تحديد مفهوم "مباشر الضرر"

وفق المادة ١٩ مكرر من قانون تنظيم الالتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع الكويتي ..

الدكتور بدر جاسم محمد اليعقوب
مدرس القانون المدني بكلية الحقوق والشريعة
جامعة الكويت .

تمهيد :

١ ـ تنفرد الشريعة الاسلامية ، بالتفرقة في قيام المسئولية التقصيرية بين المباشرة والتسبب ، وهي تفرقة لا تعرفها القوانين المعاصرة ، التي تقيم المسئولية متى توافرت عناصرها ، دون تمييز بين طريقة حصول الضرر ، سواء كانت عن طريق مباشر او عن طريق التسبب .

ونهج القانون الكويتي ، منهج القوانين الوضعية ، فلا يفرق ، فى الاصل العام، بين المتسبب والمباشر، فيكون كل منهما، ـ وفقا له ـ ، مسئولا متى كان متعمدا او متعديا : « اذا اتلف احد مال غيره او انقص قيمته مباشرة او تسببا ، يكون ضامنا اذا كان فى احداثه هذا الضرر قد تعمد او تعدى . واذا

اجتمع المباشر والمتسبب ، ضمن المتعمد او المتعدي منهما ، فلو ضمنا كانا متكافلين في الضمان » (١).

وقد يوحي النص لاول وهلة . انه يتفق مع الشريعة الاسلامية . وخصوصا انه استعمل الفاظها ، ولكنه في الحقيقة يخالفها في امرين جوهريين (٢) :

الاول : في اشتراطه الخطأ لقيام المسئولية التقصيرية ، عند اتلاف المال ولو كان من اتلفه متسببا فيه وليس مباشرا له . حين ان الفقه الاسلامي ، كما سنرى (٣) ، يجعل المباشر ضامنا ولو لم يتعمد (يتعد) ، وفي عبارة اخرى ولو لم ينسب اليه خطأ ما : « اذا زلق احد وسقط على مال آخر ، فأتلفه يضمن ولو حصل منه ذلك رغما عنه » (٤)، « ولو اتلف احد مال غيره على زعمه انه ماله يضمن (٥) » حين ان « المتسبب لا يضمن الا بالتعمد » (التعدي) (٦) .

الثاني : بينما يجعل القانون الكويتي ، المباشر والمتسبب مسئولين بالتضامن ، عند اتلاف المال او الاعتداء على النفس ، عند صدور خطأ من احدهما ، يذهب الفقه الاسلامي الى تقديم المباشر على المتسبب في حالة اجتماعهما (٧) » فلو اعطى ، مثلا ، شخص سيارته لصانع لتصليح «فراملها»، ثم اعادها هذا الاخير اليه مدعيا ، على خلاف الحقيقة ، أنه اصلحها . فصدم صاحبها شخصا في الطريق في أثناء قيادته لها لعيب في « فراملها » ، التي تبين ان الصانع لم يصلحها ، كان هذا الاخير متسببا في الاصابة ، حين يعتبر صاحب السيارة مباشرا ، ويسألان بالتضامن وفقا للقانون الكويتي ، أما في الفقه الاسلامي ، فان المباشر يقدم على المتسبب في الضمان ، ويجعل صاحب السيارة وحده مسئولا دون الصانع .

---

١ — المادة الثالثة من القانون .

٢ — عبد الفتاح عبد الباقي ، مصادر الالتزام ، مذكرات سنانسل لطلبة كلية الحقوق والشريعة بجامعة الكويت ، ١٩٦٩/٦٨ ، فقرة ٢٨٧ ، ص ٣٠٤ .

٣ — انظر لاحقا ص ٩١ وما بعدها .

٤ — المادة ٩١٣ من المجلة .

٥ — المادة ٩١٤ من المجلة .

٦ — المادة ٩٣ من المجلة .

٧ — المادة ٩٠ من المجلة .

ويعتبر التعمد او التعدي ، فى كل الاحوال ، ركنا فى المسئولية التقصيرية، ولا يقتصر على حالة اتلاف المال ، بل يستلزمه القانون ، كذلك فى حالة ايذاء النفس : « كل فعل ضار بالنفس ، من قتل او جرح او ضرب او اي نوع آخر من انواع الايذاء ، يلزم بالتعويض من احدث الضرر متعمدا أو متعديا » (٨) دون تفرقة بين المباشرة والتسبب ، ومما يؤيد ذلك قولها : « كل فعل ضار بالنفس » ، فهذا اللفظ مطلق ، ولو كان الشارع يرغب في التفرقة بين مباشرة الايذاء والتسبب فيه، لما فاته النص عليها ، واضافت المادة (١١) من القانون ان : « كل تعمد او تعد يصيب الغير بأي ضرر غير ما ذكر فى المواد السابقة (٩)، يوجب التعويض » فالتعمد أو التعدي ، اذن ، شرط اساسي لوجوب التعويض » .

وهكذا خرج الشارع الكويتي على مبادىء الفقه الاسلامي فى المسئولية التقصيرية التي كانت نافذة في الكويت واستلزم الخطأ في كل الاحوال ركنا فيها، سواء كان المسئول مباشرا أو متسببا .

ولذلك تعتبر المادة ١٩ (١٠) مكرر استثناء من القواعد العامة في المسئولية لانها ، تقتصر على مسئولية المباشر في احداث الضرر دون المتسبب فيه . اذ تنص على : « ... فان المباشر يكون مسئولا عن هذا الضرر وفقا لقواعد الدية الشرعية ..» .

ولكن متى يعتبر الشخص مباشرا لتقوم — وفقا لهذه المادة — مسئوليته ؟ لم يعن الشارع فى النص ، بوضع تعريف للمباشرة ، ولكنه افصح ، فى المذكرة التفسيرية عن ارادته فى الاحالة لتحديدها ، على مبادىء الفقه الاسلامي التي

---

٨ — المادة الاولى من القانون . وورد في المذكرة الايضاحية ما يؤيد ذلك : « ففي الاعمال غير المشروعة التي تقع على النفس ، تقضي المادة الاولى بان كل فعل ضار بالنفس ، من قتل اوضرباو جرح او اي نوع اخر من انواع الايذاء ، يلزم بالتعويض من احدث الضرر متعمدا اومتعديا » .

٩ — ويقصد بها المادة الاولى ، الخاصة بالضرر الذي يصيب النفس ، والمادة الثالثة ،الخاصة بالضرر الذي يصيب المال .

١٠ — اضيفت هذه المادة بالقانون رقم ٤٢ لسنة ١٩٦٧ « — ونشر هذا القانون بالجريدة الرسمية (الكويت اليوم) بتاريخ ١٩ نوفمبر ١٩٦٧ ، بالعدد رقم ٦٥٣، السنة الثالثة عشرة — الى القانون رقم ٦ لسنة ١٩٦١ .

عمد ، بهذا النص ، الى بعث الحياة فيها ، لتأخذ مكانها في التطبيق ، كما كانت قبل اصداره قانون العمل غير المشروع (١١) .

ولا يتسنى بداهة تعريف المباشرة بغير تحديد التسبب ، وقد عنى الفقه الاسلامي بتحديد كل منهما عناية بالغة ، لان التفرقة بينهما هي جوهر المسئولية التقصيرية فيه ، اذ بينما تقوم مسئولية المباشر دائما ، أخطأ أم لم يخطيء ، لا تقوم مسئولية المتسبب الا اذا أخطأ .

لذلك ، نبحث فيما يلي هذه القاعدة فى الفقه الاسلامي لنحدد المقصود « بالمباشرة » و « التسبب » ، والاحكام المترتبة على التفرقة بينهما في مبحث أول ، ثم نبين موقف القضاء الكويتي منها فى المبحث الثاني .

المبحث الاول

فى قاعدة : « المباشر ضامن وان لم يتعمد » (١٢) فى الفقه الاسلامي

تعريف المباشر ، والفرق بينه وبين المتسبب :

٢ ــ مؤدى هذه القاعدة ، ان من باشر التلف يضمن بصفة مطلقة ، سواء كان قد تعمد ايقاع الضرر أم لم يتعمد ، وسواء كان متعديا أو غير متعد ،

---

١١ ــ وذهبت المذكرة التفسيرية عند تعليقها على المادة ١٩ مكرر ، بقولها : « وهذه المادة تبعث الى الحياة قاعدة أن المباشر ضامن ولو لم يتعد ، وهي قاعدة مقررة في الفقه الاسلامي ، ولها في القوانين الحديثة تطبيقات عدة ، بل انها تعد لدى الكثرة من أهل القانون ، تطويرا حسنا لنظرية المسؤولية ، باتت تقتضيه حضارة العصر ، ومدنية الجيل » وتابعت قولها « ففي مدونات الفقه الاسلامي ، كلام عن الفعل الجاري مجرى الخطا ، والراي أن هذا ليس بخطأ حقيقة ، ولكنه يعتبر في معنى الخطاكلوجه،لانه حصل على طريق المباشرة ، وبذلك تسرى عليه أحكام الخطا ومنها وجوب الدية » .

١٢ ــ المادة ٩٢ من مجلة الاحكام العدلية .

« لان المباشرة علة مستقلة للاتلاف ، فعدم التعمد لا يصلح له عذر للتخلص من الاتلاف الذي يصيب الغير » (١٣) .

واورد الفقهاء تعريفات كثيرة للمباشر ، تتركز جميعها فى اظهار علاقة السببية بين الفعل والنتيجة ، فمتى ترتبت النتيجة على الفعل كان الفعل مباشرة (١٤) .فيعرفه الاحناف « من يلي الامر بنفسه » (١٥)، ويرى الشافعية انه : « ما يؤثر فى الهلاك ويحصله » (١٦) والمالكية : « ما يقال عادة حصل الهلاك به من غير توسط » (١٧) ، اما الحنابلة فيعطون امثلة للمباشرة دون ان يعرفوها » كالجرح بما له نفوذ كسكين وشوكة ، او قتله بمثقل ..... او يلقيه في نار ، أو يسد فمه أو نفسه ... » (١٨) ، ويعرفها الامامية ، « بأنها

---

١٣ ــ منير القاضي ، شرح المجلة ، الطبعة الاولى ، ١٩٤٩ ، الجزء الاول ، ص ١٥٦ .وذهب الاناسي تعليلا لضمان المباشر ، قوله « لان المباشرة علة للتلف ، اسما لاضافة الحكم اليها ومعنى لانها مؤثرة فيه ، وحكما لعدم تراخي الحكم عنها ... « الاتاسي ، شرح المجلة ١٩٣٠ ، الجزء الثالث ، ص ٥٥ ، تعليق على المادة ٩٢ ، صبحي المحمصاني ، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية ، الجزء الاول ، ١٩٧٢ ، ص ١٩٧ ، وانظر محكمة الاستئناف العليا ،الدائرة المدنية ، بتاريخ ٢٦ مايو ١٩٧٤ ، قضية رقم ١٤ ، ٧٤/١٥ مدني (حكم غير منشور) .

١٤ ــ فخري التميمي ، اساس المسئولية ، ومسئولية عديم التمييز التقصيرية دراسة مقارنة في الشريعة الاسلامية ، والقوانين الانجلوسكسونية ، والقوانين العربية ، رسالة مقدمة الى كلية القانون والسياسة وهيئة الدراسات العليا ، جامعة بغداد ، ١٩٧٢ ، ص ١٠ .

١٥ ــ سليم رستم باز ، شرح المجلة ، الطبعة الثالثة ، ١٩٢٣ ، ص ٥٩ ، تعليق على المادة ٩٣ . وعرف الكاساني « المباشرة » بانها ايصال الالة بمحل التلف ، المرجع السابق الجزء الثاني ، ص ٦٥ .

١٦ ــ الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج ، ص ٦ ، حاشية الشرقاوي الجزء الرابع ص ٣٦٠ .

١٧ ــ شهاب الدين القرافي ، الفروق ، الجزء الرابع ، ص ٢٧ .

١٨ ــ ابن قدامة ، المغني ، الطبعة الثالثة ، ١٣٦٧ ، جزء ٧ ، ص ٦٤٢ .

ايجاد علة التلف ... » (١٩) .

والملاحظ على هذه التعريفات كلها(٢٠) انها تدور حول مضمون واحد ، لخصته مجلة الاحكام العدلية فى المادة (٨٨٧) : « ان الاتلاف مباشرة هو اتلاف الشيء بالذات » ، من غير أن يتخلل بين فعل المباشر والتلف فعل آخر .

أما المتسبب ، فيعرفه المالكية ، بأنه : « ما يحصل الهلاك عنه بعلة أخرى اذا كان السبب هو المقتضى لوقوع الفعل بتلك العلة » (٢١) .

ويرى الشافعية انه : « ما يؤثر في الهلاك ولا يحصله » (٢٢) . أما الامامية فيرون أنه « ايجاد ما يحصل التلف عنده ولكن بعلة أخرى ، اذا كان السبب يقصد لتوقع تلك العلة ، كالحافر للبئر .... » (٢٣) . وجاء عندهم

---

١٩ ــ الشهيد الاول ، محمد بن جمال الدين العاملي ، اللمعة الدمشقية ، الطبعة الاولى ، ١٩٦٥ ، جزء ٧ ، ص٣٠ ، مطبوع مع الشهيد الثاني زين الدين ، الروضة البهية ، ١٩٦٨ ، جزء ٢٦ ، ص ٣٠ــ٣١ ، ويقترب من هذا التعريف ، ما اورده العز بن عبد السلام ، قواعد الاحكام في مصالح الانام ، ١٩٦٨ ، ص ١٥٤ ، حيث قال : « المباشرة ايجاد علة الهلاك » .

٢٠ ــ راجع تعريفات اخرى ، غمز عيون البصائر ، شرح الاشباه والنظائر ، الجزء الاول ، ص ١٩٦ ، السنهوري ، مصادر الحق ، المرجع السابق ، ص ٥٦ ، لنفس المؤلف ، نظرية العقد ، الطبعة الاولى ، ١٩٣٤ ، ص ٦٩ ، محمود سعد الدين الشريف ، شرح القانون المدني العراقي ، نظرية الالتزام الجزء الاول ، مصادر الالتزام ١٩٥٥ ، فقرة ٤٢٨ ، ص ٤١٥ ، على الخفيف الضمان في الفقه الاسلامي ، ١٩٧١ ، ص ٧٤ ، عبد الفتاح عبد الباقي ، مصادرالالتزام مذكرات ستانسل الكويت ، ٧٢ /١٩٧٣ ، ص ١٢٠ ، جاك الحكيم الضرر كمصدر للمسئولية في الفقه الاسلامي ، ١٩٧١ ، ص ١٣٧ ، عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي الاسلامي ١٩٦٨ ، الجزء الاول ، ص ٤٥١ .

٢١ ــ القرافي ، المرجع السابق ، ص ٢٧ الفرق رقم ٢١٧ . « والاتلاف بالسبب هو من يفعل فعلا يكون سببا للتلف » ، الخرشي ، شرح مختصر خليل ، الطبعة الاولى ، جزء ٧ ، ص ٨ .

٢٢ ــ حاشية الشرقاوى ، المرجع السابق ، ص ٣٦٠ .

٢٣ ــ محمد جواد العاملي ، مفتاح الكرامة ، باب الغصب ، مجلد ٦ ، ص ٢٠٦ .

أيضا « وهو فاعل بلزوم العلة كحافر البئر ... (٢٤) » .

ولخص تعريف الاحناف للتسبب فى المادة (٨٨٨) من المجلة « احداث أمر فى شيء يفضي الى تلف شيء آخر على جري العـــــادة ، ويقال لفاعله متسبب » (٢٥) . والحقت المجلة تعريفها للمتسبب ، بمثال اوضحته فيه ، حين قالت ان من قطع حبل قنديل معلق ، يكون متسببا مفضيا لسقوطه على الارض وانكساره ، يكون حينئذ قد أتلف الحبل مباشرة وكسر القنديل تسببا (٢٦) .

---

٢٤ ــ الشهيد الاول ، المرجع السابق ، ص ٣٢ . وقيل ان التسبب ، هو ان يأتي المسبب بفعل يتولد عنه شيء آخر يترتب عليه الموت ، كمن حبس غيره فمات جوعا ، محمد جواد مغنية ، « فقه الامام جعفر الصادق » ١٩٦٦ ، جزء ٦ ، ص ٣٢ .

٢٥ ــ وعرف الاتاسي عند تعليقه على المادة (٩٣) المتسبب « ما كان فعله مفضيا الى الحكـم ، كالمتلف مثلا من غير تاثير ، وانما المؤثر هو العلة المتوسطة ، واضاف قائلا «..... وقيل ان الفعل اذا كان مفضيا الى الشيء لا مؤثرا به ، وكان التاثير لعلة متوسطة بينهما ، يقال لذلك الفعل سبب ولذلك الشيء (الحكم) مسبب ، ولصاحب الفعل متسبـــب » ، الاتاسي ، المرجع السابق ، ما بين ص ٤٥٤ ــ ٤٥٥ ، الصفحات الاضافية غير المرقمة . وانظر تعريفات اخرى للتسبب والمتسبب ، غمز العيون البصائر ، ص ١٩٦ ، العز بن عبد السلام ، قواعد الاحكام في مصالح الانام ، الجزء الاول والثاني ، ص ١٥٥ ، عبد القادر عودة ، المرجع السابق ، ص ٤٥١ ، حيث ذهب الى القول « ان السبـــب هو ما احدث الجريمة لا بذاته ، بل بواسطته ، وكان علة للجريمة ، ..... اننـــا نستطيع أن نفرق بين المباشرة والسبب بان المباشرة تولد الجريمة دون واسطـــة ، وان السبب يولد المباشرة ، او هو واسطة لتولد المباشرة التي تتولد عنها الجريمة » . ، ويرى على الخفيف أن « الضرر المسبب هو ما كان بفعل في محل أفضى اليه فعل آخر في محل آخر مع احتمال تخلف الفعل الثاني عنه ، فان لم يكن التخلف محتملا عند الضرر حينئذ مباشرا وكان الفعلان بمثابة فعل واحد ... وقد قيل والضرر المتسبب بانه ما أدى اليه فعل بواسطة فعل آخر متوسط بينهما ترتب عليه مباشرة » . المرجع السابق ، ص ٧٤ ، وفى نفس المعنى السنهوري ، مصادر الحق ، ١٩٦٨ ، الجزء الاول ، ص ٥٦ ، محمود سعد الدين الشريف ، المرجع السابق ، فقرة ٤٢٨ ، ص ٤١٥ .

٢٦ ــ ولو شق أحد ظرفا فيه سمن وتلف ذلك السمن ، يكون قد أتلف الظرف مباشرة والسمن تسببا . وعلق عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، ص ١٢٠ هامش (١) على المثال الذي ذكرته المجلة بالنسبة للقنديل قائلا « يلاحظ ان اعتبار كسر القنديل هنا من باب الاتلاف تسببا محل نظر ، اذ ان السائد في الفقه الاسلامي ، انه يلزم لكي يعتبر الفعل

ويشترط كما يتضح من التعريف ، أن يكون السبب « مما شأنه فى العادة أن يفضي غالبا للاتلاف (٢٧) » ، وبمعنى آخر يشترط أن يكون الضرر الذى نجم عن الفعل نتيجة عادية متوقعة منه : بوجود التسبب توجد الرابطة بين الفعل والضرر ومن ثم تظهر الى الوجود مسئولية المتسبب ، أما اذا كان الضرر غير متوقع عادة من السبب الاصلي ، فلا مجال لقيام المسئولية . فاذا حفر شخص بئرا في ملك الغير ، ثم اتى آخر والقى حيوانا أو انسانا ، فتلف فيها ، لا يمكن في هذه الحالة أن نسند الضرر الى من حفر البئر ، لتعذر اعتباره متسببـــا .

والسبب فى ضمان المباشر وان لم يتعمد (يتعد) ، والمتسبب الا بالتعمد ترجع كما عللها احد الفقهاء الى : « انه عند المباشرة تظهر بجلاء سببية الفعل للضرر ، دون نظر الى فاعله وقصده (٢٨) » ولكن عند المتسبب « فلا يكـــون لسببية الفعل هذا الظهور لوجود فعل آخر مفض الى الضرر ، فاصل بينه وبين الضرر مع تراخ للضرر عن الفعل المسبب (٢٩) » .

متسببا فى الضرر ، وليس مباشرا اياه ، ان يفصل بينه وبين الضرر فعل مختار . فان كان الفعل الثاني نتيجة حتمية للفعل السابق عليه ، او حتى نتيجة ملازمة له على مجـــرى العادة ، اعتبر الفعل الثاني امتدادا للفعل الاول وصار الضرر بذلك مباشرا « ويكون انكسار القنديل بالمباشرة » والواقع انني اتفق مع الراي السابق فيما ذهب اليه ، وارى ان الفقهاء عندما ذكروا المثل السابق كان هدفهم اعطاء مثال يبين الفرق بين المباشرة والمتسبب وان لم يوفقهم الحظ في بيان هذا الفرق بالنسبة للمثال المذكور . اذ لا يمكـــن ان يقول الشخص انني كنت هادفا اتلاف الحبل فقط دون كسر القنديل لانـــه عندمـــا يقطع الحبل ، فانه كان يجب عليه ان يتوقع ان القنديل سيقع وينكسر حتما . ومن هنا سيضمن الحبل وسيضمن القنديل لانه قطع الحبل عن طريق المباشر وقطع القنديـــل عن المباشرة ايضا .

٢٧ ــ القرافي ، المرجع السابق ، الفقرة ٢١٧ ، ص٢٧ .

٢٨ ــ على الخفيف ، المرجع السابق ، ص ٨٣ . وقال سليم رستم باز عند شرحه المادة ٩٣ من المجلة « السبب في تضمين المباشر مطلقا وتضمن المتسبب عند التعمد او التعـــدي ، هو ان المباشر علة وسبب مستقل للتلف ، اما المسبب فليس سببا مستقلا ، فاقتضى ان يرافقه صفة عداء ليصلح علة للتضمين ، » المرجع السابق ، ص ٥٩ .

٢٩ ــ على الخفيف ، المرجع السابق ، ص ٨٣ .

شروط قيام مسئولية المباشر (٣٠) :

٣ ــ لكي تقوم مسئولية المباشر ، يجب ان تتوافر ثلاثة شروط ، الاول : ان يصدر فعل ، والثاني : أن يؤدي هذا الفعل الى احداث الضرر ، والثالث : أن لا يتدخل امر بين الفعل والضرر .

---

٣٠ ــ ولقيام مسئولية المتسبب ، يجب أن تتوافر ثلاثة شروط : أن يقع تعد من فاعل السبب ، وان يؤدي هذا الفعل الى الاتلاف (الضرر) ، وأن لا يتخلل بين السبب والتلف فعل فاعل آخر . القرافى ، المرجع السابق ، ص ٢٧ ، الجزء الثاني ، ص ٢٠٨ ، البهوتي ، المرجع السابق ، الجزء الرابع ص ٩٨ ، الدردير ، المرجع السابق ، الجزء الثالث ، ص ٤٥١ ، وهبة الزحيلي ، نظرية الضمان ١٩٧٠ ، ص ٧٨ ، وذهب الزحيلي الى ذكر ثلاثة شروط لضمان المتسبب في ص ٢٩ وهي : التعدي وعلاقة السببية وألا يتخلل بين السبب والمسبب فعل شخص ثالث ، بينما ذكر في ص ٧٩ من نفس الكتاب الشروط على النحو التالي : التعدي والتعمد وأن لا يكون التلف قد نشأ عن فعل اخر ، ولا أعرف لماذا ذهب الزحيلي الى هذه التفرقة ، ما دام بامكاننا أن نستعمل لفظ تعدي بدلا من التعمد ، انظر لاحقا ص ٩٥ . واشترط على حيدر شرطين لتضمين المتسبب، التعمد والتعدي ، أي أن ضمان المتسبب فى الضرر الناشيء عن تسببه مشروطا بعمله فعلا مفضيا الى ذلك الضرر عمدا وبغير حق ، أي أن كان قد استعمله عمدا وتعديا كان ضامنا « درر الحكام ، شرح مجلة الاحكام ، تعريف الحسيني ١٩١٩ م ، ص ٥٤٨ ، وهذا ما اخذ به عبد الحي حجازي ، الالتزامات مذكرات ستانسل ، ١٩٧٤/٧٣ ، فقرة ٩٤٢ ، ص ٥٧٢ . وانتقد هذا الرأي الاتاسي ، المرجع السابق ، تعليقا على المادة ٩٣ ص ٢٥٨ .

وهناك حالات معينة ، تنتفي بموجبها مسئولية المتسبب ، بالرغم من وجود التعدي ، لان فعله لا يؤدي الى احداث النتيجة ، وانما يكون بسبب أحد هذه الحالات ، وهي الآفة السماوية (القوة القاهرة) انظر في ذلك ، محمود شلتوت ، الاسلام عقيدة وشريعة ، الطبعة الثالثة ، ١٩٦٦ ، ص ٤٢١ ، وهبة الزحيلى ، المرجع السابق ، ص ٣٥ ، الفتاوى الهندية ، جزء ٦ ص ٤٢ ، شيخي زاده ، المرجع السابق ، ص ٦٢٦ ، ابن قاضي سماونه ، جامع الفصولين ١٣٠١ هـ ، الجزء الثاني ، ص ٨٨ ، المرغيناني المرجع السابق ، ص ١٤١ . وفعل المضرور ، انظر في ذلك البغدادى مجمع الضمانات ١٣٠٨ هـ ، ص ٢٩ ، الرملي ، المرجع السابق ، ص ٧٧ ، حاشية ابن عابدين ١٣٣٦ هـ جزء ٥ ، ص ١٨٧ ، قاضي زاده ، نتائج الافكار في كشف الرموز والاسرار ، جزء ٨ ص ٣٥٢. وفعل الغير: وهو أن يكون الضرر حادثا نتيجة لتدخل شخص ثالث ، ليس هو المتسبب ولا المضرور، فيضاف الفعل الى هذا الاخير. ابن قاضي سماونه، جامع الفصولين ــ الطبعة الاولى ف ١٣٠١ هـ ، ص ١١٢ .

٤ ــ **الاول : صدور فعل** (٣١) : يجب بادىء ذي بدء ، ان يصدر من الفاعل فعل ، يكون هو السبب فى حدوث الضرر . واتفق مع الحنابلة ، على أن الفعل كما يكون ايجابيا ، قد يكون سلبيا ، اذ ليس بشرط أن يكون الفعل ايجابيا حتى يعتبر صاحبه مباشرا (٣٢) ، اذ أن الفعل السلبي أي مجرد الامتناع يرقى أيضا الى أن يجعل صاحبه مباشرا (٣٣) ، ما دام هذا الفعل سيؤدي حتما

---

٣١ ــ يجب أن يكون الفعل غير مشروع ، أما اذا كان مشروعا فلا ضمان على الفاعل ، كما في حالة الدفاع الشرعي ، حالة الضرورة ، او القوة القاهرة ، الرملي ، المرجع السابق ، الجزء الرابع ، ص ١١١ .

٣٢ ــ ويرى الاحناف أن مناط التضمين هو الاتلاف ، وذلك يتحقق بأحداث ما يترتب عليه التلف ولا يكون ذلك الا بفعل وجودي أو ايجابي . الزيلعي ، تبين الحقائق كنز الدقائق ، ص ١٤٣ وما بعدها ، الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ١٩١٠ ، جزء ٧ ، ص ١٦٤ وما بعدها ، البهوتي ، كشاف القناع عن قفل الاقناع ، الجزء الثاني ، ص ٣٦٤ وما بعدها ، ابن رشد (الحفيد) ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، الطبعة الاولى ، الجزء الثاني ، ص ٢٦٢ .

٣٣ ــ وهذا ما يتضح من قول الحنابلة ، بالنسبة لمن اضطر الى طعام أو شراب غيره ، فطلبه منه فمنعه اياه ، مع عدم حاجته اليه ، فمات ضمنه ، لما روى عن عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) ، انه قضى بذلك ، ولانه اضطر الى الطعام صار أحق به ممن فى حوزته ، وله الحق في أخذه قهرا ، فاذا منعه اياه يكون قد تسبب فى هلاكه بمنعه ما يستحقه فلزمه الضمان . فهنا صاحب الطعام لم يقم بأي دور ايجابي ، سوى انه امتنع عن تقديم الطعام للمحتاج ، وهذا عمل سلبي ، ابن قدامة ، المرجع السابق ، جزء ٥ ، ص ٥٨١ ، ص ٤٣٨ ــ ٤٣٩ ، مسعد صالح ، المسئولية عن الضرر في الفقه الاسلامي ، مقال منشور في مجلة ادارة قضايا الحكومة ، العدد الثاني ، السنة الثامنة عشر ، ابريل يونيو ١٩٧٤ ، ص ٤٣٨ ــ ٤٣٩ . وذهب أبو زهرة الى القول بان : «المباشرة توجب أن تكون الجريمة ايجابية لانها عمل بمباشر ، والذين اشترطوا المباشرة ، لوجوب القصاص لم يعتبروا الجريمة السلبية ، لانها من قبيل التسبب ، والذين لم يشترطوا المباشرة أكثرهم اعتبروا الجريمة السلبية موجهة للقصاص (راجع تفاصيل هذا الخلاف ، العقوبة ، فقرة ٩٣، ص ٥٣١ ، وما بعدها ، الجريمة ، فقرة ١٤٨ ، ص ١٤٣) . ويرى علي الخفيف انه لا ضمان في حالة الترك ، ويبرر قوله : « ذلك لان المباشرة انما تتحقق ، اذا كان هناك اتصال بين الفعل الضار ومحل الضرر ، كما في اتصال آلة الاتلاف بالمال المتلف ، وذلك انما يتصور فى الفعل الحسي ، بل ولا ضمان عليه أيضا لعدم التسبب ، لان التسبب انما يتحقق اذا كان التلف نتيجة فعل ادى اليه

الى ايقاع الضرر ، او على حسب المجرى المألوف والعادة ، كامتناع الام عن ارضاع وليدها الصغير حتى مات ، فتعتبر الام مباشرة فى احداث الوفاة ، ولو انها لم تقم بأي فعل ايجابي ــ ادى اليها ، لان امتناعها ادى مباشرة ــ اي دون واسطة ــ الى احداث الوفاة (٣٤) . وهذا بعكس المادة ١٩ مكرر حيث تشترط ، كما اشرنا فى ان يكون الشيء قد تدخل تدخلا ايجابيا في احداث الضرر لقيام مسئولية المباشر (٣٥) .

وحين يكون الضرر قد نشأ من الفعل مباشرة لا يهم القصد ، فالمهم هو وجود علاقة السببية المباشرة بين الفعل والضرر .

جاءت مجلة الاحكام العدلية ، « بأن المباشر ضامن وان لم يتعمد » فما المقصود بالتعمد ؟

التعمد : هو اتيان فعل بقصد الاضرار بنفس الغير او بماله ، ولو كان الفعل مشروعا (٣٦) . او هو الارادة المتوجهة نحو الفعل ونتائجه . واعطت مجلة الاحكام العدلية مثالا لحالة التعمد « انه لو جفلت دابة احد من الآخر ، وفرت فضاعت لا يلزمه الضمان ، واما اذا كان اجفالها قصدا يضمن (٣٧) ». ولو جفلت دابة نتيجة لصوت بندقية صياد ، أحدثه بقصد الصيد ، لا يضمن ، أما لو كان قاصدا اجفالها فوقعت فماتت او اتلف أحد اعضائها ، يضمن ، « ولو سار أحد بسيارته فى طريق عام بحسب المعتاد ، فأحدثت خسفا في الطريق فسقطت فيه دابة أحد فهلكت ، لا ضمان عليه ، لانه غير متعمد فى فعله » (٣٨) .

فعل سابق عليه هيأ له وجوده ، ورتب الضرر عليه مع بقاء نسبته اليه ، والكف عنه لم يؤد الى فعل كان من نتيجته التلف ، وانما كان التلف نتيجة أمر لا صلة له بالكف (الفعل السلبي ..) أنظر على الخفيف ، المرجع السابق ، ص ٤٠ ، وانظر الخلاف فى ذلك ص ٤١ .

٣٤ ــ أنظر تفاصيل هذا الموضوع ، التميمي ، الرسالة المشار اليها ، ص ٥٠ الى ٥٧ .

٣٥ ــ راجع سابقا ص ٧٢ .

٣٦ ــ عبد الحي حجازي ، المرجع السابق ، سنة ٧٤/٧٣ ، فقرة ٩٢٢ ، ص ٥٦٧ .

٣٧ ــ المادة ٩٢٣ من المجلة .

٣٨ ــ منير القاضي ، المرجع السابق ، ص ١٥٧ .

وقد يتخذ العلم دليلا على العمد ، فمن يحرق حصائد أرضه فتتسرب النار الى أرض جاره ، وتؤدي الى حرق زرعه ، لا يضمن الا اذا كان عالما ان هذا الحريق قد يتسرب الى أرض جاره ، وهذا تطبيق للقاعدة القائلة : « دليل الشيء فى الامور الباطنة يقوم مقامه (٣٩) » .

ويجب أن تستبدل بالتعمد ، الواردة فى عبارة المادة ٩٢ من المجلة . كلمة تعد ، لان التعدي بحسب تعريف الفقهاء أعم ، واشمل من التعمد ، فما دام يضمن عند تعديه فسيكون ضامنا ، من باب أولى ، عند تعمده .

فالتعدي كما قال ابن عرفة : هو التصرف في شيء بغير اذن ربه وبدون قصد تملكه ، بغض النظر عن العوامل النفسية التي قد تدفع الشخص الى ارتكاب الفعل (٤٠) . الا أن فكرة التعدي فى الفقه الاسلامي ، لم تقف عند هذا الحد ، بل أخذت تتطور الى أن شملت حالات متعددة ، بحيث أصبح التعدي فى الفقه، يماثل الخطأ التقصيري فى القوانين الحديثة كأساس للمسئولية (٤١)، فأخذت فكرة التعدي ، تتضمن عدم التبصر والاهمال والاساءة فى استعمال

---

٣٩ ــ المادة ٦٨ من المجلة ، الاتاسي ، المرجع السابق ، ص ٢٥٧ .

٤٠ ــ التسولي ، البهجة شرح التحفة ، الجزء الثاني ، ص ٣٤٤ ، ٣٥١ ، المواق المنهاج والاكليل ، وبهامشه الحطاب ، جزء ٥ ، ص ٢٧٤ ، السيد أمين محمد ، المسئولية التقصيرية عن فعل الغير في الفقه الاسلامي المقارن ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ١٩٦٤ ، ص ٨٥ . واختلف معنى التعدي عند ابن عاصم في أرجوزته ، تحفة الحكام ، ص ٨٥ .
اذ قال : « المتعدي ، غاصب المنافع » وبهذا فان معنى التعدي يختلف على حسب رأيه عن المعنى الشائع وهو الظلم والعدوان ، ومجاوزة الحقوق وعدم التحرز كما يلاحظ في كتب الفقه ، البغدادي ، المرجع السابق ، ص ١٤٦ .

٤١ ــ وقد انتهى المطاف ببعض فقهاء الشريعة الى استعمال لفظ خطأ تعبيرا عن التعدي ، من هذا ما جاء في مجمع الضمانات للبغدادي ، « من انه لو رمى رجل عمدا فنفذ منه السهم الى آخر ، فمات ، فعليه القصاص للاول ، والدية للثاني ، على عاقلته ، لاول عمد ، والثاني احد وجهي الخطأ » ص ١٦٦ ، وجاء في الشرح الكبير للدردير ، جزء ٩ ص ٣٣٨ في باب مسألة : « فى القتل الخطأ معناه وحكمه » ما يوضحه ، اذ قال « الخطأ ان يفعل فعلا لا يريد به اصابة المقتول ، فيصيبه فيقتله » انظر عكس ذلك ، صبحي المحمصاني ، المرجع السابق ، ص ١٩٧ ، سيد أمين محمد ، المرجع السابق ، ص ٨٧ .

الحق ، بعد أن كانت قاصرة على ارتكاب الفعل الضار دون وجه حق . ولذلك استعمل بعض الفقهـــاء لفظ « تعد » بدلا من « تعمـــد » ، فقد ذهب البغدادي (٤٢) ، بعكس ابن نجيم (٤٣) ، الى صياغة القاعدة على النحـــو التالي : « المباشر ضامن وان لم يتعد ، والمتسبب لا يضمن اذا كان متعديا » . وهذا ما دعى بعض المحدثين (٤٤) الـــى انتقاد استعمال لفظ تعمد ، ونوه باستعمال لفظ التعدي بدلا منه ، وذلك بقوله : « ان التعبير بلفظ التعمـــد الواردة فى قاعدة المتسبب هذه ، انما المراد به معنى التعدى ، لا معنى القصد » لان « التعدي هو الاساس الملحوظ للتضمين في حالتي المباشرة والتسبب على السواء » ، فمتى وقع تعد « لا ينظر بعد ذلك الى التعمد أو القصد لان حقوق الغير مضمونة فى حالة العمد والخطأ » ، لينتهي الى أن التعدي هو : « تجاوز الفاعل على الشخص المضرور او على حقوقه راسا كما فى حالة المباشرة او يتجاوز الحـــدود المأذون بها شرعا حتى تفضي الى الضرر كما فى حالـــة التسبب » . ويقطع بصحة ما ذهبنا اليه ، ان المجلة ، بعد ان نصت فى المادة ٩٣ : « المتسبب لا يضمن الا بالتعمد » . عادت واستعملت التعبير الصحيح فى المادة ٩٢٤ التي بنصها على أن : « يشترط التعدي في كون التسبب موجبا للضمان » ، تكمل فى الحقيقة ، المادة ٩٣ . اي أن ضمان المتسبب مشروط بأن

---

٤٢ ــ البغدادي ، المرجع السابق ، ص ١٤٦ ، الا أن صبحي المحمصاني ، المرجع السابق ، ص ١٧٤ ، هامش ٢ ، يرى أن البغدادي مع اقراره بأنه أخذ هذه القاعدة عن الاشباه والنظائر ، قد نقلها بعبارة مغلوطة وضع فيها كلمة التعدي مكان التعمد .

٤٣ ــ الاشباه والنظائر ١٢٩٠ هـ ، ص ١١٣ ، (المادة ٩٢ و٩٣)

٤٤ ــ مصطفى الزرقا ، الفقه الاسلامي فى ثوبه الجديد ، المدخل الفقهي العام ، الطبعـــة السابعة ، ١٩٦٣ ، ص ١٠٤٠ ــ ١٠٤١ ، وفي نفس المعنى ، محمد سعيد الفزى ، شرح الادلة الاصلية ١٩١٩ ، الجزء الاول ، ص ١٤٦ . حيث ذهب الى القول : « أنه يشترط في ضمان المتسبب محظورية الفعل مع القصد والاختيار في ايقاعه ، وهذا هو المراد من التعمد في عبارة المادة ، ولو عبرت بالتعدي ، لكان أوضح في افادة المقصـــود » . وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ص ١٦٩ .

يكون فعله مفضيا الى ذلك الضرر بغير وجه حق (٤٥) . فان هذا الخلط يرجع ، فيما يبدو ، الى عدم ادراكهم للفرق الدقيق بين التعدي (٤٦) والتعمد. فالتعدي غير التعمد من حيث انه تجاوز الحدود التي رسمها القانون ، ولكن دون قصد الاضرار ، فيضمن تعمد أم لا ، فى حين ان التعمد ، فعل بقصد الاضرار ، وبذلك ينحصر الفرق بينهما فى وجود قصد الاضرار فى التعمد ، دون وجوده في التعدي ، وهذا ما يقابله فى الفقه القانوني خطأ عمد وخطأ غير عمد (٤٦) . فان كل متعمد متعد لمجاوزته حد الشارع ، وهو الامر بعدم الاضرار بالغير ، والعكس غير صحيح ، فلضمان المتسبب يجب أن يكون هناك تعد سواء عن قصد أو عن غير قصد .

وأرى بعد ما تقدم ، استبدال عبارة « المتسبب لا يضمن الا بالتعدي » بعبارة « المتسبب لا يضمن الا بالتعمد » ، وعبارة « المباشر ضامن وان لم يتعد » بعبارة « المباشر ضامن وان لم يتعمد » .

---

٤٥ ــ البغدادي ، المرجع السابق ، ص ١٦٥ ، الغزى ، المرجع السابق ، ص ١٤٦ . وجاء فى بداية المجتهد ، لابن رشد في أوائل كتاب الغصب ، « بأن ضمان المتسبب المتعدي متفق عليه بين أصحاب أبي حنيفة وبين مالك والشافعي ، بوجه الاجماع ، وان كان يوجد بعض الخلافات بينهم فيما يكون تعديا وما لا يكون » . الغزى ، شرح المجلة ١٩١٩ م . الاتاسي ، المرجع السابق ، ص ٢٥٧ .

٤٦ ــ والتعدي ينتفي عند قبول المضرور تلف ماله أو عضوه ، أو ما يحصل له من جراح ، وذلك لان عصمة هذه الاشياء تثبت حقا له ، ويستطيع التنازل عن هذا الحق سواء بالاباحة او بالاذن ، وقد يكون الاذن سابقا أو لاحقا للفعل ، صبحي المحمصاني ، المرجع السابق ، ص ١٧٧ ، « فلو أمر شخص آخر أن يتلف ماله ، وفعل هذا ما أمر به فلا يضمن ، وكذلك الحال اذا حفر بئرا فى ملك الغير باذنه . وهذا القول اذا كان ينطبق على الاموال والجراح ، الا انه ليس كذلك ، بالنسبة للنفس ، فلا يعتد في تلف النفس بقبول المجنى عليه ، لان عصمة النفس لا تحتمل الاباحة ، فاذا قال شخص لآخر اقتلني ، فقتله ضمن ديته، وأضاف نفر من الاحناف ، بوجوب القصاص كذلك . البغدادي المرجع السابق ، ص ١٤٨ » . وعلى ذلك ينتفي التعدي ، بوجود الاذن الشرعي وتطبيقا لهذه القاعدة ، نفت المجلة الضمان على من يهدم دار غيره باذن ولي الامر لمنع تسرب الحريق الى محله ، المادة ٩١٩ من المجلة .

٤٦م ــ عبد الحي حجازي، المرجع السابق ، فقرة ٩٢٢ ، ص ٥٦٧ .

٥ ــ **الثاني : أن يؤدي الفعل الى احداث الضرر (صلة السببية بين الفعل والضرر** : لا يشترط الفقه الاسلامي ، فى الضرر الموجب للتعويض ، أن ينشأ عن اعتداء ومخالفة محظورة ، بل يجب الضمان فيه مطلقا ، سواء كان ناشئا عن اعتداء أم لا ، فيضمن عديم التمييز والنائم ، لا فرق فى ذلك بين ضرر نشأ عن فعل صدر تعديا عن قصد أو عن غير قصد ، كان صدر نسيانا ، أو صدر من فاعله على ظن أنه يحدث فى ماله (٤٧) . ذلك لان الفكرة التي يؤسس عليها الفقه الاسلامي المسئولية المدنية ، فى حالة المباشرة ، هي فكرة موضوعية تقوم على مجرد وقوع الضرر ، وليس على الخطأ ، بعكس ما هو مقرر ، كقاعدة عامة ، فى القوانين المعاصرة (٤٨) .

والضرر الذي يحدث للمضرور ، لا يشترط أن يكون قد صدر من المباشر ذاته (٤٩) ، ولكنه قد يصدر من المركبة التي يقودها ، أو السلاح الذي يستعمله ، فبالرغم من ان الضرر لم يحدث هنا من المباشر في ذات نفسه ، الا انه حصل من السيارة التي يقودها ، أو السلاح الذي يستعمله . فهو هنا مسئول عنه بصفته مباشرا ، وكأن الضرر قد ارتكبه هو ، وهذا هو الحال أيضا فيما اذا فقد سائق السيارة سيطرته على مقودها ، من غير أن يكون له أي يد فيتوجيهها ، واصطدمت السيارة ، بأحد الاشخاص وأردته قتيلا .

وهذا قياسا على ما أورده الفقهاء فى مؤلفاتهم من ان راكب الدابة يسأل عما تسببه من ضرر للغير ، في أثناء سيرها ، حتى في الحالة التي يفقد سيطرته عليها ، كما اذا جفلت نتيجة لصوت مزعج ، ذلك لان التلف كما يقول الفقهاء ، وقد حصل من الدابة أثناء سيرها ، والراكب عليها ، فيجب أن يضاف التلف اليه ، لانه حدث بثقله وثقل الدابة ، فالدابة كانت كآلة فى يده . وهذا هو الحكم أيضا بالنسبة لسارق السيارة ، فانه يكون مسئولا عما يسببه من أضرار للغير ، باعتباره مباشرا حتى لو ثبت أن هناك تقصيرا من مالكها .

---

٤٧ ــ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص ٦٨ .

٤٨ ــ محكمة الاستئناف العليا ، الدائرة التجارية الثانية ، ٦ أبريل ١٩٦٩ ، قضية رقم ٩٢ لسنة ٦٩ (حكم غير منشور) ، محكمة الاستئناف العليا ، الدائرة التجارية الثانية ، ٣ مارس ١٩٦٩ ، قضية رقم ١١ لسنة ٦٩ (حكم غير منشور) .

٤٩ ــ المادة ٩١٣ من المجلة .

ولا يشترط أن يكون الضرر نتيجة لاتصال مباشر بينه وبين الشيء ، لاعتبار الشخص مباشرا ، اذ قد يحمل هذه الصفة بالرغم من عدم وجود هذه الصلة ، فلو بعث الحاكم ، مثلا ، الى امراة طالبا اياهـــا في مسألة ما ، فأجهضت جنينها فزعا ، وجبت الدية على الحاكم (٥٠) . ولو دخل رجل على امراة فى دارها غفلة ، صائحا ، فأصيبت بذعر ، وأسقطت جنينها بسبب الصياح ، فلا ضمان عند الاحناف ، ويعللون رايهم ، بأن الاسقاط حصل من الخوف ، وليس من الصوت الذي أصدره الصائح (٥١) وبعبارة أخرى لا توجد علاقة السببية بين الصياح والضرر .

وأرى عكس ما ذهب اليه الاحناف ، لان ما حدث للمراة لميكن الا بسبب الصيحة ، والخوف ما هو الا نتيجة له ، فيعتبر الرجل مسئولا بوصفه مباشرا بأحداث الضرر ، وان لم يكن هناك اتصال مادى (٥٢) وتطبيقا لذلك ، لو جاء

---

٥٠ ــ وليس على المامور ، لان هذا الاخير ما هو الا منفذا لارادة الحاكم ، وقد حصل خلاف في هذه المسالة بين الصحابة فى عهد عمر (رضي الله عنه) فمنهم من قال لعمر انما أنت وال مؤدب وليس عليك شيء ، بينما خالفهم علي (رضي الله عنـــه) وقـــال لعمر ان ديتها عليك ، لانك انت افزعتها ، واختلف كذلك الفقهاء فيما بينهم حول هذا الموضوع ، فذهب أبو حنيفة وابن حزم بعدم الضمان ، اذ ليس السبب متصلا بالنتيجة حتما ، (ياخذون بالسببية المادية) اما الجمهور (المالكية ــ الشافعية ــ الحنابلة) فقالوا بوجوب الدية ، الا انهم اختلفوا فيمن يتحملها ، الرملي ، المرجع السابق ، ص ٧٦ ــ ٧٧ . ويخالف ابن حزم الظاهري ، الفقهاء ففي ايجاب الدية على السلطان ، الا اذا تسبب رسول السلطان بهلاك الجنين بالضرب مثلا ، ابن حزم ، المحلي ، جزء ١١ ، ص ٣٠ .

٥١ ــ الشيرازي ، المهذب في فقه الامام الشافعي ، ص ١٩٢ ، البهوتي ، المرجع السابق ، جزء ٤ ، ص ٩٩ ، الشعراني ، الميزان ١٣١٧ هـ ، الجزء الثاني ، ص ١٤٧ ، البغدادي، المرجع السابق ، ص ١٧٢ . ولو شهر انسان سيفا على آخر فهرب ، فبينما هو هارب تلف بوقوعه من محل شاهق أو انخسف به سقف ، أو احترق بنار ، فان ابن حنبل يرى ، الضمان على الفاعل سواء كان الهارب صغيرا او كبيرا عاقلا او مجنونا ، الا أن الشافعي يقول : بعدم الضمان فى حالة ما اذا كان الهارب بالغا عاقلا ، الا اذا وقع وهلك من الوقوع في بئر مغطاة (ابن قدامة ، المغنى ، جزء ٩ ، ص ٥٧٧ ، الرملي نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ، ص٧٧ ، الشيرازي ، المرجع السابق ، ص ٢٠٦) .

٥٢ ــ والرأي الذي اقول به ، يتفق مع رأي الجمهور (راجع هامش ٥٠).

شخص « بمسدس » وصوبه نحو آخر ، ففزع فمات ، ضمن ديته ، ولو قاد شخص سيارته بسرعة جنونية ، نحو احد المارة مهـددا اياه بالاصطدام ، فأصيب بأضرار نتيجة لفزعه ، يضمن سائق السيارة الدية . ولو استعمـل سائق سيارة آلة التنبيه على حين غفلة وبقوة ، ففزع احد المارة فى الطريق، فوقع بحفرة مجاورة ، وحدثت له بعض الاصابات ، يضمن السائق الديـة باعتباره مباشرا . فنجد من كل هذه الامثلة أن الشيء قد تدخل تدخلا وجوبيا (ايجابيا) فى احداث الضرر ، بالرغم من ان الاتصال المادي بين الشيء والمضرور لم يتوافر (٥٣) .

ولا يشترط كذلك ، لاعتبار الشخص مباشرا فى احداث الضرر أن يظهر هذا الضرر فورا ، بل قد يتراخى فى ظهوره فترة ما . فاذا صدمت سيـارة احد المارة ، وقذفت به بعيدا ،مما ادى الى اصابته بجروح ، ثم مات في اثناء نقله الى المستشفى ، فان علاقة السببية تبقى قائمة بين الفعل والوفـاة ، بالرغم من عدم حدوثها فور وقوع الحادث ، فالتراخي ، اذن بين الفعـل والنتيجة ، لا ينفي صفة المباشرة عن الشخص الذي ارتكب الفعل .

٦ ــ الثالث : أن لا يتدخل أمر بين الفعل والضرر (أن لا تنقطع رابطة السببية بين الفعل والضرر) : تقوم مسئولية المباشر ، بمجرد حدوث الضرر نتيجـة لفعله ، ولكن هناك حالات يتدخل فيها بين السبب والضرر فاعل آخـر ، ويكون هذا التدخل حائلا دون تحقق النتيجة من السبب الذي صدر من الاول. ويكون الضرر حدث نتيجة لفعل الفاعل الآخر . فوفقا للقواعد الفقهية ، تقع المسئولية على الفاعل الثاني ، ويعتبر فى هذه الحالة مباشرا باتيان الفعـل ، وصاحب السبب الاصلي ، متسببا ، ومن ثم اذا اجتمعا اضيف الحكـم الـى المباشر (٥٤) .

ولكن هل يشترط أن يكون الفاعل الثاني ، مما يعقل ، أم لا يشترط فيه ذلك ؟ ذهب الشيخان الى انه لا يشترط العقل فيه ، فيستوى فى ذلك أن يكون

---

٥٣ ــ عبد المجيد الحكيم ، المرجع السابق ، ص ٥٢٧ وهذا يتفق مع ما استقر عليه القضاء الفرنسي ، ومع راينا ، بشأن عدم ضرورة التلامس المادي مع الشيء والمضرور ، حتى تقوم مسئولية حارس الشيء أو مستعمله ، راجع سابقا ص ٧٨ .

٥٤ ــ المادة ١٠ من المجلة .

صغيرا أو مجنونا أو حيوانا . أما محمد فيرى أن يكون الفاعل ذا عقل وعزيمة حتى يمكن مساءلته عن فعله ، وهذا الرأي الاخير هو الذي أخذت به مجلة الاحكام العدلية فى المادة ٩٢٢ (٥٥) .

ولكني أرى مما سبق ، أن رأى الشيخين أكثر اتفاقا مع القواعد الفقهية، فما دام الفاعل الثاني يكون مباشرا فى احداث الضرر ، وصاحب الفعل الاول متسببا ، فلا يشترط العقل فى الفاعل الثاني ، لان مناط المسئولية في حالة المباشرة هو الضرر وليس الخطأ ، فلا عبرة يكون الشخص عاقلا أو غير عاقل ، ما دام ان فعله نتج عنه ضرر . أما بالنسبة للحيوان والطير ، اذا كان هو الفاعل ، فاني أرى وجوب التفرقة بين حالتين ، الحالة التي يكون فيها للحيوان مالك مسئول عنه (٥٦) ، فيسأل عنه فى هذه الحالة ، أما اذا كان الحيوان ليس له صاحب ، وكذلك الطير ، فالمسئولية تبقى على المتسبب (٥٧) .

---

٥٥ ــ علي حيدر ، درر الحكام في شرح مجلة الاحكام ، الكتاب الثامن ، بيروت ، ص ٥٤٨ .

٥٦ ــ اصطلاح « مالك » فى الفقه الاسلامي ، يقترب من اصطلاح « حارس » في القوانين الوضعية .

٥٧ ــ وهناك بعض الحالات التي اختلف فيها الفقهاء ، حول توافر علاقة السببية بين الفعل والضرر فيها ، ومن ثم ، تقوم المسئولية الفاعل أو لا تقوم ، وهذا الخلاف ليس مرده ، الى ضمان المتسبب وعدمه فهذا متفق عليه ، ولكن الخلاف يرجع الى ما اذا كانت علة التسبب متوافرة ومن ثم تقوم المسئولية ، أو غير متوافرة ، وتنتفي تبعا لذلك مسئولية الفاعل .

التسبب في فقد حيوان أو طائر : نصت المادة (٩٢٢) من المجلة «..... لو فتح احد باب اصطبل لآخر وفرت حيواناته وضاعت ، أو فتح باب قفص وفر الطير الذي كان فيه ، يكون ضامنا » وهذا الرأي الذي قالت به المجلة يخالف ما ذهب اليه ابو حنيفة أبو يوسف ، وان كان يتفق مع ما ذهب اليه مالك وابن حنبل ومحمد بن الحسن الحنفي ، وحجتهم في ذلك ، ان فتح القفص تسبب في ضياع ما فيه لان طباع الطير والحيوان الفرارعند عدم وجود حواجز أو قيود تحد من حركتهما ، الفتاوى الهندية ، جزء ٦ ، ص ٥٤ . الا ان ابا يوسف وابا حنيفة ، قالا بعدم الضمان ، لان الطير والحيوان ــ حسب رايهما ــ تملك حرية الاختيار فى تحركاتها ، والفتح ما هو الا تسبب في ضياعها ، وطبقا للقاعدة « اذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم الى المباشر » فان المتسبب « فاتح القفص » لا يضمن ، بينما تقع المسئولية على المباشر ، وهو هنا الطير لانه باشر حركته بنفسه ، وانتهج الامام الشافعي طريقا وسطا بين الرايين ، فاوجب الضمان ، اذا هاج الفاتح الطير ، بينما لا يرى الضمان عند عدم هياجه ، اي طيرانه

هل يلزم توافر التمييز أو الادراك لقيام المسئولية فى حالة المباشرة ؟

٧ ــ يذهب الفقه الاسلامي ، كما اشرنا (٥٨) الى قيام المسئولية في حالة المباشرة على مجرد حصول الضرر ، ولا يشترط أن يصدر من الفاعل ، تعمد أو تعد ، حتى يسأل عن فعله .

لذلك نجد أن فقهاء الشريعة ، على اختلاف مذاهبهم ، يذهبون الى تضمين المباشر ، سواء كان صغيرا او كبيرا ، عاقلا او مجنونا (٥٩) . فلو

بعد الفتح مباشرة ، الفتاوى الهندية ، المرجع السابق ، ص ٥٤ ابي الوليد ابراهيم ، لسان الحكام بهامش معين الحكام للطرابلسي ، ص ٧١ القرافي ، المرجع السابق ، الفقرة ١١١، الهامش ص ٢٠٤ .

ولا نستطيع التسليم بما ذهب اليه الرأي الثاني ، عندما أعطى الطير والحيوان حرية الاختيار ومن ثم نفى المسئولية عن الفاتح ، لان مما يتنافى مع طبيعة الطيور والحيوانات ارادية الفعل ، أو عدم ارادته ، ولان الحرية منوطة بالارادة ، ونحن نتفق مع راي الجمهور حين جعل الضمان على فاتح القفص ، اذ أن الفتح بمثابة المباشرة ، وليس سببا مجردا ــ وان كانت السببية المباشرة غير واضحة ، الا ان السببية غير المباشرة متوفرة ــ وسبق أن قلت أن السببية المباشرة ليست شرطا لان يكون الشخص مسئولا باعتباره مباشرا لما في طبع الطيور والحيوانات من النفور من الادمي ، ولان بداهة، ان فتح القفص سيؤدي لا محالة ــ على جري العادة ــ الى نفور الحيوان او الطير . انظر الخلاف ايضا ، فيما يتعلق بفتح الزق (الظرف) الذي به زيت او لبن « كتاب لسان الحكام ، ص ٧١ ، ابن رشد ، بداية المجتهد ونهاية الطبعة الاولى الجزء الثاني، ص ٢٦٢ ، ابن قدامة ، المرجع السابق ، ص ٤٤٩ ــ ٤٥٢ ، الشعراني ، المرجع السابق ، الجزء الثاني ، ص ٩٧ . والاختلاف حول حفر البئر في الطريق العام ، ووقوع الانسان به ، وموته غما أو جوعا ، قاضي زاده ، المرجع السابق ، ص ٣٣٦ ، ابي السعود المصري ، فتح الله المعين على شرح الكنز ، الجزء الثالث ، ص ٤٩٩ ، حاشية ابن عابدين ، المرجع السابق ، جزء ٥ ، ص ٣٩٣ ، البغدادي ، المرجع السابق ، ص ١٨٥ ، الطورى ، المرجع السابق ، ص ٣٤٨ ، والخلاف حول حل رباط السفينة وغرقها ، البهوتي المرجع السابق ، جزء ٤ ، ص ٩٨ ، الدردير ، الشرح الكبير مطبوع مع حاشية الدسوقي ، ١٣٠٩ هـ . ، الجزء الثالث ، ص ٤٥١ ، الشيرازي ، المرجع السابق ، الجزء الاول ، ص ٣٧٤ وما بعدها ، البغدادي ، المرجع السابق ، ص ١٤٨ .

٥٨ ــ راجع فقرة ٢ وما بعدها .

٥٩ ــ وقد استثنى الشافعية وغيرهم من ضمان المتلفات حالات تقتضيها الضرورة أو الدفاع عن النفس أو تنفيذ أمر الشرع أو ظرف استثنائي كالحرب او ما يشابهها ، انظر في ذلك الرملي ، المرجع السابق ، الجزء الرابع ، ص ١١١ .

أتلف صبي مال انسان ضمنه في ماله ، ولو كان غير مميز (٦٠) ، لانه وان كان محجورا عليه في الاصل بالنسبة لتصرفاته القولية ، الا أن تصرفاته الفعليـــة لا يعفى عنها ، فيضمنها اذا أحدثت ضررا بالغير ، وان لم يكن له مال يستطيع دفعه حالا ، فانه ينظر الى حين مسيرة ، ولا يضمن ولية (٦١) .

واذا أمر الصبي الحر صبيا حرا ، أن يقتل انسانا فقتله ، فالدية على عاقلة القاتل (المأمور) ، لانه مباشر وليس على الآمر شيء ، لان الصبي الآمر ليس مسئولا عما يصدر منه من أقوال لا تلزمه بالضمان (بالغرم) فيكون وجودها كعدمه ، فتبقى مباشرة القتل من الصبي القاتل . ويضمن المجنـــون الذي لا يفيق ، اذا مزق ثوب انسان ، وذهب الفقهاء الى أبعد من ذلك ، حين ضمنوا النائم والطفل الوليد ، اذا انقلب على متاع لغيره وأتلفه (٦٢) .

---

٦٠ ــ ويذهب الظاهرية الى هدر جناية عديم التمييز ،بالنسبة للجناية على النفس ويجعلونها كجناية العجماء ، وجاء عندهم « ولا وقود على مجنون فيما أصاب في جنونه ... ولا على من لم يبلغ ولا على أحد من هؤلاء دية ولا ضمان وهؤلاء والبهائم سواء ، ابن حزم ، المرجع السابق ، جزء ١٠ ، ص ٣٤٤ ــ ٣٤٥ » .
أما بالنسبة للجناية على الاموال ، فقد اتفق ابن حزم مع الجمهور في وجوب مسئولية عديم التمييز التقصيرية ، ويقول « فمن أخذ من مال أو صار اليه بغير ما ذكرنا ، فان كان عامدا بالغا مميزا فهو عاص لله عز وجل ، وان كان غير عالم أو غير عامد أو غير مخاطب فلا اثم عليه ، الا انهما سواء ، في الحكم في وجوب رد ذلك الى صاحبه أو في وجوب ضمان مثله .. » ، ابن حزم، المرجع السابق ، جزء ٨ ، ص ١٥٦ ، مسالة ١٢٥٨ .

٦١ ــ المادة ٩١٦ ، ٩٦٠ من المجلة ، وانظر في ذلك ، الرملي ، المرجع السابق ، الجزء الرابع ، ص ١١١ ، أبو الفتح الحنفي ، كتاب اتحاف البصائر ، بتبويب كتاب الاشباه والنظائر ، ١٢٨٩ هـ ، ص ٥٠٨ ، الاتاسي ، المرجع السابق ، الجزء الثالث ، ص ٤٥٧ ، علي حيدر ، المرجع السابق ، ص ٩٣٨ ، الشافعي ، الام ، كتاب دار الشعب ، الجزء السادس . ، ص ١٠٣ ، الامام مالك ، المدونة للكبرى الطبعة الاولى ، جزء ٦ ، ص ١٩٩ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، الجزء الثالث ، ص ٤٤٣ ، البغدادي ، المرجع السابق ، ص ١٨٨ ــ ١٨٩ ، ص ١٦٥ ــ ١٧٣ ، السنهوري ، نظرية العقد ، المرجع السابق ، ص ٦٩ هامش ١ ، احمد فتحي بهنس، المسئولية الجنائيـــــة في الفقه الاسلامـــي ، الجزء الاول ، ١٩٦٩ ، ص ٦١ وما بعدهـــا .

٦٢ ــ الدردير ، المرجع السابق ، جزء ٩ ، ص ٣٣٤ .

اما بالنسبة لمسئولية عديم التمييز فى حالة التسبب ، فان الفقهاء لم يعرضوا لها ، فلم يبينوا رايهم فى اشتراط التمييز فى المتسبب ، لتقوم مسئوليته أو عدم اشتراطه . ولكن بعض المحدثين (٦٣)، رجح عدم اشتراطه ، بحيث يكون المتسبب مسئولا ولو كان عديم التمييز ، ذلك انه نظر الى نفس الفعل ، وكونه محظورا ، وأوجب الضمان على فاعله ، ولم ينظر الى كون فاعله غير مدرك لما يفعل ، فلا يعتبر فعله تعديا ، كما استند الى الرغبة فى المحافظة على الاموال .

ولكني أرى وجوب توافر الادراك لدى المتسبب ، حتى يمكن أن تقوم مسئوليته ، ولا نستطيع أن ننسب التعدي الى الصغير او الجنون لانه لا يدرك ما اذا كان الفعل الذي يقوم به له حق فيه أم ليس له هذا الحق،والا لما كان هناك اي فرق بين العاقل والمجنون او الصغير ، ولاستطعنا ، من ثم ، أن نلغي التفرقة القائمة بين المباشر والمتسبب ، لان المجنون او الصغير ، سيكون فى الحالتين ضامنا ، ولا يشترط صدور خطأ منه ، في حين أن البالغ (العاقل) سيكون له وضع افضل منه فى حالة التسبب ، اذ ان الخطأ شرط أساسي لقيام مسئوليته . وهذا ما لم يقل به أحد . اضف الى ذلك ، انه ورد في المبسوط ما يؤيد وجهة نظرنا (٦٤) : « انه لو سار الصغير على الدابة ، فأوطأ انسانا فقتله ، فان كان هو ممن يمسك عليها ، فديته على عاقلة الصبي ، وان كان مما لا يسير على الدابة لصغره ، ولا يستمسك عليها ، فدم القتيل هدر » . والسبب فى ذلك كما أرى ، أنه لا يملك التمييز ، أي التعدي ، الذي يعني

---

٦٣ ــ على الخفيف ، المرجع السابق ، هامش ١ ، ص ٧٥ ، عبد الفتاح عبد الباقي ، مصادر الالتزام مع المقارنة بالفقه الاسلامي وأحكام المجلة ، الجزء الثاني المصادر غير الارادية ، ٧٥/٧٤ ، ص ٣٣ وما بعدها هامش ٢ ، مذكرات لطلبة الحقوق بجامعة الكويت . ومن هذا الرأي أيضا ، التميمي ، الرسالة المشار اليها ، ص ١٠٠ ، وانظر الرد على هذا الراي ، منصور مصطفى منصور ، الخطا في المسئولية المدنية ، مذكرات الدراسة العليا ــ دبلوم القانون الخاص بجامعة الكويت ٧٥/٧٤ ، ص ٧٦ وما بعدها .

٦٤ ــ السرخسي ، المبسوط ، الطبعة الاولى ، ١٣١٤ هـ ، جزء ٢٦ ، ص ١٨٧ ، سيد امين محمد ، المرجع السابق ، ص ٢٥٧ .

لديهم الخطأ الناتج عن القصد (٦٥) ، أو التقصير (٦٦) ، أو عدم التحرز (٦٧)،

---

٦٥ ــ ومؤدى هذا النوع أن يوجه الفاعل ارادته الى الفعل الضار ، ويتولى نتائجه ، وهذا اوضح انواع التسبب ، واكثرها انتشارا ، كما لو تجاذب اثنان حبلا ، وقطعه آخر ، بقصد ايقاعهما ، فوقعا ، فمات ، فالقاطع مسئول لان عمله من نوع التسبب قصدا ، الا اذا كان هدفه المصالحة بين الطرفين ، فلا يسأل.شيخي زاده ، مجمع الانهر في شرح ملتقى الابحر ، الطبعة الاولى الجزء الثاني ١٣٢٧ هـ ، ص ٦٦١ ، البغدادي ، المرجع السابق ، ص ١٦٨ ، صبحي المحمصاني ، المرجع السابق ، ص ١٩٩ ، سيد امين محمد ، المرجع السابق ، ص ٨٨ . ولو سقى شخص أرضه فتسرب الماء الى ارض جاره فافسدها ، لم يضمن ولو أرسل الماء فافسد الارض ضمنه لانه تسبب بالاتلاف عمدا ، البغدادي المرجع السابق ، ص ١٦٣ .

٦٦ ــ ويسميه البعض التسبب السلبي ، سيد أمين محمد ، المرجع السابق ، ص ٧٦ ، محمود شلتوت ، المسئولية المدنية الجنائية ، المرجع السابق ص ٢٢ ، او الخطأ السلبي ، عبد المجيد الحكيم ، المرجع السابق ، ص ٤٤٢، ومؤداه عدم مراعاة الواجبات التي تفرض على الانسان ، وتقاعسه عنها ، وتقوم مسئوليته عما يترتب على فعله من نتائج ضارة ، لكونه مقصرا . فلو خرجت الام وتركت وليدها البالغ من العمر سنتين ، فاصيب بالنار اثناء وقوعه بها ، تكون ضامنة لانها قصرت في حفظه ، ولان الطفل في مثل هذه السن يعجز عن حفظ نفسه من أي شيء ، أما اذا كان الطفل يبلغ السادسة من عمره فلا يضمن لان بمقدوره عادة ان يحفظ نفسه . شيخي زادة ، المرجع السابق ، ص ٦٦١ ، البغدادي ، المرجع السابق ، ص ١٦٨ ، وقد جاء عند الحنابلة، أنه سلم رجل ولده للسباح لتعليمه فغرق الولد ، فعلى السباح الضمان لتقصيره وتفريطه في الانتباه المطلوب « ابن قدامة ، المرجع السابق ، ج ٩ ، ص ٧٧٧ » . ولو ساق دابة ، فوقع السرج على رجل فقتله ، ضمن لانه متعمد في التسبب ، لان الوقوع حصل بتقصير منه ، وهو ترك الشد أو الاحكام « شيخي زاده ، المرجع السابق ، ص ٦٦١ ، قاضي زاده ، المرجع السابق ص ٣٤٩ ، الهداية شرح بداية المبتدىء ، الجزء الرابع ، ص ١٤٧. واذا دل الوديع سارقا على الوديعة فسرقها ، فان الوديع يضمن مع أنه متسبب ، والسارق مباشرا ، لان الوديع يعد مقصرا في حفظ الوديعة ، وهو يضمن عند التقصير ، منير القاضي ، المرجع السابق ، الجزء الاول ، ص ١٥٤ . ولو أوقف رجل دابته في الطريق العام ، فنفحت (ضربت) برجلها أو يدها، تكون ديته على عاقلة الرجل، لانه ممنوع من ايقاف الدابة في الطريق العام فيكون مقصرا ، لانه شغل الطريق بما ليس معدا له ، السرخسي ، المرجع السابق ، جزء ٢٦ ، ص ١٨٩ ، الزيلعي ، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ، الطبعة الاولى ، ١٣١٥ هـ ، الجزء السادس ، ص ١٥٠ ، حاشية ابن عابدين ، الجزء الخامس ، ص ٣٩٩ ، الطورى ، تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، جزء الثامن ص ٣٥٧ .

٦٧ ــ وهو أن يقوم الانسان بافعال وأعمال دون حسبان لما قد ينتج عن فعله من اضرار

والمتسبب لا يضمن الا بالتعدي . وهذا المثل ورد على ما يبدو ، للدلالة على حالة التسبب ، اذ لو كان قاصدا به حالة المباشرة لما كان هناك اي داع لهذه التفرقة ، فالمباشر ضامن فى كل الاحوال ، سواء كان صغيرا أو كبيرا .

وننتهي مع بعض الفقه (٦٨) ، الى تطلب التمييز لضمان المتسبب دون

تصيب الاخرين ، فمن يوقد نارا في ملكه أو فى أرض بور ، فتطير شرارة الى ارض جاره فتحرقها ، لم يضمن اذا كان الفعل مما جرت به العادة من غير تفريط (وهذا معيار الخطا بوجه عام فى القوانين المعاصرة لانه غير متعد ، ولانها سراية فعل مباح فلم يضمن كسراية القودة « ابن قدامة ، المرجع السابق ، جزء ٥ ، ص ٢٨٢ . أما اذا كان اليوم ريحا ، فاوقد نارا فى الطريق ، فنقلته الريح الى مكان آخر واحرقت شيئا ، يضمنه لعدم تحرزه لانه قام بايقاد النار وهو عالم بما قد يحدث نتيجة لهذا الفعل في مثل هذا اليوم ، المرغيناني ، المرجع السابق ، الجزءالرابع ، ص ١٤١ ، السرخسي ، المرجع السابق ، جزء ٢٧ ، ص ٨ ، الزيلعي ، المرجع السابق ، ص ١٤٤ ، قاضي زاده ، المرجع السابق ، ص ٣٣١ ، ابن قاضي سماونة ، المرجع السابق ، الجزء الثاني ، ص ٨٨ . ولو ضربت الدابة بحافرها ، حصاة أو نواة أو حجرا أو شبه ذلك ، فاصاب انسانا وهي تسير ، فلا ضمان عليه ، لان هذا لا يمكن التحرز عنه فهو بمنزلة التراب ، أما اذا كان الحجر كبيرا ، فيضن لان ذلك مما يستطاع الامتناع عنه » ، السرخسي ، المرجع السابق ، جزء ٢٦ ، ص ١٩٠ ، الزيلعي المرجع السابق ، ص ١٤٩ ، قاضي زاده ، المرجع السابق ، ص ٣٤٦ ، ابن عابدين ، المرجع السابق ، جزء ٥ ، ص ٣٩٩ ، البغدادي ، المرجع السابق ص ١٨٥ .

٦٨ ــ ذهب عبدالحي حجازي الى القول : « بان مسئولية عديمي التمييز المدنية هي مسئولية موضوعية ليس اساسها الخطا بل الضرر ، وهي لا تكون الا في الفعل المباشر ، وهنا نلمس الصلة بين مسئولية عديمي التمييز وبين مسئولية الفاعل المباشر ، فكلما كان عديم التمييز فاعلا مباشر الضرر كان ضامنا ، ولا كذلك اذا كان متسببا ، المرجع السابق ، ١٩٧٤/٧٣ ، ص ٤١ ، ٤٢ ، وقال اخرون « ... وفرعوا على ذلك (يقصد ان الفقهاء فرعوا على التفرقة بين المباشرة والمتسبب) ان المباشر يضمن ولو كان صغيرا أو مجنونا ، أما المتسبب فلا يضمن ... » ، سليمان مرقس ، المسئولية المدنية القسم الاول ١٩٧١ ، ص ١٠٥ ، وأضاف البعض الى ذلك قولهم « واساس المسئوليةفي الحالة الاولى مباشرة الاتلاف فلو كان الاتلاف تسببا ، لما ضمن الطفل ولا المجنون لانتفاء التعدي » . محمود سعد الدين الشريف ، المرجع السابق ، ص ٤١٤ ، السنهوري ، مصادر الحق المرجع السابق ، ص ٥٦ هامش ١ .

المباشر ، والمادة ٩٣ من المجلة حين نصت على : « المتسبب لا يضمن الا بالتعمد » — التعدي في التعبير الصحيح ، وهو الخطأ — ، كانت تهدف بداهة الى مساءلة الشخص الذي يدرك ما ينطوي عليه فعله من خطأ او من تعـــد ، ولا يتصور ان الفعل الذي يصدر من الصغير أو الجنون خطأ حتى يسأل عنه (٦٩) .

هذا بالاضافة الى أن الفقه الاسلامي . يأخذ بالنظريتين معا (٧٠) ، النظرية الشخصية ، والنظرية الموضوعية ، فيقيم مسئولية المباشر بناء على النزعة الموضوعية ، التي تجعل مناط المسئولية حدوث الضرر ، بغض النظر عن صفة القائم بأحداثه ، ويأخذ من جهة اخرى بمسئولية المتسبب استنادا الى النظرية الشخصية ،التي يجب فيها اثبات الخطأ ، حتى تقوم مسئولية الفاعل ، وهنا يجب توافر الادراك والتمييز .

ونخلص من كل ما سبق ، الى أن التعدي فى الفقه الاسلامي يتكون من عنصرين ، العنصر الاول : مادي ، وهو القيام بعمل يؤدي الى الاضرار بالغير دون وجه حق ، أو بدون اذن شرعي . والعنصر الثاني : معنوي ، وهو التمييز ، ويطلق عليه الادراك ، وبهذا نجد أن الفقه الاسلامي يتفق مع فقه

---

٦٩ — مسعد صالح ، ص ٤٤٥ ، في نفس المعنى ، محكمة الاستئناف العليا ، الدائرة التجارية الاولى ، ٣ أكتوبر ١٩٧٢ ، القضية رقم ٢١ لسنة ٧١ (حكم غير منشور) ، « ولما كان المجنى عليه يبلغ من العمر ٥ سنوات ، فهو غير مميز وغيرمسئول عن وقوع الحادث، كما اعفاه القانون من أي التزام او عقاب اذا ارتكب جريمة ما ، وبالتالي لا يمكن نسبة أي خطأ اليه سواء كان هذا الخطأ عمديا أو نتيجة اهمال » — وذهب حكم آخر الـــى القول ، « لا يصح نسبة الخطأ الى طفل غير مميز حتى ولو كان أخطأ بالفعل » ، محكمة الاستئناف العليا ، الدائرة التجارية الثانية ، ١٣ مايو ١٩٧٢، قضية رقم ٤٧ لسنة ٧٢ (حكم غير منشور).

٧٠ — مسعد صالح ، المقال السابق ، ص ٤٥٣ ، سيد أمين محمد ، المرجع السابق ، ص ٨٧ ، صبحي المحمصاني ، المرجع السابق ،ص ١٩٧ .

القوانين المعاصرة ، (٧١) فى اشتراط ركنين ، لقيام الخطأ . التعدي (٧٢) ــ وهو الانحراف في السلوك ــ والادراك (٧٣) . وان كان الفقه الاسلامي يختلف عن فقه الشرائع الوضعية ، فى قصره التعــدي على التسبب ، دون المباشرة ، الذي يتفق فيها ، مع النظرية المادية فى المسئولية .

هل يشترط ان يكون المباشر دائما هو غير المصاب ؟

٨ ــ لم يعالج فقهاء الشريعة الاسلامية ، هذا الموضوع بطريقة مباشرة ، ولكنهم ضمنوا مؤلفاتهم حلولا لبعض الحالات التي يتسبب المباشر فيها بفعله ، احداث الضرر بنفسه . وتباينت آراؤهم فيما اذا كان يستحق الدية أم لا ، تعويضا لما أصابه من ضرر ، ونستطيع أن نرد هذا الخلاف الى اتجاهين :

الاتجاه الاول : وهو ما ذهب اليــه الاوزاعي واسحق ، ومؤداه ان الشخص اذا جنى على نفسه ، بازهاقها أو اتلاف أحد أعضائها ، فانه يستحق الدية من عاقلته ، أو جزءا منها بحسب نوع الاصابة التي حدثت به . ويسندون رأيهم ، بما روي عن عمر (رضي الله عنه) من انه حكم بالدية لرجل ساق

---

٧١ ــ مازو وتانك ، Mazeaud et Tunc ، الجزء الاول ، فقرة ٣٩٠ ، ص ٤٦٧ ، سافاتيه ، Savatier المسئولية المدنية ، ١٩٥١ ، الجزء الاول ، فقــرة ١٦١ ، ص ٢٠٥ ، كولان وكابيتان ، Colin et capitant دروس في القانــون المدني ،الطبعة العاشرة ، الجزء الثاني ، فقرتي ٣١٢ ــ ٣١٣ ، الطبعة الثامنة فقرتي ١٨٨ ــ ١٩٠ ، وما بعدها ، Alexandre D. neage مساهمةفي دراسة الخطــأ الشخصي فى المسئولية المدنية ، باريس ١٩٧٧ ، ص ٣١ وما بعدها ، وراجع التعريفات المختلفة للخطأ ، التي قال بها الفقهاء الفرنسيين ، والتي تتضمن أغلبها توافر العنصرين، البير رابو Albert Rabut ، فكرة الخطأ في القانون الخاص ، باريس ١٩٤٩ ، ص ١٩٧ ــ ١٩٨ ، محمود جمال الدين زكي ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدنــي المصري (جزء أول) ١٩٧٦ فقرة٢٤٤ ، ص ٣٧٠ ، حشمت أبو ستيت ، نظرية الالتزام فى القانون المدني الجديد ١٩٥٤ الكتاب الاول ، فقرة ٤٧٢ ، ص ٤٤٤ ، السنهوري ، الوجيز ١٩٦٦ ، فقرة ٣٢١ ، ص ٣١٢ ، الوسيط ، المرجع السابق ، فقرة ٥٢٧ ص ٨٨٢ .

٧٢ ــ Culpabilité

٧٣ ــ Discernement

حمارا ، فضربه بعصا ، فطارت منها شظية ، ففقأت عينه ، واوجبها على العاقلة (٧٤) .

الاتجاه الثاني : يقول به اكثر اهل العلم والفتـــوى وجمهور الفقهاء ، واختارها ابن قدامة في كتابه المغنى ، ان جناية الشخص على نفسه هدر ، اي انه اذا ارتكب فعلا ، سبب به ضررا لنفسه باتلافهـــا او باتلاف احد اعضائها او بجرحها ، فانه لا يستحق الدية ، ويحتجون بما روى من أن عامر بن الاكوع ، عندما ارتد اليه سيفه ، ومات اثناء مبارزة : «مرحبا» يوم خيبر ، لم يقض النبي (صلى الله عليه وسلم) ، له بالدية ، ولو كان يرى ان له الحق فى الدية ، لاوضح ذلك ، بالاضافة الى انجنايته على نفسه ، بمثابة العمد ، والعمد من الحالات التي لا يضمنه غيره فيها (٧٥) .

ونخلص من كل هذا ، انه بينما يضيق الاتجاه الثاني من مفهوم المباشر ، فيجعله غير المصاب دائما ، نجد أن الاتجاه الاول يعطي له مدلولا أوســـع ، بحيثيشمل المصاب،بدليل ان المباشر اذا أزهق نفسه او أتلف اعضائها يعتبر هو المصاب ، ومن هذا المنطلق اوجبوا له الدية ، وما دام انه يستحق الدية اذا اضر بنفسه بفعله ،يكون من باب اولى ، ملزما بدفع الدية متى ما سبب اضرارا للغير بفعله .

---

٧٤ ــ عبدالقادر عودة ، المرجع السابق ، الجزء الثاني ، فقرة ٢٥٥ .

٧٥ ــ ابن قدامة ، المرجع السابق ، جزء ٧ ، ص ٧٨٠ ، وهناك رواية اخرى يرويها الشيرازي في كتابة المهذب ، ومؤداها أن مالك الاشجعي ضرب عشرة بالسيف فرجع عليه فقتلـــه فامتنع أصحاب الرسول (صلى الله عليه وسلم) من الصلاة عليه ، وقالوا قد ابطـــل جهاده ، فقال (صلى الله عليه وسلم) ، بل مات مجاهدا ولو وجبت الدية على عاقلتـــه لبين الرسول ذلك ، الشيرازي المرجع السابق ، الجزء الثانـــي ، ص ٢٢٧ . واورد اصحاب هذا الراي بعض التطبيقات لمبدئهم ومن اهمها ، ان من فر من رجل قصده ولو للقتل ، فالقى بنفسه في النار او غيرها ، فلا ضمان على القاصد ، اذ هو فاعل سبـــب والمتردى مباشر ، فيضمن ما جنت يداه ، أما لو كان صبيا ، فان القاصد يضمن ، ابن المرتضى ، البحر الزخار ، الطبعة الاولى ، ١٩٤٩ ، جزء ٥ ، ص ٢٤٧ ، الرملي ، المرجع السابق ، جزء ٧ ، ص ٧٧ ،الشيرازي ، المرجع السابق ، الجزء الثاني ، ص ٢٠٦، ولو كان الحافر واحدا فانهار عليه جزء من الحفرة التي يحفرها ، فدمة هدر ، لان الميت مباشر والبئر وقع بفعله ، حاشية ابن عابدين ، الجزء الخامس، ص ٣٩٥ .

٩ ــ **الامر والمباشرة :** الامر هو أن يطلب شخص من آخر بطريقة آمـــرة القيام بعمل او بالامتناع عنه ، بشكل قد يتسبب عنه نفع للغير ، أو ضرر لهم. فما مدى مسئولية الآمر والمأمور (المباشر) اذا كان الأمر ينطوي على ايقاع الضرر بالغير ، وقام المأمور بتنفيذ الامر ؟

القاعدة الاساسية فى هذا الموضوع ، هي أنه فى كل حالة لا يصح فيها الامر لا يجب الضمان على الآمر وتقع المسئولية على المأمور (٧٦) ، فاذا أمر انسان آخر بأخذ مال الغير ، فالضمان على الآخذ لعدم صحة الأمر (٧٧) ، واذا أمر شخص بذبح هذه الشاة فذبحها ، ثم ظهر أن الشاة لغيره ، يضمن من المأمور ويرجع على الآمر (٧٨) ، ولو أمر شخص آخر بوضع حجرا في الطريق العام ثم عثر به شخص ثالث ، فمات ، فالضمان على واضع الحجر وله حق الرجوع على الآمر (٧٩) . فالآمر ، اذن ، كقاعدة عامة لا يضمـــن ما يحدثه المأمور من اضرار تصيب الغير ، الا أن هذه القاعدة ليست مطلقة ، بل يرد عليها استثناء يحد من نطاقها (٨٠) ، ويجعل المسئولية تقع على الآمر، خروجا على قاعدة : « اذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم الى المباشر».

---

٧٦ ــ يقول ابنجزىء المالكي : اذا كان الامر فاسد فان الضمان انما يكون على المأمور فقط . المرجع السابق ، ص ٣٣٠ ، سيد أمين محمد ، الرسالة المشار اليها ، ص ١٥٩ ، السنهوري ، مصادر الحق في المرجع السابق ص ٥٧ .

٧٧ ــ البغدادي ، المرجع السابق ، ص ١٥٨ ، أبي الوليد ابراهيم ، المرجع السابق ،ص٦٩ .

٧٨ ــ المرغيناني ، الهدلية شرح بداية المبتدى ١٩٣٦ ، الجزء الرابع ، ص ١٤٣ ، قاضي زاده ، المرجع السابق ، ص ٣٣٦ .

٧٩ ــ البغدادي ، المرجع السابق ، ص ١٨١ .

٨٠ ــ ذكر فقهاء الحنفية : « أن الامر لا ضمان عليه الا في سفه ، اذا كان الامر سلطانا ، أو أبا ، أو سيدا ، أو المأمور صبيا أو عبدا لغيره أمـره باتـلاف مال غير سيـــده ، واذا أمـره بحفـر بـاب فـي حائـط الغـير غـرم الحافـــر ورجـــع علـــى الاخر » وزاد بعضهم عليها فاوصلها الى ثمانية ، البغدادي ، المرجع السابق ، ص ١٥٨ ابن نجيم ، المرجع السابق ، ص ٩٨ ، المادة ٨٩ .

لان الآمر يعتبر متسببا ، والمأمور مباشرا فالفعل يضاف فى هذه الحالة الـــى الآمر (المتسبب) ، لا الى المأمور (المباشر) (٨١) ، فاذا كان الآمر صاحب قوة أو نفوذ على المأمور ، بحيث يستطيع استعمالها فى ازهاق نفسه ، أو تلف أحد أعضائه ، اذا لم ينفذ الامر الموجه اليه ، فالفعل في هذه الحالة يضاف ، الى الآمر دون المأمور » (٨٢) فلو أمر صاحب دكان أجيره برش الماء فى دكانه ، فقام بتنفيذ الامر ، فأصيب أحد المارة ، أو تلف مال انسان ، فضمانه على الآمر ، أما اذا قام بالرش من غير أمره ، فضمانه على الراش ، ولو ضرب المعلم أو الاستاذ الصبي أو التلميذ بأمر الاب ، فمات الصبي (٨٣) . لا يضمن الا اذا تجاوز حدود أمره .

ونخلص الى ان المأمور ، يعتبر فى الاصل هو المباشر ، ومن ثم ، يضاف الفعل اليه ، الا فى الحالة التي يكون فيها مجبرا على أتيان الفعل الضار ، فان الفعل يضاف الى الآمر ، وهذا ما نصت عليه المجلة : « يضاف الفعل الى الفاعل ، لا الآمر ، ما لم يكن مجبرا » (٨٤) .

١٠ ــ **الاكراه والمباشرة :** الاكراه هو اجبار شخص على أن يعمل عملا بغير حق ، دون رضاه ، بالاخافة ، ويقال له المكره (بفتح الراء) ، ويقال لمن أجبره مكره (بكسر الراء) . ولذلك العمل مكره عليه ، والشيء الموجب للخوف مكره به (٨٥) .

---

٨١ ــ الغزى ، المرجع السابق ، شرح المادة ٨٩ ، ص ١١٣٩ ، وهذا رأي أبي حنيفة وأحـــد قولي الشافعي ، وذهب أحمد في أحد قوليه الى انه يضاف الفعل الى المامور دون الامر، بينما يذهب مالك ، الى اشتراكهما فى الضمان ، فاذا كان الفعل قتلا يقتل جميعهم ،بداية المجتهد ، الجزء الثاني ، ص ٣٢٨ .

٨٢ ــ راجع واقعة عمر بن الخطاب السابقة ، هامش (٥٠) .

٨٣ ــ البغدادي ، المرجع السابق ، ص ١٥٧ وما بعدها ، البهوتي ، المرجع السابق ، جزء ٦ ، ص ١٧ .

٨٤ ــ المادة ٨٩ من المجلة ، المادة ٢٨ من القانون رقم ٦ لسنة ٦١ ، سليم رستم باز ، المرجع السابق ، شرح المادة ٨٩ ص ٥٨، الاتاسي ، المرجع السابق ، شرح المادة ٨٩ ، ص ٢٤٧ ــ ٢٤٨ .

٨٥ ــ المادة ٩٤٨ من المجلة ، والاكراه لغة : « حمل انسان على شيء يكرهه » . الطورى، المرجع السابق ، جزء ٨، ص ٧٩، الكاساني ، المرجع السابق ، جزء ٧ ، ص ١٧٥ .

والاكراه اذا لم يؤثر فى نفس المكـــــره لا يعتبر اكراهـــــا ، ومن ثم ، لا مسئولية على المكره . ويجب أن يؤدي الاكراه الى خوف وتأثير فى النفس ، بحيث انه لو لم يقم بالعمل الذي أمره به المكره ، سوف يناله أذى ، فمعيار الاكراه هو معيار نفسي ، بحيث اننا لمعرفة تأثير الاكراه ، يجب ان ندرس حالة كل شخص ، ونرى ما اذا كان الاكراه اثر عليه ، أو لم يؤثر فاذا أثبت أن الخوف والرهبة ، أخذت مأخذها في نفسه ، فان المسئولية تنتفى عنه .

والاكراه على اتيان الفعل الضار من الحالات التي يجتمع فيها التسبب والمباشرة . فالقاعدة العامة بالنسبة للاكراه ، هي ان المسئولية تكون على المباشر ، لان الاكراه وقع عليه ، وهو الذي قام بتنفيذ الفعل ، ومن ثم أحدث الضرر ، بشرط أن لا يكون الاكراه قد بلغ الى حد الالجاء (التام) بحيث يكون المكره كالآلة فى يد المكره ، ففي هذه الحالة ينسب الضرر الى المكره ، وهي من الحالات التي يسأل فيها المتسبب عند اجتماعه مع المباشر » (٨٦) .

وفرق فقهاء الشريعة ، بالنسبة لحكم الاكراه ، بين نوعين منه ، ملجيء ، وغير ملجيء (٨٧) :

١١ ــ **الاكراه الملجيء (التام)** : وهو ذلك النوع من الاكراه الذي يعدم الرضا ويفسد الاختيار ، ويكون بالضرب الشديد المؤدي الى اتلاف النفس أو قطع عضو ، وهذا النوع من الاكراه يكون معتبرا فى التصرفات القولية (٨٨) ، والتصرفات الفعلية (٨٩) ، ولكن تشعبت فى شأنه آراء الفقهاء بالنسبة للضمان الى ثلاثة طوائف ، ذهب جمهور الشافعية ، الى جعل الضمان عليهما

---

٨٦ ــ الكاساني ، المرجع السابق ، جزء ٧ ص ١٧٥ ، الطورى ، المرجع السابق ، جزء ٨ ص ٨١ .

٨٧ ــ المادة ٩٤٩ من المجلة ، محمد زكي عبد البر ، التصرفات الفعلية في الفقه الحنفي ، مقال منشور في مجلة ادارة قضايا الحكومة ، العدد الثاني ، السنة السادسة عشر ، ابريل ــ يونيه ١٩٧٢ ، ص ٣٥٩ .

٨٨ ــ وهي ما يقابلها في لغة القانون المعاصر اصطلاح « التصرفات القانونية »

٨٩ ــ وهي ما يقابلها في لغة القانون المعاصر اصطلاح « الوقائع القانونية » .

معا (المكرَه ، والمكرِه) ، لان الفعل صدر من المباشر حقيقة دون توسط فعل آخر ، ومن المباشر بالتسبب ، والمباشرة والتسبب فى الفعل سواء ، فاستويا فى ايجاب الضمان . ورأى الاحناف والحنابلة وبعض الشافعية أن الضمان على المكرِه دون المكرَه ، لان المكره مسلوب الارادة ، فهو كالآلة في يد مـن اكرهه (٩٠) . واوجب المالكية وبعض الشافعية وبعض الحنابلة الضمان على المكره (بالفتح) ، لان المكره على اتلاف مال الغير ، كالمضطر الى اكل طعام الغير ، فكما يجب ضمان المضطر ، يجب ضمان المكره ، بالاضافة الى أن الاكراه لا يعتبر بعذر للقتل كما قال الحنابلة ، فكيف يكون كذلك بالنسبة لاتلاف المال ؟ (٩١) .

وارى أن ما ذهب اليه الاحناف والحنابلة وبعض الشافعية فى مسئولية المكرِه وحده فى حالة الاكراه الملجيء ، هو الذي يتفق مع العدالة اكثر من غيره ، لان المكرَه لم يكن له مفر من تنفيذ ما أمر به . فكيف نحمله المسئولية ، ولو كانت جزئية ، عن عمل ليس له أي ارادة في اتيانه ؟. وهذه حالة من الحالات التي يضمن فيها المتسبب دون المباشر ، عند اجتماعهما ، لانه صاحب السبب الاقوى فى احداث الضرر (٩٢) .

---

٩٠ ــ محمود شلتوت ، المسئولية المدنية والجنائية ، المرجع السابق ، ص ٣٠ .

٩١ ــ الشيرازي ، المرجع السابق ، الجزء الثاني ، ص ٢٠٥ ، الشعراني ، المرجع السابق، الجزء الثاني ، ص ١٣٥ ، الكاساني ، المرجع السابق ، جزء ٧ ، ص ١٧٩ ، ٢٣٩ ، ٢٧٤ ، سيد أمين محمد ، الرسالة المشار اليها ، ص ١٥٣ وما بعدها ، على الخفيف ، المرجع السابق ، ص ٨٦ وما بعدها ، محمد أبو زهرة ، العقوبة فقرة ١٠١ ، ص ٥٤٦ وما بعدها ، مسعد صالح ، المقال السابق ، ص ٤٤٠ ، هاشم معروف الحسيني ، المسئولية الجزائية في الفقه الجعفري ، ص ١٦٥ وما بعدها ، ويذهب الامامية الى أن الاكراه لا يرفع المسئولية عن المكره الا اذا كان المكره صبيا أو مجنونا ، او كان الاكراه ملجئا ، محمد جواد مغنية ، فقه الامام جعفر الصادق ١٩٦٦ ، الجزء السادس ، ص ٣٢٢ ــ ٣٢٣ .

٩٢ ــ حسن الشاذلي ، الجنايات في الفقه الاسلامي ، ١٩٧١ ، الجزء الاول ص ١٩ ، وبالنسبة للقوانين الوضعية ، فان الاكراه بنوعيه المادي والمعنوي ، يعتبر من الظروف التي تعدم المسئولية ، بالنسبة لجميع الجرائم ، لان الاكراه يعدم الارادة ، ولا مسئولية بدون ارادة ويرى البعض أن الاكراه المعنوي هو صورة من صور حالات الضرورة ، محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات القسم العام ، الطبعة التاسعة ١٩٧٤ ، فقرة ٣٢٧ ، ص ٢٧٦ .

١٢ ــ **اما بالنسبة للاكراه غير الملجيء (الناقص)** : هو الذي بعـــدم الرضـــا ولا يفسد الاختيار ، وهو بعبارة المجلة الذي يوجب الغم والالم فقط كالضرب غير المبرح والحبس غير المديد » . وهذا النوع من الاكراه لا يعتبر الا بالنسبة للتصرفات القولية دون الفعلية (٩٣) ، فلو قال لآخر أتلف مال فلان والا أقتلك، أو أقطع أحد أعضائك ، وأتلف ذلك ، يكون الاكراه معتبرا ويلزم الضمان على المجبر (المكره) فقط ، وأما لو قال أتلف مال فلان والا أضربك أو أحبسك ، وأتلف ذلك ، فلا يكون الاكراه معتبرا ، ويلزم الضمان على المكره ، فقط ، وهذا ما ذهب اليه الاحناف والظاهرية وبعض الشافعية وبعض الحنابلة والمالكية ، لان المكرَه لم يكن آلة فى يد المكرِه ، اذ يستطيع التهرب من اتيان الفعل ، فيكون المكرَه هو المباشر ويتحمل المسئولية (٩٤) . وارى ان تكـــون المسئولية في حالة الاكراه الناقص ، تضامنية بين المكره والمكره ، لانه لولا المكرِه لما قام المكرَه باتيان الفعل ، فكيف نبعد المكره عن المسئولية ، وله دور فى أحداث الضرر .

قاعدة « اذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم الى المباشر (٩٥) » :

١٣ ــ ومؤدى هذه القاعدة « انه اذا وقع فعل وكان له مباشر ومتسبب ، فان الحكم الذي يترتب على الفعل المذكور يقع على المباشر لا على المتسبب ، اي انه يقدم المباشر على المسبب في امر الضمان » (٩٦) .

---

٩٣ ــ المادة ١٠٠٧ من المجلة .

٩٤ ــ سيد أمين محمد ، المرجع السابق ، ص ١٥٣ وما بعدها ، على الخفيف ، المرجـــع السابق ، ص ٨٦ وما بعدها .

٩٥ ــ المادة ٩٠ من المجلة ، هذه القاعدة تتفق مع ما يذهب اليه انصار نظرية السبب المنتج ، والتي بموجبها يعمدون على التفرقة فى الاسباب التي تؤدي تضافرها الى حدوث الضرر ، بين السبب المنتج ، وهو السبب المألوف الذي يؤدي ، بحسب المجرى العادي للامور الى احداث الضرر والاسباب الثانوية أو العارضة ، وهي تلك التي لا تحدث فى العادة هذا الضرر ، والوقوف عند السبب المنتج ، الذي يعتبر بحســـب رأيهم سبب الضرر ، دون الاسباب العارضة التي تعتبر اسبابا له . محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق، فقرة ٢٦٠ ، السنهوري ، الوسيط المرجع السابق ، الجزء الاول ، فقرة ٦٠٦ ، ص ١٠٢٦ ، أحمد حشمت أوستيت ، المرجع السابق ، فقرة ٤٧٣ ، ص ٤٤٤ .

٩٦ ــ منير القاضي ، المرجع السابق، ص ١٥٣، البغدادي، المرجع السابق ص ١٧٨ . وانظر المادة ٢٩٥ من مجلة الاحكام . « لو فعل واحد فعلا يكون سببا لتلف شيء ، فحل في ذلك الشيء فعل اختياري ، كأن جاء آخر فاتلفه مباشرة ، فالضمان عليه » .

وانوه الى أن المباشر لا يقدم على المتسبب ،الا اذا كان السبب شيئا لا يعمل بانفراده فى الاتلاف ، كما لو حفر أحد بئرا فى الطريق العام فأتى آخر والقى حيوانا في ذلك البئر ، فان الضمان على الذي القى الحيوان ولا شيءعلى الحافر ، لان الحفر لا يعمل بانفراده ، أما اذا كان السبب يعمل بانفراده ، فالضمان على المسبب والمباشر معا ، كما لو نخس رجلدابة باذن راكبها فوطئت شخصا فالضمان عليهما ،لان السبب في هذه الصورة ــ النخس ــ يعمل بانفراده فلا يزول بالمباشرة (٩٧).

الاستثناءات التي ترد على هذه القاعدة (٩٨) :

١٤ ــ اذا كان الاصل هو تقديم المباشر على المتسبب اذا اجتمعا كسببين للضمان (٩٩) ، الا ان هذا الاصل ليس مطلقا ، بل ترد عليه عدة قيود ، مؤداها أن يكون المتسبب هو الضامن وحده ، أو يشترك فى الضمان مع المباشر .

---

٩٧ ــ سليم رستم باز ، المرجع السابق ، تعليق على المادة ٩٣٥ ، ص ٥١٧ ، وانظر نفس المعنى عند الاتاسي ، المرجع السابق ، الجزء الثالث ، شرح المادة ٩٢٥ ، ص ٤٧٤ ، ابن عابدين ، جزء ٥ ، ص ٤٠٠ .

٩٨ ــ لقد صاغ ابن رجب الحنبلي موقف الحنابله من هذا الموضوع بالقاعدة الاتية « اذا استند اتلاف أموال الادميين ، ونفوسهم الى مباشرة وسبب ، تعلق الضمان بالمباشرة دونالسبب الا اذا كانت المباشرة مبنية على السبب وناشئة عنه ، سواء كانت ملجئة اليه أو غير ملجئة ، ثم ان كانت المباشرة والحالة هذه لا عدوان فيها بالكلية استقل السبب وحده بالضمان ، وان كان فيها عدوان شاركت السبب في الضمان ، القواعد في الفقهالاسلامي، الطبعة الاولى ، ١٩٧٢ ، القاعدة ١٢٧ ، ص ٣٠٧ .

٩٩ ــ أورد القرافي ثلاثة أسباب للضمان : العدوان كالقتل والاحراق ويسمى الاتلاف مباشرة، والتسبب في الاتلاف ، ووضع اليد التي ليست بمؤتمنة (غير عادية) المرجع السابق ، ص ٢٠٦ ، الفرق ١١١ ، مجلد ٢ ، الفرق ٢٠٧ ، المجلد ٢ ، ص ٢٧ ، ويتفق هذا التقسيم مع ما قاله صبحي المحمصاني ، المرجع السابق ، الجزء الاول ، ص ١٤٧ . وذهب السنهوري الى القول بعدم وجود نظرية عامة فى الفقه الاسلامي ، تقضي ان كل عمل غير مشروع يسبب ضررا للغير يوجب التعويض ، ولكنه كما قال ، ان الفقهاء نصوا على الاحوال التي يجب فيها الضمان وهي (١) بعض الجنايات التي تستوجب الحد أو عقوبة عامة كالسرقة ، وقطع الطريق (٢) الاكراه (٣) التغرير (٤) الغصب وهو اخذ مال الغير المتقوم بلا اذن صاحبه او من له الاذن . (٥) الاتلاف ويكون مباشرة او تسبب ، السنهوري ، مصادر الحق ، المرجع السابق ، ص ٥٢ .

أولا : تضمين المتسبب وحده :

١٥ ــ يكون ذلك في حالة ما اذا كان المتسبب هو العامل الاهم والاقوى في احداث الضرر ، هنا يتغلب السبب على المباشرة ، بشرط أن لا تكون المباشرة بغير وجه حق ، فالجلاد عندما ينفذ عقوبة الاعدام (مباشرة القتل) مثلا ، بناء على شهادة الزور ، فان عمله لا يعتبر عدوانا يسأل عنه ، بل تقوم المسئولية فى جانب صاحب السبب (شاهد الزور) .

والمتسبب يضمن في الحالات التي يكون فيها المباشر غير مسئول ، أو غير موجود ، أو غير معروف (١٠٠) .

١٦ ــ **المباشر غير مسئول :** فيما لو شهد شهود زور بما يؤدي الى ضياع حق انسان أو أزهاق روحه ، وبعدها اعترفوا بكذبهم ، فانهم يضمنون ما ذهب من حقوق بشهادتهم مع أنهم متسببون ، فى حين أن القاضي وهو الذي يعتبر مباشر لا يضمن ، لان المصلحة العامة تقضي بعدم مساءلته عن الاحكام التي يصدرها (١٠١) . ولو دفع شخص الى صبي سكينا ليمسكها له ، فوقع عليها فجرحته ، يضمن الدافع ، لان الصبي غير مسئول ، واذا وقعت المباشرة من نفس المقتول جهلا يسأل المتسبب ، كما اذا قدم شخص لآخر سما فى طعامه، فأكله دون علم منه به، فيكون مباشرا لقتل نفسه ، في حين أن مقدم السم يعتبر متسببا ، فيكون القصاص عليه (١٠٢) .

١٧ ــ **المباشر غير موجود :** فاذا زلق رجل بماء مطر ، فوقع في بئر حفرها آخر ، فعلى صاحب البئر الضمان ، مع العلم أنه متسبب ، وذلك لعدم وجود أحد مسئول عن وضع الماء فى الطريق (١٠٣) . أما لو عرف الشخص الذي

---

١٠٠ ــ صبحي المحمصاني ، المرجع السابق ، ص ١٩٢ .

١٠١ ــ القرافي ، المرجع السابق ، الفقرة ١١١ ، الشيرازي ، المرجع السابق ، ص ١٧٧ ، ابن قدامة ، المرجع السابق ، الجزء التاسع ، ص ٢٤٨ .

١٠٢ ــ القرافي ، المرجع السابق ، الفقرة ١١١ ، ص ٢٠٦ ، الهامش (مجلد ٢) .

١٠٣ ــ صبحي المحمصاني ، المرجع السابق ، ص ١٩٢ .

وضع الماء في الطريق فزلق به آخر ووقع في بئر حفرها رجل ، فواضع الماء هو المسئول (١٠٤) .

١٨ ــ **المباشر غير معروف :** فلو عثر احد المارة بحجر لم يعرف واضعه ، فوقع فى بئر ، يكون المسئول حافر البئر ، مع العلم انه متسبب ، وواضع الحجر غير المعروف هو المباشر (١٠٥) .

ثانيا : تضمين المتسبب والمباشر معا :

١٩ ــ يشترك المباشر والمتسبب فى المسئولية اذا كان فعل كل منهما يؤدي نفس الدور فى احداث الضرر (١٠٦) . أو اذا كان السبب يعمل بانفراده (١٠٧) أي انه يؤدي الى احداث الضرر مستقلا عن الفعل الآخر . فاذا أمر الراكب انسانا لينخس دابته ، فنخسها المأمور ، فوطئت انسانا فقتلته ، كان

---

١٠٤ ــ الفتاوى الهندية، جزء ٦ ، ص ٤٢ ، المرغيناني ، المرجع السابق ، جزء ٣٤ ، ص ١٤١ ، قاضي زاده ، المرجع السابق ، ص ٣٣٣ ،واذا ساق انسان دابة فوطئت آخر ، بقوائمها وقتلها ، ضمن السائق ما أتلفته الدابة ، لان السبب (قيادة الدابة) انفرد بالتاثير ، ولم يتوسط بينه وبين التلف فعل فاعل مختار ، لان الدابة لا تعقل ، فيكون المباشر لا قيمة له (الدابة) ، ومن ثم فانه يعتبر فى حكم غير الموجود . والقاعدة بالنسبة لضمان الحيوان ، أن صاحب الحيوان لا يضمن الضرر الذي يحدثه ذلك الحيوان الا اذا كان هناك تعد أو تقصير من صاحب الحيوان ، أما اذا لم يصدر خطأ من صاحب الحيوان، فلا مسئولية عليه ، بالنسبةللاضرار التي تصيب الغير من ذلك الحيوان ، فاذا كانت الدابة قد ضربت بيدها أو بذيلها أو رجلها ، حال كونها في ملكه ، وسواء كان صاحبها راكبا أم لا ، لا يضمن . (المادة ٩٣٠ من مجلة الاحكام العدلية) وانظر امثلة لذلك (المادة ٩٣٢ من المجلة) . المادة ٩٣٧من المجلة . وانظر تفاصيل هذا الموضوع ، عبد الحي حجازي ، المرجع السابق ١٩٧٤/٧٣ ص ٥٧٦ ،وما بعدها .

١٠٥ ــ البغدادي ، المرجع السابق ، ص ١٨٠ .

١٠٦ ــ قال الزيلعي : « ان المسبب انما لا يضمن مع المباشر، اذا كان السبب شيئا لا يعمل بانفراده في الاتلاف ، كما حفر البئر والقاء شخص فيها ، فان الحفر لا يعمل شيئا بدون الالقاء ، وأما اذا كان السبب يعمل بانفراده فيشتركان ، المرجع السابق ، ص ١٥٠ ، وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ص ٤٤ .

١٠٧ ــ الاتاسي ، المرجع السابق ، شرح المادة ٩٢٥ ، ص ٤٧٤ ، سليم رستم باز المرجع السابق ، شرح المادة ٩٢٥ ، ص ٥١٧ .

الضمان عليهما سويا (١٠٨) ؛ لان المسبب بامكانه أن يقوم بنفس الدور ، ويعمل بانفراده (١٠٩) ، واذا حفر رجل بئرا فى الطريق ، ثم جاء آخر ووسع رأسها فسقط فيها انسان ،وادى ذلك الى وفاته ، كان الضمان عليهما انصافا (١١٠) .

مما سبق ، نجد ان الأصل اضافة الفعل الى المباشر دون المتسبب عند اجتماعهما ، الا في الحالات الاستثنائية التي يكون فيها المباشر غير مسئول أو غير موجود ، أو غير معروف ، فان الفعل يضاف الى المتسبب ، هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى ، قد يشترك المباشر والمتسبب فى الضمان على النحو الذي قدمناه .

المبحث الثاني

فـي

موقف القضاء الكويتي

٢٠ ــ يجب علينا بعد عرض الفقه الاسلامي في شأن المباشرة والتسبب ، ان نبين موقف القضاء الكويتي ومدى التزامه بالاحكام الشرعية .

تعريف المباشر والمتسبب : لم يخرج القضاء الكويتي في تعريفه للمباشر والمتسبب عما اخذت به مجلة الاحكام العدلية باعتبارها المصدر الاساسي الذي

---

١٠٨ ــ السرخسي ، جزء ٦٧ ، ص ٢ . أما اذا كان النخس بدون اذن الراكب ، ضمن الناخس لرجحان التعدي في جانبه ، هذا اذا كانت النفحة أوالضربة فور النخس ، أما اذا انقطع فوره فلا ضمان عليه لانقطاع اثر النخس (رابطة السببية) بين النفس والنفحة أو الضربة . الفتاوى الهندية ، جزء٦ ، ص ٥١ ، البغدادي ، المرجع السابق ، ص ١٨٧ ، ١٨٨ ، الطوري ، المرجع السابق ، ص ٣٥٩ ، ابن عابدين ، جزء ٥ ، ص ٤٠٣، قاضي زاده المرجع السابق ، ص ٣٥٢ .

١٠٩ ــ ابن عابدين ، المرجع السابق ، جزء ٥ ، ص ٤٠٠ .

١١٠ ــ البغدادي ، المرجع السابق ، ص ٨٠ .

استقى منه قانون العمل غير المشروع المعدل بعض أحكامه (١١١). فذهبت دائرة التمييز الى القول أن : « المباشر هو من يكون فعله الذي باشره بنفسه قد جلب بذاته الضرر وكان له سببا بدون واسطة ، أي بغير أن يتدخل أمر بين هذا الفعل والضرر الناجم عنه » (١١٢) . وتطبيقا لذلك ، اعتبر مباشرا

---

١١١ ــ محكمة الاستئناف العليا ، الدائرة التجارية الثانية ، ٢٠ يناير ١٩٧٠ ، قضية رقم ٥٤٧ لسنة ٦٩ (حكم غير منشور) ، محكمة الاستئناف العليا الدائرة التجارية الثانية ، ٢٨ نوفمبر ١٩٧١ ، قضية رقم ٣١٣ لسنة ١٩٧١ ، (حكم غير منشور) ، محكمة الاستئناف العليا ، الدائرة التجارية الاولى ، ٣٠ يونية ١٩٧٤ ، قضية رقم ١٩٦١ لسنة ١٩٧٤ (حكم غير منشور) ، محكمة الاستئناف العليا ، الدائرة التجارية الاولى ، ٢٤ اكتوبر ١٩٧٢ ، قضية رقم ٤٦٦ لسنة ١٩٧١ (حكم غير منشور) ، محكمة الاستئناف العليا ، الدائرة التجارية الثانية ، ١٦ مايو ١٩٧٢ ، قضية رقم ١٣١ لسنة ١٩٧٢ (حكم غير منشور) ، محكمة الاستئناف العليا ، الدائرة التجارية الاولى ، ٢٨ مايو ١٩٧٤ ، قضية رقم ١٧١ لسنة ١٩٧٤ (حكم غير منشور) .

١١٢ ــ محكمة الاستئناف العليا ، دائرة التمييز ، ٥ديسمبر ١٩٧٣ ، القضية رقم ١٩٧٣/٢٤ منشور في مجلة القضاء ، مجلة دورية تصدر عن وزارة العدل ، السنة الرابعة، عدد ٢، ١٩٧٣ .وتتلخص وقائع القضية فيما يلي : « حصل تصادم بين سيارتين ، وكانت احداها واقفة على الجانب الايسر من الطريق ، ... ذهبت محكمة اول درجة الى القول ، بأن سائق السيارة الذي يترك سيارته على الجانب الايسر من الطريق ، تعرقل السير ، قد ساهم في الحادث ويعتبر مباشرا ويلزمه بذلك التعويض اذا اصطدمت به سيارة وتسببت في اصابة سائقها بضرر . الا أن محكمة الاستئناف اصدرت بتاريخ ٢٧ فبراير ٧٣ حكمها في القضية رقم ١٩٧٣/٣٢ ، ١٩٧٣/٣٥ ، الدائرة التجارية الثانية » (حكم غير منشور) قائلة : « ان من يوقف سيارته لا يعتبر مباشرا في وفاة المجنى عليه الذي لم تنتج الوفاة عن مجرد ايقاف السيارة بيسار الطريق ، وانما نجم عن الاصطدام بها ، وهي فعل المجنى عليه ، وبذلك ألغت الحكم المستأنف ، ... ورفع الطاعن الامر الىمحكمة التمييز قائلا : « بأن الحكم السابق ، الصادر من الاستئناف ، يكون في هذه الحالة وكانه قد جعل المصاب نفسه هو المباشر في حين أن القانون الخاص بتنظيم الالتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع ، قد اوضح بنص المادة ١٩ مكرر منه على المغايرة بين المباشر والمصاب ، باعتبار ان المباشر هو غير المصاب دائما ، في حين انه وقد ثبت بالوقائع ان قائد السيارة المؤمن عليها ، اذا أوقفها لاصلاحها على يسار الطريق ولم يتخذ الحيطة بوضع علامات تلفت النظر اليها من بعيد مع العلم أن هذا الطريق من الطرق الرئيسية ... وترتب عليها الاصطدام فان ذلك يجعل قائد السيارة مباشرا للفعل الضار الذي لحق بالمصاب ، وهو موته نتيجة الاصطدام ، واذا جرى الحكم على غير ذلك ، فانه يكون مخالفا للقانون ويتعين تمييزه » .

سائق السيارة الذي تسبب في وفاة طفل في أثناء مروره عليه ، نتيجة لتعلق هذا الاخير بالسيارة من الخلف وسقوطه تحت عجلاتها الخلفية ، لارتطام قدميه بحجر ، بالرغم من عدم شعور السائق به (١١٣) . والذي قادها باهمال وسرعة زائدة ، مخالفا بذلك قواعد المرور ، واصطدم بسيارة أخرى ، فمات

وبعد أن أعطت دائرة التمييز ، التعريف السابق للمباشر ، ... أضافت قائلة « ... واذا كان كذلك ، وكان الثابت من ظروف الحادث أن سائق السيارة النقل قد تركها ، واقفة في جانب الطريق اضطرارا ثم جاء المجنى عليه بسرعة فائقة ... وصدمها ومات. فان قائد السيارة النقل لا يعد في مفهوم القانون مباشرا لفعل القتل الذي لم ينجم مباشرة عن مجرد وجود هذه السيارة ، في الطريق ، وانما ينجممن الاصطدام بها وكان له سببا ، فهو لا يعد مباشرا لان فعله لم يجلب بذاته الضرر ... وانما هو مجرد متسبب لا يلزم الضمان الا متعديا ... ثم انتهى الحكم صحيحا الى نفي تلك الخصائص عن الفعل المسند الى قائد المؤمن عليها اعتبارا بانه لم يحصل بذاته موت المصاب ، وان كان سببا فيه ، وهو يجعل قائد السيارة مجرد متسبب ويدفع المسئولية المبنية على المادة ١٩ مكرر ، لا وجه للبحث فيما يتاوله الطاعن من أن الحكم قد اعتبر المصاب مباشرا طالما أن الحكم لم يقرر ذلك فى أسبابه ، ولم يكن بحاجة الى مثل هذا التقرير .

١١٣ ــ محكمة الاستئناف العليا ، الدائرة التجارية الاولى ، ٣١ مارس ١٩٧٣ ، قضية رقم ٢١٥ لسنة ١٩٧٢ (حكم غير منشور) . وانظر عكس هذا الاتجاه ، فيما ذهبت اليه محكمة الاستئناف الدائرة التجارية الثانية ، ٢٧ نوفمبر ١٩٧٧ قضية رقم ١٩٧٧/٣٣ تجاري (حكم غير منشور) ، حيث ذهبت الى عدم اعتبارسائق السيارة مباشرا فى احداث الوفاة بطفل يبلغ من العمر نحو الخامسة ، « ان قائد السيارة لا يعد في مفهوم القانون مباشرا لفعل القتل الذي لم ينجم مباشرة عن مجرد تحرك السيارة وانما نجم عن اصطدام المجنى عليه بفعله هو بها وسقوطه الى الارض واذا كانت حركة السيارة هي التي تسببت في اصابته فان قائدها لا يصدق عليه وصفا المباشر باعتبار ان فعله فى القيادة لم يجلب بذاته الضرر وانما توسط بين ذلك الفعل وبين النتيجة ارتطام المجنى عليه بفعله بمقدم السيارة وهي واقفة ثم سقوطه الى موضع من الارض هيا لاصطدام عجلتها الخلفية به بمجرد تحركها ولولا هذا الفعل الذي سبق سير السيارة مباشرة على ما هو باد لما وقع الحادث ومن ثم لا يكون السائق مباشرا له في مفهوم القانون وانما هو مجرد متسبب لا يلزمه الضمان الا متعديا) . وما ذهبت اليه محكمة الاستئناف فى هذا الحكم ، اتجاه غير سليم ، اذ أن سائق السيارة فى القضية المشار اليها يعتبر في مفهوم المادة ١٩ مكرر مباشرا في احداث الوفاة ، لان فعله (قيادة السيارة) هو الذي ادى مباشرة الى احداث الوفاة ، وليس ارتطام الطفل بالسيارة ، لان الارتطام وحده دون تحرك السيارة لا يؤدي ، بلا ادنى شك ، الى الوفاة ، ولكن تحرك السايرة هو الذي ادى الى هذه النتيجة .

المصدوم (١١٤) . أو اصطدم بسيارة كانت تقطع الطريق ، على بعد عشرين مترا منه ، وأدى ذلك الى اصابة سائق السيارة الاخرى باصابات أدت الى وفاته (١١٥) . وراكب الدراجة البخارية ، الذي قادها بسرعة ، واصطدم باحدى السيارات فى أثناء وقوفها ، باحدى محطات الانتظار ، وأسفر الحادث عن وفاته (راكب الدراجة) (١١٦) .

كما عرفت دائرة التمييز المتسبب بأنه : « ما كان علة للامر ولم يحصله بذاته ، أي أنه من يأتي فعلا لا يكون هو السبب المباشر فى احداث الضرر ، ولكنه يفضي لحصول فعل آخر ، هو الذي يؤدي الى احداث الضرر » (١١٧). فلو صدمت سيارة بحائط ، مثلا فوقع على احد المارة فمات ، فان سائقها يعتبر متسببا ،لان فعله أدى الى وقوع الحائط ، والحائط ، بوقوعه ، أصاب أحد المارة .

وقضى كذلك ، بأنه يجب لتحديد المباشر أو المتسبب ، أن نتمعن فى الافعال الصادرة من الاطراف المشتركة في ايقاع الضرر ، ونوازن بينهما ، لمعرفة من أدى فعله الى وقوع الحادثة بصفة مباشرة ، ومن ثم ، كان السبب الرئيسي أو الثانوي فى احداث الضرر ، ومن هنا ، نسبغ على الفاعل صفة المباشر أو المتسبب حسب الظروف (١١٨) .

---

١١٤ ــ محكمة الاستئناف العليا ، الدائرة التجارية الثانية ، ٢٢ سبتمبر ١٩٦٩ ، قضية رقم ٣١٦ لسنة ١٩٦٩ (حكم غير منشور) .

١١٥ ــ محكمة الاستئناف العليا ، الدائرة التجارية الثانية ٢٥ نوفمبر ١٩٧٢ ، قضية رقم ٤٦٨ لسنة ١٩٧٢ (حكم غير منشور) .

١١٦ ــ محكمة الاستئناف العليا ، الدائرة التجارية الاولى ، ٢٨ مايو ١٩٧٤ ، قضية رقم ١٧١ لسنة ١٩٧٤ (حكم غير منشور) . ولم تحكم المحكمة لراكب الدراجة بالدية ، باعتباره مباشرا في احداث الضرر بنفسه .

١١٧ ــ محكمة الاستئناف العليا ، دائرة التمييز ، الحكم السابق ، محكمة الاستئناف العليا ، الدائرة المدنية، ٢٦ مايو ١٩٧٤ ، قضية رقم ١٤ و١٥ لسنة ١٩٧٤ (حكم غير منشور).

١١٨ ــ محكمة الاستئناف العليا ، الدائرة التجارية الاولى ، ٣١ مارس ١٩٧٣ ، قضية رقم ٢١٥ لسنة ٧٢ المشار اليه سابقا .

واستنـــادا الى المادة ١٩ مكرر ، فان الضمـــــان يكون على المباشر دائما (١١٩) دون المتسبب وان كان متعديا (١٢٠) .

٢١ ــ هل يشترط ان يكون المباشر دائما هو غير المصاب (١٢١)

ليس فى المادة ١٩ مكرر حل لهذه المسألة ، ولذلك تضاربت فيها احكـــام القضاء الكويتي ، فذهب بعضها الى القول بأن المباشر هو غير المصاب دائما فى جميع الاحوال ، ومن ثم ، فان المادة ١٩ مكرر لا تنطبق الا فى الحالات التي يكون فيها المباشر غير المصاب ، وتستند هذه الاحكام لتدعيم رأيها الى ان : المقصود بالمباشر هو غير المصاب الذي وقع له الحادث من جراء نشاطه ، ذلك ان من تعمد اصابة نفسه ، او من يثبت أن الحادث وقع نتيجة سوء سلوك فاحش ومقصود منه لا يعتبر أيهما ــ طبقا للنص ــ مباشرا ، بدليل أن النص يقول فى عجزه « فان المباشر يكون مسئولا عن هذا الضرر وفقا لقواعد الدية الشرعية ، الا اذا اثبت أن الحادث وقع نتيجة سوء سلوك فاحش ومقصود من جانب المصاب » ، ومؤدى ذلك أن القانون لا يخلع على المصاب في هذه

---

١١٩ ــ محكمة الاستئناف العليا ، الدائرة التجارية الاولى ، قضية رقم ١٩٦ لسنة ١٩٧٤ ، المشار اليه ، والدائرة التجارية الثانية ، قضية رقم ٥٤٧ لسنة ١٩٦٩ ، المشار اليه ، محكمة الاستئناف العليا ، الدائرة التجارية الاولى ، قضية رقم ٢١٥ لسنة ١٩٧٢ .
محكمة الاستئناف العليا ، الدائرة التجارية الاولى ، بتاريخ ٣١ مارس ١٩٧٣ قضية رقم ١٩٧٢/٢١٥ تجاري (حكم غير منشور) ، محكمـــة الاستئناف العليا ، الدائرة التجارية الثانية ، ٢٠ يناير ١٩٧٠ ، قضية رقم ١٩٦٩/٤٥٧ (حكم غير منشـــور) ، محكمة الاستئناف العليا ، الدائرة التجارية الاولى ، ١٩٧٤/١٧١ بتاريخ ٢٨ مايو ١٩٧٤، قضية رقم ١٧١/ لسنة ١٩٧٤ ، (حكم غير منشور) .

١٢٠ ــ بعكس ما قد يتبادر الى الذهن عند قراءة هذا الحكم من أن المتسبب يضمن بالتعدي حيث ذهبت الى القول : « .... واذا كان تحرك السيارة هو الذي هيأ للقتـــل ، وكان له سبب فان سائق السيارة لا يعتبر مباشر لان فعله لم يجلب بذاته الضرر ، وانما هو مجرد متسبب لا يلزمه الضمان الا متعديا » . المحكمة الكلية ، الدائرة التجارية الكلية ، ٢٠ مارس ١٩٧٦ قضية رقم ٣٥٢٥ لسنة ١٩٧٥ (حكم غير منشور) . وفى نفس المعنى ، محكمة الاستئناف العليا ، الدائرة التجارية الثانية ، ١٨ نوفمبر ١٩٧٧، قضية رقم ١٩٧٧/٦٣٥ (حكم غير منشور) .

١٢١ ــ الخلاف حول هذا الموضوع له أهمية فقهية أكثر منه عملية .

الاحوال صفة المباشر ، وانما يثبتها للغير الذي وقع الحادث نتيجة نشاطه (١٢٢) . وذهب القضاء اخذا بهذا الاتجاه الى انه اذا اخطأ المضرور، فى قيادته للسيارة بسرعة كبيرة ، وهو فى حالة سكر بين ، واصطدم بسيارة أخرى ، وادى الحادث الى وفاته ، فان هذا فيما لو صح لا يجعل منه مباشرا للحادث فى حكم المادة ١٩ مكرر (١٢٣) . ولكن اذا اصطدمت دراجة بخارية بسيارة كانت تسير أمامها ، نتيجة لوقوف السيارة فجأة ، وادى ذلك الى وفاة صاحب الدراجة ، فان صاحب السيارة يكون هو المباشر للضرر ، لان بوقفه للسيارة فجأة ، ادى ذلك الى اصطدام المصاب به ووفاته ، ومن ثم ، يكون هو المباشر الذي يلتزم بأداء التعويض (١٢٤) .

وذهبت أحكام أخرى الى القول ، بأن المضرور قد يكون هو المباشر (١٢٥) ، ومن ثم ، لا مجال لتطبيق المادة ١٩ مكرر عليه ، فاذا تسبب باهماله فى اصابة نفسه ، فانه يكون المباشر ، ولا يستحق تعويضا عن الضرر

---

١٢٢ ــ محكمة الاستئناف العليا ، الدائرة التجارية الاولى ، ١٤ نوفمبر ١٩٧١ ، قضية رقم ٧٢ لسنة ١٩٧١ (حكم غير منشور) ، محكمة الاستئناف العليا ، الدائرة التجارية الاولى ، ١٦ نوفمبر ١٩٧٥، قضية رقم ٢٩١ لسنة ١٩٧٥ (حكم غير منشور) ، قضية رقم ٦٣٨ لسنة ١٩٧٣ (حكم غير منشور) .

١٢٣ ــ محكمة الاستئناف العليا ، الدائرة التجارية الثانية ، بتاريخ ١٣ أبريل ١٩٧٤ قضية رقم ١٩٧٣/٩٣٨ .

١٢٤ ــ المحكمة الكلية ، الدائرة التجارية (٧) ، تجاري كلي ، ٣ ديسمبر ١٩٧٢ ، قضية رقم ٣٨٥ لسنة ١٩٧٢ (حكم غير منشور) ، محكمة الاستئناف العليا ، الدائرة التجارية الاولى ، ١٤ مارس ١٩٧٢ ، قضية رقم ٤٥٨ لسنة ١٩٧١ ، منشور فى الموسوعة القضائية ١٩٧٤ ، الجزء الرابع ، المنازعات التجارية ، (٤) ، القاعدة ١.٣ ، ص ٤٥ وما بعدهـا .

١٢٥ ــ محكمة الاستئناف العليا ، الدائرة التجارية الاولى ، ٢٨ مايو ١٩٧٤ ، قضية رقم ٧٤/١٧١ (حكم غير منشور) ، محكمة الاستئناف العليا ، الدائرة التجارية الثانية ، ٢٢ سبتمبر ١٩٦٩ ، قضية رقم ١٩٦٩/٣١٦ ، (حكم غير منشور) ، محكمة الاستئناف العليا ، الدائرة التجارية الثانية ، ٢٠ يناير ١٩٧٠ ، قضية رقم ١٩٦٩/٥٤٧ (حكم غير منشور) ، محكمة الاستئناف العليا ، الدائرة التجارية الثانية ، ٣١ مارس ١٩٧٣ ، قضية رقم ٢١٥ لسنة ٧٢ (حكم غير منشور) ، محكمة الاستئناف العليا ، الدائرة التجارية الاولى ، ٢٤ أكتوبر ١٩٧٢ ، قضية رقم ٤٦٦ لسنة ١٩٧١ .

الذي لحقه ، فاذا اصطدمت دراجة هوائية ، بالعجلة الخلفية للسيارة ، وادى اصطدامها الى وفاة راكب الدراجة نتيجة لخطئه ، فانه يعتبر مباشرا للاضرار بنفسه، ومن ثم ، لا مجال له للمطالبة بالتعويض استنادا الى تلك المادة (١٢٦). واذا حصل تصادم بين سيارتين ، ومات المضرور نتيجة للتصادم ، الذي يرجع الى خطئه ، وفقا لما انتهى الحكم الجنائي من انه هو الذي صدم بمقدمة سيارته ، مؤخرة السيارة الاخرى ، بانحرافه نحوها ، مما يدل على عدم تركيز الرؤية على الحركة بخط الاتجاه المقابل ، فضلا عن عدم تمكنه من السيطرة على التوجيه والايقاف السليمين ، وعلى هذا فان فعل المضرور ، يكون قد توسط بين فعل سائق السيارة ، وبين الضرر الذي أصابه فى نفسه فأودى بحياته ، وهذا التوسط بفعل فاعل آخر ، يجعل من سائق السيارة متسببا في الحادث وليس مباشرا ، ويكون المباشر هو المضرور نفسه ، الذي كان فعله الصادر عنه وان لم يقصد به احداث الضرر هو السبب المباشر المؤدي الى وقوع الاصطدام (١٢٧) .

---

١٢٦ ــ محكمة الاستئناف العليا ، الدائرة التجارية الثانية ، ١٣ مايو ١٩٦٩ ، قضية رقم ١.٧/١.٦ لسنة ١٩٦٩ . وتتلخص وقائع هذه القضية فيما يلي : « اصطدم راكب دراجة بخارية ، بسيارة ، واثبتت التقارير أن اثر الاصطدام ، قد لوحظ بجانب العجلة الخلفية اليمنى للسيارة ، بمقدمة الدراجة التي كان يركبها المصاب ، مما يفيد اندفاع هذا الاخير ، دون تريث نحو السيارة ، واصطدامه بها بمقدمة الدراجة ، وقضت محكمة المرور (المحكمة الجزئية) ببراءة سائق السيارة لعدم ثبوت الخطأ من جانبه. الا ان المحكمة الكلية ، حكمت بالدية على سائق السيارة ، ..... واعتبرته مباشرا للضرر ، .... ولكن محكمة الاستئناف الفت هذا الحكم قائلة بعد عرض القضية ووقائع الحادثة ..... واذا كان الامر كذلك فان المجنى عليه ، يكون هو المباشر في وقوع الحادث ، ويكون دور السائق هو المتسبب فيه ، وبمقتضى حكم القاعدة الشرعية لا يضمن المتسبب الا اذا كان متعمدا أو متعديا ، وكلا التعمد والتعدي قد انتفيا من السائق بالحكم الجزائي .... فضلا عن أن القاعدة الشرعية ايضا تقضي بانه اذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم الى المباشر ، وبذلك لا يكون هناك مجال لاعتبار سائق السيارة مباشرا في الحادث ، حتى يمكن مساءلته عن التعويض طبقا للمادة ١٩ مكرر . ويكون المجنى عليه هو المسئول مسئولية كاملة عن فعله الضار بنفسه على عكس ما ذهب اليه الحكم المستانف . وفي نفس المعنى : محكمة الاستئناف العليا ، الدائرة التجارية الاولى ، ٢٤ أكتوبر ١٩٧٢ ، قضية رقم ٤٦٦ لسنة ٧١ (حكم غير منشور) .

١٢٧ ــ محكمة الاستئناف العليا ، الدائرة التجارية الثانية ، ١٦ فبراير ١٩٧١ ، قضية رقم ٤٦٥ لسنة ١٩٧٠ (حكم غير منشور) .

وانوه ، بعد عرض هذه الاحكام ، الى أن هذا القضاء ، لم يكن موفقا ، حين اعتبر الشخص مباشرا تأسيسا على صدور خطأ منه ، كما فى حالة قيادة الدراجة دون دراية بقيادتها ، أو لكونه اندفع دون تريث (١٢٨) ، أو لعدم تمكن سائق السيارة السيطرة عليها (١٢٩) ، مع أن القاعدة التي تستند اليها المادة ١٩ مكرر تقضي بأن المباشر ضامن وان لم يتعمد ، اي أن صفة المباشر تلحق بالشخص حتى لو لم يصدر منه ادنى خطأ ، فليس الخطأ اذن هو معيار ما اذا كان الشخص مباشرا أو غير مباشر ، ــ كما ذهبت تلك الاحكام ــ ، وانما المعيار هو وقوع الضرر من الفاعل مباشرة .

ونقول بعد ذلك : ان المصاب اعتبر مباشرا ، لا لانه صدر منه خطأ ، بل لان فعله كان السبب المباشر فى ايقاع الضرر ، ولم يكن فعل الطرف الآخر الا دور ثانوي فى الاصابة ، بحيث ينزل منزلة المتسبب ، ومن ثم ، فان المصاب وفقا لهذه الاحكام ، اذا كان هو الذي سبب ضررا لنفسه ، فانه لا يستحق الدية ، استنادا الى المادة المذكورة .

والحقيقة انه ليس من واجب المحكمة ان تبين ما اذا كان المباشر هو المصاب او غير المصاب ، ولكن عليها ان تثبت صفة المباشر على محدث الضرر او تنفيها عنه حتى تقوم مسئوليته أو تنتفي ، وليس عليها بعد ذلك أن تقول أن المضرورمباشر او غير مباشر ، اذ ان النص الذي يجري اعماله وتطبيقه ، انما يتطلب أن ينظر الى المسئول عن جبر الضرر فيما اذا كان هو المباشر من عدمه ، دون حاجة الى البحث فى الحاق هذا الوصف بالمصاب نفسه ، الذي يسأل فقط عن خطئه المتعمد أو سوء سلوكه الفاحش والمقصود (١٣٠) .

---

١٢٨ ــ محكمة الاستئناف العليا ، الدائرة التجارية الثانية ، ١٣ مايو ١٩٦٩ ، قضية رقم ١٠٦ و١٠٧ لسنة ١٩٦٩ (مشار اليه سابقا) .

١٢٩ ــ الحكم المشار اليه سابقا (هامش ٢) . وفي نفس المعنى ، محكمة الاستئناف العليا ، الدائرة التجارية الثانية ، ٢٨ نوفمبر ١٩٧١ ، قضية رقم ٣١٣ لسنة ١٩٧١ (حكم غير منشور) .

١٣٠ ــ محكمة الاستئناف العليا ، الدائرة التجارية الاولى ، ٣١ مارس ١٩٧٣ ، قضية رقم ٢١٥ لسنة ١٩٧٢ (حكم غير منشور) .

والخلاصة ، فاني ارى . ان المباشر ، بصفة عامة ، قد يكون المصاب او غير المصاب ، الا انه بالنسبة الى المادة ١٩ مكرر هو **شخص غير المصاب ، يصدر منه فعل يكون سبب الضرر ، دون توسط أمر آخر بينهما او يكـون الضرر نتيجة حتمية لفعله على حسب المجرى المألوف والعادة** . فاذا كان المباشر هو المصاب نفسه ، اي ان فعله هو الذي ادى الى احداث الضرر بنفسه ، فان أحكام هذه المادة لا تسري عليه ، فاذا قاد سائق سيارته بسرعة جنونية ، مخالفا بذلك قواعد المرور ، واصطدم باحدى اعمدة النور ، وادى ذلك الى وفاته ، فانه يعتبر مباشر للضرر بنفسه ، ومن ثم لا يستحق الدية.

قاعدة تقديم المباشر على المتسبب عند اجتماعهما :

٢٢ ــ اخذ القضاء الكويتي . كأصل عام . بتقديم المباشر على المتسبب عند اجتماعهماتطبيقا للقاعدة الشرعية (١٣١) . ولكنه لم يأخذ بالاستثنائات التي اوردها الفقه الاسلامي عليها ، التي تقضي كما رأينا (١٣٢) بمساءلة المتسبب بدلا من المباشر ، عند عدم معرفة الاخير او عدم مسئوليته ، او عدم وجوده .

فذهب فى حكم له الى عدم مساءلة المتسبب ، عند عدم معرفة المباشر ، وذلك عندما اصيب المضرور اصابة أودت بحياته ، في حادث اصطدام سيارته باخرى فر بها سائقها قبل معرفته (١٣٣) .

---

١٣١ ــ محكمة الاستئناف العليا ، الدائرة التجارية الثانية ، ٢٠ يناير ١٩٧٠ ، قضية رقم ٥٤٧ لسنة ١٩٦٩ ، (حكم غير منشور) ، محكمة الاستئناف العليا ، الدائرة المدنية ، ٢٦ مايو ١٩٧٤ ، قضية رقم ١٤ ، ١٥ لسنة ١٩٧٤ ، (حكم غير منشور) .

١٣٢ ــ راجع فقرة ١٣ وما بعدها .

١٣٣ ــ محكمة الاستئناف العليا ، الدائرة التجارية الثانية ، ٢٨ نوفمبر ١٩٧١ ، قضية رقم ٢١٣ لسنة ١٩٧١ مشار اليه سابقا ، وتتلخص هذم القضية بما يلي : « ..... حكمت محكمة أول درجة بالزام شركة التامين المؤمنة على السيارة المتقلبة ، بان تدفع لها بصفتها التعويض المقرر قانونا والمتمثل في الدية الشرعية ، تاسيسا على انه السبب المباشر لوفاة المضرور ، هو انقلاب السيارة التي كانت تقله ، وبالتالي يكون قائدها هو المسئول عن الضرر الحادث » الا أن محكمة الاستئناف رفضت هذا الحكم ، وقالت فى أسباب الرفض ، « وحيث أن الثابت من وقائع الدعوى واوراقها ان السيارة المؤمن عليها لدى الشركة المستانفة كانت فى طريقها من الكويت الى الاحمدي وملتزمة الجانـب الايمن للطريق كما هو واضح من المعاينة ..... وأن سيارة مجهولة اصطدمت بها من

وذهب من ناحية اخرى ، الى عدم مسئولية المتسبب طبقا للمادة ١٩ مكرر عند عدم مسئولية المباشر عن أفعاله ، وذلك عندما تسلق المضرور وهو طفل فى الساسة من عمره ، السلم الجانبي لسيارة نقل ، التي كان المدعى عليه يتأهب لقيادتها ، وعندما تحركت السيارة ، وأراد المضرور النزول منها ، سقط على حجر مما أدى الى تعثر قدمه ، وسقوطه تحت السيارة ، التي مرت عليه فأردته قتيلا (١٣٤) . فاعتبر هذا القضاء ، الطفل ، بالرغم من عدم مسؤوليته ، مباشرا فى احداث الضرر ، وسائق السيارة متسببا فيه ، وبناء على ذلك لم يحكم على السائق بالدية للمضرور . ولكنه ذهب فى حكم آخر ، الى مساءلة المتسبب دون المباشر ، عندما ضمن هذا القضاء سائق السيارة الدية الشرعية ، باعتباره مباشرا فى احداث الضرر بشخص مجنون (١٣٥) ، اندفع نحو السيارة مسرعا ، دون تبصر ، مما أدى الى اصابتـــــه ببعض الاصابات ، أودت بحياته ، علما بأن سائق السيارة كان يسير ببطء ، ولولا

جانبها الايسر ، فادى ذلك الى انقلاب السيارة خارج الطريق ووفاة مورث المستانف عليها، فان قائد السيارة المجهولة التي وجد طلاؤها الازرق ملتصقا بجانب السيارة المؤمن عليها يكون هو الذي حاد عن طريقه الطبيعي وانحرف خاطئا الى يساره حتى اصطدم بمقدمة السيارة المؤمن عليها ..فخرجت عن الطريق وانقلبت وبذلك يكون قائد السيارة المجهولة هو المباشر في الحادث لصدور الفعل الموصوم بالخطأ من جانبه وترتب على هذا الفعل ان أفلت قياد السيارة المؤمن عليها من قائدها ، فوقع الضرر (بالمتوفي) نتيجة لفعل المباشر ، وما كان قائد السيارة المؤمن عليها في كل ذلك الا متسببا ، فلا يمكن والحالة هذه أن ينسب اليه وصف المباشر الذي حددته المادة (١٩ مكرر) ... وبناء على ذلك حكمت المحكمة بالغاء الحكم المستانف » . والملاحظ على هذا الحكم انه اقتصر على تطبيق المادة ١٩ مكرر على مسئولية المباشر فقط ، اما في الحالات التي يرقى فيها المتسبب الى مرتبة المباشر ويأخذ حكمه، فان القضاء لا يقر ذلك . وهذا القول كما راينا لا يتفق مع الفقه الاسلامي ، الذي يجعل المتسبب في هذه الحالة ، يرقى الى المباشر ويأخذ حكمه .

١٣٤ ــ المحكمة الكلية ، تجاري كلي ، ٢٠ مارس ١٩٧٦ ، قضية رقم ١٩٧٥/٣٥٢٥ (حكم غير منشور) ، وفي نفس المعنى ، محكمة الاستئناف العليا ، الدائرة التجارية الاولى ، ٣١ مارس ١٩٧٣ ، قضية رقم ٢١٥ لسنة ١٩٧٢ (حكم غير منشور) .

١٣٥ ــ مع العلم أن ظروف الواقعة تنطق ، بكون سائق السيارة متسببا وليس مباشرا .

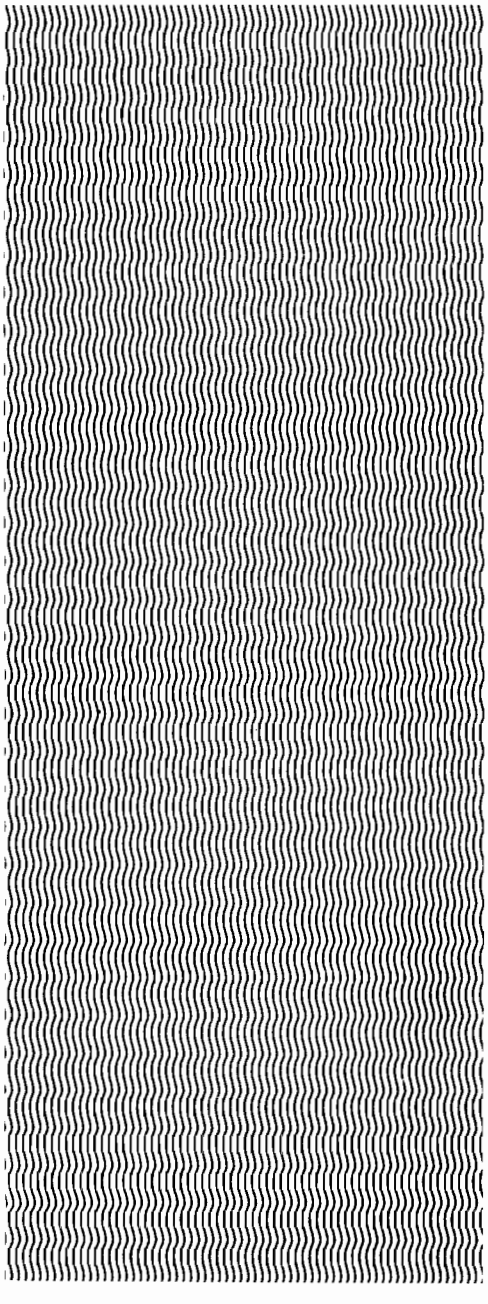
السرعة التي كان عليها المجنون ، لما كانت الحادثة ستؤدي حتما الى احداث تلك النتيجة (١٣٦) .

الخلاصـــة :

٢٣ ــ انني ارى بناء على ما سبق عرضه ، من أحكام الفقه الاسلامي بشـــأن المباشرة والتسبب ، ان يتوسع القضاء الكويتي فى تفسير المادة ١٩ مكرر بالنسبة لمفهوم المباشر ليشمل الحالات التي يرقى فيها المتسبب الى مستوى المباشر ، ويسأل فيها بدلا منه، كما في حالة عدم معرفة المباشر أو عدم مسئوليته أو عدم وجوده ، وكما فى حالة الاكراه الملجيء (١٣٧) . حتى نحقق الهدف الذي من اجله اضيفت هذه المادة .

---

١٣٦ ــ محكمة الاستئناف العليا ، الدائرة التجارية الاولى ، ٣٠ نوفمبر ١٩٦٩ ، أشار اليه عبد الفتاح عبد الباقي ، الالتزامات ، المرجع السابق ، ص ١٣٤ .

١٣٧ ــ نادى بعض الفقهاء بانشاء صندوق لتعويض المتضررين من حوادث السيارات فى حالـــة عدم معرفة السيارة التي تسببت فى الحادث ، او فرارها بعد الحادث كالنظام الذي اخذ به الشارع الفرنسي ، ــ طبق الشارع هذا النظام بمقتضى نص المادة ١٥ من القانون المالي الصادر في ٣١ ديسمبر ١٩٥١ ، والتي جاء في بدايتها ان انشاء نظام صندوق الضمان لن يؤثر في امكان الاخذ بنظام التامين الاجباري (دالوز ١٩٥٢ ــ ٣٧) ، وذلك يرجع لتخوف الشارع الفرنسي من ان تسفر التجربـــة عن عدم كفاية صندوق الضمان كنظام يحمي المضرور ، وبالفعل حدث ما توقعه الشارع ، وزادت اعباء الصندوق بصورة كبيرة ، لدرجة انها هددت بعدم امكان الاستمرار في اداء دوره ، وهذا ما دعا الشارع الى تطبيق نظام التامين الاجباري ، بالقانون الصادر في ٢٧ فبراير ١٩٥٨ ، وبذلك وجد النظامان فى القانون الفرنسي ، منذ ذلك الوقت ــ ، ووفقا لهذا النظام يخصص جزء من مبلغ التامين الاجباري الذي تفرضه الدولة ، عن حوادث السيارات ، بنسب محددة تكون من مجموعها راس مال هذا الصندوق ، الذي يعوض المضرورين بنسبة معينة عما اصابهم من ضرر . ومن سعد واصف ، التامين من المسئولية ، دراســـة فى عقد النقل البري ، رسالة دكتوراه ١٩٥٨ ، القاهرة ، ص ٢١٢ وما بعدهـــا . محمد لبيب شنب ، المسئولية عن الاشياء فقرة ٢٨٦ .

تعلیقات