد العزيز وسعيد الفكاهي وحسين جعفر، **التعليق على قانون الإلتزامات والعقود المغربي**، مرجع سابق، ص 264 و 265.

³¹⁷ تأتي هذه المادة لمسايرة المبدأ المقرر في الفقه الإسلامي الذي يقضي بمسألة عديم التمييز، وتحديدًا نص المادة 916 من مجلة الأحكام العدلية التي ذكرت أنه: "إذا أتلّف صبي مال غيره فيلزم بالضمان من ماله فإن لم يكن له مال ينتظر إلى حال يساره ولا يضمن وليه". وردت الإشارة لها في الأعمال التحضيرية لنص المادة 164 مدني مصري؛ راجع: شفيق طعمة وأديب استابولي ومحمد علي الأسطواني ومحمد منير برمدا، مرجع سابق، ص 1054. وتجدر الإشارة هنا إلى أنه كان على المشرع المصري إقامة مسؤولية عديم التمييز الكاملة عن أعماله الضارة عند مسابرتة لأحكام المجلة والفقه الإسلامي التي أشارت الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري إلى أنها أخذت المبدأ المقرر في المادة 164 عنه.

يتبين من نص المادة 164 من القانون المدني المصري والمادة 180 من مشروع القانون المدني الفلسطيني المطابقة لها، أن مسؤولية عديم التمييز لا تقوم كمبدأ عام، مما يقتضي تحديد ماهية عديم التمييز الذي لا تقوم مسؤوليته في فرع أول. وعدم قيام مسؤولية عديم التمييز كمبدأ عام لا ينفي أنها تقوم بشكل استثنائي عند توافر شروط معينة، وذلك ما سنتولى دراسته وتوضيحه في فرع ثانٍ.

الفرع الأول: ماهية عديم التمييز

لقد تبين لنا أن كل من القانون المدني المصري ومشروع القانون المدني الفلسطيني، قد قررا عدم إقامة مسؤولية عديم التمييز كمبدأ عام، وذلك في الفقرة الأولى من المادة 164 مدني مصري، والفقرة الأولى من المادة 180 من مشروع القانون المدني الفلسطيني، مما يدعونا إلى تحديد ماهية عديم التمييز الذي لا يكون ضامناً لنتيجة أفعاله الضارة كمبدأ عام. فقد أشارت المادة 45 من القانون المدني المصري لأسباب عدم التمييز فنصت على أنه: "1. لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقداً للتمييز لصغر في السن أو عته أو جنون. 2. وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقداً للتمييز"، وهذه المادة يوافق نصها المادة 54 من مشروع القانون المدني الفلسطيني التي حددت أسباب عدم التمييز أيضاً فنصت على أنه: "1. لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقداً للتمييز لصغر في السن أو عاهة في العقل. 2. كل من لم يبلغ السابعة يعد عديم التمييز".

ويستفاد من ذلك بوضوح أن عدم التمييز يرجع إلى سببين: الأول هو صغر السن والثاني الجنون أو العته في القانون المدني المصري، أو العاهة التي تصيب العقل في مشروع القانون المدني الفلسطيني. ويضاف لهذه الأسباب الطبيعية لفقدان التمييز أسباب عارضة كالسكر

وتعاطي المخدرات، والتي تؤدي بدورها إلى انعدام التمييز. وسنتناول كل واحد من أسباب انعدام التمييز على حدة.

الأول: إنعدام التمييز لصغر السن.

رغم إجماع الفقه المصري فيما يخص الأهلية المدنية على أن عديم التمييز من الأطفال هو من لم يبلغ السابعة من عمره³¹⁸، إستناداً إلى نص المادة 45 من القانون المدني المصري، إلا أنه اختلف بخصوص السن الواجب الأخذ بها لعديم التمييز في المسؤولية التقصيرية وقد انقسم إلى ثلاثة اتجاهات هي:

الاتجاه الأول: يرى أنه في نطاق المسؤولية التقصيرية فإن القانون المدني المصري بدعوى المادة 45/2 التي نصت على أن: "كل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقد التمييز"، قد أقام قرينة قانونية على توافر التمييز ابتداءً من سن السابعة، وهذه القرينة قابلة لإثبات العكس، أي أنه يعتبر مميزاً عند بلوغه سن السابعة لكن يمكن له أن يثبت العكس بعد بلوغه هذه السن³¹⁹. وقد انتقد هذا التوجه؛ بدعوى أن نص المادة 45/2 لا يقيم أية قرينة قانونية على الإطلاق، وعلى فرض وجودها، فإنه لا يمكن القول بأن تلك القرينة قاطعة في أحد شقيها وبسيطة في شقها الآخر، فهي إما أن تكون قاطعة فيهما معاً أو غير قاطعة، فمتى كان من المسلم به عدم جواز إثبات تمييز من لم يبلغ السابعة من عمره، فإنه لا يجوز إثبات عدم تمييز من بلغها عاقلاً³²⁰.

³¹⁸ في الإشارة لهذا الإجماع؛ راجع: عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير، مرجع سابق، ص 6.

³¹⁹ راجع: سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، مرجع سابق، ص 235. أبو زيد عبد الباقي مصطفى، مسؤولية عديم التمييز التقصيرية في القانون المقارن، القسم الأول، مرجع سابق، ص 16.

³²⁰ راجع: جلال محمد ابراهيم، المسؤولية المدنية لعديم التمييز، رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراة في القانون من جامعة القاهرة، 1982، ص 68.

الإتجاه الثاني: يرى أن ما نصت عليه المادة 45/2 من القانون المدني المصري، لا ينطبق فيما

يخص المسؤولية التقصيرية سواء بالنسبة لمن بلغ سن السابعة أو لمن لم يبلغها، وبالتالي فإنه

يجوز إثبات التمييز لمن لم يبلغ هذه السن، وكذلك يجوز إثبات انعدام تمييز من بلغها³²¹. بذلك

³²¹ راجع: ذات المرجع السابق، ص 188- 192. وفي الإشارة لهذا الرأي ومبرراته ونقده؛ راجع: عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير، مرجع سابق، ص 11 وما بعدها. عبد الرحمن جمعه، مرجع سابق، ص 232 وما بعدها. وفي ذات المعنى والإتجاه الذي ذهب إليه الاستاذ جلال إبراهيم؛ راجع: عبد الحكم فودة، مرجع سابق، ص 60. وقد ذكر أصحاب هذا الإتجاه عدة مبررات لتأييد رأيهم، نبرز أهمها هنا على النحو الآتي: 1. إن المادة 45 مدني تقع ضمن النصوص المنظمة لحالة الأشخاص الطبيعيين وأهليتهم، وذلك في المواد من 29 إلى 51 من القانون المدني المصري، مما يستتبع قصر نطاق هذه المادة على الأهلية التعاقدية دون غيرها. 2. إن تحديد سن السابعة لبلوغ التمييز في المادة 45/2، لا يعدو كونه توضيحاً لما نصت عليه الفقرة الأولى من ذات المادة حيث قضت بأنه " لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقداً التمييز للصغر في السن أو عته أو جنون"، وذلك بدليل أن الفقرة الثانية من المادة 45 قد =استهلكت بحرف العطف الواو الذي يفيد ارتباط تلك الفقرة بما قبلها، وذلك يستتبع القول بأن نص المادة 45 مدني لا يمثل قاعدة عامة تشمل سائر نصوص القانون المدني، إذ يقتصر نطاق تطبيقها على الأهلية التعاقدية دون المسؤولية التقصيرية. 3. إن الفقه يعتبر أن مناط التمييز اللازم لتوافر الركن المعنوي في المسؤولية التقصيرية يختلف عن مناط التمييز اللازم لتوافر الأهلية التعاقدية، إذ أن مناط التمييز في الحالة الأولى يتمثل بالإدراك، وذلك بخلاف الحالة الثانية التي يرتبط فيها التمييز ببلوغ سن السابعة، وفق ما نصت عليه المادة 45/2، وهذا يستتبع القول بأن المادة الأخيرة بتحدد نطاقها بالأهلية التعاقدية دون المسؤولية التقصيرية. 4. أنه لا شك في أن اختلاف مدلول المرض العقلي في نطاق المسؤولية التقصيرية الذي يجب أن يكون معطلاً لكل القدرات العقلية ومعاصراً للفعل الضار، عن مدلوله ومضمونه في نطاق الأهلية المدنية إذ لا يلزم كونه معاصراً للفعل الضار أو ملغياً لكل الملكات الذهنية، والذي يستتبع القول باختلاف مناط انعدام التمييز للصغر في السن في نطاق الأهلية المدنية عنه في نطاق المسؤولية التقصيرية. ويخلص أصحاب هذا الرأي إلى القول بأن: "بلوغ الشخص السابعة من العمر مقتضاه توافر التمييز اللازم لوجود أهلية الأداء لديه، أما التمييز المطلوب لتوافر الركن المعنوي في الخطأ الذي هو أساس المسؤولية التقصيرية، وهو يختلف عن التمييز اللازم لتوافر أهلية الأداء... فالقاضي في نطاق المسؤولية التقصيرية وهو يحدد ما إذا كان الطفل مميزاً أو غير مميز لا يتأثر مطلقاً بنص المادة 45/2 التي تحدد سن التمييز في نطاق الأهلية بالسابعة، بل إنه يحدد ما إذا كان الطفل متمتعاً بالتمييز من عدمه بغض النظر عن هذه السن". راجع: (جلال محمد إبراهيم، مرجع سابق، ص 189 و 192). لكن هناك جانب من الفقه عرض لانتقاد التوجه الذي تبناه الأستاذ جلال إبراهيم، وتفنيد مبرراته من خلال عدة نقاط على النحو الآتي: 1. إن المادة 45/2 مدني تقع في نطاق القواعد العامة المنظمة للإلتزام، فما ينبغي عن حكمها يمثل قاعدة عامة يحتاج تخصيصها بنطاق معين إلى دليل يدل عليه، وإن كانت تقع ضمن النصوص المنظمة لحالة الأشخاص وأهليتهم لمباشرة الحقوق المدنية، إلا أن ذلك يرجع إلى لزوم توافر هذه الأهلية بالنسبة للتصرفات القانونية دون لزومها لترتيب الآثار القانونية على الوقائع المادية، ومتى انتفت الحاجة إلى النص على تلك الأهلية في هذا النطاق الأخير، فإن النص عليه يكون من قبيل العبث وهو ما لا يعقل وقوع المشرع فيه. 2. إن ضرورة توافر شرط معاصرة المرض العقلي للفعل الضار، وكونه ملغياً للقدرات العقلية في نطاق المسؤولية التقصيرية، ينهض في الرغبة على التأكد من انعدام التمييز لدى من حل به هذا التعارض لمجازاة المعيار الموضوعي الذي يمكن للقاضي أن يركن إليه في تلك الحالة، وكذلك فإن الأمر بالنسبة لعديم التمييز لصغر السن على خلاف ذلك، إذ يقوم عدم بلوغ الطفل السن المنصوص عليها كدليل على انعدام تمييزه، وذلك فضلاً عن أن الحجر على من قام به مرض عقلي يعتبر أمراً مقصوراً في مجال الأهلية التعاقدية لعدم فجائية التصرف القانوني بخلاف الفعل الضار الناشيء عن العمل غير المشروع. 3. إن القول بعدم ارتباط انعدام التمييز للصغر في السن في مجال المسؤولية التقصيرية، بالنسب المنصوص عليها يستتبع القول بارتباطه في تلك الحالة بمعيار شخصي، مما قد يفضي إلى عدم وحدة الأحكام، بل وتناقضها في بعض الأحيان، وذلك أمر غير مرغوب فيه بيقين. 4. إن المشرع

فإن أصحاب هذا الإتجاه يرون أن نص المادة 45/2 لا يقيم أية قرينة قانونية على وجود سن محددة يكتمل بلوغها تمييز الإنسان أو ينعدم، فيما يتعلق بالمسئولية التقصيرية.

الإتجاه الثالث: ذهب إلى القول بأن المادة 45/2 تشير إلى أن من بلغ سن السابعة يعد مميزاً، ومن لم يبلغها فهو غير مميز³²².

نرى ترجيح رؤية الإتجاه الأخير فيما ذهب إليه، وذلك لمبررين عمليين هما:

▪ إن القول بعدم إقامة المادة 45/2 لأي قرينة أو لقرينة باتجاه واحد، هو قول غير دقيق؛ لأنه يوجب على القاضي النظر إلى كل حالة من حالات عدم التمييز على حدة، لتقدير ما إذا كان الصبي مميز أو غير مميز فيها تبعاً لحالته الذهنية والعقلية وقدرته على التمييز، وهذا يعد أخذاً بالمعيار الشخصي، مما يوجد صعوبة في تبين كل حالة ومدى توافر الإدراك في الشخص من عدمه بل يكاد هذا الأمر يكون مستحيلًا في بعض الأحيان.

▪ وبما أنه يتعين على القاضي من خلال استعراضه للسوابق القضائية المعروضة عليه أن يحدد سن يتوافر فيها التمييز خوفاً من التناقض في الأحكام، فإن ذلك يعيدنا إلى القول بأنه من الأجدر على القاضي اتباع ما هو منصوص عليه في المادة 45/2 ليكون حكمه مبرراً بموجب قانون لا

الوضعي المصري قد حصر الأسباب الطبيعية لعدم التمييز في أمرين هما: بلوغ السن المنصوص عليها أو الإصابة بمرض عقلي عند بلوغها، وبالتالي فإن من بلغ تلك السن دون إصابته بمرض عقلي لا يتوافر فيه أحد السببين المنصوص عليهما، وذلك يستتبع القول بعدم جواز إثبات انعدام تمييز من بلغ تلك السن المنصوص عليها دون إصابته بمرض عقلي ولو قيل بغير ذلك لكان نقولاً على المشرع الوضعي بما لم يقله. راجع: (عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير، مرجع سابق، ص 113-117). وفي الإشارة لهذا الرأي وتأييده فيما ذهب إليه؛ راجع: عبد الرحمن جمعة، مرجع سابق، ص 234 و 235). وتجدر الإشارة هنا إلى أن الأستاذ عبد الرحمن جمعه (ذات المرجع السابق، هامش رقم 5 ص 270)، وقد صنف الأستاذ أبو زيد عبد الباقي مصطفى ضمن الإتجاه الثاني الذي قال به الأستاذ جلال محمد إبراهيم، والصحيح أن الأستاذ أبو زيد عبد الباقي يصنف في ذات الإتجاه الأول الذي ذهب إليه الأستاذ سليمان مرقس. فالأستاذ أبو زيد عبد الباقي يقول " إذا كان يستفاد بمفهوم المخالفة أن المادة 45/2 من القانون المدني المصري، قد أنشأت قرينة قانونية على توافر التمييز متى بلغ الصغير سن السابعة، إلا أنها قرينة بسيطة يجوز إثبات عكسها بحيث يمكن لمن تجاوزت سنه السابعة إثبات انعدام تمييزه" (أبو زيد عبد الباقي مصطفى، مسئولية عديم التمييز التقصيرية في القانون المقارن، القسم الأول، مرجع سابق، ص 16). ويتبين من ذلك أن الأستاذ أبو زيد ذهب في ذات الإتجاه الذي قال به الأستاذ سليمان مرقس والمشار له في متن الدراسة، وليس وفق ما ذهب إليه الأستاذ جلال إبراهيم.

³²² راجع: عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير، مرجع سابق، ص 117. وفي الإشارة لهذا الرأي وتأييده فيما ذهب إليه؛ راجع: عبد الرحمن جمعة، مرجع سابق، ص 234 و 235.

بمجرد اجتهاد محض يعتمد على السوابق؛ لأن هذا الفرض وإن كان يصلح في القانون الأنجلوسكسوني الذي يعتمد على السوابق القضائية، فإنه لا يجدر اتباعه في النظام اللاتيني الذي يعتمد على القوانين بدرجة أولى، ويستدل بها لإقامة أحكامه وفق نصوصها. فالقواعد القانونية تبنى على الأوضاع الغالبة وليس بالنظر إلى الحالات الفردية، بحيث تكون قواعد عامة مجردة تطبق على كامل ما يدخل في نطاقها من أوضاع وحالات مستقلة، بحيث تؤدي بذلك إلى الإستقرار والنظام في المجتمع، وبذلك يقال عادةً أن القانون يهدف إلى العدل لا إلى العدالة³²³.

أما مشروع القانون المدني الفلسطيني فقد بينت مذكرته الإيضاحية في شرحها للمادة 54/2 أن من بلغ سن السابعة يعد مميزاً، ومن لم يبلغها يعتبر عديم التمييز، فجاء فيها أن: "الفقرة الثانية قد بينت أن الشخص يعد فاقد التمييز إلى أن يبلغ سن السابعة حيث يصبح مميزاً إلى سن الثامنة عشرة حيث يصبح كامل التمييز أي يتمتع بأهلية أداء كاملة"³²⁴.

بذلك نخلص إلى القول بأن المادة 45/2 من القانون المدني المصري والمادة 54/2 من مشروع القانون المدني الفلسطيني، تفيدان بوجود قيام التمييز لمن بلغ سن السابعة من العمر، وعدم قيام تمييز من لم يبلغها، حيث يعد من بلغ سن السابعة دون إصابة بعاهة عقلية مميزاً، فتقام مسؤوليته وضمانه لنتيجة أفعاله الضارة.

الثاني: انعدام التمييز بسبب العته أو الجنون (العاهة العقلية).

³²³ راجع: أبو زيد عبد الباقي مصطفى، مسؤولية عديم التمييز التقصيرية في القانون المقارن، القسم الأول، مرجع سابق، ص 18. وتجدر الإشارة هنا إلى أن المشرع الفرنسي لم يحدد سناً معينة لبلوغ التمييز كما فعل المشرع المصري، وبالتالي يكون على القاضي تحديد مدى تمييز من بلغ سن معينة بالعرض لكل حالة وظروفها الخاصة. للتفصيل؛ راجع. ذات المرجع السابق، ص 17 و 18.

³²⁴ راجع: المذكرات الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني، ص 60.

لقد فرق الفقه بين مفهوم كل من الجنون³²⁵ والعتة³²⁶؛ فعرف الجنون بأنه: مرض يصيب العقل فيفقدته ويؤدي إلى انعدام التمييز، بينما يتمثل العتة باختلال العقل ونقصانه على نحو لا يؤدي إلى زواله تماماً كالمجنون بحيث يجعل صاحبه قليل الكلام مختلط الفهم³²⁷. وبذلك فقد ذهب جمهور الفقه³²⁸ والقضاء³²⁹ في مصر إلى القول بضرورة أن يكون المجنون والمعتوه فاقدان للتمييز بشكل تام عند ارتكاب الفعل الضار حتى لا تقوم مسئوليتهم، أما إذا كان الشخص وقت ارتكابه الفعل الضار في حالة إفاقة وقدرة على التمييز فيجب مساءلته.

وفي تقديرنا فإن نص الفقرة الأولى من المادة 54 من مشروع القانون الفلسطيني أكثر وضوحاً وشمولاً من نص الفقرة الأولى من المادة 45 من القانون المدني المصري؛ لأنها لم تنص على العتة والجنون كما فعل القانون المصري، وإنما بينت أن: "كل عاهة تصيب العقل تؤثر في التمييز"، أي أن نص المادة 54/1 من مشروع القانون المدني الفلسطيني يشمل جميع

³²⁵ يوجد بالإضافة إلى الجنون التام، ما يعرف بنصف الجنون الذي يتمثل في حالة الأشخاص الذين لم يفقدوا وعيهم بصورة تامة، وهؤلاء الأشخاص يقعون في منطقة وسط بين العقل والجنون بحيث لا يكونوا مالكين للعقل بصورة تامة ولا يفقدوه بصورة تامة، وبالتالي فهم أشخاص في منتصف الطريق بين الجنون والعقل، وكذلك يعرف الجنون الجزئي بأنه يتمثل في حالة الشخص الذي يصاحب بعض تصرفاته العقل والبعض الآخر الجنون، وبالتالي فإن المصاب بالجنون الجزئي تصدر عنه تصرفات بصدد بعض الأمور كالعقلاء تماماً، وبصدد بعضها الآخر يتصرف كالمجنون تماماً. للتفصيل؛ راجع: جلال محمد إبراهيم، **الشذوذ العقلي والمسئولية المدنية، القسم الأول**، بحث منشور في مجلة الحقوق الصادرة جامعة الكويت، السنة العاشرة، العدد الأول، 1986، ص 58 وما بعدها.

³²⁶ يعرف بعض الفقه العتة بأنه خلل يصيب العقل فيجعل المصاب في جزء من أفعاله وأقواله يشبه المجانين وفي الجزء الآخر منها يشبه العقلاء. راجع: (عبد الرحمن جمعة، مرجع سابق، ص 237). إلا أن هذا التعريف للعتة في حقيقته ينطبق على مفهوم الجنون الجزئي فلا يصح وصف المعتوه به. للتفصيل في المدلول والمعنى الطبي للجنون الجزئي؛ راجع: جلال محمد إبراهيم، مرجع سابق، ص 58 و 59.

³²⁷ راجع: أبو زيد عبد الباقي مصطفى، **مسئولية عديم التمييز التقصيرية في القانون المقارن، القسم الأول**، مرجع سابق، ص 20 و 21. عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير، مرجع سابق، ص 17.

³²⁸ راجع: عبد الرزاق السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني**، مرجع سابق، ص 908 و 909. سليمان مرقس، **الوافي في شرح القانون المدني**، مرجع سابق، ص 245. أحمد شوقي عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 312. حسين النوري، مرجع سابق، ص 47 و 48. مصطفى الجمال ورمضان محمد أبو السعود ونبيل سعد، مرجع سابق، ص 311. عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق، ص 551. حسن عكوش، مرجع سابق، ص 54. حسام الدين كامل الأهواني، مرجع سابق، ص 101.

³²⁹ لتأكيد ذلك؛ راجع: عز الدين الدناصوري وعبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 75. عبد الحكم فودة، مرجع سابق، ص 60.

الآفات التي تصيب العقل دون تحديد بالعتة والجنون، مما يعني؛ شموله لجميع الأمراض التي تصيب العقل على اختلاف مفاهيمها العلمية، بما أنها تؤثر على الشخص فتجعله عديم التمييز، مما يستوجب عدم مساءلته عن نتيجة فعله الضار، شريطة أن تصاحب العاهة العقلية "انعدام التمييز" ارتكاب العمل غير المشروع، فمن يكون مميزاً عند ارتكاب الفعل الضار يسأل عنه ولو انعدم تمييزه بعد ذلك.

كما أن هناك أسباب عارضة تؤدي إلى إنعدام التمييز: توجد بالإضافة لحالة صغر

السن والعاهة العقلية، فتؤدي إلى فقدان الشخص لتمييزه نتيجة وقوعه تحت تأثيرها ومثلها: حالة السكر أو تعاطي المخدر أو حالة التتويم المغناطيسي للشخص.

وتعد من أهمها حالة الغيبوبة الناشئة عن تناول العقاقير المخدرة أياً كان نوعها،

كالمواد الكحولية والكوكابين والمورفين، أو تلك الناشئة عن أزمة قلبية تنتاب المريض

بالقلب³³⁰، وحالة المنوم مغناطيسياً التي يكون فيها الشخص تحت تأثير شخص آخر يدعى

المنوم يسيطر على جميع تصرفاته، ويستطيع أن يوحي له بارتكاب أفعال معينة فيطيعه النائم

ويصبح مسلوب الإرادة بشكل كامل³³¹.

والمستقر فقهاً وقضاءً في مصر أن انعدام التمييز لسبب عارض في حالة فقد التمييز

لعتة أو جنون، لا يؤدي إلى رفع المسؤولية التقصيرية عنه، إذا كان انعدام التمييز راجعاً إلى

خطأ فاقد التمييز، كتعاطيه المسكرات أو المخدرات عن كامل إرادة ووعي³³² أو وضعه لنفسه

³³⁰ راجع: أبو زيد عبد الباقي مصطفى، مسؤولية عديم التمييز التقصيرية في القانون المقارن، القسم الأول، مرجع سابق، ص 23.

³³¹ للتفصيل في المدلول الطبي لمفهوم التتويم المغناطيسي؛ راجع راجع: جلال محمد ابراهيم، الشذوذ العقلي والمسئولية المدنية، القسم الثاني، بحث منشور في مجلة الحقوق الصادرة عن جامعة الكويت، السنة العاشرة، العدد الثاني، 1986، ص 209 وما بعدها.

³³² في تأكيد ذلك والإشارة له؛ راجع: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، هامش ص 909 و

910. جميل الشرفاوي، مرجع سابق، ص 516. رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 335. وتجدر الإشارة إلى أن المذكرة

الإيضاحية للقانون المدني المصري ذكرت خلال شرحها للمادة 164 ما يفيد بأن فقدان التمييز بشكل عارض على نحو راجع إلى خطأ محدث الضرر يبقى مسؤوليته قائمة. راجع المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري؛ راجع: معوض عبد التواب، المرجع في

التعليق على نصوص القانون المدني، مرجع سابق، ص 480 و 481.

تحت تأثير التتويم المغناطيسي وهو بكامل إرادته مما يؤدي إلى ارتكاب الجرائم وإحداث الضرر للآخرين³³³.

مما يعني أن من يضع نفسه تحت تأثير مسكر أو تتويم مغناطيسي، ويقوم بإحداث الضرر للآخرين يكون ضامناً لنتيجة فعله الضار، إلا إذا تم وضعه تحت تأثير المسكرات أو حالة التتويم دون إرادته ليتم تهيأته لإحداث جريمة أو ضرر للغير، فالنتيجة في هذه الحالة تترتب على الشخص الذي وضعه تحت تأثير المسكر أو المنوم المغناطيسي؛ لأن الشخص المنوم مغناطيسياً يعد مجرد أداة بيده، فهو مسلوب الإرادة يقوم بعمل يريده من وضعه تحت التتويم رغم إرادته ابتداءً.

وبدراسة حالات عدم التمييز التي لا يسأل الشخص فيها عن نتيجة فعله الشخصي الضار، وفق ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 164 من القانون المدني المصري والمادة 179 من مشروع القانون المدني الفلسطيني، نجد ضرورة بحث ودراسة نطاق مسئولية عديم التمييز الإستثنائية التي تقيم مسئوليته لنتيجة أفعاله الضارة وفق نص الفقرة الثانية من المادة 164 من القانون المدني المصري، وذلك في العنوان التالي مباشرة.

الفرع الثاني: نطاق مسئولية عديم التمييز الإستثنائية

أقام القانون المدني المصري في الفقرة الثانية من المادة 164 مسئولية عديم التمييز بشكل استثنائي في بعض الحالات المحددة، التي نصت على أنه: "ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسئول عنه، أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول عنه، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعيًا في ذلك مركز الخصوم"، وكذلك أقام مشروع القانون المدني الفلسطيني مسئولية عديم التمييز بشكل استثنائي

³³³ راجع راجع: جلال محمد ابراهيم، الشذوذ العقلي والمسئولية المدنية، القسم الثاني، ص 214 و 215. عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق، ص 311 و 312.

فنص في الفقرة الثانية من المادة 180 على أنه: "2. إذا وقع الضرر من شخص غير مميز، ولم يكن هناك من هو مسئول عنه، أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل مع مراعاة مركز الخصوم".

كما حددت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري ضوابط هذه المسؤولية وأحوالها، فأوردت في شرح الفقرة الثانية من المادة 164 أنه: "يختلف زوال التمييز بغير خطأ ممن أحدث الضرر، إذ تستبدل بتلك الفكرة الذاتية فكرة موضوعية أو مادية، وإذا كانت المسؤولية تظل قائمة في هذا الفرض. فهي مسئولية مخففة. وعلى هذا النحو تستأثر المسؤولية الموضوعية أو المادية بالصدارة على المسؤولية الشخصية أو الذاتية دون أن تحل محلها على وجه كامل. فلا تترتب على من زال عنه التمييز إلا بتوافر شرطين: أولهما أن يتعذر على المصاب الرجوع بالتعويض على من نيّطت به الرقابة على من أحدث الضرر إما لعدم إقامة الدليل على مسئوليته وإما لإعساره. والثاني أن يسمح مركز الخصوم للقاضي بأن يقرر للمضروب تعويضاً عادلاً. فيجوز رفض الحكم بالتعويض إذا لم يكن غير المميز قادراً على أدائه، بل يجوز عند الإقتدار إنقاص مقدار التعويض عدالةً حتى تكون في حدود سعته، ويراعى في ذلك كله مركز المضروب نفسه من الناحية المادية وجسامة الخطأ ومدى الضرر"³³⁴.

وكذلك أوضحت المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني طبيعة المسؤولية الإستثنائية المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 180 فذكرت أنه: "وفي الفقرة الثانية من المادة 180 نص على مساءلة عديم التمييز شريطة عدم وجود شخص آخر يحصل منه المضروب على التعويض، فإذا وجد شخص آخر يكفل عديم التمييز كمتولي الرقابة مثلاً، فيستطيع المضروب أن يعود عليه بالتعويض، ولكن إذا لم يتمكن من ذلك بسبب تمكن

³³⁴ راجع: المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري. بخصوص الإشارة لذلك؛ راجع: معوض عبد التواب، مرجع سابق، ص 481.

متولي الرقابة من نفي وقوع الخطأ في الرقابة، فلا مناص حينئذ من رجوع المضرور على عديم التمييز، ومسئولية عديم التمييز مسؤولية مخففة وجوازية للقاضي، إذ يترك له ألا يحكم بالتعويض استناداً إلى ثراء المضرور وفق عديم التمييز، أو بسبب خطأ المضرور في تعريض نفسه لأفعال عديم التمييز، وله أن يحكم بتعويض جزئي أو تعويض كامل حسب الحالة المادية لكل من المضرور وعديم التمييز".³³⁵

يتبين مما أوردته المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري في شرح المادة 164/2، والمذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني في شرح المادة 180/2 أن لمسئولية عديم التمييز ثلاثة خصائص رئيسة هي:

الأولى أنها مسؤولية استثنائية: أي أن مسؤولية عديم التمييز تقوم على خلاف المبدأ العام المقرر في الفقرة الأولى من المادة 164 من القانون المدني المصري، والفقرة الأولى من المادة 180 من مشروع القانون المدني الفلسطيني، حيث تقضي كل منهما بعدم مساءلة عديم التمييز عن فعله الشخصي الضار.

الثانية أنها مسؤولية احتياطية: أي أنه لا يمكن اللجوء إلى مساءلة عديم التمييز إلا في حالة عدم وجود شخص مسئول عن رقابته قانوناً أو اتفاقاً أو وجود مثل هذا الشخص مع انتفاء مسؤوليته أو تعذر الحصول على تعويض منه لإعساره.³³⁶

³³⁵ راجع: المذكرات الإيضاحية للمشروع المدني الفلسطيني، ص 210.

³³⁶ من الجدير بالذكر أن مسؤولية متولي الرقابة كالأب والأم نحو أبناءهم الذين لم يبلغوا سن 15 عام، والمعلم في المدرسة نحو الطلاب، والمشرف على الحرفة نحو من يشرف عليهم من متدربين عنده، تقوم على خطأ مقترض في جانب متولي الرقابة بمجرد صدور خطأ ممن هم تحت رقابته، ولكن هذا الخطأ المقترض قابل لإثبات العكس من قبل متولي الرقابة وذلك إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أثبت أن الضرر كان سيقع لو قام بهذا الواجب، وهذا كله منصوص عليه بوضوح في المادة 173 من القانون المدني المصري. وللتفصيل بخصوص مسؤولية متولي الرقابة في القانون المدني المصري؛ راجع: محمد شريف عبد الرحمن أحمد، مرجع سابق، ص 215 وما بعدها.

الثالثة مسؤولية مخففة جوازية للقاضي: بمعنى أن أمرها متروك للقاضي، بحيث يجوز له الحكم بإقامة مسؤولية عديم التمييز أو عدم إقامتها طبقاً لظروف عديم التمييز المالية، وكذلك يجوز له القضاء بالتعويض كاملاً إذا كان عديم التمييز ذا يسار كبير والمضروب معسر الحال والضرر كبير والخطأ جسيم، وقد لا يقضي بأي تعويض إذا كان عديم التمييز معسر الحال والمضروب ميسور الحال.

وبتحديد مضمون وخصائص مسؤولية عديم التمييز الإستثنائية على المبدأ العام الذي يقضي بعدم مسؤوليته، فإن التساؤل الذي يمكن أن يثار في هذا السياق. ما هو الأساس الذي بنيت عليه المسؤولية الإستثنائية المقررة في المادة 164/2 من القانون المدني المصري؟ وللإجابة على هذا التساؤل نجد أن هناك عدة آراء فقهية عرضت لتحديد الأساس الذي بنيت عليه المسؤولية الإستثنائية لعديم التمييز، سنعرض لها لكي نتمكن من تحديد الأساس الذي تقوم عليه من خلال النقاط الآتية:

1. ذهب غالبية الفقه المصري³³⁷ إلى القول بأن أساس مسؤولية عديم التمييز الإستثنائية هي نظرية تحمل التبعة أو المخاطر المستحدثة، فهي لا تقوم على فكرة الخطأ التي تتطلب توافر الركن المعنوي وهو الإدراك أو التمييز، وبذلك فإن الصغير غير المميز يتحمل تبعة ما يحدثه من ضرر في حدود العدالة ومراعاة مركز الخصوم.

إلا أن هذا الإتجاه قد تعرض لانتقاد جانب من الفقه؛ بدعوى أن نظرية المخاطر تفترض أن المسئول يحقق غنماً مادياً أو معنوياً ومقابل ذلك يلزم بالتعويض، لكن عديم التمييز

³³⁷ في تأييد هذا الإتجاه؛ راجع: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 911. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، مرجع سابق، هامش رقم 269 ص 252. عز الدين الدناصوري وعبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 78. عبد الحكم فودة، مرجع سابق، ص 62. عبد الودود يحيى، مرجع سابق، ص 234. محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 122. أحمد شوقي عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 313. رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 236. جميل الشراوي، مرجع سابق، ص 517. محمد أحمد عابدين، التعويض بين المسؤولية العقدية والتقصيرية، مرجع سابق، ص 37. عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق، ص 554. حسام الدين كامل الأهواني، مرجع سابق، ص 105. عاطف النقيب، مرجع سابق، ص 152.

لا يحقق أي غنم من انعدام تمييزه، كذلك فإن نظرية المخاطر "تحمل التبعة" تتطلب قيام مسؤولية الشخص عن كل ما سببه للغير من أضرار لمجرد إحداثه لها دون تقييم لسلوكه، لكن مسؤولية عديم التمييز توجب صدور فعل خاطيء أي غير مشروع منه، وهذا غير متطلب في نظرية تحمل التبعة ابتداءً³³⁸.

2. ذهب رأي فقهي إلى القول بأن مسؤولية عديم التمييز الإستثنائية، تتمثل بالالتزام قانوني فرضه الشارع على كاهل عديم التمييز لمساعدة المضرور³³⁹.

لكن هذا الرأي قد تعرض للإنتقاد من حيث أنه لا يصلح أساساً لمسؤولية عديم التمييز الإستثنائية؛ لأن جميع الإلتزامات أياً كان أساسها القانوني يجب أن يتضمنها مصدر من مصادر القانون الأخرى المعروفة، لذلك فكثيراً ما يجد البعض حينما يستعصي عليه وجود هذه الوسيلة الفنية للجوء إلى القول بفكرة الإلتزام القانوني المفروض، ولو أخذت الأمور على هذا النحو لوجب القول بأن جميع الإلتزامات مفروضة دون معرفة الأساس الصحيح لها³⁴⁰.

3. ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن أساس مسؤولية عديم التمييز الإستثنائية يستند إلى فكرتين: الأولى وهي فكرة الخطأ الموضوعي الذي يكفي لقيام المسؤولية فيه إنحراف عديم التمييز عن سلوك الشخص المعتاد أي توافر ركن التعدي. والثانية تكمل الفكرة الأولى وهي نظرية الضمان أو التي تجد أساسها في ضرورة حماية المضرور، وبالتالي لا يجب أن يترك المضرور دون حماية في مواجهة انحراف مادي في السلوك³⁴¹.

³³⁸ راجع: حسام الدين كامل الأهواني، مرجع سابق، ص 105. عاطف النقيب، مرجع سابق، ص 152.

³³⁹ هذا رأي يعود للأستاذين حسين عامر وعبد الرحيم عامر. بخصوص الإشارة له؛ راجع: أبو زيد عبد الباقي مصطفى، مسؤولية عديم التمييز التقصيرية في القانون المقارن، القسم الثاني، منشور في مجلة الحقوق، السنة السادسة، العدد الرابع، 1982، ص 92.

³⁴⁰ راجع: ذات المرجع السابق، نفس الصفحة.

³⁴¹ راجع: حسام الدين كامل الأهواني، مرجع سابق، ص 105 و 106.

4. ذهب رأي فقهي إلى القول بضرورة إقامة المسؤولية الإستثنائية لعديم التمييز في التشريع المصري على أساس الأخذ بفكرة الخطأ بمعياره الموضوعي أي الإنحراف عن السلوك المعتاد، دون الإعتداد بالإدراك أو التمييز لهذا الإنحراف³⁴².

ونرى أن كلا الإتجاهين الأخيرين منتقدين؛ فهما لا يصلحان كأساس لمسئولية عديم

التمييز الإستثنائية المقررة في القانون المدني المصري، وذلك لسببين رئيسيين هما:

الأول: إن إقامة مسئولية عديم التمييز الإستثنائية على فكرة الخطأ الموضوعي لا يمكن قبولها

في القانون المدني المصري، الذي يأخذ كمبدأ عام بعدم قيام مسئولية عديم التمييز وفق ما

قررته الفقرة الأولى من المادة 164، وبذلك فإن ركن الإدراك أو التمييز المتطلب لقيام فكرة

الخطأ لا ينتفي، بل إنه ما زال مطلوباً ومقرراً بمبدأ عام يحميه ويتطلبه لقيام فكرة الخطأ بشكل

عام وصريح.

الثاني: إن القول بأن أساس هذه المسؤولية هو فكرة الخطأ الموضوعي أو الضمان، فضلاً عن

أنه ينفي ركن الإدراك الضروري لقيام المسؤولية عن الفعل الشخصي الضار في القانون المدني

المصري، فإنه يقتضي ويتطلب الأخذ بالمسئولية المطلقة لعديم التمييز عن نتيجة أفعاله الضارة

بشكل كامل، وهذا الفرض غير متحقق فيما يخص مسئولية عديم التمييز في القانون المدني

المصري، فهي كما تبين لنا مسئولية استثنائية واختيارية ومخفضة، بحيث يراعى فيها مركز

الخصوم فيمكن إنقاص مقدار التعويض فيها عن الحد العادي المتطلب من الشخص المميز، بل

يمكن عدم الحكم به.

³⁴² راجع: أبو زيد عبد الباقي مصطفى، مسئولية عديم التمييز التقصيرية في القانون المقارن، القسم الثاني، مرجع سابق، ص 92.

5. نرى أن أساس مسئولية عديم التمييز الإستثنائية في القانون المدني المصري هي فكرة

العدالة³⁴³، التي تقتضي مراعاة مركز الخصوم المالي وتعويض المضرور إذا لم يكن هناك إمكان لمساءلته بشكل عام، فلا يعقل القول بعدم مساءلة عديم التمييز في حالة كونه واسع الثراء وأحدث بفعله الشخصي غير المشروع ضرراً لشخص آخر معسر وفقير الحال، لذلك يجب عليه التعويض مع مراعاة مركزه المالي وجسامة خطأه ومقدار الضرر على نحو ما سبق.

وكذلك الحال فيما يخص مشروع القانون المدني الفلسطيني فنرى أن أساس مسئولية عديم التمييز الإستثنائية هو فكرة العدالة التي تقتضي ضرورة مراعاة مركز الخصوم المالي، فإذا قيل أن أساس المسئولية هو إقامة المادة 179 من المشروع المسئولية على ركن الضرر، فإن ذلك يقتضي إقامة مسئولية عديم التمييز المطلقة عن الأضرار التي يسببها للغير طالما أن الضرر محور المسئولية وأساسها، دونما اعتبار لمحدثه.

وذلك يدل على وجود تناقض بين نص المادة 179 من مشروع القانون المدني

الفلسطيني التي تعتبر الضرر محور المسئولية التقصيرية والمادة 180 التي لا تقيم مسئولية عديم التمييز في فقرتها الأولى، وتتص عليها بشكل استثنائي في فقرتها الثانية، فطالما تم تحديد الضرر كأساس للمسئولية فإن ذلك يقتضي إقامة مسئولية المميز وعديم التمييز على حدٍ سواء. لذلك نرى ضرورة تبين مدى إمكانية تطلب التمييز في القانون المدني المصري ومن

ثم الوقوف على ما يمكن الأخذ به في مشروع القانون المدني الفلسطيني، مع مراعاة ما تم

الأخذ به في الركن المادي الذي ارتأينا فيه الأخذ بفكرة الإضرار في القانون المدني الأردني.

³⁴³ في ذات المعنى والسياق يقول الأستاذ عاطف النقيب أنه: " لا يكون مبنى مسئولية الشخص الفاعد للتمييز مستوحى من نظرية الخطأ ولا من نظرية تحمل التبعية. فيكون المشترع اللبناني قد فرض مسئولية خاصة على عديم التمييز بوضعه النص عليها وتحديده شروطها، وهي شروط لا تختلط مع قواعد المسئولية الشخصية العادية. وأنه ليتبدى أن فكرة العدالة لم تكن غائبة عن ذهن المشرع عند وضعه الفقرة الثالثة من المادة 122 مدني، فتكون هذه الفكرة هي التي أوحى بتلك المسئولية الخاصة". راجع: عاطف النقيب، مرجع سابق، ص 153. وتجدر الإشارة هنا أن المادة 122 من القانون المدني اللبناني توافق المادة 164 من القانون المدني المصري وتأخذ حكمها.

ففيما يخص مسئولية عديم التمييز في القانون المدني المصري، نقترح ضرورة تعديل

نص المادة 164 من القانون المدني المصري، وإقامة مسئولية عديم التمييز الكاملة والمطلقة

لنتيجة أفعاله غير المشروعة والخاطئة، وذلك لعدة مبررات نوجزها في نقطتين:

الأولى: أنه إذا كان الفقه والقضاء في مصر يقران إقامة مسئولية عديم التمييز الكاملة عن

أفعال تابعه، وذلك بدعوى أنها تقوم على خطأ مفترض في جانب المتبوع عن أفعال تابعه،

وتكون سلطة الإشراف والرقابة والتوجيه متحققة، ولو لم يكن قادراً عليها الشخص المتبوع

بخصوص أعمال تابعه غير المشروعة الضارة³⁴⁴، فإن ذلك يستتبع القول بضرورة إقامة

مسئولية عديم التمييز بصدد أفعاله الشخصية غير المشروعة أو الخاطئة من باب أولى، بما أنها

تقام بصدد الأفعال التي يقوم بها تابعه.

الثانية أن القضاء والفقه المصريين "كما أشرنا سابقاً³⁴⁵" قد أخذوا بالمعيار الموضوعي في تقدير

السلوك الخاطيء، والذي يقضي بإعتبار الإنحراف عن السلوك المألوف للرجل العادي في ظل

الظروف الخارجية خطأ يستوجب التعويض، فيعد الإدراك أو التمييز من الظروف الذاتية

الشخصية المتعلقة بشخص محدث الضرر والتي لا يمكن مراعاتها والأخذ بها³⁴⁶، وإلا كنا

بصدد تطبيق المعيار الشخصي الذي لم يرى الفقه المصري ذاته إمكانية الأخذ به.

وما يدعم ذلك أن المشرع الفرنسي الذي يقيم المسئولية عن الفعل الشخصي الضار

على ركن الخطأ الذي يتم تقديره بمعيار موضوعي قوامه السلوك المعتاد للرجل العادي، قد أقام

مسئولية عديم التمييز الكاملة عن أعماله الضارة، وذلك في أعقاب صدور قانون 3 يوليه

³⁴⁴ راجع: عز الدين الدناصوري وعبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 77. عبد الرزاق السنهوري، الوجيز في النظرية العامة

للإلتزام، مرجع سابق، ص 473.

³⁴⁵ راجع ما سبق من هذه الدراسة؛ ص 110-112.

³⁴⁶ هناك جانب من الفقه الفرنسي أكد ذات المعنى فيما يخص الخطأ الذي يعد قوام المسئولية في القانون المدني الفرنسي، حيث اعتبر

أن التمييز من الظروف الداخلية التي لا يعتد بها عند تقدير الخطأ. وفي الإشارة لهذا الجانب وتحليله؛ راجع: أبو زيد عبد الباقي

مصطفى، مسئولية عديم التمييز التقصيرية في القانون المقارن، القسم الثاني، مرجع سابق، ص 88.

1968 الذي نص في المادة 489/2 على أن: "كل من يتسبب في إحداث ضرر بالغير وهو في حالة اضطراب عقلي يكون ملزماً بتعويض الضرر".

والتي بدورها أثارت في بداية النص عليها خلافاً بين الشراح الفرنسيين، الذين ذهب جانب منهم إلى القول بأن النص يطبق على البالغ فاقد التمييز فقط، وبذلك فهو يعفي القاصر المجنون أو الذي لم يبلغ سن التمييز من المسؤولية عن أفعاله الضارة، إلا أن هذا التفسير الضيق سرعان ما تعرض للانتقاد؛ بدعوى أنه يؤدي إلى اعتبار القاصر المجنون أو فاقد التمييز غير مسئول عن أعماله الضارة في حين أن البالغ المجنون يسأل عنها، وهذا التناقض دفع فريق آخر من الفقه إلى القول بأن النص يسري على كافة عديمي التمييز سواء كانوا بالغين غير عاقلين أو قصر، وسارت محكمة النقض الفرنسية في ذات الإتجاه الأخير، فقضت بقيام مسؤولية عديم التمييز لنتيجة أفعاله الضارة³⁴⁷.

وبذلك فإن مسؤولية عديم التمييز استناداً لنص المادة 2\489 من القانون المدني الفرنسي الصادر في سنة 1968، هي مسؤولية كاملة، تقتضي مساءلة عديم التمييز وضمائه لنتيجة أفعاله الضارة بشكل كامل³⁴⁸.

وكذلك الحال فيما يخص القانون المدني الكويتي الذي نص في المادة 227³⁴⁹ منه على إقامة المسؤولية على ركن الخطأ، لكنه أوجب مسؤولية عديم التمييز لنتيجة أفعاله الضارة بشكل كامل، مما يعني أخذه بالمفهوم المادي لفكرة الخطأ³⁵⁰.

³⁴⁷ بخصوص الإشارة للمادة 489/2 مدني فرنسي، وموقف الفقه والقضاء منها بالتفصيل؛ راجع: محمد شريف عبد الرحمن أحمد، مرجع سابق، ص 223 و 224. أبو زيد عبد الباقي مصطفى، مسؤولية عديم التمييز التقصيرية في القانون المقارن، القسم الأول، مرجع سابق، ص 59 وما بعدها.

³⁴⁸ راجع: ذات المرجع السابق، ص 73 و 74.

³⁴⁹ نصت المادة 227 من القانون المدني الكويتي على أنه "1_ كل من أحدث بفعله الخاطيء ضرراً بغيره يلزم بتعويضه، سواء أكان في إحداثه الضرر مباشراً أو متسبباً. 2_ ويلتزم الشخص بتعويض الضرر الناشيء عن فعله الخاطيء، ولو كان غير مميز".

³⁵⁰ للتفصيل فيما يخص أخذ القانون المدني الكويتي بالمفهوم المادي لفكرة الخطأ؛ راجع: أبو زيد عبد الباقي، مسؤولية عديم التمييز التقصيرية في القانون المقارن، القسم الثاني، مرجع سابق، ص 115 - 117.

وفيما يخص القانون الإنجليزي فقد أخذ بالمعيار الموضوعي لتقدير فكرة الإهمال الموجبة للمسئولية التقصيرية. فالقضاء الإنجليزي يستبعد في الأصل الظروف النفسية في تقديره للخطأ، إذ العبرة هي في الفعل الضار فيكون المعيار موضوعياً خارجياً، ويتم المساواة فيه بين الشخص ذا العته أو الجنون أو الصغير غير المميز والشخص المميز، وبالتالي تجب المسئولية التقصيرية عن الأفعال الضارة الشخصية دون اشتراط التمييز³⁵¹. وهو ذات الحكم الذي أخذ به قانون المخالفات المدنية الفلسطيني³⁵².

وإذا كنا قد خلصنا بضرورة ضمان عديم التمييز الكاملة لأفعاله الشخصية الضارة في القانون المدني المصري، فمن الأولى الأخذ بها في نطاق مشروع القانون المدني الفلسطيني الذي توصلنا إلى ضرورة أخذه بفكرة الإضرار التي أخذ بها القانون المدني الأردني الذي أقام مسئولية عديم التمييز عن نتيجة أفعاله الضارة.

³⁵¹ راجع: عاطف النقيب، مرجع سابق، ص 78.

³⁵² على الرغم من أن قانون المخالفات المدنية لعام 1944 نص في المادة الثامنة منه على أنه: " لا تقام الدعوى على شخص لمخالفة مدنية ارتكبتها وهو دون سن الثانية عشرة من عمره"، مما يعني عدم قيام مسئولية الصبي دون سن الثانية عشرة من عمره، إلا أن هذا الحكم يتولد عنه فكرتين: الأولى أنه تصح مساءلة عديم التمييز لجنون أو عته عن أفعاله الضارة في جميع المخالفات المدنية التي نص عليها القانون كالإعتداء على الغير، والتعدي على أمواله والمقاضاة الكيدية. والثانية أن حكم هذا النص لا يشمل حالة الإهمال التي تعد محور الدراسة فيما يخص قانون المخالفات المدنية الفلسطيني؛ لأن المادة 55 مكررة من قانون المخالفات المدنية السابق الإشارة لها، نصت في الفقرة ب/1 من النقطة الثانية منها، على أنه: "يعتبر الشخص أنه سبب ضرراً للغير بتقصيره عندما يكون تقصيره هو سبب الضرر أو أحد أسبابه، ولكن لا يعتبر أي شخص أنه سبب ضرراً بتقصيره في الأحوال التالية: ثالثاً: إذا كان ولدأ دون الثانية عشرة من عمره واستدعاه أو أذن له الشخص الآخر الذي تسبب الضرر بتقصيره، بأن يكون في الملك الذي وقع فيه الضرر أو في داخله أو فوقه أو قريباً منه إلى درجة تجعله يتأثر من تقصير الشخص الذي استدعاه أو أذن له على الوجه المذكور". وهذا يعني أن الصبي دون الثانية عشرة ينتفي إهماله أو تقصيره في حالة واحدة هي عند تحريضه أو الإذن له بأن يكون في الملك أو المال الذي تضرر، أما في حالة عدم وجود إذن بأن يكون في المال أو الملك الذي تضرر بفعله الخالص فتقوم مسئوليته في هذه الحالة، وبذلك يكون قانون المخالفات المدنية الفلسطيني سار على نهج القانون الإنجليزي ولم يقر وزن لركن التمييز في حالة تقديره للسلوك المهمل الموجب للمسئولية الشخصية عن الحاق الضرر بالآخرين.

وبناءً على ما تقدم³⁵³، وفي ظل ما كنا قد خلصنا به من دراسة ركن الفعل الشخصي

الضار الموجب للمسئولية التقصيرية، نقترح ضرورة استبدال نص المادة 179 والمادة 180

من مشروع القانون المدني الفلسطيني بما يلي:

المادة 179 المقترحة "كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر، مع مراعاة

المواد التالية في هذا الفصل".

المادة 180 المقترحة "1. يكون الإضرار بالمباشرة والتسبب. 2. إذا كان بالمباشرة لزم

الضمان ولا شرط له، وإذا وقع بالتسبب فيشترط التحدي أو أن يكون الفعل مفضياً إلى الضرر،

لقيام الضمان".

³⁵³ هذا التعديل موافق لما أخذ به كل من القانون المدني الأردني وقانون المعاملات المدنية الإماراتي و مشروع القانون المدني العربي الموحد. بخصوص النصوص القانونية المنظمة للأحكام العامة للفعل الشخصي الموجب للمسئولية التقصيرية في مشروع القانون المدني العربي الموحد؛ راجع: ملحق رقم (2).

ملحق رقم (1) أ

نصوص مختارة من قانون المخالفات المدنية الفلسطيني رقم 36 لسنة 1944م

المادة 24

الإعتداء

الاعتداء هو استعمال أي نوع من أنواع القوة نحو شخص آخر عن قصد، سواء أكان ذلك بطريق الضرب أم اللطم أم الدفع أم بأية صورة أخرى، مباشرة أو غير مباشرة، بغير رضى المعتدى عليه أو برضاه إذا كان هذا الرضى قد استحصل عليه بطريق الغش والاحتتيال أو بمحاولة استعمال تلك القوة أو التهديد نحو شخص آخر، بفعل أو إيماء، إذا كان القائم بالمحاولة أو التهديد قد تسبب في حمل الشخص الآخر على الاعتقاد، بناء على أسباب معقولة، بأنه كان ينوي في ذلك الحين ويملك من القدرة ما يمكنه من تنفيذ غايته.

إيفاء بالغايات المقصودة من هذه المادة، تشمل عبارة "استعمال القوة" استعمال الحرارة أو النور أو القوة الكهربائية أو الغاز أو الرائحة أو أية مادة أخرى أو شيء آخر مهما كان نوعه إذا استعمل إلى درجة ينجم عنها ضرر.

المادة 30

المقاضاة الكيدية

المقاضاة الكيدية هي إقامة أو تعقيب إجراءات خاسرة، جزائية كانت أو افلاسية أو إجراءات تصفية، ضد شخص آخر بسوء قصد ودون سبب معقول ومرجح، متى كانت تلك الإجراءات: قد أساءت بمكانة ذلك الشخص أو سمعته أو سببت له احتمال فقدان حريته. وانتهت في مصلحة ذلك الشخص، إن كان من الممكن في الواقع أن تنتهي لمصلحته: ويشترط في ذلك أن لا تقام دعوى بشأن مقاضاة كيدية على أي شخص، لمجرد كونه قد قدم معلومات إلى سلطة ذات اختصاص تولت هي إقامة الإجراءات.

المادة 33

التقليد

كل من تسبب، أو حاول أن يتسبب، في جعل أية سلعة تؤخذ خطأ على أنها من سلع شخص آخر على وجه يحتمل أن يحمل المشتري العادي على الاعتقاد بأنه يشتري من سلع ذلك الرجل الآخر، وذلك عن طريق تقليد اسم السلطة أو وصفها أو علامتها أو البطاقة الملحقة بها، يعتبر أنه ارتكب مخالفة مدنية بحق ذلك الشخص الآخر. ويشترط في ذلك أن لا يعتبر أحد أنه ارتكب مخالفة مدنية لمجرد استعماله اسمه الخاص فيما يتصل ببيع أية سلع.

المادة 34

الإحتيال

الاحتتيال هو بيان أمر واقعي على غير وجهه الصحيح، مع العلم بأنه كاذب، أو دون اعتقاد بصحته أو عن طيش، ودون الاهتمام فيما إذا كان صحيحاً أو غير صحيح، بغية حمل الشخص المخدوع على الاعتماد على صحته:
ويشترط في ذلك أن لا تقام دعوى بشأن هذا البيان إلا:
إذا كان قد قصد به خدع المشتكي، وأدى إلى خداعه بالفعل، فاستند إليه في أعماله وتحمل من جرائه ضرراً مادياً.

إذا كان يتعلق بأخلاق شخص أو سلوكه أو مكانته أو مقدرته أو تجارته أو معاملاته بغية الحصول على اعتماد مالي أو نقود أو سلع وكان مكتوباً وموقعاً بتوقيع المدعى عليه نفسه.

المادة 35

حجز المال بغير حق

- 1- الحجز غير الشرعي هو حبس مال منقول بغير حق، عن شخص يملك حق حيازته الفورية.
- 2- تقع على المدعى عليه في دعوى الحجز غير الشرعي تبعة إقامة الدليل على أن حبس المال كان مشروعاً.

المادة 37

تحويل مال الغير

تحويل مال الغير هو قيام المدعى عليه بغير حق، بتحويل مال منقول يملك المدعى حق حيازته، لاستعماله الخاص، بأخذه ذلك المال أو حجزه لديه أو إتلافه أو تسليمه لشخص ثالث أو حرمان المدعى منه على أي وجه آخر

ملحق رقم (1) ب

نص المادتين الخامسة والسادسة من قانون المخالفات المدنية المعدل رقم 5 لسنة 1947

تنص المادة 5 من قانون المخالفات المدنية المعدل رقم 5 لسنة 1947 المعدلة لنص المادة 50 من قانون المخالفات المدنية رقم 36 لسنة 1944، على أنه: " تلغى المادة الخمسون من القانون الأصلي ويستعاض عنها بالمادة التالية: المادة 50 - (1) يتألف الإهمال من: إتيان فعل لا يأتيه شخص معتدل الإدراك ذو بصيرة في الظروف التي وقع فيها الفعل، أو التخلف عن إتيان فعل لا يتخلف شخص كهذا عن إتيانه في الظروف التي وقع فيها التقصير، أو التخلف عن استعمال الحذق أو اتخاذ الحيطة في ممارسة مهنة، أو حرفة، أو صنعة مما يستعمله أو يتخذه شخص معتدل الإدراك ذو بصيرة من ذوي الكفاية في تلك المهنة، أو الحرفة، أو الصنعة في مثل تلك الظروف. بالنسبة لشخص آخر يكون الشخص الذي أتى الفعل أو تخلف عن إتيانه أو عن استعمال الحذق أو اتخاذ الحيطة على النحو المشار إليه أعلاه، مدينًا له بواجب يقضي عليه أن لا يأتي ذلك الفعل، أو أن يتخلف عن إتيانه، أو عن استعمال الحذق أو اتخاذ الحيطة. (2) إيفاء بالغايات المقصودة من الفقرة (1) يعتبر كل شخص أنه مدين بواجب لجميع الأشخاص ولصاحب أية أموال ينتظر من شخص معتدل الإدراك أن يتوقع تضرر هؤلاء الأشخاص أو تلك الأموال من جراء إتيانه فعلاً أو تقصيره عن إتيان فعل أو تخلفه عن استعمال الحذق أو اتخاذ الحيطة على الوجه المنوه به في البندين (أ) و(ب) من الفقرة (1): ويشترط في ذلك أن لا يكون صاحب أي مال غير منقول أو مشغله مدينًا بهذا الواجب فيما يتعلق بحالة ذلك المال غير المنقول أو صيانته أو عمرانه إزاء أي شخص لمجرد أنه مأذون له بأن يكون في ذلك المال أو عليه أو بأن يكون له مال فيه أو عليه إلا بقدر ما يترتب عليه من واجب إنذار ذلك الشخص المأذون له، بوجود خطر =مستور، أو

تهلكة مخفية في ذلك المال أو عليه، مما يعلم بوجوده صاحب المال أو مشغله، أو مما يصح الافتراض أنه لا بد وأن يكون عالماً بوجوده. وإيفاءً بالغايات المقصودة من هذه الفقرة الشرطية، تعني عبارة (الشخص المأذون له) الشخص الذي يحل بوجه شرعي في مال غير منقول دون: أن يكون له أية علاقة بأي عمل من الأعمال التي يكون لمشغل المال مصلحة فيها، أو أن يكون قائماً بوجه شرعي باداء واجب عام بموجب أحكام أي تشريع أو خلاف ذلك وتشمل هذه العبارة أيضاً ضيوف مشغل المال غير المنقول الذين لا يدفعون أجراً عن ضيافتهم كل من سبب بإهماله ضرراً لشخص آخر يعتبر أنه ارتكب مخالفة مدنية".

تنص المادة 6 من قانون المخالفات المدنية الفلسطيني المعدل رقم 5 لعام 1947 المعدلة لنص المادة 55 من قانون المخالفات المدنية الفلسطيني لسنة 1944 على أنه: " يعدل القانون الأصلي بإضافة المواد الثلاث التالية إليه بعد المادة الخامسة والخمسين منه مباشرة كالمادة 55 مكررة (أ) والمادة 55 مكرر (ب) والمادة 55 مكررة (ج): المادة 55 مكررة (أ) يتألف الإخلال بواجب قانوني من تقصير أي شخص في القيام بواجب مفروض عليه بمقتضى أي تشريع، خلاف هذا القانون، إذا كان القصد من ذلك التشريع، بعد تفسير معناه تفسيراً صحيحاً، منفعة أو وقاية أي شخص آخر، ونشأ عن التقصير أن لحق بذلك الشخص الآخر ضرر من النوع أو الصنف المقصود في ذلك التشريع: ويشترط في ذلك أن لا يستحق لذلك الشخص الآخر من جراء ذلك التقصير أية نصفة معينة في هذا القانون، إذا كان ذلك التشريع، بعد تفسير معناه تفسيراً صحيحاً، يستهدف استثناء هذه النصفة. (2) إيفاءً بالغايات المقصودة من هذه المادة، يعتبر التشريع أنه لمنفعة أو وقاية أي شخص إذا كان القصد منه، بعد تفسير معناه تفسيراً صحيحاً، منفعة أو وقاية ذلك الشخص على التخصيص أو الناس عموماً، أو منفعة أو حماية أي صنف أو نوع من الأشخاص الذين ينتمي إليهم ذلك الشخص. المادة 55 مكررة

(ب) - (1) يعتبر الشخص أنه سبب ضرراً بتقصيره عندما يكون تقصيره هو سبب الضرر أو أحد أسبابه، ولكن لا يعتبر أي شخص أنه سبب ضرراً بتقصيره في الأحوال التالية: أولاً- إذا كان الضرر، وإن كان ذلك الشخص على خطأ، قد نشأ عن وقوع حدث من أحداث الطبيعة الخارقة مما لا يتوقع حدوثه شخص معتدل الإدراك، ولم يكن في الإمكان تجنب عواقبه باتخاذ الحيطة المعقولة، أو ثانياً- وإن كان هو على خطأ، قد كان تقصير شخص آخر، هو العامل الفاصل في تسبب الضرر، أو ثالثاً- إذا كان ولداً دون الثانية عشرة من عمره واستدعاه أو إذن له الشخص الآخر الذي تسبب الضرر بتقصيره، بأن يكون في الملك الذي وقع فيه الضرر أو في داخله أو فوقه أو قريباً منه إلى درجة تجعله يتأثر من تقصير الشخص الذي استدعاه أو إذن له على الوجه المذكور. (2)- (أ) إذا كان المدعى عليه قد سبب الضرر بتقصيره، ولكن تقصيره كان مبعثه سلوك المدعي، يجوز للمحكمة أن تعفيه من تبعة دفع تعويض للمدعي، أو أن تنقص مقدار التعويض الواجب دفعه له، وفقاً لما تراه المحكمة متفقاً مع العدالة. (ب) إذا كان المدعي والمدعى عليه قد سببا الضرر معاً بتقصيرهما، ولكن تقصير المدعي كان مبعثه سلوك المدعى عليه، يجوز للمحكمة أن تزيد التعويض الذي كان ينبغي على المدعى عليه دفعه لو أن هذه المادة لم توضع موضع العمل، إلى مبلغ لا يتجاوز المبلغ الذي كان ينبغي على المدعى عليه دفعه فيما لو كان المدعي لم يسبب الضرر بتقصيره. (3) إفاء بالغاية المقصودة من هذه المادة، تشمل الإشارة إلى تقصير أي شخص (إلا حيث يتطلب السياق خلاف ذلك) تقصير أي شخص آخر (إن وجد شخص كهذا) يكون الشخص المشار إليه أولاً في هذه الفقرة مسؤولاً تجاهه. المادة 55 مكررة (ج) إذا لحق بشخص ضرر وكان الضرر متسبباً بعضه من تقصيره نفسه والبعض الآخر من تقصير شخص آخر أو أشخاص آخرين، فلا يرد الادعاء بالتعويض عن ذلك الضرر بسبب تقصير الشخص الذي لحق به

الضرر بل يخفض التعويض الذي يصح استيفاؤه عن ذلك الضرر إلى المقدار الذي تراه المحكمة متفقاً مع العدالة والانصاف، أخذاً بعين الاعتبار ما كان للمدعي من نصيب في التسبب في إيقاع الضرر: ويشترط في ذلك ما يلي: لا يترتب على هذه الفقرة من المفعول ما يؤدي إلى رد أي دفاع ناشئ عن عقد. إذا كان ثمة عقد أو تشريع يقضي بتحديد التبعة، وكان ذلك العقد أو التشريع ينطبق على الادعاء، فلا يجوز أن يتجاوز مقدار التعويض الذي يصح استيفاؤه الحد الأقصى الذي ينطبق على الادعاء على الوجه المذكور".

ملحق رقم (2)

النصوص القانونية المنظمة للأحكام العامة للفعل الشخصي الموجب للمسئولية التقصيرية في

مشروع القانون المدني العربي الموحد.

مسئولية الشخص عن فعله

المادة 264

كل من أضر بغيره متعدياً إضراراً مباشراً أو بالتسبب. ولو غير متعمد، ولا مميز، مسئول تجاه المضرور، بالتعويض مع مراعاة المواد التالية من هذا الفصل.

المادة 265

1- إذا اجتمع المباشر والمتسبب فالمسئول هو المباشر ما لم يكن المتسبب أولى بالمسئولية منه. 2- ويكون المتسبب أولى بالمسئولية إذا كانت المباشرة مبنية على التسبب، أو كان المتسبب غاراً للمباشر أو مكرهاً له، أو توافر لديه سوء القصد دون المباشر، أو تعذر تضمين المباشر، أو كان التسبب هو الأشد تأثيراً.

المادة 266

لا يكون مسئولاً من وقع الضرر منه مباشرةً أو تسبباً بفعل قوة قاهرة تجعله مجرد أداة لا تتحرك بالإرادة.

المادة 267

تنتفي مسئولية محدث الضرر في الأحوال التالية:

1- إذا كان في حالة دفاع مشروع عن نفسه أو عرضه أو ماله، أو عن نفس غيره أو ماله، واستلزم دفاعه ضرراً بالمعتدي المهاجم لا بد منه في سبيل هذا الدفاع، فإذا تجاوز القدر

الضروري يضمن بقدر ما جاوز. 2- إذا وقع الضرر نتيجةً لفعلٍ أمر به ولي الأمر فيما ترك لتقديره شرعاً.

المادة 268

1- يضاف الفعل إلى الفاعل لا الأمر ما لم يكن مجبراً، والإجبار المعتبر في التصرفات الفعلية هو الإكراه الملجئ وحده. أما الضمان المالي في الجناية على النفس فما دونها فيشترك فيه المكره والمستكره ويكونان متكافلين فيه. 2- ومع ذلك لا يكون الموظف العام مسئولاً عن عمله الذي أضر بالغير إذا قام به تنفيذاً لأمر صدر إليه من رئيسه متى كانت إطاعة الأمر واجبةً عليه، أو كان يعتقد أنها واجبة، وأقام الدليل على اعتقاده بمشروعية الفعل الذي وقع منه، وكان اعتقاده مبنياً على أسباب معقولة وأنه راعى في عمله جانب الحيطة والحذر.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: القوانين والتشريعات

- مشروع القانون المدني الفلسطيني لسنة 2003.
- القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.
- القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.
- قانون المخالفات المدنية الفلسطيني رقم 36 لسنة 1944.
- قانون المخالفات المدنية المعدل رقم 5 لسنة 1947.
- القانون المدني السوري رقم 84 لسنة 1949.
- القانون المدني الفرنسي لسنة 1804.
- قانون أصول المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984.
- قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات المتحدة رقم 5 لسنة 1985.
- قانون الموجبات والعقود اللبناني لسنة 1932.
- قانون الإلتزامات والعقود المغربي رقم 1 لسنة 1960.
- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.
- القانون المدني الكويتي رقم 67 لسنة 1980.
- مشروع القانون المدني العربي الموحد.

ثانياً: الكتب القانونية

- عدنان ابراهيم السرحان ونوري حمد خاطر، شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصي، الإلتزامات، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، الإصدار الثاني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005.
- أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، النظرية العامة للإلتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005.
- رمضان أبو السعود، مصادر الإلتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في النظرية العامة، تنقيح أحمد مدحت المراغي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
- صالح أحمد محمد الهيبي، المباشر والمتسبب في المسؤولية التقصيرية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان- الأردن، 2004.
- عادل جبيري محمد حبيب، المفهوم القانوني لرابطة السببية وانعكاساته في توزيع عبء المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003.
- حازم نعيم الصمادي، المسؤولية المدنية في العمليات المصرفية الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، دم، 2003.
- قمر محمد موسى، الموسوعة الجامعية في التعليق على القانون المدني، الجزء الثالث، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003.

- أمجد محمد منصور، المسؤولية عن الأضرار الناجمة عن الجمادات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان- الأردن، 2002.
- محمد سليمان الأحمد، المدخل لدراسة الضمان، دراسة تحليلية مقارنة، الطبعة الأولى، دار ومكتبة الحامد للنشر والتوزيع، عمان- الأردن، 2002.
- محمد أحمد عابدين، التعويض بين الضرر المادي والموروث، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002.
- حسن الفكهاني وعبد الباسط جميعي وآخرون، الوسيط في شرح القانون المدني الأردني، رقم 43 لسنة 1976، الجزء الرابع، الدار العربية للموسوعات، مصر، 2001.
- حمدي عبد الرحمن، مصادر الإلتزام، العقد والإرادة المنفردة، دم، 1999.
- عاطف النقيب، النظرية العامة للمسئولية الناشئة عن الفعل الشخصي، الخطأ والضرر، الطبعة الثانية، دم، 1999.
- وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجناحية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار الفكر المعاصر، بيروت- لبنان، دار الفكر، دمشق- سورية، 1998.
- حسام الدين كامل الأهواني، النظرية العامة للإلتزام، الجزء الأول، المجلد الثاني، دم، 1997/1998.
- إبراهيم فاضل الدبو، الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، دار البيارق، بيروت- لبنان، دار عمار، عمان- الأردن، 1997.

-عز الدين الدناصوري وعبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، الطبعة السادسة، دم، 1997.

-معوض عبد التواب، المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996.

-جميل الشرقاوي، النظرية العامة للإلتزام، الكتاب الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.

-محمد أحمد عابدين، التعويض بين المسؤولية العقدية والتقصيرية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1995.

-محمد حسن قاسم، الوجيز في نظرية الإلتزام، المصادر والأحكام، دار الجامعة الجديدة للنشر، دم، 1994.

-عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للإلتزامات، المصادر والأحكام والإثبات، القسم الأول، مصادر الإلتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.

-عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير، التعويض عن ضرر الفعل الشخصي لعدم التمييز في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة- مصر، 1994.

-بدوي حنا، موجبات وعقود- نصوص قوانين واجتهادات، الكتاب الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1992.

- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الأول في الإلتزامات، المجلد الأول في الفعل الضار والمسئولية المدنية، القسم الأول في الأحكام العامة، الطبعة الخامسة، أسهم في تنقيحها وتزييدها بأحدث الآراء والأحكام حبيب إبراهيم الخليلي، دم، 1992.
- شفيق طعمة وأديب استانبولي ومحمد علي الأسطواني ومحمد منير برمدا، التقنين المدني السوري، نصوص قانونية وأعمال تحضيرية ومذكرات المشروع التمهيدي واجتهادات قضائية وتعليقات فقهية، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دم، 1992.
- أنور سلطان، مصادر الإلتزام في القانون المدني الاردني، دراسة مقارنة، الطبعة الاولى، عمان، 1987.
- توفيق عبد العزيز وسعيد الفكهاني وحسين جعفر، التعليق على قانون الإلتزامات والعقود المغربي، الجزء الأول، الطبعة الأولى، الدار العربية للموسوعات، القاهرة، 1986.
- مصطفى أحمد الزرقا، الفعل الضار والضمان فيه، دار العلم، دمشق، 1984.
- محمد شتا أبو سعد، أصول المسؤولية التقصيرية في قانون المعاملات المدنية السوداني، الكتاب الأول، الطبعة الأولى، دم، 1984.
- محمد شتا أبو سعد، أصول المسؤولية التقصيرية في أصول المعاملات المدنية الإسلامي السوداني، الكتاب الأول، تاريخ المسؤولية التقصيرية في السودان، الطبعة الأولى، دم، 1984.
- عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الإلتزام، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة، بيروت، 1979.

-محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الاول، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، 1978.

-حسن عكوش، المسؤولية العقدية والتقصيرية في القانون المدني الجديد، دار الفكر الحديث للطباعة والنشر، القاهرة، 1973.

-سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنينات البلدان العربية، القسم الأول، الأحكام العامة، معهد البحوث والدراسات العربية، دم، 1971.

-عبد المجيد محمد الحفناوي، نظرية الإلتزام في القانون الروماني، دم، 1964/1965.

-عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول في نظرية الإلتزام بوجه عام ومصادر الإلتزام، الطبعة الثانية، أضاف في حواشيتها عبد الباسط جميعي ومصطفى محمد الفقي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1964.

-عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، المجمع العلمي العربي الإسلامي، بيروت- لبنان، ص 1953 و 1954.

-سليمان مرقس، مذكرات في الفعل الضار، محاضرات أقيمت على طلبة كلية الحقوق في جامعة فؤاد الاول عام 1947/1948، المطبعة الإجتماعية، بولاق.

-غالب محمد القرالة، الضمان في القانون المدني الأردني والمقارن، دم، د.ت.

-عبد القادر الفار، مصادر الإلتزام مصادر الحق الشخصي في القانون المدني الأردني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان- الأردن، د.ت.

- عبد العزيز السهيل، أحكام القضاء العراقي على مواد القانون المدني، الجزء الأول، دار التضامن للطباعة والتجارة والنشر، بغداد، د.ت.

- مصطفى الجمال ورمضان أبو السعود ونبيل ابراهيم سعد، مصادر وأحكام الإلتزام، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، د.م.

- علي رمضان محمد زبيدة، النظرية العامة للأهلية، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون، المنشأة العامة للنشر والتوزيع والإعلان، طرابلس- ليبيا، د.ت.

- محمد ابراهيم الدسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، د.ت، د.م.

- محمد شتا أبو سعد، الخطأ المشترك، دار الفكر الجامعي، القاهرة، د.ت.

- حسين النوري، مصادر الإلتزام وأحكامه، مكتبة عين شمس، القاهرة، د.ت.

ثالثاً: كتب الفقه الإسلامي

- مجد الدين عبد الله بن محمود بن مودود الموصلبي، الإختيار لتعليل المختار، المجلد الثالث، الطبعة الأولى، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، عمان- الأردن، 1999.

- محمد أولي بن المنذر الأنصاري، إرشاد المسترشد في تهذيب مذاهب الهدى في الفقه

وأدلته، تصحيح أحمد عبدا الله بن محمد الأنصاري، الطبعة الأولى، الجزء الثالث، مكتبة

العبيكان، الرياض- السعودية، 1998.

-صالح عبد السميع الأزهرى، جواهر الإكليل شرح مختصر الشيخ خليل، ضبطه وصححه محمد عبد العزيز الخالدي، الطبعة الأولى، الجزء الثاني، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، 1997.

-أحمد بن محمد بن أحمد الشويكي، التوضيح في الجمع بين المقنع والتنقيح، تحقيق ناصر بن عبد الله بن عبد العزيز المسلماني، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، المكتبة الملكية، مكة- السعودية، 1418هـ 1997م.

-محمد بن المدني بوساق، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، دار إشبيليا للنشر والتوزيع، دم، 1416هـ.

-محيي الدين يحيى بن شرف أبي زكريا النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين ومعه حواشي الروضة، الجزء الثاني، اعتناء واهتمام سراج الدين عمر بن رسلان وجلال الدين عبد الرحمن بن عمر بن رسلان البلقيني، جمع صالح بن عمر بن رسلان البلقيني، تقديم عبد الله البارودي، دار الفكر، بيروت- لبنان، 1995.

-أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب الرعيني، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ضبطه وخرج أحاديثه وآياته زكريا عميرات، الطبعة الأولى، الجزء السابع، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، 1995.

-برهان الدين المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي مع نصب الرأية، الجزء الخامس، الطبعة الأولى، أخرج أحاديث الهداية جمال الدين الزيلعي، باعتناء أيمن صالح شعبان، دار الحديث، القاهرة، 1995.

-عبد الوهاب الشعراوي، الميزان، تحقيق وتعليق عبد الرحمن عميرة، الطبعة الأولى، الجزء الثالث، عالم الكتب، بيروت- لبنان، 1989.

-سليم رستم باز اللبناني، شرح المجلة، الطبعة الثالثة، دار إحياء التراث العربي، بيروت- لبنان، 1986.

-محمد فوزي فيض الله، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام، الطبعة الثانية، مكتبة دار التراث، الكويت، 1986.

-علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء السابع، الطبعة الثانية، دار الكتاب العربي، لبنان، 1982.

-منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، الجزء الثاني والرابع والسابع، راجعه وعلق عليه، هلال مصيلحي ومصطفى هلال، دار الفكر، لبنان- بيروت، 1982.

-محمد محمود بن أحمد العيني، البناية في شرح الهداية، تصحيح محمد عمر الشهير بناصر الإسلامي الرامفوري، دار الفكر، دم، 1981.

-منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، الروض المربع شرح زاد المستقنع، وحاشية الروض المربع لعبد الله بن عبد العزيز العنقري، الجزء الثالث، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض- السعودية، 1970.

-عبد الرحمن الحزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء الثاني، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، 1970.

- أبي البركات أحمد الدردير، حاشية محمد عرفة الدسوقي على الشرح الكبير، تقرير وتحقيق محمد عيش، ميدان الأزهر، مصر، 1934.
- فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق، وبهامشه حاشية احمد الشلبي، المطبعة الأميرية، بولاق- مصر، 1315هـ.
- أبي محمد بن غانم بن محمد البغدادي، مجمع الضمانات في مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، الطبعة الأولى، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، 1308هـ.
- علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، المجلد الثاني، دار الجبل، بيروت، د.ت.
- مالك بن أنس، الموطأ، دار الجبل- بيروت، ودار الآفاق الجديدة- المغرب، د.ت.
- شمس الدين السرخسي، المبسوط، الجزء الثاني والعشرون والسادس والعشرون والسابع والعشرون، الطبعة الثالثة، دار المعرفة للنشر والتوزيع، بيروت- لبنان، د.ت.
- منذر عرفات زيتون، الأحداث مسئوليتهم ورعايتهم في الشريعة الإسلامية، دار مجدلاوي، دم، د.ت.
- عبد الله بن محمود بن مودود الموصلني الحنفي، الإختيار لتعليل المختار، تعليق محمود أبو دقيقة، الجزء الأول والجزء الخامس، دار الدعوة، دم، د.ت.
- منصور علي ناصيف، التاج الجامع في أحاديث الرسول "ص"، الجزء الثالث، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، دم، د.ت.
- زين الدين بن إبراهيم المعروف بابن نجم الحنفي، الأشباه والنظائر، تحقيق وتقديم محمد منير الحافظ، دار الفكر، دم، د.ت.

-مصطفى أحمد الزرقا، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، المدخل الفقهي العام، الجزء الثاني، دار الفكر، دم.

-عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي القزويني الشافعي، العزيز شرح الوجيز، تحقيق وتعليق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، الجزء الخامس، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، د.ت.

-الحافظ أبي الفرج عبد الرحمن ابن رجب الحنبلي، القواعد في الفقه الإسلامي، دار المعرفة، بيروت- لبنان، د.ت.

-شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي المشهور بالقرافي، الفروق، وبهامشه في الأسرار الفقهية لابن الشاط، الجزء الرابع، تحقيق عبد الحميد هنداوي، المكتبة العصرية، صيدا- بيروت، د.ت.

-حاشية إبراهيم البيجوري على شرح ابن القاسم الغزي على متن أبي شجاع، تصحيح وضبط محمد عبد السلام شاهين، الجزء الثاني، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، د.ت.

-نوح علي سليمان، إبراء الذمة من حقوق العباد، دار البشير، عمان- الأردن، د.ت.

-موفق الدين بن قدامة المقدسي الحنبلي، الهادي أو عمدة الحازم في المسائل الزوائد عن مختصر أبي القاسم، طبع على نفقة حاكم قطر، دم، د.ت.

-عبد الرحمن بن عبيدان الحنبلي الدمشقي، زوائد الكافي والمحرر على المقنع، برأي واهتمام محمد بن عبد العزيز بن مانع وقاسم بن درويش فخرو، طبع على نفقة حاكم قطر، دم، د.ت.

-برهان الدين أبي الوفاء بن إبراهيم ابن شمس الدين بن فرحون اليعمري المالكي، تبصرة
الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، وبهامشه كتاب العقد المنظم للحكام فيما يجري
بين أيديهم من العقود والأحكام، تأليف أبي محمد عبد الله بن سلمون الكتاني، الطبعة الأولى،
دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، د.ت.

-موفق الدين بن عبد الله بن قدامة المقدسي، المقنع، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، د.ت.

-محمد بن الحارث الخشني، أصول الفتيا في الفقه على مذهب الإمام مالك، حققه وعلق عليه
محمد المجذوب ومحمد أبو الأجلال وعثمان بطيخ، الدار العربية للكتاب، دم، د.ت.

-أبي سليمان بن خلف بن سعد وارث الباجي الأندلسي، المنتقى شرح موطأ الإمام مالك،
الجزء السابع، دار الفكر العربي، دم، د.ت.

- شهاب الدين أحمد بن حجر الهيتمي الشافعي، تحفة المحتاج بشرح المنهاج، الجزء
الخامس والسادس والسابع والتاسع، تحقيق وتدقيق عبد الحميد الشرواني وأحمد
بن قاسم العبادي، دم، د.ت.

-أحمد عبد الله بن أحمد البعلي، الروض الندي شرح كافي المبتدي، المطبعة السلفية، دم،
د.ت.

-مالك بن أنس، المدونة الكبرى، المجلد الخامس والمجلد السادس، مكتبة بيروت العربية،
بيروت، د.ت.

-أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، الجزء السابع، على
مختصر أبي القاسم عمر بن حسين بن عبد الله بن أحمد الخرقى، مكتبة الرياض الحديثة،
الرياض- السعودية، د.ت.

رابعاً: الرسائل الجامعية

- جهان العطار الحسيني، المسؤولية المدنية بسبب الإمتناع عن الفعل، حلقة بحث قدمت لجامعة دمشق للحصول على درجة الدبلوم في القانون الخاص، 1999/2000.
- زهير بن زكريا حرح، الخطأ في المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة في النظام الأنجلوسكسوني والنظام اللاتيني، رسالة لنيل درجة الدكتوراة في الحقوق من جامعة عين شمس، 1999.
- محمد شريف عبد الرحمن أحمد، مسؤولية من تجب عليه الرقابة عن هم تحت رقابته، رسالة لنيل درجة الدكتوراة في الحقوق مقدمة لجامعة عين شمس، 1995/1996.
- شريف أحمد شريف حسين، المسؤولية الناشئة عن انهيار البناء في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة، رسالة مقدمة للجامعة الأردنية استكمالاً للحصول على درجة الماجستير في القانون، 1994.
- جمال حسني هارون، المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير قدمت استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في القانون المدني للجامعة الأردنية، 1993.
- مصطفى عبد القادر حليلو، عناصر المسؤولية عن الفعل الضار في القانون المدني الأردني والجزائري، دراسة مقارنة، رسالة مقدمة للجامعة الأردنية استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في الحقوق، 1991.

-محمد حسين الشامي، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري واليميني والفقهاء الإسلاميين، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق من جامعة عين شمس، 1989.

-سعيد عبد السلام، التعويض عن ضرر النفس في المسؤولية التقصيرية في القانون الوضعي والفقهاء الإسلاميين، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق مقدمة لجامعة القاهرة، 1988.

-جلال محمد ابراهيم، المسؤولية المدنية لعديم التمييز، رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه في القانون من جامعة القاهرة، 1982.

خامساً: الأبحاث والدوريات والمجلات

-عبد الرحمن جمعة، ضمان الضرر الناشيء عن فعل عديم التمييز وفقاً لأحكام القانون المدني الأردني، بحث منشور في مجلة دراسات صادرة عن عمادة البحث العلمي في الجامعة الأردنية، المجلد 29، العدد الأول، 2002.

-محمد يوسف الزعبي، مسؤولية المباشر والمتسبب في القانون المدني الأردني، بحث منشور في مجلة نقابة المحامين الأردنية، العدد الثالث، السنة الخامسة والأربعون، 1997.

-جمال فاخر النكاس، العقود والإتفاقات الممهدة للتعاقد، وأهمية التفرقة بين العقد والإتفاق في المرحلة السابقة على العقد، بحث منشور في مجلة الحقوق صادرة عن جامعة الكويت، السنة العشرون، العدد الأول، 1996.

-أبو زيد عبد الباقي مصطفى، مسؤولية عديم التمييز التقصيرية في القانون المقارن، القسم الأول، مجلة الحقوق، العدد الثالث، السنة السادسة، 1992.

-جلال محمد ابراهيم، الشذوذ العقلي والمسئولية المدنية، القسم الأول، بحث منشور في مجلة الحقوق الصادرة جامعة الكويت، السنة العاشرة، العدد الأول، 1986.

-جلال محمد ابراهيم، الشذوذ العقلي والمسئولية المدنية، القسم الثاني، بحث منشور في مجلة الحقوق الصادرة عن جامعة الكويت، السنة العاشرة، العدد الثاني، 1986.

-إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المقصود بمباشر الضرر في حوادث السيارات، بحث منشور في مجلة الحقوق الصادرة عن جامعة الكويت، السنة الثامنة، العدد الثالث، 1984.

-مصطفى عبد السيد الجارحي، الخطأ بالإمتناع، بحث منشور في مجلة القانون والإقتصاد الصادرة عن جامعة القاهرة، السنة الثانية والخمسون، 1982، مطبعة دار الهنا، 1984.

-أبو زيد عبد الباقي مصطفى، مدى مسئولية عديم التمييز التقصيرية في القانون المقارن، القسم الثاني، بحث منشور بمجلة الحقوق الصادرة عن جامعة الكويت، السنة السادسة، العدد الرابع، 1982.

-أبو زيد عبد الباقي مصطفى، مسئولية عديم التمييز التقصيرية في القانون المقارن، القسم الثاني، منشور في مجلة الحقوق، السنة السادسة، العدد الرابع، 1982.

-بدر جاسم اليعقوب، تعليق على حكم محكمة الإستئناف العليا الكويتية، قضية رقم

584/1977.1978، منشور بمجلة الحقوق والشريعة، تصدر عن جامعة الكويت، السنة

الخامسة، العدد الثالث، 1981.

-سمير إسماعيل، ثلاث مسائل في المسئولية المدنية تعليق على حكم رقم 59/75، منشور

في مجلة المحامي تصدرها جمعية الحقوقيين السعودية، السنة الرابعة، الأعداد الثامن والتاسع

والعاشر، 1980.

-بدر جاسم محمد اليعقوب، تحديد مفهوم مباشر الضرر، بحث منشور في مجلة الحقوق
والشريعة التي تصدرها جامعة الكويت، السنة الثانية، العدد الثاني، 1978.

-مجلة نقابة المحامين الأردنية.

سادساً: معاجم اللغة العربية

-ابن منظور، لسان العرب، المجلد الثاني، والمجلد الرابع، والمجلد الخامس، دار صادر -
بيروت، د.ت.

-عبد الرحمن بن أحمد الخليل الفراهيدي، كتاب العين، الجزء السابع، تحقيق مهدي
المخزومي وإبراهيم السامرائي، مؤسسة دار الهجرة، دم، د.ت.

سابعاً: المراجع الإلكترونية

-مجموعة الأحكام العربية، المجموعة الدولية للمحاماة والإستشارات القانونية، أقراص
ممغنطة (CD)، القاهرة، 2000.

-مكتبة التشريعات العربية، أقراص ممغنطة "CD"، القاهرة، 2000.

www.muqtafi.birzeit.edu

www.court.gov.il/hep/hom.htm

ثامناً: الملاحق

-ملحق رقم (1) أ: نصوص مختارة من قانون المخالفات المدنية الفلسطيني رقم 36 لسنة
1944م.

-ملحق رقم (1) ب: نص المادتين الخامسة والسادسة المعدلتين من قانون المخالفات المدنية
المعدل رقم 5 لسنة 1947م.

-ملحق رقم (2): النصوص القانونية المنظمة للأحكام العامة للفعل الشخصي الموجب
للمسئولية التقصيرية في مشروع القانون المدني العربي الموحد.

الخاتمة

بعد أن فرغنا من هذه الدراسة، التي تمحور موضوعها حول الفعل الشخصي الموجب للمسئولية التقصيرية في مشروع القانون المدني الفلسطيني "دراسة مقارنة"؛ نقترح جملة من النتائج والتوصيات، التي يمكنها أن تجيب على الإشكالات والتساؤلات التي عرضتها مقدمة هذه الدراسة على النحو الآتي:

الإستنتاجات

سنكتفي هنا بالعرض للإستنتاجات بشكل عام، محيلين إلى متن الدراسة فيما يخص تفصيلاتها:

- بينت الدراسة أن مفهوم الفعل الشخصي الموجب للمسئولية التقصيرية في القانون المدني الأردني، يتمثل بركن الإضرار؛ الذي يتوافر في معنيين هما: الإضرار بالمباشرة الذي يتحقق بصدور فعل إيجابي يكون الضرر دون توسط فعل آخر. والإضرار بالتسبب، الذي يتحقق بصدور فعل يؤدي أثره إلى إلحاق الضرر بالغير.
- توصلت الدراسة إلى أن الإضرار بالمباشرة يتحقق بصدور فعل إيجابي يكون الضرر، فلا يقوم بمجرد الإمتناع. أما الإضرار بالتسبب فيتحقق بعدة صور منها الإهمال وقلة الإحترار، التي يقوم مفهومها في حالة الإمتناع المسبوق بعمل إيجابي، أو الإمتناع عن القيام بواجب قانوني محدد.

- بينت الدراسة أن غالبية الفقه تعتبر الإضرار بالمباشرة علة مستقلة للتضمين، فلا يشترط سوى توافر مفهومها لقيام الضمان، وهذا ما تبنته محكمة التمييز الأردنية. كما أن غالبية الفقه اشترط التعدي لقيام الضمان في حالة الإضرار بالتسبب، لكنه اختلف في تحديد

مفهومه، فتوصلت الدراسة إلى تحديد مفهومه بأنه مخالفة الشرع أو العرف أو العادة أو عدم اتخاذ الإحتياطات اللازمة لمنع إلحاق الضرر بالغير. وتوصلت الدراسة أيضاً إلى وجوب قيام الضمان في حالة الإضرار بالتسبب بتوافر أحد شرطين هما؛ التعدي، أو أن يكون الفعل مفضياً إلى الضرر. فبيّنت أن الشرط الأخير يقوم معناه عندما تكون النتيجة مترتبة على الفعل ولازمة له على مجرى العادة، كما توصلت إلى عدم الأخذ بشرط التعمد؛ لأن شرط التعدي الذي تقوم مسؤولية المتسبب بتوافر مفهومه يشمل التعمد؛ فإرادة تحقيق الفعل والنتيجة المتطلبه في التعمد، لا تكفي إذا لم يكن هناك سلوك يعبر عنها وهذا السلوك تقوم المسؤولية بتوافره إذا قام به الفاعل على نحو متعمد.

- عرضت الدراسة للفعل الشخصي الموجب للمسئولية التقصيرية في القانون المدني المصري الذي يتمثل بركن الخطأ، فبيّنت عدم إمكانية وضع تعريف محدد له؛ لأن فكرة الخطأ تنصب على وصف سلوك إنساني غير منضبط ومتطور ومتغير، مما يوجد صعوبه في وضع تعريف محدد له، لذلك انتقدت الدراسة غالبية التعريفات التي عرضت لتحديد مفهوم الخطأ. لكنها توصلت إلى وضع إطار محدد لمفهومه، يقوم بتوافره ركن الخطأ الموجب للمسئولية التقصيرية عندما يتم الإخلال بالواجبات المنصوص عليها بشكل محدد في القانون أو بالواجبات القانونية العامة على نحو يشكل انحرافاً عن السلوك المألوف للرجل العادي في ذات الظروف التي وجد فيها، مع إدراك الشخص لهذا الإخلال، الذي يخضع تقدير مدى توافره للقاضي.

وعرضت الدراسة لفكرة الخطأ في قانون المخالفات المدنية الفلسطينية، فبيّنت أنه نص على مجموعة من الحالات التي يتوافر فيها معنى الخطأ بمجرد مخالفتها؛ كحالة الإعتداء

على شخص أو مال الغير. كما عرضت الدراسة لحالة الإهمال التي أخذ بها قانون المخالفات المدنية الفلسطينية، فبينت أنها تأتي بمعنيين؛ الأول، تكون فيه شرطاً لتحقيق المسؤولية، والثاني تكون فيه مصدراً رئيساً للمسؤولية، فركزت على المعنى الأخير وتوصلت إلى أنه يوافق مفهوم الخطأ المأخوذ به في القانون المدني المصري، كما وضعت له ذات الإطار المحدد لمفهوم ركن الخطأ الشخصي الموجب للمسؤولية التقصيرية في القانون المدني المصري.

- عرضت الدراسة لصور تحقق الخطأ في القانون المدني المصري، فبينت أنه يتحقق بصدور فعل إيجابي يلحق ضرراً بالغير، وبصدور فعل سلبي "الإمتناع" الذي يقوم في حالة الإمتناع المسبوق بعمل إيجابي، وفي حالة الإمتناع عن القيام بواجب قانوني. كما بينت الدراسة أن صور الإهمال في قانون المخالفات المدنية الفلسطينية تتمثل بالفعل الإيجابي والفعل السلبي "الإمتناع" على حدٍ سواء، على نحو يتفق مع ما أخذ به القانون المدني المصري.

كما عرضت الدراسة لأنواع الخطأ، التي تتمثل في الخطأ العمد؛ فبينت أن مفهومه يقوم بمجرد اتجاه إرادة الشخص إلى تحقيق الفعل والنتيجة الضارة له، والخطأ غير العمد أي الإهمال الذي يصدر عن غير قصد لإحداث الضرر، فيكفي فيه أن يكون الفعل قد صدر عن عدم تبصر أو عدم احتراز كافٍ، مما ألحق ضرراً بالغير.

وبينت الدراسة أن فكرة تدرج الخطأ وتقسيمه إلى خطأ عمدي وغير عمدي، غير معروفة في القانون الإنجليزي الذي أخذ عنه قانون المخالفات المدنية الفلسطينية أحكامه، لكنه يعرف ما يطلق عليه اصطلاحاً "RECKLESS Disregard" أي عدم الإكتراث. فإذا كان الفاعل في حالة الخطأ العمد يعلم النتيجة ويريدها، فإنه يكون في حالة عدم الإكتراث يعلم أن

النتيجة كبيرة الإحتمال، ومع ذلك يقدم على العمل، لذلك تم إلحاق مصطلح عدم الإكتراث

بالخطأ العمد في القانون الأنجلوسكسوني، من خلال الربط بينهما بمصطلح Willful

Misconduct بمعنى سوء السلوك الإرادي.

• عرضت الدراسة للركن المادي للخطأ في القانون المدني المصري، فبينت أن غالبية الفقه ذهبت إلى تبني المعيار الموضوعي الذي يتمثل بالإنحراف عن سلوك الرجل العادي، في الظروف الخارجية التي يوجد فيها محدث الضرر. والرجل العادي يمثل شخص من أوسط الناس؛ فلا هو قليل الإدراك ولا هو عالي اليقظة والتبصر وإنما هو بين هذا وذاك.

• توصلت الدراسة إلى أن محكمة النقض المصرية عرضت لمواجهة التطور الذي أصاب السلوك الإنساني، فزاد من مخاطره على الغير من خلال توسيعها لمفهوم الخطأ، فلم تكفي بالمفهوم التقليدي لفكرة الخطأ، الذي يتطلب الخروج عن الواجبات القانونية المحددة أو الواجبات القانونية العامة على نحو يشكل انحرافاً عن سلوك الرجل المعتاد؛ بل اعتبرت أن الخروج عن مبدأ قانوني عام -كمبدأ حسن النية- على نحو يشكل انحرافاً عن سلوك الرجل المعتاد، مقيماً للركن المادي للخطأ.

• وبينت الدراسة أن قانون المخالفات المدنية ضبط المعيار الموضوعي قانوناً، فنص عليه بشكل صريح؛ فركن الإهمال يتحقق عند مخالفة الواجبات القانونية المحددة أو الواجبات القانونية العامة على نحو يشكل انحرافاً عن سلوك الرجل العادي الذي يتمثل برجل من أوسط الناس في الذكاء والإدراك.

كما بينت الدراسة أن القضاء الفلسطيني أخذ عن القضاء الإنجليزي بمبدأ Res ipsa

laquiture الذي يعني أن الشيء يتحدث عن نفسه، فيفترض وجود إهمال في الحالات التي

يدل سياقها على وجوده مع عدم التمكن أو القدرة على إثباته. فتوصلت بذلك الدراسة إلى إن هذا المبدأ يعني أنه في الحالات التي يوجد فيها ضرر يصيب الغير، يدل المجرى العادي للأمر على وقوعه نتيجة إهمال، تقوم المسؤولية دون حاجة لإثبات هذا الإهمال؛ مما يقربنا من مفهوم النظرية الموضوعية التي تقيم المسؤولية على ركن الضرر.

- عرضت الدراسة لمسئولية عديم التمييز عن نتيجة أفعاله الضارة، فبينت أن غالبية الفقه الاسلامي تقيم مسئولية عديم التمييز عن نتيجة أفعاله الضاره، وهذا ما أخذ به القانون المدني الأردني. كما أن الركن المادي المتمثل بالإضرار في القانون المدني الأردني منسجم ومتوافق مع الركن المعنوي الذي تقوم به مسئولية عديم التمييز؛ فالفقه الإسلامي ينظر إلى الفعل ومدى توافر فكرة الإضرار فيه، بصرف النظر عن فاعله ومدى تمييزه.
- توصلت الدراسة إلى أن تطبيق المعيار الموضوعي الذي يتوافر بالإنحراف عن سلوك رجل عادي في ظل الظروف الخارجية التي وجد فيها، تقام فيه مسئولية عديم التمييز عن نتيجة أفعاله الضارة؛ لأن التمييز يعتبر من الظروف الداخلية الخاصة بالإنسان، التي لا يمكن الأخذ بها عند تطبيق المعيار الموضوعي.

فالدراسة بذلك توصلت إلى ضرورة إقامة مسئولية عديم التمييز عن نتيجة أفعاله الضارة في كل من القانون المدني المصري وقانون المخالفات المدنية الفلسطيني؛ لأنهما أخذتا بالمعيار الموضوعي.

- توصلت الدراسة إلى أن مشروع القانون المدني الفلسطيني، أخذ أحكام الفعل الشخصي الموجب للمسئولية التقصيرية عن الفقه اللاتيني "الفرنسي، المصري"، فأقام المسئولية على ركن الضرر، مما يعد أخذاً منه بأحكام النظرية الموضوعية "نظرية تحمل

التبعة" التي ابتدعها جانب من الفقه الفرنسي، كما أنه أخذ بعدم إقامة مسؤولية عديم التمييز عن نتيجة أفعاله الضارة كمبدأ عام، مع إقامته لها بشكل استثنائي متبعاً في ذلك أحكام القانون المدني المصري الذي أخذ بالنظرية الشخصية التي تقيم المسؤولية على ركن الخطأ.

كما توصلت الدراسة إلى عدم كفاية الفعل المجرد الذي أخذ به مشروع القانون المدني الفلسطيني لإقامة الركن المادي للفعل الشخصي الموجب للمسؤولية التقصيرية؛ لأنه يساوي بين الفعل المشروع وغير المشروع في المسؤولية. كما أن تطلب مشروعية الفعل، لا يمكن له أن يضبط هذا الفعل ويجعله ملائماً للتطبيق؛ لأن الأعمال المشروعة في بعض الحالات، قد توجب المسؤولية عندما تؤدي إلى إلحاق الضرر بالغير.

- توصلت الدراسة إلى إن فكرة الإضرار التي أخذ بها القانون المدني الأردني، تعد أكثر انضباطاً من فكرة الخطأ التي أخذ بها القانون المدني المصري. كما توصلت إلى أن الأخذ بفكرة الإضرار أكثر تحقيقاً للعدالة من الأخذ بفكرة الخطأ؛ فهو يقيم التوازن بين مصلحة المضرور ولا يجحف بحق محدث الضرر.

- توصلت الدراسة إلى أن الإمتناع عن مساعدة الغير مع القدرة على ذلك، من غير تعريض الشخص نفسه للخطر، لا يقيم مسؤوليته التقصيرية في كل من القانون المدني الأردني والقانون المدني المصري وقانون المخالفات المدنية الفلسطيني ومشروع القانون المدني الفلسطيني، مع قيامها في كل من القانون المدني الفرنسي، وقانون أصول المحاكمات المدنية السوداني. كما توصلت الدراسة إلى ضرورة إقامة المسؤولية عنه في مشروع القانون المدني الفلسطيني؛ لأنه يساهم في تحقيق التكافل الإجتماعي بين الناس نظراً لخصوصية الواقع الفلسطيني.

التوصيات

استناداً على ما جاء في متن هذه الدراسة ونتائجها، نقترح عدداً من التوصيات، التي نتمنى من مشرعنا الفلسطيني مراعاتها وهي:

أولاً: بما أن فكرة الإضرار التي أخذ بها القانون المدني الأردني عن الفقه الإسلامي؛ تعد أكثر انضباطاً وتحقيقاً للعدالة من فكرة الخطأ التي أخذ بها كل من القانونين المدني المصري وقانون المخالفات المدنية الفلسطيني. وبما أن أحكام الفعل الشخصي الموجب للمسئولية التقصيرية جاءت على نحو غامض وغير منضبط، فنرى ضرورة إقامة المسئولية التقصيرية على ركن الإضرار، على أن يكون النص عليه، باستبدال نص المادتين 179 و 180 من مشروع القانون المدني الفلسطيني بما يلي:

المادة 179 المقترحة "كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر، مع مراعاة المواد التالية في هذا الفصل".

المادة 180 المقترحة "1. يكون الإضرار بالمباشرة والتسبب. 2. إذا كان بالمباشرة لزم الضمان ولا شرط له، وإذا وقع بالتسبب فيشترط التعدي أو أن يكون الفعل مفضياً إلى الضرر، لقيام الضمان".

ثانياً: بما أن مساءلة الممتنع عن مساعدة الغير بصدد ضرر واقع عليهم دون تعرضه للخطر، يساهم في تحقيق التكافل الإجتماعي بين الناس، الذي يعد المجتمع الفلسطيني بأمس الحاجة له في ظل ظروف الإحتلال التي يعيشها، فنرى ضرورة الأخذ بهذه الحالة وتبنيها، بإضافة نص مادة لمشروع القانون المدني الفلسطيني، كما يلي:

" يعد فعلاً ضاراً يستوجب المسؤولية، امتناع الشخص عن تقديم المعونة لحماية الغير من خطر يدهمه في النفس أو العرض أو المال، إذا كان بمقدوره أن يبذل هذه المعونة دون أن يعرض نفسه للخطر".

ثالثاً: تكريساً للموضوعية والحياد، نقتراح تشكيل لجنة من أساتذة القانون المدني، تقوم بإعادة صياغة أحكام مشروع القانون المدني الفلسطيني مع الأخذ بفكرة الإضرار، التي انتهت الدراسة إلى تبنيها فيما يخص الفعل الشخصي الموجب للمسئولية التقصيرية. مع التركيز على مراعاة الأحكام التالية:

1. ضرورة مراعاة القواعد الفقهية الإسلامية التي نص عليها القانون المدني الأردني، كقاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان؛ فهي تضبط الإضرار بالمباشرة ولا تجعله مقيم للضمان إذا كان الفعل المباشر المكون للضرر مشروع.
2. ضرورة مراعاة مدى المسؤولية عن فعل الأشياء والمسئولية عن فعل الغير، ليتم ملاءمة الأحكام المنظمة لها مع الأخذ بركن الإضرار الشخصي الموجب للمسئولية التقصيرية في مشروع القانون المدني الفلسطيني.
3. ضرورة مراعاة ما نص عليه القانون المدني الأردني بصدد أحكام نظرية التعسف في استعمال الحق، لتناسبها مع الأخذ بفكرة الإضرار.