

جامعة عمان العربية
كلية القانون



ركن الإضرار في المسؤولية التقصيرية وفقاً لأحكام القانون
المدني الأردني (دراسة مقارنة)

**Injurious Acts as an Element in the Tort Responsibility
According to the Jordanian Civil Law
(A Comparative Study)**

إعداد

وليد محمد إبراهيم سلامة

إشراف

الأستاذ الدكتور محمد حاتم البيات

قدمت هذه الأطروحة استكمالاً لمتطلبات منح درجة دكتوراه فلسفة
في القانون الخاص

شباط (2014)

قرار لجنة المناقشة

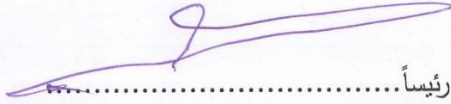
نوقشت هذه الاطروحة وعنوانها " ركن الاضرار في المسؤولية التقصيرية

وفقاً لاحكام القانون المدني الاردني (دراسة مقارنة) "

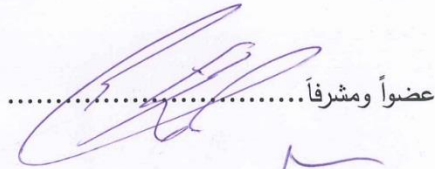
واجيزت بتاريخ 2014/2/15

التوقيع

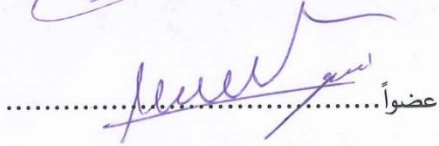
أعضاء لجنة المناقشة

رئيساً.....


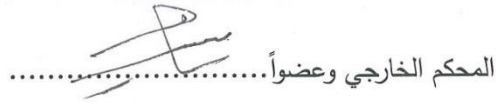
1- الأستاذ الدكتور أحمد أبو شنب

عضواً ومشرفاً.....


2- الأستاذ الدكتور محمد حاتم البيات

عضواً.....


3- الدكتور قيس الشرايري

المحكم الخارجي وعضواً.....


4- الدكتور نبيل شطناوي

بسم الله الرحمن الرحيم

"قُلْ إِنَّ صَلَاتِي وَنُسُكِي وَمَحْيَايَ وَمَمَاتِي لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ (١٦٢) لَا شَرِيكَ لَهُ وَبِذَلِكَ أُمِرْتُ وَأَنَا أَوَّلُ

الْمُسْلِمِينَ (١٦٣) "

سورة الانعام

-

الاهداء

إلى

الحاضر الغائب

معلمي الأول في الحياة

والدي الحبيب ... رحمه الله وأسكنه فسيح جناته

والدتي الحبيبة ... برأ واحساناً

شقيقي الحبيب جهاد ... تقديراً واحتراماً

إليهم جميعاً أهدي هذا الجهد المتواضع

الباحث

ث

شكر وتقدير

بعد أن منّ الله علي بإتمام هذا الجهد المتواضع ، فإنني أتقدم بجزيل الشكر والتقدير والعرفان بالجميل للأستاذ الدكتور محمد حاتم البيات، الذي تكرم بالإشراف على أطروحتي ، ولم يبخل بعلمه وصبره ، وكان مثلاً للعالم المتواضع ، والذي كانت لتوجيهاته الأثر الكبير في توجيهي للطريق الصواب.

كما وأتقدم بالشكر الى جامعة عمان العربية ممثلة بجميع كوادرها وهيئاتها التدريسية والإدارية، على ما قدموه لي من عون ومساعدة ، كما وأتقدم بالشكر الى كل من ساهم من قريب أو بعيد في إخراج هذه الأطروحة إلى حيز الوجود، داعياً المولى -عز وجل- أن يجزيهم كل الخير .

الباحث

فهرس المحتويات

ث	الاهداء
ج	شكر وتقدير
د	فهرس المحتويات
ز	ملخص
ط	Abstract
١	الفصل الاول
٢	أولاً : المقدمة :
٤	ثانياً: مشكلة الدراسة
٤	ثالثاً: عناصر مشكلة الدراسة
٤	رابعاً : مصطلحات الدراسة
٥	خامساً: أهمية الدراسة
٥	سادساً : محددات الدراسة
٥	سابعاً : الدراسات السابقة
٦	ثامناً : منهج الدراسة
٨	الفصل الثاني مفهوم الإضرار في القانون المدني الأردني والقانون المقارن
٩	أولاً: التطور التاريخي للمسؤولية التقصيرية :
٩	١- تطور المسؤولية في الشرائع القديمة:
١٣	٢- المسؤولية عن الخطأ (النظرية الشخصية):
١٥	٣- الاتجاه نحو المسؤولية الموضوعية (النظرية الموضوعية) :
١٧	ثانياً: تحديد مفهوم الإضرار في القانون المدني الأردني والخطأ في القانون المقارن :
١٧	١. تحديد مفهوم الإضرار في القانون المدني الأردني :
٢٣	٢- تحديد مفهوم الخطأ في القانون المدني المقارن:
٢٣	- تعريف الخطأ :
٢٦	- أنواع الخطأ :

- عناصر الخطأ : ٢٩
٣. بعض صور الخطأ في القانون المدني الأردني : ٣٣
٤. مدى ضرورة التعمد في صورة الإضرار بالتسبب : ٣٣
- ثالثاً : ركن الإضرار بالمباشرة ٣٦
- مفهوم المباشرة: ٣٦
- شروط تضمين المباشر في القانون المدني الأردني : ٣٨
- رابعاً: ركن الإضرار بالتسبب : ٤٠
- مفهوم التسبب : ٤٠
١. حالة التعدي : ٤٢
٢. حالة التعمد : ٤٩
٣. حالة افضاء الفعل إلى الضرر : ٥١
- خامساً : قاعدة اجتماع المباشرة مع التسبب : ٥٣
١. المتسبب أولى بالمسؤولية من المباشر: ٥٩
٢. تضمين المباشر والمتسبب معا عند اجتماعهما: ٦٩
- الفصل الثالث عناصر الإضرار في القانون المدني الأردني ٧٢
- أولاً: عناصر الإضرار بالمباشرة : ٧٢
- مفهوم المباشرة : ٧٢
- شروط المباشرة: ٧٣
- صور الإضرار بالمباشرة: ٨٠
- ثانياً: عناصر الإضرار بالتسبب : ٨٣
- مفهوم التسبب : ٨٣
- حالات الإضرار بالتسبب : ٨٣
- صور الإضرار بالتسبب : ٩٢
- الفصل الرابع الأساس القانوني للمسؤولية عن فعل الغير وعن فعل الأشياء ٩٥
- تهديد: ٩٦

أولاً: الأساس القانوني للمسؤولية عن فعل الغير.....	٩٦
١. الأساس القانوني لمسؤولية متولي الرقابة:.....	٩٧
٢. الأساس القانوني لمسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه:.....	١٠١
أولاً: الأساس القانوني للمسؤولية عن فعل الأشياء :.....	١١٢
١. الأساس القانوني للمسؤولية عن فعل الشيء في القانون المقارن:.....	١١٣
٢. الأساس القانوني للمسؤولية عن فعل الشيء في القانون المدني الأردني:.....	١١٩
أ. الأساس القانوني لمسؤولية حارس الحيوان :	١١٩
ب. الأساس القانوني لمسؤولية مالك البناء (أو المتولي عليه):.....	١٢٥
ج. الأساس القانوني للمسؤولية عن الإضرار التي تحدثها الآلات الميكانيكية والأشياء التي تتطلب عناية خاصة :.....	١٢٨
الفصل الخامس الخاتمة.....	١٣٧
الخاتمة:.....	١٣٨
أولاً : النتائج :.....	١٣٨
قائمة المراجع.....	١٤٣
أولاً: القران الكريم.....	١٤٣
ثالثا : المراجع الفقهية والقانونية.....	١٤٣
قائمة المراجع باللغة الإنجليزية :.....	١٥١

ركن الإضرار في المسؤولية التقصيرية وفقاً لأحكام القانون المدني الأردني

(دراسة مقارنة)

إعداد الباحث

وليد محمد إبراهيم سلامة

إشراف

الأستاذ الدكتور محمد حاتم البيات

ملخص

إن هذه الأطروحة تسلط الأضواء على أساس المسؤولية التقصيرية في جزئياتها المختلفة وفقاً لأحكام القانون المدني الأردني، إذ نجد أن نقطة البدء فيها تنطلق من ركن الإضرار في صورتها المباشرة والتسبب .

ولقد تبين للباحث أن الصفة التي يتوقف عليها الضمان، كانت محل إختلاف بين اتجاهات عديدة من الفقهاء من زمان لآخر، وكان لهذا الاختلاف ما يبرره من مقتضيات العدالة والمنطق والواقع، تطبيقاً للقاعدة الكلية (لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان)، وأن هذا الاختلاف خلق أفاقاً جديداً لفقهاءنا المعاصرين للاجتهد والقياس لصياغة قاعدة المباشرة والتسبب بما يلائم مقتضيات العصر.

وعلى ضوء ذلك، وجد الباحث أن التعدي بمفهومه الشمولي هو الأساس القانوني المناسب لعصرنا الحاضر لقيام مسؤولية المباشرة والمتسبب، لذا أوصينا على مشرعي الأردن تعديل نص المادة (٢٥٧) وإلغاء حالتها التعمد والإفشاء إلى الضرر كون التعدي بمفهومه الشمولي يتضمن التعمد.

أما حالة اجتماع المباشرة والتسبب، التي عالجتها المادة (٢٥٨) مدني أردني، وأضافت الحكم للمباشرة، بصورة مطلقة، دون الأخذ بالاستثناءات الواردة في الفقه الإسلامي، جعل قرارات محكمة التمييز تتضارب في أحكامها، فأقترح الباحث على مشرعي الأردن إضافة هذه الاستثناءات إلى نص المادة (٢٥٨) وإلغاء نص المادة (٢٥٩) على ضوء هذا التعديل .

أما الأساس القانوني للمسؤولية عن فعل الغير، فقد توصل الباحث إلى أن أساس مسؤولية متولي الرقابة هو الخطأ المفترض إفتراضاً قابلاً لإثبات العكس وأساس مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه فهو الضمان، فالمتبوع يضمن الضرر الناتج عن خطأ التابع، ولا يستطيع التخلص من هذه المسؤولية متى تحققت شروطها.

أما بالنسبة للأساس القانوني للمسؤولية عن فعل الأشياء، فقد توصل الباحث إلى أن الأساس القانوني للمسؤولية عن فعل الحيوان هو التعدي الواجب للإثبات، أما أساس مسؤولية مالك البناء أو المتولي عليه فهو التعدي المفترض افتراضاً قابلاً لإثبات العكس، وفي أساس المسؤولية عن الإضرار التي تحدثها الأشياء التي تتطلب عناية خاصة أو الآلات الميكانيكية، فهو تعدٍ مفترض قابل لإثبات العكس. وبالتالي فإن كل هذا قاد الباحث إلى نتائج وتوصيات قانونية هامة، وضعها في خاتمة البحث.

Injurious Acts as an Element in the Tort Responsibility According the Jordanian Civil Law

(A Comparative Study)

Prepared by

Walid Mohammed Ibrahim Salameh

Supervision

Full Professor Dr. Mohammad Hatem Elbiate

Abstract

This Thesis sheds light on the basis of various aspects of tort under the provisions of the Jordanian Civil Code, on consideration that the starting point of tort arise from the element of damage in terms of both direct perpetration and causation.

The researcher found out that the condition for compensation has always been a point of disagreement between a wide variety of trends of jurisprudence and jurists across various ages and times.

This disagreement had

its own reasons and justifications based on the exigencies of justice, logic and reality, pursuant to the universal maxim "Change of rulings as times change is undeniable". Additionally, this disagreement led to the opening

of a new horizon for our contemporary jurists to use independent reasoning (Ijtihad) and deductive analogy (qiyas) to create a rule for direct perpetration and causation that suits the affairs of contemporary time.

In the light of the foregoing, the researcher found out that transgression in its broad meaning constitutes the legal basis for establishing an event of liability of a perpetrator and causative for damage in our present time. Accordingly, we have recommended to our Jordanian legislator to amend Article (257) and eliminate the two cases of willfulness and conduct conducing to damage as transgression in its wider meaning implies willfulness.

Regarding the case of combined direct perpetration and causation of damage, which is addressed by Article 258 of the Civil Code of Jordan, where the wrong-doer is held liable for both direct and causation of damage without taking the exceptions stipulated by the Islamic Jurisprudence into consideration; this

combined liability led to contradicting judgments by the Court of Cassation. Based on the foregoing, the researcher has suggested to the Jordanian legislator to add these exceptions to article (258) and repeal article (259) in light of this amendment.

Regarding the legal basis of the liability for third party's action, the researcher has found that the basis of the Custodian's liability is the wrongdoing which is based on an assumption the contrary of which can be proved, and the basis of the principal's liability for the actions of its subordinate is compensation, as the principal guarantees the damage resulting from the error of the subordinate and cannot evade such liability when its elements are complete..

As for the legal basis of the liability for action of things, the researcher has found that the legal basis of the liability arising from an animals' action is transgression which has to be proved by evidence.. Additionally, the legal basis of the liability of a landlord or the person incharge of the building is the assumable transgression the contrary of which can be proved. As regards the legal basis of liability for damages caused by things that require special attention and mechanical machines, this is an assumable transgression the contrary of which can be proved.

Accordingly, all of that led the researcher to a number of significant legal conclusions and recommendations which are included in the final Conclusion of this thesis.

الفصل الاول

أولاً : المقدمة

ثانياً : مشكلة الدراسة

ثالثاً : عناصر مشكلة الدراسة

رابعاً : مفاهيم ومصطلحات الدراسة

خامساً : أهمية الدراسة

سادساً : محددات الدراسة

سابعاً : الدراسات السابقة

ثامناً : منهج البحث المستخدم

أولاً : المقدمة :

الحمد لله الذي هدانا للإيمان والإسلام، وأكمل لنا الشرع، وجعلنا خير أمة أخرجت للناس، وجعل الإسلام صالحاً لكل زمان ومكان، والصلاة والسلام على رسول الله، الذي بلغ الرسالة، وأدى الأمانة، ونصح الأمة، وكشف الغمة، وجاهد في الله حق جهاده، وتركنا على المحجة البيضاء ليلها كنهارها، لا يزيغ عنها إلا هالك، وبعد :

تعد المسؤولية التقصيرية أو العمل غير المشروع من أهم مصادر الالتزام وأكثرها تطبيقاً في الحياة العملية بعد العقد، والمسؤولية التقصيرية كانت ولا تزال موضوع دراسات مستفيضة، وهي أول المصادر غير الإرادية للالتزام ويطلق عليها المشرع الأردني وبعض القوانين العربية الفعل الضار، وهذه التسمية مأخوذة من الفقه الإسلامي الذي كان الأصل التاريخي لهذه القوانين ومصدر من مصادر القانون المدني الأردني.

وتجدر الإشارة هنا إلى ان المسؤولية التقصيرية (الفعل الضار) تتناول بحث ثلاثة مواضيع رئيسية هي: المسؤولية عن الفعل الشخصي- : وتعتبر القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية لذلك ستأخذ الحيز الواسع في هذه الأطروحة وقد تناول المشرع الأردني أحكام المسؤولية عن الفعل الشخصي في احدى وثلاثين مادة من (٢٥٦-٢٨٧)، عالج فيها الأحكام العامة للمسؤولية والافعال الضارة التي تقع على النفس، وتلك التي تقع على المال بأتلافه وغصبه والتعدي عليه، وان موضوع الأطروحة سوف ينحصر في الأفعال الضارة التي تقع على المال، ولا يكاد بحثها يشمل غير صورتين هما المباشرة والتسبب. وقد وردتا في المادة (١/٢٥٧) حيث نصت على أنه "يكون الإضرار بالمباشرة أو التسبب...".

المسؤولية عن فعل الغير : وتعتبر استثناء على القاعدة العامة التي أكد عليها المشرع الأردني مبدأ أن لا يسأل الشخص إلا عن فعله الشخصي ولا يسأل عن فعل غيره إلا استثناءً وجاء هذا التأكيد تأثراً بالفقه الإسلامي حيث نصت المادة (٢٨٨) من القانون المدني الأردني على أنه (لا يسأل أحد عن فعل غيره...) وهذا ما أكدته المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني. فقد نصت على صور هذه المسؤولية وحصرتها في صورتين هما مسؤولية متولي الرقابة ومسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه و سوف نتناوله هاتين الصورتين في أحد جزئيات الفصل الرابع من هذه الأطروحة تحت عنوان الأساس القانوني للمسؤولية عن فعل الغير.

المسؤولية عن فعل الاشياء: وتعتبر هذه المسؤولية أيضا استثناءً على القاعدة العامة، ولقد تناولها القانون المدني الأردني تحت عنوان "صور من المسؤولية" في المواد من (٢٨٩-٢٩٢) في مواضيع ثلاثة هي: جناية الحيوان، انهيار البناء والأشياء والآلات (مسؤولية حارس الاشياء). و سوف نتناول هذه الصور في أحد جزئيات الفصل الرابع من هذه الأطروحة تحت عنوان الأساس القانوني للمسؤولية فعل الاشياء.

وحيث إن ركن الإضرار هو من أهم أركان المسؤولية التقصيرية بمواضيعها الثلاثة فقد جاء موضوع هذه الأطروحة والذي يحمل عنوان : " ركن الإضرار في المسؤولية التقصيرية وفقاً لأحكام القانون المدني (دراسة مقارنة) " يعالج هذه الجزئية الهامة في المسؤولية التقصيرية، حيث ان الإضرار هو أساس المسؤولية التقصيرية وفقاً لأحكام المادة (٢٥٦) مدني؛ لذا أثر الباحث اختياره ليتمكّن من معرفة عدالة هذا الأساس في مختلف جزئيات المسؤولية التقصيرية .

وقد لاحظ الباحث ان قرارات محكمة التمييز تتضارب في أساس المسؤولية التقصيرية بمختلف جزئياتها، حيثُ وجد أنها تأخذ في كثيرٍ من الأحيانٍ بمفهوم الإضرار على إطلاقه، وفي أحيانٍ أخرى تأخذُ بمفهوم الخطأ، والخطأ المفترض، والتعدي، والتعدي المفترض، بوصفهم أساساً للمسؤولية التقصيرية، وكلُّ ذلك ينعكسُ على تعويضِ المضرورِ عمّا أصابه من ضرر، حيثُ ان الأساس القانوني للمسؤولية التقصيرية هو الذي يحدّدُ من يقعُ عليه عبءُ الإثبات، فمن هنا تبرز أهمية هذه الأطروحة -محلّ البحث-، فما كان من الباحث إلا ان عقدَ العزمَ على الكتابةِ في هذا الموضوع.

الباحث

ثانياً: مشكلة الدراسة

إن الغرض من هذه الدراسة هو تعديل نصوص أحكام المسؤولية التقصيرية في القانون المدني الأردني .

ثالثاً: عناصر مشكلة الدراسة

تحاول الدراسة الحالية الإجابة عن هذه الأسئلة التالية :

١. ما الغموض الذي يشوب أحكام المادة ٢٥٦ من القانون المدني الأردني ؟
٢. ما أوجه التناقض بين تأسيس مسؤولية المتسبب على أساس التعدي أو التعمد وعدم تأسيسها على ذلك بالنسبة لمسؤولية المباشر ؟
٣. ما موقف التشريع المصري من ركن الخطأ ؟
٤. ما الخلاف بين القوانين المدنية العربية فيما يتعلق بأساس المسؤولية التقصيرية والقانون المدني الأردني ؟

رابعاً : مصطلحات الدراسة

تعدد المصطلحات الواردة في هذه الأطروحة، وفيما يلي عرض عام لبعض المصطلحات والمفاهيم التي سيرد ذكرها بالدراسة :

١. المسؤولية التقصيرية: وهي التي تنشأ عن اخلال بالتزام قانوني سابق بعدم الإضرار بالغير. بسبب الفعل الضار الذي أحدثه شخص لآخر بفعله أو بفعل الاشخاص الذين تحت رقابته أو بفعل الأشياء التي تحت حراسته .
٢. الفعل الضار : الافتيات على حقوق الغير في نفسه أو ماله أو عرضه ، وهو مرادف للمسؤولية التقصيرية، وان المسؤولية المالية التي تترتب عليه تسمى المسؤولية التقصيرية وبعضهم يسميها العمل غير المشروع والبعض الآخر يسميها المسؤولية الخطئية نسبة إلى الخطأ الذي هو الفعل الخاطئ أي المحضور الذي يخرج به فاعله عن جادة النظام وطريقه المستقيم (الزرقا،١٩٨٤،ص٥).
٣. الضرر: الأذى الذي يصيب الإنسان جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له مباشرة أم تسبباً، سواء أكان ذلك الحق أو تلك المصلحة متعلقة بسلامة جسمه أو ماله أو عاطفته أو شرفه أو حرته (اللطاصمة،٢٠٠٢،ص٦٣) .

٤.المباشرة : هي الحالة التي يكون فيها فعل الفاعل والذي يطلق عليه المباشر، السبب الوحيد للضرر، فهي كل فعل يؤدي إلى حدوث الضرر دون ان يتوسط بين الفعل والنتيجة فعل آخر.

٥. التسبب : هي الحالة التي يرتب فيها شخص فعلاً، تؤدي نتائجه إلى الضرر، دون الفعل ذاته، فهو ما أحدث الضرر لا بذاته بل بواسطة، أي ان التسبب هو ايجاد علة المباشرة.

خامساً: أهمية الدراسة

تكمن أهمية هذه الدراسة في محاولة بيان مدى انسجام النصوص القانونية مع قرارات الفقه والقضاء من خلال مناقشة وتحليل أحكام محكمة التمييز الأردنية في ظل غموض نص المادة ٢٥٦ من القانون المدني الأردني وتباين الاجتهاد القضائي لمحكمة التمييز حول هذه المسألة، مع محاولة إظهار جوانب النقص في التشريع المنظم لها ثم تقديم المقترحات والحلول لهذه النواقص والثغرات.

سادساً : محددات الدراسة

تحديد الموضوع:

يقتصر— هذا الموضوع على دراسة ركن الإضرار في القانون المدني الأردني كركن من أركان المسؤولية التقصيرية بالمقارنة مع القانون المدني المصري.

تحديد الزمان :

يقتصر— هذا الموضوع على تناول القانون المدني الأردني الصادر عام ١٩٧٦ وأحكام المسؤولية المدنية الواردة في مجلة الأحكام العدلية السابقة على إصدار هذا القانون .

سابعاً : الدراسات السابقة

تم الاطلاع على المراجع والابحاث ذات الصلة المبينة أدناه كدراسات سابقة على النحو التالي:

١. اللصامة. عبد العزيز (٢٠٠٢). المسؤولية المدنية التقصيرية (الفعل الضار) أساسها وشروطها:

تناول الدكتور عبد العزيز اللصامة في هذا الكتاب تعريف المسؤولية المدنية وأنواعها، وتطور هذه المسؤولية عبر التاريخ، كما تناول أساس المسؤولية التقصيرية في التشريعات المختلفة ومنها أحكام الشرعية الإسلامية والفقهاء الفرنسي، كما عالج شروط المسؤولية عن الفعل الشخصي والمسؤولية عن فعل الغير والأشياء في القانون الأردني مقارنة مع تشريعات مختلفه، إلا أنه لم يتناول ركن الإضرار بشكل مفصل.

٢. اللهيبي . صالح (٢٠٠٤) المباشر والمتسبب في المسؤولية التقصيرية :

تناول المؤلف في هذا الكتاب ماهية المباشر والمتسبب والفرق بينهما والشروط الواجب توافرها لقيام مسؤولية المباشر والمتسبب كما عالج الأحكام الخاصة بمسؤولية المباشر والمتسبب وتعرض لحالة اشتراك المباشر والمتسبب في المسؤولية إلا أنه لم يظهر ركن الإضرار كما سيتم بحثه مقارنة مع أحكام القضاء الأردني.

٣. الزعبي. محمد (١٩٨٧) مسؤولية المباشر والمتسبب في القانون المدني الأردني :

تناول الباحث في هذا البحث مسؤولية المباشر، حيث تناول تعريف المباشر ومدى مسؤوليته والحالات التي تنتفي فيها مسؤوليته كحالة السبب الاجنبي والدفاع الشرعي، وتنفيذ أمر الرئيس .
٤. أبو شنب . أحمد. (٢٠٠٠) الأساس القانوني للمسؤولية عن فعل الشيء في القانون المدني الأردني والفقهاء الإسلاميين:

عالج الباحث في هذا البحث الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية عن فعل الشيء في القانون المدني الأردني، وتوصل الباحث إلى أن أساس المسؤولية عن فعل الشيء في حالة ما إذا كان فعل الشيء الضار، هو من قبيل المباشرة بالنسبة إلى حارسه، تقوم على أساس تعد مفترض قابل لإثبات العكس، في حين أنها في إطار القانون الفرنسي والقوانين العربية ، إنما تقوم كقاعدة عامة على خطأ مفترض لا يقبل أثبات العكس.

ثامناً : منهج الدراسة

سوف يتبع الباحث في هذه الدراسة المنهج الوصفي التحليلي الذي يقوم على تحليل نصوص القوانين والقرارات القضائية الأردنية، ومقارنتها مع النصوص والقرارات القضائية الأخرى وذلك للخروج بمقترحات وحلول تعالج القصور التشريعي وتضارب قرارات المحاكم وآراء الفقهاء بهذا الصدد.

وسيتم تناول موضوع ركن الإضرار في المسؤولية التقصيرية اعتماداً على المنهجية العلمية في هذه الدراسة من خلال اتباع المناهج الثلاثة التالية :

أولاً: المنهج الوصفي : وذلك بوصف مفهوم الإضرار وما يتعلق به من مفاهيم وصفاً يتناول جميع خصائصه وأبعاده، وصور الإضرار وهي المباشرة والتسبب، ووصف الأحكام القانونية والشرعية التي تنظمه، ومدى معالجة المشرع الأردني لأحكامه، وكذلك وصف واقع التطبيق القضائي من خلال استعراض القرارات القضائية الأردنية ومعرفة اتجاهات وقرارات القضاء بهذا الخصوص.

ثانياً : المنهج التحليلي : وذلك من خلال جمع المعلومات وتحليلها وتصنيفها، متبعاً المسائل والأحكام ذات الصلة بموضوع الدراسة، واستخلاص الآراء والأقوال ونسبتها إلى أصحابها، وكذلك بتحليل النصوص القانونية التي بينت أحكام المسؤولية التقصيرية (الفعل الضار) في القانون المدني الأردني وكذلك الحال في الفقه الإسلامي .

ثالثاً : المنهج المقارن : وذلك من خلال مقارنة النصوص الناظمة لأحكام ركن الإضرار في القانون المدني الأردني بالأحكام الخاصة في القانون المدني المصري كقانون مقارن، وذلك لمعرفة أوجه التشابه والاختلاف والأساس القانوني الذي تقوم عليه المسؤولية التقصيرية في كل منهما.

الفصل الثاني

مفهوم الإضرار في القانون المدني الأردني والقانون المقارن

أولاً: التطور التاريخي للمسؤولية التقصيرية.

ثانياً: تحديد مفهوم الإضرار في القانون المدني الأردني والخطأ في القانون المقارن.

ثالثاً: ركن الإضرار بالمباشرة .

رابعاً: ركن الإضرار بالتسبب .

خامساً: قاعدة اجتماع المباشرة مع التسبب .

أولاً: التطور التاريخي للمسؤولية التقصيرية :
إن المسؤولية التقصيرية مرت في تطورها بعدة مراحل، فقد تميزت المسؤولية المدنية في بداية ظهورها باستقلالها عن فكرة الخطأ والاكتفاء بالضرر الذي يصيب المضرور. ثم أدى تطورها اللاحق إلى اشتراط خطأ المتسبب في الضرر لأمكان الزامه بالتعويض. إلا أن ربط المسؤولية بالخطأ أثبت عدم كفايته لحماية المضرورين مما أدى إلى المناداة بالعودة إلى ربط المسؤولية بالضرر مع وضع الضوابط التي تؤدي إلى حماية حقوق الطرفين، المضرور والمتسبب في الضرر. لذلك فإن المتبع للمسؤولية التقصيرية يجد أنها قد مرت في منعطفات طويلة يمكن إيجازها في العناوين التالية:

١- تطور المسؤولية في الشرائع القديمة.

٢- المسؤولية عن الخطأ (النظرية الشخصية) .

٣- الاتجاه نحو المسؤولية الموضوعية (النظرية الموضوعية).

لذلك سوف نتناول التطور التاريخي للمسؤولية التقصيرية من خلال هذه العناوين بشيء من التفصيل على النحو التالي:

١- تطور المسؤولية في الشرائع القديمة:

لم يكن هنالك مفهوم واضح ومحدد للمسؤولية المدنية في المجتمعات البدائية والقديمة " حيث كانت الأفعال الموجبة للمسؤولية محددة على سبيل الحصر، وكانت تترتب عليها مسؤولية تختلط فيها فكرة العقوبة بفكرة التعويض (اختلاط المسؤولية الجنائية بالمسؤولية المدنية)" (الشرقاوي، ١٩٩١، بند ١٠٢ ص ٤٩٦) ويمكن تفسير ذلك من خلال خمسة مراحل هي:

مرحلة الانتقام غير القانونية، مرحلة الحق في الثأر، مرحلة الدية الاختيارية، مرحلة الدية الاجبارية، مرحلة القانون الروماني، وسوف نشرح هذه المراحل على النحو التالي :

أ- مرحلة الانتقام غير القانونية :

كان طابع هذه المرحلة هو فكرة الأخذ بالثأر، ولم تكن هنالك سلطة تستطيع ان تتولى حفظ النظام وان تفرض نفوذها على من يخرج على نظام أو قانون الجماعة، فيضربه من الجماعة بل كان الفرد يثأر لنفسه فيما يقع عليه من اعتداء الغير فكان للمضروب ان يقتص بنفسه من المعتدي وهو يجد في ذلك عقاباً للفاعل وتعويضاً للضرر، ولهذا فقد كانت فكرة المسؤولية الجنائية في المجتمعات البدائية مختلطة بفكرة المسؤولية التقصيرية (طه، ١٩٧١، ص٤٣٦) .

وفي البدء لم يكن لحق الثأر حدود، فالسلطة المركزية لم يكن لها وجود بل كانت منعدمة، وهذا الأمر اورث المجتمع حركة عشوائية جماعية، فلا مجال لوجود الفرد كفاعل أو كمسؤول دون جماعته، لذلك كانت المسؤولية عن الفعل الذي يرتكبه أحد أعضاء الجماعة مسؤولية جماعية ، فكل جماعته تتحمل نتائج أفعاله، حيث كانت جماعة المضروب تتأثر من جماعة الفاعل، فينشب القتال بين الفريقين وقد يستمر أجيالاً ما لم يتوسط شخص ذو نفوذ للصلح بينهما (الصدّة، ١٩٩٢، ص٥٣٢) .

ب- مرحلة الحق في الثأر :عندما ظهرت السلطة المركزية واشتد ساعدها رأّت ضرورة تحديد حق الثأر منعاً من الإسراف فيه فنظمت القصاص وسمحت للمضروب بأن يحدث بمن ضربه مثل الأذى الذي أصابه دون أن يجاوزه (السن بالسن والعين بالعين) (مرقس، ١٩٦٥، ص٢٥) .

ت- مرحلة الدية الإختيارية : استمر التطور في التعامل مع جزاء الأفعال الضارة، والتغيّر فيها بما يحقق مصلحة أفضل للمضروب، فالثأر لم يحقق للمضروب أي نفع ماديّ، لذلك ظهر شكل جديد للجزاء، وهو الدية. وأول ما ظهرت الدية كانت اختيارية، بمعنى أن المضروب يحق له أن يختارها بدلا من الثأر وليس ملزم بها دائماً، وهذا التخيير يبين وجود الصفة الجزائية في الدية واعتبارها شكل من أشكال العقوبة (نقيب، ١٩٨٤، ص٥٧).

ث- مرحلة الدية الإجبارية: عندما تبين للسلطة المركزية أنه قد يتعذر على الطرفين المتخاصمين الاتفاق على تحديد مقدار الدية، عرضت على المضرور أن يقبل الدية بالقدر الذي تحدده السلطة المختصة، ومن هنا صارت الدية إجبارية وكانت قيمة الدية تحدد في كل حالة سلفاً بحكم العرف أو القوانين، وقد استبعد من نطاق الخضوع لأحكام الدية الإجبارية بعض الجرائم الخاصة كجرائم الاعتداء على الشرف فيبقى حق المجنى عليه فيها كاملاً في الأخذ بالتأثر، ولهذا كانت المبارزة التي ذاع اللجوء إليه حتى عهد قريب، لغسل ذلك النوع من المهانة (الصلامة، ٢٠٠٢، ص ١٨).

ج- مرحلة انفصال المسؤولية المدنية عن المسؤولية الجنائية :

عندما قوي سلطان الدولة وتأكد نفوذها رأت السلطة الحاكمة أن دورها لم يعد قاصراً على مجرد التدخل في المنازعات بين الأفراد، وفرض الدية على الجاني لمصلحة المجنى عليه، بل أن واجبه الرئيسي هو كفالة الأمن، والنظام، ونشر السلام في المجتمع، وتوقيع العقاب على كل من يرتكب جرماً يضر بالمجتمع، عندها بدأ الفصل بين المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية حيث تتولى الدولة توقيع العقاب في الأولى، ويقتصر الجزء في الثانية على مطالبة من جانب المضرور بتعويض الضرر (الصدرة، ١٩٩٢، ص: ٤٨٠).

ومع هذا الاستقلال بدأت المسؤولية المدنية تختص بأحكام خاصة تنظمها وتميزها عن المسؤولية الجنائية، في أول الأمر اقتصر العقاب على كل من يقع منه اعتداء مباشر على كيان الدولة أو نظامها أو أمنها، ثم امتدت بعد ذلك سلطة الدولة في العقاب على بعض الجرائم التي تقع على الافراد مباشرة كالقتل والسرقة، عندما تبين للدولة ان ضرر هذه الجرائم لا يقتصر على من وقعت عليهم هذه الجرائم بل امتدت ليمس الدولة ذاتها بصفة غير مباشرة عن طريق الأخلال بالأمن فيها .

وقد توسعت الدولة بعد ذلك تدريجياً لتشمل سلطة العقاب سائر الجرائم التي تخل بأمن الدولة ومن هنا جاء تقسيم الجرائم أو الأفعال الضارة إلى جرائم عامة تتولى سلطة العقاب عليها وجرائم خاصة وفيها يقتصر دور السلطة على تحديد مبلغ الدية الذي اصبح ينظر إليه باعتباره ترضية وتعويضاً للمضرور اكثر منه عقاباً للمتسبب في الضرر، ومنذ ذلك الوقت انفصلت المسؤولية المدنية عن المسؤولية الجنائية (الصلامة، ٢٠٠٢، ص ١٨).

ح- مرحلة القانون الروماني :

ميز القانون الروماني بين الجرائم العامة أو الجنائيات من ناحية والجرائم الخاصة من ناحية أخرى، وكانت الأولى تتعلق بجرائم القانون الجنائي وتمارسها السلطة العامة باسم الجماعة، أما الثانية فقد كانت مصدراً للالتزام يقع على عاتق مرتكبها بتعويض يتمثل في دفع مبلغ من المال إلى المعتدى عليه، بقي التطور في الجزاء والأثر المترتب على قيام المسؤولية، بمعزل عن أي تطور في الأساس الداعم لقيام المسؤولية، فلقد امتازت هذه المرحلة بتأسيس المسؤولية فيها على الفعل المادي المجرد، فلا اعتبار لشخص الفاعل مدرّكاً أم غير مدرّك، متعمداً الفعل الذي أتاه أم لم يتعمده (العوجي، ١٩٩٩، ص ٢٣٠)، وبدأت بذور التغيير تظهر مع زيادة السلطة المركزية ووجود الدولة، إذ وجد في قانون الألواح الإثني عشر- تحديد وضبط لنوعية الجزاءات المترتبة عن الأفعال الضارة، مع تحديد لبعض هذه الأفعال ضمن جرائم خاصة، تنتج عنها أضرار تمس بمصالح الأفراد، وجرائم عامة تنتج عنها أضرار تمس بالدولة (الفضل، ١٩٦٩، ص ٣٣٧).

بدأ قانون الألواح الإثني عشر- بالنص على حالات محددة تتواجد فيها المسؤولية عن ائتلاف مال الغير دون وجه حق من هذه الحالات الرعى في أرض الغير، وقطع الأشجار المملوكة للغير وحرق منزل الغير، جرح الغير، وتدمير المحاصيل، فكل ذلك كما يؤدي إلى الحكم بالتعويض على مرتكب مثل هذه المخالفة (للصامة، (د.ت)، ص ١٩٩).

ثم جاء قانون اكويليا، الذي يمثل بحق بداية التقدم نحو وضع مبدأ للمسؤولية المدنية التقصيرية وفصلها عن المسؤولية الجنائية، وكان هذا القانون ينص على عدد من الجرائم محددة على سبيل الحصر لذلك لم يكن مفهوم الخطأ واضح لدى القانون الروماني فكل من ارتكب فعلاً ينص عليه قانون اكويليا يلزم بتعويض الضرر خاطئاً كان أم لم يكن، ومع ذلك "أخذت فكرة الخطأ تظهر شيئاً فشيئاً، وخاصة في الأعمال التدليسية. ولكن يمكن القول بصورة عامة أن القانون الروماني لم يصل، حتى في آخر مراحل تطوره، إلى وضع قاعدة عامة تجعل كل خطأ يحدث ضرراً يوجب التعويض" (الحكيم وآخرون، ١٩٨٠، ص ٤٨٠) حيث كانت المسؤولية تقوم على أساس التعدي المادي وما ينشأ عنه من ضرر ولم يكن يشترط ان يكون الجاني قد ارتكب خطأ بل اكتفوا بان يكون الجاني مميزاً

حتى تترتب مسؤوليته ولم يكن هذا عن قصد منهم في توافر الخطأ كشرط موجب للمسؤولية، وقد توسع الفقهاء في توسيع نصوص هذا القانون وطبقوه على كثير من الحالات التي لم توضع لها ورغم اتساع نطاقه وشموله كثيراً من الأفعال الضار إلا أنه لم يضع مبدأً عاماً من شأنه العقاب على كل فعل ضار (الشرقاوي، ١٩٩١، ص ٤٩١).

وخلاصة المراحل السابق ذكرها يمكن القول : بأنَّ المسؤولية في أول مراحل تطورها امتازت بعدة ميزات منها ارتباط المسؤولية المدنية بالمسؤولية الجزائية، مما أدى إلى الخلط بين التعويض المدني والعقوبة الجزائية، وبعد أن تطورت المسؤولية المدنية ووضحت معاملها انفصلت عن المسؤولية الجزائية، وكانت في بداءة الأمر حالات خاصة محددة منصوص عليها، فلا يوجد مبدأ عام ينظمها كما في القوانين الحديثة، وفي تلك الحالات التي تتقرر فيها المسؤولية، لم يشترط الخطأ وإنما يكفي مجرد حدوث الضرر لألزام المدعى عليه بتعويض المضرور، كما أن المسؤولية التي عرفتها هذه المرحلة هي المسؤولية الجزائية فقط، حتى لو تأسست على الفعل الضار أو أخذ الجزاء شكل الدية فتأسيسها على الفعل الضار سبق ظهور مبدأ المشروعية، والدية وإن كانت اموالاً إلا أنها حملت معنى العقوبة والردع .

٢- المسؤولية عن الخطأ (النظرية الشخصية):

في المرحلة السابقة اتضح ان القانون الروماني لم يتطلب الخطأ كشرط لقيام المسؤولية المدنية، على أنه قد لوحظ أن فقهاء القانون الروماني، وإن كانوا لم يتوصلوا إلى مفهوم الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية، إلا أنهم قد أدخلوا في القانون بعض الأفكار المتعلقة والمتصلة بالخطأ وخاصة فيما يتعلق بالأعمال التدليسية ، ففي بداية تقسيم القانون الروماني للأفعال المجرّمة، وهي كانت المرحلة المؤسسة لظهور واعتماد الخطأ أساساً للمسؤولية، اعتماداً على محل وقوع الضرر، إذ جعل من الجرائم الواقعة على الأموال جرائم خاصة ، ومن الجرائم الواقعة على الأشخاص جرائم عامة، وعليه بدأ يبرز الفرق بين الجريمة المدنية والجريمة الجزائية (عامر، ١٩٥٦، ص ١٤٩).

على أن استخلاص وصياغة مبدأ عام للخطأ كأساس للمسؤولية المدنية لم يتم إلا في القانون الفرنسي- القديم على يد الفقيه دوما متأثراً بالقانون الكنسي- الذي أعطى لفكرة الخطأ كل أهمية (السر-حان وخاطر ٢٠٠٨، ص ٣٥٨) فقرر دوما في كتابه القوانين المدنية : " أن كل الخسائر والإضرار التي تقع بفعل شخص ما حتى لو رجح الفعل إلى عدم التبصر أو الخفة أو الجهل

بما يجب معرفته، أو أي خطأ آخر مشابه مهما كان بسيطاً، يجب ان يقوم بالتعويض عنها من كان عدم تبصره أو خطؤه سبباً في وقوعها ذلك؛ لأن ما قام به كان خطؤه حتى ولو لم يقصد الاضرار" (الحكيم وآخرون، ١٩٨٠، بند ٨٠٩ ص ٤٨٠-٤٨١).

وهكذا أكد دوماً أن الخطأ شرط ضروري للمسؤولية المدنية بحيث إن الشخص الذي يتصرف دون خطأ لا يلزم بتعويض الإضرار الناتجة عن هذا الفعل، وعلى أساس فكرة الخطأ قام فقه فرنسا القديم بالتمييز والفصل التام بين المسؤولية المدنية والمسؤولية الجنائية مستنداً في ذلك على طبيعة الخطأ وما إذا كان متعلقاً بجناية أو جنحة أم لا، والأول فقط هو الذي يحقق المسؤولية الجنائية

وقد تبنى واضعوا مدونة نابليون ما توصل إليه دوماً وصاغوا المادتين ١٣٨٢ و١٣٨٣ اللتان تقرران المبدأ العام للمسؤولية المدنية في القانون الفرنسي على أساس الخطأ، ونصت المدونة صراحة في المادة (١٣٨٢) مدني فرنسي— على القاعدة العامة في المسؤولية والتي تقوم على الخطأ بقولها : (إن كل عمل أيا كان يحدث ضرراً بالغير يلزم من وقع بخطئه هذا الضرر ان يقوم بتعويضه) ونصت المادة (١٣٨٣) مدني فرنسي على (إن الإنسان يسأل أيضا عن إهماله وعدم تبصره) نقلا عن (منصور، ٢٠٠٣، ص ٢٥٣).

وكان تقرير المبدأ العام للمسؤولية في القانون الفرنسي المشار إليه أعلاه سلاح ذو حدين فمن ناحية كان من حسناته ان وضع قاعدة عامة من شأنها أن ترتب على كل خطأ سبب ضرراً للغير بالتعويض، ولكن من ناحية أخرى قيد الحق في التعويض، أي قيد المسؤولية المدنية بالخطأ، فلا يرتب الفعل غير الخاطئ مسؤولية على مرتكبه.

وظهر الجانب السلبي للقاعدة العامة المشار إليها والتي تقوم على الخطأ واجب الاثبات مع ظهور الثورة الصناعية، وما ترتب عليها من شيوع استخدام الآلات في كافة مناحي الحياة، حيث تزايد عدد الحوادث الناتجة عن استعمال هذه الآلة، وفي ظل هذا الوضع كان لازماً على رجال القانون ان يسعوا جاهدين لنصرة ضحايا الآلات، خاصة وأن المضرور يتعذر عليه إثبات خطأ صاحب الآلة كي يتمكن من الحصول على التعويض لما تنطوي عليه الآلة من تعقيد من الناحية الفنية (منصور، ٢٠٠٣، ص ٢٥٤).

على ضوء ذلك تطورت المسؤولية التقصيرية منذ أوائل القرن التاسع عشر— تطوراً سريعاً وعميقاً من مسؤولية قائمة على فكرة الخطأ الذي يجب إثباته من قبل المضرور للحكم له بالتعويض على محدث الضرر بعد أن يتم إثبات علاقة السببية بين الخطأ والضرر،

ثم تطورت الفكرة التي تقوم عليها المسؤولية من فكرة الخطأ الذي يجب اثباته إلى فكرة الخطأ المفترض افتراضاً قابلاً لإثبات العكس، فأصبح الأصل اعتبار محدث الضرر مخطئاً ولكن هذا الخطأ المفترض الذي يفترضه القانون في جانب المسؤول يمكن التخلص منه إذا اثبت المسؤول أنه لم يرتكب خطأ ثم تطورت المسؤولية فأصبحت تقوم على أساس الخطأ المفترض افتراضاً غير قابل لإثبات العكس . وفي هذه الحالة لا يستطيع المدعى عليه ان ينفي الخطأ عن نفسه، إنما يكون له إن أراد أن يتخلص من المسؤولية ان يثبت السبب الاجنبي (الحكيم وآخرون، ١٩٨٠، ص:٤٨١-٤٨٢).

"ثم قطعت المسؤولية مرحلة أخرى في تطورها " حيث اصبح الأساس الذي تقوم عليه هذه المسؤولية هو وقوع الضرر فحسب دون الحاجة إلى أثبات الخطأ في جانب المسؤول فهي تقوم بدون خطأ فمنذ سنة ١٨٨٤ أخذ بعض الفقهاء وفي مقدمتهم سالي وجو سران في مهاجمة فكرة الخطأ وحاولو تأسيس المسؤولية على فكرة الضرر لا على فكرة الخطأ، ذلك ان استلزم الخطأ للرجوع على الفاعل بالتعويض قد يؤدي إلى ضياع حق المضرور إذا عجز عن أثبات هذا الخطأ ومن اهم الاسباب التي دعت إلى الأخذ بهذه النظرية التطور الاقتصادي السريع على اثر انتعاش الصناعة وذيوع استعمال الآلات الميكانيكية وازدياد مخاطر العمل زيادة من شأنها ان تجعل من المتعذر على العامل أثبات أي خطأ يمكن نسبته إلى رب العمل " (طه، ١٩٧١، ص:٤٢٩) .

والخلاصة أنه في هذه المرحلة الثانية من مراحل تطور المسؤولية بين التعويض والعقوبة، أصبح مفهوم الخطأ هو الأساس العام للمسؤولية المدنية لذلك فقد أشترط لمساءلة الفاعل أن يقوم المضرور باثبات خطأ الفاعل، أما في غير حالات الخطأ فلا تقوم المسؤولية إلا إذا وجد نص خاص يقرها، أي لا تقوم المسؤولية الموضوعية القائمة على أساس أثبات الضرر إلا استثناءً، وبأيجاز أصبحت المسؤولية التي تقوم على أساس الخطأ هي الأصل والمسؤولية الموضوعية هي الاستثناء .

٣- الاتجاه نحو المسؤولية الموضوعية (النظرية الموضوعية) :

لم يقتصر- تطور مفهوم المسؤولية التقصيرية على المرحلة السابقة، التي اعتبر فيها الخطأ الأساس العام الذي تقوم عليه المسؤولية التقصيرية، ومع ظهور الثورة الصناعية التي شهدتها أوروبا والعالم أجمع، وانتشار استخدام الآلات المعقدة بما تحويه من مخاطر العمل في كافة مناحي الحياة، الأمر الذي أدى إلى زيادة حوادث العمل واصابات العمال زيادة كبيرة ملحوظة نتيجة استخدام هذه الآلات،

وازاء ذلك وقف مبدأ الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية مكتوف اليدين أمام حصول المضرورين على حقوقهم في تعويض الإضرار التي أصابتهم، فكيف يستطيعون إثبات خطأ صاحب العمل، والحادث غالباً ما يرجع إلى تشغيل الآلة ذاتها (منصور، ٢٠٠٣، ص ٢٥٤).

من ناحية أخرى وفي نفس الاتجاه، ترتب على أزيداد حركة الصناعة والتصنيع تقدم وانتشار في استعمال الآت النقل والتنقل، وكثرت السيارات والمركبات العامة، وكثرت حوادثها، التي كثيراً ما ترجع إلى السيارة ذاتها دون أن يكون هنالك ما يمكن نسبته لقائدها، وحتى في الحالات التي يرجع فيها الحادث إلى الخطأ كان من الصعب على المضرور إثباته والنتيجة ضياع حقه، إزاء ذلك ظهر اتجاه قوي لتطوير الفكر القانوني لنصرة ضحايا الآلات والتي تقعد القواعد القانونية التقليدية التي تقوم على الخطأ عن أنصافهم وتعويضهم، فأصبحت المسؤولية موضوعية لا شخصية (العوجي، ١٩٩٩، ص ٢١٤).

وفي فرنسا وأمام تأخر تدخل المشرع لاقرار حماية المضرورين، تحمل القضاء هذا العبء وتبنت محكمة النقض الفرنسية موقفاً يناقض فكرة الخطأ الشخصي- " حيث أقرت فكرة الخطأ الموضوعي فبموجب قرارات أصدرتها هيئتها الموسعة في التاسع من مارس لعام ١٩٨٤ اعلنت المحكمة دون لبس أو غموض بأن (محكمة الموضوع ليست ملزمة بتقصي- ما إذا كان القاصر قادر على تمييز نتائج أفعاله) فأقرت بذلك ما قررته محكمة الموضوع في توافر الخطأ في تصرف الصغير رغم كونه في سنين عمره الأولى وانعدام التمييز والادراك لديه انعداماً تاماً وقد أيدت محكمة النقض اتجاهها هذا بقرارات لاحقة كان أهمها قرارها في أواخر عام ١٩٨٤ الذي تم بموجبه تقرير خطأ طفل في السابعة من عمره ركل زميلا له في باحة المدرسة وفي اثناء اللعب مما أدى إلى انفجار طحاله، وقد استقر اتجاه القضاء الفرنسي بعد ذلك على هذا الموقف" (السرطان وخاطر، ٢٠٠٨، ص ٣٦٣) .

وهكذا ظهرت المسؤولية المدنية باتجاهين، الأول يتبنى المسؤولية الشخصية و يقيمها على أساس شخصي- وهو الخطأ، والثاني يتبنى المسؤولية الموضوعية أو المادية ذات النزعة الموضوعية و يقيمها على أساس موضوعي وهو وقوع الضرر .

أما بالنسبة للاتجاه الموضوعي (المادي) الذي يتبنى نظرية تحمل التبعة، فإنه لا يقيم المسؤولية على الخطأ، وإنما يقيمها على الضرر، فهي تتبنى منطق أن الشخص الذي يقيم مشروعاً يتحمل تبعة أخطاره، فيلتزم بتعويض الشخص الذي يضر من هذا المشروع، وذلك بصرف النظر عما إذا كان قد صدر خطأ من جانبه أم لم يصدر خطأ (الصدرة، ١٩٩٢، ص ٤٨٢)، ولكن بالرغم من ذلك لم يأخذ المشرع الفرنسي- بنظرية تحمل التبعة كأساس للمسؤولية التقصيرية (طه، ١٩٧١، ص ٤٣٠).

ثانياً: تحديد مفهوم الإضرار في القانون المدني الأردني والخطأ في القانون المقارن :
سيقوم الباحث بدراسة هذا العنوان من خلال التعرض لمفهوم الإضرار في القانون المدني الأردني، وتحديد مفهوم الخطأ في القانون المقارن، ثم توضيح بعض صور الخطأ في القانون المدني الأردني، ثم معالجة مدى ضرورة التعمد في صورة الإضرار بالتسبب.

١. تحديد مفهوم الإضرار في القانون المدني الأردني :

نصت المادة (٢٥٦) من القانون المدني الأردني على: " كل اضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر"، وبالرجوع إلى المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني نجدتها تطلق حكماً عاماً بأن هذا النص هو القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية. وتؤكد بأن هذه القاعدة تستند إلى ما هو مقرر في الشريعة الإسلامية من أنه (لا ضرر ولا ضرار) (م ١٩ من المجلة)، (والضرر يزال) (م ٢٠ من المجلة)، أو (إذا بطل الأصل يصار إلى البديل) (م ٥٣ من المجلة)^(١).

وتؤكد المذكرة حكمها العام^(٢) من خلال شرحها للمادة (٢٥٦) حيث تقول: "... فهذه المادة تستظهر في عبارة موجزة وواضحة حكم المسؤولية عن الفعل الضار في عناصرها الثلاثة^(٣) فترتب الأضرار بالتعويض عن (كل اضرار) والاضرار يستلزم الفعل (أو عدم الفعل) الذي ينشأ عنه الضرر فلا بد إذن من توافر الفعل أو عدم الفعل (أي الإيجاب أو السلب)"^(٤).

ويظهر كل ذلك جلياً في أهم ركن من أركان المسؤولية، وهو الإضرار، حيث جاء بصفة العموم فمن جهة لم يتطلب في الفعل الضار وصفاً معيناً، ومن جهة أخرى، نجد أن كلمة (الإضرار) في المادة (٢٥٦) جاءت مطلقة ومجردة من أي وصف، وان قواعد التفسير تقضي بأن المطلق يجري على إطلاقه ما لم يرد الدليل على تقييده، لكي ينطبق على كل عمل غير مشروع أو يخالف القانون أو يحرمه القانون.

ويختلف الباحث مع ما ذهب إليه الأستاذ مصطفى الزرقا في تعليقه على هذه المادة بقوله: " أطلقت هذه المادة الإضرار ورتبت الحكم وهو ضمان الضرر على هذا الاطلاق في الإضرار دون تقييد له بأي قيد. وهذا بلا شك ليس على إطلاقه لا بالنظر الشرعي ولا بالنظر القانوني، بل هو مقيد في الواقع بما إذا كان الإضرار (أو الفعل الضار)

١ (المذكرة الإيضاحية، ١٩٨٥، ص ٢٧٦).

٢ (المذكرة الإيضاحية، ١٩٨٥، ص ٢٧٦، بند ٢).

٣ والمقصود بالعناصر الثلاثة أركان المسؤولية التقصيرية الثلاثة في صورتها المسؤولية وهي الإضرار والضرر وعلاقة السببية.

٤ وهنا نبين بأن المذكرة عندما اشارت إلى الإضرار قصدت الركن الأول من أركان المسؤولية التقصيرية وعرفت الإضرار فقالت: بأن الإضرار يستلزم الفعل (الفعل الإيجابي أو المادي) وعدم الفعل (الفعل السلبي أو الامتناع)، ثم اشارت للركن الثاني من أركان المسؤولية وهو الضرر (نتيجة الفعل أو عدم الفعل) وبعد ذلك اشارت للركن الثالث وهو علاقة السببية بين الفعل (الاضرار) والضرر.

من قبيل التعدي (بمعنى مجاوزة الحد، وهو أحد معنيي التعدي، كما سنرى فيما بعد) لتخرج بهذا التقييد صور كثيرة للاضرار لا تستلزم الضمان الذي قرره هذه المادة، لانتفاء التعدي عنها، وذلك كالشخص المكلف بتنفيذ الحدود أو التعازير بالمجرمين فإن هؤلاء يتضررون حتماً من عمله المشروع، وكذلك من يمارسون حقوقاً مشروعة كم لو أراد شخص ذو مهنة كحلاق مثلاً ان يفتتح في قرية فيها حلاق وحيد قبله فإن القديم يتضرر حتماً من افتتاح مزاحم له، ولكن عمل هذا المزاحم مشروع وان تضرر منه ذلك، لأن كل ذلك وأمثاله من الأعمال المشروعة يدخل تحت القاعدة القائلة (الجواز الشرعي ينافي الضمان) (المجلة م/٩١) ^(١) " (الزرقا، ١٩٨٤، ص: ٧١-٧٢).

ولم تحصر- المذكورة الإضرار بهذا المعنى أيضاً بل تركته يحتمل كل المعاني، عندما أشارت في تعريفها له: "ويغني لفظ الإضرار في هذا المقام عن سائر النعوت والكنى التي تخطر للبعض في معرض التعبير كاصطلاح (العمل غير المشروع) أو (العمل المخالف للقانون) أو (الفعل الذي يحرمه القانون).. الخ وغني عن البيان أن سرد الأعمال التي يتحقق فيها معنى الإضرار . في نصوص التشريع لا يكون من ورائه إلا أشكال وجه الحكم ولا يؤدي قط إلى وضع بيان جامع مانع . فيجب أن يتك تحديد ما فيه اضرار 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 هي التي ينطوي فيها الإضرار. ويقتضي- هذا الالتزام تبصراً في التصرف، يوجب أعماله بذل عنايه الرجل الحريص..." (المذكورة الإيضاحية، ١٩٨٥، ص: ٢٧٦- ٢٧٧).

وأكدت محكمة التمييز على مفهوم الإضرار الوارد ذكره أعلاه في العديد من قراراتها منها: " أن المادة (٢٥٦) من القانون المدني تستظهر في عبارة موجزة وواضحة حكم المسؤولية عن الفعل الضار وان لفظة الإضرار في هذا المقام هو مجاوزة الحد الواجب الوقوف عنده أو التقصير عند الحد الواجب الوصول إليه في الفعل أو الامتناع وتنصرف دلالاته إلى الفعل العمد أو مجرد الإهمال على حد سواء" ^(٢) وأن الباحث يجد أن هذه الالفاظ التي أشارت إليها محكمة التمييز هي أحد تعريفات التعدي، وبالتالي فإن مضمون قرارات محكمة التمييز يشير إلى تقييد لفظ الإضرار.

^١ هذه القاعدة هي للحالات العادية، أما إذا كان الجواز الشرعي ليس حكماً عاماً مقررراً للحالات العادية، بل لضرورات استثنائية (مثل اطفاء حريق أو انقاذ سفينة بطرح بعض حمولتها، أو لدفع الهلاك جوعاً بأكل مال الغير دون إذنه).
^٢ قرار محكمة التمييز بصفتها الحرفية رقم (١٩٦٢) لسنة (١٩٩٧) جلسة تاريخ (١٨/١١/١٩٩٧) منشورات القسطاس

وفي بيان لأركان المسؤولية التقصيرية فقد نصت المادة (٢٥٦) على ان: "كل اضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر" إلا ان نص هذه المادة لم يفصل كيف يكون الإضرار، بل جاء بصيغة عامة تنطبق على صورتي الإضرار بالمباشرة والتسبب، لتأتي المادة (٢٥٧) وتفصل الأحكام التي تنطبق على كل صورة من هذه الصور بما يتوافق مع أحكام كل منهما، حيث أشارت المذكرة في شرحها لنص المادة (٢٥٦)^(١) أن الإضرار يستلزم الفعل أو عدم الفعل، وأن الفعل ينطبق على صورتي المسؤولية (المباشرة والتسبب)، وعدم الفعل ينطبق فقط على صورة التسبب؛ لأن المباشرة لا تكون بصورة الفعل السلبى أو الامتناع؛ لأن هذا يخالف طبيعة المباشرة، وما اتفق عليه غالبية الفقهاء المسلمون.

ويشير الباحث هنا إلى أن محكمة التمييز ضمنت العديد من قراراتها مضمون ما جاء في المذكرة الإيضاحية حيث ذكرت: " أن أركان المسؤولية التقصيرية طبقاً للمادة (٢٥٦) من القانون المدني تستلزم ثلاثة شروط: 1. الفعل أو عدم الفعل الذي ينشأ عنه الضرر 2. حصول الضرر 3. الرابطة السببية بين الفعل أو عدم الفعل والضرر الحاصل " (٢).

ومن ذلك كله يتبين للباحث أن واضعوا المذكرة الإيضاحية قد سلكوا مسلكاً مختلفاً عندما بينوا أن أركان المسؤولية التقصيرية هي الإضرار (الفعل أو عدم الفعل) والضرر وعلاقة السببية بينهما، بخلاف القانون المقارن الذي يعتبر أركان المسؤولية التقصيرية هي الخطأ والضرر وعلاقة السببية. كما أن المشرع الأردني قد سلك مسلكاً مختلفاً عندما بين أن الإضرار يكون بصورتي المباشرة والتسبب من خلال نص المادة (٢/٢٥٧)، وسوف يعالج الباحث هاتين الصورتين عند تعرضه لركن الإضرار بالمباشرة وركن الإضرار بالتسبب بشكل موسع وتفصيلي في هذا الفصل.

١ (المذكرة الإيضاحية، ١٩٨٥، ص ٢٧٦، البند ٢).

٢ قرار محكمة التمييز بصفتها الحقوقية رقم (١٨٦٥) لسنة (١٩٩٧) جلسة تاريخ (١٩٩٧/١١/٥) منشورات القسطاس.

- أنظر في نفس المعنى قرارات محكمة التمييز بصفتها الحقوقية، منشورات القسطاس، نوات الأرقام:

(أ) قرار رقم (٦٦٤) لسنة (٢٠٠٠) جلسة تاريخ (٢٠٠٠/٧/١٤): "أن عناصر المسؤولية التقصيرية المنصوص عليها في المادة ٢٥٦ من القانون المدني هي الفعل والضرر وعلاقة السببية" وفي نفس المعنى أنظر القرار رقم (١٥١٦) لسنة (٢٠٠٢) جلسة تاريخ (٢٠٠٢/٦/١٨).

(ب) قرار رقم (١٣٩) لسنة (٢٠٠٥) جلسة تاريخ (٢٠٠٥/٥/٢٥): "يستفاد من نصوص المواد ٢٥٦ و ٢٦٦ و ٢٦٧ و ٢٧٠ من القانون المدني، أنها تعالج الفعل الضار الناتج عن المسؤولية التقصيرية فهي تستظهر في عبارات موجزة وواضحة حكم المسؤولية عن الفعل الضار في عناصره الثلاث فرتبت التعويض عن كل إضرار الذي يستلزم الفعل أو عدم الفعل الذي ينشأ عنه الضرر فلا بد من توافر الفعل أو عدم الفعل والضرر وعلاقة سببية بينهما".

(ج) قرار رقم (٤٨٦) لسنة (٢٠١٢) جلسة تاريخ (٢٠١٣/١/٣): " يلزم كل من أضر بالغير بالتعويض حيث أنه يكون قد توافر عنصر الفعل والضرر وعلاقة السببية وبالتالي يوجب التعويض وفقاً لأحكام المادة (٢٥٦) من القانون المدني " وراجع في نفس المعنى قرار رقم (١٠١٤) لسنة (٢٠١٢) جلسة تاريخ (٢٠١٣/٣/٤).

من كل ما سبق يمكن للباحث ان يطرح السؤال التالي : كيف يكون الاضرار بصورتي التسبب والمباشرة ؟
يمكن للباحث ان يجيب على هذا السؤال من خلال تفسير وأستعراض ما جاء في المذكرة حول تفسير نص
المادة (٢٥٦) وسنين ذلك على النحو التالي :

اولاً / ان الباحث يجد ان ألفاظ المذكرة التي جاءت بالفقرة الثالثة^(١) تبين ان واضعوا المذكرة قصدوا
من هذه الألفاظ ما يشير إلى صورة الاضرار بالتسبب وذلك عندما نصت على ذلك بالعبارات التالية :
العباره الاولى: "والمقصود بالاضرار هنا (مجاوزه الحد) الواجب الوقوف عنده" .

والباحث يجد ان هذه العبارة تشير إلى أحد التعريفات الفقهية للتعدي والتي سيشير إليه
الباحث بالتفصيل في ركن الاضرار بالتسبب .

ويؤكد هذا المعنى ما اشار إليه الاستاذ الدكتور محمد فوزي فيض الله بقوله : "التعدي يشمل
مجاوزه الحد والتقصير وكلاهما تعدي الحد المطلوب والمشروع ، فمجاوزه الحد إلى ابعد وأكثر
منه ، والتقصير يشمل مجاوزه إلى ادنى واقل" (فيض الله، ١٩٦٢، ص ١٩٠).

العباره الثانية : "التقصير عن الحد الواجب الوصول إليه في الفعل".

والباحث يجد ان هذا التعبير يشير إلى معنى الإهمال وعدم التحرز بصورة الاضرار بالتسبب
بالفعل المادي، وتكاد ان تكون هي الصورة الغالبة في ايجاد المسؤولية التقصيرية، وسوف
نتناول هذا بالتفصيل في صور التسبب في الفصل الثالث من هذه الأطروحة.

العباره الثالثة: " أو الامتناع مما يترتب عليه الضرر فهو يتناول الفعل السلبي والفعل الايجابي، وتنصرف
دلالتها إلى العمد وإلى مجرد الإهمال على حد سواء، ذلك ان الفقه الإسلامي كما يعرف الخطأ الايجابي
وهو ظاهر ، يعرف الخطأ السلبي ويسميه (التقصير) و (عدم التحرز والتفريط)".

فمعظمها تشير إلى الصورة الغالبة في التسبب.

ثانياً/ ان الأمثلة التي جاءت في البند (٣) (المذكرة الايضاحية، ١٩٨٥، ص ٢٧٧) أكدت جميعها على حالة
التقصير وعدم التحرز وهي تنصرف إلى صورة التسبب، ولم تشر إلى اي مثال يمكن ان يستدل من خلاله
ان العبارات المشار إليه ذهبت دلالاتها إلى صورة المباشرة ايضاً .

١ (المذكرة الايضاحية، ١٩٨٥، ص: ٢٧٧-٢٧٨).

ثالثاً / ان الألفاظ التي جاءت بها البند (٦) من المذكرة^(١) تبين صورة الاضرار بالمباشرة - لان الفاظها جاءت مطلقة وغير مقيدة وهذا يتوافق مع مفهوم المباشرة الذي يشير إلى ان المباشر يكون مسؤولاً بمجرد ترتب الضرر على فعله، فمتى ما صدر فعل من أي شخص، وأحدث هذا الفعل ضرراً للغير قامت المسؤولية دون حاجة إلى اي شرط آخر، أي ان المباشر يضمن الضرر الذي يتولد عن فعله، سواء أكان قد قصد الفعل أم لا، أراد النتيجة أو لم يردّها، تعدى حدود حقه أو لم يتعد وهذا ما اتفق عليه غالبية الفقه، ويمكن الاشارة إلى هذه الألفاظ على النحو التالي :

جاء في بداية البند السادس العبارات التالية: " والفعل الضار فعل غير مشروع لقوله (عليه الصلاة والسلام) (لا ضرر ولا ضرار) لذلك جعله الشارع سبباً لضمان ما ترتب عليه من تلف. ولا يخرج عن هذه السببية الا يوصف فاعله بالاعتداء والمخالفة بسبب عارض خارج عنه كفقده أهلية التكليف لان سببته ترتبط بذاته وبآثاره لا بقصد فاعله وادراكه، ولذا يترتب عليه أثره إذا صدر من نائم أو من مجنون أو طفل لان الامر في اقتضائه التضمن مبنى على المعارضه وجبر الفاقد حتى لا يظلم أحد في ماله، ولهذا قال الفقهاء ان العمد والخطأ في الاموال سواء ويريدون بالخطأ هنا وقوع الشيء على خلاف الإرادة وهو خلاف ما يدل عليه الخطأ في تعبير رجال القانون حين جعلوا الخطأ ركناً من أركان المسؤولية التقصيرية " .

وقد أكدت المذكرة الايضاحية حكم البند السابق بالاستناد إلى أمثلة من الفقه الإسلامي من المجلة حين قالت " ففي الفقه الإسلامي غير المميز كالمميز مسؤول في ماله إذا اتلف مالا لآخر وقد نص في المادة (٩١٦) من المجلة انه (إذا اتلف صبي مال غيره فيلزم الضمان من ماله) ونص في المادة (٩٦٠) منها على ما يأتي (المحجورون الذين ذكروا في المواد السابقة وهم الصغير والمجنون والسفيه والمدين المحجور وان لم يعتبر تصرفهم القولي لكن يضمنون حالاً الضرر والخسارة الذين نشأ عن فعلهم مثلا يلزم الضمان على الصبي إذا اتلف مال الغير وان كان غير مميز) " .

ومن ذلك كله يتبين للباحث ان الجانب الثاني الذي اختلف المشرع الأردني فيه وسلك مسلكاً مختلفاً في المسؤولية التقصيرية عن القانون المقارن. انه نظم أحكام الاضرار في المسؤولية التقصيرية من خلال صورتي المباشرة والتسبب

١ (المذكرة الايضاحية، ١٩٨٥، ص: ٢٧٨-٢٨١).

وهذا يمكن الاستدلال عليه من خلال ما جاء في الفقرة السادسة من المذكرة الايضاحية، حيث انها بعد ان أعطت حكمها العام فيما يتعلق بركن الاضرار، وبينت كيف يكون الاضرار بصورتي التسبب والمباشرة جاءت لتعطي مفهوماً عاماً عن كلمة "فاعله" الواردة في نص المادة (٢٥٦) على النحو التالي:

أولاً / بالرجوع إلى المذكرة الايضاحية في البند السادس نجدها تقول " والفعل الضار فعل غير مشروع لقوله (عليه الصلاة والسلام) (لا ضرر ولا ضرار) لذلك جعله الشارع سبباً لضمان ما ترتب عليه من تلف. ولا يخرج عن هذه السببية الا يوصف فاعله بالاعتداء والمخالفة بسبب عارض خارج عنه، كفقده أهلية التكليف لان سببته ترتبط بذاته وبآثاره، لا بقصد فاعله وادراكه ، لذا يترتب عليه أثره إذا صدر من نائم أو من مجنون أو طفل، لان الامر في اقتضائه التضمين مبني على المعارضه وجبر الفاقد حتى لا يظلم أحد في ماله ..."

الواضح هنا ان المعاني التي جاءت بها المذكرة تنطبق جميعها على مفهوم المباشرة وبالتالي فان تعميمها لهذه الأحكام على الفعل الضار قصدت به الاضرار بصورة المباشرة وليس بصورة التسبب ومن هذا المنطلق يمكن القول ان صورة المباشرة هي القاعدة العامة بالاضرار للاسباب التالية :

١- اعتبرت الفاعل في الفعل الضار مسؤولاً بغض النظر عن وصف فعله بالاعتداء والمخالفة بسبب عارض خارج عنه ..الخ ، وشرطها الأساس هو صدور الفعل المادي فقط من الشخص وترتب النتيجة الضارة عليه ، وان هذا الوصف لا ينطبق الا على المباشر.

٢- اعتبرت سببية الفعل الضار ترتبط بذاته وبآثاره، لا بقصد فاعله وادراكه ، لذا يترتب عليه أثره إذا صدر من نائم أو من مجنون أو طفل وهذا لا ينطبق ابدأ الا على صورة المباشرة حيث ان المباشر في الفعل الضار يكون مسؤولاً بغض النظر عن وصف فعله بالاعتداء والمخالفة بسبب عارض خارج عنه ...الخ ، وشرط المباشرة الأساسي هو صدور الفعل المادي فقط من الشخص وترتب النتيجة الضارة عليه. ولا يهم بعد ذلك توفر الأدراك أو التمييز أي العنصر- المعنوي بكامله ذلك لان الفعل الضار هنا من الضمانات والتي هي من خطابات الوضع التي لا يشترط فيها الأدراك، وعلى هذا يكون عديم التمييز مسؤولاً مسؤولية كاملة عن تعويض الاضرار التي يحدثها للغير وعلى هذا اتفاق غالبية الفقهاء.

نخلص مما سبق ان المشرع الأردني اعتبر المباشرة هي القاعدة العامة في المسؤولية عن الفعل الشخصي حيث عمم واعتبر الفاعل فيها مسؤولاً بغض النظر عن كونه مميزاً أو غير مميز، متعدد أو غير متعدد ، قاصداً أو غير قاصد . وهذا جانب ثالث للمنهجية المختلفة التي نهجها المشرع الأردني واختلف فيها عن القوانين الوضعية .

من كل ما تقدم يخلص الباحث إلى ان القانون المدني الأردني^(١) قد جاء بقاعدة عامة محكمة في مجال المسؤولية التقصيرية وجعل اساسها الضرر من خلال صياغته لنص المادة (٢٥٦) وبهذا يكون المشرع الأردني قد وضع حداً لأبي جدل حول وجود الادراك أو عدمه أو أي مسائل اخرى يمكن ان تلتبس في تحديد مسؤولية الفاعل. رغم ان المشرع الأردني أشار إلى عدة استثناءات على القاعدة والتي لها ما يبررها من قواعد العدالة والمنطق ولا تتناقض مع القواعد المستقره في الفقه الإسلامي.

٢- تحديد مفهوم الخطأ في القانون المدني المقارن:

سوف نتطرق لمفهوم الخطأ في القانون المقارن من خلال تعريف الخطأ، وبيان أنواعه وعناصره.

- تعريف الخطأ :

لقد أصبح معلوماً أن تعريف الخطأ بشكل دقيق أمر غير يسير، فلم تتضمن التشريعات المختلفة تعريفاً للخطأ^(٢) وبذلك تكون قد تركت المسألة للفقه (جاد الحق، ٢٠١٢، ص ٢٠٣) ولكون المسألة شائكة وغامضة اختلف الفقهاء في وضع تعريف جامع مانع للخطأ فكان من الطبيعي أن ينعكس هذا الغموض والأبهام الذي تميزت به فكرة الخطأ على تقسيماته وأنواعه ولم يكن أشهر وأكثر التعريفات اتفاقاً بمنأى عن هذا الغموض والإبهام، لذلك اصبح معنى الخطأ ينصرف إلى ما يقع من مجرد الإهمال حتى الفعل العمد (رشدي، ٢٠٠٨، ص ٦١).

ولعله من الواجب الاشارة هنا إلى اشهر التعاريف التي وضعها الفقهاء في تعريف الخطأ، وذلك على النحو التالي :

التعريف الأول : يعرف الخطأ بأنه عمل ضار غير مشروع أي العمل الضار المخالف للقانون. ويعاب على هذا الرأي، ان القانون لا ينص على الأفعال غير المشروعة أو الأعمال التي تتناسب معه على سبيل الحصر. ليستدل منها على الأعمال المخالفة له، وكذلك فإنه لم " يحدد الضوابط للأعمال الضارة المخالفة للقانون" (طه، ١٩٧١، ص ٢٨).

١ تجدر الاشارة هنا إلى ان القانون المدني الأردني هو اول قانون مدني وضع في البلاد العربية على أساس استمداده من الفقه الإسلامي وأصوله، وقد اتخذت نصوصه منطلقاً لأقامة مشروع القانون المدني العربي الموحد عليه (الزرقا، ١٩٨٤، ص ٨) تلاه في ذلك قانون المعاملات الإماراتي ثم مشروع القانون المدني الفلسطيني. (٢) بخلاف القانون المغربي فقد ذكرت المادة (٣٧٨) منه بأنه "ترك ما كان يجب فعله أو فعل ما كان يجب الامسك عنه وذلك من غير قصد لاحداث الضرر"، والقانون التونسي فقد ذكر في المادة (٣٨٣) أن الخطأ هو "إهمال ما يجب أو أتيان ما يجب الامتناع عنه دون قصد الاضرار".

التعريف الثاني : وهو تعريف الأستاذ (إيمانويل ليفي) للخطأ بأنه : "الإخلال بالثقة المشروعة " ويقول في شرح هذا التعريف أن الشخص يكون بين أمرين عليه ان يوفق بينهما، الأول ثقته بنفسه لتعطيه الحق في الاقدام على العمل دون أن يتوقع الإضرار بالغير، وإلا أحجم عن العمل وركن إلى الكسل، والثاني ثقة الناس بعدم الإضرار بهم من جراء نشاطه الذي يقوم به، وعليه أن يشق لنفسه طريقاً وسطاً وانحرفه عن هذا الطريق يشكل خطأ . وأنتقد الفقه هذا الرأي لأنه لا يتضمن ضابطاً يبين السلوك الذي يعصم الشخص من الخطأ إذا سلكه .

ويرى بعضهم ان المعيار الذي يضعه (إيمانويل ليفي) لا يعدو محاولة لوضع الخطأ في قالب فلسفي أكثر من كونه معياراً محدداً للخطأ ذاته، ثم أنه لا يبين حدود الثقة وماهيتها، ثم أن الثقة بحد ذاتها تحتاج إلى تعريف يبينها ويحدد معالمها، لذا لا يمكن الاعتماد عليه كتعريف للخطأ أيضاً (مهنا، ١٩٧٤، ص ١٤٥)

التعريف الثالث : وهو تعريف الإستاذان (هنري وليون مازو) بأنه "انحراف في السلوك لا يأتيه شخص يقظ متبصر- وضع في نفس الظروف الخارجية التي وجد فيها الفاعل"، ويضع هذا التعريف معياراً عاماً في السلوك الواجب الاتباع في مختلف الظروف وهو مسلك الشخص اليقظ المتبصر- (طه، ١٩٧١، ص ٤٣٤).

التعريف الرابع : وهو رأي الفقيه بلانيول حيث يعرف الخطأ بأنه " إخلال بالتزام سابق " ويحصر- بلانيول الالتزامات التي يشكل الإخلال بها خطأ من المسؤول في أربع مجموعات هي الامتناع عن العنف، الكف والامتناع عن الغش ، عدم الإقدام على عمل لم تهيأ له الأسباب من قوة ومهارة واليقظة في تأدية واجب الرقابة على الأشخاص أو على الأشياء .

وانتقد الفقه هذا التعريف نقداً شديداً ونعت تعريفه بالعقيم وغير المجدي حيث إنه لا يفيد كثيراً في تمييز الفعل الخاطئ من غيره؛ لأنه يجعل كل إخلال بالتزام سابق خطأ، وهذا يقضي- بأن تعيين جميع الالتزامات أو الواجبات الملقاة على عاتق الشخص من أجل ان يتبين ما إذا كان الفعل المنسوب إليه يتضمن إخلالاً بهذه الواجبات أم لا، وهو لم يعرف الخطأ بل انصرف إلى تقسيمه وتعداد أنواعه (عكوش، ١٩٥٧، ص ٢٨) وذلك لأن بلانيول لم يقدم معياراً لتحديد طبيعة الفعل إذا كان فعل خاطئ أم لا إنما اكتفى بوضع قائمة بالواجبات العامة. ولكن وبالرغم من كل هذه الانتقادات إلا ان هذا التعريف انطلقت منه في العصر الحاضر جميع محاولات التوسع في فكرة الخطأ .

التعريف الخامس: وهو تعريف الإستاذان (ديموج وجوسران)، فيذهب ديموج إلى ان للخطأ عنصرين أساسين، أحدهما موضوعي أو مادي وثانیهما شخصي أو ذاتي، وهما اعتداء على حق، وأدراك أو امکان إدراك هذا الأعتداء (الذنون، ٢٠٠٦، ص ٨٣)، وعرفه الفقيه جوسران بأن الخطأ هو: "انتهاك لحرمة حق لا يستطيع من انتهاك حرمة ان يعارضه بحق أقوى أو بحق مماثل".

والفرق بين تعريف جوسران وديموج أن ديموج يضيق من فكرة الخطأ إذ يشترط المساس بحق معين للغير أما جوسران فيوسع من فكرة الإحساس بحق الغير ليجعلها تشمل أعم الحقوق وأقلها تحديداً . ولكن كل منهما لم يضع تعريف للخطأ ولم يقدم معياراً دقيقاً للتعرف عليه ، كما أن الاعتداء على حق ، والإخلال بالواجب والحق الأقوى أو الحق المماثل ، كل هذه الألفاظ لا تحدد معنى الخطأ بل هي ذاتها بحاجة إلى تحديد.

التعريف السادس : الأستاذ (سافاتيه) الذي يعرف الخطأ بأنه عبارة عن عدم تنفيذ واجب كان في أمكان الفاعل معرفته واحترامه . وفي رأي سافاتيه أن الواجب القانوني يكون مصدره القانون أو العقد أو يكون واجبا أدبيا محددًا يأمر بفعل أو ينهى عن فعل أو عبارة عن واجب عام يقضي— بعدم الإضرار بالغير، ويؤخذ على رأي سافاتيه أنه يقرر وجود التزام عام على كل شخص بعدم الإضرار بالغير والقول بالالتزام العام لا يحدد معنى للخطأ بل هو بحاجة لتحديد.

ويتفق الباحث مع ما استقر عليه الفقه والقضاء المصري في تعريفهم للخطأ بأنه: أخلال الشخص بالتزام قانوني مع إدراكه لهذا الأخلال . أما الألتزام القانوني الذي يعتبر الأخلال به خطأ في المسؤولية التقصيرية فهو دائماً التزماً ببذل عناية. وهو أن يصطنع الشخص في سلوكه اليقظة والتبصر حتى لا يضر بالغير. فإذا انحراف عن هذا السلوك الواجب، وكان قادراً على التمييز - بحيث يدرك انحرفه كان هذا الانحراف خطأً مستوجبا لمسؤوليته التقصيرية- ومن هذا يتبين ان عناصر الخطأ هي : العنصر المادي (التعدي)، والعنصر المعنوي (الإدراك) (أبو سعود، ٢٠٠٦، ص ٣٣١).

وفضلاً عن صعوبة تحديد مفهوم الخطأ، فإن صعوبة وضع تدرج لأنواع الخطأ تأتي من ان أساس هذا التدرج لا يوجد على صعيد قانون واحد، فلا تجد نصوصاً متكاملة تجمع هذا التدرج، أو تكشف عنه، بل يوجد الخطأ على درجاته المختلفة في نصوص متفرقة سواء في القانون المدني أو في غيره من القوانين، غير ان التطبيق العملي وأحكام القضاء كثيراً ما يكشف عن مثل هذا التدرج (رشدي، ٢٠٠٨، ص ٦٢).

وفيما يلي ولمزيداً من التوضيح سوف نتحدث عن أنواع الخطأ .

- أنواع الخطأ :

ينقسم الخطأ من حيث تعمد حصول الضرر أو عدم تعمده إلى خطأ عمدي (ويسمى بالجريمة المدنية) وخطأ غير عمدي (ويسمى بشبه الجريمة المدنية)، والقانون المدني بالغالب لا يعطي أهمية للتفرقة بين خطأ عمد أو خطأ غير عمد، لأن الغاية من المسؤولية المدنية هي التعويض عن الضرر، والتعويض ينبغي أن يكون بقدر الضرر بغض النظر عما إذا كان السبب في هذا الضرر هو خطأ متعمد أو غير متعمد (تناغو، ١٩٧٥، ص ٢٩٤).

وقد رأى البعض أن البحث عن درجة الخطأ يرمي إلى تخفيف المسؤولية عن عاتق من يتعرضون لمثل هذا الخطأ أثناء ممارستهم لمهنتهم أو فنهم، كما هو حال الأطباء، وإلا أصيب عملهم بالشلل، وقد يمتنعون عن الأقدام عليه فيما إذا كانت المسؤولية التقصيرية أو الجرمية تترصد لهم لأقل خطأ يرتكبونه أثناء ممارستهم لمهنتهم التي تتضمن قدرًا معينًا من الأخطار والتعرض لخطاء طفيفة لا يمكنهم تفاديها، ولكن هذا الرأي لم يجد له طريقاً إلى المسؤولية التقصيرية فالفقه مجمع وكذلك الاجتهاد على أن الخطأ وان كان طفيفاً يولد المسؤولية بمجرد حصول خرق لموجب العناية والتبصر- ادى إلى إحداث ضرر لدى الغير، وأن صدر هذا الخرق من ممتهن لمهنة لا تخلو ممارستها من مخاطر، فالأصل أن يبقى الإنسان، وبالأحرى الممتهن، متحلياً بالحذر والحيطه والتبصر- في ما يقدم عليه من عمل وان يبذل العناية اللازمة الضامنة لسلامة عمله ونتائجه، ولا عذر مهنياً أو غير مهني لمن لا يتقيد بهذه الموجبات(العوجي، ١٩٩٩، ص ص ٢٧٢-٢٧٣).

وفيما يلي عرض موجز لأنواع الخطأ :

- الخطأ العمدي :

وهو الذي يقع بقصد الإضرار بالغير، فالمسؤول فيه لم يرتض، ولم يتوقع النتائج الضارة لعمله فحسب، ولكنه سعى ورائها أيضاً، لذا فهو يعد مسؤولاً عنه (سوار، ١٩٧٨، ص ٥٨)، ويعرفه الدكتور مرقس (مرقس، ١٩٧١) بأنه "الاخلال بواجب قانوني مقترن بقصد الإضرار بالغير، فلا بد فيه من فعل أو امتناع يعد خطأ أي اخلالا بواجب قانوني، ولا بد من ان يكون ذلك الخطأ مصحوباً بقصد الإضرار بالغير، أي باتجاه الإرادة إلى إحداث الضرر ولا يكفي اتجاهها إلى ارتكاب الفعل في ذاته إذا لم تتجه إلى إحداث نتائجه الضارة" (ص ٢٥٣)

وإذا أردنا الرجوع إلى نصوص المواد في التشريعات، لوجدنا أن المشرع الفرنسي قد أشار إلى هذا النوع من الخطأ في المادة (١٢) من قانون التأمين الصادر في ١٣-تموز-يوليه ١٩٣٠ وأن المشرع الفرنسي- قد الحق هذا الخطأ بالغش وجعل المؤمن غير مسؤول عن تعويض المؤمن له عن الإضرار التي تحدث نتيجة هذا النوع من الخطأ إذا كان صادراً عنه، وكذلك بالنسبة للتشريع الخاص باصابات العمل والعمال عام ١٨٩٨ (الذنون، ٢٠٠٦، ج٢، ص١٧٥) أما عن المشرع المصري الذي استمد أحكامه من القانون الفرنسي فقد ذكر في المادة (٢-٧٦٨) مدني مصري على "أما الخسائر والاضرار التي يحدثها المؤمن له عمداً أو غشاً، فلا يكون المؤمن مسؤولاً عنها ولو اتفق على غير ذلك".

- الخطأ غير العمدى:

كما يتحقق الخطأ بفعل عمد، فهو يتحقق كذلك بفعل غير عمد. وفي الحالتين تكون الإرادة موجودة؛ لأنها عنصر- ضروري في الركن المعنوي للخطأ، ويكون الفرق بينهما من حيث إن الإرادة في الخطأ العمد تتجه إلى ارتكاب الفعل، وإلى حدوث النتيجة الضارة، أي يكون عالماً بالفعل مريداً للنتيجة، أما الخطأ غير العمد، فإن إرادة الفاعل فيه تنصرف إلى الفعل، ولكنها لا تتجه إلى النتيجة أي الضرر، أي يكون عالماً بالفعل ولكنه لا يريد تحقيق النتيجة، ونستطيع القول ان الخطأ غير العمدى يتحقق كلما انحرف الإنسان عن عناية الرجل المعتاد، ويعبر عن هذا الخطأ بالإهمال والتقصير أو عدم الاحتياط والتبصر- (شنب، ١٩٧٥، ص٣٥٦).

وليست أخطاء الإهمال أو عدم الاحتراز على درجة واحدة من المساواة فهناك نوعين للخطأ غير العمدى وهما الخطأ الجسيم والخطأ اليسير، وفي الواقع لا تترتب آثار من حيث التمييز بين نوعي الخطأ غير العمدى من الناحية العملية، لأن " كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض " (المادة ١٦٣ مدني مصري) ونصت المادة ١٣٨٢ من القانون المدني الفرنسي على " كل عمل أيا كان يحدث ضرراً بالغير يلزم من وقع بخطأه هذا الضرر ان يقوم بتعويضه".

- الخطأ الجسيم:

يعرف الخطأ الجسيم بأنه الخطأ الذي لا يتصور وقوعه إلا من شخص عديم الأكتراث، أو الخطأ الذي لا يرتكبه إلا أقل الناس حيطة وهو بذلك لا يختلف عن الخطأ العادي إلا في قدر الإهمال الذي ينسب إلى مرتكبه (الشرقاوي، ١٩٩١، ص٥٢٠)، إلا أن درجة جسامته دفعت الرومان إلى تشبيهه بالخطأ العمدى أو التدليسي- وذلك من بعض النوحى، وعلى الرغم من ذلك فإن هذا لا يؤثر في طبيعته فيظل يندرج تحت الاخطاء غير العمدية (رشدي، ٢٠٠٨، ص ٧٧).

وبهذا المعنى أكدت محكمة النقض المصرية على هذا الخطأ في أحد قراراتها حيث جاء فيه: "متى كان يبين من الحكم المطعون فيه أنه لم يتعمد في تحصيله لخطأ الطاعنة (المؤسسة المصرية العامة للكهرباء) على خطأ الكشافين التابعين لها فحسب، بل اعتمد أيضاً على ما وقع منها نتيجة لهذا الخطأ، فواضح أنها حملت المطعون ضد الأول بغير حق بفرق في قيمة الاستهلاك يفوق القدر الثابت لها، وانها اعتبرت هذا الفرق ديناً لها في ذمته، وواقعت الحجز الإداري وفاءً له على ممتلكات المطعون ضدهما ثم باعتها جبراً، وكان تحصيل الحكم لخطأ الطاعنة على هذا النحو سائغاً ووصفه بأنه خطأ جسيم صحيحاً في القانون..."^(١) وهنا تقرر محكمة النقض أن إهمال الموظف في الكشف عن عدادات الكهرباء وأثبت قراءات وهمية وتوقيع الحجز لاستيفاء قيمة الاستهلاك يشكل خطأ جسيم يرتب المسؤولية التقصيرية. وجاء في قرار آخر لمحكمة النقض المصرية ما يلي: "النص بالفقرة الأولى من المادة ٤٩٤ مرافعات يجيز مخاصمة القضاة إذا وقع منهم في عملهم غش أو خطأ مهني جسيم فإنه يقصد بالغش انحراف القاضي في عمله عما يقتضيه القانون قاصداً هذا الانحراف، وذلك أما إثارة لأحد الخصوم أو نكايه في خصم أو تحقيقاً لمصلحة خاصة بالقاضي. أما الخطأ المهني الجسيم فهو الخطأ الذي يرتكبه القاضي لوقوعه في غلط فاضح ما كان ليساق إليه لو اهتم بواجباته الاهتمام العادي أو لإهماله في عمله إهمال مفرطاً، ويستوي أن يتعلق بالمبادئ القانونية أو بوقائع القضية الثابتة في ملف الدعوى..."^(٢).

- الخطأ اليسير:

والخطأ اليسير هو الخطأ الذي لا يقترفه شخص معتاد في حرصه وعنايته، وقد يطلق عليه أحياناً تعبير الخطأ العادي، وهو خطأ لا يرتكبه رب الأسرة المعتاد أو الشخص العادي (الذنون، ٢٠٠٦، ج٢، ص ١٥٩).

ولا يمكن ان توضع ضوابط محددة للفرقة بين إهمال جسيم وإهمال يسير، لذلك يترك وصف الخطأ بأنه جسيم أو يسير، إلى القضاء والذي بدوره يحكم على كل حال وفقاً لظروفها (الشرقاوي، ١٩٩١، ص: ٥١٩-٥٢٠).

١ نقض- جلسة ١٩٧٣/٤/٢٨، نقلا عن (العمروسي ١٩٨٣، ص ٤٩٤-٤٩٥).

٢ نقض- جلسة ١٩٨٠/٢/١٤ نقلا عن (فودة، ١٩٩٦، ص ٩٤-٩٥).

- عناصر الخطأ :

- العنصر المادي (التعدي أو الانحراف) :

يعتبر مصطلح التعدي أكثر التعبيرات شيوعاً بين الفقهاء للتعبير عن العنصر المادي للخطأ، واغلب الفقهاء عرفوا التعدي بأنه الخروج عن حدود الالتزام القانوني العام السابق أو الانحراف عن السلوك^(١). والتعدي باعتباره الركن المادي للخطأ يتشكل عند تجاوز حدود اليقظة والتبصر - المفترضين قانوناً، فالمخطئ حتى يعدّ مخطئاً، يجب أن يكون متجاوزاً (متعدياً) لهذه الحدود من التبصر - والعناية في سلوكه، وقد يقع مقترناً بقصد الإضرار، حتى أن البعض يرى بقصد الإضرار ذاته تعدياً دون حاجة لتجاوز الحدود في السلوك.

وعليه ما هو المعيار، الذي يتحدد من خلاله تجاوز الحدود ؟ وما هي هذه الحدود التي من خلالها يتحدد وقوع الركن المادي أو عدم وقوعه ؟ نستطيع القول إن هناك معيارين لتحديد ما إذا كان الشخص قد انحرف في سلوكه أم لا، وهما المعيار الشخصي والمعيار الموضوعي .

فالمعيار الشخصي (الذاتي) يعني أننا يجب أن ننظر إلى شخص المعتدي فنحكم على ما صدر منه في ضوء سلوكه هو هل هو شخص شديد الحرص، أم متوسط الحرص، أم شديد الإهمال، وذلك للوصول إلى نيته فيما إذا كانت نيته حسنة أم نية سيئة، فإذا كان فعله انحرافاً عن السلوك عد مخطئاً وإذا لم يكن كذلك فلا يعد مخطئاً. ومفهوم ذلك ان هذا الشخص إذا كان على درجة كبيرة من اليقظة والتبصر، فإن أقل انحراف منه يعتبر خطأ، ولا شك في عدالة هذا المعيار الذاتي حيث إن محاسبة الشخص تتم بقدر ما توفر له من يقظة وتدبير، ولكن يعيبه أنه لا يصلح ان يكون معياراً منضبطاً (العمروسي، ١٩٨٣، ص ص : ٤٦٨-٤٦٩). وحيث يقتضي نسبة الانحراف إلى سلوك صاحبه، فينبغي الكشف عما فيه من يقظة وهذا أمر خفي يختلف باختلاف الأشخاص وبالتالي سيختلف المعيار باختلاف الأشخاص، كما أن المضرور لا ذنب له إذا تبين أن المعتدي دون المستوى العادي، وهناك ضرر قد حل به ومن العدل أن يعرض عنه . هذا بالإضافة إلى أن التعويض جزاء مدني ينظر فيه إلى التعدي وليس عقوبة جنائية ينظر فيها إلى شخص المعتدي.

والمعيار الآخر هو المعيار الموضوعي الذي ينظر إلى الفعل ذاته، فهو يقيس انحراف المسؤول بسلوك الشخص المجرد وقد تجرد من جميع الظروف الذاتية الملازمة لشخص المعتدي حيث إنها ظروف داخلية ملتصقة به ولا يصح النظر إليها - وإلا انقلب المعيار إلى أن يصبح معياراً شخصياً - ،

١ ومن هؤلاء الفقهاء (السنهوري، ١٩٥٢، ص ٧٧٩)، (سلطان، ١٩٨٧، ص ٢٩٩)، (الصدقة، ١٩٩٢، ص ٤٨٨)، (طه، ١٩٧١، ص ٤٣٥)، (مهنا، ١٩٧٤، ص ١٤٧).

وهو الشخص الذي يمثل اواسط الناس، فلا هو شديد اليقظة خارق الذكاء ولا هو معتاد الأهمال بالغ الغباء(طه،١٩٧١،ص٤٣٦)، وعلى ذلك فكون المعتدي متواضع الذكاء أو بليد الطبع أو عصبي المزاج أو ضعيف البصر أو مريضاً...الخ، لا شان له في تقدير سلوكه؛ لأن كل هذا يعد من قبيل الظروف الشخصية الداخلية^(١).

ويتضح من ذلك أنه إذا كان ما قام به الشخص لا يصدر عن الشخص العادي وفقاً للمعيار الموضوعي فإنه يعد منحرفاً أو متعدياً ويتوافر بذلك العنصر المادي للخطأ، أما إذا كان ما صدر عن الشخص يصدر عن الشخص العادي؛ فلا يتوافر العنصر المادي للخطأ ولا تقوم المسؤولية(تناغو،١٩٧٥،ص٢٨٦).

ويقع عبء إثبات التعدي على المضرور؛ لأن المسؤولية ترتبت عن عمل شخصي- من المسؤول، وهي تقوم على خطأ واجب الإثبات، فعلى الدائن أن يثبت أن المعتدي قد انحرف عن السلوك المألوف للشخص العادي، وإخلاله بالتزامه القانوني بعدم اتخاذه الحيطة الواجبة في عدم الإضرار بالغير مما الحق الضرر بالأخير (عكوش،١٩٥٧، ص ٢٩)

-العنصر المعنوي (التمييز أو الإدراك):

إذا كان التعدي أو الانحراف هو العنصر- المادي للخطأ، فأدراك الشخص لما في مسلكه من انحراف هو عنصره المعنوي، لذا اشترطت الشرائع منذ عهد القانون الروماني حتى الآن ضرورة توافر التمييز في الفاعل حتى تتحقق مسؤوليته غير أنه في أواخر القرن التاسع عشر ظهرت النظرية المادية في المسؤولية التقصيرية، وهذه النظرية تأخذ بفكره تحمل التبعة ولا تعتد تبعا لذلك بركن الخطأ أكتفائنا بركن الضرر، وبذلك قالوا إن للخطأ ركنا واحداً وهو التعدي فالفعل إذا شكل تعدياً بالقياس إلى تصرف الرجل المعتاد كان ذلك خطأ ولا يهم بعد ذلك أن يكون مرتكبه صغيراً أو كبيراً مدركاً أم غير مدرك؛ ذلك لأن هذه الأمور من الظروف الداخلية التي لا يعتد بها، ولذا قال انصارها بضرورة مساءلة محدث الضرر حتى لو كان غير مميز بأن كان مجنوناً مثلاً، خصوصاً وأن هناك حالات يكون فيها من الظلم عدم مساءلة عديم التمييز^(٢) إن كان غنياً والمضرور فقيراً (سلطان،١٩٨٧،ص٢٩١).

١ ومن هذه الظروف أيضاً سن الشخص وجنسه وظرفه الاجتماعي، وعلى ذلك فيكون قائد السيارة ضعيف البصر أو صغيراً أو امرأة، لا يؤثر في التقدير. فما زال السائق مأخوذاً بمعيار السلوك المألوف للشخص المعتاد، والشخص المعتاد في هذه الحالة هو الشخص السليم النظر القادر على القيادة. فإذا انحرف الشخص في قيادته للسيارة عن مستوى قيادة الشخص السليم النظر القادر على القيادة، لضعف بصره، أو سنه أو لجنسه -وكل هذه ظروف داخلية لا يعتد بها- فقد ارتكب خطأ.

٢ وأن أسباب انعدام التمييز في القانون المدني المصري قسمت إلى مجموعتين وهما :

المجموعة الأولى : وهي أسباب انعدام التمييز لصغير السن وقسمت إلى ثلاثة مراحل هي : مرحلة الصبي غير المميز، ومرحلة الصبي المميز، ومرحلة البالغ الراشد. /المجموعة الثانية : أسباب انعدام التمييز لوجود الامراض العقلية وهي : الجنون، والعتة، والسفه والغفلة.

وعلى ضوء ذلك استقر الفقه والقضاء على أن للخطأ عنصرين هما المادي والمعنوي، إذ لا يتعلق الخطأ إلا بفاعل مميز، بمعنى، أننا لا نستطيع إعطاء الشخص الوصف بأنه مخطئ إلا إذا كان مميزاً^(١)، إلا أنه في القانون المدني المصري وفي المادة (١٦٣) والتي نصت على: "كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض" يتبين للباحث أن المشرع المصري اعتبر التمييز شرطاً للمسؤولية في المادة (١٦٤) منه. والدافع لافتراضه عنصراً أساسياً في الخطأ هو إعطاء بعض الشخصية والذاتية في قياس وتحديد الخطأ لمعادلة وموازنة التجرد الذي يتسبب به المعيار الموضوعي المعتمد لقياس الركن المادي (التعدي). ولكن الفقه يعتبره ركناً في الخطأ. وبناء على ذلك فإنه لا يمكن وصف فعل الإخلال والتعدي بأنه خطأ إلا إذا وقع من فاعل مميز لتعديه.

وبالرغم من أن القانون المدني المصري يبني المسؤولية التقصيرية على الخطأ الواجب الإثبات، وتنتفي مسؤولية عديم التمييز كقاعدة عامة، إلا أن هذه القاعدة غير مطلقة فقد ورد عليها استثناءات نص عليها في المادة (١٦٤) والتي جاء فيها: "١- يكون الشخص مسؤولاً عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز. ٢- ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسؤول عنه، أو تعذر الحصول على تعويض من المسؤول، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعيًا في ذلك كل الخصوم".

ويبدو واضحاً أن نص المادة (١٦٤) يضع في فقرته الأولى القاعدة العامة في عدم مسؤولية عديم التمييز، ثم يورد عليها استثناء يأخذ فيه بمسؤوليته في حدود وبشروط معينة.

- القاعدة العامة في عدم مسؤولية عديم التمييز:

تستلزم الفقرة الأولى من نص المادة (١٦٤) ضرورة توافر التمييز لدى مرتكب الفعل الضار حتى يمكن مساءلته، وإلزامه بدفع التعويض للمضرور. ومن ثم تقضي القاعدة العامة بعدم تحقق مسؤولية الصغير غير المميز، والمجنون والمعتوه عما يرتكبونه من أفعال ضارة بالغير.

والعبرة بتوافر التمييز، أو عدم توافره لحظة ارتكاب الفعل الضار، ولا أهمية لتسجيل قرار الحجر على المجنون، أو المعتوه؛ لأن أهميته لا تظهر إلا بالنسبة للتصرفات القانونية، ولا يشترط أن يكون انعدام التمييز مستمراً، وإنما يكفي أن يكون عارضاً، للقول بانتفاء المسؤولية. فينعدم التمييز ومن ثم تنفي المسؤولية لأي سبب عارض كتناول مسكر، أو تعاطي مخدر، أو الوقوع تحت تأثير تنويم مغناطيسي

١ أما مفهوم التمييز وفقاً لما يقوله الدكتور الزرقاء: "هو أن يصبح للشخص تمييزاً عقلياً، يستطيع به أن يميز بين الحسن والقيح من الأمور، ويبتين الخير والشر والنفع والضرر، وإن كان هذا التمييز غير عميق، وهذا التمييز غير تام" (الزرقاء، ١٩٩٨، ص ٧٦٠).

أو الإصابة بالصرع أو المرض باليقظة النومية، هذا إذا لم يكن فقدان التمييز بخطأ منه كان تناول المسكر بأرادته مع علمه بطبيعته (شنب، ١٩٧٥، ص ٣٥٣-٣٥٦)

مسؤولية عديم التمييز على سبيل الاستثناء:

إذا كان الأصل في القانون المصري أن يكون الشخص مميزاً لتتحقق مسؤوليته، فلا تجوز مساءلة الصبي دون سن التمييز ومن في حكمه عن أفعاله غير المشروعة. ومع ذلك فلقد قرر المشرع هنا جواز مساءلة مثل هذا الشخص، وهذه المسؤولية ليست مبنية على الخطأ، فهو غير موجود هنا لانعدام الإدراك، وإما تقوم هذه المسؤولية على تحمل التبعة فالشخص غير المميز يتحمل تبعة ما يحدثه للغير من أضرار (أبو سعود، ٢٠٠٦، ص ٣٣٦).

وطبقاً لنص المادة (٢/١٦٤) الذي ينص على: "٢- ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز، ولم يكن هناك من هو مسؤول عنه، أو تعذر الحصول على تعويض من المسؤول، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل، مراعاةً في ذلك مركز الخصوم".

وطبقاً لهذا النص نجد أن هذه المسؤولية تتميز بثلاثة خصائص فهي مسؤولية استثنائية وردت على خلاف الأصل الذي قرره الفقرة الأولى من نص المادة (١/١٦٤)، وهي مسؤولية احتياطية، لا يلجا إليها القاضي إلا إذا لم يوجد من يسأل عن أفعال عديم التمييز، أو وجد وانتفت مسؤوليته، أو تعذر الحصول منه على التعويض لإعساره. كما أنها من ناحية ثالثة، مسؤولية جوازية بمعنى أن للقاضي أن يلجا إلى الأخذ بها أو لا يلجا بحسب ما يراه، وهي في النهاية مسؤولية مخففة. فليس ضرورياً أن يحكم القاضي للمضروب بتعويض كامل عما لحقه من ضرر، وإما يجوز أن يقتصر على الحكم بتعويض يقل عن الضرر إذا رأى أن العدالة تقتضي ذلك. وهو في هذا يراعي حالة عديم التمييز المالية، وكذلك حالة المضروب، فإذا كان عديم التمييز واسع الثراء والمضروب ليس كذلك، والضرر جسيماً. جاز للقاضي أن يحكم بتعويض كامل. أما إذا كان عديم التمييز متوسط الحال، بينما كان المضروب محتاجاً، فيمكن للقاضي أن يحكم بتعويض جزئي أخذاً في الاعتبار ترك مورد يكفي لنفقة عديم التمييز، ونفقة من تجب عليه نفقتهم. وقد لا يحكم القاضي بأي تعويض متى تبين له أن عديم التمييز - مرتكب الفعل الضار - معوزاً، بينما من وقع عليه الضرر ميسور الحال.

٣. بعض صور الخطأ في القانون المدني الأردني :

على الرغم من كون ركن الإضرار هو أساس المسؤولية التقصيرية في القانون المدني الاردني، إلا أن الباحث وجد أن هناك صور للخطأ في بعض جزئيات القانون المدني الاردني، ويظهر ذلك استثناءً في حالة المتسبب المتعمد حيث تستلزم هذه الحالة توافر الخطأ بعنصره المادي والمعنوي، وهي الحالة التي يجب على المضرور إثبات عنصري الخطأ لدى المتسبب حتى يحكم له بالتعويض، رغم أن الباحث يخالف موقف المشرع الأردني في المادة (٢/٢٥٧) بنصه على حالة التعمد وجعلها حالة مستقلة عن التعدي، فالتعدي -كما سنرى- يشمل للتعمد.

كما ظهر هذا الاستثناء في أساس مسؤولية متولي الرقابة، القائمة على الخطأ المفترض لمصلحة المضرور افتراضاً قابلاً لإثبات العكس بقريئة بسيطة يستطيع بها متولي الرقابة أن يتصل من المسؤولية، إذا اثبت أنه قام بواجب الرقابة ، أو أن الضرر كان لا بد واقعا ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية. ورغم أن المشرع الأردني قد اخذ ببعض صور الخطأ استثناءً، إلا أن هذا يبقى على نطاق ضيق جداً، وفي حالات محدوده وخاصة، لا تغير من أساس المسؤولية التقصيرية في القانون المدني الأردني القائمة على أساس التعدي، تأثراً منه بالفقه الإسلامي، عندما نص في المادة (٢٥٦) على : (كل اضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر). وحدد صور الإضرار بصورتين هما المباشرة والتسبب^(١). وبالنتيجة يخلص الباحث إلى أن القانون المدني الأردني لم يأخذ بالخطأ الذي يقتضي توافر عنصريه المادي والمعنوي كأساس للمسؤولية التقصيرية.

٤. مدى ضرورة التعمد في صورة الإضرار بالتسبب :

إن مفهوم الخطأ في القانون المقارن يشير إلى أن الخطأ يتكون من عنصرين: الأول عنصر مادي يقوم في جوهره على الفعل غير المشروع أو اخلالاً بالقانون، والثاني عنصر معنوي وهو نية الإضرار بالغير (مرقس، ١٩٨٧، ص٦)، وقد شكل هذا العنصر -أهمية كبيرة لما له من أثر في تحديد مسؤولية الفاعل، بمعنى، حتى يستحق المضرور التعويض كان لابد من إثبات قصد الفاعل في إحداث الضرر، فإذا اخفق في هذا، حرم من حقه في التعويض بسبب عدم قدرته على إثبات الخطأ .

١ وهما مفهومان أو مصطلحان ابتدعهما الفقهاء المسلمون للتعبير عن طريقة إحداث الضرر التي تعبر عن قوة علاقة السببية بين فعل الفاعل والنتيجة الحاصلة فتمت ما ترتبت النتيجة على الفعل بدون واسطة كان الفعل مباشرة، وتمت ما أحدث الضرر لا بدات الفاعل بل بواسطة كان الفعل تسببياً.

ومع توسع مفهوم الخطأ في ظل تطور المجتمع، وتوسع مجالات الحياة، قلص الفقهاء من العنصر— المعنوي الذي كان يقوم على العمد أو القصد الاحتمالي، إلى الاكتفاء بإشترط الإدراك أو التمييز فقط واعتباره شرطاً لقيام المسؤولية، فما أن يحدث انحراف في السلوك لدى الفاعل عن مسلك الرجل المعتاد، يتحقق الخطأ بالمفهوم القانوني، حتى لو لم يرتبط بالقصد أو العمد، فقد أشترط لمساءلة فاعله أن يكون مميزاً ومدركاً للفعل الذي قام به، وأن يترتب عليه ضرراً بالغير، لذلك فقد عرّف الخطأ على أساس ذلك بأنه "أخلال بواجب قانوني مقترن بإدراك المخل إياه" (مرقس، ١٩٦٥، ص ٨).

ولتفسير موضوع التداخل ما بين مفهوم الخطأ مع مفهوم التسبب لابد من الرجوع إلى المادة (٢/٢٥٧) التي نصت على: "... إذا وقع بالتسبب فيشترط التعدي أو التعمد أو أن يكون الفعل مفضياً إلى الضرر"

، ومن خلال هذا النص نجد أن حالات التسبب التي أشار إليه النص تبين أن كل حالة من هذه الحالات تعتبر منفصلة عن الأخرى وتقوم مقامها، وفقاً للمعنى اللغوي لحرف أو الذي يفيد التقسيم لا الجمع، ومعنى ذلك أن كل حالة من هذه الحالات تمثل بمفردها فعل الإضرار بالتسبب .

وبالتالي وحيث إن نص المادة (٢/٢٥٧) قد أشار إلى حالة التعمد، والذي هو تعمد الضرر لا تعمد الفعل، أي قصد النتيجة دون الفعل كما جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ولا يكون القصد إلا بتوافر الإدراك والتمييز لدى المتسبب، فإن التعمد يشمل الخطأ بعنصره المادي والمعنوي.

وهذا يعني أن صدور فعل ضار من المتسبب المتعمد يتطلب الإدراك والتمييز، فيكون قد ارتكب الخطأ بعنصره المادي والمعنوي، ويكون أساس المسؤولية هنا هو الخطأ، استثناءً من القاعدة العامة للمسؤولية التقصيرية في القانون المدني الأردني القائمة على الإضرار، ويقع على المضرور في هذه الحالة عبء إثبات عناصر الخطأ لدى المتسبب المتعمد للحصول على التعويض، ومن هنا فإن مفهوم التسبب يتداخل مع مفهوم الخطأ باعتبار أن حالة المتسبب المتعمد تقتضي— توافر القصد، وهو إرادة الشيء—، والإرادة تقتضي— الإدراك، ولا إدراك بدون تمييز، لذا يكون الخطأ بعنصره المادي والمعنوي هو أساس المسؤولية التقصيرية في حالة المتسبب المتعمد. على الرغم من أن الباحث لا يوافق المشرع الأردني بنص المادة (٢/٢٥٧) بأشراطه التعمد لقيام مسؤولية المتسبب، وسنقوم بتفصيل ذلك عند بحث ركن الإضرار بالتسبب.

ورغم أن غالبية الفقه متفق على أن شرط التعدي يتضمن التعمد، وأن وجود التعمد في المادة (٢/٢٥٧) لا ضرورة له وأن دواعي الصياغة الصحيحة تقتضي - إلغاءه، وهذا ما اوصى به الباحث، إلا أن محكمة التمييز لا زالت تستلزم في بعض قراراتها لتضمن المتسبب التعمد، وبهذا يضع النص - بوضعه الحالي - القضاء أمام حيره من إمره، فتارة يستلزم التعمد، وتارة يستلزم التعدي، وتأخذ بما أخذت به المذكورة الإيضاحية باعتبار كل حالة مستقلة عن الأخرى والواقع أن التعدي يشمل التعمد.

وهذا ما وقعت به محكمة التمييز في عدة قرارات لها حينما ذكرت أن: "المادة ٩٣ من المجلة قد نصت على أن المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد، وأن من الحالات التي يتوفر فيها العمد حالة ما إذا كان في فعل المتسبب مخالفة لحكم القانون"^(١).

كما خالفت هذا الاتجاه عندما قالت: " ... من الشروط العامة في عقد التأمين على انه (ان المخاطر المحددة ادناه لا تعتبر مؤمنة: ١. المتعاقد وتابعيه بما فيهم السائق وأفراد عوائلهم اثناء وجودهم في المركبة المؤمنة وذلك بالنسبة للمركبات العامة). ولما كان الولد المتوفي لم يكن داخل المركبة بل كان يقف في ارض الدار خلف السيارة عند وقوع الحادث فإن الحادث يكون مؤمنا ويكون هذه السبب مستحقا للرد ... وحيث تسبب الوالد بوفاة الطفل المغدور نتيجة خطئه وإهماله، فإن التعدي من قبله يكون ثابتا ولا يرد القول بأنه يشترط لضمان السبب وجود التعدي والتعمد عملا بالمادة (٢/٢٥٧) مدني... " ^(٢)

وفي قرار آخر وجد الباحث أنها تخلط بين التعدي والتعمد حيث ذكرت: "ان الاجتهاد القضائي جرى على أن تصرف المالك بشكل يضر بالغير يعتبر تعديا موجبا للضمان، وأن تشغيل شركة مصانع الإسمنت لمصانعها وما يتطاير منها من غبار إسمنتي وسقوطه على العقار موضوع الدعوى قد الحق الضرر وانقص من قيمته، وان هذا الفعل يوجب الضمان على الشركة المدعى عليها ... وحيث إن تصرف المالك بملكه بشكل يضر بالغير يعتبر تعدياً موجبا للضمان وحيث ثبت من الخبرة أن ضرراً لحق بالمدعين جراء تطاير الغابر الإسمنتي الصادر عن مصانع الشركة المدعى عليها فتكون عناصر المسؤولية التقصيرية بحق المدعى عليها من الخطأ والضرر وعلاقة السببية متوافرة وأن الحكم له بالتعويض عن تلك الإضرار يتفق والقانون والاجتهاد القضائي " ^(٣).

١ قرار محكمة التمييز بصفتها الحقوقية رقم (٣٧٢) لسنة (١٩٧٩) جلسة تاريخ (١٩٨٠/١/٣) منشورات القسطاس.

٢ قرار محكمة التمييز بصفتها الحقوقية رقم (٨٧٥) لسنة (١٩٩٢) جلسة تاريخ (١٩٩٢/١٠/٦) منشورات القسطاس.

٣ قرار محكمة التمييز بصفتها الحقوقية رقم (١١١٣) لسنة (٢٠١٣) جلسة تاريخ (٢٠١٣/٧/٩) منشورات القسطاس.

ومن هنا يجد الباحث أنه بالرغم من أن شركة مصانع الإسمنت باعتبارها متسببة متعدية جراء تطاير الغابر الاسمنتي كما اشارت إلى ذلك محكمة التمييز في تسببها، إلا أنها ذكرت أن أركان المسؤولية التقصيرية هي الخطأ والضرر وعلاقة سببية، وهذا يؤكد أن محكمة التمييز وبوصفها محكمة قانون تشير إلى مفهوم الخطأ المتمثل في صورة العمد في حالات الإضرار بالتسبب، وهذا يعني أن محكمة التمييز تخلط ما بين مفهوم التعدي ومفهوم التعمد، حينما أسست المسؤولية هنا على التعدي، وذكرت أن أركان المسؤولية هي الخطأ والضرر وعلاقة السببية، وهذا ما يخالفه الباحث وبوصي بالغاء هذه الحالة من نص المادة (٢/٢٥٧)، حتى نتفادي وقع القضاء بالخلط في تفسير المفاهيم .

ثالثاً: ركن الإضرار بالمباشرة

نصت المادة (٢٥٧) على : "١- يكون الإضرار بالمباشرة أو التسبب.

٢- فإن كان بالمباشرة لزم الضمان ولا شرط له، وإذ وقع بالتسبب فيشترط التعدي، أو التعمد، أو أن يكون الفعل مفضياً إلى الضرر"

وسيقوم الباحث بتحليل وشرح ركن الإضرار بالمباشرة من خلال توضيح مفهوم المباشرة، ومناقشة شروط تضمين المباشر حسب نص المادة (٢/٢٥٧)، والتطرق لآراء الفقه ورأي الباحث بهذا الخصوص، ثم نتطرق إلى رأي محكمة التمييز الأردنية، وما هو الاتجاه الذي نهجته في قراراتها بهذا الصدد. وذلك على النحو التالي:

- مفهوم المباشرة:

المباشرة لغة: وباشر الفعل يعني فعله من غير وساطة (المعجم الوسيط، ١٩٩٠، ص٥٨).

أما في القانون المدني الأردني فلم يعرف المباشرة، وإنما اكتفى بما جاء في نص المادة (٢٥٧) بالقول: أن الإضرار يكون بالمباشرة أو التسبب وإن كان بالمباشرة، لزم الضمان ولا شرط له.

إلا أن المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني اشارت إلى أنه "يكون الإضرار بالمباشرة إذا انصب فعل الإضرار على الشيء نفسه ويقال لمن فعله (فاعل مباشر) ... وإن المباشرة علة مستقلة وسبب للإضرار بذاته فلا يجوز اسقاط حكمها بداعي عدم التعمد أو عدم التعدي " (المذكرات الإيضاحية، ١٩٨٧، ص ٢٨٢). أما مجلة الأحكام العدلية فقد عرفت المباشرة في المادة (٨٨٧) "الإضرار مباشرة هو إضرار الشيء بالذات ويقال لمن فعله فاعل مباشر"،

وذكر الأستاذ سليم باز اللبناني في معرض شرحه للمادة (٩٢) من المجلة أن "المباشر هو الذي يلي الأمر بنفسه" (اللبناني، د.ت، ص٦٠)، وقام بتعريفه الشيخ أحمد الزرقا في كتابه شرح القواعد الفقهية بقوله "المباشر للفعل أي الفاعل له بالذات" (الزرقا، ١٩٨٩، ص٤٤٧).

أما في الفقه الإسلامي فقد اختلف في تعريف المباشرة وذلك على النحو التالي :
فالحنفية عرفوا المباشرة على انها: "اتصال آلة التلف بمحل الإلتلاف" (الكساني، ٢٠٠٠، ص١٦٥). والشافعية عرفوها بأنها: "ما يؤثر في الهلاك ويحصله" أو "ما يحصل الهلاك كالقتل والاحراق والاكل" نقلًا عن (حليلو، ١٩٩١، ص٥) والمالكية عرفوها بأنها: "ما يقال عادة حصل الهلاك به من غير توسط" نقلًا عن (اللهيبي، ٢٠٠٤، ص٢١).

أما الحنابلة فقد مثلوا إليه دون أن يعرفوها "كالجرح بما له من نفوذ كسكين وشوكة أو قتله بمثقل أو يلقي عليه حائط ... أو يلقيه من شاهق ... أو يلقيه في نار ... أو يخنقه بحبل ... أو يسد فمه وأنفه" نقلًا عن (مهنا، ١٩٧٤، ص١٠).

أما الفقه الإسلامي المعاصر فقد عرف المباشرة كما يلي :
فقد عرفه الأستاذ علي الخفيف بأنه إذا "باشر المعتدي الفعل دون أن يتوسط بينهما فعل آخر تسبب عنه الضرر" (الخفيف، ١٩٧١، ص٧٤). ويعرفه الاستاذ وهبه الزحيلي: "أن يتصل فعل الإنسان بغيره ويحدث منه التلف كما لو جرح إنسان غيره أو ضربه فمات" (الزحيلي، ١٩٨٢، ص٢٦). وعرفه الأستاذ مصطفى الزرقا بقوله "الإضرار بالمباشرة هو ما يكون نتيجة اتصال آلة التلف بمحلها" (الزرقا، ١٩٨٤، ص٧٤).

ويعرفها الدكتور إبراهيم الدسوقي أبو الليل ويقول " فالمباشرة إذن تكون متى اوجد الفعل علة التلف، والعلة هي ما يستند إليه الفعل، فمتى ما اوجد الفعل علة التلف كان الفعل مباشرة والفاعل مباشر" (أبو الليل، ١٩٨٠، ص٣٠٠).

وفي قرار لمحكمة التمييز نجد أنها تعرف المباشرة حيث جاء فيه ما يلي: "... ولما كان فعل الإضرار بالمباشرة يقع إذا انصب فعل الإلتلاف على الشيء نفسه ويقال لمن فعله (فاعل مباشرة) والمباشرة علة مستقلة وسبب للإضرار بذاته"^(١) وكذلك جاء في قرار آخر لها تعريف المباشرة فقالت : "فالإلتلاف مباشرة هو إلتلاف الشيء بالذات أي بدون واسطة ومن غير أن يتخلل فعل المتلف والإلتلاف فعل آخر (م ٨٧٧ مجلة) ويقال للفاعل مباشر"^(٢)

١ قرار محكمة التمييز بصفتها الحقوقية رقم (٤٥٣) لسنة (١٩٩٠) جلسة تاريخ (١١/٢٨/١٩٩٠) منشورات القسطاس.
٢ قرار محكمة التمييز بصفتها الحقوقية رقم (٤٦٥) لسنة (٢٠٠٦) جلسة تاريخ (١٠/٤/٢٠٠٦) منشورات القسطاس.

نلاحظ من التعريفات السابقة أن آراء الفقهاء جميعها تركز على إظهار العلاقة السببية بين الفعل الضار والنتيجة. فمتى ما ترتبت النتيجة على الفعل بدون واسطة كان الفعل مباشرة . فالمباشرة إذا : هي كل فعل يؤدي إلى حدوث الضرر دون أن يتوسط بين الفعل والنتيجة فعل آخر.

- شروط تضمين المباشر في القانون المدني الأردني :

بتحليل نص المادة (٢/٢٥٧) يجد الباحث أن هذه المادة لم تشترط أي شرط لتضمين المباشر، فالمباشر يضمن مطلقاً دون أي قيد أو شرط، وهذا يعني أن المباشرة تكتفي بالفعل الضار، فمن باشر إتلافاً بأي طريقة كانت فهو ضامن .

وقد توصل الباحث إلى أن هذه المادة أخذت حكمها مما كان مستقراً لدى جانب من الفقه الاسلامي، حيث انهم لم يشترطوا أي شرط لتضمين المباشر، فالمباشر حسب هذا الاتجاه يكون مسؤولاً بمجرد ترتب الضرر على فعله، فمتى ما صدر فعل من المباشر، وأحدث هذا الفعل ضرراً للغير قامت مسؤوليته دون حاجة إلى أي شرط آخر، وهذا يؤكد أن الفقه الإسلامي القديم لم يكن واضحاً بتعريفه لمفهوم التعدي لذلك اختلط الأمر لدى فقهاءنا المسلمين وكانت أمثلتهم التي كانوا يدللون بها على أن المباشر يضمن مطلقاً هي في حقيقة الأمر قائمة على التعدي وهذه الامثلة هي على النحو التالي :

جاء في مجمع الضمانات للبغدادي أنه إذا : "انقلب النائم على متاع وكسره يجب الضمان... رمى سهما إلى هدف في ملكه فتجاوزه وأتلف شيئاً لغيره ضمن" (البغدادي، ١٣٠٨، ص١٤٦).

ويقول الرملي الشافعي " ولو فتح رأس زق وتلف ضمن لمباشرة اتلافه.. " (الرملي، ١٩٣٨، ص ١٥١)، وعلى هذا الأصل يذهب الشافعية إلى تضمين القابض على سوم الشراء وقال الشرقاوي في حاشيته "...أخذ سلعة ليتأملها هل تعجب فيشتريها أو لا فيردها فتلفت في يده، ولو استنام عشرة أذرع من سوسية مثلاً وأخذها ليقبلها ثم تلفت ضمن العشرة..." (الشرقاوي، ج ٢، ١٩٤١، ص ١٥٠)، وقد " أفتى البغوي بضمان من سقط على مال غيره لصرع حصل فأتلفه كما لو سقط عليه طفل من مهده، ذلك لأن الإلتلاف مباشرة" (الرملي، ١٩٣٨، ص ١٥٠).

إلا أن الباحث وبعد استقراءه بعض كتب الفقه الإسلامي المعاصرة وجد أن الفقهاء المعاصرين اختلفوا في صياغة قاعدة المباشرة، وذلك على خمسة اتجاهات وهم :

الاتجاه الاول^(١) : ما جاء بنص المادة (٩٢) من مجلة الأحكام العدلية والتي نصت على: "المباشر ضامن وان لم يتعمد".

الاتجاه الثاني الذي أشار إلى أن: "المباشر ضامن وان لم يتعمد" أي سواء تعد أو لم يتعد يضمن^(٢).

الاتجاه الثالث الذي أشار إلى أن: المباشر ضامن ولو لم يكن متعمداً ولا متعمداً^(٣).

الاتجاه الرابع الذي أشار إلى أن: المباشر يضمن مطلقاً ومنهم من قال بأن المباشر يضمن دون قيد أو شرط^(٤).

الاتجاه الخامس: الذي اشترط أن يتصف فعل المباشر بالتعدي لتضمينه^(٥).

وبالرجوع إلى الاتجاهات التي قيلت في صياغة قاعدة المباشرة نجد أن الاتجاه الأول، والثاني، والثالث وإن اختلفوا في الصياغة إلا أنهم ضمنوا المباشر من حيث النتيجة.

أما الاتجاه الرابع وهو أن المباشر ضامن مطلقاً، رغم أن هذا الاتجاه كان مستقراً لدى جانب من الفقه الاسلامي، إلا أن الباحث يرى أن تطبيقات هذا الاتجاه تقوم على التعدي وإن كان ينادي بأن المباشر ضامن مطلقاً.

أما بالنسبة للإتجاه الخامس الذي اشترط التعدي لتضمين المباشر، فهو الاتجاه الذي يتفق معه الباحث ويراه مناسباً لزماننا الحالي للحجج وبراهين سوف يبينها تفصيلاً عند مناقشة اختلاف الفقهاء في الفصل الثالث.

وإن اختلف الفقهاء في صياغة قاعدة المباشرة من زمان لآخر، هو تطبيقاً للقاعدة الكلية القائلة: "لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان"، كون تغير الصفة التي يتوقف عليها الضمان في المباشرة لا تتناقض مع الاحكام والقواعد المستقره في الفقه الاسلامي، وان اختيار هذه الصفة في المباشرة هي من اجتهاد فقهاء كل عصر— بما يتلائم مع حاجات افراد مجتمعهم، تطبيقاً للقواعد المستقره في الفقه الإسلامي والتي تسعى إلى تعويض المضرور عما اصابه من ضرر. لذا فإن اشتراط التعدي في قاعدة المباشرة له ما يبرره في زماننا الحاضر وسوف نبين هذه الاسباب عند بحث اختلاف الفقهاء بهذا الشأن.

١ راجع في ذلك (ابن نجيم، ١٩٩٨، ص ٣١٧) الذي أخذت منه المجلة صياغة هذه القاعدة، وانظر أيضاً (حيدر، ٢٠٠٣، ص ٩٣) وكذلك (أبو الليل، ١٩٨٠، ص ٣١٠)، (اليعقوب، ١٩٨٠، ص ١٠٣).

٢ راجع في ذلك (البغدادي، ١٨٩٠، ص ١٤٦) وهو أول من نص على صياغة قاعدة المباشرة بهذا الشكل، وانظر أيضاً (الخفيف، ١٩٧١، ص ٧٤)، (الزحيلي، ١٩٨٢، ص ١٩٦)، (الدبوي، ١٩٩٧، ص ١٨٥).

٣ راجع في ذلك (مرقس، ١٩٧١، ص ١٠٤)، (الحكيم واخرون، ١٩٨٠، ص ٥٠٠)، (سلطان، ١٩٨٧، ص ٣٠٤)، (الفار، ٢٠٠٤، ص ١٨٤).

٤ راجع في ذلك (اللبناني، (د.ت)، ص ٦٠)، (القاضي، ١٩٥٣، ص ٨)، (أحمد، ١٩٨٠، ص ٢٠٤)، (خليلو، ١٩٩١، ص ٧)، (الصلصامة، ٢٠٠٢، ص ٥٨)، (منصور، ٢٠٠٢، ص ٢٦٥)، (اللهبي، ٢٠٠٤، ص ٤٦)، (مكاوي، ٢٠٠٤، ص ٤٠)، (السرحدان وخاطر، ٢٠٠٨، ص ٣٦٨).

٥ راجع في ذلك (الزرقاء، ١٩٨٤، ص ٧٧)، (الزعيبي، ١٩٨٧، ص ١٧٤)، (محمصاني، ١٩٧٢، ص ١٧٤)، (الزرقاء، ١٩٣٨، ص ٤٥٣)، (الصلصامة، (د.ت)، ص ٢٢٣)، (سراج، ١٩٩٣، ص ٢٤٢)، (سبيد، ٢٠٠٨، ص ٨٥-٨٦)، (أبو شنب، ص ٣٠٣-٤٥٠).

ويخلص الباحث إلى أن المشرع الأردني كان غير موفق في صياغته لنص المادة (٢/٢٥٧) فيما يتعلق بصورة المباشرة لما بيناه اعلاه؛ لأن تضمين المباشر عند تعديده هي ضرورة تقتضيها العدالة والمنطق حيث إن الأولى بالضمان هو المباشر المتعدي، والتعدي هنا مفترض لمصلحة المضرور، ويستطيع المباشر التخلص من المسؤولية بإثباته عدم تعديده.

رابعاً: ركن الإضرار بالتسبب :

نصت المادة (٢٥٧) من القانون المدني الأردني على : "١- يكون الإضرار بالمباشرة أو التسبب.

٢- فإن كان بالمباشرة لزم الضمان ولا شرط له، واذا وقع بالتسبب فيشترط التعدي، أو التعمد، أو أن يكون الفعل مفضياً إلى الضرر" وسيقوم الباحث بشرح وتفصيل ركن الإضرار بالتسبب من خلال التعرض لمفهوم التسبب، وحالات تضمين المتسبب حسب نص المادة (٢٥٧) ورأي الفقه، ومن ثم رأي الباحث في هذا الخصوص وقرارات محكمة التمييز الأردنية بهذا الصدد وذلك على النحو التالي :

- مفهوم التسبب :

التسبب لغة: هو كل شيء يتوصل به إلى شيء آخر (المعجم الوسيط، ١٩٨٩٠، ص ٤١١).

أما القانون المدني الأردني لم يعرف التسبب وإنما اكتفى في المادة (٢/٢٥٧) ببيان صورتي الإضرار المباشرة و التسبب، وتحديد شروط كل منهما . وأما بالنسبة للمذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني نجدها تعرف التسبب بأنه : " إتيان فعل في شيء آخر فيفضي إلى إتلاف الشيء مثلا كقطع جبل معلق به قنديل فوق القنديل وانكسر- فيكون فهذا اتلاف للجبل مباشرة وللقنديل بالتسبب" ^(١) (المذكرة الإيضاحية، ١٩٨٧، ص ٢٨٢).

أما مجلة الأحكام العدلية في المادة (٨٨٨) فقد عرفت التسبب : " أن يحدث في شيء ما يفضي إلى تلف شيء آخر ويقال لفاعله متسبب". وذكر الشيخ أحمد الزرقا في تعريف للتسبب بانه "المفضي والموصول إلى وقوعه" أي إلى وقوع الفعل (الزرقا، ١٩٨٩، ص ٤٤٧).

أما في الفقه الإسلامي فقد جاء تعريف التسبب على النحو التالي :

في المذهب الحنفي تم تعريف التسبب بانه : "الفعل في محل يفضي

١ ذكر الدكتور مصطفى الزرقا في كتابه الفعل الضار والضمان فيه تعليقا على هذا المثال فقال : "لكن يلاحظ أن هذا المثال أن تخلف الضرر (سقوط القنديل) ما دام غير محمل فيكون قطع الجبل في حكم المباشر لكسر القنديل، ومثل ذلك إذا شق شخص زقا فيه زيت مانع فسال فتلف، فإن الشق إتلاف للزق بالمباشرة وإتلاف الزيت بالتسبب، لكن الأولى أن يقال : أن سيلانه طبيعة له لا تتخلف عند ارتفاع المانع، فكان الشق في حكم المباشر لإتلاف الزيت" (الزرقا، ١٩٨٤، ص ٧٤). ويوافق الباحث رأي الأستاذ الزرقا لأن انكسار القنديل نتيجة حتمية على قطع الجبل فيكون الفاعل مباشر في قطعه للجبل وكسر القنديل.

إلى تلف غيره عادة " (الكساني، ٢٠٠٠، ص ٢٦٥) أما المالكية فيعرفون التسبب بأنه " ما يحصل الهلاك عنده بعلة اخرى إذا كان السبب هو المقتضي— لوقوع الفعل بتلك العلة" نقلاً عن (اللهيبي، ٢٠٠٤، ص ٣٠)، ويعرف الشافعية التسبب بأنه "ايجاد ما يحصل الهلاك عنده لكن بعلة أخرى إذا كان السبب مما يقصد لتوقع تلك العلة" نقلاً عن (أحمد، ١٩٨٥، ص ٣٥٢).

أما الحنابلة فلم يعرفوا التسبب بل مثلوا له على النحو التالي "أو ينصب سبباً عدواناً فيحصل به الاتلاف، فإن يحفر بئراً في ملكه عدواناً أو من يؤجج ناراً في يوم ريح عاصف فتتعدى إلى إتلاف مال الغير، أو كان الماء محتبساً بشيء وعادته الانطلاق فيزيل احتباسه" نقلاً عن (حليلو، ١٩٩١، ص ١٦).

أما في الفقه المعاصر نجد أن علماء الفقه الحديث قد تأثروا في تعريفاتهم للتسبب بما اتجهت إليه التعريفات في الفقه الإسلامي . فقد عرف الدكتور وهبه الزحيلي التسبب بأنه : " أن يتصل أثر فعل الإنسان بغيره لا حقيقة فعله، فيتلف به" (الزحيلي، ١٩٨٢، ص ٢٦) وعرفه الدكتور مصطفى الزرقا بأنه "إحداث أمر في شيء يفضي إلى تلف شيء آخر في جرى العادة" (الزرقا، ١٩٨٤، ص ٧٤).

ويعرفه الدكتور إبراهيم الدسوقي أبو الليل بقوله "هو ذاك الذي يأتي فعلاً لا يحدث الضرر بذات نفسه ولكنه يفضي— أو يمكن لحصول فعل آخر، هو الذي يحدث الضرر—دونه، من غير أن يكون هذا الفعل الآخر نتيجة حتمية ولازمة للفعل الأول، وشريطة أن تبقى ثمة رابطة بين الفعلين. تمكنان من القول بأن الضرر ينسب إلى صاحب الفعل الأول، على اعتبار أن فعله أفضى إلى وقوعه" (أبو الليل، ١٩٨٠، ص ١٥٩).

ويعرفه الأستاذ جبار صابر طه بأنه: " ما يحصل الهلاك عنده بعلة اخرى إذا كان السبب المقتضي لوقوع الفعل بتلك العلة، أو هو إحداث أمر يفضي— إلى تلف شيء آخر على جري العادة ويقال للفاعل متسبب" (طه، ١٩٨٤، ص ١٩٧)، ويعرفه الدكتور سليمان أحمد بقوله : "التسبب هو ما يحصل الهلاك عنده بعلة أخرى إذا كان السبب هو المقتضي لوقوع الفعل بتلك العلة" (أحمد، ١٩٨٥، ص ٣٥٢).

من مجموع هذه التعاريف نخلص إلى أنها اشتركت جميعاً في إظهار مدى قوة علاقة السببية التي تمثل الترابط بين الفعل الضار والنتيجة. ويخلص الباحث بأنه يمكن تعريف التسبب بأنه ما أحدث الضرر لا بذاته بل بواسطة . أي أن التسبب هو "إيجاد علة المباشرة" (عز الدين، (د.ت)، ص ١٥٥-١٥٦).

أما بالنسبة لقرارات محكمة التمييز الأردنية نجدها تعرف التسبب بالاستناد إلى ما جاء في مجلة الأحكام العدلية حيث جاء في إحدى قراراتها ما يلي: "أما الإلتلاف تسبباً فيكون بإحداث أمر في شيء يفضي إلى تلف شيء آخر على جرى العادة (م ٨٨٨ مجلة) ويقال للفاعل متسبب"^(١).

- حالات الإضرار بالتسبب في القانون المدني الأردني :

ذكر المشرع الأردني في المادة (٢/٢٥٧) أنه يشترط لمساءلة الفاعل في صورة التسبب التعدي أو التعمد أو أن يكون الفعل مفضياً إلى الضرر، وأن الباحث يجد أن هذه العبارات تشير إلى حالات الإضرار بالتسبب، وليس إلى شروط الإضرار بالتسبب كون عبارة (ويشترط) لا تعطي المعنى الدقيق الذي قصده المشرع باعتبار أن كل حالة من الحالات منفصلة عن الأخرى تماماً، وتكفي كل حالة منها لمساءلة الشخص كما هو واضح من نص المادة (٢/٢٥٧)، وذلك وفقاً للمعنى اللغوي لحرف (أو) الذي يفيد التقسيم لا الجمع، ومعنى ذلك أن كل حالة من هذه الحالات تقوم بمفردها مشكلةً ركن الإضرار بالتسبب.

علماً أن هذه المادة صيغت بما يتوافق مع ما جاء في أحد شروح المجلة^(٢) للمادة (٩٣) حيث صاغها بطريقة مختلفة عما جاء في كتب الفقه والمجلة والشروح الأخرى وذلك على النحو التالي "المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد أو بالتعدي"، غير أن المشرع الأردني قدم التعدي على التعمد في الصياغة، وأضاف إلى هاتين الحالتين حالة ثالثة هي أن يكون الفعل مفضياً إلى الضرر. وسوف يتناول الباحث هذه الحالات تباعاً على النحو التالي :

١. حالة التعدي :

يعتبر لفظ التعدي من أدق الألفاظ التي استخدمت في المسؤولية التقصيرية، ولعل ذلك يعود إلى اختلاف مفهوم التعدي في اصطلاح الفقه القانوني الوضعي عنه في اصطلاح فقهاء الشريعة الإسلامية، هذا بالإضافة إلى اختلاف الفقهاء القدامى والمحدثون في تعريف مصطلح التعدي، لذلك كان من الضروري فهم هذا المصطلح فهماً دقيقاً حتى يتسنى للقارئ معرفة الفارق ما بين أساس المسؤولية التقصيرية القائمة على الخطأ بمفهوم الفقه

١ قرار محكمة التمييز بصفتها الحقوقية رقم (٤٦٥) لسنة (٢٠٠٦) جلسة تاريخ (٢٠٠٦/١٠/٤) منشورات القسطاس.
1 راجع في ذلك (البناني، ١٣٠٥هـ، ص ٦٠).

والقانون الغربي، وأساس المسؤولية التقصيرية القائمة على التعدي بمفهوم الفقه الإسلامي ومن سار على نهجه من القوانين العربية مثل القانون المدني العراقي .

لذلك فإن الباحث سوف يقوم بتعريف التعدي لغة واصطلاحاً ويتطرق إلى أختلاف الفقهاء المحدثون حول مدلول التعدي، والمدلول الذي يؤيده الباحث والذي يمكن تطبيقه على حالة التعدي بالتسبب في القانون المدني الأردني، ثم يتطرق إلى معيار التعدي.

- تعريف التعدي: تمكن الباحث من خلال الكتب والأبحاث المتعددة التي رجع إليها، حصر اتجاهات الفقهاء القدامى والمعاصرين في تعريف التعدي وتوصل إلى اثنا عشر اتجاهًا^(١) تم ترتيبهم حسب التسلسل الزمني لكل فقيه، على النحو التالي :

الاتجاه الأول في تعريف التعدي: مجاوزة الحد^(٢) .

الاتجاه الثاني في تعريف التعدي: "يكفي كونه متعدياً أن يتصل فعله في غير ملكه بما لا مسوغ له فيه سواء كان نفس الفعل سائغاً ... أو غير سائغ كما لو أراد ضرب معصوم فأصاب آخر نظيره" (الزرقا، ١٩٨٩، ص ٤٥٣).

الاتجاه الثالث في تعريف التعدي: "إلا يكون له حق في مزاوله الفعل الذي أدى إلى الضرر"^(٣).

الاتجاه الرابع في تعريف التعدي: "مجاوزة ما ينبغي أن يقتصر عليه شرعاً أو عرفاً أو عادة"^(٤) (فيض الله، ١٩٦٢، ص ١٩٠).

الاتجاه الخامس في تعريف التعدي: "الفعل الضار بدون وجه حق أو جواز شرعي"^(٥) (مرقس، ١٩٧١، ص ١٠٦).

١ ونظراً لتعدد تعاريف التعدي، ولأن هذه التعاريف قد توصلنا إليه من خلال الاستقراء والبحث في مختلف الكتب والأبحاث التي عالجت هذا الموضوع، فإن الباحث لا يستبعد اكتشاف تعاريف أخرى لم نشر إليها هنا.

٢ ومن أول الفقهاء الذين قالوا بهذا الموضوع هو الإمام الرازي (الرازي، ١٢٨٩ هـ، ص ٣١٥)، (ابن العربي، ١٣٧٦ هـ، ص ١١٣).

٣ وأول من عرف التعدي بهذا المعنى هي مجلة الأحكام العدلية في المادة (٩٢٤) منها، والفقهاء الذين عرفوا نهجاً هذا الاتجاه في تعريف التعدي هم كل من: (القاضي، ١٩٥٣، ص ٧)، (المنذرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ١٩٨٥، ص ٢٨١)، (الحكيم وآخرون، ١٩٨٠، ص ٤٩٨)، (سلطان، ١٩٨٧، ص ٣٠٤)، (للصامية، ٢٠٠٢، ص ٩٥)، (الفار، ٢٠٠٤، ص ١٨٣)، (ملكوي، ٢٠٠٦، ص ٤٣)، (السرحدان وخاطر، ٢٠٠٨، ص ٣٧٤).

٤ والفقهاء الذين عرفوا ونهجو نهج هذا الاتجاه في تعريف التعدي هم كل من: (الخفيف، ١٩٧١، ص ٤٤)، (الزحيلي، ١٩٨٢، ص ١٩٨)، (فيض الله، ١٩٨٣، ص ٩٢)، (طه، ١٩٨٤، ص ١٩٧)، (الزعيبي، ١٩٨٧، ص ١٩٣).

٥ وراجع في هذا المعنى أيضاً (أبو الليل، ١٩٨٠، ص ١٦٢)، (منصور، ٢٠٠٣، ص ٢٥٧).

الاتجاه السادس في تعريف التعدي: "الظلم والعدوان ومجاوزة الحقوق"^(١) (محمصاني، ١٩٧٢، ص ١٧٤).
الاتجاه السابع في تعريف التعدي: "الخروج عن حدود الحق الشرعي مطلقاً سواء اقتزن هذا الخروج بالتعمد أو الإهمال أو بدونهما وسواء كان الشخص مدركاً بالغاً أم طفلاً صغيراً غير مميز فالتعدي يتحقق بفعل مادي يأتيه الشخص فيتجاوز فيه حدود حقه الشرعي ويمس حقاً للآخرين" (مهنا، ١٩٧٤، ص ٤٤).

الاتجاه الثامن في تعريف التعدي: أن "التعدي غير التعمد، من حيث إنه تجاوز الحدود التي رسمها القانون، ولكن دون قصد الإضرار" (اليقوب، ١٩٨٠، ص ١٠٢).

الاتجاه التاسع في تعريف التعدي: "المجاوزة الفعلية إلى حق الغير أو ملكه المعصوم"^(٢) (الزرقا، ١٩٨٤، ص ٧٨).

الاتجاه العاشر في تعريف التعدي: "أحداث عمل لم يأذن الشرع فيه، وبعبارة أخرى: أحداث عمل لم يكن للشخص حق فعله بمعنى أنه جاوز المشروع إلى غيره، أو جاوز الحد المأذون فيه له في حقه وتعداه إلى غيره وهذا المعنى تعبير عن الظلم ومجاوزة الحقوق" (أحمد، ١٩٨٥، ص ٢٢٨).

الاتجاه الحادي عشر - في تعريف التعدي: "الأفتيات على حقوق الغير في أبدانهم أو أعراضهم أو أموالهم إذا كان هذا الأفتيات مما لا يقره الشارع، سواء بالقصد إلى هذا الأفتيات أو بوقوعه على سبيل الإهمال أو التقصير"^(٣) (سراج، ١٩٩٣، ص ٢٤٢).

الاتجاه الثاني عشر للتعدي: "التعدي يبدأ من مجاوزة الحق والتعسف فيه مروراً بالإهمال والتقصير انتهاءً بالتعمد" (اللهيبي، ٢٠٠٤، ص ٥٣).

وهنا يقول الدكتور محمد فوزي فيض الله في تفسير مفهوم التعدي : "ويبدو أن الفقهاء يستعملون التعدي - وكذلك الاعتداء - في المعنى اللغوي، وهو مجاوزة الحد، والحد منتهى الشيء فكان الاعتداء حتى في اللغة مجاوزة منتهى الحق إذا كان في الحديث عن الحقوق ومجاوزة منتهى الشيء إذا كنا في الحديث عن الملكية وما إلى ذلك. ومنهم من يقيد الحد بالمشروع الجائز فالتعدي مجاوزة الجائز إلى غيره، (والعادي هو المجاوزة إلى ما لا يجوز) كما روى من مجاهد وابن جبر في تفسير قوله تعالى (غير باع ولا عاد) والاعتداء مجاوزة المشروع. ويقول الرازي :

١ وهذا الاتجاه هو التعريف اللغوي لكلمة التعدي، ومن أخذ به من الفقهاء هم كل من : (أبو الليل، ١٩٨٠، ص ١٦٥-١٦٦)، (الدبور، ١٩٩٧، ص ١٧٨)، (خصاونة، ٢٠٠٠، ص ١٧).

(١٨).

٢ وقد أخذ بهذا الاتجاه (حليلو، ١٩٩١، ص ١٩).

٣ وقد أيد هذا الاتجاه أيضاً (أبو شنب، ٢٠٠٠، ص ٤٧).

(فالعدو هو التعدي في الأمور، وتجاوز ما ينبغي أن يقتصر - عليه . يقال عدا عليه وعدواناً، وعدياً، واعتداءً وتعدياً، إذا ظلمه ظلماً مجاوزاً للحد) ولعلنا لا نجاوز غرض الفقهاء إذا قلنا في تعريف التعدي -بناء على تعريف الامام الرازي هذا- أنه مجاوزة ما ينبغي أن يقتصر - عليه شرعاً أو عرفاً أو عادةً وهو تفصيل قولهم المختصر - (مجاوزة المعتاد) وإذا كان الشرع، يتولى بنفسه أحيانا بيان شرعية بعض الأفعال، فإنه قد يترك في أحيان أخرى شرعيتها إلى العرف، فتحديد مشروعية الأفعال موكول إلى الشرع -والعرف، في الفقه الاسلامي، ويعبر الفقهاء، عما جاوز الحد المحدود المنضبط -بالعرف أو الشرع - بالتعدي، كما يعبرون ما نقص عنه بالتقصير. على أن الفقهاء، يعبرون بالتعدي، عما هو أعم منه ومن التقصير، ومن النصوص الصريحة في ذلك، ما ذكره الزليعي-مثلا- من أنه لو قاد قطار فوطى بغير إنسانا، ضمن عاقلة القائد، لأن القائد عليه حفظ القطار، كالسائق، وقد أمكنه التحرز عنه، فصار متعديا بالتقصير فيه، والتسبب بوصف التعدي سبب الضمان والوجه في ذلك أن التعدي مجاوزة للحد، الى أبعد وأكثر منه، والتقصير، مجاوزة إلى إدى وأقل، وكلاهما تعدى الحد المطلوب والمشروع" (فيض الله، ١٩٦٢، ص ص: ١٨٩-١٩٠).

ويتفق الباحث مع الاتجاه الرابع الذي عرف التعدي بأنه : "مجاوزة ما ينبغي أن يقتصر - عليه شرعاً أو عرفاً أو عادة" (فيض الله، ١٩٦٢، ص ١٩٠)؛ لأن هذا التعريف للتعدي يعتبر تعريفاً واضحاً جامعاً مانعاً باعتباره يشمل كل فعل مادي يأتيه الشخص ويكون في حالة خروج عن حدود الحق المرسوم له، وان التعبير الشمولي للتعدي يشمل العمد والخطأ، كما يشمل التقصير والاهمال وعدم الاحتراز (فيض الله، ١٩٦٢، ص ١٩١).

وقد جاء في بعض قرارات محكمة التمييز ما يلي:

جاء في قرار محكمة التمييز بصفتها الحقوقية رقم (٨٣٩) لسنة (٢٠٠٢) جلسة تاريخ (١٧/٤/٢٠٠٢) منشورات القسطاس : " أن الأحكام الواردة في المادتين ٢٥٦ و ٢٥٧ من القانون المدني تتضمن أن كل اضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز، مباشراً أو متسببا بضمان الضرر، الأمر الذي يبنى عليه أن المتسبب بالضرر مسؤول عن تعويض لمضروور سواء أكان فعله مقصودا أو غير مقصود".

وهذا القرار يبين أن اتجاه محكمة التمييز في حالة الإضرار بالتسبب، تأخذ بمفهوم التعدي الذي يتضمن التعمد، ويستطيع الباحث الاستدلال على ذلك بذكر محكمة التمييز جملة (ان المتسبب بالضرر مسؤول عن تعويض المضروور سواء أكان فعله مقصودا أو غير مقصود).

وأكدت في قرارها رقم (١٤٨٨) لسنة (٢٠٠٥) تاريخ (٢٠٠٥/١١/٢٠) بأنها تشترط لضمان المتسبب بالضرر توافر التعدي حيث جاء فيه : "...أما الحاق الضرر بالغير بطريق التسبب فيلزم فيه توافر التعدي وهو يعني أن يضر- المتسبب بحق الغير أو ملكه المعصوم ... دون النظر إلى ما إذا كان قاصدا الإضرار أم لا بل دون النظر إلى مدى ادراكه وتمييزه لأفعاله ونتائجها فالتعدي في القانون المدني الأردني يعد عملا غير مشروع وعدم المشروعية فيه موضوعية تقاس بمعيار موضوعي لا علاقة له بإرادة الإنسان ودواخله".

- معيار التعدي :

معيار التعدي في الفقه الإسلامي هو معيار موضوعي، أي لا يتعلق بالقصد والنية أو الباعث، وإنما يتعلق بالفعل ذاته وما فيه من مخالفة ما ألزم به الشارع، فإذا لم يكن هناك واجب شرعي أو قانوني بأتیان الفعل أو النهي عنه فإن هذا الفعل يكون مباحاً؛ لأن الأصل في الأشياء الإباحة والفعل المباح لا يوجب الضمان إلا إذا اشتمل على مخالفة ما يوجب الشارع. وعلى ذلك إذا كان هناك ضابط شرعي أو قانوني بهذا الخصوص وجب الرجوع إليه لتحديد معيار التعدي أما إذا لم يكن هناك ضابط بهذا الخصوص وجب الرجوع إلى العرف أو العادة؛ لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، والعادة محكمة (سيد، ٢٠٠٨، ص ٩٩)

وقد ذكر السيوطي أن: "كل ما ورد به الشرع مطلقاً، ولا ضابط له فيه، ولا في اللغة يرجع فيه إلى العرف" (سيد، ٢٠٠٨، ص ٩٩)، إذن معيار التعدي في الشريعة هو معيار موضوعي يعتد بالظروف الخارجية دون الظروف الداخلية أو الشخصية، وتطبيقاً لذلك فقد ذكر ابن عابدين في تحليله بوجود الكفارة على النائم -بالإضافة إلى الضمان- إذا انقلب على إنسان فقتله حيث قال: "وإنما وجبت الكفارة لترك التحرز عن نومه في موقع يتوهم أن يصير قاتلاً، والكفارة في قتل الخطأ إنما وجبت لترك التحرز" (ابن عابدين، ١٣٢٣، ص ٣٥٢).

ومن الأمثلة على تجاوز الحد المألوف أي المعتاد أو عدم تجاوزه، ما ذكره العز بن عبد السلام في قواعد الأحكام إذ قال : " إذا ساق دابته على الاقتصاد في الاسواق فأثارت غباراً أو شيئاً من الأوحال والإيذاء، فأفسد شيئاً فلا ضمان،

إلا أن يزيد على الاقتصاد في السوق، ولو ساق في الأسواق إبلا غير مقطورة أو ركب دابة نزقة لا يؤثر فيها كبح اللجام لزمه الضمان لخروجه عن المعتاد" (عز الدين، (د.ت)، ص ١٨٧).

أما معيار التعدي عند الفقه القانوني فهو كذلك معيار موضوعي ينظر إلى الفعل ذاته، فهو يقيس انحراف المسؤول بسلوك الشخص المعتاد، وهو الشخص الذي يمثل أواسط الناس، فلا هو شديد اليقظة ولا هو معتاد الإهمال (سلطان، ١٩٨٧، ص ٣٠٠).

أما بالنسبة لقرارات محكمة التمييز جاء في قراراتها بصفتها الحقوقية، منشورات القسطاس، ما يلي :
جاء في قرار رقم (١٤٨٨) لسنة (٢٠٠٥) تاريخ (٢٠٠٥/١١/٢٠) ما يلي: "...أما الحاق الضرر بالغير بطريق التسبب فيلزم فيه توافر التعدي وهو يعني أن يضر المتسبب بحق الغير أو ملكه المعصوم وهو يرتكب سلوكا منحرفا لسلوك الرجل المعتاد متوسط الحرص في المجتمع دون النظر إلى ما إذا كان قاصدا الإضرار أم لا بل دون النظر إلى مدى إدراكه وتمييزه لأفعاله ونتائجها فالتعدي في القانون المدني الأردني يعد عملا غير مشروع وعدم المشروعية فيه موضوعية تقاس بمعيار موضوعي لا علاقة له بإرادة الإنسان ودواخله".

وجاء في قرار رقم (٤١٥٩) لسنة (٢٠١٢) تاريخ (٢٠١٣/٣/٣) ما يلي: "ان المادة ٢٥٧ من القانون المدني نصت على (١-يكون الإضرار بالمباشرة أو التسبب ٢- فان كان بالمباشرة لزم الضمان ولا شرط له، واذ وقع بالتسبب فيشترط التعدي، أو التعمد، أو أن يكون الفعل مفضياً إلى الضرر) ... إذا كان بالتسبب أي يرتكب فعل تؤدي نتائجه إلى الضرر دون الفعل ذاته وانه يشترط للضمان في هذه الحالة توافر التعدي أو التعمد أو أن يكون الفعل مفضياً إلى الضرر. وان التعدي يتطلب أن يكون تصرف الإنسان مخالفاً لسلوك الرجل المعتاد متوسط الحرص دون النظر إلى ما إذا كان قاصداً الإضرار أم لا، أما التعمد فيكون بتوافر نية الإضرار"

وهنا يمكن للباحث التعليق على قرارات محكمة التمييز بالاتي :

رغم أن الباحث يوافق محكمة التمييز من حيث النتيجة، من أن التعدي في القانون المدني الأردني يعد عملا غير مشروع، وعدم المشروعية فيه موضوعية، تقاس بمعيار موضوعي لا علاقة له بإرادة الإنسان ودواخله. إلا أن الباحث يخالف محكمة التمييز في عبارة " التعدي يتطلب أن يكون تصرف الإنسان مخالفاً لسلوك الرجل المعتاد متوسط الحرص دون النظر إلى ما إذا كان قاصداً الإضرار أم لا " فمحكمة التمييز هنا أخذت بمعيار الرجل المعتاد، ولكن هذا المعيار لا يصلح لمفهوم التعدي الشمولي في القانون المدني الأردني والفقه الاسلامي، والذي ينظر إلى الفعل ذاته بغض النظر عن أوقعه سواء أكان مميّزاً أم غير مميّز للأسباب التالية :

إذا أردنا أن نطبق معيار الرجل العادي على عديمو التمييز، فإن هذا سيؤدي إلى انتفاء المسؤولية عنهم، وبهذا فقد ذهب رأي من الفقه إلى القول " .. إنه حتى لو قيل أن الخطأ ليس له إلا ركن واحد هو ركن التعدي، فإن المقياس المجرد لهذا الركن لايسعف في نظرنا القائلين بسؤولية عديم التمييز فقد قدمنا أنه لا يصح اعتبار ظرف عام تشترك فيه طائفة من الناس ظرفاً داخلياً خاصاً بكل فرد من أفراد هذه الطائفة، عند تقدير ما يصدر عادة من هذه الطائفة من أعمال. فالصيبة والنساء والريفيون مقياسهم المجرد في الأعمال التي تصدر منهم في العادة لا يتجرد من عوامل السن والجنس والحالة الاجتماعية ومقياس كل طائفة من هؤلاء شخص من اوسطهم ينتمي إلى الطائفة بالذات، فلا يتجرد من المميز العام لهذه الطائفة. وان تجرد من الظروف الداخلية الشخصية التي تتعلق بفرد منها بعينه، وكذلك عديمو التمييز هم أيضاً طائفة من الناس تشترك في مميز عام هو انعدام التمييز . فلا يجوز أن يتجرد مقياسهم من هذا المميز في تقدير الأعمال التي تصدر منهم في العادة. ولما كان عديمو التمييز لا يتصور فيهم أن يتصرفوا تصرف المميزين فإن كل عمل يصدر منهم مهما كان غريباً شاذاً يدخل ضمن اعمالهم المعتادة، ويجب إلا يتجرد المقياس فيه من عامل انعدام التمييز فاذا قيس سلوكهم في أي عمل يصدر منهم إلى السلوك المألوف من شخص عديم التمييز فإن هذا السلوك لا ينحرف عن مقياسه ولا يعتبر تعدياً. وعلى هذا الوجه يكون عديم التمييز غير مسؤول" (السنهوري، ١٩٥٢، ص ص: ٧٩٧-٧٩٨).

ومن جهة أخرى ذهب رأي آخر من الفقه إلى القول بأن تطبيق معيار الرجل الحريص (المعتاد) على عديمي التمييز يجعل من هذا المعيار عديم الفائدة بحيث يصبح لا وجود له، فليس بين عديمي التمييز تصرف ثابت معتاد يمكن أن يقاس تصرف الآخرين عليه، فالأصل في تصرفاتهم عدم الثبات والغرابة كون هذه الفئة من الناس تحكمها اهوائها ورغباتها التي تتسم بالشذوذ والغرابة، لهذا فإن نفي التعدي عنهم استناداً إلى المعيار المادي واعتباره لظرفهم ظرفاً عاماً وبالتالي يعتد به لقياس تصرفهم أمر لا يمكن التسليم به (مهنا، ١٩٧٤، ص ١٥٤).

وبالتالي وعلى ضوء ما تقدم نجد أن معيار الرجل المعتاد لا يصلح أن يكون بمفرده معياراً للتعدي؛ لأن هذا المعيار هو جزء من معيار التعدي الشمولي حيث إن معيار التعدي الذي أشرنا إليه القائم على مخالفة الشرع أو العرف أو العادة، لأن معيار الرجل العادي هو المعيار المناسب لتحديد مسؤولية أصحاب المهن والحرف، حيث يقاس سلوكهم بسلوك رجل من اوسطهم ينتمي الى الطائفة التي ينتمون إليها، في حين أن معيار الرجل المعتاد لا نستطيع تطبيقه على عديمي التمييز كما أشرنا الى ذلك أعلاه وهنا يتبين للباحث أهمية معيار التعدي الشمولي الذي يحاكم فعل الشخص بغض النظر عن فاعله مميزاً أو غير مميز.

٢. حالة التعمد :

نصت المادة (٢٥٧) من القانون المدني الأردني على "١ - يكون الإضرار بالمباشرة أو التسبب. ٢. فإن كان بالمباشرة لزم الضمان ولا شرط له، وإذ وقع بالتسبب فيشترط التعدي أو التعمد، أو أن يكون الفعل مفضياً إلى الضرر".

وبالرجوع إلى المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني نجدتها تفسر- صورة التعمد قائلة : " وكلمتا (التعمد) و(التعدي) ليستا مترادفتين إذ المراد بالتعمد تعمد الضرر لا تعمد الفعل . والمراد بالتعدي إلا يكون للفاعل حق في إجراء الفعل الذي حصل منه الضرر. والشخص قد يتعمد الفعل ولا يقصد به الضرر ولكن يقع الضرر نتيجة غير مقصودة . فإذا كان الإضرار (كالإتلاف) بالمباشرة لم يشترط التعمد ولا التعدي وإذا كان بالتسبب اشترط التعمد أو التعدي وقد صيغ هذان الحكمين في الفقه الإسلامي في قاعدتين هما (المباشر ضامن ولو لم يتعمد أو يتعد) و(المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد أو التعدي)"(المذكرة الإيضاحية، ص ٢٨٠).

وجاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني أيضا ما يلي :

" إذا حفر شخص حفرة في الطريق العام بدون إذن ولي الأمر فسقط فيها مال آخر فتضرر كان متسبباً في الإتلاف ضامناً للضرر، لأنه كان متعدياً في فعله الذي حصل الضرر بسببه. ولكن إذا حفر أحد حفرة في ملكه فسقط فيها حيوان أو إنسان فتضرر لم يضمن لانه لم يكن متعدياً بالحفر، فهو قد حفر في ملكه فلذا لا يضمن. وإذا كان المتسبب متعمداً كان ضامناً ولو لم يكن متعدياً فإذا حفر أحد خندقاً في ملكه بقصد الإضرار بماشية الغير فتضررت كان ضامناً لتعمده الإضرار ولو لم يكن متعدياً في فعله " (المذكرة الإيضاحية، ص ٢٨١) .

من ذلك يجد الباحث أن صورة التعمد هذه تفترض أن شخصاً ما يتصرف في حقه تصرفاً جائزاً شرعاً، ولكن إذا كان هذا الشخص لم يكن يريد من وراء هذا التصرف سوى الإضرار بالغير، كمن يحفر في أرضه حفرة، لا مصلحة له فيها، وإنما حفرها لتقع فيها مواشي شخص آخر أو أمواله، فالتصرف بحد ذاته لا يستوجب مسؤولية الفاعل، لأنه حفرها في أرضه، وهو مسلط على أرضه، إلا أن هذا التصرف اقترن بقصد سيء، وأراد الإضرار بالغير فلذا وجب رد قصده السيء عليه، وأن هذه الحالة لا تقوم إلا بتوافر العنصر- المادي بآتيان الفعل الضار والعنصر- المعنوي المتمثل بقصد الإضرار، ولا يهم أن يكون قصد النتيجة محددًا.

وبالتالي فإن حالة العمد تتضمن الخطأ بعنصريه المادي والمعنوي ويكون الخطأ هو أساس المسؤولية التقصيرية في حالة المتسبب المتعمد على ضوء نص المادة (٢/٢٥٧) الحالي وتكون أركان المسؤولية التقصيرية هنا هي الخطأ والضرر والرابطة السببية، استثناءً من القاعدة العامة في أساس المسؤولية التقصيرية في القانون المدني الأردني القائمة على الاضرار.

ولكن هذه الصورة في ظل نص المادة (٢/٢٥٧) تعتبر استثناء من قاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان^(١)، ذلك لأنها تفترض تصرف الشخص ضمن حدود الحق الشرعي، أي أن الفعل يكون مباحاً شرعاً. وهو بهذه الصفة لا يمكن أن يرتب لوحده المسؤولية، فيكون ترتيب المسؤولية على الفعل وحده إجحافاً بحق المتسبب وظلماً له، أما إذا أقرن الفعل بقصد المتسبب من وراء ذلك الإضرار، رد قصده السيء عليه ويضمن ما ينشأ من فعله، وهذا ما نصت عليه المادة (٦٦) من القانون المدني الأردني التي جاء فيها: (١- يجب الضمان على من استعمل حقه استعمالاً غير مشروع. ٢ / - ويكون استعمال الحق غير مشروع : أ- إذا توفر قصد التعدي. ب- إذا كانت المصلحة المرجوة من الفعل غير مشروعة. ج - إذا كانت المنفعة منه لا تتناسب مع ما يصيب الغير من الضرر. د - إذا تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة)

وبالنتيجة وحيث إن نص المادة (٦٦) جاء عاماً محددًا حالات يكون بموجبها الشخص مسؤولاً عن تصرفاته داخل حدود حقه الشرعي ومن هذه الحالات حالة ما إذا كانت المصلحة المرجوة من الفعل غير مشروعة، فيكون نص المادة (٦٦) قد غطى حالة المتسبب المتعمد المنصوص عليها في المادة (٢/٢٥٧)، ويكون النص عليها مرة أخرى بدون جدوى، ومثير للبس، هذا من ناحية .

ومن ناحية أخرى، فإن حالة التعدي المنصوص عليها في المادة (٢/٢٥٧)، تشمل حالة التعمد، وأن نص المادة (٢٥٦) التي تقرر الضمان على كل اضرار بالغير ولو كان الفاعل غير مميز، يتعارض مع حكم هذه الحالة التي تتطلب التمييز والإدراك في الفاعل لمساءلته .

وتطبيقاً لما ذكر فقد جاء قرار لمحكمة التمييز بهذا المضمون على النحو التالي : "أن استعمال المواطن لرخصة الشكوى والتظلم بسوء نية بقصد الكيد والتعدي استعمالاً غير مشروع يكون ركن الخطأ في المسؤولية عن الفعل الضار التي تلزم الفاعل بموجبها الضمان وأن عبء إثبات سوء النية والتعدي يقع على عاتق المضرور ، وفقاً لنص المادة (٦١) من القانون المدني"^(٢)

١ والتي نص عليها القانون المدني الأردني في المادة (٦١) فجاء فيها "الجواز الشرعي ينافي الضمان فمن استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يضمن ما ينشأ عن ذلك من ضرر".
٢ قرار محكمة التمييز بصفتها الحرفية رقم(١١٠٥) لسنة (٢٠١١) جلسة تاريخ (٢٠١١/٠٦/٢١) منشورات القسطاس.

وهنا يلاحظ الباحث أن محكمة التمييز لم تطبق نص المادة (٢/٢٥٧) وإنما اتجهت لتطبيق القاعدة الفقهية المنصوص عليها في المادة (٦١) مما يدل على أن ورود حالة التعمد بنص المادة (٢/٢٥٧) يثير اللبس لدى القضاء وتقتضي دواعي الصياغة الصحيحة أزالته من المادة (٢/٢٥٧).

وهذا يقودنا إلى الوصول إلى نتيجة مفادها عدم التسليم بفكرة التعمد في ضوء نص المادة (٢٥٦) سالف الذكر، وفي ضوء قاعدة لا ضرر ولا ضرار " وقاعدة " الضرر يزال " والمبدأ العام لدينا بأن الأصل أن الضرر لا جبار فيه أي أنه لا يذهب هدرا.

لذا فإن التعمد أو العمد حتما هو الخطأ بحد ذاته مما يعني أن المشرع الأردني قد خالف المبدأ العام الذي نص عليه في المادة (٢٥٦) عندما أقام المسؤولية بداية على أساس الضرر وهي مسؤولية موضوعية مناطها ضرورة جبر الضرر، ومن ثم ضمن نص المادة (٢/٢٥٧) حالة التعمد، حيث نجد أن المسؤولية في مواجهة المتسبب لا تقوم في المادة (٢/٢٥٧) إلا إذا تعمد أي أخطأ هذا من ناحية.

ومن ناحية أخرى فإنه كان من الأفضل الاستغناء كليا عن التعمد الواردة في النص محل البحث، خاصة في ضوء ورود حالة التعدي التي تشمل حالة التعمد، فيتم بذلك تضمين عديم التمييز، وتنسجم احكام المسؤولية التقصيرية مع بعضها البعض، ويكون أساسها الاضرار.

ومما سبق فإن الباحث يوصي بتعديل النص الحالي بإلغاء عبارة التعمد الواردة، والاستعانة بلفظ التعدي بدلا منها.

٣. حالة افضاء الفعل إلى الضرر :

بقيت الحالة الأخيرة من حالات الإضرار بالتسبب الواردة في المادة (٢/٢٥٧) من القانون المدني الأردني وهي حالة أن يكون الفعل مفضياً إلى الضرر.

ويتفق الباحث مع غالبية الفقهاء^(١) بأن الإفضاء إلى الضرر عبارة لا محصل لها؛ ذلك لأن كل تسبب يفضي إلى الضرر، لهذا فإن الإفضاء إلى الضرر هو جزء من مفهوم التسبب، وليس شرطاً يطلب فيه ونقترح على المشرع الأردني إلغاء هذه العبارة.

ويعلق الأستاذان السرحان وخاطر للتدليل على ذلك بقولهما: " لأن موضوع الإفضاء إلى الضرر يتعلق برأينا بالعلاقة السببية بين التعدي والضرر المترتب عليه

١راجع في ذلك (الزرقا، ١٩٨٤، ص٧٣)، (الزعي، ١٩٨٧، ص: ١٩٧-١٩٨)، (حليلو، ١٩٩١، ص٥٧)، (الليبي، ٢٠٠٤، ص٢١)، (مكاري، ٢٠٠٦، ص٤٥)، (الزعي، ٢٠٠٦، ص: ٦١-٦٢)، (السرحان وخاطر، ٢٠٠٦، ص: ٣٨٠-٣٨١)، (خصاونة، ٢٠٠٦، ص: ١٩٧-١٩٨).

، التي لابد منها لقيام مسؤولية المتسبب بالفعل المنسوب إلى المتسبب يجب أن يكون مما يؤدي إلى الضرر بحسب العادة، لذلك فإن الإفضاء إلى الضرر مطلوب في التسبب بحالتيه، التسبب بالتعدي والتسبب بالتعمد وليس شرطاً ثالثاً يضاف إليهما، وما دام الأمر كذلك كان من الأولى عطفه على الشرطين السابقين التعمد والتعدي بأداة العطف الواو" (السرطان وخاطر، ٢٠٠٨، ص ٣٨١).

ثم يردف هذا الاتجاه قائلاً في تسويغ العلة التي أرادها المشرع من النص على هذه الحالة بقولهم : " ومع ذلك فأنتنا نعتقد أن المشرع الأردني عندما نص على هذه الشرط الثالث إنما أراد أن يبين أن المتسبب إنما يكون ضامناً للضرر عندما يكون التسبب مما يؤثر في الضرر، أي يؤدي إليه بأنفراده وفق العادة سواء أكان قد وقع منفرداً أم شاركه أمر آخر، فلو حفر شخصاً بئراً في الطريق العام عدواناً دون إذن، فتردى فيه حيوان أو غيره بنفسه فالحافر هو الضامن؛ لأن فعله هو المفضي- إلى الضرر، وما يؤدي إليه وفق المؤلف فإن جاء غير الحافر فأردى انساناً أو حيوان فالضمان عليه وحده، لأنه هو المباشر للضرر دون الآخر، لأن الضرر كان النتيجة الطبيعية لفعل المباشر، أما فعل المتسبب فلم يكن مما يؤثر في التلف أي يؤدي إلى الضرر بمفرده بحسب المجرى العادي للامور" (السرطان وخاطر، ٢٠٠٨، ص ٣٩٥) لهذا يرى هذا الجانب من الفقه أن هذه العبارة من قبيل التكرار ومن باب التزويد الذي لا طائل منه فلا يعقل أن تنهض المسؤولية التقصيرية دون ضرر.

لذا فإن الباحث يرى أن المشرع الأردني لم يكن موفقاً بهذه الصياغة التي أدخلها على قاعدة التسبب، وهي عبارة موهمة تثير اللبس لدى الباحث القانوني كما أشار إلى ذلك الكثير من الفقهاء؛ لأن الإفضاء إلى الضرر هو جزء من مفهوم التسبب وليس شرطاً يطلب فيه، وموقعه علاقة السببية، والتي هي الركن الثالث من أركان المسؤولية وهذه العلاقة يجب أن تتوافر سواء في حالة التعدي أو التعمد^(١)، وهو ما أكدته المادة (٢٥٦) مدني أردني والمادة (٩٢٤) من المجلة والتي تقول "ضمان المتسبب مشروط بعمله بغير حق فعلاً مفضياً إلى ذلك الضرر".

وبعد أن توصلنا إلى أن التعدي هو شرط لقيام مسؤولية المباشر والمتسبب، على أنه قد يقول متسائل :
فما الفائدة التمييز بين المباشرة والتسبب في المسؤولية؟

^١ وفي هذا المعنى جاء قرار محكمة التمييز بصفتها الحقوقية رقم (١١٢٨) لسنة (٢٠٠٢) جلسة تاريخ (٢٠٠٢/٥/١٥) منشورات القسطاس. ليؤكد أن الإفضاء إلى الضرر يفيد مدى توافر علاقة السببية ما بين الفعل والنتيجة حيث جاء في أحد قراراتها ما يلي: "إذا ذكرت محكمة الإستئناف في قرارها المميز وفي معرض تفسيرها لأحكام المادة ٢٥٧ القانون المدني... كما يقصد بالإفضاء إلى الضرر أن يكون الفعل مؤدياً إلى الضرر الحاصل".

الفائدة الأولى : يكمن عند انفراد أحدهما تسببا كان أو مباشرة، يكون فاعله مسؤولاً بالضمان بشرط التعدي . وإنما الفرق بينهما عند اجتماعهما فإذا اجتمع المباشر والمتسبب وكل منهما متعد فالمباشر هو الضامن.(الزرقا،١٩٨٤،ص٨٣).

الفائدة الثانية: يكمن في موضوع أثبات الرابطة السببية بين التعدي وبين الضرر في كل من المباشر والتسبب.

الفائدة الثالثة: مسألة أثبات التعدي بأن الفائدة القانونية الثالثة للإبقاء على التمييز بين المباشرة والتسبب هي في أثبات التعدي، إذ يلاحظ من خلال التدقيق في التطبيقات الفقهية، أنه في المباشرة لا يلزم المتضرر بإثبات تعدي المباشر؛ وذلك لأن قيام شخص بإيقاع ضرر بآخر بشكل مباشر، إنما يحمل في طياته تعدي هذا المباشر على حق من حقوق المتضرر ومن ثم فتعدي المباشر مفترض في هذه المسألة، أما المتسبب فإن مسؤوليته تقوم على تعدد واجب الإثبات (أبو شنب، ٢٠٠٠، ص٤٩).

ويخلص الباحث إلى أن التعدي بمفهومه الشمولي هو الصفة التي يتوقف عليها الضمان في المباشرة والتسبب، وبالتالي فأنا نوافق أقتراح الأستاذ مصطفى الزرقا نصاً بديلاً للمادتين لنص المادتين (٢٥٦)، (٢٥٧) وهو كالآتي : (كل من أضر بغيره متعدياً، إضراراً مباشراً أو بالتسبب، ولو غير متعمد، ولا مميز مسؤول تجاه المضرور، مع مراعاة المواد التالية في هذا الفصل) .

خامساً : قاعدة اجتماع المباشرة مع التسبب :

لقد توصل الباحث إلى أن التعدي شرط لتضمين المباشر والمتسبب، وهذا يقودنا إلى السؤال التالي ما مدى مسؤولية المباشر والمتسبب في حال اجتماعهما ؟ وهل هناك استثناءات على قاعدة اجتماع المباشر والمتسبب؟

لقد أجابت على هذا السؤال معظم كتب الفقه الإسلامي^(١) والفقه القانوني^(٢) التي أشارت إلى قاعدة عامة مفادها "إذا اجتمع المباشر والمتسبب أضيف الحكم إلى المباشر" وقد بحثت كتب الفقه هذا الموضوع مرة تحت عنوان تعدد الأسباب،

١ فقد وردت هذه القاعدة في كتاب الأشباه والنظائر لابن نجيم (ابن نجيم، ١٩٩٨، ص١٨٧)، وكما ذكرها أبي محمد البغدادي في كتابه مجمع الضمانات حيث نص على ما يلي "إذا اجتمع المباشر والمتسبب أضيف الحكم إلى المباشر فلا ضمان على حافر البئر تعدياً بما تلف بالقاء غيره . هذه في القاعدة الأخيرة من الأشباه"(البغدادي، ١٣٠٨، ص١)، وكذلك ذكرها السيوطي في القواعد الكلية "إذا اجتمع السبب والغرور والمباشرة قنمت المباشرة (السيوطي، ١٩٩٨، ص٣٥٢). كذلك نص عليها ابن رجب الحنبلي في قواعده "إذا استند اتلاف أموال الأدميين ونفوسهم إلى مباشرة وسبب، تعلق الضمان بالمباشرة دون سبب (ابن رجب، ١٩٧٢، ص٣٠٧). وأشار القرافي من المالكية لها في تعليقه تضمنين الدافع في البئر "دون الحافر تقديمها المباشر على المتسبب" نقلاً عن (فيض الله، ١٩٦٢، ص٣٣٢). وراجع أيضاً (الخفيف، ١٩٧١، ص٨٣)، (أحمد، ١٩٨٥، ص٣٨٧)، (الذبي، ١٩٩٧، ص١٨٨)، (محمصاني، ١٩٧٢، ص١٩١).
٢ راجع في ذلك (الزرقا، ١٩٩٨، ص١٠٤٧)، (اليعقوب، ١٩٨٠، ص١١٨)، (مرقس، ١٩٧١، ص١٠٥)، (أبو الليل، ١٩٨٠، ص٣١٥)، (طه، ١٩٨٤، ص٢٢٥)، (منصور، ٢٠٠٣، ص٢٧٢)

واخرى تحت عنوان علاقة السببية، ومرة ثالثة ضمن شرح القواعد الكلية والتعليق على نصوص مجلة الأحكام العدلية، ومرة رابعة عند شرح نصوص القانون المتعلقة بهذه القاعدة، ومن ضمن هذه الشروح ما ورد في المذكرة الإيضاحية في معرض تعليقها على نص المادة (٢٥٨) من القانون المدني الأردني والتي نصت على أنه " إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر" . أما القضاء المتمثل في قرارات محكمة التمييز الأردنية فقد تطرقت إلى هذا الموضوع في عدة قرارات لها سنقوم بذكرها والتعليق عليها في حينها.

ونبدأ بالإجابة من خلال التعرض للنص القانوني وما جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، وبعد ذلك نتطرق لرأي الفقه، ثم يبدي الباحث رأيه فيما توصل إليه من نتائج ونشير إلى الاتجاه الذي تبنته محكمة التمييز الأردنية أثناء التعرض لما اشرنا إليه سابقا عندما تسعفنا قرارات محكمة التمييز بذلك، على النحو التالي :

لقد نصت المادة (٢٥٨) من القانون المدني الأردني على أنه: "إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر"، وقد أخذت هذه القاعدة من القواعد الكلية المنصوص عليها في المجلة^(١) اتساقاً مع المواد السابقة لها التي تحدد أساس المسؤولية، فجاءت هذه القاعدة لبيان المسؤول في حالة تعدد الأسباب من دون تحديد سبب تقديم المباشر على المتسبب، وفي أحد شروح المجلة جاء فيها "هذه القاعدة مأخوذة من الأشباه. ويفهم منها أنه إذا اجتمع المباشر أي عامل الشيء وفاعله بالذات مع المتسبب وهو الفعل للسبب المفضي- لوقوع ذلك الشيء- ولم يكن السبب مما يؤدي إلى النتيجة السيئة إذا هو لم يتبع بفعل فاعل آخر، يضاف الحكم الذي يترتب على الفعل إلى الفاعل المباشر دون المتسبب وبعبارة أخصر يقدم المباشر في الضمان على المتسبب"^(٢) (حيدر، ٢٠٠٣، ص ٩١).

وأما في المذهب الحنفي وفي اصطلاح الفقهاء ولربط المفاهيم بعضها ببعض الذي يؤدي لفهم القاعدة العامة التي نحن بصدددها وهنا نبين " أن مذهب الأحناف عندما ميز كغيره من المذاهب بين التسبب والمباشرة - فالمتسبب هو (صاحب السبب) و السبب في الاصطلاح الفقهي هو ما يكون طريقاً إلى الحكم من غير تأثير والمباشر هو (صاحب العلة) والعلة في الاصطلاح الفقهي

١ نصت المادة (٩٠) من المجلة على أنه : "إذا اجتمع المباشر و المتسبب يضاف الحكم إلى المباشر مثلا لو حفر رجل بئرا في الطريق العام فالقأ أحد حيوان شخص في تلك البئر ضمن الذيلقى الحيوان ولا شيء على حافر البئر". ونصت المادة (٩٢٥) من المجلة على: "لو فعل احداً فعلاً يكون سبباً لتلف شيء فحال في ذلك الوقت فعل اختياري يعني أن شخصاً آخر اتلف ذلك الشيء مباشرة يكون ذلك الفاعل المباشر الذي هو صاحب الفعل الاختياري ضامناً".

٢ وراجع أيضا ما جاء في المذكرة الإيضاحية بشرح المادة (٢٥٨) حيث جاءت بنفس حرفيه هذه العبارات (المذكرة الإيضاحية، ١٩٨٥، ص ٢٨٣).

هي ما شرع الحكم عنده تحصيلاً للمصلحة كما عرفت أيضاً بأنها : وصف ظاهر منضبط دل السمع على كونه معرفاً لحكم شرعي (فيض الله، ١٩٨٣، ص ٩٧) - على أن السبب والعلة قد يجتمعان في فعل واحد، أما إذا كان الفعل لا يؤدي بحسب المؤلف المعتاد بين الناس إلى النتيجة الواقعة أي الضرر، فإن فاعله لا يعد مسؤولاً عن الضرر الذي تكون علة منفصلة عن فعله، فلا يسأل عن هذه العلة . فلو أن شخصاً ضرب آخر ضربة خفيفة فمات الأخير بعدها، فإن الضارب لا يكون مسؤولاً عن وفاة المضرور، (فهذا لا يجعل سبباً، فهو موافقة قدر)، وإنما يعد مسؤولاً عن الضرب وحده، ويبقى صاحب السبب مسؤولاً وإن تدخلت عوامل أخرى في إيقاع الضرر، إذا كانت هذه العوامل متولدة عن فعل صاحب السبب الأول بحيث لا تقطع هذه العوامل نسبة الضرر إلى ذلك الفعل، فلو شهد شاهدان زوراً على شخص بجناية قتل، فحكم القاضي بالقصاص ورفض الأولياء جميعاً العفوا عنهم ونفذ الجلاذ فيه هذا الحكم ثم أقر الشهود بزور شهادتهم فإن قتل المقتص منه ظلماً إنما وقع بمباشرة الجلاذ، وتسبب رفض الأولياء العفو وحكم القاضي بالقصاص وشهادة الزور. فالمسؤولية تقع هنا على صاحب السبب الأول في الوقوع وجوداً، وهم الشهود" (السرطان وخاطر، ٢٠٠٨، ص: ٤٣٤)

وملخص رأي الحنفية هو أن العلة، وهي الفعل الاقرب للضرر، سواء أكانت بالمباشرة أم بالتسبب، إذا امكن اضافتها إلى السبب، وهو الفعل الأول البعيد عن الضرر، فإن هذا السبب يبقى هو الذي ينسب إليه الضرر فيسأل فاعله كشاهد الزور. أما إذا انفصلت العلة وقامت كسبب مستقل للضرر، فإن الضرر ينسب إليه لا إلى السبب الأول البعيد، كمن يضرب شخصاً ضربة يقع منها مغشياً عليه، فيأتي آخر فيقتله (السرطان وخاطر، ٢٠٠٨، ص ٤٣٤) .

"ولكن ما يؤخذ على رأي الأحناف انهم يذهبون إلى أن العلة يمكن أن تكون مصدراً مستقلاً للضرر تنتفي معه مسؤولية صاحب السبب الاول، كلما كانت العلة فعلاً اختيارياً سواء أكان لانسان أم حيوان أم طائر كمن دفع سكيناً لصغير لا يكون مسؤولاً إذا طعن الصغير بها نفسه فمات. ولكن ما يعد محل شك أن لا يسأل من فتح قفص فيه طائر مما أدى إلى طيرانه وضياعه، فالفقه الحنفي يقرر ذلك على أساس أن من فتح القفص هو صاحب السبب وطيران الطائر هو العلة في الضياع، فينسب الضياع إلى العلة وهي الطيران لا إلى السبب وهو فتح القفص . وهذا أمر لا يقبل؛ لأن طيران الطائر وهو علة الضرر، ما كان ليقع لولا فتح القفص وهو السبب. فالطيران يعد عاملاً ساهم في الضرر نعم، إلا أنه ليس بعامل مستقل بل عامل متولد عن فعل صاحب السبب الأول وهو فاتح باب القفص، بحيث لا يقطع الطيران نسبة الضرر إلى ذلك الفعل تماماً كمثل شهادة الزور التي اشرنا إليه سلفاً

ومن ناحية أخرى لا يسأل صاحب السبب عن الضرر إذا استقلت العلة عن هذا السبب بحيث لا تلزم عنه ولا تعد نتيجة له . فمن وضع جمرة في الطريق فأزالتها الريح عن محلها فاحرقت شيئاً لا يضمن الواضع، لأن الريح هي التي أزالته الجمرة عن موضعها فينقطع فعل الواضع لها ولا تلزمه النتيجة" (السرطان وخاطر، ٢٠٠٨، ص: ٤٣٥).

وجاء تفسير هذه القاعدة في كتب الفقه الإسلامي والقانوني على النحو التالي :

جاء في كتب الفقه الإسلامي بأنه " إذا ترتب على فعل مؤذ ضرر بأخر، وكان قد اشترك في إحداث الضرر سبب بعيد ومباشر مؤثر في إيجاد الضرر، فإن المباشر هو المسؤول عن الضمان، حتى ولو كان السبب البعيد متصفاً بصفة التعدي، لأن المباشر هو علة الضرر في الواقع، أو هو المؤثر الأقوى في إحداث العدوان. وأما دور السبب فهو ضعيف ولم يستقل وحده بالخطأ إذا قيس بالفعل المباشر" (الزحيلي، ١٩٨٢، ص: ١٨٩).

ويجدر الإشارة إلى أن هذه القاعدة محل اتفاق عند جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة. ومن الأمثلة على هذه القاعدة: " لا ضمان على حافر البئر تعدياً بما اتلف بالقاء غيره، ولا يضمن من دل سارقاً على مال إنسان فسرقه ... ولا ضمان على من دفع إلى صبي سكيناً أو سلاحاً ليملكه، فقتل به نفسه" (ابن نجيم، ١٩٩٨، ص: ١٨٧).

في الأمثلة المتقدمة -التي لا حصر لها في هذا المجال- والتي اوردنا بعضاً منها كما جاء في كتب الفقه الإسلامي القديم، نجد أن المباشر هو كل من الملقى، السارق، الصبي، وان المتسبب هو كل من حافر البئر، والدال، والدافع، وبتطبيق القاعدة العامة هنا نجد أن المسؤول هو المباشر وليس المتسبب، لأن المباشر مؤثر في إيجاد الضرر، وهو أي المباشر علة الضرر والمؤثر الأقوى في إحداث العدوان، كما جاء في تفسير القاعدة المتقدمة.

أما المتسبب في هذه الأمثلة وان كان متصفاً بصفة التعدي إلا أنه ضعيف السبب ولم يستقل وحده في إحداث الضرر، فالسبب في حالة التسبب لا يعمل بانفراده اتلافاً، فهو هنا لم ينفرد بالأتلاف إذا ترك وحده بدون مباشرة. لذلك فإن إضافة الحكم إلى المباشر أي اعتباره مسؤولاً وحده عما اصاب المضرور من ضرر له ما يبرره حسب ما تم الإشارة إليه.

أما في كتب الفقه القانوني^(١) فقد نص الفقهاء المحدثون على هذه القاعدة نقلاً عن الفقهاء المسلمين ولم يخرجوا عن القاعدة العامة المشار إليه أعلاه من أنه إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر وبالتالي يكون الفقه الإسلامي والقانوني متفقين على قاعدة عامة في حالة اجتماع المباشر والمتسبب .

"والقاعدة أنه إذا اجتمع المباشر والمتسبب ضمن المباشر، لأن تغليب المباشرة على التسبب قاصر على الحالات التي تكون فيها المباشرة تعدياً، أما إذا كانت المباشرة لاعدوان فيها يضمن السبب وحده وقاعدة تغليب المباشرة على التسبب تنطبق حتى ولو كان المتسبب متعدياً، أو مخطئاً فكيف يضمن المباشر هنا ويتقدم على المتسبب المخطيء إن لم يكن المباشر متعدياً، فلو كانت المباشرة لا تتضمن ولا تفترض التعدي، لما قدم المباشر عند اجتماعه واشترائه مع المتسبب في إيقاع الضرر، وكان الأولى تقديم المتسبب المتعدي، وحيث إن الذي قدم هو المباشر فيستوجب ذلك أن يكون هو الآخر متعدياً، وتكون علة تقديمه عندئذ أنه هو علة الضرر والعامل المباشر والأقرب " (أبو الليل، ١٩٨٠، ص ٣٠٩)

ويخلص الباحث إلى أن القاعدة العامة في حالة اجتماع المباشر والمتسبب والتي تضمن المباشر عند اجتماعه مع المتسبب، تتفق مع المفهوم العام لأحكام المباشرة والتسبب، ذلك أن المباشرة علة وسبب مستقل للضمان، والمباشر ضامن إذا تعدى كما خلصنا، وإن صياغة قاعدة الاجتماع باتفاق جمهور الفقهاء جاءت ضمانه كافية لتعويض المضرور عما أصابه من ضرر في حالة الاجتماع، مع مراعاة الاستثناءات الواردة على هذه القاعدة والتي سيتم الإشارة إليه لاحقاً بالشرح والتفصيل.

أما بالنسبة لاتجاه محكمة التمييز الأردنية فنجدها في العديد من قراراتها لم تخرج عن مضمون القاعدة العامة في حالة اجتماع المباشر مع المتسبب، حيث جاء في أحد قراراتها^(٢) ما يلي: "أن الإضرار إن كان بالمباشرة لزم الضمان ولا شرط له عملاً بأحكام المادة (٢/٢٥٧) من القانون المدني، أما إذا اجتمع المباشر والمتسبب فيضاف الحكم إلى المباشر عملاً بأحكام المادة (٢٥٨) مدني " .

وفي قرار آخر لها قالت: "استقر قضاء محكمة التمييز على أن المسؤولية المدنية عن الفعل الضار تستلزم أن يكون هناك علاقة سببية تربط الفعل بالضرر الحاصل، وعليه فإن قيام شركة الكهرباء بمد خط الضغط العالي فوق الشارع العام وفقاً للمعايير الفنية بجعل وفاة مورث المميز ضدهم نتيجة رفعه ماسورة حديدية بطول ستة أمتار حيث لامست أسلاك خط الضغط العالي

١ راجع في ذلك (الزرقا، ١٩٩٨، ص ١٠٤٧)، (اليعقوب، ١٩٨٠، ص ١١٨)، (مرقس، ١٩٧١، ص ١٠٥)، (أبو الليل، ١٩٨٠، ص ٣١٥)، (طه، ١٩٨٤، ص ٢٢٥)، (منصور، ٢٠٠٣، ص ٢٧٢).

٢ قرار محكمة التمييز بصفتها الحقوقية رقم (٩٨٨) لسنة (٨٩) جلسة (١٩٨٩/١١/٢١) منشورات القسطاس.

مما أدى إلى صعقه بالتيار الكهربائي ووفاته نتيجة لفعله ومباشرته وليس بفعل شركة الكهرباء وأن الفعل الذي قارفه يخرج عن تصرف الشخص العادي اذ لم يتخذ ما يلزم من وسائل الحيطة والحذر وفقاً لحكم المادة (٢٥٨) من القانون المدني التي اوجبت أن يضاف الحكم إلى المباشر، وتكون عناصر المسؤولية التقصيرية غير متحققة بحق شركة الكهرباء^(١)

وجاء في قرار رقم (١٠١٤) لسنة (٢٠١٢) جلسة (٢٠١٣/٣/٤) : "أوجب القانون بأن المباشر ضامن للضرر دون شرط أو قيد حيث إنه تسقط عن المتسبب في حال اجتماع مع المباشر وفقاً لنص المادة (٢٥٨) من القانون المدني"، وفي أحدث قراراتها الصادرة عن هيئتها العامة نجدها تقول " أوجب القانون بأن المباشر ضامن للضرر وذلك دون شرط أو قيد حيث إنه تسقط عن المتسبب في حال اجتماع مع المباشر وفقاً لنص المادة (٢٥٨) من القانون المدني"^(٢).

وفي معرض استكمالنا للإجابة على سؤال مدى مسؤولية المباشر والمتسبب في حالة اجتماعهما، وهل هناك استثناءات على قاعدة اجتماع المباشر والمتسبب. نجيب بالآتي :

مراعاةً لمقاصد الشارع الحكيم والشريعة الغراء في العدل والإنصاف، وللتخفيف من الآثار السلبية التي يمكن أن تترتب من تطبيق القاعدة العامة في الاجتماع التي قد تؤدي إلى نتائج غير عادلة في تحميل المباشر المسؤولية مطلقاً، فقد ذهب الفقهاء المسلمون إلى تضمين المتسبب وحده رغم اجتماعه مع المباشر في بعض الحالات، وفي حالات أخرى ذهبوا إلى تضمين المتسبب والمباشر معاً. وتم اعتبار هاتين الحالتين من قبل الفقه القديم والحديث استثناءات على القاعدة العامة.

وان الباحث يؤيد ما جاء على لسان الأستاذ مصطفى الزرقا حيث يقول : " نظراً لتعدد معايير انتقال المسؤولية إلى المتسبب دون المباشر، ولأن هذه المعايير قد توصلنا إليه بالاستقراء لتفاصيل الأحكام في المذاهب، ولا نستبعد إمكان اكتشاف سواها بمزيد من الاستقراء، لذا نفضل التعبير عنها جميعاً بعبارة عامة وهي : ما إذا كان المتسبب اولى بالمسؤولية من المباشر، وتعتبر هذه الصور أمثلة لهذه الأولوية"^{(الزرقا، ١٩٨٤، ص ٩٣) .}

١ قرار محكمة التمييز بصفتها الحقوقية رقم (٧٤١) لسنة (١٩٩٧) جلسة (١٩٩٧/٨/٢٦) منشورات القسطاس
٢ قرار محكمة التمييز بصفتها الحقوقية رقم (٢٠١٢/٤٨٦) تاريخ (٢٠١٣/١/٣).

وبالنسبة لموقف المشرع الأردني فهو لم يشير إلى هذه الاستثناءات بشكل صريح ، وإنما أشار إليه بشكل ضمني عندما نص في المواد (٢٥٩) ، (٢٦١) ، (٢٦٢) ، (٢٦٣) ، (٢٦٥) من القانون المدني الأردني، وسنتناول الاستثناءات الواردة على القاعدة العامة لاجتماع المباشر والمتسبب على النحو التالي:

١. المتسبب أولى بالمسؤولية من المباشر:

ان الفقهاء المسلمون لم يضعوا قواعد تحكم هذه المسألة، وإنما كانت قرارات فقهية لمسائل واقعية أو افتراضية حاولوا الإجابة عليها، لذلك جاءت أحكامهم في أغلبها على شكل أمثلة، وقد حاول الفقهاء المحدثون استقراء هذه الفروع للتوصل إلى قواعد تحكم هذه المسائل^(١). وبالفعل تم صياغة استثناءات تضمن المتسبب عند اجتماعه مع المباشر^(٢).

إلا أن الباحث يرى -ومن خلال استقراء معظم المراجع التي أشارت إلى هذه المسألة- أن القواعد التي أشار إليه الأستاذ مصطفى الزرقا^(٣) والتي تضمن المتسبب لوحده عند اجتماعه مع المباشر، جاءت بتفصيل شامل ودقيق وهي سبعة حالات، لذا سيقوم الباحث بالتطرق وشرح هذه الحالات على النحو التالي :

الحالة الأولى: إذا كانت المباشرة مبنية على التسبب .

يرجع أصل هذه الحالة إلى القاعدة التي صاغها ابن رجب الحنبلي في كتابه القواعد في الفقه الإسلامي حيث قال : "إذا استند إتلاف أموال الأدميين ونفوسهم إلى مباشرة وسبب، تعلق الضمان بالمباشرة دون السبب إلا إذا كانت المباشرة مبنية على السبب وناشئة عنه، سواء كانت ملجئة إليه أو غير ملجئة، ثم أن كانت المباشرة والحالة هذه لا عدوان فيها بالكلية استقل السبب وحده بالضمان..." نقلاً عن (اليعقوب، ١٩٨٠، ص ١١٩)، وقد مثل ابن رجب على هذه الحالة بما يلي: لو قتل الحاكم شخصاً، حداً أو قصاصاً بشهادة، ثم اقر الشهود أنهم تعمدوا الكذب، فالضمان والقود عليهم دون الحاكم (مع أن الحاكم أو منفذ الحكم هو المباشر، والشهود متسببون) . ويفترض أن الحاكم قد استوثق من عدالة الشهود، بحسب ظاهر حالهم، وهذا مثال جيد على هذه الحالة كون المباشرة مبنية على تسبب ولا عدوان فيها، نقلاً عن (الزرقا، ١٩٨٤، ص ٨٨).

١ وهذا ما جاء على لسان الأستاذ مصطفى الزرقا حيث قال " نستنتج من استقراء الأمثلة التفصيلية السابقة من فقه المذاهب أن المتسبب يكون أولى بتحمل مسؤولية الفعل الضار من المباشر...".

٢ وراجع في ذلك بالتفصيل في (الديوب، ١٩٩٧، ص ٢٠٦) و(اليعقوب، ١٩٨٠، ص ٢٠) و (أبو الليل، ١٩٨٠، ص ٣١٦) و (الزعيبي، ١٩٨٧، ص ٢٠٠) و (طه، ١٩٨٤، ص ٢٢٦) و (مكناوي، ص ٤٦) و(العزام، ٢٠١٠، ص ٥٦) و (المحمصاني، ١٩٧٢، ص ١٩٢) و (فيض الله، ١٩٨٣، ص ١٠٠) و (منصور، ٢٠٠٣، ص ٢٧٢) و (الزحيلي، ١٩٨٢، ص ١٩١).

٣ في كتابه الفعل الضار والضمان فيه (الزرقا، ١٩٨٤، ص ٨٥-٩٣).

وهذه الاستثناء يظهر في حالة ما إذا كان المتسبب هو العامل الأهم والأقوى في إحداث الضرر، وهنا يتغلب السبب (التسبب) على العلة (المباشرة)، بشرط أن لا تكون المباشرة بغير وجه حق .

ولتوضيح هذه الاستثناء سنضرب الأمثلة التالية من الفقه الإسلامي : إذا أفتى أهل الفتوى بإتلاف مال، ثم تبين خطأ الفتوى فالضمان على أهل الفتوى (المتسبب) (السيوطي، ١٩٩٨، ص ١٦٢) كما لو قال أهل الفتوى (المتسبب) أن هذا خمر فاتفوه (المباشر للاتلاف) ثم تبين أنه خل وليس خمر، فالضمان على أهل الفتوى ؛ لأن المباشرة مبنية على التسبب.

كذلك يضمن شهود الزور بما تسببوا به من ضياع المال على المشهود عليه، ولا يسأل الحاكم مع أنه المباشر وهم المتسببون، لأنه معذور في حكمه. (الزحيلي، ١٩٨٢، ص ١٩٢)، وكذلك الحال الجلاذ عندما ينفذ عقوبة الإعدام (مباشرة القتل) مثلاً بناء على شهادة الزور، فإن عمله لا يعتبر عدواناً يسأل عنه، بل تقوم المسؤولية في جانب صاحب السبب (شاهد الزور) .

وتشير محكمة التمييز بشكل ضمني إلى هذا الاستثناء في قرارها بصفتها الحقوقية رقم (١٥١٦) لسنة (٢٠٠٢) جلسة تاريخ (٢٠٠٢/٦/١٨) منشورات القسطاس : " إذا ثبت من خلال البينات أن المدعى عليها جامعة مؤته قد تسببت بنفوق (٤٦) رأساً من أغنام المدعي، نتيجة تناولها لنبات الدلفى السام، والتي قامت المدعى عليها برميها خارج أسوار الجامعة مع باقي مخلفات الأشجار الأخرى، وأن هذه المناطق هي مناطق رعي لأغنام أصحاب تلك المنطقه، وثبت لها من خلال تلك البينات توفر عناصر المسؤولية عن الفعل الضار وهي الفعل والضرر والرابطة السببية بينهما، لهذا وحيث إن لمحكمة الموضوع صلاحية تقدير ووزن البينات وترجيح بينة على اخرى عملاً بالمادتين (٣٣، ٣٤) من قانون البينات، ولا تتدخل محكمة التمييز بالنتيجة التي توصلت إليه محكمة الموضوع ما دام

إن هذه النتيجة مستخلصة استخلاصاً سائغاً ومقبولاً من أوراق الدعوى. وأن القول بأن المدعى قصر في حراسة أغنامه وساهم في حصول الضرر المزعوم. ويجب تطبيق أحكام المادة (٢٦٤) من القانون المدني ، فإن هذا القول حري بالالتفات عنه، حيث إن اغنام المدعي ترعى في الخلاء، وفي مناطق مخصصه للرعي وتأكل ما تصادفه من نباتات أو غيرها، وبالتالي فإن المدعي لم يقصر- في حراسة اغنامه ولم يساهم في حصول الضرر الذي تعرضت له هذه الاغنام مما يستوجب رد هذا السبب".

يجد الباحث أن محكمة التمييز قامت بتضمين المتسبب وحده عند اجتماعه مع المباشر وذلك استثناءً من القاعدة العامة الواردة في المادة (٢٥٨)، وإن الباحث يرى أن سبب تضمين المتسبب هو تعديه أي مجاوزة ما ينبغي أن يقتصر عليه شرعاً أو عرفاً أو عادةً، ولكن دون قصد الإضرار،

وكون المدعى عليها (جامعة مؤته) قامت برمي نبات الدلفى السام خارج أسوار الجامعة مع باقي مخلفات الأشجار الأخرى وان هذا يشكل تعدي مقترن بالإهمال والتقصير كونها لم تأخذ واجب الحيطه والحذر عندما قامت بخلط نبات الدلفى السام مع مخلفات الأشجار الأخرى وقامت برمي هذه المخلفات في مناطق معدة للرعى الأمر الذي أدى إلى نفوق (٤٦) رأساً من أغنام المدعى، حيث كان يتحتم عليها واجب رمي هذه المخلفات في المناطق المعدة لرمي النفايات، مما أستدعى إقامة مسؤولية جامعة مؤته عن فعلها الضار كون الإتلاف الذي تمثل بمباشرة حارس الأغنام قد بني على تسبب جامعة مؤته بهذا الإتلاف.

أما المشرع الأردني : فقد أشار إلى هذه الاستثناء عندما نص في المادة (٢٦١) من القانون المدني الأردني على ما يلي " إذا اثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن ... فعل الغير أو فعل المتضرر كان غير ملزم بالضمان ما لم يقض القانون أو الاتفاق بغير ذلك" .

وهنا يتبين لقارئ هذه المادة أن فعل الغير أو فعل المضرور قد يكون سبباً لاعفاء المباشر من المسؤولية، استثناء من القاعدة العامة التي تقضي بأنه إذا اجتمع المباشر والمتسبب اضيف الحكم إلى المباشر، وذلك على التفصيل التالي :

لكي يكون فعل الغير أو فعل المضرور سبباً لاعفاء المباشر من المسؤولية يتعين أن يكون هذا الفعل تعدياً أي مجاوزة ما ينبغى أن يقتصر عليه شرعاً أو عرفاً أو عادة، أما إذا انتفى عنهما وصف التعدي فلا يكون سبباً لاعفاء المباشر من الضمان ولا محل للأخذ به عند تحديد مدى مسؤولية المباشر . كما أنه لا يعتد بفعل الغير أو فعل المضرور إذا لم يكن لهذا الفعل دخل في إحداث الضرر، لانعدام رابطة السببية (سلطان، ١٩٨٧، ص٣٣٩).

ولتوضيح ذلك سنستعرض الأمثلة التالية على فعل الغير وفعل المضرور على التوالي :

مثال على فعل الغير : كما لو أن شخصاً يسير بسيارته بانتظام وجاء أحد من الأغيار فصدمه بسيارته من الخلف فاندفعت اندفاعاً طبيعياً إلى الأمام، فصدمت سيارة أخرى، فإن المتسبب (فعل الغير) يكون مسؤولاً عن الضرر الذي حصل لأن المباشرة (فعل الشخص الأول) بصدمة السيارة مبنية على التسبب (فعل الغير) الذي تسبب باندفاع السيارة الأولى اندفاعاً طبيعياً لتصادم السيارة الأخرى (السرّحان وخاطر، ٢٠٠٨، ص٤٥١).

بشرط أن لا يتدخل الشخص الذي يسير بسيارته بانتظام بفعل يكون من شأنه الإضرار بالسيارة التي أمامه، كان يضغط على دواسة البنزين بدلاً من الفرامل عند صدمه من الخلف فيشارك في الإضرار التي لحقت بالسيارة التي أمامه.

وأما فعل المضرور : كما لو أن شخصاً ألقى بنفسه عمداً أمام سيارة بقصد ابتزاز سائق السيارة التي كان يقودها مراعيًا أنظمة السير جميعها - ولم يتوافر لديه سوء القصد بدهس من ألقى نفسه - فدهسته السيارة ولحقه به اضرار جسيمة، فإن من ألقى بنفسه عمداً (المضرور) يعتبر متسبباً وسائق السيارة مباشراً، وهنا لا تقوم مسؤولية السائق بإعتبار أن المباشرة (فعل السائق) مبنية على التسبب (فعل المضرور).

وكذلك لو أراد شخصاً أن يضع نهاية لحياته فنام على خط سكة الحديد فدهسه القطار الذي لم يستطع سائقه أن يوقفه لتجنب الحادث بسبب تجاوزه السرعة المحددة قانوناً ففعل المضرور العمدي يستغرق خطأ المدعى عليه سائق القطار وهذا الحل مقبول في الفقه الإسلامي، لأن تسبب المضرور بالضرر نتيجة لنومه على سكة القطار هو السبب الذي أدى إلى مباشرة سائق القطار للضرر خصوصاً، أن المتسبب كان متممداً للإضرار بنفسه فيكون اولى بالضمان من المباشر، فيكون دم المضرور عندئذ هدرًا؛ لأنه هو الجاني على نفسه (السرحان وخاطر، ٢٠٠٨، ص ٤٥١).

وكذلك نص المادة (٢/٢٦٣) والتي نصت على : "٢- ومع ذلك لا يكون الموظف العام مسؤولاً عن عمله الذي أضر بالغير إذا قام به تنفيذاً لأمر صدر إليه من رئيسه متى كانت اطاعة هذا الأمر واجبة عليه أو كان يعتقد أنها واجبة واقام الدليل على اعتقاده بمشروعية العمل الذي وقع منه وكان اعتقاده مبنياً على أسباب معقولة وانه راعى في عمله جانب الحيطة والحذر" والنص واضح أن المباشر هو الموظف العام والمتسبب هو رئيسه، وأن الموظف العام الذي قام بتنفيذ الامر.

الحالة الثانية : إذا توافر سوء القصد في المتسبب دون المباشر .

يرجع اصل هذه الحالة إلى ما ذكر الأبي في جواهر الإكليل شرح مختصر - خليل (١٤٨/٢) "انه لو اكل إنسان طعاماً مغصوباً جاهلاً أنه مغصوب فإن الغاصب هو الضامن لتسببه بهذا الإلتلاف ما لم يكن عديماً أو لم يقدر على تغريمه فعندئذ يكون الضامن هو المباشر". ويلاحظ هنا أن المباشر معذور أما المتسبب الغاصب هو المتعدي. (نقلًا عن الزرقا، ١٩٨٤، ص ٨٧).

وما ذكر الشيرازي في المهذب أيضا (١٧٦/٢-١٧٧) " أن من خلط السم بطعام فقدمه إلى رجل فأكله فمات ففيه قولان ... والثاني : يجب القود لما روى أبو هريرة -رضي الله عنه- عن اليهوديه التي دست السم بخير^(١) (النص الثامن والعشرون الآنف الذكر في القسم الأول)" نقلاً عن (الزرقا، ١٩٨٤، ص ٩١). من خلال استقراء أصل هذه الحالة يجد الباحث أنها اشتطت سوء القصد لدى المتسبب دون المباشر، "والمقصود بتوافر سوء القصد في العمل غير المشروع أن يكون في العادة لا يفعل إلا لأجل أذى الغير (كدس السم في الطعام) وليس المراد منه النية الخفية التي يصعب إثباتها" (الزرقا، ١٩٨٤، ص ٩١) . أي أن يكون المتسبب متعمداً حدوث الضرر دون المباشر، فلو وضع شخص سمّاً في طعام شخص آخر بينما الذي قدم الطعام شخص آخر، فالمسؤول هنا هو المتسبب أي واضع السم الذي يتقدم على مقدم الطعام، "وهذا المثل قد يعترض عليه بأن تقديم الطعام المسموم إلى من لا يعلمه هو أقرب أن يعد مباشراً للقتل من أن يعد تسبباً، لكن يمكن تصوير المسألة باوضح من ذلك: فمن وضع سمّاً في طعام مباح (ماء سبيل مباح، أو نباتات بريّة في أرض مملوكة) فأكله من لا يعلم بحاله أو أطعمه غيره" (الزرقا، ١٩٨٤، ص ٨٩).

الحالة الثالثة: إذا كان التسبب من قبيل التغرير بالمباشرة وكان هذا معذوراً في اغتراره .

أصل القاعدة ما ذكره التسوي في البهجة شرح التحفة (٢/٢٨٤) أن (المشهور في الغرور بالقول عدم الضمان ما لم ينضم إليه عقد، كما لو أكرى خابية عالماً بكسرها لمن يعمل فيها زيتاً فإنه يضمه) ويلاحظ الأستاذ الزرقا في هذا المثل " أن على المكري التزاماً برد الأجرة لعدم صلوح المأجور لاستيفاء المنفعة منه وهذا التزام عقدي أما ضمان المكري للزيت الذي تسبب في تلفه فهو التزام ناشئ عن فعله الضار" نقلاً عن (الزرقا، ١٩٨٤، ص ص ٨٧-٨٨).

ويضرب الفقهاء المسلمون مثلاً على ذلك : بأن يقول الرجل لأهل السوق هذا ولدي بايعوه فقد اذنت له بالتجارة، ثم تبين بعد ذلك أنه ابن الغير، ضمن المتسبب ما نشأ من ذلك من ضرر نتيجة لتغريبه (السرخسي، ٢٠٠١، ص ٣٠).

١ . استمر اليهود في محاولاتهم لقتل الرسول (صلى الله عليه وآله) إذ جاء: وفي السنة السابعة وبعد معركة خيبر أهدت زينب بنت الحارث امرأة سلام بن مشكم للنبي (صلى الله عليه وآله) شاة مصلية وكانت قد سألت أي عضو من الشاة أحب إلى رسول الله (صلى الله عليه وآله) فقيل لها الذراع فأكثرت فيها السم، وسمت (تابع لهامش (١) من الصفحة السابقة) سائر الشاة ثم جاءت بها، فلما وضعتها بين يدي رسول الله (صلى الله عليه وآله) تناول الذراع فأخذها فلاك منها مضغاً فلم يسغها، ومعه بشر بن البراء بن معرور، وقد أخذ منها كما أخذ رسول الله (صلى الله عليه وآله) (صلى الله عليه وآله) فاما بشر فأساغها، وأما رسول الله (صلى الله عليه وآله) فلفظها ثم قال: أن هذا العظم ليخبرني أنه مسموم ، ثم دعا بها فاعترفت... فمات بشر بن البراء من أكلته التي أكل في ذلك الزمن. أي أن بشر أكل السم. ولم يأكل رسول الله (صلى الله عليه وآله) من ذلك السم شيئاً. فمع أن الصحابي الجليل قد باشر الأكل إلا أن التسبب توفر فيه التعمد -القصد- وبنيت المباشرة عليه.

وكذلك لو طلب شخص من آخر أن يذبح له شاة وهي ليست له ولم يكن نعلم بذلك فإن من طلب ذلك هو الذي يضمن. أما إذا كان المغرور عالماً بعدم صحة الأمر أو لم تكن قرائن الحال تدل على ذلك، فإن المباشر يكون ضامناً كما لو حفر الحداد دار شخص غير ساكن فيها، وقال للحداد أنه لا يملكها فإن الحداد هو الضامن (الزرقا، ١٩٨٤، ص ٨٥).

وقد نص القانون المدني الأردني في المادة (٢٥٩) على هذه الحالة حيث جاء فيها: "إذا أغر أحد آخر ضمن الضرر المترتب على ذلك الغرر". والغرر هو إظهار الأمر على خلاف حقيقته عن طريق وسائل كاذبة يقدمها الغار للمغرور وقد يكون قولياً أو فعلياً (أحمد، ١٩٨٥، ص ٨٣).

ويتفق الباحث مع من يرى أن الحالات السابقة يمكن جمعها ضمن قاعدة عامة وهي: إذا اجتمعت المباشرة والتسبب، والمباشرة ملجئة إلى التسبب وليس فيها عدوان استقل التسبب بالضمان (الخفيف، ١٩٧١، ص ص ٨٥-٨٦).

الحالة الرابعة : إذا لابس التسبب ما يقتضي تشديد مسؤولية المتسبب. أصل هذه القاعدة ما ذكره ابن النجار في منتهى الإرادات (٤٢٤/٢) "ان من ارسل صغيراً لحاجة فأتلف نفساً أو مالا فجنابة خطأ من مرسله وان جني عليه ضمنه"، و قال ابن حمدان (... أن تعذر تضمين الجاني). ويلاحظ الأستاذ الزرقا أن الصغير من حيث المبدأ يضمن ما يتلفه وهو مباشر لكن المتسبب (وهو من ارسله) مقصر- في رعايته فكان الأولى منه بالضمان، فهو متسبب مقصر فيشبه الخائن. وإذا وقعت جنابة على الصغير حينئذ فالأصل تضمين الجاني المباشر لكن إن تعذر تضمينه لسبب ما ينتقل الضمان إلى عهدة المتسبب المرسل له (الزرقا، ١٩٨٤، ص ٩٠).

ويضرب الفقه لهذه الحالة المثال الذي أورده علي حيدر عندما وضع مستثنيات المادة (90) من مجلة الأحكام العدلية حيث قال : " لو دل مودع لَصًا على مكان الوديعة التي أودعت عنده فسرقها اللص فالضمان على المودع المتسبب " (حيدر، ٢٠٠٣، ص ٩٢)، ونلاحظ هنا أن السارق مباشر، وفي الأصل هو ضامن وبأمكان صاحب المال الرجوع عليه، ولكن السارق في الغالب غير معروف، لذا يقدم المتسبب، ووجه الاستثناء هو أن الوديع حينئذ مقصر في حفظ الوديعة.

وجاء في أحد قرارات محكمة التمييز تطبيقاً لهذه الحالة حيث جاء ما يلي^(١): "... وبناء على ذلك فيكون مسؤول المستودع (المحكمة)، الذي لم يتخذ الحيطة والحذر بسماحه بوضع ملح البارود مع القمامة في ساحة مبنى المحكمة قد أدخل بواجب قانوني فرضته المادة ٢٩١ من القانون المدني، وبالتالي تحقق ركن الخطأ في فعله وعليه فلا ينسب للتمييز الذي القى بنفسه مع آخرين من نافذة الطابق الثاني من المحكمة بعد نفاذ النيران أو الدخان من الطابق الأرضي إلى سد مخارج النجاة أمام المتواجدين في الطابق الثاني فالفقوا بأنفسهم ممن النوافذ ومن ضمنهم المميز الخطأ المشترك في توزيع المسؤولية؛ لأن خطأ المضرور يقاس بالنسبة إلى مسلك الرجل العادي في مثل ظرفه، وبالتالي فيحكم له بالضرر المادي نتيجة إصابته بعاهة دائمة من جراء فقزه من النافذة".

يلاحظ الباحث من هذا القرار أن المضرور مع أنه باشر القاء نفسه من نافذة الطابق العلوي وأدى ذلك إلى إصابته بعاهة دائمة في رجله اليمنى، إلا أن المتسبب (أمين المستودع محكمة بداية الكرك) قصر- ولم يتخذ الحيطة والحذر حسب ما قضت به التعليمات، حيث كان يقتضي- عليه أن لا يسمح بوضع ملح البارود مع القمامة في الطابق الأرضي من ساحة مبنى المحكمة، وأن فعله هذا أدى إلى اشتعال الحريق وامتداد السنة النيران إلى الطابق العلوي من مبنى المحكمة وأفزع المتواجدين ومنهم المميز وسد عليهم منافذ النجاة لسلوك الطريق العادي. وافقدهم التروي والتبصر، وايقنوا تحت تلك الظروف القاهرة التي وقعوا فيها أن لا سبيل للنجاة إلا بالقاء انفسهم من خلال النوافذ فراراً من الموت المحقق حرقاً أو ردماً تحت الانقاض، فلا يصح القول بأن المميز تسبب في حدوث الضرر بنفسه وانه ارتكب خطأً يوجب توزيع المسؤولية، لأن مباشر المضرور لألقاء نفسه من النافذة مبنية على تسبب أمين المستودع بتقصيره بحفظ المواد الخطرة، وتتوافر أيضاً بهذا القرار استثناء آخر وهو ملائمة فعل التسبب ما يقتضي تشدد مسؤولية المتسبب وذلك بوضع هذه المواد الخطرة في ساحة المحكمة.

وجاء في قرار آخر لمحكمة التمييز بصفتها الحقوقية رقم (١٩٧٩) لسنة (٢٠٠٢) جلسة تاريخ (٢١/٠٨/٢٠٠٢) منشورات القسطاس ما يلي: "إذا كانت الاسلاك مكشوفة (معرأة) مما جعلها تصعق المرحوم لمجرد ملامسته لها ، وأثبت تقرير الوفاة أنها نجمت عن صعقه كهربائيه ، فإن هذا يعنى أنه كان هناك خطأ من جانب الشركة

١ قرار محكمة التمييز بصفتها الحقوقية رقم (٧١٥) لسنة (١٩٨٨) جلسة تاريخ (١٩٨٨/١٢/٣) منشورات القسطاس.

من حيث تركها لأسلاك الكهرباء فوق منزل والد المرحوم معرأة وأن هناك ضرر نتيجة لهذا الخطأ هي وفاة المرحوم وقيام الرابطه السببيه بين الخطأ والفعل الضار... إذا كان يوجد اسلاك معرأة فوق منزل المدعين كانت السبب الذي أفضى مباشرة إلى موت ولدهما بالصعقه الكهربائيه التي اعقبت الملامسة ، فإن الحكم يترتب على المتسبب إعمالاً للمذكرة التفسيريه للقانون المدني الأردني فيما يتعلق بالماده (٢٥٨) منه القائله بانه (إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر)"

وجاء في قرار لمحكمة التمييز بصفتها الحقوقية رقم (٢٥٠٤) لسنة (٢٠٠٥) جلسة تاريخ (٢٦/٠١/٢٠٠٦) منشورات القسطاس ما يلي:"إذا كان سبب سقوط المصعد يعود إلى أن الخطاف والبكرة الحديدية المثبتة للغرفة قد انفكت لواقطها. وان مسؤولية المميزه التأكد من أن جميع أجزاء المصعد مثبتة حسب الأصول. أما إذا لم تكن كذلك فإن واجبها منع استعمال المصعد أما الشهود والذين رجحتهم محكمة الموضوع ومنهم من تم الاستماع إليه في القضية التحقيقية (الجزئية) فقد أكدوا أنه طلب من المرحوم استعمال المصعد، فإن فعل المميز هو من قبيل الخطأ الجسيم والذي يترتب عليه التعويض استناداً إلى الفعل الضار عملاً بالمادة ٢٥٦ مدني."

الحالة الخامسة: إذا تعذر تضمين المباشر .

اصل هذه الحالة ما نص عليه الشيخ أحمد القري رحمه الله في (المادة/١٤٢٧) من مجلة الأحكام الحنبليه على أنه (لا عبرة لمباشرة من لا يمكن احالة الحكم عليه، ويكون الضمان على المتسبب كمن دفع مبرداً إلى قنّ أو أسيراً مقيداً فبرداً القيد وأبقا(هرباً)، ضمن الدافع) نقلاً عن (الزرقا، ١٩٨٤، ص ٨٩). وقد نص ابن النجار في منتهى الإرادات (٤٢٤/٢) أن من أرسل صغيراً لحاجة فأتلف نفساً أو ماله فجنايته خطأ من مرسله وان جنى عليه ضمنه، قال ابن حمدان (... أن تعذر تضمين الجاني)، ويلاحظ الأستاذ الزرقا هنا أن الصغير من حيث المبدأ يضمن ما يتلفه وهو مباشر لكن المتسبب (وهو من أرسله) مقصر- في رعايته فكان الأولى منه بالضمان، فهو متسبب مقصر- فيشبه الخائن. وإذا وقعت جناية على الصغير حينئذ فالأصل تضمين الجاني المباشر لكن إن تعذر تضمينه لسبب ما ينتقل الضمان إلى عهده المتسبب المرسل له (الزرقا، ١٩٨٤، ص ٩٠).

ويمكن تضمين المتسبب عند تعذر تضمين المباشر عندما يكون المباشر غير مسؤول أو غير موجود أو غير معروف^(١):

المباشر غير مسؤول : "مثاله لو شهد شهود الزور بما يوجب ضياع المال على المدعى عليه، ثم اعترفوا بالكذب أو بالجهالة، فإنهم يضمنون ما اتلفوه بشهادتهم ولكن الحاكم الذي استند إلى شهادتهم الكاذبة لا يضمن شيئاً، مع أنه هو المباشر وهم المتسببون" (محمصاني، ١٩٧٢، ص ١٩٢).

ومثال عليها أيضاً " ولو دفع شخص إلى صبي سكيناً ليمسكها له، فوقع عليها فجرحته، يضمن الدافع لأن الصبي غير مسؤول، وإذا وقعت المباشرة من نفس المقتول جهلاً يسأل المتسبب، كما إذا قدم شخص لآخر سمّاً في طعامه، فأكله دون علم منه به، فيكون مباشر لقتل نفسه، في حين أن مقدم السم يعتبر متسبباً، فيكون القصاص عليه" (اليعقوب، ١٩٨٠، ص ١٢٠).

المباشر غير موجود: إذا كان الماء ماء السماء (المباشر) فزلق به رجل فوقع في بئر حفرها آخر فعطب، فعلى صاحب البئر (المتسبب) الضمان، فهنا كان صاحب البئر هو الضامن مع أنه متسبب، وذلك لعدم وجود مباشر مسؤول عن وضع الماء في الطريق (محمصاني، ١٩٧٢، ص ١٩٢).

المباشر غير معروف: ويمثل لهذه الحالة البغدادي بقوله "رجل حفر بئر في الطريق وعند الطريق حجر وضعه إنسان في الطريق فجاء إنسان وتعلقل بالحجر (عثر بالحجر) وسقط في البئر ومات فيها كان الضمان على واضع الحجر لأنه بمزلة الدافع وان لم يضع الحجر إنسان وجاء به سبيل عند البئر كان الضمان على حافر البئر" (البغدادي، ١٣٠٨، ص ١٨٠).

ونلاحظ هنا أن المتسبب هو حافر البئر وتم تضمينه في الحالة الثانية، وذلك لأن المباشر وهو واضع الحجر في الطريق غير معروف (جاء به سبيل عند البئر)، فإن المتسبب هو الذي يضمن لتعذر تضمين المباشر.

الحالة السادسة: إذا كان التسبب بطريق الإكراه للمباشر.

اصل القاعدة ما ذكر الآبي أن من أكره شخصاً على إتلاف مال لثالث فإن المباشر، وهو المتلف، هو الضامن عند المالكية، وفي تضمين المكروه (بالكسر) خلاف بين المذاهب،

١ راجع في هذه الحالات (المحمصاني، ١٩٧٢، ص: ١٩٢-١٩٣)، (أبو الليل، ١٩٨٠، ص: ٣١٦-٣١٧)، (اليعقوب، ١٩٨٠، ص: ١١٩-١٢١)، (الزحيلي، ١٩٨٢، ص: ١٩١-١٩٣)، (الزحيلي، ١٩٨٧، ص: ٢٠٠-٢٠١)، (منصور، ٢٠٠٣، ص: ٢٧٢-٢٧٣)، (ملكاوي، ٢٠٠٦، ص: ٤٦-٤٧).

لكنهم قيده بما إذا لم يكن المتلف عديماً لا يقدر على تغريمه وإلا كان المكروه (بالكسر-) هو الضامن -
الآبي ١٤٨/٢- وهو متسبب، أما المباشر فهو المستكره (بصيغة المفعول) وبعض المذاهب الأخرى تقتضي
بتضمن المكروه (بصيغة الفاعل) مطلقاً ففي المسألة خلاف فقهي^(١) (الزرقا، ١٩٨٤، ص ٨٧).

وما جاء في مجلة الأحكام العدلية الحنبلية للقري (م/١٤٢٧) "المكروه (بالفتح) على إتلاف مال الغير:
فهناك أكثر من رأي في المذاهب في شأن تضمينه ذكرها ابن رجب، لكن الظاهر أن الراجح في مذهب
أحمد تضمين المكروه (بالكسر) مع أنه متسبب، دون المتلف مع أنه مباشر (الزرقا، ١٩٨٤، ص ٨٩).
والباحث يؤيد ما جاء على لسان الأستاذ الزرقا من تضمين المكروه (بالكسر-) الأمر كما هو الراجح في
المذهبين الحنفي والحنبلي، لتوافق ذلك مع العدالة والمنطق.

أما بشأن القانون المدني الأردني فقد أخذ بالراجح من المذهب الحنفي ولم يخرج عما قيل في هذا الصدد
وقد تضمنت المادة (١/٢٦٣) من القانون المدني الأردني نفس الحكم حيث جاء فيها: "يضاف الفعل إلى
الفاعل لا الأمر ما لم يكن مجبراً على أن الاجبار المعتبر في التصرفات الفعلية هو الإكراه الملجئ وحده"
ويتضح من نص هذه المادة أن المباشر (الفاعل) ضامن وليس المتسبب (الأمر) وذلك طبقاً للقاعدة
العامة لاجتماع المباشر والمتسبب، ولكن يضمن المتسبب إذا كان المباشر مكرهاً أكرهاً ملجئاً^(٢)، ولولا
هذه الإكراه لما قام المباشر بالفعل، فيضمن المتسبب وحده؛ لأن المباشر أصبح كالآداة في يد المتسبب.
وقد أيدت هذا المعنى المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني حيث جاء فيها: "والاجبار يتم باستعمال
أحد طرق الإكراه ولكن لا يعتبر كل إكراه سبباً لرفع المسؤولية عن الفاعل والقائماً على الأمر، بل الإكراه
الملجئ وحده هو الذي يعتبر سبباً لذلك" (المذكرة الإيضاحية، ١٩٨٥، ص ٢٩٠).

كما أيدت هذا المعنى قرارات محكمة التمييز حيث جاء في أحد قراراتها ما يلي: "إن الفعل الضار
يضاف إلى الفاعل لا الأمر ما لم يكن الفاعل مجبراً وأمر الأمر يشكل إكراهاً ملجئاً بالنسبة للفاعل وعليه
فإن كتاب وزير الصحة الأردني الموجه إلى وزير الصحة السعودي والمتضمن أن وزارة الصحة الأردنية
بحاجة لخدمات المدعي الذي ترك عمله في الأردن أثناء التزامه بالخدمة

١ راجع في ذلك (الخفيف، ١٩٧١، ص: ٨٤-٨٦) وكذلك، (اللهبي، ٢٠٠٤، ص ٩٥)، وكذلك (حيدر، ٢٠٠٣، ص: ٤٢-٤٣).
٢ عرفت المادة (١٣٥) من القانون المدني الأردني الإكراه حيث جاء فيها: "الإكراه هو اجبار الشخص بغير حق على أن يعمل عملاً دون رضاه ويكون مادياً ومعنوياً" وجاء في المادة
(١٣٦) طرق اعتبار الإكراه ملجئاً وحددتها على سبيل الحصر حيث قالت: "يكون الإكراه ملجئاً إذا كان تهديداً بخطر جسيم محقق يلحق بالجسم أو المال ويكون الإكراه غير ملجئ إذا كان تهديداً
بما دون ذلك" ونصت المادة (١٣٧) على سبيل المثال الملجئ: "التهديد بإيقاع ضرر بالوالدين أو الأولاد أو الزوج أو ذي رحم محرم والتهديد بخطر بخش الشرف
يعتبر إكراهاً، ويكون ملجئاً أو غير ملجئ بحسب الأحوال".

لقاء بعثته الدراسية لا يشكل بالنسبة للمسؤولين السعوديين وصاحب العمل السعودي الذي فصل المدعي من العمل في ضوء كتاب وزير الصحة الأردني إكراها ملجئاً أو حتى مجرد أمر وظيفي من أمر مأمور. وبناء على ذلك فإن وزير الصحة الأردني لا يكون مسؤولاً عن إلغاء عقد استخدام المدعي في السعودية ولا ضامناً للإضرار الناشئة عن هذا الإلغاء"^(١).

٢. تضمين المباشر والمتسبب معا عند اجتماعهما:

يشترك المباشر والمتسبب في الضمان في الفقه الإسلامي إذا كان فعل كل منهما يؤدي نفس الدور في إحداث الضرر، وبعبارة أخرى " إذا تساوى أثر المباشرة والتسبب في إحداث الضرر وكان لكل واحد منهما دور بارز مساو لفعل الآخر فإن يتساوى أثرهما في الفعل، فإنهما يشتركان في الضمان" (صابر سيد، ٢٠٠٨، ص ٦١)

ومن الأمثلة على هذه الحالة في كتب الفقه الإسلامي القديم ما جاء في المبسوط للسرخسي: "... ولو وطئت رجلاً في سيرها وقد نخسها هذا بإذن الراكب صار بمنزلة السائق والراكب سائقاً وراكباً، كان الضمان عليهما نصفين" (السرخسي، ٢٠٠١، ص ٢)، كذلك ورد في حاشية الدسوقي حول إتلاف المال المغصوب وكان المتلف عالماً أن المال مغصوب، "وأما إذا أكل شخص طعاماً مغصوباً مع علمه أنه مغصوب فهو والغاصب سواء، والحاصل أنهما يضمنان معاً هذا لمباشرة وهذا لتسببه" نقلاً عن (اللهيبي، ٢٠٠٤، ص ١٠٠)، وكذلك الحال ما ذكره البغدادي في كتابه مجمع الضمانات "لو أن شخص جرح آخر فسقط المجروح في بئر حفرها ثالث اشتركا في الضمان" (البغدادي، ١٣٠٨ هـ، ص ١٨٠). وقد نص القانون المدني الأردني في الفقرة الأولى من المادة (282) على أنه "غاصب الغاصب حكمه حكم الغاصب" فالغاصب يعتبر مباشراً، بينما غاصب الغاصب متسبباً بالإتلاف، بمقتضى المادة (٢٨٠) للمغصوب منه " المالك " الخيار بين أن يضمن الغاصب ولهذا الأخير أن يرجع على المتلف غاصب الغاصب أو أن يضمن غاصب الغاصب وليس للمتلف أن يرجع على الغاصب بما دفعه للمغصوب.

١ قرار محكمة التمييز بصفتها الحقوقية رقم (٨٦٣) لسنة (١٩٨٦) جلسة تاريخ (١٩٨٧/٠٣/١٩) منشورت القسطاس.

أما اتجاه محكمة التمييز الأردنية فقد جاء في أحد قراراتها ما يلي: "عدم اتخاذ البنك الاحتياطات التي يتوجب اتباعها عند فتح الحساب التأكيد من شخصية طالب فتح الحساب، وأن يتأكد من صحة تأسيس الشخص الاعتباري ومن سيمثل هذا الشخص وحدود سلطاته، ويكون فتح البنك (المميز) حساباً باسم وكالة القدس للسياحة والسفر دون قيام البنك بالاطلاع على الوثائق الرسمية التي تثبت تسجيل الوكالة والتأكد من الشخص المفوض بالتوقيع والسحب من الحساب يجعله مقصراً في عدم اتخاذ الاحتياطات اللازمة وطالما أن قوام المسؤولية التقصيرية في الأعمال المصرفية هو الضرر فيكون البنك ملزماً بضمان هذا الضرر طبقاً لحكم المادة (٢٥٦) من القانون المدني ويكون الحكم بالزام البنك بالتكافل والتضامن مع الشخص الذي فتح الحساب وكان يسحب منه موافقاً للقانون"^(١)

وجاء في أحد قراراتها ما يلي: "إذا كان الطبيب المدعى عليه يعمل في الخدمات الطبية الملكية في القوات المسلحة الأردنية فهي مسؤولة أيضاً عن أخطاء الطبيب المذكور؛ لأنه يعمل تحت رقابة وإشراف مدير المستشفى الذي يعمل فيه وتحت إشراف الخدمات الطبية الملكية وهي مسؤولة بدفع التعويض الذي يجبر الضرر الناجم عن خطأه بالتكافل والتضامن عملاً بأحكام المادة (٢٨٨) من القانون المدني (قرار محكمة التمييز بصفتها الحقوقية رقم ٢٠٠٦/٦٢٦ تاريخ ٢٠٠٧/٦/٥). وبناءً عليه وحيث أن ضمان المتسبب في الضرر مشروط بقيامه بالفعل الذي أدى إلى ذلك الضرر بغير حق، والمسؤولية عن الخطأ تتطلب ثبوت خطأ المسؤول وبوقوع الضرر الذي أصاب الغير ورابطة سببية تربط بين الخطأ والضرر. وحيث إن الطبيب (سهل) هو من قام بالفعل الذي أحدث الضرر للطفل سعد وذلك نتيجة لإهمال منه وقلة احتراز ولوجود الرابطة السببية بين الفعل والضرر، فإن إلزامه بالتعويض عن هذا الضرر بالتكافل والتضامن مع الجهة التي يعمل لديها القوات المسلحة الأردنية في محله ولا يخالف القانون."^(٢)

وحيث أن المشرع الأردني لم ينص صراحة في المادة (٢٥٨) أو في النصوص لاحقة لها، على وجود استثناءات على القاعدة العامة لاجتماع المباشر والمتسبب، فإن ذلك سيدخل المضرور في متاهة الحصص على التعويض مما سيؤدي إلى ضياع حقه، وتعرضة للاجتهاد القضائي في ضوء نص المادة (٢٥٨) الحالي.

١ قرار محكمة التمييز بصفتها الحقوقية رقم (٧٠٨) لسنة (١٩٩٦) جلسة تاريخ (١٩٩٦/٤/٢٥) منشورات القسطان.
٢ قرار محكمة التمييز بصفتها الحقوقية رقم (١٩٦) لسنة (٢٠٠٨) جلسة تاريخ (٢٠٠٨/١٠/١٢) منشورات القسطان.

وتطبيقاً لهذا، ما جاء في قرار لمحكمة التمييز بصفتها الحقوقية رقم (٤١٥٩) لسنة (٢٠١٢) جلسة (٢٠١٣/٣/٣) منشورات القسطاس: " تجد محكمتنا من الرجوع للمادة (٢٥٨) من القانون المدني أنها نصت على ما يلي : (إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر) أن الاستفادة من هذا النص الذي جاء بصورة مطلقة دون تقييد أن المشرع أسقط مسؤولية المتسبب إذا اجتمع مع المباشر. من خلال النصوص أعلاه نجد أن القانون المدني الأردني الواجب التطبيق على هذه الدعوى اوضحت نصوصها بصورة واضحة ومفصلة أحكام المسؤولية عن الضرر وقررت أن المباشر ضامن دون قيد أو شرط ولم يرد على هذه القاعدة أي استثناء. وان المشرع اسقط مسؤولية المتسبب إذا اجتمع مع المباشر بصورة مطلقة والمطلق يجري على إطلاقه وفقاً لنص المادة ٢١٨ مدني، ولا مجال لتطبيق أحكام الشريعة والتفسيرات الفقهية مع وضوح وصراحة النص اذ لا اجتهاد في مورد النص".

ولذلك فإن الباحث يوافق الأستاذ مصطفى الزرقا بتعديل نص المادة (٢٥٨) بتضمين هذا النص الاستثناءات الواردة في الفقه الإسلامي على القاعدة العامة ليصبح على النحو التالي : (١). إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر، ما لم يكن المتسبب اولى بالمسؤولية.

٢. ومن الحالات التي يكون المتسبب فيها اولى بالمسؤولية :

(أ) إذا كانت المباشرة مبنية على التسبب.

(ب) إذا توافر سوء القصد في المتسبب دون المباشر.

(ج) إذا كان التسبب من قبيل التغرير بالمباشر، وكان هذا معذوراً في اعتراره.

(د) إذا لابس التسبب ما يقتضي تشديد مسؤولية المتسبب، أو لابس المباشر ما يقتضي تخفيف مسؤولية المباشر.

(هـ) إذا تعذر تضمين المباشر.

(و) إذا كان التسبب بطريق الإكراه للمباشر).

وإلغاء نص المادة (٢٥٩) والذي ينص على: "إذا غر أحد ضمن الضرر المترتب على ذلك الغرر" على ضوء تعديل نص المادة (٢٥٨) حيث أن هذا النص هو أحد الاستثناءات على نص المادة (٢٥٨).

الفصل الثالث

عناصر الإضرار في القانون المدني الأردني

أولاً : عناصر الإضرار بالمباشرة .

ثانياً: عناصر الإضرار بالتسبب . تمهيد :

تقوم المسؤولية التقصيرية في القانون المدني الأردني على ثلاثة أركان هي: الإضرار (الفعل وعدم الفعل) والضرر وعلاقة السببية بين الفعل والنتيجة الواقعة، فإذا كانت النتيجة متولدة من الفعل دون تدخل فعل آخر كان الفعل مباشرةً والفاعل مباشرةً، وإذا لم تترتب النتيجة من الفعل مباشرةً وإنما إقتضى— الفعل النتيجة بإيجاد ما يقتضي— علة التلف كان الفعل تسبباً والفاعل متسبباً . والفرق بين المباشرة والتسبب هو في قوة علاقة السببية بين الفعل والنتيجة في ترتيب أحكام الضمان وشروطه. لذا فإن الباحث سيقوم بدراسة عناصر الإضرار في القانون المدني الأردني في صورتين الإضرار بالمباشرة والتسبب، كون الإضرار أو الأفعال الضاره لا تكون إلا من خلال هاتين الصورتين حصراً، وسوف نتعرض لنص المادة (٢٥٧) التي أشارت إلى هاتين الصورتين على النحو التالي:

أولاً: عناصر الإضرار بالمباشرة :

سنتناول عناصر الإضرار بالمباشرة من خلال التعرض لمفهوم المباشرة وشروطها وصورها.

- مفهوم المباشرة :

المباشرة هي "إيجاد علة الهلاك وتنقسم إلى القوي كالذبح والإحراق والإغراق، والضعيف كظن المغرور بنكاح الأمة إذا أحبلها ظاناً أنها حرة يضمن ما فات من حرية الولد بظنه، والمتوسط كالجراحات السارية، وقد تردد صور بين الضعيف والمتوسط كغرز الإبرة فيختلف فيها" (عز الدين، د.ت، ص١٥٥)، فهي كل فعل يؤدي إلى حدوث الضرر دون أن يتوسط بين الفعل والنتيجة فعل آخر.

- شروط المباشرة:

نص المشرع الأردني في المادة (٢٥٦) على ما يلي "كل اضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر" والمادة (٢٥٧) على ما يلي "١- يكون الإضرار بالمباشرة أو التسبب. ٢- فإن كان بالمباشرة لزم الضمان ولا شرط له..." وقبل التعرض لشروط المباشرة لابد من الإشارة هنا ونحن في سياق تحليل ومناقشة الفقرة الثانية من المادة (٢٥٧) إلى أن هناك خلافاً بين الفقهاء حول صياغة قاعدة المباشرة سنتناوله على النحو التالي:

الاتجاه الأول^(١): ما جاء بنص المادة (٩٢) من مجلة الأحكام العدلية والتي نصت على: "المباشر ضامن وإن لم يتعمد".

الاتجاه الثاني الذي أشار إلى أن: "المباشر ضامن وإن لم يتعمد" أي سواء تعد أو لم يتعد يضمن^(٢).

الاتجاه الثالث الذي أشار إلى أن: المباشر ضامن ولو لم يكن متعمداً ولا متعدياً^(٣).

الاتجاه الرابع الذي أشار إلى أن: المباشر يضمن مطلقاً ومنهم من قال بأن المباشر يضمن دون قيد أو شرط^(٤).

الاتجاه الخامس: الذي اشترط أن يتصف فعل المباشر بالتعدي لتضمينه^(٥).

وبالرجوع إلى الاتجاهات التي قبلت في صياغة قاعدة المباشرة نجد أن الاتجاه الأول، الثاني، الثالث وإن اختلفوا في الصياغة إلا أنهم ضمنوا المباشر من حيث النتيجة، وأن صياغة قاعدة المباشرة هنا تثير اللبس بالصفة التي يتوقف عليها الضمان حسب وجهة نظر كل اتجاه لعدة أسباب منها:

١. المتفق عليه عند اغلبية الفقهاء أنه لا يشترط التعمد في الإلتاف مباشرة، وذلك لأن أموال الناس مضمونه شرعاً مطلقاً، فمن باشر إلتافاً بأي طريقة كانت فهو ضامن، سواء أكان عامداً

١ راجع في ذلك (ابن نجيم، ١٩٩٨، ص ٣١٧) الذي أخذت منه المجلة صياغة هذه القاعدة، وانظر أيضاً (حيدر، ٢٠٠٣، ص ٩٣) وكذلك (أبو الليل، ١٩٨٠، ص ٣١٠)، (اليغوث، ١٩٨٠، ص ١٠٣).

٢ راجع في ذلك (البغدادي، ١٨٩٠، ص ١٤٦) وهو أول من نص على صياغة قاعدة المباشرة بهذا الشكل، وانظر أيضاً (الخفيف، ١٩٧١، ص ٧٤)، (الزحيلي، ١٩٨٢، ص ١٩٦)، (الدبوي، ١٩٩٧، ص ١٨٥).

٣ راجع في ذلك (مرقس، ١٩٧١، ص ١٠٤)، (الحكيم وآخرون، ١٩٨٠، ص ٥٠٠)، (سلطان، ١٩٨٧، ص ٣٠٤)، (الفار، ٢٠٠٤، ص ١٨٤).

٤ راجع في ذلك (اللبناني، (د.ت)، ص ٦٠)، (القاضي، ١٩٥٣، ص ٨)، (أحمد، ١٩٨٠، ص ٢٠٤)، (خليلو، ١٩٩١، ص ٧)، (الصلصامة، ٢٠٠٢، ص ٥٨)، (منصور، ٢٠٠٢، ص ٢٦٥)، (اللهبي، ٢٠٠٤، ص ٤٦)، (مكناوي، ٢٠٠٤، ص ٤٠)، (السرحدان وخاطر، ٢٠٠٨، ص ٣٦٨).

٥ راجع في ذلك (الزرقاء، ١٩٨٤، ص ٧٧)، (الزعيبي، ١٩٨٧، ص ١٧٤)، (محمصاني، ١٩٧٢، ص ١٧٤)، (الزرقاء، ١٩٣٨، ص ٤٥٣)، (الصلصامة، (د.ت)، ص ٢٢٣)، (سراج، ١٩٩٣، ص ٢٤٢)، (سيد، ٢٠٠٨، ص ٨٥-٨٦)، (أبو شنب، ٢٠٠٠، ص ٤٣-٤٥).

أم مخطئ؛ لأن عمدته وخطأه في أموال الناس سواء، والضمان فيها كقاعدة عامة من خطاب الوضع فلا يشترط فيه التكليف، ولا فرق بين الصغير والكبير والعامد والمخطئ، ومن الأمثلة الشائعة على ذلك لو أن طفلاً ابن يوم انقلب على متاع غيره يضمن، ولو انقلب النائم على متاع غيره يضمن، وكذلك نص المادة (٩١٣) من المجلة التي نصت على: "إذا زلق أحد وسقط على مال آخر وأتلفه يضمن".

٢. كما ذهب الدكتور محمد فوزي فيض الله إلى القول بأنه: "لم نجد في كتب الفقه - مذهبته التي رجعنا إليها نصوصاً تشترط في التسبب التعمد أو تنفي التعمد عن المباشرة. والذي كنا نجده دائماً هو أن التسبب بوصف التعدي يوجب الضمان، وما يقارب هذا هو أن في المباشرة، التعدي وعدمه سواء، اللهم إلا فيما نقلناه آنفاً عن المجلة في المادتين (٩٢،٩٣) فقد ذكرنا التعمد بدلاً من التعدي. ونعتقد انهما نقلتا عن الأشباه والنظائر لابن نجيم" (فيض الله، ١٩٦٢، ص: ١٦٢-١٦٣).

٣. لقد ذهب الدكتور مصطفى الزرقاء إلى أن صياغة القاعدة على نحو يتطلب التعمد لمساءلة الشخص لا تنسجم وأحكام المباشرة. فالتعمد يقتضي - توافر التمييز في الفاعل، ذلك أن التعمد يعرف بأنه اتجاه إرادة الشخص إلى إحداث الضرر بالغير، أو هو الإرادة إلى الفعل والنتيجة، والمباشرة كما هو واضح من أحكامها لا تقيم وزناً للفاعل بل ترتب المسؤولية بمجرد وقوع الضرر ودون البحث في نفسية المسؤول (الزرقاء، ١٩٨٤، ص ٧٨).

٤. ومن ناحية أخرى نجد أن الاتجاه الثاني أشار إلى مصطلح "وان لم يتعد" فإن مضمون هذه الصياغة لا تصلح أن تكون قاعدة في المباشرة صالحة لكل الأزمان، لأنها لا تغطي معظم ما يندرج تحتها من فروع، كما ينبغي للقاعدة العامة أن تكون. وان ما قيل عن الاتجاهين الأول والثاني يمكن تطبيقه على الاتجاه الثالث.

أما الاتجاه الرابع وهو أن المباشرة ضامن مطلقاً، فقد توصل الباحث إلى أن هذا الاتجاه كان مستقراً لدى جانب من الفقه الإسلامي، حيث انهم لم يشترطوا أي شرط لتضمين المباشرة، فالمباشرة حسب هذا الاتجاه يكون مسؤولاً بمجرد ترتب الضرر على فعله، فمتى ما صدر فعل من المباشرة، وأحدث هذا الفعل ضرراً للغير قامت مسؤوليته دون حاجة إلى أي شرط آخر، وهو الاتجاه الذي أخذ به القانون المدني الأردني، إلا أن الباحث يرى أن هذا الاتجاه لم يعد صالحاً لعصرنا الحاضر لما طرأ على مجتمعنا من تغير في العادات والتقاليد والأعراف، وما طرأ على مفهوم التعدي من تطور بحيث أصبح يشمل كل مجاوزة للشرع والعرف والعادة، بخلاف ما كان سائداً في زمان المذاهب والفقهاء القدامى .

أما بالنسبة للإتجاه الخامس الذي اشترط التعدي لتضمين المباشر، فهو الإتجاه الذي يتفق معه الباحث ويراه مناسباً لزماننا الحالي للحجج التالية^(١) :

الحجة الاولى: أن " التطبيقات العملية في الفقه الحنفي أشارت إلى اشتراط التعدي لتضمين المباشر ومن الامثلة على ذلك مسألة ضرب الدابة المستأجرة ، أن للمستأجر أن يضربها الضرب المعتاد في الوضع المعتاد إذا استند الضرب إلى سبب يبيحه وتقيده بالمتعارف، وبالتالي فلا يضمن الضرر الناتج عن ذلك... أن راكب الدابة لا يضمن أن أصابت بيدها أو رجلها غباراً أو حجراً صغيراً، ففقات عين إنسان أو أفسدته ثوبه، وهو ما يعني أيضاً أن راكب الدابة (وهو مباشر لأن الدابة تكون بالنسبة إليه كآلة ففعلها ينسب إليه) لا يسأل لانتفاء تعديه في هذه الحالة إذ إن له أن يلاحظ الحجر الصغير أو الغبار فيجنب دابته ذلك " (أبو شنب، ٢٠٠٠، ص ٤٣).

الحجة الثانية : أن نصوص المجلة المأخوذة عن الراجح من الفقه الحنفي، تتكلم عن مباشرة الإلتلاف وتحدث بشكل صريح أو ضمني عن التعدي في الفعل وليس الفعل مجرداً، فتارة تشير إلى التعدي بشكل ضمني في المواد (٩١٢-٩١٧)، وتارة تشير بشكل صريح إلى التعدي في المواد من (٩١٨-٩٢١) وعلى سبيل المثال لا الحصر فقد نصت المادة (٩١٨) من المجلة على أنه : "إذا هدم أحد عقار غيره كالحانوت والدار بغير حق فصاحبه بالخيار أن شاء ترك انقاضه للهادم وضمنه قيمته مبينا وإن شاء حطّ من قيمته مبنياً قيمة الأنقاض وضمنه القيمة الباقية، وأخذ هو الأنقاض" ويتضح من هذه المادة أن المجلة بأشراطها أن فعل الهدم -بغير حق- لتضمين المباشر، فهي وبعبارة أخرى تشترط التعدي لتضمين المباشر. وكذلك في المادة (٩١٩) من المجلة بأنه "لو هدم أحد داراً بلا إذن صاحبها بسبب وقوع حريق في الحي وانقطع هناك الحريق، فإن كان قد هدمها بأمر ولي الأمر لا يلزم الضمان، وإن كان قد هدمها بنفسه يلزم الضمان"، وواضح من هذه المادة أن هدم الدار بلا إذن أي بدون حق، أي التعدي على حق الغير، فإن المادة هنا اشترطت التعدي بشكل صريح على الرغم من أن الشخص هنا مباشر للفعل.

الحجة الثالثة: أن نص المادة (٢/٢٥٧) يتعارض مع نصوص كل من المادتين (٦١) و المادة (٢٩٢) من القانون المدني الأردني :

^١ راجع نفس هذه الحجج مؤيدوا هذا الإتجاه كل من الاستاذان (أبو شنب، ٢٠٠٠، ص ص: ٣٤-٤٤)، (الزعيبي، ١٩٨٧، ص ١٧٤-١٧٨).

فالمادة ٦١ من القانون المدني تقضي- بأن "الجواز الشرعي ينافي الضمان فمن استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يضمن ما ينشأ عن ذلك من ضرر" ويعتبر هذا النص أصل عام فهو يقيم حماية للمباشر في حالة استعماله لحقوقه، بحيث لا يمكن أن يسأل المباشر وفقاً لأحكام هذا النص إلا إذا كان استعماله لحقه غير مشروع، وبهذه الحالة فقط يسأل عن الضمان، أما إذا كان استعماله مشروعاً، فلا يضمن ما ينشأ عن أفعاله من ضرر (الزعيبي، ١٩٨٧، ص ١٧٥).

وجاء في المادة (٢٩٢): "استعمال الحق العام مقيد بسلامة الغير فمن استعمل حقه العام وأضر بالغير ضرراً يمكن التحرز منه كان ضامناً". وذكرت المذكرات الإيضاحية للقانون المدني تعليقاً على هذا نص المادة (٢٩٢): "لكل أحد حق المرور في الطريق العام مع حيوانه، بناءً عليه لا يضمن المار ركباً على حيوانه في الطريق العام الضرر والخسارة اللذين لا يمكن التحرز عنهما، فمثلاً لو انتشر من رجل الدابة غبار أو طين ولوث ثياب الآخر أو رفست برجلها المؤخرة ولطمت بذيلها واضرت لا يلزم الضمان ولكن يضمن الراكب الضرر والخسارة الذي وقع في مصادمتها، أو لطمت بيدها أو رأسها لإمكان التحرز من ذلك" فهذه المادة تعطي المباشر الحق في استعمال الرخص أو الحقوق العامة، ولكن ذلك مقيد بعدم الأعتداء على الغير، فإذا استعمل حقه العام وأضر بالغير، بما لا يمكن التحرز منه، أو لا يمكن دفعه فتنتفي مسؤوليته عن تعويض المضرور. أما إذا كان يمكن الاحتراز من هذه الإضرار، فإنه يكون مسؤولاً عن تعويض كافة الإضرار التي أصابت المضرور (الزعيبي، ١٩٨٧، ص ١٧٥).

الحجة الرابعة: كيف يمكن للشخص القيام بأفعاله المباحة وأشغاله دون خوف في ظل نص المادة (٢/٢٥٧) من القانون المدني الأردني خاصة وإن الأفعال المباحة تزايدت في زماننا الحاضر، الذي تغيرت فيه كثير من العادات والتقاليد والأعراف، وأصبحت مباحة في ظل أنها كانت غير مباحة في الماضي، والمعروف أن الجواز الشرعي ينافي الضمان، في ظل تزايد الأفعال المباحة.

الحجة الخامسة: وإن اختلاف الفقهاء في صياغة قاعدة المباشرة من زمان لآخر، هو تطبيقاً للقاعدة الكلية القائلة: "لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان"، كون تغير الصفة التي يتوقف عليها الضمان في المباشرة لا تتناقض مع الأحكام والقواعد المستقره في الفقه الإسلامي، وإن اختيار هذه الصفة في المباشرة هي من اجتهاد فقهاء كل عصر بما يتلاءم مع حاجات افراد مجتمعهم، تطبيقاً للقواعد المستقره في الفقه الإسلامي والتي تسعى إلى تعويض المضرور عما أصابه من ضرر.

وحيث توصلنا إلى أن التعدي هو : "مجازة ما ينبغي أن يقتصر - عليه شرعاً أو عرفاً أو عادة"، وأن التعدي بهذا المعنى يعطي مدلولاً شمولياً بحيث يشمل العمد والخطأ، كما يشمل التقصير والاهمال وعدم الاحتراز (فيض الله، ١٩٦٢، ص: ١٩٠-١٩١) واعتبره الباحث تعريفاً واضحاً جامعاً مانعاً باعتباره يشمل كل فعل مادي يأتيه الشخص ويكون في حالة خروج عن حدود الحق المرسوم له، لكل ما سبق فإن الاتجاه الخامس هو الاتجاه الأكثر ملائمة لظروف هذا العصر.

وتكملة لموضوع شروط الإضرار بالمباشرة يجب أن نتعرض إلى مسألة اختلفت الفقهاء حولها، وهي هل أن الاتصال المادي بين الفعل والنتيجة شرط أساسي لتحقيق المباشرة؟ بمعنى أن المباشرة لا تقوم إلا بالاتصال المادي بين الفاعل ومحل التلف بحيث إنه إذا لم يوجد هذا الاتصال لا يعد الفعل قد وقع مباشرة؟ أم إن الاتصال المادي ليس بشرط لاعتبار الفعل قد وقع مباشرة؟.

للأجابة على هذه المسألة يجد الباحث أن آراء فقهاء المذاهب والباحثين المعاصرين قد انقسمت إلى اتجاهين: الاتجاه الأول اشترط ضرورة الاتصال المادي بين الفاعل ومحل الضرر لاعتبار أن الضرر قد وقع مباشرة، أما الاتجاه الثاني فلا يرى ضرورة في اشتراط الاتصال المادي وان المباشرة تتحقق ولو لم يكن هناك اتصال مادي ويمكن شرح هاذين الاتجاهين على النحو التالي:

الاتجاه الاول: إذ يذهب الحنفية إلى ضرورة اشتراط الاتصال المادي، أي ضرورة التلامس بين الفاعل ومحل الضرر. فالضرر الذي يحدث نتيجة أصوات كالصياح أو إطلاق عيار ناري لا يعتبر قد وقع مباشرة بل تسبباً، لذلك هم يعرفون المباشرة بأنها إتصال آلة التلف بمحله . "وعلى هذا فلا ضمان عند هؤلاء على حبس مالك الدواب عن دوابه حتى هلكت، أو ضاعت، لعدم وجود من يقوم برعايتها واطعامها وحفظها لأن الحبس وان كان فعلاً مادياً إلا أنه غير متصل بالدواب وانما هو فعل في مالها" (أحمد، ١٩٨٥، ص: ٢١٢-٢١٦).

ويبرر الاتجاه السابق ضرورة الاتصال المادي، بأن ذلك يؤدي إلى حصر- حالات المباشرة في نطاق ضيق، واعتبار ما سواها من حالات هي تسبب، لكون المباشرة لا تتطلب أي شرط، فالاتصال المادي هو بمثابة صمام الأمان لحماية المسؤول عن الضرر .

وهناك من الأمثلة في المذهب الحنفي يدل الحكم فيها على أنه لا يشترط الاتصال المادي، ومن ذلك:

(١) أنه لو غضب إنسان عجباً فاستهلكه وأدى ذلك إلى يبس لبن أمه، فإنه يضمن قيمة العجل، ونقصان الأم، وإن لم يفعل في الأم شيئاً، لأنه تسبب في يبس لبنها؛ لأن وجوب الضمان ليس باعتبار تحقق الغضب بل من حيث وجود التعدي وأن لم يتحقق الغضب (أحمد، ١٩٨٥، ص: ٢١٢-٢١٣).

(٢) وقد اختلفوا فيمن أخذ أتان^(١) غيره بلا إذنه، فاستعملها ثم ردها إلى موضعها الذي أخذها منه، وكان معها جحشها^(٢) فتعها فأكله الذئب هل يضمنه أم لا؟، ذهب بعضهم إلى أنه لو ساق الجحش معها يضمنه، وإلا فإن ساق الأم فانساق الجحش معها فإنه لا يضمنه. لأنه لم يصنع فيه شيئاً، ولكن رجح بعضهم أنه يضمنه، فقد ثبت النقل عن قاضيهان، أنه ينبغي أن يضمنه أيضاً لانه لا يساق إلا بسوقها كما قالوا إذا غضب عجباً فيبس لبن أمه ضمنه مع نقصان الأم، قال ابن عابدين معلقاً على ذلك (أقول: إن كانت المسألة من تخريجات المشايخ فما اختاره قاضيهان وجيه، ... وإن كانت منقولة عن المجتهد فاتباعه أوجه) ويثبت بهذا أنه يصير غاصباً وإن لم يوجد منه فعل في المغصوب (أحمد، ١٩٨٥، ص: ٢١٣-٢١٤).

ووجد الباحث أن محكمة التمييز الأردنية في أحد قراراتها قد أخذت بهذا الاتجاه حيث جاء في حيثياته^(٣) ما يلي: "لا يرد الطعن بالقرار المميز المتضمن أن الحادث الذي وقع للطفل ليس حادث سير طالما أن أوراق القضية الصلحية الجزائية المبرزة والقرار الصادر فيها المكتسب الدرجة القطعية تضمن اعتراف السائق بتسببه بإيذاء الطفل وانه قد صدم الطفل عندما كان يرجع بسيارته إلى الخلف" ففي هذا القرار استخدمت محكمة التمييز مصطلح "بتسببه بإيذاء الطفل" وهذا يعني أن محكمة التمييز اعتبرت السائق متسبب في إحداث الضرر، رغم أنه سائق السيارة وإن السيارة مجرد اداة بين يديه، وإن هذا في رأي الجمهور مباشرة، وإن السائق يعتبر مباشراً للفعل الضار.

الاتجاه الثاني: ويرى مؤيدوه أن المباشرة تتحقق ولو لم يكن هناك إتصال مادي بين محدث الضرر ومحل وقوعه. وذلك تماماً كما قال به فقهاء الشريعة الغراء فيما يتعلق بالدابة التي يركبها شخص فتدوس آخر. ولقد صيغ هذا المثال في المادة (٩٣٦) من المجلة بقولها. "لو أن دابة يركبها إنسان داست شيئاً بيدها أو رجلها في ملكه أو في ملك غيره وأتلفته، يعد الراكب أنه أتلف ذلك الشيء مباشرة". ويعلل شارح المجلة ذلك بأن الضرر الذي تحدثه الدابة يضاف إلى الراكب؛ لأنه حصل بثقله وثقل الدابة وسيرها مضاف إليه وهي آلة له (أبو الليل، ١٩٨٠، ص: ٣٠٢).

١ أنثى الحمير.

٢ الجحش : ولد الأتان، والآنثى جحشة.

٣ رقم (٤٧١) لسنة (٢٠٠٠) تاريخ (٤/٤/٢٠٠٠) منشورات القسطاس.

أما بالنسبة للفقهاء الحديث فقد رأى معظمهم عدم ضرورة اشتراط الأتصال المادي لأعتبار الفعل وقع مباشرة وأن الملامسة دون حائل ليس بالضرورة بمكان أن تتوافر لكي يعد فعل ما مباشرة لإحداث الضرر، " لو جاء شخص (ممسدس) وصوبه نحو آخر، ففزع فمات، ضمن ديته، ولو قاد شخص سيارته بسرعة جنونية، نحو أحد المارة مهدداً أياه بالاصطدام، فاصيب بإضرار نتيجة لفزعه، يضمن سائق السيارة الدية، ولو استعمل سائق السيارة آلة تنبيه على حين غفلة وقوة، ففزع أحد المارة بالطريق، فوقع بحفرة مجاورة، وحدثت له بعض الاصابات. يضمن السائق الدية مباشرة، فنجد من كل هذه الأمثلة، أن الشيء قد تدخل تدخلًا (إيجابياً) في إحداث الضرر، بالرغم من أن الأتصال المادي بين الشيء والمضروب لم يتوافر " (اليعقوب، ١٩٨٠، ص ١٠٥)

خلاصة القول أن المباشرة تتحقق سواء كان هناك إتصال مادي بين محدث الضرر ومحل حدوثه أم لم يكن، فسواء حدث الضرر من الفاعل نتيجة اتصاله مباشرة بمحل الضرر أم استعمل آلة في احداثه فإن الفعل يعتبر قد وقع مباشرة طالما لم يتوسط بين الفعل والنتيجة فعل آخر؛ لأن وجود هذا الشرط يمكن العديد من الأفعال الضارة الهروب من الجزء، فهي تضيق من نطاق المسؤولية، فالكثير من الإضرار يمكن أن تحدث دون أن يكون هناك اتصالاً مادياً، لكنها تتحقق بموجب السلطة الفعلية التي يفرضها الشخص على الشيء، وبالتالي يجب تحقيق المسؤولية بغض النظر عن الأتصال المادي بين الفعل والنتيجة.

ووجد الباحث في قرارات محكمة التمييز ما يؤيد عدم اشتراط الأتصال المادي ما بين الفعل والضرر الواقع حيث جاء في أحد قراراتها ما يلي: " أما أن شركة الإسمنت قد باشرت في صنع الإسمنت وتشغيل مصانعها بحيث تطاير منها غبار ودخان اضر بأشجار المدعين فإن الضرر الناشئ عن هذا الفعل الضار يوجب الضمان على الشركة، وبهذه الحالة تكون ملزمة بقدر ما لحق المضروب من ضرر وما فاته من كسب" (١).

وجاء أيضاً في أحد قراراتها ما يلي: " إذا ارتطمت السيارة بالتراب الذي حول الحفرة وانزلقت عن التراب في عرض الشارع ، أو كان نتيجة سقوط إحدى عجلاتها بالحفرة ، فإن سلطة المياه مسؤولة عن الضرر الذي حصل لسيارة المميز ضدها لعدم وضعها إشارات تحذيرية بوجود الحفرة التي كانت السبب المباشر لانزلاق السيارة وبالتالي فإن أركان المسؤولية التقصيرية الثلاثة متوفرة بحق سلطة المياه ، وفقاً لأحكام المادة ٢٥٦ من القانون المدني" (٢).

١ قرار محكمة التمييز بصفتها الحقوقية رقم (٨٣٣) لسنة (١٩٨٧) جلسة تاريخ (٣٠/١١/١٩٨٨) منشورات القسطاس.
٢ قرار محكمة التمييز بصفتها الحقوقية رقم (١٦٩٦) لسنة (١٩٩٩) جلسة تاريخ (٣١/١٠/٢٠٠٠) منشورات القسطاس.

وكذلك الحال في قرار آخر لها: "على الرغم من أن تصرف الشركة المدعى عليها بإنشاء مصنع الإسمنت في أرضها هو تصرف قانوني وليس فيه أضرار بحد ذاته ، إلا أن مباشرة الشركة في صنع الإسمنت وتشغيل مصانعها بحيث تطاير منها غبار أضر بأشجار وارض المدعيين ، فإن الضرر الناشئ عن هذا الفعل الضار يوجب الضمان على الشركة ، وعليه فإن طلب سماع البينة الشخصية حول استعمال المدعى عليها الوسائل العلمية غير منتج ما دام أن تطاير الغبار ما زال مستمرا ويلحق الضرر بأشجار وبناء الغير"^(١)

- صور الإضرار بالمباشرة:

لم يتعرض فقهاء المذاهب الأربعة لبحث مسألة الصور التي تتخذها المباشرة، وإنما كانت موضوع بحث للفقهاء المعاصرين وقد استنتج هؤلاء صور المباشرة من خلال الفروع التي ساقها فقهاء الشريعة الغراء على حالة الإضرار بالمباشرة . ووجد الباحث أن آراء الفقهاء اختلفت حول هذا الموضوع أيضاً، وأنقسمت إلى إتجاهين: يذهب الاتجاه الأول إلى أن المباشرة لها صورة واحدة وهي صورة الفعل الإيجابي، ويذهب الاتجاه الثاني إلى أن المباشرة يمكن أن تتحقق بالامتناع (الفعل السلبي) كما تتحقق بالفعل الإيجابي. وسيتم التفصيل بهذين الاتجاهين على النحو التالي:

الاتجاه الأول: وهو اتجاه الجمهور من الحنفية والمالكية والشافعية إضافة إلى الأمامية، ويرى انصار هذا الاتجاه أنه يستشف من خلال التعريفات التي أعطاها فقهاء الشريعة للمباشرة أنها تتخذ صورة وحيدة هي صورة الفعل الإيجابي. ولذلك فهم يشترطون لتضمن المباشرة أن يصدر منه فعل إيجابي على أساس أن مناط التضمن هو الأتلاف، والأتلاف لا يتحقق إلا بإحداث ما يترتب عليه التلف، وهو لديهم الفعل الإيجابي (أبو الليل، ١٩٨٠، ص ٣٠٥).

وفي هذا الصدد يقول الشيخ علي الخفيف: "أما إذا لم يكن الفعل حسياً فإن كان فعلاً نفسياً كالكف يتسبب عنه تلف مال لآخر فلا ضمان بسببه، فإذا رأى إنسان مالاً لآخر معرضاً للتلف بنار مثلاً وكان في قدرته انقاذه ولم يفعل فلا ضمان عليه لعدم المباشرة، ذلك لأن المباشرة إنما تتحقق إذا كان هنالك اتصال بين الفعل الضار ومحل الضرر كما في إتصال آلة الإتلاف بالمال المتلف وذلك إنما يتصور في الفعل الحسي" (الخفيف، ١٩٧١، ص: ٤٠-٤١)

١ قرار محكمة التمييز بصفتها الحقوقية رقم (٣٣٠٧) لسنة (٢٠٠٠) جلسة تاريخ (٢٠/٠٣/٢٠٠١) منشورات القضاة.

وقد أخذت بهذا الاتجاه المجلة وذلك عند تعريفها للمباشرة في المادة (٨٨٧) منها حيث نصت على: "الأتلاف مباشرة هو إتلاف الشيء بالذات من غير أن يتخلل بين فعل المباشرة والتلف فعل آخر" ويفهم من نص هذه المادة أن المباشرة حتى تتحقق يجب أن يتخذ الفعل الصادر عن المسؤول مظهر النشاط الإيجابي الحسي لا مجرد الموقف السلبي والذي يتمثل في الأمتناع الذي ينجم عنه الضرر، وإن كان يمكن مساءلته في هذه الحالة لكونه متسبباً في الضرر وليس باعتباره مباشراً.

وكذلك الحال إذا رأى شخص حمار غيره يأكل حنطة آخر فلم يمنعه فإنه لاضمان عليه، بخلاف ما لو كان الحمار له، والفرق ظاهر لأن فعل الحمار ينسب إليه مع رجوع المنفعة له فقويت بذلك علة الضمان، بخلاف حمار غيره فلا ينسب إليه فعله ولا ترجع منفعته (رد المحتار ٥٣٧/٥) نقلاً عن (أحمد، ١٩٨٥، ص ٢١١).

والمباشرة الإيجابية توجب الضمان على المباشر باتفاق الفقهاء، فالاجماع منعقد على أنه متى ترتب عليها ضرر بالغير ألزم المباشر بجبر الضرر وتعويض المضرور عما أصابه من ضرر. ولا خلاف بين شراح القانون أن الإضرار بالمباشرة يتحقق إذا كان الفعل الذي قام به المباشر إيجابياً بأن قام بفعل ما ترتب عليه الحاق الأذى بالآخرين (سيد، ٢٠٠٨، ص ٣٤).

الاتجاه الثاني: وهو اتجاه المالكية وبعض الحنابلة وأهل الظاهر، ويرى هذا الاتجاه بتضمين المباشر في الفعل السلبي (الامتناع)، والمباشرة بالامتناع تتحقق عندما يكون فيها فعل المباشرة نفسياً بأن يمتنع عن تخليص مال غيره معرض للهلاك مع قدرته على ذلك فيتلف المال (سيد، ٢٠٠٨، ص ٣٥). وذلك بناء على أن المباشر قد ترك واجباً عليه، ألا وهو المحافظة على مال أخيه المسلم مع قدرته على ذلك، ومن ترك واجباً فترتب على تركه ضرر مباشر ضمن، "فمن يرى ناراً تلتهم مالاً في غير وجود صاحبه وكان يستطيع إطفاءها وإنقاذ المال من الحترق فإنه يضمن هذا المال لصاحبه؛ لأن صون المال واجب على القادر عليه" (سيد، ٢٠٠٨، ص ٣٥).

وكان رأي المالكية بتضمين المباشر بالفعل السلبي بناء على أن الترك فعل على المشهور في المذهب، ويجب عندهم تخليص الإنسان مال غيره من الهلاك إذا قدر عليه سواء كان ذلك بيده أو جاهه، ولو بدفع مال من عنده، ويرجع به على صاحبه إذا توقف الخلاص على دفع المال، حتى لو لم يأذن صاحبه في الدفع، لأن المحافظة على مال أخيه المسلم واجب، ومن ترك واجباً في الحفظ وترتب على ذلك تلف ضمنه. (أحمد، ١٩٨٥، ص ٢٠٩) ومثال ذلك لو مرّ برجل معه صيد وهو مفتقر إلى سكنين يذكي بها ومع المار سكنين فلم يدفعها له حتى مات ضمن. (أحمد، ١٩٨٥، ص ٢١٠)

ولقد اختلف شرح القانون بهذه المسألة أيضا فمنهم من قال بتضمين المباشر بالفعل السلبي، ومنهم من يرى بأن المباشرة لا يمكن أن تتحقق بفعل سلبي، لأن ذلك لا يتفق مع طبيعتها، فمباشر الضرر في حالة الامتناع ليس هو الممتنع وإنما هو ما ترتب على الامتناع من مرض أو جوع ... (أبو الليل، ١٩٨٠، ص ٣٠٦).

وقد أخذت محكمة التمييز بهذا الاتجاه حيث جاء بأحد قراراتها^(١) ما يلي : "...أن كل اضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر بمعنى أن كل فعل يصيب الغير بضرر فإنه يستوجب التعويض والفعل إما أن يكون إيجابيا أو سلبيا ويكون من ضمنه العمل غير المشروع أو العمل المخالف للقانون أو الفعل الذي يحرمه القانون ...".

وعلى هذا فإن الباحث يتفق مع اتجاه الجمهور، الذي يضمن المباشر بصورة الفعل الإيجابي المادي (الحسي-)، ذلك لأن الإضرار بالمباشرة يتطلب فعلاً إيجابيا من المباشر، بحيث لا تتحقق بالفعل السلبي (الامتناع)، فعلى سبيل المثال الطبيب الذي يمتنع عن اسعاف مريض وصل إلى المستشفى الذي يعمل به الطبيب بحالة خطره، وهو قادر على ذلك، ويلحق بالمريض ضرراً بأن يموت مثلا، فهنا يكون الطبيب مسؤولاً عن الضرر؛ وذلك لأن امتناعه عن معالجة المريض مخالف للالتزام القانوني الملقى على عاتقه بأسعاف وتطبيب المرضى، فيكون مسؤولاً عن الإضرار بصفته متسبباً به وليس مباشراً، وذلك لأن المباشرة هي مباشرة الشيء، وهذا لا يتم إلا إذا كان الفعل إيجابياً .

يخلص الباحث من عناصر الإضرار بالمباشرة إلى أن المشرع الأردني لم يكن موفقاً في صياغة نص المادة (٢٥٧) والتي ضمنت المباشر بدون شرط، بل كان من الأولى تضمين نص المادة شرط التعدي لتضمين المباشر، لما لحق التعدي من تطور في مفهومه الذي أصبح شمولياً يغطي كافة حالات الإضرار، ولكون التضمين في المباشرة يكون بسبب الفعل وليس بالنظر إلى الفاعل، فالتعدي هنا مفترض، ولا يكلف المضرور إثباته، إلا أنه من حق من اسند إلى فعله التعدي أن يثبت أنه لم يتعد لدفع المسؤولية عنه.

١ قرار محكمة التمييز بصفتها الحوقية رقم (٩٢٥) لسنة (١٩٩٠) تاريخ (١٩٩١/٢/٥) .

ثانياً: عناصر الإضرار بالتسبب :

سوف نتناول عناصر الإضرار بالتسبب من خلال التعرض لمفهوم التسبب وحالاته وصوره.

- مفهوم التسبب :

التسبب هو إيجاد علة المباشرة، وهو منقسم إلى قوي كالإكراه وهو موجب للقصاص والضمان على المكروه؛ لأنه ملجئ المكروه إلى المباشرة، وضعيف كمن شهد بالزنا على إنسان فقتل بشهادته أو رجم بالحد بشهادته فإنه يلزمه الضمان والقصاص، ومردد بينهما أي قد يتردد في اسباب منها كتقديم الطعام المسموم إلى الضيف إذا أكله فمات بسمه فهذا التقديم لا الجاء فيه، لأن الضيف مختار في الأكل غير مضطر إليه وداعية الأكل مخلوقه فيه غير متولده من المضيف، فلهذا اختلف في كونه متسبباً (عز الدين، (د.ت)، ص ص ١٥٥-١٥٦).

وان التسبب قد عرف تعريفات عديدة، ولكنها اشتركت في إظهار مدى قوة علاقة السببية التي تمثل الترابط بين الفعل الضار والنتيجة، لذا يمكن تعريف التسبب بأنه ما أحدث الضرر لا بذاته بل بواسطة.

- حالات الإضرار بالتسبب :

قبل التعرض لحالات الإضرار بالتسبب لابد من الإشارة إلى أن هناك خلاف فقهي في صياغة قاعدة التسبب - كما هو الحال بالمباشرة - وبالرجوع إلى كتب الفقه الإسلامي التي تعتبر مصدر من مصادر التشريع في القانون المدني الأردني، وتحليل ما جاء فيها بخصوص صياغة قاعدة التسبب، توصل الباحث إلى النتائج التالية:

أولاً: إن الفقه الإسلامي والقانوني لم يجمعاً على صياغة واحدة لقاعدة التسبب حيث إن الصفة التي يتوقف عليها الضمان كانت محل خلاف بين اتجاهات متعددة من الفقهاء، وذلك على النحو التالي :

الاتجاه الأول : الذي أشار إلى أن (المتسبب ضامن إذا كان متعمداً)^(١) (ابن نجيم، ١٩٩٨، ص ٣١٧).

الاتجاه الثاني : الذي أشار إلى أن (المتسبب ضامن إذا كان متعمداً)^(٢) (البغدادي، ١٣٠٨هـ، ص ١٤٦).

الاتجاه الثالث : الذي أشار إلى أن (المتسبب ضامن إذا كان متعمداً أو متعمداً)^(٣) (اللبناني، (د.ت)، ص ٦٠).

١ وراجع المادتين ٩٢، ٩٣ من المجلة. التي أخذت النص عن الأشباه والنظائر لابن نجيم، (حيدر، ٢٠٠٣، ص ٩٤) وبذلك يكون ابن نجيم هو أول الفقهاء الحنفيين الذي قام بجمع القواعد الكلية في الفن الأول من كتابه الأشباه والنظائر وجمعها في خمسة وعشرون قاعدة (الزرقا، ١٩٩٨، ص ٩٧٢)، ولذلك فإن ابن نجيم يعتبر المرجع الأول في شرح القواعد الكلية المأثورة في الفقه الإسلامي حيث اضاف للقواعد الأساسية قاعدة سادسة لا ثواب إلا بالنية واطراف تسعة عشر قاعدة اخرى في موضوعات مختلفة أقل اتساعاً وشمولاً يتفرع عنها بعض قواعد فرعية اخرى وأحكام كثيرة وقد بسط ابن نجيم القول فيما يتفرع عن هذه القواعد من فروع الأحكام العملية (الزرقا، ١٩٩٨، ص ص: ٩٧٠-٩٧٣)، ويمكن القول أن ابن نجيم هو المرجع الأساسي الذي يشار إليه في كتب الفقه الإسلامية القديم والمعاصر على اختلافها التي أشارت إلى هذه القاعدة بصياغتها على النحو التالي "المباشر ضامن وان لم يتعمد، والمتسبب لا، إلا إذا كان متعمداً... الخ" (ابن نجيم، ١٩٩٨، ص ٣١٧) إلى أن وصلتنا الآن حسب نص المادة (٩٣) من المجلة.

٢ وردت صياغة هذه القاعدة في كتاب البغدادي بالصيغة التالية "المباشر ضامن وان لم يتعمد والمتسبب لا إلا إذا كان متعمداً فلو حفر بنزراً في ملكه فوقع فيها إنسان لم يضمن ولو في غير ملكه ضمنه ذكره في الأشباه "

الاتجاه الرابع : الذي أشار إلى أن (المتسبب ضامن إذا كان متعدياً ومتعمداً) (حيدر، ٢٠٠٣، ص ٩٤).

ثانياً : أن الباحث توصل ومن خلال المقارنة لما جاء في كتاب الأشباه والنظائر (الطبعة الأولى ١٨٢٥م) لمؤلفه ابن نجيم، ولما جاء في كتاب مجمع الضمانات (طبعة ١٨٩٠م) لمؤلفه البغدادي، فيما يخص صياغة قاعدة التسبب، أن البغدادي في مجمع الضمانات قد أسند ما توصل إليه بخصوص صياغة قاعدة التسبب لابن نجيم بقوله: " المباشِر ضامن وإن لم يتعد والمتسبب لا إلا إذا كان متعدياً فلو حفر بئراً في ملكه فوقع فيها إنسان لم يضمّن ولو في غير ملكه ضمنه ذكره في الأشباه" و نلاحظ هنا أن البغدادي قد نقل صياغة ابن نجيم حرفياً باستثناء كلمة واحدة إلا وهي "التعمد" واستبدالها بكلمة "التعدي".

وهذا يقود الباحث إلى الاستنتاج التالي: أن أول من صاغ قاعدة للمباشرة والتسبب هو ابن نجيم حسب ما ورد في كتب الفقه الإسلامي وما جاء بإسناد البغدادي^(١)، وأن البغدادي اجتهد في صياغة جديدة لهذه القاعدة وكان قاصداً هذه الصياغة ليعطي نتائج هامة ومختلفة تماماً عما صاغها ابن نجيم، رغم أن الفقيهيين من المذهب الحنفي.

وأن الباحث يجد أن البغدادي قصد هذه النتائج المغايرة والهامة، ولم يخطئ في صياغة القاعدة عندما نقلها عن ابن نجيم كما يظن البعض^(٢)، كما أن الباحث لا يتفق مع البعض الآخر بقوله "إن ما ورد في المجلة والأشباه والنظائر لابن نجيم وهم ... بل إن البغدادي نقل العبارة صحيحة خالية من الإيهام"^(٣) (فيض الله، ١٩٦٢، ص ١٦٤).

ثالثاً: إن الفقهاء المسلمون وعلى وجه الخصوص الفقه الحنفي لم يجمعوا على صياغة قاعدة عامة للتسبب للأسباب التالية :

١ "المباشِر ضامن وإن لم يتعد والمتسبب لا إلا إذا كان متعدياً فلو حفر بئراً في ملكه فوقع فيها إنسان لم يضمّن ولو في غير ملكه ضمنه ذكره في الأشباه" (البغدادي، ١٣٠٨هـ، ص ١٤٦).
٢ كما جاء في كتاب د.صبيح محمصاني حيث قال "... ولكن البغدادي في مجمع الضمانات مع اقراره بأنه أخذ هذه القاعدة عن الأشباه، قد نقلها بعبارة مغلوبة ووضع فيها كلمة التعدي مكان التعمد فجاءت هكذا : "المباشِر ضامن وإن لم يتعد، والمتسبب لا إلا إذا كان متعدياً" وربما كان هذا من اسباب الغلط في عدم التمييز بين التعدي والتعمد عند بعض المتأخرين" (محصصاني، ١٩٧٢، ص ١٧٤).

٣ وذلك لأن ابن نجيم قد أشار إلى التعمد وليس إلى التعدي في المباشرة والتسبب، وبالتالي فإن البغدادي قد نقل القاعدة ولكن بصياغته التي قصدتها كقاعدة جديدة وقصد المعنى الذي اتجهت إليه هذه القاعدة خاصة فيما يتعلق بالتسبب لأن المعنى مختلف عما صاغه ابن نجيم في عصر البغدادي مع اختلاف الباحث مع البغدادي في صياغته لقاعدة المباشرة و تأكيده أن قاعدة التسبب لا تصاغ بصياغة عامة صالحة لكل زمان ومكان وإن البغدادي عندما صاغ هذه القاعدة وقصدتها كانت صالحة لزمانه في ذلك الوقت وهو أول من أشار إلى هذه الصياغة التي تعطي النتائج المغايرة والهامة عما جاء به ابن نجيم وإن الباحث يجد أن صياغة البغدادي اعطت افقا للباحثين لصياغة قاعدة التسبب بما يتناسب مع كل زمان ومكان تقتضيه ظروف الحال بتغيير صياغة هذه القاعدة كما هو الحال عليه زماننا والذي صيغت فيه القاعدة بصياغات مختلفة أكد الباحث أن هذه الصياغات جميعها لا تتناقض من حيث النتيجة لأنها كانت صالحة للزمان الذي صيغت فيه وبما يحتاجه هذا الزمان من أحكام وقواعد جديدة وإن الباحث يجد أن الصياغة التي تتلائم مع زماننا هذا ولا تتناقض بما صيغت فيه هذه القاعدة بالازمان السابقة هي : "إن المتسبب ضامن وإن لم يتعد أو يتعمد" كما جاء في أحد شروح المجلة (سليم اللبناني، د.ت.ص ٦٠) وكما جاء عليه القانون المدني الأردني .

١- بالرجوع إلى التسلسل الزمني لصياغات قاعدة التسبب، حسب ما وصل إلينا من كتب الفقه، يجد الباحث أن أول صياغة لقاعدة التسبب جاءت في كتاب الأشباه والنظائر لابن نجيم وأشترط التعمد لتضمين المتسبب، ثم جاء البغدادي وصاغها صياغة جديدة في كتابه مجمع الضمانات واشترط التعدي مكان التعمد، ثم جاءت مجلة الأحكام العدلية وقام واضعوها بصياغة قاعدة التسبب في مادتين فأشترطت التعمد في المادة (٩٣) واشترطت التعدي في المادة (٩٢٤) والذي صيغت جميع أحكامها على الراجح من أحكام الفقه الحنفي.

أما شرح مجلة الأحكام العدلية فقد تباينت اتجاهاتهم فيما يتعلق بالصفة التي يتوقف عليها الضمان بالتسبب، فمنهم من اشترط التعمد والتعدي، ومنهم من اشترط التعدي أو التعمد لتضمين المتسبب وذلك على النحو التالي:

أ- أن علي حيدر قد ذكر في شرحه لنص المادة (٩٣) من مجلة الأحكام العدلية ما يلي " قد أخذت هذه المادة عن قاعدة "المباشر ضامن وأن لم يتعمد والمتسبب غير ضامن إلا إذا كان متعمداً" الواردة في الأشباه ويشترط في ضمان المتسبب شيئان : (١): ان يكون متعمداً (٢): ان يكون متعمداً فعليه لو دعر حيوان شخص من آخر وفر فلا ضمان على الشخص الذي فر منه الحيوان ما لم يكن متعمداً وكذلك الحال في المادة (٩٢٤) الوارد ذكرها في مجلة الأحكام العدلية حيث ذكر ما يلي : "يشترط شيئان التعمد والتعدي لأن يكون التسبب موجبا للضمان على ما ذكر انفاً في المادتين (٩١٢ و ٩٢٣) يعني ضمان المتسبب في الضرر الناشئ عن تسببه مشروط بعمله فعلاً مفضياً إلى ذلك الضرر عمداً وبغير حق، أي إذا كان قد استعمله عمداً وتعدياً كان ضامناً".

ب- أن سليم رستم باز اللبناني ذكر في شرحه للمادة (٩٣) من مجلة الأحكام العدلية ما يلي "المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد أو بالتعدي ... والسبب في تضمين المتسبب عند التعدي أو التعمد هو أن المباشرة علة وسبب مستقل".

ان الباحث يجد أن هذا التباين والاختلاف لهذه الشروح في مجلة الأحكام العدلية قد اوجد قاعدة ثالثة للتسبب وهي الجمع بين صفتي التعمد والتعدي لضمان المتسبب، بغض النظر عن الخلاف الذي ورد في الشروح . حيث إن خلاف شارحي المجلة في تضمين صفتي (التعمد والتعدي) أم (التعمد أو التعدي) إلى فعل المتسبب لا ينفى عن ذلك أن هذا التعدد اوجد قاعدة جديدة أخذت بصفتي التعمد والتعدي سواء مجتمعين (التعمد والتعدي) أو منفصلتين (التعمد أو التعدي) .

٢- إن طبيعة العلاقة السببية ما بين الفعل والنتيجة، فيما يتعلق بالمباشرة أقوى وواضح منها في اسناد الفعل إلى فاعله، منها في التسبب مما يقتضي- البحث والتدقيق في اسناد الضرر إلى فاعله في التسبب والتأكد من هذا الإسناد.

٣- إن المتصفح لكتب الفقه الإسلامي في باب الإلتلاف والتعدي يرى أمثلة الإضرار بالمباشرة أقل من أمثلة الإضرار بالتسبب، ويفسر- ذلك أن الإضرار بالمباشرة لا تحتاج إلى عناء وتوضيح ولم تكن من ثم ميداناً للخلاف والمناقشة . ولا ينبغي أن يفهم من ذلك أن أحوال المباشرة في الواقع أقل من أحوال التسبب فالمتصفح لباب الحدود والجنايات على النفوس والأبدان يجد أن معظم تلك الجرائم تحصل مباشرة والأمثلة على ذلك السرقة وأحوال العمد وشبه العمد والخطأ في القتل وقطع الأعضاء والجراح... الخ، تكون معظمها مباشرة لا تسبباً، وكذلك في إلتلاف الأموال لا تقل أحوال الاعتداء في المباشرة عن أحوال الاعتداء في التسبب ومثاله يعتبر فاعلاً مباشراً من قطع شجرة الغير أو ذبح حيوانه أو قطع اطرافه أو احرق ثوبه أو شقه أو هدم بناءه أو احرقه أو كسر- أو عطل ماله أو ما إلى ذلك مما لا يعد ولا يحصى، فلذا كان من الخطأ أن يستنتج من قلة الأمثلة بأحوال المباشرة من قبل الفقهاء يعني أن المسؤولية فيها استثنائية بالقياس إلى المسؤولية في أحوال التسبب فلا الواقع يبرر ذلك ولا الفقهاء قالوا به وليس في أبحاثهم أو قواعدهم ما يؤيده (محمصاني، ١٩٧٢، ص١٨٢).

٤- أن الأمثلة الكثيرة التي أشار إليها الفقهاء المسلمون في موضوع التسبب لم تأتي عبثاً ولا لغواً . وإنما أتت لضرورة اقتضتها واقعة التسبب وظروفها باختلاف الزمان والمكان حيث إن طبيعة البشر وما يلزم هذه الطبيعة في العادات والتقاليد، واختلاف المجتمعات ومزاجية أفعالهم، وما هو محظور في زمان قد يأتي زمان آخر، ويصبح الفعل ذاته مباح لا ضمان فيه تطبيقاً للقاعدة الكلية القائلة: "لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان". "فالحياة متطورة متجددة ومنازعاتها مستمرة ومتنوعة تتطور بتقدم الحياة، وكان نتيجة ذلك عدم الثبات النسبي لأحكام وقواعد المسؤولية المدنية فما كان مقبولاً بالأمس لم يعد كذلك اليوم، وما هو سائد في مكان ما، لا يكون بالضرورة في مكان آخر" (أبو الليل، ١٩٨٠، ص٣).

وبالتالي فإن تشعب وإختلاف الأمثلة التي أوردتها الفقهاء في التسبب تعطي وتؤكد مدلولات هامة من أن صياغة قاعدة للتسبب في الفقه الإسلامي صالحة لكل زمان ومكان أمر غير واقعي، وغير سليم، وأن الشارع الحكيم قد ترك ذلك لما تقتضيه ظروف كل زمان ومكان لأهل العلم والفقه، يتم من خلالهم تشریح ما يخدم هذا الزمان والمكان من القواعد التي يمكن صياغتها تبعاً لتطور الحياة الاجتماعية، والاقتصادية والسياسية التي تلم بواقع المجتمع.

وبالتالي فإن البغدادي قام ولما أشرنا إليه أعلاه بالاجتهاد في إعادة صياغة قاعدة ابن نجيم بما يتلاءم مع ما يخدم المجتمع في زمانه وان هذا خلق أفقاً جديداً لفقهائنا في الاجتهاد لصياغة ما يلزم من القواعد في هذا المجال لضمان حق المضرور في الحصول على التعويض العادل لما أصابه من ضرر من فعل المتسبب. وإن اختلاف الفقهاء في صياغة قاعدة التسبب من زمان لآخر، هو تطبيقاً للقاعدة الكلية القائلة: "لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان"، كون ما قام به البغدادي لا يتناقض مع الأحكام والقواعد المستقره في الفقه الاسلامي، وأن اختيار الصفة التي يتوقف عليها الضمان في التسبب هي من اجتهاد فقهاء كل عصر- بما يتلاءم مع حاجات أفراد مجتمعهم، تطبيقاً للقواعد المستقره في الفقه الإسلامي والتي تسعى إلى تعويض المضرور عما أصابه من ضرر.

وحيث توصلنا إلى أن التعدي هو: "مجاوزه ما ينبغي أن يقتصر— عليه شرعاً أو عرفاً أو عادة"، وان التعدي بهذا المعنى يعطي مدلولاً شمولياً بحيث يشمل العمد والخطأ، كما يشمل التقصير والإهمال وعدم الاحتراز (فيض الله، ١٩٦٢، ص: ١٩٠-١٩١) واعتبره الباحث تعريفاً واضحاً جامعاً مانعاً باعتباره يشمل كل فعل مادي يأتيه الشخص ويكون في حالة خروج عن حدود الحق المرسوم له، لكل ما سبق فإن الاتجاه الثاني هو الاتجاه الأكثر ملاءمة لظروف هذا العصر.

أما قرارات محكمة التمييز الأردنية على اتجاهات صياغة قاعدة التسبب فقد جاءت متباينة وسنعرضها على النحو التالي :

جاء على الاتجاه الأول: الذي أشار إلى أن المتسبب ضامن إذا كان متعمداً ما يلي : جاء في قرار لمحكمة التمييز بصفتها الحقوقية رقم (٨٠٩) لسنة (١٩٨٦) جلسة تاريخ (١٩٨٦/١٢/١٠) منشورات القسطاس ما يلي : "ان الالتزام القانوني الذي يعتبر الاخلال به خطأ في المسؤولية التقصيرية هو التزام ببذل عناية وهو أن يصطنع الشخص في سلوكه اليقظة والحذر حتى لا يضر- بغيره فاذا انحرف عن هذا السلوك الواجب مع ادراكه بذلك يكون هذا الانحراف خطأ يستوجب مسؤوليته التقصيرية سواء كان هذا الانحراف ناتجاً عن تعمد الشخص الإضرار بالغير أو عن إهماله وتقصيره".

وجاء في قرار آخر لمحكمة التمييز بصفتها الحقوقية رقم (٤٨٠) لسنة (١٩٦٦) جلسة تاريخ (١٩٦٦/١٢/١١) منشورات القسطاس ما يلي :

"ان ضمان الضرر الناتج عن التعمد أو التسبب يتوقف على ثبوت العناصر التالية: أ. صدور خطأ من المسؤول. ب. لحوق ضرر بالسائل. ج. وجود رابطة سببية تربط الخطأ بالضرر وتجعل الأول علة الثاني. إذا لم يصدر خطأ من المسؤول فإن عدم توفر الخطأ ينفي المسؤولية عن المسؤول."^(١)

جاء في أحد قراراتها ما يلي: "إذا لم يثبت أن المميز ضده قد تعمد الحاق الضرر أو أنه كان متعمداً في ممارسته لعمله في قيادة السيارة كما لم يثبت أنه قد ارتكب أي خطأ أثناء قيادة السيارة، أو ارتكب أي إهمال أو تقصير فإنه والحاله هذه لا يسأل عن الإضرار التي لحقت بالسيارة، وذلك تطبيقاً لأحكام المادة (٨١٧) من القانون المدني التي نصت على أن (يضمن العامل ما يصيب مال صاحب العمل من نقص أو تلف أو فقد بسبب تقصيره أو تعديه)"^(٢).

جاء في أحد قراراتها ما يلي: "إذا نجم الخطأ عن مأمور التسوية فإن دائرة الأراضي والمساحة هي المسؤولة بمواجهة المدعي عن الخطأ الذي تسبب فيه موظفها والذي ثبت حصول هذا الخطأ بتقرير لجنة التحقيق التي شكلها مدير عام دائرة الأراضي والمساحة وبالتالي فإن الخصم في هذه الدعوى هي دائرة الأراضي وليس الموظف الذي وقع الخطأ. وحيث أن تصحيح الخطأ كان بالتعويض العادل عن المساحات التي تم حذفها من حصة المدعي يكون ما توصلت إليه محكمة الموضوع بهذا الشأن موافق للقانون بعد أن أكدت لجنة التحقيق المشار إليها آنفاً بعدم إمكانية إعادة المساحة الخاصة بالمدعي التي أصبحت مع مساحة الشركاء. وما دام أن الإعادة قد تعذرت فإنه يلجأ للتعويض عن هذه المساحات التي يتم تقدير التعويض عنها بواسطة أهل الخبرة ولا مجال لإجراء الخبرة المطلوبة في هذا السبب في ظل عدم إمكانية إعادة هذه المساحة وعلى ما بينته لجنة التحقيق... أن الخصم في الدعوى يكون من تسبب بالخطأ، وما دام أن الثابت أن دائرة الأراضي هي المتسببة به بواسطة أحد تابعيها تكون الدعوى بمواجهتها وليس بمواجهة الشركاء الآخرين الذي استفادوا من هذا الخطأ لانعدام السبب الذي يمكن للمدعي بمخاصمتهم لكونهم لم يصدر عنهم أي تصرف بمواجهة المدعي يوجب التعويض"^(٣)

١ وفي نفس المعنى قرار محكمة التمييز بصفتها الحقوقية رقم (٣) لسنة (١٩٧١) جلسة تاريخ (١٨/٠١/١٩٧١) منشورات القسطاس.

٢ قرار محكمة التمييز بصفتها الحقوقية رقم (١٩٥٥) لسنة (١٩٩٩) جلسة تاريخ (١٠/٠٢/٢٠٠٠) منشورات القسطاس.

٣ قرار محكمة التمييز بصفتها الحقوقية رقم (٣٣٧٥) لسنة (٢٠٠٧) جلسة تاريخ (٢٦/٠٦/٢٠٠٨) منشورات القسطاس.

جاء في أحد قراراتها ما يلي : "ان إستعمال المواطن لرخصة الشكوى والتظلم بسوء نية بقصد الكيد والتعدي إستعمالاً غير مشروع يكون ركن الخطأ في المسؤولية عن الفعل الضار التي تلزم الفاعل بموجبها الضمان وان عبء أثبات سوء النية والتعدي يقع على عاتق المضرور ، وفقا لنص المادة (٦١) من القانون المدني"^(١)

وفي هذا الاتجاه كانت قرارات محكمة التمييز حيث جاء في احدى قراراتها رقم (١١١٣) لسنة (٢٠١٣) جلسة تاريخ (٢٠١٣/٧/٩) ما يلي: "ان الاجتهاد القضائي جرى على أن تصرف المالك بشكل يضر بالغير يعتبر تعديا موجبا للضمان وان تشغيل شركة مصانع الإسمنت لمصانعها وما يتطاير منها من غبار اسمنتي وسقوطه على العقار موضوع الدعوى قد الحق الضرر وانقص من قيمته وان هذا الفعل يوجب الضمان على الشركة المدعى عليها ... وحيث أن تصرف المالك بملكه بشكل يضر بالغير يعتبر تعدياً موجبا للضمان وحيث ثبت من الخبرة أن ضرراً لحق بالمدعين جراء تطاير الغبار الاسمنتي الصادر عن مصانع الشركة المدعى عليها فتكون عناصر المسؤولية التقصيرية بحق المدعى عليها من الخطأ والضرر وعلاقة السببية متوافرة وان الحكم له بالتعويض عن تلك الإضرار يتفق والقانون والاجتهاد القضائي" ومن هنا نجد أن شركة مصانع الإسمنت باعتبارها متسببة متعدية جراء تطاير الغبار الاسمنتي كما اشارت إلى ذلك محكمة التمييز والحالة هذه تكون الشركة بفعالها هذا قد تكونت أركان المسؤولية التقصيرية من خطأ وضرر وعلاقة سببية، وهذا يؤكد أن محكمة التمييز وبوصفها محكمة قانون تشير إلى مفهوم الخطأ في حالات الإضرار بالتسبب .

جاء على الاتجاه الثاني : الذي أشار إلى أن (المتسبب ضامن إذا كان متعديا) ما يلي :
جاء في قرار لمحكمة التمييز بصفتها الحقوقية رقم(٥٨) لسنة (١٩٥٣) جلسة تاريخ (١٩٥٣/٦/٣) منشورات القسطاس : "استقر اجتهاد الفقه والقضاء على أن الخطأ هو قوام المسؤولية المدنية واذا انتفى الخطأ فلا مسؤولية ولا تعويض وذلك طبقا للقاعدة القانونية التي نصت على أنه (المتسبب غير ضامن إلا إذا تعدي)"^(٢)

١ قرار محكمة التمييز بصفتها الحقوقية رقم(١١٠٥) لسنة (٢٠١١) جلسة تاريخ (٢٠١١/٦/٢٠١١) منشورات القسطاس.
٢ قرار محكمة التمييز بصفتها الحقوقية رقم(٥٨) لسنة (١٩٥٣) جلسة تاريخ (١٩٥٣/٦/٣) منشورات القسطاس.

وجاء في أحد قراراتها ما يلي : " أما إلحاق الضرر بالغير بطريق التسبب فيلزم فيه توافر التعدي وهو يعني أن يضر- المتسبب بحق الغير أو ملكه المعصوم وهو يرتكب سلوكاً منحرفاً لسلوك الرجل المعتاد متوسط الحرص في المجتمع دون النظر إلى ما إذا كان قاصداً للإضرار أم لا بل دون النظر إلى مدى إدراكه وتمييزه لأفعاله ونتائجها فالتعدي في القانون المدني الأردني يعد عملاً غير مشروع وعدم المشروعية فيه موضوعية تقاس بمعيار موضوعي لا علاقة له بإرادة الإنسان وداخله، ففي المباشرة ينظر إلى الضرر وحده في حين ينظر في التسبب إلى الضرر وسلوك المتسبب في الضرر معاً"^(١)

جاء على الاتجاه الثالث : الذي أشار إلى أن (المتسبب ضامن إذا كان متعدياً أو متعمداً) ما يلي :
وجاء في أحد قراراتها ما يلي : "ان وقوع الضرر بالمباشرة يلزم الضمان بدون شروط أما إذا وقع بالتسبب أي يرتكب فعل تؤدي نتائجه إلى الضرر دون الفعل ذاته فإنه يشترط للضمان في هذه الحالة توفر التعدي أو التعمد أو أن يكون الفعل مفضياً إلى الضرر وفقاً لأحكام المادة (٢٥٧) من القانون المدني الأردني"^(٢)

قرار محكمة التمييز بصفتها الحقوقية رقم (٨٣٩) لسنة (٢٠٠٢) جلسة تاريخ (٢٠٠٢/٤/١٧) منشورات القسطاس : " أن الأحكام الواردة في المادتين ٢٥٦ و٢٥٧ من القانون المدني تتضمن أن كل اضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز، مباشراً أو متسبباً بضمان الضرر، الأمر الذي يبني عليه أن المتسبب بالضرر مسؤول عن تعويض لمضروور سواء أكان فعله مقصوداً أو غير مقصود."

جاء على الاتجاه الرابع : الذي أشار إلى أن (المتسبب ضامن إذا كان متعدياً ومتعمداً) ما يلي :
قرار محكمة التمييز بصفتها الحقوقية رقم (٣٢٠١) لسنة (٢٠٠٤) جلسة تاريخ (٢٠٠٥/٢/٠٨) منشورات القسطاس : "يستفاد من المادة ٢٥٦ من القانون المدني والمادة ٢٥٨ مدني ، أن الضمان يستلزم فعل أو امتناع عنه ينجم عنه ضرر وعلاقة سببية بينهما دون شروط إذا كان الضرر بالمباشرة ولا بد من توفر عنصر- التعدي والتعمد إذا كان الضرر بالتسبب وللحكم بالضمان والمسؤولية عن الضرر لا بد من توافر عناصر المسؤولية التقصيرية وهي (الفعل) والضرر وعلاقة سببية بينهما وفي حال انتفاء أي عنصر منها فلا مسؤولية ولا ضمان".

١ قرار محكمة التمييز بصفتها الحقوقية رقم (١٤٨٨) لسنة (٢٠٠٥) جلسة تاريخ (٢٠٠٥/١١/٢٠) منشورات القسطاس.
٢ قرار محكمة التمييز بصفتها الحقوقية رقم (٤١٥) لسنة (٢٠١٢) جلسة تاريخ (٢٠١٣/٣/٣) منشورات القسطاس.

جاء على الاتجاه الخامس في صياغة قاعدة التسبب ما يلي :

قرار محكمة التمييز بصفتها الحقوقية رقم(٦٥٨) لسنة (١٩٩١) جلسة تاريخ (١٩٩١/٦/٢٦) منشورات القسطاس : "تلزم المادة (٢٥٧) من القانون المدني "المتسبب في إيقاع الضرر بالضمان في حالتين الأولى التعدي أو التعمد ، والثانية أن يكون الفعل الصادر عن المتسبب يفضي- إلى الضرر ، وعليه فإن عدم قيام البلدية بإحداث ما يمنع تسرب المياه من أرضها إلى ارض المدعي فضلا على أنه تعد ، فهو مفض إلى الضرر وبذلك فهي ملزمة بالضمان، كما لا يجعل هذا الضرر مشروعا كون الأرض العائدة للبلدية قد بيعت لها من والد المدعي لاستعمالها مكبًا للنفايات".

ويخلص الباحث إلى أن المادة (٢٥٧) صيغت بما يتوافق مع ما جاء في أحد شروح المجلة^(١) للمادة (٩٣) حيث صاغها بطريقة مختلفة عما جاء في كتب الفقه والمجلة والشروح الاخرى وذلك على النحو التالي "المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد أو بالتعدي"، غير أن المشرع الأردني قدم التعدي على التعمد في الصياغة، وأضاف إلى هاتين الحالتين حالة ثالثة هي أن يكون الفعل مفضياً إلى الضرر.

وعلى الرغم من أن القانون المدني الأردني قد بحث حالات الإضرار بالتسبب تحت عنوان شروط الإضرار بالتسبب، إلا أن الباحث يفضل عنوان حالات الإضرار بالتسبب، كون نص المادة (٢/٢٥٧) بصياغته الحالية لا يتحدث عن شروط بل يتحدث عن حالات، فكل حالة من حالات التسبب مستقلة عن الاخرى، وذلك بسبب استخدام المشرع حرف (أو) الذي يفيد التقسيم لا الجمع.

ونشير هنا إلى أنه تم بحث حالات الإضرار بالتسبب بالتفصيل في الفصل الثاني تحت عنوان ركن الإضرار بالتسبب، وأيد الباحث الاتجاه الذي عرف التعدي بأنه مجاوزة ما ينبغي أن يقتصر عليه شرعاً أو عرفاً أو عادة، وان الأساس القانوني الذي تقوم عليه هذه الحالة هو الاكتفاء بالفعل ذاته، فبمجرد صدور الفعل من المتسبب مجاوزاً للشرع أو العرف أو العادة، وسبب ضرراً بالغير قامت مسؤولية المتسبب، دون الحاجة إلى بحث أدراكه وتمييزه.

وتوصل الباحث في حالة المتسبب المتعمد أنها تفترض أن شخصاً ما يتصرف في حقه تصرفاً جائزاً شرعاً، ولكن هذا الشخص لم يكن يريد من وراء هذا التصرف هذا سوى الإضرار بالغير،

١ راجع في ذلك (الليثاني، ١٣٠٥هـ، ص ٦٠)

كمن يحفر في أرضه حفرة، لا مصلحة له فيها، وأما حفرها لتقع فيها مواشي شخص آخر أو أمواله، فالتصرف بحد ذاته لا يستوجب مسؤولية الفاعل؛ لأنه حفرها في أرضه، وهو مسلط على أرضه، إلا أن هذا التصرف اقترن بقصد سيء، وأراد الإضرار بالغير فلذا وجب رد قصده السيء عليه، وان هذه الحالة لا تقوم إلا بتوافر العنصر المادي بأتيان الفعل الضار والعنصر المعنوي المتمثل بقصد الإضرار، ولا يهم أن يكون قصد النتيجة محددًا.

وبالتالي فإن حالة التعمد تتضمن الخطأ بعنصره المادي والمعنوي ويكون الخطأ هو أساس المسؤولية التقصيرية في حالة المتسبب المتعمد على ضوء نص المادة (٢/٢٥٧) الحالي وتكون أركان المسؤولية التقصيرية هنا هي الخطأ والضرر والرابطة السببية.

ويخلص الباحث هنا إلى أن حالة التعمد لا داعي للنص عليها في المادة (٢/٢٥٧)، بسبب أن نص المادة (٦٦) جاء عامًا محددًا حالات يكون بموجبها الشخص مسؤولاً عن تصرفاته داخل حدود حقه الشرعي ومن هذه الحالات حالة ما إذا كانت المصلحة المرجوة من الفعل غير مشروعة، فيكون نص المادة (٦٦) قد غطى حالة المتسبب المتعمد المنصوص عليها في المادة (٢/٢٥٧)، ومن هنا فإن النص عليها مرة أخرى فس المادة (٢/٢٥٧) يعتبر بدون جدوى، ومثير للبس، هذا من ناحية .

ومن ناحية أخرى، فإن حالة التعدي المنصوص عليها في المادة (٢/٢٥٧)، تشمل حالة التعمد، وأن نص المادة (٢٥٦) التي تقرر الضمان على كل أضرار بالغير ولو كان الفاعل غير مميز، يتعارض مع حكم حالة التعمد هذه التي تتطلب التمييز والإدراك في الفاعل لمساءلته.

كما توصل الباحث إلى أن الحالة الثالثة التي نص عليها المشرع في المادة (٢/٢٥٧) وهي حالة الإفضاء إلى الضرر، هي من باب التزويد الذي لا داعي له، وأن دواعي الصياغة القانونية السليمة تقتضي أزالته، كون هذه الحالة بالحقيقة تتعلق بعلاقة السببية بين الفعل والضرر الحاصل، فهي لا تصلح أن تكون حالة يضمن بموجبها المتسبب، واقترحنا الغائها من نص المادة سالفه الذكر.

- صور الإضرار بالتسبب :

لقد توصل الباحث فيما يتعلق بالمباشرة أنها دائماً تتخذ صورة واحدة هي صورة الفعل الإيجابي الذي يقتضي القيام بنشاط ايجابي حتى يمكن مساءلة المباشرة عن النتيجة الضارة، وسنقوم بشرح هاتين الصورتين بإيجاز على النحو التالي:

أولاً: صورة التسبب بالفعل الإيجابي :

وهي الحالة التي يقوم بها الشخص بعمل ينشأ عنه تلف (سيد، ٢٠٠٨، ص ٤٩)، ولم تثر هذه الصورة أية صعوبه كما لم يثار بشأنها أي خلاف فقهي والمثال عليها إيقاف الدواب في غير المكان المعد لإيقافها، أو إيقاف السيارات في الطريق العام فيترتب على ذلك ضرر للغير، ويكون المتسبب هنا مسؤول بتسببه الإيجابي. وكذلك من يقطع حبلًا أو من يحفر حفرة في الطريق العام، وتعتبر هذه الصورة أكثر صور التسبب انتشاراً (خصاونة، ٢٠٠٠، ص ٣٣).

ثانياً: صور التسبب بالامتناع :

وتتمثل هذه الصورة في اتخاذ الشخص لموقف سلبي في وضع يتطلب منه التدخل (سيد، ٢٠٠٨، ص ٤٩)، وقد اجمع الفقهاء على أن الامتناع المحض الذي يترتب عليه أضرار بمال الغير لا يؤدي إلى تحقق مسؤولية المتسبب، لأنه عدم والعدم لا ينتج إلا عدما (مهنا، ١٩٧٢، ص ٨٧). غير أنهم يقررون من جهة أخرى أن مسؤولية الممتنع عن الإضرار التي تصيب الغير تتحقق في حالتين هما :

١- حالة وجود التزام شرعي :

يضع المشرع أحياناً قيوداً يتوجب على الشخص مراعاتها عند ممارسة حقه الشرعي، وإجراءات واحتياطات يجب عليه اتخاذها حتى يمنع الأذى عن الناس، وعدم الالتزام بها يؤدي إلى قيام مسؤولية الممتنع من جراء ذلك، فالمثال على ذلك، القيام بأعمال الصيانة في أحد الشوارع بإذن من البلدية، وأن هذه الأعمال بطبيعتها تتطلب بموجب اللوائح والقوانين وضع إشارات تنبيهية للسيارات والمارة، لكن القائم على أعمال الصيانة امتنع عن وضع الإشارة، وهنا الإضرار التي تصيب المارة والسيارات جراء أعمال الصيانة تسبب بها القائم على تلك الأعمال بموجب الامتناع عن تنفيذ أمر قانوني وبهذا جاء بقرار لمحكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم (١٨١٨) لسنة (١٩٩٧) جلسة تاريخ (٢٥/٧/٢٠٠٩) منشورات القسطاس ما يلي: "ثبوت أن الشركة المدعى عليها قامت بعمل الحفرة، ولم تضع حواجز أو إشارات تحذيرية حول الحفرة تحول دون سقوط الناس بشكل ركن الإهمال والتقصير من جانبها ويجعلها مسئولة عن إهمالها وخطئها...".

وتطبيقاً لهذه الحالة فقد أكدت محكمة التمييز في قرارها حيث جاء فيه ما يلي: " ما دام أن شركة مصفاة البترول الأردنية المساهمة المحدودة هي المصدر الوحيد لاسطوانات الغاز المطروحة للاستعمال من قبل الجمهور وأنها الجهة الوحيدة التي تتولى تعبئتها

ويقع عليها واجب الرقابة والفحص وتأمين السلامة العامة ... ذلك أن الفعل الضار الذي يترتب الضمان لا فرق بين أن يكون فعلاً إيجابياً على صورة تعبئة كمية الغاز في الإسطوانة تزيد على الحد المقرر أو فعلاً سلبياً على صورة الإهمال في تفحص الصمام وأحكام تثبيته وحيث أن ثبوت الخطأ على الوجه السالف باعتباره السبب الذي افضى إلى الضرر الناتج عن الحريق يكفي لتوفير شروط المسؤولية بالتسبب حسب شروط المادة (٢/٢٥٧) من القانون المدني فإن المميّزة تكون ملتزمة بضمان الضرر عملاً بأحكام المادة ٢٥٦ من القانون المدني، أما القول بأن مسؤولية الشركة تنتهي بتسليم الاسطوانات سليمة إلى الموزعين فهو قول لا ينفي مسؤولية الشركة إلا إذا ثبت أن الضرر نشأ عن خطأ الموزعين كسبب أجنبي لا يد لها فيه"^(١) ونجد هنا محكمة التمييز قد ألزمت شركة مصفاة البترول الأردنية المساهمة المحدودة بالتعويض لكونها لم تقم بتفحص الصمام وأحكام تثبيته، وهذا التزام شرعي، فرضه القانون عليها.

٢. حالة ما إذا سبق الامتناع فعل مادي :

تفترض هذه الصور أن الشخص قد قام بفعل مادي قبل أن يمتنع، لكن الضرر لم يترتب على الفعل، وإنما نشأ عن الأمتناع، فمثل الشخص الذي يحبس بهائم غيره ويمتنع عن اطعامها واسقائها فتموت، فهو لم يتلف البهائم بفعله أي الحبس، وإنما حصل التلف بامتناعه عن اسقاء وإطعام البهائم، ولو أنه تدخل وأسقى البهائم وأطعمها لما حدث التلف فتقوم مسؤوليته بتعديده (مهنا، ١٩٧٤، ص ٨٨).

ويخلص الباحث إلى أن التعدي بمفهومه الشمولي هو الصفة التي يتوقف عليها الضمان في المباشرة والتسبب، وبالتالي فأنا نوافق أقتراح الأستاذ مصطفى الزرقا نصاً بديلاً للمادتين لنص المادتين (٢٥٦)، (٢٥٧) وهو كالآتي : (كل من أضر بغيره متعدياً، إضراراً مباشراً أو بالتسبب، ولو غير متعمد، ولا مميّز مسؤول تجاه المضرور، مع مراعاة المواد التالية في هذا الفصل) .

١ قرار محكمة التمييز بصفتها الحقوقية رقم (٦٠) لسنة (١٩٨٤) تاريخ (٢١/٤/١٩٨٤) منشورات القسطاس.

الفصل الرابع

الأساس القانوني للمسؤولية عن فعل الغير وعن فعل الأشياء

أولاً: الأساس القانوني للمسؤولية عن فعل الغير.

ثانياً: الأساس القانوني للمسؤولية عن فعل الأشياء.

تمهيد:

الأصل في المسؤولية التقصيرية هي المسؤولية عن الفعل الشخصي، والتي توجب أن يكون الفرد مسؤولاً عن فعله لا عن فعل غيره، إلا أن معظم القواعد العامة لا تخلو من الاستثناءات التي يقتضيها العدل والانصاف، للحفاظ على حقوق الآخرين.

وهذه الاستثناءات محدودة في أحوال معينة، وهي في الحقيقة ناشئة عن تقصير في حفظ المباشر، وتفريط في مراقبته، وفي السعي لمنع من اتيان ما يؤخذ عليه، وإهماله للشيء المسبب للضرر (محمصاني، ١٩٧٢، ص: ٢١٩-٢٢٠)، وهي تشمل المسؤولية عن فعل الغير كمسؤولية متولي الرقابة والمتبوع عن أعمال تابعه، والمسؤولية الناشئة عن فعل الأشياء (ذكرها المشرع الأردني تحت عنوان صور من المسؤولية وحصريها في جناية الحيوان وانهييار البناء، والمسؤولية عن فعل الآلات الميكانيكية والأشياء الخطرة)^(١).

ويبرر الباحث هذه الاستثناءات بما يطرأ على المجتمع من اختلاف في الظروف الاجتماعية والاقتصادية والسياسية، واختلاف العصر - والبيئة التي تلازم ذلك. وتأكيداً لهذا المعنى ما جاء على لسان الدكتور صبحي محمصاني حيث يقول: " فهل كان عند العرب والمسلمين، أو غيرهم في زمانهم، المعامل والمصانع، التي تحشر - المئات والالوف من العمال، حتى ينظر التشريع في أمر مسؤولية صاحب العمل أو الصناعة عن أفعال هؤلاء العمال؟ وهل كان في العائلة العربية، التي أشتهرت بتماسك أفرادها وتضامنهم، ما نلمسه اليوم في المجتمع الحديث من تفكك في الرباط العائلي ومن تشتت في الحياة العائلية، حتى نجبر الأولياء والأوصياء على التقرب من الذين يخضعون لولايتهم ورعايتهم، وعلى التيقظ في حفظهم وفي السهر على شؤونهم ومصالحهم؟" (محمصاني، ١٩٧٢، ص: ٢٢١).

أولاً: الأساس القانوني للمسؤولية عن فعل الغير.

الأصل في الشريعة الإسلامية أنها ملائمة لكل زمان ومكان وقابلة للتطور مع المدنية، ولا يوجد فيها ما يمنع من التوسع في المسؤولية وفق حاجات العصر - الحديث، بل أنها على العكس تساعد على ذلك بروحها وبأصولها ومبادئها. وأن حديث الرسول عليه الصلاة والسلام (كلكم راع

^١ وذهب رأي من الفقه إلى القول: "ان التعدي في الشريعة - كالخطأ في القانون- يكون واجب الإثبات، كما يكون ثابتاً بنفسه، أو مقدراً، لا يحتاج إلى إثبات، وذلك في الآلات الخطرة، التي ينشأ عنها الضرر بأيسر ملابساة، وفي كل ما تقوم الدلائل على أن الخطر الحاصل لا يكون إلا عن تقصير في الواجب، أو نقص في العناية أو الاحتياط المطلوبين في الممارسة" (فيض الله، ١٩٦٢، ص: ٤٤٤).

ومستئول عن رعيته، الأمام راع ومستئول عن رعيته، والرجل راع في أهله و مستئول عن رعيته، والمرأة راعية في بيت زوجها ومسئولة عن رعيتها، والخادم راع في مال سيده ومستئول عن رعيته) هو دليلنا على أن مبدأ المسؤولية عن الفعل الشخصي- استثناءات سنحاول جهدنا استخراج أمثلة لها من كتب الفقهاء من خلال دراستنا لهذا الفصل.

وفي القانون المصري تكون مسؤولية الأولياء والأوصياء عن فعل الغير، إذا كان القاصر في حاجة إلى الرقابة، والغير هنا هو الذي يرتكب العمل غير المشروع، فيشمل القاصر والمجنون والمعتوه والمغفل والمريض كالأعمى والمشلول والمقعّد، وذلك بإلزامهم التعويض عن الضرر المدني على أساس افتراض الخطأ في المستئول بإهماله في الرقابة لأعمال هؤلاء، وهذا ما نص عليه القانون المدني المصري، استثناء من المبدأ العام في المسؤولية عن الأعمال الشخصية^(١).

إلا أن رجال القانون ذهبوا إلى أكثر من ذلك فقرروا مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع إذا وجدت رابطة التبعية، وهي أن يكون لشخص على آخر سلطة فعلية تخوله الحق في رقابته وتوجيهه مثل العامل والخادم والطاهي والسائق والمستخدم والموظف ونحوهم، وهذه هي المسؤولية عن عمل الغير في أوضح صورها، وهي استثناء خطير على القواعد العامة في المسؤولية (السنهوري، ١٩٥٢، ص ١٠٤١). وان الفرق بين المسؤولية عن عمل الغير ومسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه حسب القانون المصري، هو أن للمستئول في الحالة الأولى نصيباً في إحداث الضرر الذي أصاب الغير من جراء العمل غير المشروع، وأما في الحالة الثانية فليس للمستئول (المتبوع) نصيب في إحداث الضرر، والخطأ فيها هو خطأ التابع وليس الخطأ المفترض للمتبوع، لكن القانون أراد هذه المسؤولية، ولم يجز للمتبوع التخلص منها.

سيقوم الباحث بشرح الأساس القانوني للمسؤولية عن فعل الغير من خلال شرح واستعراض الأساس القانوني لمسؤولية متولي الرقابة، ثم الأساس القانوني لمسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه على النحو التالي :

١. الأساس القانوني لمسؤولية متولي الرقابة:

نصت المادة (١/٢٨٨) من القانون المدني الأردني على: "١- لا يسأل أحد عن فعل غيره. ومع ذلك فللمحكمة بناء على طلب المضرور إذا رأت مبرراً أن تلزم باداء الضمان المحكوم به

١ وذلك في المواد (١/١٧٣، ١/١٧٤، ١٧٥) من القانون المدني المصري.

على من اوقع الضرر: أ- من وجبت عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو حالته العقلية أو الجسمية إلا إذا اثبت أنه قام بواجب الرقابة ، أو أن الضرر كان لا بد واقعا ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية..."، ويلاحظ الباحث أن هذه المادة لم تتطرق إلى الأساس القانوني لمسؤولية متولي الرقابة، لذا لابد من الرجوع إلى الأراء الفقهية التي قيلت بهذا الشأن واجتهادات محكمة التمييز الأردنية، حتى يتسنى للباحث الوصول إلى الأساس القانوني الذي بنيت عليه هذه المسؤولية.

بالنسبة لكتب الفقه الإسلامي، وجد الباحث أنه لم تتم الإشارة إلى أساس هذه المسؤولية، بشكل مباشر وصریح، هذا بخلاف كتب الفقه القانوني الأردني التي تناولت هذا الموضوع بالشرح والتحليل، ووجد الباحث اختلاف بين الفقهاء القانونيين في أساس مسؤولية متولي الرقابة فمنهم من ذهب إلى أن أساسها هو الخطأ الشخصي المفترض، ومنهم من ذهب إلى أن أساسها هو التقصير المفترض، ومنهم من ذهب إلى أن أساسها هو التعدي المتمثل بالتقصير، ومنهم من ذهب إلى أن أساسها الخطأ المفترض، وذلك على النحو التالي:

- الخطأ الشخصي المفترض :

حيث ذهب الدكتور أنور سلطان إلى أن حكم مسؤولية متولي الرقابة في القانون المدني الأردني يتفق مع حكم مسؤولية متولي الرقابة في القانون المدني المصري، حيث أشار المشرع المصري في المادة (١٧٣) مدني إلى حكم مسؤولية متولي الرقابة وأقامها على خطأ شخصي- مفترض من جانب متولي الرقابة، وجعلها مسؤولية أصلية لا تبعية، ولو كان المشمول بالرقابة الذي وقع منه العمل الضار غير مميز^(١)، فيذهبوا انصار هذا الاتجاه إلى اعتبار مسؤولية متولي الرقابة هي بالواقع مسؤولية عن خطأ شخصي وقع منه بتقصيره المفترض بحفظ من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابته (سلطان، ١٩٨٧، ص٣٦٣).

والباحث يرى أن هذا الاتجاه يخالف مخالفة صريحة وواضحة لما استقر عليه الفقه والقضاء في كون هذه المسؤولية مسؤولية عن فعل الغير وليست مسؤولية شخصية، هذا من ناحية .

ومن ناحية أخرى، فإن نص المادة (٢٨٨) واضح ووضوح الشمس باعتبار مسؤولية متولي الرقابة مسؤولية عن فعل الغير، فلا يمكن التسليم بهذا الاتجاه كأساس لمسؤولية متولي الرقابة.

١ اختلف الفقه القانوني بشأن هذه المسؤولية باعتبارها مسؤولية شخصية أو مسؤولية عن فعل الغير، فذهب إلى القول بأن هذه المسؤولية تعتبر في الواقع مسؤولية شخصية، وذهب الاتجاه الثاني إلى موافقة المشرع باتجاهه إلى القول بأنها مسؤولية عن فعل الغير، ويوافق الباحث هذا الاتجاه، كونه بالحقيقة من يصدر منه الفعل الضار هو المشمول بالرعاية إلا أن المشرع اراد حماية حق المضرور من الضياع، فأقر هذه المسؤولية.

-التقصير المفترض :

ومن انصار هذا الاتجاه الدكتور أمجد منصور حيث قال : " يتضح لنا من نص المادة (٢٨٨) مدني أردني، أن المشرع يقيم هذه المسئولة على أساس افتراض الإهمال والتقصير في رقابة الشخص الخاضع لرقابته، وذلك حينما يحدث هذا الأخير الضرر بالآخرين. وهذا يعني أن حالة حدوث عمل غير مشروع من جانب الخاضع للرقابة، يضر بالغير، عندئذ يفترض أن المكلف بالرقابة قد قصر وأهمل في رقابته. غير أن هذا الافتراض، يقوم على قرينة بسيطة يمكنه دحضها" (منصور، ٢٠٠٣، ص ص: ٣١١-٣١٢)

- التعدي المتمثل بالتقصير:

حيث يذهب هذا الاتجاه إلى أن أساس مسؤولية متولي الرقابة هو: "التعدي المتمثل بتقصيره عن واجب العناية والرقابة على الصغير أو من في حكمة وهو تعد سلبى يتمثل بامتناع متولي الرقابة عن قيامه بواجب العناية والرعاية ... وان المشرع في هذا الفرض قد قلب عبء الاثبات فبدل أن يلزم المضرور أو من يقوم مقامه باثبات التقصير و التعدي كما في المسؤولية عن الفعل الشخصي افترض المشرع التقصير في جانب متولي الرقابة فرضاً قابلاً لاثبات العكس وحيث يقع عليه أن اراد دفع المسؤولية عنه أن يثبت عدم تقصيره وانه قام بواجب الرقابة اللازمة أو على الأقل أن يثبت أن الضرر مما لا يمكن التحرز عنه فوقعه حتمي ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية المألوفة المطلوبة من الرجل السوي" (السرطان وخاطر، ٢٠٠٨، ص ص: ٤٩٩-٥٠٠).

- الخطأ المفترض:

حيث يذهب هذا الاتجاه إلى أن أساس مسؤولية متولي الرقابة هو " الخطأ المفترض وهو التقصير أو الأخلال بما عليه من واجب الرقابة، والافتراض هنا قابل لاثبات العكس فيستطيع متولي الرقابة أن يدفع المسؤولية عنه بنفي الخطأ وكذلك يستطيع دفع هذه المسؤولية بنفي علاقة السببية بأن يثبت السبب الأجنبي ويعني ذلك أن التخلص من هذه المسؤولية يكون بأثبات أن متولي الرقابة قام بواجب الرقابة أو يثبت أن الضرر كان لابد واقعاً ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية. وأذا استطاع المكلف بالرقابة أن ينفي مسؤوليته على الوجه المتقدم، بقي المتسبب بالضرر وهو المسؤول الأصلي ملزماً بالتعويض لأنه وحسب نص المادة (٢٨٨) السابق إيراد نصها هو المسؤول الأصلي عن تعويض الضرر ولا تكون مسؤولية المكلف بالرقابة إلا إذا طلب المضرور ذلك ورأت المحكمة مبرراً للاستناد إليه. وعلى كل الأحوال يكون للمكلف بالرقابة الرجوع على محدث الضرر" (الفار، ٢٠٠٤، ص ٢١١).

ويوافق هذا الاتجاه أيضا الدكتور بشار ملكاوي حيث يقول : " إن القانون قد افترض قرينة للخطأ من جانب متولي الرقابة هي الإهمال في الرقابة من جانب من يتولاها فالمفترض هو عدم قيام متولي الرقابة بواجبه تجاه القاصر ومن في حكمه بحيث إذا ارتكب المشمول بالرقابة عملاً غير مشروع افترض أن متولي الرقابة قصر— بواجبه المفروض عليه في الرقابة، أو إهمل في الرقابة أو أساء التربية" (ملكاوي، ٢٠٠٦، ص ١١١).

وقد وافق هذا الاتجاه أيضا الدكتور عبد العزيز الصاصمة حيث يقول بأن: "المضروور ليس بحاجة إلى أن يثبت بأن متولي الرقابة قد أخطأ وأنه لم يرقم بواجبه بل له أن يثبت فقط حصول الضرر من قبل شخص بحاجة إلى رقابة" (الصاصمة، ٢٠٠٢، ص ٢٢٤).

ويوافق الباحث هذا الاتجاه، فالمتمعن بأراء الفقهاء يجد أن الفقهاء وان اختلفوا في صياغاتهم إلا أنهم التقوا في أساس المسؤولية من حيث النتيجة، فالتقصير والإهمال أحد أوجه الخطأ التقصيري، وبالتالي فإن الأساس القانوني مبني على الخطأ المفترض افتراضاً يقبل أثبات العكس، وهو الاقرب إلى مضمون نص المادة (٢٨٨/أ) من القانون المدني الأردني، وهو ما استقر عليه اتجاه محكمة التمييز الأردنية في عدة قرارات لها حيث جاء فيها :

جاء في قرار آخر لمحكمة التمييز بصفتها الحقوقية رقم (٤٤٩٧) لسنة (٢٠١٠) جلسة تاريخ (٢٠١١/٦/١) ما يلي: "ما يستفاد من أحكام المادة (٢٨٨) من القانون المدني أن من يقوم على تربية القاصر يكون مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه للغير بعمله غير المشروع وملزماً بتعويض المضروور، وان هذه المسؤولية تستند إلى خطأ مفترض لمصلحة المضروور وهو أخلال متولي الرقابة كوالد القاصر بواجب الرقابة بحيث لا يستطيع أن يدرا المسؤولية عن نفسه إلا إذا قام بواجب الرقابة أو أن الضرر كان لابد واقعا ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من عناية، وحيث إن محكمة الاستئناف وفقا لصلاحياتها بوزن وترجيح البيئات عملا بالمادتين ٣٣ و٣٤ من قانون البيئات ثبت لها من ملف الدعوى الجزائية والذي يتضمن إدانة ابن المميز المدعى عليه (المدعو محمد) بجرم إحداث عاهة دائمة خلافا لأحكام المادتين ٣٣٥ و ٧٦ من قانون العقوبات مما يحقق معه ثبوت الفعل الضار من جانب محمد الذي كان قاصرا، وعليه وحيث إن استخلاص محكمة الاستئناف سائغا ومقبولاً ومتفقا وأحكام المادة ٢٨٨ من القانون المدني فيكون المميز مسؤولاً عن هذا الضرر، وحيث لم يثبت المميز قيام سبب من الأسباب التي تحول دون توافر مسؤوليته عن فعل ابنه القاصر يكون الحكم عليه بصفته ولي أمر ابنه القاصر المسؤول عن تربية ورقابته قانوناً لا يخالف القانون ...".

وكذلك جاء في قرار آخر لمحكمة التمييز بصفتها الحقوقية رقم (٢٥١٠) لسنة (٢٠٠٨) جلسة تاريخ (٢٠٠٩/٤/٢٩) ما يلي: " أن المستفاد من أحكام المادة ٢٨٨ من القانون المدني أن من يقوم على تربية القاصر يكون مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه للغير بعمله غير المشروع وملزماً بتعويض المضرور . وان هذه المسؤولية تستند إلى خطأ مفترض لمصلحة المضرور وهو إخلال متولي الرقابة كوالد القاصر بواجب الرقابة بحيث لا يستطيع أن يدرأ المسؤولية عن نفسه إلا إذا قام بواجب الرقابة أو أن الضرر كان لا بد واقعاً ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من عناية. وحيث إن محكمة الإستئناف وفقاً لصلاحياتها بوزن وترجيح البيّنات عملاً بالمادتين ٣٣ ، ٣٤ من قانون البيّنات ثبت لها من ملف الدعوى الجزائية والذي تضمن إدانة ابن المميز المدعى عليه (المدعو نادر) بجرم القذف خلافاً لأحكام المادة ٢/١٨٨ من قانون العقوبات مما يحقق معه ثبوت الفعل الضار من جانب نادر الذي كان قاصراً . وعليه وحيث كان استخلاص محكمة الاستئناف سائغاً ومقبولاً ومتفقاً وأحكام المادة ٢٨٨ من القانون المدني فيكون المميز مسؤولاً عن هذا الضرر ولا ترتفع هذه المسؤولية ببلوغ سن الرشد إذ العبرة بتاريخ حدوث الضرر . وحيث لم يثبت المميز قيام سبب من الأسباب التي تحول دون توافر مسؤوليته عن فعل ابنه القاصر يكون الحكم عليه بصفته ولي أمر ابنه القاصر المسؤول عن تربيته ورقابته قانوناً لا يخالف القانون . "

ومن خلال استعراض قرارات محكمة التمييز المشار إليه أعلاه يجد الباحث أن اتجاه محكمة التمييز قد استقر على إقامة مسؤولية متولي الرقابة على الخطأ المفترض الذي يقبل أثبات العكس، بأثبات أن متولي الرقابة قد قام بواجب الرقابة أو أن الضرر كان لا بد واقعاً ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من عناية، لدفع هذه المسؤولية، وبالتالي فإن الخطأ المفترض قائم على قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس.

٢. الأساس القانوني لمسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه:

نصت المادة (٢/٢٨٨ ب) على: " من كانت له على من وقع منه الإضرار سلطة فعلية في رقابته وتوجيهه ولو لم يكن حراً في اختياره إذا كان الفعل الضار قد صدر من التابع في حال تأدية وظيفته أو بسببها". وتتحقق مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه وفقاً لأحكام المادة (٢٨٨) من القانون المدني الأردني عندما يصدر من هذا الأخير ما يستوجب قيام مسؤوليته الشخصية، ولقيام هذه المسؤولية نجدها تشترط للحكم على المتبوع بالتعويض عن الضرر الذي أحدثه التابع الشروط التالية:

١. أن يكون الذي أحدث الضرر محكوما بالضمان.

٢. أن يكون للمتبوع سلطة فعلية على من وقع منه الإضرار في رقابته وتوجيهه ولو لم يكن حراً في اختياره.

٣. أن يصدر الفعل الضار من التابع في حالة تاديتته وظيفته أو بسببها.

فهذا السبب تكون مسؤولية المتبوع مسؤولية تبعية فهي تتحقق بتحقق مسؤولية التابع وتنتفي بانتفائها، فهي تقوم بجانبها وتضاف إليه ولا تقوم بدونها ولا بدلاً عنها (أبو الليل، ١٩٨٠، ص ١٩٣).

وقد استقر اجتهاد محكمة التمييز الأردنية على هذه الشروط في العديد من قراراتها منها:

جاء في قرار لها ما يلي^(١): "يستفاد من المادة ٢٨٨ من القانون المدني وما جاء في المذكرة الإيضاحية، أن المشرع الأردني ألزم المتبوع بالتعويض عن أعمال تابعه التي تلحق الضرر بالغير ولم يشترط لهذه المسؤولية سوى شرطين اثنين: أ - قيام علاقة التبعية وتقوم علاقة التبعية ولو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه متى كانت له عليه سلطة فعلية في رقابته وتوجيهه وان هذه العلاقة تقوم على عنصرين اثنين: ١- عنصر - السلطة الفعلية. ٢- عنصر - التوجيه والرقابة. ب- وقوع الضرر من التابع للغير في حال تأدية وظيفته أو بسببها".

وجاء في قرار آخر لها^(٢) يؤكد ذلك: "لا يُسأل أحد عن فعل غيره إلا في حال توافر علاقة التبعية مع هذا الغير والتي يشترط لتوافرها وجود السلطة الفعلية في توجيه الأوامر والرقابة والإشراف للمتبوع على التابع، و أن يكون المتبوع قد أخطأ خطأً أدى إلى إلحاق الضرر بالغير أثناء تأدية وظيفته أو بسببها و ذلك وفقاً لنص المادة (٢٨٨) من القانون المدني"^(٣).

^١ قرار محكمة التمييز بصفتها الحقوقية رقم (١٦٢٤) لسنة (٢٠٠٤) جلسة تاريخ (٢٠٠٤/٩/١٩) منشورات القسطاس.

^٢ قرار محكمة التمييز بصفتها الحقوقية رقم (١٢٠٨) لسنة (٢٠١٢) جلسة تاريخ (٢٠١٢/٨/٢٩) منشورات القسطاس.

^٣ انظر في نفس المضمون قرارات محكمة التمييز بصفتها الحقوقية، منشورات القسطاس التالية:

(أ) قرار رقم (٣٦) لسنة (١٩٨٦) جلسة تاريخ (١٩٨٦/١٠/٢٦): "بعد التدقيق والمداولة يتبين من وقائع هذه الدعوى ان الذي وقع منه الاضرار باسلاك سلاح الجو هو سائق الجرافة الذي يعمل لدى الشركة الفنية للهندسة والمقاولات المميز ضدها التي احيل اليها عطاء فتح الشارع المؤدي الى مستودع الطيران في ماركا والتزمت بتنفيذه فهو تابع لها ويخضع لسلطتها الفعلية وراقبتها ولا علاقة للميزة امانة العاصمة، وفي هذه الحالة لا تسأل عن اخطاء المتعهد طالما ان الفعل الضار صدر عن تابع الشركة المذكوره في حال تأدية وظيفته ولسببها وهي التي تملك سلطة التوجيه واصدار التعليمات في طريقة اداء عمله وسلطة رقابته في تنفيذ هذه التعليمات ومحاسبته على الخروج عنها وما دور امانة العاصمة في هذا المجال سوى رقابة عامة لا تخولها سوى ان تراجع عمل المتعهد قبل تسلمها ما تعهد به للتحقق من مطابقة عمله لما تم الاتفاق عليه ولا تكون الامانة مسؤولة عما يقع من المتعهد من اعمال غير مشروعة".

(ب) وفي نفس المضمون جاء في قرار آخر لمحكمة التمييز بصفتها الحقوقية رقم (٤٣٤) لسنة (١٩٨٧) جلسة تاريخ (١٩٨٧/١٠/٣٠) ما يلي: "ان الفقرة (ب) من المادة ٢٨٨ من القانون المدني تشترط لالزام المتبوع بالضرر الذي يحدثه التابع تحقق الاركان التالية: علاقة تبعية بين مرتكب الفعل الضار وبين المتبوع أي سلطة فعلية للمتبوع في رقابة التابع وتوجيهه بان يكون للمتبوع سلطة اصدار تعليمات الى التابع في طريقة اداء عمله وسلطة رقابية في تنفيذ هذه التعليمات ومحاسبته على الخروج عليها. ٢. ارتكاب التابع خطأ سبب ضرراً للغير. ٣. ارتكاب التابع الخطأ الضار حال تأدية وظيفته او بسببها."

ولكن اختلف الفقه القانوني في تحديد أساس مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه، وفي سبيل الوصول إلى أساس مناسب لهذه المسؤولية فقد تعددت الآراء والنظريات في هذا الشأن، فهناك من يقيم المسؤولية على فكرة الخطأ وهؤلاء هم أنصار المذهب الشخصي ويدخل في هذا المذهب الأفكار التي تنادي بخطأ المتبوع وهي: نظرية الخطأ المفترض ونظرية النيابة ونظرية الحلول. وهناك من يقيم هذه المسؤولية على أساس من العلاقة بين عمل المتبوع والضرر الذي أصاب الغير، وهؤلاء هم أنصار المذهب الموضوعي ولذلك لجأ أصحاب هذا الرأي إلى فكرة تحمل التبعة، والكفالة، والضمان: وسنستعرض هذه الآراء على النحو التالي:

المذهب الاول: موقف أنصار المذهب الشخصي من أساس مسؤولية المتبوع
أولاً: نظرية الخطأ المفترض:

تعتبر نظرية الخطأ المفترض هي النظرية الأولى التي لجأ إليها الفقهاء لإيجاد أساس قانوني لمسؤولية المتبوع، وهذا الخطأ المفترض في جانب المتبوع يتمثل في اساءة اختيار تابعه أو يتمثل في أن المتبوع قصر أو أخطأ أو اهمل في مراقبة التابع وتوجيهه. وذهب البعض إلى أن افتراض خطأ المتبوع مبنى على قرينه قاطعه غير قابلة لأثبات العكس، فلا يستطيع المتبوع نفي هذه القرينة باثبات أنه لم يصدر منه أي خطأ لا في الاختيار ولا في الرقابة والتوجيه^(١) (أبو الليل، ١٩٨٠، ص ١٩٤).

ولكن تعرضت هذه النظرية لانتقادات من عدة وجوه:

١- لو كانت مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه أساسها افتراض الخطأ افتراضاً لا يقبل أثبات العكس، فإن المتبوع يستطيع أن يتخلص من هذه المسؤولية بنفي علاقة السببية بين خطئه المفترض والضرر الحادث. وهو مالا يجيزه الفقهاء بإجماع الآراء (سلطان، ١٩٨٧، ص ٣٨٤).

٢- لو كان المتبوع عديم تمييز، لما أمكن افتراض خطأ في جانبه، ولما قامت مسؤولية عن أعمال تابعه، على الرغم من أن المتبوع عديم التمييز يعد مسؤولاً عن أعمال تابعيه (سوار، ١٩٧٨، ص ١٤٧).

١ ويرى البعض الآخر أن مسؤولية المتبوع مبنية على خطأ مفترض افتراضاً قابلاً لأثبات العكس حيث قال الدكتور حسن عكوش: "نحن نرى أن مسؤولية المتبوع مبنية على خطأ مفترض افتراضاً قابلاً لأثبات العكس وجاء في الاعمال التحضيرية للقانون المدني الجديد ما يفيد أن مسؤولية المتبوع مبنية على خطأ مفترض غير قابل لأثبات العكس وبما أن متولي الرقابة (المتبوع) يستطيع أن يتخلص من المسؤولية بأثبات قيامه بواجب الرقابة فافتراض الخطأ في جانبه قابل لأثبات العكس ونرى أن التشريع المصري يجب أن يتجه إلى هذا التكيف" (عكوش، ١٩٥٧، ص ٢٩٠).

٣- أن الخطأ المفترض لا يعتبر في الأصل خطأً، فإذا فرض القانون الخطأ على شخص ما دون السماح له بنفيه، فإنه ينشئ- بذلك التزام على عاتق ذلك الشخص، وبالتالي فإن العقل الخاطيء المزعوم لا يخلف ذلك الالتزام، وإنما القانون هو المنشئ- له، ومن ثم فإن الخطأ المفترض ما هو إلا إجراء صوري استخدم لتوضيح ذلك الالتزام التقصيري الذي فرض على الشخص فرضاً غير قابل لإثبات العكس (عمر، ١٩٧٠، ص ٩١).

٤- إن مساءلة الشخص بناء على القواعد العامة تقتضي- وجود صلة أو رابطة سببية بين الخطأ القريب أو المباشر والضرر الذي يلحق بالغير، أما خطأ المتبوع فهو خطأ بعيد غير مباشر لذلك الضرر، فكيف يحق لنا ترك إقامة المسؤولية على الخطأ المباشر وتأسيسها على خطأ آخر معدوم الصلة بالضرر الذي أصاب الغير (عمر، ١٩٧٠، ص ٩٢).

٥- ووجه إليه انتقاد آخر بأن الأخذ بهذه النظرية يخلق صعوبة في شأن تفسير رجوع المتبوع على تابعه رجوعاً كاملاً، ذلك أن معنى هذه النظرية أن إحداهما وهو التابع قد ارتكب خطأ ثابتاً، في حين أن الثاني وهو المتبوع قد ارتكب خطأ مفترضاً، أي أن كل منهما قد وضع بطريقة أو بأخرى موضع التقصير والإهمال، ولكن المتفق عليه فقها وقضاء إمكان الرجوع الكلي على التابع دون أن يكون له الاحتجاج بالخطأ المفترض (ديناصوري، (د.ت)، ص ٢٧٩).

ولكل هذه الاسباب لم يعد يعتبر الخطأ المفترض أساساً صالحاً لمسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه، وقد تخلى عنها الفقه.

ثانياً: نظرية النيابة:

يذهب انصار هذه النظرية إلى أن الأساس القانوني لمسؤولية المتبوع هو نظرية النيابة، بحيث يعتبر التابع نائباً عن المتبوع، وبالتالي فإن المتبوع يسأل عما يقع من تابعه من أفعال ضارة باعتبار أنها واقعة منه شخصياً، مما يترتب عليه اعتبار خطأ التابع هو في ذات الوقت خطأ المتبوع، فالتابع الذي نال ثقة المتبوع يعتبر ممثلاً لهذا الأخير (ديناصوري، (د.ت)، ص ٢٧٩).

وقد تعرضت هذه النظرية للانتقادات التالية:

١. أن النيابة لا تكون إلا في التصرفات القانونية، في حين أن الأعمال التي تستند إلى التابع هي أعمال مادية (سلطان، ١٩٨٧، ص ٣٧١).

٢. تساءل البعض عن كيفية إمكان تبرير حق المضرور في الرجوع على التابع إذا اعتبرنا هذا الأخير نائباً له فحسب، فالنيابة تقتضي رجوع المضرور على المنيب، وبالتالي فإنه كان يتعين على المضرور أن يسقط من اعتباره أفعال التابع ناظراً إلى المتبوع فحسب بينما في الواقع رجوع ذلك المضرور على التابع أمر مقرر ومنعقد عليه إجماع الفقهاء (ديناصورى، (د.ت)، ص٢٧٩).

٣. ويعاب على هذا الرأي أيضاً أنه يقوم على مجرد حيلة قانونية لا أساس لها من الواقع، كما أنها لا تبرر بأي حال فكرة افتراض الخطأ افتراضاً لا يقبل أثبات العكس. فالقول بأننا نسائله عن خطأ التابع باعتبار اتحاد الشخصيتين، يعني أن خطأ التابع يعتبر خطأ شخصياً للمتبوع، فإن كان الأمر كذلك فكيف نجرده من حقه في نفي ذلك الخطأ الشخصي عنه وهو أمر تقرره القواعد العامة (عمر، ١٩٧٠، ص٩٧).
ثالثاً: نظرية الحلول:

تقوم هذه النظرية على اعتبار أن شخصية التابع ما هي إلا امتداد لشخصية المتبوع، وما يقع من أفعال ضارة من التابع فكأنها وقع من المتبوع، الأمر الذي ينتج عنه القول: إن شخصية التابع اختلطت بشخصية المتبوع بحيث أصبحت شخصاً واحداً، وبذلك فالمتبوع يسأل عن الفعل الضار الصادر عن التابع باعتباره صادراً من المتبوع، ويضاف إلى ذلك أن التابع يحل محل المتبوع في التمييز أيضاً، فلو ارتكب التابع خطأ وهو مميز، وكان المتبوع غير مميز، انتقل تمييز التابع إلى المتبوع عن طريق الحلول، فأصبح هذا مسؤولاً كذلك (السنهوري، ١٩٥٢، ص ص ١٠٤٧-١٠٤٨).

ويرى انصار هذا الرأي أن من شأن فكرة الحلول كأساس لمسؤولية المتبوع، أن تبرر افتراض الخطأ غير القابل لاثبات العكس من حيث إنه يستحيل على المتبوع، حتى ولو لم يقع منه الخطأ أن يتجنب المسألة إذ أنه، في الواقع، لا يسأل عن خطئه وإنما عن خطأ تابعه (عمر، ١٩٧٠، ص٩٥).

إلا أن هذه النظرية قد انتقدت، لأن القول بفكرة اتحاد شخصي التابع والمتبوع يقتضي وجوب الرجوع عليهما معاً، وإذا قلنا أن خطأ التابع يعتبر خطأ شخصياً للمتبوع، فكيف نسمح للتابع نفي خطأه الشخصي بينما لا نسمح للمتبوع أن ينفي عن نفسه هذا الخطأ.

بأنه حتى بالنسبة لفكرة الحلول، لا يمكن أن نبرر معها جواز رجوع المضرور على التابع دون المتبوع، كما أنه من ناحية أخرى أن جواز ذلك الرجوع ينفي معه القول باتحاد شخصيتين (عمر، ١٩٧٠، ص٩٦).

المذهب الثاني: موقف أنصار المذهب الموضوعي من أساس مسؤولية المتبوع
أولاً: نظرية تحمل التبعة:

يرى أنصار هذه النظرية أن المتبوع يستفيد من عمل ونشاط تابعه وبالتالي ينبغي عليه أن يتحمل تبعة هذا العمل، طبقاً لقاعدة (الغرم بالغنم)، فلا يستطيع المتبوع التخلص من مسؤولياته إلا إذا أثبت السبب الأجنبي.

ويلاحظ أن هذا الرأي فيه ميزتان، الأولى أنه لا يجيز للمتبوع التخلص من مسؤوليته حتى لو أثبت أنه كان يستحيل عليه أن يمنع العمل غير المشروع الذي سبب الضرر للغير، إذ إن المسؤولية المبنية على تحمل التبعية لا ترتفع بهذه الاستحالة، بل يبقى المتبوع مسؤولاً، لأنه يتحمل تبعة نشاط تابعه بعد أن انتفع بهذا النشاط (العدوي وشنب، ١٩٨٥، ص ٣٤٤)، والميزة الأخرى تجعل المتبوع مسؤولاً حتى لو كان غير مميز إذا لم يجز قيام مسؤوليته على الخطأ، وإنما أجاز قيامها على تحمل التبعة.^(١)

إلا أن هذه النظرية تعرضت للنقد من عدة وجوه وهي:

١- لو كانت نظرية تحمل التبعة أساس مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه لترتب على ذلك أنه يكون مسؤولاً عن جميع أعمال تابعه في ممارسة وظيفته سواء كانت تلك الأعمال خاطئة أم لا، إلا أن الحال ليس كذلك، إذ يشترط القانون لتحقق مسؤولية المتبوع أن يقع خطأ من التابع (عمر، ١٩٧٠، ص ١٠١).
٢- إذا كانت نظرية تحمل التبعة تقوم على أساس المنفعة التي تعود على المتبوع من نشاط تابعه والذي يسأل عنه، فإن الأخذ بفكرة المخاطر كأساس للمساءلة يقتضي بوجود علاقة التبعية كما وجدت التبعة الاقتصادية (ديناصوري، ١٩٧٠، ص ٢٨٠)، كما أنه من الصعب القول بهذه المنفعة عندما يستخدم المتبوع تابعه لخدمات شخصية مجانية.

٢- لو صح أن مسؤولية المتبوع تقوم على أساس تحمل التبعة، وتحققت هذه المسؤولية، فوفي المتبوع المتضرر بما يستحق من تعويض، فذلك لا يجيز للمتبوع الرجوع على التابع، فالمتبوع يتحمل تبعة نشاط يستفيد منه، فلا يكون له إذا الحق بالرجوع على التابع والا فإنه يكون قد أخذ مقابلاً لما أعطى (سلطان، ١٩٨٧، ص ٣٧١).

١ وراجع انصار هذا الرأي كل من (شنب، ١٩٧٥، ص ٣٧٨-٣٧٩)، (الخطيب، ١٩٦٨، ص ٢٠٧)

ثانياً: نظرية الكفالة

هذه النظرية تتلخص باعتبار المتبوع كفيلا عما يقوم به التابع، باعتبار أنه يكفل التابع فيما يرتكب من أفعال تصيب الغير بضرر، ما دام للمتبوع حق الرقابة والتوجيه على التابع، وما دام الفعل الضار قد ارتكب من التابع أثناء تأدية وظيفته أو بسببها، فالمتبوع في هذه الحالة يكون مسؤولاً عن فعل تابعه دون أن يكون له حق التجريد، فيجوز للمضرور أن يرجع على المتبوع قبل أن يرجع على التابع (السنهوري، ١٩٥٢، ص ١٠٤٧).

ولكن تعرضت هذه النظرية للانتقادات باعتبار أن الكفالة مصدرها العقد وليس القانون، وكذلك أن فكرة الكفالة ترمي إلى أهداف تختلف عن تلك الأهداف التي ترمي إليها مسؤولية المتبوع، والكفالة نظام مقرر في الأصل لمصلحة المدين أكثر من مصلحة الدائن، بينما مسؤولية المتبوع تفرضها مصلحة المضرور (عمر، ١٩٧٠، ص ١٠٦).

ثالثاً: نظرية التأمين القانوني:

يذهب أنصار هذا الرأي إلى القول بأن ليس هناك خلاف جوهري بين كل النظريات التي قيلت للأساس القانوني لمسؤولية المتبوع عن عمل تابعه، ويرون أن الأساس الحقيقي لتلك المساءلة يكمن في اعتبار المشرع للمتبوع كمؤمن نتيجة لاستفادته أو احتمال استفادته من خدمات تابعه (عمر، ١٩٧٠، ص ١٠٦)، وذلك أثناء ممارسة ما عهد إليه من اعمال، وبالتالي يمكن لهذه النظرية تحقيق هدفين:

١- اعتبار المتبوع مؤمناً، يفرض عليه أن يحسن الاختيار فيمن يلحقهم بخدماته.

٢- يفرض عليهم أيضاً أحكام الرقابة أثناء تنفيذ العمل .

وعلى هذا، فإن المتبوع لا يستطيع أن يتخلص من مسؤوليته لعدم استطاعته نفي الخطأ، فإن التزامه يصبح شبيهاً بالتزام المؤمن، ويكون التأمين القانوني الذي يستطيع بمقتضاه مقاضاة ذلك المتبوع، أما التابع فلا يستطيع الرجوع على ذلك المتبوع، إذا ما اكتفى المضرور بمقاضاته واقتضاء التعويض من الفاعل فحسب (عمر، ١٩٧٠، ص ١٠٧).

ويقول أصحاب هذا الرأي بأن التأمين القانوني الذي تقوم عليه مسؤولية المتبوع هو في الواقع، تأمين من الضرر وليس تأميناً من المسؤولية في ذاتها أي بعبارة أخرى فإن المتبوع يعتبر بمثابة المؤمن للمضرور وليس مؤمناً للتابع فاعل الضرر (عمر، ١٩٧٠، ص ١٠٨).

ويترتب على ذلك أن المضرور وحده هو الذي يستطيع مقاضاة ذلك المتبوع، أما التابع فلا يستطيع مطالبة المتبوع بدفع التعويض ولا يجوز للتابع أن يطلب من المحكمة إدخال المتبوع في الدعوى وإنما هذا الحق مقرر فقط للمضرور (الديناصورى، (د.ت)، ص ٢٨١).

وقد تعرضت هذه النظرية للانتقاد من عدة جوانب أهمها: أن فكرة التأمين القانوني غير منطبقة تماماً على ما ذهب إليه أنصار هذا الرأي، فالتأمين نظام يعتمد في جوهره على تشتيت الخسارة على عدد من المستأمنين نظير قيام هؤلاء بدفع أقساط معينة، أما في مسؤولية المتبوع فإن هذا الأخير يتحمل تعويض الإضرار التي تلحق الغير بفعل ثابت في ذمته الخاصة (الديناصورى، (د.ت)، ص ٢٨١).

رابعاً: نظرية الضمان:

إن فكرة الضمان ليست بالفكرة الجديدة المستحدثه فقد كانت توئم القانون الفرنسي- وولدت مع ولادته بل أنها سبقت في هذه الولادة. والواقع أن الفقهاء اللذين يأخذون بهذه الفكرة غير متفقين على الاسم الذي يطلقونه عليها، إذ يطلق عليها بعضهم تعبير (الضمان) (الذنون، ٢٠٠٦، ج٤، ص ٣٧٧-٣٧٨).

ويذهب أنصار هذه النظرية إلى أن أساس مسؤولية المتبوع عن خطأ التابع هو فكرة الضمان، وقد وجد انصار هذه النظرية تبريراً مناسباً يتحاشى معظم المآخذ التي قيلت بصدد مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه، إذ إن فكرة الضمان تقوم على أساس أن للمتبوع سلطة الرقابة والتوجيه على التابع، ومن هذا المنطلق فهو يضمن أخطائه، وبعبارة أخرى فهو كفيل متضامن، وبهذه الصفة يسأل عن تعويض المضرور^(١).

ويجب حتى يسأل المتبوع وفقاً لهذه النظرية أن يثبت المضرور خطأ التابع، أما إذا لم يثبت الخطأ في جانب التابع فلا رجوع للمضرور على المتبوع، وهذا ما يبرر رجوع المتبوع على التابع. ولعل الأخذ بفكره الضمان كأساس لمساءلة المتبوع له الميزات التي لم تتح في ظل الأخذ بالنظريات السابقة فالقول بضمان المتبوع لخطأ التابع يتفادى مسألة اعسار التابع، إذ قد يفاجئ المضرور بأن التابع معسراً مما يعرض حقه في جبر الضرر للضياع (الاهواني، ١٩٩٥، ص ٦٢٠)، كما أن المتبوع في ظل نظرية الضمان لا يستطيع التخلص من هذه المسؤولية حتى لو أثبت أنه كان يستحيل عليه أن يمنع الفعل الضار الذي سبب الضرر التزامه هنا يكون بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية (السنهوري، ١٩٥٢، ص ١٠٤٣)،

١ وراجع في شرح ذلك: (السنهوري، ١٩٥٢، ص ١٠٤٦)، (الجمال، ١٩٨٥، ص ٤١٦)، (الشرقاوي، ١٩٩١، ص ٥٢٤)، (سلطان، ١٩٨٧، ص ٣٧١)، (سوار، ١٩٧٨، ص ١٤٨)، (عمر، ١٩٧٠، ص ١٠٥).

كما أن الأخذ بنظرية الضمان يوسع من نطاق مساءلة المتبوع، أذ يكفي وقوع الخطأ من التابع حتى يسأل المتبوع ولو كان غير مميز والسبب في ذلك أن مسؤولية المتبوع ليس مصدرها الاتفاق وأما مصدرها القانون، كما تتيح نظرية الضمان (الجمال، ١٩٨٨٥، ص٤١٦).

وعلى الرغم من هذه الميزات إلا أن هذه النظرية وجهت لها عدة انتقادات لا تنتقص من أنها الأساس المناسب لرجوع المضرور على المتبوع لجبر الضرر الواقع عليه بخطأ تابعه ومن هذه الانتقادات: أن فكرة الضمان تقدم وصفا لأحكام مسؤولية المتبوع دون أن تفسر- لماذا يتحمل المتبوع حمل الرجوع عليه من قبل المضرور، مما يثير التساؤل عن مصدر هذا الضمان وهل هو مجرد افتراض لا يرتكن إلى أساس واقعي، فأن كان كذلك فلا تصلح فكرة الضمان كأساس يبرر رجوع المضرور على المتبوع نتيجة خطأ تابعه (الأهواني، ١٩٩٥، ص٦٢١).

من كل ما تقدم فإن الباحث يوافق انصار فكرة الضمان لاعتبارها أساس لمسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه كون مميزاتها تعد التبرير المناسب لهذا الأساس، إلا أن الباحث يجد أن فكرة الضمان شأنها شأن سائر الافكار القانونية لا تخلو من المآخذ والانتقادات، إلا أنها حسب مآخذ بسيطة لا تنال في جوهرها من هذه النظرية، وبذلك تعد هذه النظرية حتى الآن هي التبرير المناسب كأساس لمسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه، وهذا ما نهجته أحكام محكمة النقض المصرية وأحكام محكمة التمييز الأردنية.

وفي أحد قرارات النقض المصري والتي تؤكد تأسيس مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه على فكرة الضمان ما جاء في أحد قرارات محكمة النقض : "أن مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه غير المشروعة وهي مسؤولية تبعية مقررة بحكم القانون لمصلحة المضرور وه يتقوم على فكرة الضمان القانوني، فالمتبوع يعتبر في حكم الكفيل المتضامن كفالة مصدرها القانون وليس العقد، ومن ثم فأت للمتبوع الحق في أن يرجع على تابعه محدث الضرر بما يفي به من التعويض للمضرور، كما يرجع للكفيل المتضامن على المدين اذي كفله؛ لأنه مسؤول عنه وليس مسؤولاً معه"^(١)

أما الأساس القانوني لمسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه في القانون المدني الأردني يكمن في نظرية الضمان التي أقامها على قاعدة قانونية موضوعية تفيد بمسؤولية المتبوع عن فعل تابعه الضار بالغير ويؤيد هذا الاستنتاج أن محكمة التمييز تتأكد من توافر شروط مسؤولية المتبوع عن

١ قرار محكمة النقض المصرية (١٩٦٨/٢/٢٢) مجموعة أحكام النقض (نقلا عن الأهواني، ١٩٩٥، ص٦٢٢).

فعل تابعه، حتى إذا تيقنت من توافرها حكمت بمسؤولية المتبوع، وذلك دونما التفات إلى تعدي المتبوع أو تقصيره، ومن حيث النتيجة فإن أساس مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه في القانون المدني الأردني الواردة في نص المادة (٢/٢٨٨) تتطابق مع أساس مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه في القانون المدني المصري (أبو شنب، ٢٠١٠، ص ٩٣-٩٤).

أما بالنسبة لقرارات محكمة التمييز الأردنية فقد جاء في قرارات عديدة ما يدل على اتخاذ هذه النظرية أساساً لمسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه وهي ضمان المتبوع أخطاء تابعه ونورد بعض هذه القرارات على النحو التالي:

جاء في قرار لمحكمة التمييز بصفتها الحقوقية رقم (١٤٦) لسنة (١٩٩٧) جلسة تاريخ (١٩٧٩/٠٨/٠٧) ما يلي: " نصت الفقرة (ب) من المادة ٢٨٨ من القانون المدني على مسؤولية من كانت له على من وقع منه الإضرار سلطة فعلية في رقابته وتوجيهه ولو لم يكن حراً في اختياره إذا كان الفعل الضار قد صدر من التابع في حالة تادية وظيفته أو بسببها. ويبدو من نص المادة ٢٨٨/ب من القانون المدني أن الشارع قد قرر مسؤولية المتبوع عند توافر الشروط التالية: الأول: أن يكون الذي أوقع الضرر تابعا. / ثانياً: أن تكون للمتبوع سلطة أمر ونهي على التابع. / ثالثاً: أن يقع الفعل الضار في حالة تادية الوظيفة أو بسببها... أن شرط وقوع الفعل الضار في حالة تادية الوظيفة أو بسببها إنما يقوم على مظنة تقصير من جانب المتبوع في مراقبة تابعه، وعلى ذلك فإن ما يقع من التابع من ضرر بمناسبة تادية وظيفته يضمنه المتبوع ولو كان ناجماً عن استغلال التابع لوظيفته."

وهنا يجد الباحث ومن خلال حيثيات القرار والفاظه خاصة جملة " فإن ما يقع من التابع من ضرر بمناسبة تادية وظيفته يضمنه المتبوع ولو كان ناجماً عن استغلال التابع لوظيفته " وهذا ما يؤكد اتجاه محكمة التمييز للأخذ بنظرية الضمان كأساس مسؤولية المتبوع في هذا القرار.

وجاء في قرار آخر لمحكمة التمييز بصفتها الحقوقية رقم (2989) لسنة (٢٠٠٤) جلسة تاريخ (٢٠٠٥/١/٢٥) ما يلي: "يعتبر مجرد انقطاع حبل الكتان الذي تملكه المميمة ويستعمل من قبل موظفيها تكون مسؤوله عن اية اضرار تنتج عن قطعه لأن مجرد انقطاع الحبل أثناء استعماله يعني عدم اخذ الاحتياطات اللازمه لعدم انقطاعه وحتى لو كان ذلك ناتجاً عن عيب ذاتي في الحبل وكذلك لو كان ناتجاً عن خطأ من قبل موظفي المميمة باستخدامه ذلك أن المميزه مسؤولة عن أعمال موظفيها... ان مسؤوليه شركة الكهرباء ناتجه عن مسؤوليتها القانونية بضمان الإضرار اللاحقة بالغير نتيجة أعمال تابعيها (مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه) عملاً بأحكام المادة ٢٨٨ /١ ب/

من القانون المدني طالما أن الفعل الضار وقع أثناء تأدية المدعى عليهما الثاني والثالث وظيفتهما ، وبالتالي تكون المميّزة والمدعى عليهما الثاني والثالث مسؤولين جميعاً عما لحق بالمدعين نتيجة الفعل الضار وللمحكمة أن تحكم بالتضامن والتكافل فيما بينهم عملاً بأحكام المادة (٢٦٥) من القانون المدني .

وكذلك الحال يجد الباحث في حيثيات هذا القرار والفاظه وخاصة جملة " ان مسؤوليه شركة الكهرباء ناتجه عن مسؤوليتها القانونية بضمان الإضرار اللاحقة بالغير نتيجة أعمال تابعيها (مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه) عملاً بأحكام المادة ٢٨٨ /١ ب من القانون المدني " تأكيد محكمة التمييز بأخذها بنظرية الضمان كأساس مسؤولية المتبوع.

وجاء في قرار آخر لمحكمة التمييز بصفتها الحقوقية رقم (٣٦٨٠) لسنة (١٩٩٨) جلسة تاريخ (١٨/٠٥/١٩٩٩) ما يلي: " بما أن واقعتي رعي مواشي المميز ضده ثابتان بينة رسمية خطية وبقرارين قضائين وبما أن مالك المواشي المميز ضده هو صاحب اليد عليها وهو المسؤول عما تلحقه من ضرر في أموال الغير ، ومنها الاشجار الموجودة في المحمية الرعوية ، وبما أن الراعي الذي كان يرعى اغنام المميز ضده يعتبر تابعا له ، ويخضع لرقابته وتوجيهه وللمميز ضده سلطة فعلية عليه ، وبما أن التابع هو الذي الحق الإضرار بالمحمية وبما أن المتبوع مسؤول عن أعمال تابعه فإن المميز ضده يكون مسؤولا عن ضمان الإضرار التي لحقت بالمحمية بسبب رعي الاغنام التي يملكها في اشجار تلك المحمية" وكذلك الحال يجد الباحث في حيثيات هذا القرار والفاظه وخاصة جملة " وبما أن التابع هو الذي الحق الإضرار بالمحمية وبما أن المتبوع مسؤول عن أعمال تابعه فإن المميز ضده يكون مسؤولا عن ضمان الإضرار التي لحقت بالمحمية بسبب رعي الاغنام التي يملكها في اشجار تلك المحمية " تأكيد محكمة التمييز بأخذها بنظرية الضمان كأساس مسؤولية المتبوع.

وجاء في قرار آخر لمحكمة التمييز بصفتها الحقوقية رقم (١٠٩٨) لسنة (٢٠٠٢) جلسة تاريخ (٢٠٠٢/٨/٦) ما يلي " من واجبات كاتب العدل التثبت من هوية الفريقين وان يذكر بوضوح اسم وشهرة ومحل اقامة كل واحد من اصحاب العلاقة في السندات والاوراق التي ينظمها ، أو يصدق عليها والشهود والمعرفين وفق أحكام المادة ١٢ من قانون الكاتب العدل رقم ١١ لسنة ١٩٥٢ ..

ان عدم تحقق كاتب العدل وتقاعسه عن القيام بواجبات وظيفته ، الذي ادى به إلى تنظيم عقد رهن السيارة لصالح المشتري (المدعي) الذي تم الاحتياال عليه ودفع المبلغ المدعى به إلى المدعى عليهما الأول والثاني اللذين اشتركا في تزوير دفتر العائلة ، تمهيداً لنقل ملكية السيارة إليه ، ومن ثم مفاجأته بعد ذلك أن من رهن إليه السيارة ليس مالكيها ، وبالتالي فقد ضمانه مما اوقع الضرر به ... اجازت المادة ٢٨٨ من القانون المدني رقم ٤٣ لسنة ٩٧٦ وفي ضوء أحكام المادة ٢٥٦ من ذات القانون للمحكمة بناء على طلب المضرور إذا رأت مبرراً أن تلزم باداء الضمان من كانت له على من وقع منه الإضرار سلطة فعلية في رقابته وتوجيهه ولو لم يكن حراً في اختياره إذا كان الفعل الضار قد صدر من التابع في حال تأدية وظيفته أو بسببها فإن ما يترتب على ذلك أن الاداره الحكوميه التي يتبعها كاتب العدل تكون مسؤولة بالضمان عن خطأ هذا الموظف وهذا ما استقر عليه الاجتهاد القضائي في هذا الشأن." وكذلك الحال يجد الباحث في حيثيات هذا القرار والفاظه وخاصة جملة (يترب على ذلك أن الاداره الحكوميه التي يتبعها كاتب العدل تكون مسؤولة بالضمان عن خطأ هذا الموظف وهذا ما استقر عليه الاجتهاد القضائي في هذا الشأن) تأكيد صريح من محكمة التمييز بأخذها بنظرية الضمان كأساس مسؤولية المتبوع مشيرة في هذا القرار الاجتهاد القضائي مستقر على هذه النظرية .

أولاً: الأساس القانوني للمسؤولية عن فعل الأشياء :
أن الفقه الغربي ولا سيما الفقه الفرنسي— وجد أن فكرة الخطأ الواجب الاثبات كأساس تقليدي للمسؤولية المدنية أصبحت عاجزة عن التمشي مع ظروف الحياة الجديدة، وما ينشأ عن فعل الآلة من اضرار، الذي يؤدي إلى ضياع حقوق الكثير من المتضررين من فعل الآلة كلما عجز المتضررين عن أثبات مسؤولية حارس الآلة التي أحدثت الضرر بهم.

ولقد أخذت المسؤولية عن فعل الشيء تحتل مكانة خاصة من الناحية القانونية في حياتنا المعاصرة كون استخدام الآلة أصبح امراً لا مفر منه، وأضحت من أكثر الأشياء احتمالاً لأحداث الضرر، كما وأن التوسع في استخدام الآلة قد جلب النفع والرفاهية للبشرية، إلا أنه قلما يمر يوم دون أن توافينا صفحات الجرائد والأخبار بحوادث الآلة والتي يذهب ضحيتها العديد من الأشخاص والممتلكات (دون، ٢٠٠٦، ج٥، ص ٥: ص ٧-٥)،

ويضاف إلى هذا أنتشار البناء والأنشاءات العمرانية وأزدياد حاجة البشر وبشكل مستمر إلى المزيد من الأنشاءات والبناء لتغطية الحاجة البشرية إلى السكن والمجتمعات التجارية والمولات والمرافق العامة، قد يسبب أضرار في بعض الأحيان فيما لو انهار البناء كلياً أو جزئياً بالأضافة إلى كل هذا وذلك، فأن التوسع في تربية الحيوانات على اختلافها وما ينتج عن ذلك من اضرار تسببها الحيوانات بالغير، أدى إلى أهمية بحث أساس المسؤولية القانونية عن فعل الشيء- الذي يؤدي إلى تحديد السبب الذي من أجله الزم القانون حارس الشيء تعويض الإضرار الناشئة عنها (أبو شنب، ٢٠٠١، ص ٢٤٥).

وازاء تزايد ضحايا فعل الآلة والمتضررين منها فقد فرض هذا الأمر على رجال القانون وضع الأسس اللازمة للمسؤولية عن فعل الأشياء على أسس يتوخى منها التيسير على المضرور بغية حصوله على التعويض العادل وانتهى اجتهاد الفقه والقضاء الفرنسي- بعد محاولات كثيرة إلى تفسير المادة ١٣٨٤ تفسيراً جديداً توصلوا من خلاله إلى إقامة مسؤولية حارس الآلة على خطأ مفترض (دندون، ٢٠٠٦، ص ٥-٧)، وهذا ما اتجهت إليه العديد من القوانين العربية وعلى رأسها القانون المدني المصري، وكذلك المشرع الأردني . لذلك سوف نتطرق إلى الأساس القانوني للمسؤولية عن فعل الشيء من خلال بندين وهما :

١. الأساس القانوني للمسؤولية عن فعل الشيء في القانون المقارن.

٢. الأساس القانوني للمسؤولية عن فعل الشيء في القانون المدني الأردني.

١. الأساس القانوني للمسؤولية عن فعل الشيء في القانون المقارن:

إن الأساس القانوني عن فعل الشيء في القانون المدني المصري الذي استمد أحكامه ومبادئه من القانون المدني الفرنسي- ومن سار على نهجه من القوانين العربية قد رسخ واستقر في هذه القوانين على أساس الخطأ المفترض من جانب حارس الشيء، غير قابل لأثبات العكس خلافاً للأساس التقليدي للمسؤولية المدنية المتمثل بخطأ واجب الأثبات حيث لا يستطيع حارس الشيء أن يدفع المسؤولية عنه بإثبات انتفاء خطئه نتيجة الضرر بفعل الشيء- الذي تحت حراسته في حين أن الأساس التقليدي للمسؤولية المدنية يعطي الحق لمرتكب الفعل الضار نفي حدوث خطأ من جانبه وصولاً إلى دفع المسؤولية عنه . ومن هنا فقد قامت في إطار المسؤولية عن فعل الشيء - حسبما استقرت عليه نظريات قانونية تحاول أن تجد أساساً للمسؤولية عن فعل الشيء- نظريات ثلاثة هي : نظرية الخطأ المفترض، نظرية المخاطر، نظرية الضمان .

وسوف نتناول هذه النظريات بشيء من التفصيل على النحو التالي :

- نظرية الخطأ المفترض:

تستند نظرية الخطأ المفترض إلى النظرية التقليدية (نظرية الخطأ) التي تعتبر ركيزة المسؤولية بصفة عامة وقد نتج عن هذه النظرية التقليدية نظريتان هما : نظرية الخطأ المفترض، ونظرية الخطأ الثابت (الخطأ في الحراسة)، لذا سوف نتعرض للنظريتين لارتباطهما بالنظرية التقليدية على النحو التالي:

أما نظرية الخطأ المفترض التي استند إليه في أساس المسؤولية عن فعل الشيء- باعتبارها تأخذ بفكرة الخطأ المفترض الذي لا يقبل أثبات العكس . فمؤداها أن المضرور لا يكلف بأثبات الخطأ في حالة وقوع الضرر بفعل الشيء-، بل أن القانون يفترض وجود هذا الخطأ من جانب حارس الشيء، وهذا خلاف ما تقتضيه القواعد العامة من تكليف المضرور بإثبات وقوع خطأ من محدث الضرر، الذي يحرم المضرور من الوصول إلى حقه في التعويض في كثير من الأحيان .

لذا اقيمت القرينة القانونية على خطأ حارس الشيء-، بمقتضاها تفترض أنه قد اخطىء في حالة وقوع الضرر دون حاجة إلى أن يثبت المضرور ذلك، بل يقع على المضرور أثبات الضرر ورابطة السببية بين الضرر و فعل الشيء- ليتمكن من الحصول على التعويض (العشماوي، ١٩٩٨، ص ٣٨١). إلا أن اعفاء المضرور من أثبات الخطأ لا يعني أنه لا يعد ركناً من أركان هذه المسؤولية، وإنما الغرض من هذا، تسهيل عبء الإثبات على المضرور (السنهوري، ١٩٥٢، ص ١٠٩٧).

لكن هذه النظرية لم تسلم من النقد، فذهب البعض إلى تصوير مثل هذا الخطأ بأنه أقرب إلى التخيل منه إلى الحقيقة ، إذ هو وهمي ألصق بالحارس اصطناعاً، فيكون مبدأ الخطأ المفترض أساساً للمسؤولية عن فعل الشيء- تركيباً لفظياً ينقصه المدلول القانوني ، فالمسؤولية تترتب على الحارس بمجرد أن يكون للشيء- دور فاعل في الحادث دونما اعتبار لسلوك الحارس ودوافعه أو لعيب في الشيء- العائد له (النقيب، ١٩٨٠، ص ٣٨٣-٣٨٤).

وفي ضوء هذه الانتقادات ظهرت نظرية جديدة يمكن من خلالها التوفيق بين فكرة الخطأ ونظام الاثبات القضائي وهذه النظرية تسمى نظرية الخطأ في الحراسة .

ومقتضى هذه النظرية فإنه يوجد على عاتق حارس الشيء التزام بالأمسك بزمام الشيء والسيطرة عليه لمنعه من الإفلات من رقابته والإضرار بالغير، أما أن حدث وافلت الشيء- من رقابة الحارس وبالتالي أضر بالغير، فإن هذا يعد دليلاً على خطأ الحارس وتقديره واخلاله بالتزامه بالحراسة؛

لأن افلات الشيء من الرقابة متلازم مع الخطأ، لذا فلا حاجة لأثبات أي تقصير في جانب الحارس، ولا يعفى الحارس من المسؤولية بأثبات أنه بذل العناية اللازمة لمنع الشيء من الإضرار بالغير، أو أن سلوكه في مراقبة الشيء كان متفقاً مع سلوك الشخص المعتاد، بما مفاده أن التزام الحارس هو التزام بتحقيق نتيجة معينة هي عدم إفلات الشيء من رقابته (جميعي، ٢٠٠٠، ص ١٥٣)

فأساس مسؤولية الحارس هو الخطأ الثابت وهذا ما يفسر لنا الزام الحارس بأثبات السبب الأجنبي للتخلص من المسؤولية، أما أثباته انعدام خطئة فلا يعفيه من المسؤولية (مرقس، ١٩٦١، ص ١٠٩٤).
وقد تعرضت هذه النظرية إلى انتقادات شديدة منها :

أما القول بأن الخطأ في الحراسة قائم على أساس وجود التزام محدد أو التزام بنتيجة ملقى على عاتق الحارس في منع الشيء من الإفلات من رقابته أو من الإضرار بالغير فإن هذا القول يجانبه الصواب لأن الطعن بأن شخصاً ما قد أخل بالتزامه وبالتالي ارتكب خطأ يلزم بداية أن يكون لهذا الشخص القدرة على الوفاء بهذا الالتزام وبالنظر للالتزام بمنع الشيء من الإفلات من الرقابة فأنا نراه مما يصعب الوفاء به دائماً لتعلقه بطبيعة الآلات والادوات التي لا يمكن التحكم بها بصورة قاطعة ولا كفالة عدم انفلاتها أو ضمانتها ضبطها بصورة أكيدة فالتزامه هذا هو التزام بما هو خارج عن إرادته ولا يمكن تنفيذه (عقيل، د.ت)، (ص ٣٧٩) وحتى مع التسليم بوجود هذا الالتزام فإن الإخلال به لا يعتبر خطأ لأننا لا نستطيع تحميل الحارس المسؤولية عن الخطأ رغم تسليمنا بعدم ارتكابه هذا الخطأ إقامة المسؤولية على هذا الإخلال يجعل لها أساساً آخر غير الخطأ (خيال، د.ت)، (ص: ١٨٤-١٨٥).

كذلك من عيوب هذه النظرية أنها تقرر أن كل مخالفة للالتزام بالحراسة تكون خطأ دون فحص لمسلك الحارس، مما يعني أن المعول عليه هو العنصر - المادي فقط، وبهذا يكون الخطأ في الحراسة مجرداً من كل قيمة أدبية ويؤدي إلى القول إن "الشخص يكون مسؤولاً كلما أحدث الشيء ضرراً" (الدسوقي، ١٩٧٥، ص ٨٣).

- نظرية تحمل التبعة:

تنطلق نظرية تحمل التبعة من فكرة مؤداها الزام الشخص بتحمل تبعة نشاطه الذي يحقق مصلحته أو يجني فائدته إذ يلتزم بالتعويض عن الضرر الناجم عنه (الفار، ٢٠٠٤، ص ١٢٨) فحيث يفيد الشخص من خطر ناشئ عن نشاطه عليه أن يتحمل تبعته .

وتنادي هذه النظرية باستبعاد ركن الخطأ من أركان المسؤولية التقصيرية لارتباطه بالمسؤولية الجنائية والتي قوامها توقيع العقاب، وهذا خلاف المسؤولية المدنية التي تحرص على تعويض المضرور، ولا تهدف لمعاقبة المسؤول، لذا فالشخص يسأل عن تعويض الإضرار التي تقع نتيجة نشاطه وفعله، فلا يشترط خطؤه وانحراف سلوكه (جميعي، ٢٠٠٠، ص ١٦١).

وباستبعاد الخطأ كان لازماً البحث عن أساس آخر لهذه المسؤولية -وبصفه خاصة المسؤولية عن فعل الاشياء- ووجد في ذات الفعل المادي الذي يؤدي إلى إحداث الضرر، إذ إن مجرد تحقق النتيجة الضارة من فعل معين يؤدي إلى قيام مسؤولية مرتكبه (عطا الله، ٢٠٠١، ص ١٠٨-١٠٩) إذ المعول عليه هو قيام علاقة السببية بين النشاط الذي أحدثه المسؤول وبين الضرر الذي لحق بالمضرور وبعبداً عن تفحص هذا النشاط والبحث في مدى تضمينه للخطأ أم لا (اليقوب، ١٩٧٧، ص ١٤٠).

ومن هذا المنطلق فإن المسؤولية المدنية وفقاً لمفهوم نظرية تحمل التبعية ليست مسؤولية شخصية تقوم على أساس الخطأ الشخصي، بل هي مسؤولية موضوعية تقوم استناداً على عمل الشخص وفعله. وقد برزت فكرة تحمل التبعة في صورتين، الأولى : عامة مطلقة، سميت بنظرية تحمل تبعة المخاطر المستحدثة و تقضي بأن يتحمل الشخص النتائج الضارة لنشاطه دون تقييد (الدسوقي، ١٩٧٥، ص ٨٩) . أما الصورة الثانية : فهي خاصة ومقيدة، سميت بنظرية "الغرم بالغنم" وتقتضي أن يتحمل الشخص النتائج الضارة لنشاطه متى زادت من المخاطر العادية الملازمة للحياة في المجتمع بإنشاء مشروع يجني منه ربحاً، حيث يكون تحمله تبعة هذه المخاطر مقابل ما يجنيه من فائدة و ربح (الصباحي، ١٩٩١، ص ١٤٤) لذا قيل أن الغرم بالغنم.

واستند انصار هذه النظرية لتبرير قيامها ودعمها إلى أن فكرة العدالة التي تقتضي أن من يستفيد من شيء، أي يجني مغامته، فيجب عليه عدالة أن يتحمل ما يحدثه هذا الشيء من اضرار للغير، لأنه ليس من العدل في شيء أن يستأثر الحارس بالنفع من الشيء بينما يحمل غيره ضرر هذا الشيء (اليقوب، ١٩٧٧، ص ١٤١) .

كما لجؤوا إلى محاولة تدعيم اتجاههم بالأستناد إلى نصوص مدونة نابليون حيث ذهب الفقيه (لابيه) الى أن الفقرة الأولى من المادة ١٨٨٤ والتي يرى أنها تقرر المبدأ القائل "ان من ينشئ بفعله بالمجتمع مخاطر مستحدثة، عليه أن يتحمل تبعته، فمن له النفع حقت عليه التبعة" (اليقوب، ١٩٧٧، ص ١٤٢)، وبالرغم من محاولات عديدة لتدعيم مبررات قيام هذه النظرية من انصارها إلا أنها تعرضت لانتقادات لإذعة افقدتها القدرة على الصمود .

- نظرية الضمان :

في ضوء الانتقادات الموجهة للنظريات السابقة نظرية الخطأ (المفترض أو الثابت)، ونظرية تحمل التبعه، دعى الفقيه ستارك إلى الأخذ بنظرية الضمان كأساس سليم للمسؤولية عن فعل الأشياء. ويتحدث ستارك أن مشكلة المسؤولية يجب أن تواجه من جانب المضرور مثلما تواجه من جانب المسؤول (خيال،(د.ت)،ص١٩٦) لذا فينبغي عدم البحث عن أساس المسؤولية على غرار فكري الخطأ والمخاطر؛ لأنهما يغفلان المضرور الذي ينبغي حماية حقوقه وتعويضه عن الإضرار التي لحقت به . ويقول ستارك: أن سبب الاغفال، أن الفقه ينظر إلى المسؤولية باعتبارها مظهر من مظاهر فكرة الحرية، لذا فأن الزام الشخص بتعويض الإضرار الناشئة عن نشاطه يعد من معوقات حريته، وهذا هو السبب في استلزام الخطأ ليكون الشخص مسؤولاً، لأن غياب المسؤولية يعد من اعلى درجات الحرية (منتصر، ١٩٧٧، ص٩٤).

ويركز ستارك النظر إلى جانب حقوق المضرور وفي مقدمتها حقه في الاحتفاظ بحياته وفي سلامة جسده وكذلك حقه في التمتع بجميع امواله المادية والمعنوية دون منازعة أو تعكير وهو ما يمكن تسميته بالحق في الامن (ملوكي، ١٩٧٩-١٩٨٠، ص١٩٠).

إلا أنه قد ينشأ عن استعمال بعض الأفراد لحقهم في الحرية اصطدام بحق الآخرين في الأمن وبالتالي الإضرار بهم لذا يجب وضع حد فاصل بين حق الفرد في الحرية وحق الآخرين في الأمن (جميعي، ٢٠٠٠، ص ص: ١٧٤-١٧٥).

ويرى ستارك أنه يلزم لتقدير المدى الحقيقي لحرية الشخص في العمل ولعدم مسؤوليته عن الإضرار الناجمة عن قيامه بعمل ما، البحث فيما إذا كان لهذا الشخص الحق في إحداث مثل هذا الضرر ودون النظر فيما إذا كان له الحق في القيام بذلك العمل، لأن مشكلة المسؤولية المدنية هي مشكلة تنازع بين الحقوق فبعضها يسمح بالاضرار بالغير ولا يكون معاقباً عليه، مثال ذلك حق النقد الإديبي وحق ممارسة الرياضة وفقاً للقواعد المنظمة لها وان ترتب عليها اصابة الغير بالضرر لانه في مثل هذه الحالة ينتفي الحق في ضمان السلامة أمام هذه الحقوق، لأن القانون قد اضى على الإضرار الناجمة عن ممارسة مثل هذه الحقوق صفة المشروعية وبالتالي انعدام التعويض عنها . أما في الفروض الاخرى فتكون الغلبة للحق في ضمان السلامة فإن المسؤول يلتزم بتعويض المضرور(خيال،(د.ت)، ص ص : ١٩٠-١٩١).

ويفرق ستارك بين نوعين من حقوق الافراد من حيث جواز المساس بهما من عدمه وهما :
النوع الأول : يشمل الحق في الحياة وفي سلامة جسم الإنسان وامواله المادية وهذه الحقوق يعتبر مجرد
المساس بها ضرراً غير مشروعاً لأنه يستحيل أن يكون مستنداً إلى حق (ملوكي، ١٩٨٠، ص ص :١٩١-
١٩٢).

النوع الثاني : وهي تتضمن الحقوق التي يسبب المساس بها اضراراً اقتصادية أو ادبية مثل حق الإنسان
في سلامة شرفه واعتباره، وهذه الحقوق قد يكون المساس بها مشروعاً أو غير مشروع وذلك بالنظر إلى
الشخص محدث الضرر هل يملك حق إحداثه أم لا، دون الالتفات إلى حالته النفسية .
ويضيف ستارك أنه في حالات معينة يلزم أن يكون للحق في ضمان السلامة حماية مطلقة، كما في حالة
المسؤولية عن فعل الاشياء، على أساس أن الأمر يتعلق بتعويض الإضرار المادية والجسدية .
وقد تعرضت نظرية الضمان لانتقادات عديدة، اظهرت عدم قدرة هذه النظرية وعجزها عن تبرير
مسؤولية حارس الأشياء ومن أهمها ما يلي :

١- إن نظرية الضمان في تمييزها بين الإضرار المادية والأدبية وترتيب الالتزام بالتعويض على الأولى دون
الثانية، فهي بهذا يعوزها أي سند من القانون أو من أحكام القضاء؛ لأن المادة ١/١٣٨٤ مدني فرنسي-
والمقابلة للمادة ١٧٨ مدني مصري والمادة ٣١٦ معاملات مدنية أماراتي تطبق سواء كانت الإضرار مادية
أم أدبية.

٢- كذلك فإن استناد نظرية الضمان على أن المساس بحق الغير دون حق يعد اساساً للمسؤولية فهي
بهذا لم تذهب بعيداً؛ لأن كثيراً من الفقهاء للنظرية التقليدية قد اعتمدوا على ذات الأساس في تعريفهم
للخطأ لذا فهي لم تأت بجديد سوى إضفاء اسم الضمان على أساس المسؤولية بدلاً من الخطأ
(ملوكي، ١٩٨٠، ص١٩٣) .

٣- كذلك فإن التفرقة بين الإضرار وجعل أساس المسؤولية عن أحداها هو مجرد حدوث الضرر بينما
جعل أساس المسؤولية عن الإضرار الأخرى هو افتقاد الفاعل الحق في المساس بحقوق الغير "المضرور"
مما يلزم البحث في سلوك الفاعل وبالتالي فإن هذه التفرقة تقودنا إلى الأخذ بنظرية تحمل التبعية في
الحالة الأولى والسير على خط نظرية الخطأ في الحالة الثانية لنصل في النهاية إلى أن هذه النظرية لم
تأت بجديد للمسؤولية (ملوكي، ، ص١٩٣).

٣- بما أن نظرية الضمان لستارك قصد منها أن تحل محل القواعد العامة في المسؤولية لذا فلا يمكن الاجتزاء منها، بل هي بديل متكامل لنظام المسؤولية المدنية الحالي وهو ما يرفضه الفقه وبهذا نصل إلى عدم صلاحية هذه النظرية للتطبيق في مجال المسؤولية عن فعل الأشياء؛ وذلك لأن هذه النظرية لم تشرع لحكم الحالات الخاصة أو الاستثنائية (جميعي، ٢٠٠٠، ص ١٧٦-١٧٧)

٥- إن السير على خط نظرية الضمان يؤدي إلى القول: إن الحارس هو من يقع عليه التزام بعدم الإضرار بالغير، وفي هذا افراغ لفكرة الحارس من مضمونها؛ لأن الحارس كما عرفه الفقه والقضاء هو من له سلطة فعلية على الشيء (خيال، (د.ت)، ص ٢٠٠) .

وخلاصة الأمر بعد كل ذلك أن الرأي الراجح في الفقه المصري هو ذلك الذي يقيم المسؤولية عن فعل الشيء على أساس الخطأ المفترض .

٢. الأساس القانوني للمسؤولية عن فعل الشيء في القانون المدني الأردني:

تناول المشرع الأردني هذا الموضوع من خلال ثلاث صور للمسؤولية ورد ذكرها في المواد (٢٨٩-٢٩١) وهي جناية الحيوان وانهايار البناء والأشياء والآلات، تتحقق المسؤولية هنا إذا كان هناك شخص ملزم بأصلاح الضرر الناتج عما يحدثه الحيوانات أو البناء أو الأشياء والآلات التي تحت حراسته، وفي صدد أساس المسؤولية عن هذه الصور في القانون المدني الأردني، ولما يتمتع به هذا القانون من خصوصية مصادره التاريخية، وخاصة فيما يتعلق بالفقه الإسلامي باعتباره المصدر التاريخي للقانون المدني الأردني، فقد كان لزاماً على الباحث أن يتعرض لأساس هذه المسؤولية من خلال تحليل نصوص القانون المدني الأردني ومجلة الأحكام العدلية وآراء الفقه الإسلامي المتعلق بالموضوع . وسوف نتناول أساس المسؤولية في كل صورته على النحو التالي:

أ. الأساس القانوني لمسؤولية حارس الحيوان :

أشار الفقهاء المسلمون إلى فكرة الحراسة عند بحثهم مسؤولية الحيوان تحت عنوان ذي اليد، ويلقي فقهاء الشريعة الإسلامية الضمان عن الضرر الناتج عن الحيوان على ذي اليد عليها، وهو القابض على زمامه، القائم على تصريفه، ولو لم يكن مالكا له، ولو لم يحل له الانتفاع به (فيض الله، ١٩٦٢، ص ص : ٤١٨-٤١٩) وهو صاحب السلطة الفعلية عليها والذي بيده زمام الحيوان ويملك قيادته وتوجيهه بغض النظر عما إذا كانت يده على الحيوان مشروعة أو غير مشروعة، فاليد المقتضية للضمان غير اليد المقتضية للملك، ومناطق الضمان في الفقه الإسلامي هو السلطة الفعلية على الحيوان،

ومثل هذا الضمان يجب باليد لا بالملك، ولذلك جعلوا الغاصب أو المستعير أو السارق أو الراعي سواء أكان أجيبراً خاص أو مشتركاً مسؤولاً عن الضرر الذي يحدث للحيوان الذي يكون تحت يده ولم يلقوا بهذه المسؤولية على المالك ما دام هذا المالك لا يملك زمام الحيوان وقيادته .

كما أنهم اعتبروا الضرر الناجم عن الحيوان غير المملوك، ضرراً غير مضمون على أحد، وبمعنى آخر (هدراً)، استناداً لحديث الرسول (ص) جناية العجماء جبار وفي رواية أخرى (جرحها جبار)^(١) (الزرقا، ١٩٨٤، ص ١٦٦)، فذلك لأن الحيوان لا يصلح أن يكون صاحب الحق أو أن تلقى عليه الالتزامات إذ لا ذمة له ولا إدراك فإن الحراسة على الحيوان المملوك تبقى قائمة لذي اليد عليه حتى ولو ضل الحيوان أو تسرب (الخفيف، ١٩٧١، ص ٢٤١).

ولكن هذه القاعدة مخصصة مقيدة، وهي معطوبة على غيرها من القواعد والأحاديث^(٢) (محمصاني، ١٩٧٢، ص ٢٣٦) ومعناها هو " أن جناية البهائم غير مضمونة ولكن المراد إذا فعلت ذلك بنفسها ولم تكن عقورا ولا فرط مالكةا في حفظها حيث يجب عليه الحفظ، وذلك في الليل، وفي أسواق المسلمين وطرقهم ومجامعهم" (سراج، ١٩٩٣، ص ٤٤٢)، فهي كما قال الشافعي "على أن ما أصابت العجماء من جرح وغيره في حال جبار، وفي حال غير جبار... وفي هذا دليل على أنه إذا كان على أهل العجماء حفظها ضمنوا ما أصابت، فإذا لم يكن عليهم حفظها لم يضمنوا شيئاً مما أصابت" (محمصاني، ١٩٧٢، ص ٢٣٦)

وبهذا أخذ القانون المدني الأردني فقد نص في المادة (٢٨٩) على : "جناية العجماء جبار، ولكن فعلها الضار مضمون على ذي اليد عليها مالكةا كان أو غير مالك إذا قصر أو تعدى".

وهذا يعني أن مسؤولية المالك ليست مطلقة عن الأذى الذي يتسبب فيه الحيوان بفعله إلا إذا تسبب المالك بتقصيره أو بتعديه في إيقاع الحيوان لهذا الأذى فيسأل عنه، وإنما تهدر جناية العجماء إذا لم ينسب فعلها إلى تقصير صاحبها أو تعديه (سراج، ١٩٩٣، ص ٤٤٢).

فكل ما أشرنا إليه يؤكد بالدلالة أن الضمان في جناية الحيوان يكون بشروط معلومة وعدم الضمان يترتب عند فقدان أحد هذه الشروط، ويمكن الاستدلال على هذه الشروط من خلال نص المادة (٢٨٩) من القانون المدني الأردني حيث إن المادة قد أشارت إلى أن الفعل الضار الصادر من الحيوان مضمون على ذي اليد عليها مالكةا كان أو غير مالك إذا قصر أو تعدى، ومن ذلك يتبين لنا أن الشروط هي:

١ وقد أخذ من هذا الحديث القاعدة الكلية الواردة في المجلة المادة (٩٤) والتي نصت على : "جناية العجماء جبار".
٢ قال صلى الله عليه وسلم : (من وقف دابة في سبيل المسلمين أو في سوق من أسواقهم فوطئت بيد أو رجل فهو ضامن) وقال صلى الله عليه وسلم فيما روى عنه: (أنه قضى على أهل الاموال حفظها بالتهار وعلى أهل المواشي حفظها بالليل، وان ما أفسدت المواشي بالليل ضامن (اي مضمون) على أهلها)، وفي رواية أخرى: (ان على أهل الحوائط حفظها بالتهار وان ما أفسدت المواشي بالليل ضامن على أهلها).

١. شرط الحراسة : والحارس (أو ذي اليد على الحيوان) هو صاحب السلطة الفعلية على الحيوان، والذي بيده زمامه، ويملك قيادته وتوجيهه، بغض النظر عما إذا كانت يده على الحيوان مشروعة أو غير مشروعة، كما تقدمنا.

وحتى في الأحوال التي يكون فيها الحيوان تحت يد مالكة فإن الضمان عليه يكون باعتبار يده عليه، وليس بسبب ملكيته له، فالمسؤول ليس مالك الحيوان بصفته مالكا، بل هو الشخص الذي تسبب بتعديه أو تقصيره في إحداث الضرر، سواء أكان هذا المتسبب مالكا أم مستعيراً أم وديعاً أم مستاجراً... الخ، فكل هؤلاء ضامنين لجناية الحيوان في الأحوال التي توجب ذلك لأن الضمان يجب باليد لا بالملك، ولا يكون المالك نفسه مسؤولاً إلا بصفته راكباً أو قائداً أو سائقاً أو واضعاً يده لصورة أخرى (محمصاني، ١٩٧٢، ص ٢٤٥).

ولو تعدد واضعوا اليد على الحيوان كأن يجتمع راكب وريفي أو راكب وسائق أو راكب وقائد فإن الأكثر قدرة على التصرف في الحيوان والأقوى يداً وتسبباً يكون الضامن فإن إستويا في القدرة والتصرف فالضمان عليهما بالاشتراك (الخفيف، ١٩٧١، ص ٢٥٣).

٢. وقوع الضرر بفعل الحيوان : اشترطت المادة (٢٨٩) من القانون المدني وقوع الضرر بفعل الحيوان، أي أن يصدر فعلاً من الحيوان يضر الغير، وبذلك يخرج حالة الحيوان الذي يلحق ضرراً بالغير من دون أن يأتي فعلاً ايجابياً، مثل من يصطدم بحيوان، ويسبب الحيوان الأذى، فلا مسؤولية على حارس الحيوان، لأن الحيوان كان بحالة سلبية فلم يصدر أي فعل يضر الغير.

٣. تقصير أو تعدي الحارس : لابد من مجاوزة لحق الغير، فإذا لم يكن هناك مجاوزة فلا ضمان، وذلك مثل أن تكون الدابة التي حصل منها الإضرار في ملكه، أو في المحل المعد للدواب، أو دخلت بإذن ممن وقع عليه الإلتلاف، فلا ضمان؛ لأن صاحب الدابة استعمل حقه المباح^(١) ولن يضمن إلا إذا توافر قصد التعدي حسب المادة (٦٦) من القانون المدني الأردني^(٢).

١ أنظر في مضمون ذلك في المواد (٩٣٠، ٩٣١، ٩٣٨، ٩٣٩) من مجلة الأحكام العدلية.

٢ نصت المادة (٦٦) من القانون المدني الأردني على: (١- يجب الضمان على من استعمل حقه استعمالاً غير مشروع. / ٢- ويكون استعمال الحق غير مشروع: أ- إذا توافر قصد التعدي. ب- إذا كانت المصلحة المرجوة من الفعل غير مشروعة. ج- إذا كانت المنفعة منه لا تتناسب مع ما يصيب الغير من الضرر. د- إذا تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة).

بخلاف ما إذا أدخلها في ملك الغير بغير إذنه، وفي محل عام لم يعد لوقوف الدواب، أو في الطريق، أو بالقرب من المزارع، أو من غير راع، أو هيجهها، أو قصر— في حفظها، وكانت عقود فأنه يضمن^(١)، ومن أمثلة ذلك (إذا سار الراكب على دابة في الطريق العام فوطئت انساناً بيد أو رجل وهي تسير فقتلته يضمن، لأن السير في طريق المسلمين مقيد بالسلامة، لأن المشي بالطريق حق للجماعة والراكب يمكنه التحرز من الحاق الضرر بهم)^(٢) ومثله السائق والقائد.

وكذلك كل بهيمة إذا أوقفها رجل على الطريق فهو متعد في هذا التسبب حكماً ضامن لما يتلف، وهذا ما نصت عليه المادة (٩٣٤) : "ليس لاحد حق توقيف دابته في الطريق العام بناء عليه لو أوقف أحد أو ربط دابته في الطريق العام يضمن جنايتها على كل حال سواء رفست بيدها أو رجلها أو ذيلها أو جنت بسائر الوجوه ...".

فإذا توافرت الشروط الثلاث فإن حارس الحيوان ضامن ما نتج عن فعل حيوان من ضرر للغير، إلا ما لا يمكن التحرز منه .

ولقد اعتبر الفقهاء المسلمون فعل الحيوان في بعض الحالات من قبيل المباشرة بالنسبة لحارسها، واعتبروه في حالات أخرى من قبيل التسبب، فإن فعل الحيوان الضار وحده لا يكفي للتضمن، بل لابد أن يكون هنالك شخص له علاقة بحدوث الضرر أما مباشرة أو تسبباً، وعليه لا ضمان عند عدم المباشرة أو التسبب كما أشارت إلى ذلك مجلة الأحكام العدلية في المادة (٩٢٩) منها "الضرر الذي يحدثه الحيوان بنفسه لا يضمنه صاحبه ... إلا إذا رآه وسكت، أو كان مفرطاً في حفظه.

ففي حالة المباشرة يعتبر صاحب الحيوان مباشراً إذا كان راكباً، سواء كان في ملكه أو ملك غيره، فيضمن ما يحدث بتلفه وان لم يتعد (فيض الله، ١٩٦٢، ص٤٠٧)، ويكتفي بالفعل المادي ليضمن التلف الذي يحصل للغير من الدابة المركوبة غير الجموح، لمباشرته الاتلاف، لأن الدابة آلة له، والأثر الضار الحاصل بفعلها يضاف إليه ويعتبر هو المتلف مباشرة، كما جاء في مجلة الأحكام العدلية في المادة (٩٣٦) منها : "لو داست دابة مركوبة لأحد على شيء بيدها أو رجلها في ملكه أو في ملك الغير وتلفته يعد الراكب قد أتلف ذلك الشيء مباشرة فيضمن على كل حال" وهنا فإن الراكب يضمن؛ لأن التلف حصل بثقل الراكب وثقل الدابة، إلا أن الدابة آله له فكان الاثر الحاصل بفعله مضافاً إليه وكان هو متلفاً مباشرة .

١ انظر في مضمون ذلك في المواد (٩٣٠، ٩٣١، ٩٣٨، ٩٣٩) من مجلة الأحكام العدلية.

٢ راجع في ذلك نص المادة (٩٢٦) من مجلة الأحكام العدلية.

أما في حال التسبب -وغالباً ما تقع الاضرار الناجمة عن الحيوان بهذه الصورة- فإنه لا ضمان إلا بالتعدي، ولا ضمان عند عدمه، ولتوضيح حالة التسبب سوف نتناول حالة القصد وحالة التقصير وحالة عدم التحرز على النحو التالي:

١- حالة القصد (التعدي العمدي): إن قول الرسول عليه الصلاة والسلام: (لا ضرر ولا ضرار)، نجد أن الشريعة قد منعت تعمد الإضرار بالآخرين، وهذا القصد من حديث لا ضرر ولا ضرار، والقصد هنا التعمد، أي أن يتعمد صاحب الحيوان اتلاف الشيء به، سواء أكان بألقائه عليه وهو يعلم، أنه قد يتلف، أو بإثارته أو تهيجه وهو ضار مفسد.

مثل أن يجفل دابة غيره قصدا كالصياد يرمي البندقية بقصد أفعال الدابة لتتلف هي أو لتتلف شيئاً لصاحبها أو لغيره. ومن الأمثلة أيضاً (إذا جمح به فرسه، فإذا كان هو المحرك له المبالغ له فإنه يضمن كل ما جنى بتحريكه إياه، في القصد القود وفيما لم يقصده ضمان الخطأ) أو (إذا القى هرة على حمامة أو دجاجة فأكلتها، ضمن، لو اخذتها برميها وإلقائه، لا لوبعده، ويضمن باشلاء كلبه، لأنه باغرائه يصير آلة لعقره، فكانه ضربه بحد بسيفه).

كما نصوا على أنه لو (ألقى حية أو عقرباً في الطريق فلدغت رجلاً ضمن، إلا إذا تحولت عنه ثم لدغت)، وقد قال ابن عابدين، بحق أن الضمان هنا أن حصل اللدغ فوراً، أما إذا مكثت ساعة ثم لسعت لا يضمن. أما إذا القاها في الطريق، فإنه يضمن ما لم تزل عن ذلك المكان. وظاهر أن الضمان في الحال الأولى التعمد، أما الألقاء في الطريق فالضمان بالتسبب وعدم التحرز. نقلاً عن (فيض الله، ١٩٦٢، ص ٤١٠).

٢. حالة التقصير: هناك فروع كثيرة تتعلق بجناية الحيوان، ويكون الضمان فيها، بسبب تقصير صاحب الحيوان أو حارسه وذلك على النحو التالي:

كان يسوق أحد دابة فيقع سرجها أو لجامها أو شيء آخر من أدواتها التي تحملها فيتسبب في أصابة شخص فيموت فعلى صاحب الدابة الضمان لتقصيره في شد أحزمة الدابة وأحكام ربط أدواتها. وكذلك ما أشارت إليه المادة (٩٢٩) من مجلة الأحكام العدلية حيث جاء فيها: "... يضمن صاحب الثور النطوح والكلب العقور ما أتلفاه إذا تقدم أحد من أهل محلته أو قرينته بقوله حافظ على حيوانك ولم يحافظ عليه".

”وأما الأمام مالك وأصحاب الشافعي فقد قالوا بتغريم صاحب الحيوانات الضارية أو الخطرة ما أتلفته أن كان عالماً بأنها مؤذية، أو أن كانت معروفة بالافساد؛ لأن عليه في هذه الحال ربطها وحفظها، ثم أنه لو اتخذ كلباً عقوراً في موضوع لا يجوز له اتخاذها فهو ضامن لما جنى الكلب. ولكن إذا كان في موضع يسوغ اتخاذها فما جناه الكلب لا يوجب مسؤولية صاحبه إلا بعد أنذاره” نقلاً عن (محمصاني، ١٩٧١، ص ٢٤٣-٢٤٥).

٣. حالة عدم التحرز: تندرج أحوال ومسائل مختلفة تحت هذا العنوان، وهو أن صاحب الحيوان أو ذو اليد عليه، يقصد فعل الحيوان، دون أن يقصد ما يحدثه الحيوان من ضرر بسببه، ولكن هذا الضرر، يمكن الاحتراز منه، وذلك مثل أن ينخس أحد دابة فتقفز وتصدم رجلاً فيموت فإن الضمان يكون على الناحس، لأنه قصد النخس، ولم يتحرز مما سينتج عنه. وكان يوقف الدابة في الطريق العام فتحدث أضراراً للغير بسبب عدم التحرز من صاحبها أو حارسها، فالأصل أن المرور في الطريق العام مقيد بشرط السلامة، فيما يمكن الاحتراز منه.

ويظهر من الناحس المتقدم ذكره، أن الناحس لا يكون قاصداً اتلاف مال الغير أو هلاك نفسه، وإنما يقصد بنخسه إسرار الدابة، ولكن تولد عن نخسه للدابة محذور، بسبب قلة احترازه عما سينتج من ذلك، وتصرفه هذا من نوع الخطأ الذي يفرضه القانون في مثل هذه الحالة.

يخلص الباحث مما سبق أن فعل الحيوان قد يكون من قبيل المباشرة بالنسبة إلى حارسها (ذي اليد عليها) وقد يكون من قبيل التسبب وهي الحالة الغالبة لتحقيق مسؤولية حارس الحيوان، وحيث أن المشرع الأردني لم يشير إلى أساس مسؤولية حارس الحيوان في نص المادة (٢٨٩) فنستطيع أن نستنتج هذا الأساس من خلال الرجوع إلى القواعد العامة الواجبة التطبيق هنا، لذا فإن الأساس القانوني هو التعدي الواجب الاثبات، لذا فإن مسؤولية حارس الحيوان لا تترتب إلا إذا صبت تعدي هذا الحارس أو تقصيره ومن هنا فإنه يتوجب على المتضرر أن يثبت حراسة المدعى عليه للحيوان، وكذلك تعديه أو تقصيره حسب واقع الحال، وهذا واضح من نص المادة (٢٨٩) مدني اردني وذلك بالاضافة إلى وجوب أثبات حصول ضرر له بفعل الحيوان (الرابطة السببية) ولكن يكون للحارس الحق في أن يدفع عنه المسؤولية بان يثبت عدم تعديه أو عدم تقصيره (أبو شنب، ٢٠٠١، ص ٢٨٧).

ب. الأساس القانوني لمسؤولية مالك البناء (أو المتولي عليه):
نصت المادة (١/٢٩٠) على ما يلي: "الضرر الذي يحدثه للغير انهيار البناء كله أو بعضه يضمنه مالك البناء أو المتولي عليه إلا إذا ثبت عدم تعديه أو تقصيره".

ومن استقراء النص السابق يجد الباحث ومفهوم المخالفة أن مسؤولية مالك البناء أو المتولي عليه مفترضة في حالة انهيار البناء كله أو بعضه، إلا إذا اثبت مالك البناء أو المتولي عليه عدم تعديه أو تقصيره، وهذا يعني أن مسؤولية مالك البناء تقوم على أساس الفعل الضار القائم على التقصير أو التعدي المفترض في جانب مالك البناء أو المتولي عليه، إلا أن هذا الافتراض قابل لاثبات العكس، ويمكن تفسير التعدي أو التقصير الواردة في نص المادة السالف ذكرها على النحو التالي:

ان التعدي هو مجاوزة ما ينبغي أن يقتصر - عليه شرعاً أو عرفاً أو عادةً، وأما التقصير فهو لفظ قديم الاستعمال عبر به الفقهاء المسلمون عن التعدي، ويعبر به رجال القانون الوضعي عن الأخلال والخطأ والمقصود به عند اولئك هو الإهمال وعدم الاحتراز، فالتقصير هو إهمال أمر يجب اجراءه والانتباه إليه (فيض الله، ١٩٦٢، ص: ١٩١-١٩٢).

ويرجع اشتراط التعدي أو التقصير لقيام مسؤولية مالك البناء أو المتولي عليه وفق أحكام المادة (١/٢٩٠) من القانون المدني الأردني إلى أن هذه المادة مأخوذة من أحكام الفقه الإسلامي حيث أن الفقهاء المسلمين قد فرقوا في وجوب الضمان بين الإضرار بالمباشرة والاضرار بالتسبب، وقد رتبوا على هذه التفرقة أن المباشر يضمن مطلقاً، أما المتسبب فلا يضمن إلا إذا تعدى، وقد أخذ المشرع الأردني بهذه التفرقة في المادة (٢٥٧) مدني كما ذكرنا ورأينا آنفاً.

وبما أن مالك البناء أو المتولى عليه لا يكون إلا متسبباً في إحداث الضرر الناجم عن انهيار البناء في المادة (١/٢٩٠)، حيث إن المباشرة لا تقع بالترك أو بالامتناع، لذا فقد اشترط لقيام مسؤوليته أن يكون متعدياً أو مقصراً، فالمادة ١/٢٩٠ مدني تلقي على مالك البناء أو المتولي عليه التزاماً قانونياً بالمحافظة على البناء وصيانتها لتدارك الإضرار بالغير فإذا تراخى المالك بالقيام بهذه الأعمال، وترتب على ذلك انهيار البناء كان المالك متعدياً بالتسبب بحدوث الضرر، ومن ثم تتحقق مسؤوليته.

نخلص من كل ما تقدم أن مسؤولية مالك البناء أو المتولي عليه، التي نصت عليها المادة (٢٩٠) تقوم على أساس من التعدي أو التقصير المفترض، ومن أجل تخفيف عبء أثبات التعدي أو التقصير على المضرور ولتمكينه من الحصول على التعويض، فقد أقام المشرع الأردني في المادة (١/٢٩٠) قرينة قانونية بسيطة افتراض بموجبها التعدي في جانب مالك البناء أو المتولي عليه.

وتفصيل ذلك أنه إذا أصيب شخص بضرر جراء انهيار البناء، فإنه يجب على المضرور أن يثبت الضرر الذي أصابه من جراء حدوث انهيار في البناء، وان يثبت أن المدعى عليه هو الذي كان يتولى الإشراف على البناء وقت حدوث الانهيار، فإذا اثبت ذلك، قامت القرينة القانونية التي تفترض تعدي المالك أو تقصيره على نحو ما بيناه.

غير أن القرينة التي أقامها المشرع في المادة (١/٢٩٠) مدني على تعدي مالك البناء أو المتولي عليه، هي قرينة بسيطة قابلة لاثبات العكس، بمعنى أنه يكون بإستطاعة مالك البناء أو المتولي عليه أن يدفع المسؤولية عن نفسه بإثبات أنه قام بواجبه في صيانه البناء وتجديده وإصلاح ما فيه من اضرار، أو بإثبات أن البناء لم يكن في حاجة إلى صيانة، فإذا اثبت ذلك انتفت مسؤوليته، أما إذا عجز عن أثبات ذلك، فلا سبيل أمامه إلا باثبات السبب الأجنبي، أي بنفي علاقة السببية بين تعديه المفترض والضرر الحادث (سلطان، ١٩٨٧، ص٣٧٨).

ولما كانت المسؤولية عن البناء وفقاً لنص المادة ١/٢٩٠ تقوم على التعدي المفترض، فإنه يمكن مساءلة المالك إذا كان شخصاً غير مميزاً، ولكن لما كان المفروض أن غير المميز يكون معهوداً برقابته إلى شخص آخر هو متولي الرقابة، فتكون المسؤولية على عاتق متولي الرقابة إذا توافرت شروطها، ويكون للمضرور أن يرجع بالتعويض على متولي الرقابة وفق أحكام المسؤولية عن فعل الغير.

أما اتجاه محكمة التمييز فيما يتعلق بأساس المسؤولية الناشئة عن انهيار البناء، يجد الباحث أنها لم تنهج منهجاً واضحاً يبين الأساس التي تقوم عليه هذه المسؤولية ونورد عدد من القرارات على اتجاه محكمة التمييز بصفتها الحقوقية بهذا الخصوص على النحو التالي:

جاء في القرار رقم (١١٩) لسنة (١٩٨٩) جلسة تاريخ (١٩٨٩/٠٣/٠٦) ما يلي: "بعد التدقيق والمداولة يتبين ان أسباب التمييز جميعها تتعلق بسلامة النتيجة التي انتهت إليها محكمة الموضوع ونحن نرى ان الواقعة التي استخلصتها محكمة الموضوع من البيانات المستمعة عن الاضرار التي لحقت ببناء المستدعي المميز ضده من جراء تسرب المياه المضغوطة من ماسورة المياه العائدة لسلطة المياه المميزة والواقعة تحت أرضية بيت الدرج التي تجمعت تحت أرضية الشقة الغربية وبيت الدرج ذلك التسرب الناجم عن اهتراء وتآكل الماسورة العائدة لسلطة المياه بسبب الإهمال والتقصير في مراقبتها

والتأكد من سلامتها واعتبار ذلك إخلالاً بواجب قانوني يقع على عاتق السلطة وإلزامها بالتعويض عن الأضرار اللاحقة بالمدعي عملاً بالمادتين ٢٥٧ ، ٢٥٦ من القانون المدني ، قد استخلصت استخلاصاً سائغاً وسليماً نقرها عليه ولا يوجد فيما أوردته المميّزة في تمييزها ما يبرر التدخل في النتيجة المستخلصة طالما ان ميزان محكمة الموضوع للبيّنات دقيق واستخلاصها للواقعة التي انتهت إليها سائغ فنقرر رد التمييز وتأييد الحكم".

ويتضح من القرار أن المسؤول هو سلطة المياه، وان محكمة التمييز قد طبقت على هذه الدعوى أحكام المادتين (٢٥٧/٢٥٦) من القانون المدني، وهما تمثلان القواعد العامة مع أنه كان يجدر بها أن تطبق أحكام المادة ١/٢٩٠ مدني أردني، الخاصة بالمسؤولية الناشئة عن انهيار البناء، وذلك لأن انابيب المياه تعتبر من قبيل البناء أو العقار بالتخصيص، رغم أن محكمة التمييز قد أشارت في قرارها إلى إهمال وتقصير سلطة المياه مما يدل على أنها طبقت احكام المادة (٢٩٠) ضمناً باعتبار أنها اشارت إلى ذلك وان المادة (٢٥٧/٢٥٦) لم تشر- إلى حالة الإهمال والتقصير، وبالتالي يمكن أن نستشف من ذلك أنها أخذت بمفهوم التعدي المفترض، عندما أشارت إلى هذين المصطلحين.

وجاء في قرار لمحكمة التمييز بصفتها الحقوقية رقم (٥٠٤) لسنة (٢٠١٠) جلسة تاريخ (٢٠١٠/٥/٣) ما يلي: "اذ كان الطاعنان قد تمسكا لدى محكمة الموضوع بإن المطعون ضده الأول رغم إقامته البناء دون الحصول على ترخيص ، وعدم مطابقتة للاصول الفنية فقد قام مهندسوا التنظيم مع علمهم بذلك بالموافقة على توصيله بالمرافق العامة ، هذا فضلا عن نكولهم عن وقف الاعمال المخالفة التي كان يجريها بتعليق الأدوار الجديدة بدون ترخيص والتي لا تسمح بها حالة البناء ، كما اكتفوا بتحرير محضري مخالفة للدورين الثاني والثالث فوق البدروم للبناء بدون ترخيص ، ولم يعرضوا حالة المبنى رغم ما يتهدهه من خطر الانهيار على لجنة المنشآت الآيلة للسقوط لاتخاذ ما تراه بشأنه ، كما لم يبادروا باخلائه من ساكنيه بالطريق الإداري رغم علمهم بالخطر الداهم الذي يهدد البناء بالانهيار . وقد دلل الطاعنان على ثبوت هذه الاخطاء في حق مهندسي التنظيم بما ورد بتحقيقات القضية ... جنح المعادى وكانت هذه الاخطاء منتجة للضرر وللازمة في احداثه ولم تكن مجرد نتيجة لخطأ المطعون ضده الأول وحده كحارس للبناء وإنما تعتبر اسبابا مستقلة متساندة تتوزع المسؤولية عليها جميعا ولا ينفرد بتحملها خطأ حارس البناء وحده مهما كانت جسامته؛ لأنه لا يستغرق خطأهم إذ إن تلك الاخطاء

ساهمت مجتمعة في إحداث النتيجة في الصورة التي تمت بها ، وكان الحكم المطعون فيه قد خلص إلى انتفاء رابطة السببية بين ما تمسك به الطاعنان من أخطاء قبل مهندسي التنظيم التابعين للمطعون ضده الرابع وبين ما وقع لمورثيهما بمقولة أنه ليس حارسا للمبنى المنهار وفقا لنص المادة ١/١٧٨ من القانون المدني وان ما صدر من تابعيه ليس السبب المباشر في قتل مورثيهما ورتب على ذلك رفض دعوتهما قبل المطعون ضده الرابع - الأمر الذي يعيبه بالخطأ في تطبيق القانون والفساد في الاستدلال . (الطعن رقم ٣٢ لسنة ٥٨ ق - جلسة ١٩٩٩/١٢/٧)".

هنا يجد الباحث أن مسؤولية مالك البناء أو المتولي عليه قائمة على خطأ أو تقصير مفترض من جانبه افتراضاً قابلاً لاثبات العكس، وهذا عكس ما تقرره المادة ١/٢٩٠ مدني أردني، وأن الباحث لا يوافقها بهذا الأساس كون المادة نصت بشكل ضمني على التعدي المفترض كأساس للمسؤولية، وهنا يجد الباحث أن محكمة التمييز قد نهجت في أساس المسؤولية نهجين ولم تكن واضحة كما أشرنا.

ج. الأساس القانوني للمسؤولية عن الإضرار التي تحدثها الآلات الميكانيكية والأشياء التي تتطلب عناية خاصة :

نصت المادة (٢٩١) من القانون المدني الأردني على " كل من كان تحت تصرفه أشياء تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها أو آلات ميكانيكية - يكون ضامنا لما تحدثه هذه الأشياء من ضرر إلا ما لا يمكن التحرز منه. هذا مع عدم الإخلال بما يرد في ذلك من أحكام خاصة".

يلاحظ الباحث من استقراء نص المادة (٢٩١) إلى أن هذه المادة تتحدث عن حالتين منفصلتين، وذلك بسبب استخدام المشرع لحرف (أو) الذي يفيد التقسيم لا الجمع حسب المعنى اللغوي. وهنا لابد من تعريف الأشياء التي تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها والآلات الميكانيكية على النحو التالي:

أن الأشياء التي تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها هي: تلك الأشياء التي يلزمها شيء من الخطر (كبيراً كان أم صغيراً) ولا يمكن تحديد هذه الأشياء الخطرة تحديداً جامعاً مانعاً، فاللمخترعات والاكتشافات العملية أثر كبير في تحديد هذه الأشياء (الذنون، ٢٠٠٦، ج٥، ص١٧٣).

وأن الآلات الميكانيكية هي : تلك الآلات التي تسير بقوة ذاتية بصرف النظر عن المادة التي تستخدمها هذه القوة، فقد تستمدتها من الماء أو من البخار أو من الفحم أو من البترول أو من الكهرباء أو من الطاقة النووية فالسيارات بكل أنواعها والدراجات النارية والباخرات والسفن والطائرات والمصاعد ... فجميعها الآلات ميكانيكية (الذنون، ٢٠٠٦، ج٥، ص١٧٣).

وبعد استعراض مفهوم كل حالة يجد الباحث انهما حالتين مختلفتين من حيث المفهوم والطبيعة، ورغم هذا الاختلاف إلا أن المشرع الأردني أطلق عليهما حكماً واحداً، وهو الضمان، دون تحديد لأساس المسؤولية في كل حالة . وهنا نتساءل فيما إذا كان أساسهما واحداً أم مختلفاً ؟

وللاجابة على هذا السؤال لابد من الرجوع إلى المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني في تفسير نص هذه المادة، فنجدها تقيم مسؤولية حارس الأشياء والآلات على قاعدة (الغرم بالغنم) أي مبدأ تحمل التبعة وتبرر ذلك بالقول : "ويلاحظ أن الآلة والأشياء المنوه عنها في المادة (٢٩١) تختلف عن الحيوان إذ الحيوان يتحرك بغير إرادة صاحبه أو المسيطر عليه، فكأن ما يحدث عنه من الضرر من قبيل التسبب بالنظر إلى صاحبه أو صاحب السيطرة عليه- ولهذا وجب أن يكون الضرر الناشئ عن فعل الحيوان نتيجة تقصير وتعدّي يسأل عنه صاحبه. أما الآلة فليس لها من حركة إلا بتحريك صاحبها فكان ما يحدث عنه من الضرر من قبيل الضرر المباشر والمباشرة لا يشترط فيها التعدي" (المذكرة الإيضاحية، ١٩٨٥، ص٣٢٥).

الا أن هذه النظرية متقدمة ولا تصلح أن تكون اساساً للمسؤولية؛ وذلك لأنه لو أخذ بفكرة تحمل التبعة لوجب مساءلة المنتفع لا الحارس، ولما أمكن دفع هذه المسؤولية إلا بالسبب الاجنبي (سلطان، ١٩٨٧، ص٣٨٣) . وهذا يخالف ما صرحت به المادة (٢٩١) بعبارة: (ألا ما لا يمكن التحرز منه) والتي أشارت إليها المذكرة الإيضاحية أنها تطبيقاً للقاعدة الشرعية: (لا تكليف إلا بمقدور).

وهنا يجد الباحث أن تسبيب واضعوا المذكرة الذي استندوا اليه في أساس هذه المسؤولية لا يؤدي إلى النتيجة التي توصلوا اليها وتحليل هذا التسبيب، فإنه يؤدي إلى ما تم ملاحظته آنفاً من أن المادة (٢٩١) أشارت إلى حالتين وهي حالة فعل الأشياء التي تتطلب عناية خاصة وفعل الآلات الميكانيكية، فعندما أشارت المذكرة إلى عبارة " أما الآلة فليس لها من حركة إلا بتحريك صاحبها فكان ما يحدث عنها من الضرر من قبيل الضرر المباشر والمباشرة لا يشترط فيها التعدي " وهنا يجد الباحث أن المذكرة أشارت بشكل واضح إلى الأساس القانوني للمسؤولية عن فعل الآلات الميكانيكية وبتطبيق القواعد العامة يكون فعل الآلة من قبيل الإضرار بالمباشرة، الذي لا يشترط فيها التعدي فالمباشر ضامن مطلقاً حسب نص المادة (٢/٢٥٧) وهذا هو الأساس القانوني الذي ينطبق على حالة فعل الآلة الميكانيكية، رغم أن الباحث يخالف نص المادة (٢/٢٥٧) وقد أوصى بتعديلها لكي يصبح اساس المسؤولية في المباشرة هو التعدي، وليس كما هو الحال الان بضمان المباشر بدون شرط، وبالتالي وعلى ضوء التعديل فإن الباحث يجد أنه يجب أن يكون اساس المسؤولية عن فعل الآلة الميكانيكية هو التعدي المفترض بقريئة بسيطة قابلة لاثبات العكس.

لان مقتضيات العدالة والمنطق تقتضي- الأخذ بالرأي الفقهي القائل بأنه : " إذا حدث ضرر بفعل الآلة حال وقوعها فإن فعل الآلة في هذه الحالة يعتبر من قبيل التسبب بالنسبة إلى حارسها، فمثلاً لو أوقف شخص سيارته في مكان ممنوع الوقوف فيه؛ ثم جاء أعمى فاصطدم بالسيارة وتضرر، فإن حارسها لا يعتبر مباشراً لهذا الفعل، بل هو متسبب فيه، لأن هناك واسطة تخللت ما بين إيقاف السيارة في مكان ممنوع وبين اصطدام الأعمى بها" (أبو شنب، ٢٠٠٠، ص٥٣)، وبتطبيق حكم المادة (٢٩١) التي تشير إلى ثبوت الضمان على حالة حارس الآلة، وما يستفاد من عبارة (هما لا يمكن التحرز منه) الواردة في نص المادة ٢٩١، نصل إلى أن مسؤولية المتسبب هنا يمكن دفعها، وهذا يعني أن الأساس القانوني لهذه الحالة هو التعدي الواجب الإثبات، كون فعل الآلة هنا من قبيل التسبب، وعلى ذلك فإنه في هذه الحالة يلزم هذا الأعمى بأثبات خطأ حارس السيارة للحصول على التعويض، ومما لا شك فيه بأنه تكليف المتضرر بإثبات تعدي حارس الآلة فيه اجحاف بحقه لا سيما فيما لو تعذر عليه إثبات هذا التعدي ونخرج بنتيجة مفادها أن المصلحة تقتضي- افتراض تعدي حارس الآلات الميكانيكية وحارس الأشياء الخطرة سواء كان بوضع المباشر أو بوضع المتسبب بالنسبة لها، لكنه افتراض قابل لإثبات العكس عملاً بما ذكرناه بالنسبة إلى أساس المسؤولية عن الفعل الضار في الفقه الإسلامي بوجه عام (أبو شنب، ٢٠٠٠، ص٤٥).

أما بالنسبة للأشياء التي تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها فإن الباحث يجد ومن خلال تحليل واستعراض مفهوميها أنها لا تقوم إلا تسبباً، بحكم طبيعتها، وبتطبيق حكم المادة (٢٩١) الذي يشير إلى ثبوت الضمان على حالة حارس الأشياء التي تتطلب عناية للوقاية من ضررها، ويستفاد من عبارة (هما لا يمكن التحرز منه) الواردة في نص المادة سالفة الذكر، بأن مسؤولية حارس الأشياء هنا يمكن دفعها، وهذا يعني أن الأساس القانوني لهذه الحالة هو التعدي المفترض افتراضاً قابلاً لإثبات العكس.

ويخلص الباحث مما سبق أن أساس المسؤولية عن الإضرار التي تحدثها الأشياء التي تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها أو الآلات الميكانيكية، هو تعدد مفترض قابلاً لإثبات العكس. والملاحظ هنا كما جاء في المذكرة الإيضاحية أن حكم المادة (٢٩١) يختلف كل الاختلاف عن حكم المادة (٢٨٩) الخاصة بجنابة الحيوان، إذ أن الحيوان يتحرك بغير إرادة صاحبه أو المسيطر عليه فكان مبرراً ومعقولاً أن يكون ما يحدث عنه من ضرر من قبيل التسبب، بالنظر إلى صاحبه أو صاحب السيطرة عليه ولهذا كان من الواجب أن يكون الضرر الناشئ عن فعل الحيوان نتيجة تقصير وتعدّي يسأل حارس الحيوان . وهذا لا ينطبق على الآلة لأن الآلة ليس لها من حركة إلا بتحريك صاحبها.

أما بالنسبة لقرارات محكمة التمييز بهذا الصدد وجد الباحث أن جانب كبير من قراراتها تأخذ بالمسؤولية المفترضة القابلة لإثبات العكس، أي تأخذ بالتعدي المفترض القابل لإثبات العكس، ويمكن استعراض بعض من هذه القرارات لمحكمة التمييز بصفتها الحقوقية على النحو التالي :

جاء في قرار رقم (١٩٥٥) لسنة (٢٠٠٢) تاريخ (٢٠٠٢/٩/٣٠) هيئة عامة ما يلي: "نجد من الرجوع إلى أوراق هذه القضية أن الوقائع في هذه الدعوى تتلخص في أنه بتاريخ ٢/٤ / ٢٠٠٠ ذهب المرحومان حسام محمد سالم وعمر جهاد سالم إلى البركة الموجوده في وادي الطيبه ونزلا فيها من أجل السباحة إلا أنهما غرقا وحاول الحدث أحمد جهاد سالم إنقاذهما دون جدوى، حيث غرقا في البركة وتوفيا فيها ، وأن هذه البركة تقع في منطقته وعرضه ضمن قطعة الأرض رقم (١٦) من الحوض رقم (٢٩) من أراضي الطيبه وأن هذه القطعة عباره عن عين ماء منافع عامه وهي مسجله باسم خزينة المملكة الأردنية الهاشمية . وأن المدعى عليها بصفتها المالكه للبركة مسؤولة عن حراستها واتخاذ التدابير والاحتياطات اللازمه لتقي الناس من التعرض لخطرها ، وذلك بوضع سور أو شيك حولها يمنع الناس من الوصول إليها التعرض لخطر الغرق فيها ، وهي مسؤولة ناشئة عن حراسة الأشياء عملاً بأحكام المادة (٢٩١) من القانون المدني . وأن وفاة كل من حسام وجهاد كان بسبب غرقهما في هذه البركة ونتيجة خطأ المدعى عليها لعدم اتخاذها التدابير والاحتياطات اللازمه لحماية الناس من خطرهما. ومن الرجوع إلى المادة (٢٩١) من القانون المدني نجد بأنها تنص على ما يلي : (كل من كان تحت تصرفه أشياء تتطلب عناية خاصه للوقايه 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 أحكام خاصه) ويستفاد من ذلك أنه يشترط لتقرير المسؤولييه عن لآلات الميكانيكية والأشياء الأخرى التي تتطلب عناية خاصه للوقايه من ضررها الشرطين التاليين :١- أن تكون الآله أو الشئ تحت تصرف شخص / ٢ - أن يقع الضرر بفعل الآله أو الشئ كما يستفاد أيضاً من نص هذه المادة أن المسؤولييه عن الآلات الميكانيكيه والأشياء الأخرى التي تتطلب عناية خاصه للوقايه من ضررها هي مسؤولييه مفترضة افتراضاً قابلاً لإثبات العكس ، حيث يستطيع من كان الشئ تحت تصرفه أن يثبت أنه لم يكن متعدياً ولا مقصراً في المحافظه على الشئ وأنه اتخذ الحيطة الكافيه لمنع وقوع الضرر، كما أنه يستطيع التخلص من المسؤولييه أيضاً بإثبات أن الضرر نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه ، كافة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو فعل المتضرر

(مادة ٢٦١ من القانون المدني) . وحيث إن الثابت في هذه القضية أن البركة التي غرق فيها ولدا المميز ضددهم مملوكة لخزينة المملكة الأردنية الهاشمية ، وهي في حراستها وتحت تصرفها . وحيث أن البركة من الأشياء التي تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها . وحيث أن مالكة البركة - المدعى عليها - لم تثبت بأنها لم تكن متعديه أو مقصره في المحافظه على البركة وأنها اتخذت الحيطة الكافية لمنع وقوع الضرر ، بل ثبت عدم وجود إشارات تحذيرية أو شبك حمائيه أو سور حول البركة . ولذا فهي مسؤولة عن غرق ولدي المميز ضددهما لأنه كان عليها اتخاذ الإجراءات والاحتياطات بما يحول بين المتوفيين وأمثالهما من الوصول إلى البركة ، وبما أنها لم تفعل فتكون مسؤوله عن الضرر الذي لصاب المميز ضددهم نتيجة فقدانهم لولديهم غرقاً في البركة. وحيث توصلت محكمة الاستئناف إلى هذه النتيجة فيكون حكمها متفقاً وأحكام القانون وهذه الأسباب لا ترد عليه . "

وجاء في قرار رقم (٢٦٠١) لسنة (٢٠٠٨) تاريخ (٢٠٠٩/٤/١٦) ما يلي "ان الاستفادة من أحكام المادة ٢٩١ من القانون المدني والتي رتبت المسؤولية على حارس الأشياء والآلات عما قد يلحق بالغير من أضرار سببها تلك الأشياء . وحيث أن مسؤولية حارس الأشياء مفترضة حسب أحكام المادة ٢٩١ المشار إليها آنفاً؛ لأنها تقضي بأن كل من كان تحت تصرفه أشياء تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها يكون ضامناً لما تحدثه هذه الأشياء من ضرر إلا ما لا يمكن التحرز منه . وحيث أن قناة الغور الشرقية تحت تصرف الممييزة وهي مسؤولة عن حراستها للوقاية من ضررها وضامنة لما يلحق بالغير من ضرر . وحيث إن ابن الجهة المدعية (محمد) والذي لم يتجاوز الخامسة من عمره قد غرق في قناة الغور الشرقية وذلك لعدم اتخاذ الممييزة الإجراءات اللازمة من وسائل الحماية التي من شأنها أن تحول دون وصول المتوفى إلى القناة التي غرق فيها كما توصلت إليه محكمة الموضوع من البيانات المقدمة في الدعوى وهي منتجة مستخلصة من بيانات مقبولة في الدعوى سيما ما ورد في تلك البيانات من أن القناة لم تكن مشيكة في المنطقة التي وقع فيها الحادث الأمر الذي يشير إلى عدم قيام المميز بالإصلاحات الضرورية لمنع الوصول إلى القناة فتكون الممييزة بذلك مسؤولة عن ضمان الضرر الذي لحق بالجهة المميز ضدها وفقاً لما هو مستفاد من أحكام المادة ٢٩١ من القانون المدني (لطفاً محكمة التمييز بصفتها الحقوقية ٢٠٠٦/١٦١٢ ،

٢٠٠٨/٣٠/٢٠٠٧/٢٩٠٤

وحيث أن الاجتهاد القضائي ذهب إلى أن مسؤولية الحارس عن الأشياء قائمة على الخطأ المفترض من الحارس عما يحدث من ضرر للغير عن هذا الشيء (محكمة التمييز بصفتها الحقوقية هيئة عامة رقم ٢٠٠٢/٢٤٧٧). وحيث أن المميّزة هي حارسة للقناة (قناة الملك عبد الله) وأن محكمة الإستئناف وبها لها من سلطة تقديرية في وزن البينة وترجيحها كمحكمة موضوع توصلت إلى أن الطاعنة لم تقدم أية بينة قانونية تثبت تحللها من المسؤولية المفترضة وأنها لم تكن مقصرة في المحافظة على الشيء واتخذت كافة التدابير لمنع وقوع ابن الجهة المدعية في القناة أو أن الوفاة حصلت بقوة قاهرة أو لسبب أجنبي ."

وجاء في قرار رقم (٣٥٦١) لسنة (٢٠٠٦) جلسة تاريخ (٢٠٠٧/٤/٥) ما يلي: "أما القول بأن مسؤولية مالك المركبة هي مسؤولية مفترضة عملاً بأحكام المادة ٢٩١ من القانون المدني، فإن اجتهاد الهيئة العامة لمحكمة التمييز بقرارها رقم ٢٠٠٢/١٩٥٥ قد ذهب إلى أن المسؤولية عن الآلات والأشياء هي مسؤولية مفترضة ولكنها قابلة لإثبات عكسها، حيث يستطيع من كان الشيء تحت تصرفه أن يثبت أنه لم يكن متعدياً ولا مقصراً في المحافظة على الشيء أو بإثبات أن الضرر نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه. وحيث ثابت أن المدعى عليه سعد لم يقم بأي فعل يعد تعدياً ولم يكن مقصراً كما ثبت أن الحريق نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه فلا محل لترتيب أية مسؤولية مدنية بحقه. وحيث إن الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى هذه النتيجة فيكون قد أصاب صحيح القانون".

وجاء في قرار رقم (٣٤٩) لسنة (٢٠٠٦) جلسة تاريخ (٢٠٠٦/٧/٣١) ما يلي: "يستفاد من المادة ٢٩١ من القانون المدني أنها رتبت المسؤولية على حارس الأشياء والآلات عما يلحق بالغير من أضرار بفعل هذه الأشياء . وحيث إن مسؤولية حارس الأشياء مفترضة حسب أحكام المادة ٢٩١ مدني لأنها تقضي كل من كان تحت تصرفه أشياء تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها يكون ضامناً لما تحدثه هذه الأشياء من ضرر إلا ما لا يمكن التحرز منه . وحيث جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون المدني لهذه المادة (أما الآلة فليس لها حركة إلا بتحريك من تحت تصرفه فكان كل ما يحدث عنها من ضرر من قبيل الضرر المباشر والمباشر لا يشترط فيه التعدي .) واستناداً إلى ما يحدث من هذه الأشياء والآلات من ضرر يضاف إلى من هي تحت تصرفه وهذا الأساس يجعل الحكم مقصوراً على الأشياء التي تحتاج إلى عناية خاصة والأشياء الميكانيكية والتعبير بكل من كان تحت تصرفه أشياء قصد به من له السيطرة الفعلية على الشيء سواءً كان مالكا أم غير مالك .

وحيث إن الثابت أن وفاة مورث المدعين هي ضرر مباشر من طفاية المحطه التي تقوم المميزه - شركة مصفاة البترول بتزويدها لمحطات الوقود وتقوم بعمل الصيانة الدورية لها ومملوكة لها ومحصور حق توزيعها على محطات الوقود ومن شروط ترخيص محطات الوقود . وحيث إن الطفاه وفور استعمالها من قبل مورث المدعين لإطفاء الحريق انفجرت مما أودى بحياة مورث المدعين وذلك نتيجة عدم الصيانه اللازمه لها بسبب الصدأ واهتراء الطفاه مما يجعل المميزه وكما هو وارد بتقرير الدفاع المدني مسؤولة عن وفاة مورث المدعين وضامنه للتعويض ."

وجاء في قرار آخر لمحكمة التمييز بصفتها الحقوقية رقم (٣٣٦٥) لسنة (٢٠٠٥) جلسة تاريخ (١٦/٠٤/٢٠٠٦) : " وحيث أن المادة ٢٩١ من القانون المدني تنص على ما يلي : (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 الاخلال مما يرد في ذلك من أحكام خاصة . ويستفاد من ذلك أنه يشترط لقيام المسؤولية عن الآلات الميكانيكية والأشياء الأخرى التي تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها توافر الشرطين التاليين :

١- أن يكون الشيء أو الآلة الميكانيكية تحت تصرف شخص. ٢- أن يقع الضرر بفعل الشيء أو الآلة . وحيث أن الاجتهاد القضائي ذهب إلى أن المسؤولية عن الآلات الميكانيكية والأشياء التي تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها هي مسؤولية مفترضة ولكنها قابله لإثبات العكس حيث يستطيع من كان الشيء تحت تصرفه أن يثبت بأنه لم يكن متعدياً ولا مقصراً في المحافظة على الشيء وأنه اتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوع الضرر كما أنه يستطيع التخلص من المسؤولية أيضاً إذا أثبت أن الضرر قد نشأ من سبب أجنبي لا يد له فيه كافة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو فعل المتضرر (مادة ٢٦١) من القانون المدني . وحيث أن الثابت في هذه القضية أن السد الذي غرق فيه ابن المدعين حسنى وآمنه - المميز ضد هما - مملوك لخزينة المملكة الأردنية الهاشمية وهو تحت تصرف سلطة وادي الأردن - المميز ضدها - وهي المنوط بها حراسته وهي صاحبة السلطة الفعلية عليه والمتولية رقابته والعناية به. وحيث لم تقدم المدعى عليها - المميز ضدها -

أي بيئة لإثبات أنها لم تكن قصرة في المحافظة على السد وأنها اتخذت الاحتياطات الكافية لمنع وقوع الغرق فيه . وحيث أنها لم تقدم أي بيئة بأن حادث الغرق كان بسبب أجنبي أو بفعل الغير أو بفعل المتضرر وأنها اتخذت الحيطة الكافية لمنع وقوع الضرر، بل ثبت عدم وجود إشارات تحذيرية أو شبك حماية حول السد. ولذا فهي مسؤولة عن غرق ولد المميز ضدتهما حسني وآمنه. وحيث أن محكمة الاستئناف ذهبت في حكمها المميز إلى خلاف ذلك فيكون قرارها واقعاً في غير محله ومستوجباً للنقض ويرد عليه أسباب التمييز".

قرار رقم (٢٤٧٧) لسنة (٢٠٠٢) تاريخ (٢٠٠٢/١١/٦) هيئة عامة : " أن تخريج المسؤولية على أحكام المادة (٢٩١) من القانون المدني واقع في محله في ضوء ما نصت عليه من أن (كل من كان تحت تصرفه أشياء تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها أو الآت ميكانيكية- يكون ضامنا لما تحدثه هذه الأشياء من ضرر إلا ما لا يمكن التحرز منه) وحيث أن تعريف الشئ الوارد في المادة المذكورة ينصرف إلى كل شيء مادي غير حي، وان الحراسة هي سلطة فعلية على هذا الشيء في رقابته والتصرف بأمره وتوجيهه وان الأصل في الحراسة هي لمالك الشيء وان مسؤولية الحارس قائمة على الخطأ المفترض من الحارس عما يحدث من ضرر للغير عن هذا الشيء وأنه يقع على الحارس عبء الإثبات للتحلل من المسؤولية بإثبات القوة القاهرة أو السبب الأجنبي أو خطأ المضرور وفقاً للقواعد العامة، وحيث أن أحكام هذه المسؤولية تنطبق على الممييزة كحراسة لقناة الغور الشرقية وأنه حسبما توصلت محكمة الاستئناف كمحكمة موضوع ذات صلاحية تقديرية في وزن البيئة وترجيحها على غيرها من أن الممييزة باعتبار مسؤوليتها مفترضة لم تثبت تحللها منها بأي سبب يعفيها منها فعلية تكون محكمة الاستئناف بإصرارها على قرارها الأول الذي عالج مسؤولية الممييزة معالجة صحيحة ووافية واقعاً في محله ولا ترد عليه أسباب التمييز. لذا ورجوعاً عن القرار التمييزي السابق نقرر بالأكثرية رد التمييز وتأييد القرار المميز وإعادة الأوراق لمصدرها".

وجاء في قرار رقم (٣٥٠٨) لسنة (٢٠١١) تاريخ (٢٠١١/١٢/١٩) ما يلي " أن الأشياء الواردة في المادة (٢٩١) من القانون المدني هي كل شيء مادي غير حي والحراسة هي سلطة فعلية على هذا الشيء في رقابته والتصرف بأمره وتوجيهه وان الحراسة لمالك الشيء ، وحيث ذهب الاجتهاد القضائي إلى أن مسؤولية الحارس عن الأشياء قائمة على الخطأ المفترض من الحارس

عما يحدث من ضرر للغير عن هذا الشيء (محكمة التمييز بصفتها الحقوقية هـ ع ٢٠٠٢/٢٤٧٧)
وحيث أن المضرور يعفى من أثبات مسؤوليته عن الضرر الذي لحقه من الأشياء. وأن عبء الاثبات في
نفي المسؤولية يقع على الحارس بإثبات القوة القاهرة أو السبب الأجنبي أو خطأ المضرور وحيث أن
الطاعنة هي الحارسة وحيث إن محكمة الاستئناف وبما لها من سلطة في تقديرية في وزن البينة وترجيحها
كمحكمة موضوع قد توصلت إلى أن الطاعنة لم تقدم أية بينة قانونية تثبت تحللها من المسؤولية المفترضة
وأنها لم تكن مقصرة في المحافظة على الشيء واتخذت كافة التدابير لمنع وقوع الضرر وأن الوفاة حصلت
بقوة القاهرة أو سبب أجنبي فيكون الحكم المطعون فيه واقعا في محله".
وجاء في قرار رقم (٢٠٤٥) لسنة (٢٠٠٥) جلسة تاريخ (٢٠٠٥/١٢/٢٨) ما يلي: "... أن المقصود بفكرة
حراسة الأشياء أنها الحراسة المادية القائمة على السيطرة الفعلية على الشيء".

الفصل الخامس

الخاتمة

أولاً : النتائج

ثانياً : التوصيات

الخاتمة:

تميز القانون المدني الأردني في نطاق المسؤولية التقصيرية عن باقي القوانين المدنية الوضعية الأخرى، فقد جاء بأحكام مستمدة من الفقه الإسلامي، وهو أول من صاغ قاعدة عامة وجعل أساسها الإضرار، من خلال صورتي المباشرة والتسبب، وبهذا يكون المشرع الأردني قد وضع حداً لأي جدل حول وجود الإدراك أو عدمه أو أي مسائل أخرى يمكن أن تلتبس في تحديد مسؤولية محدث الضرر، ومن خلال دراسة الباحث لركن الإضرار في المسؤولية التقصيرية وفقاً لأحكام القانون المدني الأردني فقد توصل إلى مجموعة من النتائج والتوصيات وذلك على النحو التالي:

أولاً : النتائج :

لقد توصل الباحث من خلال دراسته إلى عدة نتائج يمكن تلخيصها على النحو التالي :

(١) تبين للباحث أن المباشرة هي كل فعل يؤدي إلى حدوث الضرر دون أن يتوسط بين الفعل والنتيجة فعل آخر. وأن غالبية الفقه الحديث يؤيد حكم المادة (٢/٢٥٧) الخاص بالمباشرة التي نصت على: "فاذا كان بالمباشرة لزم الضمان ولا شرط له" إلا أن الباحث لا يؤيد ذلك ويؤكد أن المباشرة لا يضمن إلا إذا تعدى، وتعتبر المباشرة القاعدة العامة في الإضرار، والتي أجمع الفقهاء أنها لا تقع إلا بفعل إيجابي يصدر من الفاعل، وخلاصة القول إن المباشرة تتحقق سواء أكان هناك إتصال مادي بين محدث الضرر ومحل حدوثه أو لم يكن.

(٢) أن هناك خلاف فقهي في صياغة قاعدة المباشرة، نتج عنه خمسة اتجاهات، ذهب الأول إلى أن المباشرة ضامن وإن لم يتعمد، والثاني إلى أن المباشرة ضامن وإن لم يتعد، والثالث إلى أن المباشرة ضامن ولو لم يكن متعمداً ولا متعدياً، وخالفهم الاتجاه الرابع وإعتبر أن المباشرة ضامن مطلقاً وانتهى الخامس إلى أن المباشرة لا يضمن إلا إذا تعدى، وهو ما يؤيده الباحث والأقرب لطبيعة المباشرة التي لا تقيم وزناً للفاعل بل ترتب المسؤولية بمجرد تعدي المباشرة ووقوع الضرر ودون البحث في نفسية المسؤول.

(٣) أن التسبب هو ما أحدث الضرر لا بذاته بل بواسطة . وأجمع الفقهاء إلى أن التسبب يتحقق بفعل مادي، ولا يتحقق في حالة الامتناع المحض، كما اجمع الفقهاء أيضاً إلى أن التسبب يتحقق بالامتناع في حالتين : حالة وجود الزام شرعي، وحالة ما إذا سبق الامتناع فعل مادي وشكل هذا الفعل تعدياً، وخلص الباحث إلى أن التسبب له شرط وحيد وهو التعدي .

(٤) اختلف الفقهاء القدامى والمعاصرون في تعريف التعدي اختلافاً كبيراً وحصر الباحث هذا الخلاف في اثنا عشر اتجاهًا، وأيد الباحث الاتجاه الذي ذهب إلى أن التعدي هو: "مجازة ما ينبغي أن يقتصر عليه شرعاً أو عرفاً أو عادة"، وأن التعدي بهذا المعنى يعطي مدلولاً شمولياً بحيث يشمل العمد والخطأ، كما يشمل التقصير والإهمال وعدم الاحتراز (فيض الله، ١٩٦٢، ص ١٩٠-١٩١) واعتبره الباحث تعريفاً واضحاً جامعاً مانعاً باعتباره يشمل كل فعل مادي يأتيه الشخص ويكون في حالة خروج عن حدود الحق المرسوم له.

(٥) أن معيار التعدي هو الشرع أو العرف أو العادة، فإذا كان هناك ضابط شرعي أو قانوني بهذا الخصوص وجب الرجوع إليه لتحديد معيار التعدي، أما إذا لم يكن هناك ضابط بهذا الخصوص وجب الرجوع إلى العرف أو العادة، لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، والعادة محكمة، وهذا المعيار للتعدي يختلف عن معيار الرجل المعتاد الذي يثير اللبس والأشكال عند تطبيقه على عديمي التمييز.

(٦) أن الفقه لم يجمع على صياغة واحدة لقاعدة التسبب وأن الصفة التي يتوقف عليها الضمان كانت محل خلاف بين اتجاهات عديده، حصرها الباحث في أربعة حسب التسلسل الزمني لكل اتجاه، الأول وهو اتجاه ابن نجيم حيث صاغ القاعدة بأن المتسبب ضامن إذا كان متعمداً، والثاني هو اتجاه البغدادي حيث صاغ القاعدة بأن المتسبب ضامن إذا كان متعمداً، أما مجلة الاحكام العدلية وشرائحها فقد تمثل بالاتجاه الثالث والرابع، حيث ذكر الاتجاه الثالث أن المتسبب ضامن إذا كان متعمداً أو متعمداً، وذكر الرابع أن المتسبب ضامن إذا كان متعمداً ومتعمداً.

(٧) أن الباحث لا يتفق مع الدكتور صبحي محمصاني حينما قال: "... ولكن البغدادي في مجمع الضمانات مع إقراره بأنه أخذ هذه القاعدة عن الأشباه، قد نقلها بعبارة مغلوطة ووضع فيها كلمة التعدي مكان التعمد فجاءت هكذا: "المباشر ضامن وان لم يتعد، والمتسبب لا إلا إذا كان متعمداً" وربما كان هذا من أسباب الغلط في عدم التمييز بين التعدي والتعمد عند بعض المتأخرين" (محمصاني، ١٩٧٢، ص ١٧٤).

كما أننا لا نتفق مع البعض الآخر بقوله "ان ما ورد في المجلة والأشباه والنظائر لابن نجيم وهم ... بل أن البغدادي نقل العبارة صحيحة خالية من الأيهام"^(١) (فيض الله، ١٩٦٢، ص ١٦٤٣-١٦٤).

١ وذلك لأن ابن نجيم قد أشار إلى التعمد وليس إلى التعدي في المباشرة والتسبب، وبالتالي فإن البغدادي قد نقل القاعدة ولكن بصياغته التي قصدها كقاعدة جديدة وقصد المعنى الذي اتجهت إليه هذه القاعدة لأن المعنى مختلف عما صاغه ابن نجيم في عصر البغدادي وذلك لأن قاعدة المباشرة والتسبب لا تصاغ بصياغة عامةصالحة لكل زمان ومكان، وان البغدادي عندما صاغ هذه القاعدة وقصدها كانتصالحة لزمانه في ذلك الوقت وهو أول من أشار إلى هذه الصياغة التي تعطي النتائج المغايرة والهامة عما جاء به ابن نجيم

(٨) إن اختلاف الاتجاهات في صياغة قاعدة المباشرة والتسبب من زمان لآخر، له ما يبرره من مقتضيات العدالة والمنطق والواقع تطبيقاً لقاعدة (لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان)، حيث تبين للباحث أن أول من صاغ قاعدة لصوري الإضرار هو ابن نجيم حسب ما جاء بإسناد البغدادي^(١)، وإن البغدادي اجتهد في صياغة جديدة لهذه القاعدة وكان قاصداً هذه الصياغة ليعطي نتائج هامة ومختلفة تماماً عما صاغها ابن نجيم، وتوصلنا إلى أن البغدادي قصد هذه النتائج المغايرة والهامة، ولم يخطئ في صياغة القاعدة عندما نقلها عن ابن نجيم.

وأن هذا خلق أفقاً جديداً لفقهاءنا المعاصرين في الإجهاد والقياس لصياغة ما يلزم من القواعد في هذا المجال لضمان حق المضرور في الحصول على التعويض العادل . كون ما قام به البغدادي لا يتناقض مع الأحكام والقواعد المستقره في الفقه الاسلامي، وأن اختيار الصفة التي يتوقف عليها الضمان في المباشرة والتسبب هي من اجتهاد فقهاء كل عصر— بما يتلائم مع حاجات أفراد مجتمعهم، تطبيقاً للقواعد المستقره في الفقه الإسلامي، والتي من ضمنها قاعدة (لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان). ولكل ما سبق توصل الباحث إلى أن الاتجاه الذي يشترط التعدي لتضمن المباشرة والمتسبب هو الاتجاه الأكثر ملائمة لظروف هذا العصر.

(٩) أن المادة (٢٥٨) تعتبر القاعدة العامة في حالة اجتماع المباشرة والمتسبب في إحداث الضرر والتي تضمن المباشرة عند اجتماعه مع المتسبب، وأن هذه المادة تتفق مع المفهوم العام لأحكام المباشرة والتسبب، ذلك أن المباشرة علة وسبب مستقل للضمان، والمباشرة ضامن إذا تعدى كما خلصنا، وأن صياغة قاعدة الاجتماع باتفاق جمهور الفقهاء جاءت ضمانه كافية لتعويض المضرور عما أصابه من ضرر، مع مراعاة الاستثناءات الواردة على هذه القاعدة، والتي ورد ذكر بعضها في مواد متفرقة في نصوص القانون المدني الاردني، دون أن يشار إلى أنها استثناءات، وأن ذلك قد أدخل القضاء الأردني في حيرة من أمره بشأن الأخذ بهذه الاستثناءات على القاعدة العامة أم لا، فجاءت قراراته متباينة، فتارة تأخذ بالاستثناءات وتارة تقول لا مجال لتطبيق أحكام الشريعة والتفسيرات الفقهية مع وضوح وصرحة النص إذ لا اجتهاد في مورد النص.

^١المباشر ضامن وإن لم يتعد والمتسبب لا إلا إذا كان متعدياً ... ذكره في الأشباه" (البغدادي، ١٣٠٨هـ، ص ١٤٦).

(١٠) أن الأساس القانوني لمسؤولية متولي الرقابة هو الخطأ المفترض افتراضاً يقبل أثبات العكس، فالمتعمن في آراء الفقهاء يجد أن الفقهاء وإن اختلفوا في صياغاتهم إلا أنهم التقوا في أساس المسؤولية من حيث النتيجة، فالتقصير والإهمال أحد أوجه الخطأ التقصيري، وبالتالي فإن الأساس القانوني مبني على الخطأ المفترض افتراضاً يقبل أثبات العكس، وهو الأقرب إلى مضمون نص المادة (١/٢٨٨) من القانون المدني الأردني، وهو ما استقر عليه اتجاه محكمة التمييز الأردنية في عدة قرارات لها.

(١١) إن الأساس القانوني لمسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه هو نظرية الضمان، كونها تعد التبرير المناسب لهذه المسؤولية المنصوص عليها في المادة (١/٢٨٨) وبالرغم من الانتقادات التي وجهت لها إلا أنها بالحقيقة مآخذ بسيطة لا تنال من جوهر هذه النظرية، ووجدنا أن نظرية الضمان هي الأساس الذي تبنته محكمة التمييز في قراراتها .

(١٢) أن المادة (٢٨٩) عندما ذكرت (... إذا قصر- أو تعدي) فأنها تشير إلى حالة التسبب وهي الحالة الغالبة لتحقيق مسؤولية حارس الحيوان، ويكون أساس المسؤولية هنا هو التعدي الواجب الاثبات، أما حالة المباشرة فبالرغم من أن المادة سألقة الذكر لم تتعرض لهذه الحالة، إلا أن القواعد العامة في المادة (٢/٢٥٧) هي الواجبة التطبيق بهذه الحالة، فيكون الأساس القانوني هو ركن الإضرار، فالمباشر ضامن إذا تعدى .

(١٣) أن مسؤولية مالك البناء أو المتولي عليه المنصوص عليها في المادة (٢٩٠) هي مسؤولية مفترضة في حالة انهيار البناء كله أو بعضه، إلا إذا أثبت مالك البناء أو المتولي عليه عدم تعديه أو تقصيره، وهذا يعني أن الأساس القانوني لمسؤولية مالك البناء تقوم على التعدي المفترض في جانب مالك البناء أو المتولي عليه غير القابل لإثبات العكس.

(١٤) أن أساس المسؤولية عن الإضرار التي تحدثها الأشياء التي تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها أو الآلات الميكانيكية، هو تعد مفترض قابلاً لإثبات العكس، إلا إذا كان فعل حارس الآلة من قبيل المباشرة فتكون مسؤوليته مطلقة تطبيقاً للقواعد العامة .

(١٥) رغم أن المشرع الأردني أخذ ببعض صور الخطأ في بعض جزئيات المسؤولية التقصيرية، إلا أن هذا يبقى على نطاق ضيق جداً، وفي حالات محدوده وخاصه، لا تغير من أساس المسؤولية التقصيرية في القانون المدني الأردني المقامة على ركن الإضرار في وضعها الحالي، تأثراً منه بالفقه الإسلامي، عندما نص في المادة (٢٥٦) على : (كل اضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر). وحدد صور الإضرار بصورتين هما المباشرة والتسبب. فالقانون المدني الأردني لم يأخذ بالخطأ الذي يقتضي- توافر عنصر-يه المادي والمعنوي كأساس للمسؤولية التقصيرية.

ثانياً: التوصيات:

يوصي الباحث المشرع الأردني بما يلي :

(١) أن التعدي بمفهومه الشمولي هو الصفة التي يتوقف عليها الضمان في المباشرة والتسبب، وبالتالي فأنا نوافق اقتراح الأستاذ مصطفى الزرقا نصاً بديلاً للمادة (٢٥٧) وهو كالآتي : (كل من أضر بغيره متعدياً، إضراراً مباشراً أو بالتسبب، ولو غير متعمد، ولا مميّز مسؤول تجاه المضرور) .

(٢) تعديل نص المادة (٢٥٨) بتضمين هذا النص الاستثناءات الواردة على القاعدة العامة ليصبح على النحو التالي :

١. إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر، ما لم يكن المتسبب أولى بالمسؤولية.

٢. ومن الحالات التي يكون المتسبب فيها أولى بالمسؤولية :

(أ) إذا كانت المباشرة مبنية على التسبب.

(ب) إذا توافر سوء القصد في المتسبب دون المباشر.

(ج) إذا كان التسبب من قبيل التخريب بالمباشر، وكان هذا معذوراً في اعتزاه.

(د) إذا لابس التسبب ما يقتضي تشديد مسؤولية المتسبب، أو لابس المباشر ما يقتضي تخفيف مسؤولية المباشر.

(هـ) إذا تعذر تضمين المباشر.

(و) إذا كان التسبب بطريق الإكراه للمباشر).

(٣) إلغاء نص المادة (٢٥٩) والذي ينص على : "إذا غر أحد ضمن الضرر المترتب على ذلك الغرر" على

ضوء تعديل نص المادة (٢٥٨) حيث إن هذا النص هو أحد الاستثناءات الواردة على نص المادة (٢٥٨).

قائمة المراجع

قائمة المراجع باللغة العربية :

أولاً: القرآن الكريم

ثانياً : معاجم اللغة العربية

- مصطفى، إبراهيم و آخرون .(١٩٨٩) المعجم الوسيط . إسطنبول : دار الدعوة.

ثالثاً : المراجع الفقهية والقانونية

- ابن العربي، أبي بكر محمد بن عبد الله . (١٣٧٦ هـ / ١٩٥٧م) أحكام القرآن، تحقيق علي محمد البجاوي، دار إحياء الكتب العربية عيسى الباي وشركاه.
- ابن جزيء، أبو القاسم محمد بن أحمد . (د.ت) القوانين الفقهية، بيروت : دار الكتاب العلمية.
- ابن رجب، الحافظ أبو الفرج عبد الرحمن. (١٩٧٢) القواعد في الفقه الإسلامي، مصر : مؤسسة نبع الفكر.
- ابن رشيد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد. (د.ت) بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج٢، مصر.
- ابن عابدين، محمد أمين (١٣٢٣ هـ) حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار في فقه مذهب الأمام الأعظم أبي حنيفة النعمان ج٢، ط ٣ . مصر— المحمة : المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق مصر المحمة.
- ابن نجيم، زين العابدين بن إبراهيم . (١٩٩٨) الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، تحقيق عبد الكريم الفضيلى، بيروت : المكتبة العصرية .
- أبو البركات، مجد الدين .(١٩٥٠) المحرر في الفقه على مذهب الأمام أحمد بن حنبل، ج٢. طبعة مصر.
- أبو السعود، رمضان .(٢٠٠٦) مصادر الالتزام، الأزريطة : دار الجامعة الجديدة .
- أبو الليل، إبراهيم الدسوقي . (١٩٨٠) المسؤولية المدنية بين التقييد والإطلاق، القاهرة : دار النهضة العربية .

- احمد، سليمان محمد. (١٩٨٥) ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي، القاهرة : مطبعة السعادة .
- الأهواني، حسام . (١٩٩٥) النظرية العامة للالتزام .ج١، القاهرة.
- البغدادي، أبي محمد بن غانم ابن محمد . (١٣٠٨ هـ —) مجمع الضمانات في مذهب الأمام الاعظم أبي حنيفة النعمان . مصر المحمة : المطبعة الخيرية المنشأة بجمالية مصر المحمة.
- تناغو، سمير عبد السيد. (١٩٧٥) نظرية الالتزام، الاسكندرية : منشأة المعارف.
- الجمال، مصطفى . (١٩٨٥) النظرية العامة للالتزامات، القاهرة
- جميعي، حسن عبد الباسط. (٢٠٠٠) الخطأ المفترض في المسؤولية المدنية . دون دار طباعة .
- الحكيم، عبد المجيد و البكري، عبد الباقي و البشير، محمد طه . (١٩٨٠) الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج١، بغداد: الطبعة الثالثة شركة الطبع والنشر الاهلية .
- حيدر، علي . (٢٠٠٣) درر الحكام شرح مجلة الأحكام المجلد الأول والثاني، تعريب المحامي فهمي الحسيني . السعودية : دار عالم الكتب.
- الخطيب، حسن . (١٩٦٨) نطاق السؤولية المدنية التقصيرية والمسؤولية التعاقدية - في القانون الفرنسي والقانون المدني العراقي المقارن-، البصرة : مطبعة حداد .
- الخفيف، علي . (١٩٧١) الضمان في الفقه الإسلامي، القاهرة : معهد البحوث والدراسات العربية .
- خيال، السيد عبد المعطي . (د.ت) العلاقة بين مسؤولية المتبوع ومسؤولية حارس الأشياء . بدون دار طباعة .
- الدبو، إبراهيم فاضل. (١٩٩٧) ضمان المنافع دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي، بيروت - عمان : دار البيارق و دار عمار للنشر والتوزيع.
- الدسوقي، إبراهيم . (١٩٧٥) الاعفاء من المسؤولية المدنية عن حوادث السيارات . دون دار نشر .

- دندون، سمير سهيل (٢٠٠٥) المسؤولية المدنية عن فعل الآلات الميكانيكية و التأمين الالزامي عليها، طرابلس - لبنان . المؤسسة الحديثة للكتاب .
- الديناصورى، عز الدين و الشواربى، عبد الحميد (١٩٩٢) المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الثانية .
- الذنون، حسن على . (٢٠٠٦) المبسوط في شرح المسؤولية المدنية، ج٢، الخطأ. أشرف على تنقيحه وطبعة محمد سعيد الزحو، عمان : دار وائل للنشر .
- الذنون، حسن على . (٢٠٠٦) المبسوط في شرح المسؤولية المدنية، ج٤، المسؤولية عن فعل الغير . أشرف على تنقيحه وطبعة محمد سعيد الزحو، عمان : دار وائل للنشر .
- الذنون، حسن على . (٢٠٠٦) المبسوط في شرح المسؤولية المدنية، ج٥، المسؤولية عن فعل الأشياء . أشرف على تنقيحه وطبعة محمد سعيد الزحو، عمان : دار وائل للنشر .
- الذنون، حسن على (٢٠٠٦) المسؤولية عن الأشياء، ج٥. عمان، الأردن : دار وائل للنشر.
- الرازى، فخر الدين . (١٢٨٩ هـ) مفاتيح الغيب، القاهرة، مطبعة بولاق.
- رشدي، محمد سعيد . (٢٠٠٨) الخطأ غير المغتفر سوء السلوك الفاحش والمقصود -دراسة في القوانين : الفرنسى والمصرى والكويتى-، الإسكندرية : منشأة المعارف .
- الرملى، محمد بن أحمد بن حمزة. (١٩٣٨) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ج٥، القاهرة: شركة ومطبعة مصطفى البابى الحلبي وأولاده.
- الزحيلي، وهبة . (١٩٨٢) نظرية الضمان، بدون مدينة : دار الفكر .
- الزرقا، أحمد محمد . (١٩٨٩) شرح القواعد الفقهية بقلم مصطفى أحمد الزرقا(ابن المؤلف) . دمشق : دار القلم .
- الزرقا، مصطفى أحمد . (١٩٩٨) الفقه الإسلامى في ثوبه الجديد المدخل الفقهي العام، ج ٢. دمشق : دار القلم.
- الزرقا، مصطفى أحمد . (١٩٨٤) الفعل الضار والضمان فيه، دمشق : دار القلم .

- سراج، محمد أحمد. (١٩٩٣) ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، بيروت : المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع
- السرحان، عدنان إبراهيم و خاطر، نوري حمد . (٢٠٠٨) شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية، عمان : دار الثقافة .
- السرخسي، شمس الدين. (٢٠٠١) المبسوط، الطبعة الأولى، بيروت : دار الكتب العلمية.
- سلطان، أنور . (١٩٨٧) مصادر الالتزام، عمان : منشورات الجامعة الأردنية .
- سلطان، ناصر عبد الله . (٢٠٠٥) المسؤولية عن فعل الأشياء التي تتطلب عناية خاصة والآلات الميكانيكية، بيروت، لبنان، دار الحلبي الحقوقية.
- السنهوري، عبد الرزاق. (١٩٥٢) الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الاول، القاهرة : دار النهضة العربية.
- سوار، محمد وحيد الدين. (١٩٧٨) النظرية العامة للالتزامات، دمشق : المطبعة الجديدة .
- سيد، صابر محمد محمد. (٢٠٠٨) المباشرة والتسبب في الفعل الضار، مصر- : دار الكتب القانونية .
- السيوطي، محمد حسن محمد حسن إسماعيل. (١٩٩٨) الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية ج ١، ط ١ . بيروت : دار الكتب العلمية .
- الشرقاوي، جميل. (١٩٩١) النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام ، القاهرة : دار النهضة العربية .
- الشرقاوي، عبد الله بن حجاز بن إبراهيم الأزهرى. (١٩٤١) حاشية الشـرقاوي على تحفة الطلاب شرح تنقيح اللباب، مصر.
- شنب، محمد لبيب. (١٩٧٥) دروس في نظرية الالتزام، القاهرة : دار النهضة العربية.
- الصباحي، محمد رفعت. (١٩٩١) أساس المسؤولية المدنية عن أضرار تلوث البيئة في نطاق الجوار، الاضرار غير المألوفة . مكتبة عين شمس.

- الصدة، عبد المنعم فرج. (١٩٩٢) مصادر الالتزام، القاهرة : دار النهضة العربية و مطبعة جامعة القاهرة و الكتاب الجامعي .
- طه، جبار صابر . (١٩٨٤) اقامة المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع على عنصر الضرر، الموصل : مطابع جامعة الموصل مديرية مطبعة الجامعة .
- طه، غنى حسون . (١٩٧١) الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الكتاب الاول، بغداد : مطبعة المعارف .
- عامر، حسين .(١٩٥٦) المسؤولية المدنية . ط١. القاهرة : مطبعة مصر.
- العدوي، جلال علي و شنب، محمد لبيب . (١٩٨٥) مصادر الالتزام دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني، بيروت : الدار الجامعية .
- عز الدين، أبو محمد .(د.ت) قواعد الأحكام في مصالح الانام : دار الشرق للطباعة.
- العشماوي، ايمن إبراهيم .(١٩٩٨) تطور مفهوم الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية . القاهرة : درا النهضة العربية .
- عطا الله، بهام محمد .(٢٠٠١) أساسيات نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، ج١، بدون دار نشر.
- عقيل، فريد .(د.ت) نظرية مسؤولية حارس الآلات الميكانيكية والأشياء الخطرة ،في القانون والاجتهاد القضائي المقارن والمعاصر مع تأصيلها في الشريعة الإسلامية، بدون دار طباعة . بدون تاريخ .
- عكوش، حسن . (١٩٥٧) المسؤولية المدنية في القانون المدني الجديد، القاهرة : مكتبة القاهرة الحديثة .
- عمر، محمد الشيخ . (١٩٧٠) مسؤولية المتبوع دراسة مقارنة، القاهرة : د.ت.
- العمروسي، انور . (١٩٨٣) التعليق على نصوص القانون المدني المعدل بمذاهب الفقه وأحكام القضاء الحديثة في مصر والأقطار العربية ،ج١، الإسكندرية : دار المطبوعات الجامعية .
- العوجي، مصطفى . (١٩٩٩) القانون المدني ،ج٢، المسؤولية المدنية، بيروت : دار الخلود .

- الفار، عبد القادر . (٢٠٠٤) مصادر الالتزام مصادر الحق الشخصي في القانون المدني . عمان : دار الثقافة .
- الفضل، منذر . (١٩٦٩) النظرية العامة للالتزامات ،مصادر الالتزام . ج١ . عمان :درا الثقافة للنشر والتوزيع .
- فودة، عبد الحكيم . (١٩٩٦) الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية دراسة تحليلية عملية على ضوء الفقه وقضاء النقض، الإسكندرية : دار الفكر الجامعي.
- فيض الله، محمد فوزي . (١٩٨٣) نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام، الكويت : مكتبة التراث الإسلامي.
- القاضي، منير . (١٩٥٣) محاضرات في القانون المدني العراقي مصادر الالتزام غير العقدية والأوصاف المعدلة لآثار الالتزام، القاهرة : معهد الدراسات العربية العالمية .
- القرافي، أحمد بن ادريس بن عبد الرحمن الصنهاجي . (١٣٤٦هـ) الفروق وبهامشه القواعد السننية في الاسرار الفقهية لابن الشاط، تحقيق عبد الحميد هنداوي، ج ١ . بيروت : المكتبة العصرية .
- الكساني الحنفي، علاء الدين ابي بكر بن مسعود . (١٩٨٢) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع . بيروت : دار المعرفة .
- اللبناني، سليم رستم باز . (د.ت) شرح المجلة المجلد الأول والثاني . لبنان : دار الكتب العلمية.
- اللصامة، عبد العزيز . (٢٠٠٢) المسؤولية المدنية التقصيرية الفعل الضار اساسها وشروطها، عمان : الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع .
- اللهبي، صالح . (٢٠٠٤) المباشر والمتسبب في المسؤولية التقصيرية، عمان : دار الثقافة .
- محمصاني، صبحي . (١٩٧٢) النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية . بيروت : دار العلم للملايين .
- مرقس، سليمان . (١٩٧١) المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية، ق ١، الأحكام العامة، القاهرة : مطبعة الجيلوي .

- ملكاوي، بشار و العمري، فيصل. (٢٠٠٦) مصادر الالتزام الفعل الضار . عمان : دار وائل .
- منصور، أمجد محمد . (٢٠٠٣) النظرية العامة للالتزامات، عمان : دار الثقافة .
- مهنا، فخري رشيد. (١٩٧٤) أساس المسؤولية التقصيرية ومسؤولية عديم التمييز-دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والقوانين الانكلوسكسونية والعربية- . بغداد : مطبعة الشعب .
- نتاغو، سمير عبد السيد. (١٩٧٥) نظرية الالتزام، الإسكندرية : منشأة المعارف .
- نقيب، عاطف . (١٩٨٠) النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن فعل الأشياء، بيروت - باريس. ديوان المطبوعات الجامعية في الجزائر و منشورات عويدات .
- اليعقوب، بدر جاسم محمد . (١٩٨٠) المسؤولية عن استعمال الأشياء الخطرة في القانون الكويتي، الكويت : دار القران الكريم .

رابعاً: الأبحاث والدوريات :

- أبو شنب، أحمد عبد الكريم. (٢٠٠٠) الأساس القانوني للمسؤولية عن فعل الشئ في القانون المدني الأردني والفقہ الإسلامي، دراسة قانونية مقارنة، مجلة جامعة مؤتة، المجلد الخامس عشر، العدد الرابع. ص: ٣٧-٦٢ .
- أبو شنب، أحمد عبد الكريم. (٢٠٠١) أحكام المسؤولية عن فعل الشئ في القانون المدني الأردني والفقہ الإسلامي، دراسة مقارنة . مجلة المنارة، المجلد السابع، العدد الثالث، ص : ٢٤٥ - ٣١٧.
- أبو شنب، أحمد عبد الكريم . (٢٠١٠) مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه في القانون المدني الاردني، دراسة مقارنة . مجلة القانون والسياسة، السنة الثامنة، العدد السابع، ص : ٦١- ١١٠.
- الحق، اياد محمد جاد. (٢٠١٢) مدى لزوم الخطأ كركن من أركان المسؤولية التقصيرية في مشروع القانون المدني الفلسطيني- دراسة تحليلية- . بحث منشور في مجلة الجامعة الاسلامية للدراسات الإسلامية، المجلد العشرون . العدد الأول (ص٢٠١-ص٢٢٦).

- الزعبي، محمد يوسف. (١٩٨٧) مسؤولية المباشر والمتسبب في القانون المدني الأردني . بحث منشور في مجلة مؤتة للدراسات والبحوث، العدد الأول - المجلد الثاني.
- اللصاصمة، عبد العزيز.(د.ت) تأصيل الخطأ في المسؤولية التقصيرية في القانون المدني الأردني والفرنسي، بحث كلية الحقوق، جامعة مؤتة، دون سنة نشر .
خامساً : الرسائل الجامعية :
- حليلو، مصطفى عبد القادر. (١٩٩١) عناصر المسؤولية التقصيرية عن الفعل الضار في القانون المدني الأردني والجزائري، رسالة ماجستير، الجامعة الاردنية : عمان، الأردن .
- خصاونة، مها يوسف . (٢٠٠٠) فعل المباشرة والتسبب في الإضرار غير المشروع في القانون المدني الأردني -دراسة مقارنة-، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت : المفرق، الاردن .
- الزعبي، سامر عزام ساري. (٢٠٠٦) مسؤولية المباشر والمتسبب في القانون المدني الأردني، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية.
- الطويل الرشيد، مشاري سعيد صالح. (٢٠١٠) مسؤولية عديم التمييز عن الفعل الضار - دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير، جامعة الشارقة الأوسط .
- فيض الله، محمد فوزي. (١٩٦٢) المسؤولية التقصيرية بين الشريعة والقانون، رسالة دكتوراه، غير منشورة، جامعة الأزهر.
- منتصر، سهر سيد. (١٩٧٧) تحديد مدلول الحراسة في المسؤولية عن الأشياء، رسالة دكتوراه مقدمة لجامعة عين شمس .

سادساً : القوانين

- القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦.
- القانون المدني المصري (١٣١) لسنة ١٩٤٨.
- قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة (١٩٨٥/٥).
- مجلة الأحكام العدلية (١٩٦٨). الطبعة الخامسة، مطبعة شعاركو، تنسيق المحامي نجيب هواويني.
- المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني (١٩٨٧). الجزء الأول، الطبعة الثانية، إعداد المكتب الفني لنقابة المحامين الأردنيين، عمان، مطبعة التوفيق .

سابعاً: القرارات القضائية

- قرارات محكمة التمييز الأردنية في القضايا الحقوقية والمنشورة بموقع القسطاس الالكتروني.
- قرارات محكمة النقض المصرية في القضايا الحقوقية في العديد من المراجع التي تم توثيقها.

قائمة المراجع باللغة الإنجليزية :

- Harpwood, Vivienne, (1993) **Law of Tort**. no edition. Cavendish. London.
- W.V.H Rogers, (1984) **Winfield and jolowicz on Tort**. Edition 12. London : Sweet And Maxwell.
- Turn, Charis (2004). **unlocking torts**, Holder Arnold, UK