

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة قسنطينة 1

كلية الحقوق

المسؤولية المدنية للقاصر

دراسة مقارنة

رسالة دكتوراه علوم في القانون الخاص

من إعداد:

بوكرزاة أحمد

أعضاء لجنة المناقشة:

- الدكتور بويندير عبد الرزاق (رئيسا)

- الدكتور راشد راشد (مشرفا و مقورا)

- الدكتور زعموش محمد (عضوا)

- الدكتور باوني محمد (عضوا)

- الدكتور العايش نواصر (عضوا)

السنة الجامعية 2014/2013

الإهداء

- إلى أبي رمز العطاء
- إلى أمي رمز الحنان
- إلى عائلتي الصغيرة: زوجتي سعاد نبع الحب و الحنان و العطاء
- أبنائي و فلذات كبدي سارة، عبد اللطيف ريان، كوثر فاطمة الزهراء
- إلى عائلتي الكبيرة أينما كانت

أهدي جهدي المتواضع

أحمد بوكريزاة

شكر و تقدير

لسوفه يلازميني ما حبيبت الشعور بالعجز أن أوفى أستاذي

الدكتور: راشد راشد حقه من شكر و عرفان

فإنه وحده يعلم مقدار ما حملته فوق أعبائه "التعليمية و المهنية"
من أعباء، و الله يعلم مقدار ما استفدت من عظيم خلقه و تحزير
علمه.

فإلى الله أتوجه أن يمنحه الصحة و العافية و العمر المديد و أن

يجزيه عنى خير الجزاء

المقدمة

المقدمة:محاورها:

أولاً/ عرض موضوع الرسالة و اشكاليته .
 ثانياً/ أهمية موضوع الرسالة و أسباب اختياره.
 ثالثاً/ المنهج المتبع و تحديد خطة البحث الرئيسية.

أولاً/ عرض موضوع الرسالة و إشكاليته:

كانت و مازالت و تستمر المسؤولية المدنية على قمة المسائل و الموضوعات القانونية الجذرية بالبحث و الدراسة و لا غرابة في ذلك ،فموضوعاتها ترجمة لواقع الحياة من منازعات و خصومات يومية و أحكامها تمثل الحلول القانونية لتلك المنازعات و الخصومات ، لذلك فقد فرضت نفسها و أرسى وجودها الذي سيضل حيا دائما دوام الحياة في المجتمع .

فالحياة متطورة متجددة و منازعاتها مستمرة متنوعة تتطور بتطور و تقدم الحياة و كان نتيجة ذلك عدم الثبات النسبي لأحكام و قواعد المسؤولية المدنية¹ ،فما كان مقبولا بالأمس لم يعد كذلك اليوم ، وما هو سائد في مكان ما لا يكون كذلك بالضرورة في مكان آخر.²

و إذا كان من نعم الله تعالى على الإنسان أن كرمه و فضله على خلقه،و على سائر الكائنات بأن جعل له عقلا يفكر به ، و يقدر الأمور فيتعلم العلوم التي تتصل بأمر دينه لكي يعبد الله على بصيرة، و يتعلم العلوم التي تتصل بأمر دنياه لكي يبتدع ،يصنع ، يبني ،يشيد و يقوم بواجب الخلافة في الأرض،

قال الله تعالى: " و لقد كرّمنا بني آدم و حملناهم في البحر و رزقناهم من الطيبات و فضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلا"³ . إذن فإن أهليته ترتبط ارتباطا وثيقا مع قدرته على التمييز، و هذه القدرة تختلف من شخص لآخر، و يرجع ذلك إما لصغر السن، أو لإصابته بمرض عقلي، كما أن الإنسان قد تصادفه موانع تعيق من ممارسته لحقوقه المدنية.

¹ قارن تنظيم أحكام المسؤولية التقصيرية لدى المشرعين "الجزائري، المصري، الفرنسي" من حيث عدد نصوصها و عنوانها و التعديلات التي أدخلت عليها.

² الدكتور: إبراهيم الدسوقي أبو الليل: المسؤولية المدنية بين التقيد و الإطلاق، دراسة تحليلية لأنظمة القانونية المعاصرة: اللاتينية، الإسلامية، الأنجلوسكسونية ط 1980 ص 3 فقرة 1

³ سورة الإسراء: الآية 70

فمن حيث السن مثلا فإن أهلية الشخص تمر بأدوار مختلفة تتفاوت فيها أهلية أدائه بين الانعدام و النقصان و الكمال ، و عند وصولها لمرحلة الكمال يصل الإنسان إلى مرتبة العقلاء ، قال الله تعالى: "هو الذي خلقكم من تراب ثم من نطفة ثم من علقة ، ثم يخرجكم طفلا ثم لتبلغوا أشدكم ثم لتكونوا شيوخا ومنكم من يتوفى من قبل و لتبلغوا أجلا مسمى و لعلكم تعقلون".¹

وخلال فترة الأطوار التي يمر بها الإنسان حتى يبلغ سن الرشد قد يقوم ببعض التصرفات رغم عدم إدراكه لمصالحه ، فتبقى هذه التصرفات غير مستقرة و معرضة للجزء القانوني "البطلان مثلا" و في هذا حماية و حفظا لأموال هذه الطائفة من الغير سيئ النية، فتطرح المشكلة الأولى في هذه الرسالة وهي ما حكم القانون لهذه التصرفات المختلفة، و ما أثر مراحل السن على صحة هذه التصرفات.

إلى جانب ذلك فإن الإنسان خلال هذه الأطوار قد يتسبب في ضرر للغير وبأية وسيلة كانت "فعل شخصي ، فعل شيء تحت حراسته" ، مما تطرح مسألة المسؤولية القانونية عن هذه الأضرار، وهي مشكلة ثانية في هذه الرسالة ، و لئن كان من المسلم به فقها و قانونا قيام مسؤولية القاصر المميز عن جميع أفعاله الضارة، فإن المسؤولية المدنية لعدم التمييز كانت محل مناقشات عميقة فقها و قضاء استتبع ذلك اختلاف التشريعات الوضعية إزاء هذه المسألة.

فثمة جانب من تلك التشريعات رأي براءة ساحة عدم التمييز من المسؤولية المدنية عن فعله ذلك ، مما يستتبع عدم جواز مطالبته شخصيا بالتعويض، و إن ألقى عبء الالتزام بالتعويض على عاتق من يتولى الرقابة على عدم التمييز، و بعض التشريعات اتخذت موقفا وسطا، إذ حمل من يتولى الرقابة على عدم التمييز بعبء التعويض في بعض الأحيان، و بقي بعبئه على عدم التمييز في أحيان أخرى.

و ذلك فضلا مما التقته بعض التشريعات من مبدأ المسؤولية الكاملة لعدم التمييز عن التعويض من أضرار فعله الشخصي.²

وهكذا فإن مشكلة المسؤولية المدنية لعدم التمييز هي واحدة من أبرز المشاكل القانونية جدلا ، فالقول بانعدام مسؤوليتهم أمر منتقد لأنه يؤدي إلى ظلم الضحية "المضروب" والقول بالمسؤولية أمر ليس أقل انتقادا لأنه يظلم

¹ سورة غافر: الآية 67

² الدكتور: عبد السميع عبد الوهاب ابو الخير: التعويض عن ضرر الفعل الشخصي لعدم التمييز في الفقه الإسلامي و القانون المدني: دراسة مقارنة ط 1974، ص 3

عدم التمييز نفسه، ومحاولة التوفيق بين هذه الحلول لن تحقق العدل لأنها ستؤدي في نفس الوقت إلى ظلم الاثنين معا، عدم التمييز بمسؤوليته جزئيا و الضحية بجرمانه من التعويض جزئيا.¹

ولأن انعدام التمييز ظاهرة لا تخلو منها المجتمعات بحيث يكونون طبقة لها خصائصها و أحكامها القانونية و الشرعية تختلف عن بقية الفئات و هذا منذ الأحقاب الأولى للتطور القانوني هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن التشريعات العربية قد اختلفت في تحديد مراكزهم، بحيث منها من نصت على مسؤوليتهم و منها من أعفتهم في حين قررت الشريعة الإسلامية والقوانين الأنجلوسكسونية مسؤوليتهم بصورة صريحة.

و نظرا لأن تولي أمر هذه الفئة يتسم بالمشقة ومدعاة لسوء المظنة والإلهام، قال الإمام الشافعي "لا يدخل في الوصية إلا أحمق أو لص"، و قال الحسن "الوصي لا ينجو من الضمان و الحساب ولو كان ذلك العادل عمر بن الخطاب" و في الحافظية عن ابن مطيع أنه قال "كنت أفتي منذ نيف و عشرين سنة فما رأيت عما عادل في مال ابن أخيه". وقيل أيضا احذر من الواوات أربعة فهن من الحتوف: واو الوكالة و الولاية و الوصاية و الوقوف²، ولقد جاء كتاب الله يحذر الأولياء من مغبة طمعهم في أموال اليتامى من قوله تعالى "إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما إنما يأكلون في بطونهم نارا و سيصلون سعيرا"³.

وتطرح إلى جانب تلك المشاكل مشكلة ثالثة تتعلق بتحديد من يشملهم لفظ القصر، ذلك أن الإنسان تتعدد الأسباب التي تجعله قاصر، سواء بفعل السن أم بفعل أمراض عقلية "الجنون، العته، السفه والغفلة" يصاب بها كما قد يتعرض لبعض العاهات الجسمانية "الصم، البكم و العمى" ويقدم على القيام ببعض التصرفات القانونية، أو يحدث أضرارا للغير فما مدى مسؤولية هذا الشخص "القاصر" ومن يشملهم لفظ القصر؟

ثانيا: أهمية موضوع الرسالة و أسباب اختياره

إن استقرار التعامل بين الناس هو أمر بالغ الأهمية، فالثقة المتبادلة بين المتعاملين لا تتحقق إلا إذا كانت إرادة أطراف التعامل قادرة على إدراك كل أثر يترتب على تعاملهم مع بعضهم، لذلك فإنه من الأهمية أن نتعرف على التصرفات التي تصدر من شخص غير مدرك لعواقب تصرفاته.

¹ الدكتور: جلال محمد إبراهيم: المسؤولية المدنية لعديمي التمييز ط 1982 ص "هـ" فقرة "أ" رسالة دكتوراه
² الدكتور: أنور الخطيب حماية فاعدي الأهلية في الشرع الإسلامي و القوانين اللبنانية و مقارنته مع القانون الفرنسي ط 1955 ص 17
³ سورة النساء: الآية 10

كما أنه إن كان لكل فرد -أصلاً- أن يستعمل حقوقه في دائرة ما تبيح له القوانين و في نطاق ما تخوله الاتفاقات التي يبرمها مع الغير، و لكن إذا تجاوز في استعمال هذه الحقوق حدود ما رسمته تلك القوانين أو ما منحت تلك الاتفاقات فإنه يكون مسؤولاً عما يحدث للغير من ضرر.

و إذا كان القانون قد رتب عقوبة على قيام الفرد بما نهي عنه، أو على امتناعه عن القيام بما أوجبه فتلك هي المسؤولية الجنائية، و فيما عدا ذلك فإن ما يحدث للغير من ضرر فإنما نطاقه المسؤولية المدنية.¹

✓ أهمية موضوع الرسالة:

هكذا فإن أهمية موضوع الرسالة هو مزدوج تبعاً لازدواج موضوع البحث "المسؤولية المدنية العقدية و التقصيرية لعدم التمييز".

1. في جانبه العقدي " تصرفات عدم التمييز عموماً " تكمن أهمية الموضوع في النقاط التالية:

أ. استقرار المعاملات:

تعدد التصرفات التي يقوم بها فافدوا و ناقصو الأهلية، و لكن تبقى هذه التصرفات غير مستقرة و المعاملة مهزوزة ولا تستقر إلا بمعرفة حكم القانون في هذه التصرفات صحة أو بطلاناً.

ب. جهل فافدوا الأهلية بمصلحتهم:

إن معرفة حكم القانون في هذه التصرفات - النافعة أو الضارة أو الدائرة بين النفع و الضرر - يحقق حماية و حفظاً لأموال فاقد الأهلية من الغير الذي يريد استغلالها لمصلحته عند التعامل مع هذه الطائفة.

ج. حماية فافدوا الأهلية في أنفسهم و أموالهم:

أقرت التشريعات السماوية و الوضعية أنظمة قانونية لحماية لهذه الطائفة -اتجاه نفسها و اتجاه المكلف برقابتها، و اتجاه الغير- في مالها و في نفسها حتى لا تتعرض للخطر عند قيامها ببعض التصرفات و التي لا تدرك عواقب الأمور و هكذا أقرت أنظمة الولاية الوصايا و القوامة، و ضبطت أحكامها بدقة تامة .

¹ الدكتور: جلال محمد إبراهيم: الرسالة السابقة ص "هـ" فقرة "أ"

د. المعرفة القانونية للمعاملات:

إن معرفة حكم القانون لتصرفات فاقد أو ناقص الأهلية يمكن هذا من معرفة أدق التفاصيل في المعاملات لعل أهمها الأهلية القانونية في التصرفات و التي يفقدها تمتز المعاملات و لا تعرف الاستقرار.

2. أما في جانبه التقصيري "مدى مسؤولية فاقد أو ناقص الأهلية عن أفعاله الضارة" تكمن أهمية الموضوع

في النقاط التالية:

أ. تعدد إضرار فاقدي و ناقصي الأهلية و تعدد دعاوي المسؤولية و ضرورة حماية الغير:

إن وسائل إحداث الضرر في العصر الحديث تتعدد "بفعل شخصي، أو بفعل شيء تحت الحراسة" و تكثر هذه الأضرار خصوصا عندما لا يكون فاقد الأهلية تحت رقابة الغير ، وإذا كانت المسؤولية فيما تعنيه من أنه عند وقوع ضرر يجب تعويضه، فهل معنى هذا أن يعتبر الإنسان مسؤولا كيفما كان عما تسبب من ضرر للغير بغض النظر عن سنه أو حالته العقلية؟

فتثار حينئذ دعاوي المسؤولية عن هذه الأضرار، والضرورة لحماية قانونية للأشخاص في أنفسهم وأموالهم من تلك الأضرار.

ب. عدم القيام بواجب الرقابة يسهل ارتكاب الأضرار:

لقد فرض المشرع الجزائري التزام الرقابة على هذه الطائفة _رقابة قانونية و اتفاقية_ حماية لها و للغير من أضرارها ، و كل إخلال أو تقصير أو إهمال في أداء هذا الالتزام يترتب عنه المسؤولية القانونية "جنائيا و مدنيا" لهذا الرقيب جراء الأضرار التي يرتكبها فاقد الأهلية أو ناقصها أو ترتكب عليه هذه الأضرار، و لكن ما مدى مسؤولية مرتكب الضرر حتى مع إخلال الرقيب بالتزامه؟

ج. حق المكلف بالرقابة دفع المسؤولية المدنية عنه:

إذا كان المشرع الجزائري فرض التزامات قانونية على كل رقيب "الرقابة، التربية" اتجاه الخاضع للرقابة، إلا أنه منحه الحق في دفع مسؤوليته القانونية سواء بإثبات قيامه بواجبات الرقابة و التربية، أو يثبت السبب الأجنبي للضرر والذي لا يمكن له دفعه ولا توقعه، أو تثبت مسؤوليته لكن كان معسرا لا يستطيع تعويض المضرور، فما مصير حق الأخير في التعويض؟

د. اختلاف المشرعين في تقرير مسؤولية عدم التمييز:

اختلفت التشريعات الوضعية إزاء أضرار طائفة عدم التمييز بين الإقرار بعدم المسؤولية بتاتا و تحمل المكلف بالرقابة ذلك الالتزام، وبين اتجاه يقر المسؤولية الكاملة لهذه الطائفة لأن التعويض هو جبر للضرر، وبين اتجاه ثالث اتخذ موقفا وسطا بحيث حمل الرقيب المسؤولية أحيانا، و حمل عدم التمييز بهذه المسؤولية أحيانا أخرى ولكن وفق شروط قانونية.

٧ أسباب اختيار موضوع الرسالة:

الأسباب التي دفعتني لاختيار هذا الموضوع إلى جانب أهميته السابقة تتمثل فيما يلي:

1. تمييز طائفة فاقدى الأهلية بخصوصيات و أحكام قانونية خاصة:

إن انعدام التمييز هو ظاهرة قانونية و اجتماعية ، قانونية أي منظمة قانونا بتحديد حالاته و أثر انعدام التمييز على المسؤولية القانونية ، و اجتماعية "أي أنها ما تزال مجالا خصبا للباحثين في العلوم السلوكية لأنها تطرح مسألة السلوك الإنساني في أعلى درجات تعقيده لا تخلو منها المجتمعات بحيث يكونون طبقة لها خصائصها، مما جعل أحكامهم القانونية " تختلف عن غيرهم منذ الأحقاب الأولى للتطور القانوني، وهذا في مختلف فروع القانون.

2. اختلاف مركزهم القانوني في القوانين المقارنة:

ففي مجال المسؤولية التقصيرية مثلا نجد اختلاف التشريعات العربية بحيث بعضها أقامت مسؤوليتهم كاملة، ومنها من أعفتهم منها في حين قررت الشريعة الإسلامية مسؤوليتهم بصورة صريحة¹، وقد امتد هذا الاختلاف إلى رجال الفقه و القضاء.

بينما نجد القانون المدني الفرنسي لم ينص على ضرورة عنصر التمييز في باب المسؤولية التقصيرية لكنه أشار في نص المادة 1310 بمناسبة بطلان تعهدات القاصر على أن القاصر لا يجوز له إبطال التزاماته الناشئة من جرائمه المدنية و أشباه جرائمه²، غير أن المشرع الفرنسي ادخل نصا جديدا للقانون المدني الصادر في 3 جوان 1968، في باب البلوغ و البالغين الذي يحميهم القانون حيث نصت المادة 2/489.

"كل من تسبب في إحداث الضرر بالغير وهو في حالة اضطراب عقلي يكون ملزما بتعويض هذا الضرر"³

3. اختلاف مركز هذه الطائفة في القوانين الجزائرية و تناقضها أحيانا :

لقد حدد المشرع الجزائري سنا للتمييز ببلوغ الشخص ثلاثة عشرة سنة ، حيث نصت المادة 2/41 من القانون المدني المعدل بالقانون 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005 بقولها "يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة "

و هي سن متأخرة جدا عن تحديد الشريعة الإسلامية ببلوغ الصبي سبع سنوات ، و يكون رشيدا إذا بلغ الحلم وهي حوالي أربعة عشرة سنة ، مما يترتب عنه أن يكون الصبي شرعا رشيدا ، لكنه قانونا ناقص الأهلية وهي سن متأخرة جدا عن تحديد بعض القوانين المدنية العربية التي حددتها ببلوغ الصبي سبع سنين كما أنها متأخرة بالنسبة إلى العصر الحالي الذي انتشر فيه التعليم الإلزامي و كثرت وسائل التربية و الترفيه و الإذاعة المسموعة و المرئية "التلفزة والسينما"، وأصبحت الأمهات متعلمات تهتم بأولادهن منذ الطفولة ، كما أن هذه

¹ الأستاذ: فخري رشيد مهنا: أساس المسؤولية التقصيرية و مسؤولية عديم التمييز: دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية و القوانين الأنجلوسكسونية و العربية. ص 1 ط 1974 رسالة ماجستير

² مع الملاحظة أن هذا النص لا يميز بين قاصر مميز و قاصر غير مميز، فسمح ذلك لبعض الشراح و المحاكم بالقول بإطلاق النص و تطبيقه على الصغير مميزا كان أو غير مميز

³ و قد ثار خلاف فقهي حول النص هل يقتصر تطبيقه على من كان في حالة اضطراب عقلي، أم أنه يمتد حتى إلى فاقد التمييز بسبب السن، أنظر الدكتور سليمان مرقس: الفعل الضار و المسؤولية المدنية ص 143/144 فقرة 92

السن وهي السن القانونية ، نجد في جانبها الجزائي تخضع من بلغ هذه السن إلى عقوبة جزائية و لكنها مخففة فنصت مثلا المادة 50 ق ع ح.

" إذا قضي بأن يخضع القاصر الذي بلغ سنه من 13 إلى 18 سنة لحكم جزائي فإن العقوبة التي تصدر عليه تكون كالآتي :

ü إذا كانت العقوبة التي تفرض عليه هي الإعدام أو السجن المؤبد فإنه يحكم عليه بعقوبة الحبس من عشر سنوات إلى عشرين سنة.

ü وإذا كانت العقوبة هي السجن أو الحبس فإنه يحكم عليه بعقوبة الحبس لمدة تساوي نصف المدة التي كان يتعين الحكم عليه بها إذا كان بالغاً "

بينما حدد المشرع للمسؤولية التقصيرية شرط التمييز حيث نصت المادة 125 في 10/5 ق م ج على " لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو بإهمال منه أو عدم حيطته إلا إذا كان مميزاً".

4. الرغبة في معرفة وجه الحقيقة من المسؤولية المدنية العقدية و التقصيرية لهذه الطائفة:

لقد كانت الرغبة في معرفة وجه الحقيقة من هذا الموضوع هو الدافع الرئيسي لنا على مواصلة البحث فيه علنا نصل إلى الحل الأكثر عدالة لهذه المشكلة التي لا تخفى أهميتها العملية و النظرية:

أ. فمن جانب الاعتبارات العملية: فإن أمر المسؤولية العقدية لعديمي التمييز "خصوصاً" ليست ناذرة حتى تشمل دراستها¹ فالأبناء يقدمون يومياً على إبرام تصرفات و عقود مختلفة سواء بتكليف من الآباء أو طواعية منهم حبا في المعرفة و التدريب و الربح، فيكون تصرفهم معرضاً للجزاء القانوني فيطالب غالباً المضرور بإبطال التصرف و إذا لم تسعفه دعوى الإبطال يلجأ إلى المطالبة بالتعويض عما صدر من عديم التمييز، و السؤال الذي يطرح هنا هو ما هو أساس دعوى التعويض، وما طبيعة هذه الدعوى هل هي دعوى مسؤولية عقدية أم تقصيرية؟ ثم ما أثر تعدد التصرفات بين النفع و الضرر و الدائر بين النفع و الضرر على تحديد حكم القانون؟ هل يؤخذ جهل الأبناء و عدم درايتهم في الاعتبار عند حكم القضاء، و هل عدم دراية المتعاقد الآخر بالحالة العقلية أو بحالة سن عدم التمييز أثر على هذه التصرفات؟

¹ الدكتور: محمد عبد الجواد محمد: حماية الطفولة في الشريعة الإسلامية و القانون ص 29 فقرة 15 و ما بعدهما و انظر أيضا المستشار: البشري الشواربجي: شرح قانون الأحداث دراسة جامعة في الفقه الإسلامي و التشريع المصري، ص 10/9

كما أن أمر المسؤولية التقصيرية للأطفال القصر خصوصا و عدم التمييز عموما ، ليست أيضا نادرة حتى تهمل دراستها، فقد أقرت الأمم القديمة في شرائعها بمسؤولية الطفل مثلا منطلقا من ناحيتين:

الأولى / باعتبارها أحد أفراد جماعته و أسرته فحين يخطئ أو يرتكب جريمة ما فهو مسؤول عنها أخذا بمبدأ المسؤولية الجماعية.

الثانية / مسؤوليته الشخصية عن فعل ارتكبه هو بالذات ، و كان العقاب يتناول حرته و جسده و في هذه الحالة تعتبر العقوبة جسدية ، كما تتناول أمواله أحيانا فتعتبر عقوبة مالية.¹

و حتى في الوقت الحالي فإن الحالات التي تعرض فيها المسؤولية الشخصية لعدم التمييز هي كثيرة كثيرة أضرار هذه الطائفة ، فإن كانت القاعدة العامة أن هناك مكلف برقابة عدم التمييز و بمسؤوليته عن جميع الأضرار التي يحدثها الخاضع للرقابة ، إلا أن هناك حالات يبقى المضرور بدون تعويض ، إما لعدم وجود رقبيا أصلا أو لدفعه المسؤولية عنه قانونا ، أو لكونه معسرا لا يستطيع الوفاء بالتعويض ، فما مصير حق المضرور من كل ذلك ؟

ب. أما من جانب الاعتبارات النظرية (التي تزيد من أهمية دراسة موضوع الرسالة)

فإنه في جانب أحكام المسؤولية العقدية لعدم التمييز تظهر هذه الأهمية في إقدام هذه الطائفة على إبرام تصرفات قانونية لا تستطيع تنفيذها دائما لخضوعها لجزاء القانون "الإبطال مثلا" و ربما التعويض كجزاء عن هذا الإخلال العقدي ، إلا أن المشرع الجزائري يقر و ينظم أنظمة قانونية للقصر هدفها الرئيسي هو حماية أفراد هذه الطائفة في مالها و نفسها "كنظام الولاية ، الوصاية ، القوامة ، الحضانة والترشيد المسبق وفق شروط قانونية" و لكن يبقى أفراد هذه الطائفة يقدمون على القيام بمختلف التصرفات القانونية ، فهل تبقى تصرفاتهم معرضة لجزاء القانون ؟

ج. أما من جانب أحكام المسؤولية التقصيرية لعدم التمييز

فإن أغلب المشرعين و رجال الفقه و القضاء ثاروا على مبدأ "عدم مسؤولية عدم التمييز" ، و أقاموا مسؤوليتهم بطرق مختلفة لحماية مصلحة المضرور في التعويض ، لكن ثار التساؤل حول أساس هذه المسؤولية هل يبقى الخطأ والذي يستلزم قيامه وجود تمييز و فعل مادي معا ، أم أن هناك أساس آخر لذلك طالما ينعدم

¹ الدكتور: جلال محمد إبراهيم: المسؤولية المدنية لعدم التمييز ص "ع"

التميز لديهم ، وإن كان كذلك فما هو هذا الأساس الجديد الذي يحل محل الأساس التقليدي "الخطأ" باعتباره مبدأ تقليديا و تراث تاريخي.

ثالثا/ المنهج المتبع و تحديد خطة البحث الرئيسية

لقد سلكت في دراستي لموضوع الرسالة عدة مناهج مختلفة لكنها مترابطة

1/ المنهج التحليلي المقارن، فهو تحليلي بالطبع لنصوص القانون، و لكنه مقارن بين عدة قوانين مدنية و تشريع إسلامي.

2/ المنهج التاريخي، و ذلك بالنظر لأن القوانين الوضعية بطبيعتها مترابطة "القانون الروماني و الفرنسي و المصري و الجزائري"، فإنني استعرض أحيانا تاريخ بعض النصوص القانونية، تدعيما للإشكالات القانونية التي يطرحها موضوع الرسالة، رغم أن التشريعات "القوانين" التي اعتمد عليها المشرع الجزائري ليست لها قوة الإلزام و التطبيق في الجزائر ليس إلا بسبب صفتها الأجنبية بخلاف الشريعة الإسلامية التي تتسم بالعمومية و الصلاحية للتطبيق في كل زمان و مكان و طالما أن موضوع البحث يتعلق بالقاصر عند إبرامه لبعض التصرفات القانونية، أو ارتكابه لبعض الأضرار اتجاه الغير فإنه يمكن القول أن دراسة المسؤولية المدنية للقاصر كمشكلة "قانونية" ليست في الواقع إلا دراسة التصرفات القانونية و مدى القدرة على مباشرتها منهم و حكمها، ثم ما جزاء الأضرار التي يرتكبها الشخص القاصر ضد الغير وفق باين رئيسين :

الباب الأول / مسؤولية الشخص القاصر عن التصرفات القانونية "المسؤولية العقدية".

الباب الثاني / مسؤولية الشخص القاصر عن الفعل الضار "المسؤولية التقصيرية".

ولكن قبل استعراض أحكام المسؤولية العقدية و التقصيرية لعديمي التمييز و ناقصيه أمهد لذلك بفصل تمهيدي يتعلق بالتعريف بالمسؤولية المدنية ، و بالشخص القاصر و تدرج أهليته بتدرج السن.

الفصل التمهيدي

مفهوم المسؤولية المدنية و ماهية القاصر

✓ المبحث الأول: ماهية المسؤولية المدنية و تمييزها عن غيرها

✓ المبحث الثاني: ماهية القاصر، و تدرج أهليته بتدرج السن

الفصل التمهيديمفهوم المسؤولية المدنية و ماهية القاصر

مما لا شك فيه أن المسؤولية الجنائية تفرض ابتداء تمتع من تجوز مساءلته بالقدرة على الاختيار بين إتيان الفعل المؤثم أو تركه، و هو ما ينبئ عنه ضرورة بلوغه سنا معينة يفترض عند بلوغها توافر القدرة لدى الشخص على التمييز بين الخير و الشر، و ذلك هو ما يتفق فيه القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي من حيث المبدأ.¹

و إذا كان يلزم لقيام المسؤولية المدنية التقصيرية توافر عناصر ثلاثة هي الخطأ و الضرر و علاقة السببية فمما لا شك فيه أن أكثر هذه العناصر دقة و إثارة للخلافات هو الخطأ و الخطأ فكرة أخلاقية المصدر ارتبطت منذ نشأتها بالأخلاق.²

و المسؤولية العقدية هي الضمان الفعال للوفاء بالالتزامات و إتياء الحقوق لذويها، و العنصر الجوهرى لاستقرار المعاملات، لهذا يضيف الفقه و القانون الأهمية الواجبة لمعالجتها و بيان أحكامها و وضع الضوابط و المعايير التي تتأسس عليها.

بينما المسؤولية التقصيرية هي أيضا ضمان فعال للإحلال ببعض الالتزامات القانونية المتمثلة في عدم الإضرار بالغير.

على أن الالتزام يقتضي من جهة تحديد الواقعة القانونية التي أنشأت هذا الإلزام، و من جهة ثانية تحديد الشخص أو الأشخاص الذين يتحملون الوفاء بهذا الإلزام "التعويضي".

فمن حيث الواقعة القانونية، فرغم تعدد مصادرها، إلا أن أهمها من الناحية القانونية و العملية، العقد و الفعل الضار.

¹ الدكتور: عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير: التعويض عن ضرر الفعل الشخصي لعدم التمييز في الفقه الإسلامي و القانون المدني، دراسة مقارنة ط 1994 ص 3 دار النهضة العربية مصر
² الدكتور: أيمن إبراهيم العشاوي: تطور مفهوم الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية ط 1998 ص 7 دار النهضة العربية

كما أن خلف هذه المصادر دائما أن هناك شخص نحمله الوفاء بهذه الالتزامات، فالعقد مثلا لا بد له من متعاقدين "شخص طبيعي أو اعتباري"، لأن العقد هو اتفاق بموجبه يلتزم شخص أو عدة أشخاص بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو أداء شيء م 54 ق م ج رقم 10/05 المؤرخ في 20/06/2005.

كما أن الفعل الضار في قاعدته العامة أن كل من سبب ضررا للغير بخطئه يلزم مرتكبه بالتعويض م 124 ق م ج الصادر برقم 10/05.

و لكن أهلية الشخص منذ ولادته إلى وفاته هي غالبا تدرج بتدرج السن انعدام تمييز و أهلية، إلى نقصانها ثم إلى كمالها.

و لكن قد يكون وراء الإخلال بالإلزام العقدي و حتى بالإلزام القانوني هو شخص قاصر لم يبلغ بعد سن الرشد القانوني، فما أثر ذلك على مسؤولية القاصر، هل من اختلاف في الأحكام بين أن يكون القاصر مميز أو غير مميز، فما موقف المشرع الجزائري من ذلك، و ما موقف الشريعة الإسلامية من هذا الضرر؟
ثم ما هو مدلول مصطلح المسؤولية "المدنية"، و كيف يمكن تمييزها عن غيرها "الأدبية و الجنائية"؟

المبحث الأول

مفهوم المسؤولية المدنية، و تمييزها عن غيرها

للفرد أن يمارس حقوقه ضمن الإطار الذي رسمته الأخلاق، و ضمن الحدود التي رسمها القانون، فإذا تجاوز ذلك الإطار أو تلك الحدود كان مخالفا للقواعد الأخلاقية و القواعد القانونية، و اعتبر مسؤولا تجب مؤاخذته فالمسؤولية إذن هي حالة الشخص الذي ارتكب أمرا يوجب المؤاخذة¹، فإذا كان هذا الأمر مخالفا لقواعد الأخلاق فحسب و صفت مسؤولية مرتكبه بأنها مسؤولية أدبية، و اقتصر على إيجاب مؤاخذته مؤاخذة أدبية لا تعدو استهجان المجتمع ذلك المسلك للأخلاق.

أما إذا كان القانون أيضا يوجب المؤاخذة على ذلك الأمر، فإن مسؤولية مرتكبه لا تقف عند حد المسؤولية الأدبية، بل تكون فوق ذلك مسؤولية قانونية تتبع جزاء قانونيا.²

¹ الدكتور: محمود جلال حمزة: العمل غير المشروع باعتباره مصدرا للإلزام، دراسة مقارنة بين القانون المدني السوري و الجزائري و الفرنسي ط 1986 ص 11 الفقرة 1.

² الدكتور: سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني 2 في الالتزامات، المجلد 2، في الفعل الضار و المسؤولية ط 1988/5 ص 1 الفقرة 1.

إلا أن شيوع لفظ المسؤولية ضمن كتابات الفقهاء و أحكام المحاكم و النصوص القانونية باعتبارها جزءا لإحلال بالتزام سابق، تقتضي تحديد مدلولها "لغويا و اصطلاحيا" و من تم تمييزها "المسؤولية المدنية" عن غيرها من الأنظمة القانونية.

المطلب الأول

مفهوم المسؤولية المدنية

قبل تحديد مفهوم المسؤولية المدنية و تمييزها عن غيرها من المسؤوليات "و من أنظمة جزائية أخرى" تقتضي مني "المنهجية" أن أحدد بداية المقصود بمصطلح المسؤولية لغة و اصطلاحا، و حتى في نظرة الفقه الإسلامي.

إن أول ما توحى به كلمة مسؤولية *Responsabilité* من معنى، أن ثمة فعلا ضارا يوجب مواخذا فاعله، و من ناحية ثانية أنه عند وقوع ضرر يجب تعويض المضرور¹، و لكن يجب أن نفرق بين المدلول اللغوي و المدلول الاصطلاحي.

الفرع الأول

المدلول اللغوي لفكرة المسؤولية

إن مصطلح مسؤولية *Responsabilité* لم يستخدمها فقهاء القانون الروماني، بل هي من المصطلحات الحديثة التي ظهرت لأول مرة في نهاية القرن الثامن عشر، و قد استخدم القانون الروماني مصطلحات أخرى تعبرا عن المسؤولية، مثل الغش *Dolus*، و الخطأ *Culpa*، و الحراسة *Custodia*، و العناية و الحرص *Diligentia*²، و بالتالي فإن مصطلح مسؤولية هو تعبير أجنبي بحث.

و هو في اللغة مصدر صناعي معناه كون الإنسان مسؤولا مؤاخذا، و مادة سأل في العربية تفيد في الاستعمال العام الاستفسار عن مجهول، و في هذا جاء قول الله تعالى:

"يسألونك عن الأهلة قل هي مواقيت للناس و الحج"³

أو إنهاء تفيد الدعاء، و منه الحديث القدسي "فسألوني فأعطيت كل واحد مسألته".

¹ الأستاذين: حسين عامر و عبد الرحيم عامر: المسؤولية المدنية التصيرية و العقدية، ط 1979/2 ص 3، الفقرة 2/1

² الدكتور: فتحي إبراهيم حسين: أساس المسؤولية العقدية في القانون الروماني ط 5/ ص 6.

³ سورة البقرة الآية 189

كما يفيد معنى وراء الاستفسار كالتحويل و التهديد، و التعزيم و العقوبة، و في هذا جاء قول الله تعالى
 "فوركب لتسألهم أجمعين عما كانوا يعملون"¹ و قوله تعالى "وقفوههم أنهم مسؤولون"²، و منه قوله
 صلى الله عليه و سلم "كلكم راع و كلكم مسؤول عن رعيته"

فليس المقصود من هذه النصوص الشريعة الإجابة فحسب، بل ما وراها من المؤاخذة، العقوبة على التقصير في
 حق و الإهمال في واجب.

و جاء في القاموس الجديدان كلمة مسؤولية، و مسؤول هو المحتمل لكل عمل يكون نجاحه أو إخفاقه
 موكولا الى عهده، و أيضا فإن كلمة مسؤولية هي ما يتحملة كل مسؤول تناط بعهدته أعمال تكون تبعة
 نجاحها و إخفاقها عليه.³

الفرع الثاني

المدلول الاصطلاحي لفكرة المسؤولية

مصطلح المسؤولية له مدلولان قانوني و شرعي في آن واحد

أولاً: المدلول القانوني: لا يقصد من لفظ المسؤولية عند رجال القانون سوى المؤاخذة عن فعل ضار⁴، أو هي
 عبارة عن التزامات جديدة تنشأ من جراء الإخلال بالتزام سابق مصدرها أما العقد كالتزام المؤجر بتسليم العين
 المؤجرة إلى المستأجر، أو القانون كالتزام حارس الحيوان بمنع حيوانه من إيقاع الضرر بالغير⁵، أو هي إلزام
 المدين بتعويض الضرر الذي ترتب على إخلاله بالتزام يقع عليه⁶، و هي تتطلب لقيامها وجود طرفين المضرور
 و مسبب الضرر، فيتحمل الأخير عبء التعويض في ماله لكل متضرر، و التعويض هو العنصر الذي يتجلى به
 تعريف المسؤولية المدنية.⁷

¹ سورة الحجر الآية 92/93

² الدكتور: فوزي فيض الله: المسؤولية التقصيرية بين الشريعة و القانون ط 1982 ص 73 فقرة 28

³ الأستاذ/ علي بن هادية و بلحسن البلشي: القاموس الجديد للطلاب، معجم عربي مدرسي الفبائي ط 1991 / 7 ص 1075

⁴ الدكتور: فوزي فيض الله: الرسالة السابقة ص 73 فقرة 28.

⁵ الدكتور: محمود جلال حمزة: المسؤولية الناشئة عن الأشياء غير الحية في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة مع القانونين المدني
 المصري و الفرنسي ط 1988 ص 15 فقرة 1 "رسالة دكتوراه"

⁶ الدكتور: بلحاج العربي: النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج 2 الواقعة القانونية ط 1995 ص 7 فقرة 27

⁷ الدكتور: عاطف النقيب: النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، الخطأ و الضرر ط 1984/ 3 ص 15

و نظرا لمرونة فكرة المسؤولية المدنية مثلا و قابليتها للتطور لم تورد التشريعات التفصيل في تعريفها، بل اكتفت في آخر مطافها بتجميع بعض المبادئ و صياغتها في تقنيناتها، كما فعل المشرع في نص المادة 124 قانون مدني جزائري رقم 10/05 المؤرخ في 2005/06/20 بقولها

"كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، و يسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".

و هو نص قانوني يتعلق بما يسميه الفقهاء بالمسؤولية التقصيرية و لكن عن طريق الفعل الشخصي.

و في مجال المسؤولية العقدية نجد المشرع الجزائري قد نص عنها في نص المادة 176 ق م ج بقولها

"إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينيا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا بد له فيه، و يكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه"¹

و هكذا تبدو المسؤولية المدنية في صورتين تبعا لمصدرهما العقد و القانون، فقد تنشأ عن إخلال بالتزام ناشئ عن عقد صحيح و تسمى بالمسؤولية العقدية "أو التعاقدية"، أو تترتب على إخلال بالتزام يفرضه القانون و تدعى المسؤولية عن الفعل غير المشروع، و هذه الأخيرة تطلق عليها تسميات متعددة منها المسؤولية الفعلية، و المسؤولية عن الفعل الضار، و المسؤولية التقصيرية، و العمل المستحق للتعويض، و الضمان، إلا أن المصطلح الأكثر استعمالا و شيوعا هو مصطلح المسؤولية التقصيرية *Responsabilité Délictuelle*، و إن لم يكن أدقها، و يعرف عند الفقهاء بالمسؤولية التقصيرية بأها:

"التزام الشخص بتعويض الضرر الناشئ عن فعله الشخصي أو عن فعل من هم تحت رعايته أو رقابته من الأشخاص أو الإلتباع أو تحت سيطرته الفعلية من الحيوان أو البناء أو الأشياء غير الحية الأخرى في الحدود التي رسمها القانون"²

ثانيا: المدلول الشرعي: على خلاف رجال القانون، فإن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يستعملوا كلمة المسؤولية للتعبير عن المؤاخذة، و إنما استعملوا لفظين آخرين أحدهما "الضمان أو التضمين" و الآخر "الغرامة أو التعريم" و من استعملات الضمان قول الفقهاء "ضمان الغصب" و "تضمين الأمين" "ضمان المأمور" "ضمان القيمة"

¹ الدكتور: مقدم السعيد: التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة ط 1/1985، ص 5.
² الدكتور: عبد المجيد الحكيم و عبد الباقي البكر: الوجيز في نظرية الإلتزام في القانون المدني العراقي، ج 1 مصادر الإلتزام، ط 1980 ص 198 فقرة 1

كذلك من استعمالات الغرامة قولهم "الجهاد فرض و الغرامات لا تقترن بالفروض" " و لا يحل إلزام أحد غرامة لم يوجبها نص أو إجماع، فوجب أن لا ضمان في شيء من ذلك"¹

فماذا يقصد إذن بكلمة الضمان و ما هي الاستعمالات المختلفة للضمان؟

لقد استعملت كلمة الضمان شرعا في معنيين الأول الكفالة أي ضم ذمة إلى أخرى في المطالبة، و الثاني في معنى الالتزام بتعويض الغير عن ضرر أصابه².

1- المقصود بالضمان لغة: إن ضمان المال لغة أي التزامه، يقال ضمنت المال و بالمال فأنا ضامن و ضمين أي إلتزمته، و ضمنتها المال، ألزمته إياه³، و يقال أيضا ضمن الشيء أي جزم بصلاحيته و خلوه مما يعيبه، و الضامن هو الكفيل و الملزم و الغارم، و الجمع ضمان و ضمنه، و الضمان و الكفالة و الالتزام⁴

2- المقصود بالضمان اصطلاحا: يستعمل مصطلح الضمان من الناحية الاصطلاحية في معنيين، الكفالة و التعريم.

أ. **الضمان بمعنى الكفالة:** لقد وردت عبارة كفالة بألفاظ أخرى منها "زعيم" في قوله تعالى " و لمن جاء به حمل بعير و أنا به زعيم"⁵.

و قد ذكر العلماء أن كلمة زعيم و ضمين و كفيل هي ألفاظ مترادفة.

و قد ورد في السنة النبوية ما يفيد هذا المعنى في واقعة قتادة الذي كفل رجلا ميتا أتى به الرسول "صلى الله عليه و سلم" و هو عليه دين فأمر الرسول بالصلاة عليه بعد أن كفله أبو قتادة⁶.

و قد استعمل المالكية الضمان بمعنى الكفالة بقولهم الضمان شغل ذمة أخرى بالحق و هو يشمل ضمان المال و ضمان الوجه و ضمان الطلب.

و قال الحنابلة الضمان هو ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق، و لصاحب الحق مطالبة من شاء منهما.

¹ الدكتور: فوزي فيض الله: الرسالة السابقة: ص 74 فقرة 28

² الدكتور: محمد فاروق بدري العكام: الفعل الموجب للضمان في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة ط 1977، ص 9

³ الدكتور: وهبة الزجيلي: نظرية الضمان: أحكام المسؤولية المدنية و الجنائية في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة ط 1970 /1 ص 15

⁴ الأستاذ: علي الخفيف: الضمان في الفقه الإسلامي ط 1971، ص 4

⁵ سورة يوسف الآية 72

⁶ الدكتور: بدري العكام: الرسالة السابقة ص 10/9

و قال الشافعية الضمان الشامل للكفالة يطلق شرعا على التزام الدين و البدن و العين.

و قال الزيدية الضمان تقرير الدين في ذمة الضامن حتى يصير مطالبا مع الأصيل.

و قال الظاهرية الكفالة هي الضمان و هي الزعامة و هي القبالة و هي الحمالة.

و عند الإباضية الحمالة و تسمى الكفالة و الضمان و الزعامة، و المشغول بها يسمى حميلا و كفيلا و ضميئا. و للضمان عند الإمامية إطلاقان، إطلاق بالمعنى الأعم الشامل للحوالة و الكفالة، و إطلاق بالمعنى الأخص و هو التعهد بالمال عينا أو منفعة أو عملا.¹

ب. الضمان بمعنى التبريم "التعويض": أورد فقهاء الشريعة الإسلامية للضمان بمعناه التبريم أو التعويض عدة تعريفات و استعمالات منها:

"الجهاد فرض و الغرامات لا تقترن بالقروض" "فلا يحل إلزام احد غرامة لم يوجبها نص أو إجماع، فوجب أن لا ضمان في شيء من ذلك" "أن قصد القربى و الخير لا ينافي الغرامة إذا أخطأ الطريق".²

و من تعريفات فقهاء لشرعية الإسلامية للضمان قولهم:

"الغزالي" الضمان هو واجب رد الشيء أو بدله بالمثل أو بالقيمة".

"الحموي" إن الضمان هو عبارة عن رد مثل المالك أو قيمته".

"الشوكاني" إن الضمان عبارة عن غرامة التالف".

"الزرقاء" الضمان هو التزام بتعويض مالي عن ضرر الغير".

و عرفه الزحيلي بتعريف شامل للمسؤولية المدنية و الجنائية بأنه "التزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال أو ضياع المنافع، أو الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية"

بينما عرفت المادة 415 من مجلة الأحكام العدلية بأنه: "الضمان هو إعطاء مثل الشيء، إن كان من المثليات و قيمته إن كان من القيميات".³

و هكذا فإن لفظ الضمان بمعناه الغرامة أو التعويض هو الذي يقابل المسؤولية المدنية التي تهدف إلى الحصول على تعويض للمضرور.

¹ الدكتور: محمد حسين علي الشامي: ركن الخطأ في المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري و اليمني و الفقه الإسلامي، ط 1989، ص 63/62 فقرة 37 "رسالة دكتوراه".

² الدكتور: فوزي فيض الله: الرسالة السابقة ص 74 فقرة 28.

³ الدكتور: وهبة الزحيلي: الرسالة السابقة ص 15 فقرة 16.

المطلب الثاني

تمييز المسؤولية المدنية عن غيرها من المسؤوليات

باعتبار أن المسؤولية هي حالة الشخص الذي يرتكب أمرا يوجب المؤاخذة عنه، فإن جزاء هذه المخالفة يتراوح بين استهجان المجتمع لتصرفه و نفور الناس عنه "المسؤولية الأدبية أو الأخلاقية" و بين المساءلة القانونية عن الأضرار التي سببها "المسؤولية القانونية".

و على هذا فإن المسؤولية تتنوع في صورها و تختلف في طبيعتها، فهي تنقسم حينئذ إلى قسمين رئيسيين: الأول المسؤولية القانونية، و الثاني المسؤولية الأدبية، و تحت هذه الأقسام مجموعة من صور المسؤولية، و سوف يكون تركيزي على إبراز أهم الفروق بين مختلف صور المسؤولية على الشكل الآتي:

الفرع الأول

التمييز بين المسؤولية الأدبية و المسؤولية القانونية

المسؤولية الأدبية أو الأخلاقية هي التي تترتب على مخالفة أوامر الدين أو قواعد الأخلاق أو العادات الاجتماعية، فهي مسؤولية تخرج من نطاق القانون و تدخل في دائرة الأخلاق، فلا يترتب على مخالفتها أي أثر قانوني و إنما يقتصر الجزاء فيها على ما يناله المذنب من الله في الآخرة، و ما يتزل به من استهجان المجتمع له.¹ و هذا سواء كان ذلك بعمل إيجابي أم سلبي، فهي تستوجب جزاء أدبيا باعتباره مسؤولا أدبيا عن هذا الخطأ بمجرد اتجاه إرادته "قصده" إلى مخالفة القاعدة الأخلاقية، و سواء رتب ذلك ضررا للغير أم لم يرتب،² كمن يضحك بصوت مرتفع في مأتم فيتعرض إلى استهجان الناس لتصرفه و لنفورهم عنه، و هذا يعني أن أساس المسؤولية الأخلاقية هو النية أو القصد لا النتائج، يقول رسول الله صلى الله عليه و سلم "إنما الأعمال بالنيات و إنما لكل امرئ ما نوى".

و من ثم فإنها تنشأ عن الشعور بالتبعية حتى و إن كان القانون لا يعاقب على الفعل، كما تنشأ عن الرقابة التي يمارسها الضمير على أفعالنا و عن إلزامية القانون الأخلاقي.³

¹ الدكتور: إسماعيل محمد المحاقري: الإغفاء من المسؤولية المدنية في القانون اليمني مقارنا بالقانون المصري و الشريعة الإسلامية، ط 1996 ص 15.

² الأستاذ حسين عامر: المرجع السابق ص 3 فقرة 3.

³ الأستاذ ابن زيوس: الفلسفة لطلاب البكالوريا ط 1989/88 ص 189.

أما دائرة القانون فتقتصر على سلوك الإنسان نحو غيره، و في هذه الدائرة الضيقة يكتفي القانون بتنظيم السلوك الخارجي للإنسان، و لا يحفل بالنوايا الباطنة ما دامت لم تتخذ لها مظهرًا خارجيًا.¹

الفرع الثاني

التمييز بين المسؤولية الجنائية و المسؤولية المدنية

تنقسم المسؤولية القانونية بحسب ما إذا كان الضرر يقتصر على الأفراد أم يصيب الجماعة إلى مسؤولية جنائية و مسؤولية مدنية.

المسؤولية الجنائية تقوم جزاء الإخلال بالجماعة التي ينبغي حمايتها توقيع عقوبة على المسؤول فيها زجرا له و ردعا لغيره، بناء على طلب النيابة العامة باعتبارها ممثلة للجماعة و تقتصر - نظرا لخطورة العقوبة - على الأفعال العمدية و تعدد من ثم كالمسؤولية الخلقية بالنية التي اقترنت بالفعل - إلا في حالات استثنائية أو عندما تكون العقوبة بسيطة - هذا من ناحية، و من ناحية أخرى على الأفعال المحددة في نصوص القانون على سبيل الحصر - فلا جريمة و لا عقوبة أو تدبير إلا بنص - حماية للحرية الفردية.

أما المسؤولية المدنية فهي تترتب عند ارتكاب المرء لفعل يعد مخالفة للقانون أو الاتفاق، و يسبب به ضررا للغير، و يرتب عليه القانون تعويضا للمصاب "المضرور" عما أصابه من ضرر بهدف إزالة أثر الفعل، فحماية الأفراد من الأضرار التي تحدث لهم من أفعال الآخرين و تعويضهم عن هذه الأضرار هو الهدف المباشر من المسؤولية المدنية.

و تتسع من ثمة المسؤولية المدنية لكل فعل ضار سواء وقع عن عمدا و عن مجرد إهمال، أيا كان نوعه، فالفعل الضار على خلاف الجريمة لا يحده حصر في قوانين الجماعة "القوانين المدنية".

كما يترتب على اختلاف أساس المسؤوليتين، أن العقوبة عن الجريمة الجنائية تتناسب مع جسامة الخطأ الذي يرتكبه المتهم في حين أن التعويض عن الفعل الضار لا علاقة له بجسامة الخطأ الذي ينسب للمسؤول، فيجب أن يساوي الضرر لا يزيد عنه و لو كان الخطأ جسيما و لا يقل عنه و لو كان الخطأ بسيطا.²

¹ الدكتور سليمان مرقس: المرجع السابق ص 02 فقرة 02.

² الدكتور: محمود جمال الدين زكي: الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، ج 1 مصادر الالتزام ط 1968، ص 211/212 فقرة 193، و أنظر أيضا الدكتور: إسماعيل محمد المحافري: الرسالة السابقة ص 16

و يترتب على اختلاف المسؤوليتين الجنائية و المدنية في نطاقهما و أساسهما عدة نتائج أهمها:

- (1) لما كان الجزاء في المسؤولية الجنائية عقوبة، فحق المطالبة به مقصور على النيابة العامة باعتبارها ممثلة للمجتمع، أما الجزاء في المسؤولية المدنية فهو تعويض يطالب به المضرور.
- (2) لما كانت المسؤولية الجنائية لا تقوم إلا استنادا إلى أفعال محددة قانونا "الجرائم"، و الجزاء فيها عقوبة تتضمن معنى الإيلاء، فلا بد من حصر الأفعال المعاقب عليها وفقا للقاعدة القانونية لا جريمة و لا عقوبة إلا بنص، أما المسؤولية المدنية فلأن المسؤولية تنشأ من أي فعل أو واقعة تحدث ضررا للغير فلا يمكن حصر الأفعال التي توجب التعويض، و إنما تحدد الأفعال وفقا لضوابط معينة "شروط المسؤولية المدنية".
- (3) إن الفعل قد يعتبر غير مشروع يقيم المسؤولية المدنية فقط، أو يعتبر جريمة يقيم المسؤولية الجنائية فقط، و لكن قد يجتمع في الفعل الواحد المسؤوليتين معا المدنية و الجنائية كالقتل و السرقة و القذف و الضرب، فلكل من هذه الأفعال يحدث ضررا بالمجتمع و بالفرد في وقت واحد، فيكون مرتكب الفعل مسؤولا مسؤولية جنائية جزاءها العقوبة و مسؤولية مدنية جزاءها التعويض¹

الفرع الثالث

التمييز بين المسؤولية العقدية و المسؤولية التقصيرية

تنقسم المسؤولية المدنية وفقا للفقهاء التقليدي إلى مسؤولية عقدية و مسؤولية تقصيرية

فالمسؤولية العقدية *Responsabilité contractuelle*، فهي جزاء الإخلال بالتزام عقدي سابق بينما المسؤولية التقصيرية *Responsabilité délictuelle* فهي جزاء الإخلال بواجب قانوني عام هو الالتزام بعدم الإضرار بالغير، و ذلك بتعويض الضرر الذي ينشأ دون وجود علاقة عقدية بين المسؤول عن الضرر و المضرور.

و من أمثلة ذلك، في مجال المسؤولية العقدية إخلال البائع بإحدى التزاماته العقدية "نقل الملكية للمشتري أو تسليمه المبيع، و حتى ضمان الاستحقاق و ضمان العيوب الخفية" عن طريق التصرف في المبيع لشخص

¹ الدكتور: إسماعيل محمد علي المحاقري: الرسالة السابقة ص17/16، و أنظر أيضا الدكتور محمد جمال الدين زكي، المرجع السابق ص 212/211 فقرة 193.

ثاني، بينما المسؤولية التقصيرية فإن أمثلتها كثيرة كالإهمال في حراسة حيوان و الذي أدى إلى ارتكابه ضرراً للغير أو حتى إهماله بناء مهدد بالانهيار، فيتعرض لذلك و يصيب أحد المارة بضرر.

و لقد ظلت المسؤوليةان تعتبران و لفترات طويلة في نظر غالبية الفقه متميزتين عن بعضهما في طبيعتهما و أحكامهما. بمعنى انفصالهما عن بعضهما.

و لقد ايد المشرع الجزائري وجهة نظر الفقه التقليدي في الفصل بين المسؤوليةين ضمن النصوص القانونية، فجدده نص عن أحكام العقد و جزاء الإخلال به ابتداء من المادة 54 إلى المادة 123 ق م ج، بينما نص على أحكام المسؤولية التقصيرية ابتداء من المادة 124 إلى 140 ق م ج.

غير أن هذه التفرقة التقليدية "نظرية ازدواج المسؤوليةين" تعرضت للنقد من الفقه الحديث الذي طالب بوحدة المسؤوليةين" حيث يرى أن أساس المسؤولية بنوعيتها إخلال بالتزام سابق، فهو في الحالتين ذات طبيعة واحدة، سواء نشأ هذا الالتزام عن عقد أو عن القانون، إذ أنه في الحالتين تقوم المسؤولية عن الخطأ أو يترتب عليها أيضا في الحالتين تعويض الضرر.

و بغض النظر عن هذا الاختلاف فإنه يجب أن أحدد في هذا الفصل التمهيدي نطاق كل مسؤولية عقدية أم تقصيرية

1- نطاق المسؤولية العقدية: تترتب المسؤولية العقدية على عدم تنفيذ الشخص للالتزام الناشئ عن عقد صحيح كمسؤولية المقاول و المهندس عن التأخر في إقامة البناء الذي تعهد ببناؤه في الميعاد المتفق عليه، و بالتالي فإن نطاق المسؤولية العقدية يتحدد أصلا بالعلاقات القانونية الناشئة عن عقد صحيح، و لقيامها يجب أن يتوفر شرطان أساسيان أولهما وجود عقد صحيح بين المتعاقدين، و الثاني حدوث ضرر بأحدهما ناتج عن الإخلال بالعقد.

أ. وجود عقد صحيح بين المتعاقدين:

فيجب أولا أن ينشأ بين المتعاقدين عقد Contrat، إذ بدونه لا تقوم مسؤولية عقدية، كما في حالة النقل المجاني Transport gratuit، بأن يدعي شخص صديقه لركوب

سيارته على وجه المجاملة و يصيب أثناء التنقل بضرر نتيجة حادث مثلا، فإن المسؤولية القائمة ضد مالك السيارة هي مسؤولية تقصيرية.¹

و كذلك في المرحلة السابقة على إبرام العقد أو اللاحقة له "لأنحلاله مثلا"، فإن المسؤولية القائمة هي تقصيرية، لأن المسؤولية العقدية تظهر بإبرام عقد صحيح، كما في المسؤولية التي تترتب على قطع المفاوضات، لأن المفاوضات على خلاف الإيجاب لا تترتب عليها بذاتها أي أثر قانوني.

و ثانياً يجب أن يكون العقد صحيحاً، فإذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال و تقرر إبطاله نشأت بين الطرفين مسؤولية تقصيرية.

ثالثاً يجب أن يقع الإخلال بهذا العقد من شخص يلتزم به، كالمقاول الذي يخالف شروط المقاول، فإذا حرض الغير المقاول بمخالفة شروط المقاول، فإن مسؤولية الغير تقصيرية لأنه خارج عن العقد "من الغير" و القاعدة القانونية و الفقهية تقتضي بنسبية التصرفات القانونية، و أن العقد شريعة للمتعاقدين فقط، و بالتالي فإن خطأ الغير هو مخالفة للالتزام قانوني عام يقضي باحترام حقوق الغير.²

ب. ضرر ينتج عن الإخلال بالعقد:

يجب أيضاً أن يكون الضرر ناتجاً عن الإخلال بتنفيذ الالتزام التعاقدي، لا فرق في ذلك بين التزام رئيسي و آخر ثانوي، و لا بين التزام فرضته نصوص قانونية مكتملة، و التزام أوجدته بنود العقد، و يجب على القاضي تفسير الإرادة المشتركة لطرفي العقد للوقوف على مضمون العقد لتحديد الالتزامات الناشئة عنه، فمثلاً إذا امتنع المؤجر عن تسليم العين المؤجرة للمستأجر أو تأخر في ذلك و بدون عذر قاهر تكون مسؤوليته عقدية، أما إذا اعتدى المستأجر على المؤجر بالضرب حتى و لو حدث ذلك بمناسبة العقد، فإن مسؤولية المستأجر تكون تقصيرية لإخلاله بالالتزام قانوني عام هو عدم الإضرار بالغير، و لأن الضرر لم ينشأ عن الإخلال بالالتزامات عقدية.³

¹ و قد كانت مسألة النقل المجاني موضع خلاف في القضاء الفرنسي و حتى فقهاءه، و قد استقر الرأي على قيام مسؤولية تقصيرية عن هذا النقل، لأنه لا يعتبر عقد نقل إذ لا أجره فيه، و لا عقد غير مسمى لأن نية الطرفين لم تتجه إلى إنشاء رابطة قانونية بينهما
² الدكتور: صبري السعدي: شرح القانون المدني الجزائري، ج 2 مصادر الالتزام ط 1 / 1991/1992 ص 16 فقرة 10.
³ الدكتور: محمد علي المحافري: الرسالة السابقة ص 20.

2- نطاق المسؤولية التقصيرية: فإنه من السهل تحديد نطاقها، فهي لا تنشأ و لا تتحقق إلا حين يخل المرء بالتزام فرضه القانون أدى ذلك إلى وقوع ضرر بالغير، فالمضور في المسؤولية التقصيرية لا تربطه بالمسؤول عن الضرر أي رابطة عقدية.

لذلك فإن المسؤولية التقصيرية تركز على أركان أو شروط ثلاثة:

خطأ ارتكبه المسؤول

ضرر يصيب به الغير

و علاقة سببية من الخطأ و الضرر.

فمثلا نجد المشرع الجزائري و في الصورة الأولى من صور المسؤولية التقصيرية ينص على أنه كل فعل يرتكبه الشخص بخطئه و يسبب به ضررا للغير يلتزم مرتكبه بالتعويض، و هذا هو مبدأ المسؤولية و هو مبدأ يعتمد على أبسط اعتبارات العدالة و المنطق معا.

غير أن صياغة هذا المبدأ و تنظيم حدوده و آثاره "رغم بساطته الظاهرية" ليس بمحل للاتفاق و مرجع ذلك أن أساس و مدى التعويض للمضور مسألة تتلاقى حولها اعتبارات كثيرة، منها ما هو اعتبار اقتصادي، و منها ما هو اعتبار قانوني، و منها ما هو اعتبار أخلاقي و اجتماعي بحيث تلعب العديد من هذه العوامل دورا هاما في تحديد حدود هذا المبدأ و أساسه.

و مما يزيد الأمر صعوبة أن هذه الاعتبارات كثيرا ما تؤدي إلى حلول متعارضة، و لذا فإن أحكام المسؤولية التقصيرية لم تسلم من الاختلافات العميقة بين وجهات نظر المشرعين، و حتى الفقهاء لدرجة أن البعض يرى أن المسؤولية المدنية الآن أصبحت تواجه العديد من المشكلات فهي تعاني من أزمة حقيقية.

- فمن حيث الصياغة القانونية لمبدأ المسؤولية نجد بعض التشريعات تعتنق مبدأ عاما بحيث يشمل مبدأ التعويض كافة الأضرار، بخلاف تشريعات أخرى تبنت منهجا حصريا بحيث تحدد حالات معينة تقوم معها المسؤولية.

- و من حيث أساس المسؤولية فإنه تعددت النظريات الفقهية بين من تشترط ثبوت الخطأ في جانب المسؤول، و منها من تيم المسؤولية على مجرد ارتكاب فعل غير مشروع ترتب عنه الضرر مع توفر العلاقة السببية بينهما، و منها من تقيمها على أسس أخرى "مثل تحمل التبعة، أو الضمان... الخ"
- و من حيث وظيفة المسؤولية المدنية فقد اختلفت الأنظمة القانونية بين الإلتزام بالتعويض الذي يعادل الضرر "فيكون التعويض له وظيفة إصلاحية جابرة"، و بين من يلزم المسؤول بالتعويض حتى و إن تجاوز مقدار الضرر "التعويض له وظيفة عقابية رادعة".¹

المبحث الثاني

ماهية القاصر، و تدرج أهليته بتدرج السن

إذا كانت جل التشريعات المدنية تحدد مناطا لقيام المسؤولية المدنية، و هو بلوغ سن التمييز، فإن هذا المنط "التمييز" يرتبط بدوره بالشخص، و بالأخص بالشخص حال قصره، بأن يكون قاصرا غير بالغ سن الرشد القانونية، فما هو مفهوم مصطلح القاصر، كيف يمكن تحديد فكرة التمييز، ما وجه الاختلاف بين مصطلح القاصر و بقية المصطلحات القانونية الاجتماعية، كما أن الإنسان منذ ولادته حيا فإن أهليته تدرج تبعا لتدرج سنه بين الانعدام و النقصان و الكمال و ذلك حتى يبلغ سن الرشد القانونية غير محكوم عليه باستمرار الولاية أو الوصاية أو القوامة "محجور عليه"، فكيف حدد المشرع الجزائري هذه المراحل المختلفة و التي على إثرها نعرف قيمة تصرفاته القانونية، و جزاء أفعاله الضارة بالغير.

المطلب الأول

ماهية فكرة القاصر، و تمييزها عن غيرها من المصطلحات

استخدم بعض المشرعين لفظ القصر أو القاصر في تقنياتهم المدنية و في وائين الأحوال الشخصية "قانون الأسرة"، يحتاج هذا المصطلح إلى تحديد مفهومه من الناحية اللغوية و الاصطلاحية، و من ثم تمييزه عن بعض المصطلحات المشابهة له.

¹ الدكتور: طه عوض غازي: المسؤولية عن الأضرار بأموال الغير في الشرائع القديمة - القوانين العراقية القديمة، القانون الروماني، الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة ط 2001 ص 5 إلى 7

الفرع الأولتعريف القاصر و مناطه

يجب بداية معرفة المقصود بمصطلح القاصر، لغويا و اصطلاحيا، و ذلك حتى يمكننا تمييزه عن غيره من المصطلحات هذا من جهة، و من جهة أخرى فإن الشخص في هذا الوجود هو حقيقة اجتماعية، تتجه إليه كافة النظم و القوانين "الاجتماعية" لضمان حريته و لكنها منسجمة مع حرية الآخرين، لهذا نجد القوانين قاطبة ترسم لسلوك الإنسان في ممارسته حريته قواعد معينة في نطاق وعيه و إدراكه و اختياره، و تساؤله إذا هو خرج عن هذه القواعد بأفعاله أعمالا كانت أو امتناعا عن عمل.

و قد رتب القانون على هذه المساءلة جزاءات مختلفة لكنها جزاءات قائمة على العدل، إذ الاعتداء مثلا على حرية الأفراد إنما هو عسف يجب المساءلة في حدود العقاب المقرر.¹

أولاً: المدلول اللغوي لمصطلح القاصر: لفظ القصر و القاصر، فيقال قصر و قصر و قصر، و اقتصر، و استقصره، و القاصرة، و حتى الطفل و الصغير و الحدث هي مجموعة ألفاظ قانونية مترادفة كلها ذات مدلول متباين.

فقصر عن الأمر قصورا أي عجز و كنف عنه، و قصر نفسه على كذا أي حبسها عليه، و ألزمها إياه، و قصر الشيء قصرا و قصرا ضد طال، و قصر فلان في الأمر أي تهاون فيه، فهو مقصرا، و اقتصر على الشيء أي اكتفى به و لم يجاوزه، و استقصره أي عدّه قصيرا.²

ثانياً: المدلول الاصطلاحي لمصطلح القاصر: القاصر قانونا هو كل شخص ذكر أو أنثى لم يبلغ سن الرشد القانوني، نصت المادة 40 ق م ج.

"كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، و لم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. و سن الرشد تسعة عشر سنة كاملة"

و هي نفس التعاريف التي يقدمها فقهاء القانون، فمثلا عرفه الدكتور كمال حمدي بأنه القاصر الذي لم يبلغ سن الرشد القانوني، ذلك لأن حياة الفرد تنقسم قانونا إلى مرحلتين الأولى يكون فيها قاصرا و الثانية

¹ الدكتور: عبد السلام التونجي: موانع المسؤولية الجنائية ط 1971، ص 3

² المعجم الوسيط: صادر عن مجمع اللغة العربية جمهورية مصر العربية ص 504 ط 1995

يكون فيها راشداً، ذلك أن الطبيعة نفسها قسمت الحياة إلى مراحل عدة تبعا للتقدم الجسماني و العقلي للإنسان.¹

بينما يعرف الدكتور محمود محمود مصطفى القاصر "في المجال الجنائي" أن كلمة قاصر تعني الشخص الذي لم يصل إلى سن البلوغ الجنائي أي سن المسؤولية الجنائية أو حتى سن تحمل العقوبة، فهي كلمة تنطوي على مفهوم محدد، و لذلك يكون من الأوفق أن يستعاض عن التعبير بقانون الأحداث لقانون الأحكام الخاصة بالقصر الجانحين.²

و قد قسم المشرع الجزائري مرحلة القصر إلى فترتين مترابطتين، الأولى يكون فيها الشخص قاصرا غير مميز و هي تمتد منذ الولادة حيا إلى ما قبل بلوغ سن التمييز المحددة ببلوغ سن 13 سنة كاملة، و الثانية يكون فيها الشخص قاصرا مميزا إذا بلغ الشخص سن 13 سنة و لم يبلغ 19 سنة كاملة.³

نصت المادة 2/42 ق م ج المعدلة بالقانون رقم 10/05 بقولها:

"يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاثة عشرة سنة".

و يترتب على هذا الاختلاف في مراحل القصر و من ثم في سن التمييز أن نجد اختلافا أيضا في مدى قدرة الشخص على ممارسة حقوقه المدنية و التي من بينها، التصرفات القانونية، و حتى في الحكم عليها إبطالا أم قابلية للإبطال.

ثالثا: مناصب القصر: إذا كانت المسؤولية المدنية قد حدد شرطا لقيامها و هو بلوغ سن التمييز المدني، و مهما اختلف في تحديد تعريف التمييز بين فقهاء القانون و فقهاء الشرع الإسلامي، إلا أنه بوجه عام هو عبارة عن ملكة عقلية لدى الإنسان، تنمو بنموه، و تمكنه من الوقوف على حقيقة الأشياء و معرفة منافعها و مضارها في الحياة العملية، أو هو القدرة على الفهم و الإدراك، و بذلك يكون انعدام التمييز عكس التمييز أي انعدام المقدرة على الفهم و الإدراك لدى الإنسان.⁴

¹ الدكتور كمال حمدي: الأحكام الموضوعية في الولاية على المال ط 1997، ص 17 و ما بعدها.

² الدكتور طه زهران: معاملة الأحداث جنائيا دراسة مقارنة ط 1978 ص 31 ها 1 "رسالة دكتوراه"

³ يلاحظ أن حل فقهاء القانون يجعلون الشخص الذي بلغ سن التمييز مميزا، و الصحيح أنه ناقص التمييز لأن التمييز لا يكتمل إلا ببلوغ الشخص

سن الرشد القانوني المحدد في القانون المدني الجزائري المادة 40 ببلوغ 19 سنة كاملة

⁴ الأستاذ: الصادق جدي: مسؤولية عديم الوعي مدنيا دراسة مقارنة "رسالة ماجستير" ص 37

و إذا كانت أهلية الأداء و التي هي عبارة عن صلاحية الإنسان لصدور الأقوال و الأفعال منه على وجه يرتب عليها الشرع آثارها، قد حددت لها أيضا مناطا قانونيا و هو العقل و التمييز، و بذلك نجد مثلا الأصوليين و الفقهاء يقررون أن شرط الأهلية هو التمييز و العقل، فإذا وجد العقل وجدت، و إذا انتهى انتهت.

حتى و إن كان هذا الشرط "التمييز" قد واجه بعض الانتقادات الفقهية، ذلك لأن العقل هو أمر خفي لا يمكن الاطلاع عليه، و غير منضبط، لأنه يختلف باختلاف الأحوال و الأشخاص، و بالتالي فهو لا يصلح أن يكون ضابطا لأهلية الأداء، و لا حتى علامة على ثبوتها.

و قد اختلف الفقهاء في تحديد المعايير التي بناء عليها يعتبر الشخص قاصرا مميزا أو غير مميز، أو حتى أنه بالغاً سن الرشد، و من أهم هذه المعايير:

1- المعيار الاجتماعي: و نعني به مجموعة من السمات الاجتماعية التي تشكل المستوى الاجتماعي الذي

إذا ما توافرت في الكائن الإنساني اعتبر الشخص طفلا أو حدثا أو قاصرا، أو حتى بالغاً. و من بين أهم السمات التي تدل على مرحلة الطفولة مثلا الاعتماد على الكبار، الذاتية في العلاقات، التساؤل المستمر، معدل نمو جسمي و عقلي... و المجتمعات تختلف في تطبيق هذا المعيار، بعضها تطيل فترة هذه المرحلة نسبيا، و هي المجتمعات المتحضرة و مجتمعات أخرى متخلفة فهي تقصره و تحصره مما لا تسمح للأطفال في النشأة و النمو السليم.

2- المعيار الاقتصادي: و يتم تحديد مرحلة الطفولة مثلا على أساس القدرة الإنتاجية، و تختلف حول هذا

المعيار المجتمعات، فالمتحضرة مثلا تعتبر مرحلة الطفولة هي مرحلة الإعداد التي تليها الإنتاج، مما تمتد معها هذه المرحلة حتى نهاية مرحلة التعليم، بينما المتخلفة فإنه بعد مرحلة عمر قصيرة يصبح الطفل عضوا منتجا.

3- المعيار الزمني: و يعتمد هذا المعيار على مجموعة من المميزات و الخصائص التي تميز مرحلة الطفولة

مثلا، باعتبارها مرحلة عمرية يمر بها الكائن الحي أثناء تطوره و نموه، و يرى العلماء أن هذه المرحلة تمتد منذ الميلاد إلى البلوغ و هي المرحلة التي يعتمد فيها الطفل على الأسرة في عملية التنشئة حتى يصبح قادرا على الاعتماد على نفسه.

و إذا كان المعيار الزمني قد اعتمدت عليه جل التشريعات المدنية، لكونه معيار سليم يساهم كثيرا في إعداد و وضع الإطار الصحيح لبرامج رعاية الطفولة عند التخطيط لها.¹

إلا أن المجتمعات قد تباينت في تقدير هذا الزمن، فمنها من استعجلته و هي الشرائع القديمة كالقانون الروماني و الشريعة الإسلامية، لأن مراقبة الأولاد في أيامها كانت مراقبة شديدة تضمن حمايتهم و تدرك ما يضر من تصرفاتهم.

و منها من رأى في استعجاله ضررا، بعد أن ازدحم المجتمع بأهله و كثر المال و تنوعت الرغبات و تشعبت أعمال الإنسان، و امتدت أطماعه، و وهن رباط العائلة، و هذا يتضح أن بين ولادة المولود و تمام أهليته دوران لا بد للصغير أن يمر بهما دور عدم التمييز و دور التمييز.

الفرع الثاني

تمييز مصطلح القاصر عن بقية المصطلحات المرادفة

عادة ما تحتوي اللغة أسماء و كلمات تعد بمثابة علامات و رموز تجسيدا للفكرة و رسما للواقع الخارجي لشيء معين، و الحدث مثلا هو لفظ أو رمز له دلالة لغوية و الاصطلاحية بالإضافة إلى أنه مصطلح قانوني درجت عليه معظم القوانين في مختلف بلدان العالم.

إلا أنه يلاحظ أن لفظ الحدث أخذ عدة مرادفات بأسماء مختلفة و رموز متباينة جميعها تهدف إلى معنى واحد لغرض تشريعي واحد.

فإذا كان لفظ الحدث يعني في اللغة حديث العهد بوجوده أي حديث السن و صغير السن، فإننا نجد عدة ألفاظ و إن اختلفت في رموزها فإنها تعطي نفس المعنى.

- فهناك من يطلق على الحدث اسم القاصر حيث يرى بعض الفقهاء أنه يكون من الأفق أن يطلق اسم قانون الأحكام الخاصة بالقصر الجانحين بدلا من قانون الأحداث.
- و قد يعبر عن الحدث بمعنى الشاب أو الغلام أو الصغير الذي لم يبلغ من العمر سن الرشد الجنائي، أو لم يبلغ مبلغ الرجال.

¹ أنظر بالتفصيل هذه المعايير: الدكتور علي الدين السيد محمد: الأسرة و الطفولة في محيط الخدمة الاجتماعية ص 238 و ما بعدها

- و قد تضمنت معظم التشريعات ألقاظا متباينة المعنى كالحداثة، فمثلا نصت المادة 64 قانون عقوبات مصري "لا تقام الدعوى العمومية على الصغير الذي لم يبلغ من العمر سبع سنين كاملة" و قد نصت المادة 94 من قانون الطفل المصري رقم 1996/12 "تمتع المسؤولية الجنائية على الطفل الذي لم يبلغ من العمر سبع سنين كاملة" و نصت المادة 2 من قانون الأحداث الجانحين السوري: "لا يلاحق جزائيا من كان طفلا حين ارتكاب الفعل..." بينما نصت المادة 20 من قانون الأحداث العراقي: "لا تقام الدعوى على صبي لم يكمل السابعة من عمره عن أية جريمة يرتكبها" و قد استخدم المشرع الجزائري لفظ القاصر في قانون العقوبات حيث نصت المادة 49 مثلا "لا توقع العقوبة على القاصر الذي لم يكمل الثالثة عشرة إلا تدابير الحماية و التربية" كما استخدم لفظ الصغير حتى على المستوى الدولي، في توصيات المؤتمر الدولي السابع للأمم المتحدة في شؤون الوقاية من الجريمة و معاملة المجرمين المنعقد في ميلانو 1985، حيث عرفت المادة 2-1/2 "الصغير هو كل صبي أو شاب يمكن بالنظر إلى النظام القانوني محل الاعتبار أن يساءل عن جريمة بكيفيات تختلف عن تلك التي تسري في حالة الشخص البالغ"
- و هناك من يستخدم لفظ الحدث، و يحدد له مفهوما على أساس سن الرشد الجنائي أو سن البلوغ الجنائي أو سن المسؤولية الجنائية أو سن تحمل العقوبة¹
- و هكذا فقد اتخذ فقهاء القانون معيار العمر الزمني لتحديد بداية و نهاية كل مرحلة من مراحل الحدث، آخذين في الاعتبار مدى توافر عنصري الإدراك و حرية الاختيار لدى الحدث المميز.
- و لكن لما كان الأخذ بالمعيار الزمني يفترض توافر أو عدم توافر التمييز و حرية الاختيار في مرحلة من المراحل فإنه قد يثبت عكس ما فرض، خاصة بعد التقدم العلمي في هذا المضمار، و ظهور النظريات و الاختبارات النفسية و العلمية لتحديد العمر العقلي للحدث l'âge mental، و عليه يمكن الأخذ بمعيار العمر العقلي بدلا من العمر الزمني.

¹ الدكتور: أحمد سلطان عثمان: المسؤولية الجنائية للحدث في مصر و فرنسا ط 1997، ص 19/18 "رسالة دكتوراه"

و هكذا فإن الحداثة في ضوء هذا المفهوم لا تعني فقط تلك المرحلة من العمر و التي تتميز بمجموعة من الظواهر الجسمية و العضوية في حالة حركة، أو انتقال من دور النمو إلى مرحلة البلوغ، و إنما هي تلك المرحلة من الحياة الإنسانية تتميز بمجموعة من الظواهر الحيوية البيولوجية و النفسية و ما يصاحبها من تنشئة اجتماعية ينتقل بها الوليد تدريجيا منذ خلقه من دور النمو و التطور إلى البلوغ و الرشد¹.

اتضح لنا مما سبق أن فقهاء القانون قد تباينوا في المصطلحات المستخدمة تعبيراً عن تلك المرحلة العمرية الوسطى - بين الطفولة و البلوغ و الشيخوخة -، و هذا تأسيساً على ما استخدمه المشرع بين مختلف القوانين.

و نظراً لارتباط القصر و من ثم عنصر التمييز بأهلية الشخص القانونية، و التي بدورها تندرج بين الانعدام و النقصان و الكمال.

فكيف نظم المشرع تدرج أهلية الشخص

المطلب الثاني

تدرج أهلية الشخص القاصر بتدرج السن

تختلف أهلية أداء الشخص القاصر باختلاف مراحل حياته، و حياة الشخص بوجه عام تنقسم إلى ثلاث مراحل:

الأولى : من الولادة إلى سن التمييز.

الثانية: من سن التمييز إلى ما قبل بلوغ سن الرشد.

الثالثة: مرحلة البلوغ.

و قد رتب القانون و الفقه الإسلامي للشخص حدوداً لتصرفاته القانونية، و حدوداً أخرى لسنه عبر مراحل حياته، و حدوداً ثالثة لأضراره بالغير.

¹ الدكتور: أحمد سلطان عثمان: المرجع السابق، ص 38/39

الفرع الأولالشخص منذ ولادته إلى ما قبل بلوغه سن التمييز "الصبي غير المميز"

و يعبر عن هذه المرحلة بمصطلح الصبي غير المميز، لأن الشخص يتجرد تماما من قوة التمييز فلا يعرف الخطاب لضعف بنيته و قصور عقله.

و قد نصت المادة 42 ق رقم 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005 "من القانون المدني الجزائري"

"لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن، أو عته، أو جنون يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاثة عشرة سنة"

و قد عرفت المادة 943 من مجلة الأحكام العدلية الصبي غير المميز بأنه

"الذي لا يفهم البيع و الشراء، أي لا يعلم كون البيع سالبا للملكية و الشراء جالبا لها، و لا يميز الغبن الفاحش من الغبن اليسير"

و قد أخضع المشرع الجزائري طائفة فاقدية الأهلية و ناقصيها إلى أحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة حيث نصت 44 من الق م ج

"يخضع فاقدوا الأهلية و ناقصوها، بحسب الأحوال لأحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة، ضمن الشروط و وفقا للقواعد المقررة للقانون"

و من جملة الأحكام الشرعية التي يخضع لها الصبي غير المميز كما يرى بعض فقهاء الشريعة الإسلامية:

- لا يطالب بالعبادات كالصلاة و الصوم و الحج، و لا تصح منه لو أداها.
- عقودها باطلة، فلا يصح بيعه و شراؤه و إيجاره و رهنه.
- أفعاله في المعاملات باطلة، فلا يعتبر تسلمه للمغضوب و قبضه للمبيع.
- أقواله كلها هدر فلا يعتبر قراره بدين عليه لغيره مثلا و لا إبرائه من الدين.
- لا يوصف عدوانه على الغير بإتلاف نفس فما دونها بالجناية و لا يعاقب عقوبة الجاني.

- يكون في ماله ضمان ما أتلفه للغير على سبيل التعدي.
- يتسع ماله للواجبات المالية و الاجتماعية كالضرائب و نفقات الضرائب.¹

الفرع الثاني

الشخص منذ بلوغه سن التمييز إلى ما قبل سن الرشد "القاصر المميز"

الصبي المميز هو الشخص الذي لا أهلية أداء كاملة له، و لكنه من ذوي التمييز، و هو على حد تعبير مجلة الأحكام العدلية الذي يفهم البيع و الشراء و يعلم كون البيع سالبا للملكية و الشراء جالبا لها، و يميز الغبن الفاحش من الغبن اليسير، و قد عرفه بعض الفقهاء بأنه الشخص الذي يفهم الخطاب و يرد الجواب، و لا ينضبط بسن بل يختلف باختلاف الأفهام.²

و قد حددت بعض القوانين سنا للتمييز ببلوغ الشخص سن السابعة، حيث نصت المادة 2/45 من القانون المصري:

"و كل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقدا للتمييز".

بمفهوم المخالفة لهذا النص أن من بلغ سن السابعة يعتبر شخصا مميزا، لكنه يبقى ناقص أهلية الأداء، حيث

نصت المادة 43 من القانون المدني الجزائري المعدلة بالقانون 10/05 بقولها

"كل من بلغ سن التمييز و لم يبلغ سن الرشد، و كل من بلغ سن الرشد و كان سفيها أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون".

و من بين الأحكام القانونية و الشرعية التي خصصت للصبي المميز، على غرار الأحكام السابقة للصبي غير

المميز ما يلي:

- لا يطالب بالعبادات كالصلاة و الصوم و لكن تصح منه لو أداها، و يطالب وليه أن يأمره بالصلاة تعويدا على الطاعة و فعل الخير.³

¹ الدكتور: السباعي و الصابوني: الأحوال الشخصية في الأهلية و التركات، ص 21

² الدكتور: نور الخطيب: الأهلية المدنية ص 46.

³ يلاحظ أن هذه الأحكام "العبادات" تتماشى و الشرع الإسلامي، و لكن أيضا وفقا لبعض القوانين التي تحدد سن التمييز بلوغ الشخص سبع سنوات، و لكن لا تنطبق على ما اتجه المشرع الجزائري و الذي رفع سن التمييز إلى ثلاثة عشرة سنة، و في الحديث النبوي الشريف مروا أولادكم بالصلاة لسبع و ضربوهم عنها لعشر و فرقوا بينهم في المضاجع.

- في ماله ضمان ما أتلفه كالصغير و المجنون
 - أما تصرفاته المالية فهي على ثلاثة أنواع، و لكن بأحكام مختلفة
- 1) تصرفات نافعة نفعاً محضاً كقبول الهبة و مختلف التبرعات، فتصح من غير توقف على إجازة الوالي.
- 2) تصرفات ضارة ضرراً محضاً كهبته و كفالته، فهي غير نافذة حتى و لو أحازها الوالي.
- 3) تصرفات دائرة بين النفع و الضرر، بمعنى تحتل النفع و الضرر كالبيع و الشراء فهي تصح منه لكنها تبقى موقوفة على إجازة وليه أو وصيه، أو أنها تقع في القانون باطلة بطلاناً نسبياً، و في آن واحد قابلة للإجازة بعد بلوغ سن الرشد، نصت المادة 1/101 من القانون المدني المعدلة بالقانون 10/05 بقولها
- "يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس سنوات و تبدأ سريان هذه المدة في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب"

الفرع الثالث

الشخص منذ بلوغ سن الرشد إلى الممات، و لم يحجر عليه

تبدأ هذه المرحلة ببلوغ الشخص المميز سن الرشد المحدد قانوناً ببلوغ تسعة عشرة سنة كاملة، بدون أن يحكم عليه باستمرار الولاية أو الوصاية أو القوامة بسبب عارض من العوارض كالجنون و السفه و العته و الغفلة، و يستكمل الشخص أهلية كاملة بعد أن كانت في دور التمييز.

نصت المادة 81 من قانون الأسرة الجزائري الصادر بالقانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 جوان 1984

"من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن أو جنون أو عته أو سفه، ينوب عنه قانوناً ولي، أو وصي أو مقدم طبقاً لأحكام هذا القانون"

و قد حدد المشرع الجزائري سناً للرشد المدني، حيث نصت المادة 40 ق م ج:

"كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، و لم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. و سن الرشد تسعة عشرة سنة كاملة"

و يختلف القانون الوضعي عن الفقه الإسلامي في تحديد هذه المرحلة، حيث نجد المشرع يشترط بلوغ سن التاسعة عشرة سنة كاملة مع بقاء الشخص متمتعاً بقواه العقلية و لم يحجر عليه لأي عارض من عوارض الأهلية، بينما يكتفي الشرع في تحديد هذه المرحلة بالبلوغ الطبيعي أو التقديري.

مما سبق استعراضه تفصيلاً في الفصل التمهيدي حول ماهية المسؤولية المدنية، العقدية و التقصيرية، ثم ماهية الشخص القاصر، و كيف تندرج أهلية الشخص بتدرج سنه، نصل إلى إشكالية هذه الدراسة و التي تقع حول تناقضين: الأول أن الشخص الذي قد يكون مسؤولاً مسؤولية مدنية، فيرم بعض التصرفات القانونية من مختلف الأشكال و الأنواع، أو يرتكب بعض الأضرار تصيب الغير بفعله أم حتى بفعل شيء من الأشياء تحت حراسته، الثاني فهل في مقدور الشخص القاصر القيام بهذه التصرفات القانونية، و ما جزاء إخلاله بتنفيذها، ثم ما مدى مسؤوليته قانوناً عن الأضرار التي يكون هو سبباً في حدوثها للغير بفعله الشخص أم بفعل الغير أم بفعل شيء من الأشياء يكون تحت حراسته؟

الإجابة عن هذه التساؤلات و الإشكالات هي محور هذه الدراسة، حيث سوف أتناول أحكامها القانونية و الشرعية عبر بابين رئيسيين:

الأول/ مسؤولية الشخص القاصر عن التصرفات القانونية

الثاني/ مسؤولية الشخص القاصر عن الفعل الضار

الباب الأول

مسؤولية الشخص القاصر عن التصرفات القانونية

✓ الفصل الأول: تدرج أهلية الشخص القاصر بين الانعدام و النقصان في كل من القانون و الفقه

الإسلامي

• المبحث الأول: مراحل أهلية أداء الشخص

• المبحث الثاني: عوارض الأهلية

✓ الفصل الثاني: حكم تصرفات القاصر القانونية، و الآثار المترتبة عليها في كل من القانون و الفقه

الإسلامي

• المبحث الأول: حكم تصرفات القاصر القانونية "قانونا و شرعا"

• المبحث الثاني: جزاء الإخلال بالتصرفات القانونية التي يكون القاصر المميز أهلا لها "قانونا و

شرعا"

الباب الأولمسؤولية الشخص القاصر عن التصرفات القانونية

قمهيد: من المهم كثيرا تحقق الأهلية اللازم توافرها لإمكان مباشرة التصرف القانوني، إذ يهيم الشخص قبل إبرام عقد ما معرفة ما إذا كان القانون يجيز له ذلك أم أنه ممنوع من مباشرة مثل هذا التصرف، و كذلك معرفة ما إذا كان الطرف الآخر في العقد أهل لما يقرره التعاقد من حقوق و ما يفرضه من التزامات.¹

ذلك أنه ليس كل إنسان تصح منه تصرفاته كلها أو بعضها في نظر الشريعة و القانون، بل لابد من اتصافه بصفات تجعله أهلا لقبول الأحكام الشرعية، و تحمل المسؤوليات و التزام الآثار المترتبة على أعماله، و هذا هو معنى الأهلية فهي:

صفة يقدرها الشارع في الشخص تجعله محلا صالحا للخطاب بالأحكام الشرعية.²

و هذه الأهلية أيضا تختلف قوة و ضعفا باختلاف المراحل التي يمر بها الإنسان منذ تكوينه جنينا في بطن أمه إلى أن يصل إلى سن الرشد، و خلال فترة الأطوار التي يمر بها الإنسان حتى يبلغ سن الرشد يحتاج إلى رعاية كاملة و حماية و محافظة عليه و على أمواله، لذلك وضعت القواعد الفقهية و النصوص القانونية لتنظيم هذه المرحلة في كل التشريعات بتحديد الأسباب التي تجعل الإنسان غير قادر على التصرف بإرادته و هو ما يطلق عليه فقدان الأهلية أو «عيب الإرادة».

و إذا بلغ السن القانونية رشيدا انتقل إلى مرحلة أخرى في تنظيم حياته و هذا هو الأصل.³

و الأصل هو كمال الأهلية، و هذا ما أشارت إليه المادة 78 ق م المعدلة بالقانون 10/05 المؤرخ في 2005/06/20 «كل شخص أهل للتعاقد ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون».⁴

و متى كان الشخص كامل الأهلية، تثبت له القدرة على مباشرة الأعمال القانونية «التصرفات القانونية» بمختلف أنواعها، لا فرق في ذلك بين أعمال الإدارة و أعمال التصرف.

¹ الدكتور: محمد السعيد رشدي شاهين: أعمال التصرف و أعمال الإدارة في القانون الخاص، دراسة مقارنة ط 1983 ص 295 الناشر جامعة عين شمس كلية الحقوق القاهرة مصر.

² الدكتور: مصطفى السباعي: أحكام الأهلية و الوصية: ج 2/ 4/1961، ص 7، الناشر مطبعة جامعة دمشق سوريا. و يعرف الحكم الشرعي بأنه: وصف الفعل الذي يقع من المكلف: إما بالحرمة أو الوجوب أو الذنب أو الكراهة أو الإباحة، و لا يخلو فعل ما من أفعال الإنسان عن حكم من هذه الأحكام.

³ الدكتور محمد علي عبد الله الشرفي: حكم التصرفات القانونية لفاقد الأهلية في القانون اليمني: دراسة مقارنة ص 14/13 الناشر جامعة القاهرة كلية الحقوق

⁴ و قد نصت المادة 109 ق م م «كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون» بينما نصت المادة 1123 ق م ف «toute personne peut contracter si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi»

و يميز فقهاء الشريعة الإسلامية و القانون بين نوعين من الأهلية أهلية الوجوب و أهلية الأداء

فأهلية الوجوب Capacité de jouissance و يعرفها علماء أصول الفقه بأنها صلاحية الإنسان بوجود الحقوق المشروعة له أو عليه، و مناطها هو الصفة الإنسانية فحسب من غير نظر أو عقل، و على ذلك فإن أهلية الوجوب هي في الواقع الشخص ذاته منظورا إليه من الناحية القانونية، فإذا انعدمت، انعدمت الشخصية معها "كالجنين حينما يولد ميتا".

أما أهلية الأداء Capacité d'exercice فهي أيضا تعرف بأنها صلاحية الشخص لاستعمال الحق، أي قدرته على التعبير بنفسه عن إرادته تعبيرا منتجا لآثاره القانونية في حقه، و مناطها هو العقل و الإدراك و التمييز، فالعقل القاصر تثبت به أهلية أداء قاصرة، و العقل الكامل تثبت به أهلية أداء كاملة، و الأول هو عقل الصبي المميز الذي يدرك الخير و الشر، و يعرف ما فيه النفع و الضرر من الالتزامات و التصرفات، و الثاني من بلغ رشده و وصل عقله إلى كماله.

أما الطفل منذ ولادته إلى أن يبلغ سن التمييز، فلا تثبت له أهلية أداء كاملة و لا قاصرة أي ناقصة، لأن الوعي مفقود فيه، فيظل الطفل في هذه المرحلة الزمنية من عمره فاقدًا أهلية الأداء، لأن أهلية الأداء إنما تؤهله لتصرفات شرعية و قانونية تعتمد العقل، و الطفل لا يعي هذه التصرفات أصلا في بداية هذه المرحلة و لا يفهمها فهما كافيا في أواخرها.¹

و باعتبار التصرف القانوني هو وسيلة التعامل بين الأفراد، أوجده القانون ليكون أداة لتبادل الالتزامات، و قد وضع له المشرع قواعد يرعى بها مصلحة الأفراد و مصلحة الجماعة، و جعل في هذه القواعد شروطا فيه لا يكمل بناؤه بغير توافرها جميعا، فإذا ما توافرت جميعا رتب القانون عليه أثره من إنتاج ما يقصد ترتيبه به من التزامات و جعله بذلك نافذا، أما إذا تخلفت هذه الشروط أو تخلف بعضها فان القانون يصفه بوصف يعنى عدم إقرار وجوده فلا يترتب عليه أي التزام لأن القانون لا يقر وجوده و يجعله غير نافذ و هذا هو الجزاء الذي يقع على هذا التصرف.²

على أن الذي يعنينا في هذه الدراسة هو دراسة تصرفات القاصر بوجه عام المالية، من حيث حكمها و الآثار المترتبة عنها، سواء عند تنفيذها أو عند الإحلال بها. فما مسؤولية الشخص القاصر عن التصرفات القانونية؟ هل من اختلاف فقهي و قانوني في تصرفات القاصر المميز و غير المميز، و ما اثر تنوع التصرفات القانونية النافعة، و الضارة، و الدائرة بين النفع و الضرر؟ ثم إذا كان الشرع الإسلامي و القانون الوضعي

¹ الدكتور: محمد سعيد جعفر: تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي، ط 2002، ص 6/5 الناشر: دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع الجزائر.

² الدكتور: جميل الشراوي: نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، ط 1994، ص 5 ف 1، الناشر: دار النهضة العربية القاهرة.

يعرفان و ينظمان أحكام الإذن بالتصرف للشخص القاصر، فما اثر ذلك على إخلال القاصر ببعض تصرفاته؟
و ما هي حدود هذا الإذن؟

الإجابة على هذه التساؤلات ترتبط بدورها بعامل رئيسي هو دور الإرادة و الأهلية في إبرام التصرفات القانونية بوجه عام، و هذا العامل يرتبط بدوره بإعطاء حكم الشرع و القانون في التصرفات التي يبرمها الشخص القاصر.

الفصل الأول

تدرج أهلية الشخص القاصر بين الانعدام و النقصان في كل من القانون و الفقه الإسلامي

لقد جاء في الحديث النبوي الشريف: «رفع القلم عن ثلاث، الصبي حتى يحتلم، و المجنون حتى يفيق، و النائم حتى يستيقظ» و هي حالات لانعدام الأهلية للخطاب الشرعي، و المحكوم عليه و هو الشخص المكلف تتوقف أهليته على مدى تمتعه بالعقل و الإدراك و التمييز، لأن الأهلية مطلوبة شرعا و قانونا في كل عمل يقدم عليه الشخص.

لذلك فإن مبني الأهلية يتجلى فيما يلي:

- 1/ إن الأهلية تقوم على أساس اتصاف الشخص بصفات معينة يقدرها القانون و الشارع ليتمكن تحقيق الأحكام القانونية أو ثبوت الأحكام الشرعية في حق الشخص لتصح تصرفاته و تترتب نتائجها.
- 2/ إن الصفات المطلوبة في الشخص تختلف بحسب ما يناسب موضوعها، و قد تتطلب لصحة بعض التصرفات أهلية محدودة تختلف عما يشترط توافره في تصرف آخر، فالأهلية المطلوبة لصحة قبول الهبة مثلا تختلف عن الأهلية المشترط توافرها في ذلك الشخص لتصح هبته و تبرعاته، فقد نصت مثلا المادة 42 ق 10/05 على أنه:

«لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقدا للتمييز لصغر في السن أو عته أو جنون، يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشر سنة».

كما تنص المادة 43 من نفس القانون المعدل بالقانون رقم 10/05 على أنه:

«كل من بلغ سن التمييز و لم يبلغ سن الرشد و كل من بلغ سن الرشد و كان سفيها أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون».

و قد كان قانون الأسرة الجزائري أكثر توضيحا لحكم تصرفات القاصر المميز و غير المميز سواء من حيث حكم تصرفاته، أو في تحديد من ينوب عنه قانونا، و في تحديد أحكام الإذن بالتصرف "من يمنحه، حدود الإذن، و خاصة الرجوع عن الإذن"، فقد نصت المادة 82 على حكم تصرفات عدم التمييز بقولها:

«من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقا للمادة 42 من القانون المدني تكون تصرفاته باطلة»
 بينما نصت المادة 83 ق أ ج على حكم تصرفات الشخص المميز بقولها:
 «من بلغ سن التمييز و لم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة
 إذا كانت نافعة له، و باطلة إذا كانت ضارة به، و تتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت
 مترددة بين النفع و الضرر، و في حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء».
 بينما نصت المادة 81 ق أ ج على أحكام النيابة القانونية عن الشخص القاصر المميز و غير المميز
 بقولها:

«من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر في السن أو جنون أو عته أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي
 أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون».
 و في مجال الإذن للقاصر بالتصرف في أمواله نصت المادة 84 ق أ ج بقولها
 «للقاضي أن يأذن لمن يبلغ سن التمييز في التصرف جزئيا أو كليا في أمواله، بناء على طلب من له
 مصلحة، و له الرجوع في الأذن إذا ثبت لديه ما يرر ذلك».
 و على ذلك فماذا يقصد بهذه الأهلية قانونا و شرعا، و حتى لغة، و ما هي مراحل أهلية
 الشخص، و ما تأثير عوارض الأهلية على أهلية الشخص؟

المبحث الأول

مراحل أهلية أداء الشخص

التسليم بتدرج النمو العقلي للإنسان مع السن و ارتباط الإرادة بالعقل و التفكير جعل من البداهة أن يفرق
 بين مراحل السن المختلفة من حيث القدرة على الإرادة القانونية، ذلك أن الطفل إلى حد معين من طفولته لا
 يمكن أن تعزى إليه إرادة حقيقية كما أنه إلى سن معينة بعد ذلك يجب أن ينظر إلى هذه القدرة لديه بعين
 الشك فإذا ما بلغ سن النضج و التي تسمى سن الرشد فإنه يفترض عندئذ أن له القدرة العادية على إرادة
 التصرفات القانونية، و يبدو و من الطبيعي عندئذ أن يأخذ القانون بإرادته فيعتبر صاحبها أهلا أو كامل
 الأهلية.¹

فماذا يقصد بمصطلح الأهلية، و بماذا تتميز، و ما هي أدوارها «مراحلها»، طالما أن حياة الإنسان منذ
 ولادته إلى وفاته تنقسم إلى فترات و مراحل.

¹ الدكتور: جميل الشرفاوي: المرجع السابق، ص243، ف 91

المطلب الأولالتعريف بالأهلية

لا شك أن معرفة المعنى الدقيق لأي مصطلح قانوني هو أمر في غاية الأهمية، سواء كان ذلك من حيث اللغة أو من حيث الاصطلاح، لأنه لا بد أن تكون تلك المعرفة مستوعبة المعنى الذي تقتضيه قواعد اللغة، و المعنى الذي تعارف عليه أهل الاصطلاح.

ثم أنه طالما أن الأهلية المقصودة في موضوعنا هي أهلية الأداء و التي هي عبارة عن صلاحية الشخص للقيام بنفسه بالتصرفات القانونية التي تكسبه حقا أو تلزمه بواجب، فإنها تتميز ببعض الصفات تميزها عن غيرها.

الفرع الأولتعريف الأهلية

لمعرفة دلالة أي مصطلح فقهي أو قانوني لا بد من البحث الدقيق في قواعد اللغة العربية من جهة و في أقوال الفقهاء و شراح القانون من جهة أخرى.

1- تعريف الأهلية في اللغة:

الأهلية في اللغة تعني الصلاحية، فيقال أن فلان هو أهل لما هو قائم به و العكس أو أنه غير أهل لما هو قائم به، فهي تستعمل بمعنى الجدارة و الكفاءة لأمر ما¹، و من ذلك قوله تعالى «و ألزمهم كلمة التقوى و كانوا أحق بما و أهلها»².

2- تعريف الأهلية في الفقه الإسلامي:

تعددت تعريفات الفقهاء لمصطلح الأهلية، لعل أهمها: «كون الإنسان صالحا لأن يتعلق به الحكم و القدرة على تنفيذه»، و يقصد بالحكم هو خطاب الله تعالى المتعلق بأعمال المكلفين و هو يشمل كل الأعمال المطلوبة من الإنسان. «أو هي صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق له أو عليه و صلاحيته لصدور الأفعال عنه على وجه يعتد به شرعا»³.

3- تعريف الأهلية في القانون:

رغم أن المشرعين لم يضعوا تعريفا للأهلية تاركين مسألة التعريف لرجال الفقه و القانون، فإن أغلب التعريفات تنحصر فيما يلي:

¹ الأستاذ: شامل رشيد الشيبلي عوارض الأهلية بين الشريعة و القانون. ط1/1974، ص18 الناشر مطبعة العالي بمساعدة وزارة الإعلام العراقية

² سورة الفتح الآية 26

³ الدكتور: محمد علي عبد الله الشرقي: الرسالة السابقة، ص28/27

«هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق و الإلتزام بالواجبات، و كذا صلاحيته لمباشرة التصرفات القانونية بنفسه».

«أو هي صلاحية الشخص لأن تتعلق به حقوق له أو عليه و لأن يباشر بنفسه الأعمال القانونية و القضائية المتعلقة بهذه الحقوق».¹

إن التأمل في هذه التعاريف الفقهية و القانونية و حتى اللغوية يتبين لنا أن الأهلية على شقين:

الشق الأول: يختص بأهلية الوجوب: و هي مجرد صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق و لتحمل الواجبات.

الشق الثاني: يختص بأهلية الأداء: و هي صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية.

الفرع الثاني

مميزات أهلية الأداء

طالما أن أهلية الأداء هي عبارة عن صلاحية الشخص للقيام بنفسه بالتصرفات القانونية التي تكسبه حقا أو تلزمه بواجب، فإنها تتميز بما يلي:

1- أهما عمل قانوني أو تصرف قانوني بمفهوم أعم: و يتميز هذا التصرف بكونه قائما على الإرادة التي

اتجهت إلى إحداث أثر قانوني، بخلاف العمل المادي الذي يرتب عليه القانون أثارا معينا، إلا أنه لا دخل لعنصر الإرادة في ترتيب هذا الأثر.

2- اختلاف نطاق أهلية الأداء عن نطاق المسؤولية: فأهلية الأداء تشترط في الشخص قبل لجوئه للقيام

بعمل ما، كالبيع أو الإيجار، أما المسؤولية فلا يمكن تحديدها إلا بعد وقوعها، و لا يمكن قياسها على أهلية الأداء، فالمسؤولية تترتب أثارها باعتبارها نتيجة لوقوع الفعل المادي.

الفرع الثالث

أهلية الأداء و علاقتها بغيرها من الأنظمة القانونية

لا شك أن هناك علاقة وثيقة بين كل من الأهلية و غيرها من الأنظمة القانونية و الشرعية، كعلاقة أهلية الأداء بأهلية الوجوب، و علاقة أهلية الأداء بالولاية.

أولا/ علاقة أهلية الأداء بأهلية الوجوب:

يتضح مما سبق أن العلاقة بين الأهليتين الوجوب و الأداء، إنما هي علاقة تشابه في التسمية لا في المدلول، ذلك لأن الواضح أن هناك اختلافا كبيرا بين الأهليتين، كما أن هناك وجه للتشابه بينهما.

¹ الأستاذ: شامل رشيد الشبخلي الرسالة السابقة، ص19

1- أوجه الاختلاف بين أهلية الأداء و أهلية الوجوب:

تختلف أهلية الأداء عن أهلية الوجوب في عدة أوجه:

1/ أهلية الأداء تتعلق بما يتمتع به الشخص من قدرة على إبرام التصرفات بطريقة سليمة و بإرادة متنورة و تمييز مدرك ما يترتب على التصرف من آثار، أما أهلية الوجوب فانه يكتسبها الشخص باعتباره إنسانا، بغض النظر عن سلامة إرادته فيكسبها بمجرد ولادته و حتى وفاته فتظل أهلية الوجوب صفة لصيقة بالشخص حتى وفاته.

2/ فقدان أهلية الأداء لا يعني فقدان أهلية الوجوب، فمن افتقد أهلية الأداء لا يفقد أهلية الوجوب طالما مازال متمتعاً بالشخصية القانونية.

2- أوجه التشابه بين أهلية الأداء و أهلية الوجوب:

1/ هناك تشابه بينهما من حيث الشكل و التسمية

2/ تعريفهما واحد عند شراح القانون و عند فقهاء الشريعة الإسلامية، و يرى بعض فقهاء الشريعة أن علاقة أهلية الأداء بأهلية الوجوب علاقة الفرع بالأصل، بمعنى أن أهلية الوجوب هي الأصل و أهلية الأداء متفرعة منها باعتبار أن كل الناس يشتركون في أهلية الوجوب و يكتسبونها، أما أهلية الأداء فليست لكل شخص، فالصغير و المجنون و المعتوه يفقدون أهلية الأداء و لا يكتسبونها إلا بعد أن تكتمل مداركهم العقلية.

ثانيا/ التمييز بين أهلية الأداء و الولاية:

يعرف رجال القانون الولاية، بأنها صلاحية شخص للقيام بالأعمال القانونية باسم شخص آخر يكون هو نائبا عنه و لحساب هذا الشخص، أي بقصد إحداث آثارها في شخصه أو ماله.

و يتناول رجال الفقه و القانون الولاية من خلال ثلاثة أوجه:

1- ولاية قانونية/ و مصدرها القانون، كولاية الأب و الجد، و هي ولاية إجبارية قانونية.

2- ولاية قضائية/ و مصدرها القضاء بحيث تختار قيما على فاقد أو ناقص أهلية الأداء كالمجنون العته السفه الغفلة، او بسبب الإصابة بعاهة جسمانية حسية.

3- ولاية اتفاقية/ و مصدرها الاتفاق، و تتخذ عدة أوجه، كالوصاية و الوكالة...

و من أهم أوجه الاختلاف بين أهلية الأداء و الولاية:

1- الولاية هي صلاحية قيام شخص ببعض التصرفات نيابة عن الغير و لحسابه، بينما أهلية الأداء و هي صلاحية الشخص للقيام بالتصرفات بنفسه.

- 2- الولاية هي حادث طارئ استثنائي فلا يكتسبها إلا في حالات محددة، أما أهلية الأداء فتلازم الشخص.
- 3- أهلية الأداء تتطلب قدرة كافية و إرادة واعية و متنورة، بينما الولاية لا يرتبط وجودها بقدرة الولي على الإرادة السليمة أو عدم قدرته، بل تتوقف على وجود نيابة عن الغير للقيام بهذه التصرفات لحساب الغير.
- 4- فقدان أهلية الأداء تختلف عن فقدان الولاية من حيث الآثار المترتبة على التصرفات:
- فقدان أهلية الأداء يترتب عليه عيب في تصرف فاقد الأهلية و من حقه التمسك بإبطاله إن كانت أهلية أدائه ناقصة، أما إن كانت أهليته منعدمة فإن تصرفه يعتبر باطلا
 - بينما فقدان الولاية فيترتب عليه عدم انصراف أثر التصرف إلى الغير و الذي يتم التصرف باسمه لحسابه تطبيقاً لمبدأ نسبية أثر التصرفات القانونية الذي يعني أن الشخص لا يلزم بإرادته إلا نفسه.¹

المطلب الثاني

أدوار أهلية الأداء

لما كانت أهلية الأداء تتدرج بالسن من الانعدام إلى النقصان ثم إلى الاكتمال، و لما كان التمييز أمراً نسبياً فقد أقام المشرع الجزائري - كغيره من المشرعين - قرينة على المراحل التي يمر فيها الإنسان حتى تكتمل له أهلية الأداء، و تنقسم هذه الأدوار فقها و قانوناً إلى أربعة أدوار:

الفرع الأول

الدور الأول: الجنين أو الحمل المستكن

و هو الطور الأول من حياة الإنسان و هو جنين²، و باعتباره جزءاً من أمه حساً و حكماً فهو ينتقل بانتقال أمه و يقر بقرارها، لذلك ليست له أهلية أداء لأن مناطها الإدراك و التمييز و هو يفتقده، و إنما تكون له أهلية وجوب ناقصة، و قد اعترف له الشرع الإسلامي بأهلية وجوب بالنسبة لبعض الحقوق دون البعض الآخر و دون الالتزام بالواجبات، لأن ثبوتها لا تكون إلا بفعل يرتكبه و يرتب مسؤوليته أو بالزام يلزمه هو بعبارة أو بعبارة تصدر منه أو من وليه، و لا يمكن تصور كل ذلك من الجنين، و حتى الولاية فإنه وفقاً للرأي الراجح لا تثبت إلا بعد الولادة.

و من بين الحقوق التي هو أهل لاكتسابها و التي لا تحتاج في نشأتها إلى قبول كالحق في ثبوت نسبه من أبيه، و في الميراث و في استحقاق ما أوصي له به.³

¹ الدكتور: محمد علي عبد الله الشرقي: الرسالة السابقة 32 إلى 35 ف 15/14

² الدكتور: مصطفى السباعي: أحكام الأهلية و الوصية، ج 2 ط4/ص 12/11، الناشر مطبعة جامعة دمشق سوريا

³ الدكتور: حسن النوري: عوارض الأهلية في الشريعة الإسلامية، ط1953، ص 22/21 الناشر مطبعة لجنة البيان العربي القاهرة مصر

الفرع الثانيالدور الثاني: الصبي غير المميز

و هي الفترة الممتدة من ولادة الإنسان حيا حتى إكماله سن الثالثة عشرة، فتكون له بمجرد ولادته ذمة مطلقة و أهلية وجوب صالحة ترتب الحقوق له و عليه، و لكن بالنظر لضعف بنية الصغير و قصور عقله يكون فاقد الإدراك و التمييز و لا تكون له أهلية أداء¹، و لا تجب عليه التكاليف العبادية أو الاعتيادية لأن المقصود من هذه الأمور الابتلاء ليظهر المطيع من العاصي و الصغر ينافيها إذ لا يكلف الله نفسا إلا وسعها.

و كذلك لا يقام عليه الحد إذا ارتكب ما يوجب ذلك، لأن الصغير في هذه المرحلة ليس من أهل الجزاء البدني.

و ليس للتمييز في الشريعة الإسلامية سن معينة - خلافا لبعض القوانين - و قد عرف الحنفيون المميز بأنه «الذي يعرف أن البيع سالب للملك و الشراء جالب له و يعلم الغبن الفاحش من اليسير، و يقصد به تحصيل الربح و الزيادة».

كما أن مجلة الأحكام العدلية لم تحدد سنا معينة للتمييز، إذ قررت في نص المادة 943 أن:

«الصغير غير المميز هو الذي لا يفهم البيع و الشراء أي لا يعلم كون البيع سالبا للملك و الشراء جالبا له، و لا يميز الغبن الفاحش، مثل أن يغبن في العشرة بخمسة، من الغبن اليسير، و الطفل الذي يميز هذه المذكورات يقال له صبي مميز».

و لم يحدد المشرع الفرنسي سنا معينة للتمييز - رغم تحديده لسن الرشد المدني - لذلك يقوم القاضي بتقدير هذه السن تبعا لظروف كل قضية على حدة، بينما حدد كلا من القانون المدني المصري سن التمييز ببلوغ السابعة م 1/45 ق م م، و الجزائري ببلوغ سن الثالثة عشرة سنة م 42 ق م ج.

و لما كان الصغير في هذه السن ليست له أهلية أداء فيكون عاجزا عن أداء حقوقه و التزاماته بنفسه، فإن و عليه يقوم بمباشرة هذه الحقوق و الالتزامات نيابة عنه.² و مما جاء في قرارات المحكمة العليا أنه:

«من المقرر قانونا أنه ليس لأحد الإعلان تلقائيا أنه فاقد الأهلية، و أن تقرير ذلك يخضع لأحكام القانون، و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد انعداما في الأساس القانوني.

¹ الأستاذ: شامل رشيد ياسين الشخلي: الرسالة السابقة، ص 86

² الدكتور: حسين النوري: الرسالة السابقة، ص 64/63

و لما كان من الثابت - في قضية الحال - أن طرفي الدعوى أبرما عملية تبادل مسكنين و أن قضاة الاستئناف قضوا بإبطال هذه العملية على أساس أن المدعي عليه غير أهل لإبرام عقد تبادل السكن معتمدين على شهادة طبية متجاهلين بقضائهم القانون و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه»¹.

الفرع الثالث

الدور الثالث: الصبي المميز

متى أكمل الصبي سن الثالثة عشرة «في ق م ج» يعتبر صبيا مميزا، مما يدل على أن هذه السن هي سن التمييز، و في الشرع الإسلامي حددت هذه السن بسبع سنين، و قد جاء في حديث الرسول صلى الله عليه و سلم «علموا الصبي الصلاة في سبع سنين....»، و قد جاءت كتب السنة أن الرسول صلى الله عليه و سلم قال «إذا عرف الصبي يمينه من شماله فأمره بالصلاة»

أما إذا أكمل الصبي هذه السن و هو لا يزال لا يدرك ما يضره و ينفعه و لا يقدر الغبن الفاحش من اليسير فيبقى الصبي كما كان قبل إكماله هذه السن و يعتبر ما حصل له عارضا دون تمكنه من الاتصاف بأهلية الأداء، و يستمر حتى بلوغه سن الرشد و بهذه الفترة من حياة الصبي يتوافر له الإدراك تدريجيا، و لذا فقد أجاز له الشرع و القانون بعض التصرفات دون البعض فثبت للصبي المميز أهلية أداء ناقصة تقوى تدريجيا عنده بازدياد إدراكه حتى تكتمل أهلية أدائه عندما يبلغ الصبي رشيدا² فمتى كان من المقرر قانونا أن القاصر الذي لم يبلغ سن الرشد القانوني لا يمكن أن يؤسس نفسه طرفا مدنيا أمام القضاء لمباشرة حقوقه المدنية دون إدخال وليه في الدعوى، و من ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد مخالفا للقانون.

«و لما كان الثابت - في قضية الحال - أن قاصرة أسست نفسها طرفا مدنيا أمام القضاء و طالبت الحكم بتعويض لها فإن قضاة الاستئناف بإشارتهم لذلك يدل على أنهم قبلوا ادعائها مبدئيا رغم كونها لم تبلغ سن الرشد القانوني لمباشرة حقوقها المدنية، فإنهم بهذا القضاء و دون إدخال ولي القاصرة في الدعوى خالفوا القانون، و متى كان كذلك استوجب نقض قرارهم»³.

و قبل هذا القرار كان المجلس الأعلى قد قرر في حكم سابق على أنه:

¹ قرار مؤرخ في 1990/05/21 ملف رقم 59327، المجلة القضائية 1993 عدد 1 ص 116 أخذا عن الأستاذ: عمر بن سعيد الاجتهاد القضائي

وفقا لأحكام القانون المدني ط 2001 ص 19

² الأستاذ الشخيلي: عوارض الأهلية ص 88

³ قرار رقم 28432 مؤرخ في 1984/01/10، المجلة القضائية 1989 عدد 4 ص 323 أخذا عن الأستاذ: حمدي باشا عمر: القضاء المدني ط 2003 ص 24/23 عن دار هومة الجزائر.

«متى نص القانون صراحة على أنه لا يجوز لأحد أن يرفع دعوى أمام القضاء ما لم يكن حائزاً الصفة و أهلية التقاضي و له مصلحة في ذلك فإن الطعن بالنقض المسجل من حدث يعتبر غير مقبول لكونه غير حائز على أهلية التقاضي. و متى كان التصريح بالطعن من شخص الحدث فإنه يتعين القضاء بعدم قبول الطعن شكلاً»¹.

الفرع الرابع

الدور الرابع: البالغ الرشيد

و إذا بلغ الشخص سن الرشد و هي تسعة عشرة سنة كاملة متمتعاً بقواه العقلية، استكمل التمييز و بالتالي تمام الأهلية، و ارتفعت عنه الولاية أو الوصاية، و إلى هذا أشارت المادة 40 ق م ج.

«كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، و لم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، و سن الرشد تسعة عشرة (19) سنة كاملة»

فإذا بلغ القاصر سن الرشد و لم يحكم قبل بلوغه هذه السن باستمرار الولاية أو الوصاية عليه، أصبح رشيداً، فتكون له أهلية كاملة بحيث يستطيع مباشرة جميع التصرفات القانونية. أما إذا حكم قبل بلوغه هذه السن باستمرار الولاية أو الوصاية عليه بسبب عارض من عوارض الأهلية فإنه يظل فاقد الأهلية أو ناقصها بحسب نوع العارض الذي أصابه.²

و الأصل إن كمال أهلية الأداء هو بالعقل، و لكنها ربطت بالبلوغ لأن البلوغ مظنة العقل و الأحكام ترتبط بعقل ظاهرة منضبطة، فالبالغ سواء كان بلوغه بالسن أو بالعلامات يعتبر عاقلاً و أهلاً للأداء و كامل الأهلية ما لم يوجد ما يدل على اختلال عقله أو نقصه.³

و يعرف البلوغ بظهور علامة من العلامات الطبيعية في حالة وجودها، و أدني سن يصدق وجودها فيه اثنتا عشرة سنة في الغلام و تسع سنوات في الفتاة.

فإن لم يوجد شيء من العلامات الطبيعية كان البلوغ بالسن و هو عند الجمهور خمس عشرة سنة للذكر و الأنتى و عند ابن حنيفة قدره بثمان عشرة سنة للذكر و سبع عشرة سنة للأنتى، و قدره المالكية للذكر و الأنتى ببلوغ سن 18 سنة كاملة، و قد يكفي الدخول فيها.

أما الرشد عند الحنفية و المالكية هو حسن التصرف في المال من الوجهة الدينية و القدرة على تمتيته و استغلاله استغلالاً حسناً و لو كان فاسقاً من الوجهة الدينية.

أما الشافعية فيشترطون صلاح الدين و الدنيا معاً.

¹ ملف رقم 24941 قرار بتاريخ 15/03/1983 قضية (ع ل) ضد (ش م، ذ ع) ((المجلة القضائية، العدد 1/ 1989 ص/341340 و ما بعدها

² الدكتور: عمر السيد عبد الله، نظرية العقد، ص 93 فقرة 87.

³ الدكتور: السعيد جعيصة: المرجع السابق ص 55.

و الرشد أيضا قد يصاحب البلوغ، و قد يتأخر عنه، و قد يتقدم عليه:

— فإن صاحب البلوغ أكملت الأهلية، و إن تقدم عليه لم تكتمل اتفاقا و إن تأخر عنه لم تكتمل عند جمهور الفقهاء و تبقى أمواله تحت يد الولي أو الوصي.

أما أبو حنيفة فيرى أن البلوغ بغير رشد كافي في ارتفاع الولاية، و لكن لا تسلم إلى الشخص أمواله على سبيل الاحتياط لا الحجر عليه، لأنه لا يرى الحجر على السفیه، و هذا المنع من التسليم عنده ينتهي بأحد أمرين

1- الرشد

2- البلوغ خمسا و عشرين سنة.¹

المبحث الثاني

عوارض الأهلية

تناول معظم فقهاء الشريعة الإسلامية عوارض الأهلية و قسموها قسمين: سماوية و مكتسبة

— فالعوارض السماوية هي النازلة من قبل الشارع و ليس لإرادة الإنسان و اختياره مدخل فيها، و عددها احد عشر عارضا و هي: الصغر، الجنون، النسيان، النوم، الإغماء، الرق، المرض، الحيض، النفاس، الموت.

— و العوارض المكتسبة هي التي نشأت باختيار الإنسان سواء من نفسه كالسكر و الهزل و الجهل و السفه و الخطأ، أو من غيره كالإكراه.

على أن كثيرا من هذه الأمور التي ذكرها الفقهاء على أنها عوارض الأهلية هي ليست كذلك، فالخطأ و الإكراه و الهزل و الرق و مرض الموت لا تتعلق بالأهلية، لأنهم نظروا إلى عارض الأهلية لا من حيث تأثيره في الأهلية بل من ناحية منعه من ثبوت الأحكام الشرعية للتصرف، و بذلك يكونون قد اخلطوا بين عوارض الأهلية و غيرها من الأمور التي تشابهها من ناحية آثارها و إن اختلفت عنها في طبيعتها، كالأمر التي تؤثر في الرضا و الاختيار أو تمنع الشخص من التصرف لأجل حق الغير.²

فما هو مفهوم عوارض الأهلية، و ما طبيعتها، و ما هي العوارض الحقيقية المؤثرة على كل من الأهلية و الرشد و حسن التدبير في كل من القانون الوضعي و الفقه الإسلامي؟

¹ الفقه الإسلامي في المعاملات، لجنة من أساتذة جامعة الأزهر، ص 133/134.

² الدكتور: حسن النوري، المرجع السابق ص 93.

المطلب الأولمفهوم عوارض الأهلية وطبيعتها

من المعلوم أن الأهلية هي صلاحية الشخص لصدور العمل القانوني منه على وجه يعتد به شرعا و هي تدور مع التمييز وجودا و عدما، فقد يحدث أن يبلغ الشخص سن الرشد و هو كامل التمييز، و لكن قد يطرأ على تمييزه بعض العوارض فتؤثر في أهليته.¹

إن تحديد طبيعة عوارض الأهلية و من ثم تمييزها عن غيرها يتطلب بداية تحديد المقصود بالعوارض لغة و اصطلاحا

الفرع الأولمفهوم عوارض الأهلية

العوارض جمع عارض أو عارضة أي فعلة عارضة و هي مأخوذة من كلمة عرض له أمر يصده عن المضي على ما كان عليه، و تعني كلمة العارض السحب المنتشر في الأفق و الذي يحول دون ظهور أشعة الشمس، قال الله تعالى: «فلما رأوه عارضا مستقبل أوديتهم قالوا هذا عارض ممطرنا بل هو ما استعجلتم به ريح فيها عذاب أليم».²

و يسمى ما يعرض للإنسان من مرض "العارض" و كذلك يعني العارض ما يعترض الإنسان عند سيره. و عرفها فقهاء الشريعة بأنها الأمور المنافية للأهلية، و ليست من لوازم الإنسان من حيث هو إنسان أو هي الأمور التي تطرأ لبعض الأشخاص فتحد من أهليتهم أو تعدمها.³

و إذا كان مناط أهلية الوجوب هو الإنسانية، فإنه لا يؤثر في هذه الأهلية إلا الموت الذي تنتهي به حياة الإنسان، على أن البعض يرى أن أهليته لا تنتهي إلا بعد سداد ديونه و توزيع حقوقه.

أما أهلية الأداء فمناطها العقل و التمييز، و لذلك يؤثر فيها كل عارض يزيل العقل و يعدم التمييز أو ينقصه، أو يستره و يمنع من عمله فترة مؤقتة، أما ما لا يزيل العقل، و لا ينقصه، و لا يستره و يمنعه من العمل، فإنه لا يعد عارضا من عوارض الأهلية، و إن عد مانعا من موانع التكليف، لمنافاته لشرط من شروطه، كالقدرة على فعل المكلف به، أو العلم بالأحكام الشرعية، أو حرية الاختيار.⁴

¹ الأستاذة: لبنى مختار، وجود الإرادة و التعبير عنها ص 88.

² سورة الأحقاف الآية 24

³ الأستاذ: الشيخلي، الرسالة السابقة، ص 131.

⁴ الدكتور: حامد حسان، المدخل للفقہ الإسلامي ص 237/236.

الفرع الثانيطبيعة عوارض الأهلية

لا يتيسر لنا الوقوف على طبيعة عوارض الأهلية إلا على أساس طبيعة الأهلية ذاتها، و لما كانت الأهلية صفة لاصقة بالشخص تجعله صالحا لأن يباشر بنفسه تصرفاته على وجه يعتد به شرعا نظرا لكمال تمييزه عن عقل أو عن عقل و رشد عند معظم الفقهاء، لزم أن يكون العارض المؤثر في الأهلية مؤثرا في هذه الصلاحية، و يلحق بالإنسان وصف انعدام الأهلية أو نقصانها بسبب هذا الأمر غير العادي الذي اثر في تمييزه و عقله أو في رشده عند من يشترطه.

فما هي الشروط اللازمة لتوفر عارض من عوارض الأهلية، و كيف تميز بين عوارض الأهلية و الأمور التي قد تشابهها؟

أولا/ شروط توفر عوارض الأهلية:

يجب أن تتوفر الشروط الآتية لتتوفر عوارض الأهلية:

1/ أن تكون عوارض الأهلية أمورا غير عادية، فهي أمور استثنائية تعرض لبعض الأشخاص دون البعض الآخر و ليست أمورا عادية يشترك فيها جميع الناس، و إلا انتفى عنها صفة العارض إذا كان من لوازمهم إذن فهي أمور استثنائية غير عادية.

و على ذلك فإن انعدام الأهلية بسبب الصغر و الموت، و انعدام التمييز بسبب النوم، لا يدخل تحت مدلول العوارض، لأن الصغر و الموت و النوم أمور عادية يمر بها كل إنسان.

2/ إن عوارض الأهلية هي أمور لاصقة بالإنسان تؤثر في صلاحيته لمباشرة التصرفات، فكما أن الأهلية صفة في الإنسان، فإن العارض المؤثر فيها صفة لاصقة به، و على ذلك يتميز العارض بصفة الاستمرار، و إن كان لا يشترط فيه الدوام، و يترتب على ذلك ثبوت الأهلية على من يصاب بعارض من عوارض لثبوت عجزه عن مباشرة التصرفات القانونية، نصت المادة 81 ق أسرة الصادر بالق 11/84 فـ 9/ 06/ 1984 على أنه:

«من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن أو جنون أو عته أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون».

و قد نص المشرع الجزائري على نفس الحكم في نص المادة 44 ق م ج:

«يخضع فاقدوا الأهلية، و ناقصوها، بحسب الأحوال لأحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة ضمن الشروط و وفقا للقواعد المقررة في القانون»

3/ إن عوارض الأهلية تؤثر في التمييز و العقل أو في الرشد، لما كانت الأهلية مناطها التمييز بالعقل أو العقل و الرشد عند معظم الفقهاء، لزم أن يكون العارض. المنافي لها مؤثرا في هذه الأمور أيضا. فإذا توفر العقل و الرشد توفرت الأهلية و لا يؤثر فيها ما قد يطرأ للشخص من أمور تجعل تصرفه معينا أو موقوفا على إجازة غيره نظرا لانعدام رضاه أو لمنع الشارع إياه من التصرف محافظة على حقوق الغير التي تتأثر من هذا التصرف.¹

ثانيا/ التمييز بين عوارض الأهلية و بعض الأمور المشابهة لها:

تشبه الأهلية مع بعض الأمور من حيث آثارها، و إن اختلفت عنها من حيث طبيعتها كعيوب الرضا و أحوال المنع من التصرف

1) تمييز عوارض الأهلية عن عيوب الرضا

على خلاف عوارض الأهلية و التي هي أمورا طارئة للإنسان تؤثر في عقله أو رشده، لها صفة الاستمرارية، و تؤثر في قدرة الإنسان على أن تنتج تصرفاته الشرعية و القانونية آثارها. فإن عيوب الرضا² فهي أمور وقتية تطرأ للشخص بصدد تصرف معين تجعل رضاه معيبا فلا ينتج التصرف أثره لعدم توفر الرضا اللازم لصحة التصرف.³

و لكن هناك فارق بين إرادة غير موجودة و إرادة معيبة، لأن عدم وجود الإرادة معناه أن من باشر التصرف كان فاقد الإرادة، أو أن إرادته لم تتجه إلى إحداث أثر قانوني، و في كلتا الحالتين يتخلف ركن التصرف فيقع باطلا كما لو كان من باشر التصرف صبيا غير مميزا أو مجنونا أو في حالة غيبوبة أو هازلا.

أما الإرادة المعيبة، فهي إرادة موجودة، و لكنها لم تصدر عن بينة و اختيار، و لذلك فهي لا تحول دون وجود التصرف، إنما يكون لمن عيبت إرادته أن يطلب إبطال هذا التصرف.⁴

فالإرادة إذن تكون معدومة إذا صدرت ممن لا يملكها كالصبي غير المميز و المجنون، و تكون معيبة إذا صدرت من شخص كامل الأهلية الذي شاب رضاه عيب من العيوب مثل الغلط و الإكراه و الاستغلال و التدليس.

¹ الدكتور: حسين النوري: الرسالة السابقة ص94 إلى 96.

² نصت المادة 1109 ق م ف على عيوب الإرادة بقولها: «لا يكون الرضا صحيحا إذا لم يقع إلا عن غلط أو إذا حصل بإكراه أو بالتدليس، فإذا تعاقد شخص و هو على غير بينة من أمره أو كان مكرها فإن رضاه لا يعدو منعدهما و يكون عقده بسبب ذلك قابلا للإبطال»

³ د/ حسين النوري: الرسالة السابقة ص97

⁴ د/ أحمد عبد الله: نظرية العقد ص 102 فقرة 97.

(2) تمييز عوارض الأهلية عن حالة المنع من التصرف

قد يمنع الشخص من إبرام التصرف بالرغم من سلامة عقله و توفر رشده، و يرجى من المنع غالبا تحقيق مصلحة مشروعة للغير، و هي المحافظة على حقوق الغير و التي تتأثر بهذا التصرف. و من أهم الحالات التي يوردها الفقه الإسلامي و بعض التشريعات كالمنع بسبب مرض الموت أو الرق أو الأنوثة.

فبالنسبة لمرض الموت مثلا فقد اعتبره جمهور الفقهاء من عوارض الأهلية على أساس أنه يغير في بعض الأحكام المتعلقة بالأهلية التامة فيمنعها عن الثبوت، و لم يعدوه عارضا حقيقيا لأنه لا يؤثر في الأهلية بنوعها نظرا لثبوت الذمة و العقل.

خلافًا لذلك فإن التشريعات الوضعية و منها الق م ج فقد نص عن أحكامه ضمن أنواع البيوع، حيث نظم المشرع أحكام البيع في مرض الموت و بين أثره نحو البائع و المشتري في حالة حسن أو سوء نيته، و أثر ذلك أيضا نحو الورثة فنصت المادة 408 «إذا باع المريض مرض الموت لوارث، فإن البيع لا يكون ناجزا إلا إذا أقره باقي الورثة.

أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فإنه يعتبر غير مصادق عليه، و من أجل ذلك يكون قابلا للإبطال»

409 «لا ترى أحكام المادة 408 على الغير الحسن النية إذا كان الغير قد كسب بعوض حقا عينيا على الشيء المبيع»¹.

و لكن كيف عرف مرض الموت لدى الفقه الإسلامي؟ و ما هي شروط تحققه؟

عرفته مجلة الأحكام العدلية في نص المادة 1595 بقولها:

«هو المرض الذي يغلب فيه خوف الموت، و يعجز معه المريض عن رؤية مصالحه الخارجة عن داره إن كان من الذكور، و يعجز عن رؤية المصالح الداخلة في داره إن كان من الإناث، و يموت على ذلك الحال قبل مرور سنة سواء أكان صاحب فراش أم لم يكن و أن امتد مرضه، و مضت عليه سنة و هو على حال واحدة كان

¹ و قد أكدت المحكمة العليا هذه الأحكام حيث قررت أنه:

«من المقرر قانونا أن عقد البيع المنجز أثناء مرض الموت لفائدة الوارث لا يكون نافذا إلا إذا أقره باقي الورثة و لما تبين في قضية الحال أن زوجة المورث قد استغلت مرضه لإبرام عقد البيع قبل وفاته بثلاثة عشر يوما، و أن القرار المطعون فيه قد استثنى العقد المذكور من التركة أثناء القسمة دون أن يبين في حثباته حالة المرض الذي أثاره الطاعنون، فإنه استوجب النقص»
قضية رقم 139123 بين (ورثة ر ب) و (ش ص) قرار 1996/7/9 م.ق/1991 عدد 4 ص 70/69/68، عن الق م المدني

في حكم الصحيح، و تكون تصرفاته كتصرفات الصحيح، ما لم يشتد مرضه و يتغير حاله، و لكن لو اشتد مرضه و تغير حاله و مات قبل مضي سنة، يعد حاله اعتبارا من وقت التغير إلى الوفاة مرض الموت»

و عرفه آخرون بأنه المرض الذي يغلب فيه الهلاك عادة و يعقبه الموت متصلا به.

و كقاعدة عامة فإن الفقه الإسلامي يقيد تصرفات المريض مرض الموت بأحكام خاصة على أساس أنه في حالة المتوفي تتعلق بماله حقوق دائنيه و ورثته، و بالتالي فإن المريض يمنع عنه التصرف كلما ترتب على التصرف الأضرار بالدائنين أو الورثة، إلا إذا كان التصرف من حاجاته الخاصة كالنفقة الضرورية له.

و حتى يتحقق مرض الموت، و من ثم يمنع المريض من التصرف في أمواله يجب أن يتحقق شرطان رئيسيان:

الأول: عجز المريض عن القيام بأعماله المعتادة و يغلب فيه الهلاك.

الثاني: أن يعقبه الموت مباشرة.

فبالنسبة للعجز عن القيام بالأعمال المعتادة فيختلف الحال بين الرجل و المرأة، و يختلف أيضا تبعا لاختلاف الناس و ظروفهم، و في تحديد نوعية المرض و معرفته فيما إذا كان في عداد مرض الموت أو عدمه فيرجع عادة إلى تقارير الأطباء، و على العموم فمتى كان الإنسان في وضع يغلب فيه الهلاك سواء كان مريضا أو كان وجوده في حالة خطرة تدعو إلى الهلاك غالبا كما لو وجد في باخرة و قد تلاطمت عليها الأمواج و تعرضت للغرق و أجرى الشخص تصرفاته و هو بذلك الحال فيكون تصرفه قد صدر منه و هو مريض بمرض الموت.¹

و على ذلك فإن طبيعة مرض الموت حتى و إن اختلف حولها الفقهاء فإن ما استقر عليه الفقه و القضاء يقضي بعدم اعتبار مرض الموت عارضا من عوارض الأهلية، فتصرف المريض و إن أضر الدائنين أو الورثة يعتبر صحيحا، و لا يجوز لهم طلب إبطاله لأنه صادر من أهله، و إنما يعتبر فقط غير نافذ في حقهم.²

المطلب الثاني

تأثير وجود العوارض على أهلية الشخص

العوارض هي جمع لكلمة عارض، و العارض هو الشيء أو الأمر غير الاعتيادي الذي يحصل لبعض الأشخاص فتعدم أهليتهم أو تحدها، كما أن العوارض هي صفة لاصقة بالإنسان إلا أنها ليست لازمة له.

¹ أ/ الشبخلي: الرسالة السابقة ص140/139
² د/ حسين النوري: الرسالة السابقة ص99/98

و رغم أن علماء الأصول قد قسموا العوارض إلى عوارض سماوية و هي عوارض ليس للشخص اختيار في حصولها و وجوبها، و عوارض مكتسبة و هي التي تكون باختيار الإنسان نفسه أو تحت تأثير غيره كالإكراه. و رغم أيضا أن الشراح و الباحثين من الفقهاء السابقين و المعاصرين عندما كتبوا في الأهلية و عوارضها عرضوا لكل الأمور التي تؤثر في الأهلية و اعتبرها عوارض للأهلية مثل "الجنون، العته، الإغماء، النوم، مرض الموت، الرق، الصغر، النسيان، الموت، الحيض، النفاس، السكر، السفه، السفر، الجهل، الخطأ، الهزل، المديونية"

و هي أمور لا يصدق على أغلبها وصف العارض لأنها لا تتضمن الشروط و المميزات التي تتصف بها عوارض الأهلية.

و من ثم فإن العوارض الحقيقية المؤثرة على الأهلية -خصوصا في القانون - إما أن تؤثر في العقل و هو الجنون و العته، و إما أن يكون تأثيرها على الرشد و هي السفه و الغفلة.

الفرع الأول

العوارض المؤثرة في العقل

الأهلية كوصف أو ميزة يتمتع بها الشخص الطبيعي مناطها التمييز بالعقل، نصت م 42 ق 10/05:

«لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون. يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاثة عشرة سنة»

كما أن العقل هو أساس الرضا الحقيقي في التصرفات و العقود، و لما كان الصغير عديم الأهلية لانعدام عقله أو تمييزه، كان لزاما قياس هذا الحكم على كل فاقد العقل كالجنون و المعتوه.

و انعدام الأهلية ثابت بنص القانون، و حتى وفق أحكام الشرع الإسلامي، حيث جاء في الحديث النبوي: «رفع القلم عن ثلاثة، عن الجنون و المغلوب على عقله حتى يبرأ، و عن النائم حتى يستيقظ، و عن الصبي حتى يحتلم»

و عليه سوف يكون البحث في هذه العوارض من خلال التعريف بها، و تأثيرها على أهلية الشخص الطبيعي.

أولا/ الجنون Démence

و هو معروف منذ القدم بأنه خلل يصيب العقل فتضطرب بسببه الوظائف العقلية من فهم و إدراك¹، و الجنون لغة هو زوال العقل أو فساد.

¹ أ/ الشيخلي: الرسالة السابقة ص 245

أما في اصطلاح الفقه الإسلامي فقد عرف بعدة تعريفات متقاربة:

فعرّفه ابن مالك في شرح المنار بأنه «آفة تحل بالدماغ فتبعث على الإقدام على ما يضاد مقتضى العقل من غير ضعف في أعضائه»، كما عرفه محمد أبو زهرة «بأنه مرض يمنع العقل من إدراك الأمور على وجهها و يصحبه اضطراب و هياج غالبا».

أما في اصطلاح فقهاء القانون فنجد عدة تعريفات منها:

هو اضطراب في العقل يجعل الشخص فاقد الإدراك أو محتله، أو هو اضطراب في القوى العقلية بعد تمام نموها فتؤدي إلى اختلال المصائب في تصوراتهم و تقديراتهم عن العقلاء.

و من ملاحظة كل هذه التعاريف و غيرها للجنون نجد أنها تلتقي في معنى مشترك واحد يمكن إيجازه بأن الجنون هو اختلال في العقل.

و إذا كان المشرع الجزائري لم يعرف الجنون اكتفاء بالتعاريف الفقهية إلا أنه نظم أحكامه في كل من القانون المدني **44/43** و قانون الأسرة بتحديدته لتأثير الجنون على أهلية الشخص، و على تصرفاته و على خضوعه لنظام الحجر فنصت مثلا المادة **81** ق أ ج «من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن أو جنون أو عته أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون»

كما نصت المادة **85** ق أ ج «تعتبر تصرفات المجنون و المعتوه و السفهيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه».

و نصت م **101** ق أ ج «من بلغ سن الرشد و هو مجنون أو معتوه أو سفهيه أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه»

و الجنون قد يستوعب كل أوقات المريض به، و هذا هو الجنون المطبق، و قد يجن المريض فترة من الزمن و يفيق أخرى و هذا هو الجنون المتقطع، و سواء كان الجنون مطبقا أي مستمرا أم غير مطبق فهو معدم للأهلية فلا يصح تصرف المجنون في حال جنونه، و تقع تصرفاته باطلة كالقاصر عديم التمييز.

كذلك إذا كانت حالة الجنون عند الشخص قبل بلوغ سن الرشد حكمت المحكمة باستمرار الولاية أو الوصاية أو القوامة، و إذا طرأت عليه حالة الجنون بعد بلوغه سن الرشد يحجر عليه و تقييم عليه المحكمة قيما لإدارة أمواله.¹

و بالمقارنة بين أحكام الشريعة الإسلامية و القانون يتبين أن تصرفات المجنون باطلة في نظر كل من الشريعة و القانون، و أن الحجر على المجنون و زواله عنه، كلاهما لا يحتاج شرعا إلى حكم من القاضي، بينما في

¹ الدكتور: عمر السيد احمد عبد الله: نظرية العقد ص 95 فقرة 89.

القانون لا يثبت الحجر و لا يرتفع إلا بحكم من القاضي، و قد اعتبر القانون تصرف الجنون قبل تسجيل قرار الحجر صحيحا ما دامت حالته غير شائعة و غير معروفة لدى الطرف الآخر، أما في الشريعة فتصرفاته باطلة من وقت ثبوت المرض سواء كانت حالته شائعة أم لم تكن.¹

ثانيا/ العته (Faiblesse d'esprit) :

- العته في اللغة معناه نقص في العقل.
- أما فقها فقد اختلف الفقهاء في تعريفه:
- عرفه البعض أن المعتوه هو من كان قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير إلا أنه لا يضرب و لا يشتم.
- عرفه البعض بأنه اختلال في العقل يجعل صاحبه قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التقدير.
- كما عرفته مجلة الأحكام العدلية في المادة 945: «المعتوه هو الذي اختل شعوره، بحيث يكون فهمه قليلا و كلامه مختلطا و تدبيره فاسدا».²

و على ذلك فإن العته كالجنون هو خلل يصيب العقل و لكنه يختلف عنه في أن صاحبه لا يكون في حالة هياج، فهو عبارة عن جنون هادئ، و العته مرض عقلي يصيب الشخص عادة بسبب التقدم في السن أو المرض كتصلب شرايين المخ، و إذا كانت الشيخوخة وحدها و هي أولى مراحل انحطاط العقل، لا تكفي وحدها للقول بانعدام الإرادة، إلا أنها قد تكون سببا في إصابة الشخص بالعته.

كما أن العته من الناحية الطبيعية يختلف عن الجنون في انه تارة يعدم التمييز عند الشخص، و تارة يجد منه فحسب، و تأخذ الشريعة الإسلامية بهذه التفرقة، فتعطي المعتوه في الحالة الأولى حكم الصبي غير المميز و الجنون، و تعطيه في الحالة الثانية حكم الصبي المميز.³

أما القانون "المدني و الأسرة" فقد جعل العته كالجنون، و سوى بينهما في الحكم، المادة 42 ق 10/05: «لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون»

المادة 85 ق الأسرة: «تعتبر تصرفات الجنون و المعتوه و السفه غير نافذة، إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه»

¹ الدكتور: احمد فراج حسين: الملكية و نظرية العقد ص 226/225.

² الأستاذ: الشيخلي: الرسالة السابقة ص 276/275.

³ الدكتور: احمد فراج حسين: المرجع السابق ص 226.

و على ذلك يختلف حكم تصرفات المعتوه في كل من الشريعة الإسلامية و القانون:

— فبالنسبة لفقهاء الشريعة الإسلامية، فإن المعتوه قد يقوم بتصرفات مختلفة إما قولية و إما فعلية: فبالنسبة للتصرفات القولية فإن حكمها يأخذ حكم تصرفات الصبي المميز لأن الآفة لم تذهب بعقله كما في المجنون، بل أثرت فيه بالنقصان، و من ثم كان للمعتوه نوع من التمييز إلا أنه لا يرقى إلى تدبير الأمور تدبيراً سليماً و الحكم عليها حكماً صحيحاً.

و طالما أن تصرفاته القولية "المعاملات" تنقسم إلى ثلاثة أصناف:

- ضارة ضرراً محضاً: فلا تصح منه حتى و إن أذن بذلك من وليه كهيبته أو طلاقه لزوجته، لأن الولي نفسه لا يملك الحق في أن يتصرف عنه هذا التصرف.
- نافعة نفعاً محضاً: فهي صحيحة منه حتى و لو أجزاها منفرداً كقبوله الهبة من الغير.
- و دائرة بين النفع و الضرر: فله أن يجريها بإذن الولي، أو أن يكون تصرفه موقوفاً على الإجازة عند الاختلاف، و مثلها عقود المعاوضة عموماً كالبيع و الشراء.

الفرع الثاني

العوارض المؤثرة في الرشد

إلى جانب العوارض المؤثرة مباشرة في العقل: الجنون و العته، و يعبر فقهاء الشريعة عنها بالعوارض السماوية، و هي تثبيت من قبل الله عز و جل و لا دخل لإرادة الشخص في وجودها، فإن هناك عوارض أخرى مؤثرة أيضاً في الرشد، و هي تكون باختيار الإنسان سواء من نفسه كالسفه و الغفلة و السكر و الهزل، أو من غيره كالإكراه.

فما هي أحكام القانون و الشرع الإسلامي لكل من السفه و الغفلة و ما أثرهما على تصرفات الشخص.

أولاً/ السفه Prodigue:

تقتضي منا دراسة السفه من خلال تحديد مفهومه، حكم تصرفاته المالية في كل من القانون و الفقه الإسلامي، و هل يخضع السفه لمسألة الحجر عليه مثله مثل الجنون و العته.

مفهوم السفه:

السفه لغة هو الطيش و خفة العقل، و قد جاء في **المصباح المنير للمقري** "إن السفه نقص في العقل و أصله الخفة"، كما جاء في **تبيين الحقائق للزيلعي** أن السفه "هو العمل بخلاف موجب الشرع و إتباع الهوى و ترك ما يدل عليه العقل"

فالسفه إذن لغة هو تلك الخفة التي تعترى الإنسان فتحمله على العمل على خلاف العقل و الشرع.¹
 أما السفه اصطلاحاً فهو قاصر على الجهل في حفظ المال و تدبيره، لذلك يعرفونه بأنه حالة تعترى الإنسان فتجعله غير قادر على إدارة أمواله و التصرف فيها لإسرافه و تبذيره حتى و لو كان في وجوه الخير و الإحسان، فالإسراف في التبرعات كالإدمان على المقامرة، كلاهما فيه مخالفة لمقتضى العقل.

— فمن حيث أهلية السفه، فإن السفه لا يحدث خللاً في أهليته، فالسفيه عاقل سواء كان تصرفه في أوجه الخير كبناء المساجد و المدارس، أو في أوجه الشر كالصرف على القمار و شرب المسكرات، و عد السفه من العوارض المكتسبة لأن السفه يعمل باختياره و إرادته إلا انه لا يعمل وفق مقتضى العقل، و تثبت للسفيه الأهلية بنوعيتها فالسفه لا ينافيها و لكن السفه غير رشيد.
 لذلك فهو مخاطب بكل ما يؤاخذ به العقلاء مؤاخذة تامة و يسأل عما يرتكبه من جنایات و يصح زواجه و طلاقه و عتقه و إقراره عن نفسه و يصح يمينه و نذره و تقام عليه الحدود و هو أهل للقصاص بالرغم من أن هذه الجرائم هي من التي تدرأ عنها العقوبات بالشبهات، و لو كان السفه ناقص الأهلية لما صح منه ذلك.²

و قد جعل المشرع الجزائري السفه ناقص الأهلية في نص المادة 43 ق 10/05 بقوله: «كل من بلغ سن التمييز و لم يبلغ سن الرشد و كل من بلغ سن الرشد و كان سفيهاً أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقاً للقانون»

و قد أخضعه المشرع الجزائري إلى أنظمة الولاية و الوصاية و القوامة على غرار بقية العوارض، فنصت المادة 81 ق أ ج: «من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر في السن أو جنون أو عته أو سفه ينوب عنه قانوناً ولي أو وصي أو مقدم طبقاً لأحكام هذا القانون»

— و من حيث الحجر على السفه فقد ساد اختلاف في الفقه القانوني و الإسلامي:
 - في القانون الوضعي "الفقه القانوني" فقد انقسم الفقه إلى اتجاهين مختلفين:

الأول/ أن السفه لا يعتبر شيئاً غير عادي يستوجب الحجر إذ لا يعقل مجازاة شخص يدفعه كرمه المتزايد إلى الإسراف بإهدار أهليته في التصرفات، لا سيما أن هذا الإسراف لن يضر بمصالح الدولة الاقتصادية.
الثاني/ أن السفه حالة خطيرة تهدد المصالح الخاصة و العامة بأضرار بليغة، فالشخص بتبذيره أمواله يصبح عالمة على أسرته و على المجتمع، و تتحمل في النهاية الدولة نتائج تبديده.

و من جهة القانون الجزائري فقد أخضعه لنظام الحجر **De l'interdiction** حيث نصت المادة 101 ق أ ج مثلاً على انه: «من بلغ سن الرشد و هو مجنون أو معتوه أو سفيه أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه.»

¹ الدكتور: محمد سعيد جعفر: تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي ط 2002 ص 51.
² الأستاذ: الشيخلي: الرسالة السابقة ص 296/295.

- أما في الفقه الإسلامي فقد ساد اختلافاً فقهيها في مسألة الحجر على السفه من عدمه: فأغلبية الفقهاء ومنهم أبو حنيفة متفقون على منع المال عن السفه حتى يبلغ رشيداً أو إلى حين بلوغه الخامسة والعشرين سنة وإن لم يرشد.

و أما السفه المستمر بعد الخامسة والعشرين من العمر و السفه الطارئ بعد تلك السنة فهو محل خلاف بين أبي حنيفة و بقية الفقهاء.

فيرى أبو حنيفة و الظاهرية عدم جواز الحجر على السفه سواء كان الحجر أصلياً و هو أن يكون الإنسان سفهياً قبل بلوغه، فيلزمه السفه حتى البلوغ و بعده، و إما أن يكون طارئاً و هو أن يبلغ الشخص عاقلاً رشيداً ثم تطراً عليه حالة السفه.

و الذين رأوا الحجر على السفه هم جمهور من الشافعية و المالكية و الحنابلة و الجعفرية، و قول الصحابان أبو يوسف و محمد «في الحجر على السفه في التصرفات التي يبطلها الهزل تقبل الفسخ كالبيع و الإجارة و جميع التصرفات بالنسبة للصحابين فقط»

- و بالرغم أن جمهور الفقهاء قد أخذوا بالحجر على السفه إلا أنهم قد اختلفوا بسببه:

فيرى الصحابان أنه يحجر على السفه نظراً له و للناس، لأن في الحجر حفظاً لماله من التلف و الضياع و فيه مصلحة له و لأسرته، و أما الإمام الشافعي فهو يرى أن الحجر على السفه جزاء و عقوبة له لإضاعة ماله و فساده.

و سبب الخلاف بين الصحابين و الشافعي ناشئ إلى خلافهم في تفسير معنى الرشد فهو عند الصحابين الصلاح في المال و معناه عند الشافعية الصلاح في المال و الدين فيترتب على هذا أنه من كان حافظاً لأمواله و مفسداً لدينه فهو برأي الصحابين لا حجر عليه، و رأي الشافعي يحجر عليه.¹

ثانياً / الغفلة / Frappe d'imbécillité

تبعاً لدراستنا لعوارض الأهلية سواء المؤثرة في العقل أم في الرشد، أتناول الآن عارض الغفلة من خلال تحديد مفهومه اللغوي و الاصطلاحي، و حكم تصرفاته المالية في كل من الفقه الإسلامي و القانون، و مدى خضوع المغفل لنظام الحجر على غرار عارض الجنون و العته و السفه.

مفهوم الغفلة:

الغفلة ضد الذكاء، و الذكاء في اللغة هو التمام، فالذكاء في السن هو تمام السن، و ذكيت النار إذا أتمت إشعالها، و الذكاء في الفهم سرعته و تمامه¹

¹ أ/ الشبخلي: الرسالة السابقة ص301 و ما بعدها، و أنظر أيضاً د/فراج حسين المرجع السابق ص228/229

و على ذلك فالغفلة في اللغة، و كما جاء في المصباح المنير للمقري هي غيبة الشيء عن بال الإنسان و عدم تذكره له، و قد استعمل فيمن تركه إهمالا و إعراضا كما في قوله تعالى: «و هم في غفلة معرضون».²

أما في اصطلاح الفقهاء فإن الغفلة هي عدم الاهتمام إلى التصرفات الراجعة بسبب البساطة و سلامة القلب، الأمر الذي يؤدي إلى الغبن في المعاملات المالية.³

و قد عرفت محكمة النقض المصرية الغفلة بأنها: «ضعف بعض الملكات الضابطة في النفس ترد على حسن الإدارة و التقدير، و يترتب على قيامها بالشخص انه يغبن في معاملاته مع الغير».⁴

و على ذلك يتفق كل من السفيه و ذي الغفلة في أن كل منهما فاسد التدبير سيء التصرف، و لكنهما يختلفان في أن الأول متلف بينما الثاني ليس بقاصد للإتلاف، إنما يغبن في معاملاته لضعفه و قلة خبرته.⁵

أما من حيث أهلية المغفل و حكم تصرفاته المالية:

لقد حدد المشرع الجزائري أهلية المغفل في نص المادة 43 ق 10/05 بقولها:

«كل من بلغ سن التمييز و لم يبلغ سن الرشد، و كل من بلغ سن الرشد و كان سفيها أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون»

و وفقا لنص المادة 79 ق م ج 10/05 حيث نصت على:

«تسري على القصر و على المحجور عليهم و على غيرهم من عديمي الأهلية أو ناقصيها قواعد الأهلية المنصوص عليها في قانون الأسرة»

و بالرجوع إلى نص المادة 85 ق الأسرة ج : «تعتبر تصرفات الجنون و المعتوه و السفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه»

و على ذلك فقد سوى المشرع الجزائري بين كل من القاصر المميز و السفيه و ذي غفلة في اعتبارهم جميعا ناقصي الأهلية.

أما من حيث حكم تصرفات ذي الغفلة المالية طبقا لنص المادة 83 ق الأسرة الجزائري و التي فرقت فيها بين التصرفات المالية النافعة نفعاً محضاً، و الضارة ضرراً محضاً، و الدائرة بين النفع و الضرر، فهي كما يلي:

¹ د/ حسين النوري: الرسالة السابقة ص196

² سورة الأنبياء الآية 1

³ الدكتور: حسين النوري: الرسالة السابقة ص 197.

⁴ الدكتور: محمد سعيد جعفر: تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون م ج و الفقه الإسلامي، ص53، نقض مدني ق57/6/20 مجموعة

أحكام النقض، ص8، ص609، رقم 69.

⁵ وقد عرفت المادة 946 من مجلة الأحكام العدلية ذي الغفلة: « هو كل شخص يغفل في الأخذ و العطاء، و لا يعرف طريق تجارته و تمتعه بسبب بلاهته و خلو قلبه»

(1) بالنسبة للتصرفات النافعة نفعا محضاً: كقبول الهبة و الوصية، و هي تصرفات تترتب عليها دخول شيء في ملك الشخص، تعتبر صحيحة، دون الحاجة إلى إجازة الولي أو الوصي، إذ تثبت للسفيه و ذي الغفلة أهلية الاغتناء كاملة.

(2) أما بالنسبة للتصرفات الضارة ضرراً محضاً: كأن يهب الشخص مالا للغير، و هي تصرفات يترتب عليها خروج شيء من ملك الشخص من غير مقابل، فهذه التصرفات تقع باطلة مطلقاً، ذلك أنه لا تثبت له أهلية الإفتقار بل هي معدومة - على غرار أهلية المميز - .

و نستثني من هذا الحكم تصرفات السفيه و ذي الغفلة، الضارة ضرراً محضاً كالوصية و الوقف إذا أذنت لهما المحكمة، و هذا الحكم منصوص عنه في بعض التشريعات المدنية العربية، حيث نصت م 1/116 ق م م «يكون تصرف المحجور عليه لسفه أو غفلة بالوقف أو بالوصية صحيحاً متى أذنته المحكمة»

و لا وجود لهذا الحكم في تشريعاتنا، بل أن المشرع نص في قانون الأوقاف رقم 10/91 على ضرورة تمتع المتصرف بالأهلية الكاملة غير محجور عليه لسفه:¹

«يشترط في الواقف لكي يكون وقفه صحيحاً ما يأتي:

1- أن يكون مالكا للعين المراد وقفها ملكاً مطلقاً

2- أن يكون الواقف ممن يصح تصرفه في ماله غير محجور عليه لسفه أو دين»

(3) أما بالنسبة للتصرفات الدائرة بين النفع و الضرر: و هي التصرفات التي تحتل النفع و الضرر كالبيع و الشراء، فهي يصح صدورهما من ذي الغفلة، لكنها تكون قابلة للإبطال وفقاً لنص المادة 101 ق م ج 10/05 «يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس «5» سنوات و يبدأ سريان هذه المدة في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب...»

أو أنها موقوفة على إجازة الولي أو الوصي كما جاء في نص المادة 83 ق أ ج، و معنى ذلك أن أهلية التصرف بعوض في التقنين لا تثبت للسفيه و ذي الغفلة إلا ناقصه، و تأخذ تصرفاتهما في التشريع الجزائري حكماً مزدوجاً قابلة للإبطال و موقوفة رغم ما في الحكمين من اختلاف.

و إذا كان المشرع الجزائري قد أخضع من كان مجنوناً أو معتوهاً أو سفيهاً أو ذي غفلة إلى نظام الحجر وفقاً لنص المادة 101 ق أ ج «من بلغ سن الرشد و هو مجنون أو معتوه أو سفيه - أو ذي غفلة - أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه»

كما أن الأحكام السابقة جميعاً لتصرفات السفيه و ذي الغفلة بعد تسجيل الحكم بالحجر أو طلب توقيع الحجر، أما تصرفاتهما قبل تسجيل الحجر فالأصل فيها أنها صحيحة، إلا إذا ثبت أن من تعاقد مع السفيه أو ذي الغفلة كان يتوقع الحجر عليه فاتته هذه الفرصة و استصدر منه تصرف استغلالياً

¹ الدكتور: عبد اللطيف السامرائي: الرسالة السابقة، ص 223/222

و ابتز له أمواله، ففي هذه الحالة يقع تصرف السفية و ذي الغفلة باطلا إن كان التصرف من أعمال التبرع و قابلا للإبطال إن كان من الأعمال الدائرة بين النفع و الضرر.¹

أما من حيث أهلية ذي الغفلة و حكم تصرفاته المالية في الشريعة الإسلامية:

فقد ذهب الفقهاء المسلمون إلى القول بأن تصرفات السفية و ذي الغفلة المحجورين كتصرفات الصبي المميز في الحكم إلا أنه لما كانا بالغان عاقلان فهما أهل للتكاليف بالعبادات عموما دون الصبي المميز.²

و على ذلك فمتى حجر على الشخص بسبب السفه أو الغفلة أصبح ناقص الأهلية، فتأخذ تصرفاته حكم تصرفات الصبي المميز.

(1) فبالنسبة لتصرفاتهما النافعة نفعاً محضاً: فتقع صحيحة نافذة مرتبة لإثارها من غير توقف على إجازة أحد، لأنه نفع خالص، فلا يجوز للولي رفضه.

(2) و بالنسبة لتصرفاتهما الضارة ضرراً محضاً: فإن فقهاء الشريعة الإسلامية يضعون أصلاً و استثناءً: فالأصل: طالما أن هذا التصرف يترتب على افتقار المتصرف، لذا فهو لا يصح و لا ينفذ إذا باشره السفية أو ذو الغفلة، و لو أجازته ممثله الشرعي، بل أن هذا الأخير نفسه لا يملك مباشرته لأنه يلحق الضرر بالسفيه و ذي الغفلة.

الاستثناء: لقد استثنى فقهاء الشريعة عن الأصل السابق استثناءين الوصية و الوقف
فبالنسبة للوصية: فقد أجازها جمهور الفقهاء و الصادرة عن السفية - و ذي الغفلة - في حدود الثلث و لكن لأهل الصلاح و التقوى، كالوصية في سبيل المساكين و الفقراء أو بعض الأقرباء غير الوارثين و هذا ما ذهب إليه فقهاء المالكية و الشافعية في أحد القولين عندهم و الحنابلة في القول الراجح في مذهبهم و أكثر فقهاء المذهب الحنفي مثل أبو يوسف و محمد.

أما بالنسبة للوقف: على النفس أو على الأولاد أو لأية جهة خيرية، و رغم ما في هذه التصرفات «الوصية و الوقف» من ضرر و اعتبارها غير نافذة و غير منعقدة لأنه من قبيل الهبة و الصدقة، لكن الفقهاء استحسنوا هذين التصرفين لاعتبارين:

الأول: خاص بالوصية و ينال صاحبها النفع الأخرى من غير ضرر دنيوي طالما أنها مقيدة بوفاء الموصي و في حدود 3/1 إن كان له وارث.

الثاني: خاص بالوقف فلا يعد إسراف للمال بل صيانة له من أن يقع تحت سلطان الإسراف و التبذير.

(3) و بالنسبة لتصرفاتهما المترددة بين النفع و الضرر:

¹ د/ فراج حسين: المرجع السابق ص 231/232
² د/ عبد اللطيف السامرائي: السفه و الغفلة، ص 225

إن الراجح عند فقهاء الشريعة الإسلامية أن هذه التصرفات تنعقد من السفه و ذي الغفلة صحيحة موقوفة على إجازة وليه، فإن أجازها نفذت و إن أبطلها بطلت و من أقوال الفقهاء فبالنسبة للمالكية: جاء في مواهب الخليل للحطاب «أن تصرف المميز السفه صغيرا كان أو بالغا كلما كان بغير عوض فإنه مردود، و ما كان بعوض فهو موقوف على إجازة وليه». و بالنسبة للحنابلة: جاء في المغنى لابن قدامة «يصح لأنه عقد معاوضة، فملكه بالإذن كالنكاح، و لأنه عاقل محجور فصح تصرفه بالإذن كالصبي، لأن الحجر على الصبي أعلى من الحجر عليه، فلان يصح تصرفه بالإذن فهنا أولى، و لأن لو منعنا تصرفه بالإذن لم يكن لنا طريق إلى معرفة رشده و اختياره».

و بالنسبة لصاحبي أبي حنيفة "أبي يوسف و محمد"، فقد جاء عند الكساني في بدائع الصنائع « و أما عندهما فحكمه و حكم الصبي العاقل سواء فلا ينفذ بيعه و شراؤه و إجارته... و ما أشبه ذلك من التصرفات التي تحمل النقص و الفسخ...».

و خلاصة تصرفات السفه و ذي الغفلة أن القول بوقفها يحقق الحماية المطلوبة، بحيث لا ينفذ تصرفاتهما المالية المترددة بين النفع و الضرر إلا إذا رأى الولي فيها نفع لهما. و من ثم تأخذ تصرفاتهما بأنواعها الثلاثة حكم تصرفات الصبي المميز، فالتصرفات النافعة لهما صحيحة، و التصرفات الضارة بما باطلة، أما التصرفات المترددة بين النفع و الضرر فموقوفة على الإجازة في رأي اغلب الفقهاء.

و قد جاء في نص المادة 368 من مجلة الأحكام العدلية: «بيع الصبي إذا بلغ سفهها ينعقد موقوفا على إجازة وليه أو وصيه، و إذا كان لا ولي له و لا وصي له فينعقد موقوفا على إجازة الحاكم» كما أن المادة 273 من مرشد الحيران قضت بنفي الحكم: «المحجور عليه حجرا قضائيا بسفه و سوء تصرف في ماله حكمه حكم الصبي المميز في التصرفات التي تحمل الفسخ و يبطلها الهزل كالبيع و الإجارة و نحوهما، فلا تنعقد عقودهما فيها إلا إذا أجازها القاضي، فإن أجازها نفذت و إن ردها بطلت، و إنما تصح تصرفاته التي لا تحمل الفسخ كالنكاح و الطلاق و في الاتفاق على من تلزمه نفقتهم، و في وصاياه بالقرب من ثلث ماله إن كان له وارث بالغ».¹

خلاصة الفصل الأول

تبين لنا مما سبق أن الشخص القاصر تتدرج أهليته بين الانعدام و النقصان تبعا لمراحل حياته و تدرجها بتدرج السن، و هذا في كل من القانون المدني و الفقه الإسلامي و تبعا لذلك وضعت أحكاما قانونية و شرعية للشخص القاصر و هو يقدم على إبرام التصرفات القانونية، كما أحضعت لأنظمة الولاية أو الوصاية حماية للقاصر في نفسه و ماله

¹ الدكتور: جعفر: تصرفات ناقص الأهلية ص 86/85.

فإذا أقدم الشخص القاصر على إبرام بعض التصرفات القانونية، فما حكمها قانونا و شرعا و ما هي آثارها سواء تنفيذا أو إخلالا عن التنفيذ؟
يتناول فقهاء القانون و الشريعة الاجابة عن ذلك ضمن حكم تصرفات القاصر القانونية و الآثار المترتبة عن ذلك.

الفصل الثاني

حكم تصرفات القاصر القانونية و الآثار المترتبة عليها في كل من القانون و الفقه الإسلامي

أهلية الأداء مناطها القدرة و تكون بالعقل و البدن عند الفقهاء المسلمين، و بالتمييز في القانون الوضعي، و على الأهلية بكمالها و نقصانها و عدمها تتوقف صحة التصرفات و بطلانها.
فإذا كان الشخص عديم الأهلية كالصبي غير المميز و المجنون و المعتوه فلا يصح من تصرفاته شيء و كلها تعتبر باطلة حتى ما كان منها نافعا له نفعا محضاً، فإن الذي يباشر عنه التصرفات هو الولي - أو الوصي أو القيم - بل حتى أن الولي ليس له أن يتصرف عنه تصرفاً ضاراً به ضرراً محضاً كعقود التبرع، فلا يهب و لا يتصدق.

أما إذا كان الإنسان ناقص الأهلية بسبب نقص في تمييزه أو رشده فلا يستطيع أن يباشر جميع التصرفات، فالتصرفات الدائرة بين النفع و الضرر تعتبر موقوفة على إذن وليه، فالصبي المميز و السفهية و ذو الغفلة - و المعتوه على رأي الفقهاء المسلمين - ناقصوا الأهلية، فإذا اكتملت الأهلية صار الإنسان أهلاً لجميع التصرفات بما فيها التبرعات و الهبات و تزول عنه الولاية.

فالأهلية إذن تؤثر في التصرفات تأثيراً مباشراً فعدمها يجعل التصرفات باطلة و نقصانها يجعلها موقوفة و كمالها يجعلها نافذة لازمة، و كما تؤثر في التصرفات تتأثر هي بالعوارض، فمن العوارض ما يعدمها كالمجنون و من العوارض ما ينقصها كالسفه و الغفلة.¹

و مع تعدد التصرفات القانونية² - القولية - التي يبرمها الأشخاص يومياً، فما حكمها إذا أبرمها شخص قاصر لا يتمتع بالأهلية القانونية الكاملة - أهلية الأداء - و ما تأثير الإذن بالتصرف على أهلية أداء الشخص القاصر المرشد؟

المبحث الأول

حكم تصرفات القاصر القانونية "قانوناً و شرعاً"

¹ الدكتور/ عبد اللطيف السامرائي: الرسالة السابقة ص 87.
² لقد استخدمت عبارة تصرفات قانونية "حكم مباشرتها من القاصر و الآثار المترتبة عنها"، و كان الغرض من هذا الاستعمال تبيان أن كلا من القانون و الفقه الإسلامي نظمها و حدد أنواعها تفصيلاً.

لا يمكن معرفة حكم المشرع و الشرع الإسلامي في تصرفات الشخص القاصر، إلا باستعراض مختلف تقسيمات التصرفات القانونية، كما إن هذا الحكم يختلف من جهة التصرف نفسه، و من جهة الشخص القاصر هل يتمتع بالتمييز من عدمه.

المطلب الأول

حكم تصرفات القاصر المميز

يقسم فقهاء القانون المدني – أسوة بفقهاء الشريعة الإسلامية – تصرفات الشخص القاصر عموماً إلى ثلاثة أقسام من حيث مرتبة اعتبارها و نتائجها، تصرفات نافعة نفعاً محضاً، و تصرفات ضارة ضرراً محضاً، و تصرفات دائرة بين النفع و الضرر.

الفرع الأول

أقسام التصرفات القانونية للشخص القاصر المميز "التصرفات المالية"

تنقسم التصرفات القانونية إلى أنواع كثيرة في كل من فقه الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي، مع وجود تداخل و تشابه بعض الأقسام في كل من فقه الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي.

ففي فقه الشريعة الإسلامية تتضمن التصرفات أنواع كثيرة لعل أهمها:

- تصرفات يترتب عليها نفع أو ضرر، و هي تنقسم إلى أقسام ثلاثة:
 - 1) تصرفات نافعة نفعاً محضاً، و هي التي يترتب عليها دخول شيء في ملك الشخص دون التزامه عنه بمقابل كقبول الهبات و التبرعات.
 - 2) تصرفات ضارة ضرراً محضاً، و هي التي يترتب عليها خروج الأموال من ذمة الشخص و انتقال ملكيتها إلى شخص آخر بدون مقابل كما لو تبرع أو تصدق أو وهب.
 - 3) تصرفات دائرة بين النفع و الضرر، لاحتماها النفع و الضرر و تظهر في عقود المعارضات كالبيع و الإجارة.
- تصرفات قولية أو فعلية، و هي بدورها تتضمن أقسام فرعية:
 - 1) فبالنسبة للتصرفات القولية فهي تنشأ بالقول أو ما في حكمه كالإشارة و الكتابة، و هي تتضمن تصرفات إنشائية، و تصرفات إخبارية، و تصرفات اعتقادية.
 - 2) فبالنسبة للتصرفات الإنشائية/ و هي التي يترتب إحداث حكم شرعي كالبيع و الإجارة و إيقاع الطلاق و هي بدورها تنقسم إلى قسمين:

الأول/ تصرفات تحتمل الفسخ كالبيع و الإجارة و الهبة.
 الثاني/ تصرفات لا تحتمل الفسخ كالطلاق و العتق و النذر.
 V و بالنسبة للتصرفات الإخبارية/ و هي التي يقصد بها بيان الواقع كالإخبار بالطلاق و العتق و البيع.
 V و بالنسبة للتصرفات الاعتقادية/ و هي لا تتضمن إنشاء و لا إخبار كالردة.
 (2) و بالنسبة للتصرفات الفعلية/ و هي التي تقع بناء على فعل حسي كالإحبال و الإلتلاف و الإرضاع و الالتقاط و الاحتطاب و الاصطياد و القتل.

و تنقسم كل من التصرفات القولية و الفعلية إلى قسمين هما تصرفات قولية مالية و هي التي تأتي على مال كالبيع و الشراء و الهبة و العتق، و تصرفات قولية غير مالية كالعبادات الدينية، كالصوم و الصلاة و الإقرار بالنسب و نفيه و اليمين و الطلاق و الظهار.

و تصرفات فعلية مالية و هي التي تأتي أو تقع على المال أو على منافع الأموال كالغصب و الإلتلاف و الصيد و الاحتطاب، و تصرفات فعلية غير مالية كالزنا و الإحبال و الإرضاع.
 كما أن هناك تقسيم آخر للتصرفات القولية و الفعلية فقد تكون مشروعة و قد تكون غير مشروعة.
 فالتصرفات القولية المشروعة كالبيع و الإجارة و الهبة و النذر.

بينما التصرفات القولية غير المشروعة كبيع الخمر و الميتة و لحم الخنزير.

بينما التصرفات الفعلية المشروعة كإحراز المباحات بالاحتطاب و الاحتشاء.

أما التصرفات الفعلية غير المشروعة و هي تقع عدواناً على أموال الغير و على النفس كالسرقة و الغصب و الإلتلاف و القتل و الجرح أو أكل طعام الغير أو الزنا و شرب الخمر.¹

أما في التشريعات الوضعية "القانون المدني" فقد قسم فقهاء القانون التصرفات القانونية إلى قسمين:

(1) تصرفات تنشأ بإرادة واحدة كالإقرار و الوصية و الوقف.

(2) و تصرفات تنشأ بإرادتين كالبيع و الإجارة و الوكالة.

و على ذلك فإن التصرف القانوني لا يشمل الأفعال «التصرفات الفعلية» بل تقتصر على ما ينشأ بالقول أو ما في حكم القول كالكتابة و الإشارة.

¹ الدكتور/ عبد اللطيف السامرائي: الرسالة السابقة: ص 210 إلى 213

- كما تنقسم التصرفات القانونية من حيث العوض إلى قسمين:
- (1) تصرفات بعوض و هي التي يعطى المتصرف مالا مقابل مال أو منفعة.
- (2) و تصرفات بدون عوض و هي التبرعات كالهبة و الوصية و الوقف و العادية.
- كما أن هناك من التصرفات ما يكون ملزما للجانبين كأغلب العقود، و ما يكون ملزما بجانب واحد و هذه قد تكون بعبارة طرف واحد و قد تكون بعبارة طرفي العقد.
- فبالنسبة للصادرة بعبارة واحدة كالوقف و التي تنشأ بعبارتين كالهبة.

* و بالموازنة بين هذه التصرفات في كل من الفقه الإسلامي و القانون الوصفي نقول:

إذا كان التصرف القولي هو كل قول أو ما في حكمه يصدر من شخص مميز بإرادته و يقرر له الشارع حكما شرعيا، و التصرف الفعلي هو ما يصدر بفعل الجوارح كاليد و الرجل و الفم و الأنف و القلب، رتب عليه الشارع حكما حتى و لو كان صادرا من مجنون

- فبالنسبة للتصرفات القولية في الفقه الإسلامي يشترط صدورها من مميز إذ لا عبرة بأقوال عديم التمييز كالصبي غير المميز و المجنون.

- أما بالنسبة للتصرفات الفعلية و التي يقابلها في القانون الوضعي الواقعة القانونية "في إحدى فرعيها" و هي بفعل الإنسان باختياره أو بغير اختياره فتشمل الفعل النافع و الفعل الضار و اكتساب الأموال المباحة و ترتب على هذه الأفعال نفس الآثار سواء صدرت من مميز أو غير مميز.

و الذي يعنينا أيضا من إجراء هذه الموازنة هو بين التصرفات المالية و غير المالية في التشريع الإسلامي الوضعي، فالتصرف ماليا شرعا إذا كان محله مال أو منافع المال سواء كانت المنافع مما يمكن حيازتها بنفسها كلبن الدابة و ثمار الأشجار، أو مما لا يمكن حيازته بنفسه كالسكن في الدار و استعمال السيارات أو القطارات...

أما التصرف غير المالي شرعا و هو ما لا يعتبر مالا في حق المسلم كالميتة و الدم و الخنزير أو لكونهما غير أموال في ذاتها كحق الحضانة و حق التطلق و حق الأجل في الدين و حق الولد في النسب لأبيه.

أما في القانون الوضعي فيعتبر التصرف ماليا إذا وقع على المال، فتجرد مثلا المحجور لسفه أو غفلة من ماله كما لو باع شيئا من أمواله أو وهبه أو أوصى به، أو التي تقع على منافع أمواله كالإجارة و العارية.

و الغرض من الحجر هو منع السفية و ذي الغفلة من إضاعة المال أو تبديده بالإسراف و التبذير فإذا تصرف بأموالهما حتى و لو كانت تلك التصرفات لأولادهما - هبة أو بيعا - فهي تصرفات مالية محضة و للقيم أن يمنع نفاذ هذه التصرفات.

أما التصرفات غير المالية فهي التي لا تجرد مثلا السفية و ذا الغفلة من أموالهما أو منافع الأموال كالزواج و الطلاق و إدعاء النسب و التبني.¹

الفرع الثاني

حكم تصرفات القاصر المميز المالية

إذا وصل الصغير إلى سن التمييز، أصبح استعداده في حال وسط بين الطفل غير المميز و البالغ الرشيد، و هي حالة تقتضي أن يفسح له المجال في التصرف بصورة مقيدة لأنه لا يزال يعد في حاجة إلى حماية نفسه من نفسه حيث لا يزال عقله غير ناضج.

لذا إذا بلغ الشخص سن التمييز و لم يبلغ سن الرشد، كانت له أهلية أداء ناقصة تخوله مباشرة بعض التصرفات دون البعض الآخر، فما حكم هذه التصرفات في كل من القانون الوضعي و الفقه الإسلامي.

أولا/ حكم تصرفات القاصر المميز في القانون الوضعي «المدني و قانون الأسرة ج»:

لم يكن التقنين المدني الجزائري واضحا في حكم هذه التصرفات القانونية بمختلف تقسيماتها، بل أنه لم ينص على الأقسام الثلاثة للتصرفات القانونية النافعة و الضارة و الدائرة بين النفع و الضرر و اقتصر على جعل القاصر المميز و من في حكمه باعتباره ناقصا للأهلية، في نص المادة 43 ق 10/05

«كل من بلغ سن التمييز و لم يبلغ سن الرشد، و كل من بلغ سن الرشد و كان سفيا أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون»

ثم أخضع المشرع كل من فاقد الأهلية و ناقصها لأحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة ضمن الشروط و وفقا للقواعد المقررة في القانون.

ثم بنصوص قانونية متعددة تنظم مسألة حق الإبطال في نص م 99، و حق إجازة العقد م 100، و سقوط الحق في الإبطال، حيث نصت المادة 101 ق 10/05 على أنه

«يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس «5» سنوات

¹ د/ السامرائي: الرسالة السابقة ص 216 إلى 220

و يبدأ سريان هذه المدة في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب، و في حالة الإكراه من يوم انقطاعه، غير أنه لا يجوز التمسك بحق الإبطال الغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت عشر سنوات من وقف تمام العقد».

و مما جاء في اجتهادات القضاء الجزائري و أيدته المحكمة العليا قوله:

«أنه من المقرر قانونا أنه يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس سنوات، و يبدأ سريان هذه المدة في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب و لما كان ثابتا أن قضاة الموضوع لما قضوا بإبطال العقد العرفي المتنازع من أجله، رغم أن المطعون ضدهم لم يتمسكوا بإبطاله خلال المدة المذكورة، كما أن أصغرهم سنا عندما بلغ سن الرشد لم يتمسك به هو الآخر، و عليه فإن حقهم في طلب إبطال العقد سقط بحكم القانون، و من ثم فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا قد أخطأوا في تطبيق القانون».¹

و قد أخضع المشرع فاقد الأهلية و ناقصيها و القصر في مسألة الأهلية إلى قانون الأسرة، حيث نصت المادة 79 ق 10/05 «تسري على القصر و على المحجور عليهم و على غيرهم من عديمي الأهلية أو ناقصيها قواعد الأهلية المنصوص عليها في قانون الأسرة»

و بالرجوع إلى القانون المدني المصري نجد أنه قد وضع حكم تصرفات القاصر بناء على كونها نافعة نفعاً محضاً أو ضارة ضرراً محضاً أو دائرة بين النفع و الضرر، حيث نصت المادة 111:

"1- إذا كان الصبي مميزاً كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة نفعاً محضاً له، و باطلة متى كانت ضارة ضرراً محضاً.

2- أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع و الضرر فتكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر و يزول حق التمسك بالإبطال إذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد أو إذا صدرت الإجازة من وليه أو من المحكمة بحسب الأحوال و وفقاً للقانون"

أما في قانون الأسرة الصادر برقم 11/84 الموافق 9 جوان 1984، فقد نص على أنواع التصرفات القانونية التي يمكن أن يبرمها الشخص القاصر المميز و حدد حكمها، حيث نصت المادة 83 ق أ ج: «من بلغ سن التمييز و لم يبلغ سن الرشد طبقاً للمادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، و باطلة إذا كانت ضارة به، و يتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع و الضرر، و في حالة النزاع رفع الأمر للقضاء».

¹ قرار رقم 136433 مؤرخ في 1996/11/13، المجلة القضائية 1997 عدد 1 ص 17 أخذاً عن الأستاذ حمدي باشا عمر: القضاء المدني ط 2003 ص 36 عن دار هومة الجزائر

يستخلص من هذا النص القانوني لقانون الأسرة ملاحظتين:

الأول: اعتناق المشرع الجزائري في تقسيم التصرفات القانونية "القولية بلغة الفقه الإسلامي" إلى ثلاثة أقسام، تصرفات نافعة، و تصرفات ضارة، و تصرفات دائرة بين النفع و الضرر.

الثاني: أن المشرع الجزائري أعطى للتصرفات الدائرة بين النفع و الضرر حكمتين مختلفتين أحدهما للقانون المدني يجعله تصرفا قابلا للإبطال، و الثاني لقانون الأسرة يجعل التصرف موقوفا على إجازة الولي أو الوصي على غرار الفقه الإسلامي.¹

1- حكم تصرفات القاصر المميز المالية النافعة نفعا محضا:

و هي التصرفات التي يترتب عليها دخول شيء في ملك الصبي المميز من غير مقابل، و هذه التصرفات تعتقد صحيحة ذلك أن للصبي المميز أهلية أداء كاملة فيما يتعلق بمباشرة هذا النوع من التصرفات «تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له» و تطلق على هذا النوع من التصرفات بأهلية الاغتناء.

و لما كان هذا النوع من التصرفات لا ضرر فيه للصبي المميز، كان من المصلحة تنفيذه دون حاجة إلى إجازة ولي أو وصي، لأن الرفض منهما يترتب ضررا للقاصر المميز، و من ثم فلا مصلحة لهما من إبطال هذه التصرفات، فيكون القاصر المميز شأنه شأن البالغ العاقل في صحة هذه التصرفات، بل أن هذا الحكم يحقق منافع معنوية كثيرة للقاصر المميز، إذ يمرنه على التصرفات النافعة، و يدرك المنافع و الأرباح و مضار الغبن و الخسران، و يهتدي إلى أبواب المعاملة المالية من غير أن يلحق ماله نقص.

و على ذلك فإن التصرفات النافعة و التي يعقدها القاصر المميز تعتقد صحيحة نافذة، بمعنى أنها ترتب آثارها المقصودة منها دون توقف على إجازة أحد، و قد استعمل المشرع الجزائري مصطلح صحيحة «Valides» في الصياغة الفرنسية لنص المادة 83، و هذا اللفظ يحتمل معنيين في آن واحد.

الأول: أن التصرف يكون صحيحا نافذا

الثاني: أن التصرف يكون صحيحا موقوفا، بمعنى تعليق ترتيب آثار التصرف إلى حين ورود الإجازة عليه و قد قضت المادة 09 من مجلة الالتزامات و العقود التونسية على أنه: «لمن ليس له أهلية التعاقد و الصغير الذي تجاوز ثلاثة عشر عاما القدرة على تحسين حالهما و لا بمشاركة الأب أو الولي و ذلك بقبول هبة أو غيرها من التبرعات التي من شأنها الزيادة في كسبهما أو إبراء ذمتهما بدون أن يترتب عليهما شيء من جراء ذلك».

¹ د/ سعيد جعفرور: تصرفات ناقص الأهلية، ص16 و ما بعدها

كما نصت المادة 97 من التقنين المدني العراقي على أنه: «يعتبر تصرف الصغير المميز إذا كان في حقه نفع محض و إن لم يأذن به الولي و لم يجزه...».

2- حكم تصرفات القاصر المميز المالية الضارة ضرراً محضاً:

و هي التصرفات التي يترتب عليها إخراج شيء من ماله بدون مقابل، كتبرعه بجزء من ماله بدون مقابل و كالقرض و الكفالة بالدين، و هذه التصرفات تقع منه باطلة و لو أجازها الولي، لأن ما صدر باطلا لا ينقلب صحيحاً، و لأن الولي لا تصح منه هذه التصرفات إذا باشرها بنفسه ابتداءً، فأولى أن لا تصح منه بالإجازة انتهاءً، و الولاية مشروطة دائماً بالنظر و المصلحة، و ليس من النظر أو المصلحة إخراج شيء من مال الصبي بدون مقابل.¹

هذا و إذا كان كل من الولي و الوصي لا يملك الإذن للصبي المميز لمباشرة مثل هذه التصرفات، كما لا يملك إجازتها بعد صدورها، فإن الصبي المميز نفسه بعد بلوغه سن الرشد لا يملك حق إجازتها لأنها وقعت باطلة منذ صدورها، و الإجازة لا تقلبها صحيحة، ذلك لأن العقد الباطل لا يزول بالإجازة لأنه لغو عدم الاعتبار في نظر التشريع: «من بلغ سن التمييز... تكون تصرفاته... باطلة إذا كانت ضارة به...».

و قد قضت أيضاً المادة 30 من القانون رقم 10/91 المؤرخ في 1999/4/27 المتعلق بالأوقاف على بطلان وقف الصبي و هو تصرف ضار ضرراً محضاً إذ قضت «وقف الصبي غير صحيح مطلقاً سواء مميزاً أو غير مميز و لو أذن بذلك الوصي».

3- حكم تصرفات القاصر المميز المالية الدائرة بين النفع و الضرر:

التصرفات الدائرة بين النفع و الضرر هي التي تحتل أن تكون نافعة للصغير و محققة مصلحة له، و تحتل أن تكون ضارة به تفوت عليه مصلحة و ترتب عليه التزاماً دون مقابل أو تنجم عنها خسارة مالية، و ذلك كالبيع و الشراء و الإجازة و الصلح و سائر عقود المعاوضات و المبادلات المالية.

و هذه التصرفات تقع صحيحة في ذاتها على ما ذهب إليه فقهاء الشريعة لوجود أصل الأهلية في الصغير المميز، و لكن نظراً لأنها أهلية ناقصة، فإن نفاذها يتوقف على إجازة وليه أو وصيه، فإن أجازها

¹ الدكتور: فراج حسين: المرجع السابق ص 215.

نفدت و إن لم يجزها بطلت. نصت م 83 ق أ ج «... من بلغ سن التمييز... تتوقف تصرفاته على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع و الضرر».

يتضح من هذا النص القانوني أن المشرع الجزائري أخذ في قانون الأسرة بفكرة العقد الموقوف المعروف في الفقه الإسلامي، بخلاف القانون المدني الذي قضى بقابلية هذه التصرفات إلى الإبطال أو الإجازة.

و قد قضى القضاء المصري في ذلك أنه:

«لما كان البيع من التصرفات المالية بين النفع و الضرر على أساس أنه تترتب عليه حقوق و التزامات متقابلة فإنه طبقا للمادتين 1/115، 2/111 من القانون المدني، يكون التصرف بالبيع الصادر من المحجور عليه للغفلة أو السفه - و القاصر المميز محجور عليه قانونا - قابل للإبطال لمصلحته و يزول حق التمسك بالإبطال إذا أجاز المحجور عليه التصرف بعد رفع الحجر عنه أو إذا صدرت الإجازة من القيم أو من المحكمة بحسب الأحوال وفقا للقانون».¹

و يختلف البطلان في القانون المدني بنوعيه المطلق و النسبي عند العقد الموقوف في فقه الشريعة الإسلامية من حيث:

- فإذا كانت نظرية البطلان في الفقه القانوني تقسمه إلى بطلان مطلق و بطلان نسبي، و لكل منهما أسبابه و آثاره القانونية، فإن البطلان بحد ذاته و كما هو شائع في الفقه الفرنسي تعريف أوبري بأنه «عدم الصحة *invalidité* أو عدم النفاذ *inefficacité* الذي يلحق تصرفا لمخالفته لأمر أو نهي في القانون».²
- أما بالنسبة للبطلان المطلق *Nullité Absolue*: فإن بعض الفقهاء عرفوه من خلال عقد من العقود لأنظمة النظام العام أو الآداب العامة، فقالوا أن البطلان المطلق هو ذلك البطلان الذي يلحق العقود التي استوفت كافة أركانها الأساسية لكنها خالفت قانونا متعلقا بالنظام العام و الآداب.

بينما بعض الفقهاء يعرفونه انطلاقا إما من اختلال و عدم توفر بعض أركان العقد أو مخالفة اعتبارات النظام العام فيقول أن البطلان المطلق هو الجزء الذي يرتبه المشرع إما على عدم توافر

¹ طعن رقم 308 لسنة 42 ق جلسة 1976/2/3.

الاستاذ: معوض عبد التواب: الوسيط في دعوى صحة التعاقد و دعوى صحة التوقيع على البيع ط 1985 ص 131 الناشر: مطبعة امس القاهرة.

² د/ جميل الشرفاوي: بطلان التصرف القانوني ص 57 فقرة 22

ركن من أركان التصرف كانهدام الرضا أو المحل أو السبب أو الشكل، أو لاختلال ركن من أركانه كاستحالة المحل أو عدم قابليته للتعيين، و عدم مشروعيتها، أو من عدم مشروعية الباعث.¹ و على ذلك فإن العقد الباطل لا ينعقد أصلا و لا يفيد الملك أو التصرف و لو بالقبض، لانهدام الركن و هو مبادلة المال بالمال، و المبيع الباطل لا يعد مالا، إذ لا وجود له شرعا، و لذلك يقولون في تعريفه ما ليس مشروعاً لا أصلا و لا وصفاً، على معنى أن الشارع لا يعتبر العقد الباطل موجوداً أو إن كان له صورة محسوسة في الخارج، فهي صورة معدومة شرعا.²

- أما بالنسبة للبطلان النسبي **nullité relative**، و هو التقسيم الثاني من البطلان حسب النظرية التقليدية في البطلان، فبمقتضاه أن العقد موجود قانوناً، و ينتج كل آثاره القانونية، إنما يكون لمن شرع البطلان لمصلحته أن يطلب إبطال العقد فإذا تقرر البطلان زال العقد بأثر رجعي، و كأنه لم يكن، فيصبح هو و العقد الباطل بطلان مطلقاً سواء، و يتحقق هذا النوع من البطلان إذا استوفى العقد أركانه، و لكن تخلف فيه شرط من شروط صحته.

و مما جاء في أحكام القضاء المصري في ذلك: «متى كانت التصرفات المالية الدائرة بين النفع و الضرر - مثل التصرف بالبيع - قابلة للإبطال لمصلحة القاصر كما هو حكم المادة 111 ق م م، فإن للقاصر في حال حياته أن يباشر طلب الإبطال بواسطة من يمثله قانوناً، كما أن هذا الحق ينتقل بعد وفاته لوارثه بوصفه خلفاً عاماً له يحل محل سلفه في كل ما له و ما عليه، فتؤول إليه جميع الحقوق التي كانت لسلفه، و إذا كان موضوع طلب الإبطال تصرفاً مالياً، فإنه بهذا الوصف لا يكون حقاً شخصياً محضاً متعلقاً بشخص القاصر بحيث يتمتع على الخلف العام مباشرة».³

- حتى و إن كان بعض الفقهاء يقسمون العقد إلى ثلاثة أقسام من حيث بطلانه "الانعدام و البطلان المطلق و البطلان النسبي" فيقولون:

- يكون العقد منعدماً إذا لم يوجد ركن من أركانه وهي التراضي و المحل و السبب و الشكل في العقود الشكلية.
- و يكون العقد باطلاً مطلقاً إذا استوفى هذه الأركان و لكن كان المحل أو السبب أو الشكل غير مستوفٍ لشروطه فيما عدا شرط الوجود، بأن كان المحل غير ممكن أو غير معين أو غير مشروع أو كان السبب غير مشروع، أو كان الشكل موجوداً لكن لم يستوف الأوضاع القانونية.

¹ الدكتور: جبار محمد: نظرية بطلان التصرف القانوني، ص 180/179.

² الدكتور: فراج حسين: المرجع السابق، ص 276.

³ طعن رقم 42 لسنة 22 ق جلسة 1958/2/27، أخذاً عن الأستاذ: معوض عبد التواب، المرجع السابق ص 191/190.

- و يكون العقد باطلا نسبيا إذا كان التراضي معيبا بأن كان صادرا من شخص ناقص الأهلية أو شابه عيب من عيوب الإرادة.
- و يرون أن الفارق بين الانعدام و البطلان المطلق يتمثل في أمرين:

الأول: أن العقد المنعدم لا يحتاج إلى حكم ببطلانه فهو منعدم من تلقاء نفسه، بينما البطلان المطلق فإن العقد توفرت له العناصر التي تجعل له كيانا موجودا، و لهذا يحتاج لحكم ببطلانه.

الثاني: أن العقد المنعدم لا يترتب عليه أي أثر، أما العقد الباطل مطلقا فتترتب آثار في بعض صورته.
- أما بالنسبة للعقد الموقوف: و الذي سلكه المشرع الجزائري في قانون الأسرة: "تتوقف على الإجازة"¹ أخذًا عن فقهاء الشريعة الإسلامية، فهو يعرف بأنه: «التصرف المشروع بأصله و وصفه الذي يتوقف أثره عليه بالفعل على الإجازة ممن يملكها شرعا» أو هو: «العقد المشروع بأصله و وصفه الذي منع نفاذه تخلف أحد شروط النفاذ و الذي يقيد حكمه بإجازته ممن يملك حق الإجازة».
- و على ذلك فسمي العقد موقوفا لأن نفاذه أو عدم نفاذه موقوفان على إجازة صاحب الحق في الإجازة أو عدم إجازته.
- و على ذلك فإن العقد الموقوف يختلف عن العقد القابل للإبطال في الفقه الغربي من حيث:
 - أن العقد الموقوف لا ينتج آثاره حتى تلحقه الإجازة.
 - بينما العقد القابل للإبطال فينتج آثاره إلى أن يحكم ببطلانه.
 - كما أن الإجازة في العقد الموقوف هي التي تجعله ينتج آثاره، و لكنها لا تجعل العقد القابل للإبطال ينتج آثاره، فهو ينتج آثاره بدوئها، و من يوم انعقاده، و تقتصر الإجازة بالنسبة إليه على أن تزيل عنه خطر البطلان الذي يتهدهده.

و بما أن العقد الموقوف تصور إسلامي محض فلا تعرفه إلا القوانين المدنية العربية التي تأثرت بالفقه الإسلامي منها:

 - مجلة الالتزامات و العقود التونسية الصادرة في 1906 في بعض المواد القانونية.
 - القانون المدني العراقي الصادر في 1951 المواد (136/134).
 - القانون المدني الكويتي الصادر في 1980 في المواد (183/179).
 - القانون المدني الأردني الصادر في 1976 في المواد (175/171).
 - قانون المعاملات المدنية السوداني الصادر في 1984 في المواد (90/87).

¹ الدكتور: عبد المنعم فرج الصدة: نظرية العقد ص287/288 فقرة 230.

- قانون المعاملات المدنية للإمارات العربية المتحدة الصادر في 1985 في المواد (217/213).
- و القانون المدني اليمني الصادر في 1992 في المادة 61.
- و العقد الموقوف في هذه القوانين يشمل الحالات الآتية:
- التصرفات ملك الغير دون إذنه "تصرفات الفضول".
- تصرف ناقص الأهلية الدائرة بين النفع و الضرر.
- العقود المبرمة تحت تأثير عيوب الإرادة "بملاحظة أن الق المدني الأردني و الإماراتي يجعلان عقد المكره فقط عقدا موقوفا".
- التصرف الصادر من مالك في مال له تعلق به حق الغير.
- إذا ورد في القانون نص على جعل عقد ما موقوفا.¹

ثانيا/ حكم تصرفات القاصر المميز في فقه الشريعة الإسلامية:

يقسم فقهاء الشريعة الإسلامية على غرار فقهاء القانون، التصرفات إلى الأقسام الثلاثة السابقة، النافعة نفعاً محضاً، و الضارة ضرراً محضاً، و الدائرة بين النفع و الضرر، فما حكم الشرع الإسلامي في هذه التصرفات؟

1- حكم التصرفات النافعة نفعاً محضاً:

لما كان هذا النوع من التصرفات لا يترتب عنه ضرراً للقاصر المميز، بل نفعاً له، فإن الفقه الإسلامي يرى انعقادها صحيحة نافذة "غير موقوفة" دون حاجة إلى إجازة ممثله الشرعي، إذ يثبت للصبي بشأنها أهلية أداء كاملة "أهلية الاغتناء"، و لم تثر هذه التصرفات اختلافاً فقهياً حول انعقادها صحيحة نافذة.

و قد جاء تأكيد ذلك في نص المادة 967 من مجلة الأحكام العدلية في فقرتها الأولى بقولها: «يعتبر الصبي المميز إذا كان في حقه نفع محض... و إن لم يأذن به الولي و لم يجزه كقبول الهدية و الهبة». كما نصت على ذلك المادة 485 من مرشد الحيران: «أن التصرفات التي تصدر من الصبي... تكون نافعة - له - نفعاً محضاً جائزة و لو لم يجزها الولي أو الوصي».

2- حكم التصرفات الضارة ضرراً محضاً:

مع أن فقهاء الشريعة الإسلامية يتفقون على أصل - بطلان التصرفات الضارة - إلا أنهم اختلفوا حول بعض صور هذه التصرفات و منها وصية الصبي المميز بين من يجيزها، و بين من ينكرها عنه و يجعل حكمها البطلان المطلق.

* فمن حيث الأصل في التصرفات الضارة:

¹ الدكتور: صلاح الدين محمد سوشاري: نظرية العقد الموقوف ص 34/33.

القاعدة أن الصبي المميز لا يملك مباشرة هذا النوع من التصرفات القانونية، فهو لا يصح منه و لا ينفذ لما يترتب عليه من ضرر محض يصيبه، كما لا يملك مباشرة هذه التصرفات عن الصبي المميز، و لا إجازته لها، لأن الإجازة لا تصح إلا إذا كان ممثله الشرعي يملك إبرام هذه التصرفات نيابة عن القاصر المميز، و طالما لا يملك الممثل الشرعي هذا النوع من التصرفات ابتداء فهو لا يملكها أيضا انتهاء "الإجازة" إذ الولاية مشروطة بالمصلحة، و لا مصلحة في إخراج شيء من مال الصغير المميز بدون مقابل.

و قد أكدت أيضا مجلة الأحكام العدلية هذا الحكم في نص المادة 2/967 بقولها: «لا يعتبر تصرفه -الصبي المميز - الذي في حقه ضرر و إن أذن بذلك وليه و أجازته كأن يهب لآخر شيئا».

كما نصت المادة 484 من مرشد الحيران على أنه: «تصرفات الصبي المميز القولية غير جائزة أصلا إذا كانت مضررة ضررا محضا و إن أجازها الولي أو الوصي.»
* و من حيث موقع الخلاف "وصية الصبي المميز":

اختلف فقهاء الشريعة حول وصية الصبي المميز بين من يجيزها و بين من يبطلها، و يمكن سرد هذا الخلاف كما يلي:

الاتجاه الأول: و يسلكه الإمام الشافعي حيث يقضي بجواز وصية الصبي المميز إذا كانت في وجه من وجوه البر و ذلك دون حاجة إلى إجازة ممثله الشرعي، و دليل هذا الاتجاه يتمثل فيما يلي:

1. من جهة النظر: طالما أن الوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت، فهي لا تنفذ إلا بعد وفاة الموصي، فهي إذن خير لا يلحق الصبي المميز منها ضرر في ماله.

2. من جهة الأثر: ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه أجاز وصية صغير يافع.

الاتجاه الثاني: و يسلكه الإمام أبو حنيفة و أصحابه يقضي ببطلان وصية الصبي المميز مطلقا، و يستندون إلى الحجج الآتية:

1. لقد شرعت الوصية في حق البالغ ليتدارك بها ما فاتته من التقصير في واجباته الشرعية، أما الصغير فلم تشرع في حقه لعدم حاجته إليها لأنه غير مكلف شرعا.

2. اضرار الوصية بوارث الموصي، فإذا كان في الوصية نفع للموصى له حقا، فإنه منفعة وارثه و هو قريبه مصلحة له، و صلة القريب أكثر ثوابا من صلة الموصى له و هو أجنبي عنه، فإن هو أوصى بشيء كان فعله عدولا عن الإرث إلى الوصية، و هو ترك للأفضل، و العدول عن الأفضل يعتبر ضررا محضا في حقه لا محالة، فيكون الإيضاء باطلا خاصة أن

الرسول صلى الله عليه و سلم قال «لأن تدع ورثتك أغنياء خيرا من أن تدعهم عالة يتكففون الناس».

و طالما أن الرأيين السابقين قد غالى كل منهما فيما ذهب إليه فإن الرأي السليم يذهب إلى التوفيق بين الرأيين و الذي يقضي بصحة وصية الصبي المميز و لكن مع وقفها، على إجازة ورثته، و ما يؤكد هذا الاتجاه هو موقف المشرع الجزائري في قانون الأسرة حيث نصت المادة 185 منه «تكون الوصية في حدود ثلث التركة و ما زاد على الثلث يتوقف على إجازة الورثة».

كما نصت المادة 192 منه «يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمنا، فالرجوع الصريح يكون بوسائل إثباتها، و الضمني يكون بكل تصرف يستخلص منه الرجوع فيها».

على أنه طالما أن الوصية هي من التصرفات الضارة ضررا محضا، لأنها من قبيل التبرع بالمال بدون مقابل فإن المشرع نفسه اشترط في الموصي بلوغ سن الرشد القانونية مع سلامة العقل حيث نصت المادة 186 منه «يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل، بالغا من العمر تسع عشرة «19» سنة على الأقل» و من ذلك فإن وصية الصبي المميز ينطبق عليها حكم تصرفاته بدون مقابل، فهي حينئذ لا تصح منه و تعتبر باطلة مطلقا.¹

3- حكم التصرفات الدائرة بين النفع و الضرر:

و هي التصرفات التي قد تجلب نفعاً للصغير أو تلحق به ضررا و العبرة بذلك ليست بأثره المادي و إنما العبرة بأصل التصرف نفسه.

فإن البيع و الإجارة و النكاح جميعها تعتبر من التصرفات الدائرة بين النفع و الضرر و هي جميعها يملكها الصبي المميز بإذن مسبق من وليه، و قال بذلك كل من أحمد و أبو ثور و النوري و أبو حنيفة، و استندوا في ذلك إلى قوله تعالى «و ابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم»².

أو بإجازة لاحقة إذا كان الصبي المميز قد أجرى إحدى تلك التصرفات، لأن الإجازة اللاحقة تعتبر كالأذن السابق فيما استوفت شروطها على أنه لا يعتري غبن فاحش فيقع ذلك التصرف باطلا و قال بالإجازة كل من أبي حنيفة و مالك، و لا عبرة لإجازة غير الولي، كما لا عبرة في إجازته لتصرف لا يملكه كإسقاط الحق.

و يخالف هذا الرأي الإمام الشافعي حيث يرى أن جميع العقود الموقوفة باطلة و إن أذن بها الولي، لأن العقد عنده، إما أن يكون صحيحا أو باطلا و لا يعترف بانعقاد العقد موقوفا على إجازة الولي أو غيره لأنه الولاية عنده شرط لانعقاد العقد و لنفاذه.

¹ د/ جعفرور: تصرفات ناقص الأهلية ص 37 و ما بعدها
² سورة النساء الآية 4

و يرى أن كل تصرف يمكن للصبي المميز مباشرته دون إذن الولي فهو صحيح و أن كل تصرف لا يمكن للصبي المميز أن يجريه إلا عن طريق وليه أو وصيه و قد أجراه فلا يصح منه. و على ذلك لا يصح في رأي الإمام الشافعي بيع و شراء الصبي المميز لأن مباشرتهما للولي فلا يجوز للصبي أن يقوم بها و لكن تصح عنه وصية الصبي لأنه لا يمكن للولي أو الوصي أن يجريهما عن الصبي المميز.

و قد أقر القانون المدني العراقي بانعقاد هذه التصرفات موقوفة على إجازة الولي حيث نصت المادة 3/97 على: «أما التصرفات الدائرة في ذاتها بين النفع و الضرر فتتعقد موقوفة على إجازة الولي في الحدود التي يجوز فيها لهذا التصرف ابتداء»

أما المشرع المصري فعلى غرار المشرع الجزائري جعل حكم هذه التصرفات القابلة للإبطال و الإجازة حيث نصت المادة 2/111 «أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع و الضرر فتكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر و يزول حق التمسك بالإبطال إذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد او إذا صدرت الإجازة من وليه أو من المحكمة وفقا للقانون»¹.

و على ذلك فإن عقد الشخص القاصر المميز ناقص الأهلية تصرفا دائرا بين النفع و الضرر في ماله هو عقد موقوف النفاذ في الفقه الإسلامي على إجازة ولي ناقص الأهلية أو وصيه أو ناقص الأهلية نفسه بعد اكتمال أهليته أما في الفقه الغربي و القوانين المستمدة منه فهو عقد قابل للإبطال.

فهل الأولى كما يقول المحامي صلاح الدين محمد شوشاري أن يقف عقد ناقص الأهلية حتى يميزه وليه أو وصيه أو يميزه هو نفسه بعد اكتمال أهليته أم الأولى أن ينفذ عقده حتى يطالب وليه أو وصيه أو يطالب هو بإبطاله بعد اكتمال أهليته.

الواضح - و رغم ما اتجه إليه المشرع الجزائري - م 101 ق رقم 10/05 - أن الأولى أن يقف هذا العقد حتى تلحقه الإجازة من وليه أو وصيه أو ناقص الأهلية نفسه بعد اكتمال أهليته ينفع هذا العقد خاصة و أن ناقص الأهلية غير كامل التمييز و مظنة الضرر المحتمل لحوقه به من العقد مظنة راجحة.²

المطلب الثاني

حكم تصرفات القاصر غير المميز المالية

¹ أ/ الشبخلي: الرسالة السابقة ص91/90

² د/ صلاح الدين محمد شوشاري: المرجع السابق ص 29

تمتد فترة القاصر غير المميز منذ ولادته حيا حتى اكتمال سن التمييز "13 سنة" من عمره فتكون له بمجرد ولادته ذمة مالية مطلقة و أهلية وجوب صالحة ترتب الحقوق له و عليه، و لكن بالنظر لضعف بنية الصغير و قصور عقله يكون فاقد الإدراك و التمييز و لا تكون له أهلية أداء.¹

و إن كان المشرع الجزائري قد نص على بطلان جميع تصرفات عديم الأهلية، إلا أنه أخضعه لنظام الولاية أو الوصاية أو القوامة.

فنصت المادة 82 ق أ ج على «من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقا للمادة 42 من القانون المدني تعتبر جميع تصرفاته باطلة»

بينما نصت المادة 81 ق أ ج على «من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن أو جنون أو عته أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون»

و على ذلك فإن الحكم في القانون الجزائري أن الشخص يعتبر فاقدًا للتمييز و من ثم عديم الأهلية إذا لم يبلغ من العمر 13 سنة كاملة، فيكون غير أهل لإجراء جميع التصرفات القانونية سواء كانت تصرفات تبرع أو تصرفات اغتناء، فلا يستطيع مثلا غير المميز قانونا أن يقبل الهبة لأنه فاقد التمييز فلا تكون لإرادته أثر.

- أما بالرجوع للفقهاء الإسلاميين فإنه يضع أحكاما مختلفة للصبي غير المميز سواء تعلقت بالعبادات أو بالتصرفات أم حتى بالجزاء الجزائية و يمكن تلخيصها في:

- فمن حيث العبادات أو الاعتقادات، فلا يكون مكلفا بشيء منها لتنافيها مع الصغر، و لا يؤاخذ بأقواله أو أفعاله لأنه ليس أهلا لتحمل الجزاء البدني لقصره عن فهم الخطاب و عدم أهليته للابتلاء، و لا يمتلك مباشرة أي عمل من الأعمال القانونية، و لا يحتمل مسؤولية عن فعل غيره و لا يلتزم بأي شيء لأن عبادته غير معتبرة شرعا.

- و من حيث التصرفات القانونية فتعتبر جميعا باطلة و لا تثبت له حتى التصرفات النافعة نفعا محضا لانعدام أهلية أدائه، و لذلك يقوم بدله وليه أو وصيه نيابة عنه في مباشرة أعماله.

نصت المادة 966 من مجلة الأحكام العدلية على:

«لا تصح تصرفات الصغير غير المميز القولية و إن أذن له وليه»

كما جاء في نص المادة 96 من القانون المدني العراقي «تصرفات الصغير غير المميز باطلة و إن أذن له وليه» و هو نفس حكم المشرع المصري في نص المادة 110 من الق م م «ليس للصغير غير المميز حق التصرف في ماله و تكون جميع تصرفاته باطلة»

¹ أ/ الشبخلي: الرسالة السابقة ص86

و يرجع سبب بطلان تصرفاته لانعدام أهلية أدائه و ذلك لصغر عقله و انعدام تمييزه و فقدان الرضا الحقيقي المشترط لصحة التصرف القانوني.

- و من حيث الجزاءات الجزائية فلا يعاقب بأية عقوبة بدنية فيما إذا ارتكب أي جناية من الجنایات، و لا حد عليه اذا ما ارتكب جريمة تستوجب الحد، و لكن تجب عليه الدية إن لم تكن له عاقلة و إلا فتجب الدية على عاقلته، و يجب عليه الضمان فيما أحدثه من تلف في مال الغير و لا يحرم الصبي غير المميز من إرث مورثه إذا قتله لسقوط المؤاخذه عنه.

رغم أنه شرعا ليس للتمييز و لا لتمام الأهلية في الشريعة الإسلامية سن معينة فلا تكون له ضوابط محددة و على ذلك اعتبر سن التمييز إكمال السابعة، و قام البلوغ الحقيقي مقام ظهور الرشد.

كما أن مجلة الأحكام العدلية و في نص المادة 943 لم تحدد سنا معينة للتمييز حيث نصت: «الصغير غير المميز هو الذي لا يفهم البيع و الشراء أي لا يعلم كون البيع سالبا للملك و الشراء جالبا له، و لا يميز الغبن الفاحش مثلا أن يغبن في العشرة بخمسة، من الغبن اليسير، و الطفل الذي يميز هذه المذكورات يقال له صبي مميز».¹

المطلب الثالث

تأثير الإذن بالتصرف على أهلية أداء القاصر «أحكام المأذون»

تبعا لتقسيم التصرفات القانونية للصبي المميز بالنسبة إلى أهلية أدائه الناقصة إلى أقسام ثلاثة نافعة نفعا محضا و هي صحيحة نافذة، و ضارة ضررا محضا و هي باطلة مطلقا، و تصرفات دائرة بين النفع و الضرر و هي تحمل النفع له كما تحمل أن تكون ضارة به بحيث تفوت عليه مصلحة أو ترتب عليه التزاما دون مقابل، أو حتى يمكن أن ينجم عنها خسارة مالية، و هذه التصرفات «تتوقف على إجازة الولي أو الوصي... و في حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء» المادة 83 ق أ ج.

و على ذلك فإن هذه التصرفات تقع صحيحة في ذاتها على ما ذهب إليه جمهور الفقهاء لوجود أصل الأهلية في الصغير المميز، و لكن نظرا لأنها أهلية ناقصة، فإن نفاذها يتوقف على إجازة وليه، فإن أجازها نفذت، و إن لم يجزها بطلت.

و طالما أن الصبي المميز يخضع قانونا و شرعا للحجر عليه في حالة عدم وجود ولي أو وصي عليه²، بحيث نصت المادة 99 ق أ ج «المقدم le curateur هو من تعينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها بناء على طلب أحد أقاربه أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة».

¹ أ/ الشيلخي: الرسالة السابقة 88/87 و انظر د/ السباعي: أحكام الأهلية و الوصية ص21
² العلامة: أبي عبد الله محمد بن أحمد المالكي: شرح ميادة الفاسي، ج 2 ط 2000، ص 340 و ما بعدها.

فإن في مزاولته لتصرفات قانونية دائرة بين النفع و الضرر يحتاج فيها إلى جانب الإجازة، أن يؤذن له بالتصرف، فما هو مضمون الإذن بالتصرف، كيف يتحقق و يثبت الإذن، ما هي حدوده، ما حكم تصرفاته بغير أو بدون عين، و متى يمكن استرداد الإذن بالتصرف، و متى يكون باطلاً؟

الفرع الأول

مضمون الإذن بالتصرف و إثباته

لا يمكن تحديد حكم الشرع الإسلامي و القانون الوضعي لتصرفات القاصر المميز المأذون و الدائرة بين النفع و الضرر إلا بتحديد المقصود بالإذن بالتصرف، و إثباته أولاً، لأن بعض الفقهاء يقررون بأن هذه التصرفات موقوفة على إجازة القاصر بعد بلوغه أو إجازة وليه، كما أن البعض الآخر يقول بصحة تصرفاته المأذونة له فيها، و عدم صحة غير المأذون له.

و حتى في مسألة الإذن بالتصرف وقع اختلاف من لذن فقهاء الشرع الإسلامي بين من يقول بعدم جواز الإذن للصبي المميز بإجراء التصرفات القانونية الدائرة بين النفع و الضرر إلا بعد بلوغه سن الرشد، و على من يجيزون له الإذن بالتصرف كاختبار له مع اشتراطهم في الصبي المميز الحصول على الخبرة اللازمة و النباهة.

أولاً/ مضمون الإذن بالتصرف و إثباته:

يجب تحديد المقصود بالإذن بالتصرف أولاً، و بعد ذلك يجب إثباته قانوناً، و يتحقق ذلك إما صراحة أو دلالة.

1- المقصود بالإذن بالتصرف:

الإذن للصبي المميز لمزاولة التجارة هو فك للحجر عنه و إسقاط من الولي أو الوصي لحقه في الإشراف على المأذون، و هذا عند فقهاء الحنفية و هو عندهم لا يتقيد بنوع معين من أنواع التجارة و لا يتوقت بوقت معين، فمتى أذن الولي أو الوصي للصغير المميز بمزاولة بعض أنواع التجارة كالبيع أو الشراء، كان مأذوناً بمزاولة مختلف أنواعها كالرهن و الإعارة و الإجازة و غيرها، و إذا أذن

بمزاولة التجارة في وقت معين أو مكان معين كان مأذونا في كل الأوقات و كل الأمكنة، لأن الإسقاط عند الحنفية لا يتقيد و لا يتوقت.

و في بعض المذاهب "الحنبلي" يتقيد الإذن و يتوقت، فينفذ فيما أذن له فيه فحسب، من نوع أو وقت أو مكان، و لا ينفذ في غيره.

2- إثبات الإذن بالتصرف:

جاء في نص المادة 84 ق أسرة ج: «للقاضي أن يأذن لمن يبلغ سن التمييز في التصرف جزئيا أو كليا في أمواله بناء على طلب من له مصلحة، و له الرجوع في الإذن إذا ثبت لديه ما يبرر ذلك».

كما جاء في نص المادة 967 من مجلة الأحكام العدلية قولها: «للولي أن يسلم الصغير المميز مقدارا من ماله و يأذن له في ماله و يأذن له بالتجارة لأجل التجربة، فإذا تحقق رشده دفع إليه باقي أمواله».

كما جاء عند بعض الفقهاء قولهم أن من أذن لعبده أو صبيه المميز في شراء أو بيع شيء صار مأذونا في شراء كل شيء و بيع ما شراه.

و على ذلك فإن الإذن بالتصرف و على غرار جميع الحقوق المدنية للشخص، يتحقق إما صراحة أو دلالة، فالإذن بالتصرف صراحة يتحقق مثلا بقول "الولي، الوصي، القاضي" للصبي المميز أذنت لك بمزاولة التجارة، أما الإذن بالتصرف دلالة أو ضمنا فيتحقق أيضا إذا رأى الولي مثلا الصبي المميز يشتري شيئا و يسكت عنه، فإن ذلك دليل الإذن، و إلا كان تغريرا من الولي بالبائع.¹

ثانيا/ حكم تصرفات القاصر المميز المأذون في التصرفات الدائرة بين النفع و الضرر:

تبين لنا مما سبق أن التصرفات الدائرة بين النفع و الضرر هي التي يتقابل فيها الأخذ و العطاء، فهي كما تجلب منفعة تنقص أخرى، و الأصل أن هذه التصرفات لا تصدر إلا من شخص يدرك بعمق كل آثارها، أي أنها لا تصدر إلا من شخص بالغ عاقل.

و إذا كان الفقهاء اختلفوا في حكمها بين من يجعلها موقوفة على إجازة الولي أو إجازة الصبي بعد بلوغه سن الرشد، و بين من يجعلها صحيحة إذا أذن الولي للصبي المميز بمباشرتها، فإن لم يأذن له بذلك فهي غير صحيحة، و من يجعل لها حكما واحدا و هو البطلان سواء أذن للصبي المميز بالتجارة أو لم يؤذن له بذلك.

و تبعا لهذا الاختلاف، اختلف الفقهاء أيضا في جواز الإذن للصبي المميز بتعاطي التجارة و التصرفات أو العقود المتكررة، أو بمعنى آخر التصرفات الدائرة بين النفع و الضرر:

¹ الدكتور: السباعي: أحكام الأهلية و الوصية، ص24/23.

- فالشافعية ورواية عند الحنابلة لا يجيزون الإذن للصبي بإجراء التصرفات العقدية إلا بعد بلوغ الصبي سن الرشد استنادا إلى الحديث النبوي الشريف: «رفع القلم عن الصبي حتى يبلغ» فاشتراط البلوغ ضروري لصحة الإذن، إذا انس منه الرشد بعد البلوغ وليس قبله.
- و الحنابلة في القول الراجح لديهم و المالكية و الحنفية و الزيدية يجيزون الإذن للصبي في التصرفات العقدية كاختبار له، لكن المالكية اشترطوا أن يعلم من الصبي المميز الخير، و ظاهره الحدق و النباهة، و أن يكون المال الذي يختبر فيه لا يؤدي إلى الافتقار، بمعنى آخر أن يكون في حدود مبلغ محدد بحيث لا يتضرر إذا غبن في تصرفه.
- لكن الأحناف و الحنابلة في الراجح، و الزيدية لم يشترطوا تلك الشروط التي قالها المالكية، فقد جاء في البدائع: «الابتلاء هو الإظهار بابتلاء اليتيم إظهار عقله بدفع شيء من أمواله إليه لينظر الولي هل يقدر على حفظ أمواله عند النوائب، و لا يظهر ذلك إلا بالتجارة، فكان الأمر بالابتلاء إذن بالتجارة و لا بد الصبي إذا كان يعقل التجارة، يعقل النافع من الضار فيختار المنفعة على المضرة، فكان أهلا للتجارة»¹.
- و جاء في نص المادة 967 من مجلة الأحكام العدلية: «للولي أن يسلم الصغير المميز مقدارا من ماله و يأذن له في ماله و يأذن له بالتجارة لأجل التجربة، فإذا تحقق رشده دفع إليه باقي أمواله».
- كما جاء في شرح الإزهار في باب المأذون ما نصه: «و من أذن لعبده أو صبيه المميز شراء أو بيع شيء صار مأذونا في شراء كل شيء و بيع ما شراه».
- كما أن الفقهاء المحدثين يذهبون إلى صحة تصرفات الصبي المميز المأذون آخذا بما جاء في المذهب الحنفي و إذا كان كذلك فله أن يتصرف حتى مع الغبن اليسير، لأن ذلك من عادة التجار.²
- لكن الجدل و الخلاف عند الفقهاء هو إذا تحقق غبنا فاحشا من تصرفات الصبي المميز المأذون:
- فالإمام أبو حنيفة ذهب إلى أنه يجوز له في حالة التجارة و يصح تصرفه مع هذا الغبن، لأن الإذن في التجارة يعتبر رفعا للحجر على الصغير في مدته، و من ثم يكون حكمه حكم كامل الأهلية يتصرف لولايته هو لا بالنيابة عن صاحب الولاية، و من ثم لا يؤثر في سلامة التصرف إذ ينطوي على غبن فاحش.
- و ذهب الصحابان إلى أنه لا يجوز للمأذون له بالتجارة أن يتصرف بالغبن الفاحش، لأن المقصود من التجارة الربح و البيع بغبن فاحش إتلاف لا ربح، فلا يملكه، و لأنه يباشر التصرفات المالية في حالة الإذن بالتجارة بنيابته عن الولي، لا بولايته هو، و الولي لا يملك التصرف مع الغبن الفاحش فكذلك نائبه.

¹ العلامة: موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة: المغنى ص 509 و ما بعدها.

² الدكتور: عبد الله الشرفي: حكم التصرفات القانونية لفاقد الأهلية ص 310/309، و أنظر الأستاذ: محمد بن محمود بن الحسين الاستروشني: أحكام الصغار ط 1997/1، ص 269 فقرة 914.

و إنما كانت الفترة بين سن التمييز و سن البلوغ هي فترة اختبار للصبي بالنسبة للعقود الدائرة بين النفع و الضرر، كي لا تنتقل دفعة واحدة من مرحلة لا عبارة له فيها أصلا إلى مرحلة يكون له فيها مطلق الحرية و كمال الأهلية.

اعتبر المشرع الجزائري أن من لم يبلغ سن التمييز "13 سنة كاملة" فاقدا للتمييز و لأهلية الأداء، و أبطل جميع تصرفاته، نصت المادة 1/82 ق أ ج:

«من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقا للمادة 42 من القانون المدني تعتبر جميع تصرفاته باطلة»

فإذا بلغ هذه السن 13 سنة، و لم يبلغ سن الرشد كاملة 19 سنة م 40 ق م ج، تكون له أهلية أداء ناقصة و حكم تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، و باطلة إذا كانت ضارة به، و تتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع و الضرر م 83 ق أ ج، بمعنى أنها قابلة للإبطال و قابلة للإجازة حسبما نص عن ذلك القانون المدني.

هذا و قد تضمنت حل القوانين الوضعية المتعلقة بالولاية على المال بعض الأحكام الخاصة بإذن القاصر بتسليم أمواله و إدارتها و التصرف فيها و الاتجار فيها بغية التدرج بالقاصر و تعويده على أوجه التعامل المختلفة حتى لا تسلم إليه أمواله للتصرف فيها دفعة واحدة.¹

كما أنه إدراكا لأهمية مرحلة التمييز في حياة الإنسان، فإن القوانين قد اهتمت بتنظيمها بوضع الضوابط و النصوص التي تحدد الطريقة و الكيفية التي على أساسها يتم اختبار الشخص لإدارة شؤونه بنفسه قبل بلوغه سن الرشد القانونية.²

و نورد الآن جملة من النصوص القانونية لقوانين مختلفة نحدد فيها ميدان الإذن «إدارة أموال أم الاتجار» و مدى تمتع القاصر المميز المأذون بالأهلية الكاملة:

فقد نصت المادة 62 ق م بجني على أن:

«الصبي المميز يجتبر في رشده قبل بلوغه بأن يأذن له وليه أو وصيه بإدارة شيء من أمواله و تختلف باختلاف الأحوال، فولد التاجر بالبيع و الشراء، و المحترف بما تتعلق بحرفته، و ولد المزارع بالمزارعة، و الصبية بتدبير شؤون بيتها، و ذلك لمعرفة الغاية المقصودة في الاختبار».

فيما نصت المادة 63 ق م بجني على حكم التصرفات التي يرمها القاصر المأذون بقولها:

¹ د/ أحمد فراج حسين: المرجع السابق ص216 و ما بعدها
² د/ عبد الله الشرفي: الرسالة السابقة ص289.

«يقع صحيحا منتجا لجميع آثاره تصرف الصبي المميز فيما أذن له على النحو المبين في المادة السابقة، و يستثنى من ذلك الغبن الفاحش و هو ما كان خارجا عما قدره العدل، ما لم يكن هناك عرف محلي يقضي بخلافه نقصا أو زيادة فإنه يجوز لولي الصغير أو وصيه، و للصغير نفسه رده إلى ما لا غبن فيه أو إبطاله...»

أما المشرع المصري فتعددت نصوصه القانونية في تحديد مجال الإذن و حدوده و سلطة الولي أو الوصي في الرجوع في الإذن، و أهم هذه النصوص:

نصت المادة 112 ق م م «إذا بلغ الصبي المميز الثامنة عشرة من عمره و أذن له في تسلم أمواله لإدارتها، أو تسلمها بحكم القانون كانت أعمال الإدارة منه صحيحة في الحدود التي رسمها القانون»
بينما نصت المادة 54 من قانون الولاية على المال المصري الصادر برقم 119 على أنه

«للولي أن يأذن للقاصر الذي بلغ الثامنة عشرة في تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها، و يكون ذلك بإشهاد لدى الموثق، و له أن يسحب الإذن أو يحد منه بإشهاد آخر مع مراعاة حكم المادة 1027 من قانون المرافعات».

و تنص المادة 55 من نفس القانون «يجوز للمحكمة بعد سماع أقوال الوصي أن تأذن للقاصر الذي بلغ الثامنة عشرة في تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها، و إذا رفضت المحكمة الإذن فلا يجوز تجديد طلبه قبل مضي سنة من تاريخ صدور القرار النهائي بالرفض».

ثم حددت المادة 56 من نفس القانون مزايا الإذن بالإدارة بقولها:

«للقاصر المأذون أن يباشر أعمال الإدارة، و له أن يفني و يستوفي الديون المترتبة على هذه الأعمال، و لكن لا يجوز له أن يؤجر الأراضي الزراعية و المباني لمدة تزيد على سنة، و لا أن يفني الديون الأخرى، و لو كانت ثابتة بحكم واجب النفاذ أو سند تنفيذي آخر إلا بإذن خاص من المحكمة أو من الوصي فيما يملكه من ذلك، و لا يجوز للقاصر أن يتصرف في صافي دخله إلا بالقدر اللازم الذي يسد نفقته، و من تلزمه نفقتهم قانونا».

و في مجال الإذن بالتجارة نصت المادة 57 من نفس القانون:

«لا يجوز للقاصر سواء كان مشمولاً بالولاية أو الوصاية أن يتجر إلا إذا بلغ الثامنة عشرة من عمره و أذنت له المحكمة في ذلك إذنا مطلقا أو مقيدا»

و في مجال أهلية القاصر لمأذون له بالإدارة أو التجارة، هل يتمتع بأهلية كاملة نصت المادة 64 من نفس القانون:

«يعتبر القاصر المأذون له من قبل وليه أو المحكمة كامل الأهلية فيما أذن فيه و في التقاضي فيه»

مما سبق يتضح أن مجال الإذن إما إدارة أموال القاصر أو الاتجار "أعمال التصرف" كالبيع و الرهن.

- فالإذن بالإدارة كما جاء في النصوص السابقة يهدف إلى صيانة رأس المال أو استثماره أو إنمائه للإنفاق من ريعه، فهو حينئذ لا ينطوي على ترخيص بالالتجار.
 - بينما الإذن بالالتجار فهو يهدف إلى مزاولة التجارة و الذي يمس مباشرة رأس المال كالبيع و الرهن و المقايضة فهي تستتبع مسؤوليات جسيمة قد تؤدي بالمال بأسره.
- فهل يتمتع القاصر المميز المأذون بالإدارة أو بالتجارة بكامل الأهلية على غرار كل من بلغ سن الرشد كاملاً؟

فبالنسبة لأهلية القاصر المأذون بالإدارة: فيعتبر القاصر في ظلّه كامل الأهلية بالنسبة لما أذن له، سواء كانت الأعمال التي قام بها من أعمال الإدارة التي أحاز القانون القيام بها، أو كانت من الأعمال التي اشترط القانون الحصول على إذن خاص من الولي أو المحكمة لمباشرتها، و ذلك متى حصل على الإذن. و ترتباً على ذلك رأى المشرع أن القاصر المأذون بالإدارة يبقى كامل الأهلية في التقاضي فيما أذن فيه ذلك أن الإدارة تقتضي قيام القاصر بمعاملات عدة قد تكون سبباً في نشوء نزاع بينه و بين من يتعاملون معه يوجب الالتجاء إلى القضاء.¹

أما بالنسبة لأهلية القاصر المأذون بالالتجار: فإن مقتضى الإذن بالالتجار أن يصبح القاصر أهلاً للقيام بجميع الأعمال التجارية إذا أذن له بمباشرتها و كذلك الأعمال الأخرى اللازمة لمباشرة تجارته، فله مثلاً أن يبيع و يشتري و يقرض و يقترض و يقاضي و يتقاضى و يتصالح و يحتكم و يسري التقادم في مواجهته و يحرم من الإفادة من قواعد الغبن المقررة لمصلحة التاجر، كما أنه إذا إحترف القيام بالأعمال التجارية فإنه يكسب صفة التاجر و يجوز شهر إفلاسه.

فالقاصر المأذون بالالتجار يكون على هذا النحو كامل الأهلية فيما يتعلق بالأعمال المتعلقة بالتجارة التي أذن بمباشرتها، و هذا ما تقتضي به المادة 64 من القانون 119 على أن القاصر المأذون يعتبر كامل الأهلية فيما أذن له فيه و في التقاضي فيه.² جججججججججج

و من أحكام القضاء المصري في تصرفات القاصر المميز "ناقص الأهلية" و المأذون بالتصرف فيما يلي:

الحكم الأول: «إن النص في المادتين 63/62 من القانون رقم 119 لسنة 1952، و في الفقرة الثانية من المادة 111 من القانون المدني يدل على أن القاصر المأذون يعتبر كامل الأهلية فيما أذن فيه، و أما التصرفات التي لم يأذن فيها فإنها تكون قابلة للإبطال لمصلحته متى كانت دائرة بين النفع و الضرر».³

¹ الأستاذ: محمد بن محمود بن الحسين الاستروشنى: المرجع السابق ص 270 فقرة 918

² الدكتور: كمال حمدي: الولاية عن المال ص 127 و ما بعدها، و أيضاً الدكتور: احمد فراج حسين: الملكية و نظرية العقد ص 219/218.

³ نقض 1980/3/4 طعن 260 س 43 ق

الحكم الثاني: «إذا كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن الالتزام الأساسي في العقد سند الدعوى هو تعلم المطعون ضده مهنة ميكانيكا النسيج، فإنه يكون عقد تدريب، لا يدخل في نطاق ما أذن القانون للقاصر إبرامه، و على ذلك يخضع للقواعد العامة في قانون الولاية على المال، و لأنه حوى شرطا جزائيا بإلزام المطعون ضده بأداء تعويض في حالة فسخ العقد و لأن العبرة في وصف العقد بوقت نشوبه لا بما قد يسفر عنه تنفيذه فإنه يكون منذ انعقد تصرفا دائرا بين النفع و الضرر و قابلا للإبطال لمصلحة القاصر.¹

الحكم الثالث: «ثبوت القصر عند التعاقد كاف لقبول دعوى الإبطال و لو تجرد التصرف الدائر بين النفع و الضرر من أي غبن مهما كان مقدار إفادة القاصر منه و لو لم يعلن القاصر قصره للمتعاقد الآخر أو أخفى حالته عنه أو ادعى كذبا بلوغه سن الرشد، و سواء كان هذا المتعاقد يعلم بحالة القصر أو يجهلها».²

الحكم الرابع: « إجراء القسمة بالتراضي جائز و لو كان بين الشركاء من هو ناقص الأهلية، على أن يحصل الوصي أو القيم على إذن من الجهة القضائية المختصة بإجراء القسمة على هذا الوجه و على أن تصدق هذه الجهة على عقد القسمة بعد تمامه حتى يصبح نافذا في حق ناقص الأهلية، و إذا كان البطلان المترتب على عدم مراعاة هذه الإجراءات قد شرع لمصلحة القاصر و من في حكمه حتى لا يتعاقد الوصي أو القيم على تصرف ليس له في الأصل أن يستقل به، فإن هذا البطلان يكون نسبيا لا يحتج بع إلا ناقص الأهلية الذي يكون له عند بلوغه سن الرشد إن كان قاصرا أو عند رفع الحجر عنه إن كان محجورا عليه التنازل عن التمسك بهذا البطلان و إجازة القسمة الحاصلة بغير إتباع هذه الإجراءات».³

الفرع الثاني

حدود الإذن بالتصرف، استرداده و بطلانه

لما كان الإذن للوصي المميز لمزاولة التجارة هو فك للحجر عنه أو إسقاط من الولي أو الوصي لحقه في الإشراف على المأذون و هذا عند فقهاء الحنفية، لأن تصرفات الوصي المميز الدائرة بين النفع و الضرر تبقى شرعا موقوفة على إذن الولي أو الوصي عند الحنفية و المالكية و الحنابلة، بخلاف الإمام الشافعي فيعتبر هذه التصرفات باطلة، لأن العقد عنده إما باطلا أو صحيحا، و إن العقد الباطل لا تلحقه الإجازة أو الإذن.

¹ المستشار أنور طلبية: مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية في خمسين عاما 1931 حتى 1951/12/31، ص 17/16/15، نقض 1964/1/23 طعن 190 س 29 ق

² المستشار أنور طلبية المرجع السابق نقض 1980/3/4 طعن 260 س 43 ق

³ المستشار أنور طلبية المرجع السابق نقض 1980/3/13 طعن 429 س 49 ق

و إذا كانت الحكمة من إعطاء الإذن للصبي المميز في تعاطي الأمور التجارية حين بلوغه سن التمييز و حتى بلوغه سن الرشد هي فترة اختبار و مران و تجربة كي تؤهله عند بلوغه رشيدا أن يستلم أمواله و يحسن التصرف بها و أن لا يكون انتقاله من طور انعدام العبارة إلى طور كمال الأهلية و العبارة انتقالا فجائيا، و قد جاء في الآية الكريمة قول الله تعالى في سورة النساء: «و ابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن أنستم منهم رشدا فادفعوا لهم أموالهم و لا تأكلوها إسرافا و بدارا أن يكبروا و من كان غنيا ليستغف»¹.

و على ذلك فما هي حدود الإذن بالتصرف للصبي المميز "خصوصا إذا كان التصرف بغبن فاحش أو غير فاحش" و متى يحق للولي أو الوصي استرداد الإذن "حالات الاسترداد" و متى يكون الإذن بالتصرف باطلا؟

أولا/ حدود الإذن بالتصرف

طالما أن تصرفات الصبي المميز الدائرة بين النفع و الضرر موقوفة على الإذن أو الإجازة عند أبي حنيفة و مالك و ابن حنبل خلافا للإمام الشافعي الذي يرى أن هذا التصرف ينعقد باطلا.

و باعتبار أن الإذن بالتصرف "إدارة أم تجارة" هو فك للحجر عن الصبي المميز و إسقاط من الولي أو الوصي لحقه في الإشراف على المأذون.

فقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في جواز الإذن للصبي المميز بتعاطي التجارة "هل يتقيد بنوع معين من أنواع التجارة، و هل يتوقف بوقت معين.

فالإمام الشافعي يرى أن هذا الإذن غير جائز لأن الصبي ليس أهلا للبيع لنقصان عقله، و لو صح بيعه لالتزم بالتسليم و الحديث النبوي الشريف لا يلزمه بشيء.

بينما الإمام أحمد بن حنبل فقد رويت عنه روايتان إحداهما تجيز الإذن للصبي المميز بالتجارة و هي المشهورة، و ثانيها لا تجيزه.

بينما المالكية أجازوا الإذن للصبي المميز بتعاطي التجارة و إنما اشترطوا للاختبار شرطين:

الأول: أن يعلم من الصبي خيرا.

¹ سورة النساء الآية 6

الثاني: أن يكون المال يسيرا كالخمسين و الستين دينار.¹

و عند فقهاء الحنفية فإن الإذن للصبي المميز لا يتقيد بنوع معين من أنواع التجارة، و لا يتوقف بوقت معين، فمتى أذن الولي أو الوصي للصغير المميز بمزاولة بعض أنواع التجارة كالبيع و الشراء، كان مأذونا بمزاولة مختلف أنواعها كالرهن و الإعارة و الإجارة و غيرها، و إذا أذن بمزاولة التجارة في وقت معين أو مكان معين كان مأذونا في كل الأوقات و كل الأمكنة، لأن الإسقاط - عند الحنفية - لا يتقيد و لا يتوقف.²

حتى و إن كانت بعض المذاهب الفقهية - الحنبلي - يتقيد الإذن و يتوقف، فينفذ فيما أذن له فيه فحسب، من نوع أو وقت أو مكان، و لا ينفذ في غيره، و هذا من ما أخذ به المشرع الوضعي حيث نصت المادة 57 من قانون الولاية على المال المصري مثلا:

«لا يجوز للقاصر سواء كان مشمولاً بالولاية أو الوصاية أن يتجر إلا إذا بلغ الثامنة عشرة من عمره و أذنت له المحكمة في ذلك إذنا مطلقاً أو مقيداً».

كما نصت المادة 64 من نفس القانون:

«يعتبر القاصر المأذون له من قبل وليه أو المحكمة كامل الأهلية فيما أذن فيه و في التقاضي فيه».

و على ذلك فإن حدود الإذن "الإدارة، التجارة، بنوع معين أم أكثر و وقت الإذن" قد حدد قانوناً، ففي إدارة أمواله كلها أو بعضها، و في مزاولة التجارة حدد ببلوغ الصبي ثمان عشرة سنة في القانون المصري، أما قبل هذا الوقت فلا يجوز الإذن له إلا فيما يحتاج إليه من نفقة، و له أن يتخذ له حرفة، أو يدخل في عقد عمل من أجل أن يدر عليه دخلاً يستطيع أن ينفقه في حاجته هو و من تلزمه نفقته ذلك أن سن الرشد هو إحدى و عشرون سنة في القانون المدني المصري.

كما يطرح إشكال آخر في حدود الإذن بالتصرف و يتمثل فيما لو غبن الصبي المميز في تصرفاته؟ فهل تصح هذه التصرفات؟

إذا كان الغبن يسيراً جاز بالاتفاق بين أبي حنيفة و صاحبيه لأن ذلك مما يتعذر الاحتراز منه في المبيعات، و إن كان فاحشاً جاز عند أبي حنيفة، لأنه بالإذن قد رفع الحجر عنه، فأصبح كالبالغ الراشد، و هو في الغبن

¹ الدكتور: حسين النوري: الرسالة السابقة ص 72/71.

² الدكتور: السباعي: المرجع السابق ص 23.

الفاحش ينفذ تصرفه لأن ما ينال الصبي من الفائدة في إجازة تصرفاته، يرجح على ما يخسره بالغبن الفاحش، وقال أبو يوسف و محمد لا ينفذ تصرفه في هذه الحالة لأنه كالتبرع، و هو لا يملك ذلك بالإذن.¹

ثانيا/ حق استرداد الإذن بالتصرف و حالة بطلانه

إن الإذن للصبي المميز بمزاولة التجارة و إدارة أمواله كلها أو بعضها جاء مستندا إلى الآية الكريمة: « و ابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن أنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم و لا تأكلوها إسرافا و بدارا أن يكبروا و من كان غنيا فليستعفف»

فمتى يحق للولي أو الوصي استرداد الإذن و ما هي شروط صحة الاسترداد، و متى يبطل الإذن بالتصرف للصبي المميز؟

1- حق استرداد الإذن بالتصرف:

سواء كان الإذن بالتصرف جاء من الولي أو الوصي بإذن من المحكمة، فإن الإذن بالتصرف هو ابتلاء، و الابتلاء هو الإظهار، و ابتلاء اليتيم إظهار عقله بدفع شيء من أمواله إليه لإختباره و إظهار قدرته على حفظ المال عند النوائب لأن الصبي لو عقل التجارة عقل النافع من الضار.

على أن المشرع أعطى الحق للولي أو الوصي في استرداد الإذن "إذا وجد ما يبرره"، جاء في نص المادة 54 من قانون الولاية على المال المصري:

«للولي أن يأذن للقاصر الذي بلغ الثامنة عشرة في تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها، و يكون ذلك بإشهاد لدى الموثق، و له أن يسحب الإذن أو يجد منه بإشهاد آخر مع مراعاة حكم المادة 1027 من قانون المرافعات».

و على ذلك فإن استرداد الإذن يعتبر حجرا مستأنفا على الصبي، و يشترط لصحة استرداد الإذن:

— أن يعلم الصبي المميز المأذون بحالة الاسترداد، فلو لم يعلم به و اشترى و باع كان تصرفه صحيحا لأن حكم الحجر لا يلزمه إلا بعلمه.

¹ الدكتور: السباعي: المرجع السابق ص 24/23.

— كما يشترط أن يعلم بالاسترداد أهل السوق، إن كان الإذن شائعا، و إن لم يعلم بالإذن إلا الصبي كفى في صحة الحجر علمه به.

2- بطلان الإذن بالتصرف:

يترتب على وفاة الولي "الأب" أو الوصي، الذي أذن للقاصر المميز بالتصرف، وقف الإذن و إبطاله و سحبه عنه، فتكون تصرفاته القابلة للإبطال خاضعة لحكم الشرع الإسلامي، موقوفة على إجازة الولي أو الوصي، و تعتبر باطلة بطلانا نسبيا قانونا، بحيث تكون قابلة للإبطال و قابلة للإجازة كما نص عن ذلك المشرع في أكثر من نص قانوني.

أما المأذون من قبل القاضي فلا ينعزل بموت القاضي.¹

مما سبق تبين لنا حكم التصرفات القانونية التي يرمها القاصر في كل من القانون و الفقه الإسلامي، حيث يعتبر القاصر المميز أهلا لبعض التصرفات القانونية دون غيرها، و لكن قد يجمل بهذه التصرفات لأي سبب من الأسباب، فما هي الآثار المترتبة عن هذا الإخلال؟ و بالأحرى فما هو جزاء إخلاله بهذه التصرفات القانونية؟ الإجابة عن ذلك هي محور المبحث الثاني الآتي:

المبحث الثاني

جزاء الإخلال بالتصرفات القانونية التي يكون القاصر المميز أهلا لها "قانونا و شرعا"

يترتب على انعقاد العقد صحيحا "تصرفات يكون فيها القاصر المميز أهلا للقيام بها" نشوء رابطة قانونية بين طرفيه تسمى بالرابعة التعاقدية، و هي ملزمة للمتعاقدين المدين و الدائن و قد عبر المشرع الجزائري عن قوة هذه الرابطة في المادة 106 ق م ج: «العقد شريعة المتعاقدين»، و رتب على ذلك أولا وجوب تنفيذ ما تقضي به هذه الرابطة "تنفيذ الالتزامات العقدية"، و ثانيا عدم جواز حل هذه الرابطة بإرادة واحدة إلا في حالات خاصة نص عنها المشرع.²

¹ الدكتور: السباعي: المرجع السابق ص 25/24.

² الدكتور: أنور سلطان: مصادر الالتزام ص 219 فقرة 265.

على أنه قد يتمتع أحد المتعاقدين "القاصر المميز مثلاً" عن تنفيذ التزامه العقدي، أو يتأخر عن تنفيذه رغم أنه أهلاً للقيام بهذه التصرفات، فتثار مشكلة الإخلال بالعقد أو التصرف القانوني، وهي مشكلة أثار خلافات وجدالات ونقاشات في الفقه الأجنبي والعربي على حد سواء ضمن موضوعات المسؤولية المدنية.

ومن المعلوم أن المسؤولية العقدية هي جزاء الإخلال بتنفيذ الالتزام العقدي، تنفيذاً عينياً، أو التأخير في تنفيذه.

ذلك أن المدين في العقد يجب عليه أن يقوم بتنفيذ الالتزام الذي ألقى على عاتقه. بموجب ذلك العقد، فإذا لم يتم بالتنفيذ في الموعد المحدد، وبالكيفية المتفق عليها تعرض للمسؤولية العقدية.¹

وعلى ذلك وطالما أن القاصر المميز يقوم بتصرفات هو أهل للقيام بها، فإن الآثار المترتبة على ذلك تكون أولاً، بوجوب تنفيذه لالتزامه العقدي تنفيذاً عينياً، وعند الإخلال بذلك تكون أمام التنفيذ بمقابل "عن طريق التعويض" وهو ما يعرف بالمسؤولية العقدية ثانياً.

المطلب الأول

تنفيذ القاصر المميز للالتزام العقدي الذي هو أهل له "تنفيذ العقد"

تناول التشريعات الحديثة الإلتزام على اعتبار أنه رابطة موحدة، غير أن البحث في القوانين القديمة، و في الأحص في القوانين الروماني والجرماني قد أبان أن الإلتزام يتضمن في الواقع عنصرين متميزين أحدهما عنصر المديونية «schuld» والآخر عنصر المسؤولية «Haftung» ويرتبط العنصران رباط الغاية بالوسيلة، ذلك أن المديونية تفرض على المدين واجب الوفاء كما تفرض على الدائن واجب قبول الوفاء، فإذا وفي المدين باختياره انقضت المديونية، وإن امتنع ظهر عنصر المسؤولية الذي يمكن الدائن من قهر المدين على الوفاء.

و في التشريعات القديمة كان التمييز واضحاً بيد هذين العنصرين، لأن كلا منهما كان ينشأ في الأصل بأعمال تختلف عن الأعمال المنشئة للآخر، ثم تطورت هذه الشرائع بعد ذلك فأصبح نفس العمل منشأً للمديونية والمسؤولية معاً، وبذلك ظهر الإلتزام بمعناه المعروف في الوقت الحاضر.²

و ضمن آثار العقد و الإلتزام نجد المشرع الجزائري قد حدد هذه الآثار في عدة نصوص قانونية منها «106، 107 ق م ج».

الفرع الأول

¹ الدكتور: محمد أبو جميل: إخلال المتعاقد بالتزامه العقدي ص 3.

² الدكتور: عبد المنعم فرج الصدة: نظرية العقد في قوانين البلاد العربية ط 1974 ص 8/7 فقرة 2/1

تحديد مضمون الإلتزام العقدي

جاء في نص المادة 106 ق م ج ما يلي:

«العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، و لا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون»

كما نصت المادة 2/107،1 على أنه

«يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه و بحسن نية

و لا يقتصر العقد على إلتزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون، و العرف، و العدالة، بحسب طبيعة الإلتزام»

و على ذلك فلا يمكن التحدث عن تنفيذ العقد اختياريا أو إجباريا إلا بعد معرفة ما هي الآثار المترتبة على العقد، و هذه لا تكون إلا من خلال تحديد مضمون العقد و الإلتزام.

إن تحديد مضمون الإلتزام أو العقد و وفقا لنص المادة 2/107، هو تحديد للالتزامات المترتبة عن العقد في ذمة المتعاقدين، و لا يقتصر في تحديد هذه الالتزامات على أساس ما اتجهت إليه الإرادة المشتركة للمتعاقدين فقط، و إنما على القاصر أن يضيف إلى هذه الالتزامات كل ما يعتبر من مستلزمات العقد.

و يسترشد في ذلك بطبيعة الإلتزام و القانون في أحكامه التفسيرية المكملة، و العرف و العدالة م2/107.

- من حيث طبيعة الإلتزام: فعلى القاصر مثلا مراعاة طبيعة الإلتزام، فإذا اقتضت هذه زيادة الالتزامات المترتبة عن العقد حتى و لو لم يذكرها المتعاقدان، كان عليه أن يقضي بهذه الالتزامات، فمن باع متجرا و جب عليه أن يسلم للمشتري السجلات التي تبين ما على المتجر من ديون و ماله من حقوق و ما يتصل به من عملاء و نحو ذلك.
- و من حيث القانون: فيجب على القاضي أن يستكمل العقد من خلال الأحكام التكميلية القانونية و المفسرة، لأن الإرادة عادة و غالبا يصعب عليها تحديد كل ما يمكن أن ينتج عن العقد.
- العرف: فهناك أيضا التزامات يقتضيها العرف وفقا للعادة الجارية، مثلها إضافة نسبة مئوية في فاتورة الفنادق و المطاعم و المقاهي لصالح الخدم.
- العدالة: و هي أيضا عامل يسترشد به القاضي لتحديد مضمون العقد، فإذا باع شخص شيئا لمشتري فإنه يلتزم نحوه ألا يكون نقل الحق إليه مستحيلا أو عسيرا.

و تعتبر مسألة تحديد نطاق و مضمون العقد من المسائل القانونية التي يخضع فيها القاضي إلى رقابة المحكمة العليا، فإذا تبين للمحكمة أن القاضي لم يأخذ بأحكام المادة 2/107 في نطاق تحديد مضمون العقد فإنها تنقض حكمه لخطأ في تطبيق القانون.¹

الفرع الثاني

كيفية تنفيذ العقد

إذا انعقد العقد صحيحا، فإنه يلزم المتعاقدين، و يلتزم كل متعاقد بالقيام بالالتزامات التي يرتبها العقد في ذمته، و يعبر عن ذلك بالقوة الملزمة للعقد و على كل طرف احترام العقد في حدود تنظيم العلاقات التي يحكمها كالقانون تماما، و يترتب على ذلك أنه لا يستطيع أحد أطرافه بإرادته المنفردة أن ينقضه أو يتحلل من العقد، و لا يحق له تعديله ما لم يصرح له القانون.

و قد عبر عن ذلك المشرع الجزائري في نص المادة 106 ق م ج

«العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه و لا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون»

و تقول المادة 1134 ق م ف في هذا المعنى أن الاتفاقات التي تمت على وجه شرعي تقوم بالنسبة إلى من عقدها مقام القانون

«les conventions légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites»

و مبدأ أن العقد شريعة المتعاقدين نتيجة لمبدأ سلطان الإرادة، على أنه يمكن أن نجد لهذا المبدأ أساسا خلقيا و اقتصاديا فالأساس الخلقي هو وجوب احترام العهد الذي يقطعه الإنسان، و الأساس الاقتصادي هو ضرورة توفير استقرار المعاملات بين الأفراد.

و لا يقتصر إلتزام المتعاقد «القاصر المميز» على تنفيذ العقد فقط، بل يمتد إلى تنفيذه وفق مبدأ حسن النية، جاء في نص المادة 107 ق م ج «يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه و بحسن نية».

و مبدأ حسن النية في العقود يسود سواء في إنشاء العقد و في تفسيره و في تنفيذه معا، و لم يعد هناك عقودا حرفية التنفيذ **Contrats des droits strict**، و عقود حسن نية **Contrats de bonne foi**، حيث أصبحت العقود جميعها في القانون الحديث راتدها حسن النية في التنفيذ.²

فوفقا لهذا المبدأ فإنه لو التزم متعهد بتوصيل أسلاك الكهرباء في دار، و جب عليه أن يقوم بتوصيلها من أقصر طريق ممكن، و أن أمين النقل يجب عليه أن ينقل البضاعة من الطريق الأصح بالنسبة إلى صاحبها.

¹ د/ حسن قفادة: الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ص141 فقرة 90 و ما بعدهما
² د/ صبري السعدي: شرح القانون المدني الجزائري: العقد ص 214/213 فقرة 304

كما أن التزام المتعاقد بمراعاة حسن النية في تنفيذ العقد هو التزام يفرضه القانون، و بالتالي فإن إخلال المتعاقد «القاصر المميز» بمبدأ حسن النية يستوجب مسؤوليته العقدية.¹

و طالما أن الالتزام فهو إيجاب الإنسان أمرا على نفسه إما باختياره و إرادته، و إما بإلزام الشرع له، أو بمعنى آخر هو التصرف الذي يتضمن الإلتزام بإنشاء حق من الحقوق أو نقله أو تعديله أو إنهائه أو إسقاطه سواء كان صادرا من شخص واحد كالوقف أم من شخصين كالبيع.

و على ذلك فإن الإلتزام يتحلل إلى عنصرين معا، عنصر المديونية و عنصر المسؤولية.²

- فعنصر المديونية، و هو الواجب القانوني الذي على المدين، و الذي مقتضاه أن يقوم المدين بأداء معين و هذا الواجب ينقضي بالوفاء الاختياري، و لا يخول الدائن سلطة جبر المدين على الوفاء.
- و عنصر المسؤولية، و مؤداه أن يكون للدائن أن يجبر المدين على الوفاء إذا لم يتم به من تلقاء نفسه و هذه المسؤولية تقع على المدين في ماله.

على أن عنصر المديونية هو العنصر الأساسي في الإلتزام، و أن المسؤولية «العقدية» ليست سوى وسيلة لأعمال المديونية، بتمكين الدائن من الحصول على دينه، و الغالب أن يقع الوفاء الاختياري، فلا تكون هناك حاجة إلى تحريك المسؤولية، إنما لا يكون الإلتزام كاملا إلا إذا اجتمع فيه هذان العنصران، و يقال له في هذه الحالة إلتزام مدني **obligation civile**.³

و يتميز الإلتزام المدني عن الإلتزام الطبيعي بتوافر عنصر المسؤولية فيه، و عنصر المسؤولية يتيح للدائن قهر المدين على التنفيذ إذا لم يتم به باختياره.

أولا/ التنفيذ العيني "الاختياري و الإجباري":

الأصل طالما أن القاصر المميز يتمتع بأهلية التصرف في بعض التصرفات القانونية - النافعة نفعاً محضاً - و حتى التصرفات الدائرة بين النفع و الضرر إذا أجازها ولي ناقص الأهلية أو أجازها هذا الأخير بعد بلوغه سن الرشد أو تحصل على الإذن المسبق بمباشرة هذه التصرفات، فإن الأصل في الوفاء أن يكون بعين ما التزم به المدين⁴ و يجب على الدائن أن يطالب به، فإن فعل فلا يجوز للمدين "القاصر المميز" أن يمتنع عنه، بل يجبر على القيام به إذا كان ذلك ممكناً، فإن كان مستحيلاً حكم عليه بالتعويض.

¹ د/ حسن قداة: المرجع السابق ص 143 فقرة 90

² د/ عبد المجيد محمد مطلوب: النظريات العامة ص 81.

³ الدكتور: فرج الصدة: نظرية العقد، ص 15/14 فقرة 9.

⁴ و مما قضت به محكمة النقض المصرية أنه: «متى كانت المحكمة قد رأت أن عدم التنفيذ يضر بالدائن ضرراً جسيماً فإنه لا تترتب عليها إذ هي أهملت حقاً أصيلاً لهذا الدائن، أن التنفيذ العيني للإلتزام هو الأصل و العدول عنه إلى التعويض النقدي هو رخصة لقاضي الموضوع تعاطيها كلما رأى من التنفيذ العيني إرهاقاً للمدين و بشرط ألا يلحق ذلك ضرراً جسيماً بالدائن، و قضت بالتنفيذ العيني و لا شأن لمحكمة النقض في التعقيب عليها في ذلك» محكمة النقض 1955/4/14 طعن رقم 424 سنة 21 ق اخذا عن موسوعة القضاء في المسؤولية المدنية التصديرية و العقدية: الدكتور: عبد المعين لطفى جمعة، الكتاب الثاني ط 1979 ص 7 ف 1586 عن عالم الكتب القاهرة.

و تعليل ذلك أن مطالبة الدائن بالتنفيذ العيني، تتضمن ضمناً المطالبة بالتنفيذ بمقابل إذا تعذر القضاء بطلبه الأول، و لذا لا يعتبر الحكم بالتعويض في هذه الحالة حكماً بما لم يطلبه المدعي.

على أن التنفيذ إذا كان الأصل فيه تنفيذاً عينياً اختيارياً، و قد يكون تنفيذاً عينياً إجبارياً و إذا لم يتحقق كل ذلك أمكن للدائن المطالبة بالتنفيذ بمقابل "بمعنى عن طريق التعويض".

1- التنفيذ العيني الاختياري:

نصت المادة 160 ق م ج: «المدين ملزم بتنفيذ ما تعهد به»
كما نصت المادة 164 ق م ج: «يجبر المدين بعد اعداره طبقاً للمادتين 181/180 على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً».

فالتنفيذ العيني الاختياري حينئذ يكون بوفاء المدين بما التزم به، فإذا كان قد التزم بإعطاء شيء فيكون الوفاء بتسليم هذا الشيء و المحافظة عليه م 167 ق م ج.
و إذا كان التزامه بعمل فيكون الوفاء بالقيام بهذا العمل 169 ق م ج و إن كان التزامه بالامتناع عن عمل فيكون الوفاء باحترام هذا الالتزام و عدم إتيان ما من شأنه مخالفته 173 م ج.

2- التنفيذ العيني الإجباري:

يتم التنفيذ العيني إجبارياً بواسطة السلطة العامة المختصة، و الموظف المختص بالتنفيذ هو المخضر القضائي، و يتولى عمله تحت إشراف القضاء، و أغلب ما يكون التنفيذ الجبري عن طريق الحجز على أموال المدين.

على أن الاستعانة بالسلطة العامة في التنفيذ يتطلب أن يكون بيد الدائن سنداً تنفيذياً أي حكماً قضائياً أو سنداً رسمياً محرراً أمام موثق و عليه أمر التنفيذ.

و طالما أن التنفيذ الجبري للالتزام هو تنفيذاً عينياً له فيكون التنفيذ بعين ما التزم به المدين، فإن استحالة ذلك تم التنفيذ بطريق التعويض أي بمقابل م 176 ق م ج.

و سواء كان التنفيذ عينياً أم بمقابل فيجب على الدائن في التشريع الجزائري أن يلجأ إلى إجراء سابق على التنفيذ يسمى الاعذار يثبت به على المدين تقصيره في الوفاء، نصت المادة 164 ق م ج:
«يجبر المدين بعد اعداره طبقاً للمادتين 181/180 على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً».

ثانياً/ التنفيذ بمقابل "التنفيذ بطريق التعويض":

نصت المادة 176 ق م ج: «إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، و يكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه».

فإذا كان الأصل هو التنفيذ العيني، إلا أن هناك من الحالات ما يتعين منها الالتجاء إلى التنفيذ بمقابل **exécution par équivalent**، و الحالات التي يمكن للدائن المطالبة في ظلها بالتنفيذ بمقابل هي:

- (1) إذا أصبح التنفيذ العيني مستحيلا لخطأ المدين، عدا الالتزام بدفع مبلغ من النقود فهو إلزام متصور دائما.
- (2) إذا كان تدخل المدين الشخصي ضروريا أو ملائما لتحقيق التنفيذ العيني، و لم يجد التهديد المالي في التغلب على تعنته و امتناعه.
- (3) إذا كان التنفيذ العيني ممكنا و لكن في تحقيقه إرهاق للمدين، أي أن فائدة الدائن لا تتناسب مع الضرر الذي يصيب المدين، و كان في التعويض النقدي ترضية كافية للدائن.
- (4) إذا كان التنفيذ العيني ممكنا تحقيقه على وجه ملائم دون تدخل المدين، و لكن لم يطلبه الدائن و لم يعرض المدين القيام به، ففي هذه الحالة يحل التنفيذ بمقابل محل التنفيذ العيني.

نوعا التعويض:

إذا لم ينفذ المدين "القاصر المميز في التصرف الذي يعد أهلا له" في الميعاد المحدد له، و على النحو المتفق عليه إلزام بالتعويض، و التعويض على نوعين كما نصت على ذلك المادة 176 ق م ج السابقة:

- التعويض عن عدم التنفيذ **dommages intérêt compensatoires**.
 - و التعويض عن التأخر عن التنفيذ **Dommages intérêt moratoires**.
 - على أن التعويض عن عدم التنفيذ يحل محل التنفيذ العيني، و لا يجتمع بالبداهة معه.
 - أما التعويض عن التأخير فيجتمع مع التنفيذ العيني إذا قام المدين بتنفيذ التزامه متأخرا عن الميعاد المعين له، كما يجتمع مع التعويض عن عدم التنفيذ إذا لم يقم المدين أصلا بما تعهد به.
- و الالتزام بالتعويض لا يعتبر في الفقه التقليدي التزاما جديدا حل محل الالتزام الأصلي، و إنما هو طريق لتنفيذ هذا الالتزام، و لذلك فإن التأمينات المقررة لضمان التزام المدين تبقى لضمان الوفاء بالتعويض.¹

المطلب الثاني

في المسؤولية العقدية "جزاء القوة الملزمة للعقد"

إن جزاء القوة الملزمة للعقد قانونا و فقها يتلخص في أمرين:

¹ الدكتور: أنور سلطان: أحكام الالتزام ص 34 فقرة 30 و ما بعدها.

الأول/ هو التنفيذ العيني الاختباري أو الإجباري للالتزام إذا كان هذا ممكناً، و هذا العنصر يدخل ضمن آثار الالتزام.

الثاني/ هو التنفيذ عن طريق التعويض، و ذلك إذا لم يكن التنفيذ العيني للالتزام العقدي ممكناً، أو كان ممكناً و لكن لم يطلبه الدائن و لم يبد المدين استعداده للتنفيذ العيني، فلا يكون أمام القاضي إلا الحكم بالتعويض إذا توافرت شروطه و هذه هي المسؤولية العقدية **1. Responsabilité contractuelle**.

و قد عرف البعض المسؤولية العقدية بأنها جزاء الإخلال بتنفيذ التزام ناشئ عن العقد، كما عرفها البعض الآخر بتعريف شامل بأنها: «مسؤولية المتعاقد في عقد صحيح نافذ لازم عن عدم تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد أو التأخر في تنفيذها مما يستوجب تعويض المتعاقد الآخر عما سببه ذلك من ضرر له»

فوفق هذا التعريف فإنه يجب أن تتوفر العناصر الآتية لقيام مسؤولية عقدية:

- 1) وجود عاقد تتوفر فيه الأهلية القانونية "و هو هنا قاصر مميز مأذون أو أجاز التصرف".
- 2) تقوم المسؤولية في ظل عقد صحيح، توفرت فيه شروط صحة و النفاذ و اللزوم.
- 3) أن يخل العاقد بالتزام ناشئ عن العقد، يجب عليه الوفاء به، و قد يكون الإخلال بعدم تنفيذ الالتزام، أو بأن يقوم بتنفيذه في وقت متأخر عن الوقت المحدد في العقد.
- 4) أن يترتب على عدم التنفيذ أو التأخر في تنفيذ الالتزام ضرراً يلحق المتعاقد الآخر، مما يستوجب المسؤولية العقدية.²

و على ذلك فإن جزاء الإخلال بالالتزامات التي يكون القاصر المميز أهلاً للقيام بها "إبرامها" إضافة إلى الإيجابار على التنفيذ العيني للالتزام، أن يلزم بالتعويض تأسيساً على الضرر الذي يحدثه للمتعاقد الآخر.

فما هو مفهوم المسؤولية العقدية، و ما هو نطاقها، و ما هي أركانها، و هل يخضع القاصر المميز إلى آثار المسؤولية العقدية "التعويض" أن تحقق فيه شروط المسؤولية العقدية؟

الفرع الأول

ماهية المسؤولية العقدية و نطاق تطبيقها

¹ الدكتور: صبري السعدي: شرح الق م ج: ص 327 فقرة 320
² الدكتور: الشحات الجندي: ضمان العقد او المسؤولية العقدية في الشريعة الاسلامية مقارنة بالقانون المدني ط 1990، ص 10/9.

أولا/ الماهية:

المسؤولية العقدية مصطلح قانوني لم يتناوله الفقهاء المسلمون تحت هذا العنوان، لكن هذا المصطلح المكون من كلمتي المسؤولية العقدية، له دلالة محددة في اللغة و الشرع، و هذه الدلالة ليس لكونهما مصطلحا فقهيا، و إنما باعتبار أن كلا منهما له معنى و مفهوم يبين من اقتراحهما و إضافة كل منهما للآخر.

— ففي اللغة: نجد أن المسؤولية تعني المحاسبة و المؤاخذة على ما كلف به الإنسان، فمن كلف بشيء أي ألزم بما فيه كلفة، فعليه أن يؤديه و أن يقوم به على الوجه الأكمل.

و قد جاءت النصوص الشرعية مقرة لمسؤولية الإنسان في مواضع عدة منها قوله تعالى: «و قفوهم إنهم مسؤولون» و قال: «ثم لتسألن يومئذ عن النعيم»¹.

كما جاء في الحديث النبوي الشريف قول الرسول صلى الله عليه و سلم: «كلكم راع و كلكم مسؤول عن رعيته، و الأمير راع و الرجل راع على أهل بيته، و المرأة راعية على بيت زوجها و ولده، فكلكم راع و كلكم مسؤول عن رعيته» و إجماع هذه النصوص تدل على أنه لا تكليف بدون مسؤولية، و أن المرء مؤاخذ عن عمله، و محاسب على التزامه، أيا كان مصدره الشرع أو الاتفاق.

كما أن العقد في اللغة فهو نقيض الحل، ثم استعمل في أنواع العقود في البيوعات و العقود و غيرها، ثم استعمل في التصميم و الاعتقاد الجازم.

— أما العقد في الاصطلاح الشرعي: عبارة عن ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر، على وجه يثبت أثره في المعقود عليه.²

و قد عرف المشرع الجزائري العقد كأحد مصادر الالتزام في نص المادة 54 من القانون رقم

10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005:

«العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخريين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما»
كما أن مسؤولية الإنسان عن العقد الي أبرمه تتأتى من تلاقي الإيجاب و القبول بين المتعاقدين، لأن المسلم مكلف بأداء التزامه، و التحمل بآثار قوله و أفعاله، من مجرد قوله الذي تفوه به أو عمله الذي أتاه، وفق الصيغة الشرعية المقررة.

¹ سورة التكاثر الآية 8

² الدكتور: الشحات الجندي: المرجع السابق ص 12/11.

فحقيقة المسؤولية العقدية حينئذ هي جزاء إخلال أحد العاقدين بالتزام ناشئ عن العقد الذي أبرمه
و لا صلة لها بالتنفيذ العيني للالتزام.

إن المسؤولية العقدية في الشرع الإسلامي من الظهور. يمكن، و لا أدل على ذلك من قوله تعالى: «يا أيها
الذين آمنوا أوفوا بالعقود».¹

و هذا المصطلح يفيد أنه يجب على كل مؤمن أن يفي بما عقده و ارتبط به، و ليس لأحد أن يقيد ما أطلقه
الشارع إلا بيّنة منه، فالتراضي بين المتعاقدين شرط في صحة العقد لقوله تعالى: «عن تراض منكم».

فكل قول أو فعل يعده الناس عقداً، فهو عقد يجب أن يوفوا به كما أمر الله تعالى، ما لم يتضمن تحريم
حلال، أو تحليل حرام مما ثبت في الشرع.

و لعل أظهر موضع جمع فيه النص من مفردات مصطلح المسؤولية العقدية ورد في قوله تعالى في سورة
الإسراء: «و أوفوا بالعهد إن العهد كان مسؤولاً».²

يقول ابن كثير أن قوله تعالى: "أوفوا بالعهد" أي الذي تعاهدون عليه الناس، و العقود التي تعاملوا بها، فإن
العهد و العقد كل منها يسأل عنه صاحبه.

ثانياً/ النطاق:

أما من حيث نطاق المسؤولية العقدية فإن الشرع الإسلامي على خلاف القانون الوضعي و شراحه لا
يحصر النطاق في جانبها الجزائي كما هو وارد قانوناً، و إنما أضافت الشريعة الإسلامية إلى النطاق الجزائي
الضمير الديني و القاعدة الأخلاقية، و بمعنى آخر أنها أصلت المسؤولية العقدية على القاعدة الدينية، و القاعدة
القانونية، و القاعدة الأخلاقية، و هو ما يوفر لها قوة و فعالية تحمل العاقد على الوفاء بالتزاماته، انطلاقاً من
عقيدة راسخة تسبق الإلزام عن طريق السلطة العامة، و تهيمن على قواعد المسؤولية العقدية في كافة مناحيها.

كما أن أساس ذلك أن المسؤولية المرتكزة على الضمير الديني هي مسؤولية منشؤها محكمة الضمير الديني،
و هي الموجهة لتصرفات العاقد الآخذة بزمام المبادرة في الوفاء بالتزاماتها اتجاه الغير، و لذلك تعد هذه المسؤولية

¹ سورة المائدة: الآية 1

² سورة الإسراء الآية 34

"الدينية" هي افعال أنواع المسؤولية و هو ما أبرزته الآية الكريمة: «و أوفوا بعهد الله إذا عاهدتم، و لا تنقضوا الأيمان بعد توكيدها و قد جعلتم الله عليكم كفيلاً».¹

و تقف إلى جانب ذلك مسؤولية أخلاقية، و هي تابعة لمسؤولية دينية، تسير في ركابها، لأن القاعدة الدينية تحمي الأخلاق الفاضلة و القيم الرفيعة، و هذا يفسر كثيراً من الأحكام الإسلامية.

إن توفر المسؤولية الدينية و المسؤولية الأخلاقية كذلك يقلل من الاتجاه إلى المسؤولية القانونية، لأن المسؤولية الأخيرة يلجأ إليها عند عدم وفاء العاقد بالتزامه، الأمر الذي يبرر اللجوء إلى القوة الجزرية بحمله على الوفاء بواسطة السلطة العامة، و يجعل استخدام وسائل هذه المسؤولية قاصراً على الحالات الخاصة، بالنسبة للأشخاص الذين لم ينضبطوا بضوابط المسؤولية الدينية، و من تجردت نفوسهم من الوازع الديني، و حيث أن هؤلاء موجودون في كل مجتمع، فإن النظرة الإسلامية هي نظرة تكاملية، تعم كل الحالات، و تستهدف أقصى قدر من الوفاء بالحقوق و أداء الواجبات، بمعالجتها النفس البشرية من الداخل بالتربية و التهذيب و من الخارج بإظهار لقوة القاعدة القانونية لمن تسول له نفسه مطل حقوق الناس و عدم قيامه بواجباته اتجاههم.²

الفرع الثاني

أركان المسؤولية العقدية و مدى خضوع القاصر المميز إلى آثارها "التعويض"

إن استحالة تنفيذ التعاقد لالتزامه مرده إما لسبب أجنبي "قوة قاهرة، حادث فجائي فعل الغير" أو أن يكون راجعاً إلى فعل المدين نفسه.

ففي الحالة الأولى: لا يمكن أن يسأل المدين "بوجه عام" عن عدم قيامه بالتنفيذ.

بينما في الحالة الثانية: فيكون مسؤولاً عن عدم التنفيذ مسؤولية أساسها الإخلال بالتزام عقدي، لذا توصف مسؤوليته عن ذلك بالمسؤولية العقدية، و التي تقضي أحكامها بإلزام المدين بالتعويض عن عدم قيامه بالتنفيذ عن كل الأضرار التي تلحق الدائن من جراء ذلك.

و إن كان المتعاقد المدين هو شخص قاصر مميز، و تحقق بشأنه إخلال تنفيذه التزامه العقدي، فهل يسأل عن التعويض إذا تحقق بشأنه شروط المسؤولية العقدية و أركانها؟

¹ سورة النحل الآية 91

² الدكتور: محمد الشحات الجندي، المرجع السابق، ص 12 و ما بعدها

بناء على ذلك فما هي أركان المسؤولية العقدية، و ما مدى مسؤولية القاصر المميز عن إخلاله بتنفيذ التزامه.

أولاً/ أركان المسؤولية العقدية: يجب لتقوم المسؤولية العقدية أن يكون عدم تنفيذ المدين لالتزامه، راجعاً إلى خطئه، و إلا كان غير مسؤول بداهة عنه، و إن ينجم عن إخلال المدين بالتزامه ضرر يصيب الدائن و إلا لما وجد محل لتعويضه، و على هذا تكون عناصر المسؤولية العقدية ثلاثة، الخطأ و الضرر و علاقة السببية بين الخطأ و الضرر.

و لما كانت هذه الأركان "العناصر" هي بذاتها عناصر المسؤولية التقصيرية، فإننا سنقتصر هنا على إبراز ما يميز أركان المسؤولية العقدية.¹

1- الخطأ العقدي:

في الأصل أن المدين "القاصر المميز" يسأل عن فعله الشخصي الذي أدى إلى عدم تنفيذ الالتزام، لكن قد يسأل عن فعل الغير كذلك في الحالة التي يستخدم فيها المدين أشخاصاً آخرين في تنفيذ التزامه العقدي، و يسأل كذلك عن الأشياء التي في حراسته.²

فما هو الخطأ العقدي، و ما هي صورته "تحقيق نتيجة، بذل عناية" بناء على محل العقد، و الخطأ العقدي الشخصي، و عن الغير أو الأشياء بوجه عام.

أ. مفهوم الخطأ العقدي La faute contractuelle:

المراد بالخطأ العقدي هو عدم قيام المدين بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد، أو التأخير في تنفيذها، أي كان السبب في ذلك، و يستوي في ذلك أن يكون عدم التنفيذ نشأ عن عمد أو إهمال أو عن فعله دون عمد أو إهمال.

إن عدم تنفيذ المدين لالتزامه التعاقدية يعتبر خطأً في ذاته يترتب مسؤوليته العقدية، التي لا يدروها عنه إلا إذا اثبت قيام السبب الأجنبي الذي تنتفي به علاقة السببية³ و هذا هو المعنى المقصود من المادة 176 ق م ج التي تقضي:

¹ الدكتور: جمال الدين زكي: نظرية الالتزام في القانون المدني المصري ص 160/161 فقرة 146.

² الدكتور: حسن ققادة: مصادر الالتزام ص 144 فقرة 92.

³ و هذا ما قضت به محكمة النقض المصرية أن مجرد عدم تنفيذ المدين لالتزامه التعاقدية يعتبر في ذاته خطأً موجباً للمسؤولية التي لا يدروها إلا

«إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، و يكون الأمر كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه».

إن المادة 176 ق م تقرر مبدأ المسؤولية و الالتزام بالتعويض جزاء عدم الوفاء بالتزاماته الناشئة من العقد، فالمدين الذي التزم بالعقد يجب عليه تنفيذ التزامه، فإذا لم يقيم المدين في العقد بتنفيذ التزامه كان هذا هو الخطأ العقدي، و لا يستطيع هذا الأخير نفي افتراض الخطأ عن نفسه إلا إذا أثبت أن عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي راجع إلى سبب أجنبي.¹

كما أنه يتضح من نص المادة السابقة أن المسؤولية العقدية تقتصر على الحالات التي يستحيل فيها تنفيذ الالتزام عيناً، ذلك لأن الالتزام بدفع مبلغ من النقود يكون دائماً ممكناً تنفيذه عيناً، فلا محل للتعويض عن عدم التنفيذ.

و قد ذهبت المحكمة العليا في عدة قرارات إلى أنه:

- إن مجرد الإخلال بالتزامات العقد أو التقصير في تنفيذها هو خطأ عقدي.²
- إن مجرد عدم الوفاء بالتزام في الميعاد يعتبر في ذاته خطأ تعاقدياً و يفرض فيه أنه هو السبب فيما أصاب الدائن من ضرر.³
- إن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية على الوجه المتفق عليه في العقد.⁴
- كما أن مسؤولية الناقل تبقى قائمة عن الحسائر أو الأضرار التي تلحق البضاعة منذ تكفله بها حتى تسليمها إلى المرسل إليه.⁵

و يلاحظ أن الفقه الإسلامي قرر مبدأ الإلتزام بالعقود و الوفاء بما جاء فيها من التزامات و شروط و هذا لقوله تعالى:

«يا أيها الذين امنوا أوفوا بالعقود».¹

إثبات السبب الأجنبي، بتاريخ 1955/12/17 طعن سنة 21، و أن أساس المسؤولية العقدية هو الخطأ العقدي أي الإخلال بالتزام عقدي محكمة استئناف القاهرة الدائرة الرابعة المدنية 1958/05/25 استئناف رقم 456 سنة 74 ق.

¹ المحكمة العليا، غ م 30 مارس 1983، رقم 27429، م ق 1/1989 ص 42 "في مسؤولية ناقل المسافرين".

² المحكمة العليا، غ م 13 جوان 1990، رقم 61489 م ق 4، ص 65 "في عقد المقاوله".

³ المحكمة العليا، غ م 13 جوان 1990 المذكور سابقاً، و أيضاً مجلس قضاء وهران 17 جوان 1976 رقم 1976/231 غير منشور "تأخر الناقل الجوي للأشخاص".

⁴ المحكمة العليا، غ م ب 19 فبراير 1989 رقم 55935، م ق 1990، 3، ص 124 "في عقد البيع".

⁵ المحكمة العليا، غ م ب 1987/12/17 رقم 59509 م ق 1991، 1 ص 76.

«و الذين هم لأماناتهم و عهدهم راعون».²

و من هنا قال فقهاء الشريعة الإسلامية أنه يجب على المدين قدر المستطاع أن يفي بالتزاماته عينا، لأن هذا التنفيذ هو الأصل المقصود في الالتزامات، و أن التنفيذ البدلي "و هو التعويض عن الضرر الناجم عن عدم التنفيذ الأصلي" لا يصح شرعا إلا عند تعذر الأصل، أما عند استحالة التنفيذ لسبب فعل المدين أو خطئه و جب عليه الضمان.

و على ذلك فإن الخطأ العقدي هو انحراف إيجابي أو سلبى في سلوك المدين يؤدي إلى مؤاخذته و معيار الانحراف هنا هو معيار الرجل العادي أو ما يسمى برب الأسرة المعنى بأمور نفسه، و يستفاد هذا من نص المادة 172.³

و فكرة الشخص العادي هي فكرة مجردة يرجع في تحديدها إلى الرجل العادي في طائفة الناس التي ينتمي إليها المدين، فإذا كان المدين تاجرا مثلا فيقارن مسلكه لمعرفة ما إذا كان قد ارتكب خطأ بمسلك التاجر العادي إذا ما وضع في نفس ظروفه.⁴

ب. صورته:

و الأصل أن يسأل المدين عن عمله الشخصي، و قد يسأل عن عمل غيره أو عن الأشياء التي في حراسته و في جميع هذه الحالات تقوم مسؤولية المدين العقدية.

ب1/ الخطأ العقدي في مسؤولية المدين عن عمله الشخصي:

لا يكفي عدم تنفيذ العقد لقيام المسؤولية العقدية، بل يجب أن يكون عدم التنفيذ راجعا إلى خطأ المدين و نسبة واقعة عدم التنفيذ إلى خطأ المدين و هي التي تقوم عليها المسؤولية العقدية هي بيت القصيد في مشكلة إثبات الخطأ العقدي، بمعنى هل يتعين عليها الدائن أن يثبت عدم تنفيذ الالتزام و نسبة هذه الواقعة إلى خطأ المدين أم يكفي أن يثبت عدم التنفيذ فيفترض الخطأ في جانب المدين، و يكون على هذا الأخير إن أراد نفي مسؤوليته أن يقيم الدليل على وجود السبب الأجنبي؟

¹ سورة المائدة الآية 1

² سورة المؤمنون الآية 3

³ و هذا ما قضت به محكمة استئناف القاهرة بقولها انه: «إذا ما ثبت أن الملتزم لم يقم بالعناية التي يبذلها الرجل المعتاد كان مقصرا و مسؤولا عن الضرر الذي قد يصيب الغير» محكمة الاستئناف القاهرة الدائرة الثالثة المدنية 1958/06/24، استئناف رقم 155 سنة 74 ق.

⁴ الدكتور: بلحاج العربي: نظرية الالتزام، ج1، التصرف القانوني، ص 266 فقرة 203 و ما بعدها.

ففي النوع الأول "الإلزام بتحقيق نتيجة" Obligation de résultat:

فإن تنفيذه لا يكون إلا بتحقيق غاية معينة هي محل الإلتزام، كالاتزام بنقل الملكية، أو الإلتزام بإقامة بناء، أو الإلتزام بتسليم بضاعة، و يكفي عدم تحقيق الغاية لوقوع الخطأ العقدي من جانب المدين، و يتعين عليه إن أراد نفي المسؤولية العقدية عنه، أن يقيم الدليل على وجود السبب الأجنبي الذي ترتب عليه عدم تنفيذ الإلتزام¹، و هذا هو مدلول نص المادة 176 ق م ج إذا استحال على المدين أن ينفذ الإلتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت ان استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا بد له فيه، و يكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه.

أما النوع الثاني «الإلتزام ببذل عناية» obligation de moyen

ففي هذا النوع من الإلتزام، فإن الواجب الملقى على عاتق المدين هو بذله العناية في تنفيذ التزامه دون أن يكون مطالباً بإدراك النتيجة أو تحقيق الهدف النهائي الذي يسعى إليه الدائن، و العناية المطلوبة وفقاً لنص المادة 172 ق م ج هي عناية الرجل العادي و هو رب الأسرة المعني بشؤون نفسه، و يكفي لقيام الخطأ العقدي مجرد عدم بذل المدين العناية المطلوبة منه لوقوع الخطأ العقدي من جانبه.

فالتبيب مثلاً لا يضمن للمريض الشفاء، أو نجاح العلاج و إنما يسأل فقط عن تقصيره في بذل ما تفرضه عليه مهنته من عناية بمريضه.

و قد طبقت المحكمة العليا في حكمها الصادر في 30 جوان 1990 هذا المدلول

حيث قررت بأن مسؤولية الطبيب لا تقوم قانوناً إلا إذا أثبت الضحية أن الضرر كان نتيجة إهمال أو تقصير في العلاج.²

و لعل اختلاف الوضع بين الإلتزامين السابقين راجع إلى طبيعة كل منهما، إذ في الإلتزام الأول المطلوب هو تحقيق غاية معينة، فإذا قصر المدين عن تحقيقها فيمكن افتراض وقوع الخطأ منه، أما في الإلتزام الثاني فالمطلوب من المدين هو بذل جهد معين، و لذا يكون مثار التراع عادة ليس في عدم تنفيذ الإلتزام، بل في سوء تنفيذه، و الوضع الطبيعي في هذه الحالة أن على من

¹ د/ جمال الدين زكي: نظرية الإلتزام ص 162 فقرة 148

² المحكمة العليا، ع 1 د 30 جوان 1999

يدعي سوء التنفيذ و هو الدائن بداهة، إقامة الدليل على خطأ المدين بإثبات قصور العناية التي بذلها عن عناية الشخص العادي.

و يضاف إلى هذين النوعين من الالتزامات التزام ثالث يسمى بالالتزام بالسلامة كما هو¹ الشأن في ناقل المسافرين و جراح الأسنان، و عيادة الأمراض النفسية...، و قد طبقت المحكمة هذا الالتزام في مسؤولية ناقل المسافرين حيث اعتبرت الناقل ملتزماً بنتيجة هو توصيل الراكب بالمال لجهة المتفق على نقله إليها، و لا يجوز إعفاؤه من هذه المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي للضرر بحيث لم يكن يتوقعه و لم يكن في استطاعته تفاديه.²

ب/2 الخطأ العقدي في المسؤولية عن فعل الغير

الخطأ العقدي في مسؤولية المدين «القاصر المميز» عن فعل الغير، يتمثل أيضاً في عدم تنفيذ الالتزام الذي يقع على المدين «القاصر المميز»، و لكن عدم التنفيذ يرجع إلى فعل الغير "خطأ عقدياً"³، حتى و لو كان هذا الفعل سبباً أجنبياً تنتفي معه مسؤولية المدين، و ذلك لأن السبب الأجنبي لا ينفى الخطأ، «و قد وقع فعلاً متمثلاً في عدم تنفيذ الالتزام العقدي»، و إنما يهدر ركن السببية فلا تتحقق المسؤولية و لا يؤثر في تحقق الخطأ العقدي أن يكون عدم الوفاء راجع إلى فعل شخص آخر غير المدين⁴، سواء كان هذا الشخص تابعاً له أم كان بديلاً عنه أو نائباً أو مساعداً في تنفيذ العقد، حيث تتحقق مسؤولية المدين العقدية عن فعل الغير.

و قد حكمت المحكمة العليا الجزائرية بأنه من المقرر قانوناً أن متولي الرقابة مسؤول عن الأضرار التي يلحقها للغير الأشخاص الموضوعون تحت رقابته، و لما كان من الثابت في قضية الحال أن المجلس القضائي حمل المستشفى مسؤولية وفاة الضحية نتيجة اعتداء وقع عليها من أحد المرضى المصابين عقلياً، و اعتبر ذلك إخلالاً منها في واجب الرقابة الواقع على عاتقها، و بقضائه كما فعل طبق القانون تطبيقاً صحيحاً.⁵

¹ د/ أنور سلطان: مصادر الالتزام ص 242 فقرة 298

² المحكمة العليا الغرفة المدنية 1983/04/30

³ الدكتور عبد المعين لطفي جمعة: موسوعة القضاء في المسؤولية المدنية التقصيرية و العقدية ط 1979، ص 98 و ما بعدها ف 1729 عن عالم الكتب القاهرة

⁴ د/ فرج الصدة: نظرية العقد ص 507 فقرة 314

⁵ المحكمة العليا ع أ د 1988/07/16، م ق 1، 1991، ص 120 فالمستشفى ارتكب خطأ عقدياً بعدم تنفيذه للالتزامات العقدية المتمثلة في العناية بالمرضى الماكثين في المستشفى، أو حتى التقصير في ذلك

و إذا تحققت مسؤولية المدين العقدية عن فعل الغير قبل دائه، كان له أن يرجع بدوره على الغير أما بالمسؤولية العقدية اذا كان قد كلفه تنفيذ العقد، و أما بالمسؤولية التقصيرية إذا كان الغير قد قام بتنفيذ العقد بتكليف من القانون.¹

و مسؤولية المدين العقدية عن فعل الغير مقررة ضمنا بمقتضى الفقرة الثانية من المادة 178 ق م ج بقولها: «يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى إلا ما ينشأ عن غشه، أو عن خطئه الجسيم، غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفاءه من المسؤولية الناجمة عن الغش، و الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه».

فجواز الاتفاق على إعفاء المدين من المسؤولية عن خطأ أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه مقتضاه أن المدين مسؤول عن خطأ هؤلاء الأشخاص.

و قد قرر المشرع السوداني صراحة مسؤولية المدين العقدية عن فعل الغير، حيث نصت المادة 200 من القانون المدني السوداني

1. يكون المدين مسؤولاً عن الخطأ الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه التعاقدى.

2. لا يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته عن الغش و الخطأ الجسيم الذي يقع من أولئك الأشخاص في تنفيذ التزامه»

و حتى تتحقق مسؤولية المدين العقدية عن فعل الغير يجب أن تتوفر الشروط الآتية:

1- أن يكون هناك عقد صحيح بين المدين و المضرور، فإذا كان العقد لم يوجد بين المسؤول و الغير الذي أحدث الضرر، كما هو الحال في مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعة، فإن المسؤولية تكون تقصيرية لا عقدية.²

2- أن يكون الغير قد كلف بمقتضى الاتفاق أو القانون بتنفيذ الالتزام، و مثال ذلك أن الناقل يسأل عن أفعال عماله التي أدت إلى الإخلال بالالتزام، و المقاول يسأل عن العمال و المقاولين من الباطن، و القاصر أو المحجور عليه يسأل عن أعمال الولي أو الوصي أو القيم نحو المتعاقد الآخر، ففي هذه

¹ د/ بلحاج العربي: نظرية الالتزام ص 278 فقرة 208

² الدكتور: لطفي جمعة: الموسوعة السابقة ص103 و ما بعدها فقرة 1731

الأمثلة يكون المدين قد استخدم أشخاصا غيره في تنفيذ التزامه، و هذا هو النطاق الذي تتحقق فيه مسؤولية المدين العقدية عن فعل الغير الذي أدى إلى الإخلال بالالتزام.

3- أن يكون الغير قد ارتكب خطأ عقديا في تنفيذ الالتزام.

ب/ الخطأ العقدي في المسؤولية عن الأشياء:

قد يحدث أن يكون عدم تنفيذ الالتزام من المدين القاصر راجعا ليس إلى فعله الشخصي، بل إلى فعل شيء كان تحت حراسته، فيكون المدين مسؤولا مسؤولية عقدية عن فعل الشيء، مثل ذلك أن سلم البائع للمشتري آلة معينة فتبقى الآلة في يد المشتري و تصيبه بضرر، أو يحتفظ المستأجر في العين المؤجرة بمواد قابلة للانفجار فتتفجر المواد أو تحرق.¹

و طالما يوجد عقد بين الطرفين فإن المدين مسؤوليته تكيف بأهها عقدية، و يكون أساس المسؤولية ليس الفعل الشخصي بل فعل الشيء و هو لا يعتبر سببا أجنبيا و لا تندفع به مسؤولية المدين. و لم ترد في الق م ج قواعد خاصة بمسؤولية المدين العقدية عن فعل الشيء في حراسته، و لما كان وجود الشيء في حراسة المدين يجعل فعله منسوبا إليه، فإن فعل الشيء في هذه الحالة يعتبر فعلا شخصيا للمدين، فيكون مسؤولا عن فعل الشيء الذي في حراسته.²

إلا أنه إذا وجد نص خاص في شأن هذه المسؤولية الأخيرة فيجب الأخذ به كما هو الأمر في نص المادة 483 ق م الذي يقرر ضمان المؤجر للمستأجر ما يوجد في العين المؤجرة من عيوب تحول دون الانتفاع بها و أن نص المادة 379 ق م ج تجعل البائع ملزما لضمان العيوب الخفية في الشيء المبيع و لو لم يكن عالما بها و هي مسؤولية عقدية.³

و مهما كانت صورة الخطأ العقدي عن الفعل الشخصي للمدين أو بفعل الغير أم بفعل شيء تحت حراسته و ترتب عن ذلك ضررا للغير، فإن إثبات الخطأ العقدي يقع حسب رأي الجمهور على عاتق الدائن بإثباته عدم تنفيذ المدين لالتزامه العقدية، إما بعدم تحقيق نتيجة أو بعدم بدل عناية مطلوبة، و هذا الرأي يتفق في حقيقته مع الفقه الفرنسي، و لكنه لا يتفق مع نص القانون الذي ينص على أن على الدائن إثبات الالتزام و على المدين إثبات التخلص منه، فالمدين ملزم بإثبات تنفيذه لالتزامه.⁴

¹ د/ الصدة: المرجع السابق ص 510/509 فقرة 316

² د/ عمر السيد عبد الله: الرسالة السابقة ص 304 فقرة 306

³ د/ بلحاج العربي: المرجع السابق ص 279 فقرة 208 و ما بعدها

⁴ د/ جمال الدين زكي: المرجع السابق ص 163 فقرة 149 و ما بعدها

2- الضرر:

الضرر هو الركن الثاني في المسؤولية عموماً عقدياً أم تقصيرية، فيجب أن يترتب على الخطأ ضرر يصيب الدائن لعدم تنفيذ المدين التزامه التعاقدى أو التأخر فيه. و يعرف الضرر عموماً بأنه الأذى الذي يصيب الشخص نتيجة المساس بمصلحة مشروعة له أو بحق من حقوقه -سواء كانت المصلحة مادية أو دينية - . و لأن الضرر يدعى به الدائن فيجب عليه إثباته، ما لم يكن محل الإلتزام مبلغاً من النقود فإن القانون يفترض الضرر في حالة التأخير في الوفاء به. و قد ذهب في هذا المجال محكمة النقض المصرية إلى القول:

«إن الضرر ركن من أركان المسؤولية و ثبوته شرطاً لازماً لقيامها بالتعويض تبعاً لذلك، فإذا تمسك رب العمل في دفاعه بأن العامل لم يلحقه ضرراً من جراء فضله و ذلك لالتحاقه بخدمة رب عمل آخر أو لغير ذلك من الأسباب، فإن ذلك يكون دفاعاً جوهرياً يحتل فيما لو ثبت أن يتغير معه وجه الرأي في الدعوى فيتعيب الحكم بالقصور، لو التفت عنه و لم يعن بتمحيصه».¹

و قد نصت المادة 186 ق م ج «إذا كان محل الإلتزام بين أفراده مبلغاً من النقود عين مقداره وقت رفع الدعوى و تأخر المدين في الوفاء به، فيجب عليه أن يعرض للدائن الضرر اللاحق من هذا التأخير».²

3- علاقة السببية عن الخطأ العقدي أو الضرر:**Lien de causalité entre la faute et le dommage**

لا يكفي لسؤال المدين عن عدم تنفيذ التزامه العقدي أن يثبت خطأ في جانبه و ضرر لحق الدائن، بل يجب أن يكون الضرر نتيجة لذلك الخطأ، أما إذا وقع الخطأ من المدين و لحق ضرر بالدائن دون أن يكون ذلك الخطأ هو السبب في الضرر فلا تقوم المسؤولية العقدية، كأن نقلت ماشية في عربات لا تقيها من البرد، و نفقت الماشية أثناء نقلها و ثبت أن هذه الماشية كانت مصابة بمرض أدى وحده إلى موتها و ما كان نقلها في عربات مناسبة لينقلها منه، فيكون الضرر الذي لحق المرسل ليس نتيجة خطأ الناقل، و تنعدم من ثم السببية بينهما و لا يكون هذا الأخير مسؤولاً عنه.

¹ نقض مدني 1960/01/07 مجموعة أحكام النقض 11 رقم 2 ص 25، نقض مدني 1962/05/30 مجموعة أحكام النقض 13 رقم 106 ص 716، الدكتور صبري السعدي ص 332/331 المرجع السابق

² د/ صبري السعدي: المرجع السابق ص 332/331 فقرة 324، و سوف أتناول بالتفصيل أنواع الضرر و شروطه في الباب الثاني المتعلق بمسؤولية الشخص القاصر عن الفعل الضار

فمن يثبت وجود علاقة سببية بين الخطأ و الضرر، و كيف يمكن للمدين أن ينفي العلاقة السببية إذا ثبت أن الضرر سببه أجنبي فما أثر ذلك على قيام مسؤولية المدين العقدية.

أ. إثبات العلاقة السببية: يقع على الدائن عبء إثبات السببية، كما هي القاعدة بالنسبة إلى أركان المسؤولية الأخرى، غير أن هذه السببية يفترض توافرها إذا أقام الدائن الدليل على الخطأ و الضرر، و يعبر الفقه عن ذلك بأن «علاقة السببية مفترضة»

و ليس معنى ذلك أن الدائن معفى من إثبات السببية، فهذا إثبات يقع عليه، و إنما المراد بهذا أن إثبات الخطأ و الضرر يكفي لافتراض توافر السببية بينهما، و ذلك طبقاً للقواعد العامة في عبء الإثبات و محل الإثبات، ذلك أن المدعي في الإثبات لا يتحتم عليه أن يقيم الدليل على جميع عناصر الواقعة التي يدعيها، و إنما حسبه أن يبرهن على قدر من هذه العناصر يكفي لافتراض ثبوت الباقي منها.¹

ب. نفي علاقة السببية: لا يستطيع المدين أن ينفي علاقة السببية إلا بإثبات السبب الأجنبي، كما جاء في نص المادة 176 ق م ج «إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينياً حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن إستحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، و يكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه»

و يقصد بالسبب الأجنبي هو كل أمر غير منسوب إلى المدين أدى إلى حدوث الضرر الذي لحق الدائن، و أهم صوره القوة القاهرة، الحادث الفجائي فعل الدائن و فعل الغير.²

من اجتهادات القضاء المصري في تحديد مفهوم القوة القاهرة كسبب أجنبي يؤدي لانتفاء المسؤولية المدنية عموماً قوله: «القوة القاهرة بالمعنى الوارد في نص م 165 ق م م تكون حرباً أو زلزالاً أو حريقاً، كما تكون أمراً إدارياً واجب التنفيذ بشرط أن يتوافر فيها استحالة التوقع أو استحالة الدفع، و ينقضي بها التزام المدين من المسؤولية العقدية، و تنتفي بها علاقة السببية بين الخطأ و الضرر في المسؤولية التقصيرية، فلا يكون هناك محل للتعويض في الحالتين».³

و هكذا فإنه وفقاً للنص القانوني السابق فإن المدين بإمكانه أن ينفي علاقة السببية بين الخطأ و الضرر و من ثم تزول عنه المسؤولية العقدية «لأن الضرر الذي أصاب الدائن لم يكن نتيجة لعدم

¹ الدكتور: عمر السيد أحمد عبد الله: نظرية العقد في قانون المعاملات المدنية الإماراتي مقارنة بالفقه الإسلامي ص 312 فـ 310

² جمال الدين زكي نظرية الالتزام ص 171/170 فـ 155

³ الطعن رقم 423 لسنة 41 جلسة 1976/01/29 عن المستشار سعيد أحمد شعلة المرجع السابق ص 99 ها 1

الوفاء بالتزامه التعاقدية، بل يرجع إلى سبب لا يد له فيه «السبب الأجنبي» كما تنعدم العلاقة السببية أيضا حتى ولو كان الخطأ هو السبب ولكنه لم يكن السبب المنتج للضرر، بل حتى ولو كان السبب منتجا لكنه لم يكن السبب المباشر.¹

ج. أثر تحقق السبب الأجنبي: يترتب على السبب الأجنبي انتفاء مسؤولية المدين القاصر عن الإخلال بالالتزام الذي رتبه العقد في ذمته، و لا يكون للدائن الحق في مطالبته بالتعويض عنه، لانقطاع صلة السببية بين الخطأ الذي أتاه المدين و الضرر الذي لحق الدائن.

و يترتب على استحالة تنفيذ الالتزام انقضاءه و حسب الأحوال انفساخ العقد أو وقفه. على أن خطأ الدائن أو فعل الغير قد يساهم مع خطأ المدين في إحداث الضرر، فلا يعتبر من ثم سببا أجنبيا ينفي مسؤولية المدين، بل يقتصر على تخفيف مسؤوليته.

و يشير البعض فرض اقتران القوة القاهرة بخطأ المدين، و يسألون عن أثره، و نسوا أن عدم استطاعة الدفع شرط لقيام القوة القاهرة التي لا تتحقق، من ثم في الأمر الذي ما كان ليؤدي إلى الإخلال بالالتزام لولا خطأ المدين، لأن المدين في هذه الحالة كان يستطيع تجنب أثره.²

خلاصة الفصل الثاني

لقد تبين لنا من استعراض أحكام الفصل الثاني حكم تصرفات القاصر المميز و الآثار المترتبة عن ذلك في كل من القانون و الفقه الإسلامي ما يلي

- أن كلا من القانون و الفقه الإسلامي يولي عناية كبيرة لعنصر الاستقرار في التصرفات فنجده يضع مسبقا شروطا قانونية " و شرعية" للتصرفات لعل أهمها وجود الإرادة و سلامتها، و الأهلية، و المشروعية في المحل و السبب
- و لكن أهم شرط تقيس عليه حكم التصرفات هو شرط التمييز، فمن بلغ تمييزه و أهليته صحت تصرفاته، و من نقصت أهليته و تمييزه صحت بعض التصرفات و بطلت أخرى، و توقفت تصرفات ثالثة على الإجازة أو الإبطال أو حتى الوقف كما هو الحال في الشرع الإسلامي.

¹ صبري السعدي: شرح الق م ج ج 1 ص 335 ف 327
² د/ جمال الدين زكي: المرجع السابق، ص 176/175 فقرة 160

- و طالما أن هناك بعض الأشخاص ليس لهم القدرة على ممارسة كل أو بعض التصرفات فإن القوانين، و فقهاء الشرع الإسلامي وضعوا أنظمة حمائية لهم، و للمتعاملين معهم، كنظام الولاية و الوصاية و القوامة، و التي نص عنها المشرع الجزائري في قانون الأسرة ابتداء من المادة 81 إلى 108، و ما لحقه من تعديلات.
- لكن الشخص القاصر قد يكون وراء فعل ضار يصيب به الغير، بفعله الشخصي أم بفعل شيء تحت حيازته و حراسته فما مدى مسؤوليته قانونا و شرعا عن الضرر؟

الباب الثاني

مسؤولية الشخص القاصر

عن الفعل الضار

✓ الفصل الأول: مسؤولية الشخص القاصر المميز عن الفعل الضار في القانون المدني و فقه الشريعة

الإسلامية

- المبحث الأول: الأحكام العامة التشريعية لمسؤولية القاصر المميز عن فعله الضار
- المبحث الثاني: أحكام مسؤولية القاصر المميز في التشريع الإسلامي

✓ الفصل الثاني: مدى مسؤولية القاصر غير المميز عن الفعل الضار في القانون المدني و فقه الشريعة

الإسلامية

- المبحث الأول: مدى مسؤولية القاصر غير المميز في القانون المدني
- المبحث الثاني: مدى مسؤولية القاصر غير المميز عن الضرر في فقه الشريعة الإسلامية

الباب الثانيمسؤولية الشخص القاصر عن الفعل الضار

تمهيد: مما لا شك فيه أن المسؤولية الجنائية تفرض ابتداءً تمتع الشخص محل المساءلة بالقدرة على الاختيار بين إتيان الفعل الموثم أو تركه، وهو ما ينبئ عنه ضرورة بلوغه سناً معينة يفترض عند بلوغها توافر القدرة على التمييز بين الخير والشر وذلك هو ما يتفق فيه القانون الوضعي مع فقه الشريعة الإسلامية من حيث المبدأ.¹

وإن كانت المسؤولية هي بوجه عام الحالة التي يؤخذ فيها الشخص عن عمل آتاه، وهذا العمل يفرض إخلالاً بقاعدة، فإذا كانت القاعدة قانونية بالإخلال بما يستنتج مسؤولية قانونية، وإذا كانت القاعدة أخلاقية، فإن الإخلال بما يستنتج مسؤولية أدبية.²

وإذا كانت الإرادة التشريعية أخيراً قدر ربطت أهلية المسؤولية التقصيرية بالتمييز م 25 ق 10/05 "لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو بإهمال منه أو عدم حيظته إلا إذا كان مميزاً".

فيكون القاصر المميز مسؤولاً عن التعويض، ولا يثير قيام مسؤوليته أي إشكال قانوني ولكن إلى جانبه تقوم مسؤولية استثنائية احتياطية هي مسؤولية المكلف برقابة قانوناً أو اتفاقاً م 135 ف م ح.

ولكن الإشكال الذي يطرح هو حول مدى مسؤولية القاصر غير المميز عن الضرر الذي يحدثه بفعله أم بفعل الغير أم بفعل الأشياء التي هي تحت حراسته المادية، وقد كانت مسؤولية غير المميز محل مناقشات عميقة في الفقه وفي ساحة القضاء، واستنتج كل ذلك اختلاف التشريعات الوضعية إزاء ذلك.³

وإذا كان لمن أصيب بضرر الحق في التعويض، فإن هذا الحق ليس حقاً مطلقاً يتقرر للمضرور في جميع الحالات بل يخضع لبعض الشروط والقيود، منها ضرورة وجود من يسأل عن الضرر، بمعنى من يتحمل عبء التعويض، فما هي الشروط التي يتعين توافرها لكي تتحقق مسؤولية شخص ما؟ فهل يكفي مجرد إحداثه الضرر بتوافر علاقة سببية بينه وبين الضرر الذي لحق المضرور؟ أم يشترط بالإضافة إلى ذلك تحقق الإثم و الخطأ لديه حتى يمكن مساءلته؟

الإجابة عن هذه التساؤلات سوف تكون بداية باستعراض الأحكام العامة لمسؤولية الشخص القاصر المميز، وعلاقة ذلك بمسؤولية المكلف بالرقابة في فصل أول، وضمن أحكام القانون الوضعي ثم في فقه الشريعة

¹ الدكتورة: حنان شعبان مطاوع عبد العاطي: المسؤولية الجنائية للصبى في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالقانون الجنائي الوضعي ط 2004 ص 79 و ما بعدها

² الدكتور: بلحاج العربي: النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج 2 الواقعة القانونية، ط 1995، ص 7 فقرة 270 و ما بعدها

³ الدكتور: عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير: التعويض عن ضرر الفعل الشخصي لعديم التمييز في الفقه الإسلامي و القانون المدني، دراسة مقارنة ط 1994 ص 4/3

الإسلامية، وفي فصل ثاني سوف أتناول مشكلة مسؤولية القاصر غير المميز عن الضرر الذي يحدثه، فهل يسأل عنه قانونا وشرعا، ثم ما هو وجه العلاقة بين إقرار مسؤوليته ومسؤولية المكلف برقابته قانونا وحتى اتفاقا؟

الفصل الأول:

مسؤولية الشخص القاصر المميز عن الفعل الضار في القانون المدني وفقه الشريعة الإسلامية:

المسؤولية المدنية الناشئة عن الفعل الضار لم تتركز على الأسس التي استقرت عليها في العصر الحاضر إلا بعد أن مرت بمراحل تأثرت فيها بأعراف سادت ثم تغيرت، وبمذاهب فلسفية لم تغب عنها أفكارا سماوية، وبمعطيات الحياة الواقعية التي تجددت بانتقال المجتمعات من عصرها البدائي إلى عصر تميز تدرجا بالعلم والاختراع والصناعة، وما برح تدرجه مستمرا متسارعا.

وقد مرت المسؤولية التقصيرية -عن الفعل الضار- بمراحل حيث كانت لا توجب المسؤولية التقصيرية إلا في حالات محددة في القانون، ثم أصبحت حاليا في القوانين الحديثة -الفرنسي المصري الجزائري- قاعدة عامة توجب عن كل فعل ضار ترتب عليه ضررا للإنسان.¹

وقد استمدت أحكام المسؤولية التقصيرية في تشريعاتنا عن قانون نابليون 1803 الفرنسي، ومن اجتهادات فقهاء القانون المدني الفرنسي وأحكام القضاء الفرنسي، بدون أن ننسى أحكام الفقه الإسلامي الواسعة في مجال الضمان بوجه عام.

وحصرنا لموضوع الرسالة مسؤولية الشخص القاصر عن الفعل الضار في بابها الثاني، فما هي الأحكام العامة لمسؤولية القاصر المميز من حيث نطاق مسؤوليته وشروطها، وأركانها، وأساسها، ومختلف صورها؟ وفي حالة وجود الشخص القاصر المميز خاضعا لرقابة غيره -بسبب السن- كيف نظم المشرعون هذه العلاقة، من حيث خصائص كل مسؤولية، والحق في دفعها، ومدى حق كل منهما في الرجوع على الآخر بالمسؤولية والتعويض؟

¹ الدكتور: ابراهيم الدسوقي أبو الليل: المسؤولية المدنية بين التقيد و الاطلاق، دراسة تحليلية لأنظمة القانونية المعاصرة، اللاتينية، الإسلامية، الانجلوأمريكية ط 1980 ص 4 فقرة 2 و ما بعدها

المبحث الأولالأحكام العامة التشريعية لمسؤولية القاصر المميز عن فعله الضار

إذا كانت المسؤولية المدنية هي مجموعة القواعد القانونية التي تلزم من الحق ضرراً بالغير بجبر هذا الأخير.

وذلك عن طريق تعويض يقدمه للمضرور، وهذا التعويض هو نتيجة إخلاله بالتزام سابق رتبة العقد - مسؤوليته عقدية - أو القانون - مسؤولية تقصيرية - وهكذا انشأ المسؤولية المدنية عند امتناع الشخص المسؤول عن تنفيذ ما تعهد به من التزامات عقدية، أو عدم القيام بالتزام قانوني مقتضاه ألا يضر الإنسان بغيره والغرض من هذا الالتزام الجديد الذي هو محل المسؤولية المدنية التقصيرية هو تعويض المضرور.¹

إلا أن الإلتزام بالتعويض قد يترتب على الشخص المسؤول إما بسبب فعله الشخص الضار، أو بسبب فعل الغير يكون الشخص المميز مسؤول عنهم - مكلف برقابتهم أو باعتباره متبوعاً - أم بفعل الأشياء التي تكون تحت حراسته.

إن دراسة مختلف صور المسؤولية التقصيرية، تقتضي استعراض شروط المسؤولية عن الفعل الضار ((أركانها)) بعد أن تتعرض إلى نطاق المسؤولية المدنية التقصيرية.

المطلب الأولنطاق المسؤولية المدنية التقصيرية

يختلف نطاق المسؤولية التقصيرية عن نطاق المسؤولية العقدية، ويتحدد هذا النطاق وفق شروط خاصة لكل نوع من أنواع المسؤولية المدنية - العقدية أو التقصيرية -.

فإذا تخلفت شروط المسؤولية العقدية - وجود عقد صحيح بين المسؤول والمضرور، حدوث ضرر ناتج عن خرقه للإلتزام العقدي - فلا مناص من الرجوع إلى الأصل العام والمتمثل في قيام مسؤولية تقصيرية، حيث لا يعمل بالاستثناء - المسؤولية العقدية - إلا بتحقيق شروطه السابقة.²

¹ الدكتور: سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني 2 في الإلتزامات، المجلد 2 في الفعل الضار و المسؤولية المدنية، ط 1988 ص 5
فقرة 3

² الدكتور: علي علي سليمان: النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام ط 1990، ص 113 فقرة 91 و ما بعدهما

فمن حيث نطاق المسؤولية التقصيرية فهي لا تتحقق لا حين يخل المرء بالتزام فرضه القانون مقتضاه عدم الإضرار بالغير، ذلك لأن المضرور طرف أجنبي عن المسؤول عن الضرر، فلا رابطة عقدية بينهما، وكل ما لا يدخل في نطاق المسؤولية العقدية يكون محل المسؤولية التقصيرية.¹

وقد جرت النظرية التقليدية على أنه يشترط لقيام المسؤوليتين توافر عناصر أو أركان ثلاثة، خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما، ثم ظهرت لاحقاً نظريات حديثة تؤسس للمسؤولية التقصيرية، منها نظرية يحمل التبعة *La Théorie du Risque* والتي تؤسس المسؤولية على عنصر الضرر، ونظرية الضمان *la Théorie de la Garantie* حيث تحمل المسؤول عن الضرر الالتزام بالتعويض بغض النظر عن مسلكه.

الفرع الأول

أركان المسؤولية التقصيرية بوجه عام

تقوم المسؤولية التقصيرية مثلها مثل المسؤولية العقدية على أركان ثلاث، الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما²، وإلى هذه الأركان أو الشروط أشارت المادة 124 ق م ج المعدلة بالقانون 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 بقولها:

"كل فعل أي كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض"

و إذا كان الخطأ هو انحراف في سلوك الشخص مع إدراكه لهذا الانحراف، وعلى ذلك فإن الخطأ ينهض على عنصرين أساسيين:

الأول مادي وهو الانحراف أو التعدي *La Culpabilité*، والثاني معنوي أو نفسي ويتمثل في الإدراك أو التمييز". *Le Discernement ou imputabilité*.

فما مضمون هذه الأركان أو الشروط؟ وما مدى ارتباط قيام مسؤولية الشخص بشرط التمييز أو الإدراك أو حتى القصد؟ وكيف حددت مختلف التشريعات سن التمييز؟

¹ الدكتور: أنور سلطان: الموجز في النظرية العامة للالتزام دراسة مقارنة في القانونين المصري و اللبناني ط 1983، ص 291 فقرة 69 و ما بعدها

² الدكتور : عاطف النقيب: النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، الخطأ و الضرر: ط 1984 / 3 ص 109.

أولاً/ الخطأ "الفعل الضار" "العمل غير المشروع" "أو العمل المستحق للتعويض":

تؤسس النظرية التقليدية "La Théorie Subjective"، المسؤولية التقصيرية على فكرة الخطأ La Faute كركن جوهري لا تقوم بدونه: على خلاف النظرية الموضوعية La Théorie Objective فهي تؤسس مسؤولية على عنصر الضرر الذي تسبب فيه مباشرة أو بصورة غير مباشرة، ومعزل عن فكره الخطأ، وقد عرفت هذه النظرية وبنظرية تحمل التبعة، ثم قامت إلى جانب نظرية الخطأ، ونظرية تحمل التبعة نظرية أكثر حداثة نادي بها بعض الفقهاء الفرنسيين عرفت بنظرية الضمان La Garantie تزعمها الفقيه ستارك Starck مضمونها، أن المسؤول عن الضرر يتحمل مسؤولية التعويض متى كان هذا المسؤول هو سبب الضرر بقطع النظر عن مسلكه.¹

وهكذا فإنه وفقاً للفقهاء التقليدي والذي سرت عليه عدة تشريعات وضعية فرنسية -مصري، جزائري، فإن يشترط قيام خطأ في جانب المسؤول: إلى جانب عنصر الضرر، وعلاقة السببية. وبصدد عنصر الخطأ فقد قسم المشرع الجزائري المسؤولية التقصيرية إلى ثلاثة صور:

1- المسؤولية عن الأفعال الشخصية

أي المسؤولية عن الأفعال التي تقع من الشخص نفسه بدون تدخل الغير أو الشيء، ونص المشرع الجزائري على هذا النوع من المسؤولية، وجعلها تقوم على عنصر الخطأ² بصريح نص المادة 124 المعدلة بقانون 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005، بقولها:

"كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه وبسبب ضرر للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".

وقد صاغ المشرع الجزائري أحكام هذه الصورة من المسؤولية بالتفضيل بين النصوص القانونية 133/124 ق م ج.

2- المسؤولية عن فعل الغير

وتضمنت المواد القانونية 134 إلى 137 أحكام هذه الصورة، التي تتضمن نوعين الأول مسؤولية المكلف بالرقابة عن أفعال الخاضع للرقابة، والثاني مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعة الضارة.

¹ الدكتور: بلحاج العربي: المرجع السابق ص 46 فقرة 296 و ما بعدها
² الدكتور: عاطف النقيب: المرجع السابق، ص 107 و ما بعدها

وقد أقام المشرع أحكام هذه المسؤولية في نوعها الأول على خطأ مفترض قابل للعكس ضد الرقيب، بينما مسؤولية المتبوع فهي أيضا مؤسسة على خطأ مفترض لكنه غير قابل لإثبات العكس.¹

3- المسؤولية الناشئة عن الأشياء

وتضمنت أحكام هذه المسؤولية بنصوص المواد 140/138، وهي تحتوي على صور مختلفة:

1. المسؤولية عن فعل الشيء غير الحي، وهي تؤسس على خطأ مفترض لا يدحض إلا بإثبات السبب الأجنبي للضرر.
 2. المسؤولية عن الحريق، وهي مؤسسة على خطأ واجب لإثبات.
 3. المسؤولية عن تدمر البناء، مؤسسة أيضا على خطأ مفترض قابل لإثبات العكس أو أحيانا غير قابل لذلك.
 4. المسؤولية عن فعل الحيوان مؤسسة أيضا على خطأ مفترض غير قابل لإثبات العكس إلا بإثبات السبب الأجنبي للضرر.²
- وقد عرف الخطأ في المسؤولية المدنية مند عهد بعيد، وقد استقى القانون الفرنسي فكرة الخطأ من الفقيهين "دوما" و"بوتيه" اللذان أخطأ عندما كانا يقولان بأن القانون الروماني كان يقسم الخطأ إلى ثلاث أنواع:

- أ. خطأ فاحش *Culpa Lata* وهو الخطأ الذي لا يرتكبه أقل الناس عناية وانتباها.
 - ب. خطأ يسير *Culpa Levis* وهو الخطأ الذي لا يرتكبه الرجل العادي.
 - ج. خطأ تافه *Culpa Lévisima* وهو الخطأ الذي لا يرتكبه الرجل الشديد الحرص، في حين يسأل الشخص في المسؤولية التقصيرية حتى عند الخطأ التافه.
- إلا أن هذه النظرية لم يكتب لها النجاح وأصبح الفقه يجمع على أن مجرد الإخلال بالتزام تعاقدية، أو التأخر في تنفيذه يرتب خطأ يوجب المساءلة عنه، فالخطأ إذن ركن في المسؤولية المدنية تقصيرية أم عقدية، وأصبح المعيار المعتمد عليه في الخطأ هو معيار الرجل العادي وأساسه سلوك الشخص العادي *Le Bon Père de Famille*³.

¹ الدكتور: علي علي سليمان: دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، المسؤولية عن فعل الغير، المسؤولية عن فعل الأشياء، التعويض ط 1984 ص 14 فقرة 5 و ما بعدهما

² الدكتور: محمود جلال حمزة: المسؤولية الناشئة عن الأشياء غير الحية في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة بين القانون المدني الجزائري و المصري و الفرنسي ط 1988 ص 133 فقرة 111

³ الدكتور: ابراهيم الدسوقي ابو الليل: المرجع السابق، ص 37 فقرة 33 و ما بعدها

وهكذا فإن فكرة الخطأ كانت ومازالت من أكثر عناصر المسؤولية المدنية دقة وإثارة للخلافات، وقد ارتبطت فكرة الخطأ منذ ظهورها ارتباطاً وثيقاً بفكرة الذنب الأخلاقي التي تتطلب تحليل المسلك النفسي للفاعل بحثاً عن الإرادة الآثمة، فالخطأ ما هو إلا تعبير عن حرية الإنسان وقدرته على الاختيار بين الخير والشر، وقد ظلت فكرة الخطأ بلا نزاع الأساس التقليدي للمسؤولية المدنية حتى قيام الثورة الصناعية في أواخر القرن 19 وما صاحب ذلك من حدوث تطور هائل في وسائل النقل والمواصلات والتي أصبحت تشكل خطورة كبيرة على حياة الإنسان في كل مكان، وقد أدى ذلك إلى زيادة في فرص وقوع الأضرار والتي ترجع إلى أخطاء غامضة أو مجهولة.

وقد دفع كل ذلك بالفقه إلى اقتراح نظريات في أخرى للحلول محل نظرية الخطأ التقليدية، وبالمشرع إلى إقامة أنظمة خاصة لتعويض الأضرار بعيداً عن القواعد العامة في المسؤولية المدنية¹.

فقد حاول الفقه والقضاء التوفيق بين قيام المسؤولية على أساس الخطأ وبين التسيير على المضرور لتفويض حقه من التعويض، واتبع في ذلك عدة وسائل منها:

- أحيانا يتوسع في تحديد الواجبات القانونية، ومن ثم يترتب على الإخلال بها خطأ يقتضي المسؤولية.
- وأحيانا أخرى كان يتوسع في استخلاص الخطأ من الملابس والظروف التي أحاطت بالفعل الضار.
- وأحيانا كان يتوسع في تفسير النصوص التي تتضمن قرائن قانونية على الخطأ.

وقد حاول الفقه أخيراً إقامة المسؤولية على أساس آخر غير فكرة الخطأ، فنأدى البعض بنظرية تحمل التبعة *Théorie des Risques* من حيث أن أساس المسؤولية هو الضرر، فالشخص الذي يستفيد من أخطار هو محدثها عليه أن يتحمل مضارها، إذ أن الغنم بالغرم، ولا يستطيع المدعى عليه رفع مسؤوليته حتى ولو أثبت السبب الأجنبي ما دام الضرر وقع نتيجة نشاطه².

ويلاحظ أن بعض أنصار هذه النظرية قد بالغوا بجعلهم من مبدأ تحمل التبعة الأساس الوحيد للمسؤولية في كل صورها، بنما التجأ بعض أنصار النظرية الموضوعية والتحول إلى النظرية الشخصية والتي تقيم المسؤولية على الخطأ.

كما أن بعض فقهاء القانون الفرنسي أقاموا المسؤولية التقصيرية على أساس الضمان *La Garantie* على رأسهم *Starck*، ومضمونها أنه متى أودي المضرور في حق من حقوقه دون مسوغ

¹ الدكتور أيمن إبراهيم العشماوي: تطور مفهوم الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية ط 1998 ص 7
² الدكتور: محمد نصر الدين منصور: ضمان تعويض المضرورين بين قواعد المسؤولية الفردية و اعتبارات التضامن الاجتماعي ط 2001/1 ص 5 و ما بعدها

قانوني، كان المتسبب في الضرر مسؤولاً عنه بغض النظر عن مسلكه، وبالتالي فهو موجب للضمان بذاته مادام القانون لم يلزم المضرور ويتحمل هذا المساس بحقه، لأن غاية المسؤولية المدنية هي التعويض المدني.

ولكن نظرية الضمان إن صلحت نحو توجيه المشرع بتنظيم أحكام المسؤولية المدنية من جديد إلا أنها لا تركز على النصوص الحالية ولا تستقيم معها¹.

وهكذا فإن الذي لاشك فيه أن الفعل الذي يضم المسؤولية الشخصية لفاعله، ليس هو أي فعل، وإنما يجب أن يشكل هذا الفعل خطأ بالمعنى القانوني، وعلى الرغم من أن هذا المفهوم قد شهد تراجعاً كبيراً منذ أواخر القرن الماضي إلا أنه مازال يشكل حجر الزاوية في نظر المسؤولية المدنية سواء في فرنسا أو مصر أو الجزائر².

ثانياً/ الضرر:

الضرر هو الركن الثاني من أركان المسؤولية المدنية، فإذا انتفى فلا تقوم المسؤولية، لأنه هدفها إزالة الضرر، وتكون بالتالي الدعوى غير مقبولة، إذ لا دعوى بغير مصلحة³.

والضرر الذي يستتبع المسؤولية المدنية والتعويض هو الأذى الذي يصب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروع له، سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة متعلقاً بسلامة جسمه أو عاطفته

أو بماله أو حرته أو شرفه واعتباره أي أنه لا يشترط أن يكون الحق الذي نحصل المساس به حقاً مالياً كحق الملكية وحق الانتفاع وحق الدائنية، بل يكفي المساس بأي حق بحماية القانون كالحق في الحياة والحق في سلامة الجسم وحق الحرية الشخصية وحرية العمل، بل أنه لا يشترط أن يكون المساس بحق بحماية القانون، ويكفي أن يقع على مصلحة للشخص ولو لم يكفلها القانون بدعوى خاصة طالما أن المصلحة مشروعة غير مخالفة للقانون كمصلحة من يعولهم الشخص دون إلزام قانوني عليه في بقاء هذا الشخص على قيد الحياة⁴.

فحق الملكية يخول لصاحبه حرية استعمال الشيء، أي الاستفادة منه قصد الحصول على منفعته، وذلك باستخدام الشيء مادياً واستغلاله أي استثمار الشيء ووجني ثماره والتصرف فيه ببيعه أو رهنه، ويكون التعدي

¹ الدكتور: بلحاج العربي: المرجع السابق، ص 50 فقرة 300 و ما بعدها و يراجع أيضا:

Flour et aubert : le fait juridique paris 1981 , p 94 n 587

² الدكتور: جمال الدين زكي: نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، ج 1 مصادر الالتزام ط 1968 ص 236 فقرة 199

³ الدكتور: أنور سلطان: تاملج السابق ص 325 فقرة 410

⁴ الدكتور: جلال حمزة: العمل غير المشرع باعتباره مصدراً للالتزام ص 96 فقرة 104 و ما بعدها

أو المساس بحق الملكية بانقاص أو الحد من هذه السلطات مما يترتب على ذلك نقص وتقليص من منافع وثمار الشيء وهذه هي الخسارة التي تسمى بالضرر.¹

فما هي أنواع الضرر، وما هي شروطه؟

1- أنواع الضرر:

الضرر نوعان: ضرر مادي وضرر أدبي أو معنوي.

وعلى خلاف الضرر المادي الذي لم يثر أي نزاع حول وجوب تعويضه، فإن الضرر المعنوي كان محل خلاف فقهي:

فالضرر المادي، أو الجسدي وهو ما يصيب الإنسان في جسمه أو ماله، أو بانتقاص حقوقه المالية، أو تفويت فرصة مشروعة تسبب خسارة مالية له، أي أنه إخلال بمصلحة للمضرور ذات قيمة مالية.

أما الضرر المعنوي، هو ما يصيب الإنسان في عاطفته أو شرفه أو كرامته، أي أنه مساس بالناحية النفسية للإنسان دون أن يسبب له خسارة مالية.²

أ. فالضرر المادي إذن هو الإخلال بحق للمضرور ذي قيمته مالية، أو بمصلحة مشروعة له ذات قيمة مالية.

ومن أوضح صور هذا الضرر الاعتداء على حق مالي أيا كان نوعه، سواء كان حقا عينيا كإتلاف عقار أو سرقة منقول، أو حقا شخصيا كالتواطؤ مع المدين في عدم الوفاء بالتزامه، أو إنقاص ضمان المدين، أو حقا معنويا كنشر مؤلف دون إذن صاحبه.

ومن صوره أيضا قيام التزام في جانب شخص كان يمكنه تجنبه، أو فقد حقا كان يمكنه المطالبة به، كالموثق إذا تسبب بطلان عقد رسمي بمجرد مخالفته القانون، والمحضر إذا أهمل إعلان صحيفة الدعوى.

ويعتبر المساس بسلامة الجسم في رأي الفقه ضررا ماديا، أصبح كثيرا الوقوع في العصر الحديث نتيجة التوسع في استخدام الآلات التي تدار بقوى محركية، بما يكلفه من نفقات العلاج وما ينجم عنه من عجز في القدرة على الكسب سواء كان ذلك المساس جروحا أو كسورا أو أمراضا أو وفاة.

بل يمتد الضرر في حالة الوفاة إلى أقارب الضحية الذين كان ملتزما وفقا للقانون بالإفناق عليهم، ويجوز لهم المطالبة بتعويض عن الضرر المادي الذي أصابهم بفقد عائلهم.

¹ الأستاذ: علي فيلاي: الالتزامات العمل المستحق للتعويض ص 52 و ما بعدها

² الدكتور: علي علي سليمان: نظرات قانونية مختلفة ط 1994، ص 197 و ما بعدها

كما يقع الضرر وفقا لرأي في الفقه بالإخلال بمجرد مصلحة مالية للمضرور، فالقريب الذي يعال إذا فقد العائل يكون قد أصيب في مصلحة مالية -لا في الحق- إذا هو أثبت أن العائل كان يعوله فعلا وعلى نحو مستمر وأن فرصة الاستمرار على الإنفاق مستقبلا محققة، إنما يجب أن تكون المصلحة مشروعة، فالخليفة لا يجوز لها أن تطالب بتعويض عن ضررا أصابها بقتل خليلها لأن مصلحتها في بقاء الأخير غير مشروعة.¹

ب. أما الضرر الأدبي أو المعنوي: فلا يقصد به الضرر الذي لا يدرك بالحس، بل يقصد به الضرر الذي يلحق غير المال، أو أنه الضرر الذي لا يمس الذمة المالية للشخص بأي وجه، فهو الضرر يلحق في غير حقوقه المالية، وربما كان الأدق تسميته بالضرر غير المالي.²

ونستطيع أن نرجع هذا الضرر إلى أحوال معنية وهي:

- ما يصيب الشخص نتيجة الاعتداء على جسمه، وما ينجم عنه من جروح وتلف وآلام وما يترتب عليه من نفقات علاج، ونقص في القدرة على الكسب، فيكون هذا الضرر ماديا وفي نفس الوقت ضررا أدبيا يتمثل في الآلام والتشويه الذي تركته الإصابة.
- ضرر أدبي نتيجة الاعتداء على الشرف أو السمعة بالسب أو القذف وهتك العرض، فهذه الأعمال تحدث ضررا أدبيا لأنها تؤدي الإنسان في شرفه وتحط من كرامته واعتباره بين الناس.
- ضرر أدبي يصيب العاطفة والشعور والحنان، كانتزاع طفل من أحضان أمه أو الاعتداء على الأم أو الأب أو الأطفال أو الزوج أو الزوجة فهذه أعمال تصيب الإنسان في عاطفته وتملاً قلبه بالحنن والغم والأسى.
- ضرر أدبي يصيب الشخص نتيجة لاعتداء على حق ثابت له، ومثاله انتهاك حرمة الملكية كاقترام منزل أو محل مملوك للغير رغم معارضة مالكة يصيب بضرر أدبي حتى لو لم يترتب على الانتهاك خسارة مالية.³

ويقسم بعض فقهاء القانون الضرر الأدبي إلى نوعين:

الأول: ضرر أدبي يكون ذا أصل مادي أو يكون متصلا به، ومثاله أن يصاب إنسان بحادث نجم عنه جروح وكسور تسببت تشويها في الوجه أو الأعضاء أدت إلى آلام نفسية.

¹ الدكتور: بلحاج العربي: النظرية العامة للالتزام ص 143 فقرة 349 و ما بعدها

² الدكتور: جلال حمزة: العمل غير المشروع ص 106 فقرة 112 و ما بعدها

³ الدكتور: علي علي سليمان: نظرات قانونية مختلفة ص 198 و ما بعدها

الثاني: ضرر أدبي محض، كالمساس بالشرف والشعور نتيجة السب والشتم والقذف أو الألم الذي يصيب الوالدين في عاطفتها بفقدانها لطفلهما الصغير.¹

التعويض عن الضرر الأدبي:

بالنظر لطبيعة هذا الضرر الذي لا يترتب عليه خسارة مالية أي انتقاص من الذمة المالية، فقد أثار الضرر المعنوي جدلا فقهيًا حول مدى التعويض عنه:

- فبعض الفقه كان يعارض مبدأ تعويض الضرر المعنوي، بحجة أن مثل هذا الضرر لا ينقص من الذمة المالية للمضروب شيئًا وأنه من الصعب تقديره نقداً، وأن التعويض في هذه الحالة لا يقضي ولا يزيل الضرر، فالمبلغ النقدي الذي يتحصل عليه المضروب لا يمحو الحزن أو الآلام ولا يرد الجمال الضائع.

- بينما جانب من الفقه الفرنسي وأمام عدم أخذ المشرع الفرنسي في قانون نابليون 1803 صراحة بالتعويض عن الضرر الأدبي، قد استقر في نهاية المطاف على جواز التعويض عن الضرر الأدبي، أثر خلافات فقهية حادة و متضاربة حول نص المادة 1382 ف م ف، بحيث يرى البعض أن المادة تنص على وجوب التعويض عن كل فعل يسبب ضرراً، بينما يرى البعض الآخر أن المادة لا تقصد إلا التعويض عن الضرر الأدبي.²

- ومن جهة القضاء الفرنسي فقد أخذ بالتعويض عن الضرر الأدبي منذ زمن بعيد، حتى أضحت أحكامه مستقرة في هذا المجال.³

- ومن ناحية التشريع، فقد قنن المشرع المصري م 222 والسوري 223 مبدأ التعويض عن الضرر الأدبي بقولها: "يشمل التعويض بضرر الأدبي أيضاً، ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضاء.

ولا يجوز الحكم بتعويض إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب"

أما موقف المشرع الجزائري فبعد ما نص المادة 124 على التعويض عن الضرر بقوله: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".

¹ الدكتور: أنور سلطان: المرجع السابق، ص

² الدكتور: جمال الدين زكي: المرجع السابق، ص 265 فقرة 214 و ما بعدهما 328 فقرة 416 و ما بعدهما

³ حكم صادر في 1961/11/24 و الوز 1962، 33، وآخر في 1962/1/6 و الوز 1962، 199، وفي المجلة الفصلية للقانون المدني R.T.D.C لسنة 1962، 316 وكان خاصا بالتعويض عن الضرر الأدبي لصاحب حصان عن الألم الذي أصابه من جراء هلاك الحصان بحدث، وآخر في 1973/10/17 في الأسبوع القانوني La Semaine Juridique 1972، 4، 388، أخذاً عن الدكتور جلال حمزة، المرجع السابق ص 108، فقرة 2/114 ها 3.

بدون تفرقة بين ضرر مادي وضرر أدبي، نص صراحة في المادة 182 قانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 على وجوب التعويض عن الضرر الأدبي بنصه: "يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة".

- أما من حيث الفقه الإسلامي فإنه يختلف اختلافاً بينا عن موقف الفقه العربي من مسألة التعويض عن الضرر الأدبي:

فبينما نجد الفقه العربي يكون فيه التعويض عن كل ضرر مادي أو أدبي، وفي الضرر المادي يعرض عن كل ما يصيب الدائن من خسارة وما فاتته من ربح، ولو كان ذلك عن منفعة.

أما الفقه الإسلامي فلا تعويض فيه إلا عن الأضرار الواقعة الماثلة التي يمكن تقويمها بمال، ومتى وقع الضرر وجب الضمان.

أما الاعتداءات المعنوية التي تحدث ضرراً معنوياً، فلا تعويض عنها طبقاً لنظرية الضمان في الفقه الإسلامي، بل إن الفقه في الشريعة الإسلامية يشترط في الضمان أن يكون المضمون مالا متقوماً في ذاته، وأن توجد المماثلة بينه وبين المال الذي يعطى بدلاً منه، فلا تعويض عن المنافع ولا عن العمل، وبالتالي لا تعويض عن أية خسارة تحملها الدائن أو عن ربح فاتته.¹

وختلافاً لجمهور الفقهاء يرى الصحابان أبو يوسف ومحمد وجوب الضمان عن الضرر المعنوي، فهما يقولان بوجوب الضمان عن الألم الجسماني ولكنهاختلفا في مقدار التعويض:

فقال محمد إنه يخضع لتقدير القاضي -حكومة العدل- أما أبو يوسف فيكتفي بحق المضرور استرداد ما أنفقه من ثمن الدواء وأجرة الأطباء.

وقد وجد سنداً لرأيهما بوجوب التعويض عن الضرر قول الرسول ((ص)) «لا ضرر ولا ضرار» ويقول الأستاذ علي الخفيف إن التعويض طبقاً للفقه الإسلامي يجب الحكم به متى دعت المصلحة العامة إلى ذلك، وطالما إن المجتمع يهدف إلى حماية الناس ووقايتهم من كل اعتداء وإثم، فإن الواجب فيه التعزيز بما يراه الحاكم وقاية وزجراً.²

¹ الدكتور: سليمان مرقس: المرجع السابق ص 154 فقرة 67 و ما بعدهما
² الدكتور: علي الخفيف: الضمان في الفقه الإسلامي ط 1971، ص

2- شروط الضرر:

يشترط في الضرر باعتباره ركنا من أركان المسؤولية المدنية، أن يكون ناشئا عن الإخلال بمصلحة مشروع للمضرور ذات قيمة مالية، وأن يكون الإخلال بالمصلحة محققا لا احتماليا.

أ. أن يكون الضرر محقق الوقوع:

لا تسمع دعوى التعويض إذا لم يكن الضرر قد وقع فعلا، وقد أجمع الفقه و القضاء على أن الضرر إذا لم يتحقق فعلا، فيكفي أن يكون مما سيقع حتما وهو ما يسمى بالضرر المستقبل.

فالضرر المحقق أو الحال هو الضرر الذي حصل فعلا، وتجسدت آثاره على الواقع، كموت المضرور أو يصاب في جسمه أو في ماله.

أما الضرر المستقبل المحقق هو ذلك الضرر الذي قامت أسبابه غير أن كل نتائجه أو بعضها قد تراخت إلى المستقبل، ويكون الضرر المستقبل محققا أيضا كلما كان تقديره من قبل القاضي أمرا يسيرا حيث يكون معالته واضحة.¹

فإذا وقع ضرر بإنسان فإن القاضي يقضي له بتعويض عما وقع فعلا، ويحتفظ له بحقه في الرجوع إليه لو ساءت حالته مستقبلا، ويمكن للقاضي أن يؤجل الحكم بالتعويض حتى تتضح نتائج الضرر كما نصت م 131 ق رقم 10/05 ق م على: "يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقا لأحكام المادتين: 182/182 مكرر مع مراعاة الظروف الملابسة، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير".

أما الضرر الاحتمالي: هو ضرر لم يتحقق بعد، فقد يقع في المستقبل، وهذا هو وجه الشبه مع الضرر المستقبل "ولكن وقوعه مجرد احتمال فقط، فقد يتحقق وقد لا يتحقق" وهذا هو وجه التمييز مع الضرر المستقبل، وطالما أن وقوعه مستقبلا أمر غير أكيد فلا يمكن المطالبة بالتعويض.

أما تفويت الفرصة: فإنه يوجب التعويض عن ضياع الفرصة في حد ذاتها، فإذا كانت النتائج التي تترتب على الفرصة الضائعة محتملة - وهذا هو وجه الشبه مع الضرر الاحتمالي - فإن ضياع الفرصة في حد ذاتها أمر محقق - وهذا هو وجه الشبه مع الضرر المحقق - مما يستوجب التعويض عن ضياع الفرصة لا عن نتائجها، لكون هذه الأخيرة هي أمر احتمالي فقط لا يوجب التعويض، فإذا كانت نتائج مسابقة ما أمرا

¹ الدكتور: أنور سلطان: المرجع السابق ص 325 فقرة 411 و ما بعدها

احتمالي، لأن المتسابق قد يخفق وقد ينجح، فإن عدم المشاركة في المسابقة أمر حقيقي وضياع فرصة المشاركة بغض النظر عن النتائج التي ستترتب عنها هو ضرر محقق.¹

ب. أن تكون المصلحة التي أحل بها مشروعة:

قد يكون الضرر إخلالا بحق، أو إخلال بمصلحة مالية مشروعة للمضرور.

فمن حيث الإخلال بحق، فقد يكون إخلالا بحق مالي أو بحق غير مالي، ومثال الإخلال بحق مالي كحق الملكية، وحق الدائنية، وحق المؤلف، فإذا ترتب انتقاص للمزايا المالية عن المساس بحق تلك الحقوق، فإن الضرر يكون ماديا، فالتعدي على الملكية هو إخلال بحق ويعتبر ضررا، ومثال لإخلال بحق غير مالي المساس بسلامة الجسم إذا نتج عنه خسارة مالية، كما في حالة الإصابة التي أدت إلى العجز عن الكسب أو تكبد المضرور نفقات مالية في العلاج.²

ومن حيث الإخلال بمصلحة مالية للمضرور، فيجب أن تكون المصلحة مشروعة، فالمصلحة إذن هي شرط للحصول عن التعويض عن الضرر الذي لحق بالمضرور، لأنه من البديهي أنه ليس لمن لم يلحقه ضررا شخصيا أن يطالب بالتعويض، وهذا ما يبرز الطابع الشخصي للخسارة المعنوية أو المالية التي لحقت بالمضرور، والقاعدة "لا دعوى بدون مصلحة"، فلو قتل شخص كان يعول قريبا لا يجب عليه نفقته، فإن القريب يضار من ذلك ليس في حق له إذ لا يجب نفقته بل في مصلحة مالية، غير أنه يجب أن تكون المصلحة المالية مشروعة فلا تعويض عن الإخلال بمصلحة غير مشروعة، لأن القانون لا يعتد بها ولا يحميها، وينطبق هذا على ظاهرة المعاشرة الحرة أو المخادنة، فلا يحق للخليلة مثلا أن تطالب بالتعويض عن قتل خليلها لأن مصلحتها في بقاء العلاقة بخليلها غير مشروعة.³

ومن تطبيقات القضاء في التعويض عن الضرر مادي أو معنوي، نجد حكم محكمة النقض المصرية، الغرفة الجنائية بتاريخ 1956/03/13 حيث قضت بأنه يشترط للحكم بالتعويض عن الضرر المادي أن يكون هناك إخلالا بمصلحة مالية للمضرور، وأن يكون هذا الضرر محققا.⁴

بينما من تطبيقات القضاء الجزائري، نجد ما قضى به المجلس القضائي بمستغنام بتاريخ 1963/11/14 بالتعويض عن الضرر الجسدي والمعنوي لحق زوجة بسبب طردها بعد ثلاثة أيام من زواجها بدعوى أنها ليست بكرًا فهذه التهمة فيها مساس بشرفها وكرامتها ودويها.

¹ الأستاذين: حسين عامر، عبد الرحيم عامر: المسؤولية المدنية التصديرية والعقدية، ط 2/ 1979 ص 336 فقرة 441 و ما بعدهما

² الدكتور: جلال حمزة: العمل غير المشروع، ص 104 فقرة 111 و ما بعدهما

³ الدكتور: علي علي سليمان: النظرية العامة للالتزام ص 162 فقرة 118 و ما بعدهما

⁴ أنظر بعض أحكام القضاء المصري: الدكتور جمال الدين زكي: المرجع السابق، ص 167 فقرة 152 هامش 1 و ما بعدهما

وما قضى به المجلس الأعلى بتاريخ 1976/11/06 في قضية حادث مرور أودى بحياة ابنة عمرها 6 سنوات، ومع أن الأم لم يصبها أي ضرر مادي لكون الضحية حديثة السن، ولكن الذي أصابها هو ضرر معنوي بحث، وهو الشعور بالألم وهو لا يقدر بالمال وإنما يعوض من طرف القضاء بما بدا لهم جبرا للخواطر وبشرط ألا يكون سببا للإثراء الفادح.

كما قضت الغرفة الإدارية لمجلس قضاء الجزائر بتاريخ 1975/05/29 بالتعويض عن الأضرار المعنوية كمبدأ عام.

كما حكمت محكمة الجنايات لولاية الجزائر بتاريخ 1975/09/26 بالتعويض عن الضرر المادي وعن الأضرار المعنوية في دعوى الاعتداء على شرف فتاة.

كما قضى مجلس قضاء قالمة دائرة الأحوال الشخصية بتاريخ 1986/03/31 بالتعويض مقداره 5 آلاف دج كتعويض عن الضرر المعنوي الذي لحق الزوجة بدعوى أنها ليست ببيكر لجبر الضرر الناتج عن مس شرفها وتشويه سمعتها.

كما قضت محكمة عنابة بالتعويض عن الضرر المعنوي للزوجة والأقارب حتى الدرجة الثانية لوفاة الزوج في حادث مرور.¹

ثالثا/ العلاقة السببية Lien de Causalité:

إضافة إلى ركن الخطأ-الفعل المنشئ للضرر- والضرر، لا بد من توفر ركن ثالث لقيام المسؤولية المدنية، ألا وهو علاقة السببية بين الخطأ والضرر.

1- مفهوم علاقة السببية وأهميتها:

يقصد بعلاقة السببية أي العلاقة المباشرة بين ركن الخطأ والضرر، بمعنى بين خطأ المسؤول عن الضرر، والضرر الذي لحق المضرور وخطأ المسؤول هو سبب الضرر وعلته، وقد عبر المشرع الجزائري عن هذه العلاقة السببية بكلمة "ويسبب ضررا للغير"، فنصت المادة 124 ق 10/05 ق م ج:

"كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير، يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"

¹ الدكتور: علي علي سليمان: نظرية قانونية مختلفة ص 214/213 فقرة 15

ومعنى ذلك أن وجود خطأ من جانب الشخص المراد مساءلته وإلحاق ضرر بالمضروب لا يكفيان لقيام المسؤولية المدنية، بل لابد من وجود علاقة مباشرة بين الخطأ والضرر¹، لأنه من البديهي ألا يسأل مرتكب الخطأ إلا عن الأضرار التي تعتبر نتيجة لخطئه.

وقد ازدادت أهمية علاقة السببية في الوقت الحاضر سواء كان ذلك باعتبار أن الالتزامات المحددة - إزامات بنتيجة- أخذ في الاتساع، وسواء في الالتزامات التعاقدية أم في التقصيرية، أم باعتبارها ركن ضروري في المسؤولية المدنية مستقل عن ركن الخطأ والضرر وهو ركن متفق عليه، ذلك لأن الالتزام بالتعويض يكون عن كل خطأ سبب ضرراً، أم تعلق الأمر بعبء الإثبات، ففي المسؤولية التقصيرية القائمة على الخطأ الواجب الإثبات يجب على المضروب إثبات أن خطأ المسؤول هو سبب الضرر، بينما في المسؤولية التقصيرية القائمة على خطأ مفترض يجب على المسؤول أن ينفى السببية بين الخطأ و الضرر بإثبات السبب الأجنبي للضرر، بمعنى أن للضرر سببا آخر غير خطأ المسؤول، لذلك فإنه تتركز في ركن السببية كل أهمية لدعوى التعويض على أساس الخطأ المفروض.

فضلا عن ذلك فإن لعلاقة السببية وجودا مستقلا عن ركن الخطأ والضرر:

أ. فمن حيث علاقة السببية بالخطأ: فقد يوجد الخطأ ولا توجد علاقة السببية، ومثال ذلك أن يدس شخص سما لآخر في طعامه، وقبل سريان السم في جسم المسموم يأتي شخص ثالث ويقتله بمسدس، فدس السم خطأ وموت المصاب ضرر ولكن لا علاقة سببية بينما بين دس السم وموت المسموم، إذ أن الموت سببه هو إطلاق المسدس فوجد الخطأ ولا توجد السببية.

وقد توجد علاقة سببية ولا يوجد الخطأ، بمعنى أن علاقة السببية متحققة ولكن من فعل غير خاطئ، كأن يركب شخص مصعدا وقد دهن بعطر، أدى ذلك إلى إصابة شخص آخر لتحسسه من هذه الروائح.

فعل الرغم من وجود علاقة سببية بين فعل الفاعل "دهنه بالعطر" والضرر المترتب إلا أن الفاعل غير مسؤول عن ذلك.²

ب. ومن حيث علاقة السببية بالضرر: فإنها بانفصالها عن الخطأ فإنها دائما تتصل بالضرر، فهما ركنان أساسيان في المسؤولية المدنية عموما، إلا أنهما متلازمان دائما، فحيث تنعدم السببية ينعدم في الوقت ذاته الضرر.³

¹ الأستاذ: علي فيلاي: المرجع السابق ص 271 و ما بعدها

² الدكتور: بلحاج العربي: النظرية العامة للالتزام ص 172 فقرة 366 و ما بعدهما، و انظر الأستاذين: حسين عامر و عبد الرحيم عامر: المرجع

السابق، ص 353 فقرة 463 و ما بعدهما

³ الدكتور: جمال الدين زكي: المرجع السابق، ص 278 فقرة 222 و ما بعدهما

2- تحديد علاقة السببية عند تعدد الأسباب:

يحدث غالبا أن يكون الضرر ناتجا عن عدة وقائع أو أسباب تشترك في حدوثه، فيصعب استبعاد واحد منها لأن الضرر وقع لاجتماعها كلها، فقد يكون البعض منها منتجة للضرر لأنها لعبت دورا رئيسيا في تحقيق الضرر، ومنها من شاركت في حصوله، ومنها من ساعدت أو زادت في حجمه، ومنها من هي بعيدة عنه حيث كان لها دور ضئيل.

وهنا يثور التساؤل عن أي سبب من هذه الأسباب يمكن إسناد الضرر إليه، أم يكون هذا الإسناد إلى جميع الأسباب؟

إن المثال الذي يسوقه الفقهاء يتمثل في أن شخصا ترك سيارته مفتوحة ليلا وفي الطريق العام و دون أن يتزع منها المفاتيح، سرقها آخر وساقها بسرعة، فصدم شخصا في الطريق دون أن ينقده، حمله صاحب سيارة ثانية إلى المستشفى وكان مسرعا فاصطدم بشاحنة أدى ذلك إلى وفاة المصاب.¹

فما هي مسؤولية صاحب السيارة المسروقة عن الوفاة؟ وبمعنى آخر ما هو السبب الذي تربطه علاقة سببية بالضرر من هذه الأسباب؟

اختلف الفقهاء في تحديد السبب الذي يعتد به من هذه الأسباب، وأهم النظريات الفقهية التي قيلت في ذلك:

نظرية تكافؤ أو تعادل الأسباب ونظرية السبب المنتج.

أ. نظرية تكافؤ الأسباب: Théorie de l'Equivalence des Conditions

نادى بهذه الطريقة الفقيه الألماني "فون بوري Von Buri" في الفترة 1855/1860: ومضمونها: أنه يجب الاعتراف بكل سبب اشترك في إحداث الضرر ولو كان سببا بعيدا، لأن جميع الأسباب التي تداخلت في وقوع الضرر تعتبر أسبابا متكافئة، ولمعرفة ما إذا كان متكافئا يكفي أن يتساءل ما إذا كان الضرر واقعا ولو لم يشترك هذا السبب أم لا؟

فإذا كان الجواب بالإيجاب فلا يعتد بهذا السبب، وإن كان الجواب بالنفي فينبغي الإعتداد به.

¹ الأستاذ: علي فيلاي: المرجع السابق، ص 272

ففي المثال السابق يجب الإعتداد بالسببين السابق ذكرهما، وهما تقصير صاحب السيارة في المحافظة عليها من السرقة، وتقصير السارق في قيادتها لأنه لو لم يهمل أحدهما لما وقع الضرر¹، ومن ثم فكلا الشخصين مخطئ وتتحقق مسؤوليتهما.

وقد انتقدت هذه النظرية حتى من الفقهاء الألمان، فقليل صحيح أن صاحب السيارة قد أهمل إقفال سيارته، وهذا خطأ منه، ولكنه مع ذلك لم يكن هذا الإهمال هو سبب وقوع الحادث، وبالتالي لا يمكن أن ينسب إلى صاحب السيارة أية مسؤولية.²

ب. نظرية السبب المنتج أو السبب الفعال: Théorie de la Causalité Adéquate

تقدم بهذه النظرية الفقيه الألماني "فون كريس" Von Kreis:

ومضمونها: أنه عند تدخل أسباب عدة في إحداث الضرر لا بد من فرزها والتمييز بين التي تعتبر منتجة للضرر، وتلك التي تكون عرضية فقط، ولا يؤخذ في الاعتبار إلا الأسباب المنتجة أو الفعالة.³

ويقصد بالسبب المنتج، هو السبب المؤلف الذي ينتج الضرر عادة.

أما السبب العارض فهو السبب غير المؤلف الذي لا ينتج الضرر عادة، ولكنه يساهم فيه عرضاً.⁴

والمعيار المعتمد من قبل أنصار هذه النظرية لتحديد السبب المنتج أو السبب الفعال فهو احتمال **Probabilité** حدوث الضرر طبقاً لسير الأمور سيراً عادياً، فمتى كان هذا الاحتمال وارداً بالنسبة لسبب ما اعتبر سبباً منتجاً.

وفي المثال السابق، فإن السبب المؤلف الذي يوقع الضرر عادة، هو خطأ السارق الذي كان يقود السيارة بسرعة كبيرة، أما خطأ صاحب السيارة وإن ساهم بشكل غير مباشر في وقوع الضرر إلا أنه ليس بالسبب المؤلف الذي يوقع الضرر عادة، وبالتالي فإن خطأ السارق هو السبب فيكون مسؤولاً عن الضرر.

وقد سار الفقه والقضاء الفرنسي مدة زمنية طويلة أخذاً بنظرية تكافؤ الأسباب، ثم عدل ورجح نظرية السبب المنتج رغم ما تؤدي إليه النظرية من تحكم القضاء واختيار السبب المنتج من مختلف الأسباب

وقد انتقدت نظرية السبب المنتج من لدن بعض فقهاء القانون، لعل أهم هذه الانتقادات:

¹ الدكتور: جلال حمزة: العمل غير المشروع ص 116/115 فقرة 121

² الدكتور أنور سلطان: المرجع السابق، ص 332 فقرة 422 و ما بعدهما

³ الدكتور: بلحاج العربي: النظرية العامة للالتزام ج 2 ص 175 فقرة 369

⁴ الدكتور: علي علي سليمان: النظرية العامة للالتزام، ص 193 فقرة 120

1. إن الناحية العملية قد تخالف الجانب النظري، فقد لا يتولد الضرر عن السبب المنتج، وإنما يكون السبب غير المنتج هو المتسبب في الضرر.

2. إن الاعتماد على معيار الاحتمال والتوقع يؤدي حتما إلى الخلط بين الخطأ وعلاقة السببية، فمثلا إذا حدث اصطدام بين سيارتين فإن الضرر يقتضي حتما تدخل كل منهما، ومن ثم هناك تكافؤ الأسباب، غير أنه إذا أخذنا في الاعتبار موقع كل منهما لتحديد احتمال حدوث الضرر، فهذا يعني النظر في سلوك السائق أي الخطأ.¹

وتوجد إلى جانب النظريتين السابقتين، نظرية ثالثة وجدت لها تطبيقات في القضاء الإنجليزي عرفت باسم نظرية السبب القريب أو المباشر، والعبارة لديها في حالة تعدد الأسباب هو السبب القريب من الضرر أي السبب المباشر أو السبب الأخير الذي تلى الضرر ومن ثم فإن المتسبب الحقيقي في الضرر هو الشخص الذي كانت له الفرصة الأخيرة لمنع الضرر الذي لحق المضرور ((الضحية)).

ونظرا لبساطة أفكار هذه النظرية، واعتمادها على الظرف الزمني فقد تخلى عنها الفقه والقضاء.

وقد سلك المشرع والقضاء الجزائري نظرية السبب المنتج، حيث نصت المادة 1/182 ق م ج.

"إذا لم يكن التعويض مقديرا في العقد، أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من سبب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخر في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوفاه ببذل جهد معقول".

وقد سار القضاء الجزائري على نفس الاتجاه، بحيث نجد المحكمة العليا الغرفة الجنائية الأولى قد أصدرت القرار الآتي بتاريخ: 1988/12/20: "حيث يتبين فعلا من الحكم الفاصل في الدعوى المدنية أنه تم القضاء على المحكوم عليهم الأربعة المذكورين، وعلى وجه التضامن بدفعهم للأطراف المدنية عدة مبالغ تعويضا عن الأضرار المادية والمعنوية التي لحقت هؤلاء من جراء قتل الضحية، والحال أن المحكمة لم تقض إلا بإدانة واحد منهم من أجل هذه الجناية، وأن الآخرين فلم تنسب إليهم إلا جنحة عدم مساعدة شخص في حالة خطر.....".

ويستخلص من هذه الحيثية أن القضاة اعتنقوا نظرية السبب المنتج واستبعدوا نظرية تكافؤ الأسباب، فإذا كان امتناع المتهمين الثلاث مساعدة الضحية قد ساهم في إحداث الوفاة، إلا أنه لم يكن هو السبب

¹ الدكتور: جلال حمزة: العمل الغير المشروع باعتباره مصدرا للالتزام ص 116 فقرة 122 و ما بعدهما

المنتج، بل فعل القتل الذي أقدم عليهم المتهم الأول هو الذي يعد سببا منتجا وفعالا، أي أنه فعل القتل العمدي.¹

3- نفي علاقة السببية "بإثبات السبب الأجنبي للضرر":

إن علاقة السببية بين الخطأ والضرر ركن أساسي لتحقق المسؤولية، وانتقاؤها انتقاء للمسؤولية، وتنتقي المسؤولين بوسيلتين:

- الأولى: مباشرة بنفي علاقة السببية وذلك بإثبات السبب غير المنتج في إحداث الضرر.
- الثانية: غير مباشرة، بإثبات من نسب إليه الفعل الضار أن الضرر الذي وقع لا يدلله فيه، وإن وقوعه كان بسبب أجنبي.²

أ. الوسيلة الأولى: انتقاء العلاقة السببية:

طبقا للقواعد العامة إن من يدعي مسؤولية الغير أن يثبت أركان هذه المسؤولية، ففي المسؤولية عن الفعل الشخصي مثلا لا يمكن أن تتحقق إلا إذا توفرت علاقة سببية بين الخطأ والضرر، بمعنى يجب على المضرور إثبات خطأ-المسؤول عن الضرر- وإن يثبت علاقة السببية بين الخطأ والضرر الذي حصل له.

على أنه قد ثبتت علاقة السببية ضمنا بمجرد إثبات المضرور إن الضرر قد نشأ عن الخطأ، وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية مثلا بتاريخ: 1968/11/28 بقولها: "أنه متى أثبتت المضرور الخطأ والضرر، كان من شأن ذلك الخطأ أن يحدث عادة هذا الضرر، فإن القرينة على توافر علاقة السببية بينهما تقوم لصالح المضرور، وللمسؤول نفي هذه الطريقة بإثبات إن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يدلله فيه".³

كما قد يتم إثبات علاقة السببية عن طريق قرائن الحال، أي على سبيل الترجيح لا الجزم، ففي المثال السابق المتعلق بالضرر المرتكب بسيارة مسروقة، فإن إهمال مالكها في اتخاذ الاحتياطات اللازمة للمحافظة عليها وتقصيره في إقفال أبوابها، يرجع قيام علاقة سببية بين الخطأ الذي وقع وبين الضرر ولكن خطأ مالك السيارة ليس هو الخطأ الذي ينتج الحادث عادة، بمعنى أن خطأه ليس هو السبب المنتج للضرر، وإثباته ذلك يؤدي إلى انعدام القرينة على قيام علاقة سببية، وبانقطاع هذه العلاقة تنتفي المسؤولية عنه تبعا لذلك

ب. الوسيلة الثانية: إثبات السبب الأجنبي للضرر:

¹ الأستاذ: علي فيلاحي: الالتزامات العمل المستحق للتعويض، ص 278/277
² الدكتور: جلال حمزة: العمل غير المشروع، ص 123 فقرة 129 و ما بعدها
³ الدكتور: بلحاج العربي: النظرية العامة للالتزام ج 2، ص 192 فقرة 376 و ما بعدهما

قد يلجأ من نسب إليه الخطأ إلى نفي علاقة السببية بإثباته أن الضرر كان وقوعه بسبب أجنبي مثل القوة الظاهرة أو الحادث المفاجئ، أو فعل المضرور أو خطأ الغير، وهذا ما نصت عنه المادة 127 ق.م.ج: "إذا اثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا بد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة، أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك."

ب1/ المقصود بالسبب الأجنبي:

فكرة السبب الأجنبي فكرة قديمة لها أصول في القانون الروماني، لم يعرفه المشرع الجزائري أو إنما ذكر بعض مواصفاته وصوره، بأنه السبب الذي لا ينسب إلى المسؤول.

وقد تعددت تعريفات فقهاء القانون، وبوجه عام فإن السبب الأجنبي عن المدعى عليه هو كل فعل أو حادث لا يد له فيه ويكون هذا السبب قد جعل منع وقوع العمل الذي أفضى إلى الضرر مستحيلاً¹، أو أنه كل أمر لا بد للمدعى عليه فيه، ويكون هو السبب في إحداث الضرر، ويرتب عليه انتفاء مسؤولية المدعى عليه كلياً أو جزئياً.²

ويقوم السبب الأجنبي على ركنين رئيسيين الأول ركن السببية والثاني ركن انتفاء الإسناد.

ن الركن الأول: السببية: ويقصد به أن المدعى عليه كان من المستحيل عليه استحالة مطلقة أن يتصرف بخلاف ما فعل، ومعيار الاستحالة موضوعي Un Abstracto هو معيار الرجل المعتاد تحيطه الظروف التي أحاطت المدعى عليه، ويخضع القاضي في تقدير الاستحالة من حيث تسيب التقرير تسببا سائغا فقط إلى رقابة المحكمة العليا.

ن الركن الثاني: انتفاء الإسناد: ويقصد به عدم إمكان إسناد الفعل أو الحادث إلى المدعى عليه بأي حال من الأحوال، كما أن السبب الأجنبي يتصف بصفتين أساسيتين هما عدم التوقع . **Imprévisibilité**، وعدم إمكان التلاقي **Nevlabilité** .

ب2/ أثر وجود سبب أجنبي:

يترتب على إثبات المدعى عليه أية صورة من صور السبب الأجنبي: القوة القاهرة الحادث المفاجئ، فعل المضرور، فعل لغير، قطع علاقة السببية بين فعل المدعى عليه وبين الضرر الحاصل، وبالتالي نفس

¹ الأستاذ: علي فيلاي: المرجع السابق، ص 284 و ما بعدها

² الدكتور: علي علي سليمان: النظرية العامة للالتزام، ص 195 فقرة 123 و ما بعدها

المسؤولية على عاتقه، ولا يكون ملزماً بدفع التعويض، ما لم يشترك فعل المدعى عليه بصورة من صور السبب الأجنبي في إحداث الضرر، فتنقسم بينهم المسؤولية بقدر مساهمة كل فعل أو سبب.¹

الفرع الثاني

مدى ارتباط قيام مسؤولية الشخص بالتمييز

تقوم المسؤولية التقصيرية كالمسؤولية العقدية على أركان ثلاثة: الخطأ والضرر وعلاقة السببية، وهذه الأركان أشارت إليها المادة 124 ف م ج المعدلة بالق 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 بقولها: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض، وإذا كان الخطأ هو انحراف في سلوك الشخص مع إدراكه لهذا الانحراف.

وعليه فإن الخطأ يقوم على عنصرين أساسيين:

- الأول: عنصر مادي وهو الانحراف أو التعدي *La Culpabilité*.
- الثاني: عنصر معنوي أو نفسي وهو الإدراك أو التمييز *Le Discernement ou imputabilité*.

فما مدى ارتباط قيام المسؤولية التقصيرية بشرط التمييز أو الإدراك أو حتى القصد؟

وما موقف التشريعات الوضعية المختلفة من تحديد سن التمييز؟

أولا/ ارتباط قيام المسؤولية التقصيرية بالتمييز:

إن مناط المسؤولية القانونية المدنية والجنائية هو فكرة التمييز أو الإدراك، ويعني ذلك أنه يجب أن يكون الجاني -مسبب الضرر- متمتعاً بقدر معين من التمييز أو الإدراك لقيام خطأ تقصيري، فمن وقعت منه أعمال التعدي -الضرر- يجب أن يكون مدركاً لها، بمعنى قادراً على التمييز بين الخير والشر، فلا مسؤولية قانونية أصلاً بدون تمييز، سواء كان نوع المسؤولية جنائية أو مدنية تقصيرية.²

وبالتالي فإن الإدراك كعنصر نفسي في الخطأ هو التمييز *Le Discernement*، والتمييز هو مناط المسؤولية التقصيرية، فهي تقوم إذا وجد، وتندم إذا فقد، والمشرع الجزائري صريح في هذا المعنى بنصه على

¹ الدكتور: خليل أحمد حسن قعادة: الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ج 1 مصادر الالتزام ط/31 ص 251 فقرة 136
² والتمييز على هذا النحو كما جاء في بعض المعاجم هو اسم يرفع إبهاماً في شيء قبله، وسن التمييز هي السن التي إذا بلغها الإنسان عرف مضاره ومنافعه، وقوة التمييز هي قوة الحكم الفاصل: الأساتذة: علي بن هادية، وبلحسن البليش والجيلالي بن الحاج يحي: القاموس الجديد للطلاب ص 223.

ذلك في المادة 125 ق.م.ج الجديدة المعدلة بالق 10/05 بقولها: "لا يسأل المتسبب بالضرب الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو بإهمال منه أو عدم حيظته إلا إذا كان مميزاً".¹

و على ذلك فإن الأهلية التقصيرية تقتضي أن يتوفر للفاعل مرتكب الفعل الضار العنصر النفسي للخطأ والمتمثل في قصد الإضرار بالغير أو على الأقل التمييز، بمعنى أن يكون الفاعل قد توقع حصول الضرر للغير نتيجة فعله ولم يحمله ذلك على اتخاذ الاحتياطات اللازمة لتفادي الضرر.

كما أن الأهلية الجنائية إن كانت هي عبارة عن مجموعة العوامل النفسية اللازم توفرها في الشخص لكي يمكن نسبة الواقعة إليه بوصفه فاعلها عن إدراك وإرادة، أو هي عبارة عن أهلية الاسناد حيث يتطلب القانون فيمن يسأل جنائياً أن يكون متمتعاً بمكنة خاصة يستطيع من خلاله أن يميز قيمة أفعاله مدركاً النتائج التي تترتب عليها، وهذه المكنة هي التي تسمح بعد ذلك بمساءلة الشخص جنائياً عن الوقائع التي يحققها بسلوكه، وعلى ذلك تقوم الأهلية الجنائية على عنصرين: الإدراك أو الشعور، ثم الاختيار.

- فبالنسبة لعنصر الإدراك أو الشعور: فلا يقصد به مجرد استعداد الشخص لتفهم ما يحيط به، وإنما قدرته على تفهم القيمة الاجتماعية للأفعال التي ترتكبها.

- أما عنصر الاختيار: فهي قدرة الشخص على تحقيق إرادته استقلالاً عن الظروف والدوافع المختلفة²، كما أن الإرادة باعتبارها العنصر الثاني في القصد الجنائي إلى جانب العلم لها دور كبير في حياة الإنسان وفي السيطرة على تصرفاته وحركاته وأفعاله، وعلى ذلك فلها دور خارجي يتمثل في الحركات العضوية التي يأتيها الإنسان ولها دور داخلي أيضاً باعتبارها صاحبة القرار العقلي الذي حرك العضلات لأداء تلك الحركات الخارجية،

وقد اختلف فقهاء القانون وغيرهم في تحديد مفهوم الإرادة:

§ حيث عرفها البعض بأنها قوة نفسية تستمد كيانها من الجهاز النفسي العصبي كما صورته وحددت علاقته بالوظائف العضوية للجسم حقائق علم النفس الطبيعي.

§ كما عرفها البعض الآخر من خلال أنها حرية الاختيار بأنها قدرة داخلية عند الإنسان محلها الرغبة في عمل شيء أو عدم الرغبة في عمله.

¹ وقد الغي المشرع الجزائري نص الفقرة 2 من المادة 125 بتعديله الأخير بالق رقم 10/05، حيث كانت المادة السابقة تنص على: "غير أنه إذا وقع الضرر في شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسؤول عنه، أو تعذر الحصول على تعويض من المسؤول، جاز للقاضي أن يحتم على من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعيًا في ذلك مركز الخصوم".
² الدكتور: نور الدين هندواوي: مراحل الإدراك و التمييز و أثرها في المسؤولية الجنائية، ص 19 فقرة 8

§ وهناك من يرى أن مضمون الإرادة يتجلى في قدرة الشخص على ترجمة ما يدور داخل نفسه إلى فعل مادي في الحيز الخارجي.

§ كما أن هناك من يعطي للإرادة معينين الأول ينصب على حرية الاختيار والثاني ينصب على تحقيق هدف محدد ونتيجة معينة، والإرادة هنا هي التحرك لتحقيق هدف محدد.¹

وإذا كانت مسؤولية الشخص المدنية متوقفة على شرط التمييز، فإن انعدامه يؤدي إلى انعدام المسؤولية أو يعد ذلك مانعا من موانع مسؤولية الشخص.

وينصرف التمييز إلى قدرة الشخص على فهم ماهية فعالة وتقدير نتائجها، ويتوجه هذا التمييز إلى ماديات الفعل وأثاره، ولا ينصرف إلى التكيف القانوني للفعل.

والظاهر أن التحقق من توفر قصد الإضرار ومن توافر التمييز يقتضي الغوص في أعماق النفس الإنسانية لتبين الحالة النفسية لمرتكب الفعل الضار وقت ارتكابه، ولاشك أن ذلك أمر صعب يحققه مما جعل متعذرا على المصاب إقامة الدليل على توافر هذه الحالة النفسية لدى مرتكب الفعل الضار وقت ارتكابه.

لذلك ذهب كثير من الشراح إلى الاكتفاء في تقدير توافر هذا العنصر النفسي أو عدم توافره تقديرا مجردا *Inabstracto*، فلا يشترط أن يثبت أن الفاعل قد تمثل وقوع الضرر باعتباره نتيجة محتملة لفعله بل يكفي بأن يكون في وسع الرجل العادي تمثله في مثل هذه الظروف حتى يفترض في الفاعل أنه تمثله فعلا ويعتبر العنصر النفسي للخطأ متوافر فيه.

ويلاحظ أن الأخذ في تقدير العنصر النفسي للخطأ بالمعيار المادي أو الموضوعي ينأى بالمسؤولية عن أن تكون شخصية *Subjective* ويجعلها أقرب إلى أن تكون مسؤولية مادية *Objective*.

ثم إن الاحتفاظ بالعنصر النفسي على هذا الوجه يجعل أهميته في واقع الأمر ضئيلة، فهو ينتهي إلى أن يكون بمثابة اشتراط التمييز والحرية.²

و لأن القاعدة القانونية هي عبارة عن خطاب تشريعي موجه إلى الناس بالأمر بفعل ما أو النهي عن فعل أو حتى بالإذن وإجازة الفعل، فهي تفترض فيمن توجه إليهم التمييز أو الإدراك، بل هي في الأصل لا تعتبر موجهة إلا إلى من يتوافر فيهم التمييز، وهذا ما أكده المشرع الجزائري في التعديل الأخير باشتراط تمتع الفاعل بالتمييز وفق المادة 124 ق 10/05 ق م ج السالفة.

¹ الدكتور: عبد السلام التونجي: موانع المسؤولية الجنائية، ط 1971، ص 77 و ما بعدها
² الدكتور: أيمن ابراهيم العشموي: المرجع السابق، ص 45 و ما بعدها

و إذا كان للتمييز في حالة انعدامه أسبابا قانونية، فإن له عوامل أو معايير في تحديده، فما هي هذه الأسباب، وما هي هذه المعايير؟

1- الأسباب القانونية لانعدام التمييز:

تختلف أسباب انعدام تمييز الشخص بين الأسباب الطبيعية ((الصغر)) والأسباب المرضية، "المرض العقلي، المرض النفسي".

أ. انعدام التمييز بسبب صغر السن:

و هذا السبب يعتبر رئيسيا أو أصلا في حالات انعدام التمييز، ويتمثل في صغر السن دون التمييز، وهي المرحلة الأولى لحياة الإنسان بعد ولادته حيا، وتنتهي ببلوغ الصبي مرحلة التمييز.

و الصغر لغة هو ضد الكبر، الصغر والصغار خلاف العظم، وقيل الصغر في الحرم و الصغارة في القدر و في الشريعة الإسلامية الصغير هو الشخص الذي لم يبلغ الحلم، وقد جاء في حاشية ابن عابدين "الطفل هو الصبي حين يسقط من بطن أمه إلى أين يحتلم"، معنى ذلك أن الصغير شرعا هو الإنسان في فترة ما بين الولادة والبلوغ، ويظل يحمل هذا الاسم طالما لم يبلغ ولم يثبت في حقه البلوغ سواء كان ثبوته بالعلامات الطبيعية أو التقديرية.¹

أما في القانون الجنائي هو الذي لم يبلغ سن الرشد الجنائي، أي من كان في سن الطفولة، ويعتبر بلوغ الصغير هذه ليس قرينة على اكتمال الإدراك لديه فتكتمل أهليته لتحمل المسؤولية الجنائية إذا لم يوجد سبب آخر لانعدام الأهلية كالجنون.

ب. انعدام التمييز بسبب مرض عقلي:

يعتبر المرض العقلي من الناحية الاجتماعية والقانونية هو السبب الأكثر ظهورا و شيوعا لانعدام التمييز، ومن هنا كان المرض العقلي هو الأكثر دراسة من الناحية القانونية لانعدام التمييز، ومن هنا اكتسب مكانة خاصة عند دراسة المسؤولية المدنية لعديمي التمييز، وبالتالي فإن الحلول التي كان ينتهي إليها بصدد مسؤولية المريض عقليا أو عدم مسؤوليته كانت هي الحلول التي تتبع أو يوصى بإتباعها بالنسبة للأسباب الأخرى لانعدام التمييز، فهذه الأسباب لاتحادها مع المرض

¹ الدكتور: عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير: المرجع السابق، ص 6 فقرة 1 و ما بعدهما، و انظر الدكتور عبد السلام التونسي: المرجع السابق، ص 160 و ما بعدها

العقلي في حرمان الشخص من التمييز كانت تقاس عليه وتأخذ حكمه من حيث المسؤولية أو عدمها.¹

ويعرف البعض المرض العقلي بأنه الدرجة التي يصبح فيها سلوك الفرد بصورة رمزية لا تتلاءم مع الواقع والتي يصبح فيها عاجزا عن معالجة مشاكله بالطريق المعتاد.

كما يعبر البعض عن المرض العقلي بأنه صورة هزلية أي كاريكاتورية للشخصية السوية أو هو تفكك لها.

وتعتبر الآراء الحديثة أن الاضطرابات العقلية ليست نتيجة مرض و إنما هي نتيجة إخفاق في مواجهة الحياة، وهي نتيجة طبيعية لخطأ في الحياة الاجتماعية والبيئية والثقافية والانفعالية والغريزية وفي حاجات الفرد، كما أنها نتيجة للأمراض العضوية.

وقد أصبحت أشكال المرض العقلي كما يقول "أدولف ماير Adolff Mauer" إنما تعادل في تعدادها مختلف أشكال الحياة.

على أنه من المقرر فقها و قضاءا وقانونا أن المرض العقلي الذي يوصف بأنه جنون أو عاهة عقلية وتعدم به المسؤولية قانونا، هو ذلك المرض الذي من شأنه أن يعدم الشعور أو الإدراك، أما سائر الأمراض والأحوال النفسية التي لا تفقد الشخص شعوره وإدراكه فلا تعد سببا لانعدام المسؤولية.²

أما بالنسبة للأسباب الأخرى العارضية أو الوقتية كالسكر وتعاطي المخدرات أو التنويم المغناطيسي فهي تؤثر تأثير ملحوظا على عنصرى الأهلية الجنائية - الإدراك والإرادة- إذ تحدث تغيرات جسمية في الحالة العقلية والنفسية للشخص، بحيث يفقد معها القدرة على فهم ماهية أفعاله وتقدير نتائجها، وكذلك القدرة على ضبط بواعثه المختلفة والمفاضلة بينهما، وفي ذلك تقرب الغيوبة الناشئة عن السكر والعقاقير المخدرة من الجنون أو عاهة العقل بحسب أنه مانعا للأهلية وسببا لامتناع المسؤولية الجنائية.³

¹ الدكتور: جلال محمد محمد إبراهيم: المسؤولية المدنية لعدمي التمييز: ط 1982، ص 3 فقرة 3، و انظر الدكتور عبد الوهاب أبو الخير: المرجع السابق، ص 17 فقرة 5

² الدكتور: عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير: المرجع السابق، ص 26/25 فقرة 6

³ الدكتورة: حنان شعبان مطاوع عبد العاطي: المسؤولية الجنائية للصبى في الفقه الاسلامي، دراسة مقارنة القانون الجنائي الوضعي، ط 2004 ص 144 و ما بعدها، و انظر الدكتور سليمان مرقس: المرجع السابق ص 253 فقرة 97 و ما بعدها

و لأن المعول عليه في نفي المسؤولية المدنية انعدام التمييز وقت ارتكاب الفعل الضار بقطع النظر عن استمرار فقد التمييز قبل ذلك أو بعده، فإن من يفقد التمييز بصفة وقتية لا يكون مسؤولاً عن الأفعال الضارة التي يرتكبها أثناء فقدته التمييز.

على أنه يجب عليه أن يقيم الدليل على أنه كان وقت ارتكاب الفعل الضار فاقد التمييز فقد تاماً، وهو ما تشدد عليه المحاكم من فقد التمييز كلياً بسبب السكر أو تعاطي المخدرات أو التنويم المغناطيسي أو الحمى الشديدة، كما أن المحاكم تعتبران من أوجد نفسه بإراداته في حالة تفقده التمييز مرتكب خطأ يجعله مسؤولاً عن فقد التمييز، وعماً ارتكبه من أفعال ضاره في أثناء ذلك، بخلاف المحموم والمصاب بمرض النوم أو بالصرع، فلا يسألون عما يقع منهم وأثناء فقدهم التمييز، ولا يكلفون، بأن يثبتوا أن فقد التمييز لم يكن بخطأ منهم لأن الظاهر أن هذه الأمراض لا دخل فيها لإرادة الإنسان.¹

ج. المرض النفسي:

فهو انحرافات في السلوك البشري يصحبها عادة اضطراب وظيفي "فسيولوجي"، في الجهاز العصبي وتسمى لذلك بالأمراض العصبية النفسية تمييزاً لها عن الأمراض العصبية التي تبدو في النوبات والتشنجات ونرجع الأمراض النفسية إلى أسباب انفعالية يحدثها التزاع المحتدم في نفس الإنسان بين حوافزه الذاتية والدوافع الاجتماعية الخلفية، مما يجعل هذه الأمراض تشبه الرذائل الخلفية ويسميتها البعض بأمراض الإرادة.

وأهم أعراض الأمراض النفسية هي قلق المريض وتردده، وتكرار استجاباته الشاذة دون الوصول إلى شعور الاطمئنان والاستقرار، و الهستيريا، والضعف العصبي أو النورستانيا.

والمريض نفسياً تدفعه في سلوكه حواجز قوية من اللاشعور يعجز عن إدراكها خلافاً للشخص السوي الذي ينصرف بدوافع من الشعور معروفة له.²

2- معايير تحديد سن التمييز:

إن التثبت من التمييز لدى الفاعل أو عدمه يقتضي التحقق أو استعراض المعايير التي اعتمدها الفقهاء، وهي تتوزع على ثلاثة معايير:

معياري قضائي، ومعياري الصفات و الغرائز والبيئات، ثم معيار السن.

¹ الدكتور: سليمان مرقس: المرجع السابق، ص 246 فقرة 94 و ما بعدهما

² الدكتور: عادل يحيى قرني علي: النظرية العامة للأهلية الجنائية دراسة مقارنة، ط 2000، ص 146 فقرة 71 و ما بعدهما

أ. المعيار القضائي:

ويسمى بالمعيار الشخصي أو النفسي إذ يلجأ القاضي إلى دراسة الشخص من الناحية الاجتماعية والنفسية والعقلية، وذلك باستعراض مستوى الشخص فكريا ودرجة وعيه وطريقة حكمه على الأمور ومدى إحساسه بالمخاطر وقدرته على تبيين الخير من الشر، وعلى التحسب للأخطار وتداركها، فهو تقدير شخصي يأخذ وضع كل شخص بذاته بدون أن يخضع القاضي في تقديره لرقابة المحكمة العليا، وبالتالي فإن المعول عليه في ذلك نحو الطفل في جسمه وعقله.¹

و قد انتقد بعض الفقهاء المعيار القضائي بكونه معيارا تقديريا تحكيميا في يد القاضي، فضلا عن اختلاف التقديرات بين الأشخاص.

ب. معيار الصفات والغرائز والبيئات:

و يسمى بالمعيار الموضوعي، إذ يعتمد على تأثير البيئة والمجتمع في الشخص وبمراعاة الصفات و الغرائز لديه، و أصبحت المسألة القانونية لهذا الشخص تبعا لتأثير هذه العوامل في الشخص "الحدث"، فإذا أقر أنه قاصر فيعالج بالتهذيب، وإذا حكم على أنه بالغ فيعالج بالتأديب.²

و لم يسلم هذا المعيار من انتقاد الفقهاء، و لا أدل على عدم سلامة هذا المعيار من عدم إتباعه، من أغلب المشرعين، فضلا عن اختلاف الصفات و الغرائز بين الأشخاص و اختلاف البيئة والمجتمع، مما تختلف الأحكام بين الأشخاص تبعا لاختلاف الصفات و الغرائز، و البيئات بين الأشخاص.

ج. معيار السن:

ويسمى أيضا معيار العمر الزمني والمعيار الافتراضي، وهو معيار يقوم على تحديد فترة زمنية معينة محسوبة بالسن والشهور والأيام يفترض فيها أن الفرد في هذه الفترة تكون نسبة الذكاء منعدمة أو ضعيفة أو متوسطة حسب مقياس زمني ثابت كمعيار للمسؤولية المدنية و الجنائية.³

¹ مجلة الحقوق الكويتية العدد 3 السنة 1982 / 6 ص 14 فقرة 4 و ما بعدها

² الدكتور: نور الدين هندراوي: المرجع السابق، ص 31 فقرة 16 و ما بعدها

³ الأستاذ: علي فيلاي: المرجع السابق، ص 65 و ما بعدها؛ و انظر الأستاذ: الصادق جدي: مسؤولية عديم الوعي مدنيا، دراسة مقارنة ص 37 و ما بعدها

و لضرورة الحرص على العدالة وتحقيق أهداف القانون وما تقتضيه طبيعة أحكام القانون المدني والجنائي من انضباط، فإن المشرع أخذ بمعيار العمر الزمني لتحديد سن التمييز كأساس للمساءلة المدنية التقصيرية نصت م 125 ق 10/05 ق.م.ح: "لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو إهماله منه أو عدم حيطته إلا إذا كان مميزاً".

و قد حدد المشرع الجزائري سن التمييز ببلوغ ثلاثة عشرة سنة كاملة، حيث نصت المادة 2/42 ق 10/05 "يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاثة عشرة سنة".

و لا شك أن تحديد سن الحدث -جنائياً- و سن التمييز -مدنياً- له أهمية كبرى من حيث مدى تطبيق أحكام القانون الجنائي، وكذا تعيين الأفعال التي يمكن مؤاخذاته عليها، ونوع هذه المؤاخذة سواء تديراً أم عقوبة، ومداهما وتحديد المحكمة المختصة بتطبيق العقوبة والتدبير، و الإجراءات التي يجب اتخاذها أمام هذه المحاكم.

و بالرغم من أن تحديد السن وفقاً للوصول لعدد معين من السنين فيه ضبط واستقرار للأحكام، إلا أنه في نظر البعض بعيد عن الواقع، لأن التمييز عدة صفات مجتمعة في الصبي ويستدل عليها من خلال تصرفاته ونموه الجسمي والعقلي، فالتمييز قد يكر في شخص بينما يتأخر في آخر حسب البيئة والإقليم الذي ينشأ فيه، حيث يتأثر الصبي في نشأته بذلك وفي درجة وعيه وإدراكه، ولا يجوز شرعاً أن نهمّل كل ذلك ويعتمد على معطيات ومفترضات السن دون مراعاة ظروف الصبي، وبالتالي يجب أن يرتبط التمييز بتلك الصفات، فإذا تحققت عد مميزاً، و متى انتفت كان غير مميز.

ثانياً/ اختلاف التشريعات الوضعية في تحديد سن التمييز:

تتجه معظم التشريعات لتحديد سن التمييز ببلوغ الطفل عدد معين من السنوات دون النظر إلى ما إذا كان وصوله هذا العدد قد جعله مميزاً فعلاً لأفعاله من عدمه، وبالتالي لانعقاد مسؤوليته وإمكانية مساءلته عما يترتب من أفعال.

وفي الواقع فإن جل التشريعات تحدد سن التمييز ببلوغ الحدث سبع سنوات من عمره حيث أنه في هذه السن يكون الطفل قد بدأ فعلاً الدراسة والتعليم، ويكون لديه الحد الأدنى من القدرة على تمييز الأفعال السيئة من الأفعال الخيرة.¹

و قد اختلفت التشريعات منذ القدم إلى اليوم في تحديد هذه السن:

¹ الدكتور: نور الدين هندراوي: المرجع السابق ص 22 فقرة 12 و ما بعدهما

1. ففي التشريعات القديمة نجد التشريع البربري مثلا حيث اعتبر الفتى الذي يستطيع حمل السلاح مسؤولاً جنائياً، وبالتالي حدد سن التمييز باثنتي عشرة سنة لدى طائفة *Les saxons, francs saliens* ، وبثلاثة عشر سنة لدى طائفة *Les burgondes et les wisigoths* وبأربعة عشرة سنة عند *Soubes*.

2. أما التشريع الإنجليزي القديم 1908 فقد حدد السن المانع للمسؤولية الجنائية بعدم بلوغ سن السابعة، ثم عدل السن إلى ثمانية بعد صدور قانون الأطفال 1933، حيث أن أي حدث لم يبلغ هذه السن يعد غير قادر على ارتكاب الجريمة، أو أنه لا يصح أن يسأل عما يفعل بأي حال من الأحوال، ثم عدل سن التمييز بالتشريع الصادر ق 1963 حيث رفعها المشرع إلى عشر سنوات بحيث تنتفي كل مسؤولية جنائية بشكل مطلق قبل بلوغ هذه السن.¹

3. وقد حدد التشريع الجنائي الألماني والاسرائيلي سن المسؤولية الجنائية ببلوغ الحدث الرابعة عشرة.

4. بينما في فرنسا نجد أن الحركة التشريعية جد متطورة، فنجد مثلا أن التشريع الصادر بالأمر 1945/02/02 قد ألغى التمييز بالنسبة لكل الأحداث دون سن الثامنة عشرة، مع إمكانية الاستفادة من الضرر المخفف بالنسبة للأحداث بين سن 16 و 18 سنة.

وقد صدرت تعديلات تشريعية متلاحقة منها قانون 24 أيار 1951، والأمر 21 كانون الأول 1958، وقانون 5 تموز 1974 الذي حدد سن الرشد المدني بثمانية عشرة سنة، وبذلك وحد القانون الجديد بين سن الرشد المدني و سن الرشد الجنائي.

وقد خلا القانون المدني الفرنسي من النص على سن التمييز، حيث حول للقاضي إمكانية تحديدها على ضوء الظروف الذاتية للطفل وسنه وطبيعة الفعل الذي أتاه من حيث مدى حاجته إلى مستوى معين من العقل، وبالتالي أصبح تحديد سن التمييز في المجتمع الفرنسي من قبيل مسائل الواقع التي يستقل قاضي الموضوع بتقديرها وفق تلك الظروف.²

5. وفي التشريعات العربية، نجد مثلا المشرع المصري قد حدد سن التمييز في القانون المدني ببلوغ الشخص السابعة، حيث نصت المادة 2/45 ق م م.

"... كل من لم يبلغ السابعة من عمره يعتبر فاقدا للتمييز".

¹ الدكتور: احمد سلطان عثمان: المسؤولية الجنائية للأطفال المنحرفين دراسة مقارنة ط 2002 ص 25 و ما بعدها

² مجلة الحقوق الكويتية، ص 17 و ما بعدها

و من ثم فإنه لا يجوز إثبات تمييز من لم يبلغ هذه السن، وإن كانت قدراته الذهنية تؤهله من حيث الواقع لأن يكون في عداد المميزين، فضلا عن عدم جواز إثبات انعدام التمييز بالنسبة لمن بلغ هذه السن غير مصاب بمرض عقلي.¹

6. بخلاف المشرع الجزائري فقد أثر رفع سن التمييز إلى ثلاثة عشر سنة كاملة، في التعديل الأخير الذي أدخله على نص المادة 2/42 قانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005 بقوله: "يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاثة عشرة سنة".

ويعتبر الشخص الذي بلغ هذه السن ولم يبلغ سن الرشد 19 سنة المحددة في المادة 40، ناقص الأهلية، حيث نصت المادة 43 من القانون 10/05 السابق بقولها: "كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون".

هذا رغم أن الأصل في توافر التمييز عند الطفل أو عدم توافره هو مسألة موضوعية يبحثها ويبت فيها قاضي الموضوع في كل حالة من الحالات التي تعرض عليه، وينظر القاضي إلى حقيقة الواقع فيما يتعلق بالشخص المراد تحديد مسؤوليته بصرف النظر عن سنه، والمعول عليه في ذلك نمو الطفل في جسمه وفي عقله.²

7. أما في فقه الشريعة الإسلامية فنجد عرف التمييز بأنه الذي يعرف الضار من النافع والمصلحة من غيرها في الأمور العامة، فقد عرف الحنفية الصبي المميز بأنه الذي يعقل البيع والشراء، بأن يعرف أن البيع سالب للملك والشراء جالب له. و يقصد بالبيع والشراء تحصيل الربح والزيادة، كما ذكر الحنفية أوصاف المميز بأنه الذي يناظر في الدين ويقوم الحجج الظاهرة، حتى إذا ناظر الموحدتين أفهم و إذا ناظر الملحدتين أقحم.

بينما نجد المالكية والشافعية يعرفون الصبي المميز بأنه الذي يفهم الخطاب، ويجسن رد الجواب ومقاصد الكلام.

بينما عرفه الحنابلة بأنه الذي يفهم الخطاب ويرد الجواب. وقد عرفت مجلة الأحكام العدلية الصغير غير المميز في نص المادة 943 بقولها: "الصغير غير المميز: هو الذي لا يفهم البيع والشراء، أي لا يعلم كون البيع سالبا للملك، والشراء جالبا له، ولا يميز الغبن الفاحش الظاهر مثل أن يغش في العشرة بخمسة من الغن اليسير، والطفل الذي يميز هذه المذكورات يقال له صبي مميز".³

¹ الدكتور: سليمان مرقس: المرجع السابق، ص 242 فقرة 92

² وكانت المادة نفسها تحدد سن التمييز قبل تعديلها بلوغ الشخص السادسة عشرة سنة كاملة حيث نصت "يعتبر غير مميز من لم يبلغ السادسة عشرة سنة"

³ مجلة الأحكام العدلية: ط 1968/5، ص 185/184.

و يرى بعض الفقهاء إن تعريف الحنفية أدق في معرفة التمييز لأنه يتطلب إدراكا محددًا، كما يرى بعض فقهاء الحنفية وجمهور الحنابلة وجوب تحديد سن التمييز بسبع سنين لأن الغالب أن الصبي المعتدل الحال إذا بلغ تلك السن يكون قد وصل إلى درجة من الفهم يكون بها مميزاً.¹

لهذا فإن بلوغ هذه السن "سبع سنوات" لا يعبر دوماً عن الحقيقة وهي مرحلة الإدراك و التمييز، فقد يصل إلى هذا السن ولكن لظروف البيئة الاجتماعية التي نشأ فيها لا يكون قد وصل إليه الإدراك و التمييز الكافيين للمساءلة، والعكس صحيح، فقد يصل الشخص إلى هذا السن ومع ذلك لديه قدر واف من التمييز يجعله محلاً للمساءلة.

و مع ذلك فإنه لا يمكننا في الوقت الحالي إلا الاعتماد على السن الميلادي **L'âge Chronologique** في تحديد سن التمييز دون النظر إلى المعطيات البيولوجية في تعيين ذلك.

بناء على ذلك فكيف نظم المشرع الجزائري مسؤولية القاصر المميز - المدنية - بناء على صور المسؤولية التقصيرية، من مسؤولية على فعل شخصي، و مسؤولية عن فعل الغير، و أخيراً مسؤولية عن فعل الأشياء التي تحت حراسته؟

المطلب الثاني

مسؤولية القاصر المميز عن الفعل الضار على ضوء صور المسؤولية التقصيرية

إن مناط المسؤولية القانونية -مدنية وجنائية- هو فكرة التمييز أو الإدراك. بمعنى يجب أن يكون الجاني -مسبب الضرر- متمتعاً بقدر معين من الإدراك والتمييز والقاصر المميز هو أهل لتحمل المسؤولية التقصيرية ومن ثم فإنه يخضع لأحكام مسؤولية الشخص البالغ سن الرشد.

كما أن المسؤولية التقصيرية يختلف فيها الفعل المنشئ للمسؤولية باختلاف صورة المسؤولية، فالعبرة بالفعل الشخصي -الخطأ- في المسؤولية عن الأفعال الشخصية وبفعل الغير في المسؤولية عن فعل الغير ويفعل الشيء في المسؤولية عن فعل الأشياء.²

وقد أورد المشرع الجزائري عدداً من النصوص القانونية م 124 إلى 140 تحكم موضوع المسؤولية التقصيرية وتناسب مع أهميتها، وقد عالج المشرع الجزائري في هذه النصوص مختلف صور المسؤولية عن الفعل الضار وتفادي العيوب التي كانت تشوب التقنينات المدنية السابقة -كالم ف ر الق م م- كما أنه تأثر في

¹ الدكتور: نور الدين هنداري: المرجع السابق، ص 23 فقرة 13 و ما بعدهما
² الأستاذ: علي فيلاي: الالتزامات، العمل المستحق للتعويض، ط 2002 ص 43

هذا الخصوص بما انتهى إليه قضاة المحاكم الفرنسية، مما يجعله يدخل تعديلا جذريا على أحكام المسؤولية التقصيرية في مختلف صورها وهذا ابتداء من 2005.¹

وقد ظل المشرع الجزائري متمسكا بالأساس التقليدي للمسؤولية التقصيرية -الخطأ- وجعله تارة واجب الإثبات في الصورة الأولى للمسؤولية التقصيرية، وتارة أخرى مفترضة في باقي الصور.

أما باقي الأسس الفقهية والتي من بينها نظرية تحمل التبعة فلم يأخذ بها المشرع الجزائري صراحة، بل اتبع مسلك المشرع الفرنسي، فأخذ بها مثلا في بعض التطبيقات منها الأمر رقم 183/66 الصادر في 1966/06/21 الخاص بتعويض حوادث العمل والأمراض المهنية، وكذا الأمر رقم 15/74 الصادر في 1974/01/30 المتعلق بالتعويض عن حوادث المرور، وكذا حوادث الطيران والسفن البحرية.²

فما هي شروط مسؤولية القاصر المميز عن الفعل الضار في ضوء صور المسؤولية التقصيرية، و ما أساس مسؤوليته؟ وما هي الآثار القانونية المترتبة على تحقق مسؤوليته؟ وكيف نظم المشرع علاقة مسؤولية القاصر المميز بمسؤولية المكلف رقابته؟

الفرع الأول

شروط مسؤولية القاصر المميز على ضوء صور المسؤولية التقصيرية

المسؤولية التقصيرية بوجه عام تتعدد صورها قانونا، كما تتعدد وتختلف شروط قيام أية صورة من صور المسؤولية التقصيرية، وإذا كانت القاعدة العامة للمسؤولية عن الفعل الضار تتمثل في مسؤولية الشخص عن فعله الشخصي وهذه تمتاز بأحكام خاصة بها من حيث شروط قيامها، أساسها، كيفية دفعها، فإن باقي الصور كالمسؤولية عن فعل الغير والمسؤولية عن فعل الأشياء هي أيضا تختص بشروط قانونية، و باختلاف المشرعين والفقهاء في تحديد أساس قيامها، ثم في كيفية دفعها.³

أولا/ شروط مسؤولية القاصر المميز على ضوء المسؤولية عن الفعل الشخصي:

يقصد بالمسؤولية عن الفعل الشخصي تلك التي ترجع إلى فعل شخصي أو بعبارة أخرى هي التي تنتج عن فعل يصدر عن أحد الضرر متضمنا تدخله مباشرة في إحداثه دون وساطة شخص آخر أو تدخل شيء مستقل عنه، بحيث ينشأ الضرر عن فعل ينسب إلى المسؤول مباشرة وشخصيا، ذلك لأن القاعدة العامة في المسؤولية تتحقق بمناسبة الفعل الشخصي.

¹ (A) vialard : la responsabilité sabilité délictuelle. Opu. Alger 1982 p
(N) terki : les obligations, opu alger 1982 p

² الدكتور بلحاج العربي: النظرية العامة للالتزام، ج2، ص 57/56 فقرة 302
³ الدكتور: علي علي سليمان: النظرية العامة للالتزام، ص 138 فقرة 101 و ما بعدهما

كما أن أساسها القانوني والفقهية منذ أن نشأت هو الخطأ الواجب الإثبات، أي الخطأ الذي يجب على الدائن وهو المضرور أن يثبته في جانب المدين وهو المسؤول.¹

على أن دراسة مسؤولية القاصر المميز عن الفعل الشخصي تكون على ضوء شروط قيامها و أساسها.²

و قد ورد المبدأ العام للمسؤولية التقصيرية-عن الفعل الشخصي- ضمن نص المادة 124 قانون رقم 10/05 المؤرخ في 20/06/2005 بقولها:

"كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".

تبعا لهذا النص فإن الشروط القانونية للمسؤولية التقصيرية عموما والتي تعد أركانها تتمثل في ارتكاب خطأ، يترتب عنه ضرر يصيب الغير، وأن يكون هناك علاقة سببية بين الخطأ والضرر.

1- ارتكاب فعل ضار "الخطأ":

لقد تطورت المسؤولية المدنية التقصيرية تطورا كبيرا وجذريا، دار تطورها على الخصوص حول الأساس القانوني للمسؤولية، هل بقي الخطأ كأساس تقليدي حقيقي لقيام المسؤولية، أم يجب اعتماد النظريات الفقهية الحديثة التي ظهرت لاحقا منذ أواخر القرن الماضي.³

و باعتبار أن الضرر المتسبب لم يكن ليحدث لولا ارتكاب شخص ما لفعل من الأفعال الضارة و التي تسمى في لغة فقهاء القانون بالخطأ، فإن ذلك يتطلب و نحن نستعرض هذا الشرط أن أتناوله و بإيجاز من خلال التعريف بهذا الشرط، و ما هي عناصره، ثم كيف ومن يقيم بإثباته.

أ. التعريف بركن الخطأ "الفعل الضار":

يشكل تعريف الخطأ أحد المشكلات الدقيقة للغاية في قانون المسؤولية، حيث اختلف الفقهاء كثيرا في هذا الشأن -بين الفقه التقليدي والحديث- و يرجع سبب الاختلاف إلى أن الخطأ فكرة متعددة الأشكال و من الصعب وضع تعريف محدد لها نظرا لاتساع فكرة الخطأ والتي تهدف إلى تناول جميع جوانب السلوك

¹ (G) Ripert, la règle moral, No 112 et s

² الدكتور: جمال الدين زكي: نظرية الالتزام، ص 236 فقرة 199 و ما بعدهما
³ الدكتور: إبراهيم الدسوقي أبو الليل: المرجع السابق، ص 4 فقرة 3 و ما بعدهما

الإنساني و للالتباسات التي يثيرها بين المسؤولية القانونية والمسؤولية الأدبية¹، ذلك لأنه من الثابت أن الخطأ هو أصلا فكرة أخلاقية من حيث نشأتها ومصدرها.

و لما كانت فكرة الاختلاف فكرة واسعة ينقصها التحديد والانضباط اللزمان، لذا كان طبيعيا أن تكون فكرة الخطأ بدورها غير محددة و غير منضبطة، و ما زاد من صعوبة هذه المسألة هو عدم وجود أي تعريف قانوني للخطأ.

و لقد تعددت تعريفات الفقهاء للخطأ وتباينت تباينا كبيرا بين مفهومين رئيسيين أحدهما تقليدي جامد يحد كثيرا من دائرة الخطأ نتيجة لاعتبار الإسناد عنصرا مكونا له، و ثانيهما حديث مرن يجرد الخطأ من عنصر الإسناد و يعطي له بعدا اجتماعيا يجعله أكثر قدرة على مسايرة التطورات الاقتصادية و الاجتماعية التي اجتاحت معظم دول العالم نتيجة للثورة الصناعية التي جعلت الغلبة لفلسفة التعويض لا لفلسفة الخطأ و العقاب.

1/ المفهوم التقليدي للخطأ:

عرف الخطأ في مجموع الفقه التقليدي بأنه عمل غير مشروع مسند إلى فاعله.

- و فكرة اللامشروعية اختلف أيضا حول تحديد مكوناتها، ففيما يرى البعض إلى أنها تنتج من الاعتداء على حق ما بينما يرى البعض الآخر أنها مخالفة للالتزام سابق "Planiol" كما يرى Savatier في تعريفه للخطأ بأنه إخلال الشخص بواجب قانوني كان يمكنه تبيته و مراعاته.

- بينما فكرة الإسناد فهي عبارة عن العلاقة التي تربط الفعل غير المشروع الضار بإرادة حرة لصاحبه، و لا يقصد بالإرادة إرادة النتائج المترتبة عن الفعل أي إرادة نتائجه الضارة، وإنما يقصد بها إرادة الفعل بصرف النظر عن نتائجه.

كما أن القول بإسناد الفعل الضار إلى فاعله يقصد به أن يكون هذا الأخير بوعي كامل وأن يكون مدركا تماما لطبيعة الفعل الذي قام به وللآثار التي تترتب عليه.²

2/ المفهوم الحديث للخطأ:

ينصب تعريف الفقه الحديث للخطأ على توجيه انتقادات شديدة للفقه التقليدي، سواء بالنسبة لفكرة اللامشروعية والتي تتسم بالغموض وعدم الجدوى والإبهام وبالخطورة أحيانا- أو بالنسبة لعنصر الإسناد الذي

¹ الدكتور: خليل احمد حسن قداد: المرجع السابق ص 241 فقرة 132 و ما بعدهما

² الدكتور: أيمن إبراهيم العشماوي: المرجع السابق، ص 21 و ما بعدها، و انظر أيضا الأستاذ: علي فيلال: المرجع السابق ص 45

احتفى حالياً استناداً إلى إقرار التشريعات الجديدة بقيام مسؤولية المختلين عقلياً و عديمي التمييز وتنصب التعاريف الحديثة للخطأ على التحقق من وجود انحراف في سلوك الفاعل وهو يستتبع الرجوع إلى نموذج مجرد للسلوك وهو الشخص الحذر المتيقظ الحريص على واجباته، فالخطأ وفقاً لهذا المفهوم هو باختصار شديد السلوك الذي لا يأتيه هذا الشخص.

و على ذلك فقد عرف هنري و ليون مازو الخطأ بتعريف جديد بأنه:

"انحراف في السلوك لا يرتكبه الشخص الحريص إذا وجد في نفس الظروف الخارجية للمتسبب في الضرر"¹ على أن المستقر عليه حديثاً فقها وقضاء أن الخطأ في المسؤولية التقصيرية هو إخلال الشخص بالتزام قانوني مع إدراكه لهذا الإخلال.

-فهو إخلال بالتزام قانوني يعني ذلك الانحراف في السلوك المألوف للشخص العادي، ويتمثل هذا الالتزام في وجوب أن يصنع الشخص في سلوكه اليقظة والتبصر حتى لا يضر بالغير، فإذا انحرف عن هذا السلوك الواجب، وكان مدركا لهذا الانحراف، كان هذا منه خطأ يستوجب مسؤوليته القانونية التقصيرية.

وبالرجوع للقانونين المدني المصري والجزائري، يتضح لنا من نص المواد 173، 176 ق م م والمادة 124، المادة 140 أنهما يجعلان الخطأ الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية المدنية بوجه عام، وهذا دون أن يعرف الخطأ لما في ذلك من صعوبة ودقة، و ما يترتب على ذلك من تقييد في التعريف، فترك ذلك للفقهاء والقضاء.

وإن كان الخطأ العقدي هو الإخلال بالتزام عقدي، فإن الخطأ التقصيري هو إخلال بالتزام قانوني عام مضمونه عدم الإضرار بالغير.²

ومن ذلك فإن شرط أو ركن الخطأ يقوم على عنصرين معاً مادي متمثلاً في التعدي أو الانحراف في السلوك ومعنوي أو نفسي هو الإدراك والتمييز، وهما العنصران اللذان أتناولهما الآن:

ب. عناصر الفعل الضار "عناصر الخطأ":

الخطأ كما ذكرنا سابقاً هو انحراف في سلوك الشخص مع إدراكه لهذا الانحراف.

وعليه فإن الخطأ ينهض على عنصرين هامين هما العنصر المادي وهو التعدي أو الانحراف *La culpabilité* والعنصر المعنوي وهو الإدراك *Le discernement ou imputabilité*

¹ الدكتور: العشاوي: المرجع السابق، ص 21 و ما بعدها
² الدكتور: بلحاج العربي: المرجع السابق، ص 64/63 فقرة 307

ب 1/ التعدي أو الانحراف: La culpabilité

التعدي أو الانحراف هو الإخلال بالالتزام القانوني العام بعدم الإضرار بالغير، أي هو كل انحراف عن السلوك المألوف للرجل العادي، فهو تجاوز للحدود التي يجب على الشخص التزامها في سلوكه، وذلك أن القانون يفرض بطريق مباشر وبنصوص خاصة واجبات معينة تلزم المكلف بالقيام بأعمال محددة، أو الامتناع عن أعمال معينة، فإن قام المكلف بما هو مأمور به أو امتنع عما هو منهي عنه، فقد أدى الواجب ولم يقع في خطأ، وإلا كان مخطئاً وبالتالي مسؤولاً عن الأضرار التي يسببها هذا الخطأ.¹

ولكن كيف يمكن قياس الانحراف أو التعدي؟ وهل هناك فرق في القياس بين أن يكون التعدي عن عمد أو عن إهمال وعدم إحتراز؟

إن الجواب عن ذلك يقتضي منا وضع مقياس من خلاله نقيس أعمال الشخص الذي يقوم بها، إذا كانت تمثل إخلالاً بالتزام قانوني أم لا، وهذا المعيار إما أن يكون معياراً ذاتياً، وإما أن يكون معياراً موضوعياً.

§ المقياس الذاتي أو الشخصي:

وهو المعيار الذي ينظر إلى الفعل الضار من خلال الشخص ذاته، وتأخذ في الاعتبار عدة اعتبارات منها سنه، حالته الاجتماعية، وجنسه، وهذا يعني أننا ننظر عند محاسبته عن أعماله الضارة إلى الشخص ذاته وتقديره للعمل الذي ارتكبه، فلا يكون مخطئاً إلا إذا أحس هو بأنه ارتكب مثل هذا الخطأ، فضميره هو دليله ووازعه.²

وعلى ذلك فإن كان الشخص يقظاً جداً حاسبناه على أقل انحراف في سلوكه، وإذا كان الشخص دون المستوى العادي في اليقظة فلا يحاسب على الانحراف إلا إذا كان الانحراف كبيراً، أما إذا كان الشخص في المستوى العادي من اليقظة، فإنه يحاسب على الانحراف الجسيم واليسير دون الانحراف التافه.³

وعلى ضوء ذلك فإن المقارنة في ظل هذا المقياس تكون بين سلوك الشخص نفسه وبين ما كان ينبغي عليه أن يفعله في ضوء ظروفه الخاصة حيث يتوافر الخطأ في جانبه متى كان قادراً على تجنب حدوث الفعل الضار بالنظر لصفاته الشخصية.

¹ الدكتور: بلحاج العربي: المرجع السابق، ص 64 فقرة 309

² الدكتور: خليل أحمد حسن قداد: الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج 1 مصادر الالتزام ط 1994، ص 242، فقرة 133، عن ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر

³ الدكتور: العشاوي: المرجع السابق، ص 50

§ المقياس الموضوعي:

لا نضع في الاعتبار في ظل هذا المعيار سن الشخص أو جنسه أو حالته الاجتماعية، وإنما يجب أن ننظر إلى سلوك هذا الشخص بسلوك الأشخاص الذين يتعامل معهم ويعايشهم، ولا نعني بذلك أننا سنقيس سلوكه بأكثر الناس ذكاءً وفطنةً أو بصيرةً، ولا نقيسه بأقل الناس ذكاءً وفطنةً أو بصيرةً، وإنما بالشخص العادي الذي لا يتمتع بذكاء خارق وفي نفس الوقت ليس محدود الفطنة حامل المهمة، بالتالي يعتبر العمل تحدياً -خطأً- إذا كان الشخص العادي لا يقوم به في نفس الظروف التي كان فيها الشخص المسؤول، ولا يعتبر كذلك إذا كان الشخص العادي يقوم به في نفس الظروف التي كان فيها الشخص المسؤول.¹

وعلى ذلك فإن المقارنة في ظل هذا المعيار هو مقارنة سلوك مرتكب الفعل الضار بسلوك شخص آخر مجرد، أي أن الخطأ أو الانحراف في السلوك يقاس بسلوك شخص آخر مجرد من ظروفه الشخصية و نعتبر مسلكه نموذجاً نقارن به مسلك المدعى عليه.²

و الرأي الأرحح بين المقياسين حسبما اتجه إليه أغلب الفقهاء و إحكام القضاء هو المقياس الموضوعي أو المادي *in abstracto* وينطوي ذلك على تسليم جزئي بقيام المسؤولية على نظرية تحمل التبعة، فيفترض في الناس جميعاً أن يبلغوا درجة من اليقظة والفطنة كالرجل العادي الذي عرفه القانون الروماني برب الأسرة العادي³ *Le bon père de famille*، وهذا مقياس يقوم على اعتبارات واضحة و معلومة لا تتغير و لا تتبدل مع تغير الشخص المسؤول، و بالتالي يصبح الخطأ ظاهرة اجتماعية وليس ظاهرة نفسية تخضع إلى أهواء الشخص وتقديراته.⁴

و في جميع الأحوال فإن الخطأ أو الانحراف في السلوك أو حتى التعدي قد يقع عن عمد ويشكل في ظلها الانحراف جريمة مدنية *Délit-civil*، كما قد يكون عن إهمال وتقصير ويسمى في هذه الحالة شبه الجريمة المدنية *Quasi-délit civil*.⁵

و شراح القانون يفرقون بين الفعلين العمد وغير العمد من حيث المعيار المعتمد عليه فقط:

- فإذا كان الفعل الضار متعمداً أي قصد به صاحبه الإضرار بالغير *faute délictuelle* فإن المعيار حينئذ يكون ذاتياً أو شخصياً، فيرجع القاضي إلى المسؤول نفسه لبيحث في مكنون ضميره وخفايا صدره.

¹ الدكتور: خليل أحمد قدامة: المرجع السابق، ص 243 فقرة 133 و أنظر « savatier » comment reponser la conseption actuelle de la resp.civile. dallos 1966, p 149

² الدكتور: العشماوي: المرجع السابق ص 55

³ الدكتور: بلحاج العربي: المرجع السابق، ج 2، ص 67/66 فقرة 310 و أنظر mazeud et tunc, la resp.civile T1, № 428

⁴ الدكتور: خليل أحمد حسن قدامة: المرجع السابق ص 234 فقرة 133

⁵ و هي التسمية التي درج عليها الفقهاء الفرنسيون في السابق

- أما إذا كان الفعل الضار غير معتمد، بمعنى أنه وقع نتيجة إهمال أو عدم احتراز فإن المعيار الذي يقاس به سلوك الشخص هو سلوك شخص آخر يمثل أوسط الناس، فلا هو شديد اليقظة ولا هو معتاد الإهمال، فإذا كان العمل الحادث لا يعتبر انحرافاً إذا قيس بسلوك شخص آخر عادي فلا يتحقق الخطأ ولا تقوم المسؤولية.

أما إذا كان يعتبر تعدياً أو خطأً بالقياس في سلوك هذا الشخص العادي، فيعتبر ما وقع منه خطأً سواء كان هذا الشخص في سلوكه الذاتي شديد اليقظة أم مفرط الإهمال.¹

كما أن التعدي قد يتحقق بفعل إيجابي أو بمجرد إهمال أو ترك "فعل سلمي" ولا فرق في الحالتين بالنسبة لعنصر التعدي ذلك لأن الامتناع أو الترك يعتبر عملاً غير مشروع إذا كان هناك واجب قانوني ينهى عنه، كوجوب إضاءة مصابيح السيارة ليلاً، واستعمال آلة التنبيه.

كما يرى غالبية فقهاء القانون الفرنسي أنه لا ضرورة للترقية بين الامتناع أو الترك **Abstention pure et simple** وبين الامتناع المصحوب بنشاط سابق من المسؤول، ويقررون مسؤولية الممتنع مادام قد انحرف في سلوكه عن سلوك الشخص العادي، وهو أيضاً الرأي السائد قضاءً والمؤيد من المشرع الفرنسي في نص المادة 63 من قانون العقوبات الفرنسي المعدلة بالمرسوم الصادر في 25 يونيو 1945 حيث اعتبر مجرد امتناع الشخص عن مساعدة الغير دون تعرضه شخصياً لخطر ما جريمة.²

وعلى ذلك فإن الخطأ التقصيري انحراف في السلوك لا يأتيه الرجل العادي إذا وجد في الظروف الخارجية التي أحاطت بمن أحدث الضرر، وإذا كان تعمد الإضرار بالغير هو أظهر صور الانحراف في السلوك الذي يتميز بنية الإضرار بالغير والرجل العادي بداهة لا يعتمد الإضرار بالغير فإن أكثر صور الانحراف في السلوك وقوعاً في الحياة العملية هو تحققه نتيجة إهمال أو عدم احتياط لا عن قصد فيه، لأن الإرادة لا تتجه إلى الإضرار بالغير، ويتوافر الانحراف عن سلوك الرجل العادي إذا وجد في الظروف الخارجية التي وقع فيها الفعل الضار.³

ب 2/ التمييز أو الإدراك:

إذا كان التعدي أو الانحراف هو العنصر المادي في الخطأ، فإدراك الشخص لما في مسلكه من انحراف هو ركنه المعنوي، ويقصد بالإدراك، ضرورة القصد أو على الأقل التمييز، فيجب لقيام الخطأ التقصيري أن يكون من وقعت منه أعمال التعدي مدركا لها أي قادراً على التمييز بين الخير والشر فلا مسؤولية أصلاً لعدم التمييز أياً كان نوع هذه المسؤولية جنائية أو مدنية.

¹ الدكتور: أنور سلطان: مصادر الالتزام: الموجز في النظرية العامة للالتزام دراسة مقارنة في القانونين المصري و اللبناني، ط 1983، ص 308/307 فقرة 388، و انظر أيضاً الدكتور: صبري السعدي: مصادر الالتزام ص 30/29 فقرة 18

² الدكتور: أنور سلطان: المرجع السابق، ص 308/309 فقرة 389

³ الدكتور: جمال الدين زكي: نظرية الالتزام ص 242/241 فقرة 202

و إذا كانت القاعدة في تقدير الانحراف هي الاعتداد بالظروف الخارجية التي وقع فيها الفعل الضار دون الظروف الداخلية التي تتصل بالشخص محدث الضرر والتي تكون خواصه المادية والمعنوية، إلا أن الانحراف كما يقع من العاقل فإنه يصدر أيضا عن فاقد التمييز لصغر سن أو جنون أو غيره، لأن فقد التمييز كالأنوث أو الهرم لا يعدو أن يكون ظرفا داخليا فيمن أحدث الضرر لا أثر له البتة في تقدير سلوكه، فيكون مخطئا متى انحرف عن سلوك الرجل العادي، لا عن سلوك فاقد التمييز مثله، فمؤدي هذه القاعدة أن يثبت الخطأ التقصيري في جانب عدم التمييز كما ينسب إلى كامل التمييز وتقوم مسؤوليته التقصيرية كما تقوم مسؤولية هذا الأخير.¹

وقد اشترطت الشرائع في مجموعها منذ عهد القانون الروماني حتى الآن ضرورة توافر التمييز في الفاعل حتى تتحقق مسؤوليته، غير أنه في أواخر القرن 19 ظهرت النظرية المادية في المسؤولية التقصيرية والتي تعدت بفكرة تحمل التبعة لذا قال أنصارها بضرورة مساءلة محدث الضرر ولو كان غير مميز، بأن كان مجنونا، خصوصا وأن هناك حالات يكون فيها من الظلم عدم مساءلة عدم التمييز لو كان غنيا والمضروب فقيرا.

وطالما أن مناط المسؤولية الجنائية والمدنية على السواء هو بلوغ سن التمييز، فقد نصت المادة 125 ق 10/05 على أنه "لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله وإمتناعه أو بإهمال منه أو عدم حيطته إلا إذا كان مميزا".

وعلى ذلك فإن الشخص القاصر المميز إذا تسبب في ضرر للغير يكون مسؤولا عن التعويض بمسؤولية كاملة بدون تفرقة بينه وبين الشخص البالغ سن الرشد، كذلك بدون تفرقة بين أن يحدث الضرر بفعله الإيجابي أو مجرد امتناعه أو إهماله وعدم حيطته.

2- الضرر "حدوث ضرر للغير":

لا يكفي لقيام مسؤولية الشخص أن يرتكب فعلا خاطئا، بل يجب أن يترتب عن الفعل ضرر يصيب الغير، سواء كان الضرر ماديا أو معنويا، فإذا انتفى الضرر فلا تقبل دعوى المسؤولية لأنه لا دعوى بغير مصلحة وعلى من يدعي الضرر يثبتته بكافة طرق الإثبات القانونية بما في ذلك البينة والقرائن، لأن الضرر واقعة مادية فما هو مفهوم الضرر، وما هي أهميته² وشروطه القانونية:

¹ الدكتور: جمال الدين زكي: مصادر الالتزام ص 242 فقرة 302 و ما بعدهما
² لقد تناولت شروط مسؤولية الشخص القاصر باختصار، لأنني تناولتها بالتفصيل ضمن أركان المسؤولية التقصيرية سابقا ص 103 من هذه الرسالة

أ. مفهوم الضرر وأهميته:

أ 1/ من حيث مفهوم الضرر:

تعددت تعريفات الفقهاء لشرط الضرر، لعل أهمها وأشملها هو أن الضرر عبارة عن الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له سواء تعلق ذلك الحق أو تلك المصلحة سلامة جسمه أو عاطفته أو بماله أو بحريته أو شرفه وغير ذلك.¹

وعلى ذلك فإن الضرر يقتضي فضلا عن المساس بوضع قائم إما الإخلال بحق يحميه القانون كالحقوق العينية أو الشخصية، والمساس بحرية من حرياته التي كفلها الدستور كحقه في حماية حياته وسلامة جسمه وشرفه وسمعته، وإما أن يمس التعدي مصلحة مشروعة للمضروب² كحق ابن الأخ في النفقة من العم الذي تعرض إلى الاغتيال فيطالب ابن الأخ بحقه في التعويض عن الضرر الذي أصابه من الاغتيال "قصد النفقة".

وقد أكدت أحكام القضاء هذا الحق في التعويض منها محكمة النقض الفرنسية³ و المصرية⁴ التي ترى بأنه لا يشترط للحكم بالتعويض أن يكون المساس بحق بل يجوز الاكتفاء بالإخلال بمصلحة المضرور المادية أو الأدبية.

وكذا القضاء الجزائري الذي رفض دائما دعوى التعويض التي لا تقوم على حق ثابت شرعا بقوة القانون.⁵

وقد خالف القضاء الفرنسي ما استقر عليه سابقا حيث قضى بإمكانية سماع الدعوى للمطالبة بالتعويض عن الضرر المحقق الناشئ عن وفاة العشيق **Concubin** في حادث مرور طبقا لأحكام المسؤولية التقصيرية.⁶

أ 2/ أما من حيث أهمية شرط الضرر:

فهو أحد أركان وعناصر المسؤولية المدنية بشقيها العقدية والتقصيرية، بل أن الضرر هو قوامها، لأنه محل الالتزام بالتعويض الذي ينشأ عن الانحراف في السلوك أو حتى الإخلال بالعقد، وفيه يكمن فارق جوهري بين المسؤولية المدنية والمسؤولية الخلقية التي لا تعبا إلا بالخطيئة، ولذلك كانت النصوص القانونية دائما قاطعة

¹ الأستاذ: علي فيلاي: الالتزامات، ص 244/245

² الدكتور: بلحاج العربي: الالتزامات ج 2، ص 143/144 فقرة 349

³ نقض مدني فرنسي في 1970/02/27 دالوز 1970 قضاء 201

⁴ نقض مدني مصري في 1956/03/13، م.أ.ن، 7، 99، 330

⁵ المحكمة العليا، غ م في 1978/02/13 رقم 15860، غير منشور، وأيضا القرار الصادر في 1980/10/30 غير منشور

⁶ نقض مدني فرنسي في 1970/02/27 دالوز 1970 قضاء 201 أخذاً عن الدكتور بلحاج العربي، الالتزامات ج 2 ص 144 فقرة 349

هامش 2

في استلزام الضرر لتقوم المسؤولية التقصيرية، فمهما كانت جسامة الخطأ فإنه لا يقيم وحده هذه المسؤولية، بل يجب على المضرور أن يثبت الضرر الذي لحقه، ويكون إثباته بكافة طرق الإثبات، باعتبار الضرر واقعة مادية.¹

كما أن الجدير بالذكر أن المسؤولية المدنية لم توجد إلا من أجل إصلاح وجبر الضرر الحاصل للغير، فلا مسؤولية تقصيرية بدون ضرر تبعا للقاعدة التشريعية "لا دعوى بدون مصلحة".

فضلا عن ذلك فإن الضرر ليس فقط ركن في المسؤولية المدنية، بل هو مقياس مقدار التعويض، وحتى أن المسؤولية التقصيرية أصبحت حاليا تتجه إلى التأسيس على عنصر الضرر والضرر فقط.²

ب. شروط الضرر:

بغض النظر عن نوع الضرر هل هو ماديا والذي يصيب الشخص في جسمه أو ماله، أم كان معنويا والذي يصيب الشخص في سمعته أو شرفه أو عاطفته، فإنه يشترط في الضرر الموجب للتعويض أن يتحقق فيه الشروط الآتية:

ب 1/ أن يترتب عن الضرر مساسا بحق أو مصلحة مالية للمضرور "ضرر محقق":

يجب أن يترتب عن الخطأ حدوث ضرر للغير عن طريق المساس بحق له أو بمصلحة مشروعة له، بمعنى أن يكون الضرر محققا.

- فمن حيث تحقق الضرر بالمساس بحق للمضرور، فإنه يسوى في ذلك أن الحق ماليا أو مدنيا أو سياسيا، لأن التشريعات الوضعية أو السماوية تحمي الحقوق و ما يتفرع عنها.

- ومن حيث تحقق الضرر بالمساس بمصلحة للمضرور، فإنه رغم اختلاف أحكام القضاء في طبيعة المصلحة هل تقتصر على المصلحة المشروعة أم تمتد حتى للمصلحة غير المشروعة، فإنه في تشريعاتنا الوضعية والمستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية تشترط في المصلحة أن تكون مشروعة.

فليس لمن كان يعولهم المقتول ممن لا يجب عليه نفقتهم قانونا الحق في التعويض، لأن الإخلال هنا هو بمصلحة وليس بحق ومن ثم فلا تعويض، ذلك لأن استمرار المضرور على إعالتهم ليس أمرا مؤكدا لو بقى على قيد الحياة حتى وإن كان غالبية الفقه وأحكام القضاء ترى أن الإخلال بمصلحة كافي لتحقيق الضرر على أن تكون المصلحة مشروعة.³

¹ الدكتور: جمال الدين زكي: الالتزامات ص 259 فقرة 211

² الأستاذ: علي فيلاحي: الالتزامات، ص 244/243

³ الدكتور: محمود جلال حمزة: العمل غير المشروع باعتباره مصدرا للالتزام، دراسة مقارنة بين القانون المدني السوري و الجزائري، و الفرنسي ط 1986، ص 106/105/104 فقرة 111

و قد قضت محكمة النقض المصرية بأنه يشترط للحكم بالتعويض عن الضرر المادي الإخلال بمصلحة مالية للمضرور وأن يكون الضرر محققاً بأن يكون قد وقع بالفعل أو أن وقوعه مستقبلياً حتماً.¹

بخلاف الضرر الإحتمالي والذي لا يوجد ما يؤكد وقوعه مستقبلاً، فإنه لا يمكن المطالبة بناء عليه بالتعويض إلا بعد تحققه.

ب 2/ يجب أن لا يكون الضرر الحاصل قد سبق تعويضه:

لا يجوز للمضرور المطالبة بتعويضين عن نفس الضرر، ما لم يتحصل المضرور على التعويض من جهتين مختلفتين الأول شركة التأمين و التي أمن بها المضرور عن بعض الحوادث و الأضرار و الثانية من المسؤول عن الضرر مباشرة.

ب 3/ يجب أن يكون الضرر شخصياً:

يجب أيضاً أن يكون طالب التعويض هو المضرور شخصياً بإثباته إصابته بالضرر، كما يمكن للغير "كالورثة" حق المطالبة بهذا التعويض بعد إثباتهم للضرر الشخصي للمضرور "إذا توفي مثلاً".

و إذا كان الضرر أدبياً فإن الأصل عدم انتقال الحق في التعويض للورثة إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب به الدائن أمام القضاء كما نصت عن ذلك المادة 1/222 ق م م.

"يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً، ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب به الدائن أمام القضاء".²

و قياساً على هذا الشرط وفي مجال المسؤولية المدنية العقدية نجد حكم محكمة النقض المصرية قد قضت بتاريخ 1953/10/22 "متى كانت الطاعنة قد دفعت لدى محكمة ثاني درجة بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذي صفة، لأن المطعون عليهم لا يملكون المنزل الذي يطالبون بالتعويض عن هدمه، وكانت المحكمة قد أغفلت الرد على هذا الدفع مع ما له من أصر الفصل في الدعوى، فإن حكمها يكون قد شابه قصور يطله".³

3- علاقة سببية بين الخطأ والضرر:

من شروط المسؤولية التقصيرية بوجه عام أن يكون الضرر الحاصل نتيجة للخطأ المرتكب بمعنى أن هناك علاقة سببية بين الركنين السابقين الخطأ والضرر.

¹ محكمة النقض المصرية، الغرفة الجنائية في 1963/03/13 عن مجموعة أحكام النقض 330/99/7

² الدكتور: بلحاج العربي: الالتزامات ج 2 ص 166 إلى 168 فقرة 362

³ الدكتور: عبد المعين لطفي جمعة، موسوعة القضاء في المسؤولية المدنية التقصيرية و العقدية، ص 7 فقرة 707، محكمة النقض المصرية في 1953/10/22، طعن رقم 173 سنة 21 ق، مجموعة القواعد المدنية لبرع قرن رقم 1 ص 667

و علاقة السببية هي ركن ثالث مستقل عن الخطأ، فقد تكون علاقة سببية بدون خطأ، كما قد يوجد خطأ و لكن بدون علاقة سببية.

- فبالنسبة للحالة الأولى: كما إذا ترتب ضرر عن فعل أحدثه الشخص، و لكن فعله لا يعتبر خطأ، و تتحقق مسؤوليته حينئذ على أساس آخر كتحميل التبعة.

- أما بالنسبة للحالة الثانية: كمن يدس سما لآخر في طعام له، و قبل سريان السم في جسم المضرور "المقتول"، يأتي طرف ثالث و يقتله بمسدس، فالخطأ موجود وهو دس السم والضرر حاصل وهو الوفاة، ولكل لا علاقة سببية بين الخطأ والضرر لأن الموت سببها هو القتل بالرصاص.¹

و عليه فإنه يجب أن يكون الخطأ هو السبب المباشر والمنتج للضرر، فإن أثبت أن الضرر سببه أجنبي انعدمت المسؤولية التقصيرية لانعدام علاقة السببية بين الخطأ والضرر.²

كما أن علاقة السببية بين الخطأ والضرر يجب أن تكون مباشرة بينهما، ذلك لأنه مهما اختلفت وتعددت أسباب الضرر والتي من بينها "خطأ القاصر" كما أن الضرر قد لا يكون سببه خطأ المدعى عليه "فعل القاصر" تنقطع معه العلاقة السببية كأن يضع القاصر سما للغير و قبل سريان مفعوله يتعرض هذا الأخير إلى قتل برصاصة، أو أن يكون الضرر سببه أجنبي فإذا أثبت القاصر أن الضرر قد نشأ عن سبب لا ينسب إليه كان غير ملزم بتعويض الضرر الذي نتج لانتفاء المسؤولية التقصيرية عنه.

و لم ينص المشرع الفرنسي صراحة عن هذا الشرط "علاقة السببية" إلا ضمن أحكام المادة 1382 ق م ف "سبب ضرراً للغير"³ بعكس ذلك فقد نص عن هذا الشرط صراحة ضمن أحكام المسؤولية العقدية في نص المادة 1151 ق م ف.⁴

بينما نجد المشرعان المصري م 165 والجزائري نصا صراحة على انتفاء العلاقة السببية بمجرد إثبات السبب الأجنبي للضرر حيث نصت المادة 127 ق م ج.

"إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك".

¹ الدكتور: محمد صبري السعدي: الالتزامات ج 2، ص 93/92 فقرة 72

² الدكتور: بلحاج العربي: الالتزامات ج 2 ص 171 فقرة 364

³ الدكتور: علي علي سليمان: النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام ط 1990 ص 192/191 فقرة 119

⁴ Art 1151 « dans le cas même ou l'inexécution de la convention résulte du dol ou débiteur... les dommages et l'intérêt ne doivent comprendre à l'égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain. Dont il a été privé que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention »

ثانيا/ شروط مسؤولية القاصر المميز على ضوء المسؤولية عن فعل الغير:¹

يقصد بالمسؤولية عن فعل الغير تلك التي ترجع إلى ضرر ارتكبه الغير "شخص خاضع للرقابة، أو تابع أحدث ضررا حال تأدية وظيفته أو بسببها أو بمناسبة" فيكون حينئذ المسؤول عن هذا الغير مسؤولا عن التعويض وطالما أن مناط المسؤولية التقصيرية عموما وفي جميع صورها هو التمييز، فإن ما ينطبق على المسؤولية عن الفعل الشخصي ينطبق على المسؤولية عن فعل الغير.

و لذلك سوف أتناول مسؤولية القاصر المميز عن فعل الغير قي كل من صورتني هذه المسؤولية -مسؤولية المكلف بالرقابة عن أفعال الخاضع الرقابية- ومسؤولية المتبوع عن أفعال تابعة- من خلال استعراض نصوص المسؤولية، وشروط المسؤولية وأساسها وكيفية دفعها.

1- مسؤولية القاصر المميز باعتباره مكلفا بالرقابة:

لقد وضع المشرع الجزائري أحكام هذه الصورة من المسؤولية من خلال تحديده الشروط المسؤولية، ومصدرها وأساسها وكيفية دفعها كما يلي:

فقد نصت المادة 134 ق.م.ج المعدلة بالقانون رقم 10/05 بقاعدة عامة بقولها:

"كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصر أو السبب حالته العقلية أو الجسمية يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص بفعله الضار.

ويستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية إذا ثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أثبت أن الضرر كان لا بد من حدوثه ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية".²

أ. شروط مسؤولية القاصر المميز باعتباره مكلفا بالرقابة:

إن شروط مسؤولية المكلف بالرقابة هي شروطا عامة لكل من يتحمل رقابة الغير

عمقتضى القانون أو الاتفاق، وتنحصر هذه الشروط في:

¹ طالما أن السن التمييز يمتد من سن 13 سنة إلى ما قبل 19 سنة، فقد يكون الشخص مكلفا برقابة غيره (أبنائه مثلا) و قد يكون متبوعا على غيره أو حارسا لأشياء غير حية مثلا و هو في هذه الأحوال مسؤول عن جميع الأضرار التي تتحقق من الخاضع للرقابة أو التابع أو أشياء غير حية.

² وقد ألغى المشرع الجزائري المادة 135 ق.م.ج ذات الحكم الخاص في المسؤولية عن فعل الغير، حيث تنص: "يكون الأب وبعد وفاته الأم مسؤولان عن الضرر الذي يسببه أولادهما القاصرون الساكنون معها، كما أم المعلمين والمؤدبين وأرباب الحرف مسؤولون عن الضرر الذي يسببه تلامذتهم والمتمرنون في الوقت الذي يكونون فيه تحت رقابتهم، غير أن مسؤوليته الدولة تحل محل مسؤولية المعلمين أو المربين..." و هذا منعا من التكرار أو اكتفاء القاعدة العامة للمسؤولية عن فعل المادة 134 ق.م.ج.

أ 1/ وجود التزام بالرقابة على شخص آخر:

فإذا تحمل القاصر مسؤولية الرقابة على الغير، طالما أنه يتمتع بأهلية التمييز، فإن مصدر هذا الالتزام إما القانون أو الاتفاق، ومن أمثلة ذلك التزام الوالد قانونا بالرقابة على ولده القاصر و التزام ولي نفس الرقابة على الصغير والتزام مدير مدرسة خاصة بمقتضى اتفاق مع الأولياء على رقابة تلاميذه، والتزام مدير مصحة الأمراض العقلية بالرقابة على مرضاه، والحكمة من الرقابة في الحالتين هي حاجة الخاضع للرقابة إما بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية.

فالقاصر غير المميز مثلا يحتاج وبنص القانون أو الاتفاق إلى رقابة غيره، وهي رقابة تتغير من مرحلة عمرية إلى أخرى فهو يبدأ خاضعا لرقابة ولي نفسه، وتنتقل إلى المعلم في المدرسة أو رب الحرفة أثناء وجوده في المدرسة أو الحرفة، وقد ينقضي هذا الالتزام بمجرد استقلاله في معيشته وفي كسب عيشه بنفسه ويظهر ذلك أصلا بعد بلوغه سن الرشد القانونية.

أ 2/ وقوع فعل ضار غير مشروع من الشخص الخاضع للرقابة:

و هو شرط ضروري وبديهي وحتى أكيد في قيام مسؤولية المكلف بالرقابة، حيث لا مسؤولية بدون ضرر ناتج عن خطأ ارتكبه الشخص الخاضع للرقابة، وقيام مسؤولية الرقيب يقع أصلا على الضرر الذي يرتكبه إما القاصر غير المميز، أو المريض عقليا أو جسميا¹، ذلك لأنه إذا استمر القاصر تحت رقابة الغير حتى بعد بلوغه سن التمييز -كبقاءه في مرحلة الدراسة القانونية- فإن التعديل التشريعي الأخير أقام مسؤوليتين في أن واحد إحدهما أصلية وهي للقاصر المميز، والثانية تبعية أو احتياطية وهي للمكلف رقابة القاصر المميز فنصت المادة 125 ق.م.ج المعدلة بالقانون 10/05 لقولها: "لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو إهمال منه أو عدم حيطته الا إذا كان مميزا".

و كما جاء في نص المادة 2/173 ق.م.ج على حاجة القاصر للرقابة بقولها: "ويعتبر القاصر في حاجة إلى الرقابة إذا لم يبلغ خمسة عشرة سنة أو بلغها وكان في كنف القائم على تربيته".

ب. مصدر مسؤولية المكلف بالرقابة وأساسها:ب 1/ من حيث مصدر مسؤولية المكلف بالرقابة:

- لقد حدد المشرع الجزائري م 134 مصدر مسؤولية المكلف بالرقابة "القاصر المميز بوجود التزام رقابة الغير الذي هو في حاجة إلى الرقابة، ويكون هذا المصدر إما القانون كالتزام الوالد بالرقابة على ولده،

¹ الدكتور: جلال حمزة: العمل غير مشروع باعتباره مصدرا للالتزام ص 170 فقرة 183 و ما بعدهما

والتزام ولي النفس بالرقابة على الصغير، وإما الاتفاق كالتزام مدير مدرسة بالرقابة على التلاميذ داخل المؤسسة، والتزام مدير مستشفى بالرقابة على مرضاه.

ب 2/ من حيث أساس مسؤولية المكلف بالرقابة:

- أما من حيث أساس مسؤولية الرقيب فهو كما يجمع عليه المشرعون المصري والجزائري والفقهاء على أنه خطأ مفترض في جانب الرقيب، فإذا صدر من الخاضع للرقابة "صغير مميزا مثلاً" فعل ضار بالغير فيفترض أن الرقيب قد قصر في أداء واجب الرقابة أو حتى أساء التربية، وبمعنى آخر أن الرقيب يفترض في جانبه خطأ في الرقابة وتبعاً لافتراض الخطأ فإن العلاقة السببية تفترض أيضاً، وما على المضرور إلا إثبات إصابته بالضرر.¹

ويلاحظ أن قرينة الخطأ قائمة فقط بين المضرور والرقيب، حيث لا يجوز التمسك بقرينة الخطأ المفترض، في مواجهة الخاضع للرقابة، لأن مسؤولية هذا الأخير أن توفر لديه التمييز تقوم على خطأ واجب الإثبات في صورته المسؤولية عن الفعل الشخصي.

ج. دفع مسؤولية الرقيب المفترضة قانوناً:

طالما أن مسؤولية الرقيب عن الضرر هي مسؤولية شخصية عن خطأ مفترض في جانبه وهو الإخلال بواجب الرقابة، فإن دفع مسؤوليته قانوناً تبعاً لنص المادة 2/134 ق.م لا تكون إلا بطريقة من الطريقتين الآتيتين:

1. إما أن يثبت أنه قام بواجب الرقابة، حتى ينتفي الخطأ المفترض في جانبه، ولا يكون كذلك إلا بإثباته اتخاذ جميع الاحتياطات أو التدابير التي تمنع من حدوث الضرر.
2. أو أن يثبت إن الضرر كان لا بد أن يحصل حتى مع اتخاذه الاحتياطات السالفة في الرقابة والتربية، لأن سبب الضرر أجنبي غير متوقع ولا يمكن دفعه.²

¹ الدكتور: جمال الدين زكي: المرجع السابق، ص 291 فقرة 236

² الدكتور: صبري السعدي: الالتزامات، ج 2، ص 188/189 فقرة 154

2- مسؤولية القاصر المميز باعتباره متبوعاً عن أفعال التابع:¹**La Responsabilité du commettant du fait de son préposé**

وضح المشرع الجزائري أحكام مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه من خلال التعريف بها وشروطها وأساسها وكيفية دفعها في نص المادتين: 137/136 المعدلتين بالقانون رقم 10/05 كما يلي:

المادة 136: "يكون المتبوع مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار متى كان واقعا منه في حالة تأدية وظيفته أو بسببها أو بمناسبتها، وتتحقق علاقة السببية ولو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه متى كان هذا الأخير يعمل لحساب المتبوع".

كما نصت المادة 137 على حق المتبوع في الرجوع على التابع بقولها: "للمتبوع حق الرجوع على تابعه في حالة ارتكابه خطأ جسيماً".

أ. شروط مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعة:

حدد النص السابق م 136 شروط مسؤولية المتبوع وتتمثل في:

1/ وجود رابطة تبعية: Lien de proposition

لا تتحقق مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه الضارة ما لم توجد علاقة تبعية بينهما، فيكون التابع خاضعاً للمتبوع في توجيهه ورقابته، والتزام التابع طاعة متبوعه والامتثال له، وهذا ما جنحت إليه محكمة النقض المصرية في إحدى قراراتها:

"إن مؤدى نص المادة 174 ق.م.م إن قيام علاقة التبعية تقوم على توافر الولاية في الرقابة والتوجيه، بحيث يكون للمتبوع سلطة فعلية في إصدار الأوامر إلى التابع في طريقه أداء عمله وفي الرقابة عليه في تنفيذها هذه الأوامر ومحاسنته على الخروج عليها".²

وعلى ذلك فقوام الرابطة يتحقق من خلال عناصر ثلاث:

1. قيام سلطة الرقابة والتوجيه.

2. محل سلطة التوجيه هو عمل معين.

¹ يلاحظ أن الفعل الضار المرتكب هو من التابع وليس من القاصر المميز المتبوع، وطالما أن جزاء المسؤولية هو دفع تعويض للمضرور، و طالما أن الضرر حال تأدية الوظيفة أو بسببها أو بمناسبتها فإن المسؤول عن التعويض هو الشخص المتبوع

² نقض مدني مصري جلسة 1977/11/1 الطعن رقم 138 السنة 44 قضائي

3. قيام التابع بعمله لحساب المتبوع.

كما أن العبرة في الرقابة والتوجيه هو بالسلطة الفعلية فقط، ولا يستلزم أن تكون عن عقد عمل، وهذا أيضا ما نصت إليه أيضا محكمة النقض المصرية بقولها: "إن مسؤولية المتبوع عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعا منه حال تأدية وظيفته أو بسببها، يتحقق إذا كان للمتبوع على التابع سلطة فعلية في توجيهه ورقابته في عمل معين يقوم به التابع لحساب المتبوع، و لا ضرورة لأن تكون هذه السلطة عقدية تقوم على الاختيار بل مناطها هو السلطة الفعلية التي تقوم ولو لم يكن المتبوع حرا في اختيار التابع متى كانت عليه سلطة فعلية في الرقابة والتوجيه.¹

و على ذلك فمضمون رابطة التبعية هي أن يكون للمتبوع سلطة فعلية في توجيه التابع في عمل معين أو إصدار الأوامر إليه ورقابته في تنفيذها ويلزم التابع في طاعتها.

أ 2/ خطأ التابع في حالة تأدية وظيفته أو بسببها أو بمناسبتها

يشترط لتحقق مسؤولية المتبوع أن تتحقق أولا مسؤولية التابع وفقا للقواعد العامة للمسؤولية عن الفعل الشخصي، بأن يحدث خطأ من التابع يترتب عنه ضررا للغير، وأن تقوم علاقة سببية بين الخطأ والضرر.

كما يشترط أن يكون خطأ التابع أما حال تأديته لوظيفته أو بسببها، أو بما سببها ومن اجتهادات القضاء المصري في تحديد نطاق مسؤولية المتبوع عن فعل تابعة قوله: "إذ حدد القانون نطاق مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعة بأن يكون الفعل الضار غير المشروع واقعا من التابع حال تأدية الوظيفة أو بسببها لم يقصد أن تكون الوظيفة هي السبب المباشر لهذا الخطأ، أو أن تكون ضرورية لإمكان وقوعه، بل تتحقق المسؤولية أيضا كلما كان فعل التابع قد وقع منه أثناء تأدية الوظيفة أو كلما استغل وظيفته أو ساعدته هذه الوظيفة على إتيان فعله غير المشروع أو هيأت له بأية طريقة كانت فرصة ارتكابه، سواء ارتكبه المصلحة المتبوع أو عن باعث شخصي، سواء أكان الباعث الذي دفع إليه متصلا بالوظيفة أو لا علاقة له بها، وسواء وقع الخطأ بعلم المتبوع أو بغير علمه"²

● فمن حيث خطأ التابع أثناء تأديته لوظيفته/ يستوي ذلك أن يوجه المتبوع للتابع أوامر أو لم يوجه له، فبمجرد وقوع خطأ التابع يعتبر ذلك إخلال منه لواجباته الوظيفية.

¹ نقض مدني مصري جلسة 1978/11/23 الطعن رقم 481 السنة 43 قضائي

² المستشار: سعيد أحمد شعله: قضاء النقض المدني في التعويض، ص 17 ف 2 الطعن رقم 585 سنة 41 جلسة 1976/03/18

- إما من حيث خطأ التابع بسبب الوظيفة/ فهو يقع ليس أثناء تأدية لوظيفته، بل بسببها، فلولا الوظيفة ما كان الضرر يحصل من التابع.¹
- إما من حيث خطأ التابع. بمناسبة الوظيفة/ وهو الخطأ الذي يقتصر على أن الوظيفة يسرت للتابع وهيات له الفرصة لارتكاب الضرر، ولم تكن بتاتا الوظيفة هي السبب الرئيسي على ارتكاب الفعل الضار غير المشروع.²

ب. أساس مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه وكيفية دفع مسؤوليته:

ب 1/ من حيث أساس المسؤولية، فإنها تعتبر من أكثر صور المسؤولية اختلافا وتباينا:

فمن قائل أنها تتأسس على خطأ مفترض، وآخرون يقولون بفكره الكفالة والضمان والبعض الآخر يجعلها مسؤولية مفترضة، والبعض على فكرة النيابة، وبعض الشراح الحديثون لا يسلمون إلا بنظرية تحمل التبعة، و من اجتهادات القضاء المصري في تحديد مسؤولية المتبوع عن أفعال التابع غير المشروعة قوله: "النص في المادتين 175/174 ق.م.م يدل على أن مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعة غير المشروعة هي مسؤولية تبعية مقررة بحكم القانون لمصلحة المضرور تقوم على فكرة الضمان القانوني، فالمتبوع يعتبر في حكم الكفيل المتضامن كفالة مصدرها القانون وليس العقد، ومن ثم فإن للمتبوع الحق في الرجوع على تابعه محدث الضرر بما يفي به من التعويض للمضرور لا على أساس أنه مسؤول معه بل لأنه مسؤول عنه إزاء هذا التباين ذهب البعض إلى القول أن هذه المسألة غير قابلة للحل.³

على أن اقرب الآراء قبولا واجماعا من القضاء الفرنسي⁴ والجزائري⁵ والمصري⁶، و في أحكام حديثة هو الضمان القانوني أساسا لمسؤولية المتبوع واعتبره في حكم الكفيل المتضامن.

وما دام أن هذا هو أساس مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه الضارة، فإن المسؤولية تتحقق حتى ولو كان المتبوع غير مميز، إذ أن القانون هو مصدر الضمان الذي تقوم عليه هذه المسؤولية ومن ثم لا يشترط التمييز لقيامها.

¹ الدكتور: بلحاج العربي: الالتزامات ج 2 ص 330 فقرة 462

² الدكتور: صبري السعدي: الالتزامات ج 2 ص 210 فقرة 172

³ الدكتور: جلال حمزة: العمل غير المشروع باعتباره مصدرا للالتزام ص 193/193 فقرة 205، و انظر القرار: سعيد أحمد شعلة: المرجع

السابق ص 129 ف 4، الطعن رقم 657 سنة 42 ق جلسة 1978/5/8

⁴ نقض جنائي فرنسي في 1970/06/03، 1970 J.C.P، 4، 195

⁵ المحكمة العليا، غ م، 1985/2/20 ملف رقم 36038، م ق 1989، 3، ص 31

⁶ نقض مدني مصري في 1969/1/30، م، أ، ن 20، 199، 33

ولعل مرد اختلاف الفقهاء حول أساس مسؤولية المتبوع هو تحديد طبيعة هذه المسؤولية هل هي مسؤولية شخصية للمتبوع أم مسؤولية عن الغير، والحقيقة أن مسؤولية المتبوع القانونية هي الصورة الوحيدة للمسؤولية عن فعل الغير وبنص القانون م 136 ق.م.ج، ولا اعتبارات اجتماعية تقع المسؤولية على المتبوع طالما أن الضرر حدث أثناء تأدية التابع لوظيفته أو بسببها أو مناسبتها، وحتى يتيسر للمضرور الحصول على حق التعويض، ولأن المتبوع عادة أكثر ثراء من التابع.¹

ب 2/ أما من حيث دفع مسؤولية المتبوع:

إذا توفرت شروط مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه، قامت مسؤوليته وعلى قرينة قاطعة، ذلك لأن تحقق مسؤولية التابع "الشخصية" تتقرر تبعاً لها مسؤولية تبعية للمتبوع، ويستطيع المضرور الرجوع على أي منها أو على كلاهما بالتعويض، وعند الرجوع على المتبوع فلا يستطيع هذا الأخير دفع مسؤوليته إلا بإثبات السبب الأجنبي للضرر، وهذا ما أكده القضاء الجزائري بأن المتبوع لا يستطيع متى قامت مسؤولية التابع أن ينفي المسؤولية عن نفسه بنفي خطئه في اختياره أو تقصيره في رقابته، ذلك لأنه لا يصح مناقشة قاعدة موضوعية لاستبعاد تطبيقها، وليس أمام المتبوع إلا أن يدفع عن التابع مسؤوليته وفق القواعد العامة، وإذا لم يستطيع ذلك فلا يبقى أمامه إلا إثبات السبب الأجنبي للضرر والذي لا شأن للتابع فيه.²

ثالثاً/ شروط مسؤولية القاصر المميز على ضوء المسؤولية عن فعل الشيء:

La responsabilité de fait des choses

لقد أصبحت المسؤولية الناشئة عن فعل الشيء تكتسي أهمية بالغة منذ النهضة الصناعية، وذلك لكون مجالها يشمل كل الأضرار التي تتسبب فيها الأشياء المختلفة، كالألات الميكانيكية والصناعية وما أكثر عددها وأنواعها وتطورها المستمر، ووسائل النقل المختلفة من سيارات وحافلات وشاحنات وطائرات وغازات المصانع ومواد كيميائية وتيار كهربائي وأدوات طبية ومصاعد وعمارات وتزداد أهمية المسؤولية يوماً بعد يوم نتيجة التكاثر الدائم والمستمر للأضرار التي تتسبب فيها الأشياء إلى جانب تشعبها وتفاوتها كما ونوعاً.³

و إذا كانت حالات المسؤولية عن فعل الشيء تتمحور في المسؤولية عن الأشياء غير الحية، وعن الحيوان وتهدم البناء والحريق.

¹ الدكتور: بلحاج العربي: الالتزامات ج 2 ص 317/316 فقرة 454

² الدكتور: بلحاج العربي: الالتزامات ج 2 ص 338/337 فقرة 465

³ الأستاذ: علي فيلاي، الالتزامات ص 167

فمن المسؤول عن ضرر هذه الأشياء كلها هل هو الحارس أم المالك، وإن كانت المسؤولية عن الفعل الشخصي تشترط تمييز الفاعل وفقا لنص المادة 125 ق 10/05، فهل يشترط أيضا في المسؤولية عن الشيء أن يكون الحارس مميزا؟.

إن دراسة أحكام المسؤولية عن فعل الشيء سوف تكون ضمن شروط تحقق هذه المسؤولية وأساسها وكيفية دفعها، ضمن محور رئيسي وأساسي وهو "مسؤولية القاصر المميز عن فعل الشيء".

1- المسؤولية عن الأشياء غير الحية: La responsabilité du fait des choses inanimées

نصت المادة 138 ق.م.ج:

"كل من تولى حراسة شيء، وكانت له قدرة الاستعمال والتسيير والرقابة، يعتبر مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء.

ويعفى من هذه المسؤولية الحارس للشيء إذا اثبت أن ذلك الضرر حدث بسبب لم يكن يتوقعه مثل عمل الضحية أو عمل الغير أو الحالة الطارئة أو القوة القاهرة".

يتضح من هذا النص أن المشرع الجزائري جعل مسؤولية حارس الشيء غير الحي تقوم على خطأ مفترض غير قابل لإثبات العكس، إلا بإثبات السبب الأجنبي للضرر، كما أن المشرع عمم المسؤولية عن فعل الشيء على جميع الأشياء الجامدة المنقولة وغير المنقولة.¹

فما هي شروط مسؤولية حارس الشيء غير الحي، وهل يشترط في الحارس التمييز، وما هو أساس مسؤولية حارس الشيء غير الحي وكيف يمكن دفع مسؤوليته؟

أ. شروط مسؤولية حارس الشيء غير الحي، ومدى اشتراط التمييز في الحارس:

يتضح من النص السابق، إن مسؤولية حارس الشيء لا تتحقق إلا بتوفر الشرطين الآتيين:

أ 1/ وجود شيء في حراسة شخص

يقصد بالشيء كل شيء غير حي منقولاً أو عقاراً صغيراً أو كبيراً، جامداً أو سائلاً، يحتاج إلى عناية خاصة أو لا يحتاج، ويخرج عن ذلك البناءات المعدة للهدم والحيوانات والتي

¹ الدكتور: بلحاج العربي: الالتزامات ج 2 ص 348/347 فقرة 470

خصص لها المشرع نصاً قانونياً خاصاً، ومن الأشياء غير الحية التي يشملها النص المواد المتفجرة، الأسلحة والأسلاك الكهربائية المواد الكيماوية...¹

أما من حيث الحراسة، فيقصد بها الحراسة الفعلية على الشيء والسيطرة على توجيهه ورقابته والقدرة على استعماله وتسييره.²

وقد أكدت محكمة النقض المصرية هذا المقصود بقولها:

"إن الحراسة الموجبة للمسؤولية تتحقق بسيطرة الشخص على الشيء سيطرة فعلية في الاستعمال والتوجيه والرقابة لحساب نفسه".³

والغالب إن الشيء يكون تحت حراسة مالكه وهو المسؤول عن جميع الأضرار التي تحدثها هذا الشيء، ما لم يكن الشيء غير خاضع لحراسة أحد فلا يسأل عن ضرر هذا الشيء أحد كاضرار الرمال والأشجار.

كما أن القضاء الجزائري جنح لنفس هذا الاتجاه يجعله حارس الشيء مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه الشيء، فقضت المحكمة العليا "إن حارس الشيء الذي يفترض الخطأ في جانبه بمقتضى نص المادة 138 ق.م.ج هو ذلك الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يكون له سلطة الاستعمال والتسيير والرقابة، أي الذي يملك السلطة الفعلية على الشيء قصراً واستقلالاً"⁴. وهو نفس الحكم الذي ذهب إليه القضاء المصري بقوله: "إن الحراسة الموجبة للمسؤولية على أساس الخطأ المفترض طبقاً لنص المادة 178 ق.م.م التي تنص: كل من تولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية يكون مسؤولاً عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر، ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه. إنما يتحقق بسيطرة الشخص الطبيعي أو المعنوي على الشيء سيطرة فعلية في الاستعمال والتوجيه والرقابة لحساب نفسه".⁵

أ 2/ وقوع ضرر بفعل الشيء

ويقصد بذلك أنه يجب أن يكون الضرر حاصلًا بفعل الشيء ولكي يتحقق ذلك ينبغي أن يكون الضرر قد حصل من التدخل الإيجابي للشيء، ولا يتحقق ذلك عادة إلا إذا كان الشيء

¹ الدكتور: صبري السعدي: الالتزامات ج 2، ص 218 فقرة 179 و ما بعدهما

² الدكتور: بلحاج العربي: الالتزامات ج 2، ص 359 فقرة 476 و ما بعدهما

³ الدكتور: صبري السعدي: الالتزامات ص 219 فقرة 179 و ما بعدهما

⁴ و هو نفس ما اتجهت إليه المحكمة العليا الجزائرية في 1968/5/28، ن ق 1968، 3، 59 و في 1969/6/25، م أ ق ج، 2، 277 في

1982/09/08

⁵ المستشار سعيد أحمد شعله المرجع السابق ص 22/21 ف 14 الطعن رقم 850 سنة 44 جلسة 1978/04/24

في وضع غير عادي أو غير طبيعي تتحقق معه الأضرار، وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في هذا المجال أنه: "إن صاحب مقهى يكون مسؤولاً كحارس عن الضرر الذي ترتب عن الكرسي الموضوع مقلوبا أمام مقهاه والذي اصطدم به شخص ليلا لأن الكرسي كان في وضع غير طبيعي.¹

أما من حيث مدى اشتراط التمييز في حارس الشيء غير الحي، فإن جل آراء الفقهاء - عدا أنصار نظرية تحمل التبعة - وأحكام القضاء ونصوص القانون مستقرة على أن جميع صور المسؤولية تقوم على فكرة الخطأ، وبالتالي يجب أن يتوفر التمييز لدى المسؤول، وإلا اعتبر الشخص غير مسؤول - بإنعدام تمييزه - لعدم لديه الخطأ - وهذا ما نصت عنه المادة 125 ق.م.ج ق 10/05.

"لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو بإهمال منه أو عدم حيطته إلا إذا كان مميزاً".

و من ثم فحارس الشيء غير الحي غير المميز لا يسأل أصلا عن الضرر الذي يحدثه بفعله أم بفعل شيء تحت حراسته ((وحيازته))، ولكن المشرع الفرنسي أدخل تعديلا جذريا بمقتضى المادة 2/489 ق.م.ج الصادر 68/01/03 تقضى بمسؤولية من لا يتمتع بقواه العقلية²، وعلى الرغم من حصر مجال هذا النص بالأشخاص البالغين أو الراشدين الذين يوضعون تحت الرقابة، إلا أن بعض الفقهاء والقضاة رأوا تعميمه ليشمل الأطفال غير المميزين، وهكذا قضت الدائرة المدنية الأولى الفرنسية بأن المادة 2/489 تطبق على القاصرين والمجانين متجاهلة ورود النص بصدد الراشدين.³

ب. أساس مسؤولية حارس الشيء غير الحي وكيفية دفعها:

اختلف الفقه القانوني في تحديد أساس مسؤولية حارس الشيء غير الحي:

فمنهم من أسسها على نظرية تحمل التبعة، والبعض الآخر أسسها على الخطأ المفترض في حارس الشيء، بينما آخرون أسسوها على فكرة التضامن الاجتماعي أو فكرة الضمان. والحقيقة أن مسؤولية حارس الشيء غير الحي تتأسس على الخطأ في الحراسة وهو خطأ مفترض قانونا لا يقبل إثبات العكس إلا بإثبات السبب الأجنبي للضرر، وهذا ما اتجهت إليه المحكمة العليا الجزائرية بقولها:

¹ قضاء مدني فرنسي في 19 يناير 1941، دالوز 1941 عدد 1، ص 65

² Art 489/2 I n° 68-5 du 3/1/1968 « celui qui a causé un dommage à autrui alors qu'il était sous l'empire d'un trouble mental, n'en est pas moins obligé à réparation

³ الدائرة المدنية الأولى في 1976/7/20، الأسبوع القانوني 1978، 2، 18793 تعليق الفقيه ديجان دولاباتي

"إن حارس الشيء يعتبر مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء الذي له عليه قدرة الاستعمال والتسيير والرقابة، ولا يعفى من هذه المسؤولية إلا إذا ثبت أن الضرر حدث بفعل الضحية أو الغير أو الحالة الطارئة أو القوة القاهرة"¹. وهو أيضاً ما اتجه إليه القضاء المصري في إحدى قراراته بقوله: "إن المسؤولية المقررة بموجب المادة 178 ق م م تقوم على أساس خطأ مفترض وقوعه في جانب الحارس، افتراضاً لا يقبل العكس، ومن ثم فإن هذه المسؤولية لا تدرأ بإثبات أنه لم يرتكب خطأ ما وأنه قام بما ينبغي من العناية والحيطه حتى لا يقع الضرر من الشيء الذي يتولى حراسته وهي لا ترتفع إلا إذا ثبت الحارس أن وقوع الضرر كان لسبب أجنبي لا يد له فيه وهذا السبب لا يكون إلا لقوة القاهرة أو خطأ المضرور أو خطأ الغير"².

وبالتالي فإن المضرور يجب عليه فقط إثبات إصابته بالضرر بفعل شيء تحت حراسة الغير، ولا يكون أمام الحارس إلا إثبات السبب الأجنبي للضرر، بانعدام العلاقة السببية بين خطأه المفترض والضرر الحاصل.

2- المسؤولية عن فعل الحيوان: La responsabilité du fait des animaux

قد تترتب الأضرار ليس فقط من فعل الشيء أو فعل الشخص، بل بفعل حيوان إما تحت حراسة مالكة أو كان الحيوان ضالاً، فمن المسؤول عن الضرر هل الحيوان نفسه بتوقيع الجزاء عليه "التعويض" أم على حارسه أو مالكة؟

نصت المادة 139 ق م ج:

"حارس الحيوان ولو لم يكن مالكا له، مسؤول عما يحدثه الحيوان من ضرر، ولو ضل الحيوان أو تسرب، ما لم يثبت الحارس أن وقوع الحادث بسبب لا ينسب له".

فما هي شروط المسؤولية عن ضرر الحيوان، هل يشترط في حارسه التمييز، وما أساس المسؤولية وكيف يمكن دفعها؟

أ. شروط مسؤولية حارس الحيوان ومدى اشتراط التمييز في الحارس:

بناء على نص المادة 139 فإنه يشترط في الحيوان أن يكون مملوكاً لأحد الأشخاص حتى تقوم مسؤولية مالكة أو حارسه.³

¹ المحكمة العليا الجزائرية في 1982/12/8، ن ق 1985 عدد أ، ص 76/75

² سعيد أحمد شعلة: المرجع السابق، ص 25 ق 25، الطعن رقم 1371 لسنة 49 ق جلسة 1983/03/29.

³ الدكتور: بلحاج العربي: الالتزامات ج 2 359 فقرة 475

أ 1/ أن يتولى شخص حراسة حيوان

حراسة الحيوان تعني الحراسة الفعلية المادية عليه، و الإمساك به، سواء استندت الحراسة إلى حق أم لا تستند.

والأصل أن الحيوان يكون دائما تحت حراسة مالكة، وقد تنتقل الحراسة إلى الغير استنادا إلى حق بتصرف قانوني، كالمستأجر أو المستعير أو المودع عنده، أو بدون حق كحراسة حيوان مسروق، وقد تنتقل السيطرة الفعلية إلى الغير كخيول السباق، فإن الحراسة حينئذ تكون للمتسابق.¹

أ 2/ أن يحدث الحيوان ضررا للغير

يقتضى هذا الشرط أن يكون تدخل الحيوان في إحداث الضرر تدخلا إيجابيا "كالرفس أو العض أو النطح أو إتلاف مزروعات"، أما تدخله السلبي كاصطدام الغير بالحيوان متوقف في مكان فلا مسؤولية على حارسه، كما أنه لا يشترط الالتماس المادي في تدخل الحيوان، بل يكفي الفرع منه والذي ترتب عن ذلك ضرر فيكون حارسه مسؤولا عن الضرر.²

أما من حيث شرط التمييز في حراسة الحيوان، فإن المعيار هو بالسلطة الفعلية على الحيوان والتي تتطلب مسك الحيوان ورقابته، وغالبا أن هذه السلطة تقتضي وتتطلب عنصر التمييز في حارس الحيوان، قياسا على القاعدة العامة في المسؤولية عن الفعل الشخصي، بحيث بدون تمييز فلا يترتب عن ذلك مسؤولية القاصر غير المميز، حتى وإن أقام المشرع مسؤولية احتياطية ولكنها أصلية هي مسؤولية المكلف برقابة القاصر غير المميز 134 ق م ج.

ب. أساس مسؤولية حارس الحيوان وكيفية دفعها:

إن حدوث الضرر بفعل حيوان يعني تحقق مسؤولية حارس الحيوان، وإذا قامت المسؤولية فهي تتأسس على الخطأ في الحراسة، لا يكلف المضرور إلا بإثبات إصابته بضرر الحيوان.

و قد تطور الاجتهاد القضائي الفرنسي في مسألة الإثبات حيث بعدما كانت محكمة النقض الفرنسية تقبل من مالك الحيوان أن ينفي عن نفسه الخطأ لتنتفي مسؤوليته، أصدرت الدائرة المدنية

¹ الدكتور: جمال الدين زكي: الالتزامات ص 307 فقرة 247

² الدكتور: حسن قدامة: الالتزامات ص 282/281 فقرة 152، و انظر جلال حمزة: العمل غير المشروع، ص 316 فقرة 285 و ما بعدهما

الثانية حكما لها قررت فيه أن المسؤولية عن فعل الحيوان تقوم على خطأ مفترض افتراضا لا يقبل إثبات العكس ولا يدحض إلا بإثبات السبب الأجنبي.¹

وهكذا واكبت المسؤولية عن فعل الحيوان تطور أحكام المسؤولية التقصيرية عموما والمسؤولية عن فعل الشيء بوجه خاص سواء من حيث أساس المسؤولية، أو من حيث حراسة الحيوان أو حتى من حيث تدخله في الضرر، وبالتالي أصبح الاتجاه العام فقها وقضاء يتجه إلى إقامة المسؤولية عن فعل الحيوان على قرينه مطلقة هي افتراض الخطأ في حارس الحيوان، وذلك ما سلكت إليه أيضا محكمة الاستئناف المصرية حيث قضت تاريخ 15/5/1929 "إن مسؤولية صاحب الحيوان عن الأضرار التي تصيب الغير من حيوانه هي مسؤولية مطلقة يقوم على قرينة افتراض الخطأ في جانبه ولا تسقط إلا بإثبات أن الإصابة حصلت بقوة قاهرة أو بخطأ المجني عليه".²

3- المسؤولية عن تدمر البناء: La responsabilité de la ruine des bâtiments

كانت الأضرار الناشئة عن تدمر البناء موضع بحث رجال القانون منذ القدم لأن الأبنية التي عيب بناؤها أو أهمل ترميمها تشكل خطرا كبيرا على الغير وقد مرت المسؤولية عن هدم البناء بتطورات مختلفة حتى أصبحت قائمة بذاتها تشكل جزءا هاما من أحكام المسؤولية التقصيرية.³

و قد اهتم بها المشرعون ونظموا أحكامها بالتفصيل، ولكن بنصوص قانونية تكاد تكون متباينة: نصت المادة 140 ق م ج فقرة 3/2.

"... مالك البناء مسؤول عما يحدثه الهدام البناء من ضرر ولو كان الهداما جزئيا، ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال في الصيانة أو قدم في البناء أو عيب فيه.

ويجوز لمن كان مههددا بضرر يصيبه من البناء ان يطالب المالك باتخاذ ما يلزم من التدابير الضرورية للوقاية من الخطر، فإن لم يقم المالك بذلك جاز الحصول على إذن من المحكمة في اتخاذ هذه التدابير على حسابه".

وقد نصت المادة 1386 ق م ف على نفس الحكم الوارد في الفقرة الثانية السابقة بقولها: "مالك البناء يكون مسؤولا عما يحدثه تدمره من الضرر إذا كان هذا التهدم يرجع إلى نقص في الصيانة أو إلى عيب في البناء".

¹ الحكم منشور في سيرته 1886، عدد 1، رقم 33، أخذ عن الدكتور على سليمان: دراسات في المسؤولية بمدينة ف م ج، المسؤولية عن فعل الغير المسؤولية عن فعل الأشياء، التعويض، ط 1984، ص 166 ن ق 28، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.

² الدكتور: عبد المعين لطفي جمعة: موسوعة القضاء في المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية ص 134 فقرة 1492

³ الدكتور: جلال حمزة: العمل غير المشروع، ص 326 فقرة 292

خلافا للمشرعين الفرنسي والجزائري، فإن المشرع المصري جعل المسؤولية عن تدمير البناء لحارس البناء، حيث نصت المادة 177 بفقرتها الأولى والثانية على:

"1/ حارس البناء ولو لم يكن مالكا له، مسؤول عما يحدثه انهيار البناء من ضرر، ولو كان انهيارا جزئيا، ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال في الصيانة أو قدم في البناء أو عيب فيه.

2/ ويجوز لمن كان مهيدا بضرر يصيبه من البناءات يطالب المالك باتخاذ ما يلزم من التدابير الضرورية لدى الخطر، فإن لم يقم المالك بذلك جاز الحصول على إذن من المحكمة في اتخاذ هذه التدابير على حسابه."

يلاحظ على هذه النصوص القانونية، وخصوصا النص الجزائري الملاحظات الآتية:

الأول: إن المسؤولية عن تدمير البناء منوطه لمالك البناء **Le propriétaire**.

الثانية: يكون للمالك لدرء المسؤولية عنه أن ينفي عن نفسه الإهمال في الصيانة أو القدم في البناء أو العيب فيه.

الثالثة: لكل مضرور الحق في اتخاذ التدابير الوقائية من خطر تدمير البناء بأن يقوم مالك البناء بذلك و على نفقته.¹

فما هي شروط مسؤولية مالك البناء عن تدمير البناء، وهل يشترط التمييز في المالك، وما أساس المسؤولية وكيف يمكن دفعها.

أ. شروط المسؤولية عن تدمير البناء، ومدى اشتراط التمييز لدى المالك:

وفقا للنصوص القانونية السابقة، فإنه يجب أن تتوفر الشروط الآتية لتحقيق مسؤولية مالك البناء عن الضرر الذي يحدثه تدمير البناء.

أ 1/ ملكية البناء

لم يحدد المشرع الجزائري مفهوم البناء، فهو يشمل المنازل والحظائر والقناطر والسدود، ويجب أن يكون متماسك متصل بالأرض، شيد بفعل الإنسان، وهذا البناء يكون المسؤول عن ضرره في التشريع الجزائري هو مالك الرقبة، مهما كان التقصير من غيره كالملاك السابقين، أو المنتفع أو صاحب

¹ الدكتور: بلحاج العربي: الالتزامات، ج 2 ص 413/412 فقرة 507

حق الاستعمال أو المرتهن برهن حيازي، ما لم يكن البناء في طور الإنجاز فإن المسؤولية عن تدمره يلحق بالمقاولين والمهندسين المعماريين وفقا لنص المادة 554 ق م ج.¹

أ 2/ أن يترتب ضررا للغير بفعل تدمر البناء

يشمل تدمر البناء كل انهيار للبناء جزئيا أو كليا كسقوط بعض نوافذه أو سقفه أو حائط منه، ولذلك يجب أن يكون سبب الضرر هو من تدمر البناء أما بسبب إهمال في صيانته *Défaut d'entretien* أو قدم فيه *Vétuste* أو عيب فيه *Vice de Construction* و لذلك يجب على المضرور أن يثبت أن التهدم يرجع لإهمال في الصيانة أو قدم فيه أو عيب فيه.²

وقد أيدت محكمة النقض المصرية ذلك بقولها: "إن المالك دون المستأجر هو المطالب بتعمده ملكه ومولاته بأعمال الصيانة والترميم، فإذا قصر ذلك كان مسؤولا عن الضرر الذي يصيب الغير بهذا التقصير، ولا يعفيه من المسؤولية أن يكون المستأجر قد التزم قبله بأن يقوم بأعمال الترميم أو الصيانة اللازمين للعين المؤجرة، إذ على المالك إخلاء لمسؤوليته إزاء الغير أن يتحقق من قيام المستأجر بما ألتزم به في هذا الشأن".³

ب. أساس المسؤولية عن تدمر البناء وكيفية دفعها:

يميل الرأي السائد في الفقه إلى تأسيس المسؤولية عن تدمر البناء على خطأ مفترض، وهو ذو

شقين:

الأول: إن التهدم سببه إهمال في الصيانة أو التحديد.

الثانية: إن الإهمال منسوب إلى خطأ المالك.

والشق الأول قابل لإثبات العكس، بحيث يثبت المالك أن البناء لم يكن في حاجة على الصيانة أو التحديد كما أن الضرر ليس سببه حاجة البناء إلى الصيانة والتحديد والإصلاح.

أما الشق الثاني وهو الخطأ المفترض فهو غير قابل لإثبات العكس إلا بواسطة إثبات السبب الأجنبي للضرر، وذلك ينفي العلاقة السببية بين تدمر البناء والضرر الحاصل.⁴

¹ الدكتور: حسن قعادة: الالتزامات ص 283 فقرة 155، و انظر بلحاج العربي، الالتزامات، ج 2 ص 421/420 فقرة 514

² الدكتور: بلحاج العربي: الالتزامات ج 2، ص 423/422 فقرة 515

³ محكمة النقض المصرية في 1968/5/13، طعن رقم 586 السنة الثالثة، مجموعة الأحكام، جنائي، لسنة 19 ص 544

⁴ الدكتور: صبري السعدي: الالتزامات ج 2 ص 244 فقرة 198 و أنظر أيضا عبد المعين لطفي جمعة موسوعة القضاء الكتاب الأول، الجزء الثالث ط 1979 ص 162/161 فقرة 1526

أما من حيث شرط التمييز فهو مناطا لكل صور المسؤولية التقصيرية، فمع اشتراطه قانونا المادة 125 ق 10/05 في المسؤولية عن الفعل الشخصي ص فإنه من باب أولي أن تقوم مسؤولية المالك المميز عن تهم البناء.

ج. التدابير الوقائية من خطر تهم البناء:

أرفق المشرع الجزائري م 3/140 كغيره من المشرعين المصري 2/177 ق م م دعوى وقائية يرفعها كل من كان مهددا بضرر يصيبه من تهم البناء، بمطالبة المالك باتخاذ جميع التدابير الضرورية لدرء الخطر، وإلا تحصل المهدد بالضرر على إذن المحكمة باتخاذ هذه التدابير وعلى حساب نفقة مالك البناء. لكن هذه الدعوى ليست دعوى تعويض عن ضرر، خلافا للغرض من المسؤولية والمتمثل في علاج الضرر، ومن ثم فدعوى المسؤولية هي دعوى تعويضية، بينما دعوى درء الخطر هي دعوى وقائية.¹

4- المسؤولية عن الحريق: La responsabilité en cas d'incendie

استمد المشرع الجزائري أحكام المسؤولية عن الحريق المنصوص عنها في المادة 1/140 ق م ح من المشرع الفرنسي من القانون الصادر في 1922/11/07، المادة 2/1384، حيث نص المشرع الجزائري عن ذلك بقوله: "من كان حائزا بأي وجه كان لعقار أو جزء منه أو منقولا حدث فيه حريق لا يكون مسؤولا نحو الغير عن الأضرار التي سببها هذا الحريق إلا إذا ثبت أن الحريق ينسب إلى خطئه أو خطأ من هو مسؤول عنهم".

بينما نصت المادة 2/1384 ق م ف على: "ومع ذلك فكل من يحوز بأي سبب كان عقارا أو جزء من عقار أو أموالا منقولة، ويثبت فيها حريق، لا يكون مسؤولا إزاء الغير عن الأضرار التي تنشأ عن هذا الحريق إلا إذا ثبت أن الخطأ ينسب إليه أو إلى الأشخاص الذين هو مسؤول عنهم".²

فما هي شروط المسؤولية عن ضرر الحريق، وهل يشترط في المسؤول التمييز، وما أساس المسؤولية وكيفية رفعها؟.

أ. شروط المسؤولية عن ضرر الحريق ومدى اشتراط التمييز في الحائز "المسؤول":

وفقا لنص المادة 1/140 ق م ج يجب أن تتوفر الشروط الآتية لقيام المسؤولية عن ضرر الحريق:

¹ الدكتور: جمال الدين زكي: الالتزامات، ص 311/312 فقرة 255، و انظر صبري السعدي، الالتزامات ج 2 ص 239 فقرة 193
² يلاحظ أن الفقرة الثانية من قانون ق م ف استمدت من القانون الفرنسي الصادر بتاريخ 1922/11/17

أ 1/ حدوث خطأ من الحائز أو من الأشخاص الذين يسأل عنهم الحائز:

ربط المشرع الجزائري المسؤولية بجائز العقار أو المنقول الذي شب فيه الحريق، و الحائز هو من يملك السيطرة الفعلية على الشيء الذي في حيازته، سواء استندت الحيازة لحق مشروع أو غير مشروع، بحسن أو بسوء النية ويجب على المضرور أن يثبت الخطأ في جانب الجائز أو في جانب الأشخاص الذين هو مسؤول عنهم كالأبناء والتابعين.

أ 2/ أن يكون الحريق هو سبب الضرر:

و ذلك بديهي فمهما كان سبب الحريق محدد أم غير محدد، فيجب لقيام مسؤولية الحائز "الحارس" أن يثبت المضرور الى جانب الخطأ أن الضرر سببه الخطأ المرتكب من الحائز، أو من الأشخاص الذين هو مسؤول عنهم¹، و هذا ما أكدته أحكام القضاء الفرنسي حيث قضت في إحدى قراراتها بتطبيق أحكام المسؤولية عن الحريق محدد أو غير محدد طالما أن الشيء ترجع حراسته للمدعي عليه.²

ب. أساس مسؤولية حائز العقار أو المنقول عن الحريق وكيفية دفع مسؤوليته:

خلافا للمسؤولية عن الأشياء وغير الحية والتي أقام المشرع المسؤولية فيها على خطأ مفترض غير قابل لإثبات العكس فإن المسؤولية عن ضرر الحريق أخضعها إلى الأحكام والقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية ابتداء من المادة 124 ويخضع فيها الخطأ إلى الإثبات من المضرور، بإثبات الخطأ لدى الحائز أو الأشخاص الذين يسأل عنهم الحائز، فالمدعى عليه انخرّف في سلوكه عن سلوك الرجل العادي، مما يترتب عن ذلك وقوع الضرر.³

ويستطيع المسؤول عن الضرر "الحائز" أن يدفع عن نفسه الخطأ بإثباته انقطاع العلاقة السببية بين خطأه والضرر الحاصل، كأن يكون الضرر سببه أجنبي.

ومن حيث شرط التمييز في الحارس المسؤول عن الحريق فإذا توفرت شروط المسؤولية السابقة في القاصر المميز الحائز لعقار أو منقول، تقوم مسؤوليته كاملة قياسا على القواعد العامة للمسؤولية عن الفعل الشخص م 124.

¹ نقض مدني فرنسي في 9/6/1966 R.T.D.C 1966/6/9 .2. 446

² الدكتور: بلحاج العربي: الالتزامات ص 436 فقرة 524 و ما بعدهما

³ الأستاذ: علي فيلاي: المرجع السابق ص 230

بل إنه حتى مع عدم تحقق التمييز فإن المسؤولية تقوم ضد القاصر غير المميز إذا كان يتمتع بالحيازة على العقار أو المنقول، ومساءلته ليس عن فعل صادر منه "خطأ"، بل عن ضرر حدث من حريق شب في شيء تحت حراسته، وغالبا أن القاصر غير المميز يكون في هذه المرحلة تحت رقابة الغير، فيتولى هذا الأخير الحيازة أو الحراسة على الشيء باعتباره نائبا عنه قانونا كالولي أو الوصي أو القيم.¹

الفرع الثاني

مسؤولية القاصر المميز وعلاقة ذلك بمسؤولية المكلف برقابته "الآثار"

إذا تحققت شروط المسؤولية التقصيرية في الشخص القاصر المميز، فإن الأثر المترتب عن ذلك هو إلزامه بتعويض المضرور، بغض النظر عن صورة مسؤوليته "عن فعله الشخصي، أو عن فعل الغير، أو عن فعل شيء غير حي".

إلا أن القاصر المميز قد يكون تحت رقابة الغير "الوالدين، المدرسة، رب الحرفة"، فتثور إلى جانب المسؤولية الشخصية للقاصر المميز، مسؤولية المكلف برقابته، فكيف نظم المشرعون هذه العلاقة، وبصيغة أخرى هل يمكن أن تتنازع قواعد المسؤوليتين من الناحية الواقعية؟
الإجابة عن هذه الإشكالية، تكون باستعراض أولا أثر تحقق مسؤولية القاصر المميز "دعوى المسؤولية، فتعويض للمضرور، وثابتا علاقة مسؤولية القاصر المميز بمسؤولية المكلف برقابته.

أولا/ الآثار القانونية الناشئة عن تحقق المسؤولية التقصيرية للقاصر المميز:

إذا توافرت أركان المسؤولية التقصيرية السابقة في شخص القاصر المميز، ألتزم بتعويض الضرر الذي ألحقه بالمضرور بخطئه.

والمسؤول عن الضرر يلتزم بتعويض كل ضرر مباشر مادي أو أدبي، سواء كان متوقعا أو غير متوقع، ولكن التزامه يقتصر على تعويض الضرر المباشر فقط، ويشتمل الخسارة التي لحقت المضرور والكسب الذي فاتته، والعبرة في تقدير الضرر يكون بيوم صدور الحكم.²

¹ الدكتور: بلحاج العربي: الالتزامات ج 2 ص 438 فقرة 525
² الدكتور: جمال الدين زكي: نظرية الالتزام، ص 283 فقرة 227

وعلى ذلك تنشأ عن تحقق المسؤولية التقصيرية في إحدى صورها ولادة علاقة قانونية جديدة بين المضرور والمسؤول عن الضرر، تتمثل في حق التعويض، ولكن السبيل إلى ذلك لا يكون إلا عن رفع دعوى المسؤولية.

1- دعوى المسؤولية:

إن الضرر *Le dommage* هو سبب دعوى المسؤولية، والمصلحة هي أساسها، فحيث لا يوجد ضرر لا توجد مصلحة، وحيث لا توجد مصلحة فلا مسوغ لرفع الدعوى قانوناً.

وإذا اتفق المسؤول عن الضرر والمضرور على طريقة معينة للتعويض وعلى تقديره، انتهى الأمر هنا ولم يعد ثمة محل للمطالبة القضائية، أما إذا لم يتفقا على ذلك وهو الأمر الغالب التجأ المضرور إلى القضاء طالبا التعويض عن الضرر الذي أصابه.

ومن هنا وبدون التوسع في عناصر الدعوى القضائية، من حيث أطرافها موضوعها وعبء الإثبات فيها والمحكمة المختصة وطبيعة الحكم الصادر فيها، فإن دعوى التعويض هي الوسيلة القانونية القضائية المثلى والتي يستطيع المضرور من خلالها الحصول على حق التعويض.¹

2- التعويض:

إذا ثبتت مسؤولية القاصر المميز عن الضرر، فإنه يتعين على القاضي إذا طرح عليه النزاع أن يلزم المسؤول بالتعويض لجر الضرر الحاصل، وهذا هو المعنى الذي قصدته المادة 124 ق.م.ج.

"كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض".

فإذا توافرت جميع أركان وشروط المسؤولية التقصيرية السابقة، فإن التزاماً قانونياً ينشأ في ذمة المسؤول عن الضرر بتعويض المضرور، عن كل ضرر مباشر تسبب فيه، ويختلف التعويض المدني *Réparation Civile* عن العقوبة *Sanction pénale ou répressive* والتي يقصد بها معاقبة الجاني عن فعله وردع غيره، ولذلك فهي تقدر بقدر خطأ الجاني ودرجة خطورته على المجتمع.

و قد فصل المشرع الجزائري أحكام التعويض المدني سواء من حيث تقديره وطريقته، وسقوطه، في النصوص القانونية الآتية:

¹ الدكتور: بلحاج العربي: نظرية الالتزام ج2، ص 218/219 فقرة 394

المادة 131: "يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقاً لأحكام المادتين 182 و182 مكرر، مع مراعاة الظروف الملابسة، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية فله أن يحتفظ للمضروور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير".

المادة 132: "يعين القاضي طريقة التعويض مقسطاً، كما يصح أن يكون إيراداً مرتباً، ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأميناً".

ويقدر التعويض بالنقد، على أنه يجوز للقاضي تبعاً للظروف وبناءً على طلب المضروور أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، وأن يحكم وذلك على سبيل التعويض، بأداء بعض الإعانات تتصل بالفعل غير المشروع".

المادة 133: "تسقط دعوى التعويض بانقضاء خمس عشر سنة من يوم وقوع الفعل الضار".

ثانياً/ علاقة مسؤولية القاصر المميز بمسؤولية المكلف برقابته:

اتضح لنا مما سبق أن القاصر المميز إذا أحدث ضرراً للغير -كإتلافه مال الغير مثلاً- يكون مسؤولاً عن التعويض، وهي مسؤولية أصلية كاملة، لتوفر عنصر التمييز، نصت المادة 2/42 ق.م.ج المعدلة بالقانون 10/05: "يعتبر غير مميز ممن لم يبلغ ثلاث عشرة سنة".

● و بالتالي يكون القاصر المميز أهلاً لتحمل المسؤولية التقصيرية عن جميع الأضرار التي هو مسؤول عنها وبغض النظر عن صورة المسؤولية عن فعله الشخصي أم فعل الغير أم عن فعل الأشياء التي تحت حراسته،

● رغم صراحة هذه النصوص القانونية إلا أن المشرع وحماية للمضروور نجده قد نص عن مسؤولية ثانية احتياطية خصوصاً إذا كان القاصر المميز مازال خاضعاً لرقابة الغير أو أن يكون معسراً لا يمكنه في الوقت الراهن تعويض المضروور، نصت المادة 134 ق.م. 10/05 المعدلة: "كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصر أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية، يكون ملزماً بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص بفعله الضار، ويستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أثبت أن الضرر كان لا بد من حدوثه ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية"، فقد قرر المجلس الأعلى -المحكمة العليا حالياً- رفض طعن الطاعن بصفته مسؤولاً مدنياً عن ابنه القاصر المميز بأداء 80.000 دج تعويضاً عن الضرر الذي لحق بنت المطعون ضده بسبب هتك عرض وأن مسؤولية الأب تقوم على أساس خطأ مفترض فيه، إنه أهمل

مراقبة وتربية ولده، ولا تسقط هذه القرينة إلا إذا اثبت الأب أنه قام بواجب الرعاية والتوجيه، وأن ارتكاب هتك العرض من قبل ولد قاصر مميز يثبت بصفة قطعية إهمال الأب في تربية ابنه.¹

فكيف نظم المشرع الجزائري هذه العلاقة بين المسؤوليتين، هل يمكن أن تتنازع هاتان المسؤوليتان من الناحية الواقعية؟ فمثلا في نطاق المسؤولية عن فعل الشيء غير الحي إذا كان الولد هو حارس الشيء الذي تحت حيازته مثل الدراجة التي يستقل بها في تنقله، ويسبب بها ضررا للغير، فيكون للمضروب الحق في رفع دعوى تعويض على الابن القاصر المميز وعلى أساس فعل الشيء غير الحي ((دراجة)) كما له أن يرفع هذه الدعوى اتجاه المكلف برقابته -وليه وصيه مثلا- وعلى أساس المسؤولية على فعل الغير لو ثبت الخطأ في جانب الرقيب -وهو خطأ مفترض قانونا-

ولكن الإشكال القانوني هو لو افترضنا أن الحادث وقع من غير أن يثبت على الولد القاصر أي خطأ، فيبقى التساؤل مطروحا عما إذا كان الوالد ((الرقيب)) يسأل تبعا لتحقق المسؤولية على ابنه الحارس للشيء وبصفته هذه؟

يظهر أن الاجتهاد القضائي الفرنسي كان في خطه الأول لا يقر التبعة على الوالد لو تحققت مسؤولية ابنه القاصر على أساس حراسته للشيء الذي أحدث الضرر، ثم تحول القضاء الفرنسي عن هذا المسلك منذ القرار الصادر عن محكمة التمييز في 10/02/1966، فأصبح يقبل بإقرار مسؤولية على الوالد كلما قامت على ابنه المسؤولية عن فعل الشيء تعود حراسته إلى الابن نفسه.

وهذا المسلك لا يستقيم مع التشريعات الحديثة التي تشترط فعلا غير مشروع يصدر عن الولد تترتب التبعة ((المسؤولية)) على والده اتجاه المضروب فتكون فيما اشترطته التشريعات هو فعل شخصي يأتيه الابن القاصر ليحاسب عنه المكلف برقابته ((الأب أو الأم أو مدير مدرسة أو رب حرفه مثلا)).²

كما أن إلحاق المسؤولية بالرقيب، يقتضي ذلك البحث في علاقة المسؤولية الشخصية للقاصر المميز بمسؤولية لمكلف برقابته.

إن البحث في أحكام مسؤولية المكلف بالرقابة المنصوص عنها في المادة 134 ذات النص العام، بعد أن ألغى المشرع الحالات الخاصة لهذه المسؤولية والتي كان ينص عنها في المادة 135 كمسؤولية الأب و بعد وفاته الأم، والمعلمين والمؤدبين وأصحاب الحرف هي في حقيقتها وفي واقعها مسؤولية شخصية للرقيب وليس مسؤولية عن فعل الغير استنادا إلى ما منحه المشرع للمكلف بالرقابة من حق التخلص من المسؤولية المفترضة،

¹ نشرة القضاة العدد 3 لسنة 1985 ملف رقم 30064 بتاريخ 02/03/1983، ص 62/63/64.

² الدكتور: عاطف النقيب: النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن فعل الأشياء في مبادئها القانونية و أوجهها العملية ط 1981/2 ص 412/413 عن منشورات عويدات لبنان مع ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر.

بمجرد أثباته عدم ارتكابه للخطأ في الرقابة أو أن الضرر عموماً لم يكن سببه خطأ الرقيب، بل فعل أو سبب أجنبي "مثل القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ أو فعل الغير أو فعل المضرور" وإن شئنا فلنقل أن مسؤولية الرقيب هي خطأ القاصر، ولكن استناداً إلى خطأ ((مفترض)) للمكلف بالرقابة وهو عدم القيام بواجب الرقابة أو حتى التقصير فيه، ومن ثم فهي مسؤولية من طبيعة خاصة يكون الأصل فيها أن المرء لا يسأل إلا عن فعله الشخصي ولا يتحمل تبعه غيره.

إلا أن تطبيق هذا المبدأ قد يكون في بعض الأحيان شديد الوطأة على الضحية ((المضرور))، كأن يكون الفاعل غير مميز فلا يمكن إثبات الخطأ في جانبه وهو غير مسؤول أصلاً حسب أصحاب النظرية التقليدية في الخطأ، أو أن يكون تابعا لكنه معسراً فلا يستطيع المضرور الحصول على حق التعويض، مما جعل المشرع الجزائري يفرض على بعض الأشخاص كالأباء والمعلمين والمتبوعين وأصحاب الحرف المسؤولية على ضرر القصر، والتابعين والمتمرنين وغيرهم، وهي مسؤولية عادة مفترضة بنص القانون ودون الحاجة إلى إثبات خطئهم.¹

و على ضوء العلاقة بين المسؤوليتين الشخصية للقاصر المميز ومسؤولية المكلف بالرقابة، فإنه يمكن للمضرور أن يدعى في كل الحالات بمسؤولية القاصر المميز عن فعله الشخصي وهو أهل لذلك -تمتعه بالتمييز- كما يمكنه أن يدعى ويستند إلى المسؤولية عن فعل الغير وحتى بالمسؤولية عن فعل الشيء أن توفرت بطبيعة الحال شروط هاتين المسؤوليتين، وكانت مصلحة المضرور تقتضي ذلك.

غير أنه في ضوء اختلاف شروط قيام هذه الصور من المسؤولية، ونظراً لأن القاصر المميز يكون غالباً معسراً، فقد تكون مصلحة المضرور اللجوء إلى أحكام المسؤولية عن فعل الغير أو المسؤولية عن فعل الشيء بدلاً من المسؤولية عن الفعل الشخصي والتي قوامها إثبات خطأ المسؤول ((القاصر المميز)).

كما أن التساؤل الذي يطرح ثانية وأمام ازدواج هاتين المسؤوليتين -للقاصر وللرقيب- إذا وفي المكلف بالرقابة التعويض للمضرور، نظراً لعدم إمكانه دفع مسؤوليته المفترضة فهل يجوز له قانوناً -ومن الناحية الواقعية- الرجوع على القاصر المميز بمبلغ التعويض؟

تختلف الإجابة عن ذلك بين النصين القانونيين المادة 137 ق.م.م الملغى والحديث، وبين الناحية الواقعية.

¹ الأستاذ: علي فيلاي: الالتزامات، ص 86 هامش 1

ففي ظل النص القانوني 137 الملغي كان المشرع الجزائري ينص صراحة على حق الرجوع في التعويض بقوله: "للمسؤول عن فعل الغير حق الرجوع عليه في الحدود التي يكون فيها هذا الغير مسؤولاً عن تعويض الضرر".

فالمكلف بالرقابة مسؤول عن التعويض وفق أحكام المسؤولية عن فعل الغير المادة 134 ق.م.ج، ولكن له الحق في استرداد المبلغ الذي دفعه للمضروور تعويضاً عن الضرر الذي سببه الخاضع للرقابة، وبصيغة أخرى يمكن للرقيب التمسك بحق الرجوع ضد القاصر المميز الخاضع للرقابة، بشرط أن تتحقق مسؤولية هذا الأخير طبقاً لأحكام المادة 125، بمعنى أن يجب على المضروور أن يثبت خطأ الخاضع للرقابة وأنه سبب الضرر. على أنه يكون مقدار الاسترداد مساوياً لمقدار مسؤولية الخاضع للرقابة، فيكون الاسترداد كلياً إذا حمل القاصر المميز كامل المسؤولية عن الفعل الضار، ويكون الاسترداد جزئياً إذا كانت مسؤولية القاصر المميز عن الضرر جزئية فقط، ومن ثم يتحمل الرقيب الجزء الآخر من المسؤولية.¹

أما بعد تعديل المشرع الجزائري لنص المادة 137 ق 10/05 فإنه حصر حق الرجوع في المتبوع فقط عن فعل تابعه الضار، وفي الأخطاء الجسيمة التي يرتكبها التابع فقط، حيث نصت المادة السابقة على أنه: "للمتبع حق الرجوع على تابعه في حالة ارتكابه خطأ جسيماً".

وهذا يعني أن المشرع الجزائري أسقط عن الرقيب حق الرجوع في التعويض على الخاضع للرقابة ما لم يستند إلى القواعد العامة للمسؤولية عن الفعل الشخصي "بإثبات خطأ القاصر المميز" أو يستند إلى فكرة الضمان أو الإنابة أو الكفالة وذلك يعني أن حق الرجوع في التعويض محصور قانوناً في علاقة المتبوع بالتابع وفي حالة ارتكاب التابع لخطأ جسيم.

أما من الناحية العملية فإن المكلف بالرقابة -خصوصاً الولي أو الوصي- لا يتمسك بحق الرجوع على القاصر المميز حتى ولو أثبت الخطأ في جانب القاصر المميز، تأسيساً على العلاقة أو الرابطة الأبوية من جهة، وعلى افتراض أن خطأ تقصيرياً قد ارتكبه الرقيب بالتقصير في واجب الرقابة أو لم يحميها بتاتا كلما ألحق القاصر ضرراً بالغير، وبعبارة وجيزة أنه لولا خطأ الرقيب في الرقابة ما استطاع القاصر المميز أن يسبب ضرراً بالغير.

انطلاقاً من هذه العلاقة بين مسؤولية القاصر المميز ومسؤولية المكلف برقابته، فما هي خصائص مسؤولية الرقيب، وما هي الوسائل القانونية التي يمكن الرقيب من دفع مسؤوليته المفترضة؟

¹ الأستاذ: علي فيلاي: الالتزامات ص 120/119

1- خصائص مسؤولية المكلف برقابة القاصر المميز:

يستلزم قانونا لقيام أية صورة من صور المسؤولية التقصيرية أن يثبت أركانها وشروطها من خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما، غير أن مسؤولية الرقيب عن خطأ ((ضرر)) القاصر المميز والتي نظمها المشرع الجزائري في نص المادة 134 ق 10/05 تختص بمجموعة من الخصائص تستمد غالبا من علاقة الرقيب بالقاصر المميز مسبب الضرر، وبالمضروب، وهذه الخصائص هي:

أ. هي مسؤولية استثنائية تبعية احتياطية حماية لمصلحة المضروب في التعويض:

ذلك لأن المشرع قرر أصلا قيام مسؤولية الخاضع للرقابة م 125 ف 10/05 - وهو أهل ذلك - ولكن قد يستمر القاصر خاضعا لرقابة الغير ((الولي الوصي)) المادة 134 ق 10/05 لاجته للرقابة¹ أما بسبب قصره او الحالة العقلية أو الجسمية، فيحدث القاصر ضررا، فإن المكلف برقابته يبقى مسؤولا عن التعويض - مهما كانت صفتها أصلية أم تبعية - ولكن مسؤولية الرقيب مشروطة بقيام مسؤولية القاصر نفسه، ويعني ذلك أنه إذا كان القاصر المميز في مركز المضروب بفعل الغير أم حتى بفعل نفسه، فلا تقوم ضد المكلف بالرقابة أية مسؤولية، ما لم يثبت ضده الخطأ وفقا للقواعد العامة للمسؤولية عن الفعل الشخصي.²

ب. وعند قيام مسؤوليتين مسؤولية القاصر المميز الشخصية الأصلية، ومسؤولية الرقيب الاحتياطية، فإن للمضروب الحق في الرجوع على أي منهما منفردا أو عليهما معا بالتعويض، ويكونان متضامنين في أداء كامل التعويض الذي يقضي به.

ج. إذا أدى المكلف بالرقابة التعويض للمضروب كاملا أو حتى جزئيا، فيجوز للرقيب الرجوع على القاصر المميز بهذا التعويض، ولا يستطيع الأخير أن يمتنع عن الرد لسببين:

الأول: أن القاصر المميز مسؤول مسؤولية كاملة عن التعويض لأنه أخطأ وترتب عن خطئه ضررا للغير.

الثاني: أن مسؤولية متولى الرقابة تقررت لمصلحة الغير، وليس لمصلحة المشمول بالرقابة، ولذا لا يصح أن يتمسك بوجود التزام ضد متولى الرقابة بتعويض الضرر.³

د. إن مسؤولية متولى الرقابة ومن هم في حكمة تقوم لمجرد أن يثبت المضروب الضرر الذي أصابه من فعل شخص في حاجة إلى الرقابة، وأن الفاعل هو في رقابة المسؤول المدني.

¹ لم يفرق المشرع الجزائري في هذا النص من قاصر مميز وقاصر غير مميز، بخلاف المشرع المصري الذي فرق بينهما في نص المادة 2/173 حيث حدد الفاصل بينهما ببلوغ الشخص 15 سنة كاملة ((قانون مدني مصري))، اذا استمر القاصر في كنف القائم على تربيته.

² الدكتور صبري السعدي: نظرية الالتزام، ص 187 ف 153.

³ الدكتور: صري السعدي: نظرية الالتزام ص 190 فقرة 155

هـ. كذلك فإن مسؤولية متولي الرقابة ومن في حكمه هي في حقيقتها مسؤولية شخصية، لأن العبرة فيها ارتكاب المسؤول خطأ تقصيرياً هو غالباً التقصير في واجب الرقابة أو الإساءة في تربية المشمول بالرقابة، وبالتالي فهي ليست مسؤولية عن الغير كمسؤولية المتبوع عن عمل تابعه، بل هي مسؤولية ذاتية قامت على خطأ شخصي افترضنا أنه متولي الرقابة ارتكبه فعلياً.

وذلك ما قضى به المجلس الأعلى في حكم له سابق:

"إن مسؤولية الأب تقوم على أساس خطأ مفترض فيه أنه أهمل مراقبة ولده، ولا تسقط هذه القرينة إلا إذا أثبت الأب أنه قام بواجب الرقابة والتوجيه وإن ارتكاب هتك عرض من قبل ولد قاصر مميز يثبت بصفة قطعية إهمال الأب تربية ابنه".¹

و. إن حماية المضرور في التعويض تكمن أصلاً في إعفائه من إثبات خطأ المسؤول عن التعويض ((متولي الرقابة)) ومن إثبات العلاقة السببية بين الخطأ والضرر الحاصل، ومن ثم فإن عبء الإثبات يقع على من أنكر مسؤوليته.

وقد منح له المشرع الجزائري وسيلتين لدفع مسؤوليته المفترضة.

الأولى: إثباته أداء واجب الرقابة.

الثانية: أو أثباته نفي العلاقة السببية المفترضة بين خطأه والضرر الحاصل.²

2- وسائل دفع مسؤولية المكلف بالرقابة:

لما كانت مسؤولية المكلف بالرقابة عن ضرر القاصر المميز هي مسؤولية شخصية، أساسها الخطأ المفترض، فيمكنه دفع مسؤوليته، إما بنفي الخطأ عنه، أو بنفي علاقة السببية بين خطأه المفترض والضرر الحاصل، وهذا ما أكده المشرع الجزائري في نص المادة 2/134 ق 10/05.

أ. الوسيلة الأولى: نفي الخطأ المفترض

ويكون ذلك بإثباته القيام بواجب الرقابة بما ينبغي من العناية، وباتخاذ كافة الاحتياطات المعقولة لتجنب الغير من عمل المشمول بالرقابة، وإذا تحقق هذا الإثبات انتقت عن الرقيب المسؤولية.

وقد قضت محكمة استئناف القاهرة تأكيداً لهذه الوسيلة بقولها:

¹ ملف رقم 30064 بتاريخ 1982/3/2، نشرة القضاة، العدد 1985/3 ص 33

² الأستاذ: علي فيلاي: الالتزامات ص 118/117

"لما كان المستأنف ضده -والد الجاني القاصر المشمول بولايته- قد قدم نفيًا لخطأه المفترض المنصوص عليه في المادة 173 ق.م.م بشهادتين من مدرستين تفيدان أن ابنه حميد الخلق وحسن السيرة، فلا يترتب على المحكمة أن هي اعتمدت عليها، وعلى أن الحادث وقع من القاصر أثناء اليوم الدراسي وداخل جدران المدرسة ورقابته منوطه بالمدرسة وذلك في قضائها بنفي خطأ المستأنف ضده بالنسبة للرعاية الواجبة عليه نحو ولده".¹

كذلك فإنه إذا كان مكلفًا بتربية المشمول بالرقابة فإنه لم يقصر في واجب التربية وحسن التهذيب.

ب. الوسيلة الثانية: قطع علاقة السببية بين الخطأ المفترض والضرر

وهي بدورها مفترضة، فيكون نفيها بإقامة الدليل على أن الضرر كان لا بد واقعا حتى ولو قام بواجب الرقابة بما ينبغي له من حرص وعناية، بأن يثبت مثلا أن الفعل غير المشروع قد وقع فجأة بحيث لم يكن هناك من سبيل إلى منعه، أو يثبت انقطاع الصلة بين خطئه المفترض والضرر الحاصل، أي يثبت السبب الأجنبي للضرر كالقوة القاهرة أو الحادث المفاجئ أو فعل الغير أو فعل المضرور نفسه.²

وقد قضت محكمة السنبلابين الجزئية المصرية بأنه:

"إن مسؤولية الإنسان عن تعويض الضرر الناشئ عن أفعال من هم تحت رعايته أساسها الخطأ من جانب الإنسان فلا مسؤولية إلا إذا كان إهمال أو تقصير في الرقابة ثم ارتباط مباشر بين الخطأ والحادث الذي يطلب التعويض عنه، فإذا ما انعدم الإهمال كما لو وقع الحادث فجأة أو لم يكن من المستطاع منعه لم تكن لهذه المسؤولية أثر".³

ومهما تكن الوسيلة التي يتبعها متولى الرقابة لدفع المسؤولية عنه، فإن الفاعل الأصلي هو القاصر المميز -وهو من أحدث الضرر تظل مسؤوليته التقصيرية قائمة وفقا للأحكام العامة "المسؤولية عن الفعل الشخصي" وإما وفقا للأحكام الخاصة "المسؤولية عن فعل الغير والمسؤولية عن الأشياء غير الحية".

تلك أحكام التشريع الوضعي لمسؤولية القاصر المميز عن الضرر الحاصل منه وهو أهل لتحمل المسؤولية مهما اختلفت صورتها، كما أن مناط المسؤولية التقصيرية عموما بلوغ سن التمييز.

ولكن كيف نظم الفقه الإسلامي مسؤولية الشخص القاصر المميز بوجه عام.

¹ محكمة استئناف القاهرة 1963/11/19، استئنافان رقما 1060 سنة 78 و سنة 1986، 79 ق، المجموعة الرسمية العدد 3 السنة 61 قاعدة 94 ص 761

² الدكتور: أنور سلطان: مصادر الالتزام، الموجز في النظرية العامة للالتزام، دراسة مقارنة في القانونين المصري و اللبناني ط 1983، ص 378/377 فقرة 494 عن دار النهضة العربية لبنان

³ محكمة السنبلابين الجزئية 1941/1/19 قضية رقم 4065 سنة 1940 المجموعة الرسمية العدد 4 لسنة 43 قاعدة 82 ص 148

المبحث الثاني

أحكام مسؤولية القاصر المميز في التشريع الإسلامي

لم يتوصل الفقه الإسلامي إلى وضع نظرية عامة متكاملة البنين تحكم كافة موضوعات المسؤولية المدنية، على أن ذلك لا يعني أن الشريعة الإسلامية لم تنظم المسؤولية المدنية على وجه الإطلاق، فقد تعرض الفقهاء لها في مختلف جوانبها، ولكن تناوهم كان على النحو الذي عرف عنهم بالصياغة الموجزة لبعض القواعد الكلية تتضمن الأحكام الرئيسية دون التفصيلية، وذلك بالإضافة إلى الحلول التي وضعوها للمسائل والفروض العديدة التي تعرضوا لها، وهذه هي الصعوبة الأولى التي تواجه كل دارس للفقه الإسلامي في موضوع المسؤولية المدنية.

وتواجه الباحث أيضا صعوبة ثانية تتمثل في وجوب الإطلاع على كافة مواضيع المسؤولية ليجمع منها ما يتعلق بدراسته، وذلك لأن موضوعات المسؤولية المدنية مشتتة ومبعثرة ومتفرقة في أماكن مختلفة وتحت أبواب متعددة مثل الجنایات، الحدود، الديات، الإلتلاف، الغصب، الضمان.

أما الصعوبة الثالثة فتتمثل في اختلاف الفقهاء اختلافا بينا في العديد من الأمور، وتعددت وتضاربت آراؤهم حتى في داخل المذهب الواحد.

ولهذا فمن الصعوبة القول بوجود قاعدة عامة واحدة أو مبدأ عام واحد يحكم وينظم المسائل التفصيلية المتعلقة بالضمان في الشريعة الإسلامية، وذلك بسبب الصياغة الموجزة للقواعد الفقهية القليلة¹ من ناحية والاختلاف بل والتناقض في تفسيرها من جانب الفقهاء من ناحية أخرى.

ولذلك لم يعرف الفقه الإسلامي تسمية المسؤولية المدنية، فتلك تسمية غريبة عنه، وإنما يطلق على موضوعاتها اسم الضمان.

والقاعدة في الفقه الإسلامي هي أن الدماء والأموال معصومة في دار الإسلام، وعلى ذلك فلا يجوز الاعتداء عليها بأي حال من الأحوال، وأنه وإن كان عذر الصغير لصغره لم يرقم عليه الحد إلا أن رفع هذا

¹ وأهم القواعد الفقهية في موضوع المسؤولية المدنية هي: الضرر لا يكون قديما، الضرر يدفع بقدر الإمكان، الضرر يزال، لا ضرر و لا ضرار، الاضطرار لا يبطل الحق، الجواز الشرعي ينافي الضمان، الضرورات تبيح المحظورات، المباشر ضامن وإن لم يتعمد، الضرورات تقدر بقدرها، المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد، الضرر لا يزال يمتلئ، جناية العجماء جبار. يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام، الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف، إذا تعارضت مفسدتان و روعي اعظمها ضررا بارتكاب أخفهما، إذا اجتمع المباشر المتسبب يضاف الحكم إلى المباشر، يضاف الفعل إلى الفاعل لا الأمر به ما لم يكن جبرا.

العدر عنه لا يرفع تعويض الضرر الذي يحدثه الفعل الجنائي أو التقصيري، والسبب في ذلك هو أن الحق في الشريعة الإسلامية معصوم ولا تنفيه الأعذار الشرعية.¹

فما هي الأحكام العامة للضمان "من حيث شروط ونطاق الضمان"، وما هي صور مسؤولية القاصر المميز عن الفعل الضار في الشريعة الإسلامية "من حيث شروط مسؤوليته وأساسها وأثرها، وكيف نظمت الشريعة العلاقة بين مسؤولية القاصر المميز ومسؤولية المكلف برقاوته "من حيث مدى قيام مسؤولية القاصر المميز أم مسؤولية الرقيب، وكيف يمكن لمتولي الرقابة دفع مسؤوليته".

المطلب الأول

الأحكام العامة للضمان في الفقه الإسلامي

لقد ارتأيت قبل دراسة مسؤولية القاصر المميز عن الفعل الضار في مختلف صورها، ان نمهد لتلك الدراسة موضوع الضمان نفسه من خلال تعريفه وشروطه وخصائصه ونطاقه، ومن ثم دليل شرعيته.

الفرع الأول

شروط الضمان ونطاقه وسنده الشرعي

لم يعرف الفقه الإسلامي تسمية المسؤولية المدنية، وإنما يطلق على موضوعاتها الضمان، وهذا رغم أن استقراء النصوص الشرعية يدل على أن لفظ المسؤولية قد استخدم في أكثر من موضع، كقوله تعالى:

"وَلَيْسَ لَكَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ عَمَّا كَانُوا يَفْتُرُونَ"².

"يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَهْلِ قُلْ هِيَ مَوَاقِيتُ لِلنَّاسِ وَالْحَجَّ"³

"يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ"⁴

وكلمة الضمان والتي تعبر عن المسؤولية المدنية بشقيها العقدية و التقصيرية، لها مدلول لغوي واصطلاحي، كما لها من الأدلة الشرعية على مشروعيتها، فضلا عن مجموعة من الأسس والمبادئ التي يقوم عليها.

¹ الدكتور: إبراهيم الدسوقي أبو الليل: المسؤولية المدنية بين التقيد والإطلاق، دراسة تحليلية للأنظمة القانونية المعاصرة، اللاتينية، الإسلامية، الانجلوسكسونية ط 1980 ص 143/142 هامش 1 عن دار النهضة العربية القاهرة مصر

² سورة العنكبوت، الآية 13

³ سورة البقرة، الآية 189

⁴ سورة البقرة، الآية 219

أولا/ مفهوم الضمان ودليل مشروعيته

إن كلمة الضمان المرادفة لمصطلح المسؤولية له مدلول لغوي واصطلاحي، فضلا عن مجموعة من الأدلة الشرعية "الآيات القرآنية والأحاديث النبوية" تدل على مشروعية الضمان:

1- مفهوم الضمان لغة واصطلاحا:

لا يختلف كثيرا مدلول الضمان في جانبه اللغوي عن الجانب الاصطلاحي:

أ. فمن حيث المفهوم اللغوي للضمان: الضمان لغة هو الإلتزام -والتحمل والتعهد والمسؤولية والكفالة- وهو مشتق من التضمن، لأن ذمة الضامن تضمن الحق، يقال ضمن الشيء وبه كعلم ضمانا وضمنا، فهو ضامن وضمني كفه، وضمنته الشيء تضمينا فتضمنه عني غرمته فالتزمه، وما جعلته في وعاء فقد ضمنته إياه، ويسمى الملتزم لذلك ضامنا وضمينا وحميلا وزعيما وكفيلا و صبيرا وقبيلا، قال المارودي أن العرف جار بأن الضمين مستعمل في الأموال والجميل في الديات والزعيم في الأموال العظام، والكفيل في النفوس، و الصبير في الجميع.

ب. أما من حيث المفهوم الاصطلاحي للضمان: فمع تعدد تعاريف فقهاء الشريعة الإسلامية للضمان، إلا أن للضمان في الشرع معنيين أحدهما بمعنى الكفالة، والثاني بمعنى الإلتزام بالتعويض.

ب 1/ أما من حيث اعتبار الضمان بمعنى الكفالة: والتي تعنى ضم ذمة إلى أخرى في المطالبة، فقد وردت في القرآن الكريم كلمة زعيم بمعنى كفيل كقوله تعالى: "وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ"¹ فكلمة زعيم وكفيل وضمين هي كلمات مرادفه، وجاء أيضا في حديث الرسول ((ص)) ما يؤكد ذلك، ففي جابر بن عبد الله أن النبي ((ص))، لا يصلي على رجاء مات وعليه دين، فأتى بميت فسأل أعليه دين قالوا نعم دينارين فقال ((ص)) صلوا على صاحبكم، فقال أبو قتادة هما على جار رسول الله.

ب 2/ أما من حيث اعتبار الضمان بمعنى الإلتزام بالتعويض: فقد جاء عنه صلى الله عليه وسلم قوله "الخراج بالضمان" وهذا أخذنا عن واقعة أن شخص ابتاع عبدا فأقام عنده مدة من الزمن ثم اكتشف عيبا فيه فخاصم البائع إلى الرسول ((ص)). فقال الرجل يا رسول الله ((ص)) قد استعمل غلامي، فقال الرسول ((ص)) "الخراج بالضمان". ومعنى هذا الحديث أن إخراج الغلام قد استحققه المشتري بضمانه لأنه كان في ضمانه ولو هلك من ماله.

¹ سورة يوسف الآية 72

وهكذا فإن مصطلح المسؤولية في اللغة له مدلولان أحدهما حقيقي بمعنى الاستعلام والاستفسار عن أمر مجهول و ثانيهما مجازي بمعنى المؤاخذة والمحاسبة، فإن فقهاء الشريعة الإسلامية استعملوا ألفاظاً أخرى للدلالة على المؤاخذة والمحاسبة والتبعة كلفظ الضمان والتضمين والغرامة والتغريم، والكفالة وهذه الألفاظ جميعها تفيد الإلتزام بأداء مالي.

وقد جاء في حديث الرسول ((ص)) ما يؤيد هذا المعنى بقوله: "من تطيب ولم يكن بالطب معروفا فأصاب نفسه فما دونها فهو ضامن" وهذا يعني أنه مؤاخذ بجريرة¹ فعله.

كما أن جل فقهاء الشريعة الإسلامية ركزوا في تعريفاتهم للضمان على أنه شغل ذمة شخص بما يجب الوفاء به:

فعره الشوكاني بأنه عبارة غرامة التلف.

كما عرفه الغزالي بأنه وجوب رد الشيء أو بدله بالمثل أو القيمة.

عرفه علي الخفيف بأنه شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل.

يتضح من التعريفات السابقة وغيرها أن فقهاء الشريعة الإسلامية استعملوا في تعريفاتهم لفظين للدلالة على الضمان أو التضمين:

أحدهما: الضمان أو التضمين والآخر الغرامة أو التغريم ومشتقتهما.

ومن استعملاتهم للفظ الأول والذي يعبر عن التعويض، قولهم ضمان الإلتلاف وتضمين الإلتلاف و ضمان الغضب و ضمان النقصان و ضمان المأمور.

أما من حيث استعمالهم للفظ الثاني قولهم: "لا يحل إلزام أحد غرامه مال بغير نص أو إجماع".

وقولهم أيضاً أن القياس والعدل يقتضيان أن من تسبب في إلتلاف مال شخص أو تغريمه أنه يضمن ما غرمه، كما يضمن ما أتلفه.²

2- دليل مشروعية الضمان: لم يرد لفظ الضمان بهذا المصطلح في القرآن الكريم، وإنما ورد ما يساويه

كزعيم وكفيل، بينما تعددت أحاديث الرسول "ص" بمسألة الضمان، كما استعمل فقهاء الشريعة الإسلامية هذا اللفظ بكثرة.

¹ الدكتور: محمد فاروق بدري العكام: الفعل الموجب للضمان في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة ص 9، و انظر الدكتور: وهبة الزحيلي: نظرية الضمان ص 16 و ما بعدها

² الدكتور: محمد أحمد سراج: ضمان العدوان في الفقه الإسلامي دراسة فقهية مقارنة بأحكام المسؤولية التقصيرية في القانون ط 1990 ص 61 فقرة 56 و ما بعدها

أ. فمن حيث القرآن الكريم:

لقد جاء في سورة يوسف قوله تعالى: "وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ"¹. بمعنى كفيل أو ضمين أو زعيم وقال الله تعالى في سورة آل عمران "وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا كُلَّمَا دَخَلَ عَلَيْهَا زَكَرِيَّا الْمِحْرَابَ وَجَدَ عِنْدَهَا رِزْقًا"² وفي سورة النحل قوله تعالى: "وَلَا تَنْفُسُوا الْإِيمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا وَقَدْ جَعَلْتُمُ اللَّهَ عَلَيْكُمْ كَفِيلًا"³ وفي مجال الحفاظ على حرمة النفس والمال جاء في سورة البقرة "فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ"⁴ وفي سورة الشورى "وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا"⁵ وفي سورة النحل "وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ"⁶.

فهذه الآيات في مجموعها تقرير مبدأ الضمان أو التضمين جبراً للضرر وقمعا للعدوان وزجر للمعتدي.

ب. ومن حيث السنة النبوية:

فإن الفقه الإسلامي استند إلى الحديث الشريف الذي يقر الضمان بمعنى تعويض الأضرار المدنية التي تصيب الغير، حيث قال رسول الله "ص": "لا ضرر ولا ضرار".

واتخذ هذا الحديث الشريف بمثابة القاعدة الكلية العامة التي تحتم الضمان، واشتق منها الفقهاء العديد من القواعد الفرعية منها: "الضرر يدفع بقدر الإمكان" و"الضرر يزال".

وقد جاء لفظ الضمان صراحة في الحديث الشريف: اضْمُنُوا لِي سِتًّا مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَضْمَنْ لَكُمْ الْجَنَّةَ : وَأُدُّوا إِذَا اتُّمِنْتُمْ , وَأَوْفُوا إِذَا عَاهَدْتُمْ , وَأَصْدُقُوا إِذَا حَدَّثْتُمْ , وَأَحْفَظُوا فُرُوجَكُمْ , وَعُضُّوا أَبْصَارَكُمْ , وَكُفُّوا أَيْدِيَكُمْ"⁷.

ج. ومن حيث الاصطلاح الفقهي:

لقد وردت كلمة الضمان بمعاني مختلفة ومتعددة في اصطلاح الفقهاء:

ن فقدت وردت كلمة الضمان بمعنى الكفالة في كتب الفقه المالكي والشافعي والحنبلي، فيعرفه مثلاً الدسوقي بأنه "شغل ذمة أخرى بالحق"، كما عرفه الشافعي بأنه: "ضم ذمة إلى أخرى"،

¹ سورة يوسف الآية 72

² سورة آل عمران الآية 37

³ سورة النحل الآية 91

⁴ سورة البقرة الآية 194

⁵ سورة الشورى الآية 40

⁶ سورة النحل الآية 126

⁷ الدكتور: علي السيد عبد الحكيم الصافي: الضمان في الفقه الإسلامي، أسبابه و مجالاته في العقود دراسة مقارنة ط 1975/74 ص 31/30 عن مطبعة الآداب العراق

كما عرفته المادة 1061 من مجلة الأحكام العدلية "... هو ضم الإنسان ذمته إلى ذمة غيره، فيما يلزمه حالا ومالا".

ü كما ورد الضمان في معنى أعم يقترب من معنى الإلتزام القانوني، يقول علي الخفيف أن الضمان عبارة عن شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل لسبب من الأسباب الموجبة له.

ü وفي معنى ثالث ينظر فيه للضمان بمعنى الأداء فقط، فيعرف بأنه أداء الواجب في الذمة للتعدي بارتكاب فعل ضار بالغير أو هو حسب الغزالي واجب رد الشيء أو بدله بالمثل أو القيمة.

ومما سبق يتضح أن بعض الفقهاء يحصر الضمان في الأموال، بينما آخرون فيمرون التعدي للأموال والأبدان.¹

ثانيا/ المبادئ الشرعية العامة للضمان وخصائصه

يرتكز الضمان على مجموعة من المبادئ الشرعية، كما أنه يختص بمجموعة من الخصائص تميزه عن غيره.

1- المبادئ الشرعية العامة لضمان العدوان:

يقوم البناء العام للضمان على عدد من المبادئ الشرعية:

أ. عموم المسؤولية:

أرست الشريعة الإسلامية مبدأ عاما للمسؤولية عن كل ما يترتب عن الفعل من ضرر، سواء كان ذلك عن فعل عمدا وإهمال مباشرة أو تسبب شريطة ألا يكون الفعل مادونا فيه من قبل الشرع الإسلامي.

ب. عموم الضرر:

لا تتقيد الشريعة بالأضرار المباشرة الناشئة عن الفعل الضار، بل يشمل حتى النتائج الإحتمالية التي تنسب إلى هذا الفعل غير المأدود، كما تمتد المسؤولية حتى عن فعل الغير إذا كان هذا الفعل غير مستقل بنفسه في إحداث الضرر، إذا أمكن استناد الضرر إلى السبب كمسؤولية الأمر ومسؤولية شاهد الزور، ومسؤولية المعلمين عن صبي الحرفة، كما تمتد المسؤولية حتى عن أضرار الآلات والأدوات والحيوانات، وفقا للقاعدة

¹ الدكتور: محمد أحمد سراج: ضمان العدوان ص 57 فقرة 52 و ما بعدهما

العامة أن أي سلوك مخالف لما أوجب الشارع من عناية وتبصر يوجب الضمان، إذا سبب هذا السلوك ضرراً للغير وتأسيساً على الحديث النبوي الشريف ((لا ضرر ولا ضرار)) ووفقاً للقاعدة الفقهية أن الضرر يزال.

ج. التكافل الاجتماعي في تحمل الضرر:

ففي الأضرار المالية يتحمل المعتدي التعويض أما الأضرار الجسدية التي تقل عن 3/1 الدية في المذهب الحنبلي أو عن نصف العشر في المذهب الحنفي فيتحملها أيضاً المعتدى بنفسه، أما في الإصابات البدنية فالذي يتحمل التعويض هو العاقلة أو من ميزانية الدولة تأسيساً على التكافل الاجتماعي بين المسلمين.

د. عبء الإثبات:

تأسيساً على حديث الرسول ((ص)) "البينة على المدعى واليمين على من أنكر" والقاعدة الفقهية "أن اليقين لا يزول بالشك"، فإن الشريعة تنقل عبء الإثبات من المعتدي إلى المعتدى عليه، لأن الأصل شرعاً براءة الذمة من الإلتزام.

مع أن بعض الفقهاء أخذوا بمبدأ افتراض الخطأ وبتضمن التهمة في بعض المجالات الصناعية والأجبر المشترك.

هـ. واجب العناية:

لقد اعتنى الشرع الإسلامي كثيراً بحقوق الغير "كالأهل والأقارب والجيران والمسلمين وأهل الذمة" تنص عن بعده نصوص أهمها قول الرسول ((ص)): "إن الله تعالى قد حرم عليكم دماءكم وأموالكم وأعراضكم إلا بحقها كحرمة يومكم هذا في بلدكم هذا في شهركم هذا".

ومن أقوال الفقهاء في مجال واجب العناية قولهم: "من ترك واجبا في الصون ضمن، على اليد ما أخذت حتى ترده، ليس لأحد أن يتصرف في مال غيره بدون إذن منه الضرر يزال".

كما أن معيار العناية التي يجب الضمان بإهمالها أو التقصير فيها هو معيار موضوعي هو السلوك المعتاد المؤلف بين الناس.¹

2- الخصائص العامة للضمان:

¹ راجع بالتفصيل المبادئ العامة للضمان: الدكتور محمد أحمد سراج، ضمان العذران ص 113 فقرة 112 و ما بعدهما

إضافة إلى المبادئ الشرعية للضمان، فإن هذا الأخير يختص بمجموعة من الخصائص والمميزات تميزه عن غيره من الأنظمة الشرعية والقانونية الأخرى:

أ. تقوم الشريعة الإسلامية على مبدأ الضمان الفردي الذي يقضي أن كل شخص يضمن فعله الشخصي، قال الله تعالى: "كُلُّ امْرِئٍ بِمَا كَسَبَ رَهِينٌ"¹، "و لِكُلِّ امْرِئٍ مِّنْهُمْ مَا اكْتَسَبَ مِنَ الْإِثْمِ"²، "وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ وَإِن تَدْعُ مُثْقَلَةٌ إِلَىٰ حِمْلِهَآ لَا يُحْمَلْ مِنْهُ شَيْءٌ وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ"³، "لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ"⁴.

ب. وبالنسبة لأضرار الحيوانات، فإن الشرع الإسلامي يقضي بعدم الضمان وفقاً للقاعدة أن جناية العجماء جبار، ما لم يكن للمالك الحيوان دور في تحقيق الضرر لتعمده الإلتلاف به أو قصر في حفظه...

ج. وبالنسبة للأضرار الناتجة عن الأشياء غير الحية، فلا يعرف الشرع الإسلامي فيه مبدأ الضمان، ما لم يثبت أن هناك تقصير من مالك البناء أو الحائط فيكون مسؤولاً عن التعويض.

د. عدم اعتداد الشريعة الإسلامية بمبدأ التضامن بين مرتكبي الفعل الضار، فكل فاعل يضمن بمقدار تعديه فقط، بمراعاة بعض الاستثناءات أوردها المالكية كحالة سقوط حائط مشترك مائل، فيحتمل جميع الملاك الضمان.⁵

الفرع الثاني

مقارنة الضمان ببعض الأنظمة الأخرى

¹ سورة الطور الآية 21

² سورة النور، الآية 11

³ سورة فاطر الآية 18

⁴ سورة البقرة الآية 286

⁵ الدكتور: إبراهيم الدسوقي أبو الليل: المسؤولية المدنية ص 154 فقرة 100 و ما بعدهما

تعدد صور الضمان في الفقه الإسلامي، فهناك ضمان العقد و ضمان اليد، و ضمان الإلتلاف، وقد تتداخل بعض صور الضمان في بعضها الآخر، كما هناك أنظمة قانونية و شرعية أخرى مثل ضمان العدوان و المسؤولية التقصيرية، و الضمان و العقوبة، ثم الضمان و الكفالة، و ضمان العقد و المسؤولية العقدية، و أخيرا ضمان المال و ضمان الفعل و أتناول في هذا الفرع بعض صور الضمان و على سبيل المقارنة فقط و أهمها:

1. ضمان العقد و ضمان الفعل: يقسم بعض الفقهاء الضمان من حيث تحققه إلى ضمان فعل و ضمان عقد:

أ. فبالنسبة ل ضمان العقد: و يقصد به غالبا ضمان المعاوضة، و يتحقق و يتوقف وجوده على وجود عقد بالاتفاق بين المتعاقدين أو النص عنه في العقد، و من أمثلة الاتفاق الصداق المعين و يدل الخلع و الصلح عن الدم أما ما نص عنه عقدا فجدده في عقود البيع و السلم و الإجارة و الصلح. و يأتي ضمان العقد إما بتنفيذ كل متعاقد لإلتزاماته العقدية إما اختيارا أو جبرا عنه و قد يكون عن طريق التعويض إذا ترتب ضرر لأحد المتعاقدين.¹

ب. أما بالنسبة ل ضمان الفعل: و يتوقف وجود الضمان على فعل خارجي تحقق لغصب أو إلتلاف مال الغير، فيلزم مرتكبه بالتعويض.²

2. ضمان اليد و ضمان الإلتلاف:

أ. فالنسبة ل ضمان اليد: فهو الضمان الذي يترتب على وجود الشيء في يد غير المالك، فإن كانت اليد أمينة و هلك الشيء حتى بدون تعدي أو تقصير فإن صاحب اليد لا يضمن، إما إن قصر أو تعدي فإن يده تصبح يد ضمان، فإن هلك الشيء حتى بفعل سماوي هلك على صاحب اليد يمثله أو قيمته.

ب. أما بالنسبة ل ضمان الإلتلاف: فهو يأتي من حدوث فعل من شخص يلحق به ضررا للغير في نفسه أو ماله أو في عضو له، و يسمى ب ضمان الإلتلاف، كالقتل و قطع الأطراف و حرقه الأموال، و يترتب عنه الضمان. و يوضع الإلتلاف أحيانا في باب الغصب، رغم اختلافه عنه من حيث أن الغصب يتم عادة بأخذ مال الغير، أو إثبات اليد عليه ولو لم يتلف، فيوجب الشرع على الغاصب أن يرد هذا المال، وهو لا يضمنه إلا إذا هلك المال، و يمتد ضمان الغاصب حتى إلى ما هلك بفعل أفه سماوية.³

3. ضمان العقد و المسؤولية العقدية:

¹ الدكتور: محمد الشحات الجندي، ضمان العقد أو المسؤولية العقدية ص 34/33

² الدكتور: علي السيد عبد الحكيم الصافي: الضمان في الفقه الاسلامي، أسبابه و مجالاته في العقود ط 75/74 ص 37

³ الدكتور: محمد ابو زهرة: موسوعة الفقه الاسلامي ج 2 ط 1969 ص 154/153 عن مطبعة أحمد علي محبمير القاهرة

أ. من حيث ضمان العقد: فهو غالبا ضمان المعاوضة عن طريق شغل الذمة بحق مالي للغير جبرا للضرر الناشئ عن عدم تنفيذ العقد أو الإحلال بشروطه مثلا، مما يعد من التعدي بالتسبب الموجب للضمان في المذاهب الفقهية المختلفة.¹

ب. أما من حيث المسؤولية العقدية: وهو مصطلح قانوني والتي تعنى في اللغة المحاسبة والمؤاخذة على ما كلف به الإنسان فمن كلف بشيء ألزم به وإن يؤديه على الوجه الأكمل، قال الله تعالى: "وَقَفُّوهُمْ إِنَّهُمْ مَسْئُولُونَ" وقال الرسول ((ص)): "كُلُّكُمْ رَاعٍ وَكُلُّكُمْ مَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ"، وعلى ذلك فإن المسؤولية العقدية تنشأ من تخلف أحد المتعاقدين عن الوفاء بما أوجبه العقد دون عذر طارئ يبرر هذا التخلف، ولم يكن من الممكن إجبار هذا المتعاقد على الوفاء بالمعقود عليه، وأدى تخلفه هذا إلى الأضرار بالمتعاقد الآخر.

4. ضمان الفعل والمسؤولية التقصيرية: يشتركان في مسألة تعويض المضرور إلا أن نطاقهما مختلف، وإن أردنا القول أن ضمان الفعل أوسع في نطاقه من نطاق المسؤولية التقصيرية.

أ. حيث يمتد ضمان الفعل والذي هو عبارة عن الإخلال بواجب شرعي، إلى ضمان اليد العادية، واليد غير المؤتمنة، وضمان الإتلاف، وضمان الحيلولة، وضمان الشرط، ويسمى البعض ضمان الفعل بالمسؤولية غير التعاقدية.

ب. بينما تقتصر المسؤولية التقصيرية على الالتزام بتعويض الضرر الذي يلحق بالغير

بينما التعويض عن ضمان الفعل فهو أشمل يكون مثلا عن الضرر المحقق بالإتلاف أو تضييع المال، أو عن تفويت حق المالك في ماله ومتعة من الانتفاع به.²

ج. بينما يستعمل بعض رجال الفقه مصطلحا "ضمان العدوان" وهو أقرب من ضمان الفعل ويعني شغل الذمة بحق مالي للغير جبرا للضرر الناشئ عن التعدي بمخالفة القواعد الشرعية العامة القاضية بحرمة مال المسلم ودمه وعرضه وسائر حقوقه.

ومن أفعال العدوان والتي لا يمكن حصرها، الغضب، الإتلاف مباشرة أو تسببا، والتعدي عن طريق الكف أو الترك، الغرور، شهادة الزور، الترويع، التعسف،³... الخ.

5. الضمان والكفالة: ينتظم الضمان شرعا في أحد معنيين:

¹ الدكتور: محمد أحمد سراج، ضمان العدوان ص 74/فقرة 68

² الدكتور: الشحات الجندي: المرجع السابق ص 46/45

³ الدكتور: محمد أحمد سراج: المرجع السابق ص 85/84 فقرة 81

الأول: التزام الشخص بأداء ما يجب الوفاء به حقاً أو عيناً أو نفساً أو عملاً.

الثاني: كفالة شخص لشخص آخر عن طريق ضم ذمة الكفيل إلى ذمم الأصيل والمطالبة بنفس أو دين أو عمل بخلاف الكفالة فلها معنى خاص محدود قصد بها تقوية الالتزام الذي على الأصيل، فيكون من حق صاحب الحق أن يطالب الأصيل أو الكفيل بأداء الدين، أو الوفاء بالحق، أو إحضار ما هو مكفول به، أو تسليم المال، أو أداء العمل.¹

6. الضمان والعقوبة: رغم أن كلا من الضمان والعقوبة يشتركان في عدة نقاط منها:

أ. من حيث سبب وجودهما: وهو التعدي بمخالفة شرع الله تعالى الملزومة في السلوك وارتكاب المحظورات الشرعية.

ب. من حيث أساسهما: وهو مؤاخذة كل امرئ بفعله ومسؤوليته عن الأضرار التي يسببها للغير قال تعالى: "لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ"²، "لَيْسَ بِأَمَانِيكُمْ وَلَا أَمَانِي أَهْلِ الْكِتَابِ مَنْ يَعْمَلْ سُوءًا يُجْزَى بِهِ"³

ج. ومن حيث القصد من فرضهما: وهو الحث على عدم التعدي بزجره ورفع أثر عدوانه وتحميله الضرر الناشئ عن فعله إلا أنهما يختلفان في عدة نقاط أهمها:

- فبالنسبة للعقوبة فإضافة إلى مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، فإنها شرعت زجراً للجنة عما يرتكبه من محظورات شرعية، أما الضمان فإنه يخضع إلى مبدأ عام "كل فعل ضار" وشرع لجبر الضرر الناشئ عن التعدي.

- بالنسبة للجريمة فإنها لا تنشأ إلا بقيام ركنها المعنوي وهو القصد إلى الفعل واتجاه النية إلى نتيجته بخلاف الضمان فإن الفعل الموجب له لا يشترط فيه النية أو القصد إلى إيقاعه، ويترتب عن ذلك ضمان الصغير والمعتوه والمجنون والمخطئ والناسي والنائم والمهمل ممن لا يتحقق فيهم القصد إلى إيقاع الفعل أو إحداث الضرر.

- بالنسبة للفعل الضار والذي يقتضي الضمان فإنه يقتصر ويتجه إلى حقوق الأفراد عند المساس بها، بينما يمتد الف

- عل الجرم حتى إلى حقوق الله تعالى، حتى مع إمكانية اجتماع في الفعل الواحد مساساً بحق الله تعالى وبحق الآخرين والذي يتطلب توقيع ضماناً وعقوبة في أن واحد كالسرقة وشرب الخمر.

¹ الدكتور: الشحات الجندي: المرجع السابق ص 22

² سورة البقرة الآية 286

³ سورة النساء: الآية 123

- يمكن للمضروور في الضمان أن يعفو عن المعتدي، ولا يستطيع ذلك الحاكم، بخلاف الجرائم فللحاكم هذا الحق ويترتب عن ذلك أن رفع دعوى الضمان تنحصر، بالمضروور فقط، بينما يستطيع كل مسلم أن يجر كها أو رفعها في الجرائم إلا في جرائم القذف فيقتصر الحق على المقذوف أو ورثته.¹
- مما سبق يتبين لنا أنه يمكن أن تتعدد العقوبة بتعدد الجرمين و لكن لا يتعدد موجب الاتلاف، بل يتجزأ بدل المتلف على المشتركين فقط.²

المطلب الثاني

مسؤولية القاصر المميز عن الفعل الضار وعلاقة ذلك بمسؤولية المكلف برقابته في الشريعة الإسلامية

إن الشريعة الإسلامية تميز بالنسبة للضمان أو المسؤولية المدنية بين الأضرار التي تحدث مباشرة وفيها يسأل المباشر لها دون حاجة لشروط أخرى، والأضرار التي تحدث تسببا، ويشترط لضمائها التعمد أو التعدي. فما هي أحكام الشرع الإسلامي للمباشرة والتسبب في الضرر تنظيما، وما مدى مسؤولية الشخص القاصر في الحالتين؟ وبصيغة أدق ما هي العلاقة بين التعدي مباشرة أو تسببا بالإدراك أو التمييز في الشرع الإسلامي؟.

الفرع الأول

مفهوم المباشرة حكمها ومدى مسؤولية الشخص القاصر المميز عنها

يتناول فقهاء الشريعة الإسلامية بحث المسؤولية القانونية -الجنايية والمدنية- على النفس أو المال على أساس الفعل والعلاقة السببية بين الفعل والضرر -نتيجة الخطأ- فإذا كانت النتيجة متولدة من الفعل دون تدخل فعل آخر كان الفعل مباشرة والفاعل مباشر، وإذا لم تترتب النتيجة من الفعل مباشرة وإنما اقتضى الفعل النتيجة بإيجاد ما يقتضي علة التلف كان الفعل تسببا والفاعل متسببا.³

أولا/ مفهوم المباشرة وصورها:

¹ الدكتور: محمد أحمد سراج: المرجع السابق ص 67 فقرة 63 و ما بعدهما

² الدكتور: محمد ابو زهرة: موسوعة الفقه الاسلامي ص 226 فقرة 40

³ الدكتور: السيد محمد السيد عمران: تعويض الأضرار الناتجة عن أفعال عديم التمييز، التحول من قانون المسؤولية الى قانون التأمين، ط 1992، ص 22/23 فقرة 15

1- فمن حيث مفهوم المباشرة: تعددت تعريفات الفقه الإسلامي للمباشرة، وجميعها تركز على إظهار العلاقة السببية بين الفعل والنتيجة فمتى ترتبت النتيجة على الفعل كان مباشرة. فيعرفها الحنفية على أنها ما يلي الأمر نفسه، ويعرفها الكاساني، بأنها إيصال الآلة بمحل التلف، وعند المالكية ما يقال عادة حصل الهلاك به من غير توسط، وعند الشافعية هي ما يؤثر في الهلاك وتحصله، وعند الأمامية بأنها موجد علة التلف كالأكل والإحراق والقتل والإتلاف، بينما عرفت مجلة الأحكام العدلية المباشرة في نص المادة 887 بأنها: "الإتلاف مباشرة هو إتلاف الشيء بالذات"، وعرفها على الحنفية بأنها نتيجة مباشرة لما باشره المعتدى من فعل دون أن يتوسط بينهما فعل آخر يتسبب عنه الضرر.

وخالصة هذه التعاريف أن الشخص يعتبر مباشرا للضرر متى حصل بفعله من غير أن يكون بين فعله والضرر واسطة.¹

2- أما من حيث صور المباشرة: اختلف الفقهاء في تحديد صور الجناية على النفس مباشرة:

- فعند الحنفية وقسم من الحنابلة يذهبون إلى تقسيم المباشرة إلى أربع صور: العمد وشبه العمد والخطأ وما جرى مجرى الخطأ.
- وعند الشافعية وأكثر الحنابلة والأمامية إلى تقسيمها إلى ثلاث صور فقط العمد وشبه العمد والخطأ
- وأما المالكية والظاهرية فقسموها إلى صورتين العمد والخطأ.

ومهما تكن هذه التقسيمات فإنها تدور مع القصد شدة وضعفا، فهي تؤثر على مدى المسؤولية فقط تخفيفا أو تشديدا، ولكنها لا تؤثر على وجود المسؤولية وثبوتها، فهي توجد وتثبت على الشخص بمجرد الفعل المادي.

فما هو المقصود بالعمد وشبه العمد في حالة الجناية على النفس -و حتى المال- مباشرة؟

أ. الجناية على النفس مباشرة عمدا:

يتحقق العمد فقها عندما يتوفر القصد عند الجاني ((فاعل الضرر))، فعرفه الحنفية مثلا بأن العمد هو أن يقصد الجاني القتل بجديد له، أو طعن بالسيف أو السكين أو الرمح.

¹ الدكتور: محمد نصر الدين منصور: ضمان تعويض المضرورين بين قواعد المسؤولية الفردية و اعتبارات التضامن الاجتماعي ط 2001 ص 95، و انظر العلامة ابن محمد بن غانم بن محمد البغدادي: مجمع الضمانات في مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان ط 1308/1 هـ، ص 146 و ما بعدها

وبما أن القصد هو إرادة الشيء، والإرادة تقتضي الإدراك، و لا إدراك بدون تمييز، لذا يكون الخطأ بركنيه المادي والمعنوي هو أساس المسؤولية، فلا تقوم المسؤولية عن العمد جنائية أو تقصيرية ما لم يكن هناك خطأ من جانب الجاني يتوافر فيه الركن المادي والمعنوي.

ب. الجناية على النفس مباشرة وفق شبه عمد:

يعرف أبو حنيفة شبه العمد بأن يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا ما جرى مجرى السلاح، كما عرفه الصحابيان أن يتعمد ضربة بما لا يقتل غالباً.

فإذا كان القصد إلى الفعل و الإرادة إليه كانت الجناية عمداً، أما إذا كان القصد إلى النتيجة الضارة فقط وهو القتل فيتحقق حينئذ شبه العمد فقط، وهذه الحالة تسمى حالياً بالضرب المفضي إلى الموت.

وعلى ذلك وخلافاً لصورة العمد، فإن شبه العمد يقتضي ركناً مادياً فقط وهو فعل الضرب، مع قصد لهذا الفعل إما إرادة النتيجة الضارة و القصد إليها فلا يشترط تحققه وفقاً لهذه الصورة.¹

ثانياً/ حكم المباشرة و مدى مسؤولية الشخص القاصر المميز عنها:

1- حكم المباشرة:

القاعدة في فقه الشريعة الإسلامية أن المباشرة ضامن وإن لم يتعمد وهو ما نصت عليه صراحة المادة 92 من مجلة الأحكام العدلية إلا أن هذه الصياغة الشرعية كانت محل انتقاد من بعض الفقه الحديث الذي يذهب إلى أن الصياغة السليمة للقاعدة هي: "أن المباشرة ضامن وإن لم يتعمد"، ويستند أصحاب هذا الاتجاه إلى ما يلي:

- أن التعمد يقصد به إتيان الفعل بقصد الأضرار بنفس الغير أو ماله.
- بينما التعدي فلا يقصد به سوى مجرد تجاوز الحدود المشروعة قانوناً دون قصد الضرر بالغير، لذلك فإن فكرة التعدي اعم واشمل من فكرة التعمد، وهي تكفي للتضمنين.

والخلاصة أن القاعدة في فقه الشريعة الإسلامية أن المباشرة ضامن وإن لم يتعمد أو لم يتعد.²

2- مدى مسؤولية القاصر المميز عن الأضرار مباشرة:

ومن حيث مسؤولية الشخص القاصر المميز و مدى انطباق حكم المباشرة عليه، فلا اختلاف في الفقه الشرعي في ذلك، حيث يحملونه تضمين فيما أتلفه من نفس أو مال، فقد جاء على لسان ابن جزي قوله: "وأما

¹ الأستاذ: فخري رشيد مهنا: أساس المسؤولية التقصيرية و مسؤولية عديم التمييز، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القوانين الأنجلوسكسونية و العربية، ط 1974 ص 11 و ما بعدها، و انظر مجمع الضمانات البغدادي ص 146

² الدكتور: محمد نصر الدين منصور: المرجع السابق ص 97

الصبي الذي لا يعقل فلا شيء عليه فيما أتلفه من نفس أو مال، كالعجماء، وقيل المال هدر، والدماء على العاقلة كالمجنون".

بل إن البعض من رجال الفقه الإسلامي يحملون عدم التمييز الضمان في حالة متى كان مباشراً، لأن مسؤوليته تترتب بمجرد تحقق الضرر، ولا يلزم أن يكون الفاعل متعمداً كما يذهب نص المجلة أو متعمداً كما يذهب الفقه وتقرير مسؤولية الشخص القاصر - مميّزا وغير مميّز - استناداً إلى القاعدة الفقهية "من أتلف مال غير فهو له ضامن".

الفرع الثاني

مفهوم التسبب وحكمه ومدى مسؤولية الشخص القاصر المميز عنه

إذا كان جوهر الاختلاف بين المباشرة والتسبب أن الفعل في المباشرة يؤدي إلى حدوث النتيجة عادة دون واسطة، بينما يكون بين الفعل و النتيجة في التسبب واسطة تتخللها، فلا يؤدي الفعل بمفرده إلى النتيجة، فهو وإن كان وضعاً يترتب على وجوده وجود الضرر إلا أنه لا يستقل بإحداث النتيجة، وإنما تشترك معه عوامل أخرى.

أولاً/ مفهوم التسبب وصوره:

1- مفهوم التسبب

تعددت تعريفات فقهاء الشريعة الإسلامية للتسبب، لعل أهمها:

- فقد عرفه الكاساني انطلاقاً من الإلتلاف تسبباً بأنه الفعل في محل يفضي إلى تلف غيره عادة.
- وعرفه العرين عبد السلام بأنه إيجاد علة المباشرة.
- وعرفه القرافي بأنه ما يحصل الهلاك عنده بعلة أخرى، إذا كان السبب هو المقتضى لوقوع الفعل بتلك العلة.

- كما عرفت محله الأحكام العدمية التسبب في نص المادة 888: "إحداث أمر في شيء يفضي إلى تلف شيء آخر على جري العادة، ويقال لفاعله متسبب" ومثل ذلك بأن من قطع جبل قنديل معلق فسقط وانكسر يكون متسببا، مقتضيا، لسقوطه على الأرض وانكساره، فيكون بذلك قد اتلف الجبل مباشرة وكسر القنديل تسببا.¹

2- صور التسبب

أما من حيث صور وأشكال التسبب، فإنه على غرار المباشرة فإنه يتخذ عدة أشكال في أحداث الضرر: فقد يكون التسبب عمدا، أو إهمالا وعدم تحرز، أو يكون بفعل أو امتناع أو قول فقط:

أ. فمن حيث التسبب العمدي: ويتحقق ذلك بقيام صاحب ملكية في التصرف في ملكيته ولكن بقصد الأضرار بالغير، مما يؤدي إلى ضمان الفاعل رغم أن التصرف مباح.

ب. ومن حيث التسبب الناتج عن الإهمال والتقصير: فهو الذي ينتج فيه الضرر بالغير ولكن عن غير قصد ولكن بإهمال من الفاعل وعدم مراعاته الإحتياجات اللازمة.

ج. ومن حيث التسبب بالفعل: هو أن يحدث الضرر بالغير أيضا ولكن نتيجة فعل الفاعل كحفر الفاعل حفرة في طريق عام يؤدي ذلك إلى سقوط بعض المارة وحدوث ضرر لهم.

د. ومن حيث التسبب بالامتناع: فيكون ذلك باتخاذ الشخص موقفا سلبيا في وضع يتطلب منه التدخل، فالأصل الامتناع عدم والعدم لا ينتج إلا عدما، إلا أن الممتنع يكون ملاما في حالتين:

الأولى: حالة وجود إلزام شرعي.

الثانية: إذا سبق الامتناع فعل مادي وشكل الامتناع تعديا، لأن التسبب لا يضمن إلا بالتعدي.²

ثانيا/ حكم التسبب ومدى مسؤولية القاصر المميز عنه:

1- حكم التسبب

لم يتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على صياغة قاعدة التسبب التي تحدد تنظيم مسؤولية المتسبب، وعلى وجه التحديد الصيغة التي يتوقف عنها ضمان المتسبب، هل بالتعمد أم بالتعدي.

¹ الدكتور: إبراهيم الدسوقي أبو الليل: المسؤولية المدنية بين التقيد والإطلاق، دراسة تحليلية للأنظمة القانونية المعاصرة اللاتينية والإسلامية و الانجلوسكسونية و العربية ط 1980 ص 157 فقرة 103 و ما بعدهما

² الدكتور: صالح أحمد محمد اللهيبي: المباشر و المتسبب في المسؤولية التقصيرية، دراسة مقارنة ط 2004 ص 48 و ما بعدها، وانظر الدكتور: إبراهيم الدسوقي أبو الليل: المرجع السابق، ص 160 فقرة 104 و ما بعدهما

- فبينما يقيد بعض الفقهاء الضمان على صفة التعمد بقولهم أن المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد.
- بينما نجد البعض الآخر من الفقه يكتفي بلفظ التعدي بقولهم إن المتسبب لا يضمن إلا إذا كان متعديا.
- وقد قررت مجله الأحكام العدلية الصياغتين معا ((التعمد والتعدي))، حيث نصت المادة 93 أن المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد، بينما نصت المادة 924 على اشتراط التعدي ليكون المتسبب موجبا للضمان.

فماذا يقصد بالتعمد والتعدي في حالة الأضرار بالغير تسببا

أ. التعمد في التسبب:

عرفه البعض بأنه إتيان فعل بقصد الأضرار بنفس أو مال لغيره، ولو كان ذلك الفعل مشروعاً، أو هو الإرادة المتوجهة نحو الفعل ونتائجه.

فلا بد من توافر إرادة أولاً، ثم اتجاه تلك الإرادة نحو الفعل والرغبة في نتائجه، فإذا لم نكن أمام إرادة لا يمكن تصور العمد، ومن هنا جاء في الفقه الإسلامي: أن عمد الصبي والمجنون خطأً، وجاء في نيل الأوطار أنه لا عمد للصبيان والمجانين.¹

ب. التعدي في التسبب:

التعدي لغة هو مجاوزة الشيء إلى غيره، ويقال عديته فتعدى أي تجاوز.

أما اصطلاحاً فقد استخدم لفظ التعدي في عدة معان، فهو يشمل الغضب والإتلاف كلاً أو جزءاً، ويشمل التعدي على الأنفس والفروج وعلى الأموال، والفقه الحديث يرى أن التعدي لا يقتصر على الخروج عن حدود الحق، بل يشمل عدم التبصر والإهمال والإساءة في استعمال الحق.

وعلى ذلك فإن التعدي هو عبارة عن مجاوزة الشخص لحدود حقه الشرعي بالتعدي على حق غيره إما عمداً أو إهمالاً أو تقصيراً.²

2- مدى مسؤولية القاصر المميز عن الأضرار تسبباً:

¹ الدكتور: السيد محمد السيد عمران: المرجع السابق ص 32/31، و انظر الأستاذ: فخري رشيد مهنا: المرجع السابق ص 146 و ما بعدها
² الدكتور: صالح أحمد محمد الهبيبي: مرجع سابق ص 52 و ما بعدها

إذا كانت القاعدة أن المتسبب لا يضمن إلا إذا كان متعمدا أو متعديا حسب ما أثره الفقه الإسلامي الحديث، ولا يكون الشخص متعديا إلا إذا تجاوز حدود حقه الشرعي و أضر غيره فيكون متعديا.

حينئذ فإن التعدي هو مجاوزة الشخص لحدود حقه الشرعي، وهذا قد يتم عمدا كما قد يقع إهمالا وتقصيرا و إذا كان فقهاء الشريعة الإسلامية القدامى لم يعرضوا لمسألة مدى مسؤولية عدم التمييز عن فعله الشخصي في حالة التسبب، وحتى الفقهاء المحدثين اختلفوا في ذلك "حالة التسبب إهمالا أو تقصيرا" بين المؤيد لقيام مسؤوليته وبين المعارض، بخلاف حالة التسبب عمدا، فإن ذلك يقتضي وجود إرادة متجهة إلى قصد إحداث النتيجة، والإرادة تسلمت توافر الإدراك و التمييز.

وعلى ذلك ففي جميع صور الأضرار تسببا عمدا أو إهمالا أو تقصيرا، نجد أن القاصر المميز أهل لتحمل المسؤولية لأن مجرد تجاوز الشخص حدود حقه الشرعي، بالتعدي على حق غيره إما عمدا، وذلك يتوافر القصد عند الفاعل والقصد هو إرادة الشيء، والإرادة تقتضي الإدراك، و لا إدراك بدون تمييز"، فيكون الخطأ بركنيه المادي والمعنوي هو أساس المسؤولية¹، وإما إهمالا وتقصيرا وهو أن ينتج الضرر بالغير وعن غير قصد ولكن بإهمال من الفاعل وعدم مراعاته الإحتياطات اللازمة²، والتسبب بالإهمال أو التقصير حتى مع اختلاف الفقه الإسلامي في مدى ضرورة توفر التمييز لدى الفاعل، بين المؤيد والمعارض، فإن القاصر في موضوعنا يتمتع بجميع عناصر المسؤولية من إرادة وإدراك وتمييز وحدوث ضرر بتجاوزه حدود حقه الشرعي، فيكون بالتالي مسؤولا مسؤولية كاملة عن التعويض.

الفرع الثالث

علاقة المسؤولية عن الفعل الضار للقاصر المميز بمسؤولية المكلف برقابته

إذا كان يتعين في جوارب الضرر شرعا النظر إلى طبيعة الضرر من جهة وإلى مناسبة الجابر للمقصود منه وهو رفع الضرر طبقا للشعور السليم بالعدالة والقواعد الشرعية المتعلقة بالموازنة بين مصالح المدعى والمدعى عليه، وإذا كان رفع الضرر يعني اتخاذ الإجراءات المناسبة للعودة بالمتضرر إلى الحالة التي كان عليها قبل وقوع الضرر ما أمكن وخاصة في الأضرار المالية، فإن المتوقع أن يتناسب الجابر الذي يقرره القاضي مع الضرر، شفاء لنفس المتضرر ورفعا لمعاناته، ومن المنطقي أن تتنوع الجوابر التي يجوز فرضها بتنوع الضرر وأن تشمل هذه الجوابر المالية السابقة، ورد العين أو المثل، كما تشمل مجرد الاعتذار للمدعي عليه مما يزيل ما علق بنفسه³...

¹ الدكتور: محمد نصر الدين منصور: المرجع السابق ص 101

² الدكتور: السيد محمد السيد عمران: المرجع السابق ص 32/31

³ الدكتور: محمد احمد سراج: المرجع السابق ص 478

والسؤال الذي يطرح هو هل يعترف الفقه الإسلامي بالمسؤولية عن فعل الغير؟ وبالأحرى كيف نظم الفقه الإسلامي علاقة مسؤولية القاصر المميز بمسؤولية المكلف برقابته من ولي أو وصي مثلاً؟

أولاً/ طبيعة مسؤولية الشخص القاصر المميز في حالة الإلتلاف مباشرة أو تسبياً:

مع أن الضمان في الفقه الإسلامي وكما هو مسلم به من خطاب الوضع، فلا يشترط بوجوبه العقل والتمييز، ولدى يضمن الصبي والمجنون والمعنوه في أموالهم ما يسببون فيه من ضرر بغيرهم، وإذا لم يكن لهم مال وجب الضمان عليهم في ذمتهم، فينتظر المضرور ميسرتهم كما هو الحال في الواجبات المالية.

إلا أنه يجب التمييز بين الأضرار التي تحدث مباشرة، والتي تحدث تسبياً:

1- طبيعة المسؤولية في حالة الأضرار مباشرة:

يمكن القول عموماً أن مسؤولية الشخص القاصر تقوم على مجرد إحداث الضرر بدون تطلب خطأ بالمعنى الفني و الذي يعد انحرافاً عن السلوك المألوف مع إدراك الشخص لذلك لما يتطلب فيه التمييز، لذلك فلا اختلاف بين الفقهاء في وجوب الضمان على محدث الضرر مباشرة بمجرد وقوع الضرر:

§ بدون أن يتطلب في ذلك قصداً لمسائلته.

§ ولا أي قدر من التمييز والإدراك لدى الفاعل.

ذلك لأن أموال الناس مضمونة شرعاً مطلقاً، لذا فمن باشر إلتافاً بأي طريقة كانت صار ضامناً سواء كان عمداً أم خطأً وسواء كان المباشر صغيراً أو كبيراً مميزاً أم عالماً أم جاهلاً.

وقد جاء في نص المادة 912 من مجلة الأحكام العدلية: "إذا أتلف أحد مال غيره الذي في يده أو في يد أمينة قصداً أو من غير قصد يضمن"

§ ولا يشترط التكليف فيضمن الصبي والمجنون ما ترتب على فعلهما من تلف.

§ ولا يشترط أيضاً في وجوب الضمان بالمباشرة العلم بأن المتلف مال غيره، نصت المادة 914 من مجلة الأحكام العدلية "لو أتلف أحد مال غيره على زعم أنه ماله يضمن".

§ ولا يشترط كذلك العلم بأن فعله الذي يقوم به يترتب عليه التلف، وذلك لأن أساس الضمان هو الإلتلاف مطلقاً لا الإلتلاف مع العلم بأنه إلتلاف، فإن كان عالماً بذلك لزمه الضمان والإثم في أن واحد.

§ كما أن الضرورة ليست سببا لسقوط الضمان، فمن اضطر لتناول مال غيره لزمه الضمان، مع إباحة التنازل محافظة على النفس من الهلاك، والقاعدة الفقهية الشرعية أن الاضطرار لا يبطل حق الغير، وكثيرة هي الأضرار التي تحدث تحت سقف الضرورة أو الاضطرار سواء حريقا أو كسر باب غيره ...

و العلة من ربط الضمان بالإتلاف مباشرة لأن ذلك من باب ربط الأحكام بأسبابها، ولا ريب أن هذا هو مقتضى العدل الذي لا تتم المصلحة إلا به ومن أجل ذلك لا يعتمد التكليف، فيضمن الصبي و المجنون والنائم ما أتلفوه من الأموال.

وترتبا على ما سبق فإنه يكفي لقيام الضمان عن المباشرة ارتكاب فعل يترتب عليه ضرر يلحق أموال الغير وبدون تطلب إثبات خطأ في جانب مرتكب الفعل الضار، بل أن مسؤوليته بعيدة حتى عن افتراض الخطأ بحيث لا يكفي لنفيها عنه إثباته عدم وجود خطأ في جانبه لكون بدل أقصى قدر من العناية والحرص.¹

2- طبيعة المسؤولية في حالة الأضرار تسببا:

رغم أن الفقهاء المسلمين لم يتفقوا على صياغة التسبب التي تحدد تنظيم مسؤولية التسبب، هل أن التسبب لا يضمن إلا إذا كان متعمدا، أم أنه ضامن بمجرد التعدي، أم أن الصفتين معا أن التسبب لا يضمن إلا إذا كان متعمدا أو متعديا كما جاء في نص المادتين 924/93 م.ج.ع.

ورغم أن الصياغة الصحيحة لقاعدة التسبب والتي عبر عنها البغدادي بمجمعه للضمانات أن التسبب في الضرر لا يكون ضامنا إلا إذا كان متعديا وليس متعمدا.

ورغم ما اتجه إليه الفقه التقليدي من قيام هذه الصورة "التعدي في التسبب عمدا أو إهمالا وتقصيرا" ومن تأسيسها على ركن الخطأ.

ورغم اختلاف الفقه الإسلامي بصدد ضمان التسبب هل يشترط فيه الإدراك والتمييز بين تيارين كل منهما يؤيد رأيه بمجموعة من الأسانيد.

إلا أن التعدي في حقيقته له مفهوما ضيقا مقارنة بمفهوم الخطأ بمعناه التقليدي والذي يؤسس على ركنين الأول/ مادي أو موضوعي يتمثل في الانحراف في السلوك.²

الثاني/ معنوي أو شخصي ويسمى بالإسناد، ويقصد به إسناد اللوم إلى مرتكبه وذلك يستلزم إدراكا أو تمييزا في الفاعل.

¹ الدكتور: طه عوض غازي: المسؤولية عن الأضرار بأموال الغير في الشرائع القديمة ط 2001 ص 148 و ما بعدها
² الدكتور: محمد البغدادي: المرجع السابق ص 146 و انظر الدكتور: محمد فوزي فيض الله: المسؤولية التقصيرية بين الشريعة و القانون ط 1962 ص 158 و ما بعدها

فيمثل التعدي في ارتكاب فعل بدون وجه حق، يتمثل فيه عنصر الانحراف عن المسلك المعتاد وهو معيار مادي بحيث لا يعتد بالظروف الذاتية للفاعل ومنها انعدام التمييز، فضلا عن الأسانيد الشرعية الآتية:

- قاعدة أن درء المفسد مقدم على جلب المنافع.

- وقاعدة أن الأعذار الشرعية لا تنافي عصمة المحل.

ومن ثم فإن مقتضى الضمان هو عصمه الحقوق عن الهدر، وهذه العصمة هي التي أفضت تعلق الضمان حتى بفعل عديم التمييز مباشرة أو تسببا، وذلك ما يكشف لنا السمة الموضوعية لشرط الضمان والذي يرتبط التعدي مباشرة بالفعل الضار ذاته لا ما أقترن به حاله الشخص الذهنية والنفسية، ومتى كان حمل التعدي على معنى التقصير. بما يقتضيه من تقييم لعنصر الفعل الشخصي وهذا يؤدي إلى هدر ما كفلته الشريعة الإسلامية من عصمة للنفس و المال وإخلالا بمقاصدها الضرورية، فإنه يستوي في هذا كله كامل العقل وقاصره.¹

ثانيا/ مضمون علاقة مسؤولية القاصر المميز عن الفعل الضار بمسؤولية المكلف برقابته:

مع قيام مسؤولية تقصيرية للقاصر المميز عن جميع الأضرار التي يحدثها للغير "تحمله الضمان"، فقد يكون معسرا، فيكون شرعا نظرة إلى مسيره، كما أنه قد يبقى خاضعا لرقابة الغير "ولاية وصاية على النفس أو المال"، فهل تقوم مسؤولية قانونية على الرقيب نيابة عن القاصر وما طبيعة هذا الضمان أو المسؤولية؟

وبالأحرى هل يعترف الفقه الإسلامي بالمسؤولية عن فعل الغير، وهل نظم الشرع الإسلامي هذه العلاقة مسؤولية القاصر ومسؤولية الولي والوصي (باعتباره مكلفا برقابته)؟

من المسلم به في الفقه الإسلامي أن الضمان من خطاب الوضع، فلا يشترط لوجوبه العقل والتمييز، ولذا يضمن الصبي والمجنون والمعتوه في أموالهم ما يتسببون فيه من ضرر لغيرهم، وإذا لم يكن لهم مال وجب الضمان عليهم في ذمهم فينتظر المضرور ميسرتهم كما هو الحال في الواجبات في المالية.

- فبالنسبة لجنايات الصبي والمجنون والمعتوه، فإن العاقلة تتحمل الواجب، إلا أن عمد الصبي والمجنون لخطئهما في تحميله على العاقلة عند الجمهور خلافا للشافعي.

- وإذا كان القاصر المميز يتحمل وجوب ضمان أفعاله الضارة، لأنه يتمتع بأهلية الوجوب كاملة، كما يتمتع بأهلية التمييز، ومن ثم فإنه يخاطب بالأداء لأنه أهلا لذلك.²

¹ الدكتور: محمد فوزي فيض الله: المرجع السابق، ص 161

² الدكتور: محمد أحمد سراج: المرجع السابق ص 478 و ما بعدها

- كذلك إذا اخطأ الولي أو الوصي أو إلتزم بالضمان، فإن العهدة تلزمه إلى جانب مسؤولية القاصر المميز وبالتضامن.

والخلاصة أن القاصر المميز يتمتع بجميع عناصر الضمان، وهو أهل لذلك، ومن ثم فإذا بقي خاضعا للغير لأي سبب كان تمهين تدريب دراسة، وأحدث الضرر بالغير، فهذا الأخير يتحمل بواجب الضمان كاملا، وإلا فإن المضرور ينتظر ميسرته، وإذا تحمل الولي أو الوصي بالأداء، فلا يكون ذلك من باب أن الرقيب مسؤول عن التعويض، بل نيابة عن القاصر في التعويض حماية للمضرور.

ويستند هذا الحكم إلى ما يقوله البعض من أن العادة في الآباء والأمهات تحمل الديون عن أبنائهم الصغار لتوفر عندهم الشفقة، والمعروف عرفا كالمشروط شرطا، فيتحملة الأولياء لا لأنهم اخطأوا حقيقة أو افتراضا، بل لأنه هو المتبع عرفا فيلزمون به تبرعا منهم وإحسانا.

خلاصة الفصل الأول:

لقد تبين لنا مما سبق من أحكام قانونية و شرعية حول مدى مسؤولية الشخص القاصر المميز عن الضرر الذي يرتكبه، فإن هذا الشخص هو أهل لتحمل مسؤولية التعويض بغض النظر عن سبب الضرر هل هو فعلة الشخصي أم عن فعل الغير أم عن فعل شيء من الأشياء هي في حراسته.

و التساؤل الذي يطرح هل يمكن أن تنطبق نفس الأحكام القانونية و الشرعية على ضرر ارتكبه قاصر و لكنه فاقد التمييز؟ هل يعفى من مسؤولية التعويض طالما أنه فاقد التمييز تأسيسا على أن من شروط قيام مسؤولية تقصيرية هو ارتكاب الشخص لخطأ أو فعل ضار و لا يتحقق الخطأ الا بتوفر عنصره، المادي (التعدي) و المعنوي (التمييز)

الفصل الثاني

مدى مسؤولية الشخص القاصر غير المميز عن الفعل الضار في القانون المدني وفقه الشريعة الإسلامية

تبين لنا مما سبق أن المسؤولية التقصيرية للقاصر المميز هي مسألة مفصول فيها فقها وقانونا طالما يتمتع القاصر بشرط التمييز الذي يشترطه المشرعون.

بينما الأضرار التي تحدث بفعل القاصر غير المميز بفعله أم بفعل الغير أم بفعل أشياء تحت حراسته، فهي مسألة أثارت جدلاً عميقاً من لدن رجال القانون والمشرعين وحتى من فقهاء الشريعة الإسلامية حول مدى جواز مسألته.

- فثمة جانب من التشريعات رأى براءة ساحة عديم التمييز من المسؤولية المدنية عن فعله، مما يستنتج عدم مطالبته بالتعويض عن تلك الأضرار وألقى هذا الاتجاه عبء الالتزام بالتعويض على المكلف برقابة عديم التمييز.

- بينما ألفت تشريعات أخرى المسؤولية على الرقيب وعديم التمييز، فأحياناً تحمل متولي الرقابة بعبء التعويض وأحياناً أخرى تحمل القاصر عديم التمييز عبء التعويض.

- بينما اتجهت بعض التشريعات إلى الأخذ بمبدأ المسؤولية الكاملة لعديم التمييز عن التعويض عن أضرار فعله الشخصي.

- بينما نجد فقه الشريعة الإسلامية يتجه في مجموعه إلى إقرار مبدأ مسؤولية القاصر غير المميز، وقرر قيامها على فكرة الضمان، إذ أن المبدأ العام أو الأصل العام هو أن الدماء والأموال معصومة في دار الإسلام، وهذا رغم بروز اتجاهات مختلفة نمت جذورها منذ زمن بعيد حاول كل منها الوصول إلى التعبير عن رأي الشارع الإسلامي من خلال نصوص أدلته وعلى ضوء مقاصده العامة.¹

وبغض النظر عن اختلاف موقف التشريعات من المسؤولية التقصيرية لعديم التمييز، فإنه وما لاشك فيه أن مشكلة المسؤولية التقصيرية لعديم التمييز واحده من أبرز مشاكل المسؤولية التقصيرية.

- فالقول بانعدام مسؤوليتهم أمر منتقد لأنه يؤدي إلى ظلم الضحية.

¹ الدكتور: عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير: التعويض عن ضرر الفعل الشخصي لعديم التمييز في الفقه الإسلامي و القانون المدني دراسة مقارنة ط 1994، ص 3، عن دار النهضة العربية القاهرة مصر

- والقول بمسؤوليتهم أمر ليس أقل انتقاداً لأنه يظلم عديم التمييز نفسه.
 - ومحاولة التوفيق بين هذه الحلول لن تحقق العدل لأنها ستؤدي في نفس الوقت إلى ظلم الاثنين معاً، عديم التمييز بمسؤوليته جزئية، والضحية بحرمانه من التعويض جزئياً.
- والواقع أن هناك على النطاق القانوني وخارجه كثيراً من الاعتبارات تقف إلى جانب عديم التمييز وضحيته لا تسمح مطلقاً بإعطاء مثل هذا الحل الذي يرضي جميع الأطراف.
- فمن جهة عديم التمييز: هناك خارج النطاق القانوني العديد من الاعتبارات التي لا تسمح بالقول بمسؤوليته:

1. فعديم التمييز - كالطفل والمجنون - والذي حرم من العقل فلم يعد يعرف ما تقدم يده ولم يعد يميز بين الحسن والقبيح، والفضيلة والرذيلة والخير والشر فصار لديه سواء الحسن والقبيح، واختلطت أمام ناظره الفضيلة والرذيلة ولم يعد بوسعه الاختيار بين الخير والشر وكيف يستساغ بعد ذلك الحديث عن مسؤوليته، والمسؤولية تفترض بداءه شخص قادر على التمييز بين الخير والشر متمتعاً بحرية الاختيار بين إتيان أو ترك أي منهما، وأنه نتيجة لاختياره طريق الشر يكون مسؤولاً.

ولكن عديمي التمييز أشخاص فقدوا بالفرض هذه القدرة التي هي مناط كل مسؤولية، ومن ثم لا يكون الحديث عن مسؤوليتهم إلا همهمة بلا معنى وحديث لغو وعبث لا طائل من ورائه.

2. ومن ناحية ثانية القول بمسؤولية الطفل أو المجنون قول يتعارض تماماً مع ما رسخ في ذهن وضمير الجماعة منذ قدم الأزل، فهؤلاء الأشخاص نظر إليهم عبر قرون طويلة على أنهم غير مسؤولين عن أفعالهم، فهذه الأخيرة لا تعدوا أن تكون من "أفعال الرب"، أو "من ضربات القدر حيث لكل منا يجب أن يتحمل منها نصيبه"، وما المجنون أو الطفل إلا الوسيلة التي اختارها الأقدار لإلحاق هذا الأذى بنا.

3. وإذا كانت هناك اعتبارات مرجعها الأخلاق أو العدالة تقف كثيراً إلى جانب انعدام مسؤولية عديمي التمييز، فإن هناك اعتبارات أخرى قانونية تؤيد هذه الفكرة، فالمسؤولية المدنية تفترض لقيامها صدور خطأ، والخطأ يعد إنجيل المسؤولية المدنية، والخطأ يستوجب فعلاً لوم فاعله، وعديمي التمييز لا يمكن لومهم على الفعل الذي صدر عنهم، وحيث لا لوم فلا خطأ ولا مسؤولية.¹

ولكن مراعاة هذه الاعتبارات كلها يؤدي ذلك إلى نتائج خاطئة لأنها تراعى فقط جانب عديمي التمييز دون جانب المضرور الذي تقف إلى جانبه أيضاً مجموعة من الاعتبارات التي توجب حمايته:

¹ الدكتور: عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير: المرجع السابق، ص 3 و ما بعدها

1. فالترعة المادية التي اجتاحت العالم كله ولم يعد الناس يقبلون بسهولة ضربات القدر، بل راحوا ينقبون خلف الأضرار عن شخص ما ليحملوه مسؤولية الأضرار التي حاقت بهم.
2. كما أن الرغبة في تعويض الضحية أصبحت هي الشغل الشاغل لرجال القانون، ولم تعد الاعتبارات السابقة التي تقف إلى جانب عديمي التمييز، ذات قدر من الأهمية إلى جانب اعتبارات المضرور.¹
3. كما أن ضحية عديم التمييز، ذلك الذي لم تقترف يده سوءاً، إلا أنه أقداره وضعيته في مواجهة محروم من العقل اعتدى عليه في جسده أو ماله، مسبباً له أضراراً وآلاماً لا شك أنها ستضاعف كثيراً حين ترفض دعواه لا لسبب إلا لأن محدث الضرر عديم التمييز.
4. كما أن هذه الأوضاع سوف تزداد سوءاً حين يكون عديم التمييز مرتكب الضرر على قدر من الثراء في حين أن ضحيته يعيش في فقر مدقع.²

من هنا وانطلاقاً من هذه الاعتبارات المتعارضة آثرت تناول مشكلة مسؤولية عدم التمييز التقصيرية في كل من التشريع الوضعي "القانون الجزائري والمصري والفرنسي" وفقه الشريعة الإسلامية، وهذا تبعاً لتناول مسؤولية القاصر المميز من خلال أركانها وشروطها وصورها، ومن ثم آثارها، وعلاقة هذه المسؤولية بمسؤولية المكلف برقابته.

المبحث الأول

مدى مسؤولية القاصر غير المميز في القانون المدني

تعد مسألة تعويض الأضرار الناتجة عن أفعال عديمي التمييز، أو باعتبارهم مسؤولين عن فعل غيرهم، أو حتى عن فعل الشيء الذي هو تحت حراستهم، في الوقت الحاضر هي من أهم مشكلات القانون المدني، حقيقة أن هذا القانون يزخر في الواقع بالمشكلات في حل أجزاءه، بيد أن حدة الخلافات في مشكلاته قد خفت، إن لم تكن قد أجمدت واقترب الاتفاق فيها سواء من جانب الفقه أم القضاء على حلول واضحة، على عكس مسألة تعويض الأضرار الناتجة عن فعل شخص عديم التمييز أو فاقد الإدراك والتي مازال الخلاف قائم حولها، وظل تبعاً لهذا مجالاً واسعاً للاجتهاد الفقهي القضائي، بهدف الوصول إلى حلول مرضية.³

وقد اختلفت الحلول التشريعية لمشكلة الإضرار التي يسببها عديموا التمييز، بل وتطورت من فترة

لأخرى:

¹ الدكتور: ابراهيم الدسوقي أبو الليل: المسؤولية المدنية بين التقييد والاطلاق ط 1980 ص 4 فقرة 2 وما بعدهما
² الدكتور: جلال محمد محمد ابراهيم: المسؤولية المدنية لعديمي التمييز ط 1982، ص "ه، و، ن، ع" رسالة دكتوراه
³ الدكتور: محمد السيد عمران: تعويض الأضرار الناتجة عن أفعال عديمي التمييز ص 7

- فبعض التشريعات الوضعية برأت ساحة عدم التمييز من تحمل الالتزام بالتعويض وألقت التبعة على من يتولى أمر رعاية ورقابة وعدم التمييز.
- بينما تشريعات أخرى اتخذت موقفا وسطا، حملت المكلف بالرقابة بعبء التعويض أحيانا، وحملت عدم التمييز بعبء التعويض في بعض الأحيان الأخرى.
- وقد سلكت تشريعات ثالثة مبدأ تحميل عدم التمييز بالمسؤولية التقصيرية الكاملة عن التعويض الأضرار التي يسببها للغير.

وقد أشرت في هذا الفصل تناول مسألة الأضرار التي يحدثها عدم التمييز بفعله الشخصي، أم بفعل الغير باعتباره تابعا له، أم حتى يفعل شيء تحت حراسته، عبر بعض التشريعات الوضعية المتباينة الموقف، معتمدا في ذلك بالنصوص القانونية و آراء الفقهاء، وما وصل إليه الاجتهاد القضائي من أحكام.

المطلب الأول

اختلاف التشريعات الوضعية في تقرير مسؤولية القاصر غير المميز

إذا كانت ظاهرة انعدام التمييز لا تخلو منها المجتمعات، حيث يكونون طبقة لها خصائصها، مما جعل أحكامهم يختلف عن غيرهم منذ الأحقاب الأولى للتطور القانوني، فإن هؤلاء الأشخاص قد اختلف مركزهم في مختلف التشريعات العربية واللاتينية.

فمنها ما نص على مسؤوليتهم، ومنها ما أعفاهم من المسؤولية، وتقف تشريعات أخرى موقفا وسطا بتقرير مسؤوليتهم المخففة.¹

وسوف أتناول لاحقا مختلف الاتجاهات التشريعية من مسألة مسؤولية القاصر غير المميز كما يلي

¹ الأستاذ: فخري رشيد مهنا: أساس المسؤولية التقصيرية و مسؤولية عدم التمييز، دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية و القوانين الانجلوسكسونية و العربية ط 1974 ص 1.

الفرع الأول

دراسة القوانين التي تقرر انعدام المسؤولية المدنية لعدم التمييز "النموذج الفرنسي"

يلاحظ أنه لا يوجد في القانون المدني الفرنسي نصا تشريعيا يحدد سنا معينة للتمييز في نطاق المسؤولية المدنية¹، و هذا رغم التعديل الأخير الصادر بالقانون رقم 631/74 بتاريخ 1974/7/5، حيث عرفت المادة 388 ق م ف القاصر بقولها: " le mineur et l'individu de l'un ou de l'autre " وهذا على عكس الحال في نطاق المسؤولية الجنائية.²

وإذا كان عدم التمييز شخص لا إرادة له³، فقد ثار التساؤل عما إذا كان يمكن مسألته متى ارتكب فعلا ضارا أم لا "بفعله الشخصي أم بفعل الغير يكون هو مسؤول عنهم باعتباره متبوعا أم بفعل شيء من الأشياء غير الحية".

وإذا كان المبدأ التشريعي يقضي بعدم قيام مسؤولية عدم التمييز التقصيرية، بحيث نصت المادة 1382 ف.م.ف على " Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un " .dommage, oblige celui-ci par la faute duquel il est arrivé, à le réparer

فالقانون إذن يشترط للمسؤولية صدور خطأ، والخطأ وفقا لتراث⁴ قدم موروث ووفقا للمفهوم الذي كان يقصده المشرع في الفترة التي وضع فيها هذا النص يتضمن ركنين إحداهما الركن المادي "التعدي أو

¹ وهذا على خلاف تحديده لسن الرشد المدني في نص المادة 488 من القانون رقم: 5/68 الصادر في 1968/01/03 المتعلق بالأشخاص الراشدين الموضوعين بنص القانون تحت رقابة الغير لنقض في قواهم العقلية، حيث قضت المادة السابقة: La majorité est fixée à "dix-huit ans accomplis à cet âge, on est capable de tous les actes de la vie civil" وما يلاحظ على هذا الاتجاه وإن كان بادي العدالة في ظاهره لما يستلزمه من ضرورة مراعاة ظروف كل حالة على حدة، إلا أنه مسلك معيب من حيث السياسة التشريعية:

- فقواعد القانون تبنى على الأوضاع الغالبة، وليس بالنظر إلى الحالات الضرورية، بحيث يكون قواعده عامة مجردة.
- كما أن هذا المسلك يؤدي إلى تحكم القضاء وتعارض أحكامه.

ومن ثم يمكن القول أن مسألة تمييز الصغير أو عدم تمييزه في القانون الفرنسي هي مسألة نسبية تختلف من حالة إلى أخرى وتعتمد على الظروف الواقعية لكل حالة، مما ترك أمر تقديره لسلطة قاضي الموضوع المطلقة. الدكتور: أبو زيد عبد الباقي مصطفى: مجلة الحقوق الكويتية، لسنة 6 العدد/3/1982، ص18/17.

³ وقد جاء في إحدى المعاجم الفرنسية للقانون تعريفا لكل من القاصر و الراشد قوله « la minorité et l'état des individus qui a raison de leur jeunesse, sont présumés n'avoir ni la volonté ni le développement intellectuel, suffisants pour participer au commerce juridique. La majorité et l'état des individus a qui est reconnue la pleine capacité pour exercer leurs droit et défendre leurs intérêts » : dictionnaire de droit T2, 2^{eme} éd, 1966, p 174, No 1, paris librairie dallos

⁴ « le droit romain assimilait l'enfant et le fou et confondait ces individus privés de raison l'animal ou la chose, leurs actes dommageables, considérés comme des cas fortuits, n'engendraient donc aucune responsabilité civile ou pénale » Boris starck : droit civil, obligation, p 21, No 28 T 1972 paris librairie techniques, collection des

الانحراف في السلوك" والثاني ركن معنوي "التمييز أو الإسناد"، ووفقا لهذا الركن الثاني يشترط أن يصدر الانحراف في السلوك عن شخص مميز أي يستطيع أن يميز بين الخير والشر، وعليه فإن عديمي التمييز يكونون وفقا لهذا المنطق القانوني غير مسؤولين مدنيا عن أفعالهم الضارة لعدم صدور الخطأ منهم، ولتخلف الركن المعنوي لهذا الأخير لديهم.

إلا أنه من الناحية الواقعية لم تسر الأمور على هذا الحال، ذلك أن الفقه والقضاء ثارا على هذا المبدأ الذي بدأ لهما ظلما في نتائجه العملية إلى أن انتهى الأمر إلى العزوف كثيرا عن هذا المبدأ وإقرار مسؤولية عديمي التمييز في كثير من الحالات.

وعلى ذلك فقد مرت مسؤولية عديم التمييز عن الضرر الذي هو مسؤول عنه في القانون الفرنسي يتطور واضح وجدري.

يمكننا تقسيمه إلى مرحلتين: الأولى/ مرحلة سابقة على تعديل نص المادة 2/489 ق.م.ق، والثانية/ مرحلة مرتبطة بتعديل نص المادة 2/489 ق.م.ق.¹

أولا/ مدى مسؤولية القاصر غير المميز في ظل المرحلة السابقة على تعديل نص المادة 2/489 ق.م.ق

تنقسم هذه المرحلة بدورها إلى مرحلتين مختلف في ظلها القاصر غير المميز من حيث مدى مسؤولية تقصيريا، مرحلة القانون المدني الفرنسي القديم، ثم مرحلة القانون المدني الفرنسي الحديث الذي صدر بتاريخ: 1803/03/05.

1- مركز القاصر غير المميز في ظل القانون المدني الفرنسي القديم:

تبدأ هذه المرحلة منذ صدور القانون المدني الفرنسي القديم، الذي تأثر كثيرا بالقانون الروماني القديم الذي كان يتساءل عديم التمييز عن الأضرار التي يلحقها بالغير، أو في مرحلة إزهار القانون الروماني الذي تطور كثيرا ومال إلى اعتبار عديم التمييز غير مسؤول عن أفعاله الضارة باعتبار ما يأتيه عديم التمييز والجنون على وجه الخصوص من قبيل القوة القاهرة، يتعين على المضرور تحمله كتحملة للأضرار الناتجة عن سقوط حجر عليه، أو الناتجة بفعل حيوان، باعتبار ما يصدر عن عديم التمييز ليس خطأ، وليس مجرد فعل إنسان، بل هو أمر خارج عن إرادة صاحبه.²

juris classeurs resp.civile et assurances 4,(p) Jourdain : droit a réparation responsabilité fondée sur la faute p 12
No 42

¹ مجلة الحقوق الكويتية، العدد 3 السنة 1982/6 ص 24 فقرة 9 و ما بعدهما
² الدكتور: محمد جلال حمزة: المسؤولية الناشئة عن الأشياء غير الحية في القانون المدني الجزائري دراسة مقارنة بين القانون المدني الجزائري و الفرنسي و المصري، ط 1988 ص 42 فقرة 26 و ما بعدهما

وفي ظل القانون المدني الفرنسي فإن مشكلة الضرر الذي يسببه عدم التمييز قد تطورت عبر مرحلتين:

الأولى: فقد احتلقت في ظلها المسؤولية الجنائية بالمسؤولية المدنية، بحيث لا يمكن التمييز بين العقوبة الجنائية والتعويض المدني، وفي ظل هذه المرحلة كان عدم التمييز مسؤولاً عن فعله الضار.

الثانية: وفي ظلها أصبح يعتد بالخطأ أساساً للمسؤولية المدنية وترتب على ذلك عدم مسؤولية عدم التمييز عن أفعاله الضارة، ودافع عن هذا الاتجاه الفقيه "بوتيه" إذ قرر وهو بصدد تقسيم الأفعال إلى جرائم *Des délits* وشبه الجرائم *Quasi délits*، إن أفعال عدم التمييز لا تندرج تحت هذه أو تلك، كما أنها لا تمثل إهمالاً أو نوعاً من عدم التبصر، لافتقار هؤلاء إلى الإدراك.

وعلى خلاف فقهاء القانون المدني الذين تأثروا بفقهاء بوتيه، واعتنقوا مبدأ عدم مسؤولية عدم التمييز، فإن فقهاء القانون الجنائي و بعض القضاة قد اتجهوا عكس ذلك، وقرروا أن عدم التمييز وإن كان يعفى الشخص من المسؤولية الجنائية، إلا أنه يبقى ملتزماً في ماله بتعويض المضرور عما لحقه من ضرر، حتى وإن كان الاتجاه الغالب يقر بعدم مسؤولية عدم التمييز تأثراً بفقهاء القانون الروماني في نهاية تطوره.¹

وقد جاء في مشروع النائب "بوركييري دي بواسرين" *Le projet Pourquery de Boisserin* والذي لم يكتب له الظهور، حيث جاء في نص المادة المعدلة للمادة 1382 - حيث عرض المشروع بتاريخ 1901/11/23 - ما يلي: "كل فعل أيا كان للإنسان يسبب ضرراً للآخرين يلزم من صدر منه الفعل بالتعويض. والمجنون سيكون مسؤولاً مدنياً عن الأضرار التي يسببها".²

2- مركز القاصر غير المميز في ظل القانون المدني الفرنسي الحديث:

لقد صدر هذا القانون بتاريخ 1803، ومع خلو هذا القانون من نص خاص يقرر مسؤولية عديمي التمييز، بقي التساؤل مطروحاً حول مدى مسؤولية عدم التمييز.

لقد اتجه أغلب الفقه والقضاء إلى تطبيق القواعد العامة في المسؤولية عن الفعل الضار، والمنصوص عنها في المواد 1384/1383/1382، وهي تتجه في مجموعها إلى الأخذ بمبدأ عدم مسؤولية عدم التمييز، لأن من أهم شروط المسؤولية وقوع خطأ من جانب مرتكب الفعل الضار، والخطأ قوامه الإرادة، فلا ينسب إلى عدم التمييز خطأ ما لانعدام إرادته.

فيما اتجه اتجاه آخر فقهي وفضائي إلى القول بمسؤولية عدم التمييز التقصيرية.

¹ الدكتور: أبو زيد عبد الباقي مصطفى: مجلة الحقوق الكويتية، ص 24 فقرة 10 و ما بعدهما
² الدكتور: جلال محمد إبراهيم: المرجع السابق، ص 375 فقرة 248 و ما بعدهما

وذهب مسلك ثالث محاولا الجمع أو التوفيق بين مصلحة المضرور من ناحية ومصلحة عديم التمييز من ناحية أخرى، لإقامة نوع من التوازن.

ولكن هذه الاتجاهات في مجموعها جاءت قبل صدور تعديل نص المادة 2/489 بالقانون الصادر في 03 يناير 1968.

أ. الفقه:

أ 1/ الاتجاه الأول: القائل بعدم مسؤولية عديم التمييز

سوف أتناول هذا الاتجاه الذي يتخذ من مبدأ عدم مسؤولية عديم التمييز عن أفعاله الضارة، باستعراض موقف الفقه المؤيد له باستعراض ما استند إليه من حجج، تتبعه باستعراض موقف القضاء الفرنسي وما اعتنقه سابقا، وينتهي هذا الاتجاه بتقدير هذا الاتجاه.

موقف الفقه والحجج التي استند إليها:

اتجه أغلب فقهاء القانون الفرنسي في هذه المرحلة إلى اعتناق مبدأ عدم مسؤولية عديم التمييز عن الفعل الضار الذي يسببه للغير يستوى في ذلك عدم التمييز إما بسبب صغر السن، أو بسبب المرض العقلي ومن في حكمه كمن يوجد تحت تأثير مخدر أو مسكر.¹

وقد استند أصحاب هذا الاتجاه إلى الحجج والأسانيد الثلاثة الآتية:

(1) - إن المسؤولية المدنية والجنائية تتأسسان على الخطأ، فلا مسؤولية بدون خطأ، والخطأ قوامه الإرادة، ومن ثم فإن عديم التمييز لا يسأل عن أفعاله الضارة لأنه لا إرادة له، فإذا كان الشخص يعفى من المسؤولية الجنائية متى كان عديم التمييز، لأن شرط المساءلة الجنائية أن يكون الفعل قد انطوى على الإهمال أو عدم التبصر أو الحيلة، وهذا يقتضي وجود إرادة واعية حرة تستطيع أن تميز بين الخير والشر، فإن المسؤولية المدنية تقتضي بدورها ذلك.

(2) - إن تقدير الخطأ وفقا لهذا الاتجاه يكون تقديرا شخصيا Subjective، لا تقديرا ماديا أو موضوعيا أو مجردا Objective ولذلك يجب الاعتداد بكل ما يؤدي إلى انعدام التمييز والإرادة، حتى وإن كان ذلك الظرف من الظروف الداخلية التي تتعلق بمرتكب الفعل الضار.

(3) - إن ما يأتيه عديم التمييز من فعل ضار بالغير، لا يعد خطأ ولا حتى مجرد فعل إنساني، إنما هو خارج عنه، لا يمكنه مقاومته، فهو بمثابة قوة قاهرة لا يسأل عنها.

¹ مجلة الحقوق الكويتية، ص 30 فقرة 14 و ما بعدها

موقف القضاء الفرنسي:

في ظل هذه المرحلة اعتنق أغلب القضاء الفرنسي في مختلف درجاته مبدأ عدم المسؤولية استناداً إلى الحجج الفقهية السابقة ومن أقدم هذه الأحكام كان حكم دائرة العرائض بتاريخ 1866/05/14 قضى بعدم مسؤولية المجنون المدنية عن أفعاله الضارة نظراً لانعدام إرادته، التي هي شرط لتحقيق الخطأ الذي يلزم التعويض عما يؤدي إليه من ضرر وفقاً لنص المادة 1382 وقد جاء الحكم بالعبارات الآتية:

"Par l'emploi de l'expression faute, la loi suppose évidemment un fait dépendant de la volonté ... et qu'un insensé n'ayant pas de volonté ne saurait être responsable même civilement, des faits par lui accomplis pendant l'état démence"¹

وقد تواترت أحكاماً للقضاء الفرنسي آخذة بفكرة انعدام مسؤولية عدم التمييز لانعدام الخطأ، وقد استخدمت عبارات مختلفة تؤدي إلى نفس المعنى وهو انعدام الإرادة والذي ينفي الخطأ بمعناه التقليدي، فاستخدمت تارة عبارة *Absence de volonté raisonnée* وأخرى *Absence de voline* وأحياناً *Absence de raison*.

تقدير هذا الاتجاه:

لقد انتقد هذا الاتجاه الفقهي القضائي، حتى من أشد المتمسكين بمبدأ عدم المسؤولية، بحيث يؤدي هذا الاتجاه إلى المساس الواضح بالعدالة ويدلّل البعض عن عدم عدالة المبدأ بالمثل الآتي:

لو أن عدم التمييز كان مليونيراً أو حتى بليونيراً سبب ضرر للغير وكان المضرور يعيش في فقر معدوم، فكيف تتحقق العدالة حينما يعفى هذا الثري من المسؤولية بسبب عدم التمييز، فيحرم بذلك المضرور أو استرد من بعده من كل تعويض عما لحقه من ضرر.²

أ 2/ الاتجاه الثاني: وسائل أنصار مبدأ عدم المسؤولية للتخفيف من قسوته

¹ الحكم منشور في سيرى: 237-1866، دالوز 1-1867-296 أخذاً عن مجلة الحقوق السابقة، ص 32 و 16 ها 47.
² مجلة الحقوق الكويتية، ص 30 و 14 وما بعدها.

لقد حاول أنصار مبدأ عدم المسؤولية إلى التخفيف من قسوة و إجحاف مبدأهم، في محاولة لإقامة نوع من التوازن بين مصلحة المضرور ومصلحة عديم التمييز، لأن كلا منهما مضرور ينبغي رعايته،

فلجأوا إلى مجموعة من الوسائل تعد بمثابة قيود على المبدأ نفسه، عند التمسك به، رعاية لمصلحة المضرور.

وأهم الوسائل هي:

- الاعتماد بفكرة الخطأ السابق للمريض باضطراب عقلي:

وتنطلق هذه الوسيلة من التوسع في فكرة الخطأ، فما دامت الحالة المرضية للشخص الذي ارتكب فعلا ضار، قد نتجت عن خطأ سابق ارتكبه المريض عقليا، بحيث أدى إلى وجوده في هذه الحالة المرضية، فإنه يكون مسؤولا عن أفعاله الضارة.

والتطبيقات القضائية لهذه الوسيلة، وردت في شأن من يدمنون تناول المسكرات والمخدرات باختبارهم وإرادتهم وهكذا أقام القضاء الفرنسي علاقة سببية بين الخطأ السابق، للمريض عقليا والفعل الضار الذي ارتكبه بعد ذلك وهذا لتقرير مسؤولية عديم التمييز التقصيرية.¹

ولقد لقت هذه الوسيلة الانتقاد من البعض، والتأييد من البعض الآخر.

- اعتبار عديم التمييز حارسا:

وقد سلك القضاء الفرنسي هذا المسلك بعد تطور كبير، مقررًا إمكان مسؤولية عديم التمييز عن ضرر الأشياء تأسيسا على نص المادة 1/1384 والتي تنص على: "يسأل المرء ليس عن الأضرار التي يسببها للغير بفعله الشخصي فحسب، بل أيضا عن الأضرار التي تحدث بفعل الأشخاص الذين يسأل عنهم أو بفعل الأشياء الموضوعية تحت حراسته".

ولكن هل يمكن اعتبار عديم التمييز حارسا للشيء، ومن ثم مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه

الشيء؟

لقد مر القضاء الفرنسي من أجل الوصول إلى الأخذ بهذه الوسيلة، وهي اعتبار عديم التمييز

حارسا للشيء، بمرحلتين:

¹ الدكتور: سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني 2 في الالتزامات، المجلد 2 في الفعل الضار و المسؤولية المدنية ط 1988/5 ص 244 فقرة 93 و ما بعدهما

الأول: اعتبار عدم التمييز ليس حارسا للشيء ومن ثم غير مسؤول عن الضرر، وهذا بمقتضى حكم محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1947/04/28.

الثانية: قرر القضاء الفرنسي مسؤولية عدم التمييز باعتباره حارسا، وكان ذلك بمقتضى حكم محكمة النقض بتاريخ: 1964/12/18.¹

المرحلة الأولى: عدم اعتبار عدم التمييز حارسا للشيء

وكانت هذه المرحلة تتعلق بحكم شهير أصدرته محكمة النقض الفرنسية بتاريخ: 1947/04/28، وتلخص وقائعه، وما قضت به محكمة الموضوع فيما يلي:

فمن حيث الوقائع: تتلخص في إطلاق شخص مريضا عقليا -مجنونا- من مسدسه مقذوفا ناريا، أدى ذلك إلى وفاة آخر فرفعت من أجل ذلك دعوى التعويض المدنية تأسيسا على أن المجنون كان حارسا للمسدس.

أما من حيث ما قضت به محكمة الموضوع: وأيدتها في ذلك محكمة النقض، هو عدم مسؤولية المجنون، تأسيسا على أنه لا يمكن تأسيس المسؤولية استنادا إلى نص المادة 1/1384 لأن المسؤولية المفترضة في النص تقتضي أن يكون الشخص المسؤول عن الضرر حارسا للشيء، والمجنون، لا يمكن أن يكون حارسا، لأن الحراسة تقتضي توافر سلطة الإشراف والتوجيه والرقابة، وهذه العناصر تستلزم في الشخص الحارس أن يكون مميزا ورغم انتقاد بعض الفقهاء لهذا الموقف. ذلك لأن الحراسة بعناصرها الثلاثة لا تستلزم التمييز في حارس الشيء ومن ثم على أن يكون عدم التمييز حارسا للشيء، ومسؤولا تأسيسا على قرينه الخطأ المفترض المنصوص عليه في الفقرة الأولى من المادة 1384.²

المرحلة الثانية: اعتبار عدم التمييز حارسا للشيء

تحولت محكمة النقض الفرنسية عن رأيها السابق، إلى الأخذ بان عدم التمييز يكون حارسا للشيء ومسؤولا عن الضرر، ويخضع من ثم إلى نص المادة 1384/ق.م.ق. وتلخص وقائع حكمها الصادر بتاريخ 1964/12/18، فيما يلي:

¹ مجلة الحقوق الكويتية، ص 37 فقرة 20 و ما بعدهما
² مجلة الحقوق الكويتية، ص 38 فقرة 20

من حيث الوقائع: يتعلق الحكم بقضية شهيرة تسمى قضية تريشار **Trichard**، وكان هذا الأخير قد سبب ضرراً للغير أثناء قيادته لسيارته.

وقد طلب المضرور بالتعويض استناداً إلى نص المادة **1/1384** باعتبار أن تريشار كان حارساً للسيارة بينما تمسك تريشار باعتباره مريضاً بالصرع **Épilepsie**، وإن الحادث وقع أثناء تعرضه لنوبة من نوباته والذي أكدّه الطبيب، وأدى ذلك على إعفائه من المسؤولية الجنائية، ومن تم تمسك تريشار بعدم اعتباره حارساً للشئ -السيارة- لأن نوبة الصرع هي التي أدت إلى وقوع الحادث، فمن ثم يعتبر ذلك من قبيل الحادث الفجائي أو القوة القاهرة التي تؤدي إلى الإعفاء من المسؤولية المنصوص عليها في المادة **1/1384**.¹

وقد قضت محكمة الموضوع وبتأييد من محكمة النقض إلى اعتباره حارساً للشئ، فتتحقق مسؤوليته وفقاً لقريئة الخطأ المفترض المنصوص عليه في نص المادة **1/1384** ق.م.ق، وقد استندت محكمة النقض إلى الأسانيد الآتية:

- إن الصرع وحالة انعدام التمييز لا تعتبر من قبيل القوة القاهرة أو الحادث الفجائي الذي يعفى الحارس من المسؤولية ذلك لعدم تحقق شروط السبب الأجنبي في هذه الحالة -وهي حالة عدم التمييز- وهذه الشروط هي أن يكون السبب الأجنبي خارجياً لا يتصل بمحدث الفعل الضار.

- إن عدم التمييز لا يمنع اعتبار الشخص حارساً للشئ، تتحقق مسؤوليته بتأييد المحكمة أن المرض العقلي لا يعد من قبيل القوة القاهرة... ذلك لأن الحراسة قوامها فقط توافر السلطة الفعلية على الشئ، وهذه يستطيع ممارستها دون الخضوع في ذلك التعليمات من أحد، سواء بنفسه أو بواسطة غيره، ولو كانت ممارستها المادية لهذه السلطة تبعد عن الصواب، ومن ثم فهي لا تستلزم توافر التمييز في صاحبها.²

وهذا الاتجاه القضائي لمحكمة النقض الفرنسية رغم أنه لم يسلم من الانتقادات الفقهية، إلا أنه أصبح اتجاهها مسلماً به، واعتبر عدم التمييز حارساً مسؤولاً وفقاً لنص المادة **1/1384** سواء على نظرية الخطأ المفترض أو على أساس نظرية تحمل التبعة.

- اعتبار عدم التمييز مسؤولاً عن غيره:³

¹ الدكتور: محمد نصر الدين منصور: المرجع السابق، ص 28 و ما بعدها
² الدكتور: محمد جلال حمزة: العمل غير المشروع باعتباره مصدراً للالتزام، دراسة مقارنة بين القانون المدني السوري و الجزائري و الفرنسي ط 1985 ص 211 فقرة 247 و ما بعدهما
³ يلاحظ أن انعدام التمييز في الشخص كما يكون بسبب السن قد يكون بسبب إصابته بمرض عقلي يجعله عديم الأهلية و التمييز و لكنه كان مكلفاً برقابة غيره فهل يسأل عن الضرر الذي يرتكبه الغير؟ باعتباره مسؤولاً عن فعل غيره؟

ثار أيضا التساؤل حول مدى اعتبار عدم التمييز مسؤولاً عن غيره؟ ومن ثم مدى إمكان اعتباره مسؤولاً عن ذلك؟.

ثار هذا التساؤل من خلال فرضيتين:

الأولى: قد تكون عدم التمييز أبا أو أما، يسأل عن أفعال أبنائه القصر الضارة وفقاً لنص المادة 2/1384 ف.م.ف، وهذا الافتراض لا يتحقق إلا إذا كان عدم التمييز سببه المرض العقلي.

الثانية: قد يكون أيضاً عدم التمييز - لصغر السن أو لمرض عقلي - متبوعاً يسأل عن أفعال تابعه الضارة والتي تلحق بالغير المادة 3/1384 ق.م.ف.¹

- لقد أقر الفقه بمسؤولية عدم التمييز في الفرضيتين السابقتين، تخفيفاً من قسوة وإجحاف مبدأ عدم المسؤولية.

- لكن الفقه اختلف في تأسيس هذه المسؤولية، تبعاً لاختلافه في طبيعة هذه المسؤولية، هل هي مسؤولية شخصية، ويكون قوامها - أساسها - الخطأ المفترض، أو تحمل التبعية، أم هي مسؤولية عن الغير، ويكون أيضاً أساسها فكرة الضمان.

لقد ذهب جانب من الفقه التقليدي إلى القول بالمسؤولية الشخصية، ووجد في فكرة الخطأ المفترض الأساس القانوني للمسؤولية، بحيث، هناك خطأ مفترض من جانب المسؤول - الأب، الأم، المتبوع - غير المميز، قد يكون خطأً في الرقابة، أو خطأً في التوجيه، أو خطأً في هذه الأمور مجتمعة، وهو خطأً مفترض غير قابل لإثبات العكس من عدم التمييز.

ونظراً للانتقادات الموجهة إلى هذه الاتجاه، فقد اتجه الفقه التقليدي مرة أخرى إلى الأخذ بفكرة تحمل التبعية، فمادام عدم التمييز - خصوصاً إذا كان متبوعاً - يفيد من عمل غيره، فيجب أن يتحمل النتائج الضارة لهذا العمل متى لحقت بالغير.

بينما ذهب جانب آخر من الفقه إلى اعتبار هذه المسؤولية بأنها مسؤولية عن فعل الغير:

وبدوره اختلف فقهاء هذا الاتجاه في أساس هذه المسؤولية، منهم من أسسها على فكرة النيابة القانونية، وآخرون على أساس الحلول، بينما اتجه فريق ثالث التي تأسيسها على فكرة الضمان.

¹ مجلة الحقوق الكويتية، ص 41 فقرة 21 وما بعدهما

والفقه مهما اختلف في طبيعة هذه المسؤولية وأساسها القانوني، فإن المسلم به وما اتجه إليه هو الإقرار بمسؤولية عديم التمييز عن أفعال الغير الضارة.¹

- ضرورة إثبات حالة انعدام التمييز لحظة إتيان الفعل الضار:

وقد امتد تشدد المحاكم في إثبات انعدام التمييز في مسلكين الأول أن يكون انعدام التمييز لحظة ارتكاب الفعل الضار انعداماً تاماً والثاني أن يثبت عدم التمييز أو من يمثله - حالة الانعدام التام للتمييز لحظة ارتكاب الفعل الضار.

وبطبيعة الحال فإن هذا التشدد يقتصر على حالة المرض العقلي فقط، لأن انعدام التمييز بسبب صغر السن هي مسألة ميسورة الإثبات تبعاً لمعيار تقدير التمييز هل بالاعتماد على السن أم بالعلامات الطبيعية أم حتى بتقدير القاضي.²

- فبالنسبة للمسلك الأول في تشديد انعدام التمييز:

فإن المحاكم استلزمت أن يكون انعدام التمييز وقت ارتكاب الفعل الضار انعداماً تاماً، ومن ثم فإذا ارتكب عديم التمييز فعلاً ضاراً ولكن في لحظة من لحظات الإفاقة *Intervalle Lucide* فإن مسؤوليته التقصيرية تتحقق.

وبذلك فإن المحاكم الفرنسية لم تسلم بفكرة الجنون الجزئي أو نصف الجنون *Demi fou* في نطاق المسؤولية المدنية على خلاف المسؤولية الجنائية، ذلك لأن عدم التمييز إما أن يكون انعداماً كلياً للتمييز فلا تتحقق مسؤوليته عن أي فعل ضار ارتكبه، باعتبار هذا الفعل الضار من قبيل الطبيعة الآلية المحضة، وإما أن يكون مميزاً فيسأل عن فعله الضار متى كان الفاعل مدركاً ومقدراً لنتائج فعله.³

أما بالنسبة للمسلك الثاني المتعلق بإثبات حالة انعدام التمييز كلياً وقت ارتكاب الفعل الضار:

¹ مجلة الحقوق الكويتية، ص 42 فقرة 21 و ما بعدهما

² الدكتور: محمد نصر الدين منصور: المرجع السابق، ص 31 و ما بعدها، و انظر أيضا مجلة الحقوق الكويتية ص 43 فقرة 22 و ما بعدهما

³ الدكتور: سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني 2 في الالتزامات: الفعل الضار والمسؤولية المدنية، القسم الأول: الأحكام العامة، ط 1988/5ص/248/247 ف 94 الناشر مطبعة السلام مصر.

وقد ألفت المحاكم بعبء الإثبات على المدعى عليه -عديم التمييز أو من يمثله- ولا شك أن إثبات ذلك يكون متعذراً، ويصعب في كثير من الحالات، وخصوصاً تلك التي تتخللها لحظات إفاقة.

وبالنظر إلى أن الإثبات ينصب على واقعة مادية، فيمكن إثباتها بكافة طرق الإثبات، كالقرائن والشهود أو الاستعانة بتقارير الأطباء.

فكان تشدد المحاكم من أنجع الوسائل العملية للحد من مبدأ عدم مسؤولية عديمي التمييز، ولحصره في أضيق الحدود.

- التوسع في الأخذ بمسؤولية الغير عما يأتيه عديم التمييز من أفعال ضارة:

اتجهت بعض الأحكام القضائية وبتأييد من بعض الفقهاء إلى التوسع في إسناد المسؤولية عن فعل عديم التمييز الضار إلى الأشخاص الذين يتولون الإشراف عليه أو رقابته، أو يكونون في مركز المتبوع له، مع اختلاف تأسيس المسؤولية بحسب الشخص المراد إسناد المسؤولية إليه.

بالنسبة للأبوين: فقد أسندت المحاكم المسؤولية للأبوين عن ضرر ابنهما القاصر عديم التمييز، باعتبارهما المسؤولين عن رقابته، وهي مسؤولية مفترضة قابلة لإثبات العكس المادة 4/1384 ق.م.ف.¹

إذا كان عدم التمييز سببه المرض العقلي للأب: فقد اتجهت بعض الأحكام إلى الأخذ بمسؤولية الأبوين الشخصية وفقاً لنص المادة 1382، بارتكابهما خطأً شخصياً تمثل في التقصير في اتخاذ الاحتياطات اللازمة لمنع الضرر الذي قد يقع من المريض، بالرغم من علمهما بحالته وبدرجة خطورته إما بإهمال علاجه²، أو بوضع أدوات في متناول يده، مما يمكنه من الأضرار بالغير، ولكن يتعين على المضرور إثبات خطأ الأبوين.

و إذا كان متولي الرقابة غير ذلك: كمدير مدرسة، أو معلم في القسم، أو صاحب حرفة ، أو مدير مستشفى يعالج فيه عديم التمييز المريض عقلياً، فقد اتجهت المحاكم إلى مساءلة هؤلاء على أساس الخطأ في الإشراف أو في الرقابة أو التوجيه م 6/1384 ق.م.ف

¹ من هذه الأحكام: cass 01/12/1971 .J .C .P . .1972 .4 .13 . cass.04/11/1970 .J .C .P .4 .1970 .309

و انظر الأستاذ: R.le moal : collection des juris- classeurs de la responsabilité civile et des assurances I, 8/1974,

p3 № 2

² من هذه الأحكام: cass .25/02/1957 . D.1957 .P .163

أما إذا كان الغير متبوعاً للصغير غير المميز أو المريض عقلياً: فإن الأمر يدق في مدى إسناد المسؤولية للمتبوع عن أفعال تابعه الصغير أو الجنون، لأن هذه المسؤولية تستلزم بالضرورة وقوع خطأ من التابع، ولكن وفقاً للنظرية الشخصية فإنه لا يمكن إسناد الخطأ إلى عديم التمييز لانعدام إدراكه.

وقد ذهب الفقه إلى القول بمسؤولية المتبوع في حالتين:

الأولى: إذا كان عدم التمييز لمرض عقلي ناشئاً عن خطأ سابق للتابع، فيكون المتبوع مسؤولاً عن خطأ التابع.

الثانية: إذا كان المتبوع على دراية بحاله التابع المرضية قبل استخدامه لديه أو يدرك ضعف ملكاته الذهنية، والتي تمكن من إحداث خلل في قواه العقلية، ومن ثم إحداث ضرر للغير.

فإن البعض من الفقهاء أقام مسؤولية المتبوع على خطأ شخصي منه وفقاً لنص المادة 1382 ف.م.ف، والبعض الآخر أقر مسؤولية المتبوع وفقاً لنص المادة 1384 ولكن تأسيساً على الخطأ في الاختيار.¹

أ 3/ الاتجاه الثالث: القائل بمسؤولية عديم التمييز "حججه"

مبدأ مسؤولية عديم التمييز عن الأضرار المرتكبة:

ساد اتجاه ثالث فقهي ناد صراحة إلى الأخذ بمبدأ مسؤولية عديم التمييز كمبدأ عام، وكان لهذا الاتجاه تأثير على القضاء الفرنسي، وعلى المشرع الفرنسي الذي اعتنقه لاحقاً في التشريع الصادر بتاريخ 03 يناير 1968 والمتعلق بتعديل نص المادة 2/489 ف.م.ف.²

وقد استند أصحاب هذا الاتجاه بدورهم إلى حجج مختلفة تأييداً لاتجاههم:

حجج أنصار مبدأ المسؤولية:

لقد اختلف فقهاء هذا الاتجاه بين تيارين مختلفين، ولكن الاختلاف لا يتعلق بمبدأ مسؤولية عديم التمييز بل بأساس مسؤوليته، فإذا كان التيار الأول قد اعتنق الخطأ كأساس لمسؤولية عديم التمييز، ولكن الخطأ بالمعيار أو المقياس الموضوعي المجرد Abstracto لا بمفهومه الشخصي، بينما

¹ مجلة الحقوق الكويتية، ص 45 فقرة 23 و ما بعدهما

² الدكتور: محمد نصر الدين منصور، المرجع السابق ص 28 و انظر في الفقه الفرنسي الأستاذ: Gérard champenions : dallos encyclopédie juridique, 2^{ed}, T IV p 7/8 № 55/63

التيار الثاني فقد اختلف بدوره في أساس المسؤولية بين المخاطر المستحدثة، والعدالة، وواجب المساعدة، ثم الضمان.

التيار الأول: مسؤولية عديم التمييز تأسيساً على الخطأ الموضوعي:

ذهب أنصار هذا التيار الفقهي إلى التسليم بفكرة الخطأ المفترض كأساس سليم لمسؤولية عديم التمييز، ولكن بمراعاة التفرقة بين الخطأ في المسؤولية الجنائية، والخطأ اللازم لقيام المسؤولية المدنية.¹

ذلك أن الخطأ المتطلب في المسؤولية الجنائية يقدر بمعيار شخصي Subjective أو ذاتي Objective، بخلاف الخطأ المتطلب في المسؤولية المدنية فإنه يقدر بمعيار مادي Abstracto أو مجرد.

فلا تتحقق المسؤولية وفقاً للمعيار السابق إلا إذا تحقق الخطأ بعنصره المادي وهو التعدي أو الانحراف عن السلوك المعتاد، والمعنوي والمتمثل في ضرورة توافر الإدراك عند مرتكب الخطأ ((الجنائي)).

بينما يكفي لتحقيق المسؤولية المدنية مجرد توافر العنصر المادي للخطأ وحده، وهو ارتكاب الفاعل للخطأ بمعناه المادي أو المجرد، فتتحقق حينئذ مسؤولية عديم التمييز، دون إن يؤخذ في عين الاعتبار أي ظرف من الظروف الداخلية التي تتصل بشخص الفاعل، لصغر سنه، أو جنونه أو اختلال عقلي مثلاً.²

وترجع العلة من التفرقة بين المسؤوليتين، إلى أن المسؤولية الجنائية إن تحققت فهي تؤدي إلى توقيع عقوبة على الجاني فهي إذن تمس ذات الشخص لا ذمته المالية - بخلاف المسؤولية المدنية، فإن جزاء تحققها هو تعويض المضرور فقط، مما تنصب على ذمة الفاعل لا ذاته.

وقد امتد اختلاف أصحاب هذا الاتجاه إلى كل من القضاء الذي ذهب البعض منه إلى الآخذ بمبدأ عدم مسؤولية عديم التمييز لإنعدام إرادته، ولكن الإرادة موجودة، ولكنها غير واعية، وإلى فكر القوة القاهرة ذاتها والتي اعتبرت عديم التمييز من قبلها. بمعنى أن عدم تمييز الشخص يعتبر في ذاته قوة القاهرة، وهذا غير صحيح لأن القوة القاهرة سبب من أسباب الضرر لا تنسب إلى أي شخص ومن ثم لا يجوز مساءلة أي شخص عن ضرر القوة القاهرة، بخلاف سلوك عديم التمييز والذي أدى إلى حدوث ضرر، فذلك نشاط إنساني يؤدي إلى الرجوع على ذمة هذا الشخص.

¹ الدكتور: محمد شريف عبد الرحمان أحمد عبد الرحمان: مسؤولية عديم التمييز ط 2001، ص 110/109

² الدكتور: عبد السميع عبد الوهاب ابو الخير: التعويض عن ضرر الفعل الشخصي لعديم التمييز في الفقه الإسلامي و القانون المدني دراسة مقارنة ط 1994، ص 209 فقرة 49

وخلاصة هذا التيار أن الخطأ في المسؤولية المدنية له مفهوم اجتماعي لأنها مسؤولية نحو الغير، كما أن عدم التمييز مسؤول عن الضرر ولكن تأسيسا على فكرة الخطأ بمفهومه المادي أو المجرد لا بمفهومه الشخصي أو الذاتي.

التيار الثاني: مسؤولية عدم التمييز عن الضرر ولكن ليس تأسيسا على فكرة الخطأ :

اتجه بعض الفقهاء إلى الإقرار بمسؤولية عدم التمييز ولكن ليس على أساس الخطأ الذي تطرق إليها الوهن من كثرة ما حملت، ولكن البديل كان محل اختلافهم بين المخاطر المستحدثة، والعدالة، وواجب الالتزام بالمساعدة، إلى فكرة الضمان.

المخاطر المستحدثة هي أساس المسؤولية:

مضمون هذه النظرية أو الأساس أن من انشأ وضعاً خطراً، لحق ضرراً بالغير، التزم بتعويضه وقد انتقدت هذه النظرية من معارضيه من جهة بالتسليم بفكرة الخطأ بمفهومه المادي كأساس لمسؤولية عدم التمييز، ومن جهة ثانية أن هذه النظرية تقوم على قاعدة الغرم بالغنم فمن يفيد من نشاط معين، عليه أن يتحمل ما قد ينجم عنه من أضرار للآخرين، وتحقق قاعدة لعدم التمييز عند ارتكابه لفعل ضار، أمر مشكوك فيه.¹

العدالة أساس المسؤولية:

يتجه جانب من أنصار مبدأ مسؤولية عدم التمييز، إلى انتقاد أصحاب مبدأ عدم المسؤولية بكونه يجافي العدالة فإذا كان عدم التمييز واسع الثراء والمضروور يعيش وأسرته في فقر تام، فإن العدالة تأتي لا يسأل عدم التمييز عن فعله الضار.

وقد انتقدت فكرة العدالة كأساس لمسؤولية عدم التمييز، بكونها قاصرة على حالة عدم التمييز واسع الثراء والمضروور معدوماً.

ولكن كيف نحكم في الاتجاه العكسي عندما يكون المضروور ثريا وعدم التمييز فقيرا فإن العدالة تأتي أيضا أن لا يسأل عدم التمييز، ومن ثم فإن هذا الأساس يحقق تطبيقه حلولا متباينة، ومن

¹ مجلة الحقوق الكويتية: ص 51 فقرة 25 و ما بعدهما

جهة أخرى فإن الإستناد إلى العدالة في تقرير مسؤولية عدم التمييز لن يكون ذلك إلا بصفة احتياطية حينما لا نجد من نحمله المسؤولية.¹

واجب المساعدة أساس المسؤولية: Le devoir d'assistance

من أنصار هذا الأساس ((ريبير)) في مؤلفه القاعدة الخلفية، اتجه إلى القول بصعوبة تقرير مسؤولية عدم التمييز نظرا لانعدام إرادته، ويؤدي ذلك إلى عدم إلزامه بالتعويض، ولكن رغم ذلك فإنه يجب الوقوف إلى جانب المضرور ومساعدته ماليا، ولكن ليس ذلك من قبيل التعويض - كاملا أم أقل من ذلك - وإذا كانت ذمة عدم التمييز لا تنهض على تقديم هذه المساعدة، فلا تقدم متى كان عدم التمييز نفسه في حاجة إلى المساعدة.

وهذا الأساس على غرار الأسس السابقة فإنه لا يصلح أساسا قانونيا لمسؤولية عدم التمييز، مما اقترح البعض الآخر نظرية الضمان أساسا لمسؤولية عدم التمييز.²

الضمان أساس المسؤولية:

مضمون هذا الأساس الذي تزعمه الفقيه "ستارك" يتمثل في أن مسؤولية عدم التمييز تؤسس على حق كل شخص في سلامة جسمه وماله، وهذا الحق يحتاج به اتجاه الكافة بصرف النظر عن مدى توافر الإدراك، وإذا ترتب ضرر للغير فهذا يعني مساسا بحقه فيلتزم مرتكبه بالضمان، يستوي في ذلك جميع الأشخاص العاديون منهم، وعديموا التمييز.³

وهذا الأساس بدوره منتقد ولا يصلح أساسا لمسؤولية عدم التمييز، لأن فكرة الضمان لا يتحقق إلا بعد قيام المسؤولية التقصيرية عن الفعل الضار، وأثناء ذلك يبقى التساؤل حول أساس المسؤولية هل هو الخطأ أم المخاطر المستحدثة أم العدالة أم واجب المساعدة، وحتى الضمان.

من كل ما سبق يتضح لنا أن الخطأ بمفهومه المادي أو الموضوعي المجرد من عنصر الإسناد يبقى الأساس المسلم به لقيام مسؤولية عدم التمييز.

ب. القضاء و التشريع: "مدى تأثير القضاء الفرنسي و المشرع بالاتجاه القائل بمسؤولية عدم التمييز":

ب 1/ القضاء:

¹ الدكتور: عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير: المرجع السابق، ص 211 فقرة 49 و ما بعدهما
² الدكتور: ابراهيم الدسوقي أبو الليل: المسؤولية المدنية بين التقيد و الإطلاق ط 1980 ص 78 هامش 4 و انظر: Ripert (G) la règle morale dans les obligations civile 4^{ème} ed, paris 1949 № 154
³ مجلة الحقوق الكويتية، ص 47 و 24 و ما بعدها و أنظر: starck : droit civile, 1972 p 147/152 № 353/363

لقد كانت الغلبة -الفقهية- سواء في ظل القانون المدني الفرنسي القديم¹ أم في ظل قانون نابليون التي تقرر مبدأ عدم مسؤولية عدم التمييز عن فعله الضار لسبب بسيط هو أنه فاقد للوعي والإرادة والتمييز.

إلا أن القضاء من جانبه فقد خرج عن هذا الاتجاه -بعض أحكام القضاء فقط- واتجه إلى الأخذ صراحة بمسؤولية عدم التمييز²، ولعل أشهر أحكام المحاكم الفرنسية هو ذلك الحكم الصادر عن محكمة مونبيليه الصادر بتاريخ 1866/05/31 الذي جاء فيه أنه في نطاق المسؤولية المدنية لا يعتد بالإرادة أو التبصر، ومن ثم فإذا كان قد تقرر إعفاء المجنون من المسؤولية الجنائية عن الفعل الضار الذي ارتكبه ضد الغير فإن هذا لا يمنع المضرور من مطالبته بالتعويض هو أو من يتولى ملاحظته.

« Dans l'application du principe de la responsabilité civile, la loi ne tient compte ni de la volonté ni de l'intention, et si l'inexpérience d'un insensé est excusable au point de vue de la répression pénale quand elle amène un fait dommageable pour autrui, elle n'oblige pas moins son auteur à le réparer, soit par lui-même, soit par ceux qui devient veiller sur lui. »³

ب /2/ التشريع:

إذا كان المشرع قد اتجه في كثير من الدول إلى الأخذ بمسؤولية عدم التمييز لحماية للمضرور ولكن تأسيساً على فكرة العدالة من جهة ومن جهة ثانية بمسؤولية مخففة يراعى فيها مركز عدم التمييز والمضرور المالية.

إلا أن المشرع الفرنسي وأمام غموض نص المادتين 1383/1382 ق.م.ف اللتان لم تشيرا إلى ضرر عدم التمييز لا من قريب ولا من بعيد فإن الاتجاه العام فقهما و قضائياً يقضي بعدم قيام مسؤولية تقصيرية ضد عدم التمييز عموماً⁴، فاقتضى ذلك تدخلاً تشريعياً لحسم الخلاف السابق "مدى مسؤولية عدم التمييز عن فعله الضار".

وقد تعددت مشاريع القوانين التي تعالج مشكلة ضرر عدم التمييز، أشير إليها بإختصار كما يلي:

- مشروع بوركري دس بواسيرن تاريخ: 1901/11/12.

¹ أنظر الاتجاه القضائي الفرنسي قبل تعديل 1968 حيث يقرر عدم مسؤولية الطفل صغير السن collection des juris classeur, resp civile et assurances doct j apperce T2/1977.p6 No 39

² الدكتور: أيمن إبراهيم العثماوي: تطور مفهوم الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية ط 1998 ص 307 و ما بعدها

³ مجلة الحقوق الكويتية ص 56 فقرة 27 و ما بعدهما و انظر No 1961 aliier : la responsabilité civile des père et mère, paris, 1961

⁴ Juris classeur : resp civile et assurances 4, p6 No 13/14. T8/1986

- ثم مشروع ستروس Strauss بتعديل قانون 30 يولييه 1838.
- ثم المشروع الفرنسي الايطالي لقانون الالتزامات والعقود.
- تعديل نص المادة 2/489 من القانون المدني الفرنسي.

وقد تحقق علاجاً للوضع القائم - ضرر عديم التمييز - بتعديل نص المادة 2/489 من القانون م.ف بمقتضى قانون رقم 68/5 في يناير 1968 الذي قرر صراحة المسؤولية المدنية للمرضى المختلين عقلياً، عما يأتونه من أفعال ضارة تقع على الغير.

«Celui qui a causé un dommage a autrui alors qu'il à était sous l'empire d'un trouble mental, n'en est pas moins obligé à réparation.»¹

وإذا كان المجمع عليه وفي ظل المادة 1384 ق.م.ف أن مسؤولية متولي الرقابة - الأب والأم - كانت تعتبر مسؤولية أصلية لا تبعية، حيث لم يجز القانون نفسه للمضروب الرجوع على عديم التمييز - الابن القاصر غير المميز - ابتداءً، كما أنه لم يجز لمتولي الرقابة الرجوع على المشمول بما بشيء مما دفعه، نظراً لأن الرجوع عليه يفترض بالضرورة، وفقاً للمادة 1382 وقوع الخطأ في جانبه وهو ما لم يكن يتصور نسبته إلى عديم التمييز في ذلك الوقت .

ثانياً/ مدى مسؤولية غير المميز بعد تعديل نص المادة 2/489 ق.م.ف

أما بعد التعديل الذي أدخل على نص المادة 2/489 والذي قرر إمكانية مساءلة المرضى المختلين عقلياً فإنه يمكن القول باعتبار أن مسؤولية متولي الرقابة هي مسؤولية تبعية تقع وراء المسؤولية الأصلية للمرضى بخلل عقلي.²

ولكن هل ينطبق هذا التعديل على عديمي التمييز بسبب الصغر في السن أم أنه خاص بالمرضى بمرض عقلي؟

¹ وقد كان النص الأصلي لمشروع التعديل الذي تقدمت به الحكومة الفرنسية يقرر بأن من يلحق ضرراً بغيره وهو تحت تأثير عقلي يلتزم بتعويضه، ومع ذلك فإنه يكون للقضاة مع تقدير ظروف كل من المضروب مرتكب الفعل الضار أن يخفض مقدار التعويض وإن كانت هذه السلطة لا تقوم في حالة ما إذا كانت مسؤولية المصاب باختلال عقلي تقوم باعتباره متبوعاً أو مسؤولاً عن الأشياء.

« Celui qui a causé un dommage a autrui alors qu'il à était sous l'empire d'un trouble mental, n'en est pas moins obligé à réparation, mais les juges pourront en ayant égard a la situation respective de la victime et de l'auteur du dommage modérer l'indemnité mise à sa charge ce pouvoir de modération n'est explicable, ni a la responsabilité du fait des préposes au des apprentis, ni aux responsabilités du fait des choses ».

² الدكتور: محمد نصر الدين منصور: المرجع السابق، ص 31 و ما بعدها

إن الإجابة على هذا التساؤل تقتضي أن نتعرض إلى كل من:

مضمون تعديل نص المادة 2/489 وما يثيره من مشكلات، تم تحديد نطاق تطبيق نص المادة 2/489 سواء من الأشخاص أو من حيث أنواع المسؤولية، ثم ما هو الأساس القانوني الذي يستند إليه نص التعديل كما يلي:

1- مضمون تعديل نص المادة 2/489 ق.م.ف و ما يثيره من مشكلات:

لقد صدر مضمون التعديل في فرنسا بمقتضى القانون رقم 68/05 الصادر بتاريخ 03 يناير 1968 والخاص بالبالغين عديمي الأهلية مضيفا إلى نص المادة 489 ق.م.ف والتي تقضي بأن: "كل من سبب في إلحاق ضرر بالغير أثناء وجوده تحت تأثير اضطراب عقلي لا يعفيه هذا من الالتزام بالتعويض".

وبهذا النص يكون المشرع الفرنسي قد حسم النزاع الذي دار بين رجال القضاء والفقهاء حول مدى مسؤولية عديمي التمييز -مرضى العقول- ويكون الهدف من النص على مسؤولية مرضى العقول هو حماية الغير في اشخاصهم و اموالهم من هذه الطائفة.¹

أما من حيث المشكلات التي يثيرها هذا التعديل القانوني -رغم انه يعد تطورا هاما في موقف المشرع الفرنسي حول مسألة مدى مسؤولية عديمي التمييز، والتي أثار جدلا واسعا في رحاب القضاء الفرنسي، وفقهه بين مؤيد ومعارض لقيام مسؤولية عديمي التمييز- فإن أهم التساؤلات والإشكالات تتمثل في:

- أن مضمون النص لم يحل مشكلة ضرر عديم التمييز -المختل عقليا- بصورة كاملة وجذرية، لأنه اقتصر على إعطاء حل جزئي تمثل في تقرير مسؤولية المختلين عقليا من البالغين، دون أن يتعرض لوضع عديمي التمييز بسبب صغر السن، ولا وضع المختل عقليا من القصر، ومدى إمكان تطبيقه عليهم.

- كما أنه أثار التساؤل حول مدى التعويض، وهل يلزم أن يكون كاملا، أم يمكن أن يكون جزئيا.

¹ الدكتور: محمد شريف عبد الرحيم أحمد عبد الرحمان: المرجع السابق ص 111

- فضلا عن التساؤل من جديد حول أساس مسؤولية المرضى عقليا -عديموا التمييز-.
- كما أثار جانب من الفقه أنصار مبدأ عدم المسؤولية أن النص يثير تشددا، فهو وأن كان يحقق العدالة للمضروور إلا أنه شديد القسوة على المريض المختل عقليا، ويجب إقامة التوازن بين مصلحة المضروور ومحدث الضرر.

2- نطاق تطبيق نص المادة 2/489 ق.م.ف من حيث الأشخاص ومن حيث أنواع المسؤولية:

لعله واضح من نص المادة 2/489، ومن المكان الذي وضع فيه والقانون الذي إضافة أنه يشترط لتطبيقه شرطين:

الأول: أن النص لا ينطبق إلا على البالغين.

الثانية: أن النص لا ينطبق إلا على المصابين باضطرابات عقلية.

وذلك كله ما يقصى به النص القانوني، ومكان وضعه بين النصوص.

وهذان الشرطان لم يكن مجعما عليهما لا فقها ولا قضاء، بحيث ثار خلاف حول مدى امتداد النص إلى غير البالغين وبصفة خاصة الأطفال عديمي التمييز، وهل يمكن أن نمد النص لغير المصابين باضطرابات عقلية، وذلك كله ما سوف يتضح لنا من استعراض نطاق تطبيق النص القانوني 2/489 ق.م.ف كما يلي:

أ_ نطاق تطبيق النص من حيث الأشخاص:

لقد ورد نص المادة 2/489 في الباب الخاص بحماية المرضى المختلين عقليا، بالغني سن الرشد، وهذا يعني أن المشرع قد قصد إلزام المختل عقليا البالغ سن الرشد، بتعويض المضروور عما سببه له من ضرر.

وقد ثار الجدل الفقهي حول مدى انطباق هذا النص على عديم التمييز بسبب صغر السن، وعلى القصر المختلين عقليا، وعلى باقي المرضى الذين ينعدم التمييز لديهم كالمصابين بنوبات صرع،

أو نوبات قلبية، أو بمرض السير أثناء النوم أو المنومين مغناطيسيا، متى ارتكب أي منهم فعلا ضارا نحو الغير وهو تحت تأثير هذه الحالة.¹

لقد انقسم الفقه في هذا الشأن إلى رأيين:

الرأي الأول: يذهب إلى نص المادة 2/489 ق.م.ف لا ينطبق إلا على المرضى المختلين عقليا بالغي سن الرشد/ بمعنى عدم انطباق المادة على الأطفال.

يستند هذا التيار إلى حملة من الأسانيد المؤيدة لموقفهم وأهمها:

1. إن النص الجديد لا يشكل جزءا من النصوص العامة للمسؤولية الواردة في المواد 1382-1386، ولا يتضمن أي إحالة إلى هذه النصوص، فهو يتعلق بحالة خاصته، مما يجب أن يظل قاصرا على المجال الذي صدر بشأنه.

2. أن النص الجديد ورد في الباب الخاص بحماية بالغي سن الرشد المختلين عقليا، كما أن عبارة النص واضحة في ذلك فهي تقصد بالغي سن الرشد المختلين عقليا وحدهم، ولو أراد المشرع غير ذلك لما اعوزه النص صراحة على ذلك.

3. إضافة إلى أن النص الجديد يعتبر في حقيقته استثناء من القواعد العامة السابقة، فلا يجوز التوسع في تفسيره أو القياس عليه، بتطبيقه على حالات أخرى غير واردة فيه.

4. يضيف البعض الآخر حجة أو سند لحصر النص في البالغين سن الرشد المختلين عقليا، أن تقرير مسؤولية هذا الأخير، مردة خطورة ما قد يترتب عنه من أفعال ضارة ضد الغير، خصوصا أنه بالغ سن الرشد وقد يصيبه هيجان بفعل الاختلال العقلي، وكل ذلك لا يتصور من صغير السن لعدم التمييز.

5. فضلا عن ذلك فإن صغير السن يكون عادة تحت رقابة الغير، كالأبوين، والمعلم، والمربي، والذي يكون مسؤولا قانونا عن أفعاله الضارة، وقد لا يتحقق كل ذلك في المريض باختلال عقلي.²

¹ الدكتور: أيمن إبراهيم العثمانوي المرجع السابق، ص 297 و ما بعدها، و انظر أيضا الدكتور: محمد شريف عبد الرحمن: المرجع السابق، ص 111، و ما بعدها و أنظر أيضا:

Patrice Jourdain : droit a réparation, responsabilité fondée sur la faute p.11 № 37

² مجلة الحقوق الكويتية: ص 63/62 فقرة 31

الرأي الثاني: يذهب إلى أن نص المادة 2/489 ق.م.ف ينطبق على المرضى المختلين عقليا وعلى غيرهم عديمي التمييز كالأطفال لوحدة العلة

يستند بدورهم أصحاب هذا التيار إلى جملة من الأسانيد تدعيما لموقفهم وأهم أسانيدهم:

1. وحدة العلة بين البالغ المختل عقليا، والطفل كلاهما عديم التمييز والإدراك، فلماذا عندما تنعدم إرادة المختل عقليا يعفى من كل مسؤولية، بينما لا يكون كذلك للأطفال والقصر عديمي التمييز رغم انعدام إرادتهم وتمييزهم.

2. إنه قبل صدور القانون 05/68 المعدل للمادة 489 بإدخال الفقرة الثانية لم تكن هناك تفرقة بين الطائفتين في الحكم، ويتحتم أيضا بعد صدور التعديل الأخير أن نبقى على نفس الوضع السابق، وتوحيد الحكم في الحالتين.

3. إن التفسير الضيق للمادة 2/489 سيؤدي إلى حلول متناقضة، لأن القضاء سيطبق قواعد مختلفة على حالات عديمي التمييز مع أنها جميعا من طبيعة واحدة.

4. فضلا عن ذلك فإن المشرع الفرنسي في نص المادة 1310 ق.م.ف والتي تنص على مسؤولية القصر عن أخطائهم العمدية وغير العمدية¹ لم تفرق بين الأطفال وغيرهم من القصر، وإن المادة 2/489 قد جاءت فدعمت وأعدت الحياة إلى هذا النص الذي كان مهملا تقريبا.

وفي رأينا أنه لا يوجد ما يحول دون تطبيق المادة 2/489 على جميع الأشخاص عديمي التمييز دون ما تفرقه بين ما إذا كان الجنون بالغا أو طفلا، أو قاصرا، لتوافر العلة فيهم جميعا وهو انعدام الإدراك.²

خصوصا أن المشرع الفرنسي قد طرح في النص الأخير الإرادة في جانب واعتنق مبدأ المسؤولية، فينبغي أن يكون ذلك بالنسبة لجميع حالات عدم التمييز، دون تفرقة بين حالة وأخرى وبذلك تتحقق الحماية الواجبة للمضرور.³

أ. نطاق تطبيق النص من حيث أنواع المسؤولية:

¹ Art 1310 ccf « il n'est point restituable contre les obligations résultant de son délit ou quasi-délit »

² الدكتور محمد نصر رفاعي: الضرر كأساس للمسؤولية المدنية في المجتمع المعاصر، رسالة دكتوراه سنة 1978، ص398/397، الناشر المطبعة العربية الحديثة القاهرة، مصر.

³ مجلة الحقوق الكويتية، ص62/63/64 و31 (وقد أكدت هذا الاتجاه خمسة أحكام قضائية صادرة عن L'assemblée plénière في 1984/05/09 والمنشورة موسوعة دالوز 1984، ص525 وأيضا 1984 J.C.P ، II ص20255،

Droit civil, Marty, Raynaud p 520 n°463

لم يقتصر التساؤل حول نطاق تطبيق المادة 2/489 ق.م.ف من حيث الأشخاص، هل يقتصر على البالغين المختلين عقلياً أم يمتد إلى باقي طوائف عديمي التمييز كالأطفال والقصر وغيرهم، ولكن امتد التساؤل حول نطاق تطبيق النص من حيث أنواع المسؤولية -المسؤولية عن الفعل الشخصي، المسؤولية عن فعل الغير المسؤولية عن فعل الأشياء-¹

فما موقف المريض باختلال عقلي من هذه الأنواع الثلاثة من المسؤولية.

ب 1/ المريض باختلال عقلي والمسؤولية عن الفعل الشخصي:

لا تثير هذه الحالة صعوبة أو إشكالا في تقرير مسؤولية المريض باختلال عقلي عما يأتيه من أفعال ضارة شخصية، إذ يلزمه بالتعويض عما يسببه للغير من ضرر، والجديد الوارد في النص الجديد هو استبعاده للعنصر المعنوي أو الإدراك، واكتفى بالعنصر المادي وحده للخطأ لتقرير المسؤولية الشخصية لعديمي التمييز.²

ب 2/ المريض باختلال عقلي ومدى إمكان اعتباره حارساً للأشياء:

ويعني آخر هل يشترط في حارس الشيء أن يكون مميزاً؟

فقبل صدور النص الجديد 2/489 المتعلق بالبالغين المختلين عقلياً، كان الفقه القانوني

-وحتى أحكام القضاء- محل اختلاف في ذلك، بسبب اختلافهم حول الأساس القانوني للمسؤولية عن الأشياء، وكذا المفهوم القانوني لفكرة الخطأ.

فأنصار نظريته تحمل التبعة يؤسسون المسؤولية عن الأشياء على هذه النظرية، ومن ثم فإن حارس الشيء لا يستطيع نفي مسؤوليته بانتفاء الخطأ، ويمكن بالتالي أن يكون عديم التمييز حارساً للشيء.

بينما يتجه تيار فقهي آخر إلى الاعتداد بالمعيار الموضوعي الجرد في تقدير الخطأ، مما يترتب عنه إبعاد الظروف الشخصية للمدعى عليه وخصائصه الجسمية والمعنوية، والتي من بينها الجنون وصغر السن، ومن ثم يمكن أن يصدر عن الجنون وصغير السن خطأ طالما أن سلوكه يتضمن انحرافاً عن مسلك الرجل العادي.

¹ Collection des juris classeurs : resp civile et assurances 4. (p) Jourdain, droit a réparation p 8 № 25 T8/1986

² من هذه الأحكام القضائية المنشورة في R.T.D.C, 04/05/1977, D. 1978-393 et note Legeais Raymond et R.T.D.C,

وبالتالي فإن قيام المسؤولية عن الأشياء على فكرة الخطأ لا يمنع من اعتبار عدم التمييز حارساً، طالما أن التمييز ليس عنصراً في الخطأ.

بينما يرى فريق ثالث من الفقه أن الخطأ قوامه عنصران مادي وهو التعدي، ومعنوي وهو الإدراك والتمييز، وقيام المسؤولية عن الأشياء على أساس الخطأ يستوجب توافر التمييز لدى الحارس المسؤول، وعلى ذلك فلا تثبت الحراسة لعدم التمييز سواء كان ذلك بسبب الجنون أو صغر السن.

وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية الاتجاه الأخير في حكمها الصادر في 1947/04/28¹، حيث قررت أن مسؤولية الحارس المفترضة، وسلطة الاستعمال والتوجيه والرقابة تستلزم أن يكون الحارس المسؤول مميزاً.

وإذا كان ظاهر النص الأخير ما يوحي بقصر هذه المسؤولية على المريض المختل عقلياً على أفعاله الشخصية، إلا أن ذلك لا يمنع من اعتباره حارساً للأشياء، بعد أن استقرت أحكام القضاء في هذا الاتجاه، بصدور عن الدائرة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية حكم Trichard بتاريخ 1964/12/18 قالت فيه أن الجنون العرضي لسائق السيارة، وقت الحادث، لا يمنع من اعتباره الحارس لهذه السيارة² ويبدو أهمية هذا الحكم والأحكام المتولدة له من جانبين:

الأول: أنها تبين أن السلطة الفعلية التي تقوم عليها الحراسة تثبت لصاحب السيطرة على الشيء بصرف النظر عن توافر التمييز لدى الحارس أم لا، فانعدام التمييز لا يتعارض مع إمكانية السيطرة الفعلية على الشيء.

الثانية: أن هذا الاتجاه هو الذي فتح الطريق أمام التطور التشريعي الخاص بمسؤولية الجنون، فيقاس الخطأ بمعياري موضوعي يعتد فيه بالظروف الخارجية دون الظروف الداخلية الخاصة بالمدعى عليه.³

أما بعد صدور التعديل الجديد لنص المادة 489/ق.م.ف بإضافة الفقرة الثانية فإن المشرع الفرنسي ورغم أنه خصص النص لمن كان تحت اختلال واضطراب عقلي كالجنون، ولم يتعرض لصغر السن، فإن الفقه في مجمله يميل إلى توحيد الحكم في الحالتين، باعتبار أن القانون يتضمن تعبيراً عن الاتجاه التشريعي الجديد الذي يقتصر على العنصر المادي للخطأ حيث يقاس بمعياري مجرد لا يدخل فيه الظروف الخاصة بالحالة العقلية للمدعى عليه.

¹ الحكم المنشور في Civ 28/04/1947. D.1947. 329, not Ialou

² حكم منشور في D.1965, 191, conclusion de l'avocat général shmelck, not Esmain

³ الدكتور أحمد شوقي محمد عبد الرحمن: مسؤولية المتبوع باعتباره حارساً ط 1976، ص 174 و179 وما بعدهما الناشر المطبعة العربية الحديثة، القاهرة، مصر.

وترتب عن ذلك أن عدم التمييز يمكن أن يكون حارسا للشيء، ويأشر نائبه السيطرة على الشيء نيابة عنه.

ب 3/ المريض باختلال عقلي ومدى اعتباره مسؤولاً عن الغير:

يثار هذا التساؤل من جانبين أيضاً:

الأول: قد يكون عدم التمييز أبا أو أما يسأل عن أفعال أبنائه القصر الضارة، ولكن تقتصر هذه الحالة على حالة عدم التمييز بسبب المرض العقلي.

الثانية: قد يكون عدم التمييز متبوعاً يسأل عن أفعال تابعة التي تلحق بالغير ضرراً.

وإذا كان الفقه القانوني قد اختلف حول أساس المسؤولية عن فعل الغير، انطلاقاً من اختلافه حول طبيعة هذه المسؤولية هل هي مسؤولية شخصية فتؤسس على فكرة الخطأ أم هي مسؤولية عن الغير فتؤسس على فكرة الضمان، فإنه رغم ذلك فقد اتجه الفقه في مجمله إلى الأخذ بمسؤولية عدم التمييز عن أفعال الغير الضارة، كما لو كان هذا الأخير المسؤول -المختل عقلياً- أحد الأبوين أو كان متبوعاً.

وبذلك فإن نص المادة 2/489 قد سوت بين المريض باختلال عقلي والشخص العادي من حيث المسؤولية، كذلك لا يتعارض هذا مع تطبيق نص المادة 1384 لمختلف فقراتها والمتعلقة بمسؤولية حارس الأشياء الحية وغير الحية، وبمسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه.¹

3- الأساس القانوني الذي يستند إليه نص المادة 2/489:

ثار التساؤل أخيراً حول أساس المسؤولية التقصيرية للشخص المختل عقلياً، والذي يستند إلى نص المادة 2/489 ق.م.ف، ذلك لأن الفقه القانوني ظل على تردده واختلافه الذي كان قائماً قبل اعتناق المشرع الفرنسي صراحة لمبدأ المسؤولية:²

- فقد أسس بعض الفقهاء مسؤولية عدم التمييز على فكرة تحمل التبعة التي لا تستند إلى الخطأ في تقرير المسؤولية، بمعنى أنها تقوم على قاعدة الغرم بالغنم، فمن يفيد من نشاط معين عليه أن يتحمل ما قد ينجم عنه من أضرار للآخرين -حتى وإن كان تحقق الفائدة لعدم التمييز عند

¹ مجلة الحقوق الكويتية، ص 65 فقرة 31

² الدكتور: أيمن إبراهيم العثماوي: المرجع السابق، ص 297 و ما بعدها، و انظر الدكتور: محمد نصر الدين منصور المرجع السابق، ص 31 و ما بعدها

ارتكابه للفعل الضار هو أمر مشكوك فيه في أغلب الحالات - ((من أنصار هذا الأساس سافيه))¹.

- ولجأ البعض الآخر إلى فكرة واجب المساعدة الذي بمقتضاه أنه عندما يحدث شخص ضراً بآخر يقع على الأول واجب مساعدة الثاني وتعويضه ((من أنصار هذا الاتجاه ريبير))².
- بينما لجأ فريق ثالث إلى فكرة العدالة التي تقضي في هذه الحالة بضرورة تعويض المضرور خصوصاً إذا كان هذا الأخير واسع الثراء مقارنة بالمضرور وعائلته التي تعيش في فقر تام. "ومن أنصار هذا التيار كولان وكايتان و لالو".
- وذهب اتجاه رابع إلى تأسيس مسؤولية عدم التمييز على أساس الخطأ، مع اختلافهم فيما اتجهوا إليه من مذاهب.
- فبينما ذهب البعض منهم ووجد نفسه أن الخطأ ليس في ارتكاب الفعل الضار، وإنما في كون الشخص عدم التمييز.
- بينما وجد البعض الآخر الخطأ في ارتكاب الفعل الضار ذاته، أي في الانحراف عن مسلك الشخص المعتاد، وذلك على أساس عدم الاعتداد بالظروف الداخلية - والتي من بينها صغر السن وحالة الجنون -
- وهناك من ذهب إلى فكرة الخطأ الموضوعي، أي الاكتفاء بركن التعدي المتمثل في الانحراف عن مسلك الشخص المعتاد دون تطلب الركن المعنوي أي التمييز.
- وذهب اتجاه خامس إلى تأسيس مسؤولية عدم التمييز على فكرة الضمان على أساس أن الفعل الذي يصدر من عدم التمييز، يكون في حد ذاته اعتداء على الحقوق أو المصالح المشروعة للمضرور، وعلى سلامة جسمه، أو سلامة أمواله³ فعندما يوجد حق، فإن حمايته لا تتوقف على الظروف الشخصية لمن يعتدي عليه، ومن مؤيدي هذا الاتجاه "ستارك".

ونخلص مما سبق حول اتجاهات الفقهاء والقضاء من مدى مسؤولية عديمي التمييز، أن هناك اختلافاً في تقرير مسؤوليتهم من عدمهم، وحتى مع الاتجاه نحو تقرير مسؤولية عديمي التمييز حماية للمضرور، فإن

¹ دالوز 1968، ص 109 مقال للفقير savatier تحت عنوان le risque pour l'homme de perdre l'esprit et ses conséquence en droit civil.

² الأستاذ: ريبير: القاعدة الخلقية في الالتزامات المدنية، ص 154

³ الدكتور إبراهيم الدسوقي في أبو الليل: المسؤولية المدنية بين التقييد والإطلاق، دراسة تحليلية لأنظمة القانونية المعاصرة اللاتينية، الإسلامية، الأنجلو أمريكية. ط 1980، ص 78/77 و 58 ها 4، الناشر المطبعة العربية الحديثة، القاهرة.

أصحاب هذا الاتجاه وجدوا أنفسهم مختلفين في تأسيس هذه المسؤولية بين فكرة الخطأ بمفهومه المادي إلى نظرية المخاطر، ثم إلى فكرة العدالة، وأحياناً إلى واجب المساعدة وأخيراً تأسيساً على فكرة الضمان.

وإذا كانت جل هذه الاتجاهات ((في تحديد أساس المسؤولية للمرضى أو المختلين عقلياً)) قد واجهت انتقادات فقهية، ولم يسلم بها القضاء ولم يستقر عليها، كما أن المشرع الفرنسي وفي التعديل الأخير للمادة 2/489 ورغم النص صراحة على مسؤولية البالغين المختلين عقلياً، إلا أنه لم يحسم مسألة أساس هذه المسؤولية.

لذلك فإن نظرية الخطأ بمفهومها المادي أو الموضوعي تبقى أصلح أساس المسؤولية عديمي التمييز، بغض النظر عن انعدام التمييز والإرادة عندهم، ولكن هذا بهدف حماية المضرور في التعويض، حتى وإن كنا من المشجعين لفكرة السلطة التقديرية للقاضي في تقدير التعويض بمراعاة المركز المالي للطرفين، المضرور ومحدث الضرر -عديم التمييز-¹

الفرع الثاني:

دراسة القوانين التي تقرر المسؤولية المدنية لعديم التمييز ولكن على سبيل الاستثناء

"دراسة نموذج القانون المدني المصري"

مرت المسؤولية المدنية لعديمي التمييز -القاصر غير المميز- في القانون م م م. بمرحلتين: الأولى في ظل القانون المدني القديم -المختلط والأهلي- حيث كان المبدأ المقرر تشريعياً هو انعدام مسؤوليتهم، غير أن هذا لم يمنع بعضاً من الفقه ومن القضاء من الثورة على هذا المبدأ إلى أن عزف القانون المصري عنه في القانون م.م الحالي مقرراً المسؤولية المدنية لعديمي التمييز -القاصر غير المميز- بشروط خاصة وفي حدود معينة.

وقد تأثر المشرع المصري في ذلك بالاتجاهات التشريعية الحديثة في شأن الأخذ بمسؤولية عديمي التمييز، عن أفعاله الضارة، فأخذ بهذه المسؤولية كاستثناء أو رده على القاعدة العامة في الفقرة الثانية من المادة 164 ق.م.م.

بعد أن مهد بنص عام للمسؤولية عن الفعل الشخصي، بنصه في المادة 163 ق.م.م بقوله: "كل خطأ سبب ضرراً للغير، يلزم من ارتكبه بالتعويض".

¹ الدكتور: محمد نصر الدين منصور: المرجع السابق ص 31 وما بعدها

وهو نص صريح فيه الأصل أن المسؤولية التقصيرية تناط بالخطأ، والخطأ عند أنصار النظرية الخطئية لا يعنى الأهلية -أهلية الأداء- وإنما يعنى القدرة على تبيين معنى الانحراف في التخلف عن القيام بالواجب.¹

ثم نصت المادة 164 ق.م.م بفقرتين قاعدة عامة واستثناء بقولها في الفقرة الأولى:

«1- يكون الشخص مسؤولاً عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز» على أن هذه الفقرة لها دلالة خاصة، كما يقع عليها قيود.

● فمن حيث دلالة النص: إن تحليل هذا النص القانوني يمدنا بدالتين:

الأولى: أن الشخص لا يسأل عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو غير مميز، فالفعل لا يعتبر خطأ إذا ارتكبه صبي غير مميز أو من هو في حكمه كالمجنون أو المعتوه، ذلك لأن الخطأ لا يقوم إلا إذا ارتكب الشخص ما يستوجب لومه، ولا يمكن توجيه اللوم إلى شخص فاقد الإدراك لا يملك القدرة على التمييز بين الخطأ والصواب.

الثانية: أن الشخص يسأل عن أعماله غير المشروعة ولو لم يكن كامل التمييز، حيث يكفى لقيام الركن المعنوي توافر التمييز فقط، وإذا توفر له ذلك أمكن إسناد الخطأ إلى إرادته.

● أما من حيث قيود عدم مسؤولية غير المميز: فإن القاعدة السابقة يرد عليها قيدان:

الأول: ويقصد به القواعد العامة ومؤداه أن يكون انعدام تمييز القاصر يرجع إلى سبب عارض خارج عن إرادته كالخمر والمخدرات بالإكراه عليها أو تناولها بقصد العلاج.

الثاني: وهو قيام مسؤولية غير المميز على سبيل الاستثناء وخروجاً عن القواعد العامة ووفق شروط قانونية بعدم وجود شخص آخر مسؤول عن عدم التمييز، أو تعذر على المضرور الحصول على التعويض من هذا المسؤول لأعساره مثلاً فيجوز للقاضي أن يحكم على عدم التمييز بتعويض عادل مراعيًا مركز المضرور وعدم التمييز.²

كما أن النص القانوني المادة 164 بكامله يثير بعض التساؤلات والانتقادات وحتى الغموض في عباراته:

- فماذا يقصد المشرع المصري بعبارة العمل غير المشروع.

¹ مجلة الحقوق الكويتية: ص 80 فقرة 36 و ما بعدهما، و انظر الدكتور محمود جلال حمزة: العمل غير المشروع باعتباره مصدراً للالتزام ص

85 فقرة 86 و ما بعدهما، و انظر بالتفصيل الدكتور: محمد شريف عبد الرحمان: المرجع السابق ص 4 و ما بعدها

² مجلة الحقوق الكويتية، ص 84 فقرة 38 و ما بعدها

- فلا يقال أن الشارع قصد بذلك التعبير المسؤولية ذاتها فتلك لا تخرج إلى دنيا القانون في رأي أنصار النظرية الخطيئة إلا بخطأ يقترب به ضرر ينتسب إليه بوقائع سبب يطلق عليها اصطلاحاً تعبير علاقة السببية.

- كما لا يقال أن المشرع المصري قصد بهذا التغيير ركن الخطأ في المسؤولية فذلك الركن لا يكفي لوحدة لترتيب المسؤولية بل إن الغاية من المسؤولية هي جبر ضرر المضرور، فالضرر سبب وأن انتفى انتفت المسؤولية، فضلاً عن أن الخطأ يتأسس على عنصرين مادي ومعنوي، وعدم التمييز يفتقد للعنصر المعنوي ثم نصت المادة 2/164 ق م م على المسؤولية الاستثنائية للقاصر غير المميز بقولها.

« 2- ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسؤول عنه، أو تعذر الحصول على تعويض من المسؤول، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل، مراعيًا في ذلك مركز الخصوم».

ولعل بهذا النص يكون المشرع المصري قد هجر مبدأ عدم مسؤولية عدم التمييز المطلقة، وانظم إلى القوانين التي اعتنقت مبدأ مسؤوليتهم ولكن بمسؤولية مخففة ((التعويض العادل))، كما أن هذا النص لم يحدد فيه المشرع نطاق الأشخاص عديموا التمييز هل يقتصر على صغار السن أم يمتد إلى غيرهم كالمختلين عقلياً مثلاً، ولكن الفقه يعمم تطبيق نص المادة 2/164 على جميع عديمي التمييز سواء كان انعدام التمييز لصغر السن أو للمريض العقلي.¹

وقد أعقب المشرع المصري هذه النصوص بنص قانوني خاص بالمسؤولية عن عمل الغير، وتحديد وربط المسؤولية لكل من يتولى رقابة الابن القاصر، كالأباء والأمهات، والمعلمين في المدرسة، وأرباب الحرف، ما دام القاصر تحت إشراف أحدهم، حيث نصت المادة 173 ق.م.م بثلاث فقرات بقولها:

1- كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة، بسبب قصره، أو بسبب حالته العقلية أو الجسدية يكون ملزماً بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع، ويترتب هذا الإلتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز.

2- ويعتبر القاصر في حاجة إلى الرقابة إذا لم يبلغ خمسة عشرة سنة، أو بلغها وكان في كنف القائم على تربيته، وتنتقل الرقابة على القاصر إلى معلمه في المدرسة أو المشرف على الحرفة، ما دام القاصر تحت إشراف المعلم أو المشرف، وتنتقل الرقابة على الزوجة القاصر إلى زوجها أو إلى من يتولى الرقابة على الزوج.

¹ الدكتور: سليمان مرقس: في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، ص 250 فقرة 95 و ما بعدهما

3- ويستطيع المكلف بالرقابة أن يخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة، أو أثبت أن الضرر كان ولابد واقعا ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية.»

يبدو واضحا من كل هذه النصوص القانونية أننا سوف نتناول مسألة مدى مسؤولية عدم التمييز التقصيرية في القانون المصري في ثلاثة اتجاهات مرتبطة ((ثلاث جوانب)).

الجانب الأول: القاعدة العامة: عدم مسؤولية عدمي التمييز.

الجانب الثاني: مسؤولية عدم التمييز على سبيل الاستثناء، في ضوء كل من:

- شروط مسؤوليته وخصائصها ((حدودها التعويض العادل)).

- نطاق مسؤولية عدم التمييز التقصيرية في كل من:

§ عن فعله الشخصي.

§ باعتباره متبوعا.

§ باعتباره حارسا.

- تم أساس مسؤولية القاصر غير المميز الاستثنائية.

الجانب الثالث: علاقة هذه الحكام:

- «القاعدة العامة والاستثناء.

- بمسؤولية متولى رقابته».

ويبقى أن يقال أن الشارع المصري في هذا النص ((الفقرة الأولى)) أراد أن يؤكد نظرتة إلى الفعل من حيث كونه محضورا لذاته لا بالنظر إلى نتائجه، ويصبح مع ذلك هذا النص تزايدا لا مبرر له إذ أن النظر إلى الفعل على تلك الصورة يستلزم أن يكون فاعله على الأقل مميزا، وإن كانت تلك النظرة تؤدي في واقع الأمر إلى تعارض بين النصوص ((نصوص المسؤولية عن الفعل الشخصي، ونصوص المسؤولية عن فعل الغير وحتى عن فعل الشيء غير الحي)):

1. إذ بينما لا يصبح عدم التمييز مسؤولا عن أفعاله الضارة على وجه العموم بنص المادة 1/164،

ويصبح مسؤولا عن عم في خدمته مسؤولية المتبوع عن التابع.

2. ولا ينفي انعدام التمييز تلك المساءلة ولا يعني أن يقال أن الخطأ في الحالة الأخيرة مفروض فرضاً لا يقبل إثبات العكس إذ معنى ذلك بالضرورة أن عدم التمييز لا يمكن أن يسأل بنص القانون عن أعماله الضارة لعدم إمكان نسبة الخطأ إليه، وهو مسؤول في نفس الوقت عن أفعال تابعه وعن الأشياء التي في حراسته برغم وجود خطأ مفروض في جانبه، فرضاً لا يقبل إثبات عكسه.

ويعرف النظر عما في ذلك القول الأخير من تناقض إذ يكون عدم التمييز مخطئاً وهو غير مخطئ، فإن ذلك أيضاً معناه تناقض في نظرة القانون إلى الفعل فهو تارة ينظر إليه باعتباره محظوراً لذاته المادة 1/164 وتارة ينظر إليه باعتبار نتائجه المادة 174.

ولا يختلف الأمر بتأسيس المسؤولية على فكرة الضمان أو الحلول أو النيابة أو تحمل التبعة فكلها في الواقع حلول تؤدي إلى أن عدم التمييز مسؤول بنص المادة 174 وهو في الحقيقة في نظر القانون بصريح نص المادة 164 غير مسؤول.

3. كما أن الصعوبة تكون أكثر وضوحاً في علاقة القاصر غير المميز بمسؤولية المكلف برقابته، فإذا تصورنا أن الضرر كان سببه عدم التمييز وكان هناك مسؤولاً عنه فطوبى هذا الأخير بتعويض الضرر على أساس أن مسؤوليته أصلية قوامها خطأ مفترض في جانبه ولكن تعذر الحصول على تعويض منه، وهنا تظهر المسؤولية المادية لعدم التمييز وفقاً لنص المادة 2/164 مما يعني أنه في واقعة واحدة كان عدم التمييز غير مسؤول ومسؤول.

والأقرب من كل ذلك أن يقال:

إن الذي يتحمل به عدم التمييز جبراً لضرر قد وقع منه أساسه ذلك الضرر نفسه يصبح منطقياً و متمشياً مع نص القانون ولاسيما المادة 164 ق.م.م أن يقال أن الشارع إذ اشترط التمييز لتحقيق المسؤولية في الفقرة الأولى، وإذ لا يمكن أن تتوافر مسؤولية عدم التمييز عن أفعاله الضارة، وهذا يجافي العدالة ألا يؤخذ في الاعتبار جانب المضرور الذي أوقع الضرر به عدم التمييز ليس هناك من هو مسؤول عنه أو وجد المسؤول وتعذر الحصول على تعويض منه، فإن الشارع في الفقرة 2 نظر إلى فعل عدم التمييز من حيث نتائجه لا من حيث كونه محظوراً لذاته، لتعذر أن ينظر إلى عدم مشروعية الفعل من زاوية عدم التمييز، وأجاز لكل ذلك أن يلزم القاضي عدم التمييز بالتعويض العادل أو المناسب والذي يراعى مركز الخصوم.¹

كل هذه الأحكام سوف أتناولها من خلال نصوص التشريع المدني، وفي ضوء التطور الفقهي والقضائي من مسألة مدى مسؤولية عدم التمييز التقصيرية.

¹ الدكتور: عبد السمیع عبد الوهاب أبو الخير: المرجع السابق ص 213 فقرة 50 و انظر: الدكتور: محمود جلال حمزة، العمل غير المشروع ص 87 فقرة 88 و ما بعدهما

أولا/ القاعدة العامة: عدم مسؤولية عديم التمييز المادة 1/164 ق م م

تقضي القاعدة العامة بضرورة توفر التمييز لدى مرتكب الفعل الضار - العمل غير المشروع - حتى يمكن مساءلته وإلزامه بدفع التعويض للمضرور، ذلك لأن المسؤولية وعدم التمييز لا يجتمعان، فالمسؤولية تقتضي التمييز، ووجه اقتضائه أن المسؤولية تقتضي الخطأ، والخطأ وفقا للنظرية التقليدية ((الخطيئة)) يعني فقط القدرة على تبين معنى الإنحراف في التخلف عن القيام بالواجب، أما وجه لزومه فيظهر في عدم إمكان مساءلة غير المميز عن أفعاله الضارة لتخلف الركن المعنوي في الخطأ الذي يتمثل في الإدراك ((التمييز)).

على أنه قبل سرد الأحكام القانونية المتعلقة بهذه القاعدة والتي تربط قيام المسؤولية بتوفر التمييز لدى الفاعل، يجب أن أبادي الملاحظات الآتية حول مصطلح استعماله المشروع المصري وهو ((العمل غير المشروع)).

- إن اختيار المشرع لهذا المصطلح ((بقابله في باقي التشريعات الفعل الضار، أو الخطأ، أو العمل المستحق للتعويض)) يشو به الغموض والإبهام حول مقصد المشرع المصري من هذا الاختيار.
 - هل قصد به المسؤولية ذاتها، وهذه تتطلب لقيامها عناصر ثلاثة الخطأ والضرر والعلاقة لسببه.
 - أم قصد به الخطأ بذاته كعنصر في المسؤولية التقصيرية وهذا العنصر غير كافي، فيجب تحقق باقي العناصر، من ضرر وعلاقة سببية.
 - إذا سلمنا أن المشرع قصد به الخطأ، فيجب أن يتحقق فيه عنصران المادي ((التعدي)) والمعنوي وهو الإسناد أو التمييز أو الإدراك
 - على أن القصد من هذا التعبير حسب الإجماع الفقهي هو نظرة المشرع للفعل غير المشروع على أنه محذور لذاته لا بالنظر إلى نتائجه.
 - وهذه النظرة بذاتها يستلزم التمييز لدى الفاعل إلى جانب التعدي، كما ان ذلك يؤدي إلى وجود تعارض صريح بين نصوص المشرع المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية:
- فالفاعل يكون غير مسؤول عن الضرر الذي سببه للغير ((بفعله الشخص 1/164 ق.م.م، لكنه مسؤول عن الضرر الذي يسببه تابعه باعتباره متبوعا، وعن الضرر الذي يحدث بفعل الشيء وذلك باعتباره حارسا لهذا الشيء، ومسؤوليته في الحالتين تقوم على الخطأ المفترض والذي لا يقبل إثبات العكس.

فتارة نحكم على القاصر عدم التمييز بأنه مخطئ وهو غير مخطئ، وتارة أخرى نحكم أن الفعل محظور لذاته المادة 1/164 وأخرى أنه محظور بنتائجه المادة 174.¹

أما من حيث ما تقضى به القاعدة العامة المنصوص عنها في الفقرة الأولى من المادة 164 فيمكن سردها كما يلي:

- أن تخلف التمييز لأي سبب كصغر السن والجنون والعتة، يكون نتيجته عدم قيام مسؤولية تقصيرية، لأن الشخص الذي لا يدرك ما يصدر عنه من عمل - كما يقول السنهوري - لا تجوز مساءلته لا أدبيا ولا جنائيا ولا مدنيا، مادامت المسؤولية تقوم على الخطأ، وترتبط الخطأ بالتمييز، فتشيع في المسؤولية عاملا أدبيا لا يجوز الاستغناء عنه، إذ هو عنصر ذاتي يخفف من حدة العنصر الموضوعي الذي يهيمن على مقياس الشخص المجرد.²
- أن العبرة بتوافر التمييز أو عدم توافر تكون لحظة ارتكاب الفعل الضار.
- كذلك أنه لا أهمية لتسجيل قرار الحجر على المجنون أو المعتوه، لأن أهميته لا تظهر إلا بالنسبة للتصرفات القانونية.
- كذلك يكفي أن يكون انعدام التمييز عارضا وقت ارتكاب الفعل الضار، ولا يشترط فيه أن يكون مستمرا.
- إن انعدام التمييز والذي يؤدي لإنتفاء المسؤولية يكون ذلك لأي سبب من أسباب الانعدام كتناول مسكر أو تعاطي مخدرا، أو الوقوع تحت تأثير تنويم مغناطيسي، أو الإصابة بالصرع، أو المرض باليقظة النومية، إلى جانب صغر السن والإصابة بمرض عقلي آخر الجنون والعتة.
- ولكن يجب أن يكون انعدام التمييز السابق بغير إرادة الفاعل، وإلا لن تنتفي مسؤوليته عما ترتكبه من أفعال ضارة.
- وأخيرا أن مسألة انعدام التمييز تخضع للإثبات من قبل المدعى بذلك وهو عدم التمييز، بأن يثبت أنه كان وقت ارتكابه للفعل الضار منعدم التمييز تماما.³

¹ الدكتور محمد نصر الدين محمد: أساس التعويض في الشريعة الإسلامية والقوانين المصري والعراقي، رسالة دكتوراه 1983، ص 319/318 و384، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر.

² الدكتور أحمد عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ج 1 ط 1952، ص 905 فقرة 540.

³ مجلة الحقوق الكويتية، ص 85/84 فقرة 38.

والنتيجة المستخلصة من القاعدة العامة السابقة، أن المسؤولية والتمييز يجتمعان ويرتبطان لا يمكن الفصل بينهما، لأن شرط ومناط والحكم بالتعويض لا يتحقق إلا إذا كان مرتكب الفعل الضار متمتعاً بالتمييز والإدراك.

ثانياً/ مسؤولية عدم التمييز التقصيرية الاستثنائية

لقد تأثر المشرع في تنظيمه لمسؤولية عدم التمييز الاستثنائية بالاتجاهات التشريعية الحديثة التي أصبحت تنص صراحة على مسؤولية عدم التمييز ولكن على درجات مختلفة، فقرر المشرع المصري بدوره الأخذ بمسؤولية عدم التمييز على سبيل الاستثناء في محاولة لتحقيق العدالة، وهذا في نص الفقرة الثانية من المادة 164 ق.م.م.

وهذه المسؤولية الشخصية لعدم التمييز هي استثنائية، ومشروطة، وذات خصائص مميزة، وهي أيضاً مؤسسة على أسس أختلف الفقه في سردها. وتشمل حدوداً أو نطاقات ثلاثة: المسؤولية عن الفعل الشخصي، والمسؤولية عن فعل الغير -باعتباره متبوعاً- والمسؤولية عن فعل الشيء -باعتباره حارساً.

كل هذه المحاور أتناولها تباعاً في النقاط الآتية:

1- شروط المسؤولية المدنية الشخصية لعدم التمييز:

إن المسؤولية المدنية لعدم التمييز -وخروجاً على الأصل العام- وفقاً للمادة 2/164 ق.م.م هي مسؤولية مشروطة، أي لا يلجأ إليها إلا إذا توفرت شروط معينة -قانونية- وهذه الشروط منها ما قضي به النص القانوني نفسه.¹

"إذا لم يكن هناك مسؤول عنه أو تعذر الحصول على تعويض من المسؤول" ومنها ما هو لازم بداهة، وهذا الأخير يظهر في ألا يكون انعدام التمييز راجعاً إلى فعل الشخص ذاته كتناوله المسكر أو مخدر مثلاً.

أ. الشروط القانونية لمسؤولية عدم التمييز:

حدد المشرع المصري هذه الشروط صراحة في نص المادة 2/164 ((... ولم يكن هناك مسؤول عنه، أو تعذر الحصول على التعويض من المسؤول))، فيجوز حينئذ للقاضي أن يحكم على عدم التمييز بتعويض عادل، ويعد ذلك نتيجة طبيعية وقانونية للفعل الضار والمسؤول عنه.

¹ مجلة الحقوق الكويتية، ص 86 فقرة 38 و ما بعدها

أ 1/ الشرط الأول: عدم وجود مسؤول عن عديم التمييز:

هذا شرط قانوني نادر تحققه ومهما كان سبب انعدام التمييز - إما لصغر السن أو للمرض العقلي - لأن المشرع المصري فرض التزاما على الغير برقابة هؤلاء الذين هم في حاجة إلى الرقابة، "الولي والوصي والقيم"، وهذا يعني وجود مسؤول على من هم في حاجة إلى الرقابة، وإذا أحدث أحد هؤلاء ضررا بالغير، فإن ذلك يعني أيضا أن مسؤولية المكلف بالرقابة قد تحققت فعلا، لأنه لا تتحقق مسؤولية المكلف بالرقابة المادة 173/1 ق.م.م إلا إذا قام التزام بالرقابة ومصدر هذا الالتزام إما أن يكون القانون أو الاتفاق كما يقول النص نفسه، و مثال الالتزام القانوني الأب يتولى رقابة ابنه، ومثال الالتزام الاتفاقي مدير مستشفى الأمراض العقلية يتولى رقابة مرضاه، فلا يكفي إذن أن يتولى شخص بالفعل رقابة شخص آخر حتى يكون مسؤول عنه، بل يجب أن يكون هناك التزام قانوني أو اتفاقي يتولى هذه الرقابة، وقيام هذا الالتزام هو الذي ترتب عليه مسؤولية متولى الرقابة.¹

وعلة هذا الالتزام كما جاء في النص، حاجة الشخص الموضوع في رقابة غيره إلى

هذه الرقابة:

أما بسبب قصر، وأما بسبب حالته العقلية، وأما بسبب حالته الجسمية، فالقاصر في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره، والمجنون والمعتوه وذو الغفلة في حاجة إلى الرقابة بسبب حالتهم العقلية والأعمى والمقعّد والمشلول في حاجة إلى الرقابة بسبب حالتهم الجسمية، ومن هؤلاء من يتولى القانون إقامة رقيب عليهم، كالقاصر والمجنون والمعتوه وذو الغفلة يضعهم القانون في رقابة الآباء أو أولياء النفس، ومنهم من تقوم عليه الرقابة بالاتفاق مع متولى الرقابة كمدير المستشفى والممرض يتفق معهما على تولى رقابة المرضى.²

على أن المشرع المصري والذي ألزم متولى الرقابة بتعويض المضرور بحيث جعلها مسؤولية أصلية قوامها الخطأ المفترض للرقيب، اما لعدم القيام بواجب الرقابة، أو حتى التقصير في أدائها، فإنه نص أيضا على مسؤولية احتياطية للشخص عديم التمييز نفسه، إذا تحققت فيها الشروط القانونية المنصوص عنها في الفقرة الثانية من المادة 164 ق.م.م- لم يكن هناك من هو مسؤول عن عديم التمييز، أو تعذر الحصول على تعويض من المسؤول- فيجوز حينئذ

¹ الدكتور: سليمان مرقس: في الفعل الضار والمسؤولية المدنية ص 251 فقرة 96 و ما بعدهما

² الأستاذ عبد المعين لطفى جمعة: موسوعة القضاء في المسؤولية المدنية التصديرية والعقدية، ط 1979، ج 3، ص 8 في 1301 الناشر، الكتب، القاهرة، مصر.

للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر -عدم التمييز- بتعويض عادل مراعيًا في ذلك مركز الخصوم.

على أن مساءلة عدم التمييز عن الضرر مشروطة بعدم حصول الضرر على التعويض من الغير، لأنه إذا أمكن جبر الضرر بأية وسيلة من الوسائل القانونية -كشركة تأمين مؤمن لديها عن الأضرار، أو من متولى الرقابة- فيقف الأمر عند هذا الحد ولا حاجة للبحث عن مسؤولية عديمي التمييز شخصيا لعدم الحاجة إليها.

وقد قضت محكمة الاستئناف المصرية بأنه:

((يبقى الأب مسؤولاً مدنياً عن الأضرار التي تحصل من ابنه إلى حين بلوغه سن الرشد، ولا يشترط لتحقيق هذه المسؤولية إلا إقامة القاصر مع أبيه، لأن الخطأ مفروض فيها إلا إذا أثبت الأب أن الابن كان بعيداً عنه وأنه ما كان في استطاعته أن يمنعه عن ارتكاب فعلته، وعبء الإثبات يقع عليه هو دون المحني عليه)).¹

أ 2/ الشرط الثاني: تعذر الحصول على التعويض من المسؤول:

يتحقق هذا الشرط "تعذر الضرور في الحصول على التعويض من المسؤول" في الغالب في حالتين الأولى بتحقيق عدم مسؤولية متولى الرقابة، والثانية باستحالة الحصول على التعويض من متولى الرقابة -ويجمع بينهما أن عدم التمييز كان وقت ارتكابه للضرر خاضعاً إلى رقابة الغير.

- فمن حيث عدم تحقق مسؤولية متولى الرقابة:

تقوم مسؤولية متولى الرقابة عن ضرر عديم التمييز على أساس الخطأ المفترض في جانب الرقيب سواء تمثل هذا الخطأ في عدم القيام بواجب الرقابة، أو تمثل في إساءة تربية الخاضع للرقابة.

¹ محكمة استئناف مصر 1913/12/31، المحاماة لسنة 12 رقم 494 ص99 والجريدة القضائية العدد 145، ص14.

إلا أن المشرع نفسه كما أقام قرينة الخطأ، منح للرقيب الإمكانية لدفع مسؤوليته المفترضة عن طريق إثباته ((أنه قام بواجب الرقابة أو أثبت أن الضرر كان لا بد واقعا ولو قام بهذا الواجب مما ينبغي من العناية)) المادة 3/173 ق.م.م.¹

وعلى ذلك وكما هو مجمع عليه فقهاء وقضاء، فإن متولى الرقابة يستطيع دفع مسؤوليته بإحدى وسيلتين:

الأولى: بنفي الخطأ المفترض في جانبه بإثباته أنه قام بواجب الرقابة على الوجه الأكمل، وأنه أيضا قام بواجب التربية والرعاية، ويؤدي ذلك إلى انتفاء مسؤوليته.

الثانية: نفى علاقة السببية بين الخطأ المفترض في جانبه والضرر الذي لحق المضرور، بأن يثبت أن هذا الضرر قد وقع دون أن يكون لوقوعه أية علاقة بالخطأ المفترض في جانبه، بل هو بسبب أجنبي غير متوقع كحادث فجائي أو قوة قاهرة، ومن شأن هذا الإثبات أن يقطع الصلة بين التقصير المفترض في جانب متولى الرقابة، والضرر الذي أصاب المضرور، بأن هذا الضرر كان لا بد أن يقع حتى مع اتخاذ متولى الرقابة كل الاحتياطات المعقولة لمنعه.

على أن قطع علاقة السببية بين الخطأ المفترض في جانب الرقيب والضرر الحاصل مرهون أيضا بعدم حصول خطأ من متولى الرقابة سابق للضرر الذي حصل والذي لولاه لما حصل الضرر، كسوء تربية الابن القاصر عدم التمييز، والتغاضي عن هفواته وإظهار اللين معه.²

وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية في القضية التي تلخص وقائعها في:

((إن معلما بإحدى المدارس كان قد كلف تلميذا عمره يقل عن سبع سنوات، بمراقبة التلاميذ وكتابة اسم من يحدث ضجة منهم، فلما كتب اسم أحد التلاميذ تغيب هذا منه وقذفه بسن ريشة أفقدت عينه اليمنى الإبصار، فقررت المحكمة مسؤولية المعلم ولا يجديده دفع

المسؤولية أن يتمسك بأن الحادث كان مفاجئا لأن هناك خطأ في جانبه سابق على وقوع الحادث حين عهد للطفل الصغير بمراقبة أقرانه.³

¹ الدكتور: أيمن إبراهيم العثماني: المرجع السابق ص 314 و ما بعدها

² الدكتور: محمود جلال حمزة: العمل غير المشروع باعتبار مصدر الالتزام ص 172 فقرة 186 و ما بعدهما

³ نقض 1946/10/31 مجموعة عمر 5 رقم 105، ص 234، مجلة التشريع والقضاء سنة 1949، قسم القضاء، حكم رقم 116، ص 157، أخذ عن الدكتور جلال محمد إبراهيم: المسؤولية المدنية لعديمي التمييز، ص 554/553 ف 395 ها 7.

وفي ذات الاتجاه قضت محكمة استئناف القاهرة بأنه:

((متى أثبتت التحقيقات أن الحادث -تلميذ فقاً عين زميل له- حصل في فترة الاستراحة، وقد سبقت مشادة بين المعتدي والمجني عليه استغرقت بعض الوقت، ولم يكن في الفصل رقيب ولو وجد ذلك الرقيب لما وقع الحادث وعدم وجوده يعد نقصاً في المراقبة تترتب عليه مسؤولية مدير المدرسة)).¹

- ومن حيث استحالة الحصول على تعويض من متولى الرقابة:

إذا كانت فرضية عدم وجود مسؤول على عديم التمييز، وهو شرط من شروط مساءلته، نادر حصوله واقعياً، لأن عديم التمييز يكون دائماً تحت الرقابة القانونية أو الاتفاقية من الغير لحاجة هؤلاء للرقابة، فإن ما يقع غالباً ويجب أعمال نص القانون في ذلك أن يوجد مسؤول عن الغير -عديم التمييز- ولكن يتعذر الحصول على تعويض منه، أما لدفعه افتراض مسؤولية بإثبات قيامه بجميع التزاماته القانونية والاتفاقية في الرقابة والرعاية والتربية، أو حتى لإثباته السبب الأجنبي للضرر الحاصل والذي يؤدي إلى قطع العلاقة السببية بين خطأ المفترض والضرر الحاصل، وقد يكون التعذر لسبب آخر كإعسار متولى الرقابة مثلاً: مما يتبين بوضوح أن التعذر ينصب على جواز الرجوع قانوناً على متولى الرقابة، وعلى إمكان الحصول على التعويض فعلاً.

وعلى ذلك فإن المشرع المصري حماية للمضروب في التعويض ورعاية لمصلحته قرر في نص المادة 2/164 مسؤولية محدث الضرر عديم التمييز وهي مسؤولية استثنائية أو احتياطية للمسؤولية القانونية الأصلية للمكلف بالرقابة.

على أن هذه الإحالة التشريعية لمساءلة عديم التمييز -عند عدم وجود مسؤول أو لتعذر الحصول على التعويض من المسؤول- ورغم أن حماية المضروب كانت الدافع لتقرير مسؤولية محدث الضرر عديم التمييز، هو اتجاه معيب ومنتقد في آن واحد، لأنه من جهة قد تقول أن مسؤولية غير المميز لا تتحقق بمجرد تحقق مسؤولية المكلف بالرقابة وحصول المضروب على التعويض، ولكن للمسؤول في هاته الحالة الرجوع على عديم التمييز بما دفعه من تعويض، لأن مسؤولية متولى الرقابة وكما يرى أغلب فقهاء القانون هي مسؤولية عن الفعل الشخصي، والفعل الشخصي لا يكون إلا الخطأ الشخصي التقصيري الذي ارتكبه لمكلف

¹ محكمة استئناف القاهرة: الدائرة الثالثة المدنية 1958/05/13، استئناف رقم 1026 سنة 71 ق، أخذ عن الأستاذ عبد المغني لطفي جمعة، موسوعة القضاء في المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، ص 13 ف 134.

بالرقابة -التقصير في الرقابة أو الإساءة في التربية- والذي يمكن عديم التمييز من الأضرار بالغير، وعند الوفاء بالتعويض لا تكون الحاجة إلى البحث في مسؤولية عديم التمييز لأن شروط تحققها لم توجد، كما قد يقال أن انعدام التمييز يؤدي على عدم تحقق الركن المعنوي في الخطأ، ومن تم لا وجود لمسؤولية شخصية لعديم التمييز.

وعلى ذلك ووفقاً للنصوص السابقة، وكما يرى بعض الفقهاء أن الشخص غير المميز يمكن أن يكون مسؤولاً وغير مسؤول في آن واحد دون تغير الظروف ودون اختلاف الحالة الخاصة بالشخص ذاته، وذلك كله لاختلاف الفقهاء في تأسيس مسؤولية عديم التمييز، وأن القول بأن الخطأ المادي أو الموضوعي هو أساس مسؤولية.

بل أن الصعوبة تزداد والانتقاد الفقهي لنصوص المشرع يثور إذا علمنا أن عديم التمييز قد يصبح مسؤولاً ومخطئاً خطأ لا يقبل إثبات العكس، وذلك إذا كان عديم التمييز مسؤولاً عن عمل الغير أو عن شيء في حراسته.

مما يعني أن عديم التمييز لا يمكن أن يكون مسؤولاً لعدم إمكان نسبة الخطأ إليه، ويمكن أن يكون مسؤولاً مسؤولية مادية -إذا لم يكن هناك مسؤول عن عديم التمييز الذي وقع منه الضرر، أو كان هناك مسؤول عنه وتعذر الحصول على تعويض منه- ويمكن أن يكون مسؤولاً ومخطئاً خطأ لا يقبل إثبات العكس -إذا كان عديم التمييز متبوعاً أو كان شيء في حراسته-¹.

ب. أن لا يكون سبب انعدام التمييز راجعاً إلى خطأ الشخص ذاته "و هو شرط بديهي":

وهو شرط بديهي بأن لا يكون انعدام التمييز راجعاً إلى فعل الشخص ذاته، وقد تساهلت المحاكم كثيراً في رد حالة الجنون بعد ثبوتها إلى الخطأ من المدعى عليه قبل جنونه وأدى به إلى هذا الجنون، بحيث يجعله مسؤولاً عن كل ما وقع منه من أفعال أثناء فقدته التمييز² كان يكون المدعى عليه اعتاد الإفراط في الفجور أو في شرب الخمر أو تعاطي المواد المخدرة، فتساهل المحاكم في اعتبار هذا الإفراط منه خطأ وفي اعتبار علاقة السببية بين هذا الخطأ والجنون الذي أصابه متوافرة، ولو مضت بين وقوع ذلك الخطأ وحدوث الجنون مدة طويلة، مع أن المحاكم تشدد عادة في التثبت من علاقة السببية ولا تقضي بالمسؤولية إلا إذا

¹ الدكتور محمد نصر الدين محمد: أساس التعويض في الشريعة الإسلامية والقانونين المصري والعراقي، ص324/323 ف 392.

² نقض مدني فرنسي 1947/04/28 سيري 1947، ص329، وتعليق لالو.

كان الضرر نتيجة مباشرة للخطأ¹. وتأكيدا لهذا الشرط البديهي قضت المحكمة لبيج Liège في بلجيكا بقولها:

((إنه إذا كان ارتكاب المدعى عليه جريمة القتل في وقت كان فيه معدوم التمييز من شأنه أن تنفى عنه مسؤوليته المدنية، فإن الحكم يختلف فيما لو كان القتل قد ارتكب بسلاح محرم إذا كان المدعى عليه قد اقتنى هذا السلاح في فترة من فترات الإفاقة.))²

2- خصائص مسؤولية عديم تمييز التقصيرية:

بعد أن قرر المشرع المصري في نص المادة 2/164 ق.م.م مسؤولية غير المميز عن الضرر الذي يسببه للغير، خص مسؤوليته هذه بأنها جوازية للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل، مراعيًا في ذلك مركز الخصوم المضرور ومحدث الضرر الشخص غير المميز.

إذن فإن مسؤولية غير المميز والتي تقوم بعيدا عن الخطأ -لانعدام تمييزه- تختص بأنها مسؤولية احتياطية وجوازية، واستثنائية وهي أخيرا مخففة أو محدودة.

- أ. فمن حيث أنها مسؤولية احتياطية: فهي لا تقام إلا عندما يتعذر على المضرور الحصول على تعويض من المتسول أما لتعذر إثبات شروط مسؤولية الرقيب، أو بسبب اعساره.
- ب. ومن حيث أنها مسؤولية جوازية: فلا يقررها القاضي إلا إذا كان مركز الخصوم المالي يسمح بذلك، إذ يجوز للقاضي ألا يأخذ بها إذا كان عديم التمييز مقتدر، وكان المضرور وواسع الثراء.
- ج. ومن حيث أنها مسؤولية استثنائية: وذلك خروجًا عن الأصل العام وهو قيام مسؤولية متولى الرقابة، وأنها تقررت أيضا خروجًا عن الأصل العام أيضا الوارد في نص المادة 1/164 ق.م.م الذي يشترط قيام المسؤولية بالتمييز، ذلك لأن المسؤولية والتمييز هما مصطلحان مرتبطان أصلا لا وجود لأحدهما دون الآخر و لكن في نطاق الأفعال الضارة.
- د. ومن حيث أنها مسؤولية محدودة أو مخففة: ذلك لأن المشرع وضع للتعويض الذي سيحكم به حدودا خاصة تخرج به إلى حد ما عن القواعد العامة لتقدير التعويض، بقوله ((جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل، مراعيًا في ذلك مركز الخصوم)).

ومن ثم فإن القاضي يتمتع بسلطة تقديرية في أن يحكم أولا يحكم على عديم التمييز بالتعويض، وفي حالة تقريره الحكم عليه بالتعويض، له أن يحكم عليه بالمبلغ الذي يراه مناسبًا ((بمعنى له

¹ الدكتور سليمان مرفس: الالتزامات في العطل الضار والمسؤولية المدنية، ص249/248 ف 94، وأنظر أيضا مجلة الحقوق الكويتية الدكتور أبو زيد عبد الباقي مصطفى، ص85 ف 38.

² لبيج 10 يناير 1835 موسوعة اللوز تحت عبارة Chose jugée نبذة 548.

سلطة الحكم بالتعويض من حيث المبدأ ومن حيث المدى)) وذلك حتى بالخروج عن القواعد العامة في التعويض والتي تقرر أن التعويض يشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، ومن ثم فإن القاضي يراعى في تقدير التعويض بعض الظروف كمركز الخصوم المضرور وعدم التمييز من الناحية المالية، وجسامة الخطأ المرتكب، ومدى الضرر الحاصل، ولذلك فالتعويض العادل أريد به أن يكون أقل من التعويض العادي وأن تراعى فيه اعتبارات قد لا تراعى من التعويض العادي.¹

3- أساس مسؤولية عدم التمييز التقصيرية الاستثنائية:

لعل الخلاف الفقهي الذي ثار حول مسؤولية عدم التمييز التقصيرية الاستثنائية في الفقه الفرنسي، ثار أيضا في الفقه المصري، فمن قائل أن أساس مسؤوليته هو فكرة تحمل التبعة إذا الغرم بالغرم إلى قائل بفكرة التضامن الاجتماعي وآخرون يؤسسونها على فكرة الضمان، بينما البعض الآخر يرى أمام تخلف إركان المسؤولية فإن النص يمثل التزاما قانونيا على كاهل عدم التمييز، وآخرون يعتبرون أن الأخذ بفكرة الخطأ بمعياره الموضوعي هو الأساس المناسب لهذه المسؤولية متى وضعنا في الاعتبار الاتجاه الحديث الذي أصبح يعتد بمجرد وقوع الضرر لتقرير المسؤولية حماية للمضرور ودون أن يعبا كثيرا بمدى إدراك مرتكبه.

وإذا كان الإجماع الفقهي المصري يعتقد على أن أساس مسؤولية عدم التمييز التقصيرية الاستثنائية المنصوص عليها في الفقرة 2 من المادة 164 ق.م.م هو فكرة تحمل التبعة أو التضامن الاجتماعي، فغير المميز يتحمل تبعد أفعاله الضارة ولكن في حدود معينة ((التعويض يعادل)) لأنها مسؤولية مقررة خلافا للأصل العام الذي ينيط قيام أية مسؤولية بعنصر التمييز.²

ولكن من الآراء الحديثة والتي تعد أكثر قبولا في تأسيس مسؤولية عدم التمييز والتي تقترب من منطق الأشياء ونص المشرع المصري نفسه أن يقال أن الذي يتحمل به عدم التمييز جبرا للضرر الذي وقع منه يجد أساسه السليم في فكرة الضرر نفسه، ذلك لأنه خروجا عن القاعدة العامة في نص المادة 1/164 ق.م.م والتي تتطلب في الفاعل التمييز، فإنه في الفقرة الثانية ركز المشرع على فعل عدم التمييز من حيث نتائجه لا من حيث كونه محظورا لذاته لتعذر أن ينظر إلى عدم مشروعية الفعل من زاوية عدم التمييز، ما يؤكد هذا الاتجاه في النص القانوني نفسه أن المشرع وصف فعل الشخص المميز بالعمل غير المشروع، يكون الشخص مسؤولا عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز ((المادة 1/164 ق.م.م، بينما وصف فعل عدم التمييز بمصطلح الضرر لقوله: ((ومع ذلك إذا

¹ الدكتور جلال محمد محمد إبراهيم: المسؤولية المدنية لعديمي التمييز، ص 556 ف 397 وما بعدها، وانظر أيضا الدكتور إبراهيم الدسوقي أبو الليل: المسؤولية المدنية بين التنفيذ والإطلاق ص 81/80 ف 89.

² مجلة الحقوق الكويتية ص 92/91 ف 40، وانظر أيضا الدكتور الدسوقي أبو الليل: المرجع السابق ص 78/77 ف 58 ها 4.

وقوع الضرر من شخص غير مميز ... جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر لتعويض عادل، مراعيًا في ذلك مركز الخصوم) المادة 2/164 ق.م.م.¹

4- نطاق مسؤولية عديم التمييز التقصيرية الاستثنائية:

إذا كان المشرع المصري قد نص صراحة على مسؤولية عديم التمييز في نص المادة 2/164، وعلى سبيل من الاستثناء وبمسؤولية احتياطية و جوازية ومخففة من حيث التعويض، إلا أن ذلك الإقرار والنص القانوني قد وقع ضمن المسؤولية عن الفعل الشخصي والتي قوامها الخطأ، فهل ينطبق هذا النص بشروطه وحدوده على باقي حالات المسؤولية عن العمل غير المشروع (المسؤولية عن الغير، والمسؤولية عن فعل الشيء)) وهل يسأل عديم التمييز بمسؤولية كاملة عن التعويض في هاتين الصورتين، خصوصًا بعد إقرار المشرع المسؤولية التقصيرية لعديمي التمييز عن الفعل الضار غير المشروع؟²

فمن ثم بعد تناول مسؤولية عديم التمييز التقصيرية عن فعله الشخصي، سوف أخصص هذا النطاق لكل من مدى مسؤوليته باعتباره متبوعًا، ثم مدى مسؤوليته باعتباره حارسًا.

أ. مسؤولية عديم التمييز باعتباره متبوعًا:³

يثور التساؤل هنا حول مدى اعتبار عديم التمييز متبوعًا، ومسؤولًا عن ضرر تابعه؟ وإذا افترضنا أنه مسؤول عن التعويض باعتباره يرتبط بعلاقة تبعية بينه كمتبوع وبين الغير التابع الذي يعمل لحسابه، فهل مسؤوليته هي على غرار المسؤولية عن الفعل الشخصي الاستثنائية ذات التعويض العادل كما نص عن ذلك المشرع المصري في نص المادة 2/164 ق.م.م، أم تعتبر مسؤولية كاملة بمقدار الضرر المتحقق؟ ثم إذا سلمنا باعتبار عديم التمييز متبوعًا فهل يمكنه مباشرة سلطة الإشراف والرقابة والتوجيه؟.

لم يوضح المشرع المصري موقفه من كل ذلك في نص المادة 174 بفقرتها اكتفاء منه بتنظيم الأحكام العامة لمسئولة المتبوع عن عمل التابع الضار، حيث نصت المادة السابقة على ذلك بقولها:

¹ الدكتور محمد نصر الدين محمد: أساس التعويض، ص 325/324 ف 396/395.

² مجلة الحقوق الكويتية ص 87 فقرة 39 و ما بعدهما

³ يلاحظ أن عدم التمييز هنا يصلح أكثر حينما يكون الشخص المتبوع بالغًا سن الرشد و لكن يصاب بعدم التمييز بسبب مرض عقلي مثلاً كالجنون أو العته

1- يكون المتبوع مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع، متى كان واقعا منه في حال تأدية وظيفته وسببها.

2- وتقوم رابطة التبعية، ولو لم يكن المتبوع حرا في اختبار تابعه، متى كانت له عليه سلطة في رقابته وفي توجيهه)).

بينما نجد فقهاء القانون سواء في مصر أو في فرنسا اختلفوا في مدى اشتراط التمييز لدى المتبوع لكي يسأل عن فعل تابعه، فبينما يتجه البعض ((Carbonnier)) إلى أنه يشترط التمييز لدى المتبوع لكي يسأل عن فعل تابعه، لأن رابطة التبعية تتضمن دائما عملا قانونيا، إلى جانب السلطة المادية للمتبوع في رقابة وتوجيه تابعه.¹

وباعتبار أن رابطة التبعية قد يكون مصدرها العقد كعقد العمل وهنا يجب أن يكون المتبوع -رب العمل- أهلا لمباشرة التصرفات القانونية باعتباره طرفا في العقد، وإذا قامت رابطة التبعية على مجرد سلطة فعلية، فإن تكليف المتبوع التابع للقيام بعمل لحساب المتبوع، ويكون هذا تعبيرا عن إرادة المتبوع، وهذه الأخيرة تستلزم التمييز لدى المتبوع.

بينما يتجه البعض الآخر إلى عدم اشتراط في المتبوع التمييز، حتى وإن نصب العمل الذي يتولاه المتبوع على عمل قانوني، لأنه يمكن أن يكون عدم التمييز متبوعا، ويتولى عنه نائبه القيام بهذه التصرفات القانونية كالولي أو الوصي أو القيم ولحساب المتبوع، وتلحقه جميع آثار التصرف القانوني، ولا يعتبر نائبه القانوني متبوعا ولا مسؤولا عن فعل التابع ذلك لأن التابع لا يقوم بالعمل المكلف به لحساب النائب، وإنما لحساب عدم التمييز باعتباره الأصيل الذي تنصرف إليه آثار التصرف القانوني.

وحتى رقابة وتوجيه التابع فإنه لا يشترط في المتبوع أن يباشرها بالفعل وبفسه، ولا قدرته على مباشرته لأن هذا الحق يثبت لعدم التمييز باعتباره أصيلا عن نفسه تنصرف إلى ذمته كافة الآثار القانونية للتصرف القانوني، ويقوم النائب عندئذ برقابة وتوجيه التابع نيابة عن الأصيل عدم التمييز، كما أن صدور فعل ضار من التابع والذي يتمتع بقدرة التمييز، فإن مساءلة المتبوع بهذه الصفة لا تتطلب أن يكون مميزا، فهو مسؤول عن فعل ضار صادر من التابع.

وما يؤكد هذا الاتجاه هو في تحديد أساس مسؤولية المتبوع عن فعل التابع، فهو لا يتمثل في الخطأ لأن المتبوع لا يمكن له دفع مسؤوليته بإثبات انتفاء الخطأ من جانبه ولا إثبات انقطاع علاقة

¹ مجلة الحقوق الكويتية ص 88 فقرة 39 و ما بعدها

السببية بين الضرر الحاصل والخطأ المزعوم من جانب المتبوع، وحيث لا يكون الخطأ أساساً لمسؤولية المتبوع فإن عدم التمييز يمكن أن يكون متبوعاً و مسؤولاً عن ضرر تابعه¹، ولأن مسؤوليته ليس مصدرها الاتفاق حتى يشترط التمييز، بل مصدرها القانون سواء كانت ضماناً، أو نيابة أو حلولاً.

وقد جرى القضاء المصري في مجمله مع هذا الاتجاه الثاني بإمكانية مساءلة عدم التمييز عن فعل تابعة الضار وباعتباره متبوعاً مسؤولاً قانوناً، ويستند القضاء في تبرير هذا الموقف إلى أن مسؤولية المتبوع عدم التمييز ليس عن فعله لشخصي - خطأ صدر منه - بل عن خطأ صدر من تابعه أثناء عمله لحسابه ومصالحته، ومن ثم لا يمكن أن تثار مسألة مدى إمكان نسبة خطأ شخصي منه.²

ومما جاء في قرار محكمة النقض المصرية قولها: "إن هذه المسؤولية أن هي إلا مسؤولية مفترضة افتراضاً قانونياً... ولا يجوز للسيد القاصر أن يدفع عن نفسه هذه المسؤولية بسبب قصره وعدم قدرته على مباشرة حقه في رقابة تابعة لأنه من المقرر أن القصر لا تندفع به المسؤولية متى افترضها القانون" و أضافت أنه "لا يرد على ذلك بأن القاصر بسبب عدم تمييزه لصغر سنه لا يتصور رأي خطأ في حقه إذا المسؤولية هنا ليست عن فعل وقع من القاصر فيكون للإدراك والتمييز حساب وإنما هي عن فعل وقع من خادمه أثناء تأدية أعماله في خدمته."³

ب. مسؤولية عدم التمييز باعتباره حارساً للحيوان:

امتد اختلاف الفقهاء حول مدى اعتبار عدم التمييز متبوعاً ومسؤولاً عن فعل تابعه الضار، إلى المسؤولية عن فعل الحيوان، فما أساس هذه المسؤولية، وما مدى اعتبار عدم التمييز مسؤولاً كحارس للحيوان.

ب 1/ فمن حيث أساس مسؤولية حارس الحيوان، فاختلقت آراء الفقهاء في ذلك وتعددت مواقفهم إلى الآراء الآتية:

- فمن قائل أن هذه المسؤولية تتأسس على خطأ مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس.
- ومن قائل أنها تتأسس على خطأ في الحراسة وهو خطأ ثابت، وعلى سببية مفترضة.

¹ الدكتور أحمد شوقي محمد عبد الرحمن: مسؤولية المتبوع باعتباره حارساً، ط1976، ص172/173 و 178/177، الناشر المطبعة العربية الحديثة، القاهرة، مصر.

² مجلة الحقوق الكويتية، السابقة، ص89/88 ف39.

³ نقض مدني 1936/11/12: مجموعة عمر، ج 2، رقم 5 ص8، ملحق القانون والاقتصاد 7-3-26، وأيضاً نقض جنائي 1942/05/25، مجلة المحاماة، 23 رقم 95، ص212، وفي نفس الاتجاه نقض جنائي 53/02/10 المحاماة 34 رقم 410، ص972.

- ومن قائل أيضا أنها تتأسس على المخاطر أو تحمل تبعه السلطة.
 - وقال البعض الآخر أنها تقررها قاعدة موضوعية تقوم على فكرة التضامن الاجتماعي.
- ب/2 أما من حيث مدى اعتبار عدم التمييز حارسا للحيوان ومن ثم مسؤولا عن ضرر الحيوان، فقد انقسم الفقهاء في الإجابة عن ذلك إلى ثلاثة اتجاهات رئيسية:
- فمن ذهب إلى تأسيس المسؤولية عن فعل الحيوان على غير الخطأ فقد ذهب إلى القول أن عدم التمييز يمكن أن يكون حارسا للحيوان ومسؤولا عن ضرره، والحارس لا يسأل هنا عن فعل صدر منه حتى يتطلب التمييز، وإنما يسأل عن فعل حيوان في حراسته، ويكون هناك من يتولى عنه الحراسة.
 - ومن ذهب إلى تأسيس هذه المسؤولية على الخطأ المفترض إلا أن عدم التمييز لا يمكن أن يكون مسؤولا كحارس للحيوان لأن مسؤولية حارس الحيوان قائمة على الخطأ، وعدم التمييز لا يتصور الخطأ في جانبه.
 - وذهب البعض إلى تأسيسها على الخطأ، ولكن مع رفض الرأي السابق لأن التمييز ليس بشرط الا حيث يسأل الشخص عن فعله هو.

ج. مسؤولية عدم التمييز باعتباره حارسا ((للبناء، أو للأشياء))¹:

إذا كان الوضع قد استقر في القضاء الفرنسي على تقرير مسؤولية عدم التمييز باعتباره حارسا للأشياء -الحية منها وغير الحية- منذ صدور حكم ترينشار 1964، وأكدته أكثر المشرع الفرنسي بإصداره للفقرة 2 من المادة 489 -بعد تعديلها- القانون الصادر في 03/يناير/1968 والتي نصت على أن كل من تسبب في إلحاق ضرر بالغير، ولو تحت تأثير اضطراب عقلي ملزما بالتعويض.

ورغم أن النص لم يذكر حالة صغر السن باقتصاره على الجنون فإن الفقه يميل إلى توحيد الحكم في الحالتين باعتبار أن هذا النص يعبر عن الاتجاه التشريعي الجديد والذي يقتصر على العنصر المادي للخطأ حيث يقاس بمعيار مجرد لا يدخل فيه الظروف الخاصة بالحالة العقلية للمدعى عليه.

¹ الدكتور أحمد شوقي محمد عبد الرحمن: مسؤولية المتبوع باعتباره حارسا، ص 177/178 و182، يلاحظ أن المقصود غالبا لحالة عدم التمييز كحارس للبناء أو للأشياء أن يكون الشخص بالغ سن الرشد، و لكن تمييزه منعدم بفعل عارض من العوارض مثل الجنون و العته

- إلا أن الفقه المصري -وعلى خلاف القضاء المصري الذي لم يحدد موقفه من هذه المسألة- منقسم في ذلك إلى أكثر من اتجاه، انطلاقاً من اختلافهم حول أساس مسؤولية حارس البناء، ومن ثم مدى اعتبار عدم التمييز حارساً للشيء غير الحي، ومسؤولاً عن ضرر.
- فبينما اتجه تيار فقهي مصري إلى تأسيس مسؤولية حارس الشيء غير الحي على الخطأ بركنيه المادي والمعنوي، ولذلك فإن عدم التمييز لا يمكن أن يكون حارساً للشيء وغير مسؤول عن ضرره، لأنه يشترط في الحارس المسؤول عن الشيء أن يكون مميزاً.¹
 - فإن اتجاه ثاني يمثل الجمهور يرى أن أساس المسؤولية عن الأشياء هو تحمل التبعة، فالحارس هو الذي يحقق الفائدة المستمدة من الشيء ويتعين أن يتحمل الضرر الناجم عن استخدامه، ويترتب على ذلك أنه لا يشترط في الحارس المسؤول التمييز، فعديم التمييز يمكن أن يكون حارساً إذا ثبت له السيطرة الفعلية على الشيء، بحيث يباشرها بنفسه أو بواسطة نائبه كولي أو وصي أو قيم.²
 - ويتخذ تيار ثالث موقفاً وسطاً بين الاتجاهين السابقين، فهو إن كان لا يسلم بالمسؤولية الكاملة لعديم التمييز كحارس للأشياء تأسيساً على أنه لا يجد هذه المسؤولية تقوم على تحمل التبعية، إلا أنه لا يتجه إلى الأخذ بانتفاء مسؤولية عدم التمييز تماماً، ونفى صفة الحارس عنه، إنما يذهب إلى أن نص المادة 2/164 ق.م.م وإن ورد ضمن أحكام المسؤولية عن الفعل الشخصي، إلا أنها تطبق أيضاً على باقي صور المسؤولية عن فعل الغير وعن الأشياء.
- ولذلك فإن عدم التمييز مسؤول عن ضرر الشيء باعتباره حارساً له، ولكن مسؤوليته عن خطأ شخصي هو الخطأ في الحراسة، إذا تدخل الشيء إيجابياً في أحداث الضرر، ولم يكن هناك من يسأل عن عدم التمييز أو تعذر الحصول على تعويض منه.³
- ونحن نعتقد بإمكانية مساءلة عدم التمييز عن الضرر الذي يحدثه الشيء، وباعتباره حارساً له قياساً على مساءلته عن الفعل الشخصي، ولكن في حدود نطاق هذه المسؤولية الاستثنائية، وبالتعويض العادل الذي يراعى مركز عدم التمييز المالي، ومركز المضرور الذي أصبح هدفاً تسعى إليه أغلب التشريعات الحديثة.

¹ مجلة الحقوق الكويتية، السابقة، ص90/ف39 وما بعدها

² الدكتور جلال محمد محمد إبراهيم: المسؤولية المدنية لعديمي التمييز 578/577 و417. و انظر مجلة الحقوق الكويتية ص 89 فقرة 39 و ما بعدهما

³ الدكتور: محمود جلال حمزة: المسؤولية الناشئة عن الأشياء غير الحية في القانون المدني الجزائري دراسة مقارنة بين القانون المدني الجزائري و المصري و الفرنسي ص 312 فقرة 276 و ما بعدهما

ثالثاً/ علاقة مسؤولية عديم التمييز الاستثنائية بمسؤولية المكلف برقبته

لعل ما حدث من تطور تشريعي - في فرنسا وفي التشريعات العربية - في تقرير مسؤولية عديم التمييز - أي من لم يتوفر له الإدراك والتمييز وفي إطار مسؤولية المحنون، والذي مؤداه تقرير مسؤولية موضوعية على عاتق هؤلاء بحيث ينشأ في ذمتهم التزام بتعويض من لحق بهم ضرر من جراء أفعالهم، وذلك بصرف النظر عن إمكان نسبة الخطأ إلى مرتكبه، إذ أن هؤلاء يفتقدون إلى الوعي والإدراك والتمييز، وبالتالي فلا يمكن بل ويستحيل عقلاً أن تقرر إمكانية إسناد الخطأ إليهم.¹

هذا التطور التشريعي وحتى القضائي لا بد أن يؤثر بالتالي على الأحكام القانونية المقررة في مسؤولية متولى الرقابة والتي نص عليها المشرع المصري في نص المادة 173 ق.م.م، ويتلخص مضمون النص في قيام مسؤولية الرقيب، ومصدر الالتزام بالرقابة أما القانون أو الاتفاق، كما أن العلة من الرقابة هي حاجة هؤلاء الخاضعين للرقابة إلى الرقابة، فتقوم مسؤولية الرقيب بمجرد أن يقع من الخاضع للرقابة عملاً غير مشروع، فتقوم مسؤولية قانونية تقصيرية ضد الرقيب عما أحدثه الخاضع للرقابة للغير من ضرر.

وطبقاً لنصوص القانون المدني الفرنسي والمصري فإن مسؤولية متولى الرقابة لا تقوم فقط في حالة ارتكاب الخاضع للرقابة خطأ تقصيري يسبب ضرراً للغير - لتمتعته بالتمييز - بل تقوم أيضاً حتى في حالة ارتكاب الخاضع للرقابة وهو غير مميز أي يفتقد إلى عنصر الإدراك والتمييز.

وعلى ذلك فإن مسؤولية الرقيب في ظل هذا التطور تنهض في الحالتين حالة المسؤولية الشخصية الخطيئة للخاضع للرقابة، وحالة المسؤولية الموضوعية لهذا الخاضع غير المميز.

وهذا التطور التشريعي الفرنسي انتقل إلى التشريع المصري بنصه على مسؤولية القاصر غير المميز في نص المادة 2/164 ق.م.م وهي مسؤولية استثنائية احتياطية جوازية وفي إطار التعويض العادل الذي يقدره قاضي الموضوع بمراعاة الضرور وفاعل الضرر.

ولكن في علاقة مسؤولية المكلف بالرقابة بالفاعل القاصر غير المميز فإن المشرع ألزم متولى الرقابة بالتعويض حتى ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز المادة 1/173 ق.م.م.

¹ الدكتور محمد نصر الدين منصور: ضمان تعويض الضرور بين قواعد المسؤولية الفردية والعبارات التضامن الاجتماعي، ط1/2001، ص37، الناشر دار النهضة العربية، القاهرة، مصر.

وتعليقا على ذلك يرى الفقه المصري أنه يجوز نسبة الفعل الضار إلى غير المميز رغم كونه غير مميز، فلا يجوز أن ينسب إليه الخطأ، وذلك لأن المقصود ليس مساءلة غير المميز، إنما مساءلة متولى الرقابة، لأنه يستوي في هذه المسألة كون الشخص الخاضع للرقابة مميزا أو غير مميز.¹

1- علاقة مسؤولية المكلف بالرقابة بمسؤولية عديم التمييز في إطار المسؤولية عن الفعل الشخصي:

ينظم المشرع المصري هاته العلاقة وفي إطار المسؤولية عن الفعل الشخصي للقاصر هو في نص المادة 173 بفقراتها الثلاث، والتي حددت شروط قيام مسؤولية الرقيب والمتمثلة في ارتكاب القاصر لفعل ضار غير مشروع، وقيام التزام بالرقابة قانونا أو اتفاقا على الشخص الخاضع للرقابة.

وقد اختلف الفقه القانوني المصري في تحديد نوع مسؤولية المكلف بالرقابة، أو بالأحرى طبيعة هذه المسؤولية هل هي مسؤولية أصلية تقوم إلى جانب مسؤولية الخاضع للرقابة التبعية الاحتياطية، أم هي مسؤولية تبعية لمسؤولية أصلية للخاضع للرقابة؟²

على أن الاتجاه الغالب في تحديد طبيعة مسؤولية المكلف بالرقابة ترجع إلى معيار التمييز نفسه، فكلما كان القاصر غير مميز، فإن مسؤولية الرقيب أصلية قوامها الخطأ المفترض في جانبه عدم القيام بواجب الرقابة والرعاية، وحتى التقصير في ذلك، أما إذا كان القاصر خاضعا للرقابة وهو متمتعا بخاصية التمييز، فإن المسؤولية الأصلية هي للقاصر نفسه المادة 1/164 ق.م.م ((يكون الشخص مسؤولا عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز))، وإلى جانبها مسؤولية تبعية أو احتياطية للمكلف بالرقابة المادة 1/173 ق.م.م.

((كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة، بسبب قصره، أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع ويترتب هذا الإلتزام ولو كان من وقع منع العمل الضار غير مميز)).

فعلى ذلك فإن مسؤولية المكلف بالرقابة تبعا للفقرة السابقة، تتطلب أساسا صدور عمل غير مشروع من الشخص الذي يحتاج للرقابة سواء بسبب صغر سنه أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية، وأن يترتب على ذلك الأضرار بالغير، بمعنى أن يصدر منه ما يرتب المسؤولية المدنية في جانبه، مقيدة كانت هذه المسؤولية أم مطلقة.

¹ مجلة الحقوق الكويتية ص 91 فقرة 40 و ما بعدهما

² الدكتور: محمود جلال حمزة: العمل غير المشروع باعتباره مصدرا للإلتزام ص 162 فقرة 175 و ما بعدهما

فإذا ثبت ذلك -تحقق- قامت مسؤولية متولى الرقابة سواء كان الأب أو الأم أو غيرهما ممن يملكون الرقابة قانوناً أو اتفاقاً، على افتراض أنه هو شخصياً قد أخطأ، أو قصر في القيام بواجبه في الرقابة والإشراف، وأن خطأه هذا قد أدى إلى ارتكاب القاصر للفعل الضار غير المشروع، فمسؤولية متولى الرقابة تقوم إذن بجانب مسؤولية الخاضع للرقابة¹، وتقوم على افتراضين:

الأول: أن متولى الرقابة قد أخطأ، ويتمثل خطأه في إخلاله بواجب الرقابة والإشراف على الخاضع للرقابة.

الثاني: علاقة السببية بين إخلال متولى الرقابة بالواجب الذي يثقله، والخطأ أو الفعل الضار الذي صدر من الشخص الخاضع للرقابة، والذي أدى إلى إلحاق الضرر بالمضرور.²

وعلى ذلك ففي نطاق علاقة مسؤولية الرقيب لمسؤولية الخاضع للرقابة غير المميز، وفي إطار المسؤولية عن الفعل الشخصي لعدم التمييز، يمكن استخلاص الأحكام القانونية الآتية:

- أن انعدام التمييز لا يحول وقيام مسؤولية المكلف بالرقابة في التشريع المصري المادة 1/173 ق.م.م. حماية للمضرور.
- أنه يكفي لانعقاد مسؤولية عدم التمييز -الخاضع للرقابة- ارتكابه لفعل ضار- اكتفاء بعنصر التعدي- طالما أن المسؤولية سوف تلحق بقوة القانون إلى الشخص المكلف بالرقابة.
- إن الاكتفاء بالعنصر المادي المتمثل في التعدي وأمام انعدام التمييز، فإن مسؤولية الخاضع للرقابة هي في حقيقتها مسؤولية موضوعية- معيار مجرد- تقوم بقوة القانون حماية للمضرور.
- وإلى جانب المسؤولية الموضوعية لعدم التمييز، فإن ذلك لا يمنع من قيام مسؤولية أخرى أصلية للمكلف بالرقابة وهي تقوم بقوة القانون بمجرد إحداث الضرر، تأسيساً دائماً على افتراض قانوني هو عدم القيام بواجب الرقابة أو التقصير في أدائه.

¹ الدكتور: محمد نصر الدين منصور: المرجع السابق، ص 37 و ما بعدها

² الدكتور إبراهيم الدسوقي أبو الليل: المسؤولية المدنية بين التقييد والإطلاق، ص 187/188 ف 118.

2- علاقة مسؤولية المكلف بالرقابة بمسؤولية عديم التمييز في إطار المسؤولية عن فعل الغير:

لم يوضح المشروع المصري هذه العلاقة لمسؤولية المكلف برقابة القاصر عموماً بمسؤولية عديم التمييز في إطار المسؤولية عن فعل الغير، وهذا رغم تنظيمه لتلك العلاقة ولكن في إطار المسؤولية عن الفعل الشخصي المادة 2/164 ق.م.م، فهل ينطبق الحكم الذي أقرته المادة السابقة بشروطه وحدوده على باقي صور المسؤولية التقصيرية والتي من بينها المسؤولية عن فعل الغير؟

ثم هل يمكن أن يكون عديم التمييز مسؤولاً عن الغير، وخصوصاً في نطاق مسؤولية المتبوع عن فعل التابع؟ وهل يمكن أن يكون عديم التمييز متبوعاً، ومسؤولاً عن فعل الغير ((التابع)) حتى ولو بمسؤولية محددة على غرار المسؤولية عن الفعل الشخصي؟

وهل يمكن أمام استحالة ممارسة عديم التمييز الرقابة، بما يتطلبه من إشراف وتوجيه وتسيير للتابع أن يكون الرقيب هو المسؤول عن الرقابة، وعند مساءلة هذا الأخير هل يسأل باعتباره رقيباً أي متبوعاً أم مجرد نائباً عن عديم التمييز؟

الواقع أن الإجابة على هذه التساؤلات ليس متفقاً عليها بين الفقهاء، وذلك راجع بصفة أساسية للخلاف حول الأساس الذي تقوم عليه هذه الصور من المسؤولية - عن فعل الغير و عن فعل الأشياء - وللخلاف أيضاً حول مدى اشتراط التمييز لدى المتبوع بصفته مسؤولاً مدنياً عن فعل تابعه، ومدى اعتبار عديم التمييز حارساً للشيء.

لقد ساد اختلاف فقهي حول أساس مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه الضار، ومن جراء ذلك ذهب البعض على القول بأن المسؤولية المدنية للمتبوع هي مشكلة لا حل لها، وأنها تعتبر مسألة موضوعية وضعت بطريقة خاطئة، وأن وضعها بالطريقة الصحيحة سيمكن من حلها بسهولة، وقد ذهب البعض إلى تأسيسها على خطأ مفترض غير قابل لإثبات العكس، تتمثل في إساءة اختيار تابعه أو في مراقبته وتوجيهه والإشراف عليه وهذا التأسيس سلكته محكمة النقض المصرية سابقاً بقولها: ((إن القانون المدني قد أقام مسؤولية المتبوع عن أعماله تابعة على خطأ مفترض في جانب المتبوع فرضاً لا يقبل إثبات العكس، مرجعه سوء اختياره لتابعه وتقصيره في رقابته)).¹

- وقد ذهب البعض الآخر إلى تأسيس مسؤولية المتبوع على تحمل التبعة، على أن المتبوع يستفيد من أعمال تابعة فيتعين أن يتحمل تبعه مخاطره، فالتبعة هنا مقابل المنفعة التي تعود للمتبوع من جراء عمل التابع.

¹ الدكتور: إبراهيم الدسوقي أبو الليل: المسؤولية المدنية بين التقييد والإطلاق، ص 194/195 ف 121.

- وقيل أيضا بأن مسؤولية المتبوع تؤسس على الكفالة أو الضمان والتي بمقتضاها يضمن المتبوع ويكفل تابعه في الأضرار التي تترتب على أفعاله غير المشروعة والتي تصدر منه حال تأدية وظيفته أو بسببها.
 - بينما لجأ فريق من الفقهاء إلى فكرة النيابة والحلول، على أساس أن التابع يكون نائبا عن المتبوع، ويحل محله، وبالتالي فإن الخطأ الذي يصدر من التابع يمكن نسبته وإسناده مباشرة إلى المتبوع وبه تنعقد مسؤوليته.¹
- وقد جرى الفقه والقضاء المصري في مجمله -ورغم الاختلاف حول أساس مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه- على أن عدم التمييز حتى وإن كان لا يسأل عن أفعاله الضارة إلا على سبيل الاستياء، إلا أنه يكون مسؤولا عن أفعال تابعه الضارة، مسؤولية كاملة، لأن سلطة الإشراف والرقابة والتوجيه تتحقق ولو لم يكن المتبوع قادرا عليها حتى من الناحية الإدارية والتنظيمية، إذ يمكن أن يتولاها عند نائبه القانوني كالولي أو الوصي أو القيم.

ويقدم كل من القضاء والفقه مبررات للأخذ بمسؤولية عدم التمييز عن فعل تابعه:

- فالقضاء يرى أن مساءلة عدم التمييز عن فعل تابعه لا تكون عن خطأ وقع منه، وإنما يسأل بصفته متبوعا عن خطأ صدر من تابعه أثناء عمله لحسابه ومصالحته، ومن ثم لا تثور مسألة مدى إمكان نسبة وقوع خطأ شخصي منه.
- والفقه بدوره يبرر اتجاهاته بالقول أنه متى اعتبرنا مسؤولية المتبوع هي مسؤولية عن فعل الغير وإذا فسرت المسؤولية وأُسست على فكرة الضمان يجعل المتبوع مسؤولا عن فعل تابعه، ولا يستطيع التخلص من المسؤولية حتى ولو اثبتت أنه كان يستحيل عليه أن يمنع العمل غير المشروع الذي سبب الضرر، وعلى ذلك فتبقى مسؤولية المتبوع قائمة حتى لو كان غير مميز، ومسؤولية عن التابع ليس مصدرها الاتفاق حتى يشترط التمييز، بل مصدرها القانون سواء كانت ضمانا أو نيابة أو حلولا.²

وقد حكم القضاء المصري بهذا الاتجاه -افتراض المسؤولية- بالقول: "إن هذه المسؤولية، ما هي إلا مسؤولية مفترضة افتراضا قانونيا... ولا يجوز للسيد القاصر أن يدفع عن نفسه هذه المسؤولية بسبب قصره وعدم قدرته على مباشرة حقه في رقابة تابعيه لأنه من المقرر أن القصر لا تندفع به

¹ الدكتور: جلال محمد إبراهيم: المسؤولية المدنية لعديمي التمييز، ص 575/574 ف 416.

² مجلة الحقوق الكويتية، ص 89/88 فقرة 39.

المسؤولية متى افتراضها القانون¹، ولا يرد على ذلك بأن القاصر بسبب عدم تمييزه لصغر سنه لا يتصور أي خطأ في حقه إذ المسؤولية هنا ليست عن فعل وقع من القاصر فيكون للإدراك والتمييز حساب، وإنما هي عن فعل وقع من خادمة أثناء تأدية أعماله في خدمته.

وعلى ذلك فقد استقر الفقه في مصر وفرنسا على أنه لا يشترط التمييز لدى المتبوع بصفته مسؤولاً مدنياً عن فعل تابعه وان مسؤولية الأخير -عديم التمييز- عن فعل تابعه هي مسؤولية كاملة لأنها ليس عن فعل شخصي صدر من المتبوع -عديم التمييز-، وكما يقوم النائب القانوني لعديم التمييز -الولي أو الوصي أو القيم- بمهمة رقابة وتوجيه التابع نيابة عن القاصر عديم التمييز، فهو أيضاً يتحمل عنه مسؤولية التعويض كنائب فقط وفي إطار مسؤولية المكلف بالرقابة 173 ((للمسؤول عن عمل الغير حق الرجوع عليه في الحدود والتي يكون فيها هذا الغير مسؤولاً عن تعويض الضرر)).²

3- علاقة مسؤولية المكلف بالرقابة بمسؤولية عديم التمييز في إطار المسؤولية عن فعل الشيء:

تقوم المسؤولية عن الأشياء على فكرة الخطأ في الحراسة، فتتحقق مسؤولية الشخص عن الشيء إذا كان حارساً له، ونشأ عن هذا الشيء ضرر معين، فينسب إلى الحارس خطأً في الحراسة تقوم على أساسه مسؤولية الحارس.³

وعلى ذلك يكون الشخص مسؤولاً عما هو في حراسته من أشياء في ثلاثة حالات:

- مسؤولية حارس الحيوان عما يحدثه الحيوان من ضرر.
- مسؤولية مالك -حارس- البناء عما يحدثه الهدام البناء من ضرر.
- مسؤولية حارس الأشياء عن ضرر الأشياء.

والتساؤل التي يطرح في نطاق هذا العنصر -علاقة مسؤولية المكلف بالرقابة بمسؤولية عديم التمييز في إطار المسؤولية عن فعل الشيء- هو هل يمكن أن يكون عديم التمييز حارساً للشيء الحي أو غير الحي ((حيوان، بناء، آلات ميكانيكية))، وهل يمكن مساءلته عن الضرر الذي يحدثه الشيء الذي هو تحت حراسته، حتى مع انعدام تمييزه، وبمسؤولية كاملة أو مخففة على غرار مسؤوليته عن الفعل الشخصي التي قررها المشرع المصري في نص المادة 2/164. ف.م.م وما علاقة كل ذلك بمسؤولية المكلف بالرقابة على عديم التمييز المنصوص عنها في المادة 173

¹ نقض مدني 1936/11/12، مجموعة عمر ج 2/رقم 5، ص 58، ملحق القانون والاقتصاد 26/03/07.

² الدكتور أحمد شوقي محمد عبد الرحمن: مسؤولية المتبوع باعتباره حارساً ص 174/173 ف 178.

³ الدكتور بلحاج العربي: النظرية العامة للالتزام، ج 2، ص 343 ف 468.

ق.م.م؟ وعند مساءلة الرقيب هل يسأل باعتباره حارسا للشيء الحي أو غير الحي، أم باعتباره نائبا عن عديم التمييز، فيسأل عن التعويض نيابة عن عديم التمييز؟ وهل من حق متولى الرقابة أخيرا الرجوع بهذا التعويض على غرار حقه في الرجوع في نطاق مسؤوليته عن عمل الغير والتي نص عنها المشرع المصري في المادة 175 ف.م.م؟

إن الإجابة عن هذه التساؤلات تتطلب مسبقا معرفة أساس المسؤولية عن فعل الشيء في كل صورها المسؤولية عن فعل الحيوان، والمسؤولية عن البناء، والمسؤولية عن الأشياء غير الحية.

أ. مسؤولية عديم التمييز كحارس للحيوان المادة 176 ق.م.م¹

نصت على أحكام هذه المسؤولية -شروطها وأساسها ودفعها- المادة 176 ق.م.م بقولها ((حارس الحيوان، ولو لم يكن مالكا له، مسؤول عما يحدثه الحيوان من ضرر، ولو ضل الحيوان أو تسرب، ما لم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب أجنبي لا يد له فيه.

وعلى ذلك فإن هذه المسؤولية تفترض أن شخصا يتولى حراسة حيوان من أي نوع، والحيوان هو كل كائن حي عدا الإنسان والنبات والجماد، سواء كان دابة تمشي على أربع أو زاحفة أو طيرا، وسواء كان مستأنسا أو متوحشا، صغيرا أو كبيرا خطرا أو غير خطر، وهذا الحيوان يحدث ضررا للغير، فيكون حارس الحيوان حتى ولو لم يكن مالكا له مسؤولا عن تعويض الضرر، ولا يستطيع حارس الحيوان أن يتخلص من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي للضرر.

على أنه يشترط لقيام مسؤولية حارس الحيوان أن يكون الضرر وقع نتيجة التدخل الإيجابي للحيوان، سواء اتصل بالضرر اتصالا ماديا أو لم يتصل، ويكفي لمساءلة حارس الحيوان عن الضرر الحاصل أن يكون للحارس السيطرة الفعلية على الحيوان دون إستناد هذه السيطرة إلى أساس، فلا يشترط أن تستند إلى عقد أو عمل غير مشروع، فالسارق يعتبر حارسا، ولكن لا تتطلب من المضرور إثبات أن حراسة الحيوان كانت لمالكه، ولكن لهذا الأخير أن يثبت انتقال الحراسة وقت وقوع الضرر إلى الغير.²

أما من حيث أساس مسؤولية حارس الحيوان فقد اختلف فقهاء القانون في تحديده فمنهم من أسسها على الخطأ المفترض في جانب الحارس وهو خطأ في الرقابة والتوجيه، غير بل لإثبات العكس، ومنهم من أسسها على فكرة الخطأ في الحراسة -ثابتا- وعلى سببية مفترضة،

¹ قد يكون عديم التمييز مالكا للحيوان و هو حارسه قانونا، و لكن ممارسة الحراسة قد يتولاها نيابة عن القاصر عديم التمييز كولي أو وصيه، كما أن إعدام التمييز في هذه الحالة يغلب عليها أن يكون الشخص بالغ سن الرشد لكنه عديم التمييز بسبب مرض عقلي كإصابته بجنون و عته.
² الدكتور صبري السعدي: مصادر الالتزام، ج2، ص288 ف 183 وما بعدهما.

وذهب البعض الآخر إلى أنها تتأسس على المخاطر أو تحمل التبعة، وقال البعض الآخر أنها قاعدة موضوعية تقوم على فكرة التضامن الاجتماعي.

على أنه مهما تعددت آراء الفقهاء حول أساس المسؤولية، والأسانيد التي يستندون إليها، وحتى الانتقادات الموجهة لهذه النظريات فإن الرأي الراجح هو في تأسيسها على الخطأ في الحراسة *La faute dans la garde* وهو خطأ مفترض لا يكلف المضرور بإثباته، وب

كيفية إثبات الضرر وأنه نشأ عن فعل الحيوان، فيفترض الخطأ في جانب الحارس، ويؤيد هذا الرأي أن القانون يلزم حارس الحيوان، بأن لا يفلت منه الحيوان، وهو التزام بنتيجة، وإذا فلت الحيوان وسبب ضرراً للغير فهذا يعني أنه كان مخطئاً.

وأمام كل ذلك يطرح التساؤل الجوهرى حول مدى اعتبار عدم التمييز حارساً مسؤولاً عن الضرر الذي يسببه الحيوان للغير؟

تختلف الإجابة تبعاً للأساس الذي يجب أن يطرح حول المسؤولية عن ضرر الحيوان:

- فمن أسسها على غير الخطأ، فهو يعتبر عدم التمييز حارساً ومسؤولاً عن ضرر الحيوان، ويكون هنا من ينوب عن عدم التمييز في حراسة الحيوان.
- بينما من أسسها على فكرة الخطأ المفترض فإنه يذهب إلى أن عدم التمييز لا يعتبر مسؤولاً كحارس للحيوان، لأن أساس المسؤولية هو الخطأ، والخطأ يتطلب التمييز وعدم التمييز لا يتصور حينئذ الخطأ في جانبه.
- بينما ذهب البعض الآخر حتى من القائلين بفكرة الخطأ كأساس للمسؤولية إلى رفض القول السابق لأن التمييز لا يتطلب إلا في إطار المسؤولية عن الفعل الشخصي.

وتأكيداً لذلك قضت محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 181 سنة 33 ق بقولها: ((إن حارس الحيوان بالمعنى المقصود بالمادة 176 من القانون المدني هو من تكون له السيطرة الفعلية عليه ويملك التصرف في أمره، ولا تنتقل الحراسة من مالك الحيوان إلى التابع المنوط به ترويضه وتدريبه، ذلك أنه وإن كان للتابع السيطرة المادية على الحيوان وقت تدريبه، إلا أنه إذ يعمل لحساب متبوعة ومصالحته ويتلقى تعليماته في كل ما يتعلق بهذا الحيوان فإنه يكون خاضعاً للمتبوع من تظل معه الحراسة لهذا الأخير، إذ أن العبرة في قيام الحراسة الموجبة للمسؤولية على

أساس الخطأ المفترض هي سيطرة الشخص على الحيوان سيطرة فعلية لحساب نفسه¹. و على ذلك فيمكن أن يكون عدم التمييز حارسا للحيوان و مسؤولا عن الضرر الذي يسببه للغير، و يتولى المكلف برقبته دفع التعويض نيابة عن عدم التمييز، حماية لمصلحة المضرور، سواء كان التعويض جزئيا أو كاملا تبعا للضرر

و بتقدير القاضي، و هذا تماشيا مع مساءلة عدم التمييز عن الفعل الشخصي.

ب. مسؤولية عدم التمييز كحارس للبناء المادة 177 ق.م.م

نظم المشرع المصري أحكام هذه المسؤولية في نص المادة 177 ق.م.م بفقرتين الأولى تتضمن الأحكام العامة، والثانية تتضمن وسيلة وقائية يستخدمها كل من كان مهددا بضرر بناء المطالبة باتخاذ جميع التدابير الضرورية لدرء الخطر، فنصت على ما يلي:

1- حارس البناء، ولو لم يكن مالكا له، مسؤول عما يحدثه الهدام البناء من ضرر، ولو كان الهداما جزئيا، ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال في الصيانة أو قدم في البناء أو عيب فيه.

2- ويجوز لمن كان مهددا بضرر يصيبه من البناء أن يطالب المالك باتخاذ ما يلزم من التدابير الضرورية لدرء الخطر، فإن لم يقم المالك بذلك، جاز الحصول على إذن من المحكمة في اتخاذ هذه التدابير على حسابه)).

وبالتالي فإنه لا تتحقق المسؤولية إلا إذا تولى شخص حراسة بناء، وحارس البناء هو من له السيطرة الفعلية على البناء، فيكون مكلفا بحفظه وبعهده بالصيانة و بأنه ليس قديما ولا معيبا بحيث يتهدد الناس بالخطر ويكون هو المتصرف في أمره، سواء ثبتت هذه السيطرة الفعلية بحق أو بغير حق أي سواء كانت السيطرة شرعية أو غير شرعية مادامت سيطرة فعلية قائمة فحارس البناء لا يكون ضرورة هو المالك ولا المنتفع ولا الخائز.

ولكن المفروض أن مالك البناء هو الذي يسيطر عليه سيطرة فعلية وهو المتصرف في شؤونه ومن ثم توجد قرينة على أن حارس البناء هو المالك.

¹ محكمة النقض المصرية: 1967/03/02، طعن 181 سنة 33 ق، مجموعة الأحكام ((مدني)) السنة 18 قاعدة 52، ص531، أخذ عن الأستاذ: عبد المعين لطفي جمعة، موسوعة القضاء في المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، ص131 ف1490.

وعلى ذلك فإنه يشترط في الشخص الذي يراد مؤاخذته بموجب هذه المسؤولية أن يكون حارسا للبناء وقت تدممه ولحساب نفسه لا لحساب غيره بحيث يتسنى له الإشراف على حفظه وصيانته.¹

وإذا كان فقهاء القانون قد اختلفوا في تحديد أساس المسؤولية عن تدمر البناء، بين من يؤسسها على نظرية الخطأ في الحراسة، إلى من يؤسسها على فكرة الغرم بالغنم، وذهب فريق ثالث إلى تأسيسها على فكرة الكفالة أو الضمان.

بينما التشريع المصري وكما هو مجمع عليه فقها و تشريعا فإن المسؤولية عن تدمر البناء يقوم على خطأ مفترض في جانب حارسه هو الإهمال في صيانة البناء أو في تجديده أو في إصلاحه حتى تداعى البناء وتدمر فأصاب الغير بالضرر.

وعلى ذلك فإن الخطأ المفترض ذو شقين:

الأول: يقوم على أن التهدم سببه إهمال في صيانة البناء أو تجديده أو إصلاحه.

الثانية: أن هذا الإهمال منسوب إلى خطأ الحارس.

وهذا الخطأ المفترض ذو قرينة بسيطة، بحيث يجوز للمدعى عليه ((حارس البناء)) أن يثبت أن البناء ليس بحاجة إلى صيانة أو إصلاح أو تجديد، فإن عجز عن ذلك تحققت مسؤوليته ولا ينفىها إلا بإثبات السبب الأجنبي.²

وإزاء هذا التباين الفقهي حول أساس المسؤولية عن تدمر البناء، امتد إلى عدم التمييز، هل يمكن اعتباره حارسا للبناء ومسؤولا من الضرر الذي نتج عن تدمر البناء؟.

- فمن أسسها على فكرة الخطأ المفترض في حارس البناء، فإن عدم التمييز لا يمكن أن يتصور الخطأ في جانبه، ولا يمكن اعتباره حارسا له ولا مسؤولا عن تعويض الضرر.
- بينما ذهب البعض الآخر إلى أنه رغم قيام هذه المسؤولية على الخطأ الشخصي للحارس، فإنها تتحقق حتى ولو كان حارس البناء غير مميز إذ هو لا يسأل عن ضرر ينجم عن فعل يصدر منه

¹ الأستاذ عبد المعين لطفى جمعة: موسوعة القضاء، ص146، 147 و1505.

² الدكتور: محمود جلال حمزة: العمل غير المشروع باعتباره مصدرا للإلتزام، ص 341 و301.

شخصاً، وإنما يسأل عن ضرر يحدثه فعل شيء في حراسته والمفروض أنه إذا كان غير مميز فإن هناك من ينوب عنه في تولي هذه الحراسة.¹

ومن ثم نصل إلى تحديد علاقة مسؤولية متولى الرقابة بمسؤولية عديم التمييز، وإزاء تطور أحكام مسؤولية عديمي التمييز فقها وتشريعاً وقضاءً، فإن هذا الأخير يمكن أن يكون حارساً للبناء، ومسؤولاً عن تدمره، وطالما أنه خاضعاً لرقابة الغير -الولي الوصي القيم- فإن الذي يتحمل مسؤولية التعويض هو متولى رقبته سواء باعتباره الحارس الحقيقي الفعلي أم باعتباره المسؤول عن رقابة عديم التمييز، كل ذلك حماية للمضروب.

وقد أكد القضاء المصري هذا الحكم في الطعن رقم 02 سنة 7 ق بقوله:

"إذا أهمل المالك في صيانة ملكه وترتب على ذلك الإهمال مباشرة الضرر الذي أدى بحياة أجد الأفراد فلا تنفى هذه المسؤولية التقصيرية إلا بنفي الفعل الضار عن المتسبب فيه، فلا يفيد في نفيها احتجاج المالك بأن العين مؤجرة وأن حيازتها القانونية قد انتقلت إلى المستأجر ولا ما اشترطه على المستأجر من قيامه بالتصليحات وتحميله المسؤولية عنها، لأن القانون المصري القديم لا يعرف إلا المسؤولية التقصيرية المبنية على خطأ المتسبب. فمتى أثبت الحكم تقصير المالك في ترميم بلكون منزله فإنه يكون مسؤولاً قبل ورثة المتوفى بسبب سقوطه، ولا يمنعه من الرجوع على المستأجر منه إذا رأى أنه مسؤول أمامه²، ثم أكدت محكمة النقض المصرية هذا الاتجاه بحكم آخر في الطعن رقم 586 سنة 3 ف بقولها: "المالك دون المستأجر هو المطالب بتعهده ملكه ومولاته بأعمال الصيانة والترميم، فإذا قصر في ذلك كان مسؤولاً عن الضرر الذي يصيب الغير بهذا التقصير، ولا يعفيه من المسؤولية أن يكون المستأجر قد التزم قبله بأن يقوم بأعمال الترميم والصيانة اللازمة للعين المؤجرة، إذ على المالك إخلاء لمسؤوليته إزاء الغير أن يتحقق من قيام المستأجر بما التزم به في هذا الشأن".³

ج. مسؤولية عديم التمييز كحارس للأشياء المادة 178 ق.م.م

كان للأضرار الجسيمة التي تترتب على استعمال الأشياء غير الحية الفضل الأكبر في عودة بزوغ و إنتشار المسؤولية المطلقة غير الخطيئة، فقد ترتب على تقدم وتطور استعمال هذه الأشياء، التي غالباً ما تكون خطيرة في ذاتها، كثرة الحوادث وجسامة الأضرار الناتجة عنها، ولما كانت هذه الأضرار تخضع إلى القواعد العامة في المسؤولية التي تتطلب ضرورة إثبات خطأ المدعى

¹ الدكتور محمد إبراهيم: المسؤولية المدنية لعديمي التمييز، ص 579/578 ف 418

² محكمة النقض المصرية 1937/06/17، طعن رقم 2 سنة 7 ق، المجموعة الرسمية العدد 10 السنة 38 قاعدة 214، ص 565.

³ محكمة النقض المصرية 1968/05/13، طعن رقم 586 سنة 3 ق، مجموعة الأحكام الجنائي لسنة 19، ص 554.

عليه، لا مكان إلزامه بتعويض تلك الأضرار، وكانت النتيجة ضياع حقوق المضرور في العديد من الحالات أما لتعذر إثباته وتدليله على خطأ المدعى عليه نظرا لتعقيد الأشياء المحدث للضرر وبعده عن طرق وظروف عملها وتشغيلها، وإما لأن الضرر لا يرجع بالضرورة إلى الخطأ في جانب المدعى عليه.

وقد ذهب القضاء الفرنسي للبحث عن وسيلة لحماية المضرورين بتشجيع ومعاونة رجال القانون، فوجد ضالته في نص المادة 1384/ الذي يقضي:

"يسأل المرء ليس فقط عن الأضرار التي يحدثها فعله الشخصي، ولكن أيضا عن تلك التي تحدث عن فعل الأشخاص الذين يسأل عنهم أو عن فعل الأشياء التي في حراسته".¹

وهكذا رأى القضاء أن هذا النص يكفي فقط بفعل الشيء لتقرير مسؤولية حارسه دون تطلب إثبات من المضرور لخطأ الحارس معتقنا بذلك تفسيراً جديداً للمادة 1/1384 يقضي بمسائلة حارس الشيء دون حاجة لإثبات خطئه.

وهكذا أصبحت اليوم المسؤولية عن الأشياء غير الحية مستقلة تماماً عن المسؤولية عن الأفعال الشخصية، فهي لا تقوم على فكرة الخطأ، بل تفترض بمجرد إحداث شيء غير حي ضرراً، وقد نصت المادة 178 ق.م.م على أحكامها بقولها: "كل من تولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية، يكون مسؤولاً عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا بد له فيه، هذا مع عدم الإخلال بما يرد في ذلك من أحكام خاصة".

يتضح من هذا النص القانوني أنه يشترط لتحقيق مسؤولية الحارس عن الشيء غير الحي، أن يوجد شيء تتطلب حراسته أن يكون للحارس له عليه سلطة مستقلة في استعماله وسيره ورقابته، بمعنى أن يكون له السيطرة الفعلية على الشيء والتصرف فيه في الاستعمال والتوجيه وحساب نفسه، وأن يكون الضرر مصدره التدخل الإيجابي للشيء، والمقصود بذلك أن تقوم علاقة سببية بين الضرر وبين تدخل الشيء الإيجابي، ولا يكون التدخل إيجابياً إلا إذا كان الشيء في وضع شاذ أو غير عادي.

¹ Art 1384/1 «On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, on des choses que l'on a sous sa garde »

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في هذا المجال بمسؤولية صاحب مقهى كحارس لكرسي مقلوب أمام مقهاه اصطدم به شخص ليلاً لأن الكرسي كان في وضع غير طبيعي.¹

ومن حيث أساس المسؤولية عن الأشياء غير الحية فقد ساد اختلاف في وجهة نظر فقهاء القانون: اتجاه البعض إلى القول أن أساس المسؤولية هو فكرة الخطأ المفترض في جانب حارس الشيء غير الحي، بينما يرى البعض الآخر أنها تقوم على خطأ ثابت في الحراسة *Faute dans la garde*، وعلى سببية مفترضة.

وهناك من يؤسسها على نظرية المخاطر أو تحمل التبعة، ودرءاً لهذا الخلاف ذهب البعض إلى القول أن المسؤولية عن ضرر الشيء غير الحي تقوم على قاعدة موضوعية تقوم على فكرة التضامن الاجتماعي.

والرأي السائد فقهاً أنها تقوم على أساس خطأ في الحراسة إذا وقع ضرر للغير بفعل الشيء، فيفترض أن الحارس قد فقد السيطرة الفعلية على الشيء وأن زمامه قد أفلت، وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية بقولها: "إن المسؤولية المقررة في المادة 178 ق.م.م تقوم على أساس خطأ مفترض وقوعه من حارس الشيء، افتراضاً لا يقبل إثبات العكس، ولا ترتفع هذه المسؤولية إلا إذا أثبت الحارس أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا بد له فيه، وهذا السبب يكون إلا قوة قاهرة أو خطأ المضرور أو خطأ الغير."²

وقد انعكس اختلاف الفقهاء السابق حول أساس المسؤولية عن الأشياء غير الحية على مدى جواز مساءلة عدم التمييز كحارس للشيء غير الحي.

- فمن أسس هذه المسؤولية على غير الخطأ اتجه إلى تقرير مسؤولية عدم التمييز باعتباره حارساً للشيء غير الحي.
- ومن أسسها على فكرة الخطأ استناداً إلى حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في 1947/04/28 والذي رفض اعتبار الجنون حارساً للمسدس الذي استعمله في القتل، ذهب إلى القتل بعدم مساءلة عدم التمييز كحارس للشيء غير الحي لقيام هذه المسؤولية على الخطأ، وعدم التمييز لا يتصور الخطأ في جانبه.

¹ حكم محكمة النقض الفرنسية في 19 يناير 1941، د اللوز 1941، عدد 1 رقم 65.

² نقض مدني مصري، الطعن رقم 1072، السنة 45 ق، جلسة 1979/04/12.

على أنه انطلاقاً من تقرير المشرع المصري لمسؤولية الشخص غير المميز وفق القواعد العامة المادة 2/164 ق.م.م. ومسؤولية احتياطية مشروطة وعادلة تراعى مركز المضرور وفاعل الضرر، فإن نطاق هذا النص يمكن مده إلى باقي الصور كالمسؤولية عن عمل الغير والمسؤولية عن الأشياء بمختلف أنماطها، لأنه إذا كان يمكن اعتبار عدم التمييز غير مسؤول لإنعدام تمييزه، فإنه يمكن أن يكون مسؤولاً كحارس لهذا الشيء غير الحي، لأن الضرر المترتب لم ينجم عن فعله الشخصي حتى يتطلب التمييز، بل أنه ناجم عن فعل شيء غير حي هو في حراسته.

وعلى ذلك وبمقتضى نص المادة السابقة يسأل غير المميز عما يحدثه من ضرر، سواء بفعله الشخصي، أو بفعل شيء في حراسته، وإذا كان له من هو مسؤول عنه، سواء كان ولياً أو وصياً أو حتى قيماً فإن المسؤول عنه هو الذي يلزم بدفع التعويض، وتكون مسؤوليته أصلية، بحيث لا يجوز له الرجوع بما دفع من تعويض على غير المميز.

أما إذا لم يكن لغير المميز من هو مسؤول عنه، أو تعذر الحصول على تعويض من هذا المسؤول، بأن يكون قد استطاع التخلص من مسؤوليته أو كان معسراً، فإن غير المميز هو المسؤول عن دفع التعويض، وتكون مسؤوليته جوازية ومخففة، فهي جوازية لأن القاضي قد لا يحكم عليه بأي تعويض إذا كان غير قادر على ذلك، وكان المضرور موسراً، وهي مخففة، لأن التعويض فيها لا يقاس بمقدار الضرر، بل بمركز الخصوم.¹

الفرع الثالث

موقف المشرع الجزائري من مدى مسؤولية عديم التمييز التقصيرية قبل وبعد تعديل نص

المادة 125 ق.م.ج وعلاقة ذلك بمسؤولية المكلف برقابته المادة 134 ق.م.ج

لقد أورد المشرع الجزائري عدداً من النصوص القانونية 140/124 ق.م.ج تتناسب مع أهمية المسؤولية التقصيرية، وعالج في هذه المواد العيوب التي كانت تشوب التقنين المدني الفرنسي، كما استحدث فيها أحكاماً جديدة، كما تأثر في هذا الخصوص بما انتهى إليه قضاة المحاكم الفرنسية من افتراض الخطأ في حالات معينة.

وقد ظل المشرع الجزائري متمسكاً بالأصل في تأسيس المسؤولية التقصيرية على أساس الخطأ سواء قبل أو بعد تعديل أحكام المسؤولية التقصيرية بمقتضى القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005، فجعل

¹ الدكتور علي علي سليمان: دراسات في المسؤولية المدنية في الق م ج: المسؤولية عن فعل الغير لمسؤولية عن فعل الأشياء، التعويض، ط 1984، ص 135 ف 19 الناشر ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر.

الخطأ واجب الإثبات في مسؤولية الشخص عن فعله الشخصي المادة 133/124، وجعل الخطأ مفترضا في كل من المسؤولية عن فعل الغير 137/134، والمسؤولية الناشئة عن الأشياء المادة 140/138 ق.م.ج.

أما نظرية تحمل التبعية فلم يأخذ بها المشرع إلا في بعض التطبيقات الخاصة، أهمها الأمر 183/66 الصادر في 1966/06/21 الخاص بتعويض حوادث العمل والأمراض المهنية، والأمر رقم 15/174 المؤرخ في 1974/01/30 المتعلق بالتعويض عن حوادث المرور، وكذا في حوادث الطيران والسفن.¹

فما مدى مسؤولية القاصر عديم التمييز عن الضرر الذي يحدثه قبل وبعد تعديل المشرع لبعض نصوص المسؤولية التقصيرية، وما علاقة كل ذلك بمسؤولية المكلف بالرقابة التي نص عليها المشرع في نص المادة 134 ق.م.ج وقبل كل ذلك إذا كان التمييز ضروريا لقيام المسؤولية باعتباره الركن المعنوي في الخطأ إلى جانب الركن المادي المتمثل في التعدي فكيف حدد المشرع سن التمييز في المرحلتين قبل وبعد تعديل 2005؟

ينصح مما سبق أن دراسة مدى مسؤولية عديم التمييز في التشريع الجزائري تتطلب أن تستعرض لذلك قبل وبعد تعديل 10/05، وعلاقة ذلك بمسؤولية المكلف بالوقاية.

أولا/ موقف المشرع الجزائري من مدى مسؤولية عديم التمييز قبل التعديل 10/05 ق.م.ج

- لا يمكن استعراض موقف المشرع الجزائري من هذه المسؤولية، إلا إذا استعرضنا موقفه من سن التمييز، وقد حددها المشرع في النص القانوني السابق قبل التعديل في نص المادة 2/42 بقوله: "يعتبر غير مميز من لم يبلغ السادسة عشر سنة".

وهذه السن متأخرة جدا بالنسبة إلى الشريعة الإسلامية التي تعتبر الصبي مميزا إذا بلغ سبع سنين، ورشيدا إذا بلغ سن الحلم، وهي حوالي أربع عشرة سنة، مما يترتب عليه أن يكون الصبي رشيدا في الشريعة الإسلامية وعديم التمييز في القانون المدني الجزائري.

وهي أيضا سن متأخرة بالنسبة إلى القوانين العربية التي حددتها بسبع سنين، حيث نصت المادة 2/45 ق.م.ج ((وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقدا للتمييز)).

ثم أنها سن متأخرة حتى بالنسبة إلى السن المحددة للمسؤولية الجنائية، فمن بلغ سن الثالثة عشر من عمره يسأل جنائيا حتى وإن كانت مسؤوليته مخففة، فنصت المادة 49 ف.ع.ج: ((لا توقع على القاصر الذي لم يكمل الثالثة عشرة إلا تدابير الحماية أو التربية ومع ذلك فإنه في مواد المخالفات لا يكون محلا إلا للتوبيخ)).

¹ الدكتور بلحاج العربي: الالتزامات، ج2، ص57/56 ف302.

ويخضع القاصر الذي يبلغ سنه من 13 إلى 18 إما لتدابير الحماية أو التربية أو لعقوبة مخففة فكيف يكون هذا الصبي مسؤولاً جنائياً وغير مسؤول مدنياً.

فضلاً عن ذلك فإن هذه السن المدنية متأخرة حتى بالنسبة للعصر الحديث الذي انتشر فيه التعليم الإلزامي منذ الطفولة، وكثرت فيه وسائل التربية و التهذيب والإذاعة والتلفزة، وأصبحت الأمهات متعلّقات مما يجعلهن يهذبن أولادهن منذ الطفولة، فتتضح عقولهم مبكراً.¹

بل إن قانون الأسرة أجاز للقاضي ترشيد الصبي الذي يبلغ سن التمييز بقوله في نص المادة 84 ق.ا.ج ((للقاضي أن يأذن لمن يبلغ سن التمييز في التصرف جزئياً أو كلياً في أمواله، بناء على طلب من له مصلحة، وله الرجوع في الإذن إذا ثبت لديه ما يبرر ذلك)).

واخلص من هذه المقارنات بين النصوص القانونية أن المشرع الجزائري قد بالغ كثيراً في رفع سن التمييز إلى 16 سنة.

1- الأصل: عدم مسؤولية الشخص غير المميز:

أما من حيث تحديد المشرع لسن المسؤولية فقد حددها في النص القديم ببلوغ سن التمييز، حيث نصت المادة 1/125 ق.م.ج بقولها: "يكون فاقد الأهلية مسؤولاً عن أعماله الضارة متى صدرت منه وهو مميز".²

وهذا بعد أن أقام المسؤولية التقصيرية على عنصر الخطأ الواجب الإثبات بنص المادة 124 ق.م.ج قبل تعديلها بقوله: "كل عمل أيا كان يرتكبه المرء ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض"

ويتضح من نص الفقرة الأولى من المادة 125 ق.م.ج أن المشرع الجزائري قد ربط أهلية المسؤولية التقصيرية بالتمييز ومن ثم فوفقاً لهذه الفقرة، فلا مسؤولية على الصبي غير المميز وكذلك الجنون والمعتوه ولو لم يحجر عليهما، وكذلك حال من فقد إدراكه بسبب عارض كمرض أو سكر، أو تنويم مغناطيسي لانعدام تمييزه.

وبالتالي فإنه وفقاً للفقرة السابقة أن الشخص عديم التمييز لا يمكن نسبة الخطأ إليه إذ ليس لديه القدرة على التمييز بين الخطأ والصواب، ومن ثم تنتفي المسؤولية عنه لانتفاء ركن الخطأ.

¹ الدكتور علي علي سليمان: نظرات قانونية مختلفة، ط1994، ص118/117، ف1، الناشر ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.
² يعاب على هذا النص الوقوع في التناقض إذ كيف يمكن أن يكون الشخص فاقد الأهلية وهو مميز ولكن الصحيح القول بكون ناقص الأهلية و يكون الشخص هنا مسؤولاً عن الأضرار التي يرتكبها لتوفر التمييز لديه.

2- الاستثناء: مسؤولية الشخص عديم التمييز:

إذا كانت الإرادة التشريعية ربطت المسؤولية التقصيرية بالتمييز، إلا أنها نصت على مسؤولية عديم التمييز في حالة استثنائية وردت في نص الفقرة الثانية من المادة 125 ف.م.ج قبل تعديلها بالقانون رقم 10/05 بقولها: " غير أنه إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسؤول عنه، أو تعذر الحصول على تعويض من المسؤول، جاز للقاضي أن يحكم على من وقع منه الضرر بتعويض عادل، مراعيًا في ذلك مركز الخصوم".

وقد اقتضت قواعد العدالة النص على هذه الفقرة، حتى لا يضيع حق المضرور في التعويض، فمسؤولية عديم التمييز ليست مبنية على خطأ لعدم توافر ركن الإدراك، ولكن تقوم على تحمل التبعة، فالشخص غير المميز يتحمل تبعه ما يحدث من ضرر طبقاً للشروط الواردة في نص المادة 2/125 ق.م.ج¹.

وعلى ذلك فإن مسؤولية عديم التمييز تمييز بأمرين، أي مشروطة وأما مخففة.

أ. فمن حيث اعتبارها مسؤولية مشروطة:

فهذا يعني أنها لا تقوم إلا إذا تعذر على المضرور الحصول على التعويض من شخص آخر مكلف برقابة عديم التمييز، إما لأنه أثبت انتقاء الخطأ في جانبه، أو لأنه معسر ليس لديه ما يدفعه، أو لأن مرتكب الضرر ليس له من يتولى رقبته.²

ب. وأما من حيث أنها مخففة:

فهذا يعني أنها لا تقتضي التعويض الكامل الذي يناسب الضرر، بل إنه التعويض العادل الذي يراعى مركز الخصوم ((المضرور وعديم التمييز))، فقد يحكم بتعويض جزئي إذا كان المضرور فقيراً وعديم التمييز متوسط الحال مالياً، وقد يحكم بالتعويض الكامل على عديم التمييز إذا كان ثرياً والمضرور فقيراً.

وعلة التخفيف في الحكم بالتعويض، أن هذه المسؤولية لا تقوم على فكرة الخطأ، بل على فكرة تحمل التبعة لأن الخطأ يتطلب التمييز والفرض أن مرتكب الضرر غير مميز.

¹ الدكتور صبري السعدي: نظرية الالتزام، ج2، ص39، 40 ف 26.

² الدكتور بلحاج العربي: نظرية الالتزام، ج2، ص80/79، ف 318، وانظر جلال حمزة: العمل غير المشروع باعتباره مصدراً للالتزام، ص87، ف 88 و ما بعدهما.

وإضافة إلى التعويض العادل، فإن مسؤولية عدم التمييز تتميز أهما مسؤولية احتياطية - لمسؤولية متولى الرقابة الأصلية - وجوازية - بالحكم أو عدم الحكم بالتعويض - واستثنائية - لأهما لا تقوم إلا إذا لم تقم مسؤولية أصلية للمكلف بالرقابة وأهما تقوم على فكرة تحمل التبعة والعدالة معا.

3_ تنظيم المشرع الجزائري لمسؤولية المكلف بالرقابة عن ضرر عدم التمييز

إلى جانب الأحكام السابقة لمسؤولية عدم التمييز، سواء من حيث انعدام مسؤوليته أصلا، أو مسؤوليته على سبيل الاستثناء، نص المشرع على مسؤولية المكلف بالرقابة بقاعدتين عامة ((المادة 134)) وخاصة ((135)) قبل تعديلهما بالقانون 10/05 حيث جاء فيهما:

المادة 134: ((كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة، بسبب قصر أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية، يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله الضار، ويترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز)).

المادة 135: ((يكون الأب وبعد وفاته الأم مسؤولان عن الضرر الذي يسببه أولادهما القاصرين، الساكنون معهما، كما أن المعلمين والمؤدبين، وأرباب الحرف مسؤولون عن الضرر الذي يسببه تلاميذهم والمتمرنون في الوقت الذي يكونون فيه تحت رقابتهم، غير أن مسؤولية الدولة تحل محل مسؤولية المعلمين والمربين.

ويستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة، أو أثبت أن الضرر كان لا بد من حدوثه ولو قام بهذا الواجب، بما ينبغي من العناية)).¹

وعلى ذلك فإنه إذا أحدث الخاضع للرقابة ضرا، وهو مميز وأثبت الضرر خطأه، فإن الرقيب تكون مسؤوليته تبعية، بخلاف لو كان مرتكب الضرر غير مميز فإن مسؤولية الرقيب تكون أصلية، وقد قضت محكمة مسعد ((مجلس قضاء الجلفة)) في ارتكاب حدث "المخالفة" الضرب والجرح العمدي البسيط في جانبها الجزائري والمدني بقولها: "حكمت المحكمة ابتدائيا حضوريا علنيا بتوبيخ المتهم الحدث وفي الجانب المدني قضت بالزام المسؤول المدني بتعويض الضحية بمائتي دينار كمقابل له عن الأضرار المترتبة له عن الاعتداء، وقضت بالمصاريف القضائية على عاتق المسؤول المدني".²

ويستطيع المضرور الرجوع على القاصر المميز متى أثبت خطأه.

وبناء على النصين السابقين فإن المسؤولية التي نحن بصددتها تتحلل إلى مسؤوليتين:

¹ يلاحظ أن المشرع الجزائري ألغى المادة 1/135، والتي تعتبر تكرار للقاعدة العامة لمسؤولية المكلف بالرقابة المنصوص عليها في المادة 134، لكنه نقل الفقرة الثانية من المادة 135، وضمها مباشرة إلى المادة 134، وهي تنص على حق الرقيب التخلص من المسؤولية التقصيرية. بمجرد إثباته أنه قام بواجب الرقابة، أو أن الضرر لا بد من حدوثه لوجود سبب أجنبي لا يمكن توقعه كما لا يمكن دفعه.
² مجلس قضاء الجلفة، محكمة مسعد، ملف رقم 48/12 بتاريخ 15/05/1984 عن نشرة القضاء، العدد II أبريل 1985.

الأولى: شخصية بالنسبة للشخص الخاضع للرقابة "القاصر ومن في حكمه".

الثانية: مسؤولية مفترضة في جانب من يتولى الرقابة.

وقد يرتكب الخاضع للرقابة الضرر بواسطة شيء في حراسته فتكون مسؤوليته في هذه الحالة مفترضة افتراضا لا يقبل إثبات العكس، بينما تكون مسؤولية الرقيب عنه قابلة لإثبات العكس.

حتى وإن كان بعض الفقهاء يشترطون في الحارس أن يكون مميزا، بينما يرى أغلب الفقهاء أن التمييز غير مشروط في الحراسة بقسميها.¹

على أن المشرع الجزائري إذا كان قد استمد نص المادة 134 ق.م.ج من القانون المدني المصري المادة 173 في قسمها الأول، واستمد نص المادة 138 من القانون المدني الفرنسي المادة 4/1384 قبل تعديلها في سنة 1970، مما أوقعه في تناقض بين نص عام يعمم الرقابة على القاصر بكل من تجب عليه الرقابة قانونا أو اتفاقا، ونص خاص يحصّر الرقابة في الأب وبعد وفاته الأم، ولمنع هذا التعارض وحتى الازدواج في الحكم، فتكون الرقابة أولا للأب وبعد وفاته الأم طبقا للمادة 135، وإذا لم يوجد الأب والأم تنتقل إلى تطبيق المادة 134 ق.م.ج، ويكون وليه على النفس هو الرقيب، وإذا لم يوجد ولي على النفس ولا وصي تكون الرقابة عليه اتفاقية، وهذا التفسير يجد سنده الشرعي في القاعدة الأصولية التي تقضى بأن تخصيص حالة بالذكر ليس معناه بالضرورة استبعاد ما عداها من الحالات، فتخصيص الرقابة على القاصر ومن في حكمه بأبيه ثم بأمه ليس معناه استبعاد الرقابة عليه من غيرهما إذا لم يوجد.²

ثانيا/ موقف المشرع الجزائري من مسؤولية عديم التمييز بعد تعديل 10/05 ق.م.ج

- أدخل المشرع الجزائري تعديلا على كل من سن التمييز، وعلى المسؤولية التقصيرية في جانبها المسؤولية عن الفعل الشخصي، والمسؤولية عن فعل الغير، ولكن كل ذلك في إطار مدى مسؤولية عديم التمييز عن الفعل الضار وهذا بموجب القانون رقم 10/05 المؤرخ في 10 يونيو 2005.
- فنصت المادة 42 ف.م.ج بعد التعديل على: "لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته، أو جنون، يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة".
- بينما في مجال المسؤولية التقصيرية والتي اختار لها المشرع مصطلح الفعل المستحق للتعويض، نجده قد نص صراحة على الفعل الضار بمصطلح الخطأ بقوله في نص المادة 124 بعد التعديل "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".

¹ الدكتور علي علي سليمان: دراسات في المسؤولية المدنية، ص 21/12/19 ف8.

² الدكتور علي علي سليمان: دراسات في المسؤولية المدنية، ص 16/15 ف5.

- وفي نطاق مدى مسؤولية القاصر المميز أو غير المميز عن الفعل الضار نجده استغنى عن نص المادة 2/125 ق.م.ج السابقة والتي تحدد أحكام وشروط وأساس مسؤولية القاصر غير المميز، بنصه على فقرة واحدة للمادة 125 على شرط التمييز لقيام المسؤولية، فنصت على أنه "لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو بإهمال منه أو عدم حيظته إلا إذا كان مميزاً".
- بينما في نطاق مسؤولية المكلف بالرقابة عن ضرر الشخص الخاضع للرقابة، فنجد المشرع الجزائري قد ألغى نص المادة 135 الفقرة الأولى منها اكتفاء بالقاعدة العامة لهذه المسؤولية، فإذا وجد الشخص القاصر أو من في حكمة تحت الرقابة القانونية أو الاتفاقية للغير، فإن هذا الأخير مسؤول تقصيرياً عن الضرر، وبمسؤولية مفترضة قانوناً، فنصت المادة 134 بعد تعديلها بالقانون 10/05 بقولها في الفقرة الأولى: "كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصر أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية، يكون ملزماً بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص بفعله الضار)).

بينما الفقرة الثانية من المادة 134 ق.م.ج حددت لمتولى الرقابة وسائل دفع مسؤوليته المفترضة، بإثباته إما بعدم ارتكابه للخطأ التقصيري -عدم الرقابة- وإما بإثبات السبب الأجنبي للضرر حتى تنتفي العلاقة السببية بين الضرر والخطأ المفترض.

- وعلى ضوء هذه النصوص القانونية الجديدة المعدلة، يطرح السؤال الجوهرى هل يسأل الشخص غير المميز عن فعله الضار، أو حتى عن فعل غيره المسؤول عنهم، وعن فعل الأشياء التي في حراسته؟ وهل يعتبر غير المميز حارساً للشئ غير الحي؟

1- مدى مسؤولية القاصر عديم التمييز عن الضرر وفقاً للقانون 10/05 ق م ج

- فمن حيث الشخص غير المميز والذي سبب ضرراً للغير -بفعله أم بفعل غيره أم بفعل شيء تحت حراسته فإن النصوص الجديدة تجعله غير أهل لتحمل مسؤولية التعويض عن الضرر، لأن فعله الضار -الخطأ- لا يتصور اتجاه ولا يتحقق التمييز، وهو شرط معنوي في الخطأ، ومشرعنا يضع قاعدة مطلقة في نص المادة 125 بأنه لا مسؤولية بدون تمييز.
- ولكن بالتنسيق مع أحكام المسؤولية عن فعل الغير فإن المكلف بالرقابة مسؤول قانوناً عن التعويض وعلى أساس الخطأ المفترض، وهو الإخلال بالالتزام بالرقابة *La surveillance*، ونجد هذا الالتزام مصدره القانون كالتزام الولي بالرقابة على الصغير أو الاتفاق أو العقد كالتزام المعلم بالرقابة على تلاميذه.

فالرقابة على هؤلاء -عديمي التمييز- تعني الإشراف عليهم وحسن تربيتهم ومنعهم من الأضرار بالغير باتخاذ الاحتياطات اللازمة، وهنا يفترض المشرع أن وقوع الفعل الضار من طرف الشخص الذي هو تحت الرقابة، كان نتيجة تقصير متولى الرقابة في القيام بها، إخلالا بالتزامه، ومن ثم أقام قرينه الخطأ على عاتقه، فإذا قصر المكلف بالرقابة قانونا في أداء هذا الواجب، كان مخطئا خطأ شخصيا يوجب مسؤوليته.¹

وقد حكمت المحكمة العليا في هذا المجال في قرارها الصادر يوم 1983/03/02 بقولها: "بأن مسؤولية الأب عن أفعال ولده القاصر تقوم على أساس خطأ مفترض فيه، أنه أهمل مراقبته ولا تسقط هذه القرينة **Présomption de faute** إلا إذا اثبت الأب أنه قام بواجب الرعاية والتوجيه، وارتكاب هتك العرض من قبل ولد قاصر مميز يثبت بصفة قطعية إهمال الأب في تربية ابنه".²

- وعلى ذلك فإنه المشرع الجزائري بعد استغناؤه عن نص المادة 1/135 المتعلقة لمسؤولية الأب والأم، والمعلمين والمؤدبين وأرباب الحرف، وأخذة بالقاعدة العامة لهذه المسؤولية المادة 134 والمتعلقة بمسؤولية المكلف بالرقابة -والتي أقامها على خطأ مفترض- فإن هذه القرينة أقامها على واقعتين هما:

تولي شخص الرقابة على شخص آخر، وصدور فعل غير مشروع من هذا الأخير.

فهاتان الواقعتان إذا هما الشرطان الواجب توفرهما لكي تتحقق مسؤولية المكلف بالرقابة في القانون المدني الجزائري.

- وعلى ضوء نص المادة 134 ف.م.ج فإن المشرع الجزائري لم يحدد الأشخاص الذين ينشأ الالتزام برقابتهم، ولكنه حدد الحالات التي تدعو إلى نشوء الالتزام بهذه الرقابة وحصرتها في ثلاث، وهي القصر، والحالة العقلية، وهي الآفات التي تصيب العقل كالجنون والعتة، والحالة الجسمية كالعمى والشلل، وعلى ذلك فإن المسؤولية لا تقوم بالنسبة للأشخاص المكلفين بالرقابة خارج نطاق الحالات المذكورة كرقابة السجناء للمسجونين ورقابة رئيس الحزب السياسي على أعضاء حزبه.³

¹ الدكتور بلحاج العربي: نظرية الالتزام ج 2 ص 287/286 ف433.

² المحكمة العليا ع.م، رقم 30064، 1983/03/02، الاجتهاد القضائي، ص27.

³ الدكتور صبري السعدي: نظرية الالتزام، ج2، ص185/184 ف 152.

وإذا كان المشرع الجزائري لم يفرق في الرقابة على القاصر بين سن وأخرى، كما فعل المشرع المصري في نصا المادة 2/173 ((ويعتبر القاصر في حاجة إلى الرقابة إذا لم يبلغ خمسة عشرة سنة، أو بلغها وكان في كنف القائم على تربيته وتنتقل الرقابة على القاصر إلى معلمة في المدرسة أو المشرف على الحرفة، مادام القاصر تحت إشراف المعلم أو المشرف، وتنتقل الرقابة على الزوجة القاصر إلى زوجها أو إلى من يتولى الرقابة على الزوج)).

فالقاصر سواء كان مميزا أو غير مميز في حاجة إلى الرقابة حسب نص المادة 134 ويكون المكلف برقابته مسؤول عن التعويض عن الضرر الذي سببه الابن القاصر، وهي مسؤولية كاملة تناسب الضرر حماية للشخص المضروب - وهذا خلافا لأحكام مسؤولية الشخص القاصر غير المميز في النص القانوني القديم المادة 2/125 ق.م.ج والتي كانت تتسم بالتعويض العادل وبمسؤولية جوازية وبتقدير قاضي الحكم.

- أما من حيث الرقابة بسبب الحالة العقلية والجسمية، فإن الأصل أنه إذا بلغ الشخص سن الرشد تحرر من الرقابة عليه، ولم يعد هناك من هو مسؤول عنه، لا في المنزل ولا في المدرسة ولا في مكان قيامه بالحرفة حتى ولو استمر يعيش في كنف غيره.

- ولكن قد يعتري الشخص مرض عقلي أو حالة جسمية تجعله في حاجة إلى من يراقبه، كما لو أصيب بالجنون، أو العته، أو أصيب بالشلل، أو فقد بصره، ففي هذه الحالات تعود الرقابة لولي النفس، أو الزوج أو الزوجة، وقد تنتقل اتفاقا إلى شخص آخر كمدير المستشفى، أو الطبيب أو الممرض أو أحد الأقارب أو غيرهم ممن يتفق على توليه الرقابة.¹

- وإذا كانت الحكمة من قيام الالتزام بالرقابة في القانون هي حاجة الخاضع للرقابة إلى الرقابة بسبب قصره أو سبب حالته العقلية أو الجسمية، فإن الحكمة من النص على مسؤولية متولى الرقابة هي إخلاله بالالتزام بالرقابة - وهي قرينة قانونية بسيطة قابلة لإثبات العكس - وهي أيضا حماية للمضروب في التعويض خصوصا أمام انعدام مسؤولية-عديم التمييز- والتي تؤسس في صورتها العامة على الخطأ التقصيري، وهذا الأخير قوامه ركنين مادي وهو التعدي، ومعنوي وهو التمييز ولا يتحقق اتجاه مرتكب الضرر إلا الركن أو العنصر الأول في الخطأ، خصوصا وأن المشرع الجزائري اختار للمسؤولية التقصيرية شرط التمييز، فلا مسؤولية بدون تمييز.

- وإذا كانت مسؤولية الرقيب تقوم في الحالتين القاصر المميز وغير المميز، فإنه في نطاق حالة القاصر غير المميز فإن قيام مسؤولية الرقيب عن التعويض تجعلها مسؤولية أصلية، تستند إلى فعل ضار

¹ الدكتور صبري السعدي: نظرية الالتزام، ج2، ص 187/186 ف152.

صادر من غير المميز فقط وهو التعدي، ولكن تستند إلى خطأ شخصي تقصيري من المكلف بالرقابة وهو إخلاله أو تقصيره بواجب الرقابة.

- على أنه يلاحظ أن المشرع الجزائري -وعلى غرار المشرع المصري في نص المادة 1/173 ق.م.م- قد استعمل عبارة "...يكون ملزماً بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص بفعله الضار" لأن عدم التمييز لا يمكن أن يوصف فعله الذي أضر بالغير بأنه عمل غير مشروع أو حتى خطأ، وذلك تبنيها بأنه يكتفي بركن التعدي في فعل الخاضع للرقابة وذلك يعني أيضاً أن مسؤولية متولى الرقابة في فرضيتنا هذه لا تقوم باعتبارها مسؤولية تبعية تستند إلى مسؤولية الخاضع للرقابة - إذ أن هذا الأخير لم يرتكب خطأ فتقوم مسؤوليته - بل تقوم هنا على أساس مستقل أي مسؤولية أصلية وأساسها الخطأ المفترض في جانب المسؤول وهو متولى الرقابة.¹

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه: "إن نص المادة 173 ق.م.م يجعل الوالد مسؤولاً عن رقابة ولده الذي لم يبلغ خمس عشرة سنة أو بلغها وكان في كنفه، ويقوم من ذلك مسؤولية مفترضة تبقى إلى أن يبلغ سن الرشد، لما كان ذلك وكانت هذه المسؤولية بالنسبة إلى الوالد تستند إلى قرينة الإخلال بواجب الرقابة أو إلى افتراض أنه أساء تربية ولده أو الأمرين معاً، ولا تسقط إلا بإثبات العكس، وعبء ذلك يقع على كاهل المسؤول الذي له أن ينقض هذه القرينة بأن يثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أن يثبت أن الضرر كان لا بد واقعا ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية، وعلى المسؤول وهو الوالد أن يثبت أيضاً أنه لم يسئ تربية ولده، لما كان ذلك، وكان يبين من محاضر جلسات المحكمة أنه لم يجادل في أساس مسؤوليته أمام محكمة الموضوع، فلا يقبل منه إثارة شيء من ذلك لأول مرة أمام محكمة النقض".²

ورغم وجود مسؤول واحد أمام المضرور في الضرر الذي يحدثه القاصر غير المميز -وهو مسؤولية المكلف بالرقابة- فإذا تحمل هذا الأخير التعويض كاملاً، فهل يجوز له الرجوع به على غير المميز خصوصاً أن الضرر ناتج عن فعل المميز ومهما وجه لمتولى الرقابة من خطأ تقصيري في الرقابة؟

وفقاً للنصوص القانونية السابقة، والتي كانت تقر بمسؤولية غير المميز وعلى سبيل الاستثناء وبمسؤولية وتعويض عادل المادة 2/125 ف.م.ج -قبل تعديلها- يحق المسؤول عن فعل الغير بالرجوع بالتعويض وفق نص المادة 137 قبل تعديلها ((للمسؤول عن عمل الغير حق الرجوع عليه في الحدود التي يكون فيها هذا الغير مسؤولاً عن تعويض الضرر)).

¹ الأستاذ: علي فيلاي: الالتزامات العمل المستحق للتعويض، ص 67 و ما بعدها و انظر أيضا الدكتور: محمود جلال حمزة: العمل غير المشروع باعتباره مصدراً للالتزام ص 163 فقرة 176 و ما بعدها
² نقض جنائي في 1979/10/08، مجموعة أحكام النقض الجزائرية، السنة 30 رقم 159، ص 755.

إلا أنه وفق النصوص القانونية الجديدة، والتي تقر بأنه لا مسؤولية بدون تمييز 125 ف 10/05 ولكن إذا كان غير المميز خاضعا لرقابة الغير كالأب أو الأم أو الجد أو المعلم في المدرسة أو رب حرفة، ويوجه عام كل من يجب عليه رقابة غير المميز، فإن هذا المسؤول مسؤول عن تحمل التعويض عن الضرر الذي يسببه القاصر -مميزا أو غير مميز- أو من كان حالته العقلية والجسمية والتي تحتاج إلى الرقابة، ولكن هو سبب أحداث الضرر، ولكن لم ينص المشرع في التعديل الأخير على حق الرجوع للمكلف بالرقابة في نص المادة 137 بعد تعديلها بالقانون 10/05 حيث تنص على حق المتبوع فقط في الرجوع بالتعويض على التابع ((للمتبع حق الرجوع على تابعه في حالة ارتكابه خطأ جسيما)).

والخلاصة حول مسألة الرجوع بالتعويض من عدمه، أقول أنه إذا كان مرتكب الضرر يتمتع بأهلية التمييز، فإن مسؤوليته أصلية وكاملة عن التعويض، وإذا تحمل الرقيب التعويض فإنه بمفهوم المخالفة للمادة 125 ق.م.ج يجوز لهذا المسؤول الرجوع بكامل التعويض على القاصر لأن المسؤولية هي مسؤولية المميز لا مسؤولية متولى الرقابة والتي لا تقوم في هذا الفرض إلا على سبيل الاحتياط والتبعية حماية للمضروب في التعويض.

أما إذا كان الضرر ناتجا عن فعل ضار لشخص غير مميز، فلا يوجد إلا مسؤولا واحد وهو المكلف بالرقابة وهو المسؤول عن التعويض وبدون حق الرجوع، لأن الخطأ هو خطأه في الإخلال بالتزام الرقابة، وما فعل غير المميز إلا سبب فقط في الضرر.

وحتى في الأضرار التي تحدث بفعل الغير والتي قد يكون غير المميز مسؤولا عنهم أو بفعل أشياء حية أم غير حية يكون غير المميز حارسا لها، فإنه خروجا عن الاتجاه الفقهي الحديث والذي يذهب إلى تقرير مسؤولية غير المميز عن الغير كمتبوع، وعن الشيء كحارس، ويقوم المكلف بالرقابة نيابة عن غير المميز بممارسة مهام التبعية "الرقابة والتوجيه"، وعن الأشياء بمهام "الاستعمال والتسيير والرقابة"، وعن اتجاه بعض التشريعات إلى تقرير مسؤولية من لا يتمتع بقواه العقلية كما نصت عن ذلك المادة 2/489 ق.م.ق المؤرخ في 1968/01/03 والتي قضت

« Celui qui à causé un dommage à autrui alors qu'il était sous l'empire d'un trouble mental n'en est pas moins obligé à réparation »

2- مدى اعتبار القاصر غير المميز حارسا للشيء غير الحي:

فإنه في القانون المدني الجزائري فإن المسؤول عن تعويض هذه الأضرار بفعل الغير أم بفعل الأشياء يكون المكلف برقابة القاصر غير المميز ومن في حكمه -كالمجنون والمعتوه- وهذا حتى وإن سلمنا بأن غير المميز يمكن أن يكون متبوعا على التابع، أو حارسا للشيء الحي أو غير الحي، ففي التشريع الجزائري فإن الحكم مطلق بالنسبة للمسؤولية، فمناطها التمييز، فمن لا تمييز له لا مسؤولية عليه، ومهما اختلفت صورة المسؤولية عن الفعل الشخصي أو عن فعل الغير أو عن فعل الأشياء بوجه عام.

والخلاصة العامة لمدى مسؤولية غير المميز عن الفعل الضار الذي يرتكبه بفعله الشخصي أم بفعل الغير أم بفعل شيء من الأشياء هو حارسه فإن موقف المشرع الجزائري من ذلك و خصوصا بعد إصداره للتعديل الأخير 10/50 يكون كما يلي:

المطلب الثاني**مدى مسؤولية القاصر غير المميز عن الضرر تبعا لصور المسؤولية التقصيرية**

خلصنا مما سبق حول موقف التشريعات المختلفة من مدى مسؤولية غير المميز التقصيرية، بحيث وجدناها منقسمة على نفسها بين المؤيد لقيام مسؤولية غير المميز كاملة، ومنها من تساءله بمسؤولية مخففة، ومنها من تنكر عنه المسؤولية.

كما أننا بينا موقف فقه الشريعة الإسلامية من هذه المشكلة، فرغم بعض التباين في الفقه الشرعي من ذلك إلا أن التيار الغالب يقيم مسؤولية تقصيرية كاملة ضد غير المميز عن الأضرار التي يلحقها بالغير في نفسه أو ماله، تأسيسا على القاعدة الشرعية أن الدماء والأموال معصومة في ديار الإسلام.

ونوضح الآن مدى هذه المسؤولية على ضوء صورها "عن الفعل الشخصي أم عن فعل الغير أو عن فعل شيء فهل يسأل باعتباره مسؤولا عن فعله الشخصي، أم باعتباره متبوعا أم حتى باعتباره حارسا؟

الفرع الأولمدى مسؤولية القاصر غير المميز عن فعله الشخصي1. ارتباط قيام المسؤولية التقصيرية في القانون المدني بعنصر التمييز:

لقد عرفت مسؤولية القاصر غير المميز عن الضرر الذي يحدثه بفعله الشخصي تطورا وتباينا في التشريع الوضعي، كما أنها خضعت لبعض التعديلات التشريعية "بعض المشرعين" كنتيجة طبيعية ومنطقية لما عرفه الفقه والقضاء من تطور بشأن هذه المسألة.

فالمشرع الجزائري مثلا مع تعديله لنص المادة 124 بالقانون 10/05 الصادر في 20 يونيو 2005 واشترطه أن يكون الفعل المرتكب ناتج عن خطأ "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخصي بخطئه ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".

وتبعاً لذلك فإن قيام مسؤولية الشخص عن الضرر مشروطة ومنوطة بتمييز مرتكب الضرر، وبدون تمييز فلا خطأ، ومن ثم لا مسؤولية نصت المادة 125 بعد تعديلها بالقانون 10/05: "لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو بإهمال منه أو عدم حيطته إلا إذا كان مميزاً".

يتبين من هذا النص التشريعي أن التمييز عنصر جوهري و أساسي، بل هو شرط لا تقوم المسؤولية التقصيرية عن الأفعال الشخصية إلا بتوافره، وبعبارة أدق أن التمييز هو مناط المسؤولية التقصيرية، إذا الأصل حتى يكون الشخص مسؤولاً هو أن يكون مميزاً، وعلى ذلك فالقاصر غير المميز الذي لم يبلغ 13 سنة كاملة هو غير مسؤول عن الضرر الذي يسببه.¹

فمن اكتمل سن تمييزه ولم يكن كامل الأهلية المدنية تصح مساءلته حتى يقوم الدليل على انعدام تمييزه لأي سبب كان كآفة عقلية أو عارض مؤقت، فإذا أقيم الدليل على أن الفاعل كان وقت ارتكابه الفعل الضار كان فاقداً للوعي والإرادة فإن مسؤوليته تنتفي لأن التمييز والإدراك غير متوافران لديه.

ولكن حماية للمضروب في التعويض فإن المشرع الجزائري على غرار بعض التشريعات العربية الأخرى أنطت هذه المسؤولية مباشرة للشخص المكلف برقابة القاصر غير المميز، فقد نصت المادة 134 بعد تعديلها بالقانون 10/05 "كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة

¹ الأستاذ: علي فيلاي: المرجع السابق ص 67 و ما بعدها

إلى الرقابة بسبب قصر أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية، يكون ملزماً بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص بفعله الضار.

لكن هذا الموقف رغم ما فيه من إيجابيات ومن وضوح قانوني في يد قاضي الموضوع، إلا أن سلبياته هي أيضاً كثيرة لعل أهمها إذا استطاع الرقيب أن يدفع عنه المسؤولية بإثبات عدم ارتكابه لأي خطأ تقصيري في الرقابة أو حتى بإثبات السبب الأجنبي للضرر فكيف يكون مصير حق المضرور في التعويض فلا القاصر مسؤول قانوناً رغم أنه هو الذي أحدث الضرر وهذا لإنعدام تمييزه، ولا الرقيب مسؤول بمجرد دفعه المسؤولية عنه بالطريق القانوني.

ثم لو سلمنا بهذا الاتجاه القانوني الجديد في تشريعنا كيف نواجه الحالة التي يكون فيها عدم التمييز أو المكلف بالرقابة مليئاً مالياً، بينما المضرور يعيش في فقر مدقع، زاده الحدث الضار والذي لا وجود فيه لأي مسؤول؟.

إن الحل الذي اختاره المشرع الجزائري باشرطه التمييز لقيام المسؤولية التقصيرية بوجه عام، كان المفروض أن ينص عن حل قانوني استثنائي لمثل هذه الحالات كأن يحدث صندوقاً اجتماعياً للضمان أو التأمين أو التعويض، مصدر أمواله هي عبارة عن الاشتراكات التي يتحملها الشخص مرحلياً.

بينما نجد موقفاً مغايراً لهذا النص عند المشرع العراقي الذي أقام المسؤولية أصلاً على القاصر مميزاً أم غير مميز ويجوز للمحكمة أن تنقل هذا الالتزام بالتعويض كاملاً للمكلف برقابة القاصر كالولي أو الوصي أو القيم، فنصت المادة 191 من القانون المدني العراقي على:

"إذا اتلف صبي مميزاً أو غير مميز ومن في حكمهما مال غيره لزمه الضمان في ماله.

وإذا تعذر الحصول على التعويض من أموال من وقع منه الضرر أن كان صبياً غير مميز أو مجنوناً جاز للمحكمة أن تلزم الولي أو القيم أو الوصي بمبلغ التعويض على أن يكون لهذا الرجوع بما دفعه على من أوقع الضرر.

وعند تقدير التعويض العادل عن الضرر لا بد للمحكمة أن تراعى في ذلك مركز الخصوم".¹

¹ مجلة الحقوق الكويتية، ص 111 فقرة 52

2. شروط قيام مسؤولية تقصيرية للقاصر غير المميز في القانون المدني قبل تعديل 10/50:

بالتنسيق بين النص القانوني القديم الذي أناط المسؤولية عن أضرار غير المميز بالشخص المكلف برقايته والنص الجديد الذي أبقى على هذه المسؤولية أصلا المادة 1/134 ف.م.ج، فإن المشرع الجزائري منح للرقيب الحق في دفع مسؤوليته المفترضة قانونا، حيث نصت المادة 2/134 ف.م.ج.

"ويستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أثبت أن الضرر كان لا بد من حدوثه ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية."

بناء على هذا النص القانوني حتى تقوم مسؤولية غير المميز أو من فقد وعيه فيجب أن يتوفر الشرطان:

الأول: أن يتعذر على المضرور الرجوع بالتعويض على المكلف بالرقابة: لعدم إقامة الدليل على مسؤوليته لأن الخطأ مفترض ولكنه قابل لإثبات العكس أو لأنه استطاع أن يتخلص من مسؤولية إثباته القيام بواجبات الرقابة، أو أن الضرر سببه أجنبي لا بد من حدوثه ولو قام بواجب الرقابة بما ينبغي من العناية.

الثاني: أن يسمح مركز الخصوم المالي للحكم على عديم التمييز بالتعويض العادل: وهي سلطة تقديرية للقاضي حولها المشرع له أن يحكم على من وقع منه الضرر بالضرر بالتعويض العادل الذي يراعى مركز الخصوم المالي.

3. خصائص مسؤولية عديم التمييز وفقا لأحكام القانون المدني قبل تعديله:

تختص مسؤولية غير المميز وفقا لنص المادة 2/125 قبل تعديلها حيث نصت:

"غير أنه إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسؤول عنه، أو تعذر الحصول على تعويض من المسؤول جاز للقاضي أن يحكم على من وقع منه الضرر بتعويض عادل، مراعى في ذلك مركز الخصوم."

لذلك فإن مسؤوليته عن الضرر تختص بالخصائص الآتية:

أ. أنها مسؤولية استثنائية: ذلك لأن اقرارها هو خلاف للأصل في أن لا مسؤولية بدون تمييز وبدون خطأ.

ب. أنه مسؤولية احتياطية: إذ الأصل تقوم مسؤولية المكلف بالرقابة أصلاً فلا يمكن اللجوء إليها إلا إذا لم تكن هناك من هو مسؤول عنه، أو وجد وانتفت عنه المسؤولية بإثباته القيام بواجب الرقابة أو أن الضرر سببه فعل أجنبي، أو حتى مع ثبوت مسؤولية الرقيب لكنه كان معسراً أو تعذر على المضرور الحصول منه على التعويض.

ج. أنها مسؤولية جوازية مخففة: وتعني ذلك أن أمر الفصل فيها متروك للسلطة التقديرية للقاضي، فله أن يحكم بما إذا كانت حالة عدم التمييز المالية تسمح بذلك، وله أن لا يحكم بما إذا قدر خلاف ذلك، ويخالف المشرع العراقي موقف المشرع الجزائري السابق، بجعل الحكم بمسؤولية غير المميز وجوبية— حتى وإن كان للقاضي السلطة المطلقة في تقدير التعويض بحسب المركز المالي للطرفين: المضرور وعدم التمييز، كما نصت عن ذلك المادة 191 ق م ع السابقة.

الفرع الثاني

مدى مسؤولية القاصر غير المميز باعتباره متبوعاً

إن البحث في مدى اعتبار عدم التمييز مسؤولاً باعتباره متبوعاً "مسؤولية المتبوع عن أفعال التابع" تتطلب أولاً وبداية معرفة مدى اشتراط عنصر التمييز في المتبوع.

لم يوضح المشرع الجزائري موقفه صراحة من شرط التمييز في نص المادة 136 ق 10/05 المتعلقة بمسؤولية المتبوع عن أعمال تابعة حيث نصت¹: "يكون المتبوع مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار متى كان واقعا منه في حالة تأدية وظيفته أو بسببها أو بمناسبتها.

وتتحقق علاقة التبعية ولو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه متى كان هذا الأخير يعمل لحساب المتبوع"

بناء على هذا النص القانوني فإن المشرع الجزائري اكتفى بتحديد شروط المسؤولية وأثارها فقط، والمتمثلة في:

- أن يكون الضرر حاصل من تابع حالة تأدية وظيفية أو بسببها أو بمناسبتها.
- أن تتحقق علاقة تبعية بين التابع والمتبوع متى كان التابع يعمل لحساب المتبوع.

¹ حتى وإن نص صراحة على هذا الشرط في القاعدة العامة للمسؤولية عن الفعل الشخصي، حيث نصت المادة 125/ق 10/05 "لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو بإهمال منه أو عدم حيلته إلا إذا كان مميزاً".

وإذا تحققت هذه الشروط فإن الأثر المترتب عن ذلك هو قيام مسؤولية تقصيرية ضد المتبوع بإلزامه بالتعويض، ولكن بالرجوع إلى موقف الفقه القانوني وبعض أحكام القضاء نجد هناك تبايناً في ذلك:

الرأي الأول: يرى وجوب توفر عنصر التمييز في المتبوع حتى تقوم مسؤوليته عن فعل تابعه وتعليلات هذا الرأي: أن رابطة التبعية تتضمن دائماً عنصرين الأول العمل القانوني والثاني السلطة المادية للمتبوع في رقابة تابعه وتوجيهه، وهذان العنصران لا يمكن تحققهما إلا إذا توفر التمييز في المتبوع حتى وإن لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه.

الرأي الثاني: ينتقد الرأي السابق ويرى أنه من المتعذر قبوله، حيث يمكن أن يكون عديم التمييز متبوعاً، ويتولى عنه الرقابة والتوجيه وليه أو وصيه أو قيمه و يشترطون لذلك أن لا يتعارض موقفهم هذا من أساس مسؤولية المتبوع -خارج الخطأ- والذي يتطلب تعدياً وتميزاً في آن واحد.

على أن ما استقر عليه أغلب الفقهاء وأحكام المحاكم في مصر وفرنسا على أنه لا يشترط أن يكون المتبوع مميزاً، فعدم التمييز¹ قد يكون متبوعاً ومما جاء في قضاء محكمة النقض المصرية حول مسؤولية القاصر غير المميز باعتباره متبوعاً قولها: "حيث أن المادة 152 من القانون المدني المصري القديم إذ نصت بصفة مطلقة على أنه يلزم البدء بتعويض الضرر الناشئ للغير عن اتصال خدمته متى كان واقعا منهم حال تأدية وظائفهم، وقد أفادت أنه لا يجب ثبوت أي تقصير أو إهمال من جانب المتبوع الذي يلزم بالتعويض، بل يكفي لتطبيقها أن يقع الخطأ المنتج للضرر من التابع أثناء تأدية وظيفته، فتصبح إذن مساءلة القاصر بناء عليها عن تعويض الضرر الذي نشأ من خدمة الذين عينهم له وليه أو وصيه أثناء تأدية أعمالهم ولا يحق للمساءلة في هذه الحالة أن يرد على ذلك بأنه هو بسبب عدم تمييزه لا يمكن أن يثور أي خطأ في حقه إذ المسؤولية هنا ليست عن فعل وقع من القاصر ليكون الإدراك والتمييز حساب وإنما عن فعل من خادمه أثناء تأديه أعماله في خدمته".²

ويقوم نائبه القانوني ((الولي أو الوصي أو القيم)) برقابة التابع وتوجيهه، وما يؤكد هذا الاتجاه الفقهي هو أن شرط التمييز لم يعد شرطاً ضرورياً حتى لدى التابع أثناء حدوث الفعل الضار، و مما قاله "ستارك" أنه لا يشترط في فعل التابع أن يكون خاطئاً، وإلا فكيف يسأل المتبوع دون خطأ منه، ويطلب من المضرور أن يثبت خطأ التابع، كما أنه نص 5/1384 لم تشترط الخطأ.

¹ إن عدم التمييز قد يكون بسبب السن وقد يكون بسبب الإصابة بمرض عقلي مثل الجنون والعتة، كما أن إقرار المشرع الفرنسي بمسؤولية من كان في حالة اضطراب عقلي بالجنون مثلاً طرح بعض الفقهاء القانونيين في فرنسا وحتى في مصر حول مدى امتداد تطبيق هذا النص القانوني الفرنسي الجديد إلى القصر عديمي التمييز، المادة 2/489 من القانون رقم 5/68 الصادر في 1968/01/03 تحت عنوان « de la majorité et des majeurs qui sont protégés par la loi »

² الدكتور: يحيى أحمد موافي: المسؤولية عن الأشياء في ضوء الفقه والقضاء دراسة مقارنة، ط1992، ص58/57 هامش 9 (نقض جنائي 1942/05/25 مجموعة الأحكام الجنائية 411، ص165).

« On est responsable : les maîtres est les commettants, du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions aux quelles ils les ont employés ».

وإذا كان القضاء الفرنسي كان مستقرا منذ القدم على ضرورة توفر الخطأ في جانب التابع حتى تقوم مسؤولية المتبوع إلى أن صدر النص الجديد 2/489 بموجب القانون رقم 5/68 ف 1968/01/03 المتعلق بالراشدين الموضوعين تحت الرقابة حيث نصت:

«Celui qui a causé un dommage a autrui alors qu'ils était sous l'empire d'un trouble mental, n'en est pas moins obligé a réparation ».

حيث عمم القضاء الفرنسي تطبيق النص على غير الراشدين وعلى كل أنواع المسؤولية، حيث جاء في قرار الدائرة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1977/03/03 مسؤولية المتبوع عن فعل ضار ارتكبه تابعه المجنون، وقد صرف القضاء الفرنسي ابتداء من هذا الحكم عن اشتراط خطأ التابع في كل أحكامه وأصبح يكتفي فقط بمصطلح الفعل غير المشروع ¹. Le fait illicite

الفرع الثالث

مدى مسؤولية القاصر غير المميز باعتباره حارسا

على غرار ما سبق تناوله من مدى اعتبار التمييز شرطا لقيام مسؤولية القاصر باعتباره متبوعا، يطرح الآن إشكال آخر هل يشترط التمييز في حارس الشيء؟ وبالأحرى هل تقوم مسؤولية القاصر غير المميز باعتباره حارسا؟.

تختلف الإجابة عن ذلك تشريعيًا وفقهيا و حتى قضائيا، بحيث انقسمت الآراء تبعا لمدى اعتبار الخطأ أساسا للمسؤولية على الشيء، كما أن الاتجاه التشريعي والقضائي الفرنسي منقسم بين مرحلتين الأولى قبل صدور القانون 5/68 بتاريخ: 1968/01/03 والثانية بعد صدوره.

الاتجاه السائد قبل صدور قانون 5/68 الصادر بتاريخ 1968/01/03:

إن جل الآراء الفقهية السائدة في هذه المرحلة والتي انقسمت على نفسها بين اعتبار التمييز شرطا لقيام المسؤولية عن الشيء، وأخرى لا تعتبره شرطا، ترجع إلى عاملين كانا محل اختلاف الفقه القانوني.

العامل الأول: ما هو الأساس القانوني للمسؤولية عن الأشياء.

¹ أنظر المجلة الفصلية للقانون المدني الفرنسي R.T.D.C السنة 1977 ص 556 و ما بعدها

العامل الثاني: كيف نحدد المفهوم القانوني لفكرة الخطأ.

الاتجاه الأول: من أنصار نظرية تحمل التبعة، حيث يرون أن المسؤولية عن الأشياء تتضمن تطبيقاً لنظرية تحمل التبعة، وحارس الشيء لا يستطيع نفي مسؤوليته بإثباته انتقاء الخطأ، ومن ثم فأساس المسؤولية ليس هو الخطأ، ومتى كان كذلك فإن الحراسة تثبت حتى للشخص عديم التمييز.¹

الاتجاه الثاني: من أنصار نظرية الخطأ وهم مختلفون في تحديد مفهوم الخطأ قانوناً.

أ. فقد ذهب بعض الفقهاء إلى إعطاء مفهوم قانوني جديد للخطأ يتزعمهم الفقيه "مازو"، وأهم أفكاره:

- أنه عند تقدير الخطأ يجب الاعتداد بمعيار موضوعي مجرد، بالأخذ في الاعتبار بالظروف الخارجية دون الظروف الشخصية أو الذاتية الخاصة بالمدعى عليه بما فيها خصائصه الجسمية أو المعنوية كالجنون وصغر السن.

- وعلى ذلك فإنه يمكن أن يصدر عنه الخطأ طالما أن سلوكه يتضمن انحرافاً عن مسلك الرجل العادي بفرض تعرضه لذات الظروف الخارجية التي أحاطت بالمدعى عليه وقت الحادث.

- ولذلك فإن قيام المسؤولية عن الأشياء على فكرة الخطأ لا يمنع من اعتبار عديم التمييز حارساً طالما أن التمييز ليس عنصراً في الخطأ.

ب. بينما ذهب جانب ثاني من الفقهاء من أنصار نظرية الخطأ "بلا نيول وريبر" إلى أن الخطأ يقوم على عنصرين مادي وهو التعدي ومعنوي وهو التمييز أو الإدراك، وقيام المسؤولية عن الأشياء على أساس الخطأ يستوجب توافر التمييز لدى الحارس، وبانعدامه فلا تثبت لعدم التمييز الحراسة سواء كان لجنون أو لصغر السن.²

وقد ساندت محكمة النقض الفرنسية هذا الاتجاه الأخير في عدة أحكام قضائية متعاقبة منها:

- الحكم الصادر بتاريخ 1947/04/28 مضمونه اطلاق نار من مسدس كان بيد مجنون حيث قضت أن مسؤولية الحارس المفترضة وسلطة الاستعمال والتوجيه والرقابة يستلزم أن يكون الحارس مميزاً.

¹ الدكتور: محمد نصر الدين منصور: المرجع السابق ص 27 و ما بعدها، و انظر الدكتور: أيمن إبراهيم العشاوي المرجع السابق ص 293 و ما بعدها

² الدكتور: عبد السميع عبد الوهاب ابو الخير: المرجع السابق ص 208 فقرة 49 و ما بعدها

- ثم تغير موقفها جذريا ابتداء من حكمها الشهير في قضية تريشار بتاريخ 1964/12/18 حيث قالت فيه:

- أن انعدام الوعي العرضي لسائق السيارة وقت الحادث لا يمنع من اعتباره الحارس لهذه السيارة.

- وفي حكم آخر قضت فيه بتاريخ 1965/11/14 أن إصابة التابع بالإغماء أثناء استعماله الشيء لحساب مالكه ليس سببا لإعفاء الحارس من التبعية.

- وفي حكم ثالث صدر بتاريخ 1973/10/24 اعتبرت أن نوبة الجنون التي لحقت بالتابع أثناء تأدية وظيفته ليس سببا أجنيا وبالتالي لا تعفى الحارس من التبعية.¹

إن أهمية هذه الأحكام وغيرها والتي تثبت المسؤولية القانونية لعديمي التمييز على أساس أضرار الشيء الذي هو تحت حراستهم، تتمثل في جانبين:

الأول: أن الحراسة على الشيء تقتضي فقط السيطرة الفعلية عليه بغض النظر عن عنصر التمييز.

الثاني: أن إقرار مسؤولية الجنون التقصيرية تقاس على الخطأ ولكن بمقياس موضوعي مجرد يعتد فيه فقط بالظروف الخارجية دون الظروف الداخلية للمدعى عليه.

الاتجاه السائد بعد صدور قانون 05/68 بتاريخ 1968/01/03:

بعد صدور القانون 5/68 المتعلق بالراشدين الموضوعين تحت الرقابة، المادة 2/489 فقد عمم وتوسع في تطبيق هذا النص حيث يشتمل كل من كان فاقدا للتمييز والإدراك بسبب جنون أو صغر سن مثلا، وهكذا أصبح يمكن أن يكون عديم التمييز حارسا، وهو الرأي الذي أصبح مجمعا عليه قضاء في فرنسا.²

وفي التشريع المصري نجد اختلاف فقهاء القانون حول مدى اشتراط التمييز في حارس الشيء، انطلاقا من اختلافهم أصلا حول أساس المسؤولية عن فعل الشيء هل يتمثل في الخطأ أم في فكرة تحمل التبعية.

الرأي الأول: يؤسس المسؤولية عن فعل الشيء على عنصر الخطأ، ومن ثم يجب أن يكون الحارس مميزا، ولا خطأ بدون تمييز، ومن ثم فإن عديم التمييز لا يمكن أن يكون حارسا للشيء.

¹ الدكتور: محمود جلال حمزة: انظر بالتفصيل تطور أحكام القضاء الفرنسي حول مدى مسؤولية غير المميز عن ضرر فعل الشيء المسؤولية الناشئة عن الأشياء غير الحية ص 345 فقرة 299 و ما بعدها
² الدكتور: أيمن إبراهيم العشماوي: المرجع السابق ص 297 و ما بعدها

الرأي الثاني: وهو يؤسس المسؤولية عن فعل الشيء على فكرة تحمل التبعة، والحارس هو من يتحصل على فوائد الشيء، وعليه بالتالي تحمل تبعة الأضرار الناجمة عن استخدامه للشيء، ومن ثم لا ضرورة لعنصر التمييز في حارس الشيء، ولذلك فعديم التمييز والذي تثبت له السيطرة الفعلية على الشيء يمكن أن يكون حارسه.¹

ورغم هذا الجدل الفقهي القضائي، فإنه في التشريع الجزائري ورغم تعدد الأشياء التي تقع تحت الحراسة كالألات الميكانيكية، لم يكن صريحا على شرط التمييز في المسؤولية فعل الشيء، حيث اكتفى بذكر شروط قيام المسؤولية من تولى حراسة شيء، وأن يكون للحارس القدرة على الاستعمال والتسيير و الرقابة، نصت المادة 1/138 ق.م.ج "كل من تولى حراسة شيء، وكانت له قدرة الاستعمال والتسيير والرقابة يعتبر مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء".

ولكن بالرجوع إلى القاعدة العامة للمسؤولية عن الفعل الشخصي و أساسها الخطأ، ولا خطأ بدون تمييز وهو ما أكده المشرع صراحة في نص المادة 125 / ف 10/05 بعدم قيام مسؤولية ضد شخص إلا إذا كان يتمتع بالتمييز.

وبالتسويق من نص المادة 125 والمادة 1/138 ف.م.ج نقول أنه لا يمكن أن تنهض مسؤولية شخص عن فعله الشخصي أو باعتباره حارسا لشيء من الأشياء إلا إذا كان مميزا ومدركا، وبانعدامه يمكن للمضروور أن يلجأ إلى أحكام المسؤولية عن فعل الغير "مسؤولية المكلف بالرقابة" إذا توفرت شروطها القانونية المادة 134 ف 10/05 من تولى الرقابة على الغير قانونا أو اتفاقا، وأن يكون الخاضع للرقابة في حاجة للرقابة بسبب قصر أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية، وأن يحدث ضررا للغير بفعل الخاضع للرقابة، فإذا توفرت هذه الشروط اعتبر الرقيب مسؤولا مسؤولية قانونية عن فعل الغير، وقوامها الخطأ المفترض في جانب الرقيب.

تلك أحكام التشريع الوضعي حول مدى مسؤولية غير المميز عن الضرر الذي يسببه بفعله الشخص أم بفعل الغير أم بفعل شيء تحت حراسته، فهل تنطبق هذه الأحكام حتى في فقه الشريعة الإسلامية

¹ الدكتور: محمود جلال حمزة: العمل غير المشروع باعتباره مصدرا للالتزام، ص 253 فقرة 254 و ما بعدهما

المبحث الثانيمدى مسؤولية القاصر غير المميز عن الضرر في فقه الشريعة الإسلامية

رغم أن الفقه الإسلامي تناول مسألة المسؤولية في مختلف جوانبها و لكن اتسم تنظمه لأحكامها بالصياغة الموجزة لبعض القواعد الكلية التي تتضمن الأحكام الرئيسية، وقد أطلق على موضوعاتها اسم الضمان والمقصود بذلك واجب رد الشيء أو بدله بالمثل أو القيمة، وقد استند الفقه الإسلامي في تقرير الضمان إلى الحديث النبوي الشريف ((لا ضرر ولا ضرار))، واتخذ هذا الحديث بمثابة القاعدة العامة التي تحكم الضمان و اشتق منها الفقهاء العديد من القواعد الفرعية مثل ((الضرر يدفع بقدر الإمكان))، ((والضرر يزال))، وجاء في القرآن الكريم العديد من الآيات القرآنية التي تأمر بالحفاظ على حرمة النفس والمال، وبحق المضور جبر ما أصابه من أضرار. قال الله تعالى

"فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ"¹

"وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا"²

"وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ"³

فهذه الآيات القرآنية تقرر مبدأ التضمين جبرا للضرر وقمعا للعدوان وزجرا للمعتدين

فما مدى مسؤولية غير المميز عن الضرر الذي يحدثه بفعله الشخصي، أم بفعل الغير قد يكون هو مسؤول عنهم "متبوع مثلا"، أم حتى بفعل شيء تحت حراسته؟

المطلب الأولمدى مسؤولية غير المميز عن فعله الشخص

وإذا كان الضمان شرعا يتقرر عن الضرر أو المفسدة التي تلحق بالآخرين بشرط أن يكون هذا الضرر ماديا وليس أدبيا وأن يكون حالا وليس مستقبلا، وأن يكون ناتجا عن فعل المعتدي ((المدعى عليه)) ومرتبطا به ارتباط النتيجة بالسبب.

¹ سورة البقرة الآية 149

² سورة الشورى الآية 40

³ سورة النحل الآية 126

كذلك إذا كان الهدف من الضمان شرعا هو التعويض الذي يكون بدوره الهدف منه رفع الضرر وجبر التلف وإزالة المفسدة.

كذلك إذا كانت الشريعة الإسلامية تأخذ أساسا بمبدأ الضمان الفردي الذي يقضي بأن كل شخص يضمن فعله الشخصي ولا يضمن فعل غيره كقاعدة عامة، قال الله تعالى:

"كُلُّ امْرِئٍ بِمَا كَسَبَ رَهِينٌ"¹

"لِكُلِّ امْرِئٍ مِنْهُمْ مَا اكْتَسَبَ مِنَ الْإِثْمِ"²

"وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ وَإِنْ تَدْعُ مُثْقَلَةٌ إِلَىٰ حِمْلِهَا لَا يُحْمَلْ مِنْهُ شَيْءٌ وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ"³

ولكن التساؤل الذي يطرح هل كل فعل يلحق ضررا بالغير يوجب الضمان؟ هل يقوم الضمان في الفقه الإسلامي على مجرد حدوث الضرر من الفعل أيا كان هذا الفعل وأيا كان هذا الفاعل، أم أنه هناك شروطا معينة يتعين توافرها في الفعل، وفي الفاعل، كأن يتصف الفعل بعدم المشروعية أو الخطأ، وإن يشترط في الفاعل أن يكون مدركا؟

وبعبارة أوضح بناء على هذا المبحث هل يكون عدم التمييز مسؤولا عما يسببه للغير من ضرر وإن كان مسؤولا فمن يتحمل المسؤولية القاصر أم غيره وما أساس مسؤوليته؟

وإذا كانت الشريعة الإسلامية تميز بالنسبة للضمان أو المسؤولية المدنية بين الأضرار التي تحدث مباشرة وفيها يسأل المباشر لها دون حاجة لشروط أخرى، و الأضرار التي تحدث تسببا ويشترط لضمائها التعمد أو التعدي، فما مدى اشتراط الإدراك أو التمييز في الفعل الضار مباشرة أو تسببا؟ وبالأحرى هل يعد عدم التمييز القاصر مسؤولا ((ضامنا)) عن الضرر الذي أحدثه مباشرة أو سببا؟

الفرع الأول

مدى اشتراط الإدراك والتمييز في الفعل الضار مباشرة

لاحظ فقهاء الشريعة الإسلامية قوة علاقة السببية بين الفعل والنتيجة في ترتيب أحكام الضمان وشروطه و على هذا الأصل قالوا أن المباشر ضامن وإن لم يتعمد أو يتعد لأن المباشرة صفة لعلاقة السببية بين

¹ سورة الطور الآية 21

² سورة النور الآية 11

³ سورة فاطر الآية 18

الفعل والنتيجة دون النظر إلى صفة المتضرر ما لا كان أم شخصا، فمتى أوجد الفعل علة التلف كان الفعل مباشرة والفاعل مباشرة بغض النظر عن محل وقوع الضرر، ومعروف أن العلة هي ما تستند إليها النتيجة.

بيد أن جلب الضرر مباشرة أو عن طريق المباشرة لا يعني بالضرورة صدور الفعل الذي أنتج الضرر عن المباشر ذاته، بل من الممكن أن يصدر الفعل من شيء -حيا كان أم جامدا تحت يد المباشر، ولكن يشترط في هذه الحالة ألا يستقل فعل الشيء عن فعل المباشر بحيث يمكن إضافته إليه.

إذن فإن المباشرة تتطلب تدخلا إيجابيا من الفاعل أي صدور فعل مادي منه، وهو ركنها المادي ((الفعل المادي الإيجابي)) بدون مراعاة عنصر القصد لأن المسؤولية تكون من باب الضمانات، وهذه الأخيرة لا تتأثر نثائيا بالقصد، حيث أن الضمانات من أحكام الوضع الذي لا يشترط فيها العقل أو الإدراك والقصد، لذا لا تتأثر به، وثم فإنه ما يترتب من المسؤولية هنا لا يتعدى حدود التعويض وجبر الضرر الحاصل.

فلا يشترط في المباشر لكي يكون مسؤولا سوى صدور فعل يربط ضررا للغير وهو ما أجمع عليه الفقهاء، فالمباشر يضمن الضرر الذي يتولد عن فعله سواء كان قد قصد الفعل أم لا وسواء أراد النتيجة أم لم يردها تعدى حدود حقه أم لم يتعد.¹

وإذا كان بعض الفقه يرى أن حالات المباشرة التي يستوجب فيها الضمان تفترض بالضرورة وجود التعدي بالمعنى الفقهي الضيق، أي تجاوز الحد وانعدام حق المباشر في إحداث الضرر، بيد أن هذا التعدي لا يعني الخطأ بمعناه القانوني الوضعي، ولا يعني أيضا مجرد إحداث الضرر، وإنما يعني إحداثه بغير حق أو مبرر شرعي.²

وعلى ذلك فإن القاعدة من فقه الشريعة الإسلامية أن المباشر ضامن وإن لم يتعمد أو لم يتعد وقد اختلف الفقهاء حول حكم المباشر هل ينطبق على عديم التمييز، وهل يعتبر مباشرة للضرر و من ثم مسؤولا عن التعويض؟

أولا/ الاتجاه الأول: الجمهور:

يذهب جمهور الفقهاء على اختلاف مذاهبهم إلى القول بتضمين عديم التمييز أي يقرر مسؤوليته بالمفهوم القانوني متى كان مباشرا لأن مسؤوليته تترتب بمجرد تحقق الضرر ولا يلزم أن يكون الفاعل متعمدا كما ذهب إلى ذلك مجله الأحكام العدلية، أو متعديا كما يذهب الفقه.

¹ الدكتور: السيد محمد السيد عمران: تعويض الأضرار الناتجة عن أفعال عديم التمييز، التحول من قانون المسؤولية إلى قانون التأمين ص 25
فقرة 18

² الدكتور: عبد السمیع عبد الوهاب أبو الخير: المرجع السابق، ص 44/45 فقرة 9، و انظر أيضا الدكتور: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق ص 314 فقرة 199 و ما بعدهما

وعلى ذلك يسأل الصبي غير المميز وكذلك المجنون ومن في حكمهما متى ارتكب جناية على النفس أو المال، فلو اتلف الصبي غير المميز أو المجنون مالا مملوكا لغيره ضمنه في ماله، وكذلك لو أتلف من في حكمهما كالتائم إذا انقلب على متاع وكسره يكون ضامنا لما أتلفه، لأن عدم التمييز وإن كان محجورا عليه في الأصل في تصرفاته القولية، إلا أن أفعاله الضارة لا يعفى منها، فيضمن ما يترتب عليها من ضرر للغير، وإن لم يكن له مال يستطيع دفعه حالا، فنظره إلى ميسرة ولا يضمن وليه، تأسيسا على "من اتلف مال غيره فهو له ضامن".¹

ثانيا/ الاتجاه الثاني: بعض المالكية:

رغم أن جمهور الفقهاء قد ذهبوا مع غيرهم من فقهاء المذاهب الأخرى إلى القول بتضمين عدم التمييز، إلا أننا نجد في المذهب بعض من قالوا بغير ذلك:

- فقد جاء على لسان ابن جزري قوله: "وأما الصبي الذي لا يعقل فلا شيء عليه فيما أتلفه من نفس أو مال، كالعجماء، وقيل المال هدر، والدماء على العاقلة كالمجنون"
- كما جاء في الخرشي أنه متى كان الغاصب غير مميز، بل كان صغيرا أو مجنونا "فلا ضمان عليه"
- كما أورد ابن الحاجب في ضمانه وعدمه ثلاثة أقوال:

(1)- يضمن المال في ماله، و الدية على عاقلته أن بلغت الثلث، وإلا ففي ماله.

(2)- لا يضمن المال، واما الدية فعلى عاقلته إن بلغت الثلث، وإلا ففي ماله.

(3)- لا يضمن مالا و لا دية ويكونان هدرا.²

هذا ويرى ابن الحاجب على ما جاء في الخرشي أن الأولى القول بضمانه.

الفرع الثاني

مدى اشتراط الإدراك والتمييز في الفعل الضار تسببا

على خلاف الفعل في المباشر والذي يؤدي عادة إلى حدوث النتيجة دون واسطة، فإنه في حالة التسبب يكون بين الفعل والنتيجة واسطة تتخللها، فلا يؤدي الفعل بمفرده إلى النتيجة، فهو وإن كان وضعا يترتب على وجوده وجود الضرر إلا أنه لا يستقل بإحداث النتيجة وإنما يشترك معه عوامل أخرى.¹

¹ مجلة الحقوق الكويتية، ص 98 فقرة 46 و ما بعدهما

² الدكتور: محمد أحمد سراج: ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، دراسة فقهية مقارنة بأحكام المسؤولية التصيرية في القانون ط 1990 ص 136 فقرة 141 و ما بعدهما

وقد عرفت المادة 888 من مجلة الأحكام العدلية التسبب بقولها: "إحداث أمر في شيء يفضي إلى تلف شيء آخر على جري العادة، و يقال لفاعله متسبب".

فما هو حكم التسبب شرعا ومدى مسؤولية عديم التمييز عن فعله الشخصي في حالة التسبب؟

- أولا/ فمن حيث الحكم نجد أن القاعدة الشرعية المادة 93 مجلة تقضي أن المتسبب لا يضمن إلا إذا كان متعمدا رغم أن الفقه الإسلامي في مجمله يفضل استخدام لفظة التعدي على لفظة التعمد.

وعلى ذلك فإنه في حالة الأضرار تسببا فيجب حتى تتحقق مسؤولية المتسبب أن يكون مرتكب الفعل الضار متعمدا، ويتحقق التعدي بمجرد مجاوزة الشخص لحدود حقه الشرعي، ويتم ذلك أما عمدا أو إهمالا وتقصيرا.

- ثانيا/ ومن حيث مدى مسؤولية عديم التمييز: (عن فعله الشخصي)

فإن وجهة نظر الفقهاء الحديثين من المسألة، تباينت بين التسبب عمدا، أو التسبب إهمالا و تقصيرا.²

أ. ففي حالة التسبب عمدا: وهي إحدى صوري التعدي، فهي تستلزم التمييز لأن العمد يقتضي وجود إرادة متجهة إلى إحداث النتيجة والإرادة تستلزم توافر الإدراك والتمييز.

ب. أما في حالة التسبب إهمالا وتقصيرا: فقد أثار اختلاف الفقهاء حول مدى مسؤولية عديم التمييز بين تيارين رئيسيين:

الأول: يذهب إلى تقرير مسؤولية عديم التمييز في حالة التسبب إهمالا، استنادا إلى أن العبرة تكون بالنظر إلى ذات الفعل لا إلى الشخص الفاعل فمتى كان الفعل محظورا وأتاه الشخص كان من قبيل التعدي الموجب للضمان لا فرق في ذلك بين أن يكون الفاعل مدركا أو غير مدرك، لأن معيار التعدي هو موضوعي مجرد لا يعتد فيه بالظروف الخصية للفاعل ومنها انعدام التمييز، ومن ثم يوجب المسؤولية التقصيرية.

الثاني: ينطلق هذا الاتجاه إلى وجوب التفرقة بين المباشر والتسبب ذلك أنه إذا كانت القاعدة صريحة في عدم استلزام التمييز في حالة المباشرة، فإنه في حالة التسبب يقتضي ذلك تعمدا أو تعديا أي خطأ، والخطأ في المفهوم التقليدي والحديث قوامه تعديا وتميزا، بمعنى أن يكون الفاعل مميزا "وهذا المفهوم أيضا تبعا للمعيار الشخصي" وحتى ولو سلكتنا المعيار الموضوعي المجرد للخطأ فإن هذا المعيار كما يرى البعض يستلزم قدرا من الإرادة

¹ الدكتور: إبراهيم الدسوقي أبو الليل: المرجع السابق ص 166 فقرة 107 و ما بعدهما
² الدكتور: السيد محمد السيد عمران: المرجع السابق ص 27 فقرة 21 و ما بعدهما و انظر الدكتور: عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير: المرجع السابق ص 45 فقرة 9 و ما بعدهما و انظر أيضا الدكتور: إبراهيم الدسوقي أبو الليل: المرجع السابق ص 170 فقرة 109 و ما بعدهما

والإدراك حيث أن الإنسان وهو مخير يستطيع أن يوجه سلوكه ويمارس من صور النشاط ما يتلاءم مع قدراته، بحيث يكون هذا السلوك مقبولاً.

وينتهي هذا الاتجاه إلى تقرير عدم مسؤولية عدم التمييز عن الضرر الذي يحدثه تسبباً.

على أنه مهما كان جوهر الاختلاف بين الاتجاهين، فإن الغالبية من الفقه الإسلامي يتجه إلى تضمين عدم التمييز عن الضرر الذي يحدثه بأفعاله¹ و يستندون إلى الحجج الآتية:

1/ أن الضمان من خطاب الوضع لا من خطاب التكليف، وهو ما يقضي بترتيب المسبب على سببه ومن ثم كان الإلتلاف بدون حق الواقع من عدم التمييز سبباً لوجوب الضمانة في ماله، نظراً لتمتعه بأهلية الوجوب التي يستلزمها خطاب الوضع ومناطقها الإنسانية، وهذه الإنسانية تجعل له حقوقاً و ذمة مالية تتحمل هذه الحقوق، ومن ثم له ملكية، فيكون عليه مئونها وتكليفاتها من وجوب زكاة الزرع والثمار، وبالمثل وجوب الضمان في ماله، عما يلحقه بالغير من ضرر، وإذا كانت أهلية الأداء لا تتوفر لعدم التمييز، فإن الذي يقوم بالأداء هو من له الولاية على ماله.

2/ أن الضمان من الجواهر وهي شرعت لجلب ما فات من المصالح بخلاف الزواجر فإنها شرعت لدرء المفاسد فأساس الضمان الجبر، لا الجزاء والعقوبة، وقد أريد به رفع الضرر لعموم حديث رسول الله ((ص)) ((لا ضرر ولا ضرار)) ولا شك أن إلتلاف عدم التمييز ما لا لغيره إضرار به، يتعين رفعه وهو ما لا يتحقق إلا بتعويضه من ماله حتى يتحمل تبعه فعله الضار.

3/ ما اشتهر عن الحنفية من قول أن الصبي المحجور عليه مؤاخذ بأفعاله فيضمن ما أتلفه من المال، وقولهم أن الحجر يقع على الأقوال دون الأفعال، أي أن المحجور عليه يسأل عن أفعاله لا عن عقوده وإقراراته.

وهذا ما أكدته مجلة الأحكام العدلية المادة 960 "المحجورون ... وأن لم يعتبر تصرفهم القولي ... لكن يضمنون حالاً الضرر والخسارة اللذين نشأ عن فعلهم مثلاً يلزم الضمانة على الصبي إذا أتلف مال الغير وإن كان غير مميز".²

¹ مجلة الحقوق الكويتية ص 101 فقرة 48 و ما بعدهما

² الدكتور: السيد محمد السيد عمران: المرجع السابق ص 33 فقرة 26 و ما بعدهما، و انظر بالتفصيل الدكتور: محمد نصر الدين منصور: المرجع السابق ص 43 و ما بعدها، ز انظر مجلة الحقوق الكويتية ص 104 فقرة 50 و ما بعدهما

المطلب الثانيمدى مسؤولية عديم التمييز في فقه الشريعة الإسلامية باعتباره مسؤولاً عن فعل الغير

هل يسأل عديم التمييز عن فعل الغير الذي قد يكون تابعا مثلاً للمتبوع و هو عديم التمييز؟

الفرع الأولمسؤولية القاصر غير المميز عن كل فعل ضار صادر منه

إذا كان المشرعون قد نظموا صراحة أحكام المسؤولية عن فعل الغير ((مسؤولية المكلف بالرقابة، ومسؤولية المتبوع عن فعل الغير)) و يشمل الغير بوجه عام القاصر مميز أم غير مميز، و الجنون و المعتوه و السفه و ذي الغفلة و المريض و المشلول و المقعد بالتزام الرقيب و المتبوع تحمل مسؤولية التعويض عن الضرر الذي يسببه كل من كان خاضعاً للرقابة "قاصر، تابع" على أساس افتراض الخطأ في المسؤول بإهماله في الرقابة لأفعال هؤلاء، فإن فقهاء الشريعة الإسلامية -وكما سبق توضيحه- فقد قرروا مسؤولية القاصر والمجانين ونحوهم عن كل فعل يصدر عنهم مما يدل على اتجاههم في التضمن نحو التزعة المادية، ومما جاء في قولهم:

"أن الصبي المحجور عليه مؤاخذ بأفعاله، فيضمن ما أتلفه من المال...."

"أنه لا تصح إقرارات الصغير وعقوده، وأن أجازها الولي، لكن يؤاخذ بضمان الأفعال الجنائية في إتلاف الأموال".

و قد جاء في نص المادة 916 من مجلة الأحكام العدلية ما يؤكد مسؤولية الصبي عديم التمييز:

"إذا اتلف صبي مال غيره يلزم الضمان من ماله، وإن لم يكن له مال ينتظر إلى حال يساره ولا يضمن

وليه"

كما نصت المادة 960 من نفس المجلة على:

"يلزم الضمان على الصبي إذا اتلف مال الغير وإن كان غير مميز"¹

¹ الدكتور: محمد أحمد سراج: ضمان العدوان في الفقه الإسلامي ص 136 فقرة 141 و ما بعدهما

الفرع الثانيعدم مسؤولية المكلف بالرقابة عن فعل غير المميز

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول اعتراف الشريعة بالمسؤولية عن فعل الغير أو عدم اعترافها.

- فأغلبية الفقهاء تنفي وجود هذا النوع من المسؤولية في الشريعة الإسلامية، فأكد ذلك الأستاذ علي الخفيف استناداً إلى بعض الآيات القرآنية

"و لا تزر وازرة وزر أخرى" "كل نفس بما كسبت رهينة" "لها ما كسبت و عليها ما اكتسبت"

فالإنسان لا يسأل عن ضرر أحدثه غيره، و لو كان يحدث الضرر غير مميز، إلا أن يكون ذلك عن طريق إكراهه إكراهه يجعله كالألة في يد المكره، و هذا هو الإكراه المأجور المعترف شرعاً، و عندئذ يكون المكره مسؤولاً و يعتبر هو المباشر لإحداث الضرر، و يعتبر المكره بمثابة الآلة في يده.

- بينما أقلية من فقهاء الشريعة الإسلامية ترى أن مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه و التي قررها المشرعون، فإن فقهاء الشريعة بحثوا هذا النوع من المسؤولية في حكم أعمال «تلميذ الأجير المشترك»¹ فقالوا إذا أتلّف الشيء المأجور بيد تلميذ صانع كالنجار والحديد، فلا ضمان عليه، وإنما الضمان على معلمه لأنه المسؤول أصالة على أمتعة الناس، فكأنه فعل الضرر بنفسه، لأن التلميذ نائبه، و من هنا يعتبر أساس هذه المسؤولية شرعاً هو جعل خطأ التلميذ خطأ الأستاذ لأنه هو الضامن أو الكفيل.

ثم يضيف أصحاب هذا الرأي قولهم أن المتبوع يسأل عن أعمال تابعه إذا كان هناك عقد إجارة بينهما، و كان الضرر الواقع من التلميذ في حدود العمل الذي يشتركان في إنجازه آلة و محلا و كيفية بحسب العرف الشائع، أو كان مأموراً به، من الأستاذ صراحة أو ضمناً، فإن لم يتحقق هذان الشرطان فلا ضمان على الأستاذ.

و كنتيجة لما سبق فإن الشريعة الإسلامية لم تعرف مسؤولية المكلف بالرقابة لما ورد في كتاب الله تعالى "و اخشوا يوماً لا يجزى والد عن والده و لا مولود هو جاز عن والده شيئاً" كما أنها لم تعرف مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه لأنها قامت على مبدأ المساواة بين الناس، و استنكرت تبعية

¹ الدكتور: وهبة الزحيلي: نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية و الجنائية في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة ط 1971/1 ص 255 و ما بعدها

إنسان لإنسان آخر كما جاء في قوله تعالى "تلك أمة قد خلت لها ما كسبت و لكم ما كسبتم و لا تسألون عما كانوا يفعلون"

و من ثم فلا يمكن شرعا أن نساءل إنسان عن فعل ارتكبه غيره إلا في حالة الإكراه، إرادته تكون معدومة، و إن المكروه يكون هو المسؤول، لأن شريعتنا نظرت إلى المسؤولية المدنية نظرة موضوعية و لم تعتبر الخطأ ركنا في الإلتلاف المباشر، و من هنا يسأل كل إنسان عن تعويض ما احدث من ضرر بفعله -لا بفعل الغير- و يسأل في ذمته المالية الخاصة، بصرف النظر عما إذا كان صبيا غير مميزا أو كان مجنوناً.¹

و لكن طالما انه لا يمكن مطالبة الصغار و المجانين بأداء ما عليهم من واجبات "مالية"، فإن ذلك يتحقق بالرجوع على المكلف برقابة عديم التمييز "كالولي و الوصي و القيم" بأداء الضمان مما تم تحديده من أموال الذين تحت ولايتهم، لما لهم من الولاية عليهم.²

المطلب الثالث

مدى مسؤولية غير المميز في فقه الشريعة الإسلامية باعتباره حارسا للأشياء

الأشياء التي قد ينشأ عنها مسؤولية هي إما الحيوان أو البناء أو الآلات، وقد نص المشرع على المسؤولية عن الأشياء بصورها المختلفة على أساس الخطأ المفترض في حارسها، لكنه خطأ يقبل إثبات العكس إذ أن النصوص صريحة في ذلك بقولها أن الحارس مسؤول ما لم يثبت أن وقوع الضرر أو الحادث كان بسبب أجنبي لا يد له فيه، وهذا الخطأ هو إفلات الشيء من سيطرة الحارس أو رقابته أو صيانتته.

أما الفقه الإسلامي فقد بحث فقهاؤه المسؤولية الناشئة عن فعل الحيوان تحت عنوان "جناية البهيمة" والمسؤولية الناشئة عن تهمد البناء تحت عنوان "الحائط المائل"، أما المسؤولية الناشئة عن الآلات الميكانيكية وغيرها من الأشياء غير الحية فيما عدا البناء مثل الأشجار والحجارة والرمال والأرض، فلم يتعرض لها فقهاء الإسلام لعدم وجود حوادث ناشئة عن ذلك لعجزهم "فلم يكن عهدهم عهد الة وتصنيع ولم تحدث إصابات للعمال"، فأخضعوها إلى القواعد العامة في الضمان، فيسأل المباشر للضرر وإن لم يتعد، كما يسأل المتسبب في إحداث الضرر إذا كان متعديا بالتعمد أو التقصير أو عدم التحرز في الأضرار والإهمال.³

وعلى ذلك يكون البحث هنا في نوعين من المسؤولية: المسؤولية عن جناية الحيوان، والمسؤولية عن سقوط البناء أو الحائط.

¹ الدكتور: علي علي سليمان: دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري ط 1984 ص 11 فقرة 2
² مجلة الحقوق الكويتية ص 119 فقرة 57 أخذاً عن الدكتور منصور مصطفى منصور: المصادر غير الإرادية للالتزام ص 52
³ الدكتور: وهبة الزحيلي: المرجع السابق، ص 257 و ما بعدها

الفرع الأولالمسؤولية عن جناية الحيوان

اتفق الفقهاء على أن صاحب الحيوان ضامن لما يتلفه إذا كان سببا في الضرر بأن تعمد الإتيان بواسطة الحيوان، أو قصر في حفظه، فإن لم يكن متسببا في الضرر فإن الفقهاء اختلفوا في شأن تضمين صاحبه.¹

فالحنفية قالوا:

- إذا اتلف الحيوان شيئا بنفسه مالا أو إنسانا فلا ضمان على صاحبه سواء وقع ذلك ليلا أو نهارا، لقوله ((ص)): "العجماء جرحها جبار" - أي المتلفة هدر. م 929 مج أ.ع.
- إن كان صاحبها معها سائقا أو راكبا أو قائدا أو أرسلها ضمن ما تتلفه.
- وإذا وقع الإتيان في مراعى مباحة لا ضمان فيه كما لو كان هناك خيول عدة فتعرضت بعضها للضرب بالأرجل فلا ضمان على صاحبه.

أما المالكية -الراجح عندهم- والشافعية والحنابلة:

- أن ما تفسده الدواب والمواشي من الزرع والشجر ونحوه مضمون على صاحبها أو راعيها إن لم يوجد صاحبها إذا وقع الضرر ليلا، ولا ضمانة فيما تتلفه نهارا إذا لم يكن معها صاحبها.
- وإذا كان معها صاحبها أو ذو اليد كالغاضب والمستأجر والمستغير راكبا أو سائقا أو قائدا فهو ضامن لما تفسده في النفوس والأموال.

أما الظاهرية: فقالوا أنه لا ضمان على صاحب الحيوان فيما يفسده من دم أو مال لا ليلا ولا نهارا إلا إذا قصد² الأضرار بالآخر أو باشر التلف أو امر به، لأنه المحرك لها أو كان قائدا أو راكبا أو سائقا، وفيما عدا ذلك لا ضمان لأن جرح العجماء جبار بحكم حديث رسول الله ((ص)).

¹ مجلة الحقوق الكويتية: ص 106 فقرة 50 و ما بعدهما

² الدكتور: محمد أحمد سراج: المرجع السابق، ص 587 فقرة 459 و ما بعدهما، و انظر أيضا مجلة الحقوق الكويتية ص 107/106 فقرة 50

الفرع الثانيالمسؤولية عن سقوط البناء أو الحائط

يفرق فقهاء الشريعة الإسلامية في ضرر الحائط أو البناء هل كان منذ إنشائه أيلا للسقوط أم طراً ذلك لاحقاً، وأدى في الحالتين إلى الإلتلاف بمال الغير أو بإنسان أو بحيوان.

- فإن كان البناء أيلا للسقوط منذ نشأته على الطريق العام أو إلى ملك الغير:

فإذا سقط واتفق به مالا أو إنسانا أو حيوان، فلا خلاف من الفقهاء في أن صاحبه يضمن كل الشيء التالف مطلقا لوجود التعدي بالتسبب في إحداث الضرر للناس لأن الضرر العام رفعه واجبا.¹

- أما إذا طرأ الخلل على البناء أو الحائط وأدى إلى السقوط وتلف مال الغير، أو إنسانا أو حيوانا ففيه اختلاف الفقهاء:

1- فقال جمهور الفقهاء: "الحنفية بمقتضى الاستحسان والمالكية و الخنابلة في الراجح عندهم".

يضمن صاحب الحائط ومن في حكمه ما تلف به من نفس إنسان أو حيوان أو مال بشرط أن يسبق السقوط مطالبة ذي المصلحة بالنقض أو الإصلاح، ولا يشترط الإشهاد على طلب النقص أو الإصلاح لوجوب الضمان، وإنما هو أمر ضروري في الإثبات ليتمكن و المصلحة من إثبات المطالبة عند إنكار صاحب البناء.

ويكون الإشهاد على ثلاثة أمور:

الأول: على المطالبة أو التقدم إلى المالك بالإصلاح.

الثاني: على حدوث الهلاك بالسقوط على المتضرر.

الثالث: أن الجدار ملكا للمدعى عليه من وقت الإشهاد إلى وقت السقوط.

ولا عبء بالمطالبة بالنقض ((الإصلاح)) لغير المالك أو من في حكمه كساكن الدار بإجارة أو إعاره، أو كالمترهن أو الوديع لعدم قدرتهم على التصرف في الشيء، وفي ذلك مخالفة صريحة لأحكام القانون الوضعي

¹ الدكتور: وهبة الزحيلي: المرجع السابق، ص 257 و ما بعدها

((المدني)) الذي يعتبر حارس البناء كل من له السيطرة الفعلية عليه، سواء كان مالكا أم غير مالك، فيشمل المالك كأصل عام وبائع العقار قبل التسليم، والمقاول والمنتفع والمستحكر والمرهّن رهن حيازة والحائز للبناء بنية تملكه فهؤلاء كلهم يعتبرون حراسا.

2- أما الشافعية والظاهرية والحنفية بمقتضى القياس قالوا: أنه لا يضمن من بنى جداره مستقيما فمال ولو إلى غير ملكه، وسقط وتلف به شيء، لأن الميل لم يحصل بفعله وقد بناه في ملكه ووقع من غير فعله فأشبهه ما إذا وقع من غير ميل، بل إنه لا يلزم بهدمه، وبناءه على نحو سليم مستقيم، ولا يجبر على إعادة البناء سواء تمكن من ذلك أم لا، لأن القاعدة عندهم أن: "ما كان أوله غير مضمون لا ينقلب مضمونا بتغير الحال". وقد يكون صاحب البناء غائبا.¹

وخلاصة ذلك أنه متى كان عديم التمييز مسؤولا عما يحدثه من أفعال ضارة، سواء وقع ذلك بطريق المباشرة "بمجرد إتيان فعل وتحقيق النتيجة الضارة" أو عن طريق التسبب على أساس حدوث إهمال أو تقصير من جانبه، يكون قد تحقق الفعل الضار في ذاته.

وإذا توفر لعديم التمييز السيطرة الفعلية على شيء من الأشياء حية أم غير حية فإن الأحكام الشرعية تتمثل في:

أ. ففي كونه حارسا لشيء حي "حيوان": فإن الفقهاء اعتبروه مباشرا لما يقع منه من ضرر للغير، فيكون ضامنا له ويؤكدون ذلك بقولهم أنه: "لو أن دابة يركبها إنسان داست شيئا بيدها أو رجلها في ملكه أو في ملك الغير وأتلفته يعد الراكب أنه أتلف ذلك الشيء مباشرة فيضمن في كل حال"

ويؤسسون هذا الرأي بالقول أن ما حدث من ضرر للغير أثناء سير الدابة، إنما كان نتيجة ثقله، وثقل الدابة، إلا أن ثقل الدابة تابع له وسيرها مضاف إليه فالدابة إذن تعتبر مجرد آلة بين يديه.

ب. أما في حالة كونه حارسا لشيء غير حي: فإن وحد صغيرا غير مميزا أو مجنونا، وعديم التمييز بصفة عامة، وكانت له السيطرة الفعلية -وهي قوام الحراسة- على سيارة أو آلة حادة كسكين ارتكب بأي منها حادثا ألحق ضررا بالغير فإنه يكون مباشرا للضرر، فتتحقق مسؤوليته تطبيقا للقاعدة الشرعية.

"إن المباشر ضامن وأن لم يتعد" وقياسا على ما أخذ به فقهاء الشريعة في شأن حارس الحيوان.

¹ الزحيلي الضمان، ص260/261 و ما بعدها.

المطلب الرابع

جهة التحمل بالتعويض الناشئ عن جناية عديم التمييز على النفس

على الرغم مما تقضي به الأحكام الشرعية القرآنية "كل نفس بما كسبت رهينة" ولا تزر وازرة وزر أخرى" إلا أن الشرع الإسلامي وازن بين الضرور وحاجته إلى التعويض "الدية" وبين عدم الإجحاف بالفاعل "عديم التمييز" والذي إذا ألزمنه بكامل التعويض سوف يتعرض إلى الفاقة والفقر وبخاصة مع ما يتصور من كثرة وقوع مثل هذه الأضرار من عديم التمييز، لذلك أدخل العاقلة إلى جانب عديم التمييز في تحمل دية الفاعل إذا بلغت نسبة تفوق طاقة الفاعل وهو عديم التمييز.

يقول الإمام السرخسي "... فأوجب الشرع الدية صيانة لنفس المقتول من الهدر وفي إيجاب الكل على القاتل إجحاف به واستتصال فيكون بمعنى العقوبة، وقد سقطت عنه للعذر فضم الشارع إليه العاقلة لدفع معنى العقوبة".

وإذا لم يكن لعديم التمييز عاقلة أو وجدت ولكن لم تكف لسداد الدية، فإن إجماع الفقهاء يتجه إلى تحميل بيت المال لتلك الدية، وإن كان ذلك لا يعنى براءة ساحة عديم التمييز في تلك الحالة.¹

بناء على ذلك فإن تحمل الدية في ضرر عديم التمييز قد يقع على العاقلة، وقد يقع على بيت المال وقد يقع على ذمة عديم التمييز:

الفرع الأول

تحمل العاقلة التعويض الناشئ عن جناية عديم التمييز على نفس الغير

- لقد ثار خلاف فقهي حول مدى ما تتحمله العاقلة من دية في جناية عديم التمييز على نفس الغير.²
- يرى الفقه الحنفي أن وجوب تحمل العاقلة للدية، لا يتحقق إلا إذا بلغت الدية الواجبة نصف عشر الدية الكاملة فأكثر.
 - بينما يذهب الفقه المالكي و الحنابلي إلى تحديد نسبة الدية بمبلغ ثلث الدية الكاملة فأكثر.

¹ الدكتور: محمد أحمد سراج: المرجع السابق ص 477 و ما بعدها، و انظر الأستاذ: فخري رشيد مها: المرجع السابق ص 58 و ما بعدها

² الدكتور: عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير، المرجع السابق ص 73 فقرة 19 و ما بعدهما

- على عكس ذلك فإن الإمام الشافعي يحمل العاقلة الدية أيا كان مداها وأيا كانت نسبتها إلى الدية الكاملة.
- كما أن تحمل العاقلة للدية هو من جهة أمر وجوبي شرعا ومن جهة ثانية لا تستطيع العاقلة درء تحملها لذلك التعويض بحسب أن تشريعها قائم على أساس النصرة والتعاون الذي يستتبع زيادة القدرة على الوفاء بالتعويض أو بالدية جبرا لما حاق المضرور أو أوليائه من ضرر.

الفرع الثاني

تحمل بيت المال دية جنائية عديم التمييز على نفس الغير

يذهب جمهور الفقهاء -الحنفي و إجماع الفقه المالكي- والشافعي والحنبلي، والفقه الإمامي- إلى القول بوجوب تحمل بيت المال دية عديم التمييز على نفس الغير، حالة انعدام العاقلة أو وجودها مع عدم كفايتها الوفاء بالدية، باعتبار أن عامة الناس تعد عاقلة لعدم التمييز.

واستند جمهور الفقهاء في تقرير تحمل بيت المال دية عديم التمييز على نفس الغير على الأدلة الآتية:

1. ما هو مسلم به من أبلولة مال من لا وارث له إلى بيت مال المسلمين، فيستتبع ذلك أن يكون هؤلاء المسلمون هم عاقلته عند انعدام من يعقل عنه.
2. ما روى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه من أن رجلا قتل على زمنه ولم يعرف قاتله فقال علي يا أمير المؤمنين لا يطل دم امرئ مسلم فأدى ديته من بيت المال.¹

الفرع الثالث

مدى تحمل عديم التمييز دية جنائته على نفس الغير

يتشترط الفقه الإسلامي لتحمل العاقلة بالدية في حالة القتل الخطأ بلوغ قيمتها $\frac{1}{3}$ الدية كاملة عند جمهور الفقهاء، أو نصف العشر فصاعدا عند جانب من الفقه.

فإذا نقصت قيمة الدية الواجبة عن تلك النسبة فإن عديم التمييز يكون ملتزما بدفع قيمتها من ماله² وقد اختلف الفقه حول مدى وجوب الدية كاملة على عديم التمييز في حالة انعدام العاقلة أو لم يكن هناك مال في بيت المسلمين.

¹ الأستاذ: فخري رشيد مهنا: المرجع السابق ص 63/64

² الدكتور: محمد أحمد سراج: المرجع السابق ص 477 فقرة 377 و ما بعدهما

- ذهب جانب من الفقه إلى سقوط الحق في المطالبة بتلك الدية أو ما بقي منها نظرا لوجوبها ابتداء على العاقلة لا على عديم التمييز -جانب من الفقه الشافعي والحنبلي وإجماع الفقه الإسلامي.
- بينما ذهب جانب آخر من الفقه -الحنفي و المالكي و بعض الشافعية والحنبلي- إلى القول بوجوبها على عديم التمييز استنادا:
 - أن الدية في هذه الحالة تجب ابتداء في ذمة عديم التمييز لا في العاقلة، وما وجوبها على العاقلة إلا من قبيل النصرة والمساعدة، فإن تعذرت المساعدة يفضي إلى القول بوجوبها على الأصيل.
 - أنه لو صح القول جدلا بوجوب الدية ابتداء على العاقلة فإن ذلك تنقيد فقط وفي حالة واحدة هي حالة وجود العاقلة، وأنه عند انعدامها فلا يمكن القول بذلك عقلا.
 - أن القول بسقوط الدية في تلك الحالة يستتبع إهدار دم المقتول ظلما وذلك الأمر مرفوض شرعا وعقلا لعموم قوله تعالى "ودية مسلمة إلى أهله".

المطلب الخامس

جهة التحمل بالتعويض الناشئ عن جنابة عديم التمييز على مال الغير

خلافا لجنابة عديم التمييز على نفس الغير والتي اتجه جمهور الفقهاء إلى تكييفها بأنها كالقتل الخطأ أو هي من قبيله لعدم تصور القصد لديه، وكان جزاء ذلك فرض دية مخففة عليه حالة عدم وجود عاقلة أو لم يوجد في بيت المال ما يكفي للوفاء بتلك الدية.

الفرع الأول

موقف جمهور الفقهاء

أجمع الفقهاء المسلمون على قيام مسؤولية عديم التمييز التقصيرية نتيجة ما أصاب الغير من ضرر و جعلوا ضمانه كضمان البالغ العاقل في ضمانه للأموال، لذا يجب عليه الضمان كاملا من ماله الخاص، و لا يتحمل أحد التعويض عنه، سواء كان وليه أو غيره، فإذا كان له مال دفع وليه التعويض كاملا، و إن لم يكن له مال كان التعويض دينا على عديم التمييز و يتبع به و ينظر إلى الميسرة¹، لقوله تعالى

"و إن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة"²

¹ الدكتور: محمد السيد عمران: تعويض الأضرار الناتجة عن افعال عديم التمييز.... ص 38/37 فقرة 29

² سورة البقرة الآية 280

و قد جاء في بدائع الصنائع "حتى لو أتلف الصبي أو المجنون شيئاً فضمامه في مالهما"
و يقول في نفس المعنى و في شرح مجلة الأحكام العدلية "سليم باز" "إذا كان الصغير معدماً و لم يكن له مال
ينظر إلى حال يساره و لا يضمن وليه"
كما جاء في المهذب قول الشافعية انه "إذا أتلف الصبي أو المجنون مال غيره فإن عليه ضمانه في ماله" متى جن
شخص حجر عليه... و إذا أتلف شيئاً كان عليه ضمانه"
و يذهب إلى ذلك أيضاً الحنابلة و من قولهم: "أن القصاص بين غير المكلفين ثابت في الأموال باتفاق المسلمين،
فمن أتلف منهم مالا أو غصب مالا، أخذ من ماله مثله، سواء في ذلك الصبي و المجنون و الناسي و المخطئ،
و كذلك في النفوس..."
و لكن ما هي الحجج أو الأسانيد التي يستند إليها جمهور الفقهاء؟

الفرع الثاني

أسانيد لفرض الضمان و التعويض على عديم التمييز

من جملة الأسانيد التي يستند عليها جمهور الفقهاء، قوله تعالى
"كل نفس بما كسبت رهينة"¹، و قوله تعالى "ولا تزر وازرة وزر أخرى"²
إضافة إلى ذلك فهم يعللون أسباب فرض الضمان على عديم التمييز بما يلي:

1. أن الضمان في الجناية على المال غالباً ما يكون يسيراً مقارنة بالجناية على النفس ولذلك فرضت على
العاقلة من قبيل النصرة والمساعدة فقط.
2. إن تحمل العاقلة³ وحتى بيت المال للدية في حالة الجناية على النفس يمثل استثناء من الآية القرآنية: "كل
نفس بما كسبت رهينة" لوجود ما يبرر الاستثناء وهو أن الجناية عن النفس غالباً تؤدي إلى فقد المعيل
أو قعوده عن العمل مما يستتبع السرعة في التكافل والقصاص لوصول التعويض إليه وإلى أوليائه. كما
أن عديم التمييز غالباً ما يكون معسراً أو ليست له القدرة على الوفاء.

¹ سورة المدثر الآية 38

² سورة فاطر الآية 18، و سورة الإسراء الآية 15

³ العقل هو المنع، و سميت العاقلة كذلك لأنها تمنع الجاني و تنصره، و تسمى الدية عقلاً لأنها تمنع سفك الدماء، و المعقلة بمعنى الدية كذلك،
و جمعها معاقل، أما العاقلة فجمعها عواقل، و كانت تطلق العاقلة أول الأمر على عشيرة الرجل، لأنهم أهل نصرته، و على الرغم من اختلاف
الفقهاء في تحديد المقصود بالعاقلة فإنهم يتفقون على أن المناط فيها هو الاشتراك مع الجاني في معنى التناظر. راجع في ذلك و بتوسع
الدكتور: محمد أحمد سراج: ضمان العدوان في الفقه الإسلامي ص 478 فقرة 378 و ما بعدهما

3. أن الجناية على النفس غالباً ما تكون ناذرة الوقوع وفرض التعويض على العاقلة لا تستتبع مشقة يحيط بها بخلاف جناية عديم التمييز على المال غالباً كثيرة الوقوع وانه لا شك في فرض الدية على العاقلة وتحملها لكل ضرر يحدثه عديم التمييز يستتبع حرجاً وضيقاً ومشقة.

للإشارة فإن أداء التعويض في حالة الجناية على المال يكون من الولي نيابة عن الفاعل عديم التمييز لأن صحة الأداء مرتبطة بتوافر الأهلية، وانعدامها عند القاصر عديم التمييز يجعلها ثابتة في وليه.¹

المبحث الثالث

أساس مسؤولية القاصر غير المميز في كل من التشريع الوضعي وفقه الشريعة الإسلامية

لا يمكن تحديد أساس مسؤولية القاصر غير المميز في كل من التشريع الوضعي وفقه الشريعة الإسلامية، إلا بعد أن نحدد أساس المسؤولية التقصيرية، والتي تستمد أحكامها القانونية من التشريع اللاتيني والقانون الروماني.

وقد اتصف القانون الروماني بامتداده من حيث الزمان والمكان في آن واحد.

- فمن حيث الزمان ذلك لأنه يمتد زمانياً لأكثر من ألف عام.
- ومن حيث المكان لأنه يشمل في امتداده إلى كل شعوب شبه الجزيرة الإيطالية ثم إلى شعوب البحر المتوسط.

كما يتميز القانون الروماني بانتقال مبادئه عبر العصر الوسيط إلى التقنيات الأوروبية الحديثة، الفرنسية 1948، والألمانية 1900، والمصرية ((القانون القديم 1883)) ((والحديث 1948)).²

وقد تميز كل من النظامين الفرنسي والمصري باحتوائهما لمبدأ عام يقرر المسؤولية المدنية على أساس الخطأ مما يجعل هذه المسؤولية هي الأساس، ولكن إلى جانب هذه المسؤولية الخطئية يوجد في النظامين مجال كبير للمسؤولية غير الخطئية.

وقد اختلف الفقه حول الدور الذي يقوم به الخطأ كأساس للمسؤولية، وعلى الرغم من تنوع آرائهم وتعددتها إلا أنه يمكن ردها إلى اتجاهين:

¹ الدكتور: عبد السمیع عبد الوهاب أبو الخیر: المرجع السابق ص 76 فقرة 20 و ما بعدها
² الدكتور: سليمان مرقس: في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، ص 90 فقرة 40 و ما بعدها و انظر الدكتور: طه عوض غازي: المسؤولية عن الأضرار بأموال الغير في الشرائع القديمة ط 2001 ص 63 و ما بعدها

الأول: يرى أن المسؤولية المدنية تجد أساسها الوحيد والمطلق في الخطأ، فلا مسؤولية بدون خطأ والخطأ هو الذي يقرر المسؤولية.

الثانية: يرى أن الخطأ لا يمثل الأساس المطلق والوحيد للمسؤولية، وإنما فقط الأساس أو المبدأ العام الذي يوجد بجانبه بعض الحالات التي يقوم فيها المسؤولية بعيداً عن الخطأ.¹

والحقيقة أن الاتجاه الثاني هو الأقرب إلى الصحة والحقيقة، خلافاً للاتجاه الأول الذي يتعد كلية عن الصحة لتعارضه مع العديد من النصوص التي تقرر مسؤولية لا تحتاج لقيامها إلى الخطأ، لذلك فلا نزاع أنه يمكن بسهولة القول والتميز في التشريع الوضعي ((اللاتيني والعربي)) بين نوعين من المسؤولية إحداهما تتطلب الخطأ والأخرى لا تتطلبه.

ومن المظاهر القوية الدالة على تدهور الخطأ واندثاره إلى درجة كبيرة في المسؤولية المدنية، ما نلاحظه من الاكتفاء في بعض الحالات لقبول الخطأ بركنه المادي الذي يتكون من مجرد الاعتداء على حقوق الغير، دون اعتداء بركنه النفسي الذي يتطلب الإدراك والتميز لدى المتسبب، كما هو الحال في مسؤولية الشخص الاعتباري، ومسؤولية عديم التمييز.

فما هو أساس مسؤولية عديم التمييز التقصيرية في كل من التشريع الوضعي والفقهاء الإسلامي؟

المطلب الأول

أساس مسؤولية عديم التمييز في الفقه القانوني

جرى الفقه التقليدي الذي تزعم النظرية الشخصية في الخطأ إلى أن هذا الأخير يتكون من عنصرين:

الأول: الانحراف في السلوك عن سلوك الرجل المعتاد ((التعدي)).

الثاني: أن يكون المنحرف مدركاً لانحرافه، بما يتطلب من أهلية ومقدرة على الإدراك والتمييز.

وتأسيساً على هذا التحديد إذا تخلف العنصر الثاني في الخطأ، فلا يكون الشخص مخطئاً وبالتالي غير مسؤول عن الضرر لأنه لا يدرك ما يفرض عليه من واجبات.

¹ الدكتور: أيمن إبراهيم العثماني: تطور مفهوم الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية، ط 1998 ص 258 و ما بعدها، و انظر الدكتور إبراهيم الدسوقي أبو الليل: المسؤولية المدنية بين التقيد والإطلاق، ص 28 فقرة 26 و ما بعدهما

ونظراً لما يتضمنه هذا الاتجاه من إجحاف بالمضروبين، فقد بحثت المحاكم خاصة وبتشجيع من الفقه عن الوسائل التي تمكنها من إعانتهم وتقديراً لتعويض لهم، وقد بدأت المحاكم في بادئ الأمر إلى التخفيف من مبدأ عدم المسؤولية في ذاته المؤسس على انعدام الخطأ لدى عدم التمييز دون أن تلغيه.¹

فما هي هذه الوسائل، وما أساس مسؤولية عدم التمييز التقصيرية؟

الفرع الأول

الوسائل التي استندت إليها المحاكم لتقرير مسؤولية عدم التمييز

- فمن حيث الوسائل: تتعدد الوسائل التي استندت إليها المحاكم للحكم بالمسؤولية عن الأضرار التي يحدثها عديموا التمييز عموماً، وصغار السن على الوجه الخصوص.

1. إسناد الخطأ إلى متولى الرقابة والإشراف:

وبصفة خاصة للأشخاص المشرفين على المصابين بحالة جنون كالأطباء وغيرهم، والآباء بالنسبة لصغار السن، فأساس المسؤولية هنا تكون الخطأ الثابت في مواجهة المشرف والطبيب أو الآباء، ولذلك فهي مسؤولية شخصية وليست مسؤولية عن الغير.

2. إرجاع فقد التمييز إلى خطأ سابق في جانب عديم التمييز:

اشترطت المحاكم لتقرير عدم مسؤولية عدم التمييز، ألا يرجع انعدام تمييزه إلى خطأ منه، وهكذا فقد تشددت المحاكم من جهة في قبولها لانعدام هذا الخطأ، وتساهلت من جهة أخرى في قبول وجوده في حالات متعددة مثل الإفراط في احتساء المسكرات وتعاطي المخدرات، وفي قبول وجود علاقة سببية بين هذا الخطأ السابق وما يترتب عليه من أضرار لاحقة.

3. التشدد نحو التسليم بتحقق انعدام التمييز وفقده:

تشددت المحاكم ممن يدعي أنه كان فاقداً للوعي والإدراك والتمييز وقت ارتكاب الفعل الضار إذ تثبت ذلك على أساس أن المبدأ هو أن الشخص يكون في كامل قواه العقلية والذهنية، ولا شك في صعوبة إثبات عكس ذلك، الأمر الذي كان يترتب عليه قيام المسؤولية في العديد من الحالات.

¹ الدكتور: أيمن إبراهيم العشموي: المرجع السابق، ص 307 و ما بعدها، و انظر الدكتور: سليمان مرقس: في الفعل الضار و المسؤولية المدنية ص 233 فقرة 90 و ما بعدهما، و انظر الدكتور: محمد نصر الدين منصور: ضمان تعويض المضروبين ص 27 و ما بعدها

4. اشتراط الانعدام التام للتمييز :

اشترت المحاكم لإمكان تقرير عدم مسؤولية عدم التمييز أن يكون فقد التمييز كاملاً وليس جزئياً وهذا رغم ما اتجه إليه أغلب الفقه وأحكام القضاء إلى تقرير مسؤولية عدم التمييز، خصوصاً بعدما تدخل المشرع الفرنسي بإضافة نص المادة 2/489 إلى القانون المدني الفرنسي بمقتضى القانون رقم 1968/5 والذي أصبح ساري المفعول ابتداءً من 1968/11/01، حيث نصت:

"من تسبب في الأضرار بالغير تحت تأثير اضطراب عقلي لا يعفى من الالتزام بالتعويض".

ورغم أن النص يقتصر على المصابين باختلال عقلي، فقد ثار التساؤل عما إذا كان حكمه يمتد إلى باقي حالات انعدام التمييز الراجع إلى صغر السن والمرض ونوبات الصرع أو النوبات القلبية، وقد انقسم الفقه بين مؤيد ومعارض لهذا الاتساع أو الامتداد.¹

الفرع الثانيأساس مسؤولية عدم التمييز

- أما من حيث أساس مسؤولية عدم التمييز:

فقد اختلف فقهاء القانون الفرنسي حول أساس مسؤولية عدم التمييز.

- فقد ذهب رأي أول: "Savatier" إلى الإستناد إلى فكرة تحمل التبعة والتي لا تستند إلى الخطأ في تقرير مسؤولية عدم التمييز.²

- بينما ذهب رأي ثاني: "Repert" إلى فكرة المساعدة Le devoir d'assistance والذي بمقتضاه أنه عندما يحدث شخص ضرراً بآخر يقع على الأول واجب مساعدة الثاني وتعويضه.³

- ولجأ فريق ثالث: "كولان، كاييتان لالو" إلى فكرة العدالة التي تقضي في هذه الحالة بضرورة تعويض المضرور.

- كما اتجه رأي رابع: إلى تأسيس مسؤولية عدم التمييز على أساس فكرة الخطأ، ولكنهم ذهبوا في ذلك إلى مذاهب مختلفة:

¹ الدكتور: ابراهيم الدسوقي أبو الليل: المرجع السابق ص 76 فقرة 58

² Savatir. Dallos. 1968. P109 « La risque pour l'homme de perdre l'esprit et ses conséquence endroit civil »

³ الأستاذ: ريبير: القاعدة الخلفية في الالتزامات المدنية، رقم 154.

- البعض: وجد الخطأ ليس في ارتكاب الفعل الضار، وإنما في كون الشخص عديم التمييز.
 - البعض: وجد الخطأ في ارتكاب الفعل الضار ذاته، أي في الانحراف عن مسلك الشخص المعتاد وذلك على أساس عدم الاعتداد بالظروف الداخلية لعديم التمييز.
 - البعض: وجد الخطأ مباشرة في فكرة الخطأ الموضوعي، أي الاكتفاء بركن التعدي المتمثل في الانحراف عن مسلك الشخص المعتاد دون تطلب الركن المعنوي، أي التمييز.
- بينما اتجه رأي خامس: "Starck" إلى فكرة الضمان، على أساس أن الفعل الذي يصدر من عديم التمييز يكون في حد ذاته اعتداء على الحقوق أو المصالح المشروعة للمضروب، وعلى سلامة جسمه، أو سلامة أمواله، فعندما يوجد حق، فإن حمايته لا تتوقف على الظروف الشخصية لمن يعتدي عليه.¹

المطلب الثاني

أساس مسؤولية عديم التمييز في الفقه الإسلامي

من المسلم به إجماعاً أن الخطأ لا يعتبر أساساً للالتزام بالضمان في الفقه الإسلامي، نظراً لما نص عليه ذلك الفقه من أن الضمان من قبيل خطاب الوضع، وبالتالي يستوي إزاء وجوبه أن يكون محدثة عالماً أو جاهلاً عاقلاً أو مجنوناً، مميزاً، أو غير مميز، مخطئاً أو غير مخطئ، إذ لا ينافي الخطأ عصمة المحل كما يقول الفقهاء، وذلك فضلاً عن أنه لا اعتبار في هذا الصدد لإمكان تحقق قصد محدث الضرر من عدمه، حيث لا يشترط في الضرر الموجب للضمان كونه ناشئاً عن اعتداء، كما أن الضمان لم يشرع للزجر والعقوبة وإنما شرع لجبر ما لحق بالمضروب من ضرر، أعمالاً للحديث النبوي: "لا ضرر ولا ضرار".²

وهكذا فإن الإجماع الفقهي يذهب إلى أن الخطأ لا يعتبر أساساً للالتزام بالضمان سواء كان ذلك الضرر نتيجة لفعل عديم التمييز، أم كان نتيجة لفعل غيره.

بينما قابل هذا الإجماع الفقهي اختلاف حول الأساس الفقهي للالتزام بالضمان، بين من ينادي بنظرية تحمل التبعية، وبين من يرجح اعتبار الضرر هو أساس وجوب التعويض.

¹ Starck : Droit civil. 1972. P.147-152. N°353- N°363.

² الدكتور: السيد محمد السيد عمران: تعويض الأضرار الناتجة عن أفعال عديم التمييز ص 37 فقرة 29 و ما بعدها، و انظر الدكتور: عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير ص 193 و ما بعدها

الفرع الأول

تحمل التبعة هي أساس الضمان

لقد ذهب جانب من الفقه المعاصر إلى القول أن أساس تحمل عدم التمييز مسؤولية التعويض، إنما يتمثل في تحمل تبعه فعله الضار تأسيساً على القاعدة الفقهية من أن الغرم بالغنم.

على أن بعض الفقه يرى أن نظرية تحمل التبعة لا تصلح أساساً لتحمل عدم التمييز مسؤولية التعويض انطلاقاً من اختلاف مفهوم هذه النظرية بين الفقه الغربي، والفقه الإسلامي.

- ففي الفقه الغربي نجد مفهوم نظرية تحمل التبعة يتحدد في ضرورة تحمل الأضرار الناشئة عن الأعمال التي يمكن أن تتولد عنها مخاطر تصيب الغير، لأن العزم بالغنم، ومن ثم فإن المالك لا يجوز من مغامرات أعماله وثمرات نشاطه إلا ما يتبقى منها بعد جبر الأضرار التي تلحق بالغير نتيجة لهذا النشاط.

- بينما مفهوم قاعدة الغرم بالغنم في الفقه الإسلامي يتحدد مفهومها في أن الإنسان يتحمل بالضرر الذي يصيب ماله هو نتيجة لتمتعه بذلك المال لا أن يتحمل الضرر الذي يصيب غيره، ونعتقد مع هذا الجانب الأخير من الفقه أن القول بخلاف ذلك يعتبر إجحافاً بالنصوص وتأويلاً لها خلافاً للإجماع.¹

الفرع الثاني

ترجيح القول باعتبار الضرر هو أساس وجوب التعويض

إن القول المرجح فقها هو أن الضرر هو أساس الالتزام بالضمان أو التعويض، وذلك هو ما تنطق به نصوص الفقه الإسلامي حيث اعتبرت:²

- أن الضرر هو علة الضمان وسببه بحيث يدور هذا مع ذاك وجوداً وعدمًا، وقد عبر عن ذلك البعض بالقول أنه ((لا بد أن يتوسط بينه -أي السبب- وبين الحكم علة، فإن لم تتحقق تلك العلة لا يتحقق الحكم لمجرد السبب)).

¹ الدكتور: السيد محمد السيد عمران: المرجع السابق ص 39/38 فقرة 31، و انظر الدكتور: إبراهيم الدسوقي أبو الليل: المرجع السابق ص 313 فقرة 198

² الدكتور: عبد السمیع عبد الوهاب أبو الخير: المرجع السابق، ص 196/195 فقرة 47

ومن التطبيقات الفقهية التي نص عنها فقهاء الشريعة الإسلامية:

(1). لو ذبح شخص شاة لغيره أشرفت على الموت ولا يرجى حياتها ليس عليه ضمان قيمتها سواء أكان راعيا أم كان أجنبيا استحسانا.

(2). لو شد قصاب رجل شاه وأضعفها ليذبحها وجاء آخر فذبحها بدون إذن لم يضمن لعدم الضرر.

(3). لو عين رجل شاة من بهائمه أضحية فجاء آخر وذبحها بدون إذنه وكان ذلك وقت التضحية فلا ضمان عليه استحسانا.

وترتبيا على ذلك فإن الفقه الإسلامي يقضي بعدم وجوب الضمان كلما تخلف عن الفعل نتيجته الضارة، انطلاقا من أن الضرر هو علة التضمن أو سببه، بل وقد استلزم لوجوب الضمان القطعية في نسبة الضرر إلى علته.

خلاصة الفصل الثاني

لقد تبين لنا مما سبق أن سمة العصر الحديث هو في تنوع الأضرار المرتكبة في جانبها المدني "الأضرار بالأشخاص" و الجزائرية "الأضرار التي تمس المجتمع ككل و التي تسمى بالجرائم".

و من أكثر الأضرار ارتكابا هي التي تحدث من طرف عديمي التمييز، و قد ظهر لنا مما سبق أن هناك ثلاث تيارات مختلفة "قانونية و شرعية" تحدد لنا الموقف من مدى مسؤولية عديمي التمييز.

الأول/ تزعمته الشريعة الإسلامية، حيث يقر غالبية فقهاءها بالمسؤولية التقصيرية "الضمان" كاملة لعديمي التمييز، حتى و لو كان ذلك "نظرة إلى ميسرة".

الثاني/ تزعمه القانون المدني المصري و الذي تبني مسؤولية القصر عديمي التمييز لكنها مسؤولية استثنائية مخففة المادة 2/164 و إلى جانبها تقوم مسؤولية المكلف بالرقابة و هي مسؤولية أصلية المادة 173 ق م م.

الثالث/ تزعمه القانون المدني الجزائري في تعديله الأخير المادة 125 ق 10/05 حيث قرر صراحة بأن لا مسؤولية بدون تمييز، حتى و إن قرر قيام مسؤولية المكلف بالرقابة حماية للمضرورين في التعويض وفق نص المادة 134 ق م ج

الخطاتمة

الخاتمة:

بعد دراستنا لموضوع المسؤولية المدنية للقاصر دراسة مقارنة، و ما أثارته من إشكالات قانونية، تدور أصلا حول مدى مسؤوليته عقديا عن التصرفات التي يعقدها، و مدى مسؤوليته تقصيريا عن الأضرار التي سببها للغير نصل إلى سرد جملة من النتائج و الاقتراحات الآتية:

نتائج البحث

أهم نتائج هذه الدراسة:

(1) تعد مشكلة مسؤولية القاصر غير المميز مشكلة قانونية معقدة ، فالإقرار بمسؤوليته أصلا مشكلة والإقرار بمسؤوليته استثناءا مشكلة ، كما أن الإقرار بعدم مسؤوليته عن الضرر تعتبر أكثر من مشكلة فالأحرى و تماشيا مع التطورات الفكرية الاجتماعية التي فرضتها الظروف الصناعية والاقتصادية أن نقر بعدم الانتقاص من حق المضرور في التعويض ، و لكن يجب أن نحمي القاصر عديم التمييز في آن واحد، و إلحاق التبعة إما بالمكلف برقابته قانونا أو اتفاقا ، أو حتى اللجوء إلى التأمين من المسؤولية ، بالتحول من قانون المسؤولية إلى قانون التأمين ، و بضرورة الاعتراف للتأمين باستقلاله و بإمكانية تكليفه بالحضور أمام المحكمة ليضطلع بتلك المهام ولكي نحقق عن طريقه حماية لجميع الأطراف مضرورين و مسؤولين .

(2) أن الإقرار بمسؤولية عديم التمييز " مهما كانت الجهة التي تتحمل التعويض " عن الأضرار التي سببها فعله الشخصي أو فعل الشيء الموضوع تحت حراسته ، يجد تبريره في شذوذ هذا الفعل وخروجه عن السلوك المألوف و إخلاله بالنظام الاجتماعي ، و هذا هو حجر الزاوية في المسؤولية بجميع صورها ، فإذا لم يشكل الفعل الضار المرتكب من عديم التمييز في حد ذاته خطأ -مدنيا أو أخلاقيا- فانه يظل مع ذلك فعلا أخلاقيا يستحق اللوم أو المؤاخظة ، مما تحتفظ المسؤولية الفردية بمعناها و دلالتها حيث يكون هناك إلزام بالتعويض ربما دون خطأ أخلاقي ، أو حتى قانوني - و الذي يشترط التمييز-ولكن ليس دون سلوك اجتماعي ملوم .

(3) إن الإقرار بمسؤولية عديم التمييز التقصيرية تجذ أساسها و سندها الشرعي و القانوني في فكرة الضرر "لا ضرر و لا ضرار" ، أو حتى في تحمل التبعة التي تبناها فقهاء الشريعة الإسلامية ، مما يجعل المسؤولية

تتسم بالأصلية بحيث تجب عليه إبتداءا لأنها نتيجة فعله، كما أنها مسؤولية لا تقوم على الخطأ، وإنما على أساس تحمل تبعة الفعل

(4) كما تبرز ظاهرة غريبة في التشريع الجزائري هي ظاهرة الاضطراب أو حتى التناقض في الفكر القانوني الجزائري، و أساس ذلك -وهي مستنتجة من الدراسة القانونية العقدية و التقصيرية لمسؤولية القاصر - هو اعتماد المشرع الجزائري أساسا على مصدرين مختلفين من حيث القواعد العامة وفلسفة بناء الجماعة ، وهما الفقه الإسلامي "في تشريع قانون الأسرة" و الفقه والقانون المصري و الفرنسي "في تشريع القانون المدني"، و ما ترتب عن ذلك من انعدام الانسجام بين النصوص القانونية الجزائرية ، و لا أدل على ذلك من إقرار المشرع بالمسؤولية التقصيرية الكاملة للشخص بمجرد تمتعه بالتميز م 125 في 10/05 ، لكن في جانبها العقدي "المسؤولية العقدية" فتعتبره و على سبيل المثال تصرفاته الضارة "كهتته و وصيته" باطلة مطلقا، م83 ق ا ج، بل و يعتبر في هذه المرحلة في حكم عديم الأهلية، بينما تصرفاته الدائرة بين النفع و الضرر كالبيع و المقايضة و الإيجار فهي منعقدة لكنها معرضة للإبطال أو الإجازة، أو أنها تتوقف على إجازة الولي أو الوصي ، و في هذه المرحلة بالنسبة لهذه التصرفات يعتبر في حكم ناقصي الأهلية.و حتى في مجال المسؤولية التقصيرية عن الضرر حيث يبرز التناقض واضحا بين النصوص القانونية ، مثلا نجد أن المشرع الجزائري اقر صراحة المسؤولية التقصيرية الكاملة للقاصر المميز و عن جميع الأضرار التي يحدثها، و لكن من جهة أخرى نجده أبقى على مسؤولية المكلف برقابة القاصر في صيغتها العامة م 134، حتى و إن قيل إن ذلك على سبيل الاستثناء و لمصلحة المضرور، فان هذه الصيغة قد تشجع الأبناء القصر على الإضرار بالغير مع التمسك بانعدام القدرة على التعويض ، و إن المكلف برقابته بتحملها عنه قانونا.

(5) ثم أنه من جهة القاصر غير المميز تبعا للتعديلات الأخيرة للقانون المدني الجزائري ، فهو أصلا غير مسؤول عن الأضرار التي يسببها للغير لانعدام تمييزه ، ومن تم انعدام خطأه التقصيري، والمشكلة التي تطرح هنا فإن انعدم المكلف بالرقابة عنه فما مصير حق المضرور في التعويض، فلا حل لهذه المشكلة لا تحميل الدولة مسؤولية التعويض " من صندوق تعويضي"، و حتى اللجوء إلى سن قانون يجبر الأشخاص على التامين المسبق من المسؤولية، فنحمل "صندوق التامين" مسؤولية تعويض الأضرار التي يسببها عديموا التمييز.

إقتراحات البحث

إن خير علاج مبدئي لمشكلة المسؤولية المدنية التقصيرية و العقدية للقاصر يكون ذلك بمراعاة الاقتراحات التالية:

- (أ) التنسيق بين النصوص القانونية للمسؤولية التقصيرية و العقدية باعتبارهما فرعان للمسؤولية المدنية.
- (ب) التمسك بما ذهب إليه الشرع الإسلامي بإحضاع القصر و عديمي التمييز عموماً لأنظمة الولاية والوصاية و القوامة، مع تشجيع الأبناء على إبرام مختلف التصرفات القانونية تحت رقابة و توجيه المكلف بالرقابة، و لما لا الرقابة القضائية، تحت ذريعة الإذن بالتصرف.
- (ج) و في الجانب التقصيري من المسؤولية، فإنه يستحسن الإبقاء على أحكام المادة 135 الملغاة في 10/05 إلى جانب المادة 2/134 بإقرار مسؤولية القاصر عموماً سواء كان مميزاً أو غير مميز تأسيساً على نظرية تحمل التبعة، و في حالة إعسار القاصر عن التعويض فنظرة إلى ميسرة ، كما يمكن أن نحمل المكلف بالرقابة التعويض استثناءاً من الأصل و حماية لحق المضرور.

قائمة المراجع

قائمة المراجع "بالعربية"

1/ الرسائل الجامعية

- 1- الدكتور: إبراهيم الدسوقي أبو الليل: المسؤولية المدنية بين التقييد و الإطلاق دراسة تحليلية للأنظمة القانونية المعاصرة اللاتينية الإسلامية الأنجلوسكسونية ط 1980.
- 2- الدكتور: أيمن إبراهيم لعشماوي: تطور مفهوم الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية ط 1980 "رسالة دكتوراه".
- 3- الدكتور: إسماعيل محمد علي المحافري: الإعفاء من المسؤولية المدنية في القانون اليمني مقارنة بالقانون المصري و الشريعة الإسلامية ط 1996 "رسالة دكتوراه".
- 4- الدكتور: أحمد سلطان عثمان: المسؤولية الجنائية للأطفال المنحرفين دراسة مقارنة ط 2002 "رسالة دكتوراه".
- 5- الأستاذ: الصادق جدي: مسؤولية عدم الوعي مدنيا دراسة مقارنة "رسالة ماجستير".
- 6- الدكتور: أحمد الخليلشي: المسؤولية المدنية للأبوين عن أبنائهما القاصرين ط 1974 "رسالة دكتوراه".
- 7- الدكتور: جلال محمد محمد إبراهيم: المسؤولية المدنية لعدم التمييز ط 1982 "رسالة دكتوراه".
- 8- الدكتور: جبار محمد: نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني الجزائري في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة «رسالة دكتوراه».
- 9- الأستاذ: جبار صابر طه: إقامة المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع على عنصر الضرر دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية ط 1984 "رسالة ماجستير".
- 10- الدكتور: حنان شعبان مطاوع عبد العاطي: المسؤولية الجنائية للصبي في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالقانون الجنائي الوضعي ط 2004 "رسالة دكتوراه".
- 11- الدكتور: حسن أحمد توفيق رضا: أهلية العقوبة في الشريعة الإسلامية و القانون المقارن ط 1964 "رسالة دكتوراه".
- 12- الدكتور حسين النوري: عوارض الأهلية في الشريعة الإسلامية ط 1953 "رسالة دكتوراه".
- 13- الأستاذ: شامل رشيد ياسين الشيخخلي: عوارض الأهلية بين الشريعة الإسلامية و القانون ط الأولى ط 1974 "رسالة ماجستير".

- 14- الدكتور: صلاح حسن البرعي: أساس المسؤولية المدنية الناشئة عن الأفعال الشخصية دراسة مقارنة في القانون الوضعي و الفقه الإسلامي ط 1996 "رسالة دكتوراه".
- 15- المحامي: صلاح الدين محمد شوشاري: نظرية العقد الموقوف في القانون المدني دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ط الأولى 2001.
- 16- الدكتور: عادل يحيى قرني: النظرية العامة للأهلية الجنائية دراسة مقارنة : ط 2000 "رسالة دكتوراه".
- 17- الدكتور: عدنان خالد الترغماني: ضوابط العقد في الفقه الإسلامي : ط 1, 1981 "رسالة دكتوراه".
- 18- الدكتور: عادل حسن علي السيد: أحكام إنقاص العقد الباطل "رسالة دكتوراه".
- 19- الدكتور: عبد الله عبد الحميد عبد اللطيف السامرائي: السفه و الغفلة و آثرهما في التصرفات في الشريعة الإسلامية و القانون دراسة مقارنة ط 1976 "رسالة دكتوراه".
- 20- الدكتور: علي محمد جعفر: تأثير السن عن المسؤولية الجنائية دراسة مقارنة ط 1980.
- 21- الدكتور: عبد الرزاق حسن فرج: نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة ط 1968 "رسالة دكتوراه".
- 22- الدكتور: عيسى محمد عبد القادر المومني: العقد الموقوف في القانون المدني الأردني "رسالة دكتوراه".
- 23- الأستاذ فخري رشيد مهنا: أساس المسؤولية التقصيرية و مسؤولية عديم التمييز دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القوانين الأنجلوسكسونية و العربية ط 1974 "رسالة ماجستير".
- 24- الدكتور: محمد فاروق بدري العكام: الفعل الموجب للضمان في الفقه الإسلامي ط 1977 "رسالة دكتوراه".
- 25- الدكتور: محمد احمد سراج: ضمان العدوان في الفقه الإسلامي دراسة فقهية مقارنة بأحكام المسؤولية الجنائية في القانون "رسالة دكتوراه".
- 26- الدكتور: محمد نصر الدين محمد: أساس التعويض دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية و القوانين العربية (المصري و العراقي) ط 1983 "رسالة دكتوراه".
- 27- دكتور: محمد فوزي فيض الله المسؤولية التقصيرية بين الشريعة و القانون ط 1962 "رسالة دكتوراه".

- 28- الدكتور: محمد حسني علي الشامي: ركن الخطأ في المسؤولية المدنية دراسة مقارنة في القانون المدني المصري و اليمني و الفقه الإسلامي ط 1989 "رسالة دكتوراه.
- 29- الدكتور: محمد نصر الرفاعي: الضرر كأساس للمسؤولية المدنية في المجتمع المعاصر ط 1978"رسالة دكتوراه.
- 30- الأستاذ: مصطفى عبد القادر حليلو: عناصر المسؤولية عن الفعل الضار في القانون المدني الأردني و الجزائري دراسة مقارنة ط 1991.
- 31- الدكتور: محمود جلال حمزة: العمل الغير المشروع باعتباره مصدرا للالتزام دراسة مقارنة بين القانون المدني السوري الجزائري الفرنسي ط 1985 "رسالة ماجستير.
- 32- الدكتور: محمود جلال حمزة: المسؤولية الناشئة عن الأشياء غير الحية في القانون المدني الجزائري دراسة مقارنة بين القانون المدني الجزائري المصري الفرنسي ط 1988 "رسالة دكتوراه.
- 33- الأستاذ: مضيان نور الدين: موانع المسؤولية الجنائية دراسة مقارنة بين الشريعة و القانون ط 1987 "رسالة ماجستير.
- 34- الدكتور: مأمون محمد سلامة: المسؤولية الجنائية للحدث في مصر و فرنسا ط 1997.
- 35- الدكتور: محمد أمين إبراهيم حسن التندي: نظرية البطلان في الشريعة الإسلامية و القانون المدني ط 1، 1982"رسالة دكتوراه.
- 36- الدكتور: محمد السعيد رشدي شهيد: أعمال التصرف و أعمال الإدارة في القانون الخاص دراسة مقارنة ط 1983 "رسالة دكتوراه.
- 37- الدكتور: محمد رفعت ألبابغي إبراهيم: الآثار المترتبة على تخلف شروط العقد دراسة مقارنة ط 83 - 84 "رسالة دكتوراه.
- 38- الدكتور: محمد علي عبد الله الشرفي: حكم التصرفات القانونية لفاقد الأهلية في القانون اليمني دراسة مقارنة ط 1986.
- 39- الدكتور: محمدي محمدي محمد إسماعيل الغشم: إجازة التصرفات دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي و القانون اليمني و المصري ط 1995"رسالة دكتوراه.
- 40- الدكتور: محمد الشرقاوي: بطلان التصرف القانوني أو نظرية البطلان ط 1956 "رسالة دكتوراه.

- 41- الدكتور: محمد أمين إبراهيم حسن التندي: البطلان في الشريعة الإسلامية و القانون المدني ط 1983"رسالة دكتوراه.
- 42- الدكتور: وجيه محمد خيال: أثر الشدود العقلي و العصبي في المسؤولية الجنائية دراسة مقارنة ط 1983"رسالة دكتوراه.
- 43- الدكتور: وفاء احمد علي محمد أبو جميل: إخلال المتعاقد بالتزامه العقدي بفعل الغير أو مشاركته "رسالة دكتوراه.

2/المراجع العامة :

- 1- الدكتور:أنور سلطان: الموجز في النظرية العامة للالتزام: مصادر الالتزام دراسة مقارنة في القانون المصري و اللبناني ط 1983 .
- 2- الدكتور: السيد محمد السيد عمران: تعويض الأضرار الناتجة عن أفعال عديم التمييز، التحول من قانون المسؤولية إلى قانون التأمين ط 1992.
- 3- الدكتور: أنور الخطيب: الأهلية المدنية في الشرع الإسلامي و القوانين اللبنانية 1965.
- 4- الدكتور: أحمد فراج حسن: الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية ط 1987.
- 5- الدكتور: أحمد فراج حسن: الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية ط -1- .
- 6- الأستاذ: أحمد أبو الفتح: المعاملات في الشريعة الإسلامية ج 1 ط -2- .
- 7- الدكتور: أبي محمد بن غانم بن محمد البغدادي: مجمع الضمانات في مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان ط -1- 1308.
- 8- الأستاذ: أحمد بن أحمد المالكي: شرح ميادة الفاسي ج 2 .
- 9- القرطي: المقدمات و الممهيات، ج-2-
- 10- الدكتور بلحاج العربي: النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري الواقعة القانونية ط 1995.
- 11- الدكتور بلحاج العربي: النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ج 1 التصرف القانوني ط 1995.
- 12- بن قدامه المغني: ج-4- .
- 13- الدكتور: توفيق حسن فرج: النظرية العامة للالتزام: مصادر الالتزام ج 1 ط 1978.
- 14- الدكتور: جمال الدين زكي: نظرية الالتزام في القانون المدني المصري ج 1 مصادر الالتزام.
- 15- الدكتور: جميل الشرقاوي: نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري ط 1994.
- 16- الدكتور: حمدي رجب عطية: المسؤولية الجنائية للطفل في تشريعات الدول العربية و الشريعة الإسلامية ط 2000.

- 17- الدكتور: حسن الخطيب: نطاق المسؤولية المدنية التقصيرية و العقدية في القانون الفرنسي و العراقي المقارن.
- 18- الدكتور: حسن عكوش: المسؤولية المدنية في القانون المدني الجديد ط 1965 .
- 19- الأستاذين: حسين عامر و عبد الرحيم عامر: المسؤولية المدنية التقصيرية و العقدية / ط 2 1979.
- 20- الدكتور: حسن توفيق رضا: أهلية العقوبة في الشريعة الإسلامية و القانون المقارن ط 1964.
- 21- الأستاذ: حمدي باشا عمر: عقود التبرعات ط 2009.
- 22- الدكتور خليل أحمد حسن قداة: الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ج -1- مصادر الالتزام ط 1994.
- 23- الدكتور: زهدي يكن: المسؤولية المدنية أو الأعمال الغير المباحة.
- 24- الدكتور: سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني 2 في الالتزامات المجلد 2 في الفعل الضار و المسؤولية المدنية ط -5- 1988.
- 25- الدكتور: سليمان مرقس: محاضرات من المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية ط 1960.
- 26- الدكتور: سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني 2 في الالتزامات المجلد 1: 1987/4
- 27- الدكتور: سمير عبد السيد تناغو: نظرية الالتزام.
- 28- الدكتور: شكري أحمد السباعي نظرية بطلان العقود و إبطالها في الالتزامات و العقود ط -1-، 1971.
- 29- الدكتور: شوقي محمد عبد الرحمان: إجازة العقد القابل للإبطال ط 1983.
- 30- الدكتور: صالح محمد أحمد اللهيبي: المباشر و المتسبب في المسؤولية التقصيرية دراسة مقارنة ط 2004.
- 31- الدكتور: صبحي محمصاني: المبادئ الشرعية و القانونية في الحجر و النفقات و الموارث والوصية ط -7-، 1981
- 32- الدكتور: علي سليمان: النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام ط 1990.
- 33- الدكتور: علي سليمان: دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري ط 1990.
- 34- الدكتور: عاطف النقيب: النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن فعل الأشياء في مبادئها القانونية و أوجهها العملية ط 2, 1981.

- 35- الدكتور: عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير: التعويض عن ضرر الفعل الشخصي لعدم التمييز في الفقه الإسلامي و القانون المدني دراسة مقارنة ط 1994.
- 36- الدكتور: عبد السيد أحمد عبد الله: مسؤولية الشخص عن فعله في قانون المعاملات المدنية الإماراتي مقارنة بالقانون المدني المصري ط 1995.
- 37- الدكتور: عبد المجيد الحكيم: الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ج-1 - مصادر الالتزام، ط 1980.
- 38- الدكتور: عبد المنعم فرج الصدة: مصادر الالتزام دراسة في القانون المصري و اللبناني ط 1979.
- 39- الدكتور: عبد المنعم فرج الصدة: نظرية العقد في قوانين البلاد العربية ط 1974.
- 40- الأستاذ: علي فيلاي: الالتزامات العمل المستحق للتعويض ط 2002.
- 41- الدكتور: عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام ط 1952، عن دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، مصر.
- 42- الدكتور: علي علي الخفيف: الضمان في الفقه الإسلامي ط 1971.
- 43- الدكتور: علي السيد عبد الحكيم الصافي: الضمان في الفقه الإسلامي أسبابه و مجالاته في العقود دراسة مقارنة ط 1974-1975.
- 44- الدكتور: مصطفى السباعي: أحكام الأهلية و الوصية ج 2 ط -4-، 1961.
- 45- الدكتور: محمد السعيد جعفرور: الأهلية و عوارضها السماوية و المكتسبة و اثر ذلك في المسؤولية ط 1977.
- 46- الإمام: محمد أبو زهرة: الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ط 1977.
- 47- الدكتور: عبد المجيد محمود مطلوب: النظريات العامة في الفقه الإسلامي / المال و الملك و العقد دراسة مقارنة ط 1995.
- 48- الشيخ علي الخفيف: أحكام المعاملات الشرعية ، ط -1- 1996.
- 49- الدكتور: عبد المجيد محمود البعلي: ضوابط العقود دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي و موازنة بالقانون الوضعي و فقهه ط -1- 1979.
- 50- الدكتور: محمد وحيد الدين سوار: شرح القانون المدني: النظرية العامة للالتزام الجزء 1 مصادر الالتزام ط 1980_1981.

- 51- الدكتور: محمد حسنين: الوجيز في نظرية الالتزام: مصادر الالتزام و أحكامها في القانون المدني الجزائري ط 1983.
- 52- الدكتور: محمد الشحات: ضمان العقد أو المسؤولية العقدية في الشريعة الإسلامية مقارنا بالقانون المدني الجندي ط 1990.
- 53- الدكتور: محمد صبري السعدي: القانون المدني الجزائري مصادر الالتزام الجزء2، ط 1، 1991/1992.
- 54- الدكتور: محمد صبري السعدي: القانون المدني الجزائري مصادر الالتزام الجزء1، ط 1، 1992.
- 55- الدكتور: منصور نصر قموح: الفقه الإسلامي في المعاملات ط 1996.
- 56- الدكتور: محمد نصر الدين منصور: ضمان تعويض المضرورين بين قواعد المسؤولية الفردية أو الاعتبارات التضامن الاجتماعي ط 2001/1.
- 57- المحامي: منير قزمان: التعويض المدني في ضوء الفقه و القضاء ط 2002.
- 58- الدكتور: محمد سعيد جعفرور: نظرات في صحة العقد و بطلانه في القانون المدني و الفقه الإسلامي ط 1998.
- 59- الدكتور: محمد سعيد جعفرور: تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي ط 2002.
- 60- الدكتور: محمد شريف عبد الرحمان أحمد عبد الرحمان: مسؤولية عدم التمييز ط 2001.
- 61- الدكتور: محمد سعيد جعفرور و فاطمة أسعد: التصرف الدائر بين النفع و الضرر في القانون المدني الجزائري ط -3-، 2009.
- 62- الدكتور: محمد باوي: أحكام الحجر و عقود التبرعات في الفقه و القانون ط -1-، 2009.
- 63- الدكتور: محمد إبراهيم دسوقي: تقدير التعويض بين الخطأ و الضرر .
- 64- الأستاذة: نزيهة لكحل عياط: القاصر في القانون.
- 65- الدكتور: وحيد الدين سوار: القانون المدني الجزائري، التصرف القانوني ج 1/ 1975.
- 66- الدكتور: نور الدين هندراوي: مراحل الإدراك و التمييز و أثرها في المسؤولية الجنائية ط 1986.
- 67- الدكتورة: وهبة الزحيلي: نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية و الجنائية في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة ط -1-، 1970.

- 68- الدكتور: يحي أحمد موافي: المسؤولية عن الأشياء في ضوء الفقه و القضاء دراسة مقارنة ط 1992.
- 69- الفقه الإسلامي في المعاملات ط 1994 / تأليف لجنة من أساتذة كلية الشريعة و القانون جامعة الأزهر.

3/ القوانين:

- 1- القانون المدني الجزائري الصادر بالأمر 58/25 في 1975/09/26 و التعديلات اللاحقة له.
- 2- قانون الأسرة الجزائري الصادر رقم 11/84 في 1984/6/9 و التعديلات اللاحقة له.
- 3- قانون العقوبات الجزائري الصادر بالأمر 156/66 في 1966/6/8 و التعديلات اللاحقة له.
- 4- قانون الموجبات و العقود اللبناني مع التعديلات الأخيرة ط 1995 .
- 5- القانون المدني المصري الصادر برقم 1948/131 في 29 يولية 1948 ط -2- 1983.
- 6- مجلة الأحكام العدلية ط -5- 1968 .
- 7- القانون المدني التونسي " مجلة الالتزامات و العقود التونسية " معدلة و معلقا على فصولها بأحكام القضاء ط 1966 الأستاذ د / محمود بن الشيخ .

4/ الموسوعات القانونية و المجالات القانونية و القضائية :

- 1- موسوعة القضاء في المسؤولية المدنية التقصيرية و العقدية / الأستاذ عبد المعين لطفي جمعة ط 1979 .
 - § الكتاب الأول ، ج2.
 - § الكتاب الأول ، ج3.
 - § الكتاب الثاني .
- 2- موسوعة الفقه الإسلامي، الدكتور محمد أبو زهرة الجزء -2- ط 1969 .
 - 3- مجلة الحقوق الكويتية
 - § السنة 6 / العدد 4/3 السنة 1982
 - § السنة 10 / العدد 1 السنة 1986
 - § السنة 2 / العدد 1 السنة 1987
- 4- مجلة القانون و الاقتصاد للبحوث القانونية و الاقتصادية
 - § العدد 3 / 4 السنة 1979/49 .
 - § العدد 1 / 2 السنة 1955/25 .
 - § العدد 1 السنة 1937/7 .
 - § العدد 1 / 2 السنة 1943/3 .
 - § العدد 3 / 4 السنة 1973/49 .

قائمة المراجع "بالفرنسية"

- 1) P / AHMED CHAWKI MOHAMED ABDERRAHMANE, La responsabilité présumée du surveillant du fait des personnes surveillées, étude comparée de droit égyptien et droit français, 1968 .
- 2) ALEX WEILL, Droit civile, les obligations 3^{ed} ,1980.
- 3) ANTOINE VIALARD , Droit civil Algérien, la resp. civile délictuelle 2^{ed} , 1986.
- 4) BORIS STARCK, Droit civile, les obligations, 1972.
- 5) EUGENE GAUDEMMENT, Théorie générale des obligations, théorie de la responsabilité civile 1965.
- 6) GENEVIEVE VINEY IV, Traité de droit civile, les obligations, la responsabilité, conditions, 1980.
- 7) GABRIEL MARTY ET PIERRE RAYNAUD, Droit civile, les obligations, T II, vol 01, 1962.
- 8) HENRI LALOU, Traite pratique de la responsabilité civile ,6^{ed} , 1962.
- 9) MAZEAUD (H ET L) TUNC (A), Traite théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle .T1 ,6^{ed} ,1965.
- 10) (H.L et J) MAZEAUD, Leçon de droit civile, T2, 5ed, 1973.
- 11) D/ PIERRE DOMINIQUE OLLIER, La responsabilité civile des pères et mères étude critique de son régime légal, 1961.
- 12) PHILIPPE MALINVAUD, La responsabilité des incapables et de la femme dotale à l'occasion d'un contrat, 1965.
- 13) PHILIPPE LE TOURNEAU, la responsabilité civile, 2^{ed} , 1976.
- 14) R. SAVATIER, Traité de la responsabilité civile en droit français 1951.
- 15) RENE RODIERE, Encyclopédie juridique, T VI, 2^{ed} , 1975.

- 16) D /YOUNSI HADDAD NADIA, La responsabilité du fait incapable privé de discernement, 1998.
- 17) la semaine juridique 42^{ème} Année 1968 N°30.
- 18) la semaine juridique 37^{ème} Année 1963 N°13.
- 19) R.T.D.C. XLV, année 1947 les incapables.
- 20) R.T.D.C. 1982, Irresponsabilité ou responsabilité civile de l'enfant.
- 21) NAAMAN ET GOMAA, R.T.D.C. T 70/1971, la réparation du préjudice causé par les malades mentaux,.
- 22) R.T.D.C. LXXV année 1977, T 75, réflexion sur le problème du fondement de la responsabilité et en droit français.
- 23) R.T.D.C. T55, année 1957 (LV), la responsabilité de l'enfant.
- 24) R.T.D.C. (VLV) 1949, le fondement de l'art 1384/1 et la théorie du risque crée.

الفهرس

- 01 **٧ الفصل التمهيدي: مفهوم المسؤولية المدنية و ماهية القاصر**
- 02 **المبحث الأول: مفهوم المسؤولية المدنية، و تمييزها عن غيرها**
- 03 **المطلب الأول: مفهوم المسؤولية المدنية**
- 03 **الفرع الأول: المدلول اللغوي لفكرة المسؤولية**
- 04 **الفرع الثاني: المدلول الاصطلاحي لفكرة المسؤولية**
- 08 **المطلب الثاني: تمييز المسؤولية المدنية عن غيرها من المسؤوليات**
- 08 **الفرع الأول: التمييز بين المسؤولية الأدبية والمسؤولية القانونية**
- 09 **الفرع الثاني: التمييز بين المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية**
- 10 **الفرع الثالث: التمييز بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية**
- 14 **المبحث الثاني: ماهية القاصر، و تدرج أهليته بتدرج السن**
- 14 **المطلب الأول: ماهية فكرة القاصر، و تمييزها عن غيرها من المصطلحات**
- 15 **الفرع الأول: تعريف القاصر و مناطه**
- 18 **الفرع الثاني: تمييز مصطلح القاصر عن بقية المصطلحات المرادفة**
- 20 **المطلب الثاني: تدرج أهلية الشخص القاصر بتدرج السن**
- 21 **الفرع الأول: الشخص منذ ولادته إلى ما قبل بلوغه سن التمييز "الصبي غير المميز"**
- 22 **الفرع الثاني: الشخص منذ بلوغه سن التمييز إلى ما قبل بلوغه سن الرشد "القاصر المميز"**
- 23 **الفرع الثالث: الشخص منذ بلوغ سن الرشد إلى الممات، و لم يحجر عليه**
- 25 **الباب الأول: مسؤولية الشخص القاصر عن التصرفات القانونية**
- 27 **٧ الفصل الأول: تدرج أهلية الشخص القاصر بين الانعدام والنقصان في كل من القانون و الفقه الإسلامي**
- 28 **المبحث الأول: مراحل أهلية أداء الشخص**
- 29 **المطلب الأول: التعريف بالأهلية**
- 29 **الفرع الأول: تعريف الأهلية**

29	1- تعريف الأهلية في اللغة
29	2- تعريف الأهلية في الفقه الإسلامي
29	3- تعريف الأهلية في القانون
30	الفرع الثاني: مميزات أهلية الأداء
30	1- أنها عمل قانوني
30	2- اختلاف نطاق أهلية الأداء عن نطاق المسؤولية
30	الفرع الثالث: أهلية الأداء و علاقتها بغيرها من الأنظمة القانونية
30	أولا/ علاقة أهلية الأداء بأهلية الوجوب
31	ثانيا/ التمييز بين أهلية الأداء والولاية
32	المطلب الثاني: أدوار أهلية الأداء
32	الفرع الأول: الدور الأول: الجنين أو الحمل المستكن
33	الفرع الثاني: الدور الثاني: الصبي غير المميز
34	الفرع الثالث: الدور الثالث: الصبي المميز
35	الفرع الرابع: الدور الرابع: البالغ الرشيد
36	المبحث الثاني: عوارض الأهلية
37	المطلب الأول: مفهوم عوارض الأهلية وطبيعتها
37	الفرع الأول: مفهوم عوارض الأهلية
38	الفرع الثاني: طبيعة عوارض الأهلية
38	أولا/ شروط توفر عوارض الأهلية
39	ثانيا/ التمييز بين عوارض الأهلية و بعض الأمور المشابهة لها
41	المطلب الثاني: تأثير وجود العوارض على أهلية الشخص
42	الفرع الأول: العوارض المؤثرة في العقل
42	أولا/ الجنون.
44	ثانيا/ العته.

45 الفرع الثاني: العوارض المؤثرة في الرشد

45 أولا/ السفه.

47 ثانيا/ الغفلة.

52 **الفصل الثاني: حكم تصرفات القاصر القانونية، والآثار المترتبة عليها في كل من القانون و
الفقه الإسلامي**

52 **المبحث الأول: حكم تصرفات القاصر القانونية "قانونا وشرعا"**

53 **المطلب الأول: حكم تصرفات القاصر المميز**

53 الفرع الأول: أقسام التصرفات القانونية للشخص القاصر المميز "التصرفات المالية"

56 الفرع الثاني: حكم تصرفات القاصر المميز المالية .

56 أولا/ حكم تصرفات القاصر المميز في القانون الوضعي "المدني و قانون
الأسرة ج".

58 1- حكم تصرفات القاصر المميز المالية النافعة نفعا محضا.

59 2- حكم تصرفات القاصر المميز المالية الضارة ضررا محضا.

59 3- حكم التصرفات القاصر المميز المالية الدائرة بين النفع والضرر.

63 ثانيا/ حكم تصرفات القاصر المميز في فقه الشريعة الإسلامية.

63 1- حكم التصرفات النافعة نفعا محضا.

63 2- حكم التصرفات الضارة ضررا محضا.

65 3- حكم التصرفات الدائرة بين النفع والضرر.

66 **المطلب الثاني: حكم تصرفات القاصر غير المميز المالية**

68 **المطلب الثالث: تأثير الإذن بالتصرف على أهلية أداء القاصر "أحكام المأذون"**

69 الفرع الأول: مضمون الإذن بالتصرف و إثباته

69 أولا/ مضمون الإذن بالتصرف وإثباته.

69 1- المقصود بالإذن بالتصرف.

69 2- إثبات الإذن بالتصرف.

- 70 ثانيا/ حكم تصرفات القاصر المميز المأذون في التصرفات الدائرة بين النفع والضرر
- 75 الفرع الثاني: حدود الإذن بالتصرف، استرداده وبطلانه
- 76 أولا/ حدود الإذن بالتصرف.
- 77 ثانيا/ حق استرداد الإذن بالتصرف وحالة بطلانه.
- 79 المبحث الثاني: جزاء الإخلال بالتصرفات القانونية التي يكون القاصر المميز أهلا لها "قانونا و شرعا"
- 80 المطلب الأول: تنفيذ القاصر المميز للإلتزام العقدي الذي هو أهل له "تنفيذ العقد"
- 80 الفرع الأول: تحديد مضمون الإلتزام العقدي.
- 81 الفرع الثاني: كيفية تنفيذ العقد.
- 83 أولا/ التنفيذ العيني الاختياري و الإجباري
- 84 ثانيا/ التنفيذ بمقابل "التنفيذ بطريق التعويض"
- 85 المطلب الثاني: في المسؤولية العقدية "جزاء القوة الملزمة للعقد"
- 86 الفرع الأول: ماهية المسؤولية العقدية ونطاق تطبيقها.
- 86 أولا/ ماهية المسؤولية العقدية.
- 88 ثانيا/ نطاق تطبيق المسؤولية العقدية.
- 89 الفرع الثاني: أركان المسؤولية العقدية و مدى خضوع القاصر المميز إلى آثارها "التعويض"
- 89 أولا/ أركان المسؤولية العقدية.
- 90 1- الخطأ العقدي.
- 90 أ. مفهومه.
- 92 ب. صورته.
- 92 ب1/ الخطأ العقدي في مسؤولية المدين عن عمله الشخصي.
- 94 ب2/ الخطأ العقدي في المسؤولية عن فعل الغير.
- 95 ب3/ في المسؤولية عن الأشياء.
- 96 2- الضرر.

- 97 3- علاقة السببية عن الخطأ العقدي أو الضرر.
- 98 أ. إثبات علاقة السببية.
- 98 ب. نفي علاقة السببية.
- 99 ج. أثر تحقق السبب الأجنبي.
- 101 الباب الثاني: مسؤولية الشخص القاصر عن الفعل الضار
- 102 V الفصل الأول: مسؤولية الشخص القاصر المميز عن الفعل الضار في القانون المدني وفقه
الشريعة الإسلامية
- 103 المبحث الأول: الأحكام العامة التشريعية لمسؤولية القاصر المميز عن فعله الضار
- 103 المطلب الأول: نطاق المسؤولية المدنية التقصيرية
- 104 الفرع الأول: أركان المسؤولية التقصيرية بوجه عام
- 105 أولا/ الخطأ "الفعل الضار"، "العمل غير المشروع"، "أو العمل المستحق للتعويض"
- 105 1- المسؤولية عن الأفعال الشخصية.
- 105 2- المسؤولية عن فعل الغير.
- 106 3- المسؤولية الناشئة عن الأشياء.
- 108 ثانيا/ الضرر.
- 109 1- أنواع الضرر.
- 113 2- شروط الضرر.
- 115 ثالثا/ العلاقة السببية.
- 115 1- مفهومها وأهميتها.
- 117 2- تحديدها عند تعدد الأسباب.
- 120 3- نفيها بإثبات السبب الأجنبي.
- 122 الفرع الثاني: مدى ارتباط قيام مسؤولية الشخص بالتمييز
- 122 أولا/ ارتباط قيام المسؤولية التقصيرية بالتمييز.
- 125 1- الأسباب القانونية لانعدام التمييز.

- 127 2- معايير تحديد سن التمييز.
- 129 ثانيا/ اختلاف التشريعات الوضعية في تحديد سن التمييز.
- 132 **المطلب الثاني: مسؤولية القاصر المميز عن الفعل الضار على ضوء صور المسؤولية التقصيرية**
- 133 الفرع الأول: شروط مسؤولية القاصر المميز على ضوء صور المسؤولية التقصيرية
- 133 أولا/ شروط مسؤولية القاصر على ضوء المسؤولية عن الفعل الشخصي.
- 134 1- ارتكاب فعل ضار "الخطأ".
- 134 أ. التعريف بركن الخطأ "الفعل الضار".
- 135 أ1/ المفهوم التقليدي للخطأ
- 135 أ2/ المفهوم الحديث للخطأ
- 136 ب. عناصر الفعل الضار "عناصر الخطأ".
- 137 ب1/ التعدي أو الانحراف.
- 137 § المقياس الذاتي أو الشخصي.
- 138 § المقياس الموضوعي.
- 139 ب2/ التمييز أو الإدراك.
- 140 2- "الضرر" حدوث ضرر للغير.
- 141 أ. مفهوم الضرر وأهميته.
- 141 أ1/ من حيث مفهوم الضرر
- 141 أ2/ من حيث أهمية شرط الضرر
- 142 ب. شروط الضرر.
- 142 ب1/ أن يترتب عن الضرر مساسا بحق أو مصلحة مالية للمضرور "ضرر محقق"
- 143 ب2/ يجب أن لا يكون الضرر الحاصل قد سبق تعويضه
- 143 ب3/ يجب أن يكون الضرر شخصا
- 143 3- علاقة سببية بين الخطأ والضرر.

- 145 ثانيا/ شروط مسؤولية القاصر المميز على ضوء المسؤولية عن فعل الغير.
- 145 1- مسؤولية القاصر المميز باعتباره مكلفا بالرقابة.
- 145 أ. شروط مسؤولية القاصر المميز باعتباره مكلفا بالرقابة.
- 146 أ1/ وجود التزام بالرقابة على شخص آخر.
- 146 أ2/ وقوع فعل ضار غير مشروع من الشخص الخاضع للرقابة.
- 146 ب. مصدر مسؤولية المكلف بالرقابة وأساسها.
- 146 ب1/ من حيث مصدر مسؤولية المكلف بالرقابة
- 147 ب2/ من حيث أساس مسؤولية المكلف بالرقابة
- 147 ج. دفع مسؤولية الرقيب المفترضة قانونا.
- 148 2- مسؤولية القاصر المميز باعتباره متبوعا عن أفعال التابع.
- 148 أ. شروط مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعة.
- 148 أ1/ وجود رابطة تبعية.
- 149 أ2/ خطأ التابع في حالة تأدية وظيفته أو بسببها أو بمناسبةها.
- 150 ب. أساس مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه، وكيفية دفع مسؤوليته.
- 150 ب1/ الأساس.
- 151 ب2/ الدفع.
- 151 ثالثا/ شروط مسؤولية القاصر المميز على ضوء المسؤولية عن فعل الشيء.
- 152 1- المسؤولية عن الأشياء غير الحية.
- 152 أ. شروط مسؤولية حارس الشيء غير الحي، ومدى اشتراط التمييز في الحارس.
- 152 أ1/ وجود شيء في حراسة شخص.
- 153 أ2/ وقوع ضرر بفعل الشيء.
- 154 ب. أساس مسؤولية حارس الشيء غير الحي و كيفية دفعها
- 155 2- المسؤولية عن فعل الحيوان.

- 155 أ. شروط مسؤولية حارس الحيوان ومدى اشتراط التمييز في الحارس.
- 156 أ1/ أن يتولى شخص حراسة حيوان.
- 156 أ2/ أن يحدث الحيوان ضرراً للغير.
- 156 ب. أساس مسؤولية حارس الحيوان وكيفية دفعها.
- 157 3- المسؤولية عن تهمد البناء.
- 158 أ. شروط المسؤولية عن تهمد البناء، ومدى اشتراط التمييز لدى المالك.
- 158 أ1/ ملكية البناء.
- 159 أ2/ أن يترتب ضرراً للغير بفعل تهمد البناء.
- 159 ب. أساس المسؤولية عن تهمد البناء وكيفية دفعها.
- 160 ج. التدابير الوقائية من خطر تهمد البناء.
- 160 4- المسؤولية عن الحريق.
- 161 أ. شروط المسؤولية عن ضرر الحريق ومدى اشتراط التمييز في الحائر "المسؤول".
- 161 أ1/ حدوث خطأ من الحائر، أو من الأشخاص الذين يسأل عنهم الحائر.
- 161 أ2/ أن يكون الحريق هو سبب الضرر.
- 161 ب. أساس مسؤولية حائر العقار أو المنقول عن الحريق وكيفية دفع مسؤوليته.
- 162 الفرع الثاني: مسؤولية القاصر المميز وعلاقة ذلك بمسؤولية المكلف برقابته "الآثار"
- 162 أولاً/ الآثار القانونية الناشئة عن تحقق المسؤولية التقصيرية للقاصر المميز.
- 163 1- دعوى المسؤولية.
- 163 2- التعويض.
- 164 ثانياً/ علاقة مسؤولية القاصر المميز بمسؤولية المكلف برقابته.
- 168 1- خصائص مسؤولية المكلف برقابة القاصر المميز.

169	2- وسائل دفع مسؤولية المكلف بالرقابة.
171	المبحث الثاني: أحكام مسؤولية القاصر المميز في التشريع الإسلامي
172	المطلب الأول: الأحكام العامة للضمان في الفقه الإسلامي
172	الفرع الأول: شروط الضمان ونطاقه وسنده الشرعي.
173	أولاً/ مفهوم الضمان ودليل مشروعيته.
173	1- مفهوم الضمان لغة واصطلاحاً.
174	2- دليل مشروعية الضمان.
176	ثانياً/ المبادئ الشرعية العامة للضمان وخصائصه.
176	1- المبادئ الشرعية العامة لضمان العدوان.
178	2- الخصائص العامة للضمان.
179	الفرع الثاني: مقارنة الضمان ببعض الأنظمة الأخرى.
179	1. ضمان العقد و ضمان الفعل.
179	2. ضمان اليد و ضمان الإتلاف.
180	3. ضمان العقد والمسؤولية العقدية.
180	4. ضمان الفعل والمسؤولية التقصيرية.
181	5. الضمان والكفالة.
181	6. الضمان والعقوبة.
182	المطلب الثاني: مسؤولية القاصر المميز عن الفعل الضار وعلاقة ذلك بمسؤولية المكلف برقابته في الشريعة الإسلامية.
182	الفرع الأول: مفهوم المباشرة، حكمها ومدى مسؤولية الشخص القاصر المميز عنها.
183	أولاً/ مفهوم المباشرة و صورها.
183	1- المفهوم.
183	2- الصور.
184	ثانياً/ حكم المباشرة و مدى مسؤولية الشخص القاصر المميز عنها.

- 184 1- حكم المباشرة
- 184 2- مدى مسؤولية القاصر المميز عن الأضرار مباشرة
- 185 الفرع الثاني: مفهوم التسبب وحكمه ومدى مسؤولية القاصر المميز عنه.
- 185 أولا/ مفهوم التسبب وصوره.
- 185 1- مفهوم التسبب
- 186 2- صور التسبب
- 186 ثانيا/ حكم التسبب ومدى مسؤولية القاصر المميز عنه.
- 186 1- حكم التسبب
- 187 2- مدى مسؤولية القاصر المميز عن الأضرار تسببا
- 188 الفرع الثالث: علاقة المسؤولية عن الفعل الضار للقاصر المميز بمسؤولية المكلف برقبته
- 189 أولا/ طبيعة مسؤولية الشخص القاصر المميز في حالة الإتلاف مباشرة أو تسببا.
- 189 1- طبيعة المسؤولية في حالة الأضرار مباشرة.
- 190 2- طبيعة مسؤولية القاصر المميز في حالة الأضرار تسببا.
- 191 ثانيا/ مضمون علاقة مسؤولية القاصر المميز عن الفعل الضار بمسؤولية المكلف برقبته.
- 193 V الفصل الثاني: مدى مسؤولية القاصر غير المميز عن الفعل الضار في القانون المدني وفقه
الشريعة الإسلامية
- 195 المبحث الأول: مدى مسؤولية القاصر غير المميز في القانون المدني
- 196 المطلب الأول: اختلاف التشريعات الوضعية في تقرير مسؤولية القاصر غير المميز
- 197 الفرع الأول: دراسة القوانين التي تقرر انعدام المسؤولية المدنية لعدم التمييز "النموذج الفرنسي".
- 198 أولا/ مدى مسؤولية القاصر غير المميز في ظل المرحلة السابقة على تعديل نص
المادة 2/489 ق.م.ف.
- 198 1- مركز القاصر غير المميز في ظل القانون المدني الفرنسي القديم.

- 199 2- مركز القاصر غير المميز في ظل القانون المدني الفرنسي الحديث.
- 200 أ. الفقه
- 200 أ1/ اتجاه أول: اتجاه قائل بعدم مسؤولية عدم التمييز.
- 201 أ2/ اتجاه ثاني: وسائل أنصار مبدأ عدم المسؤولية للتخفيف من قسوته.
- 208 أ3/ اتجاه ثالث: اتجاه قائل بمسؤولية عدم التمييز "حججه".
- 211 ب. القضاء و التشريع: مدى تأثير القضاء الفرنسي والمشرع بالاتجاه القائل بمسؤولية عدم التمييز.
- 211 ب1/ القضاء.
- 212 ب2/ التشريع.
- 213 ثانيا/ مدى مسؤولية غير المميز بعد تعديل نص المادة 2/489 ق.م.ف.
- 214 1- مضمون تعديل نص المادة 2/489 ق.م.ف وما يثيره من مشكلات.
- 215 2- نطاق تطبيق نص المادة 2/489 ق.م.ف من حيث الأشخاص ومن حيث أنواع المسؤولية.
- 220 3- الأساس القانوني الذي يستند إليه نص المادة 2/489 ق.م.ف.
- 222 الفرع الثاني: دراسة القوانين التي تقرر المسؤولية المدنية لعدم التمييز ولكن على سبيل الاستثناء "النموذج المصري".
- 226 أولا/ القاعدة العامة: عدم مسؤولية عدم التمييز المادة 1/164 ق.م.م.
- 228 ثانيا/ مسؤولية عدم التمييز التقصيرية الاستثنائية
- 229 1- شروط المسؤولية المدنية الشخصية لعدم التمييز.
- 234 2- خصائص مسؤولية عدم التمييز التقصيرية.
- 235 3- أساس مسؤولية عدم التمييز التقصيرية الاستثنائية.
- 236 4- نطاق مسؤولية عدم التمييز التقصيرية الاستثنائية.
- 241 ثالثا/ علاقة مسؤولية عدم التمييز الاستثنائية بمسؤولية المكلف برقابته.
- 242 1- العلاقة بينهما في إطار المسؤولية عن الفعل الشخصي.

- 244 2- العلاقة بينهما في إطار المسؤولية عن فعل الغير.
- 246 3- العلاقة بينهما في إطار المسؤولية عن فعل الشيء.
- 254 الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من مدى مسؤولية عدم التمييز التقصيرية قبل وبعد تعديل " نص المادة 125 ق.م.ج، وعلاقة ذلك بمسؤولية المكلف بالرقابة المادة 134 ق.م.ج. "
- 255 أولا/ موقف المشرع الجزائري من مسؤولية عدم التمييز قبل تعديل 10/05.
- 256 1- الأصل عدم مسؤولية الشخص غير المميز
- 257 2- الاستثناء مسؤولية الشخص عدم التمييز
- 258 3- تنظيم المشرع الجزائري لمسؤولية المكلف بالرقابة عن ضرر عدم التمييز.
- 259 ثانيا/ موقف المشرع الجزائري من مسؤولية عدم التمييز بعد تعديل المادة 10/05.
- 260 1- مدى مسؤولية القاصر عدم التمييز عن الضرر وفقا للقانون 10/05 ق م ج
- 265 2- مدى اعتبار القاصر عدم التمييز حارسا للشيء غير الحي
- 265 المطلب الثاني: مدى مسؤولية القاصر غير المميز عن الضرر تبعا لصور المسؤولية التقصيرية.
- 266 الفرع الأول: مدى مسؤولية القاصر غير المميز عن فعله الشخصي.
- 266 1. ارتباط قيام المسؤولية التقصيرية في القانون المدني بعنصر التمييز.
- 268 2. شروط قيام مسؤولية تقصيرية للقاصر غير المميز في القانون المدني قبل تعديله.
- 268 3. خصائص مسؤولية غير المميز وفقا لأحكام القانون المدني قبل تعديله.
- 269 الفرع الثاني: مدى مسؤولية القاصر غير المميز باعتباره متبوعا.
- 271 الفرع الثالث: مدى مسؤولية القاصر غير المميز باعتباره حارسا.
- 271 الاتجاه السائد قبل صدور قانون 05/68 الصادر بتاريخ 1968/01/03.
- 273 الاتجاه السائد بعد صدور قانون 05/68 الصادر بتاريخ 1968/01/03.
- 275 المبحث الثاني: مدى مسؤولية القاصر غير المميز عن الضرر في فقه الشريعة الإسلامية.
- 275 المطلب الأول: مدى مسؤولية القاصر غير المميز عن الفعل الشخصي.

- 276 الفرع الأول: مدى اشتراط الإدراك والتمييز في الفعل الضار مباشرة.
- 277 أولا/ الاتجاه الأول: "الجمهور".
- 278 ثانيا/ الاتجاه الثاني: "بعض المالكية".
- 278 الفرع الثاني: مدى اشتراط الإدراك والتمييز في الفعل الضار تسببا.
- 279 أولا/ حكم الإضرار تسببا.
- 279 ثانيا/مدى مسؤولية غير المميز عن الضرر تسببا.
- 281 **المطلب الثاني: مدى مسؤولية عديم التمييز باعتباره مسؤولا عن غيره في فقه الشريعة الإسلامية.**
- 281 الفرع الأول: مسؤولية القاصر غير المميز عن كل فعل ضار صادر عنه.
- 282 الفرع الثاني: عدم مسؤولية المكلف بالرقابة "الأولياء، الأوصياء" عن فعل غير المميز.
- 283 **المطلب الثالث: مدى مسؤولية غير مميز باعتباره حارسا للشيء في فقه الشريعة الإسلامية.**
- 284 الفرع الأول: المسؤولية عن جناية الحيوان.
- 285 الفرع الثاني: المسؤولية عن سقوط البناء والحائط.
- 287 **المطلب الرابع: جهة التحمل بالتعويض عن جناية عديم التمييز على النفس.**
- 287 الفرع الأول: تحمل العاقلة التعويض الناشئ عن جناية عديم التمييز على نفس الغير.
- 288 الفرع الثاني: تحمل بيت المال دية جناية عديم التمييز على نفس الغير.
- 288 الفرع الثالث: مدى تحمل القاصر عديم التمييز دية جنايته على نفس الغير.
- 289 **المطلب الخامس: جهة التحمل بالتعويض الناشئ عن جناية عديم التمييز على مال الغير.**
- 289 الفرع الأول: موقف جمهور الفقهاء.
- 290 الفرع الثاني: أسانيد لفرض الضمان والتعويض على عديم التمييز
- 291 **المبحث الثالث: أساس مسؤولية القاصر غير المميز في كل من التشريع الوضعي و فقه الشريعة الإسلامية**
- 292 **المطلب الأول: أساس مسؤولية عديم التمييز في الفقه القانوني**
- 293 الفرع الأول: الوسائل التي استندت إليها المحاكم لتقرير مسؤولية عديم التمييز

294	الفرع الثاني: أساس مسؤولية عدم التمييز
295	المطلب الثاني: أساس مسؤولية عدم التمييز في الفقه الإسلامي
296	الفرع الأول: تحمل التبعة هي أساس الضمان
296	الفرع الثاني: ترجيح القول باعتبار الضرر هو أساس وجوب التعويض
298	✓ الخاتمة
298	✓ الملخص
301	✓ قائمة المراجع

الطائفة

المسؤولية المدنية للقاصر

أن أول ما توحى به كلمة مسؤولية من معنى أن هناك إخلال قد تم، سواء كان إخلال بالتزام عقدي أو إخلال بالتزام قانوني.

وجزاء الإخلال في الحالتين الأولى بتنفيذه عينيا، أو بتنفيذه عن طريق التعويض وهو ما يعرف بالمسؤولية العقدية، والثانية بعدم الإضرار بالآخرين، وجزاء الإخلال بهذا الالتزام القانوني هو في تحمل مسؤولية تقصيرية بتعويض المضرور.

فالتصرفات القانونية بمجرد إبرامها يجب تنفيذها حفظا لاستقرار المعاملات، وحتى للمجتمع.

كما أن الأضرار المرتكبة ومهما كانت وسيلة ارتكابها فعل شخصي أم فعل الغير أم فعل شيء من الأشياء يجب أن تعوض حماية لكل مضرور.

ولا يتحقق ذلك إلا بالاعتراف القانوني للأبناء القصر على إبرام التصرفات وتنفيذها، وعلى مسؤوليتهم قانونا عن جميع الضرر التي يسببونها للآخرين.

ولا يهم بعد ذلك من يتحمل مسؤولية تنفيذ التصرفات القانونية ولا تعويض الأضرار المرتكبة هل هم الأبناء القصر أم أوليائهم.

كلمات مفتوحة:

المسؤولية: هي إخلال الشخص بالتزام قانوني أو اتفاقي.

القاصر: هو كل من لم يبلغ سن الرشد القانوني.

الضرر: هو الأذى الذي يصيب الشخص نتيجة المساس بمصلحة مشروع له أو بحق من حقوقه.

التصرفات: هي اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني.

La responsabilité civile de mineur

La responsabilité est le fait de manquer à une obligation contractuelle ou juridique ; est la sanction qui en résulte dans les deux cas se résume comme suit : dans le premier cas : c'est l'exécution en nature, et dans le deuxième cas c'est l'exécution par équivalence ou comme on la dénomme c'est la responsabilité contractuelle.

Nous pouvons dire que les actes juridiques doivent être exécutés dès leur conclusion afin de sauvegarder les transactions, et la société.

Il en est de même pour les dommages causés soit par le fait personnel, le fait d'autrui, ou le fait des choses, la victime doit être dédommée, et cette protection ne peut se faire que si la loi permet aux incapables « d'établir des actes et d'engager leur responsabilité juridique pour les dommages causés à autrui sans tenir compte à qui incombe la responsabilité de l'exécution de ces actes juridiques et le dédommagement pour autrui Est-ce l'incapable dans la mesure de ses possibilités ou son répondant ?

Mot clé :

Responsabilité : l'obligation, déterminée, par un contrat ou par une loi.

Mineur : qui n'a point encore atteint l'âge de la majorité.

Préjudice : dommage, pour préjudice à quelqu'un.

Actes : à l'opération volontaire ayant pour but de produire des effets de droit.

Civil responsibility of the minor

The first thing is suggested by the word responsibility of the meaning that there is produce has been whether a breach of obligation of contract or breach of legal obligation and penalty prejudice in both cases the first both kind or both by compensation which is known as the responsibility of strict liability and the second not to harm others and penalty prejudice beyond legal obligation is to take responsibility to compensate the injured tort.

- Once a legal conclusion must be preserved the stability of the transaction until the community.
- Also the damage committed and whatever the means to commit a personal reaction or non reaction or do any thing of things that must compensate the injured protect each.
- This is achieved not only for the legal recognition of the sons of the palace at the conclusion of behaviors and both and legally responsible for all the damage they created for others.
- After that neither is responsible for execution of legal actions and compensate the damage committed are they children or minors initial.

Key words

Responsibility: Is a breach of a legal obligation of the person or agreements.

Minor: He did not reach all of the legal age of majority.

Damage: Is the harm which affects a person as a result of prejudice to the interests of the legitimate right of him or of his rights.

Actions: Is the direction of the will to make a legal effect.