مدى مسئولية عديم التمييز التقصيرية في القانون المقارن

بحث مقارن في القانون الفرنسي والقانون المصري وفقه الشريعة الاسلامية والقانون الكويتي

« القسم الثاني »

الدكتور أبو زيد عبد الباقي مصطفى
كلية الحقوق - جامعة الكويت

*** ملخص مانشر في القسم الاول:**

كان موضوع القسم الاول من هذا البحث، الذي نشر في العدد السابق من هذه المجلة تحديد المقصود بعديم التمييز في فصل تمهيدي عرضنا خلاله لعديم التمييز بسبب صغر السن في مطلب أول، وعديم التمييز بسبب المرض العقلي في مطلب ثان. ثم تكلمنا في فصل أول عن مسئولية عديم التمييز في القانون الفرنسي. وقد بحثنا من خلال هذا الفصل مدى هذه المسئولية في المرحلة السابقة على تعديل نص المادة ٢/٤٨٩ من القانون المدني في مبحث اول قسمناه الى مطلبين كرسنا أولهما لدراسة المسألة في القانون الروماني، والقانون الفرنسي القديم، وبحثنا في ثانيهما مدى هذه المسئولية في ظل قانون نابليون، فعرضنا لاتجاهات الفقه والقضاء في ظل هذا القانون، المعارض منها لمبدأ المسئولية، والمؤيد لهذا المبدأ، والمحاولات التي بذلها أنصار مبدأ عدم المسئولية للتخفيف من قسوته، وكيف أن مبدأ المسئولية هو الذي انتصر في النهاية متمثلا في تعديل جوهري أدخل على نص المادة ٢/٤٨٩ وهو ما يمثل المرحلة الثانية من مراحل هذه المسئولية وقد عرضنا لهذه المرحلة في المبحث الثاني من الفصل الاول بحثنا خلالها نص المادة ٢/٤٨٩ بحثا تحليلياً انتقادياً.

وانهينا هذا الفصل الذي عقدناه لمدى المسئولية في القانون الفرنسي بخلاصة لملاحظاتنا الختامية على نص المادة ٢/٤٨٩.

---

* نلفت نظر القارىء الكريم، الى أن تقسيم البحث إلى قسمين على عددين، هو تقسيم صناعي اقتضته الاعتبارات الفنية التي تحكم اخراج المجلة، وتحديد حيز معين لكل بحث في العدد الواحد لايمكن تجاوزه.

الفصل الثانى

مدى مسئولية عديم التمييز في القانون المصرى

٣٦ ــ تمهيد :

يلاحظ ان المشرع المصرى يأخذ ــ كقاعدة عامة ــ بفكرة الخطأ بعنصريها المادى، والمعنوى عند تقرير المسئولية عن الافعال الشخصية. ومن ثم، فانه يستلزم ــ لتحقق هذه المسئولية ــ انحرافاً في السلوك، مع توافر الادراك، أو التمييز لدى مرتكب الفعل الضار، الى جانب الشروط الاخرى من تحقق الضرر، وتوافر علاقة السببية.

وهذا الوضع لم يختلف في ظل القانون المدنى القديم، عنه في ظل القانون المدنى الحالى، من حيث المبدأ، الا أنه من ناحية أخرى، قد تأثر بالاتجاهات التشريعية الحديثة، في شأن الاخذ بمسئولية عديم التمييز، عن أفعاله الضارة. فأخذ بهذه المسئولية، كاستثناء أورده على القاعدة العامة في الفقرة الثانية من المادة ١٦٤ من القانون المدنى الحالى.

وسنعرض في الفقرات التالية للقاعدة العامة، في عدم مسئولية عديم التمييز، في ظل القانون المدنى القديم، وفي ظل القانون المدنى الحالى، ومايرد عليها من استثناء في ظل هذا القانون الاخير، موضحين أساسه القانوني، ثم نوضح رأينا في النص الذي يقرر القاعدة العامة في المسئولية، والاستثناء الوارد عليها.

٣٧ ــ الأخذ بمبدأ عدم المسئولية، في ظل القانون المدني القديم، ونطاق تطبيقه:

كانت المادة ٢١٢ من القانون المدني المختلط تنص على أن : «كل فعل مخالف للقانون يوجب ملزوميه فاعله بتعويض الضرر الناشيء عنه، مالم يكن الفاعل غير مدرك لافعاله، سواء لعدم تمييزه بالنسبة لسنة أو لأى سبب آخر».

وكما هو واضح من النص نلاحظ ان المشرع في القانون المدني القديم(١٧٤) كان يستلزم التمييز في الشخص، حتى يمكن مساءلته عن أفعاله الضارة بالغير(١٧٥).

أما متى كان مرتكب الفعل الضار غير مميز فلا يمكن مساءلته، وان كان يجوز الرجوع على الغير المسئول عن أفعاله الضاره، اما باعتباره متبوعا، واما باعتباره متوليا للرقابة (١٧٦).

وبالرغم من ان القاعدة العامة تقرر عدم المسئولية على النحو السابق، الا أن تطبيقها كان يستلزم أن يكون انعدام التمييز لحظة ارتكاب الفعل الضار تاما(١٧٧). وعلى ذلك فلو أن مجنونا ارتكب فعلا ضارا في لحظة من لحظات الافاقة لترتبت مسئوليته. كما ان

---

(١٧٤) لم يكن لهذا النص مقابل في القانون الاهلي، ومع ذلك فلم ينازع احد في تطبيق احكامه.

(١٧٥) وهذا اذا كان في مكان المسئول، أما اذا كان في مكان المضرور ونسب اليه اهمال ساعد على وقوع الضرر، فان بعض احكام القضاء قد اعتدت به، باعتباره خطأ قد وقع من عديم التمييز يستوجب تخفيف المسئولية وفقا لقواعد الخطأ المشترك. وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه اذا تبين ان هناك خطأ مشترك من سائق السيارة وهو يسير بسرعة ومن جهة الشمال، ومن المضرور وهو طفل صغير سنه ست سنوات، وقد تركه ابوه في الشارع فدهمته السياره. فان مسئولية السائق (ومخدومته) تنزل الى النصف بأعتبار أن هناك خطأ مشتركا ــ استئناف مختلط في ١٥ ديسمبر ١٩٤٨ ــ مجموعة التشريع والقضاء ٦١ ــ ص ٢٨، وفي نفس الاتجاه، استئناف مختلط في ١٥ ديسمبر ١٩٢٠ ــ مجموعة التشريع والقضاء ٣٣ ــ ص ٧٤، واستئناف مختلط ٥ مارس ١٩٣١ ــ مجموعة التشريع والقضاء ٤٣ ــ ص ٢٦٦.
ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٤ مايو ١٩٢٢ ــ مجموعة التشريع والقضاء ٣٤ ــ ص ٤٢٦ «بأنه اذا تبين أن حادثة ماترجع الى خطأ مشترك بين سائق الترام والمصاب، وكان المصاب المنسوب اليه الخطأ صبيا، غير مميز، فان شركة الترام وسائقها يسألان متضامنين قبل المصاب عن التعويض كاملا. ولايخفف من مسئوليتهما ماهو منسوب للصغير من خطأ، لان الخطأ لاتصح نسبته له. وللشركة اذا شاءت ان ترجع على والد الصغير بسبب تقصيره في رعاية ابنه. «انظر نقدا لهذا الحكم في الوسيط للسنهوري ــ المرجع السابق ــ هامش (١) من ص ٩١٠، مصطفى مرعى ــ المسئولية المدنية (المرجع السابق) ــ فقرة٦١، حسن عكوش ــ المسئولية العقدية والتقصيريه في القانون المدني الجديد ــ الطبعة الثانية ١٩٧٠ ــ فقرة ٢٦. وقارن سليمان مرقص ــ المسئولية المدنية في تقنيات البلاد العربية (المرجع السابق) فقرة ٩٥.

(١٧٦) مصطفى مرعى ــ المرجع السابق ــ فقرة ٦٠.

(١٧٧) المرجع السابق ــ نفس الموضع.

فقد الادراك لاينفي مسئولية مرتكب الفعل الضار، متى كان نتيجة خطأه، كما لو كان قد تناول مسكرا، أو مخدرا بارادته (١٧٨).

و يضاف الى ماسبق، أن بعض أحكام القضاء(١٧٩)، قد اتجهت الى تقرير مسئولية عديم التمييز باعتباره متبوعا يسأل عن افعال تابعه الضارة.

وهكذا، نخلص الى أن القاعدة العامة في ظل القانون المدني المصرى القديم كانت تقرر عدم مسئولية عديم التمييز في النطاق الذي عرضناه.

ولكن هل ظل الوضع على هذا النحو في ظل القانون المدنى الجديد؟ هذا ماسنعرض له في الفقرات التالية.

مدى مسئولية عديم التمييز في ظل القانون المدنى الجديد

المادة ١٦٤

٣٨ ــ القاعدة والاستثناء في نص المادة ١٦٤ من القانون المدنى الجديد:

تنص المادة ١٦٤ من القانون المدنى المصرى الجديد على انه:

١ ــ «يكون الشخص مسئولا عن اعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز».

---

(١٧٨) المرجع السابق ــ نفس الوضع.

(١٧٩) نقض جنائي ٢٥ مايو ١٩٤٢ ــ مجموعة عمر للاحكام الجنائية ٥ رقم ٤١١ ص ٦٦٥، وقد جاء فيه: «حيث أن المادة ١٥٢ (من القانون المدني القديم)، اذ نصت بصفة مطلقة على أنه يلزم السيد بتعويض الضرر الناشيء للغير عن أفعال خدمته متى كان واقعا منهم في حال تأدية وظائفهم، وقد أفادت انه لايجب ثبوت اى تقصير او اهمال من جانب المتبوع الذي يلزم بالتعويض، بل يكفى لتطبيقها ان يقع الخطأ المنتج للضرر من التابع أثناء تأدية وظيفته، فتصح اذن مساءلة القاصر بناء عليها عن تعويض الضرر الذى ينشأ من اعمال خدمة الذين عينهم له وليه، أو وصيه، أثناء تأدية أعمالهم لديه، ولايحق للمساءل في هذه الحالة ان يرد على ذلك بأنه هو بسبب عدم تمييزه لصغر سنه لايمكن ان يتصور اى خطأ في حقه، اذ المسئولية هنا ليست عن فعل وقع من القاصر فيكون للادراك والتمييز حساب، وانما عن فعل وقع من خادمه اثناء تأدية اعماله في خدمته».

٢ ــ «ومع ذلك اذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسئول عنه، أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول، جاز للقاضي ان يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل، مراعيا في ذلك مركز الخصوم».

و يبدو واضحا، أن النص السابق(١٨٠) يضع في فقرته الاولى القاعدة العامة في عدم مسئولية عديم التمييز، ثم يورد عليها استثناء يأخذ فيه بمسئوليته في حدود، و بشروط معينة.

---

(١٨٠) ورد هذا النص في المشروع التمهيدي للقانون المدني في المادة ٢٣١ وكانت تجرى على النحو التالى:

١ ــ «يكون الشخص مسئولا عن اعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز حتى لو لم يكن اهلا للتعاقد».

٢ ــ «اذا وقع الضرر من شخص غير مميز وتعذر رجوع المصاب بالتعويض على من نيطت به الرقابة على هذا الشخص جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعيا في ذلك مركز الخصوم».

٣ ــ «اذا أحدث شخص ضررا في وقت فقد فيه التمييز التزم بتعويض الضرر مالم يثبت انه فقد التمييز بغير خطأ منه».

وقد ورد في مذكرة المشروع التمهيدي بخصوص هذا النص مايلي :

١ ــ «جعل التمييز مناطا للاهلية في المسئولية التقصيرية، فمتى كان الشخص قادرا على تمييز الخير من الشر وجبت مساءلته عن خطئه. فمرجع الامر في هذا الشأن فكرة ذاتية أو شخصية يناط بها الحكم، ولو وقع العمل الضار بعد فقد التمييز بصورة موقوته متى كان هذا الفعل راجعا الى خطأ الفاعل و يتعين على محدث الضرر ازاء ذلك أن يقيم الدليل على أن زوال التمييز طرأ عليه بغير خطأ منه اذا اراد ان يدفع المسئولية عن نفسه فالخطأ يفترض في هذه الحالة، والضرر لايأتى الا في المرتبة الثانية من حيث تسلسل النتائج ووصل رباط السببية بها اذ هو ينجم عن فقد التمييز وهذا بدوره يترتب على الخطأ. وقد اورد التقنينان التونسي والمراكشي تطبيقا لهذا الحكم فنصا في المادة ٩٣/١٠٢ على ان (حالة السكر لا ترفع المسئولية المدنية في الالتزامات الناشئة عن الجنح واشباهها، متى كانت هذه الحالة اختيارية وترفع المسئولية المدنية اطلاقا اذا كان السكر غير اختيارى، و يقع عبء الاثبات على عاتق المدعى.

٢ ــ «ويختلف عن ذلك حكم زوال التمييز بغير خطأ ممن احدث الضرر اذ تستبدل بتلك الفكرة الذاتية فكرة موضوعية أومادية واذا كانت المسئولية تظل قائمة في هذا الفرض فهى مسئولية مخففة. وعلى هذا النحو تستأثر المسئولية الموضوعية او المادية بالصدارة على المسئولية الشخصية او الذاتية دون ان تحل محلها على وجه كامل فلا تترتب مسئولية من زال عنه التمييز الا بتوافر شرطين: أولهما ان يتعذر على المصاب الرجوع بالتعويض على من نيطت به الرقابة على من أحدث الضرر، اما لعدم اقامة الدليل على مسئوليته واما لاعساره. والثانى ان يسمح مركز الخصوم للقاضي بأن يقرر للمضرور تعويضا عادلا. فيجوز رفض الحكم بالتعويض اذن، اذا لم يكن غير المميز قادرا على ادائه ويجوز عند الاقتدار =

أ ــ القاعدة العامة ، عدم المسئولية :

تستلزم الفقرة الاولى من نص المادة ١٦٤ ضرورة توافر التمييز لدى مرتكب الفعل الضار حتى يمكن مساءلته ، والزامه بدفع التعويض للمضرور.

ومن ثم، تقضي القاعدة العامة بعدم تحقق مسئولية الصغير غير المميز، والمجنون والمعتوه عما يرتكبونه من أفعال ضارة بالغير. والعبرة بتوافر التمييز، أو عدم توافره لحظة ارتكاب الفعل الضار، ولا اهمية لتسجيل قرار الحجر على المجنون، أو المعتوه، لان اهميته لا تظهر الا بالنسبة للتصرفات القانونية.

= انقاص التعويض عدالة حتى يكون في حدود سعته. و يراعى في ذلك كله مركز المضرور نفسه من الناحية المادية، وجسامة الخطأ ومدى الضرر وقد نوقش نص المادة ٢٣١ في لجنة المراجعة حيث اقترحت تعديلات لفظية. كلما اقترح ايضا تعديل عبارة تعذر الرجوع على المسئول «بعبارة» تعذر الحصول على تعويض من المسئول حتى يتبين بوضوح ان التعذر ينصب على جواز الرجوع قانونا وعلى امكان الحصول على التعويض فعلا. كما نوقشت الفقرة الاخيرة من النص ورؤى بعد المناقشة حذفها لعدم الحاجة اليها اذا يستفاد حكمها من تطبيق القواعد العامة.

وقد أصبح نص المادة بعد هذه التعديلات يجرى على النحو التالى:

١ ــ يكون الشخص مسئولا عن اعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز ولو لم يكن اهلا للالتزام بالعقد.

٢ ــ «ومع ذلك اذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولو لم يكن هناك من هو مسئول عنه اوتعذر الحصول على تعويض من المسئول جاز للقاضى ان يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل، مراعيا في ذلك مركز الخصوم». واصبح رقم المادة ١٦٨ في المشروع النهائي ووافق مجلس النواب عليها.

وفي لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ حذف من الفقرة الاولى عبارة ولو لم يكن اهلا للالتزام بالعقد، لانها تزيد لا تقتضيه الضرورة. ووافقت اللجنة على الفقرة الثانية ولو أن حكمها مخالف للقواعد المعمول بها، وانما تقضى به العدالة وله سند من الشريعة الاسلامية. اذ تنص المادة ٩١٦ من مجلة الاحكام العدلية على أنه: اذا أتلف صبى مال غيره فيلزم الضمان من ماله، فان لم يكن له مال ينتظر الى حال يساره، ولايضمن وليه ».وقد اعترض في اللجنة على التعبير «بتعويض عادل» الا انه قد رد على هذا الاعتراض بأن مبدأ مسئولية الصبى غير المميز مأخوذ من الشريعة الاسلامية، وهو في الواقع مبدأ جديد على القانون المدنى والتعويض العادل اريد به ان يكون اقل من التعويض العادى وان تراعى فيه اعتبارات قد لا تراعى في التعويض العادى. فوافقت اللجنة على ابقاء التعبير كما هو. واصبح رقم المادة ١٦٤. ثم وافق مجلس الشيوخ عليها كما أقرتها لجنته.

(أنظر مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى ــ جـ ٢ ص ٣٥٦ الى ص ٣٦١).

ولايشترط أن يكون انعدام التمييز مستمرا، وانما يكفى ان يكون عارضا، للقول بانتفاء المسئولية. فينعدم التمييز ــ ومن ثم تنتفى المسئولية ــ لاى سبب عارض كتناول مسكر، أو تعاطى مخدر، أو الوقوع تحت تأثيرتنويم مغناطيسى، أو الاصابة بالصرع، أو المرض باليقظة النومية.

ولكن يجب، من ناحية أخرى، الا يكون انعدام التمييز العارض راجعا الى خطأ من جانب الشخص ذاته. فمن يتعاطى مسكرا، أو يتناول مخدرا دون اضطرار،(١٨١) واكراه، لا تنتفي مسئوليته عما يرتكبه من أفعال ضارة، برغم انعدام تمييزه اثناء ذلك. و يقع على عاتق عديم التمييز بسبب عارض، عبء اثبات ان وجوده في هذه الحالة، كان قائما لحظة وقوع الفعل الضار (١٨٢) .

و يرى الاستاذ الدكتور السنهورى رحمه الله ان هذه القاعدة العامة تجد اساسها في ضرورة توافر التمييز نظرا لان عديم التمييز لايمكن أن ينسب اليه خطأ ما. فللخطأ ركنان مادى وهوركن التعدى، ومعنوى وهوركن الادراك و يقول «والشخص الذى لايدرك مايصدر عنه من عمل لاتجوز مساءلته لا أدبيا ولا جنائيا ولا مدنيا، مادامت المسئولية تقوم على الخطأ، وتربط الخطأ بالتمييز، فتشيع في المسئولية عاملا ادبيا لايجوز الاستغناء عنه. اذ هوعنصر ذاتى يخفف من حدة العنصر الموضوعى الذى يهيمن على مقياس الشخص المجرد (١٨٣) .

---

(١٨١) السنهوري ــ المرجع السابق ــ فقرة ٥٣٩، عبد المنعم فرج الصده ــ المصادر غير الارادية للالتزام ١٩٦٠ ــ فقرة ٣٤، سليمان مرقص ــ المسئولية المدنية (المرجع السابق) ــ فقرة ٩١، ومؤلفه: شرح القانون المدنى جـ ٢ ــ ١٩٦٤ ــ فقرة ٣٥٩، محمود جمال الدين زكى ــ الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدنى المصرى ١٩٧٨ ــ فقرة ٢٤٤، حسين عامر وعبد الرحيم عامر ــ المسئولية المدنية التقصيرية والعقدية ــ الطبعة الثانية ١٩٧٩ ــ فقرة ٢٣٢، حسن عكوش ــ المرجع السابق ــ فقرة ٢٧.

(١٨٢) وهذا على خلاف القواعد العامة في الاثبات التى تجعل البينة على من يدعى خلاف الظاهر اصلا، او عرضا، او فرضا، لانه مع التسليم بأن توافر التمييز أصل وان البينة على من يدعى خلافه فانه مما لا شك فيه ان اثبات افعال دالة على عدم التمييز، بعضها سابق على الفعل الضار، وبعضها لاحق يجعل الظاهر عرضا انعدام التمييز وقت ارتكاب ذلك الفعل. سليمان مرقص ــ المسئولية المدنية (المرجع السابق) هامش«٤» من ص ٢٣٩.

(١٨٣) السنهورى ــ الوسيط (المرجع السابق) ــ فقرة ٥٣٦ ص ٩٠٥.

ثم يقول في موضع آخر: «حتى لوقيل ان الخطأ ليس له الا ركن واحد هوركن التعدى فان المقياس المجرد لهذا الركن لايسعف في نظرنا القائلين بمسئولية عديم التمييز فقد قدمنا أنه لايصح اعتبار ظرف عام تشترك فيه طائفة من الناس ظرفا داخليا خاصا بكل فرد من افراد هذه الطائفة. عند تقدير مايصدر عادة من هذه الطائفة من اعمال، فالصبية والنساء والريفيون مقياسهم المجرد، في الاعمال التى تصدر منهم في العادة، لايتجرد من عوامل السن والجنس والحالة الاجتماعية.. كذلك عديمو التمييز هم ايضا طائفة من الناس تشترك في مميز عام هو انعدام التمييز، فلا يجوز ان يتجرد مقياسهم من هذا المميز في تقدير الاعمال التى تصدر منهم في العادة» (١٨٤).

ب ــ الاخذ بمسئولية عديم التمييز على سبيل الاستثناء :

اذا كان الاصل في القانون المصرى هو انتفاء مسئولية عديم التمييز على النحو السابق، الا أن المشرع تأثرا بالاتجاهات التشريعية الحديثة، التى سبق ان اشرنا (١٨٥) الى انها أصبحت تأخذ بمبدأ المسئولية على درجات متفاوتة، فقرر بدوره الاخذ بمسئولية عديم التمييز على سبيل الاستثناء في محاولة لتحقيق العدالة.

وقد تضمن هذا الاستثناء نص الفقرة الثانية من المادة ١٦٤ مدنى الذى يقرر أنه:

«ومع ذلك اذا وقع الضرر من شخص غير مميز، ولم يكن هناك من هو مسئول عنه، او تعذر الحصول على تعويض من المسئول، جاز للقاضى ان يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعيا في ذلك مركز الخصوم».

ومن هذا يتبين لنا أن هذه المسئولية لها عدة خصائص: فهى مسئولية استثنائية، واحتياطية، وجوازية، ومخففة.

فهى من ناحية، مسئولية استثنائية وردت على خلاف الاصل الذي قررته الفقرة الاولى من النص. كما انها من ناحية ثانية، مسئولية احتياطية، لايلجأ اليها القاضى الا اذا لم يوجد من يسأل عن أفعال عديم التمييز، أو وجد وانتفت مسئوليته، أو تعذر الحصول منه

(١٨٤) المرجع السابق ــ فقرة ٥٣٦ ص ٩٠٤.
(١٨٥) ماسبق ــ فقرة ٢٨.

على التعويض لاعساره. كما أنها من ناحية ثالثة، مسئولية جوازية بمعنى ان للقاضى ان يلجأ الى الاخذ بها أو لا يلجأ بحسب مايراه فالاخذ بها يدخل في سلطته التقديرية.

وهى، في النهاية، مسئولية مخففة. فليس ضروريا ان يحكم القاضى للمضرور بتعويض كامل عما لحقه من ضرر، وانما يجوز ان يقتصر على الحكم بتعويض يقل عن الضرر، اذا رأى ان العدالة تقتضي ذلك. وهو في هذا يراعى حالة عديم التمييز المالية، وكذلك حالة المضرور.

فاذا كان عديم التمييز واسع الثراء، والمضرور ليس كذلك، والضرر جسيما. جاز للقاضى ان يحكم بتعويض كامل. اما اذا كان عديم التمييز متوسط الحال، بينما كان المضرور محتاجا، فيمكن للقاضي ان يحكم بتعويض جزئى، آخذا في الاعتبار ترك مورد يكفى لنفقة عديم التمييز، ونفقة من تجب عليه نفقتهم. وقد لا يحكم القاضى بأى تعويض، متى تبين له ان عديم التمييز ــ مرتكب الفعل الضار ــ معوزا، بينما من وقع عليه الضرر ميسور الحال (١٨٦).

٣٩ ــ نطاق المسئولية الاستثنائية لعديم التمييز:

اذا كان نص المادة ٢/١٦٤ قد قرر الاخذ بمسئولية عديم التمييز عن افعاله الضارة استثناء على القاعدة العامة في عدم المسئولية، بحيث تكون مسئولية احتياطية، وجوازية، ومخففة. الا أن النص قد ورد في خصوص المسئولية عن الفعل الشخصي لعديم التمييز، فان التساؤل يثور عن مدى مسئولية عديم التمييز متى كان متبوعا، او حارسا للاشياء.

واذا كان التساؤل لاينصب على مبدأ المسئولية نفسه، بعد ان استقر الامر على تقرير مسئولية عديم التمييز من حيث المبدأ. الا أنه ينحصر في مدى هذه المسئولية، و بعبارة اخرى هل يسأل مسئولية كاملة عن افعال تابعه الضارة، وكذلك عما يقع من الاشياء التي تحت حراسته سواء أكانت اشياء حية، أو غير حية. وفقا للقواعد العامة في المسئولية عن فعل الغير، وعن الاشياء. أم أن الاستثناء الوارد في نص الفقرة الثانية بخصوص المسئولية المحدودة يؤخذ به ايضا في نطاق هذين النوعين من انواع المسئولية؟

هذا مانعرض له فيما يلى:

(١٨٦) مؤلفنا في المصادر غير الارادية للالتزام (المرجع السابق) ــ ص ٣٨٠.

أولا : مسئولية عديم التمييز باعتباره متبوعا :

جرى الفقه(١٨٧) والقضاء المصرى(١٨٨) على ان عديم التمييز، وان كان لايسأل عن افعاله الضارة الا على سبيل الاستثناء. الا انه يكون مسئولا عن افعال تابعه الضارة، مسئولية كاملة، لان سلطة الاشراف، والرقابة، والتوجيه، تتحقق، ولو لم يكن المتبوع قادرا عليها حتى من الناحية الادارية والتنظيمية، اذ يمكن ان يتولاها عنه نائبه القانون كالولى، او الوصى، او القيم(١٨٩).

و يستند القضاء فى الاخذ بمسئولية عديم التمييز عن فعل تابعه الى انه لايسأل عن خطأ وقع منه، وانما يسأل بصفته متبوعا عن خطأ صدر عن تابعه اثناء عمله لحسابه ومصلحته. ومن ثم فلا تثور مسألة مدى امكان نسبة وقوع خطأ شخصى منه(١٩٠) .

كما أن الفقه من جانبه يبرر هذا الاتجاه بأنه متى اعتبرنا ان مسئولية المتبوع هى مسئولية عن فعل الغير و «على اى وجه فسرت هذه المسئولية، و بخاصة اذا فسرت بفكرة الضمان، يجعل المتبوع مسئولا عن تابعه، ولايستطيع التخلص من هذه المسئولية ولو اثبت انه كان يستحيل عليه ان يمنع العمل غير المشروع الذى سبب الضرر، فالتزامه التزام بتحقيق غاية التزام ببذل عناية. وهذا الاعتبار يجيز ايضا استبقاء مسئولية المتبوع حتى لو كان غير

---

(١٨٧) السنهورى ــ المرجع السابق ــ فقرة ٥٣٩ (خامساً) و٦٧٩ و٦٨٩ و ٦٩١، سليمان مرقص، شرح القانون المدنى (المرجع السابق) ــ فقرة ٤٣٩، الصده ــ المرجع السابق ــ فقرة ١١٢ وفقرة ١١٤، محمود جمال الدين زكى المرجع السابق ــ فقرة ٢٤٥، محمد كامل مرسى ــ شرح القانون المدنى الجديد (الالتزامات) جـ ٢ ــ ١٩٥٥ ــ فقرة ١٤٨، حسين عامر وعبد الرحيم عامر ــ المرجع السابق ــ فقرة ٨١٣، مؤلفنا السابق الاشارة اليه ــ ص ٩٦، عبد الحى حجازى ــ النظرية العامة للالتزام جـ ٢ مصادر الالتزام ١٩٥٤ ــ ص ٥٢٧.

(١٨٨) نقض جنائي في ١٠ فبراير ١٩٥٣ ــ مجموعة احكام النقض، س ٤، رقم ١٩٦ ص ٥٣٤، وراجع هامش ١٧٩ فيما سبق حيث اوردنا حكما صدر في ظل القانون المدنى القديم، وانظر احكاما أخرى في نفس الاتجاه اشار اليها الاستاذ الدكتور محمد كامل مرسى ــ المرجع السابق ــ هامش «٣» من ص ٢٦٥ وهامش «١» وهامش «٢» من ص ٢٦٦.

(١٨٩) المراجع المشار اليها في هامش ١٨٧.

(١٩٠) احكام القضاء السابق الاشارة اليها في هامش ١٧٩ و ١٨٨.

مميز، فمسئوليته عن التابع ليس مصدرها الاتفاق حتى يشترط التمييز، بل مصدرها القانون سواء كانت ضمانا، او نيابة، أو حلولا (١٩١).

ثانيا: مدى مسئولية عديم التمييز باعتباره حارسا :

اذا كان الوضع قد استقر في القضاء الفرنسي على تقرير مسئولية عديم التمييز باعتباره حارسا للاشياء ــ الحية منها وغير الحية ــ منذ صدور حكم تريشار سنة ١٩٦٤، فان الامر في ظل القانون المصرى مازال محلا للخلاف.

فالقضاء المصرى ــ بحسب علمنا ــ لم يصدر حكما يحدد فيه موقفه من هذه المسألة حتى الإن. أما الفقه، فمنقسم الى اتجاهات ثلاثة.

يذهب الاتجاه الاول منها ــ وهو اتجاه الجمهور(١٩٢) ــ الى الاخذ بالمسئولية الكاملة لعديم التمييز عما تحدثه الاشياء التى تحت حراسته من اضرار تلحق الغير فيسأل عن الضرر الذى يحدثه الحيوان الذي يكون تحت حراسته، كما يسأل عما يقع من الاشياء الاخرى غير الحية التي تكون تحت حراسته كالبناء، او الالات الميكانيكية، أو تلك التى تتطلب حراستها عناية خاصة.

و يستند هذا الاتجاه الى أن أساس مسئولية حارس الاشياء هو تحمل التبعة. فمتى كان الحارس يفيد من مزايا الشيء، فعليه ان يتحمل مايترتب على استخدامه من ضرر يلحق الغير كما أن بعض انصاره قد أسس هذه المسئولية على فكرة الضمان.

---

(١٩١) السنهورى ــ المرجع السابق ــ فقرة ٦٩١.

(١٩٢) الصده ــ المرجع السابق ــ فقرة ٣٤ (٤)، سليمان مرقص ــ شرح القانون المدنى ــ فقرة ٤٤٨(أ) وفقرة ٤٧١، محمود جمال الدين زكى ــ المرجع السابق ــ فقرة ٢٤٥، لبيب شنب ــ المسئولية عن الاشياء، دراسة في القانون المدنى المصرى ــ رسالة دكتوراه ١٩٥٧ ــ فقرة ٨١، رسالة سهير سيد منتصر ــ المرجع السابق ــ ص ١٦٠.
انور سلطان ــ النظرية العامة للالتزام ــ الجزء الاول (مصادر الالتزام) ١٩٦٥ ــ فقرة ٤١٦ ص ٤٦٥ ومع ذلك انظر فقرة ٥٤٦ حيث يذكر انه لايجوز اعتبار عديم التمييز حارسا للبناء لان الخطأ في الحراسة يتطلب الادراك.

ومؤدى هذا ان عديم التمييز يمكن ان يكون حارسا متى توافرت له السيطرة الفعلية على الشيء سواء باشرها بنفسه، أو بواسطة نائبه القانونى كالولى أو الوصى او القيم(١٩٣).

أما الاتجاه الثاني ــ وهو مايقول به الفقيهان الكبيران السنهوري(١٩٤) وعبد الحى حجازي(١٩٥) ــ فيذهب الى ضرورة توافر التمييز في الشخص حتى يمكن ان يكون حارسا. و يستندان في ذلك الى أن اساس مسئولية حارس الاشياء هو الخطأ (بركنيه المادى والمعنوى)، وعديم التمييز «لايتصور الخطأ في جانبه»(١٩٦).

وأخيرا يتخذ اتجاه ثالث(١٩٧) موقفا وسطا بين الاتجاهين السابقين. فهو وان كان لايسلم بالمسئولية الكاملة لعديم التمييز كحارس للاشياء تأسيسا على انه لايجد هذه المسئولية تقوم على تحمل التبعة، الا انه من ناحية اخرى لايتجه الى الاخذ بانتفاء مسئولية عديم التمييز، تماما، ونفى صفة الحارس عنه. وانما يذهب الى ان نص المادة ٢/١٦٤ الذى قرر مسئولية عديم التمييز استثناء عن أفعاله الشخصية، يمكن ان يؤخذ به ايضا في نطاق مسئوليته كحارس للاشياء. ولايجوز أن يقال ان هذا النص قد ورد في التقنين المدنى في الفصل الخاص بالمسئولية عن الفعل الشخصي، لأن ماورد في هذا الفصل من نصوص يمثل القواعد العامة في المسئولية. ومن ثم فهي كما تطبق على المسئولية عن الفعل الشخصي، تطبق كذلك في نطاق المسئولية عن فعل الغير، وعن الاشياء، فيما لا تعارض فيه مع النصوص الخاصة، الواردة في شأن هذه الانواع من المسئولية(١٩٨).

---

(١٩٣) محمد لبيب شنب ــ الرسالة السابق الاشارة اليها ــ فقرة ٨١.

(١٩٤) المرجع السابق ــ فقرة ٧٠٨ وفقرة ٧٣٥، ومع ذلك قارن ماذكره سيادته في الفقرة ٥٣٩ (خامسا) من انه اذا «كان عديم التمييز مسئولا عن تابعه او عن اشياء في حراسته كحيوان اوآلة ميكانيكية، وأخذنا بالرأى الذي يقول ان المسئولية في هذه الحالة تقوم على خطأ مفروض فرضاً لايقبل اثبات العكس، فان الخطأ المفروض يكون قائما فى جانب عديم التمييز.

(١٩٥) المرجع السابق ــ ص ٥٤٠ وص ٥٤٥، وفي نفس الاتجاه حسين عامر فقرة ٨٧٦ في خصوص حارس الحيوان، بينما يجيز مساءلة عديم التمييز حارس الاشياء غير الحية فقرة ٩٢٣، لان اساس المسئولية فيها تحمل التبعة، بينما اساس مسئولية حارس الحيوان هو الخطأ.

(١٩٦) السنهوري ــ المرجع السابق ــ فقرة ٧٠٨ وفقرة ٧٣٥ المشار اليهما.

(١٩٧) احمد شوقي عبد الرحمن ــ مسئولية المتبوع باعتباره حارسا ــ مجموعة البحوث القانونية والاقتصادية التي تصدر عن كلية الحقوق ــ جامعة المنصورة ــ ١ ــ ١٩٧٥ ــ فقرة ١٨٣.

(١٩٨) بحث زميلنا الدكتور احمد شوقي ــ السابق الاشارة اليه ــ فقرة ١٨٣، ويشير في هامش «١» من ص ١٧٩ الى حكم نقض مدنى مصرى في ٥ نوفمبر ١٩٦٤ ــ مجموعة النقض المدنية س ١٥، عدد ٣، =

و ينتهى هذا الاتجاه الاخير الى أن مسئولية عديم التمييز كحارس ستكون مسئولية عن خطأ شخصى هو خطأ في الحراسة، بحيث تترتب هذه المسئولية عندما يتدخل الشيء تدخلا ايجابيا في احداث الضرر. ولم يكن هناك من يسأل عن عديم التمييز أو تعذر الحصول على تعويض منه (١٩٩).

ونحن نعتقد ان الاتجاه الاول هو الاولى بالتأييد، فيجب ان تتقرر المسئولية الكاملة لعديم التمييز كحارس للاشياء الحية منها وغير الحية، أيا كانت الوسيلة الفنية لتأسيس هذه المسئولية. فسواء كانت فكرة تحمل التبعة، كما يذهب الى ذلك جمهور الفقة المصرى، او أخذنا بفكرة الضمان التى قال بها البعض. او اخذنا بفكرة الخطأ بمفهومه الموضوعى التى قال بها في فرنسا الاساتذة مازوتنك.

والاخذ بهذا الاتجاه هو الذي يحقق مصلحة المضرور التى أصبحت هدفا تسعى اليه أغلب التشريعات الحديثة.

٤٠ ــ الاساس الذي يستند اليه نص المادة ٢/١٦٤ مدنى مصرى:

يكاد ينعقد اجماع الفقه المصرى(٢٠٠)، على ان اساس المسئولية الاستثنائية المنصوص عليها في الفقرة الثانية من نص المادة ١٦٤ هو فكرة تحمل التبعة او التضامن الاجتماعي(٢٠١). فغير المميز يتحمل تبعة افعاله الضارة ولكن في حدود معينة فهى مسئولية

= رقم ١٥٠، ص ١٠٠٧ يأخذ بتطبيق النصوص الواردة في الجزء الخاص بالمسئولية عن الفعل الشخصى على الانواع الاخرى من المسئولية عن فعل الغير، وعن الاشياء باعتبارها قواعد عامة مادامت لا تتعارض مع النصوص الخاصة الواردة في شأن هذه الانواع من المسئولية.

(١٩٩) المرجع السابق ــ نفس الموضع.

(٢٠٠) السنهوري ــ المرجع السابق ــ فقرة ٥٤٠، حسن عكوش ــ المرجع السابق ــ فقرة ٢٧، رسالة محمد نصر رفاعى السابق الاشارة اليها ــ فقرة ٣١٤. أنور سلطان ــ المرجع السابق فقرة ٤١٥، جميل الشرقاوى ــ النظرية العامة للالتزام الكتاب الاول (مصادر الالتزام) ١٩٧٦ ص ٤٦١، سمير تناغو ــ نظرية الالتزام ١٩٧٥ ــ فقرة ٢٠٣، وقارن أحمد سلامة ــ مذكرات في نظرية الالتزام ــ الكتاب الاول مصادر الالتزام، ١٩٧٥ ــ فقرة ١٧٥ حيث يذكر انها مسئولية موضوعية لا تقوم على فكرة الخطأ.

(٢٠١) الصده ــ المرجع السابق ــ فقرة ٣٥.

مقررة على خلاف الاصل العام(٢٠٢). بينما ذهب البعض الى تأسيسها على فكرة الضمان(٢٠٣).

ومع ذلك، فقد وجد في الفقه المصرى من يقول بأن المسئولية المدنية لم تتوافر أركانها وان النص يمثل التزاما قانونيا فرضه الشارع على كاهل عديم التمييز(٢٠٤).

ولسنا في حاجة الى أن نردد هنا، ماسبق ان عرضناه تفصيلا، من نقد وجه لفكرة تحمل التبعة كأساس لمسئولية عديم التمييز من جانب الفقه الفرنسى(٢٠٥). كما ان فكرة الالتزام القانوني الذى يفرضه المشرع بنص قانوني، لايصلح ــ في تقديرنا ــ أساسا للمسئولية. لان جميع الالتزامات ــ أيا كان اساسها القانوني ــ يجب ان يتضمنها مصدر من مصادر القانون سواء أكان التشريع، أو غيره من مصادر القانون الاخرى المعروفة. وفارق كبير بين مصدر الالتزام، واساسه القانونى، اى الوسيلة الفنية التي يجد فيها اساسه. وكثيرا مانجد ان البعض حينما يستعصى عليه وجود هذه الوسيلة الفنية يلجأ الى القول بفكرة الالتزام المفروض بنص قانوني. ولو اخذت الامور على هذا النحو لقلنا أن جميع الالتزامات مفروضة. دون ان يعرف الاساس الصحيح لكل منها (٢٠٦).

ولعل في الاخذ بفكرة الخطأ بمعياره الموضوعى مايصلح اساسا مناسبا لهذه المسئولية متى وضعنا في الاعتبار ان الاتجاه الحديث اصبح يعتد بمجرد وقوع الضرر لتقرير المسئولية ــ حماية للمضرور ــ دون ان يعبأ كثيرا بمدى ادراك مرتكبه.

---

(٢٠٢) سليمان مرقص ــ شرح القانون المدنى (المرجع السابق) ــ فقرة ٣٦٠ (وقد ورد خطأ مطبعى بها فذكرانها فقرة ٣٦١).

(٢٠٣) رسالة سهير منتصر ــ المرجع السابق ــ ص ١٦١ وص ١٦٥.

(٢٠٤) حسين عامر وعبد الرحيم عامر ــ المرجع السابق ــ فقرة ٢٣٤.

(٢٠٥) ماسبق ــ فقرة ٢٥ (ثانيا) ــ ١

(٢٠٦) أنظر في التفرقة بين مصدر المسئولية واساس المسئولية، رسالة لبيب شنب ــ المرجع السابق ــ فقرة ٢٣٢. حيث يعرف المصدر بأنه «السبب الذى يلزمنا بتعويض الضرر الحاصل للغير. «ويرى» ان مصادر القانون لاتخرج منطقيا عن الارادة والقانون». أما اساس المسئولية فيقصد به: «السبب الذى من أجله يضع القانون عبء تعويض الضرر الحاصل على عاتق شخص معين».

٤١ ــ مانراه في شأن المادة ١٦٤ مدنى مصرى :

نحن نرى ضرورة تعديل نص المادة ١٦٤ من القانون المدنى المصرى، بحيث يتضمن هذا التعديل، تقرير المسئولية الكاملة لعديم التمييز عن افعاله الضارة. على ان تكون مسئولية أصلية، لا استثنائية، ووجوبية لاجوازية للقاضى، وكاملة لامخففة. لانه في ظل الوضع القائم يمكن الايحصل المضرور على أى تعويض متى رأى القاضى ان عديم التمييز لا مال له، او لايحصل الا على تعويض جزئي متى قدر القاضى ذلك. فالمسألة تخضع لتقدير تحكمى من جانب القضاء، يختلف من حالة الى أخرى وربما برغم تماثل الحالات. وهو مايصطدم ــ في نظرنا ــ مع اعتبارات العدالة، التى تفرض ضرورة حصول المضرور على التعويض الكامل عما يقع له من ضرر.

واذا كان هناك مايقتضى مراعاة مصلحة عديم التمييز ــ كما لو كان معوزا ــ فيمكن الاتجاه الى الاخذ بنظام التأمين الاجبارى من مسئوليته، او الاستعانة بنظام صندوق الضمان على النحو الذى سبق لنا الاشارة اليه(٢٠٧).

وتقرير المسئولية الكاملة لعديم التمييز، هو ما اتجه اليه الرأي الراجح في فقه الشريعة الاسلامية وهو ماأخذه عنه المشرع الكويتي في القانون المدنى الجديد.

وسنعرض لذلك تفصيلا في الفصل التالي:

---

(٢٠٧) ماسبق ــ فقرة ٣٤ (أولا)

الفصل الثالث

مدى مسئولية عديم التمييز في فقه الشريعة الاسلامية وفي القانون الكويتي

٤٢ ــ تمهيد ، وتقسيم :

ان المتأمل لقواعد المسئولية التقصيرية التى أخذ بها المشرع الكويتي سواء في ظل قانون الالتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع الملغى، أو في ظل القانون المدنى الجديد، يلاحظ في يسر تأثره الواضح، بفقه الشريعة الاسلامية في هذا الموضوع. ولذلك، فان بحثنا لمدى مسئولية عديم التمييز عن أفعاله الضارة، في ظل القانون الكويتي، ينبغى أن يكون مسبوقا ببحث مدى هذه المسئولية في فقه الشريعة الاسلامية.

ومن ثم، فنحن نرى تقسيم هذا الفصل الى مبحثين. نعرض في أولهما لمدى مسئولية عديم التمييز في فقه الشريعة الاسلامية، ثم نتكلم في ثانيهما عن مدى هذه المسئولية في القانون الكويتي.

المبحث الأول

مدى مسئولية عديم التمييز في فقه الشريعة الاسلامية

٤٣ ــ تقسيم :

لبحث مدى مسئولية عديم التمييز في فقه الشريعة الاسلامية، ينبغى أن يتم ذلك في ضوء قاعدتين هامتين: أولاهما، أن المباشر ضامن وان لم يتعمد (أو يتعد). وثانيتهما، أن

المتسبب لايضمن الا اذا كان متعديا. وهذا يقتضي أن نقسم هذا المبحث الى مطلبين، نتكلم في أولهما عن المباشرة من حيث مايقصد بها، وحكمها ومدى تطبيقه على عديم التمييز، كما نعرض، في ثانيهما، للتسبب من حيث مايقصد به وحكمه، ومدى تطبيقه على عديم التمييز.

المطلب الاول

المباشرة ، مايقصد بها ، وحكمها ، ومدى تطبيقها على عديم التمييز

٤٤ ــ المقصود بالمباشرة :

أفاض الفقهاء في تعريف المباشرة، و يلاحظ أن تعريفاتهم، وان اختلفت في ألفاظها، الا أنها جميعا تنتهى الى اظهار علاقة السببية بين الفعل والنتيجة، فمتى ترتبت النتيجة على الفعل كان مباشرة(٢٠٨).

ونورد فيما يلي بعض هذه التعريفات في المذاهب الفقهية المختلفة. فعند الحنفية تؤخذ المباشرة من تعريفهم للمباشر، وهو «من يلى الأمر بنفسه»(٢٠٩). كما عرفها الكاسانى(٢١٠) بأنها «ايصال الآلة بمحل التلف». وهى عند المالكية «مايقال عادة حصل الهلاك به من غير توسط»(٢١١).

---

(٢٠٨) فخرى رشيد مهنا ــ أساس المسئولية التقصيرية ومسئولية عديم التمييز، دراسة مقارنة في الشريعة الاسلامية والقوانين الأنجلوسكسونية والعربية،رسالة ماجستيرقدمت الى جامعة بغداد ١٩٧٤،ص ١٠

(٢٠٩) سليم رستم باز اللبناني ــ شرح مجلة الاحكام العدلية ١٩٢٣ ــ ص ٦٠ شرح المادة ٩٢.

(٢١٠) الامام علاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاسانى الحنفى ــ بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ــ جـ ٧ الطبعة الثانية ١٩٧٤ ــ دار الكتاب العربى ببيروت ــ ص ١٦٥.

(٢١١) القرافى : الامام شهاب الدين الصنهاجى القرافى ــ الفروق وبهامشه عمدة المحققين، وتهذيب الفروق، والقواعد السنية في الاسرار الفقهية ــ جـ٤ ــ دار المعرفة للطباعة، والنشر ببيروت ــ الفرق ٢١٧ ص ٢٧.

أما الشافعية فيعرفونها بأنها «مايؤثر في الهلاك ويحصله»(٢١٢). أما الحنابلة فلا نعثر عندهم على تعريف للمباشرة، وانما نجد لهم أمثلة عليها «كالجرح بماله نفوذ كسكين وشوكة أو قتلة بمثقل، أو يلقى عليه حائط... أو يلقيه من شاهق، أو يلقيه في نار. أو يخنقه بحبل... أو يسد فمه وأنفه»(٢١٣).

و يعرف الامامية المباشر بأنه: «موجد علة التلف كالأكل، والاحراق، والقتل، والاتلاف» والمباشرة عندهم هى : «عدم وجود واسطة بين التالف والمتلف»(٢١٤).

هذا، وقد عرفتها مجلة الاحكام العدلية في المادة ٨٨٧ بأن «الاتلاف مباشرة هو اتلاف الشيء بالذات»، أى دون أن يتخلل فعل المباشر والتلف فعل آخر. و يقرب من هذا تعريف فضيلة المرحوم الأستاذ علي الخفيف للضرر المباشر بأنه ماكان «نتيجة مباشرة لما باشره المعتدى من فعل دون أن يتوسط بينهما فعل آخر يتسبب عنه الضرر»(٢١٥).

وهكذا يمكننا أن ننتهى الى القول بأن الشخص يعتبر مباشرا للضرر متى حصل بفعله من غير أن يكون بين فعله والضرر واسطة.

٤٥ ــ حكم المباشر في فقه الشريعة الاسلامية:

القاعدة في فقه الشريعة الاسلامية أن المباشر ضامن وان لم يتعمد، وهو مانصت

---

(٢١٢) محمد الخطيب الشربيني ــ مغنى المحتاج الى معرفة معانى الفاظ المنهاج ــ جـ٤ ــ مصر ١٩٥٥ ــ ص ٦، عبد الله بن حجازى الشرقاوي ــ حاشية الشرقاوى على تحرير وتنقيح اللباب ــ جـ٤ ــ ص ٣٦٠.

(٢١٣) الشيخ منصور البهوتى ــ شرح زاد المستنقع مطبوع مع الروض المربع ــ مصر ١٩٥٥ ــ ص ٢٥٤ ــ ٢٥٦، ابراهيم بن محمد بن سالم ــ منار السبيل في شرح الدليل ــ جـ ٢ ــ ص ٣١٧ ــ ٣١٨، ابن قدامة المقدسي ــ المغنى جـ ٧ ــ الطبعة الثالثة ١٣٦٧هـ ــ ص ٦٤٢ ــ ٦٤٣.

(٢١٤) الشهيد الاول محمد بن جمال الدين مكى العاملى ــ اللمعة الدمشقية مطبوع مع الشهيد الثاني زين الدين العاملى الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ــ جـ ٧ ــ الطبعة الاولى من منشورات جامعة النجف الدينية ــ ص ٣٠ ــ ٣١.

(٢١٥) الضمان في الفقه الاسلامي ــ القسم الاول ــ محاضرات القاها على طلبة قسم البحوث والدراسات القانونية والشرعية جـ١ ــ القاهرة ١٩٧١ (المطبعة الفنية الحديثة) ــ ص ٧٤، محمد جواد مغنية ــ فقه الامام جعفر الصادق ــ جـ ٦ الطبعة الأولى دار العلم للملايين ببيروت ١٩٦٦ ــ ص ٣٢.

عليه صراحة المادة ٩٢ من مجلة الاحكام العدلية. الا أن بعض الفقه الحديث يذهب الى أن الصياغة السليمة للقاعدة هى «أن المباشر ضامن وان لم يتعد»(٢١٦).

و يستند أصحاب هذا الاتجاه، الى أن التعمد يقصد به اتيان الفعل بقصد الاضرار بنفس الغير، أو بماله. أما التعدى، فلا يقصد به سوى مجرد تجاوز الحدود المشروعة قانونا، دون قصد الاضرار بالغير. فجوهر الاختلاف بين التعمد، والتعدى يكمن في كون المتعمد قد قصد النتيجة الضارة التى أدى اليها فعله، بينما لم يقصدها من تعدى. وهو مايقابل في الفقه القانونى الحديث فكرة الخطأ العمدى، والخطأ غير العمدى (٢١٧).

و ينتهى أصحاب هذا الاتجاه، الى وجوب تعديل القاعدة القائلة بأن «المباشر ضامن وان لم يتعمد» الى أن «المباشر ضامن وان لم يتعد». ففكرة التعدى أعم وأشمل من فكرة التعمد، وهى تكفى للتضمين. و يبدو أن فقهاء الشريعة الاسلامية، حينما استخدموا لفظة تعمد، لم يدركوا جيدا الفرق الدقيق بينها و بين لفظة التعدى، واعتبروهما لفظين مترادفين بدليل أن صاحب مجمع الضمانات قد أدرك هذه التفرقة عند صياغته للقاعدة، فاستعمل لفظة تعدى، ولم يستعمل لفظة تعمد (٢١٨).

نخلص مما سبق الى أن القاعدة في فقه الشريعة الاسلامية أن المباشر ضامن وان لم يتعمد (أو لم يتعد).

---

(٢١٦) وهبة الزحيلي ــ نظرية الضمان او احكام المسئولية المدنية والجنائية في الفقه الاسلامي ــ الطبعة الأولى ــ دمشق (دار الفكر) ١٩٧٠ ــ صفحات ١٩٦ ــ ١٩٨ ــ ٢٠١، سيد أمين محمد ــ المسئولية التقصيرية عن فعل الغير في الفقه الاسلامى المقارن ــ رسالة دكتوراه من حقوق القاهرة ١٩٦٤ ــ ص ٨٦، بدر جاسم اليعقوب ــ المسئولية عن استعمال الأشياء الخطرة في القانون الكويتي ــ رسالة دكتوراه من حقوق القاهرة (على الآلة الناسخة) ١٩٧٧ ــ ص ٠٩٢ وعكس ذلك، ابراهيم الدسوقي أبو الليل ــ المسئولية المدنية بين التقييد والاطلاق (بحث مقارن) ــ القاهرة ١٩٨٠ ــ ص ٣١١. حيث يرى ضرورة الابقاء على لفظة التعمد.

(٢١٧) عبد الحي حجازى ــ الالتزامات (مذكرات على الآلة الناسخة «لم تكتمل») لطلاب كلية الحقوق والشريعة ــ جامعة الكويت ١٩٧٤/١٩٧٣ ص ٥٦٧ ــ فقرة ٩٢٢ مشار اليها في رسالة بدر جاسم اليعقوب ــ ص ٩٤ هامش(٣).

(٢١٨) البغدادى: ابو محمد بن غانم بن محمد البغدادى ــ مجمع الضمانات في مذهب الامام الاعظم أبى حنيفة النعمان ــ الطبعة الاولى، مصر المطبعة الخيرية ١٣٠٨هـ ــ ص ١٤٦.

٤٦ ــ مدى انطباق حكم المباشر على عديم التمييز:

يمكننا أن نميز بين اتجاهين في فقه الشريعة الاسلامية. اتجاه الجمهور من ناحية، واتجاه بعض فقهاء المالكية من جهة ثانية. وسنعرض لكلا الاتجاهين فيما يلى:

أولا ، اتجاه الجمهور:

يذهب جمهور الفقهاء ــ على اختلاف مذاهبهم ــ الى القول بتضمين عديم التمييز، أى تقرير مسئوليته بمفهومنا الحديث، متى كان مباشرا، لأن مسئوليته تترتب بمجرد تحقق الضرر، ولايلزم أن يكون الفاعل متعمدا، كما يذهب نص المجلة، أو متعديا كما يذهب الفقه.

وعلى ذلك يسأل الصبى غير المميز ــ وكذلك المجنون، ومن فى حكمهما ــ متى ارتكب جناية على النفس(٢١٩)، أوعلى المال. فلوأتلف الصبى غير المميز، أو المجنون، مالا مملوكا لغيره ضمنه في ماله(٢٢٠)، كذلك لو اتلف من في حكمهما ــ كالنائم اذا انقلب على متاع وكسره ــ يكون ضامنا لما اتلفه. لأن عديم التمييز، وان كان محجورا عليه في الأصل في تصرفاته القولية، الا أن أفعاله الضارة لايعفى منها. فيضمن مايترتب عليها من ضرر للغير، وان لم يكن له مال يستطيع دفعه حالا ، فنظرة الى مسيرة، ولايضمن وليه(٢٢١).

---

(٢١٩) يذهب الشافعية الى تقرير مسئولية عديم التمييز الكاملة متى ارتكب جناية على النفس، بينما يذهب الظاهرية الى عدم المسئولية، فجنايته هدر كالعجماء. أما الجمهور، فقد اتخذ موقفا وسطا اذ أخذ بمسئوليته المخففة. وهو اتجاه الجمهور من الحنفية، والمالكية، والحنابلة، والامامية.

راجع ذلك تفصيلا في مؤلف، محمد جواد مغنية ــ المرجع السابق ــ ص ٩، ورسالة فخرى رشيد مهنا ــ المرجع السابق ــ ص ٢٦ ومابعدها.

(٢٢٠) محمد جواد مغنيه ــ المرجع السابق ــ جـ ٥ ص ٨، على الخفيف ــ المرجع السابق ــ ص ٧٤، عبد الرزاق السنهوري ــ مصادر الحق في الفقه الاسلامي ــ جـ ١ ــ ١٩٦٧ ــ ص ٥٦.

(٢٢١) المادتان ٩١٦ و٩٦٠ من مجلة الاحكام العدلية، على حيدر ــ درر الحكام شرح مجلة الاحكام، تعريب فهمى الحسينى ــ بيروت ــ ص ٥٣٨، البغدادي ــ المرجع السابق ــ ص ١٨٨ ــ ١٨٩، رسالة بدر جاسم اليعقوب ــ المرجع السابق ــ ص ١٠١.

فالخلاصة اذن أنه متى ارتكب الشخص فعلا الحق ضررا بغيره، لزمه التعويض دون تمييز في ذلك فيستوى أن يكون مميزا، أو عديم التمييز، كما هو شأن عامة الأحكام الوضعية لعموم الدليل «من أتلف مال غيره فهو له ضامن» (٢٢٢).

ثانيا : اتجاه بعض المالكية:

برغم أن جمهور المالكية(٢٢٣)، قد ذهبوا مع غيرهم من فقهاء المذاهب الاخرى الى القول بتضمين عديم التمييز على النحو السابق، الا أننا نجد في المذهب، بعض من قالوا بغير ذلك. فقد جاء على لسان ابن جزى(٢٢٤) قوله «واما الصبى الذى لايعقل فلا شيء عليه فيما اتلفه من نفس، أو مال، كالعجماء، وقيل المال هدر، والدماء على العاقلة كالمجنون».

كما جاء في الخرشي(٢٢٥) أنه متى كان الغاصب غير مميز «بل كان صغيراً أو مجنوناً» فقد أورد ابن الحاجب في ضمانه وعدمه ثلاثة أقوال، كما أورد بن عبد السلام اختلافا حول سن التمييز. وتتلخص الأقوال التى أوردها ابن الحاجب فى مدى مسئولية عديم التمييز فيما يأتي:

(١) يضمن المال في ماله، والدية على عاقلته ان بلغت الثلث، والا ففى ماله.
(٢) لايضمن المال، واما الدية فعلى عاقلته ان بلغت الثلث، والا ففى ماله.
(٣) لايضمن مالا ولا دية، و يكونان هدرا.

هذا، و يرى ابن الحاجب ــ على ماجاء بالخرشى ــ أن الأولى القول بضمانه.

---

(٢٢٢) محمد حسين آل كاشف الغطاء ــ تحرير المجلة ــ جـ٣ ــ ص ١٤١.

(٢٢٣) جاء في بداية المجتهد ونهاية المقتصد لمحمد بن رشد القرطبي جـ ٢ ــ ط ٣ ــ مطبعة مصطفى البابى الحلبى بمصر ١٩٦٠ ــ ص ٣١٦ مايلي : «وهل يشترط في المباشرة العمد أولايشترط؟ فالأشهر أن الاموال تضمن عمدا وخطأ».

(٢٢٤) قوانين الاحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية لمحمد بن أحمد بن جزى الغرناطى المالكى ــ عالم الفكر ــ القاهرة ١٩٧٥ ــ ص ٣٤٩.

(٢٢٥) الخرشى على مختصر سيدى خليل ــ جـ ٦ ــ دار صادر بيروت (بدون تاريخ) ــ ص ١٣١.

المطلب الثانى

التسبب، مايقصد به، وحكمه، ومدى تطبيقه على عديم التمييز

٤٧ ــ تعريف التسبب :

جوهر الاختلاف بين المباشرة والتسبب، أن الفعل في المباشرة، يؤدى الى حدوث النتيجة عادة دون واسطة. بينما يكون بين الفعل والنتيجة في التسبب واسطة تتخللهما، فلا يؤدى الفعل بمفرده الى النتيجة. فهو وان كان «يوجد وضعا يترتب على وجوده وجود الضرر الا أنه لايستقل باحداث النتيجة، وانما تشترك معه عوامل أخرى(٢٢٦) » .

وحول هذا المعنى تدور تعريفات الفقهاء. فنجد أن الاتلاف تسببا عند الكاسانى هو «الفعل في محل يفضى الى تلف غيره عادة»(٢٢٧) كما عرفه العز بن عبد السلام بأنه: «ايجاد علة المباشرة»(٢٢٨). وعرفه القرافي بأنه: «مايحصل الهلاك عنده بعلة أخرى، اذا كان السبب هو المقتضى لوقوع الفعل بتلك العلة». وذكر أمثلة على ذلك منها فتح القفص بغير اذن ربه فيطير مافيه، والذي يحل دابة من رباطها، أو عبدا مقيدا خوف الهرب فيهرب لأنه متسبب سواء كان الطيران أو الهرب عقيب الفتح والحل أم لا(٢٢٩).

وقد عرفت المادة ٨٨٨ من مجلة الأحكام العدلية التسبب بأنه: «احداث أمر في شيء يفضى الى تلف شيء آخر على جرى العادة، و يقال لفاعله متسبب»-ومثلت لذلك بأن من قطع حبل قنديل معلق فسقط وانكسر يكون متسببا، مفضيا، لسقوطه على الأرض وانكساره. فيكون بذلك قد أتلف الحبل مباشرة، وكسر القنديل تسببا(٢٣٠).

---

(٢٢٦) ابراهيم الدسوقي ــ المرجع السابق ــ ص ١٥٨.

(٢٢٧) بدائع الصنائع ــ المرجع السابق ــ جـ٧ ــ ص ١٦٥.

(٢٢٨) قواعد الأحكام في مصالح الأنام ــ مطبعة دار الشرق ١٣٨٨ هـ ــ جـ٢ ــ ص ١٥٥.

(٢٢٩) الفروق ــ المرجع السابق ــ الفرق ٢١٧ ــ ص ٢٧ من المجلد الرابع.

(٢٣٠) انظر نقدا لهذا المثال في مؤلف الدكتور عبد الفتاح عبد الباقى ــ مصادر الالتزام في القانون الكويتي مع المقارنة بالفقه الاسلامي وأحكام المجلة ــ الجزء الثانى (المصادر غير الارادية) ــ مذكرات على الآلة الناسخة لطلاب كلية الحقوق والشريعة ــ جامعة الكويت في العام الجامعى ١٩٧٤/١٩٧٥ ــ ص ١٢٠ هامش(١)، وفي نفس الاتجاه رسالة بدر جاسم اليعقوب ــ المرجع السابق ــ ص ٨٧ هامش(١).

٤٨ــ حكم المتسبب في فقه الشريعة الاسلامية :

اذا كانت القاعدة أن المتسبب لايضمن الا اذا كان متعمدا (م٩٣ من أحكام المجلة). وقد سبق أن ذكرنا أن الاتجاه في الفقه قد آثر استخدام لفظة التعدى على لفظة التعمد الواردة في نص المادة ٩٣ من المجلة.

وكما هو واضح، يلزم لتحقق المسئولية ان يكون مرتكب الفعل الضار متعديا. ولذلك يكون من الضروري لبيان حكم المتسبب، أن نحدد المقصود بالتعدى، باعتباره شرط المسئولية.

قد يمارس الشخص حقه الشرعي دون تجاوز لهذا الحق، كاستعمال حق الملكية، وهو لايسأل عما يحدثه من أضرار للغير، نتيجة ممارسته لهذا الحق، مادام يستعمله على الوجه الشرعي. ومن ثم لايكون متعديا.

أما متى تجاوز حدود حقه الشرعي، فانه يكون متعديا على حقوق غيره، الا اذا اقترن هذا التجاوز باذن من هذا الغير.

فالتعدي اذن هو مجاوزة الشخص لحدود حقه الشرعي. وهذا قد يتم عمدا، كما قد يقع اهمالا، وتقصيرا.

ولذلك يتعين حتى تتحقق المسئولية في حالة التسبب، أن يتجاوز الشخص حدود حقه الشرعي بالتعدي على حق غيره، اما عمدا أو اهمالا وتقصيرا (٢٣١). وهنا يثور التساؤل عن مدى امكان تحقق مسئولية عديم التمييز في حالة التسبب؟

٤٩ ــ مدى مسئولية عديم التمييز عن فعله الشخصي في حالة التسبب:

يبدو أن فقهاء الشريعة الاسلامية القدامى لم يعرضوا لهذه المسألة اكتفاء «بالنظر على وجه العموم، ومن غير تفصيل فيما اذا كان التمييز لازما لقيام الضمان، أو غير

---

(٢٣١) فخرى رشيد مهنا ــ الرسالة السابق الاشارة اليها ــ ص ٧٧ ومابعدها، ابراهيم الدسوقي ــ المرجع السابق ــ ص ١٦٨ ومابعدها، سيد أمين محمد ــ الرسالة السابق الاشارة اليها ص ٨٧.

لازم(٢٣٢). ومن ثم، لايكون أمامنا سوى تقليب النظر فيما ذهب اليه الفقهاء المحدثون في هذا الموضوع.

ونستطيع أن نقرر ابتداء، أنه في حالة التسبب عمدا ــ وقد اعتبرناها احدى صورتي التعدى ــ لاخلاف في استلزام التمييز، لأن العمد يقتضى وجود ارادة متجهة الى قصد احداث النتيجة. والارادة تستلزم توافر الادراك أو التمييز.

وعلى ذلك، ففى حالة التسبب تعمدا يسأل عديم التمييز عن فعله الضار. أما الصورة الثانية، وهي حالة التسبب اهمالا، أو تقصيرا، فقد أثارت الخلاف في الفقه الحديث. ويمكننا رد هذا الخلاف الى اتجاهين، يذهب أولهما الى تقرير مسئولية عديم التمييز، في حالة التسبب اهمالا، بينما يذهب ثانيهما الى عدم المسئولية.

وسنعرض لكلا الاتجاهين فيما يلي، موضحين موقفنا منهما.

الاتجاه الأول : القائل بالمسئولية(٢٣٣).

يذهب أصحاب هذا الاتجاه، الى القول بمسئولية عديم التمييز في حالة التسبب. و يستندون في ذلك الى أن العبرة تكون بالنظر الى ذات الفعل، لا الى شخص الفاعل، فمتى كان الفعل محظورا، واتاه الشخص، كان من قبيل التعدى الموجب للضمان.

وقد ذكر الأستاذ على الخفيف أنه(٢٣٤) : «اذا كان الضرر قد نشأ بطريق التسبب، فلا ضمان على من أحدث الفعل المتسبب، وهو الفعل الأول الذى لم يترتب عليه الضرر مباشرة اذا لم يكن معتديا فيه اتفاقا». ثم أورد في الهامش(٢٣٥) تعليقه على هذا بقوله:

---

(٢٣٢) عبد الفتاح عبد الباقي ــ المرجع السابق ــ هامش(٢) من ص ٣٣.

(٢٣٣) على الخفيف ــ المرجع السابق ــ ص ٧٥ هامش(١)، محمد أبوزهرة ــ المرجع السابق ــ ص ٣٢٨ فقرة ٣١٠، محمد سلام مدكور ــ مباحث الحكم عند الأصوليين ــ القاهرة ١٩٦٤ ــ ص ٢٣١، عبد الفتاح عبد الباقي ــ المرجع السابق ــ ص ٣٣و٣٤ هامش(٢)، فخرى رشيد مهنا ــ الرسالة السابق الاشارة اليها ــ ص ٩١ ومابعدها، محمد فاروق بدرى العكام ــ الفعل الموجب للضمان في الفقه الاسلامي، دراسة مقارنة ــ رسالة دكتوراه من حقوق القاهرة ١٩٧٧ (على الآلة الناسخة) ــ ص ١٠٠.

(٢٣٤) المرجع السابق ــ ص ٧٤ و ص ٧٥.

(٢٣٥) المرجع السابق ــ ص ٧٥ هامش (١).

«ذلك مايدعو الى النظر فيما اذا كان المسبب صبيا، أو مجنونا فهل ينظر الى أهليته، فلا يعد الفعل الذي يصدر منه اعتداء مسببا، لعدم تصور التعدى منه، فلا ضمان عليه. حينئذ، أو ينظر الى نفس الفعل، وكونه محظورا ليعد اعتداء، و يكون عليه الضمان. ذلك مالم أره، و يظهر من اطلاقهم في فاعل الفعل الأ ول اعتبار النظر الثانى، محافظة على الأموال».

و يدعم الأستاذ الدكتور عبد الفتاح عبد الباقى(٢٣٦) هذا الرأى بقوله: «ان الادراك أو التمييز غير لازم، حتى في حالة الضرر الذي يحدث تسببا. ذلك لأن الفقهاء عند قولهم في مجموعهم بأن الصبى غير المميز أو المجنون مثلا يتحمل بالضمان في ماله عن التلف الذى يحدثه لم يفرقوا في ذلك بين التلف الذي يحدثه بفعله مباشرة و بين ذلك الذي يكون متسببا فيه، والمطلق يؤخذ على اطلاقه». ثم أضاف أنه يقصد بالتعدى في ضوء الأمثلة التي ذكرها فقهاء المسلمين : «اتيان شخص أمرا لاحق له فيه كمن يحفر حفرة في طريق عام، فالنظر هو الى ذات الفعل الذي سبب الضرر لا الى فاعله. بل ان هذا النظر هو الذي يتمشى مع النزعة الغالبة في الفقه الاسلامي، وهى نزعة مادية موضوعية، لانزعة شخصية ذاتية».

وهكذا، ينتهى هذا الاتجاه الى القول بأن التعدى المتمثل في صورة اهمال يصدر عن أى شخص، مدركا كان، أوغير مدرك، هو معيار موضوعى مجرد، لايعتد فيه بالظروف الشخصية للفاعل، ومنها انعدام التمييز، ومن ثم، يوجب المسئولية التقصيرية(٢٣٧).

الاتجاه الثاني : القائل بعدم المسئولية :

يذهب أصحاب هذا الاتجاه(٢٣٨) الى ضرورة التمييز بين المباشر والمتسبب. واذا

---

(٢٣٦) المرجع السابق ــ هامش ص ٣٤.

(٢٣٧) رسالة فخرى رشيد مهنا ــ المرجع السابق ــ ص ٨٣، رسالة محمد فاروق بدرى العكام ــ المرجع السابق ــ ص ١٠٠.

(٢٣٨) السنهورى ــ مصادر الحق في الفقه الاسلامي جـ ١ (المرجع السابق) ــ ص ٥٦ هامش (١)، سليمان مرقص ــ المرجع السابق ــ ص ١٠٥، عبد الحى حجازى ــ مذكراته السابق الاشارة اليها ــ ص ٤١ ــ ٤٢. منصور مصطفى منصور ــ الخطأ في المسئولية المدنية (دروس في القانون المدنى مع التعمق القاها على طلاب دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص ــ بكلية الحقوق والشريعة ــ بجامعة الكويت في العام الجامعى ١٩٧٥/٧٤) ص ٧٦، ابراهيم الدسوقي ــ المرجع السابق ١٧٢، وان كان يشير في هامش(٢) من نفس الصفحة الى أن ذلك لايعبر عن رأيه الشخصى، وانما هو مايراه يتفق مع الفقه الاسلامي.

كانت القاعدة صريحة في عدم استلزام التمييز في حالة المباشرة، الا أن الأمر على خلاف ذلك في حالة التسبب، التى تقتضى التعمد أو التعدى، أى الخطأ، والخطأ يستلزم بالضرورة أن يكون المخطىء مميزا(٢٣٩) واذا كان هذا هو المفهوم التقليدي لفكرة الخطأ الذى يقيسها بمعيار شخصى، من انحراف في السلوك عن ادراك وارادة. الا أن الاستاذ الدكتور منصور مصطفى منصور يدافع عن الفكرة ــ وضرورة التمييز ــ من زاو ية أخرى. فيرى سيادته أننا حتى لو أخذنا بالمعيار الموضوعى للخطأ، لا بالمعيار الشخصى أو الذاتي، فان هذاالمعيار يستلزم ضرورة توافر قدر من الارادة، نظرا لأن « الانسان ــ وهو مخير ــ يستطيع أن يوجه سلوكه، ويمارس من صور النشاط مايتلاءم مع قدراته، بحيث يكون هذا السلوك مقبولا، وفقا لما ألفه المجتمع في مثل الظروف التى ظهر فيها هذا السلوك. وعلى هذا الأساس ينظم الناس علاقاتهم بعضهم بالبعض الآخر، كل يولى غيره قدرا من الثقة، و يتوقع منه نمطا معينا من السلوك(٢٤٠)» و ينتهى سيادته الى أننا حتى لو أنحزنا الى الأخذ بالخطأ بمعياره الموضوعى، فان هذا المعيار بدوره يستلزم توافر حد أدنى من الادراك.

موقفنا من الاتجاهين السابقين :

برغم ماقد يبدو من قوة منطق الاتجاه الثاني في رفض تضمين عديم التمييز، في حالة التسبب، الا أننى مع ذلك أميل الى الأخذ بالاتجاه الأ ول القائل بتضمينه وذلك في ضوء عدة قواعد تؤخذ من فقه الشريعة الغراء وهى:

١ ــ ان الضمان من خطاب الوضع لا من خطاب التكليف(٢٤١) وهو مايقضى بترتيب المسبب على سببه. ومن ثم كان الاتلاف بدون حق، الواقع من عديم التمييز سببا لوجوب الضمان في ماله، نظرا لتمتعه بأهلية الوجوب التى يستلزمها خطاب الوضع، ومناطها الانسانية. وهذه الانسانية تجعل له حقوقا،وذمة تتحمل هذه الحقوق. ومن ثم تكون له ملكية، فيكون عليه مئونتها، وتكليفاتها من وجوب زكاة الزروع والثمار، و بالمثل وجوب

---

(٢٣٩) منصور مصطفى منصور ــ المرجع السابق ــ ص ٧٥.

(٢٤٠) المرجع السابق ــ ص ٧٠ .

(٢٤١) الشوكانى : محمد بن على بن محمد الشوكاني ــ ارشاد الفحول الى تحقيق الحق في علم الأصول ــ الطبعة الأ ولى ــ مطبعة مصطفى البابى الحلبى ــ القاهرة ١٩٣٧ ــ ص ١١، وانظر في الحكم الوضعى محمد سلام مدكور ــ المرجع السابق ص ١٣١ ومابعدها.

الضمان في ماله، عما يلحقه بالغير من ضرر(٢٤٢) واذا كانت أهلية الأداء لا تتوافر لعديم التمييز، فان الذى يقوم بالأداء هو من له الولاية على ماله.

ونعتقد الأخذ بهذا الحكم، دون تفرقة بين المباشرة والتسبب، ففى كليهما تتوافر علاقة السببية بين الفعل والنتيجة التى تؤدي الى وجوب الضمان، وان كانت في الأولى مباشرة، وفي الثانية غير مباشرة، الا أنه يكون لها دور في وقوع النتيجة الضارة، وهو مايبدو من الأمثلة التى ذكرها الفقه، والتى أشرنا الى بعضها من قبل.

٢ ــ ان الضمان من الجوابر، وهى شرعت لجلب مافات من المصالح بخلاف الزواجر فانها شرعت لدرء المفاسد. فأساس الضمان الجبر، لا الجزاء والعقوبة وقد أريد به رفع الضرر لعموم قول الرسول صلى الله عليه وسلم:

«لاضرر ولا ضرار». ولاشك أن اتلاف عديم التمييز مالا لغيره اضرار به يتعين رفعه، وهو مالايتحقق الا بتعويضه من ماله، حتى يتحمل تبعة فعله الضار(٢٤٣). وهو ماقال به فقهاء المسلمين، دون تمييز في ذلك بين الخاطىء والعامد، والجاد واللاعب، والعاقل والمجنون، والبالغ والصبى(٢٤٤).

٣ ــ ماالشتهر عن الحنفية من قول بأن: «الصبى المحجور عليه مؤاخذ بأفعاله فيضمن ما أتلفه من المال». وكذلك قولهم: «ان الحجر يقع على الأقوال دون الأفعال». أى أن المحجور عليه يسأل عن أفعاله، لا عن عقوده واقراراته.

وهو ماعبرت عنه المادة ٩٦٠ من المجلة بقولها: «المحجورون... وان لم يعتبر تصرفهم القولى..، لكن يضمنون حالا الضرر والخسارة اللذين نشآ من فعلهم. مثلا يلزم الضمان على الصبى اذا أتلف مال الغير وان كان غير مميز».

---

(٢٤٢) محمد أبو زهرة ــ المرجع السابق ــ ص ٣٢٨ ــ فقرة ٣١٠.

(٢٤٣) رسالة فخرى رشيد مهنا ــ المرجع السابق ــ ص ٩٩.

(٢٤٤) على الخفيف ــ المرجع السابق ــ ص ٦٩.

خلاصة :

نخلص ــ مما سبق ــ الى أننا نأخذ بالاتجاه القائل بضرورة تضمين عديم التمييز، وبعبارة الفقه الحديث تقرير مسئوليته، عما يأتيه من أفعال ضارة بالغير، يستوى في ذلك كونه مباشرا، أو متسببا.

و يرى بعض الشراح المحدثين أن أساس هذه المسئولية في فقه الشريعة الاسلامية هو نظرية تحمل التبعة(٢٤٥).

٥٠ ــ مدى مسئولية عديم التمييز في فقه الشريعة باعتباره حارسا للاشياء:

اذا كنا قد انتهينا ــ وفقا للاتجاه الذى رجحناه ــ الى الأخذ بمسئولية عديم التمييز عما يحدثه من أفعال ضارة، سواء وقع منه ذلك بطريق المباشرة، بمجرد اتيان الفعل، وتحقق النتيجة الضارة، أو بطريق التسبب على أساس حدوث اهمال، أو تقصير من جانبه، يعد قد تحقق بوقوع الفعل الضار في ذاته.

ومتى طبقنا هذه القاعدة على عديم التمييز الذي تكون له السيطرة الفعلية على شيء من الأشياء الحية، أو غير الحية فان الأمر يكون على النحو الآتى:ــ

أ ــ في حالة كونه حارسا للأشياء الحية(الحيوان):

اذا توافرت لعديم لتمييز حراسة الحيوان، أى السيطرة الفعلية عليه، فان فقهاء المسلمين قد اعتبروه مباشرا لما يقع منه من ضرر للغير، فيكون ضامنا له. وقد تردد قولهم صراحة أنه: «لو أن دابة يركبها انسان داست شيئا بيدها أو رجلها في ملكه، أو في ملك الغير واتلفته يعد الراكب انه أتلف ذلك الشيء مباشرة فيضمن في كل حال»(٢٤٦). وقد قرر الفقهاء هذا الحكم تأسيسا على أن ماحدث من ضرر للغير أثناء سير الدابة، انما كان نتيجة

---

(٢٤٥) فخرى رشيد مهنا ــ المرجع السابق ــ ص ٩٩، رسالة سيد أمين محمد ــ المرجع السابق ــ ص ٩٧. وعكس ذلك ابراهيم الدسوقي ــ المرجع السابق ــ الذي يرى عدم ربط النظريات التي يقال بها في فقه القانون الوضعى بما تتضمنه الشريعة الاسلامية من أفكار اسلامية النزعة، ينفرد بها الفقه الاسلامي ــ فقرة ١٩٨ ص ٣١٣.

(٢٤٦) م ٩٣٦ من مجلة الأحكام العدلية .

ثقله، وثقل الدابة، الا أن ثقل الدابة تابع له، وسيرها مضاف اليه. فالدابة اذن تعتبر مجرد آلة بين يديه(٢٤٧).

ب ــ في حالة كونه حارسا للأشياء غير الحية:

لو أن صغيرا غير مميز، أو مجنونا ــ وعديم التمييز بصفة عامة ــ كانت له السيطرة الفعلية ــ وهي قوام الحراسة ــ على سيارة، أو آلة حادة كسكين، أو نحوها ارتكب بأي منهما حادثا الحق ضررا بالغير، فانه يكون مباشرا للضرر، فتتحقق مسئوليته تطبيقا لقاعدة «أن المباشر ضامن وان لم يتعد(٢٤٨)». وقياسا على ماأخذ به فقهاء الشريعة في شأن حارس الحيوان.

وبعد أن انتهينا من التعرف على حكم فقه الشريعة الاسلامية، في مسئولية عديم التمييز على التفصيل السابق، ينبغي أن نتعرف على مدى هذه المسئولية في ظل القانون الكويتي وهوما سنخصص له المبحث الثاني من هذا الفصل.

المبحث الثاني

مدى مسئولية عديم التمييز في القانون الكويتي :

٥١ ــ تمهيد ، وتقسيم :

كانت مجلة الأحكام العدلية تطبق في دولة الكويت في نطاق المعاملات المالية منذ عام ١٩٣٨، بمقتضى أمر أميري، أصدره سمو الشيخ احمد الجابر الصباح أمير دولة الكويت (٢٤٩).

---

(٢٤٧) سليم رستم باز اللبناني ــ شرح المجلة ــ تعليقه على المادة ٩٣٣ ــ ص ٥٢٩.

(٢٤٨) علي الخفيف ــ المرجع السابق ــ ص ٢٤١، عبد الفتاح عبد الباقي ــ المرجع السابق ــ ص ١٢٧، رسالة بدر جاسم اليعقوب ــ المرجع السابق ــ ص ٩٧.

(٢٤٩) تعتبر الكويت الدولة العربية الوحيدة التى طبقت فيها احكام المجلة طواعية واختيارا، فبينما كانت تطبق منذ وضعها عام ١٢٩٣ هـ ــ ١٨٧٦م على أقطار عربية عديدة كسوريا، ولبنان، وفلسطين، والعراق، والاردن باعتبارها كانت خاضعة للامبراطورية العثمانية، الا انها لم تطبق في الكويت آنذاك =

ولكن نظرا للتطور الهائل، الذي بدا واضحاً في شتى مناحى الحياة، في الكويت نتيجة تدفق النفط في أواخر الاربعينات. ظهر قصور مجلة الاحكام العدلية عن مجاراة هذا التطور، مما دعا إلى ضرورة النظر في سد هذا النقص، فاتجه المشرع الكويتي الى اصدار تشريعات عديدة في مسائل جزئية، وكلما صدر واحد منها أدى الى تقلص نطاق تطبيق أحكام المجلة في الموضوع الذي ينظمه، وتوالت التشريعات الحديثة، التى بدأت بصدور قانون الغواصين في ٢٩ مايو ١٩٤٠، وهو قانون ينظم صناعة الغوص، ثم قانون السفر الذى صدر في ٤ يونية ١٩٤٠، وقانون التسجيل العقارى بمقتضى المرسوم رقم ٥ لسنة ١٩٥٩، وقانون التجارة رقم ٢ لسنة ١٩٦١، وقانون تنظيم الالتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع رقم ٦ لسنة ١٩٦١ المعدل بالقانون رقم ٤٢ لسنة ١٩٦٧، ثم بالمرسوم بقانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٧٦ ثم توالت التشريعات العديدة بعد ذلك.

وقد أدى هذا الوضع، الى وجود تشريعات متناثرة، تحكم مسائل عديدة، الى جانب النطاق المحدود لمجلة الاحكام العدلية بالنسبة للمسائل الأخرى، التى لم تصدر في شأنها تشريعات خاصة، وهو وضع لم يكن مستساغا، لبعده عن الانسجام، والتنسيق الواجب تحققه للتشريعات. ولذلك كانت النهضة التشريعية الاخيرة في الكويت، التى تمثلت في

= ــ شأنها في ذلك شأن مصر التى كانت تتمتع باستقلال تشريعي ــ لان تبعيتها للامبراطورية العثمانية كانت تبعية شكلية، انظر تقديم وزير الدولة للشئون القانونية والادارية للقانون المدنى الجديد ــ ص ١٠، وعبد الحى حجازى ــ المدخل للعلوم القانونية جـ ١ ــ القانون وفقا للقانون الكويتي ١٩٧٢ ــ ص ٢٩٥، عباس حسن الصراف ــ شرح عقد البيع في القانون المدنى الكويتي ١٩٧٥ ــ ص ٥، وانظر بحثا للاستاذ الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي بعنوان مدى الحاجة الى اصدار مدونة القانون المدنى في دولة الكويت («منشور في مجلة الحقوق والشريعة ــ السنة الثالثة ــ العدد الثاني ــ يوليو ١٩٧٩ ــ ص ١٩١ ويذكر سيادته في ص ١٩٤ أنه يرجح صدور الأمر الاميري في ٢ يوليه ١٩٣٨ وهو تاريخ مصادقة حاكم الكويت على ماقرره المجلس التشريعي القائم آنذاك من جعل الافتاء والحكم لقاضيين رسميين، بدلا من قاض واحد. كما يذكر في ص ١٩٣ أنه قبل صدور هذا الامر بتطبيق أحكام المجلة، كان يطبق الرأى الراجح من المذهب المالكى على العلاقات المدنية، مالية كانت أو غير مالية، ومع ذلك قارن، عبد الرسول عبد الرضا، الالتزام بضمان العيوب الخفية في القانونين المصرى والكويتي ــ رسالة دكتوراه من حقوق القاهرة ١٩٧٤ ــ ص ٢٣ حيث يذكر أن أحكام المجلة، قد طبقت في الكويت منذ صدورها في نطاق المعاملات المالية والتجارية، اما الاحوال الشخصية فكان يطبق عليها مذهب الامام مالك.

اصدار مجموعات قوانين متكاملة، تضم كل منها بين دفتيها كافة الأحكام التى تتعلق بالمسائل ذات الطبيعة المتجانسة. فكان ميلاد القانون المدنى الجديد الذى طبق ابتداء من ٢٥ فبراير ١٩٨١.

وبعد هذه العجالة في استعراض ماكان، وما صار اليه الوضع التشريعي في الكويت، نستطيع أن نقسم المراحل التي مر بها القانون الكويتي، من حيث نظرته الى مسئولية عديم التمييز الى ثلاث كما يلى:

المرحلة الاولى : وتبدأ مع بداية تطبيق مجلة الاحكام العدلية في الكويت سنة ١٩٣٨.

المرحلة الثانية : وتبدأ مع بداية تطبيق القانون رقم ٦ لسنة ١٩٦١ المتعلق بتنظيم الالتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع.

أما المرحلة الثالثة: والاخيرة: فتبدأ مع تطبيق القانون المدنى الكويتي الجديد في فبراير ١٩٨١ وسنتكلم عن كل مرحلة من هذه المراحل بشيء من التفصيل، في مطلبين، نخصص أولهما: للمرحلتين الاولى والثانية، ونكرس ثانيهما: للمرحلة الثالثة.

المطلب الأول

مدى مسئولية عديم التمييز في ظل تطبيق أحكام المجلة

وفي ظل قانون تنظيم الالتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع

٥٢ ــ المرحلة الاولى : فى ظل تطبيق أحكام المجلة:

أحكام المجلة ــ كما هو معلوم ــ مأخوذه عن الرأى الراجح في المذهب الحنفى. وقد سبق أن عرضنا تفصيلا لمدى مسئولية عديم التمييز في فقه الشريعة الاسلامية على اختلاف مذاهبه، بما فيها المذهب الحنفى.

ومن ثم، نستطيع أن نقرر، أن عديم التمييز كان يسأل عن أفعاله الضاره، متى كان مباشرا، على التفصيل الذى عرضناه، من قبل في الفقه الاسلامي، وما أوردته المجلة في

هذا الشأن من أحكام. كما أنه يسأل ــ وفقا للرأى الذي رجحناه ــ متى كان متسببا. وقد عرضنا لهذا تفصيلا في المبحث السابق.

٥٣ ــ المرحلة الثانية : في ظل قانون تنظيم الالتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع:

خلو القانون من نص صريح يبين مدى مسئولية عديم التمييز، خلاف فقهى: بصدور قانون تنظيم الالتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع سنة ١٩٦١ انسلخت عن المجلة عدة مسائل كانت تتضمنها في الغصب والا تلاف. و يلاحظ أن المشرع الكو يتي قد استمد أحكامه من القانون المصرى، والقانون العراقي، الى جانب تأثره بالاتجاهات العامة السائدة في القوانين الغر بية الحديثة، وعلى وجه أخص القانون الفرنسي (٢٥٠).

و يثور التساؤل عن مدى مسئولية عديم التمييز في ظل قانون ١٩٦١؟ من الملاحظ أن هذا القانون لم يتضمن نصا صريحا، يحدد موقف المشرع من مسئولية عديم التمييز. وأن كان قد ورد فيه نص بصورة غير مباشرة، وأثار خلافا في الفقه، حول هذه المسألة.

ويمكننا رد هذا الخلاف الى رأيين، ذهب أولهما الى عدم المسئولية في ظل قانون ١٩٦١، بينما ذهب ثانيهما الى الأخذ بالمسئولية رغم خلو التشريع من نص صريح. ونعرض لكل منهما فيما يأتى تفصيلا.

الرأى الاول ، عدم المسئولية(٢٥١):

يذهب أنصار هذا الرأى، الى ضرورة توافر التمييز في الشخص، حتى يسأل عن

---

(٢٥٠) عبد الفتاح عبد الباقي ــ المسئولية التقصيرية عن حوادث السيارات وغيرها من الاشياء الخطرة تأسيسا على حراستها، وعلى مباشرة الضرر أثناء استعمالها ــ محاضرات على الآلة الناسخة القاها على طلاب الدراسات العليا في القانون الخاص في مادة القانون المدني مع التعمق بكلية الحقوق والشريعة ــ جامعة الكويت في العام الجامعي ١٩٧٢/١٩٧٣ ــ ص ١٤٦، منصور مصطفى منصور ــ الخطأ في المسئولية المدنية (المرجع السابق) ــ ص ١٢.

(٢٥١) قال بهذا الرأى الدكتور عباس حسن الصراف في مذكراته لطلبة كلية التجارة في نظرية الالتزام في العام الجامعى ١٩٧١/١٩٧٢ ص ١٠٠ وقد اشار اليه الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي في بحثه عن المسئولية التقصيرية عن حوادث السيارات.. المرجع السابق ــ ص ١٤٩ هامش(١). وفي نفس الاتجاه، الدكتور منصور مصطفى منصور الخطأ (المرجع السابق) ص ٧٧.

افعاله الضارة، ومن ثم، فمتى كان الشخص عديم التمييز فلا مسئولية. و يستندون في ذلك الى عدة حجج هى(٢٥٢):

١ ــ اشارة نص المادة ١٣ من القانون :

لقد جاء في المادة ١٣ من القانون ــ بعد تقريرها لمسئولية متولى الرقابة والزامه بتعويض الضرر الذي يحدثه الشخص الخاضع لرقابته ــ أنه : «و يترتب هذا الالتزام، ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز» فقد فهم من اشارة المادة ١٣ أن الاصل هو عدم مسئولية عديم التمييز، والا لما كان هناك من داع الى هذا الاستدراك الذى أورده النص.

٢ ــ ماجاء في المذكرة الايضاحية تعليقا على نص المادة ١٣:

جاء في المذكرة الايضاحية للقانون تعليقا على نص المادة ١٣ عند تقرير حق متولى الرقابة في الرجوع على الخاضع لرقابته، بما دفعه من تعويض عن فعله الضار أنه «... واذا رجع المضرور على متولى الرقابة، واستوفى منه كل التعويض، كان لمتولى الرقابة الرجوع على من ارتكب الخطأ، الا اذا كان هذا غير مميز فانه يكون غير مسئول». فكما هو واضح من عبارة المذكرة الايضاحية أنها تستلزم أن يكون الشخص مميزا، حتى يكون مسئولا مسئولية تقصيرية.

٣ ــ عدم ورود نص مماثل لنص المادة ١٩١ من القانون المدنى العراقي:

يلاحظ أن قانون تنظيم الالتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع، قد نقل في الجزء الأول منه الخاص بقيام المسئولية بوجه عام، عن القانون المدنى العراقي، الذي تضمن نصا صريحا يقرر مسئولية عديم التمييز عن فعله الضار، اذ جاء فيه أنه «١ ــ اذا أتلف صبى مميز، أو غير مميز، أو من في حكمها مال غيره لزمه الضمان.

٢ ــ واذا تعذر الحصول على التعويض من أموال من وقع منه الضرر ان كان صبيا

---

(٢٥٢) انظر عرضا لها ايضا في المسئولية التقصيرية لعبد الفتاح عبد الباقي ــ المرجع السابق ــ ص ١٤٥ ــ ومنصور مصطفى منصور ــ المرجع السابق ص ٧٤.

غير مميز، أو مجنوناً جاز للمحكمة، أن تلزم الولى، او القيم، أو الصبى بمبلغ التعو يض على أن يكون لهذا الرجوع على من وقع منه الضرر» (٢٥٣).

ولكن المشرع الكو يتي لم يأت بنص مماثل لنص المادة ١٩١ مدنى عراقي، مما قد يفهم منه أنه اراد مخالفته في الحكم.

٤ ــ يأخذ المشرع بالخطأ كمبدأ عام تقوم عليه المسئولية، وهو مايستلزم أن يكون المسئول مميزا، اذ لايمكن أن ينسب الخطأ الى الشخص عديم الادراك (٢٥٤).

الرأى الثاني : المسئولية لا تستلزم التمييز:

قال بهذا الرأى الاستاذ الدكتور عبد الفتاح عبد الباقى(٢٥٥) وقد ذهب سيادته الى أنه وان كان لاينكر وجاهة الحجج التى قال بها أصحاب الرأى المخالف، الا أنه يميل الى القول بأن عديم التمييز في ظل قانون تنظيم الالتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع لسنة ١٩٦١، يسأل عن أفعاله الضارة. وأن التمييز ليس شرطا متطلبا لاعتبار الفعل خاطئا، يستوجب مسئولية صاحبه التقصيرية.

وقد بنى رأيه على عدة حجج، كما رد على حجج الرأى المخالف، وهو ما نعرضه فيما يلى:

أ ــ الحجج التى استند اليها :

١ ــ جاءت نصوص قانون تنظيم الالتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع، والتعديلات التى لحقته بعد ذلك، خلوا مما يستلزم التمييز بطريق صريح ومباشر. ولو كان المشرع الكو يتي يقصد استلزامه لنص على ذلك صراحة، كما فعلت القوانين التى اخذ عنها، وخصوصا القانون المدنى المصرى.

---

(٢٥٣) انظر في نقد هذا النص، عنى حسون طه ــ الوجيز في النظرية العامة للالتزامات الكتاب الاول مصادر الالتزام ــ بغداد ١٩٧١ ــ فقرة ٨٥٧، سليمان مرقص ــ المسئولية المدنية (المرجع السابق) ــ فقرة ٩٥.

(٢٥٤) منصور مصطفى منصور ــ الخطأ في المسئولية المدنية (المرجع السابق) ــ ص ٧٤ وص ٧٧.

(٢٥٥) دروسه في مصادر الالتزام (المصادر غير الارادية) ــ المرجع السابق ــ ص ٣٢ وبحثه في المسئولية التقصيرية عن حوادث السيارات.. المرجع السابق ــ ص ١٤٦.

٢ ــ وردت النصوص التى تقرر حالات المسئولية في مجموعها عامة ومطلقة مؤكدة بأن من يحدث الضرر يكون مسئولا، يستوى في ذلك أن يكون متعمدا أو متعديا، وسواء أكان مباشرا أو متسببا. والقاعدة أن المطلق يؤخذ على اطلاقه، مادام لايوجد مايخصصه، فلا تخصيص بغير مخصص. يضاف الى ذلك أن مصطلحات التعمد والتعدى، قد نقلت مباشرة عن القانون العراقي، و بصورة غير مباشرة عن الفقه الاسلامي، وأحكام المجلة، وهى هنا وهناك، تعنى الخطأ من الشخص سواء كان مميزا او غير مميز.

٣ ــ أحكام المسئولية التقصيرية في القانون الكويتي، وان كانت قد أخذت في كثير منها عن الأحكام العصرية، الا أنها مستوحاة في أساسها من الفقه الاسلامي و بصفة خاصة، مما قنن عنه من أحكام المجلة. والفقه الاسلامى ــ في مجموعة ــ لايستلزم التمييز فيمن يتحمل بالضمان في ماله على التفصيل الذي عرضناه في المبحث السابق.

ب ــ رده على حجج الرأى المخالف :

١ ــ فيما يتعلق بعدم ايراد المشرع الكويتي لنص مماثل لنص المادة ١٩١ من القانون المدني العراقي الذي يقرر مسئولية عديم التمييز، لايعني هذا بالضرورة أن المشرع قد قصد الأخذ بحكم مخالف لما جاءت به هذه المادة، والا لكان قد نص عليه صراحة. وخصوصا أنه كان يستطيع الاخذ في هذا الصدد عن القانون المصري الذي استلهمه في كثير من نصوصه.

ويمكن تفسير سكوت المشرع، وعدم اخذه بنص مماثل لنص المادة ١٩١ عراقي أنه ربما «لم ير الحاجة ماسة لوضع نص يقرره اعتبارا بأنه عبر عن الخطأ كأساس لازم لقيام المسئولية التقصيرية بوجه عام بلفظي التعمد والتعدى، وهما لفظان مستقيان من الفقه الاسلامي، ومن شأنهما أن تقوم المسئولية على الشخص دون حاجة الى تطلب الادراك فيه. فكأن المشرع الكويتي رأى في هذين الاصطلاحين الشرعيين ما أغناه عن نقل المادة ١٩١ مدنى عراقى التي تصرح بعدم لزوم الادراك لدى المسئول» (٢٥٦).

---

(٢٥٦) بحث المسئولية التقصيرية عن حوادث السيارات... المرجع السابق ــ ص ١٤٨.

٢ ــ وأما بخصوص ما أوردته المادة ١٣ من استدراك خاص بعدم الرجوع على غير المميز من متولى الرقابة الذي دفع التعويض عن الفعل الضار الذي ارتكبه الخاضع لرقابته يرى الدكتور عبدالفتاح عبدالباقي، أنه ليس من شأن هذه الاشارة العابرة التي تضمنتها هذه المادة، وفي المناسبة العارضة التي جاءت فيها أن تؤدي الى تقرير مبدأ عام وهام، مقتضاه ضرورة التمييز لقيام المسئولية التقصيرية. و يذهب الى حد أن يقول : «ولعلها جاءت عفوا واعتباطا»(٢٥٧) و يفسر ذلك بان نص المادة ١٣ قد نقل نقلا يكاد يكون حرفيا من القانون المصري، و يبدو أن من نقل النص قد فاته أن القانون الكويتى يخالف القانون المصرى في خصوصية أنه لايستلزم الادراك لقيام المسئولية.

ونفس القول يصدق على ماجاء في المذكرة الايضاحية للقانون تعليقا على نص المادة ١٣.

خلاصـــة :

نخلص مما سبق، الى أن الامر في ظل قانون تنظيم الالتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع كان محل خلاف في الفقه، لعدم وجود نص صريح، يقرر أو ينفى مسئولية عديم التمييز التقصيرية. ومن الواضح أن كلا من الرأيين السابقين قد أعتنق حججا غير قاطعة في تأييده، نظرا لغياب النص التشريعي الحاسم. واذا كانت لنا من وقفة ازاءهما، فاننا ننحاز الى الرأى الثانى، برغم عموميات حججه، استمرارا لما رددناه مع أنصار المسئولية في مواضع عديدة من هذا البحث، من ضرورة رعاية المضرور تحقيقا للعدالة، وأخذا بالاتجاه الغالب في فقه الشريعة الاسلامية، الذي يعتبر المصدر التاريخى لكثير من نصوص قانون تنظيم الالتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع، والذي كان يطبق قبل صدوره مباشرة كمصدر رسمى متمثلا في أحكام المجلة، التى استمدت احكامها من الرأى الراجح في المذهب الحنفي.

وعلى أية حال فقد انتهى هذا الخلاف الفقهى، بصدور القانون المدنى الكويتي الذى حسم الامر، في صورة نص واضح، لايتطرق اليه الشك، يقرر مسئولية عديم التمييز عن أفعاله الضارة. وهو ماسيكون موضع دراستنا في المطلب التالي باعتباره يمثل المرحلة الثالثة من المراحل التى مرت بها مسئولية عديم التمييز في القانون الكويتي.

---

(٢٥٧) المرجع السابق ــ ص ١٤٩.

المطلب الثاني

مدى مسئولية عديم التمييز في ظل القانون المدنى الكويتي الجديد

٥٤ ــ النص التشريعي: المادة ٢٢٧ مدنى، وماتتضمنه من أحكام:

نصت المادة ٢٢٧ من القانون المدنى على أنه : ــ

١ ــ «كل من أحدث بفعله الخاطىء ضررا بغيره يلتزم بتعويضه، سواء أكان في احداثه الضرر مباشرا أو متسببا».

٢ ــ «و يلتزم الشخص بتعويض الضرر الناشىء عن فعله الخاطىء، ولو كان غير مميز».

نلاحظ أن نص المادة ٢٢٧ السابق، يضع قاعدة عامة، في الفقرة الاولى منه، كما يضع تطبيقا لها في الفقرة الثانية يتعلق بعديم التمييز.

وسنعرض لكل من القاعدة والتطبيق، في فقرتين، على النحو التالي :

٥٥ ــ القاعدة العامة الواردة في الفقرة الاولى من نص المادة ٢٢٧ مدنى:

جاء في الفقرة الأولى من النص أن: «كل من أحدث بفعله الخاطىء ضررا بغيره يلتزم بتعويضه، سواء أكان في احداثه الضرر مباشرا، أو متسببا».

وهذه الفقرة ــ في الواقع ــ تتضمن مسألتين على جانب كبير من الاهمية. أولاهما، تتمثل في المفهوم الجديد الذي أخذ به المشرع الكويتي لفكرة الخطأ. وثانيتهما، التسوية في المسئولية التي قررها المشرع لكل من المباشر والمتسبب.

وسنعرض لكل من هاتين المسألتين فيما يلى :

(١) اعتناق المشرع الكويتي لفكرة الخطأ بمفهومها المادى وحده:

ان تعبير المشرع عن فكرة الخطأ بـ «الفعل الخاطىء»، يعيد الى الاذهان ما سبق أن قال به الاساتذة مازو، من ضرورة الاقتصار على العنصر المادى وحده للقول بتحقق

الخطأ في نطاق المسئولية المدنية. فالعبرة بالفعل في ذاته، وما اذا كان فعلا خاطئا الحق ضررا بالغير أم لا، لا بشخص الفاعل، ومايتعلق به من ظروف خاصة (٢٥٨).

وماجاء به المشرع الكويتي، قد استوحاه، فيما نعتقد، من الاتجاه السائد فى فقه الشريعة الاسلامية، الذي يقيم المسئولية على أساس موضوعي، قوامه الضرر الذي تحقق، ووجوب جبره، بصرف النظر، عن شخص مرتكب الفعل، نظرا لأن الضمان قد قصد به جبر الضرر لا الجزاء والعقوبة (٢٥٩).

ونحن نعتقد أن اعتناق المشرع الكويتي لفكرة الخطأ بمفهومها المادى أو الموضوعى يمثل طفرة تشريعية تستحق كل تأييد. نظرا لان الفكرة بمفهومها التقليدي، أى بعنصريها المادى والمعنوى، أصبحت من الناحية الفعلية في ذمة التاريخ. ونحن لاننكر أنها كانت ــ عندما قيل بها ــ تمثل مرحلة ضرورية من مراحل الفكر القانوني، ووسيلة فنية اساسية لتأصيل أحكامه. الا أن التطور، قد اقتضى ضرورة اعادة النظر فيها، مما دعا البعض الى القول بفكرة تحمل التبعة، أو الضمان، وغيرهما من الافكار الاخرى المستحدثة، وهى كلها أفكار تعرضت ــ في جانب أو أكثر منها ــ للنقد.

واذا كان جمهور الفقة لازال ــ حرصا على القديم المألوف ــ يتمسك بفكرة الخطأ الا أن كثيرا من التعديل قد طرأ عليها. فقيل بفكرة الخطأ المفترض، افتراضا يقبل اثبات العكس، او لايقبله. وهي ــ في الواقع ــ صور للتحايل على الفكرة التقليدية، قصد بها حماية المضرور، الذي أصبحت الدعوة الى حمايته، من مخاطر الحياة الحديثة، مطلبا ملحا في كل وقت ولذلك، فلا ضير من الابقاء على فكرة الخطأ بمفهومها المادى وحده، فنكون بذلك قد حققنا الهدفين معا، الحفاظ على القديم المألوف، وتحقيق حماية فعالة للمضرور، تقوم بمجرد تحقق الضرر، بوقوع الفعل الخاطىء اى الانحراف في السلوك، وهومافعله المشرع الكويتي (٢٦٠).

---

(٢٥٨) راجع ماسبق ــ فقرة ٢٥، ومنصور مصطفى منصور ــ المصادر غير الارادية (المرجع السابق). ص ٢٣.

(٢٥٩) ماسبق ــ فقرة ٤٩

(٢٦٠) ومع ذلك قارن ماورد في المذكرة الايضاحية للقانون تعليقا على هذا النص، وهوماقد يفهم منه ان المشرع لازال يتمسك بالخطأ بمفهومه التقليدي ــ ص ٢١٨.

لكننا نلاحظ، من ناحية أخرى، أن المشرع الكويتي لم يسلك هذا السبيل في النصوص الاخرى التالية لهذا النص اذ عبر عن فكرة الخطأ، بما يفيد استلزام توافر عنصريه المادى والمعنوى (٢٦١).

ونعتقد أن هذا التباين في الصياغة بين نص المادة ٢٢٧، وما تلاها من نصوص، يرجع الى أن هذه المادة لم تكن في صياغتها الاولى على ما هي عليه الان، وانما كانت على النحو التالى: «كل من أحدث بخطئه ضررا بغيره...» وهو مايستقيم مع صياغة النصوص التالية لها. و يبدو أن المشرع عدل ــ بعد ذلك ــ عن هذه الصياغة الى الصياغة الحالية، بحيث اكتفى بالخطأ بعنصره المادى وحده. وهنا كان يتعين عليه ــ في تقديرنا ــ أن يراجع صياغة النصوص الاخرى، التى تتكلم عن الخطأ، ليتم التناسق وتوحيد المصطلحات المأخوذ بها.

٢ ــ التسوية بين المباشر والمتسبب في المسئولية:

قرر المشرع في الفقرة الاولى من نص المادة ٢٢٧ أن الشخص يسأل عن فعله الخاطىء متى الحق ضررا بغيره، يستوى في ذلك أن يكون مباشرا، أو متسببا.

وقد أخذ المشرع بالرأى الذي رجحناه في فقه الشريعة الاسلامية والذي يذهب الى امكان التسوية بين المباشر والمتسبب، متى فسر تعدى المتسبب بمجرد تجاوز الحق الشرعى، وهو كما يتحقق عمدا، يمكن أن يقع اهمالا وتقصيرا (٢٦٢).

وحسنا فعل المشرع، فهو بالتسوية بين المباشر والمتسبب قد تجنب المشاكل التى تثور عادة عند التفرقة بين فكرة المباشرة، والتسبب، فبرغم اهتمام فقهاء الشريعة الاسلامية، بتحديد ماهية كل منهما، الا أنه كثيرا ماتدق التفرقة بينهما عند التطبيق (٢٦٣).

كما ان فكرتى المباشرة والتسبب من الافكار الخاصة بفقه الشريعة الاسلامية

---

(٢٦١) انظر على سبيل المثال المواد ٢٢٨ و٢٢٩ و ٢٣٤ من القانون المدنى.

(٢٦٢) ماسبق ــ فقرة ٤٨.

(٢٦٣) انظر على سبيل المثال ما أورده بدر جاسم اليعقوب في رسالته من قضاء غير منشور يخلط بين المباشرة والتسبب ــ المرجع السابق ــ ص ١٢١ هامش(١)

وليس لهما مقابل في فقه القوانين الوضعية الحديثة. ولعل هذا مادعا المشرع الكويتي الى عدم التفرقة بينهما في الحكم.

٥٦ ــ التطبيق الذي تضمنته الفقرة الثانية من النص، مسئولية عديم التمييز:

بعد أن أورد نص المادة ١/٢٢٧ القاعدة العامة في مسئولية الشخص عن فعله الخاطىء، على النحو السابق، جاءت الفقرة الثانية من النص مقررة أى هذه المسئولية تتحقق عن الفعل الخاطىء للشخص، ولو كان غير مميز.

ونحن نعتقد أن ماجاءت به الفقرة الثانية، لايمثل خروجا على ماتضمنته الفقرة الاولى، وانما هو تطبيق لها، على ماانتهينا اليه في الفقرة السابقة من القول باعتناق المشرع الكويتي لفكرة الخطأ الموضوعى أو المادى الذي يتحقق بمجرد وقوع الفعل الضار، بصرف النظر عن شخص مرتكبه، ومايتعلق به من ظروف خاصة كالسن او الجنس، أو الحالة العقلية.

وعلى ذلك، فانه وان كان يمكن ــ في تقديرنا ــ الاستغناء عن الفقرة الثانية من النص اكتفاء بالقاعدة العامة الواردة في الفقرة الاولى منه. الا أننا مع ذلك نؤيد مسلك المشرع، في النص الصريح على مسئولية عديم التمييز، نظرا للخلاف الفقهى حولها الذى استعر أواره في كثير من الدول، على النحو الذى عرضنا له في ثنايا هذا البحث.

ومن ثم، كان من الضروري أن يأتى المشرع بنص حاسم، وواضح في هذه المسألة، حتى لايترك ثغرة لاى رأى مخالف، وخصوصا أن المسألة كانت محل خلاف، في ظل قانون تنظيم الالتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع، على النحو الذى عرضناه في المطلب السابق (٢٦٤).

خلاصة :

نخلص ــ مما سبق ــ الى أن المشرع الكويتي قد أخذ بمسئولية عديم التمييز الكاملة عن فعله الضار. وهو بذلك قد استفاد من التطور الفقهى، والقضائى، والتشريعي

---

(٢٦٤) وانظر أيضا ماجاء في المذكرة الايضاحية للقانون المدنى ــ ص ٢١٩.

الذي انتهت اليه القوانين الحديثة، بل انه تفوق على كثير منها، لازال يأخذ بالمسئولية على استحياء، كما هو شأن القانون المصرى في المادة ٢/١٦٤، والقانون الفرنسي في المادة ٢/٤٨٩. وقد سبق بحثهما بحثا انتقاديا.

كما أنه استفاد قبل ذلك كله بالاتجاه الغالب في فقه الشريعة الاسلامية الذي يقرر مسئولية عديم التمييز(٢٦٥).

٥٧ ــ مدى امكان مساءلة عديم التمييز باعتباره متبوعا، وحارسا للاشياء:

يثور التساؤل هنا ــ كما ثار من قبل عند التعرض لمدى مسئولية عديم التمييز في ظل القانون الفرنسي، وفي ظل القانون المصري، وفي فقه الشريعة الاسلامية ــ عن مدى مسئولية عديم التمييز في ظل القانون الكويتي الجديد كمتبوع عن أفعال تابعة، وكحارس للاشياء الحية منها، وغير الحية.

ونلاحظ ــ ابتداء ــ أن الاجابة على مثل هذا التساؤل، لن تصطدم بتلك الصعوبات التي واجهناها، عند التعرض له في القانون المصري والفرنسي، نظرا لما يتميز به القانون الكويتي من نص واضح يقرر المسئولية الكاملة لعديم التمييز عن فعله الشخصي فضلا عما يضعه من قاعدة عامة في الاعتداد بالخطأ بمفهومه المادي. وهو ماييسر القول بامكان مساءلته عن فعل الغير، وعن فعل الاشياء التي تكون تحت حراسته.

ولذلك، فلا خلاف في أن عديم التمييز يكون مسئولا عن أفعال تابعة الضارة، اذ تتوافر علاقة التبعية بينه و بين تابعه، وهو وان كان لايباشر الرقابة والتوجيه بنفسه، الا أنه يباشرها بواسطة من له الولاية على ماله (٢٦٦).

وكذلك يسأل عديم التمييز، باعتباره حارسا للأشياء، الحية منها، وغير الحية فهو يسأل باعتباره حارسا للحيوان، كما يسأل باعتباره حارسا للأشياء الاخرى غير الحية، التى تتطلب عناية خاصة لمنع وقوع الضرر منها، والتى ذكرت الفقرة الثانية من المادة ٢٤٣ امثلة

---

(٢٦٥) المذكرة الايضاحية للقانون المدنى ــ ص ٢١٩ حيث عددت مزايا النص .

(٢٦٦) منصور مصطفى منصور ــ المصادر غير الارادية للالتزام (المرجع السابق) ــ ص ٥٢.

لها، ثم جاء في نهايتها أن المسئولية تشمل «... كل شيء آخر يكون، بحسب طبيعته أو بحسب وضعه مما يعرض للخطر».

والحراسة تتحقق لعديم التمييز، سواء باشرها بنفسه، أو بواسطة شخص آخر وهي لا تستلزم توافر الادراك، على النحو الذى استقر في القضاء الفرنسي، منذ حكم تريشار سنة ١٩٦٤. وهو ماعرضنا له تفصيلا من قبل (٢٦٧).

٥٨ ــ خلاصة :

نخلص ــ مما سبق ــ الى أن القانون المدنى الكويتي الجديد، قد وصل الى قمة التطور بتقريره المسئولية الكاملة لعديم التمييز عن فعله الشخصى الخاطىء. وهو ما كان ــ ولايزال ــ محل خلاف في أرقى التشريعات المعاصرة، على درجات متفاوتة.

كما انتهينا الى أن هذه المسئولية، تتحقق أيضا، في حالة اعتباره متبوعا، أو حارسا.

وبذلك نكون قد وصلنا الى نهاية المطاف في هذا البحث، وهو مايقتضى ــ في النهاية ــ أن نعرض لاهم النتائج التى وصلنا اليها، في خاتمته، و بذلك تكتمل حلقاته ان شاء الله.

« خاتمة »

بعد أن وصلنا الى نهاية المطاف، في بحث مدى مسئولية عديم التمييز التقصيرية في القوانين المقارنة، يجدر بنا أن نسجل النتائج، والملاحظات التى انتهينا اليها. ونرى أن نعرض لذلك من زاويتين.

أولاهما : في خلاصة عن مسلك المشرع في القوانين التى عرضنا لها بالبحث والدراسة، مسجلين ملاحظاتنا على مسلك كل.

وثانيتهما: مانقترحه لاقامة التوازن بين مصلحة الغير المضرور، وعديم التمييز، متى سلمنا بضرورة تقرير المسئولية الكاملة لهذا الأخير.

---

(٢٦٧) ماسبق ــ فقرة ٢٠ (٢)

أولا : مسلك المشرع في القوانين التى كانت موضعا للبحث، وملاحظاتنا على كل:

لقد عرضنا في هذه الدراسة لمدى مسئولية عديم التمييز في ظل كل من القانون الفرنسي، والقانون المصرى، وفقه الشريعة الاسلامية، والقانون الكويتي.

أ ــ فبالنسبة لمدى المسئولية في ظل القانون الفرنسي، عرضنا للتطور الذى مرت به هذه المسئولية، في الفقه، والقضاء الفرنسي، والذي توج بصدور القانون رقم ٦٨ الصادر في ٣ يناير ١٩٦٨ الخاص بتقرير المسئولية الكاملة للمختلين عقليا عن أفعالهم الضارة، دون غيرهم من عديمي التمييز، بمقتضى تعديل نص المادة ٢/٤٨٩ من القانون المدنى الفرنسى.

واذا كان المشرع الفرنسي، قد تقدم ــ باصدار هذا القانون ــ خطوة نحو حماية المضرور، الا أنها ــ كما أكدنا من قبل ــ خطوة قاصرة، يتعين أن تتلوها خطوة أخرى تتقرر بمقتضاها المسئولية الكاملة لعديم التمييز باطلاق، وعلى وجه أخص بسبب صغر السن.

و يقتضى ذلك تعديلا جوهريا في النص، بحيث يشمل عديمي التمييز جميعا بلا استثناء وان كان هذا بدوره يستلزم النص عليها صراحة في الباب الخاص بالمسئولية عن الفعل الضار لا في الباب الخاص بحماية المرضى المختلين عقليا حسبما هو قائم الآن.

ب ــ أما القانون المصرى، فان كان قد أخذ منذ البداية بحل وسط، وازن فيه بين الاعتبارات المتعارضة، فقرر مسئولية عديم التمييز على سبيل الاستثناء، متى تعذر الرجوع على من يسأل عن أفعاله، وان كانت هذه المسئولية الاستثنائية، مخففة وجوازية للقاضى، مما يضعف من تأثيرها، في كثير من الحالات.

ولذلك، نادينا بضرورة تعديل نص المادة ١٦٤ من القانون المدنى المصرى، بحيث يقرر مسئولية عديم التمييز على نحو جديد، فتكون مسئولية أصلية، لااحتياطية، ووجوبية لاجوازية، وكاملة لامخففة.

جـ ــ كما عرضنا لموقف فقه الشريعة الاسلامية من المسألة، ووضحنا التفرقة التى يقيمها بين فكرتى المباشرة، والتسبب. وانتهينا الى أن عديم التمييز، يسأل متى كان مباشرا، وهورأي الجمهور، باستثناء بعض المالكية. أما في حالة التسبب فلا يسأل الشخص

الا اذا كان متعديا على النحو الذى أخذنا به. وانتهينا الى الأخذ بمسئولية عديم التمييز هنا أيضا مفسرين التعدى بمجرد وقوع الفعل الضار منه، متفقين في ذلك مع رأى حديث في الفقه الاسلامي.

د ــ أما القانون المدنى الكويتي الجديد، فقد استفاد واضعوه من التطور الذي مرت به مختلف التشريعات في هذه المسألة. كما استفادوا أيضا من آراء فقهاء الشريعة حولها. ومن ثم، كان نص المادة ٢٢٧ يمثل قمة التطور في تقرير المسئولية الكاملة لعديم التمييز أيا كان، ودون تفرقة بين المباشرة والتسبب.

هـ ــ وقد حاولنا ــ بعد الاتجاه نحو تقرير مسئولية عديم التمييز عن أفعاله الشخصية الضارة ــ أن نأخذ بهذه المسئولية، متى كان متبوعا، أو حارسا للأشياء الحية، وغير الحية.

والحق أن أكثر التشريعات ــ حتى تلك التى لازالت تخطو خطواتها الاولى نحو تقرير المسئولية الشخصية لعديم التمييز ــ تقرر مسئوليته في هذا المجال.

ز ــ ثبت من خلال دراستنا أن نظرية الخطأ، بمفهومها التقليدي ــ الذى يستلزم توافر عنصريها المادى والمعنوى ــ قد عفا عليها الزمن وان الاتجاه الحديث يذهب اما الى الاكتفاء بعنصرها المادى وحده، وهو اتجاه المحافظين على فكرة الخطأ، باعتبارها من قبيل القديم المألوف. واما الى نبذ الفكرة تماما، والقول بافكار أخرى، كفكرة تحمل التبعة، أو الضمان، أو غيرهما من الافكار، التى لا تسلم اى منها من جانب، أو اكثر من جوانب النقد.

ونحن ــ من ناحيتنا ــ نستطيع أن ننحاز الى جانب القائلين بالابقاء على فكرة الخطأ بمفهومها المادى وحده، وهو مانجد له اساسا في فقه الشريعة الاسلامية، الذى يعتد ــ كما رأينا من قبل ــ بمجرد وقوع الفعل الضار، في ذاته، بصرف النظر عن شخص مرتبكه. وهو أيضا ما أخذ به المشرع الكويتي في نص المادة ٢٢٧ من القانون المدنى.

ثانيا : ما اقترحناه لتحقيق التوازن بين مصلحة عديم التمييز، والغير المضرور:

اذا كنا قد انتهينا الى ضرورة مساءلة عديم التمييز مساءلة كاملة عن فعله الشخصي او باعتباره متبوعا، أو حارسا. الا أن هذا لايعني اننا نضحي به في سبيل المضرور وخصوصا في بعض الحالات التي يكون فيها عديم التمييز معوزا.

ومن ثم، فقد اقترحنا ــ لتحقيق نوع من التوازن بين مصلحة كل منهما ــ امكان الاخذ بنظام التأمين الاجباري من مسئولية عديم التمييز، اما عن طريق ابرام عقد تأمين لدى أحد المؤمنين العاديين، على نحو ما هو متبع في التأمين الاجبارى من المسئولية عن حوادث السيارات، واما عن طريق هيئة جماعية تتولى عملية التأمين، دون قصد الربح أو الاخذ بنظام صندوق للضمان، على غرار ماهو متبع في كثر من الدول، في شأن حوادث السيارات. بحيث يمكن ــ بهذه الوسيلة أو تلك ــ أن يجد المضرور شخصا مليئا يدفع له التعويض، ولا يتعرض عديم التمييز ــ بدوره ــ للعناء والمشقة متى كان مسئولا عن فعله الضار، او متى كان مسئولا باعتباره متبوعا او حارسا.

و بذلك نعتقد أن الأمر يستقيم، فلا ضرر ولا ضرار، وتتحقق العدالة كاملة.

مراجع البحث

أولا : مراجع باللغة العربية

١ ــ مراجع في فقه الشريعة الاسلامية :

أ ــ مراجع عامة :

ــ ابن قدامة المقدسي: المغنى، الطبعة الثالثة ١٣٦٧هـ، الجزء السابع.

ــ ابراهيم بن محمد بن سالم : السبيل في شرح الدليل، الجزء الثاني.

ــ أبو محمد بن غانم بن محمد البغدادي: مجمع الضمانات في مذهب الامام الاعظم أبي حنيفة النعمان، الطبعة الأولى ١٣٠٨هـ، المطبعة الخيرية، القاهرة.

ــ الخرشي على مختصر سيدى خليل، وبهامشه حاشية الشيخ على العدوى المجلد الثالث، الجزء الخامس والسادس، دار صادر، بيروت.

ــ الامام شهاب الدين الصنهاجى القرافي: الفروق، وبهامشه عمدة المحققين، وتهذيب الفروق، والقواعد السنية في الاسرار الفقهية. الجزء الرابع، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت.

ــ عبدالرزاق السنهورى: مصادر الحق في الفقه الاسلامي، الجزء الأول ١٩٦٧، القاهرة.

ــ عبدالله بن حجازى الشرقاوي: حاشية الشرقاوي على تحرير وتنقيح اللباب ــ جـ ٤ .

ــ الامام علاء الدين ابى بكر بن الكاساني الحنفي: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الطبعة الثانية ١٩٧٤، الجزء السابع، دار الكتاب العربي، بيروت.

ــ على الخفيف : الضمان في الفقه الاسلامي، محاضرات القاها على طلاب قسم البحوث والدراسات القانونية والشرعية بمعهد الدراسات العربية ١٩٧١، القاهرة.

ــ محمد بن احمد بن جزى الغرناطى المالكى: قوانين الاحكام الشرعية وسائل الفروع الفقهية، ١٩٧٥ عالم الفكر، القاهرة.

ــ الشهيد الاول محمد بن جمال الدين مكى العاملى: اللمعة الدمشقية، مطبوع مع الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، للشهيد الثاني زين العابدين العاملي، الطبعة الاولى: الجزء السابع، من مطبوعات جامعة النجف الدينية.

ــ محمد بن رشد القرطبى: بداية المجتهد، ونهاية المقتصد، الطبعة الثالثة ١٣٧٩هـ ـ ١٩٦٠، الجزء الثاني، مطبعة البابي الحلبي، القاهرة.

ـ محمد بن علي بن محمد الشوكاني : ارشاد الفحول الى تحقيق الحق من علم الأصول، الطبعة الأولى ١٩٣٧، مطبعة البابي الحلبي، القاهرة.

ـ محمد ابو زهرة: اصول الفقه، دار الفكر العربي، القاهرة

ـ محمد جواد مغنية : فقه الامام جعفر الصادق، الطبعة الأولى، الجزء الخامس والسادس، دار العلم للملايين، بيروت.

ـ محمد الخضري: أصول الفقه، الطبعة الثانية ١٩٣٣، القاهرة.

ـ محمد الخطيب الشربيني: مغني المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج، الجزء الرابع، ١٩٥٥، القاهرة.

ـ منصور البهوتي : شرح زاد المستنقع مطبوع على الروض المربع، ١٩٥٥، القاهرة.

ـ وهبه الزحيلي: نظرية الضمان، أوأحكام المسئولية المدنية والجنائية في الفقه الاسلامي، الطبعة الأولى ١٩٧٠، دار الفكر، دمشق.

ب ـ مقالات ورسائل :

ـ احمد ابراهيم : الأهلية، وعوارضها، والولاية في الشرع الاسلامي، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد التي تصدرها كلية الحقوق، جامعة القاهرة، السنة الأولى، العدد الثالث ١٩٣١.

ـ حسين النورى: عوارض الأهلية في الشريعة الاسلامية، رسالة دكتوراه من حقوق القاهرة ١٩٥٣.

ـ سيد أمين محمد: المسئولية التقصيرية عن فعل الغير في الفقه الاسلامي المقارن، رسالة دكتوراه من حقوق القاهرة ١٩٦٤.

ـ فخرى رشيد مهنا: أساس المسئولية التقصيرية، ومسئولية عديم التمييز دراسة مقارنة في الشريعة الاسلامية، والقوانين الانجلوسكسونية والعربية، رسالة ماجستير من بغداد ١٩٧٤.

ـ محمد فاروق بدرى العكام: الفعل الموجب للضمان في الفقه الاسلامي، دراسة مقارنة، رسالة من حقوق القاهرة ١٩٧٧ (على الآلة الناسخة).

جـ ـ شروح لمجلة الأحكام العدلية :

ـ سليم رستم باز اللبناني: شرح المجلة، الطبعة الثالثة، المطبعة الأدبية ١٩٢٣، بيروت.

ـ على حيدر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب فهمي الحسيني، بيروت.

ـ محمد الحسين آل كاشف الغطاء : تحرير المجلة.

٢ ــ مراجع في فقه القانون الوضعي الحديث :

أ ــ مراجع عامة :

ــ أبو زيد عبدالباقي مصطفى: المصادر غير الارادية للالتزام في القانون المدني المصري ١٩٨١.

ــ احمد سلامه : مذكرات في نظرية الالتزام، الكتاب الاول، مصادر الالتزام ١٩٧٥.

ــ أنور سلطان : النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام ١٩٦٥.

ــ جميل الشرقاوى: النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام ١٩٧٦.

ــ حسن عكوش: المسئولية العقدية، والتقصيرية في القانون المدني الجديد، الطبعة الثانية ١٩٧٠.

ــ حسين عامر وعبدالرحيم عامر: المسئولية المدنية «التقصيرية والعقدية»، الطبعة الثانية ١٩٧٩.

ــ سليمان مرقص: المسئولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، القسم الأول، الأحكام العامة ١٩٧١.

ــ عبدالحى حجازى: النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، مصادر الالتزام ١٩٥٤.

ــ عبدالرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية ١٩٦٤.

ــ عبدالفتاح عبدالباقى: مصادر الالتزام في القانون الكويتي مع المقارنة بالفقه الاسلامي وأحكام المجلة، الجزء الثاني، المصادر غير الارادية. مذكرات على الآلة الناسخة القاها على طلاب كلية الحقوق والشريعة بجامعة الكويت في العام الجامعي ١٩٧٤/١٩٧٥.

ــ غني حسون طه: الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، ١٩٧١ بغداد.

ــ محمود جمال الدين زكي: الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، الجزء الأول، في مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة ١٩٧٨.

ــ مصطفى مرعى : المسئولية المدنية في القانون المصرى، الطبعة الأولى ١٩٣٦.

ــ منصور مصطفى منصور: المصادر غير الارادية للالتزام، خلاصة الدروس التي القاها على طلاب كلية الحقوق والشريعة بجامعة الكويت في العام الجامعي ١٩٨٠/١٩٨١.

ــ نعمان جمعة : دروس في الواقعة القانونية، أو المصادر غير الارادية ١٩٧٢.

ب ــ رسائل وبحوث متخصصة :

ــ ابراهيم الدسوقي ابو الليل: المسئولية المدنية بين التقيد والاطلاق ١٩٨٠.

ــ احمد شوقي عبدالرحمن : مسئولية المتبوع باعتباره حارسا، بحث منشور في مجموعة البحوث القانونية والاقتصادية التي تصدرها كلية الحقوق بجامعة المنصورة، العدد الأول ١٩٧٥.

ـ بدر جاسم محمد اليعقوب : المسئولية عن استعمال الأشياء الخطرة في القانون الكويتي، رسالة دكتوراه من حقوق القاهرة ١٩٧٧ (على الآلة الناسخة).

ـ سهير سيد منتصر : تحديد مدلول الحراسة في المسئولية عن الأشياء، رسالة من حقوق عين شمس ١٩٧٧ (على الآلة الناسخة).

ـ عبدالفتاح عبدالباقي : المسئولية التقصيرية عن حوادث السيارات، وغيرها من الأشياء الخطرة، تأسيسا على حراستها، وعلى مباشرة الضرر أثناء استعمالها، بحث في القانون المدنى مع التعمق القاه على طلبه دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص بكلية الحقوق والشريعة ـ جامعة الكويت في العام الجامعي ١٩٧٣/١٩٧٢ (على الآلة الناسخة).

ـ محمد لبيب شنب: المسئولية عن الأشياء، دراسة في القانون المدنى المصرى مقارنا بالقانون الفرنسي، رسالة دكتوراه، القاهرة ١٩٥٧.

ـ محمد نصر رفاعي: الضرر كأساس للمسئولية في المجتمع المعاصر، رسالة من حقوق القاهرة ١٩٧٨.

ـ منصور مصطفى منصور: الخطأ في المسئولية المدنية، بحث القاه على طلاب الدراسات العليا في القانون الخاص في مادة القانون المدنى مع التعمق، بكلية الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، في العام الجامعي ١٩٧٥/١٩٧٤.

جـ ـ أعمال تحضيرية :

ـ مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء الثاني.

ـ المذكرة الايضاحية للقانون المدني الكويتي.

ثانيا : مراجع باللغة الفرنسية

I - Les Oeuvrages Génèraux

- **AUBY et RAU et ESMEIN:**
  Droit Civil Français par ESMEIN T. VI 1951

- **BAUDRY, LANCONTINERIE et L. BARDE:**
  Traité Théorique et Pratqiue de droit civil (des obligations) 3 éd. 1906

- **CARBONNIER "Jean":**
  Droit Civil T. 2 1972

- **CARDAHI "Choucri":**
  Droit et morale, T. I. Bayroute, 1950

- **CHEHATA "Chafik, T":**
  Essai d'une Théorie génèale de l'obligation en droit musulman LeCaire 1936

- COLIN et CAPITANT et de LA MORANDIERE:
Cours élémentaire de droit Civil Français, 11 éd. 1948

- IHRING "R. Von":
Etudes Complementaires de l'esprit du droit romain: (I) de la faute en droit privé
"Traduit par O. DE MEULENAERE" 1980

- JOSSERAND:
Cours de droit civil positive français 2é éd. T. II. 1933

- LALOU "Henri":
Traité pratique de la responsabilité Civile, 6 éme éd. Paris. 1962

- LAURENT "F":
Principes de droit civil, T. 20, 3e éd. 1878

- MARTY et RENOUD:
Droit Civil "Les Obligations". 1962

- MASSIP "Jacques":
La reforme du droit des incapables majeurs, 3e éd 1977

- PLANIOL et RIPERT:
Traité Pratique de droit Civil, 2e éd. T. VI, 1952

- RODIER "René":
La responsabilité civile, 1952

- SAVATIER:
Traité de la responsabilité Civile, 1939

II - Les Théses

- BEHNAM "Ramses":
La responsabilité sans faute en droit privé et public, Paris 1953.

- BRICE "Michel":
La responsabilité Civile des incapables, Pars 1973

- CORBESCO "Georges M.":
Devoirs moraux et obligations légales, Th. Paris 1903

- DEJEAN DE LA BATIE "NOEL":
Appréciation in Abstracto et appréciation in concreto en droit civil français, Paris 1963 impr. 1965

- GEFFORY "Claire":
La responsabilité du fait des malades mentale et de l'indapté, Rennes 1974

- LAFON "Jean":
La responsabilité du fait des malades mentaux, Paris 1958 éd. 1960

- LECOINTE:
Fondement de la responsabilité civile, 1912

- LEDOS "André":
De la responsabilité civile des incapables, Paris 1918

- LIMOUZINEAU "Jacques":
Le problème de la responsabilité Civile extra contractuelle d'aliené en France. éd. Lyon, Dijon 1932

- NEAGU:
La responsabilité extracontractuelle de l'aliené, Paris 1929

- ORSAT:
De l'imputabilité en matière de responsabilité Civile, Paris 1912

- PRADEL "Jean":
La Condition civile de malade. 1963

- SAFAI "HOSSEIN":
La protection des incapables, Etude Comparative de droit musulman classique et des législations modernes des pays islamiques, 1965

- STARK "B":
Essai d'une Thèorie générale de la responsabilité civile considerée en sa double fonction de garantie et de peine privée. Paris 1947

III - Les Articles

- BLAEVOET:
La responsabilité des inconscients
G. P. 1 sim. doc 1968 P. 113

- BLANC-JOUVAN "XOVIER":
La responsabilité de l'infans
Revue Trimestrielle de droit civil 1957 P. 28

- BURST "Jean Jacques":
La reforme du droit des incapables majeurs et ses consequences sur le droit de la responsabilité civil extracontractuelle.
J.C.P.I. doc. 1970 No 2307

- GENEVIEVE "Viney":
Reflexions sur l'art 489-2 du Code Civil.
Revue Trimestrielle de droit Civil 1970 P. 255.

- GOMAA "Nooman":
La réparation du prejudice Causé par les malades mentaux.
Revue Trimestrielle de droit civil 1971 P. 29

- LABBE "J.E.":
De la démence au point de vue de la responsabilité et de l'imputabilité en matière civile.
Revue Critique législation et de Jurisprudence 1870 P. 109

- LE TOURNEAU "Philippe":
Le responsabilité civile des personnes atteintes d'un trouble mental.
J.C.P. 1971 - 1 - 2401

- MEURISSE:
De l'influence des états mentaux et de la maladie sur la responsabilité Civile.
S. Chr. 1959 P. 113.

- PASCAUD "Henri":
La responsabilité des aliénés.
Revue Critique législation et Jurisprudence, 1905 P. 219.

- PERREAU "M.E.H.:
Examen doctrinal Questions de responsabilité.
Revue Critique législation et Jurisprudence, 1902 P. 401

- RIPERT:
Examen doctrinal.
Revue Critique de la législation et de jurisprudence, 1909 P. 129

- RIVIERE "P.L.":
La responsabilité civil de l'inconscient.
J. C. P. 1933. P. 1169.

- ROGER "Rene":
De la responsabilité pénale et Civile de l'aliéne.
G. P. 1939.2. Doc. 9

- SAVATIER:
Le risque pour l'homme de perdre l'esprit et ses consequences en droit civil, D. 1968 P. 109

- WEENS "Charles":
Questions de responsabilité soulevées à propos d'un incendie de forêt causés par un aliené.
Revue Critique de législation et de jurisprudence, Paris 1953 P. 87